## المقدمة

اعتقد ان الجهل بالقانون ،بشكل عام امراً يتصف بالمعقولية والمقبولية وذلك لتعذر علم الكافة بكل قانون يصدر في داخل الدولة ، وقد دأبت التشريعات على صياغة نظرية متكاملة في هذا الاتجاه ، الا ان الدفع بالجهل بالقانون امراً غير ممكن ، ولايجوز فيه القانون ، وان حصل ذلك ففي نطاق محدود واستثنائي ، وقد قرر هذا الامر من اجل حسن سلامة وسير تنفيذ القانون بشكل متساو وعلى الكافة.

هذا بالنسبة الى العلم بأحكام القانون على الصعيد الوطني ، اما بالنسبة للعلم بأحكام القانون الاجنبي ، فقد لايكون الاصل في ذلك هو العلم بأحكام تلك القوانين ، والاستثناء هو حصول العلم ، وذلك للصعوبات العملية التي تقف وتعيق في الوصول الى احكام تلك القوانين، فالعلاقات القانونية ، ليست دائماً في جميع عناصرها وطنية ، وبالتالي لانجد صعوبة ومشقة في تطبيق قاعدة علم الكافة بالقانون ، الا ان المتصور هنا ، ان القانون المختص والذي اشارت له بالاختصاص ، قواعد الاسناد الوطنية ، هو قانونا اجنبياً ، فهل يستطيع القاضي ان يفترض فرضية علم الخصوم بقواعد ذلك القانون الاجنبي المختص ، وهذا الامر نتج عن صفة اللاانعزالية التي اتسم بها القانون الدولي الخاص ، مما ترتب على ذلك، الاتساع في دائرة التعاملات التجارية ، حتى وصلت الى مناطق بعيدة جداً ، واصبح التقارب هو سمة مميزة لهذا القانون ، ازاء ذلك لم تتولد الامكانية الواقعية والقانونية لدى المتعامل الوطني بالعلم باحكام القانون الاجنبي .

لقد افرز العمل القضائي ومن ثم التشريعي في اطار القانون الدولي الخاص ، مجموعة من الدفوع ، والتي من شأن اثارتها والتمسك بها ، استبعاد تطبيق القانون الاجنبي الذي اشارت الى تطبيقه قواعد الاسناد الوطنية من مثل الدفع بالنظام العام ، وكذلك الدفع بالتحايل على القانون ، وكذلك الدفع بعدم العلم باحكام القانون الاجنبي المختص ، وهذا الاخير يعتبر احد الدفوع المهمة التي ابتكرها وطورها القضاء الفرنسي ، ومن ثم تلقفها المشرع ليعيد تقنينها ، وقد وجد هذا الدفع من اجل حماية الطرف الوطني امام تهرب المتعاقد الاجنبي من تنفيذ التزاماته ، واذا ما استطاع صاحب هذا الدفع من اثباته ، فالاثر الذي يترتب على ذلك هو تعطيل واستبعاد حكم القانون الاجنبي الذي اشارت بأختصاصه قواعد الاسناد الوطنية ،وهنا تكمن الخطورة، فنحن هنا امام تيارين متعارضين ، اولهما احترام وامتثال لاوامر قواعد الاسناد والتي تعتبر القواعد الاجرائية للقانون الدولي الخاص والثانية حماية الطرف المتعاقد الوطني امام تهرب المتعاقد الاجنبي من تنفيذ التزاماته العقدية ، بحجة عدم اكتمال اهليته لغرض التعاقد وفقاً لقانونه الاجنبي . نتسائل هنا ايهما اجدر بالحماية والتفضل، وهذا ما سوف نحاول الاجابة عليه في ثنايا هذا البحث ، وسوف اجهد نفس في محاولة تأصيل هذا الدفع من الناحية الواقعية والقانونية للوصول الى تقسيم متكامل لهذا

الدفع ، ثم نقف على مستوى الظروف والملابسات التي احاطت بقرار محكمة النقض الفرنسية، والذي كان بمثابة تأسيس لهذا الدفع بمعنى اخر ، هل ان الظروف والملابسات على صعيد استخدام الوسائل العلمية وتكنولوجية الاتصالات ، والتي احاطت بموقف المحكمة ، هي نفسها فيما لو عرض النزاع نفسه امام المحكمة الان ، فهل سوف تتجه الى نفس ما اتجهت اليه في ذلك الوقت ؟

الى غير هذاك وذاك ، هل ان هذا التوجه الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية وتبعتها التشريعات ، يصب في مصلحة وبناء قواعد القانون الدولي الخاص ، ذلك القانون الذي يهدف الى التنسيق والتعايش فيما بين القوانين ، فضلاً عن ذلك ، هل يمثل موقف القضاء وكذلك التشريعات ، اصلاً ام استثناءاً على قاعدة العلم بأحكام القانون الاجنبي .

هذه الفرضيات تدعونا الى ان نضع مخططاً لمناقشتها وتحليلها ومن ثم وضع المعالجات لها ، وذلك على الشكل التالي ، سوف نشرع بداية بالتعريف بالدفع بالجهل بالقانون الاجنبي وبيان حدوده ونطاقه ، وهذا ماسوف نخصص له المبحث الاول ، ثم بعد ذلك نقف على موقف التشريعات والاتفاقيات من عدم العلم بأحكام القانون الاجنبي، وهذا مايعالجه المبحث الثاني ، على اننا سوف نردف هذين المبحثين ، بمبحث ثالث يناقش ويبين الآلية الفنية اللازمة لكيفية اعمال الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي.

## المبحث الاول

## التعريف بالدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق

ان الجهل بالقانون الوطني بحد ذاته امراً غير مبرر على الاطلاق ، وان جوّز المشرع ذلك فهو بحدود ضيقة جداً ، لا بل على العكس من ذلك فان القاعدة المعروفة في هذا المجال ، تذهب الى القول ، لا يعذر احد بجهله بالقانون ، وقد وضع المشرع الوطني نظرية عامة لقاعدة العلم بالقانون ، رغبة منه ( أي المشرع ) في ان ينطبق القانون على جميع الاشخاص المخاطبين بأحكامه ، سواء وصل اليهم العلم الحقيقي بالقانون ام لا ، فلا يقبل من احد الاعتذار بالجهل بالقانون ، واساس هذه القاعدة نجده، في ان الاستغناء عنها يؤدي الى انهيار ، وحلول الفوضى محله ، فهي قاعدة ضرورية يفرضها وجود القانون نفسه[١].

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون غير منقطعة الصلة بقاعدة افتراض العلم بالقانون ، فالقانون لايكون ملزماً الا اذا كان العلم به ممكنا ، ومجرد امكان العلم بالقانون يجعله ملزماً حتى ولو لم يتحقق العلم الحقيقي به[٢].

وهذه القاعدة رغم اهميتها ، فأنها ليست مطلقة ، بل ترد عليها استثناءات يجوز فيها الاعتذار بالجهل بالقانون ، او بمعنى اخر يجوز فيها الافلات من حكم القانون وبعض هذه الاستثناءات عامة التطبيق ، كالاستثناء الخاص باستحالة العلم بالقانون ، والاستثناء المستمد من قاعدة الغلط الشائع يولد الحق ، والبعض الاخر يتعلق بتطبيقات خاصة من ذلك توافر حسن النية وتوافر عيب من عيوب الارادة وتوافر عيب خفي في العقار المبيع ودفع المسؤولية الجنائية بسبب الجهل بقوانين اخرى[٣].ولكن رغم هذه الاستثناءات ستظل قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون من اهم القواعد القانونية التي بدونها لايتصور وجود القانون وهي قاعدة تمتد الى القانون في كل مصادره التشريع والعرف والقضاء ، وتمتد كذلك الى القواعد الامرة والمكملة على السواء [٤].

