

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

الأحالة

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

- 1- تعريف الطلبة تعريف الإحالة
- 2- تعريف الطلبة على ظهور الإحالة والموقف الفقهي والتشريعي منها
- 3- تعريف الطلبة على موقف المشرع الجزائري من الإحالة

السنة الجامعية: 2020-2021

المحور الرابع: الإحالة

إذا طرحت على القاضي الوطني مسألة ذات طابع أجنبي لامحالة سوف يرجع إلى قواعد الإسناد في قانونه لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، وبالرجوع إلى أحكام القانون الدولي الخاص الجزائري أوالنصوص الخاصة بتنازع القوانين نجد أن المشرع قد وضع مجموعة من النصوص التي تعالج العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي متضمنة في القانون المدني.

وقد رتبها المشرع انطلاقا من المادة 09 ق م التي تتناول مسألة التكييف وتخضعه لقانون القاضي إلى نص المادة 24 والتي تنص على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له اختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

ونلاحظ أن قواعد التنازع قد نظمت جملة من المسائل ذات الأهمية والتي ترتبط عادة بنشاط الافراد والعلاقات القانونية التي تكون مشتملة على عنصر أجنبي على الأقل سواء من حيث موضوعها أو اطرافها أو سببها، فكان لزاما على كل مشرع تنظيم هذه المسائل خاصة الأحوال الشخصية وكذا الأحوال العينية، وكل مايتعلق بالعقود الدولية وتبيان القانون الواجب التطبيق عليها سواء فيما يتعلق بجانبها الموضوعي أو الشكلي، وفي بعض الأحيان تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي على تلك العلاقات غير أن الإشكال الذي يطرح في هذه الحالة حول طبيعة القانون الذي يطبقه القاضي الوطني. فهل يرجع إلى قواعد القانون الأجنبي الداخلية ويطبقها على النزاع أو يطبق أيضا قواعد التنازع فيه؟

أي هل يستشير قواعد التنازع في القانون الأجنبي وبالتالي قد توجهه إلى قانون آخر ؟

فإذا أخذ بالطرح الأول أي طبق القواعد الداخلية الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة دون الرجوع إلى قواعد التنازع فيه يكون قد رفض الأخذ بالإحالة.

أما إذا رجع إلى أحكام قواعد التنازع في القانون الأجنبي يكون قد أخذ بالإحالة مع العلم أن الإحالة تطرح بمناسبة التنازع السلبي.

وقد اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بها، والمشرع الجزائري نظمها بقاعدة الإسناد خاصة في نص المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني وقد أغفل المشرع تنظيم هذه المسألة قبل تعديل القانون المدني بالقانون 10/05.

غير أن الملاحظ لهذا النص يجده يطرح إشكالا من حيث صياغته مما أوقع بالمشرع في تناقض بين حكم الفقرة الأولى والثانية الذي يجعل صعوبة في تطبيق هذا النص من الناحية القضائية ولكن قبل التطرق إلى تحليل نص المادة 23 مكرر 1 يجدر بنا معرفة بعض المسائل المتعلقة بالإحالة.

أولا: تعريف الإحالة

تعرف الإحالة بأنها اصطلاح قانوني يقصد به تلك الحالة التي يتم فيها قبول تطبيق القانون الذي تشير به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص من طرف القاضي المعروض عليه النزاع.

فعندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي فيكون القاضي الوطني عند رجوعه إلى هذا القانون بين أمرين¹:

1- أن يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية ككل أي الرجوع إلى قواعده الموضوعية وقواعد إسناده، ونتيجة لذلك يترتب

¹ - علي علي سليمان، مذكرا في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص47.

بالضرورة استشارة قواعد الإسناد والتي قد ترفض الاختصاص مسندة الحكم إلى قانون آخر قد يكون قانون القاضي المعروض عليه النزاع.

