إشكالية الإحالة
في القانون الدولي الخاص الجزائري

بقلم : الدكتور بلمامي عمر
رئيس المجلس العلمي
بكلية الحقوق ـ جامعة فرحات عباس

أولا ـ مقدمة :

شهد القانون الدولي الخاص الجزائري تطورا مهما من خلال القانون رقم: 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75 الموافق 26 سبتمبر 1975والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ارتبط بموضوع الإحالة، وكان هذا القانون منذ نشأته يهدف إلى إيجاد حلول ملائمة للعلاقات التي تحتوى على عنصر أجنبي، وهذه الحلول إما أن تكون عن طريق إعمال قواعد الإسناد التقليدية، أو بتطبيق القواعد المادية، أو باستخدام القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر.

وفي الوقت نفسه اقترن هذا التعديل بقاعدة الإسناد الوطنية، التي إذا ما أشارت بتطبيق قانون أجنبي معين، فان الأمر لا يخرج عن أحد الفرضين: الأول، أن يكون المقصود بالقانون الأجنبي المختص والمعين بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية، القواعد الموضوعية في هذا القانون، وفى هذه الحالة يعنى رفض الإحالة. الثاني، أن يقصد بالقانون الأجنبي التي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، القانون المختص في جملته، بصفته كلا لا يتجزأ، مما يتعين على القاضي استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، دون التوقف عند قواعده الموضوعية، وهذا يعنى قبول الأخذ بالإحالة.

ولقد أثار موضوع الإحالة جدلا فقهيا حادا بين فقهاء القانون الدولي الخاص، فمنهم من كان يدعو إلى الأخذ بالإحالة، ومنهم من كان يرفضها، وامتد هذا الخلاف ليشمل ليس حدود الإحالة فقط، بل ومن يحدّ من أنواعها ونطاقها ومبرراتها.

وتوضح هذه الدراسة إشكالية الإحالة في النصوص الجديدة للتشريع الجزائري، المتمثلة في رفض الأخذ بالإحالة من جهة، وقبولها من جهة أخرى دون شرط أو قيد. فما هي النتائج التي قد تترتب على هذا التناقض من حيث إعمالها؟ وما هو نطاقها في القانون الجزائري؟ وهل للقاضي سلطة تقديرية، عندما يتعلق الأمر بعدم ملائمة القانون الأجنبي محل الإحالة؟ تلك هي بعض المسائل التي ينبغي بحثها على ضوء التطورات التي شهدها التشريع الجزائري في السنوات الأخيرة.

ويناقش هذا المقال، في البداية أحكام القانون الدولي الخاص التي تتبنى الإحالة، وفي الجزء الثاني سوف يتم دراسة الإحالة في منظور القانون الدولي الخاص الجزائري، وفي النهاية سوف يتم التساؤل عما إذا كان التشريع الجزائري المنطبق يكفي لرفض الإحالة أو إقرارها.

ثانيا ـ الإحالة والسياق

تثور مسألة الإحالة[1]، عندما يتحقق التنازع السلبي. ويكون ذلك، إذا أجمع تشريعان مختلفان أو أكثر على التخلي عن الحق في تنظيم علاقة قانونية أجنبية من حيث الموضوع، كل منهما لصالح التشريع الآخر أو لصالح تشريع ثالث. مثال ذلك أن يقوم إنجليزي مقيم بالجزائر بتصرف متعلق بأهليته، ففي هذا المثل يقضي القانون الجزائري بإخضاع هذا التصرف لقانون جنسية الإنجليزي، أي للقانون الإنجليزي، بينما هذا الأخير يقضي

1 أ / د حفيظة السيد الحداد ، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الالمانى الجديد ، دراسة تحليلية وانتقاديه ، ط ، 1989، ص، 54.

بإخضاع هذا التصرف لقانون الموطن، وهو القانون الجزائري، أي أن كلا من القانونين يتخلى عن اختصاصه للآخر بحكم العلاقة، وهذا ما يعبر عنه الفقه القانوني "بالإحالة" [2].

ولا ينبغي أن ننسى، بأن الإحالة قد وضعت في سياقها القانوني، في أعقاب قضية شهيرة عرفت في فقه القانون الدولي الخاص بقضية "فورجو 24) "forgo جوان 1878، 22 فيفري 1882)، وهو شخص (بافارى) ألماني، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعو "فورجو" قد هاجرت به أمه من إحدى الدويلات الألمانية قبل توحيدها وتدعى "بافاريا" وعمره 5 سنوات، وهو ولد غير شرعي ويحمل الجنسية البفارية التي ولد فيها واستقر في فرنسا طوال حياته إلى أن توفى عن عمر يناهز 68 سنة وترك وراءه ثروة طائلة منقولة، دون أن يترك ورثة له. وبعد وفاته ثار النزاع بين أقاربه الطبيعيين الحواشي من جهة الأم والحكومة الفرنسية، حول من تؤول إليه تركة المتوفى . وكان محور النزاع في القضية يكمن فى تحديد القانون الواجب التطبيق على ميراث "فورجو"، هل هو القانون البفارى أي قانون موطنه الأصلي المشار إليه بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية، أم القانون الفرنسي أي قانون الموطن الفعلة للمتوفى عند وفاته.

