مهمة إثبات القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني وفقاً للتشريع الأردني

ابراهيم صالح الصرايرة، علاء محمد الفواعير *

ملخص

قد تشير قاعدة الإسناد في بعض الأحيان إلى ضرورة تطبيق قانون أجنبي، وهنا يثار التساؤل على من يقع عبء إثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق؟

يحاول الباحث من خلال بحث هذه المسألة معالجة الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي وذلك من خلال بيان ما إذا كان القانون الأجنبي واقعه يقع عبء إثباته على الخصوم، أم أنه يحتفظ بطبيعته القانونية أمام القاضي الوطني، مما يترتب عليه وجوب علم القاضي به، أم أنه يندرج ضمن المذهب المختلف في الإثبات والذي تبحث فيه المحكمة عن القانون الأجنبي دون أن تلتزم بإثباته، ومن الممكن أن يعترض القاضي أثناء إثباته للقانون الأجنبي العديد من الصعوبات والتي عملنا على إيجاد الحلول والمقترحات لها، وتعرضنا لموقف المشرع والقضاء الأردني من هذه المسألة.

وفي الختام خلصنا إلى بعض النتائج والتوصيات.

الكلمات الدالة: القانون الأجنبي، القاضي الوطني، التشريع الأردني.

المقدمـــة

تعتبر مسألة إثبات القانون الأجنبي من أدق مسائل القانون الدولي الخاص حيث أنها تدور حول تطبيق قانون أجنبي صادر من مشرع دولة أجنبية أمام القاضي الوطني إذا ما علمنا أن مهمة القضاء الوطني الفصل في النزاع المعروض أمامه من خلال تطبيق القانون الوطني.

وبالرغم من أن هذه الوظيفة التي يقوم بها القضاء الوطني على الصعيد الداخلي لا تختلف كثيراً في نطاق القانون الدولي الخاص، لان الغاية بينهما مشتركة وهي تطبيق القانون المختص على النزاع المعروض لكي لايعد القضاء ناكراً للعدالة، إلا أن آلية تطبيق القانون الوطني تختلف بعض الشيء عن تطبيق القانون الأجنبي، فعندما تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الوطني ففي مثل هذه الحالة لا يواجه القاضي الوطني أية صعوبات وذلك لمعرفته بالقوانين الوطنية فيقوم بتطبيقها ولا يجوز له أن يمتنع عن ذلك، أما إذا كان القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الاسناد، قانوناً أجنبياً غير معروف أمام القاضي الوطني ففي مثل هذه الحالة تظهر مشكلة إثبات القانون الأجنبي وذلك لعدم معرفة القاضي الوطني بالعديد من القوانيين الأجنبية.

لذلك تعرضنا لدراسة هذه المسألة وفقاً للتشريع الاردني، وذلك من خلال تقسيم البحث على النحو التالي:

المبحث الاول: الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي.

المبحث الثاني: الصعوبات التي تعترض القاضي الوطني عند إثباته للقانون الأجنبي.

المبحث الثالث: إثبات القانون الأجنبي في التشريع والقضاء الاردني.

المبحث الأول
الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي

يعريف القانون الأجنبي بأنه "مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة أخرى غير الدولة التي ظهر فيها التنازع. ولا فرق في هذا أن تكون قواعد القانون الأجنبي مدونة مصدرها التشريع او غير مدونة مصدرها العرف او القضاء او الفقه (الهداوي، 1982).

من الأمور المقررة في القانون الوطني، وجوب التفرقة بين الواقعة محل النزاع والقاعدة القانونية التي يطبقها القاضي على هذه الواقعة، فالأولى يتكفل الخصوم بإثباتها، أما الثانية فهى من اختصاص القاضي حيث يقوم من تلقاء نفسه بالبحث عنها ثم تطبيقها، لأنه هو الذي ينبغي عليه أن يعرف القانون، ليس بوصفه فرداً من أفراد المجتمع فحسب، وإنما بوصفه عضواً في الهيئة القضائية التي أنيط بها تطبيق القانون (السنهوري، 1956، وعبدالرحمن، 1970).

ومن المقرر أيضاً أنه إذا أشارت قاعدة[1] الإسناد إلى

* كلية الشيخ نوح للشريعة والقانون، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن. تاريخ استلام البحث 2015/7/6، وتاريخ قبوله 2015/11/18.

© 2016 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

تطبيق القانون الوطني على علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، فأن القاضي يقوم بتطبيق قانونه من تلقاء نفسه، ويبحث عن نصوصه الموضوعية والحكم بمقتضاها، دون أن يكلف بها الخصوم، بحيث إذا أخطأ فإن حكمه يكون معرضاً للنقص(راشد، 1972).

ولكن قد تقضي قواعد الإسناد الوطنية في القضايا ذات العنصر الأجنبي، بتطبيق قاعدة قانون أجنبي على النزاع المطروح أمام القاضي الوطني (حافظ، 1999، وياسين، 1957)، وهنا يثار التساؤل هل يفترض في القاضي الوطني العلم بقاعدة القانون الأجنبي، أم يأخذ القانون الأجنبي حكم الواقع الذي لا يفترض علم القاضي به ويكون على الخصوم تبعاً لذلك إثباته؟ (الصانوري، 2011، وديب، 1986)

ولمعالجة مثل هذه المسألة حصل خلاف في التشريع والفقه، وظهرت تحديداً ثلاث اتجاهات رئيسية في تأصيل طبيعة إثبات القانون الأجنبي:

الاتجاه الأول: يقضي بأن القانون الأجنبي لا يطبق بوصفه قانونا، بل لكونه عنصرا من عناصر الواقع.

الاتجاه الثاني: يقرر بأن القانون يعد عند تطبيقه بواسطة القاضي قانونًا وطنيًا.

الاتجاه الثالث: وهو اتجاه مختلط (توفيقي)، فهو يعطي القاضي حق البحث تلقائيًا عن القانون الأجنبي دون أن يلزمه ذلك بإثباته.

وبناءً على ذلك سيكون هذا البحث في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: القانون الأجنبي عنصر من عناصر الواقع

يذهب أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن القانون الأجنبي يعد مسألة من مسائل الواقع، ومن ثم يقع عبء إثباته على عاتق الخصم، فأن لم يطلب ذلك صراحة، عد متنازلًا عنه.

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه، أن قاعدة الجهل بالقانون بدون عذر لا تطبق في شأن القانون الأجنبي، وأن القاضي غير ملزم بتطبيق أحكام القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل يلتزم الخصم بطلب تطبيق هذه الأحكام وإثباتها أمام القاضي، فضلاً عن أن الخطأ في تطبيق قواعد القانون الأجنبي، يعد من قبيل الخطأ المتعلق بالواقع فلا يخضع لرقابة محكمة التمييز (عبدالله، 1986، والداوودي، 2010).

ويستند أصحاب هذا الاتجاه على حجج مفادها، أن أي قانون يتضمن عنصرين، عنصر الأمر الذي يستمد الإجبار وعنصر المضمون وهو العنصر الفعلي في القاعدة القانونية، والقانون الأجنبي يتجرد من عنصر الإجبار عند تطبيقه أمام القضاء الوطني ولا يبقى له سوى عنصر المضمون وهو غير كاف للاحتفاظ له بصفه القانون.

ويستند هذا الاتجاه على حجج عملية، منها أن تكليف القاضي بالعلم بقوانين العلم اجمع هو تكليف بمستحيل، فالقانون الأجنبي يصدر من مشرع لا سلطان له على القاضي الوطني، الذي لا يأتمر إلا بأوامر مشرعه، واستنادا لقاعدة وجوب علم القاضي بالقانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية بدولته، فأن القانون الأجنبي لا ينشر في الجريدة الرسمية لأية دوله أخرى غير دولة مشرعة، لذلك يكاد يكون مستحيلاً أن يعلم القاضي بجميع أحكام القانون الأجنبية.

