المحاضرة التاسعة

خضوع التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع

في الوقت الذي ظهرت فيه النظرية السابقة،وجدت نظرية عكسية صاغها و شيدها الفقيه الفرنسي "فرانتس ديسبانييه" (Frantz Despagnet)،يرد بها على أفكار الفقيه "بارتان" صاحب نظرية إخضاع التكييف لقانون القاضي.و أيده باكسيوني(Paccioni) في إيطاليا و ولف (Wolf)في ألمانيا.

لفيرى الفقيه "ديسبانييه" أن التكييف لا يجب أن يتم وفقاً لأحكام و مبادئ قانون القاضي،و لكن وفقاً لأحكام و مفاهيم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد،فإذا كان القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لإبرام الزواج هو قانون جنسية كل من الزوجين فيجب الرجوع إلى ذلك القانون لتحديد الوصف القانوني لشرط إشهار الزواج في حفل ديني دون الالتجاء إلى قانون القاضي.

و تستند هذه النظرية إلى ما يلي:

الحجة الأولى:أنه من غير المفهوم أن تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص قانون معين،ثم لا يطبق القاضي ذلك القانون،فالإسناد هنا إسناد كلي يستتبع تطبيق القانون المسند إليه على التكييف و كل ما يتصل بالعلاقة محل النزاع.

الحجة الثانية:أن إجراء التكييف وفقاً لقانون القاضي قد يؤدي إلى تطبيق القانون الأجنبي في غير الحالات التي رسمها مشرعه ليطبق فيها،أو قد يقود على العكس،إلى عدم تطبيقه في الحالات التي يجب أن يطبق فيها،فترك التكييف للقانون الواجب التطبيق فيه ضمان لصحة تطبيق القانون الأجنبي.

إذا أشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى تطبيق قانون معين على علاقة قانونية وجب تطبيق هذا القانون على الحدود التي ينظم بها تلك العلاقة و بالمعنى الذي يقصده منها لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة به،و في حالة عدم الأخذ بوجهة نظره فسوف تشوه العلاقة موضوع النزاع و تخلع عليها طبيعة تخالف ما هو مقرر لها و تكون النتيجة هي إما تطبيق القانون الأجنبي على علاقة هو غير مختص بحكمها أصلاً و إما أن يعطل عن التطبيق حيث كان يجب أن يطبق،[ ففي ميراث المالطي لو أجرى القاضي الفرنسي تكييف النصيب المطالب به على أساس أنه داخل في النظام المالي للزوجين لطبق القانون المالطي،أما أنه اعتبر المسألة جزء من الميراث طبقاً للقانون الفرنسي فترتب على ذلك تعطيل تطبيق القانون المالطي،و كذلك الشأن بالنسبة لوصية الهولندي لو كيف القاضي منع إجراء الوصية في الشكل العرفي بأنه يتعلق بالأهلية و حماية الموصي لطبق القانون الهولندي و لقضى ببطلانها،أما أنه اكتفى باعتبار كتابة الوصية شرطاً لإثباتها و لا تمس الموضوع و هذا طبقاً للقانون الفرنسي لذلك أجازها على أساس أن شكل التصرفات يخضع لقانون بلد إبرامه.

الحجة الثالثة:أن إخضاع التكييف للقانون المختص بحكم النزاع يتلافى النتائج غير العادلة التي يقود إليها إجراء التكييف حسب قانون القاضي،خصوصاً إذا كانت المسألة القانونية المعروضة يعترف بها و ينظمها القانون الأجنبي المختص في حين أن قانون القاضي يجهلها،ففي قضية ميراث المالطي،لو كيف القاضي الفرنسي (نصيب الزوج المحتاج) حسب أحكام القانون المالطي،لتوصل إلى تقريره للزوجة.

و رغم وجاهة أسانيد تلك النظرية،إلا أنها واهية الأساس:

حيث أن هذا الرأي انتقد لما ينطوي عليه من فساد و مصادرته على المطلوب، حيث أنه كيف يجرى التكييف حسب أحكام القانون المختص بحكم النزاع،في حين أن هذا القانون لم يعرف بعد،باعتبار أن التكييف عملية أولية لعمل قاعدة الإسناد و للكشف عن ذلك القانون، فهو افترض مسبقاً اختصاص قانون معين لحكم النزاع مع أن اختصاصه قبل إجراء التكييف احتمالي فقط،ما دام تعيين القانون المختص يتوقف على نتيجة التكييف،و ما دام التكييف لم يحصل بعد لذلك يبقى تعيين القانون المختص غير مؤكد بعد،و من ثم فإن هذا الرأي فيه مصادرة على المطلوب و كذلك أن إعمال هذا الرأي يؤدي إلى الدوران في حلقة مفرغة ليس لها بداية،مثلا في وصية الهولندي فإن النزاع منصب حول مسألة مختلفة في طبيعتها،ما هي الحكمة من منع إجراء الوصية في الشكل العرفي،هل المسألة خاصة بالأهلية أو بالشكل؟ أي قانون يكيف هذا المنع هل هو قانون الأهلية أي قانون الجنسية أم قانون الشكل أي القانون المحلي،إذا فضلنا أحد القانونين أمكن التساؤل لماذا لم نأخذ بالقانون الآخر؟

