

يتبعها ، ولا يجوز فرض أحكام القانون الإماراتي بوصفها وحدها نموذج العدالة الذي يجب اتباعه .

- إن الفقهاء المسلمين أنفسهم جوزوا في مسائل النكاح - وهي أخطر لارتباطها بالحالة الشخصية للأفراد - صحة نكاح الأجنبي في بعض فروض عرضناها ولو كانت مخالفة للقواعد المقررة في الشريعة الغراء . فلا غرابة إن جوزنا إخضاع الوصية للقانون الأجنبي وهي على إتصال بنظام الأموال وهو أقل خطراً وشأناً من النكاح وإرادة الأفراد فيها دور كبير . وقد يحاجنا غيرنا بقوله : إن الفقهاء المسلمين أنفسهم قد عرضوا لأمر الوصية بين المستأمنين وأجازوها مع التزامهم بأحكام الشريعة . هذا صحيح أوضحناه ، لكن المتأمل في الأمور من غير حساسية يلحظ إن الحال غير الحال والزمن غير الزمن . ولو إستمر فقهاء المسلمين في الإجتهد ولم يقفل بابه في القرن الثالث الهجري لكان الحال مختلفاً وكانوا قد شيدوا لنا نظرية خاصة بتنازع القوانين تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي في بعض الأحوال تحقيقاً للعدالة وصوناً للحقوق المكتسبة خاصة ونحن في زمن أصبحت العلاقات فيه بين العالم الإسلامي والبلاد الأجنبية مستقرة وعلاقات الأفراد ممتدة ولا تدخل تحت حصر وتقاريف الحدود بسبب التقدم الهائل في المواصلات ووسائل العلم والتكنولوجيا . " وأما القول بأن الحكم بما أنزل الله معناه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بصفة مطلقة فهو محل نظر . إذ من المعلوم أن الأحكام المنزلة من الله سبحانه وتعالى فيما يتعلق بالمعاملات قليلة جداً وهي فيما عدا ما ورد فيه نص قاطع تعتبر أحكاماً اجتهادية ومن ثم أفلا يحل لنا أن نفسر المراد " بالحكم بما أنزل الله " بأنه الحكم بالعدل وأن من العدل أن يحكم بين غير المسلمين ، وعلى الخصوص الأجنبي بما ألفوه من الأحكام أو العادات أو القوانين خصوصاً إذا كان من وراء الحكم بتلك القوانين ضمان لبقاء الحقوق المكتسبة ووصولها

إلى أربابها ؟ إن الآيات في القرآن كثيرة بخصوص الحكم بالعدل . فقد قال تعالى " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكتم بين الناس أن تحكموا بالعدل " وقال تعالى " واحكم بينهم بالقسط " ، " واقسطوا إن الله يحب المقسطين " " ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب إلى التقوى " . وقد قالوا بناء على هذه الآيات إنه لا يحل ترك العدل في الشهادة على غير المسلم ولا ترك الحكم له بحقه . وقالوا في الحكم بالعدل إنه إيصال الحق إلى صاحبه من أقرب الطرق إليه . أليس الحكم بين أجنبيين بالقانون الذي تقرر الحق بينهما بناء عليه أقرب طريق إلى إيصال الحق إلى صاحبه ؟ وأليس في الحكم بينهما بحكم الشريعة الإسلامية وهما لم ينظرا إليها وقت إنشاء الحق ولم يعتمدا في إيجادها عليها احتمال تضييعه ؟ " ٦٤ .

- إن اعطاء الأجنبي المسيحي -في الوصية- قدرأ يقل أو يكثر عن ذلك الذي تقدر الشريعة الإسلامية ليس فيه مايمس شعور الجماعة الوطنية في دولة الإمارات ولن تتأذى منه الجماعة.فليس فيه ما يثير نفوراً أو يبعث على الاشمئزاز<sup>٦٥</sup>

(٦٤) المرحوم الدكتور على الزيني ، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن ، ج ١ - المطبعة الرحمانية ١٩٣٠ ، بنو ١٠٠ ص ١٩٢ ، الدكتور جابر جاد ، المرجع السابق ، ص ٥١ - ٥٢ .

(٦٥) وعلى هذا المعنى يجري القضاء المصري في أحكامه في تواتر واضطراد . نقض مصري في ٢٦ يوليو ١٩٦٧ - مجموعة النقض س ١٨ - العدد الثالث مايو - أغسطس ص ١٤٩٣ وفيه أقرت المحكمة تطبيق القانون اللبناني الذي يجيز الإيضاء بأكثر من الثلث مؤكدة أنه لا يصح استبعاد القانون الأجنبي المختص إلا إذا كان في إعماله ما يصادم المصالح الأساسية للجماعة . إذا كان الأمر كذلك فإنه " لا يدخل في هذا النطاق اختلاف القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي يجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين كما هو الحال في الدعوى " . وقد أكدت المحكمة ذات الاتجاه في حكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٧٧ بخصوص وصية أبرمها زوج مسيحي أسباني أمام القنصلية الاسبانية في القاهرة لصالح زوجته الاسبانية المسيحية والتي أوصى لها بمقتضاها بالانتفاع بجميع أمواله الكائنة بمصر والحارج طيلة حياتها طالما لم تتزوج . وقد قالت المحكمة أنه " لا يدخل في نطاق مخالفة النظام العام مجرد اختلاف أحكام القانون الأجنبي عن أحكام القانون الوطني في تحديد القدر الذي تجوز فيه الوصية لغير المسلمين أو طريقة الانتفاع بالموصى به ، أو ترتيب الموصى لهم بحق الانتفاع " . حكم مشار إليه في مؤلف الدكتور أحمد عبدالكريم سلامة ، المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية - الطبعة الأولى ص ٣١٧ .

