الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)

د.الدح عبدالمالك

جامعة عمار ثليجي الأغواط

الملخّص:

يعالج هذا المقال نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري و هذا من خلال بحث المشكلة و تطبيقها في القوانين خاصة و أنّ نظرية الإحالة فكرة منتقدة و لم تأخذ بها جميع التشريعات ، و لم يكن المشرع الجزائري ينص عليها إلاّ أنّه بعد تعديل القانون المدني الجزائري في سنة2005 أضاف المشرّع مادة جديدة في المواد المتعلّقة بتنازع القوانين من حيث المكان و هي المادة23مكرّر1 التي نصت على الإحالة إذا كانت في حالة رجوع إلى قانون القاضي و هو القانون الجزائري .

RESUME

Le renvoi est un mécanisme juridique d après lequel le juge saisi d'unlitige que le droit algérien commande de trancher selon un loi étrangère n'applique pas seulement le droit interne de ce pays mais prend également en compte les règles de conflit de lois de ce pays éventuellement désignent l'application du droit de juge ou dun pays tiers auquel cas le juge revoie vers ce droit et le législateur algérien ajoute article 23bis1 dans le code civil en 2005.

مقدمة: تعتبر الإحالة من المسائل الأولية في مجال القانون الدولي الخاص فهي بحد ذاتها نظرية أضافت الكثير في تطبيق قواعد الإسناد و أثرت بشكل كبير في إيجاد حلول للعلاقات الدولية الخاصة أو إعاقتها ،و هذا ما ساهم في إغناء علم تنازع القوانين نظرا لما حملته هذه النظرية أي نظرية الإحالة من اتجاهات قضائية و فقهية متباينة حولها .

و يتحدد مفهوم الإحالة بالنظر إلى كيفية إعمال القانون الأجنبي سواء من حيث نطاقه أو مضمونه ،أي أنّه لم يعد ينظر إلى القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية فقط بل يتعدّاه إلى النظر في قواعد القانون الدولي الخاص فيه.

و لأنّ القاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي بعد قيامه بعملية التكييف و إسناد النزاع إلى القانون الأجنبي طبقا لقواعد الإسناد في قانونه فإن السؤال يطرح ماهو مفهوم القانون الأجنبي و كيف يرجع إلى القانون الأجنبي المسند إليه هل يتّجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم يتجه إلى قواعد الإسناد فيه أي إلى قواعد القانون الدولي الخاص و هنا تطرح مشكلة الإحالة.

لذا تعد الإحالة من المسائل القانونية التي أثارت جدلا كبيرا بين الفقهاء في الماضي و الحاضر خاصة عند ظهورها و لم يقتصر على قبولها أو رفضها بل امتدّ ليشمل أنواعها و نطاقها و مبرّراتها و الوظائف التي تؤديها الإحالة.

و لدراسة هذا الموضوع القديم الجديد في نفس الوقت ليس من باب إعادة إحياء نقاش قديم فقط ، بل هو نابع من رغبة ملحة بإعادة النظر إليه من زوايا أخرى من جهة ،و من جهة أخرى هو أن المشرع الجزائري قد أضاف المادة 23مكرر1التي نصت على الإحالة عند تعديله للقانون المدني في سنة 2005 و التي تثير تساؤلات و اشكاليات من حيث مبدأ ملائمتها و مدى تطبيقها .

و الإشكال الذي يطرح ،هل الإحالة مشكلة ام حلّ في القانون الدولي الخاص الجزائري ،و يتفرع عن هذا الإشكال طرح تساؤلات فرعية:

ما المقصود بالإحالة ؟و ما هو نطاقها ؟و ما هو موقف المشرّع الجزائري منها ؟

و الإجابة على هذه التساؤلات يكون في النقاط التالية:

أوّلا المقصود بالإحالة: قبل التكلّم للإحالة و عدم تكرار ما هو موجود في الكتب الخاصة بالقانون الدولي الخاص و حتى نفهم الحالات التي نكون فيها مواجهة نظرية الإحالة يجب التطرق إلى الفروض التي نكون فيها أمام تنازع القوانين .

