

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

## Precedence of the National Judge Law over the Foreign Judge

فتاك علي

جامعة تيارت / الجزائر

مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي

lawer\_mail@yahoo.fr

♦ يعقوبي عبد القادر

جامعة تيارت / الجزائر

مخبر البحث في تشريعات حماية النظام البيئي

abdelkader.yakoubi@univ-tiaret.dz

تاريخ النشر: 2024/12/18

تاريخ القبول: 2024/12/17

تاريخ الإرسال: 2024/12/10

## الملخص:

متى كان القاضي الوطني ملزم بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانونه الوطني، على النزاع المعروض عليه. فإنه يتعين علينا البحث عن نظرة القاضي الوطني للقانون الأجنبي، والتي لم تظهر دفعة واحدة إلى الوجود، بل مرت بعدة مراحل، متى كان ملزم بتطبيقه على النزاع المعروض عليه.

لقد مرّ هذا الرخم الفقهي والتأصيل القضائي بمراحل منها مرحلة نظرية الاستيعاب والاستقبال بمفهوم الاندماج عطفًا عليها نظرية المحاملة الدولية ثم مرحلة اعتبار القانون الاجنبي كواقعة من الوقائع مكفول للأطراف التمسك بها وإثباتها أمام محكمة الموضوع وهو موقف المدرسة الفرنسية وبالتوازي مع المدرسة الألمانية والفقهاء اللاتيني المناوئ له، والتي اعتمدت على فكرة الحقوق المكتسبة التي دعا إليها الفقهاء الانجلوسكسونيين وطبقها الفقهاء الانجليز حتى لاقت رواجاً أدى إلى تأثر الفقه الأوربي قاطبة بها ومكونها هو أن القاضي لا يطبق القانون الأجنبي على اعتباره قانوناً وإنما اعترافاً منه بالمركز الذي اكتسب في ظله.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، المحاملة الدولية، ادماج القاعدة القانونية، التركيز المكاني.

**Abstract:**

Where the national judge is obliged to apply the law referred to by the rule of attribution in his national law, to the dispute before him. We have to look for the view of the national judge of foreign law, which did not come into existence all at once, but went through several stages, when he was obliged to apply it to the dispute before him.

This jurisprudential marble and judicial rooting has passed through stages, including the stage of the theory of assimilation and reception of the concept of integration, in addition to the theory of international courtesy, and then the stage of considering foreign law as a fact of facts guaranteed to the parties to adhere to it and prove it before the Court of First Instance, which is the position of the French school and in parallel with the German school and Latin jurisprudence opposed to it, which relied on the idea of acquired rights called for by Anglo-Saxon jurists and applied by English jurists until it met with popularity that led to the influence of European jurisprudence as a whole by it and its potential is that The judge does not apply the foreign law as a law, but rather in recognition of the position under which he acquired.

**Keywords:** Conflict of laws., international comity., integration of the legal base., spatial focus.

#### مقدمة

موضوع تطبيق القانوني الاجنبي امام القاضي الوطني، أو ما يسمى اسبقية القانون الوطني عن القانون الأجنبي، أحد الموضوعات التي تم تناوله بالدراسة المستفيضة، كونه حظي بقدر وفير من الدراسة البحثية واستولى على قدر هام من الممارسات القضائية.

ولئن كانت إسهامات فقهاء القانون الدولي الخاص، تناولت هذا الموضوع بإسهاب كبير، حتى صار هذا المصطلح من المسلمات والبدهييات المتزهة عن التشكيك.

لكن الفكرة الرئيس في هذا المقال، هي مدى سباح الدول بمفهومها الحديث بفكرة تطبيق منظومات قانونية غريبة عنها إلى جنب ترسانتها القانونية المحلية، في مجال القوانين الخاصة، والتي لا يمكن معالجتها بنجاح إلى حين تتبع مراحل فكرة تطبيق القوانين من حيث الأشخاص كون أن الدول بمفهومها الكلاسيكي دأبت على تطبيق قوانينها الداخلية على الوطنيين والأجانب على حد سواء، طبقاً لمبدأ اقليمية القانون. على رؤية أن القوانين الوطنية أوجدت ليم تطبيقها على إقليم الدولة دون سواه من الأقاليم الأخرى.

إن الثابت أن ما توصل إليه الفقه بمعية القضاء، سواء برسم المسار من طرف الفقهاء وبعث مادة للبحث والنقاش من طرف القضاء، متى فتح له باب الفصل مع الاجتهاد.

إن هذا الوضع، وباختلاف مشارب الفقهاء وتشبعهم بثقافات مختلفة حتى ولو كانت من ذات المشكاة، أدى إلى خلق روناً صبت في خانة تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.

لقد أدلت كل مدرسة بدلوها في ذلك على غرار المدرسة الهولندية، التي كانت سباقة من خلال اسهاماتها لإعطاء مبرر معقول لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، في محاولة لكسر قسوة قاعدة إقليمية القوانين

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

وذلك من خلال فكرة المجاملة الدولية، إلا أن هذه المحاولات لاقت استهجاناً من طرف بعض الفقهاء المتعصبين لتطبيق قوانينهم الوطنية مع عدم فسخ المجال لتطبيق القانون الأجنبي.

لكن مع مرور الزمن رفع الغموض واللبس في تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني بعد سجال فقهي، حول مبررات السماح ورفع الخطر عن تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني، فإن المعاصرة بما حملت من تفتح على الآخر وتحت وطأتها وانعكاساتها على جميع المجالات، أرست فرض على كافة الدول تمثل في النزول عن فكرة رفض تطبيق القانون الأجنبي على اقليمها، بسبب تشابك وتشعب العلاقات القانونية الدولية بين مختلف اصقاع المعمورة، وتطور المواصلات ووسائل الاتصال بما سهلا التبادل الفكري والقانوني مجسداً لفكرة الانفتاح على الآخر.

إن من نتائج العولمة وجعل العالم كقرية صغيرة، هو أن رعايا العالم أن صح التعبير ارتبطوا ببعضهم البعض سواء على صعيد العلاقات الاسرية زواج وطلاق وميراث وصايا، أو على مستوى العلاقات التجارية، وهو بالضرورة منطلق لنشوب الخلافات والنزاعات، الأمر الذي جعل فكرة كيفية حل هذه النزاعات يطفو الى السطح ويغذي فكرة البحث عن حلول لها في ظل القانون الدولي كفرع من فروع القانون الخاص.

لذا يبقى السؤال الأشد إلحاحاً المتولد عن هذا الوضع هو متى؟ أشارت قاعدة الاسناد في قانون القاضي الوطني الى تطبيق القانون الأجنبي وسيغته تطبيقاً على النزاع المعروض عليه باعتباره قانوناً يتمتع بكيان مستقل لذاته، كونه صادر عن هيئة تشريعية لا تخص القاضي المطلوب إليه تطبيق القانون الأجنبي تصادماً مع فكرة سيادة القانون الوطني وكيف يعامل القاضي الوطني هذا القانون متى انبرى لتطبيق احكامه على النزاع وارتأينا أن نقصر الدراسة على المدارس الشهيرة؟

وللإجابة على هذا السؤال علجنا المقال في المحاور التالية

المبحث الاول: المدارس القديمة.

المبحث الثاني : المدارس الحديثة.

المبحث الاول المدارس القديمة:

المطلب الاول: المدرسة الاسلامية:

من منظور حداثة فرع القانون الدولي الخاص مقارنة بفروع القوانين الأخرى، وأن فكرة التنازع بين القوانين لم تظهر بشكل جلي، إلا في العصور الغابرة. لذا وجب قصر- الدراسة على العصور الوسيطة، كونها شهدت نهضة غير مسبوقة في صناعة القوانين، مروراً بأبرز نقاط التحول المسجلة عبر عدة منابر هامة

لقد أهملت الشريعة الاسلامية من الدراسات التي اجريت في القرون الوسطى كون ان المجتمع المسيحي الذي قاد العالم حضارياً و فكرياً بعد انهيار الرقي الحضاري الاسلامي ودخوله الى سرداب التخلف والسبات

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

الحضاري ومكنت أوروبا تاليا وصارت الوريث الغير الشرعي لمكتسبات الحضارة الاسلامية، لغاية التأثير الذي خلفته احكامها في مختلف اصقاع وقاع العالم بكل من توصل بأحكامها.

إن النظرة الشمولية التي اصبغت الشريعة الاسلامية السحاء ومن منطلق أن كافة احكامها تعلق بالمعاملات وهي الميدان الحبيب لظهور مشكلة تنازع القوانين.

لقد كان من المبادئ الاساسية للشريعة الاسلامية هو الاعتراف والقرار بالشخصية القانونية التامة للأجانب كونهم يعتبرون من الموجه اليهم الخطاب القرآني<sup>1</sup>. ولم يبادروهم بالعداء اولا الاسترقاق او اهدار حقوقهم بل قررت حماية حقوقا كانت في وصفها الحقوق المخلوة للأجانب في الراهن بموجب الاتفاقيات الدولية وكذا التشريعات الوطنية وصانها كاملة ما تعلق منها بالعلاقات الأسرية أو الذمة المالية.

