مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

مدى تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي السعودي
دراسة مقارنة بالقانون المصري[١]

أ.د. محمود علي عبد الحافظ

أستاذ القانون الدولي الخاص بقسم الأنظمة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة القصيم

ملخص البحث. إن إمكانية تطبيق قانون أجنبي أمام المحاكم الوطنية أمر ليس بالسهل أو اليسير، بل تعتريه بعض الصعوبات، لاسيما وأن التشريعات المقارنة تفصل ما بين الاختصاص التشريعي (تطبيق القانون) والاختصاص القضائي (المحكمة المختصة)، وذلك بشأن العلاقات والروابط الخاصة والتي تقوم بين أفراد الدول المختلفة، وبناء على تحقيق الملاءمة الاجتماعية ومقتضيات نمو التجارة الدولية فإن الأمر يتطلب إفساح المجال لتطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحكم العلاقة محل النزاع حتى ولو كان هذا القانون قانون دولة أجنبية.

فالأمر ليس متروكًا لسلطان القاضي الذي ينظر المنازعة ذات العنصر الأجنبي، لأن المقنن -في كل دولة- يحدد الحالات التي يمكن أن يطبق فيها القاضي الوطني قانونًا أجنبيًا، وذلك عن طريق ما يعرف في مجال القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين أو قواعد الإسناد.

وتطبيقًا لذلك إذا رفع نزاع معين بشأن علاقة خاصة دولية وأشارت قاعدة الإسناد الوطنية (السعودية) إلى تطبيق قانون أجنبي فهل يلزم القاضي السعودي بتطبيق هذا القانون؟، وما الحكم إذا كان هذا القانون يخالف النظام العام في دولة القاضي؟

ومن ثم يبدو المحور الذي سيدور حوله هذا البحث، الأمر الذي يقتضي بيان مفهوم القانون الأجنبي وعلاقته بقاعدة الإسناد الوطنية، وبيان موقف القاضي السعودي من مضمون وتفسير هذا القانون، وتحديد مدى تطبيقه وبيان حالات استبعاده.

---

(١) شكر *وتقدير*، يتقدم الباحث بجزيل الشكر لجامعة القصيم ممثلة بعمادة البحث العلمي على دعمها المادي لهذا البحث تحت رقم (٣٨١٨-S-١٤-١-١-٢٠١٨-csi) خلال السنة الجامعية ١٤٣٩هـ-٢٠١٨م.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

أ.د. محمود علي عبد الحافظ

مقدمة

الحمد لله العلي القدير، المقدس عن الضد، والند، والشبيه والنظير.

والصلاة والسلام على رسول الله، محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه...

أما بعد...

فهذه مقدمة أعرض فيها تعريفًا بالبحث وأهميته ومشكلته، وأهدافه، ومنهجي فيه وخطته.

جاء هذا البحث بعنوان: "مدى تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي السعودي، دراسة مقارنة بالقانون المصري".

ويأتي موضوع هذا البحث ضمن إطار موضوعات ما اصطلح عليه فقهاء القانون بـ(القانون الدولي الخاص)، حيث إن هذا العلم يضم في دراسته (الجنسية، مركز الأجانب تنازع القوانين، الاختصاص القضاء الدولي)، ويعني في مجمله بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة (العلاقات ذات الطابع الدولي).

وإذا كانت هذه العلاقات تخضع للقانون الواجب التطبيق الذي تعينه قواعد الإسناد الوطنية، فإن هذا القانون قد يكون هو قانون دولة القاضي الذي ينظر النزاع المتولد عن تلك العلاقات، ويسمي (بقانون القاضي)، وقد يكون قانونًا أجنبيًا، أي قانون دولة أخرى غير دولة هذا القاضي.

والأمر يكون في غاية السهولة على القاضي عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة هذا القاضي (قانون القاضي).

والأمر على خلاف ذلك عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة أخرى (قانون أجنبي) فيكون تطبيق هذا القانون أمرًا في غاية الصعوبة نظرًا للصعوبات التي تعتري هذا التطبيق (على نحو ما سيكشف عنه هذا البحث)، ولاسيما وأن غالبية التشريعات المقارنة، مثل التشريع المصري وغيره تفصل ما بين الاختصاص التشريعي (تطبيق القانون) والاختصاصي القضائي (المحكمة المختصة) بشأن العلاقات الخاصة الدولية والتي تتم عبر الحدود، وأيضًا لمراعاة تحقيق الملائمة الاجتماعية ومقتضيات نمو التجارة الدولية.

كل ذلك يدعو إلى إفساح المجال لتطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع المتولد عن تلك العلاقات الخاصة، حتى ولو

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

كان هذا القانون قانون دولة أجنبية.

ومن ثم فهل يلزم القاضي السعودي تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد السعودية؟ آخذين في الاعتبار بتجنيب القواعد الموضوعية التي وضعت من واقع الشريعة الإسلامية لحكم العلاقات ذات الطابع الأجنبي، والتي يلتزم بها القاضي السعودي بمقتضي نص المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم، وما الحكم لو كان هذا القانون الأجنبي مخالفًا للنظام العام في المملكة؟

ومثال ذلك أن ترفع دعوى أمام القاضي السعودي تتعلق بميراث شخص فرنسي متوطن في المملكة العربية السعودية، فحينئذ ستشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون جنسية المتوفي وهو القانون الفرنسي في هذه الحالة.

ومن هنا يدور محور البحث حول بيان مدى تطبيق هذا القانون (القانون الفرنسي) -أو غيره من القوانين الأجنبية الأخرى- أمام القاضي السعودي، الأمر الذي يظهر فيه أهمية البحث ومداه.

مشكلة البحث:

وتبدو في طرح التساؤلات التالية:

١- ما مفهوم القاضي الأجنبي؟

٢- ما مفهوم قاعدة الإسناد الوطنية؟

٣- ما موقف القاضي السعودي من مضمون وتفسير القانون الأجنبي؟

٤- ما مدى التزام القاضي السعودي بتطبيق القانون الأجنبي؟

٥- ما الحل عند استحالة وصول القاضي إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق؟

٦- متى يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي السعودي؟

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى ما يلي:

أولًا: التعرف على العلاقات والروابط الدولية الخاصة (العلاقات ذات الطابع الدولي).

ثانيًا: التعرف على قواعد الإسناد والفرق بينها وبين القواعد الأخرى.

ثالثًا: التعرف على الحل الواجب الاتباع عند تعذر القاضي الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي.

رابعًا: التعرف على الأحكام النظامية (القانونية) المتعلقة بهذا الموضوع.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

منهج البحث:

سوف أتبع في هذا البحث المنهج التحليلي الاستقرائي القائم على دراسة واستقراء ما يتعلق بموضوع تطبيق القاضي السعودي القانون الأجنبي، متبعًا في ذلك منهجية البحث في كتابة البحوث العلمية المقارنة والتي تتمثل في:

١- بيان موقف النظام السعودي من تطبيق القانون الأجنبي.

٢- تتبع كل جزئية تفصيلًا في المراجع المعتمدة.

٣- إبداء المقارنة بين القانون السعودي والقانون المصري كلما أمكن ذلك.

٤- توثيق الأحكام القانونية من الموارد النظامية (القانونية) من خلال الأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية.

خطة البحث: وتضمن مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة: وتشمل بيانًا بالتعريف بالبحث، وأهميته، ومشكلته، وأهدافه، ومنهجه، وخطته.

المبحث الأول: مفهوم القانون الأجنبي وعلاقته بقاعدة الإسناد الوطنية، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: مفهوم القانون الأجنبي.
- المطلب الثاني: قاعدة الإسناد (الوطنية) وعلاقتها بالقانون الأجنبي.

المبحث الثاني: موقف القاضي السعودي من مضمون القانون الأجنبي، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: طرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي.
- المطلب الثاني: موقف القاضي السعودي عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي.

المبحث الثالث: موقف القاضي السعودي من تفسير القانون الأجنبي، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: المبادئ العامة لتفسير القانون الأجنبي.
- المطلب الثاني: الرقابة على تفسير القانون الأجنبي.

المبحث الرابع: تطبيق القانون الأجنبي وحالات استبعاده، وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: مدى التزام القاضي السعودي بتطبيق القانون الأجنبي.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

- المطلب الثاني: حالات استبعاد القانون الأجنبي.

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

الفهرس.

المبحث الأول

مفهوم القانون الأجنبي وعلاقته بقاعدة الإسناد الوطنية

مما لا شك فيه، أن لبيان مفهوم القانون الأجنبي في مجال القانون الدولي الخاص بصفة عامة، وفي موضوع تنازع القوانين بصفة خاصة أهمية كبرى، وذلك من حيث تطبيقه على العلاقات الدولية الخاصة لاسيما عند قيام منازعات بين أطرافها.

ولما كانت غالبية التشريعات الدولية المختلفة قد استقرت على حل تلك المنازعات الدولية الخاصة عن طريق وسيلة معينة، وهى ما تسمى (بقواعد الإسناد)، فكان من الضروري أن تكون هناك علاقة وطيدة بين هذه القواعد والقانون الواجب التطبيق على تلك المنازعات، سواء كان هذا القانون وطنيًا أو أجنبيًا.

ويبدو تفصيل هذا الإجمال من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم القانون الأجنبي:

نعرض في هذا الموطن لبيان مفهوم القانون الأجنبي بالمعنى المركب، ثم لبيانه بالمعنى الاصطلاحي، وذلك على النحو التالي:

أولًا: مفهوم القانون الأجنبي بالمعنى المركب.

أ- معنى كلمة قانون:

هي كلمة من أصل ياباني، وقيل من أصل فارسي، وتعنى العصا المستقيمة.

وتطلق في اللغة على عدة معان[٢]: فجاءت بمعنى نظام[٣] وقواعد، وأحكام، وأصل.

---

(٢) انظر مادة (ق-ن- ن) في كل من: لسان العرب لابن منظور، المصباح المنير للفيومي، مختار الصحاح للرازي، المفردات في غريب القرآن للأصفهاني، معجم اللغة العربية المعاصر، المعجم الوسيط.

(٣) ولذلك استخدم مصطلح (نظام) في المملكة العربية السعودية بدلًا من مصطلح (قانون) لأنهما لفظان مترادفان، ومن ثم هما وجهان لعملة ==

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

كما تطلق كلمة قانون في الاصطلاح بمعناها العام على: "مجموعة من القواعد التي تحكم سلوك ونشاط الأفراد في المجتمع وتقترن بجزاء توقعه السلطة المختصة على من يخالفها".

أو هي "مجموعة قواعد قانونية معينة في زمن معين".

وتطلق في الاصطلاح أيضًا بمعناها الخاص على: "مجموعة القواعد القانونية التي تضعها السلطة التشريعية أو السلطة المختصة بسن التشريع من أجل تنظيم أمر معين".(٤)

ب- معنى كلمة (أجنبي):

أيضًا جاء في معاجم اللغة العربية(٥) بمعنى الغريب، أو الذي لا يحمل جنسية الدولة. وهذا هو المعنى المقصود في هذا البحث.

ثانيًا: مفهوم القانون الأجنبي بالمعنى الاصطلاحي.

لم أقف على مفهوم القانون الأجنبي بمعناه الاصطلاحي في كتب القانون المختلفة(٦) ولذا جاءت المحاولة من جانبنا لوضع تعريف للقانون الأجنبي، وذلك بضم المعاني سالفة الذكر لكل من مصطلح (أجنبي) فيصبح المعنى المقصود في نظرنا للقانون الأجنبي هو: "مجموعة القواعد القانونية الصادرة من دولة غير التي يحمل جنسيتها الفرد المخاطب بتلك القواعد".

وبناء على ذلك يعد القانون المصري قانونًا أجنبيًا بالنسبة للقاضي السعودي أو المجتمع السعودي، كما يعد القانون السعودي كذلك بالنسبة للقاضي المصري، أو المجتمع المصري.

وبصفة عامة تعد كافة قوانين دول العالم المعترف بها قوانينًا أجنبية بالنسبة للملكة العربية السعودية، كما يعد القانون السعودي قانونًا أجنبيًا في مواجهة كافة هذه الدول.

واحدة، يؤديان نفس المعنى ويهدفان إلى نفس الغرض الذي وضع المصطلح من أجله.

(٤) المدخل لدراسة العلوم القانونية. د. عبد الحي حجازي، ص٩٠، مطبوعات جامعة الكويت لعام ١٩٧٢م، مبادئ علم القانون وفقًا للأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، د. على الزهراني وآخرون، ص١٣ وما بعدها، مكتبة جرير الطبعة الثانية ٢٠١٣م.

(٥) انظر ذلك في كتب اللغة سالفة الذكر (مادة جنب).

(٦)غير أن بعض فقهاء القانون قد تعرضوا لتعريف الحكم الأجنبي وإن كان هناك اختلاف بينهم في ذلك، ولكن نرجح من جعل العبرة في تعريف الحكم الأجنبي بإصداره صادرًا من سلطة مختصة باسم سيادة دولة أجنبية، بغض النظر عن مكان إصداره، راجع في ذلك: أستاذنا د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص السعودي دراسة مقارنة ص ٥٤٢، ط مكتبة الرشد الطبعة الأولى ١٤٣٥هـ ٢٠١٤م.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

كما نقصد –بصفة خاصة– بالقواعد القانونية سالفة الذكر، تلك التي تنظم العلاقات التي تتعدى حدود الدولة، أو التي توصف بأنها ذات طابع دولي.

وتندرج دراسة هذه القواعد –في غالبية التشريعات– تحت اصطلاح علم "القانون الدولي الخاص".(٧)

وقد تعددت تعريفات الفقه لهذا المصطلح، ولكن نؤيد مع البعض(٨) بأنه "مجموعة القواعد القانونية ذات الصبغة الفنية، التي تحكم النظام القانوني للعلاقات الخاصة الدولية".

ومن أمثلة هذه العلاقات، العقد الذي يكون أحد طرفيه أجنبيًا، أو المتعلق بأموال تقع في دولة أجنبية، أو بزواج تم ما بين وطني وأجنبية أو العكس، أو أن يكون هذا العقد قد تم بين وطنيين لكنه أبرم في الخارج، أو كان محله، أو نفاذ في خارج حدود الدولة.

بيد أن مصطلح القانون الدولي الخاص، لم يوجد بهذا المسمى من بين أنظمة المملكة العربية السعودية، ويرجع السبب في ذلك إلى تفرق موضوعات هذا العلم تحت مسمى نظام مستقل لكل موضوع من هذه الموضوعات، فيوجد في المملكة، نظام خاص بالجنسية، ونظام خاص للإقامة، وآخر لنظام الجوازات السفرية، ونظام المرافعات الشرعية، ونظام القضاء، ونظام ديوان المظالم... إلخ، وتشتمل كل هذه الأنظمة على موضوعات تخص بدراستها الدول الأخرى تحت مصطلح (القانون الدولي الخاص).

ومن هنا نناشد المنظم السعودي بجمع القواعد التي يتضمنها هذا العلم من تلك الأنظمة المشار إليها تحت هذا المصطلح أسوة بالدول الأخرى، حتى يصدق على الواقع إطلاق مسمى (القانون الدولي الخاص السعودي).

---

(٧) ويذكر أحد الفقهاء أنه: "بالرغم من حداثة استعمال اصطلاح القانون الدولي الخاص إذ استعمل لأول مرة سنة ١٨٣٤ على يد الفقيه (Stoty) فسرعان ما ذاع صيته، فاستعمله بعد ذلك الفقيه الفرنسي (Foelix) في سنة ١٨٤٣. ثم انتشر استعماله في معظم دول العالم إن لم يكن فيها جميعًا" د. إبراهيم أحمد إبراهيم . القانون الدولي الخاص. مقدمة الكتاب ط عام ١٩٩٢م. بدون دار نشر.

(٨) أستاذنا . د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق. ص ٧.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

المطلب الثاني: قاعدة الإسناد (الوطنية) وعلاقتها بالقانون الأجنبي:

يجدر بنا قبل بيان هذه العلاقة أن نبين أولًا: ماهية قاعدة الإسناد وطبيعتها، باعتبارها الوسيلة[٩] الرائجة في كافة التشريعات الدولية التي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاعات ذات العنصر الأجنبي، ثم نعرض لأركان هذه القاعدة، والفرق بينها وبين القواعد القانونية الأخرى، ومن ثم تبدو علاقتها بالقانون الأجنبي، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف بقواعد الإسناد الوطنية وطبيعتها.

