



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون الدولي

إثبات القانون الأجنبي وتفسيره

دراسة تحليلية مقارنة

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي

إعداد

علي وجيه حسن

إشراف الدكتور

ساجر الخابور

أستاذ مساعد في قسم القانون الدولي بجامعة دمشق

٢٠٢٤م

لجنة الحكم على الرسالة

السادة الاساتذة

عضواً	الاستاذ في قسم القانون الدولي بكلية الحقوق جامعة دمشق	الدكتورة وفاء فلحوط
عضواً مشرفاً	الاستاذ المساعد في قسم القانون الدولي بكلية الحقوق جامعة دمشق	الدكتور ساجر الخابور
عضواً	المدرس في قسم القانون الدولي بكلية الحقوق جامعة دمشق	الدكتورة رنا عبود

إلى روح أبي

إلى أمي الحبيبة

إلى من أحبهم

إلى وطني الجميل

أهدي هذه الرسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر وتقدير

بعد أن منَّ الله عليَّ بإنهاء هذا البحث، يطيبُ لي أن أتقدمَ بأسمى معاني الشُّكر وعظيمِ الامتنانِ إلى مَنْ كانَ لهُ الفضل والعرفان في متابعة هذا البحث أستاذي الدكتور ساجر الخابور، الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي لما أسدى به إليَّ من نصيح وإرشاد، وعلى ما قدَّمه لي من علمٍ وجهدٍ بكلِّ صدرٍ رحبٍ حتى نضج البحث وحن قطافه، فكان نعم المعلم.

كما يطيب لي أن أتقدم ببالغ شكري وتقديري إلى السادة أعضاء لجنة الحكم على تفضلهم الطيب بقبول مناقشة بحثي وإثرائه بالملاحظات والإرشادات القيمة، فجزاهم الله خيراً.

للسادة الأفاضل أعضاء قسم القانون الدولي ولكل مَنْ كان سبباً في إنجاز هذا البحث لهم كل الاحترام والتقدير.

قائمة المحتوى

الصفحة	الموضوع
ج	إهداء
د	شكر وتقدير
هـ	قائمة المحتويات
ط	الملخص
١	المقدمة
٣	إشكالية البحث
٤	أهمية البحث
٤	محددات البحث
٥	أهداف البحث
٥	معوقات البحث
٦	الدراسات السابقة
٧	مناهج البحث
٨	مكونات البحث
١٠	الفصل الأول: إثبات القانون الأجنبي

١٠	المبحث الأول: موقف الأنظمة القانونية المقارنة من إثبات القانون الأجنبي
١١	المطلب الأول: موقف الأنظمة القانونية اللاتينية من إثبات القانون الأجنبي
١٢	الفرع الأول: الموقف الفرنسي
١٥	الفرع الثاني: الموقف المصري
١٩	الفرع الثالث: الموقف السوري
٢٠	المطلب الثاني: موقف الأنظمة القانونية الانجلو سكسونية من إثبات القانون الأجنبي
٢٢	الفرع الأول: الموقف الإنجليزي
٣٥	الفرع الثاني: الموقف الأمريكي
٢٨	الفرع الثالث: الموقف الألماني
٣٣	المبحث الثاني: وسائل إثبات القانون الأجنبي
٣٣	المطلب الأول: وسائل الإثبات المتعارف عليها والمقترحة لإثبات القانون الأجنبي
٣٤	الفرع الأول: وسائل الإثبات المتعارف عليها لإثبات القانون الأجنبي
٤٠	الفرع الثاني: وسائل الإثبات المقترحة لإثبات القانون الأجنبي
٤٦	المطلب الثاني: الحلول المطبقة عند تعذر إثبات القانون الأجنبي
٤٦	الفرع الأول: الحلول المختلف عليها لإثبات القانون الأجنبي
٥٥	الفرع الثاني: تطبيق قانون القاضي
٦١	الفصل الثاني: تفسير القانون الأجنبي
٦١	المبحث الأول: المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي

٦٢	المطلب الأول: القانون واجب الاتباع في التفسير
٦٢	الفرع الأول: تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانون القاضي
٦٦	الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانون دولته
٧٠	الفرع الثالث: دور القاضي الوطني في تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقيات الدولية
٧٧	المطلب الثاني: صعوبات تفسير القانون الأجنبي
٧٨	الفرع الأول: الصعوبات التي مصدرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني
٨١	الفرع الثاني: الصعوبات التي مصدرها النظام القانوني الأجنبي
٨٥	الفرع الثالث: استحالة التوصل إلى تفسير للقانون الأجنبي
٨٧	المبحث الثاني: رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره
٨٨	المطلب الأول: الاتجاه الرافض لرقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره
٩٠	الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي ووظيفة محكمة النقض
٩٥	الفرع الثاني: القضاء الرافض للرقابة
١٠٠	المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لرقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره
١٠٣	الفرع الأول: انسجام مع الصفة القانونية للقانون الأجنبي
١٠٦	الفرع الثاني: القضاء المساند للرقابة
١٠٩	الخاتمة
١١٠	مقترحات الدراسة

١١٣	الملحق
١٢٣	قائمة المراجع
١٢٥	Abstract

الملخص

بات تطبيق القوانين الأجنبية للدول ضرورة تقتضيها حاجات العصر، ففي ظل الثورة العلمية والتكنولوجية والاعتماد الدولي المتبادل والاستثمارات والعلاقات التجارية العابرة للحدود تبرز مسألة إثبات هذه القوانين وتفسيرها عندما قد تتور منازعات بصددتها، فقد تسابق مشرعو الدول على سن قواعد قانونية تحكم المنازعات الدولية الخاصة التي تتضمن عنصراً أجنبياً أسموها قواعد الإسناد أو قواعد التنازع، هذه القواعد التي تشير إلى تطبيق القانون الوطني مثلما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي لدولة ما وذلك تبعاً للصفة الثنائية لهذه القواعد. فتحديد مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني يقتضي تحديد معاملته كقانون أم كواقعة بما يترتب على ذلك التحديد من نتائج. عالج الفصل الأول من هذه الرسالة مسألة إثبات القانون الأجنبي فيما عالج الفصل الثاني منها مسألة تفسير هذا القانون.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين - القانون الأجنبي - القاضي الوطني - إثبات - تفسير

المقدمة

باتت هناك ضرورة ملحة لفهم وتطبيق القوانين الأجنبية في ميادين متعددة كالتجارة الدولية والشركات متعددة الجنسيات والتعاون القانوني بين الدول، فقد أسهم تطور طرق ووسائل الاتصال وتنوع العلاقات بين الدول في جعل العالم قرية صغيرة، فارتباط هذه العلاقات المتنوعة اقتصادياً واجتماعياً أفسح المجال لتطبيق القوانين الأجنبية بمقتضى ما يُسمى "قواعد الإسناد" أو "قواعد التنازع".

يتحتم علينا بدايةً أن نقوم بالتمييز بين النزعات المحلية (الوطنية) المحضة الخالية من العنصر الأجنبي (أطرافاً أو موضوعاً) تلك النزاعات التي تخرج عن نطاق دراستنا كونها لا تعد مجالاً لتنازع القوانين، وبين النزاعات الدولية الخاصة والتي تعد مجال دراستنا كونها تتضمن عنصراً أجنبياً وبالتالي تكون مجالاً لتنازع قوانين الدول التي تحكمها، يثير موضوع تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني عدة تساؤلات حول كيف يتم هذا التطبيق والأحوال المحيطة به، وقد برزت في هذا الشأن مجموعة من المدارس الفقهية حول معاملة القانون الأجنبي وكيفية تطبيقه أمام المحاكم والتي تعد من المسائل التي لم يستقر فيها فقهاء القانون على رأي والتي لا تزال حتى الآن محل جدل، فهل هو قانون حقاً بكل ما يترتب عليه من نتائج (إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي بصورة مباشرة ولو لم يطلب الخصوم ذلك، إلزام القاضي بتفسير القانون الأجنبي تبعاً للتفسير المعطى له داخل الدولة التي صدر عنها، وحسبان خرق القانون الأجنبي سبباً من أسباب الطعن.

أم مجرد واقعة بكل ما يترتب عليه ذلك من آثار مناقضة بشكل صارخ مع تلك التي تترتب باعتباره قانون، كعدم إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي بمحض إرادته، بل بمحض إرادة الخصوم وطلبهم وعلى من يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي إثبات مضمونه كأي واقعة من وقائع الدعوى، عدم إلزام القاضي بتفسيره تبعاً للتفسير المعطى له داخل الدولة الصادر عنها، ومن الممكن المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي سواء أمام محكمة درجة التقاضي الأولى أم أمام محكمة الدرجة الثانية باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع وليس طلباً جديداً، انتهاك القانون الأجنبي ليس سبباً من أسباب الطعن كونه عنصراً واقعياً يدخل ضمن السلطة التقديرية لمحكمة النافذة بموضوع الدعوى لا مسألة قانونية قد تكون محلاً للنقض.

هناك تشريعات دول رفض بعضها إلزام القاضي بتطبيق القوانين الأجنبية لدول أخرى فيما تردد البعض الآخر عن الخوض في غمار هذا الأمر وهو ما من شأنه أن يجعل من قواعد الإسناد عديمة النفع رغم دورها البارز والأساس في هذا الصدد.

إن الرأي القائل برفض تطبيق القوانين الأجنبية والاكتفاء بتطبيق القوانين الوطنية هو رأي من شأنه أن يدخل الدولة في حالة من العزلة الدولية بأشكالها المتنوعة وهو ما يتعارض بشكل أساس مع القانون الدولي في ظل التجارة الخارجية والاعتماد المتبادل، وكذا من شأنه أن يكون مرتعاً للتحايل والغش نحو القانون وذلك بتغيير ضابط الإسناد، وهو ما لا يمكن السماح بحدوثه، بالمقابل ظهر رأي معاكس يأخذ من صالح الدولة (معاملة الدولية، معاملة بالمثل، تعايش بين الدول، إنجاز تصرفات صحيحة عبر الدول)، ومن وضع أطراف العلاقات القانونية من أجل تطبيق القوانين الأجنبية (تحديد لكل موضوع قاعدة إسناد خاصة به، هذه القاعدة توفق بين طبيعة وخصائص ذلك الموضوع من جهة، وتصوراتها للعدالة والنظام في تلك الدولة من جهة أخرى).

بعد الانتقال من مرحلة إثبات القانون الأجنبي إلى مرحلة التطبيق تتور أمام القاضي الوطني مجموعة إشكالات أخرى بصدد قيامه بتفسيره خصوصاً إذا ما كان مبهماً أو شاب الغموض بعض نصوصه، وفي هذا الإطار وبالعودة إلى مواقف الدول نجدها قد تباينت هي الأخرى في هذا الشأن، فمن هذه الصعوبات ما يتعلق بالرجوع إلى النظام القانوني للقانون الأجنبي واجب التطبيق (اختلاف درجة أو أكثر من درجات التقاضي في هذا النظام حول التفسير أو خلوه من أي نص) ومنها ما يتعلق باختلاف أو تشابه قضاءه وقضاء القانون الأجنبي حول التفسير.

إشكالية البحث

عندما يلجأ القاضي الوطني إلى قواعد الاختصاص التشريعي في قانونه، قد ينعقد الاختصاص بموجبها للقانون الوطني وقد ينعقد للقانون الأجنبي، عندما تشير إلى تطبيق (القانون الوطني) لا تتور إشكالية في التطبيق، لكن عندما تشير إلى (قانون أجنبي) فتتور إشكالية رئيسة تتعلق بتحديد طبيعة القانون الأجنبي فيما إذا واقعة أم قانون

ويتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسة عدة تساؤلات أبرزها:

- ما طبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ؟
- كيف يمكن للقاضي الوطني تطبيق قانون صادر عن سلطة أجنبية ليس لها الحق في إصدار الأوامر له، هل يطبقه من تلقاء نفسه؟ أم يتوقف ذلك على طلب الخصوم؟
- من يقيم الدليل على أحكامه؟ وما هي وسائل إثبات ذلك؟
- بعد أن يتم تعيين اختصاص قانون أجنبي وفقاً لقاعدة الإسناد، هل يجوز للقاضي أن يُفسر القانون الأجنبي ويجتهد بشأنه كما لو كان داخلياً؟

- هل يتقيد القاضي الوطني بالتفسير السائد في دولته الوطنية أم بالتفسير السائد في الدولة التي أصدرت القانون الأجنبي؟
- إذا ما أخطأ القاضي في تطبيقه وتفسيره للقانون الأجنبي، فهل يخضع لرقابة محكمة النقض كما هو الحال بالنسبة لخطئه في تطبيق وتفسير قانونه الوطني؟

أهمية البحث

- ١- تشعب العلاقات الدولية الخاصة في الآونة الأخيرة نتيجة ذوبان الحدود بين الدول وسهولة انتقال الأشخاص والأموال بفضل التطور التكنولوجي الهائل أدى إلى ضرورة تطبيق القانون الأجنبي على تلك العلاقات وعدم الاكتفاء بتطبيق القانون الوطني.
- ٢- تباين آراء الفقهاء حول طبيعة القانون الأجنبي ترك جديلاً يحتم على الباحث توضيح حلقاته وإبراز الراجح والمنطقي من بين تلك الآراء.
- ٣- إقبال سورية - على وجه الخصوص - على مرحلة اقتصادية جديدة يتوقع أن تنشط فيها الاستثمارات الأجنبية والعلاقات التجارية العابرة للحدود، مما يعني ازدياد العلاقات ذات العنصر الأجنبي، ومن ثم ازدياد المنازعات الناشئة عنها، إذ يلعب موضوع إثبات القانون الأجنبي وتفسيره دوراً في ذلك.

محددات البحث

- المجال المكاني للدراسة:** بعض الدول ذات النظام القانوني اللاتيني كسورية ومصر فرنسا و بعض الدول ذات النظام القانوني الانجلوأمريكي كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية و دولة ألمانيا الاتحادية كنظام قانوني جرمانى.
- المجال الزمني للدراسة:** يتجلى بالمدة الزمنية التي تم خلالها إعمال القوانين الأجنبية منذ عام ١٩٢٤ حتى الآن.
- المجال الموضوعي للدراسة:** يتجلى بإثبات و تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية ورقابة محكمة النقض على ذلك.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى الوقوف على معاملة القانون الأجنبي لدى القاضي الوطني وتحليل المواد المتعلقة بذلك في ظل القرارات والأحكام والاجتهادات والمبادئ والآراء وذلك بالمقارنة مع الأنظمة القانونية المتقاربة مع نظامنا

القانوني السوري، كما هو الحال في مصر وفرنسا وبعض الأنظمة التي لها نظرة مختلفة للموضوع وذلك بغية الوصول إلى نتائج ومقترحات تتناسب مع خصوصيات هذا الموضوع، كما يهدف هذا البحث إلى ابتداء بعض المواد القانونية في ظل خلو بعض التشريعات بشكل تام من التطرق لمركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني على غرار المشرعين الآخرين أو حتى لتدرك جوانب النقص عند ورود بعض من هذه المواد.

معوقات البحث

- ١- اتساع موضوع الرسالة، إذ إن إثبات القانون الأجنبي وتفسيره من المواضيع المتداخلة والشائكة في القانون الدولي الخاص.
- ٢- تضارب النصوص القانونية والأحكام القضائية حول اتخاذ موقف موحد من إثبات وتفسير القوانين الأجنبية.
- ٣- خلو قوانين وتشريعات العديد من الدول من اتخاذ موقف واضح وصريح إزاء هذا الإثبات والتفسير.
- ٤- صعوبة الاطلاع والوصول إلى الأحكام القضائية المتعلقة بهذا الشأن نظراً لكونها غير منشورة في أغلب الأحيان.
- ٥- شح الأحكام القضائية ذات الصلة، والندرة المسجلة على مستوى الاجتهاد القضائي الوطني بخصوصه، وصعوبة الوصول إلى المادة العلمية، وأخيراً قلة الشروحات الوافية والكافية لموضوع إثبات القانون الأجنبي وتفسيره.

الدراسات السابقة

- الدراسة الأولى: حمود أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة المنصورة. مصر. تناولت هذه الدراسة في بدايتها رقابة محكمة النقض على تفسير القانون الأجنبي، ثم تناولت هذه الدراسة رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي.
- الدراسة الثانية: محمد اليعقوبي، عبدالله مفتاح. (٢٠١٦). دور القاضي الوطني في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وفق القانون المصري والليبي. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة المنصورة. مصر. تناولت هذه الدراسة في بدايتها آليات البحث عن مضمون القانون الأجنبي، ثم تناولت نطاق تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي.

- الدراسة الثالثة: الموسوي، حسنين ضياء نوري. (٢٠٠٣). تفسير القانون الأجنبي (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بابل. العراق. تناولت هذه الدراسة في بدايتها مفهوم تفسير القانون الأجنبي

والأسلوب الواجب الاتباع في التفسير، ثم تناولت عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي، ثم تناولت صعوبات تفسير القانون الأجنبي.

الدراسة الرابعة: دراسة (Matthew, Hoyle). (٢٠٢٢) بعنوان:

(Pleading and proving foreign law in the English courts)

وثيقة نشرت على الرابط التالي: UK.practicallaw.com/-036-2170

تلخص هذه الوثيقة مبادئ وإجراءات تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الإنجليزية، كما تتضمن كيفية تطبيق القانون الأجنبي وكيفية إثباته بالإضافة إلى التساؤل عن المقصود بالقانون الأجنبي ورقابة قرارات المحكمة العليا على الإثبات والتطبيق والتوصل إلى مفهوم جديد لتفسير القانون الأجنبي.

والملاحظ على هذه الدراسات أنها تناولت جوانب معينة متعلقة بالقانون الأجنبي كرقابة المحاكم العليا على إثبات القانون الأجنبي وتفسيره دون التطرق إلى الإثبات والتفسير أساساً، حتى وإن تناولت بعض هذه الدراسات إثبات القانون الأجنبي وتفسيره إلا إنها ضيقت هذا الأمر وحصرته أمام محاكم دولة معينة أو دولتين على الأكثر.

في حين استطاعت هذه الدراسة إجراء مقارنات وإبراز مواقف أنظمة قانونية عدة من موضوع إثبات القانون الأجنبي وتفسيره والتحقق من ذلك، حاولت سد الفراغ التشريعي الذي يعتري نصوص بعض الدول، وأحاطت بموضوع إثبات القانون الأجنبي وتفسيره أمام محاكم عدة دول ورقابة محكمة النقض على ذلك.

مناهج البحث

لاستيعاب أبعاد الموضوع قدر الإمكان وبيان جوانبه القانونية انتهج الباحث **المنهاج التحليلي** من خلال:

المحور التشريعي: والذي تناول الداء والتشخيص والعلاج لموضوع البحث.

المحور القضائي: والذي سوف يحاول فيه تتبع اتجاهات القضاء وقراراته وأحكامه وصولاً إلى الاتجاه الذي يوفر أكبر قدر من الحماية.

كذلك انتهج الباحث **المنهاج المقارن** من خلال الاستعانة بعدد من القوانين كالفرنسي والإنجليزي و المصري وغيرها ومقارنتها بموقف القانون السوري

مكونات البحث

الفصل الأول: إثبات القانون الأجنبي

المبحث الأول: موقف الأنظمة القانونية المقارنة من إثبات القانون الأجنبي

المطلب الأول: موقف الأنظمة القانونية اللاتينية من إثبات القانون الأجنبي

المطلب الثاني: موقف الأنظمة القانونية الانجلو سكسونية من إثبات القانون الأجنبي

المبحث الثاني: وسائل إثبات القانون الأجنبي

المطلب الأول: وسائل الإثبات المتعارف عليها والمقترحة لإثبات القانون الأجنبي

المطلب الثاني: الحلول المطبقة عند تعذر إثبات القانون الأجنبي

الفصل الثاني: تفسير القانون الأجنبي

المبحث الأول: المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي

المطلب الأول: القانون واجب الاتباع في التفسير

المطلب الثاني: صعوبات تفسير القانون الأجنبي

المبحث الثاني: رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره

المطلب الأول: الاتجاه الرافض لرقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره

المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لرقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره

الفصل الأول

إثبات القانون الأجنبي

تمهيد:

يُقصد بالإثبات لغةً: "تأكيد الحق بالبيئة"، والبيئة أي دليل وأي حجة، كما يُقصد به قانوناً: تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات هذا الحق^(١)، أو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية تترتب آثارها^(٢)، ومتنازع فيها بين الخصوم^(٣).

فالمشرع عند تنظيمه للإثبات يتأثر باعتارين، أولهما السعي لتحقيق العدالة حتى تكون الحقيقة القضائية أقرب ما يكون للحقيقة الواقعية، ثانيهما استقرار التعامل^(٤)، وفي هذا الإطار ينبغي الغوص عميقاً في هذا الفصل والذي نقسمه إلى مبحثين، يتعلق (المبحث الأول) موقف الأنظمة القانونية المقارنة من إثبات القانون الأجنبي، أما (المبحث الثاني) فيتعلق بوسائل إثبات القانون الأجنبي.

المبحث الأول

موقف الأنظمة القانونية المقارنة من إثبات القانون الأجنبي

إن مسألة تحديد المكلف بإثبات القانون الأجنبي والعلم بأحكامه متوقفة أساساً على مسألة تحديد طبيعة القانون الأجنبي، حيث أن اعتبار القانون الأجنبي واقعة يؤدي إلى القول بأن عبء إثباته يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك به، في حين أن اعتبار القانون الأجنبي قانوناً يؤدي إلى القول بأن عبء إثباته يقع على القاضي الوطني، وعليه ارتأى الباحث الغوص عميقاً في دهايز الأنظمة القانونية اللاتينية وذلك باستعراض موقفها من الإثبات (المطلب الأول)، ثم خصص (المطلب الثاني) للحديث عن موقف الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية والجرمانية من إثبات القانون الأجنبي.

(١) نشأت، أحمد. (١٩٧٢). رسالة الإثبات الجزء الأول أركان الإثبات عبء الإثبات طرق الإثبات الكتابة شهادة الشهود. ط: ٧. القاهرة: مصر. مطبعة دار الفكر العربي. ص: ١٣ وما بعدها.

(٢) السنهاوري، عبد الرزاق. (١٩٦٨). الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات- آثار الالتزام. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص: ١٤ وما بعدها.

(٣) زكي، محمود جمال الدين. (١٩٧٨). الوجيز في النظرية العامة للالتزامات. ط: ٣. مطبعة جامعة القاهرة، ص: ١١٩.

(٤) نتيجة لذلك ظهرت ثلاثة أنظمة للإثبات وهي نظام الإثبات الحر وفي هذا النظام لا يحدد القانون طرقاً معينة للإثبات يتقيد بها الخصوم أو القاضي، ونظام الإثبات المقيد وفي هذا النظام يتم تحديد طرق الإثبات حسب الوقائع المراد إثباتها فيوجب الكتابة مثلاً في حالات معينة ويجوز الشهادة في حالات أخرى، وأخيراً نظام الإثبات المختلط وهذا النظام وسط بين النظامين السابقين إذ يفرض بعض القيود على القاضي في إثبات بعض المسائل ويترك له الحرية في تقدير إثبات بعض المسائل الأخرى، وقد أخذت بهذا النظام الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي وسائر القوانين العربية كالقانون المصري والليبي والسوري والعراقي والأردني، راجع محمد، محمد نصر. (٢٠١٤). أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة. ط: ١. الرياض: السعودية. مكتبة القانون والاقتصاد. ص: ١٧-١٨.

المطلب الأول

موقف الأنظمة القانونية اللاتينية من الإثبات

تشير قواعد التنازع "قواعد الإسناد" إلى القانون الأنسب لحكم النزاع الذي يتضمن عنصراً أجنبياً ولا يثور أي إشكال إذا ما كان إعمالها يشير إلى اختصاص قانون القاضي، بقدر ما يثور متى ثبت الاختصاص لقانون أجنبي، الأمر الذي يستدعي التساؤل عن موقف الأنظمة القانونية اللاتينية بداية من تحديد المكلف بإثبات القانون الأجنبي سواء القاضي أم الخصوم. وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى الموقف الفرنسي (الفرع الأول)، ثم الموقف المصري (الفرع الثاني)، ثم نخصص (الفرع الثالث) للتعرف على الموقف السوري.

الفرع الأول: الموقف الفرنسي

يكلف الفقه في فرنسا الخصوم بإثبات القانون الأجنبي، ويمكننا التمييز بين اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول: يقع عبء الإثبات على من يدعي أن هناك اختلافاً بين فحوى القانون الأجنبي وفحوى القانون الوطني (الفرنسي).

وقد حظي على تأييد القضاء الفرنسي في صدد فصله لعدد من القضايا التي أثرت في هذا الخصوص، تطبيقاً على أن القانون الوطني هو قانون أصيل وأن الأجنبي لا يعدو أن يكون استثناء، فضلاً عن قدرة الخصم على إثبات الاختلاف^(١).

ورد في حكم صادر عن محكمة استئناف باريس سنة ١٩٦٢ ما يلي "نظراً لعدم قدرة الخصوم على إثبات مضمون تشريع فيتنام، فإن المحكمة غير قادرة على تطبيق هذا الأخير في ظل عجز الخصوم عن إثبات وجود اختلاف بين التشريع الفرنسي والتشريع الفيتنامي"^(٢).

أكدت محكمة النقض هذا الاتجاه في حكم صادر عنها سنة ١٩٨٣ حيث جاء فيه "على الرغم من أن طلب التعويض يخضع للقانون الألماني، إلا أن المدعي (الشركة الأجنبية) لم تقدم براهين بوجود فروق بين

^(١)T. de la séinne 11 Decembre 1962, Clunet 1963, p.764, note B.G.

مشار إليه لدى: الكردي، جمال محمود. (٢٠٠٧). فنون تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي. القاهرة: مصر. بدون دار طبع. ص: ١٠١.

^(٢)Paris 26 janvier 1962, Clunet, 1963, p132.

مشار إليه لدى صادق، هشام علي (١٩٦٨). مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. منشأة المعارف، الإسكندرية: مصر، ص: ١٩٤.

القانون الألماني والقانون الفرنسي فيما يتعلق بطريقة التعويض، وعليه فإن القرار الصادر عن المحكمة الاستئنافية بقبول طلب التعويض استناداً إلى قانونها الوطني هو قرار سليم^(١).

قامت محكمة النقض الفرنسية في تطور جديد في ظل هذا الاتجاه، بالتمييز بين نوعين من الحقوق يتعلق الأول بالحقوق في مجال العقود التي تتيح للأطراف مجالاً للتصرف، أما الثاني فيتعلق بالحقوق التي لا تتيح لهم هذا التصرف كالأحوال الشخصية والأهلية وحالة الأشخاص، ففي الأولى ينبغي للخصم تقديم شهادة عرفية أو حتى إبراز دافع البحث عن القانون الأجنبي وفي حال عجز الخصم عن إثبات الاختلاف، يمكننا القول بأن هناك تشابهاً في محتوى القانونين (الأجنبي والوطني) بمعنى يؤديان إلى نتيجة واحدة وهي تطبيق القانون الوطني (قرينة تماثل)^(٢)، ففي قضية "أمير فورّد" لسنة ١٩٩٣ جاء ما يلي: "في الأحوال التي يكون للخصوم حق التصرف بقوانينهم يتوجب على الخصم الذي يزعم أن أعمال القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة تتأزّع القوانين يؤدي إلى نتيجة تختلف عن النتيجة الحاصلة في تطبيق القانون الفرنسي، يتوجب عليه إثبات وجود هذا الفرق وذلك عن طريق إثبات مضمون القانون الأجنبي المزعم وإن لم يفعل يطبق القانون الفرنسي بصفة احتياطية"^(٣)، أما الحقوق التي لا يملك الأفراد فيها حرية التصرف، فالقضاء الفرنسي ألزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه حتى ولو يتمسك الخصوم بتطبيقه وإثباته^(٤).

(١) تتلخص وقائع هذا النزاع حول عطل أصاب محرك سفينة تابعة لشركة C.M.N والتي قامت بتكليف من شركة S.A بعمل صيانة لمحرك السفينة، وقد طلبت هذه الأخيرة من شركة M.A.N محرك جديد وبالفعل تم تشغيل هذا المحرك الجديد عن طريق شركة B.M.E وعقب مرور عدة أشهر حدث عطل جديد في المحرك، وقد كشفت المعاينة عن وجود عيوب خفية في هذا المحرك الأمر الذي دفع شركة C.M.N مالكة السفينة وكذلك شركة C.M.A مستأجرة السفينة برفع دعوى تعويض ضد شركتي B.M.E و M.A.N كما تم إدخال شركة S.M في دعوى التعويض على كضمان للشركتين السابقتين، ولكن اتضح أن شركة S.M تتم تصفيته قضائياً، مما دفع شركتي B.M.E و M.A.N إلى طلب إدخال السنديك في الدعوى.

Cass.ch.com. 14 fevrier et 14 juin 1983, Rev, interact Dr. Prive., 1984. P.119.

راجع: قيس الحجة، بشار. (٢٠٢٠). إثبات القانون الأجنبي ووضعه أمام قضاء الموضوع -دراسة مقارنة-. ط:١. مصر. دار الجامعة الجديدة. ص:٧٨.

(٢) Mayer, Pierre.(1998), **op.cit.** P189.

(٣) Cass. 16 November, 1933, Bull. N405.

منشور على الرابط التالي:

www.courdecassation.fr

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٧/١٧.

(٤) Cass. 1er ch.civ.,10 December 1991,Rev. Crit. Dr.internat.prive.81.1992, p323.

وفي المعنى نفسه: انظر الحكم الصادر عن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في الأول من يوليو ١٩٩٧ والذي جاء فيه "إن تطبيق القانون الأجنبي الخاص بمعالجة الحقوق التي لا يملك الخصوم التصرف بها، يوجب على القاضي الفرنسي البحث عن مضمون هذا القانون"، منشور على الرابط التالي:

www.courdecassation.fr

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/٢٥.

الاتجاه الثاني: إلقاء عبء الإثبات على كاهل الطرف المدعي بالحق

فالقانون الأجنبي هو أحد عناصر الحق المدعى به الناشئ خارج الأرض الفرنسية من ناحية إثباته الذي يقع على عاتق مدعي الحق، حتى في حال طالب الخصم الآخر بتطبيقه^(١).

ميّز جانب من الفقه بين حالتين عند عجز الخصم مدعي الحق عن إثبات القانون الأجنبي:

تتعلق الأولى بنية المدعي، فإذا كان حسن النية يُطبق القانون الفرنسي^(٢)، وفي حال عدم القدرة على تطبيق الأخير كما لو تعلقت المسألة بأحوال شخصية في الدول متعددة الشرائع فهنا يكون من الأنسب تطبيق القانون الأقرب للعلاقة عوضاً عن القانون الأجنبي واجب التطبيق^(٣)، أمّا في حالة تقاعس الخصم مدعي الحق وإهماله هذا الإثبات يكون لزاماً على القاضي أن يرد طلبه ولو انطوى ذلك على حرمانه من تطبيق قانون القاضي الذي يتوافق مع مصالح المدعي في الدعوى^(٤).

الاتجاه الثالث: يلقي عبء الإثبات على كاهل الطرف الذي يتمسك بأحكامه سواء أكان مدعي أم مدعى عليه^(٥).

في حكم لمحكمة النقض لسنة ١٩٩٥ انتهى القضاء الفرنسي في مجموعه إلى انه إذا كان القانون الأجنبي يعامل معاملة الوقائع، فإن أول نتيجة هي أن عبء إثباته يقع على عاتق الخصوم^(٦).

(١) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية. الإسكندرية: مصر. دار المطبوعات الجامعية. ص: ٣٤٨.
من تلك الأحكام راجع:

Cass. Civ. 25 Mai 1948, Rev. Crit , 1949, p. 89, note BATIFFOL, Dalloz, 1948, p.357
منشور على الرابط التالي: www.aun.edu.eg

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/١٢

(٢) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٣٤٨-٣٤٩.

(٣) بديع منصور، سامي. (١٩٩٤). الوسيط في القانون الدولي الخاص. ط: ١. بيروت: دار العلوم العربية. ص ٦٧٧.

(٤) Mayer (Pierre). (1998). Droit International Privé, 6 édition, Paris.p177-178.

(٥) من تلك الأحكام:

- Cass. Civ. 26 Juin 1882, Sirey, 1882, Tome I, p.346.
- Cass. Civ. 16 Mai 1888, Sirey 1891, Tome I, p. 509.

منشور على الرابط التالي: www.aun.edu.eg
تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/١١

(٦) من تلك الأحكام راجع:

- Cass. Civ., 26 Avril 1950, Rev. Crit, 1950, p. 429, note LEREBOURS pigeomiére, Dalloz, 1950, p. 361, note LENOAN

منشور على الرابط التالي: www.aun.edu.eg

تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٧/١٣

وتسير غالبية الأحكام الصادرة عن المحاكم الفرنسية إلى تحميل الخصم عبء إثبات القانون الأجنبي الذي يتمسك بأحكامه^(١).

شبه الفقيه "باتيفول" القانون الأجنبي في ظل هذا الاتجاه بالوقائع العامة التي تكون مشهورة وفي متناول العامة^(٢)، والتي تكون محلاً للإثبات إذا كانت أساس حكم القاضي^(٣)، لكنه تشبيهه مع فارق، فالقانون الأجنبي رغم أنه يعد عنصراً واقعياً لكن هذا التطبيق لا يعد من قبيل العلم الشخصي للقاضي الذي يتعلق بوقائع الدعوى، في حين أن الوقائع العامة التي لا تشكل أساس لحكم القاضي فقد اصطلح على تسميتها في هذه الحالة بالخبرات العامة^(٤)، وهنا يجوز للقاضي تطبيق القانون الأجنبي من قبيل العلم الشخصي.

توقع الفقهاء الفرنسيون التزام محاكم بلادهم بتطبيق القانون الأجنبي ودون طلب الخصوم إذا كانت قاعدة التنازع الفرنسية تشير إلى تطبيقه، وإذا كانت المحاكم تعلم بمضمونه وكان من القوانين دأعة الصيت مثل "إباحة لعب القمار في إمارة موناكو"، إذ في هذه الحالة سوف تنتفي العوائق العملية التي تحول دون تطبيقه^(٥)، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قلبت التوقعات وتذرعت بالنظام العام إذ قررت أن القاضي حتى لو كان يعلم مضمون القانون الأجنبي فإن ذلك لا يؤثر على التزامه بتطبيقه من تلقاء نفسه، فقواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبية^(٥).

بدأ القضاء الفرنسي بتحميل القاضي مهمة البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإن لم يكن بصورة مطلقة، مساعراً في ذلك الفقه الحديث، فقد أصدرت كل من الدائرة المدنية والدائرة التجارية حكماًين متوافقين جاء فيهما "بينما يقع على عاتق القاضي الفرنسي والذي يعترف بقابلية قانون أجنبي للتطبيق أن يبحث من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصم الذي يحتج به عن مضمون هذا القانون مستعيناً في ذلك بالخصوم أنفسهم وبصورة شخصية متى كان هناك محلاً لذلك، وذلك في سبيل إعطاء حل للنزاع يوافق القانون الوضعي الأجنبي"^(٦).

^(١) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). **Droit international privé** tome I, L.G.D.J, Paris, septième édition . p333.

^(٢) صادق، هشام علي (١٩٦٨). **مرجع سابق**، ص ٢٢٣ وما بعدها.

^(٣) الوكيل، شمي الدين. (١٩٦٤). **دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره**. ط: ١. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: ١١٠، إذ يرى في هذا الخصوص بأن تلك التفرقة بشأن الوقائع غير موجودة في نظرية الإثبات، فليس للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي عن الوقائع سواء كانت عامة أم خاصة أم وقائع مشهورة أم مجهورة.

^(٤) عبد المنعم رياض، فؤاد، ورشد، سامية. (١٩٧٩) **الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي**

النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري، القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص ٩٨-٩٩.

^(٥) حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢/٥/١٩٥٩ أشار إليه لدى محمد، أشرف وفاء. (٢٠١٧). **تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني (دراسة مقارنة)**. عدد: ٧٠. ص: ١٣٧-١٧٧. ص: ١٧١. جامعة السلطان قابوس. مجلة الشريعة والقانون.

^(٦) Cass. Civ. 1er ch., 28 Juin 2005, Bull. No 289, Cass.Com., 28 Juin 2005, Bull no138

طورت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية قضائها في مجال الحقوق القابلة للتصرف فيها، وبالتحديد بين عامي ٢٠٠٢ و ٢٠٠٣ بحيث يمكن تلخيص حكمها في الآتي: "ففيما يتعلق بالحقوق القابلة للتصرف لا يقع على القاضي الفرنسي الالتزام بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، وبالتالي لا مندوحة من الرجوع إلى الخصوم للاحتجاج بالقانون الأجنبي المتعلق بالمسألة موضوع النزاع" Civ; 1,,28 Janvier 2003, Bull. No23=

وقد استمرت محكمة النقض بالتمييز بين الحقوق القابلة وغير القابلة للتصرف، فقضت في أعوام ٢٠١٤-٢٠٠٩-٢٠١٠ أن القاضي الفرنسي فيما يخص الحقوق غير القابلة للتصرف فيها ملزم بإعمال قاعدة الإسناد والبحث عن القانون الذي تحدده هذه القاعدة وهو ذات الموقف الذي استمرت عليه المحكمة عام ٢٠١٧ بشأن قضية نسب طفل لزوج من الجنسية المغربية^(١).

الفرع الثاني: الموقف المصري.

وفي مصر، خلا التشريع المصري الحالي من نص يتعلق بعبء الإثبات على الرغم المناقشات التي دارت حوله في المشروع التمهيدي للقانون المدني لكن لم يتم اعتماده في القانون المدني الحالي^(٢).

أما عن موقف القضاء المصري فهو يؤيد الاتجاه القائل بالطبيعة الواقعية للقانون الأجنبي أي اعتبار القانون الأجنبي إحدى وقائع الدعوى يتعين على الخصوم إثباتها.

ومن ذلك "... ومتى كان ما تقدم وكان من المقرر قانوناً أن القانون الواجب التطبيق بالنسبة لنفقة الصغير هو قانون المدين بها، أي القانون السعودي. وكان من المقرر أن الاستناد إلى القانون الأجنبي واقعة مادية يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها..."^(٣)، كذلك الحكم "... ومقتضاه سريان القانون السوري على نفقة الصغيرين باعتبار أن المدعى عليه سوري الجنسية إلا أنه نظراً لتعذر تقديم صورة رسمية من القانون السوري أو إثباته باعتباره في حكم الواقعة تبعاً للأوضاع السياسية السائدة بين مصر وسوريا..."^(٤).

لكن حصل تطور بارز في موقف محكمة النقض حيث بررت في إحدى قراراتها "أن العوائق والصعوبات العملية المتعلقة بعجز القاضي عن الاطلاع والإلمام بجميع القوانين الأجنبية"، ولكنها سمحت في الوقت نفسه

= على أن احتجاج الخصم بالقانون الأجنبي يفرض على القاضي أن يبادر بالبحث عما إذا كان للقانون الأجنبي وجود بالفعل في المسألة موضوع النزاع وذلك من خلال قاعدة الإسناد، وفي هذه الحالة يبحث عن مضمون القانون الأجنبي بغية تطبيقه على المسألة موضوع النزاع. Civ; 1, 18 September 2002, 13 November 2003.

هذه الأحكام منشورة على الرابط التالي:

www.courdecassation.com

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٥/١١.

^(١) الضمور، عبدالله. (٢٠١٩). المركز الإجرائي للقانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص على ضوء مبدأ التصرف بالدعوى وملكيته - دراسة مقارنة. مج: ٤٦. عدد: ٢. ص: ٥٧١-٦٠٣. مجلة علوم الشريعة والقانون.

^(٢) كان النص على الشكل الآتي: "في كل الأحوال التي يتم التقرير فيها أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي، يتم تطبيق القانون المصري إذا ما تعذر إثبات القانون الأجنبي" مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ص ٣١٤ وما بعدها، مشار إليه لدى هارون، باسم محمد فتحي. (٢٠١٥). مرجع سابق، ص ٨٦.

^(٣) حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية بجلسته ١٩٨٥/١١/٣ في القضية رقم ١ لسنة ١٩٨٣ أحوال أجانب.

^(٤) الحكم الصادر من ذات المحكمة بجلسته ١٩٨٦/١١/٣٠م في القضية رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ أحوال أجانب مسلمين، راجع في تفاصيل هذه الأحكام وغيرها، خالد، هشام. (٢٠٠٠). إثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص. الإسكندرية: مصر. دار الفكر الجامعية ص ١٥ وما بعدها.

للقاضي المصري بإثبات وتطبيق القانون الأجنبي إذا كان عالمًا بمضمونه أما إذا كان جاهلاً بهذا المضمون فيتم تكليف الخصوم عندئذ بهذا الإثبات^(١).

انشطر الفقهاء المصريون إلى رأيين: فبينما ذهب الرأي الأول -وهم أقلية- إلى اعتبار أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو حق للقاضي والتزام على الخصوم، بينما أيد الرأي الثاني -وهم الفقه الغالب- إلزام القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وسنفصل في ذلك على النحو التالي:

١- إثبات القانون الأجنبي حق للقاضي والتزام على عاتق الخصوم: على الرغم من أن هذا الرأي يعد القانون الأجنبي عنصراً من عناصر الواقع المكلف الخصوم بإثباتها إلا أنه سمح في الوقت ذاته للقاضي الوطني سلطة تقديرية في إثبات وتطبيق القانون الأجنبي وذلك لاعتباره القانون الأجنبي من قبيل الوقائع العامة التي تكون في متناول وعلم العامة التي يمكن أن يبحث عنها القاضي الوطني من تلقاء ذاته^(٢).

٢- إثبات القانون الأجنبي واجب القاضي: على الرغم من ذهاب غالبية الفقهاء إلى تكليف القاضي بمهمة إثبات القانون الأجنبي، إلا أنهم اختلفوا حول أساس ذلك الالتزام وطبيعته في الآراء التالية:

يرى البعض أن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة^(٣)، فيما يرى البعض الآخر أن التزام القاضي في هذا الخصوص لا يتعدى كونه التزاماً بوسيلة أو ببذل عناية^(٤)، يذهب البعض إلى أن هذا الالتزام يقوم على أساس علمه بالقانون (مبدأ المحكمة تعرف القانون) وطنياً كان أم أجنبياً^(٥).

