تفسير القانون الأجنبي
(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها
حسنين ضياء نوري الموسوي

إلى
مجلس كلية القانون في جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير
في القانون الخاص

بإشراف
الأستاذ الدكتور
علي زعلان نعمة العبادي

١٤٢٤ هـ
٢٠٠٣ م

Interpretation of the Foreign Law (comparative study)

A thesis submits to the college of law, and committee of postgraduate studies,of the university of Babylon, as apart of the requirements, for obtaining the master degree in private law.

By
Hassanin Dhiya Noori Ali AL-Musawi

The supervision
Prof .Dr. Ali Zàalan Nima AL-Ubadi

A.C ٢٠٠٣ *H* ١٤٢٤

Summary

Interpretation of The Foreign Law (comparative study)

Interpretation of The Foreign Law, is one of the most important subject, according to the private international law, specially the conflict of laws. Because the interpretation of The Foreign Law, helps the national (local)judge, reaching to the judgment of the foreign law. So as to apply it to a dispute having foreign element, and finally settles down this dispute. Consequently, we can't solve the dispute, unless we get the interpretation of The Foreign Law. From this point ,we can obviously see the importance of this subject.

We have devoted, the first chapter of this thesis, to the matter of the national judge must be followed, the interpretative style prevailing in the foreign country, in the Interpretation of the Foreign Law, not the interpretative style prevailing in the country of the national judge. Because that harmonizes with the aim of the national legislator, in rule of chose (regles de rattachement),which refers to the application of the foreign law .And that harmonizes with the interests of the opponents ,who expected the foreign law applied to the dispute .We have noticed, that most of the jurisprudence, and the legal systems in world, followed this solution.

We have devoted, the second chapter of this thesis, to the matter of the burden of proving of the Interpretation of the Foreign Law, lies on the national judge ,not on the opponents. Because , the Interpretation of the Foreign Law, is considered question (matter) of law not question (matter) of fact, which must be evaluated only by the judge. We have seen ,that majority of the jurisprudence ,and the legal systems in the world, adopted this solution. And we have noticed, that unanimously of the jurisprudence ,and the legal systems in the world, admitted the principle of the freedom of the proof, for the national

judge, that is to say, the national judge, has the freedom to go back to any means, which has been agreed upon to be used, in proving the content of foreign law, to come up with the Interpretation of the Foreign Law.

We have devoted, the third chapter of this thesis, to the matter of the national judge, when referring the foreign legal system, reaching the Interpretation of the Foreign Law ,he may facing difficulties ,whose source is, the foreign legal system alone, or whose source is, the foreign legal system, and the national legal system, As well ,we have also explained, the solutions of each of these difficulties.

Finally we have devoted, the third chapter of this thesis, to the matter of the national judge, may be unable to reach, the Interpretation of the Foreign Law. And we have noticed, that there are four theories, put to face this problem. these are :the theory of Rejecting The Demand ;the theory of General Principles of Law ;the theory of (Lex–Fori); the theory of the Nearest Law To The Foreign Law .We have seen, that most of the jurisprudence ,and the legal systems in the world, adopted the theory of (Lex-Fori), to face such problem.

for this reason ,we have taken The Interpretation of the Foreign Law, by exposing its general principles, and how to deal with the problems ,that may arouse from it .And we have taken ,in our consideration ,the situation of the jurisprudence ,and the legal systems in the world ,about this subject, specially the situation ,of the Iraqi jurisprudence, and the Iraqi legal system.

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَيَسْأَلونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ
الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبّي وَمَا
أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلاً

صَدَقَ اللَّهُ العَلِيُّ الْعَظِيمُ

الإسراء:آية:٨٥

إقرار الأستاذ المشرف

اشهد بأن الرسالة الموسومة بـ (تفسير القانون الأجنبي (دراسة مقارنة))، والمقدمة من قبل الطالب (حسنين ضياء نوري الموسوي) ، قد تمت تحت إشرافي في كلية القانون في جامعة بابل ، وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص.

التوقيع :
الاسم :
التأريخ : / /٢٠٠٣

استناداً للتوصية المقدمة ارشح هذه الرسالة للمناقشة.

التوقيع :
الاسم :
معاون العميد للدراسات العليا والشؤون العلمية.
التأريخ : / /٢٠٠٣

الإهداء

إلى ...

من هم اصلي وأنا فرعهم ، محمد وآل بيته الطيبين الطاهرين عليهم الصلاة والسلام أجمعين.

إلى ...

أمي الحنون المتفانية وأبي الصبور الكادح وأخوتي المضحين الأوفياء.

إلى...

أهلي الاكرمين الطيبين والى كل من مدّ لي يد العون والمساعدة في إعداد الرسالة.

لهم أجمعين أهدي رسالتي.

شكر وتقدير

فائق شكري وامتناني ، إلى أبي الثاني الأستاذ الدكتور علي زعلان نعمة ، حادي مسيرتنا في المرحلة التحضيرية ومرحلة إعداد الرسالة ، والذي كان لمعلوماته وملاحظاته القانونية القيمة ولحنانه الأبوي ، الأثر البالغ في إعداد الرسالة.

بالغ شكري واعتزازي ، إلى أساتذتي الأستاذ المساعد الدكتور عزيز الخفاجي ، والأستاذ المساعد الدكتور إبراهيم إسماعيل إبراهيم ، والأستاذ المساعد الدكتور كمال عبد حامد ، والدكتور هادي الكرعاوي ، والأستاذ المساعد الدكتور حكمت الدباغ ، والأستاذ عباس علي الحسيني ، للمعلومات القانونية التي رفدونا بها ولدعمهم المعنوي، الذي كان له الأثر الكبير في إكمال الرسالة.

جزيل شكري واعتزازي، إلى الدكتور كريم مزعل شبي ، الذي كان له الفضل الأول في اختيار موضوع الرسالة تفسير القانون الأجنبي(دراسة مقارنة)، فضلاً عن تزويدنا بمصادر تتعلق بموضوع الرسالة وإسناده المعنوي ، والذي أسعفنا في بحثنا في الرسالة.

تقديري وشكري الجزيل،إلى كادر المكتبة وكادر التسجيل في كلية القانون والمكتبة المركزية في جامعة بابل ، للتقدير والكرم والاحترام الذي لمسناه في معاملتهم لنا.

امتناني وشكري الفائق ، إلى كادر مكتبة كلية القانون جامعة النهرين وكادر مكتبة وزارة العدل ، لسخائهم في رفدنا بالمصادر القانونية والإسلوب الرائع والمعاملة الجيدة.

اعتزازي وشكري البالغ ، لأخوتي وأخواتي في الدراسات العليا في القسم الخاص والعام في كلية القانون جامعة بابل ، حيث كان للتعاون والمحبة المتبادلة بيننا ، الأثر الكبير في تخطي المرحلة التحضيرية ومرحلة إعداد الرسالة.

واشكر كل من قدم لي مساعدة في المرحلة التحضيرية و مرحلة إعداد الرسالة.

محتويات الرسالة

المقدمة		١-٧
الفصل الأول	**مفهوم تفسير القانون الأجنبي والأسلوب الواجب الإتباع في تفسيره.**	٨
المبحث الأول	تحديد مفهوم تفسير القانون الأجنبي.	٩
المطلب الأول	تحديد المقصود بتفسير القانون الأجنبي.	١٠-١٧
المطلب الثاني	المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي.	١٨-٣١
المطلب الثالث	نطاق تفسير القانون الأجنبي.	٣٢-٤٣
المبحث الثاني	الأسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي.	٤٤
المطلب الأول	إتباع الأسلوب الوطني.	٤٤-٥٨
المطلب الثاني	إتباع الأسلوب الأجنبي.	٥٨-٧٨
الفصل الثاني	**عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.**	**٧٩**
المبحث الأول	موقف الفقه إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.	٨٠
المطلب الأول	الفقه الذي عدَّالقانون الأجنبي واقعة.	٨١-٨٦
المطلب الثاني	الفقه الذي عدَّالقانون الأجنبي قانون.	٨٧-٩١
المبحث الثاني	موقف الأنظمة القانونية إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.	٩١
المطلب الأول	موقف الأنظمة القانونية العربية.	٩٢-١٠١
المطلب الثاني	موقف الأنظمة القانونية اللاتينية.	١٠١-١٠٩
المطلب الثالث	موقف الأنظمة القانونية الإنكلوسكسونية.	١٠٩-١١١
المطلب الرابع	موقف الأنظمة القانونية الجرمانية.	١١٢-١١٤
المطلب الخامس	موقف الأنظمة القانونية الاشتراكية.	١١٥-١١٧
المبحث الثالث	كيفية التوصل لتفسير القانون الأجنبي.	١١٧
المطلب الأول	مبدأ حرية الإثبات.	١١٧-١٢١
المطلب الثاني	طرق التوصل لتفسير القانون الأجنبي.	١٢١-١٤٥
المطلب الثالث	الطرق المقترحة للتوصل لتفسير القانون الأجنبي.	١٤٥-١٤٩
الفصل الثالث	**صعوبات تفسير القانون الأجنبي.**	**١٥٠**
المبحث الأول	الصعوبات التي مصدرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني.	١٥١
المطلب الأول	اختلاف القضاءين الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي.	١٥٢-١٥٥
المطلب الثاني	تفسير النصوص المتشابهة بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني.	١٥٦-١٥٨
المطلب الثالث	تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية.	١٥٨-١٦٣
المبحث الثاني	الصعوبات التي مصدرها النظام القانوني الأجنبي.	١٦٣
المطلب الأول	اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي.	١٦٤-١٦٦
المطلب الثاني	اختلاف القضاءين العالي والعادي الأجنبيان حول تفسير القانون الأجنبي.	١٦٦-١٦٧
المطلب الثالث	خلو القضاء الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي.	١٦٨-١٦٩

المطلب الرابع	خول مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي.	١٧٠-١٧٤
المبحث الثالث	استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.	١٧٥
المطلب الأول	نظرية رفض الطلب.	١٧٦-١٧٩
المطلب الثاني	نظرية المبادئ العامة للقانون.	١٨٠-١٨٣
المطلب الثالث	نظرية قانون القاضي((Lex- Fori).	١٨٣-١٩٢
المطلب الرابع	نظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي.	١٩٣-٢٠١
الخاتمة		**٢٠٢-٢١٣**
مصادر الرسالة		**٢١٤-٢٢٣**

المقدمة

المقـدمـــة

إن التفسير(L'interprétation) من الموضوعات المهمة على صعيد علم القانون ، لانه التفسير قرين بكل قانون سواءاً أكان أحد فروع القانون العام أم الخاص ، أو كان ذلك القانون مكتوب مصدره التشريع أم غير مكتوب مصدره السوابق القضائية أو العرف أو العادة .

هذا من جهة ومن جهة اخرى ، فالتفسير يوضح معنى القانون أو المقصود به لإزالة الغموض الذي يكتنف القانون أو التوفيق بين أجزائه المتعارضه أو المتناقضة ومن ثمَّ نتوصل للحكم الذي يتضمنه القانون.

واذن لا يستطيع القاضي ان يتوصل لحكم القانون ليطبقه على النزاع ما لم يفسر القانون ومن هنا يتبين لنا اهمية التفسير .

فأذا واجه القاضي الوطني نزاعاً مشوباً بعنصر اجنبي واشارت قاعدة الاسناد الوطنية إلى إن قانوناً أجنبياً معيناً هو الذي يجب ان يطبق على النزاع ، واثبت القانون الأجنبي (droit étanger,the foreign law) ، فلا يستطيع القاضي ان يتوصل لحكم القانون الأجنبي ،وان يطبقه على النزاع ما لم يفسر القانون الأجنبي، ومن هنا يتجلى لنا اهمية موضوع تفسير القانون الأجنبي (L'interprétation du droit étanger, Interpretation of The Foreign Law) على صعيد القانون الدولي الخاص (droit international privé, private international law) وخصوصا تنازع القوانين (conflits de lois, conflict of laws)).

ولكن عندما يفسر القاضي الوطني القانون الأجنبي ، هل يتبع الاساليب التفسيرية الوطنية في دولته ام الاساليب التفسيرية في دولة القانون الأجنبي (أي مجموعة القواعد التفسيرية والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في النظام القانوني الوطني والأجنبي والتي تحدد مضمون تفسير القانون الأجنبي) .

تضاربت آراء الفقهاء إزاء تلك المسألة ،فقد ذهب جانب من الفقه إلىتاصيل إتباع الإسلوب التفسيري الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، وذلك الجانب من الفقه ، قسم منه سوَّغ مسلكه بنظرية الادماج المادي الايطالية (Systéme de Incorporation ou reception métérielle) ، وقسم منه سوَّغ مسلكه بسلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي ، وقسم منه سوَّغ مسلكه بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي الوطني عندما يريد ان يتوصل لتفسير القانون الأجنبي من النظام القانوني الأجنبي.

وذهب الجانب الفقهي الاخر إلىتاصيل إتباع الإسلوب التفسيري الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، لانه يؤدي بنا إلى تفسيرات توافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الاسناد ، التي اشارت بتطبيق قانون أجنبي عائد لنظام قانوني آخر ، فيجب تفسيره استناداً للاساليب التفسيرية في النظام القانوني الأجنبي لا الوطني (فضلاً عن العديد من المسوَّغات موجودة في متن الرسالة) .

وسنوضح في متن الرسالة بأن الإسلوب الأجنبي هو المسلك الصحيح والسليم في تفسير القانون الأجنبي ، والذي اتبعه غالبية الفقه والانظمة القانونية في العالم .

فبات لزاما على القاضي الوطني ان يتقيد بالاساليب التفسيرية الأجنبية في تفسير القانون الأجنبي ، وذلك يقتضي الرجوع للنظام القانوني الأجنبي لاجل التوصل للاساليب التفسيرية الأجنبية ، لاجل التعرف على قواعده التفسيرية وظروفه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، لكي يفسر القانون الأجنبي استنادا لتلك القواعد والظروف ، ليتوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي والمطبق فعلا في دولة القانون الأجنبي.

ولكن القاضي الوطني لا يعلم بتفسير القانون الأجنبي ، لانه موجود في دولة اخرى غير دولته هي دولة القانون الأجنبي ، فلا يفترض علم القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي ، ومن ثمَّ لا يمكن تطبيق قاعدة المحكمة تعرف القانون (باللاتينية curia novit jus) بالفرنسي(oit– moi le fait et je te donnerai le dr eDonn) ، فهل يثبت تفسير القانون الأجنبي القاضي تلقائيا ام يقوم بإثباته الخصوم . وتلك المسألة ترتبط ارتباطا وثيقا بِعدّالقانون الأجنبي قانون ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الوطني ، لانه من مسائل القانون التي يستقل بتقديرها القاضي ، أو عدّالقانون الأجنبي واقعة ، وومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم ، لانه من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها الخصوم . فذهب جانب من الفقه إلى عدّ القانون الأجنبي واقعة ، مستندين اما النظرية واقعية القانون الأجنبي الفرنسية ، أو لنظرية الحقوق المكتسبة (vested right) الانكلو - امريكية ، وذهب جانب اخر من الفقه إلىعدّالقانون الأجنبي قانون ، مسوَّغين مسلكهم بنظرية الادماج الايطالية (Systéme de incorporation ou reception métérielle) ، أو مسوَّغين مسلكهم بنظرية التفويض (délégation) .

وسنبين في متن الرسالة انه القانون الأجنبي يبقى قانوناً ، ولا يغير من طبيعته ان يطبق في دولة أخرى وأمام قاضي لا يعلم به ، ولا حاجة لاختلاف النظريات لِعدّالقانون الأجنبي قانون ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي على عاتق القاضي القاضي الوطني لا الخصوم ، وقد نزحت نحو ذلك غالبية الفقه والانظمة القانونية في العالم .

ولتيسير مهمة القاضي في التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، فقد اقر اجماع الفقه والأنظمة القانونية في العالم ، مبدأ حرية الإثبات للقاضي الوطني ، أي يجوز للقاضي الوطني ان يرجع لكافة طرق الإثبات المتعارف عليها في إثبات القانون الأجنبي ، ليتوصل لتفسير القانون الأجنبي .

فيستطيع القاضي الوطني ان يستعين بالخصوم ، أو الخبرة الشفهية أو التحريرية ، أو ان يرجع للمؤلفات القانونية والفقهية والقضائية ، أو ان يلجأ للانابة القضائية ، أو الاستعانة بالوثائق الرسمية ، لاجل ان يتوصل لتفسير القانون الأجنبي.

ولاجل جعل العلم بالقانون الأجنبي أو تفسيره متيسر للقاضي الوطني ، فقد اقترح الفقه مجموعة من الوسائل تيسر العلم بالقانون الأجنبي أو تفسيره ، منها اقترح على النطاق الداخلي للدول ، كإنشاء مركز قانوني في وزارة العدل في كل دولة ، وانشاء محاكم متخصصة بقضايا تنازع القوانين ، أو انشاء معهد للقانون المقارن . ومنها اقترح على النطاق الدولي كالاكثار من عقد الاتفاقات الدولية الخاصة بالانابة القضائية ، أو الخاصة بتبادل المعلومات القانونية والفقهية والقضائية .

وقد يواجه القاضي الوطني في معرض رجوعه للنظام القانوني الأجنبي (لاجل التوصل لتفسير القانون الأجنبي)، صعوبات مصدرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني، فقد يختلف القضاء الوطني والأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي ،أو كيفية تفسير النصوص المتشابهه بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني ، أو كيفية تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقيات الدولية (وسنبين في متن الرسالة مضمون كل صعوبة وما هي الحلول التي وضعت ازاءها ورأينا الخاص بها).

وقد تثار صعوبات على صعيد النظام القانوني الأجنبي ، كأن يختلف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي ، أو ان يختلف القضاءين العادي والعالي الأجنبيين حول تفسير القانون الأجنبي ، أو ان يخلو القضاء الأجنبي من تفسير القانون الأجنبي ، أو ان تخلو جميع مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي (وسنبين في متن الرسالة مضمون كل صعوبة وما هي الحلول التي وضعت إزاءها ورأينا الخاص بها) .

وقد يستحيل على القاضي الوطني لتفسير القانون الأجنبي ، كإن يخلو النظام القانوني الأجنبي باجمعه من تفسير للقانون الأجنبي ، أو إنه طرق التوصل لتفسير القانون الأجنبي لم تسعف القاضي الوطني في ان يتوصل لتفسير القانون الأجنبي ،جاء الفقه بمجموعة حلول لمواجهة فرض الاستحالة فمنهم من ذهب إلىانه على القاضي الوطني ازاء هذا الفرض ان يرفض الطلب وهي نظرية رفض الطلب ، وذهب منهم إلىانه على القاضي الوطني ان يرجع للمبادئ العامة للقانون وهي نظرية المبادئ العامة للقانون ، ومنهم من ذهب إلى انه على القاضي الوطني إزاء هكذا رفض ان يطبق الاساليب التفسيرية في دولة القاضي وهي نظرية قانون القاضي (Lex-Fori) ، ومنهم من ذهب إلىانه على القاضي الوطني ان ياخذ بالاساليب التفسيرية السائدة في الدولة ذات القانون الاقرب للقانون الأجنبي وهي نظرية القانون الاقرب للقانون الأجنبي.

وسنلاحظ انه غالبية الفقه والانظمة القانونية في العالم تاخذ بنظرية قانون القاضي ازاء فرض استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

وبرغم ذلك سنرجح نظرية القانون الاقرب للقانون الأجنبي كحل لمواجهة فرض استحالة التوصل لتفسير للقانون الأجنبي ، لأن مضمون القانون الاقرب للقانون الأجنبي ذو مضمون مقارب لمضمون القانون الأجنبي ، فتفسير القانون الاقرب هو الاقرب لطبيعة القانون الأجنبي ، فهي أسلم نظرية لمواجهة فرض استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ٠(فضلا عن العديد من المسوَّغات للاخذ بتلك النظرية أوردناها في متن الرسالة) .

ولاجل دراسة موضوع(تفسير القانون الأجنبيL'interprétation du droit étanger) بصورة وافية ودقيقة ، هذا من جهة ومن جهة اخرى ، لنتناول الموضوع بصورة منظمة وتتوافق مع اصول البحث العلمي ، وجدنا أن تنقسم الرسالة لثلاثة فصول هي:-

الفصل الأول: مفهوم تفسير القانون الأجنبي والإسلوب الواجب الإتباع في تفسيره .

وينقسم ذلك ذلك الفصل لمبحثين هما:

المبحث الأول : تحديد مفهوم تفسير القانون الأجنبي .

والذي نحدد فيه المقصود بتفسير القانون الأجنبي ، من خلال بيان المقصود بالقانون الأجنبي والمقصود بتفسير القانون الأجنبي ، ونحدد فيه المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي ، ومنها ان يستعين القاضي الوطني بالمدرسة التفسيرية التي ياخذ منها النظام القانون الأجنبي ، وبالتفسيرات الفقهية والقضائية والتشريعية للقانون الأجنبي في النظام القانوني الأجنبي، لأجل ان يتوصل القاضي الوطني للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، وسنحدد أخيراً نطاق تفسير القانون الأجنبي ، من خلال تمييز تفسير القانون الأجنبي عن تفسير العقد وعن التكييف .

المبحث الثاني: الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي .

ونستعرض فيه موقف الفقه في العالم ازاء الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي ، سواء الذي يؤيد إتباع الإسلوب الوطني مستندا لنظرية الادماج المادي الايطالية ، أو لسلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي ، أو لصعوبة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، أو الذي يؤيد إتباع الإسلوب الأجنبي ، وسوف نستعرض فيه موقف الانظمة القانونية العربية والأجنبية ازاء الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي .

الفصل الثاني : عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

وينقسم هذا الفصل إلىثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول: موقف الفقه ازاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

وسنستعرض فيه موقف الفقه ازاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، سواء الذي عدّ القانون الأجنبي قانون ، وومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الوطني ، أو الذي عدّه

واقعه وومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم ، واخيراً سنبين رأينا من موقف الفقه ازاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

المبحث الثاني: موقف الانظمة القانونية ازاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

وسنستعرض فيه موقف الانظمة القانونية ازاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، سواء الذي عدّالقانون الأجنبي قانون ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الوطني ،أو الذي عدَّه واقعه ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم ، واخيرا سنبين رأينا من موقف الفقه ازاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

المبحث الثالث: طرق إثبات تفسير القانون الأجنبي .

وسنستعرض فيه موقف الانظمة القانونية في العالم ، العربية واللاتينية والانكلوسكسونية والجرمانية والاشتراكية ازاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.

المبحث الثالث: كيفية التوصل لتفسير القانون الأجنبي .

نتناول فيه مبدأ حرية الإثبات ، الذي يبيح للقاضي الوطني الرجوع لاي وسيلة من الوسائل المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي ، لإثبات تفسير القانون الأجنبي. وسنبين فيه الطرق التي يستطيع القاضي الوطني الاستعانة بها ليتوصل لتفسير القانون الأجنبي، واخيرا نتطرق للوسائل التي اقترحها الفقه لتيسير العلم بالقانون الأجنبي أو تفسيره .

الفصل الثالث : صعوبات تفسير القانون الأجنبي .

وينقسم ذلك الفصل لثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول : الصعوبات التي مصدرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني .

وسنتطرق فيه لاختلاف القضاءين الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي ، وكيفية تفسير النصوص المتشابهة بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني ، وكيفية تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية.

المبحث الثاني :الصعوبات التي مصدرها النظام القانوني الأجنبي .

ونتطرق فيه لاختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي ،واختلاف القضاءين العالي والعادي حول تفسير القانون الأجنبي ،وخلو القضاء الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي ،واخيرا نتطرق فيه لخلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي.

المبحث الثالث:استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

ونتناول فيه النظريات التي وضعت كحلول لاستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي، وهنَّ نظرية رفض الطلب ، ونظرية المبادىء العامة للقانون ، ونظرية قانون القاضي، (Lex – Fori) ونظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي .

الفصل الأول

مفهوم تفسير القانون الأجنبي
والإسلوب الواجب الإتباع في تفسيره

الفصل الأول

مفهوم تفسير القانون الأجنبي
والإسلوب الواجب الإتباع في تفسيره

قبل الولوج في أروقة موضوع تفسير القانون الأجنبي لابد من توضيح مجموعة من المسائل . والتي نستند إليها للتوصل إلى الفهم الصحيح لموضوع تفسير القانون الأجنبي، وصولاً لأفضل الحلول للمسائل التي يثيرها هذا الموضوع.

وأولى هذه المسائل هي تحديد مفهوم تفسير القانون الأجنبي، والتي تصب في ثلاث قنوات رئيسية ، الأولى تتضمن تحديد المقصود بتفسير القانون الأجنبي، من خلال إعطاء تعريف وفكرة وتوضيح للقانون الأجنبي ،من جهة ولتفسيره من جهة أخرى، والقناة الثانية تتضمن المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي ،من حيث توضيح المدارس التفسيرية وأنواع تفسير القانون الأجنبي في النظام القانوني الأجنبي، والقناة الثالثة تتضمن تحديد نطاق تفسير القانون الأجنبي، أي تمييزه عن ما تشتبه به من مواضيع مثل التكييف في تنازع القوانين وتفسير العقد.

وثاني هذه المسائل هي تحديد الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي، والتي تنقسم لشطرين الأول ينصب على إتباع الإسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي،والأخر ينصب على إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، وسنرجح أحد هذه الأساليب للأخذ بها في تفسير القانون الأجنبي. وبذلك ينقسم الفصل الأول لمبحثين وهما.

المبحث الأول: تحديد مفهوم تفسير القانون الأجنبي.

المبحث الثاني: الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي.

المبحث الأول
تحديد مفهوم تفسير القانون الأجنبي

سنحدد في هذا المبحث مفهوم تفسير القانون الأجنبي . إذ سنحدد أولاً المقصود بالقانون الأجنبي (لان ذلك سيسعفنا بتحديد المقصود بتفسير القانون الأجنبي) .

ومن ثم نتطرق للمبادئ العامة لتفسير القانون الأجنبي وما تحتويه من مدارس تفسيرية وأنواع تفسير للقانون الأجنبي في دولة القانون الأجنبي.

ولكي نصل للتحديد الدقيق والكامل لمفهوم تفسير القانون الأجنبي لابد أن نميزه عما يشتبه به من مواضيع مثل التكييف في تنازع القوانين وتفسير العقد ، لذلك فإن ذلك المبحث ينقسم لثلاثة مطالب هي.

المطلب الأول: تحديد المقصود بتفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثالث: نطاق تفسير القانون الأجنبي.

المطلب الأول
تحديد المقصود بتفسير القانون الأجنبي.

هنا سنبين المقصود بتفسير القانون الأجنبي، من خلال تحديد المقصود بالقانون الأجنبي أولاً، والذي سيساعدنا في تحديد المقصود بتفسير القانون الأجنبي ثانياً، وبذلك ينقسم ذلك المطلب لفرعين هما.

الفرع الأول : المقصود بالقانون الأجنبي.

الفرع الثاني : المقصود بتفسير القانون الأجنبي.

الفرع الأول

المقصود بالقانون الأجنبي

لتوضيح المقصود بالقانون الأجنبي لابد أن نحدد تعريفه ونعطي فكرة عنه، وهو ما نتناوله في الفقرة الأولى ، وأيضاً لابد أن نحدد ما نرجع إليه من النظام القانوني الأجنبي ،لأجل تحديد القانون الواجب التطبيق وهو ما نتناوله في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى

تعريف القانون الأجنبي

يراد بالقانون الأجنبي هو كل قانون نافذ في دولة القانون الأجنبي أي كان مصدره[١].
أومجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة أخرى غير الدولة التي ظهر فيها التنازع[٢].
أو هو ذلك القانون غير الوطني فيما يخص للمحكمة التي تنظر النزاع[٣].
وأي قانون في العالم عدا القانون الوطني هو قانون أجنبي سيان أكان ذلك القانون مكتوباً (مدوناً) مصدره التشريع أم كان قانوناً غير مكتوباً (غير مدوناً) مصدره العرف أو القضاء أو الفقه أو العدالة ، كالقانون الإنكليزي والأمريكي والأسترالي المبنيان على السوابق القضائية[٤].
أو كجملة الأحكام العدلية المبنية على تعاليم الفقهاء ومبادئ العدالة، والتي كانت تمثل القانون المدني في العديد من الدول العربية في ظل الدولة العثمانية وما بعدها. ويعدّقانوناً أجنبياً وإن كان ذلك القانون المصدر التاريخي للقانون الوطني[٥].
مثل القانون السويسري الذي يعدّ المصدر التاريخي لقانون الأحوال الشخصية التركي[٦].
وتعتبر القوانين العربية المطبقة في دولة عربية أخرى، قانوناً أجنبياً فيما يخص للدولة العربية المطبق فيها وإن كانت دولة عربية، لأن ذلك القانون العربي يمثل قواعد قانونية معمول بها في دولة أخرى غير الدولة العربية التي ظهر فيها التنازع[٧].

الفقرة الثانية

تحديد ما نرجع إليه من النظام القانوني الأجنبي

وهنا سنحدد مقدار ما نرجع إليه من النظام القانوني الأجنبي لتحديد القانون الأجنبي.
فيجب أن نرجع إلى ذلك القانون الأجنبي لأجل معرفة مصادره ومقدار أهمية كل مصدر من مصادره مقارنة بالمصادر الأخرى[٨].

---

[١] - Mustafa Kamel Yassen – problèmes relatifs á application du droit ètranger – Recueil des - cours de l'Acaccèmie droit internationl-١٩٦٢-tomII - p٥٧٨

[٢] حسن الهداوي ـ القانون الدولي الخاص ـ في تنازع القوانين والمبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني دراسة مقارنة ـ ط٢ ـ مطبعة الأرز ـ (الأردن ، ٢٠٠١)- ص٢٠٧ وحسن الهداوي ـ تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ـ مطبعة الإرشاد ـ (بغداد ، ١٩٦٧)- ص١٢٧

[٣] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – ط١ – دار الحرية للطباعة ـ (بغداد ، ١٩٧٣)- ص٣٣٣.

[٤] -Arminjon – precis de droit international prive,- ٣eme edition,tomel,paris,١٩٤٧, N.٢٠٢.p.٣٨٧
وممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ـ ج١ ـ في تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ـ ط١ ـ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ (الأردن ، ١٩٩٨) -ص٢١٦.
و -Martin wolff – Private international Law – ٢nd edition – Oxford-١٩٥٠- p٢١٣
و ممدوح عبد الكريم ـ مصدر سابق ـ ٢١٦ و حسن الهداوي - القانون الدولي الخاص- ص٢٠٧ وحسن الهداوي- تنازع القوانين- ص١٢٧

[٥] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ـ ص٢١٦.

[٦] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ـ ص٣٣٤.

[٧] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ـ ص٢١٦.

[٨] عكاشة محمد عبد العال ـ أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني (دراسة مقارنة) ـ ج١ - تنازع القوانين ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ (بيروت ، ١٩٩٨)-ص٢٩٥ و هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ـ منشأة المعارف ـ (مصر ، ١٩٦٨)- ص٤٢٥ و حسن الهداوي ـ في القانون الدولي الخاص- ص٢٠٧ وحسن الهدأوي - تنازع القوانين- ص١٢٧. و
-Arminjon –op.cit – N.٢٠٢ p٣٨٧. & - wolff -op.cit- ١٩٥٠ed-p.٢١٣

فإذا طبق القانون الإنكليزي أو الأمريكي أو الأسترالي في العراق فيجب على القاضي العراقي الرجوع للقانون الإنكليزي أو الأمريكي أو الأسترالي وأن يتبع السوابق القضائية الواردة فيه(لأنها أنظمة إنكلوسكسونية تأخذ بالسوابق القضائية) ، بالرغم من إن القانون العراقي لا يأخذ بالسوابق القضائية. وبالعكس فعلى القاضي العراقي عدم الاعتداد بالسوابق القضائية إذا كان بلد القانون الأجنبي من بلدان القانون المكتوب والتي لا تعتد بالسوابق مثل مصر وفرنسا[١].

وإذا لم يجد القاضي الوطني في النظام القانوني الأجنبي ما يسعفه ليحل النزاع المعروض أمامه، فهنا على القاضي الوطني أن يرجع للنظام القانوني الأجنبي لمعرفة موقف المحكمة الأجنبية إزاء هكذا حالة ، ليهتدي به (أي القاضي الوطني) لمعالجة الحالة المعروضة أمامه، كأن ترجع المحكمة الأجنبية لمصادر القانون الأخرى كالعرف أو الدين أو القضاء أو مبادئ العدالة ، فيجب على المحكمة الوطنية أن تلتزم بذلك الحل الذي تذهب إليه المحكمة الأجنبية[٢].

وذهب لذلك القضاء العراقي في حكم أصدرته محكمة المواد الشخصية في كربلاء ، وصادقت عليه الهيأة العامة لمحكمة تمييز العراق في عام ١٩٥١، إذ كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الإيراني ، ولم يجد القاضي العراقي في القانون الإيراني ما يعالج حرمة الرضاع (موضوع النزاع) في النظام القانوني الإيراني، فطبقت المحكمة العراقية أحكام الفقه الجعفري، لأن القانون المدني الإيراني يشير إلى إنه في هكذا حالة نرجع لأحكام الشريعة الإسلامية[٣].

أي أن القانون الأجنبي قد يكون نص قانوني أو حكم قضائي أو عرف سائد وذلك كله في دولة القانون الأجنبي ويجب على القاضي الوطني التقيد بموقف المشرع الأجنبي إزاء مصادر القانون من حيث المصادر التي يأخذ بها ومن إذ أهمية وترتيب تلك المصادر فيما يخص للمشرع الأجنبي.

الفرع الثاني
المقصود بتفسير القانون الأجنبي

إن المقصود باصطلاح تفسير القانون في عبارة تفسير القانون الأجنبي، هو تفسير القانون الموجود ضمن (نظرية تفسير القانون)* ، والقاضي الوطني يستحضر نظرية تفسير القانون عند تفسيره للقانون الوطني أو القانون الأجنبي ، مع مراعاة طبيعة القانون الأجنبي ، أي إنه القاضي الوطني عندما يستحضر نظرية تفسير القانون لأجل تفسير القانون الأجنبي، فعليه أن يرجع للمدارس التفسيرية التي يأخذ بها النظام القانوني الأجنبي لا الوطني ، وأن يرجع للتفسيرات التشريعية والقضائية والفقهية للنظام القانوني الأجنبي لا الوطني.

ومن ثمَّ فرجوعنا للتعريفات اللغوية للتفسيرفي المعاجم، وللتعريفات الاصطلاحية لتفسير القانون والواردة في نظرية تفسير القانون ، فضلاً عن تعريف القانون الأجنبي (الذي أوردناه آنفاً) ، وبذلك نستطيع أن نتوصل لتعريف دقيق لتفسير القانون الأجنبي.

---

[١] مصطفى كامل ياسين ـ كيف يطبق القانون الأجنبي ـ مجلة القضاء ـ السنة١ العدد٢ ـ نيسان ١٩٥٧ـ ص١٦٦ وحسن الهدأوي ـ تنازع القوانين ص ١٢٧ وحسن الهداوي ـالقانون الدولي الخاص ـ ص٢٠٧.

[٢] عكاشة محمد عبدالعال ـ مصدر سابق ـ ص ٢٩٥-٢٩٦. ومصطفى كامل ياسين ـ بحثه ـ ص١٦٦.

[٣] (محكمة التمييز ـ العدد ٥٢ ـ مواد شخصية ـ ١٩٥١) نقلاً عن مصطفى كامل ياسين ـ بحثه ـ هامش٢ ص١٦٦

*نظرية تفسير القانون. هي النظرية التي تنصب على كيفية تفسير القانون. وتتناول مدارس تفسير القانون بأنواعها الثلاث (التزام النص ،المدرسة التاريخية الاجتماعية ، البحث العلمي الحر) والتفسير بأنواعه الثلاثة (التشريعي ، القضائي ،الفقهي) . فضلاً عن قواعد تفسير النصوص القانونية الصحيحة أو المعيبة.وتتناول هذه النظرية كتب مدخل دراسة القانون وكتب أصول القانون.

وبعد أن نتوصل لتفسير القانون الأجنبي، سنورد بعض القضايا التي تتعلق بتفسير القانون الأجنبي،لأجل أن نتوصل للتحديد الكامل والوافي للمقصود بتفسير القانون الأجنبي.
لذلك ينقسم هذا الفرع إلى فقرتين. الأولى تتضمن تعريف تفسير القانون الأجنبي. والثانية قضايا حول تفسير القانون الأجنبي.

الفقرة الأولى
تعريف تفسير القانون الأجنبي

التفسير لغةً البيان وأستَفْسَر كذا سأله أن يُفَسِّرَه [١].
والتفسير أيضاً الإبانة والتوضيح[٢].
أو هو الإبانة أو كشف المراد[٣].
أو هو مطلق التبيين ، يقال فَسَّر الشيء يفسره أي أبانه[٤]
أو هو الشرح أو البيان ، فيقال تفسير القرآن وهو من العلوم الإسلامية ، ويقصد منه توضيح معاني القرآن الكريم ، أو ما انطوت عليه آياته من عقائد وأسرار وحكم وأحكام[٥].
أما تفسير القانون اصطلاحاً فقد قيلت فيه تعاريف عديدة منها.
عرفه (Saleille) بإنه (العلم الإيجابي لتطبيق القانون. بموجب هدفه الأساسي، بغية تكييفه وفقاً لضرورات الحاضر، وضماناً للتوجه العام في العلاقات الجماعية المستقبلية، مع الأخذ بنظر العدّ الحياة الجماعية بأسرها).[٦]
أو (توضح ما أبهم من ألفاظ التشريع أو تكميل ما اقتضب من نصوصه. وتخريج ما نقص من أحكامه ، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة)[٧]
أو (الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم ، من خلال تحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة وصولاً لمطابقتها على الظروف الواقعية)[٨].
أو (عملية ذهنية يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها)[٩].
ومن هذه التعاريف يتضح لنا إن التفسير.(عملية ذهنية يقوم بها القاضي مستعيناً بنظرية تفسير القانون ، للوصول إلى مضمون القاعدة القانونية ليتعرف على الحكم الوارد فيها لأجل تطبيقه على النزاع) .
ويجب على القاضي عندما يفسر القانون أن لا يتقيد بألفاظ النص ، بل يجب أن يستنبط مضمون النص من مجموع عبارة النص. وأن لا يتقيد بالمعنى الحرفي للقانون بل يجب أن يهتدي بقصد الشارع ونيته الحقيقية من وراء إصدار ذلك القانون وصولاً للتفسير الصحيح[١٠].

---

[١] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ـ مختار الصحاح ـ دار الرسالة ـ(الكويت، بدون سنة طبع) ـ مادة فسر.
[٢] الياس معلوف ـ المنجد ـ المطبعة الكاثوليكية ـ دار الفكر ـ(بيروت،١٩٥١) ـ ص٥٨٣.
[٣] الفيروز آبادي ـ القاموس المحيط ـ دار الفكر ـ(بيروت ،١٩٧٨) ـ مادة فسر.
[٤] عبد الوهاب حلاف ـ تفسير النصوص القانونية وتأويلها ـ مجلة المحاماة ـ السنة ١٣ ـ العدد ١ ـ سبتمبر ١٩٥٠ـ ص١٨٤.
[٥] المعجم الوسيط ـ ابراهيم مصطفى ـ أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد علي النجار ـ ج١ ـط٢ـ من أول الهمزة إلى آخر الضاد ـ المكتبة الإسلامية ـ (استانبول ـ تركيا، ١٩٧٢)ـ مادة فسر
[٦] -Yaseen - op.cit –٥٧٥
[٧] عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ أحمد حشمت أبو ستيت ـ أصول القانون ـ (مصر ، ١٩٤١)ـ ص٢٠٠ .
[٨] توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر ـ الأصول العامة للقانون ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ (بيروت،١٩٨٩)ـ ص١٧١ـ١٧٢ .
[٩] عبد الحي حجازي ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية ـ ج١ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ(الكويت،١٩٧٢)ـص٥١٠
[١٠] محمد صالح القويزي ـ أنواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه ـ مجلة نقابة المحامين ـ السنة٢٣ ـ العددان ٥،٦ ـ آيار ، حزيران١٩٧٤ـ ص٥١٤.

ومن ثمَّ فإذا كان القاضي الوطني بصدد قانون أجنبي فبعد ترجمة القانون الأجنبي إلى لغة القاضي ، فعليه عند تفسيره لذلك القانون الأجنبي أن لا يتقيد بألفاظ النص بل عليه أن ينظر إلى النص ككل وأن يهتدي بنية الشارع الأجنبي من وراء إصداره لذلك القانون. فضلاً عن تقيده بقواعد التفسير السائدة في دولة القانون الأجنبي. وذلك كله يتفق مع غاية المشرع الأجنبي في قاعدة الاسناد والتي اشارت بتطبيق قانون اجنبي ويتفق مع مصالح الخصوم الذين توقعوا تطبيق قانون اجنبي على نزاعهم . وبذلك يمكن القول أن تفسير القانون الأجنبي هو.

(عملية ذهنية يقوم بها القاضي الوطني. للوصول لمعنى القانون الأجنبي والذي تشير قاعدة الأسناد الوطنية 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).

الفقرة الثانية
قضايا حول تفسير القانون الأجنبي

أولاً: وصية البلجيكي

وهي قضية عرضت على القضاء الفرنسي ، إذ رفعت دعوى أمام محكمة (Douai) في ٧ مايس عام ١٩١٠. 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) قانون مدني بلجيكي. والمطابقة للمادة (٩٧٠) قانون مدني 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 إن 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 إن الخطأ في تاريخ الوصية لا يبطلها، وهنا فإن محكمة (Douai) لم تعتمد التفسير الفرنسي للمادة وإنما اعتمدت التفسير البلجيكي للمادة (باعتبارها مادة راجعة للنظام القانوني البلجيكي) ، ومن ثمَّ أقرت المحكمة صحة الوصية العرفية الحاصل خطأ في تأريخها[١].

ثانياً: تصدع الحياة الزوجية.

وهي قضية عرضت على القضاء المصري ، إذ رفعت دعوى أمام محكمة بور سعيد الابتدائية في ١٦ تشرين الأول ١٩٤١ ، من قبل زوج يوناني مطالباً بإيقاع الطلاق بينه وبين زوجته اليونانية لتصدع الحياة الزوجية بينهما ، وذلك استناداً للمادة (١٤٤٢) قانون مدني يوناني والتي تجيز إيقاع الطلاق إذا حصل تصدع في الحياة الزوجية بين الزوجين ، ردت المحكمة الدعوى ورفضت إيقاع الطلاق ، لأن الحاصل بينهما لا يعدّ تصدع في الحياة الزوجية، والمشار إليه في المادة (١٤٤٢) قانون مدني يوناني ، ومن ثمَّ لا يجوز ايقاع الطلاق.

استأنف الزوج الحكم أمام محكمة استئناف المنصورة في ٨ تشرين الأول ١٩٥١ فأيدت محكمة الاستئناف حكم محكمة بور سعيد ، وذهبت إلى إن الحكم صحيح ومطابق لما جاء في المادة (١٤٤٢) قانون مدني يوناني.

طعن الزوج بالحكم أمام محكمة النقض المصرية فأيدت الحكم المستأنف ، وذهبت إلى إن الحكم صحيح وموافق للمادة (١٤٤٢) قانون مدني يوناني لأن الحاصل بين الزوجين لايعدّتصدع في الحياة الزوجية استناداً للمادة (١٤٤٢) قانون مدني يوناني ، ومن ثمَّ لا يجوز إيقاع الطلاق ، لأن القضاء اليوناني مستقر على إنه يقاس تصدع الحياة الزوجية في المادة (١٤٤٢) قانون مدني يوناني على أثره في نفس كل من الزوجين ، بشكل تزول المودة والرحمة بينهما بشكل تصبح الحياة الزوجية مستحيلة بين الزوجين ، وذلك غير حاصل بينهما ، ومن ثمَّ لا يجوز إيقاع الطلاق بين الزوجين[٢].

ثالثاً: قضية الرسائل الغرامية

صدر حكم من محكمة بور سعيد الابتدائية في ١٩ آيار ١٩٥١ ، بتطليق زوجين فرنسيين، بناءاً على ما قدمه الزوج من خطابات صادرة من زوجته تثبت علاقتها بالغير ، ومن ثمَّ يعدّما صدر من الزوجة إهانة فاحشة أو جسيمة توجب إيقاع الطلاق استناداً للمادة (٢٣١) قانون مدني فرنسي ، على الرغم من دفع الزوجة بأن الفقه والقضاء الفرنسي يشترط حصول الزوج على تلك

---

[١] مصطفى كامل ياسين ـ بحثه ـ ص١٨١ و -Yassen-op.cit –P.٥٨١

[٢] محكمة النقض المصرية ـ المكتب الفني لتبويب الأحكام ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية المدنية ـ السنة ٥ ـ العدد٣ ـ آيار،حزيران ـ ١٩٥٤ ـ ص ٩٥٠ وما بعدها.

الخطابات بصورة مشروعة . والزوج حصل عليها بصورة غير مشروعة ، عن طريق كسر الدرج الذي يحتوي على الخطابات في غيابها وسرقته للرسائل ، أي إنه على القاضي المصري التقيد بالتفسيرات الفقهية والقضائية الفرنسية لقانون الإثبات الفرنسي . طعنت الزوجة بالحكم أمام محكمة استئناف المنصورة في ٧آيار ١٩٥٢، فأيدت المحكمة حكم محكمة بور سعيد الابتدائية ، فطعنت الزوجة بالحكم أمام محكمة النقض المصرية ، والتي نقضت الحكم في ٨ كانون الثاني عام ١٩٥٣ مقررتاً أنه (الحكم يغاير ما أستقر عليه الفقه والقضاء في فرنسا من حيث إنه الخطابات المتبادلة بين الزوج والغير لا يجوز التمسك بها إلا بموافقة المرسل إليه إلا إنه في دعاوى الزنا أو الطلاق أو التفريق يمكن استثناء المدعي من الزوجين أن يتمسك بتلك الخطابات بشرط الحصول عليها بطريق مشروع)[١] .

أي إنه محكمة النقض الفرنسية أخذت بالتفسيرات الفقهية والقضائية الفرنسية لقانون الإثبات الفرنسي.

المطلب الثاني
المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي

سنبين لاحقاً في المبحث الثاني من هذا الفصل أي (مبحث الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي) . إن الإسلوب الأجنبي الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي. لأنه الإسلوب الصحيح والذي ذهبت إليه غالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم.

أي إنه على القاضي الوطني. إن يرجع للنظام القانوني لدولة القانون الأجنبي ، لأجل التعرف على ظروفه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وللاستيضاح عن موقف المشرع الأجنبي من المدارس التفسيرية أي بأي مدرسة تفسيرية يأخذ المشرع الأجنبي ، لأن تلك المدارس لها دور كبير في تحديد تفسير القانون الأجنبي ، ولكي يتعرف على التفسيرات التشريعية أو القضائية أو الفقهية في النظام القانوني الأجنبي ، وذلك كله يسعف القاضي الوطني لأجل التوصل للتفسير الصحيح للقانون الأجنبي (طبعاً لأننا نأخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي) . فتلك إذن تعدّ المبادئ الأساسية في تفسير القانون الأجنبي.

فبات لزاماً علينا أن نوضح المقصود بالمدارس التفسيرية وما هي أنواعها ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، أن نستعرض أنواع تفسير القانون ، لأجل أن تكتمل صورة مفهوم تفسير القانون الأجنبي ، ونسترشد بتلك المبادئ العامة خلال بحث موضوع تفسير القانون الأجنبي . فينقسم ذلك المطلب لفرعين هما :

الفرع الأول: المدارس التفسيرية في النظام القانوني الأجنبي.

الفرع الثاني: أنواع تفسير القانون الأجنبي في النظام القانوني الأجنبي.

الفرع الأول
المدارس التفسيرية في النظام القانوني الأجنبي

يهدف القاضي من وراء تفسير قانونه ، التوصل للحكم الذي يتضمنه قانونه لأجل تطبيقه على النزاع ، والقاضي الوطني في تفسيره لقانونه ، يستند إلى غاية أو نية أو إرادة مشرعه الوطني[٢] .

---

[١] محكمة النقض المصرية ـ المكتب الفني لتبويب الأحكام ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية ـ السنة ٥ ـ العدد ٣ـ آيار ،حزيران ـ ١٩٥٤ ـ ص٩٦١ وما بعدها.

[٢] توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر – مصدر سابق – ص١٧٦،١٧٧ و عبد القادر – المدخل لدراسة العلوم القانونية – ط١ – مطبعة الشروق – (الأردن ،١٩٩٩) –ص٧٣ و مالك دوهان الحسن – المدخل لدراسة القانون – ج١ – النظرية العامة للقاعدة القانونية – مطبعة جامعة بغداد – (بغداد ، ١٩٧٢)ـ ص٤٧٤.

وقد حصل خلاف بشأن تقيد والتزام القاضي بغاية أو بنية مشرعه في تفسيره لقانونه. ونتيجة لذلك ظهرت ثلاث مدارس هي مدرسة الشرح على المتون أو التزام النص والمدرسة التاريخية أو الاجتماعية ومدرسة البحث العلمي الحر. (وسنتناولها بالمقدار الذي نحتاجه في بحثنا متحاشين الإطالة والإسهاب الذي يخرج عن إطار بحثنا) ومعرفة المدرسة التفسيرية لدولة القانون الأجنبي . يسهل ويساعد القاضي الوطني في التوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي. وسنتناول المدارس التفسيرية كما يأتي :

الفقرة الأولى

مدرسة الشرح على المتون (التزام النص).

وتعدّ هذه المدرسة من أشهر مدارس التفسير في تاريخ القانون. وظهرت في مطلع القرن التاسع عشر عندما صدر قانون نابليون ١٨٠٤ ، إذ كان الفرنسيون يقدسون هذه النصوص ولا يحيدون عن إرادة أو غاية المشرع الذي أصدر القانون ، مهما تغيرت الظروف والزمن ، أي إن منهج هذه المدرسة هو الاعتداد بغاية أو بإرادة المشرع وقت إصدار التشريع أي إرادة واضع التشريع. وإن كان ذلك يؤدي إلى الجور والظلم*.

أي إنه عندما يفسر القاضي قانونه عليه التقيد بغاية أو بإرادة واضع القانون وقت إصدار القانون ، وإن كان ذلك يؤدي إلى تفسيرات مغايرة للواقع. أي تفسيرات لا تتلاءم مع تطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في البلد.

الفقرة الثانية

المدرسة التاريخية أو الاجتماعية.

ظهرت هذه المدرسة في ألمانيا في القرن التاسع عشر ، ومن المتحمسين لها الفقيه الألماني (سافيني) ، ولها القليل من المؤيدين في فرنسا. وهذه المدرسة تذهب إلى إن القانون وليد حاجة المجتمع ، ويجب عدم التقيد حرفياً بإرادة أو غاية أو نية المشرع ، لأنه النص ينفصل عن إرادة واضعه بمجرد صدوره ، ومن ثمَّ يصبح له كيان مستقل ، والذي يتغير بتغير ظروف المجتمع[١].

أي يجب أن لا نتقيد حرفياً بإرادة المشرع. عند تفسير القانون ، لأنه يؤدي بنا إلى تفسيرات لا تلاءم ظروف المجتمع المتطورة ، بل يجب الاعتداد بالظروف المتطورة والمتغيرة للمجتمع في تفسير القانون لأجل التوصل لتفسيرات فعلية وحقيقية تعبر عن واقع الحياة *. والتي تحقق العدالة وتبعدنا عن إلحاق الظلم بالخصوم فيما لو تمسكنا حرفياً بإرادة أو غاية المشرع.

الفقرة الثالثة

مدرسة البحث العلمي الحر

ظهرت هذه المدرسة للتوفيق بين مدرسة الشرح على المتون والمدرسة التاريخية والاجتماعية.

---

* إرادة المشرع الوطني أو غاية أو نية المشرع .هي ما إراده المشرع من وراء إصداره للقانون. فمثلاً المادة ١٨٦ فقرة ١ من القانون المدني العراقي التي تلزم متلف مال الغير بخطأه بالضمان.غاية تلك المادة أو إرادة المشرع هنا هي الحفاظ على أموال الناس. فتلك غاية لها دور كبير في تحديد مضمون النص أي لها دور كبير في تحديد تفسير القانون ومضمون تلك المادة (إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص من قيمته مباشرةً أو تسببا ،يكون ضامنا ،إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى).

[١] حسن كيرة – المدخل إلى القانون – منشأة المعارف – (الاسكندرية ، ١٩٧١)- ص ٤٠٩ و توفيق حسن فرج ،محمد يحيى مطر – مصدر سابق – ص١٧٧ و عبد القادر – مصدر سابق- ص٧٣.

* وذهب لذلك المشرع العراقي في المادة ٣ من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩. التي مضمونها (الزام القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه) .

ويعدّ الفقيه الفرنسي(جيني) زعيم هذه المدرسة ،ونهج هذه المدرسة إنه القاضي عند تفسيره للقانون ، عليه أن يتقيد بإرادة المشرع أو غايته وقت وضع التشريع وذلك هو الأصل[١].

وهنا تتفق مدرسة البحث العلمي الحر مع مدرسة التزام النص.

وفي حالة عدم استطاعة القاضي أن يتوصل لتفسير القانون ، أي يستعصي عليه التوصل للإرادة أو الغاية الحقيقية للمشرع (لأنها لها دور كبير في تحديد تفسير القانون) ، فعلى القاضي إزاء هكذا فرض. أن يسلم بأن التشريع خالي من تفسير للقانون ، فعليه أن يبحث في المصادر الرسمية* للقانون عن تفسير للقانون . فإن لم تسعفه بحل فهنا على القاضي أن يلجأ

(للبحث العلمي الحر) . أي أن يرجع إلى صلب القانون وإلى مصادره الحقيقية*، وما تتضمنه هذه المصادر من عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية وأخلاقية وتاريخية وطبيعية لاستخلاص تفسير القانون ، وومن ثمَّ تطبيق حكم القانون على النزاع[٢].

وهنا تتفق مدرسة البحث العلمي الحر مع المدرسة التاريخية أو الاجتماعية،

أي إن الأصل استناداً لهذه النظرية هو التقيد بإرادة أو غاية المشرع عند وضع التشريع، ،ولكن عند عدم استطاعة القاضي التوصل لتفسير للقانون أو عدم تمكن القاضي الوطني من التوصل لغاية المشرع الوطني ، فهنا على القاضي الوطني أن يرجع للمصادر الرسمية والحقيقية للقانون ،لاستخلاص تفسير للقانون والذي يمثل التفسير الواقعي والفعلي والحقيقي للقانون ،والذي يوافق غاية وارادة المشرع ،اي إنه هذه النظرية تسمح بالرجوع للظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المتغيرة والمتطورة في المجتمع في حالة تعسر التوصل لتفسير للقانون وهنا القاضي لا يضع قاعدة قانونية جديدة لانه ليس بمشرع ، ولكنه يضع حلاً للمسالة المعروضة علية فقط[٣].

ومن ثمَّ فعلى القاضي الوطني إذا كان يريد تفسير قانون أجنبي(متبعاً الإسلوب الأجنبي) أن يتقيد بالمدرسة التفسيرية التي يتبناها النظام القانوني الأجنبي .

لأن طريقة تفسير القانون تختلف من بلد لاخر استناداً للمدرسة التفسيرية التي تأخذ بها الدولة [٤].

فإذا كان النظام القانوني الأجنبي ،يأخذ بمدرسة البحث العلمي الحر ، فإذا أراد القاضي الوطني تفسير القانون الأجنبي ، علية أن يلتزم بما تفضي إليه مدرسة البحث العلمي الحر عند تفسيره للقانون الأجنبي .

وذلك يؤدي بنا إلى التوصل إلى تفسيرات تعبر عن واقع الحياة في دولة القانون الأجنبي ، التي تكون تفسيرات فعلية وحقيقية للقانون الأجنبي ، (أي نتوصل للتطبيق الفعلي للقانون الأجنبي

---

[١] توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر – مصدر سابق – ص١٧٨ و عبد القادر القار – مصدر سابق –ص٧٤.

* المصدر الرسمي: وهو السلطة التي تسبغ القوة الإلزامية على النص القانوني ، أو بعبارة أدق الأوضاع أو الأشكال التي يجب أن تكتسبها النصوص (التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع) لكي تصبح نصوص متمتعة بعنصر الإلزام أي تكون نصوص واجبة الإتباع. ومن المصادر الرسمية (التشريع ، العرف ، مبادئ العدالة والقانون الطبيعي) . فريد فتيان – شرح قانون الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة – مطبعة الشعب – (بغداد، ١٩٨٣) - ص ١٦،١٧ .

* المصدر الحقيقي: هو العوامل الاجتماعية التي سببت وضع القاعدة القانونية. وتنشأ هذه العوامل من أساسين . الأول ثابت وهو الطبيعة الثابتة للمجتمعات والأفراد ، والثاني متغير وهو ظروف كل مجتمع والتي تختلف باختلاف المكان على صعيد المجتمعات المختلفة وباختلاف الزمان على صعيد المجتمع الواحد أو على صعيد المجتمعات المختلفة. ومن هذه العوامل الاجتماعية ، خصائص المجتمع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والعاطفية والأخلاقية والتاريخية ، وتلك العوامل تثير علاقات يجب تنظيمها ، وذلك التنظيم يخلق القانون. ومجموع هذه العوامل الاجتماعية تكون المصدر الحقيقي للقانون. فريد فتيان – مصدر سابق – ص١٦.

[٢] توفيق حسن ، محمد يحيى – مصدر سابق – ص ١٧٨ و عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص٧٤.

[٣] توفيق حسن ، محمد يحيى - مصدر سابق -ص ١٧٩ .

[٣] -Yassen-op.cit-P٥٧٥.

في دولته) ، وذلك يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد التي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، يوافق مصالح الخصوم ، ويحقق التعاون الدولي على صعيد القانون الدولي الخاص .

الفرع الثاني

أنواع تفسير القانون الأجنبي

في النظام القانوني الأجنبي

يصنف تفسير القانون إلى ثلاثة أنواع استنادا للجهة التي تقوم بإصداره ، فإذا صدر من المشرع الذي اصدر القانون ، فإنه يسمى بالتفسير التشريعي ، أما إذا اصدر من القاضي فانه يطلق علية التفسير القضائي ، وقد يصدر التفسير من الفقيه وهنا يطلق علية التفسير الفقهي ، ومن ثمَّ فتلك التفسيرات السائدة في النظام القانوني لدولة القانون الأجنبي ، تساعد القاضي الوطني في التوصل للتفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي ، (لأننا نتبع الإسلوب الأجنبي) وسنتطرق لكل نوع من أنواع تفسير القانون وكما يأتي .

الفقرة الأول

التفسير التشريعي للقانون الأجنبي

ويصدر ذلك التفسير من المشرع الذي أصدر القانون ، أي قد يصدر ذلك التفسير مع إصدار القانون [١] .

وقد يصدر بعد إصدار القانون عندما يثور خلاف بشان تفسير ذلك القانون امام المحاكم ، وعند ذلك تصدر السلطة التشريعة تفسيراً لذلك القانون قطعاً للنزاع الناشب امام المحاكم [٢] .

ويقوم المشرع بأصدار ذلك التفسير ، في حالات قليلة لأن مهمة المشرع سن القوانين ، أما التفسير فمهمة الجهة التي تقوم بتطبيق القانون وتنفيذه [٣] .

والتفسير التشريعي ملزم لجميع المحاكم ، لانه صادر من السلطة التشريعية ، والتي تضفي عليه صفة الالزام ، وقد يصدر ذلك التفسير بهيأة تشريع ويطلق عليه (التشريع التفسيري) ، لانه يكون بمثابة تشريع ولكن تفسيري لا قانوني ، ويعّدذلك التفسير جزءاً من التشريع الاصلي (لانه كاشفاً لمضمون التشريع لا منشأً له) ،ومن ثمَّ يسري ذلك التفسير باثر رجعي ، بشكل يشمل جميع التصرفات والوقائع التي حصلت قبل صدوره [٤] .

فالتفسير التشريعي إذن يتمتع بالقوة الالزامية للقانون تجاه القاضي في الدولة التي صدر فيها ذلك التفسير التشريعي ، وعلى القاضي الوطني الالتزام بالتفسير التشريعي للقانون الأجنبي أي عند تفسيره للقانون الأجنبي ، فعليه أن يتقيد بالتفسير التشريعي للقانون الأجنبي وأن لا يحيد عنه ، لانه التفسير التشريعي للقانون الأجنبي يتمتع بالقوة الالزامية للقانون الأجنبي تجاه القاضي الوطني (وطبعاً لا تباعنا الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي) ، لأن قاعدة الاسناد أشارت بتطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيقه كما هو مطبق فعلاً في دولة القانون الأجنبي ، والتفسير التشريعي للقانون الأجنبي يلزم القاضي في دولة القانون الأجنبي عند تفسيره لقانونه ، فعلى القاضي الوطني التقيد به عند تفسيره للقانون الأجنبي ، تنفيذاً لامر مشرعه في قاعدة الاسناد .

---

[١] عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص ٧٠.

[٢] Henri Batiffol - اسئلة حول التفسير القانوني – ترجمة الدكتور جعفر الفضلي – مركز البحوث القانونية – وزارة العدل – (بغداد ، ١٩٨٤) – هامش ١ص٩ و احمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – مؤسسة التعاون والنشر – (مصر ، ١٩٧٥) – ص١٧٤ و توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر – مصدر سابق – ص١٧٢ و محمد صالح القويزي – بحثه – ص٥١٥ ، ٥١٦ .

[٣] محمد صالح القويزي – بحثه – ص٥١٦ و احمد سلامة – مصدر سابق – ص١٧٤ .

[٤] نعيم حسن سلمان – تفسير النصوص القانونية وموقف القضاء العراقي من التفسير – رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي – (بغداد ، ١٩٨٨) – ص١٦ و عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص٧١ و محمد صالح القويزي – بحثه –ص٥١٦

وذهب الاستاذ الفرنسي (Mayer) إلى إنه على القاضي الوطني الالتزام بالتفسير التشريعي للقانون الأجنبي ، وإن كان لا يكشف عن المعنى الحقيقي للقانون الأجنبي ، لأنه المعتمد لدى دولة القانون الأجنبي [١] .

أي إن العبرة بالتفسير المعمول به والسائد فعلاً في دولة القانون الأجنبي (والذي يمثله التفسير التشريعي)، لا بالتفسير الذي يستخلصه القاضي الوطني من القانون الأجنبي .

ومن ثمَّ فالأخذ بالتفسير التشريعي في تفسير القانون الأجنبي ، يؤدي بنا إلى التوصل إلى التفسير الواقعي والفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي ، والذي يساير غاية المشرع الوطني المودعة في قاعدة الإسناد ، ويحقق مصالح الخصوم ، ويحقق التعاون على صعيد العلاقات الدولية الخاصة .

[١] -Pierre Mayer-Droit international privè- ٦Edtion-(paris,١٩٩٨)-N١٩٤P١٣٠

الفقرة الثانية

التفسير القضائي للقانون الأجنبي

هو التفسير الذي يصدر من القاضي عندما يعرض عليه نزاع معين ، إذ إن على القاضي أن يطبق حكم القانون على النزاع ، ولأجل أن يتوصل القاضي لحكم القانون لابد أن يقوم بتفسير القانون ليتوصل للحكم الذي يتضمنه ، ويجب أن يتفانى القاضي في سبيل التوصل لتفسير القانون ، لأجل التوصل لحكم القانون لتطبيقه على النزاع ، ويستعين القاضي بكافة الوسائل التي أباحها له القانون للتوصل لتفسير القانون [١].

وهذا ما خذ به المشرع العراقي في المادة ١ فقرة ٢ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والمطابقة للمادة ٢ من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ [*]، إذ أُبيح للقاضي العراقي أو المصري، الرجوع لمجموعة من الوسائل لأجل التوصل لحكم القانون، فيما إذا تعسر عليه التوصل إليه، فأبيح لهما الرجوع للعرف والشريعة الإسلامية وقواعد العدالة وأضاف المشرع المصري القانون الطبيعي، فالقاضي يستطيع الرجوع إليها لإستخلاص تفسير للقانون للتوصل للحكم الذي يتضمنه ومن ثمَّ تطبيقه على النزاع.

ولا يستطيع القاضي الإمتناع عن الفصل بالنزاع لأنه يعدّممتنعاً عن إحقاق الحق ومن ثمَّ منكراً للعدالة، ومثال ذلك المادة ٣٠ من قانون المرافعات العراقي ٨٣ لسنة ١٩٦٩ [*].

فالقاضي ملزم إذن بالفصل للنزاع وإذا تعسر عليه التوصل للحكم عليه الرجوع للوسائل التي أباحها له مشرعه للتوصل لحكم القانون .

ويتميز التفسير القضائي بالطابع العملي، لأن القاضي ينزل لميدان الحياة العملية ، فيتأثر القاضي بظروف واقع الحياة العملية، مما ينعكس ذلك على تفسيراته بشكل تأتي في أغلب

الأحيان مطابقة لواقع الحياة العملية، لذلك يصطبغ التفسير القضائي بالصبغة العملية، وكثيراً ما يؤدي ذلك إلى إهدار القانون ذاته، وذلك بالخروج عن معناه الذي قصده المشرع إذا ما اتضح جور وفساد وظلم ذلك القانون[٢].

أما فيما يخص للقوة الإلزامية للتفسير القضائي، فتختلف القوة الإلزامية له بحسب كون الدولة لاتينية أم إنكلوسكسونية، لذلك سنتناول القوة الإلزامية للتفسير القضائي في الدول اللاتينية والإنكلوسكسونية وكما يأتي :-

أولاً: القوة الإلزامية للتفسير القضائي في الدول اللاتينية

الأصل في الدول اللاتينية مثل فرنسا و بلجيكا و مصر و العراق ، أن أي حكم قضائي يصدر من أي محكمة لا يلزم القاضي الذي أصدره، ولا قاضي أي محكمة أخرى وإن كانت من درجة أدنى من المحكمة التي أصدرته، لأن القضاء لا يعدّمصدراً رسمياً للقانون في الدول

---

[١] محمد صالح القويزي – بحثه – ص٥١٦ و توفيق حسن ، محمد يحيى – مصدر سابق –ص١٧٤ و نعيم حسن سلمان – مصدر سابق – ص١٧،١٨.

[*] المادة ١ فقرة ٢ قانون مدني عراقي (فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة) المادة ٢ قانون مدني مصري (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية ،فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة)

[*] المادة ٣٠ (لا يجوز لاي محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عدّالقاضي ممتنعاً عن احقاق الحق وبعدّأيضاً التاخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعاً عن أحقاق الحق)

[٢] Batiffol – أسئلة حول التفسير القانوني – ص١٤ و Yassen –op.cit– P.٥٧٧ – و محمد صالح القويزي – بحثه – ص٥١٦ و نعيم حسن سلمان – مصدر سابق – ص١٨

اللاتينية، لأن دور القاضي في تلك الدول يقتصر على تطبيق القانون، أما المشرع فاختصاصه خلق القانون[١].

فالتفسيرات التي تصدر من محاكم الدرجة الدنيا سواء أكانت محاكم درجة أولى أم استئناف لا تلزم المحكمة التي أصدرته*.

ولا أي محكمة أخرى ولا يلزم المحكمة وإن تواترت عليه مجموعة من المحاكم[٢].

أما تفسيرات المحاكم العليا فإنها غير ملزمةلمحاكم الدرجة الدنيا (درجة أولى أو استئناف) (كما بينا آنفاً) لأنه القضاء ليس مصدراً رسمياً للقانون ، ولأن التفسير القضائي يصطبغ بالصبغة العملية[٣].

ولكن الواقع العملي يشير إلى خلاف ذلك إذ تفسيرات المحكمة العليا لها الأثر المعنوي والعملي على قضاة محاكم الدرجة الدنيا *.

إذ يلتزم بها قضاة تلك المحاكم[٤].

إذ إن محاكم غالبية الدول الأوربية وفرنسا تأخذ بالسوابق القضائية *. فيما يخص للقضايا المتماثلة بالرغم من كونها دولاً لاتينية[٥].

وذلك ما حدا بالمشرع المصري إلى إصدار قانون المحكمة العليا المصرية ، الذي ألزم المحاكم الدنيا بإتباع تفسيرات محكمة النقض في الحدود التي نص عليها القانون ، وذلك عكس ما كان عليه الحال قبل صدور قانون المحكمة العليا المصرية إذ كانت تفسيرات محكمة النقض غير ملزمه للمحاكم الدنيا[٦].

وفيما يتعلق بمحكمة تمييز العراق ،فإن جميع قراراتها وتفسيراتها لها قوة السوابق القضائية إزاء جميع المحاكم العراقية، سواء أكانت محاكم درجة أولى أم محاكم استئناف وملزم لمحكمة التمييز نفسها أيضاً[٧].

أي أنه أصبح من المبادئ المسلم بها على صعيد الدول اللاتينية والأنكلوسكسونية، تقيد محاكم الدرجة الأولى أو الاستئناف بقرارات وتفسيرات المحكمة العليا ، وتلتزم به المحكمة العليا

---

[١] عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص٩٨.

* إلا إنه يجب أن يكون التفسير ملزماً للمحكمة التي أصدرته. وإن الاستمرار على ذلك التفسير فيما يخص للوقائع المتماثلة يتفق مع مقتضيات العدالة إلا إذا تبين للمحكمة إن تفسيرها السابق غير صحيح. نعيم حسن سلمان – مصدر سابق – ص٢٠.

[٢] علي جمعة محارب – دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية – مجلة القضاء – العددان ٢.١ – سنة٣٦ – (بغداد ، ١٩٩١) – ص٦٨ و توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر – مصدر سابق – ص١٧٤ و محمد صالح القويزي – بحثه– ص٥٦٦ و عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص ٧٦.

[٣] فريد فتيان ـ مصدر سابق ـ ص ٢١ وعبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص ٧١ .

* لانه المحكمة العليا ينضوي تحتها عدد كبير من القضاة ، والذين يتمتعون بدرجة عالية من الدراية في القانون، ويمتلكون خبرة كبيرة وطويلة في مجال القضاء ، فضلاً عن تماسهم بالواقع العملي للحياة ، من خلال نظرهم في القضايا المعروضة عليهم لذلك تكون غالبية قرارات أو تفسيرات المحكمة العليا إن لم تكن معظمها صحيحة ومطابقة للواقع العملي للحياة لكل ذلك فإن قضاة محاكم الدرجة الأولى أو الاستئناف يلزمون أنفسهم بقرارات المحكمة العليا .

[٤] عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص٧١

* السابقة القضائية : هي حكم قضائي صادر في قضية معينة ، من المفروض أن تلتزم به المحكمة التي أصدرته أو المحاكم الأخرى , في قضية لاحقة مماثلة للقضية التي صدر فيها الحكم . صالح محسوب ـ السوابق القضائية ودورها في الأستقرار القضائي ـ مجلة القضاء ـ العدد ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ ـ السنة ٥٣ ـ (بغداد ، ١٩٩٩) ـ ص ٣٥ .

[٥] صالح محسوب ـ بحثه ـ ص ٣٦ .

[٦] توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٤، ١٧٥ .

[٧] نعيم حسن سلمان ـ مصدر سابق ـ ص ٢٠ .

نفسها ، مالم يصدر قرار أو تفسير جديد من المحكمة العليا ، يغير القرار أو التفسير القديم ، أو يصدر قانون يعدل القرار أو التفسير القديم أو يلغيه[١].

