القانون الأجنبي ومدى إعماله لدى القضاء الوطني

دراسة مقارنة

أ.د/ سيف الدين محمد البلعاوي*

Abstract

This research discusses the applicability of the foreign law for the national judge in light of the National National Reference rule. This shall be discussed in thre main parts. The first part shall discuss the applicability of the Reference rules and the role of the judge and the supreme Court. The last part aims at presenting the appropriateness of the foreign low and the supervision role of the supreme Court. Finally, the research will summarize the main points of the research in the conclusion.

الملخص

تـــناقش هذه الدراسة تطبيق القانون الأجنبي ومدى إعماله لدى القاضي الوطني وهي على ثلاث مباحث .

الأول :حول مدى القوة الملزمة للقانون الأجنبي .

والثاني :يناقش إعمال قواعد الإسناد ودور القاضي والمحكمة العليا منها .

والثالث : إعمال القانون الأجنبي ومدى رقابة المحكمة العليا .

* أستاذ القانون - جامعة القدس المفتوحة – غزة – فلسطين .

مقدمة :

عندما تقضي قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي معين ، ولا يوجد ما يوجب استبعاد هذا القانون : هل يطبق القاضي القانون الأجنبي إعمالاً لقاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ؟ أم أنه يتعين على الخصم أن يطلب تطبيقه ؟ وهل يسعى القاضي للتعرف على أحكام القانون الأجنبي ؟ أم يتعين على الخصوم أن يقدموا له هذه الأحكام ؟ وهل يخضع الخطأ في إعمال قاعدة الإسناد، والخطأ في إعمال القانون الأجنبي لرقابة المحكمة العليا أم أنهما يفلتان من هذه الرقابة[1] إن الإجابة على هذه الأسئلة ليست من اليسر بمكان ومرد الصعوبة فيها هو تعدد القوانين الأجنبية، والتباين فيما بين أحكامها ، والعنت التي يلقاه القاضي الوطني في

---

(1) يقول الفقه أن استعمال عبارة الخطأ في القانون يكون بمعناه العام ، فيشمل إغفال العمل بنصه الصريح في معناه المقطوع بوجوب تطبيقه على واقعه الدعوة ، كما يشمل الخطأ في تفسير القانون ، وهو يكون بإساءة فهم معنى النص أو مخالفة إرادة المشرع المستفادة من روح التشريع والغرض منه ، ويشمل أيضا الخطأ في تطبيق القانون ، وهو يكون بإعمال حكم من أحكامه لا ينطبق على واقعه الدعوى وإغفال الحكم الواجب إعماله، انظر في ذلك د. محمد حامد فهمي "قانون المرافعات " فقرة 745 ويلاحظ الأستاذ Leward في مقالة " رقابة المحكمة العليا على تطبيق القوانين الأجنبية " le control des cours supermes sur " منشور في des eours – recaeil 1926 مجلد 3 ص 228 " lapplivation de lois etrangeres " أن بعض التشريعات تستعمل عبارتي (مخالفة القانون) و(الخطأ في تطبيقه) وأن الأولى بمعنى عام تشمل معنى الثانية ، وأنه عند التفريق ما بين العبارتين والمقابلة بينهما يكون معنى مخالفة القانون هو إنكار القاعدة القانونية أو إعطاؤها معنى غير صحيح ، وأن مشروع قانون المرافعات الإيطالي 1926 قد فرق بين مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في قوله ، يكون الحكم مخالفا للقانون إذا ما أخذ القاضي بقاعدة قانونية غير موجودة أو أنكر قاعدة قانونية موجودة أو أخذ بقاعدة قانونية غير القاعدة الموجودة ويكون الحكم منطويا على الخطأ في تطبيق القانون إذا ما طبق القاضي القانون على وقائع تختلف عن الوقائع التي يقصدها القانون وتكون مخالفة أية قاعدة قانونية أو الخطأ في تطبيقها مثل مخالفة التشريع أو الخطأ في تطبيقه ، " ويلاحظ أن المشرع الفلسطيني استعمل في المادة 225 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية للتعبير عن الخطأ في القانون بمعناه العام " مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله " .

الـــتعرف على هذه القوانين من جانب وعلى أحكامها من جانب آخر فضلا عن الحرج الذي يقع فيه إذا ما افترض علمه بهذه القوانين ، بالرغم من أن وسائل إعلامها لا تتخذ في بلده .

كمـــا أنهـــا ليســـت في الحقـــيقة خطابالـــه – ولا ننســـى قواعـــد أصول المحاكمـــــــــات (المرافعات) وما تفرضه على القاضي من دور في الخصومة أيقف منها موقفـــاً سلبياً أم يتخذ فيها دوراً إيجابياً. وما وظيفة المحكمة العليا، أيطعن أمامها بالخطأ المتعلق بالوقائع ، وبالخطأ في القانون ، أم يقتصر الطعن أمامها على الخطأ في القانون وحده باعتبار أن وظيفتها الأساسية هي تقرير القواعد القانونية الصحيحة وتثبيت القضاء بشأنها ؟؟ وقـــد وجـــد القضاء الفرنسي وكذلك قضاء بعض الدول الأخرى حلاً لهذه المسائل وذلك عندما اعتبر القانون الأجنبي عنصراً من عناصر الواقع في الخصومة ، وهو ما يترتب عليه الكثير من النتائج ، مثل عدم تطبيق قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر في شأن القانون الأجنبي ، وعدم التزام القاضي بتطبيق أحكام هذا القانون من تلقاء نفسه ،والتزام الخصوم بطلب تطبيق هذه الأحكام وإثباتها أمام القاضي ،واعتبار الخطأ في تطبيقها من قبيل الخطأ المـــتعلق بالوقائع ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا أما ،الفقهاء الفرنسيين فلم ترض غالبيتهم عن هذا الذي ذهب إليه القضاء في بلادهم إذ لم يتأثروا بالصعوبة العملية التي واجهها هذا الأخير ، وراحت تبحث عن المخارج والحلول من طريق التأجيل الذي تميله عملية صناعة الفقه .

ونقطـــة البداية في هذا البحث هي التساؤل عما إذا كان القانون الأجنبي يطبق بوصـــفه كذلـــك ، أي بقوة نفاذه أم لا يطبق بهذا الوصف بل بوصف آخر واختلفت الإجابـــة عـــلى هذا السؤال عند فقهاء البلاد الأنجلو الأمريكية من جانب وفقهاء البلاد اللاتينـــية من جانب آخر بل كان الخلاف أيضا في وجهات النظر عند هؤلاء الآخرين ، كـــل ذلك نعرضه في هذه الدراسة،ونعقب عليه ببحث كافة الصعوبات المتقدمة بعد أن نختصرها في مسألتين هما إعمال قواعد الإسناد عندما نقضي بتطبيق قانون أجنبي ثم إعمال هذا القانون . لذلك نوزع هذه الدراسة على ثلاث مباحث :

الأول : مدى القوة الملزمة للقانون الأجنبي .

الثاني: إعمال قواعد الإسناد ودور القاضي والمحكمة العليا منها .

الثالث: إعمال القانون الأجنبي ومدى رقابة المحكمة العليا ثم الخاتمة التي نعرض فيها خلاصة هذه الدراسة .

المبحث الأول

مدى القوة الملزمة للقانون الأجنبي

يرى بعض الفقه أن القانون الأجنبي لا يطبق بوصفه قانوناً أجنبياً أي يوصفه أمراً من السلطان الأجنبي – ويرى البعض الآخر أن هذا القانون يطبق بهذا الوصف ويقف فريق ثالث موقفاً وسطاً ما بين هذين الرأيين ونعرض لهذه الآراء .

الرأي الأول : القانون الأجنبي لا يطبق بوصفه كذلك

يقول أصحاب هذا الرأي أن القانون الأجنبي لا يسري في بلد القاضي الوطني (بقوة نفاذه) أي باعتباره أمراً صادراً من السلطان الأجنبي ويسود هذا الرأي في البلاد الأنجلو الأمريكية وعند الفقهاء الإيطاليين ، مع اختلاف وجهات النظر في الأساس الذي يبنى عليه ، ذلك أن معظم الفقهاء الأنجلو أمريكيين قد اتخذوا هذا الأساس من فكرة الحقوق المكتسبة فهم يقولون أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي أبداً ، وأن ما يظهر لأول وهله أنه تطبيق لهذا القانون عملاً بقاعدة الإسناد الوطنية هو في حقيقته عبارة عن اعتراف القاضي الوطني بالحق الذي اكتسب تحت سلطان القانون الأجنبي ..." وقد قالوا بذلك وهم مأخوذون بالحرص على السيادة الإقليمية للقانون " ويضربون على ذلك بالمثال الآتي : " إذا تزوج فرنسي فرنسية في باريس وترتب له وفقاً للقانون الفرنسي حقوق الزوج ، فإن القاضي الإنجليزي يعترف بهذه الحقوق ، وليس ذلك لأنه يطبق في إنجلترا على هذا الزواج القانون الفرنسي ، بل لأن هذه الحقوق نشأت تحت سلطان القانون الفرنسي، بحيث يبدو القانون الأجنبي في نظر القاضي الوطني مجرد عنصر في واقعه هي " الحق الذي نشأ تحت سلطان القانون الأجنبي " وهذه الواقعة ليست لها أية قوة قانونية في بلد القاضي و إنما الذي يمنحها هذه القوة هو قانون القاضي وليس القانون

الأجنبي الذي حدثت الواقعة تحت سلطانه ، ويعبر بعضهم عن هذا المعنى بقوله " أن قانون القاضي يخرج حقاً وطنياً على واقعه وهي الحق الأجنبي "[1] على أن تعليل تطبيق القانون الأجنبي استناداً إلى فكرة الحقوق المكتسبة على هذا الوجه ، قد أصبح تعليلاً مهجوراً عند غالبية رجال الفقه الأنجلو أمريكي المعاصرين ومنتقداً عند الفقه الفرنسي ، لذلك نجد الكثرة الغالبة منهم ومن الفقهاء الإيطاليين لا يتخذون من فكرة الحق المكتسب أساساً للقول بأن القانون الأجنبي لا يسري في بلد القاضي بوصفه كذلك ، بل يتخذون لهذا القول أساساً آخر ، وهم في سبيل بيان هذا الأساس يبدأون بتوكيد أن القانون الأجنبي لا يتمتع " بقوة النفاذ " في بلد القاضي لتجرده " بالنسبة لهذا القاضي " من (عنصر الأمر) ،وأن القول بأن علاقة معينة محكومة بقانون أجنبي من شأنه أن يجعل هذه العلاقة تقع خارج نطاق النظام القانوني الوطني وأنه يجب أن يكون من شأن قواعد الإسناد الوطنية أن تندمج قواعد القانون الأجنبي في النظام القانوني الوطني ،أي في قانون القاضي ، وهذا الاندماج هو الذي يزود هذه القواعد بالعنصر الآمر وبقوة النفاذ ، وبغير ذلك يفوت الغرض من قواعد القانون الدولي الخاص، ويطلق الفقهاء الايطاليون على هذا الفكرة " إدماج" أو " استقبال" القانون الأجنبي Incorporation ou reception على أن القائلين بفكرة إدماج القانون الأجنبي في قانون القاضي لم يخرجوها جميعاً في صورة واحدة فقد رأى بعض الفقهاء أن هذا الاندماج هو ادماج أو استقبال "مادي" " receptionmatereielle" .بمعنى أن قاعدة الإسناد وهي تقضي بتطبيق قانون أجنبي تنشئ في الحقيقة أحكاماً قانونية وطنية مطابقة لأحكام هذا القانون الأجنبي ويكون معنى " القانون الواجب التطبيق " هو " القانون الوطني المتفق مع القانون الأجنبي " ومقتضى هذا

---

(1) انظر موري Maury في مقالة " Regles generales des conflis des lois " منشور في recueil des cours مجلد 3 ص 376 باتيفول القانون الدولي الخاص الطبعة الرابعة 1967 فقرة 326،حيث يقول " على أن نفي تطبيق القانون الأجنبي لا يقتصر دوره أمام القاضي الوطني على حماية الحق المكتسب تحت سلطانه خارج بلد القاضي ، بل كثيرا ما يكون المراد الأخذ به لاكتساب الحق ابتداء في هذا البلد " .

الـــرأي أن القـــانون الأجنبي يفقد مقوماته بمجرد إدماجه في قانون القاضي[1] وقد رأي البعض الآخر من الفقهاء الإيطاليين أن الإدماج المقصود هو الإدماج أو الاستقبال الشكلي "Reception formellei" بمعنى أن القانون الأجنبي وإن أُدمج في قانون القاضي إلا أنه يحتفظ مع ذلك بمعناه ومقوماته التي يمنحه إياها النظام القانوني الذي أنشئ له ، أي النظام القانوني الأجنبي[2] .

الرأي الثاني : القانون الأجنبي يطبق بهذا الوصف :

لا يسلم أصحاب هذا الرأي الثاني بالأسس والنتائج التي وصل إليها أصحاب الرأي الآخر فهم يرون وأغلبهم من الفرنسيين والألمان أن القانون الأجنبي لا يفقد طبيعته لدى القاضي

---

(1) إن الذي قال بفكره ادماج القانون الأجنبي في قانون القاضي على الوجه المبين في المتن هم الفقهاء الإيطاليون ، أما الفقهاء الأنجلو أمريكيون الذي وصلو إلى ذات النتيجة فقد قالو بأنه إذا ما أراد القاضي الفصـــل في منازعة مشتملة على عنصر أجنبي طبق دائما قانونه ، وهو يتخذ في قانونه قاعده مطابقة أو مشابهة إلى حد كبير للقاعدة القانونية النافذة في البلد الأجنبي الذي يرجع إليه وجود العنصر أو العناصر الأجنبـــية في هذه المنازعة ، والقاعدة التي يختارها القاضي على هذا الوجه هي عادة القاعدة السارية في الـــبلد الأجنبي والتي تختص بحكم العلاقة المعتبرة في نظر قاضي هذا البلد " علاقة وطنية " ويقولون أيضا أن القاضي هو الذي ينشئ الحق وأن الحق لا وجود له قبل الحكم ، وأن القاضي ينشئ القاعدة القانونية إذا لم تكـــن موجودة من قبل " انظر في ذلك باتيفول " مرجع سابق طبعة 4 1967 هامش 3 ص 372 مرجع سابق هامش ص 382 .

(2) راجـــع في نقـــد هذا الرأي Maury المرجع السابق ص 383 المرجع السابق فقرة 327 وهو يشير لى الوضع الغريب الذي يترتب على الادماج المادي ، إذ أن القواعد الأجنبية التي تصبح وطنية تظل مـــع ذلـــك خاضعة للتغيير بارادة المشرع الأجنبي الذي أصدرها في الأصل على أن البعض من الفقهاء الايطالـــيين لا يتقـــبل فكـــرة الاندماج مادياً كان أم شكلياً قبولا حسنا ، ويرى أن الوضع الصحيح للمســـألة لـــيس هـــو إدماج القانون الأجنبي في قانون القاضي بفعل قاعدة إسناد بل إن من شأن هذه القـــاعدة عقـــد الاختصاص التشريعي في مسائل معينة إلى النقابات والجمعيات فهو يستطيع كذلك أن يعهـــد بهذا الاختصاص في مسائل معينة أيضا إلى المشرع الأجنبي ويترتب على ذلك أن القانون الأجنبي يسري في بلد القاضي الوطني " بقوة نفاذة" " يراجع الأستاذ Quadri دروس لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة 1956 ص 55 .

