

July 2008

## The relationship between the obligation concept and conflict of laws rule and its application in the foreign law before the judge “Unified Arabic Legislations approach for private international law”

Mohammed Walied El-Masry

Assistant Professor of International Law Special College of Law - University of Bahrain,  
malmasri@uob.edu.bh

Follow this and additional works at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law)



Part of the [Comparative and Foreign Law Commons](#)

---

### Recommended Citation

El-Masry, Mohammed Walied (2008) "The relationship between the obligation concept and conflict of laws rule and its application in the foreign law before the judge “Unified Arabic Legislations approach for private international law”," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2008 : No. 35 , Article 4.

Available at: [https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia\\_and\\_law/vol2008/iss35/4](https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2008/iss35/4)

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact [sljournal@uaeu.ac.ae](mailto:sljournal@uaeu.ac.ae).

---

**The relationship between the obligation concept and conflict of laws rule and its application in the foreign law before the judge “Unified Arabic Legislations approach for private international law”**

**Cover Page Footnote**

Dr. Mohammed Walied Hashim El-Masry Assistant Professor of International Law Special College of Law - University of Bahrain [malmasri@uob.edu.bh](mailto:malmasri@uob.edu.bh)



مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

الأجنبي الواجب التطبيق بذريعة عدم إلزامية قاعدة الإسناد أو عدم التوصل إلى إثبات مضمون القانون الأجنبي.

من هنا، تهدف هذه الدراسة إلى إبراز ضرورة توحيد مواقف التشريعات العربية بشأن إيجاد توجه جاد وحقيقي نحو تطبيق القانون الأجنبي والاعتراف بإلزامية قاعدة الإسناد الذي تشير إلى تطبيقه.

مقدمة:

الجزء الأول: دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد.

المبحث الأول: الاتجاهات المتعلقة بإعمال قاعدة الإسناد.

المطلب الأول (الاتجاه الأول): التطبيق الإلزامي لقاعدة الإسناد.

المطلب الثاني (الاتجاه الثاني): الصفة الاختيارية لقاعدة الإسناد.

المطلب الثالث (الاتجاه الثالث): تمتع قاعدة الإسناد بالصفة الاختيارية أو الإلزامية

وفقاً لنوع حقوق الخصوم.

المبحث الثاني: صفة قاعدة الإسناد في التشريعات العربية.

المطلب الأول: عرض مواقف التشريعات العربية.

المطلب الثاني: تقديرنا.

الجزء الثاني: إعمال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.

المبحث الأول: أساس تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول: الاتجاهات المتعلقة بصفة تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية.

د. محمد وليد هاشم المصري

أولاً: عرض الموقف.

ثانياً: تقديرنا.

المبحث الثاني: استحالة إثبات القانون الأجنبي.

المطلب الأول: الحلول المقترحة.

أولاً (الحل الأول): رد الطلب.

ثانياً (الحل الثاني): تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون

الذي تعذر إثباته.

ثالثاً (الحل الثالث): تطبيق قانون القاضي.

المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية.

خاتمة.

مُتَكَلِّمًا:

في نطاق المنازعات الداخلية لا تعترض القاضي الوطني أية مشكلة تتعلق باختيار القانون المختص لأنه يطبق قانونه الوطني. وهذا أمر بديهي يقتضيه غياب العنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة، وبالتالي غياب أي تنازع للقوانين أصلاً بمفهومه المعروف في القانون الدولي الخاص.

بينما على العكس من ذلك، تظهر هذه المشكلة في المنازعات الخاصة الدولية حيث تتنازع عدة قوانين لحكم العلاقة. فلو دفع أحد الخصوم باختصاص قانون أجنبي، في حين تمسك الآخر بتطبيق القانون الوطني توجب على القاضي اللجوء إلى قاعدة التنازع لمعرفة أي القانونين سيحكم موضوع النزاع. ولكن إذا لم يتمسك أي من المتقاضين

مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

بقانون أجنبي ما، أو إذا لم يظهر العنصر الأجنبي في العلاقة المطروحة، إما بسبب عدم إعلانه من قبل الأطراف في لائحة الدعوى مثلا، وإما لسبب آخر ما، فهل يلزم القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه؟

سيؤدي اللجوء إلى قاعدة الإسناد إلى أحد أمرين:

- إما أن تشير هذه القاعدة لاختصاص القانون الوطني، الذي يطبقه القاضي دون منازع، لأن ذلك يدخل في صميم وظيفته القضائية.
- وإما أن تشير قاعدة الإسناد لاختصاص قانون أجنبي، مما يطرح التساؤل التالي: هل يتوجب على القاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه أم لا بد لذلك من أن يدفع الخصوم به ويتمسكوا بتطبيقه؟.

تتمتع الإجابة على هذا التساؤل بأهمية بالغة لأنها تحدد مستقبل ومدى فعالية آلية تنازع القوانين برمتها باعتبارها التقنية الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص، إذ أنه من المؤكد

بأن هذه التقنية ستصبح عديمة الجدوى إذا كان تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد يرتبط بمحض إرادة القاضي أو بإرادة الأطراف.

وإذا كانت المدرسة الإيطالية القديمة قد انتقدت لعدم تكريسها لمساواة حقيقية بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، فإن تشريعات عديدة ما زالت حتى يومنا هذا ترفض إلزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي، وبالتالي يتوجب أن يوجه إليها الانتقاد ذاته.

كما أن الاجتهاد القضائي في العديد من الدول العربية ما زال مترددا في الصفة التي يمنحها للقانون الأجنبي ومدى إلزامية تطبيقه أمام القاضي الوطني.

د.محمد وليد هاشم المصري

وعلى الرغم من تعرض الفقه لهذه المسألة، إلا أنها لا تزال بحاجة إلى مزيد من الدراسة والبحث ولاسيما فيما يخص التشريعات العربية للقانون الدولي الخاص.

في هذا السياق يمكن إجمال مواقف التشريعات العربية بثلاثة اتجاهات رئيسية: اتجاه منح للقاضي الحرية في تطبيق القانون الأجنبي، بينما ذهب اتجاه آخر إلى إلزامه بتطبيقه، في حين ما زالت تشريعات عربية أخرى (وهي تمثل الاتجاه الثالث) مترددة في حسم المناقش حول هذا الموضوع الهام، لذا كان من الضروري أن نتناول مسألة إعمال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني من جديد مع التركيز على موقف التشريعات العربية وإعطاء البحث في هذه المسألة منحا مختلفاً يهدف إلى سبر مواقف هذه التشريعات تمهيدا لوضع اتفاقية موحدة بين الدول العربية في هذا المجال.

من جهة أخرى، لابد أن يترافق البحث في مدى إلزامية تطبيق القانون الأجنبي بدراسة لمدى إلزامية قاعدة الإسناد ذاتها، لأن القول بلزوم تطبيق القانون الأجنبي سيبقى دون جدوى إذا احتفظت قاعدة الإسناد الوطنية بالصفة الاختيارية.

لذا سنبحث تباعاً:

في دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد (الجزء الأول).

ثم في إعمال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني (الجزء الثاني).

