موقف التشريعات المقارنة من الإحالة

بولعراس مختار (باحث في القانون)

مقدمة

لقد تطورت الاراء الفقهية و الأحكام القضائية في مجال تنازع القوانين وفي تفسيره للمقصود بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق بمحطتين سابقة على ظهور الاحالة و لاحقة عليها .

ففي مجال تحديد القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الاسناد كان قاضي النزاع يتجه فور أو مباشرة الى القواعد المادية الموضوعية في هذا القانون, فيتعرف عليها و يحدد مضمونها و تفسيرها ليطبقها على النزاع تماما .

لكن و مع الفصل في قضية فورجو عام 1878 أصبح الفقه و القضاء امام مفهوم جديد للقانون الأجنبي, برر طرح سؤال جديد عند تحديد هذا القانون, وفتح الباب أمام ظهور نظرية جديدة هي نظرية الإحالة, فإذا وجد تطبيقا لقواعد القانون الدولي الخاص الواردة في تشريع بلد معين اشارة الى اختصاص قانون بلد ثاني (قانون أجنبي) فيكون البحث عما اذا كان يجب تطبيق أحكام القانون الداخلي لهذا البلد الثاني أم تطبيق الأحكام التي يقررها بشان تنازع القوانين .

فإذا طبقت أحكام القانون الداخلي فلا امكانية لوجود ألإحالة, أما اذا طبقت الأحكام بتنازع القوانين فان في ذلك احتمال لقيام الإحالة لأن هذه الأحكام قد تحيل بدورها قانون أخر .

وعليه يمكن تعريف الإحالة بأنها " **رفض الاختصاص من قبل القانون الاجنبي الذي عينته قاعدة اسناد القاضي و رده او تحويله بواسطة قاعدة اسناد هذا القانون الاجنبي الى قانون دولة أخرى** "[73]

وقد اختلفت مختلف التشريعات المقارنة بين أخذ للإحالة وبين رافضلها, كما أن التشريعات المساندة للإحالة اختلفت بين المتبني للإحالة البسيطة (الاحالة من الدرجة الاولى) وبين الاحالة المركبة (من الدرجة الثانية) .

وعليه سنقتصر بالدراسة على موقف التشريعات المقارنة من الاحالة .

1_ سعبد يوسف البستاني – الجامع في القانون الدولي الخاص – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان – الطبعة الاولى 2009 – ص 638 .

وتطرح الاشكالية عن ما مدى تطبيق الإحالة في التشريعات المقارنة و المشرع الجزائري خصوصا ؟

للإجابة عن هاته الإشكالية تم اتباع المنهج التحليلي الوصفي في الدراسة.

- ✓ **أولا : التشريعات الرافضة للإحالة**

انعكس التباين في الفقه و القضاء من الإحالة من ظهور هذه النظرية على التشريعات المقارنة .

فالتشريعات العربية في معظمها رفضت الإحالة, وهذا ما فعله المشرع المصري (المادة 31 مدني), و السوري(المادة 29 مدني) و الليبي (المادة 27 مدني) و الأردني (المادة 22 مدني) و السوداني (المادة 1/16 مدني) و الكويتي (المادة 72 مدني) [74].

فقد نصت المادة 27 من القانون المدني المصري " **اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلة دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص** " [75]

وهذا الاتجاه الرافض للإحالة اتخذته مجموعة قوانين أجنبية و كرسته بعض الاتفاقيات الدولية و من ابرزها القانون الإيطالي القديم لعام 1942 و القانون الهولندي و اليوناني و الدول الاسكندنافية و من أحدثها القانون السويسري في الماة 74 من قانون 1987 و قانون مقاطعة كبيك في المادة 18 لعام 1991 وكذلك المادة 3517 من قانون 1991 في ولاية لويزيانا الأمريكية, وهذا الموقف عكسته بعض الاتفاقيات الدولية الحديثة .

1_ موقف القانون المصري من الإحالة :

حرص المشرع المصري على رفض الإحالة في صياغة عامة لا تخص مواد الأحوال الشخصية وحدها, وهو ما تضمنته المادة 27 من القانون المدني المصري .

