ملاحظات حول فكرة تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء المغربي

الباحث ياسين بناصر

جامعة محمد الخامس بالرباط، المغرب

ملخص الدراسة

إن فكرة تطبيق القانون الأجنبي ليست وليدة اللحظة، بل تعود جدورها إلى القرن الثاني عشر، ومع مرور الوقت عرفت هذه الفكرة مجموعة من التطورات التي تولد عنها ظهور توجهات مختلفة بشأن الأساس الذي يجب أن تبنى عليه فكرة تطبيق القانون الأجنبي.

وبناء على هذه التوجهات سنعمل من خلال هذا البحث المتواضع على تقييم موقف القضاء المغربي من هذه الفكرة وذلك في فترتين مختلفتين، فترة الحماية وفترة بعد الاستقلال.

كلمات مفتاحية: تنازع القوانين – تطبيق القانون الأجنبي – النظام العام- قاعدة الإسناد- مصالح الأطراف.

Abstract

Remarks on the idea of the application of foreign laws by Moroccan

The idea of applying foreign laws has roots going back to the 12th century. This idea has undergone a series of developments which have given rise to the emergence of different trends regarding the basis on which the idea of applying foreign law should be based.

In lights of these trends, the position of Moroccan courts on this idea will be examined in two different periods, the period of the protectorate and the period after independence.

Keywords: Conflict of Laws- Applying foreign Laws- Public policy- Connecting factors- Parties' interests.

مقدمة:

مبدئيا، لما يرفع نزاع ما أمام محكمة معينة، فهو يخضع لقانون الدولة التي تنتمي إليها تلك المحكمة، لكن يطبق هذا المبدأ حصريا على مستوى النزاعات التي تنتمي جميع عناصرها لدولة واحدة. غير أنه في حالة ما إذا تسلل عنصر أجنبي للنزاع، يكون على القاضي اللجوء إلى القواعد المنظمة

للعلاقات الخاصة الدولية83 من أجل حل النازلة المعروضة أمامه، فيتحقق من اختصاصه بالبت في النازلة المعروضة عليه، ثم يحدد القانون الواجب التطبيق استنادا على ما تمليه قاعدة الإسناد المعمول بها في دولته، ثم يتحقق من عدم مخالفة ذلك القانون للنظام العام، ثم يطبقه على النزاع.

وذا كانت فكرة تطبيق القانون الأجنبي من المسائل المسلم بها في وقتنا الحالي تحت شروط معينة، فإن هذه الفكرة كانت مرفوضة في الماضي رفضا قاطعا، حيث كان يتم تطبيق قانون القاضي حتى لو تعلق الأمر بنزاع يتخلله عنصر أجنبي، وذلك إلى حدود القرن الثاني عشر حيث نادى الفقه بضرورة الأخذ بعين الاعتبار وجود عنصر أجنبي في النزاع وعدم إخضاعه بالضرورة لقانون الدولة المرفوع أمامها النزاع.84

ولما كان القانون يمثل أسمى تعبير عن سيادة الدولة، كان لابد أن يتم الاختلاف بشأن "التنازل عن هذه السيادة". فبالإضافة إلى رفض فكرة تطبيق القانون الأجنبي، تم الاختلاف كذلك بشأن أساس تطبيقه، بين من ربطه بوضعية العلاقة بين الدولة المرفوع أمامها النزاع والدولة التي يمكن تطبيق قانونها، وبين من يدعو للانطلاق من وضعية الأشخاص وموضوع النزاع من أجل ذلك.

أما في المغرب، فإن فكرة تطبيق القضاء الوطني للقوانين الأجنبية لم يتم اعتمادها كقاعدة إلا بعد إخضاعه للحماية الفرنسية سنة 1912، حيث التزمت فرنسا بتمتيع الأجانب بمثل ما كانوا

---

[83] أو ما يطلق عليها بقواعد القانون الدولي الخاص، ويعرف القانون الدولي الخاص بأنه من فروع الدراسات القانونية يبحث أساسا في النظام القانوني لحياة الأفراد وعلاقاتهم التي يكون فيها، بالنسبة لدولة معينة، عنصرا أجنبيا أو ظرفا خارجيا. راجع في هذا الصدد: أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص: في الجنسية، ومركز الأجانب، وتنازع القوانين، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة المصرية، 1954ص: 7.

[84] حيث تساءل الفقيه Aldricus حول أي قانون يجب تطبيقه على نزاع بين طرفين ينتميان "لإقليمين" مختلفين، وانتهى إلى أنه يجب على القاضي أن يطبق القانون الأصلح. للمزيد من الإيضاحات في هذا الصدد راجع:

Schwind Fritz : Aspects et sens du droit international privé Cours général de droit international privé, RCADI, V 187, 1984, P :39.