ولقد مارس القانون الدولي الخاص تأثيره في حل هذا النزاع، فاعتبار القانون (البفارى) هو القانون الواجب التطبيق، سوف يؤدى إلى أن تؤول التركة إلى حواش المتوفى، لأن القانون (البفارى) يسمح لهم بالإرث في حين أن الأخذ بالقانون الفرنسي سوف يترتب عليه حرمان الحواشي من الميراث ،لأن القانون الفرنسي لا يورث الحواشي، وتبعا لذلك ستؤول التركة إلى أملاك الدولة الفرنسية، باعتبار هذه التركة شاغرة، والدولة ترث من لا وارث له. وعندما تنازع أقارب "فورجو" مع مصلحة الأملاك الفرنسية حول الثروة المنقولة التي خلفها "فورجو" عرض النزاع على القضاء الفرنسي، ففصل في القضية أولا: فيما يتعلق بموطن "فورجو" قررت محكمة النقض سنة 1875 بأن "فورجو"

2 ـ د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3 ، 1991 ، ص46.

ليس له موطن قانوني في فرنسا، حيث عاش طول عمره في فرنسا، دون أن يتمكن من الحصول على موطن قانوني، بل كان له فقط موطن فعلي. ثانيا: فيما يخص مصير ثروة "فورجو" قضت محكمة استئناف بوردو بأحقية الأقارب لهذه الثروة، لأن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تقضي بإخضاع الميراث في المنقول لقانون موطن المورث (الموطن القانوني) وهو هنا القانون (البفارى) الذي يورث الأقارب .

غير أن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 يونيو 1878 نقضت الحكم على أساس أن القانون (البفارى) يقضي بتطبيق قانون الموطن الفعلي للمتوفى، وهو هنا القانون الفرنسي، ومن ثم طبقت محكمة النقض الفرنسية قاعدة الإسناد المقررة فئ القانون (البفارى)، وبعبارة أخرى أخذت محكمة النقض بفكرة الإحالة، وإن لم تستعمل هذا الاصطلاح في حكمها. ومن ذلك الحين استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بنظرية الإحالة ذات الدرجة الأولى، أي الإحالة التي تقضي بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون القاضي."

ثالثا ـ معضلة الإحالة آراء مشتتة :

لم تضع النصوص القانونية تعريفا محددا للإحالة، أما الفقه فلم يبلور بعد نظرية محددة بالرغم من أنه تناول الإحالة وذكر بأنها "الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي، متى اختلفت مع هذه الأخيرة، وكان التنازع بينهما سلبيا" [3]. وقيل عنها أيضا بأنها: "الإسناد الإجمالي أو المكرر، والذي يتحقق عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي المطروح عليه النزاع باختصاص قانون أجنبي معين وتقضي قاعدة الإسناد فيه بإعادة الاختصاص لقانون دولة القاضي أو تقرر اختصاص قانون أجنبي آخر" [4].

3ـ الدكتور أحمد زوكاغى، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي: تنازع القوانين ، دار توبقال للنشر، ج . 2 ، ط . 1992، ص 42 .

4ـ الدكتور بدر الدين عبد المنعم ، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، ط ، 1990، ص ، 47 .

إننا أمام معضلة نظرية ومفهوم الإحالة، لأن القانون الأجنبي يتضمن، أسوة بالقانون الوطني، نوعين من القواعد بشأن الإحالة: قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي، أي التي تحتوى على عنصر أجنبي، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع [5].

فإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين، فإن الأمر يتطلب تحديد نطاق هذا القانون، بمعنى معرفة المقصود منه. هل المراد تطبيق قواعده الموضوعية فقط أم يجب النظر إليه في جملته والذهاب غالى قواعد الإسناد فيه؟ فإذا أخذنا بالحل الأول أي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند إليه، فانه يتعين على القاضي الفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، ويوصف الأمر في هذه الحالة بأنه رفض الأخذ بالإحالة. أما إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي فمعنى ذلك قبوله الأخذ بالإحالة.

