

الإحالة من منظور قاعدة الإسناد الجزائرية*

Pr. AIT MANSOUR Kamal,
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.

أ.د. أيت منصور كمال،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

يشكل قبول الإحالة من الدرجة الأولى تطور هام في القانون الدولي الخاص الجزائري، إذ استجاب المشرع للنظرة الفقهية المعاصرة والتي تنادي باعتماد الحل الوظيفي للإحالة والابتعاد عن النظرة الكلاسيكية التي تركز على معطيات نظرية، إلا أنه تتوقف مسألة قراءة دور قاعدة الإسناد الخاصة بالإحالة وفهم أهداف المشرع الجزائري منها على أساس دراسة نظرية بسبب غياب تطبيق النص من طرف القاضي لتخلف العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي أمام المحاكم الجزائرية على خلاف الوضع في قضاء الدول العربية، وهو ما يثير جدوى تميز القانون الجزائري على أغلبية قوانين هذه الدول الراضية للإحالة

الكلمات المفتاحية:

القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإحالة، الاختلاف حول الإحالة، الإحالة من الدرجة الأولى، الحل الوظيفي للإحالة، دور القاضي الجزائري.

Referral from the Perspective of the Algerian Support Base

Abstract:

The acceptance of a first-class referral constitutes an important development in Algerian private international law. The legislator has responded to the contemporary jurisprudential view, which calls for the adoption of a functional solution for referral and distancing itself from the classic view based on theoretical data. However, the question of reading the role of the reference base for referral and understanding the objectives of the Algerian legislator On the basis of a theoretical study because of the absence of the application of the text by the judge to leave private relations with an international dimension before the Algerian courts, unlike the situation in the judiciary of the Arab countries, which raises the usefulness of distinguishing Algerian law on the majority of the laws of these countries rejecting For referral

Keywords:

Private international law, conflict of laws, referral, variation on referral, first-degree assignment, career solution for assignment, role of the Algerian judge.

* تمّ استلام المقال بتاريخ 2016/12/25 وقُبل للنشر بتاريخ 2017/12/10.

Le renvoi dans la règle de rattachement algérienne

Résumé:

L'acceptation du renvoi au premier degré constitue un développement important dans le droit international privé algérien. De ce fait, législateur adopte la théorie doctrinale contemporaine, qui appelle à l'adoption d'une solution fonctionnelle du renvoi et de s'éloigner de la vision classique basée sur de la théorie. Toutefois, pour comprendre le rôle de la règle de rattachement du renvoi adoptée par le législateur algérien, il est judicieux d'engager une étude théorique et ce, à défaut d'application du texte par le juge pour absence de dimension internationale des relations posées devant les juridictions algériennes, contrairement à la situation dans les juridictions des États arabes, ce qui soulève la question de la pertinence de distinguer la législation algérienne avec la majorité des lois de ces États qui rejettent le renvoi.

Mots clé :

Droit international privé, conflits des lois, le renvoi, divergence au sujet du renvoi, renvoi au premier degré, solution fonctionnelle du renvoi, rôle du juge algérien.

مقدمة

تعتبر الإحالة من أبرز المواضيع التي خص لها المشرع الجزائري قاعدة إسناد في تعديل القانون المدني سنة 2005⁽¹⁾ وذلك بالنظر أولاً إلى غياب الاهتمام التشريعي بها منذ سنة 1975⁽²⁾ وثانياً إلى مسألة الاختلاف حول قبولها حيث شكلت أهم محاور القانون الدولي الخاص المقارن.

تنص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً 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".

تفصل المادة 23 مكرر 1 في مسألة ماذا كان يتعين على القاضي الجزائري في مادة تنازع القوانين تطبيق القواعد الموضوعية أم تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي للفصل في النزاع باعتباره القانون الواجب التطبيق.

تندرج الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري ضمن التعديلات الهامة والجوهرية التي مست قواعد الإسناد في سنة 2005 بهدف البحث عن القانون الملائم لحكم العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي والاستجابة لمختلف مصالح المتعاملين، لذا لا يمكن البحث في موضوع الإحالة من زاوية قبولها أو رفضها من طرف المشرع الجزائري حيث شكلت المادة 23 مكرر 1 وفي عدة مناسبات علمية محل اختلاف بين الباحثين الجزائريين فهل تتضمن المادة قبول الإحالة بنوعها أو رفضها؟ وامتدت بعض الآراء إلى إثارة التناقض في موقف المشرع من خلال صياغة النص، بل يتطلب أن ينصب البحث في مدى ملائمة وفائدة قبول الإحالة وهو الدور الذي يمكن أن تؤديه قاعدة الإسناد الجزائرية في إطار الأهداف التي يرمي إليها

المشرع، وهو ما أطلق عليه الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص بالحل الوظيفي للإحالة.