يتمتعون به من حقوق في ظل نظام الامتيازات[85] بما في ذلك إخضاعهم لقوانينهم الوطنية، وهو ما تأتى من خلال اعتماد ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب بتاريخ 12 غشت 1913.86 الذي -على الرغم من التطورات والإصلاحات التي عرفها المغرب في شتى المجالات بعد الاستقلال- لا يزال معمولا به إلى حدود كتابة هذه الأسطر كمدونة تنازع القوانين بالمغرب، مع بعض التغيرات في كيفية تطبيق القضاء لمضامينه.

ولما كان الهدف من هذا المقال مناقشة موقف القضاء المغربي من فكرة تطبيق القانون الأجنبي يكون من اللازم التطرق لمختلف الآراء المرتبطة بهذه الفكرة، وعلى ضوءها سيتم تقييم هذا الموقف.

فكيف تم التوصل إلى فكرة تطبيق القانون الأجنبي؟ وعلى أي أساس يجب أن يتم ذلك؟ وكيف يتعامل القضاء المغربي مع هذه الفكرة؟

للإجابة على هذه الأسئلة ارتأينا تقسيم الموضوع إلى مطلبين، نتناول في الأول مختلف الآراء المرتبطة بفكرة تطبيق القانون الأجنبي لنتبين الصائب في هذه المسألة، في حين سنخصص الثاني لموقف القضاء في المغرب من تطبيق القانون الأجنبي أثناء الحماية وبعد الاستقلال مع الوقوف على مدى سلامة هذا الموقف في كلتا الفترتين.

المطلب الأول: تعدد الآراء بخصوص فكرة تطبيق القانون الأجنبي

[85] تجدر الإشارة إلى أنه في ظل نظام الامتيازات كانت المحاكم القنصلية هي من تنظر في المنازعات التي تجمع بين رعايا دولها وليس القضاء الوطني، راجع في هذا الصدد، موسى عبود: الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الأولى، 1994، ص: 182

[86] منشور بالجريدة الرسمية (النسخة الفرنسية) عدد 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص: 77.

إن فكرة تطبيق القانون الأجنبي عرفت مجموعة من الآراء بين مؤيد ومعارض. وعليه سيتم تناول مختلف الآراء التي جاءت في هذا الصدد مع الوقوف على حجج مؤيديها والانتقادات الموجهة إليها.

الفقرة الأولى: علل فكرة الرفض القاطع لتطبيق القانون الأجنبي

لم لا يتم ببساطة تطبيق القانون المحلي على جميع القضايا المرفوعة أمام محكمة معينة متى ثبت اختصاصها؟ في بادئ الأمر كان التصور البديهي أن حل النزاعات التي يكون أحد عناصرها أجنبيا لا يتم إلا بتطابق الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص التشريعي، أو بعبارة أخرى، لا يمكن للمحكمة أن تطبق إلا القوانين التي تسنها السلطات المختصة في دولتها، وهي مسألة كانت سائدة بشكل كبير في العصور القديمة، إلى بدايات القرن الثاني عشر حيث ظهرت فكرة تطبيق القانون الأكثر تلاؤما مع طبيعة النزاع. وقد كانت تلك أول مرة تم التفكير فيها في إمكانية تطبيق قانون غير قانون الدولة المرفوع النزاع أمام قضائها.87

غير أن فكرة تطبيق القانون الأجنبي لم تكن دائما من المسائل المسلم بها في حل النزاعات الدولية الخاصة، بل تعرضت هذه الفكرة للعديد من الانتقادات، فتطبيق القانون الأجنبي يتطلب تجاوز بعض الحواجز العملية والنفسية، حيث أن القاضي قد يتردد، أو لا يفضل تطبيق قواعد أجنبية غير مألوفة له. إضافة إلى ذلك، ففي غالب الأحيان يتطلب تطبيق القانون الأجنبي وقتا ومجهودا إضافيين، خصوصا فيما يتعلق بالوصول إلى مضمونه، الشيء الذي تترتب عنه الحاجة إلى وقت إضافي للبت في النزاع. وحتى إذا توصل القاضي لمضمون هذا القانون، سواء من تلقاء نفسه أو

87 Hay Peter: Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law Reflections on Current European and United States Conflicts Law, RCADI, V226, 1991, p: 293

بالاعتماد على أطراف النزاع، يبقى من الوارد جدا أن يخطئ في تفسيره وتطبيقه، فهو في كل الأحوال قانون غير مألوف له وغير متعود عليه مقارنة بقانون الدولة التي يثمل قضاءها88، خصوصا وأنه في العديد من الحالات قد يتضمن تقسيمات مختلفة اختلافا جذريا للحقوق عما هو معمول به في قانون القاضي89.

غير أن التجاهل التام للقانون الأجنبي، أي التطبيق الحصري لقانون القاضي، يقود إلى عزلة قانونية تتجلى في استحالة إنجاز تصرفات غير قانونية دوليا، مما سيؤدي بدوره إلى عزلة اقتصادية واجتماعية90، ويمكن أن يتم اعتباره انتهاكا للقانون الدولي في بعض الحالات91. وهي مسألة لا يمكن أن يكون مرغوبا فيها ولا يمكن تصورها في زمننا الحالي في ظل الانفتاح الواسع على الخارج وتزايد التصرفات القانونية التي ينتمي أحد عناصرها لدولة أجنبية.

