استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لفكرة النظام العام

أ.معامير حسيبة (جامعة أدرار)
منماني محمد أمين (طالب ماجستير)

مقدمـــة

إذا كان المقصود بتنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص هو تزاحم قانونين أو عدة قوانين لحكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي، ويشترط للقول بوجود تنازع القوانين، أن تكون العلاقة التي هي محل النزاع ذات عنصر أجنبي، وأن يسمح المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي فوق إقليمه، وكذلك أن يكون هناك اختلاف بين القانون الوطني وأحكام القانون الأجنبي، وأخيرا أن يكون القانون الأجنبي صادرا عن دولة تعترف بها دولة القاضي، وقد أفردت مختلف التشريعات حيزا لقواعد التنازع في قوانينها الداخلية ، مثل ما فعله المشرع الجزائري حيث تطرق إلى قواعد التنازع في القانون المدني من نص المادة 9الى المادة 24منه، وقواعد تنازع القوانين بمفهومها الحديث، لم تظهر مرة واحدة وبصورة فجائية، بل ظهرت بصورة تدريجية تحت ضغط تزايد العلاقات القانونية المختلطة وانتشارها، وعند تتبع التطور التاريخي لقواعد التنازع نجد ان أول من حاول ايجاد حلول فقهية وعملية وتناول وصاغ اهم النظريات في مجال تنازع القوانين ، هي المدرسة الإيطالية القديمة المعروفة بمدرسة الاحوال، والتي اكملت اعمالها وسدد ت اخطائها وعدلت بعض افكارها المدرسة الفرنسية القديمة، هاتين المدرستين يعتبران بإجماع فقهاء القانون الدولي الخاص، اول من عرف قواعد التنازع المعروفة حاليا ، رغم ان القانون الروماني عرف قبلهما ما يعرف بقانون الشعوب الا ان هذا القانون يعتبر قانون داخلي يطبق على الأجانب، وليس تطبيق لقانون أجنبي، مما جعله يبعد عنه صفة قواعد تنازع القوانين. لذلك الاشكالية تتمثل فيما يلي : ماهي أهم الحلول والنظريات والأراء الفقهية اللتين جاءت بهما المدرستين الايطالية والفرنسية القديمة في مجال تنازع القوانين؟.

المبحث الأول: المدرسة الإيطالية القديمة

يرجعالفضل الى فقهاء شمال ايطاليا، منذ نهاية القرن الثاني عشر، في تكوين فكرة واضحة ودقيقة عن تنازع القوانين وفي تأسيس قواعد مناسبة لحله، مازال أكثرها منصوصا عليه في القوانين الوضعية للدول المختلفة ومعمولا بموجبها[81].

[81] حسن الهدواي، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دار الثقافة ، عمان، 1997، ص36.

لما استقلت المدن الايطالية وازدهرت فيها التجارة وأخذ التبادل التجاري يتزايد فيها، طرحت مشكلة النزاعات التي تقوم بين أفراد ينتمون إلى أكثر من مدينة، والحال أن لكل مدينة قانونها الخاص بها الذي يختلف في مضمونه عن غيره من قوانين المدن الأخرى.

ولقد تصدى الفقه الإيطالي لهذه الظاهرة، وتميزت طريقته المتبعة في البحث عن حلول ببعدها عن اي فكرة مسبقة تتقيد بها سلفا كفكرة إقليمية القوانين أو فكرة شخصية القوانين ، فأراد بذلك أن تكون حلوله عالمية صالحة لحل التنازع أيا كان مكانه. فقام بتحليل القوانين(الأحوال) ليعطي لها بحسب طبيعتها مجالها، واستعان في ذلك ببعض نصوص القانون الروماني وباعتبارات المنطق القانوني المجرد ومقتضيات التجارة[82]، حيث اشتهر فقهاء المدرسة الإيطالية بوضع الحواشي على نصوص القانون، فعرفوا بالمحشين وأقدم حاشية تعود لسنة 1228م للفقيه"أكورس"(Accurse) والذي علق نص في مدونة جو ستنيان تحت عنوان الثالوث الأعظم[83]،ومنطوق هذه الحاشية هو التساؤل عن الشكل الذي يلزم تنظيم وصية شخص بولوني يقطن مدينة مودين من حيث، هل يجب تطبيق الشكل المنصوص عليه في القانون الشخصي، أي القانون البولوني، أو الاقليمي ، البلد الذي ثم جرم فيه التصرف القانوني وهو قانون مودين؟ وأجاب بإعطاء هذا الاختصاص لقانون المكان الذي عملت فيه الوصية ، أي قانون مودين، ذلك لأن هذا القانون يعطي اليقين للأفراد بقدراتهم على إجراء تصرفات قانونية في أي بلد كان.[84]

