جـــامـعـــة الـــشـرق الأوسـط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ما بين النظرية والتطبيق
(دراسة مقارنة ما بين القانون الأردني والقانون العراقي)

The Provision of Proving Foreign Law In Front Of the National Law in Practical and Theoretical Study
(A Comparative Study between Jordanian and Iraqi Laws)

إعداد

نور عماد حسين العطية

إشراف

الدكتور ياسين أحمد القضاة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون الأول، 2022

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا
إِنَّكَ أَنتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴿32﴾﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة ، الآية (32)

تفويض

أنا **نور عماد حسين العطية**، أفوّض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخٍ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات أو المنظمات أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: نور عماد حسين العطية.

التاريخ: 27 / 12 / 2022.

التوقيع: نور العطية

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة والموسومة بـ: **إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ما بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة ما بين القانون الأردني والقانون العراقي)**.

للباحثة: نور عماد حسين العطية.

وأجيزت بتاريخ: 27 / 12 / 2022.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
د. ياسين أحمد القضاة	مشرفاً	جامعة الشرق الأوسط	.....
أ. د. تمارا يعقوب ناصر الدين	عضواً من داخل الجامعة ورئيساً	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. مصطفى موسى العجارمة	عضواً من داخل الجامعة	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. علاء محمد الفواعير	عضواً من خارج الجامعة	جامعة جرش	.....

شكر وتقدير

الحمد لله أقصى مبلغ الحمد والشكر، الحمد لله من قبل ومن بعد، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

قال رسول الله ﷺ (من لم يشكر الناس لم يشكر الله) (صدق رسول الله).

أتقدّم بخالص الشكر والامتنان إلى عمادة كلية الحقوق ممثّلة **بالأستاذ الدكتور أحمد اللوزي**، وإلى **جميع أعضاء الهيئة التدريسية**، وإلى كلّ من تلقّيت العلم عنه.

وأخصّ شُكري وتقديري وأمتناني إلى أستاذي الفاضل **الدكتور ياسين أحمد القضاة** لتفضّله بالإشراف على هذه الرسالة، ولما بذله من جهدٍ وعطاءٍ وارشادٍ متواصلٍ حتى إتمام هذه الرسالة.

وشكري وتقديري إلى **الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة** على قبولهم مناقشة هذه الرسالة وعلى ما قدّموه من جُهدٍ وحرصٍ في تقويم هذه الرسالة وإثرائها.

الباحثة

نور عماد العطية

الإهداء

إلى من ربياني على حبّ العلم صغيراً، وحقق الله حلمهم وأنا كبيراً

سندي وعزي وعزوتي...**أبي**

النور الذي أنار دربي، إلى بسمة الحياة وسرّ الوجود...**أمي**

إلى من كانوا ملاذي وملجئي...**إخوتي وأخواتي**

إلى **رفاق الطريق**

إلى **التفاصيل الأخرى في الحياة**

الباحثة

نور عماد العطية

فهرس المحتويات

الموضوع **الصفحة**

العنوان .....أ
تفويض .....ب
قرار لجنة المناقشة.....ج
شكر وتقدير .....د
الإهداء..... هـ
فهرس المحتويات .....و
الملخّص باللغة العربية.....ح
الملخّص باللغة الإنجليزية.....ط

الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: المقدمة.....1
ثانياً: مشكلة الدراسة 2
ثالثاً: أهداف الدراسة 3
رابعاً: أهمية الدراسة 3
خامساً: أسئلة الدراسة 4
سادساً: حدود الدراسة 4
سابعاً: محددات الدراسة.....4
ثامناً: مصطلحات الدراسة.....5
تاسعاً: الإطار النظري للدراسة 5
عاشراً: الدراسات السابقة 6
الحادي عشر: منهجية الدراسة 8

الفصل الثاني: ماهية القانون الأجنبي

المبحث الأول: مفهوم القانون الأجنبي..... 10
المطلب الأول: تعريف القانون الأجنبي 10
المطلب الثاني: شروط تطبيق القانون الأجنبي 13

المبحث الثاني: أساس تطبيق القانون الأجنبي 17
المطلب الأول: القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع 18
المطلب الثاني: القانون الأجنبي يبقى محتفظا بطابعه القانوني 23

الفصل الثالث: إثبات مضمون القانون الأجنبي

المبحث الأول: إثبات القانون الأجنبي 33
المطلب الأول: التعريف بالإثبات 33
المطلب الثاني: عبء إثبات حكم القانون الأجنبي 37
المبحث الثاني: كيفية إثبات القانون الأجنبي 54
المطلب الأول: وسائل إثبات القانون الأجنبي 54
المطلب الثاني: تعذر بإثبات القانون الأجنبي 67

الفصل الرابع: تفسير القانون الأجنبي وآلية استبعاد تطبيقه

المبحث الأول: اجراءات تطبيق القانون الأجنبي 73
المطلب الأول: تفسير القانون الأجنبي 73
المطلب الثاني: دستورية القانون الأجنبي 76
المطلب الثالث: رقابة محكمة التمييز (النقض) الأردنية والعراقية على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره 81
المبحث الثاني: استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي 86
المطلب الأول: الدفع بالنظام العام 87
المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون 89
المطلب الثالث: نظرية المصلحة الوطنية 93

الفصل الخامس: الخاتمة، النتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة 96
ثانياً: النتائج 96
ثالثاً: التوصيات 98
قائمة المراجع والمصادر 100

إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ما بين النظرية والتطبيق
(دراسة مقارنة ما بين القانون الأردني والقانون العراقي)

إعداد: نور عماد حسين العطية

إشراف: الدكتور ياسين أحمد القضاة

الملخّص

إن وظيفة القاضي الوطني تطبيق أحكام القانون على النزاع المنظور أمامه، وهذه الوظيفة التي يعمل بها في القضاء الوطني (النطاق الداخلي). وأنها لا تختلف في نطاق القانون الدولي كثيراً لأن الغاية مشتركة وهي تطبيق القانون الملائم على النزاع المعروض أمام المحكمة تمهيداً لحسمه، إلا أنّ تطبيق القانون الوطني يختلف عن تطبيق القانون الأجنبي، في حين لو أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني، لا يواجه القاضي أي مشاكل أو صعوبات في تطبيقه؛ وذلك لسبب معرفته وعلمه بقوانين دولته فيطبقها على النزاع تلقائياً ولا يسمح له أن يمتنع عن تطبيقها مهما كانت الأسباب، وعندما يكون القانون الواجب التطبيق قانوناً أجنبياً على وفق قاعدة الإسناد، في حين أنّ هذا القانون سيثير مشاكل وصعوبات لعدم معرفة القاضي الوطني بأحكامه.

وتوصلت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج أهمها أنّ التشريع الأردني لم ينص بنص قاطع وصريح على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية، وأيضاً في التشريع العراقي لا يوجد نص على طبيعة القانون الأجنبي انه واقعة أو قانون.

كما أوصت الدراسة إلى ضرورة تعديل نص المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم(24) لسنة 1988. وأيضاً ضرورة إضافة نص خاص وصريح في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 يبيّن فيه الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي في حالة تعذر كل من القاضي الوطني وأطراف الدعوى بإثباته.

الكلمات المفتاحية: القانون الأجنبي، القانون الوطني، الإثبات.

The Provision of Proving Foreign Law In Front Of the National Law in Practical and Theoretical Study (A Comparative Study between Jordanian and Iraqi Laws)

Prepared by: (Noor Imad Hussain AI-attiyah)

Supervised by: Dr. Yassin Ahmed Al-Qudah

Abstract

The function of the National judge is to Applicate the law on the conflict stated front him in the scope of his national judiciary (internal domain) and this point does not differ in the scope of international law too much because the common purpose which is to applicate the appropriate law on the conflict before the court in order to prepared to resolve it, but the implementation of the national law is different from the application of foreign law, while the attribution rules to the application of national law does not face any problems or difficulties in its implementation; because of the judge knowledge concerning national laws of its state which applied to the conflict automatically and does not allow him to emphasize its application, regardless what reasons the judge have as a reasons for des implementation as when the applicable law should be a foreign law according to attribution rules, while this law will raise problems and difficulties because its provisions unknown to the national judge .

This study reached many results' the most important one that the Jordanian legislation did not provide explicit rules about the foreign law as a legal fact as well as in Iraqi legislation there isn't available rules about the nature of foreign law in order to consider it as a legal fact or law provisions.

The study also recommended the importance amendment for Article (79) of the civil procedure Trial Code Act (No.24) for the year 1988 and also the need to add explicit article in Iraqi Civil Code No. 40 of 1951 concerning the legal nature of the foreign law in which the national judge and the invited parties could not be proven.

Keywords: Foreign Law, National Law, Proofing.

الفصل الأول
خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: المقدمة

تثار مشكلة تنازع القوانين إذا كانت العلاقة القانونية المنظورة أمام القضاء مشوبة بعنصرٍ أجنبي، وتزايدت المنازعات التي تثير تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وذلك لأسباب; معروفة فضلاً عن تنوع العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين المجتمعات المختلفة، فرض نشوء هذه العلاقات الحاجة لوجود قانون ينظمها وبموجبها يحكم القاضي بحالة حدوث النزاع، وذلك لقوله تعالى﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ... (9) ﴾[1]، ونظراً لارتباط هذه العلاقات بأكثر من دولة من غير المناسب إخضاع القانون الوطني الذي يكون غير ملائم مع الخصوصية والقانون الدولي الخاص. يُعنى أساساً بحل التنازع بين القوانين، ويتم حلها بإعمال قواعد معينة تضع معياراً لتحديد القانون الواجب التطبيق، وسمحت غالبية الدول بتطبيق القوانين الأجنبية أمام قضائها الوطني بموجب نصوصٍ تشريعية تسمّى قاعدة الإسناد، ويعتبر تطبيق هذا القانون بأمر من هذه القاعدة أهم المسائل التي عالجها فقه القانون الدولي الخاص، ويلعب القضاء دوراً مُهماً في تطبيق القانون الأجنبي من خلال القضايا المنظورة أمام القاضي الوطني، إن كان يفترض علم القاضي بقانونه تكليفه بعلم كافة القوانين مستحيلاً وان افترضنا معرفته بالقوانين الأجنبية؛ فإن التطبيق العملي سيؤدي إلى صعوباتٍ ومن أهمها (الأساس القانوني) الذي سيعتمده القاضي في تطبيق القانون الأجنبي. وهذا البحث يُسلّط الضوء على إثبات القانون الأجنبي

(1) سورة الحجرات، الآية 9.

أمام القاضي الوطني وبالرغم من أهمية المسألة والدور الذي يقوم به القضاء، واختلاف القوانين في تحديد من يقع عليه إثبات القانون الأجنبي بين الواقع والقانون ودور القاضي لتطبيق أحكام القانون الأجنبي من خلال بيان النظريات الفقهية لأساس تطبيق القانون الأجنبي واجتهادات المحاكم العليا ويأتي في مقدمتها محكمة التمييز الأردنية الموقرة واستهدفت الدراسة التأكيد على دور القاضي الوطني بتطبيق أحكام القانون الأجنبي وعبء الإثبات من خلال بيان دور القاضي وأطراف الدعوى ونص المادة 79 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 غير قطعي الدلالة بتأكيد لمعاملة القانون الأجنبي على قدم المساواة مع القانون الوطني عند تطبيقه من قبل القاضي الوطني وإن كان اجتهادات محكمة التمييز الأردنية تواترت على سدّ هذا النقص وأكدّت على ان القانون الأجنبي يحتفظ بصفته القانونية ولا يعتبر واقعة من الوقائع التي يتوجب على الخصم إقامة الدليل عليها.

وأن المشرّع العراقي بالرغم من غياب النص التشريعي وأنه لم ينظم أحكام إثبات القانون الأجنبي، إلا أنه لا ينكر الصفة القانونية للقانون الأجنبي لكن يخضع لمعاملة تختلف عن القانون الوطني [1].

ثانياً: مشكلة الدراسة

تتمحور مشكلة الدراسة في إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في ضوء التشريعين الأردني والعراقي، وبالرجوع إلى التشريعين الأردني والعراقي، يتضح لنا أن هناك نقص تشريعي في القانون العراقي إن النصوص التشريعية لم تبين الطرف الملزم في إثبات القانون الأجنبي إن كان يقع على عاتق القاضي

(1) العبودي، عباس (2015). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية دراسة مقارنة طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص وأحكام القانون العراقي، (د. ط)، دار السنهوري، بغداد، ص239.

أو على عاتق الخصوم، أما المشرّع الأردني أعطى صلاحية للقاضي في إثبات القانون الواجب التطبيق من تلقاء نفسه أو تكليف أطراف الدعوى بالإثبات.

ثالثاً: أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

1. بيان الإطار العام في معاملة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني في إطار الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من خلال البحث في مفهوم القانون الأجنبي وبيان شروطه وأساسه؟
2. بيان الخطوات التي يتم بها سير المرافعات في الدعوى من تطبيق القاعدة الأجنبية وكيفية إثباتها وعلى من يقع عبء الإثبات والحلول واجبة الأتباع عند استحالة الوصول لأحكام القانون الأجنبي في إطار القانون الوضعي؟
3. البحث في الإشكاليات القانونية التي تثيرها العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي وتفسير القانون وبيان الموانع التي تحول دون تطبيق القانون الأجنبي في جانب الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟

رابعاً: أهمية الدراسة

تأتي أهمية هذه الدراسة بالبحث في مسألة إثبات القانون الأجنبي وتحديد الطرف الذي يقع على عاتقه الإثبات والوقوف على أوجه القصور في الجانب التشريعي، وبيان أوجه الاختلاف بين التشريعين الأردني والعراقي بالمقارنة مع القانون الوضعي، كما له أهمية بالنسبة للباحثين المتخصصين في دراسة القانون خاصة بموضوع القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

خامساً: أسئلة الدراسة

1. هل القانون الأجنبي يبقى محتفظاً بطابعه القانوني؟
2. ما هو دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي؟
3. مدى سلطة محكمة التمييز الأردنية والعراقية في رقابتها على تطبيق القانون الأجنبي؟

سادساً: حدود الدراسة

الحدود الزمنية: تكون حدود هذه الدراسة في التشريع الأردني في إطار قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية وتعديلاته رقم 24 لسنة 1988، والقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، وقانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952، وفي التشريع العراقي في إطار القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، وقانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969، وقانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

الحدود المكانية: يقتصر دور الدراسة في القوانين الوضعية المتمثلة بقانون أصول محاكمات المدنية الأردني والقانون المدني الأردني وقانون البينات، وقانون مرافعات العراقي والقانون المدني العراقي.

سابعاً: محددات الدراسة

لا يوجد ما يحد من هذه الدراسة وتعميمها.

ثامناً: مصطلحات الدراسة

القانون الأجنبي: هو ذلك القانون الغير وطني بالنسبة للمحكمة التي تنظر في النزاع، ويجب الرجوع إلى أحكام ذلك القانون الأجنبي وإلى مصادره. أي كون هذا القانون مكتوباً أو غير مكتوب يعتمد على العرف والسوابق القضائية أو مبادئ العدالة [1].

الاثبات: هو إقامة المدعي الدليل أمام القضاء على واقعة موجودة ترتبت آثارها [2].

قانون القاضي: ويعني تطبيق قانون الوطني [3].

تاسعاً: الإطار النظري للدراسة

تتمثل هذه الدراسة في خمس فصول، يتضمّن **الفصل الأول** مقدمة وإشكالية الدراسة وأسئلتها وأهدافها وأهميتها ومصطلحاتها وحدودها، ومحدداتها والإطار النظري للدراسة، بالإضافة إلى الدراسات السابقة والمنهج المتبع ، أما **الفصل الثاني** يتضمّن ماهية القانون الأجنبي وفق مبحثين: المبحث الأول مفهوم القانون الأجنبي والمبحث الثاني أساس تطبيق القانون الأجنبي، أما **الفصل الثالث** يتناول إثبات مضمون القانون الأجنبي من خلال مبحثين: الأول دور القاضي والخصوم في إثبات القانون الأجنبي والمبحث الثاني طرق إثبات القانون الأجنبي، فيما خُصص **الفصل الرابع** لتفسير القانون الأجنبي وآلية استبعاد تطبيقه من خلال مبحثين: المبحث الأول إجراءات تطبيق القانون الأجنبي والمبحث الثاني آلية استبعاد

---

(1) حافظ، ممدوح عبد الكريم (2005). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص343.

(2) السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1956). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط1، ج2، القاهرة، ص13-14.

(3) المصري، محمد وليد (2019). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص240.

تطبيق القانون الأجنبي، وسنتطرق أخيراً في **الفصل الخامس** إلى خاتمة الدراسة وبيان ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

عاشراً: الدراسات السابقة

من خلال البحث في الدراسات لم نجد دراسة تبحث في موضوع إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني بشكلٍ أكثر توسّعاً كما تم بحثه في هذه الدراسة، وفيما يلي نُشير إلى بعضها:

جلاد، ميادة عبد الغني (2015). دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

تناول البحث دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي من خلال بيان نظرياتٍ فقهية لأساس تطبيق القانون الأجنبي، واجتهادات المحاكم العليا ويأتي في مقدمتها محكمة التمييز الأردنية ومحكمتي النقض الفرنسية والمصرية.

إذ إن الدراسة المذكورة آنفاً تختلف عن دراستنا بأنها تتناول موضوعاً قد ركز على إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في إطار القانون الوضعي متمثلاً في التشريع الأردني والتشريع العراقي.

هارون، باسم محمد فتحي (2015)، إثبات القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، بحث منشور في مجلة الفقه والقانون، العدد 13.

تناولت الدراسة في إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني فجاء بعنوان عبء إثبات القانون الأجنبي، تناول مفهوم عبء إثبات ثم قسّم هذا المبحث إلى عدة مطالب ففي المطلب الأول القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع وفي المطلب الثاني القانون الأجنبي مسألة من مسائل القانون.

في حين تختلف دراستنا الحالية عن هذه الدراسة السابقة أنها جاءت دراسة متخصصة شاملة في موضوع إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني بأنها تتناول مفهوم القانون الأجنبي، وشروطه وبيان

سلطة محكمة التمييز في رقابتها، ودور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، والإشكاليات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وبيان آلية استبعاده تطبيق القانون الأجنبي.

الصرايرة، إبراهيم والعدوان، أشرف وأبو الغنم سعد (2018). الرقابة على تفسير وتطبيق القانون الأجنبي وفقاً للقانون الأردني، بحث منشور في مجلة الميزان للدراسات الإسلامية والقانونية، العدد 1.

تناولت الدراسة الرقابة على تفسير وتطبيق القانون الأجنبي وفقاً للقانون الأردني، فتضمنت الدراسة في المبحث التمهيدي على ماهية القانون الأجنبي وفي المبحث الثاني القانون الواجب الاتباع على تفسير القانون الأجنبي واختصت بذكر القانون الأردني.

على عكس دراستنا الحالية التي جاءت تتحدث في إطار القانون الوضعي متمثلاً دراسة مقارنة في التشريع الأردني والتشريع العراقي.

صوراني، أمل (2013). تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (رسالة ماجستير)، جامعة حلب، سوريا.

تناولت هذه الدراسة موضوع تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني من خلال بيانه في فصلين: الفصل الأول تناول الاتجاه الذي يعتبر القانون الأجنبي مسألة واقع والفصل الثاني تناول الاتجاه الذي يعتبر القانون الأجنبي مسألة قانون.

في حين تختلف دراستنا بأنها تناولت الإطار العام للقانون الأجنبي وإثباته ومن ثم بيان الطبيعة القانونية له، والرقابة القضائية على تطبيق القانون الأجنبي.

الحادي عشر: منهجية الدراسة

اعتمدت الدراسة المنهج التحليلي وذلك باستعراض وتحليل النصوص القانونية التي تخصّ موضوع إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في التشريعين: الأردني والعراقي، وأيضاً المنهج الوصفي، كما اعتمدت على المنهج المقارن وذلك من خلال إجراء مقارنة بين نصوص القانون الوضعي ما بين القانونين المذكورين أعلاه، وأيضاً تمت المقارنة مع بعض القوانين الأخرى غير القانون العراقي والأردني.

الفصل الثاني
ماهية القانون الأجنبي

الأصل هو أن يطبق القاضي الوطني قانونه الذي لا يختلف في مفهومه وإلزاميته، إلا أن تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، يفتح الكثير من الصعوبات منها مفهوم القانون الأجنبي وطبيعته وأساس تطبيقه وكذلك تفسيره واستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وما تأثيره في ذلك [1].

إن قاعدة الإسناد الوطنية هي قاعدة التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي وكذلك إنما تريد أن يطبق كما يطبق في الدول الأجنبية التي يوجد فيها. وفي الواقع أنها تريد أيضاً الحل الذي يمليه القانون الأجنبي [2]، وبالتالي تعَرف قاعدة الإسناد بانها قاعدة وطنية من صنع المشرّع الوطني أو من يفوّضه في ذلك وهي كذلك القاعدة التي لا تعطي الحل للنزاع بشكل مباشر وإنما تقوم بإرشاد لتطبيق القانون الأكثر اتصال بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي [3].

إن البحث في الإطار العام للقانون الأجنبي يتطلب منا بيان المقصود بهذا القانون، وشروط تطبيقه وطبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وهذا ما سنتناوله في هذا الفصلين خلال تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم القانون الأجنبي.

المبحث الثاني: أساس تطبيق القانون الأجنبي.

---

(1) حسين، سيف حسن (2014). طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني، (رسالة ماجستير)، جامعة كربلاء، العراق، ص4.

(2) ياسين، مصطفى كامل (1957). كيف يطبق القانون الأجنبي، بحث مقارن، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد 2، ص16.

(3) إبراهيم، قرنة (2017). مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، ص8.

المبحث الأول
مفهوم القانون الأجنبي

إن تحديد مفهوم القانون الأجنبي الذي تواجهُ المحكمة في كل نزاع مشوب بعنصر أجنبي يعد نقطة اساسية وأولية في حين الثابت في فقه القانون الدولي الخاص ارتباط هذا القانون بظاهرة الحدود السياسية والاجتماعية، أي أنها تقوم على أساس انقسام المجتمع الدولي إلى عدة دول ذات حدود إقليمية، وكل منها نظام قانوني مستقل وعلاقات وروابط متبادلة اقتصادي واجتماعية [1]، وللوقوف على مفهوم القانون الأجنبي نقسم هذا المبحث إلى مطلبين بحيث، يتناول:

المطلب الأول: تعريف القانون الأجنبي.

المطلب الثاني: شروط تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول
تعريف القانون الأجنبي

ذهب بعض الشراح إلى تعريف القانون الأجنبي (هو أي قانون في العالم عدا القانون الداخلي هو قانون أجنبي كان ذلك قانون مدون مصدره التشريع أم كان قانون غير مدون مصدره العرف أو القضاء أو الفقه أو قواعد العدالة كقانون الأسترالي والإنجليزي والامريكي المستندين على السوابق القضائية)[2]، وذهب تعريف إلى أن (القانون الأجنبي للمحكمة الوطنية التي تنظر النزاع وما يتضمن مجموعة من القواعد القانونية نافذة في دولة غير الدولة التي ظهر بها النزاع سواء هذه القواعد كانت مكتوبة كالتشريع

---

(1) علال، قاشي (2006). أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق، جامعة دحلب، البليدة، الجزائر.

(2) الهداوي، حسن (2001). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص207.

أو غير مكتوبة كالعرف أو السوابق القضائية والتي تكون فيها إلزام للحاكم في الدول الانجلو أمريكية كما في بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية) [1]، وجانب من الفقه في سبيل أن يؤكد الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ذهب إلى تعريفه (هو قاعدة توجب مراعاة الوضع الواقعي والمادي) [2].

القانون الأجنبي كذلك عرف بأنه (هو ليس المراد به القانون المدون إنما مجموعة قواعد قانونية مهما أصبح هناك اختلاف في مصدرها سواء كانت مدونة أم غير مدونة من تشريع وعرف وقضاء)[3]، مثال ذلك: لو تم تطبيق القانون الأمريكي أو الإنجليزي أو الأسترالي في العراق فيجب على القاضي الرجوع لهذه القوانين في أن يتبع السوابق القضائية الواردة فيه، (لأنها أنظمة أنجلوسكسونية تأخذ بالسوابق القضائية) على الرغم أن دولة العراق لا تأخذ بهذه السوابق، وبالعكس فعلى القاضي العراقي ألا يعتد بالسوابق القضائية، إن كان بلد القانون الأجنبي من بلدان القانون المكتوب والتي لا تأخذ بالسوابق القضائية ومنها الأردن، لنشوء القانون من التشريع المكتوب وإذا لم يجد القاضي الوطني ما يُسعفه في النظام القانوني ليحل النزاع المعروض أمامه القاضي الوطني فهنا عليه أن يرجع للنظام القانوني الأجنبي لمعرفة موقف المحكمة الأجنبية أمام هكذا حالة ليهتدي القاضي الوطني لمعالجة الحالة المعروضة أمامه، كأن تعود المحكمة الأجنبية لمصادر القانون الأخرى كالدين أو العرف أو مبادئ العدالة أو القضاء، وعلى المحكمة الوطنية أن تلتزم بالحل التي سارت إليه المحكمة الأجنبية [4].

---

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص236.

(2) حسين، مظفر ناصر (2012). تطبيق القضاء الوطني للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص، دراسة مقارنة، مجلة دراسات قانونية، العدد 31، ص144.

(3) ياسين، مصطفى كمال، مرجع سابق، ص4.