الوطـــني فهو يظل قانونياً ، ولا يفقد صفته فيظل أجنبياً ، ولا غرابة من إنصياع القاضي الوطني لأمر المشرع الأجنبي بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية ، وكان تطبيق القانون الأجنبي لا يـــأتي عـــن طريق إختيار المشرع الوطني ، إذ أن هذا الأمر يصدر من المشرع الأجنبي بمقتضـــى تفويض delegation له فيه من المشرع الوطني "بمقتضى قاعدة إسناد الوطنية. بمعنى أن تطبيق القانون الأجنبي لا يأتي من طريق اختيار المشروع الوطني قانوناً أجنبياً معيناً ، بـــل مـــن طريق عقد الإختصاص التشريعي للمشرع الأجنبي ، وكأن القانون الأجنبي يسري في بلد القاضي بقوة نفاذه.

ولم يرض عدد من الفقهاء الفرنسيين عما ذهب إليه قضاؤهم من اعتبار القانون الأجنبي مجرد عنصر من عناصر الواقع في الخصومة (element de fait) وذلك عندما يقوم القاضـــي بتطبيق القانون الأجنبي بوصفه قانوناً ، فهو لا يفقده هذه الطبيعة ، ولا ينقلب بحـــال لـــدى القاضي إلى مجرد واقعه وهذا من شأنه القول بأن القاضي (يطبق واقعه على وقائع) وهو ما لا معنى له — كما أن القانون الأجنبي لا يفقد صفته الأجنبية ، بل يحتفظ بهذه الصفة ، والقاضي يطبقه إنصياعاً لأمر المشرع الوطني الوارد بقاعدة الإسناد دون أن يكون من شأن هذا الأمر إدماج ذلك القانون في قانون القاضي .

الخلاصة :

إن القانون الأجنبي هو قانون ، وهو أجنبي ، وإن كان القانون الأجنبي لا يفقد تلـــك الطبـــيعة ، وهذه الصفة عندما يطبقه القاضي الوطني إلا أنه لا يستوي مع قانون القاضي بل يختلف عنه في بعض الوجوه ، وهو إختلاف يمليه واقع الحال ، ذلك أن القانون الأجنبي ليس في الأصل خطاباً للقاضي الوطني ، وهو لا يصدر ولا ينشر في بلد القاضي .. ورغـــم ذلـــك يلاحظ أن بعض الشراح يقللون من أهمية البحث (في مدى القوى الملزمة للقـــانون الأجنبي) أو (في طبيعة القانون الأجنبي) أو من إطراح هذا البحث جانباً والإلقاء بالمشـــاكل الـــتي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي ، إعمالاً لقاعدة الإسناد في ميدان قواعد المرافعات ، ثم البحث في هذا الميدان مما يطلقون عليه "مركز القانون الأجنبي لدى القاضي الوطـــني" أو "المعاملة الإجرائية للقانون الأجنبي لدى القاضي الوطني" . وهم يعرضون في

هـــذا الصـــدد ما يجرى لدى القضاء من حيث دور كل من القاضي والخصوم في مختلف جوانـــب الخصـــومة ، ويعقدون خلال هذا العرض مقارنة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي ويصلون في النهاية إلى القول بأن للقانون الأجنبي خصائصه ، كما أنه يعامل لدى القاضي الوطني معاملة تجعل له وضعاً خاصاً فهو ليس كالتشريع الداخلي وليس كالواقع ، وإنما هو شيء ثالث غيرهما ، وإذا كان لابد من تبيينه في القسم الثالث : القانون والواقع وهـــو يدخل في الواقع ،ومعنى الواقع ، في هذا المقام هو وجود القاعدة القانونية الأجنبية [1].وفي هـــذا الإتجـــاه ثمة رأي آخر يرى أن الإدعاء لدى القاضي بحق أو برابطة قانونية يتضمن عنصرين :

أولهما :

عنصـــر الواقـــع ، وهو عبارة عن مصدر الحق المدعى به ، ويقع عبء إثباته على عاتق المدعى ، ويتناول الإثبات في هذا العنصر مسائل موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها .

وثانيها :

عنصـــر القانون وهو عبارة عن استخلاص الحق من مصدره ، بعد أن يثبت الخصم هذا المصـــدر، أي تطبـــيق القانون بما ثبت لدى القاضي من الواقع ، وهذا من عمل القاضي وحده، لا يكلف الخصم بإثباته ، فالقانون لا يكلف أحداً هذا الإثبات ، بل على القاضي أن يبحـــث مـــن تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ما يثبت عنده من الواقـــع فيطبقها ، وهو في تطبيقها يخضع لرقابة المحكمة العليا (محكمة النقض) ، ويرى أن الانـــتقال بقسمي القانون والواقع إلى ميدان العلاقات الخاصة الدولية من شأنه أن يضاف

---

(1) أنظـــر د.هشام على صادق في رسالته ، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني سنة 1965 فقـــرة 480 وأنظـــر أيضـــاً Cyrillic David في مؤلفه ، القانون الأجنبي أمام قاضي الموضوع سنة 1965 ويقـــول الأســـتاذ Imare Zajtay أن الـــتعويل على المعاملة التي يلقاها القانون الأجنبي لدى القضاء لتحديد طبيعة هذا القانون يفسد حقيقة وضع المشكلة – راجع مؤلفه "مساهمة في دراسة مركز القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص الفرنسي، طبعه سنة 1958 فقرة 16 .

إلـــيهما قسم ثالث هو القانون الأجنبي ، وهو لا يدخل في قسم القانون الوطني ، كما لا يدخل في قسم الواقع[1].

المبحث الثاني

إعمال قاعدة الإسناد – دور القاضي

ورقابة المحكمة العليا – (محكمة النقض)

لقد ثار لدى الفقه السؤال التالي .. هل يطبق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إذ أشارت إلى ذلك قاعدة الإسناد الوطنية ، أم أن الأمر غير ذلك ..؟

انقسم الرأي في هذه المسألة إلى اتجاهين :–

الاتجاه الأول :

وهو الذي ساد لدى القضاء الفرنسي في البداية ومعه جانب كبير من الفقه على أنه ليس مفروضاً على القاضي العلم بالقانون الأجنبي ، ولا ينطبق بشأن هذا القانون قاعدة ، يجب على القاضي العلم بالقانون الأجنبي ، ولا ينطبق بشأنه أيضاً قاعدة لا يعذر أحد في الجهل بالقانون ، وأنه ليس على القاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، بل يتعين أن يطلـــب الخصوم تطبيقه[2] ، وهم يستطيعون طلب تطبيقه أمام محكمة الدرجة الأولى

---

(1) أنظر الأستاذ Imare Zajtay المرجع السابق فقرة 15 وراجع د. عبد الرزاق السنهوري في الوسيط في شـــرح القـــانون المـــدني مجلد 2 سنة 1952 فقرة 26 وهو يقول فيما يتعلق بعنصر الواقع "إن الإثـــبات هـــنا يتناول مسائل موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للإثبات يلزم القاضي بتطبيقها في السماح للخصوم بإثبات هذه المسائل "ويضيف في الفقرة 37 قوله "إن تفسير القانون يلحق بعنصر القانون ويقع عبؤه على القاضي لا على الخصم ..وإذا كان الخصم يجـــتهد في أن يقـــنع القاضـــي بتفسير القانون كي يكون لمصلحته ، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون .

(2) يعلل الأستاذ باتيفول Batiffol قاعدة أن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ليس بناء على كون هذا القانون يعتبر مجرد واقعه يقع عبءإثباتها على الخصوم ، بل بناء على اعتبار قاعدة الإسناد وهـــي تقضي بتطبيق قانون أجنبي لا تعتبر متعلقة بالنظام العام ، كما أن الأصل هو إطلاق ولاية قانون

(محكمـــة البداية) ، وكذلك أمام محكمة الإستئناف[1] ، ولا يجوز التمسك بتطبيق القانون الأجـــنبي لأول مـــرة أمـــام المحكمة العليا (محكمة النقض بحسب القانون الجديد لأصول المحاكمـــات المدنية والتجارية الفلسطيني – رقم "2" لسنة 2000 الفصل الثالث إبتداءً مـــن المـــادة 225 إلى 243) . إذاً القاعدة هي أنه لا يجوز التمسك أمام هذه المحكمة بوسيلة دفاع جديدة لم يسبق عرضها على المحكمة المطعون في حكمها ..

الأستاذ الفرنسي باتيفول Batiffol يعرض تعليلاً آخر لما تقدم في قوله بأنه لا يكفي لعدم جواز التمسك أمام محكمة النقض بعدم تطبيق القانون الأجنبي ، كون هذا القانون عنصراً مـــن عناصـــر الواقع ، ما دامت هذه المحكمة تراقب تطبيق القانون من حيث الإختصاص التشـــريعي، وتستطيع نقض الحكم المطعون فيه متى طبق فيه قانون غير مختص ، والتعليل الصـــحيح في نظره هو كون قاضي الموضوع ليس ملزماً بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، وأنه وإن كان من الجائز إبداء أوجه دفاع جديدة أمام محكمة النقض متى تعلقت بالـــنظام العـــام ، إلا أن عدم تطبيق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وفقاً لقاعدة

القاضـــي،(المـــرجع السابق فقرة 329) ، أما الإسناد بنوية فإنه يرى الأمر من جانب آخر ، حيث يؤكد سلبية القاضي وتقيده بالطلبات الختامية التي يقدمها الخصوم ، وهو يستثني من ذلك حالة ما تكون قـــاعدة الإســـناد القاضية بتطبيق القانون الأجنبي متفقاً عليه في معاهدة ، إذ يتعين على القاضي في هذه الحالـــة تطبـــيق القـــانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، وأن لم يطبقه كان حكمه محلاً للطعن بالنقض ، " Niboyet" القـــانون الـــدولي الخاص سنة 1971 -39 فقرة 1054. ويشير الإسناد رابيل " Rabel" القـــانون الدولي الخاص جـــ 4 1988 ص 933 إلى أن القانون في نظر القانون العام " common law" في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية هو القانون الوطني أما القانون الأجنبي فهو واقعه (a Ract) يتعين على الخصم الذي يستند إليها أن يثبتها كما يثبت أي واقعة أخرى، ويشير أيضاً إلى ان هـــذه الـــنظرة إلى القـــانون الأجنبي قد إهتزت عند الفقه الذي يرى فيه وجهان أحدهما القانون والآخر الواقعة ، بمعنى أن يعامل القانون الأجنبي معاملة الواقعة العادية .

(1) أنظر باتيفول المرجع السابق فقرة 337 ، لبيروبور بيجبونير القانون الدولي الخاص سنة 1959 فقرة 315 .

الإسناد لا يعتبر متعلقاً بالنظام العام [1] لذلك يجب على الخصوم التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام محكمة أول درجة (البداية) وعلى الأكثر أمام محكمة الإستئناف ، وعليهم يقع عبء إثباته .

ولكن أي الخصوم يتحمل ذلك العبء ... ؟؟

ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى إلقاء عبء بيان أحكام القانون الأجنبي على عاتق الخصم المدعي بحق نشأ في الخارج أي الحق المدعي به ،[2] وذهب البعض الأخر إلى إلقائه على عاتق الخصم الذي يدعي إختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام قانون القاضي [3] . غير أن الغالب هو إلقاء العبء المذكور على عاتق الخصم الذي يدعي أن حقه أو مركزه القانوني ثابت وفقاً للقانون الأجنبي ، يستوي في ذلك أن يكون هو المدعي أم المدعى عليه في الدعوى .. [4] وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي [5] ، قبل تطور الحديث .

---

(1) باتيفول المرجع السابق فقرة 337 ، وقضت محكمة النقض الفرنسية في 11 يولية 1961 بأن التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بقانون أجنبي هو تمسك بمزيج من الواقع والقانون، ومن ثم فهو غير مقبول(المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص سنة 1962 عدد 1ص 124" ونفس المعنى حكمها في 28 يناير نفس المجله 1969- 1970 عدد 1 ص 96 .

(2) نقض مدني 25 مايو 1984 قضية Lautour منشوراً في Rev. Vrit و تعليق باتيفول اللوز سنة 1948 ص 357 وحديثاً حكم نقض في 2 يناير 1991 .

(3) نقض مدني في 26 يناير 63 منشور في Clunet 132 تعليق جولدمان Goldman .

(4) نقض مدني في 26 ابريل 1952 Rev Crit ص42 تعليق لووبور بجبونير اللوز 1950 ص 361 تعليق لينون Lenoan.

(5) لقد سار على ذلك أيضا القانون الإنجليزي والأمريكي والكندي والأسترالي وقد نص عليه صراحة القانون الدولي الخاص الأسباني لعام 974 المادة 6/12 التي تقرر أن الشخص الذي يستند إلى قانون أجنبي يلتزم بالكشف عن مضمونه وبأنه ساري المفعول وانظر في القضاء الفرنسي نقض مرني 28 إبريل 1980 قضية Betton منشور في Rev.Crit 1981 ص 95 وتعليق لاجارد Lagarde نقض مدني 1982 قضية Zagha في Clunet ، ص 595، تعليق ليمان Lehmann.

ولاشك أن مرجع كافة القواعد المتقدمة هو اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعه ، وهـــو مـــا كان نقطة البدء لدى القضاء الفرنسي ، على أن هذا القضاء من جهة أخرى ومعـــه بعـــض الفقه ، يرى أن قاضي الموضوع ليس سلبي الموقف بصفة مطلقة، وليس مكـــتوف الـــيدين تماماً ، فله متى طلب الخصوم تطبيق القانون الأجنبي أن يكلفهم بتقديم مصـــدره ، وله كما تراه ، محكمة النقض الفرنسية أن يستخلص المعنى الصحيح والحكم الصـــحيح لنص القانون الأجنبي ، وليس في تقرير ذلك أي تعارض مع اعتبار هذا القانون مجـــرد واقعه ، لأن اعتباره كذلك لا يغير من شأنه كونه قاعدة عامة [1] وقد ذهب بعض الفقهـــاء إلى أبعد من ذلك فأجازوا للقاضي أن يسعى بنفسه إلى التعرف على حقيقة هذا القـــانون (حكم القانون الأجنبي) ولا يمنعه من هذا القول ، بأن ليس للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي وذلك لأن علم القاضي الذي يأخذ به في هذه الحالة هو علم بوقائع عامة يستطيع الكافة التعرف عليها وليس علماً بوقائع المنازعة أي بالأحداث التي يتنازع عليها الخصوم ،[2] وللقاضي كذلك أن يتحقق من صحة التشريع الأجنبي وأن يحدد مجال تطبيقه من حيث الزمان وفقا للمتبع في القانون الأجنبي ،ومحكمة النقض الفرنسية وإن كانت قد قضـــت بأن[3] " قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام، على الأقل عندما تقضي بتطبـــيق قانون أجنبي ، بمعنى أن تطبيقها منوط بطلب الخصوم ، وأنه لا تثريب على قضاة الموضوع لعدم قيامهم من تلقاء انفسهم بتطبيق القانون الأجنبي ، وتحديد أحكامه ،إلا أنها قضـــت بعـــد ذلك بأنه "غير مجد تغييب قيام القضاة الفرنسيين من تلقاء أنفسهم بتطبيق قـــانون أجنبي لم يتمسك به الخصوم أمامهم ولا يمس النظام العام ، وأنه من الجائز لمحكمة

---

(1) أنظر لوروبور بيجبور (المرجع السابق فقرة 315) باتيفول (المرجع السابق فقرة 330 ، وهو يشير إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1929.

