

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة

تحت إشراف:

د/ علي قاري

من تقديم الطالبين(ة):

◀ رميسة دريال

◀ منال سطوح

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/ عبد الرحيم مقدم	أستاذ محاضر	رئيسا
د/ علي قاري	أستاذ محاضر	مشرفا و مقررا
د/ محمد يوب	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جوان 2024

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير:

الحمد لله كثيرا حتى يبلغ الحمد منتهاه والصلاة والسلام على أشرف مخلوق أناره الله بنوره واصطفاه.

وانطلاقا من باب من لم يشكر الناس لم يشكر الله نتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذ المشرف قاري علي على إرشاده وتوجيهاته التي لم يبخل بها علينا يوما وبدعمه لنا في كل الأوقات والحالات شكرا وبارك الله فيه وأدام الله كل الخير والبركات.

كما نتقدم بجزيل الشكر والعطاء إلى كل يد رافقتنا في هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد الشكر كذلك إلى اوليائنا الذين سهروا على تقديم لنا كل الظروف الملائمة لإنجاز هذا العمل.

كما لا ننسى أن نشكر جميع الأساتذة والمؤطرين الذين قدموا لنا يد المساعدة وإلى كل الزملاء والأساتذة الذين تتلمذنا على أيديهم وأخذنا منهم الكثير.

رميسة - منال

الإهداء

الحمد لله حبا وشكرا وامتنانا على البدء والختام « وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ
الْعَالَمِينَ » سورة يونس آية 10

ها أنا اليوم أتوج لحظاتي الأخيرة في ذلك الطريق الذي كان يحمل في باطنه العثرات
والأشواك ورغم أنها ظلت قدمي تخطو بكل صبر وطموح وكم من أيام مرت شعرت
بثقلها ومرارتها لكن لم تعني بل كانت ذكري تمر تنير أحلام قلبي.
اليوم أهدي تخرجي إلى "أبي" الذي في كل مرة قابلتني الدنيا بمواقفها الموحشة وجها
لوجه كنت أختبئ في ظهر أبي وعندما كان يداهمني اليأس كنت أحاربه بأبي... إلى
من دعمني بلا حدود وأعطاني بدون مقابل داعمي الأول في مسيرتي إلى فخري
وسندي وقوتي في هذه الحياه بعد الله سبحانه وتعالى.... إليك "أبي الحبيب"
إلى من جعل الله الجنة تحت قدميها و احتضني قلبها قبل يديها وسهلت لي الشدائد
بدعائها إلى القلب الحنون والشمعة التي كانت في الليالي المظلمات إلى من أرشدتني
ورافقتني في كل مشاويري حياتي ولا تزال تفعل... إليك "أمي الحبيبة".
واهدي تخرجي إلى إخوتي الأعزاء الذين أتباهى بوجودهم وأعتز بهم .إلى من كانوا
لي خير الأهل والعائلة والأصحاب.

ما سلكننا البدايات الا بتيسيرهم وما بلغنا النهايات الا بتوفيقهم ودعمهم وما حققنا
الغايات والأفضل إلا بفضلهم فالحمد لله الذي وفقنا لتتمين هذه الخطوة والفرحة اليوم
في مسيرتنا الدراسية

منال

الإهداء

إلي كل من أضاء بعلمه عقل غيره

أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائله

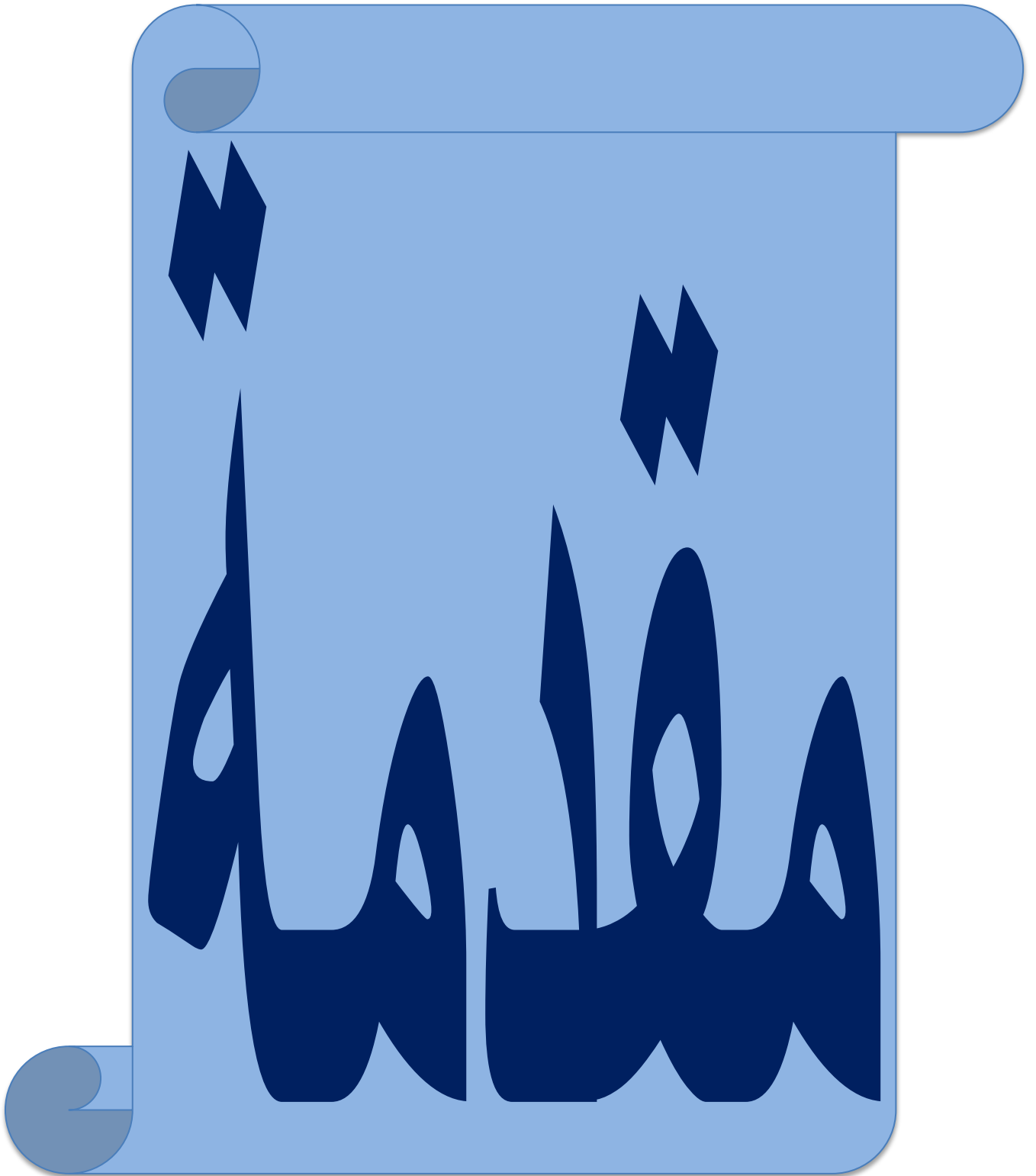
فأظهر بسماعته تواضع العلماء

وبرحابته سماحة العارفين

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أبي الذي لم يبخل علي يوماً بشيء

وإلى أمي التي زودتني بالحنان والمحبة.

رميسة



يعتبر القانون الدولي الخاص مجموعة القواعد القانونية والداخلية التي تنظم علاقات الأفراد التي تتضمن طرفاً أجنبياً في العلاقة تعالج مشكلة الأفراد الأجانب وكيفية تطبيق القانون على المواطنين في دولة معينة، حيث أن القانون الدولي الخاص يحل النزاع عن طريق قواعد الإسناد التي تكون متساوية بين القانون الوطني والقانون الأجنبي أي أنه في بعض الأحيان قاعدة الإسناد لا تؤدي إلى تطبيق القانون.

بعدما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى القانون المختص فهذه القاعدة هي تقوم بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه، حيث يطبق القواعد الموضوعية الموجودة في قانونه، فإذا كان القانون المختص أجنبياً فيستلزم أن يكون على علم بالقواعد الموضوعية وقاعدة الإسناد وبعد تحديد هذه المسألة للنزاع فيها واعطاء الوصف القانوني الواجب التطبيق لطبيعة هذه المسألة فإذا كان الاختصاص للقانون الأجنبي ستكون هناك صعوبة في تطبيق هذا القانون إذ في الغالب تحتوي كل دولة على طائفتين هما القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد فمعرفة القانون المختص الذي يحكم مسألة معينة في العلاقة ينهي كل نزاع في حالة قام القاضي بالقيام بالاستشارة في قاعدة الإسناد الأجنبية فإنه قد شرع بتطبيق نظرية مشهورة على صعيد القانون الدولي الخاص و تسمى هذه النظرية "نظرية الإحالة".

لقد أثير موضوع الإحالة جدال حاد خصوصاً بين الآراء الفقهية ومنهم أخذ بها من جهة أخرى رفضها اتجاه آخر من الفقه، وامتد الخلاف ليشمل نطاق وأنواع الإحالة ومبرراتها. حيث تكون الإحالة إذا كان التنازع سلبياً في قاعدة الإسناد الخاصة بقانون القاضي وقاعدة الإسناد المسند إليه وهو القانون الأجنبي ويحدث التنازع السلبي عندما تكون قاعدة الإسناد في قانون الأجنبي المخصص بقاعدة الإسناد في قانون القاضي (برد) الاختصاص والقيام بإحالته لقانون آخر، فالعائق الأساسي للإحالة مشكلتها هو اختلاف قواعد الإسناد المعمول بها في قانون القاضي التي تختلف عن قاعدة الإسناد الموجودة في القانون الواجب التطبيق.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية دراسة موضوع الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية في توسيع نطاق الإحالة والأخذ بها في حل بعض المسائل المتعلقة بتنازع القوانين والأحوال الشخصية وأهميتها في إطار القانون الدولي الخاص التي تترتب عنها آثار بانعكاسها على العلاقات التي تحتوي على طرف أجنبي في النزاع في بيان الأهمية التي تلعبها لحماية النظام العام خاصة في مسائل الزواج، الميراث وتوضيح لنا كيفية تعيين القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع واستبعاد القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي إذا كانت قاعدة الإسناد في قانون القاضي تبين أن هذه القواعد الأجنبية مخالفة لنظام العام، وإعطاء الحقوق لهم حل المشاكل التي يوقع فيها الأشخاص بين المواطنين و الأجانب وإعطاء الحقوق لهم لكي لا تضيع.

أهداف الدراسة:

هدفنا من دراسة هذا الموضوع هو إيضاح موقف بعض الآراء الفقهية و التشريعية من نظرية الإحالة، خاصة تبيان موقف المشرع الجزائري من هذه النظرية إذا كان أخذ بها في مسائل الأحوال الشخصية.

أسباب اختيار الموضوع:

إن السبب الرئيسي لاختيار موضوع البحث هو دافعنا الشخصي ورغبتنا في البحث فيه حيث يعد موضوع "الإحالة" من المواضيع التي أخذناها ضمن التخصص الذي درسناه في نطاق القانون الدولي الخاص، أي تنازع القوانين والموجودة في هذه الدراسة للموضوع المخصص بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية هو توضيح القانون الواجب التطبيق وكيفية الأخذ بهذه النظرية بين الدول أي قانون القاضي والقانون المسند إليه، وتنظيم قواعد التنازع للوصول إلى الهدف الأساسي هو القانون الواجب التطبيق على المسائل الأحوال الشخصية وهذا السبب الحقيقي وراء الموضوع.

صعوبات البحث:

من الصعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة نقص في المراجع خاصة عند دراسة موقف المشرع الجزائري من الإحالة.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة دراسة هذا الموضوع إلى أي مدى أخذ المشرع الجزائري بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية؟

وفي هذا الموضوع سنقوم بطرح الأسئلة التالية:

- ما مفهوم نظرية الإحالة والاستثناءات الواردة عليها؟
- ماهي الآراء الفقهية المؤيدة والمعارضة للإحالة؟
- ما موقف التشريعات الغربية والعربية من نظرية الإحالة؟

المنهج المتبع في الدراسة:

تقيد الباحث في دراسة البحث على المنهج التحليلي والوصفي في تحليل موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل وقبل التعديل 2005، وتحليل بعض النصوص القانونية في المواقف التشريعية التي صرحت نصوصهم القانونية بالاتجاهات المؤيدة للإحالة ومن جهة أخرى صرحت بالاتجاه المعارض لها في الفقه والتشريع.

بين المشرع الجزائري موقفه ووضح موضوع الإحالة وكيف أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ورفضه للإحالة من الدرجة الثانية.

خطة البحث:

قمنا بتقسيم الموضوع إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول من الدراسة ماهية الإحالة وقسمناه إلى مبحثين في المبحث الأول مفهوم الإحالة وفي المبحث الثاني نطاق الأخذ بالإحالة أما في الفصل الثاني قمنا بدراسة الإحالة بين موقف الفقهاء وموقف التشريعات

تناولنا في المبحث الأول موقف الفقه من الإحالة و المبحث الثاني موقف القوانين المختلفة من الإحالة.

الفصل الأول:

ماهية الإحالة

الفصل الأول: ماهية الإحالة

إذا انتهى القاضي من عملية التكيف وعين بإشارة من قاعدة الإسناد في قانونه الوطني القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي المعروضة عليه لا ينتهي الأمر بل تثار مشكلة أخرى، وهي أن القانون الأجنبي الذي قرر تطبيقه إشارة من قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي تحتوي على أحكام داخلية موضوعية تحسم النزاع مباشرة لو طبقت وقواعد إسناد قد يحيل النزاع إلى قانون آخر لو طبقت ونتيجة لهذا يثار تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

ونتيجة لهذا التنازع يظهر ما يعرف بالإحالة، لذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم الإحالة، فتطرقنا في المطلب الأول تعريف الإحالة وأنواعها وفي المطلب الثاني ظهور الإحالة، أما المبحث الثاني خصصناه إلى نطاق الأخذ بالإحالة، فتطرقنا في المطلب الأول إلى الاستثناءات الواردة على الإحالة، والمطلب الثاني إلى الأساس القانوني للإحالة.

المبحث الأول: مفهوم الإحالة

عندما يعرض نزاع أمام القاضي، وتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع، تثار عدة مشكلات بصدد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، هل يقصد به تطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون أم أحكامه الداخلية وهذه المشكلة تعرف باسم الإحالة.

تطرقنا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول تناولنا دراسة تعريف الإحالة وأنواعها وفي المطلب الثاني ظهور الإحالة.

المطلب الأول: تعريف الإحالة و أنواعها

في حالة ما إذا أثير نزاع مشوب عنصر أجنبي فإن القاضي الوطني يرجع إلى قواعد الإسناد الأجنبية بناءً على قواعد الإسناد الوطنية وهذا ما تفرضه الإحالة¹.

تطرقنا في هذا المطلب إلى تعريف الإحالة في الفرع الأول وبيان أنواعها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الإحالة

تحدث الإحالة عندما ترشد قاعدة الإسناد الوطنية إلى اختصاص قانون أجنبي معين، ويظهر في هذا القانون قواعد الإسناد تشير إلى تطبيق قانون آخر، بمعنى أن تثبت الولاية لقانون دولة معينة لكن هذا القانون يتخلى عن ولايته هذه لقانون آخر، ولا تكون هناك إحالة في حالة توافق قواعد الإسناد في دولة القاضي والدولة الأجنبية².

فالإحالة هي: « رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة اسناد القاضي الذي ورده أو تحويله بواسطة قاعدة اسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى³. »

وخصوصية قواعد الإسناد باعتبارها تمثل أنظمة وطنية لتنازع القوانين تؤدي إلى اختلافها من دولة لأخرى لا سيما في مسائل الأحوال الشخصية التي تسندها بعض الدول لقانون الجنسية بينما تخضعها دول أخرى لقانون الموطن، وهو ما يؤدي لحصول تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي، وبين قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المعين، والتنازع الحاصل مهما كان نوع

¹ - عبد الرزاق دريال ، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في تشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم، الحجار، عنابة، 2010، ص84.

² - 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.

³ - سامي بديع منصور و أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط 3، منشورات زين الحقوقية لبنان، 2009، ص 104.

قواعد الاسناد فردية أو مزدوجة إذا اختلف ضابط الإسناد في القانون الوطني والأجنبي وهو تنازع يأخذ صورتين إما تنازع ايجابي وإما تنازع سلبي¹.

1. التنازع الايجابي:

يحصل التنازع الايجابي عندما تتشبت كل من قاعدتي الإسناد في القانونين باختصاصها، مثال ذلك التنازع بين القانون الجزائري والقانون الانجليزي في شأن تصرف جزائري مقيم بإنجلترا يتعلق بأهليته، فالقانون الانجليزي مختص طبقا لقواعد التنازع الانجليزية تطبق على حكم الحالة والأهلية قانون الموطن، والقانون الجزائري مختص أيضا، طبقا للمادة العاشرة قانون مدني باعتباره قانون جنسية الشخص المعني فهنا يطبق القاضي الجزائري القانون الجزائري إذا عرض عليه النزاع ويصرف النظر عن القانون الانجليزي وإذا عرض النزاع أمام القاضي الانجليزي يطبق قانونه ولا يأخذ بحكم القانونين الجزائري².

وبذلك يحدث التنازع الايجابي بين قواعد الإسناد عندما يقتضي قاعدة الاسناد في كل من القانونين الوطني والأجنبي بعقد الاختصاص إلى قانونيهما³.

2. التنازع السلبي:

يحصل عندما يباشر كل من القانونين، فقانون القاضي والقانون الأجنبي المختص طبقا لقواعد التنازع في قانون القاضي عدم اختصاصه، وكلا من القانونين يتخلى عن الاختصاص التشريعي ويسند كل منهما حكم النزاع لصالح قانون آخر أو قانون ثالث، هنا تطرح مشكلة الإحالة، وبذلك يمكن تلخيص الإحالة في التنازع السلبي بأنها نظرية تقضي تطبيق قواعد

¹ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في القوانين الحديثة والقوانين الفرعية، جزء 1، مطبعة المسيلة، الدويرة، 2013، ص 112.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - محمد وليد المصري، الوجيز في شرح قانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية - القانون الرسمي -، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 92.

التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقا لقانون القاضي في حالة اختلاف ضابطي الاسناد في القوانين وكان التنازع بينهما سلبا¹.

مثال: تنازع قاعدتي الاسناد بين كل من القانون المصري والفرنسي بشأن ميراث أموال منقولة توفي عنها فرنسي متوطن في مصر، إذ تخضع قاعدة الاسناد في القانون الفرنسي، الميراث في هذه الحالة للقانون المصري باعتباره قانون موطن المتوفي تقتضي قاعدة الاسناد في القانون المصري بإخضاعه للقانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفي².

الفرع الثاني: أنواع الإحالة

أثارت الإحالة جدلا في القانون الدولي الخاص، فشغلت بال الفقهاء، وأحدثت انقسامًا في الاجتهاد القضائي والأنظمة التشريعية وللإحالة صورتين إحالة من الدرجة الأولى وإحالة من الدرجة الثانية³.

1. الإحالة من الدرجة الأولى:

وفيها يؤدي تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى الرجوع إلى القانون الوطني " قانون القاضي " من جديد وتطبق أحكامه الموضوعية⁴.
حيث أنه حينما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى قانون أجنبي، فيحيل هذا الأخير ويرد هذا الاختصاص إلى قانون القاضي مرة أخرى، مثال 1: إحالة القانون الفرنسي على القانون الجزائري الاختصاص في شأن ميراث منقول لفرنسي متوطن بالجزائر بعد أن ثبت اختصاص القانون الفرنسي في أول الأمر عندما عرض النزاع على القاضي الجزائري عملا بما تقتضي به قاعدة التنازع الجزائرية في شأن الميراث⁵.

¹ - الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 113 - 114.

² - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 141 - 142.

³ - الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 114.

⁴ - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 69.

⁵ - الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 114.

مثال 2: الحالة الشخصية لإنجليزي مقيم بالأردن والنزاع معروض أمام القاضي الأردني، فإن قاعدة الإسناد الأردنية تشير إلى اختصاص القانون الإنجليزي على أساس قانون الجنسية، أما قاعدة الإسناد الانجليزية تشير إلى اختصاص القانون الأردني على أساس أنه قانون الموطن¹، بذلك تكون الإحالة البسيطة ناتجة عن اختلاف في قواعد الإسناد في قانون دولتين حول موضوع واحد، والسبب في ذلك يرجع إلى اختلاف قانون دولتين بالنسبة لنفس الموضوع، ويعتبر هذا النوع من الإحالة هو الأكثر شيوعاً وتطبيقاً².

2. الإحالة من الدرجة الثانية:

يسمى البعض الإحالة المطلقة وهي صورتها أن يحيل القانون المختص إلى قانون آخر غير قانون القاضي وقد تستمر سلسلة الإحالة نظرياً إلى قانون رابع وخامس كلما رفض القانون المعين الاختصاص وإحالته على قانون آخر ومثال ذلك أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية أمريكي مقيم بإنجلترا فقاعدة التنازع الجزائرية تسند العلاقة القانونية إلى القانون الأمريكي، ولكن القانون الأمريكي يرفض الاختصاص ويسنده إلى القانون الإنجليزي الذي يقبل الاختصاص³. وبذلك عندما تكون في إحالة من الدرجة الثانية، يؤدي الرجوع إلى قواعد التنازع عند ظهور هذا النوع من التنازع أن موقف القاضي في ذلك يتوقف على مناصرته أو معارضة لفكرة الإحالة فإنه سيطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص حتى وإن اختلف مع قواعد الإسناد لقانونه، فإنه سيطبق قواعد الإسناد في القانون وإن لم يسلم بالإحالة فسوف لا يأخذ بقواعد الإسناد للقانون الأجنبي ويكتفي منه بتطبيق قواعده الموضوعية⁴.

