الوسائل الفنية لحل مشكلة تنازع القوانين

لكي يتمكن القاضي من إيجاد حل للنزاع ذو الطابع الدولي المعروض عليه، لا بد أن يستعين بقاعدة الإسناد الموجودة في قانونه الوطني، وقبل ذلك لابد له أن يكشف بداية عن مضمونها، ويثير تفسير قاعدة الإسناد لدى فقه القانون الدولي الخاص عدة مشاكل أهمها مشكلة التكييف ومشكلة الإحالة، فلما تعرض على القاضي مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي، فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة التي يمكن أن يدرجها تحتها من بين الفئات التي تتضمنها قواعد الإسناد في قانونه وهو ما يسمى بالتكييف.

بعد أن يحدد القاضي الفئة التي تندرج تحتها المسألة القانونية المطروحة عليه ، يكون قد عرف القانون الواجب التطبيق عليها، لكن معرفة القانون المختص بحكم العلاقة أو المسألة لا ينهي كل إشكال في طريق الحل ، بل يبقى تساؤل أخر هو هل أن للقاضي أن يرجع إلى القانون الأجنبي باعتباره كلا لا يتجزأ مما يفرض عليه استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها أم أنه يرجع مباشرة إلى القواعد الموضوعية التي يتضمنها ويطبقها على العلاقة القانونية المطروحة عليه وهو بذلك يستبعد قواعد الإسناد التي يتضمنها. إن الإجابة عن هذا التساؤل تدفعنا للحديث عن مشكلة الإحالة.

أولا- قواعد الإسناد (قواعد التنازع):

1- تعريف قواعد الإسناد:

قاعدة الإسناد هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني، هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.

وتتركب قاعدة الإسناد من عنصرين الفئة المسندة وضابط الإسناد، ويضيف بعض الفقهاء عنصرا ثالثا هو القانون المسند إليه.

أ- الفئة المسندة:

المسائل القانونية من الكثرة بحيث لا تدخل تحت الحصر، مما يجعل من المستحيل وضع قاعدة إسناد بكل واحدة منها، ولذلك عمد المشرع إلى تقسيمها إلى مجموعات تضم كل منها المسائل القانونية المتقاربة والمتشابهة وتسمى الفئات المسندة، ثم ربط كل مجموعة (فئة) بقانون معين عن طريق ضابط الإسناد.

الفئة المسندة هي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها به إلى قانون معين، فمثلا الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون الإرادة (المادة 18 قانون مدني جزائري)، إذن الالتزامات التعاقدية تعتبر فئة مسندة تتضمن كل أنواع الالتزامات التي تنشأ عن العقود (عقد البيع، الإيجار، الوديعة، ....الخ)، وعليه إذا ما عرض على القاضي مسألة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي، فإن أول عمل يقوم به هو البحث عن الفئة المسندة التي تندرج تحتها تلك المسألة ليعرف القانون الواجب التطبيق عليها.

ب- ضابط الإسناد:

لما صنف المشرع المسائل القانونية المشتملة على عنصر أجنبي إلى فئات مسندة، قام بإسناد كل فئة منها إلى قانون معين عن طريق أداة هي ضابط الإسناد، فبذلك فإن ضابط الإسناد هو عبارة عن أداة ربط بها المشرع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه.

مثال: الأهلية تخضع لقانون الجنسية المادة 10 ق.م.ج.

- **الأهلية:** الفئة المسندة.
- **الجنسية:** ضابط الإسناد.
- **قانون جنسية الشخص:** هو القانون الواجب التطبيق (القانون المسند إليه).

ومن المفترض أن يكون لفئة مسندة ضابط إسناد واحد على الأقل يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، إلا توجد بعض المسائل التي يتم إسنادها إلى أكثر من قانون، أي تتعد بشأنها ضوابط الإسناد.