ونتسائل هنا الى أي مدى يمكن الاعتداد بهذه النظرية على صعيد القانون الدولي الخاص بكلمة اخرى ، هل ان المشرع يؤمن بفرضية علم الكافة بأحكام القانون الاجنبي ، وبالتالي لايعتد بأي دفع يثار بهذا الصدد ؟

نلمس من خلال واقع القانون الدولي الخاص ، ان هناك حذراً شديداً من الاتجاه نحو اقرار قاعدة عامة في هذا المجال ، أي قاعدة حتمية العلم باحكام القانون الاجنبي وبالمقابل ايضاً عدم امكانية التسلم بأمكانية الاعتذار بالجهل بالقانون الاجنبي ، الا في حدود ضيقة ، وهذا مقرر ومكفول لمصلحة قواعد هذا القانون ، وهذا ما سار عليه القضاء الفرنسي عندما ابتدع مجموعة كبيرة من الدفوع من مثل الدفع بالنظام العام والتحايل على القانون وكذلك حاول ان يؤسس لفكرة عامة في مجال العلم بأحكام القانون الاجنبي المختص ، عندما قبل بأمكانية الاعتذار بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي ، وآية ذلك انه بأمكان المتعاقد ( الوطني ) ان يدفع بعدم علمه بأحكام ذلك القانون الاجنبي الواجب التطبيق الذي اشارت بأختصاصه قواعد الاسناد الوطنية ، وذلك في حالة ما اذا اراد المتعاقد ( الاجنبي ) في العلاقة القانونية التهرب والتنصل من تنفيذ التزاماته المنبثقة عن العقد وذلك بحجة انه قاصر وغير راشد وفقاً لقانونه الاجنبي ، وذلك من جانب المتعاقد الذي قد يضار من هذا الحكم ، واذا ما تهيأت لهذا الدفع كل الاسباب والمبررات التي نص عليها القانون ، فأنه يترتب عليه استبعاد تطبيق ذلك القانون الاجنبي الذي اشارت بأختصاصه قواعد الاسناد الوطنية لمصلحة قانون القاضي .

ويرجع الفضل كما قلنا في هذا الابداع والابتكار الى القضاء الفرنسي في سبر اغوار هذا الدفع فقد ارسى اسسه وقواعده احد الاحكام الشهيرة لمحكمة النقض الفرنسية في قضية (Lizardi ) وان كان قد اتخذ مدلولاً اخر في ذلك الحين ، حين كان يراد من تحريكه حماية المصلحة الوطنية[٥].

وواضح من ذلك ان القضاء الفرنسي اراد ان يؤسس لنظرية متكاملة او ان يحاول ارساء نظرية جديدة في مجال العلم بالقانون الاجنبي ومايترتب على هذا العلم ، فبحسب وجهة نظر المحكمة ارادت ان تعلن بأن الاصل في ذلك ان العلم بالقانون الاجنبي هو مفترض ، والفرضية بحسب تقديرنا هنا تدخل في مجال القرينة ، الا ان القرينة المتصورة هنا قرينة بسيطة من الممكن اثبات

عكسها او مايخالفها وليس ادل على ذلك من انها ( أي محكمة النقض الفرنسية ) قد استندت الى عبارات من مثل ( تعاقد دون استخفاف ، ودون رعونة ، وبحسن نية ) ومثل هذه العبارات تستدل من باطنها ان المشرع اراد ان يصل الى حقيقية ان بأمكان المتعاقد الوطني ان يعلم او الاصل فيه العلم ، مادام ان تعاقده لم يصاحبه خفة او رعونة والاستثناء هو عدم العلم .

وما يدعونا الى هذا التحليل واعتناقه هو الحفاظ على طبيعة النظام القانوني للقانون الدولي الخاص ، ذلك القانون الذي يهدف الى التنسيق والتكامل والتعايش مع الانظمة القانونية الاجنبية ، وبغير ذلك فأنه لايجوز للفرد العادي الاعتذار بالجهل بالقانون الاجنبي المختص اذ لو جاز ذلك لما امكن تطبيق اي قانون اجنبي ولانهار نظام القانون الدولي الخاص في مجموعة خاصة وانه دفعاً يتمتع بسهوله الاثبات ، بل قد يفترض وجوده نظراً لصعوبة معرفة القوانين[٦]

بالاضافة الى ذلك نشعر من خلال قراءة القرار القضائي الذي ارسته محكمة النقض الفرنسية انها القت بعبء الاثبات على عاتق المتعاقد الوطني ، فعليه ان يثبت انه قد تعاقد وفقاً لذلك بحسن نية .... ، وبمفهوم المخالفة انه تعاقد وهو عالم بأن هذا المتعاقد الاجنبي قاصر ومع ذلك اقدم على التعاقد ، فأن التصرف يعتبر صحيحاً ، فضلاً عن ذلك فأنها لم تأخذ باللاطلاقية كما ذكرنا ، وانما اخذت بالطابع الاستثنائي شأنها في ذلك شأن النظرية التي صاغها الفقه وكذلك التشريعات على صعيد العلم بالقانون الوطني والاستثناء المتصور هنا هو المتعلق بحالة الاهلية بالنسبة للاجنبي[٧].

ان القاضي الوطني عندما يطبق القانون الاجنبي الذي حددته قواعد القانون الدولي الخاص تثور مشكلة تتعلق بطبيعة قواعد القانون الاجنبي ، هل ان هذا الاخير واقعة ام قانون ، بمعنى اخر ان مشكلة العلم بالقانون الاجنبي تستند على مشكلة اخرى ، الا وهي تحديد طبيعة القانون الاجنبي .

اعتقد ان الاجابة على هذا التساؤل ، بالايجاب او السلب سوف تؤثر على موضوع العلم بالقانون الاجنبي ، فاذا ما انتهينا الى ان القانون الاجنبي لاتتغير طبيعته عندما يطبق من قبل القضاء الوطني وانما يبقى محتفظاً بصفته القانونية رغم انتقاله في التطبيق من مجاله الوطني الى مجال اخر ، واذا ما كان واقع الحال كذلك ، فأن العلم بالقانون الاجنبي يصبح لازماً ، والعكس صحيح أي ان اعتبرنا ان قواعد ذلك القانون الاجنبي بمثابة واقعة مادية .

والملاحظ هنا ان غالبية الفقه[٨] ، ترى ان القانون الاجنبي لاتتغير طبيعته بمجرد تطبيقه في دولة اخرى ،بل يظل محتفظاً بطبيعته القانونية ولايتحول الى واقعة مادية ، وبالتالي فأن الخصوم وان جازت معاونتهم للقاضي في اثبات القانون الاجنبي الا انهم لايكلفون بأثباته ، فالقاضي يقضي في القانون الاجنبي بعلمه وعليه ان يبحث هو عن مضمونه ، وان يغيره حسب القواعد المعمول بها في الدولة صاحبة هذا القانون وهو يخضع في كل ذلك لرقابة محكمة النقض[٩].

الا ان القضاء وفي مناسبات معينة فضل الاستناد على ان القانون الاجنبي هو مجرد واقعة مادية يجب اقامة الدليل عليها ، ولايقضي فيها القاضي بعلمه ولايخضع في قضائه لرقابة محكمة النقض[١٠] .

وبرر البعض ذلك[١١] ، الى انه اذا كان من الجائز الاعتذار بالجهل بالقانون الاجنبي، فأن ذلك يرجع الى ان قاعدة افتراض العلم بالقانون ، تنطبق في فرنسا بالنسبة للقانون الفرنسي وحده دون ان يمتد ذلك الى القانون الاجنبي.

ولعله من المناسب ان اشير هنا الى ان استعمال مصطلح ( الجهل ) بحد ذاته محل نقد ذلك لان هذا المصطلح يشير الى عدم معرفة الشيء تماماً وكذلك عدم وصول العلم الى الشخص بكل الاحكام التي يتضمنها ذلك القانون ، والادق ان نلجأ الى استعمال مصطلح اكثر تكييفاً مع الظروف والمناخ التي يعيشها القانون الدولي الخاص ، ويتسق كذلك مع ماقصدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها المشار اليه سابقاً والذي كان اساساً متيناً لهذا الدفع ، ويتفق مع التشريعات التي نصت عليه والتي اكدت على ان عدم العلم هذا يتعلق بحالة الاهلية فقط ، بمعنى انه ذو طابع استثنائي ، ولايمتد الى مجال اخر لذلك نفضل اللجوء الى استعمال مصطلح يتناغم مع هذا المضمون والمعنى واعتقد ان مصطلح (التيقن ) هو اقرب الى هذا الواقع [١٢].