### الفصل الثالث

#### موقف القضاء الإماراتي من مسألة تنازع القوانين

#### في مسائل الأحوال الشخصية

من يطلع على موقف القضاء الإماراتي في هذا الشأن يمكنه أن يرصد بوضوح ميله الطاغي نحو استبعاد القانون الأجنبي دائماً وإعمال القانون الوطني الإماراتي . وهو في سبيل تحقيقه غاية هذه يسلك سبلاً ثلاثة :

– فهو تارة يتجاهل أن المنازعة أطرافها أجنبى ولا يشير إلى ذلك لا من بعيد ولا من قريب ويطبق في شأنها القواعد الوطنية ويتعامل مع المنازعة بوصفها منازعة داخلية خالصة ملتفتاً تماماً عن أن هناك قواعد للإسناد تنظم مثل هذه المسائل وأنها قد تشير إلى قانون أجنبي واجب التطبيق اعتمد عليه الأطراف وعولوا عليه ورتبوا علاقاتهم بالنظر إليه . وهذا المسلك هو ما تسلكه عادة محاكم الموضوع وبصفة خاصة المحاكم الشرعية .

– وهو تارة ثانية يطبق القانون الوطني على العلاقة المبرمة بين أطراف أجنبى معتمداً على أن أطراف المنازعة أنفسهم لم يتمسكوا بتطبيق القانون الأجنبي ولم يثيروا من تلقاء أنفسهم قاعدة الإسناد التي تشير للقانون الواجب التطبيق في شأن المنازعة المطروحة . وإذا ما طعن الأفراد على الحكم لأنه لم يطبق القانون الأجنبي الذي يحكم المنازعة المطروحة ردت المحكمة الاتحادية العليا عليهم طعنهم ناحية باللوم عليهم لأن لم يثيروا أمام المحكمة التمسك بقاعدة الإسناد التي تشير إلى المسألة المتعلقة بها النزاع .

وهو تارة ثالثة - في الحالات التي يتمسك فيها الأطراف بقاعدة الإسناد - يطبق القانون الوطني على سند من أن الأطراف لم يثبتوا أمامه مضمون القانون الأجنبي الواجب الاعمال .

واضح إذن من هذه المسالك المتنوعة التي يسلكها القضاء أنه غالباً ما لا تعوزه الحاجة للجوء إلى الدفع بالنظام العام . لكن لماذا يفعل القضاء ذلك وهل له فيما ينهجه من مسلك سند وهل عنده تبرير يبني عليه قضاءه ؟

نعرض أولاً نماذج لتطبيقات قضائية عملية للفروض المتقدمة ، ثم نناقش بعد ذلك السند الذي يعتمد عليه في تأسيس أحكامه لنتناقشه مبينين وجه الصواب والخطأ في هذه المسالك .

١ - القضاء يفصل في العلاقة الأجنبية كما لو كانت وطنية خالصة :

ذكرنا أن محاكم الأساس وبصفة خاصة القضاء الشرعي يجري على الفصل في العلاقات الأجنبية كما لو كانت علاقات وطنية خالصة . أكثر من ذلك هو لا يشير -لا من بعيد ولا من قريب- إلى أن هذه العلاقة من علاقات القانون الدولي الخاص .

خذ مثلاً على ذلك ما قالت به محكمة دبي الابتدائية الشرعية في حكم لها في ١٩٩٤/١١/٩ ( رقم ٧٩ لسنة ٩٩٩٤ تركات غير مسلمين ) في قضية متعلقة بميراث بين أجناب كلهم مسيحيون . طبقت المحكمة أحكام الشريعة الإسلامية المقررة في شأن الموارث<sup>٦٥</sup> ومن غير أن تأتي على ذكر القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن بمقتضى المادة ١/١٧ من قانون المعاملات المدنية ، وعلى هذا تتواتر أحكام هذه المحكمة . من ذلك أيضاً حكمها الصادر في ١٩٩٤/١١/١٣ في مادة إرثية بين هنود ومسيحيين<sup>٦٦</sup> . وحكمها الصادر في ١٩٩٤/١١/٣٠ في

---

(٦٥) حكم غير منشور .

(٦٦) القضية رقم ٧٨ لسنة ١٩٩٤ - تركات غير مسلمين ( حكم غير منشور ) .

مادة إرثية أيضا<sup>٦٧</sup> وحكمها الصادر في ١٠/٨/١٩٩٤ في دعوى إثبات نسب طفل مولود لأبوين فيليبين غير مسلمين<sup>٦٨</sup> والفصل في المسألة ذات العنصر الأجنبي كما لو كانت وطنية خالصة مع تطبيق القانون الإماراتي هو أيضا مذهب محكمة العين الشرعية . وهذا هو ما فعلته في مادة إرثية في حكمها الصادر في ١٢/١١/١٩٩٤<sup>٦٩</sup> وحكمها الصادر في ٩/٥/١٩٩٤ في إرث بين مسيحيين<sup>٧٠</sup>، وكذلك حكمها الصادر في ١/٦/١٩٩٤<sup>٧١</sup> وفي ٨/٥/١٩٩٤<sup>٧٢</sup> وفي ٣/٣/١٩٩٤<sup>٧٣</sup> وفي ٢٥/٦/١٩٩٤<sup>٧٤</sup> .

٢ - المحاكم لا تطبق القانون الأجنبي قولاً منها بأن الخصوم لم يتمسكوا ايضاً بقاعدة الإسناد ولم يثبتوا القانون الاجنبي .