(2) أنظر بايتفول Batiffol المرجع السابق .

(3) نقض فرنسي في 12 مارس 1959في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص سنة 1960ص 62

الاستئناف أن تسعى إلى التعرف على القانون الأجنبي وتحديد أحكامه الواجبة التطبيق[1] . كمـــا أن تلـــك المحكمة قضت بعد هذا الحكم بأن التمسك بقانون أجنبي لأول مره أمام محكمة النقض هو تمسك بمزيج من الواقع والقانون ومن ثم فهو غير مقبول[2] .

هذا وإن لم يتمسك الخصوم بالقانون الأجنبي أو تمسكوا به ، و لم يثبتوه ، طبق القاضـــي قانونه وهو ما يقول به بعض الفقه على اعتبار أن لهذا القانون خاصة الاحتياطيه ،بحيث يلجأ القاضي إلى تطبيقه كلما كان القانون الأجنبي غير مطبق من حيث الواقع أو مـــن حيث القانون ،على أن البعض يرى تطبيق قانون القاضي في هذه الحاله على اعتبار اطـــلاق الاختصـــاص التشـــريعي لهذا القانون في بلد القاضي، وكونه الاصل في سلطان القانون من حيث المكان[3] وحجج هذا الرأي كالتالي :

أولاً: حجة قانونية:

مقتضـــاها أن القاضي غير ملزم إبتداءً بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، ذلـــك أن الأصل هو اختصاص قانونه بحكم الروابط والعلاقات القانونية للأفراد أيا كان

---

(1). نقـــض فرنسي في 2 مارس سنة 1960 في الجلة المشار بها سنة 1960 معروضاً في باتيفول طبعه 4 سنة 1967 المرجع السابق فقره 333.

(2) نقض فرنسي في 11 يوليو سنة 1961 منشور في المجله المشار اليها سنة 1962 ص 124 ،أيضـــاً نقض فرنسي في 28 يناير سنة 1969 منشور في المجلة ذاتها سنة 1970 عدد 1 ص 76 الـــذي قضى بأن اثارة الجدل في معنى القانون الأجنبي ومدلوله أمام محكمة النقض هي وسيلة دفاع غير مقبوله وأنها وسيلة جديده ، وتضم خليطاً من الواقع والقانون

(3) يـــرى الأستاذ نبويه Niboyet بأنه فيما يتعلق بدستورية التشريع الأجنبي ، أنه إذا كانت بالبلد الأجـــنبي جهـــة مختصة بالفصل في دستورية تشريعها اعتبر القاضي هذا التشريع دستورياً ما دامت هذه الجهة لم تقرر عدم دستوريته كما أنه يعتبر غير دستوري متى كانت هذه الجهة قد اعتبرته كذلك أما إذا كانت لا توجد بالبلد الأجنبي جهة تختص بالفصل في دستورية تشريعها وكان آمرها متروكاً للمحاكم العاديـــة، كـــان للقاضي الوطني البحث في دستورية هذا التشريع ، المرجع السابق فرقة 978 وانظر عكـــس ذلك Batrffol المرجع السابق نفسه 231 وقد قضت محكمة استئناف باريس في 6 إبرايل 1962 بأنـــه اذا لم يثبـــت الخصوم القانون الأجنبي طبق القانون الفرنسي " المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص 1963 عدد 2 ص 364 .

طبيعـــتها ومصـــدر عـــدم التزامه هو عدم تعلق قواعد التنازع بالنظام العام عندما تشير باختصاص قانون أجنبي .

ثانياً: حجة إجرائية :

ومضمونها أنه في الخصومة المدنية يكون هناك مجالاً لسلطة القاضي وآخر لسلطة الخصوم، فسلطة القاضي مجالها القانون، بينما يكون مجال سلطة الخصوم الوقائع ، فالقاضي يطبق حكم القانون على ما يعتقد في صحته من الوقائع التي قدمها أو أثبتها الخصوم[1] وإذا كان هؤلاء يتحملون عبء إثبات الوقائع عموماً المُنشئة للحقوق أو المراكز القانونية ، وكان القانون الأجنبي وفقاً للفقه والقضاء الغالب في فرنسا وانجلترا وأمريكا وكندا وأستراليا، يعد مسألة واقع أو من قبيل الوقائع، فإنه يدخل بمثابة ذلك في مجال سلطة الخصوم، ويتحملون عبء إثباته وبيان أحكامه للقاضي حتى يستطيع أن يزودهم بحكم القانون، وهذا التحديد يؤكد مبدأ سيادة الخصوم في شأن الوقائع ومبدأ حياد القاضي تجاهها ، وعدم جواز استناده إلى علمه الشخص بشأنها.

ثالثاً: حجة عملية :

تتلخص في أنه من العسير تحميل القاضي مهمة البحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي إذ هو لا يعرف ابتداء تلك الأحكام ولا يجوز التمسك في مواجهته بقاعدة أن المحكمة تعرف القانون أو يفترض علمها به ، لأن تلك القاعدة خاصة بالقانون الوطني وباعتبار أن مضمون القانون ينشر في الجريدة الرسمية، أما القانون الأجنبي فينشر في الخارج وبالتالي يتجرد القاضي الوطني من الوسائل التي تمكنه من الاستعلام عنه، وعلى ذلك يكون من غير العملي أن نلزمه بالعلم بقوانين كافة دول العالم ، إن الخصوم يكونون عادة في مركز أفضل يمكنهم من ذلك العلم وهم أصحاب المصلحة في القضية وعليهم عبء بيان أحكام القانون الأجنبي.

---

(1) في التفرقة بين الواقع والقانون راجع :

G Marty : La distinction du fait at du droit , essai sur le pouvoir de controle de la cour de cassation sur les juges de fait , these Toulouse ed sirey 1929

رابعاً: حجة فنية :

وتسود في النظم الأنجلوسكونية وهي أن القاضي غير معنى بتماثل أو تطابق أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانونه الوطني ، ومن ثم تنتفى عله تجشمه عناء البحث عن مضمون القانون الأول ومع ذلك إذا أراد الخصوم أعمال القانون الأجنبي وجب عليهم إقامة الدليل على اختلاف أحكامه عن أحكام قانون القاضي ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق الخصم الذي يدعي قيام حقه أو مركزه القانوني على أحكام ذلك القانون الأجنبي ، فإذا أخفق في ذلك ظلت قائمة قرينة تماثل أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانون القاضي ، وطبق هذا الأخير ، وغير خاف أنّ تلك القرينة، وإن كانت بسيطة تقبل إثبات العكس إلا أنها مقرره لصالح القاضي، وينقل بمقتضاها عبء بيان أحكام القانون الأجنبي على عاتق الخصوم .

" من كل ما تقدم يلاحظ أن لا غرابة في تطبيق قانون القاضي إذا تعذر مطلقاً الوصول إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق للأسباب المشار إليها ، إذ الأصل هو اطلاق الاختصاص التشريعي لهذا القانون في بلد القاضي، وكون هذا الإطلاق هو الأصل في سلطان القانون من حيث المكان ، وتأكيداً لذلك نص المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني الفلسطيني الجديد على هذا الأمر بقوله " يطبق القانون الفلسطيني إذا تعذر معرفة القانون الأجنبي الواجب تطبيقه أو تعذر تحديد مدلولة " م41" وتفضل أن يكون النص كالتالي " في جميع الحالات التي يعتبر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، يطبق القانون الفلسطيني إذا كان وجود القانون الأجنبي أو مدلوله غير ممكن إثباته ". هذا هو مجمل هذا الاتجاه الذي ذهب إليه القضاء والفقه الفرنسيين في السابق للإجابة على السؤال الذي ذكرناه وهو هل يطبق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ؟؟؟ وهذ الاتجاه كما يلاحظ يلقي الرواج أيضا في البلاد الأنجلو أمريكية ، مع ميل إلى الأمعان في اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعه، والتشدد في سلبيه القاضي إذ ليس للقاضي أن يقضي بعلمه بالقانون الأجنبي بل هو يقضي بما يثبته الخصوم أمامه، وليس له أن يقضي في دعوى بما سبق أن أثبته الخصوم عن القانون الأجنبي في دعوى أخرى ،وإذا عجز الخصوم عن

إثبات القانون الأجنبي طبق القاضي قانونه ، وهو ما يعلله الفقهاء الإنجليز بقولهم أن المفروض هو مطابقه القانون الأجنبي للقانون الإنجليزي إلى أن يثبت العكس أي إلى أن يثبت أن حكم الأول يخالف الثاني .

الاتجاه الثاني:

هو اتجاه على النقيض مما تقدم: ذهب إليه القضاء والفقه في ألمانيا والنمسا وإيطاليا حسب السائد فيها فقها والمأخوذ به عند القضاء في جزء من أحكامه، وأيضا في فرنسا في الرأي الحديث لدى الفقه والقضاء هناك، يقوم على ضرورة إلزام القاضي من تلقاء نفسه بتطبيق القانون الأجنبي ومن واجبه أن يسعى إلى التعرف على أحكام هذا القانون ولا حرج عليه إن شاء أن يستعين بجهد الخصوم في هذا الصدد ، فيطلب إليهم السعي إلى إثبات هذه الأحكام ، وإذا استعصى عليه التعرف على القانون الأجنبي ، طبق في الرأي الراجح قانونه، ففي ألمانيا الذي تضم في تشريعها (قانون المرافعات) نص المادة 293 الذي يقضي بأنه (لا موجب لاثبات قواعد العرف والقانون المعمول به في بلد آخر (أي بلد أجنبي) ما لم تكن مجهولة من المحكمة ولا تتقيد المحكمة في تحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما يقدمه الخصوم من إثبات ولها أن تستخدم أية مصادر أخرة للعلم بها وأن تأمر بما يلزم لاستخدامها " في هذا الصدد يقول الفقاء الألمان أن المشرع سوى ما بين قواعد العرف وقواعد القانون الأجنبي وأطلق عليها جميعاً (القواعد القانونية) مما يبعد عنه أن يكون في ذهن المشرع اعتبار القانون الأجنبي عنصرا في الواقع، والقاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ما دام لا يجهله انصياعاً لقاعدة الأسناد في قانونه وهو يطبقه بوصفه قانوناً أجنبياً ، وليس بوصفه واقعه، ولا بوصفه يندمج في القانون الوطني فيصبح وطنياً[1] ويجب على القاضي ، وهو واجب أدبي أن يسعى إلى التعرف على القانون

---

(1) راجع مقال Hans Dolle في تطبيق القانون الأجنبي بمعرفة القاضي الداخلي منشور في مجلة Riv Crit 1955 ص 233 " وتقضي المادة الثامنة من قانون المرافعات السوفيتي السابق بأنه " إذا واجهت المحكمة صعوبات في تطبيق القوانين الأجنبية كان لها أن تطلب إلى قنصل تلك الدولة لتحصل على رأيها في المسألة المطروحة لدى المحكمة " وتقض المادة 29 من القانون البولوني الصادر في 1926 بأن

الأجنبي ، إذ أن ذلك يدخل في نطاق واجبة المعهود، وله أن يستعين في هذا الشأن بجهد الخصوم ، الذي يكون لهم حينئذ بناء على طلبه أن يثبتوا محتويات القانون الأجنبي ولكن ليس مقيداً بما يقدموه بل إن له أن يتثبت من الحكم الصحيح في شأن هذا القانون وليس استعانته بالخصوم في إثبات القانون الأجنبي أية غرابة وليس فيها ما يفقد هذا القانون طبيعته شأنه في ذلك شبيه بشأنه في استعانة القاضي بهم للتعرف على العرف وإذ تعذر إثبات القانون الأجنبي حكم القاضي برفض الدعوى وفي النمسا تنص المادة 271 من قانون المرافعات المدنية النمساوي يأنه " للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه " .

وفي إيطاليا لا يوجد نص تشريعي يعالج هذه المسألة حتى بعد صدور قانون المرافعات الحالي، والغالب فيها عند الفقه هو أن على القاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ومع ذلك يرى الاستاذ كودري QUADRI أن القاضي لا يطبق القانون من تلقاء نفسه ، وأنه إذا لم يثبت الخصم القانون الأجنبي تعين على القاضي أن يحكم بعدم اختصاصه، وهو يرى أن هذا هو خير من أن يطبق القاضي قانونه في هذه الحالة وأن الحكم بعدم الاختصاص مبناه هنا عدم وجود القاعدة القانونية التي يطبقها القاضي كما أنه لا يعتبر انكاراً للعدالة إذ أن انكار العدالة يفترض أن يكون لدى القاضي قانون يطبقه في النزاع[1] أما القضاء الإيطالي بما فيه محكمة النقض الإيطالية فلا يزال مشتت الرأي في هذه المسألة ، فقد قضت محكمة النقض في بعض أحكامها بأن يقع عبء إثبات القانون الأجنبي على الخصم ذي المصلحة ولكنها في أحكام أخرى قضت بغير ذلك إذ قالت في حكم لها " بأن القانون الأجنبي لا يمكن أن يعد تماماً مجرد واقعه وأنه على القاضي أن يطبقه ، ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه وأن له أن يقضي بعلمه به، وكل ذلك أخذاً بمبدأ " يجب على القضاء العلم بالقانون الأجنبي"وإذا لم يوفق القاضي الى العلم بالقانون الاجنبي ، يرى بعض الفقه أن يحكم القاضي

للمحكمة أن تطلب من وزير العدل أن يزودها بنصوص القوانين الأجنبية والقضاء الأجنبي، واذا استحال تعيين حكم القانون الأجنبي أو اثبات الواقعة القاطعه في تحديد القانون الواجب التطبيق ، طبقت القوانين السارية في بولونيا .

(1) كودري QUADRI المرجع السابق ص 9 .

برفض الطلب أو الدفع الذي يستند فيه الخصم إلى هذا القانون ، وهو يشير إلى إلى أن محكمة النقض الايطالية تميل إلى الأخذ به ، ويرى البعض الأخر أن على القاضي في هذه الحاله أن يطبق قانونه وهو ما أخذت به بعض المحاكم في ايطاليا، كمحكمة ميلانو في حكمها الصادر بتاريخ 15 يونيو 1949 والذي رأت فيه أنه ما دام القاضي يطبق القانون الأجنبي باعتباره جزءاً مندمجاً في القانون الإيطالي فإنه يتعين عليه أن يفسره وفقاً لقواعد التفسير في هذا الأخير [1].

