الاحالة في القانون الدولي الخاص تنازع قواعد الإسناد

الباحث. نصيف علي عبد الرضا د.عزيز الله موسى فهيمي
كلية المصطفى العالمية / جامعة قم
Email :Aziz.fahimi@yahoo.com almyahynsyf89 @gmail.com

الملخص

تعتبر الإحالة في القانون الدولي الخاص أساسها ولاستثناءات :

بعد أن بينا ماهية الإحالة (بأنها تنازع قواعد الاسناد في القانون الأجنبي مع قواعد الأسناد في قانون القاضي الوطني وقد تظهر الإحالة بصفة خاصة عندما يحيل القانون المسند أليه الاختصاص الى قانون دولة ثالثة وهكذا) وقد بينا الأساس القانوني للإحالة باعتبار انها إما تفويضا أو حلا احتياطيا مع بيان اهم الانتقادات التي وجهت لكلا الرأيين بسبب انهما يقومان على الافتراض ان لم تكن حلقة مفرغة بين قانون القاضي الوطني والقانون الأجنبي حتى مجيء الفقيه الفرنسي (بتي فول) الذي قال بأن الطبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تعترض بديهيا ارتباط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد، وبناء على ذلك فلا يصح أن يفض التنازع عن طريق قواعد الإسناد الوطنية فقط؛ لأن ذلك يعتبر تجاهلا لقواعد الاسناد في قانون القاضي باختصاصه، مع ذلك لم ينجح الفقه في وضع أساس فقهي حقيقي لقواعد الأسناد مع اشارة البعض منها الى قانون معين لحل النزاع المشوب بعنصر أجنبي ، لم يقبل القانون العراقي بنظرية الإحالة وان قبل بها في جوانب معينة رفضها في جوانب أخرى .

هناك مسالة مهمة يجب الاشارة اليها هي انه بالرغم من اعتراف فقهاء القانون بالإحالة الا انهم استثنوا حالتين لا يجوز فيهما قبول الإحالة أيا كان نوعها وهما حالة الأخذ بقانون إرادة المتعاقدين ، وحالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه .

الكلمات مفتاحية: الإحالة في القانون الدولي الخاص، اساس الإحالة الاستثناءات الواردة على الإحالة، الإحالة تفويض، القانون المختار للمتعاقدين، تنازع القوانين، قانون القاضي.

Referral in Private International Law: Conflict of Attribution Rules

Researcher.Nasif Ali Abd al Reda **Dr. Aziz Alallh Fhimi**

College of Al-Mustafa Interational / University of Qom

Email : Almyahynsyf89 @gmail.com **Aziz.fahimi@yahoo.com**

Abstract

After we explained what the referral is (as attribution in foreign law with rules the attribution in the national judge's law, and the referral may appear in particular when the law assigned to it refers jurisdiction to the law of a third country and so on) and we have explained the legal basis for the referral as it is either an authorization or a solution

Back up, with a statement of the most important criticisms that were directed at both views, as they are

They are based on the assumption that there is no vicious circle between the law of the national judge and the foreign law until the coming of the French jurist (Pete Fool) who said that the international nature of the relations regulated by the private international law obfuscates the link between these relations with more than one law, and accordingly it is not correct to dissolve. The dispute is through the national attribution rules only, because that is considered a disregard for the attribution rules in the law of the judge in his jurisdiction. However, the jurisprudence did not succeed in establishing a true jurisprudential basis for the rules of chain of transmission, with some of them referring to a specific law to resolve the conflict tinged with a foreign element. Iraqi law did not accept the referral theory, and if it accepted it in certain aspects, it rejected it in other aspects. Although the legal jurists recognized the referral. They excluded two cases in which it is not permissible to accept the referral of any kind, namely the case of adopting the law of the will of the contractors, and the case of subjecting the form of behavior to the law of the country of its conclusion.

Key words: Referral in private international law .The basis of referral and the exceptions containthrerin .Referral authorization .The chosen law for contractors .Conflict of laws . Law judge

المقدمة

حظيت الإحالة في فقه القانون الدولي الخاص بأهمية كبيرة منذ ان طرحت قضية (فو رغو) ولأول مرة امام القضاء الفرنسي. والإحالة تعني قبول تطبيق قانون إحالتنا عليه قواعد التنازع في القانون الأجنبي الذي حدده القاضي الوطني بمثابة القانون الواجب التطبيق ، فإذا انتهى القاضي من تكييف العلاقة القانونية وادخلها في احد النظم المعينة في قانونه ، انتقل الى البحث عن القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة ، اي (اسناد العلاقة القانونية) الى القانون الذي يجب ان تخضع له وهذا ما يسمى لإحالة ب(الإسناد) ، اي تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة الاجنبية الذي يحدد اختصاصه بناءً على قواعد إسناد قانون القاضي الوطني، وقد عرفت (اي الاحالة) بأنها الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الاخيرة فكان المتنازع بينهما سلبياً [1].

