مفهوم الإحالة في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة

The Concept of Renvoi in Private International Law Comparative Study

الدكتور / باسم عواد محمود العموش

كلية العلوم الإدارية – قسم الأنظمة – جامعة نجران

نجران – المملكة العربية السعودية

ملخص البحث:

نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص تعتبر من المسـائل التي أثارت جدلاً قانونياً كبير بين فقهاء القانون الدولي الخاص، والتي لم تتبلور كنظرية قانونية إلا في عهد قريب في القضـاء الفرنسـي، وتناول فقهاء القانون مفهوم الإحالة بالتحليل الكثير من حيث تطبيق أو رفض الأخذ بـالإحـالـة ، وان القيمـة العمليـة للبحـث تبين أن تطبيق نظرية الإحالة يؤدي إلى الاختلاف في الأحكام القضـائية النهائية بحسـب ما إذا كان قانون دولة القاضـي المنظور أمامه النزاع يأخذ بالإحالة أو يرفضـها ،بالإضـافة إلى ظهور اتجاهات حديثة تتبنى تطبيق نظرية الإحالة، واسـتعرض الباحث موقف فقهاء القانون الدولي الخاص من مفهوم الإحالة ، وحجج الفقه القانوني من حيث تطبيقها أو رفضـها، حيث أن نظرية الإحالة تم رفضـها من معظم القوانين العربية باستثناء القانون المدني الجزائري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي اللذان تبنى موقف الأخذ بنظرية الإحالة ، ثم ناقش الباحث الحل الوظيفي لقاعدة الإسناد وهو اتجاه حديث ينادي بربط الإحالة بغاية قاعدة الإسناد والوظيفة التي تؤديها لتحقيق العدالة باختيار القانون واجب التطبيق لحل النزاع ،وفي الخاتمة تم استعراض النتائج والتوصيات .

الكلمة المفتاحية: الإحالة، الدولي الخاص، تطبيق القانون الأجنبي، الإحالة المطلقة، الرجوع.

Abstract:

Renvoi doctrine in private international law is one of the issues that raised a great legal controversy between the jurists of private international law, which did not crystallize as a legal theory until recently in the French judiciary, The jurists have dealt with the concept of Renvoi analysis in terms of the application or refusal to adopt the doctrine of Renvoi, Which leads to a difference in the final judicial decisions depending on whether the law of the state under consideration of the dispute leads to or rejects the doctrine of Renvoi, The researcher reviewed the position of jurists of private international law on the concept of Renvoi, and the arguments of jurisprudence in terms of their application or rejection, as the doctrine of Renvoi was rejected by most Arab laws except the Algerian civil law and UAE law, which adopted a flexible position on the doctrine of Renvoi Then, the researcher discussed the functional solution of the choice of rule of law by linking the Renvoi to the purpose of the reference base and the function it performs to achieve justice by choosing the applicable law, and the conclusion was to review the findings and recommendations.

Keywords: Renvoi, private international, foreign law enforcement, Transmission, Remission.

المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين المنان بديع السماوات والأرض والصلاة والسلام على نبينا محمد سيد الأولين والأخرين، خاتم الأنبياء المرسلين أما بعد:

نظرية الإحالة ظهرت فعلياً في أروقة المحاكم وتطبيقاً عملياً قبل أن ترفضـــها أو تأخذ بها نصـــوص القوانين أو يناقشـــها الفقه القانوني، بعد ذلك ظهر خلاف فقهاء القانون الدولي الخاص بشـــأن الأخذ بنظرية الإحالة أو رفضـــها، بل وامتد الخلاف ليشـــمل أنواع الإحالة ونطاقها، مما أدى بالتالي إلى إثراء مواضـــيع القانون الدولي الخاص [١]، وبالرغم من الجدل الفقهي والقانوني حول نظرية الإحالة ، إلا أن القوانين العربية لم تصل إلى رأي موحد للأخذ بنظرية الإحالة وبقيت رافضة لها، لكن وبوجود آراء فقهية قانونية منادية بتطبيق نظرية الإحالة في التشـــريعات العربية في الآونة الأخيرة ، وتم تجســـيد ذلك فعلياً بالنص على موضـــوع الإحالة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الجزائري ، والتي تبنت اتخاذ موقف تشـــريعي مرن للتعامل مع نظرية الإحالة، وبناءً على تغيير النظرة القانونية التقليدية الرافضـــة للأخذ بنظرية الإحالة اخترنا موضوع نظرية الإحالة للبحث من جديد.

حتى نســـتعرض نظرية الإحالة نحتاج مســـبقاً إلى توضـــيح أن لكل دولة أحكام ونصـــوص قانونية موضـــوعية داخلية تطبق على من يحمل جنســـيتها في علاقاتهم القانونية الوطنية لفض المنازعات بينهم، بالإضـــافة إلى أحكام ونصـــوص قانونية أخرى خاصـــة بتنازع القوانين وداخلة في القانون الدولي الخاص، وهذه النصـــوص القانونية تطبق على العلاقات القانونية الخاصـــة موضـــوع الدعوى التي تشـــتمل على عنصر أجنبي حيث تتعدى العلاقة القانونية لإقليم الدولة الواحدة وتكون مرتبطة

(١)عبد المالك الدح، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري: مشكلة أم حل، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور العدد ٢٥، ٢٠١٥ م صفحة ١٤٢.

بأكثر من نظام قانوني من حيث أطرافها أو موضـــوعها أو مكان قيام هذه العلاقة القانونية [١].

إشكالية البحث

تتجسد إشكالية البحث في أن تطبيق نظرية الإحالة أو عدم الأخذ بها يؤدي إلى الاختلاف في الأحكام القضـــائية النهائية بحســـب ما إذا كان قانون دولة القاضـــي المنظور أمامه النزاع يأخذ بتطبيق نظرية الإحالة أو يرفضـــها ، وبالتالي لا يتم الوصـــول إلى الحكم القضـــائي الذي يتوقعه أطراف النزاع مما يؤدي إلى الإجحاف بحقوق الأفراد ، وعدم استقرار المعاملات القانونية وتطبيق نظم قانونية عليهم مختلفة تماماً عما منصـــوص عليه في قوانين بلادهم، مثال على ذلك الأحوال الشـــخصـــية المســـتمدة من الشـــريعة الإســـلامية في معظم الدول العربية ، فعند تطبيق نظرية الإحالة قد يؤدي إلى احتمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين، مثلاً في الميراث وتعدد الزوجات والتبني والطلاق بالإرادة المنفردة والوصـــية ، مما يؤدي إلى عدم التعاون بين النظم القانونية على الصـــعيد القانون الدولي الخاص، وبناءً عليه ما مدى الحاجة فعلياً لتعديل النصوص والأحكام القانونية الخاصة بمسألة الإحالة في القوانين العربية؟ أو هل يجب على القوانين النص على رفض تطبيق نظرية الإحالة كلياً؟

هدف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص، وإلقاء الضوء على موقف كل من المشرع المصري والمشرع الإنجليزي والمشرع الإماراتي والمشرع الجزائري من نظرية الإحالة، وبعد ذلك بيان بعض المقترحات الفقهية لفض

(٢) احمد عبد الحميد عشـــوش ، القانون الدولي الخاص، (القاهرة: دار النهضـــة العربية ،٢٠٠٢م)، ص، ٢٧٦، حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة أهل البيت، ٢٠١٧ م، عدد ٢٠، جامعة أهل البيت ص، ٣٢٣.

المنازعات القانونية التي تعطي نفس الأحكام القضـــائية المترتبة على نظرية الإحالة في حالة أن القانون رفض الأخذ بها، وأخيراً الخروج بنتائج مناسبة واقتراح التوصيات الملائمة.

منهجية البحث:

للإجابة على إشــكالية البحث ســنعتمد على المنهج الوصــفي وذلك عند اسـتعراض النصـوص القانونية حول نظرية الحالة، والتحليلي حيث سـنقوم ببيان نظرية الإحالة ومفهومها وأنواعها، واستعراض حجج مؤدي نظرية الإحالة وحجج المعارضـين لنظرية الإحالة، وبتحليل كافة النصـوص القانونية المتعلقة بمسـألة الإحالة ومناقشـــتها في ضـــوء الآراء في الفقه القانوني، مع عدم إهمال المنهج المقارن في فقه القانون الدولي الخاص، من أجل التعرف على مفهوم وأحكام الإحالة، وتحديد مواقع القصور أن وجدت.

هيكلية البحث:

ومن هذا المنطلق وتحقيقاً لأهداف البحث فان الموضـوع يبدأ بمقدمة، ثم ســوف نقوم بتقســيم البحث إلى ثلاثة مطالب وخاتمة، ســوف نتكلم في المطلب الأول عن مفهوم نظرية الإحالة وذلك من خلال تعريف الإحالة وبيان أنواع الإحالة، والمطلب الثاني موقف الفقه القانوني من الإحالة حيث يتناول دراســـة تحليلية لحجج أنصـــار فكرة الإحالة، ثم نبين حجج الاتجاه الرافض لفكرة الإحالة، وبيان بعض الاتجاهات المؤدية إلى ذات النتيجة المترتبة على الأخذ بنظرية الإحالة، وفي المطلب الثالث سوف نناقش رأي المشرع المصري والمشرع الأردني والفقه الإنجليزي من نظرية الإحالة، وأخيراً النتائج والتوصيات وعليه سنقوم بتقسيم هذا البحث وفق الآتي:

المطلب الأول: مفهوم نظرية الإحالة.

المطلب الثاني: موقف الفقه القانوني من الإحالة.

المطلب الثالث: موقف التشـريع المصـري والتشـريع الأردني والفقه الإنجليزي من نظرية الإحالة.

المطلب الأول مفهوم نظرية الإحالة:

حتى نتوصل إلى مفهوم واضح عن نظرية الإحالة لعله من البديهي أن نستهل هذا المطلب باستعراض مفهوم الإحالة من حيث بيان التعريف بهذه النظرية في الفقه القانوني في الفرع الأول، وستكون دراستنا في الفرع الثاني عن أنواع الإحالة.

الفرع الأول: تعريف الإحالة: ابتداءً يمكن تعريف الإحالة بأنها هي تلك الفكرة التي تقضـــي بتطبيق قواعد الإســـناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضـى قواعد الإسـناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبياً [١].

كذلك يمكن تعريف الإحالة بأنها تلك النظرية التي تقضي بتطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة بمقتضـــى قواعد التنازع الوطنية [٢].

