الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري – دراسة تحليلية مقارنة –

The Referral in Algerian Private International Law - A comparative Analytical Study -

مقدس أمينة*

مخبر المرافق العمومية والتنمية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

doaatalb@gmail.com

- تاريخ الإرسال: 2020/06/27 - تاريخ القبول: 2020/11/29 - تاريخ النشر: 2020/12/21

الملخص: شهد القانون الدولي الخاص الجزائري سنة 2005 بموجب القانون 05-10 مجموعة من التعديلات الهامة من بينها موضوع الإحالة الذي نظمه المشرع من خلال المادة 23مكرر1، أخذ من خلالها بالإحالة من الدرجة الأولى وهي الحالة التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيق قانون أجنبي ويعيد هذا الأخير الاختصاص لقانون دولة القاضي، غير أن تفسير هذه المادة قد أثار جدلا بين الباحثين والقانونيين الجزائريين.

الكلمات الافتتاحية: القانون الدولي الخاص – تنازع قواعد الإسناد – الإحالة – الإحالة من الدرجة الأولى – الإحالة من الدرجة الثانية.

Abstract: In 2005, Algeria's international private law witnessed a series of important amendments under law 05-10, including the referral issue organized by the legislator through article 23 bis 1, through which first class referral was taken, that refers to the national basis of the application of any foreign law and this one restores jurisdiction to the judge's state law, however, the interpretation of this article has provoked controversy among researchers and lawyer.

Keywords: Private international law - Conflicts of the rules of support – Referral - First class referral - Second class referral.

* المؤلف المرسل: مقدس أمينة

المنارة للاستشارات

www.manaraa.com

مقدمة:

تتبنى معظم تشريعات الدول قواعد قانونية موضوعية داخلية تطبق على رعاياها في علاقاتهم الداخلية، وإلى جانبها قواعد أخرى تسمى بقواعد الإسناد تختص بتنازع القوانين والتي تعمل على إرشاد القاضي لحل المنازعات ذات العنصر الأجنبي[1]. ففي الجزائر مثلاً، يوجد القانون المدني والقانون العقاري والتجاري وقانون الأسرة...، وإلى جانب هذه التشريعات الداخلية يوجد قواعد الإسناد أو قواعد تنازع القوانين والتي ورد النص عليها في المواد من 9الى 24 من القانون المدني وهي القواعد التي يلجا إليها القاضي إذا ما كان بصدد الفصل في نزاع ذو عنصر أجنبي.

فإذا طرح على القاضي الجزائري نزاع ذو صبغة أجنبية فانه سيرجع حتما إلى قواعد الإسناد الوطنية التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق، ويمكن تعريف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني تعمل على إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع ذو العنصر الأجنبي[2]. وقد تكون هذه القواعد – قواعد التنازع – أحادية فتشير لاختصاص القانون الوطني فقط، كما قد تكون مزدوجة فتشير لتطبيق القانون الأجنبي في بعض الظروف كما قد تشير لتطبيق القانون الوطني في ظروف أخرى[3]، ولا يثور إشكال في الحالة التي تشير قاعدة الإسناد الجزائرية لتطبيق قانون القاضي كالحالة التي يعرض على القاضي دعوى طلاق بين جزائري وفرنسية، فحتما سيتم تطبيق القانون الجزائري إعمالا لنص المادة 13 من القانون المدني، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتطبيق الأحكام الموضوعية المنصوص عليها في قانون دولته مباشرة. كما لا يطرح أي إشكال إذا تطابق مضمون قاعدة الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون المسند إليه، فإذا عرض نزاع على القاضي الوطني يتعلق بتقسيم تركة شخص تونسي فالقاضي الجزائري إعمالا لنص المادة16 من القانون المدني سيطبق القانون التونسي باعتبار أنه قانون جنسية الهالك وقت وفاته [4]، وبالرجوع لقاعدة الإسناد التونسية فإنه تقضي بنفس الأمر، حيث جاء في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي[5] في الفصل 54 ما يلي :*يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دولة آخر مقر له أو لقانون الدولة التي ترك فيها

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال، دراسات في القانون الدولي الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص.171.

[2] – أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، الطبعة 13، دار هومة، الجزائر، 2013. ص.67.

[3] – هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، نشأته مباحثه – مصادره – طبيعته، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 216.

[4] – تنص المادة 16 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 05-10 أنه :*يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته*.

[5]– قد خصص المشرع التونسي لقواعد القانون الدولي الخاص تقنينا خاصا أطلق عليه مجلة القانون الدولي الخاص التونسي وقد فصل فيه كل مسائل القانون الدولي الخاص حاول من خلاله الإلمام بكافة المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص فنظم تنازع القوانين و الاختصاص الدولي، وحقوق الأشخاص و العائلة من نفقة و حضانة، كما نظم موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية، وموضوع الالتزامات...

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أملاكا–*، ففي الحالة التي يقبل القانون الأجنبي الاختصاص بمقتضى قاعدة الإسناد التي يتضمنها يتأكد اختصاصه مرتين : المرة الأولى بإعمال قاعدة الإسناد الوطنية، والمرة الثانية بإعمال قاعدة الإسناد الأجنبية، وبالتالي يلجا القاضي لتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي تبث اختصاصه [6]، ولا مجال للحديث عن فكرة الإحالة.

إنما يطرح الإشكال عندما يشير قانون القاضي لتطبيق قانون أجنبي وترفض قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص وتحيله لقانون **آخر** قد يكون هو نفسه قانون القاضي– الإحالة من الدرجة الأولى – أو قد يكون قانون أجنبي **آخر** – الإحالة من الدرجة الثانية –، فهل يفصل القاضي في موضوع النزاع طبقا للقواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي أم أنه يتعين عليه الرجوع لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي وتطبيقها؟ بعبارة أخرى هل يكون الإسناد إلى القانون الأجنبي إسنادا موضوعيا(بمعنى أن يرجع القاضي مباشرة للقواعد الداخلية للقانون الأجنبي) أم أجماليا(بمعنى أن يكون القانون الأجنبي وحدة واحدة فيرجع إلى كل من قواعده الخاصة بتنازع القوانين وقواعده الداخلية)؟.

فإذا كان الإسناد إجمالي فإنه يتم إعمال قواعد الإسناد الأجنبية والأحكام الموضوعية، و– في هذه الحالة قد لا تقبل قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص وتحيله لقانون آخر قد يكون قانون القاضي الذي أحال إليها النزاع وقد يكون قانون دولة أخرى، وهو ما يطرح مشكلة أطلق عليها فقه القانون الدولي الخاص الإحالة. وتعتبر الإحالة من المسائل الأولية في المعاملات الدولية لأنها تعمل على إما تثبيت الاختصاص التشريعي للقانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية أو تثبيت القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الذي تبث اختصاصه[7].

أسباب اختيار الموضوع :

كان الدافع وراء اختياري للبحث في هذا الموضوع :

– الفضول العلمي في مجال القانون الدولي الخاص.

– الجدل القائم بشأن تفسير نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني.

[6]– عبد المنعم زمزم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة العربية، القاهرة، مصر، 2015، ص.131.