استجابت محكمة النقض المصرية للاتجاهات الفقهية الحديثة في شأن إثبات مضمون القانون الأجنبي، وبعد تردد القضاء بين الشدة والتخفيف انتهى في حكم صادر عنه في ٦ فبراير ١٩٨٤^(٦) إلى اعتبار "القانون الأجنبي قانوناً يكلف القاضي الوطني بإثباته"، فأقر ولأول مرة في هذا الحكم بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، لكنه أقر أيضاً بأجنبيته وبصعوبة افتراض علم القاضي المصري بمضمونه لأنه قانون غريب عنه، لذلك فقد ألزمت محكمة النقض المصرية القاضي من تلقاء نفسه بإثبات هذا القانون إذا كان يعلم بمضمونه،

(١) نقض مدني في الطعن رقم ٢٣١٧ بجلسته ١٩٩٦/٢/٨، مشار إليه لدى باسم محمد فتحي. (٢٠١٥، أيار). مرجع سابق، الموضع نفسه.
(٢) جميعي، عبد الباسط. (١٩٥٣). نظام الإثبات في القانون المصري. ط: ١. القاهرة: مصر. ص: ٧٦ وما بعدها، مشار إليه لدى قيس الحبية، بشار. (٢٠٢٠). مرجع سابق. ص: ١٧٢.
(٣) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق. ص: ٢٦٥.
(٤) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). القانون الدولي الخاص. ط: ٢. الإسكندرية: مصر. مؤسسة الثقافة الجامعية. ص: ٤٨٦-٤٨٧.
(٥) عبد الرحمن، جابر جاد. (١٩٦٩). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص: ١٢٦.
(٦) بعد صدور هذا الحكم استقرت الأحكام المصرية على هذا الاتجاه، فقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للمسلمين غير المصريين في القضية رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ بتاريخ ١٩٨٤/٩/٢٠) بتطبيق القانون النمساوي على أهلية الزوجة للزواج باعتباره القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد، وجاء في حيثيات القرار ".....وحيث إن القانون النمساوي المتعين تطبيقه معلوم لهذه المحكمة....."، حسام، أحمد شعبان. معاملة القانون الأجنبي أمام القاضي البحريني" دراسة مقارنة في ضوء التوجهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص. ص: ٢٤٢-١٨٩. ص: ٢٢٠. البحرين. جامعة المملكة.

لكن إذا لم يكن يعلمه فيقع على عاتق الخصوم مهمة كشف مضمونه للقاضي، كما يلتزم هذا الأخير ببذل العناية اللازمة للكشف عن مضمون هذا القانون.

وعليه، يكون علم القاضي بالقانون الأجنبي مفترضاً - في حالتين^(١):

- **الحالة الأولى:** إذا كان القانون الأجنبي من القوانين المعروفة لدى القاضي التي استقت أحكامه من القانون المصري ذاته (مثل بعض القوانين العربية كالقانون السوري والقانون العراقي مثلاً).
- **الحالة الثانية:** إذا كان القانون الأجنبي من القوانين التي استقى القاضي الوطني أحكامه منها (مثل القانون الفرنسي أو البلجيكي)، أما إذا كان القانون الأجنبي غريباً عن القاضي فإن عبء إثباته يقع على عاتق الخصوم ليس لأن هذا القانون الأجنبي يعتبر واقعة وإنما لصعوبة التعرف عليه وتكليف القاضي الخصوم بتقديم مضمون القانون الأجنبي هو إذعان لأمر المشرع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية

الفرع الثالث: الموقف السوري

خلا التشريع السوري على غرار نظيره المصري من أي نص يبين مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ويحدد كيفية إعماله، لكن محكمة النقض السورية استقرت على معاملته معاملة الوقائع وعبرت عن ذلك بصورة صريحة في قرار لها رقم ٥ لعام ١٩٧٩ بالدعوى أساس ٥٣٠ والذي جاء فيه: "ليس للقاضي الوطني أن يطبق قانوناً أجنبياً على واقعة الدعوى دون طلب من أحد أطرافها وإثباته وجوب تطبيق القانون الأجنبي وإبرازه نصه الواجب التطبيق"^(٢).

تواترت **محكمة النقض السورية** لتؤكد موقفها من القانون الأجنبي حيث جاء في قرارها المؤرخ في ٢٧/١٠/١٩٨٢ "إن التثبت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك، فليس على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل يجب على الخصوم أنفسهم التمسك به ويقع عليهم عبء إثباته شأنه في ذلك شأن أية واقعة يدعيها أحد الخصوم وينكرها الآخر لأن قاعدة (لا يعذر أحد في الجهل بالقانون) هي قاعدة لا تنطبق إلا على القانون الوطني. فليس في استطاعة القاضي الإلمام بكل القوانين الأجنبية حتى يطبقها من تلقاء نفسه، كما أن وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعد الصحيحة في القانون الوطني وتثبيت القضاء الوطني بشأنها ولا رقابة على تطبيق القوانين الأجنبية"^(٣).

(١) الكردي، جمال محمود. (٢٠٠٧). مرجع سابق. ص ١٨٢.

(٢) محكمة النقض، الدوائر المدنية، مجلة المحامون العددان ٤ و ٥، ١٩٧٩.

(٣) محكمة النقض السورية (الغرفة الرابعة) القضية رقم ١٦٤٢، لعام ١٩٨٢، قرار رقم ٢٠٠٨، مشار إليه ديب، فؤاد. (٢٠١٠). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. منشورات جامعة دمشق. ص: ١٢٨.

بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٨، جددت محكمة النقض موقفها صراحةً من طبيعة القانون الأجنبي، حيث جاء في قرار لها "ليس على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وعلى الخصوم التمسك به، كما يقع عليهم عبء إثباته، ولا يجوز إثباته لأول مرة أمام محكمة النقض"^(١).

ترى د. وفاء فلحوط أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية وصفته الأجنبية ولا يمكن بحال من الأحوال أن يعامل معاملة الوقائع، لما يتضمنه ذلك من مخالفة صارخة للمنطق القانوني السليم خصوصاً في ظل وجود مجموعة من الوسائل والطرق التي تيسر للقاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي كالطرق الدبلوماسية والاتفاقيات الدولية وغيرها من الوسائل المتوفرة، وأن عدم منح الاختصاص لمحكمة النقض في ممارسة دورها الرقابي عند الخطأ في تطبيقه هو قول مردود عليه لما ينطوي عليه من مخالفة لقاعدة الإسناد السورية^(٢).

ومن جانب آخر نجد أن القضاء السوري أكد على أن قواعد الإسناد ليست من النظام العام عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي وإنه يعود للخصوم إثارتها^(٣).

وعلى ضوء ما سبق، يخالف الباحث اجتهاد محكمة النقض السورية الموقرة إلى تقريره، وذلك عندما لا تعتد بالصفة الملزمة لقواعد الإسناد مخرجة إياها من النظام ومعلقة تطبيق ما تملي به من أعمال لقانون أجنبي على محض طلب الخصوم تأسيساً على أن الأصل هو تطبيق القانون الوطني، ويرد تطبيق القانون الأجنبي على سبيل الاستثناء، بل تغالي محكمة النقض السورية في موقفها لدرجة اعتبار قواعد الإسناد من قبيل القواعد التكميلية وكأنها ملك للخصم صاحب المصلحة في التطبيق، فضلاً عن ذلك فذات المحكمة لا تسمح للمحاكم الوطنية بإعمال القواعد المذكورة إلا بطلب من الخصم دون أن تترك للمحاكم باباً للاختيار^(٤).

وواقع الأمر، أن تبني موقف قضاء النقض لدينا يخالف الغاية التي يهدف إليها المشرع في تقريره لقواعد الإسناد، وفي دور هذه القواعد في حد ذاتها في صهر القوانين والنصوص الأجنبية في بوتقة النظام القانوني والحقوق للدولة في حالة وجوب العمل بما تنص عليه، وعلى هذا الأساس، فلقواعد الإسناد صفة ملزمة ويتعين

(١) سجلات محكمة النقض السورية ٢٠٠٨، مشار إليه لدى د. فلحوط، وفاء. (٢٠٢٢). القوة الملزمة لقواعد الإسناد وطبيعة القانون الأجنبي المسند إليه في إطار المنهج التنازعي في العلاقات الدولية الخاصة. مج: ٢. عدد: ١. ص: ٢٢٦-٢٥٤. ص ٢٤٨. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية.

(٢) فلحوط، وفاء. (٢٠٢٢). المرجع السابق، ص ٢٤٩.

(٣) قرار رقم ٣٤ بتاريخ ١٩٩٩/١١/٣٠.

(٤) للبحث في مذاهب النظم القانونية المختلفة للدول من هذه المسألة، راجع د. ديب، فؤاد. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٦٢ وما بعدها، أما بالنسبة لموقف القضاء السوري فنجد في قرارين، نقض سوري_ الغرفة الثالثة_ قرار ٥ أساس مدني ٥٣٠ لعام ١٩٧٩ تاريخ ١٩٧٩/٧/١٧، ونقض سوري_ الغرفة الثانية_ قرار ١٦٢ أساس مدني ٧٢٢ لعام ١٩٨٠ تاريخ ١٩٨١/٢/١ والقرارات المشار إليهما في المرجع المذكور.

بالتالي على القاضي الوطني العمل بمقتضاها عند اللزوم ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض لكونها من القواعد الآمرة ومن النظام العام وذلك لعدة أسباب^(٥):

- من الصفات التي تمتاز بها قواعد الإسناد السورية الصفة الثنائية ، أي أنها تشير إما إلى أعمال نصوص القانون الوطني وإما إلى أعمال نصوص القانون الأجنبي، وهذا هو الهدف الأساسي الذي رُمي إليه المشرع عند تقريره هذه القواعد مستنداً في ذلك إلى اعتبارات سياسية وقانونية وسيادة الدولة على إقليمها فضلاً عن مراعاة العلاقات الدولية والمصالح المشتركة وضمان استقرار التعامل بين الأفراد عندما يحتوي هذا التعامل على عنصر أجنبي.
- إن تقرير قواعد الإسناد يستند إلى رغبة المشرع السوري في اختيار أفضل القوانين الملائمة لحل النزاع، ويعبر عن فكرة وطنية خاصة بالدولة ومرتبطة بسيادتها التشريعية، وبالتالي فالقاضي الوطني في معرض أعماله لهذه القواعد يراعي -وقبل كل شيء- مصالح دولته السياسية العليا أي أنها ترتبط بمفهوم النظام العام ككل.
- من باب الصياغة الشكلية وخلال استعراض حرفي لنصوص الألفاظ التي استعملها المشرع في صياغته لقواعد الإسناد، نجده قد استعمل ألفاظاً لا تدل على شرط أو فسخ المجال للخصوم بإمكانية التمسك بها أو التخلي عنها، فصيغة (يسري، تخضع) تدل على أن المشرع أراد تطبيق هذه القواعد على وجه الإلزام والأمر، بناء على ذلك واعتماداً على صفة القواعد المذكورة الثنائية الجانب وطريقة الصياغة الآمرة وكونها تعبيراً عن فلسفة خاصة بالمشرع، فإن مجمل ذلك لا يبقي أي مجال للتمييز بين نص أجنبي ونص وطني، الأمر الذي يوجب إخضاع تطبيق قواعد الإسناد وتأويلها لرقابة محكمة النقض في ذلك.

(٥) ديب، فؤاد. (٢٠١٠). المرجع المذكور، ص ٦٨.

المطلب الثاني

موقف الأنظمة القانونية الأنجلوسكسونية والجرمانية من إثبات القانون الأجنبي

استدعى المنهاج المقارن وبغية إبراز نقاط التشابه والاختلاف مع المطلب الأول (الأنظمة القانونية اللاتينية) التطرق في هذا المطلب إلى الموقف الإنجليزي (الفرع الأول)، والموقف الأمريكي (الفرع الثاني)، وأخيراً الموقف الألماني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الموقف الإنجليزي

لا يُلزم القانون الإنجليزي القاضي الإنجليزي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ولا يلزمه بالبحث عن مضمونه وإثبات أحكامه، ولا يُلزم الخصوم في ذات الوقت بذلك، ولا يفرض التزاماً على القاضي بالامتناع عن تطبيقه من تلقاء نفسه، وإنما توجد في هذا القضاء الحيلة القانونية السابق الإشارة إليها التي تفترض تطابق أحكام القانون الأجنبي مع القانون الإنجليزي، فالقاضي لا يطبق قاعدة الإسناد من الناحية العملية، ولكنه سيطبق القواعد الموضوعية في قانونه على كل المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي، وذلك إذا لم يفلح الخصوم في التوصل إلى مضمون ذلك القانون الأجنبي وإثبات أن أحكامه تختلف عن أحكام القانون الإنجليزي^(١).

فالنظام الإنجليزي وإن كان يُلزم القاضي من الناحية النظرية بتطبيق قاعدة الإسناد، إلا أنه من الناحية العملية يفترض أن القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة مطابق لمضمون القانون الإنجليزي، وقد رتب القضاء الإنجليزي على ذلك نتيجة مفادها أن الخصوم يجوز لهم في مجال عبء الإثبات أن يثيروا مسألة تطبيق القانون الإنجليزي ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا في إنجلترا باعتبار أن تلك المحكمة تنظر في الوقائع ولا شأن لها بمسألة الرقابة على تطبيق القوانين على عكس ما هو معروف في أغلب النظم القانونية الأخرى، فالمحكمة العليا في إنجلترا هي محكمة درجة ثالثة من درجات التقاضي.

استقر القضاء الإنجليزي منذ عام ١٧١٨ على قاعدة عامة تقضي بأن القانون الأجنبي هو مسألة من

مسائل الواقع يتعين على الخصوم التمسك بها وإثباتها للقاضي، وقد تجلّى هذا الاتجاه في قضية **Nelson V. Warner Brothers Inc** والتي امتنعت المحكمة الإنجليزية فيها عن تطبيق القانون الأمريكي وهو القانون

(١) راجع في ذلك:

- CHECHIRE, Private international law, 6ème édition, Ouxford, p.131. =

- = WESTLAKE: La doctrine anglaise en matéré de droit international privé, Clunet, 1882, p. 23.

مشار إليهما لدى عثمان محمد عثمان، ناصر. (٢٠١٩). مرجع سابق، ص ٤٢٤.

واجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد الإنجليزية بحجة عدم تمسك أي من أطراف الدعوى بتطبيقه وطبقت القانون الإنجليزي مباشرة، وقد علل الفقه الإنجليزي مسلك هذا القضاء على أساس أن الخصم الذي يريد أن ترتبط دعواه بالقانون الأجنبي أن يتمسك به مثلما يتمسك بأي واقعة يعتمد عليها وصولاً لإثبات أو نفي الحق المدعى به وإن لم يفعل ذلك طبق القانون الإنجليزي مباشرة كما لو كانت القضية وطنية بحتة^(١).

فالقاضي الإنجليزي لا يفترض علمه بالوقائع، وبما أن القانون الأجنبي واقعة مادية، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق من يتمسك به مدعياً أن أحكام قانونه تختلف عن القانون الإنجليزي على أساس قاعدة احتياطية افتراضية مفادها وجود تماثل في القواعد المادية بين القانون الأجنبي والقانون الإنجليزي فإذا تمسك أحد الخصوم بتطبيق قانونه، وجب عليه إثبات أن مضمونه يختلف عن قواعد القانون الإنجليزي، فإذا اختلف طبق هذا الأخير^(٢).

استطاع القضاء الإنجليزي بلوغ هذا الهدف عن طريق قضية De Reneville V. De Reneville^(٣)، حيث قضت المحكمة بأنه: "يتعين الفصل وفقاً لقاعدة الإسناد الإنجليزية بتطبيق القانون الفرنسي، هذا الأخير وفي غياب دليل عكسي يفترض أنه مماثل في مضمونه للقانون الإنجليزي".

مسلك القضاء السابق هو محاولة للتوفيق بين مبدئين: الأول، هو الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد الوطنية، والثاني هو تكليف الخصم صاحب المصلحة بإثبات القانون الأجنبي.

لم يجر المبدأ على إطلاقه، بل هناك العديد من الاستثناءات على اعتبار القانون الأجنبي واقعة، لعل أبرزها:

□ للقاضي الإنجليزي سلطة تقديرية في تقييم الأدلة التي تتعلق بمضمون القانون الأجنبي، ويظهر ذلك عندما يدلي الشاهد برأيه شفاهاً في إثبات القانون الأجنبي فترجع المحكمة لتوثيق رأيه إلى مجاميع وأحكام ومؤلفات، كما يظهر أيضاً عندما يتعارض ما يُدلي به شاهدا الطرفين فإن على المحكمة عندئذ أن تضع تفسيرها الخاص للقانون الأجنبي في ضوء الأدلة المقدمة^(٤)، وقد تأكد ذلك في الفقرة (١) من المادة (٢١٠) إذ نصت على ما يلي: "عندما يتم تطبيق قانون أجنبي في أية قضية، فإن هذا القانون يجب أن يقدم إلى

^(١) DAVID, Cyrille. (1965). La loi étranger devant le juge du front librairie, Dalloz, P2٨.

^(٢) البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). الجامع في القانون الدولي الخاص. ط: ١. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٢٠٢.

^(٣) تدور وقائع هذه القضية حول زواج إنجليزي وفرنسية واختيارهما فرنسا موطن للزوجية، إلا أن هذا الزواج لم يستمر، إذ رفعت الزوجة الفرنسية دعوى تفريق ضد زوجها أمام القضاء الإنجليزي مدعية أن هذا الزواج باطل تأسيساً على عدم قدرة الزوج (Impuissance) بالإضافة إلى عدم قدرته على الإنفاق عليها، انظر:

DAVID, Cyrille. (1965). op.cit, p29.

^(٤) Yassen, Mostafa. Kamal. (1962). Problèmes relatif al application du droit étranger, Recueil des cours de L'Académie de droit international, Tome2, p171.

المحكمة ويتم إثباته كحقيقة وحسب قناعة قاضي الموضوع عن طريق الخبرة في الشهادة وأحياناً وفق وسائل أخرى معينة^(٥).

□ جعل المشرع في القانون الصادر عام ١٩٢٥ والخاص بالمحكمة العليا الإنجليزية النظر في مسائل القانون الأجنبي من اختصاص القاضي ولم يتركها للمحلفين على الرغم من أن اختصاص المحلفين بموجب القانون الصادر سنة ١٩٢٠ يشمل جميع المسائل المتعلقة بالواقع^(١)، وقد بارك الفقه هذا التعديل التشريعي واعتبره خطوة إيجابية نحو إسباغ وصف القانون على القانون الأجنبي^(٢).

□ عندما يكون حكم القانون الأجنبي من الأمور الدائنة الصيت والتي يعرفها عامة الناس، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بعلمه الشخصي ولا يلزم الخصوم بإثبات هذا المضمون^(٣)، ومن ذلك ما جاء في حكم لإحدى المحاكم الإنجليزية سنة ١٩٠٩ "أن قانون إمارة موناكو أباح لعب القمار على الرغم من أن الخصوم لم يقدموا الدليل على ذلك تأسيساً على أن هذه الأمور لا يجهلها الناس عادةً"^(٤).

□ يحصل مجلس اللوردات على قرينة التماثل والتي لا تحتاج بعدها إلى إثبات جديد وذلك عندما تنظر محكمة الاستئناف في دعاوى من عدة نظم قانونية مختلفة مثل المحاكم الاسكتلندية أو الأيرلندية^(٥).

□ يعمل القاضي الإنجليزي عند تفسيره للقوانين الأجنبية على الاستعانة بالاتجاهات القضائية السائدة في دول القانون الأجنبي لاسيما ما تقضي به المحاكم العليا في الدول الأجنبية.

□ عد قانون الإثبات المدني الصادر عام ١٩٧٢ نتائج التحقيقات المتعلقة بمسائل القانون الأجنبي مقبولة في دعاوى لاحقة حتى يثبت العكس، سواء كانت هذه الدعاوى مرفوعة أمام محكمة التاج أو المحكمة العليا أو اللجنة القضائية بالمجلس الخاص^(٦).

□ عندما يكون المصدر التاريخي للقانون الأجنبي واجب التطبيق هو القانون الإنجليزي كما في الولايات المتحدة الأمريكية في بداياتها أو نيوزيلندا أو أستراليا أو كندا أو أيرلندا، فإن المحكمة تحصل على قرينة لا تحتاج إلى إثبات^(٧).

(٥) عبد الكريم حافظ عرموش، ممدوح. (١٩٩٨). القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول في تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. ط: ١. الأردن. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ص. ٢٣٤.

(١) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). القانون الدولي الخاص. ط: ٢. الإسكندرية: مصر. مؤسسة الثقافة الجامعية. ص: ٤٢.

(٢) الوكيل، شمي الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق. ص: ١١.

(٣) علي سليمان، علي. (٢٠٠٥). مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية. ص: ١٨٣.

(٤) الحكم الصادر سنة ١٩٠٩ في قضية Saxby V. Fulton، مشار إليه لدى عبد المنعم رياض، فؤاد، وراشد، سامية. (١٩٧٩). مرجع سابق. ص: ٩٠.

(٥) عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥). القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية). عمان. دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص: ٢٣٥.

(٦) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). الأصول في التنازع الدولي للقوانين. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص: ٥١٣.

(٧) يُذكر أن تلك الدول كانت مستعمرات للمملكة البريطانية المتحدة فيما مضى، وكانت لا تملك أي أنظمة قانونية، وعندما جاءها المستوطنون جلبوا معهم القانون العام الإنجليزي ليصبح هو القانون السائد في تلك المستعمرات، وبذلك أصبح بالنتيجة إن النظام القانوني السائد في تلك المستعمرات جزء من النظام القانوني الإنجليزي ومن ثم يُفترض بالقاضي الإنجليزي العلم بتلك الأنظمة القانونية للمستعمرات ومن ثم يلتزم القاضي الإنجليزي بتطبيقها والبحث عن مضمونها، ضياء نوري الموسوي، حسنين. (٢٠٠٣). تفسير القانون الأجنبي: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بابل. العراق. ص: ١١٠ وما بعدها.

□ عندما ينص القانون الإنجليزي على ذلك، كديون النفقة الخاصة بالصغار أو الزوجة أو عندما يطلب الخصوم من المحكمة القيام بهذه المهمة وكان للمحكمة تعامل سابق مع هذا القانون الأجنبي أو استمعت إلى محام أجنبي في قضية شبيهة سابقاً^(٨).

الفرع الثاني: الموقف الأمريكي:

يقوم المنهج الأمريكي على المدرسة الأحادية التي لا تضع معياراً لتحديد القانون المختص بحكم النزاع، وإنما ترى أن القواعد المتنازعة لحكم النزاع سواء كانت أجنبية أم وطنية تحدد نطاق تطبيقها ذاتياً، وبالتالي على القاضي الأمريكي أن يحلل القوانين المتنازعة لحكم النزاع حتى يكشف عن نطاق تطبيقها الذاتي، ومن ثم يحدد القانون واجب التطبيق ويُعرف هذا المنهج بالمنهج الأحادي، ولعل قيام القاضي الأمريكي بتحليل القوانين الأجنبية لمعرفة نطاق تطبيقها هي مسألة تتوقف على قدرة القاضي الأمريكي على الإلمام بمضمون تلك القوانين، بل إنه في بعض الأحيان قد يُطلب منه أن يعلم التاريخ أو الحكمة من تلك القوانين وفقاً لرؤية المشرع الذي أصدرها، وذلك حتى يتمكن من الكشف عن نطاق تطبيقها وهو الأمر الذي يصعب كثيراً من مهمة القاضي الأمريكي وفقاً لما يرى الفقه هناك، على أن القاضي الأمريكي قد استقر على القيام بدوره كاملاً في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي المتعلق بالنزاع^(٩).

جرى إدخال القاعدة رقم (١/٤٤) إلى قواعد الإجراءات الفيدرالية، وبعد نفاذ هذه القواعد برزت عدة عوائق وتناقضات حول دور كلاً من القاضي والخصوم إزاء القانون الأجنبي، وفي ظل التطورات الحديثة أصبح القانون الأجنبي يعامل معاملة القانون وليس مجرد واقعة، وتملك المحكمة إزاءه سلطة واسعة في التمسك به وإثباته حتى ولو لم يقر الأطراف بالتمسك به ادعاءً أو دفاعاً، وأن لها -ودون إلزام- أن تجري بحثها المستقل للوصول إليه، مما يعني أن للمحاكم سلطة في تشكيل حكم التعامل والتعاطي مع القانون الأجنبي تماماً كسلطتها في تطبيق القانون الوطني، ومع ذلك فإن القواعد تلزم الخصم بإثبات أنه أشعر الطرف الآخر برغبته في التمسك بالقانون الأجنبي، وأن جزاء عدم الإشعار يؤدي إلى تطبيق القانون الوطني، مع تقرير أن للمحكمة صلاحية في تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها، وبالمجمل فإن النظام القانوني هناك يركز على نظام المواجهة في إطار كل من القانون والواقع ويمنح المحاكم المكلفة حل جميع المسائل المتعلقة بالقانون الأجنبي بشكل مستقل عن الوقائع ونية الأطراف ورغباتهم^(١٠).

(٨) عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥). مرجع سابق. الموضع نفسه.

(٩) حسام، أحمد شعبان. مرجع سابق. ص: ٣٢.

(١٠) Sass, Stephen(1981) , **Foreign Law in Federal Court**, 29 AM.J.COMP. Lp 97-98("Under Rule 44/1, foreign law is a mixture of fact and law . Indeed, foreign law is a tritium genus, a third category between fact and law".

فالمدعي الذي يعتزم الاعتماد على القانون الأجنبي قد يواجه صعوبات قد تؤدي إلى رد الطلب لعدم العلم بما يجب أن يضعه في طلباته ومذكراته من محتوى القانون الأجنبي، فضلاً عن وسائل إثباته. فهل يجب أن تتضمن المرافعة شهادة خبراء بشأن القانون الأجنبي أم البيانات الحرفية (أي نصوص القانون الأجنبي)، أم تقديم تحليل السوابق القضائية للقانون الأجنبي، أم شهادة من محام أجنبي؟ وحتى مع تقديمها وطول الإجراءات بشأنها فمن المتصور أن تكون هذه المعطيات والإثباتات للقانون الأجنبي غير مقبولة لأن المحكمة بالنتيجة هي المسؤولة عن البحث وعن تحديد القانون الأجنبي. ومع كل ذلك، فإن الفشل في التمسك بالقانون الأجنبي بشكل صحيح لا يؤدي بالضرورة إلى رد الدعوى ولكن قد يؤدي إلى تطبيق القانون الأمريكي^(١).

تضمن المادة (١/٤٤) إمكانية استعانة المحكمة بأي مواد أو مصادر بما فيها شهادة الخبرة، وحتى ولو لم يقدمها أي طرف في الدعوى، وحتى ولو لم تكن مقبولة وفقاً لقواعد الإثبات الفيدرالية، وأن يُعامل هذا التعاطي مع القانون الأجنبي معاملة القانون وليس الواقع كما كان يعامل سابقاً وفق قواعد الإثبات الفيدرالية^(٢).

اعتبرت المحاكم الأمريكية أن القانون الأجنبي مجرد واقعة، فكل طرف يرغب في التمسك بالقانون الأجنبي سواء في مرحلة الادعاء أو الدفاع عليه أن يثبت تماماً كغيره من الوقائع وأن المحاكم -وإن قامت بالبحث عن القانون الأجنبي- فهي لا تقوم به إلا بناء على طلب من الخصم، فليس لها أن تجري بحثاً مستقلاً للوصول إلى القانون الأجنبي، أو أن تتمسك به من تلقاء نفسها، وإن عجز الخصم عن إثبات القانون الأجنبي الذي تمسك به، فإن المحاكم كانت ترد الطلب وفقاً لمبدأ *Forum non conveniens*، وأحياناً آخر في التشدد بالبحث عن أحوال تطبيق القانون المحلي^(٣).

هذه الصعوبات القائمة أصلاً في مذهب المرافعة وإثبات القانون الأجنبي قد ازدادت بسبب تطبيق مبدأ "Plausibility" مؤخراً على جميع الدعاوى المدنية بموجب قرارين أخيرين أصدرتهما المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية "Ashcroft .v. Iqbal"، وقضية "Bell Atlantic Corp .v. Twombly"، فقد كان لهذا التغيير في معايير الترافع تأثيراً واسعاً على التقاضي المدني في الولايات المتحدة الأمريكية حيث تم إلغاء نظام الإشعار، ويمثل هذا الأمر أحد مجالات التأثير في قضايا القانون الدولي الخاص التي تعتمد على

(١) WILSON, Matthew.(2017). Demystifying the Determination of Foreign Law U.S Courts: Opening the door to a Great Global Understanding. p14.

(٢) SYMEONIDES, Symeon. (2010). Choice of law in American Courts in 2009: Twenty Third Annual survey. 58, J COPM. L.277(Spring). P15.

(٣) الحجية، بشار قيس. (٢٠٢٠). مرجع سابق. ص: ١٠٠.

المرافعة وإثبات القانون الأجنبي، وبموجب النظام الجديد يتعين على الأطراف أن لا يكتفوا بمجرد تقديم بيان "قصير موجز" للوقائع القانونية وفقاً للقانون الأجنبي، بل يجب على الخصم أن يبين بوضوح الوقائع والقوانين المحددة التي تسمح للمحكمة ببسط رقابتها في إطار المعقولة والإمكان لقبول الطلبات أو الدفاع، الأمر الذي قد يقوض استراتيجية الخصم ويجعلها تميل نحو التخلي عن الصفة الدولية للنزاع أو القبول بالتسوية^(١).

بالرغم من شيوع تطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الأمريكية الفيدرالية التي تختص غالباً بالنظر في الدعاوى التي تنطوي على تطبيقه، إلا أن الصعوبات التي تعترض إعماله وتطبيقه متعددة في هذا الشأن، فقد تلجأ المحاكم الأمريكية إلى رد الطلب في أحوال استحالة تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لمبدأ *Forum non conveniens* الذي أرست المحكمة العليا الأمريكية معاييرها في القضية الرائدة الشهيرة *Piper Aircraft Company v. Royno*^(٢).

القضاء الأمريكي وحتى عام ١٩٦٦ قد ذهب بنفس اتجاه القضاء الإنجليزي في بعض أحكامه والتي تقتض تطابق القانون الأجنبي واجب التطبيق مع القانون الأمريكي، وعلى الخصم المتمسك بالقانون الأجنبي إثبات هذا الاختلاف، وهذا ما أكدته بعض أحكام ولاية كاليفورنيا، حيث أن المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية كانت تقتض مطابقة القانون الأجنبي واجب التطبيق والصادر عن ولاية في الاتحاد لقانونها الداخلي وكان ذلك قبل عام ١٩٢٧، أما بعد هذا التاريخ فإن الوضع قد تغير، فالقانون الأمريكي في قاعدة جديدة صدرت عام ١٩٦٦ وعدلت في عام ١٩٧٥ ينظر إلى القانون الأجنبي بهذه الصفة أي انه قانون، فالمادة ١/٤٤ من القواعد الاتحادية لقانون الإجراءات المدنية تنص على أنه: "يجب على الطرف الذي ينوي المسك بدفاع متعلق بقانون بلد أجنبي أن يضمن ذلك مذكرة دفاعه أو أية مذكرة أخرى مكتوبة، ويجوز للمحكمة في تحديدها لمضمون القانون الأجنبي أن تتبع أي مادة أو مصدر ويضمنها الشهادة سواء أكانت مرفوعة من الأطراف أو تقبلها القواعد الاتحادية للإثبات، ويعامل تحديد المحكمة للقانون الأجنبي كمسألة من مسائل القانون"^(٣).

^(١)see *Mortimer Off Shore Servs., Ltd. V. Federal Republic of Germany*, 615 F, 3d97, 104-12 (2d Cir. 2010cert. denied, 131 S. Ct. 1502 (2001)). ص ٥٩٢. **مرجع سابق**.

^(٢) في الولايات المتحدة الأمريكية يُعمل بمبدأ المحكمة غير المناسبة أي أنه يُترك للمحكمة أمر تقرير ما إذا كانت هي المحكمة المناسبة أم لا. www.Supreme.justia.com/cases/federal/us/454/235/case. Date of visit 15/9/20٢٠.

^(٣) أقام المدعى عليه بصفته ممثلاً عن عقارات العديد من المواطنين والمقيمين في اسكتلندا الذين قتلوا في حادث تحطم طائرة في اسكتلندا أثناء رحلة مستأجرة، دعوى قضائية بالإعدام في محكمة ولاية بنسلفانيا ضد مقدمي الالتماسات، وهي الشركة التي صنعت الطائرة في ولاية بنسلفانيا، والشركة التي صنعت الطائرة في ولاية أوهايو، في وقت تحطم الطائرة، كانت الطائرة مسجلة في بريطانيا وكانت مملوكة ومدارة من قبل منظمة في المملكة المتحدة، وكان الطيار وجميع ورثة المتوفين وأقاربهم من الرعايا والمواطنين الاسكتلنديين، أجرت السلطات البريطانية التحقيق في الحادث، سعى المدعى عليه إلى استعادة حقوق الملتزمين على أساس الإهمال أو المسؤولية الصارمة (لا يعترف بها في القانون الاسكتلندي) وأقر بأن الدعوى رفعت في الولايات المتحدة الأمريكية لأن قوانينها المتعلقة بالمسؤولية والقدرة على التقاضي والأضرار هي أكثر ملاءمة لموقف المدعى عليه من تلك الموجودة في اسكتلندا، بناء على طلب الملتزمين تم رفع الدعوى إلى محكمة المقاطعة الفيدرالية في كاليفورنيا ثم تم تحويلها إلى محكمة مقاطعة الولايات المتحدة للمنطقة الوسطى من ولاية بنسلفانيا، رفضت محكمة المقاطعة الدعوى على أساس أنها غير مختصة.

⁽⁴⁾Sass, Stephen(1981) **Op. Cit**, P97.

وعليه، أصبح من السهولة الوقوف على مضمون قوانين الولايات الشقيقة وبذلك اقتصر الأمر على القوانين الأجنبية لا غيره^(١)، كما قررت المجموعة الأمريكية للقانون الدولي الخاص (Postatement) قاعدة أن من يتمسك بالقانون الأجنبي يتحمل عبء إثبات مضمونه (م ٦٢١)^(٢).

الفرع الثالث: الموقف الألماني

شبهه المشرع الألماني القانون الأجنبي بالقواعد العرفية في المادة (٢٩٣) من قانون المرافعات المدنية الألماني^(٣)، ومن القواعد التي أقرها الفقه تأسيساً على هذا النص:

١- أن القاضي الألماني ملزم بإثبات القانون الأجنبي من تلقاء نفسه حتى لو كان لا يعلم بمضمونه مستعيناً بالوسائل الممكنة بما في ذلك الاستعانة بالخصوم دون أن يكون القاضي ملزماً بما يقدمون له من أدلة ومعلومات تتعلق بمضمون هذا القانون الأجنبي.

يستفاد من ذلك أن فشل الخصوم في تقديم المساعدة للقاضي للتعرف على مضمون القانون الأجنبي عند طلبه ذلك منهم لا يرفع عنه الالتزام بالبحث عن مضمونه وبالتالي استبعاد القانون الأجنبي، بل يجب عليه الاستمرار في البحث مستخدماً كافة وسائل الاستعلام.

٢- أن المشرع وضع القواعد العرفية الوطنية في منزلة قواعد القانون الأجنبي عندما أطلق عليهما تسمية (القواعد القانونية) وقد أحسن المشرع صنعا، ذلك لأن كل من القواعد العرفية وقواعد القانون الأجنبي يحملان الصفة القانونية من ناحية، وصعوبة افتراض القاضي بهما من ناحية أخرى، وذلك يمكن القول بأن مبدأ المحكمة تعرف القانون قد ورد عليه استثناء يتعلق بالقواعد العرفية وقواعد القانون الأجنبي والسبب في ذلك يعود للصعوبات العملية التي تعترض القاضي في البحث عن مضمون هذه القواعد.

٣- أن المشرع الألماني يلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي المشار باختصاصه حتى لو تمسك الخصوم بتطبيق القانون الألماني، إلا إذا فشل القاضي في الكشف عن محتوى القانون الأجنبي بعد استنفاده كافة الجهود والوسائل حينها عليه تطبيق القانون الألماني^(٤).

(١) خالد، هشام، (٢٠٠٦). محاضرات في القانون الدولي الخاص (موجز النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، موجز تنازع القوانين). القاهرة: مصر. ص: ١٤٢.

(٢) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق. ص: ١٤٢.

(٣) تنص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات المدنية الألماني: «إن القواعد العرفية والقواعد النظامية وكذلك قواعد القانون المطبق في دولة أخرى، ليست في حاجة إلى إثبات إلا في حدود علم المحكمة بها، ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد العرفية القانونية بما قام الخصوم بإثباته، وإنما تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لإدراك هذه الغاية»، البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). مرجع سابق. ص: ٢٠٨.

(٤) البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). المرجع السابق، ص: ٢٠٤.

٤- لا يجوز للقاضي التخلي عن تطبيق القانون الأجنبي بحجة أن الخصوم لم يتمكنوا من إثباته حتى لو كان الحل النهائي للنزاع والذي سيؤدي إليه تطبيق القانون الوطني مطابقاً للحل الذي سيؤدي إليه تطبيق القانون الأجنبي^(١).

٥- لا يجوز للقاضي التخلي عن الدعوى بحجة عدم تمكن الخصوم من إثبات مضمون القانون الأجنبي.

وقد أحسن المشرع صنعا حين قام بتقريب معاملة القانون الأجنبي من حيث الإثبات من معاملة القواعد العرفية، فهما يشتركان في طبيعتهما القانونية من ناحية، وفي صعوبة افتراض علم القاضي بأحكامهما مسبقاً من ناحية أخرى^(٢).

وذهب الفقهاء الألمان إلى اعتبار القانون الأجنبي قانون، وقد رتب على هذا الأمر نتيجة مفادها أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد على القاضي بتطبيق قانون أجنبي لا يعرف محتواه، فعليه أن يسارع في البحث عن مضمونه ومن تلقاء نفسه دون أن يكلف الخصوم بإثباته، فما دام القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه فهو ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الذي تشير إليه هذه القاعدة لما لها من وظيفة تنظيمية لا تكتمل إلا إذا أكمل القاضي مشواره إلى النهاية بالبحث عن القانون الأجنبي الذي تحدده تلك القاعدة، فهذا من التوابع الضرورية للالتزام بتطبيق قاعدة الإسناد^(٣).

وعليه، فالرأي الراجح هو احتفاظ القانون الأجنبي بصفته الأجنبية مع الإبقاء على طبيعته القانونية، وهو الحل الذي يتفق مع حكمة التشريع، فالمشرع الوطني إذ يقضي بتطبيق قانون أجنبي على نزاع مشوب بعنصر أجنبي، فهو يهدف إلى الاحتفاظ بطبيعته الأجنبية لكونه أصلح القوانين لحكم النزاع وهذا له أثر من حيث معاملته الإجرائية، فالقانون الأجنبي وكونه لم يندمج بقاعدة الإسناد الوطنية، لا يختلط بها ولا يأخذ حكمها وبالتالي لا يُفترض في القاضي العلم به، فإذا كان يُفترض في القاضي العلم بالتشريع الوطني، فأساس ذلك هو أن أحكام هذا التشريع منشورة في الجريدة الرسمية في دولة القاضي، وإن قرينة النشر تقوم كغيرها من القرائن على أمر يغلب وقوعه في العمل أي الاحتمال الغالب، والغالب أن القاضي يعلم بالقانون الذي تم نشره في دولته، أما القانون الأجنبي فلا يُفترض العلم به لأن الاحتمال الغالب أنه لا يعلمه، وإن عدم معرفة القاضي الوطني للقانون الأجنبي لا يعني اعتبار هذا الأخير من عناصر الواقع، فعلم القاضي ليس هو معيار التفرقة بين الواقع والقانون، فالقاضي

(١) عبد المنعم رياض، فؤاد، وراشد، سامية. (١٩٧٩). مرجع سابق، ص ٤٨-٤٩.

(٢) عكوش، سبهام. (٢٠٠٩). القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة أمجد بوكرة بومرداس. الجزائر. ص ٩٠.

(٣) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). مرجع سابق، ص: ٥٠٩.

قد لا يعرف القانون ولا يعفيه هذا من البحث عن مضمونه، ومن جهة أخرى قد يعرف القاضي الوقائع ولا يجوز له القضاء بناء على علمه الشخصي بها^(١).

بصرف النظر عن افتراض علم القاضي بمضمون القانون الأجنبي من عدمه، فهذا الافتراض مبني على واقعة النشر، والنشر ليس من مقومات القاعدة القانونية، فإذا كان من الصعب أن نفترض في القاضي ابتداء العلم بقاعدة قانونية لم يتم نشرها، فلا يعني ذلك إعفاءه من البحث عن مضمونها حتى يستطيع أن يطبقها على النزاع، فكل قاعدة قانونية غير تشريعية وما دامت لم تُنشر في الجريدة الرسمية يتعذر العلم بها ومع ذلك لا يجوز القول بصدها بعدم التزام القاضي بتطبيقها أو العلم بها^(٢).

يؤيد الباحث ما ذهب إليه الفقه الغالب بأن عدم تطبيق مبدأ المحكمة تعرف القانون على صعيد القانون وبالنتيجة إثبات القاضي للقانون الأجنبي أو تفسيره بكافة طرق الإثبات المتعارف عليها في إثبات مضمون هذا القانون ومنها طرق إثبات الوقائع عدا الإقرار واليمين يجب ألا يؤدي إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة، لأن عدم تطبيق هذا المبدأ يعود إلى أمرين: أولهما عدم علم القاضي بالقانون الذي تم نشره في دولة هذا القانون (لا دولة القاضي) لا إلى عده عنصر واقعي، أما الأمر الثاني فيعود إلى حاجة القانون الأجنبي لإثبات القضائي (لا القانوني) كونه -أي القاضي- هدفه الحقيقة الموضوعية لهذا القانون وليس الحقيقة القضائية للوقائع.

