المحاضرة الخامسة

مرونة المشرع الوطني ازاء القانون الاجنبي

ان التنازع يفترض حدا ادنى وجود قانونين صادرين عن دولتين مستقلتين، وهذا يعني ان التنازع الدولي لا ينصرف الى تنازع شرائع تابعة لقانون دولة واحدة،ويمكن ان يكون القانونين اجنبيين او احدهما وطني و الاخر اجنبي وفي الحالتين فان المشرع الوطني عليه ان يبدي درجة من المرونة في التعامل مع القانون الاجنبي وذلك بالسماح للقاضي بتطبيق القانون الاجنبي ،وهذا السماح يظهر من خلال النص عليه عبر قواعد يصطلح عليها فقهً بقواعد الاسناد (قواعد تنازع القوانين) فالقواعد الاخيرة تحمل معنى الاجازة او السماح التشريعي للقاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي و المفهوم المخالف لذلك ان عدم وجود هذه القواعد يعني غياب التنازع بغياب التسامح او الاجازة بتطبيق قوانين اجنبية الى جانب القوانين الوطنية على الاراضي الوطنية ، كما ان السماح التشريعي بتطبيق قوانين اجنبية يعني الانفصال او عدم التلازم ما بين المحكمة (الاختصاص القضائي) و القانون الواجب التطبيق (الاختصاص التشريعي) ،فيمكن ان تكون محكمة وطنية تطبق قانون اجنبي ،و هذا الحال احد اهم اسباب ظهور التنازع الدولي للقوانين ، حيث لم يكن في السابق هذا الفصل فكانت كل محكمة وطنية تطبق قانونها الوطني ولا يمكنها ان تطبق غيره

أي كان كل من الاختصاص التشريعي و الاختصاص القضائي متلازمين لدولة واحدة ،وقد كان ذلك عندما كانت السيادة لإقليمية القوانين المطلقة حيث يملك كل قانون مساحة نفوذ تحدد بحدود الدولة وليس له نفاذ خارج ذلك سواء كان قانون عام ام خاص ،وبذلك لم يكن هناك تسامح بين المشرعين بتطبيق قوانين غير قوانينهم الوطنية كما وان كل قانون يحكم جميع الاوضاع ،و العلاقات سواء اكان اطرافها وطنيين ام اجانب، وبالمقابل فان سيادة مبدا شخصية القوانين المطلقة يمنع التنازع لانه يمنع التسامح و الجواز بتطبيق القوانين الاجنبية ،اذ يطبق كل قانون بحسب هذا المبدا على الوطنيين في داخل الدولة وخارجها وهذا يعني ان مساحة نفوذ كل قانون هم الاشخاص الوطنيين ،وهذا يمنع خضوعهم لقوانين اخرى، وان كانوا داخل مساحة نفوذ قوانين اجنبية، وعليه نخلص الى ان اعتماد أي من المبداين الاقليمية او الشخصية بشكل مطلق يمنع تنازع القوانين ، وهو يبين ايضا امتناع اجتماع أي من المبداين مع التنازع ،وهو من الاعتبارات التي اعتمدها القائلين بعدم وجود فكرة التنازع في اطار الشريعة الاسلامية ،ذلك لانها شريعة عالمية تطبق تطبيقا اقليميا على جميع القاطنين في حدود الدولة الاسلامية من مسلمين وغير مسلمين، كما تطبق تطبقا شخصيا على جميع المسلمين في داخل حدود الدولة الاسلامية وخارجها، فالشريعة لا تقبل مزاحمة لها في داخل الدولة الاسلامية وخارجها، ومقابل ذلك ذهب البعض الى ان الشريعة عرفت فكرة التنازع ذلك لانها وان كانت شريعة عالمية الا انها تقر من الناحية العملية بوجود الدول،كما اقرت حكم غير المسلمين بشرائعهم في ظل اتحاد الدين و الملة، وتطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين في ظل اختلاف دياناتهم ومللهم كما هو الحال بالنسبة لزواج مسيحي من يهودية امام قاضي مسلم حيث سيطبق الشريعة الاسلامية في حين يطبق الشريعة المسيحية اذا كان كلاهما مسيحيا من مذهب الكاثوليك 0.

ومن الجدير بالذكر ان التشريعات الوطنية اعتمدت كلا المبداين الشخصية و الاقليمية بشكل نسبي أي انها اقرت بجعل السيادة للقانون الوطني في الاراضي الوطنية مع تطبيق القانون الاجنبي في العلاقات التي تتصل بالقانون الاخير باحد عناصرها فاعتماد مبدا الاقليمية النسبية ومبدا الشخصية النسبية من عوامل ازدهار تنازع القوانين( ).