لقد سطرت الشريعة الاسلامية السحاء أحكاما خاصة بغير المسلمين في دار الاسلام واعتبرتهم مواطنون يتساوون في الحقوق مع المسلمين الا ما تبع الخصوصية الاثنية ونظرت إلى الصنف الثاني وهو المستأمنون في دار الاسلام وهم اجانب لحقوا بأوطان المسلمين بصفة مؤقتة وفقا لعقد أو عهد الإقامة لمدة محددة وكفلت لهم كافة الحقوق التي تضمنها عقد الامان على شرط احترام خصوصيات الدين الاسلامي فيما يخص التعاملات المالية لاتخاذها وصف القواعد الموضوعية مع خضوعهم لقوانينهم الخاصة في مجال الأحوال الشخصية.

هذا فيما يخص التأصيل التاريخي المعترف به من قبل فئة قليلة من دارسي الحضارة الإسلامية.

إن الحقيقة الثابتة أن الديانة الاسلامية كنظام حكم قانوني تضمنت مبادئ فريدة في نوعها تختلف عما سبقها من شرائع وما جاء لاحقا كونها أرصت مبادئ سامية تجدد ادمية الناس كافة وارتقت بقدر الانسان إلى أرفع المنازل وحفظته مالا وعرضا ونفسا وعقلا ضمن مقتضيات الشريعة الاسلامية وفقا لمقاصدها كل ذلك نابع من مقصد المساواة بين الناس في ظل الدين الاسلامي بين افراد الخليقة الا ما سطره المولى عز وجل فلا تميز مبني على اي اعتبار سوا حرية المعتقد والتعبد وفي الحدود الموصوفة ومنه تكون الشريعة الاسلامية قد اعترفت لغير المسلمين بحقوق شتى كالإقامة والتنقل وحرية المعتقد والتعاطي بالحقوق باكتسابها ونقلها وجعلت لهم قوانين تتعلق بالذي والمستأمن على حد سواء.

## الفرع الأول: الاتجاه الرافض:

لقد قلنا أن الفكر الاوربي أناء ساعة نهضته قد استبعد احكام الشريعة الاسلامية من الدراسة حتى في مجال القانون الدولي العام ومنه تكون قرينة على استبعادها من مجال القوانين الخاصة حتى ولو كانت الشريعة الاسلامية ملهمة لباقي التشريعات اللاحقة من حيث المفاهيم القانونية وتعد ذات السبق الحصري.

<sup>1</sup> - د / الطيب زيتوني القانون الخاص الدولي الجزائري الجزء الاول تنازع القوانين مطبعة الفسيلة الجزائر الطبعة الثانية 2008 ص 53

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

يكون من ضرب المغالطة المبني على الجهل القاطع حضر- نظرة الشريعة الإسلامية السمحاء من اي تطور تاريخي كونها كانت ثورة على الاوضاع السائدة وحازت مرتبة القنديل بل المشكاة التي أنارت الطريق لما حضر قديماً كونها الشريعة الخاتمة والباقية الى يوم يرث الله الارض ومن عليها وانا لا اناقش من تعصب كفيل انتائي وانما محاولة لعلي اوفي هذه الشريعة حقها .

لقد رأى بعض الفقهاء المعاصرون عدم وجود تنازع للقوانين في الرؤية الإسلامية على اعتبار انها اعلنت الحرب على كل ما هو غير اسلامي اي انها داخلت في حرب اثنية مع باقي الدول<sup>1</sup> انطلاقاً من قتال الناس جميعاً حتى يشهدوا ان لا اله الا الله وان محمد رسول الله وكذا نبذ الشريعة الإسلامية لباقي الشرائع بصحيح النص القرآني وهو تحريم الحكم بغير شرع الله مما يجعل من الشريعة الإسلامية قاصرة على المسلمين من حيث تطبيق القانون على الاشخاص وانما غالت في اعتماد الإقليمية اي تطبيق القوانين الإسلامية على الارضي الإسلامية دون غيرها من القوانين الاخرى سواء تولدت عن شرائع سابقة طالها التخريف أو كانت من بنات العقل البشري.

إن الاتجاه الرافض بتمسكه بحجج واهية سرعان ما اصطدمت بصخرة العقلانية والمنطق وتهشمت كونه انطلقت من طبيعة الدولة الإسلامية حسب منظورهم والتي كانت قائمة على الحرب في امتدادها لا على السلم ومنه تكون مبادئها انتشرت بحد السيف لا بقوة الحجة والمنطق وزرادو على ذلك عنصر تمثل في عدم التكافؤ بين احكام الشريعة الإسلامية.

### الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد:

ان هذا الراي السابق قد اجمف في حق الشريعة الإسلامية فانه على عكس الفكرة التي تبلورت لدى من رفض اعتبار وجود تنازع القوانين في الشريعة الإسلامية فان هناك من انصفها مناهضا لفكر الرافضين كون ان احكام الشريعة الإسلامية ومن خلال تطبيقاتها فان الراجح وجود تنازع للقوانين مدعوما بحجج واقعية ومنطقية والتي كانت في غالبيتها ردا على انصار الاتجاه الرافض<sup>2</sup> ومنه راد على ان كل احكام الشريعة الإسلامية ذات تطبيق إقليمي واعتبرها لا تغالي في اقليمية التطبيق كون ان هذا المبدأ يتنافى ويتعارض مع خصائص الشريعة الإسلامية كون ان خطابها موجه للناس قاطبة وان الغالب عليها هو الطابع الشخصي- في اقصى درجاته وفيما يتعلق بغلق الابواب امام الشرائع الاخرى وان كان عين الصواب الا ان افتتاح التشريعات الاخرى على احكام الشريعة الإسلامية فأصبحت احكامها تطبق امام المحاكم الفرنسية والانجليزية على حد سواء ومنه حازت الاعتراف واصبحت احكامها مألوفة كونها توافق الفطرة السليمة " حيثما تطبق يحقق الامن

<sup>1</sup> - د/ علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر طبعة 2005 ص 6

<sup>2</sup> - د/ رمزي محمد علي درار فكرة تنازع القوانين في القانون الاسلامي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت طبعة 2011 ص 55

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

القانوني والدالة<sup>1</sup> وان ابواب الاجتهاد لم توصل يوما كونه مرتبط بما يحدث من احوال والتي لم يرد بشأنها حكم في النص القرآني أو السنة ومنه فن محفز الاجتهاد باقي بقاء البشر وما جد من احوال لم تكن معروفة سالفًا وتنوع علاقات البشر- بظهور الطارئ الذي لم يطرأ انفا والذي ينظر اليه على انه تكافؤ بينها وبين النظم الاخرى لكن كون ان الدول الاجنبية تطبق مبادئ الشريعة كونها اسمى واعلى حيثما طبقت جسدت العدالة في نظرياتها وانها كافة وضامنه لما سمي بالأمن القانوني ضف إلى ذلك أن الاجتهاد مصدر من مصادر التشريع الاسلامي<sup>2</sup> ومنه لا يمكن القول بتعطيل لاحد المصادر وأن المصالح المرسله والقياس يحتلان ذات الرتب وان هذه الاخيرة اعترفت بموجب عقد الاستئمان وخضوعها لقوانين بلدانها فيما تعلق بشخصية الاحوال الاسرية مما يجعل من تنازع القوانين ثابت في الفقه الاسلامي.

### المطلب الثاني: المدرسة الإيطالية:

لقد كان السبق لفقهاء المدرسة الإيطالية، في طرح معضلة تنازع القوانين او ما اطلق عليه تنازع الأحوال، خلال القرن لثالث عشر وتبعاً للظروف السائدة، أدلت بدلوها لأجل تذليل هذه المستعصيات والعراقل والمعضلات.

لقد تكاثفت مجموعة من الظروف، في جعل جنوح الفكر الايطالي الى الساحة الفقهية، ذا نفع وعلى راسها استقلال المدن الإيطالية وتشكلها في نظام الجمهوريات وتبلور قفزة نوعية في المجال الاقتصادي على اثر الازدهار التجاري لتلك المدن، ومنه تعدد القوانين الناطمة بتعدد المدن.

رغم أن النظام السائد في أوروبا آنذاك هو النظام الاقطاعي، والذي من ميزاته اعتماد مبدا اقليمية القوانين. إلا أنه لم يسد في إيطاليا ولم تقم له دعامة كون ان الجمهوريات التي نشأت في إيطاليا، دويلات صغيرة منبثة عن تفتت الامبراطورية الرومانية الجرمانية<sup>3</sup>.

تبعاً لمعاهدة كوتشاس 1881/07/27 فصارت كل مدينة تشكل كيان مستقل، منفرد ومتفرد بمجموعة من القوانين التي تخصه، والمستقاة من الاعراف والتقاليد السائدة فيها، واطلق عليها تسمية الأحوال.