وبالنظر لما ورد سابقاً من تعريفات نلاحظ أنه إذا ما اتفقت قواعد الإسناد في قانون القاضـي مع قواعد الإسـناد في القانون الأجنبي، لا يكون هناك مجال للتنازع فيما بينها، إنما تثور الصـعوبات فيما لو اختلفت قواعد الإسـناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي، وهو تنازع يفض إن كان إيجابياً بتطبيق قانون القاضي.

وأما إذا كان التنازع سـلبياً بين قواعد الإسـناد، ويحدث التنازع السـلبي عندما تتخلى كل قاعدة من قواعد التنازع عن الاختصـــاص الذي انعقد لها، فالقانون المعروض عليه النزاع يدفع بعدم الاختصـــاص ويكون ذلك عندما تختلف قاعدة الإســـناد في القانون

(٣) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦) ط ٩، صفحة ١٤٤.

(٤) احمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص، (القاهرة: دار النهضة العربية ،٢٠٠٢م)، صفحة، ٢٧٧.

الأجنبي عنها في قانون القاضـــي، حيث تخول قاعدة الإســـناد في قانون القاضـــي الاختصـــاص لقاعدة الإســـناد في القانون الأجنبي، وهنا تقوم قاعد الإســـناد في القانون الأجنبي برفض هذا الاختصاص وتحيل إلى قانون آخر ليحكم هذه المسألة [١].

فالإحالة كتعبير عن التنازع السلبي بين القوانين لا تقوم إلا إذا أخذنا بعين الاعتبار:

أ– المضـــمون الكلي للقانون الأجنبي أي قواعد الإســـناد فيه بالإضـــافة للقواعد الموضوعية.

ب– اختلاف قواعد الإسناد في دولة القاضي عنها في القانون الأجنبي [٢].

الواقع من الأمر أن البت في هذا الموضـــوع أمر جوهري ليس من الناحية النظرية فحســب، بل أيضــاً من الناحية العملية نظراً لما قد يترتب على ذلك من تغيير في الحل النهائي للنزاع [٣]، فالإحالة تنقل الاختصــاص التشــريعي في موضــوع النزاع من القانون الأجنبي الواجب تطبيقه بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية إلى قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي آخر، وذلك بمقتضى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الواجب تطبيقه؛ فالإحالة لا علاقة لها بالاختصاص القضائي ولا تعني نقل الاختصاص من المحاكم الوطنية إلى المحاكم الأجنبية [٤].

نظرية الإحالة أعطت مفهوم جديد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، وكيفية إعماله ومضمونه فلم يعد هذا القانون يقتصر فقط على القواعد الموضوعية بل امتد أيضاً إلى قواعد القانون الدولي الخاص [٥].

---

(١)عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، صفحة، ١٧٦.

(٦) ســعيد يوســف البســتاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص المضــمون الواســع المتعدد الموضوعات، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩ م) ط ١، صفحة ٦٣٨.

(٣)عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، صفحة ١٧٠.

(٨) فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص ٢، (دمشق: منشورات الجامعة الافتراضية السورية، ٢٠١٨م)، صفحة ٤٦، موقع الإلكتروني https://pedia.svuonline.org/pluginfile.php/١٣٥٦/mod_resource/content/٣٤//القانون%٢٠الدولي%٢٠الخاص٢.pdf

(٩) عارضي صالح مهدي كحيط، مفهوم الإحالة بين النسبية والإطلاق وأحكام الحل الوظيفي " دراسة مقارنة "، مجلة أهل البيت، ٢٠١٥ م، عدد ١٨، جامعة أهل البيت، صفحة ٢٤٤.

إن مفهوم نظرية الإحالة يتحدد بالنظر إلى كيفية تطبيق قواعد القانون الأجنبي في القانون الدولي الخاص؛ أي أن القاضي الوطني الذي ينظر قضية تشتمل على طرف أجنبي، وبعد قيامه بعملية التكييف القانوني وإسناد النزاع إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفق قواعد الإسناد في قانونه، فإن السؤال هل يكون معنى ذلك أن يطبق القاضي القواعد الداخلية لهذا القانون الأجنبي فقط أو يطبق أيضا قواعد الإسناد فيه؛ أي هل نطبق قواعد القانون الدولي الخاص لهذا القانون الأجنبي على هذه المسألة لحل النزاع المعروض أمامه [١]؟

لبيان ذلك نستعرض المثال التالي، إذا عرض على القضاء في الهند نزاع في قضية طلاق وإشارة قواعد الإسناد الهندية إلى تطبيق القانون الأردني، فهل يجب على القضاء الهندي أن يقتصر على تطبيق قواعد قانون الأحوال الشخصية الأردنية فقط، أو يجب عليه أن يرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص الأردني ويطبق ما جاء فيه على هذا النزاع؟

إذا قلنا بأنه يجب أن يقتصر على تطبيق أحكام القانون الأحوال الشخصية التي تطبق على الأردنيين كنا من أنصار رفض نظرية الإحالة، وإذا قلنا بأنه يجب أن يرجع إلى أحكام القانون الدولي الخاص الأردني كنا من أنصار مؤيدي الأخذ بنظرية الإحالة؛ أي أنه لا ينظر إلى القانون الأجنبي في قواعده الموضوعية فقط بل يتعداه إلى النظر في قواعد القانون الدولي الخاص.

لإيضاح نظرية الإحالة يجب الرجوع إلى القضية الشهيرة والتي كانت سبباً في إثارة فكرة الإحالة وتسمى قضية فورغو، فالإحالة فعلياً ظهرت قضائياً وتطبيقاً عملياً قبل إن ترفضها أو تأخذ بها نصوص القوانين أو يناقشها الفقه القانوني [٢].

(١) الدح عبد المالك، مرجع سابق، صفحة ١٤٢.

(٢) عكاشة محمد عبدالعال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد (دراسة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة) ، مجلة الشريعة والقانون ،١٩٩٥،العدد ٩،جامعة الأمارات العربية المتحدة ، صفحة ١٧٩.

وتتجسد وقائع هذه القضية في أن فورغو ولداً غير شرعي ولد في أوائل القرن التاسع عشر الميلادي بإقليم بافاريا في ألمانيا، ونزحت به والدته وهو طفل إلى فرنسا، وأقام هو وأمه إقامة فعلية على أراضيها، دون أن يكون لهما موطناً قانونياً في فرنسا، وكان القانون الفرنسي في ذلك الوقت، يتطلب الحصول على ترخيص إداري لغايات التوطن القانوني في فرنسا، وهذا الترخيص لم يحصل عليه فورغو ولا والدته.

وعندما كبر فورغو تزوج من فرنسية ثرية وتركت له ثروة منقولة طائلة، ومات فورغو وترك هذه الثروة الطائلة دون أن يترك ورثة مباشرين؛ أي دون أب أو أم أو إخوة أو أبناء فطالب أقارب أمه تلك التركة، في حين كان القانون الفرنسي لا يعطي الحق في ميراث الولد الطبيعي " أي الولد الغير الشرعي " إلا لأبويه وأولاده وإخوته فقط، فاعتبرت الدولة الفرنسية تلك الأموال كأموال شاغرة تركة بلا وارث، واستولت عليها مصلحة الأملاك الفرنسية.

لكن حواشي أمه استندوا إلى القانون البافاري، الذي يعطي الاختصاص إلى قانونه، وهذا الأخير يسوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد الغير الشرعي بالنسبة إلى الورثة فقضت المحكمة استئناف الفرنسية برفض طلبهم، مستندة إلى أن فورغو كان متوطنا بفرنسا وبالتالي يجب أن يطبق على ثروته المنقولة القانون الفرنسي ، وهو يقضي بحرمان غير الأبوين والإخوة للولد غير الشرعي من ميراثه، فرفع الورثة طعناً في هذا الحكم إلى محكمة النقض الفرنسية سنة ١٨٧٨، فنقضت الحكم على أساس أنه مخطئ في اعتبار فورغو متوطناً في فرنسا مع أنه لم يتحصل على ترخيص بالتوطن فيها ، وبالتالي إقامته كانت فعلية غير قانونية في فرنسا، ولذلك يطبق عليه القانون البافاري باعتبار أن موطنه القانوني بافاريا .

وأحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بوردو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تورث هؤلاء الحواشي، فطعنت مصلحة الأملاك الفرنسية في هذا الحكم على أساس أن القانون البافاري يطبق على

الميراث المنقول قانون الموطن، فقضت محكمة النقض الفرنسية بنقضه لأنه طبق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه، وهي تحيل ميراث المتوفي إلى قانون موطنه الفعلي وهو القانون الفرنسي.

وأحيلت القضية من جديد إلى محكمة استئناف تولوز فقضت بما رأته محكمة النقض، فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الموضوعية فرفضت محكمة النقض هذا الطعن، وهكذا قبلت محكمة النقض إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي دون أن تصرح بأنها إحالة، ثم توالت أحكام القضاء الفرنسي على هذا النحو آخذه بالإحالة.

ونلاحظ من تحليل هذه القضية أن قرار المحكمة أوضح أمرين هما:

أولاً: إن محكمة النقض رأت قبول الإحالة الوارد إليها من القانون الأجنبي الواجب التطبيق وأنه يتعين على القاضي الفرنسي أن يتقبل هذه الإحالة ويطبق القواعد الموضوعية في قانونه المحال إليه، وهي تعتبر إحالة من الدرجة الأولى.

ثانياً: إن الحل النهائي للنزاع لا شك مختلف بحسب ما إذا قانون الدولة يأخذ بالإحالة أو يرفضها، فلو أن محكمة النقض رفضت الإحالة، وأيدت محكمة الاستئناف الفرنسية ذلك لآلت التركة إلى حواشي فورغو، إلا أن المحكمة أخذت بالإحالة، وألغت حكم الاستئناف وطبقت القانون الفرنسي فلم يثبت للحواشي الحق في الإرث، وغدت التركة بلا وارث فآلت بعد ذلك إلى الدولة الفرنسية.

الفرع الثاني: أنواع الإحالة.

إن الاختصاص التشريعي الذي يقضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي قد يكون مقرراً لقانون القاضي أو لقانون أجنبي آخر، ومن هنا جاء تفريق الفقه ما بين نوعين من الإحالة وهما النوع الأول الإحالة إلى قانون القاضي " الرجوع " والنوع الثاني الإحالة إلى قانون أجنبي آخر " الإحالة المطلقة ".