يشكل موضوع البحث عن الحل الوظيفي للإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري أهمية بالغة وذلك من زاويتين:

- من الزاوية النظرية: يتطلب ربط نص المادة 23 مكرر 1 من الوجهة العلمية بمختلف المعطيات الفقهية والقضائية المتعارف عليها في مادة الإحالة مع أخذ بعين الاعتبار الجذور التاريخية للمشكلة، حيث أثرت الإشكالية في القانون الجزائري في ظل الاستقرار النسبي للنظرية في مختلف تجارب الدول مع العلم أنها مسألة قديمة تبلورت عند القضاء الفرنسي منذ سنة 1978 في قضية (Forgo) وتحدد الدراسة النظرية من خلال توضيح صياغة النص من الناحية الشكلية لإبراز مضمونه وفق المعطيات السابقة (أولا).

- من الزاوية العملية: يتطلب أن تتعدى دراسة مشكلة الإحالة في القانون الجزائري إلى تحديد دور القاضي في إعمال نص المادة 23 مكرر 1 وهي مسألة عملية جد مهمة بالنظر أولا إلى غياب تجارب عملية في مادة القانون الدولي الخاص وثانيا يترتب عن إعمال الإحالة آثار مختلفة يتبين منها الحل الوظيفي المراد من طرف المشرع (ثانيا).

أولا: موقف المشرع الجزائري من الإحالة: دراسة صياغة النص

اعتمد المشرع الجزائري في صياغة نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الخاصة بالإحالة على نفس الأسلوب المعتمد من طرف المشرع الإماراتي في المادة 26 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة⁽³⁾ والتي تنص على أنه: "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."

يعتبر بعض الباحثين الجزائريين الأسلوب الشكلي المنتهج من طرف المشرع في بناء نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني السبب الأساسي لاختلاف وجهات النظر حول مسألة قبول الإحالة وهو ما سنعتمد عليه في قراءة موقف المشرع الجزائري والذي يبرز رأيه في فقرتي نص المادة حيث تتضمن الفقرة الأولى من النص رفض الإحالة (1) وتنص الفقرة الثانية على قبول الإحالة من الدرجة الأولى (2) وعلى أساس دراسة كلا الفقرتين يبرز موقف المشرع الجزائري من خلال الصياغة العامة للنص (3).

1-الفقرة الأولى من النص: رفض الإحالة

تنص الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه : "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان". ويفهم من النص أنه إذا تقرر بموجب قواعد الإسناد الوطنية تطبيق القانون الأجنبي فإن هذا القانون سيطبق للفصل في النزاع وهو ما يتطلب الرجوع مباشرة إلى قواعده الموضوعية من دون قواعد الإسناد لهذا القانون الأجنبي، وتتضمن الفقرة رفض الإحالة.

يمكن ربط مسألة رفض الإحالة في القانون الجزائري بنوعين من المعطيات والتي أثرت على موقف المشرع في صياغة نص المادة، تتمثل فيما يلي:

أ-المعطيات التاريخية لنظرية الإحالة

أثيرت إشكالية الإحالة منذ اعتراف محكمة النقض الفرنسية في سنة 1878 بالإحالة من الدرجة الأولى في القضية الشهيرة (Forgo)⁽⁴⁾ إذ منذ ذلك الوقت كانت محل رفض العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص و اعتبرت من أبرز مشاكل منهج قواعد الإسناد في حل قضايا تنازع القوانين بالنظر إلى ما يمكن أن ينتج عنها من آثار سلبية لا سيما إمكانية الخروج عن وظيفة قواعد الإسناد الوطنية، وتعطيل مصالح الأفراد وحسن سير القضاء في حالة رفض كل قانون اختصاصه لحل النزاع و الدوران في حلقة مفرغة⁽⁵⁾، وقد أثر هذا الموقف الفقهي على العديد من التشريعات الوطنية والتي رفضت صراحة الإحالة مثل القانون المدني المصري⁽⁶⁾ القانون المدني السوري⁽⁷⁾ ومجلة القانون الدولي الخاص التونسي⁽⁸⁾ ورفضت الإحالة حتى في التطبيقات القضائية فقد استقر مثلا القضاء المصري على عدم قبول الإحالة مهما كان نوعها وأكدت محكمة النقض هذا الموقف في سنة 1958⁽⁹⁾.