2- أن يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص في قواعده الموضوعية مباشرة دون استشارة قواعد الإسناد فيه، وبالتالي إذا أخذ القاضي بهذا الأمر كان مجال تطبيقه للقانون الأجنبي منحصرا في القواعد الموضوعية فقط وبالتالي عدم الأخذ بالإحالة.

أما إذا اخذ القاضي بالرأي الأول الذي يعطي لتطبيق القانون الأجنبي مفهوما واسعا يكون قد أخذ بالإحالة.

3- متى تطرح مسألة الإحالة ؟

أ- إذا اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي المعروض عليه النزاع والقانون الأجنبي المختص فلا مجال لطرح مسألة الإحالة لأنه لا يختلف الأمر بين وجوب تطبيق القانون المختص بين قواعد إسناد قانون القاضي وقواعد إسناد القانون المختص مثال: عرض مسألة قانونية تتعلق بأهلية فرنسي أمام القاضي الجزائري، وطبقا لهذا المثال لا يمكن إثارة مسألة الإحالة لأن كلا القانونين يسند حكم الحالة والأهلية لقانون الجنسية.

ب- وكذلك لانتثار مسألة الإحالة في الحالة التي يقضي فيها كل من القاضي الوطني والقاضي الأجنبي بحكم العلاقة القانونية.

مثال: أن تعرض على القاضي الإنجليزي مسألة قانونية تتعلق بأهلية فرنسي مقيم في إنجلترا فهنا القاضي الإنجليزي مختصا لأنه يسند الحالة إلى قانون الموطن، وإذا عرض النزاع على القاضي الفرنسي يكون أيضا مختصا لأنه يسند حكم الأهلية إلى قانون الجنسية، فهنا كل قاضي يطبق قانونه إذا عرض عليه النزاع تطبيقا لمبدأ السيادة ويسمى هذا التنازع بالإيجابي.

ج- أن يكون هناك اختلاف بين حكم قاعدة الإسناد في قانون القاضي وحكم قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص، ويترتب على هذا الاختلاف أن يتخلى كل من القانونين عن اختصاصه للآخر.

مثال: أن يعرض نزاع يتعلق بأهلية انجليزي متوطن في فرنسا أمام القاضي الفرنسي، فهنا حكم قاعدة الإسناد في القانونين مختلفة باعتبار أن قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تعطي الاختصاص إلى قانون الجنسية، بينما تشير قاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي إلى قانون الموطن وهذا ما يعبر عليه بالتنازع السلبي.

فإذا طبق القاضي الفرنسي قاعدة الإسناد الإنجليزية وجب تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن المسند إليه يكون قد أخذ بالإحالة.

بينما لو أنه لم يأخذ بقاعدة الإسناد الإنجليزية وطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي طبقا لقاعدة الإسناد الفرنسية التي تعطي الاختصاص لقانون الجنسية لما كانت هناك إحالة وبالتالي يرفضها.

ثانيا: ظهور الإحالة

إن ظهور الإحالة كنظرية محددة المعالم كان بعد صدور حكم قضائي من القضاء الفرنسي بصدد القضية الشهيرة التي عرفت باسم قضية فورجو (سنة 1874-1882) وتتلخص وقائعها²:

في أن فورجو شخص من أصل 'بافاري' وهو ولد غير شرعي قدم إلى فرنسا رفقة أمه وعمره لا يتعدى 5 سنوات وأقاما فيها دون حصولهما على الإذن القانوني الذي يشترطه القانون الفرنسي، وبعدما شب تزوج من فتاة فرنسية ثرية، وبعد وفاتها تركت له ثروة منقولة هائلة وفي الثامنة والستين توفي دون أن يترك ورثة مباشرين (أبوين أو إخوة)

²- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص47و48، وأحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص434.

فاستولت مصلحة أملاك الدولة الفرنسية على الأموال التي تركها "فورجو" باعتبارها تركة بلا وارث باعتبار أن القانون الفرنسي آنذاك لايعطي الحق في ميراث الولد غير الشرعي إلا لأبويه وإخوته فقط³.

