# الإحالة في القانون الدولي الخاص الليبي
## دراسة تحليلية مقارنة

**د. مسعود حسين مسعود**
كليّة القانون/ جامعة سرت
*hossainmasood@gmail.com*

**د. مصباح عبدالله احواس**
كلية القانون/ جامعة خليج السدرة
*ehwassmussbah@gmail.com*

**الملخص:**

لقد تناول فقه القانون الدولي الخاص مفهوم الإحالة بالتحليل من حيث قبولها ورفضها، وأن القيمة العملية للبحث تبين إن تطبيق نظرية الإحالة يؤدي إلى الاختلاف في الأحكام القضائية النهائية بحسب ما إذا كان قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع يأخذ بالإحالة أو يرفضها. كما أن التطور الذي يحدث في المعاملات الدولية شجع البعض من القوانين العربية كقانون المعاملات المدنية الإماراتي، والقانون المدني الجزائري إلى الأخذ بالإحالة في درجتها الأولى، في حين أن بقية قوانين الدول العربية لازالت متمسكة بموقفها العام الرافض لنظرية الإحالة، ومن بينها القانون الليبي.

ولقصور هذا الاتجاه وعدم دقته، ظهرت اجتهادات فقهية تبعتها مواقف تشريعية لتغيير موقفها من الإحالة من خلال ربطها بغاية قاعدة الإسناد، والوظيفة التي تؤديها، ومن هذه القوانين القانون الألماني والقانون التشيكي اللذان اتخذا مواقف مرنة من الإحالة متى كان الأخذ بها يحقق العدالة ويحمي توقعات الأطراف المشروعة. إذ أن الأخذ بالإحالة ينبغي أن يبنى على أساس الغاية ووظيفة قاعدة الإسناد وهي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، والوصول إلى تطبيق أكثر القوانين تحقيقاً لمصالح التجارة الدولية، واستقرار المعاملات داخل الدولة، واحترام التوقعات المشروعة للأشخاص في تعاملاتهم المالية والشخصية المشوبة بعنصر أجنبي.

في هذه الدراسة تناولنا بالتعريف نظرية الإحالة وبيان أنواعها والبحث في أسباب قبولها ورفضها، وكذلك البحث في موقف المشرع الليبي والتشريعات المقارنة من نظرية الإحالة، والنتائج المترتبة على هذا الموقف، والحلول المقترحة للأخذ بالإحالة في ضوء وظيفة وغاية قاعدة الإسناد الوطنية.

**الكلمات المفتاحية:** الإحالة، قاعدة الإسناد، الدولي الخاص، تنازع القوانين، القانون الأجنبي.

## مقدِّمة:

عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانونٍ أجنبي معين، فما هي القواعد الواجبة التطبيق في ذلك القانون؟ إذ أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتضمَّن أحكاماً داخليَّة (قواعد موضوعيَّة) وأحكاماً متعلِّقة بالقانون الدولي الخاص (قواعد الإسناد) فأيَّة واحدة منها سيطبَّق عند وجوب تطبيقها؛ هل ستطبَّق الأحكام الداخليَّة منه أم الأحكام الخاصة بقواعد الإسناد أم ستطبقان معاً كوحدة واحدة لا تتجزأ؟

إنَّ تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي قد تشير إلى تطبيق قانون القاضي مرة أخرى، أو تطبيق قانون دولة ثالثة، وهذا ما يُطلَق عليه بالإحالة التي تعتبر من المسائل التي أثارت جدلاً قانونياً كبيراً بين فقهاء القانون الدولي الخاص، وهي لم تتبلور كنظريَّة قانونيَّة إلا في عهد قريب في القضاء الفرنسي.

وقد تناول فقه القانون الدولي الخاص مفهوم الإحالة بالتحليل من حيث قبول الإحالة أو رفضها، وإنَّ القيمة العمليَّة للبحث تبيّن أنَّ تطبيق نظرية الإحالة يؤدِّي إلى الإختلاف في الأحكام القضائيَّة النهائيَّة بحسب ما إذا كان قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع يأخذ بالإحالة أو يرفضها، بالإضافة إلى أنَّ التطوُّر الذي يحدث في المعاملات الدوليَّة شجَّع البعض من القوانين العربية كقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985، والقانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05- 10 لسنة 2005 إلى الأخذ بالإحالة في درجتها الأولى.

في حين أنَّ بقيَّة قوانين الدول العربية لا تزال متمسِّكة بموقفها العام الرافض لنظريَّة الإحالة، ومن بينها القانون الليبي، مع الأخذ بها على نحو الاستثناء مثل أهلية الملتزم بالسفتجة والأخذ بالإحالة إذا نصت عليها اتفاقيَّات دوليَّة.

ولقصور هذا الاتجاه وعدم دقته، ظهرت اجتهادات فقهيَّة تبعتها مواقف تشريعيَّة لتغيير موقفها من الإحالة من خلال ربطها بغاية قاعدة الإسناد، والوظيفة التي تؤدِّيها، ومن هذه القوانين القانون الألماني والقانون التشيكي اللذين اتخذا مواقف مرنة من الإحالة وتبنّيها متى كان الأخذ بها يحقِّق العدالة ويحمي توقُّعات الأطراف المشروعة.

لأهميَّة موضوع نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص وما يترتب عليها من آثار تنعكس على العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وبناءً على تغيير النظرة القانونيَّة التقليديَّة

الرافضة للأخذ بها، تتركَّز إشكاليَّة هذه الدراسة فيما إذا يتعيَّن على القاضي الوطني أنْ يقتصر تطبيقه للقانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه قاعدة الإسناد الوطنيَّة على تطبيق القواعد الداخليَّة فيه، أم أنَّه يشمل التطبيق قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون؟ وفي إطار البحث عن هذه الإشكاليَّة ينبغي دراسة المقصود بنظرية الإحالة، وما الأصل التاريخي لهذه النظرية؟ وما أنواعها؟ وموقف التشريعات والفقه منها؟ وما موقف المشرّع الليبي منها؟

ولدراسة هذه الإشكالية أعتمدنا على المنهج التحليلي والمقارن للنصوص التشريعية في القانون الليبي والمقارن، وفي الفقه القانوني للتعرُّف على نظرية الإحالة وأنواعها وأسباب قبولها ورفضها، وكذلك البحث في غاية قاعدة الإسناد الوطنية للوصول إلى هدفها ووظيفتها بما يسمح بأخذ موقف من الإحالة بالقبول أو الرفض بما يحقِّق المصلحة والعدالة في العلاقة موضوع المنازعة.

وعلى ضوء ذلك، أرتأينا تقسيم هذه الدراسة على مبحثين، بحيث نتناول في المبحث الأول مفهوم الإحالة وحجج الفقه القانوني بشأن قبولها أو رفضها في مطلبين. وفي المبحث الثاني نتعرَّف على موقف المشرّع الليبي والتشريعات المقارنة من نظرية الإحالة، والنتائج المترتبة على هذا الموقف، والحلول المقترحة للأخذ بالإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد في مطلبين.

## المبحث الأول

## مفهوم الإحالة وموقف الفقه منها

إذا انتهى القاضي من عملية تكييف النِّزاع المعروض وتمكَّن من ربطه بإحدى مجموعات الإسناد في قانونه الوطني التي على أساسها يقوم بتحديد القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونيَّة المشوبة بعنصر أجنبي.

وإنَّ القانون الأجنبي الذي يتقرَّر تطبيقه بإشارة من قاعدة الإسناد الوطنيَّة في قانون القاضي يحتوي على قواعد موضوعيَّة، وقواعد أخرى تتعلَّق بالقانون الدولي الخاص، والتي تُعرف أيضاً بقواعد الإسناد وقواعد التنازع.

وقبل ظهور فكرة الإحالة كان القاضي الوطني يتجه مباشرةً إلى القواعد الموضوعيَّة الماديَّة، فيحدِّد مضمونها ويطبقها على النِّزاع، دون الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون

الأجنبي، وما يترتب على ذلك من إحالة النِّزاع إلى قانون القاضي، أو إلى قانون دولة ثالثة. ظهور فكرة الإحالة أدَّى إلى اختلاف الفقه والقضاء والتشريعات الوطنيَّة والدوليَّة بشأن تبنّيها بين مؤيِّد ومعارض.

ولمعرفة مفهوم الإحالة واختلافات الفقه وحججهم نقسِّم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم الإحالة وفي المطلب الثاني ندرس موقف فقه القانون الدولي الخاص الرافض والمؤيد لها.

## المطلب الأول: مفهوم الإحالة

الإحالة في القانون الدولي الخاص هي عبارة عن آلية قانونية يتم تطبيقها عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي المعروض عليه النِّزاع إلى تطبيق القانون الأجنبي، ولا يتم تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون، بل يطبق قواعد الإسناد فيه والتي قد تشير إلى اختصاص قانون القاضي أو قانون دولة أخرى.

نتناول في الفرع الأول تعريف الإحالة، وفي الفرع الثاني نتعرَّف على نشأتها، وفي الفرع الثالث نقف على أنواعها.

### الفرع الأول: تعريف الإحالة

تعرَّف الإحالة بأنَّها تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيًّاً (عبدالله، 1986، ص144، اللافي، 2000، ص78، Barish, 1981). كذلك يمكن تعريف الإحالة بأنَّها تلك النظرية التي تقضي بتطبيق القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة بمقتضى قواعد التنازع الوطنية (عشوش، 2002، ص277).

نلاحظ من هذين التعريفين أنَّه يترتَّب على اتفاق قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي عدم حدوث تنازع بينهما، أمَّا إذا اختلفت قواعد الإسناد في القانونين فإنَّ النِّزاع يحدث بينهما. وفي هذه الحالة يتم الفصل في ما يحدث بينهما من التنازع، إن كان إيجابيًّاً، بتطبيق قانون القاضي. مثال ذلك، أن يقوم ليبي مقيم في إنجلترا بتصرُّف متعلِّق بحالته وأهليته، فالقانون الليبي يقضي باختصاصه بحكم هذا التصرُّف لأنَّه

يسند حالة الشخص وأهليته إلى قانون الجنسيَّة، وفي الوقت ذاته يقضي القانون الإنجليزي باختصاصه بحكم هذا التصرُّف، لأنَّه يخضع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه.

نلاحظ أنَّ هناك تنازع إيجابي بين القانونيين فأيهما يتم تطبيقه؟

من المتَّفق عليه فقهاً وقضاءً أنَّه على كل قاضي أن يطبِّق قانونه الوطني إحتراماً لمبدأ سيادة القانون على إقليم الدولة. فعلى القاضي الليبي في هذا المثل أن يطبق قانونه إذا عرض عليه النِّزاع بغض النظر عن القانون الأجنبي، كما أنَّه على القاضي الإنجليزي أن يطبِّق قانونه إذا ما عرض عليه النِّزاع وبصرف النظر عن القانون الليبي (اللافي، 2000، ص78).

ويحدث التنازع السلبي عندما يتخلَّى كل من القانونين عن اختصاصه بحكم المسألة، حيث تعقد قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، وتقوم قاعدة الإسناد في هذا القانون برفض هذا الاختصاص وتحيله إلى قانون آخر ليحكم العلاقة، وهذا القانون قد يكون قانون القاضي أو قانون دولة ثالثة.

مثال ذلك أن يقوم إنجليزي مقيم بفرنسا بتصرُّف متعلِّق بأهليته، فيقضي القانون الفرنسي بإخضاع هذا التصرُّف لقانون الجنسيَّة أي القانون الإنجليزي، وهذا القانون يقضي بإخضاع هذا التصرُّف لقانون الموطن وهو القانون الفرنسي، أي أنَّ كل من القانونيين يتخلَّى عن اختصاصه للآخر بحكم العلاقة.

ومثال ذلك أيضاً، أن يتوفى فرنسي كان يقيم في مصر، ويثار النِّزاع حول تركته الذي توفى عنها، إذ يقضي القانون الفرنسي بإخضاع الميراث للقانون المصري باعتباره قانون الموطن، ويقضي القانون المصري بإخضاعه للقانون الفرنسي باعتباره قانون جنسية المتوفي أي أنَّ كلا القانونيين يتخلَّى عن أختصاصه للآخر.

وبسبب إختلاف قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي الواجب التطبيق ظهرت الإحالة في القانون الدولي الخاص.

### الفرع الثاني: نشأة الإحالة

فقد عرف القضاء الإنجليزي فكرة الإحالة، وقد أشار إليها في قرارات عديدة. ففي القضية المعروفة بقضية *Collier v. Ravaze* في عام 1841 والتي تتلخَّص وقائعها في أنَّ بريطانيَّاً قد توفي متوطناً في بلجيكا وكان قد عمل وصيَّة نافذة وفق القانون الإنجليزي،

وهي باطلة وفق القانون البلجيكي، حيث إنَّ المحكمة الإنجليزية طبَّقت قواعد الإسناد البلجيكيَّة وعدَّت نفسها كما لو أنَّها في بلجيكا، ووفقاً لقواعد الإسناد الإنجليزية فإنَّ هذه الوصيَّة يجب أن تكون محكومة بقانون الموطن الذي حدثت فيه الوفاة (وهو القانون البلجيكي)، وعلى وفق قواعد الإسناد البلجيكيَّة فإنَّ هذه الوصيَّة للأجانب يجب أن تكون محكومة بقانون الجنسيَّة، وهنا طبقت المحكمة الإنجليزيَّة القانون الإنجليزي (قانون جنسية المتوفي) وذلك وفقاً لقواعد الإسناد البلجيكية ( Collier v. Ravaze, 1841, p855 & pp862-863). كما اتجهت المحكمة الإنجليزية في حكمها في قضية *Frere v. Frere* عام 1847 إلى نفس ذلك الإتجاه (Frere v, 1847).