يذهب الفقه الحديث إلى إلزام القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي بشكل تلقائي مستعيناً في ذلك بالوسائل كافة كونه ياتمر بقاعدة الإسناد في بلده من جهة، ثم تقرر القواعد العامة في المرافعات التي تقضي بأن يطبق القاضي القانون على وقائع الدعوى دون حاجة إلى تمسك الخصوم به أو إثباته، والتزامه بالبحث عن القانون الأجنبي هو التزام ببذل عناية، ولا يعني ذلك انعدام أي دور للخصوم في ذلك، بل يجوز للقاضي الاستعانة بهم في عملية الإثبات حتى في حالة علمه بأحكام القانون الأجنبي^(٣)، وذلك للأسباب التالية^(٤):

١- إنَّ هذا الرأي يتماشى مع حكمة المشرع الذي اختار القانون الأجنبي بوصفه القانون الأنسب للفصل في النزاع، والقول بإلقاء عبء الإثبات على عاتق الخصوم يتنافى مع الطابع الملزم لقاعدة الإسناد التي تلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي.

٢- إنَّ الأخذ بهذا الرأي يقطع الطريق عن محاولة الخصوم للتحايل على القانون وذلك بادعائهم عدم معرفتهم لأحكام القانون الأجنبي وتقاوسهم عن إثباتها تهرباً من تطبيقها.

(١) صادق، هشام علي (١٩٦٨) مرجع سابق. ص: ٢٣٩ وما بعدها.

(٢) الوكيل، شمس الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق. ص: ١٣٦.

(٣) من الفقه الذي يرى بذلك نجد الفقيه "MOTULSKY"، محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). مرجع سابق. ص: ٣٧٧.

(٤) سلامة، أحمد عبد الكريم (١٩٧٠). مرجع سابق. ص: ٥١٦.

٣- إن الالتزام بتطبيق القانون على وقائع الدعوى هو التزام يقع على عاتق القاضي طبقاً للقواعد العامة في الإجراءات حتى ولو تعلّق الأمر بقانون أجنبي طالما أن القاضي طبقه امتثالاً لأوامر مشرعه الواردة في قاعدة الإسناد الوطنية.

٤- إن عدم الأخذ بهذا الرأي يعني الرضوخ للعراقيل العملية التي بدأت بالتهايوي أمام وسائل الاتصال الحديثة التي توفر العلم بكثير من القوانين المقارنة، كما أن عدم افتراض القاضي بالقانون الأجنبي يشابه عدم افتراضه بالقواعد العرفية التي يبقى ملزماً بالبحث التلقائي عن أحكامها وتطبيقها.

إذا كان الفقه استند إلى تقسيم عناصر الدعوى إلى واقع وقانون وذهب إلى عدم مساواة القانون الأجنبي بالقانون الوطني فيجب اعتباره من وقائع الدعوى فإن هذا النظر نظر خاطئ وأنه يجب التفرقة بين طبيعة القانون الأجنبي وكونه قانوناً أو واقعة من وقائع الدعوى وبين معاملته الإجرائية التي يلقيها في الدعوى^(١)، فإذا كان القانون الأجنبي لا يعامل ذات المعاملة الإجرائية التي يعامل بها القانون الوطني فإنه يجب ألا يضاف ذلك على هذا القانون الصفة الواقعية، ويترتب على ذلك أن يظل القانون الأجنبي محتفظاً بصفته القانونية وبصفته الأجنبية رغم تعديده حدود دولته^(٢).

ولذلك نشير في النهاية إلى أن القانون الأجنبي هو قانون بالمعنى الصحيح، وعلى القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تمسك الخصوم بذلك، وإلا فيجب على المشرع أن يلغى قواعد الإسناد لعدم الحاجة إليها لأنه إذا لم يكن القاضي ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد بتطبيقه فإنه في كل حالة سيطبق قانونه الوطني دون أن يكلف نفسه عناء البحث عن أحكام القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

ويذهب بعض الفقه^(٣) إلى أن: الذي دعا إلى القول بنزول مرتبة القانون الأجنبي إلى حد أن يكون واقعة لا قانوناً أمران:

الأمر الأول: يرجع إلى التاريخ، فقد كان القانون الأجنبي في الماضي لا يعامل معاملة القانون الوطني، وإذا أجزى تطبيقه فعلى اعتبار أنه واقع لا قانون، وكان هذا يرجع إلى نظرية عتيقة تقول إن القانون الأجنبي إنما

(١) راجع في ذلك

- Giuliano, Mario. (1962). **Le traitement du droit étranger dans le procrée civil dans les systèmes juridique continentaux**, Revue international de droit comparé p.13.
Quardi (R), (١٩٥٣) **La privé Du Droit Etranger**, Revie W Egyptienne De Droit International, V ٩. p.10

(٢) عرفة، محمد السيد (١٩٩٣). **المرافعات المدنية والتجارية الدولية**. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. ص ٢١١.

(٣) السنهاوري، عبد الرزاق. (١٩٦٨). **مرجع سابق**. ص: ٥٦.

يطبق على سبيل المجاملة الدولية، وقد هجرت هذه النظرية هجراناً تاماً وعفا عليها الزمن، فلماذا الإبقاء على بعض آثارها والإصرار على عدم رد اعتبار القانون الأجنبي؟

الأمر الثاني: يرجع إلى العمل، فقد يصعب في بعض الأحوال أن يهتدي القاضي من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبي، ومن ثم كان تكليف الخصم بإثبات هذه الأحكام تيسيراً لمهمته ولكن هذه الحجة لا تصلح سبباً لتغيير طبيعة القانون .

وقد زالت هاتان الحجتان، ما ينبغي معه تأكيد الصفة القانونية وتأكيد اختلاف المعاملة الإجرائية، وإلزام القاضي بتطبيق القوانين الأجنبية من تلقاء نفسه^(١).

^(١) راجع في ذلك:

المبحث الثاني وسائل إثبات القانون الأجنبي

إنَّ المبدأ في إثبات القانون الأجنبي هو حرية الإثبات واستعمال جميع الوسائل المتاحة في القانون الداخلي وغيرها من الوسائل للتوصل إلى تبيان مضمونه^(١)، إلا أنه ومراعاة لطبيعة القانون الأجنبي فقد استبعد الفقه والقضاء في فرنسا الإقرار واليمين كوسائل إثبات للقانون الأجنبي^(٢) رغم أنَّهما من أكثر الطرق استخداماً لإثبات الوقائع، فقد يتواطأ الخصوم على تصور مضمون معين لأحكام القانون الأجنبي يستجيب لمصالحهم، لأن من واجب القاضي تطبيق القانون الأجنبي الكائن فعلاً في الخارج وليس قانوناً وهمياً فرضته إرادة الخصوم عليه أو مصلحتهم في الدعوى^(٣)، وسنخصص (المطلب الأول) لعرض الوسائل المتعارف عليها والمقترحة لإثبات القانون الأجنبي، وما هو الحل المطبق عند تعذر إثبات القانون الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول الوسائل المتعارف عليها والمقترحة لإثبات القانون الأجنبي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في (الفرع الأول) إلى الوسائل المتعارف عليها لإثبات مضمون القانون الأجنبي، بينما نتطرق في (الفرع الثاني) إلى مجموعة من الوسائل التي نقترح الأخذ والاستعانة بها للمساعدة في إثبات مضمون هذا القانون.

الفرع الأول: الوسائل المتعارف عليها لإثبات القانون الأجنبي
تتنوع وسائل إثبات القانون الأجنبي المتعارف عليها، منها ما هو شفوي (أولاً)، ومنها ما هو مكتوب (ثانياً). وسنتحدث عن هذين الوسيلتين تباعاً.

أولاً: وسائل الإثبات الشفوية

بالإضافة إلى استبعاد اليمين والإقرار كوسائل لإثبات القانون الأجنبي، فقد تستبعد أيضاً شهادة الشهود، لأن الشاهد يُدلي بما رآه أو بما سمعه من وقائع في حين أنَّ معرفة مضمون القانون الأجنبي يعد إثباتاً موضوعياً وليس إثباتاً قضائياً، إلا أنَّ القضاء الإنجليزي قد أقر العمل بشهادة الخبير^(٤)، ولهذا السبب تستبعد الاتفاقات

(١) يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنَّ القانون الأجنبي يجوز إثباته بجميع الطرق، ويدخل في ذلك رأي أهل العلم بالقانون الأجنبي والنصوص الرسمية لهذا القانون وما يقتزن بها من تفسير فقهي وقضائي، السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٦٨). مرجع سابق. ص ٥٣.

(٢) ديب، فؤاد. (٢٠١٠). مرجع سابق. ص ١٢١.

(٣) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق. ص ١٦٤.

(٤) فضيل، نادية. (٢٠٠٤). تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. الجزائر. دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع. ص ٦٣.

بشأن الإثبات من نطاق إثبات القانون الأجنبي فالأمر كما في الإقرار واليمين لا يتعلق بحالة ذاتية وشخصية للمتدعين^(١).

واختلاف إثبات الوقائع عن إثبات القانون الأجنبي هو الذي جعل هذا الأخير يكون أقرب إلى الخبرة منه إلى الشهادة، وقد اعتاد القضاء الإنجليزي على طريقة استدعاء الخبراء لسماعهم في شأن أحكام القانون الأجنبي، واستبعد مع ذلك القواعد الإجرائية التي تحكم الإثبات بشهادة الشهود في هذا الشأن، وتشدد هذا القضاء في التمسك بهذه الطريقة إلى درجة أنه منع القضاة من اللجوء إلى طرق أخرى للكشف عن مضمون القانون الأجنبي^(٢).

مميزات الخبرة الشفوية في إثبات القانون الأجنبي:

- ١- صون حقوق الدفاع ومبدأ الوجاهية وغيرها من الإجراءات اللازمة لصون حقوق المتقاضين عند استدعاء الخبراء.
- ٢- إن إدلاء الخبير برأيه أثناء نظر الدعوى يسهم في تبيان القانون النافذ واجب التطبيق وهو ما لا يمكن التحقق منه عند الرجوع إلى النشرات الرسمية للقوانين^(٣).

ومع ذلك فإن الخبرة الشفوية لا تخلو من العيوب، نشير فيما يلي إلى أهمها^(٤):

- قد يكون هناك تضاد في أقوال الخبراء.
- قد يكون هناك اختلاف بين لغة الخبير ولغة القاضي وإن الاستعانة بمترجم عند عدم القدرة على تحري الدقة المتوخاة.
- قد يتضمن تقرير الخبرات معلومات يشوبها النقص أو التحريف.
- إطالة أمد النزاع وارتفاع تكاليف استدعاء خبراء أجانب.

ثانياً: وسائل الإثبات الكتابية

إن أهم وسائل الإثبات الكتابية التي اعتمدت لبيان موضوع القانون الأجنبي المختص هي الخبرة المكتوبة^(١)، والشهادة العرفية^(٢)، والأحكام القضائية^(٣)، والمؤلفات الفقهية^(٤)، ونصوص القانون الأجنبي وترجمتها^(٥).

(١) البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). مرجع سابق. ص ٧١.

(٢) فضيل، نادية. (٢٠٠٤). مرجع سابق. ص ٦٢.

(٣) Yassen, Mostafa. Kamal. (1962). Op.cit. P174.

(٤) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق. ص ٢٨٥-٢٨٦.

١ - الخبرة المكتوبة

يدلي بموجبها الخبير بمعلومات عن القانون الأجنبي بوثيقة أو محرر يقدمه للمحكمة، كما ويستطيع القاضي بموجبها -إذا لم يكن على علم تام بأحكام القانون الأجنبي المختص لحكم النزاع- أن يحدد للخبير-من ذوي الاختصاص والذي يملك معلومات عن القانون المذكور- الإطار العام للدعوى والنقاط الرئيسية التي ينبغي إيضاحها وذلك من خلال الخبرة المكتوبة^(١).

التجاء المحكمة إلى الخبير لا يُعد تنازلاً منها عن مهمتها واختصاصها الأصيل إذ أن للمحكمة سلطات تقديرية واضحة في هذا المجال^(٢)، رأي الخبير ليس له أي حجية قانونية ملزمة^(٣)، ويحق لأي خصم في الدعوى أن يناقش ويطلع على أي دليل في الدعوى والدليل الذي لا يطلع عليه الخصم أو يناقشه لا يؤخذ به^(٤).

أخذت بها بعض تشريعات القانون المقارن، فنجد مثلاً أن المادة (١/٤) من القانون الدولي الخاص النمساوي نصت على ما يلي: "يجب البحث عن القانون الأجنبي تلقائياً والطرق المقبولة بهذا الشأن ورأي الخبراء"^(٥)، كذلك أخذت بها المادة (١/٥) من القانون الدولي الخاص المجري حيث نصت: "على المحكمة أو أي سلطة أخرى الاستعلام من تلقاء نفسها عن القانون الأجنبي.... ولها أن تأمر بالخبرة"^(٦).

٣ - الشهادة العرفية^(٧)

جرت العادة في إثبات القانون الأجنبي على اللجوء إلى شهادة مكتوبة تعد وسيلة إخبار خاصة تحوي مضمون القانون الأجنبي ويتم تحريرها بناء على طلب صاحب المصلحة يتم الحصول عليها من سلطات رسمية (قنصليات - سفارات - هيئات دينية) أو شبه رسمية (غرف التجارة)، أو من قطاع خاص أو مهني في مجال القوانين والأقضية (كالمحامين وفقهاء القانون والأساتذة الجامعيين)، لكن نتيجة للمطالب على هذه الشهادة إما لصدورها عن سلطة أو جهة غير مختصة أو مؤهلة أو لنقص في فحوى الوثيقة أو نزاعتها، فقد عدلت عنها

(١) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). تنازع القوانين. الإسكندرية: مصر. دار المطبوعات الجامعية. ص ٢٨٨.

(٢) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق. ص ٣٩٣.

(٣) بدیع منصور، سامي. (١٩٩٤). مرجع سابق. ص ٦٨١.

(٤) السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٥٦). مرجع سابق. ص ٣٢.

(٥) كما أخذت بالخبرة المادة (٧) من القانون الروماني لعام ١٩٩٢ والمادة (١/١٤) من القانون الإيطالي لعام ١٩٩٥، سلامة، أحمد عبد الكريم.

(٦) (١٩٧٠). مرجع سابق. ص ٧٤٤.

(٧) خالد، هشام. (٢٠٠٦). مرجع سابق. ص ١٣٧.

(٧) تعود تسميتها بهذا الاصطلاح إلى ما جرى العمل عليه في فرنسا قديماً قبل صدور تقنين نابيلون، فقد كان يحكم كل مدينة عرف محلي خاص بها، وكانت وسيلة إثبات هذه الأعراف هي شهادات يحررها متخصصون في العلم بهذه الأعراف، الوكيل، شمس الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق. ص ١٠٩.

بعض الأنظمة كألمانيا وسويسرا وإيطاليا، وقررت هذه الأنظمة اللجوء إلى معاهد متخصصة في القانون الدولي والقوانين الأجنبية والتشريعات المقارنة للحصول على وثائق ذات قيمة علمية رفيعة^(١).

وقد اعتمدت مجلة القانون الدولي الخاص التونسي صراحة هذه الوسيلة في الفصل (٣٢) حيث تنص: " يمكن للقاضي ويكون الإثبات كتاباً بما في ذلك الشهادات العرفية ".

لكن هذه الوسيلة تعرضت للنقد في أنّ الخبير قد يقوم بتحرير الشهادة العرفية بما يتفق مع مصالح من لجأ إليه من الخصوم عمداً أو يكتسب الخصم عنه واقعة جوهرية في النزاع، فتتحرف الوسيلة عن هدفها^(٢).

٣ - الأحكام القضائية

يمكن التزود بموقف القضاء الأجنبي عن طريق النشرات القضائية أو بالطلب المباشر من السلطات القضائية بين دولة القاضي والدولة الأجنبية أو عن طريق اتفاقية تعاون قضائي بين الدولتين^(٣).

وتظهر أهمية الأحكام القضائية كوسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي في القوانين التي تعتمد السابقة القضائية، وتطبيقاً لمبدأ حرية الإثبات يجوز الاستعانة بالأحكام القضائية السابقة التي صدرت بمناسبة الفصل في نزاع مماثل للنزاع المطروح أمام القاضي أو عن القضاء في دولة القانون الأجنبي محل الإثبات أو قضاء دولة أجنبية أخرى.

وتعد الأحكام القضائية من الوثائق العامة، ولكنها تأخذ حيزاً جانبياً وتتفرد بقوة خاصة لها، وقد عدّت من ضمن أهم الوسائل التي يتم بها إثبات القانون الأجنبي، فيجوز الاستعانة بالأحكام القضائية السابقة التي صدرت بمناسبة الفصل في نزاع مماثل للنزاع المطروح أمام القاضي سواء أكانت صادرة عن جهات قضائية وطنية أم أجنبية^(٤).

ففي فرنسا، دأبت محكمة النقض ومحاكم الموضوع على قبول هذا النوع من وسائل الإثبات عندما يعلن القضاء صراحة الرجوع إلى أحكام القضاء الأجنبي خصوصاً القضاء الذي يتناول عدة قضايا من نوع واحد (وليس قضية واحدة) نظراً للتطور السريع الذي يعرفه القانون على المستوى الدولي، أمّا في إنجلترا فرغم أنها

(١) بنسالم، أوجا. (٢٠١٤). سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية. أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال: الرباط. ص ٤٦٠.

(٢) الوكيل، شمس الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق. ص ١٤١.

(٣) كاتفاقية التعاون القضائي بين سوريا ومصر الموقعة في القاهرة بتاريخ ١٩٨٨/٤/٢٦ والتي تم التصديق عليها بالقانون رقم ٨ بتاريخ ١٩٨٨/٨/٤، وكذلك اتفاقية التعاون القضائي بين سوريا والكويت بتاريخ ١٩٩٨/٦/٢٨ والتي تم تصديق عليها بالقانون رقم ٦٩ بتاريخ ٢٠٠١/١٢/٦.

(٤) عبد الله، مفتاح محمد اليعقوبي. (٢٠١٦). دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وفق القانون المصري والليبي. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة المنصورة. ص ١٠٩.

تعتمد نظام السوابق القضائية في الأحكام بصورة عامة- إلا أنها ولاسيما عند إثبات القوانين الأجنبية نجدها لا تقبل العمل بالسوابق القضائية^(١).

٤- المؤلفات الفقهية

تعدّ المؤلفات الفقهية من مصادر الإثبات الهامة أيضاً، ولذلك يمكن للقاضي الأخذ بالمؤلفات الفقهية التي يقدمها الخصوم في الدعوى من أجل إثبات مضمون القانون الأجنبي والتي تحتوي على شرح وتفسير لهذا القانون، ويستحسن أن تكون هذه المؤلفات حديثة لأنه يمكن تعديل القانون الأجنبي محل الإثبات بعد نشرها، وتطبيقاً لذلك استندت المحكمة الشرعية الجعفرية العليا في لبنان على أطروحة مؤلفة باللغة الفرنسية سنة ١٩٣٦ لنيل شهادة الدكتوراه لإثبات مضمون قانون الأحوال الشخصية في إيران وتحديد طبيعته^(٢).

وقد أخذت **محكمة النقض الفرنسية** بهذه الطريقة في الإثبات، ففي حكم صادر عنها بتاريخ ١٩٥٠/٤/٢٦، نقضت محكمة النقض الفرنسية القرار الصادر عن محكمة الموضوع التي طبقت القانون الفرنسي رغم أنّ القانون المختص هو القانون الأمريكي، حيث رفضت محكمة الموضوع الاستناد إلى مؤلف فقهي في القانون الأمريكي الذي قدمه أحد الخصوم كدليل وحيد لإثبات مضمون القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد، بحجة أن المدعي لم يقدّم أي مستند لإثبات مضمون القانون الأجنبي وبصفة خاصة لم يقدم نص القانون الأجنبي الذي يتمسك بتطبيقه أو شهادة رسمية صادرة من السلطة المختصة، فنقضت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم لأن محكمة الموضوع لم تتعرض في حكمها لبيان قيمة الدليل الذي قدمه الخصوم، وعليه فإن الحكم مشوب بقصور التسبب لأنه رفض المؤلف الفقهي كدليل لإثبات القانون الأجنبي دون أن يبرر أسباب هذا الرفض^(٣)، فبالرغم من أن للقاضي مطلق السلطة في الأخذ بالدليل أو عدمه، إلا أنه يجب عليه في حالة رفضه الأخذ بالدليل المقدم إليه بشأن إثبات مضمون القانون الأجنبي أن يوضح أسباب العدول، أي تسبب حكمه، وعليه فقرار محكمة النقض الفرنسية يؤكد مرة أخرى أن الأصل في إثبات مضمون القانون الأجنبي هو حرية الإثبات^(٤).

(١) السبب في ذلك أن بريطانيا ولاسيما بعد عام ١٩٧٠ شهدت حملة تشريع وتقنين شملت معظم فروع القانون وبدأت تتعدّد عن السوابق القضائية.

عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥). **مرجع سابق**. ص ٢٣٦.

(٢) وفي ذلك تقول المحكمة: "وحيث تبين من مطالعة النائب العام أن لدى اطلاعه على الأطروحة التي ألفها باللغة الفرنسية السيد أحمد الياسجي لعام ١٩٣٦ لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق وموضوعها الحالة القانونية للمرأة في إيران تبين له أن الأحوال الشخصية في إيران تخضع للشرعية الإسلامية لأنه أورد في الصفحة ١٧ من الأطروحة المذكورة أن الإسلام هو الدين الرسمي للدولة وأن المؤلف نقل في هذه الأطروحة العديد من نصوص الدستور الإيراني تنفق في موادها مع الشريعة الإسلامية حيث تم إرسال كتاب إلى المفوضية اللبنانية في طهران تسألها عن خضوع الأحوال الشخصية وتلقّت الجواب أن الأحوال الشخصية مستمدة من أصول وقواعد الفقه الجعفري وإن الإيرانيين غير الجعفرين تطبق عليهم شرائع المذهب الذي ينتمون إليه"، محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). **المرجع لبسابق**، ص ٢٨٤.

(٣) صادق، هشام علي (١٩٦٨). **مرجع سابق**. ص ٢٩٨-٢٩٩.

(٤) عكوش، سيهام. (٢٠٠٩). **مرجع سابق**. ص ٤٣.

٥- نصوص القانون الأجنبي أو بترجمتها

ليس هناك ما يمنع القاضي من الاستعانة بنصوص القانون الأجنبي نفسها أو بترجمتها، وإذا كان من الخير أن تستلزم المحكمة أن صورة النصوص الأجنبية المقدمة إليها صادرة عن هيئة مختصة أو منشورة بمؤلف علمي معتمد، إلا أن ذلك لا يعد شرطاً لازماً لقبول هذا الدليل طالما اقتنعت به لأن الأصل في إثبات القوانين الأجنبية هو مبدأ حرية الإثبات.

ومن القضايا الحديثة المتعلقة بهذا الخصوص نجد قضية في دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث صدر حكم مؤخراً من محكمة دبي الابتدائية (هيئة قضايا تجارية كاملة) في قضية "التميمي" رقم ٢٠١٦/١٤٨٤ والذي صدر في مايو ٢٠١٧ حيث رفضت المحكمة طلب المدعي لتطبيق القانون الأجنبي لأنه لم يقدم ترجمة عربية كاملة ومصدقة للقانون^(١).

هذه الوسيلة هي خير الوسائل وذلك لأنها تمكن القاضي والخصوم في الوقت نفسه من الاطلاع على نصوص القانون بشكل مباشر، وعندما توجد ترجمة بجانب النص لا تواجه المحكمة أي صعوبة -لاسيما إذا كانت هذه النصوص صادرة من جهة مختصة- من التعرض لأحكام القانون الأجنبي المختص وحل النزاع المطروح، كما تعد هذه الوسيلة متفقة ومهام القاضي، إذ يعتمد نصوص القانون الأجنبي بشكل مباشر ودون أن يلجأ إلى أصحاب الخبرة أو يعتمد على الأحكام القضائية السابقة كما أنها أفضل من اللجوء إلى المؤلفات الفقهية التي تفتقر إلى الصفة الرسمية، فقليلاً ما نجد المحاكم تعتمد في أحكامها على المؤلفات الفقهية.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن كافة الوسائل التي سبق ذكرها تخضع لتقدير القاضي وسلطته، يستعين بها على سبيل الاستدلال، كما أن هذه الوسائل قد تيسرت كثيراً نتيجة لظهور شبكة الإنترنت.

^(١) تتلخص هذه القضية بأنه ادعى صاحب المطالبة (المدعي) أنه كان مخولاً بحق إبطال صكوك الضمانات التي قدمها للمدعى عليه "التميمي" على أساس أنه تم تضليله بمبلغ القروض وبالتالي بنطبق الأمر على قيمة صكوك الضمانات وادعى أنه لم يتلق مبلغ القرض بالكامل، وعليه فهو لم يكن ملتزماً بالضمان بموجب أحكام القانون الهندي الذي قال أن انطبق على اتفاقيات القرض والضمان، حيث تنص الاتفاقيات المقدمة على أنه يجب أن تكون القوانين الهندية هي الحاكمة في أية نزاعات ذات صلة، وتنص البنود رقم ٥ و ١٩ و ٣ و ١٤٢ من قانون العقود الهندي لعام ١٨٧٢ على أن أي ضمان يتم الحصول عليه عن طريق التحريف الذي يقوم به الدائن أو بعلمه وموافقه فيما يتعلق بجزء مادي من المعاملة يكون باطلاً وبموجب قانون العقود الهندي فإنه عند الموافقة على اتفاق عن طريق الغش أو التحريف يصبح عقداً لا يمكن إبطاله بناء على خيار الطرف الذي تم الحصول على موافقته، أحالت محكمة دبي الابتدائية الأمر للتحقيق واضعة بذلك العبء على المدعي لتحديد التفاصيل (بما في ذلك مكان وتاريخ) عرض وقبول الشروط المزعومة فيما يتعلق بكل ضمان وإثبات الاتفاق، قدم المدعي مطالبته بموجب المادتين ٣/٢١ و ٢٤ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات (القانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢) والمادة ١٩ من القانون المدني الاتحادي رقم ٥ لعام ١٩٨٥، وكان هناك يتعلق بالولاية القضائية يستند إلى اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية وذلك على الرغم من أن اتفاقية التسهيلات لانتتمانية وقعها الأطراف في السفارة الهندية بدبي وقد اتفق الطرفان على اختصاص المحاكم الهندية للبت في النزاع وقد المدعي دعواه أمام محاكم دبي كما صدر القرض في الهند، ادعى المدعي عليهم أن بسبب توقيع صكوك الضمانات في السفارة الهندية فيجب تطبيق القانون الهندي ورد المدعي بأنه بما أن الالتزامات القانونية بموجب الاتفاقيات كان مركزها دبي وقد وقعت فعلياً في دبي فيجب أن تكون القضية أمام محاكم دبي، الحكم منشور على الرابط التالي:

الفرع الثاني: الوسائل المقترحة لإثبات مضمون القانون الأجنبي

إن تعدد العلاقات ذات الطابع الأجنبي وتزايدها المستمر وما يثير بشأنها من نزاعات من شأنه أن يجعل من مهمة القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي عسيرة، ولما كان عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي واقعاً على عاتق القاضي، فمن الأحسن السعي بوسائله الخاصة أو وسائل حكومته للتوصل إلى مضمونه^(١)، وقد اقترحت التشريعات والقضاء في العديد من الدول وسائل تسهل مهمة القاضي هذه، وتنقسم هذه الوسائل إلى قسمين، وسائل مقترحة للعلم بالقانون الأجنبي على الصعيد الدولي (أولاً)، وأخرى مقترحة على الصعيد الداخلي (ثانياً).

أولاً: الوسائل المقترحة على الصعيد الدولي

ومن بين هذه الوسائل الإنابة القضائية (١)، فضلاً عن عقد الاتفاقيات الدولية (٢).

١- الإنابة القضائية / Judicial Proxy / Commissions Rogatoires

وضعت عدة تعريفات للإنابة القضائية، فقد عرفها الأستاذ الدكتور أدور عيد بأنها: "عمل بمقتضاه تفوض المحكمة أو (القاضي) محكمة أخرى أو (قاضياً آخر) للقيام مكانها أو في دائرة اختصاصها بإصدار بعض إجراءات التحقيق والإجراءات القضائية الأخرى التي يقتضيها فصل الدعوى المرفوعة أمامها، والتي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد أعاقه أو أي مانع آخر"^(٢)، أما الدكتور عكاشة محمد عبد العال فقد عرفها بأنها: "تسبب سلطة قضائية بمناسبة دعوى منظورة أمام محاكمها، سلطة قضائية أو دبلوماسية تابعة لدولة أجنبية بقصد القيام بجمع أدلة الإثبات أو إنجاز تحقيق يقتضيه الفصل في النزاع المعروض عليها ويتعذر عليها أن تقوم به بطبيعة الحال بنفسها"^(٣)، أما الأستاذ الدكتور عز الدين عبد الله فإنه لم يورد تعريفاً للإنابة القضائية وإنما وضع شرطين لتحقيق الإنابة القضائية في العلاقات الخاصة الدولية، أولهما التجاء قاضي المحكمة إلى الممثل الدبلوماسي أو إلى القنصل التابع دولته في الدولة المراد اتخاذ إجراء فيها أو إلى سلطة مختصة في هذه الدولة، والشرط الثاني أن تسمح الدولة المطلوب منها تنفيذ طلب المحكمة الأجنبية بمباشرة الإنابة على إقليمها^(٤).

أبرمت العديد من الاتفاقات الدولية التي تنظم الإنابة القضائية، منها على سبيل المثال اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٥م ولعام ١٩٥٤م، واللذان حلت محلها اتفاقية لاهاي الجديدة الموقعة في ١٨ مارس ١٩٨٠م والتي تنظم إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية التي يراد اتخاذها في الخارج، وقد تضمنت هذه الاتفاقية تنظيمات دقيقة

(١) بلقاسم، أعراب. (٢٠٠٢) القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين. الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع. ص ١٤٩.
(٢) عيد، أدور. (١٩٦٩). الإنابات والإعلانات القضائية وفقاً لقواعد القانون الخاص الدولي واتفاقية الدول العربية لعام ١٩٥٣. معهد البحوث والدراسات العربية. ص ٨.
(٣) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). مرجع سابق. ص ٢٩١.
(٤) عبد الله، عز الدين. (١٩٨٦). القانون الدولي الخاص. ج: ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. ط: ٩. الهيئة المصرية العامة للكتاب. ص ٨١٠.

لمسألة الإنابة القضائية سواء بالطريقة الأولى، والتي تتم عن طريق الممثلين الدبلوماسيين والقنصلين في الدولة المعتمدين لديها في المواد من ١٥ إلى ٢٢ منها، أو بالطريقة الثانية والتي تتم عن طريق الجهات القضائية في الدولة المطلوب اتخاذ الإجراء على إقليمها في المواد من ١ إلى ١٤ منها^(١).

وفي ١٤ سبتمبر ١٩٥٢م وافق مجلس جامعة الدول العربية على اتفاقية دولية تتعلق بتنظيم الإعلانات والإنابات القضائية بين دول الجامعة^(٢)، وتقضي المادة الثانية من الاتفاقية بأن "يجري الإعلان طبقاً للإجراءات المقررة لذلك بقوانين الدولة المطلوب إليها الإعلان".

وتقضي المادة السادسة منها بأن "لكل من الدول المرتبطة بهذه الاتفاقية أن تطلب إلى أية دولة منها أن تبشر في أرضها نيابة عنها أي إجراء قضائي متعلق بدعوى قيد النظر، وذلك وفقاً لأحكام المادتين التاليتين" وتقضي المادة السابعة بأن "يُقدم طلب الإنابة بالطريق الدبلوماسي"، وتقضي المادة التاسعة بأنه "لا يجوز مطالبة رعايا الدولة طالبة الإجراء القضائي في بلد من بلاد الجامعة بتقديم رسم أو كفالة أو أمانة لا يلزم بها رعايا هذا البلد، كذلك لا يجوز حرمانهم مما يتمتع به هؤلاء من حق المساعدة القضائية أو الإعفاء من الرسوم القضائية".

وتقرير إمكانية اللجوء إلى الإنابة القضائية لإرسال نصوص القانون الأجنبي أو أحكام القضاء في دولة القاضي المناب للفصل في المسألة أمام القاضي المنيب، يجب التأكيد معه على عدة وسائل في هذا الإطار^(٣):

- اللجوء إلى الإنابة القضائية لا يكون مقبولاً إلا عندما يكون القاضي الوطني المنيب غير عالم بمضمون القانون الأجنبي ويتعذر عليه العلم به، أو عندما يجد القاضي فيما قدمه له الخصوم من مساعدة تعارضاً أو تناقضاً.

- التزام القاضي بتطبيق القانون وطنياً كان أم أجنبياً ليس إجراءً قضائياً بالمعنى الدقيق، ذلك أن جوهر ووظيفة القاضي هو تطبيق القانون على المنازعة.

- القاضي الأجنبي الذي يرسل بمقتضى الإنابة مضمون القانون الأجنبي إنما هو يقوم بذلك بوصفه خبيراً.

وهناك حالات يتم فيها رفض تنفيذ الإنابة القضائية أشارت إليها بعض الاتفاقيات الدولية:

- إذا لم تكن الإنابة ثابتة ثبوتاً رسمياً أو مصادق عليها^(٤).

(١) نصوص هذه الاتفاقية منشورة في:

-Rev.crit. 1968, p. 799. et. s.

-Dalloz: 1975, p.124.

(٢) نصوص هذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية، العدد ٩١، لسنة ١٩٥٤م.

(٣) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). مرجع سابق. ص. ٣٩٩.

(٤) مادة ١١ من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٥.

- إذا كان هذا التنفيذ لا يدخل في اختصاصات السلطة القضائية في الدول المطلوب إليها^(١).

- إذا كان هذا التنفيذ يضر باعتبارات السيادة والأمن الوطني للدولة^(٢).

- إذا كان هذا التنفيذ يتعارض مع النظام العام في الدولة المناهضة.

- إذا لم يتم إرسال طلب الإنابة من خلال الطريق المحدد في الاتفاقية (الطريق الدبلوماسي)^(٣).

إذا كان البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو التزام يقع على القاضي، فله أن يلجأ إلى الإنابة القضائية بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي عندما يتعذر عليه ذلك، كما له أن يلجأ إليها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب منه الخصوم على أن يحيطهم علماً بذلك، احتراماً لمبدأ الجاهية في الخصومة.

٢- عقد الاتفاقيات الدولية

يمكن على الصعيد الدولي أن تقوم الدول بإبرام اتفاقيات دولية ثنائية أو جماعية تهدف إلى تبادل المعلومات القانونية والتطبيقات القضائية وحتى المؤلفات الفقهية، ومثال ذلك الاتفاقية الأوربية المبرمة في لندن بتاريخ ١٩٦٨/٧/٧ بين دول السوق الأوربية المشتركة سابقاً (الاتحاد الأوربي حالياً)، المتعلقة بالاستعلام عن القانون الأجنبي والمعمول بها في فرنسا منذ سنة ١٩٧٢، فهذه الاتفاقية تهدف إلى تيسير حصول الجهات القضائية وحدها في الدول المتعاهدة على المعلومات المتعلقة بالقوانين الأجنبية، ونطاق هذه الاتفاقية قاصر على قانون المعاملات المدنية والتجارية وكذلك مسائل الإجراءات المدنية والتجارية، ويكون للجهة الطالبة للقانون الأجنبي أن تطلب من الدولة الأجنبية النصوص القانونية وكذلك أحكام القضاء الخاصة بالمسألة المطروحة أمام قضائها، كذلك نصت هذه الاتفاقية على ضرورة إنشاء جهاز خاص في كل دولة متعاهدة مهمته تلقي طلبات الاستعلام عن القوانين في الدول الموقعة على الاتفاقية، ونجد أن الجهة الوحيدة في فرنسا المختصة بتلقي طلبات الاستعلام عن القانون الفرنسي وإرسالها إلى الجهة القضائية المرسله هي مكتب القانون الأوربي الدولي التابع لوزارة العدل^(٤).

وبالنسبة للتعاون بين الدول العربية في هذا المجال نجد اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الموقعة بين الدول العربية في الرياض بتاريخ ١٩٨٣/٤/٤^(٥)، والتي تنص في مادتها الأولى على "تبادل وزارات العدل لدى الأطراف المتعاهدة بصفة منتظمة نصوص التشريعات النافذة والمطبوعات والنشرات والبحوث القانونية والقضائية والمجلات

(١) الاتفاقية المصرية التونسية لعام ١٩٧٦.

(٢) الاتفاقية التونسية السورية لعام ١٩٨٠.

(٣) الاتفاقية العربية لعام ١٩٥٢.

(٤) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). المرجع السابق. ص ٣٩٩.

(٥) صادت عليها الجمهورية العربية السورية بتاريخ ١٩٨٥/٩/٣٠.

التي تنشر فيها الأحكام القضائية، كما تتبادل المعلومات المتعلقة بالتنظيم القضائي وتعمل على اتخاذ الإجراءات الرامية إلى التوفيق بين النصوص التشريعية والتنسيق بين الأنظمة القضائية لدى الأطراف المتعاقدة حسبما تقتضيه الظروف الخاصة بكل منها".

يتفق الباحث مع الرأي القائل بإمكانية اللجوء إلى الإنابة القضائية من أجل طلب إرسال نصوص القانون الأجنبي أو أحكام القضاء فيه إلى الدولة المنابة وذلك للفصل في الدعوى المثارة أمام القاضي المنيب، كما يشجع الباحث عقد المعاهدات الدولية باعتبارها من الوسائل الهامة التي تيسر تبادل المعلومات عن مضمون القوانين الخاصة بالدول الموقعة عليها، كما يمكن بموجبها أن تلتزم السلطات القضائية المختصة في كل دول متعاقدة بالرد على كل الأسئلة والاستفسارات التي تطلبها الهيئات القضائية أو الإدارية في الدول الأخرى المتعاقدة، فضلاً عن ذلك يمكن عن طريق تلك المعاهدات تبادل المعلومات القانونية والمجموعات القضائية والمؤلفات الفقهية حتى يتيسر الإلمام بكافة التعديلات التي تطرأ على القوانين الأجنبية.

ثانياً: الوسائل المقترحة على الصعيد الداخلي

من أجل تيسير العلم بالقوانين الأجنبية يستوجب على الدولة أن تبذل جهداً رسمياً قد يتمثل في إنشاء مركز علمي للقوانين الأجنبية (١)، أو عن طريق تخصيص أقسام معينة في المحاكم للنظر في النزاعات الخاصة الدولية (٢)، أو بالاهتمام بدراسة القانون المقارن بواسطة إنشاء معاهد متخصصة في هذا المجال (٣).

١- إنشاء مركز علمي للقوانين الأجنبية:

إن إنشاء مركز علمي للقوانين الأجنبية تشرف عليه وزارة العدل، يعد من الضرورات الملحة في تسهيل مهمة القضاة في مجال تطبيق القوانين الأجنبية، فتكون مهمته توفير القدر اللازم من المعلومات عن القوانين الأجنبية عن طريق جمع كافة البيانات والمراجع عن مختلف القوانين الأجنبية خاصة القوانين الشائعة التطبيق وقوانين الدول التي لها علاقات متنوعة مع دولة القاضي، ويجب أن يتضمن هذا المركز خبراء مختصين في مجال القوانين الأجنبية، تتمثل مهمتهم في تقديم المساعدة اللازمة عن طريق تقديم المعلومات الرسمية عن القانون الأجنبي بناءً على طلب القضاة أو أصحاب المصلحة^(١)، ولما كانت ترجمة المراجع والمستندات الأجنبية تشكل عقبة عملية هامة في سبيل البحث عن مضمون القوانين الأجنبية فإنه من الواجب إلحاق جهاز ترجمة قادر بهذا المركز حتى يمكن أن يقضي على العقبات اللغوية التي تعترض هذا البحث، وينبغي إعطاء الأولوية في جمع المعلومات وفي تخصص الخبراء للقوانين ذلك أن تقسيم القوانين الأجنبية من حيث أهمية تطبيقها يُضفي على

(١) ومن أمثلة المعاهد المتخصصة في هذا الشأن نذكر معهد Max Planck للشؤون الخارجية والدولية، والمعهد السويسري للقانون المقارن، ومعهد TMC Asser في هولندا، ومعهد Pays Bas في فرنسا، قتال، حمزة (٢٠١٠). دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الجزائر. ص ٢٠١-٢٠٢.

الجهود المبذولة في هذا الشأن الأهمية العملية التي يجب أن تكون موضعاً للاعتبار بالدرجة الأولى، كما يتعين ملاحظة التقسيم أيضاً بالنسبة لكل قانون أجنبي على حدة فليست جميع القوانين الأجنبية سواء من حيث المشاكل التي تثيرها في دولة القاضي، الأمر الذي يحتم ضرورة دراسة المنازعات ذات الطابع الدولي التي تُثار عادةً أمام المحاكم لنستخلص منها المشاكل التي يكثر إثارتها في القضاء بالنسبة لكل قانون على حدة والتركيز على دراسة هذه المشاكل بصفة خاصة^(١).

٢- تخصيص دوائر معينة في المحاكم التي يظهر العمل كثرة المنازعات الدولية الخاصة التي تعرض عليها، تكون من مهمتها النظر في القضايا التي تثير تنازعاتاً بين القوانين، ولا شك أن مثل هذه الدوائر المتخصصة ستكون أقدر على تفهم القوانين الأجنبية، لأن الغالب في العمل أن يتكرر تطبيق قانون أجنبي معين بالنسبة لذات المشكلة مرات متعددة مما يكسب الدائرة خبرة واسعة مع مرور الزمن، وقد احتضنت بعض الدول أنظمة مشابهة، ففي العراق خصصت دائرة معينة من محاكم الدرجة الأولى لتتظر في القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب، ولا شك أنه من الضروري أن يكلف القضاة قدر المستطاع بمهام دراسية في الخارج لمدة محددة، مما لا شك فيه أن إلمام القاضي بالمبادئ العامة في القوانين الأجنبية التي يكثر تطبيقها في المحكمة التي بها تعينه على تفهمها والاستفادة من طرق الاستعلام التي يلجأ إليها^(٢).