إضافة إلى ذلك فإن اعتماد هذا المبدأ، أي التطبيق الحصري لقانون القاضي، وفي ظل تعدد المحاكم التي قد تكون مختصة في البت في نزاع معين يتيح الإمكانية للمدعي أن يختار رفع دعواه أمام المحكمة التي سيكون قانون الدولة التي تنتمي إليها أكثر خدمة لصالحه، وقد ينتج عن ذلك ترتيب تحملات أكثر مما يتطلب البت العادل في النزاع على الطرف الآخر، وبعبارة أخرى سيستفرد المدعي بسلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهو أمر لا يمكن أن يكون معقولا بأي حال من الأحوال.

---

[88] Maarit Jänterä-Jareborg: Foreign Law In National Courts A Comparative Perspective, RCADI, 196 T304, 2004, p:.

[89] وهي مسألة يمكن لمسها بشكل كبير فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، وكذا الحقوق العينية.

[90] محمد تغدويني: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة أنفو برنت، فاس، 2009، ص 263، 264.

[91] والحديث هنا عن المسائل التي ينظمها القانون الاتفاقي.

كذلك، فإن القوانين دائمة التغير، وبالتالي فحتى باستبعاد التطبيق الكلي للقانون الأجنبي، يبقى من المحتمل أن يطبق القاضي قوانين جديدة وغير متعود عليها كلما تم تعديل أحد القوانين في دولته.

الفقرة الثانية: تطبيق القانون الأجنبي بين مصلحة الدولة ومصالح أطراف النزاع

انقسمت الآراء المؤيدة لتطبيق القانون الأجنبي في النزاعات الدولية الخاصة إلى قسمين، قسم يأخذ مصلحة الدولة كمعيار محدد لإمكانية تطبيق القانون الأجنبي من عدمه، وتوجه آخر يدعو إلى الأخذ بعين الاعتبار وضعية أطراف العلاقة القانونية من أجل تطبيق القانون الأجنبي.

أولا: مصلحة الدولة كأساس لتطبيق القانون الأجنبي:

إن من بين أقدم التوجهات المدافعة عن تطبيق القانون الأجنبي، نجد التوجه الذي يعتبر أن مسألة تنازع القوانين من مسائل القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين الدول، واعتبرت أن تطبيق دولة معينة لقانون دولة أخرى أنما يدخل في إطار المجاملة، وتوقعات المعاملة بالمثل. حيث أنه من أجل أن تتعايش الدول فيما بينها وحتى يتسنى إنجاز تصرفات صحيحة عبر الحدود، يكون من الضروري ليس فقط أن تعترف هذه الدول ببعضها وإنما أن تحترم وتطبق قوانين بعضها البعض.92

ففي حالات معينة -والحديث هنا عن الحالات التي تحتمل تطبيق القانون الأجنبي بشأنها-، تكون سلطة الدولة في فرض تطبيق قانونها مقيدة، مفسحة بذلك المجال لتطبيق قانون دولة أخرى.

وترتبط المصالح المشتركة للدول وتوقعاتها بشأن المعاملة بالمثل ارتباطا وثيقا بهذا التوزيع للاختصاص التشريعي. فإذا تم احترام قانون دولة "أ" في الدولة "ب" في حالة معينة، يمكن للدولة "ب"

92 - Maarit Jänterä-Jareborg : Foreign Law In National Courts A Comparative Perspective, RCADI, T304, 2004, p:203.

أن تنتظر احترام قانونها في الدولة "أ" في حالة مشابهة إعمالا لمبدأ المعاملة بالمثل. الفكرة ككل تنطلق من كون أن القوانين في كل دولة لها قوة فقط داخل حدودها الوطنية، وأن تطبيق قانون دولة أخرى لا يتم سوى للتعبير عن المجاملة وليس لضرورة قانونية ملزمة.93

هذه النظرية تعتبر الدولة المحور الأساسي في تطبيق القانون الأجنبي. فالدولة باعتبارها المؤسسة التي تحرص على المحافظة على النظام في مجتمعها، تجد مصلحتها هذه في تطبيق قوانينها التي تسنها. وحرصا منها على الحفاظ على هذه المصلحة، على الدولة أن تتقبل فكرة أنه في بعض الأحيان يكون من مصلحة دولة أخرى تطبيق قوانينها على حالات معينة. اعترافها بهذه المسألة –حسب هذا التدرج في الأفكار- يدخل في إطار المجاملة الدولية، فالاحترام المتبادل بين الدول يقتضي أن تطبق قوانين بعضها البعض متى كان النزاع مرتبطا بدولة أخرى غير الدولة المرفوع أمام قضائها.94