ضف الى ذلك ورغم تطور الصناعية وازدهارها، فان النظام الزراعي وان كان له نصيب في الاقتصاد، وفي النظام الاقطاعي المتبع في أوروبا ساعته. إلا أنه على مستوى المدن الإيطالية، أصبح فاعلاً هامشياً كون ان الاهتمام الواسع استولى عليه قطاع المبادلات التجارية، سواء بين المدن ذاتها، وهذا للاعتبار الداخلي، او تبعاً لميزة ان اغلب المدن الإيطالية مطلة على واجهة البحر الابيض المتوسط. ومنه يكون الاتصال ميسور، بحكم ان وسيلة المواصلات الطاغية هي السفن.

<sup>1</sup> - د/ عز الدين عبدالله القانون الدولي الخاص المصري الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي دار النهضة المصرية القاهرة الطبعة الثانية 1958 ص 13.

<sup>2</sup> - د/ احمد عبدالكريم سلامة الاصول في التنازع الدولي للقوانين دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2008 ص 178

<sup>3</sup> - د/ حمزة قتال تنازع القوانين القواعد العامة مطبعة دار هومة الجزائر 2018 ص 13.

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

وعطفا على وطأة المعطيات، سواء الموقع الجغرافي أو الظروف التاريخية أو تغير النمط الاقتصادي، كان لزاما من الناحية العملية بروز معضلة تنازع القوانين، وهذا تماشيا مع التمايز في القوانين الداخلية.

لكل مدينة طابعها القانوني المستقي من جملة الاعراف والتقاليد السائدة فيها، على اعتبار أنها كلها كانت مطبقة للقانون الروماني، ولكون العلاقات القانونية كانت لها مصادر داخلية تختلف من مدينة إلى أخرى، ثار لفظ حول أي القوانين أجدر بحكم العلاقات المتداخلة بين جاليات هذه المدن، صارت حماية البحث عن تنظيم قانوني يكفل التعاون بين هذه القوانين، كون أن كل مدينة ترى قانونها هو اللاحق لحكم العلاقات.

تبع لهذا الاختلاف ظهر التصادم بين القوانين على ثلاث مستويات وهي:

○ تصادم قانون المدينة مع الشريعة العامة المتمثلة في القانون الروماني ومع هذا الأخير في العلاقات الخارجية والصورة الأخيرة وهي تصادم قانون مدينة مع مدينة أخرى وهي الأكثر حداثة مما أدى إلى شطط قانون ودفع الفقه الإيطالي لتصدر المشهد بغية إيجاد حلول جذرية للمعضلة.

### الفرع الأول: أعمال فقه الحواشي:

لقد سادت فترة هؤلاء الفقهاء زهاء قرن كامل من الزمن، وكان اختصاصهم الاصيل هو تناول القانون الروماني بالشرح وذلك بالتعليق على مجموعة جيستينيان، فظهرت مجموعة من الافكار شارحة للقانون الروماني، كونه هو المرجع والشريعة الجامعة بين كافة المدن الإيطالية ووسمت بالحواشي كونها كانت نادرة وموجزة وكانت أول حاشية أكيريس والتي يرجع تاريخها إلى سنة 1128 والتي اعتبرت الحجر الاساسي وحجر الزاوية لهؤلاء الفقهاء ونسج على منوال هذا الفقيه وتم التعليق على عديد النصوص القانونية وبه تجسدت النواة الأولى لهذا المذهب

ما دأب هؤلاء الفقهاء على شرح نصوص القانون الروماني، وبرزها شرح مقدمة الدستور الأول لجنستيان، والتي جاء فيها " ان جميع الشعوب التي تخضع لحكمنا الامبراطوري ملزمة بتابع الديانة التي جاء بها بطرس الرسول"<sup>1</sup> وخلص في تعليقه عليها وأنه إذا انتقل مواطن من مدينة ضمن حكم الامبراطورية الرومانية إلى مدينة أخرى، فإنه لن تطبق عليه قوانين تلك المدينة الجديدة كونه غير تابع لها، ومنه يكون فقهاء مدرسة الحواشي وخصوصا منهم للاحقين، قد روحوا لما يسمى بشخصية القوانين تبعا للنص الروماني محل الشرح، الناص على اتباع ديانة الرسول بطرس لكل من اعتنقها أو كان رعية روماني حتى خارج الإمبراطورية، ولا يمكن أن يطبق عليه قانون المدينة أو الدولة التي حلى بها.

إن العمل والبحث المتواكب لفقهاء هذا الاتجاه، سواء المتقدمين منهم أو المتأخرين، والذين حادوا عن حرفية النص المتعلق بالقانون الروماني ووسعوا في الشرح تبعا للظروف والمواقف.

<sup>1</sup> - د/ اعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الطبعة العاشرة، سنة 2008

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

إن هذه الجهود كللت وخلصت الى إيجاد التمايز بين المسائل أو الأحوال المتعلقة بالإجراءات والمرافعات، والأحوال أو المسائل المتعلقة بالموضوع، واخضعوا الأولى إلى قانون القاضي الوطني، والثانية للقانون الحاكم للعلاقة على اختلاف الوضع بخضوعها الى القاضي الوطني أو القاضي الاجنبي ومنه القانون الأجنبي.

كما اخضعوا الجرائم الناتجة عن القانون العام لمكان ارتكابها<sup>1</sup> وهذه الفكرة من نتاج اللاحقين وبكونها قاعدة عامة محبوبها على احكام المسؤولية التقصيرية.

اما فيما يتعلق بالعقود فأخضعوها لقانون محل أبرامها، فيما تعلق بأثارها المباشرة كالوفاء، ومحل تنفيذها فيما تعلق بالأثار الغير مباشرة او العرضية<sup>2</sup> كعدم التنفيذ.

لكنه تم التراجع عن هذه الفكرة المرتبطة بالعقد عند الرmq الاخير، أي في سنين افول نجم هذا الاتجاه، وأخضعوه الى محل الانعقاد، نزولا على ارادة الاطراف الصريحة او الضمنية، واسبغوا على هذه القاعدة طبيعة الزامية اي انها قاعدة امرة<sup>3</sup> وخلقوا مساحة كبيرة لهذه التطبيقات.

كما أنهم لم يفرقوا بين الاموال، سواء كانت عقار او منقولاً واخضعوها لقانون موطنها او موقعها بتعبير ادق، وهو امر فيه مغالطة أو عدم تبصر، كون ان العقار ثابت في حيزه غير قابل للنقل ومن خلال هذه الخاصية تنطبق عليه قاعدة الموطن. والمنقول ماله الانتقال تبعاً لانتقال مالكه، ومنه تجافي هذه القاعدة الاحكام المتعلقة بالمنقول. واستثنوا الميراث المنقول من هذه القاعدة، واخضعوه لقانون موطن المتوفي، على اعتبار ان الهالك كان مرتبطاً بقانون احب واستأنس العيش فيه وهذا خدمة لقانون ديانة الرسول بطرس، وغابت عنهم فكرة وفاة المورث بارض اخرى، ومنه الخروج عن احكام هذه الديانة والشروح التي تبنيها، وعلى غرارها تم اخضاع حالة الاشخاص واهليتهم لقانون الموطن، وهو القانون الحصري لحكمها، وميزوا بين الاحوال المقيتة او المقنونة، اي التي لاقت استهجان عملي ومنطقي، ووسموا الاحوال المقنونة وعرفوها من خلال امثلة تطبيقية، وهي حرمان الاتاث من الميراث، أو استثناء الابن الاكبر بكامل التركة دون غيره من الابناء وجعلوا تطبيقها اقليمياً، دون أن يمتد إلى الخارج، وبذلك يكونون قد ساهموا ولو بالزر القليل في حل مشكلة تنازع القوانين.

## الفرع الثاني : المحدثون:

بظهور الرافد الاول بين الفقهاء اللاحقون بذات الطرح وسلكوا ذات السبيل بزعامة الفقيه برنوليس حتى اطلق عليهم تسمية المحدثين اللاحقين

<sup>1</sup> - د / جابر جاد عبدالرحمان تنازع القوانين دار النهضة القاهرة طبعة 1970 ص 12.

<sup>2</sup> - د / حمزة قتال / المرجع السابق ص 20

<sup>3</sup> - د / عز الدين عبدالله / المرجع السابق ص 54.

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

رغم ان المنهج المتبع ذاته الا ان هؤلاء لم يلتزموا بحرفية النصوص بل توسعوا في التفسير بسبب ان الحلول التي استقاهها الفقهاء وراد المذهب لم تكن ناجحة فيحل المشاكل التي تعترض تطبيق القانون الروماني والتي تعداها سعيهم لإيجاد حلول أكثر مواءمة وكفاءة لتنازع الاحوال وخرجوا بعدة قواعد منها<sup>1</sup>.

○ التمييز بين المسائل الاجرائية والقانون من الناحية الموضوعية وقالو بخضوع الاولى لقانون القاضي الوطني والثانية للقانون الذي يحكم العلاقة محل النزاع والذي ربما يكون قانون القاضي الوطني او القاضي الاجنبي

○ تطبيق قانون محل ارتكاب الجرائم الناتجة عن الالتزامات وسحبوا ذلك على المسؤولية التقصيرية

○ اما فيما بشأن العقود فان قانون البلد محل ابرامها وفيما تعلق بأثارها كالوفاء وطريقته ومحل تنفيذها فيما يخص الاثار العرضية لها كعدم التنفيذ مهما كانت طبيعته.