وقد تكون الإحالة بأنها تلك النظرية التي تقول بوجوب الاخذ بأحكام قواعد الاسناد في التشريع الاجنبي التي اشارت اليه قواعد الاسناد الوطنية متى كانت أحكام الاسناد مختلفة في التشريع الوطني عنها في التشريع الأجنبي . والإحالة : ما هي الا تنازع قواعد الاسناد في القانون الاجنبي مع قواعد الإسناد في قانون القاضي الوطني وقد تظهر الاحالة بصفةً خاصة عندما يحيل القانون المسند اليه الاختصاص الى قانون دولة ثالثة. بعد ان عرفنا الاحالة علينا أن نبحث عن الاساس المنطقي لها وذلك بالإجابة على السؤال التالي: ما هو الاساس القانوني الذي استند اليه القاضي في موضوع الاحالة ؟

جواب ذلك : ما نبحثه في مطلبين ، ففي المطلب الاول نتناول في البحث اساس الاحالة وفي المطلب الثاني الاستثناءات الواردة عليها .

المطلب الأول/ أساس الاحالة

ما هو اساس الاحالة ، وهل هناك اتفاق على الاساس المنطقي لها في ضل اختلاف الفقهاء في ذلك ؟ حيث قال البعض من الفقهاء أن الإحالة تفويض أوقد تكون حل احتياطي لذلك النزاع ، والبعض الأخر ينكر ذلك ويقول ان الإحالة ناتجة عن التوافق والتنسيق بين قواعد الأسناد، وقد اختلف الفقهاء في ايجاد وتعيين الأساس العملي والحقيقي لها ، وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب الى فرعين وسنتناول في الفرع الاول الاحالة بين التفويض والحل الاحتياطي وسنبحث في نظرية التنسيق بين قواعد الاسناد كأساس لقبول الاحالة .

الفرع الأول/ الإحالة بين التفويض والحل الاحتياطي

أولا : الإحالة تفويضا :

وبعبارة أخرى هل الاحالة تفويض؟

عندما تشير قواعد الاسناد في قانون القاضي باختصاص قانون أجنبي معين فإنها لا تشير باختصاص القواعد القانونية الموضوعية في القانون الاجنبي هذا ، وانما تفوض المشرع الأجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع والذي قد يكون هو نفسه هذا القانون (في حالة عدم وجود احالة) أو قانون لقاضي إحالة من الدرجة الأولى ، او قانونا أجنبيا أخر(احالة من الدرجة الثانية)[٢]

وقد وجهت لهذا الرأي العديد من الانتقادات وهي :

الانتقاد الاول :

هو أن هذا الرأي يعتبر تنازل للقانون الأجنبي عندما يكون القانون الأجنبي هو الذي يناط به أمر توزيع الاختصاص التشريعي لأنه لا يؤدي الى التوسيع في حدود اختصاص قانون القاضي[٣] .

الانتقاد الثاني :

هو ان هذه الا حالة تؤدي الى حلقة مفرغة وذلك عندما يكون كل قانون له علاقة بالنزاع يرفض الاختصاص المخول له ويحيله الى قانون اخر[٤] .

يرى أصحاب هذه النظرية ((نظرية الاحالة تفويض))، أن المشرع الوطني حينما يضع قواعد اسناده فإنه لا يحدد فيها القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ,بل يفوض الاختصاص للقانون الاجنبي في تحديد قواعد اسناده وقد تكون هذه القواعد هي ذاتها قواعد القانون الموضوعية وبذلك لا توجد إحالة أو تكون تلك القواعد هي قواعد قانون القاضي(ونكون هنا أمام إحالة من الدرجة الاولى) أو قواعد قانون ثالث (ونكون هنا أمام إحالة من درجة ثانية .

النقد الذي وجه للنظرية

لذلك لم تفلح هذه النظرية في بيان الاساس القانوني الذي تبنى عليه الاحالة ، خاصة بعد الانتقادات التي وجهت لها على اساس أنه اذا كان قانون القاضي لا يستطيع ان يحدد القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي فكيف يستطيع تحديد قواعد التنازع في ذلك القانون ، وعلى اي اساس يستند القاضي في قول ذلك ، بالإضافة الى ذلك ان هذه النظرية تؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة ، حيث أنه اذا كان قانون القاضي يفوض الاختصاص للأجنبي وهذا الاجنبي يحيل لقانون القاضي وهذا الأخير يحيلها للقانون الأجنبي ذاته وهكذا [٥].