ومثال ذلك المادة ٣٣ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي تخصص محكمة الأحوال الشخصية بنظر قضايا الأجانب أو العراقيين من غير المسلمين الذين يطبق عليهم قانون مدني وليس شريعة إسلامية كالأتراك^(٣).

٣- الاهتمام بدراسة القانون المقارن من شأن انتشار الدراسات المقارنة أن يؤثر بشكل واضح في مجال تنازع القوانين، وبالأخص زيادة معرفة القاضي الوطني بالشرائع الأجنبية، وهذا يؤدي إلى زيادة فرص تطبيق القانون الأجنبي وتجنب استبعاد تطبيقه، كما أن توفير المعلومات حول أهم القوانين الأجنبية المتوقع البحث عن مضمونها من القضاة، يقتضي الاهتمام بدراسة القوانين الأجنبية خاصة شائعة التطبيق منها، وهذا قد يتكفل به معهد متخصص بالقانون المقارن لو تم إنشاؤه، ليضم نخبة من الأساتذة والمتخصصين، وتوفير الأجهزة والوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض^(٤)، ولا ينبغي الاهتمام بالدراسات المقارنة بالمعنى المفهوم لهذا الاصطلاح

(١) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، ص ٣٠٣-٣٠٤.

(٢) صادق، هشام علي (١٩٦٨). المرجع السابق، ص ٣٠٥.

(٣) ضياء نوري الموسوي، حسنين. (٢٠٠٣). مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٤) قتال، حمزة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٢٠٢.

فقط، بل يجب التركيز على دراسة كل قانون على حدة وبصفة خاصة قوانين الدول التي يكثر تطبيقها على غرار الاهتمام المماثل في فرنسا بالنسبة لدول السوق الأوروبية المشتركة سابقاً^(١).

إن أهمية إنشاء مثل هذا المعاهد تكمن في رفد القضاء بأشخاص ذوي خبرة مؤهلين ومدرّبين بحيث يكونوا قادرين على التعامل مع القوانين الأجنبية - وإن كان ذلك يبدو صعباً - إلا أنه ليس مستحيلاً، كما ينبغي تجهيز ذلك المعهد بمكتبة تضم المؤلفات العلمية التي يتم إصدارها بحيث تغطي أغلب الأنظمة القانونية في العالم وطاقم علمي قادر على التعامل مع محتوياتها، إذ يمكن الاستفادة من خبرتهم في هذا المجال مما يدعم المعرفة بتلك القوانين، ويمكن أن نرى تطبيقاً عملياً لتلك التجربة في قضاء بعض الدول ومنها ألمانيا، ففي إحدى الدعاوى كان القانون واجب التطبيق هو القانون البلجيكي وتوافق محامي الطرفين على أن هذا القانون الأخير يماثل القانون الفرنسي دائماً وليس من سبب يحمل على الاعتقاد بأنهما يختلفان في المسألة موضوع الدعوى ولذلك يصح تطبيق القانون الفرنسي، ولكن القاضي الألماني لم يقتنع بهذا القول فسأل معهداً علمياً متخصصاً بدراسة القوانين الأجنبية فعلم أن بلجيكا أصدرت قانوناً جديداً عدّل حكم مجموعتها المدنية تعديلاً جوهرياً فيما يخص المسألة موضوع الدعوى^(٢).

يقترح الباحث بالإضافة إلى ما سبق ذكره، إنشاء مكاتب قانونية استشارية في كليات الحقوق تكون مهمتها الأساسية تزويد المحاكم عند الطلب بالاستشارات القانونية اللازمة والمتعلقة بمضمون قانون أجنبي معين ولتسهيل تيسير تلك المهمة تؤلف لجنة متخصصة من الأساتذة المتخصصين بالقانون ويُفضل من الذين قضوا مدة دراساتهم أو أوفدوا إلى الخارج واكتسبوا خبرة حول قوانين دول عدة، وحذاً لو يتم فتح مثل هذه المكاتب في إحدى كليات الحقوق في سورية يضم بين ثناياه نخبة من أساتذة الجامعات.

(١) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق. ص ٣٠٦.

(٢) Wolff, Martin. (1950). private international law, second edition, Oxford. p218.

المطلب الثاني

الحلول المطبقة عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي

النقص في القانون يعني عدم وجود القاعدة القانونية التي يمكن تطبيقها على النزاع المعروض أمام القضاء، ويدخل في نطاق النقص أيضاً حالة وجود القاعدة القانونية ولكن يصعب الخصوم الكشف أو التعرف على مضمونها، ولذلك فإذا استحال التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، فإن هناك حلول لتكملة الفراغ التشريعي الناتج عن ذلك، وهناك مجموعة من الحلول المختلف عليها (الفرع الأول)، ويوجد حل آخر ويمثل رأي أغلبية الأنظمة القانونية وهو تطبيق قانون القاضي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحلول المختلف عليها في حال تعذر إثبات القانون الأجنبي.

الامتناع عن الفصل في النزاع (أولاً)، أو تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتمدنة (ثانياً)، أو تطبيق القانون الأقرب في أحكامه للقانون الأجنبي (ثالثاً)، أو تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالمسألة المعروضة (رابعاً).

أولاً: الامتناع عن الفصل في النزاع (رفض الدعوى)

اعتقد نفر قليل من الفقه^(١) بأن على القاضي الوطني أن يمتنع عن الفصل في النزاع عند استحالة إثبات القانون الأجنبي واجب التطبيق تحقيقاً للعدالة المنشودة، هذا الحل وفق هذا الاتجاه يعد أفضل من تطبيق قانون القاضي ولا يعني ذلك إنكار العدالة، إذ أن إنكار الأخيرة يعني وجود قواعد قانونية قابلة للتطبيق على القضية ويمتنع القاضي عن تطبيقها، وقد أراد مؤيدو هذا الاتجاه إيجاد وسيلة للتقارب بين الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية والتي بإمكانها عدم قبول الاختصاص، وبين رفض الدعوى عند عدم وجود قواعد موضوعية أجنبية تطبق على النزاع، وإذا كان الفقه يسمح للمحكمة أن ترفض الطلب عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق فكلا الحالتين متشابهة^(٢).

وقد أخذت بهذا الرأي بعض المحاكم الأمريكية، كما هو الحال في قضية والتون "Walton"^(٣)، وهذا ما حمل المشرع في ولاية كاليفورنيا بأمريكا عام ١٩٥٧ على تعديل قانون المرافعات بما يضمن إعطاء الحق

^(١) Quardi (R), (١٩٥٣) La privé Du Droit Etranger, Revie W Egyptienne De Droit International, V ٩ P٩.

^(٢) خالد، هشام. (٢٠٠٦). مرجع سابق. ص ١٢٩.

^(٣) تتعلق هذه القضية بحادث مرور وقع لأمريكي في المملكة العربية السعودية، ولما رفع دعوى تعويض عن الأضرار أمام القضاء الأمريكي، فقد أثار القاضي تطبيق قانون المملكة العربية السعودية بوصفه مكان وقوع الحادث وطلب من المدعي أن يثبت مضمونه، لكن هذا الأخير تقاعس عن ذلك، فرفضت المحكمة دعواه وأيد هذا الحكم في الاستئناف، لكن هذا الحكم تعرض لنقد شديد من الفقه الأمريكي في كونه ينطوي على إنكار للعدالة فهو قد أهدر حق المضرور في التعويض المستحق من شركة مقتدرة على الدفع لا لشيء إلا أنه لم يوفق في إثبات قانون أجنبي، محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). مرجع سابق. ص ٤٣٠.

للمحكمة الأمريكية في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص في أن تطبق قانونها الوطني أو تمتنع عن نظر الدعوى^(١)

تعرض هذا الرأي للنقد لعدة أسباب منها:

- إن القول بوجود تشابه في حالة عدم الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة أو الحكم برد الدعوى في حالة استحالة المحكمة في التعرف على مضمون القانون الأجنبي، قولٌ يقوم على الخط والبعد عن الواقع، بيان ذلك أن تلك الفرضية لا يمكن القبول بها في حالة عقد الاختصاص للمحكمة المختصة، ففي هذه الحالة تلتزم بالفصل بالنزاع المعروف عليها ولا يجوز لها بعد ذلك أن تحكم برد الدعوى^(٢).
 - إن توقف القاضي عن الفصل في الدعوى بحجة عدم التوصل لمضمون القاعدة القانونية واجبة التطبيق، هو موقف غريب عن دوره المعتاد كما تعرفه المبادئ العامة في قانون المرافعات، فالقاضي ملزم دائماً بالبحث عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق، وإن تعذر عليه ذلك فليس له أن يتوقف عن الفصل في النزاع، بل يتعين عليه في هذه الحالة أيضاً أن يحكم في الدعوى المطروحة أمامه، وهو ما يفعله دائماً حتى عند غياب أي قاعدة قانونية واجبة التطبيق تحت ستار ما يسميه بالقواعد العامة أو المبادئ المستقرة، أمّا القول بالتوقف عن الفصل في الدعوى كما هو مضمون هذا الرأي فهو يشكل إنكاراً صارخاً للعدالة^(٣).
 - إن وظيفة القاضي لا تقتصر على تطبيق القواعد القانونية الموجودة، وبانعدامها تنعدم مهمته، بل تتعدى ذلك، فوظيفته منح الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية محل النزاع، وفي سبيل ذلك يجب على القاضي البحث في المصادر الأخرى عن حل يحقق الحماية المطلوبة^(٤).
 - إن رفض الدعوى يحمل في طياته أن القانون الأجنبي ليس إلا واقعة من الوقائع التي يقع عبء إثباتها على الخصوم، بحيث أن إخفاقهم في ذلك يستتبع رفض الدعوى، وهذا رأي مرفوض فقهاً وقضاءً^(٥).
- جميع القوانين - وإن اختلفت في مضامينها - إلا أنها تتفق جميعاً في تحقيق العدل وإيصال الحقوق إلى أصحابها، إذاً كيف يمكن القول أن رفض الطلب وعدم تطبيق أي قانون على النزاع المطروح يحقق العدالة، ثم كيف تتحقق العدالة وتصل الحقوق إلى أصحابها من دون تطبيق قانون ما؟

(١) علي الداودي، غالب. (٢٠١٣). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة. الدار الثقافية. ص ٢٦٦.

(٢) خالد، هشام. (٢٠٠٦). مرجع سابق. ص ١٣٠.

(٣) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). مرجع سابق. ص ٢٤٠.

(٤) زروتي، الطيب. (٢٠٠٨). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. ج: ١. الجزائر: مطبعة الفسيلة. ص ٥٨.

(٥) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). مرجع سابق. ص ٥٧٦.

ثانياً: تطبيق المبادئ العامة السائدة في الأمم المتحدة

تعرف المبادئ العامة للقانون بأنها: "حلول وإن بدت خاصة بكل دولة على حدة، إلا أنها صارت تراثاً قانونياً مشتركاً واكتسبت طابعاً عالمياً بسبب قيمتها العقلانية والمنطقية وبالشعور بأنها أضحت بطبيعتها مشتركة بين النظم القانونية كلها، ومتجردة من الخصوصيات الوطنية لتبدو وكأنها نتاج الفكر القانونية والتقاليد المشتركة"^(١).

تشارك هذه المبادئ في مجموعة من الخصائص^(٢):

- لا ترتبط فكرتها بقانون دولة معينة وهي في الوقت ذاته لم توجد في الأساس لحكم العلاقات القانونية على المستوى الدولي، بل نشأت في الأصل داخل الدول وانتقلت بانتشارها وشيوعها بين الدول نحو العالمية.
 - لا ترتبط بمصدر محدد من مصادر القاعدة القانونية فقد تكون راسخة في التشريعات أو الفقه أو القضاء أو العرف.
 - لا بد لها من أساس منطقي وعادل يسوغ انتشارها وشيوعها ولا يعني ذلك أنها تتطابق مع فكرة القانون الطبيعي أو العدالة.
- يذهب هذا الاتجاه إلى أنه إذا تعذر على القاضي الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق، فعليه أن يطبق المبادئ العامة للقانون والسائدة في الأمم المتحدة^(٣)، أو مبادئ العدالة العالمية كما يحذب البعض تسميتها تلك المبادئ والقواعد تدخل ضمن نظرية القانون الطبيعي والتي نادى بها فقهاء القانون منذ فجر التاريخ، وقد استلهم هذا الاتجاه موقفه من بعض قواعد الدولي العام، لاسيما المادة (٣٨) من النظام الداخلي لمحكمة العدل الدولية^(٤)، فضلاً عن ذلك فإن الدراسات المقارنة لبعض القوانين مثل القانون المدني والتجاري تكشف عن وجود مبادئ مشتركة يمكن للقاضي الرجوع إليها كمصدر يمكن تطبيقه على المنازعات الدولية باعتبارها من المبادئ العامة للقانون والشائعة في أغلب الدول، تلك المبادئ طبقتها هيئات التحكيم الدولية في مجال القانون الدولي العام^(٥).

(١) سلامة، أحمد عبد الكريم . (٢٠١٣). علم قاعدة التنازع والاختيار بين المناهج اصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة. ص ١٦٢، مشار إليه لدى عبدالله، وسام توفيق. (٢٠١٣). مبادئ القانون الدولي الخاص. مج: ١٦. عدد: ٥٧. ص-ص. مجلة الرافين للحقوق. ص ٣٧.

(٢) عبدالله، وسام توفيق. (٢٠١٣). المرجع السابق. ص ٤٠.

(٣) خالد، هشام. (٢٠٠٦). مرجع سابق. ص ١٠٠.

(٤) نصت المادة ٣٨ من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية على ما يلي: (١- وظيفة المحكمة هو الفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبيق في هذا الشأن: ج- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة) منشور على الرابط التالي:

www.Wikisource.org

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٨/٣.

(٥) من هذه المبادئ مبدأ التعسف في استعمال الحق، والوفاء بالعقود، والتنفيذ النقدي في حالة تعذر التنفيذ العيني، عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥). مرجع سابق. ص ٢٢٨.

وقد تبنت محكمة استئناف باريس هذا الاتجاه في الحكم الصادر بتاريخ ٢٥ يناير ١٩٧١ والذي طبق فيه القاضي الفرنسي بباريس القواعد المتعلقة بتسيير الأعمال في القانون الفرنسي مبرراً قراره المتخذ احتياطياً بأن هذا المفهوم ينبثق من قاعدة العدالة والإنصاف^(١)، إلا أن بدايات الأخذ بهذا الاتجاه كان في حكم شهير صادر عن محكمة النقض الفرنسية في عام ١٨٨٨ بشأن قضية تتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار، إذ كان لا بد من تطبيق القانون الأمريكي فيها وفق قواعد الإسناد الفرنسية، إلا أن محكمة الاستئناف طبقت القانون الفرنسي، طعن المدعي أمام محكمة النقض الفرنسية مطالباً إياها بنقض حكم محكمة الاستئناف لمخالفته الصريحة لقاعدة الإسناد الفرنسية، رفضت محكمة النقض هذا الطعن مدعية أن الطاعن لم يقدّم إثباتات القانون الأمريكي الذي يعفيه من المسؤولية والتي تقع عليه طبقاً لمبادئ العدالة المعترف بها دولياً^(٢).

إلا أن هذا الرأي قد تعرض للنقد لعدة أسباب أهمها:

- إن نظرية المبادئ العامة للقانون نظرية غير واضحة وغير محددة المعالم والنطاق، فهي نظرية مطاطية وخيالية، فتطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة من شأنها أن تفتح باب التحكم للقضاء، بل إنه قد يتجه إلى تطبيق قانونه تحت ستار ما يُسمى بالمبادئ المستقرة، فهي مبادئ يكتنفها الغموض، فما هو من العدل في زمان ومكان معينين قد لا يكون كذلك في زمان آخر ومكان آخر^(٣).
- أنه يفتقر إلى السند القانوني السليم، كما أنه يعتمد على فكرة صعبة التحديد، فهذه المبادئ تعتبر قواعد عامة بلا تفاصيل وحدودها غير واضحة، كما أنها تخول القاضي سلطة تقديرية واسعة، تنتهي به عملياً وفي الأخير إلى تطبيق قانونه الوطني على أساس أنه المستند منطقياً من هذه المبادئ^(٤).
- أن تطبيقها يؤدي إلى اختلاف الأحكام من محكمة إلى أخرى نظراً لعموميتها وسعتها.

ثالثاً: تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق

يرى جانب من الفقه^(٥) أن على المحكمة المختصة بنظر النزاع أن تطبق قانوناً آخر تعرفه أو يمكن إثباته في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة التنازع على أن يكون مشابهاً أو قريباً على

(١) جرت وقائع هذه القضية موضوع الحكم في مدينة "ماندشوريا" (Mandchourie)، إذ اتهم المدعي الخصم بتدخله في تسيير شركة كانت تحت رقابة مجموعة يابانية وذلك في فترة كان فيه تراب "ماندشوريا" محل تنازع بين جيوش يابانية وصينية وسوفيتية، الحجة، بشار قيس. (٢٠٢٠).

مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٢) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، ص ٣٢٨-٣٢٩.

(٣) عبد الله، مفتاح محمد اليعقوبي. (٢٠١٦). مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٤) البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٥) ومنهم الفقه (Wolff) و (Dolle)، ويورد الفقيه (Wolff) مثلاً يعزز فيه رأيه، ففي إحدى الدعاوى التي عُرضت أمام القضاء الألماني كان القانون واجب التطبيق هو قانون الإكوادور وفق قاعدة الإسناد الألمانية، ولكن تعذر إثباته، ولما كان قانون الإكوادور يجد أساسه في قانون تشيلي والذي أخذ عن المجموعة المدنية الفرنسية، فإن هذا الفقيه يحذّر تطبيق هذه المجموعة الأخيرة لا القانون الألماني، إذ أن هذا الحل في رأيه يؤدي إلى حل أقرب مما لو طبق القانون الألماني

الأقل من القانون المختص^(١)، حيث يقوم هذا الاتجاه على أساس أن جميع القوانين في العالم تنقسم إلى طوائف أو عوائل كالقانون الجرمانى واللاتينى والانجلوسكسونى والإسلامى والاشتراكي..... إلخ، كما يأخذ هذا الاتجاه بالقرب الجغرافى باعتباره المصدر التاريخى للقانون^(٢).

وقد أخذ بهذا الرأى القضاء الألمانى، فالقاضى إذا لم يقد الدليل على مضمون القانون الأجنبى ويستحيل عليه تطبيقه، فإنه مع ذلك لا يطبق القانون الألمانى بصفة آلية، إنما يطبق النظام القانونى الأقرب للقانون الأجنبى، وهذا ما قامت به المحكمة الفيدرالية بمناسبة تفسير القانون التركى واجب التطبيق، إذ استعانت بالقانون السويسرى، وبالأستعانة ببعض الوثائق والنصوص الخاصة بالقانون الفرنسى والمصرى للتوصل لمضمون القانون السورى^(٣).

وقد يصعب التسليم بهذا التقارب فى كثير من الأحيان، إذ حتى فى الافتراض الذى يتأكد فيه قرب القانونين من بعضهما البعض يظل محظوراً تصور أحدهما تحت تأثير ظروف اجتماعية واقتصادية وسياسية وتاريخية معينة، وينقطع من ثم هذا التقارب المزعوم، وهذا القانون الأقرب هو أحد قانونين، الأول: القانون الذى يُفترض فيه أنه قريب فى أحكامه من القانون الذى تعذر معرفة مضمونه بحكم انتمائهما لنفس العائلة أو بفعل التأثير المتبادل بينهما، الثانى: أن يقصد به القانون الأقرب اتصالاً بالعلاقة بعد القانون الذى تعذر إثباته وقد أخذ على هذا الرأى أنه لا يمكن القطع بالقانون الأقرب إلى أحكام القانون الذى استحال الكشف عن مضمونه^(٤).

تعرض هذا الرأى للنقد لعدة أسباب أهمها:

- احتمال وجود اختلاف فى القواعد بين القانون واجب التطبيق والقانون الأقرب صلة له^(٥).
- إن التسليم بهذا الرأى يعطى للقاضى الوطنى مقدراً كبيراً من الحرية فى اختيار القانون الأجنبى واجب التطبيق، أى بعبارة أخرى تعطى للقاضى الوطنى القدرة على وضع قواعد الإسناد التى لم يضعها المشرع الوطنى أصلاً، وهنا ينصب القاضى الوطنى نفسه مشرعاً، والتشريع من اختصاص المشرع، واختصاص القاضى تطبيق التشريع، فبالنتيجة التسليم بهذا الرأى يؤدى بالقاضى إلى تجاوز حدود اختصاصه^(٦).

(١) المبروك اللافى، محمد. (٢٠٠٠). تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى، دراسة مقارنة. بنغازي: ليبيا. دار الكتب الوطنية. ص ٩٨.

(٢) عبد الكريم، مدوح. (٢٠٠٥). مرجع سابق. ص ٢٢٨.

(٣) محمد، أشرف وفاء. (٢٠١٧). مرجع سابق. ص ١٥٢.

(٤) عبد الله، مفتاح محمد اليعقوبى. (٢٠١٦). مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٥) محمد، أشرف وفاء. (٢٠١٧). مرجع سابق. ص ١٥٤.

(٦) عبد المنعم رياض، فؤاد، وراشد، سامية. (١٩٧٩). مرجع سابق. ص ١٩٤.

- ليس من السهولة بمكان تحديد التقارب في النصوص بين القوانين الأجنبية حتى لو انحسرت دائرتها ضمن ما يسمى بالعائلات القانونية، وذلك لأن معظم النظم القانونية تستوحي نصوصها من عدة مصادر مختلفة بحيث لا يمكن الجزم بتطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق^(١).
- يؤدي هذا الرأي بالقاضي الوطني إلى مخالفة أمر مشرعه بقاعدة الإسناد والتي أشارت بتطبيق قانون أجنبي، لأن القاضي سيطبق هنا قانوناً آخر وهو غير القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه^(٢).
- حتى وإن تقارب القانون الأقرب من القانون الأجنبي إلا أنه قد يحصل اختلاف بينهما، لأن كل قانون عائد لنظام قانوني مستقل له ظروفه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والقانونية، ومن ثم قد يحصل اختلاف بين قوانين المجموعة القانونية الواحدة^(٣).
- قد يخل ذلك بمصالح الخصوم لأنهم توقعوا تطبيق قانون معين على نزاعهم، فإذا طُبق على نزاعهم قانون آخر فذلك يضر بالخصوم ويخل باستقرار المعاملات وبالذات على صعيد التجارة الدولية، وبعبارة أخرى كيف يطبق القاضي قانوناً قد لا تكون بينه وبين النزاع المطروح أي صلة أو رابطة من أي نوع كان، بحجة أن هناك تقارباً في أحكامه مع أحكام القانون واجب التطبيق أصلاً حسب قاعدة الإسناد الوطنية، فعلى سبيل المثال يمكن القول أن القانون المدني الليبي يقترب في أحكامه في مسائل الإثبات مع القانون المدني الفرنسي، حيث نصت المادة ١٣٤١^(٤) من القانون المدني الفرنسي على "عدم قبول الإثبات بالبيئة في الالتزام المدني الذي تزيد قيمته عن خمسين فرنك فرنسي"، وقد اقتصى المشرع الليبي أثر المشرع الفرنسي في تقرير هذه القاعدة، حيث نصت المادة ٣٨٧ من القانون المدني الليبي على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة دنانير أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز البيئة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، ومما لا شك فيه أن مبلغ الخمسين فرنك المحدد في النص السابق قد روعي في تحديده الثبات النسبي للعملة المعدنية المضروبة من الذهب أو الفضة، غير أنه بعد دخول العملة الورقية إلى سوق التداول وجد المشرع الفرنسي نفسه مضطراً للتدخل لتعديل هذه القاعدة، وحصل ذلك عدة مرات كان أولها بقانون ١٩٣٨/٤/١ الذي رفع مبلغ الخمسين إلى خمسمائة فرنك، وكان آخر هذه التعديلات بالقانون الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٨٠ الذي رفع هذه القيمة إلى ٧٠٠٠ فرنك، بينما ظل القانون الليبي كما هو غاية الآن^(٥).

(١) المصري، محمد وليد. (٢٠١٦). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. ط: ٣. عمان: الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص ٢٤٠.

(٢) عبد المنعم رياض، فؤاد، وراشد، سامية. (١٩٧٩). مرجع سابق. ص ١٩٥.

(٣) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٤) "La créancier a droit à l' exécution de l' obligation: il peut y contraindre le débiteur dans les condition prévues par la loi".

(٥) إرجعية الزاوي، سالم. (٢٠٠٦). الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي. ط: ٣. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص ١٦٢.

رابعاً: تطبيق القانون الأكثر ارتباطاً بالمسألة المعروضة

ويتميز هذا الرأي بمحاولته التوفيق بين حكمة التشريع التي تقضي بتطبيق قانون أجنبي معين وبين الصعوبة العملية في تعذر الوصول إلى أحكام هذا القانون.

وينوه أنصار هذا الرأي بأن هذا الحل محصور في الفروض الاستثنائية التي يستحيل فيها فعلاً الكشف عن مضمون القانون الأجنبي المختص أصلاً، وأن استقرار الحلول القضائية في شأن هذه الفروض الاستثنائية على مر الزمن سيُمكن المتقاضين من العلم المسبق بهذه الحلول، مما يوفر في النهاية الاستقرار المطلوب للمعاملات^(١).

تعرض هذا الرأي للنقد لعدة أسباب أهمها:

- أن الأخذ بهذا الرأي يعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة يخشى معها جنوحه إلى التحكم، بل أن القانون الأقرب في أحكامه للقانون الأجنبي الذي تعذر إثباته يعد أكثر قبولاً من الأخذ بهذا الرأي^(٢).
- أن هذا الرأي يصطدم بعقبات تجعل تحقيق النتيجة التي يُراد التوصل إليها محل شك كبير، فمن الصعب عملياً -إن لم يكن من المستحيل- التأكد من مدى التقارب بين التشريعات المختلفة، فالمرشح غالباً ما يستوحي قواعده من عدة قوانين بحيث لا يمكن القطع بالقانون الأكثر ارتباطاً بالمسألة المعروضة، وفضلاً عن ذلك فإنه حتى في الفروض التي يمكن القول فيها بتقارب أحكام تشريعيين مختلفين، فقد تؤثر الظروف الاجتماعية والاقتصادية في بيئة أحد التشريعين بفضل تطورها مما يضفي عليها في النهاية طابعاً خاصاً يكون سبباً في بُعدها تماماً عن أحكام التشريع الآخر التي كانت تتشابه مع قواعده ابتداءً^(٣).
- أن هذا الاتجاه قد خلط على ما يبدو بين عمل المشرع وواجب القاضي، فالفلسفة التشريعية التي ينطلق منها هذا الاتجاه لتبرير رأيه هي من عمل المشرع وليست من مهمة القاضي، كما أن تعيين القانون واجب التطبيق على النزاع هو من عمل المشرع أيضاً^(٤).
- أن المشرع هو الذي يبحث عن الحكمة التشريعية وليس القاضي، ولا شك أن اختيار القانون الواجب التطبيق هو من عمل المشرع وليس من عمل القاضي.

(١) حمود أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة المنصورة. مصر. ص ٨٩.

(٢) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). مرجع سابق، ص ٥٧٨.

(٣) الكردي، جمال محمود. (٢٠٠٥). ص ١٨٥.

(٤) المبروك اللافي، محمد. (٢٠٠٠). تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة. بنغازي: ليبيا. دار الكتب الوطنية. ص ٩٩.

- قد يؤدي هذا الرأي إلى الإخلال بالاستقرار اللازم للمعاملات، لأنه يجرد المتقاضين من إمكان العلم المسبق بالقاعدة واجبة الإلتفاع^(١).

الفرع الثاني: تطبيق قانون القاضي^(٢)

اتجه الفقه والقضاء في فرنسا ومعظم دول العالم إلى القول بتطبيق قانون القاضي عند تعذر الكشف عن أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وقد أيد هذا الرأي كثير من فقهاء القانون الدولي الخاص وذلك لما يتسم به من طابع عملي بالإضافة إلى اعتبارات السيادة والملاءمة والعقلانية^(٣)، ومن هؤلاء الفقهاء نجد الفقيه "باتيفول" والذي يرى أن للقانون الوطني اختصاص عام لحكم جميع العلاقات الدولية الخاصة، وبما أن القاضي لا يستطيع الامتناع عن حسم النزاع بذريعة استحالة إثبات القانون الأجنبي، إذ يؤدي ذلك إلى إنكار العدالة، فسيكون الحكم بمقتضى نصوص القانون الوطني أقرب للعدالة^(٤)، وينطبق قانون القاضي في هذه الحالة لا على أساس أن أحكامه مطابقة في مضمونها لأحكام القانون الأجنبي الذي تقرر الكشف عن مضمونه، وليس لأن الأصل هو تطبيق قانون القاضي، وإنما استناداً لما له اختصاص احتياطي عام وذلك عندما يتعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصيل لحل النزاع ذي الطبيعة الدولية بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، فتطبيق قانون القاضي هي نزعة سليمة ومبررة خاصة في مجال العلاقات القانونية التي تنشأ بكاملها على الإقليم الوطني، غير أنها قد تثير بعض الشكوك في شأن العلاقات القانونية ذات المنشأ الأجنبي البحت، إذ قد لا يكون قانون القاضي يرتبط بهذه العلاقات ارتباطاً حقيقياً^(٥)، ورجوع القاضي إلى أحكام قانونه عند استنفاد وسائل البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو الأكثر ضبطاً لمصير الفصل في الدعوى.

ويبرر هذا الاتجاه تطبيق قانون القاضي بوصفه ليس قانوناً غريباً عن النزاع المطروح لأنه قانون المحكمة المطروح أمامها النزاع، إذ لا بد من وجود صلة بين المحكمة والنزاع في قضايا الاختصاص القضائي الدولي، بل أكثر من ذلك إن تطبيقه لا يخل بتوقعات الخصوم لأن الاختصاص القضائي الدولي يؤثر حتماً على الاختصاص التشريعي، كذلك إن تطبيق قانون القاضي هو حل عادل لأنه يجنب الخصوم النتائج السيئة المترتبة على رد دعواهم^(٦).

(١) المبروك اللافي، محمد. (٢٠٠٠). المرجع السابق، ص ١٠٩.

(٢) أصل الكلمة لاتيني وهي **Forum** وتعني المحكمة، وباللغة الفرنسية **la loi du for**، ونجد في المراجع الأجنبية مصطلح **la lex fori**.

(٣) عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥). مرجع سابق، ص ٢٢٩.

(٤) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٥) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٤٨٧.

(٦) غصوب، عبده جميل (٢٠٠٨). دروس في القانون الدولي الخاص، ط: ١. بيروت: لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص ١٦٤، مشار إليه لدى قرنة، إبراهيم. (٢٠١٦). مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. ص ٥٩.

ورغم منطقية ومقبولية هذا الرأي، إلا أنه تعرّض أيضاً للنقد من جانب من الفقه^(١)، والذي يرى في إحلال قانون القاضي لما له من اختصاص احتياطي محل القانون الأجنبي -والذي تعذر الكشف عن مضمونه- إخلالاً بالتوزيع الذي أراده المشرع عند وضعه لقواعد الإسناد بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، فعندما تشير هذه القاعدة الأخيرة إلى تطبيق قانون أجنبي فتكون قد نفت في الوقت نفسه علاقة قانون القاضي بالعلاقة، فكيف يمكن بعد ذلك القول بوجود اختصاص احتياطي لذلك القانون لحكم هذه العلاقة؟

كما أن الفقه والقضاء الفرنسي برر تطبيق قانون القاضي محل القانون المتعذر إثباته، لكون قانون القاضي له اختصاص عام في جميع علاقات القانون الخاص بما فيها العلاقات المتضمنة عنصراً أجنبياً، وهو تبرير منتقد على أساس تنافي طبيعة العلاقات الخاصة الدولية مع القول بمثل هذه الولاية^(٢)، على أية حال، فإن هذا الاتجاه أخذت به معظم الأحكام في فرنسا السابقة والحديثة^(٣)، كما نجد صدق له في القضاء اللبناني^(٤)، ومن التشريعات التي نصت صراحة على الأخذ بهذا الرأي نجد المشرع اللبناني في المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية لعام ١٩٨٣^(٥)، وكذلك المشرع التونسي في الفصل ٣٢ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨^(٦)، كذلك القانون الإماراتي لعام ١٩٨٥ في المادة ٢٨ منه^(٧).

والمشرع الجزائري بموجب تعديل ٢٠٠٥ للقانون المدني^(٨)، وفي المملكة العربية السعودية، فإن المتتبع لأنظمة المملكة يبصر بأن المنظم السعودي لم ينص صراحة على الحل المتبع في مثل هذه الحالة، غير أنه يُفهم ضمناً من خلال بعض النصوص القانونية التي جاءت في بعض أنظمة المملكة، أن العمل يجري على تطبيق القانون السعودي عند تعذر القاضي الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي، فقد نصت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم على أنه: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله،

(١) عبد المنعم رياض، فؤاد، ورشد، سامية. (١٩٧٩). مرجع سابق، ص ١٢٧. يُذكر أن هذا الفقه يضع اتجاهاً آخر مقتضاه أن على القاضي أن يضع نفسه محل قاضي الدولة الأجنبية المراد تطبيق قانونها وأن يحكم بما سيحكم به هذا الأخير فيما لو كان النزاع مطروح عليه، فالمشرع في أغلب الدول يضع إلى جانب المصادر الأساسية مصادر احتياطية منها الشريعة الإسلامية وقواعد العدالة والقانون الطبيعي وغيرها، وعلى ذلك فعلى القاضي المطروح أمامه النزاع أن يبحث في تلك المصادر والتي أخذ منها القانون الأجنبي لكي يتمكن من الوصول إلى حل لهذه المشكلة، ويرى الباحث أن هذا الحل غير سليم، فإذا لم تمكن القاضي من معرفة نصوص التشريع الأجنبي والمنشورة في الجريدة الرسمية للبلد الأجنبي، فكيف يمكن له بعد ذلك أن يبحث في المصادر الاحتياطية الأخرى؟ هذا تكليف بمستحيل.

(٢) البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٣) انظر في الحكم الصادر عن الدائرة المدنية الأولى في ٢١ نوفمبر ٢٠٠٦ والذي نص: "متى اصطدم القاضي الفرنسي الذي اعترف بقابلية قانون أجنبي للتطبيق باستحالة الحصول على دليل بشأن مضمونه ففي هذه الحالة يمكنه تطبيق القانون الفرنسي بصفة احتياطية في شأن الحقوق غير القابلة للتصرف فيها"، غيو، أسامة. (٢٠٠٩). إثبات القانون الأجنبي أمام قضاء الموضوع، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. الجزائر. ص ٣٥.

(٤) فقد جاء في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٣/١٨ ما نصه: "بما أنّ محكمة الاستئناف بعد أن استتبّحت عجز الميزة عن إثبات مضمون القانون الأمريكي كان عليها أن تفصل في هذه الدعوى على أساس القانون اللبناني وهو ما فعلته، فلا يكون قرارها لهذه الجهة مخالفاً للقانون"، غصوب، عبده جميل (٢٠٠٨). مرجع سابق، ص ١٦٥، مشار إليه قرنة، إبراهيم. (٢٠١٦). مرجع سابق، ص ٦٣.

(٥) تنص المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات اللبنانية «..... إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني».

(٦) ينص الفصل ٣٢ من مجلة القانون القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨ «..... إذا تعذر إثبات محتوى القانون الأجنبي فإنه يقع العمل بالقانون التونسي».

(٧) تنص المادة ٢٨ من القانون الإماراتي لعام ١٩٨٥ «يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا تعذر إثبات وجود القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تحديد مدلوله».

(٨) تنص المادة ٢٣ من القانون المدني الجزائري الجديد لعام ٢٠٠٥ «يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه».

وهما الحكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة"، ولا شك أن هذه النصوص تعد قيداً على القاضي السعودي عند الفصل في الدعوى المعروضة أمامه، سواء كانت هذه الدعاوى وطنية أم كانت دعاوى ذات طابع دولي، وذلك لإطلاق لفظ (الحكم) في هذا النص^(١).

أمّا عن موقف مشرعنا السوري، فقد جاء التشريع خالياً من نص صريح بشأن هذه المسألة، إلا أن الفقه يؤكد أن على القاضي السوري تطبيق قانونه الوطني في حالة تعذر الوصول إلى أحكام القانون الأجنبي ويستندون في ذلك إلى نص المادة (٢٦) من القانون المدني السوري والتي تنص: "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص" وفي هذا الصدد يذهب الدكتور فؤاد ديب إلى القول: "على الرغم من إيماننا بسلامة تطبيق قانون القاضي في حالة استحالة التوصل إلى من معرفة مضمون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه إلا أننا نرى أن أساس الأخذ به في هذه الحالة يتعلق باعتبارات عملية أكثر منها قانونية أو افتراضية، فيؤخذ به كحل تكميلي لسد الفراغ الناشئ عن عدم التوصل إلى الكشف عن أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق".

يحقق هذا الحل عدة أهداف منها:

- توسيع نطاق تطبيق القانون الوطني، إذ أن الأصل هو إطلاق الاختصاص التشريعي للقانون في دولته وبين محاكمها، فالأصل هنا هو سلطان القانون من حيث المكان، فبعد تعذر إثبات القانون الأجنبي يُطبق القانون الوطني باعتباره يسترجع ولايته العامة استناداً لمبدأ الإقليمية^(٢).
- إيجاد أساس قانوني لتطبيق القاضي للقانون الوطني عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي المختص وإعطائه الصفة الاحتياطية في هذه الحالة وقطع التأويلات المختلفة المستندة إلى الآراء السالفة في تبرير تطبيق القانون الوطني في هذه الحالة.
- تسهيل مهمة القاضي في فصله للنزاعات الخاصة الدولية، لأنه أعلم بأحكام قانونه الوطني وأسهل له في تطبيقه من غيره من القوانين كالقانون الأقرب للقانون الأجنبي المختص مثلاً، لكن هذا لا يعني أن يسرع القاضي في تطبيقه للقانون الوطني، فلا لا يجوز له ذلك إلا بعد تحقق استحالة تطبيق القانون الأجنبي المختص فعلاً.

(١) عبد الحافظ، محمود علي. (٢٠١٩). مدى تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي السعودي – دراسة مقارنة بالقانون المصري. مج: ١٢. عدد: ٥. جامعة القصيم. مجلة العلوم الشرعية. ص ٤٢٥.

(٢) زروتي، الطيب. (٢٠٠٨). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. ج: ١. الجزائر: مطبعة الفسيلة. ص: ١٣.

- الاعتراف بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، فالسماح للقاضي بتطبيق القانون الوطني يسعفه في الوفاء بالتزامه بأداء العدالة وتحقيق الحماية القضائية المطلوبة، كما يجنب الخصوم الآثار السلبية في حالة رفض دعواهم بسبب تعذر إثبات القانون الأجنبي^(١).

ويرى الباحث في هذا الصدد ترجيح تطبيق قانون القاضي وذلك للاعتبارات الآتية^(٢):

- أصبح تطبيق القانون الوطني في مثل هذه الحالة من المبادئ الشائعة في القانون الدولي الخاص، حيث يؤكد ذلك القانون المدني في غالبية الدول والذي ينص "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لن يرد في شأنه نص في أحوال تنازع القوانين.
- أنه يحافظ على حقوق الأفراد ويمنع إنكار العدالة والذي يُعد من المبادئ الأكثر شيوعاً، فتطبيق قانون القاضي يجمع في حقيقته مبدأ إحقاق الحق، وهذا الحل يتلاءم مع توقعات الأفراد لأن قانون القاضي من وجهة نظرهم ليس بغريب عن المنازعة، فانعقاد الاختصاص لقانون القاضي لنظر النزاع ذي العنصر الأجنبي لم يأتِ اعتباطاً، بل كان لوجود صلة بينه وبين النزاع فضلاً عن أن قبول الأطراف رفع النزاع لهذا القاضي يعني توقعهم لتطبيق قانون القاضي.
- في حال أن القانون الأجنبي واجب التطبيق لا يوفر الحل للنزاع، فإن القاضي الوطني يضع نفسه محل القاضي الأجنبي ويعمل على استنباط الحل بالطريقة التي يتعامل معها قاضي دولة القانون الأجنبي، مما يتيح للقاضي الوطني فرصة تطبيق قانونه والتدرج المعتمد فيه وضع الحل بالشكل الذي ينسجم في الحلول على المستوى الدولي.

(١) قتال، حمزة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٢١٥.

(٢) راجع حول هذا الرأي لهداوي، حسن. (١٩٩٧). مرجع سابق، ص ٢٠٧-٢١٦.

الفصل الثاني

تفسير القانون الأجنبي

تمهيد:

يعد التفسير من الموضوعات الهامة على صعيد علم القانون، لأنه قرينٌ بكل قانون سواء أكان أحد فروع القانون العام أم الخاص، أو كان ذلك القانون المكتوب مصدره التشريع أم غير مكتوب مصدره السوابق القضائية أو العرف أو العادة، فالتفسير يوضح معنى القانون أو المقصود منه لإزالة الغموض الذي يكتنفه أو التوفيق بين أجزائه المتعارضة أو المتناقضة ومن ثم نتوصل للحكم الذي يتضمنه القانون، إذن لا يستطيع القاضي أن يتوصل لحكم القانون ليطبقه على النزاع ما لم يفسر القانون، ومن هنا يتبين لنا أهمية التفسير^(١).

فتفسير القانون الأجنبي هو التعرف من ألفاظ النص وفحواه على حقيقة الحكم^(٢). وفي هذا الفصل سنتطرق إلى موضوع المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي (المبحث الأول)، ثم نخصص (المبحث الثاني) للحديث عن مدى رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره.

