الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique Et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة آكلي محند أولحاج
– البويرة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية

Ministère De L'enseignement Supérieur
Et De La Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj
-Bouira-
Faculté de droit et des sciences politique

الإحالة في القانون الدولي الخاص

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الدولي الخاص

إعداد الطالبين:

- **بوركبة عمر الفاروق**
- **بوغرفة أحمد**

إشراف الدكتور:

بلعزوز رابح

لجنة المناقشة:

- **قتال حمزة .....رئيسا.**
- **بلعزوز رابح .....مشرفا ومقررا.**
- **قاسم حكيم.....مناقشا.**

السنة الجامعية : 2017/2016

شكر وتقدير

الحمد لك ربي حتى ترضى، و الحمد لك إذا رضيت، و الحمد لك بعد الرضى، فالحمد و الشكر لله الذي يسر أمرنا و منحنا الرشد و الثبات لإتمام هذا العمل.

جميل أن يكون الشخص على عتبة التتويج، و الأجمل أن يجد أشخاصا ساعدوه في بناء معارفه، فلا يجد ما يقدمه لهم سوى كلمات الشكر و التقدير.

لهذا نتوجه بجزيل الشكر للأستاذ المشرف " بلعزوز رابح " على قبوله الإشراف على هذا العمل و على كل التوجيهات و النصائح التى قدمها لنا.

كما نتقدم بالشكر و التقدير إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بالموافقة على مناقشة هذه المذكرة، و تحملهم عناء قراءتها و إثرائها بانتقاداتهم البناءة، جزاهم الله عنا جميعا خير الجزاء.

و يقضي منا واجب العرفان بالجميل، و قد فرغنا من إنجاز هذا العمل، أن نعرب عن عظيم تقديرنا و إمتناننا لكل من أسدى لنا يد العون من قريب أو من بعيد و بأي صورة و على أي وجه كان.

إهـــــــداء

إلى من كلله الله بالهيبة و الوقار ... إلى من علمني العطاء بدون انتظار... إلى من أحمل اسمه بكل افتخار ... أرجو من الله أن يمد في عمره ليرى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار و ستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم و في الغد و إلى الأبد...

" والدي العزيز "

إلى ملاكي في الحياة ... إلى معنى الحب و إلى معنى الحنان و التفاني ... إلى بسمة الحياة و سر الوجود ... إلى من كان دعائها سر نجاحي و بلسم جراحي ...

" أمي الحبيبة "

إلى سندي و ملاذي بعد الله و بعد أمي و أبي ... إلى من آثروني على أنفسهم ...

" إخوتي و أخواتي "

إلى جميع الأصدقاء و الزملاء دون استثناء.

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد و لو بابتسامة صادقة أو رفع يديه و دعا لي بإخلاص.

إلى كل من وسعهم قلبي و ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي.

إلى كل هؤلاء أهدي مذكرتي...

بوركبة عمر الفاروق

إهـــــداء

إلى روح أبي الذي علمني كيف أمسك بالقلم و كيف اخط الكلمات بلا ندم... إلى من علمني النجاح والصبر... إلى من افتقده في مواجهة الصعاب ولم تمهله الدنيا لأرتوي من حنانه... فأسأل الله أن يجزل له العطاء و يجعل مثواه الفردوس الأعلى...

إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها... إلى من علمتني وعانت الصعاب لأصل إلى ما أنا فيه وعندما تكسوني الهموم أسبح في بحر حنانها ليخفف من آلامي ... " **أمي الغالية** "

إلى من يضيئون لي الطريق ويساندوني... إلى من يتنازلون عن حقوقهم لإرضائي... " **إخوتي و أخواتي** "

إلى جميع الأصدقاء و الزملاء دون استثناء

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد و لو بابتسامة صادقة أو رفع يديه و دعا لي بإخلاص.

إلى كل هؤلاء أهدي عملي.

بوغرفة أحمد

قائمة المختصرات:

ط 1: الطبعة الأولى.

ج 1: الجزء الأول.

ق. م ج : القانون المدني الجزائري.

د. س. ن : دون سنة نشر.

د. ب. ن : دون بلد نشر.

مقدمة

يعتبر القانون الدولي الخاص هو ذلك القانون الذي يعنى بتنظيم الحياة الخاصة الدولية من خلال تحديد القواعد الواجبة التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، فالمجتمع الدولي يتكون من مجموعة من الدول تتمتع بالسيادة، وتضع كل دولة من الدول القواعد الوطنية التي تنظم الحياة الخاصة الدولية بما يتلاءم مع مصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية، ففي ظل غياب سلطة فوق هذه الدول تتولى تنظيم العلاقات التي تتم على المستوى الدولي فإن القانون الدولي الخاص يعد قانونا وطنيا.

وينصرف لفظ دولي إلى وصف العلاقة القانونية التي تتم بين أفراد الدول والعناصر المكونة لها.

يعتبر معظم الفقهاء أنّ موضوع تنازع القوانين هو الموضوع الرئيسي لدراسة القانون الدولي الخاص من خلال دراسة علاقة قانونية وطنية خاصة ذات اتصال بعنصر أجنبي أو هو تنازع قانونين أو أكثر لدولتين أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي؛ إذن فهو البحث عن اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقة قانونية وطنية ذات عنصر أجنبي، لذلك انفردت كل دولة بسن قواعد قانونية وطنية تحاول من خلالها تنظيم هذه العلاقات وتسمى قواعد الاسناد لتحقيق الحد الأدنى من العدالة بين الوطنيين والأجانب.

إن موضوع تنازع القوانين من أهم مواضيع القانون الدولي الخاص، بل يعد صلب هذا القانون وتعد المواضيع الأخرى مواضيع مكملة له، ويعد تحديد اختصاص المحكمة التي تنظر في النزاع بصدد العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي أو ما يطلق عليه بالاختصاص القضائي الدول، وهو المرحلة الأولى في عملية تنازع القوانين ولها الأثر الفاعل في مراحل القوانين بجميع مراحلها[1].

يقصد بتنازع القوانين تعدد القوانين المحتملة التطبيق في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي لأجل اختيار القانون الأكثر ملائمة من بينها.[2]

[1]– بشور فتيحة، محاضرات في قانون الدولي الخاص، مذكرة تخرج ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، ص6.

[2]– بشور فتيحة ، مرجع سابق، ص 6.

الآلية المتبعة بشكل رئيسي في موضوع تنازع القوانين هي قواعد الإسناد؛ ويقصد بها مجموعة القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق المختص في نزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

ويقصد بالاختصاص سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة ويقابله عدم الاختصاص وهو فقدان هذه السلطة، أو يقال تختص المحكمة واختصاص محكمة ما معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز الفصل فيها.

والاختصاص القضائي الدولي اختصاص محكمة دولة ما بنزاع يخص علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي.

إن تأثير الاختصاص القضائي الدولي يشمل كافة مراحل تنازع القوانين ابتداءً من التكييف مرورًا بطبيعة قواعد الإسناد وصولا إلى الإحالة.

من خصائص قواعد الإسناد أنها وطنية مرشدة محايدة ومعنى كونها مرشدة؛ أي ترشد للقانون المختص ومحايدة؛ أي أنها تحدد دون فارق بين كونه قانون أجنبيا أم قانون القاضي أي قانون الدولة التي تنتمي إليها المحكمة المختصة اختصاصًا قضائيًا دوليًا.

وظيفة تنازع القوانين هو اختيار القانون الواجب التطبيق الذي لأنه يعتبر الأكثر ملائمة وذلك من خلال قاعدة تبين ما هو القانون الواجب التطبيق تكون موجودة في مصادر القانون الدولي الخاص "التشريع، المعاهدات، العرف، مبادئ القانون الدولي الخاص".

ويظهر تنازع القوانين عند عرض النزاع على القاضي أنه موجود منذ نشوء العلاقة القانونية التي اشتملت على عنصر أجنبي.

ومن شروط تنازع القوانين:

1- وجود عنصر أجنبي على الأقل في العلاقة القانونية الخاصة والعنصر الأجنبي قد يدخل إلى العلاقة القانونية الخاصة، إما بسبب اختلاف الجنسية أو الموطن محل و سبب الالتزام.

2- أن يسمح المشرع الوطني بتطبيق قانون أجنبي فإذا كان المشرع الوطني يأخذ بمبدأ إقليمية القانون بشكل مطلق فلا يوجد أي تنازع بين القوانين.

3- وجود اختلاف فيما بين القوانين.

والأصل أن قاعدة الإسناد تحتوي على ضابط إسناد واحد ولكن من الممكن أن تحتوي قاعدة الإسناد على أكثر من ضابط إسناد مثال: قاعدة الإسناد التي تبين القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية فإنها تحتوي على ضابطي إسناد هما قانون جنسية الموصي وقانون البلد التي تمت فيه الوصية.

يتم اختيار ضابط الإسناد من خلال النظر إلى العنصر الأهم في العلاقة القانونية من حيث أن لأي علاقة قانونية ثلاثة عناصر وهي: الأطراف، الموضوع، السبب.

في مسائل الأحوال الشخصية العنصر الأهم هو أطراف العلاقة لذلك فإنّ جنسيتهم هي ضابط الإسناد.

التكييف في تنازع القوانين هو تحديد الوصف القانوني الصحيح وهو يمثل عملية أولية ولازمة لأجل تحديد القانون المختص إذ من خلاله يتم التعرف على الفكرة المسندة وهي العنصر الأول في قاعدة الاسناد.

وقد تعددت النظريات التي طرحت بشأن القانون الذي بموجبه يتم التكييف إلا أن النظرية الراجحة هي أن يتم وفقا لقانون القاضي نفسه.

ذلك لأن المشرع حينما نص على قواعد الإسناد في قانونه، وأوردها على سبيل الحصر إنما عَنَى القواعد التي تخص الفكرة المسندة كما قصدها هو؛ لا كما يقصدها غيره من المشرعين، ولا يمكن أن تتحقق هذه النتيجة ما لم يتم التكييف وفقا للقانون الوطني للقاضي.

والتكييف هنا هو التكييف الأولي ذاك الذي يؤدي إلى تسمية قاعدة الإسناد المختصة، إذ أن قواعد الإسناد وردت في جميع القوانين على سبيل الحصر، وكل قاعدة اسناد تتكون من الفكرة المسندة وضابط الإسناد، والتكييف إنما ينصب على الفكرة المسندة، ومن ثم إذا مات حددت الفكرة المسندة بواسطة التكييف فلا حاجة من بعد ذلك للدخول في التكييفات المتفرعة من تلك الفكرة لأن الأخيرة عندما تحددت قد حددت قاعدة الإسناد، والتي بدورها أصبح بها القانون المختص محددًا.

الإحالة معناه تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية الذي تحدد اختصاصه بناءً على قواعد الإسناد قانون القاضي وصولاً إلى تحديد القانون المختص بشكل نهائي.

ويلاحظ أنّ الدولة التي تتبنى موقفًا إيجابيًا من الإحالة أو ترفضها إنما يقصد بها دولة القاضي من دون غيرها، مضافا إلى أن أغلب الدول لا تأخذ بالإحالة إلا إذا كانت إحالة بالرجوع؛ أي بإرجاع الاختصاص التشريعي إلى قانون القاضي.

وموضوع الإحالة في القانون الدولي الخص يتميز عن موضوع التفويض في القانون نفسه إذ يقصد بالأخير تطبيق قواعد الإسناد الداخلي في القانون المختص للدولة المتعددة القوانين إقليميا أو شخصيا وصولا إلى تحديد القانون المحلي الأكثر ملائمة.

أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية حيث يؤديالأخذ بنظرية الإحالة إلى توسيع اختصاص القاضي الذي يجب ألا يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من مشرع القاضي الأجنبي نفسه الذي تخلى عن هذا الاختصاص وأولى الثقة إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر.

الأسباب الدافعة لاختيار الموضوع:

ويرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع في الرغبة الشخصية في تناوله، وأيضا يعد موضوع "الإحالة" من موضوعات التخصص الذي درسناه و هو القانون الدولي الخاص.

كما أن دراستنا لهذا الموضوع قد جاءت بغض بيـــان الأهـــداف المرجـــوة المتمثلة في الأخذ بنظرية الإحالة من أجل تنسيق قواعد التنازع فيمـــا بـــين الـــدول والاتفاق على القانون الواجب التطبيق، وتحقيق وحدة الأحكام الناتجة عن اتفاق كلا من القانونين قانون القاضي والقانون المشار إليه.

و من أبرز الصعوبات التي واجهتنا في اعداد هذا البحث:

- قلة المراجع المتعلقة بموضوع الإحالة و خاصـــة فـــي موقـــف المشـــرع الجزائري من الإحالة مع أن موضوع الإحالة يعد من أهـــم موضـــوعات القانون الدولي الخاص.

إشكالية البحث:

تتلخص إشكالية البحث في القاء الضوء على موضوع الإحالة فإذا قام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية التي ترشد إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق فهـــل يقوم القاضي باستشارة قواعد الإسناد الأجنبية التي قد تقضي بالإحالة إلى قانونه أو قانون آخر أم أنه يكتفي باللجوء مباشرة إلى القواعد الموضوعية؟

وعلى ضوء هذه الإشكالية الرئيسية ندرج التساؤلات الفرعية التالية:

- ما مفهوم الإحالة وما هي صورها؟.
- في ظل تباين الآراء حول الآخذ بفكرة الإحالة فماهي الحجج التي يعتمدها كل الاتجاه لتبرير موقف من الإحالة؟
- ما موقف القضاء و التشريع من الإحالة؟
- ما هي الاستثناءات التي ترد على نطاق الإحالة؟

منهج الدراسة:

المنهج المتبع في الدراسة هو المنهج الوصفي و تبريرنا في ذلك هو أننا بصدد عرض جملة من الآراء المتضاربة بين مؤيد ومعارض لذا فالمنهج الوصفي الأنسب لأن كل اتجاه بصدد سرد جملة الحجج التي يعتمدها لتبرير فكرته.

كما تم استعمال المنهج المقارن أحيانا لعرض مواقف القضاء والقانون المقارن لأنه الأنسب في هذه الحالة.

خطة البحث:

من خلال الاشكالية المطروحة تظهر لنا جليا العناصر التي عن طريقها يمكن لنا معالـــجة الموضوع، فارتأينا تقسيم هذا البحـــــث الى فصـــلين تطرقنـــا فـــي (الفصـــل الأول) إلى ماهية الإحالة و هذا من خـــلال بيـــان تعريفهـــا و أنواعهـــا وظروف نشأتها، و كذا أسسها و الاستثناءات الواردة عليها، و تناولنا في (الفصـــل الثاني) موقف الفقه و القضاء و التشريع من الإحالة و هذا لتبيان الخـــلاف حـــول الأخذ و عدم الأخذ بالإحالة.

الفصل الأول:

ماهية الإحالة

نظرا للأهمية التي تتميز بها مسألة الإحالة فقد حظيت في فقه القانون الدولي الخاص باهتمام كبير وذلك منذ أن طرحت لأول مرة أمام القضاء الفرنسي في قضية شهيرة تسمى قضية " **فورغو** ".

و الإحالة هي قبول تطبيق قانون أحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي الوطني بمثابة القانون الواجب التطبيق ، فإذا انتهى القاضي من التكييف وأدخل العلاقة القانونية في أحد النظم المعنية في قانونه، انتقل إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة؛ أي أسناد العلاقة إلى القانون الذي يجب أن تخضع له وهذا هو الإسناد، أي تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية الذي يحدد اختصاصه بناءاً على قواعد إسناد قانون القاضي وصولا إلى تحديد القانون المختص بشكل نهائي، و أن الدولة التي تتبنى موقفا إيجابيا من الإحالة أو ترفضها انما تقصد دولة القاضي.

إن أغلب الدول لا تأخذ بالإحالة إلا إذا كانت إحالة بالرجوع، و في مسائل الأحوال الشخصية فإن العنصر الأهم هو أطراف العلاقة لذلك فإن ضابط الإسناد هو الجنسية.

لذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، تناولنا في (المبحث الأول) مفهوم الإحالة، فتطرقنا في (المطلب الأول) الى تعريف الإحالة و أنواعها أما في (المطلب الثاني) الى نشأة الإحالة، و خصصنا (المبحث الثاني) الى معرفة أساس الإحالة و الاستثناءات الواردة عليها، فتطرقنا في (المطلب الأول) الى أساس الإحالة، أما في (المطلب الثاني) الى الاستثناءات الواردة على الإحالة.

المبحث الأول:

مفهوم الإحالة:

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 تثور عدّة مشكلات بصدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق أولى هذه المشكلات، هل يقصد به قواعد الإسناد في هذا القانون أم أحكامه الداخلية دون قواعد الإسناد وهذه المشكلة تعرف باسم الإحالة.

المطلب الأول:

تعريف الإحالة وأنواعها:

سنتناول في هذا المطلب تعريف الاحالة و نعرض أمثلة عن تطبيقاتها و هذا في (الفرع الأول)، أما (الفرع الثاني) فخصصناه لنبين أنواع الاحالة.

الفرع الأول: تعريف الإحالة:

قد تختلف قواعد الإسناد من دولة إلى دولة وخاصة في المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية، إذ بينما يخضعها بعض الدول لقانون الجنسية، يخضعها البعض الآخر لقانون الموطن ومتى وجد هذا الاختلاف، وكانت قواعد الإسناد مزدوجة؛ أي تحدد حالات تطبيق القانون الوطني وكذلك حالات تطبيق القانون الأجنبي، أمكن وقوع التنازع بين قواعد الإسناد في القانون الوطني وبين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي.[1]

يتضمن قانون كل دولة قواعد موضوعية تطبق مباشرة على النزاع المطروح أمام القاضي وقواعد إسناد غير مباشرة مهمتها تحديد القانون المختص بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي.[2]

إذا وجدت طبقا لقواعد القانون الدولي الخاص الواردة في تشريع بلد معين إشارة إلى اختصاص قانون أجنبي، يتم البحث عما إذا كان يجب تطبيق أحكام القانون

[1]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، في تنازع القوانين، ط 9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص141.

[2]– نسرين شريقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط 1، الدار البيضاء، الجزائر، 2013، ص 40.

الداخلي لهذا البلد، أم تطبيق الأحكام التي يُقررها بشأن تنازع القوانين؛ أي قواعد القانون الدولي الخاص التي يَنُص عليها.[1]

فإذا حصل تطبيق أحكام القانون الداخلي فلا إمكانية لوجود الإحالة، أما إذا طبقت الأحكام الخاصة بتنازع القوانين فإن في ذلك احتمال لقيام الإحالة لأن هذه الأحكام قد تحيل بدورها إلى قانون آخر.[2]

تحدث الإحالة عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي معين، ويظهر أن قواعد الإسناد في هذا القانون تشير الى تطبيق قانون آخر؛ بمعنى أن تثبت الولاية لقانون دولة معينة ولكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر، ولا تكون هناك إحالة في حالة اتحاد قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية.[3]

فعندما يعرض نزاع على القاضي الوطني وتبين له من خلال قاعدة الإسناد أن قانونا أجنبيا هو المختص وجب البحث عما يجب تطبيقه من أحكام فهل تطبق أحكام القواعد الموضوعية في القانون المذكور، أم تطبق قواعد الإسناد فيه.[4]

يأخذ هذا التنازع إحدى الصورتين الآتيتين:

أولا: التنازع الايجابي: أن تقرر قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي الاختصاص التشريعي لقانونها، وهذه هي الصورة الإيحائية لتنازع قواعد الإسناد.[5]

مثال: تنازع قواعد الإسناد في كل من القانون الفرنسي والقانون البريطاني بشأن أهلية فرنسي متوطن في إنجلترا، إذ تقضي قواعد الإسناد في القانون البريطاني بتطبيق

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 237.

[2]– – سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، نفس المرجع السابق، ص 238.

[3]– أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004، ص 66.

[4]– أحمد الفضلي، نفس المرجع السابق، ص 66.

[5]– نسرين شريقي، مرجع سابق، ص 41.