إذا سلمنا بإتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي (وسنبين لاحقاً بأن ذلك الأتجاه هو الأتجاه الصحيح والذي أخذ به غالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم) فيجب على القاضي الوطني عند تفسيره للقانون الأجنبي ، التقيد بالحلول القانونية والقضائية والفقهية المسلم بها في دولة القانون الأجنبي ، تنفيذاً لما تفضي أليه قاعدة الإسناد بضرورة تطبيق القانون الأجنبي، (أي كما هو مطبق فعلاً ومفسر في دولة القانون الأجنبي) ، أي على القاضي الوطني التقيد بموقف القاضي الأجنبي عند تفسيره لقانونه .

فأذا كان القاضي الوطني بصدد تفسير قانون أجنبي عائد لدولة لاتينية ، وحصل القاضي الوطني على تفسير قضائي للقانون الأجنبي صادر من محكمة دنيا (سواء أكانت محكمة درجة أولى أو استئناف) فعليه التقيد بموقف القاضي الأجنبي في الدولة اللاتينية إزائه [٢].

أي إنه على القاضي الوطني عدم التقيد به والاستئناس به فقط في تفسير القانون الأجنبي (لأنه موقف القاضي اللاتيني) وذلك هو الأصل وإذا لحظ القاضي الوطني إن ذلك التفسير يعبر عن التفسير المطبق فعلاً في دولة القانون الأجنبي فعليه الأخذ به في تفسير القانون الأجنبي ، لأنه يمثل التفسير الحقيقي والفعلي والذي يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد (وإن كان لا يلزم القاضي في الدولة اللاتينية).

أما إذا كان التفسير القضائي صادراً من محكمة عليا ، فعلى القاضي الوطني التقيد به في تفسير القانون الأجنبي [٣].

وتفسير المحكمة العليا كما لحظنا يلزم ويقيد كافة المحاكم في البلد سواء أكانت الدولة لاتينية أم أنكلوسكسونية ، أي إن التفسير القضائي للمحكمة العليا بمثابة التفسير التشريعي من حيث القوة الألزامية تجاه القاضي الأجنبي في الدولة اللاتينية فلذلك على القاضي الوطني التقيد به في تفسير القانون الأجنبي.

ومن ثمَّ التقيد بهذه الحلول يؤدي بنا إلى التوصل لتفسيرات فعلية وحقيقية تحاكي واقع الحياة في دولة القانون الأجنبي ، وذلك يتماشى مع غاية المشرع الوطني ، ويحقق مصالح الخصوم . والتعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة ،

ثانياً : القوة الألزامية للتفسير القضائي في الدول الأنكلوسكسونية

الاصل في الدول الانكلوسكسونية مثل أنكلترا وكندا و استراليا و الولايات المتحدة الأمريكية ، إن التفسير القضائي ملزم للقاضي في الدولة الانكلوسكسونية ، إلا إن الالتزام بالتفسير القضائي ليس بصورة مطلقة للمحاكم بل بدرجات متفاوتة [٤].

---

[١] صالح محسوب ـ بحثه ـ ص ٣٥

[٢] جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص ـ ج٢ ـ في تنازع القوانين وتنازع الهيئات وتنازع الأختصاص ـ مطبعة الهلال ـ (بغداد ، ١٩٤٩) ـ ص٢٧٢ و جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ ج٣ ـ في تنازع القوانين ـ (بدون مكان طبع ، ١٩٦٠) ـ ص ٦٨٤ و جابر جاد عبد الحمن ـ تنازع القوانين ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، ١٩٧٠) ـ ص ٦١٢ .

[٣] جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص ـ ص٢٧١ـ ٢٧٢ و جابر جاد عبد الرحمن ـ قانون الدولي الخاص العربي العربي ـ ص ٦٨٤ ، ٦٨٥ و جابر جاد عبد الرحمن ـ تنازع القوانين ـ ص ٦١٢ ، ٦١٣ .

[٤] علي جمعة محارب بحثه ـ ص٦٨

* لذلك نلحظ إن القانون العام الإنكليزي تَكَوَّنَ قضائياً ، ولأجل التعرف على أحكام القانون في أحد الدول الانكلوسكسونية ، لابد أن نرجع لأحكام القضاء السابقة لأجل استخلاصه منها ، لذلك يعدّ التشريع استثناء في الدول الانكلوسكسونية ، فلا يرجع إليه إلا لأجل إتمام أو تعديل القانون العام والذي تكون بصورة قضائية بحته . وفي الدول الانكلوسكسونية تقوم دراسة القضاء مقام دراسة القانون في الدول اللاتينية . لذلك يسمى القانون الإنكليزي (بالقانون القضائي) . عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص ٩٧ ، ٩٨ .

لأنه القضاء يعدّمصدراً رسمياً للقا نون في الدول الانكلوسكسونية *.
بل إن القانون عندهم قائم بصورة رئيسة على السوابق القضائية [١].

فلكي يحكم القاضي في الدولة الانكلوسكسونية في أحد القضايا لابد أن يرجع لأحكام القضاء السابقة الصادرة في دعوى مماثلة للدعوى المعروضة أمامه ، لأستنباط حكم منها ليطبق على النزاع المعروض امامه [٢].

ولكن إلتزام القاضي في الدولة الانكلوسكسونية بالتفسيرات القضائية ليس بصورة مطلقة ، فالأحكام الصادرة من محكمة دنيا لا تُلزم المحاكم التي في نفس درجتها مطلقاً ، أي إن الأصل إلتزام القاضي بها ولكن يستطيع العدول عنها إذا وجد سبباً قوياً يسوّغ له ذلك ، أما أحكام أو تفسيرات محكمة الأستئناف فكقاعدة عامة تلزم محكة الأستئناف نفسها ، وتُلزم دائماً المحاكم الأدنى منها درجة ، وفيما يخص أحكام أو تفسيرات المحكمة العليا (أي مجلس اللوردات *في إنكلترا (Chambre des Lords , The House of Lords) فإنها مُلزمة للمحكمة العليا ولجميع المحاكم * الأخرى في الدولة الانكلوسكسونية [٣].

إن قاعدة الأسناد تأمر القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي ، أي التقيد بالحلول القانونية والقضائية في بلد القانون الأجنبي، (وطبعاً ذلك فيما إذا إتبعنا الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي لأنه كما سنبين لاحقاً إن ذلك الأتجاه هو الاتجاه الراجح والذي أخذت به غالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم) ، فإذا كان القاضي الوطني بصدد تطبيق قانون أجنبي عائد لدولة انكلوسكسونية، فيجب عليه التقيد بموقف القاضي في الدولة الانكلوسكسونية من القرارات أو التفسيرات القضائية [٤].

أي إذا وجد القاضي الوطني إن التفسير القضائي صادر من محكمة درجة أولى فالأصل هنا إن عليه التقيد به ، لكن إذا وجده لا يمثل التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، فعليه أن يعرض عنه ولا يتبعه في تفسير القانون الأجنبي ، ولكن إذا كان التفسير صادر من محكمة الاستئناف أو محكمة عليا فعلى القاضي الوطني التقيد به ،(لأنه القاضي في الدولة الانكلوسكسونية يقيد نفسه بها دائماً فقوتها الالزامية كالقوة الالزامية للتفسير التشريعي) ،فعلى القاضي الوطني التقيد بها (لأنها تمثل التفسير الفعلي الواقعي للقانون الأجنبي) ، وذلك يؤدي بنا إلى التوصل لتفسيرات تعبر عن واقع الحياة العملية ، وذلك يوافق غاية المشرع الوطني ويمتاشى مع مصالح الخصوم ويحقق التعاون على صعيد العلاقات الدولية الخاصة .

---

[١] عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص ٩٧

[٢] جابر جاد عبد الرحمن ـ تنازع القوانين ـ ص ٦١٢. وجابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص ـ ص ٢٧١ ، ٢٧٢ و جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ ص ٦١٣ و - yassen–op.cit - p. ٥٧٨

* ويتألف مجلس اللوردات من اللوردات المؤهلين للقيام بمهمة القضاء ، وهو يختص بالنظر بالطعون في أحكام محكمة الاستئناف . وتنظر هذه الطعون هيأة مؤلفة من خمسة لوردات ، أو سبعة في الحالات التي تحظى بأهمية استثنائية . ومجلس اللوردات ينظر بموضوع الدعوى ويفصل فيها كمحكمة الاستئناف بسلطة كاملة وبصورة نهائية , وليس كمحكمة التمييز أو النقض في الأنظمة القانونية اللاتينية . أي إن مجلس اللوردات محكمة قانون وموضوع معاً . عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص٩٨ . والمعروف إن مجلس اللوردات لا يسرف في تدخله في مجال الوقائع بل يتحاشى ذلك ، كلما رأى محكام الاستئناف والدرجة الأولى على إتفاق بينها بشأن الوقائع ما لم ينطوي الأتفاق على خطأ بَيّنْ .مصطفى كامل ياسين ـ بحثه ـ ص ١٨٩ .

* فإذا حكم مجلس اللوردات في قضية معينة فإنه على المحاكم الإنكليزية . التقيد بذلك الحكم ولا يستطيعون التخلص منه إلا بالقيام ببعض التمييزات المصطنعة كإن يقول : إن الحالة المعروضة أمامه لا تشبه أبداً السابقة القضائية . جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص ـ هامش ١ ص ٢٧٢ وجابر جاد ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ هامش ٢ ص ٦٨٤ وجابر جاد ـ تنازع القوانين ـ هامش ٢ ص ٦١٢ .

[٣] عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص ٩٨ .

[٤] جابر جاد ـ تنازع القوانين ـ ص ٦١٢ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ ص ٦٨٥ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص ـ ص ٢٧٢ .

ثالثا: التفسير الفقهي للقانون الأجنبي .

وهو التفسير الذي يقوم بوضعه فقهاء القانون*، القانون في كتبهم ورسائلهم وأبحاثهم فالفقهاء لهم الدور الكبير في وضع النظريات القانونية والمبادئ العامة للقانون ، والتي تمثل الركائز الأساسية التي يستند عليها المشرع في تشريعه للقانون والقاضي في تطبيقه للقانون ، والفقيه عند تفسيره للقانون يتجرد من الظروف الواقعية ، لأنه لا يتعرض لحالات من واقع الحياة ، لذلك يصطبغ التفسير الفقهي بالصبغة النظرية بعكس التفسير القضائي الذي يصطبغ بالصبغة العملية [١] .

والفقيه له مجال واسع للدراسة والبحث المعمق دون التقيد بتفسير صدر بواقعة معينة، بعكس القاضي الذي يلزم في الغالب بتفسيرات محكمة الاستئناف ودائماً بتفسيرات المحكمة العليا ، لذلك فالفقه له دور كبير في تفسير القانون [٢] .

وفيما يخص القوة الألزامية للتفسير الفقهي ، فالدول اللاتينية لا يلتزم قضاتها به ، لأن الفقه ليس مصدراً للقانون في الدول اللاتينية [٣] .

أما الدول الانكلوسكسونية فإن قضاتها يمنحون فقهاء القانون مركزاً ممتازاً وغالباً ما تعدّ آرائهم قضيه مسلمة [٤] .

لأن قانونهم قائم على القضاء والعرف والعادة وآراء الفقهاء وأصبح من المسلم به التعاون بين الفقه والقضاء لأن الفقيه عند تفسيره للقانون يأخذ بالحسبان التفسيرات القضائية ، والقاضي عند تفسيره للقانون يضع نصب عينيه تفسيرات الفقهاء لأجل الوصول لأفضل التفسيرات [٥] .

وبرغم ذلك فإن الدول اللاتينية ترجع للفقه لأستلهام الحلول عند عدم وجود حكم أو تفسير في القانون [٦] .

مثال ذلك ما ذهبت إليه المادة ١ فقرة ٣ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١* .

لقد بينا بأن على القاضي الوطني التقيد بموقف القاضي الأجنبي عند تفسيره لقانونه ، تماشياً مع أمر المشرع الوطني في قاعدة الأسناد التي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، (عند تسليمنا بإتباع الإسلوب الأجنبي).

والتفسير الفقهي للقانون الأجنبي من السهولة واليسر التوصل إليه ، لأن في كل بلد مؤلفاً قانونياً يوضح كل قانون من قوانينها، والتي يضعها الفقهاء أو المحامين أو القضاة ولا بد أن تكون هذه المؤلفات منتشرة في دول العالم ويسهل على القاضي الوطني الحصول على هذه المؤلفات لتزوده بالتفسيرات الفقهية للقانون الأجنبي [٧] .

---

* يذهب البعض إلى التفرقة بين الفقهاء والشراح . إذ يرون إن الفقهاء هم الذين يضعون النظريات الجديدة ويطرحون الأفكار الحديثة ويرون إن الشراح هم الذين يقتصر عملهم على شرح قواعد القانون دون اضافة. عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ هامش ١ ص ٩٥ .

[١] توفيق حسن محمد يحيى ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٥ و محمد صالح القويزي ـ بحثه ـ ص ٥١٨ ، ٥١٩

[٢] Batirtol ـ أسئلة حول القانوني ـ ص ١٠ ،١١ و محمد صالح ـ بحثه ـ ص ٥١٩ .

[٣] فريد فيتيان ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥

[٤] جابرجاد ـ تنازع القوانين ـ ص ٦١٣ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ ص ٦٨٥ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص ـ ص ٢٧٢ .

[٥] توفيق حسن ، محمد يحيى ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٥ ، ١٧٦ و عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص ٧٢

[٦] Yassen -op.cit - p. ٥٨٣ .

*المادة١ فقرة ٣ قانون مدني عراقي (وتسترشد المحاكم في كل ذلك ـ أي تطبيق النصوص التشريعية أو في حالة الرجوع للعرف أو الشريعة الاسلامية أوقواعد العدالة في حالة عدم وجود نص ـ بالأحكام التي اقرها القضاءوالفقه في العراق ثم البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العرا قية).

[٧] - Yassen - op.cit- p ٥٨٣ –٥٨

فإذا كان القاضي الوطني بصدد تفسير قانون دولة لاتينية ، فعليه أن لا يتقيد بالتفسير الفقهي في تفسير القانون الأجنبي وله الأستئناس به (تقيداً بموقف القاضي اللاتيني إزاءه) [١].

ومع ذلك إذا وجد القاضي الوطني إن التفسير الفقهي يعبر عن التفسير الفعلي للقانون الأجنبي فعليه الإلتزام به لأنه يمثل التفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي والذي يوافق غاية المشرع الوطني .

أما إذا كان القاضي الوطني بصدد تطبيق قانون دولة انكلوسكسونية فعليه الألتزام بالتفسير الفقهي في تفسيره للقانون الأجنبي (لأنه موقف القاضي الانكلوسكسوني) [٢].

ولكن مع ذلك إذا وجد القاضي الوطني أن التفسير الفقهي لا يعبر عن التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي، فعليه إذاً أن لا يلتزم به .

والتقيد بهذه الحلول يؤدي بنا إلى تفسيرات فعلية وحقيقية للقانون الأجنبي ،وذلك يوافق غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم .

---

[١] جابر جاد ـ تنازع القوانين ـ ص ٦١٣ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ ص ٦٨٥ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص ـ ص ٢٧٢ .

[٢] . جابر جاد تنازع القوانين ـ ص ٦١٣ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ ص ٦٨٥ و جابر جاد ـ القانون الدولي الخاص ـ ص ٢٧٢ .

المطلب الثالث

نطاق تفسير القانون الأجنبي

لكي نصل للتشخيص الوافي لمفهوم تفسير القانون الأجنبي لابد أن نميز تفسير القانون الأجنبي عما تختلط به من مواضيع .

فتفسير القانون الأجنبي يشابه التكييف في تنازع القوانين وتفسير العقد ، لذلك سنبين الفارق بين تفسير القانون الأجنبي والتكييف في تنازع القوانين هذا من جهة ،ومن جهة أخرى الفارق بين تفسير القانون الأجنبي وتفسير العقد ، وصولاً للتشخيص الدقيق لمفهوم تفسير القانون الأجنبي لذلك ينقسم ذلك المطلب لفرعين هما :

الفرع الأول : تميز تفسير القانون الأجنبي عن التكييف .

الفرع الثاني : تميز تفسير القانون الأجنبي عن تفسير العقد .

الفرع الأول

تمييز تفسير القانون الأجنبي عن التكييف .

(Qualificatioin, Classification)

يختلط ويتشابه تفسير القانون الأجنبي مع التكييف في تنازع القوانين من حيث إن كليهما تفسير ، لأن التكييف ما هو إلا تفسير للعلاقة القانونية كما ذهب البعض ، أو هو تفسير للعلاقة القانونية وقاعدة الإسناد كما ذهب البعض الأخر ، وكليهما أي تفسير القانون الأجنبي والتكييف (باعتباره تفسير)من موضوعات القانون الدولي الخاص وبالتحديد من موضوعات تنازع القوانين ، وذلك مما يزيد الخلط بينهما ، لذلك سنحاول أن نوضح الفارق بينهما في هذا الفرع إذ نتناول في الفقرة الأولى بتعريف التكييف ، وفي الفقرة الثانية نطاق التكييف ، وفي الفقرة الثالثة والأخيرة التمييز بين تفسير القانون الأجنبي والتكييف .

الفقرة الأولى

تعريف التكييف

عندما يعرض على القاضي نزاع معين مشوب بعنصر أجنبي فعليه أن يحدد طبيعة النزاع ، أي أن يحدد هل أن النزاع متعلق بالميراث فيخضع النزاع لقانون جنسية المورث

المادة ٢٢ قانون مدني عراقي* ، أم إن النزاع متعلق بشكل العقد ومن ثمَّ يخضع النزاع لقانون بلد إبرام العقد المادة ٢٦ قانون مدني عراقي* ، إذن هنا القاضي يحدد طبيعة العلاقة القانونية أو النزاع ، لكي يدخلها تحت أحد الطوائف المسندة (الأهلية ، شكل العقد ، الميراث ، الوصية) والموجودة في قواعد الاسناد الوطنية تمهيداً لإسناد العلاقة القانونية عن طريق قاعدة الإسناد للقانون المختص [1].

وهذا ما يطلق عليه التكييف في تنازع القوانين،ووردت له العديد من التعريفات نورد منها ما يأتي:

---

* المادة ٢٢ قانون مدني عراقي والتي مضمونها (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته...)، والمطابقة للمادة ٢٧ من مشروع القانون المدني العراقي التي مضمونها (يسري على الميراث قانون دولة المورث وقت موته ...) .

* المادة ٢٦ قانون مدني عراقي (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)، والمطابقة لمضمون المادة ٣٢من مشروع القانون المدني العراقي التي مضمونها (يسري على شكل العقد ، قانون الدولة التي ابرم فيها ...).

[1] كريم مزعل شبي ـ التكييف في تنازع القوانين ـ رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ـ (بغداد ، ١٩٩٢) ـ ص ٦

(تحديد طبيعة العلاقة القانونية موضوع النزاع وإعطاءها الوصف الملاءم تمهيداً لإسنادها إلى قانون معين) [١].

أو (هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في نطاق طائفة من المسائل القانونية التي خصها المشرع بقاعدة الإسناد) [٢].

أو (تفسير العلاقة القانونية لتحديد مفهومها المجرد) [٣].

ومن خلال ذلك نلحظ بأن التكييف ما هو إلا تفسير وقد يرد على العلاقة القانونية فقط كما ذهب البعض أو يرد عليها وعلى قاعدة الإسناد كما ذهب البعض الأخر فإذا عرض نزاع على القاضي الفرنسي ، يتعلق بطلب زوجة عراقية بنفقتها على زوجها العراقي ، فعلى القاضي الفرنسي أن يحدد أو يفسر طبيعة العلاقة القانونية ، أي إن كانت تنتمي لأثار الزواج الشخصية ، أم لأثار الزواج المالية ، وهنا تكيف المحكمة الفرنسية أو تفسر العلاقة القانونية استناداً للقانون الفرنسي* ، بأنها متعلقة بأثار الزواج المالية والتي تخضع لقانون جنسية الزوج وهو القانون العراقي، ومن هنا يظهر التشابه بين تفسير القانون الأجنبي وتفسير العلاقة القانونية أي التكييف .لأن كليهما تفسير واقعان ضمن تنازع القوانين .

الفقرة الثانية
نطاق التكييف

توجد حالات مشابهة للتكييف مما يؤدي بنا إلى الخلط بين التكييف وبين تلك الحالات ، وهنا سنحاول أن نفرق بين التكييف وعن ما يشتبه به من حالات .

أولاً : المسائل الأولية السابقة على تطبيق قاعدة الأسناد .

مثل تحديد جنسية أو موطن الشخص ، فإذا أكمل القاضي تكييف العلاقة القانونية وتراءى له إنها متعلقة بالأهلية ، فقاعدة الأسناد الخاصة بالأهلية تنص على إنه الأهلية تخضع لقانون جنسية الشخص ، ومن ثمَّ لا نستطيع تطبيق قاعدة الإسناد ما لم نحدد جنسية الشخص .

وتلك الحالة لا تعدّ تكييفاً وإن كانت سابقة على تطبيق قاعدة الإسناد لأن ذلك التحديد لا يخضع للقانون الذي يحكم التكييف وإنما يخضع لقوانين خاصة بتنازع الجنسيات أو الموطن [٤].

فضلاً عن إنه ذلك التحديد ينصب على ضابط الإسناد ولا ينصب على العلاقة القانونية والتي ينصب عليها التكييف ، أي إن التكييف تفسير للعلاقة القانونية وإن ذهب جانب من الفقه إلى شمول التكييف لتلك المسائل الأولية ويضربون مثلاً لذلك ،تنص قاعدة الإسناد الخاصة بالإلتزامات التعاقدية بأن تلك الالتزامات تخضع لقانون مكان الأنعقاد ، وهي متماثلة في القانونين المصري

---

[١] جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص ـ ص ١١٩ .

[٢] عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ ج٢ ـ في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين ـ ط ٧ ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، ١٩٧٢) – ص١١٤

[٣] ممدوح عبد الكريم حافظ ـ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ـ ص ٢٥٧

* ويذهب غالبية الفقه والانظمة القانونية في العالم الى خضوع تكييف العلاقة القانونية أو النزاع الى قانون القاضي العروف امامه النزاع . عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص ١٢٣,١٢٤ . وتذهب لذلك المادة ١٧فقرة ١ من القانون المدني العراقي التي مضمونها (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها) ، وذهبت لذلك المادة ١٦ فقرة ١ من مشروع القانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ التي مضمونها (القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات القانونية عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها) .

[٤] جابر جاد ـ مصدر السابق ـ ص ١٢٠ ،١٢١ و كريم مزعل ـ مصدر سابق ـ ص ٢٦ ،٢٧ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ أصول تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، ١٩٩٠) ـ ص ٩٠، ٩١

واللبناني فأذا تعاقد لبناني ومصري تعاقداً بين غائبين ، وأصدر المصري إيجابه ورد اللبناني قبوله ، فمكان الإنعقاد إستناداً للمادة ٩٧ قانون مدني مصري هو مكان العلم بالقبول أي علم الموجب بالقبول ، ومكان الانعقاد في القانون اللبناني إستناداً للمادة ١٨٤ قانون مدني لبناني هو مكان صدور القبول أي صدور القبول من القابل ، فالقاضي هنا لا يستطيع تطبيق قاعدة الإسناد ما لم يحدد المقصود بمكان الانعقاد أي يكيف أو يفسر قاعدة الإسناد ، ومن ثمَّ فتلك المسائل الأولية تلحق بالتكييف [١].

أي إن التكييف يعدّتفسيراً للعلاقة القانونية وقاعدة الإسناد .

ثانياً : التعريفات القانونية اللاحقة على تطبيق قاعدة الإسناد .

فمثلاً لو ثارت مسألة بشأن بنوة ولد إيطالي أمام القضاء الفرنسي ، فإن القاضي الفرنسي يكيفُ العلاقة استناداً للقانون الفرنسي بأنها تتعلق بالأحوال الشخصية ، ومن ثمَّ تخضع للقانون الإيطالي بعدّه قانون جنسية الولد (لأنه الأحوال الشخصية تخضع لقانون الجنسية) ، ومن ثمَّ فالقانون الإيطالي هو الذي يحدد شروط ذلك الأعتراف لا القانون الفرنسي لأنه لاحق على تطبيق قاعدة الإسناد ، ومنطقياً لاحق على التكييف السابق على تطبيق قاعدة الإسناد [٢].

أي إن التعريفات القانونية الأولية ، التي يتطلبها تطبيق القانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه ، ومن ثمَّ يرجع بتحديدها للقانون الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه [٣].

الفقرة الثالثة
التمييز بين تفسير القانون الأجنبي والتكييف

بعد أن إنتهينا من بيان تعريف التكييف وتحديد نطاقه ، فإننا هنا سنميز بين تفسير القانون الأجنبي والتكييف بما يأتي .

أولاً : إن التكييف يكون سابقاً على تطبيق قاعدة الإسناد سواء أكان التكييف يرد على العلاقة القانونية فقط أم يرد على الأخيرة وضابط الإسناد ، أما تفسير القانون الأجنبي فإنه يكون لاحق على تطبيق قاعدة الإسناد ، وذلك لأنه أولاً نطبق قاعدة الإسناد وبذلك نحدد القانون الواجب التطبيق ، ومن ثم نثبت ذلك القانون الأجنبي ، بعد ذلك نصل لتفسير القانون الأجنبي ومن هنا نلاحظ الفارق الزمني بين التكييف وتفسير القانون الأجنبي ، والذي يوضح لنا الفارق بين تفسير القانون الأجنبي والتكييف .

ثانياً : التكييف يرد على العلاقة القانونية فقط أو عليها وعلى قاعدة الإسناد ، بينما تفسير القانون الأجنبي لا يرد لا على العلاقة القانونية ولا على قاعدة الإسناد وإنما يرد على القانون الأجنبي الواجب التطبيق .

ثالثاً : أما التعريفات القانونية فإنها تعدّتفسيراً للقانون الأجنبي [٤].

وذلك لما يأتي :

أ ـ إن تلك التعريفات تكون لاحقة على التكييف وعلى تطبيق قاعدة الإسناد ، فمثلاً لو عرض نزاع على قاضي وطني بخصوص أهلية أجنبي , فإنه يطبق قانون جنسية الشخص ،وهنا نصل لتحديد القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وعندها نصل لإثبات ذلك القانون ومن ثم تفسيره ، فإذا

---

[١] كريم مزعل ـ مصدر سابق ـ ص ٢٧ ، ٢٨

[٢] جابر جاد ـ مصدر سابق ـ ص ١١٩ ، ١٢٠

[٣] فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ مصدر سابق ـ ص ٩٠ ، ٩١

[٤] هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ـ ص ٣٥٥ ، ٣٥٦ و مصطفى كامل ياسين ـ بحثه ـ ص ١٨٢

تضمن النص تعابير مثل السفه أو القصر أو البلوغ أو الحجر ، فإننا نرجع لتحديدها للقانون الأجنبي لا القانون الوطني ، وبذلك نلاحظ الفارق الزمني بين التكييف وتحديد تلك التعاريف القانونية .

ب - التعريفات القانونية ترد على مفاهيم موجودة ضمن القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، أي إننا هنا بصدد تفسير قانون أجنبي .

ج - ومما يعضد ما نذهب إليه إنه يرجع في تحديد تلك المفاهيم إلى القانون الأجنبي لا القانون الوطني والذي نرجع إليه في التكييف ، وذلك لإرتباط تلك المفاهيم بقانون أجنبي عائد لدولة أخرى غير دولة القاضي .

وبذلك نتوصل إلى إنه كل تفسير يرد على العلاقة القانونية أو قاعدة الإسناد يخرج عن نطاق تفسير القانون الأجنبي لأنه تكييف ، وكل تفسير يحصل بعد تحديد القانون الواجب التطبيق وبديهياً بعد تطبيق قاعدة الإسناد هو تفسير للقانون الأجنبي .

الفرع الثاني
تمييز تفسير القانون الأجنبي عن تفسير العقد

يشابه تفسير القانون الأجنبي تفسير العقد وذلك يوقعنا بالخلط بينهما ، وذلك لأنه يذهب بعض الكتاب إلى تشبيه القانون الأجنبي بالعقد * ،وخاصةً عند ورود القانون الأجنبي في شرط تعاقدي[١].
وغالبية الدول لا تفرض الرقابة على تفسير العقد إلا في حالة تحريف أو تشويه العقد، ومثل ذلك الحل مشابه لما معمول به على صعيد تفسير القانون الأجنبي فيما يخص الدول التي لا تفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي إلا عند تحريف أو تشويه القانون الأجنبي ،مثل مصر وفرنسا والعراق [٢].
وفضلا عن ذلك إن كليهما أي تفسيرالقانون الأجنبي وتفسير العقد ، ينصبان على موضوع التفسير فضلاً عن إنه كليهما يتظمنان بحث عن نية أو إرادة ، ففي تفسير العقد بحثاً عن إرادة أونية الأطراف وفي تفسير القانون الأجنبي بحث عن نية أو إرادة المشرع الأجنبي، ولكل ذلك فالخلط يحصل بينهما ، ولذلك سنحاول هنا أن نميز قدر الإمكان بينهما ، إذ سنتطرق في الفقرة الأولى لتعريف القانون والعقد وتفسير العقد ، وفي الفقرة الثانية التمييز بين تفسير القانون الأجنبي وتفسير العقد ولكي يكتمل التمييز بينهما نتناول في الفقرة الثالثة تفسير القانون الأجنبي الوارد في شرط تعاقدي .

الفقرة الأولى
تعريف القانون والعقد وتفسير العقد

في هذه الفقرة سنبين تعريف القانون لاستخلاص خصائص القانون العامة ، والتي هي خصائص القانون الأجنبي أيضاً بعدّه قانوناً .
أما فيما يخص خصائص تفسير القانون الأجنبي ، فلأجل التوصل إليها سنرجع لتعريف تفسير القانون الأجنبي (الذي أوردناه أنفاً) ، وسنبين بعد ذلك تعريف العقد وتفسير العقد لاستخلاص خصائص العقد وتفسير العقد .
ومن ثَمَّ فتصبح لدينا خصائص القانون الأجنبي وتفسيره من جهة ومن جهة أخرى خصائص العقد وتفسيره، وذلك سيمكننا من التمييز بين تفسير القانون الأجنبي والعقد .

أولاً : تعريف القانون .

القانون لغة ، هو القواعد المطردة والمستقرة والتي توحي بالإستمرار والإنتظام [٣].
فعلى صعيد العلوم الطبيعية يقال(قانون الجاذبية الأرضية) أو(قانون العرض والطلب) أو (القانون الكوني) [٤].
أما في إصطلاح القانون .

---

* وذهب إلى ذلك الأستاذ الفرنسي Batiffol إذ شبه القانون الأجنبي بأنظمه وقوانين الجمعيات أوالنقابات أو الشركات والتي يطبقها القاضي دون أن يخضع لسلطة الأعضاء
-Henri Batiffol et Paul Lagarde -Droit international–privé - tome ١- Septieme Edition - (paris,١٩٨١) - N٣٢٨P٣٨٢ .
١ - Pierre Mayer-op.cit- N١٧٩P١٢١
٢ عبد الرزاق عبد الوهاب ـ رقابة محكمة التمييز على تفسير العقود ـ مجلة العدالة ـ السنة٢ـ العدد ٢ - (نيسان ، مايس ، حزيران ، ١٩٦٣) ـ ص ٣٤٦ ،٣٤٧ و ص ٣٥٦ .
٣ عبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ هامش ١ ص ١٠ وهشام علي صادق ـ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ـ ط١ ـ منشأة المعارف ـ (الأسكندرية ، ١٩٦٥)ـ ص ١٥ .
٤ حسن كيرة ـ مصدر سابق ـ ص ١٢ وهشام علي صادق ـ مصدر سابق ـ ص ١٥ .

(مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع والتي يجب الالتزام بها ولو جبراً بواسطة السلطة العليا للدولة) [١].

ومن خلال ذلك التعريف يمكن التعرف على خصائص القانون والتي هي أيضاً خصائص القانون الأجنبي وتلك الخصائص هي كمايأتي .

أ ـ قواعد القانون قواعد قانونية عامة مجردة لأنها تطبق على جميع الأشخاص بغض النظر عن ذواتهم ومن يكونون تحقيقاً للعدل والمساواة [٢].

ب ـ قواعد القانون قواعد سلوك اجتماعية لأنها تنظم سلوك الأفراد في المجتمع [٣].

ج ـ قواعد القانون قواعد ملزمة أي مقترنه بالجزاء لأن الأفراد لا يلتزمون بتلك القواعد ما لم تكن مقترنه بالجزاء الذي يجبرهم على الالتزام بها وبالتزام الأفراد بها يتحقق الانضباط والانتظام بالمجتمع [٤].

ثانياً : تعريف العقد .

هو اتفاق ارادتين على إنشاء الالتزام أو نقله ، مثل عقد البيع أو الحوالة كحوالة الحق أو حوالة الدين [٥].

ومن ذلك التعريف نستطيع استخلاص خصائص العقد والتي هي .

أ ـ اتفاق إرادتين أي اتفاق شخصين على شيء معين ، أي يشترط رضا الطرفين على اتفاقهما فيجب أن يتمتع الشخص بالأهلية اللازمة لأبرام التصرف .

ب ـ يتضمن العقد شروط يضعها الطرفين ويتفقان عليها ويلتزمان بها والمخالف يُلزم بالتعويض للطرف الأخر .

ج ـ العقد غايته تحقيق مصالح شخصية للأفراد أي إن العقد يحقق مصالح المتعاقدين .

ثالثاً : تعريف تفسير العقد

التفسير لغة(بيناه في الفقرة الأولى من الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول)

أما تعريف تفسير العقد في اصطلاح القانون فقد وضعت له العديد من التعاريف منها.

(البحث عن الإرادة الصحيحة للمتعاقدين) أو (تحديد أثار التصرف القانوني) أو (الكشف عن المعنى الخفي للاتفاق ، لأجل التعرف على النية الحقيقية للمتعاقدين) [٦].

ومن خلال هذه التعاريف نلحظ إن تفسير العقد ينصب على شروط تعاقدية راجعة لإرادة المتعاقدين ، وغاية تفسير العقد هو الوصول لإرادة أو نية الأطراف الحقيقية .

الفقرة الثانية

التمييز بين تفسير القانون الأجنبي والعقد

بعد أن عرفنا القانون وبينا خصائصه والتي هي في نفس الوقت خصائص القانون الأجنبي، وبينا تعريف تفسير العقد ، وتعريف العقد فضلاً عن إننا مقدماً بينا المقصود بتفسير القانون

---

[١] هشام علي صادق ـ مصدر سابق ـ ص ١٥ ، ١٦ و عبد القادر الفار ـمصدر سابق ـ ص ١٠ و توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر ـ مصدر سابق ـ ص ١٤ .

[٤] هشام علي صادق – مصدر سابق – ص٢١،٢٢ و عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص٢٢ .

[٥] هشام علي صادق–مصدر سابق– ص٢١،٢٢و توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر – مصدر سابق – ص٢١ ،٢٢

[٤] شمس الدين الوكيل ـ مبادئ القانون الخاص ـ ط ١ ـ منشأة المعارف ـ (الاسكندرية ، ١٩٦٥) وهشام علي صادق ـ مصدر سابق ـ ص ٢٢، ٢٣ ، ص ٢٧ ، ٢٨ وعبد القادر الفار ـ مصدر سابق ـ ص ٢٢ ، ٢٥ ، ص٣٠ وتوفيق حسن ، محمد يحيى ـ مصدر سابق ص ١٧ ، ص ٢٠ ، ٢٢ .

[٥] عبد الرزاق أحمد السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج١ ـ في مصادر الالتزام ـ ط٢ ـ دار النهضة العربية ـ (مصر ، ١٩٦٤) ـ ص١٤٩ وعبد المجيد الحكيم ـ الوجيز في شرح القانون المدني ـ ج١ ـ في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي ـ شركة الطبع والنشر الأهلية ـ (بغداد ، ١٩٦٣)ـ ص ٢٨ .

[٦] عبد الحكم فودة ـ تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ـ منشأة المعارف ـ(الإسكندرية ، ١٩٨٥) ـ ص ١١

الأجنبي في الفرع الثاني من المطلب الأول، ومن كل ذلك استطعنا أن نستخلص هذه الفروقات بين تفسير القانون الأجنبي وتفسير العقد والتي هي كالأتي .

أولاً : ينصب تفسير العقد على شروط تعاقدية يضعها المتعاقدين برضاهما وغاية العقد تحقيق مصالح شخصية للمتعاقدين، أي إن العقد يحقق مصلحة خاصة أي إن العقد يخاطب المتعاقدين، بينما تفسير القانون الأجنبي ينصب على قواعد قانونية عامة مجردة يضعها المشرع الأجنبي وغاية القانون الأجنبي تحقيق مصلحة المجتمع والتي هي مصلحة عامة ،أي إنها تخاطب المجتمع .

ثانياً : وتفسير العقد ينصرف إلى البحث عن النية أو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[١] .

بينما تفسير القانون الأجنبي ينصرف إلى البحث عن نية أو إرادة المشرع الأجنبي من وراء وضع قواعده القانونية .

ثالثاً : توجد قواعد تفسيرية عامة أو خاصة للعقد ،يستعين بها القاضي للوصول للنية الحقيقية للمتعاقدين، مثل (العادة محكمة المادة ١٦٤ فقرة ١ قانون مدني عراقي) و (الشك يفسر لمصلحة المدين المادة ١٦٦ فقرة ١ قانون مدني عراقي) و (لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً المادة ١٦٧ فقرة ٣ قانون مدني عراقي)*، وهذه القواعد لا يوجد لها أي تطبيق على صعيد تفسير القانون الأجنبي .

بينما القواعد التفسيرية للقانون الأجنبي، مثل الرجوع للمصدر التاريخي أوالرجوع لحكمة التشريع ،لا يوجد لها أي تطبيق على صعيد تفسير العقد[٢] .

---

[١] عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام ـ ج١ـ مصادر الالتزام ـ مطبعة الفجالة ـ(مصر،١٩٥٣)ص١٣٢

* لم يتضمن مشروع قانون المدني العراقي لعام ١٩٨٦ نص مشابه لنص المادة ١٦٤ فقرة ١ قانون مدني عراقي إلا إنه تضمن نص يحتوي المادتان ١٦٦ فقرة ١ والمادة ١٦٧ فقرة ٣ قانون مدني عراقي وهي المادة ٣٨٠ من المشروع فقرة أ (إذا احتملت عبارات العقد أكثر من تفسير ، فسر الغموض لمصلحة المدين) وفقرة ب (في عقود الإذعان لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة ضاراً بمصلحة المذعن ولو كان دائناً)

[٢] توفيق حسن ، محمد يحيى ـ مصدر سابق ـ ص ١٨٧ , ١٨٨ .و عبد الحي حجازي – مصدر سابق – ص١٣٢.

الفقرة الثالثة
كيفية تفسير القانون الأجنبي الوارد في شرط تعاقدي

على صعيد تفسير القانون الأجنبي الوارد في شرط تعاقدي ، إذ نكون بصدد قانون أجنبي وارد في شرط تعاقدي أي في عقد ، أي إننا هنا بصدد عقد مشوب بعنصر أجنبي في أحد عناصره ، كأن يكون الأشخاص أو الموضوع أو السبب ، والذي يسوغّ للمتعاقدين إختيار القانون الأجنبي الذي يحكم عقدهم استناداً لقاعدة (خضوع العقد لقانون الإرادة) ، أي إننا هنا بصدد عقد دولي ، فلكي نفهم أبعاد تلك المسألة بالشكل المناسب ، سنورد أولاً تعريف العقد الدولي ، فضلاً عن إستعانتنا بما أوردناه سابقاً من تعريفات القانون والعقد وتفسير العقد وبما أوردناه في الفارق بين تفسير القانون الأجنبي الوارد في شرط تعاقدي ، لنصل اخيراً لتوضيح كيفية تفسير القانون الأجنبي الوارد في شرط تعاقدي .

أولاً : تعريف العقد الدولي .

وردت العديد من التعاريف للعقد الدولي وكل تعريف قائم على أساس معين ، لذلك سنورد تلك التعاريف ونبين الراجح منها .

أ ـ العقد الدولي (هو العقد المشوب بعنصر أجنبي) وهنا أُقيم التعريف على المعيار القانوني ، أي إن العقد يكون دولياً ، إذا كان مشتمل على عنصر أجنبي في أحد عناصره كالأشخاص أو الموضوع (محل العقد) أو عنصر السبب (الواقعة المنشئة) ، وهو ما يقصد به المعيار القانوني ، أي أن كل عقد يكون مشوباً بعنصر اجنبي فهو عقد دولي[١] .

ب ـ العقد الدولي (هو العقد المرتبط بمصالح التجارة الدولية) وهنا أُقيم التعريف على المعيار الإقتصادي ، أي إنه إذا تضمن العقد نقل المواد أو الخدمات أو النقود عبر الحدود أي يرتبط العقد بأسواق دول أجنبية ولا يقتصر على الأسواق الوطنية ، فإننا هنا نكون بصدد عقد دولي ، وإن لم يكن مشوباً بعنصر أجنبي ، وهو ما يقصد به المعيار الإقتصادي [٢] .

أي إذا ارتبط العقد بالتجارة الخارجية يعدّعقد دولي وإن لم يكن مشوباً بعنصراً أجنبياً .

ج ـ العقد الدولي (هو العقد المشوب بعنصر أجنبي والمرتبط بمصالح التجارة الدولية)، فيشترط بالعقد الدولي أن يكون مشوباً بعنصر أجنبي ، وأن يرتبط بمصالح التجارة الدولية ، وهذا هو المعيار التوفيقي بين المعيارين السابقين،وهو المعيار الراجح لتحديد دولية العقد ، فالعقد المشوب بعنصر أجنبي والغير مرتبط بمصالح التجارة الدولية ، لا يعدّعقداً دولياً بل عقداً داخلياً ، فيشترط في العقد أن يكون مشوباً بعنصر أجنبي وأن يرتبط بمصالح التجارة الدولية لعدّه عقداً دولياً [٣] .

ثانياً: تفسير القانون الأجنبي الوارد في العقد .

---

[١] صوفي حسن أبو طالب ـ الوجيز في القانون الدولي الخاص المصري واللبناني ـ ط١ ـ دار النهضة العربية ـ(مصر، ١٩٧٢) ـ ص٨ و

- silvia Ferreri – LE juge national ET l'interpretation des contrats internationaux – Revue internationale de droit compare – NI – janvier , Mars – ٢٠٠١ - p ٣٢

[٢] محمود الكيلاني ـ عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا ـ (القاهرة ، ١٩٨٨) ـ ص١

[٣] حميد فيصل الدليمي ـ خضوع العقد لقانون الإدارة (دراسة مقارنة) ـ رسالة ماجستير مقدمة لكلية صدام للحقوق (بغداد ـ ١٩٩٨) ـ ص ٨ .

ومن ثمَّ فإذا كنا بصدد عقد دولي مشوب بعنصر أجنبي، فهنا يجوز أن يختار المتعاقدين القانون الذي يحكم العقد إستناداً لقاعدة (خضوع العقد لقانون الإرادة)* ، ومن ثمَّ فإذا كنا بصدد هكذا عقد وإشار المتعاقدين في أحد بنود العقد، بأن أي نزاع يثور بشأن العقد يخضع لقانون دولة معينه، ولنضرب مثلاً على ذلك .

تعاقدت شركة النصر لصناعة السيارات المصرية مع شركة الإسكندرية للتوكلات الملاحية، لنقل بضاعة لشركة نصر (مستوردة من الخارج) من ميناء همبورغ في ألمانيا إلى ميناء الإسكندرية في مصر، وفي أحد بنود ذلك العقد أشاروا إلى إنه أي نزاع يثور من ذلك العقد يخضع للقانون الإنكليزي [١].

ومن ثمَّ فإذا ثار نزاع بشأن ذلك العقد، فلحل هذا النزاع لا بد أن نطبق القانون الإنكليزي ،ويجب على القاضي أن يفسر القانون الإنكليزي ، فهل نكون بصدد تفسير قانون أجنبي أم بصدد تفسير شرط تعاقدي ؟ الأجابة على ذلك التساؤل تصب في شقين :

أ ـ الشرط الذي يشير إلى تطبيق القانون الأجنبي .

إن تفسير ذلك الشرط التعاقدي (دون تفسير القانون الأجنبي) هو تفسير عقد ، لأننا هنا بصدد شروط تعاقدية من وضع الأطراف المتعاقدة .

ومن ثمَّ نبحث هنا عن النية أو الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، والتي إنصرفت لاخضاع العقد للقانون الأجنبي ، ومن ثمَّ فإننا بصدد تفسير عقد (دون الوصول لتفسير القانون الأجنبي) فيما يخص الشرط التعاقدي ، ونستعين بطرق وقواعد تفسير العقد لأجل تفسير ذلك الشرط التعاقدي.

أعطاءه (بولد) القانون الأجنبي الذي يشير الشرط التعاقدي بتطبيقه .

يذهب البعض من الفقهاء إلى القول بأن في هكذا حالة أن تطبيق القانون الأجنبي يستند لإرادة المتعاقدين لا لإرادة المشرع فإننا بصدد تطبيق شرط تعاقدي [٢].

إن ذلك القول يجب حيث لا يوقعنا باللبس ، من إذ تشبيه القانون الأجنبي بالشرط التعاقدي ، إذ وإن صح ذلك فإننا بصدد تفسير القانون الأجنبي ، نكون بصدد تفسير قانون أجنبي لا بصدد تفسير عقد (نتيجةً لعدّالقانون الأجنبي شرط تعاقدي) ، لأننا هنا بصدد قواعد قانونية عامة مجردة صادرة عن إرادة المشرع الأجنبي ، أي نكون بصدد تفسير قانون أجنبي لأننا نبحث عن نية أو إرادة المشرع الأجنبي ، لأن تلك الإرادة أو النية هي المعول عليها في تفسير القانون الأجنبي ، بينما المعول عليها في تفسير العقد هو إرادة المتعاقدين ، ومن ثمَّ فبصدد تفسير القانون الأجنبي دون الشرط التعاقدي فإننا بصدد تفسير قانون أجنبي اما بصدد تفسير الشرط التعاقدي دون القانون ا لأجنبي فإننا نكون بصدد تفسير عقد ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فإن عدّالقانون الأجنبي شرط تعاقدي قول غير سديد ، لأن الذي أعطى الحق لإرادة المتعاقدين في إختيار القانون الأجنبي الذي يحكم العقد هو إرادة المشرع الوطني الواردة في قاعدة الإسناد التي تنص على خضوع العقد لقانون الإرادة ، وبدون تلك القاعدة لا يمكن للمتعاقدين إختيار القانون الذي يحكم العقد ، ومن ثمَّ فأساس تطبيق ذلك القانون الأجنبي هو إرادة المشرع الوطني في قاعدة الإسناد لا إرادة المتعاقدين،

---

* المادة ٢٥ فقرة ١ (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا إتحدا موطناً ، فإذا إختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف إن قانوناً أخر يراد تطبيقه) والمطابقة للمادة ٣٠ من مشروع القانون المدني العراقي عام ١٩٨٦ والتي نصها(يسري على العقد من حيث موضوعه قانون مقام المتعاقدين إذا اتحدا مقاما ، فإذا اختلف مقامهما يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ،ما لم يتفق المتعاقدين أو تبين من الظروف إن قانوناً آخر يراد تطبيقه)

[١] هشام علي صادق ـ التعليق على أحكام محكمة المصرية في مسائل القانون البحري ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ (الإسكندرية ، ١٩٨٥) ـ ص ١٣ ، ١٤ .

[٢] هشام علي صادق ـ مصدر سابق ـ ص ٢١

ومن ثمَّ نكون بصدد بصدد تطبيق قانون أجنبي لا شرط تعاقدي ، ومن ثمَّ تفسيره كتفسير قانون أجنبي ، وكان من الأفضل عدم القول بعدّالقانون الأجنبي تعاقداً كما ذهب إليه البعض من الفقهاء ، تحاشياً للبس الذي قد نقع فيه (والذي أشرنا إليه أنفاً) ، والأخذ بـ عدّ ذلك القانون الأجنبي الوارد في شرط تعاقدي قانوناً أجنبياً وتفسيره كقانون أجنبي ، تلافياً لذلك اللبس .

المبحث الثاني

الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي

بعد أن إنتهينا من تحديد مفهوم تفسير القانون الأجنبي في المبحث الأول فإن ذلك التحديد سيسعفنا في تحديد الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي موضوع المبحث الثاني ،

فقد يعرض على القاضي الوطني تطبيق قانون أجنبي ، فإذا أراد القاضي تطبيقه لابد له من تفسيره لكي يتوصل للحكم الذي يتضمنه القانون الأجنبي لأجل تطبيقه على النزاع ، ومن ثمَّ يتوجب على القاضي الوطني تفسير القانون الأجنبي لأجل تطبيقه على النزاع ، فهل يتبع الإسلوب الوطني ام الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي (المقصود بالإسلوب الوطني أو الأجنبي هو الإسلوب التفسيري أي مجموعة القواعد التفسيرية والظروف القانونية والاجتماعية والإقتصادية والسياسية للنظام القانوني الوطني أو الأجنبي ، والتي يتوقف عليها تحديد طريقة تفسير القانون وتحديد مضمونه)

ذهب جانب من الفقه إلى الأخذ بالإسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي مستنداً أما على نظرية الإدماج الإيطالية أو على صعوبة التوصل للتفسير الأجنبي أو على سلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي ، وتلك الأسس واهية لذلك فقد هجر ذلك الإتجاه ، ونزح الفقه نحو الأخذ بالإسلوب الأجنبي والذي تأخذ به غالبية الأنظمة القانونية في العالم لأنه الإسلوب الصحيح في تفسير القانون الأجنبي ، لذلك فإن هذا المبحث ينقسم لمطلبين هما :

المطلب الأول : إتباع الإسلوب الوطني .

المطلب الثاني : إتباع الإسلوب الأجنبي .

المطلب الأول

إتباع الإسلوب الوطني

ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن على القاضي الوطني أن يتبع الإسلوب التفسيري الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، وقد أنقسموا إلى ثلاث فئات سنخصص لكل فئة فرع مستقل ، ومن ثمَّ ينقسم هذا المطلب لثلاثة فروع :

الفرع الأول : فقه سلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي .

الفرع الثاني: فقه نظرية الإدماج المادي الإيطالية .

الفرع الثالث :ـ فقه صعوبة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ،

الفرع الأول

فقه سلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي

وذهب لذلك جانب من الفقه الفرنسي ، إذ ذهبوا إلى إنه لا ضير من تفسير القانون الأجنبي إستناداً للإسلوب التفسيري الوطني ، ولا توجد حاجة للرجوع للإسلوب التفسيري الأجنبي ، وعللوا

مسلكهم بمجموعة من الحجج ، لذلك سنتاول بالفقرة الأولى مضمون فقه السلامة وفي الفقرة الثانية تقدير ذلك الفقه وكما يأتي .

الفقرة الأولى

مضمون فقه سلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي .

ذهب لذلك البعض من الفقهاء الفرنسيين ، إذ ذهبوا إلى إنه لا فرق بين تفسير القانون الأجنبي أو تفسير القانون الوطني ، لأن كلا التفسيرين ما هو إلا بحث عن نية المشرع من وراء سنه لقوانينه ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، لان القاضي الوطني عندما يحكم إنما يحكم إستناداً للعدل ووفقاً لمفاهيم دولته لا لمفاهيم دولة القانون الأجنبي ، وهو عندما يقوم بذلك يقوم به تحت سيادة دولته وتحت حمايتها [١] .

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 يُلزم بها ، ويذهب أنصار هذا المذهب إلى تقييد القاضي الوطني بالحلول القضائية السائدة في دولة القانون الأجنبي إذا كانت تلك الدولة يعدّفيها القضاء مصدراً رسمياً كما هو الحال في إنكلترا [٢] .

إذ فيما يخص النظام الإنكليزي (وأي نظام على شاكلته) إذ يعتد بالسوابق القضائية كمصدراً رسمياً للقانون ، فيجب أن يتقيد القاضي الوطني عند تفسيره للقانون الإنكليزي بالأحكام القضائية الصادرة في بلد القانون الإنكليزي .

الفقرة الثانية

تقدير فقه سلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي

بعد أن إطلعنا على مضمون ذلك الإتجاه الفقهي ، وجدنا إن غالبية الفقه في العالم وجّهَ الكثير من الإنتقادات لذلك الإتجاه ، لذلك لا يمكننا أن نسلم به ، وتلك الإنتقادات هي :

أولاً : القانون الأجنبي يعدّجزءاً من نظام قانوني مستقل ، له قواعده التفسيرية الخاصة به ، وله ظروفه القانونية التأريخية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية والتي نشأ خلالها ذلك القانون الأجنبي ، والتي تحدد مضمون ذلك القانون الأجنبي ، ومن ثمَّ لا يمكن أن نقتطع ذلك القانون الأجنبي من النظام القانوني الذي ينتمي إليه ، وإذن لا يمكن أن يفهم القانون الأجنبي بصورة صحيحة إلا وفقاً لمعطيات النظام القانوني الذي ينتمي إليه ذلك القانون الأجنبي [٣] .

---

١ -Carbonnier–loi étanger et jurisprdence étanger –clunet–١٩٣٥–p.٤٧٣

نقلاً عن عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ هامش ٢ص ٢٩١ و
- Niboyet – traite de droit international privé – (tom III) – (paris, ١٩٤٤) – p.٤٣٣ &
- Pillet – principes du droit international privé – tom I – (paris, ١٩٠٣) – p.٨٥

٢ نقلاً عن هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني ـ هامش١ ص ٣٥٨
- Carbonnier -op.cit- p.٤٧٣

نقلاً عن عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ هامش ٢ ص ٢٩١ ونقلاً عن هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ـ هامش ٢ ص ٣٨٥ و - Niboyet - op.cit - p.٤٣٣

١ Mayer – op.cit – N. ١٩١ p.١٢٧,١٢٨ & -Yassen- op.cit- p٥٧٤

ومصطفى كامل ياسين ـ بحثه ـ ص ١٧٩ و محمد عبد الله المؤيد ـ القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنه في القانون اليمني ـ ط١ ـ أوان للخدمات الإعلامية ـ (اليمن ، ١٩٩٩) ـ ص ١٤ و ماجد الحلواني ـ القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ (الكويت ، ١٩٧٤) ـ ص ٣٤٩ و محمد عبد الخلق عمر ـ القانون الدولي الليبي الخاص ـ منشورات جامعة قار يونس ـ (ليبيا ، ١٩٧٨) ـ ص

ثانيـاً : إن قاعـدة الإسـناد تشـير إلـى تطبيـق قـانون أجنبـي لا إلـى تطبيـق قـانون وطنـي (ذلك في حالـة كـون القـانون الواجـب التطبيـق أجنبـي لا وطنـي) فيجـب أن يكـون تفسيره استنادا للاساليب التفسيرية الأجنبية لا الوطنية لأن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي ، والقول بخلاف ذلك يعدّمخالفة لقاعدة الإسناد أي مخالفة لأمر المشرع الوطني في قاعدة الإسناد[١] .

ثالثاً: إن الأخذ بالإسلوب التفسيري الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، يؤدي بنا إلى أن نتوصل لقاعدة قانونية غير القاعدة القانونية التي يمكن أن نتوصل إليها في ما لو فسرنا القانون الأجنبي استناداً للإسلوب التفسيري الأجنبي ، ومن ثمَّ نتوصل لحل غير الحل الذي اراده المشرع الأجنبي من وراء سنه لقانونه ،أي إن ذلك يتعارض مع غاية المشرع الأجنبي من وراء تشريعه لقانونه[٢] .

رابعاً : إن الأخذ بالإسلوب الوطني يتعارض مع مصالح الخصوم ، لأن مصالح الخصوم تتحقق بتطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبق فعلياً في بلد القانون الأجنبي ، أي بتفسير القانون الأجنبي استناداً للإسلوب الأجنبي ، لأن الأخذ بالإسلوب الأجنبي يؤدي بنا للتوصل إلى القاعدة القانونية التي توقع الخصوم تطبيقها على نزاعهم وذلك في صالحهم ، ولكن الأخذ بالإسلوب الوطني يؤدي بنا إلى أن نتوصل لقاعدة قانونية مغايرة للقاعدة القانونية المستنبطة من القانون الأجنبي عند تفسيره استناداً للإسلوب الأجنبي وفي ذلك إضراراً بمصالح الخصوم .

فمثلاً إذا كنا بصدد عقد دولي وأشار الخصوم في أحد بنود العقد إلى خضوع أي نزاع يثور عن العقد إلى قانون دولة معينه (استناداً لقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة) ، فالمتعاقدين يتوقعون استنباط قواعد معينة من القانون الأجنبي الذي أرادوه أن يحكم العقد وتلك القواعد القانونية تكون بصالحهم ، وبديهياً لا نستطيع التوصل لتلك القواعد القانونية من القانون الأجنبي ما لم نفسره استناداً للأساليب التفسيرية الأجنبية ، فإذا إتبعنا التفسير الوطني للقانون الأجنبي فهنا نتوصل لقاعدة قانونية أخرى غير التي توقعها المتعاقدون وفي ذلك اضراراً بمصالح المتعاقدين .

خامساً : إن هذا الإتجاه ينادي بالأخذ بالإسلوب التفسيري الوطني هذا من جهة ومن جهة اخرى ، يناقض نفسه ويؤصل إتباع الإسلوب الأجنبي .

إذ أن فقهاء هذا الأتجاه يذهبون إلى إنه على القاضي الوطني (الأستئناس بآراء الفقهاء وأحكام القضاء في دولة القانون الأجنبي من دون الزامه بها) ، والظاهر إنهم أرادوا إتباع ذلك الحل في حالة كون القانون المطبق قانون دولة لاتينية ، لأن الأنظمة القانونية اللاتينية لا تُلزم قضاتها بآراء الفقهاء وأحكام القضاء ، ولكن للقاضي الأستئناس بها ، فبالنتيجة على القاضي

---

٣١٦ و أحمد عبد الكريم سلامة ـ المختصر في العلاقات الدولية الخاصة ـ ط١ ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، بدون سنة طبع) ـ ص٢١٥ و غالب علي الداودي ـ القانون الدولي الخاص ـ الكتاب الأول ـ تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة) ـ ط٣ ـ دار وائل للطباعة والنشر ـ (الأردن ، ٢٠٠١) ـ ص١٦٥ و جابر إبراهيم الراوي ـ أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ـ ساعدت جامعة بغداد على طبعه ـ (بغداد ، ١٩٨٠) ـ ص ٦٨ .

[١] هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ـ ص ٣٥٩ و محمد عبد الله المؤيد ـ مصدر سابق ـ ص ٩٣ و ماجد الحلواني ـ مصدر سابق ـ ص ٣٤٦ وعكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق – ص٢٨٩ و غالب علي الداودي ـ مصدر سابق ـ ص ١٦٥

[٢] -Martin wolff – private international law–٢ nd edition – oxford – ١٩٦٢ – p.٢١٥ &
-Maury – régles générales de conflits de lois – recueil des cours de l'académie de droit - international – tomIII- ١٩٣٦ – p.٣٩٤ - & -Arminjon- op.cit-p.٤٠٤
و هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد ـ دروس في القانون الدولي الخاص ـ دار الفكر الجامعي ـ (الإسكندرية ، ١٩٩٩) ـ ص ١٨٠ و هشام علي صادق ـ تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ـ ط٢ ـ منشأة المعارف ـ (الإسكندرية ، بدون سنة طبع) ـ ص ٢٥٢ و هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني ـ ص ٣٥٩ و عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ ص ٢٨٩

الوطني أن يلتزم بموقف القاضي اللاتيني إزاء آراء الفقهاء وأحكام القضاء في الدولة اللاتينية والواجب تطبيق قانونها ، وذلك ما ذهب إليه فقهاء ذلك الإتجاه ، بقولهم على القاضي الأستئناس بآراء الفقهاء وأحكام القضاء الأجنبي ، أي إنهم يؤصلون إتباع الإسلوب الأجنبي في حالة كون القانون الواجب تطبيقه قانون دولة لاتينية .

هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فقد ذهب فقهاء ذلك الإتجاه إلى إنه (يجب أن يلتزم القاضي بالحلول القضائية في الـ دول التي يعدّفيها القضاء فيها مصدراً رسمياً للقانون) ، أي إنهم أرادوا أن يؤخذ بذلك الحل إذا كان القانون الأجنبي قانون دولة أنكلوسكسونية إذ هذه الدولة تعدّالسوابق القضائية مصدراً للقانون أي إنه القاضي في الدولة الأنكلوسكسونية يلتزم بالسابقة القضائية لأن لها قوة القانون ، فعلى القاضي الوطني أن يتبع موقف القاضي الانكلو سكسوني إزاء قانونه في الدولة الأنكلوسكسونية الواجب تطبيق قانونها ، وذلك ما ذهب إليه فقهاء هذا الإتجاه بقولهم يلتزم القاضي بالحلول القضائية في إتباع الإسلوب الأجنبي في حالة كون القانون الواجب التطبيق قانون دولة أنكلوسكسونية .

ونتيجة لكل العيوب التي أوردناها أنفاً ، فلا يمكن أن نسلم بما ذهب اليه ذلك الإتجاه الفقهي ، ولا نستطيع أن نستند اليه كأساس للأخذ بالإسلوب الوطني ، ويوضح ذلك عدم صحة التفسير الوطني للقانون الأجنبي .

الفرع الثاني

فقه نظرية الإدماج المادي الايطالية

وأساس إتباع الإسلوب الوطني عند ذلك الإتجاه هو إدماج أو إستقبال القانون الأجنبي مادياً في القانون الوطني .

والتي ذهب إليها الفقه الإيطالي الكلاسيكي إذ يذهبون إلى حصول إدماج مادي للقانون الأجنبي بالقانون الوطني ، بشكل يذوب في القانون الوطني فيصبح كقانون وطني فتفسيره استناداً للإسلوب الوطني ، وقد تعرضت هذه النظرية للنقد اللاذع .

لذلك سنتناول في الفقرة الأولى مضمون نظرية الإدماج المادي وفي الفقرة الثانية تقدير تلك النظرية كأساس للأخذ بالإسلوب الوطني .

الفقرة الأولى

نظرية الأدماج أو الأستقبال المادي

Systéme de Incorporation ou reception métérielle

وهي من النظريات التي قال بها الفقه الإيطالي الكلاسيكي في مجال تدعيم الصفة القانونية للقانون الأجنبي ، ومن أنصار هذه النظرية الفقه الإيطالي (perassi) [١].

لقد تأثر الفقه الإيطالي بتعاليم (أنزلوتي Anzilotti) في مطلع هذا القرن والتي تشير إلى الأزدواج المطلق للنظام الداخلي والنظام الدولي مما دفع الفقهاء الإيطاليون إلى الأهتمام بتحديد طبيعة القانون الأجنبي من حيث عدّه واقعة أو قانون وذلك كله أمام القضاء الوطني، مما أدى إلى ظهور فكرة خصوصية النظام القانوني (Exclusivisme) أي إنه كل ما يندمج بالنظام القانوني الوطني يعدّذا طبيعة قانونية وكل ما لا يندمج بالنظام القانوني الوطني لا يتمتع بالطبيعة القانونية [٢].

أي إن القاضي الوطني لا يعترف للقانون الأجنبي بأي صفة قانونية ما لم يدمج بالقانون الوطني لأنه القاضي الوطني لا ينصاع إلا لأمر مشرعة الوطني ولا ينصاع لأمر المشرع الأجنبي .

هذا من جهة ومن جهة أخرى كيف يمكن تطبيق قاعدة قانونية تابعة لنظام قانوني معين من قبل قاضي تابع لنظام قانوني أخر ، لأنه كل نظام قانوني له صفته القانونية المستقلة عن الأنظمة القانونية الأخرى ، فلا تعدّالقاعدة الأجنبية قاعدة وطنية على صعيد النظام الوطني لأنها تابعة لنظام قانوني أخر [٣].

ومن ثمَّ فلايتمتع القانون الأجنبي بأي صفة قانونية ،ما لم يدمج بالقانون الوطني فلا مناص من إسباغ الصفة الوطنية على القانون الأجنبي لأجل تطبيقه من قبل القاضي الوطني على العلاقة القانونية [٤].

أي من دون ذلك الأدماج فأن القانون الأحنبي لا يتمتع بأي قوة نفاذ في بلد القاضي, وبحصول ذلك الإدماج فإنه يزود القواعد الأجنبية المندمجة بالقانون الوطني قوة النفاذ في البلد القاضي [٥].

ونتيجة لذلك جاء الفقهاء الإيطاليون بنظريتهم الشهيرة نظرية الأدماج المادي ، وتذهب هذه النظرية إلى إنه قاعدة الإسناد قاعدة فارغة بيضاء(Articleen Elame) تحصل على محتواها من القوانين الأجنبية التي تشير قاعدة الإسناد لتطبيقها ، ومن ثمَّ تصبح قاعدة الإسناد قاعدة مادية أو موضوعية كأي قاعدة موضوعية أخرى في القانون الداخلي ، فقاعدة الإسناد استناداً لهذه النظرية قاعدة ذات تطبيق مباشر وليست ذات تطبيق غير مباشر [٦].

---

١ -Henri Batiffol , Paul Lagarde –op.cit- N.٣٢٧ p.٣٨٠

٢ -Henri Batiffol,Paul Lagard-op.cit-N٣٣٢ p.٣٧٩ & -Yassent-op.cit- p٥٢١

٣ وهشام علي صادق ـ حفيظة السيد جواد ـ دروس في القانون الدولي الخاص ـ ص ١٥٠

- Ago–Régles générales des conflits lois–Recreil cours de l'Académie de droit international –١٩٣٦ – Tome ٤- p.٣٠٢

٤ – Batiffol et Lagarde- op.cit- N٣٢٧ p.٣٨٠ & Yassen -op.cit - P.٥٢١

و عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥٧ و شمس الدين الوكيل ـ إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ـ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ـ السنة ١٢ ـ العدد (١، ٢) ـ (مصر ، ١٩٦٤) ـ ص ١٠٠

٥ –Batiffol et Lagarde -op.cit - N٣٢٧ p. ٣٨٠

وعز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ ج٢ ـ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ـ ط٦ ـ دار النهضة العربية ـ (مصر ، ١٩٦٩) ـ ص ٥٦٦

٦ شمس الدين الوكيل ـ بحثه ـ ص ١٠١ و -Yassen -op.cit - p.٥٢١ – ٥٢٢

و محمد عبد الله المؤيد ـ مصدر سابق ـ ص ٨٤ و هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ ص ٢١٨ و هشام علي صادق ، حفيظة السيد جواد ـ دروس في قانون الدولي الخاص ـ ص ١٤٩ وعكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥٧ و محمد كمال فهمي –اصول القانون الدولي الخاص –(جنسية ، موطن ، مركز اجانب ، مادة تنازع)-ط٢ –مؤسسة الثقافة الجامعية – (مصر ، ١٩٧٨) ـ ص ٤٧٦ و -Maury- op.cit - .٥٢

فبالنتيجة القاضي الوطني هنا كإنما يطبق قاعدة وطنية راجعة لقانونه الوطني لاقاعدة أجنبية ، لأن القاعدة الأجنبية تندمج في القانون الوطني وتصبح جزءاً منه ، ومن ثمّ تفقد صفتها الأجنبية وتسبغ عليها الصبغة الوطنية ، أي إن القاضي كإنما قد تبنى القاعدة الأجنبية لحاجة المعاملات الدولية ، ومن ثمَّ فإن القاضي الوطني يأتمر بأمر مشرعه ويطبق قاعدة من قانونه الوطني [١].

يترتب على تلك النظرية النتائج الآتية :

أولاً : على القاضي الوطني أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، ولا حاجة لأن يتمسك به الخصوم ، لأنه القانون الأجنبي أصبح بمثابة قانون وطني والقانون الوطني يطبقه القاضي من تلقاء نفسه [٢].

ثانياً : على القاضي الوطني إثبات القانون الأجنبي ، لأن القانون الأجنبي أصبح بمثابة قانون وطني أي إن القاضي يعمل به فعليه إثباته [٣].

ثالثاً : بما إنه القاعدة الأجنبية أصبحت قاعدة وطنية وذلك لإسباغ الصفة الوطنية عليها، أي إنها أصبحت قاعدة وطنية ، فبالنتيجة تفسيرها يكون استناداً للإسلوب الوطني لا الأجنبي، لأنها تعبر بحكم القاعدة القانونية العائدة للنظام القانوني الوطني ، فتفسر استناداً للقواعد التفسيرية والظروف القانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية لبلد القاضي [٤].

والذي يعنينا من هذه النتائج هي النتيجة الثالثة المتعلقة بإتباع الأسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي .

وذهب القضاء الإيطالي في بعض أحكامه إلى الأخذ بنظرية الإدماج المادي ، فذهبت محكمة (ميلان) إلى ذلك في حكمها الصادر في ١٠حزيران١٩٤٩ ، إذ ذهبت إلى إنه (إن كانت القاعدة القانونية الأجنبية جزءاً لا يتجزأ من النظام القانوني الإيطالي ، فإنه ينبغي قبل كل شيء تفسيرها وفقاً لمبادئ قانوننا) [٥].

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي الأخذ بنظرية الإدماج المادي ، أي يندمج القانون الأجنبي في القانون الفرنسي ويذوب فيه ، ومن ثمَّ تفسيره استناداً للأساليب الفرنسية لا الأجنبية ، لأن القاضي الفرنسي عندما يفسر القانون الأجنبي ، يفسره وفقاً لما يراه هو العدل [٦].

وقد أيد هذه النظرية البعض من الفقهاء الأنكلو ـ أمريكيين [٧].

---

[١] علي علي سليمان ـ شرح القانون الدولي الخاص الليبي ـ تنازع القوانين من إذ المكان طبقاً لأحكام القانون المدني الليبي منشورات الجامعة الليبية ـ دار حاد ـ (بيروت ، ١٩٦٩) ـ ص ١٧٩ و
- Batiffol et Lagarde - op.cit - n٣٢٧ P.٣٨٠

[٢] فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ الوسيط في تنازع وتنازع الأختصاص القضائي الدولي ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، ١٩٨٧) ـ ص ١٦٩ و سامية راشد ـ قاعدة الإسناد امام القضاء ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ السنة ١٤ ـ العدد ١ ـ (كانون الثاني ، ١٩٧٢) ـ ص ٤٦٦ و محمد عبد الله المؤيد ـ مصدر سابق ـ ص ٨٤ و ٥٢٢-٥٢١.p.op.cit- – Yassen وهشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ ص ٢١٩ و هشام علي صادق ـ حفيظة السيد جواد ـ دروس في القانون الدولي الخاص ـ ص ٥٠ .

[٣] هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ ص ٢١٩ و هشام علي صادق ـ حفيظة السيد حداد ـ دروس في القانون الدولي الخاص ـ ص ٥٠ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ مصدر سابق ـ ص ١٦٩ و سامية راشد ـ بحثها ـ ص ٤٦٦ .

[٤] محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص ـ (جنسية ، موطن ، مركز اجانب ، مادة تنازع) ـ الدار المصرية للطباعة (مصر ، ١٩٥٨) ـ ص ٣٩١ و محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص ـ طبعة ١٩٧٨ ـ ص ٤٧٦ و شمس الدين الوكيل ـ بحثه ـ ص ١٠١ و هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد ـ دروس في القانون الدولي الخاص ـ ص ١٥٠ و هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ ص ٢١٩ و سامية راشد ـ بحثها ـ ص ٤٦٦ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ مصدر سابق ـ ص ١٦٩

[٥] - Yassen - op.cit - p.٥٢٢ و
- Yassen - op.cit- p.٥٢٢

[٤] - Barb–l a’pplication des lios étangeres et la cour cassation–These-(paris,١٩٣٠)– p.١٤١ &
-Vabres -l’evoluation de la Jurisprudence Francaise en matiere de conflit des lois –these- (paris , ١٩٠٥) – p.٥٥٦

[٦] نقلاً عن هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني ـ هامش٢ ص ٣٦١ .