قد يحدث أن يجعل المشرع للفئة المسندة ضابطين أو أكثر ، مثل ما نص المشرع عليه في المادة 19 ق.م.ج حيث توجد أربع ضوابط إسناد اختيارية هي مكان الإبرام، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو القانون الوطني المشترك أو القانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، ويجوز للقاضي تطبيق أي واحد منها، أو أن يجعل أحدهم أصلي والأخرى اختيارية يؤخذ بها فقط في حالة تعذر الأخذ بالضابط الأول، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري حيث جعلت قانون الإرادة الضابط الأصلي بالنسبة للالتزامات التعاقدية، بينما جعلت قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة الضابط الاحتياطي، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

ج- القانون المسند إليه:

هو القانون الذي دلت عليه قاعدة الإسناد كقانون واجب التطبيق على العلاقة القانونية، أي هو القانون الذي يثبت له الاختصاص بعد الإسناد، ويشترط لتطبيق هذا القانون ما يلي:

- أن يكون صادر عن دولة تتوافر على كافة العناصر القانونية لقيام الدولة كما هو الحال بالنسبة للدولة الكاملة السيادة وحتى الناقصة السيادة.
- ألا يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي، أو ثبت له الاختصاص نتيجة الغش نحو القانون.
- أن يكون صادر عن دولة تعترف بها دولة القاضي.

وقد تعترض القاضي صعوبات في تحديد القانون المسند إليه حسب قاعدة التنازع، ويتجاوزها حسب الحلول المقررة في قانونه الوطني، فمثلا المادة 23 ق.م.ج تحدثت عن أنه عندما تشير قاعدة الإسناد إلى اختصاص دولة تتعدد فيها التشريعات تعددا إقليميا مثل الولايات المتحدة الأمريكية، أو تعددا شخصيا أو طائفيا مثل لبنان، فإنه طبقا لنص هذه المادة (23)،

فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يحدد أي تشريع سيطبق، أما إذا لم يرد نص في هذا الشأن فإنه يطبق قانون عاصمة البلد في حالة التعدد الإقليمي، أو يطبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الشخص، أو كذلك ما نصت عليه المادة 22 مدني جزائري في حالة تعدد الجنسيات بالنسبة للشخص أو انعدامها تحل مشكل القانون المسند إليه .

2- خصائص قواعد الإسناد:

تتميز قواعد الإسناد بمميزات هامة، هي[1]:

أ- قواعد الإسناد قواعد غير مباشر: لا تتكفل قواعد الإسناد بإعطاء الحل النهائي للنزاع المشتمل على عنصر أجنبي وإنما تبين القانون الذي يخضع له، ومن خلاله نجد القواعد القانونية التي ستطبق عليه.

ب- قواعد الإسناد قواعد مزدوجة : بمعنى أنها تعطي الاختصاص للقانون الوطني أو الأجنبي، وهو ما يعرف بالربط الثنائي، فالعنصر المميز لقاعدة الإسناد هو عنصر أو عامل أو معيار ربط موضوعي يربط العلاقة القانونية بنظام قانوني محدد قد يكون نظام قاضي الدعوى أو نظاما قانونيا أجنبيا، ومن هنا تنبع الصفة المسماة ثنائية أو ازدواجية قاعدة الإسناد إذ أنها تجعل الاختصاص إما للقانون الوطني وإما للقانون الأجنبي وذلك حسب نوع المسألة القانونية.

ج- قواعد الإسناد قواعد محايدة : أي أن القاضي المعروض عليه النزاع بإعماله لقاعدة الإسناد، لا يعلم نوع الحل الذي سيعطيه للنزاع، لأن ذلك متوقف على معرفة مضمون القانون الذي سيطبقه على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وهذا القانون قد يكون قانونه الوطني كما قد يكون قانونا أجنبيا آخر.

---

[1]- صفو نرجس، المرجع السابق، ص. 34.

بمعنى لا تقوم قاعدة الإسناد بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم العلاقة ذات الطابع الدولي، بل تتكفل بالربط بين فئة معينة من الفئات أو المراكز القانونية، وأحد القوانين المرشحة لحكم العلاقة القانونية دون أن تُفاضل بين القوانين لهذا يقال عنها أنها قواعد محايدة.

ثانيا- التكييف:

ذكرنا في ما سبق بأن المشرع يضع فئات مسند ويربط كل فئة بقانون معين، والقاضي للاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة القانونية المطروحة عليه يكون مجبرا على البحث من بين الفئات المسندة التي وضعها المشرع عن الفئة التي يمكن أن تندرج تحتها، ولتحديد هذه الفئة ينبغي عليه أن يبحث أولا عن الوصف القانوني الذي يمكن أن يعطيه للمسألة المطروحة عليه وهذا ما يسمى بالتكييف.

1- تعريف التكييف:

هو تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين لوضعها في إحدى الفئات القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد.