أما في فرنسا فإنه يلاحظ أن التطور الحديث للقضاء الفرنسي قد أكد الزام القاضي بتطبيق قاعدة التنازع من تلقاء نفسه وذلك في أحكام حديثه لهذا القضاء في 11 أكتوبر 1988 وفي 18 نوفمبر 1992 على اعتبار أن المقتضى الطبيعي هو الزام القاضي .بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، فلقاعدة التنازع وظيفة تنظيمية Fonctionregulatice لا تكتمل إلا إذا أكمل القاضي المشوار إلى نهايته وبحث عن القانون الأجنبي الذي تحدده تلك القاعدة ، فهذا البحث هو من التوابع Les suites الضرورية للالتزام بتطبيق قاعدة التنازع كما قرر ذلك حكمها في 11 أكتوبر 1988 و 18 نوفمبر 1992 ويدعم الفقه الفرنسي الحديث هذا التحليل في ظل موقف محكمة النقض المعاصر[2] .

وفي إنجلترا ظهرت بوادر جديدة للتخفيف من غلواء اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعه يقع عبء إثباتها على عاتق الخصوم فقد صدر في عام 1925 القانون الخاص

---

(1) راجع كل ذلك معروضاً في مقال De NOVA القضاء الإيطالي في تنازع القوانين من 1935 إلى 1949 منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص 1950 ص 174 واقرأ مقال QUADRI المرجع السابق في إثبات القانون الأجنبي 1935 ص 2و4 وفي تشيكوسلوفاكيا السابقة وفي قانونها الصادر 1963 تنص المادة 53 منه" تتخذ كل جهة قضائية كافة الإجراءات الضرورية للتحقق من أحكام القانون الأجنبي ويمكنها من حالة عدم تعرفها على مضمونه الإلتجاء إلى وزارة العدل .

(2) انظر باتيفول ولاجارد جزء أول القانون الدولي الخاص – ص 414 ، لوسراان وبوريل المختصر ص 312 وما بعدها مايير Mayer المختصر ص 153 .

بالمحكمة العليا الانجليزية الذي أخرج من نطاق سلطان المحلفيين مسائل البحث عن أحكام القانون الأجنبي وتقدير قوة أدلة أثباته كي تدخل في مجال احتصاصات القاضي وحده ، ومن المستقر أن المحلفين يختصون بالوقائع بينما يختص القاضي بالفصل في المسائل القانونية غير أنه من جهة أخرى لا تثريب على القاضي أن قضي بعلمه متى كان مضمون القانون الأجنبي معروفاً بطريقة شائعه كما أن قانون الاثبات المدني لعام 1972 Civil Evidevce Act قرر أنه إذا كانت هناك مسألة تتعلق بالقانون الأجنبي في أية دعوة مدنية أو جنائية سواء أمام المحكمة العليا أو محكمة التاج ، أو اللجنة القضائية بالمجلس الخاص فإن نتاج أي تحقيق قضائي أو قرار يتم بشأنها يكون مقبولا في أية دعوة مدنية لاحقة حتى يثبت العكس أما القضاء البلجيكي فقد قطع صراحة بأن القاضي ملزم بأن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي واجب التطبيق[1] ، ومن جهة أخرى انتهى مجمع القانون الدولي في دور انعقاده بمدينة سان جاك كومبوستيل عام 1989 ، بصدد بحثه للمساواة في المعاملة بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، إلا أن " ب" من المرضي به أن تتمكن السلطات القضائية مستعينة بالوسائل التي تتحيها قواعد الاجراءات في دولتها ، من اتخاذ المبادرات الضرورية لبحث واثبات أحكام القوانين الأجنبة ، كما هي مطبقة في بلدها الأصلي ، ولها خصوصا أن تطلب معاونة الخصوم .

---

(1) انظـــر محكمة ، النقض البلجيكية في 24 نوفمبر 1978 ، منشور في Bull cass 979 – 1- 352 خصوصا حكم 9 أكتوبر 1980 منشور في Jourmtrib 1981 ص70 وما بعدهـــا . أما في أسبانيا فقد كان القانون الخاص الأسباني لعام 1974 بعد أن قرر (م 12 / 6) صراحة التزام المحاكم الأسبانية بتطبيق قواعد التنازع من تلقاء نفسها ، وهو ما يوجب التزام تلك المحاكم بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسها كذلك ، عاد ليقرر بأن على الخصم الذي يتمسك بأحكـــام قـــانون أجنبي يجب إثبات أحكامه ، والقوانين الحديثة التي نصت صراحة على التزام القاضي الوطـــني بالبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي ، وهجر فكرة الترخيص للقاضي في هذا الشـــأن . – المـــادة 5 من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام 1979 ، م 13 من القانون الـــدولي الخاص بيوغوسلافيا السابقة م 2 من القانون الدولي الخاص التركي ، م 16 /1 من القانون الدولي الخاص السوسيري لعام 1978 .

هـــذان هما الاتجاهان السائدان في مختلف بلدان العالم ، على أننا لو تدبرنا حقيقة الأمـــر لوجدنـــا أن المسألة لا تحتاج إلى هذا العناء مما خرج به جهد الفقه والقضاء ، فإذا كان التساؤل " هل يطبق القاضي القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ؟؟ فإن السؤال الصحيح يجب أن يكون هل يطبق القاضي قاعدة الاسناد من تلقاء نفسه ؟؟ هذه القاعدة التي تضم أمـــر المشـــرع للقاضي بتطبيق القانون المطلوب وفقا لقواعد الاسناد وهي جزء من قانون القاضـــي الذي يتعين عليه تطبيقها من تلقاءنفسه ، وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون من واجـــب القاضي أن يسعى إلى التعرف عن أحكام القانون الأجنبي وأن يكون خطؤه في أعمال قاعدة الإسناد سواء بتطبيق قانونه حيث تقضي هذه القاعدة بتطبيق قانون أجنبي أو بتطبـــيق قـــانون أجنبي حيث تقضي بتطبيق قانونه، خاضعاً لرقابة المحكمة العليا (محكمة الـــنقض) وذلك أيا كان مصدر قاعدة الاسناد أهو التشريع أم غيره من مصادر القانون وهذه الرقابة مسلمة عند أصحاب الاتجاهيين المتقدمين لذلك فالاتجاه الذي يلقى بعبئ بيان أحكام القانون الأجنبي على عاتق الخصوم ويحرر القاضي منه لا يبدو مقبولا وأن الحجج الـــتي استند إليها لا تصمد أمام النقد **فمن ناحية أولى** لا يمكن التسليم بصحة أن القاضي غـــير ملـــزم بتطبـــيق القانون الأجنبي لعدم تعلق قاعدة التنازع بالنظام العام حينما تشير باختصـــاص هذا الأخير فقد سبق التأكيد من صفه الالزام لقاعدة التنازع ، وما يستتبعه ذلك من عدم جواز تنصل القاضي من أعمالها ، كما سبق بيان أن تعلق القاعدة بالنظام العام من عدمة مسألة تستقل عن طابع الألزام فيها،والقول بغير ذلك يخلط بين الطابع الآمر والطابع الملزم للقاعدة القانونية عموماً .

ومن ناحية ثانية فإنه من غير الصحيح اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعه خالية من عنصر الأمـــر لأن هذا العنصر الأخير يسترده القانون الأجنبي حينما تقرر قاعدة التنازع الوطنية اختصاصه على نحو ما أشرنا آنفاً ، فالقانون الأجنبي يحتفظ بكامل صفته كقانون ، وبتلك المـــثابة لا يكون مفهوماً إلزام الخصم باثباته ،لأن الأثبات عموماً ينصب فقط على الوقائع الماديـــة ولا ينصب على القواعد القانونية،وعلى فرض اعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعه ، كما يقول الفقه،فلماذا يلقى بعبء اثباته على الخصم الذي يتمسك بتطبيقه،حتى ولو كان

المدعـــي علـــيه،وذلك خلافاً للقواعد العامة في إثبات الوقائع التي تقضي بتحميل المدعي عكـــس الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً **ومن ناحية ثالثة** : فإنه مع التسليم بعدم افتراض علم القاضي الوطني بقوانين كل دول العالم ، إلا أنه لا يجب المغالاة في ذلك لأنه مـــع تقدم الدراسات القانونية فقد أضحى ميسوراً إلمام القاضي بالمبادئ والأصول العامة لأهم القوانين الأجنبية[1].

والتي يكون له الاستناد بشأنها على علمه الشخصي دون التقيد بما يقدمه الخصوم ، مـــا دام متيقنا من حقيقتها ومضمونها ، **وأخيراً** تبدو حجة افتراض تماثل أحكام القانون الأجـــنبي مـــع أحكـــام قانون القاضي وأهيةوتصطدم بالحقائق الثابتة ، فالقانون ظاهرة اجتماعية ، تعكس الأوضاع والظروف السائدة في كل دولة ، ولما كانت تلك الأوضاع والظـــروف تتـــباين وتخـــتلف من دولة إلى أخرى ، فإن القانون الساري في دولة يتباين ويختلف بالضرورة عن قرينه في الدول الأخرى ، والحال كذلك كيف نفترض مثلاً تماثل القانون الياباني أو الصيني مع القانون الفلسطيني في مجال الأسرة ،إن فكرة افتراض التطابق المشـــار إلـــيها صـــارت مهجـــورة في بلادها، ويصفها الفقه المعاصر هناك بأنها فكرة " اصـــطناعية أو زائفة " إنها فكرة تهدد وجود قاعدة التنازع والأساس الذي تقوم عليه من تحقـــيق التعايش بين النظم القانونية في مختلف الدول، وتقود إلى هيمنة قانون القاضي حتى بالنســـبة للعلاقات الدولية الخاصة بالأفراد وافتراض أنه الأصلح لها، مع أنه قد لا يكون كذلك دائماً ... [2] ، وبناء على ما تقدم لامراء من سلامة القول في إلزام القاضي بالبحث

---

(1) Von Mehren : Lapport Du Droit Compare Ala Theotie Etala Pratique Du Droit International Prive Rev. Int.Dr. Comp. 1977.
Y. Loussoan : Le Role De La Iethode Comparative En Droit International Prive . Rev. Crit . 1979 P.307. Etss.

(2) انظـــر نبوبـــيه Niboyet المـــرجع السابق ص 603 أربجنون في المختصرJJr جزء أول ص 385 د. حـــامد زكي الدولي الخاص ص 193 د. عز الدين عبد الله دولي خاص ص 587 ، د. محمـــد كمال فهمي – الأصول ص 486 ، وجابر حاد عبد الرحمن الدولي الخاص ، ص 607 د. فـــؤاد رياض وسامية راشد الوسيط ص 185 وما بعدها د. هشام صادق تنازع القوانين ص 266 وما بعدها ورسالته حول مركز القانون الأجنبي لدى القاضي الوطني 1968 ص 225 وما بعدها .

عـــن أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وعدم جواز تنصله عن ذلك إلا إذا استحال عملاً الوصول إلى تبيان القانون الواجب التطبيق وأثبت ذلك في حكمة وأوضحه بتسبيب كاف، إن اعفاء القاضي من ذلك الإلتزام ، وإلقاء عبئ البحث عن أحكام القانون الأجنبي عـــلى عاتق الخصوم يتنافي مع الطابع الملزم لقاعدة التنازع لأنه لا معنى أن نقرر بأنه ملتزم بإعمالها ، ثم نحرره من الالتزام بأعمال القانون الأجنبي الذي تختاره ، ومن ثم البحث عن مضمون أحكامه ، ففي ذلك تقصير من القاضي في النهوض بوظيفته القضائية ، ولا يجب أن يقف حد هذا الالتزام على الحالة التي يتمسك بها أطراف النزاع بإعمال قاعدة التنازع وتطبـــيق القانون الأجنبي ، فحتى لو لم يتمسك الخصوم بذلك قصداً أو إعمالاً ، بل حتى ولو اتفقوا على إخضاع النزاع لقانون القاضي[1] .

فـــلا يجـــب عـــلى القاضي أن يظل ساكنا تاركاً الأمر للمتقاضين ،فهؤلاء قد يتحايلون عن سوء نية بادعائهم عدم معرفتهم بأحكام القانون الأجنبي لتفادي تطبيقها إن كانـــت في غـــير صالحهم ، وهذا ما يستفاد من الموقف الحديث لمحكمة النقض الفرنسية الذي جسدته أحكام 1988 ، و 1992 والتي عابت على محكمة الموضوع في هذين الحكمين عدم اعمالها التلقائي لقاعدة الاسناد الوطنية ، وتطبيقها للقانون الفرنسي بدلاً من القـــانون الأجـــنبي والذي كان يتعين عليها أن تفصل في النزاع في ضوء أحكامه ، وهذا الموقـــف من جانب محكمة النقض الفرنسية يكشف عن اتجاها نحو الزاماً القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي المختص إذا كان لا يعرفه دون حاجة لتمسك الخصوم بهذا القـــانون أو تقديم الدليل على أحكامه إلا أنه من جهة أخرى أباح الفقه للقاضي في طلب مساعدة الخصم الذي يراه في مركز يسمح له بتقديم معلومات أو وثائق مفيدة في الكشف عـــن أحكـــام القانون الأجنبي ، بل إن للقاضي أن يطلب تلك المساعدة ، حتى في حالة معرفـــته لتلك الأحكام من تلقاء نفسه ، لأنه اقد يكون لدى الخصوم ما يثبت عكس ما يعرفه ويتفق وصحيح النظام القانوني الأجنبي، وكل ذلك تحت إشرافه ورقابته وقد نصت

---

(1) عـــدا الحالـــة التي يكون لهم فيها رخصة اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق كما في االعقود الدولية .

صـــراحة على التعاون بين القاضي والخصوم ، مجموعة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982م . 2/2 واليوغسلافي لعام 1983م ، (13) والسويسري لعام 1987م (م1/16)

أمـــا عـــن طرق الكشف عن أحكام القانون الأجنبي ، فإن الفقه يرى أن الكشف عن أحكام القانون الأجنبي ليس اثباتاً بالمعنى الاصطلاحي ، لأن الاثبات La preuve لا يرد إلا عـــلى الوقـــائع دون القواعـــد القانونية ، ويبنى على ذلك أن طرق ووسائل البحث والتعرف على أحكام القانون الأجنبي ليست بالضرورة ، طرق ووسائل الاثبات المعروفة ، فـــلا يتقيد القاضي بتلك الأخيرة ، بل له اللجوء إلى ما يراه ملائماً للتعرف على قواعد وأحكام القانون الأجنبي [1] فهناك

أولاً : إقرار LA VEU وإتفاق الخصوم على أن القانون الأجنبي له مضمون معين – غير أن القضـــاء لا يعدل على تلك الوسيلة لاحتمال تواطؤ الخصوم على تصور مضمون معين لأحكام القانون واجب التطبيق يستجيب لمصالحهم .