مهما كان الامر فأن القضاء الفرنسي قد اخرج لنا دفعاً جديداً يضاف الى مجموعة الدفوع في هذا القانون والتي من شأن اثارتها منع تطبيق احكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق .

وقد كان لهذا القضاء صدى واسعاً لدى الفقه[١٣]، محاولاً الوقوف على مضامينه وتقييمه ، كذلك محاولاً وضع تبريرات لهذا التوجه القضائي ووضعه تحت أي من الاسس القانونية المعروفة ، وقد تمخضت تلك الدراسات والتحليلات عن عدة توجهات، فهناك توجه نحو تأسيس هذه الفكرة ، بناء على حماية المصلحة الوطنية ، وتوجه اخر يؤسسها على فكرة الاثراء بلا سبب واخرى بناء على حماية الاسس الجوهرية للمجتمع ( النظام العام ) ، وللجهل المغتفر او الغلط المبرر سبيلاً عند البعض.

فقد وجد جانب من الفقه [١٤] ، في فكرة المصلحة الوطنية اساساً يمكن ان تنهض عليه هذه الفكرة ، فالمصلحة الجديرة بالحماية في هذا المجال هي مصلحة الطرف الثاني ( المتعاقد الوطني ) والذي قد يصيبه ضرر من جراء تطبيق حكم القانون الاجنبي الذي اشارت الى تطبيقه قواعد الاسناد الوطنية .

حقيقة اننا يمكن ان نتلمس اساساً لهذه الفكرة في ثنايا فكرة المصلحة الوطنية ، الا انها لاتستغرق كل الموضوع وذلك لتعارضها مع فلسفة بناء ووجود قواعد القانون الدولي الخاص ، ذلك البناء الموجود الذي قصد منه ايجاد حكم عادل على القضية الذي تتضمن عنصراً اجنبياً سواء وجد ذلك الحكم في قانون وطني ام اجنبي .

وقد وجد البعض[١٥] ، في فكرة الاثراء بلاسبب سبباً مقنعاً في استبعاد تطبيق القانون الاجنبي ، وفقاً لهذا الدفع ، وأية ذلك ان قانون القاضي هو الواجب التطبيق ويستعبد القانون الاجنبي الذي اشارت بأختصاصه قواعد الاسناد الوطنية على اعتبار ان قانون القاضي هو قانون محل وقوع

الاثراء ذلك ان القانون لايحمي المتعاقد الذي يبرم او يجري تصرفات باطلة ، وبالتالي يثري على حساب غيره ، فمن غير العدل ان يستأثر ذلك المتعاقد بالحماية مرتين.

الا انه يلاحظ ان القضاء يحمي المتعاقد ( الوطني ) مع ذلك المتعاقد الاجنبي ناقص الاحلية حتى ولو لم يكن هذا الاخير قد حقق أي اثراء وان كان الاثراء في هذه الحالة هو الوضع الغالب[١٦].

وفقاً لذلك ، برر البعض [١٧] ، اقرار هذا الدفع بناء على فكرة الدفع بالنظام العام معتبراً انها تطبيق من تطبيقات هذه النظرية والتي يترتب عليها استبعاد القانون الاجنبي المختص وتطبيق قانون القاضي محله . الا ان هذا الاتجاه تعرض للنقد ايضاً وقد اخذ عليه تجاهله للاصول التي تتحرك بها فكرة النظام العام ، كدفع يوجه ضد القانون الاجنبي الواجب التطبيق طالما وجد تعارض واضح واختلاف في الاسس والافكار الرئيسة التي يحميها كل من هذين القانونين ،على نحو تنعدم معه تماماً فكرة الاشترك القانوني بينهما ، في حين ان الامر مختلف تماماً في حالتنا هذه ، فأختلاف القوانين في هذا المجال امراً لايعني في حد ذاته انعدام الاشتراك القانوني فيما بينهما، وهو يعتبر اختلافاً مشروعاً ومقبولاً بالنظر لاختلاف الثقافات القانونية وفلسفتها من دولة لأخرى، ومما يترتب على كل ذلك ليس هناك مساساً بالنظام العام .

في حين ذهب جانب من الفقه [١٨] ، الى ان هذا الاستبعاد للقانون الاجنبي يرتكز الى حرص المشرع على حماية الاوضاع الظاهرة او قاعدة الغلط الشائع يولد الحق ومضمون ذلك ان القضاء الفرنسي في قراره المشار اليه سابقاً ، وان كان قد أيد شرعية الغلط الذي ارتكبه التاجر الفرنسي بمقولة ان الفرنسي لايكون ملزماً بمعرفة قوانين مختلف الدول واحكامها المتعلقة خصوصاً بالقصر والرشد ، فأن هذا القضاء لم يشر صراحة الى صفة جماعية الغلط ومفادها ان كل شخص على الاقليم الفرنسي يجب ان يعتقد في ان المتعاقد الاجنبي كامل الاهلية ، كأثر لتطبيق القانون الفرنسي عليه ، وربما لم يكن الغلط الجماعي ثابتاً حقاً ، لان التحقيق منه بدا غير مفيد والغلط المرتكب الذي يتعلق بأنطباقية احكام قانون اجنبي ، في ظروف تماثل ظروف الغلط الجماعي يمكن ان يكون على هذا النحو مفترضاً.

الا انه يلاحظ في هذا الصدد ان الغالبية من الفقه [١٩] ، تميل الى تأسيس الفكرة محل البحث على مبدأ الجهل المغتفر بالقانون الاجنبي ، بمعنى ان المتعاقد الذي يدفع في مواجهته بنقص الاهلية يكون معذوراً في جهله بأحكام القانون الاجنبي الذي يحكم الاهلية ، اذ يبدو غير مستطاع الزامه بمعرفة كافة قوانين العالم المتعلقة بالأهلية . لذلك هناك رغبة من البعض في ان يجمع كل حالات الجهل المغتفر بالقانون الاجنبي وتشكل طائفة اسناد مستقلة لها قاعدة تنازع خاصة وتشمل تلك الطائفة الاوضاع الظاهرة كالجنسية الظاهرة ، والاهلية الظاهرة ، والمالك الظاهر ، والوارث الظاهر ، واذا كان الخطأ الشائع يولد الحق فأن من تعامل مع اجنبي يحمل مظهره على الاعتقاد في كمال الاهلية وكان حسن النية فهو صاحب حق في التمسك بصحة معاملاته ولايسوغ التمسك في مواجهته بما كان يخفيه الوضع الظاهر [٢٠].

واذا كان لابد لنا من كلام في هذا المجال ، فأننا نقول بأن مبنى هذا الدفع واساسه القانوني نجده في رغبة المشرع في التسامح مع المتعاقد الوطني في معرفة احكام ذلك القانون الاجنبي الذي ينتمي اليه المتعاقد وهذا التسامح في العلم بالقانون الاجنبي بحيث لايفسر تفسيراً واسعاً ، وانما يجب ان يضغط بمحددات صريحة وواضحة وان كنا نفضل اللجوء الى استخدام اسلوب الصياغة الجامدة في وضع تلك المحددات لئلا تبقى عرضه للتأويل من قبل القضاء .

## المبحث الثاني

## موقف التشريعات والإتفاقيات من الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق

استطاع القضاء وفي اكثر من مناسبة في اطار القانون الدولي الخاص ان يشغل حيزاً كبيراً ومهماً وذا فعالية كبيرة واستطاع ان يحجز له مكانة واسعة في ظل هذا القانون وذلك لعدة عوامل ابرزها واهمها هو افتقار هذا القانون الى تقنين متكامل وشامل واختصارها على بعض المواد التي ترسم الملامح الرئيسية للعلاقات القانونية في ظل هذا القانون ، وبسبب من ذلك فقد وجدنا انه استطاع ان يحوز على ثقة المشرع، وللتدليل على صدق ما نقول ، هو ذلك التلقف المستمر من قبل المشرع للنظريات التي وضعها القضاء ، فقد حرص مشرعي اغلب الدول على المؤامة والاستجابة لما يتوصل اليه القضاء من نظريات ومبادئ او احكام قانونية ، وهذه الاستجابة منحت للقضاء عامل نفسي ساعدها على تنمية حالة الابداع والابتكار ، وبالتالي لانغالي اذا قلنا ان القضاء في ظل هذا القانون يستطيع ان ينشيء احكام قانونية او بمعنى اخر ان القضاء له دور نستطيع ان نطلق عليه بالدور المنشيء للاحكام القانونية وفي احيان اخرى يحدد ويضبط النصوص القانونية التي وضعها المشرع ، ونطلق على هذا الدور بـ ( الدور التكميلي للقضاء ) .