[٥] عز الدين عبد الله ـ مصدر سابق ـ ص ٥٦٥

الفقرة الثانية

تقدير نظرية الإدماج المادي

تعرضت هذه النظرية للنقد اللاذع لعدم صحة الأساس الذي تقوم عليه ، مما دفع غالبية الأنظمة القانونية في العالم إلى عدم الاخذ بها ، وهجرها من قبل الأنظمة التي كانت تأخذ بها سابقاً ، أما الأنظمة التي لم تأخذ بهذه النظرية منذ ظهورها استمرت على موقفها بعدم الأخذ بها ، وفيما يأتي الأنتقادات التي وجهت لتلك النظرية وهي كالأتي :

أولاً : إن التسليم بهذه النظرية يؤدي بنا إلى القول بأن القاضي الوطني يعلم أو يعرف بكافة القوانين الأجنبية أي جميع قوانين العالم ، وهذا امر مستحيل وذلك لأنه هذه القوانين لم تنشر في بلد القاضي[١] .

ثانياً : وكيف يمكن أن نسلم بهذا الأدماج للقانون الأجنبي بالقانون الوطني ، إذ قد تتعارض القاعدة الأجنبية مع الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني ، أي بصورة أدق تتعارض القاعدة القانونية الأجنبية مع النظام العام لدولة القاضي[٢] .

ثالثاً : وقد لا تتعارض القاعدة الأجنبية مع النظام العام لدولة القاضي ولكن قد يحصل أن تتنافر هذه القاعدة الأجنبية مع القانون الوطني ، ولكن لا تصل لحد أن تتعارض مع النظام العام لدولة القاضي فكيف نسلم بإدماج تلك القاعدة الأجنبية بالقانون الوطني[٣] .

رابعاً : إن التسليم بتلك النظرية يعني إن القاعدة الأجنبية تصبح قاعدة وطنية ، ولكن هذه القاعد الأجنبية قد تتغير بإرادة المشرع الأجنبي الذي أصدرها ولا يستطيع المشرع الوطني أن يغيرها لأنها لم تصدر منه فكيف نسلم بإدماج القاعدة الأجنبية بالقانون الوطني[٤] .

خامساً : وهذه النظرية تنتزع من القانون الأجنبي طبيعته الأجنبية وتضفي عليه الطبيعة الوطنية إلا لأن تطبيقه يتم عن طريق قاضي وطني[٥] .

سادساً : ولا يوجد نظام قانوني في القانون المقارن يطبق نظرية الإدماج المادي على إطلاقها ، بحيث إن تطبيق القانون الأجنبي وإثباته يقع على عاتق القاضي الوطني ، فضلاً عن تفسيره استناداً للإسلوب الوطني لا الأجنبي ، أي يفقد القانون الأجنبي صفته الأجنبية ويذوب وينصهر بالقانون الوطني ويصبح جزءاً منه فهذا أمر غير مسلم به[٦] .

---

[١] عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ص ٢٥٨ و سامية راشد ـ بحثها ـ ص ٤٦٦ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٠ و محمد عبد الله المؤيد ـ مصدر سابق ـ ص ٨٥ و هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ ص ٢١٩ و هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني ـ ص ٢٠٠ وما بعدها

[٢] محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص ـ طبعة ١٩٥٨ ـ ص ٣٩١ ، ٣٩٢ و محمد كمال فهمي –اصول القانون الددولي الخاص ـ طبعة ١٩٧٨ ـ ص٤٧٦ و عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥٨ و سامية راشد ـ بحثها ـ ص ٤٦٦ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٠ .

[٣] شمس الدين الوكيل ـ بحثه ـ ص ١٠٢ و عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥٨ و سامية راشد ـ بحثها ـ ص ٤٦٧ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٠ .

[٤] محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص ـ طبعة ١٩٥٨ ـ ص ٣٩١ و محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص طبعة ١٩٧٨ ـ ص ٤٧٦ .

[٥] علي علي سليمان ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٩

[٦] عكاشة محمد عبد العال ـ مصدر سابق ـ ص ٢٥٨ .

سابعاً : وأقوى دليل على عدم صحة أساس هذه النظرية ، إنه جانب من الفقه الإيطالي حاول أن يقلل من تطرف نظرية الإدماج المادي وجاءوا بنظرية الإدماج أو الإستقبال الشكلي*
(Systéme de Incorporation ou reception Formelle)
والتي تعدّبمثابة نقد لنظرية الإدماج المادي .
وذهب لهذه النظرية الفقه الإيطالي الحديث وذلك لتلافي عيوب نظرية الإدماج المادي ،ومن أنصارها الفقيه الإيطالي(Ago)في مؤلفه.
(Teeria del diritto internazional privato)[٣].
ويذهب الفقيه الإيطالي (Ago) مع من يؤيده إلى إنه القانون الأجنبي يندمج بالقانون الوطني لكنه يبقى محتفظاً بطبيعته الأجنبية بعدّه قانوناً صادراً من سلطة أجنبية ، أي بعبارة أخرى يبقى القانون الأجنبي محتفظاً بمضمونه الأجنبي بعدّة قانون أجنبي ، له ظروفه التاريخية والقانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي نشأ خلالها ، فبالنتيجة تفسير ذلك القانون استناداً لتلك الظروف لا استناداً لظروف القانون الوطني[٢].
أي أن نفسر القانون الأجنبي متبعين الإسلوب الأجنبي لا الوطني الذي تشير نظرية الإدماج المادي للأخذ به .
ونتيجة لتلك الأنتقادات الموجهة لنظرية الإدماج المادي فلا يمكن أن نستند إليها كقاعدة لننطلق منها لتأصيل إتباع الإسلوب الوطني ، لأن محور هذه النظرية هو الإدماج المادي للقانون الأجنبي في القانون الوطني وذوبانه فيه ، والذي يترتب عليه عدّالقاعدة الأجنبية وطنية فتفسيرها استناداً للأساليب الوطنية ، وبما إن ذلك الإدماج المادي لا يقوم على أساس صحيح لأنه لا يمكن حصوله بأي حال من الأحوال ، بدليل عدول الفقه الإيطالي عنه إلى الإدماج الشكلي ، ومن ثمَّ لا نسلم بأي نتيجة مترتبة عليه ومنها الأخذ بالإسلوب الأجنبي ، لأن النظرية الإدماج المادي نظرية تسبح في عالم الخيال بعيداً عن عالم الواقع ،ويجب استبعادها لأنها لا تقوم على أساس صحيح يحملنا على الأخذ بها .

الفرع الثالث

فقه صعوبة التوصل لتفسير القانون الأجنبي

ذهب جانب من الفقه إلى تسويغّ اخذه بالأسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، بحجة إستحالة التوصل للتفسير الكامل والدقيق للقانون الأجنبي ، وذلك لعدم استطاعة القاضي الوطني الإحاطة بالمبادئ القانونية والظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للنظام القانوني الأجنبي، فضلاً عن إختلاف لغة القانون الأجنبي عن لغة القانون الوطني وما تثيره من صعوبات ، وبالنتيجة يسوغّ ذلك الإتجاه الفقهي إتباع الأسلوب الوطني ، وذهب لذلك جانب من الفقه الأنكلو ـ أمريكي والعراقي، لذلك سنتناول في الفقرة الأولى مضمون ذلك الاتجاه الفقهي وفي الفقرة الثانية تقدير ذلك الفقه وكما يأتي .

---

* أنتقدت هذه النظرية بالإنتقادات الستة الأولى (التي أوردناها في معرض تقدير نظرية الإدماج المادي) أي إننا نستنتج من هذه الإنتقادات ، بأن نظرية الإدماج الشكلي نظرية خيالية ولا تقوم على أساس صحيح (والأمر كذلك فيما يخص نظرية الإدماج المادي كما سنبين لاحقاً) ، وإذن لا نستطيع أن نسلم بهذه النظرية ولا بأي نتيجة من نتائجها .

[١] محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص ـ ط ١٩٥٨ ـ هامش ١ ص ٣٩١ و محمد كمال فهمي ـ أصول القانون الدولي الخاص- ط ١٩٧٨ ـ هامش ١ ص ٤٧٧ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ مصدر سابق هامش ١ ص ١٧٠ و سامية راشد ـ بحثها ـ هامش ١٦١ ص٤٦٧.

[٢] - Batiffol et Lagarde- op.cit-N.٣٢٧ p. ٣٨٠ & -Yassen- op.cit- p.٥٢٣

الفقرة الأولى

مضمون فقه الصعوبات التفسيرية

يذهب لذلك جانب من الفقه الأنكلو ـ أمريكي .

ومضمونه يقوم على أساس إن على القاضي الوطني أن يتبع الأساليب التفسيرية الوطنية في تفسير القانون الأجنبي ، ولا حاجة لرجوعه للأساليب التفسيرية الأجنبية ، أي الأحكام القضائية و الظروف البيئية في القانون الأجنبي لأجل تفسير القانون الأجنبي ، لأنه من الصعوبة على القاضي الأجنبي التعرف على ذلك الإسلوب الأجنبي ، فمثلاً كيف يستطيع أن يجد القاضي الوطني السابقة القضائية في البلد الأجنبي ، لأن هذا يستلزم الوصول إلى القضية الرائدة (leading case)،هذا من جهة ومن جهة أخرى ، قد تعدل المحكمة الأجنبية عن تلك السابقة لحصول ظروف أدت لذلك العدول ، أو إن القضية لم تصدر بإجماع القضاة هناك ، أو إن السابقة انتقدت بشكل لاذع ولم تلقَقبولاً من القضاء [١].

ويؤصل ذلك الأستاذ العراقي (غالب علي الداودي) .

إذ يرى أن على القاضي الوطني إن لا يرجع للظروف التاريخية أو القانونية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية ، للقانون الأجنبي لأجل تفسير القانون الأجنبي ، لأنه من الناحية العملية توجد في ذلك مشقة كبيرة على القاضي الوطني ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، يؤدي ذلك إلى تضييع المبادئ العامة للقانون ، ويضيف قائلاً بأنه على القاضي الوطني أن يفسر القانون الأجنبي كما يفسر قانونه الوطني تجاوزاً للصعوبات المذكورة انفاً، وفيه حسنة لأنه يمكن القاضي الوطني من أن يعرف فيما إذا كان القانون الأجنبي يتضمن حكماً مخالفاً للنظام العام أو الأداب العامة في دولة القاضي ، فضلاً عن إن إتباع الإسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، لا يكون فيه تجاوزاً على اختصاص أو وظيفة القضاء في الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها على النزاع المعروض امام القاضي الوطني [٢].

وذهب إلى لذلك الأستاذ العرقي (ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش) .

إذ يؤكد على إن الأخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي لا يمكن تحقيقه إلا نظرياً ، لأنه من الإستحالة على المحكمة الوطنية أن تتوصل لذلك التفسير االأجنبي ، لأن ذلك

يتطلب الإلمام بالدستور والنظام القانوني الأجنبي ككل ،و يتطلب الترجمة إلى لغة دولة القاضي والإستعانة بالخبراء والمتخصصين في لغة القانون الأجنبي ، ويتطلب خبراء ومتخصصين بالقانون الأجنبي للتوصل للأسلوب التفسيري الأجنبي ، وفضلاً عن وقتاً وجهوداً ونفقات مبذولة لأجل التوصل للتفسير الأجنبي ، ويستشهد الأستاذ العراقي بقضية عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية هيأة مواصلات باريس (R.A.T.P) [٣].

وتتلخص القضية ، بأنه حجزت هيأة مواصلات باريس (R.A.T.P) على مرتب أحد 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

---

١ -Schlesienger–comparative law.Cases and Materials–(٤٠–٤٨)–Foundation press–(USA)١٩٥٩

نقلاً عن ممدوح عبد الكريم حافظ ـ القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ـ ص ٢٢٦

٢ غالب علي الداودي ـ مصدر سابق ـ ص ١٦٥ ، ١٦٦

٣ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ـ ص ٢٢٦ .

القانوني للحجز الذي أوقعته هيأة مواصلات باريس على راتب الموظف ، والنصوص القانونية الواجبة التطبيق بهذا الشأن [١] .

أي إن الدكتور (ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش) أراد القول .

إنه يصعب على القاضي الوطني (أي الفرنسي في القضية أعلاه) التعرف على أحكام قانونه الوطني والمنشور في بلده ، فإستعان بخبير فضلاً عن عدة مهام فنية لأجل التعرف لأحكام قانونه ، فكيف الحال فيما يخص القانون الأجنبي المنشور في بلد أخر غير بلد القاضي الوطني ، والذي يزيد الطين بله ، هو إن تفسير القانون الأجنبي لايتعلق بإثبات نص قانوني أجنبي ، وإنما يتعلق بطرق تفسير القانون الأجنبي والأحكام القضائية الأجنبي والتي قد تكون متضاربة بشأن تفسير القانون الأجنبي ، فضلاً عن ظروف البيئة القانونية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية لدولة القانون الأجنبي والمختلفة عن ظروف دولة القانون الوطني .

ونتيجةً لذلك يقول (الدكتور عبد الكريم حافظ عرموش) :

إن الأخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي لا يمكن تحقيقه إلا نظرياً لذلك يجب التأكيد على الجانب العملي لهذه المسألة لأن القانون يتعامل مع الواقع العملي [٢] .

الفقرة الثانية

تقدير فقه الصعوبات التفسيرية

بعد إن إستعرضنا مضمون فقه الصعوبات التفسيرية ،لحظنا الحجج التي استند اليها فقهاء هذا الأتجاه في تسويغّ مسلكهم ،إلا إننا لا نستطيع أن نسلم به وذلك لما يأتي.

أولاً: إذا سلمنا بفقه الصعوبات التفسيرية ،فإن ذلك يؤدي بنا إلى إتباع الإسلوب التفسيري الوطني في تفسير القانون القانون الأجنبي ٠ ،وقد بينا في تقدير فقه سلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي ،وفي تقدير نظرية الادماج المادي ،عدم صحة إتباع الإسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، وإن الإسلوب الوطني هو الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي،وذلك يعدّأول سهم نقد لذلك الاتجاه الفقهي .

ثانياً: إن القاعدة التي ينطلق منها ذلك الاتجاه الفقهي في تأصيل إتباع الإسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي،هو صعوبة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ،وتلك الصعوبة قد تذللت في الوقت الحاضر ، وذلك لمايأتي :

أ - توفروسائل الإتصال المتطورة التي تمكننا من التعرف على تفسير القانون الأجنبي ، وذلك عن طريق الفاكس أو الأنترنيت ، التي تمكننا من الإتصال بأي دولة أو محكمة أو قضية، وذلك كله في دولة القانون الأجنبي للتوصل للتفسير الصحيح،لاسيما الأنترنت الذي من خلاله نستطيع أن نتصل بأي مكتبة في العالم ، أو بأي محكمة في العالم ،أوأي مؤسسة أخرى نستطيع من خلالها الوصول للتفسير الصحيح للقانون الأجنبي .

---

[١] هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني ـ ص ٢٨١

[٢] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ مصدر سابق ـ ص ٢٢٦

ب - نتيجة لتطور الحياة وسهولة النقل والأتصال ،فنلحظ إنتشار الكتب والمجلات والرسائل القانونية والمتظمنة لآراء الفقهاء وللأحكام القضائية ولظروف البيئية القانونية لمختلف دول العالم .

ج - إستطاعة القاضي الوطني الرجوع لأهل الخبرة في مجال القانون الأجنبي ،والذين قد يكونون محامين أو فقهاء أو قضاة لهم خبرة في مجال القانون الأجنبي ،أو الإستعانة بالخصوم .

د - إستطاعة القاضي الرجوع لوزارة العدل أوالخارجية في دولته ،أو لسفارة دولة القانون الأجنبي، للإستعلام عن تفسير ذلك القانون الأجنبي.

هـ كثرة الإتفاقيات القانونية والقضائية المبرمة بين دول العالم ، لأجل تيسير العلم بالقوانين الأجنبية ، العائدة للدول المشتركة بالمعاهدة ، والتي بدورها توفر العلم بتفسير القانون الأجنبي .

مثل الإتفاقية الأوربية المبرمة في ٧ آيار ١٩٦٨ والمتعلقة بالتعرف على أحكام القانون الأجنبي والسارية المفعول في ٢٠ بلداً أوربياً والتي إعتمدتها فرنسا عام ١٩٧٢ [١].

وإتفاقية جامعة الدول العربية الخاصة بالإعلانات والإنابات القضائية والمعقود عام١٩٥٢،واتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي في ١٦ شباط عام ١٩٨٩ المعقودة بين (العراق ، مصر ، الأردن ، اليمن) [٢].

ومن خلال كل ذلك نرى عدم صحة ذلك الاتجاه الفقهي ، لأنه يؤدي بنا الى إتباع الإسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، هذا من جهة ومن جهة اخرى ، نلحظ تذلل الصعوبات الناجمة عن الأخذ بالتفسير الأجنبي ، وعدم جدوى التمسك بتلك الصعوبات للأخذ بالإسلوب الوطني ، ومن ثمَّ يجب التسليم بالأخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثاني

إتباع الإسلوب الأجنبي

يتضح مما ذكرناه في المطلب السابق (إتباع الإسلوب الوطني) ،عدم صحة ذلك الإسلوب في تفسير القانون الأجنبي ، والذي أوردناه في المطلب السابق من انتقادات للإسلوب الوطني ، ستسعفنا بتأصيل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي إذ سنلاحظ خلال هذا المطلب بأن كافة الفقه والانظمة القانونية في العالم العربية والأجنبية قد هجرت الإسلوب الوطني وتتبع الإسلوب الأجنبي ، وذلك ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية ومحكمة العدل الأوربية وذلك نتيجة منطقية لصحة ذلك الإسلوب التفسيري ، ومن ثمَّ فهذا المطلب ينقسم لثلاثة فروع وهي كما يأتي :

الفرع الأول : تأصيل إتباع الإسلوب الأجنبي.

الفرع الثاني : موقف الأنظمة القانونية العربية من الإسلوب الأجنبي .

الفرع الثالث : موقف الأنظمة القانونية الأجنبية من الإسلوب الأجنبي .

الفرع الأول

تأصيل إتباع الإسلوب الأجنبي

مما أوردناه في المطلب السابق (إتباع الإسلوب الوطني) ، يتضح لنا عدم صحة إتباع الأسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، وبغض النظر عن الأساس الذي يقوم عليه تأصيل إتباع الإسلوب الوطني أي سواء أكان الأساس سلامة التفسير الوطني للقانون الأجنبي أم نظرية الإدماج المادي أم صعوبة التوصل للتفسير الأجنبي للقانون الوطني .

ومن ثمَّ فالإسلوب الصحيح لتفسير القانون الأجنبي هو الإسلوب الأجنبي والسائد في دولة القانون الأجنبي ، وهنا لابد من الإشارة إلى إن ما أوردناه في المطلب السابق من انتقادات

---

[١] -Mayer-op.cit-N١٨٩ P١٢٦.

[٢] حسن الهداوي ـالقانون الدولي الخاص الأردني ـ ص٢٣٤ وما بعدها

للإسلوب الوطني ما هي إلا دعائم لتأصيل إتباع الإسلوب الأجنبي فهي سلاح ذو حدين ، ومما ذكرناه في المطلب السابق يمكن استنتاج دعائم إضافية ، لتأصيل إتباع الإسلوب الأجنبي .

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

٢ ـ إن الأخذ بالتفسير الأجنبي يؤدي بنا إلى استنباط قاعدة قانونية من القانون الأجنبي والتي هي القاعدة القانونية نفسها التي اراد المشرع الأجنبي استنباطها من قانونه وذلك يتفق مع غاية المشرع الأجنبي .

٣ ـ إن الأخذ بالتفسير الأجنبي يتفق مع مصالح الخصوم لأنه يؤدي إلى إستنباط قاعدة قانونية توقع الخصوم تطبيقها على نزاعهم .

٤ ـ إن قاعدة الإسناد عندما تشير إلى تطبيق قانون أجنبي ، نشير إلى تطبيقه كما هو مطبق فعلاً في البلد الأجنبي ، أي تفسيره استناداً للإسلوب الأجنبي ، فعلى القاضي الوطني التقيد بذلك لأنه تنفيذ لأمر مشرعة الوارد في قاعدة الإسناد .

ومن كل ذلك نلحظ سلامة التفسير الأجنبي للقانون الأجنبي وهو الإسلوب الصحيح والذي يؤدي إلى النتائج الصحيحة ، والتي تتفق مع غاية المشرع الأجنبي ومع مصالح الخصوم ومع أمر المشرع الوطني .

ولذلك فقد هجرت غالبية الفقه الأنظمة القانونية في العالم الإسلوب الوطني ونزحت نحو إتباع الإسلوب الأجنبي ، ونلحظ ذلك في الفرعين القادمين المتعلقين ببيان كيف اتبع غالبية الفقه و الانظمة القانونية في العالم الأسلوب الأجنبي ، وذهبت لتأييد إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي محكمة العدل الدولية في أحكام عديدة وهي كما يأتي :

إذ ذهبت في حكمٍ لها رقم(٢٠ ـ ٢١)في قضية القروض الصربية البرازيلية في ٢١ تموز عام ١٩٢٩ إلى إنه (فليس هناك ما يدعو إلى إيجاد ، أي تفسير اخر ينسب إلى القانون الوطني غير الذي أوجده القضاء في ذلك المجال) [١]. (يقصد بالقضاء القضاء الأجنبي).

وحكم أخر لمحكمة العدل الدولية رقم ١٥ في ١٢ تموز علم ١٩٢٩ إذ ذهب إلى إنه (ينبغي أن تولي أهتماماً كبيراً بالقضاء الوطني ، وذلك لأنه يعين المحكمة في التوصل إلى أفضل القواعد المطبقة في هذا البلد) [٢] .(يقصد بالقضاء القضاء الأجنبي) .

وذهبت محكمة العدل الدولية إلى ضرورة إتباع الإسلوب الأجنبي ، في تسوية القضية المرفوعة امام محكمة العدل الدولية والتي تتضمن فقرتها ٦ (لن تستند محكمة العدل الدولية عند تطبيقها لأي قانون وطني على القضاء التابع للمحاكم المختصة) [٣].

أي عندما تفسر محكمة العدل الدولية أي قانون أجنبي ، بل تتبع قضاء دولة القانون الأجنبي.

وزيادة على ذلك ذهبت في حكم أخر لها (أي محكمة العدل الدولية)، لتأييد الإسلوب الأجنبي (فلو وضعت محكمة العدل الدولية في أولوياتها عدم الأهتمام بالقضاء ، فإنها ستقوم في الوقت الحاضر بتطبيق قواعد أخرى غير التي يتم تطبيقها فعلياً ، وهذا سيفضي إلى معارضة الفكرة نفسها التي تستند إلى تطبيق القانون الأجنبي) [٤].

أي إن الأخذ بالإسلوب الوطني يؤدي لإستنباط قاعدة مخالفة للقاعدة التي نستنبطها فيما لو إتبعنا الإسلوب الأجنبي وذلك يتعارض مع غاية المشروع الأجنبي .

---

١ -Mayer –op.ci – N ١٩١ p.١٢٨

٢ – Batiffol et Lagarde –op.cit - ٣٣٧ p.٣٩٥ & -Yassen - op.cit- p.٥٧٧ , ٥٧٨

٣ -Yassen - op.cit- p.٥٧٧, ٥٧٨

٤ -Yassen - op.cit- ٥٧٧, ٥٧٨

وذهبت محكمة العدل الأوربية ايضا إلى تاصيل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي[١] .

وكتحصيل حاصل مما أوردناه أنفا في هذا الفرع ،نلحظ إن المنطق القانوني والواقع العملي ،وما يذهب إليه غالبية الفقه والانظمة القانونية في العالم ،وما تذهب اليه محكمة العدل الدولية(وذلك على صعيد تفسير القانون الأجنبي)،هو إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي لانه الإسلوب الصحيح .

الفرع الثاني

موقف الانظمة القانونية العربية من الإسلوب الأجنبي

سنتناول هنا موقف الانظمة القانونية العربية من الإسلوب الأجنبي ونتناول النظام القانوني المصري، والنظام القانوني الاردني والنظام القانوني اللبناني ، وأخيرا نتطرق للنظام القانوني العراقي ، لذلك ينقسم هذا الفرع إلى أربع فقرات هي :

الفقرة الأولى : موقف النظام القانوني المصري من الإسلوب الأجنبي .

الفقرة الثانية : موقف النظام القانوني الأردني من الإسلوب الأجنبي .

الفقرة الثالثة : موقف النظام القانوني اللبناني من الإسلوب الأجنبي .

الفقرة الرابعة : موقف النظام القانوني العراقي من الإسلوب الأجنبي .

الفقرة الأولى

موقف النظام القانوني القانوني المصري من الأسلوب الأجنبي

يذهب غالبية الفقه المصري إن لم نقل اجمعه لإتباع الإسلوب في تفسير القانون الأجنبي[٢].

وذهب القضاء المصري لإتباع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ,في العديد من الأحكام منها قضية (تصدع الحياة الزوجية) ، والواردة في الفقرة الثالثة من الفرع الثاني من المطلب الأول من الفصل الأول ،وذهب القضاء المصري لذلك أي إتباع الإسلوب التفسيري الأجنبي في قضية تتلخص وقائعها بما يأتي :

قام زوج فرنسي برفع دعوى امام المحكمة القنصلية الفرنسية مطالبا بايقاع الطلاق بينه وبين زوجته الفرنسية لارتكابها افعال تجعل بقاء الزوجية امراً مستحيلاً،وفي٢٣ ايلول ١٩٤٩ قضت المحكمة القنصلية الفرنسية برفض ذلك الطلب ، إستانف الزوج الحكم لدى محكمة استئناف الاسكندرية طالبا ايقاع الطلاق كطلب أصلي أو الانفصال الجسماني كطلب احتياطي، استناداً للمادة ٢٣٩ قانون مدني فرنسي (للمدعي في كافة مراحل الدعوى أن يحول الطلب المقدم منه من الطلاق الى طلب فرقة بينه وبين زوجته) ، وفي ١٢ شباط ١٩٥١ قضت محكمة استئناف الاسكندرية بالغاء الحكم المستانف وحكمت بالانفصال الجسماني ، طعنت الزوجة بالحكم امام محكمة النقض المصرية ، مشيرةً إلى إنه التفسير الفرنسي للمادة ٢٣٩ قانون مدني فرنسي ، والذي يفضي إلى أن

---

[٥] - Batiffol et Lagarde - op.cit- N٣٢٨ , p.٣٨٢

[٢] عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج٢ – الإثبات واثار الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية – (القاهرة، ١٩٥٦) – ف٣٨ ص٥٤،٥٥ و سليمان مرقس – اصول الإثبات في القانون المصري-ج١- الادلة المطلقة – عالم الكتب – (مصر ، بدون سنة طبع) ص٨٠ واحمد نشات – رسالة الإثبات– ط٧ – دار الفكر العربي- (القاهرة، ١٩٧٢) – ف٢٠ص٤٠ و عبد الحميد ابوالهيف – القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر – ط٢ – مطبعة السعادة- (القاهرة ، ١٩٢٧) – ف٣٠٦ص٣٢٤ ،٣٢٥ وجابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – المطبعة العالمية- (القاهرة - ١٩٦٩) – ص٦٠٧ و محمد عبد المنعم رياض – مبادئ القانون الدولي الخاص – ط٢ – مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر- (القاهرة، ١٩٤٣) – ص٤٣٢ ف٣٨٨ ، و عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص٥٩١ – ٥٩٢ وشمس الدين الوكيل –بحثه – ص١٣٥ وما بعدها و محمد كمال فهمي – اصول القانون الدولي الخاص- (طبعة ١٩٥٨) ف٣٦٣ ص٣٩٥،٣٩٦ ، و محمد كمال فهمي – اصول القانون الدولي الخاص- (طبعة١٩٧٨) - ف٣٧٤ ص٤٧٩ وهشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني– ص٣٥٩ وهشام علي صادق – تنازع القوانين –ص٢٥٢ و هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد - دروس في القانون الدولي الخاص – ص١٨٠ وفؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد – مصدر سابق – ص١٨٩ و ماجد الحلواني – مصدر سابق – ص٣٤٩ و احمد عبد الكريم سلامة – مصدر سابق – ص٢١٥ وعكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٨٩ ، ٢٩٠ .

للمدعي في كافة مراحل الدعوى ان يحول الطلب المقدم منه من طلب بايقاع الطلاق إلى طلب فرقة بينه وبين زوجته ، ولا يجوز ان يجمع بين هذين الطلبين ولو كان طلب الانفصال على سبيل الاحتياط (وهذا هو التفسير الفرنسي لتلك المادة) ، وقد جمع الزوج بين الطلبين أي طلب ايقاع الطلاق كطلب اصلي والانفصال الجسماني على سبيل الاحتياط ، وفي ذلك مخالفة للتفسير الفرنسي للمادة ٢٣٩ من القانون المدني الفرنسي، فاخذت محكمة النقض المصرية بالتفسير الفرنسي للقانون الفرنسي ، ونقضت الحكم لحصول خطأ في تطبيق القانون[١] .

وذهبت لذلك محكمة النقض في الجمهورية العربية المتحدة في ٢ نيسان ١٩٥٩ ، في حكم مضمونه (إستناد المحكمة إلى فتوى صادرة من المعهد اليوناني للقانون الدولي كعنصر من عناصر البحث التي استأنست بها لتعرف الرأي السديد ،في تأويل نصوص القانون اليوناني...)[٢] .

أما التشريع المصري فخالي من نص يعالج مسالة الإسلوب الواجب الإتباع في التفسير لكننا نستنير بالفقه والقضاء المصري، لتأصيل موقف النظام القانوني المصري إزاء تلك المسألة،ولحظنا بأن الفقه والقضاء المصري ينزح نحو الإسلوب الأجنبي ،أي إن النظام القانوني المصري يؤصل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

[١] محكمة النقض – المكتب الفني لتبويب الأحكام – مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية – السنة ٥ – العدد ٢ –(كانون الثاني ، اذار ١٩٥٤)– ص٤٢٦ وما يعدها .
[٢] جابر جاد – تنازع القوانين – هامش ١ ص٦٠٩ .

الفقرة الثانية
موقف النظام القانوني الاردني
من الإسلوب الأجنبي

لا يوجد نص يعالج مسالة تحديد الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي في القانون الاردني .

إلا إنه الظاهر من نص المادة ٢٥ قانون مدني اردني* ، إنه النظام القانوني الاردني يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، ومضمون هذه المادة (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشانه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين)[١] .

وبما إن التشريع الأردني خالٍ من نص يعالج تلك المسالة ، فعلى القاضي الاردني إذن التقيد بمبادئ القانون الدولي الخاص العامة أو الاكثر شيوعا في العالم عند تفسيره للقانون الأجنبي ، وبما إنه إتباع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي من مبادئ القانون الدولي الخاص الشائعة ، فعلى القاضي الاردني التقيد بذلك أي ان يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

ويذهب لذلك أيضا القضاء الاردني ، إذ قررت محكمة تمييز الاردن في قرارٍ لها في ١٠ تشرين الثاني١٩٨٣ بانه (إن الرأي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء يقضي بان القانون الأجنبي الواجب التطبيق امام القضاء الوطني يحتفظ بطبيعة القانونية ولا يعدّمن الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وإن المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى في المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبيق القانون المحلي)[٢] .

أي أن لمحكمة تمييز الاردن إن تلزم القاضي الاردني بالرجوع للنظام القانوني الأجنبي ليتوصل لمضمون القانون الأجنبي ، وذلك يتطلب بالضرورة إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، ومن كل ذلك نستنتج إن النظام القانوني الاردني يؤصل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

الفقرة الثالثة
موقف النظام القانوني البناني
من الإسلوب الأجنبي

لا يوجد نص في القانون اللبناني يعالج مسالة تحديد الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي ،الا انه السائد في النظام القانوني اللبناني، هو إتباع الإسلوب التفسيري الأجنبي * في تفسير القانون الأجنبي.[٣]

---

* لا يوجد نص يعالج هذه المسالة في القانون اليمني إلا انه يظهر من المادة ٣٤ قانون مدني يمني انه على القاضي اليمني ان يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي والتي مضمونها (.... اذا لم يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم مسالة تنازع القوانين المعروضة على القضاء فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دوليا ما لم يتعارض ايا من ذلك مع أحكام الشريعة الاسلامية).محمد عبد الله المؤيد – مصدر سابق – ص٣١٨ ولا يوجد نص يعالج هذه المسالة في القانون الكويتي الا انه يظهر من المادة ٦٩ من قانون رقم(٥)عام ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بانه على القاضي الكويتي ان يتبع الإسلوب الأجنبي ، والتي مضمونها (تتبع فيما لم يرد بشانه نص في المواد الواردة في هذا الباب من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص) – ماجد الحلواني – مصدر سابق – ص٤٦٧

[١] غالب علي الداودي – مصدر سابق – ص١٦٤ .

[٢] غالب الداودي – مصدر سابق – هامش٣ ص١٦٠ .

* ويأخذ النظام القانوني الاماراتي بالأسلوب الأجنبي في تفسير القانوني الأجنبي.عكاشة محمد –مصدر سابق –ص٢٩٢

[٣] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٩١، ٢٩٢ .

ويظهر ذلك مما ذهبت اليه محكمة تمييز لبنان في حكم لها في ٢٠ آذار ١٩٥٧ الذي مضمونه (على فرض ان الفريقين اتفقا على تفسير واحد لبعض مواد القانون المدني اليوناني أو إن تفسير احدهما لتلك المواد لم يعترض عليه الاخر فان المحكمة غير مضطرة لإتباع هذا التفسير الذي يفترض انها اتفقا عليه ...)[١].

فاذا كان القاضي اللبناني يتبع الأسلوب اللبناني في تفسير القانون اليوناني ، (أي يتبع الإسلوب الوطني) ، فإن الخصوم لا يثبتوه بل إن القاضي اللبناني هو الذي يثبته لأنه تفسير قانونه الوطني ، والذي يعلم به ويثبته ولا يثبته الخصوم ، وهنا إتفق الخصمان على إثبات تفسير القانون اليوناني ، أي أن النظام القانوني اللبناني يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، بدليل إن الخصمان قاما بإثبات تفسير القانون اليوناني ، ولو كان الإسلوب التفسيري اللبناني هو المتبع في تفسير القانون اليوناني لما قام بإثباته الخصوم واثبته القاضي اللبناني.

وذهبت لذلك ايضا محكمة تمييز لبنان في حكم لها صادر في ٣ نيسان ١٩٥٨.

(على المحكمة ان تكلف من يدلي بتلك القوانين - أي الأجنبية - أن يبرز ترجمة مصدقة من السفارة العائدة لدولة تلك القوانين أو التي تمثلها أو من مرجع اخر موثوق وان يصار إلى تبليغها عند تقديمها إلى قلم المحكمة إلى الفريق الاخر ليطلع عليها ويبدي رأية في معناها -أي تفسيرها الأجنبي الذي يحاول الخصوم إثباته) ، وامكانية تطبيقهما في الدعاوى المقدمة إلى المحكمة)[٢].

الفقرة الرابعة
موقف النظام القانوني العراقي
من الإسلوب الأجنبي

لا يوجد في التشريع العراقي نص يعالج مسألة تحديد الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي ، ومما يزيد الطين بلة إن القضاء العراقي لا يسعفنا في هذا المجال ، لان قراراته على صعيد تنازع القوانين قليلة ، فضلاً عن إن القضاء العراقي وإن تناول قضية تتعلق بتنازع القوانين ،فإنه يتناولها بصورة مقتضبة اذ يقتصر الحكم على الإشارة للقانون الواجب التطبيق (وطبعا قبل ذلك اشارته إلى طائفة الاسناد التي حصل بموجبها الاسناد) ، فلا يشير إلى إنه اتبع الأسلوب التفسيري الأجنبي أو الوطني في تفسير القانون الواجب التطبيق ،ولا كيف فسر ذلك القانون عندما طبقه على النزاع .

وبالرغم من كل ذلك فسوف نستعين بالفقه العراقي ، الذي بين موقفه بصراحة إزاء الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي ، فضلاً عن إستعانتنا بمجموعة نصوص في القانون العراقي، وبالمعاهدات التي ابرمها العراق على صعيد التعاون القانوني مع الدول العربية أو الأجنبية، وبمجموعة من أحكام القضاء العراقي في تنازع القوانين ، وذلك كله لبيان موقف النظام القانوني العراقي من الأسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي .

يذهب غالبية الفقه العراقي إلى وجوب إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي[٣].

---

[١] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٧٠ .

[٢] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٧٢ .

[٣] - Yassen-op.cit-p٥٧٤

و مصطفى كامل ياسين في بحثه - كيف يطبق القانون الأجنبي - ص١٧٩و حسن الهداوي في كتابه – تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ١٩٦٧ –ص١٣٧، ١٣٨و حسن الهداوي في كتابه – القانون الدولي الخاص الاردني - ص٢٢٠،٢٢١ و آدم وهيب النداوي في كتابه – شرح قانون الإثبات – ط٢ – مطبعة دار القادسية – (بغداد ، ١٩٨٦) – ص٣٥،٣٦ و آدم وهيب النداوي في كتابه– الموجز في قانون الإثبات -.مطابع التعليم العالي – (الموصل،١٩٩٠) – ص٣٦ وفريد فتيان في بحثه– تنازع القوانين من حيث المكان – مجلة القضاء – العدد ٥ – السنة ١٩٥٢ – ص٢٤.

ذلك على صعيد الفقه العراقي أما على صعيد القانون العراقي نلحظ ما يأتي :

يلاحظ ان المشرع العراقي يستخدم الفاظا مثل (يسري ...) و(يرجع...) و(يخضع...)، مما يدلل على الزام القاضي العراقي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق (وطبعا ذلك يعني ان النظام القانوني العراقي يسلم بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي) ، مثلا المادة ١٩ فقرة ١ من القانون العراقي والتي تنص على انه (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ...)*، والمادة ١٨ فقرة ١ قانون مدني عراقي والتي تنص (الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته)*، أي يجب على القاضي العراقي البحث عن مضمون القانون الأجنبي[١] .

والبحث عن مضمون القانون الأجنبي يتضمن بديهيا البحث عن الإسلوب التفسيري الأجنبي، بعدّه جزء من مضمون القانون الأجنبي، أي إن المشرع العراقي ذهب إلى ضرورة إتباع الأسلوب الأجنبي ضمنيا.

فضلاً عن المادة ٣ من قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١*.

إذ الفقرة١ منها تذهب إلى انه (للمحاكم العراقية في التحقيق عن قانون بلد اجنبي أن تقبل-

أ- إفادة الاخصائيين في القوانين... **ب -** الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية فضلية أو سياسية ...

ج - الوثائق الموقع عليها من قبل الحكام البريطانيين...[٢].

أي إن على القاضي العراقي ان يستعين بتلك الوسائل للتوصل لمضمون القانون الأجنبي، وبديهيا الإسلوب التفسيري الأجنبي لانه جزء من مضمون القانون الأجنبي ،وذلك يشير إلى إتباع المشرع العراقي للإسلوب الأجنبي، والذي يجب على القاضي العراقي التقيد به، لأنه عليه التقيد به بما يذهب اليه مشرعه العراقي.

وذلك كله يشير إلى تأصيل النظام القانوني العراقي ،للإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

ومما يعضد ما نذهب اليه كثرت الاتفاقيات العراقية الخاصة بالتعرف على مضمون القانون الأجنبي ومنها.

اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية العراقية والجمهورية العربية المتحدة [٣].

واتفاقية التعاون القضائي بين العراق وتركيا عام ١٩٤٧ [٤] .

---

* المطابقة لمضمون للمادة ٢٢ فقرة ١ من مشروع القانون المدني التي نصها (يسري على الشروط الموضوعية لصحة الزواج قانون كل من الزوجين)

* المطابقة لمضمون المادة ١٩ من مشروع القانون المدني التي نصها (يسري على الاهلية والحالة المدنية قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته...).

[١] مصطفى كامل ياسين – بحثه – هامش١ ص١٧٠ و ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص وفق القانونان العراقي والمقارن - ص٣٣٧.

* والذي الغيت منه المواد(١،٤، ٥،٦) بموجب المادة ١٣٨١ فقرة ٣ قانون مدني عراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ (ويلغى القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٣٦ الخاص بالفائدة القانونية والقانون رقم (٥٤) لسنة ١٩٤٣ الخاص بالضمانات وكيفية الحكم بها والمواد (١و٤ المعدلة و ٥ و ٦) من قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم (٧٨)سنة ١٩٣١) ولم تلغ المادة ٣ من قانون الاحوال الشخصية للاجانب.

[٢] حامد زكي – دروس في القانون الدولي الخاص العراقي – مطبعة التفيض الاهلية- (بغداد ، ١٩٤٣) – هامش ١ ص١٠٩، ١١٠ و مصطفى كامل ياسين – بحثه - ص١٧٢.

[٣] حسن الهداوي – تنازع القوانين – ص٢٦٢.

[٤] . ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – ص٣٣٨

واتفاقية جامعة الدول العربية الخاصة بالاعلانات والانابات القضائية المعقودة عام ١٩٥٢ (والتي صادق عليها العراق)، واتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي في ١٦ شباط عام ١٩٨٩ المعقودة بين (العراق ، مصر، اليمن ، الاردن) [١].

اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي عام ١٩٨٣[٢].

والاتفاقية القضائية بين العراق والمانيا الديمقراطية ١٩٧١ [٣].

وبغض النظر عما أوردنا اعلاه فان النظام القانوني العراقي يتبع الإسلوب الأجنبي ، وذلك لانه نص المادة ٣٠ قانون مدني عراقي تذهب إلى انه (يتبع فيما لم يرد بشانه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين ، مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا) *، وبما إن مسألة إتباع الأسلوب الأجنبي على صعيد القانون العراقي ،لم يرد بشانها نص وهي من مسائل تنازع القوانين، فيجب على القاضي العراقي هنا إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا على صعيد هذه المسألة ، وما ذهب اليه غالبية الفقه والسائد المعمول به على صعيد جميع الانظمة القانونية في العالم هو إتباع الإسلوب الأجنبي ، فيجب على القاضي العراقي من خلال قوله إتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا، وذلك يعني أيظاً إن المشرع العراقي بارك إتباع الأسلوب الأجنبي، بعدّه من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، وفضلاً عن كل ذلك فالعراق من الدول اللاتينية وغالبية الدول اللاتينية تتبع الإسلوب الأجنبي، وعلى رأسها مصر(التي أشرنا إليها سابقا)، وفرنسا(التي سنشير اليها لاحقا)، فمنطقيا أن يحذو العراق حذو الدول اللاتينية الاخرى ويتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

أما فيما يخص القضاء العراقي ،فلا يوجد حكم لمحكمة تمييز العراق تقرر فيه بصراحة إنها اتبعت الإسلوب التفسيري الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي، إلا إننا يمكننا أن نحدد موقف القضاء العراقي إزاء الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي، من خلال عدد من أحكامه الخاصة بتنازع القوانين .

ففي عام ١٩٤٨ عرضت قضية على محكمة المواد الشخصية في بغداد، تتعلق بصحة وصية انكليزي متوفي بالعراق، إذ كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانكليزي بعدّه قانون جنسية الموصي، فعقدت المحكمة دراسة لاجل التوصل لمضمون القانون الانكليزي [٤].

و ذلك المضمون يتضمن بالضرورة القانون الأجنبي وتفسيره .

---

[١] حسن الهداوي ـالقانون الدولي الخاص الاردني والمقارن ـ ص٢٤٣

[٢] ممدوح عبد الكريم ـ القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن ـ ص٣٣٨

[٣] ممدوح عبد الكريم ـ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ـ ص٣٣٨

* المطابقة لمضمون المادة ٣٦ من مشوع القانون المدني العراقي التي مضمونها (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا فيما لم يرد بشأنه نص في المواد (١٦-٣٥) من هذا القانون) يقصد بها مواد تنازع القوانين .

[٤] وفحوى القضية ان إنكليزيا توفي في العراق وترك وصية لوارث وذلك عام ١٩٤٨ ،(قبل صدور القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ إذ كانت تطبق مجلة الأحكام العدلية)، فعقدت محكمة المواد الشخصية في بغداد المعروض أمامها النزاع دراسة للبحث عن مضمون القانون الإنكليزي ،بعدّه قانون جنسية الموصي لان الوصية تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وعند توصلها لمضمون القانون الإنكليزي وجدت ان القانون الإنكليزي يعدّها نافذه من دون حاجة لاجازة الورثة ،ووجدت ان القانون الإنكليزي يحيل مسالة الوصية إلى قانون موطن الموصي أي القانون العراقي، وهنا أخذت المحكمة بالاحالة وطبقت القانون العراقي الذي يشترط لنفاذ الوصية اجازة الورثة ،لأن النظام القانوني العراقي يأخذ بالاحالة ، والتي عدل عنها في المادة ٣١فقرة ١قانون مدني عراقي والتي مضمونها (اذا تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق فانما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص). ممدوح عبد الكريم ـ مصدر سابق ـ ص٢٧١

واخذ المشرع العراقي بالاحالة في مشروع القانون المدني في المادة ١٧ منه إذا كانت الاحالة للقانون العراقي التي مضمونها (إذا تقرر ان قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق قواعد الإسناد الواردة فيه إلا إذا نصت هذه القواعد على ان القانون العراقي هو الواجب التطبيق) .

وقضية حرمة الرضاع الايرانية عام ١٩٥١ (المشار اليها انفا في المبحث الأول)، والتي عرضت على المحكمة المواد الشخصية في كربلاء، إذ اخذت المحكمة على عاتقها البحث عن مضمون القانون الايراني وبالضرورة البحث عن تفسير القانون الايراني.

وفي قضية عرضت على محكمة المواد الشخصية ببغداد عام ١٩٥٢، تتعلق باهلية فتاة انكليزية ، إذ كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الانكليزي، بعدّه قانون الجنسية فرجعت المحكمة القنصلية الانكليزية للاستفسار عن القانون الأجنبي وتفسيره، وأوفدت القنصلية البريطانية مشاورها الحقوقي للسفارة البريطانية،مع مذكرة تتضمن اجوبة لأسئلة المحكمة ،وفضلاًعن حضور المستشار الحقوقي للسفارة البريطانية كخبير، امام المحكمة لتحديد القانون الانكليزي وتفسيره[١] .

وذهبت لذلك محكمة تمييز العراق في حكم لها في ٢٣ تشرين الأول ١٩٦٧ والذي مضمونه (بما انه الخصم لبناني الجنسية فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الاحوال الشخصية اللبناني لا العراقي)[٢] .

أي ان على القاضي العراقي ان يطبق ويبحث عن مضمون القانون اللبناني وبالضرورة تفسير السائد في لبنان .

---

[١] وفحوى القضية ان انكليزية ولدت في بغداد في ٤ كانون الثاني ١٩٣٩ من ابوين انكليزيين متوطنين في العراق، وعندما بلغت الفتاة ١٢ سنة من عمرها اشهرت اسلامها بعد وفاة ابيها، استنادا للحجة المؤرخة في ٥ كانون الأول ١٩٥١ رقم ٢٨٠الصادرة من المحكمة الشرعية الجعفرية في بغداد ،وعقدت نكاحها على (ع) امام قاضي المحكمة الشرعية ببغداد حسب الحجة المرقمة ٨٨٩ المؤرخة في ٢٢ كانون الأول ١٩٥١، بعد ان ادعت البلوغ وقدمت الشهود لإثبات بلوغها ، فعقد القاضي النكاح بعد ان تبين له بلوغها، (وذلك قبل نفاذ القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١)، لانه تنص المادة ١٣٨٢من القانون المدني العراقي (ينفذ هذا القانون بعد مرور سنتين من تاريخ نشرة في الجريدة الرسمية) ونشر في ٤ حزيران ١٩٥١ ، رفعت أُم الفتاة دعوى امام محكمة المواد الشخصية ببغداد تطالب بابطال حجة اسلامها وابطال عقد الزواج، لان البنت قاصر لم تبلغ ال١٨ استنادا للقانون الانكليزي، ومن ثَمَّ لا يجوز لها اجراء أي تصرف الا بموافقة الولي وهي الوالدة الانكليزية، وذلك استنادا للقانون الانكليزي بعدّه القانون الواجب التطبيق (لان المسألة تتعلق بالاهلية والاحوال الشخصية التي تخضع لقانون الجنسية) ، وذلك بناءا على استشهاد صادر من القنصلية البريطانية ببغداد يتضمن ان الفتاة بريطانية الجنسية وقاصر حسب القانون الانكليزي ،ومضمون القانون الانكليزي (وبالضرورة تفسيره)، وقامت المحكمة بالبحث عن القانون الأجنبي وتفسيره (وبينا كيف بحث القاضي العراقي عنه انفا) ،ووجدت ان القانون الانكليزي يحيل مسائل الجنسية والاحوال الشخصية لقانون الموطن أي القانون العراقي، ولان النظام القانوني العراقي كان ياخذ بالاحالة لانه لم ينفذ بعد القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ فطبق القاضي العراقي القانون العراقي ، فردت طلب المدعية بابطال حجة الاسلام لانه تلك المسائل وجدانية وروحية لا يمكن التدخل بها ، وفيما يخص أبطال الزواج فاستنادا للمادة ٩٨٦ من مجلة الأحكام العدلية ، التي تنص على انه بلوغ البنت ما بين ٩-١٥ سنة فاذا اكملت البنت ٩ سنين فيقال لها مراهقة، وتنص المادة ٩٨٩ من المجلة على انه اذا أقرت المراهقة ببلوغها امام القاضي، فإنها تعتبر بالغة اذا كان ظاهر حالها لا يكذبها، وبما انها ادعت بلوغها واكد ذلك الشهود، ومن ثمّ تعدّ بالغة حكما واذن تستطيع الزواج بمن تشاء ، ولوليها حق ابطال زواجها من ناحية كفاءة الزوج فقط ، وبما انه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، ومن ثمّ لا تستطيع الأُم الاعتراض على زواج ابنتها ، لانها غير مسلمة فليس لها ولاية على ابنتها المسلمة ، ولذلك اقر زواج البنت واسلامها وردت دعوى الأُم . غالب علي الداوي – نظرية الاحالة في القانون الدولي الخاص وتطورها في قوانين الشرق الأوسط– دار الطباعة الحديثة-(بصرة،١٩٦٥)- ص٨٠ ،٨٤.

[٢] وفحوى القضية ، ان لبناني رفع دعوى امام محكمة المواد الشخصية مطالبا بحضانة أولاده من مطلقته لانها تزوجت باجنبي عن الولدين ، فأصدرت المحكمة حكما ردت به حضانة الأولاد لابيهم، استنادا للمادة ٥٧ قانون احوال شخصية عراقي ، طعنت الزوجة بالحكم امام محكمة التمييز ، فحكمت محكمة التمييز في ٢٣ تشرين الأول ١٩٦٧بانه (بما انه الخصم لبناني الجنسية فان القانون الواجب التطبيق هو قانون الاحوال الشخصية اللبناني لا العراقي)، وذلك استنادا للمادة ١٩ فقرة ٤ قانون مدني عراقي (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والأولاد يسري عليها قانون الأب) – كريم مزعل – مصدر سابق – ص١٥٥
.إذ ان المادة ١٩ فقرة ٤ مطابقة لمضمون للمادة ٢٢ فقرة ٢ من مشروع القانون المدني العراقي التي مضمونها (يسري على الآثار التي يرتبها عقد الزواج قانون الزوج وقت انعقاد الزواج).

وذهبت لذلك محكمة تمييز العراق في حكم آخر لها في ١٧كانون الأول ١٩٦٧ والذي مضمونة (على محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء تطبيق أحكام القانون الايراني بخصوص نفقة الزوجة اذا كان طرفا الدعوى ايرانيان) [١] .

[١] فحوى القضية ، رفعت زوجة ايرانية دعوى على زوجها الايراني مطالبة بنفقتها امام محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء ،فطبق القاضي العراقي قانون الاحوال الشخصية العراقي على النزاع ، فطعن بالحكم امام محكمة التمييز التي قضت في ١٧ كانون الاول ١٩٦٧ بانه (على محكمة الاحوال الشخصية في كربلاء تطبيق أحكام القانون الايراني بخصوص نفقة الزوجة اذا كان طرفا الدعوى ايرانيان) ، المادة ١٩ فقرة ٢ قانون مدني عراقي (و يسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر فيما يخص للمال) . كريم مزعل ـ مصدر سابق ـ ص ١٧٧ .
.والمادة ١٩ فقرة ٢ مطابقة للمادة ٢٢ فقرة ٢ من مشروع القانون المدني العراقي.

وحددت مضمون القانون الفلسطيني والذي يتضمن القانون الفلسطيني وتفسيره [١].

أي انه القضاء العراقي يؤصل إتباع التفسير الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي لا التفسير العراقي .

نلحظ من كل ما أوردنا انفا ، يتضح إن النظام القانوني العراقي يبارك ويتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

الفرع الثالث
موقف الانظمة القانونية الأجنبية
من الإسلوب الأجنبي

سوف نبين هنا موقف الانظمة القانونية الأجنبية من الإسلوب الأجنبي ، إذ نلحظ ان غالبية الانظمة القانونية الأجنبية ، تتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، إذ سنتناول موقف النظام القانوني الفرنسي والايطالي والالماني والنمساوي والانكليزي والاسترالي والتشكيوسلوفاكي (سابقاً) والاتحاد السوفيتي(سابقاً) والبولوني ، ونخصص هنا فقرة مستقلة لكل نظام قانوني من هذه الانظمة لنبين موقفه إزاء الإسلوب الأجنبي وكما يأتي :

الفقرة الأولى
موقف النظام القانوني الفرنسي
من الإسلوب الأجنبي

وذهب غالبية الفقه الفرنسي لإتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي[٢] .

وأصل ذلك القضاء الفرنسي حتى في حالة تطابق النص الأجنبي مع النص الفرنسي ، لان كل نص له ظروفه القانونية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي نشأ خلالها[٣] .

---

[١] فحوى القضية ، طالبت زوجة فلسطينية بالطلاق من زوجها الفلسطيني لفقدان المحبة والاحترام بينهما ، امام محكمة الرصافة . فذهبت المحكمة إلى انه القانون الواجب التطبيق هو القانون الفلسطيني باعتباره قانون جنسية الزوج استنادا للمادة ١٩ فقرة ٣ قانون مدني عراقي (يسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الزواج وقت رفع الدعوى) ، وبما انه الشريعة الاسلامية وبالذات مذهب ابي حنيفة هي المطبقة في فلسطين بخصوص الاحوال الشخصية للمسلمين منذ ان كانت جزء من الدولة الاسلامية في عهد الدولة العثمانية ومن ثم الاحتلال الصهيوني ، ولكن مذهب أبي حنيفة لا يأخذ بما ادعت به الزوجة كسبب للطلاق ، ومن ثمَّ اصدرت المحكمة حكما برد الدعوى .فطعنت الزوجة بالحكم امام محكمة التمييز العراق وذهبت إلى انه (بما انه الزوجان فلسطينيان فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الفلسطيني المادة ١٩ فقرة ٣ قانون مدني عراقي فاذن يسري قانون حقوق العائلة الاردني رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٠ والذي يشمل الاردبينين والفلسطينيين وهو معمول به منذ تاريخ نشره بالجريدة الرسمية في ١١ / ايلول / ١٩٥١ فهو قانون الزوج والقانون الواجب التطبيق واضافت بانه على محكمة الرصافة ان تعمل أحكام المادة ٩٦ من ذلك القانون والتي تنص على انه (اذا ادعت الزوجة اضرارا الزوج فيها بما لا تستطيع معه دوام العشرة بينهما يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق ...) . كريم مزعل – مصدر سابق – ص١٧٦، ١٧٧.

والمادة ١٩ فقرة ٣ مطابقة لمضمون المادة ٢٢ فقرة ٣ التي مضمونها (يسري على الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى) .

[٢] - Batiffol et Lagarde- op.cit- N ٣٢٨ P.٣٨١, ٣٨٢ . & - Maury – op.cit - P.٣٩٢ . & - Mayer - op.cit- N ١٩١ P .١٢٨.

-Mayer-op.cit- N١٩١ P.١٢٨

و سامية راشد – بحثها – ص٤٦٠ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد – مصدر سابق – ص١٦٢ .

وذهبت محكمة النقض في ٢٩ تموز ١٩٢٩ إذ قالت (بان لقاضي الموضوع ان يتحقق من معنى القانون الأجنبي ومدلوله ولو خالف في ذلك ما قدمه الخصوم من وثائق في إثبات هذا القانون)[١].

وذهب القضاء الفرنسي في حكم اخر إلى ذلك وفحوى ذلك الحكم (ان القانون الأجنبي ليس هو ما يتمناه القضاء الفرنسيون ان يكون بل ما يقرره القضاة الاجانب فإذا كان من المؤسس ووجود مثل هذه الاختلافات فهل يكون من الواقعية تجاهلها)[٢].

وذهب لذلك القضاء الفرنسي في حكم (وصية البلجيكي) الذي بيناه انفا ، ومن ذلك يتضح نزوح النظام القانوني الفرنسي للاخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

الفقرة الثانية
موقف النظام القانوني الايطالي
من الإسلوب الأجنبي

الاتجاه الغالب في الفقه الايطالي ينزح نحو الاخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، بعد ان كان ينزح نحو الإسلوب الوطني لانه كان يؤمن بنظرية الادماج المادي التي تفضي إلى إتباع الأسلوب الوطني ، حيث بعد ذلك أخذ ذلك الفقه بنظرية الادماج الشكلي، والتي تحتفظ للقانون الأجنبي بطبيعته الأجنبية أي تفسيره استنادا للإسلوب الأجنبي وهو المعمول به في الفقه الايطالي الحديث[٣].

والقضاء الايطالي يذهب لإتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي، إذ نستنتج ذلك من حكم صدر للمحكمة الايطالية العليا في ١٣ تشرين الاول ١٩٥٩ مضمونه (انه عند عدم تعاون الخصوم في إثبات القانون الأجنبي يتصدى القاضي للتعرف عليه بكافة وسائله في المعرفة)[٤].

أي ان إثبات مضمون القانون الأجنبي على عاتق الخصوم أو القاضي ومنطقيا الإسلوب الأجنبي .

والملاحظ ان القانون الايطالي خالٍ من نص يعالج هذه المسألة[٥].

ولكن الفقه والقضاء الايطالي يذهب نحو إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، أي ان النظام القانوني الايطالي ياخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

الفقرة الثالثة
موقف النظام القانوني الالماني
من الإسلوب الأجنبي

يذهب التشريع الالماني إلى وجوب إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، وذلك في المادة ١٢ فقرة ١ من القانون الالماني الصادر في ١٩ حزيران عام ١٩٧٥ المعدل لقانون

---

[١] محمد كمال فهمي – اصول القانون الدولي الخاص – ط١٩٧٨ - هامش ٢ ص٤٧٨ .

[٤] - Batiffol et Lagarde –op.cit- N٣٤٣ P.٤٠١

[٣] شمس الدين الوكيل٠- بحثه - ص١٠١،١٠٢

[٤] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٤ .

[٥] شمس الدين الوكيل –بحثه– ص١٠٠ .

المرافعات ،إذ نص تلك الفقرة هو (يجب على المحكمة عمل اللازم لإثبات قواعد القانون – أي القانون الأجنبي – وتطبيقها العملي من جانب قضاء محاكم الدولة التي ينبثق منها القانون)[١].

وللتطبيق العملي لقواعد القانون الأجنبي من قبل محاكم دولته الأجنبية هو التفسير الأجنبي للقانون الأجنبي ، أي ان التشريع الالماني يلزم القاضي الالماني بإتباع الإسلوب الأجنبي .

ويذهب الفقه والقضاء الالماني لإتباع الإسلوب التفسيري الأجنبي والتقيد بأحكام القضاء الأجنبي لاجل تفسير القانون الأجنبي[٢] .

وذهبت لذلك محكمة همبورغ في حكم لها في ٤ تشرين الاول ١٩٣٣ عندما عرض عليها تطبيق القانون الانكليزي في مسألة بحرية فقررت (ان المحكمة التي يجب عليها تطبيق القانون الانكليزي ينبغي عليها ان تعترف بنفوذ القضاء الانكليزي كما هو معروف في انكلترا)[٣].

وذهب لذلك القضاء الالماني في حكمين للمحكمة العليا في (Bavierè) صادرين عام ١٩٧٢ و١٩٧٩ إذ ذهبت تلك المحكمة إلى انه (عندما كان على القاضي الالماني ان يطبق قانونا اجنبيا كان عليه احترام الطريقة التي يطبق فيها ذلك القانون واقعيا في البلد الأجنبي)[٤].

وذهب لذلك القضاء الالماني عندما رجع القاضي الالماني لمعهد القاضي المقارن في المانيا ، للتوصل لمضمون القانون الفرنسي وذلك المضمون يتضمن القانون الفرنسي وتفسيره[٥].

ويقصد بالتطبيق الواقعي للقانون الأجنبي في بلده الأجنبي ، هو التفسير الأجنبي ومن كل ذلك نلحظ ان النظام القانوني الالماني ينزح نحو إتباع الإسلوب الأجنبي .

الفقرة الرابعة
موقف النظام القانوني النمساوي
من الإسلوب الأجنبي

يذهب القضاء النمساوي إلى الزام القاضي الوطني على البحث عن أحكام ومضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق في النمسا[٦] .

وذلك يعني أن القضاء النمساوي يعتنق الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

ويذهب التشريع النمساوي إلى تاصيل إتباع الأسلوب الأجنبي وذلك بالإشارة من دون التصريح إذ نستنتج ذلك من المادة ٢٧١ من القانون النمساوي والتي تلزم القاضي النمساوي بتطبيق القانون الأجنبي[٧].

---

[١] احمد عبد الكريم سلامة – مصدر سابق – ص٢١٥ .

[٢] سامية راشد ـ بحثها ـ ص ٤٥٤ وفؤاد عبد المنعم رياض ،سامية راشد ـ ص١٥٧

[٣] جابر جاد ـ تنازع القوانين ـ هامش ٣ ص٦١٢ وجابر جاد ـالقانون الدولي الخاص العربي ـ هامش ٣ ص٦٨٤ و جابر جاد ـالقانون الدولي الخاص ـ هامش٢ ص ٢٧٢

[٣] - Batiffol et Lagarde –op.cit – N٣٢٨ P٣٨٢

[٤] - Wollf- op.cit – ١٩٥٠ed- P.٢١٨ .

[٦] عز الدين عبد الله – تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية – مجلة مصر المعاصرة – السنة ٦٢ – العدد ٣٤٥ – تموز ١٩٧١ – ص١٠٠ .

[٧] عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص طبعة ١٩٦٩ – هامش ٣ ص٥٧٧ .

وفي ذلك إشارة إلى إقرار المشرع النمساوي بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ، أي اقرار بأن للقانون الأجنبي مضمونة الخاص به والذي يختلف عن مضمون القانون النمساوي ، أي انه المشرع النمساوي يشير إلى وجوب إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسيره.

وذلك يشير إلى اتجاه النظام القانوني النمساوي نحو إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

الفقرة الخامسة
موقف النظام القانوني البولني
من الإسلوب الأجنبي

يذهب الفقه البولوني إلى تاصيل إتباع الإسلوب الأجنبي[١].

ويذهب التشريع البولوني لذلك ايضا في المادة ٣٩ من القانون البولوني الصادرسنة ١٩٢٦ ، والتي مضمونها بأن للمحكمة ان تطلب من وزير العدل ان يزودها بنصوص القانون الأجنبي وأحكام القضاء الأجنبي[٢].

أي إن على القاضي البولوني الرجوع لدولة القانون الأجنبي للتعرف على مضمونه وله في سبيل ذلك الاستعانة بوزير العدل ، أي إنه المشرع البولوني يؤصل إتباع الإسلوب الأجنبي،

أي ان النظام القانوني البولوني يؤصل إتباع الأسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

الفقرة السادسة
موقف النظام القانوني في الاتحاد السوفيتي (سابقاً)
من الإسلوب الأجنبي

يذهب الفقه السوفيتي إلى تاصيل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي[٣] .

وذهب لذلك التشريع في الاتحاد السوفيتي ، اذ نستطيع استخلاص ذلك من المادة١٢ قانون مرافعات سوفيتي الصادر عام ١٩٦٢ ، التي تنص على أن القوانين التي يجب على القاضي السوفيتي تطبيقها ومنها القانون الأجنبي[٤].

وذلك اقرار بالطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ، واقرار بمضمونه الأجنبي أي انه على القاضي السوفيتي البحث عن مضمون القانون الأجنبي ، أي المشرع السوفيتي يلزم القاضي السوفيتي بإتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي .

ونستخلص ذلك من المادة ٨ من قانون المرافعات السوفيتي ، التي تذهب إلى إنه إذا واجهت المحاكم السوفيتية صعوبة في تطبيق القانون الأجنبي ، فتتصل تلك المحكمة بدولة القانون الأجنبي للتغلب على تلك الصعوبة[١].

---

[١] عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥ .
[٢] عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص طبعة ١٩٦٩ – هامش ٣ ص٥٧٧ .
[٣] عز الدين – بحثه – ص١٠٥ .
[٤] سامية راشد – بحثها – ص٤٥٣ .

وذلك إشارة إلى الزام القاضي السوفيتي بتطبيق القانون الأجنبي ، وبديهيا يترتب على ذلك إتباع الإسلوب الأجنبي ، وإشارة إلى ضرورة رجوع القاضي لدولة القانون الأجنبي ، للتعرف على مضمونه وذلك إشارة الى إتباع الإسلوب الأجنبي ، ومن كل ذلك نستنتج ان النظام القانوني في الاتحاد السوفيتي يؤصل إتباع الإسلوب الأجنبي.

الفقرة السابعة
موقف النظام القانوني التشيكو سلوفاكي (سابقاً)
من الإسلوب الأجنبي

يذهب الفقه التشيكو سلوفاكي إلى ضرورة إتباع الإسلوب في تفسير القانون الأجنبي[٢].
وذهب لذلك التشريع التشيكو سلوفاكي في المادة ٣٥ من مجموعة القانون الدولي الخاص الصادر عام ١٩٦٣ إذ تنص تلك المادة على إنه (يتعين على كل جهة قضائية اتخاذ كافة الاجراءات الضرورية للتحقق عن القانون الأجنبي ويمكنها في حالة عدم التعرف على محتوى القانون الأجنبي إن تلجأ في شانه لوزارة العدل)[٣].
أي إن على القاضي التشيكو سلوفاكي الرجوع للقانون الأجنبي للتعرف على مضمون ذلك القانون الأجنبي وفي ذلك تاصيل للاسلوب الأجنبي ، أي إنه النظام القانوني التشيكو سلوفاكي يؤصل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

الفقرة الثامنة
موقف النظام القانوني الانكليزي
من الإسلوب الأجنبي

يذهب القضاء الانكليزي إلى انه يجب على القاضي الانكليزي إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي[٤].
وموقف القضاء الانكليزي من الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي غير واضح ، إلا إن الشراح الانكليز يذهبون إلى أن القضاء الانكليزي ياخذ بالإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، وخاصة بما اقره القضاء في دولة القانون الأجنبي وبالخصوص قرارات المحاكم العليا الأجنبية[٥].
وذهب لذلك القضاء الانكليزي في قضية هارتمان ضد كوينج (Hartman v. Koing) والمتعلقة بتفسير القانون الالماني الواجب التطبيق على عقد الماني ، إذ فسره قضاة محكمة أول درجة بالوسائل المتبعة امام المحاكم الأوربية على اساس شهرتها من دون الرجوع للقانون الالماني ، عندما عرضت القضية على مجلس اللوردات قام اللورد (باكماستر) برفض نظرية محكمة الدرجة الأولى والثانية ، وذهب إلى انه يجب استخلاص تفسير القانون الالماني من النظام القانوني الالماني نفسه ولا يجوز للقاضي ان يحكم بناءا على معلوماته الشخصية عن القانون الالماني[٦].

---

[١] عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – طبعة ١٩٦٩ – هامش ٣ – ص٥٧٦ ،٥٧٧ .
[٢] عز الدين عبد الله – بحثه ـ ص١٠٥ .
[٣] عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥ و سامية راشد – مصدر سابق – هامش ١٢٢ ص٤٥٤.
[٢] - Wollf-op.cit – ١٩٥٠ed- P.٢١٦ .
[٣] - Wollf-op.cit – ١٩٥٠ed- P.٢١٦.
[٦] شمس الدين الوكيل – مصدر سابق – ص٨٣ و محمد عبد الخالق عمر – مصدر سابق ـ ص٣١٣.

وفي قضية اخرى عرضت على القضاء الانكليزي عندما قام القاضي الانكليزي بالرجوع للنظام القانوني الامريكي ، للتعرف على أحكام القانون الأمريكي وآراء الفقهاء هناك ، ليتوصل للقانون الأمريكي وتفسيره[١].

أي ان النظام القانوني الانكليزي يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

الفقرة التاسعة
موقف النظام القانوني الاسترالي
من الإسلوب الأجنبي

وذهب الفقه الاسترالي إلى تاصيل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي ، وذهب لذلك الفقيه الاسترالي (P.E.NYGH) إلى القول بضرورة إتباع الأحكام القضائية الصادرة في بلد القانون الأجنبي لانها تمثل الشرح الصحيح للقانون في ذلك البلد[٢].

وذهب لذلك القضاء الاسترالي إذ ذهبت محكمة نيو ساوث ويلز عام ١٩٦٦ في قضية بين تيملكوفسكي و شركة الحديد والصلب الاسترالية ، إلى إنه (اذا كان القانون الأجنبي قانون مكتوب فإن المشكلة لا تكمن في لغة الشكل المكتوب ، ولكن في ما هية القانون كما هو موضح في تفسيره في بلد القانون الأجنبي)[٣].

وذهب التشريع الاسترالي لذلك في المادة ٣ من قانون اقرار المحاضر الاسترالي الصادر عام ١٩٠١ إلى إنه (جميع المحاكم الاسترالية تعّدملزمة بالاخذ بالملاحظات القضائية لقوانين كل الدول)[٤].

والظاهر من ذلك النص ان المقصود بالملاحظات القضائية هي الأحكام القضائية والتفسيرات القضائية الصادرة في دولة القانون الأجنبي تفسيرا لذلك القانون الأجنبي ، أي ان التشريع الاسترالي ينزح نحو إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

ومن كل ذلك نلحظ ان النظام القانوني الاسترالي يأصل إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير القانون الأجنبي.

---

١ -Wollf-op.cit – ١ ٢١٧

-P. nflict Of Laws In Australia- Fifth Edition- (Australia,١٩٩١)-P.٢٣٦.

٣ -P.E.NYGH-op.cit-p.٢٣٧

٤ -P.E it-p.٢٣٩

الفصل الثاني

عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي

الفصل الثاني
عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي

بعد أن انتهينا في الفصل الأول من تحديد مفهوم تفسير القانون الأجنبي ، وبينا إن الإسلوب الأجنبي هو الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي ، فيجب علينا أن نبين على من يقع عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، أهو يقع على القاضي الوطني أم على الخصوم؟
وسنلحظ بأنه عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، يقع على عاتق القاضي الوطني بعدّه من مسائل القانون التي يستقل بتقديرها القاضي.
وفي ما يأتي استعراض لموقف الفقه والأنظمة القانونية في العالم إزاء تحديد على من يقع عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، وبيان للطرق التي يستطيع القاضي الوطني للاستعانه بها للتوصل لتفسير القانون الأجنبي ، لذلك ينقسم هذا الفصل لثلاثة مباحث هي:

المبحث الأول : موقف الفقه إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.
المبحث الثاني : موقف الأنظمة القانونية إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.
المبحث الثالث : كيفية إثبات تفسير القانون الأجنبي.