غير أن هذا الرأي لاقى انتقادات شديدة وذلك لعدة أسباب، أولها أن المجاملة في واقع الحال مسألة مرتبطة بالعلاقات الدولية (بمفهوم القانون الدولي العام) وهي مسألة لا يمكن أن يمارسها القضاء لما في ذلك من تداخل بين سلط ينبغي أن تكون مستقلة عن بعضها البعض، إضافة إلى ذلك فهي تنكر الطابع الإلزامي لهذه القواعد95، وتخضعها بذلك لوضعية العلاقات بين الدول والتي قد تتغير من حين لآخر، مما سيترتب عنه بطبيعة الحال تغير في موقف دولة معينة من تطبيق قانون دولة أخرى، الشيء الذي سيؤثر سلبا على توقعات الأشخاص بشأن مآل تصرفاتهم القانونية العابرة للحدود.

---

[93] -ibid, p :204

[94] -Thalia Kruger : The quest for legal certainty in international civil cases, RCADI, T380, 2016, p:317

[95] -ibid, p: 318

ثانيا: مصالح الأشخاص كأساس لتطبيق القانون الأجنبي

التوجه الثاني (والذي يجمع العديد من المدارس) يدعو إلى تطبيق القانون الأجنبي انطلاقا من وضعية الأشخاص وطبيعة العلاقات القانونية التي تربط بينهم.

وهو في الواقع التوجه الذي انطلقت منه أغلب النظريات المبررة لتطبيق القانون الأجنبي منذ أن طرحت فكرة تطبيقه لأول مرة في القرن 12 في إيطاليا96، وصولا إلى النظريات الحديثة ولو بطرق مختلفة.

وهو المبدأ السائد حاليا لدى واضعي التشريعات، بحيث يتم تحديد لكل موضوع قاعدة إسناد خاصة به، توفق بين طبيعة وخصائص ذلك الموضوع من جهة، وتصوراتها للعدالة والنظام في تلك الدولة من جهة أخرى.

حسب سافيني، أحد رواد هذا التوجه، فإن لكل علاقة قانونية "موقعا"97، وتحديد القانون الواجب التطبيق يجب أن يتم انطلاقا من تحديد "موقع هذه العلاقة"98 أو "مركز ثقلها"99، وذلك عن طريق تحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بشأنها النزاع للتعرف على طبيعتها من أجل تحديد مركزها، حتى يتسنى إسنادها إلى نظام قانوني معين بشكل منطقي100، يلائمها ويتوافق وطبيعتها101.

---

[96]- حيث تساءل الفقيه Aldricus حول أي قانون يجب تطبيقه على نزاع بين طرفين ينتميان "لإقليمين" مختلفين، وانتهى إلى أنه يجب على القاضي أن يطبق القانون الأصلح. للمزيد من الإيضاحات في هذا الصدد راجع:

Schwind Fritz : Aspects et sens du droit international privé Cours général de droit international privé, RCADI, V 187, 1984, P :39.

[97] Alex Milss : The Private History of International Law, International and Comparative Law Quarterly, Volume 55, Issue 01, January 2006, p:35.

[98] Fritz Schwind: Op.cit., p :43.

[99] Maarit Jänterä-Jareborg : Op.cit, p:207

[100] Edoardo Vitta : Cours général de droit international privé, RCADI, T162, 1979, p :29

وفي تحليله لمختلف العلاقات القانونية التي يمكن أن تثير مسألة تنازع القوانين، توصل سافيني إلى أربع فئات يطبق بشأنها قانون معين- الأكثر ملاءمة لها حسب رأيه-، وهي كالتالي: قانون الموطن بالنسبة للمسائل الخاصة بالحالة (باستثناء الروابط الأسرية) والأهلية، موطن الزوج في المسائل المواضيع المرتبطة بالأسرة، دولة التنفيذ بالنسبة للالتزامات التعاقدية، موطن الهالك بالنسبة للمواريث والوصايا.102

هذا التقسيم، وإن كان متجاوزا حاليا، إلا أنه كان من أوائل التقسيمات التي نادت باعتبار العلاقة القانونية نقطة الانطلاق من أجل تطبيق القانون الأجنبي. غير أنه وبعد مرور الوقت، ظهرت تقسيمات وتطورت ضوابط إسناد أخرى بما يتلاءم مع تطور تصورات العدالة في كل دولة والإرادة التشريعية فيها، لكن استمرت أهمية طبيعة العلاقة ووضعية الأشخاص في لعب الدور الأساسي في تطبيق القانون الأجنبي من عدمه، باستثناء ما يقتضيه النظام العام أو قواعد التطبيق الفوري من استبعاد تطبيق القانون الأجنبي أو إعمال المنهج التنازعي من الأساس.