(4) الموسوي، حسنين ضياء نوري (2003). تفسير القانون الأجنبي، (رسالة ماجستير)، جامعة بابل، العراق، ص13.

كما ويقصد بالقانون الأجنبي (هو مجموعة قواعد تصدر عن سلطة التشريع في بلد أجنبي وتكون ملزمة سواء كانت مدونة أو غير مدونة، كالقوانين ومصدرها العرف، ويتحدد كل قانون مصادره الخاصة به وأهمية كل مصدر ويلزم الرجوع إليه حين تطبيق القانون الأجنبي ولا تعتبر القوانين التي يقوم بوضعها المشرّع الأجنبي أجنبية إذا اعتمدت من المشرّع الوطني كقاعدة ملزمة) [1]. وما ذهبت إليه محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء في حكم أصدرته والهيئة العامة لمحكمة التمييز في العراق صادقت عليه في عام 1951 إذ كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الإيراني أن القاضي العراقي في القانون الإيراني لم يجد ما يعالج حرمة الرضاع (موضوع النزاع) في النظام القانوني الإيراني أن المحكمة العراقية طبقت أحكام الفقه الجعفري لأن القانون المدني الإيراني يُشير في هذه الحالة بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية [2].

مسألة الصفة الأجنبية للقانون أثارت جدلاً كبيراً في فقه القانون الدولي الخاص حول القرارات والأوامر الصادرة عن المنظمة الدولية التي تشترك فيها الدولة التي يراد تطبيق الأوامر فيها هناك أمران في هذه المسألة، الأول يعتبر البعض من الفقه أن هذه الأوامر لمجرد كون الدولة التي يراد تطبيقها فيها عضواً في المنظمة أنها أوامر وطنية وتشبه غالبا بالاتفاقيات الدولية والامر الثاني الذي يذهب إليه البعض الآخر من الفقه وهو الرأي الراجح ان المنظمة الدولية تكون وحدة قانونية تختلف شخصيتها الخاصة عن أي شخصية كلّ عضوٍ مكوّن لها وبالتالي هذه القرارات والأوامر التي تصدرها المنظمة

---

(1) منصور، سامي بديع (1994). الوسيط في القانون الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص668.

(2) الموسوي، حسنين ضياء نوري، مرجع سابق، ص13.

الدولية لا تشبه الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي لا يوجد فيها قوة الإلزام في داخل الدولة الموقعة عليها إلا بعد أن يتم التصديق عليها تشريعياً ونشرها من قبلها [1]. وترى الباحثة أن تعريف القانون الأجنبي بأنه هو مجموعة قواعد صادرة عن إرادة مشرّع البلد الأجنبي يطبقها القاضي على النزاع الذي يُعرض أمامه ويفصل فيه.

المطلب الثاني
شروط تطبيق القانون الأجنبي

وإن هناك شروط يجب توافرها لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: وجب على أن يكون القانون الأجنبي صادر وفق شكليات دستورية نافذة في تلك الدولة

تعتبر قانوناً ملزمة عندها ويشمل الدستور والقانون العادي في تلك الدول المعنية وذلك لأن أحكام القضاء تمثل القانون أن يكون القانون الأجنبي هو القانون المختص لحكم العلاقة موضوع النزاع ويجب أن يكون قد صدر وفق الدستور من الناحية النظرية [2]، هذا الشرط نحن نؤيده كونه ضروري ومهم لكي يطبق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية باختصاصه وذلك لأنها في حالة عدم الدستورية القانون الأجنبي ستثار مسألة الرقابة الشكلية على دستورية القانون الأجنبي فأن الرقابة أمر حتمي تعتبر ولابد من القيام به. وإن على القاضي الوطني الدفع بعدم الدستورية في حالة عدم استيفاء القانون الأجنبي الشروط الشكلية التي يفرضها دستور الدولة الصادر عنها أن القاضي الوطني إذا طبق

---

(1) الهداوي، حسن (2005). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص208.

(2) حافظ، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص216.

القانون الأجنبي على النزاع المعروض المشوب بعنصر أجنبي الذي لم يستوفي الشروط الشكلية هنا قد خالف قاعدة التنازع الوطنية وخالف القانون الأجنبي وهذا ما لا يمكن [1].

الشرط الثاني: الاعتراف بالدولة التي يراد تطبيق قانونها

إن بعض الفقهاء يعتبر الاعتراف بالدولة شرط لتطبيق قانونها والبعض الآخر من الفقه، لا يعتبر الاعتراف شرط من شروط تطبيق القانون الأجنبي وسنوضح بذلك اتجاهين، الاتجاه الأول وقد يرى الفقه التقليدي إن الأوامر التشريعية التي تصدر عن الدولة غير معترف بها ولا قيمة قانونية لها والحجة كانت أن التنازع لا يمكن أن يثور إلا بين قوانين صدرت عن وحدات سياسية لكل منها توصف دولة بمفهوم المتعارف عليه في القانون الدولي العام وتبعاً لذلك فأنه ما دامت الدولة منكره بها من قبل الدولة الأخرى أنها لا تعطي سلطة قانونية وسياسية من قبل الدولة التي انكرتها ولم تعترف بها وعليه الأوامر التي صدرت عنها لا يكون لها قيمة قانونية [2].

ولهذا الاتجاه تطبيقات قضائية إذا امتنعت المحاكم البريطانية والفرنسية والمصرية والبلجيكية تطبيق قانون الاتحاد السوفيتي بعد قيام الثورة البلشفية عام 1917، لكونها صدرت عن سلطة غير معترف بها، ولا حضور لها قانوناً ولا وجوداً في نظر حكومتها، وتم تطبيق القانون الروسي القديم بدلاً عنها لكن هذا

---

(1) عبد العال، عكاشة محمد (2007). تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص411.

(2) قتال، حمزة (2011). دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، (أطروحة دكتوراه)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص79.

الموقف ينتج عنه تطبيق قوانين توقف العمل بها وهذا يتعارض مع حكمة قاعدة الإسناد التي تتدعي أن يكون القانون الذي تكفّل باختصاصه هو القانون السائد بالفعل في البلد الأجنبي [1].

الاتجاه الثاني ذهب الفقه والقضاء إلى اعتبار الأوامر التشريعية الصادرة عن دولة منكرة بها لها قيمة القانونية حجتهم في ذلك أنّ الاعتراف بالدولة ما هو إلا تصرفٌ سياسي منبعث عن سبب سياسي ليس له علاقة بالنظم القانونية التي تتوقف تطبيقها في الخارج على الوجود الفعلي لدولة تقوم بممارسة اختصاصات السلطة التي تعود لها بشكل مستمر، إن حضور القانون الأجنبي يتوقف ويكون اعتماده على الظرف الداخلي التي بسببها صدرت وطبقت تلك القوانين ولا يتوقف على الظرف الخارجي (الاعتراف السياسي) من قبل دولة أخرى وهذا ما ذهب القضاء إليه في كل من الدول منها أمريكا والنمسا وفرنسا وألمانيا بأن إنكار الحكومة لا يحول دون تطبيق قانون الدولة ما دامت تمارس هذه الدولة السلطة التشريعية خصوصاً بشكلٍ ثابت ومستقر دون منازعة [2].

وبيّنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بتاريخ 1973/5/3 في أحد قراراتها قضية (سترو غانوف) على إثر ذلك قررت إنكار حكومة أجنبية لا يجوز للقاضي الفرنسي بعدم الاعتراف بقوانين القانون الخاص التي تقوم بإصدارها تلك الحكومة قبل أن تعترف به [3].

---

(1) مخيبر، عدنان يونس (2018). استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، (رسالة ماجستير)، الجامعة العراقية، العراق، ص10.

(2) الهداوي، حسن (2009). الداودي غالب علي (2009). القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، ط3، عاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ص207.

(3) البستاني، سعيد يوسف (2009). الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص575.

إن جانب من الفقه الحديث بدأ يتجه نحو تصور قيام تنازع بين مختلف الشرائع الدينية والنظم وحتى القبائل في أفريقيا وأسيا في قضية عرضت على القاضي الإنجليزي تزوج إنجليزي من امرأة كانت تنتمي إلى أحد القبائل الافريقية عندما توفي طالبت المرأة هذه بحقوقها من التركة بعد أن أنجبت منه ولداً وهذا الزواج صائب وفق عادات القبيلة وهذا يتفق مع قاعدة الإسناد التي تكلف بخضوع هذا الزواج لقانون بلد إبرام هو مع ذلك المحكمة الإنجليزية العليا قضت لتطبيق القانون الإنجليزي وبناءً على عدم شرعية الابن وأن الزواج غير شرعي رفضت ذلك [1].

وترى الباحثة أنه ما دام الزواج صحيحاً وفق عادات القبيلة، والأهم أنه يتفق مع قاعدة الإسناد التي تكلف خضوع الزواج لقانون البلد الذي أبرم فيه أنّ الزواج شرعي والابن شرعي، ولها الحق في المطالبة بحقها من التركة.

(1) البستاني، سعيد يوسف (2004). القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص111.

المبحث الثاني
أساس تطبيق القانون الأجنبي

يعتبر تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني من أكثر المسائل تعقيداً في القانون الدولي الخاص والتعقيد في الاختلاف الفقهي بتفسير أساس تطبيق القانون الأجنبي هل باعتبار القانون الأجنبي واقعة. أما أن القانون الأجنبي يحتفظ بطابعة القانوني إن كان داخل الحدود الإقليمية يطبق قانون الدولة التي شرعته كأصل عام، إلا أنه يمتد تطبيق هذا القانون إلى خارج هذه الحدود بالأخص إذا كان أحد طرفي العلاقة أجنبي في الدعوى المعروضة أمام القضاء الوطني، أي وجود عنصر أجنبي في العلاقة، وقد أثارت مسألة تحديد الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني جدلاً فقهياً في القانون المقارن، وسنوضح الطبيعة القانونية من خلال بيان تلك النظريات [1].

وأثارت الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي جدلاً واسعاً في القانون المقارن والفقه والقضاء، البعض اتجه إلى أن القانون الأجنبي اعتبر عنصراً من عناصر الواقع، أما الاتجاه الثاني اعتبر أن القانون الأجنبي يبقى مُحتفظاً بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني. [2] وعليه نبيّن في مطلبين هذين الاتجاهين:

---

(1) علال، قاشي، مرجع سابق، ص6.

(2) مخيبر، عدنان يونس، مرجع سابق، ص12.

المطلب الأول

القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع

إن القانون الأجنبي باعتباره عنصرًا من عناصر الواقع وسنبيّن هذه النظرية على صعيد التشريعي والقضائي والفقهي [1].

الفرع الأول: على الصعيد التشريعي

لم يقنن المشرّع الأردني والمشرّع العراقي بنصوص قانونية خاصة بطبيعة القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني على غرار التشريعات الأخرى التي نصّت عليه [2]، مثلًا ما نص المشرّع القانون التركي في المادة (76) من قانون أصول المحاكمات المدنية التركي على " أن يطبق القاضي التركي من تلقاء نفسه على ما يعرض أمامه من نزاع في حين إذا تقرر تطبيق قانون أجنبي فإن إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق من يتمسك به" [3].

وهذا هو ما تبنّاه قانون أصول المحاكمات اللبناني القديم حيث نصت المادة (134) على يجب إقامة البينة في المحاكم اللبنانية على مضمون كل قانون أجنبي في حين أن هناك بعض التشريعات اعتبرت القانون الأجنبي مسألة قانون لا واقع مثال ما ذهب المشرّع الألماني إليه والذي نص ضمن المادة (293) وما يقابلها من المادة (265) من تقنين المرافعات المدنية الألماني والذي ينص على "القواعد العرفية والقواعد النظامية وقواعد القانون المطبق في بلد أخرى ليس له بحاجة إلى إثبات إلا في

---

(1) مخيبر، عدنان يونس، مرجع سابق، ص12.

(2) جلاد، ميادة عبد الغني (2015). دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، (رسالة ماجستير)، جامعة الأردنية، عمان، ص18.

(3) المصري، محمد وليد (2002). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الحامد للنشر، عمان، ص255.

حدود علم المحكمة بها، ولا تلتزم المحكمة في سبيل ذلك بتحديد مضمون هذه القواعد القانونية بما قاموا بإثباته الخصوم تلجأ بذلك إلى كافة وسائل العلم وتأمر بما تراه مهماً لإدراك هذه الغاية" يكون وبذلك القانون الألماني من القوانين الأقل التي نصّ فيها مشرّعها صراحة على أن يحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية حتى عند تطبيقه وإن تجاوز حدود الدولة التي شرّع فيها، ويلاحظ من خلال ما تم تقديمه من مواقف التشريعات المشار إليها أعلاه موقف المشرّع الوطني من طبيعة القانون الأجنبي يتم من خلال القوانين الإجرائية فإذا كان المكلف هو الخصم بإقامة برهان على وجود القانون الأجنبي اعتبر القانون الأجنبي مسألة واقع كما هو الحال في التشريع التركي واللبناني، أما إذا ألزم على القاضي أن يبحث ويطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه كان القانون الأجنبي مسألة قانون لا واقع مما يرمز ويدل على الارتباط المتين بين فهم طبيعة القانون الأجنبي ومسألة إثباته [1]، وهذا ما سنتطرق إليه في الفصل الثالث.

الفرع الثاني: على الصعيد القضائي

في أحكام القضاء العراقي لم نجد حكماً يُشير إلى اعتبار القانون الأجنبي أنه مجرد واقعة وإلزام إقامة الدليل عليها بل أنه يؤكد الطابع القانوني للقانون الأجنبي، حيث جاء في قضية ملخصها فتاة إنجليزية عمرها اثنا عشر عاماً كانت متوطنة مع والدتها في دولة العراق ذهبت إلى محكمة الأحوال الشخصية. إن الأهلية في مسائل الأحوال الشخصية للأجانب في العراق تخضع لقانون جنسيتهم بشرط عدم التعرض مع النظام العام بالتالي رفعت الدعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية في بغداد بتاريخ

(1) الوكيل، شمس الدين (1964). دراسة مقارنة في القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، (د. ط)، دار المعارف، الإسكندرية، ص17.

1952/4/2 والقانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي على حسب قاعدة الإسناد الوطنية بذلك سألت المحكمة القنصلية البريطانية في بغداد عن الحكم القانون البريطاني في القضية فأرسلت مستشارها القانوني القنصلية ليتضح حكم القانون الإنجليزي في القضية وتبيّن من القضية هذه الطابع القانوني للقانون الإنجليزي حسب ما أشارت إليه قاعدة الإسناد العراقية [1].

وفي أحكام القضاء الأردني أقر على أن تطبيق القانون الأجنبي هو مسألة قانون وليس مسألة واقع وقضت محكمة التمييز الأردنية [2] أنّ الرأي الراجح الذي انعقد عليه القضاء في قرارها الصادر 1983/11/10 يقضي (... أن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني لا يعتبر من الوقائع التي يلزم على الخصم تقديم الدليل على وجوده وانه يحتفظ بصفته القانونية وأن المحكمة الوطنية التي عرضت أمامها الدعوى تكون هي من تتحرى بالبحث عن القانون الأجنبي وتقوم بتطبيقه كما تطبق القانون المحلي).

الفرع الثالث: على صعيد الفقه

إن هذا الاتجاه الفقهي قد تبنّى نظريتين هما نظرية احترام الحقوق المكتسبة في المدرسة (الأنجلوسكسونية)، ونظرية العنصر الواقعي في المدرسة الفرنسية.

أولاً: نظرية الحقوق المكتسبة (المدرسة الأنجلوسكسونية)

إن أصحاب هذه النظرية يذهبون إلى القول بأن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي باعتباره قانونا، وكل ما يفعله هو أن يعترف للشخص بالحق الذي اكتسبه في الخارج أن القاضي يأخذ بعين

---

(1) الداودي، غالب علي (2011). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص138.

(2) مشار إلى القرار في حافظ، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص222.

الاعتبار الحق الذي نشأ في ظلال قانون الأجنبي المراد تطبيقه بذلك لا يخرج القانون الأجنبي عن كونه عنصراً من عناصر الحق في الخارج، وعلى الخصوم التمسك بشأن هذا الحق أن يثبت، أي بمعنى أن يقيم الدليل على حقه ومتى ما استطاع الخصم من ذلك على القاضي الوطني الاعتراف بهذا الحق [1]، وأن هذه النظرية تعرضت إلى مجموعة من الانتقادات لقصورها من ناحية وبسبب عدم منطقية من ناحية أخرى من ناحية سبب قصورها لأنها تقصر عمل القاضي في التحقق فيما كان الحق أصبح مكتسباً أم لا، بذلك جعل القانون الأجنبي مجرد واقعة يتحرّى عن وجودها القاضي أن مهمة القاضي الوطني هي أن ينشأ مركزاً قانونياً جديداً وعدم إنكار الحق الذي أكتسب في الخارج وفقاً لأحكام القانون الأجنبي، الأمر هذا ظهر من أجل إزالة القصور في نظرية الحقوق المكتسبة ومن ناحية عدم منطقية فإن الإنكار بالحق المكتسب في الخارج وفق القانون الأجنبي، يعني واقع الأمر اعترافٌ وعدم إنكار بالقانون الأجنبي نفسه الذي نشأ وفق هذا الحق والذي طبقه القاضي الوطني [2].

ثانياً: نظرية العنصر الواقعي (المدرسة الفرنسية)

في هذه النظرية لا يعترف الفقهاء الفرنسيين البعض منهم بالطابع القانوني للقانون الأجنبي ويعامل عنصراً من عناصر الواقع وقد قاد الاتجاه هذا الأستاذ "باتيفول" رأى بذلك أن كل قاعدة قانونية تتكون من عنصرين الأول عنصر مادي الذي يتمثل في مضمونها وعنصر الثاني الإلزام والأمر الذي تأخذ منه القاعدة قوتها الملزمة تتمتع القاعدة القانونية بالعنصرين معاً ما دام اقتصر تطبيقها على حدود الدولة

---

(1) الموسوي، علي فوزي (2010). قاعدة الإسناد، مفهومها، تطبيقاتها، الزاميتها، تفسيرها، (د. ط)، نور العين للطباعة والاستنساخ، بغداد، ص52.

(2) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص359.

التي وضعتها [1]، ولكن تفقد بمجرد أنها تخرج من هذه الدولة عنصر الإلزام وتتحول واقعة كباقي الوقائع [2].

الأستاذ "باتيفول" رأى أن أساساً لذلك أمر المشرّع الوطني بواسطة قاعدة الإسناد أنه لا يغير من طبيعة القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني لذلك تبقى قواعده غريبة عن النظام القانوني الداخلي وكذلك الأستاذ شبه تطبيق القاعدة الأجنبية بتطبيق لوائح الشركات لأن كلاهما قواعد عامة يتم تطبقها على حالات خاصة ولكن غير صادرة هذه قواعد عن المشرّع الوطني ومن ثم أنها تحتاج إلى عنصر الأمر وأنها لا تملك صفة القانون أنصار هذا الاتجاه ينهي إلى كونه يرتب نتائج فرعية عن الصفة الواقعية للقانون الأجنبي، ومنها لا يسمح للقاضي من تلقاء نفسه أن تطبيق القانون الأجنبي بل يتعين تمسك الخصوم بهذا التطبيق كما يقع عليهم واجب إثبات أحكامه، كما هو الحال في الوقائع كذلك المحكمة تتمتع بسلطة كاملة بإثبات وتفسير القانون الأجنبي وأنها لا تخضع إلى رقابة محكمة التمييز في حالة هنالك الخطأ في التفسير والإثبات [3]، ومن أهم الانتقادات التي وجهت إلى هذا النظرية أنه لا يلاحظ الحالات الكثيرة التي تخرج عن نطاق الحقوق المكتسبة وتدخل إلى مجموعة إنشاء الحقوق الجديدة، وكذلك عدم الصحة والاستناد إلى الخيال، لأن القاعدة القانونية لا تفقد صفتها لمجرد تعدّيها حدود الدولة

---

(1) مخيبر، عدنان يونس، مرجع سابق، ص14.

(2) المصري، محمد وليد (2009). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص232.

(3) صادق، هشام علي (2004). القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، (د. ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص141.

التي شرعتها [1]، المادة (1/146) من القانون المدني العراقي النافذ [2]، بينما القاعدة القانونية الأجنبية لا شك قاعدة عامة مجردة، تغيير طبيعتها أمر صعب وغير ممكن هذه إذا ما طبّقت أمام القضاء الوطني [3].

المطلب الثاني
القانون الأجنبي يبقى محتفظا بطابعه القانوني

ذهب الاتجاه عند الفقه والقضاء والقانون المقارن أن القانون الأجنبي ما زال محتفظاً بطبيعته القانونية داخل الدولة التي شرّع منها، ويحتفظ بطبيعته القانونية عندما يعبر حدود دولته ويطبق أمام قاضي دولة أخرى، وسنوضّح هذا الاتجاه على الصعيد القضائي والتشريعي والفقهي فيما يلي:

الفرع الأول: على الصعيد التشريعي

إن المشرّع العراقي لم يبن بنصٍ صريحٍ الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي، ولكن نستنتج ذلك من خلال ثلاثة أمور، الأول: استخدم المشرّع العراقي الكلمات والعبارات الآمرة في القانون المدني العراقي في نص المادة (26)على أنه "العقود تخضع في شكلها لقانون الدولة التي تم فيها" ونص المادة (32) من نفس القانون التي نصّت على أن "لا يسمح تطبيق أحكام قانون أجنبي التي قررته النصوص السابقة كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في دولة العراق"، الكلمات الآمرة هذه توجب القاضي

---

(1) البستاني، سعيد يوسف، مرجع سابق، ص698.

(2) نصت المادة (146) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (1-إذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي).

(3) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص142.

العراقي برجوع إلى القانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد العراقية كقانونٍ واجبٍ يقوم بتطبيقه والتثبيت منه ولو لم يطلب أحد الخصوم ذلك [1].

والثاني: الرأي الراجح في الفقه والقضاء الحديث يؤكد الطابع القانوني للقانون الأجنبي أمام القضاء الوطني وجب الأخذ به في العراق استناداً إلى أن "يلحق فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السالفة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً" [2].

أما المشرّع الأردني لم ينص صراحة على احتفاظ القانون الأجنبي بالصفة القانونية ونص المادة [3] غير قطعيّ الدلالة من قانون أصول المحاكمات المدني الأردني رقم (24) لسنة 1988، في حين القضاء واجتهاد محكمة التميز الأردنية أكدت على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية.

الأمر الثالث: نتيجة تطبيق قواعد الإسناد جاء تطبيق القانون ومن صفات قواعد الإسناد جانبها مزدوج أي بمعنى أنها قد تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي أو القانون الوطني [4].

أما المشرّع الأردني لم يحسم الأمر ولم ينص صراحة فيما يتعلق بطبيعة القانون الأجنبي إن كان واقعة أو قانوناً، لاسيما وأن نص المادة (1/79) غير قطعي الدلالة، وقد اختلفت بعض الدول العربية في تطبيقه، بذلك اعتبرت أن القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في محاكمها لا يعدو عن كونه واقعة واوجب إقامة الدليل عليها وهو موقف محكمة التمييز البحرينية والكويتية [5].

---

(1) حافظ، ممدوح عبد الكريم (1973). القانون الدولي الخاص، وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص337.

(2) أنظر: المادة (30) من القانون المدني العراقي.

(3) أنظر: المادة (1/79) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم(24) لسنة 1988 (يجوز للمحكمة في أحوال تطبيق القانون الأجنبي ان تكلف الخصوم بتقديم نصوص يستندون اليها وتكون مشفوعة بترجمة الرسمية).

(4) مخيبر، عدنان يونس، مرجع سابق، ص17.

(5) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص23.

الفرع الثاني: على الصعيد القضائي

إن موقف القضاء الأردني من احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعة القانونية أمام القضاء الوطني محكمة التمييز الأردنية لحكمها الصادر 1983/11/10 الذي جاء فيه (الرأي الذي انعقد عليه الفقه والقضاء ذهب أنّ القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية ولا يأخذ بعين الاعتبار أنه من الوقائع القانون الأجنبي التي يلزم على الخصم تقديم دليل على وجوده والمحكمة الوطنية التي تنظر الدعوى مطالبة بالتحري عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون الوطني) [1].

أما القضاء العراقي أشار بصورة غير مباشرة إلى القانون الأجنبي أنه مسالة قانونية يلتزم بتطبيقها القاضي من تلقاء نفسه ومن الامثلة التطبيقية ما أخذته محكمة التمييز على محكمة الأحوال الشخصية لأنها قامت بتطبيق القانون العراقي بدلا من القانون المختص بموجب قواعد الإسناد التي خصت العلاقة بذلك جاء قرار محكمة التمييز " لقي ان الحكم غير صائب ومخالف لأحكام الشرع والقانون لان الزوجة المدعية كانت تحمل جنسية تونسية والزوج المدعى عليه كان ذات جنسية مصرية والعمل بأحكام الفقرة 3 من المادة 19 من القانون المدني العراقي يأخذ في وقت رفع الدعوى أو الطلاق قانون الزوج كذلك وجد المحكمة لم تنصت إلى البنية التنظيمية لأسباب الادعاء بهذا قرر نقض الحكم المميز" [2].

---

(1) حافظ، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص222.

(2) قرار محكمة التمييز العراقية بصفتها الحقوقية بالرقم/1027 المؤرخ 1975/9/25، مشار إليه، مخيبر، عدنان يونس، مرجع سابق، ص16.