[7]– نفس المرجع، ص.128.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة لتبسيط مفهوم نظرية الإحالة التي تلاقي استصعاب أغلب الطلاب، كما تهدف لدراسة وتحليل نص المادة 23 مكرر 1 والتي استحدثها المشرع بموجب القانون 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني والتي أثار تفسيره عدة إشكالات.

الإشكالية:

تتمحور الإشكالية الرئيسية في ما يلي: هل يقتصر تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت لاختصاصه قاعدة الإسناد الوطنية على تطبيق القواعد الداخلية الموضوعية أم أنه يشمل قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي المقرر اختصاصه؟ وتتفرع عنها الإشكاليات الفرعية التالية:

- ما المقصود بنظرية الإحالة ؟ ما هو الأصل التاريخي لهذه النظرية؟
- ما هي صورها؟
- كيف كان موقف القضاء والفقه من هذه النظرية؟ وما هو موقف المشرع الجزائري منها؟
- ما هو نطاقها وبعبارة أخرى ما هي الحالات التي يستثنى فيها تطبيق الإحالة ؟

واعتمادا على المنهج الوصفي، وكذا المنهج التحليلي والمقارن من خلال استحضار تجارب التشريعات المقارنة سيتم الإجابة على الإشكاليات التي يثيرها الموضوع على ضوء خطة تتكون من مبحثين يختص المبحث الأول بأحكام نظرية الإحالة ويعالج المبحث الثاني النظام القانوني لنظرية الإحالة من منظور قواعد الإسناد الوطنية.

المبحث الأول: أحكام الإحالة Le renvoi

أدرج البعض موضوع الإحالة تحت عنوان مشكلات تطبيق القانون الأجنبي[8]، هذه المشكلة التي تختص بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي الموضوعية أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي[9].

وعليه سيختص هذا المبحث بتحديد مفهوم نظرية الإحالة في المطلب الأول الذي سيختص في البحث عن (تعريفها، تاريخ ظهور هذه النظرة، صورها) ومن تم تبيان رأي الفقه في المطلب الثاني.

[8] – صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، الجنسية و تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.295.

[9] – عكاشة حمد عبد العال، المرجع السابق، ص.171.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المطلب الأول: مفهوم نظرية الإحالة

الإحالة في مجال القانون الدولي الخاص هي عبارة عن آلية قانونية تطبق إذا ما أشارت قاعدة إسناد دولة القاضي المطروح عليه النزاع، فلا يتم تطبيق القانون الداخلي للقانون المسند إليه مباشرة، إنما ينبغي أيضا الأخذ بعين الاعتبار بقواعد تنازع القوانين في هذا البلد الأجنبي والتي قد تشير إلى لاختصاص قانون آخر[10]. ويعود الفضل في ظهور هذه النظرية لاجتهاد القضاء الفرنسي.

وعليه من خلال هذا المطلب سأتطرق لتعريف هذا النظرية حتى يتسنى للقارئ قبل الغوص في شاسعة الموضوع أن يكون ولو فكرة بسيطة عن هذه النظرية، ثم سأعود لتاريخ هذه النظرية التي كان منشأها قضائي وتبيان صورها.

الفرع الأول: تعريف الإحالة.

تتجسد الإحالة في مادة تنازع القوانين لما يحيل القانون الأجنبي المسند إليه بموجب قاعدة إسناد القاضي إلى تطبيق قانون آخر سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي آخر.[11]

وقد عرفها الفقهاء بأنها رفض الاختصاص من قبل القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ورده بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى قد يرد الاختصاص لقانون القاضي الوطني وقد يحيل الاختصاص لقانون دولة أخرى.

وتتحقق الإحالة إذا كان التنازع سلبيا بين قاعد الإسناد الوطنية وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت لتطبيقه قواعد الإسناد في دولة القاضي، ويتحقق التنازع السلبي إذا تخلى كل من قانون القاضي والقانون المسند إليه عن اختصاصه بحكم المسالة. فالإحالة إذن لا تتحقق إلا في حالة التنازع السلبي بين قانون القاضي والقانون الأجنبي المسند إليه[12].

تقوم فكرة الإحالة على تحديد القواعد الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي هل يقتصر التطبيق على القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي أم أن تطبيق القانون الأجنبي يشمل أيضا قواعد

[10]-Renvoi-Droit international privé, https://fr.wikipedia.org/wiki/Renvoi_(droit_international_priv %C3%A9), consulté le: 11/05/2019, heure: 18:42.

[11]-Le renvoi, file:///C:/Users/Moh/Downloads/5384c0e1d28a6%20(2).pdf, consulté le: 11/05/2019, heure: 18 :28.

[12] – الدح عبد المالك، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري (مشكلة أم حل)، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، الجزائر، العدد 25، المجلد الأول، ص.148، 156)، ص.151.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإسناد. وكان الأمر لا يقتصر على تنازع القوانين وإنما تنازع في قواعد الإسناد أيضا، لذا وصف البعض أن القانون الدولي الخاص هو تنازع على وجه العموم[13].

وتختلف الدول في موقفها حول نظام الإحالة فمنها من أخذ بها مطلقا، ونقول عن دولة ما أنها تأخذ بنظام الإحالة بصفة مطلقة إذا كانت تتبنى فكرة عدم تجزئة القانون الأجنبي بحيث لا تفصل بين قواعده الموضوعية وقواعد التنازع التي يتضمنها، كما تأخذ بعض الدول بإحدى صورها التي سآتي على ذكرها في العنصر المتعلق بأنواع الإحالة، ومن الدول من يرفض الأخذ بها ككل وسوف نستعرض لاحقا مواقف بعض التشريعات حول هذه النظرية.

الفرع الثاني: نشأة نظرية الإحالة

كان القاضي الفرنسي يتجه فورا إلى القواعد الموضوعية المادية، فيتعرف عليها ويحدد مضمونها ليطبقها على النزاع، دون أن يعير أية اهتمام لما تشير إليه قواعد الإسناد في القانون الأجنبي فلا يكترث سواء كانت هذه الأخيرة تعقد الاختصاص لقانونها، أم تتخلى لقانون دولة أخرى، وهذه المرحلة هي مرحلة سابقة على ظهور الإحالة، فيمكن القول أن القانون الدولي الخاص مر بمرحلتين مرحلة سابقة على ظهور الإحالة ومرحلة لاحقة على ظهور الإحالة والفاصل بين هاتين المرحلتين هو الحكم الصادر من الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في القضية الشهيرة التي ذيع صيتها المعروفة باسم قضية – فورجو – إذ تستمد نظرية الإحالة أصلها التاريخي عقب صدور هذا الحكم[14].

وتتلخص وقائع هذه القضية[15] في أن شخصا يدعى **فورجو** من أصول – **بارفارية** – وهو ابن ناتج عن علاقة غير شرعية، قدم برفقة والدته إلى فرنسا وهو بعمر الخامسة حيث استقرا بها دون أن يكتسبا موطنا قانونيا، بمعنى دون حصولهما على إذن بالإقامة الشرعية الذي يشترطه القانون الفرنسي، وظل موطنه القانوني بلده الأصلي– **بارفاريا** – وموطنه الفعلي – فرنسا–، تزوج فورجو بعد أن صار شابا، بفتاة فرنسية ثرية جدا، وبعد وفاتها تركت له تركة.بعد أن توفي **فورجو** وهو في عمر يناهز الثامنة وستين تاركا ثروة منقولة في فرنسا ولم يترك لا زوجة ولا أولاد. استولت مصلحة الأملاك الفرنسية على الأموال التي تركها المتوفى على اعتبار أنها تركة بلا وارث وتؤول إلى خزينة الدولة، الأمر الذي دفع أقارب أمه برفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بحقهم في الإرث وقد استندوا للقانون **البافاري** الذي يساوي في ميراث الابن الشرعي والناتج عن علاقة غير شرعية، وكان مصير دعواهم الرفض على أساس أن فورجو كان

[13] – عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص.129.