وقد استند أنصار المبدأ القاضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي أو فكرة الإحالة إلى عدة حجج، أهمها:

1 ـ أنه من غير المتصور منطقيا في نظر أنصار الإحالة، أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين، الاقتصار على تطبيق إسناد موضوعي في هذا القانون، إذا كانت قواعد الإسناد فيه لا تعطى الاختصاص له، فهذا يعنى أن نطبق القانون الأجنبي رغما عن إرادة مشرعه الذي يرفض هذا الاختصاص. فكأن القاضي حينئذ قد طبق قانونا آخر عير ذلك الذي تقضى قاعدة الإسناد بتطبيقه، كما أن ذلك يعد تدخلا من القاضي الوطني في وظيفة المشرع الأجنبي، إذ أنه يحدد نطاقا لا يجيزه هذا المشرع، وفى ذلك اعتداء على حق الدولة الأجنبية في تحديد سياستها التشريعية [6].

5ـ الدكتور صلاح الدين جمال الدين ، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ط ، 2006، ص 70.

6ـ د . فؤاد عبد المنعم رياض، والدكتورة سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، بدون طبعة، ص ، 114.

2 ـ كذلك يستند البعض إلى حجة مقتضاها أن الإحالة تعد الوسيلة الفنية لتحقيق التنسيق القانوني وتوحيد الحلول في الدول التي تعرض أمامها العلاقة محل النزاع، ذلك أن المشرع الذي يقبل بالإحالة، إنما يفصل في النزاع، كما يفصل فيه القاضي الأجنبي لو طرح النزاع أمامه. وبذلك لا يختلف الحل الذي يطبق على العلاقة محل النزاع في أي محكمة يطرح أمامها النزاع، وهذا من شأنه أن يؤدى إلى توحيد الحلول في المعاملات الدولية ويسهل تنفيذ الأحكام الأجنبية التي تأخذ بالإحالة .

ويتناول الخصوم الإحالة من زاوية أخرى، إذ يعتقدون أن المشرع الوطني إذا قضى باختصاص القانون الأجنبي، بمقتضى إحدى قواعد الإسناد الوطنية، فهذا يفسر، بل ويجب أن يفهم من ذلك أن المقصود هو تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون. وبعبارة أخرى، فإنه يتعين على القاضى الوطني في هذه الحالة الالتزام بتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون بدون تردد على العلاقة موضوع النزاع، دون استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي. فالإسناد في رأيهم هنا، هو إسناد موضوعا، وليس إسناد إجمالي.

واستند أنصار هذا الرأي إلى حجة أساسية، مفادها، أن تطبيق القاضي للقانون الأجنبي، ليس أساسه إرادة المشرع الأجنبي، وإنما إرادة المشرع الوطني في دولة القاضي كذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، من شأنه أن يؤدى إلى حلقة مفرغة يصعب الخروج منها.

On a affirme que le renvoi serait difficilement praticable, car soit il s'agit d'un renvoi au premier degré et on risque de s'orienter vers ce que certains auteurs appellent une partie de tennis international sans fin, dans laquelle l'Etat A désigne l'Etat B... chaque Etat renverrait ainsi continuellement la compétance, soit il ne s'agit pas d'un renvoi au premier degré, mais d'un renvoi au second, au troisième, au quatrième, etc, degré et on risque de s'orienter vers des renvois infinis. (7)

7 - Froiçois MELIN DROIT INTERNATIONAL PRIVE, 2 ème édition,2005,p,115.

ومن ثم، فان الخروج من هذه الحلقة المفرغة التي يوقعنا فيها "مبدأ الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي" لا يتحقق إلا عن طريق إهدار ذات المبدأ وتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون [8].

وتجدر الإشارة، إلى أنه رغم الانتقادات التي وجهت للإحالة كمفهوم قانوني، فإن جانبا من الفقه حاول تحديدها وتغيير النظرة التقليدية لها، ووضع أسس وتبريرات جديدة لها تتماشى والمنطق القانوني الحديث. ومن بين الفقهاء الذين حاولوا تحديثها وعصرنتها الفقيهين: "لربور بيجونيير Lerebours pigeoniere" و" هانري باتيفول وH. Batiffol"، أما رأي الأول فيتلخص في أن قاعدة الإسناد إذا قضت باختصاص قانون أجنبي معين لحكم النزاع، فهي تقوم في حقيقة الأمر بعرض الاختصاص على هذا القانون، فإذا قبل القانون الأجنبي الاختصاص بمقتضى قواعد الإسناد في قانون دولته، قام القاضي بتطبيق الأحكام الموضوعية فئ هذا القانون على المسألة محل النزاع وطوي بذلك الملف. أما إذا رفض القانون الأجنبي الاختصاص التي خولته إياه قاعدة الاستناد في قانون القاضي، ففي هذه الحالة يرتد الاختصاص إلى قانون القاضي بموجب "قاعدة إسناد احتياطية" فئ قانونه، مضمونها "أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي باختصاص قانون أجنبي معين وعرض الاختصاص على هذا القانون ورفضه، فإن الاختصاص يرتد مرة أخرى إلى هذا القانون بمقتضى قاعدة الإسناد الاحتياطية réglement subsidiaire [9]. ويمكن القول بأن الفقيه "لربور بيجونيير" قد تجنب الوقوع

8- د. فؤاد عبد المنعم رياض، ود. سامية راشد، نفس المرجع، ص، 117.