فضلاً أن قواعد الإسناد ليست من النظام العام على الأقل بقدر ما تشير إالى تطبيق قوانين أجنبية، وبالتالي أن قانون الوطني له كمال الاختصاص على إقليمها ويحكم أصلاً جميع الأمور حتى تلك التي تخضع لسلطان نظام قانون أجنبي.وأخيراً فأن تصدي محكمة التمييز للرقابة على تفسير القانون الأجنبي يعرضها لصعوبات واقعية في سبيل إثبات القانون الأجنبي، إذ قد تتورط في رقابة قد تعرضها للخطأ أو الانحراف في فهم القانون الأجنبي وعندئذ تهتز سمعة المحكمة لاسيما في الدولة التي أسئ تطبيق قانونها مما يعقد مهمة رقابة محكمة التمييز ويجعلها غير مأمونة (صادق، 1981) وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض الفقهاء في فرنسا(السنهوري، 1968) ومصر[2]، كما أن القضاء الفرنسي والاسباني والمصري واللبناني والكويتي والبحريني تبني هذا الاتجاه بصفة عامة على اختلاف في التفاصيل والظروف التشريعية(السيد، 2007).

ويتفق القضاء المصري إلى حد بعيد مع ما جرى عليه القضاء الفرنسي الغالب، فقد جاء في قرار المحكمة النقض المصرية (أن الاستناد إلى قانون أجنبي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعد وأن يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليها وإذا لم تقدم الطاعنة بملف الطعن صورة رسمية للتشريع الأجنبي الذي تستند إليه، ولا ترجمة رسمية له فأن النفي يكون غير مقبول)[3].

غير أن موقف محكمة النقض المصرية في شأن إثبات القانون الأجنبي، يبدو غريباً، فهو يتعارض مع موقفها بشأن فرض الرقابة على تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه، فقد استقر قضائياً على رقابة محكمة الموضوع في إثبات القانون الأجنبي وتفسيره.

ويتفق القضاء اللبناني مع القضاء المصري، (حيث أن المبادئ القانونية المستقرة فيه تقضي بأن المدعي مكلف بإقامة الدليل على صحة دعواه وعليه يقع عب أثبات مضمون القانون الأجنبي)[4]، وقد عد المشرع اللبناني القانون الأجنبي من قبيل الوقائع التي يستلزم إثباتها أمام المحاكم اللبنانية وهو ما يستفاد

من المادة (142) من قانون أصول المحاكمات المدنية النافذ لسنة 1983 الذي تقضي بأنه ((لا يطلب الدليل على وجود القانون اللبناني، أما إثبات مضمون القانون الأجنبي فيطلب ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالماً به. وإذا تعذر إثبات مضمون القانون فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني)). فعلم القاضي بمضمون القانون الأجنبي لا يعد علماً بواقعه من الوقائع الخاصة بطرفي النزاع، وإنما هي واقعة عامة يجوز للقاضي أن يجري علمه الشخصي في شأنها(سلطان، 1984)، وهو ما أشارت إليه المادة سالفة الذكر

ويتبنى القضاء الكويتي وفي مقدمته محكمة التمييز المبدأ العام الذي يقضي بأن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مسألة من مسائل الواقع، غير أن هذا المبدأ وردت عليه استثناءات ضمنية في عدة أحكام صادرة عن تلك المحكمة تقضي بأن من حق محكمة الموضوع أن تثير مسألة القانون الأجنبي من تلقاء نفسها وتطبيقه على الدعوى دون طلب من الخصوم[5].

المطلب الثاني: القانون الأجنبي يعد مسألة قانون

ينكر هذا الاتجاه الرأي الذي يقضي بأن القانون الأجنبي يعد من مسائل الواقع ويذهب إلى أن القانون الأجنبي قانون بمعنى الكلمة، ويجب أن تكون منزلته كامنزلة القانون الوطني، لذلك فأن القاضي هو الملزم بإثارته من تلقاء نفسه دون حاجة إلى التمسك به من قبل الخصم المستفيد منه، وإن عبء الإثبات يلقي على القاضي وحده، إذا عجز الخصم عن إثبات القانون الأجنبي.

وفي حالة إثبات قاضي الموضوع للقانون الأجنبي، فأنه يخضع في تطبيقه وتفسيره لرقابة محكمة التمييز.

ويستند أصحاب هذا الاتجاه، أن القانون الأجنبي وإن كان يفقد صفة الإلزام عند خروجه عن إقليم بلدة، فأنه يستعيدها بقاعدة الإسناد الوطنية، وبالتالي تتوافر له صفة الإجبار، وهي التي تكفل له وجوب التطبيق أمام القضاء الوطني، وعندئذ يتعين على القاضي أن يطبقه من تلقاء نفسه (صادق، 1981).

وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه في وظيفة قاعدة الإسناد، فذهب جانب منهم بأن قاعدة الإسناد تقوم بدمج القانون الأجنبي فيصبح جزءاً منه. وهذا ما تذهب إليه نظرية (الاستقبال الايطالية) ويرى جانب آخر منهم بأن تطبيق القانون الأجنبي بأمر من المشرع الوطني لا يدمجه في قواعد القانون الوطني، كما لا يجعله في حكم الوقائع وإنما تبقى له صفته القانونية والأجنبية التي تتطلب معاملته في منزلة تختلف عن معاملة القانون الوطني ولكنها لا تتشابه مع الوقائع.

ومن الأدلة التي يستند عليها أصحاب هذا الاتجاه، أن اعتبارات العدالة وثمة اعتبارات اجتماعية أخرى، تفرض على القاضي أن يحكم النزاع وفقاً للقانون الأجنبي، وإن الإحساس النفسي للقاضي لا يتغير فيما إذا كان يطبق القانون الوطني أو القانون الأجنبي.ورغم أن الصعوبات التي تعترض القاضي عند إثباته للقانون الأجنبي حقيقة لا يمكن للمشرع أن يتجاهلها، فإن على القاضي أن لا يستسلم لهذه الصعوبات ويتخلى عن التزامه بأعمال قاعدة الإسناد التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي، وذلك أن التزامه في هذا الصدد أمر تمليه القواعد العامة في قانون المرافعات والتي تقضي بإلزام القاضي بتطبيق قواعد القانون على وقائع النزاع المطروح أمامه دون حاجة إلى تمسك الخصوم بأحكامه أو الكشف عن مضمونه.

فضلاً عن أن هيبة القضاء الوطني وسلامة سمعته خارج حدود البلاد تستلزم حرمان قضاة الموضوع من السلطان المطلق في أثبات القانون الأجنبي، لذلك فالأولى أن تتحمل محكمة التمييز عناء هذا البحث، لأن قضاتها أكثر خبرة وأوسع فرصة في تهيئة وسائل العلم بالقانون الأجنبي والكشف عن مضمونه وأن عدم تقريرها للرقابة سيؤدي إلى تناقض في الأحكام، وقد يؤدي إلى اهتزاز ثقة الخصوم بالقضاء (الوكيل، 1964).

ويقترب القانون الأجنبي في ذلك من القواعد العرفية، فعلى الرغم من أن جانباً من الفقه لا يميل إلى افتراض علم القاضي بالعرف بوصفه قانوناً غير مكتوب وبالتالي غير منشور في الجريدة الرسمية، إلا أن هذا الفقه يؤكد مع ذلك التزام القاضي بتطبيق العرف والبحث عن مضمونه من تلقاء نفسه (صادق، 1981).