[14]-Maximilien Philonenko, L'affaire Forgo (1874-1882). Contribution à l'étude des sources du droit international privé français, 1932. p.19.

[15] Ibid.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مواطنا فرنسيا وبالتالي يطبق القانون الفرنسي الذي يقضي أنه لا حق في ميراث الابن الغير شرعي إلا لأبويه أو إخوته.

قام ورثة **فورجو** بالطعن في الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي أصدرت في 1875/05/15 قرارا يقضي بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه، على أساس أن المدعو **فورجو** لم يكن متوطنا بفرنسا لان إقامته فيها لم تكن مرخصة، وبالتالي لا مجال لتطبيق القانون الفرنسي، ويختص القانون **البافاري** في الفصل في النزاع على اعتبار أن **بافاريا** هي موطنه القانوني، فأحالت محكمة النقض الفرنسية النزاع لمحكمة استئناف بوردو التي حكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون **البافاري** الداخلية التي تساوي في ميراث الابن الشرعي والناتج عن علاقة غير شرعية والتي تجيز توريث الحواشي لهذا الأخير.

طعنت مصلحة أملاك الدولة أمام محكمة النقض وقد نقضت هذا الحكم في قرار صدر بتاريخ24جوان 1878، واستند القرار على أساس انه تم تطبيق القانون **البافاري** دون الرجوع لقواعد الإسناد فيه والتي تسند الاختصاص في هذه المسالة للموطن الفعلي بمعنى الرجوع لأحكام القانون الفرنسي[16]، فقد توصل القضاء الفرنسي من خلال هذه القضية إلى حل مفاده أنه يتعين على القضاة أن يطبقوا قاعدة الإسناد في القانون **البارفاري** المسند إليه بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية قبل الرجوع إلى القواعد الموضوعية في القانون **البارفاري**، وبالرجوع لقواعد الإسناد في هذا الأخير فإنها تحيل الاختصاص لقانون الموطن الفرنسي الذي كان آنذاك يقضي بعدم توريث الحواشي للابن الناتج عن علاقة غير شرعية، ويعتبر التركة شاغرة وتؤول إلى خزينة الدولة[17].

كان لهذه القضية الفضل في ابتداع الإحالة من الدرجة الأولى من قبل القضاء الفرنسي، غير أنه بجدر الإشارة أنه لم يقتصر القضاء الفرنسي على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى بل أخذ أيضا بالإحالة من الدرجة الثانية في العديد من الأحكام الصادرة عنه، مثال ذلك قضية – Patino – وهي أول تطبيقات الإحالة من الدرجة الثانية، وقضية– Zagha –. وسأتطرق لاستعراض هذه القضايا ضمن العنصر المتعلق بالإحالة من الدرجة الثانية.

[16] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.100.

[17]-Maximilien Philonenko, op. cit., p.19.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: أنواع الإحالة وموقف القضاء الفرنسي.

اتفق الفقهاء أن الإحالة في القانون الدولي الخاص نوعان، الإحالة من الدرجة الأولى، والإحالة من الدرجة الثانية، وهو ما سأتعرض إليه من خلال هذا الفرع وسأتطرق بجانب تعريف كل نوع من أنواع الإحالة لموقف القضاء الفرنسي باعتباره منشأ هذه النظرية.

1- الإحالة من الدرجة الأولى - Renvoi au premier dégrée- First class referral

ويطلق عليها الرجوع أو الرد – Le retour – وهي الحالة التي تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية في القانون الأجنبي الذي أشارت لتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية عن حكم النزاع وإرجاعها من جديد إلى قانون القاضي [18]. فهي إحالة إلى قانون القاضي.

تؤدي الإحالة من الدرجة الأولى إلى إحالة النزاع لقانون القاضي[19]، فيكون على القاضي الذي يعترف قانون دولته بهذا النوع من الإحالة تطبيق القواعد الداخلية لقانون دولته.

وقد أثيرت مسالة الإحالة من الدرجة الأولى لأول مرة في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 24 يونيو 1878 على اثر القضية الشهيرة التي سميت **بفورجو**[20]، التي أحالت قواعد الإسناد للقانون الذي ثبت اختصاصه وهو القانون **البافاري** إلى القانون القاضي وهو القانون الفرنسي الذي قبل بالإحالة. من الدرجة الأولى، ومنذ ذلك الحين استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بنظرية الإحالة من الدرجة الأولى، وهي الحالة التي تقضي قواعد إسناد القانون المختص بتطبيق القانون الفرنسي، بوصفه قانون القاضي[21].

وفي الحقيقة إن في إعمال الإحالة من الدرجة الأولى نوع من التسهيل على القاضي [22] باعتبار أنه سيقوم بتطبيق قواعد قانون دولته للفصل في النزاع[23]، فهو حل محبب للقاضي وقد أعلن المستشار الفرنسي – **DENIS**– في مرافعة أمام محكمة النقض الفرنسية بقبول الإحالة من القانون الأمريكي الى

---

[18] – الدح عبد المالك، المرجع السابق، ص.152.

[19] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.98.

[20] Le renvoi, file:///C:/Users//Downloads/5384c0e1d28a6%20(2).pdf, consulté le:11/05/2019,heure :18 :51

[21] يرى البعض أن السبب الرئيسي في ظهور نظرية الإحالة هو المصلحة، أي مصلحة فرنسا في الاستيلاء على أموال فورجو وثروته الطائلة عيشوية فاطمة، الإحالة في القانون الدولي الخاص، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، المجلد الأول، العدد2، ص.444.

[22] – بلمامي عمر، إشكالية الإحالة في الدولي الخاص الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، الجزائر، المجلد45، العدد2، ص.339، 385.

[23] عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص.131.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

القانون الفرنسي لأن القاضي الفرنسي يفضل قانونه أكثر من القانون الأجنبي[24]، كما أن تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى يجنب القاضي تطبيق القانون الأجنبي أ ويعفيه من الصعوبات التي قد تعترضه، فالرجوع للبحث عن القانون الأجنبي وتفسيره ليس بالأمر الهين، كما سيكون أطراف النزاع على ثقة من أن القانون المحال إليه –قانون القاضي– سيتم تطبيقه بشكل صحيح بحكم أن القاضي سيفصل وفقا لقانون قد ألف وعهد أحكامه[25].

إن الإحالة من الدرجة الأولى تحقق التطابق بين كل من الاختصاص القضائي والتشريعي[26]. كما يرى بعض المؤلفون الفرنسيون أن إعمال الإحالة من الدرجة الأولى يجنب إدخال عنصر لا يتجانس مع أحكام القانون الفرنسي[27].