الفرع الثالث: على الصعيد الفقهي

غالبية الفقه [1] في القانون المقارن يتجه إلى أن القانون الأجنبي ليس عنصراً من عناصر الواقع ويظل محتفظاً بطابعه القانوني حتى ولو عبر حدود الدولة التي شرع منه، وعلى الرغم من تأكيد لطبيعته القانونية إلا أن الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي فيه خلاف وقع بين الفقهاء حول تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني بين من يأخذ بفكرة الاستقبال أو الاندماج ومن يأخذ بفكرة التفويض وهذا ما سنوضحه:

أولاً: فكرة استقبال القانون الأجنبي: الفقه الإيطالي[2] ذهب إلى القول بأن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويصبح جزء منه فعندهم أولاً: أن قاعدة الإسناد تشير بتطبيق قانون أجنبي، وثانياً: تقوم بجذب هذا القانون فتدمجه في القانون الوطني فالقانون الواجب التطبيق (الأجنبي) لا تكون له قيمة إلا باندماجه في النظام القانوني الداخلي ويصبح جزءً منه، بالتالي فالقاضي لا يقوم بتطبيق القاعدة التي يشملها القانون الأجنبي وإنما يقوم بتطبيق تلك القاعدة الوطنية التي تتطابق مضمونها مع قواعد القانون الأجنبي، استناداً على ذلك إنكار القانون الأجنبي بطابعه القانوني إلا إذا تم اندماجه بالقانون الوطني والاندماج هذا هو الذي يقوم بحفظ الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي ويعطي القوة النافذة في بلد القاضي (المحكمة الوطنية أو القاضي الوطني) لكنه يُفقده الصفة الأجنبية له في الوقت ذاته [3]، وأيضاً يعدم قاعدة الإسناد طابعها الغير المباشر ويُبدلها بقاعدة مادية موضوعية أسوةً بباقي قواعد القانون بصورة

---

(1) مخيبر، عدنان يونس، ص18.

(2) رياض، فؤاد عبد المنعم، راشد، سامية (1993). مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص170.

(3) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص362.

عامة، وأنه وفق نظرية قاعدة الإسناد تبقى مزدوجة عند التعين لكن تتبدل إلى قاعدة أحادية عند التطبيق بالتالي القانون الذي سيطبق هو قانون وطنياً بكلا الحالتين [1]، وقصد بها تكون أحادية مثال سريان القانون العراقي وحدة لو كان أحد الزوجين وقت انعقاد الزواج عراقياً [2]، والاستقبال يتم بإحدى الطريقتين ويكون بنوعين إما أن يكون مادياً ويعني اندماج القانون الأجنبي بالقانون الداخلي اندماجاً تاماً بحيث يفقد صفته الأجنبية، ويصبح جزءً من منظومة القانون الداخلي ويعتنق القانون الداخلي بالنسبة للنزاع المطروح أمام القاضي الوطني، الحل الذي أشار إليه القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد[3]، مثال: سن الرشد هو إحدى وعشرون عاماً في القانون الأجنبي إذا طبق أمام القاضي الوطني القانون الأجنبي كان المعنى ذلك أن القانون الوطني يذهب أن سنّ الرشد إحدى وعشرون عاماً. النوع الثاني من الاستقبال هو الاستقبال الشكلي وفي هذا النوع يندمج القانون الأجنبي بالقانون الداخلي إلا أنه يبقى محتفظاً بالمعنى والقيمة التي يلحقها عليه مشرّعه الأجنبي [4].

الاستقبال المادي يعرف بأنه (هو إذابة القانون الأجنبي في القانون الوطني وفي المعاملة يخضع إثباتاً وتفسيراً أو يفترض الدراية به لنفس الأحكام التي تنسحب على القانون الوطني أي على القاضي الوطني أن يطبقه من تلقاء نفسه) [5]، وإن ما يعيب انه يخلق التناقض في منظومة القانون الداخلي مثال: لو أن القاضي الأردني قام بتطبيق القانون الأجنبي الذي ينص على أن سنّ الرشد هي إحدى

---

(1) البستاني، سعيد يوسف، مرجع سابق، ص199.

(2) أنظر: المادة (5/19) من القانون المدني العراقي.

(3) فهمي، محمد كمال (1978). أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص476.

(4) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص14.

(5) رياض، فؤاد عبد المنعم، راشد، سامية (1987). الوسيط تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص170.

وعشرون عاما بينما سن الرشد في القانون الأردني هو ثمانية عشر عاماً شمسياً [1]، يشكل هنا تعارضٌ بين أحكام القانون الداخلي إذا ما سلّمنا باندماج القانون الأجنبي في القانون الداخلي واعتبار قواعده جزءاً لا يتجزأ من النظام الداخلي وفقاً لما اتجه إليه أنصار المذهب المادي، وكذلك أن ما يعيب هذه الفكرة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص تبقى خاضعةً من حيث إصلاحها للقانون الأجنبي لا الوطني، وأما تطبيقها يتم وفق قانون القاضي لا القانون الأجنبي نفسه، الأمر الذي أدّى إلى وجود تعارضٍ مع الأسس التي يقوم عليها القانون الأجنبي[2]، أما الاستقبال الشكلي يعرف بأنه: (احتفاظ القانون الأجنبي بهيئته كعملٍ صدر من السلطة الأجنبية وترتب على ذلك أن قواعد القانون الأجنبي التي يطبقها القاضي لا تكون ضمن القواعد القانونية إنما تكون من قبيل الوقائع) [3].

مما يجعل القول بالاستقبال الشكلي أن قانون القاضي يشتمل كافة قوانين العالم وهذا غير مقبول به خاصة تلك القواعد المدمجة في قانون القاضي كانت تخالف النظام العام، مثال على ذلك أن يقع أمام القاضي الأردني نزاعٌ حول انتقال مركبة [4]، بموجب عقد بيع وحصل إبرام العقد بين طرفين انجليزي والطرف الثاني ألماني واتفق طرفان على ان يطبق القانون الإنجليزي وإن انتقال المنقولات بما فيها المركبات لا يخضع لشكلية معينة على عكس القانون الأردني الذي يُخضع انتقال المنقولات لشكلية معينة

---

(1) أنظر: المادة (2/43) من القانون المدني الأردني "سن الرشد هي ثمانية عشرا سنة شمسية كاملة".

(2) فهمي، محمد كمال، مرجع سابق، ص476.

(3) المرجع سابق نفسه.

(4) أنظر: المادة (7/ج) من قانون السير الأردني رقم 49 لسنة 2008 وتعديلاته "جميع ما يخص معاملات نقل ملكية المركبات ورهنها وسائر تصرفات القانونية المتعلقة بها تكون باطلة مالم يتم التوثيق وتسجيل في إدارة الترخيص".

وهي التسجيل، وأن مخالفة هذه الشكلية يترتب عليها البطلان في حين لو أن القاضي الأردني طبق القانون الإنجليزي باعتباره جزءً من القانون الداخلي، فهنا خالف النظام العام في القانون الأردني [1].

ثانياً: فكرة التفويض

يقصد بالتفويض هو تطبيق القاضي الوطني القانون الأجنبي التي أشارت إليه قواعد الإسناد الوطنية بناءً على أمر من المشرّع الوطني بموجب تفويض من المشرّع الأجنبي[2]، إن اتجاه من الفقه يرى احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية أما القضاء الوطني أو أمام المحكمة عن طريق قيام المشرّع الوطني بتفويض مشرعي الدول الأجنبية بمقتضى قاعدة الإسناد يسنّ الحكم الملائم لموضوع النزاع [3]، مثال على ذلك الأهلية المدنية وكل ما يخصها أو تعلق بها تكون محكومة بقانون الدولة التي طرف فيها حامل جنسيتها وكذلك أيضاً التصرفات العقارية تكون تحت اخضاع قانون موقع العقار وبناءً على ذلك فأن تطبيق القانون الأجنبي ليس ورقة بيضاء ويتم التوقيع عليها إنما تكون وفق قواعد الضيافة ويمتنع القانون الوطني عن تطبيقه إذا خرج القانون الأجنبي بمخالفة المصالح الحيوية للدولة [4]، إن هذه النظرية لم تسلم من النقد الموجّه لها من جانب كيف أن يتصور أن يأتمر القضاء الوطني بغير أوامر مشرّعه ومن ثم أن يقبل قاضي الدولة أن يأتمر بأوامر مشرّع دولة أخرى، وأيضاً كيف أن مشرّع الدولة أن يترك اختصاص سلطته التشريعية بتفويض إلى قاضي دولة أجنبي هذا من الجانب الآخر [5]، ان منطقياً لا

---

(1) علال، قاشي، مرجع سابق، ص4.

(2) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص346.

(3) من أنصار هذا الرأي في الفقه العربي، الراوي، جابر إبراهيم (1980). أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، (د. ط)، مديرية مطبعة الحكم المحلي، بغداد، ص63.

(4) الموسوي، علي فوزي، مرجع سابق، ص59.

(5) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص259.

يمكن التسليم بفكرة التفويض لأنها تنطوي على افتراضٍ غير مقبول، أما قانوناً فإن المبادئ الدستورية العامة من المعلوم لا تقر بتفويض سلطة تشريعية لدولة أجنبية [1]، لا يمكن الإقرار أن المشرّع الأجنبي أمر القاضي الوطني بتطبيق القانون من غير الواضح أن التفويض لا يكون إلا لمفوض معين هنا غير معين (المفوض) ومن مقتضيات التفويض رضاء المفوض له [2].

الفرع الرابع: التفسير الراجح لإساس تطبيق القانون الأجنبي

وبعد عرض تلك النظريات التي حاول الباحث أن يبيّن الأساس القانوني لتطبيق القانون الأجنبي أمام المحاكم الوطنية، وإن التفسير الراجح والصحيح من هذا الموضوع وفق غالبية الاجتهاد القضائي في القانون المقارن يؤكد الطبيعة القانونية ويركز على صفته الأجنبية ويعتبره قانوناً يطبقه القاضي الوطني عند إثارة النزاع أو العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي[3]، وهذا يعني احتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية من غير إهمال صفته الأجنبية أنه ليس واقعة لكنه قانون يطبقه القاضي الوطني نزولاً لأمر مشرّعه الذي أودعه قاعدة الإسناد الوطنية ولا حاجة لوجود مبررات غير منطقية مثل فكرة الاندماج أو التفويض وبما أنه قانون أجنبي فإنه من الطبيعي أن يعامل معاملة إجرائية مختلفة عن تلك المعاملة التي يتعامل بها مع القانون الوطني[4]، احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية لا ينكر أن يعامل إجرائياً من حيث تطبيقه وتفسيره وإثباته وتحقيقه بشكلٍ مختلف عن القانون الداخلي ومن الصعب نفترض علم

---

(1) رياض، فؤاد عبد المنعم، راشد، سامية، مصدر السابق، ص171.

(2) سليمان، علي علي (1969). شرح قانون الدولي الخاص الليبي، (د. ط)، دار صاد، منشورات الجامعة الليبية، بيروت، ص178.

(3) سلامة، أحمد عبد الكريم (1989). مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص115.

(4) الموسوي، علي فوزي، مرجع سابق، ص59.

القاضي الوطني بكافة مضامين القوانين الأجنبية واكثر على ذلك القانون الأجنبي لا ينشر ولا يصدر في دولة القاضي [1].

بالتالي فإن المشرّع العراقي برغم من أنه لم ينص صراحة إلا أنه لا ينكر الصفة القانونية للقانون الأجنبي، لكن يخضع لمعاملة تختلف عن القانون الوطني وبناءً على ذلك فإنه من يتمسك بالقانون الأجنبي عليه إثباته، وهذا ما سوف نتناوله في الفصل الثالث وكذلك متى ما كان القاضي العراقي عالماً بالقانون الأجنبي طبقه من تلقاء نفسه، أما المشرّع الأردني لم ينص نصاً صريحاً وقاطعاً على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية، وإن نص المادة [2] غير قطعي الدلالة، في حين القضاء الأردني واجتهاد محكمة التميز الأردنية أكدا على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية.

---

(1) الوكيل، شمس الدين، مرجع سابق، ص55.

(2) أنظر: المادة (1/79) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية "يجوز للمحكمة في أحوال تطبيق القانون الأجنبي ان تكلف الخصوم بتقديم نصوص يستندون اليها وتكون مشفوعة بترجمة الرسمية".

الفصل الثالث

إثبات مضمون القانون الأجنبي

بعد انتهاء القاضي من تعين القانون الأجنبي المختص يأتي الدور على تطبيقه يجد هذا التطبيق أساسه في قاعدة الإسناد الوطنية التي أمرت باختصاصه وإن سبق القول هذا القانون الأجنبي رغم العبور لحدود دولته يحتفظ بوصفه قانوناً وليس عنصر من عناصر الواقع وكذلك يحتفظ بالصفة الأجنبية [1]، في الوقت الذي تشير قاعدة الإسناد الوطنية في أمر تنازع القوانين على تطبيق القانون الأجنبي للنزاع المعروض أمام المحكمة على أنه أكثر القوانين المناسبة لما فيه من العدالة وملائمة. هنا القاضي يكون ملزم بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه ومن ثم ان القاضي الوطني سيواجه مشكلة متعلقة بالإثبات إدراك ذلك القانون لأن من المعروف جهل الحاكم بالقوانين الأجنبية وبالتالي عدم استطاعته بأن يحكم بعلمه الشخصي [2]، إن كان القانون الواجب التطبيق أجنبي سيثير مُشكلات عديدة التي يمكن أن تواجه القاضي الوطني ومن هذه المشاكل على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي على القاضي، إما الخصوم وما هي أدلة الإثبات وفي حال تعذر إثبات القانون الأجنبي ماهي الوسائل التي يوجب إتباعها وسوف نتناول في هذا الفصل مبحثين:

المبحث الأول: إثبات القانون الأجنبي.

المبحث الثاني: كيفية إثبات القانون الأجنبي.

---

(1) حافظ، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص343.

(2) إبراهيم، قرنة، مرجع سابق، ص48.

المبحث الأول
إثبات القانون الأجنبي

إلزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وكذلك تكليفه في التحري والبحث وتعرف على مضمونة بكافة الوسائل وفي هذا لا يوجد ما يمنع أن يطلب القاضي الوطني من الخصوم المساعدة في الإثبات [1]. وأن الفقه الحديث [2] أكد على إلزام القاضي بالتحري والتقصي عن مضمون القانون الأجنبي الذي من شأنه يكفل احترام قاعد الإسناد التي اشارت بتطبيق ذلك القانون ويحول دون تحايل الخصوم بالأخص ادعاءاتهم بعدم تمكنهم من التوصل لمضمون القانون الأجنبي لتبرئهم من تطبيق أحكامه إذا ما كانت تتوافق مع مصالحهم ويؤيد هذا الرأي قضاء كثير من دول العالم. وسنوضح من خلال هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول: معنى الإثبات ومذاهبه القضائية وأهميته.

المطلب الثاني: على من يقع عبء الإثبات (القاضي أم الخصوم).

المطلب الأول
التعريف بالإثبات

إن الهدف من الإثبات هو حماية الحق وضمان تمتع أصحابه بالمزايا في إطار المصلحة الاجتماعية للحق وبذلك لان القانون يقر هذه المصلحة ويحميها ووجوب الكافة بالالتزام واحترام هذا الحق وتمكين

---

(1) الوكيل، شمس الدين، مرجع سابق، ص68.

(2) المؤيد، محمد عبد الله (2005). القانون الدولي الخاص النظرية العامة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، دار الكتب، صنعاء، ص72.

صاحبه من اخذ مزاياه وعند مطالبة المدعي بحماية المركز القانوني يتطلب بذلك وجود قاعدة قانونية تعترف بالحق هذا وتحميه وهذا يطلق عليه عنصر القانون [1]، وسنتطرق لذلك في فرعين:

الفرع الأول: معنى الإثبات والمذاهب القضائية.

الفرع الثاني: أهمية الإثبات.

الفرع الأول: معنى الإثبات وبيان المذاهب القضائية

الإثبات لغة: هو تأكيد الحق بالبينة والبينة الدليل أو الحجة

الإثبات قانوناً: هو إقامة الدليل أمام القاضي بالطرق التي حددها القانون على وجود واقع قانونية متنازع عليها بين الخصوم [2] وقد قسم الفقه مناهج مختلف القوانين في تنظيم الإثبات إلى ثلاثة مذاهب منها مذهب الإثبات المطلق (الحر)، ومذهب الإثبات المقيد، ومذهب الإثبات المختلط وهذا ما أخذ به كل من المشرعين العراقي والأردني وسنتطرق إلى هذه المذاهب بشكل مختصر من خلال نقاط التالية:

أولاً: مذهب الإثبات المطلق

يتجه هذا المذهب إلى أن الإثبات: هو أقناع لعقل القاضي وبالتالي الاقناع لا يقبل بقواعد قانونية إنما وسائل وأدلة معقولة وغير مخالفة للقانون تقدم من الخصوم وهذا مذهب يخول القاضي بسلطة مطلقة بتحري عن الوقائع التي قدمت له من قبل الخصوم ويجعل دوره إيجابي في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة [3].

---

(1) النداوي، ادم وهيب (2018). الموجز في قانون الإثبات، (د. ط)، شركة عاتك، بيروت، ص19.

(2) https://www.mohamah.net/law/ما-معنى-الإثبات-لغة-و-قانونا/

(3) النداوي، ادم وهيب، مرجع سابق، ص31.

ثانياً: مذهب الإثبات المقيد

هذا المذهب يقوم على أساس منع القاضي من الاعتماد ما يشاء من الأدلة ويتقيد بما حدده القانون وما يقدمه الخصوم من أدلة لكل منها أي أنه يحد من سلطة القاضي لجعل دوره سلبيا في تسيير الدعوى وأنه يغل من يد القاضي بالوصول إلى الحقيقة الواقعة إذا احتاط منكرها من عدم تمكن الخصم من إقامة الدليل القانوني بذلك سيباعد كثيراً بين الحقيقة القضائية والواقعية [1].

ثالثاً: المذهب المختلط

وقد أخذ بهذا المذهب الكثير من الشرائع الحديثة ولكن تفاوتت فيما بينها في النسبة التي تأخذها من المذهبين السابقين فأخذ بمبدأ حياد القاضي الإيجابي، وكذلك اخذ أيضاً بمبدأ حصر الأدلة وتحديد قيمة كل منها وفاعليته ومع القيام بتخويل القاضي بسلطة واسعة في تقدير قيمة كل منهما بذلك ييسر للمتقاضين الاستقرار والثقة التي يهدف إليها الإثبات المقيد ويوصل القاضي إلى الحقيقة وهذا مع أهداف المذهب المطلق [2]، وقصد بالحياد ليس الانحياز لأحد الخصوم وإنما قصد به أن يقتصر دوره على ما يقدمه أطراف النزاع من أدلة في الدعوى والتقدير لكل دليل وفق القوة التي حددها القانون له وأن عمل القاضي ليس أن يقوم بجمع الأدلة أو قيامة بالاستناد على دليل تحراه بنفسه [3]، ومن الشرائع التي أخذت بهذا المذهب المشرّع الأردني والمشرّع العراقي، خلال ما ورد في نص المادة من قانون الإثبات العراقي" في الدور الإيجابي من خلال توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما تعلق بها من براهين ليكفل

---

(1) النداوي، ادم وهيب، مرجع سابق، ص31.

(2) المرجع السابق، ص32.

(3) الهروط، صهيب علي (2019). سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات في القانون الأردني، علوم الشريعة والقانون، مجلد46، عدد1، ص141.

التطبيق السليم لحكم القانون للقضية وصولاً إلى الحكم العادل" [1]، وكذلك يفهم من نصوص قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 أن المشرّع أخذ بالمذهب المختلط [2]، وأن في طريق الإثبات تخير القانون الاتجاه الوسط ما بين مجموعة الأنظمة الإثبات المقيد والمطلق إلى أن تحددت طرق الإثبات ودور القاضي الإيجابي في تقدير الأدلة للوصول إلى الحكم العادل والى حسم القضية وبالتالي فأن القاضي الشخص التي قامت الدولة بإعطائه تطبيق مهمة القانون الموضوعي والإجرائي في الدعاوى المنظورة أمامه بعد أن نال تأهيلاً قانونيًا كافياً [3].

الفرع الثاني: أهمية الإثبات القضائي

إن للإثبات أهمية كبيرة بالنسبة للحقوق هي التي تؤكد صحته ووجوده وأيضاً هو مرتبط بالحق ذاته، ويشكل عنصر مهم ليسند وجوده وتصبح بذلك قضية الإثبات أهم عوائق التي تعترض القاضي في سبيل الاجراء على استقرار الحقوق وتأمين العدالة للأشخاص في المجتمع أما أبلغ ما قال فقه القانون الوضعي(..قواعد الإثبات تحتل أهمية ان الحق الذي هو موضوع التقاضي يجرد من كل قيمة له إذا لم يقم الدليل على الحادث لان الدليل هو قوام الحق ونفع فيه حتى معقد القول بأن الحق مجرد من دليله صدق يصبح في المنازعة هو والعدم سواء)، الإثبات خير أسباب تحقق العدل في المجتمع ووسيلة للاستقرار والاطمئنان ومنع الظلم بالمجتمع وهذه الغاية للقانون والهدف منه [4]، جاء في المادة من قانون

---

(1) أنظر: المادة (1) من قانون الإثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979.

(2) الهروط، صهيب، مرجع سابق، ص139.

(3) النداوي، ادم وهيب، مرجع سابق، ص32-33.

(4) النداوي، ادم وهيب، مرجع سابق، ص18.

الإثبات العراقي "أن القضاء عبارة عن ساحة عدل واحقاق الحق مما يقتضي أن يصان من العبث والإساءة وعلى المتخاصمين ومن ينوب عليهم الالتزام بأحكام القانون" [1].

المطلب الثاني
عبء إثبات حكم القانون الأجنبي

القانون حاجة ضرورية ومهمة للأفراد في المجتمع عبء الإثبات أيضاً حاجة مهمة ولا يقل عنه فللإثبات دور كبير لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع وهو دور أساسي لا تكتمل أدوات العدالة إلا بوجوده ولا تتحقق فعالية قواعد القانون الوضعية والشكلية إلا عن طريقه وإذا كان المشرّع الأردني والعراقي قد عمدا إلى المذهب المختلط في الإثبات بحيث قام بجمع القواعد الموضوعية والشكلية المحددة لطرق الإثبات والإجراءات التي قام برسمها القانون عند تقديم البراهين الخاصة بنزاع منظور أمام الحاكم [2]،وفي إطار العلاقة القانونية الداخلية الأمر يطرق عند إثبات القانون الأجنبي للأهمية الكبيرة في تكييف القانون الأجنبي وإضافة الصفة القانونية على تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وليس الأمر سهل عند تحديد صفة القانون الأجنبي إلا عند بيان دور الخصوم والقاضي في الخصومة القضائية[3]،وعلى من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي وخاصة الخصوم هم أصحاب المصلحة الحقيقة في الدعوى المنظورة أمام القضاء؟ وعلى هذا سنبين هذا المطلب في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: دور كل من القاضي والخصوم في إثبات واقعة القانون الأجنبي.

الفرع الثاني دور القاضي والخصوم في إثبات القانون الأجنبي.

---

(1) أنظر: المادة (5) من قانون الإثبات العراقي.

(2) القضاة، مفلح (1990). البينات في المواد المدنية والتجارية، (د. ط)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ص27.

(3) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص31.

الفرع الأول: دور القاضي والخصوم في إثبات واقعة القانون الأجنبي

تعني الواقعة لغة: الواقعة أسم للفعل وقع يقال ان وقع الأمر: إذا هبط وقع أو سقط القول إذا وجب ووقع الحق إذا ثبت، والواقعة في الحرب صدمة بعد صدمة فاجعة [1]، والواقعة من أسماء يوم القيامة [2]، وفي قوله تعالى (إذا وقعت الواقعة (1) ليس لوقعتها كاذبة (2) [3]، الحادثة أو الواقعة تكمن بمعنى واحد وهنا الحادثة مؤنث الحادث فاعل من حصول الشيء أي وجد ولم يجد أو يكن قبل وحدث الشيء أي وقع توافر أو وجد بعدما كان عدماً [4].

مفهوم الواقعة اصطلاحاً: انشطر فقهاء القانون إلى من ذهب إلى أن الواقعة والتصرف شيئان غير متشابهان ومنهم من صنفهما على أنهما صنفاً واحد له مفهوم واحد فالقسم الأول عرف الواقعة أنها عمل مادي أنبنى عليه نتيجة قانونيه سواء الإنسان أرادها أم لم يردها [5]، وبذلك أن الواقعة تتضمن الأقوال والأفعال التي حدثت رغم إرادة الإنسان سواء كان سببها الإنسان أو غير الإنسان وان على اساس ما جاء به أصحاب هذا الاتجاه فالواقعة لم يقصد بها صاحبها النتيجة القانونية التي تترتب عليها [6]، وبذلك تقسم الواقعة القانونية (الواقعة المادية) إلى واقعة طبيعية وهي التي تحصل بفعل الطبيعة دون تدخل الإنسان فيها ويترتب عليها اثاراً قانونياً يكون سبباً في اكتساب الحقوق أو في ضعف أو نقص، ومثال

---

(1) أنظر في: العلامة الشيخ رضا، احمد (1960). معجم متن اللغة، المجلد 5، دار مكتبة الحياة، بيروت، ص799.

(2) أنظر في: لسان العرب ابن منظور، جمال الدين بن محمد بن مكرم، (د. ن)، المجلد 8، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة، ص403.

(3) سورة الواقعة، الآية (2-3).

(4) معجم متن اللغة، المصدر أعلاه، ص60.

(5) السنهوري، عبد الرزاق(1960). الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص24.