## الجزء الأول

### دور القاضي في إعمال قاعدة الإسناد

هل يتوجب على القاضي تطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه، أم أن ذلك يخضع لسلطته التقديرية؟ بعبارة أخرى، هل تعتبر قاعدة الإسناد من النظام العام أم لا؟ أهمية التساؤل تظهر بصورة خاصة عندما يُعرض الخصوم عن التمسك بقاعدة التنازع لعدم علمهم بها أو لعدم رغبتهم بتطبيقها أو لإهمالهم لها، لأي سبب آخر.

مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

تتنازع هذه المسألة عدة اتجاهات، لابد من عرضها (المبحث الأول) قبل التعرف إلى موقف التشريعات العربية (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### الاتجاهات المتعلقة بإعمال قاعدة الإسناد

#### المطلب الأول

#### الاتجاه الأول: التطبيق الإلزامي لقاعدة الإسناد

#### Caractère obligatoire de la règle de conflit

طبق القضاء الألماني هذا الاتجاه منذ بداية القرن العشرين متأثراً بالموقف الفقهي<sup>(١)</sup> الذي يعتبر أن الطبيعة الوطنية لقاعدة الإسناد هي التي تضيء صفة الإلزام على تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه، فعندما سنّ المشرع الوطني قواعد الإسناد إنما أراد أن يحل مشكلة تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية عن طريق هذه القواعد. وعليه، يأتي عنصر الإلزام لقاعدة الإسناد من صفتها الوطنية، مما يستتبع وجوب قيام القاضي بتطبيقها من تلقاء نفسه ودون حاجة لتمسك أطراف الدعوى بها.

وقد تبنت هذا الموقف العديد من التشريعات كالقانون الإسباني (تاريخ ١٣ أيار ١٩٧٤) والقانون التركي (عام ١٩٨٢) وقانون أصول المحاكمات المدنية اليوناني (عام ١٩٧١) وقانون أصول المحاكمات المدنية المغربي (عام ١٩٧٤) والقانون الإيطالي (عام ١٩٩٥)<sup>(٢)</sup>.

(١) د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٥٣. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٨، ص ٢٢٠.

نعوم السيوفي، تنازع القوانين، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨٣، ص ٢٤٦. باتيفول ولاغارد، القانون الدولي الخاص، ط ٢ باريس، مكتبة L.G.D.I ص ٥٣٣، بيير مايبير، القانون الدولي الخاص، ط ٦، مونتشريشن ١٩٩٨، ص ٩٩. انظر أيضا بيير مايبير وفانسون هيزي، قانون دولي خاص، طبعة ٨ مونتشر يشن ٢٠٠٤ ص ١١٦. انظر حول هذه القوانين وبشكل خاص القانون الإيطالي، المجلة الانتقادية، ١٩٩٦، ص ١٧٤.



## المطلب الثاني

### الاتجاه الثاني: الصفة الاختيارية لقاعدة الإسناد

#### Caractère facultatif de la règle de conflit

وهو الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي في الحكم المعروف بإسم BISBAL الصادر بتاريخ ١٢ أيار ١٩٥٩<sup>(٣)</sup>. في هذه القضية، قرر القاضي الفرنسي طلاق أسبانيين مقيمين في فرنسا بعد أن طبق القانون الفرنسي كما لو كان النزاع وطنياً بحت، ودون أن العودة إلى قاعدة الإسناد التي تشير إلى اختصاص القانون الشخصي للزوجين (الإسباني) الذي كان يحظر الطلاق بينهما.

أيدت محكمة النقض هذا الحكم معتبرة أن قواعد الإسناد الفرنسية ليست من النظام العام عندما تقضي بتطبيق قانون أجنبي، وأن على الأطراف التمسك بتطبيقها، ولا يلزم قاضي الموضوع بإثارتها من تلقاء نفسه، إذ يجوز له العمل بها دون أن يكون مجبراً على ذلك<sup>(٤)</sup>.

تعرض هذا الموقف لانتقادات فقهية شديدة نجلها باثنين أساسين:

أولاً: أن الموقف الذي تبناه حكم BISBAL يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، إذ ليس من المستحسن أن يترك لمحض إرادة القاضي أمر أعمال قاعدة الإسناد، يطبقها تارة ويعرض عنها تارة أخرى، لأن ذلك سيؤدي إلى ربط النتيجة النهائية للنزاع بأهواء القاضي ورغباته الخاصة.

(٣) المجلة الانتقادية ١٩٦٠ ص ٦٢، دالوز، ١٩٦٠، ص ٦١٠، انظر أيضاً: نقض مدني فرنسي ١٥/ كانون الثاني / ١٩٦٧ المجلة الانتقادية ١٩٦٨، ص ٧٤، والحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٣/٣/٩، مجلة الأسبوع الحقوقي J. C. P، ١٩٨٤، ٢٠٢٩٥.

(٤) طبق القضاء الفرنسي هذا الحل في دعاوى لاحقة أيضاً. أنظر على سبيل المثال: نقض فرنس ١١/تموز/١٩٦١ المجلة الانتقادية ١٩٦٢، ص ١٢١، وحكم ٢/ آذار / ١٩٦٠، المجلة الانتقادية ١٩٦٠، ص ٩٧، وحكم ٦/ كانون الأول / ١٩٧٧، المجلة الانتقادية ١٩٧٩، ص ٨٨.

## مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

فلو عرضت على سبيل المثال قضية طلاق أمام قاضي مناهض له، فإنه سيطبق على الأغلب قاعدة الإسناد لأنها تشير إلى اختصاص قانون أجنبي يحظر الطلاق، في حين أن قاضي آخر من أنصار الطلاق سيمتنع عمداً عن استشارة قاعدة الإسناد ليطبق القانون الفرنسي مباشرة كونه يبيح الطلاق.

ثانياً: إن تعليق تطبيق قاعدة الإسناد على تمسك أطراف الدعوى بها سيسهل لهم اللجوء للغش نحو القانون المختص، فهم إن شاؤوا تطبيق القانون الأجنبي دفعوا بقاعدة الإسناد وتمسكوا بها، أما إذا أرادوا عدم تطبيقه امتنعوا عن إثارتها<sup>(٥)</sup>.

من جهته، رفض القضاء الأنكلوسكسوني منح الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد<sup>(٦)</sup> مستندا إلى عدم وجود ضرورة أصلاً لتطبيق هذه القاعدة بسبب افتراضه التشابه التام بين القانون الأجنبي والقانون الوطني. فالمبدأ وفق هذا القضاء يقضي بتطبيق القانون الوطني مباشرة على النزاع طالما أن القانونين (الوطني والأجنبي) متشابهين، ويعود للخصوم فقط (باعتبارهم أصحاب المصلحة) التمسك بقاعدة الإسناد، إذا أثبتوا اختلاف مضمون القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني.