2– الإحالة من الدرجة الثانية Renvoi au deuxième degré - Second class referral -

كذلك في هذا النوع من الإحالة تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص المعقود لها بموجب قاعدة الإسناد الوطنية تماما كما هو الحال في الإحالة من الدرجة الأولى، غير أن الاختلاف يكمن في أن قاعدة الإسناد الأجنبية في هذه الإحالة من الدرجة الثانية تحيل الاختصاص لقانون دولة أجنبية أخرى غير قانون دولة القاضي[28].

ويطلق عليها أيضا الإحالة المطلقة – Le prolongation – يفترض في الإحالة من الدرجة الثانية أن تحيل قاعدة التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه الاختصاص إلى قانون ثالث[29].

وتتحقق فيما لو أحالت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية الاختصاص إلى قانون أجنبي وليس لقانون القاضي، بمعنى أن تحيل قاعدة الإسناد الأجنبية للقانون الذي ثبت اختصاصه إلى قانون غير قانون دولة القاضي[30]– قانون ثالث–. وقد تتعدد الإحالة في هذه الصورة فيحيل القانون الثالث إلى قانون رابع وهكذا[31].

---

[24] – هشام صادق، حفيظة السيد، المرجع السابق، ص.113.

[25]-Le renvoi en droit international privé, http://www.cours-de-droit.net, consulté le : 01/07/2019 , heure 22 :06.

[26] – صالح مهدي العارضي، مفهوم الإحالة بين النسبية و الإطلاق و أحكام الحل الوظيفي –دراسة مقارنة–، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العدد 18، العراق، ص. 261.

[27]- Le renvoi en droit international privé, http://www.cours-de-droit.net, consulté le 01/07/2019, heure 22 :06.

[28] – عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.178.

[29]Le renvoi au second degré suppose que la règle de conflit du pays étranger désignée par le for renvois à une loi tierce qui se considère compétente, le renvoi, file:///C:/Users/Moh.. pdf.

[30] – حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص.150.

[31] – علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1980، ص.49.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ورغم أن القضاء الفرنسي قد استقر على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى إلا أن في بعض الأحيان كان يجيز الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، وقد كان أول تطبيق صريح للإحالة من الدرجة الثانية من خلال القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية على إثر صدور الحكم الصادر في قضية – Patino– بتاريخ 15ماي 1963، وتتلخص وقائع هذه القضية التي تحمل اسم صاحبها –**باتينو**– الرجل الثري البوليفي الذي تزوج من فتاة أجنبية اكتسبت عن طريق الزواج الجنسية البوليفية وتم هذا الزواج في إسبانيا. رفعا الزوجين أمام القضاء الفرنسي دعوى طلاق، وبرجوع القاضي لقواعد الإسناد الفرنسية أشارت هذه الأخيرة لتطبيق قانون الجنسية المشتركة للزوجين أي القانون البوليفي الذي لا يسمح بالطلاق إلا إذا كان مقبولا في المكان الذي تم فيه الزواج أي القانون الاسباني، وبالرجوع لهذا القانون فإنه لا يجيز الطلاق آنذاك، وعلى هذا الأساس أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الثانية وحكم بمنع الطلاق[32].

كذلك كان القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 جوان 1982 في قضية – **Zagha**– من اجتهادات القضاء الفرنسي الأولى في الإحالة من الدرجة الثانية، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين من ديانة يهودية، ويحملون الجنسية السورية، تزوجا في إيطاليا ولكن كان زواجهما دينيا وليس مدنيا، طلب أحد الزوجين الطلاق في حين اعترض الآخر واعتبر أن الزواج لاغيا باعتبار أن الدولة الفرنسية لا تعترف إلا بالزواج المدني، وبعد تطبيق القاضي الفرنسي لقواعد الإسناد الفرنسية، تبين أنها تحيل الاختصاص لمكان انعقاد الزواج وهو القانون الإيطالي الذي اعتبر الزواج باطلا، غير أن قواعد الإسناد الإيطالية تحيل الاختصاص لقانون جنسية الزوجين ألا وهو القانون السوري الذي يعترف بالزواج الديني، وبهذا أخذت محكمة النقض الفرنسية بالإحالة من الدرجة الثانية واعتبرت الزواج صحيحا وحكمت تبعا لذلك بطلاق الزوجين[33].

المطلب الثاني: نظرية الإحالة من منظور الفقه.

لقد انقسم الفقه إلى مؤيد ومعارض للإحالة واستند كل منهم إلى حجج لتبرير موقفه واتجاهه، وهو ما سنتعرض إليه من خلال إثارة هذا المطلب.

[32] - Le renvoi en droit international privé, http://www.cours-de-droit.net/le-renvoi-en-droit-international-prive, consulté le: 06/07/2019, heure: 23:34.
[33]- Ibid.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: الفقه المناصر للإحالة.

استند هؤلاء[34] للعديد من الحجج من بينها:

– متى تقرر أن القانون الأجنبي هو القانون الواجب التطبيق فانه يجب الرجوع إليه كلية بما في ذلك قواعد الإسناد التي يتضمنها. فالأخذ بقواعده الداخلية دون قواعد التنازع – قواعد الإسناد – يشكل تجزئة لهذا القانون[35].

– الإسناد الذي تقوم به قاعدة التنازع الوطنية(قاعدة الإسناد) هو إسناد لقاعدة التنازع الأجنبية[36].

– قد تشير قاعدة الإسناد في دولة القاضي لاختصاص قانون أجنبي تكون قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا الأخير رافضة لهذا الاختصاص، فلو اتجه القاضي مباشرة لتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه دون الرجوع لقواعد الإسناد لهذا القانون فإنه سيطبق القانون الأجنبي عنوة – بمعنى أنه يرغم القانون الأجنبي على قبول الاختصاص رغما عنه[37]–، وهو أمر غير مقبول لأن فكرة الإحالة أصلا تقوم على أساس احترام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص والالتزام بما يقضي به[38].

– الإحالة أداة لتوحيد الحلول فتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي من شأنها أن تعمل على توحيد الحلول وإن لم يكن بصفة عالمية إنما سيؤدي لتوحيد الحلول فيما بين الدولتين [39]– دولة القاضي والدولة التي أحيل لتطبيق قانونها–.

– كما أن الأخذ بالإحالة فيه ضمان لتنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها، إذ يؤدي لاحترام الأحكام التي يصدرها القاضي الوطني وتنفيذه في الدولة الأجنبية التي تم الفصل في النزاع وفقا لما قضت

---

[34] – من بين الفقهاء المؤيدون للإحالة – Batiffo -Pigenniére -Lerebours-

[35] علي سليمان، المرجع السابق، ص.50، انظر كذلك: جمال بن عصمان، مطبوعة حول مقياس القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2014–2015، ص.19.

[36] – عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص.134.

[37] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.50؛ جمال بن عصمان، المرجع السابق، ص.20.

[38] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.103.

[39] – أمل المرشدي، الإحالة في القانون الدولي الخاص، https://www.mohamah.net، تاريخ زيارة الموقع: 2019/06/12، الساعة: 19:14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

به قواعد إسنادها[40]. فمثلا الحكم الصادر في قضية **فورجو** يسهل تنفيذه في **بافاريا** مادام القضاء الفرنسي قد طبق قاعدة التنازع في القانون **البافاري**[41].

الفرع الثاني: الفقه الرافض للإحالة.