أو هو قيام القاضي بتحديد طبيعة المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي، وإعطائها الوصف القانوني الملائم لها بهدف ردها إلى فكرة مسندة معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق.

والتكييف هي مهمة يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع، تتمثل في تحديد النص القانوني الواجب التطبيق.

ليست مشكلة التكييف بمشكلة خاصة بالقانون الدولي الخاص فقط، بل هي مشكلة تفرض نفسها في مختلف فروع القانون.

ولكن المشكل الذي يواجه التكييف في القانون الدولي الخاص ليس مشكلة التكييف في حد ذاته، وإنما هو مشكل التنازع في التكييف، أي تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف، والأمثلة الثلاثة الآتية توضح لنا المشكلة.

2- القانون الواجب التطبيق على التكييف (موقف الفقه من التكييف):

إن المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ترتبط بقوانين عدة دول، وبما أن تكييف المسائل القانونية يختلف من قانون لأخر، وباختلاف القانون الذي يتم وفقه التكييف يختلف القانون المطبق على النزاع، وبالتالي يختلف الحل النهائي للنزاع، ولهذا لابد من تحديد القانون الذي يتم وفقه التكييف، ولقد اختلفت اتجاهات الفقهاء حول هذه المسألة إلى:

أ- الاتجاه الفقهي الذي يخضع التكييف لقانون القاضي:

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بارتان الذي يعود له الفضل في تأصيل نظرية التكييف، وتبعه في ذلك أغلب الفقهاء المحدثين، ولقد برر بارتان رأيه بفكرة السيادة، ومفادها أن كل تطبيق للقانون الأجنبي داخل دولة القاضي يعد انتقاصا لسيادتها التشريعية، وعليه المشرع وحده هو الذي يملك تحديد القدر الذي يمكن أن تنتقص فيه سيادة دولته التشريعية، ولما كان التكييف قد يترتب عنه تطبيق القانون الأجنبي داخل إقليم دولة القاضي وفي ذلك انتقاص لدولته التشريعية، فإنه ينبغي ألا يتم إلا وفقا لقانون القاضي، لأنه لو تم وفقا للقانون الأجنبي فمعنى ذلك أن هذا القانون هو الذي يملك تحديد السيادة التشريعية لدولة القاضي، وهذا أمر غير معقول.

أما الفقه الحديث المؤيد لإخضاع التكييف لقانون القاضي فله تبريرات وحجج أخرى منها:

- أن التكييف هو في الحقيقة تفسير لقاعدة الإسناد ومنه لا بد أن يخضع لقانون القاضي.

- إنه من غير الممكن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي لأن هذا القانون قبل عملية التكييف غير معروف، فضلا عن أن إجراء التكييف وفق القانون الأجنبي يعني أن هذا القانون هو واجب التطبيق، ومن ثم فأية فائدة منتظرة من عملية التكييف.

– لما كان التكييف عملية أولية، وأن القاضي هو الذي سيقوم بها، فإن الإسناد الوحيد الذي يظهر عند القيام بها هو الإسناد القضائي مما يبرر إجراء التكييف وفق قانون القاضي.

– إن إخضاع التكييف للقانون الأجنبي يجعل من المسألة الواحدة تأخذ عدة أوصاف تختلف باختلاف القانون الذي تم وفقه التكييف، وعليه فإن القانون القاضي وحده الذي يحقق وحدة التكييف.

– إن عملية التكييف يقوم بها القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا الأخير بحكم تكوينه الثقافي والقانوني سيأثر لا محالة عند إجرائها بالمبادئ الواردة في قانونه.

ب– خضوع التكييف للقانون الواجب التطبيق على النزاع:

يرى جانبا من الفقه وعلى أرسهم DESPAGNET في فرنسا و PACCHIONI في إيطاليا و WOLF في ألمانيا، أن لكل قانون تكيفاته، وعليه يجب أن يكون تكييف العلاقة محل النزاع وفقا للقانون المختص بحكم المسألة القانونية محل النزاع، على أساس أن النزاع يجب أن يخضع لنفس القانون ابتداء من تكييفه وصولا إلى الحل النهائي ، لأن قواعد التكييف المقررة في القانون الذي سيحكم الن زاع تكون مختصة بتكييف العلاقة القانونية، ويبررون هذا بقولهم أن قاعدة الإسناد إذا ما أشارت بوجوب حل النزاع وفقا لقانون معين، وجب تطبيق هذا الأخير في الحدود التي ينظم بها العلاقة وبالمعنى الذي يقصده منها لأن لكل قانون تكييفاته الخاصة؛ وفي حالة عدم الأخذ بوجهة نظره فسوف تشوه العلاقة موضوع النزاع وتخلع عليها طبيعة تخالف ما هو مقرر لها، وتكون النتيجة هي أما تطبيق القانون الأجنبي على علاقة هو غير مختص بحكمها أصلا وإما يعطل عن التطبيق في الوقت الذي كان يتوجب فيه أن يطبق ذلك القانون، فإن هذا القانون يجب أن يحكم العلاقة بشكل كامل بما في ذلك تكييف العلاقة ووصفها لكي تتحقق العدالة المتوخاة من تطبيق القانون الأجنبي المختص، لأن تحقيق العدالة

لا يتم إلا بإعطاء القانون المشار إليه صفة الاختصاص بصورة كاملة للقواعد الموضوعية التي تحكم العلاقة وكذلك القواعد التي تتعلق بالتكييف.

ولعل أهم انتقاد وجه إلى هذا الاتجاه ، هو أنه تعترضه استحالة عملية، فالتكييف كما نعلم هو عملية سابقة على تحديد القانون المختص، فالقاضي قبل التكييف لا يعلم بعد ما إذا كان قانونا ما سيختص بحكم المسألة محل النزاع أم لا؛ فكيف يقوم إذا بالتك ييف وفقه وهو لم يتحدد بعد؟ ولذلك يقول منتقدو هذه النظرية أنها تؤدي إلى المصادرة على المطلوب.

ج- إخضاع التكييف للقانون المقارن:

يقتضي هذا النظام عقد الاختصاص في التكييف للقانون المقارن، أي حل التنازع الناشئ بسبب التكييف بصورة مستقلة ومنفصلة عن مفاهيم قوانين الدول الداخلية وذلك دون التقيد بقانون دولة معينة.

وفي هذا الصدد يرى الفقيه الألماني RABEL أن القاضي لا ينبغي أن يكون أسير قانون معين عند قيامه بالتكييف وإنما ينبغي عليه استعمال المنهج المقارن لاستخلاص مفاهيم مستقلة مختلفة عن المفاهيم الداخلية وتكون مصبوغة بصيغة عالمية ، ويجد هذا الاتجاه أساسه في فكرة أساسية هي أن قواعد الإسناد في قانون القاضي وضعت لمواجهة علاقات دولية خاصة، وعليه فإن مضمونها ينبغي أن يتحدد وفقا لقواعد مطابقة لطبيعتها وللوظيفة الدولية التي تؤديها ومن ثم يجب الاعتماد في تحديد مضمونها على مفاهيم عالمية موحدة ومجردة. وبالرغم من أن هذا النظام يحقق أو يؤدي إلى توحيد أوصاف العلاقة القانونية وتجعل لقواعد الإسناد معنا عالميا، بالإضافة إلى أنها تذلل الصعوبات التي تجابه القاضي عند تكييف علاقة قانونية تتعلق بنظام قانوني لا وجود له في التشريع الداخلي ، إلا أنها تنطوي على صعوبة كبيرة في التطبيق لأنه من الصعب-من الناحية العملية- أن يقوم القاضي المطلوب منه تكييف مسألة معينة بالرجوع إلى مختلف الدول ليستمد منها الوصف القانوني الملائم؛ وحتى لو تمكن

القاضي من الرجوع إلى قوانين مختلف الدول فسيؤدي اختلافها حول الوصف القانوني لكثير من المسائل إلى نتائج متضاربة.

فهذا المنهج رغم وجاهته من الناحية النظرية ، فإنه من الناحية العملية عسير الإتباع، فمن جهة يصعب على القاضي الذي يجري التكييف الإحاطة بمختلف النظم القانونية الأجنبية ليستمد منها الوصف القانوني الملائم للمسألة محل التكييف، ومن جهة أخرى، فإن النظم القانونية المختلفة تختلف فيما بينها حول الوصف القانوني للكثير من المسائل، مما يجعل القاضي في غير استطاعته التوصل إلى نتائج غير متضاربة.