القانون البريطاني على أهلية هذا الشخص باعتباره قانون موطنه، بينما تقضي قاعدة في القانون الفرنسي بتطبيق القانون الفرنسي عليها باعتباره قانون جنسيته.[1]

مثال: التنازع بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي في شأن ميراث منقول جزائري متوطن ومتوفي في فرنسا، فهنا يتمسك القانون الجزائري باختصاصه طبقا للمادة 16 مدني باعتباره قانون جنسية المورث، والقانون الفرنسي أيضا يكون مختصا طبقا لقواعد الإسناد الفرنسية التي تخضع ميراث المنقول لقانون آخر موطن للهالك، فهنا يمكن لكل قاض التمسك باختصاصه وفقا لقواعد الإسناد في قانونه، وذلك بأن يطبق القاضي الجزائري القانون الجزائري على ميراث الجزائري المتوفى في فرنسا ولا يأخذ بحكم القاضي الفرنسي، بينما يطبق القاضي الفرنسي إذ طرح عليه النزاع القانون الفرنسي ولا يعتمد بحكم القانون الجزائري.[2]

وهذا التنازع الإيجابي فيما بين قواعد الإسناد لا يثير أية صعوبة إذ أن كل قاضي يطبق قاعدة الإسناد في قانونه لأنه يأتمر بأمر مشرعه، وعلى ذلك ففي المثالين المتقدمين يطبق القاضي البريطاني لو عرض عليه النزاع القانون البريطاني على أهلية الفرنسي المتوطن بإنجلترا، و يطبق القاضي الفرنسي لو عرض عليه هذا النزاع القانون الفرنسي على أهلية الفرنسي رغم توطنه بإنجلترا.[3]

ثانيا: التنازع السلبي: نكون أمام هذه الصورة من التنازع في حال قضت قواعد الإسناد في قانون كل دولة لها علاقة بالنزاع بعدم اختصاصها، وذلك بإسناده إلى قانون أجنبي غير قانونها، كذلك في حالة إذا ما قررت قاعدة الإسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي الاختصاص التشريعي لقانون القاعدة الأخرى أو لقانون ثالث، وهذه هي الصورة السلبية لتنازع قواعد الإسناد.[4]

مثالها: تنازع قاعدتي الإسناد في كل من القانونين الفرنسي والبريطاني بشأن أهلية بريطاني متوطن في فرنسا إذ بينما تقضي قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي

---

[1]– عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 141، 142.

[2]– نسرين شريقي، مرجع سابق، ص 41.

[3]– عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 142.

[4]– نسرين شريقي، مرجع سابق، ص 41.

بخضوع أهلية هذا الشخص للقانون البريطاني باعتباره قانون جنسيته، تقضي قاعدة الإسناد في القانون البريطاني بإخضاعها للقانون الفرنسي باعتباره قانون موطنه.

ومثالها أيضا: تنازع قاعدتي الإسناد في كل من القانونين البريطاني والمصري بشأن أهلية بريطاني متوطن في مصر إذ تقضي قاعدة الإسناد في القانون البريطاني بإخضاع أهلية هذا الشخص للقانون المصري، بينما تقضي قاعدة الإسناد في القانون المصري بإخضاعها للقانون البريطاني.

ومثالها كذلك: تنازع قاعدتي الإسناد في كل من القانونين الفرنسي والمصري بشأن ميراث أموال منقولة توفى عنها فرنسي متوطن في مصر، إذ بينما تخضع قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي الميراث في هذه الحالة للقانون المصري باعتباره قانون موطن المتوفى، تقضي قاعدة الإسناد في القانون المصري بإخضاعه للقانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفى.[1]

والظاهر من هذه الأمثلة أن كل قاعدة من قاعدتي الإسناد المتنازعتين تلقى الاختصاص بحكم العلاقة على قانون الأخرى، وقد يحدث أن تلقى هاتين القاعدتين الاختصاص بحكم العلاقة على قانون القاعدة الأخرى فتلقيه هذه بدورها على قانون آخر.[2]

ومثاله: أن يعرض على القاضي المصري نزاع أهلية بريطاني متوطن في إيطاليا في هذه الحالة تقضي قاعدة الإسناد في القانون المصري بتطبيق القانون البريطاني باعتباره قانون جنسية الشخص، بينما تقضي قاعدة الإسناد في القانون البريطاني بتطبيق القانون الإيطالي باعتباره قانون موطن الشخص.

ومثاله أيضا: أن يعرض على القانون المصري نزاع في ميراث أموال منقولة توفي عنها فرنسي متوطن في إيطاليا، هنا تقضي قاعدة الإسناد في القانون المصري بتطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفى، بينما تقضي قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي بتطبيق القانون الإيطالي باعتباره قانون موطن المتوفى.

---

[1]– عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 143.

[2]– عز الدين عبد الله، نفس المرجع، ص 143.

من الأمثلة السابقة يتضح لنا أنه في حالة التنازع السلبي فيما بين قواعد الإسناد تتلخص المشكلة في السؤال التالي: إذا عرض نزاع على قاضي وقضت قاعدة الإسناد في قانونه بتطبيق قانون أجنبي معين، ولكن هذا القانون رفض حكم العلاقة (بمقتضى قواعد الإسناد فيه) وأحالها على قانون ذلك القاضي أو على قانون أجنبي آخر، فهل يقبل القاضي هذه الإحالة؟.[1]

يتعين على القاضي وهو يطبق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة (وفقا لقاعدة الإسناد في قانونه) أن يبدأ بقواعد الإسناد فيه ويأخذ بما تقضي به من إحالة حكم العلاقة إلى قانونه؛ أي قانون القاضي أو إلى أي قانون آخر حسب أنصار الإحالة، ويتعين على القاضي تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة في قواعده، وعلى ذلك يمكن أن نعرف الإحالة بأنها: رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة إسناد القاضي ورده بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى.[2]

أو هي تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة، وكان التنازع بينهما سلبيا.[3]

ومجمل ما تقدم أنه إذا ما اتفقت قواعد الإسناد في قانون القاضي مع قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، لا يكون هناك مجال للتنازع فيما بينها، وأنّه متى اختلفت هذه مع تلك وجد التنازع، وهو تنازع يفض إن كان إيجابيا بتطبيق قانون القاضي، وإن كان سلبيا وسلمنا بالإحالة، بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وقبول الاختصاص التشريعي الذي تعقده هذه القواعد لقانون لقاضي أو لقانون أجنبي آخر، وإن لم نسلم بالإحالة طبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص.

أو هي نظرية تقول بتطبيق قواعد الإسناد " قواعد التنازع " في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، والبت فيها أمر جوهري لأنه يوقف العمل النهائي على الموقف

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 638.

[2]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، نفس المرجع، ص 638.

[3]– عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 143، 144.

المتخذ منه، ونظرا للأهمية التي تتميز بها مسألة الإحالة فقد حضيت في فقه القانون الدولي الخاص باهتمام كبير ومشكلة الإحالة لا تثير أدنى صعوبة فيما لو اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي الأجنبي و قانون القاضي.

ويعرفها البعض بأنها تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا.[1]

ويعرفها البعض الآخر بأنها تلك النظرية التي تقول بوجوب الأخذ بأحكام قواعد الإسناد في التشريع الأجنبي التي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية متى كانت أحكام الإسناد مختلفة في التشريعين، وفي هذا يرى الدكتور صلاح الدين جمال الدين أنّ التعريف الأول أكثر دقة في ألفاظه وأكثر تعبيرا عن المشكلة.[2]

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

الفرع الثاني: أنواع الإحالة:

إن جانبا من الفقه يرى أن الإحالة على نوعين: إحالة من الدرجة الأولى وإحالة من الدرجة الثانية، بينما يرى جانب آخر أن هناك نوع آخر للإحالة، وهي الإحالة الطولية والتي تظهر بصفة خاصة عندما يحيل القانون المسند إليه الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة، وهذا بدوره يحيل الاختصاص إلى قانون دولة رابعة.[3]

أولا: الإحالة من الدرجة الأولى:

تعتبر قواعد الإسناد قواعد وطنية وبالتالي تختلف باختلاف الأنظمة القانونية، خاصة عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي على معايير مختلفة، وهو ما يؤدي إلى الاختلاف في ضوابط الإسناد لحكم نفس الفئة القانونية، ومن هنا تنشأ مشكلة الإحالة

[1]– أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص66.

[2]– صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين)، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط1. مصر، 2008، ص 201.

[3]– أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر و التوزيع، فلسطين، 2001، ص 177.

نتيجة تخلي كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي عن حكم المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي، كأن تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية وفي المقابل تشير قواعد الإسناد في قانون الجنسية، باعتباره القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون الموطن الذي يمكن أن يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، وهنا يكون قانون الجنسية قد رفض الاختصاص الممنوح له بموجب قواعد إسناد المحكمة التي تنظر المنازعة، محترما في ذلك ما تقرره قواعد الإسناد بسبب توطن الشخص في إقليم دولة القاضي، وإذا قبل قانون القاضي الاختصاص الممنوح له من طرف قواعد الإسناد الأجنبية فيكون قد قبل الإحالة من الدرجة الأولى.[1]

وإذا كان تصور محكمة النقض الفرنسية، في قضية " **فورغو**"، أن القانون " **البافاري** " أعاد الاختصاص للقانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي، فإن الاختلاف بين ضوابط الإسناد لم يكن جسيما لأنه كان بين الموطن الفعلي والموطن القانوني لحكم مسألة الميراث، وقد قبل القانون الفرنسي الإحالة الموجهة له من القانون " **البافاري** " حتى لا تبقى المنازعة دون حلّ، وإن كان الحل الذي توصل إليه خدم مصلحة الخزينة العامة الفرنسية، لأنه اعتبر تركة " **فورغو**" شاغرة، فهي مال بلا وارث وتكون الدولة وارثة لمن لا وارث له، فلقد أثر التكييف القانوني الذي وضعه القضاء على مسألة قبول الإحالة، فتم التكييف وفقا لقانون القاضي، وطبقا لقانون القاضي نتيجة قبول الإحالة من الدرجة الأولى.[2]

وعند قبول الإحالة من الدرجة الأولى فإن محكمة تطبق القواعد الموضوعية في قانونها، وهذا التطبيق يتم بصفة غير مباشرة، وعلى العكس يؤدي رفض الإحالة إلى تطبيق القواعد الموضوعية الداخلية في القانون الأجنبي الذي أشرت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي[3].

---

[1]– كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على النازعات الخاصة الدولية، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 374.

[2]– كمال سمية، نفس المرجع، ص 374.

[3]– كمال سمية، نفس المرجع، ص374.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه يشترط لتطبيق قانون القاضي أن تكون المنازعة مرتبطة بالقضاء المعروضة أمامه، كأن يكون الشخص، الذي تفصل المحكمة في مسألة من مسائل أحوله الشخصية الخاضعة لقانون جنسية وفق قانون القاضي، متوطنا في دولة القاضي، وهذا يجعل المنازعة مرتبطة بقانون القاضي بسبب الموطن، ففي قضية " **فورغو** "، لو كان هذا الأخير متوطن في دولة غير فرنسا فإن مشكلة لا تثور، فالقضاء الفرنسي كان مختصا بسبب وجود الموطن الفعلي " **لفورغو** " في فرنسا، وهنا تحقق التلازم بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق بناءً على ضوابط الموطن ومكان وجود مال التركة.[1]

فقبول الإحالة من الدرجة الأولى يؤدي دائما إلى تطبيق قانون القاضي، وهذا ما سيجذب المشاكل والصعوبات الناتجة عن تطبيق القانون الأجنبي، من صعوبة إثباته والدفع بالنظام العام، ويحقق التطابق بين الاختصاص القضائي والقانون المطبق، ولا يخل بتوقعات الأفراد إذا كانوا مرتبطين بدولة القاضي عن طريق الإقامة أو الموطن أو وجود الأموال موضوع النزاع، فيكون من السهل الإحاطة بالقواعد الموضوعية في قانون القاضي، وهو ما يحقق الأمن القانوني.[2]

والأخذ بالإحالة؛ يعني عدم تجزئة القانون الأجنبي أي الفصل بين قواعد التنازع والقواعد المادية وهو نتيجة تطبيق تقنية منهج التنازع بكافة أبعادها، والتي تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي باعتباره القانون الذي عينته قاعدة التنازع الأجنبية التي أشارت بتطبيقها قاعدة التنازع في قانون القاضي.[3]

وفيها يؤدي تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، إلى الرجوع إلى القانون الوطني لقانون القاضي من جديد بحيث تطبق أحكامه الموضوعية.[4]

---

[1]– كمال سمية، مرجع سابق، ص 374.

[2]– كمال سمية، نفس المرجع، ص 375.

[3]– كمال سمية، نفس المرجع، ص 375.

[4]– محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، د. ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د. س . ن، ص 419.

هذه الصورة تتحقق إذا أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق القانون الأجنبي وتعامل القاضي مع قواعد الإسناد في هذا القانون الذي يرد الاختصاص بدوره لقانون القاضي.[1]

ثانيا: الإحالة من الدرجة الثانية:

تكون الإحالة من الدرجة الثانية لما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص، لا إلى قانون لقاضي، وإنما إلى قانون أجنبي آخر (قانون أجنبي ثالث).

الإحالة من الدرجة الثانية وفيها يؤدي الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختار إلى رفض فكرة الاختصاص بحكم المسألة المعروضة، وإحالته ليس إلى قانون القاضي، بل لقانون دولة ثالثة الذي يبدي قابليته للتطبيق.[2]

مثال: عرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في الدنمارك، فقواعد الإسناد الجزائرية تجعل الاختصاص للقانون الإنجليزي قانون الجنسية، لكن قواعد الإسناد في هذا القانون ترفض اختصاصه، وتعقد الاختصاص للقانون الدنماركي قانون الموطن، فإذا كان القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الثانية فإنه سيطبق على هذا النزاع القانون الدنماركي الذي أحالت إليه قواعد الإسناد الإنجليزية، وهذا بشرط أن تقبل قواعد الإسناد في القانون الدنماركي، هذا الاختصاص وهو غير مرفوض في الواقع من طرفه لأن قواعد إسناده تخضع الأحوال الشخصية لقانون الموطن.[3]

مثال: أن ترفع دعوى إلى القاضي المصري وتتعلق بميراث تركة منقولة توفى عنها فرنسي متوطن في بريطانيا، فإعمال قاعدة الإسناد "التنازع" في القانون الفرنسي الواجب التطبيق طبقا لقواعد التنازع في القانون المصري يشير الى تطبيق قانون موطن المتوفى، أي قانون الإنجليزي، الذي يقبل الاختصاص.[4]

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 641.

[2]– عبد الكريم أحمد سلامة، القانون الدولي الخاص، ط 1، المؤسسة الجامعية، للدراسات والنشر والتوزيع بيروت لبنان، 2009، ص 437.

[3]– علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 112.

[4]– عبد الكريم أحمد سلامة، نفس المرجع، ص 438.

ثالثا: الإحالة الطولية:

هذا النوع يوجد حينما يؤدي الرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقا لقواعد التنازع في قانون القاضي إلى رفض اختصاص قانونها، وإحالته إلى قانون دولة ثالثة، الذي رفض دوره الاختصاص طبقا لقواعد التنازع فيه، ويحيله إلى قانون دولة رابعة، الذي يحيله إلى قانون دولة خامسة...إلخ إلى أن ينتهي الأمر بقبول قانون أجنبي معين التطبيق على المسألة المعروضة أمام القاضي الوطني.[1]

مثال ذلك أن ترفع دعوى أمام القاضي المصري تتعلق بالنظام القانوني لشركة أجنبية، فيطلق القاضي قاعدة التنازع المصرية (11 /2)[2] التي تقرر اختصاص قانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارة الشركة الفعلي، وبالرجوع إلى قواعد التنازع في ذلك القانون، يتضح أنها تعقد الاختصاص لقانون الدولة التي تأسست فيها الشركة لأول مرة، وإعمال قواعد التنازع في هذا القانون الأخير تؤدي إلى رفض الاختصاص وإحالته إلى قانون الدولة التي تباشر فيها الشركة نشاطها الرئيسي، غير أن الرجوع إلى قواعد الدولة التي يمتلك رعاياها أغلبية رأس المال ويهيمون على الشركة، الذي يقبل في النهاية الاختصاص.[3]

رابعا: الإحالة الدائرية:

يتحقق هذا النوع عندما تقرر قواعد التنازع الأجنبي الواجب التطبيق، واختيار قانون دولة ثالثة، غير أن الرجوع إلى قواعد التنازع في هذا الأخير تجعل الاختصاص إما لقانون دولة القاضي أو لقانون الدولة الأجنبية الذي تم اختياره ابتداءً حسب قواعد التنازع في قانون القاضي.[4]

---

[1]– عبد الكريم أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 439.

[2]– القانون رقم 131 الصادر في 9 رمضان 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948 بشأن اصدار القانون المدني المصري، تنص المادة (11/ 2) " أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات و جمعيات و مؤسسات و غيرها، فيسري عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي. و مع ذلك فاذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر، فان القانون المصري هو الذي يسري "

[3]– عبد الكريم أحمد سلامة، نفس المرجع، ص 439.

[4]– عبد الكريم أحمد سلامة، نفس المرجع، ص 439.

ومثال الإحالة أن يثير القاضي المصري نزاع حول أهلية الأداء العامة لطرف بريطاني متوطن في استراليا، بخصوص عقد خاضع للقانون المصري، وطبقا لقواعد التنازع المصرية (م1/11)[1] يكون مختصا القانون الإنجليزي، قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص، غير أنّ الرجوع إلى قواعد التنازع الإنجليزية يبصر بأنها تحيل الاختصاص إلى قانون الموطن؛ أي القانون الاسترالي، الذي لا يقبل الاختصاص، وتحيل قواعد التنازع فيه الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق على العقد؛ أي القانون المصري.[2]

ومثال الإحالة إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق ابتداءً، أن يثور أمام القاضي المصري نزاع حول أهلية الأداء العامة لطرف بريطاني متوطن في تركيا بشأن ملكية منقول كائن في مصر طبقا لقواعد التنازع المصرية (م1/11) يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي و هو قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته.[3]

الفرع الثالث: نظام الإحالة المزدوجة:

يعود هذا النظام المسمى بالإحالة المزدوجة، إلى القانون الإنجليزي الذي يطلق عليه بنظرية الإحالة الكلية، وقد أخذ بها القضاء الإنجليزي الحديث في بعض المسائل المحدودة وهي، ميراث المنقول وترتيب حقوق عينة على عقارات كائنة بالخارج.[4]

وطبقا لهذه النظرية، فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي المعروض عليه النزاع، أن يفصل فيه كما يفصل فيه القاضي الأجنبي المختص قانونه وفق لقواعد الإسناد الإنجليزية، بمعنى أنه يتعين على القاضي الإنجليزي أن يجعل نفسه مكان القاضي الأجنبي، ويقضي به هذا الأخير.[5]

---

[1]– القانون المدني المصري، مرجع سابق، تنص المادة (11/ 1) " الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم..."

[2]– عبد الكريم أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 440.

[3]– عبد الكريم أحمد سلامة، نفس المرجع، ص 439، 440.

[4]– زيدون فتيحة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011/2010، ص 88.

[5]– زيدون فتيحة، نفس المرجع، ص 88.