غير أنَّ هذه النظريَّة قد تبلورت واتضحت بعد قضية فورقو (Forgo) بالقرار الصادر من محكمة النقض الفرنسيّة عام 1878، وحيث إنَّ هذه القضية هي البداية لنشوء نظرية الإحالة، التي تتلخَّص وقائعها (Maximilien, 1932, p19) في أنَّه في اوائل القرن التاسع عشر ولد ابن غير شرعي في إقليم بافاريا وانتقلت به أمه إلى فرنسا في الخامسة من عمره، وأقاما إقامة فعليَّة فيها دون أن يتخذاها موطناً قانونيَّاً، وكان القانون الفرنسي آنذاك يتطلَّب الإذن للإقامة القانونيَّة وهما لم يحصلا على هذا الإذن. وبعد أن شب فورقو تزوج من إمرأة فرنسية ثرية، وبعد أن توفيت هذه المرأة تركت له ثروة طائلة، ثم توفي فورقو في مدينة "يو" في الثامنة والستين من عمره دون أن يترك ورثة مباشرين أي دون أب أو أم أو إخوة أو أبناء، وكان القانون الفرنسي لا يعطي الحق في ميراث الابن غير الشرعي إلَّا لأبويه أو لأخوته فقط. وبالتالي أصبحت تركة فورقو بلا وارث، "تركة شاغرة " فاستولت عليها مصلحة الأملاك الفرنسية (Forgo, 1881).

هذا الأمر الذي دفع الحواشي من أقارب أمه إلى رفع دعوى أمام القضاء مطالبين فيها بحقِّهم في التركة مستندين إلى قواعد القانون البافاري الداخليَّة التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد غير الشرعي بالنسبة للورثة، وقضت محكمة استئناف "يو" برفض طلبهم في 1874/02/11م مستندة إلى أنَّ فورقو كان متوطناً بفرنسا، وبالتالي يجب أن يطبَّق بشأنه القانون الفرنسي وعلى ورثته وهو يقضي بحرمان غير الأبوين والأخوة للابن غير الشرعي من ميراثه.

فرفع الورثة طعناً على هذا الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية التي أصدرت في 1875/05/15 قراراً يقضي بقبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه، على أساس أن فورقو لم يكن متوطناً في فرنسا لأنَّه لم يحصل على ترخيص بالتوطُّن فيها، وبالتالي يكون موطنه القانوني في بافاريا، ويجب أن يطبق القانون البافاري، وأحيلت الدعوى من جديد إلى محكمة استئناف بوردو فحكمت لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي توزِّث هؤلاء الحواشي.

فطعنت مصلحة الأملاك في هذا الحكم، وقضت محكمة النقض في 1778/6/24م بنقضه لأنَّه طبّق قواعد القانون البافاري الداخلية دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه والتي تحيل حكم ميراث المتوفي إلى قانون موطنه الفعلي وهو هنا القانون الفرنسي.

وأُحيلت القضيَّة من جديد إلى محكمة استئناف تولوز فقضت بما رأته محكمة النقض – فطعن الورثة في هذا الحكم بالنقض لأنَّه طبق قواعد التنازع في القانون البافاري دون قواعده الموضوعيَّة – فرفضت محكمة النقض الطعن في هذا الحكم في 1882/02/22.

وهكذا فقد حكمت محكمة النقض لصالح مصلحة الأملاك وذلك بتطبيق قواعد التنازع البافارية على النِّزاع، وبالتالي قبلت إحالة القانون البافاري على القانون الفرنسي دون أن تصرّح بأنَّها إحالة، ثم توالت أحكام القضاء الفرنسي على هذا النحو آخذة بالإحالة.

فقد توصَّل القضاء الفرنسي من خلال هذه القضيَّة إلى حل مفاده أنَّه يتعيَّن على القضاة أن يطبِّقوا قاعدة الإسناد في القانون البافاري المسند إليه بموجب قاعدة الإسناد الفرنسيَّة قبل الرجوع إلى القواعد الموضوعيَّة في القانون البافاري، وبالرجوع لقواعد الإسناد في هذا الأخير فإنَّها تحيل الاختصاص لقانون الموطن الفرنسي الذي كان آنذاك يقضي بعدم توريث الحواشي للابن غير الشرعي، ويعتبر التركة شاغرة وتؤول إلى خزينة الدولة.

### الفرع الثالث: أنواع الإحالة

اتَّفق الفقهاء أنَّ الإحالة في القانون الدولي الخاص نوعان، الإحالة البسيطة أو الإحالة من الدرجة الأولى، والإحالة ذات الدرجتين أو الدرجات المتعدِّدة، وهو ما سنتعرَّض له من خلال هذا الفرع في البندين التاليين:

**أولاً: الإحالة البسيطة أو الإحالة ذات الدرجة الواحدة Single Renvoi System**

تكون الإحالة من الدرجة الأولى عندما تشير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي باختصاص قانون القاضي المعروض عليه النِّزاع، فيكون على القاضي أن يطبِّق القواعد الموضوعيَّة في قانونه للفصل في النِّزاع. وبهذا تتخلَّى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص عن حكم العلاقة القانونيَّة محل النزاع وردِّها إلى قانون القاضي.

الإحالة البسيطة أو الإحالة من الدرجة الأولى تتولَّد من اختلاف قواعد الإسناد في قانون دولتين حول موضوع واحد، وهذا النوع من الإحالة أكثر شيوعاً في التطبيق العملي من غيره، ومثال ذلك، كأن يثور نزاع يتعلَّق بأهليَّة إنجليزي مقيم بليبيا، وعندما يُعرض النِّزاع على القاضي الليبي فإنَّه يطبِّق القانون الإنجليزي الذي أشارت إليه قواعد الإسناد الليبيَّة، ولكن قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي تشير بدورها إلى تطبيق القانون الليبي "قانون الموطن"، ففي هذه الحالة تكون الإحالة من الدرجة الأولى، فهي إحالة إلى قانون القاضي.

وتؤدِّي الإحالة من الدرجة الأولى إلى إحالة النِّزاع لقانون القاضي، فيكون على القاضي الذي يعترف قانون دولته بهذا النوع من الإحالة تطبيق القواعد الداخليَّة في قانون دولته. وهذا ما نصَّت عليه صراحةً أغلب قواعد تنازع القوانين في القوانين الوطنيَّة بتطبيق القواعد الموضوعيَّة في قانون القاضي الذي أُحيل إليه الاختصاص من قواعد الإسناد في القانون الأجنبي(*).

---

(*) على سبيل المثال المادة المادة (1/4) من القانون المدني الألماني لسنة 1994 وتعديلاته؛ المادة (1/21) من القانون الدولي الخاص التشيكي رقم 91 لسنة 2012؛ المادة (1/14) من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987، المادة (1096.2) من القانون المدني لروسيا البيضاء رقم 218 – Z لسنة 1998، المادة (1/6) من القانون الدولي الخاص الأستوني رقم 35، 217 لسنة 2002 المعدل بالقانون رقم 385، 59، لسنة 2009، المادة (4) من القانون الدولي الخاص المجري رقم XXVIII لسنة 2017، المادة (1/13/ –a b) من القانون الدولي الخاص الإيطالي رقم 218 لسنة 1995، المادة (1/9) من القانون الدولي الخاص لكوريا الجنوبية رقم 6465 لسنة 2001 والمعدل بالقانون رقم 10629 لسنة 2011، المادة (5) من القانون الدولي الخاص البولندي رقم 8– لسنة 2011، المادة (1190.2) من القانون المدني الروسي الجزء الثالث رقم 146 – FZ لسنة 2001، المادة (2/6) من من القانون الدولي الخاص والإجراءات السلوفاني رقم 56 لسنة 1999، المادة (26) من قانون الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985 وتعديلاته، المادة (4) من القانون الدولي الخاص الفنزويلي رقم 36.511 لسنة 1998.

**ثانياً: الإحالة ذات الدرجتين أو ذات الدرجات المتعددة: Double Renvoi**

وتكون الإحالة من الدرجة الثانية عندما تشير قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي المعروض عليه النِّزاع باختصاصه، إلى تطبيق قانون أجنبي آخر. مثال ذلك إنجليزي مقيم في فرنسا وعرض نزاع يتعلَّق بأهليته أمام القضاء الليبي، فهنا يشير القانون الليبي إلى تطبيق القانون الإنجليزي "قانون الجنسيَّة" بينما يشير القانون الإنجليزي إلى تطبيق القانون الفرنسي "قانون الموطن"، تكون هنا الإحالة من الدرجة الثانيَّة.

وفي هذا النوع من الإحالة لا يحيل القانون المختص الذي تقرَّر تطبيقه على النِّزاع إلى قانون القاضي نفسه، ولكن يحيله إلى قانون دولة ثالثة، فتتولَّد إحالة من درجتين، ولتوضيح ذلك نعرض المثال التالي:

تخضع التركة غير المنقولة في القانون الألماني لقانون المتوفى، وفي القانون التركي لقانون موقعها، فإذا توفى تركي الجنسية متوطِّن في ألمانيا وترك مالاً في سويسرا، ورُفع النِّزاع بشأنه أمام القضاء الألماني، فإنَّ القاضي الألماني سوف يقرِّر الاختصاص في النِّزاع للقانون التركي تطبيقاً لقاعدة الإسناد الألمانيَّة، باعتباره القانون الشخصي للمتوفى، بينما القانون التركي لا يقبل هذا الاختصاص لنفسه ويحيل الفصل في النِّزاع إلى القانون السويسري باعتباره قانون موقع المال، وهنا نكون أمام إحالة من درجتين، وإذا أحال القانون السويسري الاختصاص بالفصل في هذا النِّزاع إلى القانون الألماني باعتباره قانون موطن المتوفى فإنَّ الإحالة تكون ذات درجات متعدِّدة

ورغم أنَّ القضاء الفرنسي قد استقرَّ على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى فإنَّه في بعض الأحيان كان يجيز الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية، وقد كان أول تطبيق صريح للإحالة من الدرجة الثانية من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسيَّة على إثر صدور الحكم الصادر في قضية Patino بتاريخ 1963/5/15، وتتلخَّص وقائع هذه القضيَّة التي تحمل اسم صاحبها باتينو الرجل الثري البوليفي الذي تزوَّج من فتاة أجنبيَّة اكتسبت عن طريق الزواج الجنسيَّة البوليفيَّة وتمَّ هذا الزواج في إسبانيا. رفع الزوجان أمام القضاء الفرنسي دعوى طلاق، وبرجوع القاضي لقواعد الإسناد الفرنسيَّة أشارت هذه الأخيرة لتطبيق قانون الجنسيَّة المشتركة للزوجين أي القانون البوليفي الذي لا يسمح بالطلاق

إلَّا إذا كان مقبولاً في المكان الذي تمَّ فيه الزواج أي القانون الإسباني، وبالرجوع لهذا القانون فإنَّه لا يجيز الطلاق آنذاك، وعلى هذا الأساس أخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الثانية وحكم بمنع الطلاق(www.cours-de-droit.net/le-renvoi-en-droit-international-prive).

## المطلب الثاني:

## الإحالة في فقه القانون الدولي الخاص

ورغم قبول الإحالة في تشريعات وقضاء بعض الدول، فقد استمرَّ الجدل والنقاش حولها، وانقسم الفقهاء بشأنها إلى مؤيِّدين ورافضين لها. ففي الوقت الذي ظهر فقهاء يدافعون عن الإحالة وينادون بالأخذ بها وتعميمها على كافة المسائل القانونيَّة ويجتهدون في تبرير ذلك، ظهر فقهاء آخرون يرفضونها ويدحضون آراء وتبرير مؤيديها، باعتبارها تؤدِّي إلى تعقيد العلاقات القانونية.

لتوضيح هذه المواقف نقسم المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول الفقه المؤيِّد للإحالة، وفي الفرع الثاني الفقه الرافض لها، وفي الفرع الثالث نبيِّن محاولات الفقه الحديث للحد من عيوب الإحالة.

### الفرع الأول: حجج مؤيدي الإحالة

1. إنَّ لكل دولة الحق من حيث المبدأ في قبول أو رفض تطبيق القانون الأجنبي، ولكنها إذا ارتضت تطبيقه فعليها أن تطبِّقه ككل لا يتجزأ، الأمر الذي يقضي من محاكم هذه الدولة الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي والإذعان إلى ما تشير به هذه القواعد، إذ ليس من المعقول أن يطبِّق القاضي قانون دولة معيَّنة في حالة لا يعترف فيها هذا القانون بالاختصاص لنفسه وفق ما تقتضي به قواعد إسناده الخاصة (الداودي، الهداوي، 2008، ص81). فإذا كان القانون الأجنبي واجب التطبيق فإنَّه يجب الأخذ به في أكمله وذلك دون الأخذ بالقواعد الموضوعيَّة فقط.
2. عندما تعطي قواعد الإسناد في قانون القاضي الاختصاص لقانون أجنبي معيَّن وهذا القانون يعيد الاختصاص إلى قانون القاضي من جديد، فإنَّ الإصرار على تطبيق القانون الأجنبي المختص يكون زائداً ما دام لا يقبل الاختصاص لنفسه في النِّزاع، ويجب قبول

هذه الإحالة منه في هذه الحالة، وعدم التشدُّد في ذلك أكثر من تشدُّد القانون الأجنبي ذاته، حتى لا تظهر حالة انعدام قانون مختص يحسم النِّزاع (الداودي، الهداوي، 2008، ص81).