توائماً واتساقاً مع ماذكرناه اعلاه ، فقد تلقف المشرع قضاء محكمة النقض الفرنسية في قضية ( Lizaradi ) ويضفي على هذا القضاء طابع القاعدة القانونية ( النص القانوني ) ، والملاحظ على ذلك ان المشرع لم يسلم فقط او يتلقف فقط روح النص ، فلم يكتفي بذلك وانما حاول اقتباس نفس العبارات التي استخدمتها محكمة النقض الفرنسية[٢١]، محاولاً وضع نظرية للعلم بالقانون الاجنبي وليس فقط اقرار قضاء معين، وبدا واضحاً ان المشرع يأخذ بالأصل في العلم بالقانون الاجنبي ، والاستثناء هو غير ذلك لذلك قصر المشرع في تطبيق عدم العلم بالقانون الاجنبي في مسائل الاهلية وحتى مع هذا التوجه ، فأنه لم يطلق لذلك الاستثناء العنان وانما قوض من ذلك بأن اشترط ان يكون هناك حسن نية وعدم استخفاف وعدم وجود رعونة في التعاقد ، وذلك من قبل الوطني ، وحتى مع وجود هذه الاوصاف التي وضعها المشرع ، فأنها ليست سهلة الاثبات .

وقد حاولت التشريعات ضبط هذا الدفع من الناحية الموضوعية واشترطت تحريكه والتمسك به فقط في مجال الاهلية اكمال او عدم كمال سن الرشد) ، وبمفهوم المخالفة لايجوز اثارة هذا الدفع في مجال التصرفات المتعلقة بعلاقات الاسرة ، ومواضيع الميراث والعقارات وكذلك الهبات [٢٢]. ومنها من قصرت تطبيقه في مجال عقود المنفعة المادية ، والتي تبرم لاشباع الحاجات العادية اليومية كما هو الحال في القانون الهنغاري [٢٣].

اما بالنسبة للقانون العراقي والمصري ، وكما اشرنا سابقاً ، فأنها تشترط تطبيقه في مجال التصرفات المالية فقط ، مع ضرورة توافر شروط اخرى نعرض لها لاحقاً [٢٤].

وقد اقر ذلك من قبل المشرع الفرنسي[٢٥] ، فقد اعلن ان نقص الاهلية المقرر وفقاً للقانون الوطني لاحد الاطراف يمكن ان يعتبر غير نافذ في مواجهة الطرف الاخر ذو الجنسية المختلفة والذي كان يجهل نقص الاهلية وتعاقد بدون رعونة في دولة لايقبل قانونها نقص الاهلية هذا .

هذا الحكم الوارد في تلك التشريعات ، يعتبر من القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص وهي قاعدة خاصة بالمعاملات ذات العنصر الاجنبي وتطبق مباشرة اذا توافرت شروطها وهي تهدف الى تأمين وسلامة المعاملات ، وهي ليست من قواعد التنازع كما لاتعد من قواعد التطبيق الضروري او قواعد البوليس لعدم توفر خصائص تلك الاخيرة فيها ، كما ان الاتجاه التشريعي يميل الى اعمال حكمها حتى ولو كان التصرف او العقد قد تم خارج دولة القاضي ، بحسبان ان غرضها تأمين سلامة المعاملات الدولية عموماً لاتلك فقط التي تتم في النطاق الوطني [٢٦].

ونتساءل هنا ، هل ان بناء نص المادة ( ٢/١٨) مدني عراقي وتقابلها المادة (٢/١١) مدني مصري ، من النظام العام بمعنى اخر هل ان تطبيق هذا النص خاضع لارادة اطراف العلاقة ام ان القاضي يطبق النص دون المرور والوقوف على ارادة الاطراف .

وللأجابة على ذلك نقول وفقاً للقواعد العامة تعتبر مسائل تحديد الاهلية من النظام العام ، وهذا التحديد الذي يتبناه المشرع للأهلية هدفه حماية الشخص نفسه وكذلك من اجل المحافظة على استقرار المعاملات وسلامتها ، مما يترتب على ذلك ان تطبيق هذه القاعدة غير خاضع لارادة ومشيئة ولايجوز للاطراف الاتفاق على خلاف مضمون المادة ، والقاضي يثيره من تلقاء نفسه .

بموازاة هذا الواقع التشريعي كان هناك تأييد من قبل الواقع الدولي ، فقد اقرت بعض الاتفاقيات الدولية شرعية الدفع بالجهل بالقانون الاجنبي الواجب التطبيق في شأن الاهلية ، ومن ذلك اتفاقيتي جنييف المبرمة احداهما في ٧ يونيه سنة ١٩٣٠ والتي تحكم بعض مسائل تنازع القوانين المتعلقة بالكمبيالة والسند الاذني ، وثانيهما في ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ والمتعلقة بتنازع القوانين في شأن الشيك وذلك في المادة الثانية منها والتي نصت في فقرتها الاولى على مبدأ تطبيق القانون الوطني في شأن الاهلية ، ومن ذلك قررت في فقرتها الثانية امكانية خضوع الاهلية لقانون اخر عند الاقتضاء بما نصت عليه من ان الشخص الذي قد يكون ناقص الاهلية وفقاً للقانون المشار اليه في الفقرة السابعة يعتبر مع ذلك ملزماً اذا كان قد اعطى توقيعه على اقليم بلد يعتبر وفقاً لقانونها كامل الاهلية [٢٧].

اما بالنسبة لاتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والذي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية فقد اشارت في المادة (١١)[٢٨] الى امكانية التمسك بالدفع بالجهل المفتقر وفق شروط معينة وهي تماثل النصوص التشريعية التي نوهنا عنها سابقاً .

## المبحث الثالث

## الآلية الفنية اللازمة لغرض تطبيق هذا الدفع

لأجل تطبيق هذا الدفع في القانون العراقي ، وذلك وفقاً لنص المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي ، فأنها تستلزم توافر عدة معايير حتى يستطيع ذلك الشخص التمسك بهذا الدفع ،وقد قلنا فيما سبق ان المشرع اراد ان يضع او يهيكل نظرية في مجال العلم بالقانون الاجنبي ، وقد توصلنا الى ان الاصل في ذلك هو العلم والتيقن باحكام ذلك القانون الاجنبي المختص والاستثناء في ذلك هو الجهل وعدم الاحاطة بمضمونه .

وفقاً لهذا التصور فأن الحال يقتضي ان توجد مجموعة محددات ومقيدات لغرض تطبيق هذا النص ما دمنا قد سلمنا انه استثناء وذلك عندما قرن المشرع لأجل تطبيق هذا النص بأن يكون هذا التعاقد قد تم دون خفة او رعونة ، وبحسن نية وايضاً اشار الى ان مدار تطبيق هذا النص يكون في التصرفات المالية وان يكون ذلك المتعاقد الاجنبي ناقص الاهلية وفقاً لقانونه الوطني وكاملها وفقاً لقانون الشخص مثير الدفع ومنتجاً لاثاره فيه وهذه الشروط سوف نتناولها تباعاً .

١ - مكان ابرام التصرف

اشترط المشرع العراقي لأجل صحة اثاره هذا الدفع ان يكون التصرف قد ابرم في العراق والسبب في ذلك يكمن في رغبة المشرع في حماية التعاملات وسلامتها داخل اقليم الدولة والعمل على استقرارها ، الا انه يلاحظ في هذا الصدد ان المشرع لم يكتفي بأشتراط انعقاد التصرف داخل حدود الدولة العراقية ، وانما استلزم بجانب ذلك لصحة اثارة هذا الدفع ، ان ينتج اثاره فيه ، وبالتالي فأن هذا الشرط هو من الشروط المركبة بمعنى اخر ، لو ان هذا التصرف انعقد في العراق الا انه لم يرتب اثاره فيه ، فأن هذا الشخص الوطني لايستطيع الاستفادة من آثارة هذا الدفع ، وذلك بسبب من افتقاده الى ركن الاثر [٢٩].