ثم جاء من بعدهم المحشوناللاحقون في أواخر القرن الثالث عشر، وقد امتازوا عن المحشين السابقين ، بأنهم لم يقنعوا بوضع حاشية على نصوص القانون الروماني، بل أخذوا يشرحون النصوص ، فانتجوا فقها واسعا في تنازع الأحوال بين المدن الإيطالية، وكان من أشهر فقهائهم الفقيه العظيم "بارتول(Bartole)"، الذي كان له فضل التوسع في دراسة تنازع الأحوال ، وتقسيم أحوال التنازع ووضع حل لكل مسألة على حدى ن وقد كان من خصائص فقه مدرسة المحشين اللاحقين، التي سميت بالمدرسة الإيطالية القديمة أو بمدرسة بولونيا[85]، نسبة إلى مدينة بولون التي كانت مهدا ومركزا للبحث العلمي وملتقى لطلبة العلم، ويمتاز فقه هذه المدرسة بأنه:

---

[82] اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر ،2001، ص48.

[83] زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، ام البواقي،2000، ص52.

[84] غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية –دراسة مقارنة-، در وائل للنشر ، عمان ، 2005، ص67.

[85] احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص ، دون دار نشر، دون تاريخ نشر،ص245.

أ- فقه واقعي يطبق الحل الملائم لطبيعة كل مسألة دون وضع مبادئ عامة مجردة تكون منطلقا للتطبيق على كل الاحوال.

ب- أنه فقه تحليلي وفقه جزئيات لأنه يعالج مختلف فروض التنازع من غير ربط بينهما.

ج- أنه فقه عالمي حلوله مبنية على هدي العقل وقواعد العدالة والقانون الطبيعي والقانون الروماني، وهي صالحة لحل التنازع بين أحوال المدن والتنازع بين مختلف الأقاليم(الدول) وقد أقرت هذه المدرسة أهم قواعد الإسناد المعروفة اليوم [86]ومما توصلت إليه:

1-استطاع فقهاء هذه المدرسة، ان يقسموا القواعد القانونية- لأول مرة- إلى قواعد موضوعية وقواعد مرافعات ، أي خاصة بالإجراءات. وأخضعوا الأولى إلى قانون المحل، والثانية إلى قانون القاضي، ثم كانوا هم الذين وضعوا القاعدة الشهيرة Ocusregitactum، وإن كانوا قد طبقوها في نطاق أوسع من نطاق تطبيقها الآن، فبينما تطبق هذه القاعدة الآن على شكل التصرف وحده، كان فقهاء هذه المدرسة يطبقونها على شكل التصرف وموضوعه[87].

2-أخضعوا العقد طبقا لمبدأ سلطان الإرادة إلى قانون محل إبرامه تبع لانّ إرادتي المتعاقدين لابد انها قد اتجهت إلى تطبيق هذا القانون حين اختارت محل إبرامه[88]، ثم ميز" بارتول "بين آثار العقد المباشرة وآثاره التنفيذية فأخضع الأخيرة لقانون محل تنفيذ العقد لا لقانون محل إبرامه[89].

3- أخضعوا الجرائم لقانون مكان وقوعها لكن دون تفرقة بين الجرائم الجنائية والمدنية، ويعتبر هذا العمل نواة القاعدة الحديثة التي تقضي بأن الفعل الضار محكوم بقانون محل وقوعه.

4-أخضعوا المال لقانون موقعه.

5- أخضعوا حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه، وأبان " بالد" أن المراد بالموطن ليس بالضرورة المدينة التي ينتمي إليها الشخص بأصله، فيصح أن تكون المدينة التي يتوطن بها الشخص حاليا[90].