اذ ان الأخذ بالإحالة يؤدي الى تطبيق القانون المصري على الأجانب المستوطنين في مصر فيما لو كان قانون جنسيتهم يأخذ بضابط المواطن في شأن الأحوال الشخصية .

---

[74] _ سعبد يوسف البستاني _ مرجع سابق _ ص 659 ,

[75] 2_ حفيظة السيد الحداد _ الموجز في القانون الدولي الخاص _ الكتاب الاول المبادئ العامة في تناوع القوانين _ منشورات الحلبي الحقوقية _ بيروت لبنان 2009 _ ص 197 ,

ومؤدى ذلك أن تنطبق الشريعة الاسلامية على هؤلاء بوصفها الشريعة الغالبة في مصر, ولا شك أن أحكام الشريعة الاسلامية تتعارض تعارضا صارخا مع القوانين الأجنبية في شان مسائل الأحوال الشخصية .

وتم الاستناد الى رفض الإحالة على أساس التعارض مع وظيفة قاعدة التنازع و مساسه بالاعتبارات الخاصة التي بني عليها المشرع اختياره لقاعدة الاسناد .

2_ موقف المشرع العراقي من الإحالة :

يرفض القانون المدني العراقي صراحة الأخذ بنظرية الإحالة وذلك ما نصت عليه المادة 1/31 التي **تنص** " **اذا تقرر أن قانون اجنبيا هو الواجب التطبيق فانها يطبق منه احكامه الموضوعية, دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص**", و هذا الحكم هو حكم عام يشمل جميع القضايا و الأمور المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية, وهنا لابد من الإشارة الى الفرق بين الإحالة و التفويض[76], كما أن القانون المدني العراقي قد الغى في الفقرة الثالثة من المادة 1381 منه, و المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم 87 لسنة 1931 التي كانت تأخذ بنظرية الإحالة.[77]

3_ موقف المشرع الايطالي من الاحالة :

ير فض القانون الايطالي الأخذ بنظرية الإحالة, و رفضهم هذا يستند الى حصة عملية, تتمثل بأن القانون الايطالي عندما يشير بتطبيق قانون ما فإنه يقصد بذلك الأحكام الموضوعية في ذلك القانون دون أحكام القانون .4

_ الحجج العامة للتشريعات الرافضة للإحالة :

بهدف المشرع من وضع قواعد الإسناد الوطنية حل مشكلة تنازع القوانين, ولذلك لما يرجع القاضي الى قواعد الإسناد في قانونه و ينتهي الى تحديد القانون الأجنبي المختص, فانه يكون بذلك قد حل مشكلة تنازع القوانين لكن لو أنه يرجع كذاك الى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي عينته له قواعد الإسناد في قانونه, فان ذلك يعني حلا لمشكلة التنازع مرتين, وهو أمر غير مقبول, فضلا عنان ذلك يؤدي الى حلين متنافضين .

1_ محمد خيري كصير _ حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تناوع القوانين (دراسة مقارنة)_ منشورات الحلبي الحقوقية _بيروت لبنان _ الطبعة الاولى 2012 ص 189,190 . [76]
2_ محمد خيري كصير _ مرجع سابق _ ص661 . [77]

✓ **ثانيا : التشريعات المؤيدة للإحالة**

لقد سبق القول أن فكرة الإحالة ظهرت معالمها في قضية فوركو, وتتخلص في أن فوركو ولد غير شرعي من الجنسية البلغارية (المانيا) أقام في فرنسا من الخامسة من عمره حتى وفاته في سن الثامنة و الستين تاركا ثروة منقولة, طالب بها حواشي المتوفي الطبيعيون وفقا لما يرتبه القانون البلغاري, كما طالبت الحكومة الفرنسية أيضا باعتبارها مالكة للأموال التي لا وارث لها حسب القانون الفرنسي, ظهر أنها تخضع الميراث في المنقولات لقانون الموطن القانوني للمتوفي وهو في هذه الحالة القانون البلغاري, نظرا لأن فوركو رغم طول اقامته في فرنسا فانه لا يكتسب فيها موطنا قانونيا وفقا للقانون الفرنسي الذي كان يتطلب انذاك رسميا بالتواطن, ونظرا لمعدم حصوله على اذن وجب على القاضي الرجوع الى القانون البلغاري في قانون المتوفي .