المطلب الثاني: تطور تعامل القضاء في المغرب مع فكرة تطبيق القانون الأجنبي أثناء الحماية وبعدها

---

[101] حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص:44

[102] هذا وقد استثنى سافيني مسائل المسؤولية التقصيرية من خضوعها للمنهج التنازعي وألحقها بقانون القاضي شأنها في ذلك شأن القوانين المسطرية والقانون الجنائي، راجع بهذا الصدد:

Sagi Peri : SAVIGNY'S THEORY OF CHOICE-OF-LAW AS A PRINCIPLE OF 'VOLUNTARY SUBMISSION', University of Toronto Law Journal, 64 (1), 2014, p: 137.

كما هو معروف، فالمغرب خضع لفترة حماية موسومة بمجموعة من الأحداث التي أثرت بشكل كبير في الاختيارات التشريعية للمملكة، لعل أكثرها ارتباطا بهذا الموضوع اعتماد مجموعة من القوانين، والتي استمر العمل ببعضها حتى بعد الاستقلال كظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين.

هذا الظهير الذي كان يعد أثناء الحماية بمثابة مدونة القانون الدولي الخاص103، أصبح تطبيقه فيما بعد يقتصر فقط على بعض المسائل الخاصة بتنازع القوانين.

الفقرة الأولى: الاحترام المطلق للقوانين الأجنبية في فترة الحماية:

لما تم فرض الحماية على المغرب من طرف فرنسا، وتنفيذا للالتزامات التي أخذتها هذه الأخيرة على عاتقها بشأن ضمان تمتيع الأجانب في المغرب بنفس الحقوق التي كانوا يتمتعون بها من قبل، إضافة إلى المساواة بينهم وبين الفرنسيين في التعامل،104 تكرس مبدأ شخصية القوانين وذلك من خلال اعتماد ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين105.

وبالاطلاع على مقتضيات هذا الظهير، تظهر بشكل واضح المكانة الخاصة التي أولتها سلطات الحماية للقانون الأجنبي، حيث حرصت على ضمان تطبيقه على النزاعات الدولية الخاصة، مع محاولة التقليل ما أمكن من حالات تطبيق القانون المغربي106 لصالح تطبيق القانون الفرنسي تحديدا أو الأجنبي بصفة عامة.

---

[103]- على الرغم من أن اسم هذا الظهير قد يوحي أنه يتعرض لوضعية الأجانب فقط، إلا أنه ينظم كذلك قواعد مسطرية، وقواعد موضوعية، وكذا قواعد تنازع القوانين.

[104] Fatna Serhan : Jurisclasseur droit comparé, V : Maroc, Fasc 60, n°5.

[105]- جميلة أوحيدة: آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007، ص 24.

[106]- ويمكن حصر هذه الحالات في:

ولعل أظهر مثال يعبر عن هذه المسألة هو المتعلق بحالة وأهلية عديمي الجنسية، إذ يعد المبدأ الذي كان سائدا في ذلك الوقت – و لايزال كذلك لحد الآن – هو إخضاعهم لقانون موطنهم، أو لقانون إقامتهم الاعتيادية.107

غير أن هذا المبدأ لو تم اعتماده، كان من الممكن أن يفتح المجال أمام تطبيق القانون المغربي متى كان للمعني بالأمر عديم الجنسية موطنا أو إقامة اعتيادية فيه.

وهكذا، وتفاديا منها لهذا الأمر، اختارت سلطات الحماية إخضاع حالة وأهلية الأجانب عديمي الجنسية للقانون الفرنسي.108

كما أن القضاء في ذلك الوقت كان له نفس التوجه، حيث أن أي مسألة مسكوت عنها في ذلك الظهير، والتي كان يمكن التعامل معها بالشكل المتعارف عليه في القوانين المقارنة أن يؤدي لاستبعاد القانون الأجنبي لصالح القانون المغربي، كان القاضي حينها يقوم بالخروج عن المألوف بشأنها من أجل تفادي حدوث ذلك.

الشروط الشكلية للعقد: إذ جاء في الفصل 10 من هذا الظهير: إن التصرفات القانونية التي ينجزها الفرنسيون أو الأجانب في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب تكون صحيحة من حيث الشكل إذا ما أبرمت بمقتضى القواعد التي يعينها إما القانون الوطني للطرفين وإما القانون الفرنسي وإما **التشريع الموضوع لمنطقة الحماية الفرنسية وإما القوانين والأعراف المحلية.**

الإلتزامات غير التعاقدية: إن الالتزامات الناتجة عن جريمة أو شبه جريمة فوق تراب منطقة الحماية الفرنسية تخضع لتشريع المنطقة المذكورة.

الأموال: تخضع الأموال الموجودة داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب أصولا كانت أو منقولات لتشريع المنطقة المذكورة.

[107]- Antoine Acquaviva : La Condition civile des étrangers au Maroc (Dahir du 12 août 1913): thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit. Impr. de Mari-Lavit, Montpellier 1936, p : 88 et 89.

[108]- ينص الفصل 5 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين: يخضع الأجنبي مجهول الجنسية للقانون الفرنسي في كل ما يعود لحالته الشخصية وأهليته.