ثانـــياً : الصـــور COPIES والترجمات الصادرة عن جهات مختصة معتمدة لأحكام ونصوص القانون الأجنبي ، ويجري القضاء في بعض الدول كفرنسا ومصر على قبول تلك الوسيلة ، ويلحق بتلك الوسيلة الشهادات والمستندات المثبتة لأحكام القانون الأجنبي. التي يحررها المختصون من رجال القانون ، والقناصل والفقهاء والقضاء في الدولة الصادر عنها ذلـــك القـــانون والـــتي اصـــطلح عـــلى تســـميتها " شـــهادة العرف " ،وتعد الخبرة L'experiste مـــن الوسائل الناجحة والأكثر انتشاراً في العمل وتلقى تأييداً من الفقه وهذه الخبرة ينهض بها شخص تختاره المحكمة أو يتفق عليه الخصوم وتأمر به المحكمة، ويكـــون ضـــمن ذوي الاختصاص ، بحيث يزود المحكمة بما يلزمها من معلومات تتعلق بأحكـــام وقواعد القانون الأجنبي وقد جرى العمل لدى القضاء الأنجلو سكوني أن الخبرة

---

(1) حـــرية طـــرق الكشف أقرتها التشريعات المقارنة ، كالقانون الدولي الخاص الأســـــباني لعام 1974م (6/1) والنمساوي لعام 1979 (م 74) والمجري لعام 1979 (م 1/5) والبيروفي لعام 1984 (م 2052)

هـــي الوسيلة المفضلة إن لم تكن الوحيدة للكشف عن أحكام القوانين الأجنبية وهي تتم عـــن الطريق العادي للشهادة الشفوية أمام خبير أو شاهد مختص ، مثل السفراء ، موظفي السفارات ، نواب القناصل ،الموثق العام[1] .

والجدير بالذكر أنه أياً كانت الطريقة أو الوسيلة التي يستعان بها للكشف عن أحكام القانون الأجنبي فإن القاضي يتمتع في شأنها بسلطة واسعة في تقدير قوة وقيمة كل وسيلة أوطـــريقة مـــع بقاء التزامه قائما في البحث والتحري من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي ولا شك أن مهمة القاضي قد تكون شاقة في البحث عن أحكام القوانين الأجنبية التي لم يألفها وليس له بها .

عهـــد كالقانون الصيني أو البرازيلي أو المجرى وخاصة بالنسبة للقاضي الفلسطيني ، ومن هنا كانت الدعوة إلى تخصيص هيئات أو أجهزة في وزارة العدل أو الخارجية تنهض لمـــد المحـــاكم بترجمات القوانين الأجنبية إلى اللغة العربية ، وكذا كافة الوثائق التي يطلبها القاضـــي بشـــأن تلك القوانين[2] على أن أكثر الوسائل فعالية في الاستعلام عن القانون الأجـــنبي هـــي الاتفاقات الدولية، التي تذلل صعوبات التعرف على أحكام قوانين الدول الأطـــراف فيها،ســـواء بإنشاء إدارات خاصة لتبادل الوثائق والمعلومات القانونية ، فيما بيـــنها،أو تسهيل سبل الاستعلام المباشر بين المحاكم بشأن قوانين كل منها ومن أمثلة تلك الاتفاقيات نذكر الاتفاقية التي أبرمت في 7 يونية 1968 في لندن فيما بين دول السوق الأوربية المشتركة المتعلقة بالاستعلام عن القانون الأجنبي .

---

(1) الخبرة إذا كانت مكتوبة فإن المحرر الذي يقدمه الخبير يدخل تحت إسم شهادة العرف .

(2) واجهـــت القوانين المقارنة مثل هذا الحل ، والقانون الدولي الخاص المجرى 1979 نص على انه وبـــناء عـــلى طلب المحكمة تقدم وزارة العدل المعلومات المتعلقه بالقانون الأجنبي (م2/5) ، كما نص على مساعدة وزارة العدل للقاضي ، القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 (م 2/5) ، كما نـــص على مساعدة وزارة العدل للقاضي والقانون الدولي الخاص ليوغسلافيا السابقه لعام 1983 (م 2/13) أما القانون الدولي البيروفي لعام 1984 ، فينص على أن للقاض من تلقاء نفسه أو بناء على طلـــب الخصوم ، أن يلتمس من السلطه التنفيذية الحصول بالطرق الدبلوماسية ، من محاكم الدوله التي ينتمي اليها القانون واجب التطبيق ، على تقرير عن وجود ذلك القانون ومفهومه.

ونعـــرض فـــيما يلي لوضع هذه المسألة في كل من القضاء والفقه المصري ، وكذلك في القضاء الفلسطيني .

وضع المسألة في القضاء الفقه المصري :

أولاً : تعرضت محكمة النقض المصرية لهذه المسألة في حكمها الصادر في سنة 1955 والـــذي قضت فيه بأن التمسك بتشريع أجنبي أمام محكمة النقض لا يعد أن يكون مجرد واقعـــه يجب اقامة الدليل عليها ولا يغنى في إثباتها تقديم صورة عرفية تحتوى أحكام هذا التشـــريع[1] (32) ممايتعين رفض هذا الوجه ويبدو أن هذا قضاء استقر لا تنوي محكمة الـــتقض العدول عنه في وقت قريب فيلاحظ أن هذه المحكمة أصدرت في 26 يوليو سنة 1967 حكماً قالت فيه أن التمسك بتشريع أجنبي أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون مجرد واقعه يجب إقامة الدليل عليها[2] .

وفي حكم آخر لنفس المحكمة في 14 إبريل 1970 قضت فيه بأن التمسك لأول مرة أمـــام محكمـــة النقض بقاعدة قانونية أجنبية هو دفاع يخالطه واقع كان يجب عرضه على محكمة الموضوع لأن الاستناد إلى قانون أجنبي هو وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة واقعه يجب إقامة الدليل عليها ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع أمـــام محكمة الموضوع فإنه يكون سببا جديدا لا يجوز التحدي به لأول مرة أمام محكمة

---

(1) صـــدر هـــذا الحكـــم في القضية رقم 6 سنة 24 قضائية ، أحوال شخصية ، مجموعة المكتب الفني،س،ص821 .

(2) مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية سنة 18 ص 1493 ، وذات المرجع لسنة 21 العدد 2 ص 598 عـــلى التوالي . ونفس المحكمة في حكمها في 19 يناير 1977 الذي جاء به أنه " كانت الطاعنة لم تقدم السند الذي يبيح لها طلب ابطال الوصية من نصوص القانون الأسباني عملاً بالمادة 17 مـــن القـــانون المدني ، وكان الاستناد إلى قانون أجنبي على ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد اقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه بإن النعي لا مقبولاً (الطعن رقم 7) لسنة، 45 وقضائية المجموعة السابقة 1977 لسنة 28 جزء أول ص 276 وتر ونفس الحكم في 1978/3/1 وفي 7 إبريل 1981 .

الـــنقض، ومـــن هذا يمكن القول إذن أن رأي القضاء المصري في البداية في إثبات القانون الاجنبي " هو عده من قبيل إثبات الوقائع ، أما الفقه المصري فقد عالج البعض منه مسألة إثبات القانون الأجنبي" في عبارات غير قاطعة من ذلك قوله (يجب أن يتقيد قضائنا بتطبيق القوانين الأجنبية كلما كان تطبيقها واجباً طبقا للمادة 11 مدني مختلط و29 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وأنه يكون دائما من واجب القاضي أن يسعى بنفسه بكل وسيلة للوصول إلى معرفة القواعد المقررة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، ويكون للخصوم دائماً الحق في تسهيل مهمة القاضي ، ولا يكون عليهم واجب إثبات القانون الأجنبي إلا في أحـــوال الضرورة[1] . ومنه قوله أيضاً يفترض علم القاضي بالقانون وأن ما يدعي حقاً وفقاً لقاعدة قانونية ليس عليه أن يثبت هذه القاعدة إلا في أحوال نادرة ، منها أنه إذا كان القـــانون الواجب تطبيقه قانون بلد أجنبي غير معروف في البلد المنظور فيه الدعوى ، جاز لـــذى المصلحة أن يثبت وجود هذا القانون، وإن كان هذا الفرض أصبح وجوده نادراً بســـبب تقدم وسائل الاتصال الثقافي وازدياد تبادل المعلومات القانونية وغير ها في مختلف الـــبلدان[2] وقد قطع البعض الآخر في اعتبار تطبيق القانون الأجنبي من مسائل الواقع لأن القاضـــي لا يفـــترض فيه علم قانون غير قانون دولته[3] وقطع فريق آخر في اعتباره من مســـائل القـــانون وذلك في قوله بعد أن أشار إلى ما جرى عليه القضاء المصري مقتديا بالقضاء الفرنسي " نحن مع ذلك لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قـــانون لا مســـألة واقع ، فإن القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني ، فعليه إذا " أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبي الواجـــبة التطبيق في هذه القضية، وله أن يحدد في هذه الأحكام عن علمة الشخصي ، ولا

---

(1) د. عبد الحميد أبو هيف ، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية 1917 فقرة 306 .

(2) انظر د. سليمان مرقس ، أصول للاثبات فقرة 19

(3) انظـــر مثلا د. عبد الباسط جميعى نظام الاثبات في القانون المصري 1953 ص 76 د. فتحي والي : الوسيط في قانون القضاء المدني ، الطبعة الثانية 1982 هامش 4 ص 847 .

يجـــوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم امكان الاهتداء إليها ، وإلا عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة ، ويكون في تطبيقه لأحكام القانون الأجنبي ، كما هو في تطبيقه لقاعدة الاسناد التي أمرته بتطبيق هذه الأحكام خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وتفســـر هذه المحكمة القانون الأجنبي لا طبقا لرأيها الشخصي ، بل وفقا لما تفسره به محاكم البلد الذي ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها ، ونحن إنما نذهب إلى هـــذا الرأي لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون ، فيصبح واقعاً، سواء كان هذا القانون قانونـــا وطنياً أو كان قانونا أجنبياً يأمر القانون الوطني بتطبيقه ، فيصبح جزءاً منه ، في حدود هذا التطبيق[1]ومن جهة أخرى يلاحظ أنه إذا كان الفقه قد اتفق على أن التمسك بقـــانون أجنبي يعتبر (وسيلة دفاع) استنادا إلى حكم النقض الذي صدر في 26 يوليو 1967 عـــندما أشارت بأنه لا يجوز التمسك أمامها بوسيلة دفاع جديدة لأول مرة إلا أنه لا يؤيد اعتبار القانون الأجنبي لدى القاضي الوطني " واقعه يجب إقامة الدليل عليها ، ولقـــد ذكـــرنا في ما تقدم أن محكمة النقض الفرنسية "قضت بأن التمسك بقانون أجنبي لأول مرة أمام محكمة النقض هو تمسك بمزيج من الواقع والقانون ومن ثم فهو غير مقبول " ولعل هذا الوصف للتمسك بقانون أجنبي يعلل ما سبق أن قضت به المحكمة ذاتها من أنه " غير مجد تعييب قيام القضاة الفرنسيين من تلقاء أنفسهم بتطبيق قانون أجنبي لم يتمسك به الخصوم أمامهم ولا يمس النظام العام وإنه لجائز لمحكمة الاستئناف أن تسعى إلى التعرف على القانون الأجنبي ،وتحديد أحكامه الواجبة التطبيق وهذا الذي قضت به محكمة النقض الفرنسية قد يعين على فهم ما قصدته محكمة النقض المصرية بقولها " دفاع يخالطه واقع " فـــيكون العنصر الآخر في المخالطة هو " عنصر القانون " ويكون التمسك بقانون أجنبي لأول مرة أمام هذه المحكمة هو"مزيج من القانون والواقع " ونعتقد ان طموح جمهور الفقه المصـــري هو في ان ترتب المحكمة على هذا الوصف النتيجة التي ترتبها عليه محكمة النقض

---

(1) د. عـــبد الرازق السنهوري ، الوسيط شرح القانون المدني ج 3 فقرة 38 ، وأيضا في الوجيز في شـــرح القـــانون المدني مجلد واحد طبعة 1966 فقرة 89 وأقرأ أيضا في اعتبار القانون الأجنبي من مسائل القانون د. عبد المنعم فرج الصده في الاثبات فقرة 28 .

الفرنسية فيكون من الجائز ان يطبق القاضي الوطني من تلقاء نفسه القانون الاجنبي ويكون له ان يستعين بجهد الخصوم في هذا الصدد ويزداد هذا الطموح إلى ابعد من هذا ، فترتب المحكمـــة على هذا الوصف المتقدم أن يكون من واجب القاضي تطبيق القانون الأجنبي ، إعمـــالا لقـــاعدة الإسناد ولو لم يطلب الخصوم تطبيقه ، مما يلقى عليه عبء السعي إلى التعرف على هذا القانون من تلقاء نفسه .

ثانـــياً : لقـــد تأكد ما أشرنا اليه من طموح لدى الفقه المصري في حكم لمحكمة النقض المصرية في6/ فبراير 1984 في شأن إحدى الدعاوي المتعلقه بمسائل القانون البحري ، وحيث كان القانون واجب التطبيق على الموضوع هو القانون الانجليزي المتضمن لاحكام ســـندات احاكم الشحن الموقعه في بروكسل عام 1924 حيث قضت محكمة استناف الاسكندرية في حكمها في 7/ مارس /1979 بان صاحب المصلحة ملزم بتقديم الأدلة اللازمـــة لاثبات حكم القانون الاجنبي وان حكمه يتفق مع ما يدعيه ، إذ ان الاصل ان القـــانون الاجـــنبي بالنســـبة للقاضي الوطني مجرد واقعه يجب على من يتمسك بنص من نصوصه ان يقيم الدليل عليه[1].

جـــاءت محكمة النقض المصرية لتنقض الحكم المستأنف وتقرر أنه " إذا كان من المقـــرر في قضاءهذه المحكمة أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العملية التي يتيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون هذا القانون الأجنبي غريباً عن القاضي ، يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره ،أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة ، وعـــلى ذلك يرى جانب من الفقه المصري أن محكمة النقض بهذا الحكم لم ترد أن تتخذ

---

(1) صدر الحكم في الطعن رقم 983 لسنة 49 قضائية في الدعوى المرفوعة من شركة مصر للتأمين عـــلى شـــركة الإسكندرية للتوكيلات الملاحية ، ومنشور في مؤلف الدكتور هشام صادق التعليق على أحكـــام محكمة النقض في مسائل القانون البحري الدار الجامعية للطباعة والنشر 1985 ص 13 وما بعدها .

خطوة متواضعة نحو تطوير قضائها المستقر في شان إثبات القانون الأجنبي ومعاملته بإعتباره مجـــرد عنصـــر من عناصر الواقع ، بل فضلت المواجهة الصريحة لقضائها السابق فألزمت القاضي بتطبيق القانون الجنبي من تلقاء نفسه ، بل افترضت فيه العلم بأحكامه في أحوال معينة،وبـــتلك المثابة يعد حكمها رائداً يستجيب للإتجاه الراجح في فقه القانون الدولي الخـــاص [1]. في حـــين يذهـــب جانب آخر من الفقه معلقاً على هذا الحكم المستحدث لمحكمة النقض بقوله "ومع تقديرنا لتوجه محكمة النقض، إلا أننا كنا نود حكماً أكثر جرأة وإقدامـــاً" مـــع مـــبدأ يشكل تحولاً حقيقياً في موقف القانون المصري من معاملة القانون الأجـــنبي . فالواقع أن حكم 6 فبراير 1984 لم يأتي بجديد بل يسلم بالتقاليد الراسخة مـــنذ حكم عام 1955، واستند في رأيه هذا إلي **أولا** : أنه ردد حرفياً الصيغة العامة في قضاء النقض المصري وهي "أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدوا أن يكون مجرد واقعة يجب إقامـــة الدلـــيل عليها" وتلك الصيغة لا تنم عن قناعة المحكمة بتسليمها بالطبيعة القانونية الأصيلة للقانون الأجنبي بل تفيد تمسكها برأيها القديم وإلا لما كان بها حاجة للتذكير بها .