ومما تجدر الاشارة اليه هنا ، ان هذا المسلك منتقد ، ذلك ان المشرع وان كان يسعى الى تحقيق غاية نفسية ومادية من وراء اقرار هذا الدفع ، والتي تتمثل بخلق اجواء من الطمأنينة وحالة من الاستقرار النفسي والمادي على صعيد ابرام التعاملات داخل الدولة ، واعتقد ان ذلك يتحقق حتى في ظل فرضية اشتراط المشرع لاجل التمسك بهذا الدفع بانعقاد التصرف فقط دون ترتيب الاثار في نفس المكان او بالعكس .

٢ -نوعية العلاقة ( طبيعة العلاقة ):

ان تكون العلاقة القانونية المراد اثاره الدفع فيها من العلاقات القانونية ذات الطبيعة المالية ( المدنية والتجارية ) ويترتب على ذلك انه لا مجال للتمسك بهذا الدفع في مسائل الاحوال الشخصية[٣٠].

ويلاحظ على نص المادة (٢/١٨) من القانون المدني العراقي انها وان اشارت الى ضرورة ان يكون التصرف مالياً ، الا انها لم تشترط خطورة معينة لهذا التصرف المالي، فقد جاءت عبارة النص مطلقة غير مقيدة مما يوحي ان نية المشرع اتجهت الى عموم التصرف المالي سواء اكان بدرجة خطورة بسيطة او عالية .

الا ان جانب من الفقه [٣١] ، ذهب الى قصر حكم هذه المادة على العقود الجارية نظراً لان هذه العقود هي التي تتم بسرعة ولاتمنح المتعاقد الاخر وفرصة التقصي عن اهلية المتعاقد الاخر ، اما العقود ذات الخطر كبيع العقار ورهنه فهي تستلزم قدراً من الحذر والحيطة والبحث عن اهلية المتعاقد الاخر ، ومن ثم فهي تخرج من مجال اعمال الاستثناء الوارد في المادة (٢/١٨)، غير اننا قلنا فيما سبق ان النص جاء بصيغة الاطلاق من غير أي محدد يجد من تطبيق هذا التصرف وكونه يتمتع بخطورة معينة ام لا ، ولايوجد مبرر عملي لهذه التفرقة .

٣- المعيار الثالث والذي استطيع ان اصطلح عليه بالمعيار النفسي ، ومن مقتضى ذلك ان باعث حسن النية كان متوافر ومعاصراً لحظة بلحظة لعملية التعاقد ما بين الشخص الوطني والاجنبي ، وان هناك ايحاءات وايماءات تبعث في نفس المتعاقد الوطني على ان ذلك المتعاقد الاجنبي شخص كامل الاهلية ، وهذه عملية تتسم بالمرونة ، لذلك فأن المشرع اراد ان يعطي او يمنح للقاضي امكانية تفحص كل حالة على حدة ومعياره في ذلك معياراً شخصياً يختلف من حالة لاخرى ، مثال ذلك التاجر المحترف الممتهن لحرفته هو يختلف عن الشخص العادي الذي يبرم صفقة طارئة ومن وقت الى وقت اخر بعيد عنه ، لذلك فأن القاضي في الحالة الاولى سوف لن تكون لديه تلقائية ومرونة عالية في الاستدلال كما هي عليه الحال في الثانية[٣٢].

ورغبة من المشرع في معاونة القاضي في الوصول الى هذا الاستدلال بشكل دقيق وبسيط فقد اورد اوصاف معينة لهذا التعامل ، من مثل قد تعاقد بحسن نية ، دون رعونة ، دون استخفاف ، وهذه العبارات تشير في مضمونها الى ان المتعاقد قد اقدم على هذا التصرف غير عالماً بحقيقة هذا التمايز في الواقع القانوني [٣٣].

ذلك فحسن النيه ليس معناه الاستخفاف والرعونة في جميع الاحوال فهو كثيراً مايعني انتفاء القصد السيء او التحايل . وعلى اية حال فأن حسن النية لايفيد في هذا المقام ، تطلب الاستقصاء عن موقف المتعاقد الاجنبي على نحو الدرجة المشددة لهذا الاستقصاء والتحري والتي يعكسها انتفاء الرعونة وعدم الاستخفاف ، ومما يجب ملاحظته ان الشرط الثاني هذا يجب ان يقترن بالشرط الاول اقتران السبب بالنتيجة وهو ما يعني ضرورة ان يكون جهل المتعاقد مثير الدفع بحكم القانون الاجنبي الواجب التطبيق قد نتج عن حسن نيته ، ولم يكن وليد استخفافه ورعونته ،

وبعبارة اخرى يجب ان يكون هذا المتعاقد قد تعامل بحسن نية او بذل كل طاقته في التعرف على موقف المتعاقد الاجنبي [٣٤].

٤- اما المعيار الرابع والذي يستلزم توافره لأجل الحكم بصحة الدفع فيتمثل بأختلاف منهج كل من القانونين الوطني والاجنبي ، أي يجب ان يكون هناك اختلاف بيّن في حكم اهلية ابرام التصرفات ، بمعنى ان ذلك الاجنبي يعتبر ناقص الاهلية وفقاً لقانونه وكاملها وفقاً للقانون الوطني للمتعاقد[٣٥].

وعلى الرغم من ان المادة (٢/١٨) مدني عراقي لم نلمس فيها اشارة صريحة الى هذا الشرط ، الا ان المنطق القانوني يجرنا الى هذه الحقيقة ، فلا يمكن بأي حال من الاحوال التمسك بهذا الدفع مع عدم وجود اختلاف في الحكم ما بين القانون الوطني والاجنبي ، وكذلك لايمكن تطبيق النص في حالة ما اذا كان ذلك الشخص كامل الاهلية وفقاً لقانونه الاجنبي وناقص الاهلية وفقاً للقانون الوطني للمتعاقد الاخر ، وبوجه اكثر تحديداً يجب ان يتمثل هذا الاختلاف او التعارض في كون القانون الاجنبي ينكر اهلية المتعاقد المثار ضده الدفع في حين انه لو تمت معاملة هذا الاخير على اساس الحكم المقرر في قانون القاضي لعد راشد[٣٦].

وبالتالي وكما ذكرنا لا وجه لاعمال هذا الدفع ، اذا كان حكم كل من قانون القاضي والقانون الاجنبي واحداً في شأن تمام سن الرشد ، كما لو قرر كلا القانونان ان سن الرشد هو ١٨ أو ٢٠ سنة ، ذلك ان المركز القانوني للأجنبي المثار ضده الدفع لن يختلف في الدولتين ، وبالتالي فهذا الشخص ، اما ان يعتبر راشداً وفقاً للقانونين ، واما ان يعتبر قاصراً وفقاً لهما معاً ، وفي الحالتين ينتفي شرط التعارض القانوني وتنتفي معه من ثم الحكمة من اثارة الدفع [٣٧].

في حالة توافر هذه المعايير فانه يصبح بالامكان اثارة هذا الدفع امام القاضي وكذلك التمسك به ، وفي حالة ما اذا اقتنعت المحكمة بصحة هذا الدفع من الناحية الشكلية والموضوعية فأن قانون القاضي يحل محل القانون الواجب التطبيق الذي عينته لنا قاعدة الاسناد الوطنية . والسبب في ذلك يرجع الى اعتبارين اولهما هو عدم ترك العلاقة القانونية موضوع النزاع بلا قانون يحكمها والثاني هو دفع الضرر الذي يمكن ان يلحق المدعي مثير الدفع ، والاول يدخل في فكرة الاختصاص الاحتياطي لهذا القانون والذي يجد اساسه في فكرة اقرار العدالة وعدم انكارها ، ومما يجب ملاحظته دائما ان استبعاد القانون الاجنبي الواجب التطبيق يعد في حد ذاته تطبيقاً لقانون القاضي ، ان هذا الاحلال يستتبع تلقائياً ، تحقيقه للسبب الثاني لهذا الاحلال والذي يتأتى من طريق تصحيح العقد الذي تم ابرامه مع الاجنبي ناقص الاهلية ، فهذا وحده يمكن دفع الضرر عن المتعاقد مثير الدفع بأفادته من حكم يعد مخالفاً لما تقضي به القواعد العامة من ابطال العقود في حالة نقص الاهلية [٣٨].