ويرد أصحاب هذا الاتجاه على الحجة التي تقول بأن قواعد الإسناد ليست من النظام العام بأن هذا الاتجاه يشجع على الغش نحو القانون فهو يؤدي إلى توسيع في مجال سلطان الإرادة إلى أكثر مما يجب، ويجعل لأطراف النزاع أن يستبعدوا حكم قانون أجنبي لا يرضونه بمجرد سكوتهم عن التمسك بتطبيقه، ويضيفون أخيرا بأن الأسباب التاريخية والعملية التي أدت إلى عدم معاملة القانون الأجنبي في الماضي معاملة القانون الوطني، لم يبق لهما مجال في الوقت الحاضر.

فبالنسبة للأسباب التاريخية كان تطبيق القانون الأجنبي يحصل من باب المجاملة الدولية ولذلك يتعين على الخصوم إثبات وجوده ومضمونه حتى يمكن العمل به مجاملة.

أما اليوم فأن القانون الأجنبي يطبق عملاً بقاعدة الإسناد في القانون الوطني.أما الأسباب العملية فلم يعد لها مجال الآن أيضاً في الأزمنة الحديثة فقد توسعت الصلات الدولية في المجالين القانوني والقضائي وانتشرت الدراسات القانونية وأصبح

نادراً أن تقوم صعوبة في سبيل الكشف عن قانون أجنبي من قبل القاضي (السنهوري، 1986).

والرأي القائل بأن القانون الأجنبي قانون، هو السائد في التشريع والقضاء والفقه في كل من ألمانيا وإيطاليا، وقد حرص المشرع الألماني على الفصل في مشكلة إثبات القانون الأجنبي فنصت المادة (293) من القانون المرافعات الألماني، (بأن القواعد العرفية والقواعد النظامية، وكذلك قواعد القانون المنطبق في دولة أخرى، ليست في حاجة إلى إثبات إلا في حدود علم المحكمة بها.ولا تلتزم المحكمة في سبيل تحديد مضمون هذه القواعد بما قام الخصوم بإثباته وإنما لها أن تلجأ إلى كافة وسائل العلم وأن تأمر بما تراه ضرورياً لأدراك هذه الغاية).فالقاضي ملزم بالبحث عن القانون الأجنبي ولكن المشرع أجازه له تكليف الخصوم بتقديم المعونة نحو هذا الإثبات (الوكيل، 1963).

فضلاً عن ذلك أن جانب من الفقه الفرنسي (السنهوري، 1986)، يعد تطبيق القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع.وقد أراد الأستاذ (باتيفول)التخلص من حملة النقد العنيف الذي تعرض له، فحرص على توضيح فكرته بأنه لم يقصد أبداً بأن القانون الأجنبي يتساوى مع الواقعة من حيث الطبيعة ولكنه يعامل أمام القضاء كما لو كان من قبيل الوقائع، وقد أوضح هذا الفقيه بأن الوضع الذي يسمح للقاضي أن يطبق القانون الأجنبي وفق ما يتراءى له، أو تبعاً لمدى علمه بمضمون القانون سوف يؤدي إلى ما أسماه بالتسويق القانوني (صادق، 1981)، فقد تقوم المحاكم الفرنسية في مسألة الطلاق وفي منطقة معينة على تطبيق القانون الاسباني أو الايطالي من تلقاء نفسها، لعلمها بأحكام هذه القوانين وترفض الطلبات المقدمة لها بالطلاق على هذا الأساس، بينما قد تطبق في مناطق أخرى أحكام القانون الفرنسي (قانون القاضي) وتحكم بالطلاق بين زوجين اسبانيين أو ايطاليين، لجهلها بأحكام القانونين، مما يترتب في النهاية أن يحاول كل ذي مصلحة التحايل على قواعد الاختصاص، لكي يحقق أغراضه (ناصف، 1997).

وهذا ما يذهب إليه الاتجاه الفقهي الغالب في مصر، الذي يرى بأن على القاضي أن يتقيد بتطبيق القانون الأجنبي كلما كان تطبيقه واجباً بنص صريح في القانون المصري أو بموجب القانون الدولي الخاص. ويذهب العلامة السنهوري بأن القاضي إذا أمره قانونه الوطني بتطبيق أحكام قانون أجنبي، وجب أن يعد أحكام هذا القانون الأجنبي بالنسبة إلى القضية التي يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطني، وله أن يصدر في هذه الأحكام عن علمه الشخصي، ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي بدعوى عدم أمكان الاهتداء إليها، وإلا عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (السنهوري، 1986).

ويكيف جانب من القضاء، التزام القاضي بتطبيق القانون الأجنبي بموجب قاعدة الإسناد بأنه التزام بوسيلة وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وعليه يلزم القاضي بأن يستخدم ما يملكه من وسائل في سبيل التعرف على أحكام القانون الأجنبي وتطبيقها، فإذا كانت وسائل القاضي في التعرف على أحكام القانون الأجنبي غير مجدية، فاللقاضي أن يستعين في ذلك بالخصوم (فهمي، 1983).

المطلب الثالث: الاتجاه المختلط (التوفيقي)

وهذا الاتجاه يخول القاضي البحث عن إثبات القانون الأجنبي، دون أن يلزمه بإثباته.وقد وجد هذا الاتجاه ليخفف من إطلاق مبدأ عدم تطبيق القاضي للقانون الأجنبي إذا لم يتمسك به أحد الخصوم، وكذلك للتخلص من الصعوبات العملية التي تواجه القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه، السماح للقاضي بأن يثبت القانون الأجنبي من تلقاء نفسه حتى ولو لم يتمسك أحد الخصوم بتطبيقه، كما أن عبء الإثبات يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي، وإن القاضي غير ملزم بالبحث عن أحكامه من تلقاء نفسه ويخضع القاضي في تطبيقه وتفسيره للقانون الأجنبي لرقابة محكمة التمييز.

وقد اتجه القضاء الفرنسي المعاصر إلى الأخذ بهذا الاتجاه بالرغم من استمرار القضاء في إعفاء القاضي من عبء إثبات القانون الأجنبي وإلقاء هذا العبء على عاتق الخصم، فأن القضاء رأى عدم وجوب تقييد حرية القاضي في هذا الصدد والسماح له بتطبيق القانون الأجنبي والكشف عنه من تلقاء نفسه، إذا أراد ذلك حتى ولو لم يتمسك الخصوم بأحكامه. وقد بدأ هذا المبدأ يتبلور في صورته الجديدة في بعض أحكام محاكم الاستئناف الحديثة، ثم بعد ذلك أقرته محكمة النقض الفرنسية صراحة في حكمها الصادر سنة 1960 في قضية (Chemouny) فجاء في هذا القرار:(انه يسوغ لقاضي الموضوع أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بالرغم عدم تمسك الخصوم بأحكامه وبالرغم من عدم تعلق هذه الأحكام بالنظام العام، كما أنه يسوغ للقاضي أن يبحث من تلقاء نفسه عن مضمون القانون الأجنبي ويتعرف على أحكامه) (راشد، 1972).

ويفضل جانب من الفقه المصري هذا الاتجاه، فيرى بأن التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي لا يعني مطلقاً

التزامه بالبحث عن مضمون هذا القانون بل أن هذا الالتزام مقتضاه فقط أن يطلب من الخصوم إثبات القانون الأجنبي الذي يتضح له أنه القانون المختص، فالقاضي وفقاً لهذا الرأي يلتزم طبقاً لقاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه فقط في الحالة التي يكون عالماً فيها بمضمونه.

أما إذا كان لا يعلم بهذا المضمون فإن التزامه يقتصر على تكليف الخصوم بإثبات أحكام القانون الأجنبي، ذلك أن تكليف القاضي بالتعرف على القواعد الواجبة التطبيق، يقوم على أساس افتراض علمه بالقانون وإذا جاز افتراض علم القاضي بقوانين دولته، فلا يمكن أن نفترض علمه بقوانين كل دول العالم.

وبناء على ذلك يكون للقاضي أن يكلف الخصوم بإثبات قواعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولهذا يقال أن واجب إثبات الخصوم للقانون الأجنبي يعد استثناء من القاعدة التي تقضي بأن محل الإثبات هو الوقائع وليس القواعد القانونية (منصور، 1981).