ثانـــياً : أنـــه أورد بـــياناً يؤيد ذلك التمسك بقوله "إن مرد هذا القضاء هو الإستجابة للإعتـــبارات العملية التي لا يتيسير معها للقاضي الإلمام بأحكام ذلك القانون ولما كانت تلـــك الإعتـــبارات العملية ستظل قائمة في الغالب من الحالات ، فإن عدم إلزام القاضي بالبحـــث عـــن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، سيظل هو الآخر قائماً هذا ما لم نسلم بخلاف الواقع بقاعدة إفتراض علم القاضي بقوانين كل دول العالم .

ثالثاً : أنه إذا كان الحكم قد ردد قاعدة أن التمسك بقانون اجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها ، وأضاف أنه لا محل لها إذا كان القاضي بعلم بمضمون ذلك القانون أو كان علمه به مفترضا ، فإنه من ناحية لم يضف جديدا ، حيث أن مسألة التزام القاضي بالبحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي لا تثور إلا في الفرض الذي يجهل فيه ذلك القاضي مضمون القانون الأجني ، أو كما يقول الحكم ذاته ،إذا كان ذلك القـــانون الأجـــنبي غريـــبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى

---

(1) انظر د. هشام صادق المرجع المشار إليه سابقا ص 61 وما بعدها .

مصـــادره . ومن ناحية أخرى فإنه قد أوجد ازدواجية في معيار معاملة القانون الأجنبي ، فهـــو يعترف لهذا الأخير بالطبيعة القانونية الأصلية وبالتالي يلتزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفســـه إن كـــان يعلم بمضمونه أو كان علمه به مفترضاً ، وهو ينكر عليه تلك الطبيعة ويعتـــبره مجـــرد واقعه يجب إقامة الدليل عليها ، إن كان غريبا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره[1] وعلى أية حال مازال الأمل كبير في تحقيق طمـــوح الفقه في أن تتحول محكمة النقض المصرية عن قضائها القديم، وتصدر حكما من الأحكام الكبرى التي تضع المبادئ القانونية تهجر فيه ذلك القضاء ، وتسلم بما يمليه المنطق القانوني السليم ، وتستجيب للاتجاهات المعاصرة في القانون المقارن .

-وضع المسألة في فلسطين

نصت المادة 64 /3 من دستور فلسطين سنة 1922 على ما يلي :

" تؤلـــف المحكمة المركزية لدى النظر في قضايا الأحوال الشخصية العائدة للأجانب، من الرئيس البريطاني منفرداً أو من الرئيس الاحتياطي منفردا ، ولدى النظر في قضايا الأحوال الشخصية العائدة للأجانب من غير الرعايا البريطانيين يجوز للرئيس أو الرئيس الاحتياطي حسب مقتضى الحال أن يدعو قنصل الدولة التي ينتمي إليه الأجنبي ، أو ممثلا عن قنصليته لـــلجلوس في المحكمـــة بصـــفة مميز (خبير) لأجل ابداء المشورة حول قانون الأحوال الشخصـــية المنطـــبق على القضية وإذا استأنفت الحكم الصادر في أي قضية كهذه ، يحق للقنصل أو لممثل القنصل أن يجلس كمميز في محكمة الاستئناف ، وهكذا بنيت المادة 64 /3 مـــن دســـتور فلســـطين أنـــه ليس هناك ما يدعو لاثبات القانون البريطاني إذا كان المتقاضون بريطانيين ، ويبدو أن ذلك يقوم على أساس أن القاضي التي سيحكم في المنازعة هـــو بريطاني . وبذلك لا يجهل قانون بلده ، ولكن فيما يتعلق بالأجانب غير البريطانيين يبدو الأمر واضحاً أنه يحتاج إلى إثبات ، وهذا ما فرضته المادة المذكورة أعلاه .

---

(1) انظـــر د. عبد الكريم سلامة علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع الطبعة الأولى 1996 ص 509،510 .

وكمـــا بينـــته أيضاً المحاكم الفلسطينية بشكل واضح في الأحكام التي أصدرتها المحاكم عندنا ، من أنها تتطلب أن يثبت القانون الأجنبي بشهادة خبير **ونعرض لأمثلة من هذه الأحكام فيما يلي :-**

في قضـــية A haim flirsh sorogovits . v. dvorg sorogovitch ادعى المستأنف أن القانون الروسي – (قانون جنسيته) لم يتم إثباته أمام المحكمة كما تقض بذلك المادة 64 /3 مـــن دستور فلسطين 1922 وبالتالي يكون قرار محكمة البداية (بداية يافا) إلزامه بدفـــع نفقة لزوجته غير سليم ، لكن المحكمة العليا لم تناقش هذه النقطة لأنها وجدت من خلال ملف الدعوى، أن المستأنف لم ينكر مسؤوليته بدفع النفقة الزوجية كونه كان يقوم بذلـــك فعـــلا[1] وفي حكم آخر للمحكمة العليا في قضية " Gershon V .olkhuva Volkenberg" قـــررت أن عـــلى المستأنف عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي ، وتتـــلخص وقائع هذه القضية أن المستأنف اليهودي الديانه، التشكوسلوفاكي الجنسية ، كان قد طلق زوجته أمام المحكمة الدينية اليهودية ، وادعى أن قانونه الشخصي (القانون التشيكوســـلوفاكي) يعترف بهذا الطلاق ، وبالتالي لا يكون ملزماً بدفع نفقة للمستأنف ضدها باعتبارها لم تعد زوجته ، وجدت المحكمة العليا أن إستئنافه يكون مقبولاً لو أثبت صحة ذلك .

ولكنها قالت أنها لا تعرف حكم القانون التشكوسلوفاكي في هذه المسألة ، وأن المستأنف أخل بالتزامه في إثبات مضمون القانون الأجنبي أمامها[2] .

وفي قضية أخرى .

---

(1) انظر قضية (استئناف مدني) رقم 5391 /14 والمنشور

"The law reports of Palestine 1934 . selected and edited by sir . Michel Mednneill . M.A.Watelaw .& sons . lita . London.1937 .p336 .337.

(2) اســـتئناف مـــدني رقم 22/ 1934 – The law reports of Palestine – 1934 1935

Selected and edited by sir . Michel medonnell .m.a.water law & sons lta London. 1937 – p.p. 365 .367

متعلقة بالحضانة بين زوجين إيطاليين ، فإن المحكمة العليا أعادت القضية للمحكمة المركزية على أساس أنها لم تقتنع بما توصلت إليه المحكمة المركزية عندما أصدرت حكمها بأن الطفل كان لا يزال صغيراً إذ لا يكفي في نظرها في هذه الحالة إصدار قرار لصالح الأم حيث كان المميز (eypert) الإيطالي قد أشار للمحكمة فقط مواد القانون الإيطالي ذات العلاقة دون أن يقدم ما يثبت التطبيق الذي قامت به المحاكم الإيطالية في هذا الموضوع ، فلربما تصل إلى قرار يبين كيف يجب أن يكون الحكم ، ولهذا فقد أعادت القضية للمحكمة المركزية لسماع بينته فيما يتعلق بالمبادئ التي تحكم مسألة الحضانة في القانون الإيطالي وأن تعطي حكمها وفقاً لذلك[1] .

والجدير بالذكر أن ما أشرنا إليه كان عندما كانت فلسطين تحت ظل الانتداب البريطاني، وبعد احتلال إسرائيل للجزء الأكبر من فلسطين عام 1948 خضعت الضفة الغربية للإدارة الأردنية وغزة للإدارة المصرية ، وفي عام 1967 تم احتلال كل فلسطين وبعد عودة السلطة الوطنية الفلسطينية إلى أرضها ، يجري الآن إعداد مشروع القانون المدني الفلسطيني الجديد الذي يناقش هذه المسائل تفصيلاً إلى جانب قانون الإجراءات المدنية والتجارية الذي صدر حديثاً .

وأثناء خضوع الضفة الغربية للإدارة الأردنية كان يسري عليها نصوص وأحكام القوانين الأردنية ومنها المادة 103 من الدستور الأردني – النافذ المعمول بها ، التي تبين أن للقاضي في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب في الأمور الحقوقية و التجارية التي جرت العادة في العرف الدولي بتطبيق قانون أجنبي بشأنها – يلتزم بتطبيق ذلك القانون

---

(1) (Calandra .V.Calandra . CA. 176/26 (3r985-

وانظر الأحكام التالية . Whell .V. Barclays Bank . Hifa Branch . CA. 123/41 . C 1941 . Scj. 354

Baer . V. the Palestine building syndicate . Ltd . CA . 25g /41 C1942 . - . Scj.82

(Mr .Lv. Mrsl . CA 73/43 . 1948 .Alr.245 -

الأجنبي المعين بموجب قواعد الإسناد التي يجب أن يتضمنها قانون وطني ، فالنص هنا يوجب على القاضي كما يبدو الاعتراف بالقانون الأجنبي و بطبيعته القانونية [1] .

المبحث الثالث

إعمال القانون الأجنبي

ورقابة محكمة النقض

خلص لنا مما تقدم أنه على القاضي أن يقوم بإعمال قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، ومتى قضت هذه القاعدة بتطبيق قانون أجنبي كان عليه أن يطبقه ، وكان عليه أيضاً السعي إلى التعرف على أحكامه ، وكان خطأه في إعمال قاعدة الإسناد خاضعاً لرقابة محكمة النقض (المحكمة العليا) فإذا كان الأمر كذلك ، فكيف يكون إذا كان القاضي قد عين القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد – وكان قانوناً أجنبياً وأنه تعرف على أحكام هذا القانون أو أثبته لديه الخصوم ، ولكنه أخطأ في تطبيقه أو تفسيره ، فهل يخضع خطؤه هذا لرقابة محكمة النقض ؟؟؟ وتوضيح الفارق بين الخطأ في إعمال قاعدة الإسناد الذي سلمنا بخضوعه لرقابة محكمة النقض والخطأ في إعمال أحكام القانون الأجنبي، الذي نتساءل الآن عن خضوعه لهذه الرقابة أم عدم خضوعه لها؟؟؟ نضرب المثال الآتي : تقضي قاعدة الإسناد في قانون القاضي بخضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى هنا لو طبق القاضي على الميراث قانونه هو أو قانون موطن المتوفى أو قانون موقع المال كان مخطئاً في قاعدة الإسناد أما إذا طبق على الميراث قانون جنسيه المتوفى ، ولكنه خالف أحكامه من حيث شروط استحقاق التركة أو بيان الورثة ، كان هذا الذي ارتكبه خطأ في القانون الأجنبي ذاته. ولاشك أن القاضي وهو يطبق القانون الأجنبي يفسره وقد يخطئ أو قد يصيب في ذلك فهل يخضع خطأة لرقابة محكمة النقض ؟؟ نتكلم عن ذلك في التالي :-

(1) وانظر القانون المدني الأردني الصادر سنة 1976 ومواده المتعلقة بقواعد تنازع القوانين من 11- 29 .

أولاً : مسألة تفسير أحكام القانون الأجنبي :

عند إعمال القانون الأجنبي والكشف عن أحكامه والوصول إلى قواعده بالطرق التي أسلفنا عرضها .. فقد يحدث أن يكتنف تلك القواعد بعض الغموض ، ويصعب على القاضي الوطني فهمها ، ومن ثم الربط بين حقيقة الأثر القانوني في القاعدة القانونية الأجنبية والغرض في المسألة المعروضة فإذا كان النص الأجنبي واضح المعنى جلى المفهوم فلا حاجة إلى تفسير، كما أن مشكلة التفسير والقواعد الواجب اتباعها لحلها لا تثور إذا كان هناك تفسير تشريعي صادر عن واضع القانون الأجنبي ذاته، سواءً تمثل ذلك في قانون تفسيري خاص ، أو ملحق تفسيري عام حيث يلتزم القاضي بإجراء التفسير طبقاً لهذا القانون أو ذلك الملحق ، باعتباره مكملاً للنص القانوني الأجنبي وملازماً له ، وإذا لم يكن هناك ثمة تفسير تشريعي فإن الأمر على رأيين:

الأول : يرى بأن القانون الأجنبي يجب أن يفسر حسب المبادئ والقواعد العامة التي يفسر بها القانون الوطني استنادا إلى فكرة اندماج القانون الأجنبي في القانون الوطني، وكذلك فكرة تشييد القاضي الوطني للقاعدة القانونية واجبة التطبيق مماثلة للقاعدة الأجنبية وفقاً لما جاءت به نظرية الاستقبال الإيطالية، أو نظرية القانون المحلي الأمريكية ، وهذا الرأي من جانب الفقه قد جانبه الصواب لأن القانون الأجنبي لا يندمج في القانون الوطني ، بل يحتفظ بطابعه الأجنبي ، وبصفته القانونية كعمل صادر عن دولة أجنبية ، والمقتضى الطبيعي لذلك أن يفسر ذلك القانون طبقاً لقواعد ومبادئ التفسير المعمول بها في النظام القانوني الأجنبي .

الثاني: وهو الرأي الذي يلقى القبول لدى الفقه والذي يعتمد في الأساس على إعمال قواعد التفسير الأجنبية ، دون أن يقدح في ذلك أن يكون للقاضي دوراً في عملية التفسير فالتزام القاضي قائم باحترام القانون الأجنبي في مجموعة ومنها قواعده العرفية وكذلك حلوله القضائية، بل عليه أن يعيش جو ذلك القانون ، يفهمه ،ويخرج من النطاق الوطني ، وينظر إلى القانون الأجنبي كما يراه قاضيه . وهو من ناحية أخرى أمين على احترام قواعد التفسير الأصلية المستقرة ، ومقتضى ذلك 1- أن للقاضي سلطة تقدير التفسير الذي

يقدمه الأطراف أو الخبير ، فيرفضه إن كان يستند إلى قضاء أو فقه مهجور، أو كان تفسيراً واسعاً لا تحتمله قواعد القانون الأجنبي، كما أنه لا يتقيد باتفاق الخصوم على تفسير معين ما دام قد أوضح ذلك بتسبيب كاف.

2- على القاضي ألا يخرج في تفسيره عما هو مستقر في التطبيقات القضائية الأجنبية ، ولا يسوغ له الاستناد إلى حكم بعينه بحجة أنه يقرر ما ينبغي أن يكون أو يأخذ بتفسير غير رائج ما زالت تتضارب بشأنه الأحكام أو صادرة عن هيئة أو جهة إدارية أجنبية غير مخولة حق التفسير. وإذا كانت القاعدة الأجنبية لم تتعرض بعد لتفسير وتطبيق قضائي ، التزم القاضي الوطني بتفسيرها على النحو الذي كان سيفسرها به القاضي الأجنبي ، حسب قواعد التفسير الأجنبية[1] .

