نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص بين القبول والرفض "نظرة في القوانين المقارنة وأراء الفقه وأحكام القضاء "

م.د. أرميض عبيد خلف
جامعة تكريت/ كلية التربية للبنات

REFERRAL THEORY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW BETWEEN ACCEPTANCE AND REJECTION: A LOOK AT COMPARATIVE LAWS, JURISPRUDENCE OPINIONS, AND JUDICIAL RULINGS

Dr. IRMAYYIDH OBAID KHALAF
Tikrit University\College of Education for women
irmayyidh_al_azzawi_1981@tu.edu.iq

المقدمة

أولا: تعريف موضوع البحث:

الإحالة تمثل احد العقبات الرئيسية في طريق التقارب بين القوانين المختلفة للدول وخصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية، نتيجة التنازع السلبي بين قواعد الإسناد في الدول الغربية عنها في الدول الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية التي تختلف فيها مصادر القوانين في كل من الدول الغربية (الاوربية) عنها في الدول العربية والإسلامية، فالدول الإسلامية تستقي أحكام من الشريعة الإسلامية (القران والسنة النبوية)، اما الديانات الاخرى اليهودية والمسيحية، تستقي أحكامها من

ديانتهم الغير إسلامية، فهذا الاختلاف ليس قاصراً على الدول الإسلامية والغير إسلامية فحسب بل نجد اختلاف حتى في الدول الإسلامية والعربية، فلا يمكن القول بان القانون التونسي يماثل القانون العراقي ولا القانون اللبناني يماثل القانون المصري، فأجاء القانون الدولي الخاص يعالج مسائل اختلاف القوانين وتحقيق التوازن بينها، من خلال قواعد الإسناد، إلا أن المشكلة أن هذه القواعد تتنازع فيما بينها تنازعاً سلبياً في بعض الاحيان، نتيجة اختلاف قواعد الإسناد في كل من قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي المحدد لحكم النزاع من قبل قاعدة إسناد دولة القاضي، فإذا اشارت إحدى هذه القواعد إلى تشريع بلد معين وجب على القاضي أن يختار هذا التشريع دون غيره، فإذا تضمن هذا التشريع قاعدة إسناد اخرى قام البحث عما يجب تطبيقه : هل تطبق أحكام القواعد الموضوعية في تشريع البلد المذكور أو تطبق قاعدة الإسناد الاخرى، هذا البحث هو من ادى إلى قيام نظرية الإحالة، وهنا برزت مشكلة في نظرية التنازع الدولي، فاذا طبقت القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، فمعنى ذلك اننا ليس من انصار هذه النظرية الشهيرة (الإحالة) في القانون الدولي الخاص، اما اذا طبق القاضي قواعد الإسناد في القانون الأجنبي فإنه انتصر إلى هذه النظرية.

ثانيا: أهمية موضوع البحث:

تبرز اهمية البحث من خلال نوع العلاقات ذات الطابع الدولي الخاص التي تختلف بشأنها الحلول، كونها تتنازع في حكمها قوانين عدة دول، وجاءت قاعدة الإسناد في القوانين الوطنية كأداة أو وسيلة فنية يلجا القاضي المعروض عليه نزاع متصل بعنصر أجنبي لإرشاده إلى القانون الواجب التطبيق لحكم النزاع ، فغاية قاعدة الإسناد قد لا تتحقق باختيار انسب القوانين المتنازعة لحكم العلاقة وبما يتفق مع توقعات الاطراف المشروعة، فمشكلة الإحالة تأتي كمظهر من مظاهر استحوذ القاضي الوطني على النزاع بناءً على اوامر مشرعه، وبالتالي تمثل مشكلة الإحالة

عقبة أمام علاقات القانون الدولي الخاص، ومن هنا تبرز أهمية البحث في هذا الموضوع لانعكاساته السلبية والايجابية على علاقات القانون الدولي الخاص عامة وعلى مسائل الأحوال الشخصية خاصة، من الناحيتين النظرية والعملية لما قد يترتب على ذلك من تغيير في الحل النهائي للنزاع. فقد تشير قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون غير قانونها، قانون القاضي الوطني نفسه أو قانون دولة أجنبية أخرى. فإذا انصاع القاضي الوطني إلى ما تقضي به قاعدة الإسناد الواردة في بالقانون الأجنبي فقد يؤدي إلى تطبيق قانون اخر غير القانون الذي اشارت بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية، ومن ثم فإن الحل النهائي للنزاع في هذه الحالة قد يختلف عن الحل النهائي للنزاع فيما لو قام القاضي مباشرة بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانونه.