ان منهج التوسع وعدم التقيد بحرفية النصوص النابع من البحث المستमित عن الحلول ادى الى اختلاف وجهات النظر بين المتقدمين والمتأخرين جعل هؤلاء ينسلخون عن مضمون النصوص محل التعليق وحملوها ما لم يرد فيها واكهم يبحثون عن هوامش للقانون الروماني في جوهرها لا تخصه مما جعل افكارها تهون وتضمحل من الناحية العلمية عدا كونها موردا تاريخيا

لقد عجزت عن الالمام بجوانب الاستشكال ومنه تخلف حل شامل وبالأخص مسألة التكيف التي<sup>2</sup> يتحدد على تعيينها الرسو الى قاعدة الاسناد ومنه تعيين القاضي المختص وكذا الالتباس في الفصل بين الاحوال العينية عن الاحوال الشخصية ومنه تعذر اتاحة معيار يتم على اساسه التفرقة بين هذان ومنه سحب التكيف دون فاصل بين الاختلاف بين ما هو عين وما هو شخصي.

لكن لا يمكن بحس اعمال هذه النظرية والتغاضي عنها لأنها شاركت ولو بقدر ضئيل في الاحوال المتعلقة بتنازع القوانين وكانت كتاباتها حجر الزاوية في التأصيل لمعضلة تنازع القوانين وحتى وان خلت محاولاتها من تحديد فرض اسناد النزاع كأى قانون كون كتاباتها جاءت بمسألة التكيف القانوني ومنه تخلف معيار الاسناد الا انها وبحكم انها كانت السبابة في هذا المجال وان المدارس اللاحقة بدأت من حيث انتهت هذه الاخيرة مما جعل النظريات اللاحقة تحاول تغطية الثغرات التي خلفتها مديرية الاحوال في تحسيد فكرة استبعاد القانون الاجنبي متى خالف النظام العام يعد منتوجا فكريا حصريا لها

<sup>1</sup> - د/ جابر جاد عبدالله / المرجع السابق ص 54.

<sup>2</sup> - د / حمزة قتال / المرجع السابق ص 35.

### المطلب الثالث: المدرسة الهولندية:

لقد تأخرت المدرسة الهولندية عن ركب التطور الذي حلا بأوروبا، كون أن أوضاعها في القرن السابع عشر كانت مشابهة للأوضاع السائدة في إيطاليا. إبان القرن الثالث عشر، على اعتبار انها كانت مقاطعات متحررة لكل منها استقلالها الذاتي، وإن كانت نسبيا تجتمع تحت حماية سلطة سياسية حاكمة واحدة. وعلى غرار المدن الإيطالية، فإن المقاطعات الهولندية حققت نمو اقتصاديا بازدهار تجارتها الداخلية، ومنه طفت مشكلة تنازع القوانين الى السطح، كون مقاطعاتها كانت حديثة العهد بالاستقلال عن التاج الاسباني<sup>1</sup>، واتخاذها موقفا مشابها بوضع المدن الإيطالية على كل الاصعدة حتى التائل.

الامر الذي زاد من طغيان مبدا الإقليمية المطلقة لتطبيق القوانين، وهو ما جعلها تركب فقه الفقيه دارجنترية لقد كان للفقه دارجنترية الاثر البالغ لدى فقهاء المدرسة الهولندية، وعلى راسهم الفقيه بريقاندي صاحب مؤلف تنازع القوانين الصادر سنة 1621، والذي اعتمد على فقه دارجنترية في تقسيم الاحوال الى عينية وشخصية ومختلطة وتعصب للعينية وجعلها الاصل، وامتدادها واستثناؤها هو الاحوال الشخصية<sup>2</sup>.

وفي ذات الفترة ظهر الفقيه بورفوان، ويعتبر صاحب السبق في التكييف على الاعراف الهولندية المكتوبة، وكانت نكهة فقه الفقيه دارجنترية هي الغالبة في فهمه، كونه نسج على منواله وجعل الانسان تابع للأموال التي يملكها، ومنه لاجال لشخصية الانسان، كونه غير المال لا وجود ولا عبرة له وبالمفهوم المخالف، ولما كانت الاموال هي من اثر على الانسان، وانها هي الطاغية في تحديد ماهية الانسان، فان شخصية الاحوال هي الاستثناء على الاصل وهو عينية الاحوال، ومن تبني فقه دارجنترية فان المغالاة في تقديس الإقليمية كانت على اشدّها، الامر الذي استدعى التخلي عنها، او التخفيف من وطأتها وهو ما كان على يد الفقهاء اللاحقين، وعلى راسهم الفقيه رودنبرغ، والذي احتفظ بالمعالم الكبرى لفقه الفقيه دارجنترية، وخالف معاصره بورقوان بإخضاع العقد لقانون موطن المتعاقد، والاحوال لقانون موقعها، وحالة الاشخاص واهليتهم لقانون الموطن.

ورغم ان معالم المدرسة الهولندية تم تثبيتها بجهود الفقيهان جون بول فوان والفقيه ارنج ايبير<sup>3</sup>، ورغم الجهود التي بذلها قدماء المدرسة الهولندية والمحدثين، الا انهم سلكوا ذات الدرب في تقفي فقه الفقيه دارجنترية في سياقاته الكبرى، من حيث تقسيم الاحوال الى الاسهام الذي اقره الفقيه جون بول فوان، وهي التطرق للأصول المختلطة فيما تعلق بشكلها الخارجي، وكذا التصرفات القانونية، وقانون المرافعات والتي هي بمجملها اقليمية التطبيق.

<sup>1</sup> - د/ احمد عبدالكريم سلامة / المرجع السابق ص 198

<sup>2</sup> - د/ حمزة قتال / المرجع السابق ص 36

<sup>3</sup> - د/ جابر جاد الله / المرجع السابق ص 65.

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

ورغم ان الفقهاء المحدثين في المدرسة الهولندية، نسجوا على منوال الفقيه دارجنتره، الا ان فهمهم للأحوال اختلف عن فهمه.

فهم يرون أن الأحوال العينية، تناول الاموال حتى ولو تناولت الاشخاص، وان الاحوال الشخصية موضوعها الاشخاص ولو تناولت الاموال، وان هناك صنف اخر اطلق عليه تسمية الاحوال المختلطة، وهي لا تتناول لا هذه، ولا تلك بل موضوعها الشكل الخارجي للتصرفات ومسائل المرافعات، وبذا تكون المدرسة الهولندية قد كست النقص الذي اعترى نظرية دارجنتره، كونه وضع الصنف ولم يبين احكامه.

ورغم التعصب الكبير لفكرة الإقليمية، الا ان فقهاء المدرسة الهولندية اجازوا تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني، بناء على فكرة المجاملة الدولية، وهذا تبعا لتصریح اطلقه الفقيه ارنج هير وهي: ( أن قوانين كل دولة لا تطبق الا داخل اقليمها وان هذه القوانين تطبق على كافة الموجودين فيها بصفة دائمة، او بصفة مؤقتة، وان تطبيق القوانين الاجنبية يكون على اساس المجاملة الدولية ولتحقيق المصلحة المتبادلة)

ان جهود المدرسة الهولندية، كللت ببعض الحلول لمعضلة تنازع القوانين، كونهم اخضعوا حالة الاشخاص واهليتهم لقانون الموطن، وان هذا القانون يتبعه حيث حل وحيث ارتحل،<sup>1</sup> ومنه يكونون قد اجازوا تطبيق القانون الاجنبي، من طرف القاضي الوطني، مع استثناء منها التصرف المنصب على عقار واخضعوه لقانون موقعه.

واخضعوا الاموال لقانون الموطن، لغاية استقرارها، وشكل التصرفات لقانون موطن ابرامها، حتى ولو انصبت على عقار. وخالفوا الفقيه دارجنتره فيما تعلق بالتصرفات القانونية واخضعوها لقانون محل ابرامها، وهو على عكس الفكرة التي ناد بها فيما تعلق بالالتزامات الشخصية والتصرف

### الفرع الأول: خصائص المدرسة الهولندية:

لما كان الفقه الهولندي، حسب الفقهاء، ما هو الا امتداد لفقه دارجنتره، فالثابت منطقيا انه سوف يتسم بذات الخصائص، وهو تعصبه وتشبثه بفكرة اقليمية القوانين، من حيث التطبيق، وانه فقه تأصيلي وانه جاء لخدمة مبدا الوطنية.

الا ان بصمة فقهاء المدرسة الهولندية، بدت ظاهرة للعيان والا فقدت الغاية من التسمية، وكان التفريق لأجل التفريق فقط، لا لأجل التمايز، إن اعادت طرح ذات الافكار دون تغيير أو زيادة أو اثناء.