**3.** إنَّ الأخذ بالإحالة يؤدِّي إلى توحيد الحلول واحترام الحكم الذي يصدره القاضي الوطني وتسهيل تنفيذه في مختلف الدول وإضفاء صفة عالميَّة عليه، لا سيما بين الدولتين اللتين حصلت الإحالة بين قانونيهما. لأنَّه إذا طبَّق القاضي قانونه الوطني مباشرة على النِّزاع المشوب بعنصر أجنبي المعروض عليه دون مراعاة ما أمرت به نصوص القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، فإنَّ حكمه لا يحوز قوة الأمر المقضي إلَّا داخل حدود دولته، وبالأخص في الدولة التي أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانونها ولكن قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة أعادت حل النِّزاع إلى قانون القاضي، لأنَّه يعتبر حينئذ حكماً مخالفاً لما تقضي به قواعد الإسناد في قانون تلك الدولة (ارجيعة، 1999، ص153، والداودي، الهداوي، 2008، ص82).

**4.** لا يمكن إعطاء اختصاص لقانون يرفضه. فإذا كان هذا القانون يتخلَّى عن اختصاصه لقانون آخر سواء كان قانون القاضي أو قانون آخر غيره يحكم قواعد التنازع فلا يجوز إجباره على اختصاص لا يقبله لنفسه.

**الفرع الثاني: حجج رافضي الإحالة**

**1.** إنَّ قاعدة التنازع التي تحدِّد القانون الواجب التطبيق هي تلك الموجودة في القانون الداخلي، وليس تلك الموجودة في قانون أجنبي والمشرّع الوطني يضع قواعد حل تنازع القوانين بنفسه لا بواسطة مشرع دولة أخرى، ومن ثمَّ عندما عينت قواعد الإسناد في قانون القاضي القانون الأجنبي لحكم النِّزاع فهي لم تقصد قواعد تنازع القوانين في هذا القانون بل تقصد فقط قواعده الداخليَّة، فبمجرَّد قيام قواعد الإسناد في قانون القاضي بتحديد القانون الأجنبي تكون مشكلة التنازع بين قانون القاضي والقانون الأجنبي قد حُلَّت.

**2.** إنَّ قبول الإحالة يؤدِّي إلى التسليم بتطبيق القانون الأجنبي في جملته بما في ذلك قواعد تنازع القوانين، وهذا يؤدِّي بدون شك إلى الوقوع في حلقة مفرغة، ففي قضية فورجو رأينا

أنَّ قاعدة الإسناد في القانون البافاري تحيل الاختصاص إلى القانون الفرنسي، وإذا رجع القاضي الفرنسي إلى قانونه واستشار قواعد الإسناد فيه ستحيل هذه الأخيرة بدورها إلى القانون البافاري وهذا سيرد الاختصاص إلى القانون الفرنسي، وهكذا إلى مالا نهاية، الأمر الذي دعا الفقيه الألماني Kahn أن يطلق عليها "غرفة المرايا" ( Kahn, 1975)، وشبَّهها الفقيه الإيطالي Buzzati لعبة التنس الدوليَّة، كلما تلقَّى اللاعب الكرة ردَّها بمضربه إلى اللاعب الآخر ولا تدري عند من ستسقط الكرة في النهاية، هذا إذا توقَّفت الإحالة عند درجتها الأولى، أي العودة إلى قانون القاضي (الداودي، الهداوي، 2008، ص82). غير أنَّ منطق الإحالة قد يؤدِّي إلى توسيع دائرة الحلقة المفرغة، فقاعدة الإسناد الأجنبيَّة قد لا تحيل إلى قانون القاضي ولكن إلى قانون أجنبي ثالث والثالث قد يحيل إلى رابع والرابع إلى خامس وهكذا دون توقف. وكما رأينا، فقد أطلق الفقه على هذه الإحالة اسم الإحالة من الدرجة الثانية أو الإحالة ذات الدرجات المتعدِّدة، وإذا كان بالإمكان قبول الإحالة من الدرجة الأولى بالرغبة في تحطيم هذه الحلقة المفرغة، وذلك بإيقاف اللعبة عند حد معين، وذلك بتطبيق قانون القاضي، ففي الإحالة المتعدِّدة الحلقات لا تدري على أي أساس تتم المفاضلة بين قانونين أجنبيين يرفض كلٌ منهما الاختصاص ويردُّه للآخر (ارجيعة، 1999، ص150-151، واللافي، 2000، ص81-81، والداودي، الهداوي، 2008، ص82).

**3.** إنَّ الإدعاء بضرورة عدم التشدُّد أكثر من تشدُّد القانون المختص يؤدِّي إلى إنكسار طبيعة قواعد الإسناد. لأنَّ القاضي الوطني يستمد سلطته من مشرِّعه الوطني الذي يأمره بتطبيق قانون أجنبي في النِّزاع المشوب بعنصر أجنبي باعتباره القانون الأنسب والأقدر على تحقيق العدالة في نظره. فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الأجنبي المختص في النِّزاع بناءً على أوامر مشرِّعه الوطني. ولكن إذا أمرت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بإحالة حل النِّزاع إلى قانون القاضي أو إلى قانون آخر، فعلي قاضي الموضوع عدم تنفيذ هذا الأمر لصدوره من مشرِّع أجنبي غير ملزم بتنفيذ أوامره، وبالتالي عليه رفض هذه الإحالة دون أن يقلق على مصير قراره من حيث عدم قابليته للتنفيذ في الخارج، لأنَّه لا يمكن

إهمال أمر المشرّع الوطني وتنفيذ أمر المشرع الأجنبي عن طريق الإحالة (الداودي، الهداوي، 2008، ص83).

**4.** قد يؤدّي الأخذ بالإحالة إلى الاجحاف ببعض حقوق المتقاضين في العلاقات الدوليَّة، وذلك بأن تطبَّق عليهم قواعد لا يخضعون لها في قوانينهم الوطنيَّة، من أمثلة ذلك أن يُعرَض على القضاء الفرنسي قضيَّة حجر بالسفه على إنجليزي متوطِّن في فرنسا، فإن أخذ القاضي الفرنسي بالإحالة يصل إلى تطبيق قرار الحجر بينما لو لم يأخذ بالإحالة وقام بتطبيق القواعد الداخليَّة في القانون الانجليزي فإنَّه سيرفض تطبيق الحجر لأنَّ القانون الإنجليزي لا يعرف نظام الحجر بالسفه (الداودي، الهداوي، 2008، ص84، و ارجيعة، 1999، ص152).

**5.** القول بأنَّ الإحالة تسهِّل تنفيذ الأحكام أمام المحاكم الأجنبيَّة قول غير صحيح، فتنفيذ الحكم كثيراً ما يتم في البلد نفسه الذي صدر فيه أو في بلد آخر غير الذي أحال قانونه عندما تشير قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق قانون أجنبي (ارجيعة، 1999، 152، والداودي، الهداوي، 2008، ص83).

### الفرع الثالث: موقف الفقه الحديث للحد من عيوب الإحالة

رغم الانتقادات التي وُجِّهَت للإحالة كمفهوم قانوني، فإنَّ جانباً من الفقه يعتبرها ظاهرة قانونية لها ضرورتها وأنَّ العيب ليس فيها وإنَّما في الأساس الذي تقوم عليه. لذلك حاول هذا الفقه تغيير النظرة التقليديَّة لها من خلال الحد من عيوبها ووضع أسس وتبريرات جديدة لها تتفق والمنطق القانوني.

**أولاً: تبرير الإحالة بالاستناد إلى قواعد إسناد احتياطيَّة:**

قال بهذا الرأي الأستاذ الفرنسي "بيجو نيير Pigeonniere" ويتلخَّص في ان قاعدة الإسناد الفرنسيَّة عندما تشير باختصاص قانون أجنبي معيَّن فإنَّها تقصد القواعد الموضوعيَّة في هذا القانون، غير أنَّه إذا رفض القانون الأجنبي هذا الاختصاص فعلى القاضي الرجوع إلى القواعد الموضوعيَّة في قانونه وتطبيقها على النِّزاع دون استشارة قواعد الإسناد، وبذلك تنتهي الحلقة المفرغة (LEREBOURS, 1924, p827).

وللإجابة على السؤال التقليدي عن معرفة السبب الذي من أجلة طبق القانون الفرنسي وهو غير مختص؟ أجاب "بيجو نيير" بأنَّ ذلك يتم وفقاً لقاعدة إسناد احتياطيَّة ضمنيَّة موجودة في القانون الفرنسي تقضي باختصاص القانون الوطني في كل حالة يرفض فيها القانون الأجنبي الاختصاص الممنوح له وفق قواعد الإسناد الفرنسيَّة. إذ أنَّ مقتضيات التعاون بين الدول لتنمية التجارة الدوليَّة الارتداد إلى قواعد القانون الدولي الخاص في قانون القاضي لتفسيرها والكشف عن وجود قاعدة إسناد احتياطيَّة تعقد الاختصاص لقانون القاضي نفسه (عبدالعال، 2010، ص162).

وعلى ذلك فاختصاص قانون القاضي الوطني بحكم النِّزاع، لا يستند إلى إحالة قاعدة الإسناد الأجنبيَّة إلى هذا القانون، بل يرتكز اختصاص قانون القاضي إلى أمر المشرّع الوطني نفسه بموجب قاعدة الإسناد الإحتياطيَّة (الحداد، 2013، ص162-163). ولذلك فإنَّه يمكن تطبيق قانون الموطن بصفة احتياطيَّة على أهليَّة الأشخاص وحالتهم الشخصيَّة بدلاً من قانون الجنسيَّة في الحالات التي يرفض فيها هذا القانون الأخير الاختصاص المعروض عليه بمقتضى قاعدة الإسناد الأصليَّة.

فإذا كان النِّزاع يتعلَّق مثلاً بأهليَّة دانمركي مقيم في فرنسا فإنَّ إعمال قاعدة الإسناد الأهليَّة تشير بتطبيق القانون الدانمركي لأنَّه قانون الجنسيَّة، غير أنَّ استشارة قواعد الإسناد الدانمركية تؤدِّي إلى إحالة النِّزاع إلى القانون الفرنسي باعتباره قانون الموطن، ووراء هذه القاعدة تختبئ قاعدة أخرى احتياطيَّة ضمنيَّة، مفادها أنَّه إذا تعذَّر تطبيق القانون الذي تشير به القاعدة الأصليَّة يتم فض النِّزاع وفقاً للقاعدة الاحتياطيَّة. معنى ذلك أنَّ القانون الفرنسي يصبح الآن هو المختص بعد أن رفض القانون الأجنبي الاختصاص (ارجيعة، 1999، ص156).

يتَّضح من هذا العرض أنَّ "بيجو نيير" أراد التوصُّل عن طريق هذه الفكرة إلى الحد من تسلسل الحلقات المفرغة، وذلك بالتوقف بالإحالة عند درجتها الأولى عن طريق تطبيق القانون الوطني الذي جاء نتيجة استشارة قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وذلك عندما قال بوجود قاعدة إسناد احتياطيَّة فكأنَّما القاضي لم يحد عن أوامر مشرِّعة الوطني لأنَّ قاعدة الإسناد الاحتياطيَّة هذه هي من ضمن قواعد القانون الوطني. هذا الرأي يحقِّق الغاية من

الإحالة دون أن تكون محلاً للنقد الشديد الموجَّه إليها من الفقه الذي يكمن في أن تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية معناه الخضوع لأمر المشرّع الأجنبي وهو غير جائز (ارجيعة، 1999، ص158).

غير أنَّ هذا التحليل يقوم على افتراض لا سند له في القانون والواقع، حيث إنَّ المشرع لم يضع قواعد إسناد احتياطيَّة تعقد الاختصاص للقانون الوطني أو لغيره، فقاعدة تنازع القوانين هي قاعدة فريدة، وليس هناك ما يدل في القانون الوضعي على وجود قاعدتي إسناد لكل حالة، الأولى أصليَّة وأخرى احتياطيَّة (ارجيعة، 1999، ص158، وعبدالله، 2000، ص157).