## المطلب الثالث

## الاتجاه الثالث: تمتع قاعدة الإسناد بالصفة الاختيارية أو الإلزامية وفقاً لنوع حقوق الخصوم

يمثل هذا الاتجاه موقف القضاء الفرنسي المعاصر وتجلي بطريقتين مختلفتين: تقضي الأولى بالصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد في بعض الحالات، بينما تكرر الأخرى صفتها الاختيارية في حالات أخرى<sup>(٧)</sup> وذلك على الشكل الآتي:

- (٥) انظر بيير مايبير، مرجع سابق، ص ١٠٠ فقرة ١٤٤.
- (٦) أنظر حول القانون الإنكليزي، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مرجع سابق، ص ٢٣٤ وحاشية رقم ١ و ٢. أيضاً: باتيفول ولاغارد، مرجع سابق، ص ٥٣٤ حاشية رقم ١١.
- (٧) انظر حكمي محكمة النقض الفرنسية تاريخ ١٩٩٩/٥/٢٦ اللذان كرسا حلين مختلفين على الرغم من صدورها بنفس اليوم، المجلة الانتقادية ١٩٩٩، ص ٧٠٧. حول التفاصيل انظر بحث Fauvarque-cosson "القانون الفرنسي والقانون الأجنبي"، دالوز ٢٤/٢/٢٠٠٠ عدد رقم ٨ ص ١٢٥.

د. محمد وليد هاشم المصري

(١) تتمتع قاعدة الإسناد بالصفة الإلزامية إذا تعلق الدعوى بحقوق لا يمكن للخصوم التصرف بها Indispensibles. في هذه الحالات، بما أن القضية تتعلق بالنظام العام فإنه يتوجب على قضاة الموضوع أن يطبقوا من تلقاء أنفسهم قاعدة الإسناد (كالمسائل المتعلقة بالزواج والنفقة والتركات مثلاً)<sup>(٨)</sup>. وهذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٥/٢٦.

وكان قد سبق لهذه المحكمة أن قررت الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد ليس فقط إذا كان الحق المدعى به غير قابل للتصرف من قبل الخصوم، وإنما أيضاً إذا كانت قاعدة الإسناد مكرسة في اتفاقية دولية<sup>(٩)</sup>. تخلى هذا الحكم الأخير إن عن هذا الاستثناء الثاني، واقتصر على منح الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد على الحالة التي يتعلق فيها النزاع بحقوق لا يجوز للأفراد التصرف بها.

يشكل هذا الحل تغييراً جوهرياً في موقف القضاء الفرنسي الذي جاء بعد صدور حكمين لمحكمة النقض كانت قد كرست خلالهما الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد سواء أثار الخصوم تطبيقها أم لا، وسواء تعلق النزاع بحقوق يجوز لهم التصرف بها أم لا<sup>(١٠)</sup>. أي أنه بعد اعتقاد الفقهاء بتكريس الصفة الإلزامية المطلقة لقاعدة الإسناد، صدر الحكم الأخير ليقصر الصفة الإلزامية لهذه القاعدة فقط على الحقوق التي يمكن للخصوم التصرف بها.

- (٨) استخلصت هذه النتيجة من مفهوم المخالفة لحكم صدر عن محكمة النقض بتاريخ ٩ آذار ١٩٨٣ (مجلة الأسبوع الحقوقي ١٩٨٤ - ٢٠٢٩٥) والذي قضى بعدم إلزام قاضي الموضوع بتطبيق قاعدة التنازع عندما يعطي الاختصاص لقانون أجنبي في قضية ليست من النظام العام. أنظر في هذا المعنى لوسوارن وبوريل، قانون دولي خاص، ط٣، ١٩٩٣، ص ٢٤٨. انظر أيضاً لوسوارن وبوريل - قانون دولي خاص ط٨ - دالوز ٢٠٠٤ ص ٣٠١.
- (٩) حكم Coveco ١٢/٤/١٩٩٠، المجلة الانتقادية ١٩٩١، ص ٥٥٨. أنظر الانتقادات الشديدة التي تعرض لها هذا الموقف، ببير مايبير، مرجع سابق، فقرة ١٤٧، ص ١٠٢.
- (١٠) المجلة الانتقادية ١٩٨٩، ص ٣٦٨.

## مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

إلا أنه من جهة أخرى، لكي تقوم المحكمة بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسها لا بد أن يظهر العنصر الأجنبي بشكل واضح في الدعوى، إذ يجب مثلاً في المسائل المتعلقة بميراث الأموال المنقولة أن يعلم القاضي بوجود آخر موطن للمتوفى في الخارج (بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يطبق قانون آخر موطن للمتوفى على التركة المنقولة).

ويظهر العنصر الأجنبي غالباً في ملف الدعوى من خلال جنسية الخصوم أو مكان إقامتهم. وهنا، لا بد للقاضي أن يرتب النتائج على ذلك ويطبق قاعدة الإسناد. على العكس من ذلك، لا يمكن إلزام القاضي بالبحث عن العنصر الأجنبي بصورة آلية في كل مرة تعرض عليه قضية إن لم يكن هذا العنصر ظاهراً، ويعود ذلك لسبب بسيط مفاده أن غالبية الدعاوى المطروحة أمامه هي ذات طبيعة داخلية ويطبق عليها قانونه الوطني.

خلاصة القول: تعتبر قاعدة الإسناد ملزمة للقاضي إذا تعلقت الدعوى بحقوق لا

يمكن للخصوم التصرف بها ويترتب على ذلك النتائج التالية:

- (أ) عندما تشير قاعدة الإسناد إلى قانون أجنبي يتوجب على القاضي تطبيقها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك بها الأطراف صراحة.
- (ب) عدم إعمال قاعدة الإسناد يستوجب الطعن أمام محكمة النقض.
- (ج) يجوز التمسك بقاعدة الإسناد في أي دور من أدوار المحاكمة ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلق المسألة بالقانون.
- (٢) الصفة الاختيارية لقاعدة الإسناد (تعلق الدعوى بحقوق يمكن للأطراف التصرف بها *dispenibles*).

وهنا، يجوز للقاضي (ولكنه غير ملزم بذلك) تطبيق قاعدة الإسناد التي تشير إلى اختصاص قانون أجنبي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك. في هذه الحالة، لا يمكن

د. محمد وليد هاشم المصري

إعمال قاعدة الإسناد ويتوجب تطبيق القانون الوطني<sup>(١١)</sup>.

لا شك أن هذا الحل (الذي يسمح لأطراف الخصومة بتطبيق القانون الوطني فيما يخص الحقوق التي يعود لهم حق التصرف بها) يحقق عدالة مثلى، لأن القاضي يعلم بأدق تفاصيل قانونه الوطني وبصورة أفضل من أي قانون آخر. رغم ذلك، يبقى هذا الحل بتصورنا غير مقبول إذ كيف يعقل منع القاضي من تطبيق قاعدة التنازع لمجرد اتفاق أطراف الدعوى على ذلك! ثم إن اتفاق هؤلاء يأتي غالباً نتيجة جهلهم بإمكانية خضوع الدعوى لقانون أجنبي.

ألا يتوجب إذن - كما يرى الفقيه بيير مايير - إلزام القاضي بلفت انتباه الخصوم إلى اختصاص القانون الأجنبي دون ربط هذا الالتزام بالدعوى الماسة بحقوق لا يجوز لهم التصرف بها؟<sup>(١٢)</sup>.

ألا يتوجب على الأقل إعطاؤه سلطة تقديرية للقيام بذلك، على الرغم من وجود الاتفاق المخالف للأطراف؟.

من جهة أخرى، ما هو القانون الذي سيقدر طبيعة الحقوق فيما إذا كان للخصوم الحق في التصرف بها أم لا، هل هو القانون الوطني أو الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد؟

الحل الثاني سيزيد الأمور تعقيداً؛ لأن على القاضي أن يرجع للقانون الأجنبي لمعرفة إن كان يستطيع الخصوم إعفاءه من تطبيقه أم لا! وهو أمر غير مقبول.