فلنأخذ كنموذج آلية النظام العام كآلية تتدخل لاستبعاد القانون الأجنبي متى تعارض بشكل صارخ والمبادئ الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الدينية أو الأخلاقية التي يقوم عليها مجتمع القاضي.109 فإن فقهاء عهد الحماية عارضوا بشدة فكرة وجود النظام العام المغربي الذي يتعارض بشدة وفلسفة ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين، المتمثلة في الاحترام التام للقوانين الأجنبية وعدم تعطيل إعمالها لأي سبب110، وهو ما أيده القضاء آنذاك في عدة أحكام صادرة عنه. ورغم أن قضاء وفقه الحماية أقرا فيما بعد بإمكانية تدخل النظام العام من أجل استبعاد القانون الأجنبي، فإنهم أشاروا إلى أن فكرة النظام العام المغربي يجب أن تبنى على المبادئ المشتركة في الأنظمة الأوروبية وليس على المبادئ السائدة في المجتمع المغربي آنذاك.111

ونتيجة لذلك، أصبح القاضي يستبعد القانون الأجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد، لكن عوض أن يطبق مكانه القانون المغربي باعتباره قانون القاضي الذي يجب الرجوع له إذا تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام حسب ما هو متعارف عليه،112 فإن قضاء الحماية كان يحدد قوانين أخرى يطبقها مكان القانون المستبعد، ففي هذا الصدد صدر حكم للمحكمة المختلطة بطنجة بتاريخ 8 نونبر 1926، حيث استبعد تطبيق القانون السوفياتي الذي كان يمنع آنذاك انتقال التركة إلى الورثة العاديين أي أقارب الموروث وطبق بدلا عنه القانون الروسي السابق للثورة الشيوعية.113

109- جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص291.

110- Fatna Serhan : Op.cit. n° 20

111 - جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 304.

112- جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص 329 وما بعدها.

113- موسى عبود، مرجع سابق، ص 215.

وبالتالي فإن فكرة تطبيق القانون الأجنبي في عهد الحماية كما تبين، كانت مرتبطة بمصلحة الدولة114، حيث أن سلطات الحماية التي وضعت ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين، انطلقت من كونها قد التزمت تجاه الدول المتمتعة رعاياها بالامتيازات في المغرب بضمان تطبيق قوانينها عليهم كما أسلفت الذكر، وهو ما حرص القضاء على العمل عليه متى واجه مسائل أغفلها الظهير.

الفقرة الثانية: مواقف القضاء المعارضة لفكرة تطبيق القانون الأجنبي بالمغرب بعد الاستقلال:

عرفت النصوص القانونية المغربية مجموعة من الإصلاحات والتعديلات بعد الاستقلال، إلا أنه على مستوى تنازع القوانين، لم يسن المشرع المغربي مدونة خاصة به، وإنما عمد على تمديد النطاق المكاني لظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين، ليطبق على سائر التراب المسترجع.115

غير أن القضاء المغربي لم يستمر في العمل بالحلول التي كان معمولا بها في عهد الحماية حيث كان احترام القانون الأجنبي مطلقا مع إنكار أي دور لقانون القاضي في حل النزاعات، بل أصبح يطور حلولا تتلاءم والوضع الجديد للدولة المغربية المستقلة.116 إلا أنه في بعض الأحيان جاء بحلول يغلب عليها طابع موسوم بالتخوف من تطبيق القانون الأجنبي ومحاولة التهرب منه بشكل واضح مما فتح معه مجالا واسعا للانتقاد.

ولعل أهم هذه القواعد التي جاء بها القضاء المغربي هي قاعدة إخضاع المسلمين الأجانب للقانون المغربي، والتي تجد أصلها في ظهير 24 أبريل 1959 الذي أسند الاختصاص للمحاكم الشرعية

114- والمقصود هنا الدولة الحامية.

115- أمينة الخياط: القانون المطبق على العقد الدولي- دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي-، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس اكدال، الرباط، 2008-2009، ص 15. غير أنه ادخل بعض المقتضيات المرتبطة بتنازع القوانين في قوانين أخرى كالمادة 2 من مدونة الأسرة

116- من قبيل إمكانية استبعاد القانون الأجنبي لتعارضه مع النظام العام.

للبت في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين سواء كانوا مغاربة أو أجانب. هذا المبدأ، تم تمديده من طرف القضاء ليشمل كذلك القانون الواجب التطبيق، وبالتالي تم إخضاع الأجانب المسلمين للقانون المغربي ولو أن القانون الذي استند عليه القضاء من أجل ذلك لا ينظم سوى مسائل الاختصاص القضائي. 117

وعلى الرغم من إلغاء هذه المحاكم سنة 1965 بمقتضى قانون توحيد ومغربة وتعريب القضاء، واعتماد محاكم ابتدائية ذات ولاية عامة بمقتضى ظهير 15 يوليوز بشأن التنظيم القضائي للمملكة، فقد تم الاستمرار بالعمل بنفس المبدأ كلما تعلق الأمر بمسلمين أجانب.118