ثالثاً: اشكالية موضوع البحث:

إن اختلاف الحلول بين القبول والرفض للإحالة واختلاف موقف التشريعات الوطنية وآراء الفقه وأحكام القضاء من الإحالة يثير تساؤلات عديدة، أن الاختلاف في الاخذ بالإحالة أو رفضها ينعكس سالباً على الأحكام النهائية التي يصدرها القضاء، وهذا ما قد ينتج عنه ضرراً يلحق الافراد نتيجة اختلاف الحلول الناتجة عن اختلاف موقف القوانين المقارنة والقضاء من رفض الإحالة أو قبولها، من دولة إلى اخرى، وبالتالي يختلف الأخذ بالإحالة بين الدول التي تطبق أحكام الشريعة الإسلامية والدول غير الإسلامية، فلو تم الاخذ بالإحالة فقد يؤدي إلى تطبيق قوانين لا تنسجم مع الشريعة الإسلامية على الافراد مسلمين أو بالعكس، فلابد من تغيير فلسفة التعامل مع الإحالة، بما ينسجم وتوقعات الافراد، وبما يؤدي إلى اقامة حياة مشتركة بين شعوب دولة مختلفة، وذلك من خلال دراسة نصوص القوانين والبحث في أحكام القضاء والنتائج التي ترتب على رفض الإحالة والقبول بها، وإعادة النظر في النصوص القانونية المتعلقة بالإحالة في النظم القانونية المختلفة.

رابعاً: منهجية البحث: اعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج التحليلي والمقارن، فاعتمدنا على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية في القوانين المقارنة في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل، والقانون الأردني رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦ النافذ وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ النافذ بصورة رئيسية وباقي القوانين الاخرى بصورة عرضية أو ثانوية وما تتضمنه من رفض أو قبول للإحالة والمقارنة فيما بينهما وكذلك قمنا بتحليل اراء الفقه وبيان الحجج المؤيدة والمعارضة للإحالة، وابدينا المقترحات في ضوء ذلك من حيث ضرورة التعديل عليها من عدمه.

خامسا: هيكلية موضوع البحث أو نطاق البحث:

للإحاطة بموضوع البحث من جميع جوانبه، لا بد من تقسيم هذا البحث إلى مبحثين الاول نتناول فيه: ماهية الإحالة في القانون الدولي الخاص، والمبحث الثاني نستعرض فيه موقف القوانين المقارنة واراء الفقه والقضاء من نظرية الإحالة.

المبحث الاول: ماهية الإحالة في القانون الدولي الخاص

المطلب الاول: الاصل التاريخي للإحالة وتعريفها

الفرع الاول: الاصل التاريخي للإحالة (ظهور الإحالة)

الفرع الثاني: تعريف الإحالة

المطلب الثاني: شروط تطبيق الإحالة واشكالها

الفرع الاول: شروط تطبيق الإحالة

الفرع الثاني: اشكال الإحالة

المبحث الثاني: موقف القوانين المقارنة وأراء الفقه والقضاء من نظرية الإحالة

المطلب الاول: موقف القوانين المقارنة من نظرية الإحالة

الفرع الاول: موقف القوانين المؤيد للأخذ للإحالة

الفرع الثاني: موقف القوانين الرافضة للأخذ للإحالة

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من نظرية الإحالة

الفرع الاول: موقف الفقه المؤيد للإحالة

الفرع الثاني: موقف الفقه الرافض للإحالة

الفرع الثالث: موقف القضاء من نظرية الإحالة

وبعد انتهاء الباحث من الدراسة محل البحث، تطرق إلى الخاتمة التي تضمنت جملة من الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الاول