فلو عرض مثلا، على القاضي الإنجليزي نزاع يتعلق بميراث مال منقول لإنجليزي متوطن في ألمانيا، فطبقا لقواعد التنازع الإنجليزية، فإن القانون الألماني هو المختص باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفى، ومن ثم فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي أن يفصل في هذا النزاع بنفس الكيفية التي يفصل بها القاضي الألماني. فلو عرض النزاع على هذا الأخير فطبقا لقواعد الإسناد الألمانية، فإن القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق باعتباره قانون جنسية الهالك، وعليه ولما كان القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الألماني، فإن القانون الذي سوف يطبقه القاضي الألماني وهو القانون الألماني.[1]

ولو افترضنا أيضا أنه عرض على القاضي الإنجليزي نزاع بميراث أموال منقولة لإنجليزي متوطن في إيطاليا، فطبقا لقواعد الإسناد الإنجليزية، فإن القانون الإيطالي هو الواجب التطبيق، باعتباره قانون موطن الهالك، وأما لو عرض النزاع أمام القاضي الإيطالي فطبقا لقواعد الإسناد الإيطالية فإن القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق باعتباره قانون جنسية الهالك، ولكن بما أن القانون الإيطالي لا يأخذ بالإحالة، فإنه سيطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي، ومن ثم فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي حسب هذا النظام، أن يأخذ بنفس الحل، ويفصل في النزاع طبقا للقانون الإنجليزي، الذي كان القانون الإيطالي سيطبقه.[2]

إن هذا النظام، على الرغم من كونه يرمي إلى توحيد الحلول المعطاة لنفس القضية، إلا أن ما يعيبه هو عدم إمكانية تعميمه، فهو لا يصلح إلا إذا أخذ به القاضي المطروح عليه النزاع دن غيره من قضاة الدول الأخرى التي تنازعت قوانينها بحكم العلاقة المطروحة، أما لو أخذ به قضاة كل الدول التي لقوانينها علاقة بالنزاع، فإن ذلك سيؤدي إلى حلقة مفرغة.[3]

[1]– زيدون فتيحة، مرجع سابق، ص 88.

[2]– زيدون فتيحة، نفس المرجع، ص89.

[3]– زيدون فتيحة، نفس المرجع، ص89.

المطلب الثاني:

نشأة الإحالة:

تؤكد كتب القانون الدولي الخاص الإنجليزي إلى أن المحاكم الإنجليزية منذ عام 1841، قد طبقت الإحالة في قضية متعلقة بوصية إنجليزي متوطن في بلجيكا، وطبقت المحكمة الإنجليزية المفاهيم البلجيكية إحالة من القانون البلجيكي إلى القانون الإنجليزي، واعتبرت المحكمة الإنجليزية نفسها كما لو هي في بلجيكا. القضية الإنجليزية الرائدة الصادرة في عام 1841 تعرف **(V.Rivaz Collier)** التي واجهتها المحكمة الإنجليزية بشأن وصية، كان القانون البلجيكي والذي هو المادة 13 من القانون الفرسي المدني " **قانون نابليون** " يشترط على الأجنبي الذي يترك وصية في بلجيكا وحتى يخضع إلى القانون البلجيكي أن تكون له إقامة قانونية مشروعة. أما وصية الأجنبي الذي ليست له إقامة قانونية مشروعة فإنها تخضع لقانونه الشخصي، وكانت هذه الوصية قد تمت في بعضها وفق القانون البلجيكي وليس وفق القانون الإنجليزي.[1]

لم تبق هذه القضية فترة حتى نقضت عام 1861 بقضية **(V.Freeman Bremer)** حيث رفضت المحكمة الإنجليزية الاعتراف بوصية تمت في فرنسا من قبل إنجليز مقيمين في فرنسا (وفق القانون الإنجليزي للموطن) أما في إنجلترا (فإنه أي الموطن كان وفق المفهوم الفرنسي له)، وإن الموصية لم تطبق المادة 13 ق مدني فرنسي لأنها ذكرت بأن الوصية تمت وفق الشكل الإنجليزي، وليس وفق الشكل الفرنسي، وهذا هو القرار الأول الذي يتم وفق نظرية الإحالة، أما القضية الأولى فإنها قد تمت وفق قاعدة الرجوع البديل.[2]

ومرة أخرى عام 1903 طبقت المحكمة الإنجليزية نظرية الإحالة في **(Johnson Inere)**، أما في فرنسا فإن القضية الشهيرة " **فورغو** " عن محكمة النقض الفرنسية في 1878/06/24، والتي كانت إحالة بسيطة بدرجة واحدة و الى

[1]– ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضاء الدولي، ط 1، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2005، ص 58.

[2]– ممدوح عبد الكريم، نفس المرجع، 58.

قانون دولة المحكمة قد اعتبرت القضية الرائدة وبقيت المحاكم الفرنسية متمسكة بها، وانتقلت إلى دول العالم بدرجات وصور مختلفة.[1]

الواقع أن الفقه لم يتلقى مشكلة الإحالة بالعناية والرعاية تأهيلا وتحليلا، إلا في أواخر القرن التاسع عشر، على إثر قضية ذائعة الصيت أمام القضاء الفرنسي تسمى بقضية " **فورغو** "، وتتمثل وقائع هذه القضية في أن ولدا طبيعيا " **بافاري** " الجنسية يدعى " **فورغو**" كان قد ولد في " **بافاريا** "، حدث أن انتقل " **فورغو**" مع أمه إلى فرنسا وهو في المهد صبيا لم يبلغ الخامسة من عمره وأقام بها إلى أن توفي في الثامنة والستين مخلفا وراءه ثروة منقولة، ومن غير أن يكتسب فيها موطنا. إذ ليس لأحد أن يكتسب موطنا قانونياً في فرنسا إلاّ بموافقة الدولة وفقا لأصول معينة، وهي أصول لم تتبع من المتوفي فبقي بنظر القانون الفرنسي متوطنا في " **بافاريا** ".[2]

على إثر وفاة " **فورغو**" ثار نزاع بين أقاربه الطبيعيين والدولة الفرنسية ممثلة في مصلحة الدومين العام، وذلك لمعرفة من الذي تؤول إليه التركة بوصفه مستحقا لها، جوهر المشكلة في هذه المنازعة كان يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث وما إذا كان هو القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي للمتوفي، أم القانون " **البافاري** " باعتباره قانون موطنه الأصلي. ذلك أنّ الحل سوف يتباين بحسب ما إذا طبقنا هذا القانون أم ذاك، فإن قلنا بتطبيق القانون الفرنسي فإن مؤدي ذلك أن تؤول التركة للدولة الفرنسية بحسبان أن هذا القانون لا يورث الحواشي ومن ثم تكون التركة شاغرة، وإن قلنا بتطبيق القانون " **البافاري** " فإن ذلك يستتبع أيلولة التركة للحواشي لأنه يورثهم.[3]

وحينما بلغت المنازعة ساحة قضاء محكمة استئناف " **بوردو**" قررت أنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون " **البافاري** " الذي يورث الحواشي نزولا على حكم قاعدة

---

[1]– ممدوح عبد الكريم، نفس المرجع، 59.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004، ص 190.

[3]– عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 190.

الإسناد الفرنسية المتعلقة بالموازنة والتي تعقد الاختصاص في ميراث الأموال المنقولة لقانون الموطن الأصلي للمتوفى.[1]

لم تشأ محكمة النقض أن تقر محكمة الاستئناف "بوردو" على قضائها فنقضت حكمها، الأمر الذي سمح لها أن تصوغ المبدأ التالي: كان يتعين على قضاة الموضوع أن يطبقوا قاعدة الإسناد المتضمنة في القانون " **البافاري** " المختص، لا أن يطبقوا القواعد الموضوعية فيه والتي تعطي الحل المباشر للنزاع. ولما كانت قاعدة الإسناد في القانون " **البافاري** " المختص، انعقد الاختصاص لقانون الموطن الفعلي، أي القانون الفرنسي، وكان هذا القانون الأخير لا يورث حواشي الابن الطبيعي في هذا الزمن، فإن مؤدي ذلك أن تكون إزاء تركة شاغرة، وعلى ذلك فإنها أي التركة، تؤول إلى الدولة متمثلة في إدارة الدومين العام.[2]

ويتضح من هذا الحكم أمران:[3]

أولهما: أنّ محكمة النقض رأت قبول الإحالة من الدرجة الأولى التي بعث بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق، وأنه يتعين على القاضي الفرنسي أن يتلقف هذه الإحالة ويطبق القواعد الموضوع في قانونه المحال إليه.

ثانيهما: أنّ الحل النهائي للنزاع لا شك مختلف بحسب ما إذا كنا نأخذ بالإحالة أو نرفضها فلو أن محكمة النقض رفضت الإحالة وأيدت محكمة استئناف " **بوردو**" لآلت التركة إلى الحواشي، إلاّ أن المحكمة أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى وألغت حكم الاستئناف ورأت تطبيق القانون الفرنسي، فلم يثبت للحواشي الحق في الإرث، وغدت شاغرة فآلت من ثم إلى الدولة الفرنسية.

وعندما عرض النزاع على محكمة استئناف في " **بوردو**" طالبت إدارة الدومين العام الفرنسي الأخذ بالحل الأخير وتطبيق القانون الفرنسي حتى تؤول إليها التركة باعتبارها مالكا للأموال التي لا مالك لها، تطبيقا لنص المادة 317 من القانون المدني الفرنسي، غير أنّ المحكمة المذكورة قررت في 24 مايو 1836 على خلاف ما رأت

[1]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 191.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 191.

[3]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 192.

إدارة الدومين، وجوب تطبيق قاعدة الإسناد الفرنسية والتي تقضي بخضوع الميراث في المنقول لقانون الموطن الأصلي للمتوفي وحكمت بالتالي لحواشي المتوفي بالتركة.[1]

لما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية، انتصرت في حكمها، الذي أصدرته في 24 يوليو 1878 لوجهة النظر السابقة لإدارة الدومين العام الفرنسية، ولم تؤيد الاستئناف أن تطبق قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون " **البافاري** "، والتي تشير باختصاص قانون الموطن الفعلي للمورث، وهو القانون الفرنسي. وباعتباره أن هذا الأخير لا يورث الحواشي، فقد أقرت محكمة النقض في حكمها المذكور باعتبار التركة شاغرة وحكمت بأيلولة التركة إلى الدولة بما لها من سيادة على الأموال التي لا مالك ولا وارث لها. وعلى هذا النحو، فقد أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها المذكور الإحالة من قاعدة الإسناد في القانون " **البافاري** " إلى أحكام القانون الفرنسي المتعلقة بالميراث.[2]

وانقسم المشتغلون بأبحاث القانون الدولي الخاص بين مؤيدين ومعارضين لما قضت به محكمة النقض الفرنسية، غير أن هذه المعارضة لم تمنع القضاء في فرنسا وفي بعض الدول الأخرى من الاستمرار في خطته؛ بحيث يمكن القول إنه قد ثبت في هذا الاتجاه نهائيا، بل وأكثر من ذلك فقد عمد المشرعون في بعض الدول إلى النص على نظرية الإحالة صراحة، نص عليها القانون الألماني في المادة 77 من قانون المقدمة بالنسبة للنظام المالي للزوجين والمواريث، وإنما بشرط أن يؤدي تطبيقها إلى تطبيق القوانين الألمانية.[3]

[1]– جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2005، ص 115، 116.

[2]– جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص 117.

[3]– جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1970، ص 618، 619.

المبحث الثاني:

أساس الإحالة و الاستثناءات الواردة عليها:

و سنتطرق في هذا المبحث الى أساس الإحالة في (المطلب الأول) وكذا الاستثناءات الواردة على الإحالة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

أساس الإحالة:

تجد الإحالة مصدرها في رفض القانون الأجنبي للاختصاص المخول له بمقتضى الإسناد في قانون القاضي لحكم النزاع. وقد اختلف الفقهاء في أساسها، فمنهم من حاول إيجاد أساس منطقي لها. – مع اعترافه بأنه لا يوجد أساس سليم ومنطقي لها باعتبار أنّه يمكن استبعادها لهذا السبب أو ذاك– يقول بأنه يمكن أن نأخذ بها لما يمكن أن تحققه من نتائج مفيدة.

وفيما يلي استعراض لهذا الخلاف حول أساس الإحالة:

الفرع الأول: الإحالة تفويض:

لما قواعد الإسناد في قانون القاضي تشير باختصاص قانون أجنبي معين فإنها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في هذا القانون، وإنما تفوض المشرع الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع والذي قد يكون هو نفسه هذا القانون (حالة عدم وجود إحالة)، أو قانون القاضي (إحالة من الدرجة الأولى)، أو قانونا أجنبيا آخر (إحالة من الدرجة الثانية).[1]

يلاحظ أن أهم النقدين الذين وجها إلى نظرية الإحالة يتعلقان بهذا الأساس.

النقد الأول هو أن هناك تنازل عن السيادة لما يكون القانون الأجنبي هو الذي يناط به أمر توزيع الاختصاص التشريعي لأنه يؤدي إلى التوسيع في حدود اختصاص قانون القاضي.[2]

---

[1]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط 1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص 111.

[2]– أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 111.

والنقد الثاني هو أنه يؤدي إلى حلقة مفرغة وذلك لما يكون كل قانون له علاقة بالنزاع يرفض الاختصاص المخول له ويحيله إلى قانون أخر.[1]

يرى أصحاب هذه النظرية، أن المشرع الوطني حينما يضع قواعد إسناده فإنه لا يحدد فيها القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، بل يفوض الاختصاص للقانون الأجنبي (أي قواعد إسناده) في تحديدها والتي قد تكون هي قواعد القانون الأجنبي الموضوعية (وهنا لا وجود للإحالة) أو قواعد قانون القاضي (ونكون هنا أمام إحالة من درجة أولى) أو قواعد ثالث (ونكون هنا أمام إحالة من درجة ثانية).

لم تفلح هذه النظرية في بيان الأساس الذي تبنى عليه الإحالة خاصة بعد الانتقادات التي تعرضت لها إذ أنه إذا كان قانون القاضي لا يستطيع أن يحدد القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي فكيف يستطيع تحديد قواعد التنازع في ذلك القانون وعلى أي أساس تقول هذا؟. ضف إلى ذلك أنّ هذه النظرية تؤدي إلى الوقوع في حالة مفرغة إذ أنه إذا كان قانون القاضي يفوض الاختصاص الأجنبي، وإذا كان الأخير يحيل في ذلك التحديد إلى قانون القاضي فإن هذا الأخير سيحيل الاختصاص إلى القانون الأجنبي ذاته وهكذا دون توقف[2].

الفرع الثاني: الإحالة حل احتياطي:

يرى الفقيه الفرنسي " **ليربور بيجونيير**" أن جوهر وظيفة قاعدة التنازع الوطنية هو "عرض الاختصاص" على قانون أجنبي معين، دون أن تفرضه عليه، وهذا يعني أنه إذا رفض ذلك القانون الاختصاص المعروض فلا يسوغ تطبيقه رغم ذلك، إنما يلزم البحث عن قانون آخر، ولا يكون ذلك إلا بالرجوع إلى قواعد التنازع في قانون القاضي، وتلك القواعد تتضمن بالضرورة قاعدة تنازع احتياطية، تسند المسألة المعروضة، لا إلى قانون أجنبي آخر، بل إلى قانون القاضي ذاته.[3]

---

[1]– أعراب بلقاسم، نفس المرجع، ص 111.

[2]– دربال عبد الرزاق، الوافي في قانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص86، 87.

[3]– عبد الكريم أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 450.

وقاعدة الإسناد الاحتياطية هذه قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي، وقد تعقده لقانون آخر، لو أثير في فرنسا نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فإنه طبقا لقواعد الإسناد الفرنسية فإن القانون الإنجليزي يرفض الاختصاص، لكونه يسند الأهلية إلى قانون الموطن، تعين على القاضي الفرنسي التوقف عند هذا الفرض، والرجوع إلى قانونه من جديد للبحث عن القانون الذي سيطبقه، ولما كان يوجد إلى جانب قاعدة إسناد أصلية – التي عينت القانون الإنجليزي– قاعدة إسناد احتياطية، تعين الرجوع إليه وتطبيق القانون الذي ستشير باختصاصه، والذي قد يكون في هذا الفرض هو القانون الفرنسي باعتباره قانون موطن هذا الإنجليزي.[1]

غير أن هذه النظرية هي الأخرى لم تسلم من النقد، فقد وجهت إليها جملة من الانتقادات من بينها، أنها نظرية تقوم على الافتراض، وليس لها أي سند من القانون الوضعي، فالموجود وضعا هو عبارة عن قاعدة إسناد لها صفة الوحدانية، ولم يثبت أن المشرع قد وضع قاعدة احتياطية تعقد الاختصاص – على أساس الإحالة– إلى قانون القاضي، في الفرض حيث لا يقبل القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية، بالإضافة إلى ذلك فإن أنصار هذه النظرية لم يوضحوا لنا كيفية البحث عن هذه القواعد الاحتياطية في قانون القاضي، وهل يتمتع القاضي الوطني بسلطة مطلقة في البحث عن هذه القواعد بالنظر إلى كل فرض على حدى أم لا، لذلك فقد اتجه إلى أنه لا سبيل من إعمال هذه النظرية إلاّ إذا نص المشرع صراحة على قواعد إسناد احتياطية، يرجع إليها إذا رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي منحته إياه قواعد الإسناد الأصلية، غير أن هذه القواعد الاحتياطية قد تعجز هي الأخرى عن حسم تنازع القوانين، لأن تطبيقها رهين بقبول القانون الأجنبي بحكم العلاقة، فإذا رفض تعين البحث مرة ثانية عن قاعدة إسناد لا وجود لها.[2]

الفرع الثالث: نظرية التنسيق بين قواعد الإسناد كأساس قبول الإحالة:

يعود الفضل إلى الأستاذ " **باتيفول** " في وضع أفكار هذه النظرية ليس فقط كأساس لقبول الإحالة، وإنما كأسس للقانون الدولي الخاص بأكمله.

---

[1]– زيدون فتيحة، مرجع سابق، ص 92.

[2]– زيدون فتيحة، نفس المرجع، ص 93.

وينطلق الأستاذ " **باتيفول** " من مقدمة مفادها – أنّ الطبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تفترض بداهة ارتباط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد. وعلى ذلك فلا يصح أن يفض التنازع عن طريق قواعد الإسناد الوطنية فقط، إذ في ذلك تجاهل قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاصه. فالمشرع يسعى وراء قواعد الإسناد التي يضعها إلى تحقيق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد وبين قواعد التنازع الأجنبية.[1]

ولا يعني – كما يعتقد خصوم الإحالة– أنّ القانون الوطني قد فض يده من حل مسألة التنازع تاركا أمرها لإرادة المشرع الأجنبي، ذلك أن إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية لا يتم عفوًا. وإنما هو يتم بناء على إرادة المشرع الوطني أصلاً، فهو الذي حدد القانون المختص بحكم العلاقة ابتداءً، ومن ثم فإن استشارة قواعد التنازع في هذا القانون تعد في ذاتها تعبيرًا عن إرادته، و بل و انها ضرورة يفرضها التنسيق اللازم بين النظم المتنازعة لحكم المسألة المعروضة.[2]

وبهذا يقترب فقه الاستاذ " **باتيفول** " إلى حد كبير من فقه " **ليربور بيجونيير** " فكل من الاتجاهين قد حاولا التوفيق بين قواعد القانون الدولي الخاص في النظم التي تنازعت قوانينها لحكم المسألة المعروضة، فتجنبا بذلك ما يؤدي إليه منطق الإحالة من تجاهل لقواعد الإسناد الوطنية لصالح قواعد القانون الدولي الخاص في الدول الأجنبية.[3]

ومع ذلك فإن كل من النظريتين تختلف عن الأخرى في المنهج الذي اتبعته للتوصل إلى فكرة التوفيق بين النظم، فالرجوع إلى قانون القاضي يتم – وفقا لنظرية الأستاذ " **باتيفول** "– بناءً على استشارة قاعدة التنازع الأجنبية في الدولة التي رفضت الاختصاص المعروض عليها، أما تطبيق قانون القاضي وفقا لفقه الأستاذ " **ليربور بيجونيير** " فهو يستمد أساسه من قاعدة الإسناد الاحتياطية في دولة القاضي نفسه.[4]

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 137.

[2]– حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 137.

[3]– حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 137.

[4]– حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 138.

تقدير النظرية:

أُخذ على نظرية الأستاذ " **باتيفول** " أنها لم تكشف بوضوح عن السبب الداعي إلى التوقف عند حد الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيق الأحكام الداخلية في قانون القاضي، فإذا كان النزاع المطروح أمام القضاء الفرنسي يتعلق بأهلية شخص إنجليزي متوطن في فرنسا، فإن إعمال قاعدة الإسناد الفرنسية يؤدي إلى تطبيق القانون الإنجليزي بوصفه قانون الجنسية.[1]

ولكن منطق الأستاذ " **باتيفول** " يقضي باستشارة قواعد التنازع في القانون الإنجليزي أولاً، وهي تشير في هذا الفرض بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن.