وعلى ذلك فأن المركز القانوني للمتعاقد الاجنبي يتحول من قاصر الى بالغ اعمالاً لحكم قانون القاضي الذي يحل محل قانونه الشخصي ، وهذا التوصيف القانوني لايمتد الى اكثر من ذلك اي انه يتقيد بالاحوال التي يكون فيها ذلك النقص في الاهلية يعود الى سبب فيه خفاء[٣٩].

# الخاتمة

لم تلق فكرة الدفع بالجهل بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق ، اجماعاً من الفقه، فهي تؤدي الى هدم قواعد تنازع القوانين ، وتقر بالجهل بأحكام القانون الاجنبي ، وهو مايتعارض مع فلسفة وجود القانون الدولي الخاص ، وتساعد ناقصي الاهلية الاجانب على التخلص والافلات من حكم القانون الذي يحكم اهليتهم ، وبالتالي فيأمكانهم عقد صفقات تجارية في دولة اخرى ، فضلاً عن ذلك فأنها تؤدي الى عدم المساواة في التعامل مع الوطنين اسوة بالاجانب والتفرقة فيما بينهم ، ووجدنا خلافاً بين الفقه حول الاساس القانوني الذي تقوم عليه هذه الفكرة ، وقد بحثنا ذلك في متن البحث محاولين ابراز واظهار ان للبحث منهج اتبع ، الا وهي نظرية العلم بالقانون الاجنبي .

ومن خلال البحث وجدنا ان القضاء حاول ان يرسي مبدأ عاماً في هذا المجال ، ومضمون هذا المبدأ ان العلم بالقانون الاجنبي مفترض ، والاستثناء هو عدم العلم ، وهذا يتماشى مع الفكرة التي يتعامل بها المشرع في القانون الداخلي ، ومما يدعم قولنا هذا ان القانون المدني العراقي وكذلك المصري ، تعاملت معه كأستثناء وليس اصلاً ، وهذا التحليل الذي توصلنا اليه يتماشى مع فلسفة بناء ووجود القانون الدولي الخاص ، تلك القواعد ، انما وجدت من اجل ان تتعايش وتتناسق بهدوء لا الى ان تضطرب وتتنكر احداهما للاخر بحجة عدم العلم والالمام بأحكام القانون الاجنبي، ويؤيد هذا التحليل طريقة النظر الى القانون الاجنبي ، فبعد ان تردد القضاء كثيراً في ذلك واعتبره واقعة في بداية الامر ، عاد ليؤكد ويتعامل معه كقانون لا كواقعة .

هذا الاستخلاص الذي بيناه يساعدنا ايضاً في فض الاشتباك الذي حصل فيما بين الفقه حول تأصيل هذا الدفع ، فمنهم من بناها على موضوع المصلحة الوطنية ، واعتقد انها لاتصلح لان تكون مبرراً كافياً لها ، لعدم تألفها مع واقع الحياة الجديدة على صعيد التعامل الدولي ، وهي كذلك لاتنهض بناء على فكرة تعارضها مع النظام العام الوطني ، ولا حتى بناء على فكرة الاثراء بلا سبب ، لان لهذه الموضوعات نظام قانوني يختلف عن مضمون الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي ، ولكننا هنا نؤكد ان هذا الدفع انما وجد من اجل حماية امن المعاملات وسلامتها واستقرارها ، وهذه الامنية وتلك السلامة انما تنصب على موضوع العلاقة وليس على اطرافها ، لان المهم هنا عند المشرع تحقيق تلك الصفات اعلاه ، ويتحقق ذلك من خلال التركيز ليس على اطراف العلاقة وانما على موضوع العلاقة ، وما دام التحليل يتجه الى ذلك ، فأننا نرى ان الاساس القانوني لهذا الدفع نجده اقرب الى فكرة الامن المدني اكثر من غيرها .

ومادمنا قد فضلنا الركون الى المعيار ( الموضوعي في العلاقة ) ، فلا يوجد مبرر للتفرقة فيما بين الوطني والاجنبي للاستفادة من هذا الدفع ، لذلك ندعو الى عدم التمايز في النظر الى اطراف العلاقة ، أي كونه اجنبي او وطني حتى يستطيع ان يستفيد من هذا الدفع ، مادمنا قد اكدنا على امنية الموضوع واستقراره اكثر من التركيز على امنية اطراف العلاقة .

ان القاضي بحكم عمله الوظيفي ملزم بالحكم بالدعوى ، ولايستطيع ان يتذرع بأي ذريعة تجعله يتنصل من ذلك ، فهو أذن ملزم بالبحث والتقصي عن احكام القانون الاجنبي لا(( العلم )) به ، وبالتالي فمن الدقة بمكان ان نلجأ الى استخدام مصطلح البحث والتقصي عن احكام القانون الاجنبي ، ونبتعد قدر الامكان عن اللجوء الى مصطلح((العلم )) ذلك ان هذا الاخير انما يشير في ثناياه الى وجود معرفة مسبقة بأحكام القوانين الاجنبية ، وهذا ما لايتصور حدوثه ، والسبب في ذلك واضح ولايحتاج الى عناء في البحث ، وبغية احداث نوعاً من الواقعية على الموضوع نفضل استخدام مثل تلك المصطلحات ، وبذلك يمكن ان نصل الى صياغة نظرية جديدة في مجال العلم بأحكام القانون الاجنبي ، تكون محل اتفاق من قبل غالبية الفقه .

وفي حال ما اذا كان التوجه بهذا المستوى ، ومادامت التشريعات قد تعاملت مع هذا الدفع كأستثناء ، لذلك نقترح ضرورة اعادة صياغة المادة (٢/١٨) مدني عراقي بشكل تكون اكثر تحديداً ، وتضبط بمجموعة من المحددات لئلا تكون عرضة للتأويل والتفسير الواسع ، والخشية من ان يذهب القضاء بتفسيرات واسعة ونكون امام صور متعددة لهذا الاستثناء من اجل الحفاظ على كيان وبناء القانون الدولي الخاص ونميل الى استخدام اسلوب الصياغة الجامدة في بناء هذا النص . هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى لانرى ضرورة الى التمييز بالنسبة لهذا الدفع ، بين مايسمى بالعقود الجارية اليومية والعقود ذات الخطر ، ونفضل شمول الدفع لكلا النوعين من العقود ، ذلك ان مكمن الخطر وفلسفة التعامل مع الاشياء تتحقق في كل الاحوال ، سواء اكانت بالنسبة للعقود السريعة اليومية ، او العقود ذات الخطر الكبير ، ما دمنا نسعى الى تحقيق غاية تتمثل بالمحافظة على سلامة وحسن سير المعاملات .

والى غير هذا او ذاك فقد انتهينا الى ان مبنى هذا الدفع لايعلق تطبيقه على ارادة ومشيئة الاطراف ولايجوز التنازل عنه وذلك لتعلقه بالنظام العام وهو مكفول من اجل سلامة وحسن سير المعاملات ، كما ان هذا الحكم الوارد في المادة (٢/١٨) مدني عراقي ، لايعتبر من القواعد الاجرائية وانما هو حكم موضوعي ، وهي قاعدة خاصة بالمعاملات ذات العنصر الاجنبي ، وتطبق مباشرة اذا ما توافرت شروطها وهي ليست من قواعد التنازع كما لاتعد من قواعد التطبيق الضروري او قواعد البوليس .

لذلك فأننا نقترح على المشرع العراقي تبني المقترح التالي :

١-على القاضي تطبيق احكام القانون الاجنبي الذي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية، ويفترض في الخصوم علمهم بأحكامه .

٢- لا يعتد بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي اذا كان الامر يتعلق بالأهلية ذاتها عدا ما يتعلق بالاثار المالية المترتبة على ذلك .