وتارة ثانية يحاول القضاء الإماراتي أن يتجنب تطبيق القانون الأجنبي الواجب إعماله بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع المقررة في القانون الإماراتي قولاً منه بأن الخصوم لم يثيروا مسألة قاعدة الإسناد ولم يثبتوا مضمون القانون الأجنبي . وهذا الاتجاه ترفع لواءه المحكمة الاتحادية العليا نفسها ( الدائرة الشرعية ) . ففي حكم لها متعلق بدعوى طلاق بين زوجين هنديين طبقت فيه محكمة الموضوع القانون (٦٧) الحكم رقم ٨٦ لسنة ١٩٩٤ - تركات غير مسلمين ( غير منشور ) وحكمها الصادر في مادة ارثية في ٢٠/٣/١٩٩٣ - رقم ١٣ لسنة ١٩٩٣ تركات غير مسلمين ( غير منشور ) .

(٦٨) لدعوى رقم ١٣ لسنة ١٩٩٤ - ت( أحوال شخصية لغير المسلمين ) ( غير منشور ) .

(٦٩) الحكم رقم ٤٣٨ لسنة ١٩٩٤ ( غير منشور ) .

(٧٠) القضية رقم ١٨٧/١٩٩٤ ( غير منشور ) .

(٧١) القضية رقم ٩٤/١٦٨ ( غير منشور ) .

(٧٢) القضية رقم ١٨٣/١٩٩٤ ( غير منشورة ) .

(٧٣) القضية رقم ١٢٢/١٩٩٤ ( غير منشور ) .

(٧٤) القضية رقم ١٢٠/١٩٩٤ ( غير منشور ) .

الإماراتي مما دفع المحكوم ضده إلى الطعن عليه أمامها ، قالت المحكمة إن " قواعد الإسناد لا تتعلق بالنظام العام ذلك أن الأصل هو تطبيق قانون القاضي فيتعين على الخصوم أن يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد ، وعليهم في هذه الحالة أن يقدموا الدليل على تضمنه القاعدة القانونية المراد تطبيقها ، لما كان ذلك وكان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بتطبيق القانون الهندي ولم يقدم الدليل عليه وإنما طلب وكيله من المحكمة في جلسة ١٩٩٣/٥/٤ بتطبيق حكم الله بتضييق الشقاق بينهما ( أي الخصمين ) وذلك بتعيين حكيم ، مما مفاده أنه ارتضى تطبيق حكم الشريعة الإسلامية في النزاع وإلا لما طلب تعيين حكيم ولطلب تطبيق القانون الهندي مما يجعل نعيه غير قائم على أساس " ٧٥ .

والبيّن من هذا الحكم أن القضاء الإماراتي مثلاً هذه المرة في المحكمة العليا ذاتها يقفز فوق تطبيق القانون الأجنبي مستنداً إلى اعتبارات قيل بها في الفقه التقليدي وطبقها أحكام القضاء في الخارج . غير أن هذا الاتجاه أخذ يتلاشى وريداً رويداً لدى القضاء وبصفة خاصة في فرنسا كما أن الفقه الحديث أشبعه نقداً كما سيجيء .

٣ - القضاء الإماراتي يعتصم بفكرة النظام العام لاستبعاد القانون

الأجنبي :

وأخيراً فإن القضاء في دولة الإمارات العربية يسرف في استخدام فكرة النظام العام قاصداً إلى استبعاد القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية مثال ذلك الحكم الذي أصدرته محكمة دبي الشرعية الابتدائية في ١٩٩٣/١١/١٧<sup>٧٦</sup> في مادة إرثية أطرافها هندوس . وتتلخص وقائع هذه المنازعة في أن المستدعي راجيش

(٧٥) حكمها في ٨ يناير ١٩٩٤ - مجلة العدالة ١٩٩٤ ص ٧٩ .

(٧٦) رقم ٩٣/٤٥ - حكم غير منشور .

دالومال لكهاني بوكالة محاميه قد تقدم بطلبه لتسجيل مادة تركت لغير المسلمين بتاريخ ١٩٩٣/٨/٣١ طالباً : (١) إثبات وفاة المدعو لكهاني دالومال موني رام وحصر ورثته . (٢) ونقل حصص المتوفى لكهاني دالومال رام في الشركتين المعروفتين باسم تجارة راج جيت العالمية وشركة الدهان للأقمشة إلى ابنه المدعو بهارات كومار الياس سنيل دالومال وتسطير كتاب للجهات المختصة لشطب اسم المتوفى من الرخص التجارية الخاصة بالشركتين واستبداله باسم ابنه بهارات كومار الياس سنيل دالومال ، وأضاف الطالب في طلبه أن المدعو لكهاني دالومال موني رام هندوسي الديانة - وموطنه الهند توفى في مدينة دبي بتاريخ ١٩٩٣/٦/٣ وانحصر إرثه في زوجته سوشيلا دالومال لكهاني وفي أولاده منها بهارات كمار الياس سنيل دالومال وراجيش دالومال لكهاني وجيتا ناريش لالواني وسونيتا جاي برকাশ اسواني فقط . وجميعهم بالغون وبدون وصية وهو يملك حصصاً في الشركتين التجاريتين وهما : تجارة راج جيت العالمية والمرخصة بموجب رخصة تجارية مسجلة وشركة الدهان للأقمشة .