**ثانياً: تبرير الإحالة بالإستناد إلى مبدأ إقليميَّة القانون:**

قال بذلك الأستاذ الفرنسي "نيبوبه Niboyit" وتتفق وجهة نظره مع وجهة نظر "بيجو نيير" في نقطة البداية، إذ أنَّه يفترض وجود قاعدة إسناد احتياطيَّة إلى جانب قاعدة الإسناد الأصليَّة، وينطلق في فكرته من خلال طرحه للسؤال التالي: ماذا يحصل في الحالات التي يرفض فيها القانون الأجنبي الاختصاص المعروض عليه بموجب قواعد الإسناد الوطنيَّة لحكم مسألة معيَّنة؟

ففي هذه الحالة يصبح القانون الوطني غير مختص والقانون الأجنبي كذلك، إذن لا يوجد قانون بلد ما يقبل الاختصاص (ارجيعة، 1999، ص156). وهذا يؤدِّي إلى القول بأنَّ علاقة قانونيَّة معينة قد أصبحت بدون موطن.

إنَّ الحل الذي يجب إتباعه من وجهة نظر "نيبوية" هو أن نستند في تحديد القانون الذي تخضع العلاقة موضوع النِّزاع لحكمه إلى مبدأ أقليميَّة القوانين (الحداد، 2006، ص166). إذ أنَّ منح الاختصاص للقوانين الأجنبيَّة ما هو إلا استثناء من هذا المبدأ والذي وفقاً له يكون الاختصاص الأصلي دائماً للقانون الوطني وأنَّ إفساح المجال لقانون أجنبي آخر ما هو إلا استثناء، وهذا الاستثناء تمليه حاجة المعاملات الدوليَّة، وأنَّ ذلك بمثابة التضحية من المشرّع الوطني، فإذا كان القانون الأجنبي الذي ضحَّى من أجله القانون الوطني وتنازل له عن الاختصاص أنكر هذه التضحية ورفض هذا الاختصاص لم يعد هناك مبرِّر للتمسُّك بتطبيقه، ويعود بذلك إلى القاعدة العامة وهي إقليميَّة القانون (صادق، 1995، ص92-

94). وفي هذه الحالة فإنَّ تطبيق القانون الأجنبي لم يأت بناءً على أمر قاعدة إسناد أجنبيَّة، بل جاء لكونه القانون صاحب الاختصاص العام على جميع قضايا القانون الخاص التي تثار على أرضه (عبدالعال، 2010، ص174).

وعلى الرغم من وجاهة الحجج التي قال بها أنصار هذه النظرية لتبرير الأخذ بالإحالة فإنَّها لا تخلو من النقد، فالقول بأنَّ العلاقة تصبح بدون وطن بمجرَّد رفض القانون الأجنبي الاختصاص، قول لا يستقيم لأنَّ ذلك لا يتحقَّق إلَّا إذا تخلَّت التشريعات عن حكمها، ومن التشريعات ما قد يعترف بالاختصاص لنفسه بشأن تلك الرابطة (الحداد، 2006، ص166). كما أنَّ النظرية تنطلق من نقطة بداية غير سليمة مؤدَّاها أنَّه لا يجوز تطبيق قانون أجنبي في الحالة التي لا يعترف فيها هذا القانون لنفسه بالاختصاص، وهذا الأمر فيه عودة إلى نظرية المجاملة الدوليَّة واحترام إرادة المشرّع الأجنبي (عبد الرضا، 2013، ص229، والداودي، الهداوي، 2008، ص39). وهذا لا يخلو من الإشكال، إذ أنَّ القانون الأجنبي يتحدَّد اختصاصه بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنيَّة، على أساس أنَّه الأكثر ملاءمة لحكم الرابطة القانونيَّة والأقدر على تحقيق مقتضيات العدالة (صادق، 1995، ص94). علاوةً على ذلك، فإنَّ تطبيق قانون القاضي، أمر قد يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، إذ قد لا يكون هو القانون الملائم لحكم العلاقة القانونيَّة، بل قد ينطبق حتى ولو كانت تربطه بالعلاقة موضوع النِّزاع، رابطة ضعيفة لمجرَّد أنَّ القاضي الوطني هو المختص (عبدالعال، 2010، ص175).

فكرة نيبوية هذه تنطوي على الأخذ بالإحالة على قانون القاضي فقط أي الإحالة من الدرجة الأولى دون الإحالة من الدرجة الثانية التي هي في الواقع تطبيق لفكرة الاقليميَّة. وبالتالي فإنَّ فائدة التحليل الذي قدَّمه "نيبوية" في أنَّه ابتعد عن موطن النقد الأساسي الملازم للإحالة، إذ لا مجال للدخول في الحلقة المفرغة ولا تنازع داخل قواعد التنازع (ارجيعة، 1999، ص161).

**ثالثاً: تبرير الإحالة بالاستناد إلى نظرية العدالة:**

وفقاً لهذه النظرية، يفسِّر أنصار الإحالة أنَّ الأخذ بها، أيَّاً كان نوعها دون قيود، وأيَّاً كانت نتيجتها دون حدود، متى كان ذلك يؤدِّي إلى تحقيق العدالة (البستاني، 2009،

ص654). فإذا تبيَّن للقاضي أنَّ تطبيق الأحكام الموضوعيَّة، في القانون الذي أشارت قواعد الإسناد الوطنيَّة باختصاصه، سيؤدِّي إلى حل غير عادل، فيكون له أن يستشير قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون، وتبنِّي الإحالة منها إلى قانون آخر يحقِّق العدالة على نحو أفضل (صادق، عبدالعال، الحداد، 2006، ص109). وهذا سيؤدِّي إلى تحقيق نتيجة تمثِّل غاية قاعدة الإسناد، وهي ضمان كفالة آثار الحكم الصادر في المنازعة المنظورة أمام القضاء المختص (عبدالعال، 1986، ص107). وتجنُّب تعارض الأحكام الصادرة على المستوى الدولي، وهو ما توجبه ضرورات التعاون القضائي بين الدول، حفاظاً على الاستقرار المتطلّب للمعاملات الدوليَّة. هذا هو الدور الإنتقائي للإحالة، كما يراه جانب من الفقه الألماني، وهو دور يراعي فيه القاضي النتيجة النهائية، التي سيؤدِّي إليها تطبيق القانون المختص (صادق، عبدالعال، الحداد، 2006، ص109).

يؤخذ على هذه النظرية في تفسير الأخذ بالإحالة بالرغم من تجرُّدها ومثاليتها، فإنَّها ستمنح القاضي سلطة تقديرية مطلقة في الأخذ بالإحالة من عدمه، على ضوء ما قد يراه أكثر تحقيقاً للعدالة في كل مرة على حدة (البستاني، 2009، ص654). إذ ليس من المقبول أن يطبِّق القاضي القاعدة القانونيَّة على نحو يختلف من حالة لأخرى، حتى لو كانت تحت ستار العدالة، وإنَّما على القاضي أن يتخذ مسلكاً موضوعيَّاً في تطبيق القاعدة القانونية، صيانةً لاستقرار المعاملات، ورعايةً لتوقعات الأفراد (صادق، عبدالعال، الحداد، 2006، ص109).

**رابعاً: تبرير الإحالة استناداً إلى نظريَّة المحكمة الأجنبيَّة:**

قال بهذه النظريَّة فقهاء القانون الإنجليزي وأسموها (عقيدة المحاكم الأجنبية Foreign Court Theatre) محاولين من خلالها تفادي الوقوع في الحلقة المفرغة التي تجر إليها الإحالة. وقد أخذ بها القضاء الإنجليزي في بعض المسائل المحدودة وهي ميراث المنقول والطلاق، وترتيب حقوق عينيَّة على عقارات موجودة في الخارج (ارجيعة، 1999، ص161-162).

وطبقاً لهذه النظرية فإنَّه يتعيَّن على القاضي الإنجليزي المعروض عليه النِّزاع المشتمل على عنصر أجنبي أن يفصل فيه طبقاً للحل الذي من الممكن أن ينتهي إليه القاضي الأجنبي

الذي تحيل على قانونه قاعدة الإسناد الإنجليزية. ويقتضي ذلك أن يستشير القاضي قواعد الإسناد في هذا القانون ويطبّق القانون الذي تشير باختصاصه، أي ينبغي على القاضي الإنجليزي أن يجعل نفسه مكان القاضي الأجنبي ويقضي بما يقضي به هذا الأخير (ارجيعة، 1999، ص161-162).

مثال ذلك، لو عُرِض على القاضي الإنجليزي نزاع يتعلَّق بميراث منقول لإنجليزي متوطِّن في ألمانيا، فقواعد التنازع الإنجليزية تقضي باختصاص القانون الألماني باعتباره قانون الموطن الأخير للمتوفى، فينبغي على القاضي الإنجليزي أن يفصل في هذا النِّزاع بالكيفيَّة نفسها التي يفصل بها القاضي الألماني لو عرض عليه نزاع مماثل، وتقضي قواعد الإسناد الألمانيَّة باختصاص القانون الوطني الوطني وهو في هذا الفرض القانون الإنجليزي، وإذا كان القانون الألماني يقبل الإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الألماني، فإنَّ القانون الذي سيطبقه القاضي الألماني هو قانونه، وعليه حسب هذه النظرية فإنَّه على القاضي الإنجليزي أن يطبّق على النِّزاع المعروض عليه نفس القانون الذي سيطبقه عليه القاضي الألماني وهو القانون الألماني.

مثال آخر، إذا تعلَّق النِّزاع المعروض على القاضي الإنجليزي بميراث أموال منقولة لإنجليزي متوطِّن في إيطاليا، فإنَّ قواعد الإسناد الإنجليزية تقضي باختصاص قانون موطنه وهو القانون الإيطالي، وإذا كان نزاعاً مماثلاً معروضاً على القاضي الإيطالي فإنَّ قواعد الإسناد الإيطالية تقضي باختصاص القانون الوطني للمتوفى وهو القانون الإنجليزي، ولما كان القانون الإيطالي لا يأخذ بالإحالة فإنَّ القانون الذي سيطبّقه عليه هو القانون الإنجليزي، وعليه فإنَّ على القاضي الإنجليزي طبقاً لهذه النظرية أن يطبّق على النزاع المعروض القانون نفسه الذي سيطبقه عليه القاضي الإيطالي وهو القانون الإنجليزي (ارجيعة، 1999، ص161-162).

ويعاب على هذه النظرية رغم كونها تهدف إلى توحيد الحلول المعطاة للقضية نفسها وهو عدم إمكانية تعميمها، فهي غير صالحة إلَّا إذا أخذ بها القاضي المطروح عليه النِّزاع دون غيره من قضاة الدول الأخرى التي تنازعت قوانينها لحكم العلاقة المطروحة، أمَّا إذا أخذ بها قضاة كل الدول التي لقوانينها علاقة بالنِّزاع، فإنَّ ذلك سيؤدِّي إلى حلقة مفرغة. فإذا أخذ

بها في المثال السابق القانون الألماني فمعنى ذلك أنَّ الاختصاص سيكون للقانون الإنجليزي والذي بدوره سيحيله إلى القانون الألماني، وهكذا يبقى كلا القانونين يعيدان لبعضهما الاختصاص وذلك إلى ما لا نهاية (ارجيعة، 1999، ص161-162).

**خامساً: تبرير الإحالة استناداً إلى فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونيَّة:**

قدَّم باتيفول تحليلاً يختلف عن التحليلات السابقة في تبرير الإحالة، فقد وضع حلاً لتنازع قواعد الإسناد عن طريق التوافق والتنسيق بين مختلف الأنظمة في القانون الدولي الخاص في مختلف الدول، بمعنى التنسيق بين القواعد الوطنيَّة ونظائرها القواعد الأجنبية الأخرى في التنازع (Battiffol, 1983, p304).

فالعلاقات القانونيَّة الخاضعة للقانون الدولي الخاص مرتبطة بقانون دولتين أو أكثر، وهذه الوضعيَّة تفرض على المشرع عندما يضع قاعدة إسناد في قانونه أن يسعى إلى تحقيق تناسق بينها وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، ولا يمكن أن يتم هذا التنسيق بالاكتفاء فقط بالرجوع إلى قواعد الإسناد في قانون القاضي، بل ينبغي الرجوع كذلك إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي وتطبيق القانون الذي تشير باختصاصه.

ويرى "باتيقول" أنَّ الفقه السابق قد وقع في طريق مسدود عندما قرَّر أنَّه على القاضي الوطني أن يفصل في التنازع استناداً إلى قواعد الإسناد في قانونه الوطني فقط، وتناسى دور قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وهذا الاعتقاد هو الذي أدَّى إلى التسليم بضرورة تطبيق القواعد الموضوعيَّة في القانون الأجنبي وإغفال دور قواعد الإستاد في هذا القانون (Battiffol, 1983, p307).

وإنَّ تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية يفرض عدم إغفال قواعد الإسناد في القانون الأجنبي والمشرّع نفسه قد أراد هذا التعايش وهذا التنسيق باعتزامه تطبيق القوانين الأجنبيَّة. وأنَّ الإحالة ليست مستحيلة من حيث المنطق إذا تمَّ ربطها بمبدأ أعلى من قاعدة الإسناد وهو مبدأ التنسيق بين مختلف قواعد الإسناد، وخطأ الفقه التقليدي هو تصويره للإحالة بأنَّها تنازل من قاعدة الإسناد الوطنيَّة لصالح قاعدة إسناد أجنبيَّة فهي بهذا التصوير تكون حقاً غير مقبولة (ارجيعة، 1999، ص163).