استند الفقه الرافض للإحالة على فكرة أساسها أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فرن ذلك يقتصر على القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، دون الأخذ بقواعد الإسناد الأجنبية[42]، على أساس أن الإسناد للقانون الأجنبي هو إسناد موضوعي فحسب وليس إسناد إجمالي[43]، وقد استعان هذا الاتجاه بمجموعة من الحجج لهدم هذه النظرية من أساسها وكانت أهم حججهم ما يلي:

– تعمل قاعدة التنازع في قانون القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق، ومتى تحدد هذا القانون تنتهي مسالة تنازع القوانين ويبقى على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه دون أن يكترث القاضي لموقف المشرع الأجنبي في هذه المسألة، فالمشرع الوطني لا يضع قواعد الإسناد عبثا واعتباطا إنما يصوغها على ضوء معطيات العلاقة للوصول إلى اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة، لهذا وبحسب هذا الاتجاه فإنه ينبغي مباشرة تطبيق القانون الأجنبي في شقه الموضوعي دون تلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، لأن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية هو الهدف الذي توخاه المشرع الوطني أول مرة وهو يضع قاعدة الإسناد[44].

– في الأخذ بالإحالة مساس بسيادة الدولة خصوصا إذا كانت تنظم قواعد الإسناد في دستورها[45]، ذلك لأن المشرع وهو يضع قواعد الإسناد فإنه يرسم حدود سيادته الوطنية والأخذ بالإحالة هو تعطيل لقواعد الإسناد.

– الأخذ بالإحالة خاصة الإحالة من الدرجة الثانية من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة[46]، بمعنى قد يؤدي إلى توالي الإحالة –وكأن الأمر أشبه بلعبة كرة القدم هذه اللعبة التي كلما تلقى اللاعب الكرة مررها لآخِر[47]، مثال ذلك: نزاع حول أهلية انجليزي يتخذ من فرنسا موطنا له وعرض النزاع على قاضي جزائري، فقاعدة الإسناد الجزائرية ستشير لقانون الجنسية طبقا لنص المادة 22 من القانون

---

[40] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.103.

[41] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.50.

[42] – حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص.155.

[43] – عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص.181.

[44] – نفس المرجع، ص.182.

[45] – جمال بن عصمان، المرجع السابق، ص.20.

[46] – نفس المرجع، المرجع السابق، ص20.

[47] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.51.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المدني[48]، بمعنى القانون الإنجليزي وهذا الأخير سيقضي باختصاص قانون الموطن – القانون الفرنسي– وقد يحيل هذا الأخير لتطبيق قانون آخِر فيبقى النزاع أمام حلقة مفرغة ويصعب تحديد القانون المختص[49].

– قد يؤدي الأخذ بنظام الإحالة بالإضرار بحقوق الأفراد المتقاضين بحيث قد يطبق علهم أحكام ونظم قانونية ليسوا خاضعين لها في بلدهم، ولا تتماشى مع دياناتهم[50].

المبحث الثاني: النظام القانوني لنظرية الإحالة من منظور قواعد الإسناد الوطنية.

بعد تبيان مفهوم الإحالة ونشأتها وأنواعها، وبعد عرض موقف الفقه حول هذه النظرية التي تعتبر من كبرى نظريات القانون الدولي الخاص، سأتطرق لتحليل موقف المشرع الجزائري والبحث في آثار إعمال الإحالة ونطاق إعمالها في المطلب الأول، ومن تم تمييز الإحالة عن الإحالة الداخلية أو كما تعرف في التشريع الجزائري نظام التفويض في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إعمال نظرية الإحالة وآثار تطبيقها والاستثناءات الواردة عليها في القانون الجزائري.

يختص هذا المطلب بتحليل نص المادة 23 مكرر من القانون المدني حتى نستكشف موقف المشرع الجزائري هل أخذ الإحالة ؟، وإن كان كذلك، هل أخذ بها مطلقا أم اكتفى بإحدى صورها ؟ ثم سنبحث في آثار إعمال الإحالة، وأخيرا إلى الحالات التي يستثنى فيها تطبيق الإحالة.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من إعمال نظرية الإحالة (دراسة تحليلية لنص المادة 23 مكرر1 من القانون المدني)

لحد الساعة تشهد الإحالة مواقف متباينة، فقد اختلفت التشريعات بين من أخذ بها مطلقا وبين من أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى دون الثانية وبين من رفض الأخذ بها مطلقا.

بالنسبة لمشرعنا الجزائري الجدير بالذكر أنه لم يكن يتعرض قبل تعديل القانون المدني أي قبل 2005 للإحالة لا بالقبول ولا بالرفض ضمن قواعد الإسناد الوطنية[51]، فلم يكن يوجد أي نص ينظم

---

[48] – جاء في نص المادة 22 من القانون المدني ما يلي :*في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.
غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية، و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.
وفي حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة*.

[49] – أمل المرشدي، الإحالة في القانون الدولي الخاص، https://www.mohamah.net، تاريخ زيارة الموقع:2019/06/17، الساعة 12.25.

[50] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.52.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الإحالة في القانون الجزائري وعليه كان إذا عرض على القاضي الوطني نزاع يتضمن عنصرا أجنبيا وأشارت قواعد الإسناد الوطنية إلى أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق، تعين على القاضي الرجوع مباشرة للقواعد الداخلية للقانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه دون الرجوع لقواعد الإسناد التي يتضمنها هذا الأخير، كما أن سكوت المشرع عن الإحالة كان يفرض على القاضي البحث في كل القانون الأجنبي وهو ليس بالأمر الهين، كما أن إلزام القاضي بتطبيق القواعد الداخلية للقانون الأجنبي حتى ولو كان هذا الأخير يرفض اختصاصه عن طريق قواعد الإسناد التي يتضمنها قد يمنع القاضي من فرصة الفصل في النزاع وفقا لقانونه الوطني الذي يلم بقواعده ويفقه أحكامه إذا ما أرجع القانون الأجنبي عن طريق قواعد إسناده الفصل في النزاع لقانون دولة القاضي[52].

أما بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 فقد تمت إضافة المادة 23 مكرر 1التي جاء فيها: * إذا تقرر 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.*

والمتمعن لهذا النص يجده يطرح إشكالا من حيث صياغته، فأول ما يلاحظ وجود تناقض بين حكم الفقرة الأولى والثانية، وعليه سأتطرق إلى تحليل نص المادة من خلال تحليل فقراتها ثم تحديد المعنى العام للنص بأكمله.

نص المشرع صراحة من خلال الفقرة الأولى على رفض الإحالة وألزم القاضي بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي دون قواعد الإسناد لهذا الأجنبي.

فالفقرة الأولى نجدها تنص صراحة على أن المشرع لم يأخذ بالإحالة حيث أن المشرع ألزم بتطبيق القواعد الداخلية – الموضوعية – في القانون الأجنبي الذي تشير لاختصاصه قاعدة الإسناد الجزائرية دون تطبيق قواعد إسناد القانون الأجنبي، بمعنى أن الإسناد إلى القانون الأجنبي هو إسناد موضوعي وليس إسناد إجمالي. وبالتالي يتعين على القاضي إعمال القواعد المادية في هذا القانون ولا شأن له باحترام قواعد إسناد القانون الأجنبي، لأن القاضي لا يخضع إلا لأوامر مشرعه الوطني وليس لأوامر أي مشرع أجنبي[53].