المبحث الأول

المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي

يهدف القاضي من وراء تفسير قانونه، إلى التوصل للحكم الذي يتضمنه قانونه لأجل تطبيقه على النزاع، والقاضي الوطني -في تفسيره لقانونه- يستند إلى غاية أو نية أو إرادة مشرعه الوطني، وقد حصل خلاف بشأن تقييد والتزام القاضي بغاية أو نية المشرع الأجنبي في تفسيره لقانونه، فما هو القانون واجب الإلتباع في التفسير (المطلب الأول)، وما هي صعوبات تفسير القانون الأجنبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القانون واجب الإلتباع في التفسير

إن تفسير القاضي للقانون الأجنبي يطرح تساؤلاً حول القانون الذي سوف يعتمد في هذا التفسير خاصة وأن ذلك يؤثر حتماً في نتيجة الفصل في النزاع، وبالتالي يؤثر على مصلحة الخصوم، وهذا ما كان محل خلاف بين الفقه والقضاء والذي تمحور في اتجاهين، الأول يرى أنه يجب على القاضي أن يعتمد في تفسيره للقانون

(١) للتفسير أنواع ومدارس، ومن أنواع التفسير: ١- التفسير التشريعي، ٢- التفسير القضائي، ٣- التفسير الفقهي، ٤- التفسير الإداري، ومن أشهر مدراس التفسير: ١- مدرسة الشرح على المتن، ٢- المدرسة التاريخية، ٣- المدرسة العلمية، راجع في تفاصيل أنواع التفسير ومدارسه، العبد الله، عمر. (٢٠١٧). المدخل إلى علم القانون، كلية العلوم السياسية. منشورات جامعة دمشق. ص ١٣٢ وما بعدها.

(٢) العبودي. عباس. (بدون طبعة). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. بغداد. مكتبة السنهوري. ص ٢٤٥، مشار إليه لدى حمود أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). مرجع سابق، ص ٤١.

الأجنبي المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة في قانونه الوطني (الفرع الأول)، والثاني يرى أنه يجب على القاضي أن يعتمد على تلك المبادئ والمفاهيم السائدة في الدولة التي صدر فيها (الفرع الثاني)، وأخيراً نتحدث عن دور القاضي في تفسير النصوص الموحد بمقتضى الاتفاقيات الدولية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانون القاضي

يرى جانب من الفقه أنه لا يوجد فرق بين دور القاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي وبين تفسير قانونه الوطني لأنه في الحقيقة يبحث عن نية المشرع وما يستهدفه من وراء القواعد التي صدرت عنه متحريراً في ذلك قواعد العدالة تبعاً للمفاهيم السائدة في دولة القاضي، فللقاضي أن يستأنس في تفسيره للقانون الأجنبي بآراء الفقهاء أو القضاء الأجنبي إلا أنه غير ملزم بالأخذ بها لأنه عندما يطبق العدل، إنما يفعل ذلك باسم دولته وتحت مسؤوليتها، ولا يتقيد بالحلول القضائية السائدة في الخارج إلا في الحالات التي يعد فيها القضاء مصدراً رسمياً للقانون في الدولة التي يطبق قانونها، فلو كان القانون الأجنبي واجب التطبيق هو القانون الإنجليزي فمن البديهي أن يرجع القاضي إلى القرارات والأحكام الصادرة عن هذا القضاء هناك كون السوابق القضائية تكاد تكون المصدر الوحيد للقانون الإنجليزي^(١)، وهو ما أخذ به الفقه الإيطالي القائل بنظرية الاندماج^(٢)، كما أخذ به جانب من الفقه الفرنسي^(٣).

بمعنى استناد القاضي إلى الأدلة والمعلومات المتاحة لديه بالإضافة إلى المصادر القانونية المعتمدة لتفسير وتطبيق القانون الأجنبي في الحالة المعنية، أي الاعتماد على المبادئ والإرشادات القانونية لديه والتوجيهات المتعلقة بهذا الصدد، وهو ما يتطلب من القاضي الوطني مهارات قانونية عالية وفهم دقيق وأن يكون حذراً لضمان التفسير العادل.

ولا يسلم أنصار هذا المذهب بالأخذ بآراء الفقهاء أو الأحكام القضائية السائدة في النظام القانوني لدولة القانون الأجنبي، وإنما للقاضي الوطني أن يستأنس بها ولكن لا يلزم بها.

(١) عبد الكريم حافظ عرموش، ممدوح. (١٩٩٨). مرجع سابق، ص ٣٥٣ و ٣٥٤.

(٢) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ١٧٢.

(٣) Niboyet, Jean Paulin. (1944). traite de droit international privé, tome 3, Paris. p433.

فالقاضي الوطني يتمتع بالحرية في تفسير القانون الأجنبي وله أن يسلك نفس الطريقة المتبعة في تفسير القانون الوطني، حيث أن هذه الحرية معترف بها عند تطبيق قانونها فليس هناك ما يبرر عدم الاعتراف بها في تطبيق القانون الأجنبي^(١).

ويذهب الدكتور **غالب علي الداودي** إلى "عدم جدوى الرأي القائل بتفسير القانون الأجنبي وفقاً لوسطه ودولته، لصعوبته عملياً، كما أنه يؤدي إلى تضييع المبادئ العامة للقانون" ودعا إلى الاعتراف بحرية القاضي (الأردني) في تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانون القاضي لأنه بإمكان ذلك إظهار مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام إن وجدت، كما أن تفسيره وفقاً للقانون الوطني ليس فيه أي تجاوز على اختصاص ووظيفة قضاء الدولة الأجنبية مصدرة القانون المختص"^(٢).

ويرى الدكتور **ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش** "أن الأخذ بالأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي لا يمكن تحقيقه إلا نظرياً، لأنه من الاستحالة على المحكمة الوطنية أن تتوصل لذلك التفسير الأجنبي، لأن ذلك يتطلب الإلمام بالدستور والنظام القانوني الأجنبي والمتخصصين في لغة القانون الأجنبي ويتطلب خبراء ومتخصصين بالقانون الأجنبي للتوصل للأسلوب التفسيري الأجنبي وقتاً وجهوداً ونفقات لأجل التوصل للتفسير الأجنبي"^(٣).

ويستشهد الدكتور **عرموش** بقضية عُرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية هيئة مواصلات باريس^(٤) (R.A.T.P)، أي أن الدكتور عرموش أراد القول أنه يصعب على القاضي الوطني (أي الفرنسي في القضية أعلاه) التعرف على أحكام قانونه الوطني والمنشور في بلده فاستعان بخبير لأجل التعرف لأحكام قانونه، فكيف الحال فيما يخص القانون الأجنبي في بلد آخر غير بلد القاضي الوطني.

كذلك إن تفسير القانون الأجنبي بنفس الأسلوب المعتمد في تفسير القانون الوطني يتماشى مع اعتبار القانون الأجنبي مندمجاً مع القانون الوطني ويصبح جزءاً منه بعد أن قررت قواعد الإسناد الأخذ به وبالتالي يسري عليه ما هو مقرر في تفسير القانون الوطني.

(١) الهداوي، حسن. (١٩٩٧). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة عمان: الأردن. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص ١٣٧.

(٢) علي الداودي، غالب. (٢٠١٣). مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٣) عبد الكريم حافظ عرموش، ممدوح. (١٩٩٨). المرجع السابق. الموضع نفسه.

(٤) تتلخص القضية بأنه حُجرت هيئة مواصلات باريس على مرتب احد سائقي المترو العاملين لديها لقيادته بأكثر من السرعة المقررة، وعندما نظرت القضية من قبل المحكمة المختصة، كلفت المحكمة أحد الخبراء (فضلاً عن عدة مهام فنية) تحديد الأساس القانوني للحجز الذي أوقعتة هيئة المواصلات على راتب الموظف والنصوص القانونية الواجب التطبيق بهذا الشأن، صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، ص ٢٨١.

وأخيراً إن القول بخضوع التفسير لقانون الدولة الأجنبية يكلف القاضي الوقت والجهد والنفقات إضافة إلى غياب الوسائل المطلوبة للوصول إلى النتيجة المنشودة لاسيما وأن الأمر يتطلب الإلمام بالدستور والنظام القانوني ككل بالإضافة إلى اللغة الأجنبية أو الترجمات المتلاحقة والاستعانة بالخبراء والمختصين^(١).

تعرض هذا الاتجاه لكثير من الانتقادات ولعل أبرزها:

- ١- أن قاعدة الإسناد عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي إنما يقصد القانون الأجنبي السائد فعلاً في الخارج لا مجرد النصوص المطلقة التي يحتويها^(٢).
- ٢- يعد القانون الأجنبي جزءاً من نظام قانوني مستقل له قواعده التفسيرية الخاصة به، وله ظروفه القانونية والتاريخية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والتي نشأ خلالها ذلك القانون الأجنبي، والتي تحدد مضمون ذلك القانون الأجنبي، ومن ثم لا يمكن أن نقتطع ذلك القانون الأجنبي من النظام القانوني الذي ينتمي إليه، إذن لا يمكن أن نفهم القانون الأجنبي بصورة صحيحة إلا وفقاً لمعطيات النظام القانوني الذي ينتمي إليه.
- ٣- أن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي لا إلى تطبيق قانون وطني (ذلك في حالة كون القانون واجب التطبيق أجنبي لا وطني) فيجب أن يكون تفسيره استناداً للأساليب التفسيرية الأجنبية لا الوطنية، والقول بخلاف ذلك يعد مخالفة لقاعدة الإسناد أي مخالفة لأمر المشرع الوطني في قاعدة الإسناد.
- ٤- أن حكمة التشريع تقتضي أن يتقيد القاضي الوطني بالحلول القضائية السائدة في دولة هذا القانون الأجنبي ولو لم تكن الأحكام القضائية مصدراً رسمياً للقانون في هذه الدولة لأن القضاء السائد في دولة القانون أقدر على الوصول إلى مقصود المشرع في دولته من قاضٍ يسعى لتفسير قانون أجنبي عليه^(٣).

ويرى الدكتور **عكاشة محمد عبد العال** "أن قاعدة الإسناد عندما تشير بتطبيق قانون أجنبي إنما تقصد القانون الأجنبي السائد فعلاً في الخارج لا مجرد النصوص المطلقة التي يحتويها، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى فصل القانون الأجنبي عن بيئته نشأ فيها يطبق فيها، كما يؤدي إلى تحريف ومسح هذا القانون وإعطائه معنى لم يقصده أصلاً مشرع الدولة التي أصدرته"^(٤).

كذلك فإن دور القاضي عند تفسير القانون الأجنبي يختلف عن دوره في تفسير القانون الوطني، ففي الحالة الأخيرة فإن له أن يعدل عن التفسير الذي يعتمده القضاء الوطني إذا اقتنع بأن التفسير الذي يأخذ به هو الأكثر تحقيقاً للعدالة، فالقاضي لا يكون ملزماً بالتفسيرات التي يعطيها القضاء السابق عليه في المسائل المماثلة ولو

(١) الهداوي، حسن. (١٩٩٧). مرجع سابق، ص ١٣٨.

(٢) إبراهيم، الصرايرة وآخرون. (٢٠١٩). الرقابة على تفسير وتطبيق القانون الأجنبي وفقاً للقانون الأردني. مج: ٦. عدد: ١. مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية. ص ٦٨.

(٣) الهداوي، حسن. (١٩٩٧). مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٤) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٤٠٢.

كان صادراً عن المحكمة العليا ذاتها بالنسبة للأنظمة التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية كفرنسا ومصر والجزائر، أما في الحالة الأولى فإنه يطبق القانون الأجنبي كما هو عليه في الخارج بدون أن يعطيه تفسيراً مغايراً^(١).

وأخيراً لا يمكن عزل النص القانوني عن جملة المبادئ والحلول السائدة في مجتمع الدولة الأجنبية التي وضعته حيث يجب أن ينظر إليه في مجمله أو مجموعته سواء في مصادره أو في الحلول التي يكرسها له القضاء^(٢).

يرى الباحث أن الأخذ بأسلوب التفسير الوطني في تفسير القانون الأجنبي يؤدي إلى اختلاف الحلول وهذا ما يتعارض مع الغاية التي توخاها المشرع الأجنبي من وراء سنه لقانونه، ويتعارض كذلك مع مصالح الخصوم والإضرار بها.

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي وفقاً لقانون دولته

يرى الفقه الغالب^(٣) بأن القاضي الوطني يتقيد في تفسيره للقانون الأجنبي بالتفسير السائد في الدولة التي صدر فيها، فما دام أن القانون الأجنبي لا يندمج في القانون الوطني، بل يحتفظ بطابعه الأجنبي وبصفته القانونية كعمل صادر عن دولة أجنبية، وبالتالي يجب على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي بالصورة والكيفية التي يطبق بها أمام محاكم الدولة التي صدر فيها هذا القانون وأن يتقيد بالحلول القضائية في هذه الدولة وأن يعتمد في تفسيره له المبادئ القانونية والمفاهيم السائدة هناك^(٤)، فقاعدة الإسناد عندما تشير باختصاص قانون أجنبي، فإن ذلك يعني أن ينظر إلى هذا القانون في مجموعه أي كمنظومة قانونية لا كنصوص مجردة، فالقاعدة القانونية الأجنبية لا تتشكل من مجرد النصوص التشريعية وما تتضمنه من مبادئ عامة ومطلقة، وإنما يتكون مضمونها الحقيقي من مجموع هذه المبادئ كما هي مطبقة في واقع الحال في الدولة الأجنبية^(٥)، ومعنى ذلك أنه يتوجب على القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبق في بلده الأصلي آخذاً بعين الاعتبار ليس فقط نصوص قوانينه وإنما أيضاً ما استقر عليه قضاؤها^(٦).

ومن الدعايم الإضافية لتأصيل إتباع الأسلوب الأجنبي^(٧):

(١) عكوش، سبهام. (٢٠٠٩). مرجع سابق، ص ٥٧.
(٢) صوراني، أمل. (٢٠١٣). تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة حلب. ص ٤٢.
(٣) بلقاسم، أعراب. (٢٠٠٢). مرجع سابق، ص ١٥٤.
(٤) بديع منصور، سامي. (١٩٩٤). مرجع سابق، ص ٧٤٧.
(٥) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ١٧٣.
(٦) البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). مرجع سابق، ص ٢١٠.
(٧) ضياء نوري الموسوي، حسنين. (٢٠٠٣). مرجع سابق، ص ٥٩.

١- القانون الأجنبي جزء من نظام قانوني مستقل له مبادئه القانونية وظروفه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الخاصة به، ومن ثم لا يمكن أن نفهم هذا القانون الأجنبي بشكل صحيح إلا على ضوء ذلك النظام القانوني الأجنبي التابع له.

٢- أن الأخذ بالتفسير الأجنبي يؤدي بنا إلى استنباط قاعدة قانونية من القانون الأجنبي والتي هي القاعدة القانونية نفسها التي أراد المشرع الأجنبي استنباطها من قانونه وهذا يتفق مع غاية المشرع الأجنبي.

٣- أن الأخذ بالتفسير الأجنبي يتفق مع مصالح الخصوم لأنه يؤدي إلى استنباط قاعدة قانونية توقع الخصوم تطبيقها على نزاعهم.

٤- أن قاعدة الإسناد عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي، تشير إلى تطبيقه كما هو مُطبق فعلاً في البلد الأجنبي أي تفسيره استناداً للأسلوب الأجنبي، فعلى القاضي الوطني التقيد بذلك لأنه تنفيذاً لأمر مشرعه الوارد في قاعدة الإسناد.

لذلك فقد هجرت غالبية الفقه والأنظمة القانونية الأسلوب الوطني ونزحت نحو اتباع الأسلوب الأجنبي.

إن الأخذ بهذا الرأي يستجيب والغاية من وضع قواعد الإسناد، وحل المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي بمقتضى قواعد القانون الأجنبي المختص، فلا يمكن إذن أن نفصل النص القانوني الواجب التطبيق عن مجموع المبادئ والحلول السائدة في المجتمع الذي يطبق فيه، فنص القانون الأجنبي ليس سوى عنصر من العناصر المكونة للنظام القانوني الأجنبي في مجموعه، ولا يمكن تفسيره إلا بالرجوع إلى العناصر التي يتضمنها هذا النظام، فليس من المستطاع الكشف عن حقيقة مضمون القاعدة الأجنبية الواجب التطبيق إلا بالرجوع إلى مجموع القواعد القانونية الأجنبية الأخرى من ناحية وإلى القضاء الأجنبي المستقر في شأنها من ناحية أخرى^(١)، بل عليه أن يخرج من النطاق الوطني وينظر إلى القانون الأجنبي كما يراه قاضيه^(٢).

وعليه فالقاضي الوطني طبقاً لهذا الرأي لا يتمتع بحرية كاملة في تفسير القانون الأجنبي فهو مقيد دائماً بالتفسير المتبع في الدولة الأجنبية لمضمون قانونها.

وقد اعتمدت العديد من القوانين هذا الرأي الذي يفرض اعتماد قواعد التفسير الأجنبية، ونخص بالذكر مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة ١٩٩٨ حيث ينص الفصل ٣٤ منها على أنه "يطبق القاضي القانون الأجنبي كما وقع تأويله في النظام القانوني المنتمي إليه ويخضع تأويل القانون الأجنبي لرقابة محكمة التعقيب".

(١) بديع منصور، سامي. (١٩٩٤). مرجع سابق، ص ٧٤٧.
(٢) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). مرجع سابق، ص ٥٢٦.

وفي فرنسا، ذهبت غالبية الفقه الفرنسي لإتباع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي^(١)، وأصل ذلك القضاء الفرنسي حتى في حالة تطابق النص الأجنبي مع النص الفرنسي لأن كل نص له ظروفه القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي نشأ خلالها^(٢)، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ ١٩٢٩/٧/٢٩ والمتضمن «أن لقاضي الموضوع أن يتحقق من معنى القانون الأجنبي ومدلوله ولو خالف ذلك ما قدمه الخصوم من وثائق في إثبات هذا القانون»^(٣)، وذهب القضاء الفرنسي في حكم آخر إلى ذلك وفحوى هذا الحكم «أن القانون الأجنبي ليس هو ما يتمناه القضاة الفرنسيون أن يكون، بل ما يقرره القضاة الأجانب فإذا كان من المؤسس وجود مثل هذه الاختلافات، فهل يكون من الواقعية تجاهلها»^(٤)، فضلاً عن ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية "وصية البلجيكي"^(٥)، ومن ذلك يتضح نزوح النظام القانوني الفرنسي للأخذ بالأسلوب الأجنبي في تفسيره للقانون الأجنبي.

وقد أكد القضاء الفرنسي في كثير من أحكامه بأنه على القاضي الوطني أن يحترم تفسير القضاء الأجنبي لنصوص قانونه وألا يتقيد بالتفسير المُنْعَى له من الخصوم ولو اتفقوا على ذلك^(٦).

وفي سورية، لا يوجد في التشريع السوري نص يعالج مسألة تحديد الأسلوب واجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي، ومما يزيد الطين بلة أن القضاء السوري لا يسعنا في هذا المجال، لأن قراراته على صعيد تنازع القوانين قليلة فضلاً عن أن القضاء السوري وإن تناول قضية تتعلق بتنازع القوانين، فإنه يتناولها بصورة مقتضبة إذ يقتصر الحكم على الإشارة للقانون واجب التطبيق، فلا يشير إلى أنه اتبع الأسلوب التفسيري الأجنبي أو الوطني في تفسير القانون الواجب التطبيق ولا كيف فسّر ذلك القانون عندما طبقه على النزاع، وبالرغم من كل ذلك فسوف نستعين بجانب من الفقه السوري الذي يبين موقفه صراحةً إزاء الأسلوب واجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي، فضلاً عن استعانتنا بمجموعة نصوص في القانون السوري وبالمعاهدات التي أبرمتها سورية

^(١)Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). **Droit international privé**. tome I, L.G.D.J, Paris, septième édition p3811-382.

^(٢)Mayer, Pierre.(1998), **op.cit.** p128.

^(٣) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). **مرجع سابق**، ص ٤٧٨.

^(٤)Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). **Op.Cit.** p401.

^(٥) غرضت هذه القضية على القضاء الفرنسي، إذ رُفعت دعوى أمام محكمة (Douai) في ١٩١٠/٥/٧ تتعلق بصحة وصية عرفية لبلجيكي والتي أنشأها في بلجيكا ولكن حصل خطأ في تاريخ الوصية والقانون الواجب التطبيق هنا هو القانون البلجيكي، وهو نص المادة ٩٧٠ ق.م. بلجيكي والمطابقة للمادة ٩٧٠ ق.م. فرنسي، وبالرغم من تطابق النصوص فإن تفسير كل منهما يختلف عن تفسير الآخر، وذلك تبعاً للنظام القانوني الذي ترجع له كل مادة قانونية، إذ إن كل نظام قانوني له أسسه الخاصة التي يقوم عليها والتي تختلف عن أسس الأنظمة القانونية الأخرى، والدليل على ذلك أن المستقر عليه في القضاء الفرنسي في تفسير تلك المادة إن الخطأ في تاريخ الوصية يبطل الوصية، بينما المستقر عليه في القضاء البلجيكي في تفسير تلك المادة أن الخطأ في تاريخ الوصية لا يبطلها، وهنا لم تعتمد محكمة (Douai) التفسير الفرنسي للمادة وإنما اعتمدت التفسير البلجيكي للمادة ومن ثم أقرت المحكمة صراحةً الوصية الحاصل خطأ في تاريخها، مصطفى كمال ياسين، كيف يطبق القانون الأجنبي، مجلة القضاء السنة الأولى، العدد ٢، نيسان ١٩٥٧، ص ١٨١، مشار إليه لدى حمود أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). **مرجع سابق**، ص ٩٤.

^(٦)Civ. 22/12/1970, Rev crit .DIP. 1971. 712. Note Flour . voir, par ex

مشار إليه لدى بلقاسم، أعراب. (٢٠٠٢). **مرجع سابق**، ص ١٥٤.

على صعيد التعاون القضائي مع الدول العربية أو الأجنبية وذلك لبيان موقف النظام القانوني السوري من الأسلوب واجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي.

حيث يرى الدكتور **فؤاد ديب** أنه "ليس للقاضي السوري إعمال آرائه الشخصية في تفسير نصوص القانون الأجنبي ويتوجب عليه الالتزام بالتفسير والمفاهيم والقرارات القضائية السائدة في البلد الذي ينسب إليه هذا القانون"^(١)، ومما يعضد ما نذهب إليه كثرة الاتفاقيات السورية الخاصة بالتعرف على مضمون القانون الأجنبي وتفسيره ومنها اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القضائي والقانوني بين الجمهورية العربية المتحدة والجمهورية العراقية^(٢)، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣، فسورية من الدول التي تتبع النظام اللاتيني وغالبية الدول اللاتينية تتبع الأسلوب الأجنبي وعلى رأسها فرنسا ومصر، فمنطقياً أن تحذو سورية حذو الدول اللاتينية الأخرى وتتبع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

وفي مصر، ذهب القضاء المصري لاتباع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي في العديد من الأحكام منها قضية "تصدع الحياة الزوجية"، والتي تتلخص وقائعها بقيام زوج فرنسي برفع دعوى أمام المحكمة القنصلية الفرنسية مطالباً بإيقاع الطلاق بينه وبين زوجته الفرنسية لارتكابها أفعال تجعل بقاء الزوجية أمراً مستحيلاً، وفي ١٩٤٩/٩/٢٣ قضت المحكمة القنصلية الفرنسية برفض ذلك الطلب، استأنف الزوج الحكم لدى محكمة استئناف الإسكندرية طالباً بإيقاع الطلاق كطلب أصلي أو الانفصال الجسماني كطلب احتياطي استناداً للمادة ٢٣٩ من القانون المدني الفرنسي (للمدعي في كافة مراحل الدعوى أن يحول الطلب المقدم منه من الطلاق إلى طلب فرقة بينه وبين زوجته)، وفي ١٩٥١/٢/١٢ قضت محكمة استئناف الإسكندرية بإلغاء الحكم المستأنف وحكمت بالانفصال الجسماني، طعنت الزوجة بالحكم أمام محكمة النقض المصرية مشيرةً إلى أن التفسير الفرنسي للمادة ٢٣٩ لا يجيز الجمع بين هذين الطلبين (الطلاق والانفصال الجسماني) ولو كان طلب الانفصال على سبيل الاحتياط (وهذا هو التفسير الفرنسي لتلك المادة)، وقد جمع الزوج بين الطلبين وفي ذلك مخالفة للتفسير الفرنسي، فأخذت محكمة النقض المصرية بالتفسير الفرنسي ونقضت الحكم لحصول خطأ في تفسير القانون^(٣).

كما وذهبت لتأييد هذا الرأي **محكمة العدل الدولية** في أحكام عديدة، إذ ذهبت في حكم لها رقم (٢٠-٢١) في قضية القروض الصربية البرازيلية في ١٩٢٩/٧/٢١ إلى أنه «ليس هناك ما يدعو إلى إيجاد أي تفسير آخر ينسب إلى القانون الوطني غير الذي أوجده القضاء في ذلك المجال»^(٤)، (يقصد بالقضاء هنا القضاء الأجنبي).

(١) ديب، فؤاد. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ١٣٠.

(٢) الهداوي، حسن. (١٩٩٧). مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٣) محكمة النقض، المكتب الفني لتبويب الأحكام، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية، السنة ٥، العدد ٢، كانون الثاني- آذار ١٩٥٤، ص ٤٢٦ وما بعدها، مشار إليه لدى ضياء نوري الموسوي، حسنين. (٢٠٠٣). مرجع سابق، ص ٦٢.

(٤) في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ يوليو ١٩٢٩ في قضية القروض الصربية والبرازيلية قضت محكمة الع الدولية الدائمة بما يلي: =

والتي تتضمن فقرتها رقم ٦ «لن تستند محكمة العدل الدولية عند تطبيقها لأي قانون وطني على القضاء التابع للمحاكم المختصة»، أي عندما تفسر محكمة العدل الدولية أي قانون أجنبي، بل تتبع قضاء دولة القانون الأجنبي، وزيادة على ذلك ذهبت في حكم آخر لها لتأييد الأسلوب الأجنبي: «فلو وضعت محكمة العدل الدولية في أولوياتها عدم الاهتمام بالقضاء، فإنها ستقوم في الوقت الحاضر بتطبيق قواعد أخرى غير تلك التي يتم تطبيقها فعلياً، وهذا سيفضي إلى معارضة الفكرة نفسها التي تستند إلى تطبيق القانون الأجنبي»، وذهبت محكمة العدل الأوروبية أيضاً إلى تأصيل اتباع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي^(١).

وفي إنجلترا، يذهب القضاء الإنجليزي إلى أنه يجب على القاضي الإنجليزي اتباع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي، وموقف القضاء الإنجليزي من الأسلوب واجب الاتباع في تفسير القانون الأجنبي غير واضح، إلا أن الشراح الإنجليز يذهبون إلى أن القضاء الإنجليزي يأخذ بالأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي وخاصة بما أقره القضاء في دولة القانون الأجنبي وبالأخص قرارات المحاكم العليا الأجنبية^(٢).

وذهب لذلك القضاء الإنجليزي في قضية "هارتمان ضد كوينج" والمتعلقة بتفسير القانون الألماني واجب التطبيق على عقد ألماني، إذ فسره قضاة محكمة أول درجة بالوسائل المتبعة أمام المحاكم الأوروبية على أساس شهرتها من دون الرجوع للقانون الألماني، عندما عُرضت القضية على مجلس اللوردات قام اللورد (باكماستر) برفض نظرية محكمة الدرجة الأولى والثانية، وذهب إلى أنه يجب استخلاص تفسير القانون الألماني من النظام القانوني الألماني نفسه ولا يجوز للقاضي أن يحكم بناء على معلوماته الشخصية عن القانون الألماني^(٣).

وهذا الاتجاه هو الراجح لأنه ينظر للقانون الأجنبي من منظور مفاهيم دولة إصداره وهي جملة ظروف واعتبارات سبقت وتزامنت مع صدوره، كما أن هناك اختلافاً في طرق تفسير القانون، فقد تكون داخلية يرجع فيها إلى النص ذاته وتعتمد في فهم معنى النص إما على دلالة لفظه أو تعتمد على فحواه، وتعتمد طرق التفسير الداخلية على استنتاج مدلول النص ومعناه من خلال صيغة النص إما بتفسير ألفاظه وعباراته كاملة عن طريق البحث اللغوي من الناحية الشكلية أو فحوى النص من الناحية الموضوعية، كما قد تكون هذه الطرق خارجية

= Il ne semble guère douteux qu'elle doit elle-même (s'efforcer) d'appliquer le droit interne d'un pays détermine (comme on l'appliquera) dans ledit pays. Ce ne serait pas appliquer un droit interne que de l'appliquer d'une manière différente de celle dont il serait appliqué dans le pays où il est en vigueur."

وأضافت المحكمة كذلك أن:

"La cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles qui, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable." V. CPJI ١٢, juillet ١٩٢٩, Revue de droit international privé, ١٩٢٩, p. 427.

^(١) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit., p382.

^(٢) Wolff, Martin. (1950). Op.Cit., p216.

^(٣) الوكيل، شمي الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق، ص ٨٣.

يرجع فيها إلى عناصر خارجة عن النص عندما لا تكون صيغة النص دالة على المراد، فيمكن للقاضي أن يلجأ في تفسير النص القانوني إلى طرق خارج النص كما هو الحال بمقتضيات العدالة والإنصاف^(١).

الفرع الثالث: دور القاضي الوطني في تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقيات الدولية

من البديهي أن حكومات الدول الموقعة على المعاهدة تملك تفسيرها، وغالباً ما يقتضي ذلك تفاهم هذه الحكومات على التفسير عن طريق تبادل الخطابات بين بعضها البعض، كذلك تملك المحاكم الدولية تفسير المعاهدة إذا رُفع إليها النزاع، ويمكن وصف التفسير في هاتين الحالتين بأنه تفسير دولي للمعاهدة، أما بالنسبة لسلطة القاضي الوطني في التفسير فإن الأمر محل خلاف طويل في القانون المقارن^(٢)، وهنا يجب أن نفرّق بين فرضين:

الفرض الأول: وجود تفسير اتفاقي، أي التفسير الذي تقوم به الدول الأطراف في الاتفاقية سواء عن طريق خبراءها القانونيين الذين تفاوضوا بشأن الاتفاقية وهذا ما يُسمى "بالتفسير الدبلوماسي" أو عن طريق السلطة القضائية التي أناطت بها الاتفاقية ذاتها مهمة تفسيرها عند اللزوم كمحكمة العدل الدولية أي جهة قضائية أخرى وهذا ما يُسمى "بالتفسير القضائي" للاتفاقية، وفي هذا الفرض تلتزم السلطات في الدولة باحترام ذلك التفسير طالما اتخذ ذلك الطريق الذي صارت بمقتضاه الاتفاقية جزءاً من القانون الداخلي، وفي الحالتين نكون بصدد تفسير اتفاقي رسمي.

الفرض الثاني: انعدام التفسير الاتفاقي الرسمي، هل تملك المحاكم الوطنية في الدول الأطراف سلطة التفسير؟

يجري قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومعه الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية وكذلك أحكام القضاء الإداري في مصر مقتفية في ذلك أثر مجلس الدولة الفرنسي على رفض القيام بتفسير الاتفاقيات الدولية استناداً إلى أن تلك الأخيرة من أعمال الإدارة العليا، ولا يملك تفسيرها إلا ذات السلطة التي أبرمتها، ولما كانت السلطة التنفيذية أي الحكومة هي التي تبرم الاتفاقيات الدولية فتكون هي المختصة بإجراء التفسير المطلوب، ويقف وراء هذا الاتجاه كذلك الخشية من إعطاء تفسير معين للاتفاقية لا يتماشى مع النية المشتركة للأطراف، وقد يوقع الحكومة في مأزق ويجرّها إلى مغبة تحلّ المسؤولية الدولية، وبالتالي فإذا عُرضت أمام القضاء الإداري أو الجنائي مسألة تفسير اتفاقية تكون الدولة طرف فيها، تعيّن عليه وقف الفصل في الدعوى وإحالة طلب التفسير إلى الحكومة وانتظار ردها عليه^(٣).

(١) إبراهيم، الصرايرة وآخرون. (٢٠١٩). مرجع سابق، ص ٦٦-٦٧.

(٢) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٧٨.

(٣) سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). مرجع سابق، ص ١٤٠.

أما القضاء العادي في فرنسا فقد خول لنفسه حق تفسير المعاهدات في حدود معينة، فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية حق المحاكم في تفسير المعاهدات بالقدر اللازم للفصل في المنازعات المتعلقة بالمصالح الخاصة، وعلى العكس من ذلك فلا يجوز للمحاكم أن تتصدى لتفسير الاتفاقيات الدولية إذا تعلّق الأمر بالنظام العام الدولي، وبناءً على ذلك فقد خولت المحاكم الفرنسية لنفسها حق تفسير المعاهدات المتعلقة بالاختصاص القضائي وبالملكية الفنية والأدبية والصناعية، في حين امتنعت عن تفسير المعاهدات الخاصة بالحصانات القضائية للدول الأجنبية أو برسم الحدود الإقليمية، إذ يتعيّن في مثل هذه الفروض الأخيرة أن توقف المحكمة الدعوى لتستطلع رأي السلطة التنفيذية في تفسيرها^(١).

وبالتالي فإن القضاء الفرنسي يأخذ باختلاف المعاهدة بطابعها الدولي عن التشريع الداخلي، ولذلك فهو يفرّق بين نصوص المعاهدة التي تمس النظام الدولي العام، وتلك التي تمس فقط المصالح الخاصة، فبالنسبة للأولى على القضاء الامتثال للتفسير الذي تعطيه لها الحكومة، وبالنسبة للثانية فإن القضاء يملك الحرية الكاملة في التفسير.

وفي هذا الصدد ذهب الفقيه "باتيفول" إلى القول: "إن تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقيات الدولية يتأثر بالدولة الأجنبية المطبقة فيها تلك المعاهدة بالرغم من وحدة النصوص لأن القاضي سواء أكان وطنياً أم أجنبياً يتمتع بسلطة تفسير واسعة إزاء هكذا نصوص مطبقة في دولته، وأنه من العبث تجاهل مسألة تأثر النص الموحد بمقتضى اتفاقية دولية بالنظام القانوني المطبق فيه، إذ أن تجاهل ذلك التأثير يؤدي بنا لاستخلاص حكم من النص الموحد خلافاً للحكم الذي نتوصل إليه فيما لو اتبعنا التفسير السائد في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها"^(٢).

وما يعيب على هذا القضاء هو أن المعيار الذي وضعه هو معيار غير دقيق، ذلك أن كل معاهدة ولو كانت تنظم مسائل يحكمها القانون الخاص، إلا أنها هي في ذاتها تخضع للقانون الدولي العام، كما أن المنازعات المعروضة على المحاكم هي دائماً منازعات تمس المصالح الخاصة^(٣).

ويبدو أن محكمة النقض المصرية تعترف لنفسها بحق تفسير الاتفاقيات الدولية بوجه عام، غير أنه يجب القول أنه إذا كان للمحاكم الحق في تفسير الاتفاقيات الدولية حتى لا تتعطل مصالح الخصوم، إلا أنه يجب التزام الحيطة وعدم الخروج بتفسيرات بعيدة عن روح الاتفاقية على نحو يثير مسؤولية الدولة أو يؤثر سلباً على موقفها تجاه الأطراف الأخرى، وهذا ما ينبغي على القضاء المصري عمله، وعلى أية حال فإنه يلزم أن تتحرى

(١) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٧٨.

(٢) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit, p401.

(٣) بلقاسم، أعراب. (٢٠٠٢). مرجع سابق، ص ٣٢.

المحاكم النية المشتركة للأطراف وتستلهم روح الاتفاقية دون التثبت بألفاظها وتراعي السلوك اللاحق لأطرافها في تطبيقها، ونقول: إن للمحاكم أن تستعين في ذلك بالأعمال التحضيرية للاتفاقية وبطرق التفسير المعروفة في قانونها الداخلي، واللجوء إلى طرق التفسير في القانون الداخلي يبدو مقبولاً في ظل النص الدستوري (المادة ١٥١ من الدستور المصري لعام ١٩٧١) والذي يقرر صراحةً أن الاتفاقية التي يتم التصديق عليها ونشرها يصبح لها قوة القانون الوطني النافذ في الدولة^(١).

قد يصدر تفسير النصوص الغامضة في المعاهدة من الدولتين أو الدول التي وقعتها، فيكون هذا التفسير ملزماً لكل الأطراف كالمعاهدة نفسها، وقد يتم هذا التفسير في شكل ملحق أو في شكل كتب متبادلة بين الأطراف المعنية، وقد يصدر التفسير من القضاء الدولي إذا عهدت إليه الدول المتعاقدة في المعاهدة بذلك، فيكون أيضاً ملزماً للأطراف المعنية فقد نص المادة ٣٦ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على اختصاص هذه المحكمة بتفسير المعاهدات، وقد يصدر التفسير داخل كل دولة فلا يلزم الدول الأخرى، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن للحكومة الحق في تفسير المعاهدات التي تثير مسائل دبلوماسية، وللمحاكم الدولية الحق في تفسير المعاهدات المتعلقة بالمصالح الخاصة، أما مجلس الدولة هناك فيرى أن تفسير المعاهدات كلها يجب أن تستأثر به الحكومة وحدها، ورأى أن يتنحى هو عن تفسير المعاهدات ويتركه للحكومة، وقد ساير مجلس الدولة المصري مجلس الدولة الفرنسي في هذا الرأي^(٢).

وتثير هذه المسألة ضرورة الموازنة بين اعتبارين متعارضين:

الأول: ضرورة الاعتراف للقاضي بحرية التفسير، فتطبيق النص الوارد في المعاهدة يستلزم تطبيقه إذا ما شابه الغموض.

الثاني: ضرورة مراقبة القضاء في تفسير المعاهدات، فإطلاق يد القاضي في التفسير قد يؤدي به إلى التحكم والسير في مناخ لم ترده إرادة أطراف المعاهدة، مما يربط المسؤولية الدولية للدولة التي تتبعها القاضي، ولا يمكن في هذه الحالة التحجج بمبدأ استقلال القضاء أو الفصل بين السلطات للتخلص من المسؤولية تجاه باقي الدول، فمبدأ استقلال القضاء ومبدأ الفصل بين السلطات ليس لهما مدلول داخلي، أما في مواجهة العالم الخارجي فالدولة ينظر إليها كوحدة لا تتجزأ، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي متأثراً بهذا الاعتبار في إحجابه عن الزج بنفسه في تفسير المعاهدات التي تكون الحكومة الفرنسية طرفاً فيها، مقررراً أن تفسير المعاهدات الدولية يعد عملاً من أعمال السيادة لا يجوز للقضاء التصدي له، وقد كان القضاء العادي في فرنسا أكثر جرأة من القضاء الإداري في هذا الشأن حيث أعطى لنفسه مبكراً الحق في تفسير المعاهدات الدولية، فمنذ حكمها الصادر في ٢٤ يونيو ١٨٣٩

(١) سلامة، أحمد عبد الكريم . (١٩٧٠). مرجع سابق، ص ١٤٢.

(٢) حمود أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). مرجع سابق، ص ٧١.

أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ حرية قضاة الموضوع في تفسير المعاهدات التي يُثار تطبيقها بشأن المصالح الخاصة المتعلقة بالقانون الخاص^(١).

يؤيد الباحث الرأي القائل بتفسير القانون الأجنبي وفقاً لدولته (أي دولة ذلك القانون)، فتفسير القاضي لقواعد القانون الأجنبي ينبغي أن يتم وفق القانون الأجنبي نفسه في مجموعه، وفقاً لمصادره المعتمدة في دولته، فينبغي أن يتقيد القاضي بالمبادئ والمفاهيم والحلول القضائية الأجنبية في سبيل استخلاص المعنى المناسب للنص القانوني الأجنبي وإذا كان هناك تفسير ملزم وجب إتباعه.

أي يفسر القاضي الوطني القانون الأجنبي عند اللزوم وفق ما يُفسر به في بلده الأصلي وليس وفقاً لرأيه الشخصي أو لمفاهيمه الخاصة، وأن الخطأ في التفسير أو في تطبيق ذلك القانون يكون عرضة لرقابة المحكمة العليا، وأن لزوم إخضاع تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا يتفق مع اعتبار القانون الأجنبي قانوناً عندما يطبقه القاضي الوطني، فهو ليس واقعة أو عنصر من عناصر الواقع، حيث يجب التنويه إلى أن دور القاضي يختلف عند تفسير القانون الأجنبي من القانون الوطني، وعليه فعملية تفسير القانون الأجنبي هي عملية ذهنية يقوم بها القاضي الوطني للوصول لمعنى القانون الأجنبي والذي تشير قاعدة الإسناد بتطبيقه مهتدياً بنية المشرع الأجنبي وبالظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وقواعد تفسير القانون في النظام القانوني الأجنبي وصولاً للحكم الذي يتضمنه القانون الأجنبي لتطبيقه على النزاع المعروض أمام القاضي الوطني.

وبالتالي ينبغي أن يقوم القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي وفقاً للمفاهيم السائدة والمبادئ المستقرة في الدولة الواجب تطبيق قانونها، لأن القانون الأجنبي من بيئة يقتضي تفسيره بحسب مفاهيم دولته، فالأعمال التحضيرية التي سبقت صدور القانون والعوامل التاريخية والحاجات الاجتماعية والاقتصادية والظروف السياسية السائدة وقت صدوره جميعها تلعب دوراً كبيراً في تشكيله بمجموعه، فهي أساليب للبحث عن المقاصد الحقيقية للنصوص في ظل الغموض الذي يكتنفها.

(١) إرجعية الزاوي، سالم. (٢٠٠٦). مرجع سابق، ص ١٩

المطلب الثاني

صعوبات تفسير القانون الأجنبي

يكتنف تفسير القانون الأجنبي صعوبات جمّة، منها ما يرجع للنظامين القانونيين الأجنبي والوطني (الفرع الأول)، ومنها ما يرجع للنظام القانوني الأجنبي فقط (الفرع الثاني)، ومنها ما يرجع إلى حالة استحالة التوصل إلى تفسير القانون الأجنبي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الصعوبات التي مصدرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني

نتيجةً لاختلاف النظامين القانونيين الأجنبي والوطني واستقلال كل منهما عن الآخر، لأن لكل نظام قانوني ظروفه السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة به، فإن ذلك يثير لنا جملة من المسائل على صعيد تفسير القانون الأجنبي، ومن هذه المسائل اختلاف القضاء الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي (أولاً)، ومسألة تفسير النصوص المتشابهة بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني (ثانياً)، وذلك على النحو التالي:

أولاً: اختلاف القضاء الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي

عندما يتعلق الأمر بتفسير القانون الأجنبي، قد يحدث اختلاف بين القضاء الأجنبي والقضاء الوطني في بعض النواحي، وقد تعود هذه الاختلافات المحتملة إلى:

- ١- المصادر القانونية: قد تكون هناك اختلافات في المصادر المستخدمة لتفسير القانون الأجنبي حيث يعتمد القضاء الأجنبي على نصوص وأحكام القانون الأجنبي نفسه بينما قد يعتمد القضاء الوطني على تفسيراته الخاصة والمبادئ القانونية المحلية.
- ٢- الثقافة القانونية: يمكن أن تؤدي الاختلافات في الثقافة القانونية بين الدول إلى تفسير مختلف للقوانين الأجنبية، فقد تكون هناك اختلافات في الفهم للمصطلحات والمفاهيم القانونية.
- ٣- المعايير التفسيرية: قد يستخدم القضاء الأجنبي معايير تفسيرية مختلفة عن تلك التي يستخدمها القضاء الوطني مما يؤدي إلى اختلاف في النتائج.