النوع الأول: الإحالة إلى قانون القاضي " الرجوع " [١]:

وتسمى أيضاً الإحالة من الدرجة الأولى حيث تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى إعمال قانون الدولة الأجنبية ذاتها؛ أي قانون القاضي الذي ينظر النزاع، وعليه يجب على القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية لحل النزاع المعروض أمامه، وهنا تتخلى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص عن حكم العلاقة القانونية محل النزاع وإسنادها لقانون القاضي من جديد.

وبناءً على ذلك نكون بصدد إحالة من الدرجة الأولى في المواضع التي يؤدي فيها تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض اختصاص هذا الأخير، وإحالته أو رده إلى قانون القاضي بحيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية في قانونه.

مثال ذلك أن يبرم كندي له موطن في الأردن تصرفا قانونياً بها، وعلى فرض ثار النزاع بشأن أهليته للقيام بهذا التصرف، فلو رفع هذا النزاع أمام محكمة أردنية لعقدت الاختصاص بحكمة للقانون الكندي أعمالاً لقاعدة الإسناد الأردنية وفق نص المادة ١/١٢ من القانون المدني [٢] التي تخضع مسائل الأهلية لقانون الجنسية، ولكن قواعد الإسناد في القانون الكندي ترفض اختصاص هذا الأخير بسبب أن مسائل الأهلية حسب قواعد الإسناد الكندية يتعقد الاختصاص لقانون الموطن وهو هنا القانون الأردني.

---

(١) ويطلق على هذا النوع عن الإحالة في الفقه الإنجليزي Remission، وقد أطلق د. عبد الحميد أبو هيف على هذا النوع من الإحالة اصطلاح الرجوع انظر القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر، عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا وفي مصر، (القاهرة: مطبعة السعادة، ١٩٢٧م)، ط ٢.

(٢) تنص المادة ١/١٢ من القانون المدني الأردني على انه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ".

النوع الثاني: الإحالة إلى قانون أجنبي آخر " الإحالة المطلقة " [١]:

وتسمى أيضاً الإحالة من الدرجة الثانية، حيث تترك قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص عن حكم العلاقة القانونية عن الاختصاص وتحيل النزاع إلى قانون دولة ثالثة وليس لقانون القاضي.

وعليه تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص وتحيل النزاع المعروض أمامها إلى قانون دولة ثالثة، وفى هذه الحالة يتعين على القاضي الوطني قبول هذه الإحالة وإعمال أحكام هذا القانون، ويستوي في هذا الصدد كون هذا القانون هو قانون دولة القاضي نفسه أم قانون دولة أجنبية [٢].

مثال ذلك أن ترفع أمام القاضي المصري دعوى تتعلق بتركة مال منقول توفي المورث وهو يحمل الجنسية الفرنسية لكن له موطن في إنجلترا ، فتطبيق قواعد الإسناد في القانون الفرنسي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد المصرية حسب نص المادة ١/١٧ من القانون المدني المصري[٣] ، من شأنه عقد الاختصاص للقانون الإنجليزي بوصفه قانون موطن المتوفي ، والذي يقبل الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي التي تأخذ بالموطن كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق ، هنا نكون بصدد إحالة من الدرجة الثانية حيث يؤدي فيها أعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى

(١) ويسمى هذا النوع من الإحالة في الفقه الإنجليزي Transmission.

(٢) فؤاد عبد المنعم رياض بالاشتراك مع د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، (دون ذكر الناشر ،١٩٩٨م)، صفحة ١٤٥.

(١٦) تنص المادة ١/١٧ من القانون المدني المصري على انه " يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، قانون المورّث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته ".

رفض اختصـاص هذا الأخير وإحالته لا إلى قانون القاضـي، بل لقانون دولة ثالثة الذي يقبل الاختصاص لقواعده الموضوعية[١].

المطلب الثاني: موقف الفقه القانوني من الإحالة.

قبل الكلام عن قبول أو رفض الإحالة يجب أن نبين بأن أنصار قبول أو رفض الإحالة قد اسـتندوا على جملة من المبررات أغلبها ذات طابع نظري والقليل منها ذات طابع عملي، أدى إلى انقسام المشرع العربي بين قبول الإحالة أو رفضها أيضـاً، كما أن الحجج لم تصمد أمام نقد كلا الطرفين وعلى ذلك سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين سوف نتكلم في الفرع الأول عن موقف أنصار قبول نظرية الإحالة، وفي الفرع الثاني سوف نستعرض أنصار رفض نظرية الإحالة، وسنوضح بعض الاتجاهات المؤدية إلى ذات النتيجة المترتبة على الأخذ بنظرية الإحالة في الفرع الثالث، وأخيراً سوف نتطرق إلى موضوع الحل الوظيفي لقاعدة الإسناد.

الفرع الأول: أنصـار قبول نظرية الإحالة: بالنسـبة لمؤيدي هذا الاتجاه أنه يجب على القاضـــي أن يعتد بقواعد الإســـناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، ولا يجوز له بالتالي أن يقتصـر على تطبيق القواعد الموضـوعية في ذلك القانون، وقد أسـتند أنصـار المبدأ القاضـي بتطبيق قواعد الإسـناد في القانون الأجنبي أو فكرة الإحالة إلى العديد من الحجج لتبرير وجهة نظرهم:

الحجة الأولى التي اســتند إليها مؤيدي نظرية الإحالة فهي أنه يجب على القاضي الوطني، احترام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي والتسليم لما تقضي به، وعدم تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون إلا إذا قبلت بذلك قواعد الإسناد فيه، فكل الدعوات التي تنظر إلى الإحالة بوصـــفها حل ضـــروري ومنطقي في تنازع القوانين تســتند إلى فكرة جوهرها عدم الســماح بتطبيق قانون أجنبي خلافاً لإرادة مشرعه.

(١) عز الدين عبد الله، مرجع سابق، صفحة ١٤٢.

وعليه في ضوء ما تقدم إن هذا الاتجاه ينسجم مع خصائص قاعدة الإسناد فمن غير المقبول تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها قانون دولة أجنبية رغم إرادة هذه الدولة؛ أي بشكل مخالف لقواعد الإسناد في هذه الدولة ، فقواعد الإسناد هي التي تتكفل بتحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية في قانون دولة القاضي، ومن ثم فلا يجوز تطبيق القواعد الموضـــوعية في القانون الأجنبي إلا إذا كانت قواعد الإســـناد الأجنبية ذاتها تســـمح بتطبيقها، إذ أن القواعد الموضـــوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الإسناد ارتباط الإنسان بظله ، وبالتالي لا يمكن الفصل بين تلك القواعد، والتقيد بإحداها دون الأخرى [١].

ويذهب أنصار النظرية إلى حد القول بأنه إذا طبقنا القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي على الرغم من أن قواعد الإســـناد في هذا القانون لا تعتبر هذه القواعد مختصـــة بحكم العلاقة ، فأننا نكون قد أهدرنا مبدأ اختصـــاص هذا القانون الأجنبي بحكم النزاع كما أقرته له قواعد الإســـناد في القانون الداخلي، ذلك أن تطبيق القاضـــي الوطني للقانون الأجنبي في غير الحالات التي يرى المشـــرع الأجنبي إخضـــاعها لحكمه ينطوي على تحوير لهذا القانون وتغيير لطبيعته وعلى إهدار لإرادة المشـــرع الأجنبي ، في أن القاضـــي حينئذ قد طبق قانوناً آخر غير ذلك التي تقضـــي قاعدة الإســـناد الوطنية بتطبيقه، كما أن ذلك يعد تدخلاً من القاضـــي الوطني في وظيفة المشـــرع الأجنبي إذ إنه يحدد للقانون نطاقاً لا يجيزه هذا المشرع وفي ذلك اعتداء على حق الدولة الأجنبية في تحديد سيادتها التشريعية [٢].

وبذلك يروا إن تطبيق نظرية الإحالة هو تطبيق لقاعدة الإسناد الوطنية التي عينت القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لكن القانون الأجنبي يجب النظر إليه بوصفه وحدة واحدة كل لا يتجزأ، بحيث إذا قررت قاعدة الإسناد الوطنية

(١) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ١٥١.

(٢) فؤاد عبد المنعم رياض، ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٤٦، وانظر أيضاً عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ١٥١.

اختصاصه كان على القاضي أن يطبقه بكافة قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد فيه، وعلى القاضي أن يبدأ بإعمال هذه الأخيرة فهي تحدد حالات تطبيق القواعد الموضوعية [١].

كما إن لتطبيق نظرية الإحالة دور في تحقق الانسجام والتنسيق بين قواعد الإسناد في مختلف قوانين الدول، وتوحيد الحلول القانونية، على الرغم من الطابع الوطني لقواعد التنازع فإن هذه القواعد لم توضع لمعالجة علاقات داخلية وإنما لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، وهذا التنظيم لا يمكن أن تنفرد به كل دولة على حدة فيجب التنسيق والتوافق بين قوانين الدول، بل من شأن التمسك بمبدأ السيادة بطريقة مطلقة تعطيل لقواعد الإسناد، لذا فإنه لا يتعارض مع سيادة الدولة التي تتسامح في تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص [٢].

الفرع الثاني: أنصار رفض نظرية الإحالة:

يرى بعض الفقه أن نظرية الإحالة غير قابلة للتطبيق القانوني واعتمدوا على مجموعة من الحجج والأسانيد القانونية والواقعية رداً على حجج مؤيدي نظرية الإحالة وهو ما سوف أتعرض إليه كالتالي:

الحجة الأولى إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين، فيجب تطبيق الأحكام الداخلية في هذا القانون على النزاع؛ أي فقط الأحكام الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، وهذا الغرض الرئيسي من قاعد الإسناد الوطنية التي تعتبر قاعدة تهدف إلى اختيار القانون المناسب لحل النزاع، فالإسناد إلى القانون الأجنبي في رأيهم هو إسناد موضوعي؛ أي إسناد إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وليس إسناداً إجمالياً كما يقرر أنصار الأخذ بنظري الإحالة.

(٢٠) عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، صفحة ١٨٤.

(٢) أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ م) ط ١، صفحة ١٢٩.

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى حجة رئيسية مقتضاها أن تطبيق القاضي للقانون الأجنبي ليس أساسه إرادة المشرع الأجنبي، وإنما إرادة المشرع الوطني في دولة القاضي، فقواعد الإسناد إنما وضعها المشرع الوطني لتحديد مجال تطبيق كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي على العلاقات الخاصة الدولية، وهو يقوم بهذا التحديد في ضوء المقتضيات التي تفرضها الحياة الدولية الخاصة وكذلك تلك التي تفرضها حياة المجتمع الوطني في دولة المشرع، وما قواعد الإسناد إلا تعبير عن نظرة المشرع الوطني لهذه المقتضيات ومحاولة التوفيق بينها [١].