---

[86] زروتي الطيب ، المرجع السابق، ص 53.

[87] احمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص246.

[88]) أحد فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة.Curtiusوقد نادى بهذه الفكرة الفقيه "كورتيوس"(

[89] علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008،ص28.

[90] أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص49.

6- كانوا أول من فرق بين نوعيّن من الأحوال : أحوال مستحسنة وأحوال مستهجنة[91]وقالوا انّ للقاضي أن يرفض تطبيق هذه الأخيرة ، فكانت هذه الفكرة هي أول بذرة لما يسمى اليوم بالنظام العام الذي ترفض المحاكم باسمه تطبيق القوانين الاجنبية[92].

وكذلك من أهم مساهمات هذه المدرسة ابتداعها لما يسمى بالفئات المسندة وإخضاع كل فئة منها لقانون معين. ولا تزال القوانين الحديثة تأخذ بذلك[93].

اما عن النقد الذي وجه لفقهاء مدرسة بولونيا انهم قاموا باتباع طريقة أساسها وضع حلول لحالات خاصة مستعصية، دون أن يلتزموا مقدما بمبدأعام يخرجون عليه الحلول.

كما تعوز معيارهم الدقة، ذلك لأن الحلول التي قدموها كان أساسها هدى العقل والعدالة وحاجة المعاملات ، ومعيار كهذا تنقصه الدقة والتحديد يؤدي الى اختلاف وجهات النظر وإلى تباين في الحلول كان من شأنه أن باعد هؤلاء الفقهاء بين النصوص ومعانيها، إذ حملوها أكثر مما تحتمل فضعفت نظريتهم وعزف عنها[94].

كما تجدر الإشارة الى ان فكرة التنازع التي عالجتها المدرسة الإيطالية القديمة ليست بمفهوم تنازع القوانين في الوقت الحالي، لأنه كان بين قوانين محلية داخلية وليس بين قوانين دول حيث أن نظام المدن آنذاك لم يكن تتوفر فيه مواصفات وشروط قيام الدول بالمفهوم الحديث[95].

المبحث الثاني: المدرسة الفرنسية القديمة

سادت هذه المدرسة في القرن السادس عشر للميلاد، حيث مرت فرنسا في هذه المرحلة بظروف سياسية واقتصادية تختلف عن وضع إيطاليا، فهي بلد زراعي مترامي الأطراف توغلت فيه الإقطاعية حتى أصبحت الأرض هي محور النظام السياسي والقانوني والاقتصادي- فقال الفقهاء ان حالة الشخص تابعة للأرض- وكان لكل إقطاعية قواعد العرف الخاصّة بها، وهي قواعد عينية بمعنى إقليمية ثم قام النظام الملكي في أعقاب انهيار النظام الإقطاعي، وكان لابد له من أفكار قانونية جديدة لتأسيسه ولابد له من فقهاء مناصرين يدعون إلى الوحدة الوطنية وتقوية سلطة الملك، ولكن فقهاء آخرين ضلوا معارضين للوضع الجديد بالدعوة إلى نظام عينية الأحوال حفاظا على

---

[91] مثال ما أعطاه فقهاء مدرسة الأحوال عن الاحوال المستهجنة القاعدة التي تقضي بحرمان المرآة من الميراث.

[92] علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص28.

[93] أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص50.

[94] حسن الهدواي، المرجع السابق، ص37.

[95] بلعيور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، غير مطبوعة، جامعة الجزائر كلية الحقوق-بن عكنون-، السنة الجامعية2005/2004، ص25.

الأعراف الخاصة بكل مقاطعة وتطبيقا عليها، ويمثل كل من فقه " ديمولان(Dumoulin)" وفقه"دارجنتريه(Dargentre)" نموذجا لهذا الصراع[96].

المطلب الاول: فقه ديمولان (1500م- 1566م)

كان ديمولان محاميا، ثم أستاذا فيما بعد بجامعة(Tubingen)بألمانيا، يعتبره بعض الفقهاء من المكملين لفقه المدرسة الإيطالية، فقد احتفظ ببعض حلول المحشين السابقين كخضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه، وكالتميز بين الأحوال البغيضة والأحوال المستحسنة. لكن البعض الآخر يعتبره الممثل الأول للمدرسة الفرنسية. فهو اول من أصل في فرنسا تقسيم الأحوال إلى أحوال عينية وأحوال شخصية والذي قام ببلورته فيما بعد دار جنتريه.