أما الحل الأول فيعني العودة من جديد إلى قواعد الإسناد التي تقضي بتطبيق القانون الذي تشير إليه سواء أكان وطنياً أم أجنبياً!

(١١) انظر برنارد أودي. قانون دولي خاص طء - ايكونوميكا ٢٠٠٦ ص ١٥٥.

(١٢) بيير مايير، مرجع سابق، فقرة ١ - ١٤٧، ص ١٠٣.

## المبحث الثاني صفة قاعدة الإسناد في التشريعات العربية

### المطلب الأول عرض مواقف التشريعات العربية

امتنت بعض التشريعات العربية عن النص صراحة على الصفة الإلزامية أو الاختيارية لقاعدة التنازع. فقد اكتفى قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على سبيل المثال بالإشارة في المادة ٧٩ منه على أنه " في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية".

لكن هذه المادة تنظم مسألة البحث عن مضمون القانون الأجنبي وإثباته، ولا تبين بأي حال من الأحوال إذا كان القاضي ملزماً أم لا بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه في غياب تمسك الخصوم بها.

ولكن في حكم صدر لها بتاريخ ١٩٨٣ اعتبرت محكمة التمييز الأردنية أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية، ولا يعد من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجودها، وأن المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون المحلي<sup>(١٣)</sup>.

من هنا، فإن دلالة هذا الحكم واضحة على الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد كونه يؤكد إلزام القاضي بالبحث عن القانون الأجنبي الذي يحتفظ حسب رأي محكمة التمييز

(١٣) مجلة نقابة المحامين، لسنة ٣١ عدد ١٠ و ١١١٢، ص ١٥٠٥.

د. محمد وليد هاشم المصري

بصفته القانونية<sup>(١٤)</sup>، تبقى هذه النتيجة رغم ذلك ضمنية لأن الحكم يتعلق بالأصل بتطبيق القانون الأجنبي.

من جهة أخرى، رفضت تشريعات عربية أخرى صراحة منح الصفة الإلزامية لقاعدة التنازع كالتشريعات الكويتية والإماراتية اللذين جعلتا تطبيق قاعدة الإسناد مرتبطين بإرادة الخصوم<sup>(١٥)</sup>، في حين لا تزال هذه المسألة محل خلاف فقهي وقضائي في القانون المصري مع رجحان الرأي الذي ينادي بإلزامية هذه القاعدة.

من جهتها، اتخذت محكمة التمييز اللبنانية موقفاً مشابهاً لموقف القضاء الفرنسي وقررت عدم إلزام القاضي بإثارة قاعدة الإسناد إذا كان النزاع " يتعلق بحقوق يمكن للأطراف التصرف بها... " <sup>(١٦)</sup>، بينما تبنت محكمة النقض السورية المضمون الذي كرسه حكم BISBAL بتأكيدا على " أن قواعد الإسناد السورية ليست من النظام العام عندما تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي وأنه يعود للخصوم إثارتها " <sup>(١٧)</sup> (٥).

## المطلب الثاني

### تقديرنا

لا يمكن إنكار الصفة الإلزامية لقاعدة الإسناد باعتبارها قاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام من هنا، ويتوجب على القاضي العربي الانصياع إليها وتطبيقها تلقائياً سواء تمسك بها الخصوم أم لا، ويؤيد هذا الموقف عدة أسباب هي:

- (١٤) وهو أيضا رأي الدكتور حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - دار الثقافة للنشر، عمان ٢٠٠١، ص ٢١٢، والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ، مرجع سابق، ص ٢٢١.
- (١٥) د. عكاشة عبد العال، تنازع القولين في دولة الإمارات العربية المتحدة ١٩٩٧، ص ٢٣٧. د. أحمد السمدان: القانون الدولي الخاص الكويتي: تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ١٩٨٨، ص ٩٠.
- (١٦) حكم رقم ٣٤ تاريخ ١٩٩٩/١١/٣٠ نكره الدكتور عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٥٠.
- (١٧) حكم رقم ٥ تاريخ ١٩٧٩/٧/١٧، مجلة القانون، فهرس اربعون عاما، لظنر أيضا د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط ٦، مطبعة جامعة دمشق ١٩٨٦.

## مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

أولاً: وضعت قاعدة الإسناد الوطنية بهدف تطبيق القانون الأسب لحكم النزاع، ويعد هذا الهدف من النظام العام لأنه يحقق سياسة تشريعية معينة<sup>(١٨)</sup>.

وبكل الأحوال، سواء أكانت قاعدة الإسناد أمرة أم تكميلية، فإنها تبقى قاعدة ملزمة للقضاء " وإلا فلن تكون قاعدة قانونية... " <sup>(١٩)</sup> فهي حسب ما ذكر الدكتور سامي منصور " ... قاعدة في القانون الدولي الخاص، تتصل في تطبيقها بإعمال تقنية قانونية متميزة عن إعمال القوانين الداخلية التي تستمد منها بعض مصادرها وتحكم علاقات من طبيعة خاصة: العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي. فتطبيقها يتلازم تقنياً مع ذلك النوع من العلاقات ومع ذلك الفرع من القانون فالتطبيق التلقائي لقواعد النزاع يصدر عن طرح تلك العلاقات التي تتجاوز الحدود في عنصر من عناصرها، والتي تستتبع في طبيعتها تطبيق ذلك الفرع من القانون بقواعده " <sup>(٢٠)</sup>.

ثانياً: القول بأن تطبيق قاعدة الإسناد يتوقف على إرادة الخصوم يؤدي إلى تعليق هذا التطبيق على فرض شرط إضافي لم ينص عليه المشرع أصلاً.

ثالثاً: إن تعليق إعمال قاعدة الإسناد على إرادة الخصوم سيفتح الباب واسعاً أمام التحايل على القانون، إذ يكفي أن يتمتع الخصوم عن إثارة هذه القاعدة لكي يسارع القاضي بتطبيق قانونه الوطني. وهذا ما سيفعله في أغلب الأحوال؛ لأن ذلك سيجنبه على الأقل عناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وسيجعله أكثر اطمئناناً للحل النهائي للنزاع.

(١٨) د. محمد كمال فهمي: رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق النزاع الدولي للقوانين: مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة سنة ١٩٦٣ عدد ٣ سنة ٣٣ ص ٣٥٦. د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، الإسكندرية ١٩٦٨، ص ١٢٠.

(١٩) Motulsky, cass, 8 December 1953, Rev, crit, 1955, P. 133 .

(٢٠) د. سامي بنيع منصور: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، ١٩٩٤، المرجع السابق، ص ٧٠٤.



د. محمد وليد هاشم المصري

رابعاً: إن إخضاع تطبيق قاعدة الإسناد لمحض سلطة القاضي التقديرية سيؤدي إلى التكرار كلياً لتقنية حل مشكلة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الذي يقوم عليه جوهر فلسفة هذا القانون<sup>(٢١)</sup>.