ومن ثم يجب حسم النزاع وفقاً للقواعد الموضوعية للقانون الذي اختاره المشرع الوطني، لأن هذا الاختيار هو الذي يحقق الهدف الذي توخاه المشرع الوطني، وعليه إذا كان المشرع الوطني قد قبل مختاراً تطبيق قانون أجنبي فهذا لا يعني أنه قبل أن يتخلى عن للقانون الأجنبي عن المهمة التي عرض لها هو أي حل النزاع [٢].

أما الانتقاد التالي فيدور حول أن القانون الدولي الخاص الوطني – المصري مثلاً – يجب أن يحدد بنفسه القانون الداخلي الذي يعد من وجهة نظره أكثر القوانين ملائمة وقدرة على حكم النزاع، هذه المهمة لن يتخلى عنها لقانون دولي خاص أجنبي حيث لا يجب عليه أن ينصاع لأوامر هذا الأخير، فكيف يمكن للقانون الوطني وله مبادئه ومعاييره الخاصة أن يربط نفسه بقاطرة مشرع أجنبي [٣]

(١) فؤاد عبد المنعم رياض، ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٤٩

(٢٣) عكاشة محمد عبد العال ، مرجع سابق ، صفحة ١٨٥.

(٣) عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، الجنسية، مركز الأجانب، تنازع الاختصاص القانوني، الاختصاص القضائي الدولي (القاهرة: دارا لنهضة العربية ٢٠٠٣م)، صفحة ٧٠٢، وانظر أيضاً هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥ م) صفحة ٥٤.

، فإن الأخذ بالإحالة وفقاً لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي من شأنه المساس بالسيادة بدولة القاضي ولا تتفق مع السمة الوطنية لقاعدة التنازع [١] .

أما الحجة التالية فهي أن برأيهم قبول الإحالة يؤدي إلى الوقوع في دائرة مفرغة لا مجال للخروج منها ، ولا يؤدي بقاضي الموضوع إلى الوصول للقانون الواجب التطبيق ، فقواعد الإسناد في الأحوال الشخصية في مصر مثلاً تنص على تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسية وهذا القانون بدوره يحيل إلى القانون المصري باعتباره قانون الموطن ، وهذا الأخير يحيل بدوره إلى القانون الإنجليزي وهكذا ذهاباً وإياباً دون أن نصل إلى حل مما يؤدي إلى عدم الاستقرار في العلاقات الخاصة القانونية الدولية ، مما يؤدي بالنتيجة إلى انعدام الأمن القانوني للعلاقات القانونية ، وعليه يكون من الصعب معرفة القانون الذي سيحكم العلاقة القانونية ، وبذلك يكون تطبيق نظرية الإحالة مخالف لأبسط المبادئ القانونية التي تقضي بضرورة الاستقرار في المراكز القانونية [٢] .

ولا يتفق بعض الفقه [٣] مع هذه الحجة بحيث أنها مبنية على فرض غير عملي لقلة عدد ضوابط الإسناد الخاصة بكل مسألة قانونية من العلاقات الخاصة الدولية ، علاوة على ذلك أن الأخذ بالحالة أو رفضها أنما يتحدد في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد ذاتها ، ويعد برأيهم هو الأساس الفني السليم الذي ترتكن إليه المسالة ، ولعل في تواتر القضاء على الأخذ بالإحالة في الدرجة الأولى والثانية ما يقطع كل السبل أمام خصوم الإحالة عندما يقولون بأن القضاء الفرنسي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى لأن ذلك يعكس رغبته في تطبيق قانونه الوطني على أساس من اعتبارات مصلحية فحسب .

---

(١) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ١٥٣.

(٢) أشرف وفا محمد، المرجع السابق، صفحة ١٢٨ وانظر أيضاً عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ١٥٣، وفؤاد عبد المنعم رياض ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٤٩.

[٢٧] عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، صفحة ٢٣٨.

بالإضـــافة لما تقدم من حجج في رفض نظرية الإحالة فإن ما ورد عن حجة الاتســـاق القانوني وتوحيد الحلول في العلاقات الخاصـــة القانونية الدولية؛ أي أن تكون الحلول متطابقة في الدولة التي عرض فيها النزاع والدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق، فهي حجة تكتب على هذه النظرية وليس لصـالحها، فهذا الاتسـاق لا يتحقق إلا إذا أخذت بعض الدول بالإحالة ورفضتها دول أخرى، هذا الاتساق لا يتحقق إذا ما أيدت كافة النظم القانونية فكرة الإحالة، وهكذا تفقد هذه الفكرة أولى مقومات النظريات وهي العمومية في التطبيق [١].

علاوة على ما تقدم فإنه ليس بصـــحيح ما ذهب إليه أنصـــار الإحالة من تأكيد أهميتها في مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ إن بعض الدول تشترط لتنفيذ الأحكام الأجنبية، أن يكون القاضي الأجنبي قد أعمل قاعدة الإسناد التي يقضي بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، وإهمال ذلك ســـيكون ســـبباً في رفض تنفيذ الحكم الأجنبي ، فهذا الرأي يقوم أولاً على افتراض أن تنفيذ الحكم ســـيتم حتماً في الدولة التي أشـارت قاعدة الإسـناد في قانون القاضـي بتطبيق قانونها، وذلك في حين أن الحكم قد تم تنفيذه في أية دولة يتبين للمدعي أن من مصـــلحته تنفيذه فيها، كذلك تفترض هذه الحجة أن الدولة المراد تنفيذ الحكم بها تشـــترط صـــدوره وفقاً لقواعد الإسـناد التي يقضـي بها قانونها في حين أن مثل هذا الشـرط ليس له وجود إلا في النادر من التشريعات، وهو شرط أخذ في الزوال [٢].

إزاء الانتقادات الموجهة إلى نظرية الإحالة، وعجز المؤيدين للنظرية للدفاع عنها وعدم بيان الأساس القانوني للإحالة طرح جانب من الفقه نظريات بديله عنها تؤدي نفس النتيجة المترتبة على الإحالة.

---

(١) عصام الدين القصبي، المرجع السابق، صفحة ٧١٢.

(٢) فؤاد عبد المنعم رياض، محمد خالد الترجمان، المرجع السابق، ص ١٥٢، وانظر هشام صادق، المرجع السابق، ص٥٥.

وإن كان بعض الفقه يرى الأخذ بنظرية الإحالة ونحن لا نؤيد هذا التوجه ، حيث أن سيئاته أعظم خاصة في موضوع الأحوال الشخصية، وذلك بسبب وجود فجوة كبيرة بين المفاهيم القانونية في الدول العربية فيما يخص الأحوال الشخصية مع الدول الأخرى، مثل تعدد الزوجات والميراث والتبني وإثبات النسب والطلاق بالإرادة المنفردة وتحديد سن الزواج القانوني وعقد الرحم المستأجر والمهر والخلع و حالة التعايش المشترك بين مثليي الجنس الواحد، وصحة الزواج بالنسبة للقاصر، وبالتالي سيؤدي عملياً هذا إلى نتائج مجحفة غير مقبولة وغير عادلة في القرارات التي سوف تصدرها المحكمة المختصة في العلاقات الخاصة الدولية.

الفرع الثالث: بعض الاتجاهات المؤدية إلى ذات النتيجة المترتبة على الأخذ بنظرية الإحالة: بعض الفقهاء [١] لاحظوا أن القضاء في عدد من دول العالم يطبق نظرية الإحالة كأمر مسلم به، ويعتبر نظرية الإحالة ظاهرة قانونية لها ضرورتها، وان العيب ليس في نظرية الإحالة، إنما في الأساس الذي بناها عليه مؤيدوها، ولذلك فإن البعض من الفقهاء حاول ابتداع صياغة جديدة يصلون بها إلى النتيجة التي تؤدى إليها الإحالة دون الاعتماد عليها [٢]. ومن هذه الآراء:

الاتجاه الأول الإسناد الاحتياطي حيث يرفض القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية حكم النزاع فإن ذلك يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد الأصلية في قانون القاضي، ويتوجب عليه إيجاد قاعدة إسناد احتياطية لتحديد القانون الواجب التطبيق وحل النزاع الذي فشلت القاعدة الأصلية في حله، وتعبر عن وجهات نظر القوانين المتصلة بالعلاقة والذي عجزت قاعدة الإسناد الأصلية تحقيقه [٣].

---

(١) Lerebours، Plgeonniere أشار إليه عز الدين عبد الله، الجزء الثاني، المرجع السابق، صفحة ١٥٦ وفؤاد عبد المنعم رياض ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٥٣.

(٢) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ١٥٦.

(٣) فؤاد عبد المنعم رياض، ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٥٤.

فقد تتعطل قاعدة الإسناد بسبب وجود مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي مثلاً بسبب النظام العام، فيجب إيجاد قاعدة إسناد احتياطية إذا تعطلت وظيفة قاعدة الإسناد الأصلية، فإذا تم إسناد الاختصاص لقانون الجنسية على أهلية الأشخاص وكان ذلك مخالف للنظام العام لدولة القاضي فيصار إلى اعتماد ضابط الموطن من ثم يكون قانون الموطن كقاعدة احتياطية بدلاً من قانون الجنسية القاعدة الأصلية.

هنا يرى أصحاب هذا الاتجاه أن ميزة هذا الرأي أنه يحقق الغاية من نظرية الإحالة دون أن تكون محلاً للنقد الشديد الموجه إليها من الفقه، والذي يكمن في أن تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية معناه الخضوع لأمر المشرع الأجنبي وهو غير جائز.

إلا أن هذا الاتجاه يقوم على افتراض لا سند له في القانون والواقع حيث إن المشرع لم يضع قواعد إسناد احتياطية، تعقد الاختصاص للقانون الوطني أو لغيره في حالة عدم تطبيق قاعدة الإسناد الأصلية، ويتضح عيبه من أن افتراض وجود قاعدة الإسناد الاحتياطية المذكورة قد يكون من باب التخيل لا الحقيقة [١].

الاتجاه الثاني يرى أن الأصل في قواعد التنازع هو فكرة الإقليمية وأن السماح بتطبيق القانون الأجنبي هو استثناء يضع المشرع الوطني حدوده حيث لا تصر كل دولة على تطبيق قوانينها، وأنه في الحالة التي تنص فيها قاعدة التنازع الوطنية على عقد الاختصاص بحكم علاقة قانونية معينة إلى قانون أجنبي ويرفض هذا القانون الأخير حكمها، فإن العلاقة القانونية هنا تصبح بلا وطن، ومن ثم وجب أن يخضع حكمها للقانون الوطني تطبيقاً لمبدأ إقليمية القوانين.