ثانيا :الإحالة حل احتياطي

"يرى الفقيه الفرنسي لير بور بيجو نير أن وظيفة قاعدة التنازع الوطنية هو عرض الاختصاص على قانون أجنبي معين،من دون أن تفرضه عليه ، وهذا يعني أنه اذا رفض ذلك القانون الاختصاص المعروض فلا يسوغ تطبيقه رغم ذلك ،انما يلزم البحث عن قانون أخر، ولا يكون ذلك الا بالرجوع الى قواعد التنازع في قانون القاضي ،وتلك القواعد تتضمن بالضرورة قاعدة تنازع احتياطية تسند المسالة المعروضة ،لا إلى قانون اجنبي آخر ، بل الى قانون القاضي ذاته"

النقد الذي وجه للنظرية :

لم تسلم هذه النظرية من النقد حيث وجهت لها العديد من الانتقادات من اهمها :

١- انها نظرية تقوم على الافتراض وليس لها سند قانوني.

٢-انصار هذا الرأي لم يوضحوا كيفية الحصول على القواعد القانونية الاحتياطية في قانون القاضي ، وهل يتمتع القاضي الوطني بسلطة مطلقة في البحث عن هذه القواعد.

الفرع الثاني

سنبحث في هذا الفرع موضوعين مهمين هما نظرية التنسيق بين قواعد الاسناد كأساس في قبول الاحالة ومن ثمة نبين اساس الاحالة الحقيقي ومدى نجاح الفقه في وضع اساس حقيقي للإحالة .

أولا : التنسيق بين قواعد الاسناد كأساس لقبول الاحالة

قد وضع(بات يول) أفكار هذه النظرية كأساس للقانون الدولي الخاص وقد امتد اثرها – هذه الافكار– "لتشمل فكرة التنسيق بين قواعد الاسناد كأساس لقبول الاحالة ".

ويقول الأستاذ – بات فول – "أن الطبيعة الدولية للعلاقات التي ينظمها القانون الدولي الخاص تفترض بديهيا ارتباط هذه العلاقات بأكثر من قانون واحد ،وبناء على ذلك فلا يصح ان يفض التنازع عن طريق قواعد الاسناد الوطنية فقط ، لأن ذلك يعتبر تجاهلا لقواعد الأسناد في قانون القاضي باختصاصه ، فالمشرع يسعى وراء قواعد الاسناد التي يضعها الى تحقيق التنسيق والانسجام بين هذه القواعد وقواعد التنازع في قوانين الدول الأخرى"[٦].

ذلك لا يعني كما – يعتقد خصوم الإحالة – أن القانون الوطني قد فض يده من حل مسالة التنازع تاركا تلك المسألة لإرادة المشرع الأجنبي ،لأن اعمال قاعدة الاسناد الأجنبية لا يتم عفوا ، وإنما يتم "بناء على إرادة المشرع الوطني أصلا، فهو الذي حدد القانون المختص في حكم العلاقة ابتداء ا، ومن ثمة فإن استشارة قواعد التنازع في هذا القانون تعد في ذاتها تعبيرا عن إرادته ، بل أنها ضرورة يفرضها التنسيق اللازم بين النظم المتنازعة بحكم المسالة المعروضة"[٧]، وبهذا يقترب

فقه الأستاذ(بات فول) مع فقه (بي جو نير) فكل منهما حاول التوفيق بين قواعد القانون الدولي الخاص في النظم التي تنازعت قوانينها لحكم المسالة المعروضة ، وبذلك التوافق قد تجنبنا ما يؤدي اليه منطق الإحالة من تجاهل لقواعد الأسناد الوطنية لصالح قواعد قانون الدولي الخاص في الدول الأخرى. بالإضافة الى ذلك هو اختلاف النظريتين في المنهج الذي اتبعته للتوصل الى فكرة التوفيق بين النظم المختلفة ، فالرجوع الى قانون القاضي يتم – وفقا لنظرية الأستاذ (بات فول) – بناءً على استشارة قاعدة التنازع الأجنبية في الدولة التي رفضت الاختصاص المعروض عليها و أما تطبيق قانون القاضي وفقا لفقه الأستاذ (لير بور ليم فو تير) فهو يستمد اساسه من قاعدة الاسناد الاحتياطية في دولة القاضي نفسه[٨].

