المحاضرة الثالثة:

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 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 الاحالة مفهوم جديد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق وكيفية إعماله فلم يعد يقتصر على القواعد الموضوعية فقط بل امتد أيضا إلى قواعد القانون الدولي الخاص " قواعد الاسناد".

1. مفهوم الاحالة:

الإحالة هي اذا رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي عيدته قاعدة الاسناد وحولته بواسطة قاعدة الاسناد الى قانون أجنبي أخر، فالإحالة هي تنازع بين قواعد الاسناد بالتالي تنشأ وتثار مسألة الإحالة عندما لا يتكفل القانون الأجنبي الذي اشارت له قاعدة الاسناد بالتطبيق بإعطاء الحل النهائي للنزاع انما تحيل تحيله إلى قانون أخر قد يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر، فهي إذن تعني تخلي القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد اسناده عن الاختصاص المسند اليه لحساب قانون أحر.

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 الاسناد 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.

وتطبيق الإحالة من عدمها قائم على طبيعة القانون الأجنبي بالنسبة لقانون القاضي بمعنى:

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 الاسناد 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 الى 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 اسناد أم قواعد الموضوعية فقط.

2. نشأة 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 بأحقيتها بالتركة 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.

3. أنواع الإحالة

أ– الاحالة من الدرجة الأولى" الإحالة إلى قانون القاضي " الرجوع"

الإحالة من الدرجة الأولى هي النوع الأول من الإحالة وتسمى بالإحالة البسيطة او احالة الرجوع، وتكون الإحالة من درجه الاولى لما تحل قواعد الاسناد في القانون الأجنبي الاختصاص إلى قانون القاضي المعروض عليه النزاع هنا يطبق القاضي قواعد قانونه الموضوعية وينتهي بذلك النزاع.

ب: الاحالة 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 الاسناد الأجنبية الاختصاص إلى قانون جديد غير قانون القاضي.

3. المواقف المتباينة من الإحالة

أ. 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 الاسناد الموجودة في القانون الأجنبي، وبالتالي القاضي لا يطبق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي إلا اذا قبلت بذلك قواعد الاسناد فيه، اذا لا يمكن تطبيق قانون أجنبي خلافا لإرادة المشرع الذي اصدره وبالتالي الإحالة والأخذ بها هو احترام لقواعد الاسناد في القانون الأجنبي.

– تطبيق قواعد الاسناد 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.

ب: الموقف المعارض

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

– أكد انصار هذا الاتجاه بأن قواعد الاسناد الوطنية عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي المختص تعني القواعد الموضوعية فقط.

– الأخذ بقواعد الاسناد 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 الاسناد فانه يرسم حدود سيادته الوطنية وبالأخذ بقاعدة الاسناد الأجنبية يعني تعطيل إعمال قاعدة الاسناد الوطنية.

4. بدائل الإحالة

أ. 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 اليها اذا 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 اصلية.

ب. تطبيق قانون القاضي طبقا لمبدا الإقليمية

من رواد هذا الطرح الفقيه الفرنسي ***نيبوالييه***، 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 اساس المبدأ العام في القانون القاضي وهو مبدأ اقليمية القوانين، وعلى الرغم من أهمية هذا الطرح الا أنه لم يسلم هو الأخر من الانتقادات خاصة من خلال تركيزه فقط على مشكلة الإحالة من الدرجة الاولى واهماله للإحالة من الدرجة الثانية.

5. موقف المشرع الجزائري من الإحالة

قبل الحديث عن موقف المشرع الجزائري من الإحالة نذكر بعض التشريعات التي اخذت بالإحالة وتشريعات الأخرى التي رفضت الإحالة، **فبالنسبة للتشريعات التي قبلت بالإحالة** ونظمتها في قوانينها الداخلية نجد بولونيا عام 1965 كذلك القانون التشيكوسلوفاكي سنه 1963، هناك من التشريعات من أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط كالتشريع الياباني سنة 1868 والقانون الألماني والقضاء الفرنسي والانجليزي والنمساوي والبلجيكي، وأغلب التشريعات التي اخذت بالإحالة اخذت بالإحالة من الدرجة الأولى وفقط ومنها التشريع الجزائري كما سنوضح فيما بعد، أما التشريعات التي رفضت الإحالة جملة وتفصيلا التشريع الايطالي سنه 1942 والقانون اليوناني سنة 1946 وتشريع البرازيلي سنة 1942، بالإضافة إلى هولندا والبلاد الإسكندنافية ومصر والعراق سوريا الاردن القضاء في لبنان والمغرب.

أما موقف المشرع الجزائري من الإحالة 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: **اذا تقرر وفقا لقواعد الاسناد الوطنية أن القانون الأجنبي واجب التطبيق**

فانه لا يطبق الا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري اذا احالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص.

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 اذا رجع القاضي الجزائري المعروض عليه النزاع الى قاعدة الاسناد 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 الاخذ 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.

المراجع المعتمد عليها:

- باسم عواد محمود العموش، **مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة**، مجلة روح القوانين – العدد التسعون – إصدار أفريل020 2.
- الطيب زيروتي، **القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول : تنازع القوانين**، مطبعة الفسيلة، الجزائر، الطبعة الثانية ، 2010.
- عليوش كربوعة كمال، **القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين** ، ج1 ، ط3 ، دار هومة للنشر، الجزائر،2011
- **ملاحظة: تم الاعتماد على القانون المدني الجزائري في بعض المواد المذكورة في متن المحاضرة.**