1- فروض تنازع القوانين: إنّ اختلاف قواعد الإسناد من دولة لأخرى يؤدي إلى وجود نوعين من التنازع و هما التنازع الإيجابي و التنازع السلبي و لا تثور مشكلة الإحالة في الفروض التالية:

* إذا أشارت قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون القاضي ابتداء و مثال ذلك ما نصت عليه المادة15فقرة2 من القانون المدني الجزائري بالنسبة لاتخاذ التدابير الاستعجالية على عديمي الأهلية و الغائبون الموجودون في الجزائر بالنسبة لأموالهم الموجودة في الخارج ، أو انتهاء مثل ما نصت عليه عليه المادة23 مكرر من القانون المدني الجزائري بتطبيق قانون القاضي و هو القانون الجزائري في حالة تعذّر اثبات القانون الأجنبي .

* في حالة التنازع الإيجابي بين قواعد الإسناد و هي الحالة التي يقرّرفيها كل من القانون الوطني و القانون الأجنبي الاختصاص التشريعي لقانونيهما، و مثال ذلك أن يثور نزاع متعلّق بحالة جزائري مقيم في أنجلترا، فلو عرض النزاع على القاضي الجزائري فإنّه سيطبق القانون الجزائري باعتبار أن الشخص جزائري أي قانونه الشخصي بينما لو عرض النزاع على القاضي الأنجليزي فإنّه سوف يطبق القانون الأنجليزي باعتباره قانون الموطن و لأنّ قواعد الإسناد في القانون الأنجليزي تنيط الأحوال الشخصية بضابط الموطن، حيث يتبيّن من الفرض الثاني أي التنازع الإيجابي أنّ حلّه بسيط فكل قاض يطبق قانونه الوطني بمقتضى قواعد الإسناد التي منحته هذا الاختصاص التشريعي.

- كذلك لا تثور مشكلة الإحالة في حالة تماثل أو تطابق مضمون قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي و القانون الأجنبي المسند إليه، و هذا ما هو موجود في معظم قواعد الإسناد في قوانين الدول العربية و مثال ذلك إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري متعلّق بأهلية تونسي ، فالقاضي الجزائري سيطبق القانون التونسي باعتبار قانون جنسيته و لأنّ قاعدة الإسناد الجزائرية أملت عليه ذلك ،كذلك قاعدة الإسناد في القانون التونسي تقضي بتطبيق قانون الجنسية و بالتالي القاضي الجزائري يطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون التونسي.

2- تعريف الإحالة: تكون الإحالة في الفرض الرابع أي في حالة ما إذا كان التنازع سلبيا بين قاعدة الإسناد في قانون القاضي و قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المسند إليه.

و يحدث التنازع عندما تتخلى كل قاعدة من قواعد التنازع عن الاختصاص الذي انعقد لها و يحدث التنازع السلبي عندما تختلف قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي و هي حالة ما إذا منحت قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي و هذه الأخيرة ترفض عقد الاختصاص للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي و ترجعه أو تسنده هي بدورها لقانون القاضي أو قانون آخر و من هنا بدأت المشكلة.[1]

لكن قبل تقديم تعريف شامل للإحالة يجب الرجوع إلى القضية التي أظهرتها تاريخيا و هي قضية فورقو لسنة 1878 .

فالإحالة ظهرت قضائيا قبل أن تأخذ بها بعض القوانين، و الكثير من المؤلفات تعزو ظهور الإحالة إلى القضية الشهيرة و هي قضية فورقو التي فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية لسنة 1878، لكن هناك مؤلفات أخرى ترى بأنّ الإحالة عرفت قبل ذلك التاريخ بكثير حيث عرفها القضاء الأنجليزي في سنة1841 و عرفها كذلك القضاء الألماني في سنة 1861، إلاّ أنّ القضية التي اشتهرت بها الإحالة هي قضية فورقو، لا نتطرّق إلى تفاصيل و حيثيات القضية بصفة مسهبة [2]و إنّما الرجوع فقط إلى الحل الذي توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية التي رأت فيه أنّه كان يتعيّن على قضاة الموضوع أن يطبقوا قاعدة الإسناد المتضمّنة في القانون البافاري المختص لا أن يطبقوا القواعد الموضوعية فيه التي تعطي الحل المباشر للنزاع ، و لّما كانت قاعدة الإسناد في القانون البافاري تعقد الاختصاص لقانون الموطن الفعلي و هو القانون الفرنسي و هذا الأخير لا يورث حواشي الابن الطبيعي في ذلك الوقت و من هنا يعتبر القانون الفرنسي التركة شاغرة لا وارث لها و تؤول أمواله إلى خزينة الدولة ،و الملاحظ على هذا الحكم:

أنّ محكمة النقض الفرنسية قد رأت وجوب تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص و أنّه يجب قبول الإحالة منه و بالتالي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المحال إليه و هي إحالة بسيطة أو إحالة من الدرجة الأولى .

أمّا الملاحظة الثانية هو أنّ الحكم يكون مختلفا و بالتلازم الحلّ القانوني للنزاع بحسب الأخذ بالإحالة أو رفضها و هذا واضح من الحكم ،فلو أنّ محكمة النقض الفرنسية رفضت الإحالة و طبّقت الأحكام الموضوعية المباشرة في القانون البافاري على النزاع لآلت التركة إلى الحواشي أما و أنّها أخذت بالإحالة فقد ألغت حكم المحكمة و طبّقت القانون الفرنسي الذي يحرم الحواشي من الميراث إذا كان الولد طبيعي ،وبالتالي اعتبرتها تركة بدون وارث و آلت ملكيتها إلى الخزينة الفرنسية.

و من هذا الحكم و لحدّ الآن ما زالت فكرة الإحالة مسألة مختلف فيها بين مؤيّدين و معارضين لها في القضاء و الفقه و حتى بالنسبة للقوانين فمنهم من أخذ بها و منهم من رفضها صراحة و منهم من سكت عنها.

ومنه يمكن تعريف الإحالة بأنّها تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص الذي أشارت بتطبيقه قاعدة التنازع.

و من الفقهاء من يعرّفها بأنّها رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة الإسناد في قانون القاضي و ردّه بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة اخرى .

و منه نستنتج أنّ الإحالة لا تكون إلاّ في حالة التنازع السلبي بين قانون القاضي و القانون الأجنبي المسند إليه .

3- الإحالة مسألة خلافية: تعتبر الإحالة من مسائل القانون الدولي الخاص التي أثارت جدلا كبيرا بين الفقهاء و الدرجة التي يؤخذ بها ، و ذلك بين مؤيّد و معارض لها و بين من اتخذ موقف وسط لم يأخذ بها على اطلاقها و لم يتركها و سأركّز على بعض أوجه الخلاف فقط.

بالنسبة للمؤيّدين يرون الأخذ بالإحالة هو تطبيق لقاعدة الإسناد الوطنية التي عيّنت القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يجب أن يكون واحدا لا يقبل التجزئة و يرون أنّه من غير المعقول تطبيق قانون دولة لا يعقد الاختصاص لنفسه طبقا لما تقضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص و بالتالي يجب على القاضي احترام قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي.

أمّا الحجة الثانية فيرون أنّ للإحالة دور في تحقيق التنسيق بين النظم القانونية و توحيد الحلول القانونية ، و يعني ذلك أنّ على القاضي أن يفصل في النزاع كما يفصل فيه القاضي الأجنبي ، أي طبقا لقانون الدولة التي أشارت به قاعدة الإسناد الوطنية .

و من النتائج المترتّبة على هذه الحجّة هو تحقيق الإنسجام من جهة و من جهة أخرى سهولة الاعتراف و تنفيذ الأحكام الصادرة من القضاء الوطني خاصة إذا كان الحكم الأجنبي ينفّذ في دولة أخرى و كان قانون الدولة الأجنبية يتطلّب أن يكون الحكم الأجنبي صادرا طبقا لما تقضي به قواعد الإسناد في قانون القاضي و قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص.