¹- أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 69.

²- غالب علي الداوي، موسوعة القانون الدولي الخاص 1، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص121.

³- الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 114.

⁴- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة مؤتة سابقاً، 2005، ص

عندما تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى اختصاص دولة ثالثة، هنا يتعين على القاضي الوطني الرجوع إلى قواعد الإسناد في الدولة الثالثة فإن اعترفت قواعد الإسناد فيها بالاختصاص وجب هنا تطبيق أحكامها الموضوعية، مثال أن يعرض على القاضي الأردني نزاع له علاقة بتركة منقولة لشخص انجليزي متوطن بفرنسا طبقا لقاعدة الاسناد الأردنية تشير باختصاص قانون جنسية المورث وهو القانون الانجليزي وهو الذي تشير فيه قواعد الإسناد إلى اختصاص قانون الموطن وهو القانون الفرنسي¹، وهو ما أدى بالبعض إلى تسميتها بالإحالة ذات الدرجات المتعددة²، وبذلك تكون الإحالة من الدرجة الثانية، فيما لو أحالت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى قانون غير قانون القاضي³.

ويمكن لهذه الإحالة أن تتوقف أو يستمر كل قانون بإحالة الاختصاص إلى قانون آخر فلا مناص من الرجوع عن فكرة الإحالة وبتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد باختصاصه⁴، حيث يؤدي أعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض الاختصاص وإحالته إلى قانون القاضي بل لقانون دولة ثالثة الذي يقبل الاختصاص لقواعده الموضوعية⁵.

¹ - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 69.

² - عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 122.

³ - كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 68.

⁴ - أمينة محمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية، بالاجتهاد القضائي وحلول القضايا، دار الجامعة الجديدة للنشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بو علي، الجزائر، 2019، ص 53.

⁵ - باسم عواد محمود العموش، مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة مجلة روح القوانين، الكلية العلوم الإدارية، قسم الأنظمة، جامعة فجران، المملكة العربية السعودية، عدد 90، أبريل 2020. على الموقع:

WWW.ELEARNING.UNVI-ELOUD تاريخ الاطلاع: 24 فيفري 2024.

المطلب الثاني: ظهور الإحالة

إن ظهور الإحالة كنظرية محددة المعالم كان بعد صدور حكم قضائي من القضاء الفرنسي، بصدد القضية الشهيرة التي عرفت باسم قضية " فورغو " سنة (1874-1882) ومن خلال هذا سنتطرق إلى بداية ظهور الإحالة في الفرع الأول وبعد الانتهاء من التكلم عن ظهورها نتطرق إلى القضية الشهيرة " فورغو " وتبيان وقائع القضية في الفرع الثاني¹.

الفرع الأول: بداية ظهور الإحالة

تؤكد كتب القانون الدولي الخاص الإنجليزي إلى أن المحاكم الإنجليزية منذ عام 1841، قد طبقت الإحالة في قضية بوصية انجليزي متوطن في بلجيكا وطبقت المحكمة الإنجليزية المفاهيم البلجيكية إحالة من القانون البلجيكي إلى القانون الإنجليزي، واعتبرت المحكمة الإنجليزية نفسها كما لو هي في بلجيكا².

القضية الإنجليزية بشأن وصية كان القانون البلجيكي والذي هو المادة 13 من القانون الفرنسي المدني، " قانون نابليون " يشترط على 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 إلى قانونه الشخصي، وكانت هذه الوصية قد تمت في بعضها وفق القانون البلجيكي وليس في القانون الإنجليزي لم تبقى هذه القضية فترة حتى نقضت عام 1861م بقضية (V. Freemom Bremer)، رفضت المحكمة الإنجليزية الاعتراف بوصية تمت وفق فرنسا من قبل أنجليز مقيمين في فرنسا (وفق القانون الإنجليزي للموطن) أما في انجلترا فإن الموطن كان وفق المفهوم الفرنسي له³.

¹ - عمارة عمارة، "الإحالة"، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2011/2020، ص5. على الموقع: WWW.DSPACE.UNVI-BOUIRA.COM، تاريخ الإطلاع: 11 فيفري 2024.

² - عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص58.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

وإن الموصية لم تطبق المادة 13 من القانون المدني الفرنسي لأنها ذكرت بأن الوصية تمت، وفق الشكل الإنجليزي وليس وفق الشكل الفرنسي أما في فرنسا فإن القضية الشهيرة (frogo) عن محكمة النقض الفرنسية والتي كانت إحالة بسيطة وبدرجة واحدة وبقيت المحاكم الفرنسية متمسكة بها وانتقلت إلى دول العالم الأخرى بدرجات وصور مختلفة¹.

الفرع الثاني: وقائع قضية فورغو

أثيرت هذه الإشكالية الإحالة منذ اعتراف محكمة النقض الفرنسية سنة 1878 بالإحالة من الدرجة الأولى في القضية الشهيرة (Forgo) إذ منذ ذلك الوقت كانت محل رفض العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص².

وتتمثل وقائع القضية " جاءت امرأة وابنها الغير شرعي من مقاطعة بفاريا (ألمانيا) ودخلا بصفة غير شرعية وأقاما فيها، تزوج الابن فورغو امرأة غنية، وتوفيت تركت له ثروة ضخمة، توفي هو أيضا في سن متقدمة وترك الثروة لتبدأ مشكلة من يرث الثروة؟ حيث أن القانون الفرنسي لا يورث الأبناء غير الشرعيين ويجعل تركته بدون وارث³.

وعندما مات " فورغو" في فرنسا ترك ثروة كبيرة من الأموال المنقولة وغير المنقولة، فحكمت محكمة فرنسية بأيلولة أمواله غير منقولة إلى خزينة الدولة الفرنسية⁴.

¹ - عبد الكريم ممدوح، مرجع سابق، ص 59.

² - كمال آيت منصور، " الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، جامعة بجاية، الجزائر، سنة 2017، ص14. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ ، تاريخ الاطلاع: 10 فيفري 2024.

³ - أحمد بابا عمي الحاج، مطبوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية،

2021 /2020، ص56. على الموقع: www.researchgate.net ، تاريخ الاطلاع: 24 فيفري 2024.

⁴ - حسن محمد الهداوي وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، الجزء الأول، 1997، ص77.

أما أمواله المنقولة فلم يعرف لمن تنتقل، إلى أن طالب بها أخواله الذين كانوا يقربونه عن طريق النسب غير الصحيح (قرابة الحواشي) ولهم الحق في ذلك للسبب التالي: كان القانون الفرنسي يخضع التركة المنقولة لقانون الموطن القانوني للمتوفي¹.

مؤسسين طلبهم أن قوانين بافاريا الداخلية تعتبر الموطن القانوني لفورغو والتي تشير إليها قاعدة الإسناد الفرنسية لا تقيم أية بين الابن الشرعي بالنسبة إلى تحديد وراثته، فقضت محكمة استئناف وبرفض طلبهم في 11 / 03 / 1874 باعتبار فورغو متوطن بفرنسا. وبالتالي يجب أن يطبق على ميراث ثروته المنقولة القانون الفرنسي وهو الذي يقضي بحرمان غير الأبوين والإخوة، للولد الغير الشرعي من ميراثه، ثم طعن الورثة في هذا الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية، فنقضت الحكم في 05 / 05 / 1875 على أساس أنه مخطئ في اعتبار فورغو متوطنا في فرنسا مع أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن فيها، موطنه القانوني هو بافاريا وبالتالي يطبق عليه القانون البافاري، أحييت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بوردو فحكمت الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي فطعننت مصلحة، أملاك الدولة في هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يطبق على الميراث في المنقول قانون الموطن الفعلي فقضت محكمة النقض بنقضه في 24 / 06 / 1878 لأنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون، أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه وهي تحيل ميراث المتوفي إلى قانون موطنه الفعلي وهو هنا القانون الفرنسي².

أما الملاحظة الثانية هو أن الحكم يكون مختلفا وبالتلازم الحل القانوني للنزاع بحسب الأخذ بالإحالة أو رفضها وهذا واضح من الحكم، فلو محكمة النقض الفرنسية رفضت الإحالة وطبقت

¹ - فاطمة عيشوية، "الإحالة في القانون الدولي الخاص"، البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 2، جامعة ابن خلدون - تيارت، ص 427. 05 جانفي 2024. على الموقع: www.asjp.carist.dz، تاريخ الاطلاع: 03 فيفري 2024

² - نفس المرجع، ص 428.

الأحكام الموضوعية المباشرة في القانون البافاري على النزاع لآلت التركة إلى الحواشي أما إنها أخذت بالإحالة فقد ألغت حكم المحكمة، وطبقت القانون الفرنسي الذي الحواشي من الميراث¹. وبالتالي اعتبرتها تركة بدون وارث وانتقلت ملكيتها إلى الخزينة الفرنسية ومن هذا الحكم ولحد الآن مازالت فكرة الإحالة مسألة مختلف فيها بين مؤيدين ومعارضين في القضاء والفقهاء وحتى بالنسبة للقوانين فمنهم من أخذ بها ومنهم من رفضها صراحة ومنهم سكت عنها². وعندما طعن بالنقض في ذلك الحكم من قبل إدارة الدومين العام في فرنسا، لم تؤيد محكمة النقض ما ذهب إليه قضاة الموضوع وقضت بأنه كان يلزم أن تؤخذ في الحسبان قاعدة التنازع في القانون البافاري الفرنسي ولما كان هذا الأخير لا يعترف للحواشي في الارث³. ولقد تم رد دعوى حواشي (فورغو) وأقر بعائدية الأموال لحساب الحكومة الفرنسية وعلى إثر هذا القرار ظهرت وتبلورت فكرة الإحالة⁴.

وبما أن أحكام القانون الفرنسي وذلك وفقا للمادة "317" مدني فرنسي أن قواعد الإسناد البافارية تشير إلى تطبيق قواعد قانون موطن المتوفي وهو هنا القانون الفرنسي، لذا فقد أمرت المحكمة الفرنسية في 24 حزيران 1878م ومنذ ذلك الوقت اعترف القضاء الفرنسي بالإحالة ولأخذ بها⁵.

¹ - عبد المالك الدح، " الإحالة في القانون الجزائري " (مشكلة أم حل)، العدد 25، مجلد الأول، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ص 150. 23 ديسمبر 2023. على الموقع : www.asjp.carist.dz . تاريخ الاطلاع: 07 فيفري 2024.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص708.

⁴ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، "مباحث القانون الدولي الخاص" (تنازع القوانين)، الطبعة الأولى، منشورات الجلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص50.

⁵ - كريم مزعل الشبي، " مباحث القانون الدولي الخاص" (تنازع القوانين)، طباعة النشر والتوزيع، منشورات الجلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ص 175.

المبحث الثاني: نطاق الأخذ بالإحالة

رغم الانتقادات التي وجهت إلى الإحالة فإنها لم تثن أنصارها عن وضع النظريات التي تبرر ضرورة الأخذ بها، فمنها ما هو نظري كنظرية التفويض ونظرية الاسناد الاحتياطي ونظرية التنسيق ومنها ما يهدف إلى تبرير الإحالة استنادا إلى الوظيفة، التي يمكن لتلك الفكرة أن تقوم بها لذلك حاول بعض الفقهاء تلافى عيوب الإحالة وذلك عن طريق الأخذ بالنتيجة التي تؤدي إليها دون الأسس التي تقوم عليها¹.

ورغم ايمان جانب من الشراح الفرنسيين بسلامة الإحالة فقد تعددت آراءهم حول نطاق أعمالها، وتحدد اللوحة التي تبرز نطاق الإحالة بالاستناد إلى المدى الذي تطبق فيه من حيث درجة هذا التطبيق، ومن حيث المسائل والموضوعات التي تطبق عليها².

المطلب الأول: الاستثناءات الواردة على الإحالة

يستبعد غالبية المناصرين للإحالة أعمالها في حالتين:

الحالة الأولى: خاصة بقاعدة خضوع التصرفات القانونية لقانون إرادة المتعاقدين

الحالة الثانية: خاصة بقاعدة خضوع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد إبرام

ويبرر الأستاذ " باتيغول " الاستبعاد باستحالة التنسيق في هاتين الحالتين بين قواعد الاسناد الفرنسية وقواعد الاسناد الأجنبية، ويبرر البعض الآخر ذلك بتعارض نتيجة الإحالة في هاتين الحالتين³.

¹ - سعيد يوسف البستاني، "الجامع في القانون الدولي الخاص"، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2009، ص 651.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - بلقاسم أعراب، " القانون الدولي الخاص الجزائري"، تنازع القوانين، الجزء الأول، دار الهومة، ص 119.

الفرع الأول: استبعاد الإحالة في مسائل الالتزامات التعاقدية:

قد أخضع المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين، فلو كان مثلا القانون الذي اختاره المتعاقدين هو القانون الفرنسي فإن إرادتها تكون غير محترمة لو أننا عرضنا عن الأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي، واستشرنا قواعد الإسناد في هذا القانون وقمنا بإحالتها إلى قانون آخر¹، ففي ذلك تجاوز واضح لضابط الإرادة الذي وضعه المشرع للاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، إضافة لما في ذلك من خلال التوقعات المتعاقدين.

فإن إرادة قبول الإحالة في هذه الحالة يوضح عن احترام للإرادة المتعاقدين كما أنه يتفق وهدف قاعدة الإسناد، وذلك فإن خصوم الإحالة أنفسهم يتفقون مع هذا النظر². ولكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد، إذ يمكن التوفيق بين الإرادة العقدية ونظرية الإحالة في معرض الإجابة يحبذ جانب من الفقه الألماني الأخذ بالإحالة في هذا المضمار في فروض معينة، أيا ما كانت صحة الدوافع التي تملي ضرورة استبعاد الإحالة في إطار الالتزامات التعاقدية، التي يكون للإرادة الأطراف دور في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها، وبالتالي ينبغي عدم اتباع تلك القاعدة في جميع الأحوال على نحو بعيد عن التحليل للوصول إلى غاية قاعدة الاستاد التي قد لا تكون أحد الأطراف تنص إليها وانعدمت نتيجة لذلك معرفتهم بالقواعد المادية في القانون الأجنبي³.

حين رفض الإحالة مرده إلى الرغبة في احترام إرادة المتعاقدين وإرادة المشرع الذي قرر مثل هذه القاعدة، وبالتالي يقبل هذا الاتجاه الأخذ بالإحالة فيها لو تبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد صرحا رغبتهم في الخضوع لما تشير قاعدة الإسناد إذ يتعاملون معها ويوفقون بينها بينهما وبين الإحالة ويرون إمكانية اعمالهما كلما توفرت غاية قاعدة الإسناد ويضيف أصحاب هذا الاتجاه لدعم وجهة نظرهم أن المشروع الألماني في قانون الدولي الخاص الجديد انطلق من مبدأ عام هو قبول الإحالة من الدرجة الأولى والثانية بشرط ألا يكون متعارضا مع روح قاعدة الإسناد

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 120.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - صالح مهدي كحيط، مفهوم الإحالة بين النسبية وأحكام الحل الوظيفي، دراسة مقارنة، أهل البيت عليهم السلام، العدد الثامن عشر، كلية الحقوق، ص 264. على الموقع <https://ABU.EDU.IQ>، تاريخ الاطلاع: 05 فيفري 2024.

الألمانية " لكن هذه المسألة تحتاج إلى تأكيد وهي انتقاء اختيار لقانون هنا نكون أمام وضع قيد يختلف فيه قانون الإرادة، فعند ذلك الطرق مختلفة للإسناد تقوم على أساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية سواء كان تركيزا تشريعا أو قضائيا فإنه يجب التنسيق بينه وبين قاعده التنازع في القانون المعين وعند ذلك قد يكون في الأخذ بالإحالة بالرجوع الى قواعد الاسناد ما يحقق مصالح الاطراف وتوقعاتهم وعند ذلك تبدو الإحالة بوصفها نموذجيه لتحقيق التناسق والتعاون مع قاعدة الاسناد الأجنبية، أما بالنسبة لموضوع التصرف أي الالتزامات، فقواعد الاسناد في جميع الدول تخضعها لقانون إرادة المتعاقدين وهو القانون الذي يختاره الاطراف لحكم عقدهما. ومنه تستبعد قواعد الإسناد ولا تطبق الإحالة لأنه يتنافى ويتعارض مع إرادة الأطراف والقاضي يجب عليه تطبيق الاحكام الموضوعية للقانون المختار على وقائع الدعوى مباشرة¹.

في ضوء ما تقدم يرى الباحث في إطار مسألة الالتزامات التعاقدية المتعلقة بعنصر أجنبي، أنه في الحالة التي يتفق الأطراف فيها على إخضاع عقودهم لقانون معين حسب مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين فإنه يجب على القاضي في مثل هذه الحالة الذهاب للقواعد الموضوعية في القانون المختار من قبل الأطراف وعدم التطرق لقواعد الاسناد فيه بمعنى عدم الأخذ بالإحالة في الحالة التي يكون فيها الاطراف متفقين على اعمال قانون معين الناظمة فيما بينهم، لأن القول بغير ذلك يؤدي الى تدمير مبدأ سلطان الإرادة المعطى من قبل القانون كحق لهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية، علاوة على ذلك فإن الأخذ بالإحالة بمثل هذا الفرض يؤدي لتحقيق نتائج غير مقبولة ومخالفة لتوقعات الاطراف ورغباتهم والحالة التي تتخلف الإدارة بها عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقودهم ويتكافل المشرع لوحده، في تحديد ذلك القانون بوضعه لضوابط إسناد اختيارية².

إن قواعد التنازع التخيرية وتتمثل في الفروض التي تقوم فيها قاعدة التنازع على أكثر من ضابط اختيار أو اسناد، ويكون مختصا أكثر من قانون على سبيل التخيير مثال ذلك قاعدة التنازع الخاصة بشكل التصرفات القانونية، التي تسمح الاختيار بين قانون محل الابرام، او قانون

¹ - صالح مهدي كحيط، مرجع سابق، ص 153.

² - حسن عسان بن عودة، " الإحالة في القانون الدولي الخاص " (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص 71. على الموقع: WWW.NOOR-BOOK.COM تاريخ الاطلاع: 01 فيفري

الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأطراف أو القانون الواجب التطبيق على موضوع التصرف، وبالتالي لا تقبل الإحالة رغبة في التسهيل على الاطراف في التبصر بالشكل واجب الاتباع في محل الابرام وتسهيل معاملاتهم عبر الحدود¹.

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 لما تشير قواعد الاسناد التي يضمنها القانون الذي اختاروه لحكم العقد الدولي المبرم بينهم ولهذا السبب يتفق خصوم الإحالة أنفسهم مع هذا الرأي، والذي يشكل استثناءا على قبول هؤلاء بها².

فأطراف العلاقة عندما يحددون قانونا ليحكم عقدهم، فالمفترض أنهم يعلمون بهذا القانون لأنه الأنسب لحكم المنازعات التي تتمحور بشأن علاقتهم فهو حسب ما يرى جانب من الفقه قانون يحقق مصالحهم ومصالح التجارة الدولية يثق فيه الأفراد وفي ملائمة لحكم علاقتهم (الحداد، 2013، ص 182، عبد العال، ص 240)³.

"ويضيف أصحاب الاتجاه لدعم وجهة نظرهم، أن المشرع الألماني في القانون الدولي الخاص على سبيل المثال، قبل الإحالة من الدرجة الأولى والثانية بشرط أن لا يتعارض مع روح قاعدة الاسناد الألمانية (المادة 4 من القانون الدولي الخاص الألماني وعليه فإنه إذا كان ضابط الاسناد المحدد مسبقا من قبل المشرع قد يبدو غير ملائم في بعض الفروض يجب التنسيق بينه وبين قاعدة التنازع في القانون المعين وعند ذلك قد يكون في الأخذ بالإحالة والرجوع إلى قواعد الاسناد ما يحقق مصالح الأطراف"⁴.

باعتبار أن التشريعات تقوم بإخضاع العقود لقانون الإدارة، فإن الحل سيكون واحدا وهو تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار حتى لو تم اعتماد الإحالة في هذا الشأن، إن ما هو مذكور أعلاه يسري عندما يختار اطراف العقد قانونا معيناً بحكم علاقاتهم، سواء كان اختيارهم

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 746.

² - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 655.

³ - مسعود حسن مسعود و مصباح عبد الله حواس، "الإحالة في القانون الدولي الخاص" (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة جامعة سرت للعلوم الانسانية، العدد الأول، المجلد الثاني، يونيو 2022م، ص 32. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ

تاريخ الاطلاع: 15 فيفري 2024.

⁴ - نفس المرجع، نفس الصفحة .

صريحا أم ضمنيا لكن ما هو الموقف الواجب اتخاده اذ لم يكن هناك اختيار؟ في هذه الحالة لا توجد ثمة إرادة معلنة عند ذلك توجد ثمة مناهج مختلفة للإسناد تقوم على أساس "التركيز الموضوعي"، يعمل المشرع بنفسه بعملية التركيز الموضوعية للرابطة عند تخلف قانون الإرادة محددًا بصورة أمرة القانون الواجب تطبيقه، وهو يتجه إلى تطبيق قانون محل الإقامة المشترك للمتعاقدين و الامكان ابرام العقد غير أن بعض الفقه اعتبره هذا المنهج عاما" وجامدا" وبالتالي قاصرا وغير واقعي وعاجز عن تحقيق الغاية الموجودة من قاعدة التنازع¹.