المبحث الأول
موقف الفقه إزاء عبء
إثبات تفسير القانون الأجنبي

انقسم الفقه في العالم إزاء تحديد عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، إلى اتجاهين الأول ذهب إلى عدّالقانون الأجنبي واقعة ،ومن ثمَّ عبء إثباتتفسيره على عاتق الخصوم لا القاضي، لأن الوقائع يثبتها الخصوم لا القاضي ، والإتجاه الثاني يذهب إلى عدّالقانون الأجنبي قانون ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره يقع على عاتق القاضي لا الخصوم لأن مسائل القانون من اختصاص القاضي لا الخصوم، لذلك ينقسم المبحث لمطلبين هما:

المطلب الأول: الفقه الذي عدَّ القانون الأجنبي واقعة .

المطلب الثاني: الفقه الذي عدَّ القانون الأجنبي قانون .

المطلب الأول
الفقه الذي عدَّالقانون الأجنبي واقعة

انقسم هذا الفقه بصورة رئيسة في تاصيله لعدّالقانون الأجنبي ، واقعة إلى فريقان* الأول عدَّالقانون الأجنبي واقعة ،إستناداً إلى إن القانون الأجنبي يعبر عمَّا هو كائن فعلاً في دولة القانون الأجنبي (أي واقعة) ، لا ما يجب أن يكون (أي قانون) ، وهي نظرية واقعية القانون الأجنبي والتي نادى بها الفقه الفرنسي ، والفريق الثاني عدَّالقانون الأجنبي واقعة إستناداً منه إلى إن القانون الأجنبي جزء من واقعة الحق الذي نشأ في الخارج ، وهي نظرية الحقوق المكتسبة والتي نادى بها الفقه الإنكلو – أمريكي، لذلك ينقسم هذا المطلب لفرعين هما:

الفرع الأول: نظرية واقعية القانون الأجنبي.

الفرع الثاني: نظرية الحقوق المكتسبة.

الفرع الأول
نظرية واقعية القانون الأجنبي

وهي النظرية التي نادى بها الفقه الفرنسي ومن المتحمسين إليها الأستاذ الفرنسي (Henri Batiffol) والإستاذ الفرنسي (Schmit Gold).

إذ يذهب الإستاذ الفرنسي(Gold Schmit) إلى إن القاضي الوطني يقلد دور القاضي الأجنبي إزاء قانونه عندما يطبق أو يفسر القانون الأجنبي ، فبدلاً من مشاركته في خلق القانون الأجنبي فإنه يقوم بملاحظته وكأنه عالم اجتماع[١].

ويذهب الإستاذ الفرنسي (Batiffol) إلى إن القاضي الوطني يقتصر دوره على نقل ما هو كائن فعلاً في دولة القانون الأجنبي (أي ينقل وقائع) ، لا نقل ما يجب أن يكون (أي

---

* وذهب لعدّالقانون الأجنبي واقعة الفقيه الإيطالي (Quadri) . عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش ٣ ص٥٧٧ و شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٥ والفقيهان الإيطاليان (فتنوريني و ساتا) . شمس الدين الوكيل –بحثه– هامش ٢ ص١٠٧ و عبد الباسط جميعي في كتابه نظرية الإثبات في القانون المصري وعبد السلام ذهني في كتابه نظرية الإثبات . عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – ج٢ – الإثبات ، آثار الإلتزام – دار النشر للجامعات المصرية – (مصر ،١٩٥٦) ـ ص٥٥.

١ -Batiffol et Lagarde –op.cit-N٣٢٧ P٣٨٠

لا ينقل القانون) ، أي أن القاضي الوطني عند تطبيقه أو تفسيره للقانون الأجنبي فإنه يكون بصدد واقعة لا قانون ومن ثمَّ عبء إثبات القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق الخصوم[١].

ويضيف الأستاذ الفرنسي (Batiffol) بأن القانون الأجنبي يطبق من دون أن تعترف به أي سلطة فرنسية ، وذلك لأن كل قاعدة قانونية تمتلك عنصرين ، عنصر عقلي أي مضمون القاعدة القانونية (من حيث كونها قاعدة عامة مجردة وقاعدة سلوك اجتماعي) ، وعنصر أمري أو إلزامي (Élément Impératif) ، ذلك على صعيد النظام القانوني للقاعدة القانونية لأنها صادرة من المشرع في ذلك النظام القانوني، فإذا أُريد تطبيقها في نظام قانوني آخر غير النظام القانوني الذي أصدرها ، فإنها تفقد عنصر الإلزام أو الأمر إزاء القاضي الوطني ، لأنها لم تصدر من المشرع في دولة القاضي الوطني ، أي بعبارة أخرى لا يخضع القاضي الوطني لسلطة المشرع الأجنبي الذي أصدر القانون الأجنبي ، لأن القاضي الوطني لا يأتمر إلا بأمر مشرعه الوطني، ويشبه الأستاذ (Batiffol) تلك الحالة ، بأنظمة أو قوانين الجمعيات التي يطبقها القاضي، ويقرها كما لو إنها تشريع حقيقي من دون أن يكون خاضعاً لسلطة أعضاء الجمعية[٢].

أي إن أنظمة وقوانين الجمعية تكون غير متمتعة بعنصر الأمر تجاه القاضي الوطني، وذلك لعدم صدورها من المشرع الوطني ، وعلى الرغم من ذلك القاضي الوطني يطبقها كقانون ، وذلك إستناداً لما يقدمه له الأعضاء من إثباتات ودلائل تمثل قوانين وأنظمة الجمعية وتوضح ما انصرفت إليه إرادة الأعضاء من وراء الأنظمة أو القوانين.

ويشير الأستاذ (Batiffol) إلى إن ذلك يجب أن لا يوقعنا بالخلط بين القواعد الأجنبية والوقائع المادية، لأنه مسألة خلو القاعدة الأجنبية من عنصر الأمر مسألة تتعلق بعدم حجية القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني (أي معاملته من الناحية الإجرائية أمام القاضي الوطني) ولا تتعلق بطبيعة القانون الأجنبي[٣].

أي إن الأستاذ الفرنسي (Batiffol) أراد أن يقول ، أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية كقانون اجنبي إلا إنه من الناحية الإجرائية يعامل معاملة الوقائع ، وذلك لأنه نشر في دولة القانون الأجنبي لذلك لا يعلم به القاضي الوطني وهنا يتحد القانون الأجنبي مع الوقائع من إذ أن كليهما لا يعلم بهما القاضي الوطني ، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصوم لأنه القاضي الوطني لا يعلم به.

وقد وجه غالبية الفقه في العالم الكثير من الانتقادات لهذه النظرية ولم يسلم بها، لذلك لا يمكننا أن نسلم بهذه النظرية لكثرة الانتقادات التي وجهة اليها وتلك الانتقادات هي :

أولاً: إن القول بأن القاعدة الأجنبية تفقد عنصر الإلزام أو الأمر وتتحول إلى تعاقد عند تطبيقها أمام القاضي الوطني محض خيال وفكرة غير منطقية ، لأن القاعدة الأجنبية تحافظ على جميع عناصرها ومنها عنصر الإلزام أو الأمر، ولا تفقده وإن طبقت أمام القاضي الوطني ولا تتحول إلى مجرد تعاقد[٤].

ثانياً: وإن أخذنا بهذه النظرية وسلمنا بأن القاعدة الأجنبية تفقد عنصر الإلزام أو الأمر عند تطبيقها أمام القاضي الوطني، فالقاعدة الأجنبية تستعيد عنصر الإلزام أو الأمر من خلال أمر المشرع الوطني في قاعدة الاسناد ، والذي يأمر القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي[٥].

---

١ -Batiffol et Lagarde - Op.cit-N٣٢٨ P٣٨١,٣٨٢

٢ -Batiffol et Lagarde- op.cit - N.٣٢٨ P. ٣٨٢

٣ -Batiffol et Lagarde - op.cit– N.٣٢٨ P. ٣٨٢

٤ -Cyrille David–La loi étrangere devant le juge du found – these Paris-١٩٦٥ - p ٢٩١ & –Yassen - op.cit- P.٥١٣

٥ -Wolff-op.cit -١٩٦٢ed-P.٢١٨ & – Yassen - op.cit- P.٥١٣ & -Mayer- op.cit- N١٧٩ P.١٢١.

ثالثاً: إن هذه النظرية تؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد، لأنها لا تلزم القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً، وذلك يؤدي إلى تعطيل قاعدة الاسناد ومخالفة أمر المشرع الوطني، هذا من جهة ومن جهة أخرى، يؤدي إلى عدم خضوع تطبيق أو تفسير القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا، والذي قد يؤدي إلى عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الاسناد بتطبيقه بصورة صحيحة وذلك يعدّإخلال بقاعدة الإسناد[١].

رابعاً: إن التسليم بهذه النظرية يؤدي إلى عدّالقانون الأجنبي واقعة وهو قول غير سديد وذلك لما يأتي:

١ - إن عدّالقانون الأجنبي واقعة ، يعني تطبيق واقعة على واقعة النزاع أي إن القاضي الوطني يطبق واقعة على واقعة، وهذا غير منطقي[٢].

٢- الواقعة يمكن إثباتها بالإقرار واليمين وبكافة طرق الإثبات الأخرى، بينما القانون الأجنبي لا يجوز إثباته بالاقرار واليمين[٣].

٣- إن عدم إثبات الواقعة يستلزم رد الدعوى ورفض الطلب، أما عدم إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره، ففي أغلب الأحيان يطبق قانون القاضي أو تفسيره لما له من إختصاص إحتياطي عام لحكم العلاقات الدولية الخاصة[٤].

٤- على القاضي التقيد بما يقدمه الخصوم له من وقائع،أي انه موقفه سلبي إزاء الوقائع ، بينما القاضي الوطني له سلطة تقديرية فيما يقدمه له الخصوم من إثباتات للقانون الأجنبي أو تفسيره ، أي إنه موقفه إيجابي إزاء القانون الأجنبي[٥].

٥ - إن عدّالقانون الأجنبي واقعة ومن ثمَّ عبء إثباته وتفسيره على عاتق الخصوم، يسهل تحايل الخصوم من خلال تكاسلهم عن إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، ومن ثمَّ يطبق القاضي الوطني قانونه لما له من اختصاص احتياطي عام وهو الذي يروم الخصوم تطبيقه على النزاع[٦].

ومن خلال ذلك نلحظ هشاشة الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية ، ومن ثمَّ فلا يمكن أن نسلم بها ولا بأي نتائج تترتب عليها.

الفرع الثاني
نظرية الحقوق المكتسبة
(The Vested Rights)

وهي النظرية التي نادى بها الفقه الإنكلو-أمريكي، إذ يذهبون إلى إنه عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون اجنبي، فإن القاضي الوطني يقتصر دوره على الإعتراف بالحق الذي اكتسب في ظل القانون الأجنبي ، ولا بد للقاضي الوطني أن يأخذ بنظر العدّالقانون الأجنبي للتأكد من صحة نشوء الحق المكتسب في ظل ذلك القانون الأجنبي[٧].

---

٣ -Niboyet- op.cit -P.٦٠٤

٢ - Wolff - op.cit-١٩٦٢ed-P٢١٨ & –Wolff- op.cit - ١٩٥٠ed-P.٢١٧

٣ - Bartin – Principes de droit international Privé – Tom I – Paris – ١٩٣٠-P.٢٧٦

٤ عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص.٢٧٠

٣ -Bartin- op cit – P ٢٧٦ Etc & Niboyet-op.cit-N١٠٥٤,١٠٥٥

٣ - Arminjoin- op.cit- P٩١,٩٢ & -Cyrille-op.cit- P٧٨

٧ -Dicey – Conflict of Laws – ٨th ed – ١٩٦٧ – P ٩٦٨ &
- Batiffol et Lagarde - op.cit-N٣٢٦ P٣٧٨,٣٧٩

أي إن القانون الأجنبي عنصر من عناصر الحق الذي نشأ في الخارج (أي في البلد الأجنبي) أو عنصر من عناصر الواقعة التي أدت إلى اكتساب الحق، فإذن على الخصوم إثبات القانون الأجنبي الذي نشأ في ظله الحق المكتسب لأجل أن يثبت الخصوم للقاضي الوطني صحة نشوء الحق المكتسب إستناداً للقانون الأجنبي[١].

فإذا تزوج فرنسيان في فرنسا وترتبة للزوج حقوق وفقاً للقانون الفرنسي، فإذا ثار نزاع بشأن تلك الحقوق أمام القاضي الوطني فإن دوره يقتصر على الاعتراف بتلك الحقوق المكتسبة، والتي يثبت الخصوم صحة نشوئها إستناداً للقانون الفرنسي من خلال إثبات القانون الفرنسي والذي نشأت في ظله تلك الحقوق[٢].

أي إن التسليم بهذه النظرية يؤدي بنا إلى عدّالقانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقعة التي أنشأت الحق المكتسب، أي إن القانون الأجنبي واقعة، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم لا عاتق القاضي الوطني.

وقد وجهت لهذه النظرية الكثير من الانتقادات من قبل غالبية الفقه في العالم، ولم يسلم بها لذلك لا يمكننا أن نقر بهذه النظرية ، وتلك الانتقادات هي:

أولاً: نستطيع التسليم بهذه النظرية إذا كنا بصدد حق مكتسب (مركز قانوني) نشأ في ظل القانون الأجنبي وفي دولة القانون الأجنبي، ولكن هذه النظرية لا تفسر نشوء الحق (أو المركز القانوني) في ظل دولة القاضي وإستناداً لأحكام القانون الأجنبي، لأن القاضي الوطني هنا لا يقتصر دوره على الاعتراف بالحق المكتسب الذي نشأ في الخارج، بل إنه هو الذي ينشأ الحق المكتسب (أو المركز القانوني) في ظل القانون الأجنبي ولكن في دولة القاضي[٣].

فلو ادعت أُم هولندية بإمومتها الطبيعية لطفل معين أمام القضاء الفرنسي ، فإن القاضي الفرنسي سيقر بالأمومة للأُم إستناداً للقانون الهولندي ، أي إن القاضي الفرنسي ينشئ حقاً جديداً (أو مركزاً قانونياً جديداً) في دولته واستنادا للقانون الهولندي، فالقاضي الفرنسي هنا لايعترف بحق مكتسب موجود سابقاً، وإنما ينشأ حقاً مكتسباً (أو مركزاً قانونياً) إستناداً للقانون الهولندي[٤].

ثانياً : إن الاعتراف بالحق المكتسب يتضمن اعترافاً بالقانون الأجنبي ، لأن الاعتراف بالحق المكتسب يتطلب الرجوع للقانون الأجنبي لتحديد صحة نشوء الحق إستناداً إليه، وذلك يعني اعتراف القاضي الوطني بالقانون الأجنبي قبل اعترافه بالحق المكتسب[٥].

ثالثاً : إن هذه النظرية تفضي إلى عدّالقانون الأجنبي واقعة ، وهو قول غير سديد كما بينا ذلك آنفاً (أي نحيل بشأن هذا الانتقاد إلى ما أوردناه آنفاً في الانتقاد الرابع لنظرية واقعية القانون الأجنبي).

ونتيجة لكل ذلك فتلك النظرية خيالية ، ولا يمكننا أن نأخذ بها ولا بأي نتائج تترتب على الأخذ بها.

---

١ -Maury-op.cit-P٣٧٦

٢ -Dicey- op.cit-P.٩٦٨.

٣ -Ehrenzweig – Atreatrse on the conflict of Law – ١٩٦٢ – P.٣٦٠ & -Brtiffol et Lagarde -op.cit-N.٣٢٦ -Maury-op.cit-N.٤٨P.٣٧٩

٤ -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٢٦ P.٣٧٩

١ -Maury-op.cit-P٣٧٩,٣٨٠ & -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٢٦P٣٧٩

المطلب الثاني

الفقه الذي عدَّالقانون الأجنبي قانون

انقسم ذلك الفقه في عدة للقانون الأجنبي قانون إلى فريقين* الأول استند في عدّه للقانون الأجنبي قانوناً لنظرية الإدماج الأيطالية، والثاني إستند في عدّه للقانون الأجنبي قانوناً لنظرية التفويض ، ونتطرق أخيراً لتقدير موقف الفقه إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي بشقيه سواء الذي عدَّالقانون الأجنبي قانوناً أو الذي عدَّه واقعة ، لذلك ينقسم ذلك المطلب لثلاثة فروع هي :

الفرع الأول : نظرية الإدماج الأيطالية.

الفرع الثاني : نظرية التفويض.

الفرع الثالث : تقدير موقف الفقه إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.

الفرع الأول

نظرية الإدماج الإيطالية

(Systéme de incorporation ou reception)

لقد بينا في الفصل الأول نظرية الإدماج وأسهبنا في شرحها، لذلك سنتطرق إليها بالشكل الذي يسد حاجتنا إليها على صعيد تحديد عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي، وقد لحظنا بأنه نادى بها الفقه الإيطالي ، وإن هذه النظرية تسبغ الصفة القانونية على القانون الأجنبي ، وإن الفقه الذي نادى بها انقسم إلى فرعين هما الإدماج المادي والإدماج الشكلي .

---

* وذهب غالبية الفقه في العالم إلى عدّالقانون الأجنبي قانون وذهب لذلك (الفقه الفرنسي.
– Maury-op.cit-N٤٠٦ & -Arminjoin-op.cit-N١٤١ & -Mayer-op.cit-N١٧٩P١٢١,١٢٢
& -Bartin-op.cit- P٢٧٦ & -Niboyet-op.cit-P٦٠٤)
وذهب لذلك جانب من الفقه الإنكلو-أمريكي. –Wolff-op.cit-١٩٥٠ed-P٢١٧,٢١٨)
& -Ehrenzwing-op.cit-P٣٦٢)
وذهب لذلك غالبية الفقه الأيطالي – عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – طبعة ١٩٦٩ – ص٥٧٦ و عزالدين عبدالله – بحثه – ص١٠٠ وذهب لذلك الفقه الألماني والنمساوي – عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – المصدر السابق – ص٥٧٦ وذهب لذلك الفقه الاشتراكي ممثلاً بالاتحاد السوفيتي (سابقاً) وتشيكو سلوفاكيا (سابقاً) وبولونيا – عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥ وهو موقف المجمع العلمي للقانون الدولي . عبد الحميد ابو الهيف – مصدر سابق – ص٣٢١ و أحمد نشأت – رسالة الإثبات– الجزء الأول – دار الفكر العربي – ١٩٧٢ – ص٤٠ وذهب إليه غالبية الفقه العربي ممثلاً بالفقهاء العرب. جابر جاد عبد الرحمن في كتابه – تنازع القوانين – ص٦٠٧ وشمس الدين الوكيل في بحثه – إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكة العليا على تفسيره– ص ١٣٤ ، ١٣٥ و عكاشة محمد عبد العال في كتابه – احكام القانون الدولي الخاص اللبناني (دراسة مقارنة) – ص٢٥٩ ، ٢٦٠ و أحمد عبد الكريم سلامة في كتابه – المختصر في العلاقات الدولية الخاصة – ص٢١٣ ومحمد كمال فهمي في كتابه – أصول القانون الدولي الخاص – طبعة ١٩٧٨ – ص٤٨٥ و محمد كمال فهمي في كتابه – أصول القانون الدولي الخاص – طبعة ١٩٥٨ – ص ٣٩٣ ومحمد عبد المنعم رياض في كتابه – مبادئ القانون الدولي الخاص – ص ٣٨٨ و عبد الحميد ابو الهيف في كتابه – القانون الدولي الخاص في أوربا ومصر – ص٣٢٤ ، ٣٢٥وماجد الحلواني في كتابه – القانون الدولي الخاص في القانون الكويتي ـ ص ٣٤٦.٣٤٧ وأحمد نشأت في كتابه – رسالة الإثبات – ص ٣٩ ، ٤٠ وعز الدين عبد الله في كتابه – القانون الدولي الخاص – ط ١٩٦٩ –ص ٥٦١ ، ٥٦٢ وعز الدين عبد الله في بحثه – تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الأشتراكية – ص٩٩ و منصور مصطفى منصور في كتابه – مذكرات في القانون الدولي الخاص – في تنازع القوانين – دار المعارف – (مصر ، ١٩٥٧) – ص١٦٠ و سليمان مرقس في كتابه –اصول الإثبات في القانون المصري – ص٧٩ وسامية راشد في بحثها – قاعدة الأسناد امام القضاء – ص٤٨١ ، ٤٨٢ وعبد الرزاق أحمد السنهوري في كتابه – الوسيط – ج٢– ص٥٥ وهشام علي صادق في كتابه – تنازع القوانين – ص٢٢٠ و هشام علي صادق في كتابه – دروس في القانون الدولي الخاص – ص١٥١ و مصطفى كامل ياسين في بحثه – كيف يطبق القانون الأجنبي – ص١٦٢ و حسن الهداوي في كتابه – تنازع القوانين – ص ١٣٣ و حسن الهداوي في كتابه – القانون الدولي الخاص – ص٢١٢ و غالب علي الداوّدي في كتابه – القانون الدولي الخاص ـ ص١٦٠ و جابر ابراهيم الراوي في كتابه ـ احكام تنازع القوانين في القانون العراقي – ص٦٥ و ممدوح عبد الكريم عرموش في كتابه – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – ص٣٣٦ ، ٣٣٧ و ممدوح عبد الكريم عرموش في كتابه – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن – ص ٢٢٠ ، ٢٢١و آدم وهيب النداوي في كتابه – شرح قانون الإثبات– ص٣٥ و آدم وهيب النداوي في كتابه – الموجز في قانون الإثبات– ص٣٦ و فريد فتيان في بحثه – تنازع القوانين من حيث المكان – ص ٢٣ ، ٢٤

ووجدنا إنه في حالة الإدماج المادي ، يكون الإسلوب التفسيري الوطني هو الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي ، ولأن القانون الأجنبي يكتسب الصفة الوطنية ، ومن ثمَّ لايوجد تفسير أجنبي للقانون الأجنبي نبحث عنه ، إذن لا يوجد محل للكلام عن عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي هنا.

ووجدنا إنه في حالة الإدماج الشكلي ، يحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية الأجنبية أي يفسر إستناداً للإ سلوب الأجنبي، أي إن تفسير القانون الأجنبي بحاجة لإثبات ، وبما إن القانون الأجنبي يعدّقانون استناداً لهذ ه النظرية ، فإن عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي على عاتق القاضي الوطني لأنه مسائل القانون من اختصاص القاضي لا الخصوم.

وبالرغم من عدّهذه النظرية للقانون الأجنبي قانون (لأنه الرأي الصحيح كما سنبين لاحقاً) ، إلا إننا لا يمكن أن نستند إليها لتأصيل الصفة القانونية للقانون الأجنبي، لأنها كما بينا نظرية خيالية وغير منطقية وتخر في أساسها العديد من الإنتقادات ،(ونحيل بشأن ذلك إلى الانتقادات التي أوردناها في نظرية الإدماج في الفصل الأول).

الفرع الثاني

نظرية التفويض

(Notion de ldélégation)

وهي النظرية التي ذهب إليها الفقه الفرنسي والألماني، إذا يرون إن القاضي الوطني عند تطبيقه للقانون الأجنبي فإنه يأتمر بأمر المشرع الأجنبي، على افتراض إن قاعدة الاسناد عندما تشير بتطبيق قانون أجنبي ،فإنها عقدت الإختصاص التشريعي لحكم العلاقة القانونية للمشرع الأجنبي[١].

وقد ذهب إليها جانب من الفقه الإيطالي الذي عارض نظرية الإدماج بشقيها المادي والشكلي، ويضيفون بأنه قد يعقد المشرع الوطني الإختصاص التشريعي في بعض المسائل إلى النقابات أو الجمعيات ، فالمشرع الوطني إذن يستطيع أن يعقد الاختصاص التشريعي إلى المشرع الأجنبي، أي إن القانون الأجنبي يسري بقوة نفاذ(ProprioVigore) في دولة القاضي ،أي إن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية في دولة القاضي[٢].

أي إن هذه النظرية تعدّ القانون الأجنبي قانوناً ،ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الوطني ، إلا إننا لا يمكن أن نستند إليها لتأصيل الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ، لأنها وجهت لها انتقادات فقهية عديدة والتي هي:

أولاً: من الصعب أن نسلم بأن القاضي الوطني يأتمر أو يخضع لأوامر المشرع الأجنبي، لأن القاضي الوطني لا يأتمر ولا يخضع إلا لأوامر مشرعه الوطني[٣].

ثانياً: إن تفويض سلطة المشرع الوطني بالتشريع لمشرع أجنبي، أمر يتعارض مع سيادة الدولة ومع المبادئ العامة للدستور فيها، والتي لا تقبل بتفويض سلطة التشريع فيها لمشرع أجنبي[٤].

ثالثاً: وكيف نسلم بوجود تفويض للمشرع الأجنبي، وذلك المشرع غير معلوم مقدماً، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن المشرع الأجنبي لا يعلم بالتفويض الصادر إليه من المشرع الوطني[٥].

رابعاً: وقد تشير قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي، والمقرر في دولة القانون الأجنبي، إن القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الاسناد بتطبيقه لا يحكم هكذا نزاع في دولة القانون الأجنبي، فكيف نسلم بأن المشرع الأجنبي أمر القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي[٦].

ومن ثمَّ فإن هذه النظرية لا نستطيع أن نسلم بها لتأصيل عدّالقانون الأجنبي قانون لأنها كما بينا نظرية خيالية وأسسها واهية .

الفرع الثالث

---

١ -Batiffol et Lagarde-op.cit- N.٣٢٨ P.٣٨١,٣٨٢ & -Maury-op.cit-P٣٨٧

٢ عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – ط١٩٩٦ – هامش٢ ص٥٦٧.

٣ عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٥٩ و سامية راشد – بحثها – ص٤٦٨ و محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – ط١٩٧٨ – ص٤٧٨.

٤ سامية راشد – بحثها – ص٤٦٨.

٥ عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٥٩ و سامية راشد – بحثها – ص٤٦٨.

٦ سامية راشد – بحثها – ص٤٦٨.

تقدير موقف الفقه
إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي

إن عدم علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي لأنه لم ينشر في دولته ، هو عامل مشترك بين القانون الأجنبي والوقائع والتي لا يعلم بها القاضي الوطني أيضاً .

و ذلك يعدّعاملاً مشتركاً بين الوقائع والقانون الأجنبي ، وهو الذي دفع الفقهاء الذين عدّوا القانون الأجنبي واقعة ،إلى القول بنظرية واقعية القانون الأجنبي الفرنسية ، ونظرية الحقوق المكتسبة الإنكلو-أمريكية ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، هو الذي دفع الفقهاء الذي عدّوا القانون الأجنبي قانوناً، إلى القول بنظرية الإدماج الإيطالية ونظرية التفويض ، لأنهم يسلمون بأن القانون الأجنبي قانون ، ولأنهم يسلمون أيضاً بأنه لا يعلم به القاضي الوطني ، فلكي يسوغّوا عدّالقانون الأجنبي قانوناً برغم عدم علم القاضي الوطني به ، جاءوا بنظرياتهم سواء أكانت الإدماج الإيطالية أم التفويض .

ولـ حظنا من خلال استعراض الفقه الذي عدَّالقانون الأجنبي واقعة ، بأنه غير موفق في مسلكه هذا ، لأن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية ، بعدّه قواعد قانونية عامة ومجردة وملزمة وإن طبق أمام القاضي الوطني ، وحتى وإن سلمنا بأن القانون الأجنبي يفقد صفته الإلزامية أمام القاضي الوطني ، فالقانون الأجنبي يستعيدها بموجب الأمر الصادر من المشرع الوطني إلى القاضي الوطني في قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي .

أما مسألة عدم علم القاضي الوطني بالقانون الأجنبي ، لأنه نشر في دولة أخرى غير دولة القاضي الوطني ، فتوجد في متناول يد القاضي العديد من الوسائل التي توفر له العلم بالقانون الأجنبي ، لاسيما في ضوء التطور الحاصل في وسائل النقل والاتصال ، من فاكس وانترنيت وغيرها من وسائل الاتصال،إذ يستطيع القاضي أن يستعين بالخصوم للتوصل لتفسير القانون الأجنبي ، أو بالخبرة سواء أكانت شفهية أم تحريرية ، أو الوثائق الرسمية الصادرة من القنصليات أو من السفارات أو من وزارات العدل أو الخارجية أو من معاهد القانون المقارن، أو أن يستعين بالمؤلفات سواء أكانت قضائية أم فقهية أم متون قانونية ، أو أن يلجأ القاضي الوطني للإنابة القضائية (والتي سنتناولها في المبحث الثالث من هذا الفصل) ، ولا يوجد أدنى شك بأن هذه الوسائل ستساعد القاضي الوطني في أن يتوصل لتفسير القانون الأجنبي .

وبالنتيجة لا حاجة لاختلاق النظريات ، والتي ذهب اليها الفقه الذي عدَ القانون الأجنبي قانوناً ، لأجل تقدير الصفة القانونية للقانون الأجنبي ، وقد لحظنا بأنها نظريات خيالية وغير منطقية وإن أقرت الصفة القانونية للقانون الأجنبي .

وبذلك نستنتج مما أوردناه آنفا .

إن القانون الأجنبي يبقى مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة والملزمة وإن طبقت أمام القاضي الوطني ، أي يحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية ، ونتيجة لذلك فالقاضي الوطني يقع عليه عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، بعدّه من مسائل القانون التي تقع على عاتق القاضي الوطني وإن كان لا يعلم بها ، وللقاضي أن يستعين بكافة الوسائل المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي ، لأجل أن يستطيع أن يتعرف على تفسير القانون الأجنبي .

المبحث الثاني
موقف الأنظمة القانونية
إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي

لقد تأثرت الأنظمة القانونية بشكل كبير بالجدل الفقهي إزاء تحديد الصفة القانونية للقانون الأجنبي ، مما أدى إلى تضارب مواقف الأنظمة القانونية إزاء هذه المسألة ، فمنها من عدَّ القانون الأجنبي قانوناً ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي، ومنها من عدّه واقعة، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم ، ولكن برغم ذلك سنلاحظ بأن غالبية الأنظمة القانونية في العالم تنزح نحوعدّالقانون الأجنبي قانون ،ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي، لذلك ينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب هي:

المطلب الأول : موقف الأنظمة القانونية العربية .
المطلب الثاني : موقف الأنظمة القانونية اللاتينية .
المطلب الثالث : موقف الأنظمة القانونية الإنكلوسكسونية .
المطلب الرابع : موقف الأنظمة القانونية الجرمانية .
المطلب الخامس : موقف الأنظمة القانونية الاشتراكية .

المطلب الأول
موقف الأنظمة القانونية العربية

وسنتطرق في هذا المطلب لموقف الأنظمة القانونية العربية إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، وسنتناول موقف النظام القانوني المصري ، والنظام القانوني اللبناني ، والنظام القانوني الأردني ، وأخيراً موقف النظام القانوني العراقي ، لذلك ينقسم هذا المطلب لأربعة فروع هي :

الفرع الأول: النظام القانوني المصري .
الفرع الثاني: النظام القانوني اللبناني .
الفرع الثالث: النظام القانوني الأردني .
الفرع الرابع: النظام القانوني العراقي .

الفرع الأول
النظام القانوني المصري

لا يوجد نص في القانون المصري يعالج مسألة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

إلا إن الأستاذ (جابر جاد عبد الرحمن) ، يرى إ ن المشرع المصري يعدّالقانون الأجنبي قانون ، ومن ثمَّ عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق القاضي المصري، لأن المشرع المصري يستخدم دائماً في مواد تنازع القوانين ، كلمة (يسري ...) ، أو (يرجع...) ، أو (تخضع ...) ، أو (يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه ...) ، وهي المواد (١١-٢٥) قانون مدني مصري ، وذلك يوحي بعدّالمشرع المصري للقانون الأجنبي قانون[١] .

وهنا يتفق موقف المشرع المصري مع موقف غالبية الفقه المصري ، والذي عدَ القانون الأجنبي قانون (وبينا ذلك في المطلب الثاني من المبحث الأول مطلب الفقه الذي عدّالقانون الأجنبي قانون) .

ولكن موقف القضاء المصري يغاير ذلك ، فهو يعدّالقانون الأجنبي واقعة ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم .

---

[١] جابر جاد – تنازع القوانين – ص٦٠٨.

فأحكام المحاكم المختلطة*، تذهب إلى عدّ القانون الأجنبي واقعة ، وذهبت لذلك محكمة الاستئناف المختلطة في حكم لها في ٩ كانون الثاني ١٨٩٢ مضمونه (من يتمسك بقانون أجنبي يجب عليه أن يثبته وجوداً ومعنى) ، وأكدت محكمة الاستئناف المختلطة موقفها ذلك في حكم لها في ٢٤ آيار ١٩٣٣[١].

أي إنه على الخصوم إثبات تفسير القانون الأجنبي ، ولا يثبته القاضي المصري ، وسارت على ذلك النهج محكمة النقض المصرية .

إذ ذهبت في حكم لها في ٧ تموز ١٩٥٥ مضمونه (إن التمسك بتشريع أجنبي أمام هذه المحكمة لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها)[٢].

وأصلت ذلك النهج محكمة النقض في حكم لها في ١٦ تموز ١٩٦٧ والذي مضمونه (الاستناد إلى القانون الأجنبي وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعة وهو ما يجب على الخصوم إقامة الدليل عليه)[٣].

وأكدت محكمة النقض ذلك الموقف في حكمان لها في يوم واحد في ١٤ نيسان ١٩٧٠[٤].

ودأبت على ذلك محكمة النقض المصرية في حكم لها في ٢٩ كانون الأول ١٩٧١ ،وأيضاً في حكم آخر لها في ١٨ تشرين الأول ١٩٧٢ والذي مضمونه (إن الاستناد إلى قانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ، وإذ كان الطاعن لم يقدم ما يثبت إنه تمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع ، فإنه يكون سبباً جديداً لا يقبل التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض)[٥].

وذهبت لذلك أيضاً محكمة النقض في حكم لها في قضية بحرية في ٩ شباط ١٩٨١ والذي مضمونه (... إذا كان الطاعن لم يقدم الدليل على القانون الإنكليزي المشار إليه بعدّه واقعة يجب أن يقيم الدليل عليها ...)[٦].

وفي ٦ شباط ١٩٨٤ ذهبت محكمة النقض المصرية * في حكم لها في قضية بحرية إلى إنه (إذا كان من المقرر في قضاء محكمة النقض إن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها، وكان مرد هذا القضاء الاستجابة للاعتبارات العملية التي لا يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون ، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريباً عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره ، أما إذا

---

* لأنه في ذلك الوقت كانت تختص المحاكم المختلطة بنظر القضايا الدولية الخاصة دون المحاكم الوطنية .

[١] عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط – ج٢ – هامش١ ص٥٤.

[٢] محكمة النقض المصرية – المكتب الفني لتبويب الأحكام – مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية – السنة السادسة – العدد ٣٤ – نيسان ، تموز ١٩٥٥ – ص١٣٤٧ وما بعدها.

[٣] هشام علي صادق – تنازع القوانين – ص٢٣٣ و سامية راشد – بحثها – ص٤٧٣ وهشام علي صادق – دروس في القانون الدولي الخاص – ص١٦٤،١٦٥.

[٤] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٦٣ و سامية راشد – بحثها – هامش١٨٠ص٤٧٣.

[٥] سليمان مرقس – مصدر سابق – هامش ٦٢ و٦٣ ص٧٧ .

[٦] أحمد حسني – قضاء النقض البحري – ط٢ – منشأة المعارف – (الاسكندرية . بدون سنة طبع) ـ ٧٣ ، ٧٤.

* وقد سار قضاء محاكم الدرجة الأولى في مصر على نهج محكمة النقض ، إذا سارت على ذلك محكمة الاسكندرية الابتدائية في أحكام عديدة لها منها (في ٣ تشرين الثاني ١٩٨٥ تطبيق القانون السعودي) و (٢٩ كانون الأول ١٩٨٥ تطبيق القانون السوداني) و (٩ تشرين الثاني ١٩٨٦ تطبيق القانون الليبي) و (٣٠ تشرين الثاني ١٩٨٦ تطبيق القانون السوري) و (٧ كانون الأول ١٩٨٦ تطبيق القانون الاردني) و (٤ نيسان ١٩٨٧ تطبيق القانون الفلسطيني) و (٥ نيسان ١٩٨٧ تطبيق القانون السعودي) و (١٩ نيسان ١٩٨٧ تطبيق القانون السوداني) و (٢٦ نيسان ١٩٨٧ تطبيق القانون الليبي) و (٢٦ نيسان ١٩٨٧ تطبيق القانون السوداني) و (٢٤ آيار ١٩٨٧ تطبيق القانون الأردني) و (٣١ كانون الثاني ١٩٨٨ تطبيق القانون اللبناني) و (٢٢ تشرين الثاني ١٩٨٨ تطبيق القانون السوداني) و (٢٩ تشرين الثاني ١٩٨٨ تطبيق القانون السوداني) و (٢٧ كانون الثاني ١٩٨٨ تطبيق القانون السوداني) . هشام خالد – إثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص – دار الفكر العربي – (الاسكندرية . ٢٠٠٠).

كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً * فلا محل للتمسك بتطبيق تلك القاعدة ، ... ، وكان من المعلوم فقهاً وقضاءً إن إنكلترا قد أدخلت أحكام معاهدة سندات الشحن لسنة ١٩٢٤ في تشريعها الداخلي حيث أصدرت قانون نقل البضائع بحراً لسنة ١٩٢٤ ، وجعلت أحكامه مطابقة لأحكام المعاهدة المذكورة التي أصبحت تشريعاً نافذاً في مصر ، (أي أصبحت معاهدة بروكسل تشريعاً نافذاً في مصر أيضاً) فإن علم القاضي بمضمون هذا القانون يكون مفترضاً ولا يكون ثمة محل لإلقاء عبء إثبات مضمونه على عاتق من يتمسك به)[١] .

ومحكمة النقض المصرية هنا أضفت نوعاً من الصفة القانونية على القانون الأجنبي ، ففي هذا الحكم قصرت محكمة النقض عدّالقانون الأجنبي واقعة ،على حالة عدم معرفة القاضي المصري به ، تسليماً منها بالصعوبات العملية للتعرف على القانون الأجنبي أو تفسيره ، أما إذا كان القاضي المصري يعرف القانون الأجنبي أو يفترض علمه به ، فإنهاهنا تعدّالقانون الأجنبي قانوناً ، وبالنتيجة عبء إثبات ذلك القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق القاضي المصري ،لأنه لا توجد صعوبة عملية تحول من دون توصل القاضي المصري للقانون الأجنبي أو تفسيره .

أي إنه القضاء المصري كقاعدة عامة يعدّالقانون الأجنبي واقعة ، فعبء إثباته على عاتق الخصوم تسليماً بالصعوبات العملية ، ويوجد إستثناء على تلك القاعدة العامة هو حالة علم القاضي المصري بالقانون الأجنبي أو إفتراض علمه به ، فإنه هنا عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره يقع على عاتق القاضي المصري أي يعدّالقانون الأجنبي قانوناً .

ومن خلال ذلك نلحظ إن السائد في النظام القانوني المصري ، هو عدّالقانون الأجنبي واقعة ، ومن ثمَّ عبء إثباته وتفسيره على عاتق الخصوم ، عدا حالة علم القاضي المصري به أو افتراض علمه به ، فإنه يعدّقانوناً وبالنتيجة عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق القاضي المصري .

الفرع الثاني
النظام القانوني اللبناني

يعدّالقانون اللبناني القانون الأجنبي واقعة ، وبالنتيجةعبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق الخصوم .

وذهبت لذلك المادة ١٣٤ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الملغي (يجب إقامة البينة لدى المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي)[٢] .

وذهبت لذلك المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد والتي حلت محل المادة ١٣٤ الملغية والتي مضمونها (إثبات مضمون القانون الأجنبي يطلب ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالماً به)[٣] .

وفي هذه المادة عدَّ المشرع اللبناني القانون الأجنبي واقعة ، في حالة عدم علم القاضي به، ومن ثمَّ عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق الخصوم ، أما إذا كان القاضي عالماً به فإنه يعدّقانوناً ،وبالنتيجةعبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره يقع على عاتق القاضي اللبناني .

وقد سار القضاء اللبناني على نهج مشرعه وعدَّالقانون الأجنبي واقعة أيظاً ، ونستنتج ذلك من أحكام عديدة للقضاء اللبناني والتي منها .

وذهبت لذلك محكمة تمييز لبنان في حكم لها في ٤ أيلول ١٩٥٢ ، عندما عرضت على محكمة أول درجة نزاع يجب أن يطبق عليه القانون المصري ولم يثبته الخصوم ، فطبقت المحكمة

---

* يفترض علم القاضي المصري في القانون الأجنبي ، إذا كان القانون الأجنبي وارد في إتفاقية دولية نافذة في غالبية دول العالم حتى ولو لم تنضم اليها مصر . عكاشة محمد عبد العال-مصدر سابق-هامش١ ص ٢٦٢.

[١] هشام علي صادق – التعليق على أحكام محكمة النقض – ص١٦،١٧.

[٢] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش – القانون الدولي الخاص وفق القانونين الأردني والمقارن – ص٢١٩.

[٣] حسن الهداوي – القانون الدولي الخاص الأردني – ص٢١٠.

القانون اللبناني ، أي المادة ٣٥٧ قانون موجبات وعقود لبناني على النزاع فطعن أحد الخصوم بذلك أمام محكمة الاستئناف ، فأيدت الحكم المستأنف طعن الخصوم بالحكم أمام محكمة تمييز لبنان فأيدت الأخيرة الحكم المميز بحكم مضمونه الآتي (وبما إنه إذا لم يقم ذو العلاقة البينة على مضمون القانون الأجنبي فإنه لا يسعه الطعن بالحكم المميز إذا كان مستنداً لمبادئ قانونية صحيحة في القانون اللبناني) [١] .

وأكدت محكمة تمييز لبنان ذلك الموقف في حكم صادر لها في ٣ نيسان ١٩٥٨ والذي مضمونه (يجب أن يكلف من يدلي بقانون أجنبي أن يبرز ترجمة مصدقة من السفارة العائدة لدولة ذلك القانون) [٢] .

وأكدت محكمة التمييز ذلك الموقف أيضاً في حكم صادر لها في ٧ تموز ١٩٦٣ في قضية تتعلق بتطبيق القانون الفلسطيني وكان مضمون الحكم (إن القانون الأجنبي يجب إقامة البينة على مضمونه) [٣] .

وذهبت لذلك محكمة تمييز لبنان في قضية تتعلق بتطبيق القانون العراقي في ١٩ كانون الأول ١٩٦٧ وقررت (القانون الأجنبي يرد عليه الإثبات شأنه شأن الوقائع المادية الصرف ، فإن لم تفلح الجهة المميزة في إثباته فلا تكون محكمة الاستئناف قد خالفت القانون إن هي انصرفت عن تطبيقه) [٤] .

وأخيراً ذهبت لذلك محكمة التمييز اللبنانية في حكم صادر لها في ١٢ شباط ١٩٧٥ والذي مضمونه (إن من له مصلحة في الإدعاء بقانون أجنبي يقع عليه أن يقيم البينة على مضمون هذا القانون) [٥] .

وبذلك نلاحظ إن الأصل في النظام القانوني اللبناني عدّالقانون الأجنبي واقعة *، ومن ثمَّ عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق الخصوم ، وتستثنى حالة علم القاضي اللبناني به فيعدّقانوناً، وبالنتيجة عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق القاضي اللبناني ، وهو في موقفه هذا يشابه موقف النظام القانوني المصري .

الفرع الثالث

النظام القانوني الأردني

لا يوجد نص يعالج مسألة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي في القانون الأردني .

إلا إن الظاهر من صياغة بعض مواد القانون المدني الأردني ، إن المشرع الأردني يعدّ القانون الأجنبي قانوناً *، إذ استعملت في تلك المواد تعابير (يسري ...) المادة ١٢ فقرة ١ أو (يرجع ...) المادة ١٣ فقرة ١ أو (تعين ...) المادة ١٦ [١] .

---

[١] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – هامش١ ص٣١٧.

[٢] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٧٢.

[٣] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢١٧.

[٤] عندما عرضت هذه القضية على محكمة درجة أولى ، لاحظت بأن القانون العراقي هو الواجب التطبيق ، ولم يثبته الخصوم فطبقت القانون اللبناني ، فطعن أحد الخصوم بالحكم أمام محكمة الاستئناف بأن القانون العراقي هو الواجب التطبيق لا اللبناني ، وأيدت محكمة الاستئناف الحكم المستأنف ، فطعن به ذلك الخصم أمام محكمة التمييز والتي أيدت الحكم المميز . عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٦٤.

[٥] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٧٢،٢٧٣.

* وهو الحل المسلم به والمعمول به في الكويت والإمارات العربية المتحدة.عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٣٩

* وذلك هو الظاهر من صياغة بعض مواد القانون المدني الليبي (١١-٢٥) ، ومواد القانون المدني السوري (١٢-٢٧) ، إذ يتبين لنا من هذه المواد إن المشرع الليبي والسوري عدَّا القانون الأجنبي قانون ، لأنه استعمل تعابير(يسري...) و (يرجع...) و (يخضع ...) و (يطبق...) في صياغة تلك المواد ، ومن ثمَّ عبء إثبات القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق القاضي الليبي أو السوري . ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – هامش١٠٦ص٣٣٧ . وكذلك هو الظاهر من صياغة بعض مواد القانون المدني اليمني (٢٥-٣٥) ، إذ استعملت تعابير (يرجع...) و (يعين ...) ، وهي تفضي إلى عدّالمشرع اليمني إن القانون الأجنبي قانون ، ومن ثمَّ عبء إثباته وتفسيره على عاتق القاضي اليمني . محمد عبد الله المؤيد – مصدر سابق – ص٣١٦ ، ٣١٧ . وذهبت لذلك

أي إن عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق القاضي الأردني أي عدَّ المشرع الأردني القانون الأجنبي قانون .

وذهب لذلك أيضاً القضاء الأردني ، إذ ذهبت محكمة تمييز الأردن في ١٠ تشرين الثاني ١٩٨٣ إلى إنه (إن الرأي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء يقضي بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني، يحتفظ بطبيعته القانونية * ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وإن المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون المحلي) [٢] .

أي إ ن النظام القانوني الأردني يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ، وبالمحصلة عبء إثبات ذلك القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق القاضي الأردني .

الفرع الرابع
النظام القانوني العراقي

لا يوجد نص يعالج مسألة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي في القانون العراقي ، إلا إن الظاهر من بعض نصوص التشريع العراقي ، ومن رأي الفقه العراقي ومن أحكام القضاء العراقي ، إنه النظام القانوني العراقي يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ،ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي العراقي ، فمثلاً المادة ١ من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ تفضي إلى إنه (على المحاكم العراقية عندما تنظر في دعاوى المواد الشخصية المتعلقة بالأجانب والتي جرت العادة بتطبيق قانون البلد الأجنبي فيها أن تطبق ذلك القانون...) أي إن تلك المادة تلزم القاضي العراقي بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً وإثباته وتفسيره أيضاً [٣] .

وكذلك في القانون المدني العراقي وبالتحديد مواد تنازع القوانين استخدم المشرع ، تعابير (يسري ...) المادة ١٨ فقرة ١ و (يرجع ...) المادة ١٩ فقرة ١ ، يستفاد منها إن المشرع العراقي عدَّالقانون الأجنبي قانون ، ومن ثمَّ عبء إثباته وتفسيره على عاتق القاضي العراقي [٤] .

وكذلك المادة ٣ من قانون الأحوال الشخصية للأجانب والتي تنص على إنه :

للمحاكم – في التحقق عن قانون بلد أجنبي أن تقبل .

أ ـ إفادة الأخصائيين في القوانين ... .

ب ـ الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية... .

ج ـ الوثائق الموقع عليها من قبل الحكام البريطانيين... .

المادة ٢٥٩ من قانون الإجراءات المدنية المغربي في ٢٨ أيلول ١٩٧٤ إلى عدّالقانون الأجنبي قانون ،ومن ثمَّ عبء إثباته وتفسيره على عاتق القاضي المغربي .

-Batiffol et Lagarde-opcit-N.٣٢٩ P.٣٨٤

[١] حسن الهداوي – مصدر سابق – ص٢١٢. و ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن – ص٢٢٢ و غالب الداودي – مصدر سابق – ص١٦٠.

[*] وذهب القضاء التونسي إلى عدّالقانون الأجنبي قانون ،ومن ثمَّ عبء إثبات ذلك القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق القاضي التونسي وذلك في حكم له في ٢ نيسان ١٩٦٤ .

-Batiffol et Lagarde-opcit-N.٣٢٩ P.٣٨٤

[٢] حسن الهداوي – مصدر سابق – ص٢١٢. و ممدوح عبد الكريم حافظ – مصدر سابق – ص٢٢٢. و غالب الداودي – مصدر سابق – ص١٦٠.

[٣] جابر جاد عبد الرحمن – القانون الدولي الخاص العربي – ص٩٨١. و جابر جاد – القانون الدولي الخاص – ص٢٦٩. ومصطفى كامل ياسين – بحثه – هامش١ ص١٧٠.

[٤] حسن الهداوي – تنازع القوانين – ص١٣٣ و ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص الأردني – ص٢٢٢. و مصطفى كامل ياسين – بحثه – ص١٧٠.

وهذه المادة تبين الوسائل التي يستطيع القاضي الاستعانة بها للتوصل لمضمون القانون الأجنبي أي عدّت القانون الأجنبي قانون[١].

والذي يؤيد ذلك المادة ٣٠ من قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، وبما إن مسألة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي لم يعالجها المشرع العراقي بنص ، فنطبق مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً ، وهي عدّالقانون الأجنبي قانوناً ، وبالمحصلة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي العراقي لا الخصوم .

وأيضاً يؤيد ذلك الاتفاقيات القانونية الدولية التي أبرمها العراق مع دول أجنبية وعربية لأجل تسهيل تعرف القاضي العراقي بمضمون القانون الأجنبي .

ومنها اتفاقية المرافعات المدنية بين العراق وبريطانيا عام ١٩٣٦ [٢].

واتفاقية التعاون القضائي المعقودة بين العراق وتركيا عام ١٩٤٧ [٣].

واتفاقية قانونية بين العراق وألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧١ [٤].

واتفاقية الرياض للتعاون القضائي بين الدول العربية في ٤ نيسان ١٩٨٣ [٥].

واتفاقية التعاون القضائي بين دول مجلس التعاون العربي (العراق ، الأردن ، اليمن ، مصر) عام ١٩٨٩ [٦].

إذ تضمنت هذه الاتفاقيات مواداً تعالج تسهيل تبادل المؤلفات القضائية والفقهية ومتون القوانين، وكيفية إجراء الإنابات القضائية لتسهيل توصل القاضي في تلك الدول المتعاقدة للتوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره.

وقد ذهب غالبية الفقه العراقي إلى عدّالقانون الأجنبي قانون [٧].

وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي العراقي.

ونستخلص من أحكام القضاء العراقي في تنازع القوانين إن القضاء العراقي عدَّ القانون الأجنبي قانوناً ، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي العراقي وتلك الأحكام هي :

في قضية وصية إنكليزي ، (التي تناولناها في الفصل الاول) ، إذ كان القانون الواجب التطبيق بشأن الوصية هو القانون الإنكليزي (لأنه الوصية تخضع لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة) ، فقامت محكمة المواد الشخصية في بغداد بتطبيق القانون الإنكليزي تلقائياً، وعقدت دراسة للتعرف على القانون الإنكليزي وتفسيره .

وفي قضية حرمة الرضاع الإيرانية (الوارد ذكرها في الفصل الأول)، والتي عرضت على محكمة المواد الشخصية في كربلاء عام ١٩٥١ ، إذ طبقت المحكمة تلقائياً القانون الإيراني وبحثت عنه وتفسيره ، وقد لاحظنا بأن محكمة تمييز العراق قد باركت نهج محكمة المواد الشخصية في كربلاء.

---

[١] جابر جاد عبد الرحمن – القانون الدولي الخاص العربي – ص٩٨١.وجابر جاد – القانون الدولي الخاص – ص٢٦٩

[٢] عبد الحميد عمر الوشاحي – القانون الدولي الخاص – مطبعة الأهلية – (بغداد ، ١٩٤٠) - ص٦٣.

[٣] غالب علي الداودي – مصدر سابق – هامش ١ ص١٦٤.

[٤] غالب الداودي – مصدر سابق – هامش ٩ ص٦٧.

[٥] غالب الداودي – مصدر سابق– ص١٦٤وممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن– ص٢٢٤.

[٦] ممدوح عبد الكريم حافظ – مصدر سابق – ص٢٢٣. وحسن الهداوي –القانون الدولي الخاص الأردني – ص٣١٩.

[٧] مصطفى كامل ياسين في بحثه – كيف يطبق القانون الاجنبي – ص١٦٩ و٥٢٠P – Yassen - cit.op- و غالب الداودي في كتابه – القانون الدولي الخاص – ص١٦٠ . وجابر ابراهيم الراوي في كتابه – أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي– ص٦٣. وحسن الهداوي في كتابه – تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص العراقي – ص١٣٣. و حسن الهداوي – القانون الدولي الخاص الأردني – ص٢١١ ، ٢١٢. و آدم وهيب النداوي في كتابه – شرح قانون الإثبات – ص٣٥. وآدم وهيب النداوي في كتابه – الموجز في قانون الإثبات – ص٣٦.وفريد فتيان في بحثه - تنازع القوانين من حيث المكان - ص٢٤.وممدوح عبد الكريم– القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن– ص٢٢١. وممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن– ص٣٣٦.

وفي قضية الفتاة الإنكليزية المراهقة عام ١٩٥٢(الوارد ذكرها في الفصل الاول)، حيث إن القانون الواجب التطبيق بشأن الاهلية هو القانون الانكليزي ، (لأن الاهلية تخضع لقانون الجنسية) ، وقد رجعت محكمة المواد الشخصية ببغداد المعروض أمامها النزاع إلى القنصلية الإنكليزية للتعرف على القانون الإنكليزي وتفسيره .

وأصلت محكمة تمييز العراق الصفة القانونية للقانون الأجنبي، في حكم صادر لها في ٢٣ تشرين الأول ١٩٦٧ والذي مضمونه (بما إنه الخصم لبناني الجنسية فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الأحوال الشخصية اللبناني لا العراقي) ، (الوارد ذكرها في الفصل الاول).

وفي حكم آخر لمحكمة تمييز العراق في ٢٧ كانون الأول ١٩٦٧ والذي مضمونه (على محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء تطبيق أحكام القانون الإيراني بخصوص نفقة الزوجة إذا كان طرفا الدعوى إيرانيان) ، (الوارد ذكرها في الفصل الاول).

فمحكمة تمييز العراق في هذه الأحكام تشير إلى إلزام القاضي العراقي بضرورة تطبيق القانون الأجنبي تلقائياً والبحث عنه وعن تفسيره على عدّإن القانون الأجنبي من مسائل القانون لا الواقع.

وفي قضية طلاق الفلسطينية (الوارد ذكرها في الفصل الاول) ، حيث قامت محكمة تمييز العراق في حكم لها في ٢١ أيلول ١٩٧٥ ، بتحديد القانون الواجب التطبيق (وهو القانون الفلسطيني) ، وقامت بالبحث عن مضمونه ، وذلك موقف صريح من محكمة تمييز العراق إزاء عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي، إذ عدّته قانوناً ،ومن ثمَّ عبء إثباته وتفسيره على عاتق القاضي العراقي.

ومن هنا نجد إن النظام القانوني العراقي عدَّالقانون الأجنبي قانوناً ،ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي العراقي.

المطلب الثاني
موقف الأنظمة القانونية اللاتينية

وهنا سنتناول موقف الأنظمة القانونية اللاتينية إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي، وسنتطرق لموقف النظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني الإيطالي والنظام القانوني الإسباني والنظام القانوني اليوناني، فينقسم ذلك المطلب لأربعة فروع هي:

الفرع الأول : النظام القانوني الفرنسي.

الفرع الثاني: النظام القانوني الإيطالي.

الفرع الثالث: النظام القانوني الإسباني.

الفرع الرابع: النظام القانوني اليوناني.

الفرع الأول

النظام القانوني الفرنسي

لم يعالج المشرع الفرنسي مسألة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي، ولذلك سنستند إلى موقف القضاء الفرنسي إزاء هذه المسألة لتحديد موقف النظام القانوني الفرنسي إزاء هذه المسألة.

إن الموقف التقليدي للقضاء الفرنسي هو عدّالقانون الأجنبي واقعة، وذلك تسليماً منه باستحالة تعرفه على كافة القوانين الأجنبية، ومن ثمَّ لا يمكن تطبيق قاعدة المحكمة تعرف القانون (Jura novit curia) [١].

وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم لا القاضي الفرنسي.

إلا إن هذه القاعدة يرد عليها إستثناء ، وهو إذا كانت قاعدة الاسناد تتعلق بالنظام العام الفرنسي [*] أو يستند تطبيقها إلى معاهدة دولية [*] ، فيعدّالقانون الأجنبي هنا قانوناً وعلى القاضي الفرنسي تطبيقه تلقائياً وأن يثبته وتفسيره أيضاً [٢].

وقد ذهبت لذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ١٩ آيار ١٩٥٩ مضمونه (القواعد الفرنسية لتنازع القوانين لا تملك صفة النظام العام إذا تعلقت بتطبيق القانون الأجنبي، ولهذا يعود للأطراف المطالبة بتطبيقه ولا يلام قضاة الموضوع لعدم تطبيقهم تلقائياً للقانون الأجنبي) [٣].

وقد أصَّلت محكمة النقض الفرنسية ذلك النهج في أحكام عديدة لها هي.

في ٦ شباط ١٨٤٣ وفي ١٦ مايس ١٨٨٨ [٤].

وفي ٢ آب ١٨٩٣ وفي ١٠ آيار ١٩٢٢ وفي ٢٧ تشرين الثاني ١٩٢٦ [٥].

وفي ١٩ شباط ١٩٢٩ وفي٧ آذار١٩٣٨ وفي٢٢ آذار١٩٤٤ وفي ٢٥ آيار ١٩٤٨[٦].

وفي ٢١ نيسان ١٩٥٠ وفي ١٩ مايس ١٩٥٩ (المشار إليه آنفاً) [٧].

إلا أنه في ٢ آذار ١٩٦٠ أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً مضمونه (من المسموح لقضاة الموضوع المباشرة بتطبيق القانون الأجنبي أو البحث عنه، والغير مطالب بتطبيقه من قبل الخصوم) [٨].

ونلحظ في هذا الحكم تطوراً جديداً في القضاء الفرنسي ، إذ إنه يتضمن إضفاءً للصفة القانونية على القانون الأجنبي، لأن محكمة النقض في هذا الحكم ترخص للقاضي الفرنسي التطبيق التلقائي للقانون الأجنبي والبحث عنه وعن تفسيره ، وهي في موقفها هذا أقرت الصفة القانونية للقانون الأجنبي، إلا أنها لا تلزمه لذلك التطبيق أو البحث تسليماً منها بالصعوبات العملية التي تواجه القاضي الفرنسي جراء ذلك البحث أو التطبيق، وبرغم أن محكمة النقض لم تلزم القاضي

---

[١] -Niboyet-op.cit-N١٠٣٦ & -Mayer-op.cit-N١٧٩ P١٢١ . & -Bartin-op.cit-P٢٧٣

[*] تتعلق قاعدة الاسناد بالنظام العام الفرنسي ، إذا أشارت بتطبيق القانون الفرنسي أو تتعلق بالزواج أو النسب ، ولا تتعلق بالنظام العام إذا تعلقت بمسألة ذات طبيعة اختيارية أو مكملة كما هو الحال في مسائل العقود . عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – هامش ٢ ص٢٤٤،٢٤٥

[*] لأنه القانون الأجنبي هنا يعدّجزء من التشريع الفرنسي. وعدم الأخذ بالمعاهدة الدولية تعد مخالفة للقانون الفرنسي ٠محمد عبد المنعم رياض – مصدر سابق – ص٣٨٦.

[٢] -Mayer-op.cit-N١٨٥ P١٢٥

[٣] -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٢٩ P٣٨٣

[٤] عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٢ – هامش ٢ ص٥٤.

[٥] -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣١ P٣٨٦,٣٨٧

[٦] عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – ج٢ – هامش٢ ص٥٤.

[٢] -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣١ P٣٨٦ ,٣٨٧

[٣] -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٢٩ P٣٨٣

الفرنسي بالبحث عن القانون الأجنبي أو تفسيره إلا أنه تطور مرحب به، مادام يتضمن إضفاءً للصفة القانونية على القانون الأجنبي .

وبعد ذلك تضاربت أحكام محكمة النقض الفرنسية بين تقيدها بموقفها التقليدي وبين تأصيل موقفها السابق في حكم ٢ آذار ١٩٦٠ ، إلا أن الأحكام المتضمنة إقرار الموقف التقليدي أكثر من الأحكام المتضمنة إقرار موقفها في حكم ٢ آذار ١٩٦٠ مسلمةً بالصعوبات العملية

فأقرت محكمة النقض الفرنسي في أحكام عديدة هي :

حكم (Bertoncini) في ١١ تموز ١٩٦١ [١].

وفي ١٣ تشرين الثاني ١٩٦٦ وفي ١٦ تشرين الأول ١٩٧٣ [٢].

وفي ٩ آذار ١٩٨٣ وفي ٢٤ كانون الثاني ١٩٨٤ [٣]

وفي ٢٢ نيسان ١٩٨٦.[٤]

وأقرت موقفها في حكم ٢٠ آذار ١٩٦٠ في أحكام عديدة هي :

في ١٣ حزيران ١٩٦٧ وفي ٢٢ نيسان ١٩٧٥ [٥].

إلا إن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكمين متتاليين في ١١ و١٨ تشرين الأول ١٩٨٨ مضمونهما (قاعدة الاسناد ملزمة التطبيق للقاضي الفرنسي وعليه أن يطبقها تلقائياً وبصورة مطلقة ومن غير تعلق هذا الوصف على أي أمر آخر) [٦].

وهذان الحكمان يعدّان أول حكمان في تاريخ القضاء الفرنسي ، تعترف فيهما محكمة النقض الفرنسية بالصفة القانونية للقانون الأجنبي بصورة صريحة، إذ الزمت القاضي الفرنسي بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً ، سواء أتعلقت قاعدة الإسناد بالنظام العام الفرنسي أم أشارت بتطبيقها معاهدة دولية أم لا ، وبالنتيجة إثبات القانون الأجنبي وتفسيره يقع على عاتق القاضي الفرنسي لا الخصوم ، وهو تطور مهم ومرحب به لأنه يتضمن إقرار الصفة القانونية للقانون الأجنبي.

إلا إنه ما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن رجعت لموقفها التقليدي مسلمة بالصعوبات العملية في أحكام لها في ٤ كانون الأول ١٩٩٠ وفي ١٨ تشرين الأول ١٩٩٢[٧].

---

[١] نص حكم (Bertoncini) (إن أياً من الزوجين لم يتمسك في أي لحظة أمام قضاء الموضوع بالجنسية المشتركة للزوجين كما إن أحداً منهما لم يطلب تطبيق القانون الايطالي).عكاشة محمد عبدالعال مصدر سابق _ ص٢٣٢، ٣٣٢.

[٥] -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣١ P٣٨٦ ,٣٨٧

[٦] مضمون حكما ٩ آذار ١٩٨٣ وحكم ٢٤ كانون الثاني ١٩٨٤ (لا لوم على قضاة الموضوع إذا لم يطبقوا قاعدة الاسناد من تلقاء أنفسهم عندما تعقد الاختصاص للقانون الاجنبي في مسائل ليست من النظام العام في القانون الداخلي الفرنسي). عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٣٥ ، ٢٣٦ .

[٤] مضمون حكم ٢٢ نيسان ١٩٨٦ (إذا كان القانون الاجنبي لا يتعلق بالنظام العام الفرنسي ولم تنص على تطبيقه معاهدة معاهدة دولية . يجب على الخصوم التمسك بتطبيقه وإثباته . وإلا فالقانون الفرنسي سيطبق في هذه الحالة بسبب نزعته الثانوية).

-Mayer-op.cit-N١٨٦ P١٢٥

-Mayer-op.cit-N١٨١ P١٢٢

٢

[٦] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٣٦.

[٧] نص حكم ٤ كانون الاول ١٩٩٠ (لا تثريب على قضاة الموضوع ، فيما انتهوا اليه من تطبيق القانون الفرنسي ، وعدم اثارتهم لقاعدة الاسناد من تلقاء انفسهم واحجامهم من ثمَّ عن تطبيق القانون الاجنبي . فالامر يتعلق بقاعدة اسناد تشريعية لا اتفاقية وبمسألة للافراد حرية التصرف فيها) ، مضمون حكم ١٨ تشرين الاول ١٩٩٢ (نعت على حكم قضاة الموضوع أنهم لم يطبقوا من تلقاء انفسهم قاعدة الاسناد التي تقضي بتطبيق القانون الاجنبي. يبقى مشكلة مؤداها عدم وضوح المحكمة في موقفها في هذا الحكم مرده إلى إن قاعدة الاسناد التي لم يثيرها القضاء تتعلق بالبنوة . أي لا تتعلق بالنظام العام الفرنسي) . عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٣٧، ٢٣٨.

وبعد ذلك رجعت محكمة النقض الفرنسية لتقرير الصفة القانونية للقانون الأجنبي في حكم لها في ١٣ كانون الأول ١٩٩٣ [١].

وتسليماً بالصعوبات العملية رجعت محكمة النقض الفرنسية لموقفها التقليدي في حكم لها في ١١ حزيران ١٩٩٦ [٢].

الا انه برغم تقيد محكمة النقض بالصعوبات العملية والتي تدفعها دائما لتقرير موقفها التقليدي والعدول عن موقفها في حكم ٢٠ اذار ١٩٦٠ وفي حكما١١ و١٨ تشرين الأول ١٩٨٨ ، إلا إنها لم تستطع الصمود أمام الحقيقة الواضحة كوضوح الشمس في كبد السماء ، وهو كون القانون الأجنبي قانوناً ولا يفقد صفته القانونية وإن طبق أمام القاضي الفرنسي ، مما دفعها إلى تقرير الصفة القانونية للقانون الأجنبي في أحدث أحكام لها ، ومن ثمَّ إثبات ذلك القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق القاضي الفرنسي.

وذهبت لذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ١ تموز ١٩٩٧ ، إذ ألزمت القاضي الفرنسي بتطبيق الأجنبي تلقائياً وبالنتيجة إثباته وتفسيره على عاتق القاضي الفرنسي [٣].

وأكدت ذلك أيضاً محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ٢٧ كانون الثاني ١٩٩٨ [٤].

وبذلك يتبن لنا إن الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية هو عدّالقانون الأجنبي قانونا، وبالنتيجة عبء إثبات القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق القاضي الفرنسي .

ومحكمة النقض في موقفها الحديث تساير موقف غالبية الفقه الفرنسي الذي عدّالقانون الاجنبي قانون (وبينا ذلك في المطلب الثاني من المبحث الاول مطلب الفقه الذي عدّالقانون الاجنبي قانون).

أي إن النظام القانوني الفرنسي يعدّالقانون الأجنبي قانون، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الفرنسي.

---

[١] مضمون حكم ١٣ كانون الاول ١٩٩٣ (القانون الاجنبي هو قاعدة قانون) -Mayer-op.cit-N١٧٩ P١٢١

[٢] مضمون حكم ١١ حزيران ١٩٩٦ (اذا كان القانون الاجنبي لا يتعلق بالنظام العام الفرنسي ولم تنص على تطبيقه معاهدة دولية . يجب على الخصوم التمسك بتطبيقه وإثباته . وإلا فالقانون الفرنسي سيطبق بسبب نزعته الثانوية).
-Mayer-op.cit-N١٨٦ P١٢٥

[٣] إذ الزمت القاضي الفرنسي بتطبيق قاعدة الاسناد تلقائياً.وان يبحث عن مضمون القانون الاجنبي الواجب التطبيق .
-Mayer-op.cit-N١٨٣ P١٢٣

[٤] إذ أُلزم القاضي الفرنسي بتطبيق قاعدة الاسناد الوطنية بغض النظر عن كونها تتعلق بالنظام العام الفرنسي أو تفضي إلى تطبيقها معاهدة دولية . وبالنتيجة ان يبحث القاضي الفرنسي عن مضمون القانون الأجنبي .
-Mayer-op.cit-N١٨٦ P١٢٥

الفرع الثاني
النظام القانوني الإيطالي

تعدّ المادة ١٤ من القانون الإيطالي الجديد رقم ٢١٨١ الصادر في ٣١ آيار ١٩٩٥ القانون الأجنبي قانون ، ومن ثمَّ على القاضي الإيطالي البحث عن القانون الأجنبي وتفسيره[١].

إلا إنه القضاء الإيطالي قبل صدور ذلك القانون كان يقر بالصفة الواقعية للقانون الأجنبي وبعد ذلك انتهى إلى تقرير الصفة القانونية للقانون الأجنبي وتلا تلك المرحلة صدور القانون الإيطالي رقم ٢١٨١ في ٣١ مايس ١٩٩٥ ليقر الصفة القانونية للقانون الأجنبي متحداً مع موقف قضائي، وفي ما يأتي استعراض لموقف القضاء الإيطالي قبل صدور قانون رقم ٢١٨١.

موقف القضاء الإيطالي القديم هو عدّالقانون الأجنبي واقعة وبالنتيجة عبء إثباته وتفسيره على الخصوم[٢].

وذلك لأن القضاء الإيطالي يعدّالقانون الأجنبي كالعقد أو الأوراق أو الوثائق المقدمة إلى الدعوى، ومن ثمَّ يجب التمسك به وإثباته من قبل الخصوم[٣].

وذهبت محكمة النقض الإيطالية في حكم لها في ٢٦ آذار ١٩٠٤ إلى إنه (القانون الأجنبي حين يتطلب القانون الوطني تطبيقه لا يغير من طبيعته إنه أجنبي ولا يعود بسبب ذلك وثيقة أو عقداً ...)[٤].

وهو حكم يقر الصفة القانونية للقانون الأجنبي وأنه لا يعدّواقعة ولا يعدّعقداً أو وثيقة ، ويشكل ذلك الحكم عدول القضاء الإيطالي عن عدّه القانون الأجنبي وثيقة أو عقداً أي عدّه واقعة

وأكدت محكمة النقض الإيطالية عدها للقانون الأجنبي قانوناً ، ومن ثمَّ إثباته وتفسيره على عاتق القاضي الإيطالي في أحكام لها في ٨ تموز ١٩٣١ وفي ٣١تموز ١٩٣١[٥].

إلا إن الظاهر إن محكمة النقض الإيطالية تسلم بالصعوبات العملية الناجمة عن كون القانون الأجنبي لا يعلم به القاضي الإيطالي لأنه لم ينشر في دولته.

لذلك فإن محكمة النقض الإيطالية أصدرت حكماً في ١٨ آيار ١٩٣٧ قررت فيه الصفة الواقعية للقانون الأجنبي والذي مضمونه (عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي يروم تطبيقه)[٦].

وأكدت نهجها الأخير في حكم صادر لها في ٢٩ كانون الثاني ١٩٣٦[٧].

وبعد ذلك تضاربت أحكامها بين عدّالقانون الأجنبي قانون أو واقعة، لأنه محكمة النقض الإيطالية تسلم بأن القانون الأجنبي قانون وتسلم أيضاً بالصعوبات العملية الناتجة عن صعوبة التوصل لمضمون القانون الأجنبي.

فعدّت القانون الأجنبي قانون في أحكام عديدة هي :

في ٢٨ تموز ١٩٤٠[٨].

في ٣٠ نيسان ١٩٥٥[٩].

---

[١] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٣٤

[٢] شمس الدين الوكيل – بحثه –ص١٠٣ و محمد عبد المنعم رياض – مصدر سابق – ص٣٨٨ و جابر جاد – القانون الدولي الخاص العربي – هامش١ ص٩٨١.