ب-المعطيات التاريخية لقاعدة الإسناد الجزائرية

أخذ المشرع الجزائري في صياغة الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 بعين الاعتبار موقفه الكلاسيكي إزاء الإحالة، حيث لم يتضمن القانون المدني لسنة 1975 أي نص خاص بالإحالة، وهو ما يفسر عند الفقه برفضها على أساس أنها تعتبر استثناء إذا تخلفت يتطلب الرجوع إلى الأصل المتمثل في تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي منحت له قواعد الإسناد الوطنية الاختصاص⁽¹⁰⁾ وقد فسر بعض أساتذة مادة القانون الدولي الخاص سكوت المشرع الجزائري عن الإحالة بمثابة رفض لها وذلك بمناسبة تعليقهم على قواعد الإسناد الجزائرية لسنة 1975 ومن أبرز الدراسات: تلك التي قام كل من الأستاذ الفرنسي (PEYRAND) في مقال له منشور في المجلة النقدية للقانون الدولي الخاص لسنة

1977⁽¹¹⁾ والأستاذ المصري عز الدين عبد الله في مجلة مصر المعاصرة لسنة 1979⁽¹²⁾، والأستاذ علي علي سليمان في مؤلفه تحت عنوان: "مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري في سنة 1984⁽¹³⁾".

أدرجت قواعد الإسناد الجزائرية ضمن أحكام القانون المدني الصادر في سنة 1975 وهو نص تأثر بالقانون المصري بالنظر إلى المعطيات التاريخية لصياغته، وفي القانون المصري رفض المشرع الإحالة بموجب المادة 28 من القانون المدني واستندت الأعمال التحضيرية للنص⁽¹⁴⁾ إلى أسباب تتمثل أولا في معطيات تاريخية مرتبطة بالمجتمع المصري خاصة بالمادة 31 من لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة والتي تخضع مسائل الأحوال الشخصية للأجانب أصحاب الامتيازات في مصر إلى قانونهم الوطني من دون أخذ بعين الاعتبار قواعد القانون الدولي الخاص لتفادي تطبيق القانون المصري، وثانيا التأثير بنص المادة 30 من القانون المدني الايطالي التي رفضت الإحالة على أساس أن قبولها سيؤدي إلى الخروج عن هدف قواعد الإسناد الوطنية التي تمنح الاختصاص للقانون الأجنبي. ونشير إلى أنه رفضت الإحالة من طرف الأستاذ عبد الحميد أبو هيف⁽¹⁵⁾ وذلك قبل صدور القانون المدني في سنة 1948.

2- الفقرة الثانية من النص: قبول الإحالة من الدرجة الأولى

تنص الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 على أنه: "غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص" ويعبر النص على قبول تطبيق القانون الجزائري للفصل في النزاع بناء على أوامر قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد الوطنية، وهو ما يعبر عنه الفقه بقبول الإحالة من الدرجة الأولى أو الإحالة الحقيقية.

إن قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 يمكن أن يندرج في إطار التطور الذي وصل إليه الفقه في موضوع الاختلاف حول الإحالة، حيث يناقش الموقف الفقهي الحديث إلى تفادي البحث في موضوع الإحالة من منظور تقليدي يعتمد على قبولها أو رفضها بل يتطلب الأمر النظر في الحل الوظيفي الذي يمكن أن تؤديه، حيث تقبل الإحالة في حالة ما إذا كان سيؤدي تطبيقها إلى النتائج التي أرادها المشرع من خلال قاعدة الإسناد الوطنية⁽¹⁶⁾ ويندرج في هذا الإطار منظور الفقه الأمريكي الحديث، فيرى الأستاذ (CAVERS) بقبول الإحالة إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل ملائم والمتمثل في إقامة العدالة المادية بين طرفي المنازعة ويرى الأستاذ (CURRIE) بأنه قد يتمثل الحل الملائم في وجود مصلحة الدولة⁽¹⁷⁾. ويرى بعض الباحثين⁽¹⁸⁾ أن الإحالة أصبحت من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص.