و الحجّة الأخيرة هي أنّ تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة دون المرور على قواعد الإسناد فيه و كأنّه نرغم القانون الأجنبي على قبول اختصاصه و بالتالي يكون مخالفا لإرادة المشرّع الأجنبي، و ذلك في الحالات التي يرفض فيها القانون الأجنبي المعيّن اختصاصه أي فيما لو طبّقنا قواعد الإسناد سيتخلّى عن اختصاصه من جهة،و من جهة أخرى وتطبيق الإحالة و خاصة في حالة رجوع إلى قانون القاضي يكون فيه يسر و عدم مشقّة على القاضي الذي ينظر في النزاع لأنّه سيطبّق قانونه الوطني الملمّ به و هذا فيه راحة نفسية.[3]

أمّا بالنسبة للمعارضين ردّا على حجج المؤيّدين فيرون أنّ :

قاعدة الإسناد هي قاعدة وطنية و يتحدّد بمقتضاها القانون المختص و القاضي يأتمر بقانونه لا بالقانون الأجنبي و بالتالي فالقاضي ينتقل إلى تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون على موضوع النزاع ، و هذا هو الغرض من قاعدة الإسناد الوطنية التي تعتبر قاعدة تهدف إلى اختيار القانون المناسب و الملائم لحكم هذه العلاقة ، إذن هي قاعدة ناخبة.

أمّا الحجّة الثانية فيرون أنّ الإحالة و الائتمار بقاعدة الإسناد في قانون الأجنبي المعيّن هو إهدارلقاعدة الإسناد الوطنية و يعتبر بعض الفقهاء أنّ الأخذ بالإحالة فيه مساس بسيادة دولة القاضي ، أي أنّ القاضي عندما يطبّق قاعدة الإسناد الأجنبية يكون قد خالف أوامر مشرّعه و أطاع أوامر مشرّع اجنبي.

أمّا الحجّة الثالثة لرفض الإحالة هي أنّ الإحالة تؤدّي إلى تقويض آلية التنازع فيحدّ ذاتهابين قانون القاضي و القانون الأجنبي المسند إليه و تجعلنا ندور في حلقة مفرغة خاصة إذا طبّق القاضي قواعد التنازع في القانون الأجنبي و أشارت بتطبيق قانون آخر غير قانون القاضي و يشبّه بعض الفقهاء هذه الحالة بلعبة التنس أو المضرب ممّا يؤدّي إلى انعدام الأمن القانوني للعلاقات القانونية و يكون من الصعب لهم معرفة القانون الذي سيحكم علاقاتهم القانونية.[4]

لكن الموقف الحديث من الإحالة يرى بإعادة النظر فيها من خلال دور قواعد التنازع التي وجدت لحكم العلاقات الدولية الخاصة و ذلك بالبحث عن القوانين الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي من خلال القيام بعملية التنسيق بين مختلف الأنظمة القانونية المقارنة لتقليص حالات التنازع السلبي .

ثانيا نطاق الإحالة: يتقرّر نطاق الإحالة على مستوى درجة الأخذ بها و على مستوى المواضيع أو المجالات التي تدخل أو تخرج من نطاق الإحالة .

1- درجات الإحالة: على مستوى إعمال الإحالة هناك نوعين من الإحالة:

*إحالة من الدرجة الأولى و تسمى بالرجوع أو الرّد و هي عندما تتخلّى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختصّ عن حكم العلاقة و إسنادها من جديد لقانون القاضي كما رأينا في قضية فورقوالذي أحالت فيه قواعد التنازع في القانون البافاري إلى قانون القاضي و هو القانون الفرنسي الذي قبل الإحالة و من ثمّ اختصاصه و هذا النوع من الإحالة هو الذي تأخذ به التشريعات التي نصّت على الإحالة و نفسه بالنسبة للقضاء، و قد برّر الفقهاء الذين انتقدوا الإحالة في مظهرها و أوجدوا أسسا أخرى لتبرير تطبيق قانون القاضي كقاعدة الإسناد الاحتياطية أو الرجوع إلى الأصل في تطبيق القوانين و هو مبدأ الإقليمية و منهم من أرجعها لفكرة التنسيق بين القوانين.

*أمّا الإحالة من الدرجة الثانية هي الحالة التي تتخلّى فيها قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص و تردّ أو تحيل النزاع إلى قانون دولة ثالثة و ليس لقانون القاضي و هذا النوع من الإحالة قليل الحدوث من الناحية العملية و كثير من الفقهاء يرفضونه خاصة و أنّ الإحالة كما قلنا مسألة منتقدة و منازع فيها ، حتى و إن قبلوها في حالة الرجوع إلى قانون القاضي و أنّ هذا النوع من الإحالة يؤدّي إلى الدخول في حلقة مفرغة أو إلى إحالات متعدّدة إلى ما لانهاية لكن من الناحية العملية كما قلنا تتوقّف الإحالة في الدرجة الثانية أو الدرجة الثالثة.[5]

2- تقييد نطاق تطبيق الإحالة:كما اختلف الفقهاء في الأخذ بالإحالة من عدمها أو الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ،اختلف الفقهاء كذلك في المسائل و الموضوعات التي تطبّق عليها نظرية الإحالة و الموضوعات المستبعدة أو المستثناة من نطاقها أي لا تطبّق عليها .

و من المواضيع التي تستبعد بشأنها تطبيق نظرية الإحالة هي شكل التصرّف و موضوعه.

*بالنسبة لشكل التصرّف فهو يخضع لقانون محل الإبرام أو قاعدة لوكيس و هي قاعدة اختيارية يقصد منها لكي تكون التصرفات القانونية صحيحة و منتجة لآثارها أن تتمّ وفقا للشكل المطلوب لقانون محل الإبرام ومنه تستبعد نظرية الإحالة و لا تطبّق على شكل التصرّف و ذلك بسبب الاعتبارات التي تقوم عليها وهو التيسير على المتعاقدين و

افتراض أنّهم يعرفان هذا القانونأي قانون محل الإبرام أكثر من غيره ،و بالتالي تطبيق الإحالة فيه تفويت و اهدار للاعتبارات التي من أجلها وضعت قاعدة شكل التصرّف لقانون محل إبرامه.

*أمّا بالنسبة لموضوع التصرّف أي الالتزامات التعاقدية ، فقواعد الإسناد في جميع قوانين الدول تخضعها لقانون إرادة المتعاقدين و هو القانون الذي يختاره الأطراف لحكم عقدهما ، ومنه تستبعد قواعد الإسناد و لا تطبّق الإحالة لأنّه يتنافى و يتعارض مع إرادة الأطراف و القاضي يجب عليه تطبيق الأحكام الموضوعية للقانون المختار على وقائع الدعوى مباشرة ،[6]و رفض الإحالة و عدم تطبيقها على موضوع التصرّف يرجع إلى قاعدة قانونية تاريخية و هو مبدأ سلطان الإرادة و العقد يعتبر كالقانون و يسمى بقانون العقد و العقد شريعة المتعاقدين، و رفض الإحالة يرجع كذلك لاحترام هذه الإرادة و لا تستشار قواعد الإسناد في هذا القانون و تقبّلها هو تجاهل لضابط الإرادة الذي وضعه المشرّع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري .

و نفسه بالنسبة للأنظمة المالية المصاحبة لعقد الزواج في النظم الغربية و التي تطبّق على أموال الزوجين ،فعندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق القانون الخاص بالأنظمة المالية فتطبّق قواعده الموضوعية مباشرة.

أمّا الموضوع الوحيد الذي تطبّق عليه الإحالة هو بعض المسائل المتعلّقة بالأحوال الشخصية و ذلك من خلال القضايا التي فصل فيها القضاء و هي كلّها متعلّقة بالأحوال الشخصية لأنّ الأحوال الشخصية مسألة مختلف فيها بين الدول و المجتمعات و تقوم على اعتبارات دينية و اجتماعية و خلقية و جغرافية،كما تختلف الدول في ضابط الإسناد المتعلّق بالأحوال الشخصية فهناك دول تربط الأحوال الشخصية بضابط الجنسية و دول أخرى تربط الأحوال الشخصية بضابط الموطن و لكلّ دولة مبرّراتها للأخذ بهذا الضابط أو ذاك.