ثانياً: مسألة الخطأ في تطبيق أحكام القانون الأجنبي وما مدى رقابة محكمة النقض

1- الرأي الرافض لمبدأ الرقابة : فقد جرى به القضاء ومعه جانب من الفقه في معظم بلدان القارة الأوروبية مثل فرنسا ، هولندا ، بلجيكا ، في البداية ،أن الخطأ في تطبيق

---

(1) راجع المادة 2055 من القانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984 حيث نصت على أن تفسر أحكام القانون الأجنبي طبقاً للنظام الذي تنتمي إليه وكذلك نصت المادة (9) من القانون الدولي الخاص لما كان يعرف يوغوسلافيا السابقة لعام 1983 على أن " قانون دولة أجنبية يطبق مع الأخذ في الاعتبار معناه وأفكاره " أيضاً المادة 1/182 من قانون المرافعات لألمانيا الشرقية 1955 حيث تقرر أن على المحكمة أن تعمل ما هو ضروري للمكوث على حقيقة مضمون قواعد القانون الأجنبي وواقع تطبيقها في قضاء محاكم دولة هذا القانون وانظر أيضاً في هذه المسألة Niboyet جزء (4) فقرة 605 ، أما الأستاذ باتيفول Batifol فقد قال " إن من شأن القول أن القانون الأجنبي هو واقعة يتعين على الخصوم إثباتها أن يكون إثبات هذا القانون هو إثبات ما هو كائن فعلاً في البلد الأجنبي وليس ما يجب أن يكون ، ولكن ليس معنى هذا أن القاضي يكتفي بتقدير وجود القاعدة القانونية التي أثبتها الخصوم دون أن يقوم بأي عمل تفسيري بشأنها ، لا بل أنه يقوم بشأنها بنوع من العمل التفسيري وهو معرفة ما تفهم عليه القاعدة في البلد الأجنبي ، وليس له تفسير القاعدة حسب ما يفهمه هو عقلياً (المرجع السابق فقرة 328 ، 330) .

أحكام القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة محكمة النقض لأن القانون الأجنبي يعتبر واقعه [1] ، وقد استندت محكمة النقض الفرنسية في ذلك إلى عدة حجج[2].

الأولى قانونية : وهي أن محكمة النقض قد وجدت للحفاظ على وحدة القانون الفرنسي بتوجيه القضاء ،وليس من مهمتها إصلاح التطبيق الخاطئ للقوانين الأجنبية ويدعم ذلك في رأي البعض أن المرسوم المنشئ لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 29 نوفمبر 1790 قصر وظيفتها على رقابة المخالفة الصريحة لنص القانون (وهو القانون الفرنسي) .

الثانية عملية : مضمونها أنه من غير المستطاع أن تشهد محكمة النقض الوطنية على وحدة وصحة تطبيق قوانين كل دول العالم وهذا تحميل لمستحيل فضلاً عن أن القانون الأجنبي ذاته لا يعدو أن يكون واقعاً والمعلوم أن محكمة النقض ليس محكمة واقع ، كما أنه لا يجوز للخصوم التمسك أمامها لأول مرة ، بتطبيق القانون الأجنبي لتعلق الأمر بمزيج من الواقع والقانون .

الثالثة : فنية : مقتضاها أن بسط محكمة النقض رقابتها على صحة تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية ، قد يؤدي إلى تعدد الطعون وازدواجها أمامها، وهو ما يجعل مغبة التعارض مع

---

(1) ومن الأمثلة في الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي بأن يؤسس القاضي حكمة على قاعدة غير نافذة في النظام القانوني الأجنبي، أو على ترجمة غير دقيقة ، أو على تفسيره غير صحيح لأحكامه وقواعده .

(2) حول مبدأ رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي أنظر :-

H. Lewald : le control des cours supremes sur lapplie tion des lois - .etrangeres . rec. cours lo huge 1963 vel . 57.p.201 .ss

Y. loussouarn . le control de la cours de cassation de lappication des - .lois etrangeres in .t.c.f.d. 1920 .p. 133 etss

ph.francescakis:la lois etrangere a la cours de cassation .d.1963 .p.7- - 14

وانظر في الرأي الرافض لمبدأ الرقابة د.عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص جزء ثاني ص 593 ، والدكتور محمد كمال فهمي أصول القانون الدولي الخاص ص 497، وبحثه : رقابة المحكمة العليا في تطبيق القانون الأجنبي ، مجله القانون والاقتصاد عام 1963 العدد الثالث ص 21 وما بعدها .

مـــا يسير عليه القضاء في دول تلك القوانين إذا تبنت لحكمها للطعن مغاير لما يجري عليه العمل أمام ذلك القضاء ، وهو ما يمس في النهاية قيمة ومركز قضاء محكمة النقض .

الرابعة : منطقية : وتعني أنه طالما ليس على القاضي على الأقل في النظام الفرنسي الالتزام بالبحـــث عـــن القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، فيكون من غير المنطقي إخضاعه لرقابة محكمـــة النقض ، فالوظيفة الرقابية لمحكمة النقض لا تقوم إلا حينما يتقاعس القاضي عن الـــنهوض بالـــتزاماته القضائية ، على أن البعض من الفقه الفرنسي وإن كان يسلم بهذه الوجهـــة من النظر إلا أنه يرى أنه يحسن أن تتشدد محكمة النقض في فرض رقابتها على تســـيب قضاة الموضوع لأحكامهم وهم بسبيل مباشرة سلطتهم المطلقة في تفسير القانون الأجـــنبي ، وبذلـــك تـــتوافر رقابة غير مباشرة على هذا التفسير، ويبدو أن المحكمة قد اســـتجابت لهذا الرأي في حكم لها بتاريخ 26 إبريل 1950 ، عندما طرح نزاع أمام محكمة أول درجة في ولاية أنديانا بالولايات المتحدة، دون أن يعقدوا مشارطة زواج، لأن المحكمة تطبق قانون هذه الولاية على النظام المالي للزوجين، وتعرفت على أحكامه من أحد الكتـــب الفقهـــية التي استظهرت منه ، أن حكم هذا القانون هو اعتبار الزوجين في هذه الحالة قابلين للنظام المالي القانوني لهذه الولاية، وهو نظام انفصال الأموال، وقضت للزوجة بأحقيـــتها للنصـــف على الشيوع في المال الذي تصرف فيه الزوج، استأنف المشتري من الـــزوج هذا الحكم ، وقضت محكمة الإستئناف بتطبيق النظام المالي القانوني — في القانون الفرنســـي وهـــو نظـــام الاشتراك في الأموال، وذلك على أساس " أن الزوجين لم يقدما لـــلمحكمة نص قانون ولاية أنديانا وترجمته في شهادة صادرة من سلطة مختصة ، أي أن المحكمة طبقت القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي بدعوى أن الخصوم الذين يتمسكون بالقـــانون الأجـــنبي لم يقدما ما يثبت أحكامه ، وقضت محكمة النقض بحكمها المذكور بـــنقض حكم محكمة الإستئناف للقصور في أسبابه ، وذلك لأن هذه المحكمة اكتفت في تـــبرير تطبيق القانون الفرنسي بالقول بأن الخصوم لم يقدموا نص القانون الأجنبي وترجمته دون أن تتعرض لوسائل إثبات هذا القانون ، الذي أخذت بها محكمة الدرجة الأولى (أي

الإثبات عن طريق الاطلاع على كتب الفقه[1] كذلك دعا بعض هؤلاء الفقه محكمة النقض إلى أن تفرض رقابتها على قضاه الموضوع في حالة (مسخ) dentaralisation القانون الأجنبي وهم بصدد تفسيره مثل رقابتها على قضائهم وهم بصدد تفسير العقود[2] وقد استجابت المحكمة لهذه الفكرة فقضت في 21 نوفمبر 1961 بأن " يكون محلاً للنقض الحكم الذي يتجاهل ويمسخ المعنى الواضح المحدد لوثيقة تشريعية أجنبية قدمت أثناء نظر الدعوى ،وقام عليها الإستئناف"[3] . على أن دور محكمة النقض إنما يقتصر في الحالتين الرقابة على التثييب، ومسخ القانون الأجنبي على نقض الحكم المطعون دون القيام بتفسير هذا القانون ولا زالت تلك المحكمة تعتنق هذا الموقف في أحدث أحكامها حتى عام 1991.

2- الرأي المؤيد لمبدأ الرقابة :

وعلى النقيض مما جرى في البلاد المذكورة نجد القضاء ومعه جانب من الفقه في البعض الآخر من بلاد القارة الأوروبية يأخذ برقابة محكمة النقض على تطبيق أحكام القانون الأجنبي.

وعلى سبيل المثال ، جرى قضاء محكمة النقض الإيطالية على التسوية ما بين القانون الأجنبي والقانون الإيطالي من حيث خضوع الخطأ فيها لرقابتها [4] وكذلك استقرت هذه

---

(1) انظر تعليق الأستاذ لوروبور بيجيونير ، على هذا الحكم منشور في المجلة الانتقاديه للقانون الدولي الخاص سنة 1950 ص 429 هذا ويلاحظ أن مسألة منع أو إعطاء المحكمة العليا سلطة رقابة تطبيق محكمة الموضوع للقانون الاجنبي لا تثور في القانون الإنجليزي لأن مجلس اللوردات ممنوعاً عليه النظر في مسائل الواقع .

(2) انظر باتيفول : المرجع السابق ، فقرة 340 .

(3) راجع هذا الحكم في المجلة الأنتقادية للقانون الدولي الخاص سنة 1962 ، عدد 2 ص 329 وأيضاً نقض فرنسي الصادر في 15 مايو سنة 1962 منشور بالمجلة ذاتها سنة 1974 ص 323 .

(4) راجع باتيفول : المرجع السابق فقرة 325، ويقول De Nova في مقالة المشار إليه " أنه وإن كان الخلاف في مسألة ما إذا كان للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه ، أو أن ليس ذلك إلا أن الرأي الذي غلب عليه بشكل قاطع هو خضوع هذا التفسير لرقابة محكمة النقض ، وهو ما

الفكـــرة في كل من النمسا وروسيا وسوسيرا ، وكان القانون البلجيكي كما أشرنا يسير مسار القضاء الفرنسي غير أنه عدل عن مسلكه، وقضت محكمة النقض البلجيكية صراحة في حكمهـــا الصادر في 9 أكتوبر 1980 بحقها في الرقابة على أعمال القانون الأجنبي كمـــا أخـــذ بها قانون دبوستامنت حيث تقضي المادة 412 منه بأن " في كل دولة من الـــدول المـــتعاقدة يوجد بها نظام الطعن بالنقض أو أي نظام آخر يشابهه ، يمكن الطعن بســـبب مخالفة قانون دولة أخرى متعاقدة أو للخطأ في تفسيره ، أو تطبيقه ، وذلك بنفس الشروط وفي ذات الحالات الخاصة بالقانون الوطني، ويجيز القانون اليوناني الطعن بالنقض لمخالفة القانون الأجنبي (م 559 من قانون المرافعات اليوناني) الصادر في أول نوفمبر سنة 1971 هـــذا وتقصـــر المادة 549 من قانون المرافعات الألماني بفقرتها الأولى الطعن بالنقض على أساس الخطأ في القانون الألماني ، وذلك لأن وظيفة محكمة النقض هي تقرير القواعـــد القانونـــية الصحيحة ، وتثبيت القضاء فيها بالنسبة للقانون الوطني دون القانون الأجـــنبي ، وقـــد استند أصحاب هذا الرأي على ما ذهب إليه إلى أن إنكار رقابة محكمة النقض على أعمال القانون الأجنبي يعني في الواقع إنكار القيمة القانونية لذلك القانون من ناحـــية وإهدار لقاعدة التنازع الوطنية التي اختارته ليحكم النزاع من ناحية أخرى ، ومن بينها تحقيق حل عادل ، إذ كيف تعترف بالطابع القانوني للقانون الأجنبي ، ونحترم قاعدة التـــنازع المختصة بناء على أمرها في ذات الوقت الذي تطلق فيه يد القاضي ليخرق ذلك القـــانون، ويطبقه على نحو خاطئ ، إن التطبيق السليم للقانون الأجنبي يساعد ليس فقط عـــلى احـــترام قاعدة التنازع الوطنية، بل كذلك في إدراك الغايات التي ترمي إليها تلك القـــاعدة ، بـــل كذلك في ادراك الغايات التي ترمي تلك القاعده وتوفير الأمان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية عن طريق القانون الذي حكمت بأنه القانون الملائم والأصلح من

أخـــذت بـــه المحكمة حيث قضت بقبول الطعن بالنقض لمخالفة القانون الأجنبي أو للخطأ في تطبيقه " المـــرجع السابق ص 585 وهامش رقم 1 " وراجع المادة 559 من قانون المرافعات اليوناني الصادر في أول نوفمبر 1971 rev. crit. ص 849 والأستاذ Leward المرجع السابق ص 278 – دورس لاهاي .

غيره من القوانين التي اختارت من بينها كما أن موقف محكمة النقض الفرنسية لا يخلو من تناقض فمن ناحية ، لقد اعترفت لنفسها بالحق في رقابة الخطأ في إعمال قاعدة التنازع الفرنسية، ونقضت أحكام الموضوع التي أهملت وتقاعست عن تطبيق القانون الذي أشارت إليه،هذا في حين أنها ترفض رقابة الخطأ في تطبيق أو إعمال هذا الأخير أو تأويله[1] رغم أن الأمرين وجهان لعملة واحدة، والخطأ في إعمال قاعدة التنازع ، كالخطأ في إعمال القانون الأجنبي الواجب التطبيق ، وفي المحصلة يحيد عن إدراك ما يصبو إليه واضح قاعدة التنازع ، ومن ناحية أخرى ، لقد اعترفت المحكمة لنفسها بالحق في رقابة الخطأ في تفسير العقود الدولية بحجة ضمان استقرار ووحدة النظام القانوني للعلاقات الناشئة عن تلك العقود[2] هذا في حين ترفض رقابة الخطأ في تفسير القانون الأجنبي عدا المسخ ألا يقود ذات الاعتبار إلى تقرير رقابتها في هذا الفرض الأخير، إن ضرورة ضمان الاستقرار ووحدة النظام القانوني أوجب هنا لا سيما وأن القانون الأجنبي هو قاعدة عامة تقبل التطبيق على عدد غير محدود من الحالات ، وتحديد مضمونها ليس بالأمر العارض أو المتقلب على عكس إرادة المتعاقدين، وما دام الأمر كذلك فيجب علينا التسليم من باب أولى برقابة النقض على تفسير القوانين الأجنبية توحيداً للحلول في شأنها .