[٣] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٣.

[٤] مصطفى كامل – بحثه – ص١٧٩.

[٥] عز الدين عبد الله – مصدر السابق – هامش٣ ص٥٧٦،٥٧٧

[٦] عز الدين عبد الله – المصدر السابق – هامش٣ ص٥٧٦ ، ٥٧٧.

[٧] مصطفى كامل – بحثه – ص١٧١.

[٨] -Batiffol et Lagarde op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤

[٩] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٤.

وفي ١٣ تشرين الثاني ١٩٥٩[١].

واعتبرت القانون الأجنبي واقعة في أحكام هي :

في ١١ تشرين الثاني ١٩٥٨ و٢ آيار ١٩٦٠[٢].

إلا إنه في آخر أحكام لمحكمة النذ قض الإيطالية نلاحظ بأنها استقرت على عدّالقانون الأجنبي قانوناً ، تسليماً منها بأن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية وإن طبق أمام القاضي الإيطالي، ومن ثمَّ عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق القاضي الإيطالي.

وذهبت لذلك محكمة النقض الإيطالية في أحكام هي:

في ١٦ شباط ١٩٦٦[٣].

وفي حكمين آخرين في ٢٨ حزيران ١٩٦٧ وفي ٧ شباط ١٩٧٥[٤].

أي إن القضاء الإيطالي استقر على عدّالقانون الأجنبي قانون قبل صدور قانون رقم ٢١٨١ عام ١٩٩٥ ، والذي جاء بموقف مشابه لموقف القضاء الإيطالي ، إذعدَّالقانون الأجنبي قانوناً أيضاً كما بينا ذلك آنفاً.

أي إن النظام القانوني الإيطالي يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ، وبالنتيجة إثبات ذلك القانون وتفسيره على عاتق القاضي الإيطالي .

الفرع الثالث

النظام القانوني الإسباني

لم يكن في النظام القانوني الإسباني سابقاً، نص يعالج مسألة عبء إثبات القانون الأجنبي أو إثبات تفسيره، لذلك كان القضاء الإسباني له الحرية في هذه المسألة .

إذ كان القضاء الإسباني يعدّالقانون الأجنبي واقعةومن ثمَّ إثباته وتفسيرهعلىعاتق الخصوم[٥].

وذهبت لذلك المحكمة العليا الإسبانية في حكم صادر لها في ٤ كانون الأول ١٩٣٥[٦].

إلا إنه بعد صدور قانون ٣١ آيار ١٩٧٤ وفي المادة ١٢ فقرة ٦ منه ، والتي عدّت القانون الأجنبي قانوناً ، فبات لزاماً على المحكمة الإسبانية التقيد بموقف مشرعها وأن تطبق القانون الأجنبي تلقائياً وأن تبحث عنه وعن تفسيره أيضاً[٧].

أي إن النظام القانوني الإسباني يعدّالقانون الأجنبي قانون ،ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الإسباني.

الفرع الرابع

النظام القانوني اليوناني

تذهب المادة ٣٣٧ من القانون اليوناني إلى عدّالقانون الأجنبي قانوناً[٨].

وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي اليوناني لا الخصوم، لأنه من المسائل القانونية التي يستقل بتقديرها القاضي اليوناني .

---

[١] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٤.

[٢] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٣.

[٣] سامية راشد – بحثها – ص٤٥٤.

[٤] - Batiffol et Lagarde -op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤

[٥] علي علي سليمان – مصدر سابق – ص١٧٩ و جابر جاد – تنازع القوانين – ص٥٠٦.

[٦] جابر جاد – مصدر سابق – هامش ٤ ص٦٠٥.

[٧] - Batiffol et Lagarde -op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤

[٨] - Batiffol et Lagarde -op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤

وذهب لذلك القضاء اليوناني * في حكم له في عام ١٩٧١[١].

أي إنه النظام القانوني اليوناني يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ،وإذن عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي اليوناني.

المطلب الثالث
موقف الأنظمة القانونية الإنكلوسكسونية

وسنتناول هنا موقف النظام القانوني الإنكليزي إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي، وسنكتفي به لتحديد موقف الأنظمة القانونية الإنكلوسكسونية إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي، لأنه بقية الأنظمة القانونية الإنكلوسكسونية ما هي إلا إنعكاس وتكرار للنظام القانوني الإنكليزي، على عدّإن القانون الإنكليزي هو المصدر التأريخي لأي قانون من قوانين المجموعة الإنكلوسكسونية، وفي ما يأتي استعراض لموقف النظام القانوني الإنكليزي إزاء عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

عندما يواجه القاضي الإنكليزي قضية متضمنة عنصراً أجنبياً ، تطبق المحكمة الإنكليزية القانون الإنكليزي على النزاع على افتراض مطابقة القانون الأجنبي للقانون الإنكليزي، ما لم يثبت عكس ذلك [٢].

وقد جاء النظام القانوني الإنكليزي بهذه النظرية ، ليسوّغ تطبيق قانونه بدلاً من القانون الأجنبي ، نتيجةً للصعوبات العملية التي تعترض القاضي الإنكليزي حين يريد التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره .

أي إن القضاء الإنكليزي يعدّالقانون الأجنبي واقعة[٣].

وقد دأب القضاء الإنكليزي على هذا النهج منذ زمن طويل، ويترتب على ذلك إنه على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي، وأن يقوموا بإثبات القانون الأجنبي وتفسيره على عدّإن القانون الأجنبي واقعة[٤].

وذهب لذلك القضاء الإنكليزي في أحكام عديدة هي :

في قضية (Mostyn v. Fabrigas) عام ١٧٧٤ . وفي قضية (ttoman bank of Nicosia v . chakarian) عام ١٩٣٨. وفي قضية (Itallina leavau hisus v .es tonian state steamship line) عام ١٩٤٨ .وفي قضية (Bankers and shipers insuranse co.of new youk v. Liverpool marin and general insurance co.ltd) ، في عام ١٩٦٢ [٥].

---

* وذهب لذلك القضاء الهولندي في حكم له في ٨ نيسان ١٩٢٧ مضمونه (على الحاكم أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إن كانت تملي بتطبيقه قاعدة الاسناد ولو لم يتمسك بتطبيقه أحد) – مصطفى كامل – بحثه – ص١٦٩.

١ - Batiffol et Lagarde -op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤

٢ -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١٨,١١١٩ & -Wolff-op.cit-١٩٥٠ed-P٢٢٢,٢٢٣ -P.E-op.cit-P٢٣٤ & Ehrenz wing-op.cit-p٣٦٢

٣ -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١٠ & -Wolff-op.cit-١٩٥٠ed-P٢٢٢,٢٢٣ -P.E-op.cit-P٢٣٤ & -Ehrenz wing-op.cit-p٣٥٩ & - Batiffol et Lagarde -op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤

١ -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١٠,١١١١.

٢ -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١٠

ويُلزِم القاضي الإنكليزي بتطبيق القانون الأجنبي وإثباته وتفسيره إذا كان القانون الإنكليزي يلزمه بذلك* [١].

وتُلزِم بذلك المحكمة الإنجليزية أيضاً، إذا كان القانون الأجنبي هو قانون دولة كانت سابقاً مستعمرة للمملكة البريطانية المتحدة، على عدّإن المستعمرات لم تكن تمتلك أي أنظمة قانونية وعندما جاءها المستوطنون الإنكليز جلبوا معهم القانون العام الإنكليزي ليصبح هو قانون تلك المستعمرات، أي إنه النظام القانوني للمستعمرات أصبح جزء من النظام القانوني الإنكليزي، ومن ثمَّ يفترض علم القاضي الإنكليزي بالنظام القانوني للمستعمرة كما هو الحال في النظام القانوني الإنكليزي، ومن ثمَّ على القاضي الإنكليزي أن يطبقه تلقائياً وأن يبحث عنه وعن تفسيره ، و ذلك إذا كان القانون الإنكليزي مطبق فعلياً في تلك المستعمرة ، وذلك المبدأ مسلم به من قبل المحكمة الإنكليزية والتي تستعلم قضائياً عن القوانين المطبقة فعلاً في المستعمرة [٢].

كما هو الحال لقوانين إسكتلندا أو كندا أو إيرلندا أو أستراليا أو الولايات المتحدة الأمريكية والتي كانت سابقاً مستعمرات لبريطانيا، وذهب لذلك القضاء الإنكليزي في قضايا عديدة منها:

في قضية (Limerick v. Limerick) عام ١٨٦٣[٣].

وفي قضية (Re Barkers trrsts) عام ١٨٧١[٤].

وفي قضية (Dryden v. Dryden) عام ١٨٧٦[٥].

وفي قضية (Re barlows will) عام ١٨٨٧ ، وفي قضية (Cooper v. stuart) عام ١٨٨٩ ، وفي قضية (Roe v. Roe) عام ١٩١٦ ،وفي قضية (L.(orse.B.) v. L)عام ١٩١٩، وفي قضية (Bonhote v. Bonhote) عام ١٩٢٠[٦].

وفي قضية (Terrell v. secretary of state for the colonies) عام ١٩٥٣[٧].

ومن ثمَّ فالنظام القانوني الإنكليزي يعدّالقانون الأجنبي واقعة ، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره يقع على عاتق الخصوم ، ماعدا حالتا أن يُملي القانون الإنكليزي على القاضي الإنكليزي أن يطبق ويثبت القانون الأجنبي ،وحالة كون الدولة كانت سابقاً مستعمرة لإنكلترا .

وذلك الحل معمولاً به في الولايات المتحدة الأمريكية[٨].

ومعمول به في اليابان وكولومبيا واستراليا[٩].

ومأخوذ به أيضاً في اسكوتلندا وايرلندا وكندا [١٠].

وهو مأخوذ به في البرازيل [١١] .

ومعمول به أيضاً في الأرجنتين[١٢].

---

* كأن تتعلق قاعدة الإسناد بمعاهدة دولية أو بالنظام العام الإنكليزي.

[١] -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١١

[٢] -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١١ & -P.E-op.cit-P٢٣٤

[٣] -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١١ & -P.E-op.cit-P٢٣٤

[٤] -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١٢

[٥] -P.E-op.cit-P٢٣٤

[٦] -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١١,١١١٢

[٧] -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١١ & -P.E-op.cit-P٢٣٤

[٨] -Ehrenz wing-op.cit-p٣٥٩,٣٦٠

[٩] -P.E-op.cit-P٢٣٤

[١٠] -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١١,١١١٢

[١١] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش٢ ص٥٧٣،٥٧٤ .

[١٢] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص٥٧٧.

أي إن الأنظمة الإنكلوسكسونية تعدّ القانون الأجنبي واقعة وتلقي عبء إثبات تفسيره على عاتق الخصوم.

المطلب الرابع
موقف الأنظمة القانونية الجرمانية

ونتطرق هنا لموقف الأنظمة القانونية الجرمانية إزاء مسألة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ،وسنتناول موقف النظام القانوني الألماني ، والنظام القانوني النمساوي ، والنظام القانوني السويسري ، وكما يأتي :

الفرع الأول: النظام القانوني الألماني .
الفرع الثاني: النظام القانوني النمساوي .
الفرع الثالث: النظام القانوني السويسري.

الفرع الأول
النظام القانوني الألماني

بيّن المشرع الألماني موقفه بصراحة إزاء الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ، إذ عدّه قانوناً ، وألقى عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الألماني .

إذ تنص المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الألماني على إنه (القواعد العرفية والقواعد النظامية وكذلك قواعد القانون في دول أخرى ، ليست في حاجة إلى إثبات إلا في حدود عدم علم المحكمة بها ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم ببيانه. وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لإدراك هذه الغاية)[١].

وفسر الفقهاء الألمان تلك المادة ، بأن المشرع الألماني عدّ القانون الأجنبي قانوناً ،بدليل إنه ساوى بينه وبين القواعد القانونية والقواعد العرفية ، ومن ثمَّ فإن ذلك يستبعد أي احتمال يقضي إلى عدّالقانون الأجنبي واقعة، والقاضي الألماني إذن يطبق القانون الأجنبي بعدّه قانوناً لا واقعة ، أو لأنه يندمج بالقانون الوطني فيصبح جزءً منه، وهنا على القاضي الألماني أن يثير تطبيق القانون الأجنبي تلقائياً، دون حاجة لتمسك الخصوم بتطبيقه ، وبالنتيجة إثبات القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق القاضي الألماني ، ولكن ذلك لا يمنع القاضي الألماني من أن يستعين بالخصوم لأجل التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، وذلك مجرد معاونة من الخصوم للقاضي ولا تعفيه من إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره[٢].

وذهب لتأصيل ذلك القانون الألماني الصادر في ١٩ حزيران ١٩٧٥ المعدل لقانون المرافعات المدنية ، في المادة ١٨٢ منه والتي مضمونها (... يجب على المحكمة عمل اللازم لإثبات مضمون قواعد القانون الأجنبي وتطبيقها العملي من جانب قضاء محاكم الدولة الأجنبية)[٣].

وقد أيد ذلك الحل القضاء الألماني[٤].

وذهبت لذلك المحكمة العليا في (Colonge) في حكم صادر لها في ٢٢ أيلول ١٩٥٠ والذي مضمونه (محكمة الموضوع لها الحرية في إتباع أي طريقة في إثبات القانون الأجنبي ولا يجوز للطاعن أن يتمسك ، بأن القانون الأجنبي يقع عبء إثباته على من يتمسك بتطبيقه وان فشله

---

[١] سامية راشد – بحثها – ص٤٥٢.

[٢] - Batiffol et Lagarde -op.cit-N٣٣٢ P٣٨٧,٣٨٨.

[٣] أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٥.

[٤] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص٥٧٦ و عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٠.

في إثباته يقتضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي ، وذلك لأنه المشرع لم يقيد المحكمة في البحث عن القانون الأجنبي بطرق معينة)[١].

وذهبت لذلك المحكمة العليا في ميونخ في حكم صادر لها في ٢٥ شباط ١٩٥٢ والذي مضمونه (... وعلى صعيد إثبات القانون الأجنبي يجب استبعاد القواعد التي تحكم إثبات الوقائع ، وخصوصاً استبعاد القانون الأجنبي بحجة فشل صاحب المصلحة في إثبات القانون الأجنبي ، وذلك لأنه للقاضي الألماني البحث عن هذا القانون الأجنبي ، بكافة وسائل الاستعلام)[٢].

أي أن النظام القانوني الألماني يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الألماني .

الفرع الثاني

النظام القانوني النمساوي

ذهبت المادة ٢٧١ من قانون المرافعات المدنية النمساوي إلى إنه على القاضي النمساوي أن يطبق القانون الأجنبي تلقائياً[٣].

أي عدَّالمشرع النمساوي القانون الأجنبي قانوناً ،وبالنتيجة عبء إثبات ذلك القانون وتفسيره على عاتق القاضي النمساوي .

وذهبت المادة ٤ من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ إلى إنه (القانون الأجنبي يجب أن يبحث عنه تلقائيا ً.والطرق المقبولة في هذا الخصوص أيضاً معاونة ذوي الشأن والمعلومات التي تقدمها النيابة الفيدرالية ورأي الخبراء)[٤].

أي إنه يجب على القاضي النمساوي أن يبحث عن القانون الأجنبي وتفسيره تلقائيا ً، وهذا يعني إن الـ مشرع النمساوي عدّالقانون الأجنبي قانوناً .

وذهب لذلك القضاء النمساوي[٥].

أي إن النظام القانوني النمساوي يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي النمساوي .

الفرع الثالث

النظام القانوني السويسري

لا يوجد في النظام القانون السويسري نص يعالج مسألة عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي .

ويذهب القضاء السويسري إلى الالتزام بتطبيق القانون الأجنبي تلقائياً ، والبحث عنه وعن تفسيره[٦] .

وذهبت لذلك المحكمة الفدرالية السويسرية في أحكام لها في ١٠ شباط ١٩٥٢ ، وفي حكم آخر لها في ١٢ حزيران عام ١٩٥٢ [٧] .

وتذهب لذلك المادة ١٥ فقرة ١ من مشروع قانون عام ١٩٧٨[١].

---

[١] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٩٤.

[٢] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٩٥.

[٣] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش ٣ ص٥٧٦،٥٧٧ .

[٤] أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٤.

[٥] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص٥٧٦ وعز الدين عبد الله – بحثه – ص ١٠٠ و مصطفى كامل – بحثه – ص١٧١.

[٦] علي علي سليمان – مصدر سابق – ص١٨١ و شمس الدين الوكيل – بحثه – هامش٤ ص١١١.

[٤] - Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤

أي إن النظام القانوني السويسري يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ،ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي السويسري .

- Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٢٩ P٣٨٤
٥

المطلب الخامس

الأنظمة القانونية الإشتراكية

وهنا سنتناول موقف الأنظمة القانونية الاشتراكية إزاءعبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، وسنتطرق لموقف النظام القانوني في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) ، و لموقف النظام القانوني في تشيكوسلوفاكيا (سابقاً) ، ولموقف النظام القانوني في بولونيا ، ولموقف النظام القانوني المجري ، لذلك ينقسم ذلك المطلب لأربعة فروع هي :

الفرع الأول: النظام القانوني في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) .

الفرع الثاني: النظام القانوني في تشيكوسلوفاكيا (سابقاً) .

الفرع الثالث: النظام القانوني البولوني .

الفرع الرابع: النظام القانوني المجري .

الفرع الأول

النظام القانوني في الاتحاد السوفيتي (سابقاً)

تذهب المادة ١٢ من قانون مبادئ المرافعات في الاتحاد السوفيتي والجمهوريات المتحدة (سابقاً) الصادر في عام ١٩٦٢ ، إلى بيان القوانين التي يجب على المحاكم السوفيتية تطبيقها تلقائياً ، (لأجل الفصل في النزاع المعروض أمامها) ، ومن بينها القانون الأجنبي[١] .

أي عدّت القانون الأجنبي قانوناً ، فعبء إثبات تفسيره إذن على عاتق القاضي السوفيتي، والذي يؤكد ذلك نص المادة ٨ من قانون المرافعات للاتحاد السوفيتي (سابقاً) ، والتي مضمونها أن للمحكمة السوفيتية أن تلجأ لوزارة العدل لتتصل بالحكومة الأجنبية لأجل التوصل لمضمون القانون الأجنبي[٢] .

ومن ثمَّ فعلى القاضي السوفيتي أن يطبق القانون الأجنبي تلقائيا ً، وأن يبحث عن ذلك القانون الأجنبي وتفسيره .

أي أن النظام القانوني في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) ، يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي السوفيتي .

الفرع الثاني

النظام القانوني في تشيكوسلوفاكيا (سابقاً)

تذهب المادة ٥٣ من القانون الدولي الخاص في تشيكوسلوفاكيا(سابقاً)،إلى إنه (تتخذ كل جهة قضائية كافة الإجراءات الضرورية للتحقق من أحكام القانون الأجنبي ، ويمكنها ، في حالة عدم تعرفها على مضمونه ، الالتجاء إلى وزارة العدل)[٣].

أي إن على القاضي التشيكوسلوفاكي أن يطبق القانون الأجنبي تلقائياً، وأن يقوم بالبحث عنه وعن تفسيره .

أي إنه النظام القانوني في تشيكوسلوفاكيا (سابقاً) ، يعدّالقانون الأجنبي قانوناً ، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي التشيكوسلوفاكي .

الفرع الثالث

---

[١] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص٥٧٨ و سامية راشد- بحثها – ص٤٥٣.

[٢] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش٣ ص ٥٧٦،٥٧٧ وعز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥.

[٣] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص٥٧٨ و عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥.

النظام القانوني البولوني

تذهب المادة ٣٩ من القانون البولوني عام ١٩٢٦ ، إلى أنه على القاضي البولوني أن يبحث عن القانون الأجنبي ، وله أن يرجع لوزارة العدل لتزوده بنصوص القانون الأجنبي[١] .

أي إن على القاضي البولوني أن يطبق القانون الأجنبي تلقائياً، وأن يبحث عن القانون الأجنبي وتفسيره .

أي إن النظام القانوني البولوني يعدّالقانون الأجنبي قانون*، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي البولوني .

الفرع الرابع

النظام القانوني المجري

تذهب المادة ٥ من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ إلى إنه (على المحكمة أو أي سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الأجنبي الذي تجهله ، وفي حالة الحاجة ، لها أن تأمر بالخبرة ، ويمكنها أيضاً أن تأخذ في العدّالأدلة التي يقدمها الأطراف . وبناء على طلب المحكمة أو أية سلطة أخرى ، يقدم وزير العدل معلومات عن القانون الأجنبي)[٢] .

أي إن على القاضي المجري أن يطبق ويبحث عن القانون الأجنبي وتفسيره تلقائياً ،وهذا يعني أن النظام القانوني المجري يعدّالقانون الأجنبي قانون ، ومن ثمَّ عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي المجري .

المبحث الثالث

كيفية التوصل لتفسير القانون الأجنبي

بعد أن انتهينا في المبحثين الماضيين من تحديد موقف الفقه والأنظمة القانونية إزاء تحديد عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي ، ولحظنا إن الاتجاه الغالب في الفقه وفي الأنظمة القانونية في العالم ، يعدّان القانون الأجنبي قانوناً ويلقيان عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الوطني .

لذلك لا بد من أن نبين كيفية توصل القاضي الوطني لتفسير القانون الأجنبي ، والخوض في هذا الموضوع يحتم علينا بالضرورة أن نتطرق لمبدأ حرية الإثبات ، والذي يسوغ للقاضي الوطني أن يرجع لكافة طرق الإثبات المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي وإن كانت تستخدم لإثبات الوقائع ، ويلزمنا بالضرورة أيضاً أن نتطرق لطرق إثبات تفسير القانون الأجنبي على اختلاف أنواعها.

وأخيراً نتطرق للطرق المفتوحة والمسهلة للتوصل لتفسير القانون الأجنبي ، لذلك ينقسم ذلك المبحث إلى ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: مبدأ حرية الإثبات.

المطلب الثاني: طرق التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثالث: الطرق المقترحة للتوصل لتفسير القانون الأجنبي.

المطلب الأول

مبدأ حرية الإثبات

---

[١] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش ٣ص ٥٧٦،٥٧٧.

* والنظام القانوني البولندي يعدّالقانون الأجنبي قانو نً ، وبالنتيجة عبء إثباته وتفسيره على عاتق القاضي البولندي . عز الدين عبدالله– بحثه – هامش ٢ ص١٠٤.

[٢] أحمد عبد الكريم سلامة – مصدر سابق – ص٢١٤.

من المتعارف عليه على صعيد قانون المرافعات المدنية، إن مسائل الواقع يستقل بتحديدها الخصوم لا القاضي ، أما مسائل القانون فيستقل بتقديرها القاضي ، أي إنه يفترض علم القاضي بالقانون الذي يجب تطبيقه على النزاع ، وهو ما يطلق عليه بقاعدة (المحكمة تعرف القانون Jura novit curia) ، وهذا الحل مسلم به على صعيد القانون الوطني ، أما القانون الأجنبي فلا يفترض علم القاضي الوطني به ، أي لا يمكن تطبيق قاعدة (المحكمة تعرف القانون) على صعيد القانون الأجنبي ، لأن القاضي الوطني لا يعلم به لأنه نشر في دولة أخرى غير دولة القاضي [١] .

إلا إنه يستطيع القاضي أن يقضي بعلمه الشخصي ، إذا كان القانون الأجنبي أو تفسيره من الوقائع العامة (L ácte de notoriété , Notorious facts) ،لأنها معروفة من قبل الجميع ولأنها مشهورة[٢].

وقد أخذ بذلك النظام القانوني الفرنسي[٣] .

والنظام القانوني الإيطالي والنظام القانوني الألماني[٤].

وهو المعمول به في النظام القانوني الإنكليزي في قضية (Re Nebitt) ١٨٤٤ عندما أخذ القاضي الإنكليزي بالواقعة العامة القاضية (بأنه القانون العام الإنكليزي هو القانون السائد في ايرلندا) ، وقضية (Saxby v. Fulton)١٩٠٩ عندما أخذ القاضي الإنكليزي بالواقعة العامة القاضية بأنه(القمار قانوني في إمارة (Monte Carlo) ، وقضية أخذ القضاء الإنكليزي بالواقعة العامة القاضية بأنه(قوانين الدول المختلفة للإمبراطورية الألمانية مختلفة بصورة تستحق الأعتبار)[٥].

وذهب لذلك المشرع العراقي في المادة ٨ من قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ والتي مضمونها (ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة ، ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض المام الكافة بها) .

أي إن تفسير القانون الأجنبي إذا لم يكن من الوقائع العامة فإنه بحاجة لإثبات، وبينا آنفاً أن غالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم ، تعدّ القانون الأجنبي قانوناً ، وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي الوطني لا الخصوم .

ونتيجة لذلك يباح للقاضي الرجوع لأي وسيلة من الوسائل المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي ، لأجل أن يتوصل لتفسير القانون الأجنبي وإن كانت تستخدم في إثبات الوقائع ، وهو ما يطلق بمبدأ (حرية الإثبات) .

ومبدأ (حرية الإثبات) مسلم به في القضاء الفرنسي ، إذ للقاضي الفرنسي ان يرجع لأي طريقة من طرق الإثبات المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي ، مادامت تلك الطريقة ستؤدي للتوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٦] .

وذهب لذلك التشريع الألماني في المادة ٢٩٣من قانون المرافعات الألماني التي مضمونها (ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية ـ أي قواعد القانون الأجنبي ـ بما قام

---

١ - Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣٢ P٣٨٨,٣٨٩ & -Mayer-op.cit-N١٨٩ P١٢٦,١٢٧

٢ - Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣٢ P٣٨٨,٣٨٩

٣ - Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣٢ P٣٨٨,٣٨٩

٤ -Cyrille David-op.cit-P١٦٢.

٥ -Dicey and Mooris-op.cit-P١١١١

٦ شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٩٤.

الخصوم ببيانه وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لإدراك هذه الغاية)[١].

وذهبت لذلك المحكمة العليا في (cologne) في حكم صادر لها في ٢٢تشرين الأول ١٩٥٠ والذي مضمونه (... محكمة الموضوع لها الحرية في إتباع أي طريقة في إثبات القانون الأجنبي ...)[٢].

وذهبت لذلك المحكمة العليا في ميونخ في حكم لصادر لها في ٢٥ شباط ١٩٥٢ والذي مضمونه (... للقاضي الألماني البحث عن هذا القانون الأجنبي بكافة وسائل الاستعلام)[٣].

وهو المبدأ المسلم في النظام القانوني المصري إذ لا يقيد القاضي المصري بطرق إثبات معينة في إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره[٤].

وهو المبدأ المقرر في النظام القانوني اللبناني، إذ ذهب إليه القضاء اللبناني في حكم له في ٣ تشرين الأول ١٩٦٩ وفي ٢ تموز ١٩٦٩ [٥].

ومبدأ (حرية الإثبات) مأخوذ به في النظام القانوني العراقي، لأن المشرع العراقي لم يحدد طرقاً معينة لإثبات القانون الأجنبي أو تفسيره، وإنما وردت طرق معينة لإثبات القانون الأجنبي أو تفسيره في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ ، وفي مجموعة من المعاهدات الدولية التي أبرمها العراق مع دول عربية ودول أجنبية ، وطرق الإثبات تلك واردة على سبيل المثال لا الحصر، مما يخول القاضي العراقي الاستعانة بكافة طرق الإثبات المتعارف عليها لإثبات مضمون القانون الأجنبي ، للتوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، أي إنه المشرع العراقي لم يقيد القاضي العراقي بطرق إثبات معينة [٦].

وهذا يعني إن المشرع العراقي يقر مبدأ (حرية الإثبات) .

مع الإشارة إلى إنه يستطيع القاضي أن يرجع لطرق إثبات الوقائع ، مادامت تلك الطرق ستسعفه بالتوصل لتفسير القانون الأجنبي، ولكن رجوعه لتلك الطرق يجب أن يكون بصورة تتلاءم مع عدّالقانون الأجنبي قانوناً ، أي يجب استبعاد الإقرار واليمين*من طرق إثبات مضمون القانون الأجنبي[٧].

لأن على القاضي تطبيق القانون الأجنبي كما هو مطبق فعلاً في دولته، لا أن يطبق قانوناً فرضته عليه إرادة الخصوم أو اتفاقهم من خلال الإقرار أو اليمين[٨].

وهو الحل المؤصل في كافة الأنظمة القانونية في العالم[٩].

والمعمول به في النظام القانوني العراقي، إذ يستبعد الإقرار واليمين من إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره[١].

---

[٢] - Cyrille David-op.cit-P٢٤٠

[٢] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٩٥.

[٣] علي علي سليمان – مصدر سابق – ص١٨٣.

[٤] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص١٧٦.

[٥] سامية راشد – بحثها – ص٤٥٢.

[٦] جابر ابراهيم الراوي – مصدر سابق – ص٦٦ و حسن الهداوي – تنازع القوانين – ص١٣٤ و حسن الهداوي - القانون القانون الدولي الخاص – ص٢١٢ و ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – ص٣٣٨،٣٣٩

* الإقرار: إعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد . السنهوري – الوسيط – ج٢ _ ص ٤٧١. اليمين: قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على إنجاز ما يعد ويستنزل عقابه إذا ما حنث .السنهوري – الوسيط – ج٢ – ص٥١٤.

[٧] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٢٧٢.

[٣] - Bartin -op.cit-P٢٧٧.

[٤] -Cyrille David-op.cit-P٢٠٤

إن عدم تطبيق قاعدة (المحكمة تعرف القانون) على صعيد القانون الأجنبي، وبالنتيجة إثبات القاضي للقانون الأجنبي أو تفسيره بكافة طرق الإثبات المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي، ومنها طرق إثبات الوقائع عدا الإقرار واليمين، يجب أن لا يؤدي بنا إلى عدّ القانون الأجنبي واقعة، لأن عدم تطبيق قاعدة (المحكمة تعرف القانون) ، راجع لأن القاضي لا يعلم بالقانون الأجنبي ، لأنه نشر في دولة القانون الأجنبي لا دولته ، لاراجع إلى عدّالقانون الأجنبي واقعة [٢].

هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فإن القانون الأجنبي أو تفسيره، بحاجة للإثبات بالمعنى اللغوي لكلمة الإثبات لا بالمعنى القضائي ، أي المعنى الاصطلاحي القانوني لكلمة الإثبات[٣].

لأن القاضي يبحث عن الحقيقة الموضوعية للقانون الأجنبي ، لا عن الحقيقة القضائية للوقائع[٤].

فضلاً عن إن العرف* يثبته الخصوم لاالقاضي ، وبرغم ذلك يعدّالعرف قاعدة قانون، فمن باب أولى أن يحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية برغم إثباته أمام القاضي الوطني[٥].

فضلاً عن إنه قد يلجأ القاضي إلى الاستعانة بتلك الطرق لإثبات قانونه الوطني ولا يؤدي ذلك لعدّه واقعة أي يبقى قانوناً[٦].

ونلاحظ ذلك في قضية هيئة مواصلات باريس (R.A.T.P) ، (الوارد ذكرها في الفصل الأول) ، عندما لجأت المحكمة الفرنسية للخبرة لإثبات القانون الفرنسي .

المطلب الثاني
طرق التوصل لتفسير القانون الأجنبي

لقد بينا بأنه لكي يستطيع القاضي أن يتوصل لتفسير القانون الأجنبي، لابد من أن نبيح له الرجوع لأي طريقة من الطرق المتعارف عليها في إثبات القانون الأجنبي.

لذلك يجوز للقاضي أن يستعين بالخصوم لأجل التوصل لتفسير القانون الأجنبي، أو أن يرجع للخبرة التحريرية أم الشفهية، أو أن يستعين بالمؤلفات الفقهية أم القانونية أم القضائية، أو أن يلجأ للإنابة القضائية المنظمة بمقتضى معاهدة دولية، أو أن يلجأ إلى الوثائق الرسمية الصادرة من الجهات المختصة في بلد القاضي أم بلد القانون الأجنبي ، في حالة عدم وجود معاهدة دولية تنظم الإنابة القضائية بين دولة القاضي ودولة القانون الأجنبي، لذلك ينقسم ذلك المطلب لخمسة فروع هي:

الفرع الأول: مساعدة الخصوم .

---

[١] ممدوح عبد الكريم – مصدر سابق – ص٣٣٩ و ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن – ص ٢٢٤و جابر ابراهيم الراوي – مصدر سابق –ص٦٦ وحسن الهداوي – القانون الدولي الخاص الأردني–ص٢١٣.

[١] -Mayer-op.cit-N١٨٩ P١٢٦,١٢٧. & Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣٢ P٣٨٨,٣٨٩.

[٢] -Bartin-op.cit-P١٠٧.

[٣] -Cyrille David-op.cit- p٢٠٥

* العرف (Lacoutume) هو مجموعة القواعد التي تنشأ من إطراد سلوك الناس عليها زمناً طويلاً مع اعتقادهم بإلزامها ، وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي . توفيق حسن فرج - محمد يحيى مطر– مصدر سابق – ص١٠٤.

[٥] محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – ط١٩٧٨ – ص٤٨٥،٤٨٦ و ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن – ص٢٢١ و عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٧١ ، ٢٧٠.

[٦] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٣٦.

الفرع الثاني: الخبرة التحريرية والشفهية .
الفرع الثالث: المؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية .
الفرع الرابع: الإنابة القضائية .
الفرع الخامس: الوثائق الرسمية .

الفرع الأول

مساعدة الخصوم

لا ضَير في مساعدة الخصوم للقاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره، سواء طلبها القاضي من الخصوم أم هم قدموها من تلقاء أنفسهم دون طلب القاضي[١].

ومساعدة الخصوم تحصل من خلال تقديم الخصوم للمؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية، أو الشهادات و الوثائق الرسمية من الجهات المختصة في دولة القاضي ، سواء أكانت راجعة لدولة القاضي أم لدولة القانون الأجنبي، لبيان تفسير القانون الأجنبي .

ومساعدة الخصوم سوف تسهل مهمة القاضي في الفصل في النزاع، وبالنتيجة سرعة الفصل في المنازعات ، ومن ثمَّ اختزال الوقت وضغط النفقات[٢].

وتؤدي إلى تلافي حالة استحالة تعرف القاضي على مضمون القانون الأجنبي ، ومن ثمَّ تجنب مساوئ تلك الحالة [٣].

فضلاً عن أن الخصوم هم أصحاب المصلحة الحقيقية في النزاع ، فلابد من أن يقدموا المساعدة للقاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي[٤].

ويحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية ، برغم استعانة القاضي في إثبات تفسير القانون الأجنبي ، بمساعدة الخصوم بعدّها أحد طرق الأثبات ، (وقد بينا ذلك في الـ مطلب الأول من المبحث الأول مطلب حرية الإثبات) .

وذهب الفقه الألماني إلى إنه يجوز للقاضي الألماني طلب معونة الخصوم لإثبات مضمون القانون الأجنبي[٥].

وأصل ذلك التشريع الألماني أيضاً في المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الألماني والتي مضمونها (... ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قام الخصوم ببيانه)[٦].

أي يستطيع القاضي الألماني الاستعانة بالخصوم لإثبات تفسير القانون الأجنبي إلا إنه لا يتقيد بما يقدمه له الخصوم من إثباتات .

وذهب لذلك القضاء الألماني إذ ذهبت لذلك المحكمة العليا في ميونخ في حكم صادر لها في ٢٥ شباط عام ١٩٥٢ (يستطيع القاضي الألماني أن يطلب معونة الخصوم للتوصل لمضمون القانون الأجنبي ...)[٧].

---

[١] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٧٠ و شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٣٦ و أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٣ و سامية راشد – بحثها – ص٤٨٣ و محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – ط١٩٥٨ – ص٣٥٩ و ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن –ص٢٢١.

[٢] أحمد عبد الكريم سلامة – مصدر سابق – ص٢١٣.

[٣] محمد كمال فهمي – مصدر سابق – ص٣٩٥.٣٩٦

[٤] سامية راشد – بحثها – ص٤٨٣.

[١] -Batiffol et Lagarde op.cit-N٣٣٢ P٣٨٧,٣٨٨

[٦] سامية راشد – بحثها – ص٤٥٢.

[٧] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٩٥.

وقد أخذ النظام القانوني الفرنسي بمساعدة الخصوم،من خلال قبوله شهادة العرف التي يقدمها الخصوم من دون طلب القاضي الفرنسي،من أجل إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره (وسنتناول شهادة العرف في فرع الخبرة التحريرية والشفهية) .

وأخذ بذلك أيضاً القضاء الإيطالي[١] .

وأ صلت ذلك المادة ٤ من القانون الدولي الخاص النمساوي عام ١٩٧٩، والتي مضمونها (القانون الأجنبي يجب أن يبحث عنه تلقائيا. والطرق المقبولة في هذا الخصوص أيضاً معاونة ذوي الشأن ...)[٢] .

وذهبت إلى جواز طلب القاضي لمساعدة الخصوم المادة ٨ من قانون المرافعات في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) ، والتي مضمونها إنه للمحكمة أن تكلف الخصوم بتزويدها بنصوص القانون الأجنبي الذي يتمسكون به[٣] .

وذهبت لذلك المادة ٥ من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩، والتي مضمونها (على المحكمة أو أي سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الأجنبي الذي تجهله ، وفي حالة الحاجة لها أن تأمر بالخبرة،ويمكنها أن تأخذ في الأعتبار الأدلة التي يقدمها الخصوم...)[٤] .

وذهبت لذلك أيضاً المادة ٧٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية والتي مضمونها (في أحوال تطبيق القانون الأجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية)[٥] .

ولقد بينا سابقاً بأنه القاضي العراقي يستطيع الاستعانة بكافة طرق الإثبات المتعارف عليها في إثبات القانون الأجنبي .

فيستطيع القاضي العراقي الاستعانة بالخصوم للتوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، لأنها أحد طرق الإثبات المتعارف عليها في إثبات القانون الأجنبي[٦] .

من المبادىء المسلم بها في جميع الأنظمة القانونية في العالم ، هو أحترام حقوق الدفاع ، أي إنه يحق لأي خصم في الدعوى ،أن يناقش ويطلع على أي دليل في الدعوى ، والدليل الذي لايطلع عليه الخصم أو يناقشه لا يؤخذ به[٧] .

وذلك لكي يستوفي الخصم حقه الكامل في الدفاع عن حقوقه ، لأن ذلك يتفق مع معطيات العدالة والمساواة[٨] .

ويجب احترام حقوق الدفاع على صعيد أدلة إثبات تفسير القانون الأجنبي[٩] .

أي يجب أعطاء الخصوم الحق في الأطلاع على ومناقشة أدلة أو طرق إثبات تفسير القانون الأجنبي ومنها مساعدة الخصوم .

ونستنتج ذلك من المادة ٨ الفقرة ١من قانون المرافعات المدنية العراقي ، التي تعرف الدفع ومضمونها (الدفع هو الأتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً) ، والدعوى تتضمن أجراءات وأشخاص وموضوع ، ومن ضمن إجراءاتها أدلة

---

[١] شمس الدين الوكيل- بحثه – ص١٠٥.

[٢] احمد سلامة - مصدر سابق - ص٢١٤.

[٣] عز الدين عبدالله _ مصدر سابق - هامش٣ ص٥٧٦.

[٤] احمد سلامة _ مصدر سابق _ ص٢١٤.

[٥] حسن الهداوي _ القانون الدولي الخاص الأردني _ ص٢١٣.

[٦] حسن الهداوي _ مصدر سابق _ ص٢١٣ و حسن الهداوي _ تنازع القوانين – ص١٧٤ و مصطفى كامل – بحثه– ص١٧٢ و ممدوح عبد الكريم _ القانون الدولي الخاص العراقي والمقارن – ص.٣٤٠

[٥] عبد الرزاق احمد السنهوري -الوسيط - ج٢- ص٣٢ .

[٦] آدم وهيب النداوي - المرافعات المدنية - المكتبة الوطنية - (بغداد ،١٩٨٨) ص٩٣ .

[٧] -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٢٩P٣٨٤ & -Mayer-op.cit-N١٨٠P١٢٢

ألإثبات ، أي يستطيع الخصم الاطلاع على ومناقشة جميع أدلة الإثبات ، وبالنتيجة يجوز للخصم الاطلاع على ومناقشة جميع طرق إثبات تفسير القانون لأجنبي بعّهاأدلة إثبات ،ومن ثمَّ يجوز المشرع العراقي للخصم مناقشة ما يقدمه الخصم الآخر من أدلة إثبات لأثبات تفسير القانون لأجنبي.

فإذن يستطيع القاضي الوطني أن يستعين بمساعدة الخصوم في إثبات تفسير القانون الأجنبي، ليتوصل للتفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي وليختزل الوقت والنفقات .

الفرع الثاني

الخبرة التحريرية والشفهية

يستطيع القاضي الوطني أن يلجأ للخبرة التحريرية ، أي أن يدلي الخبير برأيه بوثيقة أم محرر أو أن يلجأ للخبرة الشفهية ، أي أن يدلي الخبير برأيه شفاهة، لأن كلتيهما تساعدان القاضي في التوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي، وتعتبر من الوسائل الرئيسة التي يستعين بها القضاة في إثبات تفسير القانون الأجنبي.

إلا إنه يفضل الرجوع للخبرة الشفهية عند تحديد الأمور الجاري العمل بها، والتي لم تقنن بنصوص قانونية أو لا يوجد قضاء مستقر بشأنها (أي العرف)، ويفضل الرجوع للخبرة المكتوبة في حالة تحديد تفسير القانون الأجنبي أو نصوص القانون الأجنبي[١].

ولابد من تحديد مدى الكفاءة المتطلبة في الخبير الذي يدلي بخبرته عن تفسير القانون الأجنبي ، وللتوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي لابد من إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تقدير الخبرة المقدمة إليه،ونتطرق أخيراً لحق الخصوم في مناقشة الخبرة التحريرية والشفهية،ذلك ينقسم ذلك الفرع لأربع فقرات هي:

الفقرة الأولى: الخبرة التحريرية .

الفقرة الثانية: الخبرة الشفهية .

الفقرة الثالثة: كفاءة الخبير.

الفقرة الرابعة: السلطة التقديرية للقاضي الوطني.

الفقرة الخامسة:حق الخصوم في مناقشة الخبرة .

---

[١] جابر جاد _ تنازع القوانين ـ هامش ٢ ص٦٠٩ .

الفقرة الأولى

الخبرة التحريرية

وهي أن يُدلي الخبير بمعلوماته عن القانون الأجنبي أو تفسيره بتقرير يقدمه للمحكمة، وهي تعدمن وسائل الإثبات الرئيسة في إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره في النظام القانوني الفرنسي، وهي على صورتين في النظام القانوني الفرنسي.

الأولى تحصل بناءاً على طلب القاضي الفرنسي لكي يتوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره وقد نصت عليها المادة ٣٠٦ قانون مدني فرنسي[١].

والثانية تحصل بناءاً على طلب الخصوم لا طلب القاضي وهو ما يطلق عليه بشهادة العرف (Certificats coutume)[٢].

وهي عبارة عن وثيقة محررة باللغة الفرنسية ، تصدر أما عن القنصلية أو السفارة الفرنسية في الدول الأجنبية ، أو عن أحد رجال القانون سواءً أكان أجنبياً أم فرنسياً متخصصاً في العلاقات الدولية الخاصة لاسيما قانون دولة القانون الأجنبي ، فالأولى تقتصر على تحديد نصوص القانون الأجنبي ، والثانية تتناول تفسير النصوص القانونية معززة باستشهادات القضاء، وقد تتضمن إيضاح حول كيفية تطبيق القانون الأجنبي على وقائع النزاع، إلا إن ذلك الإيضاح ليس ضرورياً ، لأن سلطة تطبيق القانون الأجنبي أو الفرنسي على وقائع النزاع منوطة بالقاضي الفرنسي ، وغاية شهادة العرف توضيح مضمون القانون الأجنبي[٣].

ويفضل القضاة الفرنسيون شهادة العرف دائماً، والقاضي الفرنسي قد يمنح الخصوم وقتاً إضافياً لتحديد القانون الأجنبي أو تفسيره[٤].

وسميت عرفية لأنه في فرنسا قديماً قبل صدور تقنين نابليون، كانت كل مدينة في فرنسا لها عرفها المحلي الخاص بها، وكانت تلك الأعراف تثبت عن طريق شهادة العرف، أمام محاكم المدن الفرنسية الأخرى[٥].

وقد انتقدت شهادة العرف بما يأتي:

١. قد يحرر الخبير شهادة العرف بصورة تتلاءم مع مصالح الخصوم[٦].

٢. وقد يخفي الخصوم بعض وقائع الدعوى عن الخبير مما يؤدي به إلى تحرير شهادة عرف تتوافق مع مصالح الخصوم[٧].

ومما قد يردع تلك المحاباة في شهادة العرف من قبل الخبير، هو مثول أصحاب الشهادات أمام القاضي ،إذ يتعرضون لأسئلة القاضي والمحامين وذلك يتيح للقاضي الاجتهاد في هذا الموضوع، وبرغم ذلك إلا إن العرف القضائي الفرنسي يرفض وبشدة مثل هذا النوع من السلوك[٨].

وقد أخذ المشرع المصري بالخبرة المكتوبة في المادة ٢٢٦ من القانون المدني المصري[٩].

---

[١] هشام علي صادق _ مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٢٨٨.٢٨٩.

[٢] -Yassen-op.cit-p٥٤٣

[٣] -Mayer-op.cit-N١٨٨ p١٢٦

[٤] -Batiffol et Lagarde-op.cit- N٣٣١ p٣٨٦

[٥] -Cyrille-op.cit- p.٢٢٦

[١] -Mayer-op.cit-N١٨٨ p١٢٦ & -Cyrille-op.cit- p.٢٢٦

[١] -Cyrille-op.cit- p.٢٢٦

[٢] -Mayer-op.cit-N١٨٨ p١٢٦

[٩] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص ٢٨٨ , ٢٨٩.

وذهبت للأخذ بالخبرة التحريرية المادة ١٥٢ من قانون المرافعات بالاتحاد السوفيتي (سابقاً) والتي مضمونها (للمحكمة أن تكلف الخصوم بتزويدها بنصوص القانون الأجنبي ،،، ولها أن تستعين بهذا الشأن بالخبراء)[١].

وقد وردت كلمة خبرة بصورة عامة بشكل تشمل الخبرة التحريرية والشفهية.

وقد أخذت بالخبرة التحريرية المادة ٥ من القانون الدولي الخاص المجري والتي مضمونها (على المحكمة أو أي سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الأجنبي ... ولها أن تأمر بالخبرة ...) والمادة ٤ من القانون الدولي الخاص النمساوي والتي مضمونها (القانون الأجنبي يجب أن يبحث عنه تلقائياً والطرق المقبولة بهذا الشأن ... ورأي الخبراء)[٢].

وقد وردت كلمة خبرة بصورة عامة بشكل تشمل الخبرة التحريرية والشفهية.

وقد أخذ المشرع العراقي بالخبرة المكتوبة في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ في البند أ من الفقرة ١ من المادة ٣ من ذلك القانون* والتي مضمونها:

١-للمحاكم – في التحقق عن قانون بلد أجنبي أن تقبل :-

أ- إفادة الأخصائيين في القوانين ذات الشأن الشفهية أو التحريرية[٣].

وبذلك نلاحظ بأن الخبرة التحريرية من الوسائل المهمة للتوصل لتفسير القانون الأجنبي، ولابد من أن يستعين بها القاضي للتوصل لتفسير القانون الأجنبي.

الفقرة الثانية

الخبرة الشفهية

وهي أن يدلي الخبير بمعلوماته شفاهاًعن القانون الأجنبي أو تفسيره أمام القاضي بعد أن يحلف اليمين[٤].

و تعدّ من الوسائل المعمول بها بصورة رئيسية أمام القضاء الإنكليزي ، و يستطيع القاضي الإنكليزي أن يستبعد الخبير تلقائياً* إذا وجد إن الخبير غير مؤهل للقيام بهذه المهمة[٥].

وأخذ بها القضاء الإنكليزي في المادة ٤ فقرة ١ من قانون الإثبات الإنكليزي عام ١٩٧٢[٦].

وإذا لم يستطيع الخبير من المثول أمام المحكمة الإنكليزية للإدلاء بشهادته لسبب من الأسباب ، يستطيع أن يرسل رأيه في وثيقة معززة باليمين وموثقة من قبل جهة رسمية ، وهو ما يطلق عليه (Affidavit)[١].

---

[١] عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥.

[٢] أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٢.

*وقد تضمن قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ مواد تناولت الخبرة التحريرية ، ولكن هذه المواد لا تنصرف لمعالجة مسألة إثبات تفسير القانون الأجنبي ، وإنما تنصرف لمعالجة الأمور الفنية فقط ، ونستنتج ذلك من المادة ١٣٢ من ذلك القانون التي مضمونها (تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية).

[٣] حامد زكي – مصدر سابق – هامش١ ص١٠٩.

[٤] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٨٤.

* الأصل في القضاء الإنكليزي إنه لا يستطيع القاضي الإنكليزي استبعاد الشاهد في الدعوى من تلقاء نفسه ، ما لم يعترض أحد من الخصوم على شهادته ، ودور الخبير هنا مشابه لدور الشاهد إلا إنهما يختلفان من حيث إن الخبير يدلي بمعلومات عامة (علمية ، قانونية ، طبية ، كيميائية) يمكن تطبيقها على حالات كثيرة ، أما الشاهد فيدلي بوقائع معينة لا تتعلق إلا بالنزاع المعروض أمام القضاء Cyrille-op.cit-P٢٠٧- فالطبيب الذي يستدعيه القاضي ليدلي بشهاداته بشأن واقعة معينة ، فيقول بأنه شاهد المتهم يطعن المجني عليه يعدّشاهداً لا خبيراً، أما الطبيب الذي يطلبه القاضي ليبين رأيه بضربات على جسم المجني عليه ، فإنه يكون خبيراً لا شاهداً .

[٥] -Cyrille-op.cit- p.٢٣١

[٦] ممدوح عبد الكريم حافظ ـ القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن – ص٢٣٦ .

والأصل في القضاء الفرنسي عدم الأخذ بالخبرة الشفهية ، إذ ذهب الاستاذ الفرنسي (Hamson) إلى القول بأنه (إن القاضي الإنكليزي لا يقرأ حتى لو كان يجيد القراءة ، بينما يجد القاضي الفرنسي صعوبة في السماع ولو لم يكن ثقيل السمع)[٢].

إلا إن القضاء الفرنسي أخذ بها في العديد من الأحكام[٣].

والقضاء الفرنسي يأخذ بها في أغلب الأحيان لإثبات العرف[٤].

و يؤيد الفقه الفرنسي موقف القضاء الفرنسي لأخذه بالخبرة الشفهية[٥].

وأخذ بها المشرع النمساوي في المادة ٤ من القانون الدولي الخاص النمساوي (القانون الأجنبي يجب أن يبحث تلقائياً عنه. والطرق المقبولة بهذا الشأن ... ورأي الخبراء)[٦].

لأن كلمة الخبراء وردت عامة أي تشمل الخبرة الشفهية والتحريرية.

وأخذت بها المادة ٥ من القانون الدولي الخاص المجري (على المحكمة أو أي سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الأجنبي ... ولها أن تأمر بالخبرة ...)[٧].

لأن كلمة الخبرة وردت عامة أي تشمل الخبرة الشفهية والتحريرية.

وأخذت بها المادة ١٥٢ من قانون المرافعات المدنية في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) والتي مضمونها (للمحكمة أن تكلف الخصوم بتزويدها بنصوص القانون الأجنبي ... ولها أن تستعين بهذا الشأن بالخبراء ...)[٨].

لأن كلمة الخبراء وردت عامة تشمل الخبرة الشفهية والتحريرية .

والأصل في القضاء المصري عدم الأخذ بالخبرة الشفهية[٩].

إلا إن المشرع المصري أخذ بها في المادة ٢٤٥ قانون مدني مصري (للمحكمة أن تعين خبيراً لإبداء رأيه شفاهه بالجلسة بدون تقرير ويثبت رأيه في المحضر)[١٠].

و يؤيد الفقه المصري أخذ مشرعه بالخبرة الشفهية[١١].

وقد أخذ بها المشرع العراقي في البند أ من الفقرة ١ من المادة ٣ من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١.

للمحاكم – في التحقيق عن قانون بلد أجنبي – أن تقبل:-

أ-إفادة الأخصائيين في القوانين ذات الشأن الشفهية أو التحريرية[١٢].

وبذلك نلاحظ بأن الخبرة الشفهية من الوسائل المهمة للتوصل لتفسير القانون الأجنبي، وعلى القاضي الوطني أن يستعين بها للتوصل لتفسيرالقانون الأجنبي.

الفقرة الثالثة

كفاءة الخبير

---

[١] مصطفى كامل – بحثه – ص ١٧٤ و عبد الحميد أبو الهيف – مصدر سابق –هامش١ ص٣٢٣.

[٢] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – هامش ٢ ص٢٨٧.

[٣] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – هامش٢ ص٢٧٨.

[٢] -Arminjoin -op.cit-P٤٠١

[٣] -Cyrille-op.cit-P٢٠٦

[٦] أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٢.

[٧] أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٢.

[٨] عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥.

[٩] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – هامش٢ ص٢٧٨.

[١٠] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٧٩.

[١١] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٧٥.

[١٢] حامد زكي – مصدر سابق – هامش ١ ص١٠٩.

يشترط القضاء الإنكليزي أن يكون الخبير ممن له ممارسة عملية أمام محاكم دولة القانون الأجنبي ، كأن يكون مارس المحاماة أمام محاكم دولة القانون الأجنبي ، أو أن يكون من محامي دولة القانون الأجنبي ، أو أن يكون محامياً من بلد له نظام قانوني مقارب للنظام القانوني لدولة القانون الأجنبي[١].

لذلك رفض القضاء الإنكليزي شهادة خبير بشأن معلومات قدمها عن قانون كولونيا بألمانيا، لأنه لا يمتلك خبرة عملية أمام القضاء في دولة القانون الألماني، برغم إنه درس في كلية القانون في جامعة (Leipzig) وكان يعمل مستشاراً للقنصلية البروسية في لندن في قضية (Bristow v.Seyrerille) عام ١٨٣٥[٢].

وغياب الخبير لمدة طويلة عن البلد الذي مارس فيه المحاماة يفقده أهليته للإدلاء بخبرته أمام المحكمة الإنكليزية بخصوص القانون الأجنبي[٣].

ومن ثمَّ فالقضاء الإنكليزي يركز على الجانب العملي في الخبير فلا يقبل شهادة من درس قانون البلد الأجنبي أو شهادة الفقيه في القانون الأجنبي[٤].

وينتقد الفقه ذلك ويذهبون إلى إن الخبرة تكتسب بالدراسة والتحصيل ولا يقتصر اكتسابها بالممارسة العملية[٥].

فضلاً عن إنه الفقيه المتخصص في الدراسات المقارنة، له إلمام كبير بالقانون الأجنبي، لأنه يطلع على كم هائل من المؤلفات الفقهية والقضائية والقانونية، والتي تساعده على تحصيل معرفة واسعة في القانون الأجنبي تمكنه من تحديد المضمون الحقيقي للقانون الأجنبي ، لاسيما إذا كان القانون الأجنبي حديث النشأة أو تم تعديله منذ وقت قصير، وفي الحالتين قد لا يستطيع الخبير الذي له خبرة عملية في القانون الأجنبي معرفة ذلك ،لأنه ليس له الإطلاع الذي يملكه الفقيه بحكم إطلاعه على المؤلفات القانونية أو الفقهية أو القضائية ، والتي تمكنه من معرفة ذلك القانون الأجنبي الحديث النشأة أو التعديل الحديث للقانون الأجنبي[٦].

ولا ضير أن يأخذ القاضي العراقي برأي الفقيه المتخصص في الدراسات المقارنة، مادام ذلك يؤدي إلى التوصل إلى المضمون الحقيقي للقانون الأجنبي[٧].

إلا إن ذلك التطرف شهد نوعاً من المرونة في المادة ٤ فقرة ١ من قانون الإثبات المدني الإنكليزي لعام ١٩٧٢*، إذ إن تلك المادة تسمح أن يكون الخبير محامياً ولو لم يسجل في نقابة

---

[٢] -P. E -op.cit-P.٢٣٧-٢٣٨

[٢] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٨٩.

[٣] -P. E -op.cit-P٢٣٨

[٤] -P. E -op.cit-P٢٣٨

[٥] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٨٩.

[٦] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٢٨٣.

[٧] ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص العراقي والمقارن – ص٣٤٠.

* إذا بعد عام ١٩٧٠ شهدت انكلترا حركة تقنين وتشريع شملت جميع فروع القانون. ولاسيما بعد صدور قانون إصلاح النظام القانوني رقم ٥٩٧ عام ١٩٧٤.ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن – ص٢٣٦.

المحامين في دولة القانون الأجنبي ، وزادت على ذلك ولو لم يمارس المحاماة في دولة القانون الأجنبي ، إذ يكفي أن يكون متخرج من كلية القانون في دولة القانون الأجنبي[١].

ومن ثمَّ لا يشترط أن يكون الخبير محامياً في دولة القانون الأجنبي، بل يكفي أن يكون حاصلاً على شهادة من كلية قانون في دولة القانون الأجنبي، بل إن الظاهر من أحكام القضاء الإنكليزي ، إنه لا يشترط أن يكون الخبير محامياً في دولة القانون الأجنبي ، أو حاصلاً على شهادة من كلية القانون في دولة القانون الأجنبي ، وإنما يكفي أن يكون له معرفة أو خبرة بالقانون الأجنبي جراء وظيفته أو عمله*، كأن يكون سفيراً لدولة القانون الأجنبي أو قنصلاً أو نائب قنصل أو كاتب عدل أو محاضراً في معهد قانوني أو تاجر أو رجل دين أو مدير مصرف ، إذ هؤلاء لهم معرفة وخبرة بالقانون الأجنبي ، ومن ثمَّ يمكن الرجوع إليهم لمعرفة القانون الأجنبي[٢].

ومن الأفضل ترك مسألة تحديد كفاءة الخبير إلى تقدير المحكمة[٣].

ووفقاً لظروف كل قضية على حدة[٤].

فلإثبات مضمون القانون الألماني أو الفرنسي يكفي أن يكون الخبير قد درس ذلك القانون في أحد الكليات أو المعاهد المعترف بها، ولإثبات مضمون قانون بلد تسوده الأعراف والعادات الدينية، يكفي أن يكون الخبير رجل دين في ذلك البلد[٥].

ومن الأحرى بالقاضي العراقي أن يتقيد بذلك ،لأنه يؤدي بنا إلى التوصل لتفسيرات حقيقة وفعلية للقانون الأجنبي ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، لأن ذلك يتلأم مع معطيات المادتان ١ و١٧ من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩* ، والتي تعطي للقاضي العراقي سلطة واسعة في توجيه الدعوى وكل ما يتعلق بها من أدلة .

---

[١] ممدوح عبد الكريم – مصدر سابق – ص٢٣٦.

* فقد سمح لحاكم سابق في هونك كونك أن يدلي بشهادته بخصوص قانون الأحوال الشخصية في هونك كونك (قضية كوبر كنغ ضد كويركنغ ١٩٠٠)، وسمح لعضو في مجلس الأطباء دأب على دراسة قانون مالطا أن يُدلي بشهادته بشأن قانون مالطا (قضية ويلسون ضد ويلمون ١٩٠٣)، وسمح لاستاذ مساعد مختص بالقانون الألماني والروماني في مجلس التربية القانونية في لندن أن يُدلي بشهادته عن قانون (روديسيا) بالرغم من أنه لم يكن محامياً في (روديسيا) (قضية بريلي ضد شركة روديسيا المدمجة المتحدة ١٩١٠)،وسمح للمسؤول عن سجلات الزواج في البلدان الأجنبية ،أن يشهد بخصوص قانون الزواج في تلك البلدان الأجنبية (قضية آر ضد فورد ١٩١٣)و(قضية آر ضد إليلخ ١٩٣٥) ، وسمح لأسقف الكنيسة الكاثوليكية الرومانية في إنكلترا والذي ينظم القانون ويدير القانون الكنسي أوالكهنوتي (والذي من ضمنه امور الزواج) في تلك الكنيسة ، أن يُدلي بشهادته فيما يخص قانون الزواج في الولايات البابوية (قضية سوسكس بيراج) ، وسمح لرجل اعما ل أن يُدلي بما له من معلومات عن القوانين التي يعرفها بحكم مقتضيات وظيفته (قضية فاندر دوتكيت ضد ثيلوسن ١٨٤٩) ، وسمح لمصرفي في بلد مجاور لإنكلترا بالادلأء بشهادته بخصوص قوانين العملات في ذلك البلد (قضية اجامي ضد مفتشي الكمارك ١٩٥٤) P. E -op.cit-P٢٣٨,٢٣٩ - وسمح للشخص المفوض في بورصة بروكسل في بلجيكا بألادلأء بشهادته لإثبات قانون الاوراق التجارية البلجيكي ، وسمح لسكرتير السفارة الايرانية في لندن بألادلأء بشهادته بخصوص القانون الايراني. ممدوح عبدالكريم ـ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ـ ص٣٣٣ .

[٢] - P. E -op.cit-P٢٣٨,٢٣٩

[٣] -Cyrille-op.cit-P٢١٣

-Wolff-op.cit-١٩٦٢ed-P٢٢٠

[٤]

[٥] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٢٨٣.

* المادة ١ قانون إثبات عراقي (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة). والمادة ١٧ قانون إثبات عراقي (أولاً: للمحكمة من تلقاء

الفقرة الرابعة

السلطة التقديرية للقاضي الوطني

والخبرة المقدمة للقاضي الوطني سواءً أكانت تحريرية أم شفهية أطلبها القاضي أو قدمها الخصوم من تلقاء أنفسهم ، لا تقيد القاضي بصورة مطلقة بل للقاضي سلطة تقديرية في تقدير تلك الخبرة وصولاً للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي.

إذ إن للقاضي الفرنسي سلطة تقديرية في تقدير ما يقدمه له الخصوم من إثباتات، لإثبات تفسير القانون الأجنبي، وصولاً للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي[١].

وهذا يعني إن القاضي الفرنسي يستطيع أن يرفض شهادة العرف بسبب إحتوائها لنصوص قانونية ملغية، أو لذكرها مواد قانونية بصورة غير صحيحة، أو لتضمنها أمراً ينافي القواعد القانونية المحلية، ويستطيع القاضي الفرنسي أن يرفض التفسير المقدم إليه من الخصوم، إذا كان غير مدعم بأي إيضاحات أو شروح توضح معناه بصورة دقيقة[٢].

وللقاضي الإيطالي سلطة تقديرية في تقدير ما يقدمه له الخصوم أو الخبراء من أدلة لإثبات القانون الأجنبي أو تفسيره[٣].

وهو المعمول به في النظام القانوني الألماني.

إذ تذهب لذلك المادة ٢٩٣ من قانون المرافعات الألماني والتي تنص (... ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد القانونية (أي الأجنبية) بما قام الخصوم ببيانه ...)[٤].

وذهب لذلك القضاء الألماني في قضية عرضت عليه تتعلق بتطبيق القانون البلجيكي، فاتفق محاميا الخصوم على أن القانون البلجيكي مطابق للقانون الفرنسي، فلا ضير إن طبق على النزاع القانون الفرنسي، والمحكمة لم تسلم بما قدمه المحاميان، ورجعت لمعهد للقانون المقارن للتأكد من القانون البلجيكي، وتأكد لها إن القانون البلجيكي قد تغير نتيجة لإصدار قانون، حديث عدل قانونها القديم والذي يجب أن يطبق على النزاع[٥].

فتبين لنا إن التشريع والقضاء الألماني يعطي القاضي الألماني سلطة تقديرية في تقدير الخبرة المقدمة إليه.

والقاضي الإنكليزي له سلطة تقديرية في تقدير أدلة الإثبات*، من حيث اختيار مصداقية الشهود وخبرتهم، ووضوح أو غموض الخبرة المقدمة، وقد تتفحص مصادر القانون الأجنبي التي أشار إليها الخبراء، وللقاضي تفضيل شهادة خبير على آخر عند تضارب آراء الخبراء ، ولها أن

نفسها ، أو بناء على طلب الخصم ، إتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه ضرورياً لكشف الحقيقية . ثانياً:للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في محضر الدعوى . ثالثاً:للمحكمة الاتأخذ بنتيجة أي إجراء من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها .)

[١] -Batiffol et Lagarde-op.cit-N٣٣٢P٣٨٨

[٢] -Mayer -op.cit-N١٩١ P١٢٨

[٣] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٥.

[٤] سامية راشد – بحثها – ص٤٥٢.

[٥] -Wolff-op.cit-١٩٥٠ed-P٢١٨

* فقد رفضت المحكمة الإنكليزية ما قدمه أحد الخصوم من أحكام محاكم ولاية نيويورك بعد اطلاعها على ما قدمه الخصم الآخر من معلومات عن القانون الأمريكي وآراء الفقه هناك – شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٨٥.

ترفض شهادات جميع الشهود وتتوصل إلى استنتاجاتها الخاصة و لا تتقيد المحكمة بالشهادات وإن كانت غير متناقضة[١].

ومارست المحكمة الإنكليزية سلطتها التقديرية، في قضية تحديد طبيعة الرهن الوارد على سفينة في القانون الفرنسي، وفي قضية أخرى حول توضيح الآثار القانونية المترتبة على مراسيم التأميم التي أصدرتها الحكومة السوفيتية (سابقاً)[٢].

و يقر القضاء اللبناني السلطة التقديرية للقاضي اللبناني في تقدير الأدلة التي يقدمها الخصوم لإثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، وذهبت لذلك محكمة تمييز لبنان في حكمان لها في

٢٠ آيار ١٩٥٧ وفي ٧ حزيران ١٩٦٣[٣].

ومعطيات المادة ١و١٧ من قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ (المشار إليها سابقاً) ، تشير إلى منح القاضي العراقي سلطة تقديرية واسعة في توجيه الدعوى وكل ما يتعلق بها من إدلة إثبات وغيرها .

ولابد من إقرار السلطة التقديرية للقاضي العراقي لتقدير الخبرة المقدمة إليه، لأنه بدون إقرارها لا يمكن أن نتوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي.

الفقرة الخامسة

حق الخصوم في مناقشة الخبرة

للخصوم حق مناقشة الخبرة بفرعيها التحريرية والشفهية ،احتراماً لحقوق الدفاع (وقد بينا ذلك في فقرة مساعدة الخصوم).

لأن الخصوم قد يدلون بمعلومات تفيد المحكمة فضلاًعن تقرير الخبير، وذلك كله يسعف القاضي الوطني في التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، ويتضمن إحتراماً لحقوق الدفاع ، لأنه لا يجوز أن يحكم القاضي مستنداً لأحكام قوانين لم يستطع الخصوم مناقشتها مع القاضي[٤].

ونصت على ذلك المادة ٧ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية، وطبق ذلك القضاء الفرنسي في حكم له في ٤ نيسان ١٩٧٨ وفي حكمان له في ١ ، ٢ كانون الأول ١٩٩٧[٥].

و تخضع تقارير الخبراء في سويسرا وألمانيا للنقاش الحر بين الأطراف والقاضي حول مصادرها وحول تفسيرها[٦].

وقد أقرت ذلك المبدأ المادة ٣٧٣ من قانون أصول المرافعات المدنية اللبناني[٧].

---

[١] -P. E -op.cit-P٢٤١

[٢] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٨٤.

[٣] نص حكم ٧ حزيران ١٩٦٣ (القانون الأجنبي يجب إقامة البينة على مضمونه إذا اعترض على صحته الخصم أو إذا خامر القاضي شك في صحته ...) ، نص حكم ٢٠ آيار ١٩٥٧ (على فرض إن الفريقين أتفقا على تفسير واحد لبعض مواد القانون المدني اليوناني أو تفسير أحدهما لتلك المواد لم يعترض عليه الأخر ، فإن المحكمة غير مضطرة لإتباع هذا التفسير الذي يفرض إنهما اتفقا عليه ، فقد يحمل كل فريق فريقاً أخر على الاعتقاد بصحة تفسير خاطئ للمواد القانونية دون أن يتأتى عن هذا الأعتقاد المشترك المغلوط حتمية إشتراك المحكمة به . فالمحكمة تأخذ دائماً بالتفسير الصحيح أو الذي تراه صحيحاً بمعزل عن رآي الفريقين به)عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٧٠،٢٧١

[٤] -Cyrille-op.cit-P٢٣١
-Mayer-op.cit-N١٨٠ p١٢٢
-Batiffol et Lagarde-op.cit- N٣٣٢ p٣٨٤

[٥] -Batiffol et Lagarde-op.cit- N٣٣٢ p٣٨٤

[٦] -Batiffol et Lagarde-op.cit- N٣٣٢ p٣٨٤

[٧] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٨٢.

وأصل ذلك الحل المشرع العراقي في المادة ٨ فقرة ١ من قانون المرافعات العراقي، (وقد بينا ذلك في فقرة مساعدة الخصوم).
وذلك يؤدي بنا إلى تفسيرات فعلية وحقيقية للقانون الأجنبي ، وذلك يوافق غاية المشرع الوطني ، ويحقق صالح الخصوم والعدالة .

الفرع الثالث
المؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية

يستطيع القاضي الوطني أن يستعين بالمؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية، سواء أكانت كتب فقهية أم رسائل جامعية أم بحوث قانونية مقارنة أم متون قانونية أم مجلات متضمنة للأحكام القضائية والتعليق عليها، للتوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[١] .

فنلحظ إن عدداً كبيراً من القضاة يدخل حرفياً آراء الفقهاء في حيثيات الأحكام والقرارات القضائية، وقد أوجبت قوانين بعض البلدان من قضاتها الرجوع للفقه لاستلهام الحلول القضائية التي يقرها الفقه عند عجزهم عن إيجاد الحلول المناسبة للقضايا المعروضة أمامهم، وذهبت لذلك المادة ١ من القانون المدني السويسري ، والمادة ١ الفقرة ٣ من القانون المدني العراقي، فضلاً عن إن تلك المؤلفات نستطيع الحصول عليها بسهولة ، لأن في كل بلد توجد مؤلفات تبين القوانين النافذة بها وتفسيراتها، ومن ثمَّ الاستعانة بتلك الوسيلة تساعد القاضي في التوصل لفهم عميق وشامل للقانون الأجنبي[٢] .

لاسيما إنه في الوقت الحاضر قد تطورت وسائل النقل والاتصال مما يسهل تداول هذه المؤلفات بين كافة دول العالم[٣] .

وذهبت إلى تأصيل الأخذ بالمؤلفات في تحديد مضمون القانون الأجنبي، محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في ٢٦ نيسان ١٩٥٠ (على محكمة الاستئناف أن تلتفت إلى المؤلفات الفقهية التي قدمها الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى لإثبات مضمون القانون الأمريكي)[٤] .

وذهب لذلك القضاء الإيطالي[٥] .

وأصل ذلك أيضاً القضاء الألماني[٦] .

ويكتفي القاضي الإنكليزي والأسترالي بتلك المؤلفات لتوضيح القانون الأجنبي أو تفسيره، من دون تدخل شاهد أو خبير، ويستطيع الخبير أن يضمن شهادته الإشارة إلى الكتب والمصادر التي رجع إليها في إعداد تقريره[٧] .

---

[١] محمد عبد المنعم رياض – مصدر سابق – ص٣٨٨ وسليمان مرقس – مصدر سابق – هامش٦٥ ص٧٧ و جابر جاد – تنازع القوانين – ص ٦٠٧ و ماجد الحلواني – مصدر سابق – ص٣٤٨ و جابر جاد – القانون الدولي الخاص العربي – ص٩٨١ و علي علي سليمان – مصدر سابق – ص١٨٣ و هشام علي صادق – تنازع القوانين – ص٢٣٩ و محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – ط١٩٥٨ – ص٣٦٥ و محمد عبد الخالق عمر - مصدر سابق – هامش ١١٢ ص٣١٤ و عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٨٣ و مصطفى كامل – بحثه – ص١٧٣ و ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن – ص٢٣٧.