❖ تعرف قواعد الإسناد بأنها: "قواعد قانونية فنية يضعها المقنن الوطني ليسترشد بها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الدولية الخاصة".[١٠]

ويترتب على هذا التعريف النتائج التالية:

١- أن هذه القواعد وإن كان محل دراستها في مجال العلاقات الدولية الخاصة، إلا أنها قواعد وطنية وليست دولية لأنها من وضع المقنن الوطني.

٢- أن هذه القواعد استرشادية؛ لأن القاضي يهتدي بها عند تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع ذي العنصر الأجنبي، فهي بذلك لا تحل النزاع مباشرة، ولذلك كانت مهمتها قاصرة على فض مشكلة تنازع القوانين فقط.

---

(٩) ويذكر بعض الفقهاء، أن قاعدة الإسناد لم تعد هي الوسيلة الوحيدة لفض المنازعات الدولية الخاصة، انظر ذلك في د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد، القانون الدولي الخاص، ص ط ١٩٩٩م، ود. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٥٨٣، ود إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص٢٥٥، حيث يذكر سعادته بالهامش رقم (١) في هذا الموطن " أن الأستاذ (Mayer) ذكر أن هناك ثلاثة حلول لحل مشكلة تنازع القوانين، الحل الأول يقوم على فكرة الإقليمية، فتطبق كل دولة قانونها مع احترام الحقوق المكتسبة التي تم اكتسابها في دولة أخرى، والحل الثاني والذي يصفه بأنه حلًا سافينيا لأن سافيني هو أول من بين مضمونه بصورة واضحة ويتمثل في الاستعانة بقواعد الإسناد، والحل الثالث: مؤداه تطبيق قاعدة موضوعية".

(١٠)قريب من هذا التعريف د. هشام صادق، د. حفيظة السيد الحداد المرجع السابق ص ٩١٢ ط عام ١٩٩٩م، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٥٨١ ط الأولى مكتبة الرشد ١٤٣٥-٢٠١٤م.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

٣- أن هذه القواعد وإن كان الفقه قد اختلف[١١] في مدى إلزام القاضي المعروض أمامه النزاع بها من عدمه، إلا أنها على -الرأي الراجح- تعد قواعد ملزمة، بحيث يلتزم القاضي بتطبيقها، إلا إذا كان هناك مسوغ قانوني يمنع ذلك.[١٢] وهذا بالنسبة لتعريف قواعد الإسناد.

❖ وأما بالنسبة لطبيعة هذه القواعد:[١٣]

فبناء على ما سبق تبين أن هذه القواعد لها طابع خاص يميزها عن غيرها من القواعد الأخرى -كما سيأتي لاحقًا في الفرع الثالث- فهي من ناحية تعد قواعد مزدوجة الجانب[١٤] ومن ناحية أخرى تعد قواعد غير مباشرة.[١٥]

فمن حيث إنها قواعد مزدوجة لكونها تبين حالات تطبيق القانون الوطني وحالات تطبيق القانون الأجنبي على المنازعات الدولية الخاصة في الوقت ذاته.

ومثال ذلك قاعدة الإسناد التي تقضي "بخضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته" تؤدي إلى تطبيق القانون السعودي إذا كان هذا الشخص سعوديًا، وبتطبيق القانون المصري إذا كان مصريًا، وذلك في حالة تعلق هذا النزاع بأهلية هذا الشخص.

وقد انتقد بعض الفقه هذه الصفة الازدواجية التي تتسم بها قاعدة الإسناد، مما جدا بالبعض إلى اقتصارها على بيان حالات تطبيق القانون الوطني فقط، أي جعلها قاعدة مفردة الجانب، بيد أن طبيعة العلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تحتم عدم الحياد عن الطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد.[١٦]

أما من حيث إنها قاعدة غير مباشرة لكونها لا تعطي حلًّا مباشرًا للنزاع المعروض أمام القاضي، بل فقط ترشده إلى

---

(١١)سيأتي بإذن الله بيان هذا الخلاف تفصيلًا عند بحث مدى إلزامية قواعد الإسناد للقاضي المعروض أمامه النزاع.

(١٢)كما لو تبين أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق. والتي أشارت إلى تطبيقه قواعد الإسناد مخالفًا للمبادئ الأساسية في قانون دولة القاضي أو تبين أن هناك تواطؤًا من الأطراف بالتحايل على الغش نحو القانون وسيتبين لنا ذلك جليًا لاحقا إن شاء الله تعالى.

(١٣) راجع هذه الطبيعة في د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ١٦٥، د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد المرجع السابق ص ٣٤، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٣٦٨.

(١٤) ويذكر البعض أن هذه الطبيعة المزدوجة لقاعدة الإسناد لا تتوافر لكافة قواعد القانون الدولي الخاص، فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد. القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ٣٦/٢ طبعة دار النهضة العربية.

(١٥)كما يذكر البعض أن هذه الطبيعة الغير مباشرة لهذه القواعد جعلت جانبًا من الفقه الفرنسي يشبه قاعدة الإسناد بمكتب استعلامات في محطة السكة الحديد الذي مهمته إرشاد الركاب إلى رصيف القطار، د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد، المرجع السابق ص ٩.

(١٦) انظر في ذلك. د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٣٧٠ وما بعدها.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

القانون الذي سيتولى الفصل مباشرة في هذا النزاع.

ومثال ذلك إذا ثار نزاع أمام القاضي السعودي بشأن أهلية شخص يحمل الجنسية الفرنسية، فإن القاضي السعودي لا يفصل في هذا النزاع وفقًا للقانون السعودي، بل وفقًا للقانون الفرنسي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية والتي تقضي -كما سبق- بخضوع أهلية الشخص لقانون جنسيته، فهذه القاعدة لم تفصل في النزاع القائم بشأن الأهلية، بل أشارت فقط إلى القانون الفرنسي الذي سيفصل في هذا النزاع.

تلك كانت طبيعة قاعدة الإسناد(١٧) أو أوصافها.

الفرع الثاني: أركان قاعدة الإسناد.

تقوم قاعدة الإسناد على ركنين أساسيين(١٨)، وهما علي النحو التالي:

الركن الأول: موضوع قاعدة الإسناد.

قد تتضمن قاعدة الإسناد موضوعًا واحدًا كما هو الحال في المادة (١٧) من القانون المدني المصري(١٩) وقد تضمن أكثر من موضوع، كما هو الحال في المادة (١٧) من القانون سالف الذكر(١٨) وهذا يرجع إلى أن الموضوعات الناشئة عن العلاقات الدولية الخاصة لا يمكن حصرها، ولذلك كان من الضروري تصنيف هذه العلاقات إلى فئات معينة. بحيث تضم كل فئة نوع معين تندرج تحت قاعدة إسناد واحدة.

الركن الثاني: ضابط الإسناد.

---

(١٧) ويعبر بعض الفقه عن هذه الطبيعة بالأوصاف، بمعنى أن قاعدة الإسناد توصف بأنها قاعدة مزدوجة، وقاعدة غير مباشرة. د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص٣٧٠.

(١٨) وقد عبر البعض عن هذه الأركان بالعناصر. د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد. المرجع السابق ص١٢. وهناك من عدد هذه الأركان أو تلك العناصر إلى ثلاثة، فأضاف ركنًا ثالثًا وهو (القانون المسند إليه، أو الواجب التطبيق الذي تشير إليه قاعدة الإسناد) من ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص٥٨٥، د. إبراهيم أحمد. المرجع السابق ص ٣٦٤ وما بعدها.

وإن كنا نفضل قصر هذه الأركان على ركنين لأن الثالث في نظري ليس داخلًا في تركيب قاعدة الإسناد بل هو أمر خارج عنها لأنها تشير إليه فقط.

(١٩)فقد نصت المادة (١٢) المذكورة على أنه: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين "ونصت المادة (١٧) على أنه: "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

يعد ضابط الإسناد الركن الثاني، والأساسي، لقاعدة الإسناد باعتباره الأداة التي يحدد بها القاضي القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمامه، فهو بذلك كالبوصلة التي ترشد الضال على الطريق أو للاتجاه إلى القبلة للصلاة.

ويستمد هذا الضابط من عناصر العلاقة موضوع النزاع (عنصر الأطراف، والمحل، والسبب)[٢٠]، ومن أمثلة هذه الضوابط: ضابط الجنسية أو الموطن، أو محل الإقامة، أو موقع المال، أو محل وقوع الضرر عند تفرق عناصر المسؤولية المدنية في أكثر من دولة، وكذا مثل موقع مقر الشركة أو إدارتها وجدير بالذكر أن هذه الضوابط منها ما هو ثابت لا يتغير كضابط محل وقوع الفعل أو موقع المال (العقار دون المنقول) ومنها ما هو متغير، كضابط الجنسية والموطن ومحل الإقامة وموقع المال المنقول.[٢١]

ويذكر أحد الفقهاء[٢٢] أن قاعد الإسناد قد تنطوي على ضابط واحد للإسناد، وقد تنطوي على أكثر من ضابط.

وتبدو العلة في اشتمال قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط في جعل الضابط الثاني ضابطًا احتياطيًا عند قيام ظروف معينة تمنع من الأخذ بالضابط الأول، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٩) من القانون المدني المصري سالف الذكر.

فقد نصت هذه المادة على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.....".

فبناء على هذا النص لا يسار إلى قانون الدولة التي أبرم فيها العقد (باعتباره ضابطًا احتياطيًا) إلا في حالة عدم وجود موطن مشترك للمتعاقدين.

وقد تكون العلة أيضًا في تعدد ضابط الإسناد لإتاحة الفرصة للأطراف في اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٢٠) من القانون المدني المصري حيث نصت على أن: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضًا أن تخضع للقانون الذي يسري علي أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين وقانونهما الوطني المشترك".

فواضح من هذا النص إتاحة الفرصة أمام أطراف العلاقة لاختيار القانون الملائم الذي يحكم الإجراءات الشكلية اللازمة للعقود.

وأخيرًا قد تكون العلة في تعدد ضابط الإسناد لارتباط العلاقة بأكثر من قانون في وقت واحد، وهذا ما فعله المقنن

---

(٢٠)في التفصيل انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص ٥٨٥.

(٢١) وهذه الضوابط المتغيرة قد تؤدى إلى تمسك القاضي المعروض أمامه النزاع بالدفع بالتحايل على القانون، إذ ا ما ثبت تواطؤ الأطراف على هذا التحايل واختيار قانون آخر للهروب من التزام معين أو لتحقيق مركز قانوني معين وذلك على نحو ما سنعرف لاحقًا بإذن الله.

(٢٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٣٧٦.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

المصري أيضًا في المادة (١٢) من القانون المدني المصري، حيث جاء فيها: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".

وجدير بالذكر، أنه من الضروري تحديد الوقت الذي يعتد فيه بضابط الجنسية، لاسيما في الضوابط المتغيرة كضابط الجنسية أو الموطن.... إلخ.(٢٣)

الفرع الثالث: الفرق بين قواعد الإسناد والقواعد القانونية الأخرى.

عرفنا من خلال ما سبق أن قواعد الإسناد، هي قواعد قانونية فنية يضعها المقنن الوطني ليهتدي بها القاضي المعروض أمامه النزاع في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع ذي العنصر الأجنبي.

وبهذا التعريف تختلف هذه القواعد عن قواعد الأمن المدني، والقواعد ذات التطبيق الفوري، ويبدو لنا هذا الاختلاف من خلال النقاط التالية.

أولًا: قواعد الإسناد وقواعد الأمن المدني.

تعرف قواعد الأمن المدني بأنها: "القواعد التي تهدف إلى حماية النظام الاجتماعي والسياسي والاقتصادي في الدولة"(٢٤)

وواضح من هذا التعريف التباين بين هذه القواعد وقواعد الإسناد، حيث إن قواعد الأمن المدني تتعلق بالكيان الأساسي للدولة، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيقه.

كما يميز قاعدة الإسناد عن قاعدة الأمن المدني، إن هذه الأخيرة تعد من القواعد الموضوعية التي تنطبق على النزاع مباشرة، بخلاف قواعد الإسناد فهي –كما عرفنا سلفًا– قواعد غير مباشرة لعدم انطباقها مباشرة على النزاع المعروض.

وقد جبل الفقه القانوني المقارن على تسمية قواعد الأمن المدني بـ (قواعد القانون الدولي الخاص المادي) أي القواعد المادية، ومن أمثلتها، القواعد التي تنظم النقل الجوي بين الدول بمقتضي المعاهدات المبرمة بين هذه الدول، وكذلك القواعد

---

(٢٣) في التفصيل انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٥٨٨ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٣٨٦.

(٢٤) د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٥٦، حيث يشير سعادته إلى أن هذا التعريف استعمله الفقيه (فرانسيسكا كيس)، كما أشار أيضًا إلى "انتقاد بعض الفقه لهذا التعريف المذكور وبالتالي لا يمكن تمييز قاعدة الأمن عن أي قاعدة قانونية أخرى"، راجع الرد على هذا الانتقاد في المرجع السابق نفس الموطن.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

العرفية المعمول بها في مجال التجارة الدولية.[٢٥]

(٢٥) د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد، المرجع السابق ص١٤ وما بعدها.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

ثانيًا: قواعد الإسناد والقواعد ذات التطبيق الفوري.

وتعرف القواعد ذات التطبيق الفوري بأنها: القواعد التي تخص الأمور العامة للدولة، ومن أمثلتها القواعد التي تحكم النقد (عمليات البنوك)، والقواعد البوليسية.

وبذلك تختلف هذه القواعد عن قواعد الإسناد، بل وإن القواعد ذات التطبيق الفوري تطبق مباشرة على العلاقات الدولية الخاصة ودون الاستعانة بقواعد الإسناد(٢٦) وهذا يعني أنه كلما وجدت قاعدة فورية التطبيق في قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، تعين عليه تطبيقها، دون أن يقوم بتطبيق قواعد الإسناد.(٢٧)

وفي النهاية تجدر الإشارة إلى أن التطور الحديث قد أدي إلى ظهور قواعد موضوعية تنطبق مباشرة على العلاقات الدولية الخاصة، سواء كان مصدر هذه القواعد هو المعاهدات الدولية، أو العرف الدولي في مجال التجارة الدولية، أو كان مصدرها التشريعات الداخلية (الوطنية) وهذا يؤكد -كما زعم البعض- خطأ الرأي القائل بأن قواعد الإسناد هي الوسيلة الفنية الوحيدة لحل مشكلة تنازع القوانين بشأن العلاقات ذات الطابع الدولي.(٢٨)

الفرع الرابع علاقة قاعدة الإسناد (الوطنية) بالقانون الأجنبي.

نود أن ننبه في البداية على أن قواعد الإسناد نشأت وتطورت منذ القرن الثالث عشر، وقد بدأ هذا التطور في إيطاليا ثم امتد ليشمل الكثير من التشريعات الغربية، بل والعربية لاسيما في التشريع المصري، وها نحن نري الآن أن معظم هذه التشريعات قد تناولت هذه القواعد بالتقنين والتوضيح، وبيان نظامها القانوني.

وقد ارتبطت هذه القواعد منذ نشأتها بعلم تنازع القوانين، لدرجة أنه استعمل المصطلحان كمترادفين.(٢٩)

---

(٢٦) د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ٥٨٥ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ٢٥٧ وما بعدها.

(٢٧) د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٥٨وما بعدها، حيث أشار سعادته في هذا الموطن إلى أنه "يمكن التعرف على القواعد فورية التطبيق عن طريق تحديد الهدف من القاعدة القانونية، فإذا ما اتضح من قاعدة قانونية أنها تعتبر ضرورية التطبيق بناء على الهدف منها، فإن هذه القاعدة تكون واجبة التطبيق في الدولة على كافة العلاقات، سواء ما تعلق منها بعناصر وطنية خالصة، أم بعناصر أجنبية، فإذا ما وصل الأمر إلى هذا الحد فليس هناك ما يدعو إلى البحث عن قواعد الإسناد أو تحديد القانون الواجب التطبيق بل يتعين تطبيق القاعدة الموضوعية فورًا وحل النزاع وفقًا لها".