عندما يرجع القاضي الوطني للنظام القانوني الأجنبي بخصوص مسألة التفسير، قد يجد أن هناك تفسيران لهذا القانون أحدهما قديم والآخر جديد، كون القانون ظاهرة اجتماعية خاضعة للتغير والتطور تبعاً لظروف دولة هذا القانون، يتوجب على القاضي الوطني في هذه الحالة أن يتبع التفسير الجديد للقانون الأجنبي وأن يعدل عن

التفسير السابق^(١)، فالتفسير الجديد هو التفسير الحقيقي والواقعي والمطبق فعلياً في دولة القانون الأجنبي لا القديم لأنه هُجر ولم يعد تُؤخذ به في دولة القانون الأجنبي، وهو الذي يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد، وقد أخذ بذلك القضاء الإنجليزي حين عبّر عن تفسير قضائه المستقر بشأن تفسير القانون الأجنبي واجب التطبيق في قضية معينة ونزوحه نحو الأخذ بالتفسيرات الحديثة للقانون الأجنبي السائدة في دولة القانون الأجنبي لقناعة القضاء الإنجليزي بأن ذلك التفسير هو التفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي وهو الذي يجب الأخذ به^(٢).

تبرز مسألة مهمة لا بد من مناقشتها وهي كون الحكم الحديث (أي التفسير الحديث) ليس إلّا حكماً منفرداً أو سابقة منفردة، فهل يُقيد القاضي الأجنبي نفسه بهذه السابقة المنفردة ويعدل عن قضائه المستقر بشأن تفسير القانون الأجنبي أم لا يُعطي أي أهمية لتلك السابقة المنفردة أو الحكم المنفرد ويحافظ على قضائه القديم؟ ينبغي على القاضي الوطني هنا التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الحكم المنفرد صادر عن المحكمة العليا (لاتينية أم أنجلوسكسونية)، هنا ينبغي التقيد بهذا الحكم المنفرد

الحالة الثانية: إذا كان الحكم المنفرد صادر عن محكمة موضوع، ينبغي أيضاً أن نفرق بين وضعين:

أ- إذا كانت دولة القانون الأجنبي **لاتينية**، فيأخذ القاضي به على سبيل الاستثناس لا الإلزام، أي لا يتقيد القاضي هنا بالحكم المنفرد، إلا إذا كان هذا الحكم يمثل التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي وعليه هنا أن يلتزم به.

ب- إذا كانت دولة القانون الأجنبي **أنجلوسكسونية**، فلا يجوز للقاضي الوطني إهمال هذا الحكم بل يجب عليه أن يأخذه بالحسبان وأن يضاهي بينه وبين التفسير القديم وأن يرجح أحدهما بالاستناد إلى النظام القانوني الذي يعود له القانون الأجنبي لأجل معرفة أي من التفسيرين القديم والحديث (أي الحكم المنفرد) يمثل التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي للأخذ به، فإن وجد أن التفسير الجديد (الحكم المنفرد) يمثل التفسير الحقيقي، فعليه الأخذ به والعدول عن التفسير القديم أمّا إذا وجد أن التفسير الحديث مجرد سابقة لا تمثل التطبيق أو التفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي فعليه التمسك بقضائه القديم.

(١) صادق، هشام علي (١٩٦٨) مرجع سابق، ص ٣٩٤.
(٢) صادق، هشام علي (١٩٦٨) المرجع السابق، ص ٣٩٩.

ثانياً: تفسير النصوص المتشابهة بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني

إذا واجه القاضي الوطني مسألة تفسير نص قانوني أجنبي مشابه لنص قانوني وطني، فهل يفسر القاضي الوطني النص الأجنبي استناداً للأسلوب الوطني لأن النص الأجنبي مشابه للنص الوطني، أم يتبع الأسلوب الأجنبي في تفسير النص الأجنبي المتشابه للنص الوطني لأن النص الأجنبي راجع لنظام قانوني آخر؟

يجب على القاضي الوطني ألا ينخدع بتشابه النصوص بشكل يُفسر النص الأجنبي استناداً للأسلوب الوطني على عد أن النصوص المتشابهة في العبارات متشابهة في المضمون أي في التفسير، بل عليه أن يتبع الأسلوب الأجنبي في تفسير النص الأجنبي لأنه - وإن اتحدت عبارات النصوص - إلا أن كل نص عائد لنظام قانوني آخر مستقل ولكل نظام ظروفه ومبادئه القانونية وطرق التفسير الخاصة به ومن ثم يكون هناك اختلاف في مضمون كل نص وبالتالي اختلاف في التفسير^(١).

وذهبت لذلك المحكمة الفيدرالية السويسرية في ٢٦ أيار لعام ١٩٣٢، إذ عُرض نزاع على القضاء السويسري يتعلق بإيقاع الطلاق بين زوجين فرنسيين استناداً للمادة ٢٣١ من القانون المدني الفرنسي المتعلقة (بالإهانة الفاحشة)، وبالرغم من تشابه نص هذه المادة لنص المادة ١٣٨ من القانون المدني السويسري، إلا أن المفسرين الفرنسيين توسعوا في تفسير المادة ٢٣١ بصورة أكبر من المفسرين السويسريين للمادة ١٣٨ ونتيجة لذلك اعتمدت المحكمة السويسرية التفسير الفرنسي لنص المادة ٢٣١ حيث ذهبت إلى أنه: "لا ينبغي للقاضي في سويسرا أن يفسر القانون الأجنبي كتفسيره للقانون الوطني حتى وإن تضمنت مصطلحات مشابهة، إذ ينبغي أن يكون ملزماً بالتفسير الذي اعتمده القضاء الأجنبي بخصوص القضية ذات الصلة"^(٢).

وذهب لذلك القضاء الألماني عندما كان القانون البلجيكي هو القانون واجب التطبيق، حيث اتفق محاميا الطرفين على أن القانون البلجيكي يماثل الفرنسي ولا ضير إن طبق القانون الفرنسي لمماثلته للقانون البلجيكي، لكن القاضي الألماني رجع لمعهد القانون المقارن في ألمانيا للتأكد من القانون البلجيكي فوجد أن بلجيكا أصدرت قانوناً عدل القانون المدني البلجيكي تعديلاً جوهرياً بالنسبة للنزاع المعروض أمام القضاء الألماني^(٣).

وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي أيضاً في قضية وصية البلجيكي والتي تطرقنا إليها سابقاً.

^(١)Yassen, Mostafa. Kamal. (1962). Op.Cit, 580-581.

^(٢)Yassen, Mostafa. Kamal. (1962). Ibid, p582-583.

^(٣)Wolff, Martin. (1950) Op.Cit, p218.

الفرع الثاني: الصعوبات التي مصدرها النظام القانوني الأجنبي

قد لا يستقر القضاء الأجنبي حول تفسير معين للقانون الأجنبي، فقد يختلف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي (أولاً)، وقد يختلف القضاة العادي والعالى الأجنبيين حول تفسير القانون الأجنبي (ثانياً)، بل وقد تخلو مصادر القانون في دولة القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي (ثالثاً).

أولاً: اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي

قد لا يستقر القضاء الأجنبي حول تفسير معين للقانون الأجنبي، كأن تختلف محاكم الموضوع في تفسيرها للقانون الأجنبي، وفي هذا الفرض لم تتطرق المحكمة العليا لتفسير القانون الأجنبي لأنها لو تطرقت إليه لوجب على محاكم الموضوع الالتزام وحل الإشكال^(١).

يرى جانب من الفقه أن من حق القاضي أن يطرح القضاء جانباً ويتولى هو بنفسه تفسير القانون واجب التطبيق وإن كان هناك من يشترط بالألا يخول القاضي الوطني مطلق الحرية في هذا الشأن - إذ يجب عليه ألا يخرج عن إطار المبادئ العامة في القانون الأجنبي^(٢).

ويضيف هذا الرأي أن من حق القاضي الوطني أيضاً أن يستبعد الحلول القضائية التي تصدر عن المحكمة العليا حتى ولو كانت صادرة عن قضاء مستقر، وهذا في حالة إذا ما تبين له أن هذه الحلول تتعلق بمنازعات داخلية بحتة وأن المحكمة العليا نفسها لم تكن لتحكم بها إذا كانت منازعات تتضمن عنصراً أجنبياً^(٣). ومثال ذلك رغم استقرار محكمة النقض الفرنسية على بطلان شرط الدفع بالذهب الذي قد ينص عليه المتعاقدان في العقد المبرم بينهما، إلا أنها قد ذهبت في بعض أحكامها إلى عكس ذلك إذا كان العقد محل النزاع من العقود الدولية^(٤).

ذهب الأستاذ مصطفى كمال ياسين إلى القول: "على القاضي الوطني أن يختار أحد الأحكام المختلفة وبصورة خاصة الحكم الذي يعتقد القاضي الوطني أنه يرتبط بالمعنى الحقيقي للقانون الأجنبي وطبعاً القاضي الوطني يهتدي في ذلك كله بالنظام القانوني الأجنبي"^(٥)، بينما ذهب الفقيه باتيفول إلى القول: "أن على القاضي الوطني أن يرجع للنظام القانوني الأجنبي وأن يقوم بتفسير القانون الأجنبي بنفسه"^(٦).

(١) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠)، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

(٢) فضيل، نادية. (٢٠٠٤)، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٣) صادق، هشام علي (١٩٦٨)، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٤) فضيل، نادية. (٢٠٠٤)، مرجع سابق. الموضوع نفسه.

(٥) Yassen, Mostafa. Kamal. (1962). Op.Cit. P582.

(٦) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit, p387.

ويتابع باتيفول قوله: "إن دور القاضي في تفسيره للقانون الأجنبي (في هذا الفرض) مشابه لدوره في تفسير القانون الأجنبي، ولكن الفارق أن القاضي الأجنبي يتمتع بحرية أكبر في تفسير قانونه، فقد يغير أو يعدل في تفسير قانونه لكون ذلك أكثر ملاءمة لواقع الحياة، بينما القاضي الوطني لا يتمتع بذلك القدر من الحرية إزاء تفسير القانون الأجنبي، لأنه على القاضي الوطني أن يطبق تفسير القانون الأجنبي الساري المفعول حقيقة في دولة القانون الأجنبي من دون أن يكون مختصاً بتحديد قيمة ذلك القانون الأجنبي أو مضمونه ومن ثم لا يستطيع أن يبادر القاضي الوطني بإعطاء تفسير مغاير للتفسير المتبع في دولة القانون الأجنبي"^(١).

أي أن الأستاذ مصطفى كمال ياسين يقيد القاضي الوطني بالأحكام الأجنبية بأن يختار أحدها كتفسير للقانون الأجنبي، بينما الفقيه باتيفول لا يقيد القاضي الوطني بأن يختار أحد هذه الأحكام كتفسير للقانون الأجنبي، بل عليه أن يفسر القانون الأجنبي بالرجوع للنظام القانوني الأجنبي وأن يستخلص تفسيراً للقانون الأجنبي والذي قد يكون أحد هذه الأحكام أو قد يكون غيرها.

ويتفق الباحث مع ما ذهب إليه الأستاذ مصطفى كمال ياسين وذلك لما يأتي:

- ١- إن قضاة محاكم الموضوع في دولة القانون الأجنبي هم أعلم بقانونهم وبأنظمتهم القانونية الأجنبي من القاضي الوطني، ولا بد أن يكون أحد هذه الأحكام المختلفة هو الأقرب لمعنى القانون الأجنبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التفسير الذي يُفضي إليه أقرب الأحكام لمعنى القانون الأجنبي، ولا يستطيع القاضي الوطني أن يتوصل لتفسير أقرب منه لمعنى القانون الأجنبي.
- ٢- ستكون مهمة القاضي الوطني هنا أيسر لأن عليه أن يختار أحد الأحكام الأجنبية المختلفة الجاهزة مهتدياً بالنظام القانوني الأجنبي وذلك أيسر على القاضي الوطني من الرجوع للنظام القانوني الأجنبي بمجموعه لاستخلاص تفسير للقانون الأجنبي ومن ثم فإن ذلك يؤدي بنا إلى التخفيف عن كاهل القاضي الوطني واختصار الوقت وتقليل النفقات.
- ٣- إن في ذلك إعطاء سلطة واسعة للقاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي، ونحن نعلم أن القاضي الوطني لا يعلم بالقانون الأجنبي وهو لا يدخر أي وسيلة لأجل التعرف على مضمون القانون الأجنبي وهذا يبين لنا أن معرفة القاضي الأجنبي أكبر من معرفة القاضي الوطني للقانون الأجنبي فضلاً عن أن القاضي الوطني بحكم تأثره بنظامه القانوني الوطني قد يؤدي به لا إرادياً إلى أن يُضفي بعض الصفات الوطنية على تفسير القانون الأجنبي ومن ثم نحصل على تفسيرات خاطئة وبعيدة عن معنى القانون الأجنبي.

^(١) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit., p378-379.

ثانياً: اختلاف القضاء الأجنبي العادي والعالي حول تفسير القانون الأجنبي.

الأصل أن أحكام وتفسيرات المحكمة العليا ملزمة لجميع المحاكم سواء أكانت دولة المحكمة العليا تعد القضاء مصدراً للقانون أم لا، ومن ثمّ إذا رجع القاضي الوطني للنظام القانوني الأجنبي ليتوصل لتفسيره، فعليه التقيد بقرارات وأحكام المحكمة العليا في دولة القانون الأجنبي، ولكن قد يجد القاضي الوطني أن حكم أو تفسير المحكمة العليا يوجد له حكم أو تفسير مخالف له صادر من محكمة دنيا في الدولة الأجنبية أي أن حكم المحكمة العليا يعد سابقة منفردة تعرضت للنقد اللاذع أو أنه حكم قديم لا يتلاءم مع تطورات الحياة وسنناقش هاتين الحالتين تباعاً.

فقد تصدر المحكمة العليا في دولة القانون الأجنبي حكماً يفسر القانون الأجنبي ولكن ذلك الحكم يعد سابقة منفردة، فعلى القاضي الوطني التقيد بها في تفسير القانون الأجنبي، لأن قضاة الموضوع في دولة القانون الأجنبي يلزمون أنفسهم بها وذلك هو الأصل، لكن قد تتعرض هذه السابقة للنقد اللاذع من قبل قضاة الموضوع (وهنا يحصل الاختلاف في التفسير) لأنها لا تعبر عن التفسير الحقيقي في بلد القانون الأجنبي، وهنا يسوغ للقاضي الوطني ألا يأخذ بتلك السابقة، وأن يتمسك بما يذهب إليه قضاة الموضوع لأنه يمثل التفسير الحقيقي والواقعي للقانون الأجنبي^(١).

وقد تصدر المحكمة العليا الأجنبية حكماً لتفسير القانون الأجنبي ويكون صدور ذلك الحكم منذ فترة زمنية طويلة بشكل أصبح ذلك الحكم لا يتلاءم مع وتطور وتغير الحياة في جميع مجالاتها القانونية والاقتصادية والسياسية، بحيث تقوم محاكم الموضوع بتفسير القانون الذي فسره المحكمة العليا سابقاً بتفسير يتلاءم وتطور الحياة، عندها لا حرج على القاضي الوطني أن يعزف عن إتباع التفسير الذي أصدرته المحكمة العليا لأن تفسيرها لا يعد التفسير الحقيقي والواقعي للقانون الأجنبي.

ثالثاً: خلو القضاء الأجنبي من تفسير القانون الأجنبي

هنا على القاضي الوطني أن يُفسر القانون الأجنبي بنفسه وعليه أن يُفسره مستنداً إلى موقف القضاء الأجنبي إزاء هكذا فرض، لكي يتوصل للحلول التي يتوصل إليها القاضي الأجنبي فيما لو رُفع إليه النزاع ابتداءً^(٢).

هناك من يستوجب التقيد بالنص التشريعي والتزام حدوده بحيث يلتزم المفسر دائماً بحقيقة إرادة المشرع، فإذا كان النص مبهماً فيتعين على المفسر أن يستعين بالأعمال التحضيرية والمناقشات التي رافقت إعداد النص، بينما هناك من يرى أنه ليس من الضرورة بمكان أن يتم البحث بشكل دائم عن إرادة المشرع سواء الصريحة أم

(١) Maury, Jacques. (1936). Op.Cit. p393.

(٢) Yassen, Mostafa. Kamal. (1962). Op.Cit. p574.

المفترضة لكي يتمكن من التوصل إلى تفسير نص تشريعي معين، وإنما الأفضل أن يتم تفسيره على ضوء المبادئ التي تتضمنها مجموع النصوص، وإذا لم توجد نصوص في التشريع، فللقاضي اللجوء إلى العرف وإلا ينبغي عليه أن يبتدع أو ينشئ الحل العادل الذي يتفق مع ظروف المجتمع الذي يعيش فيه، ويرى جانب من الفقه الألماني ضرورة فصل النصوص عن إرادة المشرع لأن القانون ظاهرة اجتماعية خاضعة للتطور، بالتالي يلتزم المفسر بالضرورات الاجتماعية في الوقت الذي يقع فيه التفسير^(١).

كأن يرجع القاضي الوطني إلى مصادر القانون الأخرى مثل العرف أو الفقه أو الدين أو غيرها من مصادر القانون في دولة القانون الأجنبي لأجل الوصول للتفسير الصحيح للقانون الأجنبي، والقاضي الوطني في ذلك كله عليه أن يهتدي بأحوال بلد القانون الأجنبي وظروفه وبقواعد التفسير المتبعة في دولة ذلك القانون.

إن القول بخلاف ذلك يؤدي بنا إلى مسخ القانون الأجنبي وإعطائه مضموناً آخر غير مضمونه الحقيقي وذلك يعارض غاية المشرع الوطني^(٢).

الفرع الثالث: استحالة التوصل إلى تفسير القانون الأجنبي

ذهب قضاء بعض الدول إلى تطبيق قانون القاضي (أولاً)، بينما ذهب البعض الآخر إلى تطبيق المبادئ العامة التي يحتويها القانون الأجنبي في مجموعه (ثانياً)

أولاً: تطبيق قانون القاضي

طبقت بعض المحاكم في فرنسا قانونها الوطني عند خلو القانون الأجنبي من حل صريح للنزاع المطروح أمامها، كمحكمة "سايجون" ١٩٠٨/٣/٢٧ التي طبقت القانون الوطني في نزاع بالتعويض المستحق لضحايا حادث شركة حديدية فرنسية تباشر نشاطها في الصين بدل القانون الصيني المختص بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية باعتبار مكان الحادث، بذريعة خلو القانون الصيني من نص قانوني يحدد التعويض المترتب عن حوادث العمل^(٣).

حاز هذا الاتجاه على تأييد جانب من الفقه بذريعة أن هدف تطبيق القوانين الأجنبية هو تناسق نظم القانون التي تنتزع العلاقة محل النزاع، فإذا لم تضمن القانون الأجنبي حكم صريح، فإنه ولتحقيق التناسق بين النظم ينبغي تطبيق قانون القاضي بصفته أحد القوانين المتنازعة لحكم العلاقة، فالأصل في تفسير القانون الأجنبي هو اتباع الأسلوب التفسيري الأجنبي، إلا أن ذلك الأصل لا يؤخذ على إطلاقه إذ توجد حالات خاصة

^(١) فضيل، نادية. (٢٠٠٤). مرجع سابق ص ٨٨.

(2)Wolff, Martin. (1950) **Op.Cit**, p215.

^(٣) فضيل، نادية. (٢٠٠٤). مرجع سابق ص ٩١.

تسوغ للقاضي الوطني الرجوع للأسلوب التفسيري في دولته لأجل تفسير القانون الأجنبي، مثل حالة استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي، والذي يسوغ ذلك للقانون الوطني هو أن العلاقة التي هو بصددتها علاقة دولية خاصة وليست علاقة وطنية بجميع عناصرها، فلا بد أن يكون أحد عناصرها أو أكثر عائداً لدولة القاضي، ومن ثم فإذا كان القاضي الوطني بصدد حالة خاصة مثل استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي، فيستطيع القاضي الوطني أن يرجع لأسلوب التفسير في دولته بما لا يتعارض وطبيعة العلاقة الدولية الخاصة^(١).

إلا أن فكرة تناسق الأنظمة ليست أساساً سليماً لتطبيق القوانين الأجنبية، لأن قواعد الإسناد الوطنية تعقد الاختصاص لغير القانون الوطني (أي الأجنبي) لحكم النزاع نظراً لكونه الأصلح لذلك، فكل نظام قانوني يكون في مجموعه كلاً متكاملاً ويتضمن الحلول اللازمة لما قد يسفر عنه التطور الاجتماعي من مشاكل متجددة، كما أن فكرة تناسق النظم تصطدم بحكمة التشريع والهدف الذي يسعى إليه المشرع من وراء تنظيم التنازع في دولته^(٢).

ثانياً: تطبيق المبادئ العامة التي يتضمنها القانون الأجنبي في مجموعه

ينبغي على القاضي الوطني تقصي حقيقة القاعدة القانونية المطبقة، فالقانون الأجنبي لا يتألف من التشريع فقط، بل من كل ما يعتبره المشرع الأجنبي، فلو كان لا يعتد بالعرف كمصدر للقانون، يجب على القاضي عدم الأخذ بالعرف^(٣).

تتشترك نظم القانون الجرمانية في اعتمادها فكرة القاعدة القانونية التي تصدر عن المشرع وبنفس صفاتها، وأنها تعتمد تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، رغم اختلافها في التقسيمات الفرعية داخل هذا التقسيم، كما تشترك في مصادر القانون من تشريع وعرف مثلاً رغم اختلافها في ترتيب المصادر^(٤).

لكن القانون لا يتخذ هذا الشكل في كل الدول، إذ قد تتشابه في المصادر لكن تختلف في الترتيب، كالقانون المصري مثلاً الذي يقدم في مصادره العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب المادة الأولى من القانون المصري^(٥).

^(١) CYRILL (D). (1665)., La loi etranger de vant le juge du fond, These, Paris, p278,

مشار إليه لدى ضياء نوري الموسوي، حسنين. (٢٠٠٣)، مرجع سابق، ص ١٨٤.

^(٢) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، ص ٤١١-٤١٢.

^(٣) البهجي، إيناس محمد. (٢٠١٣). دراسات في القانون الدولي الخاص، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية. ص ١٢٤، مشار إليه لدى حمود

أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧)، مرجع سابق، ص ٨٦.

^(٤) قتال، حمزة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٢١٦-٢١٧.

^(٥) تنص المادة الأولى ق. م. المصري "تسري النصوص التشريعية.....، فإذا لم يجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يجد فيمقتضى الشريعة الإسلامية.....".

أما بالنسبة للأنظمة القانونية التي تنتمي إلى مجموعة القوانين الأنجلوسكسونية، فهي أيضاً تشترك في كونها لا تعتمد فكرة القاعدة القانونية التشريعية، ولا تعتمد تقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص، كما تشترك في مصادر القانون، من سوابق قضائية وعرف وتشريع بشكل ثانوي، ففي القانون الإنجليزي مثلاً، نجد بالنسبة لمصادره، أن هناك اعتراف بالقوة الملزمة للسوابق القضائية والتي يمكن اعتبارها القاعدة الأساسية^(١).

وهكذا فلو تصورنا مثلاً أن القانون الأجنبي واجب التطبيق لا يعتد بالعُرف ولا يعتبره من مصادر القاعدة القانونية عنده، فإن على القاضي اللبناني ألا يعتد بالعُرف نزولاً على ما يقتضي به المشرع الأجنبي الذي لا يعتبره من مصادر القاعدة القانونية عنده، وهكذا بالنسبة للمصادر الأخرى للمحكمة ذاتها يكون على القاضي اللبناني أن يرجع إلى المبادئ السائدة في الدولة التي يطبق قانونها لمعرفة ما للمراسيم والقرارات التنفيذية من قوة، وما إذا كانت تنزل منزلة التشريع أم لا^(٢).

يرى البعض أنه ينبغي على القاضي الوطني فيه هذه الحالة أن يتبع نفس المسلك الذي يتبعه القاضي الأجنبي عادةً إذا تعرّض لمثل هذا الموقف وأن يرجع إلى القواعد العامة التي تحكم مثل هذا الفرض في القانون الأجنبي نفسه، ففي سوريا مثلاً نجد بالنسبة لمصادر القاعدة القانونية أن المادة الأولى من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ تنص على أنه: " ١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها، ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد، فبمقتضى العرف، وإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يؤيد الباحث أنصار الرأي الرفض لهذه النظرية للأسباب التالية:

- يسعى القاضي الوطني جاهداً لتفسير القانون الأجنبي بالبحث عن مصادره العائدة لنظام قانوني ما، فكيف الحال والقاضي يجد نفسه أمام مجموعة من الأنظمة القانونية والشرائع السماوية والقانون الطبيعي ويجب عليه أن يستنبط منها تفسير للقانون الأجنبي والذي استحال عليه تفسيره^(٣).

(١) بديع منصور، سامي. (١٩٩٤)، مرجع سابق، ص: ٦٨٨.

(٢) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠) مرجع سابق، ص: ٤٠٩.

(٣) عبد الكريم حافظ عرموش، ممدوح. (١٩٩٨). مرجع سابق، ص: ٣٥٤.

- إن الأخذ بهذه النظرية من شأنه أن يضع القاضي الوطني أمام استحالتين، تتمثل أولهما في تعذر الوصول إلى تفسير للقانون الأجنبي، في حين تتمثل الثانية في استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي (والذي استحال على القاضي الوطني التوصل إليه)، وهو من شأنه تعقيد المشكلة أكثر^(١).
- إن طبيعة المبادئ العامة للقانون من ناحية عدم تطرقها إلى التفاصيل، بل ينحصر مجالها في إطار المبادئ العامة لا يجعلها خير سند للقاضي الوطني في مجال التفسير، هو ما يتنافى مع هدف المشرع الوطني^(٢).

(١) الوكيل، شمي الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق، ص ٤١٤.
 (٢) فضيل، نادية. (٢٠٠٤). مرجع سابق، ص ٩٥.

المبحث الثاني

رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره

تمهيد:

إن مهمة المحكمة العليا تنصب على رقابة المحاكم الأدنى إذا كان هناك خطأ في تطبيق القانون أو قصور في تسبب الأحكام أو فساد في الاستدلال، أي أن رقابتها قانونية وليست موضوعية وأن مهمتها تتمحور حول السهر على توحيد الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحاكم الدنيا، وعادةً ما يتم تفعيل هذه الرقابة عن طريق تسبب الأحكام^(١).

قد يخطئ القاضي خلال مرحلة تعيين القانون واجب التطبيق، فيسيء اختيار قاعدة الإسناد الوطنية أو إعمالها أو يخطئ في تفسيرها، مما يؤدي إلى منح الاختصاص لقانون أجنبي ما بدلاً من قانون أجنبي آخر، أو يكرس اختصاص القانون الأجنبي بدلاً من القانون الوطني أو العكس، للفصل في هذه المسألة ظهر اتجاهان، الأول يرى بأن القاضي الوطني في تطبيقه وتفسيره للقانون الأجنبي لا يخضع لرقابة محكمة النقض فيكون حكمه محصناً من أي نقض (المطلب الأول)، والثاني يرى بوجوب أن يخضع لرقابة محكمة النقض (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاتجاه الرافض لرقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا قام قضاة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة المشتملة على عنصر أجنبي، ثم أخطؤوا في تطبيقه أو أساءوا تفسيره ورفع الطعن أمام المحكمة العليا لخطأ في تفسير القانون الأجنبي أو لخطأ في تطبيقه، فإن هذه الأخيرة ترفض بسط رقابتها لاعتبارين الأول يتعلق بوظيفتها والثاني يتعلق بطبيعة القانون الأجنبي (الفرع الأول)، وهو ما أيده القضاء في عدد من الدول (الفرع الثاني) غير أن القضاء الفرنسي قد وضع استثناءات على هذا مبدأ (الفرع الثالث).

(١) ميادة، عبد الغني جلال. (٢٠١٥). دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير. الجامعة الأردنية. الأردن، ص ٦٩.

الفرع الأول: طبيعة القانون الأجنبي ووظيفة محكمة النقض

يربط الفقه التقليدي^(١) عادة ما بين مشكلة الرقابة ومشكلة طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، فإذا كان القانون الأجنبي يعتبر عنصراً من عناصر الواقع أو من وقائع الدعوى فإن إساءة القاضي في تفسيره للقانون الأجنبي عند تطبيقه تقلت من رقابة محكمة النقض.

أقرّ القضاء في معظم الدول الأوروبية مثل فرنسا، هولندا، سويسرا، أن الخطأ في تطبيق وتفسير القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة محكمة النقض على أساس أن القانون الأجنبي واقعة^(٢)، وهذا ما أخذ به الفقه الغالب في فرنسا محاولاً تبرير موقفه هذا بعدة حجج أهمها:

- أنّ هذه المهمة من الصعوبة بمكان، بحيث أنّه لا يمكن عملياً لمحكمة النقض أن تأخذ على عاتقها مراقبة تطبيق تفسير القوانين الأجنبية المختلفة، فهذه مهمة تفوق طاقتها.
- أنّ المحكمة العليا الوطنية مسؤولة عن حسن سلامة وتطبيق القانون الوطني وليس الأجنبي لأن ذلك من مهمة المحكمة العليا الأجنبية لأنها أقدر على تحقيق هذه الغاية، لما لها من إمكانيات لاسيما ما يتعلق بالنشر وباللغة الوطنية، وأنّ القضاة هناك درسوا القانون الوطني وطبقوه طويلاً وينظرون إليه كوحدة متكاملة ليس جزءاً، كما أن هذه الصعوبات والجهود تكون المحكمة العليا في غنى عنها في حالة عدم بسط ولايتها القضائية تجاه تطبيق القانون الأجنبي^(٣).
- أنّ القاضي الوطني لا يبحث أثناء البت في النزاع عما هو عادل ومفيد (كما يفعل على المستوى الداخلي)، بل عليه أن يأخذ بالتفسير والاجتهادات الخاصة بالقانون الأجنبي كما هي عليه في بلده، من هذه الزاوية كان لا مناص من معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع ولو كان القضاء يعترف بطبيعته القانونية، وما دام الأمر كذلك، فلا يمكن إخضاعه لرقابة محكمة النقض بحيث تبقى مسألة تفسيره متعلقة بالسلطة التقديرية لقضاة الموضوع^(٤).
- إخضاع الخطأ في تطبيق وتفسير القانون الأجنبي إلى ولاية محكمة النقض قد يؤدي إلى اختلاف كلي أو جزئي مع اجتهاد محكمة النقض في بلد القانون الأجنبي، وهذا ما يؤدي إلى خرق المبدأ الذي يقضي بضرورة تطبيق وتفسير القانون الأجنبي كما هو مطبق في الدولة التي صدر عنها^(٥).
- أنّ محكمة النقض قد وجدت للحفاظ على وحدة القانون الفرنسي بتوجيه القضاء، وليس من مهامها إصلاح التطبيق الخاطئ للقانون الأجنبي الذي هو من مهمة محكمة النقض في دولته، فرقابتها على تطبيق وتفسير

(١) عرفة، محمد السيد (١٩٩٣). مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٢) عبد الله، عز الدين. (١٩٨٦). مرجع سابق، ص ٥٩٣. كذلك زروتي، الطيب. (٢٠٠٨). مرجع سابق، ص ٢٣٦-٢٣٧.

(٣) عبد الكريم حافظ عرموش، ممدوح. (١٩٩٨). مرجع سابق، ص ٢٣١.

(٤) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٢٥٧.

(٥) إبراهيم، الصرايرة وآخرون. (٢٠١٩). مرجع سابق، ص ٧٣.

القانون الأجنبي يخرجها عن مهمتها وهي توحيد تطبيق القانون الفرنسي فقط، بالإضافة إلى أنها ليست محكمة وقائع، والقانون الأجنبي لا يعدو أن يكون واقعة^(١)، وهذا ما يحول دون جواز التمسك به أمامها من طرف الخصوم^(٢).

- أن رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي من شأنه أن تؤدي إلى ازدواج الطعون، حينما تتبنى وجهاً للطعن يغير ما يسير عليه القضاء في دولة القانون الأجنبي، كما يؤدي إلى التعارض مع أحكام محكمة النقض في هذه الدولة عند اختلاف التفسير الذي تعطيه للقانون الأجنبي بخلاف ما هو معطى له في بلده، وهو ما يمس من هبة ومركز القضاء الوطني ويتناقض مع فكرة أن القانون الأجنبي يطبق كما هو فعلاً في بلده^(٣).

ويرى هذا الفريق أن محكمة النقض^(٤) ما دامت قد فرضت رقابتها على عدم تطبيق القانون الأجنبي المختص، فكان يجب عليها أن تفرض رقابتها على إساءة تفسير ذلك القانون لعدم وجود فارق بين عدم إعمال القانون أصلاً وبين تطبيقه تطبيقاً مخالفاً من خلال إساءة تفسير ذلك القانون، لأنه في حالة إساءة تفسير القانون الأجنبي فإن المحكمة لا تعد مطبقة للقانون الأجنبي في الحقيقة، لأن المشرع لا يهدف من وراء وضع قاعدة التنازع إلى إعمال القانون الأجنبي فقط ولكن إلى التطبيق السليم لذلك القانون^(٥) ولعل ما يوضح خطأ التحليل الذي استند إليه هذا الفريق نقل تلك الفكرة إلى مجال العقود، فجد محكمة النقض الفرنسية قد رجعت عن موقفها بشأن الرقابة على تفسير العقود وإلى عدم فرض تلك الرقابة وكان الأولى فرض تلك الرقابة لأن العقد شريعة المتعاقدين كما ينص القانون المدني الفرنسي، ولأن إساءة تفسير العقد يعد خرقاً لتلك القاعدة ولو كان الرأي السابق صحيحاً لوجب الاعتراف بأن إساءة تفسير مضمون العقد يمثل خرقاً لهذه القاعدة ويستوجب تدخل محكمة النقض للرقابة على تفسير العقود أسوة بفرض رقابة على تجاهل تلك النصوص.

ويرجع استبعاد فكرة فرض الرقابة على تفسير العقود إلى أن هذا التفسير يتضمن بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين ما يخرج عن المسائل القانونية التي تختص بها محكمة النقض فقط.

لكن الملاحظ أن التبرير الفقهي السابق لموقف المحكمة في رفض الرقابة على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي تعرض إلى انتقادات أهمها:

(١) قريوع كمال، عليوش. (٢٠٠٦). القانون الدولي الخاص الجزائري، ج: ١ تنازع القوانين. الجزائر. دار هومه ، ، ص ١٥٢.

(٢) عبد الله، عز الدين. (١٩٨٦). مرجع سابق ص ٥٨٢.

(٣) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit. p551,553.

(٤) عرفة، محمد السيد (١٩٩٣). مرجع سابق، ص ٢٢٤.

(٥) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٤٦٩.

- غير دقيق الزعم بأن وظيفة محكمة النقض تنحصر في الحفاظ على وحدة القانون الوطني والسهر على صحة تطبيقه، فعلى عكس ما يراه جانب من الفقه الفرنسي والبعض من الفقه المصري فإن النص المقرر لسلطة محكمة النقض في رقابة الأحكام التي تنطوي "على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله" قد جاء عاماً ولفظة قانون وردت مطلقة وحملها على أنها تعني القانون الوطني دون الأجنبي، يعد تقييداً غير جائز لإرادة المقتن^(١).
 - أن رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي ليس من شأنها أن يؤدي إلى التعارض مع ما هو الحال في تلك الدول بما يمس من هيبة تلك المحكمة، بل على عكس ذلك فإن عدم الرقابة على قضاة الموضوع في تطبيقهم القانون الأجنبي سوف يؤدي إلى الانحراف عن مضمون القانون الأجنبي وتشويهه، بل وحتى الانحراف عن قاعدة الإسناد الوطنية وهذا يمس بهيبة محكمة النقض^(٢).
 - أنه إذا كان صحيحاً أن البحث عن التفسير المعطى للقانون الأجنبي في الخارج قد لا يكون أمراً ميسراً في جميع الأحوال، إلا أن ذلك لا يضيف على مهمة المحكمة صفة الواقع، فالبحث عن مضمون العرف الداخلي لا يقل صعوبة عن التصدي لتفسير القانون الأجنبي، ومع ذلك لم تتردد محكمة النقض الفرنسية في فرض رقابتها على تفسير القواعد العرفية، كما أن الرأي السالف الذكر يتجاهل تطور الدراسات المقارنة وما أدت إليه من تيسير في مهمة القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره^(٣).
- ورغم هذه الانتقادات نجد أن هذا الرأي قد اعتمدته الفقه أيضاً في دول أخرى غير فرنسا، كالفقه الألماني والفقه المصري حيث تذهب أقلية من الفقه^(٤) إلى وجوب عدم إخضاع تطبيق وتفسير القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض، ويرى هذا الفريق من الفقه أن وظيفة محكمة النقض تقتصر على توحيد أحكام القانون الوطني فقط دون القانون الأجنبي، كما أنهم يستندون في تدعيم رأيهم إلى أن القانون الأجنبي لا ينشر في دولة القاضي مما يجعل الرقابة على تطبيقه وتفسيره منطوية على استحالة مادية، وكذلك يؤكد هذا الفريق أن كلمة "قانون" الواردة في المادة (٣٤٨) من قانون المرافعات المصري لا ينصرف مدلولها إلى القانون الوطني والقانون الأجنبي على حد سواء، بل إن المفهوم بداهة اقتصر معناها على القانون المصري^(٥)، كما تبنت التشريعات هذا الاتجاه كما هو الحال في ألمانيا وأسبانيا وهولندا واليونان والمغرب^(٦).

(١) سلامة، أحمد عبد الكريم . (١٩٧٠). مرجع سابق ، ص ٥٣١.

(٢) قريوع كمال، عليوش. (٢٠٠٦). مرجع سابق، ص ١٥٢.

(٣) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ١٧٨.

(٤) ومنهم فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٣٨٠ و عبد الله، عز الدين. (١٩٨٦). مرجع سابق، ص ٦٠٢.

(٥) عبد المنعم رياض، فؤاد، وراشد، سامية. (١٩٧٩). مرجع سابق، ص ١٨٥.

(٦) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit., p551

الفرع الثاني: القضاء الرفض للرقابة

إن المتتبع لاجتهاد محكمة النقض الفرنسية يجد أن اجتهادها قد تطور، حيث قررت في حكمها الشهير في قضية "بيسال" أن تطبيق القانون الأجنبي هو مسألة واقع لا قانون مما أثار انتقاداً واسعاً حداً بالمحكمة إلى التخفيف من حدة موقفها في قرارها الصادر عام ١٩٦٠، فسمحت للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي تطبيقاً تلقائياً، ولكن هذا التطبيق كان تطبيقاً اختيارياً لا إلزامياً، وفي العام ١٩٨٤ عدلت عن هذا الاجتهاد وقررت أن هذا التطبيق يكون ملزماً إذا تعلّق النزاع بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها، أو إذا كان مصدر هذه القاعدة اتفاقياً، ثم أصدرت حكمين متناقضين في عام ١٩٨٨ حيث قضت حكم قاضي الموضوع الذي فصل في الدعوى دون أن يبحث فيها موضوعاً، في حين أن المادة ١/١٢ من قانون الإجراءات الجديد تلزمه بالفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي تطبق عليه على الرغم من أن الأطراف في هذه القضية لم يثيروا تطبيق قاعدة الإسناد التي تمنح الاختصاص للقانون الأجنبي، إلا إن هذا الاجتهاد لم يستقر بعد صدور عدة قرارات في ١٩٩٠/١٢/٤، فقد رجعت محكمة النقض إلى الاجتهاد الصادر في عام ١٩٨٤، فضيقت من نطاق تطبيق القانون الأجنبي، حيث أوجبت على الخصم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع حتى لو كانت القاعدة ذات مصدر اتفاقي^(١).

وهذا التتبع لتطور اجتهاد محكمة النقض الفرنسية يستتبع الوقوف عنده وتسجيل الملاحظات الآتية:

- ١- إن اجتهاد محكمة النقض الفرنسية غير ثابت فيما يتعلق بالقانون الأجنبي، وإن كانت قد جنحت نحو إلزام الخصم بالتمسك بالقانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع في آخر اجتهاد بها.
- ٢- إن هذا الاجتهاد الأخير هو عرضة للتغيير أيضاً، فقد ترجع المحكمة عن هذا الاجتهاد وتلزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه كقاعدة عامة.

كرست محكمة النقض الفرنسية قاعدة قضائية مفادها أن تفسير القانون الأجنبي مسألة يستقل بها قضاة الموضوع وتخضع لتقديرهم المطلق **"interprétation souveraine de la loi étrangère"**، ونتيجة لذلك فإن محكمة النقض ترفض بسط رقابتها في تفسير القانون الأجنبي من طرف قضاة الموضوع^(٢)، وهذا الرفض مقبول بما أن قضاء النقض الفرنسي قد رفض مراقبة تفسير القاعدة الأجنبية المحالة إليه على أساس أن

(١) ضيوف، عادل. (٢٠٠٥). القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص ٤٠-٤٤.

(٢) GUTMAN (D) , Op.Cit , p833.