وبعد أن استمعت المحكمة إلى أقوال الشهود ، وأبرز وكيل طالب المادة حافظة مستندات اشتملت على نسخة مصورة من شهادة وفاة تثبت وفاة المورث ونسخة مصورة من جواز سفر المتوفى ونسخة مصورة عن جوازات سفر ورثة المتوفى إضافة إلى نسختين مصورتين من الرخصتين التجاريتين العائدين لتجارة راج جيت العالمية والدهان للأقمشة . ونسخة من قانون الميراث الهندي لسنة ١٩٥٦ ، سطرت المحكمة قولها :

" بدءاً وحيث أنه من المقرر وفقاً لنص المادة ١/١٧ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٥ فإنه يسري على الميراث قانون المورث عند موته . وبمقتضى ذلك فإن القانون الواجب التطبيق على هذه الواقعة هو قانون المورث ما لم يكن

مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب عملاً بنص المادة ٢٧ من قانون المعاملات المدنية .

وحيث أنه الثابت من أوراق الدعوى أن المتوفى موطنه الهند وهو هندوسي الديانة فيكون والحالة هذه القانون الواجب التطبيق هو القانون الهندي . وحيث إن الجهة المدعية قد أبرزت القانون الهندي المتعلق بميراث الهندوس لسنة ١٩٥٦ والذي تبين بمطالعة أن أحكامه تخالف أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالنسب والحصص وأصحاب الاستحقاق فإذا أعطى القانون زوجة المتوفى سهماً واحداً دون أن يميز فيما إذا كان للمتوفى فرع وارث أو توفى بدون فرع . فإنه في حالة وجود الفرع الوارث ترث الثمن وفي حال عدم وجود الفرع الوارث ترث الربع ، وكذلك الحال فإن القانون قد ساوى في الحصص بين الذكور والإناث من الأبناء وهذا يخالف التوزيع في الشريعة الإسلامية التي جعلت للذكر مثل حظ الأنثيين . وحيث إن مقتضى المادة ٢٧ من قانون المعاملات المدنية أنه لا يعمل بالنصوص السابقة إذا خالفت أحكامها أحكام الشريعة الإسلامية وعليه ولوجود المخالفة فإنه وعملاً بالمادة ٢٨ من قانون المعاملات المدنية تطبق أحكام الشريعة الإسلامية " .

#### الأساس الذي اعتمد عليه القضاء المتقدم :

من مطالعة أحكام القضاء السابقة - وغيرها كثير لا يقبل حصراً<sup>٣٣</sup> - يمكننا أن نسجل بعض الملاحظات :

- أن محاكم الموضوع عموماً - ليس فقط في دولة الإمارات وإنما في معظم الدول - تنزع إلى الفصل في النزاعات التي تثور أمامها كما لو كانت وطنية خالصة . فذلك أيسر سبيلاً . وقد تصل أحياناً إلى ذات النتيجة بإسرافها في استخدام فكرة النظام العام . وهي تستخدمها دون أن تسبب قضاءها غير مدركة أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية يجب التذليل عليها . وإزاء هذه المعاني يعزف المتقاضون (٧٧) وسوف يكون محلاً لدراسة مستفيضة نأمل أن ترى النور قريباً إن شاء الله .



أمامها عن التمسك بقاعدة الإسناد - إن علموا بضرورة التمسك بها - ذلك أن تمسكهم أو عدم تمسكهم بها سوف يفضي في جميع الأحوال إلى نتيجة واحدة.

- أن المحكمة العليا تشارك محاكم الموضوع " النزعة " نحو التقليل من حالات تطبيق القانون الأجنبي فتلقى على صاحب المصلحة في تطبيق القانون الأجنبي أن يتمسك بقاعدة الإسناد مع أنها قانون وطني صاغها المشرع الوطني ببنانه ، ثم بعد ذلك يكون عليه أن يثبت مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد نزولاً على المذهب التقليدي القائل باعتبار القانون الأجنبي واقعة لا قانوناً مع ما يترتب على ذلك من آثار . نلقي الضوء على هاتين المسألتين محددين إلى مدى يمكن أن نجد لهما صدى في بعض أحكام القضاء الإماراتي :

#### أ - مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد :

نعرف أن قواعد الإسناد تشير إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق . وقواعد الإسناد هذه قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني في صلب قانونه الذي يقننه بيديه . وهذا هو عين ما فعله المشرع الاتحادي في دولة الإمارات في المواد من ١٠ - ٢٨ من قانون المعاملات المدنية . قواعد الإسناد هذه هل يلتزم القاضي الإماراتي بأن يطبقها من تلقاء نفسه في كل مرة يعُن له فيها أن المنازعة المطروحة عليه يداخلها عنصر أجنبي وأن المشرع قد رصد لها قاعدة إسناد تبين القانون الواجب تطبيقه عليها ؟<sup>٧٨</sup> .

بداية نؤكد على أنه يجب الفصل بين أمرين : قاعدة الإسناد ، والقانون الأجنبي الذي تشير إليه . فقاعدة الإسناد من ناحية الترتيب الزمني يعرض أمرها أولاً إذ هي التي تعين القانون الواجب التطبيق . إلى ذلك فإن قاعدة الإسناد وطنية

(٧٨) بطبيعة الحال ليس للسؤال من محل إذا كانت قاعدة الاسناد تشير إلى تطبيق القانون الوطني . إذ القاضي ملزم بالضرورة عندئذ باعمالها من تلقاء نفسه .