(١) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ١٥٧ .

ويشـــترط لعودة العلاقة القانونية إلى نطاق تطبيق القانون الوطني أن تمس العلاقة القانونية مصالح وطنية كان يكون أشخاصها أو سببها أو موضوعها في إقليم القاضي، ومن هنا فإن هذا الاتجاه يصيغ القاعدة التالية:

إذا تم رفض تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقاً لقواعد الإسناد الوطنية لحكم العلاقة طبق القاضي قانونه متى كانت العلاقة تمس مصالح على إقليمية [١].

الفرع الرابع: الحل الوظيفي لقاعدة الإسناد:

نظراً للتطور الكبير في التجارة الدولية تشـــجعت بعض التشـــريعات إلى تبني موقفاً مرناً من نظرية الإحالة، وذلك من خلال ربط الإحالة بغاية قاعدة الإســـناد والوظيفة التي تؤديها، فقاعدة الإسناد القصد من ورائها اختيار انسب القوانين لحكم العلاقة الدولية الخاصـــة من بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق العدالة باختيار هذا القانون.

وهو اتجاه أخذت به بعض التشـــريعات القانونية وقد كرســـتها صـــراحة وذلك بالنص عليها في تشريعاتها مثل التشريعين التشيكي والألماني، فلم تشأ أن تقبلها أو ترفضـــها بالنظر إلى اعتبارات محض نظرية وإنما بالاســـتناد إلى النتيجة التي تحققها خاصـــة إذا حقق الأخذ بنظرية الإحالة العدالة المنشـــودة وحقق حماية لمصالح الأفراد المشروعة. [٢]

الحل الوظيفي هو الامتناع عن تكريس حلاً عاماً مجرداً ينطبق في كافة الحالات وجميع الفروض، بقبول الإحالة أو برفضـــها، وإنما يجب عدم التقيد بحل عام مســـبق، ويأتي الحل المقضـــي به في مادة بعينها أو أكثر متفقاً وروح العدالة

(١) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ٧٦، أشرف وفا محمد، المرجع السابق، صفحة ١٣٢ وانظر نقد هذا الرأي فؤاد عبد المنعم رياض، ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٥٦. عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، صفحة ٢٣٨.

(٢) صالح مهدي كحيط عارضي، المرجع السابق، صفحة ٢٤١.

في قاعدة الإسناد الوطنية والغاية التي ترمي إلى تحقيقها، في إطار من التنسيق والتعاون بينها وبين قاعدة التنازع الأجنبية [١].

فإذا تبين للقاضي أن تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي إشارة إليه قاعدة الإسناد الوطنية سيؤدي إلى حل غير عادل فيكون للقاضي أن يتوجه إلى قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون ويقبل الإحالة منها إلى قانون آخر يحقق العدالة على نحو أفضل ، وبالتالي يخول القاضي المعروض عليه النزاع صلاحية تحديد موقفه من نظرية الإحالة على ضوء النزاع المعروض أمامه ، وبحسب وظيفة وأهداف قاعدة الإسناد الموجودة في قانونه وذلك بعدم اتخاذ موقف عام من الإحالة بالقبول أو الرفض، إذ يحدد موقفه من الإحالة في ضوء القضية المطروحة أمامه، وما تحويه من وقائع وظروف من ناحية، وغاية قاعدة الإسناد المعنية الموجودة في قانونه من ناحية أخرى، وذلك بوصول القاضي للحل العادل للنزاع من خلال تطبيق قاعدة الإسناد .

نصت المادة ٣٥ من القانون الدولي الخاص التشيكي على أنه " إذا عينت النصوص القانون الدولي الخاص التشيكي أو أحالت إلى قانون دولة أخرى فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول عادل للعلاقة محل النزاع ".

وبموجب هذا النص نجد أن المشرع التشيكي ابتعد عن الأحكام السابقة والمجردة للإحالة وترك صلاحية ذلك للقاضي للوصول إلى الحل العادل، ولم يقيد القاضي الذي ينظر النزاع بحل معين ولم يشأ أن يفرض عليه أياً من نوعي الإحالة لا بالقبول ولا بالرفض، فالأمر متروك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية

(١) عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، صفحة ٢١٧، فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، صفحة ٥٤.

يأخذ بأي من نوعيها متى تكشفت له أن وقائع النزاع المطروح تقتضي ذلك، وأن من شأن الحل الذي يأخذ به التحقيق الحل العادل والمقبول [١].

وعلى نحو مماثل أخذ القانون الدولي الخاص الألماني الصادر عام ١٩٨٦ بفكرة الحل الوظيفي لكن بشكل أكثر تحديداً، وبالرجوع إلى نص المادة ١/٤ حيث نصت على " إذا تم الإشارة إلى قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق قواعد القانون الدولي الخاص الموجودة فيه بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع قاعدة الإسناد الألمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني " [٢].

وبتحليل النص السابق نجد أن القانون الدولي الخاص الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، بحيث يجب تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي لهذا القانون دون قواعد الإسناد.

كذلك القانون الدولي الخاص الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية لكن يجب توافر شرطان:

الشرط الأول: ألا يكون في الأخذ بالإحالة يتعارض مع قاعدة الإسناد الألمانية.

الشرط الثاني: ألا تشير قاعدة الإسناد الألمانية إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي، حيث إن من حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بحيث تطبق القواعد الموضوعية وحدها دون تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي.

ونرى وباستقراء ما تم سابقاً بالنسبة لموضوع الحل الوظيفي نجد أنه ما زال غامضاً لا يقوم على أساس قانوني بحيث لا يستند إلى أحكام قانونية واضحة، فهي تضع حلاً خاصاً بكل قضية على حدة ناهيك إلى ترك الأخذ بالإحالة أو

(١) فاطمة الزهراء جندولي، الإحالة في القانون الدولي الخاص " تأصيل وتجديد"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الحادي عشر، ٢٠١٥، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، الصفحة ٢٤٧.

(٢) سعيد يوسف البستاني، المرجع سابق صفحة ٦٦٠.

رفضها يعود إلى سلطة القاضي التقديرية وليس لحكم القاعدة القانونية الذي يؤدي إلى عدم استقرار في المعاملات وحماية الحقوق المكتسبة للأفراد واحترامها وهذا يؤدي بالنتيجة إلى إهدار الغاية الرئيسية من وظيفة قاعدة الإسناد.

كما ينتقد جانب من الفقه [١] هذا الاتجاه، من حيث إنه يترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي لقبول الإحالة أو رفضها، بناءً على ما يراه مناسب أكثر لتحقيق العدالة بالنظر إلى كل حالة على حدة، بالإضافة إلى أن هذه السلطة التقديرية تؤدي حتماً إلى تغيير الحلول بتطبيق الأحكام القانونية من حكم إلى آخر، وذلك باختيار الحل الذي يتوافق مع العدالة التي يراها قاضي الموضوع، وهذا بحد ذاته انتهاك للعدالة بحجة إيجاد الحل العادل بالنظر إلى روح قاعدة الإسناد والغاية الوظيفية لها.

ويرد على هذا الانتقاد أن سلطة القاضي التقديرية لتطبيق القانون على الوقائع المعروضة أمامه ليس مطلقة ، كذلك في أخذه بالإحالة أو رفضها وإنما هناك مبدأ عام يحكمه جوهره أن يكون الحل الذي يقول به من خلال الإحالة عادلاً ومعقولاً، وتلك مسألة قانونية يخضع بشأنها لرقابة محكمة التمييز ، ويتعين على القاضي في جميع الأحوال أن يسبب قراره ، ولا يمكن للقاضي أن يمارس دوره الإيجابي في فض النزاع المعروض أمامه إلا بمنحه سلطة تقديرية يستمد قوتها من القوانين والتشريعات التي تمنحه هذه السلطة أصلاً وذلك لتحقيق العدالة المرجوة من تطبيق هذه القوانين[٢].

لكن هذا الرد لا يغني على أنه يجب على القاضي أن يتخذ مسلكاً موضوعياً واضحاً في تطبيق القاعدة القانونية، حفاظاً على استقرار المعاملات والحقوق المكتسبة للإفراد، كما أن العيب الجوهري لهذا الاتجاه يتمثل في عدم وضع المشرع الذي يأخذ به لقواعد ثابتة وواضحة معروفة ومنصوص عليها سلفاً، ومن

(١) هشام صادق، مرجع سابق، صفحة ١٩٧، عكاشة محمد عبدالعال، مرجع سابق، صفحة ٢١٨.

(٢) عكاشة عبدالعال، مرجع سابق، صفحة ٢٤٢.

هنا كانت مخاطرة في أن يتنافى مع الأمان القانوني اللازم للمعاملات والذي يتطلب معرفة المتقاضين مقدماً للقانون الذي يحكم علاقتهم القانونية [١].

بالإضافة إلى أنه من الناحية العملية هناك صعوبة على القاضي في تطبيق هذا الاتجاه حيث يجب عليه في كل مرة يعرض عليه نزاع في علاقة دولية خاصة، تحليل قواعد الإسناد في القوانين الأجنبية، ليتحقق القاضي من أن الأخذ بالإحالة لا يتعارض مع قاعدة الإسناد، ومتفقاً وروح العدالة فيها والغاية التي ترمي إلى تحقيقها، وبعد ذلك اختيار انسب القوانين لحكم العلاقة الدولية الخاصة من بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق العدالة باختيار هذا القانون.

ونرى أن كل المحاولات القانونية للتخفيف من وطأة مفهوم نظرية الإحالة لم تجدي نفعاً، ومن خلال التعرض لنظرية الإحالة نجد أن محاولات الفقه القانوني الاستعاضة بالحل الوظيفي بدلاً عنها لا جدوى منها ولم تعطي الحل المراد ليكون بديلاً مناسباً عن نظرية الإحالة.

من القوانين العربية [٢] التي أخذت بنظرية الإحالة القانون الإماراتي والقانون المدني الجزائري [٣] حيث نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ في المادة ٢٦ منه على أنه: " ١-إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.٢-على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق".

وباستقراء هذا النص يتضح أن المشرع الإماراتي قد أورد المبدأ العام في الفقرة الأولى من نص المادة ٢٦ حيث رفض نظرية الإحالة، وهو مطابق تماماً لما ورد

---

(١) هشام صادق، مرجع سابق، صفحة ١٩٧.