يؤخذ على هذه الفكرة عدم توضيحها لماذا التوقُّف عند الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي وتطبيق القواعد القانونيَّة الموضوعيَّة لهذا الأخير. فإذا أخذنا بفكرة التنسيق بين قواعد الإسناد إلى القانون الفرنسي ونتوقف عندها فنطبق بذلك القواعد الموضوعيَّة في القانون الفرنسي في حين أنَّ قواعد الإسناد في هذا الأخير ترفض اختصاص القانون الفرنسي (ارجيعة، 1999، ص165). كما أنَّ اعتقاد "باتيقول" بسلامة نظريته قد أدَّى به إلى القول بإقرار فكرة الإحالة ولو أدَّت إلى تطبيق قانون أجنبي آخر إذ مع التسليم بسلامة منطق الإحالة لم يعد هناك داع للتوقُّف بها عند درجة معينة (ارجيعة، 1999، 165). ولقد أكَّد "باتيقول" ذلك بقوله إنَّ الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى يقتضي بالضرورة التسليم بالإحالة من الدرجة الثانية (Battiffol, 1983, p307).

## المبحث الثاني

## موقف القانون الليبي والمقارن من نظرية الإحالة

إنَّ التطوُّر الحاصل في التجارة الدوليَّة، وتشابك العلاقات الخاصة الدوليَّة دفع ببعض التشريعات إلى تغيير موقفها الرافض من الإحالة وتبنِّي موقف مرن منها، وذلك عن طريق ربط الإحالة بغاية قاعدة الإسناد والوظيفة التي تؤدِّيها. إذ أنَّ الغاية التي ترمي قاعدة الإسناد إلى تحقيقها هي تطبيق أكثر القوانين ملاءمة لحكم العلاقة الدوليَّة الخاصة من بين القوانين المتنازعة لحكمها، وتحقيق العدالة باختيار هذا القانون.

في هذا المبحث نتناول في المطلب الأول موقف القانون الليبي والمقارن من نظرية الإحالة، وفي المطلب الثاني نتطرَّق إلى نتائج غياب الإحالة في القانون الليبي والحلول المقترحة للأخذ بها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد.

### المطلب الأول

### موقف القانون الليبي والمقارن من نظرية الإحالة

الخلاف الفقهي حول نظرية الإحالة ألقى بظلاله أيضاً على موقف القوانين من هذه النظرية، فقد انقسمت القوانين الوطنيَّة للدول المختلفة ما بين رافض ومؤيد للأخذ بالإحالة. لتوضيح ذلك نقسِّم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول موقف القوانين الرافضة للأخذ بالإحالة، وفي الفرع الثاني نتناول موقف القوانين التي أخذت بها.

### الفرع الأول: موقف القوانين الرافضة للأخذ بالإحالة

أغلب التشريعات العربيَّة، وبعض التشريعات الأجنبيَّة رفضت نظرية الإحالة ولم تأخذ بها،(*) والمشرّع الليبي من ضمن التشريعات الرافضة لنظرية الإحالة بشكل صريح ومطلق، فقد جاء في المادة (27) من القانون المدني الليبي بأنَّه "إذا تقرَّر أنَّ قانوناً أجنبيَّاً هو الواجب التطبيق، فلا يطبَّق منه إلَّا أحكامه الداخليَّة، دون التي تتعلَّق بالقانون الدولي الخاص".

ويتضح من هذا النص، أنَّ المشرّع قد أخذ موقفاً حاسماً من نظرية الإحالة برفضه الأخذ بها، وأوجب على القاضي الوطني بالاقتصار فقط على تطبيق القواعد الداخليَّة في القانون الأجنبي، دون تلك التي تتعلَّق بالقانون الدولي الخاص.

وقد بيَّنت مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الذي أخذ عنه القانون المدني الليبي سبب رفض الإحالة بقولها "ذلك أنَّ قاعدة الإسناد حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معيَّن، تصدر عن اعتبارات خاصة، وفي قبول الإحالة أيَّاً كان نطاقها، تفويت لهذه الاعتبارات، ونقض لحقيقة الحكم المقرَّر في تلك القاعدة"(مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الأول، ص315).

صحيح أنَّ قاعدة الإسناد تصدر لاعتبارات خاصة لتحدِّد القانون المناسب لحكم النِّزاع، لكن القول بأنَّ الأخذ بالإحالة يترتَّب عليه تفويتاً لهذه الاعتبارات، ليس بالقول السديد، إذ أن قبول الإحالة أو رفضها مستمد من مدى تحقق الاعتبارات الخاصة التي تهدف إليها قاعدة الاسناد، وليس من المنطق في شيء ترك هذه الاعتبارات واللجوء إلى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي وإخضاع القاضي الوطني لأمرها متجاهلاً قاعدة الإسناد الوطنية التي يجب على القاضي الالتزام بأحكامها ومضمونها.

(*) المادة (27) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المادة (29) من القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949، المادة (2/31) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، المادة (16) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984، المادة (72) من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم 5 لسنة 1961، المادة (28) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المادة (27) من قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29 لسنة 2013.

### الفرع الثاني: موقف القوانين الأخذة بالإحالة

ففي ظل التطورات الحديثة التي لحقت بقاعدة الإسناد في ذاتها، نحو سعيها للأخذ بالعدالة، دون الاقتصار على تحقيق العدالة في مفهوم القانون الدولي الخاص، كان لابد من أن تتأثر جميع المفاهيم القانونية الأساسية في تنازع القوانين، وفي مقدِّمة هذه المفاهيم، الإحالة (الحداد، 2013، ص173).

وبهذا المعنى تأثَّرت بعض القوانين المقارنة وأخذت بنظرية الإحالة، وفي مقدِّمة هذه القوانين، القانون الدولي الخاص التشيكي لعام 1963 إذ تضمَّن هذا القانون الإشارة لهذا المعنى فإذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون التشيكي، أو إلى قانون دولة أخرى، في حالة الإحالة من الدرجة الثانية، فإنَّ تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدِّي إلى حل مقبول وعادل للعلاقة المعنيَّة(*).

فالمشرع التشيكي ابتعد عن الأحكام السابقة والمجرَّدة للإحالة، وترك للقاضي الحرية للوصول إلى الحل العادل، ولم يفرض عليه أيَّاً من نوعي الإحالة لا بالقبول ولا بالرفض، فالأمر متروك لسلطة قاضي الموضوع التقديريَّة يأخذ بأي من نوعيها متى تكشفت له أنَّ النِّزاع المعروض يقتضي ذلك، وأنَّ من شأن الحل الذي يأخذ به تحقيق الحل العادل والمقبول.

وكذلك أخذ المشرّع الألماني بالفكرة القائلة بأنَّ قبول الإحالة أو رفضها تتوقَّف على البحث عن غاية قاعدة الإسناد، حيث نصَّت المادة (1/4) من القانون الدولي الخاص الألماني على أنَّه "إذا تمَّ تعيين قانون دولة أجنبيَّة، فإنَّه يجب أن تطبَّق أيضاً قواعد الإسناد في قانون هذه الدولة، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية.

---

(*) نصت المادة (35) من القانون الدولي الخاص التشيكي لسنة 1963 على أنه "إذا عينت النصوص في القانون الدولي الخاص التشيكي أو أحالت غلى قانون دولة أخرى فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شان ذلك الوصول إلى حل معقول عادل للعلاقة محل النزاع". وقد أكدت على ذلك المادة (1/21) من القانون الدولي الخاص التشيكي رقم 91 لسنة 2012 التي تنص على أنه "إذا قررت أحكام هذا القانون تطبيق قانون أجنبي، وأحالت أحكامه إلى القانون التشيكي، فإنه يجب تطبيق القواعد الموضوعية في القانون التشيكي. وإذا أحالت أحكام القانون الأجنبي إلى قانون دولة أجنبية أخرى، فإنَّه يجب تطبيق القواعد الموضوعيَّة في هذا الأخير، إذا كان سيتم تطبيقها وفقًا لقواعد التنازع في هذا القانون؛ وغير ذلك فإنَّه يتم تطبيق القواعد الموضوعية في القانون التشيكي".

ويجب أن تطبَّق القواعد الموضوعيَّة في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبيَّة إلى القانون الألماني" (القانون المدني الألماني رقم 21 لسنة 1994 والمعدل في 2020).

وفقاً لهذا النَّص فإنَّ المشرّع الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، ويأخذ كذلك بالإحالة من الدرجة الثانية متى توافر شرطان لازمان هما: أولهما ألَّا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الألمانيَّة، وثانيهما أن تشير قاعدة الإسناد الألمانيَّة إلى تطبيق القواعد الموضوعيَّة وحدها في القانون الأجنبي.

وقد أخذ بهذا الاتجاه أيضاً قانون المعاملات الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 الذي نصَّ في المادة (26) منه على أنَّه "1. إذا تقرَّر أنَّ قانوناً أجنبيَّاً هو الواجب التطبيق فلا يطبَّق منه إلَّا أحكامه الداخليَّة دون التي تتعلَّق بالقانون الدولي الخاص. 2. على أنَّه يطبَّق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي الخاص المتعلِّقة بالقانون الواجب التطبيق".

نلاحظ أنَّ المشرّع الإماراتي قد أكَّد على المبدأ العام في الفقرة الأولى من هذا النَّص وذلك برفضه لنظرية الإحالة، وهذا الموقف يتفق مع ما نصَّ عليه المشرّع الليبي في المادة (27) من القانون المدني الليبي. ومع ذلك، فإنَّ المشرّع الإماراتي نصَّ على استثناء في الفقرة الثانية من المادة (26) وبموجبه أخذ بنظرية الإحالة من الدرجة االأولى فقط.

كما نصَّت المادة (37) من قانون التحكيم الإماراتي رقم 6 لسنة 2018 بالإحالة وذلك بقولها "تطبِّق هيئة التحكيم على موضوع النِّزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، وإذا أُتفق على تطبيق قانون دولة معيَّنة اتبعت القواعد الموضوعيَّة فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب في الدولة".

لقد أعطى هذا النَّص لإرادة الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النِّزاع، بما في ذلك قواعد القانون الدولي الخاص. وبذلك يكون على هيئة التحكيم الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الذي اختارته الأطراف إذا اتجهت إرادتهم إلى ذلك.

وكذلك أخذ القانون الجزائري بهذا الإتجاه بعد تعديل القانون المدني بمقتضى القانون رقم 05 – 10 لسنة 2005 حيث تنص المادة (23) مكرر 1 على أنَّه "إذا تقرَّر أنَّ قانوناً أجنبيَّاً هو الواجب التطبيق فلا تطبَّق منه إلَّا أحكامه الداخليَّة دون تلك الخاصة بتنازع

القوانين من حيث المكان، غير أنَّه يطبَّق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

نلاحظ من نص الفقرة الأولى من المادة (23) مكرر 1 أنَّ المشرّع الجزائري قد أكَّد على نفس الموقف الرافض للإحالة الذي ذهب إليه القانون الليبي وغيره من القوانين الأخرى الرافضة للإحالة، غير أنَّه جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة ومنح الاختصاص للقانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي. فوفقاً لهذا النَّص فإنَّ المشرّع الجزائري يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى.

فالموقف من الإحالة يجب أن يُبنى على تحقيق غاية قاعدة الإسناد، فمثلاً إذا كانت الإحالة بمسألة بعينها ملائمة وتساعد على تحقيق الغاية من قاعدة الإسناد تعيَّن الأخذ بها، وعلى العكس يجب هجرها إذا ترتَّب على الأخذ بها عدم تحقق الغاية من قاعدة الإسناد، أو كان في إعمال الإحالة إنتهاك صارخ لتوقُّعات الأفراد ومساس بمصالح التجارة الدوليَّة.

## المطلب الثاني

## نتائج غياب الإحالة في القانون الليبي والحلول المقترحة للأخذ بها في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد

يترتَّب على غياب الإحالة في القانون الليبي نتائج غير مقبولة، ولمعالجة هذا الأمر هناك حلول مقترحة للأخذ بالإحالة في ضوء الغاية والوظيفة التي ترمي إلى تحقيقها قاعدة الإسناد، وذلك لتفادي ما يترتَّب على غيابها من مثالب. نوضِّح ذلك في الفرعين التاليين:

### الفرع الأول: نتائج غياب الإحالة في القانون الليبي

بالإضافة إلى الانتقادات المذكورة أعلاه بشأن عدم الأخذ بالإحالة بشكل عام، ينتقد جانب من الفقه الليبي موقف المشرّع الليبي من الإحالة، ويرى في قبول الإحالة استكمالاً لسيادة القانون الليبي وتمشيًّاً مع الفقه الحديث الذي يتجه نحو الحد من امتداد القانون، والنظر إلى السيادة الإقليميَّة باعتبارها الأصل في سلطان القانون وليس الرجوع إلى القانون الليبي انصياعاً لقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، بل هو نتيجة طبيعيَّة لرفض القانون الأجنبي الاختصاص التشريعي الذي يعقده له القانون الليبي (ارجيعة، 1999، ص168، و اللافي، 2000، ص84-85).