(6) البكري، عبد الباقي، الحكيم، عبد المجيد، البشير، محمد طه (2010). نظرية الالتزامات في القانون المدني العراقي، ج1، ط4، العاتك لصناعة الكتب، ص14.

على ذلك: واقعة الوفاة أو الميلاد أما النوع الثاني هي الواقعة التي من عمل وفعل الإنسان وتتمثل بالأعمال المادية التي صدرت عن الإنسان مما يترتب عليها آثار قانونيه بغض النظر عن النية من أحدث عنه الفعل وتتمثل بالفعل النافع والفعل الضار[1]، إن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصم باعتباره واقعه القانون الأجنبي إلا في حالة لو كان القاضي عالماً بمضمونه [2]، ومرحلة الإثبات تتطلب نشاط من الخصوم والقاضي فإن ادعاء الواقع عبء إجرائي يقع على عاتق الخصوم[3]، بالتالي تقديم البراهين للإثبات هذا الواقع إما القاضي عمله اصدار حكم قضائي[4]، وإن التسليم مادام القانون الأجنبي قانون استناد إلى الصفة الإلزامية لقواعد الإسناد الوطنية بتطبيق وينبغي سؤال هنا دور القاضي والخصم في الإثبات وان من واجب القاضي أن يطبق الحكم المختص من دون استلزام تمسك الخصوم بأحكام هذا القانون وبذلك أن الأمر طبيعيا بأن الحاكم يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه لأن المشرّع أمر بذلك [5]، لكن القاضي ليس له الحق في أن يحكم بعلمه الشخصي [6]، أن قواعد القانون الدولي الخاص من المعلوم أنها على نوعين: أولها البعض منها يكون قواعد موضوعيه تطبق على النزاع مباشرة والنوع الثاني قاعدة إسناد التي تشير لتطبيق القانون المختص وهو قانون أجنبي يكون قانون القاضي الوطني وفي حالة تطبيق قانون القاضي الوطني لا يواجه القاضي أو الخصوم مشكلة وذلك أن القاضي الوطني يعلم بأحكام قانونه سيطبقها على النزاع المنظور أمامه من دون تثوير اي مسألة وبالتالي انصاع الخصوم

---

(1) حسين، سيف حسن، مرجع سابق، ص17.

(2) البستاني، سعيد يوسف، مرجع سابق، ص575.

(3) الستار، سحر (2002). دور القاضي في الإثبات، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص7.

(4) أبو الوفا، احمد (1964). نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط2، دار المعارف، القاهرة، ص152.

(5) الفرطوسي، ختام (2003). إثبات القانون الأجنبي، (رسالة ماجستير)، جامعة بابل، العراق، ص46.

(6) أنظر: المادة (3) من قانون البينات الأردني رقم(30) لسنة 1952 جاءت فيها" ليس لقاض ان يحكم بعلمه الشخصي.

بدورهم لأحكام هذا القانون ولا يحق لهم أن يناقشوا القاضي بخصوص ذلك ولكن لو اشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي هنا السؤال يطرح عن دور القاضي والخصوم هل ان القاضي الوطني ملزما بالتحري عن مضمون القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد وما دور الخصوم إزاء عبء الإثبات [1]، ويقع عبء إثبات الوقائع على عاتق الخصوم كما هو معروف ويكون عمل القاضي في هذه الحالة مراقبة الخصوم من حيث تواجد شروط الإثبات والتزام أدلة الإثبات وأيضاً فهم وقائع الدعوى ولما كان القانون الأجنبي مجرد واقعة وينبغي أن يكون دور القاضي في هذه المسألة دوراً سلبياً [2]، وقد يتوجه أنصار هذا الاتجاه لدعم هذا الرأي بناء على وجهة نظرهم، وان بعض هذه الحجج عرضوا مجموعة من نظريات في هذا المصدر وتوصلوا إلى نتيجة بأن القانون الأجنبي ليس قانوناً أما هو واقعة من وقائع الدعوى وكما هو معروف أن الوقائع من ضمن اختصاص الخصوم وبعدها من ثم للقاضي أن يطبقه من تلقاء ذاته أما البعض الآخر يستند من تحليل هذا الرأي بالقول بأن القاعدة العامة تقضي وجوب علم القاضي بالقانون وبما أن القاضي لا يعتقد فيه العلم إلا بقانونه الوطني تطبيقاً لهذه القاعدة بالاستناد إلى بينة النشر التي تكون في الجريدة الرسمية بدولته ومن الصعب للقاضي الوطني العلم بقانون الأجنبي لأن هذا القانون الأخير لا ينشر في الجريدة الرسمية لأي دولة أخرى غير دولة مصدرته فإن بهذا القاعدة من غير الممكن تطبيقها على القانون الأجنبي[3]، لا يمكن تحقيق معرفة القاضي الوطني بجميع أحكام القوانين الأجنبية والتي تتعدد بتعدد القضايا المقدمة على القضاء من غير المعقول القاضي يطالب بتطبيق تلك القوانين من تلقاء نفسه والتحقق من مضمونه وبذلك بما ان الخصوم هم أصحاب المصلحة

(1) الفرطوسي، ختام، مرجع سابق، ص46.

(2) عبد الله، عز الدين (1969). القانون الدولي الخاص، ج2، ط6، دار النهضة العربية، القاهرة، ص575.

(3) صادق، هشام علي (1968). مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشاة المعارف، الإسكندرية، ص103، ص122.

في الدعوى يوجب أن يلقي العبء عليهم ولا يتحقق هذا إلا إذ عد القانون الأجنبي من مسائل الواقع [1]، إن صعوبات البعض يرجع إلى اللغة الأجنبية التي كتب القانون ومن غير السهل التأكد من أن القانون الأجنبي قد أستكمل الطرق الأصولية لسريانه كالنشر تصويت الإصدار [2].

وأن هذا الرأي سيرفع على القاضي الحرج في مسألة الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي ودام أنه قانونا أجنبيًا عن القاضي الذي يريد أن يطبقه ومن غير الصعب وقوع الخطأ في تطبيقه أن قاضي الموضوع يستقل في حكمه بشأنها عن رقابه المحكمة العليا إذا عد واقعة وعلى العكس قاضي الموضوع يتحمل عبء التحري والبحث عن قانون هو غير مكلف بتطبيقه [3]، وأنصار الاتجاه هذا أضاف حجه أخرى أن مبدأ سيادة الخصوم بالدعوى يقضي أن القاضي غير قادر النظر في النزاع إلا بحدود الادعاءات التي يثيرها الخصوم ومن ثم لا يكون له إثارة مسألة لم يتمسك بها الخصوم وما دام القانون الأجنبي واقعة الامر يقتضي أن يتمسك الخصوم به ليتيح للقاضي تطبيقه، وإن لم يفعلوا فإن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه [4]، وبالرغم من وجاهه الحجج إلا أنها تعرضت للعديد من الانتقادات نرى من جانب أن هذه الصعوبات العملية التي يلقاها القاضي الوطني لتوصل لأحكام القانون الأجنبي وإثباته كانت في السابق عقبة كبيرة أمام القضاة واليوم وبعد أن أصبح العالم الكبير قرية صغيره تذللت الصعوبات وأصبح من النادر أن يواجه القاضي صعوبة في إدراك أحكامه وعليه لا يسمح الاستسلام للصعوبات وخلاصة

---

(1) السمدان، أحمد ضاعن (1986). نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي، بحث منشور في مجلة الحقوق، عدد1، ص14.

(2) الهداوي، حسن (1967). تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الارشاد، بغداد، ص135.

(3) ياسين، مصطفى كامل، مرجع سابق، ص189.

(4) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص204.

القول أن القانون الأجنبي هو مجرد واقعة الخصوم فيها يتحملون عبء إثباتها ومن جانب آخر عدم تمتع القانون الأجنبي بالصفة القانونية أمام القاضي الوطني قول غير واضح وذلك لأنّ المشرّع عندما أمر بتطبيق قانون أجنبي لم يقم بذلك إلا بعد المفاضلة بين قانون دولته والقوانين الأخرى، وأدرك أن المسائل تلك مناسبة من حيث التطبيق؛ فالمفاضلة هنا سارت بين قانون وقانون وليس بين قانون وواقعة [1].

إن ترك للخصوم عبء الإثبات ألا يترتب على ذلك تحايل على القانون؟ بالتأكيد يؤدي ذلك إلى مجموعة نتائج خطرة والتي تتماثل في أن الخصم الذي يرى تطبيق القانون الأجنبي ضرر عليه يعمل على إبعاده بمبرر عدم تطابق القانون الوطني مع القانون الأجنبي وبالعكس إثارة تمسكه بتطبيق القانون الأجنبي إن وجد أن مصلحته تقضي تطبيقه هو أمرٌ في مدى الخطورة [2].

وأنّ الخصوم عدم استطاعتهم القيام بمهمة إثبات القانون الأجنبي لما فيه من عبء ولكن يمكن التسليم بإمكانية تقديم المساعدة للمحكمة في الوصول إلى أحكام القانون الأجنبي ليس من اختصاصه مهمة الإثبات بل هو التزام على عاتق القاضي [3]، ولما كانت مهمة الإثبات من جوهر الاختصاص القضائي ترك للخصوم الأمر يؤدي إلى تشويه دور القاضي الذي يكون ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد والأهم من كل ما قيل وتقدم أنّ القول بهذا الرأي يتعارض مع حكمة التشريع لا يتفق مع الهدف الذي يجتهد التنازع إلى تحقيقه، من المعروف أن حكمة التشريع تقتضي تطبيق القوانين على أتم وجه ترك

(1) الحلواني، ماجد (1974). القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ص349.

(2) ياسين، مصطفى كامل، مرجع سابق، ص189.

(3) عبد الرحمن، جابر (1948). القانون الدولي الخاص، مطبعة التفيض، بغداد، ج2، ط2، ص68.

الأمر إلى الخصوم في حالة القوانين الأجنبية يعد مخالفا وحكمة التشريع وبالتالي يتعارض مع ما يجتهد إليها لتنازع في وجوب اختيار القانون الملائم لحكم النزاع المطروح [1].

وبذلك تجاهل للقوة الملزمة لقاعدة الإسناد لأن الأخيرة هي قاعدة وطنية واجبة ينبغي على القاضي إتمامها سواء أشارت لتطبيق قانون أجنبي أم قانون وطني وهو بهذا لا يكون ممنح بل ممتثلاً لأوامر مشرّعه [2]، وبعد ذلك أن المبادئ العامة في المرافعات تقضي أن لا يكون دور القاضي سلبي لا سيما يقوم بأعباء العدالة في القضايا المعروضة إذا يطبق القوانين التي تضعها المحكمة ومن تلك القوانين: القانون الأجنبي ويكون ذلك من تلقاء نفسه حتى في حالة سكوت المتقاضين لو أرادا تطبيقها وفيما يخص الوقائع المادية والتي يرتكز القائلين إليها بأن القانون الأجنبي عنصر من عناصرها يوجب على القاضي أن يقتصر على ما يشير عليه الخصوم ويتجاهل من الوقائع ما يعلمه ولما كان القانون الأجنبي قانون وليس واقعة من الوقائع فينبغي أن يكون دور القاضي إيجابي وليس سلبياً [3].

أما في دور الخصم في إثبات واقعة القانون الأجنبي هذا الاتجاه لما كان ينظر إلى القانون الأجنبي كواقعة من الطبيعي يتحمل الخصوم عبء الإثبات، وهذا يتفق مع المبدأ العام الذي يقضي اختصاص الخصوم بالوقائع، القاضي لا يتحمل تبعة عبء الإثبات لكن السؤال يثار عن الشخص المكلف بالإثبات هل هو المدعى أم المدعى عليه؟ من منهم يكون مسؤولاً عن عملية التحرّي عن مضمون القانون الأجنبي؟ بعض الأحكام الفرنسية بالقول أنّ عبء إثبات القانون الأجنبي يقع على عاتق الخصم الذي

---

(1) صادق، هشام علي (1980). دراسات في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر، ص253.

(2) زكي، حامد (1942). دروس في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة التفضيل، بغداد، ص19.

(3) النداوي، ادم وهيب (1974). دور الحاكم المدني في الإثبات، (رسالة ماجستير)، مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ص21.

يدعى عدم التشابه اختلاف أحكام القانون الوطني عن مضمون هذا القانون وما جاء في محكمة استئناف باريس في القرار 26 يناير 1962 لم يقوموا الخصوم بإثبات مضمون القانون الفيتنامي للمحكمة فهي بعدم استطاعتها والحال كذلك يطبق القانون الأجنبي ما دام أن أحد من الخصوم لم يثبت مضمونه [1]، يتضح بذلك أن القضاء الفرنسي في موقفه التقليدي من هذا الحكم لن يحدد الخصم المكلف بالإثبات هل يكون المدعي أم المدعى عليه؟ وجاءت عبارة الحكم غير محددة ما دام أحد من الخصوم وعلل العديد من المنح إلى افتراض تطابق القانون الوطني والأجنبي وعدّ بذلك هو الأصل، والاستثناء يقضي في أن يطبق القانون الأجنبي، إلا أن ذلك فيه شرط نجاح أحد الخصوم في الوصول إلى إثبات أحكام القانون الأجنبي المختص الذي أدعى اختلاف عن القانون الوطني للمحكمة المنظورة أمامها النزاع [2].

إن هذا الاتجاه تبناه القضاء الإنجليزي بالاستناد لفكرة القائلة: بتطابق أحكام القانون الوطني مع القانون الأجنبي وبرغم من ذلك هناك اختلاف بين اتجاه القضائيين أن القانون الإنجليزي يقوم بتطبيق قاعدة الإسناد من الناحية النظرية عندما ترشد إلى تطبيق القانون الأجنبي أن كلف الخصم بالإثبات وان أخفق عن ذلك قامت المحكمة بتطبيق القانون الإنجليزي على وصف تطابقهما أن هذا الرأي أُنتقد أنه يقوم على أساس الحيلة والافتراض أما بخصوص القضاء الفرنسي لا يعطي لقاعدة الإسناد الصفة الإلزامية للقاضي إلا لو تعلقت بالنظام العام وتترك عبء الإثبات للخصم الذي أجاد الإثبات وإن لم يدرك أحكامه طبق القانون الفرنسي هذا الاتجاه بني على اعتبارات عملية المتمثلة أن القاضي يواجه صعوبات

---

(1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص194.

(2) عبدالله، عزالدين (1971). تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 345.

في هذه المهمة واتجهت بعض الأحكام الفرنسية الأخرى إلقاء العبء على الخصم الذي يتمسك بالحق المطالب به ويستشف ذلك محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 25 مايو 1948طبقت محكمة الاستئناف في هذه الدعوى المنظورة القانون الفرنسي سوغت بذلك المدعى عليه لم يثبت القانون الإسباني لها الذي تمسك بتطبيقه في حين أن هذا الحكم نقض من قبل محكمة النقض قررت بذلك ما كان يجوز لمحكمة الاستئناف أن تقوم بنقل عبء الإثبات وتهرب من رقابة محكمة النقض على حكمها بخصوص تنظيم التنازع وتعيين القانون الذي يوجب أن يطبق متسترة بذلك وراء نعيها على المدعى عليه من عدم إثباته لنصوص القانون الإسباني به المدعى عليه [1].

إن أهم ما يفيد في هذا الحكم موقف المحكمة العليا بإلقاء عبء الإثبات على المدعى بالحق المطالب به أكدت أن القانون الأجنبي يعامل كواقعة والمبادئ العامة لإثبات الوقائع تؤدي القول: أن من أدعى بحق عليه بإثبات العناصر الواقعية الملزمة لنشأته إلا أن اغلب موقف القضاء الفرنسي بخصوص عبء الإثبات ركد على إلقاء عبء الإثبات على عاتق الخصم المتمسك بأحكامه ولن يفصل أو يفرق بين ما إذا كان الخصم هو المدعي بالحق المطالب به أو المدعى عليه فإن هذا الاتجاه أي ان كان الامر تعرض للنقد من جوانب عديدة ذلك أن إلقاء عبء الإثبات على المدعى عليه بأنه الخصم المتمسك بتطبيق القانون الأجنبي لا يتوافق مع المبادئ العامة في أن يثبت الوقائع التي تتضمن إلقاء العبء فقط على المدعى من دون المدعى عليه أن هذا من جانب من جانب آخر لو سلمنا أن المنازعات الخاصة ترضخ كأصل عام للقانون الوطني حتى لو احتوت على عنصر أجنبي بذلك يكفي أن يثبت

(1) راشد، سامية (1972). قاعدة الإسناد أمام القضاء الوطني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، ص62.

بالحق محل النزاع العناصر الواقعية التي تصرح له بالمطالبة وفقاً القانون الوطني بذلك فيقع منطقياً على المدعى عليه الذي تمسك بتطبيق القانون الأجنبي عبء إثباته بصفته مدعياً بتطبيق هذا القانون، ثم يؤدي إلى اغفال قاعدة الإسناد الوطنية التي أرشدت باختصاص القانون الأجنبي ونكران لطبيعتها القانونية وهذا لا يجيز قبوله [1].

الفرع الثاني: دور القاضي والخصوم في إثبات القانون الأجنبي

إن القانون الأجنبي كما قلنا سابقا أنه يحتفظ بطبيعته القانونية عندما يطبقه القاضي الوطني وإن آلية التطبيق تتمثل بعمل قاعدة الإسناد الوطنية من قبل القاضي لأنه المخاطب بالمقام الأول وهذا ما يقتضي بيان مدى إلزامية قاعدة الإسناد عندما تشير بتطبيق القانون الأجنبي المناسب لسير الخصومة القضائية، بذلك دور كل من القاضي والخصوم في سير دعوى وهل إن عبء التحري والبحث عن القانون الأجنبي يقع على عاتق القاضي الوطني وحده ام هنالك التزاما يقع على الخصوم؟

اغلبية الدول في قوانينها أو على ما سار التعامل به في قضائها على إلزام القاضي بالتحري تلقائيا عن مضمون القانون الأجنبي والقانون الألماني أبرز مثال لهذا الاتجاه إذ ثبت قضاء هذه الأخيرة التزام القاضي بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه حتى وإن لم يتمسك بها الخصوم [2].

إن الدولة الأردنية من الدول التي سار التعامل في قضائها باعتبار القانون الأجنبي قانونًا وبمنزلة الأردنية ما صادق عليه في القرار (أن الرأي الراجح الذي اجتمع عليه الفقه والقضاء يقضي بإن القانون الأجنبي اللازم التطبيق أمام القاضي الوطني يحتفظ بصفته القانونية ولا يعتبر واقعة من الوقائع التي

(1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص201.

(2) عبد الله، عز الدين، مرجع سابق، ص104.

يتوجب على الخصم بإقامة الدليل عليها، إن المحكمة الوطنية المنظورة أمامها الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما يطبق القانون المحلي) [1]، أما القانون العراقي صراحة لم يجد نص صريحاً خص هذه المسألة إلا إنه يفهم من النصوص القانونية التي تدل على تبني الاتجاه القائل أن القانون الأجنبي قانون وعلى سبيل المثال أن صيغ قواعد الإسناد نجدها لا تشعر بتطبيق القوانين التي تعينها قواعد الإسناد تتوقف على طلب أحد الخصوم في المادة الأولى مثلاً من قانون الأحوال الشخصية للأجانب والتي تقضي "ان على المحاكم العراقية... ان تطبق تلك القوانين" أيضاً في قواعد القانون المدني الخاص بالأهلية "تسري عليها قانون الدولة الذي ينتهي اليها الشخص بجنسيته" بذلك نجد أن هذه كلمات "أن تطبق" و"تسري" أوحت أن تطبيق القانون الأجنبي لا يقف على إرادة الخصوم، ولكن القانون الأجنبي حتى وإن أحتفظ بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني إلا أنه يبقى محتفظاً بصفته الأجنبية أما القاضي يجتهد لمعرفة القانون الأجنبي ويتقصى أحكامه ولا يعدّ التقصي هذا إثباتاً بالمعنى المقصود لإثبات الوقائع في قانون المرافعات وقانون الإثبات لهذا لمن المستساغ التسوية بين إثبات وقائع الدعوى والعلم بأحكام القانون الأجنبي فإن القاضي غير مغلول بوسائل معنية حتى يصل لأحكام القانون الأجنبي المختص [2].

دور الخصوم في إثبات القانون الأجنبي أن مرحلة الإثبات تحتاج جهد من الخصوم ومن القاضي أن أدعاء الواقع هو عبء إجرائي يقع على الخصوم [3]، وعليهم تقديم الأدلة والبراهين الواجبة لإثبات

---

(1) الداودي، غالب علي (2001). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار وائل للطباعة، ج2، ط3، ص160.

(2) فخري، عوني (1989-1990). مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة المعهد القضائي، غير منشورة، ص9.

(3) الستار، سحر، مرجع سابق، ص7.

هذا الواقع وان عمل القاضي إصدار الأحكام القضائية ولكن إصدار هذه الاخيرة تتطلب آلية معينة سلكها القضاء تختلف باختلاف النظام القانوني المأخوذ به في دولة القاضي لكن من الواضح تشترك الأحكام القضائية في دول العالم بقواسم مشتركة زاد عليها صبغة الحكم بحيث تشعر القارئ لها أنه بصدد حكم قضائي تجليه عن غيره من الأعمال القضائية الأخرى فأن إصدار الحكم القضائي يتحدد معه استخلاص واتضاح الوقائع التي يثبتها الخصوم استخلاصاً سائغاً صحيحاً متوافق عليه يتفق وواقع ملف الدعوى ومن ثم إعمال القاعدة القانونية التي من طبيعتها حل النزاع (عملية التكييف القضائي) ثم إرساء آثارها على أن القاضي يدرج في حكمه الأدلة والأسباب الواقعية والحجج القانونية التي شاد عليها الحكم [1]، وأهمية التكييف القانوني[2]، تنبع كونها الأداة التي تراقب بها محكمة الاستئناف وبعدها محكمة التمييز مدى موافقة الحكم للقانون ولاحقًا تتيح للخصوم إيضاح الوقائع أمام محكمة الاستئناف ضمن ضوابط مختلفة وأكدت المادة 160 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 والتي نصت على" يجب أن يوضح في الحكم المحكمة التي أصدرته، وتاريخ إصداره، ومكانه وأسماء القضاة الذين اشتركوا في إصداره وحضروا النطق به وأسماء الخصوم بالكامل وحضورهم وغيابهم وأسماء وكلائهم، ويجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفوعهم ودفاعهم الجوهري وأسباب الحكم ومنطوقه" وفي نص المادة 162 من قانون العراقي رقم (83)

(1) أبو الوفا، احمد، مرجع سابق، ص152.

(2) الفقه الأردني يطلق على عملية التكييف القضائي معنى تسبيب الحكم ويعني بيان الأدلة الواقعية والقانون الذي شاد عليها القاضي أحكامه، مشار إليه الزعبي، عوض احمد (2003). أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، ج2، ط2، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ص761.

لسنة 1969 ورد نفس النص وهذا ما يقابل النص الأردني لكن يوقع من قبل المحكمة أو رئيس الهيئة ويكون مختوما من قبل المحكمة [1].

وعلى تسبيب الحكم النهائي الفاصل في الدعوى المنظورة كما تنص المادة 2/4 من قانون [2] أنّ "على المحكمة تسبيب أي قرار تصدره يتعلق بإجراءات الإثبات" فإذا لم تقوم محكمة الموضوع باستنباط الوقائع استنباطاً قانونياً صائبًا ولم تحاور البينات حتى تتمكن محكمة التمييز بسط رقابتها على الحكم واقعاً وقانونًا فإن الحكم يكون مشوباً بالتعليل والقصور ومستلزم للنقض وهذا ثبت عليه اجتهاد محكمة التمييز في الكثير من قرارتها [3]، وبالتالي في إصدار الأحكام القضائية يكمن لب عمل القاضي واستحالة إصدار الأحكام عبثاً دون عملية التكييف القضائي التي تعبر الاضطراب نفس القاضي في إصدار الحكم وتعرب قناعة الحاكم وعن أسباب التصريح بالحكم ولا بد التمييز والفصل بين عملية التكييف القضائي وعملية التكييف القانوني في إطار القانون الدولي الخاص ذلك لان أحد المشاكل التي تثيرها تطبيق القانون الأجنبي هو التكييف ومعناه ضمن إطار القانون الدولي الخاص" يقوم بتحديد طبيعة موضوع النزاع وإعطائه الوصف القانوني المناسب بداية لإسناده إلى قانون مجدد" [4]، وأن هدف التكييف لبيان طبيعة النزاع المنظور أمام المحاكم وتحديد طبيعته وانتمائه إلى أي الأفكار المسندة مثال على

---

(1) أنظر: المادة (160) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، المادة (162) من قانون المرافعات المدنية العراقي.

(2) انظر: المادة (2/4) من قانون البينات الأردني وتعديلاته رقم (30) لسنة 1952.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2011/3377) (هيئة عامة)، المؤرخ 2012/1/24، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم(2011/2361) (هيئة خماسية)، المؤرخ 2011/9/27، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2011/1680) (هيئة خماسية)، المؤرخ 2011/10/10، منشورات مركز العدالة.

(4) عبد الرحمن، جاد جابر (1960). القانون الدولي الخاص العربي، (د. ط)، ج3، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، ص51.

ذلك: إذا عُرض على القاضي نزاع مشوب بعنصر أجنبي على الحاكم أن يحدد النزاع فيما إذا كان دخل في فكرة شكل التصرفات ويخضع بعد ذلك لقانون الدولة التي أبرم العقد فيها أم أن النزاع متعلق على العكس بموضوع العقد بذاته وهذا يدخل ضمن فكرة الالتزامات التعاقدية مما يستلزم وهذه الحالة ليخضع للقانون الذي تم اختياره من المتعاقدين وعمل بأحكام مادة 20 من قانون الأردني وما يقابله بنص مماثل في المادة 25 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في ان المشرّع الأردني أخضع التكييف في القانون الدولي الخاص لقانون القاضي وفق المادة 11 من القانون المدني الأردني [1]، ويقابلها نص مماثل كذلك في المادة (1/17) من القانون المدني العراقي ذاته [2].