فطالب أقارب فوجو بالميراث مستندين إلى القانون 'البافاري' الذي لايفرق في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي، وبالتالي تطبيق قانون الجنسية لأنه هو الواجب التطبيق فرفضت المحكمة الفرنسية طلبهم على أساس أن ' فورجو' كان موطنه بفرنسا وبالتالي يطبق عليه القانون الفرنسي.

فطعن أقارب 'فورجو' في هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن حكم المحكمة مخطئ لأن " فورجو" لم يكن من الناحية القانونية له موطن في فرنسا، وأحالت القضية إلى محكمة الاستئناف التي حكمت بأن للأقارب الحق في الميراث على أساس أن القانون 'البافاري' هو الواجب التطبيق باعتباره قانون الجنسية وطبقت قواعده الموضوعية التي أعطت لهم الحق في الميراث، فطعن مصلحة أملاك الدولة في الحكم مستندة إلى رجوع المحكمة إلى القانون 'البافاري' في قواعده الموضوعية دون الرجوع إلى قواعد إسناده التي تجعل الاختصاص في مسألة الميراث إلى قانون الموطن الفعلي للمتوفى وهو القانون الفرنسي لأن المتوفى لم يحصل على الترخيص بالإقامة.

فحكمت المحكمة برأي مصلحة أملاك الدولة ونقضت الحكم على أساس عدم تطبيق قواعد الإسناد في القانون 'البافاري' وأحالت القضية على محكمة الاستئناف فحكمت بما رآته محكمة النقض الفرنسية، أي قبلت الإحالة من القانون 'البافاري' إلى القانون الفرنسي.

³- صدر بها قانون في 03-01-1972 وساوى بين الولد الطبيعي والولد الشرعي في الميراث.

فطعن الورثة في هذا الحكم باعتبار تطبيقه لقواعد الإسناد"البافارية"دون قواعده الموضوعية فرفضت محكمة النقض طلبهم، وبالتالي تم تطبيق الإحالة في القانون الفرنسي لأول مرة.

ثالثا: أنواع الإحالة

1- الإحالة من الدرجة الأولى

تكون الإحالة من الدرجة الأولى في الحالة التي تقرر فيها قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى رجوع القاضي المعروض عليه النزاع الى قانونه، وبالتالي تطبيق قواعد قانونه الموضوعية ويطلق على هذه الحالة الرجوع.

مثال: أن تعرض على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا فيطبق عليه القانون الإنجليزي لأن قاعدة الإسناد الفرنسية تسند الحكم إلى قانون الجنسية في مسألة الأهلية، وبالرجوع إلى قواعد التنازع في القانون الإنجليزي نجدها تحيل إلى قانون الموطن فيطبق القاضي الفرنسي قانونه على هذا الإنجليزي.

2- إحالة من الدرجة الثانية

وهي الحالة التي يتعدد فيها التخلي عن الحكم في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي انطلاقا من قانون القاضي مرورا بالقانون المختص وانتهاء بتطبيق دولة ثالثة.

مثال: أن تعرض مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي على القضاء الفرنسي ويكون متوطنا في إيطاليا، فقاعدة الإسناد الفرنسية تشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي نجدها تعطي الاختصاص إلى قانون الموطن فيرجع القاضي إلى القانون الإيطالي ويطبق في قواعده الموضوعية فيكون بذلك قد أخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، وقد يحيل القانون

الإيطالي إلى قانون آخر فنكون أمام إحالة من الدرجة الثالثة أو الرابعة.... الخ مع العلم أن القانون الفرنسي يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فقط⁴.

ثالثا: الموقف الفقهي والتشريعي من الإحالة:

1- الموقف الفقهي

كان لصدور الحكم في قضية 'فورجو' بداية نقاش حاد بين الفقهاء حول مدى الأخذ بالإحالة بين فريق رافض لها وآخر مؤيد لها.

