جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون الخاص

الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالبة

قتيبة صلاح ساجت نايف الدليمي

الى معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

اشراف
الاستاذ الدكتور
خير الدين كاظم عبيد الأمين

١٤٤٤هـ ٢٠٢٣

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ

صدق الله العلي العظيم

[الحجرات ٦]

الاهداء

الى نبي الانسانية الى النبي الذي لم يفرق بين خلق الله بسبب اللون أو الجنس أو القومية الى من هدى الناس الى طريق النور والرشاد الى معلم البشرية الأول الى

" نبي الرحمة محمد (صل الله عليه وعلى اله وصحبه المنتجبين "

اهدي عملي المتواضع هذا .....

الى من تنتظر البشرية قدومه ومنقذهم الى الأمام الغائب الحاضر , الى من يملئ الأرض قسطاً وعدلا بعدما ملئت ظلماً وجورا والذي قال تعالى بحـقه

((وَلَقَدْ كَتَبْنَا فِي الزَّبُورِ مِنْ بَعْدِ الذِّكْرِ أَنَّ الْأَرْضَ يَرِثُهَا عِبَادِيَ الصَّالِحُونَ)) "الأنبياء ١٠٥

((مولاي الحجة ابن الحسن (عجل الله فرجه الشريف))

كما يسعدني إن اهدي ثمرة عملي هذا الى من قال الله فيهما

((وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُل رَّبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا)) الاسراء اية رقم ٢٤

الى أعظم رجل في هذا الوجود الى من كان يتمنى ان يراني في هذا المكان

أبي الغالي رحمه الله واسكنه فسيح جناته .

الى من وضعت الجنة تحت اقدامها منبع الحنان ورمز الحب وبلسم الجراح الى الأمل المشرق في حياتي , والتي لاتكل ولا تمل من الدعاء لي بتحقيق كل احلامي .....

أمي الغالية.

الى من شاركتني تعب الدراسة وشقاءها الى من لم تبخل علي بالرعاية والتشجيع شريكة حياتي .. **زوجتي الرائعة واولادي الاعزاء رقية وبراء و حيدر حفظهم الله**

الى من كان لهم الدور الكبير في اكمال دراستي ومساندتي في جميع الامور اخوتي واخواتي وكل من يخصني من قريب او بعيد

وأخيراً لا ننسى من ضحوا بأرواحهم ودمائهم من اجلنا ومن اجل وطننا العزيز ..... **شهدائنا الابرار** رحمهم الله واسكنهم فسيح جناته .

الباحث

شكر وعرفان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الخلق والمرسلين حبيب قلوب العالمين أبي القاسم محمد (ص) وعلى اله وصحبه الميامين.

اتقدم بالشكر اولاً الى الباري عز وجل الذي وفقني ومن علي لإنجاز عملي المتواضع هذا .....

ومن دواعي الاعتراف بالجميل أن اتقدم بخالص الشكر والامتنان والاحترام والتقدير الى من قبل الاشراف على رسالتي ولم يبخل عليه بالملاحظات القانونية والمعلومات القيمة الى

الدكتور الاستاذ(خير الدين كاظم عبيد الأمين) ، فجزاه الله عني افضل الجزاء .....

كما اتقدم بوافر الشكر والثناء الى جميع افراد أسرتي لما قدموه من مساعدة وما تحملوه من معاناة لإنجاز هذه الرسالة ، وأسال الله العلي القدير إن يمكنني من رد ولو جزء بسيط من هذا الجميل .....

ومن باب الوفاء أن أتقدم بالشكر الجزيل الى كل من علمني حرفا من مرحلة الابتدائية ولغاية هذه المرحلة ،رحم الله الاموات منهم واطال بعمر الباقين وامدهم بالصحة والسلامة وكذلك **جميع الأساتذة** الذين اشرفوا على تدريسي في مرحلة الماجستير بشكل عام كما و اتقدم بالشكر والعرفان الى **عمادة معهد العلمين للدراسات العليا ومؤسسيها** بشكل خاص ، وملاكها .....

كما و اتقدم بالشكر الخالص الى الأساتذة اعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة رسالتي ورفدها بالمعلومات والآراء السديدة ، فلهم مني كل التقدير والاحترام .....

وفي النهاية أشكر كل من قدم لي المساعدة من قريب أو بعيد في اعداد هذه الرسالة ....