لقد كان لهم الفضل في ادخال الاحوال التي لا تتعلق بالأشخاص او الأموال، تحت مسمى وقسم الاحوال المختلطة<sup>2</sup>، وبذا سدت نقصا تركه الفقيه دارجنتره، وانها رغم انجرافها وراء الفقيه دارجنتره فيما تعلق بالتعصب للموطن، ومنه الإقليمية في التطبيق، الا انها خلقت فسحة لتطبيق القانون الاجنبي من طرف القاضي الوطني،

<sup>1</sup> - د/ رمزي محمد علي درار / المرجع السابق ص 294/299.

<sup>2</sup> - د/ جابر جاد الله / المرجع السابق ص 70.

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

وفقا لمبدأ المجاملة الدولية، عكس فقه دارجنترية، والذي وضع الاستثناء لكن على اساس ما سماه اساس العدالة، وان كان دارجنترية قد عاجل التنازع على المستوى المحلي، فان المدرسة الهولندية كان نتاجها البحثي ممتد الى التنازع الدولي، عطفًا على التنازع الداخلي.

### الفرع الثاني: تقدير المدرسة الهولندية:

اذا كان النقاد ينظرون إلى كل متاح، من زاوية الاحاطة بكل التفاصيل، فإن جماعة من الفقهاء نظرت الى المدرسة الهولندية بنظرة سطحية غير متبصرة، ولم تنص في صميم نتائج المدرسة الهولندية، وتسفر اغواره، ونظروا اليها على انها صورة طبق الاصل، او مماثلة لفقه الفقيه الفرنسي- دارجنترية، وبهذا نزعوا عنها لباس المدرسة، كونها بالتقليد الذي اتخذه لم تؤسس لفقه جديد، بما يضيف عليها صفة و وصف المدرسة، الا أنه ومن منطق مشتتات الاشياء، فانه لا يجب ان نبخس كل باحث حقه في التقدير والثناء، ولزاما علينا تقدير نتاجه.

ان المدرسة الهولندية، وأن نحت نحو الفقيه دارجنترية<sup>1</sup> في اعتماد مبدا الاقليمية في اعتي مقوماته، فان لها الفضل في وضع البنية الاولى، فيما يسمى تنازع القوانين بين الكيانات السياسية في شكل الدول الحديثة، بتقريرها مبدا المجاملة الدولية، واسست لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني، متى ثبت تعارضه مع النظام العام لدولة القاضي الوطني، او اضر بحقوق مواطني تلك الدولة.

ان فكرة تطبيق القانون الاجنبي من طرف القاضي الوطني، لم تكن ميسرة الانفاذ، كونه يمكن استساغتها من الناحية النظرية، لكن إنفاذها عمليا سوف يلقي اللبس، وهو ما فنده الفقه الاوربي اتجاهها، وللتخلص من هذا العائق ترك الامر في يد القاضي الوطني، ومنه تكون فكرة تحكيمه تجعل من تطبيق القاضي الوطني للقانون الاجنبي، مبني على الهوى والمزاجية، فان شاء اخذ وان شاء ترك.

وبسبب هذا اللبس، حاولت المدرسة الهولندية تطويع الفكرة من الناحية العلمية، لضمان اكبر قدر من المصادقية، غايتها رفع اللبس، الذي صاحب هذه الفكرة، بان رات بان تجعل مكنة تطبيق القاضي الوطني للقانون الاجنبي، في يد المشرع وليس القاضي<sup>2</sup>، وفقا لمفاهيم قانونية واهية محددة مسبقا، وهي احترام فكرة الحقوق المكتسبة، النابعة من ضرورات المجاملة الدولية، الا ان ذلك لا يكفي، كون ان المجاملة تخلو من الالزام، ومنه يكون هدم البناء القانوني الدولي، ورد في كل حين.

الا انه وان كان كل عمل انساني، لا يخلو من التوفيق والفشل وفان المدرسة الهولندية، اسست لأفكار جديدة تكون خانة الانطلاق، لبحوث جديدة، وهوما جعلها تلقى رواجا كبيرا في دول كإنجلترا والولايات المتحدة الامريكية وبعض الدول الاخرى.

<sup>1</sup> - د/ رمزي محمد علي درار / المرجع السابق ص 294/299.

<sup>2</sup> - د/ نادية فضيل تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني دار هومة طبعة 2002 ص 22

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

### المبحث الثاني: المدرس الحديثة:

#### المطلب الأول: المدرسة الفرنسية:

إذا كان الانسان ابن بيئته حسب علم الاجتماع، وكان القانون نتاج انساني، فانه حتما سوف يتأثر بيئة الانسان التي حوته وتناولها فقها.

ومن منطلق التمايز بين النظام الاقتصادي السائد في ايطاليا، والمبني على مزاولة وامتهان التجارة، فان فرنسا كانت تن تحت وطأة النظام الاقتصادي القطاعي، المبني اساسا على نهضة الزراعة، ومنه فان مبدا إقليمه القوانين سوف يسحب على كافة العلاقات القانونية عبر كافة القطاعات.

وبالحتمية الملازمة والمتمثلة باستغلال كل إقطاع على حدى وشاكلة معينة، تظهر عادات، والتي سوف تتحول الى قواعد قانونية، وفقا للنسق المفضي الى سحب عليها الوصف القانوني ومنه وصف لقاعدة القانونية، وتطبق على الاشخاص المنطويين تحت اقطاع ككيان مستقل<sup>1</sup>.

ولما كانت التحولات السياسية في تبني نظام حكم جديد، ينجر عنها الترويج للأفكار والاسس التي تدعّم النظام الجديد والحال محلّ القديم، وتؤسس لقيامه، وذلك باعتماد ملك لسدة الحكم في فرنسا، فان الايديولوجية التي سوف تنتهي عليها واليها، هي صهر كافة القطاعات على اختلاف تشريعاتها في وحدة سياسية واحدة.

إلا أن هذا الوضع ليس بالهين او المتاح، كون أن طواعية التخلي عن الانظمة السابقة للإقطاعات سيكون الهاجس الاكبر امام نظام الحكم الجديد، وكونه لا يمكن اقضاءها دفعة واحدة، وانما بالتدرج، ومنه يكون للزمن عاملا حاسما في المرحلة الانتقالية، وعليه فان تنازع القوانين سوف يظهر لاحتفاظ كل اقطاع بنظامه القانوني السائد قبل طغيان النظام الجديد، والمتمثل في نظام حكم الملك.

#### الفرع الأول: فقه ديولان:

ان الخلفية الايديولوجية لهذا الفقيه تكونت بسبب الاضطهاد الذي تعرض له طرف رجال الدين والاقطاع بسبب منهجه الاصلاحى وما انجر عنه من مواجهات ومنازعات والتي حدثت بينه وبين هؤلاء والتي جعلت منه كيانا فقهيا غير مرغوب فيه وانتهى الخلاف قبل السح بترحيله نحو دولة المانيا والتي كانت بادرة خير عليه حيث مارس التدريس كون استاذ في القانون ومحاميا لدى محاكم باريس.

لقد ساهم في ايجاد حلول لتنازع القوانين والتي كان يعرضها من خلال محاضراته<sup>2</sup> ولم يبرز نجمه وقيمة فكره الا بعد وفاته.

<sup>1</sup> - د/ عز الدين عبدالله / المرجع السابق ص 198.

<sup>2</sup> - د/ حمزة قتال / المرجع السابق ص 23.

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

لقد كان تأثير فقه مدرسة الحواشي بارزا في كتابات الفقيه ديمولان وذاك بسبب تبنيه فكرة التعليق بالحواشي ولعالمها على النصوص العرفية المكتوبة والمنظمة للعلاقات ضمن الاقطاعات في فرنسا واستغرق فقه المدرسة الايطالية حتى الثمالة في طريقة تخرجه التعليقات غير انه حاد عنها في تيسير الحلول تحت وطأة العدالة وطبيعة المعاملات.