وقد رد أصحاب هذا الرأي على رافضي الرقابة بالقول أن الحجج التي استند إليها منكرو الرقابة تبدو ضعيفة **فمن ناحية** ، غير دقيق الزعم بأن وظيفة محكمة النقض تنحصر في الحفاظ على وحدة القانون والسهر على صحة تطبيقه فعلى عكس ما يراه جانب من الفقه الفرنسي والبعض الآخر من الفقه المصري[3] .

---

(1) نقض مدني فرنسي 15 مايو 1974 Bull. Civ 1974 -1- 144 ونقض مدني في 15 أكتوبر 1975 446 – 4- 1975 Bull . Civ.

(2) نقض مدني 14 يناير Dalloz الأسبوعي 1931 ص 65 Dalloz 1931 -1-5 تعليق Savatler.

(3) انظر Niboyet جزء ثالث ص 609 وما بعدها وفي مصر د. عز الدين عبد الله جزء ثاني ص 597 وفي تفسيره للمادة 248 من قانون المرافعات عام 1968 .

فإن النص المقرر لسلطة محكمة النقض في رقابة الأحكام التي تنطوي ، على مخالفة للقـــانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله " قد جاء عاماً ولفظة قانون وردت مطلقة وحملها عـــلى أنهـــا تعني القانون الوطني دون الأجنبي يعد تقييداً غير جائز لإدارة المشرع[1] **ومن ناحية ثانية** فإنه ليس مستحيلاً أو صعباً كما يقولون أن تنهض محكمة النقض بالرقابة على صـــحة وســـلامةتطبيق القانون الأجنبي، بالنظر إلى تقدم الدراسات القانونية المقارنة، وما تتـــيحه سبل وطرق الكشف عن أحكام ذلك القانون ، لا سيما الخبرة **ومن ناحية ثالثة** ، فـــإن رقابة محكمة النقض على تطبيق القوانين الأجنبية لا يحمل مغبة التعارض مع ما هو عليه الحال في دول تلك القوانين بما يمس هيبة تلك المحكمة ، بل على العكس ، فإن انعدام الـــرقابة يطلق يد محاكم أول درجة ومحاكم الاستئناف في إعمال القانون الأجنبي وتفسيره كـــل على طريقتها ، وقد تنحرف به انحرافاً يخرجه عن مضمونه الحقيقي على نحو يمكن القـــول معه إنها لم تنحرف فقط بالقانون الأجنبي بل بقاعدة التنازع والقانون الوطني ذاته وهـــنا يكمن المساس في وقار وهيبة محكمة النقض ، وأخيراً فإن **الحجة الأخيرة** "المنطقية" تبدو داحضة في ظل الاتجاه المتزايد في القوانين المقارنة كما أشرنا سابقاً نحو التزام القاضي الوطـــني ليس فقط بتطبيق قاعدة التنازع الوطنية ، بل بالبحث عن أحكام القانون الأجنبي الذي ترشد إليه من تلقاء نفسه في الحالتين .

ونحن مع الرأي الذي يؤكد على ضرورة رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي للأسباب والأسانيد التي سبق إيرادها، إذا لا يكفي في تقديرنا ما ذهب إليه البعض من الإقتصار على رقابة التسبيب بمقولة أنه " قدر من الرقابة قد يجدي في بعض الأحيان في

---

(1) انظـــر المـــادة 225 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني الجديد التي ذكرت الطعـــن بالـــنقض بـــناء " عـــلى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله " انظر في الفقه الفرنسي Despacndei والمختصـــر ص 55 Valery الوسيط ص 601 Zajtay رسالته السابقه ص 89 وما بعدها وفي مصر انظر د. أحمد أبو الوفا المرافعات المدنية والتجارية الطبعة 13 1980 ص 853 ولـــنفس المؤلـــف التعليق على نصوص قانون المرافعات الطبعة الثالثة الجزء الأول 1979 ص 829 – 830 د. جابر جاد عبد الرحمن – المرجع السابق ص 637 هامش د. فتحي والي الوسيط في قانون القضاء المدني الطبـــعة الثانية 1981 ص 847 .

تفـــادي الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي بطريق غير مباشر" فمثل هذه الرقابة تخص سلطة المحكمـــة في نقـــض الحكـــم لقصـــوره في البيان وهو ما يقيد تقديرها في نطاق الأوراق والمســـتندات المقدمة تدليلاً على مضمون القانون الأجنبي، كما أن هذه الرقابة لا تسمح للمحكمة العليا بنقض أحكام الموضوع مهما كان قدر خطؤها في تطبيق القانون الأجنبي طالمـــا كانت مسبة تسبباً كافياً لذلك فإذا توصل القاضي بنفسه أو بمعاونة الخصوم إلى معرفة أحكام القانون الأجنبي، فلا تطلق يده في تطبيقه كما يريده بل يخضع لرقابة محكمة الـــنقض ، سواء بشأن مخالفته لذلك، كأن ينكر القاضي وجود قاعدة قانونية قائمة ، أو يدعي وجود قاعدة لا وجود لها أو غير نافذه في ذلك القانون.

أم بشـــأن الخطـــأ في تطبيق القانون الأجنبي كان يطبق حكماً من أحكامه على واقعـــة لا ينطبق عليها أصلاً، أو يطبقه عليها على نحو يؤدي إلى نتائج قانونية مخالفة لتلك التي يريدها القانون الأجنبي أو يرفض تطبيقه على واقعه ينطبق عليه أصلاً[1] .

---

(1) انظر تأييداً لهذا الرأي د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط 1956 وفي الوجيز في شرح القانون المـــدني مجلـــد 1966 فقرة 589 والهوامش عليها ، د. محمد حامد فهمي ، المرافعات فقرة 749 حيـــث يقـــول " ولاشك في أن القانون يشمل فيما نحن بصدده ، كل ما أصدرته السلطة التشريعية من القوانـــين والمراسيم وفقاً للأوضاع الدستورية المعمول بها وقت صدورها والقوانين الأجنبية كلما أحال علـــيها القانون المصري ، وفي مصر أكدت محكمة النقض هناك حقها في بسط رقابتها على صحة تطبيق وتفســـير القوانين الأجنبية التي تشير باختصاصها قواعد التنازع المصرية ومن بين الأحكام العديدة حكم 14 يـــناير 1954 طعـــن رقـــم 364 الســـنة 21 قضائية مجموعة أحكام النقض الدائرة المدنية 1954 السنة 5 وحكم 25 فبراير 1954 وفي الطعن رقم 7 السنة 23 قضائية في ذات المجموعة 1954 السنة 15 ص 561 وحكم 3 يونية 1965 ذات المجموعة 1965 السنة 16 العدد الأول ص 671 .

الخاتمة

يتضـــح مما تقدم (من الدراسة) التي تكلمنا فيها عن مسألة إعمال القانون الأجنبي لدى القاضي الوطني

أولاً : إن القانون الأجنبي هو في حقيقته قانون في بلده وهو لا يفقد لدى القاضي الوطني هـــذه الطبيعة ، ولا ينقلب إلى مجرد واقعه ، وليس أدل على ذلك من أن المشرع الوطني وهـــو يضـــع قواعد الإسناد يجري المفاضلة ما بين " قوانين" هي قانونه ومختلف القوانين الأجنبـــية، فهـــو ينظر إذن إلى القوانين الأجنبية بوصفها كذلك، وهذا النظر أمر يفرضه النظام الدولي .

ثانياً : إن القانون الأجنبي وإن كان يفقد طبيعته كقانون إلا أنه يختلف وهو بيد القاضي الوطني عن القانون الوطني، من حيث تجرده بالنسبة لهذا القاضي من عنصر الأمر ، وتجرد القانون الأجنبي من هذا العنصر لا يتعلق بالطبيعة بل (بقوة النفاذ) بمعنى أنه ليس من شأنه أن يفقـــد هذا القانون صفة كونه (قاعدة عامة) بل يفقده فقط (قوة النفاذ) أو (قوة السريان) .

وإذا ما أمرت قاعدة الإسناد الوطني بتطبيق القانون الأجنبي، كان هذا الأمر وحده كافياً لـــتزويد هذا القانون بالعنصر الآمر وبقوة النفاذ بالنسبة لهذا القاضي، دون الحاجة للاتجاه إلى فكـــرة إدمـــاج القانون الأجنبي في قانون القاضي، أو فكرة تفويض المشرع الأجنبي ، بمقتضـــى قـــاعدة الإسناد الوطنية ، ويترتب على ذلك أن القانون الأجنبي يعمله القاضي الوطـــني بوصـــفه " قانوناً أجنبياً" وليس ثمة من شك في أن كون قاعدة الإسناد جزءاً من قانون القاضي يفرض عليه أن يعملها من تلقاء نفسه ، سواء قضت بتطبيق القانون الوطني أم تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه .

ثالـــثا: أنه إذا كان القانون الأجنبي لا يفقد طبيعته فيظل "قانوناً" ولا يفقد صفته فيظل " أجنبياً" إلا أنه مع ذلك لا يستوي مع قانون القاضي بل يختلف عنه من بعض الوجوه وهو خلاف يميله واقع الحال على ما يبناه .

رابعـــاً: أنـــه متى كان القانون الأجنبي لا يفقد طبيعته فيظل قانونا ولا يفقد صفته فيظل أجنبـــياً تعين على القاضي الوطني أن يفسره على الوجه المفسر به في البلد الأجنبي وليس طبقاً لرأيه الشخصي وهذا المعنى هو ما قصده القائلون بأن القانون هو من قبيل الواقع، في قولهم أن القاضي الوطني يطبق القانون الأجنبي (كما هو موجود في الخارج) وهو أيضاً ما أخـــذ به صراحة القائلون بتطبيق القانون الأجنبي بوصفه قانوناً وإن كان البعض منهم ممن يقولـــون بإدماج القانون الأجنبي في القانون الوطني إدماجاً مادياً يسيرون مع منطقهم إلى النهاية ويقررون أن يفسر القاضي الوطني القانون الأجنبي وفقاً لقواعد التفسير في قانونه .

خامساً: إن الخطأ في تطبيق قاعدة الإسناد يخضع لرقابة محكمة النقض لأنه خطأ في قاعدة من قواعد القانون الوطني وقد أخذت محاكم النقض بهذا النظر في البلاد المختلفة وأيدها في ذلـــك غالبية الفقه، أما الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي فقد وقفنا إلى جانب الرأي الذي يؤكـــد عـــلى خضوع هذا الأمر أيضاً لرقابة محكمة النقض ، ورفضنا الرأي الذي يرى عكـــس ذلك مهما كانت تبريراته وحججه ، لذلك نأمل أن يكون موقف محكمه النقض الفلسطينية التي أنشأت حديثاً على هذا المنوال إن شاء الله .

مراجع البحث

أولاً : المراجع العربية :-

اسم المؤلف	اسم المرجع
د. أحمد أبو الوفا	المرافعات المدنية والتجارية طبعة 13-1980 . التعليق على نصوص قانون المرافعات طبعة 3- 1979 .
د. أحمد مسلم	موجز القانون الدولي الخاص بيروت 1966 .
د. أحمد عبد الكريم سلامة	علم قواعد التنازع والاختيارين بين الشرائع الطبعة أولى 1996 .
د. إبراهيم نجيب سعد	القانون القضائي الخاص الاسكندرية 1974 .
د. حامد زكي	القانون الدولي الخاص ، القاهرة 1943 .
د. جابر جاد عبد الرحمن	القانون الدولي الخاص تنازع القوانين القاهرة 1969 .
د. سليمان مرقص	أصول الإثبات ، القاهرة 1967.
د. صوفي أبو طالب	الوجيز في القانون الدولي الخاص بيروت 1972 .
د. فتحي والي	الوسيط في قانون القضاء المدني طبعة ثانية 1982 .
د. فؤاد عبد المنعم رياض	الوسيط في القانون الدولي الخاص 1969.
د. علي الزيني	القانون الدولي الخاص والمقارن 1928.
د. عز الدين عبد الله	القانون الدولي الخاص القاهرة 1974.
د. عبد الحميد أبو هيف	القانون الدولي الخاص طبعة ثانية 1917.
د. عبد الباسط جميعي	نظام الاثبات في القانون المصري 1953.
د. عبد الرزاق السنهوري	الوسيط في شرح القانون المدني 1956. الوجيز في شرح القانون المدني 1966 .
د. عبد المنعم فرج الصده	الاثبات ، القاهرة 1975.
د. محمد كمال فهمي	أصول القانون الدولي الخاص ، الاسكندرية 1965 بحث رقابة المحكمة العليا في تطبيق القانون الأجنبي مجلة

	القانون والقضاء 1963 العدد الثالث .
د. محمد حامد فهمي	المرافعات ، القاهرة 1965.
د. محمد عبد المنعم رياض	مبادئ القانون الدولي الخاص 1969 .
د. منصور مصطفى منصور	مذكرات في القانون الدولي الخاص بيروت 1983 .
د. هشام علي صادق	دروس في القانون الدولي الخاص بيروت 1983 . تنازع القوانين الاسكندرية 1974 . مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني دراسة مقارن الاسكندرية 1968 . التعليق على أحكام محكمة النقض في مسائل القانون البحري الدار الجامعية 1985 .

ثانياً المراجع الأجنبية :-

ARMINJON	Precis de droit international prive. T. 1.3. ed. 1947 Precis de droit international prive commerciale 1948
ET. Nolde	Traite de droit compare T.L. 1950
Bartin	Princepe de droit international prive 3.v01 1931-1935
Batiffol	– .ed 2 1949 – Traite elementaire de drait international prive ed. -1959 1.ed 19674-3 – 1955
Battiffol et. Lagarde	1959 – Droit international prive
Daviad cyrifle	La. Loi. Etranger devant le juge de fond paris 1965
David	Traite elementaire de droit civil compare 1954
Nova – De DESMEDT Lin	La jurisprudence italienne en maitier de : Conflits de lois 1953- 1949 . Rev crit . 1950 le convention europeenne dans le dons le domaine de linformation sur le dans etranger jourm . trib 1974.p. 97. etss.
Fragitas	– La competence international en droit prive . Rev. crit cours Acud la huge 1930 Francescakis : la loi etrangerer la cours de cassation D. . 1963.p.7-14
Gavalda	Les conflits de lois dans le temps en droit international . prive paris 1955
Leward	Le control des cours supremes sur laplication des lois .etrangere . rec

Loussouarn	Le control de lo cours de cassation de lapplication des lois . 1964 – etrangeres , in T.C.F.D. 1962 .pigeonniere Manuel de droit prive 1962 – Lerbours
Maury	Recueil des cours – Regle generate des conflits des lois . 1936 . ed. 2. p. 1954
Marty	La distinction du fait et du droit essai sur lo pauvoire de controle de la cours de cassation sur les juges de fait these Toulouse ed sirey 1929
Savitier	Cours de droit international prive 1947
Niboyet	Manuel de droit prive 1976 Cours de droit international prive 1947
Quadry	Cours la preuve de la lois etrangere . 1953
Zajtay	Contribution a letude de la condition de la lois etrangere en droit international prive francais these paris 1958
Repertoire	En droit international CA. dc la pradell et niboyt 10 . vots . . et. Suppllerment , 1929- 1934 Reve de droit international prive. (fondee en 1905 par pass . (as Reve critique en droit international prive (publie par . niboyet depuis 1943