اختلاف القوانين في المسائل الثانوية

لما كان التنازع ينشا عن الاختلاف بين قانونين او اكثر بمناسبة علاقة متصلة بكل منهما بعنصر او اكثر، فهذا يعني غياب الاختلاف بين القوانين غياب التنازع من الناحية العملية ذلك لوحدة الحلول ، ويقتضي ان يكون الاختلاف في المسائل الثانوية كسن البلوغ وشروط الزواج و اسباب الطلاق و الية انتقال الملكية وبعض شروط الميراث و الوصية ويقتضي ان لا يبلغ الاختلاف بين القوانين حد المسائل الجوهرية،ومنها التعامل في تركة انسان على قيد و موانع الزواج واسباب الدين ومثال ذلك الاختلاف بين القانون العراقي و السويسري بشان التصرف بالتركات المستقبلية وهي مسالة جوهرية كذلك الخسارة في لعبة القمار يمكن ان يترتب عليها مديونه ، وزواج مسيحي من مسلمة فيكون هناك مانع من موانع الزواج بحسب قانون قاضي النزاع اذا كان قانون دولة تعتد بمثل هكذا مانع ، فهذه المسائل تعد جوهرية فالاختلاف في الحكم فيها بين القانون العراقي و الاجنبي لا يترتب عليه نتيجة التنازع انما التنافر وهي تحصل عندما يتقاطع القانون الواجب التطبيق في الحكم مع قانون قاضي النزاع. حيث ينفر الاخير الاول عبر الية استبعاده باسم فكرة يصطلح عليها بالنظام العام وهذا يعني ان الاختلاف في المسائل الثانوية هو اختلاف في مسائل متعلقة بقواعد مفسرة تحرك التنازع بينما الاختلاف في المسائل الجوهرية اختلاف في مسائل متعلقة بقواعد امره لا تقبل التنازع( ) بل التنافر و الاستبعاد فالتنازع. يحصل في المسائل الثانوية اما الاختلاف في المسائل الجوهرية لا يفضي الى التنازع انما الى التنافر، في الحقيقة ان الوضع الاخير يحرك قواعد يصطلح عليها بالقواعد ذات التطبيق الضروري وهي قواعد موضوعية ذات حلول مباشرة وحاذفة للتنازع .

الصفة الدولية للتنا زع

ينهض التنازع بين قوانين دول مستقلة بعضها عن البعض الاخر، أي ان يمثل كل قانون سيادة تشريعية وهذا يعني ان القوانين المتنازعة يقتضي ان تكون صادرة بين دول تتمتع بالشخصية الدولية وفق قواعد القانون الدولي أي يتوافر فيها اركان الدولة من شعب واقليم وسلطة نظامية تصدر القانون ،وتحرص على تطبيقه وبذلك ياخذ التنازع وصف التنازع الدولي فالصفة الدولية تاتي من خلال القوانين الصادرة عن دول مستقلة بعضها عن البعض وبذلك يخرج عن هذا المفهوم التنازع بين قوانين دويلات تابعة لدولة واحدة تتعدد فيها القوانين تعدداً اقليمياً مثل الولايات المتحدة او تتعدد فيها القوانين تعدداً شخصياً مثل لبنان ومصر، فهذا التنازع ياخذ وصف التنازع الداخلي ،ومن الجدير بالذكر ان الانظمة الانكلوسكسونية ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية لم تفرق بين التنازع الداخلي والتنازع الدولي في الحلول.

كما لا يتصف التنازع بالصفة الدولية اذ حصل بين قانون دولة وقانون احد مستعمراتها، والذي يصطلح عليه بالتنازع الاستعماري كما كان عليه حال القانون الفرنسي و القانون الجزائري ابان خضوع الجزائر للاحتلال الفرنسي وياخذ نفس الحكم التنازع بسبب الضم الذي يثار بين قانون الدولة الضامة وقانون الدولة المضمومة كالتنازع بين القانون الالماني وقانون الالزاس و اللورين بعد ضمها الى المانيا.

ويمكن ان تتوافر الصفة الدولية في نوع من التنازع يصطلح عليه بالتنازع المشترك كالتنازع بين قوانين الاتحاد الاوربي فهو يقف وسط بين التنازع الدولي لانه يقوم بين قوانين دول مستقلة و التنازع الداخلي لانه يقوم بين قوانين دولة في مسائل مشتركة بينها.

واذا كان التنازع مقصود الدراسة هو التنازع الدولي بين قوانين دول مستقلة بعضها عن البعض الاخر فهل يقتضي ذلك ان تكون هذه الدول معترف بها حتى يقبل تنازع قوانينها، مثال ذلك هل يمكن ان يتنازع القانون الاسرائيلي مع القانون السوري في حين لم تعترف سوريا باسرائيل اجاب الفقه عن ذلك باتجاهين الاول يذهب الى القول ان التنازع يقوم بين قوانين دول معترف بها أي حتى يطبق قاضي النزاع قانون دولة ما يقتضي ان تكون الاخيرة معترف بها من قبل دولة قاضي النزاع ويستند هذا الاتجاه الى احد السوابق القضائية التي تتمثل بحكم محكمة ايكس ان بروفس في 23 كانون ثاني عام 1925 الذي قضى برفض تطبيق القانون الروسي وذلك لعدم اعتراف فرنسا بالحكومة السوفتية انذاك.

ومقابل ذلك ذهب اتجاه اخر الى ان عدم الاعتراف بقانون دولة ما غير مانع من التنازع، فيمكن ان تطبق المحكمة قانون دولة لم تعترف بها دولتها، لان حل تنازع القوانين يستهدف تنظيم تطبيق قانون الدول الاطراف في النزاع لا تنظيم العلاقة فيما بينها ، فالاعتراف اجراء سياسي لا تاثير له في هذا المجال، ونعتقد ان الاتجاه الثاني هو الاقرب للصواب طالما امكن التسلم ببعض الاعراف و العادات القبلية من قبل جانب من الفقه، فمن باب اولى التسليم بالقواعد التي تاخذ وصف القانون طالما انها صادرة عن سلطة اقليمية نظاميه على حد تعبير الفقيه بارتن، اضافة الى ان تطبيق قانون دولة لم يعترف بها من قبل قاضي النزاع فيه حماية للحقوق المكتسبة التي حصل عليها الافراد في ذلك القانون وبعكس ذلك ستفوت منفعتهم من تلك الحقوق وتحقيق مصلحة المدين بسب تلك الحقوق وفوات مصلحة الدائن وهو ما يخل بالعدالة .