(٢٨)في التفصيل انظر. د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد المرجع السابق ص ١٧، د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٢٩) د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٣٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

ويدور علم تنازع القوانين حول بيان كيفية الوصول إلى القانون واجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي. ذلك أن مجال هذا التنازع يتحدد بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي(٣٠) كالعقد الذي يبرم في الخارج بين وطنيين أو عقد زواج مختلط كزواج وطني بأجنبية، أو وقوع فعل ضار، وحينئذ يثور البحث عن القانون الذي يحكم تلك العلاقات، وما ينشأ عنها من منازعات.

ومن هنا نادى الفقه بوجود حل لمثل هذا التنازع، وقد وجد الفقه ضالته في قواعد الإسناد التي عدت بعد ذلك الوسيلة التقليدية لفض المنازعات الدولية الخاصة.

وبناء على ذلك فإن الحاجة إلى قواعد الإسناد تبررها طبيعة تلك المنازعات باعتبارها ناشئة عن علاقات ذات طابع دولي، ولما كان من البدهي أن ترتبط تلك العلاقات بأكثر من دولة، فإن البحث يثور حينئذ عن تحديد قانون دولة معينة من قوانين هذه الدول لحكم تلك العلاقات أو ما ينشأ عنها من منازعات.

ومن ثم تأتي قواعد الإسناد لتتولي توطين المنازعات ذات الطابع الدولي في دولة معينة لتخضع لقانونها، على أساس أن قانون هذه الدولة هو أقوى القوانين صلة بالنزاع المعروض أمام القاضي.(٣١)

وقد رأينا من قبل أن هذه القواعد، تعد قواعد إرشادية للقاضي المعروض أمامه النزاع، حيث ترشد القاضي لقانون معين يتم على غراره الفصل في المنازعات المعروضة أمام القاضي، سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني (قانون القاضي المعروض أمامه النزاع) أم كان قانونًا أجنبيًا.

وعلى ما سبق يمكننا القول بوجود علاقة قوية بين قواعد الإسناد التي يضعها المقنن الوطني بالقانون الأجنبي الذي تشير إليه تلك القواعد، ومن هنا تبدو أهمية هذه القواعد في مجال تنازع القوانين، الأمر الذي ترتب عليه وجود اتجاه ينادى بتوحيد قواعد الإسناد، وقد بذلت مجهودات أوروبية وأمريكية نحو ذلك.(٣٢)

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه القواعد (قواعد الإسناد) لم تجهلها الشريعة الإسلامية، فسنرى لاحقًا -بإذن الله- أن هذه القواعد وجدت بذورها الأولى في العلاقات التي يكون أطرافها من غير المسلمين.

---

(٣٠) المرجع السابق نفس الموطن.

(٣١) المرجع السابق ص ٣٦٣.

(٣٢)في التفصيل راجع د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ص ٦٢٢ ط ١٩٥٦م. القانون الدولي الخاص، د. عبد الحميد أبو هيف ص ٢٥ وما بعدها ط١٩٢٤م.

د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٣٧٠وما بعدها.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

المبحث الثاني:موقف القاضي السعودي من مضمون القانون الأجنبي

يقتضي بيان موقف القاضي السعودي من مضمون القانون التعرض أولًا للخلاف الذي ثار في الفقه والقضاء حول طرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي. ويبدو لنا تفصيل ذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: طرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي:

يقصد بطرق البحث عن مضمون القانون الأجنبي في هذا الصدد، التعرف على وسائل إثبات هذا القانون، والإثبات بمعناه المعروف في القانون هو عبارة عن: إقامة الدليل على حق يدعيه الغير.

ووفقًا للقواعد العامة أن الإثبات يتم عن طريق خمسة وسائل هي: الإقرار (الاعتراف)، الكتابة، الإشهاد، القرائن، اليمين.

بيد أنه في مجال البحث عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعة الدولية الخاصة، فإن الفقه والقضاء في بعض الدول(٣٣) لم يعتدا بالتقيد بجميع طرق الإثبات سالفة الذكر، فقد استقرت هذه الدول على استبعاد وسيلتي (الاعتراف واليمين) من هذه الوسائل في هذا الصدد، وبناء على هذا لا يجوز للقاضي المعروض أمامه النزاع أن يأخذ باعتراف الخصوم وإقرارهم علي مضمون القانون الأجنبي(٣٤) أو حلفهم اليمين على ذلك.

ومن ثم يبقي الأصل في ذلك. وهو حق القاضي بالأخذ بكافة الوسائل التي تكشف له عن مضمون القانون الأجنبي، دون أن يتقيد في ذلك بوسائل الإثبات سالفة الذكر والتي أقرتها القواعد العامة في مجال إثبات الحقوق أمام القضاء، وإن كان يجوز له أن يستأنس بها إذا رأى جدواها في الوصول إلى الكشف عن مضمون هذا القانون.

وتطبيقًا لذلك فإن القضاء في كل من مصر وفرنسا لا يرى مانعًا من إثبات مضمون القانون الأجنبي عن طريق: المؤلفات القانونية لفقهاء القانون، أو الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم الأجنبية، بل وإن النظرة الحديثة في الفقه الفرنسي تشير إلى اعتبار الخبرة الشفوية أو المكتوبة، وسيلة لإثبات مضمون القانون الأجنبي، لاسيما وأن حياد الخبير وانعدام مصلحته في الدعوى –خلافًا لأطرافها– سيؤدى بالقاضي إلى الاطمئنان لهذه الوسيلة في الغرض الذي يبحث عنه.(٣٥)

وفي رأيي أن هذه الطرق للإثبات التي يجري عليها القضاء في معظم التشريعات، لا تخرج عما هو معمول به في

---

(٣٣) انظر في ذلك: د. هشام صادق، د. حفيظة الحداد. المرجع السابق. ص ١٧٢.
(٣٤) المرجع السابق نفس الموطن.
(٣٥) المرجع السابق ص ١٧٣، حيث أشارا في هذا الموطن" إلى أن هذه النظرة قد اتجه إليها بصفة خاصة القضاء الإنجليزي".

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

المملكة العربية السعودية.

ويرجع أساس طرق الإثبات بصفة عامة في المملكة إلى قاعدة "البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر".(٣٦)

وإذا كان "اليمين" كوسيلة للإثبات وفقًا للقاعدة سالفة الذكر غير معمول به، فإن هذا الأمر لا يمانعه نظام المملكة فالتمعن في الأنظمة السعودية يبصر بأن النظام يتيح للقاضي الاستعانة بأي وسيلة مشروعة في سبيل إثبات الحقوق القانونية بما فيها الخبير.

بل إن الوسيلة التي استحدثها القضاء في فرنسا أو الفقه الإنجليزي (الخبرة)، منصوص عليها منذ نزول القرآن الكريم، قال تعالى: "وَلا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ".(٣٧)

ومن ثم يمكن القول بأن تشريع المملكة له السبق في هذا الصدد؛ نظرًا لقوام الحكم فيها على كتاب الله وسنة نبيه محمد ﷺ، وذلك على نحو ما سيأتي تفصيله لاحقًا بإذن الله تعالى.

ولكن السؤال البديهي الذي يطرح نفسه في هذا الشأن هو: على من يقع عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي؟

الإجابة عن هذا التساؤل تحمل خلافًا كبيرًا في الفقه والقضاء في مختلف التشريعات الدولية، وفيما يلي بيان هذا الخلاف بإيجاز غير مخل.

خلاف الفقه والقضاء حول عبء إثبات مضمون القانون الأجنبي.

بالرغم من اتساع هوة الخلاف بين الفقه والقضاء في مختلف بلدان العالم، إلا أنه يمكن رد هذا الخلاف إلى نظريتين أساسيتين على النحو التالي:

---

(٣٦) وهذه القاعدة مأخوذة من حديث رسول الله ﷺ فقد روي ابن عباس رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، رواه البيهقي في سننه، ويغير هذه الروآية في الصحيحين.

- وقيل أن هذا الحديث أصل من أصول الأحكام وأعظم مرجع عند التنازع والخصام ويقتضي أن لا يحكم لأحد بدعواه.

(٣٧) الآية (١٤) سورة فاطر، وجاء في تفسير القرطبي بشأن تفسير هذه الآية أي: "لا يخبرك بعواقب الأمور وقالها وما تصير إليه مثل خبير بها" وإذا كان المراد من هذا المعنى عند إطلاقه هو الله تعالى، إلا أنه يصدق عند التخصيص على الخبير المحنك في الحياة الدنيا.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

أولًا: النظرية القديمة.

وقد ذهب أنصار هذه النظرية إلي أن عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع أو إثباته يقع على عاتق الخصوم، ويبرر الأستاذ (باتيفول) هذا الاتجاه بأن: "القاضي حينما يحدد مضمون ومعنى القانون الأجنبي فهو يمارس عملًا يختلف عما يقوم به عند تطبيقه لقانونه الوطني، وذلك لأن القانون الوطني غريب عن النظام الأجنبي"(٣٨)، ومن ثم فإن الأمر يقتضي ألا يلتزم القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وهذا يعنى أن ينبغي حينئذ أن يتمسك الخصوم بذلك.

وبناءً على هذا يعد القانون الأجنبي –وفقًا لهذه النظرية– مسألة واقعية يقع على عاتق الخصوم عبء إثباتها، الأمر الذي يترتب عليه عدم خضوع تفسير وتطبيق القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض، لأن ولاية هذه المحكمة لا تمتد إلى المسائل الواقعية، ومن ثم لا يعد القانون الأجنبي في نفس مركز القانون الوطني.

وقد أيد هذه النظرية جانب من الفقه، الفرنسي والسويسري والإيطالي. كل بحسب التبرير الذي يستند إليه(٣٩)، وقد كانت المحاكم المصرية المختلطة –قبل إلغائها– تؤيد هذا الاتجاه(٤٠) ثم عدلت عن موقفها هذا، فألزمت القاضي بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه(٤١) على نحو ما سيتضح لنا من خلال عرض النظرية الثانية.

وقد انتقد بعض الفقه الحديث(٤٢) النظرية التقليدية القديمة سالفة الذكر مما أدى إلى ظهور اتجاه حديث في هذا

---

(٣٨) مشار إلى ذلك في: د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٦٧.

(٣٩) راجع ذلك تفصيلًا في د. هشام صادق. د. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص ١٦٣ وما بعدها، د. إبراهيم أجمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٢٦٨ وما بعدها.

(٤٠)فقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة في أحد أحكامها أنه "لا يصح لخصم أن يتمسك أمام المحاكم المختلطة بقانون أجنبي إلا إذا أمكنه أن يثبت وجوده ويبرز نصوصه" مشار إلى ذلك في القانون الدولي الخاص. د. عبد الحميد أبو هيف ص٢٢١، حيث أبدى سعادته تبريره في هذا الموطن على موقف محكمة الاستئناف المختلطة سالف الذكر.

(٤١) راجع ذلك في د. فؤاد عبد المنعم رياض. د. سامية راشد المرجع السابق ص ١١٢، وقد ذكر أحد الفقهاء في هذا الصدد قوله: "إن قضاءنا المختلط قد جرى في هذا مجرى القضاء الفرنسي والمستقبل كفيل بمعرفة ما سيجري عليه قضاؤنا الوطني في هذه المسألة بعد أن استكمل ولايته...."، د. عبد الرازق محمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ص١٥ هامش (١) ٢/١٩٥٦م، دار النشر للجامعات، أشار إلى ذلك د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٧٥ هامش رقم (٣).

(٤٢) راجع هذه الانتقادات في د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص ١٦٥وما بعدها..

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

الصدد، سوف نتناوله الآن تحت مسمى النظرية الحديثة.

ثانيًا: النظرية الحديثة.

وقد ذهب أنصارها على عكس ما أيدته النظرية القديمة سالفة الذكر، فقرروا أن عبء البحث عن مضمون القانون الأجنبي أو إثباته يقع على عاتق القاضي المعروض أمامه النزاع ويقضي به من تلقاء نفسه دون الوقوف على تمسك الخصوم بذلك.

وهذا يعني أن القانون الأجنبي يكون في نفس مركز القانون الوطني.

وبناءً على هذا لا يعد القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض شأنه في ذلك شأن القانون الوطني.

وقد ذكر أحد الفقهاء(٤٣) أنه بالرغم من أن الفقه الحديث قد نبه إلى أن القاضي المعروض أمامه النزاع غير مفترض فيه العلم بمضمون القانون الأجنبي، إلا أن ذلك لا ينفي التزام القاضي قانونًا بالبحث عن مضمون هذا القانون، وذلك تطبيقًا للقواعد العامة في قانون المرافعات، حيث تقضي هذه القواعد بأن: "يطبق القاضي قواعد القانون على وقائع الدعوى دون حاجة إلى تمسك الخصوم بأحكامه أو الكشف عن مضمونه".

وقد أقرت محكمة النقض المصرية في حكم لها(٤٤) هذه النظرية، كما أقرتها المحاكم الإيطالية، والبلجيكية والفرنسية وغير ذلك من محاكم الدول المختلفة.(٤٥)

هذا وإن كانت مسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي قد جاءت بهذا الوضوح سالف الذكر في غالبية الدول سواء كان ذلك من حيث الآراء الفقهية، أو الأحكام القضائية الصادرة من محاكم هذه الدول، إلا أن الأمر لم يكن واضحًا بهذه الصورة في الأنظمة السعودية، حيث لم ينص المقنن صراحة على موقف القاضي السعودي من عملية إثبات مضمون القانون الأجنبي.

---

(٤٣) د. هشام صادق، المرجع السابق ص١٦.

(٤٤) الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨٤/٢/٦م، حيث جاء فيه: "إذا كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التمسك بقضاء أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعه يجب إقامة الدليل عليها وكان مرد هذا القضاء هو الاستجابة للاعتبارات العلمية التي لا تيسر معها للقاضي الإلمام بأحكام هذا القانون، فإن مناط تطبيق هذه القاعدة أن يكون القانون الأجنبي غريبًا عن القاضي يصعب عليه الوقوف على أحكامه والوصول إلى مصادره. أما إذا كان القاضي يعلم بمضمونه أو كان علمه مفترضًا فلا محل للتمسك بتطبيق القاعدة في سبيل تحليل هذا الحكم والدفاع عن موقف محكمة النقض"، راجع د. هشام صادق، المرجع السابق ص ١٦٨.

(٤٥) مشار إلى ذلك في: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٢٦٨ وما بعدها.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

بيد أنه –في نظري– يمكن الرجوع في بيان موقف النظام السعودي من ذلك إلى الرجوع للقواعد العامة التي تقضي بها قواعد نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) في ١٤٣٥/١/٢٢هـ والتي تقضي في عملية الإثبات بوجه عام وفقًا للقاعدة "البينة على من ادعي.....".

وبناءً على هذا يمكن القول بأن النظام السعودي يقرر أن من يدعي شيئًا فعليه إثبات هذا الشيء إلى أن يثبت العكس، ومن ثم فالقاضي غير ملزم بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي، أو إثباته. لأنه يقضي على مقتضي أحكام الشريعة الإسلامية، إلا إذا كان هذا القانون قد تعين بمقتضي قاعدة إسناد تقضي في نزاع يتعلق بالديانة، ففي مثل هذه الحالة يتم التعرض إلى مضمون هذا القانون من قبل القاضي على نحو ما سيأتي تفصيله –إن شاء الله تعالى– في بحث تطبيق القانون الأجنبي.

وبناء على هذا يختلف موقف النظام السعودي مع ما يقرره القانون المصري في مسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي، حيث يوجب هذا النظام الأخير إلزام القاضي بعملية الإثبات في هذا الصدد.

المطلب الثاني: موقف القاضي السعودي عند استحالة التوصل إلى القانون الواجب التطبيق:

قد يصعب على القاضي المعروض أمامه النزاع التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي الذي يحكم هذا النزاع والتي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، أو قد يخلو هذا القانون من نص يمكن تطبيقه على هذا النزاع، ولاشك أن مثل هذه الحالات تعد من المشاكل التي يواجهها القاضي عند الفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي.

وقد اختلف الفقه وهو في سبيل إيجاد حل لهذه المشكلة، ويمكن إيجاز هذا الخلاف في أربعة اتجاهات على النحو التالي:(٤٦)

الاتجاه الأول: تطبيق قانون القاضي.

ووفقًا لهذا الاتجاه، أنه إذا تعذر على القاضي المعروض أمامه النزاع، الكشف عن مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على هذا النزاع. ففي هذه الحالة يطبق قانونه الوطني، وذلك على أساس أن القانون الوطني له اختصاص عام فيطبق على جميع الدعاوى الدولية الخاصة.