وقريب من هذا الرأي ما يذهب إليه راي فقهي آخر من أن (القاضي الوطني عندما يطبق القواعد الأجنبية التي يأمره قانونه بتطبيقها، فإنه إنما يطبق قواعد قانونية أجنبية المصدر، إلا أن ذلك لا يعني أن هذه القواعد رغم أنها أجنبية المصدر يكون لها نفس حكم قواعد القانون الوطني من حيث عدم وجوب أثباتها من قبل الخصوم، فالواقع أنه إذا كان القانون الوطني يأمر القاضي بتطبيق تلك القواعد القانونية الأجنبية المصدر، فإنه لا يوجب عليه أن يكون على علم بها، لأنه لا تكليف بما لا وسع به، وما دام أساس قاعدة عدم وجوب إثبات القواعد القانونية هو أساس من واجب القاضي العلم به، فأن القواعد القانونية الأجنبية المصدر تخرج عن نطاق هذه القاعدة وتكون واجبة الإثبات من قبل الخصوم لأنه ليس من الواجب على القاضي العلم بها) (العدوي، 1968).

وبعد استعراضنا للاتجاهات التي قيلت بصدد تحديد طبيعة القانون الأجنبي والتي تؤمن بأن القانون الأجنبي يظل محتفظاً بطبيعته القانونية وأن القاضي ملزم بتطبيقه من تلقاء نفسه.

عليه نؤيد الاتجاه الغالب في التشريع والقضاء والفقه بإنكاره للاتجاه الذي يعد القانون الأجنبي في حكم الواقع (الوكيل، 1964)[6]، ذلك أن معاملة القانون الأجنبي معاملة الواقع يشجع المحاكم للاستسلام ببساطة للصعوبات العملية التي تواجهها عند البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وهذا الأمر يتنافى مع القوة الملزمة لقاعدة الإسناد، فضلاً عما يؤدي إليه من نتائج غير مقبولة تتعارض مع الأهداف التي يسعى إليها المشرع من وراء تنظيمه الوضعي لقواعد التنازع (صادق، 1981) إذ أن الهدف الحقيقي لقاعدة الإسناد هو التوصل فعلاً إلى حل المنازعات ذات الطابع الدولي وفقاً للقانون الذي حددته هذه القاعدة، فإذا لم يتوصل القاضي إلى هذا الحل فلا يمكن القول بأن قاعدة الإسناد قد طبقها فعلاً وإنها حققت الغرض الذي تهدف إليه، فالمشرع حين أمر بتطبيق قانون أجنبي لم يقم بذلك إلا بعد أن فاضل بين قانونه وقوانين أخرى، ورأى أن تلك القوانين في مثل تلك المسائل هي الأعدل من حيث التطبيق، فالمفاضلة هنا جرت بين قانون وقانون ليس بين قانون وواقع.

المبحث الثاني
الصعوبات التي تعترض القاضي الوطني عند إثباته للقانون الأجنبي

يمكن القول أن الصعوبات التي تعترض القاضي عند إثباته القانون الأجنبي، هي صعوبات حقيقية لا يمكن أن يتجاهلها المشرع عند بحثه لقواعد التنظيم القانوني، فمهمة القاضي ليست سهلة بل تعترضها الصعوبات من جميع النواحي، غير أن هذه الصعوبات لا تسوغ بأي حال من الأحوال إلى رفض القاضي لإثبات القانون الأجنبي.

إن الصعوبات التي تواجه القاضي، إما أن تكون صعوبات مادية أو قانونية ترجع إلى مصادر القانون الأجنبي وطبيعة هذه المصادر، فقواعد القانون الأجنبي قد تكون مكتوبة وقد يكون مصدرها العرف أو القضاء أو الفقه.وفي كل هذه الأمور تعترض القاضي بعض الصعوبات يجب عليه العمل على تذليلها، ونستطيع أن نحدد هذه الصعوبات من خلال المطالب التالية:

المطلب الاول: حالة كون القانون الأجنبي مكتوباً

إذا كان القانون الأجنبي مكتوباً، فأن ثمة صعوبتين تعترضان تطبيقه:

الأولى: مادية تتعلق باللغة التي دون بها القانون الأجنبي وهي غالباً ما تكون لغة أجنبية قد يجهلها القاضي، فيضطر إلى الاستعانة بالترجمة ولا يخفى أن دقة هذه الترجمة تتوقف على الشخص المترجم، حيث يمكن أن يتصور أنه من المحتمل أن يصل القانون إلى يد القاضي وقد شوهت الترجمة نصها الأصلي، ويزيد الأمر صعوبة عندما يكون الخبير الذي يعتمد عليه القاضي في ترجمة النص أجنبياً، فترجمة هذه النصوص قد تكون غير مأمونة في نقل المصطلحات القانونية بالضبط والدقة، وإذا كان الأمر سهلاً في بعض الحالات بالنسبة للدول الكبيرة، لسهولة التعرف على لغتها وقوانينها، فإن

الأمر يختلف بالنسبة لدول أخرى كثيرة، فمثلاً يوجد العديد من التشريعات العربية بنصين النص العربي والنص الأجنبي، وهو عادة باللغة الفرنسية والانجليزية (المرغني، 1985).

وقد تختلف الألفاظ في مفهومها بين اللغة العربية واللغة الأجنبية في بعض القواعد، فيحسم الاختلاف بوجوب الرجوع إلى النص العربي، وقد استقر القضاء في تونس على أنه إذا تضارب النص المحرر باللغة العربية مع النص المكتوب في اللغة الفرنسية، يجب على القاضي الأخذ بالنص العربي.وإذا كان هذا الشأن ترجمته القانون الوطني، فكيف يمكن اعتبار ترجمة قد تكون رسمية أو غير رسمية لقانون أجنبي قد لا يعرف عنه غير النص المترجم بدون إمكانية الرجوع للأصل، لسبب من الأسباب، وأهمها عدم العلم باللغة المحرر بها الأصل.

أما الصعوبة الثانية: فهي صعوبة قانونية تنشأ من تحديد القيمة للقانون الأجنبي وتتجلى هذه الصعوبة في الإجراءات المعينة التي تتخذها كل دولة بشأن نفاذ قانونها كالتصديق والنشر وموافقة القانون للدستور وسريانها على الماضي، مما يستلزم على القاضي، كي يكون تحديده للقانون الأجنبي دقيقاً، أن يتأكد بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق قد مر بالخطوات التي يقررها القانون العام للدوله التي شرع فيها (عبدالرحمن، 1970).

المطلب الثاني: حالة كون القانون الأجنبي مصدره العرف والعادة

إذ كان القانون الأجنبي مصدره العرف[7] والعادة، كما هو الحال في القانون الانجلوساكسونى فأن الصعوبات التي يواجهها القاضي لا تقل عن تلك التي رأيناها بمناسبة تطبيق القانون المكتوب. وذلك لأن القانون الذي مصدره العرف والعادة، يثير صعوبة تتعلق بمعرفة وقت نشوئها وكيفية ظهورها كما أن هناك خلافاً في الصفة القانونية لبعض القواعد التي مصدرها العادة، كالاستعمالات التجارية الواجبة الإتباع، فمنهم من ينكر عليه صفة القانون ويعدها شرطاً من شروط العقد ويلزم الخصوم التمسك بها، ومنهم من يصفها بقواعد قانونية يلزم القاضي بالبحث عنها وتطبيقها من تلقاء نفسه.مع ذلك فإن التغلب على هذه الصعوبة ليس مستحيلاً إذ يمكن دائماً الوصول إلى معرفة وجود أو عدم وجود العرف أو العادة وقت ظهورها والتثبت من ذلك.لا يفترض علم القاضي به كعلمه بالقانون الوطني المبني على قرينه النشر بالجريدة الرسمية، فإنه يمكن النظر إلى هذا القانون بنظرة خاصة تختلف عن القانون الوطني وإن كان القانون الأجنبي تشريعاً وذلك بتقريبه بوضع العرف في القانون الوطني مع الفارق، فالعرف يعد قانوناً ولكنه لا يعمل من حيث العلم به مثلما هو الأمر في التشريع، فالمشرع يجيز للقاضي في هذه الحالة أن يتأكد منه باللجوء إلى طرق أخرى بالاعتماد على ذوي الخبرة في المهنة التي نشأ ذلك العرف بين أفرادها.

