

الإحالة في القانون الدولي الخاص

أ/عشوية فاطمة – جامعة ابن خلدون - تيارت

الملخص

إن الإحالة لا تنور إلا إذا كنا بصدد اختلاف واضح بين قواعد الإسناد بين الدول حيث لو اتحدت قواعد الإسناد بين كل من قانون القاضي و القانون الأجنبي الذي أشار باختصاصه لما كنا أمام أية مشكلة إذ في الحالتين سيطبق نفس القانون ونفس القواعد.

إن منع الإحالة يكمن في أن القانون الذي قد تشير باختصاصه قاعدة الإسناد يحتوي على نوعين من القواعد داخلية موضوعية تحسم هذا النزاع مباشرة فيما لو طبقت و أخرى دولية تتعلق بمسألة تنازع القوانين و هي التي سميت بقواعد الإسناد التي بدورها قد تحيل النزاع إلى قانون آخر فيما لو طبقت وفي كلا الحالتين فإن الحل يختلف حيث أننا لو طبقنا القواعد الداخلية فإن النزاع يحسم وينتهي الأمر أما لو طبقنا القواعد الدولية فإن النزاع قد لا يحسم فيما لو رفضت هذه القواعد إعطاء الاختصاص لقانون دولتها و تقوم بإحالتها هي الأخرى إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي نفسه أو يكون قانون دولة أخرى.

Abstract

Undoubtedly, rehabilitating individuals, who want to get a job, professionally or those who are ambitious to ameliorate their professional level are amongst the most important things that the professional formation system is looking for. Such tasks are mainly to catch the world's train about the working field. That is to say, the focus on getting or acquiring a professional formation in any domain aims at getting a job/post.

However, the question is that, is there a link and/or connection between the professional formation system and the job Market? If not, is that mean that those who are in charge of the professional formation system had not taken the required measures to make the equilibrium between the two systems or they had/ did so but they failed.

مقدمة:

إذا انتهى القاضي من التكييف وأدخل العلاقة القانونية في أحد النظم المعنية في قانونه انتقل إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة أي أسند حكمها إلى القانون الذي يجب أن تخضع له وهذا هو الإسناد¹ Le rattachement.

عند قبول مبدأ تطبيق القانون الأجنبي في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي تظهر أمامنا مسألة أخرى وهي أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يحوي أحكاما داخلية² وأحكاما متعلقة بتنازع القوانين (قواعد الإسناد) فأية واحدة منها سنطبق عند وجوب تطبيقها هل سنطبق الأحكام الداخلية منه أم الأحكام الخاصة بالقانون الدولي الخاص أم سنطبقان معا كوحدة لا تتجزأ؟

فهذه المسألة هي التي تدفعنا إلى بحث موضوع الإحالة في القانون الدولي الخاص لأنه في حالة تطبيق الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص من القانون الأجنبي الواجب التطبيق فإنها قد تحيل حل النزاع إلى قانون القاضي مرة أخرى أو إلى قانون دولة³ ثالثة.

بناء على ما تم ذكره سنعمل على تبيان أحكام نظرية الإحالة وذلك بالتطرق إلى تعريفها وذكر الأسس التي تقوم عليها وأنواعها مع التركيز على القضية الشهيرة التي كانت السبب الرئيسي- في نشأتها. كما نقوم بتحليل كذلك الموقف الفقهي منها وموقف المشرع الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم الإحالة وموقف الفقه منها

بعد انتهاء عملية التكييف وتوصل القاضي إلى ربط موضوع النزاع بإحدى مجموعات الإسناد مما يؤدي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في هذه المرحلة تنشور عدة مشكلات بصدد القانون الواجب التطبيق أولى هذه المشكلات هل يقصد به قواعد الإسناد في هذا القانون أم أحكامه الداخلية دون قواعد الإسناد فيه وهذه المشكلة تعرف باسم مشكلة الإحالة⁴.

¹ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003، ص. 45.

² إذا قام القاضي بتطبيق القواعد الداخلية (القواعد الموضوعية) في القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع فهذا معناه أنه يرفض الإحالة.

³ هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة بالولاية، الجزء الأول- تنازع القوانين - دار الفتح، الإسكندرية (مصر)، 2011، ص. 90.

⁴ سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 635.

المطلب الأول: التعريف بالإحالة وأنواعها ونشأتها

تعرف الإحالة بأنها إحالة الاختصاص التشريعي في موضوع النزاع الذي ينظره القاضي من القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون آخر عملاً بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه¹. استناداً على هذا تتساءل عن الأحكام الأساسية لوجود الإحالة؟

الفرع الأول: أسس الإحالة

إن نظرية الإحالة تقوم على دعامين أساسيين هما:

أولاً: استشارة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص

يذهب أنصار الإحالة من الفقه التقليدي إلى القول بأنه إذا اختارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي قانوناً أجنبياً ليحكم النزاع فإنه يتعين على هذا الأخير أن يبدأ باستشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي². هذه القواعد تكشف عما إذا كان القانون الأجنبي مختصاً أم لا وعملاً إذا كان يشير لقانون آخر ليحكم النزاع³.

ثانياً: أن يحدث تنازع سلمي بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الواردة بهذا القانون الأجنبي.

إن السبب الرئيسي لقيام مشكلة الإحالة يعود إلى اختلاف قواعد الإسناد المطبقة في قانون القاضي عن قواعد الإسناد واجب في القانون الأجنبي التطبيق من حيث مضمونها.

مثال ذلك الميراث يخضع بموجب قواعد الإسناد الجزائرية لقانون جنسية المورث في حين أنه يخضع وفقاً لقواعد الإسناد الفرنسية لقانون موطنه بالنسبة للمنتقل ولقانون موقع المال بالنسبة للعقار. وبالتالي فإن التنازع في قواعد الإسناد قد يثور لا محالة بين هذه القوانين ويتخذ هذا التنازع بين قواعد الإسناد إحدى الصورتين إحداها إيجابياً والآخر سلبياً.

¹ يعرفها كذلك علي علي سليمان بأنها نظرية تقول بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه جاء هذا التعريف في كتابه السابق الذكر، ص. 19.

وتعرف كذلك من قبل البروفيسور معمر راشد سفيك بأنها إحالة حل المسألة من قبل القانون الأجنبي المختص حسب قواعد تنازع القوانين إلى قانون القاضي نفسه أو إلى قانون دولة ثالثة.

انظر غالب الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة، بغداد، 1965، ص. 11، لقد ذكر في هذا المؤلف العديد من التعاريف للإحالة.

² حبار محمد، محاضرات القانون الدولي الخاص، الملقاة على طلبة السنة رابعة كلاسيك، جامعة وهران، غير منشورة، 2010.

³ علي علي سليمان، مرجع سابق الذكر، ص. 45.

أ- التنازع الإيجابي لقواعد الإسناد:

يحدث التنازع الإيجابي بين قواعد الإسناد عندما تقضي قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي بعقد الاختصاص لقانونيهما¹. ويحدث ذلك إذا اتفقت قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي ويتحقق هذا الاتفاق في حالتين:

1 - الأخذ بضابط إسناد واحد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه مثلاً التنازع بشأن الحالة والأهلية بين القانون الجزائري والمصري أو الجزائري والفرنسي- طالما أن كل هذه القوانين تخضع هذه المسألة لقانون جنسية الشخص.