ويذهب هذا الفقه أيضاً إلى أنَّ الاعتبارات التي على أساسها رفض المشرع المصري فكرة الإحالة وتبعه في ذلك المشرّع الليبي هي نفسها قد تكون مدعاة للقبول بالإحالة (ارجيعة، 1999، ص168). فمصر دولة مصدِّرة للأيدي العاملة وليست مستوردة لهم، وبأعداد لا يستهان بها موجودون بالخارج، وبذلك لن يتضرَّر القانون المصري كثيراً من رفضه للإحالة، إذ سوف يظل المصريون الموجودون بالخارج خاضعين في أحوالهم الشخصية لسلطان القانون المصري. والوافدون إلى مصر وعددهم قليل بالمقارنة مع النازحين المصريين فإنَّه لا ضير من جعل مسائل أحوالهم الشخصيَّة محكومة بقوانين جنسياتهم (ارجيعة، 1999، ص168).

وليبيا باعتبارها دولة مستوردة للأيدي العاملة أكثر منها مصدِّرة لهم، وأنَّ الأجانب القاطنين في ليبيا الآن هم من مختلف الجنسيَّات، فإنَّ الأخذ بالإحالة من شأنه إعطاء الفرصة للقانون الليبي في التطبيق على هؤلاء الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية، فإذا ثار نزاع بشأن أهليَّة أحد الأجانب المقيمين في ليبيا فإنَّ إعمال قاعدة الإسناد الليبيَّة يؤدِّي إلى القول بتطبيق قانون البلد الذي يتبعه هذا الأجنبي بجنسيته، فإذا كان هذا القانون يرفض الاختصاص وفقاً لقواعد الإسناد الداخليَّة التي تقضي بتطبيق قانون الموطن، فهنا يرتد الاختصاص مجدَّداً للقانون الليبي، والأخذ به وفقاً لنظام الإحالة يوفِّر على القضاء مهمة البحث عن قاعدة أخرى لفض النِّزاع (ارجيعة، 1999، ص168). إنَّ الأخذ بالإحالة هو الحل الذي يوفِّر أكبر الفرص لتطبيق القانون الليبي على ترابه الوطني.

علاوةً على ذلك، فإنَّ موقف المشرّع الليبي بعدم أخذه بالإحالة يؤدِّي إلى التناقض بين قواعد الإسناد، وإيجاد نوع من أنواع الفراغ التشريعي، والوقوع في صور غير مباشرة للإحالة. إذ أنَّ تطبيق قواعد الإسناد المختلفة في القانون الليبي ينتج عنه صور غير مباشرة للإحالة. فعلى سبيل المثال، جاء في حكم المادة (1/13) من القانون المدني الليبي بتطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الأنظمة المالية للزواج(*). والأنظمة الماليَّة في القوانين الأجنبيَّة هي عموماً أنظمة اتفاقية.

(*) المادة (1/13) من القانون المدني الليبي التي تنص على أنَّه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من آثار بالنسبة إلى المال".

فإذا افترضنا أنَّ نزاعاً عُرض أمام القضاء الليبي بشأن نظام مالي معيَّن لزوجين أجنبيين فإنَّ القاضي الليبي واستناداً إلى نص المادة (1/13) سالفة الذكر سيقضي بتطبيق قانون جنسية الزوج، وليكن القانون الفرنسي مثلاً، افتراضنا إلى كون الزوج في هذا المثل يتمتَّع بالجنسيَّة الفرنسيَّة، وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أنَّ هذا القانون يسند النزاع المذكور للقانون الذي تحدِّده إرادة المتعاقدين صراحةً أو ضمناً، لعدم وجود قاعدة إسناد خاصة به. فإذا تصادف واتفق الزوجان في عقد الزواج على تطبيق قانون دولة أخرى، ففي هذه الحالة سيجد القاضي نفسه أمام خيارين، الأول تطبيق الحل الذي أشارت إليه المادة (13) من القانون المدني وعندئذ سيقع في الإحالة من الدرجة الثانية. والخيار الثاني أن يطبق الحكم الذي نصَّت عليه المادة (27) من القانون المدني الليبي والتي جاء فيها "إذا تقرَّر أنَّ قانوناً أجنبيَّاً هو الواجب التطبيق فلا يطبَّق منه إلَّا أحكامه الداخليَّة، دون تلك التي تتعلَّق بالقانون الدولي الخاص". فيطبِّق القاضي الأحكام الداخليَّة في القانون الفرنسي دون إحالته إلى قانون الإرادة، فيكون قد طبَّق قانوناً أجنبيَّاً خارج الإطار الذي رسمه له مشرِّعه (ارجيعة، 1999، ص170).

غير أنَّ هذا القول لا يساعد على حل المشكلة بل يزيد من تعقيدها، فضلاً عن ما يترتَّب عليه من تناقض ويؤدِّي إلى الوقوع في نوع من الفراغ التشريعي، إذ أنَّه لا توجد قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي تحكم هذا النِّزاع، لأنَّ المشرِّع الفرنسي قد ترك أمرها لسلطان إرادة المتعاقدين (ارجيعة، 1999، ص170). لذلك، فإنَّ الأخذ بالإحالة يؤدِّي مرة أخرى إلى التخلُّص من مأزق الفراغ التشريعي في هذا الأفتراض.

**الفرع الثاني: الحلول المقترحة للأخذ بالإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد**

إنَّ الأخذ بالإحالة على الأقل في درجتها الأولى يؤدِّي إلى جعل القانون الوطني هو الواجب التطبيق، وهذه فائدة تحقِّق للدولة التجانس في نظامها القانوني، وتمنع من خلالها دخول عضو أجنبي في البناء القانوني الداخلي الأمر الذي من شأنه أن يخلق نوعاً من التضارب وعدم التجانس في القواعد القانونيَّة لدولة القاضي (ارجيعة، 1999، ص170).

كما أنَّ الأخذ بالإحالة يسهِّل مهمة القاضي عندما تسند قاعدة الإسناد النِّزاع إلى قانون دولة تتعدَّد فيها الشرائع كالولايات المتحدة الأمريكية مثلاً. فإذا عرض أمام القاضي

الليبي نزاع متعلّق بأهليَّة مواطن أمريكي مقيم في ليبيا فإنَّ الأخذ بالإحالة سيؤدّي إلى تطبيق قانون الموطن وهو القانون الليبي. وفي حالة عدم الأخذ بالإحالة فإنَّه يكون من واجب القاضي الليبي في هذا المثال، أن يبحث عن قاعدة تحكم النِّزاع في قانون يتكون من أكثر من خمسين قانوناً لا قانوناً واحداً لأنَّه متعدِّد بتعدُّد ولايات هذه الدولة.

ويترتَّب على الأخذ بالإحالة أيضاً عدم خضوع الأطراف إلى أنظمة قانونيَّة لا يخضعون لها وفق قواعد الإسناد في قوانينهم الوطنية. كما أنَّ الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ينبغي أن يُبنى على أساس الغاية ووظيفة قاعدة الإسناد وهي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، والوصول إلى تطبيق أكثر القوانين تحقيقاً لمصالح التجارة الدوليَّة، واستقرار المعاملات داخل الدولة، واحترام التوقُّعات المشروعة للأشخاص في تعاملاتهم المالية والشخصيَّة المشوبة بعنصر أجنبي (الحداد، 2006، ص171).

إنَّ تحقيق ذلك يتوقَّف على تفسير قاعدة الإسناد الوطنية، للوقوف على غايتها الأساسيَّة، دون الاهتمام بالاعتبارات الأخرى فيما إذا تعارضت مع ما يمكن أن تؤدّيه قاعدة الإسناد. وهذا يعني أنَّه ليس على القاضي أن يتخذ موقفاً عاماً من الإحالة بالقبول أو الرفض، بل يجب عليه أن يحدِّد موقفه منها على ضوء المنازعة المعروضة عليه، وعلى ما تتضمَّنه من وقائع وظروف وملابسات من ناحية، وأهداف قاعدة الإسناد المعنية الموجودة في قانونه من ناحية أخرى (العارضي، 2015، ص257).

فاختيار القانون المختص تختلف دوافعه وأسبابه وفقاً لقاعدة الاسناد الوطنية المعنيَّة بالمسألة المعروضة على القاضي الوطني، ووفقاً للغاية التي تهدف إلى تحقيقها، وهكذا يتم الانتقال بمفهوم الإحالة من المفهوم الشكلي المجرَّد إلى المفهوم الغائي (الحداد، 2013، ص172).

فاذا تبيَّن للقاضي إنَّ تطبيق القواعد الموضوعيَّة في القانون الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانونه الوطني سيؤدّي إلى حل غير عادل فيكون له أن يستشير قواعد الإسناد في هذا القانون الأجنبي ويقبل الإحالة منها إلى قانون آخر يحقِّق العدالة على نحو أفضل (صادق، عبدالعال، الحداد، 2006، ص109). إذ يراعي القاضي النتيجة النهائيَّة التي سينتهي إليها تطبيق القانون الواجب التطبيق.

غير أنَّه يعاب على هذا الراي أنَّه يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالإحالة أو رفضها، ووفقاً لما قد يراه مناسباً وأكثر تحقيقاً للعدالة في كل حالة على حدة. وهو قول يتعارض مع مهام القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية وفقاً للمبادئ العامة للقانون، إذ ليس من المقبول أن يطبّق القاضي القاعدة القانونيَّة، بطريقة تختلف من حالة إلى أخرى، حتى وإن كان تحت غطاء العدالة (صادق، عبدالعال، الحداد، 2006، ص109). بل أنَّ هذا في حد ذاته انتهاك للعدالة بحجة إيجاد الحل العادل بالنظر إلى روح قاعدة الإسناد والغاية الوظيفيَّة منها.

ومع ذلك، يمكن الرد على هذا النقد بأنَّ سلطة القاضي التقديرية ليست مطلقة سواء في تطبيق القانون على الوقائع في النِّزاع المعروض عليه، أو في الأخذ بالإحالة من عدمه، إذ أنَّ هناك مبدأ عام يحكمه مفاده أن يكون الحل الذي يتوصَّل إليه من خلال الإحالة عادلاً، وتلك مسألة قانونيَّة يخضع بشأنها لرقابة المحكمة العليا. فطالما كانت الغاية من قاعدة الإسناد، تختلف من مشرّع إلى آخر، فإنَّه من الطبيعي أن تختلف الحلول المتبعة بشأن الإحالة، وطالما أنَّ المشرّع يقصد من غاية قاعدة الإسناد البحث عن أنسب القوانين لحكم العلاقة دون سابق تنسيق مع غيره من المشرّعين، فإنَّ ذلك يستتبع خللاً في قاعدة الاسناد بتحقيق غاية الوصول إلى أكثر الحلول ملاءمة لمقتضيات التجارة الدوليَّة، وبالتالي على القاضي أن يصحِّح هذا الخلل في وظيفة الإسناد عن طريق البحث في غايتها وقبول الإحالة (الحداد، 2013، ص173-175).

فالغاية من ذلك هو الابتعاد عن الأحكام المسبقة والمجرَّدة للإحالة من جهة التشريعات المقارنة، والاعتماد في الموقف منها إلى رؤية موضوعيَّة تستند إلى فهم قاضي الموضوع لكل حالة على حدة، ويستفيد الموقف من الإحالة من مقدار ما يحقِّقه الأخذ بالإحالة من توقعات الأطراف المشروعة للعلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، ومبدأ العدالة، والوصول إلى الانسجام بين النظم القانونيَّة رعاية لمصالح التجارة الدوليَّة.

فالموقف من الإحالة يجب أن يبنى على تحقيق غاية قاعدة الإسناد، فمثلاً إذا كانت الإحالة بمسألة بعينها ملائمة وتساعد على تحقيق الغاية من قاعدة الإسناد تعيَّن الأخذ بها،

وعلى العكس يجب هجرها إذا ترتَّب على الأخذ بها عدم تحقق الغاية من قاعدة الإسناد، أو كان في إعمال الإحالة إنتهاك صارخ لتوقعات الأفراد ومساس بمصالح التجارة الدولية.

ومن ذلك فإنَّ الأخذ بالإحالة يكون مقبولاً متى كان في ذلك تحقيق لهدف قاعدة الإسناد. ففي الإحالة من الدرجة الأولى يلتزم القاضي بتطبيق قانونه الوطني، وهذا أمر مفضل لديه لأنَّه من السهل عليه تطبيق قانونه، ويجنبه تطبيق قانون أجنبي، وهو ما يتحقَّق معه التطابق بين الاختصاصين القضائي والتشريعي، ويتحاشى التمييز بين ما يعتبر من المسائل الإجرائيَّة وما يعد من المسائل الموضوعيَّة (عبدالعال، 1986، ص222).

وتطبيق القواعد الموضوعيَّة في قانون القاضي المعروض عليه النِّزاع لا يترتَّب عليه إخلال بتوقعات الأطراف متى كان هناك رابط بدولة القاضي بواسطة الموطن المشترك أو وجود الأموال محل النِّزاع، وبالتالي يكون من السهل عليهم معرفة قواعد هذا القانون. وأيضاً سيكون من مصلحة أطراف العلاقة تطبيق القواعد الموضوعية لقانون القاضي أكثر من غيره، فمثلاً لو أنَّ مواطناً فرنسياً توفى في ليبيا عن أموال منقولة وعقارية موجودة بها، فإنَّ القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد الليبيَّة بخصوص الميراث هي تطبيق قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة(*)، أي القانون الفرنسي، بينما قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي تعقد الاختصاص للقانون الليبي بوصفه قانون موطن المتوفي. فإذا كان القانون الليبي يقبل الإحالة إليه فإنَّ القاضي الليبي سيطبِّق القواعد الموضوعيَّة في قانونه على الميراث إعمالاً للإحالة من الدرجة الاولى.