"إذا لم يختار أطراف العلاقة قانونا معينًا لحكهما، ولم يكن محل إقامة الطرفين واحدا فإن القاضي اللبناني يطبق قانون محل ابرام العقد، أي القواعد الموضوعية في الدولة التي أبرم فيها العقد غير أنه قد تبين أن هذا القانون غير ملائم وقد ساقته الصدفة ولا يحقق الغاية من الضابط بل يعجز عن تنظيم العلاقة حين ذاك ويعود إلى قواعد التنازع في هذا القانون «محل ابرام العقد»².

كما يذهب الفقه المصري إلى وجوب تطبيق قانون الدولة التي يسري فيها العمل في جميع المجالات، أي سواء بالنسبة للجانب التنظيمي أم بالنسبة للجانب الغير التنظيمي وسواء كان تنفيذ العمل في مصر أم في الخارج إذ أن من شأن هذه القاعدة كفالة وحدة القانون المطبق على العمل. تثار هنا مسألة هل للمتعاقدين مطلق الحرية في اختيار قانون أجنبي يسري على عقدهما؟ حتى يختار المتعاقدان قانونا يسري على عقدهما حسب المادة 18 يجب أن يكون له علاقة حقيقية بالمتعاقدين أو محل ابرام العقد أو محل تنفيذه أو قانون موقع محل التعاقد على صلة بالعقد لكن الواضح والأرجح هو الرأي الذي قيد اختيار المتعاقدان بوجود علاقة بين العقد أو المتعاقدان وبين القانون المختار، لا يطبق قانون العقد على المسائل المتعلقة بالعقد فأهلية المتعاقدين تخرج عن نطاق تطبيقه إذ تخضع لقانون جنسية المتعاقد كما سبقت الإشارة، وأن شكل العقد يخضع لقانون فعلي أي النواحي في العقد سيسري قانون الإرادة؟ يرى بعض الفقهاء تجزئة العقد وإخضاع كل جزء فيه لقانون معين، بينما تميل أغلبية الفقه إلى اعتبار العقد وحدة في كل أجزائه ويجب أن تخضع هذه الوحدة لقانون واحد فأمریکا تميل إلى التجزئة أما القضاء السويسري

¹ - عيده جميل غضوب، "دروس في القانون الدولي الخاص"، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،

بيروت- الحمراء، سنة 1428هـ -2008، ص 117.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

فكان يميل إلى التمييز بين تكوين العقد وبين آثاره، ثم عدل عن هذا الرأي وسمح القضاء في ألمانيا أو فرنسا وإنجلترا و إيطاليا للمتعاقدين أن يختارا أكثر من قانون لحكم العقد، كما أن أغلبية الفقه تجعل العقد بجمليته خاضعا للقانون الإرادة وذلك من المستحسن أن تستعرض أركان العقد وأثاره لمعرفة ما يخضع منها للإرادة وما لا يخضع وعليه يستثنى من الخضوع لمجال قانون الإرادة، باستثناء ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 18 يتضح لدينا أن المشرع الجزائري يكون قد استثنى بهذه الفقرة العقود المتعلقة بالعقار من خضوع القاعدة القانون المختار وقد قررت محكمة النقد الفرنسية في حكمها الصادر في 15/12/1910 بأن قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية ويأخذ الفقه الألماني بقانون جنسية المشتركة متى كان المتعاقدان المانيان واشتراكهما في الجنسية هو القرينة الأولى في القانون الإيطالي، وبالتالي إذ لم تكن هناك إرادة صريحة ولم يستطع القاضي أن يستكشف من ظروف الحال إرادتهما الضمنية¹.

فقد افترض القانون أن المتعاقدان قد أرادا قانون جنسيتهما المشتركة إذا كانت لهما جنسية مشتركة، فإذا لم تكن لهما جنسية مشتركة يطبق قانون الجنسية المشتركة أما إذا لم تكن لهما جنسية مشتركة يطبق قانون الموطن المشترك هذا إذا اتخذوا موطنا، أما إذا اختلفا في الموطن فقد افترض أن القانون المختار هو قانون دولة محل إبرام العقد ويتطلب قانون محل الإبرام تعيين هذا المكان، وقد كان قانون بلد الإبرام العقد عند الفقه الإيطالي القديم هو القانون الذي يسري عليه العقد سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع ولا لأن اللي صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين القانون الذي إلا ان العمالة بين البينا يرى الفقه بأن هذا التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تصدير لقاعدة اسناد في قانونه، وعليه فإن مكان إبرام العقد وفقا للقانون الجزائري إذا كان التعاقد بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك وما تؤكد المادة 3/67 من القانون المدني الجزائري ونلاحظ أن الدول التي لا تأخذ حاليا بالإرادة إلا كضابط للاستفادة كفرنسا مثلا، وقد اضطرت إلى اعتبار مكان إبرام العقد دليلا على الإرادة الضمانية وخاصة إذا ازلته عوامل أخرى كلغة العقد وموطن أو جنسية المتعاقدين ويتطلب تطبيق مكان الإبرام تعيين هذا المكان².

¹ - أمنة محمدي بوزينة ، محاضرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، جامعة حسيبة بن بو علي، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، 2016، 2015، ص 143. على الموقع: www.sahla.dz.com تاريخ الاطلاع: 20 فيفري 2024.

² - نفس المرجع، ص 146.

المبدأ المقرر في غالبية القوانين هو إخضاع العقود لقانون الإرادة أي ذلك الذي تعاهد الافراد على تطبيقه على القضاة مراعاة هذه الإرادة هو ما قد لا يثبت لو تم الأخذ بالإحالة فلو تعاهد شخصان على أن ينصاع تعاملهما للقانون الجزائري ثم سار النزاع بين الطرفين امام القضاء الفرنسي استلزم على هذا الاخيرة تطبيق أحكام القانون الجزائري حتى ولو حالة قواعد الاسناد في هذا القانون لقانون اخر إذ يستلزم هنا استبعاد الاخذ بالإحالة وتطبيق القانون الجزائري مراعاتاً لإرادة الاطراف وقد اخذت بعض المعاهدات الدولية بهذا الحل فمعاهدة "لاهاي" المتعلقة بالبيع الدولية للمنقولات المادية سنة 1955 نصت صراحة في المادة 2 على استبعاد الاحالة وكذلك فعلت معاهدة "روما" لسنة 1980 متعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات في التعاقدية بحيث نصت المادة 5 على استبعاد الأخذ بالإحالة¹.

في قواعد التنازع فإن جل قواعد الإسناد تخضع للالتزامات التعاقدية إلى إرادة المتعاقدين، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني ونظراً لأن الاخذ بالإحالة في اعتداء على إرادة المتعاقدين التي قصدت إخضاع تصرفهما على قانون معين عند العودة إلى قواعد الاسناد بدلا من تطبيق الأحكام الموضوعية التي اتجهت إرادة الطرفين المتعاقدين إلى اختياره اعتداء على هذه الإرادة وتجاوزاً لها، وهذا ما يضعنا أمام نتائج غير منتظرة من طرف المتعاقدين بخلاف الحالة التي صار فيها إرادة الطرفين إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص لقانون معين فإن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يتطابق تماماً مع إرادة المتعاقدين وتطبيق الأحكام الموضوعية هو الذي يعارض إرادتهما في هذه الحالة « يستبعد أعمال الإحالة من مجال واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ففي هذه الالتزامات من المتعارف عليه أن القانون المطبق هو القانون المختار من جانب أطراف العقد وفقاً للمبدأ الشهير بمبدأ سلطان الإرادة le principe d'autonomie de la volonté فإذا قام أطراف العقد باختبار قانون دولة ما لحكم العقد فان القواعد الموضوعية في

¹ - جمال بن عصمان، محاضرة في مقياس القانون الدولي، السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية- تلمسان، سنة 2014/2015، ص 18-19. على الموقع: <http://www.sahla.dz.com> تاريخ الاطلاع: 25 فيفري 2024.

القانون المختار هي وحدها التي يجب على القاضي تطبيقها، و ليستند هذا إلى أنه لا معنى للسماح للإرادة والأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان هذا القانون لن يطبق بذاته و يطبق بدلا منه قانون آخر يحال عليه من قبل القانون المختار¹.

إذا الأخذ بالإحالة من شأنه التناقض والانتهاك بمبدأ حرية الأطراف في انتقاء القانون الواجب التطبيق على عقودهم الدولية، وقد يقضي الى إباحة قانون آخر غير القانون الذين اتفقوا عليه معرفة بأن قاعدة الإرادة عالمية مبرمة في كل الأنظمة القانونية ويسري هذا الاستثناء على الضابط الأساسي (القانون المختار) وعلى الضوابط الاستثنائية مثل قانون محل الإبرام والجنسية المشتركة والموطن المشترك ومكان الاجراء وقد اتخذت هذه القاعدة كل من فرنسا وانجلترا والاتحاد السوفياتي².

ولما كان رفض الإحالة مرجعه الرغبة في احترام إرادة المتعاقدين فقد كان طبيعيا أن يسلم هذا الاتجاه بإمكان الأخذ بالإحالة فيما لو تبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد أبدو رغبتهم الصريحة أو الضمنية في الإذعان لما تشير به قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الذي اختاروه لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، ولهذا السبب يتفق خصوم الإحالة أنفسهم مع هذا النظر اذا متى أبدى المتعاقدون رغبتهم في استشارة قواعد الاسناد التي يتضمنها القانون المختار، تعين الإذعان لرغبتهم هذا بوصفها ضابطا للإسناد في موارد الالتزامات التعاقدية³.

¹ - عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مكتب دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 1442هـ/2021م، ص119-120.

² - زروتي الطيب، مرجع سابق، ص 123.

³ - هشام صادق علي وحفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، د ن ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999، ص 116.

الفرع الثاني: استبعاد الإحالة في شكل التصرفات القانونية:

لما طبقت التشريعات قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون إبرامه فإنها طالبت بذلك ضمان لصحة هذا التصرف، من حيث الشكل إذا كان قد احترم قانون بلد الإبرام فلو فرضنا أن قانون الإسناد في هذا القانون تحيل الاختصاص لقانون آخر كأن يكون قانون موقع العقار كما هو الحال في القانون الدولي الخاص الإنجليزي وتوصلنا أن هذا القانون يبطل هذا التصرف فإن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يتعارض مع هدف قاعدة الإسناد إلزامية إلى ضمان سلامة التصرف كما أوضحنا ذلك وبذلك الفقهاء قالوا استبعاد الإحالة بالنسبة لشكل التصرفات القانونية لما يكون القانون المختص هو البلد الذي يتم فيه إبرامها¹.

"ويقوم الاستثناء على فكره مفادها أن استشارة قواعد الاسناد التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم في ترابها الوطني التصرف القانوني، وقبول الإحالة من قانون البلد الذي أبرم فيه التصرف إلى قانون آخر يشكل مساسا بقاعدة خضوع الشكل القانون بلد الإبرام وهو الأمر الذي قد يتسبب في الاضرار بمصلحة المتعاقدين الذين قد يجهلون قانون الدولة التي أبرم فيها العقد. وقد اخضع المشرع الجزائري شكل التصرفات القانونية لقانون المكان الذي تمت فيه و هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 19 من القانون المدني ومن ثم تستثني هذه الحالة من الأخذ بالإحالة"².

وقد رغب المشرع ضمان صحة شكل هذا التصرف إذا كان قد احترم قانون بلد الإبرام فإذا كانت قواعد اسناد قانون البلد الذي تم فيه التصرف يحيل الاختصاص لقانون آخر كما لو أحال لقانون موقع العقار وكان هذا الأخير يبطل شكل هذا التصرف فإن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يتعارض مع قاعدة الإسناد التي الغرض منها ضمان صحة التصرف باعتبار أن قاعدة اخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام فيه ضمان صحة هذا التصرف³.

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 121.

² - أمينة مقدس، "الإحالة في القانون الدولي الخاص" (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة القانون الجزائري والمقارن، العدد 2، المجلد

السادس، جامعة جيلالي لبياس، سيدي بلعباس، الجزائر، ديسمبر 2020، ص 239. على الموقع doatabl@gmail.com

تاريخ الاطلاع: 20 فيفري 2024.

³ - نفس المرجع، ص 240.

يسري العمل في التشريعات المقارنة على اخضاع شكل التصرف لقانون محل ابرامه وذلك بقصد التيسير على المتعاقدين، الذين يصعب عليهم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد فوق أن في اعمال هذا الحل احتراماً لتوقعات الاطراف وتسهيل ابرام العقود الدولية والسؤال: هل يمكن اللجوء للإحالة في مثل هذه الحالة؟ في تقديرنا أن الحل قد تباين من حالة لأخرى بحسب الغاية التي ترمي إليها قاعدة الاسناد فالرغبة في التيسير على المتعاقدين، يلزم أن توجه الحل الذي يجب اعتناقه وعليه إذا كان التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً للقواعد الموضوعية في محل الابرام فلا محل للأخذ بالإحالة، إذ أن الغاية من القاعدة قد تحققت على نحو ما اراده لها المشرع بوضع قاعدة الإسناد هذا أما إذا لم يتحقق الهدف الموجودة من القاعدة بأن كان التصرف باطلاً وفقاً للقواعد الموضوعية في قانون دولة ابرام التصرف وكانت قاعدة الاسناد في هذا القانون تحيل إلى قانون آخر (القانون الذي يحتم موضوع العلاقة أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين). يعتبر العلاقة صحيحة وفقاً لأحكامه الموضوعية سواء كان قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي فأن الأخذ بالإحالة عندئذ يكون أمراً مقبولاً وله ما يبرره، وهكذا تبدو الإحالة بوصفها طريقاً يساهم على أن تحقق الاسناد الوطنية هدفها في بعض فروض تبدو عاجزة فيها بلوغ هذا الهدف العزيز¹.

"ويجب أن نلاحظ هنا أن التحليل المتقدم يفترض أن محل ابرام التصرف بحكم شكل التصرف القانوني بوجه ضابط الاسناد الوحيد، وخصوصية هذا الوضع تختلف عن الفرض حيث تتضمن قاعدة الاسناد الخاصة بشكل التصرف أكثر من ضابط وهو ما نعرض له"².

ضف على ذلك مثالا الحكم الوارد في المادة 20 من القانون المدني المصري والذي بمقتضاه أخضع المشرع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد ابرامها، أو القانون الذي يطبق على أحكامها الموضوعية أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانون جنسيتها المشتركة، فيكفي أن يكون التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية وفقاً لأي من هذه القوانين التي حددها المشرع ولو كان باطلاً وفق للقوانين الأخرى، ومثل هذه القاعدة توضح بأنها قاعدة ذات طابع موضوعي ترمي إلى

¹ - محمد عبد العال عكاشة، "الإحالة في القانون الدولي الخاص الموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد"، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 224-225. على الموقع: WWW.NOOR-BOOK.COM تاريخ الاطلاع:

2024-02-12.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

تحقيق نتيجة معينة، وبعبارة أخرى المضمون الموضوعي هو أمر محل اعتبار تحت نظر واضع القاعدة سواء أكان المشرع أم القاضي، والسؤال الآن: هل ثمة محل للأخذ بالإحالة فيما لو تعلق الأمر بتطبيق قاعدة ذات طابع اختياري من النوع المتقدم؟¹

يتوضح لنا من الناحية العملية أن اللجوء للإحالة في مثل هذا الغرض قد لا يصف السبب في ذلك بسيط نحن بصدد قاعدة اختيارية تفتح مجالاً واسعاً أمام تطبيق أكثر من قانون ويكفي أن يكون التصرف صحيحاً وفقاً لأحداها، وكلما تعددت القوانين التي يرصدها المشرع والتي يكون التصرف صحيحاً إن وافق واحد منها ولو كان باطلاً بالنسبة لغيره، كانت الحاجة إلى الإحالة قليلة الأهمية والعكس صحيح عندما يقل عدد القوانين التي يخضعها القاضي بطريقة اختيارية ومع ذلك فإن الأساس النظري الذي تبنى عليه يجيز حتى في هذا الرفض - بالأخذ بالإحالة، وعلى ذلك فإنه يمكن الأخذ بالإحالة في رأينا مع تعذر الإحالة أخذاً أو رفضاً قد تصور المسألة عملاً - فينا لو كانت العلاقة باطلة وفقاً للقواعد الموضوعية في مختلف القوانين².

"بما أن المتعاقدين قد صباوا تصرفهم في الشكل الذي أوجبه قانون بلد الإبرام فلا ينبغي التثبيت بعد ذلك ببطلان التصرف بدعوى أنه لم ينجز الشكل الذي يتطلبه القانون الدولي الخاص في الدولة التي عقد فيها التصرف و أصل هذا الاستثناء أن استشارة قواعد التنازع التي يشتملها، قانون الدولة التي عقد فيها التصرف، وقبول الإحالة منها إلى قانون آخر، تقويت للاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل إلى بعد الانعقاد"³

في القانون الذي يفرض لشكل الأعمال القانونية، جرى تطور في موقف محاكمة التمييز الفرنسية: فبعد أن كان الاتجاه الفاصل هو في رفض الإحالة في مادة الشكل اتخذت المحكمة في قرارها تاريخ 15 حزيران سنة 1982 أنه في مادة الزواج، إن مبدأ اختصاص قانون مكان انعقاد

¹- محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص 224-225.

²- نفس المرجع، ص 226-227.

³- نفس المرجع، نفس الصفحة.

العقد في موضوع الشكل الزواج هو مبدأ آخر ومن المعقول قبول الإحالة طالما أنه لا مجال للأخذ بأي اعتبار للإرادة المتزوجين¹.

« فعلى سبيل المثال الهدف من قاعدة التنازع التخييرية المتعلقة بشكل التصرف هو التوصل إلى صحة التصرف من حيث الشكل، لذا فإن التصرف يعد صحيحاً إذا تم وفقاً للشكل المتبع في قانون بلد إبرام التصرف أو قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، فإذا اختار الأطراف احترام التصرف في الشكل المتبع في بلد الإبرام وكان قانون بلد الإبرام يحيل على قانون آخر وفقاً له يكون التصرف سليماً من حيث الشكل فإن قبول الإحالة هنا من شأنه تحقيق النتيجة التي قصد المشرع تحقيقها بوضعه لقاعدة التنازع ذات الغاية المادية»².

هذه القاعدة الاختيارية يبتغي منها ترجيح سلامة الأعمال القانونية التي تتعد في الخارج وهذا من شأنه استبعاد الإحالة إذا من أثرها بطلان هذه الأعمال ويرى الفقهاء أن أجل تبرير يدعو إلى الأخذ بالإحالة بهذا الاستثناء هو الاتقاء من تفويت الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الانعقاد وأهمها التسهيل بين الأطراف المتعاقدة³.

¹ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط1، دار العلوم العربية، بيروت- لبنان، 1414-1994، ص657.

² - أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين - تنازع الاختصاص القضائي"، آثار الأحكام الأجنبية، جامعة الحقوق، كلية القاهرة، 1443هـ-2021م، نقلاً عن يرى الأستاذ الفرنسي لاجارد في هذا الشأن أن: " le renvoi peut encore admis en présence d'une réglé de conflit a finalité, par exemple d'une réglé de conflit alternative, lorsque le résultat souhaite par le droit du for ne peut être atteint que par ce moyen » أنظر رأي الأستاذ لاجارد في كل من:

Travaux du comité français de droit international privé, 1980-1981, p131

Batifole et lagarle : droit international privé, op cit, p 508.

³ - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 656 نقلاً عن " لقد استقرت هذه القاعدة في معظم النظم القانونية وأمسّت عرفاً شائعاً لسلامة الاعتبارات التي تقوم عليها ولاتفاقها مع حاجة المعاملات الدولية الخاصة. ثم إن أسس القاعدة هو التسيير على ذوي الشأن الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون آخر غير قانون الدولة التي باسروا فيها التصرف: للمزيد أنظر: عبد الله سامي، الحلول الوضعية، المرجع السابق، ص 168.

«استثنى أنصار الإحالة أيضا شكل التصرفات القانونية ، كونها تخضع القاعدة عالمية و هي قانون مكان تحريرها (locus regie actun) وعليه لا يجوز بطلان التصرف إذا كان لا يتماشى وأحكام القانون المختص وفقا لقواعد الاسناد للدولة التي تم فيها ، ابرام التصرف لأن في ذلك مساسا لاعتبارات قاعدة خضوع الشكل القانون بلد الإبرام ، و مسعى المشرع من وراء نصه على هذه القاعدة¹».

عدم الآخذ بالإحالة في شكل التصرفات القانونية فقد تعاهدت عموم قوانين الدول على خضوع شكل التصرفات لقانون بلد الانعقاد وهذا لثبات المعاملات القانونية².

¹ - بشرى زلاسي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق، جامعة لونيبي علي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، البلدية 2، السنة جامعية 2019، 2018، ص105. على الموقع: www.heladilp.com تاريخ الاطلاع: 22 فيفري 2024.

² - عمر الحسين، محاضرات في القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين"، ملقاء لطلبة السنة الثالثة- حقوق- قسم القانون الخاص، السنة الجامعية 2020/2019. على الموقع: www.sahla.dz.com تاريخ الاطلاع: 21 فيفري 2024.