2 - الإتحاد في النتيجة التي يؤدي إليها تطبيق قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي على الرغم من اختلاف ضابط الإسناد²، مثال ذلك تنازع قاعدة الإسناد في كل من القانون الجزائري والقانون الإنجليزي بخصوص أهلية جزائري اتخذ له موطناً في إنجلترا، فقاعدة الإسناد الجزائرية تشير إلى تطبيق القانون الجزائري لأنه قانون جنسيته.

لا يثير هذا التنازع صعوبة تذكر لأن كل قاضي سيطبق قانونه إذا رفع هذا النزاع أمامه³.

ب - التنازع السلبي لقواعد الإسناد:

يقوم هذا التنازع عندما تقرر قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص لقانون أجنبي وتشير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى اختصاص القانون الوطني من جديد أو إلى اختصاص قانون ثالث⁴، مثال ذلك أن يقوم إنجليزي مقيم في الجزائر بتصرف متعلق بأهليته فني هذا المثل يقضي- القانون الجزائري بإخضاع هذا التصرف لقانون جنسية الإنجليزي أي للقانون الإنجليزي بينما القانون الإنجليزي يقضي- بإخضاع هذا التصرف لقانون الموطن وهو القانون الجزائري أي أن كلا من القانونين يتخلى عن اختصاصه للآخر بحكم العلاقة فما هو الحل في هذه الحالة؟ وهنا تثار ما تدعى بمشكلة الإحالة.

نتيجة: الإحالة ليست إلا تعبير عن تنازع قواعد الإسناد السلبي وهي لا تشور إلا إذا سلمنا بأن المقصود بالقانون الأجنبي قواعد الإسناد فيه وكانت هذه القواعد تختلف عن قواعد الإسناد في قانون القاضي من حيث مضمونها.

¹ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي- الطبعة الثانية، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.92.

² فتيحة يوسف، محاضرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - السنة الرابعة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان غير منشورة، 2009، ص.28 و 29.

³ محمد وليد المصري، مرجع آف الذكر، ص.92.

⁴ علي علي سليمان، مرجع سابق الذكر، ص.46.

الفرع الثاني:الأصل التاريخي لنظرية الإحالة

لقد اختلف الفقهاء حول تاريخ ظهور الإحالة فبينما يؤكد البعض بأن الإحالة لم تظهر إلا عام 1875 في قضية فورجو فالبعض الآخر يرجع ظهورها إلى تاريخ أسبق.

إذن يتبين من خلال الدراسات الفقهية أن فكرة الإحالة ظهرت أول الأمر في إنجلترا عام 1841 وفي القضاء الألماني سنة 1861 غير أنها لم تلتفت انتباه الفقهاء إلا بمناسبة قضية فورجو¹، والتي تتلخص وقائعها في أن فورجو ولد غير شرعي تم إنجابه خلال القرن التاسع بإقليم بافاريا، ولما بلغ الخامسة من عمره نزلت به أمه إلى فرنسا حيث أقامت حتى وفاتها دون أن يتخذ من فرنسا موطناً لها² ولما شب فورجو تزوج مع فرنسية ثرية فلما توفيت تركت له ثروة منقولة طائلة. وحين بلوغه سن الثامنة والستين توفي فورجو بمدينة " بو " دون أن يترك ورثة مباشرين³.

فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثروة باعتبارها تركة لا وارث لها فطالب الحواشي بنصيبهم في الميراث.

مؤسسين طلبهم هذا على أن قوانين بافاريا الداخلية تعتبر الموطن القانوني لفورجو والتي تشير إليها قاعدة الإسناد الفرنسية لا تقيم أية تفرقة بين الابن الطبيعي والابن الشرعي بالنسبة إلى تحديد ورثته، فقضت محكمة استئناف بو يرفض طلبهم في 1874/03/11 مستندة إلى أن فورجو كان متوطناً بفرنسا وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته الموقولة القانون الفرنسي وهو يقضي بحرمان غير الأبوين والإخوة للولد غير الشرعي من ميراثه.

فرفع الورثة طعناً في هذا الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية. فقضت الحكم في 1875/05/05 على أساس أنه مخطئ في اعتبار فورجو متوطناً في فرنسا مع أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن فيها ويكون موطنه القانوني هو بافاريا وبالتالي يطبق عليه القانون البافاري.

¹ زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - الجزء الأول، مطبع الكاهنة، الجزائر، 2000، ص. 105.

² لقد كان القانون الفرنسي آنذاك يأخذ بالتفرقة بين الموطن الفعلي والموطن القانوني، فلم يكن يكفي أن يتوطن شخص بفرنسا ليعتبر فرنسا موطناً له وإنما كان يتعين لاستفادته من ذلك (طبقاً للمادة 13 مدني التي تم إلغاؤها بمقتضى قانون 10 أوت 1927) أن يصدر لصالحه مرسوم بالاستفادة من التوطن بفرنسا، يراجع حبار محمد، ص. 192.

³ وهم الأب والأم والإخوة في القانون الفرنسي بالنسبة إلى الولد غير الشرعي.

أحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بورجو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي. فطعنتم مصلحة أملاك الدولة في هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يطبق على الميراث في المنقول قانون الموطن الفعلي¹.

فقضت محكمة النقض بنقضه في 1878/06/24 لأنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه وهي تحيل ميراث المتوفى إلى قانون موطنه الفعلي وهو هنا القانون الفرنسي.

أحيلت القضية من جديد إلى محكمة استئناف تولوز فقضت في 1880/05/22 بما رأته محكمة النقض.. فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الموضوعية.

فرفضت محكمة النقض هذا الطعن في 1882/02/22 وهكذا قبلت محكمة النقض إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي دون أن تصرح بأنها إحالة².

ثم اعتمدت محكمة النقض الفرنسية بعد ذلك الإحالة في الكثير من الأحكام القضائية اللاحقة. حيث استعملت عبارة (الإحالة)³ صراحة ومن قبيل ذلك ما قرر في قضية سولي.

الفرع الثالث: أنواع الإحالة

الإحالة في نشأتها ذات مصدر قضائي مرتبط بقضية فورجو وهذه القضية كشفت عن الشكل الأول البسيط الذي تأخذه الإحالة (الرد)، لكن الفقه الفرنسي - عاد ومهد الطريق أمام شكل آخر يمكن أن تأخذه الإحالة والذي أبان عن تكريسه لاحقاً أمام القضاء الفرنسي (قانون دولة ثالثة).

لقد درج الاجتهاد في الدول الغربية على استعمال تعبير إحالة عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فترجع قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي حكم هذه العلاقة لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع.