يشكل قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الدولي الخاص الجزائري تطور هام من الوجهة العلمية النظرية، وهذا على خلاف الوضع في القانون المصري باعتباره المرجع التاريخي للقانون المدني الجزائري إذ لم تشهد المادة 28 من القانون المدني والتي ترفض الإحالة أي تغير على الرغم من تشعب قضايا القانون الدولي الخاص في القضاء المصري، وظهور فقهاء من بينهم الفقيه عز الدين عبد الله⁽¹⁹⁾ ينادون بقبول الإحالة من الدرجة الأولى لهدف تأكيد السيادة الإقليمية باعتبارها الأصل العام في القانون وتحقيق بعض الأهداف التي ترمي إليها قواعد التنازع المصرية، إلا أنه يرى البعض من الفقهاء بأنه يتطلب استبعاد القانون المصري في حالة الإخلال الصارخ بتوقعات الأطراف كتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب⁽²⁰⁾.

على أساس المعطيات المذكورة تبقى مسألة مدى ملائمة قبول الإحالة من الدرجة الأولى والمعتمدة في الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 محل نظر أمام القضاء الجزائري على أساس مختلف النتائج التي يمكن أن يرتها التطبيق مع أخذ بعين الاعتبار المعطيات العملية لإعمال النص.

3- الصياغة العامة للنص: الرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية والقبول الصريح للإحالة من الدرجة الأولى

إن مسألة فهم موقف المشرع الجزائري من الإحالة يتطلب أولاً قراءة كل فقرة من نص المادة 23 مكرر 1 مع أخذ بعين الاعتبار مضمونها وفق المعطيات السابقة الذكر، وثانياً الحرص على الصياغة العامة للنص بالربط بين الفقرتين وفهم التكامل بينهما.

من الناحية الشكلية تتضمن المادة 23 مكرر 1 فقرتين: فقرة أولى تعبر عن رفض الإحالة وفقرة ثانية تقبل الإحالة من الدرجة الثانية، وعلى أساس ذلك تتضمن الصياغة العامة للمادة قاعدتين: قاعدة أصلية في الفقرة الأولى تتضمن رفض الإحالة و قاعدة استثنائية في الفقرة الثانية تتضمن قبول الإحالة من الدرجة الأولى.

على أساس الربط بين الفقرتين الأولى والثانية من المادة 23 مكرر 1 وإحداث التكامل بينهما يبرز موقف المشرع الجزائري من الإحالة والمتمثل في الرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية بموجب مضمون الفقرة الأولى من النص والقبول الصريح لنوع واحد من الإحالة في الفقرة الثانية وهي الإحالة من الدرجة الأولى، ويستشف الرفض الضمني للإحالة من الدرجة الثانية على أساس مضمون الفقرة الثانية من المادة والتي تقبل كاستثناء الإحالة من الدرجة الأولى وهو ما يعني أن الفقرة الأولى تتعلق فقط برفض الإحالة من الدرجة الثانية.

على أساس دراسة الصياغة العامة للمادة 23 مكرر 1 يتبين عدم تضمن النص أي تناقض أو أية صعوبة في التطبيق تستدعي تدخل المشرع للتعديل، على خلاف ما ذهب إليه بعض الباحثين الجزائريين في دراسة موقف المشرع الجزائري من الإحالة⁽²¹⁾ ونشير إلى أنه لم تثار أي تناقضات أو اختلالات فيما يخص النص في الدراسات التي قام بها البعض الآخر من الباحثين الجزائريين⁽²²⁾.

تعتبر مسألة قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري عن الموقف المرن للمشرع إزاء الاتجاه الفقهي الرافض للإحالة بغض النظر عن نيته أو النتائج التي يمكن أن تترتب عن تطبيق القانون الجزائري.

يمكن أن يؤسس رفض المشرع الجزائري للإحالة من الدرجة الثانية على رغبة تفادي الآثار السلبية التي يمكن أن تنتج عنها لا سيما إمكانية الخروج عن وظيفة قواعد الإسناد الوطنية، وتعطيل مصالح الأفراد وحسن سير القضاء في حالة رفض كل قانون اختصاصه لحل النزاع والدوران في حلقة مفرغة.

نشير أن القضاء الفرنسي يسلم بالإحالة إلى قانون آخر غير القانون الفرنسي وهو ما تأكد منذ سنة 1938⁽²³⁾ وفي أحكام حديثة ولو كانت قليلة بالمقارنة مع قبول الإحالة من الدرجة الأولى⁽²⁴⁾.

ثانيا: تطبيق القاضي الجزائري لقاعدة الإحالة

لم تطرح مسألة تطبيق المادة 23 مكرر 1 أمام القضاء الجزائري إذ بقي موضوع موقف المشرع من الإحالة محل دراسة نظرية بحتة. إلا أنه يتطلب إثارة موضوع أعمال النص أمام القاضي الجزائري على الرغم من عدم إمكانية الاستناد إلى تجارب سابقة للقضاء الجزائري في مواضيع القانون الدولي الخاص(1) وينتج عن تطبيق القانون الجزائري استنادا إلى قبول الإحالة من الدرجة الأولى أثار تطرح مدى ملائمة الحل المعتمد من طرف المشرع الجزائري بالنظر إلى مختلف المبررات التي نادي بها الفقه الحديث المؤيد للإحالة(2).