إنَّ ذلك المثال يحقق حلاً نموذجيَّاً، إذ أنَّه يحقِّق التناسق بين قانون الجنسيَّة وقانون الموطن، والحل الذي يتقرَّر عن طريق الإحالة يقبله قانون الجنسيَّة وقانون الموطن للمتوفي (عبدالعال، 1986، ص123). كما أنَّ القاضي الليبي وهو يطبِّق القواعد الموضوعيَّة في قانونه سيتجنَّب الصعوبات التي قد يثيرها تطبيق القانون الأجنبي من تحديد مضمون هذا القانون وتفسيره، والدفع بالنظام العام وغيرها. وأيضاً ليس في هذا الحل أي إخلال بتوقُّعات الاطراف، فهم يعلمون أنَّ مورِّثهم يعيش في ليبيا، كما أنَّ المورِّث نفسه يعرف أنَّ الورثة

(*) تنص المادة (1/17) من القانون المدني الليبي على أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته".

وانصبتهم سيتحدَّد وفقاً لقانون الدولة التي يقيم فيها. أمَّا لو تبيَّن للقاضي المعروض عليه النِّزاع أنَّ الأخذ بالإحالة وتطبيق قواعده الموضوعيَّة بدلاً من القواعد الموضوعيَّة للقانون الأجنبي، يخل بتوقُّعات الأفراد، ويتناقض والغاية من قاعدة التنازع في تحقيق العدالة، كان على القاضي رفض الأخذ بالإحالة، وتطبيق القواعد الموضوعيَّة في القانون الأجنبي.

ومن أكثر المسائل التي يمكن أن يتحقَّق فيها الإخلال بتوقُّعات أطراف العلاقة هي مسائل الأحوال الشخصيَّة، وتزداد الصعوبة متى كان القانون المحال إليه قانوناً متعدِّداً تعدداً شخصيَّاً كالقانون المصري، واللبناني والعراقي.

إذ يرى البعض من الفقه المصري أنَّه إذا عرض نزاع أمام القاضي المصري يتعلَّق بطلاق بين زوجين إنجليزيين مختلفي الديانة أو الطائفة ومتوطنين في مصر، فإنَّه يجب رفض الإحالة وتطبيق القانون الإنجليزي الذي عينته قاعدة الإسناد المصريَّة. فالأخذ بالإحالة من القانون الإنجليزي إلى القواعد الماديَّة في القانون المصري سوف يؤدِّي إلى تطبيق أحكام الشريعة الاسلاميَّة بوصفها الشريعة العامة، ولا شكَّ أنَّ في ذلك مساساً باعتبارات العدالة كما صوَّرها المشرع المصري نفسه وإخلالاً لتوقُّعات الأفراد وعصفاً بالغاية من قاعدة التنازع (عبدالعال، 1986، ص224).

أمَّا في الإحالة من الدرجة الثانية فإنَّه يمكن الأخذ بها إذا أدَّى تطبيقها إلى المساعدة على تحقيق قاعدة الاسناد لغايتها بما يحقِّق التعايش بين النظم القانونيَّة ويقيم التناسق بينها، وذلك عن طريق تطبيق أكثر القوانين ارتباطاً بها. فإذا أشارت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون دولة ثالثة كانت قواعد الإسناد فيها تعقد الاختصاص للقواعد الموضوعيَّة المدرجة في هذا القانون، فإنَّ تطبيق هذا القانون يكون مقبولاً من وجهة نظر قواعد التنازع في الدول الثلاث التي تحولت فيها العلاقة القانونية المرتبطة بالعلاقة.

وهذا يعني أنَّ القاعدة القانونيَّة التي ستحكم العلاقة ستكون واحدة ولا يفرق في الأمر شيئاً إن عرض النِّزاع أمام قضاء إحدى الدول الثلاث، ووحدة الحلول من الغايات المقصودة لقاعدة الإسناد، وفي ذلك من حماية لتوقُّعات الأفراد ومصالح التجارة الدوليَّة.

ممَّا تقدَّم فإنَّ الموقف الذي يتخذه المشرّع الليبي من الإحالة ينبغي أن يتحدَّد وفقاً لتحقُّق الغاية من قواعد الإسناد وهي التعايش المشترك بين النظم القانونيَّة المختلفة، ولكي

تتحقَّق هذه الغاية، يهدف المشرّع عند وضعه قواعد الإسناد إلى إخضاع العلاقات الدوليَّة الخاصة إلى أكثر القوانين قبولاً وملاءمةً وأرتباطاً بالعلاقة القانونية. كما يهدف المشرّع إلى تطبيق أكثر القوانين توقُّعاً بالنسبة للأطراف، حتى لا يفاجؤوا بخضوع علاقتهم لقانون لم يكن ضمن توقعاتهم. وبناءً على ذلك ننظر في مدى تطبيق الإحالة على بعض مسائل تنازع القوانين.

**1. تطبيق الإحالة على مسائل الالتزامات التعاقديَّة (حالة الأخذ بقانون الإرادة):**

إذا اتفق أطراف العلاقة التعاقديَّة على اختيار قانوناً معيَّناً ليحكم عقدهما الدولي طبقاً لنص المادة (19) من القانون المدني الليبي، فإنَّه يُفهم من ذلك أنَّ المقصود بهذا القانون، القواعد الموضوعيَّة فيه وليس قواعد الإسناد، وبالتالي يكون على القاضي أن يطبِّق القواعد الموضوعيَّة في هذا القانون المختار. فاتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معيَّن لحكم علاقاتهم التعاقديَّة، ينم في الوقت ذاته عن رغبتهم في إخضاع هذه العلاقة للقواعد الموضوعيَّة التي يتضمَّنها هذا القانون (رياض، راشد، 1994، ص120). ومن ثم فإنَّه لا يجوز تطبيق قواعد الإسناد في القانون الذي تختاره الأطراف، إذ قد يؤدِّي تطبيقها إلى إخضاع العلاقة العقديَّة إلى قانون آخر، وهذا الإجراء قد يخل بتوقُّعات الأطراف (عبدالعال، 1986، ص240).

فأطراف العلاقة عندما يختارون قانونا ليحكم عقدهم، فالمفترض أنَّهم يعرفون هذا القانون، وأنَّهم اختاروه لأنَّه الأنسب لحكم المنازعات التي تثور بشأن علاقتهم. فهو حسب ما يرى جانب من الفقه، قانون يحقِّق مصالحهم ومصالح التجارة الدوليَّة ويثق فيه الأفراد وفي ملاءمته لحكم علاقتهم (الحداد، 2013، ص182، و عبدالعال، 1986، ص240). وبالتالي نقف على عدم ملاءمة الإحالة في شأن قاعدة الإرادة وفي ذلك تحقيق لغاية قاعدة الإسناد.

ولكن السؤال الذي يُطرح بهذا الشأن هل يمكن التوفيق بين اختيار الإرادة للقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقديَّة ونظرية الإحالة؟

يؤيِّد جانب من الفقه الأخذ بالإحالة في هذا الشأن وفي فروض معيَّنة، أيَّاً ما كانت صحَّة الدوافع التي تؤدِّي إلى ضرورة استبعاد الإحالة في الالتزامات التعاقديَّة، التي يكون

لإرادة الأطراف دور في اختيار القانون الواجب التطبيق عليها (الحداد، 2013، ص182). وبالتالي ينبغي عدم إتباع تلك القاعدة، في جميع الأحوال على نحو بعيد عن التحليل، للوصول إلى غاية قاعدة الإسناد، التي قد لا يكون أحد الأطراف قد انتبه إليها وانعدمت نتيجة لذلك معرفتهم بالقواعد الموضوعيَّة في القانون الأجنبي.

وبما أنَّ رفض الإحالة جاء نتيجة احترام إرادة المتعاقدين وإرادة المشرّع الذي قرَّر مثل هذه القاعدة، وبالتالي يقبل هذا الاتجاه الأخذ بالإحالة إذا تبيَّن من ظروف التعاقد أنَّ الأطراف قد عبَّروا عن رغبتهم في الخضوع لما تشير إليه قواعد الإسناد في القانون المختار. ويظهر من موقف أصحاب هذا الاتجاه تمسُّكهم بغاية قاعدة الإسناد ووظيفتها، إذ يتعاملون معها ويوفِّقون بينها وبين الإحالة ويرون إمكانية إعمالها كلما توفَّرت غاية قاعدة الإسناد (الحداد، 2013، ص182).

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه لدعم وجهة نظرهم، أنَّ المشرّع الألماني في القانون الدولي الخاص، على سبيل المثال، قبلَ الإحالة من الدرجة الأولى والثانية، بشرط ألَّا يتعارض مع روح قاعدة الإسناد الألمانية (المادة (4) من القانون الدولي الخاص الألماني).

وعليه، فإنَّه إذا كان ضابط الإسناد المحدَّد مسبقاً من قبل المشرّع قد يبدو غير ملائم في بعض الفروض، فإنَّه يجب التنسيق بينه وقاعدة التنازع في القانون المعيَّن، وعند ذلك قد يكون في الأخذ بالإحالة والرجوع إلى قواعد الإسناد ما يحقِّق مصالح الأطراف ويحمي توقعاتهم. وبذلك تكون الإحالة وسيلة لتحقيق التناسق والتعاون مع قاعدة الإسناد الأجنبية لبلوغ الغاية من قاعدة الإسناد، ومن خلال الاستعانة بالإحالة نصل إلى حلول مهمة في إطار العلاقات الخاصة الدوليَّة، وتغني بالتالي عن إيجاد قواعد جديدة تلائم العلاقة المطروحة.

### 2. تطبيق الإحالة على مسائل الالتزامات غير التعاقديَّة

إنَّ تطبيق نظرية الإحالة على المنازعات الناشئة عن الالتزامات غير التعاقديَّة أمر نادر الحدوث لأنَّ غالبيَّة القوانين تمنح الاختصاص لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام(*)، غير

(*) المادة (1/21) من القانون المدني لسنة 1954 تنص على أنه "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"؛ المادة (21) من القانون المدني المصري لسنة 1948، والمادة (22) من القانون المدني السوري لعام 1949، والمادة (22) من القانون المدني الاردني لسنة 1976، والمادة (27) من القانون المدني العراقي لسنة 1951.

أنَّ ذلك لا يمنع تطبيق الإحالة في ضوء المنهج التحليلي والتفسير الغائي لقاعدة الإسناد وتركيز الموقف على اعتبارات اختيار قاعدة الإسناد وأسبابه، وتحقيق الغاية التي يسعى إليها المشرّع الوطني ممَّا سيسهم في قبول الإحالة التي من خلالها تتحقَّق المصلحة والعدالة (صادق، عبدالعال، الحداد، 2006، ص111).

فالمشرّع عندما أخذ بقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام قد بيَّن حكماً وضابطاً للوضع الغالب الذي يتفق مع توقعات الأفراد المشروعة. كما أنَّ للمشرّع رغبة في تركيز المسألة المتولِّدة عن الفعل الضار عن طريق الاهتمام بمكان الفعل المنشئ للالتزام غير التعاقدي.

هذه هي الاعتبارات الأساسيَّة في مبنى المشرّع الوطني، ولكن بالتحليل والتدقيق، نجد في بعض الفروض تخلُّف الاعتبارات التي اعتمدها المشرّع في تقرير ضابط الإسناد، فوقوع الفعل المنشئ للالتزام في بلد معيَّن قد يكون أمرًا عارضًا لا يستقيم اعتباره معيارًا للإسناد في هذه الحالة، كما أنَّ إعماله يعد إخلالاً بتوقُّعات الأطراف، المضرورة والمسؤولة.

وفي ذلك، يرى جانب من الفقه أنَّه يجب على القضاء في هذه الحالة تصحيح مسار قاعدة التنازع التي وضعها المشرّع الوطني، من خلال الإحالة إلى القواعد الموضوعيَّة للقانون المحال إليه (عبدالعال، 1986، ص230). بما يؤدِّي إلى إخضاع العلاقة المذكورة إلى أكثر القوانين اتصالا بها، وتطبيق أكثر القوانين توقُّعاً بالنسبة لأطراف العلاقة، ويحفظ لقاعدة الإسناد هدفها وغايتها التي ترمي إليها في إطار من التنسيق بينها وبين غيرها، وبما ينسجم مع التوجهات الحديثة في أعمال القانون المحلّي بوصفه القانون الذي يحكم الوسط الاجتماعي الذي حدثت فيه الواقعة التي ترتَّب عليها الفعل المنشئ للالتزام(*).

### 3. تطبيق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصيَّة

يرى البعض من الفقه، ضرورة اقتصار نطاق الإحالة على مسائل الأحوال الشخصيَّة للأجانب فقط، وقبولها من قانون الجنسية إلى قانون الموطن، فيما إذا كان هذا القانون هو

(*) هذا الاتجاه من الاتجاهات التي لاقت اهتمام كبير من قبل التشريعات الحديثة إيماناً منها بالمنطق السليم الذي يستند إليها، على سبيل المثال المادة (133) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، المادة (1/48) من القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979، والمادة (3/34) من القانون التركي رقم 5718 لسنة 2007.