ففي فرنسا يستعملون كلمة REMITTANCE أو RENVOI وهذه هي الإحالة القريبة أي التي يرد فيها القانون الأجنبي اختصاص الحل إلى قانون القاضي. في مجال تحديد أشكال الإحالة يستعمل في فرنسا تعبير ليعنوا بها الإحالة إلى قانون دولة ثالثة غير دولة القاضي التي تنظر في النزاع بينما يطلق الإنجليز والأمريكيون على هذه الإحالة اسم Renvoi au second degré أي الإحالة البعيدة transmission. أما في بعض

¹ من الغريب أن مصلحة الأملاك قالت أن الموطن القانوني طبقاً للقانون البافاري هو الموطن الفعلي مع أن هذا القانون كان يساوي بين الموطن القانوني والموطن الفعلي.

² في تحليل هذه القضية يراجع علي علي سليمان، مرجع آف الذكر، ص. 69-70.

³ حبار محمد، النظرية العامة لمنهج التنازع - دراسة مقارنة - مذكرات غير منشورة، جامعة وهران، بدون سنة، ص. 215.

المؤلفات العربية فيستعملون تعبير (الإحالة) إلى قانون ثالث عندما يقصد هذا النوع من الإحالة ذلك لأن التعبير الفرنسي : الذي يعنون به الإحالة أو الرد إلى قانون القاضي *renvoi au second degré*.

فإذا كانت هذه الإحالة على درجة واحدة فلماذا تصبح الإحالة من قبل القانون المعين إلى قانون ثالث على درجتين؟

يميل بعض الفقهاء العرب إلى تعريب الإحالة الأولى بتعبير (الرد) أو (الإرجاع) والإحالة الثانية بتعبير الإحالة فقط، إلا أنهم رأوا ومنعا للالتباس الذي قد يقع من مطالعة الكتب الفرنسية بين التعابير المستعملة أن يكتفي بالتعبيرين الآتين:

الإحالة البسيطة والإحالة إلى قانون ثالث على أن يستعمل في بعض الأحيان تعبير (الرد) للدلالة على الإحالة الأولى.¹

أولاً: الإحالة من الدرجة الأولى²

تم عندما تقضي- قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه برد الاختصاص إلى قانون القاضي الذي ينظر النزاع وتسمى أيضاً بحالة الرجوع.³

فالإحالة البسيطة إذن تتولد عندما يوجد اختلاف بين قانون دولتين حول موضوع ما وعليه فإن هذا النوع من الإحالة هو أكثر شيوعاً في التطبيق العملي من غيره.

ثانياً: الإحالة إلى غير قانون القاضي (إحالة من الدرجة الثانية)

تكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد لدولة القاضي الاختصاص لا إلى قانون القاضي وإنما إلى قانون أجنبي آخر.

مثال ذلك إذا عرض على القاضي الجزائري نزاع متعلق بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في الدانمرك. فقواعد الإسناد الجزائرية تجعل الاختصاص للقانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية. لكن قواعد الإسناد في هذا القانون ترفض اختصاصه وتعقد الاختصاص للقانون الدانمركي (قانون الموطن). فإذا كان القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق على هذا النزاع القانون الدانمركي الذي أحالت

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سبق ذكره، ص 639-640.

² الإحالة من الدرجة الأولى وتسمى كذلك الإحالة البسيطة أو الرد إلى قانون القاضي.

³ كأن يطرح نزاع متعلق بأهلية الإنجليزي مقيم في الجزائر والنزاع معروض أمام القاضي الجزائري. قاعدة الإسناد الجزائرية تشير إلى اختصاص القانون الإنجليزي بصفته قانون الجنسية بينما تمنح قاعدة الإسناد الإنجليزية اختصاص إلى القانون الجزائري بمثابة قانون الموطن. فإذا طبق القاضي الجزائري قانونه الداخلي في قواعده الموضوعية يكون قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

إليه قواعد الإسناد الإنجليزية وهذا بشرط أن تقبل قواعد الإسناد في القانون الدائمي هذا الاختصاص وهو اختصاص غير مرفوض في الواقع من طرفه لأن قواعد إسناده تخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن¹.

هذا النوع من الإحالة - بخلاف الأول - نتاج متابعة فقهية أمعن النظر في حيثيات وفقرات الحكم الصادر في نفس قضية فورجو.

هذا ما مكن القضاء الفرنسي لاحقا من القبول بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة.

في هذا الصدد يستخلص من عبارات حكم لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1938 ملامح تطور جديد نحو القبول بالإحالة إلى قانون ثالث أو من الدرجة الثانية.

فقد أكدت هذه المحكمة في حيثياتها "وجوب الأخذ بالإحالة التي يقرها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي كما هو الشأن في الحالة محل البحث".

حيث لاحظ الأستاذ باتيفول أنه ورغم أن الحكم يتعلق بالإحالة إلى القانون الفرنسي أي على شكل رد إلا أن عباراته قد جاءت مطلقة فهي تتضمن معنى التسليم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي- أي القبول بالإحالة إلى قانون ثالث. وهذا ما تفصح عنه دون عناء مفردات الحكم المذكور.

إذا كان القضاء الفرنسي وخاصة عبر قضية فورجو قد نبه الأذهان إلى موضوع الإحالة لكنها لم تنتظر طويلا لتطبق في بلدان أخرى مجاورة.

قد اتجهت المحكمة العليا الألمانية في حكم لها صراحة إلى القبول بالإحالة إلى قانون دولة ثالثة.

كان النزاع يتعلق بتركة أحد البلجيكيين الكائنة في روسيا فقد رجعت المحكمة إلى القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الألمانية (قانون جنسية المتوفى).

فلما تبين أن قواعد التنزع البلجيكية تشير بتطبيق القانون الروسي بوصفه قانون موقع المال طبقت المحكمة هذا القانون وأخذت بذلك بإحالة القانون البلجيكي إلى القانون الروسي.

يبدو أن كثيرا من البلدان التي أخذت بالإحالة لم تقيدتها بشكل معين أو على درجة واحدة، بل كان قبولها لها متحررا من أي قيد أو من أية نظرة وطنية ضيقة بخلاف ما كان عليه موقف القضاء الفرنسي- في مرحلته الأولى².

¹ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - الجزء الأول، دار هومة الجزائر، 2003، ص، 101.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سبق ذكره، ص، 644.643.

المطلب الثاني: الإحالة في فقه القانون الدولي الخاص

يعتبر موضوع الإحالة من أكثر موضوعات القانون الدولي الخاص إثارة للجدل والنقاش ومن أهم أسباب التناقض بين مواقف الدول واختلاف الحلول أمام جهات القضاء.

تتركز أوجه هذا الخلاف ليس فقط حول مبدأ القبول بالإحالة أو رفضها بل وحول العديد من الجوانب التي تتألف منها والأسس التي تستند إليها.

لعل هذا ما دفع المؤيدين لها إلى التنقيش عن الحلول التي تحد من إطلاقها وتحاول تفادي عيوبها¹.
مهما يكن من أمر فلا بد من التمييز بين أربعة اتجاهات رئيسية في الفقه وهذه الأخيرة سنتكلم عنها في الفروع التالية:

الفرع الأول: اتجاه مؤيد للإحالة

يؤكد أنصاره على ضرورة الأخذ بالإحالة ويبررون موقفهم هذا بما يلي:

1- الحجة الأساسية التي يستند إليها أنصار الإحالة تقوم على المبدأ التالي:

يجب لتطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه بالنسبة لحالة معينة أن يقبل هذا القانون باختصاصه لحكمها.