(٢) انظر موقف القانون والقضاء اللبناني تفصيلاً سعيد يوسف البستاني، المرجع سابق صفحة٦٦٢ – ٦٦٨.

(٣) المادة ٢٣ مكرر ١ من القانون المدني الجزائري وهي مطابق تماماً لما ورد قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

في نص المادة ٢٧ من القانون المدني المصـــري [١]، إلا الفقرة الثانية من نفس المادة نصـت على اسـتثناء يؤدي إلى قبول نظرية الإحالة من الدرجة الأولى فقط، حيث تؤدي الإحالة إلى تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الإماراتي [٢].

كذلك أخذت المادة (٣٧) من قانون التحكيم الإماراتي الجديد رقم (٦) لسـنة ٢٠١٨ بالإحالة حيث نصت على أنه " تطبق على موضوع النزاع، القواعد التي يتفق عليها الأطراف، وإذا اتفق على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضـــوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك".

ونلاحظ أن قانون التحكيم الإماراتي أعطى صلاحية واسعة لإرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وسمح نص المادة (٣٧) لهيئة التحكيم الرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص إذا اتجهت إرادة الأطراف إلى ذلك، حيث أجاز الأخذ بالإحالة صـــراحتاً واختيار القواعد الخاصـــة بتنازع القوانين لتطبق على النزاع في العقد المبرم بينهم إذا اتفقوا على ذلك.

ونرى أن الأخذ بالإحالة هنا قد يؤدي إلى مخالفة النظام العام وبالتالي اســـتبعاد تطبيق القاعدة القانونية، أو إلى تطبيق قانون ليس له صـلة بالعلاقة القانونية، وذلك يؤدي إلى عدم اسـتقرار المعاملات والحقوق المكتسـبة للإفراد، وعليه أن إعطاء هذه الصـــلاحيات الواســعة لإرادة الأطراف المتعاقدين دون وضـــع ضـــوابط تذكر لإرادة الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق، والسماح لهم بتطبيق الإحالة يتعارض مع الغاية التي ترمي إليها قاعدة الإسناد.

حتى وإن ســـلمنا بضـــرورة احترام إرادة المتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق خاصـــة أنه يجب التزام هيئة التحكيم بإعمال القانون الذي اتفق عليه الأطراف، ولا معقب من هيئة التحكيم أو من القضـــاء من بعد ذلك على هذا

(١) سعيد يوسف البستاني، المرجع السابق، صفحة٦٦٢.

(٢) احمد محمود الفضلي، الإحالة بين القبول والرفض في القانون الدولي الخاص " دراسة تحليلية في بعض التشريعات العربية"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية، ٢٠١٠ م، المجلد ٢٥، عدد ١، جامعة مؤتة، الصفحة ١٩٨.

الاختيار، فليس لها أن تستبعد القانون المختار بحجة عدم ارتباطه بالعلاقة تحت طائلة بطلان حكم التحكيم، لكن يجب أن ينصب ذلك الاختيار على القانون الداخلي ليتم تطبيقه على العلاقة القانونية دون الأخذ بالإحالة وذلك بإلغاء " ما لم يتفق على خلاف ذلك " من نص المادة ٣٧ من قانون التحكيم الإماراتي.

كذلك فعل المشرع الجزائري بالأخذ بنظرية الإحالة حسب نص المادة ٢٣ مكرر ١ من القانون المدني حيث نصت " إذا تقرر أن 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 من القانون الأجنبي المختص "، حيث قبل القانون الجزائري بالإحالة من الدرجة الأولى؛ أي عند ما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص على الاختصاص للقانون الجزائري، بينما رفض الإحالة في الحالات الأخرى.

لعل العبرة في ذلك تكمن في التيسير على القاضي الوطني الذي يكون على دراية بالقوانين الوطنية السارية المفعول والواجب عليه تطبيقها، كذلك محاولة من المشرع تجاوز مسألة الدوران في الحلقة المفرغة التي تسببها نظرية الإحالة [١].

ويرى البعض [٢] أن صياغة المادة ٢٣ مكرر ١ من القانون المدني الجزائري تبدو غير واضحة ومبهمة من حيث الشكل، حيث إن واضعي هذه المادة لم يبذلوا جهداً لإعطاء القاضي صورة واضحة للأخذ بالإحالة وقاموا بمجرد نقل حرفي من نصوص القانون المدني في الإماراتي، ومن حيث الموضوع أن الأخذ بنظرية الإحالة قد يؤدي إلى حلول غير عادلة تؤدي إلى الإجحاف بحقوق الأشخاص، وهذا يتعارض مع روح قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص الجزائري.

ويرى الباحث أن قبول الأخذ بنظرية الإحالة في القانون المدني الجزائري وقانون المعاملات الإماراتي، تعطيل لوظيفة قاعدة الإسناد ، خاصة أن الأحوال الشخصية

(١)فاطمة الزهراء جندولي ، مرجع سابق، الصفحة ٢٤٢.

(٢)عبد المالك الدح ، مرجع سابق، الصفحة ١٤٨.

في القانون الإماراتي والقانون الجزائري ترتبط بالشريعة الإسلامية، التي أثرت بالطبع على وضع فحوى القاعدة القانونية الخاصة بالأحوال الشخصية ، بالإضافة إلى الاختلاف الكبير في المفاهيم القانونية فيما يخص الأحوال الشخصية مع الدول الغربية، مثل تعدد الزوجات أو الميراث أو التبني أو إثبات النسب أو الطلاق بالإرادة المنفردة أو الرحم المستأجر وبالتالي سيؤدي عملياً هذا إلى نتائج غير مقبولة وغير عادلة.

المطلب الثالث:

موقف المشرع المصري والمشرع الأردني والفقه الإنجليزي من نظرية الإحالة.

في هذا المطلب سوف نبين موقف التشريع المصري بالإضافة إلى موقف المشرع الأردني من نظرية الإحالة، من ثم نتناول وجهة نظر القضاء الإنجليزي حيال نظرية الإحالة وألية طرح نظرية الإحالة في القضاء الإنجليزي.

الفرع الأول: موقف المشرع والفقه المصري من نظرية الإحالة:

ابتداءً القضاء المصري في السابق كان يأخذ بنظرية بالإحالة، حيث كان يسمح بالإحالة بين المحاكم الأهلية وهي محاكم مصرية وبين محاكم القنصلية في مصر وهي محاكم أجنبية [١]، بعد ذلك اتخذ المشرع المصري موقفاً حاسماً من نظرية الإحالة بعدم الأخذ بها، فنص في المادة ٢٧ من القانون المدني المصري رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ على أنه "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب لتطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

ومن منطوق هذا النص يتضح أن المشرع المصري رفض صراحة وبصورة مطلقة الأخذ بنظرية الإحالة، وألزم القاضي الوطني بالاقتصار على تطبيق القواعد المنظمة للعلاقات ذات الطابع الدولي؛ أي قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون

(١) فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، مرجع سابق، صفحة ٥٠٦.

الأجنبي وتطبيق القواعد الخاصـــة بالعلاقات الوطنية البحتة التي يتضـــمنها هذا القانون [١].

وقد بينت مجموعة الأعمال التحضـيرية للقانون المدني المصـري سـبب رفض نظرية الإحالة بقولها "ذلك إن قاعدة الإسـناد حين تجعل الاختصـاص التشـريعي لقانون معين تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أياً كان نطاقها تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة [٢].

ولا يشـكك بعض الفقه [٣] في أن قاعدة الإسـناد تصـدر عن اعتبارات خاصـة لتحدد القانون المناسب لحل النزاع ، حيث أن هذه المقدمة صحيحة لا غبار عليها ، لكن القول إن الأخذ بنظرية الإحالة " تفويتاً لهذه الاعتبارات " ليس بالكلام الدقيق ، حيث أن قبول الإحالة أو رفضـــها مســـتمد من مدى تحقق الاعتبارات الخاصـــة التي تهدف إليها قاعدة الإسـناد وليس من المنطق ترك هذه الاعتبارات، واللجوء إلى قاعدة الإسناد الأجنبية ليخضع القاضي الوطني لأمرها متجاهلاً قاعدة الإسـناد الوطنية التي يجب على القاضـي الالتزام أحكامها ومضـمونها، وبرأيهم أن ما ورد في المذكرة الإيضـــاحية للقانون المدني المصـــري ليس بالقول الســـديد ، والتبرير ليس دقيقاً والإطلاق غير مقبول .

وقد تعرض النص الســابق للنقد من قبل الفقه المصــري [٤] الذي يدعو إلى ضـرورة الأخذ بنظرية الإحالة من الدرجة الأولى تمشـياً مع الفقه الحديث، وباعتبار

---

(١) فؤاد عبد المنعم رياض، ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٥٩.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، صفحة ٣١٥.

(٥١) عكاشة محمد عبدالعال ، مرجع سابق ، صفحة ٢٣٧.

(٤) فؤاد عبد المنعم رياض، محمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٦٣، صفحة ١١٢، وانظر هشام على صادق، المرجع السابق، صفحة ٦٧، و أحمد عبد الكريم سلامه، أصول المرافعات المدنية الدولية، (المنصورة :المكتبة العالمية، ١٩٨٤م)، صفحة ٢٣٩ وانظر عكاشة محمد عبد ألعال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، (الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦م) ، صفحة ١٧٠، وماهر إبراهيم السداوي، الدفع بالإحالة

أن أســاس وظيفة قاعدة الإســناد في تحقيق التعايش المشــترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول إلى أكثر الحلول القانونية تلبية لمقتضيات التجارة الدولية [١].

إلا أن القضـاء المصـري الحديث لم يقل بعد كلمته الفاصـلة في هذا الموضـوع إلى الآن، ولكن إذا أخذ المشـرع المصـري بنظرية الإحالة في المسـتقبل، وأشـارت قاعدة الإســناد بتطبيق قانون موطن الأجنبي على العلاقة موضــوع النزاع فأنها لا تطبق هذا القانون في قواعده الموضوعية بل تطبق قواعد الإسناد فيه، فإذا أشارت هذه القواعد بتطبيق قانون الموطن وكان الأجنبي متوطناً في مصـــر فإن المحكمة تقبل الإحالة وتطبق القانون المصري باعتباره قانون الموطن [٢].