[٢] -Yassen-op.cit-p٥٨٣ ,٥٨٤

[٣] جابر جاد – تنازع القوانين – ص٦٠٧ و جابر جاد – القانون الدولي الخاص العربي – ص٩٨٤ و محمد عبد المنعم رياض – مصدر سابق – ص٣٨٨.

[٤] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش١ ص٥٨٥.

[٥] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٥.

[٦] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٩٣.

[٤] -P. E -op.cit-P٢٣٧

وذهب لذلك القضاء اللبناني إذ استندت المحكمة الجعفرية العليا في لبنان في ١٠ آيار ١٩٥٥ في إثبات مضمون القانون الإيراني إلى إطروحة دكتوراه باللغة الفرنسية أُلفت عام ١٩٣٦ تتعلق بالقانون الإيراني[١].

ولقد بينا آنفاً إن المشرع العراقي لم يحدد طرق الإثبات المقررة لإثبات مضمون القانون الأجنبي، أي إن المشرع العراقي أقر مبدأ (حرية الإثبات) للقاضي العراقي، مما يسوّغ للقاضي العراقي الرجوع لتلك الوسيلة لإثبات تفسير القانون الأجنبي، هذا من جهة ومن جهة أخرى، لا ضير إن رجع القاضي إليها مادامت تلك الوسيلة تساعد القاضي العراقي في التوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، والذي يؤيد ذلك المادة ١ فقرة ٣ قانون مدني عراقي.

ومن حق الخصم الأطلاع على ومناقشة تلك المؤلفات القانونية أو القضائية أو الفقهية ، إحتراماً لحقوق الدفاع .

وأصلت ذلك الحل المادة ٨ فقرة ١ قانون مرافعات مدنية عراقي (وبينا ذلك في فقرة مساعدة الخصوم أنفاً).

وعلى القاضي الرجوع لتلك المؤلفات القانونية أو القضائية أو الفقهية ، ما دامت ستؤدي به للتوصل إلى التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، والذي يتفق مع غاية المشرع الوطني ، ويحقق مصالح الخصوم والعدالة.

الفرع الرابع
الإنابة القضائية
(Commissions Rogatoires , Lettrs of request)

قد يتطلب الفصل في النزاع المعروض أمام القضاء، القيام ببعض الإجراءات القانونية في دولة أجنبية، مثلاً سماع شهادة الشهود أو تحليفهم اليمين، أو معاينة أشياء معينة أو الإطلاع على أوراق معينة أو للاستماع إلى أهل الخبرة، لذلك فقد جرت العادة الدولية بأن تطلب المحكمة المعروض أمامها النزاع من المحكمة الأجنبية للقيام بتلك الإجراءات القانونية أو أن تطلب من قنصلها المعتمد في دولة القانون الأجنبي لكي يطلب من المحكمة الأجنبية القيام بذلك الإجراء[٢].

ويطلق على تلك العملية بالإنابة القضائية (هي طلب من السلطة القضائية المنيبة إلى السلطة المنابة سواء أكانت قضائية أم دبلوماسية، أساسه التبادل، باتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق أو جمع الأدلة في الخارج، وكذا أي إجراء قضائي آخر يلزم اتخاذه للفصل في مسألة منظورة أمام القاضي المنيب ليس في مقدوره أن يقوم به بنفسه في نطاق اختصاصه)[٣].

فالإنابة القضائية إذن وسيلة فعالة للقاضي الوطني تمكنه من التوصل لتفسير القانون الأجنبي، إذ يستطيع قاضي الدولة المنيبة أن ينيب قاضي الدولة المنابة للقيام بالإجراءات اللازمة للتوصل لتفسير القانون الأجنبي والذي هو قانون الدولة المنابة.

وتعدّ معاهدة لاهاي المنعقدة في ١٧ تموز ١٩٠٥ والتي تنظم قواعد الإنابات القضائية، المصدر الأساسي الذي تستمد منه الدول نصوص قوانينها الخاصة بالإنابة القضائية، وقد أخذ بها التشريع الهولندي والسويسري[٤].

---

[١] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٨٣.

[٢] مرتضى نصر الله – مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري – مطبعة النعمان (النجف الأشرف ، بدون سنة طبع)- ص٣٢ و عبد الحميد عمر الوشاحي – مصدر سابق – ص٥٦.

[٣] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٦٨.

[٤] عبد الحميد عمر الوشاحي – مصدر سابق – ص٤٥٧.

ومثال ذلك الاتفاقية الأوربية (Convention européene dans le domaine de l'information sur le droit étranger) المؤرخة في ٧ حزيران ١٩٦٨ وتلك الاتفاقية تسهل

الحصول على المعلومات الخاصة بالقانون الأجنبي عن طريق السلطات القضائية، ولكن تلك المعلومات لا تقيد السلطة القضائية الصادر عنها الطلب[١].

وقد صادقت عليها فرنسا في عام ١٩٧٢ وهي معتمدة في ٢٠ بلداً أوربياً[٢].

وقد اقتصرت بنود هذه الاتفاقية على القانونيين المدني والتجاري، فضلاً عن أصول المحاكمات المدنية والتجارية، إذ نصت تلك الاتفاقية على تأسيس هيأة في كل دولة أوربية يقع على عاتقها تلقي طلبات المعلومات من الدول الأخرى المتعاقدة، فضلاً عن جمع طلبات المعلومات للمحاكم الوطنية، وإرسالها إلى الهيأة في الدولة المتعاقدة الأخرى للاستعلام عن قانونها، والهيأة المسؤولة عن تلقي وإرسال الطلبات في فرنسا هي مكتب القانون الدولي والمساعدة القضائية الدولية في وزارة العدل ، ويستطيع القاضي الفرنسي أن يستعين بالمنهجية المذكورة آنفاً وبإشراف مباشر من محكمة النقض، وهذه الوسيلة سريعة إلى حدٍ ما ومجانية في الوقت نفسه إلى الخصوم[٣].

وقد أخذ بها الاتحاد السوفيتي (سابقاً) في المادة ٨ من قانون المرافعات التي مضمونها (تستطيع المحكمة اللجوء إلى وزارة العدل لتتصل بالحكومة الأجنبية المختصة طالبة الرأي فيما يعترض تطبيق القانون الأجنبي من صعوبات)[٤].

وكذلك أخذت المادة ١٤٠ من قانون أصول المرافعات المدنية اللبنانية بالإنابة القضائية والتي مضمونها (من الجائز إنابة محكمة أجنبية لاتخاذ إجراءات إثبات يقتضيها نظر الدعوى)[٥].

و أخذ المشرع العراقي كذلك بالإنابة القضائية في معاهدات عديدة هي:

اتفاقية المرافعات المدنية المعقودة بين حكومتي العراق وبريطانيا والمصادق عليها بالقانون رقم ١٣ سنة ١٩٣٦ ، والتي يتضمن الفصل الثالث ١١ مادة تنظم استماع البينة بالإنابة ،إذ تنص المادة ٦ فقرة ١ من الاتفاقية على إنه (استماع البينة يشمل سماع إفادات المدعي أو المدعى عليه والخبير أو أي شخص آخر حلف اليمين أو لم يحلف أو تحليف المدعي أو المدعى عليه أو الخبير أو الشخص الآخر في الأمور القضائية وإبراز الوثائق أو المساطر أو الأشياء الأخرى وتشخيصها وتوثيقها) وتنص المادة ٨ فقرة أ من الاتفاقية على أنه (يجوز للسلطة العدلية في المملكة المصدرة بموجب أحكام قانون المملكة العائدة لها أن تقدم كتاب إلى السلطة المختصة في المملكة المنفذة تطلب منها استماع البينة)[٦].

واتفاقية التعاون القضائي بين العراق وتركيا عام ١٩٤٧ المصادق عليها بموجب القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٤٧ ، إذ تذهب المادة ٢٦ منها إلى إنه (بناءً على الطلب الذي تصدره السلطات

---

١ -Batiffol et Lagarde-op.cit- N٣٣١ p٣٨٦,٣٨٧ & -Mayer-op.cit-N١٨٩ p١٢٦

٢ -Mayer-op.cit-N١٨٩ p١٢٦

٣ -Mayer-op.cit-N١٨٩ p١٢٦,١٢٧

٤ عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥.

٥ عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٨٨.

٦ عبد الحميد عمر الوشاحي – مصدر سابق – ص٦٣،٦٤،٦٥.

العدلية والمقدم بالطرق الدبلوماسية من قبل كل من الطرفين المتعاقدين يزود الطرفان المتعاقدان بعضهما بنسخ القوانين المعمول بها في بلادهم وعند الحاجة بأية معلومات حقوقية أخرى)[١].

والاتفاقية القضائية المعقودة بين العراق وألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧١ ، إذ تنص المادة ١ فقرة ٢ منها (يتضمن التعاون القضائي تبليغ الأوراق القضائية وتنفيذ الإنابة القضائية الخاصة بسماع الشهود والمتقاضين والخبراء والشهادات مع اليمين وما شابه ذلك)[٢].

وذهبت لذلك اتفاقية جامعة الدول العربية والتي تضمنت اتفاقية تنفيذ الأحكام الأجنبية في ١٤ أيلول ١٩٥٢ المصادق عليها من قبل (السعودية ، مصر ، الأردن ،سوريا، ليبيا ، الإمارات ، العراق) ، واتفاقية تسليم المجرمين في ١٤ أيلول١٩٥٢ المصادق عليها من قبل (السعودية ، الإمارات ، الأردن ، البحرين ، العراق) ، واتفاقية الإعلانات والإنابات القضائية والتي صادقت عليها كل من (سوريا ، مصر ، السعودية ، الأردن ، العراق) والمصادق عليها في ١٤ أيلول ١٩٥٢[٣].

إذ تذهب المادة ٦ من اتفاقية الإعلانات والإنابات القضائية إلى إنه (لكل من الدول المرتبطة بهذه الاتفاقية أن تطلب إلى أي دولة منها أن تباشر في أرضها نيابة عنها أي إجراء قضائي متعلق بدعوى قيد النظر ...)[٤].

واتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية العراقية والجمهورية العربية المتحدة ١٩٦٤ فتذهب المادة ١٤ منها إلى إنه (يجوز للسلطات القضائية في إحدى الدولتين المتعاقدتين أن تطلب وفقاً لأحكام تشريعها إلى السلطة المختصة في الدولة الأخرى عن طريق الإنابة (الاستنابة) القضائية أن تباشر في دائرة اختصاصها القيام بإجراء من إجراءات التحقيق أومن الإجراءات القضائية الأخرى ...)[٥].

واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي والتي وافق عليها مجلس وزراء العدل العرب في ٦ نيسان ١٩٨٣ والتي صادقت عليها (فلسطين ، العراق ، اليمن ، السودان ، موريتانيا ، الصومال ، تونس ، سوريا ، المغرب ، ليبيا ، الأردن ، السعودية ، عُمان ، قطر ، الكويت ، جيبوتي ، الإمارات ، البحرين ، الجزائر ، لبنان)،ونصت المادة ٧٢ من الاتفاقية على مايلي:- (تحل هذه الاتفاقية بالنسبة للدول التي صادقت عليها ، محل الاتفاقيات الثلاث المعقودة في عام ١٩٥٢ في نطاق جامعة الدول العربية والمعمول بها حالياً بشأن كل من الإعلانات والإنابات القضائية وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين)[٦].

أي إن اتفاقية الرياض تضمنت اتفاقية للإنابات والإعلانات القضائية وإتفاقية لتنفيذ الأحكام الأجنبية واتفاقية لتسليم المجرمين ، وحلت تلك الاتفاقيات الثلاث محل الاتفاقيات الثلاث التي تضمنتها اتفاقية جامعة الدول العربية لعام ١٩٥٢ في الدول المتعاقدة في الاتفاقيات ، وتذهب المادة ١٤ من اتفاقية الرياض إلى إنه (لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابةً عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم ، وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين). واتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي (العراق ، الأردن ، مصر ، اليمن) والمصادق عليها

---

[١] ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – ص٣٣٨ و غالب الداودي – مصدر سابق – هامش ١ ص١٦٢.

[٢] ممدوح عبد الكريم – مصدر سابق – ص٣٣٨.

[٣] أكرم نشأت ابراهيم – مساع في سبيل توحيد التشريعات العربية والمعوقات التي تواجه توحيدها – مجلة دراسات قانونية – عدد١ – سنة ١ -(كانون الثاني ، آذار - ١٩٩٩) – ص١٣.

[٤] حسن الهداوي – القانون الدولي الخاص الأردني – ص٣٠٩.

[٥] حسن الهداوي – تنازع القوانين – ص٢٦٦.

[٦] أكرم نشأت ابراهيم – بحثه – ص١٤،١٥.

ببغداد في ١٦ شباط ١٩٨٩ ، إذ تنص المادة ١٧ منها على إنه يتعهد كل طرف من الأطراف المتعاقدة بأن يقوم نيابة عن الطرف الآخر بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي الخبراء ومناقشتهم، وإجراء المعاينة (الكشف) وطلب تحليف اليمين)[١].

ومن حق الخصوم الأطلاع على ومناقشة المعلومات المتعلقة بتفسير القانون الأجنبي والواردة من دولة القانون الأجنبي ، احتراماً لحقوق الدفاع .

وذهب لذلك المشرع العراقي في المادة ٨ الفقرة ١ قانون مرافعات عراقي (وبينا ذلك في فقرة مساعدة الخصوم أنفاً).

ومن ثمَّ فيستطيع القاضي أن يستعين بالإنابة القضائية ليتوصل لتفسير القانون الأجنبي، لاسيما إن القاضي في دولة القانون الأجنبي هو الذي يحدد تفسير القانون الأجنبي ، وذلك يؤدي بالقاضي الوطني إلى أن يتوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي، والذي يتفق مع غاية المشرع الوطني ، ويحقق مصالح الخصوم والعدالة.

الفرع الخامس
الوثائق الرسمية

وهي الوثائق الصادرة من جهة رسمية سواء أكانت عائدة لدولة القاضي الوطني، أم عائدة لدولة القانون الأجنبي.

فعلى صعيد الوثائق الصادرة من الجهات الرسمية العائدة لدولة القاضي الوطني.

قد تكون تلك الوثائق صادرة من جهة رسمية داخل دولة القاضي مثل وزارة العدل أو وزارة الخارجية لدولة القاضي[٢].

وذهبت لذلك المادة ٤ من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ التي مضمونها (القانون الأجنبي يبحث عنه تلقائياً والطرق المقبولة في هذا الخصوص ... ، والمعلومات التي تقدمها النيابة الفدرالية...)[٣].

وذهبت لذلك المادة ٣٩ من القانون البولوني لسنة ١٩٢٦ والتي مضمونها (للمحكمة أن تطلب من وزير العدل أن يزودها بنصوص القوانين الأجنبية وأحكام القضاء الأجنبي)[٤].

وذهبت لذلك المادة ٥ من القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ والتي مضمونها (على المحكمة أو أي سلطة الاستعلام من تلقاء ذاتها عن القانون الأجنبي الذي تجهله... ، وبناءً على طلب المحكمة أو أية سلطة أخرى ، يقدم وزير العدل معلومات عن القانون الأجنبي)[٥]

وذهبت لذلك المادة ٥٣ من القانون الدولي الخاص التشيكوسلوفاكي لسنة ١٩٦٣ والتي مضمونها (يتعين على كل جهة قضائية اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية للتحقق من القانون الأجنبي ، ويمكنها ، في حالة عدم التعرف على محتوى القانون الأجنبي أن تلجأ بشأنه إلى وزارة العدل)[٦].

---

[١] حسن الهداوي – القانون الدولي الخاص الأردني – ص٣٢٣.
[٢] جابر جاد – تنازع القوانين – ص٦٠٩ و حسن الهداوي – تنازع القوانين – ص١٣٤.
[٣] أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٤.
[٤] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش٣ ص٥٧٦.
[٥] أحمد سلامة – مصدر سابق – ص٢١٤.
[٦] عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥.

وقد تصدر تلك الوثائق من جهات رسمية عائدة لدولة القاضي ولكنها في دولة القانون الأجنبي، مثل قنصليتها في دولة القانون الأجنبي وموظفيها الدبلوماسيين[١].

أما على صعيد الوثائق الصادرة من جهات رسمية عائدة لدولة القانون الأجنبي.

فقد تصدر من قنصليتها أو موظفيها الدبلوماسيين في دولة القاضي[٢].

وهو ما معمول به أمام القضاء اللبناني، إذ تأخذ المحاكم اللبنانية بالوثائق الرسمية الصادرة من القنصليات الأجنبية في دولة القاضي الوطني في إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره، إذ ذهبت لذلك محكمة تمييز لبنان في حكم لها في ١٩٦٩/١٠/٣ مضمونه (... كما إنها(محكمة الاستئناف)) بأخذها بالبينة المستمدة من إفادة القنصل العراقي في بيروت لإثبات مضمون القانون العراقي تكون قد استعملت سلطتها التقديرية في هذا السبيل وتقديرها هذا لا يقع تحت رقابة محكمة التمييز)[٣].

وذهبت لذلك المادة ٣ فقرة ١ بند ب من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١، التي تشير إلى أحد وسائل التوصل لمضمون القانون والتي مضمونها (الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية أو سياسية أو التي استحصلت بواسطة أولئك الممثلين).وأضافت الفقرة ٢ من المادة ٣ من القانون المذكور آنفاً إنه (يجوز للمحاكم أن تدعو قنصل الدولة ذات الشأن أو نائبه إلى الحضور في المحاكم للاسترشاد بمعلوماته عن قوانين دولته)[٤].

وذهبت لذلك محكمة المواد الشخصية ببغداد عام ١٩٥٢ في قضية الفتاة المراهقة (المشار إليها في الفصل الأول) ، حين رجعت تلك المحكمة للقنصلية الإنكليزية لمعرفة مضمون القانون الإنكليزي، وقد حضر القنصل الإنكليزي للمرافعة للاستفادة من معلوماته عن القانون الإنكليزي، أما إذا كانت الجهة الرسمية المراد إصدار الوثيقة الرسمية منها عائدة لدولة القانون الأجنبي وفي دولة القانون الأجنبي مثل وزارة العدل أو الخارجية أو أي جهة رسمية في دولة القانون الأجنبي[٥].

فإذا وجدت معاهدة تنظم كيفية الرجوع لتلك الجهات في دولة القانون الأجنبي، أي توجد معاهدة تنظم الإنابة القضائية، فيجب التقيد بها لإجراء ذلك الاتصال أو الإنابة القضائية، (وقد بينا ذلك في فرع الإنابة القضائية).

أما إذا لم توجد معاهدة دولية تنظم ذلك الاتصال، فتستطيع دولة القاضي اللجوء إلى المعاملة بالمثل بين دولة القاضي ودولة القانون الأجنبي إن وجدت معاملة بالمثل بين الدولتين[٦].

أما إذا لم توجد معاملة بالمثل،فنرى أن ترجع المحكمة إلى وزارة العدل أو وزارة الخارجية في دولتها ، لتقوم بالإجراءات اللازمة للحصول على تفسير القانون الأجنبي من الجهات المختصة في دولة القانون الأجنبي.

وقد تصدر الوثائق الرسمية من المعاهد القانونية المقارنة باعتبارها جهات رسمية.

إذ ترجع المحكمة الألمانية إلى معهد ميونخ للقانون المقارن لأجل التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٧].

---

[١] مصطفى كامل – بحثه –ص١٧٣ و ماجد الحلواني – مصدر سابق – ص٣٤٨.
[٢] مصطفى كامل –بحثه – ص١٧٣ وجابر جاد– تنازع القوانين – ص٦٠٩وماجد الحلواني– مصدر سابق – ص٣٤٨.
[٣] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٧٨-٢٧٩.
[٤] حامد زكي – مصدر سابق – هامش١ ص١٠٩.
[٥] مصطفى كامل – بحثه – ص١٧٣.
[٦] مرتضى نصر الله – مصدر سابق – ص٣٢.
[٧] شمس الدين الوكيل – بحثه– ص٩٣.

ورجع القضاء الألماني في حكم له إلى معهد للقانون المقارن في ألمانيا للتأكد من مضمون القانون البلجيكي (المشار إليه في فرع الخبرة التحريرية والشفهية في فقرة السلطة التقديرية).
وذهب لذلك القضاء الإيطالي[١].

وقد باركت ذلك النهج محكمة النقض في الجمهورية العربية المتحدة في ٢ نيسان ١٩٥٩،عندما استندت إلى فتوى صادرة من المعهد اليوناني للقانون الدولي لتحديد تفسير القانون اليوناني[٢].

ولا ضير أن يرجع القاضي العراقي لمعهد للقانون المقارن ، إذا أُنشئَ هكذا معهد في العراق ، لاستحصال وثيقة منه تبين تفسير القانون الأجنبي، مادامت ستؤدي إلى إيصال القاضي العراقي للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي، فضلاً عن إن القاضي العراقي له الحرية في اختيار وسائل الإثبات لتفسير القانون الأجنبي، ومن ثمَّ يسوّغ له الرجوع لتلك الوسيلة لإثبات تفسير القانون الأجنبي.

ومن حق الخصوم الأطلاع على ومناقشة الوثائق الرسمية احتراماً لحقوق الدفاع .

وذهب لذلك المشرع العراقي في المادة ٨ الفقرة ١ قانون مرافعات عراقي (وبينا ذلك في فقرة مساعدة الخصوم أنفاً).

ومن ثمَّ فالوثائق الرسمية من الوسائل المهمة في التوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، والذي يتفق مع غاية المشرع الوطني ، ويحقق مصالح الخصوم والعدالة .

المطلب الثالث

الطرق المقترحة للتوصل لتفسير القانون الأجنبي

اقترح الفقهاء مجموعة من الوسائل أو الطرق التي توفر وتيسر العلم بالقانون الأجنبي أو تفسيره ، على أمل أن تأخذ بها الأنظمة القانونية في العالم، مما يسهل على القاضي الوطني أن يتوصل لتفسير القانون الأجنبي.

قسم من تلك الطرق اقترح الأخذ به على النطاق الداخلي للدول، وقسم آخر من الطرق اقترح على النطاق الدولي ، لذلك ينقسم ذلك المطلب لفرعين هما:

الفرع الأول: الطرق المقترحة على النطاق الداخلي للدول.

الفرع الثاني: الطرق المقترحة على النطاق الدولي.

الفرع الأول

الطرق المقترحة على النطاق الداخلي للدول

لتوفير وتسهيل العلم بالقانون الأجنبي أو تفسيره، اقترح الفقهاء على النطاق الداخلي للدول، أن تقوم الدول بإنشاء مركز قانوني متخصص في وزارات عدلها، وأن تُنشئ محاكم متخصصة للنظر بقضايا تنازع القوانين، وأن تُنشئ معهداً للقانون المقارن، لذلك ينقسم ذلك الفرع إلى ثلاث فقرات هي:

الفقرة الأولى: إنشاء مركز قانوني في وزارة العدل.

الفقرة الثانية: إنشاء محاكم متخصصة بقضايا تنازع القوانين.

الفقرة الثالثة: إنشاء معهد للقانون المقارن.

---

[١] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٠٥.

[٢] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش ٢ ص٥٨٠.

الفقرة الأولى

إنشاء مركز قانوني في وزارة العدل

إنشاء مركز قانوني تشرف عليه وزارة العدل ، يقوم بجمع المعلومات عن القوانين الأجنبية كافة، على أن يضم ذلك المركز على خبراء متخصصين في القوانين الأجنبية[١].

وأن يحتوي ذلك المركز على جهاز ترجمة فعال يساعد الخبراء في ذلك المركز في ترجمة القوانين الأجنبية وتفسيراتها[٢].

وكذلك على مكتبة تضم المؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية، لاسيما في الوقت الحاضر نلاحظ سهولة الحركة والانتقال نتيجة لتطور الحياة فمن السهولة الحصول على تلك المؤلفات، وأن يحتوي المركز على جهاز للفاكس يساعده في الحصول على المعلومات عن القوانين الأجنبية من باقي دول العالم، وأن يحتوي كذلك على خط للانترنيت يمكن المحكمة من الحصول على المعلومات عن القوانين الأجنبية من كافة أنحاء العالم عن طريق شبكة الانترنيت التي تمكنه من الاتصال بأي مكتبة أو جامعة أو معهد قانوني في العالم، لاسيما إن الحاسبة الإلكترونية تحتوي على برامج تقوم بالترجمة من جميع لغات العالم المختلفة.

ويجب أن ينصب تركيز ذلك المركز على جمع المعلومات عن القوانين دائمة التطبيق في دولة القاضي لكي نحصد فائدة المعلومات التي نحصل عليها من ذلك المركز[٣].

الفقرة الثانية

إنشاء محاكم متخصصة بقضايا تنازع القوانين

إنشاء محاكم متخصصة بقضايا تنازع القوانين ، لأنه هذه المحاكم تفهم قضايا تنازع، بصورة أكبر من أي محكمة أخرى بحكم تخصصها بهذه القضايا، لأنها تعرض عليها العديد من قضايا تنازع القوانين والتي تتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وتفسيره، ومن ثمَّ تصبح هذه المحكمة ذات خبرة واسعة بالقوانين الأجنبية وقضايا تنازع القوانين[٤].

ومثال ذلك المادة ٣٣ قانون مرافعات عراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، التي تخصص محكمة المواد الشخصية بنظر قضايا الأجانب أو العراقيين من غير المسلمين الذين يطبق عليهم قانون مدني وليس شريعة إسلامية كالأتراك[٥].

وتشجيع قضاة هذه المحاكم على تقديم البحوث والدراسات في القوانين الأجنبية المختلفة، أو إرسالهم للدراسة في الخارج لدراسة تلك القوانين الأجنبية، مما يكسب القاضي معرفة بالقوانين الأجنبية، تمكنه من مناقشة أدلة الإثبات المقدمة لإثبات القانون الأجنبي، وتسعفه في بحثه عن القانون الأجنبي، وصولاً للقانون الأجنبي أو تفسيره[٦].

الفقرة الثالثة

إنشاء معهد للقانون المقارن

---

[١] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني– ص٣٠٢ و شمس الدين الوكيل– بحثه – ص١٤٢.

[٢] هشام علي صادق– مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني–ص٣٠٢،٣٠٣وشمس الدين الوكيل– بحثه –ص١٤٢

[٣] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٠٤.

[٤] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٠٤.

[٥] آدم وهيب النداوي– مصدر سابق– ص٩٣.

[٦] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٠٥.

إنشاء معهد للقانون المقارن يشرف عليه أساتذة متخصصين في القوانين الأجنبية، وذلك المعهد سيرفد سوح القضاء بقضاة ذوي خبرة في القوانين الأجنبية، أو يزود المحاكم أو الخصوم بالقانون الأجنبي أو تفسيره ، عن طريق شهادات صادرة من ذلك المعهد المقارن، أو عن طريق المؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية التي تحتويها مكتبة المعهد أو التي يصدرها ذلك المعهد، ويجب أن ينصب تركيز ذلك المعهد على دراسة القوانين الدائمة التطبيق في بلد معهد القانون المقارن لكي نجني الفائدة المرجوة من معلومات ذلك المعهد[١].

الفرع الثاني
الطرق المقترحة على النطاق الدولي

لأجل توفير العلم بالقانون الأجنبي أو تفسيره إقترح الفقهاء على صعيد النطاق الدولي، الإكثار من عقد المعاهدات الدولية الخاصة بالإنابات القضائية، والإكثار من الاتفاقات الدولية الخاصة بتبادل المعلومات الفقهية والقانونية والقضائية، لذلك ينقسم ذلك الفرع لفقرتين هما:

الفقرة الأولى: عقد الاتفاقات الدولية الخاصة بالإنابات القضائية.

الفقرة الثانية: عقد الاتفاقات الدولية الخاصة بتبادل المعلومات الفقهية والقانونية والقضائية.

الفقرة الأولى
عقد الاتفاقات الدولية الخاصة بالإنابة القضائية

الحث على عقد الاتفاقات الدولية التي تقيد الدول المشتركة فيها بتقديم المعلومات عن قانونها للدول الأخرى المتعاقدة طالبة المعلومات وبالعكس، أي معاهدات الإنابة القضائية[٢].

ومثال ذلك الاتفاقية الأوربية الصادرة في ٧ آيار ١٩٦٨ والمصادق عليها من قبل ٢٠ دولة أوربية ومنها فرنسا[٣].

واتفاقية المرافعات المدنية المعقودة بين العراق وبريطانيا عام ١٩٣٦[٤].

واتفاقية التعاون القضائي بين العراق وتركيا عام ١٩٤٧[٥].

والاتفاقية القضائية بين العراق وألمانية الديمقراطية عام ١٩٧١[٦].

واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي في عام ١٩٨٣ والمصادق عليها من ٢٠ دولة عربية ومنها العراق[٧].

وغيرها من الاتفاقيات الدولية التي أوردناها في فرع الإنابة القضائية.

إن مثل هذه الاتفاقيات تساعد القاضي الوطني على أن يتوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي وبأسرع وقت ممكن وبأقل كلفة، لاسيما في ضوء تطور وسائل الاتصال الحديثة في عملية الإنابة القضائية، من فاكس وانترنيت وبريد إلكتروني، وذلك يختزل الوقت والنفقات على القاضي الوطني في كل دولة متعاقدة.

الفقرة الثانية
عقد الاتفاقات الدولية الخاصة بتبادل المعلومات الفقهية والقانونية والقضائية

---

[١] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٤٢ وهشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني–ص٣٠٦

[٢] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص١٤٢ وهاشم علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني–ص٣٠٧.

-Mayer-op.cit-N١٨٩ p١٢٦,١٢٧

[٢]

[٤] عبد الحميد عمر الوشاحي – مصدر سابق –ص٦٣.

[٥] ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – ص٣٣٨.

[٦] ممدوح عبد الكريم – مصدر سابق – ص٣٣٨.

[٧] أكرم نشأت ابراهيم –بحثه- ص١٤.

التشجيع على عقد الاتفاقيات الخاصة بتبادل المعلومات الفقهية والقانونية والقضائية[١].
والخاصة بتبادل المؤلفات الفقهية والمتون القانونية ومجاميع الأحكام القضائية.

وقد ذهبت لذلك اتفاقية التعاون القضائي بين العراق وتركيا عام ١٩٤٧[٢].
والاتفاقية القضائية بين العراق وألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧١[٣].
وذهبت لذلك اتفاقية الرياض المبرمة بين ٢٠ دولة عربية[٤].
واتفاقية التعاون بين مجلس وزراء العدل العرب والمجلس الأوربي في ١٨ و٣١ كانون الأول ١٩٨٩ ، واتفاقية التعاون بين الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب وبين المعهد السويسري للقانون المقارن[٥].
ومن ثمَّ فهذه الاتفاقيات تُثري مكتبة كل بلد متعاقد بكم هائل من المؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية[٦].
والتي توفر للقاضي الوطني سهولة التعرف على التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي.

---

[١] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٠٨.
[٢] المادة ٢٦ من اتفاقية التعاون القضائي بين العراق وتركيا (بناء على الطلب الذي تصدره السلطات العدلية والمقدم بالطريق الدبلوماسي من قبل كل من الطرفين المتعاقدين يزود الطرفان المتعاقدان بعظهما بنسخ القوانين المعمول بها في بلادهم وعند الحاجة باي معلومات حقوقية اخرى) . ممدوح عبد الكريم – مصدر سابق – ص٣٨٨.
[٣] المادة ٤٠ من الاتفاقية القضائية بين العراق والمانيا الديمقراطية (... كما تحيط كل منهما الاخرى (أي العراق والمانيا) علما بالقوانين التشريعية المهمة في مجال اقامة العدالة وتتبادلان تجاربهما في تدوين القوانين . وفضلا عن نصوص القوانين يتم بين البلدين تبادل الشروح والادبيات الاخرى فيما يتعلق بالتشريعات واقامة العدالة) . ممدوح عبد الكريم – مصدر سابق – ص٣٨٨.
[٤] المادة ١ من اتفاقية الرياض (تتبادل وزارات العدل لدى الاطراف المتعاقدة بصفة منتظمة نصوص التشريعات النافذة والمطبوعات والنشرات والبحوث القانونية والقضائية والمجلات التي تنشر فيها الاحكام القضائية ، كما تتبادل المعلومات المتعلقة بالتنظيم القضائي ، ...) .أكرم نشأت ابراهيم –بحثه– ص١٤.
[٥] حيث تضمنت كلتا الاتفاقيتان تبادل المعلومات القانونية والقضائية والفقهية بين الدول المتعاقدة . المجلة العربية للفقه والقضاء – تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب – (الرياض . المملكة العربية السعودية – نيسان . ١٩٨٩) – ص٥٤٧.
[٦] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٠٨.

الفصل الثالث

صعوبات تفسير القانون الأجنبي

الفصل الثالث
صعوبات تفسير القانون الأجنبي

في الفصل الأول من تحديد مفهوم القانون الأجنبي من خ
بي ، وبعد أن أكملنا في الفصل الثاني تحديد على من يقع
سائل الميسرة للعلم بتفسير القانون الأجنبي ، بقيت مجم
مسائل متعلقة بتفسير القانون الأجنبي ، لكي نكون قد أح
جميع جوانبه ونواحيه ، ومن ثمَّ إعطاء صورة كاملة وش

لنظامين القانونيين الأجنبي والوطني ، ومنها م

الأجنبي فقط ، ونتناول أخيراً صعوبة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، وسنحاول خلال هذا الفصل أن نستعرض مضمون هذه الصعوبات وما هي الحلول الواجب إتباعها للتغلب على تلك الصعوبات ، لذلك ينقسم هذا الفصل لثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول : الصعوبات التي مصدرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني .
المبحث الثاني: الصعوبات التي مصدرها النظام القانوني الأجنبي .
المبحث الثالث: إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي .

المبحث الأول
الصعوبات التي مصدرها النظامين
القانونيين الأجنبي والوطني

نتيجة لاختلاف النظامين القانونيين الأجنبي والوطني ، واستقلال كل منهما عن الأخر ، لأنه لكل نظام قانوني ظروفه السياسية القانونية والاقتصادية والاجتماعية الخاصة به ، فإن ذلك يثير لنا جملة من المسائل على صعيد تفسير القانون الأجنبي ، ومن هذه المسائل اختلاف القضاء الأجنبي والقضاء الوطني حول تفسير القانون الأجنبي ، ومسالة تفسير النصوص المتشابهة بين النظام القانوني الأجنبي والوطني ،أخيراً مسألة تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني ، وسنحاول أن نبين مضمون هذه الصعوبات ، وما هو موقف القاضي الوطني إزاء هذه الفروض ، وبذلك ينقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب هي :

المطلب الأول : اختلاف القضاءين الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي .
المطلب الثاني: تفسير النصوص المتشابهة بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني.
المطلب الثالث: تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية .

المطلب الأول
اختلاف القضاءين الأجنبي والوطني
حول تفسير القانون الأجنبي

قد يستقر القضاء الوطني على تفسير معين للقانون الأجنبي ، وقد يرجع ذلك إلى تدخل المحكمة العليا بفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي (والذي يتوصل إليه القضاء بالرجوع للنظام الأجنبي) ، لأن مهمة المحكمة العليا هي توحيد تطبيق وتفسير القانون في البلد الذي تعود إليه المحكمة العليا ، بشكل تقر المحكمة العليا تفسير قضاة الموضوع للقانون الأجنبي بطريقة معينة، فيثبت القضاء الوطني على طريقة في تفسير القانون الأجنبي والتي أقرتها المحكمة العليا، ويحصل ذلك في الدول التي تفرض المحكمة العليا فيها رقابتها على تفسير القانون الأجنبي مثل مصر وانكلترا والعراق .

وحتى للدول التي لا تأخذ برقابة المحكمة العليا على تفسير القانون الأجنبي ، قد يستقر قضائها على تفسير معين للقانون الأجنبي (وطبعا بالرجوع للنظام القانوني الأجنبي) ، وذلك فيما إذا تألفت محاكم الموضوع على تفسير معين للقانون الأجنبي بطريقة معينة ، ولاسيما في المناطق التي يكثر فيها

تطبيق قانون أجنبي معين ، وتعد فرنسا والمانيا من الدول التي لا تفرض رقابتها على تفسير القانون الأجنبي .

وقد يجد القاضي الوطني إن النظام القانوني الأجنبي أو القضاء الأجنبي قد عدل عن التفسير السابق للقانون الأجنبي (والذي اعتمده النظام القانوني الوطني) ، إلى تفسير اخر نتيجة لتطور وتغير الظروف في النظام القانوني الأجنبي الذي يعود له القانون الأجنبي ، فما هو موقف القاضي الوطني إزء هكذا فرض ؟.

هنا على القاضي الوطني ان يهجر التفسير السابق القديم وينزح نحو إتباع التفسير الحديث لذلك القانون الأجنبي [١] .

لان ذلك يتفق مع غاية المشرع الوطني ، إذ أشارت قاعدة الأسناد بتطبيق قانون أجنبي ، وبالنتيجة يجب التقيد بالحلول القضائية السائدة في دولة القانون الأجنبي تماشيا مع غاية المشرع الوطني.

ومن ثمَّ فالقانون الأجنبي عائد لنظام قانوني أخر ، أي إنه بتطور وتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والقانونية في النظام القانوني الأجنبي فبديهيا أن يتغير ويتبدل تفسير القانون الأجنبي العائد لذلك النظام القانوني الأجنبي.

ومن ثمَّ التفسير الحديث هو التفسير الحقيقي والواقعي والمطبق فعليا في دولة القانون الأجنبي لا القديم لأنه هجر ولم يعد يأخذ به في دولة القانون الأجنبي ، ومن ثمَّ فالتفسير الحديث هو المطبق فعلا في دولة القانون الأجنبي وهو الذي يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الأسناد* .

وصفوة القول هنا إن على القاضي الوطني الابتعاد عن إتباع الأسلوب التفسيري القديم للقانون الأجنبي ، وإتباع الإسلوب التفسيري الحديث للقانون الأجنبي ، لأنه يتفق مع غاية المشرع الوطني وعلى صعيد تاصيل إلزام القاضي الوطني بإتباع التفسيرات الحديثة للقانون الأجنبي تبرز لنا مسألة مهمة لا بد منا قشتها ، وهي كون الحكم الحديث (أي التفسير الحديث) ليس إلا حكم منفرد أو سابقة منفردة فهل يقيد القاضي الأجنبي نفسه بهذه السابقة المنفردة ويعدل عن قضائه المستقر بشان تفسير القانون الأجنبي ، أم لا يعطي أي أهمية لتلك السابقة المنفردة أو الحكم المنفرد ويحافظ على قضائه القديم ؟[٢].

فعلى القاضي الوطني إزاء هكذا فرض أن يتقيد بموقف القضاء الأجنبي إزاء هكذا فرض لأنه يتفق مع غاية المشرع الوطني ، التي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، وهذا يعني وجوب التقيد بالحلول القضائية للنظام القانوني الذي يعود إليه القانون الأجنبي .

فإذا كان الحكم المنفرد صادر من محكمة عليا في دولة القانون الأجنبي فإن جميع القضاة في دولة القانون الأجنبي سوف يتمسكون ويقيدون أنفسهم بذلك الحكم ، سواء كانت دولة القانون الأجنبي دولة لاتينية أم انكلوسكسونية ،(وقد بينا ذلك في المطلب الثاني المبحث الأول من الفصل الأول مطلب المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي) ، لأن ذلك الحكم المنفرد يمثل التطبيق والتفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي فعلى القاضي الوطني أن يتقيد بموقف القاضي الأجنبي ، أي يأخذ بالحكم المنفرد الصادر من المحكمة العليا الأجنبية وأن يعدل عن قضائه السابق لأنه موقف القاضي الأجنبي ، ولأنه يمثل التفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي .

---

[١] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص ٣٩٤ ، ٣٩٥ .

* وقد أخذ بذلك القضاء الانكليزي حين عدل عن تفسير قضائه المستقر بشان تفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق في قضية معينة ، ونزوحه نحو الأخذ بالتفسيرات الحديثة للقانون الأجنبي السائدة في دولة القانون الأجنبي لقناعة القضاء الانكليزي بان ذلك التفسير هو التفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي ، وهو الذي يجب أن يأخذ به القاضي في تفسير القانون الأجنبي لا التفسير القديم الذي هجر . -Cyrille Davi–op.cit-P٢٣٦

[٢] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٩٩ .

وذلك هو الأصل لأنه قد تتعرض السابقة المنفردة للنقد اللاذع من قبل قضاة محاكم الموضوع ، لأن السابقة لا تعبر عن التفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي ، فهنا على القاضي الوطني أن يهجر السابقة المنفردة ويتبع تفسير قضاة محاكم الموضوع ، لأنه يمثل التفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي ، والذي يوافق غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم والعدالة .

أما إذا كان الحكم المنفرد صادر من محكمة موضوع لا من محكمة عليا ، فما هو موقف القاضي الوطني هنا ؟ .

يجب أن نفرق بين كون القانون الأجنبي عائد لدولة لاتينية أم لدولة إنكلوسكسونية ، لأنه يختلف موقف القاضي الأجنبي في الحالتان إزاء الحكم المنفرد .

فالقاضي اللاتيني لا يلتزم بأي حكم قضائي لأي محكمة موضوع أخرى سواء كانت أعلى منه درجة أم أقل منه درجة وإنما يستطيع القاضي اللاتيني الاستئناس بذلك الحكم ، (وقد بينا ذلك في الفصل الأول).

فالأصل هنا عدم تقيد القاضي الوطني بالحكم المنفرد إذا كان بصدد تفسير قانون دولة لاتينية ، لأنه يمثل الحل القضائي السائد في دولة القانون الأجنبي والذي يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الأسناد ، ولكن إذا وجد القاضي الوطني بعد رجوعه للنظام القانوني الأجنبي ، إن ذلك الحكم المنفرد يمثل التفسير الواقعي والفعلي للقانون الأجنبي ، وذلك على ضوء التغيرات والتطورات الحاصلة في النظام القانوني الأجنبي ، فنرى إن على القاضي الوطني أن يعدل عن قضائه القديم ويتقيد بالحكم المنفرد لأنه يمثل التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، لأن عدم الأخذ به (بحجة انه القاضي اللاتيني الأجنبي لا يقيد نفسه به) يعدّمخالفة لغاية المشرع الوطني التي أشارت بتطبيق القانون الأجنبي أي الأخذ بالتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي .

أما القاضي الانكلوسكسوني فإنه يقيم وزنا للسوابق القضائية والأحكام المنفردة (وقد بينا ذلك في الفصل الأول) ، ومن ثمَّ القاضي الوطني لا يستطيع أن يتجاهل الحكم المنفرد، إذا كان بصدد تفسير قانون دولة انكلوسكسونية 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 والفعلي للقانون الأجنبي ، لأجل الأخذ به فان وجد أن التفسير الجديد (الحكم المنفرد) يمثل التفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي الذي بالرغم من كونه حكماً منفرداً فعلى القاضي الوطني العدول من التفسير القديم إلى التفسير الحديث , أما إذا وجد أن التفسير الحديث (الحكم المنفرد) مجرد سابقة لا تمثل التطبيق أو التفسير الفعلي للقانون الأجنبي ، فعلى القاضي الوطني التمسك بقضائه القديم لأنه يمثل التطبيق والتفسير الفعلي والحقيقي للقانون الأجنبي لاالحكم المنفرد ، ونحن في ذلك كله نتماشى مع غاية المشرع الوطني في قاعدة الأسناد والتي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، أي يجب علينا التقيد بالحلول الواقعية والحقيقة في دولة القانون الأجنبي ، والذي نقول به يمثل الحلول الفعلية والحقيقية في دولة القانون الأجنبي ، ومن ثمَّ ذلك يحقق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد ويحقق مصالح الخصوص ومن ثمَّ يحقق التعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة .

وفرض اختلاف القضاءين الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي ، لم يتعرض له القضاء والتشريع العراقي والعربي ، فإذا واجه القاضي العراقي أو العربي هكذا فرض ، فعليه التقيد بالحلول التي أوردناها أنفاً لأنها اسلم وافضل الحلول إزاء هكذا فرض للأسباب الوارد ذكرها سابقاً أيضاً.

المطلب لثاني
تفسير النصوص المتشابهة بين
النظامين القانونيين الأجنبي والوطني

قد تتشابه نصوص قانونية بين نظامين قانونيان مختلفان ، وقد يرجع ذلك التشابه إلى إن القاعدة القانونية الموجودة في النصوص القانونية المتشابهة ، قاعدة سائدة وشائعة في غالبية دول العالم مما يؤدي إلى أن تعالج تلك الدول تلك الحالة بقاعدة قانونية معينة ، والتي تكون متشابهة في كل الدول لمعالجتها لنفس الحالة ، نتيجة لورود النصوص القانونية المتشابهة على نفس القاعدة القانونية ، وقد يرجع التشابه بينها إلى أن تلك الدول راجعة إلى نفس المجموعة القانونية ، كإن تكون راجعة للمجموعة الانكلوسكسونية او اللاتينية ، لأن الدول الراجعة لنفس المجموعة القانونية ، لأنه في أغلب الأحيان تكون متشابهة في المبادئ القانونية والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية مما يؤدي إلى حصول تشابه النصوص القانونية بين الدول الراجعة لنفس المجموعة القانونية .

فبالنتيجة إذا واجه القاضي الوطني مسالة تفسير نص قانوني أجنبي مشابه لنص قانوني وطني , فهل يفسر القاضي الوطني النص الأجنبي إستناداً للأسلوب الوطني لأنه النص الأجنبي مشابه للنص الوطني ، أم يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير النص الأجنبي المتشابهة للنص الوطني لأن النص الأجنبي راجع لنظام قانوني أخر ؟.

على القاضي الوطني أن لا ينخدع بتشابه النصوص ، بشكل يفسر النص الأجنبي إستناداً للإسلوب الوطني على عدّإن النصوص المتشابهة في العبارات متشابهة في المضمون أي متشابهة في التفسير ، بل عليه أن يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير النص الأجنبي، لأنه و إن اتحدت عبارات النصوص ، إلا إن كل نص عائد لنظام قانوني أخر مستقل عن النظام الأخر،ولكل نظام قانوني ظروفه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ومبادئه القانونية وطرق التفسير الخاصه به ، ومن ثمَّ يختلف مضمون كل نص من النصوص المتشابهة أي يختلف تفسير كل نص من النصوص المتشابهة ، وذلك لاختلاف الأنظمة القانونية التي تعود لها النصوص المتشابهة [١] .

أي إن على القاضي الوطني أن يرجع للنظام القانوني الأجنبي ، لمعرفة تفسير للنص الأجنبي المشابه للنص الوطني ، أي عليه أن يتبع الإسلوب الأجنبي في تفسير النص المشابه للنص الوطني، لإنه التفسير الذي يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الأسناد والتي أشارت بتطبيق قانون أجنبي .

وذهبت لذلك المحكمة الفدرالية السويسرية في ٢٦ايار عام ١٩٣٢ ، إذ عرض نزاع على القضاء السويسري يتعلق بإيقاع الطلاق بين زوجين فرنسيين، إستناداً للمادة ٢٣١ قانون مدني فرنسي المتعلقة (بالإهانه الفاحشة) ، وبالرغم من مشابهة نص المادة ٢٣١ قانون مدني فرنسي لنص المادة ١٣٨قانون مدني سويسري .

إلا أن المفسرين الفرنسيين توسعوا في تفسير المادة ٢٣١ قانون مدني فرنسي بصورة اكبر من المفسرين السويسريين للمادة ١٣٨ قانون مدني سويسري ، ونتيجة لذلك اعتمدت المحكمة الفدرالية السويسرية التفسير الفرنسي لنص المادة ٢٣١ قانون مدني فرنسي والمشابه لنص المادة ١٣٨ قانون مدني سويسري ، إذ ذهبت المحكمة الفدرالية السويسرية إلى إنه :

---

[١] -Yassen - op.cit-P.٥٨٠,٥٨١ .

(لا ينبغي للقاضي في سويسرا أن يفسر القانون الأجنبي كتفسيره للقانون الوطني حتى وإن تضمنت مصطلحات متشابهة، إذ ينبغي أن يكون ملزما بالتفسير الذي ا عتمده القضاء الأجنبي بخصوص القضية ذات الصلة)[١] .

وذهب لذلك القضاء الالماني عندما كان القانون البلجيكي هو القانون الواجب التطبيق، واتفق محاميا الطرفين على أن القانون البلجيكي يماثل القانون الفرنسي ولا ظير إن طبق القانون الفرنسي لمماثلته للقانون البلجيكي ، ولكن القاضي الالماني رجع لمعهد للقانون المقارن في المانيا للتاكد من القانون البلجيكي ، فوجد إن بلجيكا أصدرت قانوناً عدّل القانون المدني البلجيكيتعديلاً جوهريا بالنسبة للنزاع المعروض أمام القضاء الالماني[٢] .

وذهب لذلك أيضاً القضاء الفرنسي في قضية (وصية البلجيكي) ، (والتي ذكرناها في الفصل الأول).

إذ لحظنا بأن نص المادة ٩٧٠ قانون مدني بلجيكي مشابهة لنص المادة٩٧٠ قانون مدني فرنسي ، وبالرغم من ذلك فسر القضاء الفرنسي النص البلجيكي إستناداً للإسلوب التفسير البلجيكي لا الفرنسي ، فحكم القضاء الفرنسي بصحة الوصية برغم حصول خطأ في تاريخ الوصية ، لأنه القضاء البلجيكي في معرض تفسيره للمادة٩٧٠ قانون مدني بلجيكي لا يعدّ الخطأ في تاريخ الوصية يبطل الوصية ، بينما القضاء الفرنسي في معرض تفسيره للمادة ٩٧٠ قانون مدني فرنسي يعدّ الخطأ في تاريخ الوصية العرفية يبطل الوصية ، لذلك قرر القضاء الفرنسي صحة الوصية ولم يبطلها لإنه إتبع التفسير البلجيكي لا الفرنسي في تفسير نص المادة ٩٧٠ قانون مدني بلجيكي والمشابهة للمادة ٩٧٠ قانون مدني فرنسي .

وصفوة القول إنه يجب أن لاينخدع القاضي الوطني بتشابه النصوص ، بشكل يضفي التفسير الوطني على النص الأجنبي المشابه للنص الوطني ، بل عليه إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسير النص الأجنبي ، لأنه راجع لنظام قانوني أخر غير النظام القانوني الوطني ، ولأن ذلك يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد التي أشارت بتطبيق قانون أجنبي لا وطني، وذلك الحل يتحقق مصالح الخصوم، ومن ثمَّ يحقق العدالة والتعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة .

ولم يتعرض القضاء والتشريع العراقي والعربي لفرض تفسير النصوص المتشابهة بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني ، فإذا واجه القاضي العراقي أو العربي هكذا فرض، فيجب على القاضي العربي أو العراقي التقيد بالحلول الواردة ذكرها سابقاً إزاء هكذا فرض ،لأنها اسلم وافضل الحلول للأسباب الوارد ذكرها سابقاً أيضاً .

المطلب الثالث

تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقيات الدولية

قد يجد القاضي الوطني وهو في معرض حل نزاع مشوب بعنصر أجنبي ، بأن القانون الواجب التطبيق على النزاع ، ما هو نص معاهدة موحدة بين الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها بين دولة القاضي ، لأن المعاهدة مطبقة في كل من الدولتان .

فإذا أراد القاضي الوطني تفسير نص المعاهدة الموحدة ، فهل يفسره إستناداً للإسلوب الوطني على عدّإن النصوص موحدة ومتطابقة أم يرجع للنظام القانوني للدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها لأجل الأخذ بتفسيرها للنص الموحد ؟.

---

[١] -Yassen- op.cit-P.٥٨٢,٥٨٣

[٢] -Wolff – op.cit- ١٩٥٠ed- ٢١٨

قبل الولوج في ذلك الموضوع لا بد أن نحدد سلطة المحكمة الوطنية في تفسير المعاهدات الدولية، ثم بعد ذلك نجيب عن التساؤل الذي طرحناه سابقاً ، وعلى صعيد تحديد سلطة المحاكم الوطنية في تفسير المعاهدات الدولية توجد ثلاثة اتجاهات هي :

الاتجاه الأول :

ويذهب أنصار ذلك الاتجاه إلى إن المعاهدة الدولية لايترك تفسيرها للمحاكم الداخلية أو الوطنية لأن المعاهدة من صنع الاطراف الذين وضعوها ، ومن ثمَّ تفسير تلك المعاهدة إستناداً للإرادة المشتركة لاطراف المعاهدة والذين هم وضعوها ، ولا يجوز ترك تفسيرها للمحاكم الداخلية أو الوطنية ،هذا من جهة ومن جهة أخرى ، قد تسيء المحكمة الداخلية تفسير نص المعاهدة الدولية، والذي يعارض إرادة الدول المشتركة في المعاهدة الدولية ، وذلك يؤدي إلى احتجاج تلك الدول على ذلك التفسير ، أي إن تفسير أي معاهدة دولية يجب الرجوع فيه إلى حكومة الدولة ، والتي قد تراجع حكومات الدول الأخرى المتعاقدة في المعاهدة لأجل الوصول للتفسير الصحيح لنص المعاهدة الدولية[١] .

الاتجاه الثاني :

وذهب أنصار ذلك الاتجاه إلى إن تفسير المعاهدة الدولية من اختصاص المحاكم الوطنية او الداخلية[٢].

وذلك لأن الدولة المشتركة في المعاهدة الدولية بعد مصادقتها على المعاهدة الدولية فإن ، فإن المعاهدة الدولية تصبح جزءً من القانون الداخلي ، وتفسير القانون الداخلي من اختصاص المحاكم الداخلية[٣] .

فضلاً عن ذلك من المتعارف عليه إن تفسير القانون الواجب التطبيق من اختصاص المحاكم الداخلية ، فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو نص المعاهدة الدولية ، فإذن تفسير نص المعاهدة من ا ختصاص المحاكم الداخلية بعدّه القانون الواجب التطبيق والذي تفسيره من اختصاص المحاكم الداخلية [٤].

أي كتحصيل حاصل من ما أوردناه أنفاً فإن تفسير أي معاهدة دولية هو من اختصاص القضاء الوطني أو الداخلي .

الاتجاه الثالث:

ويوجد اتجاه وسط بين الاتجاهين اللذين ذكرناهما سابقاً ، وهو الاتجاه الراجح ومضمون هذا الاتجاه :

إذا كانت المعاهدة تتعلق بالقانون العام أو بالمصلحة العامة للدول الموقعة على المعاهدة الدولية ، فهنا عندما نريد تفسير هكذا معاهدة دولية ، يجب أن نرجع للإرادة المشتركة للدول المتعاقدة في المعاهدة ، أي يرجع بتفسير المعاهدة الدولية للحكومة والتي قد ترجع بدورها لحكومات الدول الأخرى المتعاقدة بالمعاهدة ، لأجل تفسير ذلك النص أما إذا كانت المعاهدة الدولية تتعلق بالقانون الخاص أو بالمصلحة الخاصة للأفراد ، فإن تفسير هكذا معاهدة من اختصاص

---

[١] حامد مصطفى – مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي – ج١ – ط٢- مجدده وموسعة –شركة الطبع والنشر الأهلية – (بغداد ،١٩٧٠) – ص٢٧ وحامد زكي – مصدر سابق - ص٤٧ و محمد عبد المنعم رياض بك - مصدر سابق – ص٣٩٠.

[٢] حامد زكي –مصدر سابق – ص٤٧،٤٨ وحامد مصطفى – مصدر سابق –ص٢٧ ومحمد عبد المنعم رياض بك – مصدر السابق –ص٢٨ .

[٣] حامد مصطفى – مصدر سابق – ص٢٨ .

[٤] محمد عبد المنعم رياض بك – مصدر سابق – ص٣٩٠ .

المحاكم الداخلية أو الوطنية ، لأن المعاهدة مرتبطة بالنظام القانوني الداخلي لارتباطه بمصالح الأفراد ، فسيكون تفسير هكذا معاهدة من اختصاص المحاكم الداخلية [١] .

فمثلا اتفاقية فينا للعلاقات والحصانات الدبلوماسية عام ١٩٦١ ، وميثاق عصبة الأُمم المتحدة عام ١٩١٩ وميثاق الأُمم المتحدة عام ١٩٤٥ [٢] .

معاهدات تتعلق بالقانون العام وتتعلق بالمصلحة العامة للدول المتعاقدة ، فتفسيرها يكون إستناداً للإرادة المشتركة للدول المتعاقدة .

ومثلا اتفاقية بروكسيل الخاصة بتوحيد بعض الأحكام الموضوعية الخاصة بالتصادم في البحري لعام ١٩١٠ ، واتفاقية القواعد الدولية لمنع التصادم في البحر عام ١٩٧٢ [٣].

معاهدات دولية تتعلق بالقانون الخاص وبالمصلحة الخاصة للافراد فتفسيرها يكون إستناداً للمحاكم الوطنية أو الداخلية .

وهذا الاتجاه تلافي تطرف الاتجاهين الأول والثاني وما قد ينجم عنهما من عيوب ، ووازن بين مصالح الدول وبين ومصالح الافراد من جهة اخرى ، لأنه إذا تعلقت المعاهدة بمصالح الدول نرجع لإرادة تلك الدول في تفسير المعاهدة ، أما إذا تعلقت المعاهدة بمصالح الأفراد فنرجع للمحاكم الداخلية في تفسير تلك المعاهدة ، ومن خلال ذلك نلحظ إن الأتجاه الثالث هو أفضل الحلول أو انسبها .

وذهبت إلى الأخذ بالاتجاه الثالث محكمة النقض الفرنسية ، ومحكمة النقض في روما، وذهب إليه الكثير من الشراح ، وهو متبع في إنكلترا وسويسرا وبلجيكا والمانيا ، وفي دول امريكا الشمالية ، وتذهب إليه المحاكم المختلطة في مصر [٤].

ومن ذلك نستخلص إن حق المحاكم الوطنية أو الداخلية في تفسير نصوص المعاهدات ، يقتصر على المعاهدات المتعلقة بمصالح الدول العامة ، أي إنه فرض تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية يقتصر على المعاهدات المتعلقة بمصالح الافراد الخاصة ، لأنها الحالة الوحيدة التي تستطيع فيها المحكمة الوطنية أن تفسر المعاهدة الدولية .

والآن نرجع للتساؤل الذي طرحناه في صدر المطلب وهو إذا تبين للقاضي الوطني إن القانون الأجنبي ما هو إلانص معاهدة موحدة بين دولة القاضي الوطني ودولة القانون الأجنبي ، فهل يفسره إستناداً للإسلوب الوطني أم إستناداً للإسلوب الأجنبي للدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها ؟.

لقد بينا سابقاً بأن للمحاكم الداخلية الحق بتفسير المعاهدات المتعلقة بمصالح الأفراد الخاصة ، ومن ثمَّ إزاء هكذا معاهدة عندما تفسر المحكمة الوطنية تلك المعاهدة فتفسرها إستناداً للاساليب التفسيرية الوطنية ، أي تضفي على نصوص المعاهدة الطابع الوطني ، وإذا كانت المعاهدة التي نحن بصددها مطبقة في اكثر من دولة فان قضاء كل دولة سيفسرها إستناداً للاساليب التفسيرية السائدة في دولته ونتيجة لذلك يختلف تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية بحسب الدولة المطبق فيها نص المعاهدة الموحدة .

وذهب لذلك الأستاذ الفرنسي (Batiffol) .

---

[١] حامد زكي – مصدر سابق – ص٤٧ وحامد مصطفى – مصدر سابق – ص٢٧ ومحمد عبد المنعم رياض –مصدر سابق – ص٣٩٠.

[٢] عبد الحسين القطيفي – القانون الدولي العام – ج١ – مطبعة العاني- (بغداد ،١٩٧٠) - ص١٦٨، ١٦٩ .

[٣] فراس كريم شيعان البيضاني – القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري (دراسة مقارنة) – رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعة بابل – (بابل ، ٢٠٠٠)– ص٦ .

[٤] محمد عبد المنعم رياض بك – مصدر سابق – ص٣٩١ .

إن تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية يتاثر بالدولة الأجنبية المطبقة فيها تلك المعاهدة بالرغم من وحدة النصوص ، لأن القاضي سواء أكان وطنيا أم أجنبي يتمتع بسلطة التفسير الواسع إزاء هكذا نصوص مطبقة في دولته[١] .

ومثال ذلك اتفاقية جنيف المتعلقة بالأوراق التجارية لعام١٩٣٠ والمطبقة في المانيا وفرنسا ، فبالرغم وحدة نصوص تلك المعاهدة والمطبقة في المانيا وفرنسا إلا إن تفسيرها يختلف بين فرنسا والمانيا ، إذ إنه أحد نصوص تلك المعاهدة قد أصبح المادة ٣ فقرة ٤ من قانون الكمبيالات والسندات الالماني ، وأصبح المادة ١٣٠ فقرة ٦ من القانون التجاري الفرنسي، فبالرغم من وحدة النصوص لانهما عائدين لمعاهدة جنيف ، إلا إنه القضاء الفرنسي يفسر تلك المادة بشكل يخالف تفسير القضاء الالماني لنفس المادة ، إذ إن مضمون تلك المادة إنه إذا لم يذكر الضامن الاحتياطي اسم الشخص الحاصل الضمان لحسابه فإنه يفترض إن الضمان حصل للساحب ، فالقضاء الفرنسي يفسر إن ذلك الافتراض غير قابل لإثبات العكس، بينما القضاء الألماني يفسر ذلك الافتراض بأنه قابل لإثبات العكس[٢] .

فإذن على القاضي الوطني أن يفسر النص الموحد إستناداً للإسلوب التفسيري في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها لا إستناداً للإسلوب التفسيري الوطني .

وذهب لذلك الأستاذ الفرنسي (Batiffol) .

من العبث تجاهل مسألة تأثر النص الموحد بمقتضى اتفاقية دولية بالنظام القانوني المطبق فيه ، إذ إن تجاهل ذلك التاثير يؤدي بنا لاستخلاص حكم من النص الموحد خلاف للحكم الذي نتوصل إليه فيما لو اتبعنا التفسير السائد في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها[٣] .

وذلك يتفق مع غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد والتي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، فبالنتيجة يجب الأخذ بالحلول القضائية المقررة في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد قانونها ، والذي هو النص الموحد بمقتضى الاتفاقية الدولية ، فضلاً عن إن تفسير نص المعاهدة إستناداً للأساليب التفسيرية الوطنية دون الأخذ بالأساليب التفسيرية الأجنبية ، يؤدي إلى الاضرار بمصالح الخصوم الذين توقعوا أن يطبق على نزاعهم قاعدة معينة نتيجة لتطبيق القانون الأجنبي , أي توقعوا أن يفسر نص المعاهدة إستناداً للإسلوب الأجنبي , فإذا أخذ القاضي الوطني بإسلوبه الوطني في تفسير النص الموحدة سوف يطبق على النزاع قاعدة قانونية غير التي توقعها الخصوم ومن ثمَّ يضر بمصالح الخصوم .

وفضلاً عن ذلك فإننا لو تفحصنا المسألة بصورة دقيقة لوجدنا إننا بصدد تطبيق قانون أجنبي لا نص معاهدة موحدة, ومن ثمَّ يجب إتباع الإسلوب الأجنبي في تفسيره[٤] . وذلك لأن المعاهدة الدولية بعد التصديق عليها ، تصبح جزء من التشريع الداخلي الوطني, بدليل إن نص معاهدة جنيف في المثال الذي أوردناه أنفاً أصبح المادة ١٣٠ الفقرة ٦

من القانون التجاري الفرنسي وأصبح المادة ٣١ الفقرة ٤ من قانون السندات والكمبيالات الالماني, أي إنه معاهدة جنيف أصبحت قانوناً داخلياً في المانيا وفرنسا, فبالنتيجة في مثالنا السابق فإن القاضي الفرنسي لا يطبق نص معاهدة دولية وإنما يطبق قانوناً المانياً ، أي إنه يطبق قانوناً أجنبياً, ومن المسلم به والذي بيناه في الفصل الأول ان القانون الأجنبي يجب أن يفسر إستناداً للإسلوب

---

[١] -Batiffol et Lagarde -op.cit–N٣٣٢ P٣٨٨

[٢] - Batiffol et Lagarde-op.cit – N٣٤٣ p ٤٠١

[٣] - Batiffol et Lagarde-op.cit – N٣٤٣ p ٤٠١

[٤] صلاح الدين المقدم – تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة – الدار الجامعية للطباعة (بيروت، بدون سنة طبع) - ص١٣٨ .

الأجنبي لا الأسلوب الوطني, أي يجب أن يفسر القاضي الوطني نص المعاهدة الموحد بإتباع الإسلوب الأجنبي لا الإسلوب الوطني .

وكنتيجة لما أوردنا أنفاً فإذا كان القاضي الوطني إزاء تطبيق قانون أجنبي والذي أصلُه نص معاهدة موحدة بين دولة القانون الأجنبي ودولة القاضي, يجب على القاضي الوطني أن يرجع للنظام القانوني الأجنبي لأجل معرفة تفسيره النص الموحد, لأنه يتفق مع غاية المشرع الوطني ولأنه يحقق مصالح الخصوم ولأنه القاضي الوطني بصدد تطبيق قانوناً أجنبياً لا نص معاهدة فتفسيره إستناداً للأسلوب الأجنبي .

ولم يتعرض القضاء والتشريع العربي والعراقي لفرض تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقيات الدولية, فنرى إنه على القاضي العربي أو العراقي التقيد بالحلول التي أوردناها أنفاً إزاء هكذا فرض, لأنها اسلم وافضل الحلول إزاء هكذا فرض كما بينا ذلك سابقاً أيضاً .

المبحث الثاني
الصعوبات التي مصدرها
النظام القانوني الأجنبي

قد يواجه القاضي الوطني وهو في معرض تفسيره للقانون الأجنبي , مجموعة مشاكل يثيرها النظام القانوني الأجنبي , والذي يعود له القانون الأجنبي الذي يريد القاضي الوطني أن يفسره .

لأنه قد لا يستقر القضاء الأجنبي حول تفسير معين للقانون الأجنبي،و قد يختلف القضاءين العادي والعالي الأجنبيين حول تفسير القانون الأجنبي, وقد يجد القاضي الوطني إن القضاء الأجنبي لم يعطِ تفسيراً للقانون الأجنبي , بل وقد تخلو مصادر القانون في دولة القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي .

وسنحاول في هذا المبحث أن نبين مضمون هذه الصعوبات, وما هي الحلول التي يجب على القاضي إتباعها إزاء هكذا فروض, لذلك ينقسم هذا المبحث لاربعة مطالب هي :

المطلب الأول : اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي .

المطلب الثاني:اختلاف القضاءين العادي والعالي الأجنبيين حول تفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثالث : خلو القضاء الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي .

المطلب الرابع : خلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي .

المطلب الأول
اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول
تفسير القانون الأجنبي

قد لا يستقر القضاء الأجنبي حول تفسير معين للقانون الأجنبي , كإن 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 به وحل الإشكال[١].

أي إن القاضي الوطني يجد نفسه أمام عدد من التفسيرات للقانون الأجنبي فأي من هذه التفسيرات يأخذ به أو ما الذي يجب أن يقوم به القاضي الوطني إزاء هكذا فرض .

[١] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٢٩٤.

ذهب الأستاذ العراقي (مصطفى كامل ياسين) .

بأنه على القاضي الوطني أن يختار أحد الأحكام المختلفة وبصورة خاصة الحكم الذي يعتقد القاضي الوطني إنه يرتبط بالمعنى الحقيقي للقانون الأجنبي ، وطبعا القاضي الوطني في ذلك كله يهتدي بالنظام القانوني الأجنبي [١] .

وذهب الأستاذ الفرنسي (Maury) والأستاذ الفرنسي(Batiffol) والأستاذ الفرنسي (Mayer) إلى إنه على القاضي الوطني أن يرجع للنظام القانوني الأجنبي وأن يقوم بتفسير القانون الأجنبي بنفسه[٢].

أي إنهم أرادوا أن يرجع القاضي للنظام القانوني الأجنبي وبظمنه الأحكام المختلفة, وأن يستخلص من ذلك النظام القانوني تفسيراً للقانون الأجنبي , والذي قد يكون أحد الأحكام المختلفة أو لا يكون أحدها ، و يكون دور القاضي الوطني هنا مشابه لدوره إزاء تفسيره لقانونه الوطني, ويتمتع القاضي الوطني بسلطة واسعة في تفسيره لذلك القانون الأجنبي وطبعا يتقيد القاضي بالنظام القانوني الأجنبي .

إذ قال الأستاذ (Batiffol).

إن دور القاضي في تفسيره للقانون الأجنبي (في هذا الغرض) ، مشابه لدوره في تفسير قانونه الوطني ، ولكن الفارق إن القاضي الأجنبي يتمتع بحرية كبيرة في تفسير قانونه ، فقد يغير أو يعدل في تفسير قانونه لكون ذلك اكثر ملائمة لواقع الحياة ، بينما القاضي الوطني لا يتمتع بذلك المقدار 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 ثمَّ لا يستطيع أن يبادر القاضي الوطني بإعطاء تفسير مغاير للتفسير المتبع في دولة القانون الأجنبي [٣] .

أي إن الأستاذ العراقي (مصطفى كامل ياسين) يقيد القاضي الوطني بالأحكام الأجنبية بأن يختار أحدها كتفسير للقانون الأجنبي , بينما الأستاذ الفرنسي (Maury) والأستاذ الفرنسي (Batiffol) والأستاذ الفرنسي (Mayer) لا يقيدون 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 .

ونحن نتفق مع ما يذهب إليه الأستاذ (مصطفى كامل ياسين) وذلك لما يأتي :

اولا - إن قضاة محاكم الموضوع في دولة القانون الأجنبي , هم اعلم بقانونهم وبنظامهم القانوني الأجنبي من القاضي الوطني ، ولا بد أن يكون أحد هذه الأحكام المختلفة هو الأقرب لمعنى القانون الأجنبي , هذا من جهة ومن جهة اخرى,فإن التفسير الذي يفضي إليه اقرب الأحكام لمعنى القانون الأجنبي ، لا يستطيع القاضي الوطني أن يتوصل لتفسير اقرب منه لمعنى القانون الأجنبي .

ثانيا- ستكون مهمة القاضي الوطني هنا أيسر, لأنه عليه أن يختار أحد الأحكام الأجنبية المختلفة الجاهزة مهتديا بالنظام القانوني الأجنبي وذلك ايسر على القاضي الوطني من الرجوع للنظام القانوني الأجنبي بأجمعه لاستخلاص تفسير للقانون الأجنبي ومن ثمَّ فان ذلك يؤدي بنا إلى التخفيف عن كاهل القاضي الوطني واختزال الوقت ، وتقليل النفقات .

---

١ -Batiffol et Lagarde-op.cit-n.٣٣٢p.٣٧٨, ٣٧٩

٢ -Yassen-op.cit–p ٥٨٢, ٥٨٣

٣ - Maury–op.cit-p٣٩٣ & Batiffol et Lagarde–op.cit-n.٣٣٢p.٣٨٧ & Mayer-op.cit-N١٩٢ p.١٢٨,١٢٩

ثالثا- إن في ذلك إعطاء سلطة واسعة للقاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي , ونحن نعلم إن القاضي الوطني لا يعلم بالقانون الأجنبي ، وهولا يدخر أي وسيلة لأجل التعرف على مضمون القانون الأجنبي , وذلك يبين لنا إن معرفة القاضي الأجنبي أكبر من معرفة القاضي الوطني للقانون الأجنبي , فضلاً عن إن القاضي الوطني بحكم تأثره بنظامه القانوني الوطني قد يؤدي به لا إراديا إلى أن يضفي بعض الصفات الوطنية على تفسير القانون الأجنبي ، ومن ثمَّ نحصل على تفسيرات خاطئة وبعيدة عن معنى القانون الأجنبي .