فإذا كانت فكرة التنسيق بين النظم التي قال بها " **باتيفول** " هي التي تبرر في نظره الأخذ بإحالة قواعد التنازع الإنجليزية إلى القانون الفرنسي حتى لا ينطبق القانون الإنجليزي في حالة لا يعترف فيها الاختصاص لنفسه، فكيف يفسر إذن تطبيق القضاء للأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي، والحال أن قواعد الإسناد في هذا القانون لا تعترف هي الأخرى بالاختصاص لنفسها في هذا الفرض وتشير بتطبيق القانون الإنجليزي؟.[2]

وبمعنى آخر فإذا كانت حكمة قواعد القانون الدولي الخاص هي تحقيق التنسيق بين القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي في هذه الحالة، فما سر تفضيل أحكام القانون الفرنسي بالذات وتطبيقها في النهاية على وقائع الدعوى رغم أن قواعد الإسناد فيه ترفض الاختصاص بحكم النزاع أسوة بالقانون الإنجليزي؟.

ورغم سلامة منطق الأستاذ " **فرنسيسكاكيس** " الذي وجه النقد السابق إلى نظرية " **باتيفول** " إلا أنه عاد فقرر أن هذا النقد قد يخففه نوع ما إذا وضعنا في الاعتبار أن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي لم يتم – في الفرض السابق– بناءً على إعمال قواعد التنازع الفرنسية إبتداءًا، وإنما كان تطبيق القانون الفرنسي على

[1]– حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 138.

[2]– حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 139.

واقعة الدعوى في مرحلة لاحقة، وبعد استشارة قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي الذي أشارت قواعد التنازع الفرنسية باختصاصه أصلاً.[1]

ومهما يكن من أمر هذا التحفظ حاول به الأستاذ " **فرنسيسكاكيس** " أن يحفظ لنظرية زميله " **باتيفول** " كيانها، فإننا نعتقد مع ذلك أن النظرية محل البحث قد أخفقت إلى حد كبير في وضع أساس نظري سليم لما استقر عليه القضاء الفرنسي التقليدي في شأن التوقف عند الإحالة إلى قانون القاضي، فواقع الأمر أن " **باتيفول** " قد أجهد نفسه كعادته دائما، في محاولة وضع أساس فقهي سليم للحلول الوضعية السائدة في فرنسا.[2]

ويؤدي منطق الأستاذ " **باتيفول** " الخاص بفكرة تناسق النظم إلى ضرورة الأخذ أيضا بالإحالة من الدرجة الثانية، ولذا فهو يؤيد الاتجاهات الفضائية الحديثة التي أخذت إلى قانون آخر غير قانون القاضي، فإذا أشارت قاعدة الإسناد إلى قانون دولة معينة فأحالت قواعد التنازع في هذه الخيرة إلى قانون دولة ثالثة فلا مانع من تطبيق هذا القانون ما دام أنه يقر الاختصاص المعروض عليه، إذ يتفق هذا الحل في رأي " **باتيفول** " مع حكمة قواعد الإسناد في كل من الدول الثلاث وفقا لفكرة التنسيق بين النظم.[3]

ومع ذلك فقد رأينا أن منطق الإحالة قد يؤدي إلى الحلقة المفرغة فيما لو رفضت كل من القوانين المحال إليها الاختصاص المعروض عليها أو أحال هذه القوانين سبق استشارة قواعد الاسناد فيه.

وإزاء عجز النظريات التقليدية في وضع أساس قانوني لتبرير قبول الإحالة ذهب الفقه الحديث، إلى الدعوى إلى قبول النظرية، ونعتقد في سلامتها، ووفقا لها تعد مسألة قبول أو رفض الإحالة مرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة بمسألة أخرى هي غاية قاعدة الإسناد ووظيفتها، وسوف نعرض الآن لهذا الاتجاه.[4]

---

[1]– حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 139.

[2]– حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 139.

[3]– حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 140.

[4]– حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 140.

الفرع الرابع: الأساس العملي والحقيقي للإحالة:

إذا كان الفقه لم ينجح تماما في محاولاته لوضع أساس يبرر استناد القضاء الفرنسي له من واقع قضية " **فورغو** "، فإن مرد تلك أن القضاء الفرنسي لم يستند إلى أي أساس فقهي فيما انتهى إليه من نتائج[1]، إذ بالرجوع إلى قضية " **فورغو**" نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد وافقت على وجهة نظر إدارة الدومين العام في شأن قبول إحالة القانون " **البافاري** " إلى القانون الفرنسي، والتي كان من نتيجتها استيلاء الحكومة الفرنسية على تركة " **فورغو** " بوصفها وارث لمن لا وارث له بمقتضى نصوص القانون المدني الفرنسي، وذلك بهدف بعض الاعتبارات العملية، وهو حماية المصالح الوطنية، حيث كانت التركة جد كبيرة، هذ من جهة ومن جهة أخرى التقليل بقدر الإمكان من فرص تطبيق القوانين الأجنبية، بسبب ميلهم إلى تطبيق قوانينهم الوطنية، وتجنب الصعوبات التي تواجههم في الكشف عن مضمون القانون الأجنبي وذلك في الفروض التي لم تتبلور فيها فكرة المصلحة الوطنية كسبب دافع لقبول الإحالة إلى قانون القاضي.[2]

فلو يطرح مثلا نزاع على القضاء الإنجليزي يتعلق بميراث مال منقول إنجليزي متوطن في الجزائر، فقواعد الإسناد الإنجليزية تقضي باختصاص القانون الجزائري بوصفه قانون آخر موطن له، لو كان القاضي الجزائري هو الذي ينظر في النزاع فلسوف يطبق على هذا الميراث قانون جنسية المورث وقت الوفاة بمقتضى نص المادة 16 ق م ج وهو القانون الإنجليزي، وبما أنّ القانون الجزائري يقبل الإحالة من الدرجة الأولى بمقتضى الفقرة الثانية من نص المادة 23 مكرر 1 ق. م. ج[3]؛ أي أنّه يقبل

---

[1]– هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د . س . ن، ص 111.

[2]– هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، د . ب . ن، د . س . ن، ص 80.

[3]– الأمر رقم 75– 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 20 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05– 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المادة 23 مكرر 1 و التي تنص على ما يلي: " **إذا تقرر أن 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. "

الإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الجزائري، منه القاضي الجزائري سوف يطبق قانونه الوطني، وبالتالي يطبق القاضي الإنجليزي على النزاع المطروح نفس القانون الذي سيطبقه القاضي الجزائري، وهو القانون الجزائري.

نلاحظ في هذا المثال أنّ الشخص في المثال متوطن بإيطاليا، مع العلم أنّ القانون الإيطالي يرفض الإحالة بموجب نص المادة 30 ق. م. إيطالي، فإنه ما على القاضي الإيطالي إلا أن يطبق القانون الإنجليزي وذلك بالعودة إلى قواعد المادية الموضوعية بوصفه قانون جنسيته، فما على القاضي الإنجليزي في هذه الحالة إلاّ أن يطبق القواعد المادية الموضوعية للقانون الإنجليزي.[1]

يؤخذ على هذه النظرية أنها تقوم على مجرد تصور يصعب تحقيقه عمليا، فالقاضي الوطني لن يكون ممكنا له التجرد من صفته كقاضي وطني والقيام بدور القاضي الأجنبي في النزاع المعروض عليه.[2]

المطلب الثاني:

الاستثناءات الواردة على الإحالة:

الفرع الأول: حالة الأخذ بقانون الإرادة:

عندما يكون القانون الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد قانون إرادة المتعاقدين كما هو مثال الالتزامات العقدية التي تخضع لقانون الإرادة أي للقانون الذي يختاره الأطراف فإن الأخذ بقواعد الاسناد في هذا القانون المختار قد يتنافى ويتعارض مع إرادة هؤلاء فيما لو أشارت هذه القواعد إلى قانون آخر، لذا يجب على القاضي أن يتجه مباشرة إلى الأحكام الموضوعية في القانون المختار ليطبقها على واقعة الدعوى.[3]

ويرجع السبب في ذلك أنّ " ضابط الإرادة " يتنافى في ذاته مع الأخذ بالإحالة، فما دام أن المتعاقدين قد اختارا القانون الإنجليزي مثلاً لحكم العقد الدولي المبرم بينهم فلم يعد مقبولا أن نستشير قواعد الاسناد في هذا القانون، ونقبل إحالتها

---

[1]– أمين رجا رشيد دواس، مرجع سابق، ص 186.

[2]– أمين رجا رشيد دواس، نفس المرجع، ص 186.

[3]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د. س . ن، ص 655.

إلـى قـانون آخـر لأن فـي ذلـك تجاهـل لضـابط الإرادة الـذي وضـعه المشـرع كمعيـار لاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية.[1]

فالإحالـة إذا يجـب ألا تـؤثر فـي تلـك الإرادة أو تـؤدي إلـى تجاوزهـا. هـل يمكـن التوفيق بين الإرادة العقدية ونظرية الإحالة؟.

لما كان رفض الإحالة مرده إلى الرغبة في احترام إرادة المتعاقدين واحترام إرادة المشرع الذي قرر مثل هذه القاعدة فمن الطبيعي أن يقبل نفس هذا الاتجاه بإمكان الأخذ بالإحالة فيما لو تبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد أبدوا رغبتهم الصريحة أو الضمنية في الخضوع لما تشير به قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الذي تم اختياره لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، ولهذا السبب يتفق خصوم الإحالة أنفسهم مع هذا الرأي والذي يشكل استثناء ضيقًا على قبول هؤلاء بها.[2]

لذلك فقد حاول بعض الفقهاء تلافي عيوب الإحالة و ذلك عن طريق الأخذ بالنتيجة التي تؤدي اليها دون الأسس التي تقوم عليها، و رغم ايمان جانب من الفقهاء الفرنسيين بسلامة الإحالة فقد تعددت آرائهم حول نطاق اعمالها.[3]

يتجه جانب كبير من الفقه المؤيد للإحالة الى استثناء حالتين لا يجيز فيهما قبول الإحالة أيا كان نوعها، و هما حالة الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين و حالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه وهذا الأخير سنتطرق اليه لاحقا.

حالـة الأخـذ بقـانون إرادة المتعاقـدين: فإذا اختار المتعاقدون قانونا أجنبيا لحكم العقد الدول المبرم بينهم، فليس للقاضي أن يستشير قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون، وإنما عليه أن ينفذ مباشرة إلى الأحكام الموضوعية في القانون المختار ويطبقها على واقعة الدعوى، ويرجع السبب في ذلك إلى أن ضابط الإرادة يتنافى في ذاته مع الأخذ بالإحالة في هذا الفرض، فما دام أن المتعاقدين قد اختاروا القانون الإيطالي مثلا لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، فلم يعد مستساغا أن نستشير قواعد الإسناد في هذا القانون ونقبل إحالتها إلى قانون آخر. ففي ذلك تجاهل لضابط الإرادة

[1]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 655.

[2]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، نفس المرجع، ص 655.

[3]– سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، نفس المرجع، ص 652.

الـذي وضـعه الشـارع كمعيـار لاختيـار القـانون الواجـب التطبيـق علـى الالتزامـات التعاقدية.[1]

ولمـا كـان رفـض الإحالـة مرجعـه الرغبـة فـي احتـرام إرادة المتعاقـدين، فقـد كـان طبيعيا أن يسلم هذا الاتجاه بإمكان الأخذ بالإحالة فيما لو تبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد أيدوا رغبتهم الصريحة أو الضمنية في الاذعان لما تشير به قواعد الاسناد التي يتضمنها القانون الذي اختاروه لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، ولهذا السبب يتفق خصوم الإحالة أنفسهم مه هذا النظر إذ متى أبدى المتعاقدون رغبتهم في استشارة قواعد الاسناد التي يتضمنها القانون المختار، تعين الاذعان لرغيتهم هذه بوصفها ضابطا للإسناد في مواد الالتزامات التعاقدية.[2]

الفرع الثاني: إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام:

هذه القاعدة الاختيارية يقصد منها ترجيح صحة الأعمال القانونية التي تبرم في الخارج، وهذا من شأنه استبعاد الإحالة إذا كان من نتائجها بطلان هذه الأعمال.[3]

ويرى الفقهاء أن أهم تبرير يدعو إلى الأخذ بهذا الاستثناء هو الخشية من تفويت الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام وأهمها التيسير على المتعاقدين.[4]

وكأساس لهذا الاستثناء وتفسير له في آن فإن استشارة قواعد التنازع التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف وقبول الإحالة منها إلى قانون آخر تفويت للاعتبارات وللحكمة التي تقوم عليها هذه القاعدة، فالمشرع يهدف من وراء قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام إلى التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب

---

[1]– هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص 110.

[2]– هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، نفس المرجع، ص 110.

[3]– سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 171.

[4]– سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، نفس المرجع، ص 171.

عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، ولا شك أن قبول إحالة قواعد التنازع في بلد الإبرام إلى قانون آخر يشكل إهدارًا لحكمة هذه القاعدة وتجاهل للهدف الذي يسعى إليه المشرع من وراء تقريرها.[1]

رغم إيمان جانب كبير من الفقهاء الفرنسيين بسلامة الإحالة، فقد اختلف هؤلاء حول نطاق اعمالها، ونحاول فيما يلي إبراز الملامح الرئيسية للاتجاهات الفقهية في شأن تحديد مجال الإحالة:

نذكر أولا بما مضت الإشارة إليه من أن أنصار الإحالة لم يتخذوا موقفا موحدا في شأنها، فهناك جانب من هؤلاء قد آمن بالإحالة في الأحوال التي تؤدي فيها إلى اختصاص قانون القاضي، و يبدو أن هذا الاتجاه قد تأثر بنفس الاعتبارات التي دفعت القضاء الفرنسي نحو الأخذ بالإحالة إلى قانون القاضي، فالولع بتطبيق القانون الوطني، والنظرة إليه على أنه أعدل القوانين المتنازعة لحكم المسألة المعروضة، بالإضافة إلى الاعتبارات العملية وصعوبة البحث عن القانون الأجنبي، كل ذلك دفع هذا الاتجاه نحو الإيمان بالإحالة إلى قانون القاضي.[2]

وإلى جانب هذا الاتجاه نجد اتجاها آخر لم يتردد في تأييد الإحالة بنوعيها؛ أي حتى لو كانت من الدرجة الثانية، ويبدو أن جانبا من أنصار هذا الاتجاه الأخير قد أراد أن يتفادى النقد الجارح إلى الإحالة البعيدة، وما قد تؤدي إليه من رد الاختصاص من قانون إلى أخر في تسلل لا نهائي، أو العودة مرة أخرى إلى قانون سبق استشارة قواعد الاسناد فيه مما يوقع في الحلقة المفرغة، فقرر بصراحة أنّ الإحالة لا تنم إلا لمرة واحدة، فإذا أحالت قواعد الإسناد في الدولة التي أشارت قواعد التنازع الوطنية قانونها إلى قانون أجنبي، تعين تطبيق هذا القانون على واقعة الدعوى دون حاجة إلى استشارة قواعد التنازع التي يتضمنها.[3]

---

[1]– سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، مرجع سابق، ص 171، 172.

[2]– هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص 108.

[3]– هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، مرجع سابق، ص 108.

أما الحالة الثانية التي استثناها أنصار الإحالة فهي الحالة الخاصة بقاعدة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه فما دام أن المتعاقدين قد أفرغوا تصرفهم في الشكل الذي يتطلبه قانون بلد الإبرام، فلا يجوز التمسك بعد ذلك ببطلان التصرف بدعوى أنه لم يستكمل الشكل الذي يتطلبه القانون المختص بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة التي أبرم فيها التصرف، و أساس هذا الاستثناء أن استشارة قواعد التنازع التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف، و قبول الإحالة منها الى قانون آخر، تفويت للاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الابرام.[1]

فالمشرع يهدف من وراء هذه القاعدة الى التيسير على المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غي قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.[2]

[1]– هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين) نفس المرجع، ص 111.

[2]– هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين) نفس المرجع، ص 111.

الفصل الثاني:

موقف الفقه

و التشريع و القضاء

من الإحالة

بعد الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الذي أصدرته في قضية " **فورغو** " بتاريخ 24/ 06 / 1878 و التي نقضت به حكم محكمة استئناف بوردو التي حكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون " **البافاري** " الداخلية التي تورث حواشي المتوفى دون أن ترجع الى قواعد التنازع فيه، و التي تحيل ميراث المتوفى الى قانون موطنه الفعلي و هو القانون الفرنسي، إذ أن محكمة النقض الفرنسية أقرت باعتبار أن التركة شاغرة و حكمت بأيلولة التركة إلى الدولة بما لها من سيادة على الأموال التي لا مالك و لا وارث لها.

و بعد صدور هذا الحكم اختلف الفقهاء بين مؤيدين و معارضين لهذا الحكم، و قد أخذ جانب من القضاء بحكم محكمة النقض الفرنسية فيما رفضه جانب آخر، و قد استند كل المؤيدين و المعارضين لحكم محكمة النقض الفرنسية الرامي الى الأخذ بالإحالة الى حجج و أدلة تدعم آرائهما.

أما بخصوص التشريعات الحديثة فهنالك من التشريعات من أخذت بحكم محكمة النقض الفرنسية، و الرامي إلى الأخذ بالإحالة، في حين رفضت بعض التشريعات أخرى الأخذ به أي عدم الأخذ بالإحالة.

لذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين، تناولنا في (المبحث الأول) موقف الفقه و القضاء من الإحالة، فتطرقنا في (المطلب الأول) الى موقف الفقه من الاحالة أما في (المطلب الثاني) الى موقف القضاء من الإحالة، و خصصنا (المبحث الثاني) الى معرفة موقف التشريع من الإحالة.

المبحث الأول:

موقف الفقه والقضاء من الإحالة:

لقد تباينت الآراء حول الأخذ بالإحالة بعد قضية " **فورغو** " بين مؤيد لها ورافض، واستند كلاهما إلى حجج وأدلة. لذا خصصنا (المطلب الأول) الى موقف الفقه من الإحالة، و تناولنا في (المطلب الثاني) الى موقف القضاء من الإحالة.

المطلب الأول:

موقف الفقه من الإحالة:

أثارت نظرية الإحالة جدلا فقهيا كبيرا أحدثت انقساما بينهم، بين مؤيدين لها على إطلاقها، ومؤيدين إذا كانت في صورة رجوع لقانون القاضي وبين معارضين لها، وبين مقترحين لبدائل عنها تؤدي إلى نفس نتيجتها.

الفرع الأول: الرأي المؤيد للإحالة:

يستند مؤيدو الإحالة لحجج نظرية وعلمية وهي:[1]

1- يحتجون بأنه يجب معاملة القانون الأجنبي المسند إليه باعتباره كلا واحدا لا يتجزأ، حينما يسند قانون القاضي العلاقة إلى ذلك القانون، يعني إعطاؤه الاختصاص بصفته نظاما قانونيا متكاملا في قواعده الموضوعية وقواعد القانون الدولي فيه ولا مبرر لتجزئته والتمييز بين قواعده، والأخذ فقط بقواعده الموضوعية دون قواعد الإسناد فيه إذا كان يرفض الاختصاص الموضوعي.

2- إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى إهدار المعنى الحقيقي لآلية التنازع، إذ عندما يجد القاضي نفسه أمام تنازع القوانين يرجع أولا إلى قواعد التنازع في قانونه ويستشيرها ويأتمر بما تمليه عليه من تعيين للقانون الواجب التطبيق؛ وبذلك يفصل في أمر التنازع وينتقل إلى مرحلة ثانية هي الإسناد إلى القانون المختص يرجع مباشرة إلى القواعد الداخلية فيه ويطبقها دون استشارة قواعد التنازع فيه، أما القول بأن القول الأجنبي كل لا يتجزأ فمردود عليه بأن قانون القاضي أيضا كل لا يتجزأ على أي

[1]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 109.