هذا التوجه يثير مجموعة من الانتقادات، فاعتماد الديانة كضابط إسناد يفتح مجالا واسعا للتهرب من تطبيق قانون آخر بشكل تحايلي. ومن جهة أخرى قد ينتمي الطرف المسلم إلى دولة ذات قوانين إسلامية كذلك وبالتالي فاستبعاد قانونه بناء على قاعدة "القاضي المسلم لا يطبق إلا الشريعة الإسلامية" يفقد كل مبرراته. كذلك فإن القاضي في تطبيقه لهذا المبدأ يختزل الشريعة الإسلامية في مدونة الأسرة/ الأحوال الشخصية حسب ما يستشف من منطوق الأحكام التي جاءت في هذا الصدد119، وهو ما لا يمكن التسليم بصحته في كل حال من الأحوال. كذلك فهذا المبدأ كما تقدم، نتاج للاجتهاد القضائي، فهل يمكن للقاضي الاجتهاد في حالة وجود نص صريح؟120

---

[117] جميلة أوحيدة، مرجع سابق، ص112.

[118] Abderrazak Moulay Rchid : Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans, RCADI, T 268, p :183.

[119] قرار عدد 250 للغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 05/07/1974 جاء فيه: "...حيث إن اعتناق الديانة الإسلامية يترتب عنه لزوما تطبيق القواعد الشرعية..." منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5، 1977، ص132، وكذلك حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء آنفا، في الملف عدد 2003/96 الصادر بتاريخ 24 يناير 1997 الذي جاء فيه "...إن الأجانب المسلمين يخضعون للقاض الشرعي، وبالتالي لقانون أحوالهم الشخصية..." أنظر: أحمد عوبيد، المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي، مطبعة دار السلام، 2013، ص: 72

إضافة إلى ذلك، أليس من الأنسب والأكثر توافقا مع منهج حل النزاعات الدولية الخاصة إعمال آلية النظام في هذه الحالات؟ قد يسهل تبرير تدخل آلية النظام العام في حالة الأجنبي المسلم الذي ينتمي إلى دولة ذات قوانين تتعارض والتعاليم الإسلامية، لكن يصعب الأمر إذا تعلق النزاع بطرف مسلم ينتمي لدولة ذات قوانين إسلامية.

لذلك، وأمام هذه العيوب المرتبطة بالمنطق وراء هذا التوجه، لا يمكن سوى القول بأن الهدف وراء اعتماد هذه القاعدة هو تفادي ما يمكن أن يؤدي إلى تعامل القاضي مع القانون الأجنبي أو تقليص احتمال حدوث ذلك.

وإضافة إلى السلوك المشار إليه سابقا، ودائما من أجل محاولة الابتعاد عن تطبيق القانون الأجنبي، قد يقوم القاضي -متى سنحت له الفرصة بذلك- بتمديد نطاق قاعدة إسناد معينة لتحكم مسألة خاضعة لقاعدة إسناد أخرى متى كان ذلك التمديد يؤدي إلى تطبيق القانون المغربي.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض سنة 2011 121بشأن حادثة سير، أخضع القاضي المغربي مستثنيات الضمان للقانون المغربي على اعتبار أن الحادثة وقعت في المغرب. والحال أن الأمر يتعلق بمسألة مرتبطة بعقد التأمين وبالتالي يجب أن تخضع لقاعدة الإسناد التي تنظم الشروط الموضوعية للعقود، حيث كان من الممكن أن يؤدي ذلك إلى تطبيق القانون الأجنبي.

[120] الحديث هنا عن مقتضيات ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.

[121] قرار عدد 1759، الصادر بتاريخ 19 أبريل 2011 في الملف المدني عدد 2010/5/1/4495، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية- السلسلة الثالثة/ 2012 الجزء التاسع، ص: 135.

وفي قرار آخر، هذه المرة صادر عن المجلس الأعلى سنة 1221975، عمد القاضي المغربي إلى العمل بنفس الأسلوب، لكن هذه المرة أخضع المسؤولية التقصيرية الناتجة عن حادثة سير وقعت في إسبانيا123، للقانون الذي يحكم عقد التأمين بين المؤمن والمؤمن له، الذي صودف وأن كان اختياريا هو القانون المغربي. وهو بذلك يخضع مسألة مرتبطة بالمسؤولية التقصيرية التي تجمع بين شخصين (أ) و(ب) إلى عقد يجمع بين طرف (أ) و(ج) لا علاقة للشخص (ب) به، وهو أمر منتقد خصوصا أنه في هذه الحالة من الممكن أن يكون مآل الدعوى مغاير لو طبق القانون الإسباني الذي كان بحكمه قد طال الحق في التعويض التقادم.124

خاتمة:

خلاصة القول، لم يعد من المقبول بتاتا إخضاع النزاعات التي يكون أحد عناصرها أجنبيا تلقائيا لقانون الدولة المرفوع أمامها النزاع، بل أصبح لا بد من الأخذ بعين الاعتبار أجنبية ذلك العنصر والبحث بناء على ذلك عن قانون أكثر ملاءمة لحكم ذلك النزاع، حسب ضوابط وشروط مرتبطة بالأساس بتصورات العدالة في الدولة المرفوع النزاع لدى قضائها.