قانون دولة القاضي، أي الاكتفاء بالإحالة من الدرجة الاولى (ارجيعة، 1999، ص173، و البستاني، 2009، ص657). فقانون الموطن سيحقِّق توحيد الاختصاصين التشريعي والقضائي، وفوق ذلك أنَّ القاضي يفضِّل لأسباب متعدِّدة تطبيق قانونه الوطني، فهو أدرى به وبنطاقه (عبدالعال، 1986، ص232).

وفقاً لهذا الاتجاه سيتجاوز القاضي صعوبة ما يعتبر من القواعد الموضوعيَّة والإجرائيَّة، ويتمكَّن من حماية التوقُّعات المشروعة للأطراف. فعندما تشير قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الجنسيَّة وكانت قواعد هذا الأخير تسند حكم العلاقة إلى قانون الموطن، فيمكن من هذا الفرض قبول الإحالة لتحقيق غاية قواعد الاسناد.

إذ أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الاولى لا يتعارض مع وظيفة وغاية قاعدة الإسناد، بل سيكون أكثر تحقيقاً لأهدافها، وبالتالي سيؤدِّي إلى استقرار الحياة القانونيَّة والمعاملات داخل إقليم الدولة وتحقيق لفكرة التعايش المشترك بين النظم القانونيَّة ووحدة الحلول، تمهيداً لسهولة تنفيذ الحكم الأجنبي (صادق، عبدالعال، الحداد، 2006، ص115-116).

أمَّا إذا ترتَّب على الأخذ بالقواعد الموضوعيَّة لقانون القاضي إخلال بتوقُّعات الأطراف، فمن غير المقبول في هذه الحالة الأخذ بالإحالة، إذ أنَّ تطبيق الإحالة يؤدِّي إلى الإخلال بتوقُّعات الأطراف المشروعة، وبالتالي تعارض الأسس التي تقوم عليها مسائل الأحوال الشخصيَّة بين القانون الواجب التطبيق الأجنبي والقانون الوطني للقاضي المحال عليه (رياض، راشد، 1994، ص119).

فاذا أُثير نزاع أمام القاضي الليبي، بشان طلاق زوجين إنجليزيين متوطِّنين في ليبيا فإنَّه ووفقاً لقواعد الإسناد الليبيَّة يجب تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون الجنسيَّة، وقاعدة الإسناد في هذا القانون بدورها ستعقد الاختصاص لقانون الموطن، القانون الليبي، ومن ثم سيترتَّب على الأخذ بالإحالة في هذه الحالة تطبيق قانون الأحوال الشخصيَّة الليبي وفي ذلك اخلال بتوقُّعات أطراف العلاقة.

وعليه يمكن الوصول إلى أنَّ الأحوال الشخصيَّة للأجانب يحكمها قانون الجنسية بصفة أصليَّة، وقانون الموطن بصفة إحتياطيَّة، دون العكس أي لا تجوز الإحالة من قانون الموطن إلى قانون الجنسيَّة.

في حين يذهب اتجاه آخر من الفقه إلى عدم الإطلاق في تطبيق الإحالة، فالمشرّع الوطني عندما وضع قاعدة الإسناد لتعيين قانوناً معيَّناً، فهو يفعل ذلك لأنَّه يعتبر هذا القانون هو الأنسب لحكم العلاقة القانونيَّة، ولكن هذا الحكم ينبغي ألَّا يكون مطلقاً، فقد يرى القانون الواجب التطبيق، المعيَّن بموجب قاعد الإسناد في قانون القاضي، أنَّ الأنسب لحكم العلاقة القانونيَّة هو تطبيق قانون آخر سواء كان قانون القاضي أم قانون ثالث (عبدالعال، 1986، ص233).

وفي ضوء ذلك، إذا لم تكن ضوابط الإسناد الوطنيَّة ضوابط مطلقة، فإنَّ الغاية من قاعدة الإسناد هي ترك الاختصاص لما تحدِّده قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، ومن ثم يبدو من غير المقبول رفض الإحالة في مسائل الأحوال الشخصيَّة، والتضحية بالهدف الأساسي الذي تسعى الإحالة إلى تحقيقه، ألا وهو تحقيق الإتساق في الأحكام على المستوى الدولي (الحداد، 2013، ص193). وبالتالي تضع الإحالة قاعدة الإسناد على مسارها الصحيح فترشدها وتضبط غايتها، والتخلُّص من ظاهرة عدم التنسيق بين المشرِّعين.

مثال ذلك ما نصَّت عليه المادة (2/13) من القانون المدني الليبي والتي جاء فيها "أمَّا الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج بجنسيته وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى".

يلاحظ على ضابط الإسناد الوارد في هذا النَّص عدم التوفيق في الأخذ بقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى في حالتي التطليق والانفصال. إذ كان من باب أولى تقرير تطبيق قانون الزوج وقت الزواج حيث تكون الزوجة حينئذ على علم مسبق بنظام الطلاق في قانون زوجها قبل الزواج أصلاً (ارجيعة، 1999، ص275). إذ يكفي أن يغيِّر الزوج جنسيته بعد الزواج ويكتسب جنسية دولة أخرى لا تبيح قوانينها الطلاق أو أنَّها تبيحه بشروط جائرة، وفي هذا ظلم للمرأة خاصة الوطنيَّة إذا تزوجت من أجنبي (ارجيعة، 1999، ص275).

كما يتأكَّد عيب هذا الضابط وذلك بانفراد قانون واحد وهو قانون جنسية الزوج، إذ أنَّ الزواج رابطة بين زوجين تنشأ وفقاً لقانونيهما، أو لقانون يكون معروفاً لكليهما، إن لم يخضعا معاً لقانون واحد.

يتضح ممَّا تقدَّم إنَّ اتخاذ موقف معيَّن من فكرة الإحالة قد تأسَّس على اعتبارات نظريَّة يتمسَّك بها مؤيِّدي أو رافضي الإحالة، في حين أنَّ الموقف من الإحالة يجب أن يتحدَّد على ضوء وظيفة قاعدة الإسناد والغاية التي تسعى إلى تحقيقها، بحيث يكون قبول الإحالة أو رفضها نتيجة لمدى ملاءمتها لتحقيق وظيفة قاعدة الإسناد والهدف منها.

**خاتمة:**

بعد الانتهاء من تحليل مفهوم الإحالة نتوصَّل إلى النتائج والتوصيات الآتية:

**النتائج:**

- اتجهت التشريعات إلى الاتجاه ذاته الذي اتجه إليه فقه القانون الدولي الخاص وانقسمت على إثر ذلك بين مؤيِّد ومعارض لنظرية الإحالة، فالمشرّع الليبي رفض الإحالة كما هو الحال في عدد من التشريعات العربيَّة باستثناء التشريعين الجزائري والإماراتي اللَّذين نصَّا على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى. هذا بالإضافة إلى التشريعات الأجنبيَّة التي أخذت بالإحالة وإن اختلفت في قبولها من حيث درجتها.
- إنَّ استمرار موقف المشرّع الليبي الرافض للإحالة قد يتسبَّب في بعض الأحوال إلى تضييع الغاية من قاعدة الإسناد التي تهدف إلى عقد الاختصاص لأنسب القوانين وأكثرها ارتباطاً بالعلاقة القانونيَّة ذات العنصر الأجنبي.
- إنَّ موقف المشرّع الليبي ينبغي أن يتحدَّد وفقاً للغاية من قواعد الإسناد وهي تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونيَّة المختلفة.
- يجب التعامل مع نظرية الإحالة دون اتخاذ موقف مسبق منها سواء بالرفض أو القبول، وذلك بالأخذ بالحل الوظيفي أو الغائي لقواعد الإسناد؛ ويعني ذلك أن يكون الحل من خلال الغاية التي يريد المشرع تحقيقها من وراء قاعدة الإسناد الوطنيَّة وهي مختلفة بين التشريعات.
- تقوم نظرية الإحالة على ضرورة النظر للقانون الأجنبي الذي أشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنيَّة باعتباره كلاً لا يتجزَّأ بما يتضمَّنه من قواعد الإسناد، وإنَّ القول بتطبيق القواعد الموضوعيَّة في القانون الأجنبي دون قواعد الإسناد فيه يؤدِّي إلى تحديد نطاق هذا القانون على نحو يخالف رغبة المشرّع الأجنبي وهو أمر غير جائز.

- إنَّ عدم الأخذ بالإحالة لا يحقِّق الغاية من قاعدة الإسناد الوطنيَّة التي تهدف إلى تحقيق التعاون المشترك بين النظم القانونيَّة، والوصول إلى تطبيق أكثر القوانين تحقيقاً لمصالح التجارة الدوليَّة، واستقرار المعاملات داخل الدولة، واحترام التوقُّعات المشروعة للأشخاص في تعاملاتهم الماليَّة والشخصيَّة.

**التوصيات:**

نوصي المشرِّع الليبي الأخذ بنظرية الإحالة من الدرجة الأولى التي ترد الاختصاص مباشرة إلى القانون الليبي وذلك بتعديل نص المادة (27) من القانون المدني.

## المصادر والمراجع:

**أولاً: المراجع العربية:**


- أحمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2013.
- حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعة، مصر، 2006.
- سالم أرجيعة، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين من حيث المكان، الطبعة الأولى، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ليبيا، 1999.
- سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- صالح مهدي العارضي، مفهوم الإحالة بين النسبية والإطلاق وأحكام الحل الوظيفي "دراسة مقارنة"، العدد الثامن عشر، مجلة أهل البيت، كلية القانون، جامعة أهل البيت، 2015.
- عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، 2013.
- عكاشة محمد عبد العال، الإجراءات المدنية والتجارية الدولية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الاسكندرية، 1986.
- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.
- غالب علي الداودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الأكاديمية العربية في الدانمارك، 2008. https://ao-*academy.org/2008/10/1700.html 12.01.2022*
- فؤاد عبد المنعم رياض، سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي، دار الكتب الوطنية، بنغازي – ليبيا 2000.
- هشام محمد صادق، عكاشة محمد عبد العال، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، الجنسية، دار المطبوعات الجامعة، مصر، 2006.
- هشام صادق، الموجز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ب،د،ن، 1995.

**ثانياً: المراجع الأجنبية:**

- Battiffol, et Lagard (p): Droit International Prive, éd, Paris, 1983.
- Gilbert (L): problèmes techniques et commerciaux poses par la communication de know- how, Montpellier, 1977.
- Henry (P): International pre- contractual obligation in (international contract) editors by Hans Smit and others, Mathew Bender, New York, 1981.
- K. Roosevelt, Resolving Renvoi: The Bewitchment of Our Intelligence by Means of Language, 80 Notre Dame L. Rev. (2005).
- Kahn (ph): lex mercatoria et pratiqué des contrats international l expérience, française, le contrat économique, international, paris,1975.
- L. Kramer, Return of the Renvoi, 66 NYU L. Rev., (1991).
- LEREBOURS-PIGEONNIERE, "Observations sur la question du renvoi," 51 Clunet, 1924.
- Maximilien Philonenko, L'affaire Forgo (1874-1882). Contribution à l'étude des sources du droit international privé français, 1932.
- Mayer (p): Droit international prive, éd, Montchrestien, paris, 1977.
- Muamer Rasit Sevig ،Turk Kanunlarinin Nufuz Sahasi (1st. Huk ،Fak ، Mec vodi) 1942. Sf.2.
- R.S. Barish, Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-Law, 30 Am. U. L. Rev., (1981).

**ثالثاً: القوانين:**

- القانون المدني الليبي لسنة 1954.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

- قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم 5 لسنة 1961.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.
- قانون الإمارات العربية المتحدة رقم 5 لسنة 1985 وتعديلاته.
- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984.
- قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29 لسنة 2013.
- القانون المدني الألماني لسنة 1994 وتعديلاته.
- القانون الدولي الخاص التشيكي لسنة 1963.
- القانون الدولي الخاص التشيكي رقم 91 لسنة 2012.
- القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987.
- القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979.
- القانون المدني لروسيا البيضاء رقم 218 – Z لسنة 1998.
- القانون الدولي الخاص الأستوني رقم 35، 217 لسنة 2002 والمعدل بالقانون رقم 385، 59، لسنة 2009.
- القانون الدولي الخاص المجري رقم XXVIII لسنة 2017.
- القانون الدولي الخاص الإيطالي رقم 218 لسنة 1995.
- القانون الدولي الخاص لكوريا الجنوبية رقم 6465 لسنة 2001 والمعدل بالقانون رقم 10629 لسنة 2011.
- القانون الدولي الخاص البولندي رقم 8- لسنة 2011.
- القانون المدني الروسي الجزء الثالث رقم 146 – FZ لسنة 2001.
- القانون الدولي الخاص والإجراءات السلوفاني رقم 56 لسنة 1999.
- القانون الدولي الخاص الفنزويلي رقم 36.511 لسنة 1998.
- القانون الدولي الخاص والإجراءات التركي رقم 5718 لسنة 2007.

**رابعاً: الأحكام القضائية:**

- *Collier v. Ravaze*, (1841) 2 Curt. Ecc. 855, 862, 863.
- *Frere v. Frere* (I847) 5 Notes of Cases 593.
- In re Forgo, 8 Clunet, 61 (1881).