مقياس القانون الدولي الخاص

المحاضرة الثالثة

تنازع القوانين

د. صبرينة مزياني

السنة الجامعية 2023/2024

قائمة المحتويات

I-نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص 5

آ. مفهوم ونشأة نظرية الاحالة.....5
1. تعريف نظرية الإحالة.....5
2. نشأة نظرية الإحالة.....6

ب. أنواع الإحالة والبدائل المحتملة لها.....6
1. أنواع الإحالة.....6
2. بدائل الإحالة.....7

پ. المواقف المتباينة من الإحالة وموقف المشرع الجزائري.....7
1. المواقف المتباينة من الإحالة.....7
2. موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة.....8

ت. تمرين تقييمي" المحاضرة الثالثة".....8

حل التمارين 9

I نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص

تعتبر نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص من المسائل التي أثارت جدلاً قانونياً كبيرا بين فقهاء القانون الدولي الخاص، والتي لم تتبلور كنظرية قانونية معترف بها إلا في عهد قريب في القضاء الفرنسي، وتطبيق نظرية الإحالة يؤدي إلى الاختلاف في الأحكام القضائية النهائية بحسب ما إذا كان قانون دولة القاضي المنظور أمامه النزاع يأخذ بالإحالة أو يرفضها، وقد أعطت نظرية الإحالة مفهوم جديد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وكيفية إعماله فلم يعد يقتصر على القواعد الموضوعية فقط بل امتد أيضا إلى قواعد القانون الدولي الخاص " قواعد الإسناد"، وفي نهاية المحاضرة الثالثة من محور تنازع القوانين والتي تبحث في نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص سيتمكن الطالب من الوصول إلى مجموعة من الأهداف الخاصة بالمحاضرة:

- تعريف نظرية الإحالة أسبابها ومبرراتها.
- التعرف على الأصل التاريخي للبروز نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص ومدى أهميتها.
- تمييز الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري وتبيان موقف المشرع الوطني من هذه النظرية.
- - حل قضايا تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي من خلال توظيف نظرية الإحالة.

آ. مفهوم ونشأة نظرية الاحالة

تناولنا في المحاضرة السابقة قواعد الإسناد وأهميتها في القانون الدولي الخاص من خلال دورها في حل التنازع بين القوانين في حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي، لكن معرفة القانون المختص بحكم النزاع لا يعني حل النزاع بشكله النهائي لأن القانون الواجب التطبيق حسب قواعد الإسناد قد تحيل الاختصاص إلى قانون آخر بسبب اختلاف ضابط الإسناد كالاختلاف بين الجنسية والموطن، وهذا يؤدي إلى ما يسمى في القانون الدولي الخاص بـــ: نظرية الإحالة

1. تعريف نظرية الإحالة

تعرف الإحالة على أنها هي رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد وحولته بواسطة قاعدة الإسناد إلى قانون أجنبي أخر، فالإحالة هي تنازع بين قواعد الإسناد بالتالي تنشأ وتثار مسألة الإحالة عندما لا يتكفل القانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة الإسناد بالتطبيق بإعطاء الحل النهائي للنزاع إنما تحيله إلى قانون أخر قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، فهي إذن تعني تخلي القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد إسناده عن الاختصاص المسند إليه لحساب قانون أخر، بمعنى أخر الإحالة هي تنازع قواعد الإسناد (10).

من خلال التعريف يتضح أن للإحالة مجموعة من الشروط لابد من توفرها وهي:

- اختلاف قواعد الإسناد في قانون القاضي عن قواعد الإسناد في القانون المختص، فنظرية الإحالة تركز على قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص.
- تطبيق القاضي لما تقضي به قواعد الإسناد في القانون المختص.
- تخلي القانون المختص عن اختصاصه لمصلحة قانون آخر سواء كان ذلك القانون قانون القاضي الذي ينظر النزاع، أم غيره من القوانين.

هل يتم النظر إلى القانون الأجنبي ككتلة واحدة، بمعنى أن القانون الأجنبي هو عبارة عن قواعد موضوعية وقواعد إسناد وبالتالي من الضروري اللجوء إلى قواعد الإسناد أيضا في القانون الأجنبي عند البحث عن حل للقضية.