أساس يؤخذ بقاعدة التنازع في القانون الأجنبي وتهدر قاعدة التنازع في القانون القاضي؟ أن قواعد الإسناد تتعلق بسيادة الدولة يحدد المشرع مجالها في المكان ويعين بواسطتها قانون الموضوع الواجب التطبيق دون اعتبار لقواعد التنازع الأجنبية، وإذا قبلنا الإحالة وتحدد الاختصاص طبقا لقواعد التنازع في القانون الأجنبي فإن القاضي يكو قد ائتمر بأمر مشرع أجنبي وتخلى قانونه على ممارسة سيادته، وبناء عليه يتبين أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تجاهل المعنى الحقيقي لآلية التنازع الوطنية يؤدي إلى التعارض مع الصفة الوطنية الآمرة لقواعد التنازع بوصفها تشكل مظهرا من مظاهر سيادة الدولة.

عندما تعطي قواعد الإسناد في قانون القاضي لاختصاص في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لقانون أجنبي معين وبعيد، هذا القانون المختص حل النزاع إلى قانون القاضي من جديد، فإن الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي يكون زائد ما دام لا يقبل الاختصاص لنفسه في النزاع، ويجب قبول هذه الإحالة منه في هذه الحالة، وعدم التشدد في ذلك أكثر من تشدد القانون الأجنبي، وإنه حتى لا تظهر حالة انعدام قانون مختص يحسم النزاع.[1]

بالإضافة إلى ذلك فإن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أمر ينسجم والأحكام العامة في القانون الدولي الخاص التي تُغلب النزعة الوطنية في حلول التنازع، كما أن الاعتبارات العملية المتمثلة في إلمام القاضي بقانونه و ميله إلى تطبيقه، الأمر الذي يرجح الأخذ بالإحالة في هذه الحالة، على أن الأخذ بها ليس فوق التجريح بالنسبة لخصوم الإحالة. إذ لو سلمنا بالأخذ بالإحالة لاعتبارات منطقية وقانونية سليمة لوجب متابعة منطق الأخذ بها إلى ما لا نهاية دون التوقف فيها عند حد معين.[2]

وهناك أيضا من يرى أن للإحالة فضل في تحقيق التناسق بين النظم القانونية وتوحيد الحلول فيها في الدول التي تكون على اتصال بالعلاقة. فإذا قبل القاضي

---

[1]– غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الأول، دراسة مقارنة، ط 4، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 131.

[2]– مصطفى محمد الجمال، (الإحالة في القانون الدولي الخاص)، مجلة الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع، الإمارات العربية المتحدة، 1995، ص 188.

الوطني الإحالة فإنه لا يفعل أكثر من أنه يحل نفسه محل القاضي الأجنبي فيما لو طرح النزاع عليه. بعبارة أخرى فإن القاضي الذي يقبل الإحالة إنما بفصل في النزاع كما يفصل فيه نظيره الأجنبي (في الدولة الأجنبية التي تشير إليها قاعدة الإسناد) ذلك أنه سيبدأ، بطبيعة الحال بتطبيق قاعدة الإسناد في قانونه إذا ما عُرض عليه النزاع.[1]

والحال كذلك فإن ثمرة الأخذ بالإحالة هي توحيد الحلول في مجال المعاملات الدولية: فالحل لا يختلف لو رفعت المنازعة أمام القاضي الوطني أو أمام القضاء الأجنبي، ويترتب على ذلك الانسجام نتيجة لها قيمة عملية بالغة: أن يكون الحكم الصادر من المحاكم الوطنية قابلا للاعتراف به وتنفيذه في الدولة التي تشير قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق قانونها سيما في الفرض الذي تتطلب فيه دولة التنفيذ، و أن يكون الحكم الأجنبي (المراد تنفيذه) قد احترم القانون الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد عندها.[2] وهذا القول مردود، تحت خصوم الإحالة من ناحيتين:[3]

من الناحية الأولى: ليس صحيحا أن الإحالة تؤدي إلى توحيد الحلول بين الدول التي تكون العلاقة القانونية على اتصال به. فتوحيد الحلول المقال به يفترض لقيامه أمرا جوهريا: أن يتباين موقف الدول من الأخذ بالإحالة؛ بمعنى أن يأخذ بها بعضها ويرفض العمل بها البعض الآخر، ولكن إن حدث ذلك فسوف يكون هذا بذاته شاهدًا على وهن الأساس الذي ترتكن إليه الإحالة، إذ لو سلم أساسها وحسن منطقها لأخذت بها التشريعات جميعا.

هناك أمثلة تشهد بأنه ليس في أخذ التشريعات بالإحالة ما من شأنه يؤدي إلى التناسق والتوحيد في الحلول: لنفترض مثلا أن كلا من المشرع الفرنسي والإنجليزي يأخذ بالإحالة في مسائل الأهلية. فإذا أثيرت منازعة أمام القضاء الفرنسي متعلقة بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فإن القاضي الفرنسي سيطبق القانون الإنجليزي (قانون جنسية الشخص نزولا على حكم قاعدة الإسناد الفرنسية) الذي سيحيل بدوره إلى القانون الفرنسي قانون موطن الشخص. وفي المقابل الآخر إذا أثيرت المنازعة

[1]– مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 189.

[2]– مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص 189.

[3]– مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 190، 191.

أمام القاضي الإنجليزي فإنه سيطبق القانون الفرنسي (بوصفه قانون موطنه) الذي سيحيل بدوره إلى القانون الإنجليز بوصفه قانون الجنسية، ولا شك في أنّ الحل الذي سيأخذ به القاضي الإنجليزي مغاير لذلك الذي سيأخذ به القاضي.

أيضا في قضية " **فورغو** " التي فجرت مشكلة الإحالة من الدرجة الأولى أمام القضاء الفرنسي، لو تصورنا أنّ النزاع قد طرح أولا على القضاء " **البافاري** " لانتهى إلى تطبيق القانون الفرنسي بمقتضى قاعدة الإسناد " **البافارية** "، فلو أخذ القاضي " **البافاري** " بالإحالة لرجع مرة أخرى إلى قانونه آخذا بقاعدة الإسناد الفرنسية التي تحيل الحكم لقانون موطن المتوفى.

النتيجة: القضاء " **البافاري** " كان سيطبق القانون " **البافاري** "، والقضاء الفرنسي كان سيعمل بالقانون الفرنسي، والحل في هذا الجانب مغاير للذي يقول به الجانب الآخر، فكيف يمكن القول بعد ذلك، بأن هناك وحدة في الحلول بفضل الإحالة؟

وبالتالي فإن وحدة الحلول لا تتأتى إلاّ إذا آمن بالإحالة فريق من التشريعات دون فريق، وإن علقنا وحدة الحلول على هذا الاقتضاء – على غرار ما قاله أنصار الإحالة– لكان فيما يقولون به شاهدا على عدم سلامة النظرية ذاتها.

من الناحية الثانية: إن في القول بأن الأخذ بالإحالة من شأنه أن يؤدي إلى تيسير تنفيذ الأحكام الأجنبية، قصورا يعجز عن تغطية بعض الفروض، أساسه اعتبارات عملية لا قانونية:

قول فيه قصور إذ هو يفترض بداءة أن الحكم سوف ينفذ في دولة محددة معروفة سلفا هي الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونها. وفي هذا الافتراض لزوم ما لا يلزم. فقد يتم تنفيذ الحكم في هذه الدولة وقد يتم تنفيذه في غيرها، دولة القاضي نفسه أو دولة ثالثة على حسب الأحوال، زد على ذلك فإن ثمة حالات يصعب فيها التنبؤ مقدما بمعرفة مكان التنفيذ، فلو افترضنا مثلا أن كان المطلوب هو الحكم على مدين معين بدفع مبلغ من المال، فإن الحكم عادة ما يتم تنفيذه في الدولة التي يوجد فيها أموال للمدين يمكن التنفيذ عليها، وغالبا ما لا يكون

مكان وجود هذه الأموال معروفا وقت نظر الدعوى وخاصة إذا تعلق الأمر بالتنفيذ على منقولات.

وإذا افترضنا جدلا أم الحكم سينفذ في الدولة التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها، فقد يحدث ألا يعلق قانون هذه الدولة تنفيذ الأحكام الأجنبية عنده على اشتراط تطبيق قضاء الدولة المصدرة للحكم للقانون المختص وفقا لقواعد الإسناد فيها كما هو الحال في القانون المصري وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة. فوق ذلك فإن من المحتمل أن يكون الحكم الصادر مطلوبا تنفيذه في عدة دول يقر بعضها الإحالة ولا يقرها البعض الآخر، فكيف يكون العمل؟ وحتى في حدود البلد الذي يأخذ بالإحالة هل من المؤكد أن قضاته سيجدون الحكم هو عين ما كانوا يحكمون به لو أن المسألة عرضت عليهم من بادئ الأمر.

الفرع الثاني: الرأي الرافض للإحالة:

عارض بعض الفقهاء آراء أنصار الإحالة وانتقدوها بشدة كالآتي:

عندما يسمح المشرع الوطني بتطبيق قانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، فإنه يقصد تطبيق قواعده الداخلية فقط دون قواعده المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، ولا يقلل من شأن هذه الحقيقة القول بأن الأحكام الموضوعية والأحكام المتعلقة في القانون الدولي الخاص لكل دولة تشكل وحدة متكاملة غي قابلة للتجزئة. لأن هذا القول يخدم قواعد الإسناد في القانون الواجب تطبيقه وقواعد الإسناد في قانون القاضي، فإذا اعتبرنا القانون الواجب تطبيقه من جديد من قانون القاضي إلى القانون الأجنبي ثم العكس إلى ما لا نهاية مما يؤدي إلى حصول حلقة مفرغة لا يمكن التخلص منها ويبقى القاضي حائرًا لا يعرف القانون الواجب تطبيقه في النزاع، شأنه في ذلك شأن لاعب الكرة عندما يدفع الكرة إلى لاعب آخر وهذا يدفعها إليه، وهكذا تتكرر الحالة عدة مرات وفي كل مرة يتلقف اللاعبون الكرة بالتعاقب دون أن يكون هناك أي موجب لإيقاف الكرة عند قدم واحد منهم، فينعدم الاستقرار في المعاملات ولا سيما الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية أو أكثر.[1]

[1]- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 131.

عندما تعطي قواعد الإسناد في قانون القاضي الاختصاص في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لقانون أجنبي معين ويعيد هذا القانون المختص حل النزاع إلى القانون القاضي من جديد، فإن الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون زائدا ما دام لا يقبل الاختصاص لنفسه في النزاع، ويجب قبول هذه الإحالة منه في هذه الإحالة وعدم التشدد في ذلك أكثر من تشدد القانون الأجنبي ذاته، حتى لا تظهر حالة انعدام قانون مختص يحسم النزاع.[1]

يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي إلاّ إذا أشارت إليها قواعد الإسناد فيه، والخروج على هذا الترتيب والرجوع مباشرة إلى قواعد الموضوعية يعني إهدارًا لإرادة المشرع الأجنبي، وتطبيقا لهذا القانون في غير الحالات التي أرادها له مشرعه، السبب هو أن "القواعد الموضوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الإسناد ارتباط الإنسان بظله".[2]

يذهب خصوم الإحالة إلى عدم صحة هذه الحجة، وذلك للأسباب الآتية:[3]

- إن في القول بها "خلطًا بين نظامين مختلفين" النظام الداخلي والنظام الدولي، فإذا كان المشرع الوطني قد قبل مختارًا تطبيق القانون الأجنبي، فهذا لا يعني أنه قد تناول له عن المهمة الأساسية المتمثلة في حل النزاع.
- لا يصح القول، بأنه يجب النظر إلى القانون الأجنبي (المختص بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية) بوصفه كلاً لا يتجزأ:

فمن ناحية أولى يلزم التفريق بين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي والقواعد الموضوعية فيه، الأولى تتكفل بتحديد الحالات التي ينطبق فيها القانون الأجنبي بالنسبة للقانون الوطني، بينما الثانية تعني بالفصل في المسألة موضوع النزاع مباشرة، ومن ناحية ثانية فإن الأخذ بفكرة وحدة القانون الأجنبي واعتباره كلا لا يتجزأ يؤدي بنا إلى الوقوع في حلقة مفرغة.

---

[1]- غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 131، 132.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 196.

[3]- عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 196، 197.

ويضرب الفقهاء للتدليل على الطريق المسدود الذي توقعنا فيه الفكرة الأخذ بالإحالة المثال الآتي: لو افترضنا أن إنجليزيا كان يتخذ من فرنسا موطنا له، فإنه ثار نزاع بشأن أهليته أمام القضاء الفرنسي، فإذا ما رجع القاضي الفرنسي إلى القانون الإنجليزي بوصفه كلاً لا يتجزأ، وبدأ بتطبيق قواعد الإسناد فيه كما يقرر أنصار الإحالة لأفضى به الحال إلى تطبيق القانون الفرنسي نزولا على حكم قاعدة الإسناد فيه التي تقضي بتطبيق قانون الموطن، وهكذا ذهابا وإيابا دون أن نصل إلى حل.[1]

بالإحالة سوف يقبل إحالة القانون الدولي الخاص الأمريكي على قانون الموطن، فيطبق القانون الفرنسي وينتهي الأمر، بينما هو لو لم يأخذ بالإحالة مضطر لكي يطبق على هذا الأمريكي قانون حالته الشخصية، فعليه أن يرجع إلى قوانين الولايات الأمريكية الشخصية، وهي ثلاث وخمسون ولاية، لكل واحدة منها قانون أحوال شخصية مستقل.[2]

أما معارضو الإحالة فيقولون ما يلي:[3]

أولا: حين تشير قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي، فإنما هي تريد بذلك تطبيق قواعده الداخلية، دون قواعد التنازع فيه، لأن هذه القواعد لم توضع إلا للعلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، فكيف يرجع إليها بصدد علاقات وطني الدولة نفسها؟

أما القول بأنه يجب أن ينظر إلى القول الأجنبي ككل لا يتجزأ، فيجب أن يرد عليه بأنه إذا كان القانون الأجنبي كلا لا يتجزأ، فإن قانون القاضي أيضا كل لا يتجزأ، فلماذا يأخذ قاعدة التنازع في القانون الأجنبي؟ دون أن يأخذ بقاعدة التنازع في قانونه، وهي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي، ولما لا ينظر إلى كل قانون يحال عليه باعتباره كلا لا يتجزأ، فيرجع إلى قواعد التنازع فيه دون قواعده الموضوعية؟ وقد تشير قواعد التنازع فيه بتطبيق قانون آخر، وبالرجوع إلى قواعد في هذا القانون الآخر، قد تشير بتطبيق آخر، وهكذا يكون هناك دور وتسلسل لا نهاية له.

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 197.

[2]– عكاشة محمد عبد العال، نفس المرجع، ص 197.

[3]– عبد الحميد أحمد عشوش، نفس المرجع، ص 281، 282، 283.

ثانيا: حين تقضي قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الأجنبي، ويرجع إلى قواعد التنازع في هذا القانون، فتحيله على قانونه هو، بينما قانونه يحيله على القانون الأجنبي.

ثالثا: قد تكون قواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق نصوصا دستورية، كما هي الحال في البرازيل، فإذا رجع القاضي إلى هذه القواعد دون أن يرجع إلى القواعد الداخلية، وأشارت عليه بتطبيق قانون معين، فإنه يكون قد عمل بمقتضى قاعدة دستورية أجنبية في بلده، مع أن ذلك يتضمن الخضوع لسيادة أجنبية، غير أن مؤيدي الإحالة التي يشير بها القانون الأجنبي، إنما يقبلها لأن قاعدة التنازع في بلده هي التي أشارت بتطبيق القانون الأجنبي، فهو لا يخضع لغير سيادة دولته التي وضعت قاعدة التنازع المذكورة.

رابعا: قد يؤدي الأخذ بالإحالة إلى الإجحاف بحقوق الأفراد، وتطبيق نظم قانونية عليهم ليسوا خاضعين لها في بلادهم، مثال ذلك أن يعرض على القاضي الفرنسي طلب بالحجر للسفه على إنجليزي مقيم بفرنسا، فلو أخذ القاضي الفرنسي بالإحالة التي تشير بها قاعدة التنازع على القانون الإنجليزي، فإنه سيطبق القانون على هذا الإنجليزي، ويقضي بالحجر عليه في حين أنه لو لم يأخذ بالإحالة وطبق القواعد الداخلية في القانون الإنجليزي، لقضى برفض طلب الحجر لأن هذه القواعد لا تعرف للسفه.

خامسا: يدعي أنصار الإحالة أن في الأخذ بها تسهيلا لتنفيذ الحكام، خصوصا في بلد القانون المحيل، لأن القاضي المحال على قانونه سوف يحكم كما لو كان قاضي القانون المحيل هو الذي يصدر الحكم، فلا يصادف حكمه أية صعوبة في تنفيذه في بلد القانون المحيل، وهذه حجة واهية، إذ لو فرضنا أن المسألة هي مسألة طلاق انجليزي متوطن في فرنسا عرضت على القاضي الفرنسي، فإن هذا القاضي سوف يرجع في حكم هذه المسألة إلى قانونه جنسية الإنجليزي، وهو سوف يحيله على قانون الموطن، فيطبق على هذه المسألة قواعد القانون الفرنسي، بينما لو عرض أمر هذا الإنجليزي على القاضي الإنجليزي، فإنه سوف يرجع قانون موطن هذا الشخص، وهو القانون الفرنسي، فتحيله قاعدة التنازع في القانون الفرنسي إلى القانون الإنجليزي

باعتباره قانون الجنسية، فيقضي طبقا لقواعد القانون الإنجليزي، وهكذا يختلف الحكم المترتب على الإحالة فيكون طبقا للقانون الفرنسي في فرنسا وطبقا للقانون الإنجليزي في انجلترا، وإذا فالقول بأن القاضي المحال على قانونه، سوف يحكم كما لو كان قاضي القانون المحيل هو الذي يحكم، قول غير صحيح، وفضلا عن ذلك كثيرا ما يتم تنفيذ الحكم في ذات البلد الذي صدر فيه، أو في بلد آخر غير البلد الذي أحال قانونه، فليس صيحا أن في الإحالة تسهيلا لتنفيذ الأحكام.

حين تقضي قاعدة التنازع في قانون القاضي، بتطبيق القانون الأجنبي ويرجع القاضي إلى قواعد التنازع في هذا القانون فتحيله على قانونه هو بينما قانونه يحيله على القانون الأجنبي.[1]

رأى الفقيه " **باتيفول** " قبول الإحالة كقاعدة عامة ترد عليها بعض استثناءات:

يسلم الفقيه " **باتيفول** " بأن قاعدة الإسناد إذا منحت الاختصاص لقانون أجنبي، فإن مؤدي هذا القانون المختص هو أصلح القوانين لحسم المصالح الخاصة التي نحن بصددها، ولكن رغم أن التنازع يقوم بشأن مصالح خاصة فإن هذا لا ينفي وجود تنازع فعلي بين السيادات من ناحية أن قاعدة الإسناد– لكي تحسم هذه المصالح الخاصة– عليها أن تحدد مجال تطبيق القوانين المتنازعة في الحالة المعروضة وما دام الأمر كذلك فإنه من السهل أن تدرك أن الشرع حينما يسن قاعدة إسناد معينة يتطلع إلى احتمال تنسيقها مع قاعدة الاسناد الأجنبية بطريقة تكفل حل هذا التنازع بين السيادات، وقاعدة الإسناد الأجنبية لا تتدخل في التنازع بطريق المصادقة البحتة بل إن قاعدة الإسناد الوطنية هي التي تعينها، فإذا أمكن أن تقرن إحداهما بالأخرى على النحو الذي يفضي إلى نتيجة تقبلها السيادتان كان في هذا مزية القضاء على كل تنازع في الحالة المعروضة، ويضرب الأستاذ لذلك مثلا مستمد من القضاء الألماني في قضية تتعلق بتركة بلجيكي تقع أعيانها في روسيا، فقد تبينت المحكمة الألمانية العليا أن القانون البلجيكي يحيل إلى قانون موقع المال وهو القانون الروسي والقانون الروسي يعترف بالاختصاص لنفسه، فقضت بناء على ذلك بتطبيق القانون الروسي بوصفه قانون موقع المال، وهذا الحل في نظر الأستاذ هو الذي كانت له الفرصة في أن يجوز

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 51.