ومن أهم مساهمات هذا الفقيه في مجال تنازع القوانين هوابتداعه لفكرة التكييف[97]، وقد تعرض لها في فتواه الشهيرة بصدد النظام المالي للزوجين سنة1525م إذ اعتبره كقد ضمني ، فيدخل بذلك في فئة العقود ومن ثم يخضع للقانون الذي اختاره الزوجان، وهو قانون موطنهما وقت الزواج. فديمولان قد كيف بهذه الفتوى النظام المالي للزوجين على انه عقد ضمني، فيدخل بذلك في فئة العقود[98]، وهو الرأي الذي سار عليه التشريعي الفرنسي حتى اليوم [99].

وكذلك من أهم مساهماته إخضاع العقود لقانون الإرادة، فكور تيوس كان قد أسس تطبيق قانون بلد الإبرام على العقود على اعتبار انه القانون الذي اختاره المتعاقدان لكن دون أن يستخلص النتيجة المنطقية المترتبة عن هذا التأسيس، فديمولان هو الذي قام باستخلاصها فقال: إذا كان مرد تطبيق قانون محل الإبرام هو إرادة المتعادين الضمنية، فمن باب اولى أن نسمح لهما باختيار قانون غير قانون محل الإبرام ليحكم العقد المبرم بينهما.

فكان ذلك البداية لنشوء مبدأ سلطان الإرادة في العقود والذي عرف في القرن التاسع عشر ازدهارا كبيرا[100].

المطلب الثاني: فقه دار جنتريه(1519م- 1590م)

---

[96] زروتي الطيب، المرجع السابق، ص54و55.

[97])" لانه أول من صاغها كنظرية متكاملة واطلق عليها هذا Bartinإلا أن فكرة التكييف تنسب إلى الفقيه الفرنسي "بارتان(الإسم.

[98] اعراب بلقاسم، المرجع السابق ، ص50و 51.

[99] أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص247.

[100] اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 51.

كان "دار جنتريه" مؤرخا ومشرعا وفقيها وقاضيا بموطنه بمقاطعة بريتانيا، التي كانت مستقلة ثم ضمت إلى المملكة الفرنسية على مضض من سكانها، الذين كانوا منطوين على أنفسهم ولا يستطيعون أن ينسجموا مع باقي السكان الفرنسيين للمملكة، وظلوا محتفظين بمقوماتهم[101].

ونظر الى أن "دار جنتريه" كان من المتعصبين لاستقلال موطنه، فقد قام مذهبه على مبدأ اقليمية القوانين والتعصب لعرف مقاطعته فنادى بوجوب تطبيقه وحده في اقليم مقاطعته، غير أن مبدأ اقليمية القوانين قد أخذ معنى أوسع في رأي" دار جنتريه"، عما كان يأخذه في العهد الاقطاعي ، فقد كان مبدأ اقليمية القوانين في هذا العهد يعني استبعاد تطبيق كل عرف أو قانون أجنبي داخل الاقليم،أما في رأي"دار جنتريه" فمبدأ إقليمية القوانين هو الأصل ، ويمكن قبول تطبيق القانون الاجنبي على سبيل الاستثناء[102].لكن السؤال الذي يطرح هنا ماهي الأحوال التي نطبق عليها مبدأ الإقليمية وما هي الأحوال التي نطبق عليها مبدأ الشخصية؟.