النقد الذي وجه للنظرية

على الرغم ان منطق الاستاذ (بات فول) يقضي باستشارة قواعد التنازع في القانون الانكليزي بوصفه قانون القاضي أولا ، وفي هذه الحالة أو ذلك الفرض تشير الى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن "اذا كان النزاع المطروح امام القاضي الفرنسي متعلق بأهلية شخص انكليزي متوطن في فرنسا ، فأن اعمال قاعدة الاسناد الفرنسية يؤدي الى تطبيق القانون الانكليزي" باعتباره قانون الجنسية٠ أن فكرة الاستاذ (بات فول) هي التنسيق بين النظم مبررا نضرة الأخذ بإحالة قواعد التنازع الإنكليزي الى القانون الفرنسي حتى لا ينطبق القانون الإنكليزي في حالة لا يعترف فيها الاختصاص لنفسه كيف يفسر تطبيق القضاء للأحكام الموضوعية في القانون الفرنسي ، والحال ان قاعدة الاسناد في هذا القانون لا تعرف هي الأخرى بالاختصاص لنفسها في هذا الفرض وتشير بتطبيق القانون الانكليزي .وبعبارة أدق أنه أذا كانت حكمة "قواعد القانون الدولي الخاص هي تحقيق التنسيق بين القانون الانكليزي والقانون الفرنسي كما في هذه الحالة ، فما سر تفضيل احكام القانون الفرنسي بالذات وتطبيقها في النهاية على وقائع الدعوى رغم ان قواعد الاسناد فيه ترفض الاختصاص بحكم النزاع أسوة بالقانون الانكليزي ؟" وبذا تعتبر هذه النظرية (نظرية التنسيق) في موضوع الاحالة تؤدي هي الأخرى إلى الحلقة المفرغة ذاتها في النظريات التقليدية حيث عجزها في وضع اساس قانوني سليم لتبرير قبول الاحالة .

ثانيا : اساس الاحالة الحقيقي

لم ينجح الفقه بشكل عام في محاولاته لوضع اساس حقيقي يبرر استناد القضاء الفرنسي له من واقع قضية (فو رغو) والسبب أن القضاء الفرنسي لم يستند الى أي أساس فقهي فيما انتهى اليه من نتائج [٩] . وبالرجوع الى قضية (فو رغو) نجد ان محكمة النقض الفرنسية قد وافقت على وجهة نظر إدارة الدومين العام في شان قبول إحالة القانون (البا فاري) الى القانون الفرنسي ،

والتي كان من نتيجتها استيلاء الحكومة الفرنسية على تركة (فو رغو) باعتبارها وارث من لا وارث له بمقتضى نصوص القانون المدني الفرنسي وذلك لاعتبارات عمليه تهدف الى حماية المصالح الوطنية باعتبار ان التركة كبيرة ، كذلك التقليل بقدر الامكان من فرص تطبيق القوانين الأجنبية لميلهم بتطبيق قوانينهم الوطنية ، وتجنب الصعوبات التي تواجههم في الكشف عن مضمون القانون الاجنبي في بعض الفروض التي تتبلور فيها فكرة المصلحة الوطنية كسبب دافع لقبول الاحالة الى قانون القاضي[١٠].

مثلا : لو تطرح القضية العروفة "بقضية Rafaze) and Collier) الصادرة عام ١٨٤١ والتي تتلخص وقائعها في ان شخصا بريطانيا قد توفي متوطنا في بلجيكا وكان قد عمل وصية نافذة وفق القانون الانكليزي ، وهذه الوصية باطلة على وفق القانون البلجيكي، حيث ان المحكمة الانكليزية طبقت قواعد الاسناد البلجيكية وعدة نفسها كما لو انها في بلجيكا ، ووفقا لقواعد الاسناد الانكليزي فإن هذه الوصية يجب ان تكون محكومة وفق لقانون الموطن اذي حصلت فيه الوفاة وهو (القانون البلجيكي) ، وعلى وفق قواعد الاسناد البلجيكية ،فان هذه الوصية للأجانب يجب أن تكون محكومة بقانون الجنسية ولهذا طبقت المحكمة الانكليزية القانون الانكليزي (قانون جنسية المتوفي) وذلك وفقا لقواعد الاسناد البلجيكية " .

وقد يؤخذ على هذه النظرية انها تقوم "على مجرد خيال لا يمكن تحقيقه على أرض الواقع ، فالقاضي الوطني لن يكون له التخلي عن وطنيته والقيام بدور آخر لا يمت للمواطنة بصلة في النزاع المعروض عليه"[١١].