---

[51] – كان المشرع ينظم فقط التفويض أو كما يعرف بالإحالة في مجال التنازع الداخلي من خلال نص المادة 23 من القانون المدني.

[52] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.55.

[53] – حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص.158.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما الفقرة الثانية فهي ذات مضمون مناقض تماما لما ورد في الفقرة الأولى بحيث يفهم من خلال استقراءها أن المشرع قد أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

وللتذكير فقد ورد في الفقرة الثانية من نص المادة 23مكرر 1 *غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص*، أقر المشرع من خلال هذه الفقرة بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، بمعنى الحالة التي ترجع أو ترد قواعد التنازع التي يتضمنها القانون الأجنبي الاختصاص للقانون الجزائري للحكم في موضوع النزاع.

وما يمكن استخلاصه كمعنى عام لنص المادة 23 مكرر 1 أن المشرع قد أخذ بالرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية والقبول الصريح للإحالة من الدرجة الأولى.

فالبين من نص المادة بأنها تتضمن قاعدة مفادها رفض الإحالة واستثناء يتضمن الأخذ بها متى كانت من الدرجة الأولى أي تلك التي ترجع أو ترد الاختصاص لقانون القاضي، أما إذا ردت قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص لدولة ثالثة وجب على القاضي الجزائري أن يفصل في النزاع استنادا للقواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق ويكون بذلك قد امتثل لأحكام الفقرة الأولى من نص المادة 23 مكرر 1 وامتنع عن الخضوع لإرادة المشرع الأجنبي التي ترمي لتطبيق قانون أجنبي ثالث.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد تبنى نفس موقف المشرع الإماراتي، كما اعتمد على نفس الصياغة التي وردت في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية الذي نص في مادته 26 على :*1- إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

2-على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.*

وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري والمشرع الإماراتي قد أخذا بالإحالة من الدرجة الأولى مخالفين بذلك غالبية التشريعات المقارنة العربية التي رفضت الإحالة رفضا مطلقا، ومن بين هذه التشريعات التشريع المصري الذي رفض صراحة الأخذ بنظام الإحالة بأنواعها فنص في المادة 27 من القانون المدني على أنه: *إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.*

كما كان موقف المشرع التونسي واضحا فقد رفض الأخذ بالإحالة سواء كانت تؤدي لإرجاع الفصل في النزاع إلى القانون التونسي أو إحالته إلى قانون آخِر واستثنى من ذلك الحالات التي ينص القانون

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

صراحة أنه يجوز الأخذ فيها بالإحالة، وهو ما أورده في الفصل 35 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية [54]حيث ورد فيه :*لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله.*

كما رفض المشرع العراقي من خلال نص المادة 31 من القانون المدني الإحالة حيث جاء في نص المادة :* إذا تقرر قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق، فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص*.

الفرع الثاني: آثار إعمال القاضي الجزائري لنظرية الإحالة من الدرجة الأولى.

قبل استعراض الآثار المترتبة عن تطبيق القاضي الجزائري للإحالة من الدرجة الأولى بجدر الإشارة أنه يتعين على القاضي التأكد من الشروط التالية لإعماله الإحالة من الدرجة الأولى والتي تتمثل فيما يلي:

– أن تشير قاعدة التنازع في القانون الجزائري لتطبيق قانون أجنبي.

– أن يحتوى القانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية على قواعد تنازع.

– أن تكون قاعدة الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي في حاله تنازع سلبي بمعنى أن يرفض كل من القانونين الاختصاص في الفصل في النزاع ذو العنصر الأجنبي.

– أن ترد قاعدة الإسناد الأجنبية الاختصاص للقانون الجزائري.

لحد الساعة لا تجارب سابقة في اجتهاد القضاء الجزائري حول موضوع الإحالة، الأمر الذي جعل من الباحثين الجزائريين يتعرضون لموضوع الإحالة من الجانب النظري، **إلا** أن انعدام الاجتهادات القضائية لا تمنع من دراسة آثار تطبيق القاضي الإحالة من الدرجة الأولى.

يترتب عن تطبيق القاضي الجزائري للإحالة من الدرجة الأولى مجموعة من الآثار أهمها:

1 – تطبيق القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه الوطني.

قبول الإحالة من الدرجة الأولى يؤدي لتطبيق قانون دولة القاضي ويستند هذا إلى إعمال الفقرة الثانية من نص المادة 23 مكرر1 من القانون المدني التي جاء فيها :*غير أنه يطبق القانون الجزائري،

[54] – حسنا ما فعل المشرع التونسي حيث جمع نصوص القانون الدولي الخاص في قانون واحد أطلق عليه مجلة القانون الدولي الخاص، ولو حبذا أن يتبنى المشرع الجزائري نفس التجربة ليتسنى للقاضي والمحامي وحتى الباحث الإحاطة بجميع أحكام القانون الدولي الخاص.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص*، كما أن تطبيق قبول الإحالة من الدرجة الأولى يجنب القاضي الصعوبات التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي كصعوبات البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره والدفع بالنظام العام في حالة تعارضه مع الأسس والمفاهيم الأساسية المستقر عليها في دولة القاضي[55].

2- توسيع نطاق تطبيق القانون الجزائري.

إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ينسجم ويتوافق مع النزعة الوطنية للأحكام العامة في القانون الدولي الخاص. كما أن تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى يعزز مكانة القانون الجزائري في تنازع القوانين وهو ما يجسد أكثر مبدأ السيادة الإقليمية[56].

3- سهولة تنفيذ الحكم الوطني في الدولة الأجنبية التي أحال قانونها الاختصاص للقانون الوطني.

يقصد بتنفيذ الأحكام الأجنبية إجراء أو نظام قانوني يجيز من خلاله دولة معينة بتنفيذ ضمن ترابها الوطني أحكام صادرة عن جهات قضائية أجنبية.

أما عن العلاقة بين النظامين فتكمن في أن الأخذ بالإحالة فيه نوع من التسهيل في تنفيذ الأحكام الأجنبية والتناسق بينها وبين الأحكام الوطنية، إذ تعمل الإحالة على توحيد الحلول الموضوعية وبالتالي لو أخذ القاضي بالإحالة فإن حكمه سيتمتع بحجية الشيء المقضي به أمام جميع محاكم الدول التي تتبنى نظام الإحالة، كما أنه يسهل تنفيذ هذا الحكم في البلد الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيق قانونه[57]، فإعمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي يؤدي إلى الفصل في النزاع وفقا لنفس الطريقة التي يفصل بها القاضي الأجنبي لو أن النزاع رفع أمامه، وبالتالي ضمان نفاذ الحكم الذي يصدره القاضي الوطني في الدولة التي تمت الإحالة منها والدولة التي تمت الإحالة إليها وهو ما يحقق التعايش الدولي الذي تصبو إليه أحكام القانون الدولي الخاص.

وعليه إن إعمال القاضي للإحالة من الدرجة الأولى يسهل على المستفيد من الحكم تنفيذه في الدولة الأجنبية التي أحالت قواعد الإسناد الخاصة بها الاختصاص لقانون القاضي[58].

---

[55] – ايت منصور كمال، الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2017، ص.19.