لحمة وسدى خرجت من صلب المشرع الوطني بينما القانون الأجنبي بطبيعة الحال - من تسميته - هو غير القانون الوطني وينطبق بأمر المشرع الوطني الذي أودع إرادته في قاعدة الإسناد . متى أبرزنا ذلك وأردنا الإجابة على السؤال الذي طرحناه لقلنا إن هناك إتجاهين في خصوص مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق قاعدة الإسناد . الغالب وهو السائد في الفقه والقضاء الألماني والذي تحول إليه حديثاً القضاء الفرنسي مثلاً في محكمة النقض ذاتها<sup>٧٩</sup> ، وفحواه أن القاضي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه ، ولو لم يتمسك بها الخصوم . وليس للقاضي الوطني أن يتحلل من التزامه هذا ولو كان الحل الذي سيؤدي إليه تطبيق القانون الوطني مماثل لذلك الذي سيصل إليه بتطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع وفقاً لقاعدة الإسناد<sup>٨٠</sup> . وتسير أحكام القضاء الألماني في اضطراد " على أنه يجوز التمسك بتطبيق قاعدة الإسناد لأول مرة أمام المحكمة العليا ، باعتبار أن ذلك مجرد إبداء لحجة قانونية " <sup>٨١</sup> وعلى النقيض من هذا الاتجاه نجد أن مذهب القضاء الإنجليزي يتبلور في عدم جواز تطبيق القاضي لقاعدة الاسناد من تلقاء نفسه<sup>٨٢</sup> .

والذي لا شبهة فيه أن هدف القانون الدولي الخاص المتمثل في تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية لا يتأتى إلا إذا سلمنا بالتزام القاضي الوطني بإعمال

(٧٩) نقض فرنسي في ٢٠ يناير ١٩٨٧ ، المجلة الانتقادية ١٩٨٨ ص ٦٠ ، وحماها في

١١ ، ١٨ أكتوبر ١٩٨٨ - المجلة الانتقادية ١٩٨٩ ص ٣٦٨ ؛ ٤ أكتوبر ١٢٩٨٩ .

المجلة الانتقادية ١٩٩٠ ص ٣١٦ مع تعليق استاذنا لاجارد ، وانظر في تفاصيل أخرى

مؤلفنا في " الإنباء القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية دار المطبوعات

الجامعية ، ١٩٩٤ ، ص ٨١ وما بعدها .

(٨٠) استاذنا الدكتور فؤاد رياض ، ص ٤٨ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيه .

(٨١) الدكتور فؤاد رياض ، ص ٤٩ .

(٨٢) الدكتور فؤاد رياض ، ص ٤٦ .

قاعدة الإسناد من تلقاء نفسه . فقاعدة الإسناد ملزمة للقاضي بحسبان أنها ترمي إلى تطبيق أنسب القوانين لحكم المسألة المعروضة وفقاً للسياسة التشريعية التي يرمي المشرع الوطني إلى تحقيقها وتلك مسألة على اتصال وثيق بالنظام العام<sup>٨٣</sup> ومن هذا المنظور نرى أن أعمال قاعدة الإسناد مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا .

ومن حسن الطالع أن المحكمة الاتحادية العليا ذاتها في حكم لها في ٢٩ يناير ١٩٩٤ قد أقرت هذه المعاني<sup>٨٤</sup> ففي قضية تتحصل وقائعها في أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٢٤٠ لسنة ١٩٩٢ شرعي أبو ظبي على المطعون ضده بطلب إثبات طلاقه لها طلاقاً بائناً بينونة كبرى مكماً للثلاث وبأحقيتها لحضانة بناتها الأربع منه وإلزامه بتسليمها ابنتيها وفرض نفقة لهن بأنواعها الثلاث ونفقات تعليمهن وفرض نفقة لها ، وذلك وفقاً لطلباتها الختامية ، وقالت بياناً لذلك ، أنها زوج له بصحيح العقد الشرعي ودخل بها وعاشرها ورزقت منه بناتها المذكورات وأوقع عليها الطلاق أكثر من ثلاث مرات . ففي عام ١٩٨٦ طلقها خمس مرات متفرقات وتوجهها معاً إلى أحد العلماء فأفتي بتطليقه لها طلقين وبناء على ذلك استمرت الحياة الزوجية بينهما . وفي عام ١٩٩٠ طلقها طلقين متفرقتين وأقر بذلك أمام شاهدين إلا أنه أخبرهما بأنه عرض الأمر على بعض علماء الأزهر فأفتوه بعدم وقوع الطلقتين الأخيرتين وحلف لها على حصول تلك الفتوى فقبلت البقاء معه . وفي شهر نوفمبر سنة ١٩٩١ قال لها أنت محرمة عليّ . ويعرض ذلك على أحد رجال الدين قال إنه يعتد في ذلك بنية الزوج فأخبره

(٨٣) في نفس المعنى ، الدكتور محمد كمال فهمي ، رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الأجنبي ، مجلة القانون والاقتصاد ١٩٦٢ - العدد الثالث - ص ٤٧ ، ص ٥٢ .

(٨٤) الحكم رقم ٤٣ لسنة ١٥ ق .ع. نقض شرعي أحوال شخصية ، مجلة العدالة ، ١٩٩٤ ، ص ٩٠ وما بعدها .

المطعون ضده أنه م يكن ينوي الطلاق وفي يوم ١٠/٣/١٩٩٠ قال لها أنت طالق  
وبذلك تكون قد بانت منه بينونة كبرى لا تحل له من بعد تى تنكح زوجاً غيره ،  
وبعد أن استمعت المحكمة إلى شهود الطرفين ، حكمت بتاريخ ٣١/١/١٩٩٣ م :

أولاً : باثبات طلاق المطعون ضده للطاعنة ثلاثاً اعتباراً من يوم  
١٢/١٢/١٩٩٢ ولا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره على أن تعتد منه عدة  
الطلاق اعتباراً من يوم ١٢/١٢/١٩٩٢ .