بمعنى أنه لا يجوز تطبيق قانون أجنبي معين إلا إذا كانت قواعد الإسناد في هذا القانون تسمح بتطبيقه.

يعزز أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بالاستناد إلى نظرتهم للقانون الأجنبي كوحدة متكاملة لا تتجزأ بحيث يجب أن يؤخذ به بكامله بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية إذ أن تطبيق القاضي الوطني لقانون أجنبي معين في غير الحالات التي حددها المشرع لتطبيقه يشكل خروجاً على مبدأ اختصاص هذا القانون كما حددته له قواعد الإسناد في بلاده.

بناء على ذلك يجب على القاضي الوطني عدم تطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه.

2- استند بعض أنصار هذا الاتجاه من الفرنسيين إلى حجة أخرى تتعلق بالمصلحة الوطنية مفادها أن الأخذ بالإحالة يحقق تبادلاً في الحلول بين الدولتين صاحبتى الشأن¹ ما يسمى المعاملة بالمثل.

¹ المرجع نفسه، ص، 645.

3- تمسك أنصار هذا الاتجاه بحجة ثلاثة تتعلق بالفائدة العملية للإحالة:

* إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تحقيق انسجام الحلول بين الدول التي تتصل بها العلاقة.

أي عدم اختلافها باختلاف المحكمة التي يمكن أن يرفع إليها النزاع وذلك لأن القاضي بقبوله الإحالة يعطي النزاع الحل نفسه الذي سيأخذ به القاضي لو رفع النزاع إليه أصلاً.

* يؤدي الأخذ بالإحالة إلى ضمان نفاذ الحكم الذي يصدره القاضي في الدولة التي تمت الإحالة منها وفي الدولة التي تمت الإحالة إليها على الأقل².

الفرع الثاني: الاتجاه المعارض للإحالة

انطلق الفقهاء الذين رفضوا الأخذ بفكرة الإحالة من نقد الأسس والحجج التي بينت عليها وفيما يلي أهم الانتقادات:

1- إن قواعد الإسناد لا تعنى فقط بتحديد الحالات التي يكون فيها القانون الوطني مختصاً بل هي قواعد ثنائية الجانب تحدد حالات اختصاص القانون الوطني وحالات اختصاص القانون الأجنبي يصنفها المشرع وفق فلسفة تشريعية محددة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الدولة في تطبيق قانونها الوطني ومقتضيات المجتمع الدولي للأفراد، فعندنا تقضي قواعد الإسناد بتطبيق قانون دولة أجنبية معينة تكون قواعد القانون الدولي الخاص قد فصلت نهائياً في مشكلة تنازع القوانين وحددت القانون واجب التطبيق من بينها وبغض النظر عما تقرره قواعد الإسناد فيه ولم يبق إلا الانتقال إلى تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون على موضوع النزاع لكن ما المقصود بالقانون الأجنبي واجب التطبيق وفقاً لهذا الرأي؟

المقصود هو الأحكام الموضوعية الداخلية في هذا القانون وليس قواعد الإسناد فيه؟

¹ إذا عرض نزاع أمام المحاكم الفرنسية بشأن أهلية شخص إنجليزي متوطن في فرنسا وعرض نزاع أمام المحاكم الإنجليزية بشأن أهلية شخص فرنسي- متوطن في إنجلترا. فإن المحاكم الفرنسية إذا لم تقبل الأخذ بالإحالة ستنتمي إلى تطبيق القانون الإنجليزي على الشخص الإنجليزي. أما المحاكم الإنجليزية فستطبق وفقاً لقواعد الإسناد لديها على الشخص الفرنسي القانون الإنجليزي بسبب توطنه في إنجلترا لأن القانون الفرنسي يخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص خلافاً للقانون الإنجليزي الذي يقضي بشأنها بتطبيق قانون الموطن. وكنيجة فإن عدم الأخذ بالإحالة سيؤدي عملياً إلى تطبيق القانون الإنجليزي على الفرنسيين المقيمين في إنجلترا وعلى الإنكليز المقيمين في فرنسا وعدم إمكان تطبيق القانون الوطني (الفرنسي-) في هذه المنازعات. ما يشكل هدراً لسيادة هذا القانون.

أما إذا أخذ بالإحالة فسيطبق القانون الإنجليزي على الفرنسيين المقيمين في إنجلترا وسيطبق القانون الفرنسي على الإنجليز المقيمين في فرنسا وبالتالي تحقيق فكرة تبادل الحلول بين الدول المعنية وضمان مصالحها الوطنية

انظر: دروس تنازع القوانين للسنة الرابعة الفصل الثاني المحاضرة 7-8-6 جامعة دمشق سوريا، غير منشورة، بدون سنة، ص، 47.

² علي علي سليمان، مرجع سبق ذكره، ص، 48.

كنتيجة : فقبول الإحالة يعني انصياح القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق، أي انصياحه لأوامر المشرع الأجنبي. ما يعد خروجاً على أحكام قانونه الوطني، وانتهاكاً لسيادته¹.

2 - إن القول بوحدة أحكام القانون الأجنبي والأخذ بمجملة (بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية) يتطلب من حيث المنطق القانوني اعتبار قانون القاضي كذلك وهذا يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لا مجال للخروج منها².

3 - رداً على الحجة المتعلقة بأهمية الإحالة في تحقيق انسجام الحلول بين الدول ووحدها والتي استند إليها فقهاء الاتجاه المؤيد للإحالة. قال أصحاب هذا الاتجاه: إن هذا الانسجام لا يتحقق عملياً إلا إذا

أخذ فريق من الدول بالإحالة دون الفريق الآخر، وهذا يؤدي إلى سلب الإحالة أهميتها كنظرية عامة أما إذا أخذت بها الدول كافة فيستحيل الوصول إلى تحقيق هذا الانسجام.

4 - أما بالنسبة للفائدة التي تحققها في مجال تنفيذ الأحكام فهي ليست دائماً مؤكدة:

* إذ ليس من المحتم أن ينفذ الحكم من الدولة التي تمت الإحالة منها أو في الدولة التي تمت الإحالة عليها. بل قد يكون واجب التنفيذ في دولة أخرى قد لا يسمح قانونها بتنفيذه.

* إضافة لذلك فإن هذه الحجة تقوم على أساس افتراض أن الدولة التي يراد تنفيذ الحكم فيها تشترط لإكسائه صيغة التنفيذ أن يكون قد صدر وفقاً للقانون الذي تحدده قواعد الإسناد في قانونها وهذا ما ليس محققاً في جميع الدول³.

الفرع الثالث: المحاولات الحديثة لتلافي عيوب الإحالة

حاول بعض الفقهاء تلافي عيوب الإحالة وذلك عن طريق الأخذ بالنتيجة التي تؤدي إليها دون الأسس التي تقوم عليها محاولوا بناء فكرة الإحالة على أسس جديدة.