كذلك تختلف قوانين الدول في العناصر المكوّنة للفكرة المسندة المتعلّقة بالأحوال الشخصية حيث تتّسع و تضيق من قانون دولة لأخرى ،مثلا بالنسبة للدول الغربية يستبعدون الميراث من مجال الأحوال الشخصية و يدخلونه في فكرة الأموال على أساس العنصر الغالب أو المهيمن على العلاقة و هو المال .

ولا يتصوّر قبول الإحالة إلاّ من قانون الجنسية إلى قانون الموطن و ليس العكس ،فإذا أشارت قواعد الإسناد الوطنية بوجوب تطبيق قانونجنسية شخص أجنبي و كانت قواعد الإسناد في قانون الأجنبي تشير بتطبيق قانون الموطن فيمكن في هذه الحالة تطبيق الإحالة.[7]

ثالثا موقف المشرّع الجزائري و التشريعات المقارنة من الإحالة : بما أنّ الإحالة مسألة خلافية لحد الآن فقد تباينت مواقف التشريعات بالأخذ بها أو عدم الأخذ بها مطلقا أو تقييد الأخذ بها إذا كانت من الدرجة الأولى دون الدرجة الثانية،لذا نتطرّق للإحالة في التشريعات ثمّ في التشريع الجزائري.

1-موقف التشريعات من الإحالة : مواقف التشريعات من الإحالة متباينة فهناك من رفضها و نصّ صراحة على رفضها و عدم الأخذ بها سواء من الدرجة الأولى أو من الدرجة الثانية كالقانون السويسري لسنة 1978،و القانون الهولاندي و القانون اليوناني و قانون الدول الأسكندنافية و قانون مقاطعة كيبك لسنة 1991 و قانون ولاية لويزيانا الأمريكي لسنة 1991 .

و هناك تشريعات أجنبية نصّت صراحة على الأخذ بها منها القانون التشيكي لسنة 1963 و القانون النمساوي لسنة 1978 و القانون البرتغالي لسنة 1982 و القانون التركي لسنة1982 و القانون الألماني لسنة 1986.[8]

أمّا بالنسبة للقوانين العربية نجد معظمها قد نصّت صراحة على رفض الإحالة منها المادة27 من القانون المدني المصري (إذا تقرّر أنّ قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبّق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون التي تتعلّق بالقانون الدولي الخاص)، و نص المادة27 من القانون المصري هو نفسه في القوانين العربية الأخرى كالمادة31 من القانون المدني العراقي و المادة29 من القانون المدني السوري و المادة27 من القانون المدني الليبي و المادة22 من القانون المدني الأردني و المادة 72 من القانون المدني الكويتي .

و على النقيض من ذلك هناك دولة عربية و هي الإمارات العربية المتحدة نصّت صراحة على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في المادة26 من قانون المعاملات المدنية.

2- موقف المشرّع الجزائري من الإحالة: لتحديد موقف المشرّع الجزائري من الإحالة يتعيّن علينا أن نميّز بين فترتين قبل تعديل القانون المدني الجزائري في سنة 2005 حيث لم ينص المشرّع الجزائري بين القواعد الخاصة بتنازع القوانينمن حيث المكان في المواد من9 إلى 24 من القانون المدني على الإحالة ، وقد فسّر سكوت المشرّع عنها على أنها رفض للإحالة بصفة مطلقة لأنّ فكرة الإحالة في الأصل فكرة منتقدة.[9]

أمّا بعد التعديل فقد أضاف المشرّع الجزائري المادة 23مكرر1 في القانون المدني بالتعديل رقم10/05المؤرّخ في 20يونيو 2005 التي تنص على مايلي(إذا تقرّر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان .

غير أنّه يطبّق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين من حيث المكان في القانون الأجنبي المختص.) و الملاحظ على المادة23 مكرر1:

أنّها طبق الأصل لنص المادة26 من قانون المعاملات الإماراتي .

و الفقرة الأولى من نص المادة23 مكرر1 هو مماثل تماما لنص المادة27 من القانون المدني المصري و غيره من القوانين العربية الرافضة للإحالة.