الباحث

المستخلص

بحثا عن توازن معقول ومقبول ما بين اطراف العلاقة القانونية ، سعى المشرع العراقي الى اقرار فكرة الاستثناء المبني على الجهل بالقانون الواجب التطبيق ، في الواقع ؛ يبرز هذا الاستثناء من حيث أنه يتعارض مع قاعدة لا يطيعها، هذه هي الطريقة التي يجب أن نفهم بها التعبير: "إنه الاستثناء الذي يؤكد القاعدة"، بالتأكيد هذا لا يعني أن الاستثناء هو القاعدة ، بل يعني أنه يكشف عن وجود قاعدة دون التشكيك فيه، لذلك ، هناك أساس او علاقة تبادلية ما بين مفهوم القاعدة والاستثناء، وبالتالي حيث لا توجد قاعدة ، لا يمكن أن تكون هناك استثناءات ، والعلاقة بين الاثنين علاقة اساسية ترابطيه ، لأنه لا يوجد شيء عندئذ يمكن مقارنة شيء به للذات.

ويؤكد هذا الاستثناء ، القاعدة الكامنة في القول المأثور الذي يفترض أن القانون لا يمكن ان يكون محلا للدفع بعدم العلم، يعني ان القانون لحظة صدوره تملك احكامه قوة نفاذ، ومن ثم وفي مرحلة ثانية يفترض المشرع العلم والمعرفة بأحكام هذا القانون من قبل المخاطبين به . في الواقع ، وعلى غرار النهج الذي تبناه القانون المقارن ، يقوم النظام القانوني العراقي على هذا المبدأ المشهور المأثور، وقد اعتدنا على القول "انه لا يعذر احد بجهله بالقانون " يعبر هذا القول المأثور عن خيال قانوني مفاده، أن الشخص لا يمكنه الدفع أمام القاضي بسبب جهله وعدم علمه بالقانون، وهذا الاستخلاص والاستنتاج ينتشر ويغطي جميع القواعد القانونية، آياً كانت طبيعة هذه القاعدة، داخلية ام دولية، حيث لا فرق في ذلك.

واقعاً ،من الصعوبة بمكان قبول هذا الاستخلاص الفني، وعلى وجه التحديد فيما يتعلق بالقواعد القانونية الموجودة في القوانين الاجنبية (المقارنة)، ومرد هذه الصعوبة يتمثل بوجود اسباب مادية وفنية، ويتمثل السبب الاول في صعوبة الوصول الى هذه القواعد، اما السبب الثاني ذات الطبيعة الفنية، ويتمثل في صعوبة التعرف على مضمون هذه القواعد، لسبب كامن في صعوبة معرفة اللغة التي كتبت بها هذه القوانين، وما يتصل بهذه الاخيرة من صعوبات متعددة ومختلفة.

ان تبني هذه القاعدة، اي قاعدة علم الكافة بالقواعد القانونية ضرورات تتجسد في ان علم الكافة بالقانون وتطبيقه بشكل متساو بين الاشخاص يساهم في استتباب الامن الاجتماعي ، كذلك يعزز فكرة الامن القانوني لأطراف العلاقة القانونية سواء اكانت وطنية ام دولية. ومن الجدير بالذكر يعود الاصل التاريخي لهذه القاعدة مع تشريع حمورابي، حيث بدأ مع تقنين حمورابي ، ذلك ان الملك كان يأمر بنشر القوانين في الساحات العامة ، بما في ذلك وأشهرها: قانون حمورابي (الالف الثاني قبل الميلاد) . ومع ذلك فقد اجاز المشرع للمتعاقد الوطني الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي، وفقا لالية معينة، القصد منها الحفاظ على مصالح الطرف المتعاقد حسن النية ، وهو استثناء يقدر بقدره ولايمكن تجاوزه.

Abstract

In search of a reasonable and acceptable balance between the parties to the legal relationship, the Iraqi legislator has sought to endorse the idea of an exception based on ignorance of the applicable law, in fact; this exception is distinguished in that it contradicts a rule which it does not obey, this is how the expression should be understood:

"It's the exception that proves the rule." Of course, this does not mean that the exception is the rule, but rather that it reveals the existence of a rule without questioning it. So there is a ground or a reciprocal relationship. Between the concept of rule and exception, and therefore where there is no rule, there can be no exceptions, and the relationship between the two is essentially associative, because there is nothing then what something can be compared to.

This exception confirms the rule inherent in the old adage, which supposes that the law cannot be the object of a defense by ignorance, that is to say that the law at the time of its promulgation contains executory provisions, then in a second time the legislator supposes the knowledge and the knowledge of the provisions of this law by the addressees of this one. In fact, like the approach taken by comparative law, the Iraqi legal system is based on this well-known adage, and we are used to saying: "No one is excused for his ignorance of the law . This adage expresses a legal fantasy that a person cannot pay in front of a judge due to his ignorance and misunderstanding of the law, and this inference and conclusion extends and covers all legal bases, regardless of the nature of this rule, internal or international, because there is no difference in that.