قاعدة الإحالة هي قاعدة أجنبية، وهذا ما أخذت فيه محكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٣٨، وأن إحالة قانون أجنبي إلى القضاء الفرنسي باعتباره القانون المختص لحكم النزاع لا يعد ذلك اختصاص احتياطي لقانون القاضي^(١).

وترفض **محكمة النقض الفرنسية** مبدئياً رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي بالحجج التي أشرنا إليها سابقاً، وقد تجسد هذا الرفض في صور عديدة منها^(٢):

- رفض الطعن لعدم وجود تشويه للقانون الأجنبي حيث رفضت في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٠/٦/١٣ الطعن الذي عاب على محكمة الموضوع مسخها للقانون الأجنبي الواجب التطبيق لأن تحريف هذا القانون أو مسخه لم يكن محلاً للنزاع.
- عدم جواز التذرع باختصاص القانون الأجنبي لأول مرة أمام محكمة النقض باعتباره مزجاً بين الواقع والقانون، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ ١٩٦١/٧/١١ في أنه مادام لم يظهر الخصوم جنسيتهم أمام محكمة الموضوع ولم يطلبوا تطبيق القانون الإيطالي والذي يعتبر الوسيلة المستمدة من الدفع باختصاصه وكذا من التمسك بمضمونه لأول مرة أمام محكمة النقض وخلافاً لتلك المتعلقة بالقانون الفرنسي يعتبر مزجاً بين الواقع والقانون، ويتعين رفضه، فمحكمة النقض الفرنسية رفضت الطعن لأنه لم يتبين من الأوراق العناصر الواقعية لتطبيق القانون الأجنبي، فقاضي الموضوع لم يكن بعلم بضابط الإسناد أي الجنسية المشتركة للزوجين وهذا ما يعتبر من الأمور التي يختلط فيها الواقع بالقانون.
- اعتبرت أن تطبيق وتفسير القانون الأجنبي يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦١/١١/٢١ حيث رفضت فيه الرقابة على تفسير القانون الأجنبي من قبل قاضي الموضوع ومثلما قضت في قرارها الصادر في ١٩٨٢/٦/١٥.
- ومرة أخرى بالرغم من الإشارة الصريحة إلى الصفة القانونية للقانون الأجنبي، فقد قضت في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١/١٣ بأن: "قاضي الموضوع يطبق ويفسر بكل سيادة القانون الأجنبي، هذا الأخير يبقى رغم غياب رقابة محكمة النقض قاعدة قانونية لا تخضع لأحكام المادة ٧ من قانون الإجراءات المدنية الجديد".

أما بالنسبة لموقف **محكمة النقض السورية** من مسألة رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، فقد استقرت في اجتهاداتها على معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع حيث جاء في قرار لها في ١٩٨٢/١٠/٢٧^(٣) "إن التثبت من القانون الأجنبي وتفسيره وتطبيقه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة

^(١) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit., p395.

^(٢) قتال، حمزة. (٢٠١٠). مرجع سابق. ص ٢٥٥-٢٥٦.

^(٣) ديب، فؤاد. (٢٠١٠). مرجع سابق. ص ١٢٨.

لمحكمة النقض عليه في ذلك،، كما أن وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعد الصحيحة في القانون الوطني وتثبيت القضاء الوطني بشأنها ولا رقابة على تطبيق القوانين الأجنبية^(١).

الفرع الثالث: الاستثناءات التي أقرها القضاء الفرنسي على مبدأ رفض الرقابة

في فرنسا، جرت محكمة النقض على رفض بسط رقابتها على تفسير القانون الأجنبي بحسبان أن مسألة التفسير من إطلاقات قضاة الموضوع، وهذا ما يتمشى مع مذهب المحكمة التقليدي في رفضها الرقابة على إعمال القانون الأجنبي بشكل عام، غير أن تلك المحكمة قد أدركت مثالب موقفها فأجازت استثناءات حقيقية مقتضاها قبول الطعن أمامها في أحكام الموضوع التي تُخطئ خطأً واضحاً في إعمال القانون الأجنبي وذلك في الحالات التالية:

١- الرقابة على تشويه القانون الأجنبي *Controle Des Dénaturations*

تعد فكرة تشويه القانون الأجنبي أو مسخه من بين الوسائل التي ابتدعتها محكمة النقض الفرنسية من أجل مراقبة إساءة تفسير القانون الأجنبي، بسبب خروج قاضي الموضوع عن المعنى الواضح المحدد لنصوص القانون الأجنبي محل التطبيق، وقد استعارت محكمة النقض الفرنسية فكرة التشويه هذه من ميدان العقود والمستندات في الدعوى^(٢)، وقد ابتدعت محكمة النقض الفرنسية هذا النوع من الرقابة لبسط رقابتها على إساءة تفسير القانون الأجنبي في حالة خروج قضاة الموضوع عن المعنى الواضح والمحدد لنص القانون الأجنبي، وهذه الفكرة تجد أساسها في الرقبة على تفسير العقود كما سلفت الإشارة إلى ذلك، فقد تواتر اجتهاد محكمة النقض الفرنسية على أن تفسير شروط العقد يدخل ضمن صلاحية قاضي الموضوع، فإذا خرج هذا الأخير في تفسيره عن المعنى الواضح والجلي لشروط العقد، تصدت محكمة النقض لإعمال رقابتها على هذا التفسير، وقد اعتمدت المحكمة هذا النوع من الرقابة في إطار رقابتها على تشويه القانون الأجنبي، معنى ذلك أن تفسير العقد يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنه إذا وقع تشويه بأن خرج قضاة الموضوع عن المعنى الواضح الجلي لشروط العقد دون أن يضمنوا أحكامهم الأسباب الكافية التي حملتهم على هذا الخروج، فإن هذا التشويه يخضع لرقابة محكمة النقض^(٣).

والرقابة على التشويه تشترط تفترض عدة شروط^(٤):

^(١) محكمة النقض السورية (الغرفة الرابعة) القضية ١٦٤٢ رقم، لعام ١٩٨٢، قرار رقم ٢٠٠٨، مشار إليه لدى ديب، فؤاد. (٢٠١٠). المرجع السابق الموضوع نفسه.

^(٢) قتال، حمزة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٢٦١.

^(٣) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٤٣٧.

^(٤) Mayer, Pierre. (1998), op.cit, p247.

- جهل قاضي الموضوع بالتفسير السائد في دولة القانون الأجنبي.
- وضوح وجلاء نص القانون الأجنبي.
- أن تكون القاعدة الأجنبية مكتوبة، فإذا كانت قاعدة قضائية أو عرفية، فلا محل للطعن على أساس المسخ.

ولا بد من التفريق بين التشويه المادي البحت والتشويه المعنوي ضمن رقابة محكمة النقض الفرنسية:

فالتشويه المادي: ينصب على الرقابة في الخطأ في تطبيق مضمون أو فحوى السند وهي الصورة التقليدية في رقابة التشويه.

أما التشويه المعنوي: ينصب على الخطأ في تطبيق وتفسير القانون الأجنبي بمعزل عن المنظومة القانونية للقانون الأجنبي التي تنتمي إليه.

وقد أعملت محكمة النقض رقابتها على التشويه المعنوي بمناسبة قضية عُرضت عليها تتلخص وقائعها فيما يلي: أبرمت شركة فرنسية مع شركة سنغالية عقوداً لاستئجار عدة طائرات لتنفيذ عقود على عدة مراحل منذ تاريخ ١٩٨٨ وحتى تاريخ ١٩٨٩، قامت الشركة السنغالية بالتعاقد مع شركة أخرى وهي شركة Air Liberte للوفاء بالتزاماتها مع الشركة الفرنسية، وقد عجزت الشركة الأخرى عن الوفاء بالتزاماتها بتوفير الطائرات وبالتالي عجزت الشركة السنغالية عن الوفاء بالتزاماتها تجاه الشركة الفرنسية، تمت تصفية شركة Air Liberte ، فرفعت الشركة السنغالية دعوى على مدير الشركة التي تمت تصفيتها بالاستناد إلى نص المادة ١٣٨٠ من قانون الموجبات المدنية والتجارية السنغالي أمام القضاء الفرنسي، قررت محكمة استئناف باريس رد الدعوى لأن الشركة السنغالية لم تحدد النص القانوني الذي تمسكت به كأساس للدعوى، وذهبت محكمة استئناف باريس إلى أن نص المادة ١٣٨٠ من القانون السنغالي مطابق لنص المادة ٢٤٤ من قانون الشركات الفرنسي، وهو ما يقتضي أن تكون له نفس المعنى، وحيث لم تقدم الشركة المدعية الدليل على أن شركة Air Liberte قادرة على الوفاء بالتزاماتها وأن مديرها لم يرتكب أي خطأ، لا يمكن أن تنفصل عن أدائه لعمله في الإدارة وهو ما يستتبع مسؤوليته الشخصية، طعنت الشركة المدعية في حكم محكمة الاستئناف نقضاً، فقررت محكمة النقض الفرنسية نقض القرار المستأنف كونه تجاهل مضمون القانون السنغالي عندما أعطاه ذات تفسير القانون الفرنسي على الرغم من اختلاف مضمون العبارات في كل منهما ودون الرجوع إلى أي مصادر فقهية أو قضائية معتمدة في القانون السنغالي، وهو ما يطوي على تشويه للقانون السنغالي^(١).

(١) ميادة، عبد الغني جلال. (٢٠١٥). مرجع سابق. ص ٧٨.

يرجع قضاء المسخ في مجال العقود إلى الفقيه "Carre" بصفة خاصة الذي أعلن سنة ١٨٣٤ رأيه في شأن رقابة محكمة النقض على تفسير الاتفاقات وضرورة حصر هذه الرقابة في الحالات التي تخرج فيها محكمة الموضوع عن المعنى الواضح المحدد للشروط العقدية، حيث يمكن في هذه الأحوال اعتبار سلك محكمة الموضوع متضمناً خرقاً للمادة ١١٣٤^(١) من القانون المدني الفرنسي مما يستوجب إخضاع حكمها في هذا الشأن لرقابة محكمة النقض^(٢)، وكان أول من اقترح ضرورة امتداد رقابة المسخ إلى مجال القوانين الأجنبية هو "Feraud" وذلك في سنة ١٨٩٢ والذي ردد الفقه الحديث رأيه بعد ذلك على أساس أن خروج القاضي عن المعنى الواضح المحدد للقاعدة القانونية واجبة التطبيق يعد مسخاً لها مما شكل خرقاً لقاعدة الإسناد التي أمرت بتطبيقها^(٣).

من المعروف أن محكمة النقض الفرنسية قد فرضت رقابتها على تفسير العقود^(٤) في بعض الفروض الاستثنائية مثل العقود النموذجية والشروط العامة لوثائق التأمين في حالة إساءة تفسيرها لأن ذلك يشكل خرقاً لإرادة المتعاقدين وهو قانون العقد.

ولذا رأت محكمة النقض - وبسبب الانتقادات الموجهة إليها في رفض الرقابة على إساءة تفسير القوانين الأجنبية وخاصة في حالة كثرة تطبيقاتها أو في حالة ارتكاب محكمة الموضوع - خطأً جسيماً يتمثل في الخروج عن المعنى الواضح المحدد للعقد إلى فرض الرقابة على مسخ القوانين الأجنبية^(٥) دون تفسيرها، وذلك حتى توسع من مجال اختصاصها في فرض الرقابة، وهذا يدعونا إلى التفرقة بين رقابة المسخ ورقابة التفسير ثم نردفه بتقديرنا لموقف محكمة النقض الفرنسية في فرض الرقابة على مسخ القوانين الأجنبية .

بدأت ملامح التغيير على موقف محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٩٥٨/١١/٤ حيث جاء فيه: "لا طعن في حكم محكمة الاستئناف ما دام لم يحرف أو يشوه المستندات التي قدمت في الدعوى"، وفي ١٩٦٠/٣/١٣ ازداد موقف محكمة النقض وضوحاً عندما أكدت سيادة قاضي الموضوع في تفسير القانون الأجنبي ما دام تحريفه أو مسخه لم يكن موضوع نزاع، ثم أفصحت أخيراً عن موقفها الصريح بحكم مشهور صدر من الدائرة المدنية في ١٩٦١/١١/٢١ ففيه نقضت حكماً لمحكمة استئناف باريس ونسبت إليه مسخ أو تحريف

(1) Article, 1134 du code civil Français (loi n 2016-131 du 10 Février 2016-article 2): "Les convention légalement formées tiennent lieu de loi ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi". Voir le site web www.droit.org

(٢) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، ص ٥٠٣.

(٣) قريوع كمال، عليوش. (٢٠٠٦). مرجع سابق، ص ١٣٢.

(٤) عرفة، محمد السيد (١٩٩٣). مرجع سابق، ص ٢٣٠.

(٥) راجع في ذلك:

- MOTULSKY (H.): Note sous cass civ. 8 décembre, 1953, Rev. Crit, 1955, p.140 et s.
- NIBOYET (J.P.): Traité de droit international privé, Tome III, Paris, 1944, p.1075.

النصوص الواردة في قانون بلجيكا، والتي تحدد مدى إلزام مستعمرة الكونغو بعد ضمها إلى بلجيكا سنة ١٩٠٧ بالتزامات المالية التي عقدها دولة الكونغو المستقلة^(١).

ففي القضية سالفه الذكر المسماة بقضية مونتيغور "Montefiore" التي يرجع تاريخها إلى ما قبل ميلاد دولة الكونغو الحالية التي تم ضمها في سنة ١٩٠٧ لدولة بلجيكا بموجب معاهدة بتاريخ ١٩٠٧/١١/٢٠ والتي نصت في مادتها الثالثة على أن الضم يشمل جميع الالتزامات المالية التي تشغل ذمة الكونغو، فثار نزاع أمام المحاكم الفرنسية بشأن قرض عقده دولة الكونغو قبل ضمها إلى بلجيكا، وأقام المقرضون دعواهم ضد الكونغو البلجيكية كشخص معنوي من أشخاص القانون العام البلجيكي ممثلاً في وزير المستعمرات البلجيكية وتأسست الدعوى على اتحاد الذمة المالية للبلدين بمقتضى معاهدة ١٩٠٧/١١/٢٠ ومن ثم تتعدّد مسؤولية دولة بلجيكا على القرض محل النزاع وانحصرت المشكلة الأساسية حول معرفة ما إذا كانت الدولة البلجيكية أم دولة الكونغو هي المدينة بالقرض وقت رفع الدعوى، كان على المحكمة المرفوع أمامها النزاع - وهي محكمة استئناف باريس - أن تحدد شخصية المدين آخذين في الاعتبار نصين مختلفين: الأول هو نص المادة الثالثة من معاهدة الضم، واعتبار ذلك ضمّاً سياسياً فقط أم أنه يشمل جميع التعهدات المالية للدولة المضمومة بما في ذلك القرض محل النزاع، والثاني هو القانون البلجيكي الصادر في ٨ أكتوبر ١٩٠٨ والذي مُنحت بمقتضاه دولة الكونغو شخصية قانونية منفصلة ومستقلة في ذمتها المالية عن دولة بلجيكا، فقررت محكمة استئناف باريس في ١٣ أكتوبر ١٩٥٨، مسؤولية الدولة البلجيكية عن القرض استناداً إلى معاهدة التنازل التي نتج عنها اتحاد الذمة المالية للبلدين، فقامت محكمة النقض بنقض هذا الحكم بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩٦١ وذلك لتجاهله ومسحه للمعنى الواضح والمحدد لنصوص القانون البلجيكي والذي نص على منح مستعمرة الكونغو شخصية قانونية مستقلة ومنفصلة عن بلجيكا واستقلال كل منهما بذمة مالية مستقلة، وجاء في حيثيات الحكم: "أن الحكم المطعون فيه إذا قضى بمسؤولية دولة بلجيكا عن القرض محل النزاع، يكون ذلك قد مسخ القانون البلجيكي سالف الذكر"^(٢).

وهنا يثور التساؤل: هل هناك معيار للتمييز بين الإساءة في التفسير والتشويه؟

إن التفرقة التي أقامتتها محكمة النقض الفرنسية بين رقابة المسخ ورقابة التفسير تعد امتداداً لقضائها في شأن العقود، فإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد تواترت على استبعاد رقابتها على تفسير العقود إذا لم تتصف شروطها بصفة العموم فإنها قد وضعت مبدأ مهماً وهو أنه لا يجوز لمحكمة الموضوع أن تخرج عن الخط الواضح المحدد لنصوص العقد تحت ستار تفسيره وهو ما تصفه تلك المحكمة برقابة التفسير.

(١) الوكيل، شمي الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق ص ٥١.

(٢) إرجعية الزاوي، سالم. (٢٠٠٦). مرجع سابق ص ٨٨.

ولذلك وضعت محكمة النقض الفرنسية معياراً للتفرقة بين رقابة المسخ ورقابة التفسير، وهو مدى وضوح النص محل التفسير^(١)، فإذا كان النص غير واضح فهو يحتمل التفسير، الأمر الذي يخرج عن نطاق رقابة تلك المحكمة، أما إذا كان النص واضحاً فهو لا يحتمل التفسير، ما يدعو محكمة الموضوع إلى تطبيقه بطريقة واضحة دون حاجة إلى تفسيره، فإن فعلت ذلك فهي تخضع لرقابة المسخ من جانب محكمة النقض الفرنسية، وواضح مما وضعته محكمة النقض الفرنسية من فرض رقابتها على مسخ القانون الأجنبي اعتراف المحكمة بأهمية فرض رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية، ومع أنها لم تصل إلى هذه المرحلة في قفزة واحدة خوفاً من الصعوبات العملية التي تواجهها في مسألة فرض تلك الرقابة، فإنها قد سلكت أولى خطوات الوصول إلى تلك المرحلة، وقد أعطت لنفسها حق عدم السير في تلك الصلة إلى النهاية، فقد احتفظت لنفسها بحق رقابة التفسير، فإن أردت فرض تلك الرقابة في أي وقت وصفت التفسير بأنه وصل إلى مرحلة المسخ، وإن لم تحب أن تفرض تلك الرقابة وصفت ذلك بأنه مما يدخل في مجال التفسير ما يستوجب عدم تدخلها، وقد أيد الفقه الفرنسي الحديث^(٢) موقف محكمته العليا في فرض الرقابة على مسخ القوانين الأجنبية أسوة برقابتها على تفسير العقود في بعض الأحوال التي تتصف فيها بصفة العموم.

وإذا كان الفقه الفرنسي الحديث^(٣) قد أيد موقف محكمته العليا في فرض الرقابة على مسخ القوانين الأجنبية فقد اختلف هذا الفقه حول حدود هذه الرقابة فيرى البعض أن رقابة المسخ لا تمارس إلا إذا تضمنت أوراق الدعوى نصوص القانون الأجنبي الذي يجب تطبيقه وينسب إلى محكمة الموضوع إساءة إعماله من خلال مسخه وتحريفه ويرى هذا البعض بتلك الطريقة أن الرقابة لا تمارس إلا في حدود أوراق الدعوى ومستنداتها .

ويعاب على هذا الرأي عدة عيوب يتمثل فيها القصور الذي يشوب هذا الرأي، ففي الوقت الذي يتم فيه التمسك بمستندات الدعوى وأوراقها التي تحتوي على النص التشريعي، نجد أن هذا النص التشريعي قد تم إلغاؤه في دولته وحل غيره محله، ومع ذلك لا تستطيع محكمة النقض فرض الرقابة على ذلك لتقيدها بما هو مقدم في أوراق الدعوى، وإذا فسرت محكمة الموضوع النص التشريعي تفسيراً يخالف المعنى الواضح المحدد في أوراق الدعوى فإنها تخضع لرقابة محكمة النقض مع أن هذا التفسير قد يكون هو المتفق مع الحلول القضائية في الخارج، ولا شك أن ذلك يمثل تعارضاً مع مبدأ هام وهو وجوب تقييد القاضي في تفسيره للقانون الأجنبي بالحلول القضائية المستقرة في الخارج.

(١) عرفة، محمد السيد (١٩٩٣). مرجع سابق، ص ٢٣٠.

(٢) الحمد، عوض الله شبيبة. (٢٠٠١). أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي. ط: ١. دبي: الإمارات. أكاديمية شرطة دبي. ص ٣٧٦.

(٣) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق ص ٥٠٦.

وقد دفعت هذه العيوب البعض الآخر إلى القول بوجود التفرقة بين المسخ المادي والمسخ الذهني، فالمسخ المادي يتمثل في مسخ المضمون المادي للمتن الذي يحتوي على النص القانوني، ويتمثل المسخ الذهني في مسخ المضمون القانوني لهذه النصوص، وقد رأى هذا الفريق وجوب عدم اقتصار الرقابة على المسخ المادي وامتدادها إلى المسخ القانوني، أي الامتداد إلى مسخ المضمون القانوني ولو لم يفرغ في مستند مادي، أي على القضاء المستقر والمبادئ المستقرة في الدولة التي يطبق القاضي قانونها.

يستفاد من أحكام محكمة النقض سواء في مجال العقود أو القوانين الأجنبية أنّ معيار التفرقة بين إساءة التفسير من ناحية والتشويه أو التحريف من ناحية أخرى ينصب على تجاهل المعنى الواضح المحدد للقاعدة محل التطبيق، حيث يرى جانب من الفقه أنّ معيار هذه التفرقة يتحدد في رأي المحكمة بمدى وضوح القاعدة محل التفسير، فإذا خرج القاضي عن المعنى المحدد للقاعدة الأجنبية، فإن حكمه يتعرض لرقابة التشويه، بينما لو كانت نصوص القانون الأجنبي غامضة فإن تفسيرها يفلت من الرقابة، لكن صعوبة التفرقة بين النص الواضح والنص المبهم ليست بالأمر السهل، لذا يرى جانب من الفقه أنّ التفرقة التي أقامتها محكمة النقض الفرنسية بين الشرط الواضح والشرط الغامض في مجال العقود هي تفرقة لا تقوم على أساس سليم، فكلما كان الشرط التعاقدي محلاً للنزاع فهو يخضع للتفسير والقاضي يفسر هذا الشرط ويستخلص نية المتعاقدين من مجموع الظروف الواقعية الملازمة لتكوين العقد، مما يخرج عن اختصاص محكمة النقض، ولا يجوز الاعتراض على ذلك بالقول باحتمال أن يكون معنى العقد واضحاً، ذلك أن (المادة ١١٥٦) من القانون المدني الفرنسي تنص صراحةً على وجوب البحث عن نية المتعاقدين دون التوقف عن المعنى اللغوي للعقد، فليس هناك عند المشرع شرط واضح وشرط غير واضح^(١).

فقد يكون تعبير واضح في العقد ولكنه يتضمن لدى المتعاقدين معنى يختلف عن معناه الظاهر المحدد، كما قد يتعارض الشرط الواضح مع مجموع الشروط الأخرى المنصوص عليها في العقد، مما يستوجب من القاضي أن يبحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين في كلتا الحالتين، والأمر يختلف بالنسبة للقوانين الأجنبية، فمن الصعب التفرقة بين نصوصها الواضحة التي لا يجوز الخروج عن معناها الظاهر المحدد وإلا تعرض حكم قضاة الموضوع لرقابة التشويه، وبين نصوصها الغامضة التي تصح أن تكون محلاً للتفسير وتخضع بالتالي لمطلق تقدير قضاة الموضوع دون رقابة محكمة النقض في ذلك، فنص القانون الأجنبي ليس سوى عنصر من العناصر المكونة للتنظيم القانوني الأجنبي في مجموعه ولا يمكن تفسيره إلا بالرجوع إلى العناصر التي يتضمنها هذا

(١) صادق، هشام علي (١٩٦٨). المرجع السابق، ص ٥١٠.

الانتظيم، فليس من المستطاع أن يكشف عن حقيقة مضمون القاعدة الأجنبية المختصة إلا بالرجوع إلى مجموع القواعد القانونية الأجنبية الأخرى من ناحية وإلى القضاء الأجنبي المستقر من ناحية أخرى^(١).

وعلى هذا تبدو خطورة الأخذ بالمعنى الظاهر للنص الأجنبي المختص كمعيار لامتداد رقابة محكمة النقض على تشويهه، فقد يكون معناه الظاهر مخالفاً للتفسير السليم له والمستخلص من مجموع الأحكام الصادرة عن القضاء الأجنبي، أو من المبادئ العامة السائدة في الدولة التي يطبق القاضي قانونها.

بينما يتجه البعض الآخر من الفقه أن معيار هذه التفرقة يتمثل في الحدود التي يجوز مباشرة رقابة التشويه في نطاقها، وأن رقابة التشويه تنصب وتتحدد في أوراق الدعوى ومستنداتها فقط، فلا يجوز للمحكمة العليا مباشرة رقابة التشويه إلا إذا تضمنت أوراق الدعوى المستند التشريعي الذي نسب الطعن إليه والذي قامت محكمة الموضوع بتحريفه^(٢).

ويقتررب قضاء محكمة النقض بالنسبة لتشويه القوانين الأجنبية من قضائها المستقر في مسخ العقود وسندات المرافعات، حيث تنصرف رقابتها على السندات المطروحة أمامها^(٣)، وهكذا ينتهي أصحاب هذا الرأي إلى ضرورة التمييز بين رقابة المسخ ورقابة التفسير، حيث تنصب رقابة التفسير على القوانين الأجنبية بوصفها تعبيراً من الأمر الصادر عن المشرع بتطبيقها، أما رقابة المسخ فلا تنصب إلا على مستندات الدعوى سواء تضمنت اتفاقاً أو قانوناً أجنبياً، وهذا ما برره بعض الفقه^(٤).

يبدو خطأ التفرقة بين الوضوح والغموض للتفرقة بين رقابة التشويه ورقابة التفسير، كما يتبين أيضاً أن محكمة النقض الفرنسية لم تفرض رقابتها من خلال مسخ المستند التشريعي مما دفع بعض الفقه الفرنسي إلى القول أن رقابة التشويه تعبر عن سلطة محكمة النقض التقديرية في فرض رقابتها على التفسير في بعض الفروض، فمحكمة النقض وتحت ستار فكرة التشويه قد باشرت رقابتها على تفسير القانون الأجنبي المختص^(٥).

يتم تقدير هذا التشويه بالنظر إلى القانون الأجنبي بصورته التي طُرح بها أمام قضاة الموضوع سواء أكان ذلك بصورة رسمية أم لا^(٦).

(١) بديع منصور، سامي. (١٩٩٤). مرجع سابق، ص ٧٤٧.

(٢) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، ص ١١٨-١١٩.

(٣) بديع منصور، سامي. (١٩٩٤). مرجع سابق، ص ٧٤٥.

(٤) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، الموضع نفسه.

(٥) صادق، هشام علي (١٩٦٨). المرجع السابق ص ٥٢٦ وما بعدها.

(٦) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٤٧٦.

وهكذا اتجهت محكمة النقض الفرنسية أخيراً إلى فرض رقابتها على مسخ القوانين الأجنبية أسوةً بقضائها المستقر في شأن العقود، وقد أجمع الفقهاء الفرنسيون على تأييد موقف المحكمة العليا في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر ١٩٦١ سالف الذكر رغم الاختلاف الجوهري بينهم حول طبيعة القانون الأجنبي وحقيقة معاملته الإجرائية أمام القضاء الوطني، فقد أيد المنكرون على القانون الأجنبي طبيعته الأصلية أو المتمسكون بوجوب معاملته إجرائياً معاملة الوقائع كما في موقف محكمة النقض الفرنسية السابق على أساس تشابه معاملة القانون الأجنبي من هذه الزاوية مع معاملة العقود، أما المتمسكون باحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية أمام القضاء الوطني فقد وجدوا في الحكم السابق خطوة جريئة يرجون من ورائها فتح الطريق نحو الرقابة الشاملة على تفسير القوانين الأجنبية^(١).

٢- الرقابة على التسبب Controle Des Motifs

تسبب الأحكام يعني بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه، وهذا ما يساعد الخصوم على معرفة صحة ادعاءاتهم ومن ثم تقدير فرصتهم في كسب خصومة الطعن، كما يمكن المحكمة التي تنتظر في الطعن من مراقبة حكم القاضي على أساس تقدير سلامة الأسانيد التي بنى القاضي عليها قناعته، وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية في قرارات عديدة الرقابة على تسبب الأحكام التي تعد رقابة شكلية، حيث لا تسمح إلا بالتأكد من تسبب قضاة الموضوع لأحكامهم، بمعنى أن مجرد التسبب يكفي بذاته لسلامة الحكم ولو أساء في تطبيق القانون، فهي تنصب على مراقبة حيثيات الحكم دون مراقبة جوهر القانون المطبق^(٢).

وتتبع أهمية التسبب باعتباره وسيلة تؤدي إلى صيانة حق الدفاع الذي يعد مبدأً إجرائياً عاماً وحقاً يقره القانون الطبيعي، ذلك أن القاضي ملزم أن يبين في أسباب حكمه الأسباب الواقعية التي ينكشف من خلالها مدى احترامه لحقوق الدفاع، كما أن التسبب ضروري لتمكين الخصوم من الطعن بالحكم الصادر، فعندما يحتوي الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية يستطيع الخصوم معرفة ما شاب الحكم من عيوب ومن ثم يتمكنون من استخدام الطرق المقررة قانوناً للطعن به، مما يُعَبِّد الطريق أمام محكمة النقض لمراقبة المحاكم في كيفية فهمها لواقع الدعوى والأدلة المقدمة فيها وبالتالي أعمال رقابتها على هذه الأحكام ودون التسبب تعجز محكمة النقض عن أداء دورها في الرقابة على صحة الأحكام^(٣).

(١) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق ص ٥٠٩.

(٢) بديع منصور، سامي. (١٩٩٤). مرجع سابق، ص ٧٤٨.

(٣) المصاروة، يوسف محمد. (٢٠٠٢). تسبب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية - دراسة تحليلية. عمان. الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٢٥.

لكن بالرغم من كون هذه الرقابة شكلية إلا أنها تثبت جدواها في بعض الحالات لتقادي الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي بطريقة غير مباشرة، وتتحقق هذه الرقابة في الحالات التي يتعين فيها على قاضي الموضوع أن يرد على طلبات الخصوم في الدعوى وأن يسبب قراره، وتتجلى أهمية الرقابة على التسبب في الوقوف على قيام قاضي الموضوع بالتزاماته بالنسبة لتطبيق القانون الأجنبي والبحث عن مضمونه، والأثر المترتب في حالة الإخفاق في التوصل إليه، ويكون ذلك في حالات أهمها^(١):

- إذا قدم في الدعوى نصاً قانونياً له عدة تفسيرات معتمدة في دولته الأجنبية واختار القاضي الوطني تفسيراً بعينه، فيجب عليه الكشف عن بيان السبب الذي حمله على اعتناقه.
- إذا قدم في الدعوى شهادة أو مستنداً يحوي تفسيراً معيناً وأعرض القاضي الوطني عن الأخذ بهذا التفسير، فإن عليه أن يوضح الأسباب التي حملته على هذا الإعراض، والحال نفسه لما يعتق تفسيراً مناقضاً لذلك الذي يفيض واضحاً من النص الأجنبي المقدم، وبهذا تمنع محكمة النقض عن تفسير يتناقض مع النص الظاهر للقانون الأجنبي دون أسباب مقنعة.
- إذا قدم الخصوم طلبات بشأن التفسير المخالف الذي يقدمه القاضي، فيجب عليه أن يجيب على الطلبات الختامية بشأن هذا التفسير.
- إذا لم يقدم الخصوم الأدلة المثبتة لتفسير القانون الأجنبي بطريقة واضحة وكافية، فإنه يتعين على القاضي البحث عن التفسير الذي يعطيه قضاء الدولة الأجنبية، فإذا لم يتوصل إليه وتبنى تفسيراً معيناً، فعليه أن يوضح ذلك ويبين أسبابه.
- إذا تعذر التوصل إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي، سواء لأن القاضي لا يعرفه أو لتعذر ذلك على الخصوم، فالقاضي يطبق القانون الوطني بشرط أن يعلل حكمه.

ومن خلال هذه الحالات، يمكن تسجيل الملاحظات التالية:

- ١- إن جميع هذه الحالات انصببت على تفسير القانون الأجنبي غما بشكل مخالف لما أبداه الخصوم وإما بما جرع عليه تفسير القانون الأجنبي في دولته، فرقابة التسبب تستتبع رقابة التفسير، ولهذه الرقابة جدواها حتى تتقادي محكمة الدرجة الأدنى الخطأ في تطبيق القانون أو تفسيره.
- ٢- إن هذه الحالات يمكن تقنينها كقاعدة عامة، تستطيع محكمة الدرجة العليا من خلالها الوصول إلى حسن تطبيق القانون الأجنبي أمام محاكمها وتوحيد الحلول بشأن هذا التطبيق.

(١) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٤٦٧.

٣- هناك التزام على عاتق قضاة الموضوع للرجوع إلى مصادر القانون الأجنبي والفقهية والقضائية للوقوف على طبيعة النص محل التفسير، وإلا انطوى حكمهم على إساءة لتفسير القانون الأجنبي تفرغ القانون الأجنبي من الغاية والحكمة التي أرادها المشرع الأجنبي لهذا النص.

وقد أخذ بهذا الموقف القضاء الفرنسي من حيث المبدأ، حيث قصر مراقبة محكمة النقض على الجزء المتعلق بتفسير قرار القاضي الخاص بتفسير القانون الأجنبي، كأن يمتنع القاضي مثلاً عن الأخذ بتفسير للقانون الأجنبي تقدم به الخصوم بواسطة شهادة رسمية أو إذا لم يوضح أسباب أخذه بهذا التفسير دون غيره عندما لا يحصل على تفسير رسمي من دولة هذا القانون^(١).

٣- قبول الطعن لمخالفة قاعدة الإسناد الوطنية

ابتداءً، لا بد من الإشارة إلى أن الرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد يختلف عن الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي في حد ذاته، وهذه الرقابة ما هي إلا رقابة عامة تسري على جميع القواعد القانونية الوطنية دون تمييز سواء تعلقت قاعدة الإسناد بمسائل المعاملات أو الأحوال الشخصية^(٢)، وتمتد رقابة المحكمة العليا على الخطأ في تطبيق القانون المسند إليه، فلا بد أن تكون الدولة الأجنبية قد اعترفت بها دولة القاضي وأيضاً مشكلة الإحالة تدخل في صلب رقابة المحكمة العليا على تطبيق قاعدة الإسناد باعتبارها تحدد مدى نطاق القانون المسند إليه^(٣).

وقد أجمع القانون والقضاء المقارن على هذه الرقابة حيث وسعت محكمة النقض الفرنسية من رقابتها على أحكام الموضوع التي تتجاهل تطبيق القوانين الأجنبية المختصة بموجب قواعد الإسناد الوطنية^(٤).

إن رفض سلطة محكمة النقض بشأن رقابتها لتطبيق القانون الأجنبي يجعل رقابتها لتطبيق قاعدة الإسناد فارغة من معناها، ويمكن في الواقع أن نتخيل قيام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد على الشكل الصحيح، كونه يدرك بأن هذا سيخضع لرقابة محكمة النقض، ولكنه قد يكون أقل حذراً في تطبيق الأجنبي ليقينه بأن أي خطأ في هذا الصدد سوف لن يخضع لرقابة هذه المحكمة. لذا كان لا بد من ملازمة رقابة تطبيق قاعدة الإسناد بالرقابة على تطبيق القانون الأجنبي وإلا لما تحقق الهدف من الرقابة على قاعدة الإسناد، رغم أن محكمة النقض الفرنسية

^(١) Par conséquent, les juges du fond sont souverains dans l'interprétation qu'ils font du droit étranger: leur seule obligation est de motiver leur décision.

منشور على الرابط التالي:

www.cours-de-droit.net

تاريخ الزيارة ٢٠١٩/١١/١.

^(٢) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٤٤٥.

^(٣) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٤٨٣.

^(٤) صادق، هشام علي (١٩٦٨). مرجع سابق، ص ٤٦١.

ترفض مبدئياً الطعن بالنقض الذي موضوعه مخالفة القانون الأجنبي، إلا أنها تقبل الطعن بالنقض المتعلق بمخالفة قاعدة الإسناد لكونها قاعدة وطنية يلتزم القاضي بتطبيقها، ولا بد أن يخضع الخطأ في تطبيقها لرقابة محكمة النقض، كما أن عملية التكييف التي تشكل تفسيراً لقاعدة الإسناد تعتبر ضرورية لتحديد مضمون الفكرة المسندة وهي فكرة قانونية تستمد مفهومها من القانون، لذا فإنه إذا أخطأ القاضي في عملية التكييف يستتبع رقابة محكمة النقض^(١).

يجمع الفقه على أن مخالفة قواعد الإسناد أو الخطأ في تفسيرها أو تطبيقها يخضع لرقابة محكمة التمييز، فهذه القواعد هي من مصدر وطني ينصاع إليها القاضي نزولاً عند إرادة مشرعه في وجوب تطبيقها على المنازعات الدولية الخاصة، وعليه إذا تقدم أحد الخصوم بطعن بالحكم كون قاضي الموضوع لم يراع القانون المختص نتيجة تطبيق خاطئ لقاعدة التنازع، فإن ذلك يخضع لرقابة محكمة التمييز^(٢).

ومن الطبيعي تكريس هذا الحل بشأن قاعدة الإسناد، فهي قاعدة مساوية لأي قاعدة قانونية أخرى ولو كانت تحتفظ بطبيعة خاصة كونها لا تنهي النزاع مباشرة، وإنما تحدد القانون الواجب التطبيق عليه، وبناء على ذلك يسري بشأنها ما يسري على القواعد القانونية الأخرى أي يحق لمحكمة التمييز مراقبة تطبيقها أو تفسيرها ولو تم التمسك بهذا الدفع لأول مرة أمامها^(٣).

^(١) Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Op.Cit., p551.

^(٢) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٣٣٠.

^(٣) المصري، محمد وليد. (٢٠١٦). مرجع سابق، ص ٢٦٤.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لرقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره

في مقابل الموقف الرافض لرقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره، هناك موقف آخر يسمح بهذه الرقابة، إنكار رقابة محكمة النقض على أعمال القانون الأجنبي يعني في الواقع إنكار القيمة القانونية لذلك القانون من جهة، وإهدار لقاعدة التنازع الوطنية التي اختارته ليحكم النزاع من ناحية أخرى.

هناك جانب من الفقه يرى بأن تطبيق وتفسير القانون الأجنبي يجب أن يخضع لرقابة المحكمة العليا فالرقابة تتسجم مع الصفة القانونية للقانون الأجنبي (الفرع الأول)، وقد ساند هذا الاتجاه القضاء في بعض الدول (الفرع الثاني).

الفرع الأول: انسجام الرقابة مع الصفة القانونية للقانون الأجنبي

يرى اتجاه فقهي^(١) بضرورة إخضاع الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض، وهو الأمر الذي ينسجم مع الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، ويستند هذا الرأي إلى **الحجج الآتية**^(٢):

- ١- إن وظيفة محكمة النقض هي توحيد الحلول القضائية في دولة القاضي وذلك بالرقابة على أعمال القانون سواء كان وطنياً أو أجنبياً لأن كلمة قانون لا تقتصر على القانون الوطني بل تمتد لتشمل القانون الأجنبي.
- ٢- إن فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي هو في حقيقته فرضها للرقابة على أعمال القانون الوطني لأن محكمة النقض مختصة بالرقابة على قاعدة الإسناد الوطنية لأنها من القواعد الداخلية والخطأ في تطبيق القانون الأجنبي يصبح خطأ في تطبيق قاعدة الإسناد ذاتها، وكذلك الخطأ في التفسير يعتبر خطأ في تفسير القانون الوطني ورفض الرقابة في هذه الحالة يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وهو إخلال بالقانون الوطني^(٣).

- ٣- إن عدم فرض الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره يترتب عليه انقسام المحاكم على مختلف درجاتها في هذا التفسير وهذا يؤدي في النهاية إلى مسخ القانون الأجنبي وذلك لا يعتبر إخلالاً بالقانون الأجنبي وحده ولكنه يعتبر في نفس الوقت إخلالاً بالقانون الوطني ذاته.

- ٤- أن وظيفة محكمة النقض هي توحيد تطبيق القانون الوطني عن طريق وحدة القضاء، ولتحقيق تلك المهمة يتعين على المحكمة العليا فرض رقابتها سواء أكان القانون وطنياً أم أجنبياً، ذلك أن القانون الأجنبي إنما

(١) علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). **مرجع سابق**، ص ٤٨٣. كذلك الهداوي، حسن. (١٩٩٧). **مرجع سابق**. ص ١٦٩. كذلك عبد الرحمن، جابر جاد. (١٩٦٩). **مرجع سابق**، ص ٦٣٣.

(٢) عبد المنعم شوقي، بدر الدين. (١٩٩١). **مرجع سابق**، ص ٢٨٢، كذلك عرفة، محمد السيد (١٩٩٣). **مرجع سابق**، ص ٢٢٨-٢٢٩.

(٣) عبد المنعم شوقي، بدر الدين. (١٩٩١). **المرجع السابق**، الموضوع نفسه.

يطبق في بعض القضايا التي تعرض أمام القضاء الوطني، لأن القانون الوطني هو الذي أشار بهذا التطبيق بواسطة قواعد الإسناد، فإذا لم تكن هناك رقابة على تطبيق القانون الأجنبي تختلف محاكم الموضوع بينها وتنقسم بشأنه، أو تخل به إخلالاً يصل إلى حد مسخه ، بحيث يمكن القول بأنها لم تخل بالقانون الأجنبي فحسب، بل أخلت أيضاً بالقانون الوطني نفسه^(١).

٥- أن منح المحكمة العليا سلطة الرقابة على قضاة الموضوع في تطبيقهم لقاعدة الإسناد يجب أن يستتبع بالرقابة على تطبيق القانون الأجنبي لإكمال حلقة المتابعة ولكي تكون للرقابة على تطبيق قاعدة الإسناد قيمتها الفعلية، لا أن تكون مجرد لغو، خاصة عند منح قاضي الموضوع السلطة المطلقة في تطبيقه للقانون الأجنبي المعين من قاعدة الإسناد، مما قد يؤدي إلى عدم حسم النزاع وفقاً للأحكام المطبقة في القانون الأجنبي فعلاً، أي حل النزاع بشكل مخالف لما تقضي به قاعدة الإسناد الوطنية^(٢).