ولا بد من القاضي تطبيق قاعد الإسناد على النزاع المنظور أمامه وأن يكيف النزاع المعروض عليه ويعين القانون الملائم الواجب التطبيق على النزاع وأن تبين للقاضي أنه قانون أجنبي يقوم بعملية التكييف القضائي ونستنتج من العملية الأخيرة:

أ_ المتمثل باستنباط الوقائع استنباط صحيح سليما يتفق والبينات المعروضة في الدعوى هو الواقعي.

ب_ المعني بتطبيق القاعدة القانونية الموضوعية على الوقائع هو القانوني.

فالواقعي يظهر دور الخصوم بشكل بارز من خلال عرض الأسانيد التي تقوم عليها الدعوى التي تعود إليهم ويعمل القاضي على تكييف الوقائع ليوضح القانون الملائم الواجب التطبيق (قانوني) وإضافة

---

(1) انظر: المادة (11) من القانون المدني الأردني تنص على" القانون الأردني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يتطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينهما، المادة(17) من القانون المدني العراقي تنص على" القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينهما.

(2) الحداد، حفيظة السيد (2004). الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص107.

إلى الاعتبارات العملية والصعوبة التي يواجها القاضي في الإلمام بكافة القوانين الأجنبية وعدم نشرها في دولة الأخير وله أن يكلف الخصوم القانون الأجنبي المناسب الذي يتمسكوا بتطبيقه ولا ريب في أن القاضي سينتفع من مساعدة الخصوم له بتقديم القانون الأجنبي وأن الأصل تعارض مصلحة الخصوم في الدعوى المنظورة هذا ما يدفع الخصم المستفيد من تطبيق القانون الأجنبي إلى التحري والبحث عن مضمونه وأحكامه ليضمن الحكم لصالحه والخصم له دور مهم يلعبه في الدعوى المدنية ليضع يد الحاكم على النزاع ويحدد إطار المنازعة، وله أن يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي على وقائع دعواه يرى فيها بانها تخدم مصلحته، بذلك هناك تعاون بين الخصوم والقاضي في النزاع لتطبيق القانون الأجنبي الملائم أي بمعنى التحري عن القانون الأجنبي التزام على الحاكم بمساعدة الخصوم [1]، مظاهر الدور الإيجابي للحاكم في الدعوى المدنية، وإن القاعدة العامة في إطار المدني الإثبات كانت هي حياد القاضي هذا لا يعني إلغاء دوره في الدعوى [2]، ووقوف القاضي مكتوف اليديين حول الوقائع التي يقوم بتقديمها الخصوم ومنح المشرّع الأردني للقاضي مكانة تشريعية من خلالها ينفذ للخصومة القضائية ويكمل ما ينقص من الوقائع من أجل توضيحها مثال على ذلك اليمين المتممة وما جاء في نص المادة من القانون الأردني "للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين لإصدار حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به شريطة ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل" [3] وأن اليمين المتممة هي ملك القاضي يوجهها متى شاء لاستكمال اعتقاده في إثبات الدعوى،

---

(1) صادق، هشام، علي، مرجع سابق، ص258، عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص385.

(2) مزهر، حبيب (2010). دور القاضي حيال العناصر الواقعية والقانونية في الدعوى المدنية، ورقة عمل قدمت ضمن المؤتمر العملي السنوي لجامعة بيروت العربية، هذه الورقة ضمت ضمن كتاب دور القاضي في الخصومة، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص338.

(3) أنظر: المادة (70 / 1) من قانون البينات رقم (30) لسنة 1952.

وله برجوع عنها قبل توجيهها [1]، وحيث أن توجيه اليمين المتممة أمر جوازي تعود لمحكمة الموضوع لتصدر حكمها أو حتى تقدير قيمة الدليل المعروض للخصم واستكماله باعتباره دليل غير كامل أو ترجيح دليل على دليل آخر إذا كان أجدر بالثقة وهذا ما جرى عليه اجتهاد محكمة التمييز قرارها رقم (2012/3741) والذي نص على "الاستفادة من المادة 70 من قانون البينات أن اليمين المتممة هي وسيلة تحقق يقوم بتوجيهها الحاكم حسب تقديره لأحد الخصمين إذا تطلع أن أدلته أرجح من أدلة الخصم الآخر وأنها أجدر بالثقة والاطمئنان" [2]، وهذا ماورد في نص (120-121) من قانون الإثبات العراقي [3]، ماورد في المادة (70) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952 هذا النص يتماثل مع نصوص القانون الأخير أنما يصدق على اليمين في قانون البينات الأردني تصدق على الاستجواب بما أنه يعتبر وسيلة من وسائل التحقق التي تستعملها المحكمة لتثبت من قناعاتها حول الدليل المحدد تم تقديمه في النزاع المعروض عليها وحيث أن المادة 2/76 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وما يقابلها بنص مماثل في المادة 1/102 من قانون المرافعات المدني العراقي [4]، نصت على أن "للمحكمة أثناء المحاكمة استجواب الخصوم حول المسائل التي تراها ضرورية،" وهذا هو حق للمحكمة دون باقي الخصوم المشرّع أمدها بها لتوضيح وبيان ما يرد في بينات الدعوى من أبهام حتى تتمكن من

---

(1) العبودي، عباس (1999). شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص314.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2012/3714)(هيئة خماسية)، المؤرخ 2013/1/6، منشورات مركز عدالة.

(3) أنظر: المادة (120) نصت على" للمحكمة ان توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به، المادة(121) نصت على" يشترط في توجيه اليمين المتممة الا لا يكون في الدعوى دليل كامل، والا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

(4) أنظر: المادة (1/102) نصت على" للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ان تستجوب من يكون حاضر من الخصوم أو تأمر بحضورهم بأنفسهم امامها لاستجوابهم متى رأت موجبا لذلك".

الفصل في الدعوى [1]، ويمكن أن يستشف من نص المادة (1/79) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني بأن المشرّع الأردني أخذ بالدور الإيجابي للمحاكم بالخصومة القضائية فعطاه مكنة تشريعية خلالها يكلف الخصوم بتقديم القانون الأجنبي الذي يتمسكون بتطبيقه على أن مساعدة الخصوم للقاضي بعرض نصوص القانون الأجنبي لا تعفيه أو تمحي دوره من البحث والتحري عن مضمون القانون الأجنبي إذا لم يتمسك الخصوم في تطبيقه أو في حال عجزهم عن إثباته بحيث إن التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي هو التزام أصلي ينبع من التزامه بتطبيق الأوامر التي شرعت من مشرعه الوطني بموجب قاعدة الإسناد الوطنية وأن الكلام بغير ذلك فيه تفويت للاعتبارات التي يأخذ ويعتد بها المشرّع عند وضع قاعدة الإسناد [2].

(1) أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية حول الاستجواب رقم (2011/4485) (هيئة خماسية)، مؤرخ2012/3/22، منشورات مركز عدالة.

(2) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص34.

المبحث الثاني
كيفية إثبات القانون الأجنبي

الإثبات معناها كما قلنا سابقاً هو إقامة الدليل أمام المحكمة بالأدلة المعينة قانوناً على وجود واقعة قانونية ترتبت اثارها ولان الخلاف اثار كما رأينا سابقاً، حول الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي بين كونه قانونا ومجرد واقعة ويرى بعض الفقه يمكن للقاضي استعمال كافة طرق الإثبات ليبيّن مضمون القانون الأجنبي، وإذا كان ذلك في القوانين الأخرى، وبالعودة إلى نصوص القانون العراقي أنه حدد أدلة إثبات القانون الأجنبي[1]، لا يبطن على الباحث القانوني أهمية الإثبات وقد شرعت أدلة الإثبات حتى تحمي الحقوق بصفة عامة، ولأن الحق يتجرّد من قوته إن لم يقم دليلٌ على ثبوته وبهذا كان لا بد من إقامة الدليل لكل واقعة مادية والحادث المبدئ لها قانونياً أو مادياً ولأن الدليل هو قوام حياة الحق ومبرم النفع فيه وهو الذي يبعث الحياة فيه وإن كان الحق مستقل عن إثباته من الناحية النظرية إنه في الحياة العملية يتشابه حق لا وجود له، وحق لا دليل عليه [2].

المطلب الأول
وسائل إثبات القانون الأجنبي

يثبت القانون الأجنبي إذا اقتنعت المحكمة بوجوده ولا يمكن أن تنجم قناعة المحكمة عن أي من الأدلة مهما كانت وإن من الأدلة التي لا يمكن أن تصلح لإثبات القانون الإقرار والنكول عن اليمين [3].

---

(1) علي، يونس صلاح الدين (2016). القانون الدولي الخاص دراسة تحليلية في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، منشورات زين الحقوقية، ص247.

(2) القضاة، مفلح، مرجع سابق، ص34.

(3) ياسين، مصطفى كامل، مرجع سابق، ص10.

وإن البحث والتحري عن مضمون القانون الأجنبي أمر مهم كون العلم بمضمونه ترتبط ارتباطاً بفكرة النظام العام بشكل مباشر بحيث يتم الدفع بالنظام العام بعد إدراك الوصول لمضمون القانون الأجنبي المخالف لضروريات النظام العام لدولة القاضي المعروض أمامه النزاع ولم تعيين التشريعات أدلة إثبات القانون الأجنبي مثلما فعلت بتحديد وسائل إثبات القانون الوطني ولكن يمكن الذكر بوجود أصل واستثناء الأول منها هو حرية الحاكم في إثبات مضمون القانون الأجنبي بحيث لا يكون القاضي مصفد بالطرق التي جاء قانون الإثبات بها، والأخيرة الاستثناء هو استبعاد قسم من وسائل الإثبات مثل الإقرار واليمين كما قلنا سابقا أنها لا يمكن أن تصلح لإثبات القانون الأجنبي ولا يجوز للقاضي بالأخذ بإقرار الخصوم أو الاتفاق في ما بينهم على مضمون محدد للقانون الأجنبي وذلك لأن واجبات القاضي أن يطبق القانون الأجنبي واقعاً وحقيقة لا أن يقوم بتطبيق قانوناً وهمياً [1].

ولم يحدد القانون المدني الأردني طرق إثبات القانون الأجنبي المختص رغم الأهمية وإنما "1-في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية. 2-يجب على الخصم الذي قدّم مستندات بلغة أجنبية أن يرفقها بترجمة لها إلى اللغة العربية، وإذا اعترض الخصم الآخر على صحة الترجمة كلها أو جزء منها، فعلى المحكمة تعيين خبير للتحقق من صحة الترجمة المعترض عليها" [2].

(1) الموسوي، علي فوزي، مصدر السابق، ص66.

(2) أنظر: المادة (79) من قانون أصول المحاكمات الأردنية رقم (24) لسنة 1988.

وإن الفقه القانون الدولي الخاص هو كذلك لم يولي هذه المسالة عناية خاصة ولكن بعض تشريعات الدول قامت بتنظيمها [1]، وفي القانون العراقي يتبين من نص مادة وهذا ما سوف نتناوله لاحقا ان المشرّع العراقي حدد الإثبات للقانون الأجنبي بدليلين هما السند الرسمي والخبرة [2].

وبذلك هناك نوعان من الوسائل التي سنوضحها في فرعيين التي يلجأ إليها القاضي بإثباته لمضمون القانون الأجنبي منها الوسائل الأصلية والوسائل الاحتياطية فيما يلي:

الفرع الأول: الوسائل الأصلية وهي الشهادة العرفية، الخبرة، النصوص القانونية وترجمتها، المؤلفات الفقهية، الأحكام القضائية.

أولاً: الشهادة العرفية

تعتبر هذه الطريقة هي الأكثر شيوعاً في فرنسا للكشف والتحري عن مضمون القانون الأجنبي ومفهوم الشهادة العرفية هي مستند مكتوب يصدر عن شخصية متخصصة محيطة معرفة بأحكام القوانين الأجنبية موضوع الإثبات [3]، وبالعادة قد تصدر الشهادة العرفية عن إحدى الجهات الرسمية مثل القنصلية أو قد تكون السفارة التابعة للدول الأجنبية المطلوب ان يثبت قانونها والموجودة في الأردن أو في العراق مثلاً.

---

(1) الداودي، غالب علي (2011). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص268.

(2) أنظر: المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (78) لسنة 1931 نصت على "1–للمحاكم في التحقيق عن قانون بلد أجنبي ان تقبل: أ–إفادة الإخصائيين في القوانين ذات الشأن الشفهية أو التحريرية. ب–الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية أو سياسية والت استحصلت بواسطة أولئك الممثلين... 2–يجوز للمحاكم ان تدعو قنصل الدولة ذات الشأن أو نائبه إلى الحضور في المحاكم للاسترشاد بمعلوماته عن قوانين دولته".

(3) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص247.

وقد أخذت دولة العراق بالشهادة العرفية حيث جاء في المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (78) لسنة (1931) نصت على"1–للمحاكم في التحقيق عن قانون بلد أجنبي أن تقبل: أ –إفادة الأخصائيين في القوانين ذات الشأن الشفهية أو التحريرية. ب–الوثائق الرسمية المعطاة من ممثلية قنصلية أو سياسية أو التي استحصلت بواسطة أولئك الممثلين".

وإن المشرّع الأردني أعتبر الشهادة العرفية وسيلة لإثبات محتوى القانون الأجنبي وإن إبراز صورة مصدقة عن القانون الأجنبي هي وسيلة قننها المشرّع الأردني التي جاء بها " في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية" [1]. وتطبيقاً بذلك قررت محكمة التمييز " أنه ينتفع من المادة 79 من قانون الأصول المدنية بأنه يتوجب على الخصم الذي يتشبث بتطبيق القانون الأجنبي بأن يقدّم نسخة رسمية من القانون ذاك عليه كان على محكمة الاستئناف أن تكلف وكيل المدعي أن يقدم نسخة رسمية مصدقة من المرجع أو مرجع المختص لقانون الشركات العراقي والكويتي اللذان ارتأت تطبيقهما على الدعوى مادام وكيل المدعى عليهم اعترض على صور القانونين اللذان ذكرو والمقدمة ولم يصارح أو يصادق خصمه على صواب نصوصها وبحيث أنها لم تقوم ذلك، وبذلك يكون قرارها الذي طعن فيه مخالفًا للقانون وسابقاً لوقته وهو يستحق النقض" [2].

---

(1) أنظر: المادة (1/79) من قانون أصول المحاكمات الأردنية.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم(2005/2183) (هيئة خماسية)، المؤرخ 2006/3/19، منشورات مركز عدالة.

وبناء على ما ذكر سابقاً، أعتراض الخصم لمضمون القانون الأجنبي المقدم من خصمه يستلزم على المحكمة القيام بعمل صلاحيتها المنصوص عليها لنفس المادة أعلاه وإلا اعتبر الحكم سابقاً لوقته وحقيقًا بالنقض أن محكمة التمييز الأردنية الموقرة غادرت إلى أبعد من ذلك عندما أوجبت محكمة الموضوع بعمل الصلاحية هذه وفي قضية لخصت وقائعها بحكم أجنبي صدر في بريطانيا يراد إكسائه لصيغة التنفيذية وألزمت على محكمة الموضوع بأن تتأكد لشرط المعاملة بالمثل في القانون الإنجليزي وفيما إذا هذا الأخير كان قد أجاز تنفيذ الأحكام التي صدرت عن محاكم المملكة الأردنية، والتي جاء "يجوز للمحكمة أيضاً أن ترفض الاستدعاء المقدم إليها بطلب تنفيذ حكم صادر من إحدى محاكم أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية الهاشمية" [1]، بحيث جاء في حيثيات قرارها لهذه القضية " إذا لم يوجد في بينات الطلب ما يفيد أن القانون الانجليزي لا يجيز تنفيذ الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة الأردنية الهاشمية وفقاً لما نصت عليه المادة 7/2 من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية فإنه يستدعي تدخل المحكمة وفقًا لمتطلبات المادة 1/79 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأمر الذي يغدو معه القرار المميز سابقاً لأوانه ويتعين نقضه" [2].

وبذلك وباستقراء اجتهادات محكمة التمييز الأردنية الموقرة السابقة وجد أنها قررت ما يأتي:

أ- اعتماد تقديم الترجمة الرسمية من قنصلية أو قد تكون سفارة القانون الأجنبي التي تكون موجودة على أرض المملكة وبخاصة حال اعتراض الخصم على الترجمة.

(1) أنظر: المادة (2/7) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم(8) لسنة 1953.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم(1999/648) (هيئة عامة)، المؤرخ 2000/6/27، منشورات مركز عدالة.

ب- ألزمت على محكمة الموضوع أن تعمل بصلاحيتها المنصوص عليها في المادة (1/79) من قانون أصول المحاكمات المدنية لتحقق من محتوى القانون الأجنبي وأن تكلف الخصوم بتقديم ترجمة مصدقة أو مخاطبة الجهات المعنية السفارة أو القنصلية، لتزويدها بنسخ مصدقة من القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع المعروض، على أن وجود نص المادة (1/79) من نفس القانون اعلاه لم يحضر على سبيل الحصر لوسائل التحري عن مضمون القانون الأجنبي وأن المحكمة الوطنية قد تلجأ لوسائل أخرى لم تنص عليها المادة هذه منها على سبيل المثال لا الحصر الخبرة والإنابة القضائية [1].

ثانياً: الخبرة

إن القاضي من ذاته أو على طلب الخصوم أن يستعين في هذا بالخبير القانوني من خلال الإفادة الشفوية أو المكتوبة [2]، وذلك لوصفها طريقة أو وسيلة من وسائل الكشف عن محتوى القانون الأجنبي واستعملت الخبرة الشفوية بصفة محددة من قبل القضاء الإنجليزي لإثبات مضمون القانون الأجنبي، وأيضاً تناولت بعض الدول مثل فرنسا ومصر الخبرة الشفوية [3]، وأخذ القضاء العراقي بالوسيلة هذه وفي قضية رفعت أمام محكمة المواد الشخصية بتاريخ 1952/4/2 وسألت المحكمة القنصلية البريطانية في محافظة بغداد عن حكم القانون البريطاني في القضية بذلك وقد عملت القنصلية على إرسال وفد أو اوفدت مستشارها القانوني الخاص إلى قيامه بإيضاح وبيان حكم وفي ما جاء في القانون الإنجليزي في

---

(1) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص61.

(2) أنظر: المادة (1/17) من قانون الإثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979 نصت على"1-للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم اتخاذ أي أجراء من إجراءات الإثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة".

(3) صادق، هشام علي، مصدر السابق، ص173.

واقعة حدثت وكان ملخصها القضية [1]، واستناداً للمادة على أنه "2- يجوز للمحاكم أن تدعو قنصل الدولة ذات الشأن أو نائبه إلى الحضور في المحاكم للاسترشاد بمعلوماته عن قوانين دولته".

ويبقى للقضاء الحق في تقدير الخبرة المنظورة أمامه والحدود التي يصفد بها بتقرير الخبير وله أن يرجح الشهادة الشفوية على المكتوبة وعند كثرة تعدد الشهادات المقدمة يعتمد بذلك إحداها ويعتبر أنها تتفق دون سواها مع الواقع للقانون الأجنبي الذي يراد إثباتها، ويفضل الشهادة التي صدرت من مرجع خاصٍ ومُعيّن على الشهادة الصادرة عن مرجع رسمي، فليس المقصود بالشهادات إنما مضمونها [2]، للمحكمة من ذاتها أن تنتخب خبيراً في القانون الأجنبي لتحديد مضمونه وتتشابه هذه الطريقة مع الشهادة العرفية، إلا أنّ الأخيرة تستدعي أن تكون مصدقة من جهة رسمية، فإن لم تكن الشهادة صدرت عن مرجع رسمي خاص كنا أمام الخبرة، بالعادة يكون الخبير شخصاً ملماً بأحكام القانون الأجنبي ولديه الخبرة فيه وعادة يتم اللجوء لهذا النوع من الشهادة في القضايا التحكيمية، والخبير وإن كان شاهداً في إثبات محتوى القانون الأجنبي إلا أنّ شهادته لا تجرّ مغنماً أو تدفع مَغرماً باعتبار الشاهد لا يُدلي بمعلومات ذاتية عن مشاهدات حسّية، ولكن معلومات موضوعية تتناول فحوى القانون الأجنبي [3]، وأن تراعي المحكمة في خبير الإحاطة والإلمام بالقانون الأجنبي والكفاءة وأن تفسح للخصوم مناقشة شخص

---

(1) التي لخصت وقائعها بان فتاة انكليزية عمرها(12) سنة متوطنة مع والدتها في دولة العراق تزوجت من مواطن عراقي وطلبت الام ابطال عقد الزواج لعدم اكتمال أهليتها وبذلك ذهبت لمحكمة المواد الشخصية إلى القول أن الأهلية في مسألة الأحوال الشخصية للأجانب في دولة العراق تخضع لقانون جنسيتهم لكم شرط عدم مخالفة النظام العام في العراق وبهذا فان القانون الإنكليزي هو واجب التطبيق في هذا النزاع المعروض لأنه قانون كل من المدعية (الام) والمدعى عليها (الفتاة)،لذا سألت المحكمة القنصلية البريطانية في محافظة بغداد عن حكم القانون البريطاني في القضية، أوفدت بذلك القنصلية مستشارها القانوني إلى بيان ووضوح حكم القانون الإنكليزي في القضية . الداودي، غالب على، مرجع سابق، ص138.

(2) الموسوي، علي فوزي، مصدر السابق، ص69.

(3) منصور، سامي بديع، مرجع سابق، ص683.

الخبير في الخبرة التي يلم بها ويبقى صاحب السلطة التقديرية في اعتماد الخبرة من عدمها هي المحكمة؛ حيث إن الخبرة باعتبارها بينة من بينات الدعوى [1].

ثالثاً: النصوص القانونية وترجمتها

الأصل العام حرية القاضي في إثبات مضمون القانون الأجنبي فأن له أن يستعين بنصوص القانون الأجنبي عن طريق القنصلية أو وزارة الخارجية أو السفارة سواء كانت النصوص تلك صدرت عن هيئة متخصصة أو وارد في كتاب قانون يعتمد مصداقية في الإثبات كانت لها ولا اختلاف بالحكم في تقديم النصوص باللغة الأجنبية أو ان تترجم إلى لغة المحكمة الرسمية، وتنعم المحكمة بسلطة تقديرية واسعة بهذا المجال [2]، من التشريعات التي نصت على ذلك قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني فجاء فيها"1- في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليها مشفوعة بترجمة رسمية 2- وإذا قدم أحد الخصوم مستندات الفقهية بلجوء لهذه الأخيرة محررة بلغة أجنبية وجب أن يرفق بها ترجمة رسمية أو عرفية لا يعترض عليها خصمه وللمحكمة في جميع الأحوال أن تكلف الخصوم بتقديم ترجمة رسمية" [3]، لعل هذه الطريقة هي خير سبيل في ذلك بأنها تمكن القاضي والخصوم في الوقت ذاته من النظر والاطلاع على نصوص القانون بوضع مباشر في حين لو توجد ترجمة بجانب النص ومن ثم ذلك المحكمة لا تواجه أي صعوبة وخاصة لو كانت هذه النصوص صدرت من جهة مختصة من التعرض لأحكام القانون الأجنبي المختص وحل النزاع المعروض يعد الأسلوب

---

(1) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص62.

(2) حافظ، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص340.

(3) أنظر: المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية رقم (24) لسنة 1988.

هذا متفقا ومهام القاضي إذ يستند على نصوص القانون الأجنبي بشكل مباشر دون أن اللجوء لأصحاب الخبرة أو يستند على الأحكام القضائية السابقة، وإنها أفضل من المؤلفات كونها تفتقر لصفة الرسمية وقليلاً ما نجد المحاكم تستند على المؤلفات الفقهية في أحكامها [1].

رابعاً: المؤلفات الفقهية

ذهب الاتجاه المعتمد فقها وقضاء وفي القانون المقارن إلى يمكن للقاضي الانتفاع من المؤلفات الفقهية وأيضاً الدراسات القانونية والمراجع التي يعرضها الخصوم في الدعوى المنظورة أمام المحكمة لأجل إثبات مضمون القانون الأجنبي لكونها تلك المؤلفات تضمن على تفسير وشرح لهذا القانون وقد أخذت محاكم غربية وعربية بهذه الطريقة أو الوسيلة [2].

خامساً: الأحكام القضائية

الأحكام القضائية وسيلة من وسائل التحري والكشف عن مضمون القانون الأجنبي التي تفسح للخصوم الاستناد إليها في الإثبات فان قضاة الموضوع لهم أن يستعينوا بالأحكام القضائية التي صدرت في منازعات مماثلة لتلك المعروضة أمام القضاء الوطني في ذلك يستوي أن تكون الأحكام القضائية صدرت عن القضاء الوطني تطبيقاً لقانون أجنبي محدد أو صدرت عن القضاء الأجنبي في دولة القانون الأجنبي موضوع الإثبات أو قضاء دولة أخرى أجنبية مثل كأن يستعين الحاكم العراقي بحكم صادر عن القضاء المصري يتضمن إثباتاً لمضمون القانون الأردني يخص نزاع معين [3]، تكمن خطورة في هذا

---

(1) الفرطوسي، ختام، مرجع سابق، ص58.

(2) عبد العال، عكاشة محمد، مرجع سابق، ص395.

(3) المرجع السابق نفسه، ص396.