1-كيفية أعمال قاعدة الإحالة من طرف القاضي الجزائري

يكمن دور القاضي الجزائري في تطبيق المادة 23 مكرر 1 الخاصة بالإحالة فيما يلي: إذا منحت قاعدة الإسناد الوطنية الاختصاص للقانون الأجنبي يتعين على القاضي الرجوع إلى هذا القانون باعتباره القانون الواجب التطبيق وفق إرادة المشرع الجزائري. إلا أنه في إطار أعمال قاعدة الإحالة يتطلب من القاضي قراءة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وهنا يمكن أن نكون أمام حالتين:

أ- حالة منح قاعدة الإسناد الأجنبية اختصاص لقانون دولة ثالثة

يمكن أن يتبين للقاضي الجزائري من خلال قراءة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن القانون المعتمد للفصل في النزاع يتمثل في قانون دولة أخرى، وهو ما يعني رفض قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي اختصاص الفصل في النزاع بموجب كل من القواعد الموضوعية لهذا القانون والقواعد الموضوعية لقانون القاضي المتمثل في القانون الجزائري.

على القاضي الجزائري، في حالة منح قاعدة الاستناد الأجنبية اختصاص لقانون دولة ثالثة، أن يفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الواجب التطبيق والذي منح له الاختصاص بموجب قاعدة الإسناد الجزائرية.

إن تطبيق القاضي الجزائري للقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي للفصل في النزاع يشكل عدم الامتثال لإرادة المشرع الأجنبي التي ترمي إلى تطبيق قانون دولة أخرى، وهو ما يعبر عنه الفقه برفض الإحالة من الدرجة الثانية، ويستند هذا التطبيق إلى أعمال الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان".

ب- حالة منح قاعدة الإسناد الأجنبية اختصاص للقانون الجزائري

يمكن أن يتبين للقاضي الجزائري من خلال قراءة قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق أن القانون المعتمد للفصل في النزاع يتمثل في قانون دولة قاضي رفع الدعوى، وهو ما يعني رفض قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي اختصاص الفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية لهذا القانون وقبول الفصل في النزاع وفق القواعد الموضوعية لقانون القاضي المتمثل في القانون الجزائري.

يتطلب من القاضي الجزائري، في حالة منح قاعدة الإسناد الأجنبية اختصاص لقانون القاضي، أن يفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية للقانون الجزائري.

إن تطبيق القاضي الجزائري للقواعد الموضوعية في قانونه الوطني للفصل في النزاع يشكل امتثال لإرادة المشرع الأجنبي المجسدة في قاعدة إسناده والتي ترمي إلى تطبيق قانون دولة قاضي رفع الدعوى، وهو ما يعبر عنه الفقه بقبول الإحالة من الدرجة الأولى، ويستند هذا التطبيق إلى أعمال الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 التي تنص على أنه: "غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

2- أثار إعمال الإحالة من الدرجة الأولى

يتطلب تحديد أثار إعمال الإحالة من الدرجة الأولى والتي تؤدي بالنتيجة إلى تطبيق القاضي الجزائري قانونه الوطني البحث في وظيفة الفقرة الثانية من المادة 23 مكرر 1 التي تقبل الإحالة وهو البعد الوظيفي لقبول الإحالة الذي استقر عليه الفقه الحديث في مادة القانون الدولي الخاص، فمن المنطقي إبراز وظيفة قاعدة الإسناد الجزائرية التي تقبل الإحالة من الدرجة الأولى إذ من شأن قواعد الاستناد أن تؤدي دورا وتحقق نتائج وتعبّر عن إرادة المشرع، وفي إطار ذلك تبرز الآثار التالية:

أ- تطبيق القاضي الجزائري لقانونه الوطني

إن أول نتيجة تتحقق من خلال تطبيق القاضي الجزائري للإحالة من الدرجة الأولى تتمثل في أنه سيفصل في النزاع المطروح بموجب قانونه الوطني، فمن الأفضل للقاضي أن يطبق القانون الجزائري إذ تتوافر لديه الثقافة القانونية لمجتمعه وهو ما يسهل عليه عملية الفصل في القضية والوصول إلى حل مناسب. وإلى جانب ذلك فإن إعمال القاضي الإحالة من الدرجة الأولى وتطبيقه لقانونه الوطني إنما يترجم مبدأ الفاعلية والواقعية إذ في الغالب أن يكون قانون القاضي من بين القوانين المتنازعة⁽²⁵⁾.