Indeed, it is very difficult to accept this technical abstraction, especially with regard to the legal rules found in foreign (comparative) laws. , And it translates into the difficulty of identifying the content of these rules, for a latent reason in the difficulty of knowing the language in which these laws were written, and the various difficulties related to them.

The adoption of this rule, that is to say the rule that everyone knows the legal rules, are necessities that are embodied in the fact that everyone's knowledge of the law and its equitable application between people contribute to establish social security, as well as to reinforce the idea of legal certainty of the parties to the legal relationship, whether national or international. It should be noted that the historical origin of this rule dates back to the legislation of Hammurabi, since it began with the codification of Hammurabi, so that the king ordered the publication of laws in public arenas, including the most famous of them: Code of Hammurabi (2nd millennium BC) . Nevertheless, the legislator has allowed the national contracting party to invoke the disregard of the provisions of foreign law, according to a specific mechanism, intended to protect the interests of the contracting party in good faith, which constitutes an exception which is assessed by its value and cannot be bypassed.

فهرست المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١.	الآية القرآنية	أ
٢.	الاهداء	ب
٣.	شكر وعرفان	ج
٤.	المستخلص	د
٥.	Abstract	هـ - و
٦.	قائمة المحتويات	ز- ح
٧.	المقدمة	١_٥
٨.	الفصل الاول : - ماهية الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٦_٦٤
٩.	المبحث الاول :-مفهوم مبدأ الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٧_٣٣
١٠.	المطلب الاول :- التعريف بالدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٧_٢٣
١١.	الفرع الاول :- معنى الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٨_١٥
١٢.	الفرع الثاني :- تمييز الدفع بالجهل بالقانون الاجنبي عن الدفوع القانونية في القانون الدولي الخاص	١٦_٢٣
١٣.	المطلب الثاني :- الاساس القانوني للدفع بالجهل بالقانون الاجنبي الواجب التطبيق	٢٤_٣٣
١٤.	الفرع الاول :- حماية الاوضاع الظاهرة	٢٥_٢٩
١٥.	الفرع الثاني : - الجهل المغتفر	٣٠_٣٣
١٦.	المبحث الثاني :- الاشكالية الفنية في العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٣٤_٦٤
١٧.	المطلب الاول :- الطبيعة القانونية للقانون الاجنبي	٣٤_٥٢
١٨.	الفرع الاول : -الصفة الواقعية للقانون الاجنبي	٣٥_٤٤
١٩.	الفرع الثاني :- الصفة القانونية للقانون الاجنبي	٤٥_٥٢
٢٠.	المطلب الثاني :- الاشكالية الفنية-المادية –الادراكية في العلم بالقانون الاجنبي	٥٣_٦٤
٢١.	الفرع الاول :- اشكالية الوصول المادي الى القانون الاجنبي	٥٣_٥٩
٢٢.	الفرع الثاني :- اشكالية وضوح القانون الاجنبي	٦٠_٦٤
٢٣.	الفصل الثاني :- الألية الفنية لتطبيق الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٦٥_١٠٨
٢٤.	المبحث الاول :- نطاق تطبيق الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٦٦_٨٩
٢٥.	المطلب الاول : -الاطار الموضوعي للدفع	٦٦_٧٥

فهرست المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
٢٦.	الفرع الاول :- مسائل الاهلية	٦٦_٧٢
٢٧.	الفرع الثاني : - طبيعة قاعدة التحديد (الاهلية)	٧٣_٧٥
٢٨.	المطلب الثاني :- البحث عن التوازن ما بين المصالح المتعارضة	٧٦_٨٩
٢٩.	الفرع الاول :- الطابع الموضوعي للعلاقة القانونية	٧٦_٨٢
٣٠.	الفرع الثاني : - الطابع الاقليمي للدفع	٨٣_٨٩
٣١.	المبحث الثاني:- قبول الدفع بالجهل بالقانون الواجب التطبيق	٩٠_٩٨
٣٢.	المطلب الاول :- الاول سلطة القاضي التقديرية	٩٠_٩٨
٣٣.	الفرع الاول : -مضمون سلطة القاضي التقديرية	٩١_٩٣
٣٤.	الفرع الثاني : - سلطة القاضي التقديرية في تقييم الدفع	٩٤_٩٨
٣٥.	المطلب الثاني: -اثار تطبيق الدفع بعدم العلم بأحكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق	٩٨_١٠٨
٣٦.	الفرع الاول: -اللجوء الى قانون القاضي	٩٩_١٠٣
٣٧.	الفرع الثاني : -اللجوء الى تطبيق قانون محل ابرام العقد	١٠٤_١٠٨
٣٨.	الخاتمة	١٠٩
٣٩.	النتائج	١٠٩_١١٠
٤٠.	التوصيات	١١١_١١٣
٤١.	المصادر	١١٤_١٢١