الفرع الثالث: استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية

اتجه البعض إلى استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية لأنها تؤدي إلى إخضاع الأجنبي الغير المسلم لأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي حتى لو أشارت قاعدة الاسناد الوطنية الاختصاص القانون الأجنبي وأرجع هذا الأخير الاختصاص لقانون القاضي - بمعنى إحالة من الدرجة الأولى فيجب على القاضي الوطني عدم قبول الرد إليه والفصل وفقا للقواعد المادية للقانون الأجنبي أي اعمال قاعدة الإسناد الأجنبية وترفض الإحالة احتراماً للمتقاضي الأجنبي وديانته، وينظر البعض أنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية إلا إذا كان قانون الأحوال الشخصية هو نفسه مستنبط من الشريعة الإسلامية، كما سبق القول أن المشرع لم يحدد نطاق الإحالة من الدرجة الأولى كما لم يستبعد أعمالها في مسائل الأحوال الشخصية وهو ما يثير إشكال في حال ما إذا طرح نزاع من هذا النوع بين أجنبي على القاضي الجزائري وأشارت قاعدة الاسناد لتطبيق قانون الأجنبي الذي يرد بدوره الاختصاص لقانون القاضي الجزائري الذي يستمد الأحكام القانونية التي تطبق على هذه النزاعات من الشريعة الإسلامية، غير أنه لا يطرح أيه إشكال بخصوص المنازعات المتعلقة بالزواج وفك الرابطة الروحية إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج حسب نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري¹.

" إن القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية هو قانون جنسية الشخص أو قانون محل إقامته، فإذا حصلت الإحالة من قانون جنسية الشخص إلى قانون القاضي باعتباره قانون محل إقامته (الإحالة من الدرجة الأولى) فإنه يمكن للباحث أن يقرر الاعتبارات معينة تفضيل تطبيق قانون محل الإقامة على قانون الجنسية وغالبا ما يكون قانون القاضي الناظر بالنزاع هو نفسه قانون محل الإقامة الأمر الذي يتوحد معه الاختصاصات التشريعي والقضائي، اضافة إلى أن القاضي يفضل تطبيق قانونه الوطني لأسباب متعددة فهو الأعم به ويدرك غايته ولكن

¹ - أمينة مقدس، مرجع سابق، ص 240.

تقتضي الإشارة إلى أن الاهتمام باعتبارات الفاعلية والواقعية من شأنه أن يدعونا إلى تغليب فكرة محل الإقامة متى اقتضت غاية قاعدة التنازع الأجنبية ذلك¹.

في هذه الحالة تتابع قاعدة التنازع الأجنبية الاختيار التي بدأتها قاعدة التنازع الوطنية في إطار من التنسيق، والرغبة في اختيار القانون الأنسب للعلاقة بناء على ذلك إذا عينت قاعدة التنازع الوطنية قانوناً اجنبياً بوصفه قانون الجنسية في خصوص مسألة الأهلية مثلاً، وكانت قاعدة التنازع في هذا القانون تشير إلى تطبيق قانون محل الإقامة نزولاً على اعتبارات مستمدة من فكرة الواقعية فقد يكون من الملائم إعمال الأحكام الموضوعية في هذا القانون سواء أكان هو قانون القاضي أم قانون آخر أجنبي أعطى الاختصاص الموضوعي لنفسه، أما إذا كان قانون محل الإقامة المحال إليه لا يقبل الاختصاص (الإحالة من الدرجة الثانية) وإحالته مرة أخرى إلى قانون الجنسية وهو ما يسمى بالإحالة في حاله رجوع إلى الوراثة، فلا مناص من تطبيق القانون الذي حددته من البداية قاعدة التنازع الوطنية².

بينما نجد أن مسائل الأحوال الشخصية تمثل مجال خصب يزدهر فيه عمل الإحالة ذلك لأن قواعد الإسناد تختلف بين الدول في تقرير القانون المختص فيها نجد القانون العراقي بحيث تقرر القواعد الإسناد في مجال الأحوال الشخصية الاختصاص لقانون الجنسية والقانون البريطاني تقرر قواعده قانون الموطن في أغلب مسائل الأحوال الشخصية³.

1- عبده جميل غضوب، مرجع سابق، ص 115.

2- نفس المرجع، ص 116.

3- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 53.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للإحالة

نجد الإحالة مصدرها في رفض القانون الاجنبي للاختصاص المخول له بمقتضى الاسناد في قانون القاضي لحكم النزاع، وقد اختلف الفقهاء في أساسها، فمنهم من حاول إيجاد أساس منطقي لها ومنهم من اعترف بأنه لا يوجد أساس سليم ومنطقي لها باعتبار أنه يمكن استبعادها. 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 سيطبق على النزاع والذي قد يكون قانونه (حالة عدم وجود إحالة) أو قانون القاضي (إحالة من الدرجة الأولى) أو قانونا أجنبيا آخر (إحالة من الدرجة الثانية)¹. فإذا كانت قاعده التنازع تحدد نطاق السيادة التشريعية الوطنية، ولا يقبل تدخل قانون أجنبي في هذا العمل فإن قبول الإحالة لا يتم رغما عن الإرادة، فهذا الأخير انما "يفوض" القانون الأجنبي في تحديد القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق عن طريق قواعد التنازع فيه ولا توجد صعوبة خاصة إذا ما تماثلت قواعد التنازع في القانون الأجنبي والقانون الوطني، أما إن اختلفت فإن مقتضى هذا التفويض أن تحل قواعد التنازع الأجنبية محل قواعد التنازع الوطنية، ويجب أن تحترم القاضي القواعد الأولى سواء أدت الإحالة إلى قانونه أو إلى قانون أجنبي آخر². حيث أنه إذا حددت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي قواعده الموضوعية لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي، فهذا يعني عدم الأخذ بالإحالة³.

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 111.

² - هشام صادق علي وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 449.

³ - عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 86.

يلاحظ أن أهم النقدين الذين وجها إلى نظرية الإحالة متعلقان بهذا الأساس:

النقد الأول: هو أن هناك تنازل عن السيادة لما يكون القانون الأجنبي هو المسؤول عن أمر توزيع الاختصاص التشريعي لأنه يؤدي إلى التوسيع في حدود اختصاص قانون القاضي.

والنقد الثاني: أنه يؤدي إلى حلقة مفرغة وذلك لما يكون كل قانون له علاقة بالنزاع يرفض الاختصاص المخول له ويحيله إلى قانون آخر¹.

وقد تم نقد هذه النظرية على أساس أنها ضعيفة، ففكرة التفويض خيال وليست حقيقة، حيث لم يثبت أن دولة قد فوضت غيرها في فض تنازع القوانين بشأن مسألة معينة، كذلك فهي تصدر قاعده التنازع الوطنية ذاتها فتلك القاعدة ليست قاعدة تفويض للاختصاص التشريعي، بل هي تختار قانونا معيناً لحكم المسألة محل النزاع، وهي في النهاية تؤدي إلى الدخول في حلقة مفرغة حيث يمكن القول أن قاعده التنازع في القانون الأجنبي المختص تفوض هي الأخرى قانون دوله القاضي أو قانون دوله أخرى في فض التنازع².

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 111.

² - هشام صادق علي وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 449.

الفرع الثاني: الإحالة حل احتياطي

يرى الفقيه الفرنسي " ليويور بيجونيير" أن أساس وظيفة قاعدة التنازع الوطنية هو "عرض الاختصاص" على قانون أجنبي معين، دون أن تلزمه عليه وهذا يعني أنه إذا رفضت ذلك القانون الاختصاص المعروض فلا يسوع 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 إسناد احتياطية تسند المسألة المعروضة، لا إلى قانون أجنبي آخر، بل إلى قانون القاضي ذاته¹.

فعند هذه القضية لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي وجب تعيين قانون آخر هو الواجب التطبيق، وقانون القاضي هو الذي يقوم بالتعيين لأن القاضي الوطني لا يمكن أن يتبع إلا نظامه القانوني المتعلق بحل تنازع القوانين حيث يمكن للقاضي أن يعين هذا القانون لأنه يوجد في قانون القاضي إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية قاعده إسناد احتياطية، هذه قد تعقد الاختصاص لقانون القاضي وقد تعقد لقانون آخر².

مثلا: لو تعلق الأمر بأهليته انجليزي متوطن في فرنسا فإن قاعدة الإسناد الفرنسية تعقد الاختصاص للقانون الإنجليزي باعتباره قانونه الوطني (قانون جنسيته) لكن أن هذا الأخير يرفض هذا الاختصاص لكونه يسند الأهلية لقانون الموطن تعين على القاضي الفرنسي التوقف عند هذا الرفض والرجوع إلى قانونه من جديد عن القانون الذي سيطبقه، وكلما كان يوجد إلى جانب قاعده الإسناد الأصلية التي عينت له القانون الإنجليزي قاعدة إسناد

¹ - عبد الكريم أحمد سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، ص 437.

² - أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 112-113.

احتياطية تعين الرجوع إليه وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه والذي قد يكون القانون الفرنسي باعتباره موطن هذا الانجليزي¹.

وأهم نقد وجه إلى هذه النظرية هو أن ما تقول به من وجود قاعدة إسناد احتياطية إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية هو من باب التخيل والوهم لا حقيقة، فلا يوجد ما يدل على أن المشرع قد وضع إلى جانب كل قاعدة من قواعد الإسناد الأصلية قاعده إسناد احتياطية². كذلك تفرض تماثل حل تنازع القوانين أو الإسناد من قانون القاضي والقانون الأجنبي المرشح تطبيقه على المسألة المعروضة وهذا ضرب من الخيال بالنظر إلى الطابع الوضعي الداخلي لقواعد التنازع، وبالتالي اختلاف مضمونها بين الدول أضف إلى ذلك أن السير في ركاب تلك النظرية يؤدي إلى الاعتراف بالطابع الانفرادي لقواعد التنازع طالما قلنا أنها سوف تختار إلا قانون القاضي. أضف أنه لم يتم التوضيح عن كيفية البحث عن قواعد الاسناد الاحتياطية الى قانون القاضي³.

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 112-113.

² - هشام صادق علي وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 450.

³ - بختة زيدون، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة "أبو بكر بلقايد" لكلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010-2011، ص88. على الموقع:

www.elmizaine.com تاريخ الاطلاع: 21 فيفري 2024.

الفرع الثالث: تبرير الإحالة على أساس فكرة إقليمية

نقطة الانطلاق بالنسبة للفقهاء نيبوبال صاحب هذه النظرية هي نفسها نقطة انطلاق الفقيه بيجونير، فكلاهما ينطلق من فكرة رفض القانون الأجنبي الاختصاص بمقتضى قواعد الإسناد في قانون القاضي، لكن الأستاذ بنوايه لا يذهب إلى القول بوجود قاعدة اسناد احتياطية كما يقول بذلك الفقيه الآخر، وإنما يقول بأنه في حالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له يبقى حينئذ النزاع بدون قانون يحكمه، ولما كان الأصل في القوانين عند هذا الفقيه هو الإقليمية وأن تطبيق القانون الأجنبي ليس إلا من باب الاستثناء، تعين تطبيق قانون القاضي على النزاع هذه النظرية تجعل العودة دائماً إلى قانون القاضي ما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المعقود له¹.

بذلك حاول الأستاذ (Niboyet) أن يلتمس للحلول القضائية في فرنسا أساساً قانونياً سليماً للنزاع التي انتهى إليها القضاء الفرنسي منذ قضيه (فورغو) ونقطة البداية لدى هذا الفقيه هي أن قاعدة الإسناد في قانون القاضي تعرض الاختصاص على القانون الأجنبي، فإن رفض الاختصاص تعين على القاضي الوطني أن يطبق قانونه نزولاً على حكم الأصل العام، وهو الإقليمية القوانين².

مثال: أن تعطي قاعدة الإسناد قانون القاضي بخضوع التصرف لقانون مكان الإبرام أو محل الإبرام، بالتالي ما كانت قاعده الإسناد تقوم على ضابط مكاني أو إقليمي، بالتالي متى أمكن التوصل إلى هذه القواعد من خلال أعمال قاعده الإسناد الوطنية في دولة القاضي ليس هناك حاجة إلى الرجوع لفكرة التعويض في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي، إضافة أن ضوابط الإسناد المكانية لها قدرة على تركيز العلاقة في دولة متعددة الشرائع، بذلك يمكن للقاضي ربط العلاقة بصورة مباشرة بإحدى الشرائع الداخلية في

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 114-115.

² - حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 155.

الدولة ذات النظام المركب دون الحاجة إلى الذهاب إلى فكرة التفويض لقواعد الإسناد الداخلية للدولة الأجنبية¹.

فالأصل في القانون هو الإقليمية، فالقانون الأجنبي إذا رفض حكم علاقة معينة أسندها له المشرع الوطني تصبح "علاقة بلا وطن"، ومن ثم يجب أن تخضع السيادة الإقليمية للقانون الوطني تطبيقاً للقاعدة الأصلية فهي إقليمية القوانين².

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس مبالغتها في عقد الاختصاص لقانون القاضي لما يرفض القانون الأجنبي الاختصاص المخول له على الرغم من أنه قد يكون النزاع المطروح لا يرتبط بقانون القاضي إلا برباط ضعيف هو رباط الاختصاص القضائي، فلو يتعلق الأمر بأهلية إنجليزي متوطن في الدنمارك، فمن غير المقبول أن نطبق عليه القانون الجزائري على أساس أن القانون الانجليزي صاحب الاختصاص أبدى رفضه له، أن القانون الدنماركي هو قانون موطنه فهو أقرب إلى النزاع، إضافة هذه النظرية تقف حجرة عثرة الجهود المبذولة من أجل توحيد الحلول³.

لا يمكن القول العلاقة أصبحت بلا وطن لمجرد أن القانون الأجنبي الذي عينته قواعد الإسناد الوطنية رفض الاختصاص، فهذه العبارة تصبح صحيحة إذا رفضت كافة التشريعات حكم العلاقة⁴. فالقول بأن العلاقة تصبح بلا وطن بمجرد تخلي القانون الأجنبي باختصاصه، قول لا يستقيم لأن ذلك لا يتحقق إلا إذا تخلت التشريعات عن حكمها⁵.

¹ - حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص، ط1، دار مجدولاي، عمان، 1993، ص85.

² - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص157.

³ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 114-115.

⁴ - هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الازارطية، الاسكندرية، سنة 2005، ص 101.

⁵ - حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 166.

فوق ذلك فإن إعمال قانون القاضي، أمر قد يتعارض مع وظيفة قاعدة الاسناد إذ قد لا يكون هو القانون الملائم لحكم العلاقة القانونية، قد ينطبق حتى ولو كانت تربطه بالعلاقة موضوع المنازعة، رابطة ضعيفة لمجرد أن القاضي الوطني هو المختص¹.

¹ - محمد عبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص 175.

الفرع الرابع: تبرير الإحالة استنادا إلى فكره التنسيق بين قواعد الإسناد

يحاول الأستاذ "باتيغول" صاحب هذه النظرية تبرير الإحالة استنادا إلى فكره التنسيق بين قواعد التنازع الفرنسية وقواعد التنازع الأجنبية، فالعلاقات القانونية التي تخضع للقانون الدولي الخاص مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر، وهذه الوضعية تلزم المشرع لما يضع قاعدة التنازع في قانونه أن يسعى إلى تحقيق التنسيق بينهما وبين قاعدة التنازع الأجنبية، وبذلك ينبغي الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وتطبيق القانون الذي تشير اختصاصه، ولا يجب أن تعتبر الرجوع إلى قاعدة التنازع الأجنبية وتطبيق ما يقضي به تركا لقاعدة الإسناد الوطنية وامتنالا لأوامر المشرع الأجنبي¹.

مثال 1: ففي دعوة تطليق بين زوج تركي وزوجة فرنسية متوطنين في مصر، مرفوعة أمام القضاء الفرنسي، يكون هو القانون المصري، قانون الموطن المشترك الزوجين حسب قاعدة التنازع الفرنسية، غير أن القانون المصري يرفض الاختصاص ويحيله إلى القانون التركي، قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوة حسب قاعدة التنازع المصرية، فهنا تؤدي الإحالة إلى التنسيق بين قواعد التنازع في كل من فرنسا ومصر وتركيا².

مثال 2: ساق الفقيه الفرنسي "Raape" سنة 1931: سويسري متوطن بروسيا تزوج من ابنة أخيه السويسرية، قاعدتا الإسناد السويسرية والروسية تخضع الشروط الموضوعية للزواج إلى قانون الموطن، ومن هذا المنطلق يعد الزواج صحيحا حسب القانون الروسي، فلو أن نزاعا وقع يتعلق بصحة الشروط الموضوعية لهذا الزواج أمام قاضي ألماني، ولو أن هذا الأخير لم يأخذ بالإحالة وطبق قاعدة الإسناد في قانونه التي تشير بتطبيق قانون الجنسية أي السويسري في هذه الحالة، وبذلك سيتعين إبطال ذلك الزواج بالرغم من صحته بالنظر إلى قواعد الإسناد السويسرية والروسية³. ولا يعني كما يعتقد خصوم الإحالة أن قانون

¹ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 115.

² - هشام صادق علي وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 451.

³ - عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 91.

الوطني قد فض يده من حل مسألة التنازع تاركاً أمرها لإرادة المشرع الأجنبي، ذلك أن إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية لا يتم عفواً وإنما هو يتم 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 تعبيراً عن إرادته، بل إنها ضرورة يفرضها التنسيق اللازم بين النظم المتنازعة لحكم المسألة المعروضة¹.

ومع ذلك فإن كل من النظريتين (نظرية باتيفور و ليريور بيجونيير) تخلت عن الأخرى في المنهج الذي اتبعته للتوصل إلى فكرة التوفيق بين النظم، فالرجوع إلى قانون القاضي يتم -وفقاً لنظرية الإسناد " باتيفور" - بناءً على استشارة قاعدة التنازع الأجنبية في الدولة التي رفضت الاختصاص المفروض عليها، أما تطبيق قانون القاضي وفقاً لفقهاء الأستاذ " ليريور بيجونيير " فهو يستمد أساسه من قاعدة الإسناد الاحتياطية في دولة القاضي نفسه².

فلو تعلق الأمر بالأحوال الشخصية لإنجليزي متوطن في فرنسا، فقواعد الإسناد الفرنسية تشير باختصاص القانون الإنجليزي، لكن هذا القانون يرفض الاختصاص المعمول به ويعقد الاختصاص لقانون الموطن وهو في هذا الغرض القانون الفرنسي، فإذا أخذنا بفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد إلى القانون الفرنسي، ونتوقف عندها، فنطبق بذلك القواعد الموضوعية في القانون الفرنسي، في حين أن قواعد الإسناد في هذا الأخير ترفض اختصاصات القانون الفرنسي³.

¹ - حفيفة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 137.

² - نفس المرجع، ص 138.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة

خلاصة الفصل الأول:

كانت مجمل دراساتنا في الفصل الأول تدور حول ماهية الإحالة في المبحث الأول حيث تطرقنا إلى اعطاء تعريف للإحالة وبيننا أنواعها في المطلب الأول حيث أن الإحالة رفض قواعد الاسناد الخاصة بالقاضي الاختصاص وتحويله الى قانون دولة أخرى وبذلك تنشأ نوعين من الإحالة، إحالة من الدرجة الأولى والتي يرد فيها الاختصاص الى قانون القاضي عندما تحدث الإحالة، وإحالة من الدرجة الثانية يتم فيها رد الاختصاص إلى قانون دولة ثالثة غير قانون دولة القاضي.

كذلك قمنا بدراسة ظهور الإحالة في المطلب الثاني وتم التوصل الى نتيجة ان ظهورها كان من خلال قضيه فورغو.

إضافة إلى ذلك قمنا بدراسة نطاق الأخذ بالإحالة في المبحث الثاني، تناولنا في المطلب الأول الاستثناءات الواردة من الإحالة حيث يتم استبعاد الإحالة في مسائل الالتزامات التعاقدية وبذلك يكون جوهر هذه القاعدة هو إرادة المتعاقدين واستبعادها في شكل التصرفات القانونية واستبعادها في مسائل الأحوال الشخصية لأنها تؤدي إلى إخضاع الأجنبي لأحكام الشريعة الإسلامية، وفي المطلب الأول تناولنا دراسة الأساس القانوني للإحالة وقد اختلف الفقهاء في أساسها فمنهم من قال «أنه لا يوجد أساس سليم ومنطقي لها وحجب استبعادها» ومنهم من حاول ايجاد أساس منطقي له.

الفصل الثاني:

الإحالة بين آراء الفقهاء

وموقف التشريعات

الفصل الثاني: الإحالة بين آراء الفقهاء وموقف التشريعات

بعد صدور الحكم لمحكمة النقض الفرنسية حول قضية "فورغو" والتي اقرت باعتبار أن التركة شاغرة وحكمت بأيلولة التركة إلى الدولة بمالها بالاستلاء على سيادة على الأموال التي لا مالك لها والإدارة عند نقض حكم محكمة استئناف بوردو والتي حكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون "البافاري" يخضع أيلولة التركة لقانون محل إقامة المتوفى وهو القانون الفرنسي الذي لا يعترف للحواشي الطبيعيين بالإرث إلا إذا كانوا من إخوان أو أخوات المتوفى. وقد تبنت المحاكم الفرنسية هذه النظرية في قضايا أخرى مما ترتب عليه انقسام الفقه إلى فريقين منهم من ناصر نظرية الإحالة ومنهم من عارضها ولكل من الفريقين أدلته وحججه¹. أما بالنسبة للموقف التشريعي هناك من التشريعات من أخذت بحكم محكمة النقد الفرنسية، التي تأخذ بالإحالة في حين رفضت بعض التشريعات الأخذ بالإحالة في مسائل الأحوال الشخصية. وبذلك قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول موقف الفقه من الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية والمبحث الثاني تناولنا فيه دراسة الموقف التشريعي من الإحالة في الأحوال الشخصية.

¹ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 73.