خامساً: سيؤدي إعراض القاضي العربي عن تطبيق قاعدة الإسناد، وبالتالي عدم إخضاع النزاع للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه إلى عرقلة تنفيذ الأحكام العربية والاعتراف بها خارج حدود الدول التي أصدرتها، لأن قاضي التنفيذ الأجنبي سيتحقق أثناء مراقبته للحكم العربي من عدم توافر الشرط المتعلق بالقانون الواجب التطبيق (وهو من الشروط الواجب توافرها لإكساء الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ)، وسيجد أن القاضي العربي قد طبق قانونه مباشرة دون بذل أي جهد يذكر في سبيل إعمال قاعدة الإسناد<sup>(٢٢)</sup>.

مما سبق نستنتج أن قاعدة الإسناد بصفتها قاعدة وطنية قانونية تتضمن بطبيعتها هذه فحسب معنى الإلزام، وعلى القاضي العربي تطبيقها في جميع الأحوال، حتى ولو اتفق الخصوم صراحة على استبعادها وتمسكوا بالقانون الوطني<sup>(٢٣)</sup>.

## الجزء الثاني إعمال القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

عندما تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي فإن تطبيقه أمام القاضي الوطني يثير عدة تساؤلات وتتلخص فيما يلي:

- بأي صفة يطبق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ؟

- كيف يتم إثبات القانون الأجنبي؟

- (٢١) د. سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص ٧٠٤، د. كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ص ٣٥٤، فقرة ٣٨.
- (٢٢) انظر دروز، اتفاقية لوغانو ١٦ سبتمبر ١٩٨٨ المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مواد المدنية والتجارية. R.C.D.I.P. ١٩٨٩ صفحة ١ وما بعدها.
- (٢٣) أيضاً: د. هشام صادق: تنازع القوانين ١٩٧٤، ص ٢٥٩.

- ماذا يفعل القاضي لو استحال إثبات القانون الأجنبي؟

وعليه، سنبحث تباعاً في:

صفة تطبيق القانون الأجنبي (المبحث الأول).

والحل المتبع عند استحالة إثباته (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### أساس تطبيق القانون الأجنبي وإثباته

#### Fondement d'application de la loi étrangère

هل يحتفظ القانون الأجنبي كونه يصدر عن سلطة تشريعية أجنبية بصفته القانونية عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني، أم أنه يفقد هذه الصفة بمجرد تجاوزه حدود الدولة التي أصدرته؟ بعبارة أخرى، على أي أساس يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي؟

تدور حول هذا الموضوع عدة اتجاهات سنقوم بعرضها (المطلب الأول)، ثم نبحث في موقف التشريعات العربية منها (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### الاتجاهات المتعلقة بصفة تطبيق القانون الأجنبي

أولاً - الاتجاه الانكلوأميركي: فكرة احترام الحقوق المكتسبة

#### Respect des droits acquis:

مفاد هذا الاتجاه أن عدم السماح للقاضي بالتعرض من جديد لنزاع متعلق بحقوق اكتسبت في الخارج تضطره بأن يعود إلى القوانين الأجنبية التي نشأت هذه الحقوق في ظلها<sup>(٢٤)</sup>. وعليه، فإن الهدف الأساسي من تطبيق القانون الأجنبي المعين من قبل قاعدة الإسناد يقتصر على الاعتراف بالحق الذي تم اكتسابه بموجب هذا القانون.

(٢٤) نعوم السيوفي، مرجع سابق، ص ٢٤٦، لوسوران وبوريل، مرجع سابق، فقرة ٢٣٧، ص ٢٤٣. انظر أيضاً نيبوييه و دي لابرديل. قانون دولي خاص. L.G.D.J. ٢٠٠٧ ص ٣٠٤.

د. محمد وليد هاشم المصري

فإذا عرضت على القاضي الأمريكي مثلاً مسألة تتعلق بصحة عقد بيع أبرم وفقاً للقانون الأردني، فإن يعترف هذا القاضي بصحته إلا إذا كان كذلك وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون الأردني.

من هنا، يتعين على الخصم الذي يدعي بحق مكتسب بموجب قانون أجنبي ما أن يثبت وجود هذا الحق بإثباته لمضمون القانون الأجنبي الذي يكرسه.

وعليه، يلتزم القاضي الوطني وفقاً لهذا الاتجاه بالقانون الأجنبي في حدود ما يلزم للاعتراف بالحق الذي نشأ بموجب هذا القانون فحسب دون أن يقوم بتطبيقه مباشرة على النزاع.

على الرغم من أهمية هذه النظرية، فهي لا تقدم أساساً كافياً لتطبيق القانون الأجنبي، إذ إنها تقتصر على تبرير أخذ القانون الأجنبي بعين الاعتبار عندما يتعلق الأمر بحق مكتسب في الخارج، وبالتالي لا تعطي هذه النظرية الأساس الذي يقوم عليه تطبيق هذا القانون بالنسبة لحقوق يراد إنشاؤها في دولة القاضي، كما لو تقدم ألماني على سبيل المثال بدعوى تطبيق ضد زوجته الألمانية أمام محكمة فرنسية. من هنا، تبقى هذه النظرية عاجزة عن تفسير إمكانية أعمال القانون الأجنبي على النزاع مباشرة.

ثانياً - اتجاه المدرسة الإيطالية المعاصرة:

ترفض هذه المدرسة خضوع القاضي الوطني لأوامر المشرع الأجنبي وتطبيق قانونه، فالقانون الأجنبي ليس له قوة نفاذ بذاته بل يأخذ قوته الإلزامية بعد دمج في النظام القانوني الوطني.

بعبارة أخرى، عندما تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون أجنبي، فإنها بالوقت ذاته تقوم بدمج هذا القانون في القانون الوطني<sup>(٢٥)</sup>، وعليه، فإن القاضي لا يطبق الأحكام

(٢٥) باتيفول ولاغارد، مرجع سابق، فقرة ٣٢٧، ص ١٩٠.

مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

التي يتضمنها القانون الأجنبي، وإنما يطبق الأحكام الوطنية التي نتيجة الإدماج باتت تتوافق مع أحكام القانون الأجنبي.

والإدماج حسب هذه المدرسة يتم بأحد شكلين:

- الإدماج المادي: وأوجده الفقيه فيدوزي، حيث تنصهر بموجبه القاعدة القانونية

الأجنبية في القانون الوطني بشكل كلي وتفقد صفتها الأجنبية لقيام القاضي

الوطني بتبني القاعدة الأجنبية بأكملها لمقتضيات القضية التي ينظر بها<sup>(٢٦)</sup>.

- الإدماج الشكلي: ونادي به الفقيه اكو الذي يعتبر إن إدماج القانون الأجنبي في

القانون الوطني لا يفقده المعنى والمقومات التي منحه إياها النظام القانوني

الأجنبي<sup>(٢٧)</sup>.

تعرضت هذه المدرسة لانتقاد أساسي بسبب استنادها إلى الخيال لتبرير تطبيق

القانون الأجنبي. وبهذا الصدد، يقول الأستاذ الدكتور فؤاد رياض: إنه من غير

المتصور "...إمكان احتواء قانون القاضي لقوانين كافة دول العالم، هذا فضلا عن أنه من

غير المعقول القول بإمكان احتواء قانون القاضي لقاعدة أجنبية إذا كانت هذه القاعدة

تتنافى مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي، أي مع فكرة النظام العام في دولة

القاضي"<sup>(٢٨)</sup>

نضيف على ذلك أيضاً أن إدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني ينفي ضرورة

البحث عن أساس تطبيق القانون الأجنبي، لأن هذا القانون أضحي وطنياً بصورة أو

بأخرى.