و لفهم المادة23 مكرر1 و استنتاج حكم قانوني سليم من خلال الربط بين الفقرة الأولى و الفقرة الثانية يجب القيام بتحليل و تقدير الحكمين المقرّرين في هذه المادة.

الظاهر من المادة أنّ الفقرة الأولى مناقضة للفقرة الثانية، فالفقرة الأولى تنص على تطبيق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي المختص دون قواعد القانون الدولي الخاص و يعني هذا أن القاضي يتجه مباشرة لتطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي على الواقعة محل النزاع.

أمّا الفقرة الثانية تنص على أنه يمكن تطبيق القانون الجزائري و هو هنا قانون القاضي إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص ، و معناه أنّ القاضي يستشير قواعد التنازع فيه.

إذن ،فبماذا يعمل القاضي بالفقرة الأولى أم بالفقرة الثانية .

الواضح من إضافة المادة23 مكرر1 هو أنّ المشرّع الجزائري يريد الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى أي في حالة رجوع .

لكن الصياغة الحالية للمادة تبدو مبهمة و غير واضحة من جهة الشكل ، أمّا من حيث الموضوع فإنّ واضعي هذه المادة لم يبذلوا جهدا لإعطاء القاضي صورة واضحة للأخذ بالإحالة و قاموا بمجرّد تقليد و نقل حرفي لما هو موجود في قوانين دول أخرى، خاصة كما قلت سابقا أنّ مضمون المادة23مكرر1هو نفسه مضمون المادة26 من قانون الإمارات العربية المتحدة و لم يتفادوا أو يتجنّبوا التناقض أو النقص الموجود في صياغة المادة 23مكرر1.

من جهة أخرى الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى قد يؤدي إلى حلول غير منطقية و غير عادلة للأشخاص و قد تتعارض كذلك مع روح قاعدة الإسناد الجزائرية ،لأنّ قواعد الإسناد كما نعلم هي قواعد وطنية يراعى عند وضعها العلاقات الدولية الخاصة أي ذات بعد دولي ، و ذلك بما يسمى بتوزيع الاختصاص التشريعي بين الدول فهي ليست موجّهة بصفة خاصة للمواطنين الجزائريين فقط.

لكن لو طبّقنا الإحالة مثلا في نزاع متعلّق بأنجليزي مقيم في الجزائر أو متعلّق بميراث عقارات و منقولات ،و عرض النزاع على القضاء الجزائري ،فالقاضي الجزائري عندما يرجع لقواعد الإسناد و بعد القيام بعملية الإسناد يجد أنّ النزاع متعلّق بالأحوال الشخصية (الحالة و الأهلية و غيرها من المواضيع التي لها علاقة بها)،و المشرّع الجزائري يسند الأحوال الشخصية بضابط الجنسية و هنا القانون الأنجليزي و عندما يرجع لقواعد الإسناد الأنجليزية يجدها تسند الأحوال الشخصية لضابط الموطن و القانون الأنجليزي يرفض الاختصاص و يحيله إلى القانون الجزائري و هنا تظهر المشكلة إذا طبّقنا عليه القانون الجزائري بمقتضى الإحالة من القانون الأنجليزي ، مثلا إذا طلب الحجر للسفه على هذا الانجليزي فيفاجئ بالحل الغير متوقّع لأنّ الحجر غير موجود أو غير معروف في القانون الأنجليزي. و نفسه بالنسبة للميراث الذي يدخل ضمن الأحوال الشخصية في القانون الجزائري و يخضع لقانون واحد بينما في النظم الغربية تفرّق بين ميراث العقار و ميراث المنقول ،فتخضع ميراث العقار لقانون الموقع و تخضع ميراث المنقول لقانون آخر موطن للهالك .