أجاب عن ذلك الفقيه " دار جنتريه" من خلال تعليقه على نص المادة 218 من عرف بريتانيا ، فقال أن مجموعة الأعراف والأحوال إما تتعلق بالأشخاص، وإما بالأموال فتلك التي تتعلق بالأشخاص فإنها تتبعهم خارج الإقليم –أي نطبق عليها مبدأ شخصية القوانين – فهي غير إقليمية القوانين التطبيق. أما تلك التي تتعلق بالأموال فأنها تطبق تطبيقا إقليميا مهما كان أصل أو موطن الأطراف ، فهي بذلك إقليمية التطبيق.لكن تقسيم " دار جنتريه" للأحوال طرح مشكلا آخر هو كيفية تحديد الأحوال التي تتعلق بالأشخاص، وتلك التي تتعلق بالأموال[103]،وقد أبرز" دار جنتريه" تقسيم الأحوال الى عينية وشخصية، ووضعه في قالب منطقي، ولأنه كان يعتبر الأحوال العينية هي الأصل بينما الأحوال الشخصية هي الاستثناء، فقد ضيق كثيرا من نطاق الأحوال الاخيرة لحساب الأحوال الاولى ، وقصر الاحوال الشخصية على الحالة والأهلية العامة دون الاهليات الخاصة مثل عدم أهلية الايصاء بين الزوجين فقد أدخله في الاحوال العينية.

ثم لاحظ أن هناك أحوالا لا يمكن اعتبارها شخصية بحتة ولا عينية بحتة، فوضعها في طائفة ثالثة وسماها الاحوال المختلطة وضرب مثلا عن ذلك حالة منع الزوجة من الايصاءبالعقار لزوجها وقال ان هذه الحالة تتعلق بالشخص وبالعقار في نفس الوقت فهي حالة مختلطة، ثم الحق هذه الأحوال المختلطة بالأحوال العينية[104] وتطبق عليها مبدأ إقليمية القوانين.

---

[101] أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق ، ص248.

[102] علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص29.

[103] اعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص52.

[104] علي علي سليمان المرجع السابق، ص29 و30.

يتضح مما سبق ان " دار جنتريه قد أقام نظرية عامة لتنازع القوانين حاول من خلالها وضع الحلول المختلفة لمشكلة التنازع. فقد رد الحلول المختلفة لتنازع القوانين إلى أفكار عامة تتجمع في مبدأ عام هو عينية الأحوال، واستثناءا عليه مبدأ شخصية الأحوال (أي امتدادها). فيكون بذلك قد خالف المدرسة الإيطالية التي اتبعت المنهج التحليلي المتمثل في معالجة مسائل تنازع الأحوال واحدة واحدة دون محاولة ربط بينها.

لكن ما يعيب فقه " دار جنتريه" هو عدم شموله لكافة الأحوال ، ذلك أن الأحوال العينية والأحوال الشخصية ليست الاحوال الوحيدة الموجودة، بل هناك أحوال أخرى كالأحوال الخاصة بالعقود والأحوال الخاصة بشكل التصرفات والأحوال الخاصة بالإجراءات والأحوال الخاصة بالوقائع القانونية. فذلك جعل تطبيق النظرية محوطا بالنقص والغموض[105].

خاتمة

مما سبق يتضح أن المدرسة الايطالية القديمة كان لها الفضل في صياغة اهم الحلول المتعلقة بمجال تنازع القوانين، حيثا نجد أن أغلب الحلول التي تضمنها فقهم ، سارت على دربه اغلب المدارس الفقهية في تنازع القوانين، وبخاصة التي تبنت المنهج التحليلي ، وأهم مدرسة كملت وتبنت أعمال مدرسة الأحوال كانت المدرسة الفرنسية القديمة التي لقبها بعض الفقه كذلك بمدرسة الأحوال الفرنسية نظرا لاعتناقها اهم مبادى مدرسة الحواشي الايطالية ، وبخاصة عن طريق الفقيه ديمولان الذي نقح وأضاف بعض الحلول في مجال التنازع . ويظهر أثر هاتين المدرستين في تبني التشريعات الحديثة لأهم نظرياتها وأعمالها في مجال التنازع.

[105] اعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص53و54.

قائمة المراجع

01- احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص ، دون دار نشر، دون تاريخ نشر.

02- اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الاول، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر ،2001.

03- بلعيور عبد الكريم ، محاضرات في القانون الدولي الخاص، غير مطبوعة، جامعة الجزائر كلية الحقوق-بن عكنون-، السنة الجامعية2005/2004.

04- حسن الهدواي، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني، دار الثقافة ، عمان، 1997.

05- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالدول العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، ام البواقي،2000.

06- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

07- غالب علي الداوودي ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية -دراسة مقارنة-، در وائل للنشر ، عمان ، 2005.