---

(٤٦)في تفصيل هذا الخلاف انظر: د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد المرجع السابق، ١٢٦وما بعدها، د. هشام صادق. المرجع السابق.ص١٧٤ وما بعدها، د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ٦٤٣، د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص٢٩٢.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

كما أن القانون الوطني يكون سهلًا في التطبيق من الناحية العملية.(٤٧) بخلاف تطبيق القانون الأجنبي، حيث تعتريه الصعوبة عند التطبيق لكونه قانونًا غريبًا عن القاضي المعروض أمامه النزاع.

وقد انتقد هذا الاتجاه من جانب البعض(٤٨) وذلك على أساس أن قاعدة الإسناد عندما تشير إلى قانون أجنبي معين واجب التطبيق. فهي بذلك تنفي الاختصاص العام المزعوم لقانون القاضي.

الاتجاه الثاني: تطبيق القانون الأقرب للقانون الواجب التطبيق.

ووفقًا لهذا الاتجاه، أنه إذا تعذر على القاضي أو استحال عليه الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يبحث القاضي عن القانون الأقرب في أحكامه إلى القانون الواجب التطبيق والتي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

ويمكن للقاضي التوصل إلى أقرب القوانين عن طريق تتبع المصدر المشترك لمجموعة معينة من القوانين، كالقوانين العربية، أو القوانين الغربية، كما لو تعذر.. مثلًا على القاضي الإماراتي الوصول إلى الكشف عن مضمون القانون المصري الواجب التطبيق، فإنه يطبق القانون السعودي باعتباره أقرب القوانين للقانون الذي تعذر الوصول إلى مضمونه.

بيد أن هذا الاتجاه قد انتقد من جانب البعض(٤٩) على أساس أنه لا يحقق النتيجة المنتظرة من الناحية العلمية، فمن الصعب -إن لم يكن من المستحيل- التأكد من مدى التقارب بين تشريعات الدول المختلفة؛ نظرًا لاختلاف الظروف الاجتماعية، والاقتصادية بين هذه التشريعات وبعضها.

الاتجاه الثالث: تطبيق القانون الأكثر ارتباطًا بالنزاع.

ووفقًا لهذا الاتجاه، يجب على القاضي عند تحقق التعذر أو الاستحالة للوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أن يطبق القانون الأكثر صلة بالنزاع المعروض.(٥٠)

ويقيد البعض(٥١) تطبيق هذا الحل بالحالات الاستثنائية التي يستحيل فيها على القاضي بالفعل الكشف عن مضمون

---

(٤٧)في الدفاع عن هذا الاتجاه وتبريره، راجع بصفه خاصة أستاذنا د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص٦٤٤..
(٤٨) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد ص١٢٧ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص٢٩٥.
(٤٩) د. هشام صادق، المرجع السابق ص ١٦٧، د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٦٤٤.
(٥٠) د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٩٦ وما بعدها..
(٥١) د. هشام صادق. تنازع القوانين ص ٢٧٤ منشأ المعارف بالإسكندرية.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلًا على النزاع، وذلك استنادًا لنص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري.[٥٢]

وينتقد البعض[٥٣] وبحق هذا الاتجاه، وذلك على أساس أن مهمة البحث عن القانون الأكثر ارتباطًا بالنزاع المعروض، هي من مهام المقنن وليس من مهام القاضي، كما أن إعمال المادة (٢٤) مدني مصري سالفة الذكر يكون في حالة عدم وجود قاعدة إسناد أصلًا، لكن الفرض الذي نحن بصدده الآن تكون فيه قاعدة الإسناد موجودة وهي التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق الذي يلتزم القاضي بتطبيقه.

الاتجاه الرابع: التوقف عن الفصل في الدعوى.

ووفقًا لهذا الرأي أن القاضي المعروض أمامه النزاع إذا استحال عليه الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فإنه يرفض الدعوى ويتوقف عن الفصل فيها.

وإذا قيل إن إعمال هذا الاتجاه يؤدي إلى إنكار العدالة، فإن أنصاره يبررون ذلك بأن إنكار العدالة –في نظرهم– خير من مخالفتها عندما يطبق القاضي قانونًا آخر غير الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.[٥٤]

ولاشك أن الأخذ بهذا الاتجاه فضلًا عن أنه يؤدى إلى إنكار العدالة بشكل قاطع، فإنه يصطدم بالقواعد القانونية التي توجب على وزارة العدل (أو الجهة المختصة بتطبيق القانون) تنفيذ القوانين التي تقررها تشريعات الدول المختلفة، كما هو الحال في التشريع المدني المصري سالف الذكر، حيث نص على ذلك في المادة الثانية منه.[٥٥]

الرأي الراجح:

وبعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، والانتقادات لهذه الأقوال أن الصواب –والله أعلم– مع الاتجاه الأول الذي ذهب إلى تطبيق قانون القاضي عند تعذر القاضي المعروض أمامه النزاع إلى مضمون القانون الأجنبي.

---

(٥٢)فقد نصت هذه المادة على أنه: "تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص".

(٥٣) د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٩٧.

(٥٤) المرجع السابق ص ٢٩٨.

(٥٥)فقد نصت هذه المادة على أنه: "على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ويعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩....."، وفي التفصيل انظر: د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص ١٧٤. حيث جاء في هذا الموطن "أن القاضي ملزم دائمًا بالبحث عن القاعدة الواجبة التطبيق وإن تعذر عليه ذلك فليس له أن يتوقف عن الفصل في الدعوى المطروحة أمامه، وهو ما يفعله دائمًا –عند غياب أي قاعدة قانونية وجبة التطبيق– تحت ستار ما يسميه بالقواعد العامة أو المبادئ المستقرة..

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

وقد أبدى أحد فقهاء أنصار هذا الرأي(٥٦) البراهين والأدلة على صحته، ومن هذه الأدلة ما يلي:

١- أن قانون القاضي ذو اختصاص عام واحتياطي في نفس الوقت، ولذا يكون صالحًا للتطبيق على جميع المنازعات، سواء كانت هذه المنازعات وطنية، أم كانت من المنازعات الدولية الخاصة.

كما أن تطبيق القانون الوطني هو الأصل، وأن تطبيق القانون الأجنبي هو الاستثناء، ومن ثم فإنه يجب على القاضي في مثل هذه الحالة اتباع الأصل وترك الاستثناء.

٢- إن تطبيق قانون القاضي يعد من الناحية العملية أسهل في التطبيق من القانون الأجنبي.

وذلك لأن الإلمام بأحكام القانون الأجنبي ليس أمرًا يسيرًا في جميع الأحوال، وقد يستغرق هذا من القاضي وقتًا طويلًا، لذا كان من الأفضل تطبيق قانون القاضي الأمر الذي يترتب عليه الحماية القضائية، للعلاقات الدولية الخاصة.

٣- إن أغلب التشريعات المقارنة -في وقتنا الحاضر- تطبق القانون الوطني في حالة تعذر القاضي للوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق علي النزاع، ومن هذه التشريعات، التشريع المجري، والتشريع النمساوي، والتشريع الروماني (٥٧) وغير ذلك من التشريعات الدولية المختلفة لاسيما التي تهدف إلى حماية الأمن العام بالدولة.

❖ وأخيرًا إذا كان ذلك كذلك فما هو موقف القاضي السعودي.

إذا افترضنا أنه تعذر عليه الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع ذي الطابع الدولي المعروض أمامه حينئذ؟

إن المتتبع لأنظمة المملكة يبصر بأن المنظم السعودي لم ينص صراحة على الحل المتبع في مثل هذه الحالة التي نحن بصددها الآن، غير أنه يفهم -ضمنيًا- من خلال بعض النصوص القانونية، التي جاءت في بعض أنظمة المملكة، أن العمل يجري على تطبيق القانون السعودي، عند تعذر القاضي الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي.

فقد نصت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم(٥٨) في المملكة على أنه: "يستمد الحكم في المملكة العربية

---

(٥٦) أستاذنا د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٦٤٤وما بعدها.

(٥٧) انظر نصوص المواد التي وردت في تلك التشريعات في هذا الصدد في المرجع السابق ص ٦٤٥.

(٥٨) وقد صدر هذا النظام في عهد الملك فهد -رحمه الله- عام ١٤١٢هـ/ ١٩٩٢م بالأمر السامي رقم أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ بشأن تحديد شكل الحكم وطريقته بالمملكة حيث اشتمل هذا النظام على (٨٣) مادة قسمت إلى تسعة أبواب.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنة رسوله، وهما الحكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".[٥٩]

ولا شك أن هذه النصوص تعد قيدًا على القاضي السعودي عند الفصل في الدعاوى المعروضة أمامه، سواء كانت هذه الدعاوى وطنية، أم كانت دعاوى ذات طابع دولي، وذلك لإطلاق لفظ (الحكم) في هذا النص.

ويرجع تقييد القاضي السعودي بتلك المصادر التي يستمد منها الحكم والتي وردت في النصوص السابقة؛ نظرًا لأن المملكة دولة إسلامية ذات سيادة تامة، وهذا ما أكدته المادة الأولي من النظام الأساسي للحكم سالف الذكر، حيث جاء في هذه المادة أن: "المملكة العربية السعودية، دولة إسلامية، ذات سيادة تامة دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ، ولغتها العربية، وعاصمتها الرياض".

وبناء على ما سبق، فإن القاضي السعودي يطبق قانونه على النزاع ذي العنصر الأجنبي عند استحالة التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي، فكأن النظام السعودي بهذا يرجح الأخذ بالرأي القائل بتطبيق قانون القاضي في هذا الصدد، وهو الرأي الذي أيدنا الأخذ به سابقًا.

(٥٩) وكذلك ما جاء في المادة (٤٦) من نفس النظام المذكور حيث نصت هذه المادة على أنه: "القضاء سلطة مستقلة ولا سلطان على القضاء في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية".

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

المبحث الثالث: موقف القاضي السعودي من تفسير القانون الأجنبي

أيضًا من الصعوبات التي تواجه القاضي وهو في سبيل تطبيق القانون، التعرض لتفسير القانون الأجنبي الواجب التطبيق على المنازعات الدولية الخاصة.

وإذا كنا نعنى في هذا المبحث ببيان موقف القاضي السعودي من هذه المسألة (تفسير القانون الأجنبي) فينبغي أن نعرض أولًا لآراء الفقهاء فيها، وهذا ما يكشف لنا عن المبادئ العامة في تفسير القانون الأجنبي، ثم نعقب ذلك بمحاولة الوقوف على مدى الرقابة على عملية تفسير هذا القانون.

ويتضح لنا ذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: المبادئ العامة لتفسير القانون الأجنبي:

نقصد بالمبادئ العامة هنا، بيان الآراء الفقهية العامة على المستوى العالمي، والتي قيلت بشأن تفسير القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.

ولتوضيح ذلك يجب أن نبين في البداية، مفهوم التفسير المقصود في هذا الموطن، وأنواعه، ثم نعرض لبيان آراء الفقه، لنصل في النهاية إلى التعرف على موقف القاضي السعودي من ذلك، ويبدو ذلك واضحًا من خلال النقاط التالية:

أولًا: معنى التفسير وأنواعه:

١- معنى التفسير لغة:

هو اسم، ويجمع على تفسيرات، وتفاسير، ويعني: الشرح، والبيان، وتفسير القرآن، توضيح معانيه، وبيان وجوه البلاغة والإعجاز فيه[٦٠]، قال تعالى: "وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا ".[٦١]

وقيل هو التأويل وكشف المراد عن الشكل[٦٢] ومنه تفسير القانون، أي صار مفهومًا وواضح معناه.[٦٣]

---

(٦٠) معجم المعاني الجامع، مادة (فسر).
(٦١) الآية (٣٣) سورة الفرقان.
(٦٢) القاموس المحيط مادة (فسر).
(٦٣) مجمع البيان في تفسير القرآن، للطوسي.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

٢- معنى التفسير اصطلاحًا:

تعددت معاني التفسير سواء في الاصطلاح الشرعي، أو الاصطلاح القانوني، ويرجع هذا التعدد إلى تنوع التفسير بحسب الحاجة منه.

والتفسير بالمعنى العام، يطلق على: كشف المراد عن اللفظ المشكل(٦٤) وفي المجال القانوني، يقصد به "بيان حقيقة معنى قاعدة تشريعية مكتوبة صادرة من سلطة مختصة".(٦٥)

وتفسير القانون، أي تحديد المعنى الحقيقي لمضمون القاعدة القانونية التي وضعها المشرع(٦٦)، وقيل هو: "تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها".(٦٧)

وبناء على ذلك نجد أن التفسير بالمعنى الاصطلاحي القانوني ينصرف أساسًا على التشريع، لأنه يحتل مكانة الصدارة بين القواعد القانونية كافة، كما أن التفسير يقوم به في الغالب، القاضي والفقيه، بينما يقوم به المشرع في حالات نادرة ومن هنا يتنوع التفسير إلى ثلاثة أنواع رئيسية، وهي كالتالي:(٦٨)

١- التفسير التشريعي: وهو الذي يصدره المشرع لبيان حقيقة ما قصده من تشريع سابق، إذا ظهر أن المحاكم لم تهتد إلى هذا القصد.(٦٩)

٢- التفسير القضائي: وهو الذي يصدر من المحاكم حينما تدعى إلى تطبيق القانون على المنازعات المرفوعة إليها.(٧٠)

٣- التفسير الفقهي: وهو الذي يصدره الفقهاء من خلال مؤلفاتهم وأبحاثهم أو فتواهم(٧١).

---

(٦٤) مجمع البيان في تفسير القرآن، للطوسي.
(٦٥) مبادئ القانون للدكتور جميل الشرقاوي ص ١٥٦، دار النهضة العربية.
(٦٦) المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون) د. أحمد محمد الرفاعي ص٢١٠.
(٦٧) المدخل للعلوم القانونية: د. عبد الحي حجازي ص٢١٠ ط١٩٧٢.
(٦٨) وهناك نوع رابع، وهو التفسير الإداري، ويتمثل عادة في البلاغات التي تصدرها الإدارة العامة المختصة إلى موظفيها لكن هذا النوع غير ملزم؛ لأنه عبارة عن مجرد رأي.
(٦٩) المدخل للعلوم القانونية د. سليمان مرقس ص٣٣١ ط ٧١٩٥م.
(٧٠) المدخل للعلوم القانونية د. حسن كيره، ص٤٠٠ دار الكتب الحديثة.
(٧١) د. عبد الحي حجازي. المرجع السابق ٢١٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

ثانيًا: آراء الفقهاء في تفسير القانون الأجنبي.

اختلف الفقه في دور القاضي المعروض أمامه النزاع ذو الطابع الدولي في تفسير القانون الأجنبي. الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك إلى الآراء التالية:

الرأي الأول: وذهب إلى أن تفسير القانون الأجنبي ينبغي أن يكون وفقًا للمبادئ العامة والأحكام السائدة في دولة القاضي الوطني، وذلك على أساس أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويصبح جزءًا منه، وهذا ما تهدف إليه النظرية الإيطالية.(٧٢)

ويذكر أحد الفقهاء(٧٣) أن أنصار هذا الرأي لا يسلمون بتقييد القاضي المعروض أمامه النزاع بالحلول القضائية السائدة في دولة القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، إلا في الأحوال التي يعتبر القضاء فيها مصدرًا رسميًا للقانون في هذه الدولة.

الرأي الثاني: وذهب على عكس ما ذهب إليه الأول حيث يرى أن تفسير القانون الأجنبي ينبغي أن يتم وفقًا للمبادئ العامة والأحكام السائدة في دولة هذا القانون(٧٤) ولاشك أن هذا القول يتفق مع ما أكده الفقه المصري(٧٥) باحتفاظ القانون الأجنبي بصفته الأجنبية أمام القاضي الوطني.

وقد أشار بعض الفقهاء(٧٦) إلى أن بعض التشريعات قد قننت هذه النظرة، ومن ذلك ما جاء في نص المادة (٩) من مجموعة القانون الدولي الخاص اليوغسلافي (القديم) النافذ في أول يناير لعام ١٩٨٣، حيث نصت هذه المادة على: "أن قانون دولة أجنبية يطبق مع الأخذ في الحسبان معناه وأفكاره".