أ- الرأي المؤيد للإحالة

اعتمد الفقهاء المؤيدون للإحالة على الحجج التالية⁵:

- يرى أنصار الإحالة بأن القاضي المعروض عليه النزاع مجبر على تطبيق القانون الأجنبي ومجبر أيضا على الانصياع لما تأمر به قواعد الإسناد في هذا القانون باعتبار أن قاعدة الإسناد في قانونه هي التي تأمره بذلك، وعليه يعامل هذا القانون الأجنبي ككل لايتجزأ لافرق بين قواعده الموضوعية وقواعد التنازع فيهبالتالي إذا تخلى القانون الأجنبي عن اختصاصه وأسند الحكم إلى قانون آخر فما على القاضي إلا الأخذ بالقانون الذي أحال عليه القانون المختص.

- إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق قانون القاضي إذا أشارت قواعد الإسناد إلى قانون أجنبي فلا يبقى متمسكا بتطبيق هذا القانون إذا كان هذا الأخير قد تخلى عن الاختصاص لقانون آخر وإذا طبق هذا القانون الأجنبي يكون قد طبقه رغما عن إرادة المشرع الذي يسنه.

⁴- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص49.

⁵- أعراب بلباسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص102-103.

- ويستند أنصار الإحالة أيضا إلى تسهيل مهمة القاضي في حالة الأخذ بالإحالة في الدولة المركبة مثال: الولايات المتحدة الأمريكية فلو كان شخصا أمريكيا متوطنا في فرنسا وتصرف تصرفا يتعلق بأهليته وعرض النزاع على القاضي الفرنسي فلو لم يأخذ بالإحالة فإنه مطالب بالرجوع إلى كل الشرائع الأمريكية من أجل معرفة القانون المختص وهذا أمر صعب.

ب- الرأي الرفض للإحالة⁶

- يرى الرفضون للإحالة بأن قواعد الإسناد الوطنية عندما تقرر تطبيق القانون الأجنبي المختص تعني قواعده الموضوعية فقط لأن قواعد الإسناد فيه وضعت للعنصر الأجنبي، كما أن الأخذ بقواعد الإسناد قد يجعل العلاقة بدون حل في الحالة التي يتخلى فيها كل قاضي على الحكم لفائدة قاضي اخر.

- ويستند أيضا معارضو الإحالة إلى أن سلطة القاضي المعروض عليه النزاع في العلاقات ذات العنصر الأجنبي يستمدها من القانون الأجنبي ولا يستمدها من هذا القانون.

- إن الأخذ بالإحالة فيه ظلم وهضم لحقوق الأفراد في بعض الحالات مثال: أن يعرض على القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بطلب الحجر للسفه على شخص انجليزي متوطن في فرنسا فلو أخذ بالإحالة لطبق القانون الفرنسي طبقا لقواعد الإسناد الإنجليزية لأن مسألة السفه طبقا للقانون الإنجليزي تخضع للموطن، وبالتالي يتم الحجر على هذا الشخص وتتوقف جميع تصرفاته القانونية.

أما لو لم يأخذ بالإحالة فيطبق عليه القانون الإنجليزي وبالتالي فالقانون الإنجليزي لايعرف نظام الحجر وعليه تبقى جميع تصرفاته قانونية.

⁶- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، 51-52.

ج- بدائل الإحالة

-تطبيق القواعد الموضوعية:

وذلك في الحالة التي يتخلى القانون الأجنبي عن الاختصاص اقتراح بعض الفقهاء الفرنسيين "لورابوار يحونبير"⁷ أن قانون القاضي يتضمن نوعين من قواعد الإسناد، قواعد أصلية التي تعطي الاختصاص إلى القانون الواجب التطبيق وإذا رفض هذا الأخير الاختصاص وأسندته إلى قانون القاضي يطبق القاضي قواعد الاحتياط في قانونه على النزاع وقد حصر من قال بهذا الرأي تطبيق القواعد الاحتياطية في الحالة والأهلية والميراث في المنقول فقط وهذا ماجعل هذا الرأي منتقد وذلك بالتساؤل حول مصير الحالات الأخرى الذي يبقى مجهولاً.