د- النظرية الحديثة في التكييف:

يتزعمها Batiffol، و Lagarde و تتجه إلى إخضاع التكييف إلى قانون القاضي كأصل عام، مع ضرورة التوسع ليشمل القانون الأجنبي المختص المفترض التطبيق، في الفروض التي يجهل فيها القاضي الوطني نطاقا قانونيا معينا يتمسك به الخصم أمامه. كما يستأنس القاضي بالقانون المقارن لإيجاد التكييفات العالمية المطلقة والمجردة للمسألة القانونية، حتى لا يتم تشويهها.

3- موقف المشرع الجزائري من التكييف:

لقد تبنى المشرع الجزائري الموقف الراجح في الفقه، وهو إخضاع التكييف لقانون القاضي، في العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي عندماُ يطلب منه تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها عدة قوانين ويتضح ذلك من خلال المادة 09 من ق.م.ج التي تنص "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه."

كما أخذ المشرع الج زائري بالاستثناءات على التكييف وفقا لقانون القاضي، فيكون المشرع الجزائري قد ساير الفقه الحديث في ذلك، وهي وردت على النحو التالي:

– وجود نص في معاهدة دولية أو نص خاص يخضع التكييف لقانون أخر غير قانون

القاضي لأنه يؤدي إلى الاختلاف في تحديد نطاقها نتيجة الاختلاف في التكييف من دولة متعاهدة لأخرى، وفي ذلك تعطيل لأحكام المعاهدة وتحلل من أحكامها، ولذلك استثناء من القاعدة العامة يخضع التكييف للقانون الذي نصت عليه المعاهدة وفقا لنص المادة 21 ق.م.ج التي تنص: "لا تسري أحكام المواد السابقة، إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر."

– تحديد طبيعة المال هل هو عقار أو منقول يخضع لقانون موقعه وفقا لنص المادة 17 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص": يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا فيها إلى قانون الدولة التي يوجد "، ففي هذه الحالة لا يطبق قانون القاضي، وإنما يكون التكييف طبقا لموقع المال.

–الاستحالة المادية: وذلك عندما تواجه القاضي مسألة غير معروفة في نظامه القانوني، فهو يجب عليه تكييفها وفقا للنظم القانونية التي تعرف المسألة وفقا لنص المادة 23 مكرر 2 م ن القانون المدني الج زائري التي قررت أنه "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"، ففي هذه الحالة يعطى الاختصاص إلى قانون أخر غير قانون القاضي، كما في المهر والوقف، فإن القوانين الغربية تجهل هذه الأمور.

– يخضع تكييف الفعل سواء النافع أو الضار لقانون المكان الذي وقع الفعل الضار في إقليميه، لأن اختصاص هذا القانون من النظام العام ، وفقا لنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري

أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر، وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه ".

ثالثا – الإحـــالة:

القانون الأجنبي شأنه شأن القانون الوطني، يتضمن نوعين من القواعد: قواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع، وقواعد إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فيثور التساؤل: هل القاضي الوطني يرجع إلى القانون الأجنبي في جملته مما يقتضي استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها، أم أنه يتجه مباشرة إلى النوع الثاني من القواعد وهي القواعد الموضوعية فيطبقها على النزاع دون الاعتداد بقواعد تنازع القوانين من حيث المكان.

ويثور نتيجة لذلك في غالبية الأحوال تنازع بين قواعد الإسناد في قانون القاضي، وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ويأخذ هذا التنازع صورتين إما تنازع إيجابي أو تنازع سلبي.

– **التنازع الإيجابي:** التنازع الإيجابي يحصل عندما تتمسك كل من قواعد الإسناد في القوانين المتنازعة باختصاصها، ومثالها أن يتصرف جزائري مقيم بإنجلترا في شأن يتعلق بأهليته أو ميراثه عدا العقار منها، فالقانون الإنجليزي يتمسك باختصاصه طبقا لقواعد التنازع الإنجليزية التي تنيط حكم الأهلية والميراث لقانون الموطن، والقانون الجزائري مختص أيضا طبقا للمادة 10 من القانون المدني باعتباره قانون جنسية الشخص المعني وهي صورة من الصور التي تجسد التنازع الإيجابي.

إن هذه الصورة من التنازع لا تثير أي إشكال، ويتم حلها عن طريق الاختصاص القضائي، أي أن كل قاضي يعرض عليه النزاع يطبق قاعدة الإسناد في قانونه.