القبول في ألمانيا وبلجيكا وروسيا في نفس الوقت لأنه هو الذي يحقق التناسق والانسجام بين أنظمة للتنازع في الدول الثلاث.[1]

الفرع الثالث: الاتجاه القائل بفكرة الحل الوظيفي:

إن فكرة الحل الوظيفي في مسألة الإحالة، تعني ببساطة أن لا نكرس حلاً عاما مجردا ينطبق في كافة المجالات وفي جميع الفروض، بقبول الإحالة أو برفضها، وإنما يتعين لقبول الإحالة أو رفضها، الاعتماد على منهج تحليلي يرتكز على تفسير غائي لكل قاعدة من قواعد الإسناد، فالاعتبارات الكامنة وراء اختيار قاعدة الإسناد التي تحكم مسألة معينة، يجب أن يستلهم منها الحل الذي يتعين القول به في خصوص الإحالة قبولا أو رفضا.[2]

إن اتخاذ موقف معين من فكرة الإحالة، يجب ألا يبنى على الاعتبارات النظرية التي تمسك بها أنصار الإحالة أو خصومها، وإنّما يجب أن يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد، والهدف إلى تحقيقه فإن بدت الإحالة في مسألة بعينها ملائمة وتساعد على أن تحقق قاعدة الإسناد وظيفتها، تعين الأخذ بها وعلى النقيض من ذلك إذ يجب هجرها إن ظهر أن الأخذ بها يعصف بالغاية من قاعدة الإسناد، أو كان في إعمالها خروج القاعدة عن وظيفتها وانتهاك صارخ لتوقعات الأفراد.[3]

فلو تعلق الأمر مثلا بالإحالة إلى قانون القاضي – أي الإحالة من الدرجة الأولى– فإنه يتعين على القاضي تطبيق قانونه، متى كان ذلك لا يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد ولا يحقق مراميها، أو كان ذلك يشكل إخلالا صارخا بتوقعات الأفراد، تعين عليه في هذه الحالة رفض الإحالة وتطبيق القواعد المادية في القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة التنازع[4].

ولعل أهم مجال قد يتحقق فيه مثل هذا الإخلال هو مجال الأحوال الشخصية، فكثيرا ما تتعارض الأسس التي تقوم عليها مسائل الأحوال الشخصية في الدول

---

[1]– محمد كمال فهمي، مرجع سابق، ص 425، 427.

[2]– فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج 2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 172.

[3]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 248.

[4]– زيدون فتيحة، مرجع سابق، ص 104.

المختلفة تعارضا جذريا، نتيجة لارتباط بالعقائد الدينية، ومن ثم يكون من غير المستساغ قبول الإحالة إلى قانون القاضي، إذ لا شك أن في تطبيق القاضي لقواعده الموضوعية في هذه الحالة إخلال صارخ بتوقعات الأفراد، و مثال ذلك: إذا ما أثير مثلا نزاع أمام القاضي الجزائري بشأن طلاق زوجين إنجليزيين ومتوطنين في الجزائر، فإنه يتعين وفقا لقاعدة الإسناد الجزائرية تطبيق قانون الجنسية؛ أي القانون الإنجليزي، ومن المعلوم أن قاعدة الإسناد الإنجليزية تقضي بتطبيق قانون الموطن؛ أي القانون الجزائري، ومن ثم سيترتب على الأخذ بالإحالة في هذه الحالة تطبيق القواعد الشريعة الإسلامية المتعلقة بالأسرة على الأجانب، ولا شك أن في ذلك إخلال صارخ بتوقعات الأفراد.[1]

والأمر ذاته بالنسبة لكافة المسائل، إذ يتعين على القاضي وفقا لهذه الفكرة أن يعتمد على دراسة تحليلية، بأن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة المسألة المتنازع عليها، والغاية من قاعدة الإسناد، حتى يقرر مدى قبول الإحالة أو رفضها.[2]

وفكرة الحل الوظيفي في نطاق الإحالة، قد أيدها جانب كبير من الفقه الحديث، كرستها بعض التشريعات صراحة في قوانينها، فلم تشأ أن تقبلها أو ترفضها بالنظر إلى اعتبارات نظرية محضة، وإنما الاستناد إلى النتيجة التي تحققها.[3]

[1]– زيدون فتيحة، نفس المرجع، ص 104، 105.

[2]– زيدون فتيحة، نفس المرجع، ص 105.

[3]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 246.

المطلب الثاني:

موقف القضاء من الإحالة:

تبين أن الدفع بالإحالة القضائية على نوعين الإحالة القضائية في نطاق العلاقات الداخلية أي الوطنية والإحالة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، ولكي يمكن التمسك بكل منهما يجب توافر شروط معينة، فلكي يمكن التمسك بالإحالة في نطاق العلاقات الداخلية يجب توافر الشروط الآتية:[1]

1- أن تكون قضيتان دعوى واحدة بالمنعى الصحيح، ولتحقيق هذا الشرط يجب أن يكون موضوع الدعويين واحد وسببهما واحد وأن الخصوم في إحداهما هم نفس الخصوم في الأخرى.

2- أن تكون الدعوى قائمة بالفعل أمام محكمتين عند إبداء الدفع بالإحالة، فلا يجوز الدفع بالإحالة إذا كانت إحدى الخصومتين قد انقضت بالفصل في موضوعها أو انقضت بغير حكم في موضوعها، كما لو حكم بسقوطها أو بتركها أو حكم فيها بعدم الاختصاص، فإذا كان قد تم الفصل في إحدى الخصومتين فلا يجوز التمسك بالإحالة وإنما يحتج بالحكم الصادر أمام المحكمة الثانية التي لم تفصل في نزاع بالدفع لسبق الفصل في النزاع؛ أي يجب أن يكون هناك عرضا معاصرا في ذات الموضوع لذات الدعوى أمام محكمتين مختصتين.

3- أن تكون كلا المحكمتين مختصين بالنظر في الدعوى، وأن تكون المحكمة المطلوب الإحالة إليها مختصة بنظر الدعوى وإلا فلا معنى للإحالة إلى محكمة غير مختصة ويتحقق هذا الشرط عندما تكون المحكمتين من درجة واحدة من درجات المحاكم، فلا يجوز الإحالة من محكمة من الدرجة الأولى إلى محكمة التمييز أو الاستئناف على سبيل المثال.

4- يجب التمسك بالدفع بالإحالة أمام المحكمة التي رفع أمامها النزاع مرة ثانية.

---

[1]- هلو محمد صلاح عبد الصمد، (الإحالة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية)، مجلة كلية القانون والعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، الجزء الأول، 2015، ص 113، 114.

أما بالنسبة للإحالة القضائية الخاصة الدولية فلكي يمكن الأخذ بها يتوجب عدد من الشروط وكما يأتي:

1-وجود دعوى مرفوعة أمام القضاء الوطني وأخرى أمام القضاء.

لكي يكون هناك تنازع إجرائي بين دعويين أحداهما مرفوعة أمام القضاء الوطني والأخرى أمام القضاء الأجنبي، فإنه يتوجب في الوقت الذي تنظر فيه المحكمة الوطنية الدعوى، أن تكون هناك دعوى أخرى سبق رفعها وما زالت قائمة أمام القضاء الأجنبي على نفس النزاع.[1]

أي لا يمكن إبداء الدفع القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية إذا لم تكن هناك دعوى قد رفعت بعد أمام القضاء الأجنبي، وبالتالي ينعدم الدفع بالإحالة القضائية إذا كانت الدعوى لم ترفع أمام القضاء الأجنبي أو رفعت وتم التنازل عنها، ويحدث ذلك في حالة قيام المدعي يترك الدعوى، وفي هذه الحالة يتم تقدير التنازل والترك عن الدعوى وفقا الأحكام القانون الأجنبي للمحكمة التي كانت مختصة بنظر هذه الدعوى وفقا لأحكام القانون الأجنبي للمحكمة التي كانت مختصة بنظر هذه الدعوى، أو أن الدعوى انتهت بصدور حكم نهائي في النزاع أو لأي سبب من أسباب انقضاء الدعوى.[2]

إلا أنه يذهب بعض من الفقه المصري إلى إمكانية التمسك بالإحالة القضائية أمام القضاء الوطني حتى لو كان القضاء الوطني قد رفعت أمامه الدعوى ابتداءً باعتبار أنّ المحكمة الأجنبية، وأن المحكمة الأجنبية أكثر ارتباطا وهي أقدر على الفصل في النزاع وكفالة أثار الحكم الصادر منها، وهي تحقق أكبر قدر من الحماية لحقوق المتخاصمين.[3]

---

[1]- هلو محمد صالح عبد الصمد، مرجع سابق، ص 115.

[2]- هشام علي صادق و عكاشة محمد عبد العال و حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الجامعية، مصر، 2005، ص 110.

[3]- هلو محمد صالح عبد الصمد، نفس المرجع، ص 116.

2-أن تكون الدعوى المرفوعة أمام المحكمتين من نفس الأطراف وتتوفر فيه وحدة المحل والسبب، ويفترض وجود الدفع بالإحالة الدولية أن تكون الدعويين التي أقيمت أمام القضاء الوطني والأجنبي بين نفس الأطراف، لذلك يتعين على من يتمسك بهذا الدفع أن يثبت وحدة الأطراف وإذا كان هناك تطابق في أطراف الدعويين، فلا يوجد أي أهمية فيما يتعلق بتحديد المركز الإجرائي لهم في الدعويين، فالدفع بالإحالة لا يشترط أن يكون المدعي أمام القضاء الوطني هو المدعي أمام القضاء الأجنبي، فالمدعي أمام القضاء الوطني مثلا قد يشغل مركز المدعي عليه في الدعوى الذي ينظرها القضاء الأجنبي، و يتعين أن تكون الدعويين لهما موضوع واحد وسبب واحد؛ أي وجود تطابق في الموضوع والسبب بين الدعويين، فمثلا لو أقيمت دعوى من قبل مشتري أمام القضاء الفرنسي، والدعوى الأخرى أمام القضاء العراقي للمطالبة بنفس التعويض عن نفس الأخطاء التي أدت إلى وقوع الضرر ففي هذه الحالة يوجد تطابق في سبب الدعويين.[1]

الفرع الأول: القضاء الفرنسي:

استقر القضاء الفرنسي، منذ الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية والذي أصدرته في قضية " **فورغو** " السابق عرضها، على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأول؛ أي الإحالة التي تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي (بوصفه قانون القاضي).[2]

ويشير الفقه إلى بعض أحكام القضاء الفرنسي الأخرى، التي تتجه من ناحية أخرى نحو الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، نذكر من هذه الأحكام على سبيل المثال، حكم النقض الصادر في 7 مار س 1938، والذي تضمنت حيثياته وجوب الأخذ بالإحالة التي يقررها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يحكم الميراث في دولة أخرى، والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي كما هو الشأن في الحالة محل البحث، ويشير الأستاذ " **باتيفول** " في خصوص هذا الحكم، إلى أنه على الرغم من أن الحكم يتعلق بالإحالة إلى القانون الفرنسي، وهي إحالة من الدرجة الأولى، إلا أن عباراته قد

[1]- هلو محمد صالح عبد الصمد، مرجع سابق، ص 116.

[2]- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 122.

جاءت مطلقة، فهي تتضمن معنى التسليم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي؛ أي التسليم بالإحالة من الدرجة الثانية.[1]

الفرع الثاني: القضاء الإنجليزي:

وفيما يتعلق بالقضاء الإنجليزي، فقد أخذ بصورة شبيهة للإحالة ولكنها أكثر تطورا، ويطلق "بالإحالة المزدوجة" أو "نظرية المحكمة الأجنبية"، ومعناها أن "يضع قاعدة الإسناد الإنجليزية، باختصاص قانونه لحكم النزاع، فإذا كان قانون الدولة الأجنبية يجيز الأخذ بالإحالة، أخذ بها القاضي الإنجليزي والعكس صحيح".[2]

وتوضيح ذلك إنه إذا ما عرض على القاضي الإنجليزي نزاع ما واشارت قاعدة الإسناد في قانونه إلى اختصاص القانون المصري مثلا بحكم النزاع، فإن على القاضي الإنجليزي أن ينظر إلى ما كان سيفعله القاضي المصري فيما لو عرض عليه النزاع، إذا كان القاضي المصري سيأخذ بالإحالة، أخذ بها القاضي الإنجليزي، وإن كان سيرفض الأخذ بالإحالة، رفض القاضي الإنجليزي الأخذ بها، فالقاضي الإنجليزي سيطبق في النهاية القانون الذي كان سيأخذ به قاضي الدولة التي يجب تطبيق قانونها فيما لو كان النزاع قد عرض عليه ابتداءً، سواء كان يتضمن على الأخذ بالإحالة أو رفض الأخذ بها.[3]

ويردد الفقه من تطبيقات القضاء الإنجليزي للنظرية المذكورة، القضية المعروفة بقضية " **روز** "، والتي كانت تتعلق بميراث إنجليزية متوطنة في إيطاليا، وقد طبق القاضي الإنجليزي في هذه القضية قاعدة الإسناد الإنجليزية أشارت باختصاص القانون الإيطالي بوصفه قانون آخر موطن للمورث، وبالرجوع إلى القانون الإيطالي وجد أن قاعدة الإسناد الإيطالية تحيل إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية المورث، وقد وضع القاضي الإنجليزي نفسه في هذه القضية موضع القاضي الإيطالي الذي كان سيرفض الإحالة من قاعدة الإسناد الإيطالية إلى القانون الإنجليزي في جملته، ويطبق

[1]– جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 122.

[2]– جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص 123.

[3]– جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص 124.

مباشرة الأحكام الموضوعية فعلا في هذا القانون، وقد طبق القاضي الإنجليزي أحكام قانونه الموضوعية فعلا على النزاع وذلك إعمالا لنظرية المحكمة الأجنبية.[1]

[1]– جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص 124.

المبحث الثاني:

موقف التشريع من الإحالة:

لقد تباينت مواقف التشريعات بخصوص الطرح الكلاسيكي المعول عليه لتجاوز ما تطرحه الإحالة من مشاكل، وهو الأمر الذي يستدعي الوقوف على موقف القوانين الأجنبية، وكذا ابراز موقف المشرع الجزائري من الإحالة، و لهذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، و سنتطرق في (المطلب الأول) الى موقف القوانين الأجنبية من الإحالة، و سنبرز في (المطلب الثاني) موقف المشرع الجزائري من الإحالة.

المطلب الأول:

موقف القوانين الأجنبية من الإحالة:

لقد اختلفت الآراء الفقهية بشأن نظرية الإحالة بين مؤيدين ومعارضين، وانعكس ذلك على التشريعات الداخلية، بحيث طبقت بعض الدول نظرية الإحالة، في حين رفضت دول أخرى الأخذ بها، وعلى خلاف من ذلك نجد أن من الدول من لم توضح موقفها.

الفرع الأول: موقف القوانين العربية:

إن الباحث في التشريعات العربية يلاحظ أن أغلبيتها رفضت الأخذ بها، ومن ذلك نجد القانون المدني المصري في المادة 27 منه، و القانون المدني الأردني في المادة 28 منه، و القانون المدني الكويتي في المادة 72 منه رفضوا صراحة الأخذ بالإحالة، وعلى الخلاف من ذلك لم ينص القانون اللبناني على الإحالة قبولا أو رفضا.

أولا: موقف المشرع الكويتي من رفض الإحالة: إن رفض المشرع الكويتي للإحالة، كانت محلا للترحيب من جانب الفقه الكويتي، حيث قدر سلامة الموقف المتقدم، ولاتفاقه مع منطق قاعدة الإسناد ولاحترامه القيم الكامنة فيها، فالقانون المختار وفقا لقاعدة الإسناد الكويتية، تم تحديده من جانب المشرع باعتبار أنه أكثر القوانين صلة بالعلاقة المعنية، ومن هذا المنطلق فمن الواجب تطبيق الأحكام الموضوعية في هذا القانون مباشرة، والقاضي الأجنبي هو الذي يجب أن يستشير قاعدة الإسناد لديه، أما القاضي الكويتي فلا شأن له بقاعدة الإسناد الأجنبية، وحسبه أن يطبق الإسناد

الكويتية ليس غير، إلى غير ذلك من أوجه النقد التي وجهت إلى نظرية الإحالة، أو بعبارة أخرى:

"نعتقد أن موقف المشرع الكويتي من هذه المسألة جاء سليما ويتفق تماما مع المنطق القانوني الذي يحكم وظيفة قواعد الإسناد، فبالإضافة إلى انتقادات التي وجهت إلى حجج أنصار الإحالة، وبالإضافة إلى الحجج التي قالها الرافضون، نرى أن الحجة المنطقية الحاسمة في هذا الصدد، هي التي تتمثل بوظيفة قواعد الإسناد، فقواعد الإسناد في كل نظام قانوني تقوم بوظيفة حل مشكلة تنازع القوانين للقاضي الوطني حين يعرض لمسألة يتنازع حكمها أكثر من قانون، وهذا يتم عن طريق تحديد قانون من بينها لحكم تلك المسألة بتنازع حكمها أكثر من قانون. وهذا يتم عن طريق تحديد قانون من بينها لحكم تلك المسألة، والتنازع هو في حقيقته تنازع بين الأحكام الموضوعية لكل قانون، فعند حسم المشكلة بقواعد الإسناد، فإن المشرع يكون قام من جهة نظره باختيار أفضل الحكام موضوعية لحكم المسألة من بين الأحكام الموضوعية للقوانين المتنازعة ولا يدور في خلده قواعد الإسناد في تلك القوانين، وعند الفراغ من تلك العملية وتحديد الأحكام الموضوعية المناسبة نكون قد انتهينا من مشكلة تنازع القوانين تماما، فلا نعود لطرحها مرة أخرى في القانون الواجب التطبيق، فقواعد الإسناد في ذلك القانون الأجنبي تقوم بوظيفة حل التنازع للقاضي في دولة ذلك القانون عندما تعرض القضية عليه هو، وهكذا.[1]

ثانيا: موقف المشرع المصري من الإحالة: رفض المشرع المصري صراحة وبصورة مطلقة الأخذ بفكرة الإحالة فنص المادة 27 من القانون المدني على أنه "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"[2].

ويتضح من هذا النص، أنّ المشرع قد أخذ موقفا حاسما من نظرية الإحالة برفضه الأخذ بها، وإلزام القاضي الوطني بالاقتصار على تطبيق القواعد الداخلية في

[1]– هشام خالد، الإحالة: دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014، ص 385.

[2]– القانون رقم 131 لسنة 1948 المتعلق بإصدار القانون المصري.

القانون الأجنبي، دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، ذلك أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين، تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أيا كان نطاقها، تفويتا لهذه الاعتبارات، ونقص لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة.[1]

وانتقد الجانب الآخر من الفقه الحكم الوارد برفض الإحالة ورأوا أو قبول الإحالة إلى قانون القاضي هي استكمالا لسيادة القانون المصري وتمشيا مع الفقه الحديث الذي يتجه نحو الحد من امتداد القانون والنظر إلى السيادة الإقليمية باعتبارها الأصل في سلطان القانون وليس الرجوع إلى القانون المصري انصياعا لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي بل هو نتيجة طبيعية لرفض القانون الأجنبي الاختصاص التشريعي الذي يعقده له القانون المصري، وقد حاول جانب آخر قبول الإحالة من الدرجة الأولى على أساس أن وظيفة قاعدة الإسناد هي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول إلى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية.[2]

أما الاتجاه الثاني فهو اتجاه الدكتور فؤاد رياض والذي نادى بضرورة الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في مصر استنادًا إلى أنّ وظيفة قاعدة الإسناد هي لتحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول إلى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة ، وهي وظيفة لا تتحقق على خير وجه إلا إذا سعى المشرع عند وضعه لقاعدة الإسناد إلى إخضاع العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي إلى أكثر القوانين قبولا من الدول المتصلة بالعلاقة، وذلك حتى يتسنى للعلاقة إنتاج أثرها في كافة هذه الدول، و إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وفقا لهذا الرأي لا يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد بل على العكس سيكون أكثر تحقيقا لأهدافها. إذ لا شك أن تطبيق القاضي المصري لقانونه سيكون مقبولا من النظام القانوني المصري، إذ سيؤدي إلى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل إقليم الدولة وإلى توحيد القواعد

[1]– عبد الحميد أحمد عشوش، مرجع سابق، ص 289.