إضافة إلى ذلك فإن فكرة القواعد الاحتياطية إلى جانب القواعد الأصلية هي قول وهمي لم تعمل به أي دولة في تشريعها.

-تطبيق قانون القاضي طبقاً لمبدأ إقليمية القوانين:

مفاد هذا الاقتراح أن القاضي المعروض عليه النزاع إذا وجد أن القانون الأجنبي المختص قد تخلى عن الحكم في العلاقة فالقاضي هنا يطبق قانونه الوطني لا على أساس الإحالة وإنما على أساس المبدأ العام في قانون القاضي والمتمثل في "إقليمية القوانين" ، وقد برر "نبوايه"⁸ ذلك بأن تخلي القانون الأجنبي عن الاختصاص يجعل العلاقة القانونية التي هي محل البحث علاقة " بدون قانون" وبالتالي "بدون وطن" ولما كانت كل العلاقات لا بد أن تخضع إلى قانون دولة ما فمن المعقول والمنطق أن تخضع لقانون القاضي باعتباره هو المختص بحكم العلاقات التي تقع فوق إقليمه طبقاً للأصل العام وهي "إقليمية القوانين" في حالة تخلي القانون الأجنبي عن الحكم.

⁷- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، المرجع السابق، ص450.

⁸- عل علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي لخاص الجزائري المرجع السابق، ص53.

ورغم ذلك فقد انتقد هذا الحل لمغالاته في جعل العلاقة القانونية بلا قانون يحكمها ولا وطن لها بمجرد تخلي القانون الأجنبي عن اختصاصه، وهذا مالم يحدث في الواقع.

- الإحالة المزدوجة (الكلية): نادى وأخذ بها القضاء الإنجليزي⁹.

ملخص هذه النظرية أن القاضي الإنجليزي يضع نفسه موضع قاضي الدولة الأجنبية التي أشارت إلى قاعدة الإسناد الإنجليزية إلى اختصاص قانونها ليفصل في النزاع بدلا عنه.

فإذا كان القانون الأجنبي يقبل الإحالة قبل بها القاضي الإنجليزي وأخذ بها وإذا كان القانون الأجنبي يرفض الإحالة فيرفضها هو أيضا. وأهم قضية أثرت بصدد الإحالة الكلية في القانون الإنجليزي قضية "روز" والتي تتعلق بميراث إنجليزية متوتنة في إيطاليا وعرضت على القاضي الإنجليزي فطبقا لقاعدة التنازع الإنجليزية تقضي بأن يطبق على ميراثها قانون آخر موطن لها وهو القانون الإيطالي. فإذا كان القاضي الإيطالي هو الذي ينظر هذا النزاع سوف يطبق قانون الجنسية للمورث (الميراث في المنقول) طبقا لقاعدة التنازع في قانونه فيكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الإنجليزي، وبالرجوع إلى القانون الإنجليزي نجده يحيل إلى القانون الإيطالي باعتباره قانون موطن المورث والقاضي الإيطالي لايقبل الإحالة وبالتالي يطبق القواعد الموضوعية في القانون الإنجليزي فيكون هو الواجب التطبيق.

وطبقا لهذا المثال على القاضي الإنجليزي أن يأخذ بنفس الحل ويفصل في النزاع طبقا للقانون الإنجليزي وهذا هو الحل الذي كان القاضي الإيطالي سوف يطبقه.

كذلك لو عرض نزاع على القاضي الإنجليزي يتعلق بإنجليزي توفي على مال منقول في ألمانيا فينظر إلى الحل الذي سوف ينتهجه القاضي الألماني ومادام هذا

⁹- نفس المرجع، ص 54.

الأخير يأخذ بالإحالة فإنه سوف يطبق على هذا الشخص القانون الألماني طبقاً لإحالة القانون الإنجليزي وهو نفس الحل الذي يقبل به القاضي الإنجليزي.

للإشارة فإن قاعدة التنازع في القانون الألماني تسند حكم الميراث في المنقول إلى قانون الجنسية.