- **ا لتنازع السلبي :** التنازع السلبي فيحصل عندما يعلن كل من القانونين، قانون القاضي المعروض أمامه النزاع والقانون الأجنبي المختص طبقا لقواعد التنازع في قانون القاضي عدم اختصاصه، ومثال ذلك أن النزاع منصب حول تصرف إنجليزي متوطن في الجزائر في شأن يتعلق بحالته أو أهليته ، فنجد أن قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي تقضي بإخضاع أهلية الشخص لقانون الموطن الذي يقيم به وفي هذا المثال القانون الجزائري، ومن ثم القانون الجزائري هو القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي، في حين تقضي قواعد التنازع الجزائرية بإسناد الأهلية لقانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي، وعليه فإن كلا القانونين يتخلى عن الاختصاص التشريعي، إن هذا المشكل في فقه القانون الدولي الخاص يسمى مشكلة الإحالة، وعلى ذلك نستنتج أن الإحالة تكون في حالة التنازع السلبي دون التنازع الإيجابي.

1- مفهوم الإحالة:

هي آلية لحل التنازع السلبي بين قانون القاضي والقانون الأجنبي، ومؤداها أن يطبق القاضي القانون الذي تقضي باختصاصه قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص مبدئيا حسب قاعدة الإسناد الوطنية، أي أن القاضي ينظر في قاعدة الإسناد الأجنبية، ويطبق القانون الذي تقضي باختصاصه، ويرجع الأساس التاريخي لنظرية الإحالة إلى قضية فورقو التي عرضت على القضاء الفرنسي الذي يعتبر أول من أخذ بها دون أن يصرح بذلك وتلاه بعد ذلك القضاء الإنجليزي، البلجيكي، والنمساوي.

2- أنواع الإحالة: هناك نوعين من الإحالة:

- **الإحالة من الدرجة الأولى :** نكون بصدد إحالة من الدرجة الأولى لما تسند قاعدة التنازع في قانون القاضي العلاقة القانونية إلى القانون الأجنبي، فتحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص لقانون القاضي، وهذا النوع أطلق عليه اسم الإحالة الحقيقية، أو

إحالة الرجوع، ففي المثال المتعلق بأهلية الإنجليزي المتوطن في الجزائر، فإن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي المختص وفقا لقواعد الإسناد في قانون القاضي تحيل الاختصاص إلى هذا الأخير باعتباره موطن الإنجليزي الذي يخضع الأهلية لقانون الموطن، وهذه هي الإحالة من الدرجة الأولى.

– **الإحالة من الدرجة الثانية:** ا لإحالة من الدرجة الثانية ويسميها البعض الإحالة المطلقة ومضمونها أن يحيل القانون المختص طبقا لقاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى قانون آخر أي قانون ثالث ليس قانون القاضي ومثالها أن يعرض على القاضي الجزائري نزاع يتعلق بأهلية أمريكي متوطن بإنجلترا فقاعدة التنازع الجزائرية تسند العلاقة القانونية إلى القانون الأمريكي باعتباره قانون الجنسية والقانون الأمريكي يرفض الاختصاص ويسنده للقانون الإنجليزي طبقا لقاعدة التنازع في القانون الأمريكي التي تسند الأهلية لقانون الموطن والموطن هو إنجلترا والتي يقبل قانونها الاختصاص باعتبار أن القانون الإنجليزي يخضع مسائل الأهلية لقانون الموطن.

3– موقف الفقه من الإحالة:

أثارت نظرية الإحالة جدلا فقهيا أحدث انقساما بين الفقهاء، بين مؤيدين لها وبين معارضين لها مقترحين بدائل عنها تؤدي إلى نفس نتيجتها ونتطرق لكل ذلك فيما يلي :

أ– حجج أنصار الإحالة:

– يرى أنصار الإحالة أنه عندما تنص قاعدة الإسناد في قانون القاضي على اختصاص القانون الأجنبي، فإنه احترام هذا القانون باعتباره ككل لا يتجزأ، وهذا ما يستدعي الرجوع إلى قواعد الإسناد فيه وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه.

– من غير المعقول تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، في الحالة التي لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه.