ولما كانت قواعد الإسناد البلغارية تخضع أيلولة التركة لقانون محل اقامة المتوفي المعتاد وهو هنا القانون الفرنسي الذي لا يعترف للحواشي الطبيعيين بالإرث إلا اذا كانوا من اخوان و اخوات المتوفي .

وعليه حكمت محكمة النقض الفرنسية بأيلولة التركة للحكومة الفرنسية, وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد أخذ بما احال به القانون البلغاري, واستبعد القانون الذي امرت به قواعد اسناده و اعطى الاختصاص لقانون السكن الفعلي حسبما جاء بقواعد اسناد القانون الأجنبي, وقداخذت فرنسا بالإحالة .

وسار على هذا المنهج بعض التشريعات التي اتخذت مواقف صريحة مؤيدة للإحالة, وهي وان اعملتها لم تعتمدها على اطلاقها بل اقننتها و أوضعت حالاتها و اشكالها .

وقد نص عليها صراحة القانون الألماني لسنة 1986 الذي أشار في مادته الرابعة, اذا تم تعيين قانون, دولة أجنبية فانه يجب أن تطبق أيضا قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذه الدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية, ويجب ان تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني ذا احالت قواعد الإسناد الأجنبية الى القانون الألماني .

ويعد القانون الدولي الخاص الشيكي الصادر 1963 من أول وأبرز التشريعات التي تأثرت بشكل مباشر بالنظرية القائلة باحترام الغاية من قاعدة الإسناد عند قبول الإحالة أو رفضها .

هذه النصوص المتأثرة بالنظريات الحديثة كشفت عن قبولها للإحالة في درجتها الأولى و الثانية وهو ما بدا أكثر وضوحا في النص التشيكي و هو نفس الموقف الذي نص عليه القانون النمساوي في المادة 54 من قانون 15 يونيو 1978, و القانون البولندي في المادة الرابعة من قانون 12 نوفمبر 1965, وايضا نص المواد من 17 الى 19 .

من القانون المدني البرتغالي لسنة 1966 و المادة 06 من القانون اليوغسلافي لسنة 1982, والمادة 02 من قانون 20مايو 1982 في تركيا .

واستكمالا لصورة المواقف فقد أخذت بعض التشريعات فقط بالإحالة من الدرجة الأولى, ومن ابرزها القانون الاسباني في المادة 11 من قانون 31 مايو 1974 و القانون الياباني 32 من قانون 1989 و المادة 04 من القانون المجري لعام 1979 .[78]

أما في القوانين العربية فقد انحاز المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة الى الإحالة من الدرجة الأولى وحدها, أي تلك التي تتم الى قانون دولة القاضي, و في ذلك تنص المادة 26 من قانون المعاملات المدنية على أنه "**اذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص .**

علىّ أنه يطبق قانون دولة الإمارات المتحدة, إذا أحالت على قواعد نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق "

و تبين من هذا النص أن المبدأ في القانون الإماراتي هو رفض الإحالة و الاستناد هو قبولها متى من الدرجة الأولى .

- ✓ **موقف المشرع الجزائري من الاحالة :**

لا يوجد في القانون الجزائري أي نص يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين, غير أنه يوجد نص في التقنين المدني يقبل الإحالة في مجال التنازع الداخلي وهو نص المادة 23, فقد جاء فيه متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معنية تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر النظام التشريعي الذي يجب تطبيقه.[79]

[78]_ سعيد يوسف البستاني _ مرجع سابق _ ص 661 .
[79]_ اعراب بلقاسم _ القانون الدولي الخاص الجزائري _ تناوع القوانين _ دار هومة الجزائر _ 2002 _ ص 109 .

خاتمة:

على ضوء ما سبق أن قبول الإحالة أو رفضها مسألة لا يتعين الفصل فيها من خلال موقف محدد سلفا ايجابا او سلبا .

وقد تبين أن التشريعات المقارنة تباينت بين رافض للإحالة و مساند لها .

أما المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على الأخذ بالإحالة أو رفضها تاركا ذلك للاجتهاد .