(٢٦) أشار إليه باينقول ولاغارد، المرجع السابق.

(٢٧) د. فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ٢٢-٢٣ ط ١٩٩٢، ص ١٧٠، فقرة ١٦٣.

(٢٨) د. فؤاد رياض: الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج ٢، ١٩٩٢، ص ١٧٠ فقرة ١٦٣.

## ثالثًا: المدرسة الفرنسية (القانون الأجنبي واقعة) question de fait

تنطلق هذه المدرسة من مبدأ مفاده أن القانون الأجنبي ليس له قوة القاتون الوطني، فالقاضي الوطني لا يطبقه بوصفه قانوناً يلزمه به المشرع الأجنبي، لأنه لا يدعن إلا لأوامر مشرعه وإنما يطبقه بصفته واقعة لا يحتفظ بأي صفة إلزام خارج حدود دولته.

وفق هذا الاتجاه، تتكون كل قاعدة قانونية من عنصرين: عنصر مادي يتمثل في مضمونها، وعنصر معنوي يظهر من خلال الأمر بتنفيذها، وهو الذي يكسبها القوة التنفيذية اللازمة. إلا أن القاعدة القانونية تتمتع بهذين العنصرين طالما اقتصر تطبيقها على حدود الدولة التي سنتها، وهي تفقد عنصر الإلزام بمجرد خروجها من هذه الدولة فتصبح واقعة كبقية الوقائع.

ويترتب على معاملة القانون الأجنبي كواقعة النتائج التالية:

- ١- لا يطبقه القاضي من تلقاء نفسه، بل لا بد من تمسك الخصوم به وإثارته صراحة أمامه.
- ٢- تقع على عاتق الخصوم مهمة إثبات أحكامه كإثباتهم لأي واقعة من وقائع الدعوى.
- ٣- لا يجوز للمحكمة أن تحكم بعلمها الشخصي بمضمون القانون الأجنبي.
- ٤- تتمتع المحكمة بسلطة كاملة في إثبات وتفسير القانون الأجنبي، ولا تخضع في هذا الشأن إلى رقابة محكمة النقض.

## مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

تعرض هذا الاتجاه لعدة انتقادات<sup>(٢٩)</sup> أبرزها يؤكد عدم صحته واستناده إلى الخيال والمجاز، فالقاعدة القانونية لا تفقد صفتها هذه لمجرد تجاوزها حدود الدولة التي أصدرتها.

برأينا، تقوم حقيقة هذا الاتجاه على مبدأ سيادة الدولة الذي يرى في تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي إهدارا لسيادة دولته وإذعانا لأوامر المشرع الأجنبي، لكن هذا التبرير لم يعد ينسجم مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية ومصالح الأفراد التي لا تعترف لفكرة السيادة إلا بمجال ضيق جداً يكاد يكون معدوماً.

ثم إنه بالإمكان تلافي فكرة السيادة بالقول إن قاعدة الإسناد عندما تشير إلى اختصاص قانون أجنبي، فإنها في الوقت ذاته تمنح هذا الأخير قوة إلزام وطنية تجعله قابلاً للتطبيق مباشرة أمام القاضي الوطني بأمر من المشرع الوطني.

### رابعاً: احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية:

لا يمكن وفق هذا الرأي، اعتبار القانون الأجنبي عنصراً من عناصر الواقع بل تحتفظ أحكامه بالصفة القانونية حتى عند عبوره الحدود الوطنية وتطبيقه أمام القاضي الوطني.

اختلف أنصار هذا الرأي رغم ذلك حول مسألة أساس تطبيق القانون الأجنبي. فبررته المدرسة الإيطالية بواسطة فكرة الإدماج، بينما استندت غالبية الفقهاء في فرنسا وألمانيا إلى نظرية التفويض. أي أن المشرع الوطني يفوض بواسطة قاعدة الإسناد مشرعي الدول في وضع القاعدة القانونية الملائمة للنزاع المطروح.

(٢٩) د. فؤاد رياض. د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٧٢. نعم السيوفي، مرجع سابق، ص ٢٤٨. لوسوران وبوريل، مرجع سابق، فقرة ٢٣٩، ص ٢٤٤.

د. محمد وليد هاشم المصري

على الرغم من صحة نقطة البداية في هذا الاتجاه (احتفاظ القواعد الأجنبية بصفقتها القانونية)، إلا أنه تعرض للانتقادات نفسها التي وجهت للاتجاهات الأخرى من حيث قيامه على الخيال والمجاز.

## المطلب الثاني موقف التشريعات العربية

سنقوم بعرض موقف التشريعات العربية:

أولاً - عرض الموقف:

ذهبت بعض التشريعات العربية صراحة إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة مادية، فقد جاء في المادة ١٣٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني القديم ما يلي: "يجب إقامة البيئة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانوني أجنبي"<sup>(٣٠)</sup>.

وتبنى الموقف ذاته القضاء في كل من سورية ومصر وكثير من التشريعات العربية<sup>(٣١)</sup>. فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية " القانون الأجنبي واقعة يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه"<sup>(٣٢)</sup> لكن هذه المحكمة ما لبثت أن لطفت من موقفها حيث أوضحت أن اعتبار القانون الأجنبي كواقعة... مرده الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإمام بأحكام هذا القانون. فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي،... أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة"<sup>(٣٣)</sup>.

(٣٠) د. آمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان، بيروت، ١٩٦٧، ص ٦٨

(٣١) د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، القاهرة ١٩٥٩، ص ٥٨٩.

(٣٢) حكم ٧ تموز ١٩٥٥، انظر حول هذا الحكم والأحكام اللاحقة له ضمن المعنى نفسه: د. عز الدين عبدالله، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد ٢٦ سنة ١٩٧٠، ص ١٦٩.

(٣٣) حكم ١٩٨٤/٢/٦ نكرة: د. هشام صانق، أحكام محكمة النقض في مسألة القانون البحري، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٣٤٠.

## مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

وقد حسمت مؤخراً محكمة التمييز اللبنانية المسألة بشكل واضح بتكريسها للطبيعة القانونية للقانون الأجنبي بقولها: "... صحيح أن محكمة التمييز لم تنشأ أصلاً للسهر على صحة تطبيق القانون الأجنبي، غير أن مبدأ تطبيق هذا القانون يستمد من أحكام القانون الدولي الخاص... إذ أن الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي أو تطبيقه خلافاً لأحكام القانون الوطني يشكل مخالفة لهذا القانون، فلا يعتبر بالتالي مسألة واقعية وإنما مسألة قانونية خاضعة لرقابة المحكمة العليا"<sup>(٣٤)</sup>.

وقد جاء هذا الحكم بلا شك كنتيجة طبيعية للتعديل الذي طرأ على قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، حيث نصت المادة ١٤٢ منه على أن: "إثبات مضمون القانون الأجنبي يطلب ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالماً به"<sup>(٣٥)</sup>.