المبحث الأول: موقف الفقه من الإحالة

رغم قبول الإحالة بعد قضية "فورغو" في التشريعات والقضاء، استمر النقاش حولها وانقسم الفقهاء في ذلك إلى أنصار وخصوم، ففي الوقت التي برز فيه فقهاء يدافعون عن فكرة الإحالة ويطلبون تعميمها على كافة المسائل القانونية ويبرزونها بالأدلة والقوانين، برزت جماعة أخرى ترفضها وترفض آراء أنصارها بالأدلة باعتبارها تؤدي إلى تعقيد العلاقات القانونية: لذا خصصنا المطلب الأول إلى الرأي المؤيد للإحالة وحجته والمطلب الثاني الرأي الرفض للإحالة وحجته.

المطلب الأول: الرأي المؤيد للإحالة

لقد أثارت نظرية الإحالة جدلاً فقهيًا كبيراً، وأحدثت انقساماً بينهم وذلك بين مؤيد ومعارض وقد استدل كل موقف بمجموعة من الحجج والأدلة والبراهين التي تؤكد صحة موقفهم يذهب هذا الاتجاه إلى مناصرة الإحالة ويدافع هذا الاتجاه عن وجهة نظره من خلال عدة مبررات تتمثل: إن إسناد قاضي النزاع الاختصاص في علاقة ما إلى قانون دولة معينة يوصف بأنه عرض الاختصاص على القانون الأخير وله أن يقبل بهذا العرض كما له أن يرفضه، وفي حالة رفض الاختصاص لحساب قانون قاضي النزاع فعليه أن يطبق القانون الذي أحيل إليه الاختصاص¹. وكذلك إذا رجع الاختصاص إلى قانون القاضي فعلى الأخير تطبيق قانونه، كما يجب على القاضي أن لا يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي المسند له الاختصاص أكثر من تمسك الأخير بتطبيق نفسه فضلاً عن ذلك أن عودة الاختصاص لقانون القاضي فيه توسيع لنطاق تطبيق الأخير، وهذا يصب في مصلحة قانون القاضي، كما أن إصدار القاضي حكماً وفق للقانون المحل إليه الاختصاص (قانونه أو قانون آخر) يعطي للحكم القيمة العملية في التنفيذ². وبذلك يؤدي الأخذ بنظرية الإحالة إلى توسيع اختصاص قانون القاضي الذي يجب ألا يكون

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2012، ص 54-55.

² - نفس المرجع، ص 55.

متمسكا بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من مشروع القاضي الأجنبي نفسه الذي تخلى عن هذا الاختصاص و أولى الثقة إلى قانون آخر¹، ومادام القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد في قانون القاضي يرفض الاختصاص لنفسه ويعطيه لقانون آخر فما عليه إلا قبول الإحالة لتدرك عدم وجود مختص لحكم العلاقة².

الإحالة وسيلة لتوحيد الحلول فمثلا تعلق الأمر بأهلية انجليزي متوطن بالجزائر فقواعد الإسناد الجزائرية تقضي باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانونه الوطني وقواعد الاسناد في القانون الانجليزي تقضي باختصاص القانون الجزائري باعتباره قانون موطنه³.

في حالة الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها وفقا لقواعد إسناد قانون القاضي لأن هذا الحكم يكون قد طبق لما يكون القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي هو قانون البلد الذي تنفذ فيه تعدد الشرائع تعددا شخصيا كما هو الحال في و.م.أ وتتعدد فيها تعددا شخصيا كما هو الحال في بعض دول الشرق الأوسط⁴.

إن في الأخذ بالإحالة احترام لقواعد الإسناد في قانون القاضي، فهي لم تفرق بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، ولذلك فإنه يجب الرجوع إلى القانون الأجنبي مما يتعين لما تقتضي به قواعد إسناده، والاخذ بخلاف ذلك فيه إهدار لقواعد الإسناد الوطنية⁵.

في حالة الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي لأن هذا الحكم يكون قد طبق -في حالة أخذه بالإحالة- القانون الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي⁶.

¹ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 73.

² - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 73.

³ - إيناس محمد البهجي و يوسف المصري، القانون الدولي الخاص، ط1، المركز القانوني للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 18.

⁴ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁵ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 103.

⁶ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

من غير المعقول إرغام القانون الأجنبي عن الاختصاص رغم أنه، مما في ذلك من مماس لسيادة الدولة الأجنبية التي يقدم قانونها عن التطبيق إذ كيف يعقل أن تطبق القراء والموضوعية في القانون الأجنبي، مع أن قواعد التنازع فيه تتخلى عن الاختصاص لصالح قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر ولتقادي هذه المعاملة غير المنطقية يستحسن الأخذ بالإحالة المقررة في القانون الأجنبي¹.

عندما تعطى قواعد الاسناد في قانون القاضي الاختصاص في النزاع المشوب بعنصر أجنبي لقانون أجنبي معين ويعين هذا القانون المختص حل النزاع إلى قانون القاضي من جديد، فإن الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون زائد ما دام لا يقبل الاختصاص لنفسه في النزاع، ويجب قبول الإحالة في هذه الحالة وعدم التشدد في ذلك حتى لا تظهر حالة انعدام قانون شخص².

لا يمكن اعطاء اختصاص لقانون يرفضه، فإذا كان هذا القانون يتخلى عن اختصاصه لقانون آخر سواء كان قانون القاضي أو قانون آخر غيره يحكم قواعد التنازع فلا يجوز إجباره على اختصاص لا يقبله لنفسه³.

كل دولة تتكون من قواعد الاسناد وقواعد الموضوعية فإذا أسند قاضي النزاع الاختصاص في علاقة لقانون ما فإن هذا الإسناد يكون إجمالي لحساب القانون المسند إليه الاختصاص لقواعده بنوعيتها، وعلى القاضي النزاع أن يستشير قواعد الإسناد فإذا قبلت الاختصاص طبق القانون وإذا رفضها لحساب قانون القاضي فعلى القاضي أن يأخذ بما أحال به القانون المسند له الاختصاص⁴.

¹ - الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 117.

² - غالب علي داودي وحسن محمد الهداوي، مرجع سابق، ص 81.

³ - مسعود حسين مسعود و مصباح عبد الله حواس، مرجع سابق، ص 11.

⁴ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص 56.

ومن ثم فإن تحديد قواعد الإسناد الوطنية للقانون الأجنبي المختص بشأن علاقة قانونية معينة لا يعني بالضرورة نسب الاختصاص الفعلي للقانون الأجنبي بل لأنها تفرض اختصاصا يمكن رفضه من قبل مشرع الدولة التي تعرض الاختصاص على قانونها وذلك لأنه هو الذي يحدد سيادة ونطاق تطبيق قانونه¹.

كل دولة لها الحرية في تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي يراها مناسبة، وإذا قضت بتطبيقه فعليها أن تطبقه ككل لا يتجزأ، وهو الأمر الذي يؤدي بالرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية إذ من غير المقبول أن تطبق قانون دولة في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه وفقا لما تقضي به قواعد النزاع².

وتسند أنصار الإحالة كذلك أن رفض الإحالة يؤدي إلى تجريد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته العملية، وذلك أن الدولة الأجنبية التي طبقت قانونها خلافا لما تقضي به قواعد الإسناد فيها، سوف ترفض تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى لصدوره وفقا لقانون غير مختص في نظرها³.

القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجب أن يكون وحدة لا تقبل التجزئة أي إلى الإسناد الإجمالي، وكل دولة حرة في تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال التي تراها مناسبة وأن تطبقه ككل لا يتجزأ، الأمر الذي يقضي بالرجوع إلى قواعد الإسناد الأجنبية و الإدعان لما تشير به⁴. كذلك بنظر الفقه المناصر للإحالة إلى القول بأن قبول الإحالة يتماشى مع المبادئ العامة السائدة في إطار القانون الدولي الخاص والتي تغلب على النزعة الوطنية بشأن حل تنازع القوانين، فبقبول الإحالة سواء من الدرجة الأولى أو الثانية، إلا مجرد تعبير عن تلك النزعة

¹ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 74.

² - هشام صادق علي وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 100.

³ - نفس المرجع، ص 101.

⁴ - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 645-646.

الوطنية وتأكيدا لها، حيث يقوم القاضي بأعمال قواعد قانون القاضي الذي يعرفه أكثر من غيره¹.

وأنه من غير المقبول أن تطبق قواعد دولة في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه وفقا لما تقضي به قواعده الخاصة بالتنازع، وعدم التشدد أكثر من تشدد القانون الأجنبي ذاته، وبناء على ذلك يجب على القاضي احترام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وعدم تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه².

ويستند أنصار الإحالة كذلك على حجة ذات طابع عملي مفادها أن رفض الإحالة سوف يؤدي إلى تجريد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته العملية، ذلك أن الدولة الأجنبية التي طبقت المحكمة قانونها خلافا لما تقضي به قواعد الإسناد فيها سوف ترفض تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى لصدوره وفقا لقانون غير محض في نظرها³.

لا يمكن إعطاء الاختصاص لقانون يرفضه، فإذا كان هذا القانون يتخلى عن اختصاصه لقانون آخر سواء كان قانون القاضي أو قانون آخر غيره يحكم قواعد التنازع فلا يجوز إجباره على اختصاص لا يقبله لنفسه، عدم قبول الإحالة يؤدي إلى صعوبة وتعسر في اختيار قانون إقليمي من بين القوانين المتواجدة لحكم النزاع فإن للإحالة مهمة جوهرية بإبقاء الوطنيين خاضعين إلى قانونهم الشخصي⁴.

عندما تشير قاعدة التنازع الوطنية بتطبيق قانون دولة ما فإن ما يطبق من هذا القانون هو قواعد التنازع وليس قواعده الموضوعية، وبالتالي من شأن قبول الإحالة زيادة في فرص تطبيق القانون الوطني للقاضي فإذا كانت قاعدة التنازع المصرية تشير بتطبيق القانون الانجليزي فإن

¹ - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 154.

² - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 646.

³ - هشام صادق علي وحفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 102.

⁴ - سامي بديع منصور، مرجع سابق، ص 650.

إحالة هذا الأخير إلى القانون المصري يعد أمراً جيداً وقد أخذت بهذه الحجة محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 9 / مارس / 1910¹.

المطلب الثاني: الرأي المعارض للإحالة

يعارض البعض نظرية الإحالة ويرد على الاتجاه المؤيد لها بمبررات وحجج تتمثل في:
1- يقول معارضوا الإحالة ينبغي اعتبار قانون القاضي هو كذلك كلاً لا يتجزأ مما يتعين الرجوع إلى قواعد إسناده من جديد بعد الإحالة من القانون الأجنبي إليه، وبذلك يبقى كل من القوانين يحيان على بعضهما البعض مما توقعنا في تسلسل ودور لا نهاية له، ولتجنب ذلك ينبغي عدم الأخذ بالإحالة إطلاقاً وبتطبيق القواعد الموضوعية الداخلية دون قواعد إسناده².
فالأخذ بالإحالة يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة، فقواعد الإسناد الأجنبية قد أحيانا إلى قانون القاضي (درجة أولى) أو قانون أجنبي آخر (درجة ثانية أو حتى لا متناهية)³.

2- لا يصح القول أن القانون الأجنبي وحده لا يتجزأ، فهناك فرق بين قواعد الإسناد فيه والقواعد الموضوعية، مهمة الأولى تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع (قد يكون وطنياً أو أجنبياً)، والثانية حل النزاع مباشرة وبالتالي تطبيق قاعدة التنازع الدولية ما يستلزم اختصاصها القضاء الدولي وأن يرفع النزاع أمام محكمتها وبالتالي القاضي يطبق قاعدة إسناد دولته فقط⁴.
3- إن قاعدة التنازع التي تحدد القانون الواجب التطبيق هي تلك الموجودة في القانون الداخلي وليس تلك الموجودة في قانون أجنبي والمشعر الوطني يضع قواعد حل تنازع القوانين بنفسه لا بواسطة مشعر دولة أخرى، ومن ثم عندما عينت قواعد الإسناد في قانون القاضي القانون الأجنبي لحكم النزاع فهي لم تقصد قواعد تنازع القوانين بل تقصد قواعده الداخلية، فبمجرد

¹ - عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 112-113.

² - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 101.

³ - عبد الرزاق دريال، مرجع سابق، ص 97.

⁴ - محمد وليد المصري، مرجع سابق، ص 94.

قيام قواعد الإسناد في قانون القاضي بتحديد القانون الأجنبي تكون مشكلة التنازع بين قانون القاضي والقانون الأجنبي قد حلت¹.

4- تطبيق قواعد التنازع الأجنبية قد يؤدي إلى عكس فكرة العدالة كما يفهمها المقنن الوطني، لما قد يهدد الاعتبارات المشار إليها².

كذلك من حججهم أن توحيد الحلول لا يتحقق إلا إذا أخذ فريق دون آخر بالإحالة إذ لا يتحقق إلا إذا أخذ الكل بالإحالة وحجتهم في ذلك فلو أن كل من المشرع الجزائري والإنجليزي يأخذ بالإحالة مثلا وتعلق الأمر بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر وعرض النزاع على القاضي الجزائري فإنه سيطبق عليه قانونه لأن القانون الانجليزي الذي هو المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي سيحيل الاختصاص إلى هذا الأخير³.

إن الإحالة تؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد ومنع تطبيقها، حيث أن عندما يشير المشرع إلى تطبيق قانون أجنبي فإن ما يقرره تنظيم مباشرة العلاقة موضوع البحث تكون طبقا للقانون المذكور، ولكن إذا طبقت قاعدة الإسناد في التشريع الأجنبي فإنها تشير بدورها إلى قانون آخر ينظم العلاقة وهذا يؤدي إلى اهدار قاعدة الإسناد ومنع تطبيقها، ولذا يقال الإحالة تهدم نفسها بنفسها⁴.

وبذلك على القاضي أن يستمد السلطة من قاعدة التنازع الوطنية لا الأجنبية، فلا مبرر للأخذ بالإحالة المبنية على ما تقرره قواعد التنازع الأجنبية، والقاضي عند تطبيقها فهو يخالف أوامر مشرعه الوطني ويخضع لأوامر مشرع أجنبي وهذا لا يصح⁵، فالقاضي الوطني يلتزم بتطبيق قاعدة التنازع الوطنية وليس قاعدة التنازع الأجنبية⁶.

¹ - مسعود حسين مسعود ومصباح عبد الله حواس، مرجع سابق، ص 11.

² - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 445.

³ - ايناس محمد البهجي ويوسف المصري، مرجع سابق، ص 19.

⁴ - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 648 - 649.

⁵ - عبده جميل غضوب، مرجع سابق، ص 92.

⁶ - عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 111.

انعدام وجود سلطة عليا تتولى توزيع ولاية القضاء بين محاكم الدول المختلفة على خلاف الوضع في مجال القانون الداخلي¹.

كذلك استند على حجة أخرى مفادها أنه لا سبيل لتبرير الأخذ بالإحالة إذ من خلال فكرة المجاملة الدولية، والتي مفادها أنه من غير الملائم حفاظا على توطيد التعاون بين الدول، تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي المختص دون استشارة قواعد التنازع القوانين منه، هذه الأخيرة ترسم نطاق الأولى وأن القاضي يسعى إلى تطبيق القواعد الموضوعية التي يراها أكثر ملائمة لطبيعة النزاع وتحقيق العدالة².

إن الأخذ بالإحالة من شأنه المساس بالسيادة، لأن المشرع عندما يضع قواعد الإسناد يرسم حدود سيادة القانون الوطني، كذلك الأخذ بالإحالة يؤدي إلى الإجحاف ببعض الحقوق، كذلك بأن تطبق عليهم قواعد لا يخضعون لها في قوانينهم. مثلا: الحجر بسبب السفه على انجليزي متوطن في فرنسا، فإن أخذ القاضي الفرنسي بالإحالة يصل إلى تطبيق قرار الحجر، بينما لو لم يأخذ بالإحالة وطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي فإنه سيرفض تطبيق الحجر لأن القانون الإنجليزي لا يعرف نظام الحجر بالسفه³.

كذلك من حججهم الدعوة إلى التمسك بوحدة أحكام القانون الأجنبي وعدم تجزئته والمطالبة بالأخذ بقواعد الإسناد للقانون الأجنبي المنوه عنه، فهو يلزمنا الأخذ بقواعد القانون الوطني دون تجزئة بتطبيق القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد مما يؤدي إلى الوقوع في متاهة وضياع ولا يتوصل القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، مما يؤدي إلى فقدان أصحاب العلاقة للاطمئنان إلى خضوع علاقتهم لقانون معين⁴.

¹ - هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 58.

² - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 156.

³ - أحمد الفضلي، مرجع سابق، ص 74-85. نقلا عن سالم الرحيمة المرجع السابق ص 156.

⁴ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 76.

يستمد القاضي سلطته من قانونه الوطني مدام القانون الأجنبي الصادر من مشرع آخر ولذلك لا يستلزم الأخذ بالإحالة التي تقررها قواعد الإسناد للقانون الأجنبي، لأنه قد يكون خالف أوامر قانونه وخضع لأوامر القانون الأجنبي¹.

إن الأخذ بالإحالة ينجر عنه الإجحاف بحقوق الأفراد وتطبق عليهم نظم قانونية ليسوا خاضعين لها أصلا وغير مقررة في بلدهم².

وأما ما قاله أنصار الإحالة أن في الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم الأجنبي في الدولة المختص قانونها وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، فقد رد على فرائض الإحالة بأن هذه الحجة تفرض أن الحكم الأجنبي يتم تنفيذه حتما في الدولة المختص قانونها بحكم النزاع وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي، فضلا أن هذه الحجة نفترض بأن الدول تشتترط في تنفيذ كل الحكم أجنبي أن يكون صادر وفق ما تقتضي به قواعد الإسناد في قانونه³.

ثم إن الدول التي أخذت بالإحالة لم يكن ذلك منها قناعة في صلاحيتها بل لأنها فيها فرصة لتطبيق القانون الوطني (إحالة مزدوجة أولى) دون القانون الأجنبي⁴.

يضاف إلى ذلك أن المشرع الوطني وهو يتحى جانبا بالنسبة القانون الوطني بالنسبة لعلاقة معينة ويسند حكمها إلى القانون الأجنبي، يقصد القواعد الموضوعية في هذا القانون الأخير دون قواعد الإسناد فيه، مفاضلة بين قواعد الموضوعية في كل من القوانين الوطني والأجنبي⁵.

¹ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 76 نقلا عن حامد سلطان مجلة القانون والاقتصاد 18 يونيو 1948 في العوامل التي تعترض قانون الميراث.

² - الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 119.

³ - بلقاسم أعراب، مرجع سابق، ص 102.

⁴ - عبد الرزاق دربال، مرجع سابق، ص 98. نقلا عن الهداوي ص 77.

⁵ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 153.

ويضيف خصوم الإحالة أن قبول المبدأ يحمل بين جنباته إفتئنا على سيادة الدولة المشار أمامها الدفع حل أن بعض الفقهاء المصريين ينهى عند صياغته لهذه الحجة إلى حد القول بأن قبول الدفع هذا « يتعارض مع مبدأ استقلال الدول»¹.

يقولون كذلك أن السبب من تقديره في القانون الداخلي لا تتوافر في إطار العلاقات الخاصة الدولية خاصة وأنه لا محل للقول بوجود تجنب التناقض بين الأحكام لأن الحكم الصادر في نفس الخصوصية يتراجع أمام الحكم الصادر من المحاكم المصرية أو ليس في مقدوره أن يمس الحكم الصادر من محاكمنا بحسبان أن هذا الحكم الأجنبي لا يكون قابلاً للتنفيذ في مصر متى كان يتعارض مع حكم صادر فيه².

كذلك يقولون أن المشرع الوطني قضى باختصاص القانون الأجنبي بحكم النزاع فهذا لا يعني أنه قبل التخلي عن المهمة التي عرض له هو وهي حل النزاع³.

¹ - سامي بديع منصور وعبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص 526.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - هشام صادق علي وحفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 101.

المبحث الثاني: موقف القوانين المختلفة من نظرية الإحالة

تباينت الآراء التشريعية بشأن نظرية الإحالة بين مؤيد ومعارض لها مما أثر ذلك على مختلف التشريعات في حين طبقت بعض الدول نظرية الإحالة وأبرزت موقفها بالأخذ بهذه النظرية، على خلاف ذلك نجد هناك دول لم تطبق هذه النظرية ولم توضح موقفها كباقي الدول التي بينت رأيها من نظريه الإحالة، ولذلك قسمنا المبحث إلى مطلبين حيث سنتطرق في «المطلب الأول» إلى توضيح موقف القوانين الغربية من الأخذ بنظرية الإحالة وفي «المطلب الثاني» سنتطرق إلى بيان موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل التعديل القانون 2005 وبعد التعديل ونوضح كذلك موقف بعض الدول العربية من الإحالة.

المطلب الأول: موقف بعض القوانين الغربية من نظرية الإحالة

من بين التشريعات الغربية التي قبلت الإحالة في حين هناك من رفضت الأخذ بها وفي هذا المطلب سنبين موقف التشريع الإنجليزي بالإضافة إلى المشرع التشكيلي والتشريع الفرنسي ومن ثم سنتناول وجهة نظر المشرع الألماني من نظرية الإحالة، ومن بين الدول التي رفضت الإحالة نجد المشرع الايطالي بين وجهة نظره في الإحالة.