ماهية الإحالة في القانون الدولي الخاص

إن نظرية أو فكرة أو مشكلة الإحالة في القانون الدولي الخاص تتعدد تسميتها، فهي فكرة أو نظرية فهي وليدة ازدياد التقارب الدولي بين افراد يرتبطون بحضارات مختلفة وينتمون إلى قوانين وأعراف متباينة مما أسفر عن تصادم – لا مفر منه – لمفاهيم ونظم متباعدة.(عشوش، ٢٠٠٢،ص٢٧٦). فعند إسناد العلاقة المتنازع عليها إلى قانون أجنبي بموجب قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي يتوقف الحل حول مدى الاكتفاء بالقواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أو تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية ابتداءً حسب مشرع كل دولة (القصبي، ٢٠٠٩، ص١١١)، وبالتالي تتعدد قواعد الإسناد بتعدد الإحالة، وهذا ما عرف بنظرية أو مشكلة الإحالة، وسوف نستعرض في هذا المبحث الاصل التاريخي للإحالة، وتعريفها، وأشكالها، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: الاصل التاريخي للإحالة وتعريفها

إن معرفة الشيء تتطلب معرفة اصوله التاريخية وأسباب ظهوره، فمشكلة الإحالة ليس وليدة اليوم، بل هي ظهرت منذ زمن ليس بقريب، وتلقفها الفقه

القانوني بالعناية والرعاية التي ادت إلى وضع التعاريف الفقيه لهذه النظرية أو المشكلة في ضوء تطورها التاريخي وما اسفرت عنه أحكام القضاء(الدح، ٢٠١٥، ص١٤٢)، وهذا ما نسلط الضوء عليه من خلال فرعين نستعرض في الفرع الاول: الاصل التاريخي للإحالة، وفي الفرع الثاني نبين: تعريف الإحالة، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: الاصل التاريخي للإحالة (ظهور الإحالة)

ظهرت الإحالة منذ عهد ليس بقريب في القضاء الانكليزي(عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦١٧– ٦١٨) كما انها ظهرت في القضاء الفرنسي في ظلال القانون الفرنسي القديم وإن لم يكن ذلك إلا بصفة ضمنية ، ولكنها ظهرت بشكل نظرية أو بناءً قانوني في مستهل الربع الأخير من القرن الماضي وكان ذلك في قضية من القضايا الشهيرة في القانون الدولي الخاص والمعروفة بقضية "فورجو" (عبد العال، ٢٠٠٥، ص٨٥)، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن ولداً طبيعياً (غير شرعي) بافاري الجنسية يدعى "فورجو" كان قد ولد في بافاريا (مقاطعة المانيا الآن)، ثم انتقل إلى فرنسا وهو لا يتجاوز سن الخامسة من عمره مع والدته حيث أقاما في "بو" في جنوب فرنسا حيث تزوج من فرنسية غنية ماتت عن ثروة كبيرة منقولة تركتها له، حدث بعد ذلك أن وافته منيته وهو في سن الثامنة والستين مخلفاً وراءه ثروة منقولة، دون أن يترك وراثاً ظاهراً له في فرنسا، ومن غير أن يكتسب فيها موطناً (فرنسا)، إذ ليس لأحد أن يكتسب موطناً قانونياً في فرنسا إلا بموافقة الدولة وفقاً لأصول معينة وهي اصول لم تتبع من المتوفى فبقى بنظر القانون الفرنسي متوطناً في بافاريا.

وبالنظر لعدم وجود وارث ظاهراً له قامت وزارة المالية الفرنسية بالمطالبة بهذه الثروة باعتبارها وراث لمن لا وارث له وفقاً للمادتين ٧١٣ و٧٦٨ من القانون المدني الفرنسي فنازعها في ذلك حواشيه الطبيعيون لأمه (اي من ناحية الام) حول