٦- أن القانون الأجنبي يعد قانوناً رغم عبوره حدود دولته، فهو يطبق بأمر من المشرع الوطني عن طريق قاعدة الإسناد، وهذا الأمر الذي يستوجب عدم جواز تجريده من سلامة التطبيق بتوفير رقابة محكمة النقض على قضاة الموضوع في تطبيقه، فعملية الرقابة هذه تتفق مع ما يلزم من أن يكون القانون الأجنبي قانوناً بمعنى الكلمة، فهو ليس واقعة مادية، فلا يصح إذن تجريده من سلامة التطبيق وينبغي توفير رقابة المحكمة العليا على تطبيقه وتفسيره^(٣).

وقد تعرض هذا الرأي بدوره إلى انتقادات من الفقه المخالف أهمها:

١- أن القاضي الوطني قد يهمل التحري عن القانون الأجنبي المختص على أساس أنه يعلم مسبقاً أن قراره يعد باتاً وغير قابل للطعن وفي هذا ضرر مخفف لصاحب الحق ومخالفة لروح العدالة وقواعد الإسناد الوطنية التي أمرت بتطبيق القانون الأجنبي المختص^(٤).

٢- أنه فيما يتعلق بدور محكمة النقض في توحيد القضاء، فبالرغم من كون امتداد توحيد القضاء إلى القانون الأجنبي أمر مرغوب فيه، كما يصون مصالح المتقاضين، لكن توحيد القضاء بالنسبة لتفسير القانون الأجنبي يؤدي حتماً إلى أن تتبع محكمة النقض الوطنية نفس التفسير الذي تأخذ به محكمة النقض الأجنبية، وهذا

(١) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٣٧٦-٣٧٧.

(٢) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٤٥٧.

(٣) محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). المرجع السابق، ص ٤٥٨.

(٤) علي الداودي، غالب. (٢٠١٣). مرجع سابق، ص ٣٧٨.

ينطوي على معنى التبعية للقضاء الأجنبي وتتعارض مع وظيفة محكمة النقض بوصفها المصدر الأعلى لتفسير القانون^(١).

- ٣- أنه فيما يتعلق بالقول أن أعمال قاعدة الإسناد والرقابة على تطبيق القانون الأجنبي يكمل بعضها البعض، فهذا القول يصطدم مع الصعوبات العملية لأن رقابة محكمة النقض على أعمال قاعدة الإسناد هي رقابة على جزء من القانون الوطني، على خلاف حال الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي التي تعترضها صعوبات عملية، وإن أمكن تذليلها أحياناً إلا أنها غالباً ما يقوم معها احتمال الزلل، ومثال ذلك ما يتعلق بالترجمة بعدم الدقة فيها أو عند البحث في مصادر القانون الأجنبي خاصة عندما لا يتعلق الأمر بالتشريع^(٢).
- ٤- أن الأثر الأدبي الذي يتركه خطأ محكمة النقض بوصفها الهيئة المختصة بتقرير المبادئ القانونية في رقابة تطبيق القانون الأجنبي أشد جساماً من الأثر الذي قد يتركه حكم خاطئ صادر عن محكمة الموضوع^(٣).

إن رقابة محكمة النقض أصبحت متيسرة وذلك للأسباب التالية^(٤):

- ١- تقدّم الدراسات المقارنة في القانون وزيادة الصلات الدولية جعل من المتيسر التأكد من مضمون القانون الأجنبي.
- ٢- يمكن تحقيق وحدة القانون الأجنبي وذلك بتدخل محكمة النقض.
- ٣- من ناحية أخرى قد يكون البحث عن مضمون القانون الأجنبي أمراً ميسراً لا يستلزم القيام بتحريات واقعية، وحتى في هذه الحالة فإن الصعوبة لا تضفي على دور المحكمة صفة الواقع، فالبحث عن مضمون القانون الأجنبي قد يكون أسهل من البحث عن مضمون العرف الداخلي.
- ٤- عدم الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي ينال من سمعة المحكمة العليا.
- ٥- نجاح التجربة التي خاضتها المحاكم العليا في بعض البلاد الأخرى مثل إيطاليا ويوغوسلافيا ومصر، يؤكد قدرة المحكمة على القيام بهذه المهمة.

وهكذا بدأ الفقه والقضاء في بعض دول القارة الأوروبية يميل إلى فرض الرقابة القضائية على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي.

(١) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٣٨٠.

(٢) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). المرجع السابق الموضوع نفسه.

(٣) قتال، حمزة. (٢٠١٠). مرجع سابق، ص ٢٦٦.

(٤) عبد الرحمن، عبد الحكيم مصطفى. (١٩٩١). الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط ١، ب.د.ن. مشار إليه لدى حمود أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). مرجع سابق، ص ١٤٤.

الفرع الثاني: القضاء المساند للرقابة

يسود هذا الموقف في الكثير من الدول مثل إيطاليا، اليونان، تركيا، المغرب، وقد أخذ به تقنين "BUSTAMENT" للقانون الدولي الخاص، حيث جاء في المادة ١٢ منه: "في كل دولة متعاقدة يوجد نظام الطعن بالنقض أو أي نظام آخر يشبهه يمكن الطعن أمامه بسبب مخالفة قانون دولة أخرى متعاقدة أو للخطأ في تفسيره أو تطبيقه، وذلك بنفس الشروط وفي ذات الحالات الخاصة بالقانون الوطني"^(١).

وفي إنجلترا تعد المحكمة العليا في النظام القضائي الإنجليزي كدرجة ثالثة في التقاضي، إذ لا يقتصر دورها على مجرد رقابة القضاء الأدنى في سلامة تطبيق القانون، وإنما تملك دون معقب عليها أن تعيد النظر في تقدير الوقائع كما أقرتها المحكمة المطعون في حكمها^(٢)، لذا فهي تتعرض لكافة عناصر الدعوى القانونية والواقعية، وبالتالي لا يمتنع عليها البث في مضمون القانون الأجنبي الذي يعد بالنسبة إلى القضاء الإنجليزي واقعة، ولذا فهي تبسط الرقابة على تطبيقه^(٣).

وعلى هذا النحو استقر مجلس اللوردات على فحص تطبيق القانون الأجنبي وإعادة النظر في الأحكام التي يُطعن فيها أمامه، دون الحرج من القول بأن الأمر يتعلق بالوقائع، وأن تقدير محكمة الموضوع لا معقب عليه^(٤).

وفي مصر، اتجهت محكمة النقض المصرية إلى فرض رقابتها على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي، وذلك في القضية الآتية^(٥) صدر حكم محكمة استئناف المنصورة بتطليق زوجة فرنسية من زوجها الفرنسي أيضاً بناءً على طلب هذا الأخير، استناداً منه إلى مذكرات وخطابات تثبت علاقة زوجته بغيره، نفت الزوجة هذا الدليل الموجه ضدها إعمالاً لأحكام القانون الفرنسي لكونه قد حصل على المذكرات والخطابات عن طريق غير مشروع، بأن كسر في غيابها الدرج المخصص لها، رفضت المحكمة هذا الدفع مقررّة أنه رغم تلك الرسائل والخطابات والطريقة التي قيل إن المدعي حصل بها عليها دليلاً ضد الزوجة، فهذا يعتبر نقيضاً للقانون الفرنسي الذي ينص على أن الخطابات الخاصة المتبادلة بين الزوج والغير وإن كانت بحسب الأصل لا يجوز التمسك بها إلا بإذن المرسل إليه فإنه في دعوى الزنا أو الطلاق أو التفريق يجوز استثناءً للمدعي من الزوجين أن يتمسك بها في الإثبات بشرط أن يكون قد حصل عليها بطريق مشروع، ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي سواء يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها، وكان كل ما قرره الحكم عن قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات عليها كان بطريق السرقة وكسر الدرج الخاص بها هو تقرير غير صحيح أبقى

(١) قرنة، إبراهيم. (٢٠١٦). مرجع سابق ص ٧٥.

(٢) الوكيل، شمي الدين. (١٩٦٤). مرجع سابق ص ١٢.

(٣) فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). مرجع سابق، ص ٣٨٦.

(٤) Wolff, Martin. (1950). *Op.cit.*, p197.

(٥) زمزم، عبد المنعم. (٢٠١٥). الوسيط في القانون الدولي الخاص. مصر. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. دار النهضة العربية ص ١٧٦.

عليه القضاء في الدعوى، وكان على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل في الإثبات أم غير مشروعة فلا تقبلها ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص، لما كان ذلك، فإن الحكم قد أخطأ في تطبيقه ويتعين نقضه.

إذ جاء في هذا الحكم الصادر في ١٩٥٣/١/٨ "كان من الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها وظهرها كدليل في الإثبات أم غير مشروعة فلا تقبلها، ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص...."، فمحكمة النقض هنا قد تصدت لرقابة تطبيق القانون الأجنبي وظهر لها بأن محكمة الاستئناف قد أخطأت فيه، وهو ما يترتب عليه بدوره الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي^(١).

ومضت محكمة النقض المصرية في تأكيد موقفها هذا في أحكام عديدة^(٢)، وقد اطرده قضاء هذه المحكمة على رقابة المحاكم الدنيا لدى قيامها بتطبيق القانون الأجنبي، من ذلك قضاؤها بأن (المادة ٣٠١) من القانون الفرنسي التي تجيز الحكم لصالح الزوج الذي يحصل على الطلاق بنفقة لا تجاوز ثلث إيراد الزوج الآخر لا تنطبق إلا في حالة ما إذا قضي لأحد الزوجين بالطلاق لخطأ الطرف الآخر، وكان قد طلب الحكم بالنفقة على خصمه، فمتى كان الحكم المطعون فيه لم يقض بالطلاق، بل قضي بالانفصال الجسماني لخطأ مشترك بين الزوجين، وكانت الطاعنة لم تطلب النفقة استناداً (للمادة ٣٠١) مدني فرنسي، وإنما قضي الحكم الابتدائي لها ولأولادها استناداً إلى (المادتين ٢٠٣ و ٢١٢) من القانون المذكور لحاجتها إليها هي وأولادها، ولا استمرار بقاء الرابطة الزوجية التي لم تنفصم بالحكم الصادر بالفرقة البدنية، فإن الحكم المطعون فيه إذا عدل المبلغ المقضي به من محكمة أول درجة بما لا يزيد على ثلث إيراد المطعون عليه استناداً (للمادة ٣٠١) من القانون المدني الفرنسي قد أخطأ في تطبيق القانون المذكور^(٣).

يؤيد الباحث الاتجاه القائل برقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره وذلك للأسباب التالية:

- إن قيام محكمة النقض بفرض رقابتها على تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية يعتبر أمراً منطقياً بالنظر على الصفة الأجنبية لهذه القوانين، ولذلك لما توفره هذه المحكمة من تكريس لأصول وضمانات التقاضي، وإلا ستكون هذه الرقابة حبراً على ورق.

(١) سلامة، أحمد عبد الكريم . (١٩٧٠). مرجع سابق، ص ٥٣٣.

(٢) هناك أحكام أخرى صادرة في ١٩٥٣/٦/٣٠، ١٩٥٤/٣/٢٥، ١٩٥٤/٦/١٠، ١٩٥٥/٢/١٧، منشورة في مجموعة النقض المدني، س ٤ ، رقم ٥٠ ، بالنسبة للحكم الأول، وفي مجموعة أحكام النقض ، س ٤ ، ٣٤ ، ٥٥ ، ٢٤ ، وس ٦ ، ٢٤ على التوالي، مشار إليها لدى محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). مرجع سابق، ص ٤٦٣.

(٣) الطعن المدني رقم ٣٦٤، جلسة ١٤ يناير ١٩٥٤، مجموعة الأحكام الصادرة في محكمة النقض المكتب الفني، ١٩٥٤، السنة الخامسة، العدد الأول من أكتوبر، ص ٤٢٧، مشار إليه لدى حمود أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). مرجع سابق، ص ١٥٢.

- بالنظر لما تملكه محكمة النقض من خبرات وتجارب وإمكانيات جمة في مجال البحث عن القوانين الأجنبية وتطبيقها أكثر من قضاة الموضوع الملزمين أساساً بالتحري عن القوانين وتكليف الخصوم بذلك، فمن باب أولى أن يُعهد لمحكمة النقض القيام بهذه المهمة.
- توحيداً للحلول القضائية في الدولة، وهي الغاية التي يجب أن تسعى المحكمة العليا إلى تحقيقها، فنحن مع الرأي الذي يؤكد على ضرورة رقابة محكمة النقض على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي، إذا لا يكف ف ما ذهب إليه البعض من اقتصار الرقابة على التسبب، فمثل هذه الرقابة تخص سلطة المحكمة في نقض الحكم لقصوره في البيان وهو ما يقيد تقديرها في نطاق الأوراق والمستندات المقدمة كدليل على مضمون القانون الأجنبي، كما أن هذه الرقابة لا تسمح للمحكمة العليا بنقض أحكام الموضوع مهما كان حجم الخطأ الذي ترتكبه في تطبيق القانون الأجنبي طالما كانت مُسببة تسبباً كافياً، لذلك فإذا توصل القاضي بنفسه أو بمعاونة الخصوم إلى معرفة أحكام القانون الأجنبي، فلا تطلق يده في تطبيقه كما يريده بل يخضع لرقابة محكمة النقض سواء بشأن مخالفته لذلك كأن ينكر القاضي وجود قاعدة قانونية قائمة، أو يدعي وجود قاعدة لا وجود لها أو غير نافذة في ذلك القانون، أما بشأن الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي كأن يطبق حكماً من أحكامه على واقعة لا ينطبق عليها أصلاً، أو يطبقه عليها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون الأجنبي أو يرفض تطبيقه على واقعة ينطبق عليها أصلاً.
- إن فرض الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية يحمي القانون الوطني ذاته من خلال حماية قاعدة الإسناد ذاتها التي أشارت بتطبيق القانون الأجنبي ولأنه في حالة تواتر محاكم الموضوع على إساءة تفسير القانون الأجنبي يمسح معنى القاعدة القانونية وإهدار الهدف من وضع قاعدة الإسناد الوطنية، وأيضاً في حالة عدم فرض رقابة على تفسير القوانين الأجنبية فإننا نسهل من مهمة محكمة النقض، ولكننا نلقي بالعبء كاملاً على محكمة الموضوع في البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وأيضاً في تطبيقه تطبيقاً سليماً دون رقابة عليها من محكمة النقض، ما يدفعها في النهاية إلى عدم بذل الجهد للوصول إلى أحكام ذلك القانون أو إلى تطبيقه بطريقة سليمة، ما يؤدي إلى زعزعة الثقة في الأحكام الصادرة من المحاكم ويعطي الصورة السيئة بعدم سيطرة محكمة النقض على القضاء في دولتها، وذلك من خلال عدم استقرار الحلول القضائية السائدة في الدولة وهذه هي الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض، لذا يجب على محكمة النقض أن تمارس رقابتها على تفسير القوانين الأجنبية وذلك للقيام بوظيفتها وهي توحيد الحلول القضائية، وهو الهدف من وجود تلك المحكمة.

الخاتمة

إن الاعتماد المتبادل وانفتاح الحدود والتجارة الدولية وحركة نقل البضائع والسلع والأشخاص جعل الأفراد على احتكاك مباشر مع شتى رعايا الدول الخرى وأدى إلى امتداد القانون الأجنبي بامتداد هؤلاء الأفراد أينما انتقلوا.

النتائج:

- ١- على الرغم من الخلافات الفقهية والتشريعية والقضائية التي سادت في بعض الدول حول طبيعة القانون الأجنبي من حيث اعتباره واقعة أم قانون، إلا أن الرأي الراجح فقهاً وتشريعاً وقضاءً قد سار واستقر على اعتباره قانوناً.
- ٢- على الرغم من الخلافات التي دارت حول مسألة إلزامية قواعد الإسناد من عندها، إلا أن الرأي الراجح قد استقر على تأكيد الصفة الإلزامية لما قد تشير إليه هذه القواعد وعدم تعليق تطبيقها على إرادة الخصوم أطراف النزاع.
- ٣- استبعاد اليمين والإقرار كوسائل لإثبات مضمون القانون الأجنبي واجب التطبيق.
- ٤- عندما يتعذر على القاضي الوطني التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، فقد استقر الرأي الراجح على تطبيق قانون القاضي.
- ٥- بخصوص تفسير القانون الأجنبي، فقد استقر الرأي الراجح على تفسير هذا الأخير وفقاً لقانون دولته.
- ٦- بخصوص رقابة محكمة النقض على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي، فقد استقر الرأي الراجح على تأييد رقابتها في هذا الصدد.
- ٧- مقترحات الدراسة

نقترح على المشرع السوري ما يلي:

- ١- تقنين وتجميع المواد المتعلقة بموضوعات القانون الدولي الخاص ضمن ما يمكن تسميته بالقانون الدولي الخاص السوري.
- ٢- النص صراحةً على احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية وصفته الأجنبية وعدم اعتباره واقعة من وقائع الدعوى.

٣- عقد معاهدات دولية ثنائية وجماعية يتم من خلالها تبادل القوانين الوطنية للدول الأعضاء وإنشاء مراكز بحثية في هذا الصدد ، وتشجيع تدريس المواد المتعلقة بهذه القوانين في الجامعات الوطنية لتلك الدول.

٤- إيراد عدد من النصوص القانونية أبرزها:

- (عندما تشير قاعدة التنازع السورية لتطبيق قانون أجنبي ، يلتزم القاضي السوري بأن يبحث عن فحوى هذا القانون دون جعل هذا الأمر معلقاً على إرادة الخصوم)
- (في حال عجز القاضي السوري عن الوصول إلى فحوى قانون أجنبي، يتم تطبيق القانون السوري وبإمكانه التوصل إلى هذا الفحوى بشتى طرق الإثبات ماعدا اليمين والإقرار)
- (يلتزم القاضي السوري بتفسير القانون الأجنبي تبعاً للتفسير السائد داخل دولة هذا القانون)
- (عندما يستقر القضاء الوطني على تفسير معين للقانون الأجنبي ويظهر أن هناك تفسيراً حديثاً له، يتوجب على القاضي السوري الأخذ بالتفسير الحديث، مالم يكن هذا الأخير سابقة منفردة تعرضت للنقد اللاذع أو لا يتلاءم مع طبيعة النظام القانوني الأجنبي، فعليه التقيد بالتفسير القديم للقانون الأجنبي).
- (عند تفسير القاضي السوري لقانون أجنبي يماثل نص مشابه لنص وطني، أو نص معاهدة دولية متعلقة بالقانون الخاص مطبقة في سورية، عليه الرجوع للنظام القانوني الأجنبي العائد له ذلك النص لأجل تفسيره).
- (عندما يختلف القضاء العادي الأجنبي في التفسير، على القاضي السوري ترجيح أحد التفسيرات مهتدياً في ذلك بالنظام القانوني الأجنبي).
- (عندما يختلف القضاء العالي والعادي الأجنبي في التفسير، على القاضي السوري التقيد بتفسيرات القضاء العالي الأجنبي، ما لم تكن هذه التفسيرات تعد سابقة منفردة تعرضت للنقد اللاذع أو لا تتلاءم مع طبيعة النظام القانوني الأجنبي، فعليه التقيد بتفسيرات المحاكم الدنيا).
- (تمارس محكمة النقض السورية رقابتها على تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية).



الملاحق



اللجنة الأوروبية

مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص

الوصول إلى القانون الأجنبي في الأمور المدنية والتجارية

الاستنتاجات والتوصيات

من ١٥ إلى ١٧ شباط / فبراير ٢٠١٢ ، في مؤتمر نظمته المفوضية الأوروبية بالاشتراك مع مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص،، توصل المؤتمر المشترك بالإجماع إلى النتائج التالية وقدم التوصيات التالية:

- ١- الحاجة المتزايدة في الممارسة العملية لتسهيل الوصول إلى القانون الأجنبي في العديد من مجالات القانون مثل قانون الأسرة والقانون التجاري، نتيجة العولمة وحركة الأشخاص والسلع والخدمات والاستثمارات.
- ٢- ضرورة تطوير آليات تعاونية ومزاياها على المستوى العالمي في تسهيل الوصول إلى القانون الأجنبي.
- ٣- الوصول إلى القانون الأجنبي هو عنصر هام للوصول إلى العدالة ويعزز سيادة القانون وهو أساسي للإدارة السليمة للعدالة.
- ٤- أن أي أداة عالمية في هذا المجال يجب أن تركز على تسهيل الوصول إلى القانون الأجنبي لا يحاول مواءمة وضع القانون الأجنبي في الإجراءات الوطنية.
- ٥- لا ينبغي أن تكون أي أداة مستقبلية في هذا المجال حصرية بطبيعتها، بل يجب أن تكون مكاملة للآليات الحالية والمستقبلية التي تسهل أيضاً الوصول إلى القانون الأجنبي ومعالجته وتطبيقه.
- ٦- يجب أن تفكر أي أداة مستقبلية في مجموعة من الآليات لتلبية احتياجات مختلف الجهات الفاعلة ذات الوسائل والموارد المختلفة الذين يسعون للوصول إلى القانون الأجنبي بما في ذلك القضاة والممارسون القانونيون وكتاب العدل والمسؤولون الحكوميون وعامة الناس، في مجموعة متنوعة من الظروف، ويجب أن تكون عاملة في مختلف النظم والتقاليد القانونية، وأن تعالج حواجز اللغة، فقد تشمل الظروف التقاضي عبر الحدود والمسائل غير الأسرية مثل المفاوضات التعاقدية والتخطيط العقاري والترتيبات العائلية.

٧- يعترف المؤتمر بالفرصة التي تتيحها التطورات في تكنولوجيا المعلومات بهدف توفير وصول فعال وسريع للقانون الأجنبي.

٨- المؤتمر -إذ يضع في اعتباره- المبادئ التوجيهية التي يتعين مراعاتها عند وضع أداة مستقبلية التي اقترحها فريق الخبراء الذي عقد في مؤتمر لاهاي بشأن القانون الدولي الخاص في تشرين الأول ٢٠٠٨، يؤكد المؤتمر أنه ينبغي للدول أن تتيح تشريعات للمستخدمين دون تكلفة والسوابق القضائية ذات الصلة عبر الإنترنت.

٩- الحاجة إلى آليات إضافية للحصول على معلومات قانونية أجنبية مختصة، على سبيل المثال، تطبيق المعلومات على حقائق محددة والتي قد تتطلب تفسير القانون ذي الصلة من قبل القضاة أو المسؤولين الحكوميين أو خبراء القانون الأجانب أو معاهد الخبراء.

١٠- يلاحظ المؤتمر المبادرات بين المحاكم في الدول المختلفة لتسهيل طلب وتلقي الآراء أو القرارات بشأن القانون الأجنبي في حالات معينة، ويشجع على النشر الواسع للمصطلحات وإجراءات التنفيذ والتجربة الفعلية مع مثل هذه المبادرات.

١١- في سياق الحكم الذي يشمل قانوناً أجنبياً، يُطلب رأي أو قرار بشأن تطبيق هذا القانون من محكمة أجنبية، يجب أن تضمن هذه الإجراءات حقوق الأطراف.

١٢- يشير المؤتمر إلى المبادرات في دول ومناطق مختلفة لإنشاء وتعزيز شبكات للمهنيين القانونيين بما في ذلك القضاة، والتي تسهل التعاون وتعزز الوصول إلى القانون الأجنبي.

١٣- يسلط المؤتمر الضوء على قيمة إنشاء أو تحسين آليات تحديد الخبراء المؤهلين أو المعاهد المتخصصة للمساعدة في الوصول إلى محتوى القانون الأجنبي وتفسيره.

١٤- يقر المؤتمر بأن المعلومات القانونية الأجنبية المصممة على سبيل المثال، تطبيق المعلومات على حقائق محددة والتي قد تتطلب تفسير القانون ذي الصلة من قبل القضاة والمسؤولين الحكوميين، خبراء القانون الأجانب أو معاهد الخبراء لا يلزم بالضرورة توفيرها دون تكلفة المستخدمين، وقد يؤدي توفير هذه الخدمات بتكلفة إلى توفير خدمات أفضل.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

١- الكتب العامة

- ١- إرجعية الزاوي، سالم. (٢٠٠٦). الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي. ط٣: الإسكندرية: منشأة المعارف. العدد الكلي ٥٠٣ ص.
- ٢- بديع منصور، سامي. (١٩٩٤). الوسيط في القانون الدولي الخاص. ط١: بيروت: دار العلوم العربية. العدد الكلي ص ٨٤٩
- ٣- البستاني، سعيد يوسف. (٢٠٠٩). الجامع في القانون الدولي الخاص. ط١: بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. العدد الكلي ٨١٦
- ٤- بلقاسم، أعراب. (٢٠٠٢). القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين. الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع. العدد الكلي ١٨٤ ص.
- ٥- الحمد، عوض الله شبيبة. (٢٠٠١). أحكام تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الإماراتي. ط١: دبي: الإمارات. أكاديمية شرطة دبي. العدد الكلي ص ٥٤١.
- ٦- خالد، هشام. (٢٠٠٦). محاضرات في القانون الدولي الخاص (موجز النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، موجز تنازع القوانين). القاهرة: مصر. العدد الكلي ص ٥١٤:
- ٧- ديب، فؤاد. (٢٠١٠). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. منشورات جامعة دمشق. العدد الكلي ص ٣٨٨:
- ٨- زروتي، الطيب. (٢٠٠٨). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. ج: ١. الجزائر: مطبعة الفسيلة. العدد الكلي ١٥٧ ص.
- ٩- زمزم، عبد المنعم. (٢٠١٥). الوسيط في القانون الدولي الخاص. مصر. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. دار النهضة العربية. العدد الكلي ص ٢١٥:
- ١٠- سلامة، أحمد عبد الكريم. (١٩٧٠). الأصول في التنازع الدولي للقوانين. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. العدد الكلي ١٢٨٩ ص.
- ١١- السنهوري، عبد الرزاق. (١٩٦٨). الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات - آثار الالتزام. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. العدد الكلي ٢٤٧
- ١٢- السيد الحداد، حفيظة. (٢٠٠٤). الموجز في القانون الدولي الخاص. ج: ١. ط١: بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية. العدد الكلي ص ٤٤٦:

- ١٣- عبد الرحمن، جابر جاد. (١٩٦٩). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. العدد الكلي ٦٧٠
- ١٤- عبد الكريم حافظ عرموش، ممدوح. (١٩٩٨). القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول في تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية. ط: ١. الأردن. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. العدد الكلي ص ٤٠٠:
- ١٥- عبد الكريم، ممدوح. (٢٠٠٥). القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية). عمان. دار الثقافة للنشر والتوزيع. العدد الكلي ٤٤٦ ص.
- ١٦- عبد الله، عز الدين. (١٩٨٦). القانون الدولي الخاص. ج: ٢ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين. ط: ٩. الهيئة المصرية العامة للكتاب. العدد الكلي ص ٨٥٦:
- ١٧- العبد الله، عمر. (٢٠١٧). المدخل إلى علم القانون، كلية العلوم السياسية. منشورات جامعة دمشق. العدد الكلي
- ١٨- عبد المنعم رياض، فؤاد، وراشد، سامية. (١٩٧٩). الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي النظرية العامة وأحكام القانون الوضعي المصري، القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. العدد الكلي ص ٤٧٨:
- ١٩- عبد المنعم شوقي، بدر الدين. (١٩٩١). الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، ج: ٢ تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي. العدد الكلي ص ٥٣٥:
- ٢٠- عثمان محمد عثمان، ناصر. (٢٠١٩). خصوصية قواعد الإثبات في المنازعات الدولية الخاصة، مصر. كلية الحقوق جامعة أسيوط. العدد الكلي ١٥٢
- ٢١- عرفة، محمد السيد (١٩٩٣). المرافعات المدنية والتجارية الدولية. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية. العدد الكلي ٤٣١
- ٢٢- علي الداودي، غالب. (٢٠١٣). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة. الدار الثقافية. العدد الكلي ٢٥٦ ص.
- ٢٣- علي سليمان، علي. (٢٠٠٥). مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزائر. ديوان المطبوعات الجامعية. العدد الكلي ٣١٥ ص.
- ٢٤- علي صادق، هشام. (٢٠٠٧). تنازع القوانين. الإسكندرية: مصر. دار المطبوعات الجامعية. العدد الكلي ص ٤٩٢:

- ٢٥- عيد، أدوار. (١٩٦٩). الإنيابات والإعلانات القضائية وفقاً لقواعد القانون الخاص الدولي واتفاقية الدول العربية لعام ١٩٥٣. معهد البحوث والدراسات العربية. العدد الكلي ص ٧٦:
- ٢٦- فرج الصدة، عبد المنعم. (١٩٧٨). أصول القانون. بيروت: لبنان. دار النهضة العربية. العدد الكلي ص:
- ٢٧- فهمي، محمد كمال. (١٩٩٢). القانون الدولي الخاص. ط: ٢. الإسكندرية: مصر. مؤسسة الثقافة الجامعية. العدد الكلي ص ٧٢٤:
- ٢٨- قربوع كمال، عليوش. (٢٠٠٦). القانون الدولي الخاص الجزائري، ج: ١ تنازع القوانين. الجزائر. دار هومه. العدد الكلي ص ٤٢٩:
- ٢٩- الكردي، جمال محمود. (٢٠٠٥). تنازع القوانين. الإسكندرية: منشأة المعارف. العدد الكلي ص ٣٦٣:
- ٣٠- الكردي، جمال محمود. (٢٠٠٧). فنون تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي. القاهرة: مصر. بدون دار طبع. العدد الكلي
- ٣١- المبروك اللافي، محمد. (٢٠٠٠). تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة. بنغازي: ليبيا. دار الكتب الوطنية. العدد الكلي ص ٣١١:
- ٣٢- محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠٠٧). تنازع القوانين - دراسة مقارنة. الإسكندرية: مصر. دار الجامعة الجديدة. العدد الكلي ص ٨١٦:
- ٣٣- محمد عبد العال، عكاشة. (٢٠١٠). الإجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية. الإسكندرية: مصر. دار المطبوعات الجامعية. العدد الكلي ص ٤٤٠. :
- ٣٤- محمد، محمد نصر. (٢٠١٤). أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة. ط: ١. الرياض: السعودية. مكتبة القانون والاقتصاد. العدد الكلي ٢٦٣ ص.
- ٣٥- المصاروة، يوسف محمد. (٢٠٠٢). تسبيب الأحكام وفقاً لقانون أصول المحاكمات المدنية - دراسة تحليلية. عمان. الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع. العدد الكلي ١١٥
- ٣٦- المصري، محمد وليد. (٢٠١٦). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. ط: ٣. عمان: الأردن. دار الثقافة للنشر والتوزيع. العدد الكلي ص ٤٠٠:
- ٣٧- نشأت، أحمد. (١٩٧٢). رسالة الإثبات الجزء الأول أركان الإثبات عبء الإثبات طرق الإثبات الكتابية شهادة الشهود. ط: ٧. القاهرة: مصر. مطبعة دار الفكر العربي. العدد الكلي ٧٨٢
- ٣٨- نصر محمد، محمد. (٢٠١٤). أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة. الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد. العدد الكلي ص ٢٦٣:

٣٩- الهداوي، حسن. (١٩٩٧). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة عمان: الأردن. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. العدد الكلي ٣٤٤ ص.

٢- الكتب المتخصصة

- ١- خالد، هشام. (٢٠٠٠). إثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص. الإسكندرية: مصر. دار الفكر الجامعية. العدد الكلي ٩٥ ص.
- ٢- فضيل، نادية. (٢٠٠٤). تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع. العدد الكلي ١٤٧ ص.
- ٣- قيس الحجية، بشار. (٢٠٢٠). إثبات القانون الأجنبي ووضعه أمام قضاء الموضوع -دراسة مقارنة-. ط: ١. مصر. دار الجامعة الجديدة. العدد الكلي ٣٠٦ ص.
- ٤- الوكيل، شمي الدين. (١٩٦٤). دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره. ط: ١. الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف. العدد الكلي ٧٥ ص.
- ٣- رسائل الماجستير
 - ١- أبو ظهير، سالم. (٢٠١٧). رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة المنصورة. مصر. العدد الكلي ١٨٥ ص.
 - ٢- صوراني، أمل. (٢٠١٣). تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة حلب. العدد الكلي ١٠٨ ص.
 - ٣- ضياء نوري الموسوي، حسنين. (٢٠٠٣). تفسير القانون الأجنبي: دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بابل. العراق. العدد الكلي ٢٣٥ ص.
 - ٤- ضيوف، عادل. (٢٠٠٥). القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني. مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الكلي ١١٦
 - ٥- عبد الحسن شان كريم الفرطوسي، ختام. (٢٠٠٣). إثبات القانون الأجنبي، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية القانون. جامعة بابل. العراق. العدد الكلي ٧١ ص.
 - ٦- عبد الله، مفتاح محمد اليعقوبي. (٢٠١٦). دور القاضي في البحث عن مضمون القانون الأجنبي وفق القانون المصري والليبي. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة المنصورة. العدد الكلي ٩٤ ص.
 - ٧- عكوش، سيهام. (٢٠٠٩). القانون الأجنبي إثباتاً وتفسيراً، دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة أحمد بوقرة بومرداس. الجزائر. العدد الكلي ١٤٥ ص.

- ٨- غيو، أسامة. (٢٠٠٩). إثبات القانون الأجنبي أمام قضاء الموضوع، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء. الجزائر. العدد الكلي ص ١١٦.
- ٩- قرنة، إبراهيم. (٢٠١٦). مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة العربي بن مهيدي. العدد الكلي ٩٦ ص.
- ١٠- ميادة، عبد الغني جلال. (٢٠١٥). دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي -دراسة مقارنة-. رسالة ماجستير. الجامعة الأردنية. الأردن، العدد الكلي ص ١٠٠:

٤- رسائل الدكتوراه

- ١- بنسالم، اويجا. (٢٠١٤). سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية. أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، الرباط. العدد الكلي ٦٢٤ ص.
- ٢- صادق، هشام علي (١٩٦٨). مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. منشأة المعارف، الإسكندرية: مصر، العدد الكلي ٥٨٥ ص.
- ٣- قتال، حمزة. (٢٠١٠). دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن. أطروحة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة الجزائر. العدد الكلي ٣٠٦ ص.

٥- المقالات والمجلات

- ١- إبراهيم، الصرايرة وآخرون. (٢٠١٩). الرقابة على تفسير وتطبيق القانون الأجنبي وفقاً للقانون الأردني. مج: ٦. عدد: ١. ص-ص: ٦٣-٧٧. مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية.
- ٢- الضمور، عبدالله. (٢٠١٩). المركز الإجرائي للقانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص على ضوء مبدأ التصرف بالدعوى وملكيته -دراسة مقارنة- مج: ٤٦. عدد: ٢. ص-ص: ٥٧١-٦٠٣. مجلة علوم الشريعة والقانون.

- ٣- عبد الحافظ، محمود علي. (٢٠١٩). مدى تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي السعودي - دراسة مقارنة بالقانون المصري. مج: ١٢. عدد: ٥. ص-ص: ٤١٨٢-٤٢٣٣. جامعة القصيم. مجلة العلوم الشرعية.

- ٤- عبدالله، وسام توفيق. (٢٠١٣). مبادئ القانون الدولي الخاص. مج: ١٦. عدد: ٥٧. ص-ص. مجلة الرافدين للحقوق. ص-ص: ٣٣-٧١.

- ٥- فلحوط، وفاء. (٢٠٢٢). القوة الملزمة لقواعد الإسناد وطبيعة القانون الأجنبي المسند إليه في إطار المنهج التنازعي في العلاقات الدولية الخاصة. مج: ٢. عدد: ١. ص-ص: ٢٢٦-٢٥٤. مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية.

٦- محمد، أشرف وفاء. (٢٠١٧). تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني (دراسة مقارنة). عدد: ٧٠. جامعة السلطان قابوس. ص-ص: ١٣٧-١٧٧. مجلة الشريعة والقانون.

٧- المصري، محمد وليد. (٢٠٠٨). مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني - نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية. عدد: ٣٥. ص-ص: ٢٣١-٢٥٩. مجلة الشريعة والقانون.

٨- هارون، باسم محمد فتحي. (٢٠١٥). إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني - دراسة فقهية قضائية مقارنة وفقاً للأحكام المنظمة للإثبات - الجزء الأول: عبء إثبات القانون الأجنبي. عدد: ٣١، ص-ص: ٧٩-٩١. مجلة الفقه والقانون.

٩- جليل المذهان، نايف. دور القاضي الإماراتي في تطبيق القانون الأجنبي في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة قانونية وقضائية. كلية القانون والاقتصاد، جامعة الجزيرة، الرابط:

www.jfslt.journals.ekb.com

١٠- حسام ، أحمد شعبان. معاملة القانون الأجنبي أمام القاضي البحريني" دراسة مقارنة في ضوء التوجهات الفقهية والقضائية المعاصرة في القانون الدولي الخاص. جامعة المملكة، البحرين،

٦- الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي، اعتمدها مجلس وزراء العرب في دورته الأولى بالقرار رقم (١) بتاريخ ١٩٨٣/٤/٦ ودخلت حيز النفاذ بتاريخ ١٩٨٥/١٠/٣٠، والتي صدقت عليها سوريا بتاريخ ١٩٨٥/٩/٣٠.

٧- النصوص القانونية العربية

٢- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لعام ١٩٤٩ والنافذ بتاريخ ١٩٤٩/٥/١٨.

٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨.

٤- قانون مجلس الدولة السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩.

٥- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي الصادرة بالقانون رقم (٩٧) لعام ١٩٩٨.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

١ - المراجع باللغة الإنجليزية

Books

1-Wolff, Martin. (1950) . **private international law**, second edition, Oxford.P688.

Articles

- 1- Fritz , Schwind. (1982). **Aspects et sens du droit international privé cours général de droit international privé**, RCADI, V 187. P389.
- 2- Hausman, Rainer. (2008). **Pleading and Proof of Foreign Law- a Comparative Analysis**, the European Legal Forum, Issue 1.
- 3- JAREBORG, Jantea. (2004). **Foreign Law In National Courts A Comparative Perspective**, RCADI, T304. P385.
- 4- KRUGER, Thalia. (2016). **The Quest For Legal Certainly In International Civil Cases**, RCADI, T380. P435.
- 5- Nishitani, Yuko. (2017). **Treatment of Foreign Law –Dynamics towards Convergence?.**, Springer, Jul4, pp260-271.
- 6- PETER, Hey. (1991). **Flexibility Versus Predictability And Uniformity In Choice Of Law Reflection On Current European And United States Conflicts Law**, RCADI, V226.
- 7- SYMEONIDES, Symeon. (2010). **Choice of law in American Courts in 2009: Twenty Third Annual survey**. 58, J COPM. L.277(Spring). P67.
- 8- WILSON, Matthew.(2017). **Demystifying the Determination of Foreign Law U.S Courts: Opening the door to a Great Global Understanding.** University of Akron School of Law.P40.

Les livres

- 1- Batiffol, H. (2002). Aspects philosophiques du droit international privé, DALLOZ, PARIS. P354.
- 2- Batiffol, Henri, et Lagarde, Paul. (1981). Droit international privé tome I, L.G.D.J, Paris, septième édition p455..
- 3-Gutman, Daniel. (2000). Droit international privé. DALLOZ, Paris, 5^{ème} édition. P279.
- 4-Maury, Jacques. (1936). règles général de conflits de lois, recueil des cours de l'académie de droit international, T 3. P246.
- 5-Yassen, Mostafa. Kamal. (1962). Problèmes relatif al application du droit étranger, Recueil des cours de L'Académie de droit international, Tome2.p164.
- 6-Niboyet, Jean Paulin. (1944). traite de droit international privé, tome 3, Paris, p433.
- 7-Mayer (Pierre). (1998). Droit International Privé, 6 édition, Paris. P952
- 8-DAVID, Cyrille. (1965). La loi étranger devant le juge du front librairie, Dalloz. P337.
- 9-Chevallier Jacques. (1962). Remarque sur l'utilisation par le juge de ses informations, personnelles, Rev. Trim Dr. Civ.. p764.
- 10-WEISS, ANDRE. (1925). Manuel de droit international privé, 9ème édition, Paris. P737.

Des articles

- 1-Daniel, Miguel. (1997). Conflits de lois, La loi étrangère devant les tribunaux Français, Etablissement du contenu de la loi étrangère, JUSISS CLASSEUR, PARIS, Fase. 539-20, Art.3, Fase. 62, pp1-19.

2-Giuliano, Mario. (1962). Le traitement du droit étranger dans le procrée civil dans les systèmes juridique continentaux, Revue international de droit comparé, pp5-32.

النصوص القانونية الأجنبية

- 1- Code civil Français 2016
- 2- Code de procédure civil Français 2018

المواقع الإلكترونية

- 1- www.moj.gov.jo
- 2- www.m.youm7.com
- 3- www.legibliban.ul.edu.lb
- 4- www.coure-de-droit.net
- 5- www.zawaya.com
- 6- [www. Supreme.justia.com](http://www.Supreme.justia.com)
- 7- www.legifrance.gouv.fr
- 8- www.qistas.com

موقع وزارة العدل الأردنية :

موقع المعلوماتية القانونية- الجامعة اللبنانية:

Abstract

The application of foreign laws of countries has become a necessity required by the needs of the era. In light of the scientific and technological revolution, international interdependence, investments and cross-border trade relations, the issue of proving and interpreting these laws arises when disputes arise regarding them. Legislators of countries have competed to enact legal rules governing private international disputes that include a foreign element, which they called the rules of attribution or the rules of conflict. These rules refer to the application of national law as they refer to the application of foreign law of a country, according to the dual nature of these rules. Determining the status of foreign law before the national judge requires determining its treatment as a law or as a fact, with the consequences that result from that determination. The first chapter of this thesis addressed the issue of proving foreign law, while the second chapter addressed the issue of interpreting this law.

.
Keywords: Conflict of laws - foreign law - national judge - proof - interpretation



Syrian Arab Republic

Damascus University

Faculty Of Law

Department of International Law

The Proof Of Foreign Law And Its Interpretation Analytical Comparative Study

A Dissertation Submitted In Partial Fulfillment Of The
Requirements For The Degree Of Master In International Law

**By
Ali Wajeh Hasan**

**Supervisor
Dr. Sajer Al Khabour**

2024