المطلب الثالث: حالة كون القانون الأجنبي مصدره القضاء

وهنا تثور الصعوبة في معرفة القيمة القانونية لأحكام القضاء التي مصدرها القضاء في الدولة التي صدرت فيها، لأن القضاء يختلف باختلاف الدول، ففي انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية تعطى للسوابق القضائية قوة إلزامية كقوة القانون ويلزم القاضي الأخذ بما ورد فيها، وليس الأمر كذلك بالنسبة لبعض الدول الأخرى كفرنسا ومصر والعراق[8]، فالاحكام القضائية ليست لها إلا قيمة نسبية ولا تفيد إلا الخصوم في الدعوى.

وعليه فإن على القاضي عند إثباته للقانون الأجنبي، أن يتأكد من قيمة السوابق القضائية بالنسبة لذلك القانون، فإذا اتضح له أن لها قوة القانون، فعند ذلك يكون ملزماً بالبحث عنها ومعرفتها وهذا ما يثير صعوبات قد لا يستطيع القاضي أن يقوم بتذليلها.

المطلب الرابع: حالة كون القانون الأجنبي مصدره الفقه

إذا كان الفقه مصدراً للقانون، فإن الصعوبات التي تظهر، تتحد في معرفة القيمة القانونية لهذه المصدر بالنسبة لكل دوله، فمثلاً أن فقهاء القانون الدولي الخاص يتمتعون بمركز ممتاز أمام المحاكم الانجليزية وكثيراً ما تأخذ أقوالهم بأنها قضية مسلم بها (عبدالرحمن، 1970) وعليه إذا كان الواجب تطبيق أمام محكمة الاردنية، هو القانون الانجليزي، فلهذا المحاكم أن تأخذ بأقوال الفقهاء كما تأخذ بها المحاكم الانجليزية نفسها.

المطلب الخامس: إمكانية القاضي الوطني بالتعرف على أحكام القانون الأجنبي

ونقصد بذلك استحالة توصل القاضي إلى معرفة أحكام القانون الأجنبي، بالرغم من بذله كافة الجهود في التوصل إلى معرفتها، وهنا تصبح مهمة القاضي صعبة وشاقة ولا سيما عندما يجد أن القانون الأجنبي يخلوا من أي حكم يمكن تطبيقه على النزاع، وقد قدمت بهذا الشأن عدة نظريات نجملها على النحو الآتي (صادق، 1981):

1-نظرية رفض الطلب

ملخص هذه النظرية أن يرفض القاضي الدعوى إذا ما استحال عليه التعرف على أحكام القانون الأجنبي، ولا يمكن

الأخذ بهذه الطريقة، لأن رفض الطلب يؤدي إلى إنكار العدالة والقاضي ملزم دائما بالفصل فيما يطرح عليه من منازعات والبحث عنها في المصادر المختلفة للقانون ويعد نكوله عن هذه المهمة إنكارا للعدالة.

2-نظرية تطبيق المبادئ العامة السائدة في العالم المتمدن.

أن نظرية تطبيق المبادئ العامة السائدة في العالم المتمرن فكرة صعبة التحديد، لأن هذه المبادئ وإن أمكن الرجوع إليها بكونها مصدرا من مصادر قواعد القانون الدولي العام التي تقوم بتنظيم علاقات الدول مع بعضها البعض، فأنه من الصعوبة تطبيقها على المنازعات فيما بين الأفراد، فهذه المبادئ لا تتضمن سوى القليل من الأحكام وتعد من قبيل الأصول العامة، حيث يتعذر تطبيقها على منازعات الأفراد التي يتطلب الفصل فيها وجود أحكام تفصيلية فمثلاً من المبادئ العامة، المبدأ الذي يقضي بضرورة تعويض المضرور عما أصابه من ضرر، هذا المبدأ من العمومية يتعذر تطبيقه في كثير من الأحوال، فهو لا يبين مدى المسؤولية ولا يحدد بدقة مدى وجوب التعويض عن الضرر الغير مباشر وكذلك الضرر الأدبي وقيمة التعويض ومن له الحق فيه.

3-نظرية تطبيق القانون الأقرب إلى القانون الأجنبي في أحكامه

يرى جانب من الفقه (راشد، 1972) أنه في حالة تعذر الاهتداء إلى مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد، يتعين تطبيق القانون الأقرب إليه في أحكامه، ذلك لأن القوانين في العالم يمكن أن ترد إلى نظم قانونية معينه، كالنظام الانكلوساكسوني أو اللاتيني أو الاشتراكي أو الإسلامي، ويمكن تطبيق قانون دوله أخرى قريبة من تلك الدولة كالقانون الأمريكي والقانون الإنجليزي، القانون الفرنسي والقانون الايطالي، القانون البولندي والقانون المصري.

وهكذا فمن الصعوبة الأخذ بهذه النظرية، لعدم إمكانية التأكد من مدى التقارب بين القانون الذي استحال الكشف عنه وقانون آخر، حتى إذا كان أمكن تحديد (العائلة القانونية) التي ينتمي إليها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع.كذلك فأن اتحاد المصدر المستمد منه أحكام قوانين دولتين أو أكثر لا يعني بالضرورة تطابق الأحكام التي تتضمنها هذه القوانين فالقواعد القانونية تتطور بطريقة تختلف عن تطورها باختلاف الدول لاختلاف المؤتمرات الاجتماعية والسياسية والتاريخية في كل منها، إذ كثير من أحكام الشريعة الإسلامية لها تشابه مع أحكام القانون الألماني والانجليزي مثلاً.

4-نظرية تطبيق القانون الوطني للقاضي

أن رجوع القاضي إلى أحكام قانونه عند عدم توصله الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، هو الرأي السائد ويذهب إليه غالبية الفقهاء ويسوغ الأستاذ باتيفول ذلك بما للقانون الوطني من اختصاص عام لحكم جميع العلاقات الخاضعة للقانون الخاص، وهذا الاتجاه أخذت به المادة (25) من القانون المدني الاردني والتي عدت مبادئ القانون الدولي الخاص واجبة التطبيق في حالة عدم وجود نص قانوني[9].

ولا يمكن التسليم بهذه النظرية، لأن القضاه من الناحية العملية أكثر ميلاً إلى تطبيق قانونهم وهذا أمر طبيعي لأنهم أكثر إحاطة بأحكامه وطرق تفسيره وفي هذا إهدار للاعتبارات التي يتوخاها المشرع عند سنة لقواعد الإسناد، ونؤيد ما يقترحه جانب من الفقه بضرورة إلزام القاضي بالرجوع إلى أحكام قانونه الوطني، وبذلك نكفل تحقيق اعتبار العدالة.ويبدو هذا الاتجاه الأخير من أفضل الحلول في تذليل الصعوبات التي تواجه القاضي عند عدم إمكانية الكشف عن أحكام القانون الأجنبي (فهمي، 1963، وعبدالعال، 1992).

المطلب السادس: مشكلة تفسير القانون الأجنبي

عندما يطبق القاضي الأجنبي فأنه سيواجه أشكالاً عند تفسيره لقواعد هذا القانون فهل يلجأ القاضي إلى نفس الأسلوب الذي يتعبه في تفسيره للقانون الأجنبي الذي يريد تطبيقه أم يتبع في ذلك طريقة أخرى (الهداوي، 1982).