ثانياً : بالزام المطعون ضده بأن يؤدي للطاعنة مبلغاً قدره ستمائة درهم شهرياً  
نفقة زوجية لها عن الفترة من ٢٩/٣/١٩٩٢ م وحتى ١١/١٢/١٩٩٢ وأن يؤدي  
لها شهرياً من يوم ١٢/١٢/١٩٩٢ مبلغاً قدره مائتا درهم لسكنائها خلال مدة  
العدة حتى إنتهاؤها شرعاً .

ثالثاً : باثبات حضانة الطاعنة لا بنتيها ومنع تعرض المطعون ضده لها في ذلك  
وبأحقيتها في حضانة إبنتيها وإلزامه بتسليمها إليها وأن يؤدي لها أيضاً شهرياً من  
يوم تسلمها للصغيرتين مبلغاً قدره ألف درهم نفقة لطعامها وكسوتها وسكنائها  
وتعليمها مناصفة بينهما ، استأنف الطاعن هذا الحكم بالإستئناف رقم ٦١ لسنة  
١٩٩٣ شرعي أبوظبي ، بتاريخ ٢٣/٥/١٩٩٣ . قضت المحكمة بالأغلبية بإلغاء  
الحكم المستأنف وبإثبات طلقة رجعية واحدة ، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق  
النقض ، وقدمت النيابة العامة مذكرة رأت فيها رفض الطعن .

وحيث إن مما تنعاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القواعد الشرعية  
والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب ، وتقول بياناً لذلك ، إن الحكم أهدر  
أقوال شهودها ومن بينهم أخوها وبان أخيها رغم انتفاء التهمة بالنسبة لهما ،  
والمستفادة من أقوال شهودها أن المطعون ضده طلقها أكثر من ثلاث طلاقات .

وحيث أن هذا النعي سديد ، ذلك أنه لما كان طرفاً الدعوى مصريين ، إذ كان

النص في المادة ١٣ من قانون المعاملات المدنية على أنه :

" (١) يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والآثار المتعلقة بالمال التي يرتبها عقد الزواج . (٢) أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطبيق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى ، ومن ثم فإنه يتعين تطبيق القانون المصري الذي يوجب العمل بالراجع من مذهب أبي حنيفة فيما لم يرد به نص قانوني خاص طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وكان يشترط لصحة الشهادة شرعاً أن يكون الشاهد عدلاً غير متهم في شهادته فلا يجوز أن يكون في الشهادة جر مغنم أو دفع مغرم كما لا تقبل شهادته متى كان بينه وبين المشهود عليه عداوة دنيوية ، إلا أن العداوة الدنيوية ليست هي كل خصومة تقع بين شخص وآخر في حق من الحقوق ، بل إن إبطال الشهادة مشروط بأن يشهد الشاهد على خصمه في واقعة يخاصمه فيها ، ومثلوا لذلك بشهادة المقذوف على القاذف والمقصوع عليه الطريق على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج على امرأته بالزنا إذا كان قد قذفها به أولاً ، ولا يسوغ بداهة أن يخلق من يطعن على شهادة لهذا السبب خصومة مدعاة لیتخذ منها وسيلة لابطالها ، وأصل هذه القاعدة ما رواه ابن عمر رضي اله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين ولا ذي أحنه " . قال أبو حنيفة وأصحابه لا تقبل شهادة الأصل لفرعه ولا الفرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما ولا الأجير الخاص لمستأجره ولا الصديق لصديقه إذا وصلت صداقتهما إلى درجة يتصرف أحدهما في مال الآخر بلا ممانعة ، ووفقاً للمذهب الحنفي الواجب التطبيق في الدعوى الماثلة ، فإن من عدا الوالدين من الأقارب كالأخ والعم وغيرهما تقبل شهادتهم لبعضهم لأن الشرع لم يجعل نفس أحدهما كنفس الآخر على خلاف الأب لأن الولد بضعه من أبيه لقوله

صلى الله عليه وسلم " ياعائشة : فاطمة بضعة مني " وفي إعلام الموقعين أن شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة وتقبل بدونها ، وجاء في المبسوط لشمس الدين السرخسي الحنفي أن شهادة الأخ للأخت بسائر الحقوق مقبولة فكذلك الطلاق حتى وإن كان الأخ قد زوج أخته لأن الطلاق حادث بعد النكاح لا صنع للأخ فيه فلا يمنع من شهادته بسبب مباشرته النكاح ؛ لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلغاء الحكم الابتدائي المستأنف لاعتماده على شهادة شقيق الطاعنة وابن أخيها لتهمة القرابة والخصومة رغم أن هذه القرابة لا تمنعها من الشهادة وفقاً للمذهب الحنفي ، دون أن يبين حقيقة الخصومة التي أشار إليها وعلاقتها بالدعوى الماثلة ومدى تأثيرها على شهادة الشاهدين المذكورين وما إذا كانت شهادتهما تجر لهما مغنماً أو تدفع عنهما مغرمًا ، ومن ثم فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور في التسبب والفساد في الاستدلال ، مما يتعين معه نقضه " .

#### ب - تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني :

ذكرنا أن المحكمة العليا بأبوظبي ذهبت إلى أنه يجب على الخصوم أن يثبتوا مضمون القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد ، فمن أين جاءت بهذا التكليف الذي يقع على عاتق الخصوم ؟

واقع الأمر أن المحكمة العليا قد سارت في ركب الاتجاه التقليدي القائل بضرورة معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع . فالإستناد إلى قانون أجنبي " لا يعد وأن يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه " <sup>٨٥</sup> ومتى نظر إليه بوصفه واقعة فإنه لا يصح التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض " .

(٨٥) نقض مصري في ٢٦ يوليو ١٩٦٧ - اقرأه معلقاً عليه في حماية قضايا الحكومة س ١٤ - ١٩٧٠ - ص ٩٤٣ وما بعدها ، وحكمها في ٧ يوليو ١٩٥٥ ، مجموعة النقض ، السنة السادسة رقم ١٨٢ ص ١٣٤٧ ، وقارن مع ذلك حكمها الصادر في ٦ فبراير ١٩٨٤ - معروضاً ومعلقاً عليه في مؤلف الدكتور هشام صادق : التعليق على أحكام النقض في مسائل القانون البحري - الاسكندرية ، ١٩٨٥ ص ١٣ وما بعدها .

ومع ذلك فإن الفقه الغالب في مصر وفرنسا يذهب بحق إلى اعتبار القانون الأجنبي في نفس مركز القانون الوطني مع إعمال ما يترتب على ذلك من آثار من حيث إلزام القاضي بالبحث عن أحكامه من تلقاء نفسه وخضوعه في تطبيق هذه الأحكام لرقابة محكمة النقض<sup>٨٦</sup> . ولا يتحلل القاضي من التزامه باعمال القانون الأجنبي إلا إذ استحال عليه التوصل إلى مضمونه ، وهي استحالة يتعين تسببها تسبباً كافياً وإلا كان حكمه حقيقاً بالطعن عليه . ولا تعارض بين إلتزام القاضي في هذه الحالة واستعانتة بالخصوم أنفسهم بغية الوصول إلى الوقوف على مضمون القانون الأجنبي متى كان عالماً<sup>٨٧</sup> به ، علماً بأن المعيار في ذلك هو معيار القاضي العادي ، إذ لا تكليف بمستحيل<sup>٨٨</sup> فتلك قاعدة يتمثل لحكمها كل مكلف بالقيام بعمل من الأعمال<sup>٨٩</sup> .

القاضي إذن ملزم بتطبيق القانون الأجنبي وذلك الإلتزام يتحقق معه الهدف

(٨٦) راجع في ذلك ، هشام صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، بند ٢٧٢ ، ص ٢٦٧ .  
(٨٧) وفي ذلك تنص المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد لسنة ١٩٨٣ على أنه " لا يطلب الدليل على وجود القانون اللبناني . أما إثبات مضمون القانون الأجنبي فيتطلب ممن يتمسك به ما لم يكن القاضي عالماً به . وإذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني " . وانظر في معنى قريب من هذا في شأن إثبات مضمون القانون الأجنبي حكم محكمة النقض المصرية الصادر في ٦ فبراير ١٠٨٤ ( راجع في هذا الحكم والتعليق عليه الدكتور هشام صادق ، " التعليق على أحكام النقض في مسائل القانون البحري " ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ١٣ وما بعدها ) ، وكذا حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية في ١٩٨٤/٥/٣١ ( غير منشور ) وفيه قررت المحكمة الأخذ " بالرأي الفقهي الذي يرى عدم افتراض علم القاضي بالقوانين الأجنبية لا يعفيه من الإلتزام بالبحث عن مضمونها . فالقاضي يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه لأن مشرعه قد أمره بذلك بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية والتي اكتسب هذا القانون باسمها صفته القانونية أمام القضاء " .

(٨٨) في هذا المعنى الدكتور العميد مصطفى محمد الجمال ، الجهل بالأحكام المدنية ، ص ٤٨  
Ment . p. 228 ou il écrit : " la difficulté de connaître le droit étranger n'est donc pas ou plus un argument sérieux que l'on puisse faire intervenir dans le débat N'oublions pas ue le devoir du juge , a cet egard, a des limites " A . L'impossible mul n'est tenu " .

(٨٩) الدكتور العميد مصطفى الجمال ، المرجع السابق ، ص ٤٨ .

الذي يرمي إليه القانون الدولي الخاص وهو " تحقيق التعايش بين النظم القانونية ... ولا يتحقق ذلك إلا بالسماح بشكل فعلي لكل نظام قانوني بحكم المسائل التي ترتبط به أكثر من غيره وإلزام القاضي الوطني بحسم المنازعات المطروحة عليه وفقاً لما يقضي به النظام القانوني المتصل بالمنازعة من أحكام " .<sup>٩٠</sup>

والحال كذلك، فإنه لا يتأتى للقاضي الوطني أن يتحلل من التزامه هذا بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا استحال عليه التوصل لمضمون هذا القانون "وعلى القاضي أن يسبب حكمه الأجنبي في هذه الحالة تسبباً كافياً، ليؤكد أنه قد تعذر عليه فعلاً الكشف عن مضمون القانون الأجنبي ، وإلا لأمكن الطعن عليه أمام محكمة النقض " والذي لا شك فيه أن فتح الطريق أمام القاضي للجوء للإتابة القضائية للوقف على مضمون القانون الأجنبي في الدولة المنابة بوصفه طريقاً يضاف إلى الطرق الأخرى المعروفة الآن ، مثل تقديم نصوص القانون الأجنبي أو اللجوء إلى الخبرة الشفوية أو المكتوبة ، أو الاستفادة من خبراء المتخصصين " ، يبدو لنا واحداً من بين الوسائل التي يمكن الاستعانة بها للكشف عن مضمون القانون الأجنبي " ، وذلك على النقيض مما يقول

(٩٠) الدكتور فؤاد رياض ، والدكتورة سامية راشد ، والدكتور عنایت عبد الحميد ثابت ، تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام فضه في القانون اليمني ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٠ م - ١٤١٠ هـ ، بند ١٧٧ ص ١٨٧ .