2- الموقف التشريعي من الإحالة¹⁰

أ- موقف الدول الغربية والعربية

هناك من قبل الإحالة وهناك من رفضها.

- ومن التشريعات التي قبلت الإحالة ونظمتها في قوانينها الداخلية. القانون البولوني لعام 1965. القانون التشيكوسلوفاكي 1963 وقد أخذت بالإحالة سواء من الدرجة الأولى أو الثانية، وبعض التشريعات أخذت بالإحالة من الدرجة الأولى فقط كالتشريع الياباني لعام 1868، وكذا القانون الألماني وقد أخذ بالإحالة كل من القضاء الفرنسي والإنجليزي والنمساوي والبلجيكي.

- وهناك بعض الدول لم تأخذ بالإحالة مطلقاً منها التشريع الإيطالي 1942 والقانون اليوناني 1946 وكذا التشريع البرازيلي 1942 والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية يميل بصفة عامة إلى رفض الإحالة، كما رفضتها هولندا والبلاد الإسكندنافية كما رفضتها بعض الدول العربية كالتشريع المصري.

- وتجدر الإشارة أن اتفاقية لاهاي لعام 1955 قضت بقبول الإحالة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية من قانون الجنسية إلى قانون الموطن وترفضها في الحالة العكسية على أن يستبعد الأخذ بالإحالة في حالة أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الإرادة أو القانون الخاص بشكل التصرفات القانونية.

¹⁰- راجع أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 107-108.

ب- موقف المشرع الجزائري

نص المشرع الجزائري على تنظيم الإحالة بموجب المادة 23 مكرر 1 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 التي تنص: " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص "

وبالتالي سائر القانون الجزائري القوانين العربية بتنظيم الإحالة وخاصة القانون المصري الذي يقضي صراحة برفضها في المادة 27 من القانون المدني المصري.

وقد نظم المشرع الجزائري على الإحالة الداخلية في المادة 23 ق م ج والتي لا ترقى إلى مفهوم الإحالة الدولية والذي يفهم من موقف المشرع الجزائري من الإحالة هو مراعاته خاصة للأجانب المتوطنين بالجزائر والذي لو أخذ المشرع الجزائري بالإحالة لطبق عليهم القانون الجزائري خاصة إذا كانت قوانينهم تحيل إلى قانون الموطن في مجال الأحوال الشخصية حتى يوسع من دائرة تطبيق القانون الجزائري نظرا لكثرة الأجانب بالجزائر.

ورغم أن الفقرة الأولى من المادة 23 مكرر 1 من القانون المدني جاءت واضحة في رفض الإحالة حينما أقرت بتطبيق الأحكام الداخلية في القانون الأجنبي دون الرجوع إلى القواعد الخاصة بتنازع القوانين في حالة إسناد حكم العلاقة المتنازع بشأنها أمام القاضي الجزائري إلى قانون أجنبي.

غير أن الخلل كان في الفقرة الثانية من نفس المادة والتي ناقضت حكم الفقرة الأولى بحيث تنص الفقرة الثانية " غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص " وقد جاء في هذه الفقرة بحكم يقضي بقبول الإحالة من قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص الذي يسند العلاقة للقانون الجزائري

ولو سلمنا بهذا الحكم لما استقام ولما اتزن النص لأنه يبدو من صياغة الفقرة الثانية أنها جاءت كاستثناء عن حكم الفقرة الأولى التي رفضت صراحة الأخذ بالإحالة فكيف يمكن تفسير مناقضة الاستثناء للأصل العام جعل حكم الأصل لاغيا أو في دائرة العدم. وهنا تطرح الإشكالية التالية :

- إذا ما طرح على القاضي الجزائري مسألة تتعلق بتنازع القوانين وكانت فيها إحالة فما هي الفقرة التي يطبقها من نص المادة 23 مكرر 1 ؟