---

(٧٢) انظر في ذلك: د. هشام صادق، د. حفيظه السيد الحداد. المرجع السابق ص١٨٠، حيث يذكر في هذا الموطن: "إذا كان للقاضي أن يستأنس في تفسيره للقوانين الأجنبية بالآراء السائدة في الفقه والقضاء الأجنبي، إلا أنه غير ملزم بالأخذ بها لأنه إذ يحكم بالعدل فإنما يفعل ذلك باسم الدولة التي يتبعها وتحت مسئوليتها" ولكن الأمر غير ذلك في نظره.، وانظر في ذلك أيضًا: د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص ٦٣٩.

(٧٣) هشام صادق، حفيظه الحداد، المرجع السابق ص ١٨٠.

(٧٤) من أنصار هذا الرأي: د. هشام صادق. ود. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص١٨٠ وما بعدها، د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق٦٣٩.

(٧٥) د. هشام صادق. المرجع السابقص١٨١، د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٦٣٩.

(٧٦) أستاذنا د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٦٣٩ وما بعدها.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

وكذلك ما جاء بنص الفقرة الأولى من المادة (١٨٣) من القانون الألماني الشرقي -قبل الوحدة الألمانية- لعام ١٩٧٥م والمعدل لقانون المرافعات المدنية، حيث نصت هذه المادة على أنه: "يجب على المحكمة عمل اللازم لإثبات مضمون قواعد القانون الأجنبي، وتطبيقها العملي من جانب قضاء محاكم الدولة" أي التي أصدرت هذا القانون.

ثالثًا: موقف القضاء السعودي من تفسير القانون الأجنبي.

أيضًا جاء موقف القضاء السعودي من هذه المسألة غير واضح، وذلك لعدم وجود نص صريح -يلتزم به القاضي- يوضح موقف القانون السعودي من تفسير القانون الأجنبي في حالة ما إذا عرض نزاع ذو طبيعة دولية على القاضي السعودي.

ولذا فلابد من الرجوع في ذلك للقواعد العامة التي ترشد إلى اتباع المصادر الأصلية للأحكام في المملكة، وهذا ما أكده نص المادة الأولى والمادة السابعة من النظام الأساسي للحكم(٧٧).

ولما كانت هذه النصوص تفيد بتقيد القاضي السعودي عند استخلاص الأحكام القضائية من كتاب الله أو من سنة رسول الله ﷺ وبما يصدره ولى الأمر من أنظمة لذا فإنه يفهم من ذلك أن تفسير القانون الأجنبي ينبغي أن يتم وفقًا للمبادئ والأحكام السائدة في أنظمة المملكة.

ومن ثم فكأن القضاء السعودي يجري على ما ذهب إليه الرأي الأول والذي يوجب أن يكون هذا التفسير وفقًا لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

وبناء على هذا فإن القانون السعودي يختلف في هذا الصدد عما ذهب إليه القانون المصري حيث إن العمل في مصر يجري على ما ذهب إليه الرأي الثاني، الذي يوجب أن يتم تفسير القانون الأجنبي وفقًا للمبادئ العامة والأحكام السائدة في دولة القانون واجب التطبيق.

المطلب الثاني: الرقابة على تفسير القانون الأجنبي:

اختلف الفقهاء حول مدى الرقابة على تفسير القانون الأجنبي من قبل الهيئة المنوطة بهذه الرقابة، وبمعنى محدد من قبل (محكمة النقض).

ويجدر بنا قبل بيان هذا الخلاف، أن نبين المعنى المقصود من هذه الرقابة، ثم نعقب أخيرًا بموقف النظام السعودي من ذلك. وفيما يلي بيان هذه الأمور من خلال النقاط التالية:

---

(٧٧) انظر هذه النصوص لتلك المواد. ص من هذا البحث.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

أولًا: المقصود بالرقابة لغة واصطلاحًا.

١- في اللغة:

جاء في معاجم اللغة العربية(٧٨) أن الرقابة، من رقيب ورقبته، وترقبته، ورقوبًا، والرقبة بالكسر اسم بمعنى انتظرته، ورقابه: انتظره، ورقبه: لاحظه ورقبه حرسه وحفظه.

فالرقابة في اللغة تأتي بمعنى المحافظة والانتظار(٧٩) والرقيب هو الحافظ وذلك إما لمراعاته رقبة المحفوظ، وإما لرفعة نقمته.(٨٠)

٢- وفي الاصطلاح:

تعرف الرقابة بصفة عامة في الاصطلاح بأنها: "العملية التي عن طريقها يمكن أن نجعل أحكام النظام متفقة مع أحكام الدستور(٨١)، وقيل هي: عملية متتابعة دائمة ومستمرة للتأكد من أن العمل يجري وفقًا للتخطيط والأهداف والسياسات الموضوعة مسبقًا.(٨٢)

وقد تعرف الرقابة مضافة إلى وصف آخر كالرقابة السياسية، والرقابة الإدارية، والرقابة القضائية..... إلخ.

والذي يعنينا بصفة خاصة في هذا البحث، هو الرقابة القضائية، ونعني بها الرقابة التي تتم ممارستها عن طريق المحاكم والهيئات القضائية المختلفة على دستورية الأنظمة (القوانين).(٨٣)

والأصل في أنواع الرقابة، قول الله تعالى: "وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ....."(٨٤)

ولاشك أن المقصد العام من هذه الرقابة، هو إحقاق الحق، ودحض الباطل، ونصرة الظلوم، وإرساء العدل في المجتمع، بتحكيم شرع الله، وهذا مسلك المملكة في هذا الصدد.

---

(٧٨) انظر في مادة (ر ق ب). المصباح المنير ١/٢٣٤ط دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩٤م: المعجم الوسيط ١/٣٦٣ الطبعة الثانية. المكتبة الإسلامية بإسطنبول.

(٧٩) مختار الصحاح مادة (ر ق ب) ص ٢٢٢ ط ١٤٢٦هـ، مؤسسة الرسالة بيروت.

(٨٠) المفردات في غريب القرآن، للأصفهاني، مادة (رق ب) ص ٢٠٦ ط دار المعرفة بيروت ١٩٩٨م.

(٨١) انظر ذلك، رقابة دستورية القوانين، د. عبد القدر محمد سلمان ص٢٢، الطبعة الأولى دار الفكر العربي ١٩٩٥م.

(٨٢) الرقابة المالية في المصاريف وبيوت المال الإسلامية، د. عوض الكفراوي ص ٣٢٨.

(٨٣) الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية. دراسة مقارنة، د. خالد خليل الظاهرص٥٣٤، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية، والاقتصادية كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني.

(٨٤)سورة التوبة آية (١٠٥).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

والأصل في ذلك أيضًا قول الله تعالي: "يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الأَمْرِ مِنْكُمْ".(٨٥)

وإذا كان قد وضح لنا بذلك معنى الرقابة المقصودة في هذا الشأن، والتي نعنى بها الرقابة القضائية على دستورية القوانين الوطنية، فما مدى هذه الرقابة على القانون الأجنبي؟ الإجابة عن هذا التساؤل تحمل آراء الفقه في ذلك وهي محل البحث في الفقرة التالية:

ثانيًا: اختلاف الفقه في مدى الرقابة على تفسير القانون الأجنبي.

اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين على النحو التالي:

الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى عدم رقابة محاكم النقض على تفسير القانون الأجنبي، وبهذا أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها حيث قضت بعدم قبول الطعن أمامها بسبب خطأ في تفسير القانون الأجنبي.(٨٦)

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي القديم ما ذهبت إليه محكمة النقض، وذلك للأسباب التالية:(٨٧)

١- أنه من الصعب على القاضي الكشف عن مصادر القانون الأجنبي وتوضيح أحكامه، على عكس ما عليه الحال بشأن القانون الوطني.

٢- أن وظيفة محكمة النقض تقتصر على التأكد من صحة تطبيق القانون الوطني فقط، ومن غير المقصود أن تعمل محكمة النقض على التأكد من صحة تطبيق قوانين دول العالم، فهو أمر بالمستحيل.

٣- إن القول برقابة محكمة النقض على صحة تطبيق القوانين الأجنبية، قد يؤدي إلى كثرة الطعون، الأمر الذي قد يترتب عليه التناقض مع ما يجري عليه العمل في دولة القانون الأجنبي في حالة ما إذا أخذ قضاء هذه الدولة بتفسير آخر.

ويؤيد جانب من الفقه المصري(٨٨) ما ذهب إليه الرأي الأول ويبررون ذلك بأن القول برقابة محكمة النقض على تفسير

---

(٨٥)سورة النساء آية (٥٩).

(٨٦) انظر في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص٦٤٠، وأيضًا: د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد. المرجع السابق، ص١٨٤ وما بعدها.

(٨٧)في تفصيل هذه الأسباب انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٦٤٠ وما بعدها، د. هشام صادق، ود. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص ١٨٦وما بعدها.

(٨٨) من أنصار هذا الرأي د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص ٢/٥٩٧، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص ص٤٩٥ وما بعدها، ط الثانية ١٩٨٥م. وفي التفصيل راجع بصفة خاصة: د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

القانون الأجنبي، أمر غير متصور، بل ومن المستحيل من الناحية العلمية، لأنه من الصعب على قاضي الموضوع الكشف عن مضمون ورقابة هذا القانون بسبب عدم نشره في دولة القاضي.

الرأي الثاني: وذهب هذا الرأي إلى ضرورة خضوع تفسير القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض.

وقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها سالف الذكر، نتيجة للمثالب التي ترتبت على انعدام الرقابة على تفسير القانون الأجنبي، فقررت خضوع هذا الأمر لرقابة محكمة النقض وذلك في حال وقوع خطأ واضح من قاضي الموضوع بشأن تفسير القانون الأجنبي، بما يترتب عليه نسخ مضمون هذا القانون كما في حالة تجاهل القاضي المعروض أمامه النزاع (قاضي الموضوع) المعنى الواضح والمحدد للقانون الأجنبي.[٨٩]

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد قررت في حكم لها[٩٠] عدم الميول لتوسيع وبسط رقابتها تحت حجة مسخ القانون الأجنبي، إلا أن بعض الفقه المصري[٩١] ينتقد هذه النظرة الضيقة لمحكمة النقض، ويري أنه يجب أن تبسط محكمة النقض رقابتها بشكل موسع على صحة تطبيق القانون الأجنبي، شأنها في ذلك شأن القانون الوطني، بل وأسوة بأعمال قاعدة الإسناد الوطنية، التي تخضع حتمًا في تطبيقها وتفسيرها لرقابة محكمة النقض.

وهذه النظرة تتفق مع ما تقرره المادة (٢٥٠) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣لسنة ١٩٦٨م، حيث نصت هذه المادة على أن:

"للنائب العام أن يطعن بطريق النقض لمصلحة القانون في الأحكام الانتهائية -أيا كانت المحكمة التي أصدرتها- إذا كان الحكم مبنيًا على مخالفة القانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله وذلك في الأحوال الآتية....".

وقد ذكر أحد الفقهاء[٩٢] أن كلمة (قانون) الواردة بالنص السابق تشمل القوانين الوطنية والأجنبية على حد سواء.

---

(٨٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص ٦٤١.

(٩٠) حكمها الصادر في ١٩٦٦/٣/١٥م، حيث قررت فيه "أن المحكمة لا تبغي توسيع رقابتها تحت حجة مسخ القانون الأجنبي" مشار إلى ذلك في: د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٦٤٢، حيث يشير سعادته في هذا الموقف إلى: "حيث رفضت المحكمة طعنًا مؤسسًا علي مسخ القانون الأجنبي وبررت ذلك بأن النص الأجنبي للقانون وواجب التطبيق غير واضح ومبهم فالأمر يتعلق بمشكلة تفسير تخضع لقضاة الموضوع، وليس بمشكلة مسخ تستوجب الطعن بالنقض".

(٩١) أستاذنا د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٦٤٢.

(٩٢) د. هشام صادق ود. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص١٩٠.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

ومن ثم فإنه يجوز الطعن أمام محكمة النقض إذا وقع خطأ في تفسير القانون الأجنبي وبيان أحكامه.

ثالثًا: موقف القضاء السعودي من الرقابة على تفسير القانون الأجنبي.

تتنوع الجهات الرقابية على دستورية الأنظمة في المملكة العربية السعودية إلى التالي:(٩٣)

١- جلالة الملك، باعتباره حاكم البلاد، ورئيس مجلس الوزراء، فيختص بالرقابة على دستورية الأنظمة، وذلك لأنه هو مرجع جميع السلطات في الدولة، ومنوط به حفظ الدين على أصوله المستقرة وما أجمع عليه سلف الأمة.(٩٤)

وعلى هذا المعنى نصت المادة (٤٤) من النظام الأساسي للحكم سالف الذكر، فقد جاء في نصها: "تتكون السلطات في الدولة من: السلطة التنظيمية والسلطة القضائية وتتعاون هذه السلطات في أداء وظيفتها، وفقًا لهذا النظام وغيره من الأنظمة، والملك هو مرجع هذه السلطات".

٢- القضاء. وهو ذو شقين، القضاء العادي، والقضاء الإداري،، فأما بالنسبة للقضاء العادي فإن الرقابة على القوانين تخضع لرقابة المحكمة العليا وهذا ما نصت عليه المادة (١١) من نظام القضاء الجديد(٩٥) حيث نصت على أنه: "تتولى المحكمة العليا –بالإضافة إلى الاختصاصات المنصوص عليها في نظام المرافعات الشرعية ونظام الإجراءات الجزائية– مراقبة سلامة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض معها في القضايا التي تدخل ضمن ولاية القضاء العام".

وأما بالنسبة للقضاء الإداري فيتمثل في ديوان (المظالم)(٩٦) وهو منوط أيضًا بمراقبة سلامة تطبيق القانون وإصدار الأحكام وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد ورد بالديوان حكمًا صادرًا من هيئة التدقيق(٩٧)، وقد جاء في هذا الحكم:

---

(٩٣) د. خالد خليل الظاهر، المرجع السابق، ص٥٤٤ وما بعدها.

(٩٤) الأحكام السلطانية للماوردي، ص ١٨.

(٩٥) الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٨٧ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩، هذا وقد ذكر البعض أن هيئة كبار العلماء تعد من الهيئات الرقابية على دستورية القوانين (الأنظمة) لأنهم أعلم الناس بالشريعة الإسلامية وبدستورية الأنظمة. راجع في ذلك النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية، د. عبد الرحمن الشلهوب ص ٢١٨.

(٩٦) وهو هيئة قضاء إداري مستقلة ترتبط مباشرة بالملك ويكون مقرها مدينة الرياض، ويتمتع قضاء الديوان وقضاته بالضمانات المنصوص عليها في نظام القضاء، ويلتزمون بالواجبات المنصوص عليها فيه". وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من نظام ديوان المظالم الصادر في ١٤٢٨/٩/١٩م بالمرسوم الملكي م/٨٧.

(٩٧) الحكم رقم ١٤١/ت لعام ١٤١٩هـ، في القضية رقم ١/١٤٦ لعام ١٤١٧ حكم غير منشور.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

"..... من ثم تؤيد الهيئة الحكم محمولًا على أسبابه التي قام عليها، فيما عدا السبب المتعلق بالمطالبة الأولي الخاصة بقيمة البوالص، حيث قضت الدائرة بإلزام المدعى عليها برد هذه القيمة لأن المدعية قامت بالتأمين، ولم يلحق المدعى عليها ضرر من جراء التأمين لدى غير الشركة المحددة بالعقد، والهيئة ترى أن السبب الصحيح للحكم في هذه المطالبة أن اشتراط التأمين في ذاته غير صحيح شرعًا ومن ثم لا يترتب عليه أثر.....".

فقد قضى هذا الحكم بعدم الاعتداد بشرط التأمين الذي نص عليه في عقد الأشغال العامة(٩٨) وذلك في المادة (١٢/٥) حيث نصت على: "يلزم المقاول عند توقيع عقد تزيد قيمته عن خمسة ملايين ريال بأن يقدم إلى الجهة الحكومية بوليصة التأمين اللازمة".

وبناء على هذا رأت هيئة التدقيق بديوان المظالم عدم دستورية هذا النص لمخالفته للشريعة الإسلامية، الأمر الذي ترتب عليه منح القاضي السعودي حق الامتناع عن تطبيقه.