[56] – ايت منصور كمال، المرجع السابق، ص.20.

[57] – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.50.

[58] – ايت منصور كمال، المرجع السابق، ص. 2.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثالث: الاستثناءات الواردة على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى في التشريع الجزائري.

بعد تحليل نص المادة 23مكرر 1 من القانون المدني واستنباط موقف المشرع من الإحالة ينبغي تبيان نطاقها رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد نطاق الإحالة غير أنه وبالرجوع لقواعد الإسناد الوطنية يلاحظ أن هناك حالات يستبعد على إثرها تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى وتتمثل هذه الحالات فيما يلي :

- الحالة الأولى: استبعاد الأخذ بالإحالة إعمالا لقانون إرادة المتعاقدين.

فإذا اختار المتعاقدون تطبيق قانونا أجنبيا معين لحكم المنازعات الناشئة عن العقد الدولي المبرم بينهم، ففي هذه الحالة يتعين على القاضي مباشرة تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون المختار على النزاع المطروح أمامه، دون أن يرجع لقواعد الإسناد في هذا القانون –المختار–[59]. فلو اختار المتعاقدين القانون التركي مثلا فإنه يعتبر إعراض وتجاهل لضابط الإرادة لو تم إعمال قواعد الإسناد في هذا القانون وتم قبول الإحالة إلى قانون أخ، أما في الحالة التي يختار فيها المتعاقد قواعد القانون الدولي الخاص للقانون الأجنبي– بمعنى قواعد التنازع للقانون الأجنبي المختار–، فإن قبول الإحالة والأخذ بها هو احترام لإرادة المتعاقدين[60].

وقد منح المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة دورا هاما لإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث نصت المادة 18 من القانون المدني في مجال الالتزامات التعاقدية على:*يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...*

- الحالة الثانية: استبعاد الأخذ بالإحالة بخصوص شكل التصرفات القانونية.

ويقوم هذا الاستثناء على أساس فكرة مفادها أن استشارة قواعد الإسناد التي يتضمنها قانون الدولة التي أبرم في ترابها الوطني التصرف القانوني، وقبول الإحالة من قانون البلد الذي أبرم فيه التصرف إلى قانون آخر يشكل مساسا بقاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الإبرام، وهو الأمر الذي قد يتسبب في الإضرار بمصلحة المتعاقدين الذين قد يجهلون قانون الدولة التي أبرم فيها العقد[61].

---

[59] – هشام علي صادق، حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص الكتاب الثاني –تنازع القوانين–، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 1999، ص.116.

[60] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.120.

[61] – هشام صادق، حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص.117.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وقد أخضع المشرع الجزائري شكل التصرفات القانونية لقانون المكان الذي تمت فيه وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 19 من القانون المدني، ومن تم تستثنى هذه الحالة من الأخذ بالإحالة، وقد أراد المشرع ضمان صحة شكل هذا التصرف إذا كان قد أحترم قانون بلد الإبرام، فإذا كانت قواعد إسناد قانون البلد الذي تم فيه التصرف يحيل الاختصاص لقانون آخر كما لو أحال لقانون موقع العقار، وكان هذا الأخير يبطل شكل هذا التصرف فآن الأخذ بالإحالة في هذه الحالة يتعارض مع قاعدة الإسناد التي تهدف إلى ضمان صحة التصرف – باعتبار أن قاعدة إخضاع شكل التصرفات القانونية لقانون بلد الإبرام فيه ضمان لصحة هذا التصرف–[62].

الحالة الثالثة: استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية

ذهب البعض إلى استبعاد الإحالة في مجال الأحوال الشخصية لأنها تؤدي إلى إخضاع الأجنبي الغير المسلم لأحكام الشريعة الإسلامية [63]، وبالتالي حتى لو أشارت قاعدة الإسناد الوطنية لاختصاص القانون الأجنبي وأرجع هذا الأخير الاختصاص لقانون القاضي – بمعنى إحالة من الدرجة الأولى– فينبغي على القاضي الوطني عدم قبول الرد إليه والفصل وفقا للقواعد المادية للقانون الأجنبي[64]– بمعنى إغفال قاعدة الإسناد الأجنبية ورفض الإحالة احتراما للمتقاضي الأجنبي وديانته، ويرى البعض أنه لا يمكن قبول الإحالة في الأحوال الشخصية إلا إذا كان قانون الأحوال الشخصية غير مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية[65].

كما سبق القول أن المشرع لم يحدد نطاق الإحالة من الدرجة الأولى كما لم يستبعد إعمالها في مسائل الأحوال الشخصية وهو ما يثير إشكال في حال ما إذا طرح نزاع من هذا النوع بين أجنبين على القاضي الجزائري وأشارت قاعدة الإسناد لتطبيق قانون الأجنبي الذي يرد بدوره الاختصاص لقانون القاضي الجزائري الذي يستمد الأحكام القانونية التي تطبق على هذه النزاعات من الشريعة الإسلامية، غير أنه لا يطرح أية إشكال بخصوص المنازعات المتعلقة بالزواج وفك الرابطة الزوجية إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج[66].

---

[62] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.121.

[63] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.109.

[64] – كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، السنة الجامعية 2015–2016، ص.377.

[65] – إسعاد موحند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية و العلمية، الجزائر، 1989، ص.208.

[66] – أنظر المادة 13 من القانون المدني الجزائري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الحالة الرابعة: استبعاد الإحالة في المنازعات المتعلقة بالعقار.

تتفق نوعا ما غالبية قواعد الإسناد في مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري بتطبيق قانون موقع العقار في المنازعات المتعلقة بالعقارات، إذ تشير قواعد الإسناد الجزائرية أنه يسري على العقود المتعقلة بالعقار قانون موقعه[67]، وبالتالي لا مجال لتطبيق الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري في المنازعات المتعلقة بالعقار.

المطلب الثاني: الإحالة ونظام التفويض – الإحالة الداخلية –

ينبغي الإشارة أن نظام التفويض يرتبط بالحالة التي تشير قاعدة الإسناد الوطنية لتطبيق قانون تتعدد فيه الشرائع الداخلية. قد يكون تعددا شخصيا أو إقليميا [68]، ويختلف التفويض عن الإحالة وهو ما سنطرق لتوضيحه من خلال هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف التفويض– الإحالة الداخلية.

أطلق عليه البعض الإحالة الداخلية[69]، وهذه الإحالة تحصل بمناسبة إسناد قواعد إسناد قاضي النزاع الاختصاص إلى قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا أو إقليميا[70].

وتتعدد الشرائع تعدد شخصيا–طائفيا– في قوانين الدول متعددة الطوائف أي الدول ذات الانقسام الطائفي سواء انقسام في الديانة أو المذهب أو العرق، وتختص كل طائفة بتشريع خاص بها، مثل مصر، لبنان[71].

أما عن التعدد الإقليمي فيكون في الدول التي تتعدد بعدد أقاليم الدولة، إذ يختص كل إقليم من أقاليمها بتشريع خاص به، مثل الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا[72].

---

[67] – أنظر المادة 18الفقرة 4 من لقانون المدني الجزائري.

[68] – أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.158.

[69] – حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص.218.