المطلب الثاني/ الاستثناءات الواردة على الاحالة

الاستثناءات الواردة على قاعدة الاحالة ماهيتها ، ودور الارادة في تلك الاستثناءات(ارادة المتعاقدين) كذلك مسالة اخرى لها اثر على استثناءات قاعدة الارادة وهي حالة اخضاع شكل التصرف لقانون بلد ابرامه وهذا ما سنتناوله بالبحث في فرعين ففي الفرع الاول : الأخذ بقانون الارادة في نقطة اولى ، وفي النقطة الثانية شكل التصرف وإخضاعه لقانون البلد الذي ابرم فبه العقد .

وفي الفرع الثاني : نطاق اعمال الاحالة في القانون العراقي وبعض القوانين المقارنة .

الفرع الأول/ الأخذ بالقانون المختار للمتعاقدين

ارادة المتعاقدين وحالات الاستثناء :

لقد أشارت قاعدة الاسناد إلى قانون معين لحل النزاع المشوب بعنصر اجنبي ،

وعندما يكون القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد هو القانون الذي

اختاره المتعاقدين أي أنها أشارت الى قانون ارادة المتعاقدين، وأن الاخذ بهذا القانون المختار لربما يتنافى او يتعارض مع ارادة المتعاقدين فيما لو اشارة هذه القواعد الى قانون اخر، وبذلك على القاضي أن يشير وبشكل مباشر الى القواعد الموضوعية ويطبقها ، في القانون المختار على وقائع الدعوى[١٢].

وسبب ذلك أن (ضابط الارادة) يتنافى في ذاته مع الاخذ بمبدأ الاحالة ، وبما أن المتعاقدان قد اختارا قانون معين (القانون المدني العراقي) لحكم العقد المبرم بينهما، فلم يعد صحيحا استشارة قواعد الاسناد في هذا القانون وتقبل احالته

الى قانون اخر، ولو ان القانون المدني العراقي لا يقبل بقانون الاحالة إلا في جوانب معينة، حيث لم يعد مقبولا كما سلف الاحالة لان في قبول ذلك أخلال لمعيار الارادة الذي وضعه المشرع لاختيار القانون الواجب التطبيق

على الالتزامات العقدية"[١٣] .وبناء على ذلك فلا يمكن للإحالة التأثير على الارادة

أو تجاوزها ، ومن هنا يمكن طرح التساؤل التالي :

هل يمكن التوفيق بين الإرادة العقدية ونظرية الاحالة ؟

ولأن رفض الإحالة هو النزول لرغبة "طرفي العقد واحترام ارادة المشرع الذي قرر مثل هذه القاعدة فمن الطبيعي القبول بالأخذ بالإحالة فيما لو تبين من ظروف التعاقد أن المتعاقدين قد أبدوا رغبتهما الصريحة أو الضمنية في الخضوع لما تشير اليه قواعد الاسناد التي ينظمها القانون الذي تم اختياره لحكم العقد الدولي المبرم بينهما ، ولهذا السبب قد يتفق خصوم الاحالة أنفسهم مع هذا الرأي والذي يشكل استثناء ضيقا على قبول هؤلاء بالإحالة"[١٤] ،

وقد أستثنى الفقهاء المؤيدين للإحالة ، حالتين لا يجوز فيهما قبول الإحالة أي

كان نوعها ، وهما حالة الأخذ بإرادة المتعاقدين وحالة إخضاع شكل التصرف لقانون بلد أبرامه وسنبين تلك الحالتين تباعا :

حالات الاستثناء

أولا : الأخذ بقانون البلد المختار لطرفي العقد (للمتعاقدين) :

إذا اختار المتعاقدون قانونا أجنبا لحكم العقد الدولي المبرم بينهما أو بينهم فليس للقاضي أن يستشير قواعد الاسناد التي يتضمنها هذا القانون وانما عليه أن ينفذ مباشرة "احكام القانون المختار ويطبقها على واقعة الدعوى ، ويرجع السبب في ذلك الى ان ضابط الارادة يتنافى في ذاته مع الأخذ بالإحالة في هذا الغرض، "فبما ان المتعاقدين قد اختارا القانون الايطالي مثلا لحكم العقد الدولي المبرم بينهما، فليس من المستساغ الرجوع الى قواعد الاسناد في هذا القانون وتقبل أحالتها الى قانون أخر. ففي ذلك تجاهل لضابط الارادة الذي وضعه المشرع كمعيار لاختيار القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية"[١٥] .