ومع ذلك ففي التصرفات المالية بشكل عام ، اذا كان احد الاطراف وطني ام اجنبي في العلاقة القانونية له الاهلية حسب قانون الدولة التي ابرم فيها ذلك الالتزام ، فأنه لايمكنه الاحتجاج بعدم

اهليته او نقصانها عملاً بقانونه الشخصي او بقانون الدولة التي نشأ فيها أو تعاطى نـــشاطه الا اذا كان الطرف المتعاقد الاخر يعلم بأنعدام اهليته او نقصانها عند ابرام الالتزام.

**.... ولله الحمد ....**

## الهوامش

(١) انظر في ذلك،د. سمير السيد تناغوا ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،بلا سنة طبع ، ص٥٩٣ ومابعدها ، وكذلك د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط١ ، بدون سنة طبع ، ص٢١٠ ومابعدها ، د. همام محمد محمود ود. محمد حسين منصور ، مبادئ القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص٩٣ ومابعدها ، د. غالب الداودي ، المدخل الى علم القانون وبخاصة الاردني ، ط٢ ، ١٩٩٣ ، ص٤٤، د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ، الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص٥٨.

(٢) د. سمير السيد تناغوا ، مصدر سبق ذكره ، ص٦٣٣ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص١١٩ ومابعدها ، د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧١ ، ص٣١٦ ومابعدها .

(٣) انظر د. سمير السيد تناغو ،المصدر السابق ، ص٦٣٣، د. حسن كيرة ، مصدر سابق ، ص٣١٩.

(٤) د. سمير السيد تناغوا ، مصدر سابق ، ص٦٣٤ ، د. حسن كيرة ، مصدر سبق ذكره ، ص٣١٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سبق ذكره ، ص١٢٠ ومابعدها ، ونشير في هذا المجال الى القرار الصادر عن محكمة تمييز العراق والذي قضى ( بأن الجهل بالقوانين لايغتفر ، وجاء في القرار ايضاً لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون لانه استند الى اتفاق على اتعاب المحاماة ثبت حصوله بحلف اليمين المردودة الى الميز عليه من المميزة بما لاتصح معه الطعون التمييزية حول عدم حصول اتفاق وجهل وكيل المميزة بالقوانين ، لان الاتفاق ثبت بحلف اليمين وان الجهل بالقوانين لايعتبر عذراً ، لذا قرر رد الطعون التميزية وتصديق الحكم المميز وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٧٤/٨/١٣ ، منشور في النشرة القضائية الصادرة عن محكمة التمييز ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، مطبعة الازهر ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص٤٥.

(٥) راجع في ذلك ، د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية ، ط١ ن ١٩٩٤ ، ص٣٢٧ ومابعدها.

وتتلخص وقائع هذه القضية في ان مواطناً مكسيكياً يدعى (Lizardi ) والبالغ من العمر (٢٣ عاماً كان قد وقع بأمضائه كمبيالات قيمتها (٨٠٠٠٠) فرنك فرنسي مقابل مجوهرات اشتراها من احد التجار الباريسيين ، الا انه عندما تمت مطالبته بهذا المبلغ ، دفع بأن القانون المكسيكي وهو القانون الواجب التطبيق في شأن اهليته ، يحدد سن الرشد بخمسة وعشرين سنة ، وعلى هذا الاساس تكون التزاماته في هذا الصدد باطلة بسبب قصره ، الا ان محكمة النقض مؤيدة لحكم محكمة الموضوع الزمته بالدفع تأسيساً على انه ( في مثل هذه الحالة لايمكن ان يكون الفرنسي ملزماً بمعرفة قوانين الدول المختلفة ، وبصفة خاصة بأحكامها المتعلقة بالقصر والرشد ... وانه يكفي اذن لكي يعتبر العقد صحيحاً ان يكون الفرنسي قد تعاقد دون استخفاف ودون رعونة وبحسن نية . لمزيد من التفاصيل راجع ايضاً ، استاذنا د. ممدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ط٣ ، ١٩٧٧ ، ص٢٨٨ومابعدها وكذلك د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٢٦٢ ومابعدها ، د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، الموصل ، ١٩٨٢ ،ص٩١-٩٩ .

(٦) د. سمير السيد تناغو، مصدر سابق ، ص٦٣١.

(٧) انظر د. هشام علي صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٣٠١ ومابعدها وكذلك د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ط١، ١٩٩٣ ، ص٧٤٥.

(٨) راجع في ذلك د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ن دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٦٠٤ ومابعدها ، د. حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، بلا مطبعة ، القاهرة ، ١٩٣٦ ، ص١٨١ ، د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، ص٣٩٤ ، د. شمس الدين الوكيل ، اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، الاسكندرية ، ص٥ ، د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٥٠٢ ومابعدها ، د. هشام علي صادق ، اطروحة دكتوراه ، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، السيد الطيب اللومي ، الاحوال الشخصية بمجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، بحث منشور في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ، ٢٠٠٠ ، ص١٠٧ .

(٩) د. احمد عبدالكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٥٠٢ .

(١٠) نقض مدني ١٩٥٥/٧/٧ مجموعة المكتب الفني ، س٦ ، ص١٣٤٧ ، نقض مدني ١٩٦٧/٧/٢٦ مجموعة المكتب الفني ، ص١٤٩٣، نقض مدني ١٩٧٠/٤/١٤ مجموعة المكتب الفني ، س١٢١ ، ص٥٩٨.

(١١)Battiffol - Traite elem –de droit int – prive 1959 ,p.469 cite par.

(١٢) ويسميها البعض بالغلط المبرر وكذلك الاعتقاد المشروع ، انظر في ذلك د. سامي منصور ود. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٣ ، ص٢١٨. وكذلك لاحظ د. عبدة جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤٩.

(١٣) انظر

Jobard –Bachellier : L'apparence en P.I .P.These /paris , L.G.D.g.1984.

وانظر كذلك د. احمد عبدالكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص٧٤٣ ومابعدها ، د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مصدر سابق ، ص٣٣٢ ، د. حفظية السيد حداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الاول ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٤ ، ص٣٥٢ ومابعدها .

(١٤) انظر د. دجابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سبق ذكره ، ص٥٩٠ وكذلك د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، دار النهضة للطباعة ، ١٩٨٢ ، ص٥٥٨. ، د. جابر ابراهيم الراوي ، احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٥٦ ومايليها .

(١٥) د. حفظية السيد الحداد ، مصدر سابق ذكره ، ص٣٥٢.

(١٦)وتنص المادة (٢٤٣) مدني عراقي على انه ( كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيها .

ويقابلها نص المادة ( ١٧٩ ) مدني مصري ( كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص اخر يلتزم في حدود ما اثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الاثراء بعد ذلك .

(١٧) انظر د. عز الدين عبدالله ، تنازع القوانين ، ج٢ ، ط٩ ، ١٩٥٦ ، ص٢٣٢ ومن الفقه الذي يؤمن بهذا الرأي، د. جابر جاد عبد الرحمن ، مصدر سبق ذكره ، ص٥٩٤.

(١٨) انظر د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مصدر سبق ذكره ، ص٣٤١ ومابعدها وهو ما تأيده وتذهب اليه الاستاذة الدكتورة ، دحفظية السيد الحداد ، مصدر سابق ، ص٣٥٤ . ، وكذلك د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ذكره ، ص٣٠٥ ، ومن هذا الرأي ايضاً د. لطفي الشلذلي ، مجلة القانون الدولي الخاص ، باللغة العربية والانكليزية والفرنسية ، تونس ، ٢٠٠٨ ، ص٥٧٢ ومابعدها .

(١٩) د. ابراهيم احمد ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، ص١٣٦ ن د. عز الدين عبدالله ، مصدر سبق ذكره ، ص٢٣٣ ، د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سبق ذكره ، ص٧٤٦ .

(٢٠) د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سبق ذكره ، ص٧٤٦.