## ثانياً- تقدير موقف التشريعات العربية:

لا بد من التأكيد أولاً أنه لا مجال للقول بمساواة القانون الأجنبي بالقانون الوطني. فالقاضي يطبق عادة قانونه ويعرف أدق تفاصيله، كما أن القاعدة القانونية الوطنية ليست بحاجة إلى إثبات لعملة بها ولسهولة الاطلاع عليها، بينما على العكس من ذلك، يبقى القانون الأجنبي من حيث المبدأ مجهولاً بالنسبة للقاضي الوطني، إذ يتوجب عليه البحث عن مضمونه وإثباته وتفسيره، وهذه بلا شك مهام أخرى تضاف إلى وظيفة القاضي بكل ما يتضمنه ذلك من عناء ومشقة.

لكن ذلك لا يتوجب أن يؤدي إلى نزع الصفة القانونية عن القانون الأجنبي واعتباره مجرد واقعة، فمثل هذا القول يجانب الصواب، فالقانون الأجنبي يحتفظ بصفته القانونية حتى خارج حدود بلاده، ويتوجب برأينا على المحاكم العربية تطبيقه والبحث عن مضمونه وإثباته حتى ولو لم يتمسك الخصوم به وذلك للأسباب التالية:

(٣٤) حكم رقم ٣٤ تاريخ ٣٠/١١/١٩٩٩، مجلة لعل، ٢٠٠٠، ص ١٨٩.

(٣٥) د. سامي بنيع منصور، الوسيط، مرجع سابق، ص ٦٧٥.



د.محمد وليد هاشم المصري

١- إن القانون الأجنبي إذ يطبق على النزاع المطروح أمام القاضي الوطني (العربي)، فذلك بناء على أمر من قاعدة الإسناد نفسها. فلو نظرنا إلى قواعد الإسناد العربية لوجدناها متضمنة لعبارة تحمل بذاتها معنى الإلزام بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه دون أن تعلق ذلك على طلب الخصوم. فقد استعملت هذه القواعد العبارات التالية: يسري، يرجع، تطبق، تخضع..

٢- يعود سبب الاتجاه الذي يكرس معاملة القانون الأجنبي كواقعة إلى صعوبة إثبات هذا القانون. وهذا سبب تقليدي، يجد جذوره في مرحلة تاريخية ترجع إلى عدة عقود مضت تميزت بقلّة الدعاوى المتضمنة لعنصر أجنبي التي كانت تطرح على القاضي من جهة، وبصعوبة إثبات القانون الأجنبي من جهة أخرى. أما حالياً فقد أصبح العالم قرية دولية صغيرة مفتوحة أمام الأفراد وأصبحت المعلومة بمتناول الجميع بسبب التطور التكنولوجي الهائل، وأصبح من السهل جداً إثبات مضمون القانون الأجنبي.

٣- سيؤدي إنكار الصفة القانونية للقانون الأجنبي (وتعليق تطبيقه على إرادة الخصوم في الدعوى أو إرادة القاضي المطلقة) إلى تعطيل آلية القانون الدولي الخاص التي تقوم أساساً على ضرورة تطبيق القانون الأجنبي في العلاقات الخاصة الدولية.

## المبحث الثاني

### استحالة إثبات القانون الأجنبي

إذا كان القاضي عالماً بمضمون القانون الأجنبي وجب عليه تطبيقه بعد إشعار الأطراف بذلك. أما إذا كان يجهل مضمونه فلا بد له أن يقوم بتكليفهم بإثباته. ولكن الخصوم قد يفشلوا في مهمتهم، أو يتقاعسوا عن أدائها على الرغم من إعطائهم مهلة كافية من قبل المحكمة.

مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

فإذا استنفذ القاضي الوطني جميع الوسائل المتاحة لإثبات مضمون القانون الأجنبي ولم يتوصل إلى القيام بذلك، ماذا عليه أن يفعل؟  
قدمت بهذا الشأن ثلاثة حلول سنقوم بعرضها تباعاً (المطلب الأول)، ثم نبين موقف التشريعات العربية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول الحلول المقترحة

أولاً: الحل الأول رد الطلب: Rejet de la demande

بناء على هذا الحل، يلزم القاضي برفض طلب المدعي عند تحققه من استحالة إثبات القانون الأجنبي. طبق هذا الموقف في دعوى Walton الشهيرة التي نظر فيها القضاء الأمريكي عام ١٩٥٤. فبعد أن، أصيب والتون وهو مواطن أميركي جراء حادث اصطدام مع إحدى السيارات التابعة لشركة أميركية (آرامكو) في المملكة العربية السعودية كان يقودها مهندسان أميركيان، تقدم بدعوى تعويض أمام محكمة نيويورك التي أثارت من تلقاء نفسها تطبيق القانون السعودي باعتباره قانون مكان وقوع الفعل الضار، فطلبت المحكمة من المدعي إثبات مضمونه، ولكنه عجز عن القيام بذلك، مما دفع بها إلى رفض طلبه بالتعويض<sup>(٣٦)</sup>.

يكرس هذا الحل إجحافاً بحق الخصوم غير القادرين على إثبات القانون الأجنبي، كما يجعل القاضي يتنكر لمهمته في الفصل بالدعوى التي يتوجب عليه أدائها في جميع الأحوال نظراً لتعدد مصادر القاعدة القانونية في الحياة الداخلية والدولية ووجوب رجوع القاضي إليها وتطبيقها.

(٣٦) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مرجع سابق، ص ٢٧٧.

د. محمد وليد هاشم المصري

ولكن، ما هو الموقف المتبع لو أن المدعي تقاعس عن سوء نية في إثبات القانون الأجنبي، الا يتوجب رد دعواه هنا؟

بهذا الصدد، يتجه القضاء في فرنسا إلى التمييز بين حالتين:

- الحالة التي يعمد فيها الخصم عن سوء نية (أو بسبب إهماله) إلى الامتناع عن إثبات القانون الأجنبي على الرغم من تكليفه بذلك من قبل القاضي، وهنا يرد إ دعاء المدعي.
- والحالة التي يعجز فيها فعلاً عن القيام بذلك، فيفصل القاضي في دعواه مطبقاً القانون الوطني<sup>(٣٧)</sup>.

### ثانياً: الحل الثاني

#### تطبيق القانون الأقرب في أحكامه إلي القانون الذي تعذر إثباته<sup>(٣٨)</sup>

ويتحدد هذا القانون الأقرب بطريقتين:

الطريقة الأولى:

يؤخذ بالقانون الذي يأتي بالدرجة الثانية بعد القانون الذي تعذر إثباته وذلك من جهة اتصاله بالعلاقة، كأن يطبق قانون محل الإقامة عند استحالة إثبات قانون الموطن، أو كأن يلجأ القاضي إلى بديل آخر منصوص عليه في قاعدة الإسناد ذاتها، مثال: المادة ٢١ من القانون المدني الأردني المتعلقة بشكل التصرفات القانونية التي تنص على سريان قانون مكان إبرام التصرف أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو القانون الذي

(٣٧) انظر بعض الأمثلة لأحكام استندت إلى هذا التمييز: نقض منني فرنسي ١٩٨٨/٢/٢، المجلة الانتقادية، ١٩٨٩، ص ٥٥ و ١٥/٧/١٩٨٢، المجلة الانتقادية ١٩٨٣، ص ٣٠٠. استئناف باريس ١٩٨٥/١٢/١٩، المجلة الانتقادية، ١٩٨٦، ص ٦٨٠.