وفي المغرب، يلاحظ أنه لم يتم التعاطي مع فكرة تطبيق القانون الأجنبي بشكل سليم، فإن كان تطبيق القانون الأجنبي يتم بشكل مطلق متى كان النزاع يتضمن عنصرا أجنبيا، فإنما كان يتم خدمة لمصالح مرتبطة بالأساس بالعلاقات السياسية بين الدولة الفرنسية الحامية، والدول التي كان رعاياها يتمتعون بامتيازات قانونية وقضائية قبل إخضاع المغرب للحماية، في حين أن الصواب يقتضي الأخذ

[122] قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 دجنبر 1975 في الحكم المدني عدد 223، أشار له: الحسن الملكي: المسؤولية التقصيرية في القانون الدولي الخاص المغربي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الحقوق، جامعة محمد الخامس- لأكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2002-2003، ص 44

[123] وبالتالي كان من الواجب إخضاعها للقانون الإسباني إعمالا للفصل 16 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين

[124] وهو ما ورد في حيثيات ذلك القرار.

بعين الاعتبار مجموعة من العناصر من قبيل طبيعة العلاقة ووضعية الأطراف المرتبطة بالنزاع، بالإضافة إلى عدم تعارض ذلك القانون مع النظام العام.

وبعد الاستقلال، وإن كان القضاء قد طور مجموعة من القواعد المتوافقة وقواعد القانون الدولي الخاص في القوانين المقارنة، فإنه بالمقابل نلاحظ أنه أصبح يحاول ما أمكن تجنب تطبيق القوانين الأجنبية، ولو على حساب التكييف الصحيح للنزاع، أو في بعض الأحيان بالخروج عما هو منصوص عليه في مختلف النصوص القانونية.

ولتجاوز هذه الحالة غير المألوفة، يكون من الضروري اعتماد مدونة خاصة بتنازع القوانين، ذات مضامين واضحة وصياغة دقيقة ومفهومة، مع ضرورة العمل على تكوين القضاة في هذا المجال، من أجل تفادي أي سوء تكييف مقصودا كان أم غير مقصود، مع الحرص على تقويم موقفهم من فكرة تطبيق القوانين الأجنبية.

لائحة المراجع

الكتب باللغة العربية:

- أحمد عوبيد، المختار من الأحكام الكبرى للقانون الدولي الخاص الصادرة عن القضاء المغربي، مطبعة دار السلام، 2013.
- أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص: في الجنسية، ومركز الأجانب، وتنازع القوانين، الطبعة الأولى، مكتبة النهضة المصرية، 1954.
- جميلة أوحيدة: آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2007.

- حسن الهداوي: القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- محمد تغدويني: الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، مطبعة أنفو برنت، فاس، 2009.
- موسى عبود: الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، 1994.
- نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة المدنية- السلسلة الثالثة/ 2012 الجزء التاسع.

الأطروحات والرسائل باللغة العربية:

- أمينة الخياط: القانون المطبق على العقد الدولي- دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي-، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس اكدال، الرباط، 2008-2009.
- الحسن الملكي: المسؤولية التقصيرية في القانون الدولي الخاص المغربي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في الحقوق، جامعة محمد الخامس- لأكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2002-2003.

الأطروحات والرسائل باللغات الأجنبية

- Antoine Acquaviva : La Condition civile des étrangers au Maroc (Dahir du 12 août 1913): thèse présentée pour obtenir le grade de docteur en droit. Impr. de Mari-Lavit, Montpellier 1936.

1. المقالات باللغات الأجنبية

- Alex Milss : The Private History of International Law, International and Comparative Law Quarterly, Volume 55, Issue 01, January 2006
- Fatna Serhan : Jurisclasseur droit comparé, V : Maroc, Fasc 60.
- Sagi Peri : SAVIGNY'S THEORY OF CHOICE-OF-LAW AS A PRINCIPLE OF 'VOLUNTARY SUBMISSION', University of Toronto Law Journal, 64 (1), 2014, p: 11.

دروس أكاديمية لاهاي

- Abderrazak Moulay Rchid : Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans, RCADI, T 268
- Edoardo Vitta : Cours général de droit international privé, RCADI, T162, 1979.

- Hay Peter : Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law Reflections on Current European and United States Conflicts Law, RCADI, V226,
- Maarit Jänterä-Jareborg : Foreign Law In National Courts A Comparative Perspective, RCADI, T304, 2004,
- Schwind Fritz : Aspects et sens du droit international privé Cours général de droit international privé, RCADI, V 187, 1984
- Thalia Kruger : The quest for legal certainty in international civil cases, RCADI, T380, 2016