[70]–عبد الرسول عبد الرضا جابر شوكت، محاضرة في التفويض ونطاق تطبيق قواعد الإسناد، شبكة جامعة بابل، http://law.uobabylon.edu.iq، تاريخ زيارة الموقع: 2019/07/13، الساعة:19:51.

[71] – محمد عماد رياض، هشام بن الشيخ، المرجع السابق، ص.73.

[72]–محمد عماد الدين عياض–هشام بن شيخ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات، ص.77. https://manifest.univ-ouargla.dz، تاريخ زيارة الموقع: 2019/06/25، الساعة: 11:30.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الثاني: تمييز الإحالة عن التفويض-الإحالة الداخلية-.

يختلف نظام الإحالة عن التفويض، ففي الإحالة تشير قواعد الإسناد لتطبيق القانون الأجنبي بمعنى يثبت اختصاصه ثم يتخلى هذا الأخير من خلال قواعد التنازع الخاصة به عن اختصاصه لفائدة قانون دولة أخرى قد يكون لمصلحة قانون القاضي أو لصالح قانون أجنبي آخر.

أما في حالة التفويض فإن القانون الذي أشارت لتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية لا يتخلى عن الاختصاص المقرر لصالحه بفض النزاع لقانون دولة أخرى، إنما يتحقق التفويض في حالة ما إذا تبث الاختصاص لقانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا داخليا، فيركز هذا القانون اختصاصه في شريعة معينة من الشرائع الداخلية المتعددة التي يتضمنها، وتتم هذه الإحالة الداخلية عن طريق قواعد الإسناد الداخلية في هذا القانون[73].

الفرع الثالث: التفويض في القانون الجزائري.

قد تبنى المشرع الجزائري نظام التفويض بمقتضى نص المادة 23 من القانون المدني التي نصت على ما يلي :*متى ظهر في الأحكام الواردة في المواد المتعلقة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه.*

فيتعين على القاضي الرجوع لقانون الدولة الذي أشارت لتطبيقه قاعدة الإسناد الأجنبية والتي تتعدد فيها الشرائع، من أجل تحديد الشريعة الواجبة التطبيق، ومثال ذلك أن يختص القانون الأمريكي في تحديد قانون الولاية الذي يجب تطبيقه[74].

ويثور الجدل حول حكم الحالة التي لا يحدد فيها القانون الداخلي للدولة المتعددة الشرائع التشريع الواجب التطبيق إذا ما أحيل إليه ؟.

غير أن المشرع الجزائري قد أغنانا عن الخوض في هذا الجدل الفقهي ونص صراحة في الفقرة الثانية من نص المادة 23 من القانون المدني أنه إذ لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.*

[73] – حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص.219.

[74] – عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص.127.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وحسنا ما فعل المشرع الجزائري حينما افترض خلو القانون المتعدد الشرائع المسند إليه من أحكام تشير إلى التشريع الداخلي الواجب تطبيقه. بل لم يكتف عند هذا الحد وافترض حتى حالة تعذر إثبات القانون الواجب التطبيق ووضع حلا لهذه المسألة فجاء في نص المادة 23 مكرر[75] من القانون المدني بما يلي:*يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه *.

وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الإماراتي الذي نص في قانون المرافعات الإماراتي في المادة 25 على : إذا ظهر من الإحكام الواردة في المواد السابقة أن القانون الواجب تطبيقه هو قانون معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلي في تلك الدولة هو الذي يحدد أي شريعة منها يجب تطبيقها، فإذا لم يكن به نص طبقت الشريعة الغالبة أو قانون الموطن حسب الأحوال.*

وبخلاف المشرع المصري الذي اقتصر على القول بأن القانون الداخلي للدولة المتعددة الشرائع التي ثبت اختصاصها في حكم النزاع هو الذي يقرر أي شريعة يجب تطبيقها، الأمر الذي يضع القاضي المصري أمام فراغ قانوني في الحالة التي لا يوجد في القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع نص أو نظام يعين الشريعة الواجبة تطبيقها وهو ما ورد في نص المادة 26 من القانون المدني المصري [76].

الخاتمة:

توصلت الدراسة المختصرة لمجموعة من النتائج والتوصيات أهمها:

– تتجسد الإحالة إذا رفض القانون الأجنبي اختصاصه الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، ورده بواسطة قاعدة إسناد هذا القانون الأجنبي إلى قانون دولة أخرى، قد يحيل الاختصاص لقانون القاضي الوطني وقد يحيله لقانون أجنبي آخر.

– الإحالة ليست بحل نهائي للخلافات إنما هي عبارة عن حيلة تكرها القضاء وصقلها الفقه.

---

[75] – أنظر المادة23مكرر من القانون رقم05–10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل و المتمم للقانون المدني.

[76]– تنص المادة 26 من القانون المدني المصري على ما يلي :*متى ظهر في الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي شريعة من هذه يجب تطبيقها *، ويلاحظ أن المشرع الجزائري كان يعتمد نفس الصياغة و نفس الفكرة من خلال نص المادة 23 من القانون المدني قبل التعديل بموجب القانون 05–10 المؤرخ في 20يونيو 2005 إلا أنه بعد هذا التعديل تدارك المشرع النقص الذي كان يشوب نص المادة فأضاف فقرة ثانية في نص المادة 23 من القانون المدني الجزائري عالج من خلالها الحالة التي لا يحدد القانون الأجنبي المتعدد الشرائع الشريعة الواجبة التطبيق، ثم أضاف المادة 23 مكرر التي اقر من خلالها باختصاص القانون الأجنبي في الحالة التي يتعذر فيها إثبات القانون الأجنبي أو الشريعة الواجبة التطبيق.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

– لم تحظ نظرية الإحالة باتفاق وإجماع الفقه، إنما انقسم هذا الأخير إلى فقه مؤيد وآخر معارض، واسند كل منه على حجج وأسانيد لتبرير موقفه.

– أخذ المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 23 مكرر1 من القانون المدني برفض الإحالة وتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي تبث اختصاصه عن طريق قاعدة الإسناد الوطنية، ثم من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة أخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

– لم يتطرق الاجتهاد القضائي الجزائري لحد الساعة لموضوع الإحالة ورغم الجدل والنقاش القائم بشأن تفسير النص القانوني الذي ينظمها إلا أن القضاء لم يفصل فيه لحد الساعة.

– لا يتم إعمال الإحالة بصفة مطلقة إنما يستبعد تطبيقها في حالات معينة كاستبعادها إعمالا لقانون إرادة المتعاقدين، وكذا بخصوص شكل التصرفات القانونية. وفي مجال الأحوال الشخصية، وكذا بشأن المنازعات المتعلقة بالعقار.

– يشكل قبول الإحالة من الدرجة الأولى تطور هام في القانون الدولي الخاص الجزائري خاصة وأن نظام الإحالة من الدرجة الأولى يعتبر في صالح القانون الوطني.

التوصيات:

– يتعين على المشرع الجزائري مراجعة نص المادة 23مكرر1 من القانون المدني نظرا للتناقض الذي تحتويه وحذف الفقرة الأولى والإبقاء على الفقرة الثانية التي تقر بالأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

– كما يتعين تحديد نطاق الإحالة واستبعاد تطبيقها خاصة في مجال الأحوال الشخصية لأن غالبية التشريعات تستمد قانون الأحوال الشخصية من أحكام عقيدتها وديانتها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com