وبناء على ذلك يمكن القول بأن المحكمة العليا وكذلك ديوان المظالم لم تعد من الهيئات التي لها الحق في رقابة القوانين وتفسيرها، وإذا كان هذا على المستوي المحلي فأيضًا ينصرف على المستوى الدولي، أي تكون لها حق الرقابة على تفسير القوانين الأجنبية التي يراد تطبيقها في المملكة العربية السعودية، وذلك لأن سلطان الشريعة على المحاكم السعودية جاء عامًا دون تفرقة بين الأحكام الوطنية والأحكام ذات الطابع الدولي..... ومن ثم يكون النظام السعودي قد أخذ بالاتجاه الذي ذهب إلى أن القانون الأجنبي يخضع لرقابة محكمة النقض شأنه في ذلك شأن القانون الوطني.

وبهذا يتفق النظام السعودي مع ما يقرره القانون المصري في شأن خضوع القانون الأجنبي عند تطبيقه لرقابة محكمة النقض والتي تعادل المحكمة العليا في النظام السعودي.

(٩٨) الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦/وتاريخ ١٤٠٨/٦/١٧. مشار إلى ذلك في د. خالد الظاهر. المرجع السابق ٥٤٦.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

المبحث الرابع

تطبيق القانون الأجنبي وحالات استبعاده

عرفنا من خلال ما سبق موقف القاضي المعروض أمامه النزاع من مضمون القانون الأجنبي وتفسيره، والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، والسؤال هنا الآن، هل القاضي الوطني يلزم بتطبيق القانون الأجنبي؟ وبمعنى أخص، هل القاضي السعودي ملزم بتطبيق هذا القانون؟ وهل يملك القاضي استبعاده؟

تبدو لنا الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مدى التزام القاضي السعودي بتطبيق القانون الأجنبي:

يبدو وضوح التزام القاضي السعودي بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه بعد التعرض للخلاف الذي ساد العالم في هذا الصدد.

فقد وقع خلاف في الفقه والقضاء الدوليين[٩٩] في مختلف التشريعات العالمية الدولية حول مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي، الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية[١٠٠]، وفيما يلي بيان ذلك من خلال الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: الاتجاهات المختلفة حول مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي.

لقد اختلف الرأي حول مدى التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي، ويمكن إجمال هذا الاختلاف في الاتجاهات التالية:

الاتجاه الأول: عدم التزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي والسويسري

---

(٩٩) راجع هذا الخلاف بصفة خاصة في: د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص٣٥ وما بعدها، د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص ١٥٦ وما بعدها، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد الوسيط في القانون الدولي الخاص ص ١١٦ وما بعدها.

(١٠٠) يلاحظ من خلال كتب القانون أن هناك اختلافًا كبيرًا حول دراسة هذا الموضوع بين فقهاء القانون الدولي الخاص فمنهم من أفاض دراسته من حيث طبيعة القانون الأجنبي، ومنهم من توسع في دراسة معاملة هذا القانون الإجرائية، وفي ذلك يقول أحد الفقهاء: "أن الفقه التقليدي أرهق نفسه في بحث مشكلة طبيعة القانون الأجنبي، والأولى به أن يتصدى لدراسة المعاملة الحقيقية التي يلقاها القانون الأجنبي أمام المحاكم". د. هشام صادق. مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة ص ١٠٤ ط منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٦٨م، وقد أشار إلى ذلك د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٦٥ هامش رقم (١).

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

والإيطالي وعدد قليل من الفقه المصري إلى أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وهذا يعني أن القانون الأجنبي لا يتساوى مع القانون الوطني، أي في مركز يختلف عن مركز القانون الوطني.

وقد استند الفقه الفرنسي الغالب في ذلك إلى أن القانون الأجنبي لم تكن له فاعلية القوانين الفرنسية، لعدم نشره في فرنسا، واستندت الأقلية من الفقه السويسري لذلك بأن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل لابد من تمسك الأطراف بذلك وإثبات مضمون هذا القانون.

واستند جانب من الفقه الإيطالي إلى أن القانون الأجنبي يصبح -بمجرد خروجه من إقليمه- مسألة واقعية وبالتالي يفقد طابعه القانوني(١٠١).

وقد أيد جانب قليل من الفقه المصري(١٠٢) اعتبار تطبيق القانون الأجنبي من الوقائع العامة، وليس من المسائل القانونية، وهذا يعني أن القاضي غير ملزم بتطبيق هذا القانون.

هذا وقد استقر القضاء في فرنسا على تأييد هذا الاتجاه؛ حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمًا لها(١٠٣) قضت فيه بتطبيق القانون الفرنسي واستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الفرنسية، وذلك لعدم تمسك الخصوم بتطبيق القانون الأجنبي، مستندة في ذلك إلى صعوبة البحث في القانون الأجنبي، وأن مهمة محكمة النقض في هذا الشأن هي كفالة تطبيق القانون الوطني وليس تطبيق القانون الأجنبي.

كما أن القضاء المصري قد سلك هذا المسلك حيث جعل تطبيق القانون الأجنبي كمجرد واقعة يجب على الخصوم التمسك بها لكن ليس في أول مرة أمام محكمة النقض.(١٠٤)

بيد أن المحكمة المذكورة قد اشترطت في حكم آخر(١٠٥) لكون اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مجرد واقعة ولا يلزم القاضي تطبيق هذا القانون من تلقاء نفسه، أن يكون القانون الأجنبي غريبًا عن القاضي، بحيث يصعب عليه الوقوف على أحكامه، أما إذا

---

(١٠١) وقد أشار إلى تلك المبررات التي استند إليها الفقه في هذا الصدد: د. إبراهيم أحمد إبراهيم . المرجع السابق ص ٢٦٨.

(١٠٢) د. عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري ص ٧٥ وما بعدها الطبعة الأولى، ١٩٥٢م، مكتب عبد الله وهبة، د. منصور مصطفى، تنازع القوانين ص ١٦، وقد أشار إلى ذلك، د. إبراهيم أحمد إبراهيم المرجع السابق ص ٢٦٩.

(١٠٣) الحكم الصادر في ١٩٥٩/٥/١٢ المشار إليه في: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٢٧٠.

(١٠٤) في حكمها الصادر في ١٩٦٧/٧/٢٦م.

(١٠٥) الحكم الصادر في ١٩٨٤/٢/٦م.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

كان القاضي يعلم بذلك فيكون علمه مفترضًا، وفي هذه الحالة يكون ملزمًا بتطبيق هذا القانون من تلقاء نفسه.[١٠٦]

الاتجاه الثاني:

بناء على الانتقادات[١٠٧] التي وجهت للاتجاه السابق فقد ظهر اتجاه حديث في الفقه والقضاء ينادي بالتزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، ودون التوقف على تمسك الخصوم بتطبيقه.

وهذا يعني أن القانون الأجنبي يتساوى في المركز القانوني مع القانون الوطني.

وفي تأييد هذا الاتجاه من جانب الفقه المصري[١٠٨] يذكر أحد الفقهاء[١٠٩] "نحن لا نتردد في اعتبار تطبيق أحكام القانون الأجنبي مسألة قانونية لا مسألة واقع، لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعًا، سواء كان هذا القانون قانونًا وطنيًا أو كان قانونًا أجنبيًا يأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزءًا منه في حدود هذا التطبيق".

كما أن القضاء المصري قد أيد هذا الاتجاه في كثير من الأحكام التي أصدرتها محكمة النقض المصرية[١١٠] والتي يستفاد منها إلزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي سواء كانت هذه الأحكام خاصة بإيقاع الحجوزات على أموال منقولة: أو برفض دعوى طلب تطليق... إلخ.

هذا وقد ساند جانب كبير من الفقه والقضاء الأجنبي هذا الاتجاه كما هو الحال في فرنسا، وإيطاليا، وسويسرا، والنمسا وإسبانيا، وتركيا، وغير ذلك من التشريعات الأجنبية.[١١١]

الفرع الثاني: موقف القاضي السعودي من تطبيق القانون الأجنبي.

---

(١٠٦) د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٢٧٦ وما بعدها، حيث أشار سعادته إلى هذه الأحكام لمحكمة النقض، وأحكام أخرى وفي الدفاع عن هذا المسلك الأخير لمحكمة النقض انظر: التعليق على أحكام محكمة النقض د. هشام صادق ط ١٩٨٥م..

(١٠٧) انظر هذه الانتقادات في: القانون الدولي الخاص د. عز الدين عبد الله فقرة ١٥٤، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني د. هشام صادق ص ١٠٤.

(١٠٨) د. عز الدين عبد الله. المرجع السابق ص٥٧٨، د. حامد ذكي راشد. الوسيط في القانون الدولي الخاص ص١٢٥، د. هشام صادق، د. حفيظه الحداد، المرجع السابق ص ١٦٠، د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٣٨.

(١٠٩) د. عبد الرزاق السنهوري. المرجع السابق ص ٥٥، وما بعدها..

(١١٠) راجع هذه الأحكام في: د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٢٧٧ وما بعدها، وقد أشار إليها في عدة أعداد بسنوات متفاوتة.

(١١١) راجع موقف هذه التشريعات في: د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص ٣٨.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

سبق القول بأن القاضي السعودي مقيد عند تطبيق القانون بأحكام الشريعة الإسلامية وفقًا لما نصت عليه المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم على نحو التفصيل السابق بيانه تطبيق القانون الأجنبي؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تجد صداها فيما استقر عليه الفقه الإسلامي في هذا الصدد، لاسيما وأن هذا الفقه لم يجهل فكرة تنازع القوانين (قواعد الإسناد)(١١٢)، ومن ثم فإنه يجوز للقاضي المسلم أن يطبق شريعة غير إسلامية إذا كان النزاع المعروض أمامه بين غير المسلمين وتعلق بأمور تخص عقيدتهم أو ديانتهم كما لو تعلق هذا النزاع بمسائل الأحوال الشخصية لهؤلاء كالزواج، والميراث، والوصية، وذلك بناء على الرأي الراجح والغالب، استنادًا إلى قاعدة (نتركهم وما يدينون)، فلهم – بناء على ذلك– حريتهم الشخصية فيما يعتقدونه في ديانتهم وشرائعهم الخاصة بهم، وفي ذلك يقول أحد فقهاء القانون(١١٣): "إن القاضي المسلم يطبق شريعة أجنبية خلاف شريعته في بعض الأحوال وبقيود خاصة...."، ثم يقول أيضًا: "ومع ذلك فالقاعدة بلا شك قاعدة إسناد يترتب عليها استبعاد تطبيق قانون القاضي وهو في الأصل إقليمي وتطبيق قانون آخر".

وبناء على هذا يبدو واضحًا موقف القاضي السعودي، فلكونه قاضيًا مسلمًا فلا يحيد عن تطبيق هذا المنهج سالف الذكر والذي أقره الفقه الإسلامي، ومن ثم يلتزم بتطبيق القانون الأجنبي.

وتأكيدًا لذلك فقد قرر المنظم السعودي صراحة إلزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي اتفق عليه أطراف التحكيم –سواء كان هذا القانون وطنيًا أم أجنبيًا– حتى أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين فإن هيئة التحكيم (المحكمة) تلتزم أيضًا بتطبيق القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الأكثر اتصالًا بموضوع النزاع.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة (١/٣٨) من نظام التحكيم السعودي الجديد(١١٤)، حيث نصت على أن: "١- مع مراعاة عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية النظام العام بالمملكة على هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع الآتي:

---

(١١٢) راجع في ذلك: د. أحمد عبد الكريم سلامة. المرجع السابق ص ٥٦٩ وما بعدها، حيث يذكر سعادته في هذا الموقف قوله: " إن فكرة قاعدة الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق قد وجدت بذورها الأولى بشأن المعاملات التي يكون أطرافها غير مسلمين. فهي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية. إن كانت معاملات مالية ورفعت دعوى بخصوصها أمام القاضي المسلم، وهي تخضع لأحكام الشرائع غير الإسلامية، إن تعلقت بأمور وثيقة الصلة بالديانة لهؤلاء فهي تخضع سواء أمام القاضي المسلم أو غير المسلم لأحكام الشرائع الأخرى التي ينتمي إليها هؤلاء".

(١١٣) د. حامد زكي. القانون الدولي الخاص، ص ١٨٢، مشار إليه في: د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ٥٧١ هامش رقم (٩٤٦).

(١١٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ الموافق ٢٠١٢/٤/١٦م، وقد تضمن هذا النظام (٥٨) مادة مقسمة على ثمانية أبواب، وقد ألغى هذا النظام نظام التحكيم القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

أ. تطبق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، وإذا اتفق على تطبيق نظام دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

ب. إذا لم يتفق طرفا التحكيم على القواعد النظامية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الأكثر اتصالًا بموضوع النزاع.

ج. .....".

وبناء على هذا النص –الحديث– يتبين لنا أن القاضي السعودي، أو (هيئة التحكيم) يلتزم –فضلًا على مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية –بتطبيق القانون الذي عينته إرادة أطراف المنازعة، أو بتطبيق القانون الذي يراه القاضي، أو هيبة التحكيم أكثر اتصالًا بموضوع النزاع المعروض في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد قانون معين، وهو بلا شك إما سيكون قانون دولة القاضي الذي سينظر النزاع، أو قانون دولة أخرى (قانون أجنبي).

وهذا يبصر معه بوضوح إمكان تطبيق القاضي المسلم (القاضي السعودي) بتطبيق قانون أجنبي. مما يضعف معه رأي القائلين بأن الشريعة الإسلامية تسري على مبدأ الإقليمية المطلقة.[١١٥] وبهذا يتفق النظام السعودي مع ما يجري عليه العمل في القانون المصري في هذا الصدد.

المطلب الثاني: حالات استبعاد القانون الأجنبي:

تبين لنا من خلال ما سبق أن القاضي المعروض أمامه النزاع ذو الطابع الدولي، يلتزم –على نحو التفصيل سالف الذكر– بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية.

بيد أن القاضي الوطني قد يفاجئ في بعض الأحيان عند تطبيقه للقانون الأجنبي، أن أحكام أو قواعد هذا القانون تخالف الأسس العامة لنظام دولة القاضي، أي تصدم بالنظام العام في دولته، وهذا ما يؤدي بالقاضي إلى استبعاد تطبيق هذا القانون تحت ما يسمي بالدفع بالنظام العام.

أو أن القاضي يكتشف –من ملابسات الدعوى– أن أطراف العلاقة قد تحايلوا على ضابط الإسناد وذلك بتغيره من

---

(١١٥) د. جابر جاد عبد الرحمن. تنازع القوانين ص ٤٨، ويذكر أستاذنا د. أحمد عبد الكريم سلامة في هذا الصدد: "بل وجد بجانب –مبدأ الإقليمية– مبدأ شخصية القوانين بالنسبة لغير المسلمين وبالتالي فإن تلازم الاختصاص التشريعي مع الاختصاص القضائي كان سببًا". المرجع السابق ص ٥٧١.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

أجل الهروب من التزامات معينة، أو لأجل تحقيق مصالح شخصية لهم، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي استبعاد القانون الواجب التطبيق وذلك تحت ما يسمى بالدفع للغش نحو القانون.

ويبدو تفصيل تلك الحالات التي يجوز للقاضي فيها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من خلال الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي.
- الفرع الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتحايل الأطراف على الغش نحو القانون.

الفرع الأول: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي.

نبين هنا المقصود من النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص وشروط التمسك به، ثم نعقب ببيان الآثار المترتبة علي هذا الدفع الذي يتمسك به القاضي لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وذلك من خلال النقاط التالية:

أولًا: تحديد المقصود بالنظام العام في مجال القانون الدولي الخاص.

إذا كانت فكرة النظام العام تعد قيدًا على تصرفات الأفراد في تعاملاتهم بحيث لا يجوز لهم مخالفة القواعد القانونية الآمرة أو الاتفاق على مخالفتها، بهدف حماية المصالح العامة للدولة إلا أن مفهوم النظام العام في مجال تنازع القوانين –وإن كان يهدف إلى نفس هذه الحماية– يختلف عن مفهومه في مجال العلاقات الداخلية، وذلك لأنه يستعمل هذه الحماية بطريقة غير مباشرة تتمثل في استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية التي تخالف الأسس العامة في دولة القاضي، فكأن النظام العام بمثابة رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي ومن ثم يعرف النظام العام في مجال تنازع القوانين بأنه: "دفع يتم بمقتضاه منع تطبيق القاعدة القانونية في القانون الأجنبي واجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان حكمها يتعارض مع المبادئ والأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والدينية التي يقوم عليها النظام القانوني في مجتمع دولة القاضي".(١١٦)

---

(١١٦) أستاذنا: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص٦٤٩، حيث أطلق سعادته على النظام العام في مجال التنازع الدولي للقوانين مسمى (الدفع بالنظام العام في مجال التنازع الدولي للقوانين مسمى (الدفع بالنظام العام) تميزًا له عن النظام العام في القانون الداخلي (الوطني).