إذا كان ديمولان انطلق من الافكار الرئيسة لمدرسة الحواشي فانه حتما سيحاول معالجة النقائص قصرت هذه الاخيرة عن فكها ومنها عدم استيعاب فكرها لمعيار التفرقة بين الاحوال الشخصية التي انطلقت منها والاحوال العينية ولن يسعفه ذلك الا بالوقوف على روح القانون وغايته الاسمي ومنه طبق القواعد القانونية في التفرقة بين الاحوال ونظر الى فكرة الاحوال وحصرها فيما يتعلق بالإنسان وانه بعيد عن الاموال وعبر عن ذلك بالقانون الشخصي وانه يلازم الانسان في حله وترحاله وبذلك يتبعه اينما حل. وتناول العلاقات التي تنظم الاحوال المالية للإنسان واعتبرها حالا عينيا وقصره على التطبيق المحلي دون ان يتبع الشخص في الخارج.<sup>1</sup>

لم يمسك الفقيه ديمولان حرفيا بمبدأ الإقليمية رغم قوله بعينية الاحوال واوارد عليها استثناءات تمثلت في قواعد الاسناد تمثلت فيما يلي:

- حالة الشخص واهليته تخضع لقانون موطنه
- الاحوال العقارية تخضع لقانون موقعها الذي هو قانون عيني والاحوال المشتركة تخضع لقانون موطن المالك وهو قانون شخصي .
- شكل العقود والتصرفات يخضع لقانون بلد ابرامها اما موضوعها فيخضع لقانون ارادة الاطراف الصريحة او الضمنية

لقد وافق مدرسة الحواشي بخصوص التفرقة بين الاحوال المستحسنة والاحوال المفقوتة او المقيتة اذا كان كل عمل انساني يشوبه النقصان مهما ناشد الكمال فان المأخذ التي اخذت على الفقيه ديمولان وهو انه ابتداء من فقه مدرسة الحواشي وانتهى عنده وهو قول فيه جور علمي كونه خرج عنها وسد بعض الثغرات التي لم تغلق في سدها ومنه يعد صاحب اللبنة الاولى في طرح فقه جديد باسم المدرسة الفرنسية كونه كان صاحب السبق في التفرقة بين الاحوال العينية والاحوال الشخصية في تعظيمه للإقليمية وذلك في ظل روح القانون وعرضه الاساسي وبذلك تكون علامة مسجلة باسمه

ان التمييز الذي تبناه فيما يتعلق بالأحوال الشخصية والعينية قاصر عن الامام بالقانون المتعلق بأهلية التصرف في الاموال والمواريث كونه لا يوجد حد فاصل بين الاموال والاشخاص الا ان هذه المأخذ مجتمعة لا يمكنها التغطية على كون ان ديمولان ابرز المسائل المتعلقة بعقد الزواج والاعتماد على الارادة في اختيار القانون الذي

<sup>1</sup> - د/ جابر جاد الله / المرجع السابق ص 72.

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

تخضع له العقود وكان اول من ارسى فكرة التكييف في فرنسا بتحليله للنظام وادراجه ضمن العقود واستناده لقانون ارادة المتعاقدين الصريحة او الضمنية وهو ثمرة نتاجه الفكري<sup>1</sup> والذي من خلاله اقام منارة للتابعين لأجل الاهتداء بها ببحوثهم.

### الفرع الثاني: فقه دار جنتره:

اذا كان التاريخ يعد لمحطات الانتقال الانسيابي مع تثبيتها فان الفكر إما أن يكون متعصبا للحفاظ على الراهن أو يتمرد عليه بغية اضافة الجديد.

لقد ولد الفقيه دار جنتره ونشا بفرنسا في مقاطعة بريتانيا<sup>2</sup> والتي كانت تتمتع بالاستقلال السياسي الا انها ضمت الى التاج الفرنسي على كراهة من سكانها وكرد فعل عكسي- على الضم القسري تشبث سكان بريتانيا بكامل الخصوصيات التي تفرقهم عن دولة فرنسا ورفضوا الاندماج والنوبان ضمن الموروث الفرنسي- واحتفظوا بموروثهم بكل مقوماته.

إن تأثير الخلفية العلمية للفقيه دار جنتره طغت عليها عدة عوامل انطلاقا من كونه اشتغل في سلك القضاء وانضم الى السلطة التشريعية في موطنه كفقهاء ومؤرخا وتركزت كتاباته في مجملها في رفع راية الاستقلال ونبذ التوسع الفرنسي مما اضفى عليها الزعة الإقليمية البالغة التطرف

لقد انطلقت فكرته وهو يصدد شرح المادة 218<sup>3</sup> من القانون البريطاني ضمن كتابه المعنون بشرح القانون البريطاني والتي مقتضاها انه يجوز للشخص وهب ثلث ماله متى كانت الهبة واقعة دون قصد ومن هنا انطلقت شرارة التفكير بالتساؤل الذي وضع النواة الاولى لفقه دار جنتره وهو امكانية تطبيق حكم المادة 218 على اموال الواهب التي تقع خارج مقاطعة بريتانيا او لا تطبق وبعبارة اخرى هل يلحق حكمها اموال الواهب الغير موجودة في بريتانيا اي انه اردا معالجة فكرة السريان خارج اقليم بريتانيا وبعد عمل جاد اجاب على هذا السؤال ببحث معنون بالأحوال الشخصية والاحوال العينية وكان حصيلته في مجال تنازع القوانين.

انطلاقا من تحديد طبيعة العرف أي الاحوال التي تنظم هذه الاموال حتى صار الى النتيجة ومفادها ان الاحوال العينية تخضع لمبدأ الإقليمية ومنه يكون المنع المشار إليه في النص مقتصرًا على الاموال الكائنة في اقليم المقاطعة دون الاملاك التي توجد خارجها.

لقد فرضت هذه الرؤية حتى يتيسر<sup>4</sup> تطبيقها تحديد طبيعة الاموال وقسمها إلى قسمين:

<sup>1</sup> - د/ حمزة قتال / المرجع السابق ص 37.

<sup>2</sup> - د/ احمد عبدالكريم سلامة / المرجع السابق ص 197.

<sup>3</sup> - د / جابر جاد الله / المرجع السابق ص 67

<sup>4</sup> - د/ حمزة قتال / المرجع السابق ص 26

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

○ الأموال العينية: وهي القوانين التي تنظم الأشياء الصيقة بالأرض وما تعلق بها من عقود ووصايا وسائر التصرفات وهي قوانين إقليمية وعليه فإن كل نزاع تعلق بها يحكمه قانون البلد الكائنة فيه هذه العقارات ولا عبء بقانون إرادة المتعاقدين أو قانون محل انعقاد العقد

○ الأحوال الشخصية: هي القوانين المتعلقة بالأشياء والمنقولات باعتبارها ملحقة بهم وهذه القوانين هي قوانين الموطن حيث يسري أثرها في الخارج تحقيقاً للعدالة

○ الأحوال المختلطة: وهي قوانين تتعلق بالأشخاص معا في ذات الوقت كالنص الخاص من منع الزوجة بالإيضاء بالعقار لزوجها والنص الخاص بجعل الولد الطبيعي شرعياً إذا ترتب عليه حق المال فيرى بشأنها وانطلاقاً من الأصل وهو العينية والاستثناء هو الشخصية وانها تلحق بالأحوال العينية ومن ثمة فهي لا تمتد.

إن حصيلة هذا الفكر هو ارتباطه بقوة بالنزعة الإقطاعية الاستغلالية والتعصب لفكرة الإقليمية يجعل من كافة الأحوال الإقليمية التطبيق يعتذر سريان قوانينها خارج الإقليم لأن منشأها ليس له سلطان أو سيادة خارج الإقليم ويمثل الاستثناء الأحوال الشخصية كونها تتبع الشخص أينما حل وارتحل ومنه تمتد الى خارج الإقليم والغاية من وراء ذلك هو النزعة القابعة في نفسه وهي منع تطبيق قانون القاضي الاجنبي اما القاضي الوطني.

لقد أدى التكيف والتي نادى بها الفقيه دارجنترية الى التأسيس لفكرة الفئات المسندة<sup>1</sup> او يسمى بقواعد الاسناد او قاعدة الاسناد فاضع الاموال العقارية لقانون موقعها كونها منظمة بموجب قانون عيني وتستتبع ذلك الحقوق المترتبة عنها والتصرفات الناشئة بشأنها واخضع المنقولات لقانون موطن مالكيها كونها قابلة للتنقل فانه يجب اخضاعها الى رابطة مكانية ثابتة نسبياً.

اما ما تعلق بحالة الاشخاص واهليتهم فإنها تخضع لقانون موطن الشخص انطلاقاً من غاية تحقيق العدالة ولي استقرار الأحوال الشخصية كتقرير عام وكتقرير خاص كون ان الشخص لا يمكن ان يتمتع بكامل الاهلية في اقليم محدد ويعتبر ناقص اهلية بمجرد تخليه عن هذا الاقليم.

لقد اسس الفقيه دارجنترية نظريته على فكرة رئيسة وهي عينية الأحوال من منطلق تكوينه وخلفيته السياسية ثم جذب اليها بعض المتشابهات والاصناف وتناولها بالحللول ورغم ان ملهمته كانت المدرسة الايطالية الا ان غلوه في التحيز للقاضي الوطني كان نتيجة حتمية كونه انطلق من فكرة عامة تعالج كافة المسائل العالقة دون خوضه في كل مسألة حدى ما يجعل من فكرة التعصب لقانون القاضي الوطني بادية كون أن بحوثه ركزت على اسبقية قانون القاضي الوطني على عكس المدرسة الايطالية التي كانت تروم العالمية.

ويعاب عليه انه فكر بسيط انطلق من فكرة تقسيم الأحوال الى عينية وشخصية الامر الذي انعكس على النتائج كون اتسم بالفكر القاصر عن استيعاب كافة الأحوال بإهماله للجرائم وشكل التصرفات وكذا الالتزامات وما تعلق بالمرافعات.

<sup>1</sup> - د/ رمزي محمد علي درار / المرجع السابق ص 299/194.

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

وعيب عليه الحشر وحشو الأفكار ولم يضع حدا فاصلا بين الاحوال العينية والشخصية<sup>1</sup> الا من منظور ضيق بالأهلية على سبيل اخر من فقهاء القرون الوسطى من الاحوال الشخصية ولم يدرج باقي الاحوال العينية وانما ربطها بالعقد نفسه.