و هنالك انتقاد آخر مستمد من طبيعة قواعد التنازع،فهذه القواعد هي قواعد وطنية بحتة و لا يتصور تنازل المشرع الوطني لفائدة القانون الأجنبي لتحديد مجال تطبيقها،فحينما ينص المشرع الوطني على أن الميراث يخضع لقانون جنسية المورث أو أن الشكل يحكمه قانون محل الإبرام،فهو يقصد بالميراث أو الشكل مفهومهما طبقاً للقانون الوطني و حسب التصور الذي يعطيه لهما،لا كما يحدده قانون جنسية المورث في الحالة الأولى أو قانون محل الإبرام في الحالة الثانية.

كما قدم الفقه انتقاداً آخر مؤداه أن إخضاع التكييف إلى القانون الأجنبي المختص فيه مضيعة للوقت إذا كان قانون القاضي يأخذ بالإحالة كأن يكيف القانون الأجنبي المختص المسألة بأنها من الأهلية و يسندها من جديد إلى قانون القاضي باعتباره قانون الموطن أو قانون الجنسية،و بالتالي لماذا هذا اللف و الدوران،و إذا كان قانون القاضي لا يأخذ بالإحالة فكيف يمكن التخلص من مأزق الإحالة.

و يرى أيضاً بعض الفقهاء أن هذا الرأي له عيوبه و مساوئه حين تتوزع نقاط تركيز العلاقة القانونية بين عدة قوانين،مثلاً أن تركيز العقد خاضع لنقاط ارتكاز مادية متنوعة قد تكون موزعة بين عدة أقاليم الأمر الذي يتطلب تحديد نقاط التركيز الرئيسية،و في هذه الحالة ليس هناك أي قانون مختص مسبقاً مما يسمح بتدخل قانون القاضي لإعطاء التوجيهات عن طريق التكييف،و من ناحية أخرى،نرى أن هذه النظرية تعجز عن تقديم الحل المناسب في الفرض الذي يوجد فيه نظام قانوني أو مسألة قانونية معينة لا يعرفها القانون المختص بحكم النزاع،في حين يعترف به و ينظمه قانون القاضي فإجراء التكييف وفقاً للقانون المختص سيقود حتماً إلى طريق مسدود لا مخرج منه إلا بالرجوع إلى قانون القاضي.

و قد حذت هذه الانتقادات البعض من الفقه إلى اختيار حل آخر.

إجراء التكييف وفقاً للقانون المقارن.

ظلت النظريتان السابقتان تتنازعان الفقه إلى أن جاء الفقيه الألماني "أرنست رابل"(Rabel) و وضع نظريته في التكييف:

و تقضي هذه النظرية،بأن على القاضي عند إعماله لقاعدة الإسناد و عند تحديد التكييف القانوني للمسألة المثارة أن يتجه عالمياً،و أن يجري هذا الوصف وفقاً لمفاهيم عالمية،دون التقيد في ذلك بمفاهيم قانون معين بذاته كقانون القاضي أو القانون المختص بحكم النزاع،فقواعد الإسناد تهم العلاقات الدولية و تحديد الأوصاف القانونية التي تضمنها يجب توحيدها باعتماد الأفكار العالمية المجردة السائدة في القانون المقارن،فينبغي أن يكون الوصف القانوني الذي تتضمنه الفكرة المسندة هو الفكرة المجردة لذلك النظام القانوني المعمول به عالمياً بمقارنة قوانين الدول المختلفة و ليس هو النظام المقرر في هذا القانون أو ذلك، و سبيل القاضي إلى ذلك هو الالتجاء إلى القانون المقارن،أي على القاضي أن يقوم بالدراسة و المقارنة بين قوانين الدول المختلفة و استخلاص أفكار و مفاهيم ذاتية خاصة مشتركة بين تلك القوانين يجري التكييف وفقاً لها.