المصدر في الدولة التي لا تعتد السوابق مثل دولة العراق التي لا تعطي للسوابق القضائية إلا قيمة نسبية [1]، إلا أنه سيبين حكم القانون الأجنبي في تلك القضية ولابد من تشابه وتماثل الحقائق والظروف بين القضيتين حتى يمكن القياس عليها بالحكم وأن هذه الأحكام قد تكون موجودة في النشرات القضائية (يستلزم أن تكون حديثة) أو تزود بها المحكمة عن طريق الخصوم أو من قبل السفارة أو القنصلية أو وزارة الخارجية أو المحكمة الأجنبية أن كان ممكن ذلك [2]، وفي المملكة الأردنية الهاشمية لا تعد السوابق القضائية مصدر للقانون.

الفرع الثاني: الوسائل الاحتياطية

الإنابة القضائية واضطلاع الدولة بدورها بتوفير القوانين الأجنبية وعقد الاتفاقيات ما بين الدول تعد وسائل احتياطية لإثبات مضمون القانون الأجنبي [3]، بالتالي سنوضح في نقاط عن هذه الوسائل وهي الإنابة القضائية، إنشاء مراكز علمية من الوسائل المقترحة، تخصيص دوائر في بعض المحاكم وهي أيضاً من الوسائل المقترحة، عقد المعاهدات الدولية.

أولاً: الإنابة القضائية

وتعني الإنابة القضائية (أنها طلب من السلطة القضائية المنيبة لسلطة المناب قضائية أو دبلوماسية كانت التبادل أساسه بالأخذ بأجراء من إجراءات التحقيق أو جمع الأدلة والبراهين في الخارج وأيضاً أي إجراء قضائي آخر يلزم الأخذ به للفصل في مسألة معروضة أمام القاضي المنيب وليس في باستطاعته

(1) الهداوي، حسن، الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص211.

(2) حافظ، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق ص340.

(3) الموسوي، علي فوزي، مرجع سابق، ص73.

القيام به بنفسه في اختصاصه) [1]، وعلى سبيل الافتراض لو أنظر نزاع مشوب بعنصر أجنبي أمام القضاء العراقي وكان القانون المختص مثلاً هو القانون التونسي فللمحكمة العراقية أن تنيب أحد الجهات القضائية التي تتبع الدولة الفرنسية لتزويدها بنسخة من القانون أو بعض الأحكام الخاصة بالنزاع وهذه الوسيلة ذات فائدة ونفع وغالباً ما تؤدي إلى أن تصل لأحكام القانون الأجنبي من مصادره بشكل يتلاءم مع النزاع المعروض ذلك عندما يقوم القاضي بأرسال طالب الإنابة إلى الجهة المنيبة فإنه يطرح أسئلة دقيقة ليس باستطاعته التوصل إلى إجابة لها في حين عندما ترسل الجهة المنيبة إجاباتها فإنها قد تكون حسمت النزاع وعدت مسألة التأخر في انتهاء وحسم النزاع [2].

ثانياً: إنشاء مراكز علمية

هذه الوسيلة يمكن أن تقوم الدولة بإنشاء مراكز علمية للقوانين الأجنبية وأن تشرف عليها وزارة العدل وتوفر المستندات المتعلقة بمختلف القوانين الأجنبية مدعومة بترجمة وأيضاً يتوافر خبراء عن ذوي الاختصاص الأساتذة الجامعيين والقضاة والمحامين من ذوي الخبرة [3]، تتم الفائدة المرجوة من هذه المراكز يجب التزويد بأجهزة الحاسوب عبر" الانترنت" لتواصل مع التطورات التي حصلت على القوانين الأجنبية من حيث صدر تعديلات على القوانين أو إلغائها هكذا تحقق السرعة في حسم النزاع المشوبة بعنصر أجنبي وعندما يتعذر الوصول مثلا لأحكام القانون الفرنسي عبر شبكة الإنترنت يمكن التواصل مع وزارة العدل الفرنسية أو إحدى محاكمها وأخذ المعلومات بهذا الخصوص.

---

(1) عبد العال، عكاشة محمد (1998). أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، (دراسة مقارنة)، ج1، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص286.

(2) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص303.

(3) الفرطوسي، ختام، مرجع سابق، ص70.

ثالثاً: تخصيص دوائر في بعض المحاكم

هذه الطريقة مقتضاها أن تخصص دوائر محددة في بعض المحاكم والتي فيها يكثر حصول المنازعات الدولية التي تنظر أمامها، بذلك تكون مهمتها الفصل في الدعاوى التي تثير تنازعا بين القوانين هذه الطريقة تعد من الوسائل المثلى إذ أنها ستكون استطاعتها أكثر من غيرها على تفهم القوانين الأجنبية لكي توفر الخبرة لديها من خلال تكرار تطبيق قانون أجنبي محدد ومعين للمشكلة ذاتها مرات عدة [1].

وتبنت بعض المحاكم من الدرجة الأولى في دولة العراق هذه الوسيلة أو الطريقة إذ خصصت دائرة محددة في هذه المحاكم لكي تنظر في القضايا الأحوال الشخصية للأجانب [2]، هذه الوسيلة منافع كثيرة ومتعددة هي من جانب تدخل الطمأنينة والراحة للخصوم الذين لا يراد منهم أي دور على وفق هذه الوسيلة وذلك بحكم الخبرة الموجودة والمتراكمة لهذه المحاكم ومن جانب آخر هي تسهم بسرعة نظر المنازعات وذلك المحاكم لا تلجأ إلى الجهات الأخرى وإنما تفصل في النزاع بصورة مباشرة [3].

رابعاً: المعاهدات والاتفاقيات الدولية

تعتبر المعاهدات هي المجال والطريق الخصب لتقنين قواعد القانون الدولي الخاص هي أيضاً تقوم بدور الرافعة بتوحيد القانون الدولي الخاص وان من هذه الاتفاقيات ما يحتويه بالتوحيد قواعد التنازع في ذاتها والبعض الآخر منها تهدف لتوحيد القواعد الموضوعية في حد ذاتها [4]، وانضمت المملكة الأردنية الهاشمية إلى عدة اتفاقيات دولية منها اتفاقية نيويورك المتعلقة في الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية

---

(1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص305.

(2) الفرطوسي، ختام، مرجع سابق، ص71.

(3) نفس المصدر أعلاه في النقطة الثانية.

(4) فهمي، كمال محمد، مرجع سابق، ص40.

وتنفيذها لسنة 1958، اتفاقية وارسو والتي تعلقت بتوحيد قواعد النقل الجوية لسنة 1929، واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البحري للبضائع (قواعد هامبورغ) لسنة 1978، اتفاقية الخاصة بأتمتة إجراءات وأمور الجمارك لسنة 2013 [1].

وإن أغلب الدول تنبهت الأهمية لتبادل المعلومات المتعلقة بقوانينها بذلك لجأت لعقد اتفاقيات جماعية أو الثنائية لهذا الغرض منها اتفاقية التعاون القضائي بين دولة العراق ومصر سنة (1964) نصت المادة الأولى منها على (يتعهد الطرفان الساميان المتعاقدان بتبادل المعلومات والوثائقي الشؤون القانونية والقضائية وبالعمل المشترك من أجل تحقيق أكبر قدر من الوحدة بين تشريعات كل منهما). وكذلك الاتفاقية القضائية بين العراق وألمانيا الديمقراطية سنة (1971)[2]، واتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول مجلس التعاون العربي سنة (1989) أحد أطرافها العراق ونصت على ذلك في المادة الثانية منها على أن الأطراف المتعاقدة تتبادل بصفة منتظمة نصوص التشريعية النافذة البحوث القانونية والقضائية والمطبوعات والنشرات والمجلات التي تنتشر فيه الأحكام [3].

(1) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص64.

(2) أنظر: المادة (40) من الاتفاقية القضائية بين العراق وألمانيا الديمقراطية والتي جاء فيها "تزود وزارتا العدل الطرفين المتعاقدين، كل منهما الأخرى بطلب منها، بمعلومات القوانين والتعامل القانوني في دولتيهما، كما تحيط كل منهما الأخرى علما بالقوانين التشريعية المهمة في مجالات اقامة العدالة وتتبادلان تجاربهما في تدوين القوانين. وفضلا عن نصوص القوانين يتم بين البلدين تبادل الشروحات والأدبيات الأخرى فيما يتعلق بالتشريعات واقامة العدل".

(3) عثمان، اميد صباح (2011). القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير تعاقدية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، ص136.

المطلب الثاني
تعذر بإثبات القانون الأجنبي

إن كان القاضي عالماً بمضمون ومحتوى القانون الأجنبي يلزم عليه تطبيقه بعد إشعار الأطراف بذلك وإذا كان يجهل مضمونه فيكلف الخصوم بإثباته ولكن قد يفشلوا في مهمتهم أو يتقاعسوا بأدائهم على رغم من أن المحكمة أعطت لهم الوقت الكافي [1]، استنفاذ القاضي الأردني والعراقي جميع الوسائل المطروحة والمتاحة لإثبات مضمون القانون الأجنبي.

أن تعذر إثبات القانون الأجنبي ولم يصل إلى إثباته سواء كل من القاضي أو حالة العجز بتقديم الدليل من الخصوم على إثبات هذا القانون [2].

وإن لم يتوصلوا إلى القيام بذلك ما هو الحل في ذلك أن الفقه قد واجه مشكلة في التوصل لأحكام القانون الأجنبي في دراساته وكان نتيجة ذلك طرحت عدة آراء ليستطيع القاضي من خلالها مواجهة المشكلة هذه [3].

وقد قدّمت بهذا الشأن ثلاثة اتجاهات مهمة سنوضحها بشكل ثلاثة فروع:

الفرع الأول: رد الطلب (الدعوى)

وجوب امتناع القاضي للفصل في النزاع ورد الطلب وهذا ما أخذت به المحاكم الأمريكية في الولايات

---

(1) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص238.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص241.

(3) الفرطوسي، ختام، مرجع سابق ص59.

في قضية "والتن" [1]. في حين امتناع القاضي عن الفصل في النزاع ورد الدعوى بسبب إهمال الخصوم في إثبات القانون الأجنبي وكذلك عدم المعرفة في إثبات مضمونه من قبل القاضي هذه النظرية تؤدي إلى انكار العدالة[2]،لأن القاضي في الأمور المدنية ملزم بالحكم لتعدد وكثرة مصادر القاعدة القانونية في الحياة الداخلية وما أكدته كل من القانون الأردني [3]، والقانون العراقي في موادها حيث جاء في المادة (2/1) من القانون المدني العراقي" فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".

وإن رد القاضي الأردني أو القاضي العراقي الطلب أو الدعوى بحجة تعذر الحصول على القانون الأجنبي يعرضهما للمساءلة باعتبارها منكراً للعدالة.

وبالرغم من الانتقاد الذي وجه لهذا الاتجاه فإن القضاء الحديث في فرنسا قام بتمييز بين حالتين الأولى يعمد فيها الخصم عن سوء النية أو بسبب إهماله إلى الامتناع برغم تكليفه من قبل القاضي بذلك

---

(1) منذ عام 1954 صدر حكم في قضية مضمونها في ان اصيب والتن وهو موظف حكومي بسبب حادث اصطدام مع إحدى السيارات التابعة لشركة أرامكو في المملكة السعودية كان يقودها امريكيان، رفع والتن دعوى تعويض أمام محكمة نيويورك والتي اثارت تطبيق القانون السعودي من تلقاء ذاتها تطبيق مكان وقوع الفعل الضار وهو القانون السعودي طلبت المحكمة قيام المدعي بإثبات مضمون القانون الأجنبي ولكن عجز عن ذلك مما دفع بها لرفض طلبه بالتعويض. عثمان، اميد صباح، مصدر السابق، ص137.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص241.

(3) أنظر: المادة (3/2/2) من القانون المدني الأردني نصت على"2–فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون،3 –فان لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة...".

وبهذه الحالة يمكن رد الدعوى وثانيا التي يعجز فيها عن إثبات القانون الأجنبي يلزم على القاضي الفصل في الدعوى مطبقاً قانونه الوطني [1].

الفرع الثاني: تطبيق القانون الأجنبي الأقرب في أحكامه إلى القانون الذي تعذّر إثباته

ويعني بالقانون الأقرب في أحكامها حد القانونين أما القانون الذي ينتمي لنفس العائلة مثال إحلال القانون الإنجليزي محل القانون الأمريكي أما الثاني القانون الأقرب اتصالاً بعد القانون الذي تعذر إثباته مثال في ذلك قضية تعلقت بأهلية شخص إحلال قانون محل الإقامة محل قانون الجنسية إذا تعذر إثبات الأخير [2].

إن تطبيق القانون الأقرب لأحكامه إلى القانون الذي تعذر إثباته يتحدد بالطريقة الأولى يؤخذ بالقانون الذي يحضر في الدرجة الثانية بعد القانون الذي صعب إثباته من جهة اتصاله بالعلاقة كأن يطبق قانون محل الإقامة تعذر واستحالة إثبات قانون الموطن أو كأن يلجأ القاضي إلى تطبيق أخر كبديل بحالة وجود قاعدة إسناد تساعد في هذا التطبيق مثلا ما جاء "1- يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري وهذا ما جاء قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدين أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه "[3]، إذا صعب إثبات مضمون أحد هذه القوانين أمكن إثبات مضمون ومحتوى الآخر.

---

(1) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص239.

(2) غصوب، عبده جميل (2008). دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ص163.

(3) أنظر: المادة (1/25) من القانون المدني العراقي.

بنص يشابه النص أعلاه في القانون الأردني والتي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على هيئة التصرفات القانونية والتي نصت على سريان محل أو مكان إبرام التصرف أو قانون مكان المتعاقدين المشابه لكل منهما أو قانون الذي يحكم الموضوع، لو مثلا أبرم عقد في دولة رومانيا و الموطن المشترك للمتعاقدين كان المملكة الأردنية، وثار نزاع حول هذا العقد فالأصل أن يحكم هذا النزاع القانون الروماني وفقا للمادة 21 فإذا أستحال وتعذر إثباته للقاضي الحق في أن يطبق القانون المكان المشترك للمتعاقدين لاعتباره القانون الأقرب في حكم هذا النزاع [1].

والطريقة الثانية تسن على تماثل بين القوانين مثلا يطبق القانون الإنجليزي وتعذر إثبات القانون العراقي أو الأمريكي بدلاً من المصري وتؤخذ على هذه الطريقة استصعب تطبيقها لاستحالة التماثل من الناحية العملية [2].

الفرع الثالث: تطبيق قانون القاضي

إن مبرر تطبيق قانون القاضي بهذه الحالة تطابق أحكامه ليست مطابقة لأحكام القانون الأجنبي وإنما له من اختصاص احتياطي شامل عند تعذر واستحالة الوصول لمضمون القانون الأجنبي الخاص بحكم العلاقة [3]، وإن صاحب الاختصاص الاحتياطي في هذه الحالة أكثر ملائمة لحكم النزاع والأنسب لتحقيق العدالة لاعتبارات عملية كثيرة وفي الوقت ذاته تؤدي لتجنب الامتناع لفض النزاع ورفض نظره [4]،

---

(1) أنظر: المادة (21) من القانون المدني الأردني نصت على" تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك". يلزم التفريق بين القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد والقانون الواجب التطبيق على شكل العقد.

(2) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص240.

(3) غصوب، عبده جميل، مرجع سابق، ص164.

(4) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص270.

ولم يتعرض القانون والقضاء الأردني للحل الواجب الأتباع عند تعذر إثبات القانون الأجنبي إذ بأن المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدنية لم تحدد الحل في تعذر الخصم تقديم ترجمة رسمية للقانون الأجنبي أو في حالة تعذر القاضي حصوله على أحكام القانون الأجنبي [1]، ويفهم من نص المادة (25) للقانون المدني الأردني والذي نصت على "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين"، بأن قانون القاضي هو الأسلوب الذي ينبغي أن يطبق على النزاع المنظور إذ ما تعذر واستحال الوصول لأحكام القانون الأجنبي [2].

أما موقف المشرّع العراقي جاء التشريع خالياً من أي نصّ صريح بشأن المسألة هذه إلا أنّ الفقه يؤكد للقاضي العراقي أن يطبق قانونه الوطني في حالة تعذّر واستحالة الوصول إلى أحكام القانون الأجنبي [3]، ويؤيد العديد هذا الاتجاه استناد لنص المادة (30) من القانون المدني العراقي جاء فيها "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص، من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا" [4].

وأيضاً نص المادة [5] التي تقضي بتطبيق قواعد العدالة في حالة تخلف النص التشريعي والاهتداء بالأحكام التي أقرها الفقه والقضاء في دولة العراق ومن ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع

---

(1) الهداوي، حسن (1995)، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، عمان، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص50.

(2) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص162.

(3) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص140.

(4) ياسين، مصطفى كامل، مرجع سابق، ص174.

(5) أنظر: المادة (2/1) من القانون المدني العراقي" فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة".

القوانين العراقية وإن كانت قواعد العدالة تستمد وتأخذ من القوانين التي تتقارب وتتماثل مع القوانين العراقية يكون من الاحرى والأولى جعل تطبيق القانون العراقي الأقرب لتحقيق العدالة بحالة عدم تحديد مضمون ومحتوى القانون الأجنبي [1].

(1) محمد، حميد فيصل (1998). خضوع العقد لقانون الارادة دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، مقدمة إلى جامعة صدام، ص111.

الفصل الرابع
تفسير القانون الأجنبي وآلية استبعاد تطبيقه

يثير تطبيق القانون الأجنبي عدة إشكاليات تتعلق بتطبيق قاعدة الإسناد من حيث تفسير القانون الأجنبي وهذا ما نوضحه في المبحث الأول من هذا الفصل، واستبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي وهذا سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول
اجراءات تطبيق القانون الأجنبي

ان القاضي الوطني يواجه صعوبات كثيرة حتى يصل إلى مضمون القانون الأجنبي ليطبقه على النزاع المنظور أمامه، منها ما يتعلق بتفسير القانون الأجنبي وهذا ما سنوضحه في المطلب الأول من هذا المبحث، وأيضاً سنتناول في المطلب الثاني دستورية القانون الأجنبي، وفي المطلب الثالث رقابة محكمة التمييز لتفسير وتطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول
تفسير القانون الأجنبي

إن تطبيق القاعدة القانونية تقتضي تفسير معانيها وتعين وتحديد نطاقها بشكل دقيق لاختلاف دلالة المصطلح القانوني أو اللفظ لدى الأطراف بسبب النقص أو الغموض أو الخطأ أو التناقض الذي تنطوي عليه من جهة والاختلاف في المقاصد والمعاني لواضع النص من بلد إلى بلد آخر تتكفل هذه العملية

عملية التفسير بإزالة هذا الغموض والكشف والوضوح عن مقصد المشرّع [1]، فالتفسير يقصد به "هو تحديد المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية وتعيين نطاقها حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصددها تطبيق القاعدة" [2].

في حين أن القانون الأجنبي أمام محكمة الموضوع يثير أمرين الفرع الأول من هذا المطلب يتمثل بتفسير القانون الأجنبي بنفس أسلوب تفسير القانون الوطني، والفرع الثاني يتمثل بتفسير القانون الأجنبي بالأسلوب السائد في النظام القانوني للدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها.

الفرع الأول: تفسير القانون الأجنبي بنفس أسلوب تفسير القانون الوطني

اخذ هذا الاتجاه بإعطاء المحاكم الوطنية الحرية الكاملة في تفسير القانون الأجنبي، واجاز أتباع الأسلوب ذاته المتبع في تفسير القانون الوطني باعتبار القانون الأجنبي إذا تقرر تطبيقه بأمر من قواعد الإسناد الوطنية فإنه يختلط مع القانون الوطني ويكون جزء منه (النظرية الإيطالية فكرة الاندماج المادي)، ولا يجب تقييد حرية القاضي الوطني في تفسيره بالطرق القضائية الشائعة في الخارج إلا إذا كان القضاء مصدراً رسمياً للقانون الذي يرادا تفسيره وتطبيقه ويرى الدكتور "هشام علي صادق" حكمة التشريع تتطلب تقيد القاضي بالحلول القضائية الثابتة في الدولة التي يطبق قانونها حتى لو لم يكن القضاء هنالك مصدراً

(1) قرماز، ناديا (2012). تطور دور القاضي في تفسير قانون العقد واشكاليات التطبيق، حالة سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (4)، العدد(2)، ص71.

(2) البدراوي، عبد المنعم (1996). المدخل للعلوم القانونية، (د. ط)، دار النهضة العربية، بيروت، ص209.

رسمي لقواعد القانون [1]، إن بعضا من قوانين الدول التي اخذت بتفسير القانون الأجنبي بذات أسلوب القانون الوطني هي دولة النمسا وإيطاليا ودول أمريكا اللاتينية وتركيا وروسيا.[2]

الفرع الثاني: تفسير القانون الأجنبي بالأسلوب السائد في النظام القانوني للدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها

إن جانب من الفقه العراقي له رأي: يرى أن تفسير القانون الأجنبي بالأسلوب الشائع في النظام القانوني للدولة الأجنبية المقرر أن يطبق قانونها قد تبان مشاكل فيه تتمثل بوجود تفسيرات متضاربة كأن تذهب محاكم الاستئناف باتجاه محدد وأخرى منها باتجاه آخر ولم يتح لمحكمة التمييز أن تعاين وتنظر في هذا الموضوع والمسؤولة عن سلامة وأمان التطبيق ويبدو انه مستعصً رفع مثل هذا التعارض [3].

ولكن هناك جانب آخر من الفقه له رأي مختلف تماماً عما ذكر سابقاً وهو وجوب الإقرار لحرية القاضي الوطني بتفسير القانون الأجنبي المختص بالأساليب والمعايير ذاتها التي تتبع لتفسير قانونه الوطني بهذا التفسير قد يظهر للقاضي الوطني أن القانون الأجنبي المختص يخالف النظام العام أو الآداب مثلاً في المملكة الأردنية الهاشمية وبالتالي يلزم استبعاده وفق المادة (29) من القانون المدني الأردني التي نصت على "لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية" في حين قيام القاضي الوطني بتفسير

(1) صادق، هشام علي، مرجع سابق، ص127.

(2) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص272.

(3) الموسوي، علي فوزي، المصدر السابق، ص76.

القانون الأجنبي المختص وفقا للطرق والمعايير التي اتبعت في قانونه ليس هناك فيها أي تجاوز على اختصاص ووظيفة قضاء الدولة الأجنبية التي أقر تطبيق قانونها في النزاع المنظور [1].

ونؤيد ما أخذت به دولة العراق من رأي بتفسير القانون الأجنبي بالطرق والمعايير ذاتها التي يقوم بإتباعها القاضي العراقي بتفسير قانونه الوطني استنادا في رأينا هذا لنص المادة (3) من قانون [2]. التي أوجبت القاضي العراقي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع لحظة ان يطبق وليس الحكمة تلك التي يخمنها ويتصورها المشرّع عند وضع النص القانوني، لأن ذلك يحتمل أن تتغير الحكمة التشريعية من النص مع الزمن وبهذا قد يظهر للقاضي العراقي أن القانون الواجب التطبيق بعد تفسيره أصبح تغيير في الحكمة التشريعية من القانون بمرور الزمن وأصبحت تخالف النظام العام والآداب في العراق وعليه يجب استبعاده وفقاً للمادة (32) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق" [3].

المطلب الثاني
دستورية القانون الأجنبي

إن من المبادئ القانونية الثابتة والمتفق عليها في فقه القانون الدستوري هو مبدأ سمو الدستور والذي يعني به إلزام اتباع السلطات العامة في الدولة لقواعد وأحكام الدستور واهم النتائج لهذا المبدأ هي تكمن

---

(1) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص273.

(2) أنظر: المادة (3) من قانون الإثبات العراقي رقم(107) لسنة 1979 المعدل جاء فيها " ألزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه".

(3) مخيبر، عدنان يونس، المرجع سابق، ص30.

في الرقابة على دستورية القوانين لضمان التزام سلطات الدولة كافة بالتقيد وعدم مخالفة أحكام الدستور ومن السلطات ضمنها السلطة التشريعية يوجب التزامها بأحكام الدستور فيما تصدره من القوانين [1].

بعض النظم الدستورية تقرر مبدأ رقابة القضاء على دستورية القوانين وفي الحالة هذه يجب التفرقة بين الرقابة الشكلية على دستورية القوانين وهذا ما سنوضحه في الفرع الأول، والفرع الثاني الرقابة الموضوعية:

الفرع الأول: الرقابة الشكلية على دستورية القانون الأجنبي

هي تلك الإجراءات التي يلزم اتباعها في دولة القانون الأجنبي عند إصداره من نشر وتصديق ذهب غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص في دولة العراق إلى قيام المحاكم العراقية بفرض الرقابة على الدستورية الشكلية للقانون الأجنبي عنما يطبقه القاضي العراقي وذلك لوجوب التأكد من استيفاء الشروط الشكلية لدستورية القانون الأجنبي كالنشر والتصديق [2].

لا تثير الرقابة الشكلية مشكلة في المبدأ وأجمع الفقه والقضاء منعقداً على أن عندما يطلب من القاضي تطبيق القانون الأجنبي يتحقق هو من وجود الشروط الشكلية التي يتطلب توافرها في المطلوب تطبيقها الأجنبي وأيضاً المبادئ العامة الشائعة دستور الدولة الأجنبية للقاعدة التشريعية كوضعه الضروري من سلطة المختصة بالمراحل التشريعية المعينة واصداره ونشره في الجريدة الرسمية ووقت الإصدار والنشر والعمل على تصحيح الأخطاء... إلخ، والقانون سواء كان وطنيا ام أجنبياً الذي لم يكن مستوفيا الإجراءات هذه المحاكم ستمتنع عن تطبيق القانون الغير متسم بالشكل الذي اوجبه دستور الدولة

(1) الطهراوي، هاني علي (2008). النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص356.