1 - تبرير فكرة الإحالة بالاستناد إلى فكرة وجود قاعدة إسناد احتياطية:

تقوم فكرة القاضي الفرنسي لريبور بيجو نيير على أساس:

¹ دروس تنازع القوانين، جامعة دمشق، مرجع سابق، ص، 49.

² مثال ذلك إذا قررت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وجوب تطبيق قانون القاضي. بوصفه قانون موطن الشخص، لوجب رجوع القاضي مجدداً إلى قواعد الإسناد في قانونه التي ستشير مرة ثانية بوجوب تطبيق القانون الأجنبي، وهكذا إلى ما لا نهاية. ما حمل الفقيه الإيطالي جوزاتي على تشبيه الإحالة بلعبة المضرب وشبهها الأستاذ الألماني كاهن بغرفة المرايا، وهذا ما يؤكد عدم جدوى الأخذ بالإحالة. انظر سعيد يوسف البستاني، مرجع سبق ذكره، ص، 649.

³ محمد وليد المصري، مرجع سبق ذكره، ص، 96.

* افتراض وجود اشتراك في وجهات النظر التي تقوم عليها قواعد الإسناد الوطنية وقواعد الإسناد الأجنبية أي على أساس وجود تماثل في مضمون هذه القواعد.

* كما أنها ترى قواعد الإسناد الوطنية لا تؤسس على القانون الداخلي فقط بل تأخذ بعين الاعتبار تنازع المصالح الدولية وبناء على ذلك إذا عرضت قواعد الإسناد الوطنية الاختصاص على قانون دولة أجنبية فإنها تفترض وجود المفهوم نفسه لديه بشأن قاعدة الإسناد من حيث أنها نافعة وعادلة، فإذا رفضت قواعد القانون الدولي الخاص الأجنبي هذا العرض فإن ذلك يستتبع تغيير مفهوم قاعدة الإسناد وإيجاد قاعدة إسناد تبعية أو احتياطية تحقق الاشتراك في وجهات النظر بدلا من قاعدة الإسناد الأصلية التي لم تلحظ وجهة نظر المشرع الأجنبي¹.

* إن من أهداف القانون الدولي الخاص تحقيق الانسجام بين قواعد الإسناد ومن شأن نظام قواعد الإسناد التبعية أن يساهم في تحقيق هذا الانسجام بين قاعدة الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد الأجنبية. ما هو مفهوم قاعدة الإسناد الاحتياطية؟

إذا قررت قاعدة الإسناد الأصلية وجوب تطبيق قانون أجنبي معين إلا أن هذا القانون رفض الاختصاص لحكم النزاع فإن هذا الاختصاص يترد إلى قانون القاضي أو يترد أحيانا إلى قانون أجنبي آخر². هذه الفكرة وجهت لها الانتقادات التالية:

- فكرة قواعد الإسناد الاحتياطية هي مجرد افتراض وهي لا يقره الواقع ولا ينصرف إليه ذهن المشرع.
- نقطة الانطلاق عند القاضي ييجو نير هي النقطة نفسها التي انطلق منها أنصار الإحالة وهي عدم جواز تطبيق قاعدة الإسناد إذا لم تسمح قواعد الإسناد فيه بذلك.
- 2- تبرير الإحالة بالاستناد إلى فكرة الإقليمية:

من أبرز أنصار هذا الاتجاه الأستاذ الفرنسي نيبوايه الذي قبل بالإحالة استنادا إلى فكرة الإقليمية. حيث عرض فكرته انطلاقا من السؤال التالي: ماذا يحصل في الحالات التي يرفض فيها القانون الأجنبي الاختصاص المعروض عليه بموجب قواعد الإسناد الوطنية لحكم مسألة معينة؟ يجيب بقوله تصبح المسألة بلا قانون يحكمها ونكون أمام ما يسمى "علاقة بلا وطن"³.

¹ حبار محمد، محاضرات القانون الدولي الخاص، مرجع سبق ذكره، ص. 215.

² دروس تنازع القوانين، جامعة دمشق، مرجع آف الذكر، ص. 49.

³ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص. 169.

● الحل المتبع: أن نستند في تحديد القانون الذي تخضع العلاقة موضوع النزاع لحكمه إلى المبدأ الرئيسي- وهو مبدأ الإقليمية.

● بموجبه تخضع العلاقة لقانون القاضي بوصفه صاحب الاختصاص الرئيسي- بحكم جميع المنازعات التي تثور على الإقليم وذلك لأن الأصل في القوانين هو الإقليمية والأخذ بقانون أجنبي في حالة معينة ليس إلا من باب الاستثناء.

كنتيجة مهمة لفكرة نيوابيه تنطوي على الأخذ بالإحالة على قانون القاضي فقط أي الإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية والتي هي في الواقع تطبيق لفكرة الإقليمية.

النقد الموجه:

تبريرهم للإحالة انطلق من الفكرة التي أخذ بها أنصار الإحالة ألا وهي عدم فرض الاختصاص على القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنية باختصاصه.

3- تبرير الإحالة استنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد :

انطلق الأستاذ الفرنسي باتيفول في تبرير الأخذ بالإحالة من الهدف الذي تسعى إليه قواعد الإسناد في مختلف الدول¹.

ما هو هدف قواعد الإسناد؟

التنسيق بين النظم القانونية المختلفة أو تحقيق التعايش المشترك بينها.

مفهوم فكرة التنسيق:

وجد باتيفول:

أ - أن الطبيعة الدولية للعلاقات التي يحكمها القانون الدولي الخاص تتجلى في ارتباط هذه العلاقات بقوانين دولتين أو أكثر.

ب - من غير المنطقي التفكير في حل تنازع القوانين عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية وحدها وتجاهل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق.

ج - ما يهدف إليه المشرع من وضع قواعد الإسناد هو تحقيق الانسجام والتنسيق بين قواعد الإسناد في القانون الوطني وفي القانون المختص بحكم النزاع.

¹ أعراب بلقاسم، مرجع سبق ذكره، ص 105.

د - لذلك لا بد من استشارة قواعد الإسناد الأجنبية لتحقيق هذا التنسيق. فإذا أشارت بوجوب تطبيق قانون أجنبي معين وجب الأخذ به وهذا لا يعني انصياع قواعد الإسناد الوطنية لقواعد الإسناد الأجنبية بل التنسيق بينها¹.

أهمية فكرة التنسيق:

تبرز أهميتها بشكل فعلي عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية بوجوب تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، حيث يتم استشارة قواعد التنازع الداخلي في هذا القانون بغية الوصول إلى تحديد الشريعة المختصة بحكم النزاع.

لهذا يؤيد باتيفول قبول فكرة الإحالة إلى قانون القاضي².

* الحجج التي استند إليها باتيفول في قبول الإحالة:

أ - أنها تلائم النظام الدولي والداخلي³.

ب - تؤدي دولياً إلى فض تنازع السيادة الناجم عن اختلاف قواعد تنازع القوانين.

ج - تؤدي على الصعيد الداخلي إلى تطبيق القاضي لقانونه الوطني.