[2]– عبد الحميد أحمد عشوش، نفس المرجع، ص 290.

الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي.[1]

ثالثا: موقف المشرع اللبناني من الإحالة: خلافا للتشريعات المعاصرة التي اتخذت موقفا واحدا من الإحالة، قبولا أو رفضا؛ فإن المشرع اللبناني لم يتخذ موقفا صريحا من الإحالة، و لم تتخذ كذلك التطبيقات القضائية في لبنان موقفا واحدا من الإحالة، فأخذت بها بعض الأحكام بينما رفضها البعض الآخر.

ميز البعض بهذا الشأن بين مرحلتين: تمتد المرحلة الأولى من عام 1938 الى عام 1955 وكان الرأي السائد خلالها يقضي بقبول الإحالة، أما المرحلة الثانية فبدأت عام 1959 واتسمت برفض الإحالة، وشكل التطور التشريعي الداخلي في مادة الإرث معتمدا للتقسيم بين المرحلتين، ففي المرحلة الأولى كان كل اللبنانيين خاضعين في تركاتهم لأحكام الشريعة الإسلامية (حتى قبل العام 1926)، وفي 09 كانون الأول 1930 أعطى القانون الصادر في هذا التاريخ المحاكم المذهبية الدرزية صلاحية النظر في الأحوال الشخصية الدرزية وفقا لتقاليد وأعراف طائفة وأعراف طائفة الموحدين الدروز المتداولة في مجتمعهم ما أخرجهم رسميا من تطبيق أحكام المذهب الحنفي، إلاّ أن التحول حصل فعليا في العام 1955.[2]

- المرحلة الأولى:

أثيرت مسألة الإحالة في العام 1938 أمام المحاكم المختلفة في معرض منازعة متعلقة بتركة مواطن أميركي في ولاية بنسلقانيا توفي مخلفا أموالاً عقارية في لبنان، تخضع قاعدة التنازع في ولاية بنسلقانيا الإرث لقانون موقع العقار وفي المنقول لقانون آخر محل إقامة للمتوفى، بحكم الإرث في لبنان قانون ولاية بنسلقانيا التي تحيل بدورها إلى القانون اللبناني بوصفه موقع العقارات، فرفضت المحكمة الابتدائية المختلطة في بيروت، في قرارها الصادر في 26 كانون الثاني 1938 تحت الرقم 315 الأخذ بالإحالة ووزعت التركة طبقا للقواعد المادية في ولاية بنسلقانيا، لم يحظ هذا الحل

[1]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 168، 169.

[2]- غضوب عبده جمال، دروس في القانون الدولي الخاص، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص 97، 98.

بموافقة محكمة الاستئناف المختلطة التي قررت أن القانون اللبناني يكون مختصا إذا أثبت الفرقاء أن قاعدة التنازع في ولابة بنسلقانيا تحيل إلى القانون اللبناني بوصفه قانون موقع العقارات، وكان المذهب الحنفي معمولا به في مواد الإرث وقتئذ في لبنان، و هكذا تكون محكمة الاستئناف قد أعملت مبدأ الإحالة ولو بصورة غير مباشرة.[1]

- المرحلة الثانية:

بدأ التحول الجديد في القرار الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية في 30 نيسان 1955 في قضية " **سرسق** " التي تتلخص وقائعها كالآتي:

تزوجت لبنانية من فرنسي واكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج، بعد وفاة زوجها عادت الزوجة إلى لبنان وأقامت فيه حتى وفاتها مخلفة وراءها عقارات وأموالا منقولة، نشأ النزاع بين الورثة عن القانون الواجب التطبيق، فهل يطبق القانون الفرنسي (قانون جنسية المتوفى) بقواعد المادية أم تطبق قاعدة التنازع الفرنسية التي تعتقد الاختصاص لقانون موقع العقارات، وقانون آخر محل إقامة للمتوفى بالنسبة للمنقولات؛ أي القانون اللبناني في الحالتين، وفي 1953/04/21 طبقت محكمة الاستئناف في بيروت الإحالة وقررت توزيع التركة وفقا لأحكام الإرث المقررة في القانون اللبناني (أي وفقا لأحكام المذهب الحنفي) نقضت محكمة التمييز اللبنانية القرار الاستئنافي، وجاء في قرارها أن المادة في قانون جنسية المتوفى وليس لقواعد التنازع العائدة لهذا القانون.[2]

رابعا: موقف المشرع الأردني من الإحالة:

تنص المادة 28 من القانون المدني الأردني على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"[3] ، وبناءً عليه، رفض المشرع الأردني الإحالة وأوجب على القاضي الأردني

[1]- غضوب عبده جمال، مرجع سابق، ص 99.

[2]- غضوب عبده جمال، نفس المرجع، ص 100.

[3]- قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976 و المتضمن القانون المدني الأردني.

الاقتصار على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد فيه.[1]

لكن هل يأخذ القاضي الأردني بالإحالة فيما لو نصت على ذلك إحدى المعاهدات الدولية التي صادقت عليها المملكة الأردنية الهاشمية؟.

لا نعتقد بأن نص المادة 24 التي جاء فيها: " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها "[2] هي التي تبرر قبول الإحالة بنص خاص أو بمعاهدة وذلك لأن هذه المادة جاءت سابقة للمادة 28 وهذا يعني سريان المادة 24 على المواد السابقة لها فقط، ولو أراد المشرع غير ذلك لجاء نص المادة 28 قبل المادة 24، وهو نص المادة 33 من الدستور الأردني الذي يعطي الأولوية للمعاهدة على النص الداخلي في حال التعارض، وعليه تقبل الإحالة على سبيل المثال تطبيقا لاتفاقيات لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الزواج لعام 1902م، واتفاقية لاهاي المتعلقة بنفاذ الزواج لعام 1976م التي تنص على أنّ: "الحق في إبرام الزواج بحكمه قانون جنسية كل من الزوجين، إلا إذا كان هذا القانون يشير صراحة إلى تطبيق قانون آخر"، كما نصت اتفاقية جنيف المتعلقة بالكمبيالات والسندات لعام 1932م في المادة 2 في شأن توحيد الأحكام الخاصة بهذه الأوراق بكونها أداة وفاء على ما يلي: " إذا كان قانون الجنسية يحيل الاختصاص لقانون آخر، فإن هذا القانون الأخير هو الذي يسري".[3]

وعلى القاضي الأردني عملا بهذا النص، إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، لا يطبق إلا القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي أهدته إليه قاعدة الاسناد ولا محل بعد ذلك للنظر فيما يراه المشرع الأجنبي في قواعد اسناده.[4]

---

[1]– محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 97.

[2]– القانون المدني الأردني.

[3]– محمد وليد المصري، نفس المرجع، ص 98.

[4]– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1997، ص 77.

الفرع الثاني: موقف القوانين الأوربية من الإحالة:

فمن التشريعات الأجنبية التي أخذت بنظرية الإحالة نجد القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادة 14 منه، القانون الدولي الخاص التركي لسنة 1982 في المادة 3/2 منه، القانون البولندي لسنة 1965 في المادة 4 منه، والقانون النمساوي لسنة 1978 من المادة 5 منه، وكما أن هناك من الدول التي أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى كالقانون المجري لسنة 1979 في المادة 4 منه، والقانون المدني الاسباني بموجب تعديل 1974.[1]

أما الدول التي رفضت الأخذ بها نجد القانون الإيطالي لسنة 1942 في المادة 30 منه القانون المدني اليوناني 1940 في المادة 32 منه، القانون المدني التشيكي لسنة 1991 الساري المفعول من الفاتح يناير 1994 في المادة 3080 منه، القانون الهولندي وقوانين الدول الاسكندنافية.[2]

بخلاف المواقف السابقة اتخذت بعض التشريعات مواقف صريحة مؤيدة للإحالة وإن اعملتها لم تعتمدها على إطلاقها بل قننتها وأوضحت حالاتها وأشكالها، قد نص القانون الألماني لسنة 1986 في مادته الرابعة على ما يلي: " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضا 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".[3]

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 عنيت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما وأحالت نصوص هذا القانون

---

[1]– غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 135.

[2]– جندولي فاطمة الزهراء، (قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص)، مجلة العلوم القانونية و الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، العدد 11، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015، ص 241.

[3]– عيشوبة فطيمة، (الإحالة في القانون الخاص)، مجلة البحوث العلمية في الحقوق و العلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون بتيارت، العدد الثاني، الجزائر، 2015، ص 446.

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 ".[1]

هذه النصوص المتأثرة بالنظريات الحديثة كشفت عن قبولها للإحالة في درجتها الأولى والثانية وهو ما بدا أكثر وضوحا 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 وأيضا 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.[2]

المطلب الثاني:

موقف المشرع الجزائري من الإحالة:

لقد رفض المشرع الجزائري نظرية الإحالة كباقي التشريعات وذلك بعد استقرار قوانينه والغاء القانون الفرنسي الذي كان يعترف بها آنذاك، ولقد كرس المشرع الجزائري رفضه للإحالة من خلال نصوص القانون المدني سواءً قبل التعديل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 أو بعده.

الفرع الأول: موقف المشرع قبل تعديل القانون المدني:

تنص المادة 23 من ق. م. ج على أنه " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن الواجب تطبيقه هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإذن القانون الداخلي لتلك الدولة هو يقرر النظام التشريعي الذي يحب تطبيقه ".

غير أن هناك من علق على هذه المادة، وقال أنه يوجد خطأ فيها؛ أي في الصياغة الفنية لها وذلك باعتماده عبارة الأنظمة التشريعية، وأكد على ضرورة استبدالها بتعدد الشرائع، مسببا رأيه على أنه المقصود هو اختلاف الطوائف الدينية، وبالتالي اختلاف القانون الشخصي تبعا لذلك، إلا أنه يعاب على هذا التحليل كون

[1]- عيشوبة فطيمة، مرجع سابق، ص 446.

[2]- عيشوبة فطيمة، نفس المرجع، ص 446.

ذكره فقط لتعدد النظام الشخصي باختلاف الطوائف الدينية المعترف بها في الدولة التي ينتمي إليها الأشخاص، ولم يذكر تعدد الأنظمة التشريعية، فمثلا في الدولة الفيدرالية حيث تتمتع كل دولة أو مقاطعة بنظام قانوني داخلي خاص.[1]

وبالتالي نقول أن المادة 23 من القانون المدني القديم كانت تشمل المعنيين، سواء تعدد الأنظمة التشريعية أو تعدد الشرائع، وكل حسب مفهومه، ففي هذه الحالة تنص على توزيع الاختصاص داخليا على مختلف الأنظمة التشريعية أو الشرائع، لكن هذه المادة لم تعالج الحالة التي تكون فيها الدولة متعددة تشريعيا ولا يوجد نص في القانون الأجنبي يوزع هذا الاختصاص فهنا نكون أمام فراغ قانوني.[2]

وإذا أردنا أن نفسر نص المادة 23 من القانون المدني القديم، لوجدنا أنها تتكلم عن الإحالة الداخلية فقط، والتي أخذ بها معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في 1880 إضافة إلى بعض التشريعات الوضعية مثل القانون البولوني الصادر في 1926 والقانون السويدي الصادر في 1997، فطبقا لهذا النص إذا وجب تطبيق قانون أجنبي على نزاع متعلق بالأحوال الشخصية، وكان البلد الذي يجب تطبيق قانونه من بين البلاد التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية، سواء إقليميا أو طائفيا، فإن قواعد التنازع الداخلي هي التي تتولى تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين هذه الشرائع المتعددة، ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن الإحالة الداخلية والتي لا يتخلى فيها القانون الأجنبي الواجب التطبيق عن حكم العلاقة، وإنما هو يعين الشريعة التي يجب تطبيقها من بين الشرائع المتعددة في دولته، ويجري هذا التعيين طبقا لقواعد التنازع الداخلي بين الشرائع.[3]

ومن هنا نلاحظ أن المشرع الجزائري قبل إضافته للمادة 23 مكرر 01 من القانون المدني، سكت عن الإحالة الدولية ولم يحدد موقفه القاطع منها مما يعتبر ذلك على أنه رفض لها بنوعها،[4] على أساس أن السكوت لا يمكن الاعتداد به خاصة في

---

[1]– عمارة عمارة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، د. س. ن. ص 130.

[2]– عمارة عمارة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، ص 131.

[3]– عمارة عمارة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، ص 132.

[4]– محمد عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 193.

ميدان القانون الذي لا يجيز القياس، ويمكن تفسيره على أن الأصل هو عدم الأخذ بالإحالة الدولية لأنه نص المادة 23 من القانون المدني على الإحالة الداخلية فقط، والإحالة هي استثناء من الأصل، وبالتالي فإذا عرض على القاضي الجزائري نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، فإن عليه أن يتخلى عن القانون الجزائري في الحكم والرجوع إلى القواعد الداخلية في القانون الأجنبي، وتطبيقها على هذا النزاع، دون الرجوع إلى قواعد التنازع في هذا القانون،[1] والذي يؤكد رفض المشرع الجزائري الإحالة الدولية هو عدم وجود أي اجتهاد قضائي ينص على ذلك لا على مستوى محاكم الدرجة الأولى، لا وعلى مستوى الاستئناف، مما يدل على قصده في رفض الإحالة مطلقا، وكما يلاحظ على الصعيد الدولي نص في القضايا التي تبرز الإحالة خاصة بالنسبة للدول لتي تأخذ بها، وهذا ما يوحي على بداية الاستغناء عنها.[2]

ويرى الأستاذ علي علي سليمان: على أنه حبذا ولو أخذ المشرع الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى، وذلك في مجال الأحوال الشخصية، حيث أن الجزائر هي دولة مستوردة للأجانب وليست مصدرة لأهلها، وكثيرا من هؤلاء الأجانب من أصل أنجلوساكسوني، وبلادهم تنيط الأحوال الشخصية بقانون الموطن، فالمشرع الجزائري برفضه للإحالة يكون قد طبق على هؤلاء الأجانب قوانينهم الشخصية وهي عديدة، وترهق القاضي الجزائري بحيث يجب الرجوع إليها، كما أن ذلك يؤدي إلى تضييق مجال تطبيق القانون الجزائري،[3] إلا أن هذا الرأي يعاب عليه كونه لا يعرف الواقع الجزائري، حيث أن الجزائر هي دولة مستوردة للسكان ومصدرة لها، فنجد أن أكثر من سكانها متواجدين في فرنسا، إضافة إلى أن غالبية الجالية الأجنبية المقيمة في الجزائر ليست من أصل أنجلو أمريكي.[4]

وإذا جئنا إلى تحليل الأستاذ " **باتيفول** " والذي يستنتج منه انه مادام المشرع الجزائري يعرض على القاضي الرجوع إلى القانون الداخلي الأجنبي لتحديد النظام

---

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 56.

[2]– محند اسعد، القانون الدولي الخاص، ج 1: قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 207.

[3]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 55.

[4]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 110.

القانوني الذي سيطبقه من بين الأنظمة المتعددة فيه، فلماذا يرفض ذلك، لما يكون القانون الداخلي الأجنبي هو الذي يعين نظاما قانونينا أجنبيا،[1] فمثلا إذا توجب على القاضي الجزائري أن يستشير القانون الداخلي الأجنبي أي القانون الاتحادي، كالقانون الفيدرالي الأمريكي لتحديد ما إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون فلوريدا أم كاليفورنيا، فإنه نفس الشيء إذا عين ذات القانون الإنجليزي أو الإيطالي، وكما هوى الحال في بلدان الشرق الأوسط العربية، حيث يكون القانون الواجب التطبيق، سنيا، شيعيا، درزيا، كاثوليكيا، فإذا تعلق الأمر بالحالة الشخصية لمواطن لبناني أو سوري، فإن تحديد وتطبيق القانون الدرزي أو اليوناني الأرثوذكسي من قبل القاضي الجزائري ليس أسهل عليه من تحديد وتطبيق القانون الفرنسي أو الألماني المعين بناءً على إحالة قاعدة التنازع الأمريكية.[2]

ومن هذا المنطلق نرى أن الإحالة من الدرجة الأولى تطرح قضية صعبة بالنسبة لبلدان الشرق الأوسط والتي تضم داخل حدودها تنوعا دينيا، ولأنه ليس بوسع القاضي معرفة الطائفة التي يرتبط بها الأجنبي، فهذا الأخير يظهر في القانون الدولي بانتهائه الوطني، لا الديني ومن المعتذر ربطه بأخذ الحقوق الوضعية التابعة لقاضي الدعوى.[3]

ومن هنا ومادام أم المشرع الجزائري تحدث فقط على الإحالة الداخلية ولم يتحدث عن الإحالة الدولية، مما يفسر ذلك على أنه رفض ضمني لها، وإذا أردنا أن يؤكد ذلك، على أساس سكوت المشرع الجزائري، نرى بأنه منذ صدور القانون المدني إلى يومنا هذ لا توجد أية قضية أو حكم ينص على تطبيق قواعد التنازع الأجنبية.[4]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري بعد التعديل:

ظل موقف المشرع الجزائري من الإحالة غامضا إلى أن صدر القانون رقم 10/50 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وفقد جاء في المادة 23

[1]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 109.

[2]– محند اسعد، مرجع سابق، ص 208.

[3]– محند اسعد، نفس المرجع، ص 209.

[4]– محند اسعد، نفس المرجع، ص 209.

مكرر 1 من هذا القانون: "إذا تقرر أن 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 القواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص، ولقد استحدث المشرع الجزائري هذه المادة لملأ فراغ قانوني كان من قبل يتعلق بموقفه من الإحالة، ومعلوم أن المشرع الجزائري لم يبين موقفه من الإحالة لا بالرفض ولا بالقبول قبل التعديل السالف الذكر.[1]

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه يتبين بوضوح وبشكل صريح رفض المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة من حيث المبدأ سواء في مواد الأحوال الشخصية أو في المعاملات المالية، وذلك من خلال تقييد القاضي مسبقا بالتوقف عند تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، دون المرور إلى قواعد الإسناد في هذا القانون، وهو إسناد موضوعي لا إسناد إجمالي؛ بمعنى أنه يتعين على القاضي الوطن، عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي معين، القيام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة على النزاع، دون تلك المتعلقة بقواعد الإسناد فيه.[2]

إلا أن المشرع الجزائري بالرغم من رفضه للإحالة من حيث المبدأ، قد قبلها في حالة الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، دون أن يقيد مجال هذه الإحالة وهو ما يعرف لدى الفقه بالإحالة من الدرجة الأولى.[3]

وقد يفهم من ظاهر نص الفقرة الأولى، أن القاضي عندما تشير قاعدة الإسناد في دولته باختصاص قانون أجنبي معين أن يبادر بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون، دون استشارة قواعد الإسناد في هذا القانون، وهذا هو المعنى الحرفي للنص، إلا أنه إذا أخذنا بالمعنى اللفظي للنص، فإن عمل الفقرة الثانية يتوقف ويتعطل ويصبح لا معنى له، ولا يعقل أن يضع المشرع نصا عبثي، أو لا معنى له، أو جاء عفويا

---

[1]– عمر بلمامي، (اشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، الجزائر، 2008، ص 350.

[2]– عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 350.

[3]– عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 114.