الفرع الأول: موقف القانون الإنجليزي من نظرية الإحالة

أخذت المحاكم الإنجليزية بنظرية الإحالة بمفهوم وبطريقة مختلفة عما هو معمول به في بعض الدول الأخرى، حيث أن مؤدي مفهوم الإحالة في إنجلترا هو أنه هو يتعين على القاضي الإنجليزي أن يفصل في المنازعة (المشتمة على عنصر أجنبي) كما يفصل فيها القاضي الأجنبي (أي قاضي البلد الذي تشير قاعده الإسناد للإنجليزية بتطبيق قانونه) مثلا لو توفي إنجليزي متوطن في إيطاليا وترك أمواله منقولة في إنجلترا وعرض نزاع أمام محكمة للفصل في توزيع هذه الأموال فيجب على المحكمة الإنجليزية أن تفصل في النزاع المعروض أمامها كما لو كان مطروحا على محكمة ايطالية وتطبق القانون الايطالي¹.

وبناء على ذلك فإذا كان هذا القانون يسند حكم الميراث للقانون الإنجليزي في قواعده الموضوعية فيجب على القاضي الإنجليزي أن يطبق القانون الإنجليزي، أما إذا كان القانون الإيطالي يسند حكم الميراث إلى القانون الإنجليزي في جملة أي بما فيه قواعد الإسناد وكانت هذه القواعد تحيل إلى القانون الإيطالي، وكان القاضي الإيطالي يقبل هذه الإحالة توجب على القاضي الإنجليزي أن يطبق القانون الإيطالي الأصل لدى القضاء والفقهاء الإنجليزي هو أن المحكمة لكل منازعة هي المحكمة التي يخضع النزاع لاختصاص المحكمة الإنجليزية يكون في هذه الحالة من قبيل الاختصاص الاستثنائي، ويجب على القاضي الإنجليزي حينئذ أن يفصل في النزاع بنفس الطريقة التي كانت ستفصل بها المحكمة الأصلية باعتبار أنه يفصل في النزاع نيابة عن هذه الأخيرة وبذلك نجد أن دور القاضي الإنجليزي وفقا لنظرية المحكمة الأجنبية "foreign Court theory" يفوق الدور الذي تفرضه عليه نظرية الإحالة².

وقد أخذ القضاء الإنجليزي الحديث بهذه النظرية في بعض المسائل المحددة وهي ميراث المنقول والطلاق، وترتيب حقوق عينية على عقارات كائنة في الخارج وهكذا نرى أنه طبقا لهذه النظرية على القاضي الإنجليزي أن يضع نفسه في مكان القاضي الأجنبي الذي يجب أن يطبق

¹ - باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص 272.

² - نفس المرجع، ص 272-273.

قانونه وأن يفصل في النزاع كما لو كان هذا القاضي الأجنبي هو الذي يفصل فيه، ونرى كذلك أن القاضي الإنجليزي سيطبق قانونه هو إذا لم يقبل القانون الأجنبي المحال إليه الإحالة، وسوف يطبق القانون الأجنبي المحال عليه إذا كان هذا القانون يقبل الإحالة¹.

وبناء عليه التزم القاضي الإنجليزي بتطبيق أحكام القانون الإنجليزي الموضوعية على كل المنازعات المشتمة على عنصر أجنبي ما لم تثبت الخصوم المضمون الحقيقي والذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد المنصوص عليها في القانون الإنجليزي وقيموا الدليل على أن أحكامه تختلف عن أحكام القانون الإنجليزي².

الفرع الثاني: موقف المشرع التشيكي من الإحالة

يعد القانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963 من أبرز التشريعات التي تأثرت بشكل مباشر بالنظرية العائلة باحترام الغاية من قاعدة الإسناد عند قبول الإحالة أو رفضها المادة 35 من هذا القانون على أنه: "إذا عينت نصوص القانون الخاص التشيكي قانون دولة ما أو أحالت نصوص هذا القانون إلى القانون التشيكي، أو إلى قانون دولة أخرى في حالة الإحالة من الدرجة الثانية تلك الإحالة لا يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدي إلى حل عادل ومعقول العلاقة المعنية"³.

فالمشرع التشيكي ابتعد عن الأحكام السابقة والمجردة للإحالة وترك للقاضي الحرية للوصول إلى الحل العادل، ولم يفرض عليه أيًا من نوعي الإحالة لا بالقبول ولا بالرفض فالأمر متروك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية يأخذ بأي من نوعها متى تكشف له أن النزاع المعروض يقضي ذلك، وأن من شأنه الحل الذي يأخذ به تحقيق الحل العادل والمقبول⁴.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، "القانون الدولي الخاص"، كلية الحقوق جامعة بنها، ص 286. على الموقع:

WWW.PDFFACTORY.COM، تاريخ الاطلاع: 20 فيفري 2024.

² - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، ط5، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010، ص9.

³ - فاطمة عيشوية، مرجع سابق، ص440.

⁴ - مسعود حسين مسعود ومصباح عبد الله لحواس، مرجع سابق، ص 22.

الفرع الثالث: موقف المشرع الفرنسي من نظرية الإحالة

هنا ضروري العودة لموقف التشريع الفرنسي من الإحالة، فمن المفروض منه أن القضاء الفرنسي استقر على الاخذ بالإحالة من تاريخ الحكم في قضية " فورغو " إذ أنه بدت ملامح تطور في مسار محكمة التمييز الفرنسية، بالأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية إذ أكدت المحكمة المذكورة في قرارها صدر سنة 1938م وجوب الأخذ بالإحالة يقررها قانون جنسية الأجنبي إلى القانون الذي يطبق على الإرث في دولة ثالثة والذي يمكن أن يكون القانون الفرنسي أو بسواه، وهكذا سيتجه القضاء الحديث في فرنسا نحو الاعتراف بالإحالة من الدرجة الثانية بعد أن تبين الاتجاه التقليدي والرائج في التشريعات المقارنة نحو الإحالة¹.

ولعل الرجوع إلى قضية " فورغو " التي قرر فيها القضاء الفرنسي لأول مرة قبول الإحالة إلى قانون القاضي، ما يكشف إلى حد كبيراً أحد الأسباب الهامة من الدرجة الأولى². فاستسلام القضاء الفرنسي للصعوبات العملية التي تعترض البحث عن مضمون القانون الأجنبي، والذي دفعه كما سنرى إلى معاملة هذا القانون معاملة الوقائع و إلقاء حتى اثباته على الخصوم هو أيضا الذي يمكن أن يثبت عن سر قبول الإحالة إلى قانون القاضي فالقاضي يفضل أن يصدق ببساطة الأحكام الموضوعية في قانونه حتى لا يجهد نفسه بعناء البحث عن مضمون القانون الأجنبي³.

أ قبول الإحالة إلى قانون قاضي النزاع أو الإحالة من الدرجة الأولى:

مثال: الأحوال الشخصية لإنجليزي مقيم في فرنسا، والنزاع معروض أمام القضاء الفرنسي بحسب قاعدة النزاع الفرنسية القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي بمعنى قانون الجنسية أي القانون الانجليزي بحسب قاعدة النزاع الإنجليزية القانون الواجب التطبيق هو محل الإقامة أي

¹ - فاطمة موشعال، " وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة جيلالي ليايس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2019/2018، ص 404-405. على الموقع: WWW.ELMIZAIN.COM ، تاريخ الاطلاع: 10 مارس 2024.

² - هشام صادق علي وحفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 112.

³ - نفس المرجع، ص 113.

القانون الفرنسي، القانون الإنجليزي بمفهوم القانون الدولي الخاص يحيل إلى القانون الفرنسي القضاء الفرنسي قبل بهذه الإحالة بشكل مستمر منذ قضية «فورجو»¹.

ب الإحالة إلى قانون دولة ثالثة أو الإحالة من الدرجة الثانية:

مثال: الأحوال الشخصية لإنجليزي مقيم في الدنمارك و النزاع معروض أمام القضاء الفرنسي بحسب قاعدة النزاع الفرنسية القانون الواجب التطبيق هو القانون الشخصي من الجنسية أي القانون الإنجليزي، بحسب قاعدة النزاع الإنجليزية القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الإقامة أي القانون الدنماركي وتوجد بمفهوم القانون الدولي الخاص من الدرجة الثانية الإحالة من القانون الإنجليزي إلى غير قانون قاضي النزاع أي القانون الدنماركي².

ومع ذلك فإن القاضي الفرنسي يلجأ إلى تطبيق الأحكام الموضوعية الواردة في القانون الأجنبي مباشرة في الحالة التي تنص فيها قاعدة الإسناد الفرنسي إلى تطبيق قانون الإرادة والحالة التي تنص فيها على تطبيق محل الأبرام، وهي الحالات التي تمسك جانب كبير من الفقه المؤيد لنظرية الإحالة بعدم قبول الإحالة فيها³.

صحيح أن القضاء الفرنسي بصفة خاصة يشترط أن يكون الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه في فرنسا قد طبق النزاع على القانون المختص وفقا لما تشير به قواعد الإسناد الفرنسية ، إلا أن هذا الحل غير متبع في الكثير من دول العالم بل أن جانب من الفقه الحديث في فرنسا لم يتردد في توجيه نقده الجارح إلى موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن⁴.

¹ - سامي بديع منصور وعبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص 95-96.

² - نفس المرجع، ص 97.

³ - يمينة كحولة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، طلبة السنة الثالثة ل.م.د، تخصص القانون الخاص، جامعة محمد بن أحمد وهران 2 ، ص 41. على الموقع: <http://lmd.sahla.com> تاريخ الاطلاع: 2024-03-27.

⁴ - إبراهيم ديدبي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة، جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي، لكلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021-2022، ص 91. على الموقع: www.sahla.dz تاريخ الاطلاع: 25 مارس 2024.

الفرع الرابع: موقف المشرع الإيطالي بالإحالة

على نفس المنوال، سار المشرع الإيطالي بمقتضى المادة 13 من القانون 218 في 31 ماي 1995 والتي وفقا لها تكون الإحالة مقبولة من حيث المبدأ، إذا كان القانون الأجنبي المحال عليه بمقتضى قاعدة الإسناد الإيطالية قبل الإحالة، أو إذا كانت الإحالة من الدرجة الأولى، أي ترجع الاختصاص للقانون الإيطالي ومع ذلك تكون الإحالة مرفوضة متى تعلقت بقانون الإرادة، أو شكل التصرفات أو بمادة الالتزامات غير التعاقدية أما بالنسبة لمسائل البنية عموما ومسألة الأولاد الطبيعيين الذين يتم تصحيح نسبهم والاعتراف بهم فإن الإحالة لا تكون مقبولة إلا إذا كان الأخذ بها يؤدي إلى إثبات هذه البنية¹.

الفرع الخامس: موقف المشرع الألماني من الإحالة

وكذلك أخذ المشرع الألماني بالفكرة القائلة بأن قبول الإحالة أو رفضها يتوقف على البحث عن غاية قاعدة الإسناد، حيث نصت المادة (4/1) من القانون الدولي الخاص الألماني على أنه " إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية، فإنه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض في هذه القواعد مع روح قواعد الإسناد الألمانية ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني (القانون المدني الألماني رقم 21 لسنة 1994 والمعدل في 2020) وفقا لهذا النص فإن المشرع الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، ويأخذ كذلك بالإحالة من الدرجة الثانية متى توفر شرطان لازمان هما: أولهما ألا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الألمانية وثانيهما أن تشير قاعدة الإسناد الألمانية إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي². ويعتبر القانون الدولي الخاص الألماني الصادر في 20 يوليو 1986 من أشهر التشريعات التي أخذ بنظرية الإحالة من الدرجة الأولى، وهو ما يظهر واضحا في المادة الرابعة من هذا

¹ - فاطمة موشعال، مرجع سابق، ص 411-412، نقلا عن « وهكذا فيمكن القول أن المشرع الايطالي قد أفسح مجالا لفكرة الحل الوظيفي بشأن الإحالة في نطاق معقول ومقبول. أنظر عكاشة محمد عبد العال تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 299-300.

² - مسعود حسين ومصباح عبد الله حواس، مرجع سابق، ص 22-23.

القانون¹.

يظهر لنا من هذا النص أن المشرع الألماني قد قبل الإحالة من الدرجة الأولى في البداية إلا أنه أورد استثناء واحدا على هذه الحالة، المتمثل التي تختار فيها إرادة المتعاقدين القانون الواجب التطبيق على عقودهم، فإنه والحالة هذه يشار إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار دون قواعد الإسناد أما بخصوص الإحالة من الدرجة الثانية فيلاحظ أن المشرع الألماني قد قرر الأخذ فيها ابتداء إلا أنه قيد ذلك بشرطين، الشرط الأول مفاده ألا يتم المساس بروح قاعدة الإسناد، أما الشرط الثاني متمثل في أن لا تكون قاعدة الإسناد الألمانية تنص على الأخذ بالقواعد الموضوعية في القانون الاجنبي واجب التطبيق².

مما سبق يلاحظ الباحث أن القانون الألماني جاء متوافقا مع فكرة الأخذ بالإحالة حيث أنه يقبل الإحالة من الدرجة الأولى والإحالة من الدرجة الثانية بنص صريح في المادة السابقة أنه وفي الحالة التي يتعين فيها تطبيق قانون أجنبي فإنه يشار إلى تطبيق قواعد الإسناد في ذلك القانون بالمعنى انه لا يشار الى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي (عدم الاخذ بالإحالة)³.

¹ - ناصر عثمان أبو زايد وأحمد عبد الموجود الميري، "الوجيز في القانون الدولي الخاص" (تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الخاصة الدولية)، جامعة أسيوط، ص 164 نقلا عن بالتفصيل في فكرة الإحالة في القانون الألماني.

² - حسن غسان بني عودة، مرجع سابق، ص36، نقلا عن رياض وفؤاد عبد المنعم وراشد سامي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 125-126. ومثال الذي ينطبق على الشرط الثاني " حالات اختيار قانون الذي يحكم العلاقات التعاقدية ما بين الأطراف أي قانون الإرادة فإنه والحالة هذه يشار إلى تطبيق القواعد الموضوعية دون غيرها.

³ - نفس المرجع، ص 36.

المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من الإحالة

في هذا الفرع نبين موقف بعض التشريعات العربية من نظرية الإحالة ومن بين القولون التي أعطت موقفها نجد الموقف التشريعي الأردني ومن ثم نبين موقف المشرع المصري وبالإضافة إلى المشرع العراقي من نظرية الإحالة وآلية طرح هذه النظرية، كما وضح المشرع والقضاء اللبناني رأيه بخصوص موقفه من الإحالة.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

لوقوف على موقف التشريع الجزائري من الإحالة فانه يستوجب علينا دراسته من الإحالة قبل التعديل أي في ظل النصوص القانونية قبل تعديلها، ودراسة النصوص القانونية بعد تعديلها الذي وقع بموجب القانون رقم 05/16 المؤرخ في 20 جوان 2005¹.

ومن هنا سنتطرق للدراسة هذا المطلب سنقسمه إلى فرعين (الفرع الأول) سندرس موقف المشرع الجزائري قبل التعديل القانون المدني، وفي (الفرع الثاني) سنتطرق إلى دراسة الإحالة وموقف المشرع الجزائري منها بعد تعديل 2005.

أولاً: موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل تعديل 2005

قواعد الإسناد أو قواعد التنازع بصفة عامة في أي نظام قانون هي التي يظهر فيها موقف هذا القانون من الإحالة، و جاءت في القانون المدني الجزائري قبل التعديل الذي جاء به قانون رقم 05/10 المؤرخ في 20 جوان 2005 خالية من أية إشارة إلى الإحالة فلم تشر إلى الأخذ بها أو رفضها كما فعلت بعض قوانين الدول، بل سكت المشرع عن ذلك مما يؤدي بنا إلى التساؤل عن حكم هذا السكوت هل يعتبر قبولاً للأمر بالإحالة أم رفضها؟، الأقرب إلى المنطق أن سكوت القانون الجزائري يعد رفضاً للإحالة ولا يعتبر قبولاً وذلك لعدة اعتبارات نذكر منها الآتي:

¹ - ابراهيم ديدي، مرجع سابق، ص 91.

عملاً بالقواعد العامة في قانون كل دولة ومنها القانون الجزائري فإن الأصل العام هو عدم الأخذ بالإحالة لحدائتها، لذا أنها لم تبرز على الوجه إلا في العصر الحديث وكان ذلك بمناسبة قضية «فورغو» لعام 1874 امام القضاء الفرنسي وبالتالي فعدم النص على الأخذ بها يعد عدم القبول بها ضمناً¹.

ولقد فسر سكوت المشرع عنها على أنها رفض للإحالة بصفة مطلقة لأن فكرة الإحالة في الأصل فكرة منتقدة².

إذا عرض نزاع على القاضي الوطني نزاع يتضمن عنصراً أجنبياً وأشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، تعين على القاضي الرجوع مباشرة للقواعد الداخلية للقانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه دون الرجوع لقواعد الإسناد التي يتضمنها هذا الأخير أن سيكون المشرع عن الإحالة كان يفرض على القاضي البحث في كل القانون الأجنبي و هو ليس بالأمر الهين كما أن إلزام القاضي بتطبيق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي حتى ولو كان هذا الأخير يرفض اختصاصه عن طريق قواعد الإسناد التي يتضمنها قد يمنع القاضي من فرصة الفصل في النزاع وفقاً لقانونه الوطني الذي يلم بقواعده ويفقد أحكامه إذا ما أرجع القانون الأجنبي عن طريق قواعد إسناده الفصل في النزاع القانون دولة القاضي³.

وبعد أن ذكر أن المشرع الجزائري أورد حكماً خاصاً في المادة 23 مدني يشبه الأخذ بالإحالة و لكنه لا يخص الإحالة الدولية بالمعنى الفني، و إنما المقصود به اعتماد الإسناد الداخلي في الدولة التي تتعدد فيها الشرائع وبعد ذلك رفض الأخذ بالإحالة بحجة الأحوال الشخصية في الجزائر مستمدة من الشريعة التي تطبيقاتها تعدداً طائفيًا (سني، درزي، شيعي، مالكي، حنفي) وأن تطبيقاتها على الأجانب من شأنه أن يؤدي استقاداتهم من نظم غير مقرر في قوانينهم الشخصية كتعدد الزوجات مثلاً ثم ينتهي إلى أنه طالما لم يتحول قانون الأحوال

¹ - ابراهيم ديدي، مرجع سابق، ص 91.

² - عبد المالك الدح، مرجع سابق، ص 154.

³ - أمينة مقدس، مرجع سابق، ص 235.

الشخصية إلى قانون علماني فإن اعتماد الإحالة في الجزائر يبدو مستحيلا و في اعتقادنا هذا الرأي غير سليم لعدة أسباب¹.

من جهة إن الخلاف بين المذاهب الإسلامية في بعض الجزئيات لا يرتقي إلى مرتبة التشريعي مادامت كل تلك المذاهب تستقي أحكامها من مصادر الشريعة التي تشكل في مجموعها نظاماً قانونياً واحداً².

ومن جهة إن الأخذ أو عدم الأخذ بالإحالة هو موقف وطني محض ولا يتوقف على إرادة الغير ولا على ملائمة الحلول الوضعية المتوصل إليها أو عدم ملائمتها في القانون الأجنبي يتضح إذن أن الرأي السابق غير سليم قانوناً وينبئ بوجود مواقف سياسية مسبقة³.

وهو ما يؤدي في حالة الأخذ بالإحالة إلى احتمال تطبيق الكثير من أحكام الشريعة على غير المسلمين، وفي ذلك مساس بمعتقداتهم و خضوع لأحكام غريبة تماما عنهم⁴.

بالإضافة إلى هذا فلقد رأى أستاذنا الدكتور حبار محمد أن مشرعنا وإن كان قد سكت عن إبراء حكم بشأن الإحالة فإن ذلك يكشف في نظره عن استبعاده لها بنوعها يستوي في ذلك أن يتعلق الإحالة من الدرجة الأولى أو بالإحالة من الدرجة الثانية، دليله في ذلك ما أورده المشرع الجزائري من أحكام متعلقة بتنازع القوانين إلى جانب بعض الاعتبارات الأخرى يمكن حصر هذه الأدلة وهذه الاعتبارات فيما يلي : ما أورده مشرعنا في المادة 15 من «القانون المدني»⁵، حيث نص صراحة على قانون الشخص المراد حمايته هو الذي يتولى تبيان القواعد الموضوعية الخاصة بالولاية والقوامة وغيرها من النظم المتعلقة بحماية المحجور والغائبين⁶.

¹ - الطيب زروتي، مرجع سابق، ص 125.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ - جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص 25.

⁵ - أنظر المادة 15 من القانون المدني الجزائري: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته.

⁶ - فاطمة عيشوية، مرجع سابق، ص 441.

إن هذا النص الواضح المدلول، فقد أشار صراحة إلى ضرورة تطبيق الأحكام الموضوعية أي الداخلية في قانون جنسية المعني بالحماية دون أحكام التنازع الواردة بهذا القانون¹، كما أن المشرع الجزائري في «المادة 20» يذكر بصدد الأفعال الضارة أنه استثناء من مبدأ تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار، فإنه يطبق القانون الجزائري متى كانت الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي تعد الفعل المرتكب غير مشروع في حين أنه مشروع من منظور القانون الجزائري، يضاف إلى ذلك أن هذين النصين واردان في الدول التي ترفض الإحالة (كمصر) ولا يعقل أن مشرعنا يقبل بالإحالة ويتبنى في ذات الوقت النصوص التي تكرر الرفض².

¹ - فاطمة عيشوية، مرجع سابق، ص 411.

² - عبد السلام فوفو، محاضرات مقررة لطلبة الماستر1، " القانون الدولي الخاص " في قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية- الجزائر، 2020/2019، ص56. على الموقع: www.sahla.dz.com تاريخ الاطلاع: مارس2024.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد التعديل القانون 2005

بعد تعديل القانون المدني في 2005 وضع المشرع الجزائري ناصا صريحا يقضي بقبول الإحالة من الدرجة الأولى وهو نص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر، بينما يرفض الفقرة الأولى من نفس المادة الإحالة من الدرجة الثانية «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»¹.

الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى:

نلاحظ أن المشرع حسم موقفه بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط دون الإحالة من الدرجة الثانية فما فوق، فمثلاً إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري حول أهلية مواطن إنجليزي متوطن بالجزائر فإن القاضي الجزائري سيطبق قانون هذا الشخص وفقا للمادة 10 من القانون المدني فيذهب القاضي الجزائري إلى القانون الإنجليزي (قانون جنسية الشخص) ويجد أن قاعدة الإسناد الإنجليزية تنص على تطبيق قانون الموطن على الأهلية وليس قانون الجنسية، فإن القاضي الجزائري في هذه الحالة يطبق القانون الجزائري لأن موطن الشخص هو الجزائر وهذه هي الإحالة من الدرجة الأولى أو ما يعرف بالرجوع أو الرد الذي جسده المشرع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر².

نستنتج من هذه المادة أن المشرع يرفض الإحالة كمبدأ عام حيث يفرض على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد التنازع فيه، إلا إذا أحالت هذه الأخيرة إلى القانون الجزائري ففي هذه المحالة يتم قبول الإحالة أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى كاستثناء، و يرفض الإحالة من الدرجة الثانية أي عندما يحيل القانون الأجنبي

¹ - كريم ناتوري، "المعاملة الاجرائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد تنازع القوانين الجزائرية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، السنة 2022، ص 307-308. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ

تاريخ الإطلاع: 29 مارس 2024.

² - نفس المرجع، ص 308.

إلى قانون أجنبي آخر وفي هذه الحالة يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الجزائرية على الرغم من أن قواعده الإسنادية رفضت الاختصاص، وأحالته إلى قانون آخر¹.

بحيث أن المشرع الجزائري استبعد الأخذ بنظرية الإحالة كمبدأ عام ولكنه يقبل الإحالة من الدرجة الأولى، وهو ما يترجم عمليا بالإلزام القاضي الجزائري بمراعاة الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة القانونية في حالة وحيدة هي الحالة التي تعيد فيها حكم العلاقة للقانون الجزائري، مما يؤدي إلى توسيع مجال تطبيق القانون الجزائري على العلاقات الدولية الخاصة بمناسبة تطبيق قواعد التنازع كما أنه يسهل مهمة القاضي الجزائري من حيث انه يجنبه البحث عن القانون الاجنبي وإثباته².

«يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ بالإحالة من الدرجة الواحدة (الرجوع) وذلك تماشيا مع ما أخذت به معظم التشريعات الحديثة، ذلك أن فكرة الأخذ بالإحالة يجب أن تبنى على اعتبارات تتعلق بوظيفة قاعدة الإسناد والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه بحيث يكون قبول الإحالة أو رفضها نتيجة لمعرفة مدى ملائمتها لتحقيق وظيفة قاعدة الإسناد والهدف منها³.

فالقاضي الجزائري غير ملزم في هذه الحالة بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي بل على الخصوم إثباته، وإن كان هناك ما يمنع القاضي أن يطبقه متى كان عالما بأحكامه و قد يحدث سواء تعلق الأمر بقانون أجنبي خاص بالأحوال الشخصية أو غيرها من الوسائل الأخرى ألا يتم التوصل إلى مضمون هذا القانون في مثل هذه الأحوال⁴.

¹ - فتحة بشور، محاضرات في القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"، ملقاة لطلبة كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016-2017، ص 25. على الموقع: WWW.DSPACE.UNVI-BOUIRA.COM تاريخ الاطلاع: 17 فيفري 2024.

² - يمينة كحولة، مرجع سابق، ص 25.

³ - نفس المرجع، ص 288.

⁴ - جمال بن عصمان، مرجع سابق، ص 25-26.

و الجدير بالإشارة أن المشرع الجزائري قد وفق في أخذه بالإحالة من الدرجة الأولى لأن في ذلك توسعا في نطاق تطبيق قانونه في مجال الأحوال الشخصية لقانون الموطن هذا من جهة و من جهة أخرى، سوف يجنب القاضي الجزائري مشقة البحث عن القاضي المختص إذا كان يأخذ بالتعدد التشريعي إقليميا أو طائفيا¹.

الفرع الثاني: موقف المشرع الأردني

لم يتأثر المشرع الأردني بموقف بعض التشريعات في إجازة نظرية الإحالة حيث لم يسمح القانون المدني الأردني بنظرية الإحالة، وعارض ذلك بشكل واضح وصریح حيث نص القانون المدني الأردني 20 على أنه " إذ تقرر أن قانون أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي"، ويظهر من منطوق هذا النص عرض المشرع الأردني لنظرية الإحالة وعدم الأخذ بها ووجوب تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي يقضي النص بتطبيقه دون القواعد التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص، كما وقد ذكر في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني حجه موقف المشرع لرفضه لنظرية الإحالة بما يلي "أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة وفي قبول الإحالة أيا كان نطاقها²".

أما في نص المادة(28) من الوضوح بمكان ما يستفاد منها يرفض نظرية الإحالة لكن من الممكن أن ترد في التطبيق بحكم المادة (24) مدني أردني التي تنص: "لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذه في المملكة الأردنية الهاشمية تتعارض معها³".

وقد كانت الإحالة مقبولة فقط فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، ولما صدر القانون المدني نص صراحة على الاعتراض على فكرة الإحالة سواء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أو المعاملات

¹ - بشرى زلاسي، مرجع سابق، ص 106.

² - باسم عواد محمود العموش، مرجع سابق، ص 280-281.

³ - عبد الكريم ممدوح، مرجع سابق، ص 64-65.

المالية، حيث تنص المادة 28 منه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الإيضاحية في القانون المدني توضيحاً لهذه المادة أن قاعدة الإسناد تجعل الاختصاص التشريعي للقانون المعين الاعتبارات خاصة، وفي القبول الإحالة أياً كان نطاقها¹. وعلى الرغم من رفض الإحالة في القانون المدني الأردني إلا أنه من الممكن أن ترد الإحالة في التطبيق وفقاً لحكم المادة 24 من القانون المدني². وعليه نقرر أن الأصل العام في الأردن بخصوص الإحالة هو رفضها وعدم الأخذ بها أما الاستثناء فهو الأخذ بها في حالتين فقط وهما: -وجود نص قانوني خاص يجيز الأخذ بها، وجود معاهدة دولية ملزمة الأردن تجيزها³.

وعلى القاضي الأردني عملاً بهذا النص، إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي تطبيق إلا القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي أهدته إليه قاعده الإسناد ولا محل بعد ذلك للنظر فيما يراه المشرع الأجنبي في قواعده⁴.

وورد نص خاص يقضي بالأخذ بالإحالة وهو الفقرة (ج) من المادة الرابعة من قانون رقم 8 سنة 941 ففي الفقرة (1) من المادة، أخضع توزيع الأموال المنقولة للمتوفي إلى قانون بلاده ثم وفي الفقرة (ج) منها أجاز الأخذ بالإحالة إلى قانون محل الإقامة أو القانون الديني بقولها « إذا كان قانون البلاد الذي ينتمي إليها المتوفي ينص على تطبيق قانون محل الإقامة أو القانون الديني يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة⁵».

¹ - عامر محمد الكسواني، مرجع سابق، ص 127 نقلاً عن هشام علي صادق، دروس في قانون الدولي الخاص، ص 87 وكذلك غالب الداودي، المرجع السابق، ص 119. على الموقع: <https://dspaceunivboura.dz> تاريخ الاطلاع: 03-03-2024.

² - بشرى زلاسي، مرجع سابق، ص 106.

³ - نفس المرجع، ص 127.

⁴ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 77.

⁵ - نفس المرجع، ص 78.

الفرع الثالث: موقف القانون العراقي من نظرية الإحالة

على مستوى التشريع العراقي فقد كان المشرع يأخذ بالإحالة في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم 78 لعام 1931 الملغى، كما طبق القضاء العراقي فكرة الإحالة في إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها في بنت بريطانية تبلغ من العمر 12 سنة طعنت والدتها بصحة هذا الزواج أمام القاضي العراقي، فعند تطبيق قواعد الإسناد العراقية وجد أنها تسند الاختصاص في الأهلية للقانون البريطاني بوصفه قانون الجنسية وبرجوع القضاء العراقي إلى قواعد الإسناد البريطانية أنها ترجع الاختصاص لحساب القانون العراقي بوصفه قانون موطن البنت، وهنا أخذ القضاء العراقي بها إحالة به قواعد الإسناد البريطانية وطبق القانون العراقي¹.

وبصدور القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 تم حظر العمل بالإحالة في المادة (31/1) التي نصت على "إذا تقرر أن قانون أجنبيا هو الواجب التطبيقي وإنما تطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، إلا أن المشرع العراقي أخذ بالإحالة بصورة استثنائية في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 في المادة (48/1) التي نصت على "يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة الذي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق"².

إذ تعد البنت بالغة سن الرجل بحسب نص المادة 986 مجله الأحكام العدلية المعمول بها عند الزواج هذه الفتاة، وجاء في القرار أن القانون الإنجليزي صريح بأن أهلية البريطاني للزواج تقرر حسب قانون موطنه، وحيث أن البنت بريطانية الجنسية فإن أهلية القانون الذي يحكم

¹ - عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن ومركز الأجانب، تنازع الدولي للقوانين، تنازع

الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت 2017، ص 283.

² - نفس المرجع ، ص 283.

أهليتها هو القانون الإنجليزي وبما أن هذا القانون الأخير قد نص صراحة بأن أهلية البريطاني تتقرر حسب قانون الموطن، وحيث أن البنت متوطنة في العراق فيكون القانون العراقي مختصاً¹.

الفرع الرابع: موقف التشريع المصري

نصت المادة 28 مدني وأصوله : انظم القانون المصري إلى طائفة القوانين المقارنة الراضة للإحالة ، فنص في المادة 28 من القانون المدني على أنه « إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلى أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الخاص » ، ويستمد هذا النص أصوله من أمرين : الأول المادة 31 من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة ، المرفقة بمعاهدة مونتر و عام 1937 م والتي كانت تنص على أن المفقود من عبارة «القانون الوطني» هو الأحكام الداخلية لهذا القانون دون أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص وكان القصد من وراء ذلك النص المتعلق أساساً برفض الإحالة في مسائل الأموال الشخصية للأجانب أصحاب الامتيازات في مصر ، هو ضمان بقاء تطبيق قانون الجنسية على تلك المسائل أي قانون الدول صاحبة الامتيازات بالنسبة لرعاياها فقبول الإحالة كان يحمل رغبة تطبيق القانون المصري لاسيما بالنسبة للرعايا الإنجليز و الأمريكيين المتوطنين في مصر².

أما الأمر الثاني فهو القانون الإيطالي (م 30 من القانون المدني لعام 1942) كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادة 28 مدني، ويستند رفض الإحالة بكافة أنواعها في القانون المصري³.

وقد برز المشرع المصري هذا الرفض بكون قبول الإحالة من شأنه هدم قاعدة الإسناد في القانون المصري وتقويت للاعتبار الذي من أجله فض تنازع القوانين على وجه عقد الاختصاص

¹ - إبراهيم حمود مهنا، "نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص"، محاضرات في مادة القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق، سنة 2020-03-12، ص4. على الموقع: [http:// WWW.SAHLA.DZ.COM](http://WWW.SAHLA.DZ.COM) تاريخ الاطلاع 29 مارس 2024.

² - نفس المرجع، ص4.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

التشريعي للقانون الأجنبي، وهذه العلة هي بعينها التي بسطها من طرف المشرع الإيطالي ليبرر رفضه للإحالة¹.

والتي أضاف إليها علة أخرى وهي أنه قبول الإحالة ولو على القانون الإيطالي تطبيقاً لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي و انصياعا لأمر المشرع الأجنبي².

وفي عام 1990 أصدرت الدكتورة حفيظة السيد حداد مؤلفها في القانون القضائي الخاص الدولي، وقد انضمت الفقيهة المصرية إلى الرأي الذي نادينا به عام 1969 في شأن إجازة الدفع بالإحالة القيام النزاع أمام محكمة أجنبية، مؤكدة في النهاية أنه ليس هناك ما يضع في القانون الوضعي المصري من قبول الدفع بالإحالة كمبدأ عام طالما كانت المحكمة الأجنبية المطلوب إحالة النزاع إليها أقدر على الفصل فيه وعلى كفالة الحكم الصادر منها في شأنه³.

وفي مصر سبق أن أخذ القضاء المختلط بالمبدأ، مقررًا أنه الأخذ به أمر تفرضه مقتضيات النظام العام منعا لتضارب الأحكام، ونحن من جانبنا نؤيد مبدأ قبول الدفع بالإحالة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة وينبع تأييدنا للمبدأ المذكور من أهميته في النطاق الدولي ومن خلال ما نادينا به من وضع نظرية عامة للتخلي عن نظر النزاع ولما له من انعكاس الدولي على مبدأ تنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر⁴.

وينطلق الرأي السابق من مسلمة قانونية خاطئة حين يفترض أن تطبيق القاضي للأحكام الموضوعية في القانون المصري لن يخل بالتوقعات المشروعة للأطراف، بحجة أنه من السهل على الأجانب المقيمين في مصر التعرف على أحكامه فالواقع أنه لا يمكن قبول الإحالة اسناداً لهذا التخمين، وما يدل على فساد هذه الحجة أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى سيترتب عليه حتماً على عكس ما يدعي أنصارها - الإخلال الصريح بالتوقعات المشروعة للأطراف والدليل

¹ - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 160 نقلاً عن حامد زكي في أصول الدولي الخاص فقرة 132.

² - نفس المرجع ، ص 161.

³ - هشام صادق علي، مرجع سابق، ص 69.

⁴ - سامي بديع منصور وعبد العال عكاشة، مرجع سابق، ص 532.

على صحة ما نقول نضرب المثال التالي: من المعلوم أن مسائل «الأحوال الشخصية هي الميدان الخصب للإحالة إذ يحدث أن تختلف قواعد الإسناد بشأنها من دولة إلى دولة، وبخاصة من حيث تفضيل قانون الجنسية على قانون الموطن أو العكس¹».

يمدح موقف المشرع المصري ومن شابهه على أساس أن منطق الإحالة قد يؤدي إلى حلقة مفرغة تثير صعوبات عملية من العسير تلافيها، وأن الإحالة تفتقد إلى حد كبير للأساس النظري السليم وأن مؤيدي الإحالة إنما يتلمسون تبريراً فقهيًا لحلول قضائية ربما كان الدافع إليها الرغبة في تطبيق القانون الوطني لتحقيق مصلحة وطنية معينة أو لعدم التصدي للصعوبات العملية التي تحيط بتطبيق القانون الأجنبي².

ينتقد مسلك المشرع المصري ومن يشابهه مطالباً بتعديل هذه النصوص لتجيز الأخذ بالإحالة لا سيما الإحالة من القانون الأجنبي إلى القانون الوطني للقاضي أو ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى و خصوصاً إذا ما كانت لا تخالف توقعات الأطراف و سندهم الأساسي هو أن السيادة الإقليمية هي الأصل في سلطان القانون، وأن تطبيق القاضي لقانونه الوطني إنما يأتي بعد رفض القانون الأجنبي الاختصاص بالفصل في النزاع³.

و فضلاً عما تقدم فالثابت أن نص المادة 298 من قانون المرافعات المصري يجاني فكرة إحالة الاختصاص ولو كان هناك نصاً نظيراً في القانون الفرنسي لما اعتنق القضاء الفرنسي إحالة الاختصاص « إذا انه يشترط - كما قدمنا - قابلية الحكم الذي سيصدر في الخارج للتنفيذ

¹ - عبد المنعم زمزم، مرجع سابق، ص 145.

² - صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين"، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، 30ش سويتز الأزارطية- الاسكندرية، سنة 2006، ص95، نقلاً عن (أنظر الدكتور هشام صادق، المرجع السابق، ص 202، وفي الفقه الأجنبي مقال: H.Levold: la théorie du renvoi, RCAQI, 1992, vol, 29, P 530spec, p615.

G.C.cheshire: op.cit, p91.

³ - نفس المرجع، ص 95.

في فرنسا، فأى حكم يحال الاختصاص به من القاضي المصري لأية محكمة أجنبية لن يكون قابلاً للتنفيذ في مصر لسبب سهل هو أن يكون في اختصاص المحاكم المصرية¹.

إن الأخذ بنظرية الإحالة في المقام المائل هو أمر يتعارض مع أحكام القانون المصري فإحالة الاختصاص تفترض بداية نزاع معين في اختصاص محاكم دولتين، فتحيل المحكمة التي عرض عليها النزاع مؤخراً إلى محكمة الدولة التي اختصت بداية والمادة 298 من قانون المرافعات المصري تنص على أنه « لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم...» فكيف تحيل المحاكم المصرية نزاعاً تختص به محاكم دولة أجنبية، في حين أن المشرع لا يجيز تنفيذ الحكم الذي يتصور أن تصدره هذه المحاكم الأجنبية؟²

الفرع الخامس: موقف المشرع اللبناني من الإحالة

على عكس التشريعات المعاصرة، سواء كانت هذه التشريعات عربية أم غربية و التي اتخذت موقفاً صريحاً من الإحالة إما بالقبول أو الرفض فإن المشرع اللبناني لم يتخذ موقفاً صريحاً من الإحالة، لم يتخذ الاجتهاد اللبناني من الإحالة موقفاً موحداً فبينما قبلت بعض الأحكام الإحالة بينما رفضها البعض الآخر³.

أ - الأحكام المناصرة لفكرة قبول الإحالة: طرح موضوع الإحالة لأول مرة في لبنان في عام 1938 أمام المحاكم المختلطة وذلك بخصوص منازعة متعلقة بتركة مواطن أمريكي ولاية بنسلفانيا توفي تاركاً أموالاً عقارية في لبنان، حيث تخضع قاعدة الإسناد المطبقة في ولاية بنسلفانيا الميراث في العقار لقانون موقع العقار و الميراث في المنقول لقانون آخر هو موطن المتوفي و بالتالي فإن قاعدة الإسناد المطابقة في ولاية بنسلفانيا تحيل فيما يتعلق بالميراث

¹ - هشام خالد، " إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية"، (دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2012، ص 102.

² - نفس المرجع، ص 101-102.

³ - حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 203.

الخاصة بالعقارات الكائنة في لبنان إلى القانون اللبناني بوصفه قانون موقع العقارات من جهة رفضت المحكمة الابتدائية المختلطة في بيروت بموجب قرارها رقم 315 الصادر في 26 كانون الثاني (يناير) 1938 الأخذ بالإحالة، ووزعت التركة طبقاً للقواعد المادية المطبقة في ولاية بنسلفانيا¹.

ولقد رفض كل من القاضي المنفرد في بيروت ومن بعده محكمة الاستئناف في بيروت الأخذ بالإحالة، بحيث أثارت محكمة الاستئناف في قرارها رقم 1646 الصادر في 18 تشرين الأول (أكتوبر) لعام 1960 ولأول مرة رفض الإحالة يستند إلى وجود عدة قوانين في لبنان تطبق في مسائل الارث، صدقت الهيئة العامة لمحكمة التمييز على القرار الاستئنافي في مستندة على نفس المادة 231 من القرار رقم 3329 كما في قضية سرقس السابقة وقد اعتبرت المحكمة «إن النص المادة المذكورة يفرض تطبيق قوانين الأجنبي العقارية مهما كانت البلاد التي يوجد فيها المتوفي وهو نص متعلق بالنظام العام فلا يضيع أمام هذا النص المطلق تطبيق نظرية الإحالة التي تنفيها أحكام هذا النص...»².

ب- رفض القضاء اللبناني الأخذ بالإحالة

التغير الجديد من قبول الإحالة كمبدأ عام إلى رفضها أصدرته محكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في 20 أفريل 1955 في:

-قضية سرسق: كانت تتعلق أحداث هذه القضية في أن امرأة عثمانية كانت قد حصلت على الجنسية الفرنسية بزواجها من فرنسي وبعد أن مات زوجها رجعت لتقيم في لبنان وماتت في لبنان تاركة أموالاً منقولة و عقارية، ولقد اختلف الورثة حول القانون الواجب التطبيق وكان على القضاء اللبناني أن يجيب على السؤال التالي: إذا كان الميراث في لبنان يحكمه قانون جنسية المتوفي وهو القانون الفرنسي فما الهدف بهذا القانون؟ هل يقصد به القواعد المادية الفرنسية

¹ - حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 204.

² - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 666.

التي تقدم الحل المباشر للنزاع ، أم يقصد به قواعد الإسناد الفرنسية التي تعقد الاختصاص بشأن العقارات لقانون موقعها وفي المنقولات لقانون موطن المتوفي وهو في الأمرين القانون اللبناني ؟ ولقد فصلت محكمة استئناف بيروت بتاريخ 21 نيسان (أفريل 1952 الآن بالإحالة وقسمت التركة وفقاً للقانون اللبناني أي طبقاً للأحكام الشريعة الإسلامية تبعا للمذهب الحنفي، لكن محكمة التمييز نقضت حكم محكمة الاستئناف مقدره أن قاعدة الإسناد الواردة في المادة 231 من القرار 3339 الخاصة بالمواريث تحل إلى القواعد المادية الداخلية في قانون جنسية المتوفي وليس لقواعد الإسناد فيه¹.