(2) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص257.

الذي نسب اليها ذلك القانون [1]، والحال أن طبق القاضي الوطني قانون أجنبي غير مستوف لشروط الشكلية يعني قد خالف قاعدة التنازع الوطنية والقانون الأجنبي في آن واحد [2]، ويقودنا هذا لأمر مهم أن جانب من الفقه اعتبر قواعد الإسناد الوطنية في الأحوال جميعها متعلقة باعتبارات خاصة بسياسة التشريع، وبالتالي ان هذا الأمر دخل في جوهر فكرة النظام العام والبعض من الفقه الآخر ذهب أن اغلبية تطبيقات قاعدة الإسناد تتعلق بالنظام العام والنصوص الآمرة في دولة المحكمة [3]، ومن خلال موقف الفقه بخصوص قاعدة الإسناد وتعلقها بالنظام العام وجب عليه للقاضي الوطني أن يتحقق من دستورية القانون الأجنبي المختص وبما أن قاعدة الإسناد تتعلق باعتبارات خاصة بسياسة التشريع فان القانون الأجنبي إن لم يستوفِ الشروط الشكلية التي فرضها دستور الدولة وصدر عنها سيثير مسألة الرقابة الشكلية التي يستطيع القاضي الوطني من خلالها الدفع بعدم دستورية القانون الملزم التطبيق كون ان الرقابة الشكلية أمر يجب القيام به، وإن قام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي الذي لم يستوفي الشروط على النزاع المنظور المشوب بعنصر أجنبي هنا قد خالف قاعدة التنازع الوطنية وخالف القانون الأجنبي ولا يصح كما قلنا سابقاً، بتالي انه خالف النظام العام في دولته لسبب مخالفة قاعدة الإسناد الوطنية.

---

(1) الهداوي، حسن، مصدر السابق، ص216.

(2) غصوب، عبده جميل، مصدر السابق، ص156.

(3) منصور، سامي بديع، مصدر السابق، ص702.

الفرع الثاني: الرقابة الموضوعية

وتعني موافقة القاعدة القانونية الأجنبية لدستور دولتها أي دستور دولة القانون الأجنبي إن فرضت عليها الرقابة من المحاكم الوطنية في دولة القاضي الوطني المعروض أمامه النزاع [1]، أي أن دستور دولة القانون الأجنبي يمتنع فرض الرقابة الدستورية الموضوعية لمحاكم دولته بهذه الحالة أن المحاكم الوطنية في دولة القاضي الوطني لا يمكن فرضها على القانون الأجنبي عندما يطبق وينبغي على القاضي الوطني الامتناع عن تطبيق القانون الأجنبي المخالف لدستور دولته من الناحية الموضوعية [2].

ان دساتير بعض الدول تمنع القضاء من ممارسة الرقابة الدستورية على القوانين من ناحية الموضوع ودساتير دول أخرى منحتها الحق ودساتير دول أخرى سكتت عن ذلك [3].

جانبٌ من فقه القانون الدولي الخاص في العراق يرى بمجرد موافقته للدستورية الشكلية في دولة القاضي إمكانية في تطبيقه حتى وان لم يتفق مع شروط الدستورية الموضوعية [4]، وأقر بمبدأ الرقابة الدستورية للمحكمة الاتحادية في دستور العراق لسنة (2005) الدائم في المادة (93) والتي تنص على "أنه تختص المحكمة الاتحادية العليا بما يأتي: أولاً الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة " ولكن الدستور العراقي لم يوضح الرقابة لدستورية القوانين الأجنبية الملزمة التطبيق بحسب قواعد الإسناد العراقية في هذه المادة وانما فقط نص على اختصاص المحكمة الاتحادية والرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة في العراق وهناك رأي لفقه العراقي ذهب إلى أن حق القاضي العراقي مراقبة الدستورية

---

(1) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص257.

(2) المرجع السابق نفسه، ص258.

(3) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص275.

(4) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص258.

الشكلية والموضوعية للقوانين المصرية مثلاً لو كانت واجبة التطبيق بحسب قاعدة الإسناد العراقية والعكس صحيح [1].

أما في المملكة الأردنية الهاشمية خلت دساتيرها المتعاقبة لسنة 1928 و1946 و1952 من أي نصٍ صريح متعلق برقابة دستورية القوانين إيجابياً كان أو سلبياً لا هي أناطت القضاء ممارسة حق الرقابة ولا منعته [2].

ولما صدر قانون المحكمة [3] على أن اختصاص المحكمة دون غيرها تنظر فأن اختصاص محكمة العدل العليا بممارسة رقابة دستورية القوانين في المملكة الأردنية تنحصر بإيقاف العمل بقانون مؤقت يخالف الدستور أو نظام مخالف للقانون، ونعتقد أن القضاء الأردني له حق ممارسة الرقابة الدستورية للقوانين الدائمة شكلاً وموضوعاً لأن القضاء يعمل على تطبيق القانون المستوفي الاجراءات الدستورية الغير مخالفة للدستور، والقانون المخالف للدستور شكلاً أو موضوعاً لا يعد صحيحاً، واختصاص محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون المقدمة من أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام قانون مؤقت مخالف للدستور لا تخل بحق المحاكم النظامية بممارسة رقابة دستورية القوانين الأخرى الغير المؤقتة بأن يمتنع عن تطبيقه لعدم دستوريتها، لذا نرى أن للمحاكم الأردنية النظامية –عدا محكمة العدل العليا– لهم الحق في أن تتأكد من سلامة القانون الأجنبي المختص شكلاً قبل أن يتم تطبيقه، أما من ناحية الموضوع

---

(1) أنظر في الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا (2013). القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، ص331.

(2) أنظر في الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص276.

(3) انظر: المادة (9/أ–7) من قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992 نص على "الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور".

على المحكمة الوقوف على حكم دستور الدولة الأجنبية التي تقرر تطبيق قانونها في النزاع الخاص ذلك وإذا كان يبيح الرقابة القضائية لدستورية القوانين المحكمة الأردنية المعروض أمامها النزاع أن تمارس الرقابة هذه وتتحرى في دستورية أو عدم دستورية القانون الأجنبي المختص وعدم السماح لتطبيقه إذا خالف دستور دولته الأجنبية أما إذا كان دستور الدولة الأجنبية المقرر تطبيق قانونها في النزاع المعروض يمنع الرقابة القضائية على دستورية القوانين المحكمة الأردنية المعروض النزاع أمامها تمتنع عن ممارسة الرقابة دستورية هذه، أو عدم دستورية القانون الأجنبي المختص قبل التطبيق [1].

المطلب الثالث

رقابة محكمة التمييز(النقض) الأردنية والعراقية على تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره

ان في الفقه والقانون المقارن يكاد الرأي يجمع حول مخالفة قواعد الإسناد أو الخطأ في أن تتطبق أو تفسر لتخضع لرقابة محكمة التمييز أو النقض، وان في هذه القواعد هي من صنع المشرّع الوطني يرضخ لها القاضي نزولاً عن إرادة مشرّعه الوطني في وجوب تطبيقها على المنازعات الدولية الخاصة، وعليه؛ إن قدم أحد الخصوم طعن بالحكم كون القاضي الوطني لم يراعِ القانون المختص بسبب التطبيق الخاطئ لقاعدة التنازع بذلك فإنه سيخضع لرقابة محكمة التمييز وجاء الحل هذا بخصوص قاعدة الإسناد كونها قاعدة متوازية لأي قاعدة قانونية أخرى ولو كانت تراعي وتحتفظ بطبيعة خاصة كونها لا تنهي النزاع بصورة مباشرة وإنما تعمل على تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، لذلك تسري بشأنها ما يسري على القواعد القانونية الأخرى أي بذلك ان لمحكمة التمييز الحق في مراقبة تطبيقها وتفسيرها ولو كان

(1) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص242.

هذا التمسك بهذا الدفع لأول مرة أمامها [1]، وفي حين أن استقلال النظام القضائي من مبادئه الأساسية والمهمة وجود هيئة قضائية عليا تحصر وتجمع عملها بالأشراف على المحاكم الأدنى درجة ولتتأكد من أحكام المحاكم تلك تتفق ونصوص القانون ولكي تحافظ أيضاً على مبدأ مساواة الأفراد في المجتمع أمام القانون ووحدة القضاء في الدولة يقتضي ذلك وإن تعددت المحاكم [2]. ومحكمة التمييز الأردنية تمثل أعلى هيئة قضائية تعمل على إشراف تلك المحاكم الأردنية وأن المشرّع الأردني نصّ على تشكيل محكمة التمييز الأردنية الموقرة من القانون تشكيل المحاكم النظامية [3]، وأن من خلال استقراء النصوص في القانون الذي ذكر سابقا في قانون تشكيل المحاكم النظامية يمكن بيان تعريف وايضاح محكمة التمييز بأنها الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على المحاكم جميعها ما لم يوجد نص قانوني يخالف ذلك بهدف توحيد الاجتهادات القضائية في المواضيع المتماثلة [4]. وأنّ المشرّع العراقي نصّ

---

(1) الداودي، غالب علي، مرجع سابق، ص277.

(2) عمر، إسماعيل، وخليل، احمد (2004). قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص651.

(3) أنظر: المادة (9) من قانون تشكيل المحاكم النظامية وتعديلاته رقم (17) لسنة 2009 المنشور على الصفحة (1308) من عدد الجريدة الرسمي (4480) بتاريخ 2001/3/18، والتي نصت على"1- تشكل محكمة التمييز في عمان وتؤلف من رئيس واحد وعدد من القضاة بقدر الحاجة، وتنعقد من خمسة قضاة على الأقل في هيئتها العادية يرأسها القاضي الأقدم، وفي حالة إصرار محكمة الاستئناف على قرارها المنقوض، أو كانت القضية المعروضة عليها تدور حول نقطة قانونية مستحدثة، أو على جانب من التعقيد، أو رأت إحدى هيئاتها الرجوع عن مبدأ مقرر في حكم سابق فتنعقد هيئة عامة من رئيس وثمانية قضاة. 2- إذا لم يشترك رئيس المحكمة في هيئتها العامة فيرأسها القاضي الأقدم. 3-تصدر المحكمة قراراتها بالإجماع أو بالأكثرية. ب. تنشأ في محكمة التمييز غرفة قضائية للنظر في الدعاوى الحقوقية وغرفة قضائية ثانية للنظر في الدعاوى الجزائية، وتضم كل غرفة هيئة واحدة أو أكثر وفقا لما يحدده رئيس هذه المحكمة حسب الحاجة. ج. إذا اقتضى انعقاد محكمة التمييز بهيئتها العامة وكان عدد أعضاء الغرفة المعنية غير كافٍ لإتمام العدد اللازم للهيئة العامة، يقوم رئيس محكمة التمييز بإكمال العدد من الغرف.

(4) أنظر في: الجاف، فرات رستم أمين (2014). الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ص25.

على تشكيل محكمة التمييز العراقية أيضاً من خلال نص المادة[1]،وان وظيفة محكمة التمييز فرض الرقابة أن على تفسير القوانين الوطنية وتوحيد الحلول القضائية السائدة في الدولة وإن أرادت تحقيق مهمتها هذه أن تفرض الرقابة على تفسير قواعد القانون وطنية أو كانت أجنبية على أساس ذكر كلمة "القانون" التي في نص المادة (198) [2]، والتي حددت فيها أحوال الطعن في التمييز وجاء النص مطلقاً يشمل كل من القوانين الوطنية والأجنبية وعلى ذلك الحكم الذي يخطئ في تطبيق القانون الأجنبي أو تفسيره أجاز الطعن فيه أمام محكمة التمييز[3]، ومن خلال نص المادة التي ذكرت سابقاً (198) من قانون أصول المحاكمات المدنية والاجتهادات القضائية لمحكمة التمييز(النقض) نجد هناك تكامل بين النص القانوني وبين الاجتهاد القضائي بتفعيل رقابة المحكمة التمييز القانونية على الأحكام القضائية ويدخل بالرقابة العامة الرقابة على تطبيق الأجنبي [4]. وبنسبة لرقابة محكمة التمييز في دولة القاضي

---

(1) أنظر: المادة (10) من قانون السلطة القضائية رقم (26) لسنة 1963 وجاء فيها" محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا لجميع المحاكم المدنية ويكون مقرها في بغداد وتتألف من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس ومن حكام دائمين لا يقل عددهم عن خمسة عشر وحكام منتدبين وحكام أو قضاة مقررين بقدر ما تدعو إليه الحاجة".

(2) أنظر: المادة (198) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية نصت على "لا يقبل الطعن بالتمييز إلا في الأحوال التالية: 1-إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله. 2-إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم. 3-إذا صدر الحكم نهائياً خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً وحاز قوة القضية المقضية سواءً أدفع بهذا أم لم يدفع. 4-إذا لم يبن الحكم على أساس قانوني بحيث لا تسمح أسبابه لمحكمة التمييز أن تمارس رقابتها. 5-إذا أغفل الحكم الفصل في أحد المطالب أو حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه. 6-إذا كان في الحكم والإجراءات المتخذة في الدعوى مخالفة صريحة للقانون أو كان في أصول المحاكمة مخالفة تتعلق بواجبات المحكمة فعلى محكمة التمييز أن تقرر نقضه ولو لم يأتِ المميز، والمميز ضده في لوائحهما على ذكر أسباب المخالفة المذكورة أما إذا كانت المخالفة تتعلق بحقوق الخصمين فلا تكون سبباً للنقض إلا إذا اعترض عليهما في محكمتي البداية والاستئناف وأهمل الاعتراض ثم أتى أحد الفريقين على ذكره في لائحته التمييزية وكان من شأنها أن تغير في وجه الحكم".

(3) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص109،110.

(4) جلاد، ميادة عبد الغني، مرجع سابق، ص85.

بتطبيق وتفسير القانون الأجنبي يجب ان نميزه على اعتبار القانون الأجنبي عنصر واقع وبين احتفاظه بصفته القانونية وسنوضحه في فرعين:

الفرع الأول: الاتجاه هذا إذا كان القانون الأجنبي مجرد واقعة لا يخضع لقرار الذي صدر بمقتضاه في النزاع من المحكمة الوطنية المختصة للتمييز لدى كل من محكمة التمييز أو النقض لدولة القاضي لأن القرار في الوقائع من محكمة الدرجة الأولى يعد نهائيا لا يخضع لرقابة وتدقيق محكمة التمييز [1].

انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه بالقول أنّ امتناع خضوع القرار الذي صدر من محكمة الموضوع (الدرجة الأولى) بالنزاع المشوب بعنصر أجنبي للتمييز لدى محكمة النقض في دولة القاضي فيه ضرراً محضاً ولأن محكمة الموضوع قد تتأخر وتهمل التحري والبحث وإثبات القانون الأجنبي لأنها تعرف حق المعرفة بأن قضاءها بات غير قابل للطعن وهذا الأمر ليس هناك ما يبرره وبذلك يخالف قاعدة الإسناد الوطنية [2].

الفرع الثاني: الاتجاه الثاني إن احتفظ القانون الأجنبي بصفته القانوني على الرغم من تجاوزه حدود الدولة التي أصدرته يقتضي بالضرورة أن يخضع الخطأ في تفسيره لرقابة محكمة النقض في دولة القاضي هذا الحل وحده عندهم يؤكد الصفة القانوني للقانون الأجنبي رغم عبوره حدود الدولة وطبق هذا الاتجاه صراحة كل من القانون التركي واليوناني والايطالي، كما أخذ بهذا الاتجاه القضاء الإمارات العربية

(1) الداودي، غالب علي، مصدر السابق، ص278.

(2) حافظ، ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص349.

المتحدة والكويت وفي مصر [1]، يرى جانب من الفقه [2] في العراق يجب أن يخضع تطبيق وتفسير القانون الأجنبي المختص في جميع الحالات لرقابة وتدقيق محكمة التمييز في دولة قاضي الموضوع شأنه شان القانون الوطني تماماً لأن مهمة وهدف محكمة النقض المحافظة على وحدة التفسير والحلول وسلامة وحسن التطبيق وأن فهم محكمة النقض لقصد المشرّع في القانون الأجنبي المختص قد يكون أكثر من فهم القاضي المنفرد نتيجة للخبرة الطويلة الموجودة لدى أعضاءها، ولأن القاضي الوطني يهمل التحري والتقصيعن القانون الأجنبي من فهم القاضي المنفرد نتيجة للخبرة الطويلة الموجودة لدى أعضاءها ولأن القاضي الوطني يهمل التحري والتقصي عن القانون الأجنبي المختص وتأويله إذا كان يعلم مُسبقاً أن قراره يعد باتاً نهائياً واستحالة الطعن فيه، ونؤيد نحن الأخذ به في دولة العراق نتيجة انسجامه مع اتجاه المشرّع العراقي ليخضع الخطأ في تطبيق وتفسير أو تأويل القانون المختص في الحالات جميعها لرقابة وتدقيق محكمة التمييز الاتحادية [3].

---

(1) عبد العال، عكاشة محمد، مصدر السابق، ص456.

(2) المرجع السابق نفسه.

(3) أنظر: المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل نصت على " للخصوم ان يطعنوا تمييزا لدى محكمة التمييز في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف... الخ 1-إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله".

المبحث الثاني
استبعاد تطبيق أحكام القانون الأجنبي

ان القاضي الوطني الذي عرض أمامه النزاع لو تمكن من إثبات القانون الواجب التطبيق ومعرفة مضمونه هذا لا يعني انه سيطبقه في جميع الأحوال أي أن هناك بعض من الحالات يستبعد القاضي فيها تطبيق القانون الأجنبي التي أشارت لاختصاصه قاعدة الإسناد في قانون دولته، وقد توصل القضاء والتشريع في مختلف الدول إلى موانع في إطار القانون الدولي الخاص عرفت بموانع تطبيق القانون الأجنبي وهي في الحقيقة مجموعة من الدفوع تؤدي أثارتها والتمسك بها إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص التي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية [1]،إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيق قانون أجنبي مختص وتم التعرف على أحكام هذا القانون، هل يعني ذلك القاضي الوطني ملزم بتطبيق الأحكام هذه، أم هناك حالات يتعين فيها للقاضي الوطني استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق [2]، بذلك يوجد ثلاث حالات سنوضحها في هذا المبحث على ثلاث مطالب بحيث سيكون في المطلب الأول حالة تعارض القانون الأجنبي التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيقه مع المصالح الأساسية للدولة ويعرف بالدفع بالنظام العام، والمطلب الثاني سيكون التحايل من الأفراد على قاعدة الإسناد الوطنية بتغيير ضابط الإسناد عمدا أدى إلى تطبيق القانون الأجنبي على المسألة محل النزاع ويطلق عليه الدفع بالغش نحو القانون، وفي المطلب الثالث نظرية المصلحة الوطنية [3].

---

(1) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص259.

(2) رياض، فؤاد عبد المنعم، وراشد، سامية (1974). الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج2، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص177.

(3) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص111.

المطلب الأول
الدفع بالنظام العام

ويقصد بنظام العام في القانون الدولي الخاص هو ذلك الدفع الذي يراد به استبعاد القانون الأجنبي اللازم التطبيق بخصوص علاقة قانونية معينة واحلال محلها القانون الوطني نظرا لاختلاف الجوهري بالحكم الوارد في كل منهما أو عدم وجود التكافؤ القانوني بين التشريعيين بهذا الخصوص [1]، ويتميز النظام العام الدولي عن النظام العام الداخلي، فالدولي يعني النظام المشترك بين جميع الأمم ويشمل في طيات قواعد يعترف بها من هذه الأمم وتعتبر هذه من قواعد القانون الدولي العام، أما الداخلي فهو يعني مجموعة قواعد القانون الداخلي التي يمنع اتفاق الأفراد على مخالفتها [2].

ومما تقدم أن الدفع بالنظام العام هو وسيلة قانونية لاستبعاد الاختصاص المعقود للقانون الأجنبي عند تعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية لنظام المجتمع في بلد القاضي التي يقم عليها ومن ثم قواعد النظام العام تعد أقوى من قواعد الإسناد وعند التعارض أو التنازع تتغلب الأولى على الثانية [3].

وحرص المشرّع الأردني على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عند تعارض أحكامه مع قواعد النظام العام في دولة القاضي وفي القانون الأردني جاءت نص المادة بالقول ان "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في

---

(1) عبدالرحمن، جابر جاد (1669). تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، ص554-555.

(2) عبدالله، عزالدين (1953). القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث في أنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، ط10، (د. ن)، ص516.

(3) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص114.

المملكة الأردنية الهاشمية"[1]، فإذا سمح المشرّع الوطني بتطبيق القوانين الأجنبية على إقليمه في بعض الفروض فإن هذا ليس انه معناه كما قرر قد منح توقيع على بياض لكافة مشرعي دول العالم وغير مسموح للقاضي بتطبيق قانوناً أجنبياً مفهومه يتعارض مع النظام العام في دولته أي مع المبادئ الأساسية وجوهرية في دولة القاضي فعلى سبيل المثال: لو عرض نزاع أمام القاضي الوطني يتعلق بعلاقة معينة في مسائل الزواج وأشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون الجنسية وعند تطبيق القاضي تبين له انه يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي فأن من البديهي أن يقوم القاضي باستبعاد تطبيق أحكام هذا القانون[2]، وفي القانون العراقي جاء القول أن " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق" [3]، ومن هذا النص يتبين أن المشرّع العراقي عد الدفع بالنظام العام من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد العراقية ان كانت أحكام هذا القانون تتعارض مع المصالح العليا التي يستند عليها المجتمع العراقي فمثلاً لو كان اللون مانع من موانع الميراث أو الزواج فيستوجب على القاضي العراقي الأعمال بالدفع النظام العام لاستبعاد أحكام هذا القانون الذي يتعارض مع النظام العام الداخلي في العراق [4]، ولإعمال الدفع بالنظام العام هناك شرطان مهمان يجب توافرهما الشرط الأول وجود قانون أجنبي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه فإن إعمال الدفع بالنظام العام أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق وأن يكون القانون الأجنبي مختص بنظر النزاع لا نعكس ذلك من غير الممكن التمسك بالنظام

---

(1) أنظر: المادة (29) من القانون المدني الأردني.

(2) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص114.

(3) انظر: المادة (32) من القانون المدني العراقي.

(4) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص272.

العام وغير متصور إعمال الدفع بالنظام العام إذا كان القانون واجب التطبيق هو القانون الوطني وحتى في حالة وجود تنازع داخلي للقوانين يستثنى من ذلك الدول الفيدرالية لان كل ولاية فيها تشكل وحدة تشريعية مستقلة، والشرط الثاني توافر مقتضى من مقتضيات النظام العام في دولة القاضي يتطلب الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي اشارت لتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية لما يؤدي لنتائج تعارض المصالح الأساسية لدولة القاضي [1].

المطلب الثاني
الدفع بالغش نحو القانون

إن من موانع تطبيق القانون الأجنبي الغش نحو القانون ويعني قيام الفرد بصدد علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي بسلوك ما يهدف من خلاله بتطبيق قانون مفتعل أو مصطنع غير القانون المختص لحكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي ويتمثل بتغيير هذا السلوك في ظرف الإسناد مثلا لو أن قام الفرد بتغيير جنسيته أو موطنه بهدف تطبيق قانون الدولة التي حصل على جنسيتها أو نقل موطنه وقد يكون الغش أن يتم اختيار قضاء دولة الهدف أن يهرب من قضاء دولة ارتباطها ارتباط وثيقا بالعلاقة القانونية المشوبة من أجل الوصول لتطبيق قواعد الإسناد في تشريع الدولة الأولى [2].

الغش نحو القانون يعتبر دفع ثاني يتمسكون الأشخاص به لمواجهة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يرغبون لإخضاع تصرفاتهم إليه، ويمكن القول أنّ هناك غشاً نحو القانون عند أطراف العلاقة

---

(1) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص115-116.

(2) أبو صبيع، عبد الرسول كريم (2010). أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، بحث منشور في مجلة الكوفة، عدد9، ص5.

ولجوء إرادتهم لوسائل مشروعة لتغيير أحد الضوابط التي يتحدد القانون بموجبها ليصل إلى أغراض تخالف أوامر القانون بقصد التهرب ويستمد ضابط الإسناد من الظروف القانونية أو الواقعية المحيطة بعنصر العلاقة، وبالغالب تتدخل إرادة الأشخاص في اختيار وتغيير الظروف هذه [1].

ان في القانون العراقي نظرية الغش نحو القانون لم تنظم ولا يوجد نص صريح وخاص للدفع بالغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي على العكس موقفه الذي كان يخص الدفع بالنظام العام كما ذكر مسبقا المادة (32) من القانون المدني العراقي والتي نصت "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في العراق" الا انه يمكن ان تطبق نظرية الغش نحو القانون استنادا للمادة (30) [2].

ويمكن القول بإمكانية الاخذ بهذه النظرية في العراق كونها من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا واخذ أيضاً بها اغلبية دول كثيرة من تشريع وفقه وقضاء [3]، قد عملت الكثير من محاكم الدول في اغلب العالم منذ قضية (دو بوفورمون) التي قد فصل بها القضاء الفرنسي ثم تقررت قرارات من بعدها استنادا على العرف الدولي [4]، ويمكن للمحاكم العراقية بخصوص العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي

---

(1) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص120-121.

