ثالثا - الإحالة:

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 جملة 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.

- **التنازع السلبي:** التنازع السلبي فيحصل عندما يعلن كل من القانونين، قانون القاضي المعروف 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 فورغو التي عرضت على القضاء الفرنسي الذي يعتبر أول من أخذ بها دون أن يصرح بذلك وتلاه بعد ذلك القضاء الإنجليزي، البلجيكي، والنمساوي.

ظهرت الإحالة أول مرة قضائيا في قضية فصلت فيها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1878/06/24، والتي عرفت بقضية فورغو FORGO وتتمثل وقائعها في أن فورجو ولد غير شرعي ولد بإقليم بفاريا في ألمانيا وهاجرت به أمه إلى فرنسا وهو لا يزال صغير دون بلوغ سن الرشد وأقامت به هناك إقامة فعلية دون أن تحصل على الترخيص الإداري الذي كان يشترطه القانون الفرنسي للتوطن القانوني وهما لم يتحصلا عليه ، تزوج فورجو من فرنسية ثرية توفيت وتركت له ثروة من أموال منقولة هامة، بعدها توفي فورجو بفرنسا دون أن يترك وريثة مباشرين وكان القانون الفرنسي في ذلك الوقت لا يعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي خوانه فقط، إلا لأبويه وأولاده وإخوانه فقط.

إستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على هذه الثروة باعتبارها ثروة بدون وارث، وبلغ مسامع حواشي فورجو من عائلة أمه بالثروة التي إستولت عليها مصلحة أملاك الدولة الفرنسية فطالبوا بالميراث مستنديين في ذلك إلى قواعد القانون البفاري الداخلية دون قواعد التنازع التي تسوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير شرعي بالنسبة لمن لهم الحق في ميراثه فقضت محكمة إستئناف بو PEAU برفض طلبهم في 1874/03/11 على أساس أن فورجو متوطن بفرنسا وبالتالي يسري على ميراث أمواله المنقولة القانون الفرنسي باعتبار أن قاعدة الإسناد الفرنسية تخضع حكم الميراث المنقول إلى قانون آخر موطن للهالك وبالتالي اختصاص القانون الفرنسي الذي يقضي بحرمانهم من الميراث، فطعن الحواشي في الحكم أمام محكمة النقض التي نقضت الحكم على أساس أن فورجو لم يكن متوطنا بفرنسا وإن الحكم أخطأ في التقدير ما دام أنه لم يحصل على ترخيص بالتوطن القانوني، ومن ثم يكون موطنه القانوني هو بفاريا ويطبق عليه القانون البفاري، وأحالة القضية إلى محكمة إستئناف بورجو التي حكمت لصالح الحواشي طبقا لقواعد القانون البفاري الداخلية، فطعنت مصلحة أملاك الدولة في هذا الحكم مدعية أن القانون البفاري يسوي في الميراث بين الموطن القانوني والموطن الفعلي فنقضته محكمة النقض مرة أخرى في 1878/06/24 لأن الحكم طبق مباشرة القواعد الداخلية في القانون البفاري دون الرجوع إلى قواعد التنازع فيه التي تحيل بالنسبة للميراث المنقول إلى قانون موطن الهالك الفعلي وهو القانون الفرنسي، وأحالة القضية مرة أخرى إلى محكمة إستئناف تولوز التي قضت في 1880/05/22 بما أشارت به محكمة النقض، فطعن الورثة مرة أخرى بالنقض في هذا الحكم لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البفاري دون قواعده الداخلية، إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن في 1887/02/22 دون التصريح بالإحالة وقبلت إحالة القانون البفاري على القانون الفرنسي وطبقت القانون الفرنسي.

ولكن يلاحظ على حلول القضاء الفرنسي في الإحالة أنه يجعل منها مطية لحلول

سياسة مراعية في ذلك المصلحة الوطنية الفرنسية على حساب القواعد القانونية.

2- أنواع الإحالة: هناك نوعين من الإحالة:

- **الإحالة من الدرجة الأولى** : تكون 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: الإحالة من الدرجة الثانية ويسمى 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 انقساماً بين الفقهاء، بين مؤيدين لها وبين معارضين لها مقترحين بدائل عنها تؤدي إلى نفس نتائجها وتنتظر لكل ذلك فيما يلي :

أ- حجج أنصار الإحالة:

- يرى أنصار الإحالة أنه عندما تنص قاعدة الإسناد في قانون القاضي على

اختصاص القانون الأجنبي، فإنه يجب 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 مماثلاً للحكم الذي سيصدره القاضي الأجنبي وعرض عليه النزاع، 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 النزاع لأنه يعرف قانونه أكثر من غيره.