وقد عرف أحد الفقهاء النظام العام بأنه: "وسيلة قانونية يستبعد بها في النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاصي العادي المعقود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي". د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص ٥٣٦.

وقد أشار د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد، في تنازع القوانين ص ١٣٧ هامش (١) في هذا الصدد إلى أن أول من استعمل مصطلح النظام العام الدولي. هو الفقيه الهولندي (Hubem) في القرن السابع عشر.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

وبناء على ذلك إذا أشارت قاعدة الإسناد السعودية بتطبيق قانون أجنبي بشأن نزاع معروض أمام القاضي السعودي، يبيح الزواج بين الخال وبنت الأخت، أو يسوي في الميراث بين الذكر والأنثى ففي مثل هذه الحالات يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للمبادئ السائدة في دولته المتمثلة في الأصول العامة للشريعة الإسلامية التي يجري عليها النظام العام في المملكة العربية السعودية.

ومن ثم فإن فكرة النظام العام -كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي- بالمعنى سالف الذكر موجودة في الشريعة الإسلامية حيث يستبعد القاضي المسلم تطبيق أي قاعدة قانونية في قانون أجنبي تقضي بخلاف الأحكام المقررة في تلك الشريعة الغراء.

كما أن القاضي غير المسلم -كما هو الحال في فرنسا- لا يسمح بتعدد الزوجات، ولذلك يستبعد تطبيق كل قانون أجنبي يقضي بذلك بدافع مخالفة هذا التعدد للنظام العام في دولته.(١١٧)

وبناء على هذا يمكن القول بأن فكرة النظام العام فكرة نسبية، أي تختلف من بلد إلى بلد ومن زمن إلى زمن. ولذا لا يمكن ضبطها بمعيار معين وتترك لتقدير قاضي الموضوع.

وقد نص المشرع المصري على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وذلك في المادة (٢٨) من القانون المدني سالف الذكر، حيث نصت على أنه:

"لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر".(١١٨)

– ومثل هذا في المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني.(١١٩)

---

(١١٧) وكان أول من استعمل فكرة (النظام العام) كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق هو الفقيه الألماني (Savigny) في القرن التاسع عشر، من خلال عرضه لفكرة (الاشتراك القانوني) التي تعني أن القوانين السائدة في الدولة المسيحية الموروثة عن القانون الروماني تشترك فيما بينها في الأصول العامة لوحدة الأصل التاريخي. أشار إلى ذلك: .د. هشام صادق، تنازع القوانين ص٣٠٣.

(١١٨) ويقصد بالنصوص السابقة المذكورة في هذا النص، هي تلك النصوص الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان التي نص عليها المشرع في القانون المصري المذكور من المادة (١٠) إلى المادة (٢٧)، وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك في حكمها الصادر في ١٩٦٧/٤/٥م.

(١١٩) في التفصيل انظر: القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، د. غالب على الداودي ص٢٥٠ وما بعدها ط الأولى ٢٠١١م دار الثقافة للنشر والتوزيع.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

ثانيًا: شروط إعمال النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي.

يشترط لتمسك القاضي بفكرة النظام العام باعتبارها أداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي شرطان، وهما:

الشرط الأول: أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي.

وبناء على هذا الشرط فلا تكون هناك فائدة من إعمال هذه الأداة إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق القانون الوطني حتى في حالة وجود تنازع داخلي، إلا إذا كانت الدولة من الدول الفيدرالية التي تشكل كل ولاية فيها وحدة تشريعية مستقلة بذاتها (كالولايات المتحدة الأمريكية) فهذا يبرر معه إعمال فكرة النظام العام بمفهومها سالف الذكر.(١٢٠)

الشرط الثاني: أن تتعارض أحكام القانون الأجنبي مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي.

فهذا التعارض هو الذي يبرر استبعاد القاضي لتطبيق القانون الأجنبي –الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد– على النزاع المعروض أمامه، وقد بذلت محاولات من الفقه في سبيل تحديد الحالات أو المسائل التي يتحقق فيها مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي، إلا أن هذه المحاولات باءت بالفشل.(١٢١)

وأيما كان الأمر فإذا تحقق الشرطان سالفا الذكر فإنه يترتب على ذلك آثار معينة تبدو لنا في الفقرة التالية:

ثالثًا: آثار مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة القاضي الوطني.

يترتب على مخالفة أحكام القانون الأجنبي –عند تطبيقه أمام القانون الوطني– النظام العام في دولة القاضي أثران أحدهما سلبي، والآخر إيجابي، وهما على النحو التالي:

الأثر الأول استبعاد القانون الواجب التطبيق.

إنه إذا تبين للقاضي المعروض أمامه النزاع ذو الطابع الدولي أن القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع مخالف للمبادئ الأساسية في دولته، فإنه يستبعد تطبيق هذا القانون، وقد اختلف الفقه في مدى استبعاد تطبيق هذا القانون فذهب

---

(١٢٠) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد المرجع السابق ص١٤٠ د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، تنازع القوانين ص ٥٩١، د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ص ٦٥٢.

(١٢١)في التفصيل راجع: القانون الدولي الخاص د. عز الدين عبد الله ص ٥٤٤، د. فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق ص١٤١.
وقد أشار أحد الفقهاء في هذا الصدد إلى أن: الفقه والقضاء يشترط في بعض الدول مثل ألمانيا شرطًا آخر لإعمال الدفع بالنظام العام وهو أن تكون هناك صلة كافية بين النزاع ودولة القاضي وإلا فلا مجال لإعمال هذا الدفع. د. فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق ص١٤١.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

اتجاه غالب(١٢٢) إلى أن الاستبعاد يقتصر فقط على الجزئية المخالفة أو المتعارضة مع قانون القاضي، وقد أيد القضاء المصري هذا الاتجاه(١٢٣) وإن كان البعض(١٢٤) يؤكد في هذا الصدد على أنه إذا تعذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي كما في حالة ارتباط النص المخالف للنظام العام بمجموع النصوص الأخرى في دولة القاضي، ففي هذه الحالة لا يكون أمام القاضي إلا تطبيق الاستبعاد الكلي للقانون الواجب التطبيق، وهذا ما يسمى بالأثر السلبي.

الأثر الإيجابي: ثبوت الاختصاص لقانون القاضي.

ويعني هذا أنه إذا تبين للقاضي مخالفة القانون الواجب التطبيق، فإنه يستبعده ويطبق قانون دولته. وهذا ما يطلق عليه (الأثر الإيجابي) وتأخذ بهذا الأثر بعض الدول التي تعتبر النظام العام مسألة موضوعية، أما الدول الأخرى التي تعتبر النظام العام من المسائل الإجرائية، وبالتالي فتكتفي بالأثر السلبي فقط المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وتحيل الخصوم إلى محكمة أخرى لتفصل في النزاع المعروض.(١٢٥)

وأيما كان الأمر فإننا نؤكد مع بعض الفقه(١٢٦) ترجيح أعمال الأثريين معًا، بحيث يترتب الأثر الإيجابي على الأثر السلبي وذلك باستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

وتطبيقًا لذلك إذا عرض أمام القاضي السعودي نزاع يتعلق بصحة زواج مسلمة بغير المسلم، ففي هذه الحالة لا يكتفي القاضي السعودي هنا باستبعاد القانون الأجنبي -الذي قضى بصحة هذا الزواج- بل يجب عليه تطبيق القانون السعودي (القانون الوطني) الذي سيحكم -بلا شك- ببطلان هذا الزواج. ومن ثم يقترن الأثر السلبي بالأثر الإيجابي(١٢٧) وهذا ما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية التي تحرم زواج المسلمة من غير المسلم، قال تعالى: "وَلَا تَنكِحُوا

(١٢٢) د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق ص٥٤٤، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد – المرجع السابق ص١٤١، د. أحمد سلامة. المرجع السابق ص ٦٥٤ حيث يشبه النظام العام هنا –كحالة استثنائية – بالداء فيوجب أن يكون الدواء بقدر الداء.

(١٢٣) انظر حكم محكمة الاستئناف بالإسكندرية. دائرة الأحوال الشخصية للأجانب الصادر في ١٧/٣/ ١٩٦٣م –حكم غير منشور– مشار إليه في د. هشام صادق، تنازع القوانين ص ٣٢٦.

(١٢٤) انظر رسالة (Lagarde) ص٦٤ المشار إليها في: د. هشام صادق. المرجع السابق ص ٣٢٦.

(١٢٥) الرسالة السابقة (Lagarde) ص٢٠٢، المشار إليها في تنازع القوانين، د. هشام صادق. المرجع السابق ص ٣٢٨.

(١٢٦) د. هشام صادق. المرجع السابق ص ٣٢٨.د. إبراهيم أحمد إبراهيم المرجع السابق ص ٥٩٧، د. أحمد سلامة. المرجع السابق ص٦٥٥.

(١٢٧) انظر –بصفة خاصة–: تنازع القوانين د. شمس الدين الوكيل، ص ٧٩ ط ١٩٦٠ م.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ....".(١٢٨)

ويقرر البعض أنه يجب مراعاة الحقوق المكتسبة في خارج دولة القاضي الذي ينظر النزاع، نظرًا لاختلاف أثر النظام العام بحسب ما إذا تعلق الأمر بإنشاء الحق في بلد القاضي باعتبار أن هذا الحق اكتسب في دولة أخرى غير دولة القاضي.(١٢٩) وهذا ما يطلق عليه الأثر (المخفف للنظام العام).

الفرع الثاني: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لتحايل الأطراف على الغش نحو القانون.

أولًا: كيفية تحقق التحايل بالغش نحو القانون.

أيضًا يمكن للقاضي المعروض أمامه النزاعات ذات الطابع الدولي أن يستبعد القانون الواجب التطبيق الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، ليس لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي، بل لتحايل الأفراد بالغش نحو القانون.

ويتحقق هذا التحايل (الغش نحو القانون) إذا قام أطراف العلاقة ذات الطابع الدولي بتغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، وذلك بقصد التهرب من أحكام هذا القانون، أو لأجل تحقيق منفعة شخصية.

ومثال ذلك قيام المتعاقدان باصطناع العنصر الأجنبي في علاقتهما بقصد التهرب الضريبي —مثلًا— الذي يوجبه القانون الوطني على هذه العلاقة، وخضوع هذه العلاقة لقانون آخر أجنبي.

أو يقوم الزوج بتغيير جنسيته لدولة أخرى تسمح له بتطليق زوجته كما هو الحال في القضية المشهورة لطلاق الأميرة الفرنسية (de Ba UFF emen To) من زوجها الأمير الفرنسي.(١٣٠)

وقد صارت هذه القضية دليلًا للرأي الغالب في الفقه(١٣١) الذي ذهب إلى عدم إنكار فكرة الغش نحو القانون، وتتلخص وقائع هذه القضية في زواج الأميرة (دي بوفرمون) بزوج آخر بعد تحايلها على طلاقها من زوجها الأول. مما دفع هذا الأخير برفع دعوى يطلب فيها بطلان الزواج الثاني، وذلك على أساس أن الطلاق من زوجته قد وقع على تحايل باكتسابها

---

(١٢٨) الآية (٢٢١) سورة البقرة..

(١٢٩)في التفصيل راجع: د. أحمد سلامة المرجع السابق ص٦٥٦، د. إبراهيم أحمد إبراهيم ، المرجع السابق ص ٥٩٩ وما بعدها.

(١٣٠) د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد. المرجع السابق ص ١٦٨، د. هشام صادق، تنازع القوانين ص ٢٤١، د. أحمد سلامة المرجع السابق ص ٦٥٧ وما بعدها.

(١٣١)في التفصيل انظر: د. هشام صادق. د. حفيظه الحداد. المرجع السابق ص ٢٢٠وما بعدها، د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ٦٥٧.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

جنسية إحدى الدويلات الألمانية التي أجازت لها الطلاق.

ثانيًا: شروط التمسك بالتحايل بالغش نحو القانون.

يشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون شرطان:(١٣٢)

الشرط الأول: أن يتم تغيير في ضابط الإسناد.

ويعني هذا أن يقوم أطراف العلاقة بتغيير ضابط الإسناد بإرادتهم، كتغيير ضابط الجنسية، أو ضابط الموطن أو ضابط محل المنقول... إلخ. ويطلق على هذا التغيير بالشرط المادي.

ويشترط الفقه لتحقق ذلك الشرط أن يكون هذا التغيير قد تم بالفعل، إذًا لو كان صوريًا فليس هناك ما يدعو إلى التمسك بالدفع بالغش نحو القانون.

كما اشترط أيضًا أن يكون أن يكون التغيير في ضابط الإسناد مشروعًا أي وقع صحيحًا، ولعل ذلك هو وجه الطرافة في الغش، إذًا لو كانت الوسيلة التي تم بها التحايل غير مشروعة، كما لو تم التحايل بتغيير ضابط الجنسية عن طريق الغش في أحكام قوانين الجنسية، ففي هذه الحالة لا محل للاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، وتكون العبرة حينئذ بالجنسية الأولى(١٣٣).

الشرط الثاني: أن تتحقق نية الغش نحو القانون.

وهذا يعني أن يكون الباعث لدى أطراف العلاقة علي تغيير ضابط الإسناد، هو نية الإفلات من القانون الواجب التطبيق، وتطبيق قانون آخر. وهذا ما يسمي بالشرط المعنوي (القصد غير المشروع) والذي يجب توافره بجانب الشرط الأول للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون.

ولا شك أن هذا التحايل عادة ما يرتب أضرارًا بمصالح مشروعة للغير، وإن كان البعض لا يعتد بتوافر هذه النتيجة(١٣٤) وذلك على أساس أن الهدف من الدفع بالغش هو حماية الحكم الآمر الذي قررته قاعدة الإسناد حينما تشير إلى اختصاص قانون معين بوصفه أكثر القوانين ملائمة للنزاع المعروض، ولذا يكفي في تقدير هذا الرأي مجرد توافر نية الإفلات

---

(١٣٢) انظر تفصيل هذين الشرطين: د. عز الدين عبد الله. المرجع السابق ص ٥٥٨، د. فؤاد عبد المنعم رياض، د. سامية راشد المرجع السابق ص ١٦٨ وما بعدها، تنازع القوانين، د. هشام صادق ص ٣٤٦، د. أحمد عبد الكريم سلامة، ص ٦٥٩، وما بعدها د. إبراهيم أحمد عبد الكريم ص ٦٠٨.

(١٣٣) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ص ٨١ وما بعدها، د. عز الدين عبد الله ص ٤٠٤، د. هشام صادق ص ٣٤٨.

(١٣٤) د. هشام صادق المرجع السابق، ص ٣٥٠، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ص ٦٠٩.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

عن هذا الحكم الآمر حتى ينتج الغش أثره.(١٣٥)

ثالثًا: آثار التمسك بالتحايل بالغش نحو القانون.

إذا تم التحايل بالغش نحو القانون بشروطه سالفة الذكر، فإنه يترتب على ذلك أثران، وهما:(١٣٦)

الأثر الأول: اعتبار التغيير الذي حدث في ضابط الإسناد وكأن لم يكن.

وهذا يعنى أن يعامل الأطراف الذين عمدوا إلى هذا التحايل بنقيض قصدهم، وبالتالي لا يعتد القاضي المعروض أمامه النزاع بالتغيير الذي أحدثه الأطراف في ضابط الجنسية، الأمر الذي ترتب عليه تغيير القانون الواجب التطبيق.

الأثر الثاني: تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

ويعد هذا الأثر نتيجة حتمية للأثر الأول، فعدم اعتداد القاضي المعروض أمامه النزاع بالتغيير الذي أجراه الأطراف بشأن ضابط، يؤدي بالقاضي إلى تطبيق أحكام القانون المختص أصلًا بالنزاع بمقتضى قاعدة الإسناد والذي تم التحايل بشأنه من قبل الأطراف.