9- انظر تبسيط هذه الفكرة في مؤلف الدكتور هشام صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، ط، 1986، ص، 70.

وانظر كذلك في هذا المعنى مؤلف:

Yvon loussouarn et pierre Bourel, droit international privé, 3 ème, Ed.1988.p.320.

في الحلقة المفرغة للإحالة، وأن رأيه على ما يبدو للبعض [10]، يقوم على أساس وهمي افتراضي، فقاعدة الإسناد الاحتياطية التي يؤسس عليها ارتداد الاختصاص لقانون القاضي، في حالة رفض القانون الأجنبي الاختصاص لا يقوم على أي أساس وضعي، إذ لا يوجد ما يفيد أن المشرع قد وضع لكل قاعدة إسناد أصلية قاعدة إسناد احتياطية تقضي بالرجوع إلى قانون القاضي في حالة رفض الاختصاص من طرف القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية، الشيء الذي أدى إلى إخفاق هذه النظرية، لقيامها على مجرد افتراض وهمي.

ويتناول هنري باتيفول H. Batiffol [11] الإحالة من زاوية مختلفة، فهو ينطلق في تبريره للإحالة من الدرجة الأولى، من فكرة "ضرورة التنسيق بين قواعد التنازع Explication du renvoi par la notion de coordination des règles de conflit ويرى أن الفقه قد أخطأ باعتقاده أن من واجب القاضي أن يفض تنازع القوانين عن طريق قواعد الإسناد التي يقررها قانونه دون غيرها، وهو الاعتقاد الذي أدى إلى التسليم بضرورة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، دون تلك التي تتعلق بقواعد الإسناد فيه.

ويعتبر أن الطبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تفترض بداهة ارتباط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد، لذا لا يصح أن يفض التنازع عن طريق قواعد الإسناد الوطنية فقط، إذ في ذلك تجاهل لقواعد القانون الدولي الخاص في النظام الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي باختصاصه، فالمشرع فئ كل دولة يهدف من وراء سنه لقواعد الإسناد إلى تحقيق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد وبين قواعد التنازع الأجنبية.

10 - د . هشام صادق . د . عكاشة محمد عبد العال . د . حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ، الجنسية . ط . 2006 . ص. 97 .

11-Henri Batiffol et paul LAGARDE, DROIT international privé,7 ème. édition.TOM1,1981,P358.

On peut en effet concevoir sans contradiction que le législateur édictant lui-même la règle de conflit, prévoie une coordination éventuelle de sa règle avec la règle de conflit étrangère. [12]

وينبغي أن يوضع في الاعتبار أن رأي "هنري باتيفول" حول الإحالة أنه لا يكشف بوضوح عن السبب الداعي إلى التوقف عن حد الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيق الأحكام الداخلية أو الموضوعية في قانون القاضي[13]، على خلاف رأي "لربور بيجونيير" في هذا الخصوص.

رابعا ـ الإحالة واقعا ايجابيا :

من المهم للغاية أن نشير إلى أن الإحالة تمثل واقعا ايجابيا، ذلك أنها تصنّف إلى إحالة من الدرجة الأولى، وإحالة من الدرجة الثانية، وإلى إحالة متعددة. فالصّنف الأول، المعروفة أيضا بالإحالة إلى قانون القاضي أو الرجوع، يرتد بمقتضاها الاختصاص إلى قانون القاضي، بمقتضى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص الذي يرفض اختصاص هذا الأخير وإحالتها أوردها إلى قانون القاضي مرة أخرى. ويثور هذا الفرض، كما لو طرح أمام القاضي الجزائري نزاعا يتعلق مثلا بأهلية انجليزي متوطن في الجزائر، فإن قاعدة الإسناد الجزائرية تعقد الاختصاص في هذه الحالة إلى القانون الانجليزي، بوصفه قانون جنسية الشخص، غير أن قاعدة الإسناد في القانون الانجليزي ترفض اختصاص هذا الأخير وترد أو تحيل الاختصاص لحل هذا النزاع إلى القانون الجزائري، باعتباره قانون موطن الشخص.