يعفى القاضي الجزائري في إطار قبول الإحالة من الدرجة الأولى من الصعوبات التي يمكن أن يقع فيها إذا ما طلب منه تطبيق القانون الأجنبي، لاسيما أن إعمال هذا القانون تعترضه عدة مشاكل⁽²⁶⁾ ومنها غياب القاعدة الواجبة التطبيق⁽²⁷⁾، صعوبة عملية التفسير، واستبعاد تطبيقه لمخالفة النظام العام وفق مقتضيات نص الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني. وفي التطبيقات القضائية الفرنسية أعلن مثلا المستشار (DENIS) في مرافعة أمام محكمة النقض بقبول الإحالة من القانون الأمريكي إلى القانون الفرنسي لأنه يحب القانون الفرنسي أكثر مما يحب القانون الأجنبي⁽²⁸⁾.

قد تكون صعوبات تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الجزائري أكثر تعقيدا مقارنة بالوضع في الدول الأخرى بالنظر إلى وضعية القضاء الجزائري الذي عانى من عدة نقائص لا سيما ما يخص بالازدواجية القضائية وتخصص القضاة، فكيف نثقل من كاهل القاضي الجزائري ونطلب منه تطبيق القانون الأجنبي في مواضيع معقدة تدرج في تخصص القانون الدولي الخاص.

ب- حماية بعض المصالح الوطنية

يسمح تطبيق القانون الجزائري من خلال إعمال الإحالة من الدرجة الأولى حماية بعض المصالح الوطنية، خاصة إذا تعلق الأمر بمواضيع الأحوال الشخصية والتي أولى لها المشرع الجزائري اهتماما خاصا وتطلب إحاطتها بقواعد ذات طابع حمائي⁽²⁹⁾. وان تصورنا أن

قضية(Forgo) قد طرحت أمام القضاء الجزائري فإن المال محل النزاع سيؤول إلى الخزينة العمومية⁽³⁰⁾. ويرى الأستاذ الأمريكي(CURRIE) بأنه قد يكون الحل الملائم من قبول الإحالة هو وجود مصلحة الدولة.

ج-توسيع دائرة تطبيق القانون الجزائري

يمكن أن يندرج قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري في إطار التوجه الفقهي الكلاسيكي الذي نادى إليه الفقيه الفرنسي(NIBOYET)⁽³¹⁾ حيث أنه في حالة رفض القانون الأجنبي الواجب التطبيق الاختصاص الممنوح له فإن القاضي سيفصل في النزاع وفقا لقانونه الوطني باعتباره الأصل في تطبيق القوانين على أساس مبدأ السيادة الإقليمية لقانون القاضي.

تساهم الإحالة من الدرجة الأولى في تعزيز مكانة القانون الجزائري في تنازع القوانين، وهو ما يجسد أكثر مبدأ السيادة الإقليمية، حيث تبين ومنذ سنة 1975 موقف المشرع والممثل في محاولة إخضاع مواضيع مختلفة لحكم القانون الجزائري، ويظهر ذلك لا سيما في: إخضاع التكييف لقانون القاضي وفق مضمون المادة 9، تطبيق القانون الجزائري على أهلية الأجنبي في إطار الاستثناء الوارد في المادة 10، الطابع الاستثنائي للمادة 13 والتي تطبق في مجال واسع يتضمن المواضيع المدرجة في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت عقد الزواج، تطبيق القانون الجزائري كاستثناء بموجب المادة 20 في الوقائع القانونية المشروعة في الجزائر، وأخيراً محاولة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بكافة طرق أعمال منهج قواعد الإسناد ويتمثل ذلك خاصة في تفضيل الجنسية الجزائرية بموجب المادة 22 في حالة تنازع الجنسيات، وتطبيق القانون الجزائري في حالة غياب القاعدة الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي إعمالاً بالمادة 23 مكرر واستبعاد تطبيقه لمخالفة النظام العام وفق مقتضيات نص الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني.