هناك اختلاف في وجهات النظر بالنسبة لهذه المشكلة، فمن الفقهاء من يرى إعطاء القاضي كامل الحرية في تفسير القانون الأجنبي باعتبار إن هذا القانون امتزج مع القانون الوطني وأصبح جزءاً لا يتجزأ منه، وتذهب وجه نظر أخرى خلاف ذلك وتدعو إلى تفسير القانون الأجنبي وفق للمفاهيم والظروف التي طبق فيها هذا القانون في الدولة التي صدر فيها، وعندئذ يتحتم على القاضي التقيد بقرارات المحاكم واتجاه الفقه في الدولة التي يراد تطبيق قانوناً، وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض المصرية (الهداوي، 1982)[10].

ونميل الى الرأي الذي يرى بأن هذا الرأي هو الذي يجب أن تتبعه المحاكم، ذلك لأنه ليس من المستساغ أن تطبق محكمة قانون دولة أجنبية وأن تخالف في تفسيرها لهذا القانون ما ذهبت إليه المحكمة العليا في هذه الدولة، فمن المستبعد جداً أن تكون محكمة القاضي الوطني أكثر دقه في تفسيرها لقانون دولة أجنبية، قامت بتفسيره محاكمها العليا (ياسين، 1957).

المبحث الثالث

إثبات القانون الأجنبي في التشريع والقضاء الاردني

بالرغم من أن الفقه (ياسين، 1957، والهداوي، 1982،

الراوي، 1980) يكاد يجمع على إحتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية، وأنه يفترض علم القاضي بهذا القانون، إلا أن المشرع والقضاء الاردني قد تناول مثل هذه المسألة من خلال ما سنعرضه في المطلبين التاليين ونعرج على موقف الشريعة الاسلامية من مسألة تنازع القوانين في مطلب مستقل.

المطلب الاول: إثبات القانون الأجنبي في ظل التشريع الاردني

لم يكن موقف المشرع الاردني واضح وصريح في ذلك، يرى جانب من الفقه (الداوودي، 2010، والعبودي، 2012) _والذي نؤيده_ أن المشرع الاردني يتبنى الرأي الذي يرى أن القانون الأجنبي يحتفظ بطبيعته القانونية، وعليه فأن التثبت من وجود القانون وتفسيره وتطبيقه مهمه تقع على عاتق القاضي وليس على عاتق الخصوم، ويستدلون على رأيهم من خلال الكلمات والعبارات الآمرة (يسري، يرجع، يخضع، تعين) التي استعملها المشرع الاردني في القانون المدني في المواد ((1/12) (1/13) (21) (26)).

وبالتالي اذا طلبت المحكمة التعاون من الخصوم وامتنعوا أو عجزوا عن القيام به فليس للمحكمة أن ترفض تطبيق القانون الأجنبي بحجة عدم قيامهم بإثباته، بل يقع على عاتق المحكمة البحث عنه والتثبت من وجوده ومن ثم تطبيقه.

فإذا تعذر على القضاء الاردني معرفة القانون الأجنبي فعليه أن يحكم بمقتضى قانونه وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني الاردني[11].

وقد تبنى المشرع الاردني مثل هذا الاتجاه ليخفف من اطلاق مبدأ عدم تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي، إذا لم يتمسك به أحد الخصوم، ويترتب على الاخذ بهذا الاتجاه السماح للمحكمة بأن تثبت القانون الأجنبي من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك به أحد الخصوم.

في حين يرى جانب من الفقه (منصور، 1980) أن المشرع الاردني يتبنى الاتجاه المختلط في إثبات القانون الأجنبي، فهم يرون أن هذا الإتجاه يخول القاضي البحث عن القانون الأجنبي دون أن يلزمه بإثباته. ويتريب على الاخذ بهذا الاتجاه السماح للمحكمه بأن تثبت القانون الأجنبي من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك به احد الخصوم، كما أن عبء الاثبات يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي، وأن القاضي غير ملزم بالبحث عن أحكامه من تلقاء نفسه.

وفي الحقيقه أن ما يعاب على هذا الاتجاه، أنه غير واضح والدليل على ذلك (ويترتب على الأخذ بهذا الإتجاه السماح للمحكمة بأن تثبت القانون الأجنبي من تلقاء نفسها حتى لو لم يتمسك به احد الخصوم)، ويضيفون (كما أن عبء الاثبات يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي وأن القاضي غير ملزم بالبحث عن أحكامه من تلقاء نفسه). فمن خلال هذا الاتجاه نلاحظ هذا التباين في الموقف، أضف الى ذلك لو فرضنا أن الخصم الذي تمسك بالقانون الأجنبي لم يستطع إثباته.فأن الاخذ بهذا الإتجاه سيؤدي إلى أطالة أمد النزاع.

المطلب الثاني: إثبات القانون الأجنبي في ظل القضاء الأردني

من خلال استعراضنا للعديد من الاحكام الصادرة عن القضاء الاردني ممثلاً بمحكمة التمييز نلاحظ أن القضاء الاردني كان ينظر الى مسألة اثبات القانون الأجنبي على اعتبار أنه يحتفظ بطبيعته القانونيه، ويظهر ذلك من خلال الحكم التالي حيث جاء فيه (إن المادة 103 من دستور المملكة الاردنية الهاشمية قد أجازت للمحكمة تطبيق القانون الأجنبي في الامور الحقوقية والتجارية للاجانب ويكون الاطلاع على القانون الأجنبي لتطبيق أحكامه من واجبات المحكمة وليس من قبيل البينات الاضافية) (مجلة نقابة المحامين الاردنيين، 1981).

وفي حكم أخر ذهبت الى (أن الراي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء يقضي بأن القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ بصفته القانونيه ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وأن المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون المحلي)[2].

وفي حكم أخر ذهبت الى أن (* من واجبات المحكمة تطبيق أحكام أي قانون أردني أو اجنبي ترى وجوب تطبيقه على وقائع الدعوى التي وقعت في ظل أحكامه) (مجلة نقابة المحامين الاردنيين، 1983).

وكذلك (إذا كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على موضوع الدعوى يقرر إعفاء الدعاوى المقامة للمطالبه بحقوق عمالية، فإن ذلك يسري على الدعاوى المقامة أمام المحاكم الاردنية) (مجلة نقابة المحامين الاردنيين، 1997).

وكنا نتمنى على قضاءنا الأردني أن يبقى على مثل هذا الموقف من مسألة اثبات القانون الأجنبي، ولكنه عاد وغير موقفه من الطبيعة القانونية لإثبات القانون الأجنبي، وعاد ليتبنى الاتجاه المختلط، ويظهر ذلك من خلال العديد من الاحكام الصادرة عن محكمة التمييز الاردنية، ففي الحكم

الصادر رقم 2004/4161 ذهبت محكمة التمييز الى أنه (وحيث أن المادة 2/79 من قانون أصول المحاكمات المدنية لا تجيز تقديم مستندات محررة باللغة الأجنبية ما لم يكن مرفقاً معها ترجمة الى اللغة العربية لهذه المستندات. وعليه يكون اعتماد المحكمة على تقرير الخبير الذي إعتمد صورة المستندات المحررة باللغة الانجليزية دون إرفاق ترجمة بها الى اللغة العربية في غير محله ويكون قرار المحكمة إذ جرى على ذلك سابقاً لآوانه ومستوجباً للنقض من هذه الجهه إذ كان على المحكمة أن تكلف الخصم الذي يتمسك بهذه المحررات تقديم ترجمة معتمدة لها)[12].