الفرع الثاني: موقف المشرع الأردني من نظرية الإحالة:

لم يتبع المشرع الأردني موقف بعض التشريعات في إجازة نظرية الإحالة، حيث لم يجيز القانون المدني الأردني الأخذ بنظرية الإحالة، ورفض ذلك بشــكل واضــح وصـــريح، حيث نص القانون المدني الأردني في المادة ٢٨ على أنه "إذا تقرر أن

لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية،(القاهرة : مكتبة سعيد رأفت ،١٩٨٤ م)، ص ١٨٦ و انظر جمال الكردي، محاضــرات في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الاختصــاص القضــائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، (القاهرة: دار النهضــة العربية ،١٩٨٩م) ص ٤٩٢ ، وانظر محمد روبي قطب عطا الله، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، (القاهرة : جامعة حلوان، ٢٠٠٠ م)، رسالة دكتوراه ، ص ١٦٣، و الحداد حفيظة الســيد ، الموجز في القانون الخاص الدولي، المبادئ العامة في تنازع القوانين،(بيروت : منشورات الحلبي، ٢٠١٣ م).، صفحة ١٥٢.

(١) عشوش احمد عبد الحميد ، مرجع سابق ، صفحة ٢٩٠.

(٢) جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي ، في الموطن الدولي ومركز الأجانب في البلاد العربية ، (القاهرة: المطبعة العالمية ، ١٩٦٨ م) ، صفحة ٤٧، وانظر أبو العلا علي أبو العلا، دراسات في القانون الدولي الخاص، الموطن في العلاقات الخاصة الدولية ومركز الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، (القاهرة: دار النهضة العربية، دون ذكر سنة النشر) ، ط ١ ، صفحة ٥٧.

قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص" [١].

ويتضح من منطوق هذا النص رفض المشرع الأردني لنظرية الإحالة وعدم الأخذ بها ووجوب تطبيق الأحكام الموضوعية في القانون الذي يقضي النص بتطبيقه دون القواعد التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص ، كما وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تبرير موقف المشرع لرفضه لنظرية الإحالة بما يلي " أن قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين ، تصدر عن اعتبارات خاصة ، وفي قبول الإحالة أياً كان نطاقها ، تفويت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة "[٢] ويلاحظ تأثر النص في القانون المدني الأردني بما ورد في القانون المدني المصري وتطابق الصياغة القانونية في كلا القانونين.

ومن ناحية أخرى أخذ المشرع الأردني بنظرية الإحالة فقط في قانون التركات للأجانب وغير المسلمين في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١، حيث أجاز النص الأخذ بالإحالة إلى قانون محل الإقامة أو القانون الديني للمتوفى، حيث نصت المادة ٤ الفقرة ج على أن "إذا كان قانون البلاد التي ينتمي إليها المتوفى ينص على تطبيق قانون محل الإقامة أو القانون الديني يطبق القانون المنصوص على تطبيقه بهذه الصورة ...." وهذا النص له خصوصيته ولا يمكن التوسع فيه حيث إن القانون المدني الأردني حسب نص المادة ٢٨ رفض الأخذ بالإحالة بنص صريح كما ذكرنا سابقاً.

بالنسبة لقانون التحكيم الأردني المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠١٨ في المادة ٣٦/ أ نص على "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية

---

(١) كما تكرر رفض نظرية الإحالة في قانون أصول المحاكمات الشرعية رقم (١١) لسنة ٢٠١٦ حيث نصت المادَة (١٩٤) على أن "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ، الجزء الأول ، صفحة ٣١٥.

فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين "، وقد أحسن المشرع الأردني حيث تم إلغاء "ما لم يتفق على خلاف ذلك هذا النص " من متن النص السابق بذلك يكون رفض قبول الإحالة متوافقاً مع نص المادة ٢٨ من القانون المدني الأردني، ونؤيد ما أخذ به القانون المدني الأردني برفض نظرية الإحالة على إطلاقها وعدم إهدار تطبيق قاعدة الإسناد الوطنية والغاية التي وضعت من أجلها بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع .

الفرع الثالث: موقف القضاء الإنجليزي من نظرية الإحالة:

أخذت المحاكم الإنجليزية بنظرية الإحالة بمفهوم وبطريقة مختلفة عما هو معمول به في بعض الدول الأخرى، حيث أن مؤدي مفهوم الإحالة في إنجلترا هو أنه يتعين على القاضي الإنجليزي أن يفصل في المنازعة (المشتملة على عنصر أجنبي) كما يفصل فيها القاضي الأجنبي (أي قاضي البلد الذي تشير قاعدة الإسناد الإنجليزية بتطبيق قانونه) [١]، مثلاً لو توفى إنجليزي متوطن في إيطاليا وترك أموال منقولة في إنجلترا، وعرض هذا النزاع أمام محكمة للفصل في توزيع هذه الأموال فيجب على المحكمة الإنجليزية أن تفصل في النزاع المعروض أمامها كما لو كان مطروحاً على محكمة إيطالية، وتطبق القانون الإيطالي .

وبناءً على ذلك فإذا كان هذا القانون يسند حكم الميراث للقانون الإنجليزي في قواعده الموضوعية فيجب على القاضي الإنجليزي أن يطبق القانون الإنجليزي، أما إذا كان القانون الإيطالي يسند حكم الميراث إلى القانون الإنجليزي في جملته أي بما فيه قواعد الإسناد، وكانت هذه القواعد تحيل على القانون الإيطالي، وكان القاضي الإيطالي يقبل هذه الإحالة، توجب على القاضي الإنجليزي أن يطبق القانون الإيطالي [٢].

---

(١) Berlingher Remus Daniel ,The Renvoi in Private International Law , International Journal of Social and Humanity, vol.٣,No.١,January ٢٠١٣. p٧٧.

(٢) عز الدين عبد الله، المرجع السابق، صفحة ١٤٦، الهامش رقم ٤.

الأصل لدى القضاء والفقه الإنجليزي هو أن المحكمة لكل منازعة هي المحكمة التي يخضع النزاع لاختصاص قانونها، وأساس هذه النظرية في الواقع هو الفكرة المهيمنة بشأن اختصاص المحكمة الإنجليزية بالمنازعات ذات الطابع الدولي، فإذا كان النزاع خاضعاً لقانون أجنبي فإن اختصاص المحاكم الإنجليزية يكون في هذه الحالة من قبيل الاختصاص الاستثنائي، ويجب على القاضي الإنجليزي حينئذ أن يفصل في النزاع بنفس الطريقة التي كانت ستفصل بها المحكمة الأصلية باعتبار أنه يفصل في النزاع نيابة عن هذه الأخيرة.

وبذلك نجد أن دور القاضي الإنجليزي وفقاً للنظرية المحكمة الأجنبية foreign Court theory يفوق الدور الذي تفرضه عليه نظرية الإحالة، فالقاضي وفقاً لنظرية الإحالة يتعين عليه تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية فحسب، بينما يجب على القاضي وفقاً لنظرية المحكمة الأجنبية أن يضع نفسه موضع القاضي الأجنبي من جميع الوجوه، فهو لا يطبق قواعد الإسناد في قانون القاضي الأجنبي فقط بل يطبق كذلك قواعد التكييف في هذا القانون، كما يتعين عليه إعمال فكرة النظام العام كما يحددها النظام القانوني الأجنبي [١].

لكن القضاء الإنجليزي الحديث أخذ بهذه النظرية في بعض المسائل المحددة، وهي الميراث في المنقول والطلاق، وترتيب حقوق عينية على عقارات موجودة في الخارج[٢].

وتم تطبيق هذه النظرية بصورة واضحة في قضية Re Annesley [٣] وتتلخص وقائع هذه الدعوى أن امرأة بريطانية الجنسية، توفيت وهي متوطنه حسب المفهوم الإنجليزي للموطن في فرنسا، وبالمقابل اعتبرها القانون الفرنسي متوطنه في بريطانيا، حيث إنه وحسب المفهوم الفرنسي للموطن أن هذه السيدة لم تحصل

(١) فؤاد عبد المنعم رياض، ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٥٨.

(٢) احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، صفحة ٢٨٧.

(٣)David McClean ,Morris The Conflict of Laws, ٤th Edn. (London, Sweet and Maxwell, ١٩٩٣). p. ٤٠٥

على الأذن بالتوطن في فرنسا حسب المادة ١٣ من القانون المدني الفرنسي، تاركة وصية تتخلى فيها عن ملكية جميع أموالها المنقولة للموصي لهم وتحرم الورثة من التركة.

محور هذه القضية تتركز في أن الوصية اشتملت على كل الأموال الموصي بها المنقولة، حيث إن المتوفاة قد وضعت شرطاً هاماً في هذه الوصية تحرم الورثة من الحق في الإرث، وهذا الشرط يعد باطلاً وفقاً لأحكام القانون الفرنسي ولا تنفذ الوصية في حق الورثة إلا في حدود الثلث، في حين أن هذا الشرط وفقاً لأحكام القانون الإنجليزي يعد صحيحاً وأن الوصية بذلك تكون نافذة في حق الورثة ولو استغرقت جميع أموال التركة (١).

في هذه القضية اتبعت المحكمة العليا الإنجليزية نهجاً مختلفاً في حل هذا النزاع، فبعد أن قررت المحكمة على أن موطن المرأة المتوفاة يقع في فرنسا، وأن القانون الواجب التطبيق طبقاً للقانون الدولي الخاص الإنجليزي هو قانون الموطن؛ أي القانون الفرنسي.

بعد ذلك استرسلت المحكمة باعتبار أن القانون الفرنسي يشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الموصي، وحيث أن القانون الفرنسي يقبل الإحالة، بناءً عليه يجب على القاضي الإنجليزي تطبيق القانون الفرنسي الذي يقضي بعدم نفاذ الوصية إلا في الحدود القانونية المرسومة في حدود ثلث التركة وعليه بطلان شرط حرمان الورثة من التركة (٢).

تعد هذه القضية مميزة في القانون الدولي الخاص الإنجليزي بصفة عامة، إذ إنه عند تطبيق القاضي الإنجليزي للقانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعده الوطنية لا يرتب النتائج الطبيعية لهذا التطبيق، بما في ذلك من أخذ بنظرية الإحالة، وإنما نجد

(١) Walter Wheeler Cook, Characterization In The Conflict of Laws , Yale Law Journal, ١٩٤١, Volume ٥١,p٢١١ .

(٢) John Greenwood Collier, Conflict of Laws, Cambridge University Press, third Edition, ٢٠٠١, p .٢٤ .