(٢١) انظر نص المادة ٢/١٨ مدني عراقي والتي تنص على انه ( ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه ، اذا كان احد الطرفين اجنبياً ناقص الاهلية ، وكان نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لايسهل على الطرف الاخر تبنيه ، فأن الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية ، وبنفس المضمون لاحظ نص المادة (١/١١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، وانظر كذلك الفصل ٤٠ من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بالعدد ٩٧ لسنة ١٩٩٨ في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ . وتنص على انه ==== ====( تخضع اهلية التصرف للقانون الشخصي بالنسبة لذوات الطبيعية ، اما بالنسبة للذوات المعنوية فهي تخضع الى قانون الدولة التي تتعاطى فيها ذلك النشاط . واذا كان احد الاطراف في التزام مالي له الاهلية حسب قانون الدولة التي ابرم فيها ذلك الالتزام فانه لايمكنه الاحتجاج بعدم اهليته او نقصانها عملاً بقانونه الشخصي او بقانون الدولة التي نشأ فيها او تعاطى فيها نشاط الا اذا كان الطرف المتعاقد معه يعلم او كان عليه العلم بأنعدام اهليته او نقصانها عند ابرام الالتزام .

(٢٢) د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٦٧ ، ص١٥١ .

(٢٣) د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مصدر سابق ، ص٣٥٢.

(٢٤) م( ٢/١١) مدني مصري و م( ٢/١٨) مدني عراقي و م(٤) القانون الدولي الخاص التونسي .

(٢٥) انظر نص المادة (٢٢٩١) مدني فرنسي .

(٢٦) د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سبق ذكره ، ص٧٤٩.

(٢٧) د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مصدر سابق، ص٣٥٣. د. احمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سبق ذكره ، ص٧٤٩.

(٢٨) تنص المادة (١١) من اتفاقية روما على انه ( في العقد المبرم مع شخص يوجد في نفس البلد فأن الشخص الطبيعي الذي قد يكون اهلاً وفقاً لقانون هذا البلد لايمكنه التمسك بنقص اهليته الناتج عن قانون اخر اذا كان المتعاقد الاخر لحظة ابرام العقد يعلم بنقص الاهلية او لم يجهله الا بسبب رعونة من جانبه .

(٢٩) د. حسن الهداوي ، مصدر سبق ذكره ، ص١٥١ ، راجع كذلك د. فؤاد عبد المنعم رياض ود.سامية راشد ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الاجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص٢٦٤، د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سبق ذكره ، ص٢٨٩ .

(٣٠) انظر د. جابر عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ص٥٩٤ ، ويراجع كذلك / نيار ماير ، القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠٠٨، ص٤٨٢ ومابعدها..

(٣١) انظر في ذلك د.عبدالله ، تنازع القوانين ، ص٨٤ ، د. هشام علي صادق، ص٦٠٣ ، د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد ، مصدر سابق ، ص٢٦٣ ومابعدها .

[٣٢] وانظر في انتقاد معياد الوضع الظاهر الى د. احمد عبدالكريم سلامة ، مصدر سبق ذكره ، ص٧٥١ .

[٣٣] حسن النيه ، الحسن ضد القبح ونقيضه ، والنيه ، أي القصد والاعتقاد ، انظر في ذلك ، لسان العرب ، جمال الدين بن منظورن منشورات دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ج١٣ ، ص١٣٨.

اما الخفة فهي ضد الثقل والرجوع ويكون في الجسم والعقل والعمل ، راجع لسان العرب ، مصدر سابق ، ج٩ ، ص٩٧ وكذلك مختار الصحاح ، ص١٨٢ ، اما الرعونة فهو الاهوج في منطقه المسترخي ، والرعونة هي الحمقى والاسترخاء ، راجع لسان العرب ، نفس المصدر ، ج١٣ ، ص٢٢١ وكذلك مختار الصحاح ، ص٢٤٨ .

[٣٤] د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مرجع سابق ، ص٣٧٢ ومابعدها ن د. هشام علي صادق ، مصدر سبق ذكره ، ص٣٠٧.

[٣٥] انظر د. فؤاد عبدالمنعم رياض ود. سامية راشد ، مصدر سبق ذكره ، ص٢٦٦.

[٣٦] د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، مصدر سبق ذكره ، ص١٥٢.

[٣٧] د.حسام الدين فتحي ناصيف ، مصدر سبق ذكرة ، ص٣٦٥ وكذلك د. هشام علي صادق ، مصدر سبق ذكره ، ص٣٠٦.

[٣٨] د. محمد كمال فهمي ، مصدر سبق ذكره ، ص٥٥٨ ، د. عز الدين عبدالله ، مصدر سبق ذكره ، ص٢٣٦ ، د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مصدر سبق ذكرة ، ص٣٨٢.

[٣٩] راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، الجزء الاول ، ص٤٥ حيث جاء في تبرير وضع هذه المادة (١١) ( .... دفعاً للشيحة التي يولدها اطلاق النص على كمال الاهلية ، فقد يوجد سبب اخر للحد من الاهلية مع ان المقصود هو عدم الاعتداد بالسبب الخاص الذي لايسبب الخفاء ) ، لاحظ ايضاً د. حسن الهداوي ، مصدر سبق ذكره ،ص١٥٣.

## المصادر


١- د. ابراهيم احمد ابراهيم ، تنازع القوانين ن دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٨٩.

٢- د. احمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ط١ ن ١٩٩٣.

٣- د. توفيق حسن فرج ن المدخل للعلوم القانونية ، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر ،الاسكندرية ن ١٩٧١.

٤- د. جابر ابراهيم الراوي ن احكام تنازع القوانين في القانون العراقي ن مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٠ .

٥- د. جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٩ .

٦- د. جميل عبدة غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠٠٨ .

٧- د. حامد زكي ، القانون الدولي الخاص ، القاهرة ، ١٩٣٦ .

٨-د. حسام الدين فتحي ناصيف ، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية ، دار النهضة العربية ، ط١ ، ١٩٩٤.

٩- د. حسن كيرة ن المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧١.

١٠- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين، الموصل ، ١٩٨٢ .

١١- د. حسن الهداوي ، تنازع القوانين ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٦٧ .

١٢- د. حفظية السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط١ ، ٢٠٠٤.

١٣- د. سامي منصور ود. عكاشة عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩٣.

١٤-د. سمير السيد تناغوا ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع .

١٥- د. شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط١ ، بدون سنة طبع .

١٦- د. عبد المنعم فرج الصدة ، مبادئ القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٢ .

١٧- د. عز الدين عبدالله ، تنازع القوانين ، ج٢ ، ط٩، ١٩٦٧.

١٨- د. غالب الداودي ، المدخل الى علم القانون وبخاصة الاردني ، ط٢ ، ١٩٩٣ .
١٩- د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٤ .
٢٠- د. محمد كمال فهمي ، اصول القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٢.
٢١- د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ط٣ ، ١٩٧٧.
٢٢- د. هشام على صادق ، دروس في القانون الدولي الخاص ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٢٣- د. هشام علي صادق ، اطروحته في الدكتوراه ، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني ، الاسكندرية ، ١٩٦٨.
٢٤- د. همام محمد محمود ود. حسين منصور ، مبادئ القانون ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨٥.

**البحوث والمجلات**

١-السيد الطيب اللومي ، الاحوال الشخصية ، مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ، بحث منشور في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص ،٢٠٠٠.
٢-د. لطفي الشاذلي ، تعليقات منشورة في مجلة القانون الدولي الخاص ، مجلة تصدر باللغة العربية والانكليزية والفرنسية ،٢٠٠٨.
٣- النشرة القضائية ، مجلى تصدر عن محكمة التمييز في العراق ، العدد الثالث ، السنة الخامسة ، مطبعة الازهر ن ١٩٧٧ .
- مجموعة المكتب الفني – مصر – لسنة ١٩٥٥ .
٤- مجموعة المكتب الفني – مصر – لسنة ١٩٦٧.
٥- مجموعة المكتب الفني – مصر – لسنة ١٩٧٠

**المراجع اللغوية**

١- لسان العرب ن جمال الدين بن منظور ، منشورات الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
٢- مختار الصحاح

**القوانين**

- القانون المدني العراقي.

- القانون المدني المصري .
- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٨.
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري /ج١.

**المصادر الاجنبية**

١- نيار ماير ، القانون الدولي الخاص ، مترجم الى العربية من قبل المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ط١ ، ٢٠٠٨ .

2-Battiffol – Traite elem –de droit int prive -1959.

3-Jobara –Bachellier : L'apparence en P.I.P. these – paris – L.D.G.1984.

# The Defence by using lack of knowledge of the provisions of the applicable foreign law

BY

**Khairaldeen Kadum Ubaid**
**Law collage\university of Babylon**