وهناك من يعتبر القانون الأجنبي عبارة عن قواعد موضوعية فقط كونها هي من تعطي الحلول، وبالتالي لا يتم اللجوء إلى قواعد الإسناد ولا تثار مسألة الإحالة من الأساس، يعني أن الإحالة تثار عندما يجد القاضي نفسه أمام حيرة من أمره حول طبيعة القانون الأجنبي هل هو قواعد موضوعية وقواعد إسناد أم قواعد الموضوعية فقط..

مثلل : مثال توضيحي عن مفهوم الإحالة

عُرض على قاضي فرنسي مسألة قانونية تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، برجوع القاضي إلى قواعد الإسناد الخاص بالقانون الفرنسي وجد القاعدة القانونية تقول بأنه وفي قضايا الأهلية القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص أي هنا لابد من تطبيق القانون الإنجليزي، ذهب القاضي الفرنسي لتطبيق ما أشارت إليه قاعدة الإسناد الخاص به فوجد أن القانون الإنجليزي في قواعد الإسناد الخاص به يقول بأن في قضايا الأهلية يطبق قانون الموطن وبالتالي هو تخلى عن الاختصاص في هذه القضية وأحالها إلى القانون الفرنسي بما أنه قانون موطن الشاب.

2. نشأة نظرية الإحالة

ظهرت فكرة الإحالة لأول مرة أمام القضاء البريطاني في عام 1841، إلا أنها تبلورت وتطورت واتضحت معالمها أمام القضاء الفرنسي من خلال قضية فورجو في عام 1874، وخلاصة القضية وهو أن فورجو ولد غير شرعي من أصول بافارية توطن في فرنسا رفقة والدته دون أن يكتسب موطنا قانونيا فيها أي دون الحصول على إذن بالإقامة الشرعية لأن القانون الفرنسي كان يتطلب إذنا رسميا من السلطات الفرنسية للحصول على الموطن، وبقي فورجو فيها حتى وفاته عن عمر 68 سنة تارك خلفة ثروة طائلة منقولة من زوجته الفرنسية ولم يكن لديه أولاد.

وبعد وفاته طالب أقربائه من الحواشي بحصتهم من الثروة التي تركها بدعوى رفعت أمام القضاء الفرنسي، وبنفس الوقت ادعت الحكومة الفرنسية بأن هي من لها الحق في تركة الشخص باعتبار أنها وارث لمن لا وارث له كم أنها لا تعترف بالإرث للأقرباء من الحواشي، وبموجب قواعد الإسناد الفرنسية فالقانون المختص في مسائل الإرث هو قانون الموطن القانوني للمورث، وهنا هو القانون البافاري لأن المورث لم يكن له موطن قانوني في فرنسا والمفروض أن تطبق أحكام القانون البافاري ويورث أقاربه من الحواشي.

لكن ونظرا لأن قواعد الإسناد في القانون البافاري تعقد الاختصاص في مسائل الإرث لقانون موقع التركة وهو هنا القانون الفرنسي باعتبار أن تركة فورجو كانت في فرنسا وهنا اصبحنا أمام الإحالة، لذلك فان القضاء الفرنسي قرر أن قواعد الإسناد في القانون البافاري أحال الاختصاص للقانون الفرنسي فقبل الأخير الاختصاص لنفسه، فقضى بذلك القانون الفرنسي وبما أنه هو القانون الواجب التطبيق بعدم أحقية الحواشي في التركة وأن الحكومة الفرنسية هي التي لها حق بالتركة بالاستناد إلى القواعد الموضوعية الفرنسية التي تحكم التركات، وبذلك فإن القضاء الفرنسي أعمل فكرة الإحالة في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة.(11)

انظرنظرية الإحالة (*web_02*)"
نظرية الإحالة

ب. أنواع الإحالة والبدائل المحتملة لها

1. أنواع الإحالة

تحدث الإحالة في القانون الدولي الخاص بأشكال مختلفة وبحسب الظروف والمتطلبات القانونية لكل حالة. ومن بين أنواع الإحالة الشائعة يمكن ذكر :

1. الإحالة من الدرجة الأولى هي النوع الأول من الإحالة وتسمى بالإحالة البسيطة أو إحالة الرجوع، وتكون الإحالة من درجه الأولي لما تُحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع هنا يطبق القاضي قواعد قانونه الموضوعية وينتهي بذلك النزاع، وبالتالي يمكن أن نعتبر أن الإحالة إلى قانون القاضي هي عملية يقوم فيها القاضي بالرجوع إلى التشريعات والمبادئ القانونية المعمول بها في الدولة التي ينتمي إليها