أن القاضي الإنجليزي يضع نفسه موضع القاضي الأجنبي ومن هنا جاءت تسمية نظرية المحكمة الأجنبية فإن كان هذا الأخير يأخذ بالإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الأجنبي يتبع القاضي الإنجليزي نفس المنهج ويطبق أحكام القانون الأجنبي الذي تشير به قواعد القانون الدولي الخاص الإنجليزي [١].

وتعتبر نظرية المحكمة الأجنبية ذات طابع مميز لاستجابتها لمتطلبات التعاون بين الدول في مجال المنازعات الخاصة الدولية، إلا أنه يعيبها من الناحية الشكلية تجاهلها لوظيفة القاضي الأساسية بتطبيق القانون وفق ما وضعه المشرع الوطني، وهذه النظرية تفترض أن القاضي المطروح عليه النزاع قد تجرد من صفته كقاضي وطني وتقلد وظيفة القضاء بشكل مؤقت في الدول الأجنبية التي تخضع النزاع لقانونها. ولا شك أن هذا الافتراض يتنافى مع الواقع العملي في المجتمع الوطني والمجتمع الدولي على حد سواء [٢].

نخلص من ذلك أن هناك تباين بين مواقف القوانين بالأخذ بالإحالة، حيث تبنت المحاكم الإنجليزية نظرية الإحالة بمفهوم وبطريقة مختلفة عما هو معمول به في بعض الدول الأخرى، أيضاً أن بعض القوانين أخذت بشكل صريح بالإحالة مثل التشريعين التشيكي والألماني، وعليه إن الأخذ بالإحالة وفقاً لأسلوب البحث عن وظيفة وغاية كل قاعدة إسناد على حدة يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، حيث تختلف الحلول من قاض لآخر حسب ما يقتنع به من غاية للقاعدة التي يتعرض لها وهذا مخالف لقواعد العدالة ،كذلك بينا موقف التشريعين الجزائري والإماراتي اللذان أخذا بالإحالة من الدرجة الأولى فقط، وهذا قد يؤدي إلى حلول غير عادلة تؤدي إلى الإجحاف بحقوق الأشخاص، وأحسنت معظم القوانين العربية التي رفضت نظرية الإحالة بشكل صريح مثل القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني.

---

(١) عصام الدين القصبي، المرجع السابق، صفحة ٦٩٦.

(٢) فؤاد عبد المنعم رياض، ومحمد خالد الترجمان، المرجع السابق، صفحة ١٥٨.

وبالتالي نرى أن القاضي الوطني الذي ينظر قضية تشتمل على طرف أجنبي يطبق القاضي القواعد الداخلية لهذا القانون الأجنبي فقط ولا يطبق قواعد الإسناد فيه؛ أي دون أن يطبق قواعد القانون الدولي الخاص لهذا القانون الأجنبي على هذه المسألة لحل النزاع المعروض أمامه، وبالتالي رفض نظرية الإحالة حتى لا نهدر الغاية التشريعية من وراء إيجاد قواعد الإسناد الوطنية في الحياة الخاصة الدولية، وهو تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية للوصول للحل العادل للنزاع المطروح أمام القاضي.

وأخيراً وفي نهاية المطاف كان الهدف المرجو من هذا البحث، بيان نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص وتحليل الآراء الفقهية المختلفة في تناول هذه النظرية، وتناولنا بعض النظريات التي تؤدي إلى ذات النتيجة عند الأخذ بنظرية الإحالة، وخلال البحث توصل الباحث إلى جملة من النتائج والتوصيات المقترحة والتي يمكن حصرها بما يلي:

النتائج وتتمثل بالأمور التالية:

أولاً: إن نظرية الإحالة ما زالت تثير جدلاً وعدم اتفاق في فقه القانون الدولي الخاص، وذلك بين قبول هذه النظرية ورفض الأخذ بها.

ثانياً: نظرية الإحالة أعطت مفهوم جديد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، وكيفية إعماله ومضمونه فلم يعد هذا القانون يقتصر فقط على القواعد الموضوعية بل امتد أيضاً إلى قواعد القانون الدولي الخاص.

ثالثاً: إن القرار القضائي النهائي للنزاع المعروض أمام القاضي، لا شك يختلف بحسب ما إذا قانون دولة القاضي يأخذ بنظرية الإحالة أو يرفضها.

رابعاً: رفض القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني الأخذ بنظرية الإحالة.

خامساً: هناك توجه حديث في الفقه القانوني المصري بالأخذ بنظرية الإحالة.

سادساً: قبول نظرية الإحالة من الدرجة الأولى فقط في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الجزائري.

سـابعاً: أخذت المحاكم الإنجليزية بنظرية الإحالة بمفهوم وبطريقة مختلفة عما هو معمول به في بعض الدول الأخرى.

ثامناً: بعض القوانين حاولت حل هذه المسـألة بالأخذ بما يسـمى بالحل الوظيفي، وذلك بالنظر والاسـتناد إلى النتيجة التي تحققها وذلك اسـتجابة للتطورات في مجال التجارة الدولية، والذي يسـتتبعه بالنتيجة تطور في الناحية التشريعية.

التوصيات

في ضوء النتائج التي توصل إليها البحث يوصي الباحث بما يأتي:

١- بناءً على ما تمخض عنه البحث من نتائج نوصي المشرع الإماراتي، إجراء التعديلات بإلغاء الفقرة الثانية من نص المادة ٢٦ من قانون المعاملات الإماراتي، ورفض قبول نظرية الإحالة.

٢- كذلك نرجو حذف عبارة "ما لم يتفق على خلاف ذلك" من نص المادة (٣٧) من قانون التحكيم الإماراتي الجديد رقم (٦) لسنة ٢٠١٨.

٣- نوصي المشرع الجزائري حذف نص المادة ٢٣ مكرر ١ من القانون المدني الجزائري ورفض الأخذ بنظرية الإحالة كما فعلت معظم التشريعات العربية الأخرى الرافضة لنظرية الإحالة بشكل مطلق.

٤- ونؤيد مل ذهب إليه القانون المدني الأردني في موقفه الرافض لنظرية الإحالة بشكل مطلق، إلا أننا نوصي بإلغاء نص المادة الرابعة الفقرة ج في قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الأردني.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع العربية

١. أبو العلا علي أبو العلا، دراسات في القانون الدولي الخاص، الموطن في العلاقات الخاصة الدولية ومركز الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، (القاهرة: دار النهضة العربية، دون ذكر سنة النشر)، ط ١.

٢. أحمد عبد الكريم سلامه، أصول المرافعات المدنية الدولية، (المنصورة: المكتبة العالمية، ١٩٨٤م).

٣. أشرف وفا محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ م) ط ١.

٤. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩ م) ط١.

٥. احمد محمود الفضلي، الإحالة بين القبول والرفض في القانون الدولي الخاص " دراسة تحليلية في بعض التشريعات العربية"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية، ٢٠١٠ م، المجلد ٢٥، عدد ١، جامعة مؤتة، الأردن.

٦. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، في الموطن الدولي ومركز الأجانب في البلاد العربية، (القاهرة: المطبعة العالمية، ١٩٦٨ م).

٧. جمال الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، (القاهرة: دار النهضة العربية ،١٩٨٩م).

٨. فاطمة الزهراء جندولي، الإحالة في القانون الدولي الخاص " تأصيل وتجديد"، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الحادي عشر، ٢٠١٥، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر.

٩. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الخاص الدولي، المبادئ العامة في تنازع القوانين، (بيروت: منشورات الحلبي، ٢٠١٣ م).

١٠. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة أهل البيت، ٢٠١٧ م، عدد ٢٠، جامعة أهل البيت.

١١. صالح مهدي كحيط عارضي، مفهوم الإحالة بين النسبية والإطلاق وأحكام الحل الوظيفي " دراســـة مقارنة "، مجلة أهل البيت، ٢٠١٥ م، عدد ١٨، جامعة أهل البيت.

١٢. عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص في أوربا وفي مصر، (القاهرة: مطبعة السعادة، ١٩٢٧م)، ط ٢.

١٣. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦م) ط ٩.

١٤. احمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص، (القاهرة: دار النهضة العربية ،٢٠٠٢ م).

١٥. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، الجنسية، مركز الأجانب، تنازع الاختصــاص القانوني، الاختصــاص القضــائي الدولي (القاهرة: دارا لنهضــة العربية ٢٠٠٣م).

١٦. عكاشة محمد عبد ألعال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية،) الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية ١٩٨٦م).

١٧. عكاشـــة محمد عبدالعال، الإحالة في القانون الدولي الخاص والموقف منها في ضـوء وظيفة قاعدة الإسـناد (دراسـة في القانون المقارن وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة)، مجلة الشـــريعة والقانون ،١٩٩٥م، العدد ٩، جامعة الأمارات العربية المتحدة.

١٨. فؤاد عبد المنعم رياض بالاشـــتراك مع د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، (دون ذكر الناشر ،١٩٩٨م).

١٨ فؤاد عبد المنعم رياض ود سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٩ م).

١٩ فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص ٢، منشــورات الجامعة الافتراضــية الســورية، ٢٠١٨ ، مـــــوقـــــع الإلـــــكـــــتـــــرونـــــي:

https://pedia.svuonline.org/pluginfile.php/١٣٥٦/mod_resource/content/٣٤

٢٠ماهر إبراهيم السداوي، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، (القاهرة: مكتبة سعيد رأفت، ١٩٨٤ م).

٢١محمد روبي قطب عطا الله، الدفع بالإحالة لقيام ذات النزاع أمام محكمة أجنبية، (القاهرة: جامعة حلوان، ٢٠٠٠ م)، رسالة دكتوراه.

٢٢هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص الجنسية المصرية وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، (الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥ م).

ثانياً: المراجع الأجنبية:

٢٣ Berlingher Remus Daniel ,The Renvoi in Private International Law , International Journal of Social and Humanity, vol.٣,No.١,January ٢٠١٣

٢٤ John Greenwood Collier, Conflict of Laws, Cambridge University Press, third Edition, ٢٠٠١.

٢٥ David McClean ,Morris The Conflict of Laws, (London, Sweet and Maxwell, ١٩٩٣) ٤th Edition.

٢٦ Walter Wheeler Cook, Characterization in the Conflict of Laws, Yale Law Journal, ١٩٤١, Volume ٥١.

ثالثاً: القوانين

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٢. القانون المدني الأردني رقم٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٣. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

٤. القانون المدني الجزائري رقم ٠٥ –٠١ لسنة ٢٠٠٥.

٥. قانون التركات للأجانب وغير المسلمين في القانون رقم ٨ لسنة ١٩٤١ .

٦. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول.

٧. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، الجزء الأول.