(٩١) الدكتور هشام صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، بند ٧ ، ص ٢٦٧ .

(٩٢) الدكتور هشام صادق ، تنازع القوانين ، الطبعة الثالثة ، بند ٧ ص ٢٦٧ .

(٩٣) من هذا الرأي Octavian Capatina ، سابق الإشارة إليه ، ص ٣٧٦ ، Chatin ، المرجع السابق ، ص ٦١٦ ، هامش ٦٩ ، حيث كتب يقول :

Les commissions rogatoires " se pretent également , it cette enumeration n'est faite qu à titre indicatif , aux demandes de renseignements , aux recherches et a des échanges d'information sur le droit ou sur des procedures en cours " . =



به غيرنا<sup>٩٤</sup> .

وإذا كنا نقر إمكانية اللجوء إلى الإنابة القضائية لإرسال نصوص القانون الأجنبي أو أحكام القضاء فيه من دولة القاضي المناب للفصل في المسألة المشاره أمام القاضي المنيب ، فإننا نؤكد على عدة مسائل في هذا الخصوص :

- إن اللجوء إلى هذا الطريق لا يكون مقبولاً إلا حيث يكون القاضي غير عالم بمضمون القانون الأجنبي ويتعذر عليه العلم به ، أو يجد فيما يقدمه له الخصوم من مساعدة تعارضاً أو تناقضاً ، كأن يقدم كل خصم حكماً قضائياً يؤيد وجهة نظره تفسيراً لنص قانوني معين في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية أمام القاضي المنيب . عند ذلك يمكن للقاضي المنيب أن يجد في سبيل الإنابة القضائية طريقاً بعينه على الوقوف على القانون الأجنبي بصورة رسمية.

- إن التزام القاضي بتطبيق القانون - وطنياً كان أم أجنبياً - ليس إجراء قضائياً بالمعنى الفني ، ذلك أن هر وظيفة القاضي هو تطبيق القانون على المنازعة . وإقرارنا لإمكانية اللجوء إلى الإنابة القضائية في هذا الشأن مرده إلى أن من شأن ذلك أن يحقق التضامن المشترك بين النظم القانونية المختلفة وذلك بالسماح لكل نظام قانوني يحكم المسائل التي ترتبط به أكثر من غيره<sup>٩٥</sup> ، وهو ما لا يتأتى إلا بفتح السبيل أمام القاضي الوطني بقصد الوقوف على هذا القانون ، ومن بينها سبيل الإنابة القضائية .

- إن القاضي الأجنبي الذي يرسل بمقتضى الإنابة مومن القانون الأجنبي إنما يقوم بذلك العمل بوصفه خبيراً . وإذا كان الفقه الحديث يقبل بلا تردد إمكانية اللجوء

(٩٤) من هذا الرأي ، Bellet ، المرجع السابق ، بند ٩ (هامش ٤٣) ، japiot موسوعة القانون الدولي ، لابرادل ونوبايه ، المرجع السابق ، بند ٧٤ ، Picard المرجع السابق ، بند ٧ .  
(٩٥) الدكتور فؤاد رياض والدكتورة سامية راشد والدكتور عنایت عبد الحميد ثابت ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ .

إلى الخبرة - شفوية كانت أو مكتوبة بوصفها من أفضل الوسائل التي يمكن بمقتضاها الكشف عن مضمون القانون الأجنبي<sup>٩٦</sup> ، فإنه يبدو أن اللجوء للإجابة القضائية في الدولة الأجنبية قد يكون أكثر فائدة . فالجهة القضائية هي أكثر من غيرها قدرة على فهم الحقائق القانونية والعلم بها علماً يمكنها من القيام بالإجابة بطريقة سليمة وذلك بالكشف عن الحكم الصحيح للقانون ، فليس هناك أعلم من القاضي الأجنبي بحقيقة قانونية وخاصة إذا كان مصدر القاعدة القانونية عنده هو القضاء لا التشريع المقنن .

إنه متى كان من الثابت أن البحث عن مضمون القانون الأجنبي هو التزام يقع على عاتق القاضي ، فإن من مقتضى ذلك أنه ينبغي عليه - حينما يتعذر عليه الوقوف على القانون الأجنبي - أن يلجأ إلى طريقة الإجابة القضائية من تلقاء نفسه ولم لم يطلب الخصوم ذلك . فإن تقاعس عن هذا متذرعاً بأن الخصوم لم يطلبوا إليه ذلك ، كان بذلك مخالفاً للقانون وكان قراره حقيقاً بالطعن عليه .

ولعلنا نأمل لو أن القضاء الإماراتي ضرب مثلاً يحتذى فيما يتعلق بمركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني خصوصاً في دول تشهد بأن القضاء فيها يقوم بدور رائد وخلاق .

كما نأمل أخيراً ألا يسرف القضاء الإماراتي في استخدام الدفع بالنظام العام وإلا لانتهى به الوضع إلى أن يجعل من قواعد الإسناد التي رصدها المشرع لتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي أحكاماً ميتة موضوعة للزينة في صلب قانون المعاملات المدنية . ولعله من الملائم أن نضيف أن هناك بعض أحكام الموضوع أحسنت فهم هذه المسائل . من قبيل ذلك الحكم الذي قالت به محكمة الشارقة

(٩٦) راجع في هذا الاتجاه في تفاصيل أخرى ، رسالة الدكتور هشام صادق ، مركز القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني ، الاسكندرية ١٩٦٧ ، بند ٢٣٥ وما بعده .