- عند الأخذ بالإحالة ضمان لتنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها وفقاً 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 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 محيلاً 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 أن القول بأن الإحالة من شأنها تسهيل تنفيذ الأحكام، يفترض أن الحكم سينفذ في الدولة التي طبق قانونها الأجنبي على القضية بما فيه من قواعد تنازع، وهذا ليس صحيح دائماً، إذ قد ينفذ في دولة أخرى، وفي هذه الحالة يجب ألا يكون الحكم الم راد تنفيذه فيها مخالف لقواعد الإسناد في دولة القاضي، مما يعني أنه 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.

(1) - بشور فتيحة، المرجع السابق، ص.22.

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

4- الأساس القانوني للإحالة:

تجنبًا للانتقادات أعلاه حاول الفقه المساند للإحالة إيجاد أسس يتم الاعتماد عليها لقبول الإحالة وتبريرها، نذكر أهمها فيما يلي:

أ- نظرية التفويض كأساس لقبول الإحالة:

مفادها أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي معين، فإنها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في هذا القانون، وإنما تفوضه لحل النزاع تفويضا عاماً، على نحو يتعين معه تطبيق هذا القانون الأجنبي ككل لا يتجزأ، فيكون تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي يستند إلى أوامر المشرع الوطني لا تحد لإرادته.

لكن هذه النظرية تتسم بأنها قائمة على افتراض لم يثبت بعد، وهو التفويض، فهو محض خيال.

ب- نظرية الإسناد الاحتياطي كأساس لقبول الإحالة:

هذه النظرية هي للفقير الأستاذ Pigeonnière - Lerebours وفيها لا يحاول تبرير الإحالة بقدر ما يحاول تبرير بعض نتائجها، حيث ذهب إلى أن قواعد الإسناد في قانون القاضي نوعان، قاعدة إسناد أصلية وأخرى احتياطية، فإذا أسندت قاعدة الإسناد الأصلية حل النزاع إلى قانون أجنبي، رفض الاختصاص بناء على قواعد تنازعه، فلا يطبق القاضي القانون الأجنبي بتاتاً، إنما يرجع إلى قاعدة الإسناد الاحتياطية التي تسند حل النزاع إلى قانون القاضي، فلا يكون تطبيق القانون الوطني بناء على إسناد قاعدة أجنبية، إنما من قاعدة وطنية.

وأهم نقد وجه إلى هذه النظرية هو أن ما تقول به من وجود قاعدة إسناد احتياطية إلى جانب كل قاعدة إسناد أصلية هو من باب التخيل والوهم لا الحقيقة فلا يوجد ما يدل على المشرع قد وضع إلى جانب كل قاعدة من قواعد الإسناد الأصلية قاعدة إسناد احتياطية⁽¹⁾.

ج- نظرية الإقليمية كأساس لقبول الإحالة:

ينطلق الفقيه Niboyer من مبدأ أنه لا يجب أن نفرض على القانون الأجنبي اختصاصا لا يرضاه لنفسه بمقتضى قواعده الخاصة بتنازع القوانين، بالتالي يطبق القاضي قانونه بناء على مبدأ إقليمية القوانين، ذلك أن رفض القانون الأجنبي للاختصاص، يجعل النزاع مفتقر لقانون يحله، وبما أنه لا بد من إخضاعه لقانون ما، فيكون قانون القاضي هو الأنسب لذلك بوصفه صاحب الاختصاص بالنسبة لكل النزاعات التي تثور على إقليمه.

غير أن هذه النظرية تجعل التطبيق دائما خاص بقانون القاضي، وهذا غير صحيح، إذ قد يعترف تشريع ما بالاختصاص بالعلاقة محل النزاع، فلماذا يكون القانون الوطني للقاضي هو المطبق وليس هذا التشريع الآخر⁽²⁾.

5- نطاق الإحالة:

لقد اختلفت الدول التي تأخذ بالإحالة فيما بينها حول الحالات التي يمكن استبعاد الإحالة وعدم الأعمال 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.

(1) - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.108.

(2) - بشور فتيحة، المرجع السابق، ص.24.

6- موقف المشرع الجزائري من الإحالة:

تنص المادة 23 مكرر 1 ق.م.ج على ما يلي: "إذا تقرر أن قانونًا أجنبيًا 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 التنازع في القانون الأجنبي المختص".

نستنتج من هذه المادة أن المشرع 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 استثناءً، 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.