– يترتب على الأخذ بالإحالة أن يكون الحكم الذي سيصدره القاضي المعروض عليه النزاع مماثلا للحكم الذي سيصدره القاضي الأجنبي وعرض عليه الن زاع، لأن كلاهما سيعمل بقواعد الإسناد الموجودة في قانون القاضي الأجنبي، مما يسهل تنفيذه في البلد الذي طبق قانونه، وسميت هذه الحجة بحجة تعميم الحلول.

–أن الإحالة عادة ما تؤدي إلى تطبيق قانون القاضي، فيسهل عليه حل الن زاع لأنه يعرف قانونه أكثر من غيره.

– عند 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 الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد في هذا القانون الأجنبي.

– عندما يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون تتعدد فيه التشريعات فإن القاضي سيجد صعوبة في معرفة القواعد الموضوعية التي تحل النزاع، لكنه إذا قبل الإحالة من هذا القانون إلى قانونه هو، فإنه سيتخلص من هذا الإشكال.

ب– حجج معارضي الإحالة:

ذهب الفقه الرافض للإحالة إلى القول بأن إسناد حل النزاع إلى قانون أجنبي يخص القواعد الموضوعية فيه دون قواعد الإسناد.

وقد استندوا في وجهتهم هذه إلى ما يلي[1]:

– إن الهدف من وجود قواعد الإسناد هو حل مشكل تنازع القوانين، وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، والذي قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي، لكن

[1]– بشور فتيحة، المرجع السابق، ص.22.

الرجوع إلى قواعد الإسناد للقانون الأجنبي يعني أنه سيتم حل القضية مرتين وهذا أمر غير مقبول.

-إذا كان القانون الأجنبي كل لا يتجزأ فالقانون الوطني للقاضي كذلك، فلماذا نطبق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد لقانون القاضي، كما أن لقواعد الإسناد دور محدد تتوقف عنده وهو اختيار أكثر القوانين ملائمة للحكم في المسألة المعروضة على القاضي الوطني.

-تطبيق الإحالة سيجعل كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي محيلا لحل النزاع إلى الآخر، مما يجعلنا ندور في حلقة مفرغة.

-القول بأن الإحالة ستؤدي إلى تنسيق في الحلول يفترض أن تأخذ كل الدول بالإحالة، بينما هناك تشريعات ترفض الإحالة (قانون الإيطالي).

-كما أّن القول بأن الإحالة من شأنها تسهيل تنفيذ الأحكام، يفترض أ ن الحكم سينفّذ في الدولة التي طبق قانونها الأجنبي على القضية بما فيه من قواعد تنازع، وهذا ليس صحيح دائًما، إذ قد ينفّذ في دولة أخرى، وفي هذه الحالة يجب ألاّ يكون الحكم الم راد تنفيذه فيها مخالف لقواعد الإسناد في دولة القاضي، مما يعني أّنه إذا كانت الدولة التي سيطبق الحكم لا تأخذ بالإحالة، فستعتبر أن القاضي المصدر للحكم قد خالف قواعد التنازع مما يجعل الحكم معيب بالتالي غير قابل للتنفيذ.

- إن الأخذ بالإحالة مساس بسيادة الدولة، لأن القاضي عند تطبيقه لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي يكون قد امتثل لقانون غير قانونه.

4- نطاق الإحالة:

لقد اختلفت الدول التي تأخذ بالإحالة فيما بينها حول الحالات التي يمكن استبعاد الإحالة وعدم الإعمال بها، لهذا نجد غالبية المناصرين للإحالة يستبعدونها في حالتين:

- **الحالة الأولى:** حالة خضوع الالتزامات التعاقدية لقانون إرادة المتعاقدين.

- **الحالة الثانية:** حالة خضوع شكل التصرفات القانونية إلى بلد الإبرام.

6- موقف المشّرع الجزائري من الإحالة:

تنص المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج على ما يلي: "إذا تقّرر أن قانوًنا أجنبًيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلاّ أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان.

غير أّنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص".

نستنتج من هذه المادة أّن المشّرع الجزائري 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 الحالة يتم قبول الإحالة.

أي أن المشرع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى استثناء، ويرفض الإحالة من الدرجة الثانية، أي عندما يحيل القانون الأجنبي إلى قانون أجنبي آخر، وفي هذه الحالة يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي حددته قواعد الإسناد الجزائرية، على الرغم من أن قواعده الإسناد في القانون الأجنبي قد رفضت الاختصاص، وأحالته إلى قانون آخر.