أما الإحالة من الدرجة الثانية renvoi au seconde degré فبمقتضاها تشير قواعد الإسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون دولة ثالثة[14]. ويتحقق هذا الفرض، كما لو

12 - Henri Batiffol et paul LAGARDE , op. cit. , P . 358.

13 ـ د . هشام صادق، المرجع السابق، ص ، 77.

14 - Pauline Dijon et Emilie Vllela , LE CAS PRATIQUE ENDROIT INTERNATIONAL PRIVE . contrats internartionnaux.2006.p44.

أشارت قاعدة الإسناد في دولة القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي معين ورفض هذا الأخير الاختصاص لنفسه، وأحال النزاع، ليس إلى قانون القاضي الذي أسند له النزاع، وإنما أحاله إلى قانون دولة ثالثة. كما لو أثيرت أمام القاضي الجزائري منازعة متعلقة بميراث منقولات خاصة بمواطن انجليزا متوطن فئ فرنسا. فالقانون الواجب التطبيق على الميراث فئ الجزائر، هو قانون جنسية الشخص، وهو في هذا الفرض القانون الانجليزي، بوصفه قانون جنسية المتوفى. فإذا رجعنا إلى قواعد الإسناد في القانون الانجليزي نجدها تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي، بوصفه قانون موطن المتوفى. في هذا الفرض يتخلى القانون الانجليزي عن الاختصاص الذي عقدته له قاعدة الإسناد في القانون الجزائري وإحالته إلى قانون دولة ثالثة، وهي هنا فرنسا.

وتعتبر الإحالة المتعددة أو ذات الدرجات المتعددة، صنفا آخر من الإحالة، يؤدى تطبيق قاعدة الاستناد الأجنبية إلى تطبيق قاعدة الإسناد في قانون دولة ثالثة، ثم تطبيق قاعدة الإسناد في قانون دولة رابعة، عملا بقاعدة الإسناد هذه. وهكذا تستمر الإحالة إلى أن نصل إلى قانون نطبق قواعده الموضوعية، إذا تتبعنا وسايرنا منطق الإحالة [15].

ويمكن تصور مثال يتحقق فيه هذا الفرض، بأن يوصى انجليزي متوطن في الولايات المتحدة الأمريكية أثناء إقامته فئ ايطاليا بأموال منقولة موجودة في الجزائر. فإذا فرضنا أن أمر هذه الوصية رفع أمام محكمة جزائرية للفصل في صحتها، فإن المحكمة سوف تطبق قاعدة الإسناد الجزائرية التي تشير بوجوب تطبيق قانون جنسية الموصى، وهو فئ هذا الفرض القانون الانجليزي الذي تقرر قاعدة الإسناد فيه بضرورة الرجوع إلى قانون الموطن وهو هنا القانون الأمريكي، فإذا طبقنا قاعدة الإسناد الأمريكية وجدناها تنص على إعمال قانون الدولة التي حررت فيها الوصية، وهو القانون الايطالي. غير أن

15 ـ الدكتور أحمد زوكاغى، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار طوبقال للنشر، ط. 1992، ص ، 51.

قاعدة الإسناد الايطالية تحيل الاختصاص على قانون الجنسية، وهكذا تتواصل الحلقة إلى ما لانهاية ، إلا إذا قمنا بتحطيم هذه الحلقة وإيقاف الإحالة عند حد معين.

غير أن هذا الفرض نادر الحدوث من الناحية العملية، فغالبا ما تضع التشريعات التي تأخذ بالإحالة المتعددة حدا تقف عنده بتطبيق القواعد الموضوعية لقانون دولة معينة لإنهاء النزاع. ومعلوم أن موقف التشريعات الدولية متباين من الإحالة. فهناك من أخذ بها، وهناك من رفضها صراحة، وحتى التشريعات التي أخذت بها اختلفت من حيث نوع أو درجة الإحالة التي تطبقها، وإن كانت معظم التشريعات العربية الحالية قد رفضتها جملة وتفصيلا.

وعلى النقيض من الموقف السابق، بارك جانب آخر من التشريعات الأخذ بالإحالة. فقد أخذ بها المشرع اللبناني والانجليزي والبلجيكي. ونص عليها صراحة القانون الألماني لسنة 1986 المادة 4/ 1، والقانون النمساوي المؤرخ في 15 يونيو لسنة 1978 المادة 4. كما أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى جانب آخر من التشريعات، من ذلك القانون الاسباني، الذي نص عليها في المادة 11/ 3 من قانون 31 ماي 1974، ونص عليها القانون المجرى في المادة الرابعة من قانون 1979. وقانون المعاملات المدنية لدولة الأمارات العربية المتحدة، كما أخذ بها القضاء الفرنسي.