(٣٨) د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي... مرجع سابق، ص ٣٠٩، بيبير مايبير، مرجع سابق، فقرة ٢٨٤، ص ١٣١.

## مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

سيحكم الموضوع. فإذا تعذر إثبات مضمون أحد هذه القوانين أمكن إثبات مضمون الآخر وتطبيقه وهكذا دواليك.

## الطريقة الثانية:

تستند هذه الطريقة إلى فكرة التشابه بين القوانين، كأن يطبق القانون الإنكليزي لتعذر إثبات القانون الأمريكي أو السوري بدلا من المصري.

يؤخذ على هذا الموقف صعوبة تطبيقه من الناحية العملية بسبب استحالة التحقق من التشابه بين التشريعات المتعددة. كما أن الظروف التي يمر بها كل مجتمع والتعديلات التي تطرأ على قوانينه تجعل من الصعب الجزم بتشابه قوانين الدول بصورة مستمرة<sup>(٣٩)</sup>، حتى إنه من الصعب القول بذلك داخل المجتمع الواحد فكيف بين عدة دول!

## ثالثا: الحل الثالث: تطبيق قانون القاضي Lex fori:

بناء على هذا الموقف، يتحتم على القاضي الفصل في النزاع باعتبار ان هذا الالتزام الذي يقع على عاتقه على المستوى الداخلي يفرض عليه أيضا على صعيد العلاقات الخاصة الدولية. ويطبق القانون الوطني هنا باعتباره صاحب اختصاص احتياطي بعد تعذر إثبات القانون الأجنبي ذي الاختصاص الأصيل لحكم المنازعة المطروحة<sup>(٤٠)</sup>.

على العكس من ذلك، يري باتيفول أن للقانون الوطني اختصاصاً عاماً لحكم جميع العلاقات الخاصة الدولية<sup>(٤١)</sup>، 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.

(٣٩) انظر: د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي، فقرة ٢٩٥، ص ٣١٠.  
 (٤٠) د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي، ص ٣٤٠. د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص ٤٣٥، بيير ماير، مرجع سابق، ص ١٣١.  
 (٤١) باتيفول ولاغارد، مرجع سابق، ص ٥٤٤، ويرى الدكتور عز الدين عبدالله (مرجع سابق، ص ٥٩٢) بأن القانون الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل.

## المطلب الثاني

### موقف التشريعات العربية

ذهبت بعض التشريعات العربية إلى النص صراحة على تطبيق قانون القاضي الوطني عند استحالة إثبات مضمون القانون الأجنبي. وهذا ما كرسه المشرع اللبناني في المادة ٢/١٤٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية التي جاء فيها: "إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني"، وأخذ به أيضاً القانون العراقي (مادة ٣٩ مدني).

أما بالنسبة لغالبية المشرعين العرب فلم ينصوا صراحة على تطبيق القانون الوطني في حال تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي، ولكننا نرى الأخذ بهذا الحل لثلاثة أسباب رئيسة:

(١) لا مناص للقاضي من الفصل في النزاع وفقاً لأحكام القانون الوطني، فغالبية تشريعات القانون المدني العربية تنص على أنه، في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى الفقه الإسلامي الأكثر موافقة للقانون، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف وإلا حكمت بمقتضى العدالة. (المادة ٢ من القانون المدني الأردني). وهل يوجد بالنسبة للقاضي ما هو أفضل تحقيقاً لمقتضيات العدالة من القانون الوطني ذاته؟.

(٢) إن قبول المحكمة الوطنية (العربية) بتطبيق القانون الوطني على النزاع يجنب الخصوم النتائج المترتبة على رد دعواهم بحجة استحالة إثبات القانون الأجنبي. كما أن تطبيق القانون الوطني يلبي توقعات الأفراد، لأن لجوءهم إلى القضاء الوطني يعني بالنسبة إليهم وجود احتمال لتطبيق القانون الوطني عند تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد.

مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني

(٣) أضحى تطبيق القانون الوطني في مثل هذه الحالات من المبادئ الشائعة في القانون الدولي الخاص. كما يؤكد ذلك القانون المدني في غالبية الدول العربية الذي ينص على أنه: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في... أحوال تنازع القوانين". (المادة ٢١ مدني أردني).

## خاتمة

إذا استمر القاضي العربي بمعاملة القانون الأجنبي كواقعة، ستتعمل آلية تنازع القوانين برمتها، لأن القاضي سيميل إلى استبعاد أحكام هذا القانون ليطبق بدلاً عنه القانون الوطني في كل مرة يمتنع فيها أطراف الخصومة قصداً أو إهمالاً عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أو إثباته، في حين أن الطبيعة القانونية لقاعدة الإسناد الوطنية تقتضي بالضرورة الاعتراف بصفتها الإلزامية وإلزامية تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه حتى ولم لم يتمسك به الخصوم.

ويتوجب على التشريعات العربية كافة أن تتجه نحو هذا الحل، لأنه يتماشى مع طبيعة آلية تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الذي يقوم أساساً على فكرة تطبيق القوانين الأجنبية وعدم مواجهتها بالرفض الآلي والحذر والشك.

لا يمكن للقانون الدولي الخاص أن يقوم على فكرة الإقليمية الضيقة التي تستند إلى اعتبارات متعددة من بينها نظرية السيادة التقليدية لكي تفرض حلولاً تنأى عن روح هذا الفرع من القانون وتبتعد عن جوهره، وتؤدي إلى نتائج سلبية تنعكس على مصالح الأفراد ومصلحة دولة القاضي الناظر بالنزاع نفسها على مختلف المجالات وخاصة تلك التي تهدف إلى تشجيع الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال إليها.

تجمع بين التشريعات العربية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القضاء في الدول العربية قواسم مشتركة كثيرة تجعلها قادرة على تبني موقف موحد حيال القانون الأجنبي ومعاملته بمعاملة القانون، أما أن الأوان إذن لتضع الدول العربية اتفاقية موحدة في مجال تطبيق القانون الأجنبي على غرار ما فعلته الدول الأوروبية؟

## قائمة بمراجع البحث

- د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- د ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر، عمان ١٩٩٨، ص ٢٢٠.
- نعوم السيوفي ، تنازع القوانين ، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨٣..
- باتيفول ولاغارد، القانون الدولي الخاص، ط٢ باريس ، مكتبة L.G.D.I ،
- بيير مايير، القانون الدولي الخاص، ط٦ ، مونتشرشتين ١٩٩٨.
- بيير مايير وفانسون هيزي، قانون دولي خاص، طبعة ٨ مونتشر يشتين ٢٠٠٤.
- حكم نقض فرنسي تاريخ ٩ آذار ١٩٨٣ مجلة الأسبوع الحقوقي ١٩٨٤ - ٢٠٢٩٥
- لوسوارن وبوريل، قانون دولي خاص، ط٣، ١٩٩٣.
- لوسوارن وبوريل - قانون دولي خاص ط٨ - دالوز ٢٠٠٤ ص ٣٠١.
- المجلة الانتقادية ١٩٦٠.
- دالوز، ١٩٦٠، ص ٦١٠.