(2) أنظر: المادة (30) من القانون المدني العراقي ونصت على " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً".

(3) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص288.

(4) تتلخص وقائع القضية سيدة بلجيكية تزوجت امير فرنسي" دبوفرمون" واخذت الجنسية الفرنسية، ثم ارادت الطلاق بعد ذلكن ولما كان القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق بوصفه قانون الجنسية لا يجيز الطلاق فأن الزوجة تجنست بإحدى جنسيات الدويلات الالمانية التي يجيز قانونها الطلاق وحصلت على الطلاق بالفعل، بعد ذلك تزوجت من امير روماني يدعى "بيبسكو" واقامت في فرنسا معه، رفع زوجها الأول دعوى مطالب ببطلان زواجها الثاني بناء على ان تجنس زوجة يهدف إلى الغش نحو القانون ويعتبر طلاق غير صحيح والزواج الأول قائم وقد قضت المحكمة الفرنسية "النقض" لصالح زوج الأول، المؤيد، محمد عبد الله، مرجع سابق، ص87،88.

أعمال الدفع بالغش نحو القانون بمقتضى المادة (30) المذكورة سابقا وإن القضاء العراقي طبق النظرية في نطاق العلاقة القانونية الوطنية بجميع عناصرها بذلك نرى من الممكن اعمال الدفع بهذه النظرية في مجال العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي من باب أولى، وأيضاً نتفق مع الاتجاه الفقهي بالقول إلى الاعتراف بالأساس المستقل لنظرية هذه وعدم عدها من تطبيقات التعسف في استعمال الحق [1]، وعلى أساس ما قررته محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر في 1951/12/31 رد الدعوى التي تضمن طلب الزوج الحكم له بإبطال نفقة مطلقته المسيحية استندت في ذلك إلى اعتناق الإسلام بعد حصول الزوجة حكم عليه بالنفقة وعدت الاعتناق هذا الهدف منه التهرب من الالتزام بنفقة [2].

ويمكن أن يثار سؤال مهم ما هو الحل ان كان القانون المتحايل عليه واجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي تخالف النظام العام للدولة المعروض عليها النزاع؟ هل القاضي يطبق قانونه أما القانون الأطراف الذي نقصد والتهرب من القانون الاصلي؟ القاضي المنظور أمامه النزاع لا شك سيبعد كلا القانونين (القانون المتحايل عليه والذي يخالف النظام القانوني الوطني والقانون المعقود لأجله الاختصاص بواسطة الغش) ويطبق القاضي قانونه باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي ويمكن القول ان القاضي في هذه الحالة استخدم فكرة الدفع بالنظام العام وليس فكرة حماية الأسس والمبادئ التي تمسّ وجود وكيان الدولة انما الغش نحو القانون متعلق بمصالح الأفراد الخاصة بقيام أعمال مشروعة بحد ذاتها لكنها فسدت لأن الغرض منها التحايل حتى الوصول لنتائج أخرى لا علاقة

(1) علي، يونس صلاح الدين، مرجع سابق، ص288-289.

(2) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص201.

لها بالفعل فإن مصلحة الجماعة أهم من الفرد وهذه من الأمور المتفق عليها في علم القانون[1]، وفي القانون الأردني لا نرى مانع من الاخذ بها بالواقع لا يقبل القانون الداخلي الغش ويبطل الالتزامات والتصرفات القائمة عليه ويرفضه على صعيد العلاقات الدولية لاسيما النظرية تشكل قاعدة مستقرة من قواعد القانون الدولي الخاص، وهناك حالات نادرة تشكل غش نحو القانون لاستحالة تغير ضوابط الإسناد فيما يخصّ تغيير جنسية الأفراد للشروط التي تضعها تشريعات غالبية الدول [2]، لذلك الزام القاضي الأردني بتطبيق فكرة الغش نحو القانون لأنه مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص التي أشارت إليها مادة (25) من القانون المدني الأردني" تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين "وأصبحت من مصادر قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الأردني[3]، ويشترط لإعمال الدفع بالغش: شروط مادية ان يكون التغيير إرادياً، وأن يكون قد وقع تغيير ضابط الإسناد فعلاً، وقد تم بصورة تغيرا مشروعاً، أما من الشروط المعنوية وجود نية الغش نحو القانون [4].

(1) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص283-284.

(2) مخيبر، عدنان يونس، مرجع سابق، ص98.

(3) الداودي، غالب علي(2021). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

(4) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص123-124.

المطلب الثالث

نظرية المصلحة الوطنية

تعد المصلحة الوطنية مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي بمناسبة قضية" ليزاردي" [1]، وتعرف بانها مانع من موانع تطبيق القانون لا لسبب يتعلق به (القانون) أو سبب يتعلق بأطراف العلاقة انما هو يتعلق بسلامة وصحة المعاملات التي تجري وتسيير في الحدود الوطنية فهي تعمل على منع تطبيق قانون الجنسية في الأهلية لحماية واستقرار المعاملات في الاسواق التجارية والحيلولة دون مفاجأة المتعاقد حسن النية بحكم في قانون يجهله "وبالتالي المصلحة تعمل على تعطل قانون الجنسية في حكم الأهلية ويطبق بدلا عنه قانون القاضي الوطني" قانون دولته" المعروض أمامها النزاع [2].

تقول الدكتورة "حفيظة السيد الحداد" لعل الصحيح أن قضاء "ليزاردي" يجد أساسه بحماية الاوضاع الظاهرة، واستقرار لثبات التعامل في الأسواق، فالأجنبي في الاسواق الذي يتعامل وقد بلغ سن الرشد وفقا أحكام القانون المحلي يمنع له أن يحتج بنقص أهليته المأخوذة من قانون جنسيته حماية للمتعاملين معه مادام هؤلاء حسني النية ومعذورين في عدم المعرفة بأحكام القانون هذا [3].

---

(1) عرضت القضية أمام القضاء الفرنسي في عام (1861) وتتلخص وقائعها أن شاباً مكسيكي يبلغ من العمر الثالثة والعشرين في باريس اشترى بعض الجواهر من تاجر فرنسي وحرر بالثمن كمبيالات، وعند المطالبة بالثمن احتج الشاب بإبطال السندات بسب أو نتيجة لنقص أهليته على أن القانون المكسيكي سن الرشد يحدد فيه بخمس وعشرين سنة، أيدت المحكمة الفرنسية " النقض" قضاة الموضوع في حكمهم بصحة وسلامة السندات وإلزام الدفع من قبل المشتري، بحيث جاء في حيثيات المحكمة " أنه لا يجوز أن يفترض في الشخص الفرنسي العلم بكافة قوانين دول العالم، وخاصة لنصوص المتعلقة بنقص الأهلية والرشد، وعلى ذلك يكفي لصحة العقد أن يكون الفرنسي قد تعاقد بدون خفة وبغير رعونة، وأن يكون حسن النية"، انظر: الحداد، حفيظة السيد (2010). موجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص351.

(2) الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق، ص321.

(3) الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص352.

ونؤيد نحن رأي الدكتورة" حفيظة السيد" لكونه ينسجم لفكرة المصلحة الوطنية التي هدفها حماية الأوضاع الظاهرة واستقرار في السوق كون أن شرطها هو اقتصارها على المعاملات المالية والتجارية والمدنية كذلك دون المسائل المختصة بالأحوال الشخصية ولا يمكن العمل بالمصلحة الوطنية الا بشروط محددة أولها وهي يجب ان يكون التصرف موضوع النزاع تجارياً أو مالياً فقط وقد يخرج كل تصرف اخر من دائرة التمسك بالمصلحة الوطنية بالتالي مثلاً التي تتعلق بالأحوال الشخصية اشترط القانون المدني العراقي في نص المادة [1]، انعقاد التصرف المالي في دولة العراق وترتب آثاره فيه أما إذا تم التصرف خارج العراق وترتب أثاره في الخارج من غير الممكن العمل بهذا الاستثناء حتى لو الشروط الأخرى للمصلحة الوطنية قد تحققت [2]، وأيضاً من الشروط إن يكون في العلاقة احد أطرافها أجنبيًا ناقص الأهلية وفقا لقانون جنسيته" قانون دولته" إلا أنه كامل الأهلي بموجب القانون العراقي أما لو كان وفق القانون العراقي أيضاً ناقص الأهلية فأن عدم استطاعت الطرف الآخران يتمسك بالمصلحة الوطنية لانتفاء حسن النية [3].

والشرط الاخير أن يرجع النقص في أهلية الأجنبي لسبب فيه غموض وخفاء من غير السهل للطرف الآخر تبينه، ومناطه لذلك حسن نية المتعاقد وهذه هي مسألة موضوعية يرجع تقديرها لقاضي الموضوع [4].

---

(1) أنظر: المادة (2/18) من القانون المدني العراقي رقم(40) لسنة 1951 والتي نصت على" 2–ومع ذلك في التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان سبب نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على طرف الآخر تبينه، فان الأجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الأهلية".

(2) مخيبر، عدنان يونس، مرجع سابق، ص 101.

(3) الهداوي، حسن محمد، والداودي، غالب علين مرجع سابق، ص99.

(4) المصري، محمد وليد، مرجع سابق، ص128.

وقد يترتب لتحقيق شروط المصلحة أثران وهما: السلبي منه يتمثل باستبعاد قانون جنسية الأجنبي "غير كامل الأهلية"، والآخر الإيجابي المتمثل باعتبار الأجنبي الناقص الأهلية يتولد عنه ضررٌ لأحد الوطنيين صحيحة أي أنه صادرٌ من كامل أهلية، وبالتالي سيلتزم بكل ما يرتبه تصرفه القانوني من آثارٍ والتزامات [1].

وقد نص صراحة المشرّع العراقي على المصلحة الوطنية وعلى شروط اعمالها والأثر المترتب عليها في القانون المدني العراقي في مادة (2/18) منه والتي تم ذكرها مسبقاً.

وقد أخذ المشرّع الأردني في عدة فروع من القانون بهذه النظرية " المصلحة الوطنية"، فنجد تطبيقاً لذلك فيما جاء في نص المادة (12/ 1) مدني أردني والتي نصّت على "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم..."، وكذلك ما جاء وورد في نص المادة (15) مدني أردني [2]، أنه لو كان أحد الزوجين أردنياً في وقت انعقاد الزواج فإن ذلك الزواج يخضع لحكم القانون الأردني وكذلك التصرفات العقارية كافة وأيضاً ما جاء في المادة (2/130) لقانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 "يرجع في تحديد أهلية الشخص الملتزم بمقتضى سند السحب إلى قانون بلده ومع ذلك إذا التزم شخص بمقتضى سند سحب وتوافرت فيه أهلية الالتزام به وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه هذا الالتزام، كان التزامه صحيحاً ولو كانت لا تتوافر فيه هذه الأهلية وفقاً لقانون بلده" [3].

---

(1) الحداد، حفيظة السيد، مرجع سابق، ص352.

(2) أنظر: المادة (15) من القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1979 والتي جاء بها" في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين اردنيا وقت انعقاد الزواج، يسري القانون الأردني وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج.

(3) الصانوري، مهند احمد، مرجع سابق، ص128.

الفصل الخامس
الخاتمة، النتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة

بعد الانتهاء من دراستنا هذه الموسومة بإثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني في بيان دور القاضي والخصوم في إثبات مضمونه بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي متمثلا بتشريعين هما التشريع الأردني والتشريع العراقي لقد توصلنا إلى العديد من النتائج وما تم اقتراحه من توصيات يمكن أجمالها بما يلي:

ثانياً: النتائج

1. لا يوجد تغيير في طبيعة القانون الأجنبي كونه قانونا وان استعان القاضي الوطني بالخصوم في إثباته وهو يشبه في ذلك عملية إثبات العرف الداخلي باستعانة القاضي للخصوم للإثبات دون ان ينال من طبيعته القانونية.
2. ان قواعد الإسناد لا تعطي الحل للنزاع بشكل مباشر وانما تدلي إلى القانون المناسب والواجب التطبيق لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي.
3. يتفق غالبية الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي على طبيعة القانون الأجنبي ويركز على الصفة الأجنبية ويعتبره قانونا يطبقه القاضي الوطني عند حدوث النزاع.
4. القانون الأجنبي لا يقبل الإثبات في وسيلتين هما الإقرار أو اليمين إلا أن يمكن إثبات الواقعة المادية بكافة طرق الإثبات ومن ضمنها تلك الوسيلتين.

5. في حالة عدم إثبات القانون الأجنبي سيطبق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي وهذا ما يؤكد ان القانون الأجنبي ليس واقعة.
6. في التشريع الأردني لم ينص صراحة المشرّع على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية بنص صريح وقاطع وان نص المادة(1/79) من قانون أصول المحاكمات المدنية غير قطعي الدلالة في حين ان القضاء الأردني واجتهاد محكمة التمييز الأردنية الموقرة أكدت على احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية انه مسألة قانون وليس واقع.
7. في التشريع العراقي لم ينص صراحة المشرّع على طبيعة القانون الأجنبي لكن من الممكن أن نستنتج من خلال استخدام المشرّع عبارات وكلمات الامرة التي جاءت في أصل نصوص قواعد الإسناد العراقية من خلال (لا يسمح/ تخضع) هذه العبارات توجب القاضي العراقي العودة للقانون الأجنبي الذي تقرر تطبيقه بأمر من قاعدة الإسناد العراقية كقانون واجب التطبيق والتثبيت منه.
8. في تطبيق قواعد الإسناد إن كان الخطأ في تلك القاعدة فأن هذا الخطأ سيخضع لرقابة المحكمة العليا بتالي ان هذا الخطأ خطا في تطبيق قاعدة من قواعد القانون الوطني.
9. ان تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ليس اطلاقا في أن يطبق فهناك حالات يمكن بها أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي في حالة الدفع بالنظام العام وكذلك الغش نحو القانون والمصلحة الوطنية في كبل من التشريعين الأردني والعراقي.
10. القانون الأجنبي مجموعة قواعد تصدر عن سلطة التشريع في بلد أجنبي وتكون ملزمة سواء كانت مدونة أو غير مدونة كالقوانين ومصدرها العرف.

ثالثاً: التوصيات

1. نقترح على المشرّع الأردني بتعديل نص المادة (79) من قانون أصول المحاكمات المدني رقم 24 لسنة 1988 بأفراد نص خاص يؤكد بالالتزام المحكمة بتعرف على مضمون القانون الأجنبي من ذاتها وان تكون هذه المادة فيها وجود الحل المستوجب اتباعه من القاضي في حالة تعذر العلم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق وان يكون النص بفقرتين: الأولى" في أحوال تطبيق القانون الأجنبي على المحكمة ان لا تلتزم بما قام الخصوم بإثباته وانما عليها ان تلجأ إلى وسائل وبما تراه ضروري لإدراك الغاية هذه" والفقرة الثانية "يطبق القانون الأردني عندما يتعذر للقاضي العلم بأحكام هذا القانون أو يتعذر للخصم بتقديم نسخة مترجمة من القانون الأجنبي".
2. نقترح على المشرّع العراقي بإضافة نص خاص وصريح في قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 يبين مضمون القانون الأجنبي في حالة تعذر القاضي من معرفة القانون الأجنبي أو تعذر الخصوم بإثباته وان يكون النص فقرة واحدة فقط " عند تطبيق القانون الأجنبي وتعذر على الخصوم إثباته وأيضاً تعذر القاضي من المعرفة بأحكام القانون الأجنبي ان يطبق القانون العراقي".
3. نقترح على المشرّع الأردني بتعديل نص المادة (3) من قانون البينات رقم 30 لسنة 1952 على ما ذهب إليه المشرّع اللبناني في المادة (142) من قانون أصول المرافعات اللبناني ليكون " ليس لقاض أن يحكم بعلمه الشخصي إلا إذا أنصبّ علمه على أمرٍ عامٍ يكون الحق للكافة بالاطلاع عليه" والنص على وسائل يلجأ اليها في حالة تطبيق القانون الأجنبي والا تكون على سبيل الحصر، وعدم كفاية النص (2/79) من قانون أصول المحاكمات المدني.

4. نقترح على المشرّع العراقي تعديل نص المادة (32) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 لأنه لم يبيّن بشكل صريح موقفه من نطاق استبعاد القانون الأجنبي لما تحمله المادة لتصبح" لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب العامة في العراق، وإحلال القانون العراقي محل الجزء الذي يستبعد من القانون الأجنبي".

قائمة المراجع والمصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: معاجم وقواميس اللغة

ابن منظور، جمال الدين بن محمد بن مكرم (د. ن). معجم لسان العرب، مجلد8، الدار المصرية للتأليف والترجمة، القاهرة.

العلامة الشيخ رضا، أحمد (1960). معجم متن اللغة، مجلد5، دار مكتبة الحياة، بيروت.

ثالثاً: كتب القانون

أبو الوفا، أحمد (1964). نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط2، دار المعارف، القاهرة.

الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا (2013). القانون الدولي الخاص الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، التنازع الدولي للقوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد.

البدراوي، عبد المنعم (1996). المدخل للعلوم القانونية، (د. ط)، دار النهضة العربية، بيروت.

البستاني، سعيد يوسف (2004). القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

البستاني، سعيد يوسف (2009). الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

البكري، عبد الباقي، الحكيم، عبد المجيد، البشير، محمد طه(2010). نظرية الالتزامات في القانون المدني العراقي، ط،4، ج1، عاتك لصناعة الكتب، بيروت.

الجاف، فرات رستم أمين (2014). الدور التفسيري والرقابي لمحكمة التمييز الاتحادية في نطاق الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان.

الحداد، حفيظة السيد (2004). الموجز في القانون الدولي الخاص، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

الحداد، حفيظة السيد (2010). موجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

الحلواني، ماجد (1974). القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، (د. ط)، مطبوعات جامعة الكويت.

الداودي، غالب علي (2001). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، ط3، ج2، دار وائل للطباعة، عمان.

الداودي، غالب علي (2011). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الداودي، غالب علي (2021). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الراوي، جابر إبراهيم (1980). أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، (د. ط)، مديرية مطبعة الحكم المحلي، بغداد.

رياض، فؤاد عبد المنعم، راشد، سامية (1987). الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة.

رياض، فؤاد عبد المنعم، راشد، سامية (1993). مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة.

رياض، فؤاد عبد المنعم، وراشد، سامية(1974). الوسيط في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج2، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة.

زكي، حامد (1942). دروس في القانون الدولي الخاص العراقي، (د. ط)، مطبعة التفضيل، بغداد.

الستار، سحر (2002). دور القاضي الوطني في الإثبات، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة.

سلامة، أحمد عبد الكريم (1989). مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي، (د. ط)، دار النهضة العربية، القاهرة.

سليمان، علي علي (1969). شرح قانون الدولي الخاص الليبي، (د. ط)، دار صاد، منشورات الجامعة الليبية، بيروت.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1956). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط1، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1960). الوجيز في شرح القانون المدني، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة.

صادق، هشام علي (1968). مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، (د. ط) منشأة المعارف، الإسكندرية.

صادق، هشام علي (1980). دراسات في القانون الدولي الخاص، (د. ط)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، مصر.

صادق، هشام علي (2004). القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، (د. ط)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

الصانوري، مهند أحمد (2011). دراسة مقارنة في تنازع القوانين، ط1، دار وائل لنشر، عمان.

الطهراوي، هاني علي (2008). النظم السياسية والقانون الدستوري، (د. ط)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

عبد الرحمن، جاد جابر (1948). القانون الدولي الخاص، ط2، ج2، مطبعة التفيض، بغداد.

عبد الرحمن، جاد جابر (1960). القانون الدولي الخاص العربي، (د. ط)، ج3، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية.

عبد الكريم، ممدوح (1973). القانون الدولي الخاص، وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد.

عبد الكريم، ممدوح (2005). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

عبد الله، عز الدين (1953). القانون الدولي الخاص، ط10، الكتاب الثالث في أنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها، (د. ن).

عبد الله، عز الدين (1969). القانون الدولي الخاص، ط6، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة.

العبودي، عباس (1999). شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

العبودي، عباس (2015). تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة طبقا لأحكام القانون الدولي الخاص وأحكام القانون العراقي، (د. ط)، مكتبة السنهوري، بيروت.

عثمان، اميد صباح (2011). القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير تعاقدية، (د. ط)، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر.

علي، يونس صلاح الدين (2016). القانون الدولي الخاص، دراسة تحليله في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت.

عمر، إسماعيل، وخليل، أحمد (2004). قانون المرافعات المدنية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

غصوب، عبده جميل (2008). دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت.

فخري، عوني (1989–1990). مجموعة محاضرات ألقيت على طلبة المعهد القضائي، (د. ن).

فهمي، محمد كمال (1978). أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية.

القضاة، مفلح (1990). البينات في المواد المدنية والتجارية، (د. ط)، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان.

مزهر، حبيب (2010). دور القاضي حيال العناصر الواقعية والقانونية في الدعوى المدنية، ورقة عمل قدمت ضمن المؤتمر العملي السنوي لجامعة بيروت العربية، هذه الورقة ضمت ضمن كتاب دور القاضي في الخصومة، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

المصري، محمد وليد (2002). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط1، دار الحامد للنشر، عمان.

المصري، محمد وليد (2019). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط4، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

منصور، سامي بديع (1994). الوسيط في القانون الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، ط1، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت.

الموسوي، علي فوزي (2010). قاعدة الإسناد، مفهومها، تطبيقاتها، إلزاميتها، تفسيرها، (د. ط)، نور العين للطباعة والاستنساخ، بغداد.

المؤيد، محمد عبد الله (2005). القانون الدولي الخاص النظرية العامة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، (د. ط)، دار الكتب، صنعاء.

النداوي، آدم وهيب (2018). الموجز في قانون الإثبات، (د. ط)، المكتبة القانونية، بغداد.

الهداوي، حسن (1967). تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط2، مطبعة الارشاد، بغداد.

الهداوي، حسن (2001). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الهداوي، حسن (2005). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

الهداوي، حسن، والداودي غالب علي (2009). القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، ط3، عاتك لصناعة الكتاب، القاهرة.

رابعاً: الرسائل والأبحاث العلمية

إبراهيم، قرنة (2017). مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (رسالة ماجستير)، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي.

أبو صبيع، عبد الرسول كريم (2010). أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، بحث منشور في مجلة الكوفة، عدد9.

جلاد، ميادة عبد الغني (2015). دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي، (رسالة ماجستير)، جامعة الأردنية، عمان.

حسين، سيف حسن (2014). طبيعة القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القاضي الوطني، (رسالة ماجستير)، جامعة كربلاء، العراق.

حسين، مظفر ناصر (2012). تطبيق القضاء الوطني للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص، دراسة مقارنة، مجلة دراسات قانونية، العدد 31.

راشد، سامية (1972). قاعدة الإسناد أمام القضاء الوطني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1.

السمدان، أحمد ضاعن (1986). نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي، بحث منشور في مجلة الحقوق، عدد1.

عبد العال، عكاشة محمد (2007). تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة العربية، الاسكندرية، القاهرة.

عبد الله، عز الدين (1971). تنازع القوانين في التشريعات الحديثة لبعض الدول الاشتراكية، بحث منشور في مدلة مصر المعاصرة، العدد 345.

علال، قاشي (2006). أساس تطبيق القانون الأجنبي ومركزه أمام القاضي الوطني، كلية الحقوق، جامعة دحلب، البليدة، الجزائر.

الفرطوسي، ختام (2003). إثبات القانون الأجنبي، (رسالة ماجستير)، جامعة بابل، العراق.

قتال، حمزة (2011). دور القاضي الوطني في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري والمقارن، (أطروحة دكتوراه)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق.

قرماز، ناديا (2012). تطور دور القاضي في تفسير قانون العقد واشكاليات التطبيق، حالة سلطة القاضي في تعديل العقد بفعل نظرية الظروف الطارئة، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد(4)، العدد(2).

محمد، حميد فيصل (1998). خضوع العقد لقانون الارادة دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير)، مقدمة إلى جامعة صدام.

مخيبر، عدنان يونس (2018). استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في القانون الدولي الخاص، (رسالة ماجستير)، الجامعة العراقية، العراق.

الموسوي، حسنين ضياء نوري (2003). تفسير القانون الأجنبي، (رسالة ماجستير)، جامعة بابل، العراق.

النداوي، آدم وهيب (1974). دور الحاكم المدني في الإثبات، (رسالة ماجستير)، مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد.

الهروط، صهيب علي (2019). سلطة القاضي في تقدير وسائل الإثبات في القانون الأردني، علوم الشريعة والقانون، مجلد46، عدد1.

الوكيل، شمس الدين (1964). دراسة مقارنة في القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، دار المعارف، الإسكندرية.

ياسين، مصطفى كامل (1957). كيف يطبق القانون الأجنبي، بحث مقارن، بحث منشور في مجلة القضاء، العدد 2.

خامساً: القرارات القضائية

قرارات محكمة التمييز الأردنية.

قرارات محكمة التمييز العراقية.

سادساً: القوانين

قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية وتعديلاته رقم (24) لسنة 1988.

قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (90) لسنة 1983.

قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969.

قانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952.

قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979.

قانون السير الأردني رقم (49) لسنة 2008 وتعديلاته.

قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992.

قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (78) لسنة 1931.

قانون تشكيل المحاكم النظامية وتعديلاته رقم (17) لسنة 2009.

قانون السلطة القضائية العراقية رقم (26) لسنة 1963.

قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (8) لسنة 1952.

سابعاً: المراجع الإلكترونية

https://www.mohamah.net/law /ما-معنى-الإثبات-لغة-و-قانونا/