د-سهولة تنفيذ حكم القاضي الجزائري في الدولة الأجنبية

يسهل في الدولة الأجنبية على أصحاب المصالح تنفيذ الحكم الذي توصل إليه القاضي الجزائري من خلال إعمال الإحالة من الدرجة الأولى، وهي حجة ذات طابع عملي تبحث عن الملائمة، وقد عبر عنها الفقه المؤيد للإحالة بفكرة تناسق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام في الدولة الأجنبية على أساس أن القاضي طبق قانونه الوطني استناداً إلى إعمال قاعدة الإسناد لهذا القانون الأجنبي⁽³²⁾، وقد تطرح إشكالية تنفيذ الحكم في الدولة الأجنبية في حالة عدم قبول الإحالة المعروضة من قبل قانونها وقد عبر عن ذلك الفقيه الفرنسي(NIBOYET) في كتابه⁽³³⁾ بـ:

«... Si l'on ne se conforme pas à ce que décide le pays étranger, la décision qui interviendra n'aura aucune utilité pratique, parce que le pays étranger lui refusera tout effet chez lui ».

خاتمة

يتبين من خلال دراسة موضوع الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري أنّ المشرع استجاب بموجب المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني للتطور الفقهي الحاصل في المجال والذي ينادي بالابتعاد عن النظرية الكلاسيكية للإحالة والتي تقوم على أساس اعتبارات نظرية بل يتطلب قبول الإحالة من عدمه بالنظر إلى قاعدة الإسناد والغاية منها.

إن قبول الإحالة من الدرجة الأولى في القانون الجزائري يعبر فعلا عن الموقف المرن إزاء الإحالة وفي ذلك خرج المشرع الجزائري عن الموقف المعتاد في أغلب الدول العربية والتي ترفض الإحالة، وي طرح أكثر هذا التميز بالمقارنة مع القانون المصري باعتباره المرجع التاريخي للقانون المدني الجزائري، حيث لم تشهد المادة 28 من القانون المدني المصري أي تغيير على الرغم من الجدل الفقهي الحاد حول قبول الإحالة ومن جهة أخرى تميز القضاء المصري - على خلاف الوضع في أغلبية الدول العربية- بتشعب قضايا القانون الدولي الخاص.

على أساس وضعية المجتمع الجزائري وغياب العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي أمام القضاء الوطني، يبقى للمادة 23 مكرر 1 بعد نظري وتعتبر إضافة في القانون الدولي الخاص الجزائري، وفي المقابل يتطلب فهم موقف المشرع الاستناد إلى نظرية الإحالة والتجارب القضائية في دول القانون المقارن.

إلا أنه وعلى الرغم من الإبعاد والنتائج النظرية الايجابية لإعمال الإحالة من الدرجة الأولى أمام القضاء الجزائري، تبقى مسألة إبراز وفهم الحل الوظيفي المعتمد في المادة 23 مكرر 1 وفق نية المشرع غامضة يتطلب الكشف عنها إعطاء للمادة بعد تطبيقي من خلال إعمالها من طرف القاضي الجزائري.

الهوامش:

- (1) قانون رقم 10-05 مؤرخ في 20 جوان سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر ج عدد 44 مؤرخ في 26 جوان سنة 2005.
- (2) أمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج عدد 78 مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل والمتمم، انظر الموقع الالكتروني للأمانة العامة للحكومة: www.joradp.dz
- (3) قانون اتحادي رقم منشور بالجريدة الرسمية الصادرة عن الأمانة العامة لمجلس الوزراء بدولة الإمارات العربية الجزء الثاني عشر - السنة الخامسة عشرة - العدد مائة وثمانية وخمسون، 29 ديسمبر 1985، معدل ومتمم.
- (4) Cour de cassation, ch.cv.24 juin 1978, in ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5e édition, Dalloz, Paris, 2006, pp 60-61.
- (5) للتفصيل في موضوع حجج الفقهاء الرافضين للإحالة راجع: -LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, Droit international privé, 6e édition, Dalloz, Paris, 1999, pp 227-229. - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص: الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1968، ص ص 152-154.

(6) تنص المادة 28 من القانون المدني على أنه: "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، الوقائع المصرية، العدد 108، صادر في 29 جويلية 1948.

(7) تنص المادة 29 على أنه: "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص"، القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18 ماي سنة 1949.

(8) ينص الفصل 35 على أنه: "لا يقبل الرد سواء أدى إلى العمل بالقانون التونسي أو إلى العمل بقانون دولة أخرى إلا إذا نص القانون على قبوله"، مجلة القانون الدولي الخاص المؤرخة في 27 نوفمبر 1998.