بشكل عام، يُستخدم مصطلح "الإحالة من الدرجة الأولى" للإشارة إلى الأولوية التي يُعطيها القاضي

2. الإحالة من الدرجة الثانية " الإحالة إلى قانون الأجنبي آخر " الإحالة المطلقة " تكون الإحالة من الدرجة الثانية أو ما يسمى بالرد إلى قانون دوله ثالثة عندما تحيل قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص إلى قانون جديد غير قانون القاضي.

مثلل

مثال عن الإحالة من الدرجة الأولى:

عُرض نزاع على قاضي فرنسي حول أهلية شاب إنجليزي متوطن في فرنسا، بعد رجوع القاضي لقواعد الإسناد الوطنية أرشدته إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص أي قانون الإنجليزي لكن هذا الأخير رفض الاختصاص لكونه يعتمد على قانون الموطن، وبالتالي أحاله إلى القانون الفرنسي الذي قبل الإحالة وطبق قانونه الوطني، لذلك سمية بإحالة الرجوع إلى قانون القاضي.

مثال عن الإحالة من الدرجة الثانية: " في سياق المثال السابق"، عُرض نزاع على قاضي جزائري حول أهلية شاب إنجليزي متوطن في الدنمارك، بعد رجوع القاضي الجزائري لقواعد الإسناد الوطنية أرشدته إلى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الشخص أي قانون الإنجليزي لكن هذا الأخير رفض الاختصاص لكونه يعتمد على قانون الموطن وبالتالي أحال الاختصاص إلى القانون الدنماركي باعتباره قانون الموطن، هنا تم الإحالة إلى قانون غير قانون القاضي وقانون الشخص المعني أي الإحالة إلى قانون ثالث.

2. بدائل الإحالة

- تطبيق القواعد الموضوعية" الحل الاحتياطي": أخذ بهذا طرح الفقيه الفرنسي ليروبور بيجونير والذي يرى أن قانون القاضي يتضمن نوعين من قواعد الاسناد قواعد أصيلة وهي التي تعطي الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق، وقواعد احتياطية التي يتم اللجوء إليها إذا رفض القانون الواجب تطبيق الاختصاص واسنده إلى القانون القاضي، لذلك سمي هذا الحل بالحل الاحتياطي وقد جاء لتجنب الانتقادات التي وجهت للإحالة والتي ترى أن إعمالها يؤدي إلى خضوع القاضي الوطني إلى أوامر المشرع الأجنبي.

يعتبر هذا الحل البديل ضرب من الخيال والوهم لأنه لم يتم العمل به في أي دولة في تشريعها، بحيث لا يمكن أن تكون هناك قواعد احتياطية وأخرى قواعد أصلية.

- تطبيق قانون القاضي طبقا لمبدا الإقليمية: من رواد هذا الطرح الفقيه الفرنسي نيبوابيه، يقوم هذا الطرح على فكرة أساسية مفادها أنه في حالة وجد القاضي المعروض عليه النزاع أن القانون الأجنبي المختص قد تخلى عن الحكم في العلاقة لصالح القاضي الوطني في هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق قانونه الوطني على أساس المبدأ العام في القانون القاضي وهو مبدأ إقليمية القوانين، وعلى الرغم من أهمية هذا الطرح إلا أنه لم يسلم هو الأخر من الانتقادات خاصة من خلال تركيزه فقط على مشكلة الإحالة من الدرجة الأولي وإهماله للإحالة من الدرجة الثانية.(12)

ب. المواقف المتباينة من الإحالة وموقف المشرع الجزائري

1. المواقف المتباينة من الإحالة

1. الموقف المؤيد: هناك مجموعة من الفقهاء الذين ايدوا نظرية الإحالة وأكدوا على ضرورة أن يعتمد القاضي على قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ولا يجوز له أن يقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية وفقط وحجتهم في ذلك ما يلي:

- التأكيد على أن القانون الواجب التطبيق هو وحدة لا تقبل التجزئة، وبالتالي لابد على القاضي وقبل النظر في النزاع النظر في قواعد الإسناد الموجودة في القانون الأجنبي، وبالتالي القاضي لا يطبق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه، إذا لا يمكن تطبيق قانون أجنبي خلافا لإرادة المشرع الذي اصدره وبالتالي الإحالة والأخذ بها هو احترام لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

- تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تؤدي إلى توحيد الحلول.

- الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى من شأنه توسيع مجال تطبيق قانون القاضي وهو الأمر الذي يتفق مع النزعة الوطنية التي يجب أن تهيمن على حلول تنازع القوانين، وبذلك يؤدي الأخذ بالإحالة إلى تسهيل مهمة القاضي الوطني فهو يعرف قانونه أكثر من غيره.

ومن أمثلة للتشريعات التي قبلت بالإحالة ونظمتها في قوانينها الداخلية نجد بولونيا عام 1965، القانون التشيكوسلوفاكي سنه 1963، التشريع الياباني سنة 1868 أخذ بالنوع الأول من الإحالة مثل القانون

2. الموقف المعارض: أما الاتجاه المعارض لنظرية الإحالة فقد تبنى وجهة نظره بناءً على الحجج التالية:

- أكد أنصار هذا الاتجاه بأن قواعد الإسناد الوطنية عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي المختص تعني القواعد الموضوعية فقط.

- الأخذ بقواعد الإسناد قد يجعل العلاقة دون حل في الحالة التي يتخلى فيها كل قاضي عن الحكم بذلك تصبح عبارة عن لعبة التنس.

- يترتب على الأخذ بالإحالة المساس بالسيادة الوطنية، لأن المشرع الوطني عندما يضع قواعد الإسناد فانه يرسم حدود سيادته الوطنية وبالأخذ بقاعدة الإسناد الأجنبية يعني تعطيل إعمال قاعدة الإسناد الوطنية.

ومن أمثلة التشريعات التي رفضت الإحالة بأنواعها المختلفة نجد التشريع الإيطالي سنه 1942، القانون اليوناني سنة 1946 ، التشريع البرازيلي سنة 1942، بالإضافة إلى هولندا والبلاد الإسكندنافية ومصر والعراق سوريا الأردن القضاء في لبنان والمغرب.(13)

2. موقف المشرع الجزائري من نظرية الإحالة

اختلف موقف المشرع الجزائري من تطبيق نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص من فترة زمنية إلى أخرى حيث نجد أنه في القانون المدني لسنه 1975 لم ينص هذا القانون بالقبول أو رفض الإحالة، لكن بعد تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 عدل المشرع الجزائري موقفه من المتشدد من الإحالة وهذا ما ظهر في المادة 23 مكرر واحد والذي تنص على ما يلي:« إذا تقرر وفقا لقواعد الإسناد الوطنية أن القانون الأجنبي واجب التطبيق فانه لا يطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالة عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.(14) »

وبالتالي تتكون هذه المادة من فقرتين الأولى في معارضة بشدة للأخذ بالإحالة أما الفقرة الثانية نلاحظ أن المشرع قد أخذ بالإحالة كاستثناء، بحيث يطبق القانون الجزائري بدلا من الأجنبي المختص، بمعنى إذا رجع القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع إلى قاعدة الإسناد التي وجهته إلى قانون أجنبي مختص وجد فيها قاعدة تنازع تتخلى للحكم لصالح القانون الجزائري فيطبق القانون الجزائري مباشرة، بمعنى، الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى بصفة استثنائية وباعتبارها استثناء عن الأصل والذي هو عدم الأحد بالإحالة، وبالتالي هنا تكون الفقرة الثانية من المادة 23 مناقضة للفقرة الأولى من نفس المادة وهنا لابد من أن يكون هناك تصحيح أو تعديل لهذه المادة.

ت. تمرين تقييمي" المحاضرة الثالثة"

تمرين 1:الإجابة بصحيح أو خطأ

[9 ص 1 حل رقم]

أكدت المادة 23 من القانون المدني على تأييد المشرع الجزائري وبشكل صريح لتطبيق نظرية الإحالة

- ☐ صحيح
- ☐ خطأ

تمرين 2

[9 ص 2 حل رقم]

يعود الفضل في ظهور نظرية الإحالة للقانون

- ○ الفرنسي
- ○ الانجليزي

حل التمارين

> 1 (ص 8)

☐	صحيح
☑	خطأ

> 2 (ص 8)

◉	الفرنسي
○	الانجليزي