د - تتلاءم مع مصالح الأفراد من حيث أنها تساعد على سهولة تنفيذ الحكم في الدولة التي تمت الإحالة منها وفي الدول التي تأخذ بقاعدة إسناد ماثلة لقاعدة الإسناد في قانون هذه الدولة⁴.

استثناء لا يأخذ باتيفول بفكرة الإحالة على إطلاقها، فهو يرى عدم قبولها في الحالات التي يستحيل فيها التنسيق بين القانون الوطني والقانون الأجنبي كأن يكون القانون الواجب تطبيقه هو قانون إرادة المتعاقدين أو قانون محل إبرام العقد.

الفرع الرابع: اتجاه يحاول تقييدها

إن الغالبية العظمى من أنصار الإحالة تميل إلى الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أي بالإحالة إلى قانون القاضي. وقلة أخرى تأخذ في حالات ضيقة جداً بالإحالة من الدرجة الثانية التي تؤدي إلى تطبيق قانون دولة ثالثة.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مرجع آف الذكر، ص، 166.

² هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سبق ذكره، ص، 166.

³ المقصود بتنازع السيادة هو تنازع أنظمة التنازع في الدول المختلفة، ينظر دروس تنازع القوانين، جامعة دمشق، مرجع سابق، ص، 51.

⁴ محمد وليد المصري، مرجع سالف الذكر، ص، 96.

كما يفضل بعض أوصار الإحالة من الدرجة الأولى عدم الأخذ بها بصورة مطلقة وتقييد نطاق تطبيقها بمجالات معينة.

أولاً: الأستاذ الفرنسي باتيفول:

يقصر نطاق تطبيق الإحالة على الحالات التي يمكن فيها تحقيق التنسيق بين قواعد الإسناد وعلى ذلك يرى عدم الأخذ بها في حالتين هما:

الأولى: عندما يكون القانون الأجنبي واجب التطبيق:

أ - هو قانون إرادة المتعاقدين لأن الأخذ بقواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق قد يتنافى مع إرادة المتعاقدين فيما إذا أشارت هذه القواعد بقانون آخر.

ب - أما إذا اتفق المتعاقدان على إخضاع عقدهما لقواعد القانون الدولي الخاص في قانون أجنبي فيمكن في هذه الحالة فقط قبول الإحالة احتراماً لإرادتهما وفق ما قال به الأستاذ آرمنجون.

الثانية: عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون محل إبرام العقد وذلك خشية تفويت الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام.

ثانياً : الأستاذ آرمنجون:

قصر نطاق تطبيق الإحالة :

أ- عندما يتفق الطرفان على إخضاع عقدهما لقانون الإرادة.

ب - عندما يكون القانون واجب التطبيق هو قانون دولة متعددة الشرائع، حيث تم استشارة قواعد التنازع الداخلي في هذا القانون لمعرفة الشريعة الداخلية المختصة.

ثالثاً: الأستاذ الألماني فرانكشتين

قصر- نطاق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب فقط وقبولها من قانون الجنسية إلى قانون الموطن إذا كان هذا القانون هو قانون دولة القاضي تقوم هذه الفكرة على أساس أن الأحوال الشخصية للأجانب تمه المشرع الأجنبي أكثر مما تمه المشرع الوطني¹.

إن الأستاذ فرانكشتين يؤمن بوجود:

¹ مثال ذلك إذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية بوجوب تطبيق قانون جنسية شخص أجنبي وكانت قواعد الإسناد في هذا القانون تشير بوجوب تطبيق قانون الموطن، فيمكن في هذه الحالة فقط قبول الإحالة من قانون الجنسية إلى قانون الموطن وليس العكس، ينظر دروس تنازع القوانين، جامعة دمشق، ص، 49.

أ- إسناد حقيقي أولي: يقضي بخضوع الأحوال الشخصية للأجانب لقانون الجنسية.

ب - إسناد ثانوي: يتضمن خضوع الأحوال الشخصية للأجانب لقانون الموطن تمثله قاعدة الإسناد في قانون جنسية الأجنبي يعمل به في حال تعذر أعمال الإسناد الحقيقي.

أخذ بهذا الاتجاه عدد من الفقهاء المتأثرين بمبدأ شخصية القوانين، كما أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية وقوانين بعض الدول مثل:

1 - ألمانيا واليابان: بشرط أن يؤدي إلى تطبيق قانونها الوطني.

2 - السويد وسويسرا في بعض مسائل الأحوال الشخصية.

3 - العراق بصدد أهلية الالتزام بمقتضى سفتجة.

رابعاً: رفض البعض الأخذ بالإحالة في مجال الأحوال الشخصية

بالنسبة للدول التي تتعدد فيها تشريعات الأحوال الشخصية بتعدد الديانات دون أن تتمتع بشريعة عامة إلى جانب الشرائع الأخرى كلبنان نظراً لاختلاف الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي في هذه الدول والقانون الأجنبي الواجب تطبيقه، حيث يتعذر عملياً قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي.

أ - وذلك لعدم إمكان تحديد الشريعة المختصة في قانون القاضي.

ب - كما أن هذه الشرائع المختلفة تكون غالباً منقطعة الصلة بالأجانب. فقبول الإحالة بالنسبة لهذه الدول يؤدي إلى نتائج غير ممكنة عملياً وغير مقبولة قانوناً¹.

المبحث الثاني: الإحالة في النصوص القانونية

إن فكرة الإحالة التي أصبحت من أهم المواضيع في القانون الدولي الخاص لا تزال معتبرة في قوانين الكثير من الدول وفي بعض الاتفاقيات الدولية وبناء على ذلك سنتكلم في هذا المبحث عن الأحكام الخاصة بقبول الإحالة في الدول المختلفة مع بيان الدول التي تأخذ قوانينها بالإحالة والتي لا تأخذ بها وفي ختام هذا المبحث نبرز موقف مشرعنا.

المطلب الأول: نظرية الإحالة في القانون المقارن

الإحالة موضوع خلاف استمر تبين الرأي حوله في الفقه والقضاء منذ ظهور هذه النظرية وحتى اليوم. وهذا ينعكس باستمرار ووضوح على التشريعات فالموقف من الإحالة في التشريعات متباين. ولكنه يعكس مقدارا ملفتاً من التطور والحراك¹.

¹ فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، مرجع سالف الذكر، ص 173.

الفرع الأول: التشريعات الرافضة للإحالة

التشريعات العربية في معظمها رفضت الإحالة وهذا هو موقف المشرع المصري الذي أظهرته صراحة المادة 27 من القانون المدني² وحذا حذوه المشرع العراقي في المادة 31 من القانون المدني وأيضاً القانون السوري في المادة 29 من القانون المدني، ونفس الموقف بينته أيضاً المادة 27 من القانون الليبي والمادة 28 من القانون المدني الأردني والمادة 72 من القانون المدني الكويتي³، كما أنه هو أيضاً موقف القضاء في لبنان طالما المشرع اللبناني لم يتخذ موقفاً صريحاً من الإحالة بالنص عليها قبولاً أو رفضاً⁴.