وصفوة القول إن على القاضي الوطني إزاء فرض اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي ، أن يرجح أحد هذه الأحكام المختلفة مهتديا بترجيحه لأحد هذه الأحكام بمعطيات النظام القانوني الأجنبي الذي يعود له القانون الأجنبي ، لأنه لا بد أن يكون أحد هذه الأحكام هو الأقرب لمعنى القانون الأجنبي، ونحن في ذلك كله نساير غاية المشرع الوطني ونحقق مصالح الخصوم والتعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة.

ولم يتعرض القضاء والتشريع العراقي والعربي لفرض اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي ، فإذا واجه القاضي العراقي أو العربي هكذا فرض ، فنرى أن يتقيد القاضي العراقي والعربي بالحلول الوارد ذكرها سابقاً إزاء هكذا فرض لأنها اسلم حلول لمواجهة هكذا فرض لما بيناه سابقاً أيضاً.

المطلب الثاني
اختلاف القضاءين الأجنبيين العالي والعادي
حول تفسير القانون الأجنبي

الأصل إن أحكام وتفسيرات المحكمة العليا ملزمة لجميع المحاكم ،سواء اكانت دولة المحكمة العليا تعدّ القضاء مصدراً للقانون أم لا (وقد اوضحنا ذلك في الفصل الأول) ، ومن ثمَّ 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 صادرة من محاكم دنيا في الدولة الأجنبية ، أي إن حكم المحكمة العليا يعدّسابقة منفردة تعرضت للنقد اللاذع ، أو إنه حكم قديم لا يتلاءم مع تطورات الحياة ، وسنناقش هاتين الحالتين تباعاً.

فقد تصدر المحكمة العليا في دولة القانون الأجنبي حكما يفسر القانون الأجنبي ، ولكن ذلك الحكم يعدّ سابقة منفردة ، فعلى القاضي الوطني إذن التقيد بها في تفسير القانون الأجنبي ، لأنه قضاة الموضوع في دولة القانون الأجنبي يلزمون انفسهم بها، وذلك هو الأصل ولكن قد تتعرض هذه السابقة للنقد اللاذع من قبل قضاة الموضوع (وهنا يحصل الاختلاف في التفسير)، لأنها لا تعبر عن الواقع القانوني في بلد القانون الأجنبي ، أي إن السابقة المنفردة لا تعبرعن التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، فإن ذلك يسوّغ للقاضي الوطني أن لايأخذ بتلك السابقة المنفردة ، وأن يتمسك بما يذهب إليه قضاة الموضوع لأنه يمثل التفسير الحقيقي والواقعي للقانون الأجنبي [١].

وذلك كله يوافق غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم العدالة .

وقد تصدر المحكمة العليا الأجنبية حكما لتفسير القانون الأجنبي ، ويكون صدور ذلك الحكم منذ فترة زمنية طويلة بشكل أصبح ذلك الحكم لا يلاءم تطور وتغير الحياة في جميع

---

[١] -Maury – op.cit – p.٣٩٣ & –Cyrille David-op.cit –p.٢٨٥

مجالاتها القانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، بحيث تقوم محاكم الموضوع بتفسير القانون الذي فسرته المحكمة العليا سابقاً بتفسير يتلائم مع تطور الحياة ، فلا حرج على القاضي الوطني أن يعزف عن إتباع حكم المحكمة العليا القديم وينزح نحو إتباع التفسير الذي اصدرته محاكم الموضوع[١] .

لأنه تـ فسير المحكمة العليا الأجنبية لا يعدَّ التفسير الواقعي أو الفعلي للقانون الأجنبي ، بل إنه تفسير محاكم الموضوع هو التفسير الحقيقي والفعلي والواقعي للقانون الأجنبي، والذي يجب أن يتبعه القاضي الوطني تنفيذاً لأمر مشرعة الوطني في قاعدة الأسناد ، ويحقق مصالح الخصوم والعدالة، والتعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة .

وفرض اختلاف القضاءين الأجنبي العالي والعادي حول تفسير القانون الأجنبي لم يتعرض له القضاء والتشريع العربي والعراقي، فإذا واجه القاضي العربي أو العرقي هكذا فرض، فنرى أن يتقيد كليهما بالحلول المذكورة أنفاً إزاء هكذا فرض ، لأنها اسلم وافضل الحلول لما بيناه سابقاً أيضاً.

---

١ -Cyrille David - op.cit-p.٢٨٠

المطلب الثالث

خلو القضاء الأجنبي من تفسير

للقانون الأجنبي

لا يسعف القضاء الأجنبي القاضي الوطني دائما بتفسيرات للقانون الأجنبي إذ قد يخلو القضاء الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي .

فهنا على القاضي الوطني أن يفسر القانون الأجنبي بنفسه وعليه أن يفسر القانون الأجنبي مستنداً على موقف القضاء الأجنبي إزاء هكذا فرض ، لكي يتوصل للحلول التي يتوصل إليها القاضي الأجنبي فيما لو رفع إليه النزاع إبتداءا[١] .

كإن يرجع القاضي الأجنبي في هذا الفرض إلى مصادر القانون الأخرى مثل العرف أو الفقه أو الدين أو غيرها من مصادر القانون في دولة القانون الأجنبي لأجل التوصل للتفسير الصحيح للقانون الأجنبي ، والقاضي الوطني في ذلك كله عليه أن يهتدي بالظروف القانونية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لبلد القانون الأجنبي ، وبقواعد التفسير المتبعة في دولة القانون الأجنبي[٢] .

والقول بخلاف ذلك يؤدي بنا إلى مسخ القانون الأجنبي وإعطائه مضموناً أخراً غير مضمونه الحقيقي وذلك يعارض غاية المشرع الوطني[٣] .

فان دور القاضي هنا مشابه لدوره في تفسير قانونه الوطني فقد يغير في تفسيره لأن ذلك اكثر ملاءمة لواقع الحياة ، بينما القاضي الوطني لا يتمتع بهذا المقدار من الحرية إذا كان بصدد تفسير قانون أجنبي ، لأنه عليه أن يتقيد بالنظام القانوني الأجنبي ، ولا يستطيع القاضي الوطني أن يعطي تفسيراً مغايراً لما هو سائد في النظام القانوني الأجنبي[٤] .

فمثلاً تذهب المادة ١ فقرة ٢من القانون المدني العراقي والمطابقة للمادة ٢ من القانون المدني المصري ، إلى إنه إذا لم يجد القاضي العراقي أو المصري ما يحكم به في النزاع فعليه أن يرجع للعرف أو الشريعة الاسلامية أو مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وتذهب المادة ١ فقرة أ وفقرة ب من القانون المدني الكويتي والتي تفضي إلى إنه على القاضي الكويتي* الرجوع إلى العرف أو أن يجتهد مهتديا بأحكام الفقه الاسلامي ، إذا لم يجد القاضي الكويتي ما يحكم به.

وتذهب المادة ١ من القانون المدني السويسري المتأثر بتعاليم (جيني) ، عند عدم وجود حكم للنزاع في التشريع أو العرف فعلى القاضي السويسري أن يحكم بالنزاع كما لوكان يقوم بدور المشرع عندما يضع قاعدة قانونية إبتداءاً لمواجهة حالة واقعية معينة[٥] .

فإذا عرض تطبيق القانون العراقي أو المصري أو الكويتي أو السويسري أمام القاضي الفرنسي ، ورجع القاضي الفرنسي للنظام القانوني في أي من تلك الدول ، لأجل التوصل لتفسيره ، ووجد إن القضاء في أي من تلك الدول يخلو من حكم أو تفسير لقانونه ، فعلى القاضي الفرنسي أن يتقيد بموقف القاضي في أي من تلك الدول إزاء حالة عدم وجود حكم أو تفسير لقانونه ، وأن يرجع للعرف أو الشريعة الاسلامية في العراق أو مصر أو الكويت ، ومبادئ العدالة أو القانون الطبيعي في العراق ومصر لأجل أن يتوصل القاضي الفرنسي للتفسير الذي يتوصل إليه القضاء العراقي أو

---

١ –Yassen -op .cit-p.٥٨٢

٢ –Yassen – op.cit-p.٥٧٤, ٥٧٥

٣ – Wolff -op.cit- ١٩٥٠ ed- p.٢١٥ & – Armin join - op.cit - p.٤٠٤

٤ –Batiffol et Lagarde-op.cit -N.٣٣٢ p. ٣٧٨ , ٣٨٨

* تذهب المادة ١ فقرة أ قانون مدني كويتي(تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها) فقرة ب (فان لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد عرف اجتهد القاضي رأيه مستهديا بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها) .

[١] هشام علي صادق –مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص ٤١٢ . و -Yassen-op.cit-P٥٨٣,٥٨٤

المصري أو الكويتي فيما لو رفع إليه النزاع إبتداءاً ، وأن يحكم بالنزاع أو يجتهد في إيجاد حكم للنزاع مهتديا بالظروف القانونية والاجتماعية والاقتصادية في سويسرا ، ليتوصل القاضي الفرنسي للتفسير الذي يتوصل إليه القاضي السويسري فيما لو عرض عليه النزاع إبتداءاً .

لان ذلك كله يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد والتي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، فيجب التقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء هكذا فرض للتوصل للحلول التي يتوصل إليها القاضي الأجنبي فيما لو عرض عليه النزاع إبتداءاً ، وذلك يتفق أيضاً مع مصالح الخصوم ويحقق العدالة والتعاون بين الدول في مجال القانون الدولي الخاص.

وبما إنه لم يتعرض القضاء أو التشريع العراقي والعربي لهكذا فرض ، فإذا واجه القاضي العربي أو العراقي هكذا فرض فنرى أن يتقيد القاضي العراقي أو العربي بالحلول الوارد ذكرها سابقاً إزاء هكذا فرض ، لأنها افضل واسلم الحلول إزاء هكذا فرض كما بينا ذلك سابقاً أيضاً.

المطلب الرابع
خلو جميع مصادر القانون في النظام القانوني
الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي

قد تخلو جميع مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي ،أي عندما يرجع القاضي الوطني إلى جميع مصادر القانون في النظام القانوني الأجنبي من تشريع أو عرف أو دين أو قضاء أو مبادئ العدالة وغيرها من مصادر القانون الأجنبي ، لا تسعفه بتفسير للقانون الأجنبي الذي يريد تطبيق على النزاع المعروض أمامه.

فهنا على القاضي أن يتقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء هكذا فرض ، والذي قد يرجع للاعمال التحضيرية للقانون الأجنبي ، أو إلى الحكمة من وراء تشريع القانون الأجنبي ، أو إلى المبادئ العليا والظروف الواقعية في النظام القانوني الأجنبي ، أو إلى المصدر التاريخي للقانون الأجنبي ، فعلى القاضي الوطني التقيد بذلك ليتوصل للتفسير الذي يتوصل إليه القاضي الأجنبي فيما لو رفع إليه النزاع إبتداءاً ، والذي يوصلنا إلى التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي، لذلك ينقسم ذلك المطلب لأربعة فروع هي :

الفرع الأول : الاعمال التحضيرية للقانون الأجنبي.
الفرع الثاني : حكمة تشريع القانون الأجنبي.
الفرع الثالث : المبادئ العليا والظروف الواقعية للنظام القانوني الأجنبي.
الفرع الرابع : المصدر التاريخي للقانون الأجنبي.

الفرع الأول
الاعمال التحضيرية للقانون الأجنبي

إن الاعمال التحضيرية تتضمن المذكرة التفسيرية والايضاحية للقانون الأجنبي، فالمذكرة الايضاحية ما هي الا تعليق على مشروع القانون توضح معناه والحكمة المقصودة منه والظروف التي احاطت به منذ التفكير فيه إلى حين صدور[١] .

أي إن المذكرة الايضاحية سابقة على صدور القانون أي تنصب علىمشروع القانون ، بينما المذكرة التفسيرية تعاصر صدور القانون أي تنصب على القانون ، فالاعمال التحضيرية تساهم بدور كبير في بيان الغرض من التشريع وجميع الافكار التي احاطت به منذ التفكير به إلى حين خروجه إلى حيز الوجود[٢].

وذلك كله يسعف القاضي الوطني في التوصل للتفسير الصحيح للقانون الأجنبي والذي تخلو منه مصادر القانون الأجنبي.

ويجب الحذر عند الرجوع للاعمال التحضيرية لأنها تنطوي على أراء شخصية خاصة بالقائلين بها ، والتي تثار اثناء مناقشتهم لمشروع القانون أو في المراحل اللاحقة ، وهذه الأراء قد تكون صحيحة أو غير صحيحة لا تتلاءم مع معنى النص[٣].

---

[١] محمد شريف احمد – نظرية تفسير النصوص القانونية المدنية – مطبعة وزارة الاوقاف والشؤون الدينية – (بغداد، ١٩٨٢) – ص٢٨٥ .
[٢] توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر – مصدر سابق – ص١٨٧
[٣] محمد شريف احمد – مصدر سابق – ص٢٨٥ .

ومن ثمَّ يجب على القاضي الوطني أن يحذر عند تعامله مع الاعمال التحضيرية للقانون الأجنبي ، فعليه أن يأخذ منها ما يتفق وطبيعة النظام القانوني الأجنبي وما هو سائد في ذلك النظام الأجنبي ، وأن لا يأخذ بكل ما يتعارض مع طبيعته [١].

وعلى القاضي الوطني أن لا يرجع للاعمال التحضيرية إذا كان يفسر قانوناً انكليزياً أو أي قانون أخر لا يجيز لقاضيه أن يرجع للاعمال التحضيرية لأجل تفسير القانون، وأن يرجع للاعمال التحضيرية إذا كان يفسر قانوناً فرنسياً أو أي قانون أخر يجيز لقاضيه أن يرجع للاعمال التحضيرية لأجل تفسير القانون .

لأنه على القاضي الوطني التقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء قانونه ، ليتوصل لتفسيرات حقيقية وفعلية للقانون الأجنبي ، و ذلك كله يوافق غاية المشرع الوطني، ويؤدي بنا إلى حلول موافقة لما توقعه الخصوم أن يطبق على نزاعهم.

ومن ثمَّ فالاعمال التحضيرية لها دور كبير في مساعدة القاضي الوطني في التوصل لتفسير القانون الأجنبي والذي سكتت عنه مصادر القانون الأجنبي ، وعليه التقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء هذه الاعمال التحضيرية ، فإذا أباح الرجوع إليها فيستطيع القاضي الوطني أن يرجع إليها ، أما إذا لم يجيز الرجوع إليها فلا يستطيع الرجوع إليها ، لأن ذلك سياتي بحلول مخالفة لما يفضي إليه النظام القانوني الأجنبي ، وذلك يعارض غاية المشرع الوطني، فهنا على القاضي الوطني أن يرجع لما سنورده لاحقا من حكمة تشريع ومصدر تاريخي ومبادئ عليا وظروف واقعية للقانون الأجنبي لأجل التوصل لتفسيرات حقيقية وفعلية للقانون الأجنبي .

الفرع الثاني

حكمة تشريع القانون الأجنبي

هي الغرض أو الغاية أو الهدف الذي يروم المشرع الوصول إليه من وراء تشريع القانون*، فلكل قانون غاية معينة أراد المشرع تحقيقها من خلال تشريع ذلك القانون ، ومن ثمَّ فمعنى القانون ينضبط ويتحدد إستناداً لتلك الغاية[٢].

فمثلا الغاية من النص الذي يُلزم الغاصب برد ما غصبه ، هي الحفاظ على اموال الناس، وغاية النص الذي يعاقب القاتل على ارتكاب جريمة القتل غايته الحفاظ على ارواح الناس.

فإستعانة القاضي الوطني بحكمة تشريع القانون الأجنبي ستسعفه بشكل كبير في التوصل للتفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، والذي تخلو منه مصادر القانون الأجنبي في دولة القانون الأجنبي ، وذلك كله يوافق غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم والتعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة .

الفرع الثالث

المبادئ العليا والظروف الواقعية

للنظام القانوني الأجنبي

لكل نظام قانوني مجموعة من المبادئ العليا والتي يقوم عليها ذلك النظام القانوني ، أي سواء أكانت مبادئ النظام اشتراكية لأن البلد اشتراكيا ، أم مبادئ النظام رأسمالية لأن البلد

---

[١] -Yassen-op.cit – p.٥٧٦

* ويقيد المشرع العراقي القاضي العراقي بضرورة الأخذ بحكمة تشريع القانون لأجل تفسيره في المادة ٣ قانون إثبات عراقي.

[٢] توفيق حسن ، محمد يحيى – مصدر سابق – ص١٨٨ و عبد الحي حجازي – المدخل لدراسة العلوم القانونية- ج١ – مطبوعات جامعة الكويت – (الكويت ، ١٩٧٢) – ص٥٢١ و عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص٧٨ .

رأسمالي ، أم كانت مبادئه إسلامية لأنه البلد إسلامي ، ومن ثمَّ تتأثر جميع تشريعات أي نظام قانوني بالمبادئ العليا التي يقوم عليها [١].

فتلك المبادئ العليا ستسعف القاضي الوطني في التوصل لتفسير القانون الأجنبي والذي تخلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير له[٢].

فضلاً عن إن الظروف الواقعية لأي نظام قانوني مثل التقاليد والاعراف والقيم والاداب والاخلاق لذلك النظام القانوني ستسعف القاضي في تفسير القانون [٣].

ولا شك بأنه هذه الظروف الواقعية في النظام القانوني الأجنبي تساعد القاضي الوطني في التوصل لتفسير صحيح ومناسب للقانون الأجنبي [٤].

إذ إن المبادئ العليا مجتمعة مع الظروف الواقعية ستساعد القاضي في مواجهة مشكلة خلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي ، والقاضي الوطني في ذلك كله يحقق غاية المشرع الوطني ومصالح الخصوم وتحقيق العدالة.

الفرع الرابع

المصدر التاريخي للقانون الأجنبي

ويقصد به المصدر الذي يستقي منه القانون قواعده القانونية ، فمثلا القانون الروماني هو المصدر التاريخي لغالبية قواعد القانون الفرنسي والشريعة الاسلامية التي تعتبر المصدر التاريخي لمجلة الأحكام العدلية[٥].

ومجلة الأحكام العدلية كانت تمثل القانون المدني في العديد من الدول العربية في ظل الدولة العثمانية[٦].

والقانون السويسري الذي يعدّ المصدر التاريخي لقانون الاحوال الشخصية التركي[٧].

والقانون المدني الفرنسي الذي يعدّ المصدر التاريخي للقانون المدني المصري[٨].

فالمصدر التاريخي خير معين للقاضي الوطني في تفسير القانون الأجنبي ، لأنه المصدر الذي تنبع منه قواعد القانون الذي نريد تفسيره[٩].

ودون شك فإن المصدر التاريخي للقانون الأجنبي سيكون خير معين للقاضي الوطني في التوصل لتفسير القانون الأجنبي والذي سكتت عنه مصادر القانون الأجنبي ، لأن المصدر التاريخي هو منبع قواعد القانون الأجنبي ،فلا بد أن تسعف القاضي الوطني بتفسير حقيقي وفعلي للقانون الأجنبي والذي يوافق غاية المشرع الوطني.

استنتاج للمطلب الرابع

---

[٢] محمد صالح القويزي – بحثه – ص٥٣٢
-Yassen-op.cit- p.٥٧٥
[٣]

[١] محمد صالح القويزي – بحثه – ص٥٣٢
- Yassen -op.cit- p.٥٧٥
[٢]

[٥] توفيق حسن، محمد يحيى – مصدر سابق – ص١٨٧ و محمد شريف احمد – مصدر سابق – ص٢٩٥ و عبد القادر الفار – مصدر سابق – ص٧٨ وفريد فتيان – مصدر سابق – ص١٦ .
[٦] ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش – القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن- مصدر سابق – ص٢١٦.
[٧] ممدوح عبد الكريم حافظ- القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – مصدر سابق- ص٣٣٤ .
[٨] نعيم حسن سلمان – مصدر سابق – ص١١٩ ، ١٢٠ .
[٩] توفيق حسن ، محمد يحيى – مصدر سابق – ص١٨٧ و نعيم حسن سلمان – مصدر سابق – ص١١٩ .

عندما يرجع القاضي الوطني للنظام القانوني الأجنبي لأجل التوصل إلى تفسير للقانون الأجنبي ، فإذا صادف إن مصادر القانون الأجنبي خالية من تفسير للقانون الأجنبي.

على القاضي الوطني أن يستعين بالاعمال التحضيرية للقانون الأجنبي وحكمة تشريعه ومصدره التاريخي والمبادئ العليا والظروف الواقعية للنظام القانوني الأجنبي ، فمن دون أدنى شك لا بد أن تسعفه جميع هذه الوسائل بتفسير يمثل ما هو سائد في دولة القانون الأجنبي ، أي تساعدنا للتوصل للتفسير الفعلي والواقعي ، والذي يتماشى مع غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم .

وعلى صعيد الاعمال التحضيرية يجب أن يتقيد القاضي الوطني بموقف القاضي الأجنبي منها أي هل يسمح بالرجوع إليها بالتفسير أم لا، فإذا كان القاضي الأجنبي يسمح بالرجوع اليها لتفسير القانون الأجنبي فيستطيع القاضي الوطني الرجوع اليها فضلاً عن الوسائل الأخرى لأجل التوصل للتفسير الفعلي والواقعي ، أما إذا كان القاضي الأجنبي لا يسمح بالرجوع للاعمال التحضيرية ، فعلى القاضي الوطني هنا أن لا يرجع إليها فقط ، وأن يرجع لحكمة تشريع القانون الأجنبي ومصدره التاريخي والمبادئ العليا والظروف الواقعية القانوني الأجنبي ، ولا بُدَّ أن تسعفه هذه الوسائل الثلاث بالوصول لتفسير فعلي وحقيقي للقانون الأجنبي.

وبذلك نستطيع التغلب على صعوبة خلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي ، ونتوصل لتفسير حقيقي وفعلي ويلاءم طبيعة النظام القانوني الأجنبي ، وذلك كله يتفق مع غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم و العدالة.

المبحث الثالث
إستحالة التوصل إلى تفسير القانون الأجنبي

إن غاية المشرع الوطني المودعة في قاعدة الإسناد هي حل النزاع وتحقيق العدالة، ويتحقق ذلك من خلال تطبيق حكم القانون الأجنبي على النزاع ، ولابد للقاضي الوطني أن يرجع للنظام القانوني الأجنبي لأجل التوصل إلى تفسير القانون الأجنبي ، والذي من دونه لانستطيع التوصل لحكم القانون الأجنبي وتطبيقه على النزاع ، ومن ثمَّ لا نستطيع أن نحل النزاع من دون تفسير القانون الأجنبي ، ومن كل ذلك يتبين لنا بأن تفسير القانون الأجنبي يمثل المضمون الحقيقي للقانون الأجنبي ، لأننا من دون تفسير القانون الأجنبي لانستطيع أن نحل النزاع أو أن نحقق غاية المشرع الوطني أو مصالح الخصوم أو العدالة .

وقد يجد القاضي الوطني خلال رجوعه للنظام القانوني الأجنبي لأجل الحصول على تفسير القانون الأجنبي ، أن مصادر القانون الأجنبي خالية من تفسير للقانون الأجنبي ، وحتى الوسائل التي ذكرناها في المبحث الثاني والتي تسعف القاضي بتفسير القانون الأجنبي عند خلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي خالية من تفسير للقانون الأجنبي .

أي إننا نكون أمام فرض إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي(والذي يمثل المضمون الحقيقي للقانون الأجنبي) ، على صعيد حل هذه الصعوبة وضع الفقه العديد من النظريات ، فذهب البعض إلى الأخذ بنظرية رفض الطلب ، وذهب البعض إلى الأخذ بنظرية المبادئ العامة للقانون ، وذهب البعض الأخر إلى الأخذ بنظرية قانون القاضي ،وأخيراً ذهب البعض إلى الأخذ بنظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي .

وسنبين خلال هذا المبحث مضمون هذه النظريات ، وسنحاول أن نبين النظرية الراجحة من هذه النظريات ، لذلك ينقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب هي :

المطلب الأول : نظرية رفض الطلب.
المطلب الثاني : نظرية المبادئ العامة للقانون.
المطلب الثالث : نظرية قانون القاضي.
المطلب الرابع : نظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي.

المطلب الأول
نظرية رفض الطلب

وحجر الاساس في هذه النظرية إنه عند إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي فعلى القاضي الوطني أن يرفض الطلب ، لأنه عند إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي فلا نستطيع إذن أن نتوصل لحكم القانون الأجنبي ، ومن ثمَّ لا نستطيع أن نحل النزاع ، فإذن الدعوى مبنية على تفسير القانون الأجنبي وجوداً أو عدماً، فعلى القاضي الوطني أن يرفض الطلب عند إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي .

وذهب لذلك القضاء الفرنسي فإذا كان تطبيق القانون الأجنبي لا يستند إلى معاهدة دولية ولا يرتبط بالنظام العام الفرنسي ، فهنا على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي ولايثير القاضي الفرنسي تطبيقه تلقائيا ، أي إن عبء إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق الخصوم[١].

وعند عجز الخصم عن إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، فإذا كان عجز الخصم راجع لصعوبات حقيقية منعته من التوصل لإثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، أي إن الخصم حسن النية أي غير متعمد في عدم إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، فهنا يطبق القاضي الفرنسي القانون الفرنسي أو تفسيره ، أما إذا كان عجز الخصم راجع لتكاسله أي إنه سيء النية أي متعمد في عدم إثبات القانون الأجنبي ، فهنا على القاضي الفرنسي أن يرفض الطلب و يرد الدعوى*، وذلك منعاً لتحايل الخصم المتكاسل عن الإثبات ، اذ إن ذلك الخصم قد يتعمد عدم الإثبات لأجل أن يقوم القاضي الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي أو تفسيره ،والذي يحقق له مصالح أكثر من المصالح التي يحققها له تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره[٢].

---

١ - Mayer –op.cit - N.١٨٥ P.١٢٥

* ويذهب لذلك النظام القانوني اللبناني إذ يجوز للقاضي اللبناني إستناداً للمادة ٥٠٤ قانون اصول محاكمات مدنية لبناني ،عند تكاسل الخصوم عن إثبات مضمون القانون الأجنبي أن توقف الدعوى لمدة معينة تطلب خلالها من الشخص إثبات مضمون القانون الأجنبي ، وإذا لم يثبته يجوز للمحكمة أن ترفض الطلب وترد الدعوى . عكاشة محمد – مصدر سابق – ٣٠٧ وذهب لذلك القضاء اللبناني في قضية تتعلق بتطبيق قانون انكليزي عرضت على محكمة بداءة بيروت في ١٢ شباط ١٩٧٥ .عكاشة محمد – مصدر سابق - هامش ٢ ص٢٧٤ .

٢ - Mayer –op.cit – N١٨١ . P.١٢٣

وأيد ذلك (M.J.-B.Donnier)

والذي يذهب إلى إنه في حالة وقوع إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره على عاتق الخصم ، وتكاسل الخصم عن الإثبات فمن غير المجدي أن نُلزِم القاضي بالبحث أو إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ،لأن المدعي الذي لا يمكنه تقديم الإثبات من تلقاء نفسه ، فإن القاضي بدوره يرد دعوته ببساطة شديدة ، بالرغم من إن ذلك الحل سيكون قاسيا على المدعي الذي لا ينشط في البحث عن القانون الأجنبي أو تفسيره[١].

وذهب لذلك جانب من الفقه الإيطالي إذ ذهب إليه.

(Quadri , Morelli , De Nova)

إذ يرى الأستاذ (Quadri) :

إن رفض الطلب هو الحل الصحيح وإنه أفضل من تطبيق أي قانون أخر أو تفسيره، لأنه ذلك يعارض غاية المشرع الوطني المودعة في قاعدة الإسناد والتي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي لا قانون أخر ،هذا من جهة ومن جهة أخرى ، إن ذلك الحل لايؤدي لأنكار العدالة لأنه لا توجد قاعدة قانونية أو حكم قضائي يمكن أن نطبقه على النزاع ، بحيث نقول بوجود إنكار للعدالة عند رفض الطلب[٢].

وذهب الأستاذ الفرنسي (Arminjon) إلى إنه في فرض الإستحالة بأنه على القاضي الوطني التقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء فرض الإستحالة ، فإذا كان القاضي الأجنبي يرفض الطلب فإنه على القاضي الوطني أن يرفض الطلب ، لأنه ذلك يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد والتي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، فيجب التقيد بالحلول السائدة والمعمول بها في دولة القانون الأجنبي ومنهما رفض الطلب[٣].

وذهب لذلك القضاء الأمريكي في قضية (Walton) .

وهي قضية عرضت على محكمة نيويورك عام ١٩٥٤، إذ فحوى القضية إن مواطناً امريكياً يدعى (Walton)كان قد أُصيب أثر حادث تصادم وقع بين سيارته وأحدى سيارات شركة (أرامكو) الامريكية ، ووقع الحادث في (الظهران) في (السعودية) ولم يتمسك أحد من الخصوم بتطبيق القانون السعودي (أي القانون الأجنبي) ، بعدّه قانون محل وقوع الفعل الضار، ولكن القاضي(Bricks) أثار من تلقاء نفسه تطبيق القانون السعودي وطلب من السيد (Walton) إثبات القانون السعودي وتفسيره ، لأن المدعي في الدعوى لم يبذل الجهد المناسب للتوصل للقانون السعودي و تفسيره ، وهنا رفضت محكمة نيويورك الطلب وردت الدعوى وتأيد الحكم إستئنافيا[٤].

والظاهر إن القضاء الأمريكي ذهب لذلك الحكم لإيمانه بإن القانون الأجنبي واقعة، وإستناداً لقانون المرافعات المدنية إذا عجز الخصم عن إثبات الوقائع المؤيدة لإدعائه فإن القاضي يرفض الطلب ويرد الدعوى ، وبما إن القضاء الامريكي يعدّ القانون الأجنبي و تفسيره من الوقائع فإذا لم يثبتها الخصوم فهنا يرفض القاضي الطلب ويرد الدعوى[٥].

---

١ - Mayer–op.cit – N١٨٥ . P.١٢٤

٢ عز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – ط٦ – ١٩٦٩ – هامش ٣ ص٥٧٦،٥٧٧.

٣ - Arminjon –op.cit - P.٣٩٢ & -Yassen –op.cit – . P.٥٨٧

-Cyrille David–op.cit-N.١٢١P.٩٧ etc

٥ هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٢١ .

وذهب لذلك جانب من الفقه الالماني أي في فرض إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، فعلى القاضي الالماني أن يرفض الطلب سواءً أكان موقف القاضي الأجنبي أم لا، أما موقف القضاء الالماني فقد ذهبت لذلك أحكام قليلة في القضاء الالماني[١].

وبعد استعراض مضمون تلك النظرية والحجج التي قيلت في معرض تدعيمها إلا إننا لا نستطيع أن نسلم بها وذلك لما يأتي :

أولاً- إن التسليم بهذه النظرية يؤدي بنا إلى إنكار العدالة لأنه القاضي الوطني مُلزم بالفصل بالنزاع وإلا فإنه يُ عدّممتنعاً عن إحقاق الحق ومنكراً للعدالة .

وذلك ما ذهبت إليه المادة ٤ من القانون المدني الفرنسي[٢] .

وذلك ما ذهبت إليه المادة ٣٠ من قانون المرافعات العراقية والتي تُلزم القاضي العراقي بالفصل بالنزاع وإلا فإنه يُعدّ ممتنعا عن إحقاق الحق ومنكراً للعدالة.

ثانياً- وبغض النظر عن ما أوردنا في الانتقاد الأول .

فإن التسليم بهذه النظرية سيؤدي بنا لإهدار حق المضرور ، إذ إن المضرور (المدعي) في قضية (Walton) أُ هدِرَ حقه في هذه الدعوى بالتعويض من شركة (أرامكو) المتسببة بالضرر إليه ، بالرغم من فخامة الموارد المالية لشركة (أرامكو) المخطئة ، لذلك فقد عارض الفقه الأمريكي موقف القضاء الأمريكي بشدة لرفضه الطلب في قضية (Walton)،إذ ليس من العدل إهدار حق المضرور إلا لأنه عجز عن إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره[٣].

ثالثاً - أما ما ذهب إليه البعض من إن نظرية رفض الطلب توافق غاية المشرع الوطني، والتي أشارت بتطبيق تفسير القانون الأجنبي لا تفسير قانون أخر.

ولكن غاية المشرع الوطني من وراء قاعدة الإسناد هو حل النزاع على الوجه الذي يحقق العدالة[٤].

فإذا سلمنا بنظرية رفض الطلب فإن ذلك يؤدي إلى عدم حل النزاع ، ومن ثمَّ عدم تحقيق العدالة و مخالفة غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد ، هذا من جهة ومن جهة اخرى، فإننا إذا هجرنا نظرية رفض الطلب وأخذنا بإحدى النظريات الأخرى (التي سنوردها لاحقا) ، والتي قيلت في معرض معالجة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، مثل الأخذ بنظرية تفسير قانون القاضي ، أو نظرية تفسير القانون الأقرب للقانون الأجنبي وغيرها من النظريات ، وقد يؤدي بنا إلى التوصل لتفسير يقارب طبيعة القانون الأجنبي ، وحل النزاع بصورة تتلاءم مع النزاع وذلك يحقق العدالة و يوافق غاية المشرع الوطني.

ومن كل ما أوردناه أنفاً نستنتج إننا لا نستطيع أن نساير الذين ذهبوا إلى تلك النظرية لأنها تتعارض مع مقتضيات العدالة والرحمة والانسانية ، ولأن ذلك يؤدي بنا إلى معارضة غاية المشرع الوطني من وراء قاعدة الإسناد ، ومخالفة أمر المشرع الوطني الوارد في القاعدة الموضوعية والذي يأمر القاضي الوطني بالفصل بالنزاع وإلا عُ دَّمُنكراً للعدالة ، لذلك فمن

---

١ -Cyrille David-op.cit-p.٩٧-٩٨

٢ -Batiffol et La garde-op.cit-N٣٣٠ P.٣٨٥

٣ -Wollf–op.cit-١٩٥٠ ed – P.٢٢٢, ٢٢٣

٤ -Arminjon-op.cit-N٢٠٧ P.٣٩١ .

الأفضل الأعراض عن تلك النظرية والنزوح نحو أحد النظريات الأخرى(التي سنوردها لاحقا)، والتي قيلت في معرض معالجة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

المطلب الثاني
نظرية المبادئ العامة للقانون

ومضمون هذه النظرية إنه عند إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي فعلى القاضي الوطني أن يرجع للمبادئ العامة للقانون ويبحث فيها عن تفسير للقانون الأجنبي .

وعرفت المبادئ العامة للقانون بتعريفات عديدة منها.

عرفها (تونكين) :

بأنها المبادئ المستنبطة من الأنظمة القانونية الوطنية والقانون الدولي[١].

وعرفها (جنج) :

بإنها المبادئ المستنبطة من جميع الانظمة القانونية في العالم[٢].

وذهب (فردروس) إلى انه مبادئ القانون العامة :

ماهي الا تعبير عن قواعد القانون الطبيعي* التي تحولت إلى قواعد قانونية وضعية معمول بها في الانظمة القانونية الوطنية للدول[٣] .

والشريعة الاسلامية تعدّ مصدراً لا ينضب لتلك المبادئ العامة ، والتي تطبق على مختلف العلاقات والمعاملات بين الأشخاص والتي يحصل عليها المجتهدون من الأحكام الشرعية الواردة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة[٤].

وكذلك تعدّالشريعة المسيحية مصدراً لمباديء القانون العامة[٥].

لأنها تتضمن مجموعة من الأحكام التي يمكن أن تكون مصدراً لمبادئ القانون العامة.

ومن تلك المبادئ (مبدأ عدم جواز إساءة استعمال الحق) و (مبدأ احترام الحقوق المكتسبة) و (مبدأ احترام حجية الأمر المقضي به) و (مبدأ حسن النية)[٦].

و (ومبدأ الوفاء بالعهد المقطوع) و (مبدأ اللجوء للتنفيذ النقدي عند إستحالة التعويض العيني)[٧].

وتلك المبادئ غير محدودة لأنه مصادرها غير محدودة ، فقد يكون مصدرها أحد فروع القانون العام أم الخاص أو أحد الشرائع السماوية أو القانون الطبيعي ، ويجوز اقتباس المبدأ القانوني من أي مصدر من مصادر مبادئ القانون العامة (المشار إليها أنفاً) ، بشرط أن لا يتعارض المبدأ المقتبس مع الفرع القانوني المنقول إليه ذلك المبدأ المقتبس ، ويجب أن يكون المبدأ القانوني متعارفاً على التعامل به بين غالبية دول العالم ، فليس من العدالة أن نُلزِم غالبية الدول في العالم على التقيد بمبدأ قانوني عام لا تعمل به إلا أقلية من الدول[٨].

---

[١] حكمت شبر- القانون الدولي العام – الجزء الأول – مطبعة دار السلام – (بغداد ، ١٩٧٥)- ص٨٦ .

[٢] حكمت شبر – مصدر سابق – ص٨٨ .

* القانون الطبيعي : هو مجموعة القوانين العليا والعامة ، والتي يجب أن يخضع لها كل الدول والشعوب ، لانها اسبق في وجودها على القوانين الوضعية ، والتي يفضي اليها العقل السليم وتقتضيها العدالة ويستلزمها وجود المجتمع الانساني.حسن الجلبي – القانون الدولي العام – الجزء الأول – مطبعة شفيق – (بغداد ،١٩٦٤) – ص٣٩.

[٣] حكمت شبر – مصدر سابق – ص٨٤ .

[٤] عبد الحسين القطيفي – مصدر سابق – هامش ٣٢ ص١٧٢ .

[٥] ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن – مصدر سابق – ص٢٢٨ .

[٦] عبد الحسين القطيفي – مصدر سابق – ص١٧٥، ١٧٦

[٧] ممدوح عبد الكريم حافظ – مصدر سابق – ص٢٢٨

[٨] حسن الجلبي – مصدر سابق – ص٥٩ .

ومما أوردنا أنفاً نستطيع أن تعرف مبادئ القانون العامة بأنها (المبادئ القانونية السائدة والمعمول بها في غالبية دول العالم ، سواء أكان مصدرها أحد فروع القانون العام أم الخاص أم مصدرها أحد الشرائع السماوية أو القانون الطبيعي ، والتي يفضي إليها العقل السليم ومقتضيات العدالة ووجود المجتمع الإنساني).

ونصت على تلك المبادئ المادة ٣٨ فقرة (١-ج) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية ، إذ نصت تلك المادة على ضرورة إتباع مبادئ القانون العامة السائدة في الأمم المتمدنة تفاديا لإنكار العدالة في حالة نقص الأحكام أو القواعد القانونية[١].

ومن ثمَّ فاستناداً لتلك النظرية إذا استحال على القاضي الوطني التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، فعليه أن يرجع لمصادر المبادئ العامة للقانون الأجنبي ، سواء أكان أحد فروع القانون العام أم الخاص أو أحد الشرائع السماوية أو القانون الطبيعي ليبحث فيها عن تفسير للقانون الأجنبي ، فلا بد أن تُسعِفُه مبادئ القانون العامة بتفسير للقانون الأجنبي ، ويكون مقارباً للقانون الأجنبي ولطبيعة النظام القانوني الذي يعود له وملائماً لحل النزاع ، وذلك يوافق غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم والعدالة .

وبالرغم من إن الظاهر من هذه النظرية إنها تُسعِف القاضي الوطني بكم هائل من المبادئ القانونية العامة ، والتي تعينه في التوصل لتفسير أي قانون أجنبي يستحيل عليه التوصل لتفسيره من النظام القانوني الأجنبي الذي يعود له القانون الأجنبي المراد تفسيره .

إلا إننا لانستطيع الأخذ بهذه النظرية وذلك لما يأتي :

أولاً- إن القاضي الوطني لا يدخر وسيلة من وسائل التعرف على تفسير مصادر القانون الأجنبي ، ويبذل جهداً كبيراً ووقتاً طويلاً لأجل التعرف على مصادر القانون الأجنبي ، وذلك كله لأجل أن يتوصل القاضي الوطني لتفسير قانون أجنبي وأحد عائد لنظام قانوني وأحد ، وإذا بنا نجد القاضي الوطني يفشل بالتوصل لتفسير ذلك القانون الأجنبي ، فكيف الحال والقاضي الوطني يجد نفسه أمام مجموعة من الأنظمة القانونية الأجنبية والشرائع السماوية فضلاًعن القانون الطبيعي ، ويجب عليه أن يستنبط منها تفسير للقانون الأجنبي والذي استحال عليه التوصل لتفسيره.

أي إن التسليم بهذه النظرية يتطلب من المحكمة أن تتحول إلى معهد للقانون المقارن[٢].

أي إن القاضي الوطني كان أمام مشكلة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، والأن أصبح أيضاً أمام إستحالة اخرى ، وهي إستحالة التوصل لتفسير للقانون الأجنبي (والذي استحال على القاضي الوطني التوصل إليه) من المبادئ القانونية العامة ، فنحن هنا إذن لم نستطع أن نجد حل لمشكلة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي بل زدناها تعقيداً.

ثانياً - إن المبادئ العامة للقانون ما هي إلا قواعد عامة لا تتضمن تفاصيل لمعالجة الحالة التي ترد عليها بصورة دقيقة [٣].

ومن ثمَّ فلا تساعد القاضي الوطني بالتوصل لتفسير دقيق للقانون الأجنبي ، بشكل يعالج جميع جوانب النزاع ، فلا تساعدنا في التوصل لتفسير يتلاءم مع طبيعة القانون الأجنبي و مع طبيعة النظام القانوني الأجنبي الذي يعود له القانون الأجنبي ، أو يتلاءم مع طبيعة النزاع ، وذلك كله يعارض غاية المشرع الوطني.

ثالثاً - إن نظرية المبادئ العامة للقانون نظرية غير واضحة وغير محدودة المعالم والنطاق ، فهي نظرية مطاطية وخيالية مما يتيح للقاضي الوطني أن يطبق التفسير السائد في دولته تحت ستار المبادئ العامة للقانون[١].

---

[١] عبد الحسين القطيفي – مصدر سابق – ص١٧١ .

[٢] حكمت شبر – مصدر سابق – ص٨٨. و

[٢] - Cyrille David-op.cit-P.١١٢

ومن ذلك كله نلحظ عدم سلامة هذه النظرية ، وهي لا تُسعِفنا على صعيد حل مشكلة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، لأن إستحالة تفسير القانون الأجنبي تتميز بحاجتها للحلول العملية و الواقعية ، والحلول التي تؤدي بنا إلى تفسيرات دقيقة توافق طبيعة القانون الأجنبي والتي تحكم النزاع بأفضل صورة وتوافق غاية المشرع الوطني ، وهذه النظرية لا تسعفنا بهكذا حلول ، لذلك فمن الأجدى بنا ترك هذه النظرية والأخذ بأحد النظريات الأخرى التي قيلت في معرض معالجة مشكلة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، مثل نظرية قانون القاضي أو نظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي.

المطلب الثالث
نظرية قانون القاضي
(Lex Fori)

إن مضمون هذه النظرية إنه عندما يستحيل على القاضي الوطني أن يتوصل لتفسير القانون الأجنبي، فعليه أن يطبق الأساليب التفسيرية السائدة في دولة القاضي في تفسير القانون الأجنبي.

لأن الأخذ بهذه النظرية يسهل على القاضي حل مسألة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، لأن حل هذه المسألة هو الأخذ بالأساليب التفسيرية في دولته ، فيسهل على القاضي الوطني أن يستخلص تفسير للقانون الأجنبي من نظامه القانوني الوطني ، ومن ثمَّ تحل مسالة إستحالة التوصل لتفسير القانوني الأجنبي .

ويؤدي بنا الأخذ بهذه النظرية إلى تفادي رفض الطلب وإنكار العدالة وماله من أثار غير عادلة ومجحفة بحق الخصوم[٢] .

وذهب الفقه والقضاء الانكليزي لذلك في فرض إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، فهنا يطبق القاضي الانكليزي القانون الانكليزي أو تفسيره ، وأساس ذلك هو افتراض مطابقة أحكام القانون الأجنبي لأحكام القانون الانكليزي وعلى المدعي إثبات عكس ذلك ، أي انه القاضي الانكليزي هنا لا يطبق القانون الانكليزي أو تفسيره ، وإنما يطبق القانون الأجنبي أو تفسيره[٣] .

وتأخذ بذلك الحل كل من استراليا وكولومبيا واليابان والولايات المتحدة الامريكية[٤].

ولكن أحكام القانون الانكليزي في اغلب الاحيان لا تطابق أحكام القانون الأجنبي وإن تطابقت في حالات قليلة إن لم نقل نادرة ، فبالنتيجة ذلك الافتراض الذي ذهب إليه الانكليز ما هو إلا عبارة عن حيلة ذهنية معنوية ، وقد قال بها الفقه والقضاء الانكليزي لتبرير تطبيق القانون الانكليزي أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٥].

وذهب رأي فقهي إلى إنه تطبيق قانون القاضي أو تفسيره أساسه رضاء الخصوم بتطبيقه[٦].

---

[١] ممدوح عبد الكريم– القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن–ص٢٢٨ وهشام علي– تنازع القوانين–ص٢٤٢. وهشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد – دروس القانون الدولي الخاص – ص١٧٥.

[٢] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٣١٦ .

[٢] -Dicey And Morris-op.cit-P.١١١٩ & -P.E NYGH-op.cit-P.٢٣٤ .

[٣] - P.E. NYGH-op.cit-P.٢٣٤ .

[١] شمس الدين الوكيل – بحثه – ص٨٢.

[٢] -Yassen-op.cit-P.٥٥١

إن أساس تطبيق القانون الواجب التطبيق أو تفسيره (سواء اكان قانون القاضي أم غيره) هو إرادة المشرع الوطني في قاعدة الأسناد لا إرادة الخصوم ، ومن ثمَّ لا يمكن تأسيس تطبيق قانون القاضي أو تفسيره على إرادة الخصوم فهو افتراض خيالي[١].

وعلل الأستاذ الفرنسي (Cyrille David)إتباع نظرية قانون القاضي بفكرة(تناسق النظم Coordination des Systemes) ، إذ يذهب الأستاذ (Cyrille David) إلى إن الاصل في تفسير القانون الأجنبي هو إتباع الأسلوب التفسيري الأجنبي ، إلا إن ذلك الاصل لا يؤخذ على اطلاقه اذ توجد حالات خاصة تسوّغ للقاضي الوطني الرجوع للأسلوب التفسيري في دولته لأجل تفسير القانون الأجنبي ، مثل حالة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، والذي يسوّغ ذلك للقانون الوطني هو إن العلاقة التي هو بصددها علاقة دولية خاصة وليست علاقة وطنية بجميع عناصرها ، فلا بد أن يكون أحد عناصرها أو أكثر عائداً لدولة القاضي ، ومن ثمَّ فإذا كان القاضي الوطني بصدد حالة خاصة مثل إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، فيستطيع القاضي الوطني أن يرجع للأساليب التفسيرية السائدة في دولته بالشكل الذي لا يتعارض مع طبيعة العلاقة الدولية الخاصة[٢].

أي إن الأستاذ (Cyrille) أراد القول بأن الاصل الأخذ بالتفسير الأجنبي للقانون الأجنبي ، وعند إستحالة التوصل إلى تفسير القانون الأجنبي يؤخذ بالأسلوب التفسيري الوطني ، لما للقانون الوطني من اختصاص احتياطي لحكم العلاقات الدولية الخاصة.

وذهب غالبية الفقه والقضاء الفرنسي إلى ضرورة تطبيق القانون الفرنسي أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٣].

وأسس جانب من الفقه والقضاء الفرنسي تطبيق القانون الفرنسي أو تفسيره في فرض الإستحالة لما للقانون الفرنسي من اختصاص عام لحكم العلاقات الخاصة الداخلية والدولية[٤].

أي إن الاصل تطبيق القانون الفرنسي أو تفسيره على النزاع المشوب بعنصر أجنبي ، والاستثناء تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره على النزاع المشوب بعنصر أجنبي .

وذهبت لذلك محكمة النقض الفرنسية في حكم ١٢ آيار ١٩٥٩ إذ ذهبت إلى إنه (فلا يجوز أن ينعى على محكمة الموضوع عدم تطبيقها التلقائي للقانون الأجنبي المختص ورجوعها للقانون الفرنسي والذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص)[٥].

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إن أساس تطبيق القانون الفرنسي أو تفسيره هو ما للقانون الفرنسي من اختصاص احتياطي لحكم العلاقات الدولية الخاصة[٦].

ونحن نرى إن تطبيق القانون الوطني أو تفسيره إزاء فرض الاستحالة ، لما لقانون القاضي من اختصاص احتياطي لا اختصاص عام لحكم العلاقات الدولية الخاصة .

---

[١] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٣٦.

[٢] -Cyrille David-op.cit-P.٢٧٨, ٢٧٩

[٣] Btiffol et Lagarde –op.cit- n٣٣١- p.٣٨٦ & -Maury–op.cit-P.٤٠١ & -Mayer-op.cit-N.١٩٢ p.١٢٨,١٢٩

[٤] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٩١ .

[٥] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني - ص ٣٩١ .

[٦] - Cyrille David –op.cit- P.١٢٢

لأنه إذا واجه القاضي الوطني علاقة مشوبة بعنصراً أجنبياً فإنه منطقيا وبديهيا يتجه نحو قواعد الأسناد للبحث عن القانون الواجب التطبيق (سواء أكان قانون القاضي أم غيره) ، وإذا استحال عليه التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره فعليه أن يطبق قانونه أو تفسيره.

أي نستخلص من ذلك إن الاصل تطبيق القانون الواجب التطبيق أو تفسيره (سواء أكان قانون القاضي أم غيره) ، والاستثناء هو تطبيق قانون القاضي أو تفسيره ، في فرض إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، أي إن قانون القاضي أو تفسيره ذو اختصاص احتياطي لا عام.

والملاحظ إن القضاة الفرنسيين يأخذون بأي عذر واهٍ لأجل تطبيق القانون الفرنسي أو تفسيره ، ولهذا فإننا نلحظ بأنه ولا حكم فرنسي طبق القانون الأجنبي أو تفسيره في مسائل القانون البحري[١].

إذ إن القضاء الفرنسي يأخذ بهذه النظرية بالكيفية الأتية :

فإذا كان تطبيق القانون الأجنبي يستند إلى معاهدة دولية أو يرتبط القانون الأجنبي بالنظام العام الفرنسي ، فعلى القاضي الفرنسي أن يثبت القانون الاجنبي أو تفسيره ، أما إذا استحال عليه التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره فيطبق القاضي الفرنسي هنا القانون الفرنسي أو تفسيره[٢].

أما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي لا يستند إلى معاهدة دولية أو لا يرتبط بالنظام العام الفرنسي ، فعلى الخصوم أن يتمسكوا بتطبيق القانون الأجنبي وأن يثبتوا القانون الأجنبي وتفسيره ، فإذا عجز الخصوم عن إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، وكان العجز راجعاً لوجود صعوبات حقيقية ، أي إن الخصم حسن النية غير متعمد في عدم توصله للقانون الأجنبي أو تفسيره فيطبق القاضي الفرنسي هنا القانون الفرنسي أو تفسيره[٣].

أما الفرض الذي يكون فيه الخصم سيء النية أي متعمد في عدم إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، فقد ناقشنا هذا الفرض في المطلب الأول مطلب (نظرية رفض الطلب).

وذهبت لذلك المادة ٢٢٨ من المشروع الثالث للقانون الدولي الخاص المكمل للقانون المدني الفرنسي صراحة ، إذ تذهب إلى وجوب تطبيق القانون الفرنسي أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٤].

وذهب الفقه والقضاء المصري إلى ضرورة تطبيق القانون المصري أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٥].

وذهبت لذلك محكمة المنصورة المختلطة في حكم لها في ٤ نيسان ١٩١٨ ، في قضية كان القانون الواجب التطبيق فيها هو القانون الياباني ، بشأن حقوق امتياز الديون البحرية وكيفية انقضائها ، فلم يثبت الخصوم القانون الياباني فطبق القاضي في محكمة المنصورة المختلطة القانون المصري[٦].

---

[١] - Silvia Ferreri-op.cit-P.٣٦ .

[٢] Mayer–op.cit-N١٨٥ P. ١٢٥ .

[٣] Mayer-op.cit-N١٨١ P. ١٢٣ .

[٤] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد – مصدر سابق – ص١٦٣ وسامية راشد – بحثها – ص٤٦٠.

[٥] منصور مصطفى منصور– مذكرات في القانون الدولي الخاص – دار المعارف - (مصر، ١٩٥٧)– ص١٦١ وعز الدين عبد الله – القانون الدولي الخاص – ط١٩٦٩ – ص٤٧٩ و محمد كمال فهمي - اصول القانون الدولي الخاص – ط١٩٥٨ – ص٣٩٧ و محمد كمال فهمي – اصول القانون الدولي الخاص – ط ١٩٧٨ – ص٥٠٧ ، ٥٠٨ وهشام علي صادق – تنازع القوانين - ص٢٤٣وهشام علي ، حفيظة السيد حداد – دروس في القانون الدولي الخاص - ص١٧٦ .

[٦] عبد الحميد ابو الهيف – مصدر سابق – ص٣٢٣.

وذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها في ٧ تموز ١٩٥٥ إلى تطبيق القانون المصري أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[١].

وذهب غالبية الفقه المصري إلى إن تطبيق القانون المصري أو تفسيره لما للقانون المصري من اختصاص احتياطي* لحكم العلاقات الدولية الخاصة[٢].

وذهب إلى ضرورة تطبيق القانون المصري أو تفسيره عند الإستحالة مشروع القانون المدني المصري التي مضمونها (في جميع الحالات التي يتقرر فيها إن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، يطبق القانون المصري إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلولة غير ممكن إثباته) ، ولكن ذلك النص استبعد من القانون المدني المصري[٣].

أما النظام القانوني العراقي :

فغالبية الفقه العراقي يؤيد تطبيق القانون العراقي أو تفسيره وذلك عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٤].

---

[١] محكمة النقض المصرية ـ المكتب الفني للأحكام – مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية و الدائرة المدنية – السنة٦ – العدد الثالث – من نيسان إلى تموز عام ١٩٥٥ – ص١٣٤٧ وما بعدها .

* وذهب الأستاذ عز الدين عبد الله إلى إن تطبيق قانون القاضي لماله من اختصاص عام لا احتياطي لحكم العلاقات الخاصة في دولة القاضي . عز الدين عبد الله ـ مصدر سابق – ص٥٨٢ . وذهب لذلك أيضاً القضاء الاماراتي في حكم له في ٨ كانون الثاني ١٩٩٤ . عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٣١٤.

[٢] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٣١٤ و سامية راشد – بحثها – ص٤٨٧ و فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد – مصدر سابق ـ١٩٢،١٩١ . وهشام علي صادق – تنازع القوانين –ص٢٢٤ ،٢٢٥ و هشام علي صادق ، حفيظة السيد جواد – مصدر سابق – ص١٧٧ و محمد كمال فهمي – اصول القانون الدولي الخاص – ط١٩٧٨ – ص٥٠٧ و عز الدين عبد الله – المصدر السابق – ط١٩٦٩ – ص٥٨٢ .

[٣] عز الدين عبد الله – مصدرسابق – ص٥٨٢.

[٤] حسن الهداوي – تنازع القوانين – ص١٣٦ ، ١٣٧ .وحسن الهداوي – القانون الدولي الخاص الاردني – ص٢١٥،٢١٦. ص٢١٥،٢١٦. و ممدوح عبد الكريم – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن- ص٣٤٢ وممدوح عبد الكريم القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن- ص٢٢٩ و غالب علي الداودي – القانون الدولي الخاص – ص١٦٣ ، ١٦٤ وجابر الراوي – مصدر سابق – ص٦٦.

والملاحظ من التشريع العراقي إنه ينزح نحو الأخذ بهذه النظرية وذلك لما يأتي :

أولاً- في فرض إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره فإن القاضي العراقي لا يستطيع أن يرفض الطلب تماشيا مع المادة٣٠ قانون مرافعات مدنية عراقي ، والتي تلزمه بالفصل بالنزاع وإلا عد منكراً للعدالة[١].

فالقاضي العراقي ملزُم بإيجاد تفسير للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ولا يستطيع رفض الطلب بحجة عدم توفر الحكم ، فمن أين يحصل القاضي العراقي على تفسير للقانون الأجنبي والذي استحال عليه أن يتوصل إليه ، فلا يجد القاضي العراقي إلا قانونه وتفسيره لأجل الرجوع إليه في تفسير القانون الأجنبي .

ثانياً- على القاضي العراقي تماشيا مع المادة٣٠ قانون مدني عراقي أن يرجع للنظام القانوني العراقي لأجل تفسير القانون الأجنبي ، لأنه فرض إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره لم يرد بشانها نص في القانون العراقي ، فإذن على القاضي العراقي الرجوع لمبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً بصدد مسالة الإستحالة والتقيد بما تفضي إليه هذه المبادئ ، وبما إن تطبيق قانون القاضي أو تفسيره في فرض الإستحالة هو من المبادئ الشائعة بين غالبية دول العالم فإذن على القاضي العراقي التقيد بذلك الحل[٢].

وبالنتيجة تفسير القانون الأجنبي إستناداً للأساليب التفسيرية في النظام القانوني العراقي.

ويذهب الفقه العراقي إلى إن تطبيق القانون العراقي أوتفسيره عند الإستحالة لما للقانون العراقي من اختصاص احتياطي لحكم العلاقات الدولية الخاصة[٣].

وهو الحل المعمول به في النظام القانوني اللبناني.

إذ ذهب لذلك التشريع اللبناني في المادة ١٤٢ فقرة ٢ من قانون اصول المرافعات المدنية اللبناني الجديد [٤].

وذهب لذلك القضاء اللبناني إذ ذهبت لذلك محكمة تمييز لبنان في حكم لها في ١٨ أذار ١٩٦٨ والذي مضمونه (بما إنه تبين من الرجوع إلى القرار الاستئنافي إن المحكمة قالت صراحة بوجوب تطبيق قانون وست فرجينيا ، وكانت قد كلفت المميزة بقرارها الاعدادي إثبات مضمون هذا القانون فلما تخلفت عن تنفيذ القرار اعتبرت المحكمة إن ليس عليها التحري عن القوانين الأجنبية فطبقت عندئذ القانون اللبناني)[٥].

---

[١] حسن الهداوي – تنازع القوانين –ص١٣٦، ١٣٧.

[٢] مصطفى كامل يس – بحثه – ص١٧٨ و حسن الهداوي – تنازع القوانين – ص١٣٧ وممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن – ص٣٤٢ و ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الدولي الخاص الاردني والمقارن – ص٢٢٩ .

[٣] -Yassen-op.cit-P.٥٥٢, ٥٥٣ .

و غالب علي الداودي – القانون الدولي الخاص – ص١٦٥ و جابر الراوي – مصدر سابق – ص٦٦.

[٤] عكاشة محمد – مصدر سابق – ص٢٧٠ .

[٥] عكاشة محمد -مصدر سابق – هامش٢ ص٢٧٤ .

وذهبت لذلك أيضاً محكمة تمييز لبنان في حكم اخر لها في ٤ ايلول ١٩٥٢ بشأن تطبيق القانون المصري [١].

ومحكمة استئناف بيروت في حكم لها في٣٠ نيسان ١٩٦٩ بشأن تطبيق القانون الكويتي[٢].

ومحكمة بداءة بيروت في حكم لها في ٣ كانون ١٩٦٩ بشأن تطبيق القانون الفلسطيني[٣].

ويطبق القاضي اللبناني القانون اللبناني أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره لما للقانون اللبناني من اختصاص احتياطي عام[٤].

ولا يعالج فرض إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي نص في القانون الاردني واليمني والكويتي ، إلا إنه الظاهر من نص المادة ٢٥ قانون مدني اردني ، ومن نص المادة ٣٤ قانون مدني يمني ، ومن نص المادة ٦٩ من قانون رقم (٥) عام ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي *،إنه القاضي الاردني أواليمني أو الكويتي يتبع الأسلوب الوطني في تفسير القانون الأجنبي عند إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، بعدّ ذلك الحل من مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً .

ويذهب القضاء الاماراتي إلى تطبيق القانون الاماراتي أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، وذلك في حكم له في ١٨ كانون الثاني ١٩٩٤[٥].

وذهب جانب من الفقه الايطالي إلى تطبيق القانون الايطالي أو تفسيره عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٦].

ويذهب الاتجاه الراجح في النظام القانوني الالماني إلى تطبيق أحكام القانون الالماني عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره[٧].

وذهبت لذلك المادة ١٨٢ من القانون الالماني الصادر في ١٩ تموز ١٩٧٥ المعدل لقانون المرافعات المدنية ، والتي تنص على إنه عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره فعلى القاضي الالماني تطبيق القانون الالماني أو تفسيره[٨].

وذهبت لذلك المادة٤ فقرة٢من مشروع القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٨[١].

---

[١] عكاشة محمد -مصدر سابق – هامش١ص٣١٧.

[٢] عكاشة محمد -مصدر سابق – هامش ٢ ص٣١٧.

[٣] عكاشة محمد - مصدر سابق – هامش ٢ ص٣١٧.

[٤] عكاشة محمد - مصدر سابق – ص٣١٤ .

* المادة ٢٥ قانون مدني اردني (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شانه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين) . حسن الهداوي- القانون الدولي الخاص الاردني – ص٢١٦ ، المادة ٣٤ قانون مدني يمني (... وإذا لم يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم مسالة تنازع القوانين المعروضة على القضاء فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دوليا ما لم يتعارض أياً من ذلك مع أحكام الشريعة الاسلامية) . محمد عبد الله المؤيد – مصدر سابق – ص٣١٨ ، المادة ٦٩ من قانون رقم (٥)عام ١٩٦١ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي (تتبع فيما لم يرد في شانه نص في المواد الواردة في هذا الباب من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص) . ماجد الحلواني – مصدر سابق – ص٤٦٧.

[٥] عكاشة محمد - مصدر سابق – ص٣١٤.

[٦] عز الدين عبد الله – مصدر سابق – هامش ٣ ص٥٧٨ .

[٧] فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد – مصدر سابق – ص١٥٦ و سامية راشد – بحثها – ص٤٥٣ .

[٤] احمد عبد الكريم سلامة – مصدر سابق – ص٢٢٢، ٢٢٣ .

والمادة ١٦ فقرة ٢ من القانون السويسري لعام ١٩٨٧ و المادة٢فقرة ٢ من القانون التركي الصادر في ٢٠ آيار ١٩٨٢ [٢].

والمادة ٧٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية التركي[٣].

وكذلك المادة ٥ فقرة ٢ من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ ، أي عند إستحالة التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره يطبق القانون المجري أو تفسيره[٤].

واصلت ذلك الحل المادة ٧ من القانون الدولي الخاص البولوني الصادر عام ١٩٦٥[٥].

وهو الاتجاه السائد في الاتحاد السوفيتي (سابقاً) وفي تشيكوسلوفاكيا (سابقاً)[٦].

من خلال ذلك نلحظ إن الاتجاه الراجح والغالب بين دول العالم ، هو إتباع الأساليب التفسيرية السائدة في دولة القاضي عند إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي .

وبالرغم من ذلك فإننا لا نستطيع الأخذ به على اطلاقه لأنه إذا كان مضمون القانون الأجنبي مقارباً لمضمون القانون الوطني ، فإن الرجوع لدولة القاضي ستؤدي بنا إلى التوصل لتفسيرات تلائم طبيعة القانون الأجنبي والنظام القانوني العائد له وملاءمة لحكم النزاع ، ومن ثمَّ يحل النزاع بأفضل صورة ونحقق العدالة وغاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد ومصالح الخصوم.

ولكن في اغلب الاحيان يكون مضمون قانون القاضي مختلف عن مضمون القانون الأجنبي ، وبرجوعنا للنظام القانوني لدولة القاضي سنحصل على تفسيرات تغاير طبيعة القانون الأجنبي والنظام القانوني العائد له وغير ملائمة لحكم النزاع ، ومن ثمَّ يحل النزاع بصورة غير صحيحة وذلك لا يحقق العدالة ويعارض غاية المشرع الوطني في قاعدة الأسناد ويضر بمصالح الخصوم .

ويضرب الأستاذ الفرنسي (Cyrille) مثلا على ذلك .

بأنه لو حصل تصادم في السويد بين سيارتين مملوكتين لفرنسيين (أ، ب) ورفع النزاع أمام القضاء الفرنسي ، وثبت من وقائع الدعوى بأنه (أ) كان يقود على يمين الشارع و (ب) كان يقود السيارة على يسار الشارع ، واشار (ب) إلى انه (أ) ارتكب خطأً لأنه لوائح المرور في السويد تفضي إلى إنه السير يكون على يسار الشارع و(أ) كان يقود على يمين الشارع ،(على افتراض إن القانون السويدي هو الواجب التطبيق لأنه قانون محل وقوع الفعل الضار) ، فإذا تعذر إثبات مضمون القانون السويدي سيطبق القاضي الفرنسي هنا مضمون القانون الفرنسي ، والذي يتبع

---

[١] المادة المادة٤ فقرة٢ من مشروع القانون الدولي الخاص النمساوي (إذا لم يبحث عن القانون الأجنبي في فترة معقولة،رغم الجهود المكثفة ، فيجب أن يطبق القانون النمساوي) . احمد سلامة – مصدر سابق – ص٢٢٣.

[٢] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق- ص٣١٦.

[٣] المادة ٧٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية التركي (إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي المختص يطبق حكم القانون التركي في النزاع المعروض) . غالب علي الداودي- مصدر سابق- ص١٦٤.

[٤] المادة ٥ فقرة ٢ من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري (عندما يثبت إستحالة تحديد مضمون القانون الأجنبي، فيجب تطبيق القانون المجري) . احمد سلامة – مصدر سابق- ص٢٢٣.

[٥] المادة ٧ من القانون الدولي الخاص البولوني (إذا استحال تحديد مضمون القانون الأجنبي أو تحديد ظوابط الإسناد إليه تعين تطبيق القانون البولوني) . عز الدين عبد الله – مصدر سابق – ص٥٨٣ .

[٦] عز الدين عبد الله – بحثه – ص١٠٥.

السير على يمين الطريق ومن ثمَّ عدّ (ب) المدعي (المضرور غير المخطئ) هو المخطئ وعدّ (أ) المدعى عليه (المتسبب بالضرر والمخطئ) هو الغير مخطئ[١].

وذلك يعارض غاية المشرع الوطني ولا يحقق العدالة ويضر بمصالح الخصوم ، ومن ثمَّ فهذه النظرية معيبة أيضاً ولا يمكن أن ناصلها كحل لصعوبة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

[١] -Cyrille David-op.cit-N.١١٧.P.٩٥,٩٦ .

المطلب الرابع
نظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي

ومضمون تلك النظرية إنه عندما يستحيل على القاضي الوطني أن يتوصل لتفسير القانون الأجنبي ، فعليه أن يطبق تفسير القانون الأقرب للقانون الأجنبي سواء أكان قانون القاضي أم غيره.
لأن مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه هو الافضل لحكم النزاع ، وبديهيا مضمون القانون الأقرب للقانون الأجنبي هو الافضل لحكم النزاع[١].
فالقانون الأقرب إذن هوالذي يحل النزاع بإفضل صورة ، ومن ثمَّ نحقق العدالة وذلك كله يوافق غاية المشرع الوطني[٢].
وبما إن القانون الأجنبي والقانون الأقرب له متقاربان بالمضمون ، فكليهما يحل النزاع بأفضل صورة من أي قانون أخر فإذن بديهياً يتقاربان بالتفسير ، وبالنتيجة إذا إتبعنا الأساليب التفسيرية لدولة القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، سنتوصل لتفسير للقانون الأجنبي (الذي إستحال علينا التوصل لتفسيره) يكون ملاءم لطبيعة القانون الأجنبي وللنظام القانوني الذي يعود له ، ويكون الحكم الذي نتوصل إليه من وراء ذلك التفسير ملاءماً لحكم النزاع ، ويوافق غاية المشرع الوطني ويحقق مصالح الخصوم والعدالة.
ومما يسعفنا في تحديد القانون الأقرب أو تفسيره معرفة العائلة أو المجموعة القانونية التي يعود لها القانون الأجنبي ، لأن الانظمة القانونية العائدة لنفس المجموعة القانونية تكون متقاربة في المضامين ، فلا بد أن يكون قانون أحد الانظمة القانونية العائدة للمجموعة القانونية التي ينتمي إليها النظام القانوني الأجنبي للقانون الأجنبي ، مقارب للقانون الأجنبي ومن ثمَّ نرجع للاساليب التفسيرية السائدة فيه دولته لتفسير القانون الأجنبي.
كأن يكون القانون الأجنبي من العائلة اللاتينية أو الانكلو سكسونية أو الجرمانية أو الاشتراكية أو الاسلامية.
فالقانون الايطالي أو تفسيره مقارب للقانون الفرنسي أو تفسيره ، فالقانون الاسكتلندي وتفسيره مقارب للقانون الانكليزي أو تفسيره ، والقانون النمساوي مقارب للقانون الالماني أو تفسيره ، والقانون البولوني مقارب للقانون المجري أو تفسيره ، والقانون العراقي مقارب للقانون المصري أو تفسيره[٣].
وذهب إلى تأييد تلك النظرية جانب من الفقه والقضاء الالماني[٤].
وذهب إليها جانب من الفقه الفرنسي.
إذ ذهب إلى ذلك الأستاذ الفرنسي (Maury)[٥].
وذهب إلى تأييدها الأستاذ الفرنسي(CyrilleDavid) لأنه يرى إن هذه النظرية تتلافى عيوب النظريات الأخرى وإنها توفق غاية المشرع الوطني[٦].

---

[١] عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق – ص٣١٢،٣١٣.
[٢] -Cyrille David-op.cit-P.١٢٣
[٣] ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن – ص٢٢٨.
[٢] - Mayer-op.cit- N.١٨٤.P.١٢٣,١٢٤ &
- Cyrille David –op.cit- N.١٣٥ p ١٠٥,١٠٦ .
[٣] - Maury –op.cit-P.٤٠١
[٤] -Cyrille-op.cit-N١٣٥ , P.١٠٥,١٠٦

وذهب إليها جانب من الفقه الانكليزي إذ يرى الأستاذ الانكليزي (Wolff) بإن تطبيق القانون الأقرب أو تفسيره هو افضل الحلول لإستحالة التوصل القانون الأجنبي أو تفسيره، ويضيف الأستاذ (Wolff) بإنه لو كان القانون المدني الاكوادوري هو القانون الواجب التطبيق في نزاع معروض على القاضي الالماني واستحال عليه التوصل للقانون الاكوادوري أو تفسيره ، ومن المتعارف عليه إن القانون المدني الاكوادوري ماخوذ عن القانون المدني الشيلي والاخير ماخوذ عن القانون المدني الفرنسي أي تقنين نابليون ، فيرى الأستاذ (Wolff) أن يطبق القانون الفرنسي أو تفسيره لأنه القانون الأقرب للقانون الاكوادوري لا أن يطبق القانون الالماني أو تفسيره بعدّه قانون القاضي[١].

وذهب لذلك جانب من الفقه المصري[٢].

وبالرغم من سلامة ورجاحة تلك النظرية إلا إنها لم تسلم من سهام النقد ، وقد وجهت لها الانتقادات الاتية:

أولاً- إن التسليم بهذه النظرية يعطي للقاضي الوطني مقداراً كبيراً من الحرية في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، أي إنها تعطي القاضي الوطني مقداراً كبيراً من الحرية في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، أي بعبارة أخرى إنها تعطي القاضي الوطني القدرة على وضع قواعد الإسناد والتي لم يضعها المشرع الوطني أصلاً ، وهنا ينصب القاضي الوطني نفسه مشرعا، والتشريع من اختصاص المشرع، والقاضي اختصاصه تطبيق التشريع، فبالنتيجة التسليم بهذه النظرية يؤدي بالقاضي الوطني إلى تجاوز حدود اختصاصه[٣].