بدون هدف أو دافع نحو معالجة مسالة ما، فالهدف من قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، هو حماية المصلحة الوطنية، فقد فضل المشرع الجزائري أن يقبل الإحالة إلى قانونه عن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه.[1]

والعبرة هي بمدلول النص ورحه بلفظه، أي أنه يتعين على القاضي الوطني المعروض عليه النزاع أن يبادر إلى استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد، والوضع فهذه الحالة وفقا لمضمون النص لا يخرج عن أمرين: الأمر الأول، أن تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي إلى تطبيق القانون الجزائري، وفي هذا الفرض يتعين على القاضي الجزائري أن يطبق القواعد الموضوعية في قانون دولته، أي تلك القواعد التي تعطي الحل المباشر والنهائي للقضية محل النزاع وهذا من شأنه أن يفعل الفقرة الثانية التي تنص غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه القواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص، الأمر الثاني أن تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضي وهو ما يعبر عنه في هذه الوضعية بالإحالة من الدرجة الثانية.[2]

وهنا يتعين على القاضي الجزائري العودة إلى الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 السالفة الذكر، ويلتزم بحرفية النص، ويطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، الذي رفض الاختصاص المسند إليه، وكأن المشرع الجزائري بهذا النص قد أدى ما عليه بعرض الاختصاص على القانون الأجنبي، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، عملا بمبدأ التنسيق بين قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي، وقواعد الإسناد الدولية.[3]

لكن هذا الأخير إذا رفض الاختصاص لنفسه، ولم يحيل النزاع إلى قانون القاضي، فيتوقف القاضي في هذه الحالة عند تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون ولا يأتمر بأوامر المشروع الأجنبي، عندما يحيل هذا الأخير الاختصاص إلى

[1]– عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 351.

[2]– عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 351.

[3]– عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 352.

قانون أجنبي آخر، غير قانون القاضي ففي هذا الفرض يتعين على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي بمقتضى قاعدة الاسناد الأصلية عنده، وهي رفض الإحالة.[1]

والجدير بالذكر هنا أن الاستشارة قواعد الاسناد في القانون الأجنبي لا تعني قبول الإحالة من حيث المبدأ، وإنما قبولها فقط، على سبيل الاستثناء وبشرط أن تحيل القواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي، ففي هذه الحالة يتقيد القاضي بالإحالة الواردة إليه من القانون الأجنبي؛ أي الإحالة فقط التي تؤدي إلى اختصاص قانون القاضي، وهي الصورة التي يعبر عنها الفقه "بالإحالة من الدرجة الأولى".[2]

ويبدو من صياغة هذا النص أن المشرع الجزائري قد توخى التقليل من فرص تطبيق القانون الأجنبي، وتجنيب القاضي معاناة البحث عن مضمون القانون الأجنبي، فالقاضي يفضل أن يطلق ببساطة الأحكام الموضوعية في قانونه الأجنبي، حتى لا يجهد نفسه بعناء البحث عن محتوى القانون الأجنبي، واتباع أقصر الطرق للعودة إلى الأصل، ذلك أن الأصل في القانون هو الإقليمية، وأن السماح بتطبيق القانون الأجنبي هو استثناء يضع المشرع حدوده، وبديهي أنه يشترط العودة بالعلاقة محل النزاع إلى نطاق السيادة الإقليمية للقانون الوطني، أن تمس العلاقة وطنية، كأن يكون أشخاصها أو موضوعها في إقليم القاضي.[3]

إلا أن هناك من الفقه من انتقد الأخذ بالإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، بحجة أن المشرع وهو يقبل الاختصاص للقانون الأجنبي، إنما يقدر اعتبار العدالة واعتبارات المعاملات الدولية، وهو يجري هذا التقدير على أساس الموازنة أو المفاضلة بين قانونه والقانون الأجنبي، عندما يرى القانون الأجنبي أكثر ملائمة، وأكثر

[1]– عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 352.

[2]– عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 353.

[3]– عمر بلمامي، مرجع سابق، ص 353.

تحقيقا للعدالة والأقرب إلى حكم العلاقة محل النزاع، فكيف يقبل تطبيق قانونه في النهاية وهو لا يراه ملائما لحكم العلاقة محل النزاع.[1]

التبريرات الأساسية للإحالة في التشريع الجزائري:

التبريرات الأساسية للإحالة في التشريع الجزائري لأنها هي التي تحدد مدى إمكان تطبيق القانون الدولي الخاص الجزائري، كما تحدد مدى قدرة القاضي على تطبيق الإحالة في هذا الشأن يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ الإحالة من الدرجة الأولى استجابة لاتجاه فقهي وقضائي له رواج في القانون المقارن يدعو إلى الأخذ بها والتبريرات التي يستند عليها هؤلاء هي:[2]

1- أن قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، قد يحقق حماية المصالح الوطنية في بعض الفروض ويتحقق ذلك على سبيل المثال عندما يتعلق الأمر مثلا بوفاة أجنبي في دولة القاضي، ولم يترك وارثا لها، فإذا أسند القاضي الوطني بموجب قواعد التنازع في دولته إلى القانون الأجنبي المختص أصلا بحكم النزاع، وأحال القانون الأجنبي الاختصاص إلى القانون الجزائري، فقبل هذا الأخير الإحالة من القانون الأجنبي فإن هذا المال يؤول إلى خزينة الدولة الجزائرية في هذا الفرض، مادام المشرع الجزائري قد ساير هذا الاتجاه الذي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

2- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وفقا لهذا الاتجاه، سوف لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الاسناد بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقا لأهدافها، فلاشك أن تطبيق القاضي لقانونه سيكون مقبولا من النظام القانوني في دولته، لأنه سيؤدي إلى استقرار المعاملات داخل إقليم دولة القاضي، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة، أم ذات طابع دولي ولن يكون في هذا التطبيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي ذاته، فتطبيق القاضي لقانونه إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي.

---

[1]- عمر بلمامي، نفس المرجع، ص 353.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 183.

3- إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يعني إعمال السيادة الإقليمية لقانون القاضي وهو إعمال ترتب على "رفض القانون الأجنبي الاختصاص الذي يقرره له قانون القاضي.

ففي الإحالة بمفهوم المادة 23 مكرر 1 يثبت الاختصاص لقانون دولة أجنبية ثم يتخلى هذا القانون عن الاختصاص المقرر لمصلحته إلى قانون آخر قانون القاضي أو غيره، وذلك بمقتضى قواعد الإسناد الخاصة الدولي بين القوانين. أما في التفويض أو الإحالة الداخلية فإن القانون المختص لا يتخلى عن ولايته بحكم النزاع لقانون دولة أخرى، كل ما في الأمر أن هذا القانون يركز اختصاصه في تشريع معين من التشريعات الداخلية المتعددة التي يتضمنها، وذلك بمقتضى قواعد الاسناد الداخلية الخاصة بالتنازع الداخلي بين القوانين.[1]

يتضح لنا من الفقرة الثانية لنص المادة أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط أي الحالة التي يرجع فيها القانون الأجنبي الاختصاص للقانون الجزائري يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المسند إليه ولو كان يرفض الاختصاص ويسنده إلى قانون آخر، ونشير هنا إلى أن المشرع لم يوفق في استعماله في الفقرة الأولى لمصطلح "أحكامه الداخلية" بدلا من "أحكامه الموضوعية".[2]

وبعبار أخرى "لا يوجد في القانون الجزائري أي نص يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين، غير أنه يوجد نص في التقنين المدني يقبل الإحالة في مجال التنازع وهو نص المادة 23، فقد جاء فيه: (متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه)، يرى الأستاذ أسعد أنه إذا اتبعنا نفس تحليل " باتيفول " نقول بأنه مادام أن المشرع الجزائري يفرض على القاضي الرجوع إلى القانون الداخلي الأجنبي لتحديد النظام القانوني الذي سيطبقه من بين الأنظمة المتعددة فيه، فلماذا يكون الأمر على

[1]- محمد عمار غياض، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع، محاضرات في القانون الدولي الخص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، ص 76.

[2]- نسرين شريقي، مرجع سابق، ص 48.

خلاف ذلك لما يكون نفس القانون الداخلي الأجنبي هو الذي يعين نظاما قانونيا أجنبيا، فالمسألة هنا وهناك هي دائما نفسها".[1]

و خلاصة القول أن نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني جاءت صياغتها معيبة لاحتوائها على حكمين متناقضين فالفقرة الأولى تنص على عدم الأخذ بالإحالة و ذلك بالرجوع الى القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي و تطبيقها مباشرة.[2]

بينما يبدو مكن صياغة الفقرة الثانية الأخذ بالإحالة في حالة ما إذا أشارت قواعد الاسناد في القانون الأجنبي المختص بتطبيق القانون الجزائري، و هذا الحكم لم نجده في الفقرة الأولى وعليه حتى يستقيم النص لابد من الفقرة الثانية أو تعديل مضمونها، كأن يستبعد المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة كأصل في الفقرة الأولى و كاستثناء في الفقرة الثانية خاصة في مواد الأحوال الشخصية باعتبار الجزائر يكثر فيها الأجانب خاصة من الدول التي تتعدد فيها التشريعات، و هذا ما يفسح له المجال في تطبيق قانونه و يخفف العبء على القاضي الجزائري.[3]

لا يوجد في القانون الجزائري أي نص يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين غير أنه يوجد نص في التقنين المدني يقبل الاحالة في مجال التنازع الداخلي.[4]

كما أنم اعتماد المشرع للإحالة من شأنه أن يوسع من مجال تطبيق القانون الوطني، و أن يخفف على القاضي عبء البحث في القوانين الأجنبية خاصة تلك النظم التي تأخذ بالتعدد التشريعي إقليميا أو طائفيا، بالإضافة الى أن القانون المسند

[1]– هشام خالد، مرجع سابق، ص 307.

[2]– عمارة عمارة، موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 05 – 10، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، د. س. ن، ص 142.

[3]– عمارة عمارة، موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 05 – 10، نفس المرجع، ص 142.

[4]– إيناس محمد البهجي و يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013، ص 20.

إليه يرفض الاختصاص و يحيل حل النزاع الى القانون الوطني، و هذا الموقف يتماسى و كون الإحالة وسيلة بين الأنظمة القانونية المتضمنة لضوابط إسناد مختلفة.[1]

[1]– قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011، ص 100.

خاتمة

تعتبر قواعد الإسناد وسيلة القاضي التي يلجأ إليها من أجل حل النزاعات ذات العنصر الأجنبي، و رغم أن هذه القواعد لا تفصل في النزاع، لكنها تعتبر المفتاح لحل النزاع ذو العنصر الأجنبي بوجود القانون الواجب التطبيق، وهي ليست قواعد موضوعية تفصل في النزاع، حيث نخلص إلى أنها وضعت لإرشاده حتى لا يحيد عن الغاية التي وضعها المشرع من خلالها، ومن هنا يمكن القول أن القاضي ملزم بالرجوع إلى قواعد الإسناد في قانونه على النحو المبين أعلاه، لكن إذا أشارت هذه الأخيرة إلى قوانين أجنبية، فالرأي الراجح هو أننا لا نستطيع إجبار القاضي على الاطلاع على قوانين الدولة الأجنبية، وإنما الخصوم هم الملزمون بإثبات مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لكنه ملزم بتطبيق قاعدة التنازع الأجنبية إذا كانت متعلقة بمسألة الأحوال الشخصية، باعتبارها من النظام العام ولكل دولة خصوصياتها وديانتها في هذا المجال.

للإحالة أهمية كبيرة في التشريعات الوضعية، مهما كانت توجهات الدول الايديولوجية، لهذا اهتم بها المشرعون في مختلف دول العالم فهناك من أخذ بها وهناك من رفضها، و كل له حجة في ذلك.

فنجد مثلا الأستاذ علي علي سليمان يرى بأن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ذا فائدة بالنسبة إلى القانون الجزائري، إذ أن الجزائر حسب رأيه دولة مستوردة للأجانب أغلبهم من بلاد الأنجلو أمريكي وهي بلدان تخضع الأحوال الشخصية إلى قانون الموطن، لكن هذا التبرير غير مقبول لأننا حتى ولو اعتبرنا أن الجزائر دولة مستوردة للسكان فإنه تبرير مؤقت يزول مع مرور الزمن ولا يمكن الاعتماد عليه.

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري عندما عدل القانون المدني، ليبين موقفه من الإحالة خاصة وأنه فضل الأخذ بها إذا كانت الدرجة الأولى لأنها سوف تؤدي إلى توسيع دائرة تطبيق القانون الجزائري وتسهل في نفس الوقت مهمة القاضي الجزائري عندما تعرض أمامه منازعات رعايا الدول التي تتعدد فيها الشرائع.

ما يمكن قوله حول الإسناد إنه يجب احترام سيادة الدولة على إقليمها وما يقتضيه ذلك من تطبيق القانون الوطني كما نستخلص أن الإحالة من الموضوعات

الشائكة والمعقدة التي يصعب الفصل فيها مباشرة خاصة إذا كان قاضي دولة معينة يقبلها من درجتين لذا عمد المشرع الجزائري على قبولها من الدرجة الأولى فقط.

إن المشرع الجزائري يرفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية حسب الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من ق. م. ج غير أنه اذا أقرت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق فإن القانون الجزائري يطبق في هذه الحالة مما يدل أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية إذا كان القانون الجزائري هو الذي سيطبق، و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 من ق. م. ج.

و يمكن أن نستدل بأكبر دليل على استبعاد المشرع الجزائري للإحالة على غرار باقي تشريعات القانون المقارن، و ذلك لانعدام تطبيقات القضائية من أحكام و قرارات تنص على الإحالة، سواء قبل إضافة المادة 23 مكرر 1 المستحدثة بالأمر 05 – 10 أو بعدها، و هذا ما يدل على نية المشرع في رفضه للإحالة، و يبرر أكثر عدم جدية الفقرة الثانية.

و كان على المشرع الجزائري أن يتخذ موقفا مطلقا، و ينتبه أكثر الى الفقرة الثانية من المادة المذكورة، و حبذ لو أخذ بما أخذت به التشريعات المقارنة و الرافضة للإحالة.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

I. الكتب:

1) أحمد الفضلي، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2004.

2) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، ط 1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2006.

3) أمين رجا رشيد دواس، تنازع القوانين في فلسطين، دراسة مقارنة، دار الشروق للنشر و التوزيع، فلسطين، 2001.

4) إيناس محمد البهجي و يوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2013.

5) جابر جاد عبد الرحمن، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، مصر، 1970.

6) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، مصر، 2005.

7) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الأردني) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1997.

8) حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

9) دربال عبد الرزاق، الوافي في قانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر. د. س. ن.

10) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج 1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

11) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور و تعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

12) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د. س . ن.

13) سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية (تنازع القوانين، المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

14) صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين)، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، ط1. مصر، 2008.

15) عبد الحميد أحمد عشوش، القانون الدولي الخاص، (الجنسية، تنازع القوانين)، المكتبة القانونية العربية، القاهرة، 2012.

16) عبد الكريم أحمد سلامة، القانون الدولي الخاص، ط 1، المؤسسة الجامعية، للدراسات والنشر والتوزيع بيروت لبنان، 2009.

17) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج 2، في تنازع القوانين، ط 9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.

18) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004.

19) علي علي سليمان، مذكرات القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

20) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الأول، دراسة مقارنة، ط 4، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

21) غضوب عبده جمال، دروس في القانون الدولي الخاص، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

22) فؤاد عبد المنعم رياض و سامية راشد، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج 2، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.
23) محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب، مادة التنازع، د. ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، د. س . ن.
24) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي، دار الثقافة، الأردن، 2011.
25) محند اسعد، القانون الدولي الخاص، ج 1: قواعد التنازع، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
26) ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، الطبعة الأولى، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
27) نسرين شريقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ط 1، الدار البيضاء، الجزائر، 2013.
28) هشام خالد، الإحالة: دراسة تطبيقية في نطاق القانون الدولي الخاص العربي، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2014.
29) هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، د . ب . ن، د . س . ن.
30) هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص (الجنسية، تنازع الاختصاص القضائي، تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
31) هشام علي صادق و حفيظة السيد حداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د . س . ن.
32) هشام علي صادق و عكاشة محمد عبد العال و حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، دار الجامعية، مصر، 2005.

II. الرسائل و المذكرات الجامعية:

1) زيدون فتيحة، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011/2010.
2) قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي في القانون الجزائري المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق فرع: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2011.
3) كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على النازعات الخاصة الدولية، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

III. **المقالات:**

1) عمر بلمامي، (اشكالية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 3، الجزائر، 2008.
2) جندولي فاطمة الزهراء، (قراءة تشريعية للإحالة في القانون الدولي الخاص)، مجلة العلوم القانونية و الادارية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، العدد 11، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015.
3) عيشوبة فطيمة، (الإحالة في القانون الخاص)، مجلة البحوث العلمية في الحقوق و العلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون بتيارت، العدد الثاني، الجزائر، 2015.
4) مصطفى محمد الجمال، (الإحالة في القانون الدولي الخاص)، مجلة الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع، الإمارات العربية المتحدة، 1995.
5) هلو محمد صلاح عبد الصمد، (الإحالة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية)، مجلة كلية القانون والعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، الجزء الأول، 2015.

IV. **المطبوعات الجامعية:**

1) بشور فتيحة، محاضرات في قانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر،2016.
2) عمارة عمارة، موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 05 – 10، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، د. س. ن.
3) عمارة عمارة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، د. س. ن.
4) محمد عمار غياض، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة الشرائع، محاضرات في القانون الدولي الخاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر.

V. **النصوص القانونية:**

1- **النصوص القانونية الجزائرية:**

أ- **النصوص التشريعية:**

1) الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 20 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

2- **النصوص القانونية المصرية:**

1) القانون رقم 131 الصادر في 9 رمضان 1367 الموافق ل 16 يوليو 1948 بشأن اصدار القانون المدني المصري.

3- **النصوص القانونية الأردنية:**

1) قانون مؤقت رقم (43) لسنة 1976 و المتضمن القانون المدني الأردني.

فهرس

الموضوعـات

مقدمة: 6
الفصل الأول: ماهية الإحالة 13
المبحث الأول: مفهوم الإحالة.....14
المطلب الأول: تعريف الإحالة وأنواعها.....14
الفرع الأول: تعريف الإحالة.....14
الفرع الثاني: أنواع الإحالة.....19
الفرع الثالث: نظام الإحالة المزدوجة.....24
المطلب الثاني: نشأة الإحالة.....26
المبحث الثاني: أساس الإحالة و الاستثناءات الواردة عليها.....30
المطلب الأول: أساس الإحالة.....30
الفرع الأول: الإحالة تفويض.....30
الفرع الثاني: الإحالة حل احتياطي.....31
الفرع الثالث: نظرية التنسيق بين قواعد الإسناد كأساس قبول الإحالة.....32
الفرع الرابع: الأساس العملي والحقيقي للإحالة.....36
المطلب الثاني: نطاق الإحالة.....37
الفرع الأول: حالة الأخذ بقانون الإرادة.....37
الفرع الثاني: إخضاع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام.....39
الفصل الثاني: موقف الفقه و التشريع و القضاء من الإحالة.....42
المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء من الإحالة.....44
المطلب الأول: موقف الفقه من الإحالة.....44
الفرع الأول: الرأي المؤيد للإحالة.....44
الفرع الثاني: الرأي الرافض للإحالة.....48
الفرع الثالث: الاتجاه القائل بفكرة الحل الوظيفي للإحالة.....53
المطلب الثاني: موقف القضاء من الإحالة.....55
الفرع الأول: القضاء الفرنسي.....57
الفرع الثاني: القضاء الإنجليزي.....58

المبحث الثاني: الموقف التشريع من الإحالة.....60
المطلب الأول: موقف القوانين الأجنبية من الإحالة.....60
الفرع الأول: موقف القوانين العربية.....60
الفرع الثاني: موقف القوانين الأوربية من الإحالة.....66
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الإحالة.....67
الفرع الأول: موقف المشرع قبل تعديل القانون المدني.....67
الفرع الثاني: موقف المشرع بعد تعديل القانون المدني.....70
خاتمة 78
قائمة المصادر والمراجع 86