ثانيا : اخضاع شكل التصرف لقانون بلد الابرام

هذه الحالة الثانية التي لا يجوز فيها قبول الاحالة ، حيث اخضاع شكل التصرف لقانون بلد الأبرام فتعتبر هذه القاعدة أن العقود المبرمة في الخارج صحيحة مما يعني "استبعاد قاعدة الاحالة اذا كان من نتائجها بطلان هذه الأعمال[١٦] ، والمبرر المهم لذلك في نظر الفقهاء هو خشيتهم من تفويت الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد الابرام" وهذه القاعدة المهمة قائمة على اعتبار(التيسير على المتعاقدين)[١٧]، وأن هدف المشرع من اخضاع شكل التصرف لقانون بلد ابرام العقد هو التيسير على اطراف العقد الذين قد يصعب عليهم العلم بقانون غير قانون (بلد الابرام)، ذلك هو اساس الاستثناء وتفسيره حيث ان استشارة قواعد التنازع التي ينظمها قانون دولة الأبرام وقبول الإحالة منها الى قانون اخر هو تفويت للاعتبارات تلك وللحكمة التي تقوم عليها هذه القاعدة (قاعدة الإحالة)[١٨] .

الفرع الثاني/ نطاق أعمال الإحالة

بالرغم من أن جانب كبير من الفقهاء آمن بسلامة الإحالة ، إلا أن العديد منهم اختلف في نطاق أعمالها (مداها) ، وسنبحث في هذا الفرع أهم الملامح الرئيسية للاتجاهات الفقهية في شأن تحديد مجال الإحالة في التشريعين العراقي واللبناني .

أولا : الإحالة في التشريع العراقي

رفض المشرع العراقي الأخذ بفكرة الإحالة في المادة (١/٣١) والتي تنص على :

"اذا تفرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون ان تتعلق بالقانون الدولي الخاص" . وهذا القانون قانونا عاما يسري على لأمور التجارية وغيرها ، ومن الجدير بالذكر الاشارة الى التمييز بين الاحالة والتفويض ، ففي الاحالة يصار الى قاعدة اسناد

تحيل الى قانون اخر، اما التفويض فهو يعني أن القانون الأجنبي المحال عليه قانون مركب (قانون تتعدد فيه الشراع) فهذا القانون هو المرجع في تعيين القانون أو التشريع الواجب التطبيق .

مثلا: "القانون الانكليزي يتألف من قانونين هما الانكليزي في انكلترا والاسكتلندي في اسكتلندا ، فإذا اشار القانون العراقي بتطبيق القانون الانكليزي فهذا القانون الاخير هو المرجع في تحديد أي من القانونين الانكليزي او الاسكتلندي يطبق على النزاع "

"كذلك ان القانون المدني العراقي قد الغى في الفقرة الثالثة من المادة (١٣٨١) منه المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية للأجانب (رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١) والتي كانت تأخذ بنظرية الإحالة" .

الا ان المشرع العراقي في جانب اخر قد أخذ بقانون الإحالة ، ففي المادة (٤٢٤ في الفقرة الثانية من قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠) الملغي والتي تنص على "يرجع في تحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته" ، فإذا أحال القانون العراقي الى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق .كذلك عاد المشرع العراقي ونص مرة أخرى على الأخذ بنظرية الإحالة في "قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ في المادة ٢/٤٨ في تجديد أهلية الالتزام بالحوالة ، حيث يأخذ المشرع العراقي بنظرية الإحالة ، وهذا الأمر يسري على الصك والسند للأمر" .

كما أن القضاء العراقي أخذ بنظرية الإحالة في أحكام متفرقة "استنادا الى قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ الملغي" ومنها "أن فتاة انكليزية متوطنة مع امها في العراق وكانت بعمر ١٢ سنة اعلنت اسلامها وتزوجت امام المحكمة الشرعية في بغداد من عراقي مسلم فرفعت الام دعوى امام المحكمة لإبطال اشهار اسلام ابنتها اولا ، ولأبطال الزواج لأن البنت قاصر حسب القانون الانكليزي ولم تستحصل موافقة الولي وهي هنا الام ثانيا، وقد رفضت المحكمة الخوض في مسألة اشهار الاسلام لأن المسألة تتعلق بالسرائر . وأما مسالة الأهلية فرجعت الى القانون الانكليزي بوصفه قانون الجنسية، وبموجب قواعد الاسناد الانكليزية فأن الأهلية تكون محكومة بقانون الموطن ، وبذلك تكون المحكمة العراقية قد قبلت بالإحالة من القانون الانكليزي الى القانون العراقي وطبقت أحكام المجلة ،لأنها تمثل القانون المدني في ذلك الوقت ، وبموجب هذه الأحكام يجوز للبنت البالغة ان تزوج نفسها بإجازة الولي أو الوصي ما دامت أنها وصلت الى مرحلة البلوغ الطبيعي ، ونظرا لكون الأم غير مسلمة فقد سقطت ولاية النفس عن أمها وانتقلت الى ولاية القاضي؛ لأنه ولي من لا ولي له، والقاضي أعطى موافقته على هذا الزواج وأصبح نافذا وهكذا ردت دعوى الأم والسبب في ذلك هو ان قانون الأحوال الشخصية للأجانب كان يأخذ بنظرية الإحالة ".