وقد تواترت أحكام محكمة التمييز الاردنية على هذا النهج فقد ذهبت الى صيغة موحد لقراراتها ويظهر في العديد من الآحكام على النحو التالي (توجب المادة 2/79 من قانون أصول المحاكمات المدنية على الخصم الذي قدم مستندات بلغة اجنبية ان يرفقها بترجمة لها الى اللغة العربية. وحيث ان المدعي لم يقدم ترجمة للمستندات التي قدمها كبينة له بلغة اجنبية وحيث ان ترجمة هذه المستندات ضرورية للفصل في هذه الدعوى فقد كان على المحكمة ان تأمر المدعي الذي قدم هذه المستندات بلغة اجنبية ان يقدم ترجمة لها الى اللغة العربية قبل أن تقرر استبعادها

من عداد بيناته فإذا ابى ولم يفعل تستبعدها ولآ تأخذ بها. وحيث أن محكمة الاستئناف لم تكلف المدعي بترجمة المستندات المذكورة واستبعدتها من عداد البينات فيكون قرارها سابقاً لاوانه) (مجلة نقابة المحامين، 2005).

وما تجدر الأشاره اليه أن موقف القضاء والمشرع الاردني في قانون أصول المحاكمات المدنية الاردني يعطي للخصوم الحق في اثبات القانون الأجنبي وهذا يظهر جلياً من الحكم السابق والاحكام التي صدرت حديثاً عن محكمة التمييز الاردنية (مجلة نقابة المحامين، 2006).

وبالتالي سيؤدي في النهاية الى العديد من الاشكاليات التي من ضمنها أن الخصم سيتمسك بالقانون الذي يفيده هذا من جهة، ومن جهةٍ اخرى ممكن أن يتمسك بنص دون الاخر، لذلك فهذه دعوة للمشرع والقضاء الاردني الى الاخذ بالاتجاه الذي يرى بإحتفاظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية.

المطلب الثالث: وسائل اثبات القانون الأجنبي

يمكن للقضاء الاردني أن يلجأ إلى الوسائل التالية لاثبات القانون الأجنبي:

أولا: إثبات القانون الأجنبي بكافة طرق الإثبات.

يجوز للقاضي أن يثبت القانون الأجنبي بكافة طرق الإثبات، وهذه الطرق كما حددها قانون البينات، هي السندات الرسمية والسندات العادية والأوراق غير الموقع عليها والشهادة والقرائن القانونية والقضائية والمعاينة والخبرة، باستثناء النكول عن اليمين والإقرار إذ هما لا يصلحان بطبيعتهما لإثبات حكم قانوني أجنبي، لذلك استقر الفقه على استبعادها (عبدالرحمن، 1970).

ثانياً: إفادات المختصين بالقانون الأجنبي الشفهية والتحريرية

ويسمى هؤلاء بالخبراء القانونيين، وهذه الطريقة هي من نتاج القانون الانجليزي، وقد أخذت بها بعض الدول كفرنسا والعراق ومصر، ورأي الخبير في التشريع الاردني وفق المادة (86) قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم 24 لسنة، 1988 لا يقيد المحكمة فلها أن تتخذ من تقريره سبباً لحكمها أو تقضي بخلاف رأيه بشرط أن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلا أو بعضاً.

ثالثاً: الوثائق الرسمية المعطاة من ممثليه قنصلية أو سياسية

والتي استحصلت بواسطة الممثلين القنصلين والدبلوماسيين، كما يجوز للمحاكم أن تدعو قنصل الدولة ذات الشأن للحضور في المحاكم للاسترشاد بمعلوماته عن قوانين دولته، وفي البلدان التي ليس فيها قنصل اردني أو من ينوب عنه وتتم الإجراءات طبقاً لأحكام معاهدة التعاون القضائي بين الاردن وذلك البلد وإذا لم توجد معاهدة من هذا القبيل فتتم الإجراءات على أساس المعاملة بالمثل، فإن تعذر ذلك يصارإلى مخاطبة وزارة الخارجية لاتخاذ ما يلزم بهذاالخصوص بالطرق الدبلوماسية (الوكيل، 1963)[13].

رابعاً: يستطيع القاضي الاعتماد على طرق أخرى

للتأكد من إثبات القانون الأجنبي، كان يقوم بنفسه بأبحاث خاصة عن القانون الأجنبي يطلب من وزارة الخارجية أن تمده بكافة المعلومات التي لديها عنه، كما يصح للقاضي أن يطلب بطريق الإنابة القضائية من المحاكم الأخرى أن تعاونه في هذا السبيل، ويجوز للخصوم أطراف العلاقة القضائية، أن يساهموا في إثبات القانون الأجنبي بمساعدتهم للقاضي في تبرير إدعائهم بالاستناد إلى النصوص والقرارات الأجنبية التي يتمسكون بها (دواس، 2001، والهداوي، 1997، وسلامة، 1989، والفضلي، 1996).

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث فقد توصلت الى بعض النتائج والتوصيات وسنعرضها كالتالي:

أولاً: النتائج:

1- تعتبر مهمة إثبات القانون الأجنبي من أدق مسائل القانون

الدولي الخاص حيث أنها تتمحور حول تطبيق قانون أجنبي صادر من مشرع دولة أجنبية أمام القاضي الوطني

2- يجب التفرقة بين الواقعة محل النزاع والقاعدة القانونية التي يطبقها القاضي على هذه الواقعة، فالأولى يتكفل الخصوم بإثباتها، أما الثانية فهى من اختصاص القاضي حيث يقوم من تلقاء نفسه بالبحث عنها ثم تطبيقها.

3- أن الرأي الفقهي الراجح _والذي نؤيده_ يرى أن القانون الأجنبي يبقى محتفظاً بطبيعته القانونية أمام القضاء وفقاً للتشريع الأردني حيث تم الاستدلال على مثل هذا الرأي من خلال العديد من النصوص الوارده في القانون المدني الاردني.

4- أن الفقه والقضاء المقارن الحديث وبالرغم من الجدل الذي دار قديماً حول الطبيعه القانونية لإثبات القانون الأجنبي، يرى أنه يجب أن يحتفظ القانون الأجنبي بطبيعته القانونية.

ثانياً:- التوصيات:

1- ضرورة الاخذ بنظام القضاء المتخصص، إذ لا يخفي بأن تكرار القضايا المختلفة على المحكمة الواحدة، يكسبها خبرة في معرفة إثبات القانون الأجنبي.

2- ضرورة إنشاء مركز خاص بالقوانين الأجنبية، معزز بجهاز ترجمه تشرف عليه وزارة العدل وتكون وظيفته جمع كافة الوثائق المتعلقة بالتشريعات الأجنبية لا سيما القوانين الشائعة التطبيق.

3- إنشاء مركز عربي متخصص تكون مهمته تعريف كل دولة عربية بقوانين الدول العربية الأخرى بطريق رسمي ويمكن الاستفادة في هذا المجال من وسائل الاتصال الفوري الحديثة لا سيما شبكة الانترنت.

4-عقد العديد من الاتفاقيات الدوليه التي يكون من شأنها تسهيل تبادل قوانين كل الدول بعضها مع بعض.

الهوامش

(1) قواعد الإسناد، هي القواعد القانونية التي ترشد المحكمة الوطنية إلى القانون الواجب التطبيق وتسمى أيضاً قواعد تنازع القوانين، وقد ظهرت في الاونه الأخيرة اتجاهات واضحة في المجتمع الدولي نحو الاستغناء عن قواعد الإسناد في تنظيم بعض أنواع العلاقات ذات الأهمية الخاصة في مجال العلاقات الدولية، ومن أمثلة ذلك اتفاقية لاهاي 1961 بشأن وضع قانون موحد لعقد البيع الدولي للمنقولات المادية.

(2) وقد رجح الدكتور توفيق فرج هذا الاتجاه بقوله (أن افتراض علم القاضي بالقانون الأجنبي لا يخلو من المبالغة ومخالفة للحقيقة والواقع. (فرج، 1982)

(3) نقض 1972/11/18 طعن 373 . السيد خلف، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات 1970-1975 –.وتوجد عدة قرارات أخرى 1987 . ص91.