لقد حوت نظرية الفقيه دارجنتره كما هائلا من التناقض كونها أرادت الجمع بين النقيض والنقيض كونها اهتمت بإقليمه القوانين بمجهود بالغ الا انها وضعت استثناء في تطبيق القاضي الوطني للقانون الاجنبي متى تعلق الامر بالأشخاص والمنقولات وبعد الخروج عن مبدأ الإقليمية المبدأ الاصيل وكذا تناولها لسريان المجال أو النزاع الوطني وحصرت سيادتها على اقليم الدولة واجازت تطبيق قوانينها خارج الاقليم ما ينتج عنه تصادم السيادات

ضف الى ذلك انه كان متنكرا لواقع الذي ولدت فيه الاحكام كون ان النظم الاقطاعية كانت على تشرف على النهاية وهو كان ينادي اصلاحها والاستقلال عنها رغم ان الحكم صار الى الملك وازدهار الملكية تلاشت الاقطاعية ولكنه يريد بعث مجد قد انقضى كونه كان يريد الحفاظ على الوضع مع اصلاحه واصدا الباب أمام المد الفرنسي بملكيتها وهو الامر الذي جعل روح هذه الافكار ضمن المدرسة الفرنسية ضئيل الاثر وقلتها مدارس أخرى خارج فرنسا ورغم النقائص المسجلة ضد هذه النظرية الا انها كانت قد اثرت درب البحث وبفضلها اصبح للمدرسة الفرنسية كيان مستقل عن باقي المدارس.

### المطلب الثاني: المدرسة الالمانية:

من منطلق الحداثة والملازمة للقرن التاسع عشر- ظهرت مدارس جديدة تبنت مخرجات جديدة بالاعتماد على الاسس القانونية المتوصل اليها بفضل التراكمية البحثية ان اسعفت الكلمة واختلفت في التعاطي مع مشكلة تنازع القوانين بتخطيها للمحلية وانغماسها في الدولية.

لقد تشابكت مناهجها كل حسب مشربه فمنهم من اعتمد على التحليل المنصب على النصوص الموجودة ومنه من سار في درب المبدأ العام بين الحيرة في التمسك بمبدأ اقليمية القوانين أو العزوف عنه والتمسك بمبدأ شخصية القوانين ومنهم من بني فقهه على التفريق بين ما ذا كان الشارع يتحرى في معضلة تنازع القوانين سيادة الدول أو يتحرى مصالحها ومبرر تطبيق القانون الاجنبي سواء بالاعتماد على مخرجات تم طرقها انفا او سلفا مثل فكرة المجاملة الدولية أو العدالة الدولية وللوقوف على ذلك وجب علينا الغوص لأفكارها وانتاجاتها وتأثيرها في ايجاد الصيغ السلمية والمعقولة الى حد ما.

اذا وضع هولندا مشابه بوضع المدن الايطالية ،خلال القرن السابع عشر ،فان المانيا تشابه وضعها ووضع تلك المدن خلال القرن التاسع عشر ، وكأنها بقت قابعة في القرن الثالث عشر ،كونها كانت مقسمة الى اقاليم، يجتمع

<sup>1</sup> - د/ حمزة قتال / المرجع السابق ص 26.

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

كل واحد منها بأعرافه وقوانينه الخاصة، وبقاء الشريعة العامة المنتهية في القانون الروماني، وفي ظل هذه المعطيات ظهر الى الوجود الفقيه سافيني والذي عاش ما بين سنوات 1861/1773.

لقد كانت بداياته تنبئ بأنه سيكون نسخة طبق الاصل لسابقه<sup>1</sup>، الا انه شرد عن ذلك الراي المسبق، واتخذ موقفا مغايرا لمن سبقوه، واعتمد على التركيز المكاني للعلاقة محل النزاع، واختلف عنهم اختلافا جذريا ولمن سار في درهم.

لقد انطلق سفيني من رفضه لفكرة تحديد نطاق تطبيق القوانين.(اعتماد على تحديد طبيعتها عينية او شخصية او اقليميه....)

ومنه يكون قد اكتفى على نفسه، وترك ما توصل اليه السابقون، لكونه استبعد كافة الحلول السابقة لحل مشكلة التنزع، ورفض فكرة تنزع القوانين على اساس انها تنزع بين السیادات، وانطلق في البحث عن أكثر القوانين انسجاما مع طبيعة العلاقة القانونية، دون البحث في مصلحة الدولة، في تطبيق قانونها على اقليمها او على مواطنيها خارج اقليمها وان القاضي الوطني لا يطبق القانون الاجنبي، الا كونه هو من اراد ارضاء ومجاملة المنظومة القانونية الاجنبية، وانما بكونه الوسيلة المثلى لتقديم وتوفير الحل المناسب والذي يتماشى مع طبيعة الاشياء والعلاقة القانونية.

حتى وان كان الفقيه سافيني، ينظر الى معضلة تنزع القوانين نظرة عاطفية، واقصائية بحسرها في الدول الأوربية، على اعتبار انها كلها ضمن الشريعة الرومانية، وانها متحدة متاثلة من حيث الدين كونها كلها تدين بالمسيحية<sup>2</sup>.

الا ان لنظرة افاق حتى وان لم يدركها في حينها، بكونه اول من اشار اليها، كونه ابتغى الحلول في ظل تضافر دولي، وان هذا لا يتم الا بين الدل والتي حصرها في الدول الاوربية، لوحدة النظام القانوني والاثنى والثقافي، اي بحكم التماثل بين النظم القانونية كمنطلق لايجاد الحلول.

لقد اعتمد على العلاقة القانونية ذاتها لإيجاد الحلول، باعتبار ان كل علاقة قانونية لها نطاق معين، يبرر الحل الواجب لها تبعا للقانون الأكثر اتساقا معها واتفاقا مع طبيعتها.

رغم الافكار التي جاء بها سافيني اعتمادا على رؤيته المبنية على التكاتف والتالف والتضافر الدولي الا انه اوجد حلول لمعضلة تنزع القوانين، وهو ايجاد ضابط الاسناد المشترك بين الدول، وأن التماثل القانوني كفيلا بتحديدده بالبحث في طبيعة العلاقة القانونية محل النزاع، ومدى اتصالها بالشخص ومحيطه الاجتماعي والاقتصادي، وفي حرية النشاط المترتب عن ذلك، ومنه التقصي عن التوطن المكاني للعلاقة.

<sup>1</sup> - د/ جابر جاد الله / المرجع السابق ص 70

<sup>2</sup> - د/ احمد عبدالكريم سلامة / المرجع السابق ص 199

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

رغم ان الفقيه سافيني لم يتحرك انطلاقاً من فكرة مسبقة، حسب رغم بعض الفقهاء، إلا أن هناك فئة تتبنى المبالغة في تقديره، كونه لجأ الى قواعد الاسناد التقليدية، ومنه أقام أسانيد نظريته، بإخضاع اهلية الاشخاص وحالاتهم لقانون الموطن الحالي للشخص، كونه اعتمد على فكرة تركيز الموطن والتوطين<sup>1</sup>، ومنه مادام الشخص مرتبط بالحيز المكاني فان قانون هذا الحيز هو المطبق عليه، وأن النظام الساري في ذلك الموطن لسوف يؤثر على حالته واهليته.

كما اخضع الاموال لقانون الموقع، انطلاقاً من موطنه وان الاموال هي امتداد طبيعي للشخص ومظهر انسانيته، وبما انه هو له موطن، وبالتالي ترتبط قانوناً بحضوره الزماني، وهو مكان تواجدها ومنه كان لزاماً عليه اخضاع الاموال محل التركة لمكان او موطن المورث المتوفى كون ان الاموال نتاج النشاط الادبي او الشخصي. وهي أكثر اتصال بمكان اقامة الشخص، واخضع شكل التصرفات لمكان محل ابرامها، كون ان هذا التصرف يخضع للمكان الذي ظهر فيه اعتباراً من أنه لم يكن موجوداً قبلاً وبذلك يخضع موضوع التصرف لمكان تنفيذه، كون ان الالتزامات الارادية يعتد فيها بحسبه بمكان انتاج اثارها القانونية وانها تحقق كامل اثارها ضمن مكان تنفيذه، ما لم يتم العدول عن ذلك بإرادة صريحة ارتضى عليها اصحاب الشأن تقضي بخلاف ذلك.

وخدمة لفكرة التوطين، فان الافعال الضارة حتماً ستخضع لمكان وقوعها، لكنه تخلى عن الاساس واخضعها لقانون القاضي على اعتبار أن الافعال الضارة مؤكدة الالتزام، ومنه يكون لزاماً على القاضي الوطني تطبيق قانونه الشخصي بصدها.

لقد ككل الفقيه سافيني، رؤيته بوضع قيد على نظريته في حالة تنافر القوانين ان صح التعبير وجاز، أي أن فكرة غياب الاشتراك والتماثل القانوني، التي نادى بها وجعلها احدى روافد منصة الانطلاق لفكرته، أما بسبب جهل القاضي للقانون الاجنبي، أو عدم الاعتراف به كقانون كامل البنيان.