ثانيا :الإحالة في التشريع اللبناني

خالف المشرع اللبناني التشريعات المعاصرة التي اتخذت موقفاً واحداً من الاحالة قبولاً او رفضاً ، حيث ان المشرع اللبناني لم يتخذ موقفاً صريحاً من الاحالة ، كذلك التطبيقات اللبنانية هي الاخرى ليس لها موقفاً واحداً من الاحالة ، حيث اخذت بها بعض الاحكام بينما رفضها البعض الاخر ، كما فعل المشرع العراقي مخالفاً للتشريعات المعاصرة ايضاً .

أثيرت مسألة الإحالة في لبنان عام ١٩٣٨ أمام المحاكم المختلفة في معرض منازعة متعلقة بتركة مواطن أمريكي في ولاية بنسلفانيا توفى مخلفا أموالا عقارية في لبنان ، وتخضع قاعدة التنازع في ولاية بنسلفانيا في موضوع الإرث لقانون موقع العقار وفي المنقول لموقع أخر (محل اقامة المتوفي) ، وبحكم الارث في لبنان قانون ولاية بنسلفانيا التي تحيل بدورها الى القانون اللبناني بوصفه موقع العقارات، فرفضت المحكمة الابتدائية المختلطة في بيروت ، في قرارها الصادر في ٢٦ كانون الثاني ١٩٣٨ تحت الرقم ١٣١٥ لأخذ بالإحالة ووزعت التركة طبقا للقواعد المادية في ولاية بنسلفانيا ، لم يحظ هذا الحل بموافقة محكمة الاستئناف المختلطة التي قررت أن القانون اللبناني يكون مختصا اذا اثبت الفرقاء ان قاعدة التنازع في ولاية بنسلفانيا تحيل الى القانون اللبناني النزاع بوصفه قانون موقع العقار وكان المذهب الحنفي معمولا به في مواد الارث وقتئذ في لبنان وهكذا تكون محكمة الاستئناف وبشكل غير مباشر عملت بنظرية الإحالة ٢١ ، بعد مضي أكثر من خمس عشر عاما وفي التحديد يوم ٢١ نيسان ١٩٥٣ طبقت محكمة الاستئناف اللبنانية في بيروت الإحالة وقررت توزيع التركة وفقا لأحكام الإرث المقررة في القانون اللبناني(أي وفقا للمذهب الحنفي) إلا أن محكمة التمييز اللبنانية نقضت القرار الاستئنائي في ٣٠نيسان ١٩٥٥ في قضية (سر سق) التي تتلخص أحداثها كالاتي : تزوجت لبنانية من فرنسي واكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج وبعد وفاة زوجها عادت الزوجة اللبنانية الأصل الى لبنان وأقامت فيه حتى وفاتها مخلفة أموالا منقولة وعقارات ، نشأ الخلاف بين الورثة عن القانون الواجب التطبيق ، هل يطبق القانون الفرنسي قانون جنسية الزوجة المتوفاة بقواعده المادية أم تطبق قاعدة التنازع الفرنسية التي تع٨تقد الاختصاص لقانون موقع العقار، وقانون أخر هو قانون هو قانون محل اقامة المتوفي بالنسبة للمنقولات ، أي القانون اللبناني في كلا الحالتين .

حيث بينت محكمة التمييز اللبنانية أن سبب نقضها القرار الاستئنائي هو أن المادة في قانون جنسية المتوفي وليس لقواعد التنازع العائدة لهذا القانون ٢٢ .