وفي تفسيرنا لهذا النص لا يخلو الأمر من فرضين اثنين حول من هو المخاطب بهذا النص؟

- إذا كان المخاطب بالفقرة الثانية هو القاضي الجزائري وهذا هو الأصل لأن القاضي مرتبط دائما بتشريع بلدهنجد المشرع هنا قد وقع في تناقض فلا يعقل الإتيان بحكمين متناقضين وفي نفس النص وبالتالي لامحل للفقرة الثانية في النص لأنه لا يعقل إعطاء حكمين متناقضين وفي نفس المسألة ونطالب القاضي بالتطبيق وعليه ضرورة تعديل أو إلغاء هذه الفقرة.

- إذا كان القاضي الأجنبي هو المخاطب وهذا ما يبدو من محتوى الفقرة الثانية بحيث إذا أحالت قواعد التنازع في دولة القاضي الأجنبي على تطبيق القانون الجزائري فيمكن تطبيق أحكامه وهنا كأن المشرع الجزائري يعطي إذنا للقاضي الأجنبي بتطبيق القانون الجزائري إذا تمت الإحالة إليه.

ويتصور هذا الطرح في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، كأن تعرض أمام القاضي الفرنسي مسألة تتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في الجزائر فهنا القاضي الإنجليزي يحيل على تطبيق القانون الجزائري في هذا النزاع فإذا قبل القانون الفرنسي الإحالة هنا طبق

أحكام القانون الجزائري الذي أحالت عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي كما ورد في النص وهذا أقرب تفسير لهذه الفقرة غير أن هذه المسلمة تصطدم بأمرين :

إذا كانت هذه الفقرة تتجه بالخطاب للقاضي الأجنبي فلا يستقيم ذلك من الناحية القانونية لأنه لا يعقل أن يقوم المشرع الوطني بتشريع يكون المخاطب به القاضي الأجنبي وهذا يتعارض ومبدأ السيادة كما أن القاضي لا ياتمر إلا بأوامر مشرعه.

إذا كان القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق فلا داعي لأن يستأذن القاضي الأجنبي من المشرع الوطني بل يطلب من الأطراف إثبات القانون الأجنبي الذي أحال عليه فقط.

وعليه وطبقا للفرض الثاني فلا محل للفقرة الثانية وعليه فصيغة نص المادة 23 مكرر 1 جاءت معيبة وبالتالي لا بد من التدخل لتعديل الفقرة الثانية أو إلغائها.

وخلاصة القول أن نص المادة 23 مكرر 1 جاءت صياغتها معيبة لاحتوائها على حكمين متناقضين، فالفقرة الأولى تنص على عدم الأخذ بالإحالة وذلك بالرجوع إلى القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي وتطبيقها مباشرة بينما يبدو من صياغة الفقرة الثانية الأخذ بالإحالة في حالة ما إذا أشارت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بتطبيق القانون الجزائري وهذا الحكم لم نجده في الفقرة الأولى وعليه حتى يستقيم النص لا بد من إلغاء الفقرة الثانية أو تعديل مضمونها. كأن يستبعد المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة كأصل وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى، ويأخذ بالإحالة كاستثناء في الفقرة الثانية خاصة في مواد الأحوال الشخصية باعتبار أن الجزائر يكثر فيها الأجانب خاصة من الدول التي تتعدد فيها التشريعات، وهذا ما يفسح له المجال لتطبيق قانونه ويخفف العبء على القاضي الجزائري.

ولكن يبدو أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 مكرر 1 قد أراد الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ورفضها في حالة الإحالة من الدرجة الثانية.

وعليه فإذا أحالت قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري انطلاقاً من الأخذ بالإحالة ورغم أن قصد المشرع هو الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى إلا أن صياغة النص غير سليمة على النحو السابق ذكره، خاصة وأن أغلب التشريعات العربية رفضت الأخذ بالإحالة، لذا وجب على المشرع التدخل لتصويب النص وإزالة التناقض الحاصل بين الفقرة الأولى والثانية من المادة 23 مكرر 1.