هذا الاتجاه الرفض للإحالة اتخذته مجموعة قوانين أجنبية وكرسته بعض الاتفاقيات الدولية ومن أبرزها القانون الإيطالي القديم لعام 1942 في المادة 30 من القانون المدني والقانون الهولندي واليوناني والبرازيلي والدول الإسكندنافية كما أن القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يميل بصفة عامة إلى رفض الإحالة⁵.

من أحدثها القانون السويسري في المادة 74 من قانون 1987 وقانون مقاطعة كييك في المادة 18 لعام 1991 وكذلك المادة 3517 من قانون 1991 في ولاية لويزيانا الأمريكية وهذا الموقف عكسته بعض الاتفاقيات الدولية الحديثة.

الفرع الثاني: التشريعات الآخذة بالإحالة

بخلاف المواقف السابقة اتخذت بعض التشريعات مواقف صريحة مؤيدة للإحالة وهي وأن عملتها لم تعتمد على إطلاقها بل قنتها وأوضحت حالاتها وأشكالها.

قد نص عليها صراحة القانون الألماني لسنة 1986 الذي أشار في مادته الرابعة والتي تنص على ما يلي: "إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني"⁶.

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق الذكر، ص. 659.

² "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

³ سعيد يوسف البستاني، مرجع آف الذكر، ص. 96.

⁴ أعراب بلقاسم، مرجع سبق ذكره، ص. 107.

⁵ علي علي سليمان، مرجع آف الذكر، ص. 12.

⁶ أضافت نفس المادة الرابعة فقرتها الثانية أنه: "إذا كان للأطراف حرية اختيار قانون إحدى الدول فإن حريتهم في هذا الصدد قاصرة على اختيار القواعد المادية لهذا القانون دون سواها"، حيث يفهم من هذه الفقرة نطاق الإحالة واستبعادها في مسائل الالتزامات العقدية حيث يطبق قانون الإدارة، أنظر سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص. 660.

يعد القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963 من أبرز التشريعات التي تأثرت بشكل مباشر بالنظرية القائلة باحترام الغاية من قاعدة الإسناد عند قبول الإحالة أو رفضها.

حيث تنص المادة 35 من هذا القانون على أنه: "إذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما وأحالت نصوص هذا القانون إلى القانون التشيكي أو إلى قانون دولة أخرى في حالة الإحالة من الدرجة الثانية فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل عادل ومعقول للعلاقة المعنية".

هذه النصوص المتأثرة بالنظريات الحديثة كشفت عن قبولها للإحالة في درجتها الأولى والثانية وهو ما بدأ أكثر وضوحاً في النص التشيكي وهو نفس الموقف الذي نص عليه القانون النمساوي في المادة 54 من قانون 15 جوان لسنة 1978 والقانون البولندي في المادة الرابعة من قانون 12 نوفمبر لسنة 1965 وأيضاً نص المواد من 17 إلى 19 من القانون المدني البرتغالي لسنة 1966 وكذلك المادة السادسة من القانون اليوغسلافي لسنة 1982 ومثلها نص المادة الثانية من قانون 20 ماي 1982 في تركيا.

استكمالاً لصورة المواقف فقد أخذت بعض التشريعات فقط بالإحالة من الدرجة الأولى ومن أبرزها القانون الإسباني في المادة 11 من قانون 31 ماي 1974 والقانون الياباني في المادة 32 من قانون 1989 وأيضاً نص المادة 4 من القانون المجري لعام 1979¹.

لعل من أبرز القوانين العربية التي أخذت بهذا النوع من الإحالة حديثاً ونصت عليه صراحة هو قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة فقد نصت المادة 26 من هذا القانون على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق"².

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

لم يسبق لمشرعنا بيان موقفه من نظرية الإحالة عند إصداره للقانون المدني سنة 1975³. بحيث لم يورد نصاً لا بالجزم ولا بالنفي، ولذلك فتح النقاش لدى الفقه الجزائري بين مؤيد ومعارض، فقياً يتعلق بالاتجاه المؤيد فإنه بنى رأيه على الحجج السابقة الذكر¹.

¹ أعراب بلقاسم، مرجع آف الذكر، ص، 107.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع آف الذكر، ص، 661.

³ حبار محمد، محاضرات القانون الدولي الخاص، مرجع سبق ذكره.

أما الاتجاه المعارض فبالإضافة إلى الحجج السابقة الذكر² فإنه أضاف حجة ثالثة وهي الأخذ بنظرية الإحالة سيؤدي إلى إخضاع أجنب غير مسلمين لقانون الأسرة الجزائري الذي هو في أصله مستمد من الشريعة الإسلامية وأن ذلك لا يتماشى مع إرادة المشرع الجزائري ولا مع رغبات الأجانب المقيمين في الجزائر³.

بالإضافة إلى هذا فلقد رأى أستاذنا الدكتور حبار محمد⁴ أن مشرعنا وإن كان قد سكت عن إيراد حكم بشأن الإحالة فإن ذلك يكشف في نظره عن استبعاده لها بنوعها يستوي في ذلك أن يتعلق الأمر بالإحالة من الدرجة الأولى أو بالإحالة من الدرجة الثانية.

دليله في ذلك ما أورده المشرع الجزائري من أحكام متعلقة بتنازع القوانين إلى جانب بعض الاعتبارات الأخرى.

يمكن حصر هذه الأدلة وهذه الاعتبارات فيما يلي:

1 - ما أورده مشرعنا في المادة 15 من القانون المدني حيث نص صراحة على أن قانون الشخص المراد حمايته هو الذي يتولى تبيان القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجورين والغائبين.

إن هذا النص لواضح المدلول، فقد أشار صراحة إلى ضرورة تطبيق الأحكام الموضوعية أي الداخلية في قانون جنسية الشخص المعني بالحماية دون أحكام التنازع الواردة بهذا القانون.

2 - ما جاء بالمادة 20 من القانون المدني التي أوضحت بعد إقرارها إخضاع الفعل الضار لقانون محل وقوعه أضافت في فقرتها الثانية استثناء هاما جاء فيه: "وفيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في البلد الذي وقعت فيه".

إن تحليل الفقرة الثانية للمادة 20 ليؤكد بأن المراد بالقانون الأجنبي هنا يتمثل في أحكامه الموضوعية دون قواعد التنازع الواردة به وما يجزم بذلك هو كونها قد أضافت في عجزها " وإن كانت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه"

مما لا شك فيه أن المشروعية من عدمها تتقرر حتما على ضوء القواعد المادية الواردة بهذا القانون وليس استنادا إلى قواعد التنازع المدرجة فيه.

¹ انظر الفرع الأول من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا البحث.

² أنظر الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا البحث.

³ حبار محمد، محاضرات القانون الدولي الخاص، مرجع سابق الذكر.

⁴ حبار محمد، النظرية العامة لمنهج التنازع، مرجع سابق الذكر، ص 215.