(9) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في أول ماي سنة 1958 في الطعن رقم 11 لسنة 25 قضائية، انظر في ذلك: مجموعة أحكام النقض، الدائرة المدنية، 1958 السنة 9، ص 525. وقد رفضت محكمة القاهرة الابتدائية تطبيق القانون المصري في دعوى تطبيق رفعها بريطاني على زوجته من نفس الجنسية، حيث طلب تطبيق الشريعة الإسلامية بوصفها قانون الموطن على أساس أن القانون الانجليزي يخضع البريطانيين في أحوالهم الشخصية لقانون الموطن، الحكم الصادر بتاريخ 12 ماي 1952 في القضية رقم 133 لسنة 1950 (غير منشور)، ورد في هامش مؤلف عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص 162.

(10) NIBOYET (J-P), Cours de droit international privé français, 2^e éd, Recueil Sirey, Paris, 1949, pp. 482 - 483.

(11) PEYRAND Georges, « La solution des conflits de lois en Algérie », Revue Critique de Droit International privé, n° 3, 1977, p 386.

(12) عز الدين عبد الله، "قواعد تنازع القوانين في القانون المدني الجزائري الجديد -دراسة مقارنة في قوانين بعض الدول العربية-"، مجلة مصر المعاصرة، عدد 378، سنة 1979، ص 427.

(13) علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص 56.

(14) القانون المدني، مجموعة الأحكام التحضيرية، الجزء الأول، ص ص 315 و 316، وزارة العدل، الحكومة المصرية.

(15) عبد الحميد أبو هيف، القانون الدولي الخاص: في أوروبا وفي مصر، الطبعة الثانية، مطبعة السعادة، القاهرة، 1927، ص 314.

(16) أنظر في ذلك: عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص ص 217 إلى 219 و 257.

GUTMANN Daniel, Droit international privé, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2000, p.62

(17) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 453.

(18) غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة) دار الثقافة، عمان، 2013، ص 145.

(19) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 161 و 162.

(20) أنظر في ذلك: صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص: الجنسية وتنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 313. ورأى الأستاذ محند إسعاد في مؤلفه حول تنازع القوانين، بأنه من الصعب تطبيق القانون الجزائري الخاص بالأحوال الشخصية على الأجانب، انظر:

ISSAD Mohand, Droit international privé : 1-Les règles de conflits, 2^e édition, O . P. U, Alger, 1983, p. 164.

(21) أنظر في ذلك: عمارة عمارة، "موقف المشرع الجزائري من الإحالة في ظل القانون 10/05"، أعمال الملتقى الوطني حول: "تنظيم العلاقات الدولية الخاصة في الجزائر: واقع متطور"، من تنظيم كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، يومي 21 و 22 أفريل 2010، ص ص 24 و 25.

(22) أنظر: براسي محمد، "الإحالة في ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد 9، 2012، ص ص 11-23.

(23) Voir, Cour de cassation, ch.cv.7 mars 1938, in ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves op.cit, pp 142 et 143.

(24) MAYER Pierre, Droit international privé, 5e édition, Montchrestien, Paris, 1994, p157. DERRUPPE Jean, Droit international privé, 13e édition, Dalloz, Paris, 1999, p74. MELI N François, Droit international privé, 4e édition, Gualino, Paris, 2010, pp122 et 123. Voir, Cour de cassation, ch.cv. 7 mars 1938, Cour de cassation, ch.cv. 1er sect. 15 mai 1963, Cour de cassation, ch.cv. 1er sect. 15 juin 1982, in ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves op.cit, pp,330 et 331, 467-469.

(25) MAYER Pierre, op.cit, p 153.

(26) ذهب بعض الباحثين إلى إدراج موضوع الإحالة تحت عنوان: "مشكلات تطبيق القانون الأجنبي"، انظر: صلاح الدين جمال الدين، المرجع السابق، ص ص 295 و 296.

(27) خاصة وأن المادة 23 مكرر من القانون المدني تمنح الاختصاص للقانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه وهو ما يطرح أمام القضاء إشكالية مدى ملائمة القانون الجزائري للفصل في النزاع.

(28) هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 113.

(29) للتفصيل في موضوع الدور الحمائي لقواعد الإسناد الجزائرية في مواضيع الأحوال الشخصية، راجع: آيت منصور كمال، "وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص سنة 2015، ص ص 7-19.

(30) وهو التصور الذي قدمه الأستاذ عكاشة محمد عبد العال في دراسته للقانون الإماراتي، المرجع السابق، ص 181.

(31) NIBOYET J.P, op.cit, p 482.

(32) MELI N François, op.cit, p 121. LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, op.cit, pp 230 et 231.

(33) NIBOYET J.P, op.cit, p 480.