ثانياً- إن ذلك يؤدي بالقاضي الوطني إلى مخالفة امر مشرعه بقاعدة الأسناد والتي اشارت بتطبيق قانون أجنبي ، لأن القاضي سيطبق هنا قانوناً اخراً أو تفسيره وهو غير القانون الأجنبي الذي اشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه[٤].

ثالثاً- حتى وإن تقارب القانون الأقرب أو تفسيره من القانون الأجنبي أو تفسيره إلا إنه قد يحصل اختلاف بينهما ، لأنه كل قانون عائد لنظام قانوني مستقل له ظروفه الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والقانونية ، ومن ثمَّ قد يحصل اختلاف بين قوانين المجموعة القانونية الواحدة أو تفسيراتها[٥].

رابعاً- وقد يخل ذلك بمصالح الخصوم لانهم توقعوا تطبيق قانون معين أو تفسيره على نزاعهم ، فإذا طبق على نزاعهم قانون أخر أو تفسيره فذلك يضر بالخصوم ، ويخل باستقرار المعاملات وبالذات على صعيد التجارة الدولية[٦].

خامساً- حتى وإن استطاع القاضي أن يحدد العائلة القانونية للقانون الأجنبي ، فلكي نحدد أي قانون من قوانين المجموعة هو القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، لا بد من إجراء مقارنة بين جميع قوانين العائلة أو المجموعة القانونية الواحدة والقانون الأجنبي لأجل تحديد أي قانون منها هو الأقرب للقانون الأجنبي ، هذا من جهة ومن جهة أخرى ، فإن ذلك يفترض إن القاضي الوطني

---

٥ -Wollf–op.cit-٢ed–١٩٥٠–P.٢٢١,٢٢٢ .

[٢] هشام علي صادق – مركز القانون الأجنبي امام القاضي الوطني – ص٣٤٤،٣٤٥وهشام علي صادق – تنازع القوانين – ص٢٤٦ وهشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد – دروس في القانون الدولي الخاص – ص١٧٨ و عكاشة محمد عبد العال – مصدر سابق - ص٣١٨ .

[٣] فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد – مصدر سابق – ص١٩٤ و سامية راشد – بحثها – ص٤٩ و هشام علي صادق – تنازع القوانين – ص٢٤٧ .

[٤] فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد – مصدر سابق – ص١٩٤،١٩٥ ، وسامية راشد – بحثها –ص٤٩٠.

٣ Cyrille David-op.cit-N١٣٦ & -Yassen-op.cit-P.٥٥٠

[٦] هشام علي صادق – تنازع القوانين – ص٢٤٧ و أحمد عبد الكريم سلامة – مصدر سابق – ص٢٢١ .

يعلم بجميع بين جميع قوانين العائلة أو المجموعة القانونية الواحدة لأجراء المقارنة ، وفي ذلك استحالة على القاضي الوطني[١] .

سادساً- حتى وإن سلمنا بأن القاضي الوطني يعلم بجميع قوانين العائلة أو المجموعة القانونية والتي ينتمي إليها القانون الأجنبي ، فإنه يصعب على القاضي الوطني تحديد أي قانون منها هو القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، وذلك لأنه كل نظام قانوني في المجموعة القانونية الواحدة يستقي قوانينه من قوانين متعددة ومختلفة بالرغم من كونها قوانين عائلة قانونية واحدة ، بشكل يصعب تحديد أي قانون منها هو الأقرب للقانون الأجنبي[٢] .

وفيما يخص الانتقادات الأربعة الأولى سنرد عليها لأنها ضعيفة ولا تصمد أمام رجاحة هذه النظرية ، أما فيما يتعلق بالانتقادين الخامس والسادس فهي انتقادات حقيقية للنظرية ، لذلك سنحاول أن نقوم هذه النظرية مهتدين بهذين الانتقادين وصولا لجعل النظرية افضل حل لإستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، لذلك سنرد أولاً على الانتقادات الأربعة الأولى ، ومن ثم بعد ذلك نتناول تقويم النظرية إستناداً للانتقادين الاخيرين :

الرد على الانتقاد الأول:

إن القاضي الوطني بأخذه بهذه النظرية لا يتجاوز حدود اختصاصه ، لأنه هنا يطبق القانون الأقرب أو تفسيره لأنه لا يجد تفسير للقانون الأجنبي ، ولا يستطيع أن يرفض الطلب لأنه سد يعدّ منكراً للعدالة ، أي إن المشرع الوطني يلزمه بالفصل بالنزاع والقاضي الوطني بتطبيقه هذه النظرية يفصل بالنزاع ، وهو هنا يتماشى مع ما أراده المشرع الوطني في القاعدة الموضوعية التي تأمره بالفصل بالنزاع وإلا عُدَ منكراً للعدالة.

الرد على الانتقاد الثاني :

إن القاضي الوطني هنا لا يخالف غاية المشرع الوطني ، لأنه بإتباعه للاساليب التفسيرية للقانون الأقرب للقانون الأجنبي ، ستؤدي بنا إلى التوصل لتفسير للقانون الأجنبي (والذي استحال علينا التوصل لتفسيره) قريب من طبيعة القانون الأجنبي ومن النظام القانوني الذي يعود له (كما بينا سابقاً) ، وذلك كله يؤدي بنا إلى التوصل لحلول تلاءم النزاع ،وبالنتيجة تحقيق غاية المشرع الوطني ومصالح الخصوم والعدالة.

---

[١] فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد – مصدر سابق – هامش١ ص١٩٤ و سامية راشد –بحثها– هامش١١ص٤٨٩.

[١] - Cyrille David-op.cit-N.١٣٦

الرد على الانتقاد الثالث :

إننا هنا ناصل إتباع تفسير القانون الأقرب للقانون الأجنبي سواء أكان قانون القاضي أم غيره ، لأنهما متقاربان بالمضمون فمنطقيا يتقاربان بالتفسير ، والتفسير الذي نتوصل إليه بإتباع الاساليب التفسيرية في دولة القانون الأقرب ، سيكون أقرب من أي تفسير اخر نتوصل إليه من دولة أي قانون اخر غير دولة القانون الأقرب ، وإذا وجد خلاف بين القانون الأجنبي و القانون الأقرب ، فبالرغم من ذلك فهو أفضل تفسير نستطيع التوصل إليه ، لأنه القانون الأقرب هو اقرب قانون للقانون الأجنبي ، فتفسيره إذن هو اقرب تفسير لتفسير القانون الأجنبي من أي تفسير لأي قانون اخر غير القانون الأقرب ، وأقلها إلحاقاً ضرراً بالخصوم ،(وذلك إن سلمنا بحصول ضرر نتيجة ذلك الاختلاف) من إتباع أي تفسير لأي قانون اخر ، والذي يلحق ضرراً كبيراً بالخصوم.

الرد على الانتقاد الرابع :

إن إتباع هذه النظرية لا يتعارض مع ما توقعه الخصوم أن يطبق على النزاع ولا يخل باستقرار المعاملات.

لأنه تفسير القانون الأقرب هو الأقرب لطبيعة القانون الأجنبي وللنظام القانوني الذي يعود له ، ومن ثمَّ فالحلول التي نتوصل إليها من تفسير القانون الأقرب مشابهة لما توقعه الخصوم أن يطبق على النزاع ، لأننا هنا وكأننا نطبق تفسير القانون الأجنبي والذي استحال على القاضي الوطني التوصل إليه لا نطبق تفسير القانون المقارب ، وذلك كله يتوافق مع مصالح الخصوم ، ولا يخل باستقرار المعاملات على صعيد التجارة الدولية.

وبعد أن انتهينا من الرد على الانتقادات الاربعة الأولى الأن ننتقل إلى تقويم النظرية على ضوء الانتقادين الخامس والسادس .

إن التقيد بحرفية هذه النظرية بشكل يُلزِم القاضي بمقارنة القانون الأجنبي بجميع قوانين العائلة القانونية الواحدة ، ومما يترتب من افتراض علم القاضي بجميع قوانين العائلة القانونية الواحدة أو بجميع قوانين العالم ، لأجل اجراء المقارنة وفي نفس الوقت للتوصل للقانون الأقرب للقانون الأجنبي والرجوع للأساليب التفسيرية فيه لأجل تفسير القانون الأجنبي إن الزام القاضي بذلك الزام بمستحيل ، ومن ثمَّ يؤدي إلى عدم توصل القاضي الوطني للقانون الأقرب وإذن لانتوصل لتفسير للقانون الأجنبي ، ومن ثمَّ عدم حل مسالة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، أي إننا لا نستطيع أن نقيد القاضي الوطني بأن يعلم بجميع قوانين المجموعة القانونية الواحدة وفي نفس الوقت أن يجري مقارنة بين جميع قوانين المجموعة الواحدة والقانون الأجنبي، أي إن التقيد بحرفية تلك النظرية يؤدي إلى ضياع الفائدة المرجوة منها وهو التوصل لتفسير القانون الأقرب.

لذلك نرى إنه على القاضي الوطني ليتوصل للقانون المقارب ، أن يستعين بالوسائل المتاحة أمامه (أي طرق التوصل لتفسير لقانون الأجنبي) ، والتي تمكنه من التوصل لقانون أو اكثر من المجموعة القانونية للقانون الأجنبي ، ومن ثمَّ مقارنتها بالقانون الأجنبي لمعرفة أي منها هو الأقرب للقانون الأجنبي ، ولا نلزم القاضي الوطني أن يرجع لجميع قوانين المجموعة القانونية الواحدة لأنه التزام بمستحيل يضيع علينا الفائدة من النظرية .

فإذا كان قاضي فرنسي بصدد تطبيق قانون اسكتلندي ، فمن السهولة على القاضي الفرنسي أن يعرف إنه القانون الاسكتلندي من المجموعة الانكلوسكسونية ، فلكي يتوصل القاضي الفرنسي إلى القانون الأقرب للقانون الاسكتلندي لا نلزمه بالرجوع لجميع قوانين المجموعة الانكلوسكسونية ،مثل القانون الانكليزي أو الامريكي أو الكندي أو الاسترالي أو الياباني أو المكسيكي أو الكولومبي ،لأجراء مقارنة بينها وبين القانون الاسكتلندي لأجل معرفة أي منها هو القانون الأقرب للقانون الاسكتلندي ، لأننا بينا إن ذلك يستحيل على القاضي الوطني ويضيع علينا فوائد النظرية.

بل على القاضي الفرنسي أن يرجع لقانونين أو اكثر من المجموعة الانكلوسكسونية، بحسب ما تسعفه به أي طرق التوصل لتفسير لقانون الأجنبي ، والتي هي غالبا ما تكون القوانين الاساسية في المجموعة القانونية الواحدة ، وفي مثالنا القوانين الاساسية في المجموعة الانكلوسكسونية مثل القانون الانكليزي أو الأمريكي ، ليرى أيهما أو أيهم اقرب للقانون الأجنبي لأجل الأخذ بتفسيره في تفسير القانون الأجنبي.

وإذا كانت وسائل القاضي الوطني لا تمكنه إلا أن يتوصل لقانون وأحد من المجموعة القانونية للقانون الأجنبي ، فعليه أن يرجع للأ ساليب التفسيرية السائدة في دولة ذلك القانون ، لأنه اقرب للقانون الأجنبي من أي قانون اخر في منتاول يد القاضي (طبعا سواء أكان القانون الأقرب قانون القاضي أم غيره).

ففي مثالنا اعلاه إذا لم يستطع القاضي أن يتوصل إلا لقانون واحد من المجموعة القانونية للقانون الاسكتلندي ، كأن يكون القانون الانكليزي ، فعليه أن يأخذ بالأساليب التفسيرية السائدة فيه لتفسير القانون الاسكتلندي.

لأن القانون الذي يتوصل إليه القاضي الوطني هو اقرب قانون للقانون الأجنبي (سواء أكان قانون القاضي أم غيره) ، فإذن الأخذ بالأساليب التفسيرية السائدة في دولته بتفسيره القانون الأجنبي ، يؤدي بنا إلى تفسيرات مقاربة لطبيعة القانون الأجنبي اكثر من التفسيرات التي نتوصل اليها من تفسيرات قانون القاضي أو أي قانون أخر في متناول يد القاضي .

وذلك يعدّتقويماً للنظرية ورداً على الانتقاد الخامس .

أما فيما يخص الانتقاد السادس المتعلق بصعوبة تحديد أي قانون من قوانين المجموعة القانونية الواحدة هو الأقرب للقانون الأجنبي ، لاختلاف القوانين التي يستقي منها كل قانون من قوانين المجموعة القانونية قواعدة القانونية .

بالاستناد إلى التقويم الذي أوردناه أنفاً، فإن القاضي الوطني عندما يريد اجراء المقارنة قد يكون أمامه قانونين أو أكثر ، ومن ثمَّ تسهل على القاضي الوطني مهمة تحديد أي منها هو الأقرب للقانون الأجنبي ، وبالنتيجة الرجوع لأ ساليبه التفسيرية لتفسير القانون الأجنبي ، لأنه يتلاءم مع طبيعة القانون الأجنبي .

والمسالة ليست بهذه الصعوبة لأنه قوانين المجموعة القانونية الواحدة تكون متشابهة في المبادئ القانونية العامة ، أما المسائل التفصيلية للقانون وإن حصل فيها خلاف بين القوانين العائدة لمجموعة قانونية واحدة ، إلا إنها لا بد أن تكون متشابهة بدرجة كبيرة ، وذلك كله يسعف القاضي في التوصل للقانون الأقرب للقانون الأجنبي من بين قوانين العائلة القانونية الواحدة .

فالاستناد إلى التقويم الخاص بالنظرية ، وبالتشابه بين قوانين المجموعة القانونية الواحدة في المبادئ العامة والمسائل التفصيلية ، فذلك كله سيسعف القاضي الوطني بأن يحدد أي قانون من قوانين العائلة القانونية الواحدة هو القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، برغم اختلاف القوانين التي يستمد منها قانون كل دولة عائدة للمجموعة قوانينه ، ومن ثمَّ الأخذ بتفسير القانون الأقرب والذي يكون قريباً من طبيعة القانون الأجنبي ونظامه القانوني ، يحل النزاع بافضل صورة ويحقق العدالة ومصالح الخصوم و يتماشي مع غاية المشرع الوطني.

ومن ثمَّ فنظرية القانون الاقرب للقانون الأجنبي هي افضل نظرية لأنها تلافت عيوب النظريات الثلاث الأولى ، ولأنها تؤدي بنا إلى التوصل لتفسيرات قريبة من طبيعة القانون الأجنبي والنزاع ، ومن ثمَّ تحقيق غاية المشرع الوطني والتعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة و العدالة.

فنظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي هي النظرية التي يجب التسليم بها ، والأخذ بها بعد التقويم الذي ذهبنا إليه أنفاً ، وتأصيلها كحل أساسي لإستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

استنتاج للمبحث الثالث

بعد استعراضنا للنظريات الاربع التي قيلت في معرض حل مسائل إستحالة التوصل لتفسيير القانون الأجنبي ، نستنتج ما يأتي :

أولاً- يجب استبعاد نظرية رفض الطلب لأنها حل يعارض أمر المشرع في القاعدة الموضوعية التي تأمره بالفصل بالنزاع وإلا عُدَّمنكراً للعدالة ، ويعارض غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد والتي تأمره بحل النزاع وتحقيق العدالة ، ولأنها تؤدي إلى غبن حق الخصم المتضرر وإفلات الخصم المخطئ من قبضة العدالة.

ثانياً- يجب استبعاد نظرية المبادئ العامة للقانون ، لأنها نظرية خيالية تبتعد بنا عن عالم الواقع ، والتسليم بها يفترض تحويل القاضي إلى معهد للقانون المقارن ، وتفسير القانون الأجنبي من المواضيع المرتبطة بواقع الحياة العملي ، فلا تستعفنا هذه النظرية بحل مشكلة إستحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

ثالثاً- أما نظرية قانون القاضي فإذا كان قانون القاضي هو القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، فلا يوجد اشكال لأنه تفسيره سيكون مقارب لطبيعة القانون الأجنبي ويلائم حل النزاع ،لأنه تفسيره سيكون الأقرب لطبيعة القانون الأجنبي ويلائم حل النزاع ، ومن ثمَّ تحقيق العدالة وذلك يوافق غاية المشرع الوطني ، أما إذا كان قانون القاضي ليس هو القانون الأقرب، فهنا يجب استبعاد نظرية قانون القاضي ، لأنه الأساليب التفسيرية لدولة القاضي ستوصلنا لتفسير بعيد عن طبيعة القانون الأجنبي ولا يلاءم حل النزاع ، وذلك يعارض غاية المشرع الوطني ولايحقق العدالة .

رابعاً- عند استبعاد نظرية قانون القاضي لا بد أن نطبق الأساليب التفسيرية لدولة القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، أي نظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، لأنه يؤدي إلى أقرب تفسير لطبيعة القانون الأجنبي والنزاع ، وبالنتيجة يوافق غاية المشرع الوطني ويحقق العدالة.

خامساً- وقد يتوصل القاضي الوطني لمعرفة القانون الأقرب لكنه يفشل في إثبات القانون المقارب أو تفسيره ، فعلى القاضي الوطني هنا أن يطبق قانونه الوطني أو تفسيره[١].

إن ذلك يوافق غاية المشرع الوطني في القاعدة الموضوعية والتي تأمر القاضي الوطني بالفصل بالنزاع وإلا عُدَ منكراً للعدالة ، إلا إنه يعارض غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد، لأنه إذا لم يكن قانون القاضي هو القانون الأقرب سنتوصل لتفسيرات لا تلاءم طبيعة القانون الأجنبي ، وذلك يعارض غاية المشرع الوطني.

لذلك نرى في فرض إستحالة التوصل للقانون الأقرب أو تفسيره ، أن تطبق الأساليب التفسيرية لدولة القاضي ولكن لا يطبقه كما هو بل لا بد أن يعدل فيها لتتلاءم مع طبيعة القانون الأجنبي.

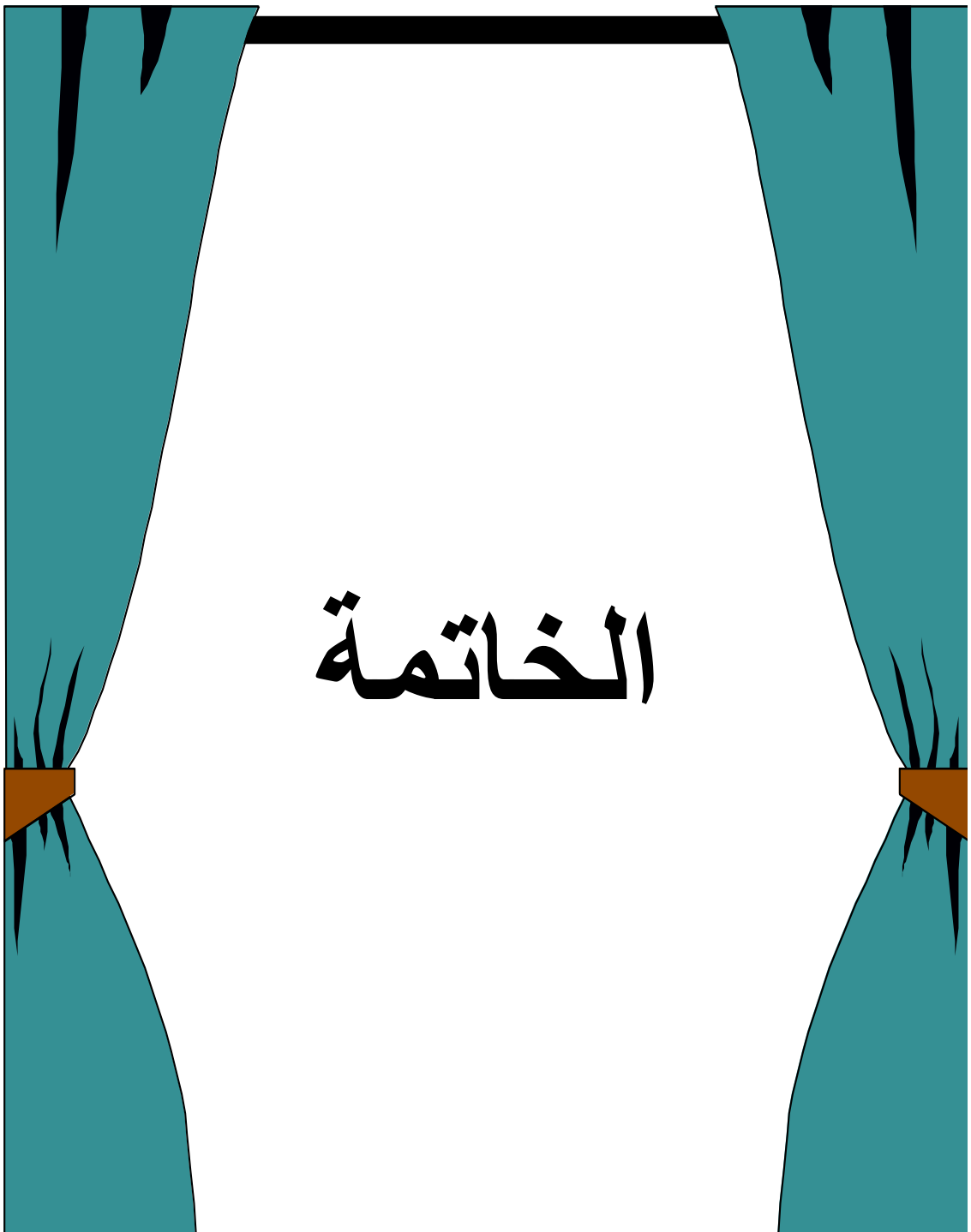
إذ إنه القاضي الوطني لا بد أن تكون لديه معلومات عن النظام القانوني للقانون الأجنبي (والتي لم تسعفه بتفسير للقانون الأجنبي) ، فضلاً عن القانون الأجنبي بحد ذاته (سواء أكان نصاً قانونياً أم حكماً قضائياً أم عرفاً أم رأي فقيه).

---

١ - Cyr ille David-op.cit-N.١٣٦ & -Maury-op.cit-p.٤٠١

& -Wollf-op.cit-٢ed-١٩٥٠-P.٢٢١,٢٢٢ . .

ومن ثمَّ يحاول القاضي الوطني أن يمازج بين الأساليب التفسيرية في دولته ، وبين معلوماته عن النظام القانوني الأجنبي والقانون الأجنبي بحد ذاته ، ليخرج بتفسير يلاءم طبيعة القانون الأجنبي والنزاع ، وذلك يحقق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد ومصالح الخصوم والعدالة.



الخـاتمـــة

بعد اطلاعنا على المصادر التي ترتبط بتفسير القانون الأجنبي ، وابان البحث في ما ورد في بطون تلك المصادر ، تمكنا بفضل الله من اكمال مقدمة الرسالة ومتنها المكون من ثلاث فصول ، والأن نصل لخاتمة الرسالة ، والتي تتكون من استنتاجاتنا عن موضوع تفسير القانون الأجنبي ، ومن المأخذ التي لحظناها على النظام القانوني العراقي وبقية الأنظمة القانونية العربية والأجنبية ، الناجمة عن قصورها في معالجة موضوع تفسير القانون الاجنبي ، وأخيراً من مقترحاتنا التي نرى أن يؤخذ بها في النظام القانوني العراقي وبقية الأنظمة القانونية العربية والأجنبية ، لمعالجة قصورها إزاء موضوع تفسير القانون الاجنبي ، لذلك نتطرق أولاً للاستنتاجات ومن ثمَّ المأخذ وأخيراً نتطرق للمقترحات وكما يأتي:

الاستنتاجات

أولاً- على القاضي الوطني أن يتقيد بالأساليب التفسيرية الأجنبية في تفسير القانون الأجنبي.

لأنه يتفق مع غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد التي أشارت بتطبيق قانون أجنبي ، ويتفق مع مصالح الخصوم الذين توقعوا تطبيق قانون أجنبي على النزاع ، وذلك يحقق العدالة والتعاون الدولي على صعيد العلاقات الدولية الخاصة ، وقد أخذت بذلك غالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم .

ثانياً - يعدّ القانون الأجنبي قانوناً ولا يؤدي إلى عدّه واقعه لتطبيقه أمام القاضي الوطني الذي لايعلم به.

لأنه مجموعة من القواعد القانونية العامة والمجردة ، والتي يُلزم القاضي بتطبيقها أستناداً للأمر الصادر من المشرع الوطني في قاعدة الإسناد والذي يأمر القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي ، فعبء إثبات تفسير القانون الأجنبي إذن يقع على عاتق القاضي الوطني ، بعدّه من مسائل القانون التي يستقل بتحديدها القاضي ، وأخذ بذلك غالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم .

ثالثاً- لكي يتمكن القاضي الوطني من التوصل لتفسير القانون الأجنبي لا بد من أقرار مبدأ (حرية الإثبات) للقاضي الوطني.

أي اعطاء القاضي الوطني حرية الرجوع لجميع وسائل الإثبات المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي ، وذهب لذلك غالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم ، لذلك يجوز للقاضي أن يستعين بالخصوم ، أو الخبرة الشفوية أم التحريرية ، أو أن يرجع للمؤلفات القانونية والقضائية والفقهية ، أو أن يلجأ للإنابة القضائية ، أو أن يستعين بالوثائق الرسمية ليتوصل لتفسير القانون الأجنبي.

رابعاً- قد تثور للقاضي الوطني في معرض تفسيره للقانون الأجنبي ،صعوبات مصدرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني هي:

أ- اختلاف القضاءين الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي.

كأن يستقر القضاء الوطني بصدد تفسير القانون الأجنبي على تفسير معين بعد الرجوع للنظام القانوني الأجنبي ، وبعد ذلك يظهر تفسير جديد للقانون الأجنبي في دولة القانون الأجنبي ، نتيجة لتطور أو لتغير ظروف الحياة القانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية في دولة القانون الأجنبي ، فهنا على القاضي الوطني أن يأخذ بالتفسير الحديث للقانون الأجنبي ، لأنه يمثل التفسير الفعلي والحقيقي والمطبق في دولة القانون الأجنبي ، والذي يوافق غاية المشرع الوطني في قاعدة الإسناد التي أشارت بتطبيق القانون الأجنبي ، ويتفق مع مصالح الخصوم الذين توقعوا تطبيق تفسير القانون الأجنبي الفعلي على نزاعهم.

ب - كيفية تفسير النصوص المتشابهة بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني.

يجب أن لا ينخدع القاضي الوطني بذلك فيفسر القانون الأجنبي استناداً للأساليب التفسيرية الوطنية ، بل يجب تفسيره استناداً للأساليب التفسيرية الأجنبية ، لأنه كل نص عائد لنظام قانوني آخر له ظروفه القانونية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية وقواعده التفسيرية الخاصة به ، فيكون لكل نص تفسيره الخاص به في النظام القانوني العائد له وإن تشابها ، أي يجب تفسير النص الأجنبي المشابه للنص الوطني استناداً للأساليب التفسيرية السائدة في الدولة العائد لها النص الأجنبي المشابه للنص الوطني.

ج - كيفية تفسير النصوص الموحدة بمقتضى الاتفاقات الدولية.

لا يجوز للقاضي الوطني أن يتبع الأساليب التفسيرية الوطنية في تفسير نصوص المعاهدة الدولية إذا كانت تتعلق بالقانون العام أي تتعلق بمصالح الدول العامة ،لأن تفسيرها منوط بإرادة الدول واضعة المعاهدة ، ويجوز للدولة إتباع الأساليب التفسيرية الوطنية في تفسير نصوص المعاهدة المتعلقة بالقانون الخاص أي تتعلق بمصالح الأفراد ، وينجم عن الفرض الاخير أن يختلف تفسير نص المعاهدة الموحدة في كل دولة مطبق فيها ذلك النص ، لأنه كل دولة تتبع أساليبها التفسيرية في تفسير نص المعاهدة المتعلقة بالقانون الخاص ، فإذا كان القانون الواجب التطبيق نص معاهدة موحدة بين دولة القاضي ودولة أجنبية أخرى , فعلى القاضي الوطني إتباع الأساليب التفسيرية السائدة في الدولة الأجنبية ، لأنها تمثل الإسلوب الأجنبي الذي يجب على القاضي الوطني إتباعه عند تفسير القانون الأجنبي (كما بينا في الاستنتاج الأول).

خامساً- قد يواجه القاضي الوطني في معرض تفسيره للقانون الأجنبي صعوبات مصدرها النظام القانوني الأجنبي هي.

أ- اختلاف القضاء العادي حول تفسير القانون الأجنبي.

على القاضي الوطني هنا أن يختار أحد الاحكام المختلفة (والتي تمثل التفسيرات المختلفة) ، مستعيناً بالقواعد التفسيرية والظروف القانونية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية في دولة القانون الأجنبي , لانه أحد هذه الاحكام يمثل التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي .

ب - اختلاف القضاءين الأجنبيين العالي والعادي حول تفسير القانون الأجنبي.

على القاضي الوطني أن يتقيد بتفسيرات المحكمة العليا الأجنبية ، لأنه على القاضي الوطني التقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء هكذا فرض ، ليتوصل لتفسيرات حقيقية وفعلية للقانون الأجنبي القاضي الأجنبي سواء أكان في دولة انكلوسكسونية او لاتينية (بالرغم من عدم اعتبار القضاء مصدر للقانون في الدول اللاتينية) ، لأنه القاضي في الدولة الأنكلوسكسونية أو اللاتينية يُلزم نفسه بأحكام المحكمة العليا لخبرتها الواسعة وكثرة القضاء فيها ، فتفسيراتها تمثل التفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي ، أما إذا كان تفسير المحكمة العليا يعتبر سابقة

منفردة تعرضت للنقد اللاذع من قضاة محاكم الموضوع ، لأنه لا يمثل التفسير الحقيقي للقانون الأجنبي ، أو إن تفسير المحكمة العليا أصبح قديماً لا يتلاءم مع تطور الحياة في دولة القانون الأجنبي ، فعلى القاضي الوطني أن يأخذ بتفسيرات محاكم الموضوع ، لأنه يمثل التفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي.

ج ـ خلو القضاء الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي.

على القاضي الوطني أن يتقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء هكذا فرض ، كأن يرجع القاضي الأجنبي لمصادر القانون الأخرى من دين أو عرف أو عادة أو مبادئ العدالة أو القانون الطبيعي ، فعلى القاضي الوطني أن يتقيد بذلك ليتوصل للتفسير الذي يتوصل إليه القاضي الأجنبي فيما لو رفع إليه النزاع ابتداءً ، لأن ذلك يؤدي بنا إلى التوصل للتفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي.

د ـ خلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي.

على القاضي الوطني أن يتقيد بموقف القاضي الأجنبي إزاء هكذا فرض ، والذي قد يرجع لحكمة تشريع القانون الأجنبي ، أو للأعمال التحضيرية أو المصدر التاريخي للقانون الأجنبي ، أو للمبادئ العليا والظروف الواقعية للنظام القانوني الأجنبي ، فيجب على القاضي الوطني العمل بذلك ليتوصل للتفسيرات التي يتوصل إليها القاضي الأجنبي فيما لو رفع إليه النزاع ابتداءً ، لأن ذلك يؤدي بنا إلى التوصل للتفسير الحقيقي والفعلي للقانون الأجنبي.

سادساً ـ قد يستحيل على القاضي الوطني أن يتوصل لتفسير القانون الأجنبي.

وذلك نتيجة لخلو النظام القانوني بأجمعه من تفسير للقانون الأجنبي ، أو نتيجة لوجود وصعوبات عملية حالت دون توصل القاضي الوطني لتفسير القانون الأجنبي ، وضع الفقه نظريات عديدة لمواجهة تلك المشكلة وهُنَّ ، نظرية رفض الطلب أي إنه على القاضي الوطني أن يرفض الطلب عند مواجهته لهكذا فرض ، ونظرية الرجوع للمبادئ العامة للقانون أي إنه على القاضي الوطني الرجوع للمبادئ العامة القانون عند استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، ونظرية قانون القاضي (Lex-Fori)أي إنه على القاضي الوطني أن يستعين بالأساليب لتفسيرية الوطنية لمواجهة هكذا فرض ، ونظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي أي إنه على القاضي الوطني أن يرجع للأساليب التفسيرية السائدة في الدولة ذات القانون الذي مضمونه الأقرب لمضمون القانون الأجنبي ، وغالبية الفقه والأنظمة القانونية في العالم تنزح نحو تأصيل إتباع نظرية قانون القاضي.

المـــآخـــذ

أولاً ـ عدم تقنين المشرع العراقي والمشرعين في غالبية الدول العربية والأجنبية مواد تنازع القوانين في قانون خاص ، يتضمن مواداً قانونية تعالج كافة المشاكل التي تثار على صعيد تنازع القوانين.

فالقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، وقانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم(٧٨) لسنة ١٩٣١ ، يتضمنان مواد خاصة بتنازع القوانين إلا إنها غير وافية لمعالجة جميع مشاكل تنازع القوانين ، وقد أعاد المشرع العراقي في مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦ ، ذكر مواد تنازع القوانين الواردة في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، وذلك يبين مع أسفنا الشديد إصرار المشرع العراقي في عدم رغبته لإصدار تقنين خاص بتنازع القوانين ، لأنه ضمَّ نَ تلك المواد لمشروع القانون المدني العراقي ولم يضمنها لتقنين خاص بتنازع القوانين ، فإذن عدم وجود تقنين لتنازع القوانين يعالج كافة مشاكل تنازع القوانين في العراق أو في أي من الدول العربية والأجنبية الخالية من هكذا تقنين ، يؤدي إلى إرباك القاضي في العراق أو في تلك الدول عند مواجهته لفرض لم يعالج بنص تشريعي ، والذي يؤدي بالقاضي للأجتهاد بحلول من الظاهر له من نصوص تشريعه أو من آراء الفقهاء في دولته ، وقد يكون ذلك الاجتهاد خاطئاً يؤدي بنا إلى حلول خاطئة تضر بالخصوم وبالنتيجة إنكار للعدالة ، أو لا تتلاءم تلك الحلول مع طبيعة النظام القانوني في العراق أو في تلك الدول ، وبالنتيجة يخل ذلك بالنظام العام في العراق أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ، ويتعارض مع المبادئ العامة للقانون أو المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

ثانياً ـ عدم معالجة المشرع العراقي والمشرعين في غالبية الدول العربية والأجنبية لمسألة الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي بنص قانوني.

ويترتب على ذلك المساوئ المترتبة على المأخذ الأول ، ويُعدّ ذلك تأكيداً للمأخذ الأول.

ثالثاً ـ عدم معالجة المشرع العراقي وغالبية مشرعي الدول العربية والأجنبية لمسألة عدّ القانون الأجنبي واقعة أو قانون بنص قانوني .

ويترتب على ذلك المساوئ المترتبة على المأخذ الأول ، ويعدّ ذلك تأكيداً المأخذ الأول ، لأنه يترتب على معالجة تلك المسألة تحديد على من يقع عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي.

رابعاً ـ عدم معالجة المشرع العراقي وغالبية مشرعي الدول العربية والأجنبية لمبدأ(حرية الإثبات) بنص قانوني.

لأنه يترتب على معالجة تلك المسألة إعطاء القاضي العراقي أو في تلك الدول العربية أو الأجنبية ،حرية الرجوع لكافة وسائل الإثبات المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي ، ليتوصل لتفسير القانون الأجنبي ، ويترتب على ذلك المساوئ المترتبة على المأخذ الأول ، ويعدّ ذلك تأكيداً للمأخذ الأول.

خامساً ـ عدم معالجة المشرع العراقي وغالبية مشرعي الدول العربية والأجنبية ، للوسائل الواجب اتباعها من قبل القاضي العراقي أو في تلك الدول الأجنبية أو العربية لأجل التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره.

وإن تناول قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١ تلك الوسائل ، إلا إنه تطرق إليها بصورة مقتضبة وغير وافية ولا تكفي حاجة القاضي العراقي ، من حيث بيان تلك الوسائل بصورة واضحة وجلية ولا كيفية اللجوء إليها ، ويترتب على ذلك المساوئ المترتبة على المأخذ الأول ، ويعدّ ذلك تأكيداً للمأخذ الأول.

سادساً ـ قلة الوسائل التي توفر العلم بتفسير القانون الأجنبي في النظام القانوني العراقي وفي غالبية الأنظمة القانونية العربية والأجنبية.

كإنشاء معهد للقانون المقارن ، أو إنشاء قضاء متخصص بقضايا تنازع القوانين ، أو إنشاء مركز قانوني متخصص في وزارة العدل ، فضلاًعن قلة معاهدات الإنابة القضائية أو تبادل المعلومات القانونية والقضائية والفقهية ، بين الدول العربية ومنها العراق وبين الدول الأجنبية سواء أكانت انكلوسكسونية أم لاتينية أم جرمانية أم اشتراكية وبالعكس ، ويترتب على ذلك المساوئ المترتبة على المأخذ الأول ، ويعدّ ذلك تأكيداً المأخذ الأول.

سابعاً- عدم تعرض التشريع العراقي وغالبية مشرعي الدول العربية والأجنبية ، للصعوبات التي يثيرها النظام القانوني الأجنبي بمفرده أو بالازدواج مع النظام القانوني الوطني.

ويترتب على ذلك المساوئ الناجمة عن المأخذ الأول ، و يعدّ ذلك تأكيداً للمأخذ الأول ، فصلاًعن قلة الدراسات الفقهية العراقية والعربية والأجنبية في تلك الصعوبات ، ولعل مرد ذلك عدم تعرض القضاء العراقي لهكذا فروض ، وقلة تعرض القضاء الأجنبي والعربي لهكذا فروض ، مع العلم إن هكذا دراسات تسعف المشرع العراقي أو العربي أو الأجنبي في تلمس أبعاد كل صعوبة ، ومن ثمَّ وضع نصوص قانونية مجدية لحل تلك الصعوبات .

ثامناً- عدم معالجة المشرع العراقي وغالبية مشرعي الدول العربية والأجنبية لفرض استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي.

وإن تطرق الفقه العراقي لهكذا فرض ، وأسهب الفقه العربي والأجنبي في معالجة هكذا فرض ، وذلك يؤدي إلى المساوئ الناجمة عن المأخذ الأول ، ويعدّ ذلك تأكيداً للمأخذ الأول.

المقترحات

أولاً- أن يقوم المشرع العراقي أومشرعوا الدول العربية أوالأجنبية الخالية من تقنين لتنازع القوانين ، بإصدار تقنين خاص بتنازع القوانين ، وأن يتضمن ذلك التقنين مواداً قانونية تعالج كافة المشاكل التي يثيرها تنازع القوانين ، وأن تتضمن مواد ذلك التقنين حلول تتوافق مع مبادئ القانون العامة ومع مبادئ القانون الدولي الخاص العامة ، ومع الحلول التي استقر عليها الفقه والقضاء في العالم لمواجهة تلك المشاكل. وذلك التقنين سيسلح القاضي العراقي أو في تلك الدول العربية والأجنبية (الخالية من تقنين لتنازع القوانين) ، بكم لا بأس به من الحلول لمواجهة جميع مشاكل تنازع القوانين ، ونتجنب مساوئ عدم وجود نص يعالج المسألة المعروضة أمام القاضي العراقي أو القاضي في تلك الدولة العربية والأجنبية (المشار إليها المأخذ الأول) .

ثانياً- على المشرع العراقي أومشرعوا تلك الدول العربية أوالأجنبية ، الخالية من تقنين يعالج مسألة تحديد الإسلوب الواجب الإتباع في تفسير القانون الأجنبي ، ومسألة تحديد عبء إثبات تفسير القانون الأجنبي أيقع على القاضي أم على الخصوم ، معالجة تلك المسألتين بنص يضمن لتقنين تنازع القوانين ، أي تقنين تنازع القوانين المشار إليه في المقترح الأول ، لتجنب مساوئ المأخذ الأول ونجني فوائد المقترح الأول ، ويبين ذلك النص إن الأسلوب الأجنبي هو الواجب الاتباع في تفسير القانون الأجنبي ، و إن القانون الأجنبي يعدّ قانوناً وبالنتيجة عبء إثبات تفسيره على عاتق القاضي العراقي أو القاضي في تلك الدولة الأجنبية أو العربية ، لاسيما إن تلك الحلول تعدّ من الحلول التي استقر عليها الفقه والقضاء في جميع الأنظمة القانونية في العالم ، والتي تتوافق مع المبادئ القانون العامة واصبحت من مبادئ القانون الدولي الخاص العامة ، ونقترح أن يكون النص كما يأتي :

(يعدّ القانون الأجنبي قانوناً ، والإسلوب التفسيري الأجنبي هو الواجب الإتباع في تفسيره ، ومن ثمَّ عبء إثبات القانون الأجنبي وتفسيره على عاتق القاضي العراقي - أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية).

ثالثاً- على المشرع العراقي أو في الدول الأجنبية أو العربية الخالية من نص يعالج مبداء (حرية الإثبات) أو وسائل إثبات القانون الأجنبي أو تفسيره ، أن يعالج تلك المسألتين بنص يضمن لتقنين تنازع القوانين، أي تقنين تنازع القوانين المشار إليه في المقترح الأول، لنتجنب

مساوئ المأخذ الأول ولنجني حسنات المقترح الأول ، على أن يقر ذلك النص مبداء (حرية الإثبات) للقاضي العراقي أو في تلك الدولة العربية والأجنبية ، لا سيما إن ذلك يعدّ من الحلول التي استقر عليها الفقه والقضاء في كل انحاء العالم ، ويعدّ من الحلول التي تتوافق مع مبادئ القانون العامة ومبادئ القانون الدولي الخاص ، وأن تعدد في النص وسائل إثبات تفسير القانون الأجنبي ، وأن يرد ذكرها على سبيل المثال لا الحصر ، لأن ذلك يتلاءم مع مقتضيات مبداء (حرية الإثبات) ، ونقترح أن يكون مضمون ذلك النص ما يأتي:

(للقاضي العراقي ـ أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ـ الرجوع لجميع وسائل الإثبات المتعارف عليها في إثبات مضمون القانون الأجنبي ، لتسعفه في التوصل للقانون الأجنبي أوتفسيره ، ومن هذه الوسائل ، أ ـ مساعدة الخصوم ب ـ الخبرة الشفوية أوالتحريرية ج ـ المؤلفات الفقهية والقانونية والقضائية د ـ الإنابة القضائية هـ الوثائق الرسمية).

رابعاً ـ لتوافر المعلومات عن القانون الأجنبي أو تفسيره في العراق أو في أي دولة عربية أو أجنبية خالية من الوسائل التي سنشير إليها لاحقاً ، لذلك نقترح على النطاق الداخلي في العراق أو في أي دولة من تلك الدول العربية أو الأجنبية ما يأتي:

أ ـ إنشاء مركز قانوني في وزارة العدل .

ب ـ إنشاء محاكم متخصصة في قضايا تنازع القوانين .

ج ـ إنشاء معهد للقانون المقارن .

خامساً ـ لتوافر المعلومات عن القانون الأجنبي أو تفسيره في العراق أو في أي دولة عربية أو أجنبية خالية من الوسائل التي سنشير إليها لا حقاً ، نقترح على النطاق الدولي أي على صعيد العلاقات الدولية ما يأتي:

لقد أبرمت غالبية الدول العربية ومنها العراق مع بعضها البعض معاهدات بخصوص الإنابة القضائية ، أو بخصوص تبادل المعلومات الفقهية أو القانونية أو القضائية ، تيسر التوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، ولكن قليلة المعاهدات الخاصة بتبادل المعلومات الفقهية أو القانونية أو القضائية أو الإنابة القضائية ، التي أبرمتها الدول العربية ومنها العراق مع الدول الأجنبية وبالعكس ، فقد أبرم العراق هكذا معاهدات مع بريطانيا وتركيا والمانيا الديمقراطية فقط من دون بقية الدول الأجنبية .

لذلك نرى أن تُكثر الدول العربية ومنها العراق ، عقد معاهدات الإنابة القضائية أو معاهدات تبادل المعلومات الفقهية والقانونية والقضائية مع الدول الأجنبية وبالعكس ، لتوفير المعلومات عن القوانين العربية ومنها العراق في الدول الأجنبية وبالعكس ، وذلك ييسر على القاضي العراقي أو العربي أو الأجنبي التوصل لتفسير القانون الأجنبي .

سادساً ـ على المشرع العراقي أو في تلك الدول العربية أو ألأجنبية الخالية من نصوص تعالج الصعوبات التي يثيرها النظامين القانونيين الأجنبي والوطني ، أن يعالج تلك الصعوبات بنصوص تصمن لتقنين تنازع القوانين المشار إليه في المقترح الأول (لنتجنب مساوئ المأخذ الأول و نجني فوائد المقترح الأول) ، لذلك فيما يأتي كل صعوبة والنص الذي نقترحه لمعالجتها.

أ ـ اختلاف القضاءين الأجنبي والوطني حول تفسير القانون الأجنبي .

(عند استقرار القضاء الوطني على تفسيرمعين للقانون الأجنبي ، وظهر تفسير حديث للقانون الأجنبي في دولته ، فعلى القاضي العراقي ـ أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ـ التقيد بالتفسير الحديث في تفسير القانون الأجنبي ، مالم يكن التفسير الحديث سابقة منفردة

تعرضت للنقد اللاذع أو لا يتلاءم مع طبيعة النظام القانوني الأجنبي ، فعليه التقيد بالتفسير القديم في تفسير القانون الأجنبي).

ب ـ تفسير النصوص المتشابهة أو الموحدة بمقتضى اتفاقية دولية بين النظامين القانونيين الأجنبي والوطني.

(عند تفسير القاضي العراقي ـ أو في تلك الدولة الأجنبية أو العربية ـ لقانون أجنبي يمثله نص مشابه لنص وطني ، أو نص معاهدة دولية متعلقة بالقانون الخاص مطبقة في العراق ـ أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ـ فعليه الرجوع للنظام القانوني الأجنبي العائد له ذلك النص لاجل تفسيره).

وتلك الحلول تتوافق مع مبادئ القانون الدولي الخاص ، وبالنتيجة يحقق غاية المشرع الوطني و مصالح الخصوم والعدالة ، ويتوافق مع طبيعة النظام القانوني العراقي أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية .

سابعاً- على المشرع العراقي أو المشرع في دول الأجنبية أو العربية الخالية من نصوص تعالج الصعوبات التي يثيرها النظام القانوني الأجنبي ، أن يعالج تلك الصعوبات بنصوص تضمن لتقنين تنازع القوانين في المقترح الأول (لنتجنب مساوئ المأخذ الأول ونجني فوائد المقترح الأول) ، لذلك فيما يأتي كل صعوبة والنص الذي نقترحه لمعالجتها.

أ ـ اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي .

(عند اختلاف القضاء العادي الأجنبي حول تفسير القانون الأجنبي ، فعلى القاضي العراقي ـ أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ـ ترجيح أحد هذه التفسيرات مهتدياً بالنظام القانوني الأجنبي).

ب ـ اختلاف القضاءين العالي و العادي الأجنبيين حول تفسير القانون الأجنبي .

(عند اختلاف القضاءين العالي والعادي الأجنبيين حول تفسير القانون الأجنبي ، فعلى القاضي العراقي ـأو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ـ التقيد بتفسيرات القضاء العالي الأجنبي ، مالم تكن التفسيرات تعدّ سابقة منفردة تعرضت للنقد اللاذع أو لا تتلاءم مع طبيعة النظام القانوني الأجنبي ، فعليه التقيد بتفسيرات المحاكم الدنيا).

ج ـ خلو القضاء الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي .

(عند خلو القضاء الأجنبي من تفسير القانون الأجنبي فعلى القاضي العراقي ـ أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ـ التقيد بموقف القضاء الأجنبي إزاء هكذا فرض).

د ـ خلو مصادر القانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي .

(عند خلو مصادرالقانون الأجنبي من تفسير للقانون الأجنبي ، فعلى القاضي العراقي ـ أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية ـ الرجوع للاعمال التحضيرية أو المصدر التاريخي للقانون الأجنبي ولحكمة تشريع القانون الأجنبي وللمبادئ العليا والظروف الواقعية للنظام القانوني الأجنبي ، ليتوصل لتفسير للقانون الأجنبي).

لا سيما إن تلك الحلول تتوافق مع مبادئ القانون الدولي الخاص ، وبالنتيجة تحيقق غاية المشرع الوطني وذلك يحقق مصالح الخصوم ، ويتوافق مع طبيعة النظام القانوني العراقي أو في تلك الدولة العربية أو الأجنبية .

ثامناً- فيما يخص فرض استحالة التوصل لتفسير القانون الأجنبي ، لحظنا بإن الفقه والقضاء العراقي وفي غالبية الأنظمة القانونية في العالم ، ينزحان نحو تطبيق قانون القاضي أو الأساليب التفسيرية السائدة في دولة القاضي إزاء فرض الاستحالة.

إلا إننا نقترح أن يأخذ النظام القانوني العراقي وبقية الأنظمة القانونية العربية والأجنبية ، بنظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي إزاء فرض الاستحالة ،لأن الأخذ بالأساليب التفسيرية في الدولة ذات القانون الأقرب للقانون الأجنبي ، يؤدي بنا إلى التوصل إلى أقرب

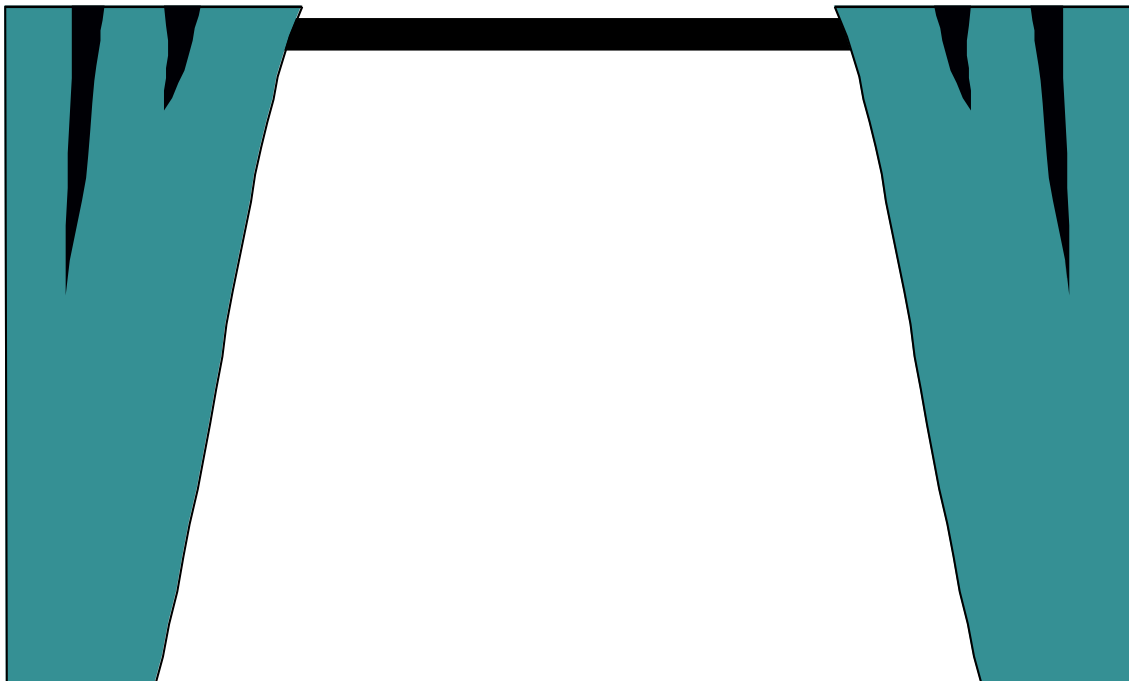
تفسير ممكن لطبيعة القانون الأجنبي ، (فضلاًعن العديد من المسوِّغات التي أوردناها في نظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي).

وإذا استحال على القاضي العراقي أو في تلك الدول العربية أو الأجنبية ، أن يتوصل للقانون الأقرب أو تفسيره ، فعليه أن يأخذ بالأساليب التفسيرية في دولته ، وعليه أن لا يطبقها كما هي بل يجب عليه أن يمازجها بما يملكه من معلومات عن القانون الأجنبي ، ليتوصل لأقرب تفسير ممكن لطبيعة القانون الأجنبي ، (فضلاًعن العديد من المسوِّغات التي أوردناها في نظرية القانون الأقرب للقانون الأجنبي).

ولأجل أن نحقق حسنات المقترح الأول ونتجنب مساوئ المأخذ الأول ، نقترح أن يصاغ ذلك المقترح بنص ويضمن لتقنين تنازع القوانين في المقترح الأول ، في العراق أو في تلك الدول الأجنبية أوالعربية الخالية من نص يعالج فرض الاستحالة ، أو يوجد نص يعالجها لكن يقضي إلى إتباع نظرية قانون القاضي ، ونقترح أن يكون مضمون النص ما يأتي:

(إذا استحال على القاضي العراقي - أو في تلك الدولة الأجنبية أو العربية - أن يتوصل للقانون الأجنبي أو تفسيره ، فعليه تطبيق القانون الأقرب للقانون الأجنبي أو تفسيره ، وإذا استحال عليه التوصل للقانون الأقرب أو تفسيره ، فعليه تطبيق القانون العراقي - أو في تلك الدولة الأجنبية أو العربية - مع ممازجة بما يملكه من معلومات عن القانون الأجنبي).

وما توفيقي الا بالله



مصادر الرسالة

مصادر الرسالة

الكتب العربية :

١. احمد حسني ـ قضاء النقض البحري ـالطبعة الثانية ـ منشأة المعارف ـ (الاسكندرية ، بدون سنة طبع).
٢. أحمد عبد الكريم سلامة ـ المختصر في العلاقات الدولية الخاصة ـ الطبعة الأولى ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، بدون سنة الطبع) .
٣. احمد عبد الكريم سلامة ـ المدخل لدراسة القانون ـ مؤسسة التعاون والنشر-(مصر ، ١٩٧٥).
٤. احمد نشأت ـ رسالة الاثبات ـ الطبعة السابعة ـ دار الفكر العربي ـ (مصر ، ١٩٧٢).
٥. ادم وهيب النداوي ـ المرافعات المدنية ـ المكتبة الوطنية ـ (بغداد ، ١٩٨٨) .
٦. ادم وهيب النداوي ـ الموجز في قانون الاثبات ـ مطابع التعليم العالي ـ (الموصل ، ١٩٩٠).
٧.أدم وهيب النداوي ـ شرح قانون الاثبات ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة دار القادسية ـ (بغداد ، ١٩٨٦).
٨.توفيق حسن فرج ، محمد يحيى مطر ـ الاصول العامة للقانون ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ (بيروت ، ١٩٨٩).
٩. جابر إبراهيم الراوي ـ أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي ـ ساعدت جامعة بغداد على طبعه ـ (بغداد ، ١٩٨٠) .
١٠. جابر جاد عبد الرحمن ـ تنازع القوانين ـ دار النهضة العربية ـ(القاهرة ، ١٩٧٠).
١١.جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص العربي ـ الجزء الثالث ـ تنازع القوانين ـ (بدون مكان طبع ، ١٩٦٠).
١٢.جابر جاد عبد الرحمن ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ـ في تنازع القوانين وتنازع الهيئات وتنازع الاختصاص ـ مطبعة الهلال ـ (بغداد،١٩٤٩) .
١٣. حامد زكي ـ دروس في القانون الدولي الخاص العراقي ـ مطبعة التفيض الاهلية ـ (بغداد ، ١٩٤٣).
١٤. حامد مصطفى ـ مبادئ القانون الدولي الخاص من جهة نظر القانون العراقي ـ الجزء الأول ـ الطبعة الثانية مجددة وموسعة ـ شركة الطبع والنشر الاهلية ـ (بغداد ، ١٩٧٠).
١٥. حسن الجلبي ـ القانون الدولي العام ـ الجزء الأول ـ مطبعة شفيق ـ (بغداد ، ١٩٦٤).
١٦. حسن الهداوي ـ القانون الدولي الخاص ـ في تنازع القوانين والمبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني دراسة مقارنة ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة الاردن ـ (الاردن ، ٢٠٠١).
١٧. حسن الهداوي ـ تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ـ مطبعة الارشاد- (بغداد ، ١٩٦٧) .
١٨. حسن كيره ـ المدخل إلى القانون ـ منشأة المعارف ـ (الاسكندرية ، ١٩٧١) .
١٩. حكمت شبر ـ القانون الدولي العام ـ الجزء الأول ـ مطبعة دار السلام ـ (بغداد ، ١٩٧٥).
٢٠. سليمان مرقس ـ اصول الاثبات في القانون المصري ـ الجزء الأول ـ الادلة المطلقة ـ عالم الكتب ـ (القاهرة ، بدون سنة الطبع) .

٢١. شمس الدين الوكيل ـ مبادئ القانون الخاص ـ الطبعة الأولى ـ منشأة المعارف ـ (الاسكندرية ، ١٩٦٥) .
٢٢. صلاح الدين المقدم ـ تنازع القوانين في سندات الشحن و مشارطات إيجار السفينة ـ الدار الجامعية للطباعة ـ (بيروت ، بدون سنة الطبع).
٢٣. صوفي حسن ابو طالب ـ الوجيز في القانون الدولي الخاص المصري واللبناني ـ الطبعة الأولى ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، ١٩٧٢) .
٢٤. عبد الحسين القطيفي ـ القانون الدولي العام ـ الجزء الأول ـ مطبعة العاني ـ (بغداد ، ١٩٧٠) .
٢٥. عبد الحكم فوده ـ تفسير العقد في القانون المصري والمقارن ـ منشأة المعارف ـ (الاسكندرية ، ١٩٨٥) .
٢٦. عبد الحميد ابو الهيف ـ القانون الدولي الخاص في اوربا ومصر ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة السعادة ـ (القاهرة ، ١٩٢٧).
٢٧. عبد الحي حجازي ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية ـ الجز الأول ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ (الكويت ، ١٩٧٢).
٢٨. عبد الحي حجازي ـ النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ مصادر الالتزام ـ مطبعة الفجالة ـ (مصر، ١٩٥٣).
٢٩. عبد الرزاق احمد السنهوري ـ احمد حشمت ابو ستيت ـ اصول القانون ـ (مصر ، ١٩٤١).
٣٠. عبد الرزاق احمد السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الأول ـ في مصادر الالتزام ـ الطبعة الثانية ـ دار النهضة العربية ـ (مصر ، ١٩٦٤).
٣١. عبد الرزاق احمد السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ الجزء الثاني ـ في الاثبات واحكام الالتزام ـ دار النشر للجامعات المصرية ـ (القاهرة ، ١٩٥٦).
٣٢. عبد القادر الفار ـ المدخل لدراسة العلوم القانونية ـ الطبعة الأولى ـ مطبعة الشروق ـ (الاردن ، ١٩٩٩).
٣٣. عبد المجيد الحكيم ـ الوجيز في شرح القانون المدني ـ الجزء الأول ـ في مصادر الالتزام مع مقارنة بالفقه الاسلامي ـ شركة الطبع والنشر الاهلية ـ (بغداد ، ١٩٦٣).
٣٤. عز الدين عبد الله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ـ في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ـ الطبعة السادسة ـ دار النهضة العربية ـ (بغداد ، ١٩٦٩).
٣٥. عز الدين عبدالله ـ القانون الدولي الخاص ـ الجزء الثاني ـ في تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدوليين ـ الطبعة السابعة ـ دار النهضة العربية ـ (مصر، ١٩٧٢).
٣٦. عكاشة محمد عبد العال ـ احكام القانون الدولي الخاص اللبناني (دراسة مقارنه) ـ الجزء الأول ـ في تنازع القوانين ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ (بيروت ، ١٩٩٨).
٣٧. علي علي سليمان ـ شرح القانون الدولي الخاص الليبي ـ تنازع القوانين من حيث المكان طبقا لاحكام القانون المدني الليبي ـ منشورات الجامعية الليبية ـ دار صاد ـ (بيروت ، ١٩٦٩).
٣٨. غالب علي الداودي ـ القانون الدولي الخاص ـ الكتاب الأول ـ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية (دراسة مقارنه) ـ الطبعة الثالثة ـ دار وائل للطباعة والنشر ـ (الاردن ، ٢٠٠١).

٣٩. فريد فتيان ـ شرح قانون الاحوال الشخصية على المذاهب الخمسة ـ مطبعة الشعب ـ (بغداد ، ١٩٨٣).
٤٠. فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، ١٩٨٧).
٤١. فؤاد عبد المنعم رياض ، سامية راشد ـ اصول تنازع القوانين وتنازع الاخصاص القضائي الدولي ـ دار النهضة العربية ـ (القاهرة ، ١٩٩٠) .
٤٢. ماجد الحلواني ـ القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي ـ مطبوعات جامعة الكويت ـ (الكويت ، ١٩٧٤).
٤٣. مالك دوهان الحسن ـ المدخل لدراسة القانون ـ الجزء الأول ـ النظرية العامة للقاعدة القانونية ـ مطبعة جامعة بغداد ـ (بغداد ، ١٩٧٢).
٤٤. محمد شريف احمد ـ نظرية تفسير النصوص القانونية المدنية ـ مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ـ (بغداد ، ١٩٨٢).
٤٥. محمد عبد الخالق عمر ـ القانون الدولي الليبي الخاص ـ منشورات جامعة قار يونس ـ (ليبيا ، ١٩٧٨).
٤٦. محمد عبد الله المؤيد ـ القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دراسة مقارنه في القانون اليمني ـ الطبعة الأولى ـ اوان للخدمات الاعلامية ـ(اليمن ، ١٩٩٩).
٤٧. محمد عبد المنعم رياض ـ مبادئ القانون الدولي الخاص ـ الطبعة الثانية ـ مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ـ (القاهرة ، ١٩٤٣).
٤٨. محمد كمال فهمي ـ اصول القانون الدولي الخاص ـ (الجنسية ، الموطن ، مركز الاجانب ، مادة تنازع) ـ الدار المصرية للطباعة ـ (مصر ، ١٩٥٨).
٤٩. محمد كمال فهمي ـ اصول القانون الدولي الخاص ـ (الجنسية ، الموطن ، مركز الاجانب ، مادة تنازع) ـ الدار المصرية للطباعة ـ(مصر ، ١٩٧٨).

٥٠. محمود الكيلاني ـ عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا – (القاهرة ، ١٩٨٨).
٥١. مرتضى نصر الله ـ مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري ـ الجزء الثاني ـ مطبعة النعمان ـ (النجف الأشرف ، بدون سنة طبع).
٥٢. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن ـ الجزء الأول ـ في تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ـ الطبعة الأولى ـ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ـ (الأردن ، ١٩٩٨).
٥٣. ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش ـ القانون الدولي الخاص وفق القانونيين العراقي والمقارن ـ (الجنسية ، المواطن ، حالة الأجانب ، تنازع القوانين ، الاختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام المدنية الأجنبية)ـ الطبعة الأولى ـ دار الحرية للطباعة ـ (بغداد،١٩٧٣).
٥٤. منصور مصطفى منصور ـ مذكرات في القانون الدولي الخاص ـ في تنازع القوانين ـ دار المعارف ـ (مصر ، ١٩٥٧).
٥٥. هشام خالد ـ اثبات القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص ـ دار الفكر العربي ـ (الاسكندرية ، ٢٠٠٠).
٥٦. هشام علي صادق ـ التعليق على أحكام محكمة النقض المصرية في مسائل القانون البحري ـ الدار الجامعية للطباعة والنشر ـ (الاسكندرية ، ١٩٨٥).

٥٧. هشام علي صادق ـ تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ـ الطبعة الأولى ـ منشأة المعارف ـ (الاسكندرية،١٩٦٥).
٥٨. هشام علي صادق ـ تنازع القوانين ـ دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية في التشريع المصري ـ الطبعة الثانية ـ منشأة المعارف ـ (الاسكندرية ، بدون سنة طبع).
٥٩. هشام علي صادق ، حفيظة السيد حداد ـ دروس في القانون الدولي الخاص ـ دار الفكر الجامعي ـ (الاسكندرية ، ١٩٩٩).
٦٠. هشام علي صادق ـ مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ـ منشأة المعارف ـ (الاسنكدرية ،١٩٦٨).

الرسائل :

١. حميد فيصل الدليمي ـ خضوع العقد لقانون الادارة (دراسة مقارنة) ـ رسالة ماجستير مقدمة لكلية صدام للحقوق ـ(بغداد ، ١٩٩٨).
٢. فراس كريم شيعان البيضاني ـ القانون الواجب التطبيق على المسؤولية التقصيرية الناشئة عن التصادم البحري(دراسة مقارنة)ـ رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون جامعة بابل ـ(بابل ، ٢٠٠٠).
٣. كريم مزعل شبي ـ التكييف في تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ـ رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ـ (بغداد ، ١٩٩٢) .
٤. نعيم حسن سلمان ـ تفسير النصوص القانونية وموقف القضاء العراقي من التفسير ـ رسالة مقدمة إلى المعهد القضائي ـ (بغداد ، ١٩٨٨).

البحوث :

١. أكرم نشأت ابراهيم ـ مساع في سبيل توحيد التشريعات العربية والمعوقات التي تواجه توحيدها ـ مجلة دراسات قانونية ـ السنة الأولى ـ العدد الأول ـ (كانون الثاني ـ آذار،١٩٩٩).
٢. سامية راشد ـ قاعدة الاسناد أمام القضاء ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ـ السنة الرابعة عشر ـ العدد الأول ـ (كانون الثاني ، ١٩٧٢).
٣. شمس الدين الوكيل ـ إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ـ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ـ السنة الثانية عشر ـ العددان الأول والثاني ـ ١٩٦٤.
٤. صالح محسوب ـ السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي ـ مجلة القضاء ـ السنة الثالثة والخمسون ـ الأعداد الأول والثاني والثالث والرابع ـ .١٩٩٩
٥. عبد الرزاق عبد الوهاب ـ رقابة محكمة التمييز على تفسير العقود ـ مجلة العدالة ـ السنة الثانية ـ العدد الثاني ـ (نيسان ـ مايس ـ حزيران ، ١٩٦٣).
٦. عبد الوهاب خلاف ـ تفسير النصوص القانونية وتأويلها ـ مجلة المحاماة ـ السنة الثالثة عشر ـ العد الأول ـ (أيلول ، ١٩٥٠).
٧. عز الدين عبد الله ـ تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدولة الاشتراكية ـ مجلة مصر المعاصرة ـ السنة الثانية والستون ـ العدد ثلاثمائة وخمسة وأربعون ـ (تموز ، ١٩٧١).
٨. علي جمعة محارب ـ دور الاجتهاد القضائي في تطوير القاعدة القانونية ـ مجلة القضاء ـ السنة السادسة والثلاثون ـ العددان الأول والثاني ـ .١٩٩١
٩. فريد فتيان ـ تنازع القوانين من حيث المكان ـ مجلة القضاء ـ السنة العاشرة ـ العدد الخامس ـ .١٩٥٢
١٠. محمد صالح القويزي ـ أنواع التفسير وطرقه والقواعد العامة في تطبيقه ـ مجلة نقابة المحامين ـ السنة الثالثة والعشرون ـ العددان الخامس والسادس ـ (آيار ـ حزيران ١٩٧٤،).
١١. مصطفى كامل ياسين ـ كيف يطبق القانون الأجنبي ـ مجلة القضاء ـ السنة الأولى ـ العدد الثاني ـ (نيسان ، ١٩٥٧).

١٢. هنري باتيفول ـ اسئلة حول التفسير القانوني ـ ترجمة الاستاذ الدكتور جعفر الفضلي ـ مركز البحوث القانونية ـ وزارة العدل ـ (بغداد ، ١٩٨٤) .

المعاجم :

١. ابراهيم مصطفى ، أحمد حسن الزيات ، حامد عبد القادر ، محمد علي النجار ـ المعجم الوسيط ـ الجزء الأول ـ الطبعة الثانية ـ من أول الهمزة إلى آخر الضاد ـ المكتبة الاسلامية ـ (استانبول ـ تركيا ، ١٩٧٢).
٢. الفيروز آبادي ـ القاموس المحيط ـ دار الفكر ـ (بيروت ، ١٩٧٨).
٣. إلياس معلوف ـ المنجد ـ المطبعة الكاثوليكية ـ (بيروت ، ١٩٥١).
٤. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ـ مختار الصحاح ـ دار الرسالة ـ (الكويت ، بدون سنة طبع).

الدوريات والمجلات:

١. محكمة النقض ـ المكتب الفني لتبويب الأحكام ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية ـ السنة الخامسة ـ العدد الثاني ـ (كانون الثاني ـ آذار، ١٩٥٤).
٢. محكمة النقض ـ المكتب الفني لتبويب الأحكام ـ مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية ـ السنة السادسة ـ العدد الرابع والثلاثون ـ (نيسان ـ تموز، ١٩٥٥).
٣. المجلة العربية للفقه والقضاء ـ تصدر عن الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ـ (الرياض ـ السعودية ـ نيسان ، ١٩٨٩).

المتون القانونية :

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦.
٣. قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٤. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٥. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٦. قانون المرافعات اليمني رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢.
٧. القانون المدني اليمني للمعاملات الشرعية رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.
٨. القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.
٩. القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

الاتفاقيات الدولية:

١. اتفاقية المرافعات المدنية المعقودة بين حكومتي العراق وبريطانيا عام ١٩٣٦.
٢. اتفاقية التعاون القضائي بين العراق وتركياعام ١٩٤٧.
٣. الاتفاقية القضائية المعقودة بين العراق وألمانيا الديمقراطية عام ١٩٧١.
٤. اتفاقية جامعة الدول العربية في ١٤أيلول ١٩٥٢.
٥. اتفاقية المساعدة المتبادلة والتعاون القانوني والقضائي بين الجمهورية العراقية والجمهورية العربية المتحدة عام ١٩٦٤.
٦. اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي في ٦ نيسان ١٩٨٣.
٧. اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي (العراق ، الأردن ، مصر ، اليمن) ١٦ شباط ١٩٨٩.

الكتب الأجنبية :

١. Ago – Régles générales des conflits lois – Recueil cours de L'Académie de droit international – Tome ٤ – ١٩٣٦.
٢. Arminjoin – précis du droit international Privé - ٣éme édition – Paris-١٩٤٧.

٣. Bartin – Principes de droit international privé – Tome ١-Paris – ١٩٣٠.
٤. Cyrille David – La loi etranger de vant le juge du found – These – Paris-١٩٦٥.
٥. Dicey and Morris – The conflict of Laws – Eighth Edition – London-١٩٦٧.
٦. Ehrenzweig – Atreatrse on the conflict of laws – ١٩٦٢.
٧. Henri Batiffol et Paul Lagarde – Droit international privé-Tome I – Septieme edition-Paris-١٩٨١.
٨. Martin Wolff – Private international Law –٢nd edition-Oxford-١٩٦٢.
٩. Martin Wolff – Private international Law –٢nd edition-Oxford-١٩٥٠
١٠. Maury – Régles générales de conflits de lois – Recueil des cours de L'Académie de droit international-Tome٤-١٩٣٦.
١١. Mustafa Kamel Yassen- Problémes relatif al application du droit étranger –Recueil des cours de L'Académic de droit international – Tome II-١٩٦٢.
١٢. Niboyet – Traite de droit international Privé-Tome III – Paris-١٩٤٤.
١٣. P.E.Nygh – Conflict of laws in Australia-fifth edition-Australia-١٩٩١.
١٤. Pierre Mayer – Droit international Privé – ٦ edition-Paries-١٩٩٨.
١٥. Silvia Ferreri-Le Juge National et l'intépretation des contrats internationaux – Revue internationale du droit compare – N١ – Januier – Maris –٢٠٠١.