و هناك عدة حجج تدعم أساس هذه النظرية:

الحجة الأولى:أن التكييف في قانون العلاقات الخاصة الدولية أو القانون الدولي الخاص ليس هو التكييف في[33]القانون الداخلي،و بالتالي يجب أن يتم التكييف حسب أفكار و مبادئ تتفق مع خصوصية هذا الفرع من فروع القانون الذي يتسم بالدولية،و يكون من غير الملائم أن تطبق الأحكام الداخلية الخاصة بالتكييف على رابطة من طبيعة مختلفة.

الحجة الثانية:أن قاعدة الإسناد وضعت لتواجه علاقات ذات طبيعة معينة و هي العلاقات الدولية.

و لما كان التكييف هو تفسير لقاعدة الإسناد فيكون من غير المستساغ أن يلجأ القاضي إلى مفاهيم وطنية لتحقيق غاية دولية و سد حاجة عالمية،و المفاهيم العالمية لا تتأتى إلا من خلال القانون المقارن.

الحجة الثالثة:أن إجراء التكييف وفقاً للقانون المقارن يؤدي إلى تلافي عيوب النظريتين السابقتين لاسيما في الفرض الذي يواجه فيه القاضي نظاماً أو مسألة قانونية يجهلها قانونه،أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

و هذه الحجج غير قاطعة و لا يمكن التسليم بها، فمن ناحية نجد أن هذه النظرية تصطدم بصعوبة عملية،خصوصاً مع عدم تقدم الدراسة المقارنة للقانون بفروعه المختلفة،و يكون من غير الملائم أن نثقل كاهل القاضي بمهمة شاقة يتولى خلالها دراسة كافة قوانين العالم،فهذا ضرب من المستحيل.

و من ناحية أخرى،يكون القاضي المختص مهيأ نفسياً لإجراء التكييف وفقاً لقانونه و لا يمكن بحال أن نطلب من القاضي أن يتخلى نفسياً عن الميل إلى قانونه لصالح القوانين المختلفة المزعوم إجراء المقارنة بينها.

و إن كان هذا الرأي يهدف إلى تحقيق مثل عليا و إيجاد طريقة مشتركة للتكييف توحيداً للمفاهيم القانونية الأساسية التي تعد أسساً للعلاقات الدولية الخاصة،و من شأنه القضاء على مشكل تنازع التكييفات بتوحيد المفاهيم القانونية للفئات المسندة ،إلا أنه رأي بعيد المنال و التحقيق من الناحية العملية لما يتطلبه من تجرد و تضحية بالاعتبارات الوطنية،و هو الشيء الذي لا تتنازل عنه مختلف الأنظمة الوطنية في الوقت الراهن حيث أصبحت دراسة مسائل القانون الدولي الخاص هي دراسة وطنية أكثر منها دراسة عالمية.

موقف الفقه الحديث.

و يتلخص في إعطاء دور للقانون الأجنبي في عملية التكييف وفقا لقانون القاضي و التوسع في مضمون الفئات المسندة.

حيث يأخذ الاتجاه الفقهي الحديث بقاعدة التكييف وفقا لقانون القاضي لكن دون إهمال للدور الذي يمكن أن يلعبه القانون الأجنبي في عملية التكييف،كما أنه قام بتوسيع مضمون الفئات المسندة لتكون متلائمة مع طبيعة المسائل القانونية ذات الطابع الدولي.

و هذا التطوير في نظرية "بارتن" يرجع إلى رغبة الفقه الحديث في تجنب الانتقادات الموجهة لها،منها على الخصوص:

-وقوفها حجرة عثرة أمام كل جهد لتوحيد القانون الدولي الخاص ذلك أنه حتى على فرض أن كل الدول قد تبنت نفس قواعد الإسناد فإنه نتيجةَ التكييف وفقا لقانون القاضي فإن نفس المسألة القانونية نجدها تُدرج في فئات مختلفة.

-قصورها عن الإحاطة بالفرض الذي يواجه فيه القاضي علاقة مجهولة عن قانونه كما واجه مثلا القضاء الفرنسي ما يسمى في القانون المالطي "نصيب الزوج المحتاج" فهو نظام غريب و مجهول في القانون الفرنسي.

أ-دور القانون الأجنبي في عملية التكييف.

لتكييف نظام قانون معين يقوم القاضي بتحليله للكشف عن ملامحه الأساسية ليهتدي إلى حقيقة طبيعته التي تسمح له بإدراجه في إحدى الفئات المسندة في قانونه.

و لا يمكن للقاضي أن يجري هذا التحليل إذا كان النظام القانوني الذي يقوم بتحليله أجنبياً إلا وفقاً للقانون الأجنبي الذي نص على هذا النظام،و كل تحليل له وفقا لقانونه (القاضي) من شأنه تشويهه.