و من جهة أخرى تقسيم الميراث في القانون الجزائري مستمد كله من أحكام الشريعة الإسلامية في تحديد الفروض و الأنصبة وشروط استحقاق الميراث بينما في الدول الغربية لا تفرّق بين المرأة و الرجل و لاتفرّق بين الزوجة الشرعية والخليلة و تساوي بين الولد الشرعي و الولد الطبيعي ، ممّا يؤدّي إلى حلول ناقصة لليقين القانوني الذي هو أساس من أسس النطق بالأحكام ، كذلك الحال في ما إذا عرض نزاع على القاضي الجزائري متعلّق بزواج صينين مقيمين في الجزائر و عقدت قاعدة الإسناد الجزائرية الاختصاص للقانون الصيني و لما يرجع للقانون الصيني يجد أنه يعقد الاختصاص لقانون الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية ، و لو طبّقنا القانون الجزائري باعتباره قانون الموطن فسيتفاجئون من الحكم لأن الأحوال الشخصية في القانون الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية،و بالتالي يكون القانون الجزائري الذي سيطبّق على النزاع سواء في حالة الأنجليزي أو في حالة زواج الصينين غير مناسب لحكم أحوالهما الشخصية و منه نرجع إلى نقطة البداية ،لأنّه عندما تشير قاعدة الإسناد بتطبيق قانون أجنبي فالمفترض أن يكون هذا القانون أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة و مناسبا لحكمها و هذا ما لا نراه إذا طبّقنا نظرية الإحالة كما هي و بالتالي المشرّع الجزائري تسرّع في النص عليها و في كيفية الأخذ بها.

لذا يجب على المشرّع الجزائري إعادة النظر في هذه المادة من جديد من حيث الصياغة غير الواضحة و من حيث الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى و تقييدها ،بحيث لا يكون الحلّ متعارضا مع روح قاعدة الإسناد الوطنية من جهة، و أن يكون الحلّ عادلا و متوقّعا للأفراد من جهة أخرى.

في الأخير بعد أن رأينا المواقف المتباينة من نظرية الإحالة سواء في تشريعات الدول أو من القضاء أو من الفقه ،يجب علينا التفكير من جديد في مسألة الإحالة دون اتخاذ موقف مبدئي منها سواء بالرفض أو القبول و ذلك بالاعتماد على ما يسمى بالحلّ الوظيفي أو الغائي لقواعد الإسناد ؛و يعني ذلك أن لا ننطلق من حلّ مسبق و إنّما يكون الحلّ من خلال الغاية التي نريد تحقيقها من وراء قاعدة الإسناد الوطنية وهي مختلفة بين التشريعات.

و لأن كلّ مشرّع يضع و يتخيّر قواعد الإسناد في قانونه بقصد اختيار أنسب القوانين و أكثرها اتصالا بالنزاع ممّا يؤدّي إلى تباين الحلول،لهذا يجب القيام بعملية التنسيق بين قواعد الإسناد الوطنية و قواعد الإسناد الأجنبية ،والأداة التي يمكنها تحقيق هذا التنسيق هو الإحالة و نستطيع أن نسميها الإحالة الوظيفية حيث نأخذ بها إذا كانت تحقّق الغاية منها و تكون مناسبة و ملائمة لحلّ النزاع و أن تكون تحقّق العدالة المتوقّعة من الأفراد ،و رفضها أو عدم الأخذ بها إذا كانت غير مناسبة أو غير ملائمة لحكم النزاع و لا تحقّق العدالة للأفراد .

الاحالات والتهميشات

[1]-mohand issad .droit international prive.opu.alger.1986.p166-167

[2]- أكثر تفاصيل حول هذه القضية ،أرجع ل زروتي الطيب ،القانون الدولي الخاص الجزائري ،مقارنا بالقوانين العربية،الجزء الأول تنازع القوانين،مطبعة الكاهنة ،الجزائر،2000،ص105-106

[3]- عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين،الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2004،ص195

[4]- عكاشة محمد عبد العال،المرجع السابق،ص196 إلى199

[5]- محمد المبروك اللافي ، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي ،منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا،1994،ص 72

[6]- سعيد يوسف البستاني،الجامع في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2009،ص655-656

[7]- سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق،ص657

[8]- عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،ص204-205

[9]- علي علي سليمان،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري،الطبعة الربعة،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1994،ص56