الخاتمة

بعد بيان ماهية الإحالة حيث عرفت بعدة تعاريف مختلفة باختلاف آراء الفقهاء حيث لم يتفق أغلبهم على تعريف الإحالة تعريفا شاملا ودقيقا والاكثر من ذلك ان بعض الفقهاء لم يعط للإحالة شرعيتها على اعتبار أنها تجاهلا لقواعد الأسناد الوطنية لصالح قواعد القانون الدولي الخاص في الدول الأخرى ، الا أن البعض فقهاء من فقها القانون عرف الإحالة بأنها (تنازع قواعد الأسناد في القانون الاجنبي مع قواعد الأسناد في قانون القاضي الوطني وقد تظهر الإحالة بصفة خاصة عندما يحيل القانون المسند أليه الى قانون دولة ثالثة وهكذا) . من خلال ذلك أثير سؤالا كبيرا عن الأساس القانوني الذي أستند أليه القاضي في موضوع الإحالة ...؟

بينا اختلاف الفقهاء في الاساس القانوني الذي أستند اليه او الذي يستند اليه على اعتبار انها أي الاحالة تفويض حيث يفوض المشرع الاجنبي سلطة تعيين القانون الذي سيطبقه على النزاع والذي قد يكون هو نفسه قانون القاضي الاجنبي أو قانونا أجنيا أخر ، وقد وجهت لهذه النظرية انتقادات عديدة وخطيرة منها انها تنازل عن السيدة بالإضافة الى كونها تؤدي الى حلقة مفرغة بين التفويض لقانون القاضي والقانون الأجنبي ومن هذا الأخير للأول وهكذا . ومن ثمة بيان ان الإحالة حل احتياطي حيث يلزم القاضي الوطني بالرجوع الى قواعد التنازع الوطنية ذاتها حيث تتضمن بالضرورة قاعدة تنازع احتياطية ، تسند المسألة المعروضة ، لا الى قانون أجنبي أخر غير قانون القاضي ذاته . مع ذلك الاستدراك القانون الا ان هذه النظرية لم تسلم هي الاخرى من النقد حيث اعتبرها بعض الفقهاء أنها تقوم على مجرد الافتراض ليس الا ، الامر الذي قاد الى بروز نظرية أخرى كأساس لقبول الإحالة هي نظرية التنسيق بين قواعد الأسناد قد وفقت هذه النظرية الى حد كبير بين فقه الاستاذ باتفول مع فقه الاستاذ ليربور بيجوتير . مع كل ذلك لم ينجح الفقه في وضع أساس حقيقي لنظرية الاحالة حيث طوقتها استثناءات وردة عليها كإرادة المتعاقدين وحالة اخضاع شكل التصرف لقانون بلد أبرامه من خلال ما تقدم قد بينا نطاق أعمال الاحالة في التشريع العراقي وكذلك التشريع اللبناني ..

المصادر والمراجع

١. أحمد الفضلي ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الاحكام الأجنبية ، ط١ ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، عمان ،الأردن ، ٢٠٠٤ ، ص٦٦ .

٢. صلاح الدين جمال الدين ، القانون الدولي الخاص ، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، ط١ ، مصر ، ٢٠٠٨ .

٣. أعراب بالقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين ، الجزء الأول ، ط١ ، دار هومة للطباعة و للنشر والتوزيع ، الجزائر، ٢٠٠٦ ، ص١١١ .

٤. أعراب بالقاسم ، المرجع السابق ،ص١١١ .

٥. نفس المرجع السابق .

٦. دربا ل عبد الرزاق ، الوافي في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الاول ، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ،ص٨٦-٨٧.

٧. عبدالكريم أحمد سلامة ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٩ ،ص٤٣٧ .

٨. حفيظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ،الكتاب الاول ،تنازع القوانين ،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، ٢٠٠٢ ، ص١٣٧ .

٩. نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

١٠. حفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص١٣٨ .

١١. هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد ، دروس في القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، بدون سنة طبع ، ص١١١.

١٢. هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد ، المرجع السابق ، ص١١٢ .

١٣. أمين رجا رشيد دواس ، تنازع القوانين في فلسطين دراسة مقارنة ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، فلسطين ، ٢٠٠١ ، ص١١٧ .

١٤. سعيد يوسف البستاني ، الجامع في القانون الدولي الخاص ، المضمون الواسع المتعدد الموضوعات، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، دون سنة طبع ، ص٦٥٥ .

١٥. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص٦٥٥ .

١٦. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص٦٥٥ .

١٧. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص –الجنسية – ،تنازع الاختصاص القضائي ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، ٢٠٠٤ ،ص١١٠ .

١٨. سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية – تنازع القوانين – المعاهدات، التحكيم التجاري الدولي، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٤ ، ص١٧١ .

١٩. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، نفس الصفحة .

٢٠. سعيد يوسف البستاني ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

٢١. غضوب عبدة جمال ، دروس في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص٩٧-٩٨ .

٢٢. غضوب عبدة جمال ، المرجع السابق ، ص٩٩ .