خامسا ـ الإحالة: تطور في موقف المشرع الجزائري:

ظل موقف المشرع الجزائري من الإحالة غامضا، إلى أن صدر القانون رقم: 05 / 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم: 58/75 الموافق 26 سبتمبر 1975والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. فقد جاء في المادة 23 مكرر1 من هذا القانون: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

ولقد استحدث المشرع الجزائري هذه المادة لملأ فراغ قانوني كان من قبل يتعلق بموقفه من الإحالة. ومعلوم أن المشرع الجزائري، لم يبين موقفه من الإحالة لا بالرفض ولا بالقبول قبل التعديل السالف الذكر.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه يتبين بوضوح وبشكل صريح رفض المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة من حيث المبدأ سواء في مواد الأحوال الشخصية أو فئ المعاملات المالية، وذلك من خلال تقييد القاضي مسبقا بالتوقف عند تطبيق القواعد الموضوعية فئ القانون الأجنبي، دون المرور إلى قواعد الإسناد في هذا القانون، وهو إسناد موضوعي، لا إسناد إجمالي، بمعنى أنه يتعين على القاضي الوطن، عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية باختصاص قانون أجنبي معين، القيام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة على النزاع، دون تلك المتعلقة بقواعد الإسناد فيه .

إلا أن المشرع الجزائري بالرغم من رفضه للإحالة من حيث المبدأ، قد قبلها في حالة الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، دون أن يقيد مجال هذه الإحالة. وهو ما يعرف لدى الفقه بالإحالة من الدرجة الأولى [16] renvoi au premier degré .

وقد يفهم من ظاهر نص الفقرة الأولى، أن القاضي عندما تشير قاعدة الإسناد في دولته باختصاص قانون أجنبي معين أن يبادر بتطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، دون استشارة قواعد الإسناد في هذا القانون، وهذا هو المعنى الحرفي للنص. إلا أنه

16 - " إن الاختصاص التشريع الذي تقضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، قد يكون مقررا لقانون القاضي أو لقانون أجنبي آخر . وبعبارة أخرى، قد تكون الإحالة التي يقضي بها القانون الأجنبي مقررة لقانون القاضي أو لقانون أجنبي آخر . ومن هنا جاء تفريق الفقه بين نوعين من الإحالة، وهما : إحالة من الدرجة الأولى ، وهي الإحالة على قانون القاضي، أو ما يسمى بالإحالة " الحقيقية " أو " الرجوع ".
وإحالة من الدرجة الثانية وتسمى " بالإحالة المطلقة " أنظر مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص، ج ن 2 . ط ، 1969 ، ص 114 .

إذا أخذنا بالمعنى اللفظي للنص، فإن عمل الفقرة الثانية يتوقف ويتعطل ويصبح لا معنى له، ولا يعقل أن يضع المشرع نصا عبثي، أو لا معنى له، أو جاء عفويا بدون هدف أو دافع نحو معالجة مسالة ما. فالهدف من قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضى، هو حماية المصلحة الوطنية، فقد فضل المشرع الجزائري أن يقبل الإحالة إلى قانونه عن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد باختصاصه.

والعبرة هي بمدلول النص وروحه لا بلفظه، أي أنه يتعين على القاضى الوطني المعروض عليه النزاع أن يبادر بادئ ذي بدئ إلى استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد، والوضع فا هذه الحالة وفقا لمضمون النص لا يخرج عن أمرين: الأمر الأول، أن تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي إلى تطبيق القانون الجزائري، وفى هذا الفرض يتعين على القاضى الجزائري أن يطبق القواعد الموضوعية في قانون دولته، أي تلك القواعد التي تعطى الحل المباشر والنهائي للقضية محل النزاع وهذا من شأنه أن يفعل الفقرة الثانية التي تنص"غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص". الأمر الثانى، أن تحيل قواعد التنازع في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون آخر غير قانون القاضى، وهو ما يعبر عنه في هذه الوضعية بالإحالة من الدرجة الثانية.

Le renvoi au second degré cet - a - dire lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for renvoie à l'application d'une loi tierce/

وهنا يتعين على القاضى الجزائري العودة إلى الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر1 السالفة الذكر، ويلتزم بحرفية النص، ويطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، الذي رفض الاختصاص المسند إليه من قانون القاضى، ويرفض في نفس الوقت إحالة النزاع على قانون القاضى. وكأن المشرع الجزائري بهذا النص قد أدى ما عليه بعرض الاختصاص على القانون الأجنبي، بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، عملا بمبدأ التنسيق بين قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي، وقواعد الإسناد الدولية.