او لتعارض قواعده مع نظيره قانون القاضي الوطني، وكأنه يشير الى مخالفة النظام العام في قانون دولة القاضي الوطني مع نظيره في القانون الاجنبي.

### الفرع الاول: تقيم فكر سافيني:

رغم ان القيه سافيني انطلق من مخرجات ذاتية لا ارتباط لها بمن سبقه، إلا انه اثناء مسيره الفكري، يكون قد ركن الى فقه الفقيه دارجنتريه، وانهى مسيره تقليداً له أو نسخاً لأفكاره بفكره الخاص<sup>2</sup>، أن المتصفح المتأني يجد أن نتاجه الفكري تطابق مع منتج مدرسة الاحوال الايطالية، كونه خص كل علاقة قانونية بحكم خاص، انطلاقاً من مكانها دون ربطها بمبدأ سواء مبدأ الإقليمية او الشخصية بسبب، انه اتكى على المنهج

<sup>1</sup> - د/ حمزة قتال / المرجع السابق ص 27.

<sup>2</sup> - د/ حمزة قتال / المرجع السابق ص 27

## يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

التحليلي في تشريح العلاقات القانونية، وارجاعها الى مصدرها، ليخلص في النهاية الى تبيان القانون الواجب التطبيق بشأنها.

لقد اكتسب ناتج الطابع العالمي حتى ولو اكتفى وقصد من مسألة الاشتراك والتاثل القانوني الدول الأوربية دون غيرها من الدول، كونه كان من وجهة نظره ينقب عن القانون الانسب لحكم العلاقة القانونية، والتي يمكن ارجاعها او ادخالها تحت مسمى الاشتراك القانوني دون الانحياز لقانون يلزمه أو قانون معين بحد ذاته.

### الفرع الثاني: النقد:

لكل نتاج فكري انساني سقطات ونقاط قوة، إن الفقيه سافيني لا يمكن عصمته، فمن منطلق النقص البشري وغير الكمال لبشر مهما كانت نسبة ذكائه أو اطلاعه سوف تعثره نقائص أو ثغرات، كون ان الكمال منشود وغير موجود، وبمراجعة زوايا انتقاد الفقهاء والدارسين لهذا النتاج، فإننا نخلص الى ان فكر سافيني اخذ عليه عدم ثبات ووضوح فكرة الاشتراك القانوني، وهي حجر الزاوية وحجر الاساس في رؤياه، لاختلاف القوانين عن بعضها حتى ولو كان سراجها ومنبعها واحد وتراخت نشأة وفق ايدولوجية واحدة، على اعتبار وجود نظام عالمي واحد مكون من اتجاهين لاسم الجرماني، وبالنتيجة العكسية التي يمكن أن ترتب دون ترتيب مسبق لها وهي اشتراك الحلول بين قوانين شتى حتى في غياب فرضية الاشتراك القانوني، التي نادى بها، كما ان الثورة الحديثة جعلت من العالم بكافة دوله متقارب بحكم اتساع رقعة التجارة وخطوطها الدولية، وبحكم الاختلافات الكثيرة بين انظمتها القانونية، الا ان ذلك لم يقف حجر عثرة في وجه ازدهار القانون الدولي الخاص.

وانه من جهة اخرى فان عدم صمود الخضوع الاختياري، او البناء على احكام ارادة الاطراف، كون ان القانون يطغى على طبيعة قواعده القواعد المكملة، وباعتبار ان قواعد القانون الدولي الخاص في مجملها او معظمها قواعد آمرة، ومن هنا يتولد التعارض، امام اهمال هذه الفكرة، وعدم تناولها بالبحث بمناسبة كل العلاقات القانونية.

رغم أنه أثرى بحوثه بحلول شتى سواء بإسناد العلاقة القانونية الا ارادة الاطراف او محل وجود الشيء المتعاقد عليه أو ما تقتضيه طبيعة الاشياء<sup>1</sup>، إلا أن كل هذه التعليقات وضعت في وجه الريح وعصفت بها، لأن القانون الدولي جله عبارة عن قواعد آمرة واجبة التطبيق، ولا مجال لاستبعادها الى في حدود ضيقة، وكأنه اقصى هذه التبريرات بتعاطيه مع موطن أو محل وجود الاشياء، ومكان وجود العقار، وجعل من نظرية تئن تحت نير الضعضة المنطقية.

وانطلاقاً من الاختلاف بين التأصيل النظري، ومباشرة التطبيق الفعلي فان فكرة التركيز المكاني المتشعب بها سافيني، لا يمكن إعمالها بصورة سلسلة ضمن الفئة الواحدة، كالعقود التي تنشأ في مكان معين، وتنفذ في مكان

<sup>1</sup> - د/ عزالدين عبدالله / المرجع السابق ص 30.

## أسبقية قانون القاضي الوطني على القاضي الأجنبي

آخر وتحدث اثارها القانونية في دولة أخرى ،على اموال موجودة ضمن دولة أخرى يختلف نظامها القانوني عن الدولة الأولى، ومنه تطفو الى السطح عدة مشاكل بخصوص اسنادها الى قانون احدي الدولتين.

### خاتمة:

بعد تجوالنا في عديد المحطات التاريخية، فيما يتعلق بفكرة تنازع القوانين، ومدى قبول القاضي الوطني فكرة تعاطيه مع القانون الأجنبي، وتطبيقه على واقعة عرضت، وغرفا من دلاء الفقهاء والمدارس التي تناولت الفكرة بالمناقشة والبحث، أما بسبب قضايا عرضت على قضائها، أو كانت دولها مسرحا لها ، أو من قبيل فكرة الترف العلمي و هي محاولة إيجاد حل لكل عارض أو طارئ حلا، أمام القضاء متى كان مشتمل على عنصر اجنبي.

لقد باتت ضرورة التخلي عن التعصب اتجاه قانون الدولة وجعله هو السائد الأول، بمناسبة كل قضاء يعرض على القاضي الوطني، والتمسك الغير مبرر بمبدأ الإقليمية، كونه مبدا تراجع امام المعطيات التي فرضها التطور الحاصل في شتى المجالات ،من يسوره التنقل للأشخاص والبضائع وما انجر عنها من عقود وزواج مختلط ، ووسائل الاعلام والاتصال التي بلغت ذروة التطور ومساهمتها في ابرام العقود الالكترونية وصيرورة العالم كقرية صغيرة.

نخلص من هذا الموضوع، بالقول أن موضوع اسبقية قانون القاضي الوطني على القانون الأجنبي، وبالرغم من انه كان واحد من مواضيع القانون الدولي الخاص وحاز اهتمام الكثير من الفقهاء فان الحلول التي نادى بها اصحاب المدارس المعروفة، في غزل الحلول التي واجهتها على مستوى دولها، وتخطبها بين التوفيق والفشل، إلا أنه وجد رجعة وبعثا أرسى قواعد تفي بالغرض، كونها أوجدت حولا اعتمدتها الكثير التشريعات في قوانينها الداخلية.

لقد ساهم النظام العالمي الجديد، والتطور الحاصل فيعلى كافة الاصعدة، في طي المسافات بين الدول والفروقات مما وضعنا أمام حتمية معالجة ما ينجر عن هذا النظام من علاقات محلها القانون الخاص.

إن تذليل العقبات التي كانت سدا مانعا، امام كل محاولة لتقريب وجهات النظر في الناحية القانونية، وذلك بالتغاضي عن مبدا تطبيق القوانين محليا على كل رعايا الدولة من مواطنين واجانب، فان الحلول التي سقناها من خلال هذا العمل، جديرة وكفيلة بوضع هذا لكل معضلة قانونية تتعلق بتنازع القوانين، وتفتح المجال امام القاضي الوطني بتبني القانون الأجنبي، دون فرض اي قيد مسبق وسوق مبرر يمتنع تطبيقا.

### المراجع المعتمدة:

1. الطيب زيتوني القانون الخاص الدولي الجزائري الجزء الاول تنازع القوانين مطبعة الفسييلة الجزائر الطبعة الثانية 2008 .
2. علي علي سليمان مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر طبعة 2005 .
3. رمزي محمد علي درار فكرة تنازع القوانين في القانون الاسلامي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت طبعة 2011 .

### يعقوبي عبد القادر، فتاك علي

4. عز الدين عبدالله القانون الدولي الخاص المصري الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين دار النهضة المصرية القاهرة الطبعة الثانية 1958 .
5. احمد عبدالكريم سلامة الاصول في التنازع الدولي للقوانين دار النهضة العربية القاهرة طبعة 2008 .
6. حمزة قتال تنازع القوانين القواعد العامة مطبعة دار هومة الجزائر 2018 .
7. اعراب بلقاسم القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الطبعة العاشرة، سنة 2008.
8. جابر جاد عبدالرحمان تنازع القوانين دار النهضة القاهرة طبعة 1970 .
9. نادية فضيل تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني دار هومة طبعة 2002 .