وهناك من الفقهاء(١٣٧) من لا يقصر أثر التحايل بالغش نحو القانون على عدم نفاذ النتيجة المترتبة على هذا التحايل، بل يعمم هذا الأثر ليشمل بجانب ذلك، الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة.

رابعًا: موقف النظام السعودي من نظرية التحايل بالغش نحو القانون.

بداية إذا كانت هذه النظرية أكثر استعمالًا في تشريعات الدول المختلفة، وذلك نظرًا لكثرة وتعدد الضوابط التي تستعملها هذه التشريعات في تنظيم العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، إلا أن إعمالها في النظام السعودي جاء ضئيلًا، أو في حدود ضيقة، ويرجع ذلك لتأثر النظام السعودي بأحكام الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للحكم في المملكة، وقد ثبت لنا فيما سبق أن هذه الشريعة الغراء كثيرًا ما تستخدم في سبيل حل تنازع القوانين قواعد موضوعية.

وهذا ما أدى إلى أن الشريعة الإسلامية قد استعملت قواعد الإسناد (المعمول بها في التشريعات الوضعية الأخرى).

---

(١٣٥) المرجع السابق.

(١٣٦) د. هشام صادق المرجع السابق ص ٣٦٥، د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق، ص ٦٦٢ وما بعدها، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق ص ٦٠٩.

(١٣٧) من هذا الرأي، د. فؤاد عبد المنعم رياض. د. سامية راشد، المرجع السابق ص ١٧١.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

بصورة ضيقة وفي مسائل محدودة، كما هو الحال في مجال المعاملات المالية التي يكون أطرافها من غير المسلمين فهي تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و (تلك تعد قاعدة إسناد)، وتخضع هذه المعاملات لأحكام الشرائع الأجنبية غير الإسلامية إذا كانت هذه المعاملات وثيقة بديانة غير المسلمين سواء رفعت أمام القاضي المسلم (السعودي) أم رفعت أمام المحكم غير المسلم (ويعد ذلك أيضًا قاعدة إسناد أخرى).

وبناء على ذلك فإن النظام السعودي لا يجهل فكرة تنازع القوانين، التي أقرتها الشريعة الإسلامية وإن كانت في صورة بسيطة –كما سبق القول– نظرًا لأن الشريعة تستعمل في هذا الصدد، قواعد موضوعية مستمدة من الكتاب والسنة. مما ضعف منه استعمال قواعد الإسناد بصورة موسعة.

ومن ثم نرى أن منهج القواعد الموضوعية التي قررته الشريعة الغراء يسري عليه العمل في المملكة العربية السعودية، ويمكن –بناء على هذا– أن يطبق القاضي السعودي هذا المنهج في مجال المنازعات التي تثور بشأن العلاقات الدولية الخاصة، مع الاستعانة في ذلك بقواعد الإسناد كلما لزم الأمر باستعمالها على نحو ما سبق تفصيله وفقًا لمنهج الشريعة الإسلامية في ذلك، وبهذا يختلف موقف النظام السعودي عن ما هو مقرر في مصر بشأن حل تنازع القوانين حيث يتوسع القانون المصري في استعمال قواعد الإسناد بصورة أكبر مما هو مقرر في المملكة.

ولا شك في صواب المنهج الفني الذي تشير عليه الشريعة الإسلامية في هذا الصدد، الأمر الذي دعا بعض الفقهاء[١٣٨] إلى القول بأن منهج القواعد الموضوعية التي عرفته الشريعة منذ مهدها الأول في تنظيم العلاقات بين المسلمين وغير المسلمين (الوطنيين والأجانب) هو المنهج الذي يري فيه فقهاء القانون الدولي الخاص، التنظيم المنشود في المستقبل لتلك العلاقات التي تتم عبر الحدود.

وبهذا القدر أكون قد انتهيت من تدوين جزئيات هذا البحث وأسأل الله التوفيق والسداد.

---

(١٣٨) أستاذنا: د. أحمد عبد الكريم سلامة المرجع السابق ص ١٧٥، حيث يشير سعادته في هذا الموطن إلى أن هذا المنهج: "أصبح ينافس بدرجة خطيرة الوسيلة التقليدية (قواعد الإسناد لحل تنازع القوانين، وذلك لقيام هذا المنهج على قواعد أكثر انسجامًا واتفاقًا مع الطبقة الذاتية لعلاقات التجارة الداخلية". وانظر في ذلك لسيادته أيضًا: نظرية الفقه الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، ص ٢٥٣ ط ١٩٨٩م.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

خاتمة البحث

بعد حمد الله على توفيقه بإتمام هذا البحث على هذه الصورة، فقد بدت لي بعض النتائج والتوصيات التالية:

أولًا: نتائج البحث:

وهي على النحو التالي:

١- يقصد بالقانون الأجنبي –في نظر الباحث– "مجموعة القواعد القانونية الصادرة من دولة غير التي يحمل جنسيتها الفرد المخاطب بتلك القواعد".

٢- أن طبيعة قاعدة الإسناد تحتم عدم الحياد عن الطبيعة المزدوجة لهذه القواعد، خلافًا لبعض الفقه الذي رأى أنها قواعد مفردة الجانب، لأنها تقتصر على بيان حالات تطبيق القانون الوطني فقط.

٣- تقوم قاعدة الإسناد –في نظر الباحث– على ركنين فقط وهما (موضوع قاعدة الإسناد، ضابط الإسناد) خلافًا لبعض الفقه الذي يرى إضافة ركن ثالث بعنوان (القانون المسند إليه)، والذي يعد في نظرنا أمرًا خارجًا عن قاعدة الإسناد، لأنها هي التي تشير إليه وتحدده.

٤- أن الخبرة –سواء كانت شفوية أو مكتوبة– كوسيلة للإثبات والتي يزعم استحداثها القضاء في فرنسا والفقه في انجلترا، قد نص عليها القرآن الكريم منذ نزوله، ويعتد بها القضاء السعودي، وهذا ما يؤكد سبق المملكة في استعمال الخبرة كوسيلة في إثبات الحقوق، وإن كان النظام السعودي لم ينص صراحة –كغيره– على موقف القاضي السعودي من عملية إثبات مضمون القانون الأجنبي.

٥- يختلف النظام السعودي في مسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي مع ما يقرره النظام المصري في هذا الصدد، حيث يوجب هذا النظام الأخير إلزام القاضي بإثبات مضمون القانون الأجنبي بينما يقرر النظام السعودي أن هذا الإثبات يقع على عاتق من يدعي وفقًا للقاعدة العامة في الإثبات (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر).

٦- تأسيسًا على إقامة الأحكام القضائية في المملكة العربية السعودية على كتاب الله وسنة رسوله ﷺ تبين لنا أن النظام السعودي يتفق مع الرأي القائل بتطبيق قانون القاضي –كحل– عند استحالة التواصل إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

٧- يختلف موقف النظام السعودي من موقف القانون المصري في مسألة تفسير القانون الأجنبي، حيث يوجب هذا

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

الأخير أن يتم تفسير هذا القانون وفقًا للمفاهيم العامة والأفكار السائدة في دولة القانون الأجنبي الذي يراد تطبيقه على النزاع المعروض، بينما يوجب النظام السعودي -في نظرنا- أن يتم هذا التفسير وفقًا لما هو سائد في دولة القاضي الذي ينظر النزاع.

٨- يتفق النظام السعودي -بحسب ما توصلنا إليه- مع ما يقرره القانون المصري بشأن ضرورة خضوع القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض أو الجهة المختصة بالرقابة القضائية، وذلك خلافًا للرأي الذي ذهب إلى عدم تقرير هذه الرقابة.

٩- أن الشريعة الإسلامية لم تجهل فكرة تنازع القوانين، حيث وجدت قواعد إسناد بشأن غير المسلمين عند الترافع أمام القاضي المسلم فيما يخص دياناتهم. وبالتالي تأكد ترجيح القول بإلزام القاضي السعودي حينئذ بتطبيق القانون الأجنبي، ولذا جاء النص صريحًا على ذلك في المادة (٣٨) من قانون التحكيم السعودي الجديد الصادر في ٢٠١٢م. ومن ثم يتفق النظام السعودي في هذا الصدد مع ما عليه العمل في القانون المصري في مسألة إلزام القاضي الوطني بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه.

١٠- يتمسك القاضي السعودي -مثل غيره من قضاه الدول الأخرى- بالدفع بالنظام العام، والدفع بالغش نحو القانون، بيد أن استعمال الدفع الأخير جاء في صورة ضيقة في النظام السعودي ويرجع هذا إلى أن القاضي السعودي يستعمل في أغلب الأحوال -لنص تنازع القوانين- قواعد موضوعية وإن كان لا يهمل في نفس الوقت استعمال قواعد الإسناد على نحو التفصيل سالف الذكر.

ثانيًا: التوصيات:

وهي على النحو التالي:

١- نناشد المنظم السعودي بجمع القواعد النظامية التي تتعلق بتنظيم العلاقات الدولية الخاصة تحت مسمى (القانون الدولي الخاص السعودي) بدلًا من تفرقها في الأنظمة السعودية الأخرى، حتى يصدق على الواقع استعمال هذا المسمى.

٢- ينبغي تدارك المسائل التي أغفلها المنظم السعودي —والتي اعتمدنا على تأصيلها وفقًا للقواعد العامة— وذلك بالنص عليها صراحة، ومن هذه المسائل (مسألة إثبات مضمون القانون الأجنبي، وتفسيره والرقابة على تطبيقه، وكذا مسألة البحث عن حل عند استحالة الوصول إلى مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق.... إلخ.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

مدى تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي السعودي

دراسة مقارنة بالقانون المصري

The extent to which the foreign law applies to the Saudi judge, a comparative study of Egyptian law[١٣٩]

Prof. Dr :Mahmoud ali abdelhafez
Professor at the Department of Law
Faculty of Sharia and Islamic Studies
Qassim university

(Abstract)

The possibility of applying a foreign law to national courts is not easy or easy, but there are some difficulties, especially since the comparative legislation separates the legislative jurisdiction (the application of the law) and the jurisdiction (the competent court) with regard to the special relations and ties between the members of the different countries , And based on the achievement of social suitability and the requirements of the growth of international trade, it is necessary to allow the application of the law most appropriate to the rule of the relationship in dispute even if the law is the law of a foreign country.

It is not up to the authority of the magistrate who considers the dispute with the foreign element, since in each State the codifier defines cases in which a national judge may apply foreign law through what is known as international law of conflict of laws or rules of attribution.

If a particular dispute is raised over an international special relationship and the national attribution base (Saudi Arabia) refers to the application of a foreign law, does the Saudi judge have to apply this law? What is the ruling if this law violates the public order in the state of the judge?

It is therefore necessary to clarify the concept of foreign law and its relation to the national attribution rule, to clarify the position of the Saudi judge on the content and interpretation of this law, to determine the extent of its application and to specify cases of its exclusion.

([١٣٩]) The author gratefully acknowledge qassim university, represented by the deanship of scientific research , on the material support for this research under the number (csi-٢٠١٨-١-١٤-s-٣٨١٨) during the academic year ١٤٣٨ah - ٢٠١٨ad

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

المراجع والمصادر:

- القرآن الكريم والسنة النبوية.
- إبراهيم ، د. أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط ١٩٩٢.
- ابن قدامة، المغني، مطبعة الإمام بالقلعة.
- ابن منظور، لسان العرب، طبعة صادر بيروت ١٩٥٦م.
- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع.
- أبو هيف، د. عبدالحميد، القانون الدولي الخاص، ط ١٩٢٤م.
- الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، ط ١٩٩٨ م، دار المعرفة بيروت.
- جميعي، د. عبدالباسط، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، ط ١٩٥٢م، مكتبة عبد الله وهبه.
- حجازي، د. عبد الحي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط ١٩٧٢م. مطبوعات جامعة الكويت.
- الداوودي، د. غالب علي، القانون الدولي الخاص... دراسة مقارنة. ط الأولى ٢٠١١م، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الرازي، مختار الصحاح للرازي، ط١٤٢٦ هـ، مؤسسة الرسالة بيروت.
- الرفاعي، د. أحمد محمد، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، بدون سنة طبع.
- رياض، د. فؤاد عبد المنعم، راشد، د. سامية، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط دار النهضة العربية.
- زكي، د. حامد، القانون الدولي الخاص المصري، ط ١٩٤٠م.
- الزهراني، د. على الزهراني، وآخرون، مبادئ علم القانون وفقًا للأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية، ط ٢٠١٣م، مكتبة جرير للطباعة.
- زيدان، د. عبد الكريم، أحكام الذميين المستأمنين في دار الإسلام. ط الثانية ١٩٨٨م، مؤسسة الرسالة بيروت.
- سلامة، د. أحمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص السعودي دراسة مقارنة، ط ٢٠١٤م، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد.
- سلامة، د. أحمد عبد الكريم، مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن. ط. ١٩٨٩م.
- سلامة، د. أحمد عبد الكريم، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية، ط الأولى ١٩٨٩م. دار النهضة العربية.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

- سلمان، د. عبد العزيز محمد، رقابة دستورية القوانين، ط الأولي ١٩٩٥م، دار الفكر العربي.
- السنهوري، د. عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط ١٩٥٦م، دار النشر للجامعات.
- الشافعي، الأم، ط الأولى، المطبعة الكبرى الأميرية.
- الشرقاوي، د. جميل، مبادئ القانون. دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
- شلهوب، د. عبد الرحمن، النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية.
- الشيرازي، المهذب. مطبعة مصطفي البابي الحلبي بمصر ط الثانية ١٣٧٩هـ.
- صادق، د. هشام، التعليق على أحكام النقض. صادق ط ١٩٨٥م.
- صادق، د. هشام، تنازع القوانين. ١٩٧٤م منشأة المعارف بالإسكندرية.
- صادق، د. هشام، الحداد، د. حفيظة، القانون الدولي الخاص، ط ١٩٩٩م، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية.
- صادق، د. هشام، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دراسة مقارنة، ط ١٩٦٨م، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- الطوسي، مجمع البيان في تفسير القرآن.
- الظاهر، د. خالد خليل، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشريعة في المملكة العربية السعودية، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق جامعة الإسكندرية العدد الثاني.
- عبدالرحمن، د. جابر، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ط ١٩٥٩م.
- عبدالله، د. عز الدين، القانون الدولي الخاص ط ١٩٨٦م الهيئة العامة للكتاب.
- فهمي، د. محمد كمال، أصول القانون الدولي الخاص. ط الثانية ١٩٨٥م.
- الفيومي، المصباح المنير. دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٩٤م.
- الفيروزآبادي، القاموس المحيط، المطبعة المصرية، ١٣٥٢هـ.
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط الأولى، مطبعة الجمالية بمصر.
- الكفراوي، د. عوض، الرقابة المالية في المصارف وبيوت المال الإسلامية، بدون سنة طبع.
- كيره، د. حسن، المدخل إلى القانون. ط دار الكتب الحديثة.
- الماوردي، الأحكام السلطانية الطبعة المحمودية التجارية بمصر.

مجلة العلوم الشرعية
جامعة القصيم، المجلد(١٢)، العدد(٥)، ص ص ٤١٨٢- ٤٢٣٢ (شعبان ١٤٤٠هـ / مايو ٢٠١٩م)

- مرقس، د. سليمان، المدخل للعلوم القانونية. ط ١٩٥٧م.
- مسلم، د. أحمد، موجز القانون الدولي الخاص. ط ١٩٦٧م.
- المطيعي، الشيخ محمد نجيب، إرشاد الأمة إلى أحكام أهل الذمة.
- معجم، معجم اللغة العربية المعاصر الطبعة الحديثة.
- معجم، المعجم الوسيط –ط الثانية– المكتبة الإسلامية بإسطنبول.
- منصور، د. منصور مصطفى، مذكرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، ١٩٥٧م.
- الوكيل، د. شمس الدين، تنازع القوانين.
- القانون المدني المصري – رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨م، دار الفكر العربي.
- النظام الأساسي للحكم السعودي الصادر بالأمر السامي رقم أ / ٩٠ وتاريخ ٢٧/ ٨ / ١٤١٢هـ.
- نظام القضاء السعودي الجديد – الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٧٨ وتاريخ ١١٩/ ١٤٢٨هـ.
- نظام ديوان المظالم. الصادر بالمرسوم الملكي م/ ٧٨ في عام ١٩/٩/ ١٤٢٨هـ.
- نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٨) وتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ.