

النزعة البراغمية في إنشاء أحكام القانون الدولي الخاص

د. علال طحطاح
أستاذ محاضراً
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة الجيلالي بونعامة . خميس مليانة .

ملخص:

سأعرض من خلال المقال لمظاهر النزعة البراغمية التي اعتمدت في تكريس مجموعة من قواعد تنازع القوانين، سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية القضائية. حيث أقوم بتحليل مختلف القواعد و المبادئ و النظريات التي ارساها عديد الفقهاء المعروفون وسنلاحظ أن المنطلقات و النتائج على السواء تتسم بالبراغماتية، فمختلف المبادئ نراها مجسدة للتوجه فكري أو ايدولوجي أو سياسي أو عرقي معين، فمظاهر القومية حيناً و معالم التعصب للقانون الوطني حيناً و التوجه الاستقلالي و الانفصالي حيناً تكون ظاهرة و هي المنطلق و النتيجة في تكريس مبادئ القانون الدولي الخاص، وهذا يقتضي بالضرورة تناول تلك النظريات و التأصيل لها لإبراز مظاهر البراغمية فيها.

و على الصعيد القضائي سيما فيما يخص القضاء الفرنسي ، فسأقوم بدراسة مختلف القضايا المبدئية في القانون الدولي الخاص ، سواء المتعلقة بالتكييف أو الإحالة ، و هذا يقتضي تحليل تلك القضايا لإبراز أن القضاء الفرنسي تحركه البراغمية في تجسيد مبادئ القانون الدولي الخاص ، فهو ينتصر لمصلحة الفرنسي حيناً و يعطي مبررات لذلك و يكرس مبادئ لذلك، و يحيي مصلحة القانون الفرنسي و يعطيه الأولوية في التطبيق أحيانا أخرى ، و ينتصر للقاضي الفرنسي أو فكرة النظام العام الفرنسي أو أنه يحيي الدولة الفرنسية و مؤسساتها و يبرر ذلك وفقاً لمبادئ قد تبدو موضوعية غير أن محركها الرئيسي المصلحة و المنفعة، وهذا أيضا يقتضي أن أقوم بتحليل مختلف الأحكام و القرارات القضائية ذات الصلة لإبراز النتيجة المنوّه بها.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين، المدرسة الفرنسية، المدرسة الإيطالية، المدرسة الهولندية، التكييف، الإحالة، البراغمية.

Résumé:

Je vais essayer dans cet article d'introduire la tendance pragmatique sur laquelle on s'est appuyé dans l'énonciation d'un certains nombres des règles de conflit de lois, du point de vue théorique et juridictionnel.

Je vais analyser les différentes règles, principes, et théories fondées par plusieurs théoriciens, et on va remarquer que leurs prémisses et leurs résultats n'ont pas échappé au pragmatisme.

Par exemple, plusieurs principes reflètent une orientation intellectuelle, idéologique, politique, ou même ethnique spécifique.

On va observer les manifestations du nationalisme, de la tendance indépendante mais aussi séparatiste. C'est pour cela que nous sommes obligé de voir toutes ces théories, pour pouvoir démontrer l'existence de ses caractéristiques dans les règles de conflit de lois.

En ce qui concerne la jurisprudence française, j'ai essayé d'étudier plusieurs affaires principales dans le droit international privé, concernant la qualification du juge et le renvoi, l'analyse de ces affaires nous permettra de mettre en évidence que le juge français est influencé par le pragmatisme en appliquant les règles du droit international privé. Parce qu'il renforce la protection des intérêts des français, et en donne la priorité, il protège l'ordre public et les institutions de son pays, ses arrêts sont apparemment basés sur des principes objectifs, mais à vrai dire, son premier objectif est l'intérêt de son pays.

مقدمة:

رغم اختلاف القواعد القانونية من نظام قانوني إلى آخر أو من دولة إلى أخرى فإن المبرر المنطقي لتلك الاختلافات هي منطلقات موضوعية تتعلق أساسا بالتقدير المنطقي لما يجب أن تكون عليه القاعدة القانونية، ويتحكم في ذلك عدة أسباب ومبررات منها ما يتعلق بخصائص القاعدة القانونية سيما خاصية اجتماعية هذه القاعدة والتي تجعل القاعدة عند نشأتها تأخذ بعين الاعتبار سلوكيات وعقائد وعادات المجتمع وتقاليده، ومنها ما يتعلق بالأهداف وأهمها حفظ النظام العام في المجتمع وتحقيق المصالح العامة، كما قد يهدف القانون إلى موازنة بين مصالح خاصة وتحديد أيها أولى بالحماية من منطلقات موضوعية قد ترتبط باستقرار المعاملات أو المحافظة على المراكز القانونية أو حماية الطرف الضعيف وغير ذلك من المنطلقات الموضوعية.

فالقواعد القانونية موضوعية أو إجرائية تنشأ في غالبيتها اعتمادا على منطلقات موضوعية تتسم بحياد رؤية واضعها إلا من مبادئ وأحكام يخضع لها الجميع لتحقيق النتائج المرجوة من تلك القواعد. على خلاف العقود التي يسعى كل طرف من أطرافها إلى تحقيق مصالحه المتضاربة مع مصلحة الطرف الآخر لذلك أنشئت قواعد أمرة في كثير من الأحيان لتنظيم العملية التعاقدية لفرض حد معين من الموضوعية والمحافظة على المبادئ العامة والأهداف المسطرة قانونا.

غير أن المتفحص والمدقق في أحكام ما يسمى بقواعد تنازع القوانين أو كما يسميها البعض قواعد القانون الدولي الخاص يرى أن منطلقات نشأتها برغماتية في الغالب يحاول واضعها تغطيتها بغطاء من

الموضوعية التي قد تحجب الحقيقة عن البعض مالم يتعمق في خلفية انشاء تلك القواعد و منطلقاتها ، بل و نتائج فرضها و تقريرها.

و نشير أن طبيعة الموضوع أي تنازع القوانين يقتضي بالضرورة نوع من البرغماتية، فالتنازع يقتضي أن يحاول كل متنازع بسط رأيه و إن كان الأمر هنا يتعلق بتنازع القوانين لا الأشخاص فإن هذا التنازع يفترض سعي مناصري القوانين المتنازعة لتغليب قوانينهم و لو اعتمدوا مبادئ قد تبدوا موضوعية فإنها لا تخلو في الحقيقة من البحث عن المصلحة التي يغلب عليها الطابع المعنوي ، حيث يسعى كل فقيه أو قاضي إلى تغليب كفة القانون الذي يراه مناسباً هذا عند نشأة قواعد تنازع القوانين ، أما مع استقرار القواعد فأصبحت المناورة قليلة جداً تتعلق في الغالب إما بعدم وجود قاعدة اسناد أو البحث عن تفسير لقاعدة قد تبدو غامضة.

و المصلحة قد لا تكون بالضرورة تطبيق القانون الوطني بل قد تستدعي المصلحة تطبيق قانون غير القانون الوطني يعطي أكثر نفع للدولة المعنية أو لأحد مواطنيها . حتى و لو حاول بعض الفقهاء التخفيف من شدة مصطلح التنازع ، بالقول بمصطلحات أقل شدة بعدما أكدوا أن الواقع يظهر أنه ليس هناك من تنازع بالمعنى الحقيقي، لذلك رأى الكتاب الهولنديين في القرن السابع عشر الاستعاضة عن تسمية تنازع القوانين باصطلاح (تسابق القوانين) و استعمل الكتاب الانجليز (اختيار القوانين)¹، فإن حقيقة البحث عن قانون يحكم الوقائع القانونية موجودة و سواء تعلق الأمر بتنازع أو تسابق أو اختيار فإنه يتضمن اعطاء الاختصاص لقانون و اقضاء آخر و هذا يقتضي الانطلاق من منطلقات يفترض أنها موضوعية، غير أن النفس البشرية تبقى بخصائصها خاضعة للمصلحة في اعتماد الأحكام و لو لم تكن مادية فهي معنوية، و هو أمر يكاد يكون مشروعاً طالما كانت نتائجه و أدواته مشروعة. فهل قواعد القانون الدولي الخاص تتسم بموضوعية في النشأة و النتائج أم أنها تتسم بالبرغماتية في كل ذلك؟

سأحاول الاجابة على هذه الاشكالية في محورين ، أخصص الأول لبرغماتية النظريات الفقهية المتعلقة بالتأصيل للقانون الدولي الخاص ، و في محور ثاني أخصصه لبرغماتية الاجتهادات القضائية المنشأة لبعض أحكام القانون الدولي الخاص ، و سننهي البحث بخاتمة نورد فيها مختلف النتائج المتوصل إليها.

المحور الأول: النزعة البراغمية في تأسيس المبادئ ذات النشأة الفقهية التي تحكم تنازع القوانين. لو تفحصنا ببعض التدقيق و التمحيص ظهور النواة الأولى لمسألة تنازع القوانين و تطورها و فقا لمختلف الآراء الفقهية المعبرة عن الحلول لهذه المسألة القانونية لوجدنا أنا المحرك الرئيسي لمسألة

د. حسين الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة، و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، ط 2 ، 1997، ص 14.¹

البحث عن القانون الواجب التطبيق هو البراغمية و المصلحة و الانصياع للطلبات الشخصية و الدوافع الفكرية و المنطلقات الايديولوجية بعيدا عن أي نزعة موضوعية إلا في جوانب ما تتعلق بتبرير الرأي و النتيجة المتوصل إليها بناء على تلك المنطلقات.

و سأحاول عرض مختلف المحطات التي مرت بها فكرة تنازع القوانين و رأي مختلف الفقهاء المنظرين و المؤثرين لهذه المسألة و بيان جانب البراغمية في آرائهم الفكرية و توجهاتهم القانونية بدءا من نشأة مسألة تنازع القوانين مروراً بمختلف مراحل تطورها .

أولا . الطابع البراغماتي في ارساء مبدأ شخصية القوانين (La personalite des lois) (مدرسة الحواشي بروما):

يرى كثير من الفقهاء أن مسألة تنازع القوانين ليست بالفكرة الجديدة، بل أن التاريخ القديم قد شهد ارهاصات لها منذ القدم، فرغم أن الرومان أوجدوا نوعين من القوانين ، أحدهما محصور تطبيقه على الرومان فقط، و الآخر خاص بكل من هو غير روماني (قانون الشعوب)، لكن بعض الضرورات العملية فرضت على الدولة الرومانية اخضاع بعض الأجانب إلى قانونها الداخلي الوطني لحكم بعض تصرفاتهم و تعاملاتهم ، و ظهرت بذلك مسألة تنازع القوانين، حيث تنازع القانون الروماني مع التشريعات الخاصة و الوطنية لهؤلاء الأجانب¹.

و كان من أوائل الفقهاء الرومان الذين تناولوا مسألة تنازع القوانين فقهاء ما يسمى مدرسة الحواشي أو مدرسة الشراح المحشين ، على اعتبار أن طريقة البحث عند هؤلاء كانت التعليق في الحواشي على نصوص القانون الروماني².

و قد أسس هؤلاء مبدأ شخصية القوانين، و استندوا في ذلك إلى نص كان موجودا في مجموعة (جستينيان) المسمى بقاعدة الثالث المقدس ، و الذي يقضي بأن جميع الشعوب التي تخضع لحكم الامبراطورية الرومانية يلزمها اتباع الديانة التي جاء بها بطرس الرسول، و لقد اعتمد فقهاء هذه المدرسة على هذا النص للقول بخضوع شعوب الامبراطورية الرومانية لا إلى الديانة المسيحية فحسب بل لقوانين الامبراطورية أيضا بغض النظر عن مكان وجودهم و في حلهم و ترحالهم³. فعلى هذا النص استند الفقيه أكورس (Accurse) للقول بخضوع شعوب الامبراطورية لا إلى الديانة

¹ . أنظر د عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص 1، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن ، ط الاولى، 2010م- 1431خ، ص 68

د محمد كمال فهي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية ، الموطن، مركز الاجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، ط1، 2002، ص²

³ . د عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 69.

المسيحية فقط بل لقوانين الامبراطورية الرومانية أيضا أينما كانوا حتى و لو تركوا الامبراطورية إلى الخارج¹.

وبنظرة سطحية للمسألة قد يتبادر لنا أن فقهاء مدرسة الحواشي قد امعنوا القياس للوصول إلى هذه النتيجة، فقد قاسوا امتداد تطبيق القوانين إلى الخارج على الوطنيين على امتداد خضوعهم للديانة، و لو أقررنا بصحة القياس و هو في نظري غير صحيح في جوانب على اعتبار اختلاف الدين عن القانون في مسائل عدة من حيث المفهوم و الغاية و المصدر و غير ذلك، فإننا لا ينبغي أن نفصل النتيجة المتوصل إليه عن دوافعها و ظروف نشأتها ، بل لا بد من ردها إلى ظروف الحال و المكان و الزمان و الظروف المحيطة.

حيث ظهرت هذه النظرية في ظل الغزو الجرمانى للامبراطورية الرومانية و دخول شرائع مختلفة إليها ، و الحل المقدم كان لأجل الوقوف في وجه الغزو الجرمانى، فقد حصنت الامبراطورية الرومانية نفسها من ذلك الغزو بفكرة شخصية القوانين التي تفرض تطبيق التشريع الرومانى على كل من هو رومانى، و ترك كل من هو غير رومانى لشريعته².

و بذلك ظهرت فكرة شخصية القوانين التي بدأت تتجسم و تزداد شدة و تكثف في التطبيق بعد غزو القبائل الجرمانية للبلاد الرومانية حاملة معها قوانينها الخاصة التي ترتبط بالسكان لا بالأقاليم ، و التجئ لحل التنازع إلى تبني قاعدة شخصية القوانين بصفة مطلقة، فالرومانيون طبق عليهم القانون الرومانى، و كل شخص من هذه القبائل أخضعت علاقاته القانونية لقانون القبيلة التي ينتسب إليها ، فالقانون الواجب التطبيق قد عين سلفا بالقانون الشخصي، و لم يظهر أي تسامح باحتمال تطبيق قانون آخر غيره³.

فالأمر إذن لم يكن مجردا عن ظروف الزمان و المكان و الحالة، المتمثلة أساسا في قوة الجرمانيين، بما اقتضى أن تتحرك الآلة الفكرية الرومانية في وجه تلك القوة ، و كما يقال ما يدرك بعضه لا يترك كله، و الحل للحيلولة دون تحلل المواطنين الرومان و فقدانهم لمقومات قوانينهم أمام القوانين الجرمانية هو القول بمبدأ الشخصية و الاستناد في القياس على قاعدة دينية لما لهذه القاعدة من قوة و قبول ليس عند الرومان فقط بل حتى عند الجرمان الذين قد لا تستثيرهم الفكرة أو المبدأ طالما كان تأصيله وفقا لقواعد دينية مشتركة بين الجميع، و هنا تظهر البراغمية موسومة بطابع من الموضوعية المستندة إلى القياس و استنباط الأحكام بطريقة علمية ، يقدم بها الدليل و تحقق من خلالها المصلحة بعيدا عن كل امكانية للاتهام بالتحيز أو التجاوز.

¹ .د حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 36.

² .د عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 68.

³ .د ، حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 30.

و إذا كان بعض الفقه يرى أن فكرة شخصية القوانين هي حل للقضاء على مشكلة تنازع القوانين في مهدها¹ ، فإنني اعتقد أن تلك الفكرة هي تجسيد لفكرة تنازع القوانين ، و مبدأ الشخصية هو حل لذلك التنازع ، حيث أعطى الرومان للقانون الروماني الأولوية في التطبيق كل ما كان الشخص المعني رومانيا و هذا تجسيد واضح لفكرة الانتماء السياسي أو ما يسمى حالياً بالجنسية، فكل من يحمل الجنسية الرومانية . إن صح التعبير. يخضع بالضرورة للقانون الروماني سواء كان مقيماً في إقليم الامبراطورية الرومانية أو خارج أقليمها.

و الأهم في ذلك أن تبني المبدأ كما أشرنا لم يكن لمبررات موضوعية بل لاعتبارات خاصة و مصلحة، و لا نبالغ إذا قلنا بإمكانية تحديد النتيجة مسبقاً ، أي ضرورة تبني مبدأ الشخصية، و بعدها تم البحث عن تبرير لهذه النتيجة، فكثير من المبادئ البراغمية تحدد مسبقاً ثم يبحث لها عن مبررات ، في حين أن المبادئ الموضوعية تكون كنتيجة حتمية لمعطيات مسبقية.

ثانياً. الطابع البرغماتي في ارساء مبدأ إقليمية القوانين :

يقصد بإقليمية القوانين (la territorialite des lois) سريان القوانين على كل من فوق إقليم الدولة من أشخاص ، و ما فوقه من أموال و أشياء و ما يحدث فيه من وقائع قانونية، دون أن تمتد أحكامها إلى خارج إقليم الدولة².

لقد بقي نظام شخصية القوانين سائداً حتى العصور الوسطى حيث ظهر نظام يغايره و يخالفه و هو الإقليمية المطلقة³.

و يرجع السبب في ظهور فكرة إقليمية القوانين إلى شيوع الأفكار القطاعية و التي كانت تهدف إلى تركيز النظام الإقطاعي و سيادة قانون الإقليم على كل ما هو موجود بداخله سواء بالنسبة إلى الأشخاص أو الأموال⁴.

و في البحث عن الخلفيات و المرجعيات نشير إلى قول أحد الباحثين في التاريخ " في أي تاريخ مفصل للحضارة لا بد أن يعطى الاقطاع⁵ مساحة كافية من الشرح و التوضيح، لأنه كان الحيز الأكبر الشامل

¹. د عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 68.

². أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص"، (محاضرات)، جامعة بنها ، كلية الحقوق، ص 243.

³. د حسين الهداوي، مرجع سابق، ص 30.

⁴. د عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 72.

⁵. يقال إن كلمة إقطاع (Feudalism) لم تكن اصطلاحاً مستخدماً في العصور الوسطى. فقد ابتكرها رجال القانون الإنجليزي والفرنسي في القرنين السابع عشر والثامن عشر عندما وجهت الثورة الفرنسية سنة 1789م عناية العلماء والباحثين إلى بعض خصائص الأنظمة القديمة.

أنظر نيفين ظافر حسيب الكردي، الأوضاع الدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في الغرب الأوروبي من القرن التاسع حتى القرن الحادي عشر. رسالة ماجستير في التاريخ، الجامعة الإسلامية بغزة، عمادة الدراسات العليا، كلية الآداب ، قسم التاريخ والآثار، غزة ، فلسطين/ 1432هـ - 2011م، ص159.

للحياة السياسية في العصور الوسطى، حيث إن الاقطاع كان مصدر المبادئ التشريعية و صائغ الأفكار الاجتماعية التي كانت سمة تلك العصور¹.

وفي التفصيل نشير إلى إجماع الكثير من العلماء على أن الإقطاع ونظمه ارتكزت بشكل كبير على نظام الولاء بمعنى الالتزام الشخصي والروحي بين القوي والضعيف وبين السيد والتابع².

تطورت العلاقة بين رئيس القبيلة والرعية من خلال العلاقة الإقطاعية بين السيد والمستأجر، ذلك التطور كان عبارة عن حبل كثير العقد ومفرط الخيوط. وكان أول خيط من خيوط تلك العلاقة المتشابكة هو عملية أداء يمين الولاء، و كان التابع أو قيم الإقطاعية يقسم على الولاء للسيد و الإخلاص له في جميع الأحوال³.

و الولاء للسيد يشمل بالضرورة بل يتجسد في الولاء لقوانينه و أنظمته، فكان مبدأ الإقليمية أحد مكونات ذلك الولاء و متطلباته ورموزه، فهو مقتضى نظام الإقطاع و سبيل حمايته.

حيث أن مبدأ الإقليمية كان نتيجة حتمية لاستقرار القبائل الفاتحة و تركز النظام الإقطاعي و تمسك رئيس كل إقليم بسلطته الإقليمية و فرض أنظمته على جميع الأشخاص المقيمين داخل حدوده بما في ذلك الأجانب منهم، فلم يسمح بتطبيق قانون آخر غير القانون الإقليمي، واعتبر هذا القانون في كل الأحوال مختصا و ساريا على جميع الأشخاص و الأموال الموجودة في الإقليم كما كان يحكم المعاملات المعقودة فيه أيضا⁴.

ففي النظام الإقطاعي توجد فكرة الخضوع و الهيمنة، لذلك انعكس ذلك حتى على الأفكار القانونية التي ظهرت آنذاك و من بينها مبدأ الإقليمية الذي يعني خضوع جميع الأشخاص و جميع الأشياء لقانون الإقليم الذي تكون فيه، فالفكرة لم تكن مجردة من سياقها الزماني و المكاني و التاريخي، بل حماية الإقطاعي و النظام الإقطاعي كان هو المبتغى و الهدف، و كان مبدأ الإقليمية مجرد وسيلة لتحقيق هذا الهدف بعيدا عن متطلبات المنطق الذي يقتضي بعض الاستثناءات .

و قد قدر بعض الفقهاء أن مبدأ الإقليمية حال دون ظهور مشكلة تنازع القوانين لأن القانون الأجنبي لم يسمح به ابتداء⁵، و في تقديرنا فإن مبدأ الإقليمية جاء كحل لمسألة تنازع القوانين، حيث أعطى الأولوية لقانون السلطة الحاكمة للإقليم للسريان على كل من هو في الإقليم من أشخاص و على كل ما هو في الإقليم من أشياء و على جميع المعاملات و التصرفات و الوقائع التي تحدث في الإقليم، و هذا اختيار لقانون من بين القوانين المتنازعة ، فهو أعطى لذلك القانون اختصاص جامع مانع ، فهو جامع

¹ . ، Adams: Civilization, P. 189 عن نيفين ظافر حسيب الكردي، المرجع نفسه ، ص 158.

² . نيفين ظافر حسيب الكردي ، المرجع نفسه، ص 163.

³ . نيفين ظافر حسيب الكردي، المرجع نفسه، ص 163 و 164.

⁴ . د حسين الهداوي، مرجع سابق، ص 30.

⁵ . د حسين الهداوي، مرجع سابق، ص 30.

باختصاص قانون سلطة الإقليم على كل الوقائع والأشخاص والأشياء، و مانع لأي قانون أن ينعقد له الاختصاص داخل ذلك الإقليم، و بالنظر إلى المبدأ لم يكن هناك تعدد في الأفكار المسندة و لا في ضوابط الإسناد ، فالفكرة المسندة واحدة هي واقعة قانونية بغض النظر عن أشخاصها و محلها و مصدرها و سببها ، و ضابط الإسناد هو وجودها في إقليم الدولة، والقانون المسند إليه أي الواجب التطبيق هو قانون الإقليم.

ثالثا . الطابع البراغماتي في ارساء نظرية الأحوال الفرنسية:

تقوم هذه النظرية على جهود فقيمين بارزين من فقهاء القرن السادس عشر هما ديمولان (Dumoulin) و دارجنتره (D'Argentré).

1. ديمولان: كان (ديمولان) محاميا في البداية ، ثم أستاذا فيما بعد بجامعة (Tubingen) بألمانيا، يعتبره بعض الفقهاء من المكملين لفقه المدرسة الإيطالية ، فقد احتفظ ببعض حلول المحشين اللاحقين كخضوع شكل العقد لقانون بلد ابرامه (locus regit actum) ، و كالتمييز بين الأحوال البغيضة والأحوال المستحسنة، لكن البعض الآخر من الفقهاء يعتبره الممثل الأول للمدرسة الفرنسية، فهو أول من أصل في فرنسا تقسيم الأحوال إلى أحوال عينية و احوال شخصية و الذي قام ببلورته فيما بعد الفقيه (دارجنتره)¹.

و بالرجوع إلى خلفية منهج (ديمولان) نرى أنه ظهر على خلفية قضية أثرت بشأن النظام المالي للزوجين من خلال استشارة قدمها (ديمولان) الذي كان مشغلا بالمحاماة في قضية مشهورة باسم قضية (De Ganev)، و تتلخص نقطة البحث في هذه القضية في معرفة القانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين فيما إذا كان للزوجين أموال تقع في عدة مقاطعات ، فهل تطبق قوانين المقاطعات على الأموال التي تقع في حدودها أم أن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون واحد ، فأجاب (ديمولان) على هذا السؤال بأن النظام المالي للزوجين يخضع لقانون واحد هو قانون موطن الزوجية ، باعتبار أن إرادة الزوجين قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون لحكم نظام الأموال بينهما، و هذا هو الأصل التاريخي لقاعدة الإسناد التي تقضي تطبيق قانون الإرادة على موضوع العقود، أما عن المسائل التي يحكمها القانون وحده ، فقد فرق (ديمولان) تحت هذا العنوان بين القوانين التي تتعلق بالأشخاص فتمتد لتطبيق عليهم خارج الإقليم، و القوانين التي تتعلق بالأموال و هذه يقتصر تطبيقها على حدود الإقليم، و من هنا يتضح أن (ديمولان) عرف تقسيم الأحوال إلى شخصية و عينية و لكن التقسيم جاء بصفة تبعية، و لم يقل به كتقسيم جامع مانع كما فعل معاصره (دارجنتره)².

¹. د أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومو للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ج 1، 2005، ص 51.

². د محمد كمال فهي، مرجع سابق، ص 294 و 295.

فالقول بقانون الإرادة من قبل (ديمولان) كان في معرض قضية خاصة ووقائع بعينها ، ولم تكن بعمومية وبتجريد بما يثير التساؤل حول الخلفيات و النتائج المتوصل إليها سيما و أن ديمولان يتحدث بلا شك بمنطق المحامي ودوره في توجيه القضية.

2. دارجنتره (DArgentré):

لقد انطلق (دارجنتره) من معتقداته الخاصة ليصل إلى حلول عامة في مسائل تنازع القوانين. وقد كان (دارجنتره) من رجال القضاء و عرف بتعصبه لاستقلال المقاطعات، و لذا كان لميوله السياسية أبلغ الأثر في مذهبه¹.

وقد نفي بسبب كتاب ألفه عن مقاطعته بريتاني و دافع فيه عن استقلالها حتى مات في منفاه سنة 590م و قد تركزت أعماله بمناسبة تعليقه على المادة 218 من أعراف مقاطعة بريتاني و التي كان نصها " يجوز للشخص أن يهب ثلث ثروته دون أن يكون للورثة الحق في الطعن في صحة الهبة ما دامت لم تعمل بقصد الغش " ، فتساءل عن ما إذا كان تطبيق هذا الحكم ينطبق على الأموال الواقعة خارج بريتاري أم لا، و قد أجاب عن السؤال ببحث عنوانه الأحوال الشخصية والأحوال العينية و قد تضمن هذا البحث نظريته في تنازع القوانين، و مما توصل إليه أنه قسم الأحوال إلى أحوال عينية و أحوال شخصية و أحوال مختلطة، و جعل الأصل هو الأحوال العينية أي التي موضوعها الأموال و هي الأصل و هي تخضع للقانون الإقليمي، بينما الأحوال الشخصية و هي الاستثناء ، و قد قصرها على الحالة و على الأهلية العامة دون الخاصة ، مثل عدم أهلية الإيضاء بين الزوجين ، فقد أدخلها في الأحوال العينية، و لاحظ أن هناك أحوالا لا يمكن اعتبارها شخصية بحتة و لا عينية بحتة و أطلق عليها الأحوال المختلطة و ألحقها بالأحوال العينية، و من أمثلة ذلك حالة منع الزوجة الإيضاء لزوجها ، وقال أن هذه الحالة تتعلق بالشخص و بالعقار في نفس الوقت، فهي مختلطة و كذا الشكل و الإجراءات و الاختصاص و غيرها².

فالقوانين حسب (دارجنتره) تنقسم إلى شخصية و موضوعها الأشخاص و عينية و موضوعها الأموال، فإذا كانت الأحوال شخصية من حيث موضوعها فإنها تعتبر شخصية أيضا من حيث نطاق تطبيقها بمعنى أنها تتبع الشخص خارج الإقليم، و على النقيض من ذلك إذا كانت الأحوال عينية من ناحية موضوعها فإنها تعتبر عينية أيضا من ناحية مدى تطبيقها و يقصد بعينية القوانين من حيث مدى تطبيقها قصورها على حدود الإقليم، لكن هناك قوانين تتعلق بالأشخاص و الأموال في آن واحد ، مثل القوانين التي تحظر الهبة بين الزوجين أو التي تتعلق بأهلية التصرف في العقارات، فدارجنتره يقول أن

¹ د محمد كمال فهي، المرجع نفسه، ص 294.

² د بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكيف (دراسة تحليلية و نقدية)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 26.

الأصل هو العينية فعند الشك في طبيعة القانون يجب أن يندرج تحت طائفة الأحوال العينية، و يقتضي ذلك أن تفسر الأحوال الشخصية تفسيراً ضيقاً بحيث لا تشمل سوى الحالة والأهلية العامة للشخص، فإذا استلزمت القوانين أهلية خاصة، كأهلية التصرف في العقار، أو إذا كانت تقرر حالة من حالات انعدام الأهلية الخاصة بالقوانين التي تحظر الهبة بين الزوجين، فإنها تدخل في قسم الأحوال العينية، وكذلك تعتبر من الأحوال العينية كافة القوانين المتعلقة بالعقارات ولو كانت متصلة بالأشخاص في نفس الوقت¹.

وقد انتقد الفقه هذه النظرية على أساس أن التقسيم الذي جاءت به يقوم على فكرة السيادة الإقطاعية، في وقت كانت فيه الإقطاعية في طريقها إلى الزوال². و بتحليل النظرية من حيث المضمون و الظروف المحيطة بها نجد أن (دارجنتريه) كان متعصباً لمقطاعته و استقلالها، لذلك كان يسعى رغم محاولة إيجاد نطاق لتطبيق القانون الشخصي إلى تغليب الأصل و هو مبدأ الإقليمية، و بالنتيجة فإن القضية التي أثبتت و كانت سبباً لفتواه هي من دفعته إلى القول بوجود إطار يمكن من خلاله أن يمتد تطبيق قانون الشخص إلى خارج إقليمه، و بإسقاط هذه القاعدة على وقائع القضية و بالنتيجة سيُمتد تطبيق قانون مقاطعة بريتاني و هي مقاطعة دارجنتريه إلى خارج إقليم المقاطعة، و هو حل قد يرضي تعصب دارجنتريه لمقطاعته، ولكن لا يحقق بالضرورة الموضوعية التامة المرتبطة بتفاصيل نظريته، حيث من الصعب جداً الاعتراف بأن الأمر يتعلق بجواز الهبة من عدمها بل أن الأمر يرتبط بموضوع الهبة بما يجعل هناك شك في هل وكيف الوقائع ضمن الأحوال الشخصية أو الأحوال العينية بما يستدعي وتجسيدا لنظرية دارجنتريه اعتبارها ضمن الأحوال العينية بما يمتنع معه خضوع الأموال التي خارج مقاطعة بريتاني لقانون هذه المقاطعة، بل يخضع لقانون المقاطعة التي يقع فيها.

فبريتاني المقاطعة التي ولد فيها دارجنتريه كانت مستقلة، و تأصل فيها النظام الإقطاعي، ثم ضمت إلى التاج الفرنسي على مضض من سكانها الذين لا يميلون إلى الانتشار في الأرض و لا للانصهار مع الفرنسيين، بل عملوا دوماً على الاحتفاظ بمقوماتهم، و بإعتبار أن دارجنتريه هو من هذه المقاطعة و كان قاضياً فيها فقد دافع عن خصوصيتها، فأسس بذلك فقهاً لتنازع القوانين ليحافظ به على أعراف و أحوال مقاطعته ليضمن به على الأقل استقلالها القانوني³.

و بغض النظر عن القيمة العلمية و العملية لنظرية (دارجنتريه) فإن المحرك لها و الدافع هو توجهاته الفكرية و منطلقاته السياسية و تعصبه لمقاطعته، مع التأكيد على أن الأمر ليس بالشاذ و لا

¹. د محمد كمال فهبي، مرجع سابق، ص 295.

². د بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 27.

³. د أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 52.

بالمستهجن طالما بإمكان الشخص تدعيم رأيه بالحجج الكافية والدعائم والبراهين اللازمة ، وهذا ما قام به (دارجنتريه) بدليل انتشار نظريته رغم منطلقاتها الشخصية غير أن نتائجها أرضت الكثير من الشراح والفقهاء والمشرعين.

رابعاً. الطابع البراغماتي في ارساء نظرية المجاملة الهولندية:

بفضل الظروف الاقتصادية والسياسية التي سادت هولندا بعد تحررها من الاستعمار الإسباني والنفوذ النمساوي ، ظهرت مدرسة جديدة في القرن السابع عشر اهتمت ببحث مشكلة تنازع القوانين، وقد تأثر فقهاء المدرسة الهولندية بفقهاء المدرسة الفرنسية تأثراً كبيراً ، خاصة بفقهاء (دارجنتريه) إذا عتقوا مبدأ إقليمية القوانين كأصل عام ، كما قسموا الأحوال إلى أحوال عينية وأحوال شخصية وأحوال مختلطة، وصرح الفقيه (جان فويت) بأن هذا التقسيم يتناول الأحوال من حيث موضوعها وأن الأحوال العينية هي تلك التي يكون موضوعها الرئيسي هو المال، ولو تناولت الأشخاص ، بمعنى أنه ليس من الضروري لكي تكون الأحوال عينية أن يكون المال هو موضوعها الوحيد، وأما الأحوال الشخصية ، فهي التي يكون موضوعها الرئيسي هو الشخص، بمعنى ليس من الضروري أن يقتصر موضوعها على الأشخاص، أما الأحوال المختلطة فهي تلك التي يكون موضوعها الشكل والإجراءات، وتجنبوا بعض طوائف الاسناد كطائفة التصرفات والوقائع القانونية، كما رجعوا إلى فقه نظرية الأحوال الإيطالية فيما يتعلق بقاعدة " المكان يحكم التصرف"، على أن الجهد الأصيل للفقهاء الهولنديين في مجال تنازع القوانين هو بحثهم لأساس تطبيق القوانين الأجنبية واهتدوا في ذلك إلى فكرة جديدة لم يتناولها أحد من قبل وهي فكرة المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القوانين الأجنبية¹. لقد كانت النظرية الهولندية متأثرة بالوضع السياسي ، حيث ظهرت على إثر استقلال هولندا وتخلصها من الحكم الإسباني ، فكان طبيعياً أن يميل الهولنديون إلى التمسك بسلطان قوانينهم كمركز للاستقلال، ولذا أقبلوا على دراسة نظرية (دارجنتريه) التي تقوم على أساساً على مبدأ الإقليمية، وغالوا في التشبث بهذا المبدأ حتى جعلوا منه الأصل العام في تطبيق القوانين أياً كان موضوعها ، ولكنهم أوردوا على هذا المبدأ العام قيدا يتعلق بأساس تطبيق القانون الأجنبي وهو فكرة المجاملة الدولية².

و يقصد بالمجاملة الدولية عند هؤلاء باعتبارها قيد على المبدأ العام القاضي بتطبيق مبدأ الإقليمية أنه يمكن لرئيس كل دولة من باب المجاملة الدولية أو من باب تبادل المصالح ، بأن يعترف

¹. د بلمامي عمر، مرجع سابق ، ص 30.

². د محمد كمال فهد، مرجع سابق ، ص 366.

بآثار تطبيق القوانين الأجنبية على ما يقع في حدود اقليمها ، على الا يترتب على ذلك أي مساس بسلطان الدولة أو بمصالحها الجوهرية¹.

و لقد فهمت المجاملة الدولية على ضربين، حيث فهمها البعض على أساس أن الأمر منوط بتقدير القاضي حسب ما تقتضيه المصلحة، لذلك انتقدت على أساس أن هذا المنحى يفتح الباب أمام تعسف القاضي فيطبق القانون الأجنبي متى شاء و يرفض تطبيقه متى شاء و هو أمر غير معقول، في حين فهمه البعض أن المراد به هو أن المشرع لا القاضي هو الذي يملك حرية السماح بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه، وهكذا نجد أن فكرة المجاملة تقوم بدورها في مرحلة وضع قاعدة التنازع لا في مرحلة تطبيقها، ولقد انتقلت فكرة المجاملة الدولية إلى البلاد الأنجلو أمريكية و فهمت فيها هذا الفهم².

و إن كان يترجح لدي أن عند نشأة نظرية المجاملة كان الأمر منوطا بلقاضي لا بالمشرع، ذلك أن في بداية تبلور تلك النظريات لم تكن قواعد الإسناد قد شرعت كما هي عليه الآن، و أعتقد أن الفكرة فقهية النشأة وقضائية التطبيق ثم تبناها المشرعين كما هو حال كثير من الأفكار القانونية.

و إذا كان الفرق جوهريا بين اسناد أمر المجاملة للقاضي و بين اسنادها للمشرع ، ذلك أن القاضي يطبق مبدأ المجاملة على وقائع بعينها ، فيمكنه أن يجامل و يمكنه أن لا يجامل بالنظر إلى ظروف عدة، بينما تبني المشرع لفكرة المجاملة يجعلها تتصف بالعمومية و التجريد والإلزام.

غير أننا نلاحظ أن الفكرة و بصورتها تستند إلى نظرة براغماتية يراد من خلالها تحقيق مصالح و إن كانت في ظاهرها معنوية، فالمصلحة إذن هي الخلفية الحقيقية لتبني المبدأ و هي المحرك له سيما إذا منحت السلطة التقديرية للقاضي في تقدير متى يطبق القانون الأجنبي و متى لا يطبقه استنادا إلى المصلحة كدافع شخصي و بغطاء المجاملة كظواهر موضوعي.

المحور الثاني: النزعة البراغماتية في تأسيس المبادئ ذات النشأة القضائية التي تحكم تنازع القوانين.

لقد أسس القضاء من خلال احكامه لعدة نظريات و أسس ينبني عليهما حل تنازع القوانين ، أهمهما نظرية التكييف و نظرية الإحالة.

أولا . النزعة البراغماتية في الأحكام المؤسسة لنظرية التكييف:

رغم أن بعض الفقه يرى أن أن (ديمولان) هو مبتدع فكرة التكييف³ ، فإن بعض الآخر يرى أن أول من بحث الفكرة هو الفقيه الألماني (كاهن) سنة 1891 تحت اسم " التنازع المستمر " ، لكن التكييف

¹ د محمد كمال فهي، مرجع سابق، ص 268.

² د أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 55.

³ أنظر د أعراب بلقاسم ، مرجع سابق، ص 51.

يرتبط بإسم الفقيه الفرنسي بارتان الذي يعود له الفضل في تحديد معالم هذه النظرية وبناء لأسسها بشكل مفصل¹.

وقد توصل بارتان لنظرية التكيف من خلال تحليل مجموعة من الأحكام القضائية². وللتكيف أهمية في القانون الدولي الخاص لأنه يتحكم في حل تنازع القوانين ، أي أنه يؤثر على القانون الواجب التطبيق³.

وسنضع تلك الأحكام القضائية المؤسسة لنظرية التكيف لدراسة و التدقيق و التمحيص و التحليل لنلاحظ أن الهدف منها هو تحقيق مصلحة معينة.

فالمتبع للقضاء الفرنسي يلاحظ أنه يتعامل مع الوقائع بنظرة براغماتية واضحة، فهو يستعمل التكيف في حد ذاته لتحقيق مصالح معينة، فالقاضي الفرنسي يكيف الوقائع لما تكون الدولة الفرنسية لها مصلحة في القضية ضمن مسألة قانونية تقتضي تطبيق قانون يخدم مصلحة الدولة الفرنسية أو إحدى مؤسساتها، وإذا انتفى ذلك وكان أحد أطراف القضية فرنسي فإنه يكيف الوقائع بشكل يؤدي إلى تطبيق قانون يحقق مصلحة الفرنسي، وإذا انتفى كل ما سبق يكيف المسألة محل النزاع لمصلحة تطبيق القانون الفرنسي، وسندلل على ذلك بتحليل القضايا التالية:

1. القضية المشهورة باسم وصية الهولندي:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن هولنديا قام بتحرير وصيته في فرنسا في الشكل العرفي أي بخط يده و توقيعه و هو شكل يجيزه القانون الفرنسي طبقا للمادة 999 من القانون المدني الفرنسي التي تجيز للفرنسي ولو كان في الخارج أن يوصي بوصية مكتوبة بخط يده مؤرخة و موقع عليها، في حين تعتبر المجموعة المدنية الهولندية الصادرة في 1829 في مادتها 992 مثل تلك الوصية باطلة ، حيث تحضر على الهولنديين اجراء وصاياهم في الشكل العرفي و تلزمهم بإجرائها في شكل رسمي ولو كانوا في الخارج. وعندما توفي الهولندي و ترك الوصية التي حررها بخط يده نوزع فيها، فعرضت مسألة صحتها على القضاء الفرنسي ، و كان الطعن في هذه الوصية مؤسسا على المادة 992 السابقة الذكر و التي تستلزم الشكل الرسمي للهولنديين و لو كانوا في الخارج، و كان دفاع الموصي له مؤسسا على أن القانون المختص بشكل الوصية هو القانون الفرنسي باعتباره القانون المختص بالتكيف. و قد قضت محكمة السين الفرنسية في حكمها الصادر في 23 مارس 1944 بأنه في حالة رفع دعوى أمام المحاكم الفرنسية و يثار النزاع حول صحة الوصية الخطية للهولندي فانه يجب الرجوع إلى القانون الفرنسي لتكييف

¹. أنظر د بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 73.

². د بلمامي عمر، المرجع نفسه، ص 74.

. كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابوبكر بلقايد ،

تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، الجزائر، 2015-2016، ص 226.³

الشكل المطلوب ، وبما أن هذا القانون يعتبر شكل الوصية سواء كان خطياً أو رسمياً مسألة تدخل في نظام شكل التصرفات و بالتالي يخضع شكل الوصية للقانون الفرنسي ، و هو يقضي بصحة الوصية طبقاً لقاعدة الشكل يخضع لقانون المحل¹.

ففي قضية وصية الهولندي بحث القاضي (الفرنسي) المعروض أمامه النزاع ليس واقعة الوصية بما هي واقعة يرتب القانون الفرنسي عليها أثراً قانونياً ومعروفة لديه وقد خصص لها قاعدة إسناد هي إخضاعها لقانون الدولة التي ينتهي إليها الموصي بجنسيته وهو (القانون الهولندي) بل بحث في موضوع آخر - وإن تضمنته طلبات الخصوم - وهو (إجراء الوصية بالشكل العرفي الخطي وهل يعد من مسائل الشكل أم الأهلية) وقام بتكييفه ضمن مسائل الشكل التي تحكمها قاعدة الإسناد (إخضاع الشكل إلى قانون دولة محل الإبرام) وهو (الفرنسي) لأن الوصية أبرمت في فرنسا².

فالنزاع كان بين ورثة الهولندي الذين طعنوا في الوصية و طالبوا بتطبيق القانون الهولندي باعتباره قانون جنسية الموصي و الموصى له الذي تمسك بصحة الوصية وفقاً للقانون الفرنسي³. وقد يبدو في الظاهر أن منح القضاء الفرنسي منحى موضوعي بعيد عن كل مؤثرات و خلفيات، حيث طالما كيفنا مسألة تحرير الوصية و إخضاعها لشكل معين ضمن المسائل الشكلية لا مسائل الأهلية كان الحكم هو إخضاع مدى صحتها لقانون تحريرها وهو القانون الفرنسي الذي قضى بصحتها في هذه الحالة.

غير أن المتطلع بتعمق على منهج القضاء الفرنسي يرى أنه يسعى إلى تغليب كفة القانون الفرنسي أو مصلحة الدولة الفرنسية أو المواطن الفرنسي، وفي هذه القضية كيف الأمر على أساس أنه من مسائل الشكل فأخضعها للقانون الفرنسي وقضى بصحتها، ولا شك أن هناك مصالح دفعته لذلك ن فإلى جانب تطبيق القانون الفرنسي على خلفية التعصب للقانون الفرنسي قد يكون الموصى له فرنسياً بما اقتضى اعتبار الوصية من مسائل الشكل لتطبيق القانون الفرنسي الذي يقضي بصحتها. سيما وأن الورثة هم الذين طعنوا في صحة الوصية التي قام بها ذلك الهولندي ، والأكد أنهم هولنديون، بينما تمسك الموصى له بصحة الوصية والأكد أنه ليس من الورثة الهولنديين.

فالقاضي الفرنسي في قضية وصية الهولندي كما يرى بعض الفقه قد طبق قانونه الوطني قبل أوان التطبيق وفي مناسبة التكيف وقضى بأن الوصية صحيحة وأن هذا الشرط يعد شرطاً شكلياً فهو قد مال بشكل واضح لتطبيق قانونه الوطني على حساب القانون الواجب التطبيق وهو (القانون

¹ د. بلماي عمر، مرجع سابق، ص 75.

² عبد الرسول كريم أبو صبيح، التكيف في تنازع القوانين، دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مركز الدراسات بالكوفة، جامعة الكوفة ، كلية القانون ، العدد السابع، 2008، ص 224.

³ أنظر في ذلك كمال سمية، مرجع سابق، ص 229.

الهولندي) فهذه القضية وإن دأب الفقهاء على إيرادها مثلاً تقليدياً للتكيف إلا إنها - في اعتقاد الفقه ذاته . ووفقاً لمفهوم الواقعة القانونية - تعد إجتهاذاً غير موفق وميلاً لتطبيق قانون القاضي في غير موضع التطبيق¹.

و أوافق هذا التقدير الفقهي ونستدل على صحة رأيه بتناقض القضاء الفرنسي في بعض أحكامه بما ينشئ قرينة أن محركه ليست الدوافع الموضوعية بل دوافع براغماتية، فمثلاً في حكم لمحكمة السين في 03 مارس 1927 أعتبر اشتراط الاعتراف بالولد الطبيعي في ورقة رسمية من مسائل الموضوع لا الشكل²، فكيف نعتبر تحرير الوصية في محرر عرقي أو رسمي من مسائل الشكل ونعتبر تحرير الإقرار بالولد الطبيعي وهو أيضاً تصرف قانوني في شكل رسمي من مسائل الموضوع.

فالأكيد أن القاضي الفرنسي في مسألة الإقرار أراد تطبيق قانون جنسية الشخص لاعتبارات مصلحة فقرر أن الشكل في الإقرار من مسائل الموضوع، ولما رأى المصلحة في تطبيق القانون الفرنسي أي قانون مكان الإبرام قدر أن الشكل المقرر للوصية من مسائل الشكل وبالتالي أخضعها لقانون مكان الإبرام. أفليس غريباً أن نعتبر الشكل المشترط في التصرف مرة من مسائل الشكل ومرة من مسائل الموضوع. فالأكيد أن لا مبرر لهذا التناقض إلا المصلحة والدوافع البراغماتية.

و حتى بالنسبة للقضاء الهولندي الذي يقدر بعض الفقه بشأنه بالقول " رغم أن القانون الهولندي يعتبر شكل الوصية من مسائل الأهلية أي اعتبارها قيد على اهلية الموصي وبالتالي تخضع لقانون جنسية الموصي أي القانون الشخصي، وهو القانون الهولندي³ . فإن القضاء الهولندي قد خفف من حدة حكم المادة 922 التي تقضي بضرورة أن تحرر الوصية في محرر رسمي، حيث قضت محكمة النقض الهولندية في حكم لها في 20 يناير 1962 بصحة وصية الهولندي الذي يجريها في الخارج في الشكل العرقي الخطي، متى أودعت لدى موثق أجنبي⁴.

فقد بدى لنا أن القضاء الهولندي سرى على منهج القانون الفرنسي في اعتماد البراغماتية والتعصب للقانون الوطني، حيث أن اشتراط أن تودع الوصية العرفية لدى موثق أجنبي ليس تخفيفاً لحكم المادة 992 من القانون الهولندي بل تطبيقاً وتجسيذاً لحكمها، حيث أن ايداع المحرر العرقي لدى موثق أجنبي يعني أن المحرر قد استوفى الرسمية وهذا تطبيق لنص المادة السابقة وليس اهداراً لها و

¹. عبد الرسول كريم أبو صبيح، مرجع سابق ، ص 224.

². أنظر في ذكر هذا الحكم د بلماي عمر، مرجع سابق، ص 80.

³. تجدر الإشارة إلى أن هولندا قد انضمت في سنة 1982 إلى اتفاقية لاهاي الموقعة في 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على التصرف الإيصائي ، وهي لم تحتفظ على ذلك الحل وبالتالي لم يعد لهذه القضية إلا قيمة تاريخية.

أنظر في ذلك د بلماي عمر، مرجع سابق ، ص 77.

⁴. د بلماي عمر، مرجع سابق ، ص 76.

هو ينم عن التوجه البراغماتي لدى القاضي الهولندي، فكل من القاضي الفرنسي و القاضي الهولندي يتعصب لقانونه الوطني و يبحث عن المبررات التي ظاهرها الموضوعية لتطبيق قانونه الوطني.

2. القضية المشهورة باسم زواج المالطي:

تتلخص وقائع القضية، في أن اثنين من جزيرة مالطا تزوجا في بلديهما المتوطنين فيه، ثم أقاما بعد ذلك في الجزائر(التي كانت آنذاك تحت الاحتلال الفرنسي) ، حيث تملك الزوج عقارات في الجزائر، و بعد وفاته طالبت الزوجة بحقها في عقارات زوجها¹.

حيث يمنح القانون المالطي للزوجة ما يعرف بنصيب الزوج المحتاج و هو نصيبها فيما تركه زوجها ، في حين أن القانون الفرنسي كان في ذلك الوقت لا يعطي للزوجة إلا الحق في اقتسام الأموال المشتركة و استرداد اموالها الخاصة، فالتردد كان بين تطبيق القانون المالطي و القانون الفرنسي، فإذا ما كان الأمر يتعلق بالميراث فيطبق القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد باعتباره قانون موقع العقار، و بالتالي لا تحصل الزوجة على ما طلبت ، أما إذا كيف الأمر على أنه يتعلق بحق الزوجة الباقية على قيد الحياة و اعتباره جزء من النظام المالي ليطبق عليه القانون المالطي باعتباره القانون الخاص بنظام أموال الزوجين².

حيث رفعت زوجة المالطي في البداية الدعوى امام محكمة البلدية التي رفضت دعواها لأنها لم تقدم ما يثبت العلاقة الزوجية بوثائق رسمية، فقامت باستئناف الحكم أمام محكمة الجزائر بعد أن قدمت الوثائق التي تثبت العلاقة الزوجية، و طالبت بنصيبها مستندة إلى القانون المالطي الذي يعطي الحق للزوج في نصيب معين من تركة المتوفى يعرف بنصيب الزوج المحتاج أو الفقير وفقا للمادة 18 من القانون المالطي التي تؤسس حق الزوجة على عقارات زوجها المكتسبة اثناء الزواج ، كان للمحكمة حلين إما أن تعتبر القضية تتعلق بالنظام المالي للزوجين و على اعتبار أن قاعدة الإسناد الفرنسية تجعل قانون الموطن الأول للزوجة (على أساس أن الإرادة الضمنية للزوجين اتجهت إلى تطبيقه) هو المختص و بالتالي يؤول الاختصاص للقانون المالطي و هذا يقتضي اجابة دعوى ارملة المالطي، و إما اعتبار القضية تندرج ضمن فكرة الميراث و تكون قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق قانون مكان تواجد العقار، و يترتب على ذلك رفض دعوى المعنية، وهو ما قضت به المحكمة³.

فكأن القاضي يدرس تفاصيل القضية و يحدد نتائجها و بعدها يبحث عن مبررات قد تبدو موضوعية لذلك، و يظهر جليا تعصب القاضي الفرنسي لقانونه، فمن النادر جدا أن تجد حكما استند إلى غير

¹. د محمد كمال فهي، مرجع سابق، ص 399.

². كمال سمية، مرجع سابق ، ص 229.

³. د بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 78.

القانون الفرنسي، بل حتى في ظل وجود اتفاقية دولية قد يتجاوزها القاضي الفرنسي و يصير على تطبيق القانون الفرنسي وتحقيق مصلحة الفرنسيين.

ففي قضية تتلخص وقائعها أن مواطنا مغربيا تزوج بمواطنة فرنسية وتم الزواج بفرنسا وفقا للشكل المدني الذي يتطلبه القانون الفرنسي ، معلوم أن القانون المغربي يشترط في الزواج المختلط مراعاة بعض الشكليات الخاصة، إضافة إلى ذلك يتعين على الزوجة أن تحصل على إذن من المحاكم المغربية في ابطال الزواج ، بسبب عدم مراعاة الشروط الشكلية في القانون المغربي، وعندما طلبت الزوجة من القاضي الفرنسي وضع الصيغة التنفيذية للحكم بالإبطال رفض ذلك على أساس أنه بالنظر للقانون الفرنسي يعتبر هذا الزواج صحيحا ، لأنه تم وفقا لإجراءات الشهر المعمول بها في القانون الفرنسي ، فكانت النتيجة أن اعتبر الطرفان متزوجان في فرنسا في حين أن مثل هذا الزواج يعد باطلا و غير قائم في نظر القانون المغربي وهو ما يسمى بالزواج الأعرج¹.

وبالرجوع إلى الاتفاقية، وهي الاتفاقية المبرمة بين المغرب وفرنسا في 10 أوت 1981، وتتعلق بالأحوال الشخصية والأسرة والتعاون القضائي، والتي دخلت حيز التنفيذ في 13 ماي 1984.

حيث نصت المادة الخامسة من هذه الاتفاقية على أن يطبق على كل من الزوجين قانون إحدى الدولتين التي ينتهي إليها فيما يخص الشروط الجوهرية للزواج؛ في حين أخضعت الإجراءات الشكلية للزواج لقانون الدولة التي يبرم فيها، فإذا تم الإبرام وفقا للقانون الفرنسي فإنه يجب أن يسجل لإضفاء الشرعية عليه اتجاه القانون المغربي من طرف الموظفين القنصليين المختصين ، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة إمكانية تطبيق قانون الدولتين معا على اعتبار أن الغرض من التسجيل هو التأكد من احترام الشروط الجوهرية للزواج كما هي واردة في مدونة الأحوال الشخصية. فمن خلال هذه القواعد يتضح أن الاتفاقية المغربية الفرنسية قد تبنت قواعد إسناد مرنة من شأنها أن تعزز من مكانة القانون المغربي للأحوال الشخصية أمام القضاء الفرنسي. لكن هل فعلا التطبيق القضائي للاتفاقية يسير في هذا الاتجاه؟².

من خلال تتبع شروط تطبيق هذه الاتفاقية عمليا سيما من طرف القضاء الفرنسي يمكن القول أن هذا القضاء لم يستقر على موقف موحد، فتارة يقضي بتطبيق القانون المغربي للأحوال الشخصية طبقا لقواعد الإسناد الواردة في الاتفاقية ، وتارة أخرى يتجاهل وجود الاتفاقية وينتصر لنزعة الوطنية من خلال تطبيق قانونه الوطني. حيث يتضح أن وجود هذه الاتفاقية لم ييسر ويسهل كما

¹. د بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 82.

². منير شعبي طالب، تحت إشراف د محمد ناصر متيوي مشكوري، قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوربي أية إمكانية للتطبيق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2013. http://modawanat-elosra.blogspot.com/2013/12/blog-post_1580.html

كان متوقعا استقبال وتقبل القضاء الفرنسي للقانون المغربي للأحوال الشخصية مادام أن المحاكم الفرنسية ظلت في الغالب الأعم من الأحوال تتعامل مع هذه الاتفاقية وكأنها غير موجودة¹. وتأسيسا على ذلك اعتبر البعض أن المعاهدة المبرمة بين فرنسا والمغرب في حكم العدم². إذن النزعة البراغماتية المتمثلة في عدة صور سيما النزعة الوطنية والتعصب للقانون الوطني هي التي تحرك القضاء الفرنسي في تأسيسه وتسببه لأحكامه القضائية، غير أن القضاء الفرنسي يحاول دائما دعم رأيه بأدلة قد تبدو موضوعية، غير أن المتفحص بشيء من العمق يرى النظرة البراغماتية واضحة في الأحكام القضائية الفرنسية.

ثانيا ، النزعة البراغماتية في الأحكام القضائية المؤسسة لنظرية الإحالة:

حينما تشير قاعدة اسناد إلى تطبيق قانون أجنبي فإن السؤال الذي يطرح هل المقصود بالقانون الأجنبي القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع أم لا بد من المرور على قواعد الإسناد الموجودة في هذا القانون، فإذا قلنا أن القانون الأجنبي المقصود هو قواعده الموضوعية فنكون أمام عدم الأخذ بفكرة الإحالة، أما إذا قلنا أن المقصود هو قواعد الإسناد فإننا نكون قد أخذنا بنظام الإحالة، وعند الرجوع إلى قواعد الإسناد نكون أمام ثلاث فروض، فإما أن تتمسك قواعد الإسناد باختصاص قواعدها الموضوعية، وإما تحيل أو تعيد الإختصاص إلى قانون القاضي وإما تحيل الإختصاص إلى قانون ثالث. فالإحالة إذن نوعان، إحالة قريبة وهي التي تكون نتيجتها رد الإختصاص لقانون القاضي وتسمى بالإحالة من الدرجة الأولى، وإحالة بعيدة وهي التي تفضي إلى تطبيق قانون دولة ثالثة وتسمى إحالة من الدرجة الثانية³.

واتضحت معالم الإحالة أمام المحاكم الفرنسية سنة 1875⁴ وهي بصدد النظر في القضية المشهورة باسم قضية فرجو، والتي تتلخص وقائعها أن بافاريا يدعى فورجو حضر إلى فرنسا مع والدته التي حملت به سفاحا منذ كان في الخامسة من عمره وبقي فيها حتى مماته دون أن يترك أي وصية على الرغم من كثرة أملاكه المنقولة وغير المنقولة، وكذلك فإنه توفي دون أن يكون حاصلا على إذن من السلطات الفرنسية الرسمية يقضي بتوطنه وهو ما تعتبره السلطات الفرنسية شرطا من شروط تمتع المتوطن بفرنسا بإمكانية امتلاك الأموال وبالتالي امكانية توريثها، وعند مماته آلت جميع أمواله غير المنقولة إلى خزينة الدولة الفرنسية بموجب حكم قضائي، أما أمواله المنقولة فلم يعرف إلى من ستنتقل إلى أن طالب بها بعض أخواله بها أمام محكمة بوردو الفرنسية التي أجابت طلبهم على أساس

¹ . منير شعبي طالب، تحت إشراف د محمد ناصر متيوي مشكوري، المرجع نفسه.

² . p02. . R.C.D.I.P. de François Mon Eger. commentaire عن بلمامي عمر، مرجع سابق، ص 82.

³ . د محمد كمال فهي، مرجع سابق، ص 419.

⁴ . من الفقه من يرى أن مسألة الإحالة قد ظهرت أول ما ظهرت في إنجلترا سنة 1841، إلا أنها لم تبلور وتوضح معالمها إلا أمام المحاكم الفرنسية سنة 1875، أنظر في ذلك : د عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 118.

أن الأموال المنقولة للمتوفي لا تخضع للقانون الفرنسي الذي يشترط لذلك أن يكون المتوفي حاصلاً على الإذن الرسمي القاضي بالسماح له بالتوطن (حصوله على موطن قانوني) ، ولأن فرجو لم يكن حاصلاً على مثل هذا الإذن، فإن أمواله المنقولة لا تخضع إلى القانون الفرنسي بل تخضع لقانون المتوفي وهو القانون البافاري الذي يسمح لأخواله بتملك هذه الأموال، لهذا أجابت المحكمة الفرنسية طلبهم و منحتهم الحق في تملك هذه الأموال و انتقالها اليهم، غير أن الخزينة الفرنسية طالبت بأيلولة الأموال إليها على أساس أن قاعدة الإسناد الفرنسية تشير بخضوع التركة المنقولة لقانون موطن المتوفي القانوني و هو القانون البافاري الذي سيحيل وفقاً لقواعد اسناده هذه المسألة برمتها إلى القانون الفرنسي على أساس أنه قانون محل اقامة المتوفي المعتادة، وهو ما يؤدي إلى حرمان أخوال فرجو من التركة حيث لا يعترف القانون الفرنسي للحواشي بالميراث بل يقتصر على الأشقاء و الشقيقات و يقضي بانتقال التركة في هذه الحالة للخزينة الفرنسية، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية¹.

حيث بدأ النزاع باستيلاء مصلحة الأملاك الفرنسية على الثروة التي تركها فرجو باعتبارها تركة بدون ورثة، فثار نزاع بينها وبين الحواشي من عائلة فرجو الذين طالبوا بحقوقهم في الميراث مستندين على قواعد القانون البافاري الداخلية التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي و الولد غير الشرعي، ، فقضت محكمة استئناف بورديو برفض طلبهم مستندة إلى أن فرجو كان متوطناً بفرنسا ، و بالتالي يجب أن يطبق على ميراث تركته المنقولة القانون الفرنسي الذي يقضي بأنه لا حق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه أو لأخوته.

فقام ورثة فرجو بالطعن في الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية فنقضت ذلك الحكم في 15-05-1875 على أساس أن فرجو لم يكن متوطناً في فرنسا لأنه لم يحصل على الترخيص بالتوطن فيها ، فموطنه في فرنسا لم يكن إلا موطناً فعلياً ببافاريا هي موطنه القانوني و بالتالي القانون البافاري هو الواجب التطبيق و ليس الفرنسي، و أحالت القضية بناء على ذلك أمام محكمة بورديو التي حكمت لصالح ورثة فرجو على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية أي الموضوعية.

غير أن مصلحة أملاك الدولة طعنت في ذلك الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي نقضت ذلك الحكم في قرار لها صادر بتاريخ 24 جوان 1878، على أساس أن محكمة بورديو طبقت قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه و التي تستند الاختصاص لقانون الموطن الفعلي مما يجعل القانون الفرنسي مختصاً، و أحالت بالتالي القضية إلى محكمة استئناف تولوز فقضت بما رأته محكمة النقض و ذلك في 22-05-1880².

¹. عامر محمد الكسواني، المرجع نفسه، ص 119.

². أنظر في تفصيل ذلك: د أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 100.

و بتحليل لموقف القضاء الفرنسي نلاحظ أن تبني الإحالة لم يكن لدواعي موضوعية بعيدة عن المصالح، بل لا شك أن الدافع إليه هو المصلحة والتي تظهر في صورتين. تتمثل المصلحة الأولى في تطبيق القانون الفرنسي و هذا يرضي النزعة الوطنية و التعصب للقانون الفرنسي التي يتميز بها القضاة الفرنسيون. و المصلحة الثانية و هي تملك الدولة الفرنسية أموال فورجو سيما و أن الثروة التي تركها ضخمة و ليست هينة.

حيث تراجعت محكمة النقض الفرنسية كلية، فمن تقريرها تطبيق القواعد الداخلية للقانون البافاري إلى القول بتطبيق قواعد الإسناد فيه لعقد الاختصاص للقانون الفرنسي و تمكين مصلحة أملاك الدولة من أموال فورجو.

كما أن مسألة الإحالة لم تكن معروفة بما كان يفرض على القضاء الفرنسي أن يتبع ما هو معروف و مألوف و هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون ، حيث أن ما استقر عليه القضاء يكون ملزماً على الأقل من الناحية الأدبية، غير أن المصلحة جعلت محكمة النقض الفرنسية تحيد على ما كانت مستقرة عليه إلى ابتداء فكرة جديدة كلية.

خاتمة

لقد حاولت من خلال هذا البحث إظهار النزعة البراغماتية في تأسيس أحكام القانون الدولي الخاص أو ما يسمى بتنازع القوانين، إن على الصعيد الفقهي أو على الصعيد القضائي. حيث ظهر لي أن كل من الفقه و القضاء و إن أسس لنظريات و مبادئ و أحكام في مجال تنازع القوانين فإنه كان يتحرك تحت تأثير المصلحة مادية كانت أو معنوية.

و كان واضحاً تأثير الدوافع و الميولات و القناعات السياسية و الأيديولوجية و التعصب للقانون الوطني أو للمصلحة الوطنية على نظريات كثير من الفقهاء الذين يشهد لهم بالسبق في التأسيس لأحكام القانون الدولي الخاص.

و قد قدر الفقيه الألماني (سافيني) ذلك ، فقال بخطأ الاعتماد على فكرة سياسية معينة ومحددة سلفاً كأساس لحل مسألة تنازع القوانين كما فعل كل من مانشيوني و دارجنتره¹.

و إن كان ففي تقديري أن نقد سافيني صحيحاً في جانب منه، فإني أعتقد أنه لا ضير في الانطلاق البراغماتي في التأسيس للمبادئ و الأحكام طالما كان بالإمكان أن نقدم لها حججاً موضوعية و منطقية لا تمس بالمبادئ العامة سيما مبادئ العدل و المساواة و حماية الحقوق و الحريات ضمن متطلبات حماية النظام العام.

¹. أنظر د. عامر محمد الكسواني، مرجع سابق ، ص 80.

فالخلل كل الخلل هو في التعصب الأعمى الظاهر العوار و الذي يخل بمبادئ مشتركة و سامية يتفق عليها الجميع.

و أمام كل ذلك فإنه ينبغي للدول العربية و الإسلامية أن تأسس لنفسها نظريات قانونية تحقق بها اجتماعية القاعدة القانونية و تحمي من خلالها نظامها العام و تحافظ على هويتها و لا تستورد نظريات قد تكون أسست أصلا لحماية مصالح معنوية تتناقض مع مصالحها جوهريا.

و هذا لا يعني البتة أن نهدر كل ما توصل إليه الفقه من نظريات بل علينا أن نقوم بتصفية علمية ممنهجة في أخذ ما يعود علينا بالنفع و ترك ما لا تستقيم به أحوالنا.

و هي دعوة للفقه القانوني العربي و الإسلامي و أيضا للقضاة و لرجال القانون عموما إلى ضرورة الاجتهاد في ايجاد الحلول اللازمة لحل مشكلاتنا بذاتية ممنهجة و بموضوعية مبررة تأسس لنظام قانوني يعكس امكانيات الأمة الفكرية و العلمية مع وضع المصلحة العامة لمجتمعاتنا و دولنا فوق كل اعتبار.

قائمة المراجع

أولا . الكتب

* د أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ج1، 2005.

* د بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر، نظرية التكييف (دراسة تحليلية و نقدية)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2010.

* د محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية ، الموطن، مركز الاجانب، مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، ط1، 2002.

* د حسين الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، المبادئ العامة، و الحلول الوضعية في القانون الأردني ، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، ط 2 ، 1997.

* د عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص 1، تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن ، ط الاولى، 2010م-1431هـ.

ثانيا . الأطروحات و الرسائل:

* كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابوبكر بلقايد ، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، الجزائر، 2015-2016.

* نيفين ظافر حسيب الكردي، الأوضاع الدينية و السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية في الغرب الأوروبي من القرن التاسع حتى القرن الحادي عشر. رسالة ماجستير في التاريخ، الجامعة الاسلامية بغزة، عمادة الدراسات العليا، كلية الآداب ، قسم التاريخ والآثار، غزة ، فلسطين/ 1432هـ - 2011م.

ثالثا . المقالات و المحاضرات:

- * أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص"، (محاضرات)، جامعة بنها ، كلية الحقوق.
- * منير شعبي طالب، تحت إشراف د محمد ناصر متيوي مشكوري، قانون الأسرة المغربي أمام القضاء الأوروبي أية امكانية للتطبيق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، 2013.
- http://modawanat-elosra.blogspot.com/2013/12/blog-post_1580.html
- * عبد الرسول كريم أبو صبيح، التكييف في تنازع القوانين، دراسة في قانون العلاقات الخاصة الدولية، مركز الدراسات بالكوفة، جامعة الكوفة ، كلية القانون ، العدد السابع، 2008.