-قضية جيرمان: من الجديد عادت محكمة التمييز فأكدت موقفها الراض للإحالة في القرار الصادر عن الهيئة العامة المحكمة التمييز في 21 أيلول « سبتمبر » 1961 في قضية جيرمان وكانت هذه القضية تتعلق بالسيد جان جول جيرمان الفرنسي الجنسية الذي توفي في لبنان عام 1946 تاركاً أموالاً عقارية فيه ، ولقد رفض كل من القاضي المنفرد في بيروت ومن بعده محكمة الاستئناف في بيروت الآخذ بالإحالة².

أثارت محكمة الاستئناف في قرارها رقم 1646 الصادر في 18 أكتوبر (تشرين الأول) العام 1160 لأول مرة أن رفض الإحالة يستند إلى وجود عدة قوانين داخلية في لبنان في مسائل الإرث.³ وصدقت الهيئة العامة لمحكمة التمييز على القرار الاستئنافي مستندة على نفس المادة 231 من القرار رقم 3339 ، كما في قضية سرسق سابقة³.

¹ - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق ، ص 665.

² - نفس المرجع، ص 666.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد تناولنا في الفصل الثاني موقف الفقهاء من الإحالة من حيث قبولها ورفضها وابرار هذه المواقف بالحجج والأدلة ومن جهة أخرى تحدثنا عن موقف بعض التشريعات من بينهم موقف القانون الجزائري الذي حسم موقفه من الإحالة بالأخذ بها من الدرجة الثانية بنص المادة 23 مكرر 1 فقره الثانية من القانون المدني الجزائري، وقد وفق المشرع في أخذه بالإحالة من الدرجة الأولى لأنه في ذلك توسع في نطاق تطبيق قانونه. ومن بين التشريعات التي وضحت موقفها التشريع الفرنسي والإنجليزي والإيطالي، التشيكي و الألماني فلقد بينوا موقفهم فمنهم من أخذ بها كالتشريع الفرنسي ومنهم من سكت والاتجاه الآخر رفضها، تطرقنا كذلك للحديث عن التشريعات العربية ومن هذه التشريعات القانون المصري، القانون العراقي والقانون الأردني هذا الأخير الذي لم يتأثر بموقف التشريعات في إجازة نظرية الإحالة وعارض ذلك بشكل واضح، كذلك الموقف اللبناني الذي لم يتخذ موقفا صريحا من الأخذ بالإحالة حيث بعض الأحكام قبلت الإحالة وبعض الآخر رفضها في قضية سرسق وقضية جيرمان.



خاتمة:

تعرضنا في هذا البحث إلى الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية حيث تناولنا فيه من الناحية النظرية مفهوم الإحالة وأنواعها وتاريخ ظهورها والاستثناءات الواردة على نطاق الإحالة ومن جهة أخرى تطرقنا أيضا إلى الأساس القانوني للإحالة التي تضمنت بأن الإحالة تفويض، الإحالة حل احتياطي، تبرير الإحالة على أساس فكرة إقليمية، تبرير الإحالة استثناء إلى فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد فلقد تعرضت إلى وجهات نظر كثيرة وخلاف خصوصا عندما تكلمنا عن التشريعات المقارنة بما فيهم الغربية والعربية حيث تفاقمت بعض الآراء الفقهية والتشريعية بين القبول والرفض لنظرية الإحالة، أي أن بعض التشريعات استبعدت الأخذ بحماية لنظام العام السائد فيها.

حيث تناولنا أيضا حالات استبعاد الأخذ بالإحالة في مجال حالة الأخذ بقانون الإرادة التي تناولها المشرع في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أما الحالة الأخرى التي استبعدت فيها هي حالة الأخذ بالإحالة في شكل التصرفات القانونية وإخضاعها لقانون مكان إبرام التصرف.

هناك بعض النقاط التي توصلنا إليها في بحثنا وهي تطرقنا إلى موقف التشريعات والفقه من الإحالة والأخذ بها حيث تباينت الآراء بين التأييد والمعارضة هناك جانب الفقه يؤيد الأخذ بالإحالة، وأنها وسيلة لتوحيد الحلول وضمان تنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها لقواعد الإسناد في قانون القاضي وهناك اتجاه رفض حيث برر موقفهم بحجج تثبت سبب معارضة الأخذ بها بأن الإحالة تؤدي إلى إهدار قاعدة الإسناد ومنع تطبيقها، وتطرق الباحث أيضا إلى إبراز موقف تشريعات الدول الغربية والعربية منها المشرع الأردني والفرنسي كأبرز مثال حيث وضحت رأيها بالأخذ بالإحالة منذ ظهور تاريخ قضية " فورغو " المشهورة حيث اعترف بالإحالة الثانية وبالدرجة الأولى، وفي حين رفضها المشرع الإيطالي في ما يخص إذا تعلق بقانون الإرادة وشكل التصرفات وهذا مثال على بعض التشريعات التي أخذناها في بحثنا إضافة إلى المشرع الألماني والمصري والمشرع التشيكي والعراقي واللبناني والقضاء الانجليزي بينت كيفية الفصل في النزاع المعروض أمامها وأدت مفهوم الإحالة هو الفصل في النزاع المشتملة على عنصر أجنبي.

طبقا للمشرع الجزائري قد رفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية وهذا راجع إلى حماية النظام العام، حيث حاول من خلال تعديل القانون 2005 بأن يواكب التطورات التي تشتمل على عنصر أجنبي في قانون رقم 05/10/2005 ووضح الحلول لبعض المسائل التي تخص أعمال قاعدة الإسناد وطرحها من ثم القانون الأجنبي.

ونص صراحة على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في نص المادة 23 مكرر 1 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري واعتمد على استبعاد الحلول التي تكون فيها تطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف النظام السائد وحسم موقفه بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط ويرفض الإحالة كمبدأ عام حيث يرفض تطبيق القواعد الموضوعية التي نص عليها القانون الأجنبي، ففي حالة إحالة القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي إلى القانون الجزائري يتم قبوله ويأخذ بالإحالة الأولى كاستثناء.

التوصيات:

إن المشرع الجزائري قام باستبعاد إحالة من درجة الثانية على عكس بعض التشريعات المقارنة وأخذ فقط بالإحالة من الدرجة الأولى وعلى المشرع كان عليه أن يتخذ موقف بخصوص الفقرة الثانية من المادة 23 إذ حبذا لو أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، إذا كان الأخذ بها لا يمس النظام العام.

قائمة

المراجع

قائمة المصادر والمراجع

I. المصادر:

القوانين:

1. القانون المدني الجزائري رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم للقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

II. المراجع:

- (1) أحمد الفضلى، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، دار قنديل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2004.
- (2) أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق جامعة بنها، على موقع: www.pdfactory.com . تاريخ الإطلاع: 20 فيفري 2024.
- (3) أحمد عبد الكريم سلامة، " الأصول في التنازع الدولي للقوانين"، دار النهضة العربية، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة.
- (4) أحمد عبد الكريم سلامة، " القانون الدولي الخاص"، (الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، الطبعة الأولى، دار النهضة، 32 شارع عبد الخالق ثروت- القاهرة.
- (5) أشرف وفا محمد، القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين - تنازع الاختصاص القضائي الدولي- آثار الأحكام الأجنبية)، جامعة الحقوق، كلية القاهرة، 1443هـ - 2021.
- (6) آمنة محمدي بوزينة، اشكالات تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة، جامعة حسيبة بن بوعلي- الشلف- الجزائر.
- (7) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في القوانين العربية، جزء 1، مطبعة المسيلة، الدويرة، 2013.

- (8) إيناس محمد البهيجي ويوسف المصري، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، الشيخ ربحان، عابدين، 2013.
- (9) بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة.
- (10) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، جامعة مؤتة سابقا، 2005.
- (11) حسن الهداوي وغالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، الجزء الأول، 1997.
- (12) حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- (13) حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.
- (14) سامي بديع منصور وأسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
- (15) سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت.
- (16) سعيد يوسف البستاني، "الجامع في القانون الدولي الخاص"، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2009.
- (17) صلاح الدين جمال الدين، "تنازع القوانين" دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، 30 سويتز الأزرطية، الاسكندرية، 2006.
- (18) عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- (19) عبد الرزاق دربال، "الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، دار العلوم، الحجاز، عناية، 2010.

- (20) عبده جميل غضوب، دروس في القانون الدولي الخاص، ط1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الحمراء، سنة 1428هـ - 2008م.
- (21) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، " الجنسية، الموطن ومركز الأجانب، تنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار السنهوري، بيروت، 2017.
- (22) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مباحث القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- (23) عبد الكريم ممدوح، القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين"، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1، الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005.
- (24) عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مكتب الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 1442هـ - 2021م.
- (25) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ج2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
- (26) كريمة محروق، تنازع القوانين في الأحوال الشخصية وفق القانون والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر 2020.
- (27) كريم مزعل الشبي، "مباحث القانون الدولي الخاص" (تنازع القوانين)، طباعة النشر والتوزيع، منشورات الحلبي، بيروت - لبنان.
- (28) محمد عبد العال عكاشة، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد (دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة)، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة. على الموقع: WWW.NOOR-BOOK.COM تاريخ الإطلاع: 12 فيفري 2024.
- (29) محمد وليد المصري، الوجيز في شرح قانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، ط2، دار الثقافة، الأردن، 2011.

30) نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوظيفية، ط5، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010.

31) ناصر عثمان أبو زايد وأحمد عبد الموجود الميري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، (تنازع القوانين والاختصاص القضائي في المنازعات الخاصة الدولية - التحكيم الدولي الخاص - آثار الأحكام الأجنبية)، جامعة أسيوط.

32) هشام خالد، "إحالة الدعوى إلى محكمة أجنبية"، (دراسة مقارنة في نطاق القانون الدولي الخاص)، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2012.

33) هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الأزارطية، الإسكندرية، سنة 2005.

34) هشام صادق علي وحفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1999.

III. الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. فطيمة موشعال، " وظيفة الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية، اطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي ليباس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2018-2019. على الموقع: WWW.ELMIZANE.COM 10 تاريخ الاطلاع: مارس 2024.

2. بختة زيدون ، التطبيق الاستثنائي للقانون الجزائري في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد لكلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010-2011. على الموقع: WWW.ELMIZANE.COM تاريخ الاطلاع: 21 فيفري 2024.

3. حسن غسان بن عودة، "الإحالة في القانون الدولي الخاص" (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين. على الموقع: WWW.NOOR-BOOK.COM تاريخ الاطلاع: 01 فيفري 2024.

IV. المقالات:

1. أمينة مقدس، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، دراسة تحليلية مقارنة، المرافق العمومية والتنمية، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد6، العدد02، ديسمبر 2020. على الموقع: DOAATABL@GMAIL.COM تاريخ الاطلاع: 20 فيفري 2024.
2. باسم عواد محمود العموش، مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين، لكلية الحقوق، كلية العلوم الإدارية، قسم الأنظمة- جامعة فجران، المملكة العربية السعودية، عدد 90، أبريل 2020. على الموقع: WWW.LAS.JOURNALS.EKB.EG تاريخ الاطلاع: 12 فيفري 2024.
3. صالح مهدي كحيط، مفهوم الإحالة بين النسبية وأحكام الحل الوظيفي، دراسة مقارنة، أهل البيت عليهم السلام، العدد الثامن عشر، كلية الحقوق. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ، تاريخ الاطلاع: 02 فيفري 2024.
4. عبد المالك الدح، الإحالة في القانون الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد25، المجلد الأول، جامعة عمر ثليجي، الأغواط. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ تاريخ الاطلاع: 07 فيفري 2024.
5. فاطمة عيشوية، "الإحالة في القانون الدولي الخاص"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، عدد2، جامعة خلدون تيارت، الجزائر، 2015. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ تاريخ الاطلاع: 03 فيفري 2024.
6. كريم ناتوري، المعاملة الجزائية لتطبيق القانون الأجنبي في قواعد تنازع القوانين الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد1، السنة 2022. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ. تاريخ الاطلاع: 29 مارس 2024.

7. كمال آيت منصور، الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية، المجلة الأكاديمية

للبحث القانوني، عدد خاص، جامعة بجاية الجزائر، سنة 2017. على الموقع:

WWW.ASJP.CERIST.DZ تاريخ الاطلاع: 10 فيفري 2024.

8. مسعود حسين مسعود، مصباح عبد الله حواس، الإحالة في القانون الدولي الخاص

الليبي دراسة تحليلية، مجلة جامعة سرت للعلوم الانسانية، المجلد 12، العدد 1، يونيو

2022. على الموقع: WWW.ASJP.CERIST.DZ تاريخ الاطلاع: 15

فيفري 2024.

.V. المحاضرات:

1. إبراهيم حمود مهنا، "نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص"، محاضرات في مادة

القانون الدولي الخاص، قسم الحقوق، سنة 2020-03-12. على الموقع:

www.sahla.dz.com تاريخ الاطلاع: 29 مارس 2024.

2. ابراهيم ديدي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة، جامعة الشهيد

حمة لخضر بالوادي، لكلية الحقوق 4 والعلوم السياسية، 2021-2022، ص 91. على

موقع: WWW.SAHLA.DZ.COM تاريخ الاطلاع: 25 مارس 2024.

3. أحمد بابا عمي الحاج، مطبوعة القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2020/2021. على الموقع:

www.researchgate.net تاريخ الاطلاع: 24 فيفري 2024.

4. أمينة محمد بوزينة، محاضرات في القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، جامعة

حسيبة بن بو علي، -الشلف- كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة 2019/2020.

على الموقع: WWW.SAHLA.DZ.COM تاريخ الاطلاع: 20 فيفري 2024.

5. بشرى زلاسي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، للسداسي الأول، مقدمة لطلبة السنة الثالثة - حقوق-، جامعة لونيبي علي البليدة2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2019/2018. www.heladelp.com 22 فيفري 2024.
6. جمال بن عصمان، مقياس القانون الدولي الخاص، السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية -تلمسان، السنة 2017/2015. على الموقع: www.sahla.dz.com تاريخ الاطلاع: 25 فيفري 2024.
7. عبد السلام فوفو، محاضرات مقررة لطلبة ماستر1، القانون الدولي الخاص"، في قواعد الإسناد في الأحوال الشخصية، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، كلية العلوم الإسلامية- الجزائر، 2020/2019. على الموقع: www.sahla.dz.com تاريخ الاطلاع: 25 مارس 2024.
8. عمارة عمارة، "الإحالة"، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2021/2020. على الموقع: dspace.univ-bouira.com تاريخ الاطلاع: 11 فيفري 2024.
9. عمر الحسين، محاضرات في القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين"، لقاء على طلبة السنة الثالثة -حقوق- قسم القانون الخاص، جامعة محمد بوقرة (بومرداس)، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2020 /2019. على الموقع: www.sahla.dz.com تاريخ الاطلاع: 21 فيفري 2024.
10. فتيحة بشور، محاضرات في القانون الدولي الخاص، "تنازع القوانين"، لطلبة السنة الثالثة ليسانس تخصص قانون خاص، جامعة أكلي محند أولحاج- البويرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2017/2016. على الموقع: WWW.DSPACE.UNVI-BOUIRA.COM تاريخ الاطلاع: 17 فيفري 2024

11. يمينة كحولة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، طلبة السنة ل م د، تخصص

القانون الخاص، جامعة محمد بن أحمد وهران 2 على الموقع: www.sahla.dz.com

تاريخ الاطلاع: 25 مارس 2024.

فهرس

المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	البسمة
	الإهداء
	الشكر والتقدير
05-02	مقدمة عامة
41-07	الفصل الأول: ماهية الإحالة
07	المبحث الأول: مفهوم الإحالة
08	المطلب الأول: تعريف الإحالة وأنواعها
08	الفرع الأول: تعريف الإحالة
09	1- التنازع الإيجابي
09	2- التنازع السلبي
10	الفرع الثاني: أنواع الإحالة
10	1- الإحالة من الدرجة الأولى
11	2- الإحالة من الدرجة الثانية
13	المطلب الثاني: ظهور الإحالة
13	الفرع الأول: بداية ظهور الإحالة
14	الفرع الثاني: وقائع قضية فورغو
17	المبحث الثاني: نطاق الأخذ بالإحالة
17	المطلب الأول: الاستثناءات الواردة على الإحالة
18	الفرع الأول: استبعاد الإحالة في مسائل الالتزامات التعاقدية
25	الفرع الثاني: استبعاد الإحالة في شكل التصرفات القانونية

30	الفرع الثالث: استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية
32	المطلب الثاني: الأساس القانوني للإحالة
32	الفرع الأول: الإحالة تفويض
34	الفرع الثاني: الإحالة حل احتياطي
36	الفرع الثالث: تبرير الإحالة على أساس فكرة اقليمية
39	الفرع الرابع: تبرير الإحالة استنادا إلى فكرة التنسيق بين قواعد الإسناد
41	خلاصة الفصل الأول
76-43	الفصل الثاني: الإحالة بين آراء الفقهاء وموقف التشريعات
47	المبحث الأول: موقف الفقه من الإحالة
44	المطلب الأول: الرأي المؤيد للإحالة
49	المطلب الثاني: الرأي المعارض للإحالة
54	المبحث الثاني: موقف القوانين المختلفة من نظرية الإحالة
54	المطلب الأول: موقف بعض القوانين الغربية من نظرية الإحالة
55	الفرع الأول: موقف القانون الانجليزي من نظرية الإحالة
56	الفرع الثاني: موقف المشرع التشيكي من الإحالة
57	الفرع الثالث: موقف المشرع الفرنسي من نظرية الإحالة
57	أ. قبول الإحالة إلى قانون قاضي النزاع أو الإحالة من الدرجة الأولى
58	ب. الإحالة إلى قانون دولة ثالثة أو الإحالة من الدرجة الثانية
59	الفرع الرابع: موقف المشرع الايطالي بالإحالة
59	الفرع الخامس: موقف المشرع الألماني من الإحالة
61	المطلب الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من الإحالة
61	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

61	أولاً: موقف المشرع الجزائري من الإحالة قبل تعديل 2005.
65	ثانياً: موقف المشرع الجزائري من الإحالة بعد تعديل القانون 2005.
67	الفرع الثاني: موقف المشرع الأردني
69	الفرع الثالث: موقف المشرع العراقي من نظرية الإحالة
70	الفرع الرابع: موقف التشريع المصري
73	الفرع الخامس: موقف المشرع اللبناني من الإحالة
73	أ. الأحكام المناصرة لفكرة قبول الإحالة
74	ب. رفض القضاء اللبناني الأخذ بالإحالة
76	خلاصة الفصل الثاني
79-78	خاتمة
88-81	قائمة المراجع والمصادر
92-90	قائمة المحتويات

مُلَخَّصٌ

الْمُذَكَّرَةُ

الملخص:

تناول الباحث في هذه الدراسة أحد أهم قضايا القانون الدولي الخاص والمتمثلة في نظرية الإحالة التي تظهر من خلال رفض الاختصاص من قبل القاضي وتحويله الى قانون دولة ثالثة بسبب اختلاف قواعد الاسناد في قانون القاضي والقانون الأجنبي، والاحالة نوعان إحالة من الدرجة الأولى يرد فيها الاختصاص الى قانون القاضي وإحالة من الدرجة الثانية يرد فيها الاختصاص الى قانون دولة ثالثة غير دولة القاضي، وقد ظهرت هذه النظرية اول مرة عام 1841 من خلال وقائع قضية (فورغو)، التي تمت فيها إحالة الاختصاص الى قانون دولة ثالثة أي إحالة القانون البلجيكي الى القانون الروسي، اظف أنه تم التوصل كذلك أنه يتم استبعاد الإحالة لما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون إرادة المتعاقدين وخضوع التصرفات القانونية لبلد الابرام، وقد تضاربت الآراء الفقهية في هذا الشأن منهم من اخذ بها وقدم حجة مفادها انها تؤدي إلى تسهيل مهمة القاضي في حل النزاع وتيسير تنفيذ الأحكام القضائية، ومنهم من رفضها واستند على حجة مفادها انها تؤدي إلى حلقة مفرغة وهي إهدار لقواعد الاسناد ومنع تطبيقها وهي تمس بالسيادة، اما بالنسبة لموقف بعض التشريعات العربية والغربية منهم من اخذ بها مثل إنجلترا ، التشيك، فرنسا، ايطاليا، المانيا، الجزائر، العراق ومن الدول التي رفضتها مصر والاردن، ومن الدول التي لم تتخذ موقف صريح وموحد المشرع اللبناني.

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الخاص، نظرية الإحالة، قواعد الإسناد، قانون القاضي، القانون الأجنبي، إحالة من الدرجة الأولى، إحالة من الدرجة الثانية.

SUMMARY

In this study, the researcher dealt with one of the most important issues in private international law, represented by the theory of referral, which appears through the rejection of jurisdiction by the judge and its transfer to the law of another country due to the difference in the rules of referral in the law in the judge's law and foreign law, there are two types of referral a first-degree referral in which jurisdiction is returned to the judge's law, and a second-degree referral in which jurisdiction is restored to the law of a third country other than the judge's country This theory appeared for the first time in 1841 through the facts of the Forgo case, in which a referral was made to the law of a third country, meaning that Belgian law was referred to Russian law due to different rules of attribution The referral may be excluded since the applicable law is the law of the will of the contracting parties and the legal actions are subject to the country of conclusion Instead, disagreement and conflict of opinions have emerged between jurists some of them took it and presented the argument that it facilitates the task of the judge in resolving the dispute and facilitating the implementation of judicial rulings.

Some of them rejected it and presented the argument that it leads to a vicious circle and waste of the rule of attribution and prevents its application as for the position of some Arab and Western legislation, some of them took it, such as England, the Czech Republic, France, Italy, Germany, and Algeria, Iraq, and some of them rejected it, such as the Egyptian and Jordanian legislators, and there were those who did not take a clear and unified position on the referral, such as the Lebanese legislator.