Il y a bien coordination de la règle de conflit du for et de la règle de conflit étrangére [17] لكن هذا الأخير إذا رفض الاختصاص لنفسه، ولم يحيل النزاع إلى قانون القاضي، فيتوقف القاضي في هذه الحالة عند تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، ولا يأتمر بأوامر المشرع الأجنبي، عندما يحيل هذا الأخير الاختصاص إلى قانون أجنبي آخر، غير قانون القاضي. ففي هذا الفرض يتعين على القاضى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي بمقتضى قاعدة الإسناد الأصلية عنده، وهي رفض الإحالة .

والجدير بالذكر هنا، أن استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي لا تعنى قبول الإحالة من حيث المبدأ، وإنما قبولها فقط، على سبيل الاستثناء، وبشرط أن تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي، ففي هذه الحالة يتقيد القاضي بالإحالة الواردة إليه من القانون الأجنبي، أي الإحالة فقط التي تؤدى إلى اختصاص قانون القاضي، وهي الصورة التي يعبر عنها الفقه "بالإحالة من الدرجة الأولى" renvoi au premier degré.

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

17 - MARIE CLAUDE Najm, principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation S.DALLOZ. 2005. P.169.

إلا أن هناك من الفقه من انتقد الأخذ بالإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، بحجة أن المشرع وهو يقبل الاختصاص للقانون الأجنبي، إنما يقدر اعتبار العدالة واعتبارات المعاملات الدولية، وهو يجرى هذا التقدير على أساس الموازنة أو المفاضلة بين قانونه والقانون الأجنبي، عندما يرى القانون الأجنبي أكثر ملائمة، وأكثر تحقيقا للعدالة والأقرب إلى حكم العلاقة محل النزاع ، فكيف يقبل تطبيق قانونه فئ النهاية، وهو لا يراه ملائما لحكم العلاقة محل النزاع، بالنظر إلى قاعدة الإسناد الوطنية؟

إن وظيفة قاعدة الإسناد هي: تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول إلى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية. وأن الاقتصار على قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي من شأنه عدم تحقيق هذا الهدف.

كما أن الإحالة من الدرجة الأولى لا تسمح بما اصطلح عليه "بتحقيق الانسجام الدولي للحلول". Le renvoi au premier degré ne permet pas de réaliser l'harmonie internationale des solutions وهذا ما أقرت به محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها مؤرخ في 21 مارس سنة 2000، يتعلق بالميراث المنصب على عقار كائن بايطاليا، حيث تبين للمحكمة أن التمسك بالإحالة من الدرجة الأولى في هذه القضية، طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية، وما ترتب عنه من حلول غير متجانسة، أدى إلى التضحية بالانسجام الدولي للحلول [18].

سادسا ـ التبريرات الأساسية للإحالة في التشريع الجزائري:

لعل من المناسب أن نتوقف قليلا عند التبريرات الأساسية للإحالة في التشريع الجزائري، لأنها هي التي تحدد مدى إمكان تطبيق القانون الدولي الخاص الجزائري، كما تحدد مدى قدرة القاضي على تطبيق الإحالة. في هذا الشأن يبدو أن المشرع الجزائري، قد

18 ـ أنظر عرض تفصيل هذه القضية في مؤلف : Mrie - Claud, principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. P 170.

أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استجابة لاتجاه فقهي وقضائي له رواج في القانون المقارن يدعو إلى الأخذ بها. والتبريرات التي يستند عليها هؤلاء هي:

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

2 - إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وفقا لهذا الاتجاه، سوف لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقا لأهدافها. فلاشك أن تطبيق القاضي لقانونه سيكون مقبولا من النظام القانوني في دولته، لأنه سيؤدى إلى استقرار المعاملات داخل إقليم دولة القاضي، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحتة، أم ذات طابع دولي "ولن يكون في هذا التطبيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة، نظرا، لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الإحالة الصادرة من النظام القانوني الأجنبي ذاته، فتطبيق القاضي لقانونه إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضى به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي"[19].

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

وفى تقديري أن المشرع الجزائري من جهة قد وفق إلى حد ما، عندما اقتصر على تبنيه الإحالة من الدرجة الأولى، أي الإحالة من القانون الأجنبي، دون الخوض في منطق

19 - د . عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة ، ص، 183 .

الإحالة، لأن الأخذ بمنطق الإحالة إلى القانون الأجنبي قد يؤدى إلى الوقوع في حلقة مفرغة أو الإحالة المتلاحقة، والى إخلال صارخ بتوقعات الأفراد للقانون الذي سوف يطبق عليهم. بالإضافة إلى ما يترتب على الأخذ بمنطق الإحالة من صعوبات متعددة لا يسع المقام إلى عرضها، رغم ما يتضمنه هذا الرفض، "من هدم للأساس الذي تقوم عليه فكرة التعايش المشترك بين النظم" [20].