(4) نقض 1971/12/15 وقرارات أخرى مشار إليها في موسوعة البينات في المواد المدنية والتجارية . طبعة 1. ص 58

(5) للمزيد من التفاصيل في القضاء الكويتي راجع(السمدان، 1993).

(6) يقول الأستاذ شمس الدين بأن الأستاذ باتيفول رائد الاتجاه الذي يعد القانون الأجنبي من قبيل الواقع لم ينصرف ذهنه إلى المطابقة بينها من حيث الطبيعة، وإن مثل هذه الفكرة يمكن الرد عليها بسهولة ويورد قولاً للفقيه مارتن وولف في كتابه Martin Woff Privte International Law فقرة (201) (بأنه كيف يتصور تطبيق الواقعة على وقائع فالقانون يعد في حكم اللغة ولم يقل أحد بأن اللغة الايطالية، تفقد صفتها عندما يتحدث بها الناس في انجلترا) (الوكيل، 1964).

(7) العرف:اعتياد الناس على اتيان سلوك مطرد حتى استقر في اذهانهم انه ملزم وتلتزم المحكمة بالقضاء به من تلقاء نفسها.أما العادة فهي سنة تواتر الأفراد على إتباعها بدون الاعتقاد بإلزامها عندما يتفق الأفراد في شأنها تصبح شرطاً من شروط العقد وتأخذ بحكم الوقائع التي يجب على الأطراف إثباتها.

(8) من الجدير بالملاحظة أن النظام القانوني الاردني لم يأخذ بنظام السوابق القضائية بل ألزم المحاكم بإتباع قواعد التدرج القانوني الموجودة في المادة الثانية من القانون المدني الاردني التي جعلت من النص التشريعي، ثم العرف ثم مبادئ الشريعة الاسلامية ثم قواعد العدالة، المصادر التي تعتمدها في تطبيق القانون

(9) والتي جاء فيها (تتبع مباديء القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين).

(10) راجع قرار محمة النقض المصرية رقم 50 في 1953/1/8 مجموعة النقض /السنة الرابعة .

(11) حيث جاء فيها (...2 – فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مباديء الشريعة الاسلامية).

(12) تمييز حقوق رقم 2004/4161 (هيئة عامة)، تاريخ 2005/5/30 منشورات مركز عدالة

(13) ويشير الأستاذ الوكيل إلى حالة عرضت أمام القضاء الانجليزي رفض فيها شهادة أحد الخبراء بشأن المعلومات التي أدلى بها عن القانون المطبق في كولونيا بألمانيا بالرغم أنه قد درس في إحدى الجامعات الألمانية وكان يعمل مستشاراً للقنصلية البروسية.وهذا يؤكد على حرية القضاء في التأكد من أن الخبير قد مارس خبرة قانونية في الدولة الأجنبية أو قام بأعمال ترى المحكمة أنها معادلة لهذه الخبرة.

المصادر والمراجع

حافظ، م. (1999) الفانون الدولي الخاص، ط2، عمان: دار الثقافة.

داوس، أ. (2001) تنازع القوانيين في فلسطين– دراسة مقارنة، عمان: دار الشروق.

الداوودي، غ. (2010) القانون الدولي الخاص، ط5، عمان: دار وائل.

ديب، ف. (1986) القانون الدولي الخاص، منشورات جامعة دمشق.

راشد، س. (1972) قاعدة الإسناد أمام القضاء، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، القاهرة: جامعة عين شمس.

زكي، ح. (1941) القانون الدولي الخاص المصري، القاهرة: دار الطباعة المصرية

سلامة، أ. (1989) مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، القاهرة: دار النهضة العربية.

سلطان، أ. (1984) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت.

السنهوري، ع. (1956) الوسيط في شرح القانون المدني، القاهرة.

السيد، ع. (2007) القانون الدولي الخاص في مملكة البحرين، ط1.

صادق، ه. (1981) دراسات في القانون الدولي الخاص.

الصانوري، م. (2011) القانون الدولي الخاص، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

عبدالرحمن، ج. (1970) تنازع القوانين، القاهرة.

عبدالعال، ع. (1992) دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الامارات العربية المتحدة، الأسكندرية: دار الجامعة للنشر.

عبدالله، ع. (1986) القانون الدولي الخاص، ج2، ط9.

العبودي، ع. (2012) شرح احكام قانون البينات الاردني، ط4، عمان: دار الثقافه للنشر والتوزيع.

العدوي، ج. (1968) . مبادئ الإثبات، الاسكندرية:المكتبالمصري الحديث.

فرج، ت. (1982) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية

الفضلي، أ. (1996) رسالة دكتوراة– كلية القانون جامعة الموصل، والموسومة " القانون الواجب التطبيق على الزواج واثارة".

فهمي، م. (1963) رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي في نطاق التنازع الدولي للقوانين، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 3.

فهمي، م. (1983) أصول القانون الدولي الخاص، ط2.

المرغني، ر. (1985) أحكام الإثبات، الرياض: معهد الادارة العامة.

مرقس، س. (1981) أصول الإثبات وإجراءاته، القاهرة: المطبعة العصرية.

منصور، م. (1981) شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم 39 لسنة 1980، مجلة جامعة الكويت.

ناصف، ح. (1997) تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، القاهرة: دار النهضة العربية.

نشأت، أ. (1972) رسالة الإثبات في التعهدات، ط5، القاهرة: مطبعة الإعتماد.

نقابة المحامين، تمييز حقوق رقم 2005/1358 (هيئة خماسية)، 2005.

نقابة المحامين، تمييز حقوق رقم 1513 / 2006 (هيئة خماسية)، 2006.

نقابة المحامين، تمييز حقوق رقم 539 (هيئة خماسية) ص 1505، لسنة 1983.

نقابة المحامين، تمييز حقوق رقم 1999/648 (هيئة عامة)، 2000.

نقابة المحامين، تمييز حقوق رقم 70 (هيئة خماسية) ص1395، لسنة 1981.

الهداوي، ح. (1997) القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين، عمان: دار الثقافة.

ابو هيف، ع. (1934) القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، القاهرة:منشأة المعارف.

الوكيل، ش. (1964) دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره، مجلة الحقوق، العدد (1–2)، الاسكندرية.

ابو الوفا، أ. (1983) الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت: الدار الجامعية

ياسين، م. (1957) تطبيق القانون الأجنبي، بغداد: مطبعة العاني.

السمدان، أ. (1993) قانون الواجب التطبيق فى التحكيم التجاري الدولى، مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد17.

Mission Facing the Demonstration of the Foreign Law Vis-à-Vis the National Judge in Accordance with the Jordanian Legislation

Ibrahim Al-Sarayra, Ala'a Al-Fawa'eer *

ABSTRACT

The rule of attribution at certain times suggests the application of the foreign law and here the question rises on the responsibility of the burden of proof of the applicable foreign law.

The researcher tries through examining this issue to handle the legal nature to demonstrate the foreign law via the statement of whether the foreign law and its burden of proof shall be responsibility of litigants or it preserves its legal nature before the national judge which results in the judge' familiarity with it or it undergoes the doctrine that is different in demonstration in which the court seeks the foreign law without committing to demonstrate. It is possible the judge may face while demonstrating the foreign law many difficulties for which we tried to find solutions thereto together with the relevant suggestions. We examined the situation of the Jordanian legislator and justice towards such issue.

In conclusion, we came up with certain results and recommendations.

Keywords: Foreign Law, National Judge, Jordanian Legislation.

* Faculty of Sheikh Noah Al-Qudah for Shari'a and Law, The World Islamic Sciences & Education University, Jordan.
Received on 6/7/2015 and Accepted for Publication on 18/11/2015.