3 - إن قاعدتي الإسناد المشار إليهما سابقا والمتمثلتين في المادتين 15 و20 من القانون المدني شأنهما في ذلك شأن بقية قواعد الإسناد يجد أن مصدرها في القانون المدني المصري وهو قانون قد نص صراحة على استبعاد الإحالة ومن المعروف أن أي مشروع وهو بصدد إصداره لأحكام معينة يراعي في ذلك التنسيق بين هذه الأحكام المختلفة التي يتولى إصدارها. أي أن المشرع المصري باعتماده مبدأ إخضاع مسائل حماية الشخص للأحكام الموضوعية الواردة بقانون جنسيته، وبإيراده الحكم الذي أخذه عنه المشرع الجزائري في المادة 20 في فقرتها الثانية من القانون المدني بشأن الفعل الضار، يكون قد قام بذلك على ضوء استبعاده للإحالة، وليس من المنطقي أن يكون المشرع الجزائري قد أخذ بهذه الأحكام التي تتنافى والإحالة وأن يعتمد في نفس الوقت هذه النظرية.

هذه الآراء الفقهية أدلى بها أصحابها قبل تعديل القانون المدني في سنة 2005 لكن بعد التعديل فإن مشرنا أضاف إليه المادة 23 مكرر 1 والتي جاء نصها كما يلي: "إذا تقرر إن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص "

إذا حللنا هذه المادة نستخلص نتيجة واحدة أن مشرنا يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في كل المجالات¹.

جدير بالذكر أن هذا النص الذي جاء به مشرنا والمتمثل في المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني استحدث حكما شادا ذلك أنه نص في الفقرة الأولى على رفض الإحالة صراحة أي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ثم جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة ليقر الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أي الرجوع.

ب - صحيحا أنه وإن كنا نبخذ فكرة الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لكونها عودة إلى الأصل وذلك

بتطبيق القانون الوطني وما يحمله ذلك من تيسير على القاضي إلا أنه كان على المشرع أن يكتفي بالنص على الأخذ بالإحالة مباشرة أي الاقتصار على قاعدة واحدة لكنه في المادة 23 مكرر 1 عمد إلى وضع قاعدتين متناقضتين :

القاعدة الأولى: رفض الإحالة كلية فقرة أولى.

القاعدة الثانية: الأخذ بالإحالة فقرة ثانية.

¹ حبار محمد، محاضرات القانون الدولي الخاص، مرجع سبق ذكره.

إن هذا الوضع يجعل القاضي في حيرة من أمره يأخذ بالإحالة أم يرفضها؟ فإذا أخذ بالإحالة فهو هنا قد خالف قاعدة آمرة وهي الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 وهذا يعتبر تجاوزا للسلطة يترتب عليه إلغاء الحكم الذي سيصدره القاضي.

أما إذا لم يأخذ بالإحالة فإن ذلك أيضا سيعرض حكمة للإلغاء لأنه خالف قاعدة آمرة وهي نص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 والتي تقضي بالأخذ بالإحالة.

ج - إن هذا الوضع المتناقض سيؤدي إلى عرقلة مصالح الأفراد من جهة وتعطيل قاعدة الإسناد الوطنية من جهة أخرى.

د - بالإضافة إلى ما تقدم فإنه من الناحية العملية لا يمكن للقاضي التوصل إلى حل للنزاع المعروض عليه ومن ثم وجب تعديل المادة 23 مكرر 1 بما يتماشى والمنطق القانوني والحكمة من وضع قواعد الإسناد.

ذلك بحذف إحدى الفقرتين والاعتماد على قاعدة واحد فقط، وفي هذا المجال فإننا نحبذ الإبقاء على الفقرة الثانية من المادة والتي تقضي بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، أي الرجوع إلى قانون القاضي بما في ذلك من تيسير على القاضي في حل النزاع¹.

مهما يكن من أمر فأنا أضم رأئي إلى رأي هذا الباحث فهو نص غير واضح ويحمل في طياته تناقضا. ويبدو لي أن مشرعا هذا حدو مشرع دولة الإمارات العربية المتحدة حينما نص في المادة 26 من قانون المعاملات المدنية على ما يلي:

"إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق"

هذا والسؤال الذي يمكن طرحه بخصوص تحليل موقف مشرعا من الإحالة هو ما مصير المادتين 15 و20 في فقرتها الثانية من القانون المدني بعدما أصبح ينص صراحة على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى؟

مهما يكن من أمر، فنحن نعتقد بأنه يجب عدم الأخذ بنظرية الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية وإخضاعها حصرا للقانون الشخصي.

¹ بلغيث عمارة، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة قلمة عدد 7، 2009، ص 289.

خاتمة:

إن السبب الرئيسي - في ظهور نظرية الإحالة هو المصلحة. مصلحة فرنسا في الحصول على ثروة فورجو الطائفة (لم يكن في نية القضاء الفرنسي خلق نظرية لزالّت لحد الساعة محل جدل كبير).

هذا القول أرى أنه يدعم رأيي الذي ينحاز في اتجاه الدول الراضة للإحالة. فهذه الأخيرة ترفض الإحالة حتى توفر الاحترام التام للفلسفة التشريعية التي يقوم عليها نظام تنازع القوانين من جهة أخرى فمشروعو الدول عندما يضعون قاعدة الإسناد ويحددون القانون الواجب التطبيق بصدد مسألة معينة إنما يختارونه باعتباره أكثر القوانين ملائمة لحكمها وأقربها لطبيعتها وأكثر تحقيقاً للعدالة بحيث يضمن المصلحة الوطنية من جهة وحاجات المجتمع الدولي للأفراد من جهة أخرى.

إضافة إلى هذا فإهمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق لا يمكن أن يكون إلا تغليبا لاعتبارات المشرع الأجنبي على فلسفة المشرع الوطني في مجال تنظيم علاقات الأفراد على الصعيد الدولي.

أخيرا أرى أن منطق الإحالة وإعمالها ينطوي على صعوبات عملية إذ غالبا ما يأتي بنتائج مخالفة لتوقعات الأفراد في تعاملهم الدولي.

قائمة المراجع:

أ - المؤلفات:

- 1 - غالب الداودي، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، دار الطباعة الحديثة، بغداد، 1965.
- 2 - فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
- 3 - زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 4 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين - الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 5 - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2003.
- 6 - سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 7 - هشام علي صادق، عكاشة محمد عبد العال، التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي للعلاقات الخاصة الدولية - تنازع القوانين - الجزء الأول، دار الفتح، الإسكندرية (مصر)، 2011.
- 8 - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، 2011.

ب - المقال:

- 1 - بلغيث عمارة، الإحالة في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 7، 2009.

المحاضرات:

- 1 - يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - السنة الرابعة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان غير منشورة، 2009.
- 2 - حبار محمد، محاضرات القانون الدولي الخاص، الملقاة على طلبة السنة الرابعة، جامعة وهران، كلية الحقوق والعلوم السياسية، غير منشورة، 2010.
- 3 - حبار محمد، النظرية العامة لمنهج التنازع، محاضرات مطبوعة غير منشورة، جامعة وهران، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، غير منشورة، بدون سنة.
- 4 - مكتبة المعرفة، دروس تنازع القوانين، كلية الحقوق، جامعة دمشق، بدون سنة.