ومهما كانت صورة الإحالة، فإنه يتعين مراعاة استثناء بعض المسائل من مجال الإحالة، كالنظام المالي السائد في بعض النظم القانونية، وحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم [21]، لأن الإحالة تتعارض مع المعاملات التعاقدية، وتؤدى إلى الإخلال بتوقعاتهم.

20 - أ/ د . حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين ، ط ، 2002 ، ص، 170.

21- Bernard audit , droit international prive . ED . 2006 . P . 190 .

سابعا ـ خاتمة :

يمكن القول إجمالا، أن المشرع الجزائري قد تأثر بالقضاء الفرنسي والاتجاه الفقهي الحديث، الذي يساند تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى، والتي ارتبط ظهورها بالقضية الشهيرة المعروفة بقضية (فورجو). ومن ثم قد خفف من الانتقادات الموجهة للإحالة بوجه عام، وتجنب في نفس الوقت الوقوع في الحلقة المفرغة، أو الإحالة المتعددة.

ويعتبر اعتناق المشرع الجزائري هذا النوع من الإحالة، مخالفة للتشريعات العربية المستمدة من القانون المصري الصادر سنة 1948، التي رفضت في معظمها الأخذ بالإحالة جملة وتفصيلا. وإذا كان قد حقق بعض المزايا التي تترتب على هذا النوع من الإحالة. فإنه يغاب عليه قبوله اللامشروط للإحالة من القانون الأجنبي.

ولقد قرر المشرع الجزائري التقليص من وظيفة قاعدة الإسناد، عندما اقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، مكتفيا بقبول الإحالة من القانون الأجنبي، إذا أعطى له هذا الأخير الاختصاص. غير أن هذا القبول ألا مشروط للإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، قد يؤدى إلى إخلال صارخ بتوقعات الأطراف، كما هو الشأن في مسائل الأحوال الشخصية، إذا تعلق الأمر بأطراف أجانب لا يدينون بالإسلام، والقانون الواجب التطبيق هو الشريعة السلامية، فحينئذ يجب رفض الإحالة ولو كانت من الدرجة الأولى.

وينبغي أن نشير أخير بأن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي الوطني السلطة التقديرية لمراقبة ما إذا كان هذا القبول يؤدى فعلا إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع من عدمه، وأن القانون الأجنبي المحال على القاضى الوطني لا يتعارض مع أهداف وغاية وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية المتمثلة في وضع الحلول التي تتلائم مع ظروف الحياة الدولية الخاصة.

ولا يزال موقف المشرع الجزائري غير واضح من مسألة مهمة، وهي عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة، كما هو الحال بالنسبة للعقود والنظم المالية

للزواج. ولا بد من اتخاذ موقف معين من الإحالة، وهو موقف يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الاستناد والهدف الذي تسعى إلي تحقيقه، بحيث يكون قبول الإحالة أو رفضها نتيجة لبحث مدى ملائمتها لتحقيق وظيفة قاعدة الإسناد.

المراجع :

أ) بالعربية :

1 - الدكتور احمد زوكاغي، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع الغربي، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار طوبقال للنشر، ط. 1992.

2- الدكتور بدر الدين عبد المنعم، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، ط 1990 .

3- الدكتور حفيظة السيد حداد ، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، ط. 2002 .

4- الدكتور صلاح الدين جمال الدين، قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2006.

5 - الدكتور علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3 ، 1991 .

6- الدكتور عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، بدون تاريخ.

7- الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض، والدكتور سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، بدون تاريخ.

8 - الدكتور هشام صادق، ولدكتور عكاشة محمد عبد العال، والدكتور حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الجنسية، ط 2006 .

9- الدكتور هشام صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، طبعة 1986 .

ب) - بالفرنسية :

1 - Bernard Audit, droit international privé, ED.2006.

2 - Daniel Gutmann,La mise en œuvre de la loi d'autonomie de la volonté est exclusive de tout renvoi» voir Cours de droit international privé, 2ème éd, 2000, Dalloz. p 57.

3 - François MELIN, DEROIT INTERNATIONAL PRIVE, 2 ème édition, 2005, Henri H. Batiffol et Paul LAGARDE, DROIT international privé, 7ème édition. tome 1, 1981.

4 - MARIE CLAUDE Najm, Principes diercteurs de droit international privé et conflit de civilisations, DALLOZ, 2005.

5 - Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, droit international privé, 3 ème , Ed, 1988.