و عليه فإن ما يسمى بنصيب الزوج المحتاج لا يمكن تحليله إلا وفقا للقانون المنصوص عليه فيه و هو القانون المالطي.

و بعد أن يقوم القاضي بتحليل النظام القانوني وفقا للقانون المنصوص عليه فيه يأتي دور الحكم أو القرار،و الذي يعني تصنيف هذا النظام في إحدى الفئات المسندة في قانونه أي قانون القاضي،فبذلك نرى أن عملية التكييف كما أوضح ذلك كل من "باتيفول" و "لاقارد" في مطلولهما تمر في مرحلتين:مرحلة التحليل و تتم وفقا للقانون الأجنبي الذي يعرف القاعدة محل التكييف،و مرحلة الحكم أو القرار و تتم وفقاً لقانون القاضي.

ففي مثال ميراث المالطي السابق الذكر فإن القاضي بعد أن يكون قد قام بتحليل ما تطلبه زوجة المتوفي من حق على عقارات هذا الأخير و المسمى بنصيب الزوج المحتاج وفقا للقانون المالطي،يقوم بتصنيفه وفقاً لقانونه في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها فيه،و لا يهم القاضي نوع الفئة التي يصنفها فيها القانون المالطي.

و يوضح لنا "باتيفول" و "لاقارد" ذلك بالمثال التالي فقبل التعديل الذي تم في ألمانيا (قانون 9 أوت 1969)،و في فرنسا (قانون 3 جانفي 1972) لما كان القانون الألماني يعتبر أن للولد الطبيعي الحق في المطالبة من الشخص الذي يزعم أنه انحدر منه دفع مبلغ من المال،فإنه على القاضي الذي يطرح أمامه هذا الطلب أن يبحث في القانون الألماني فيما إذا كان هذا الحق المخول للولد الطبيعي له صفة التعويض أو صفة النفقة المؤسسة على النسب،فإذا انتهى أن له صفة النسب ألحقه بفئة النسب في قانونه،و لا يهمه التصنيف الذي يعطيه له القانون الألماني،سواء أكان مطابقاً لقانونه أم لا.

و نشير إلى أن القضاء الألماني قد تبنى هذا الاتجاه بوضوح كامل،فقد جاء في حيثيات حكم للمحكمة العليا هناك أنه "إذا كان الأمر يتعلق بالتقادم المنصوص عليه في القانون الأجنبي و الذي يجهله القانون الألماني،فإن معناه و حقيقته ينبغي أن تتحدد بالنظر إلى هدفه و آثاره في القانون الأجنبي،لكي يتسنى بعد ذلك إدراجه في إحدى الفئات المسندة في القانون الدولي الخاص الألماني .

ب-التوسع في مفهوم الفئات المسندة

الغرض من التكييف هو تصنيف العلاقة القانونية الأجنبية في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها في القانون الداخلي،لكن قد يحدث و أن تكون العلاقة غير معروفة في قانون القاضي مما يجعل من الصعوبة إدراجها في إحدى الفئات المسندة المنصوص عليها فيه.

و لذلك يرى الفقه الحديث بأنه لا مناص من التوسع في مفهوم الفئات الداخلية لتشملها،ففرنسا مثلا تعترف فقط الزواج الأحادي.

فإذا ما طرح على القاضي نظام للزواج مخالف له يعترف مثلا بتعدد الزوجات،فعليه أن يتوسع في مفهوم الزواج عنده ليشمل هذا النظام الغريب عنه،و كذلك إذا ما طرحت عليه مسألة طلاق بالإرادة المنفردة المجهولة في نظامه فعليه أن يوسع من مفهوم الطلاق المعترف به في قانونه ليشملها،و هكذا...

و بذلك نرى أن الفقه الحديث قد أخرج نظرية "بارتن" من إطارها الضيق و جعلها بمفهومها الحديث تتجنب ما وجه إليها من نقد،فمن هنا جعل في إمكان القاضي قبل التكييف وفقا لقانونه القيام بتحليلها وفقا للقانون الذي نص عليها للكشف عن عناصرها الأساسية قصد معرفة طبيعتها التي تسمح له بإعطائها الوصف القانوني الصحيح،و من جهة أخرى قال بالتوسيع في الفئات المسندة الداخلية لتشمل أنظمة قانونية أجنبية غير معروفة،فأصبحت بذلك نظرية "بارتن" بمفهومها الحديث مستجيبة للاعتبارات الدولية،و متجنبة ما اتهمت به من المغالاة في الوطنية.