لمن تؤول إليه التركة، ويقصد بالحواشي (الأخوة والأخوات ويطلق عليهم الحواشي القريبة، والأعمام والعمات ويطلق الحواشي البعيدة). جوهر المشكلة أمام هذه الادعاءات والنظم القانونية المختلفة تعظم أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على الميراث في هذه المنازعة، امام القضاء، فماذا يطبق القاضي القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن الفعلي للمتوفى، أم القانون البافاري باعتباره قانون موطنه الاصلي، فأي القانونين سوف يطبق على المنازعة. ذلك أن الحل سوف يتباين بحسب ما إذا طبقنا هذا القانون أو ذاك. يلاحظ بداءة أنه لا يوجد في هذا العرض المطروح على القضاء تنازعاً بين قواعد الإسناد في القانونيين المعنيين، فكلا من القانون الفرنسي والبافاري ينص في ذلك الحين، على تطبيق قانون موطن المتوفى (القصبي، ٢٠٠٩، ص١١٧) ولكن الذي حدث أن فورجو لم يكن له موطن بالمعنى القانوني الذي حددته المادة (١٣) من القانون المدني والتي تنص على ضرورة الحصول على الاذن بالتوطن لكي يكتسب الشخص موطناً قانونياً له في فرنسا(عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦١٨) اي المقصود في قاعد الإسناد الفرنسية هو تطبيق معيار الموطن القانوني. هذا الموطن لم يطلبه فورجو ولم يحصل على مرسوم صادر من الحكومة الفرنسية بذلك. ومن ثم يُعد كما لو كان قد احتفظ بموطنه الاصلي.

إن قاعدة الإسناد الفرنسية تقضي في هذا الشأن إلى تطبيق القانون البافاري أو بالأحرى القانون الدولي الخاص البافاري في شأن التركة المنقولة والذي لا يجري أي تفرقة بين الموطن القانوني والموطن الفعلي (القصبي، ٢٠٠٩، ص١١٧)، وقد أقرت محكمة بوردو وجهت النظر هذه وقضت في حكمها الصادر في ٢٤ مايو سنة ١٨٧٥ بأحقية الحواشي في التركة، فطعنت وزارة المالية في هذا الحكم أمام محكمة النقض قائلة إن القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في النهاية، إذ أن القانون البافاري – قانون موطن المتوفى القانوني – يحيل عليه الحكم إذ ينص

على أن الميراث في المنقول يخضع لقانون موطن المتوفى الفعلي، وحيث أن القانون المدني الفرنسي لا يعترف لهؤلاء الحواشي (وهم من الحواشي البعيدة بالميراث)، إذ يقصره بالنسبة للولد الطبيعي على أخواته وأخواته، لذلك ينبغي بأحقية وزارة المالية الفرنسية في التركة، وهذا الحل هو الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير صادر في ٢٤ يونيو ١٨٧٨ (رياض بك، ١٩٤٣، ص٣٢٩)، إذ ألغيت به حكماً صادراً من محكمة استئناف بوردو، وكان يقضي لحواشي المتوفي بالتركة، وقضت باستحقاق الحكومة الفرنسية للتركة طبقاً للقانون الفرنسي الذي استمد اختصاصه من القانون الدولي الخاص البافاري(اي من قاعدة الإسناد فيه) وبمقتضى اعمال هذا القانون يصير القانون الفرنسي، قانون الموطن بشكل عام، وهذ الحكم هو مبدأ سريان نظرية الإحالة في فرنسا ؛ وقد أحدث هذا الحكم دوياً هائلاً في الاوساط القانونية الفرنسية وغير الفرنسية (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦١٨). وانقسم المشتغلون بأبحاث القانون الدولي الخاص بين محبذين ومعارضين لما قضى به، غير أن هذه المعارضة لم تمنع القضاء في فرنسا، وفي بعض الدول الأخرى من الاستمرار في خطته من الاستمرار في خطته بحيث يمكن القول إنه قد ثبت في هذا الاتجاه نهائياً، بل وأكثر من ذلك فقد عمد المشرعون في بعض الدول إلى النص على نظرية الإحالة صراحة، نص عليها القانون الألماني في المادة ٧٧ من قانون المقدمة بالنسبة للمسائل الرئيسية للأحوال الشخصية وهي الأهلية والزواج والطلاق والنظام المالي للزوجين والمواريث وإنما بشرط أن يؤدي تطبيقها إلى تطبيق القوانين الألمانية، ونص القانون المجري الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٤ حيث قضى باتباعها صراحة في المادة ١٠٨ منه بالنسبة لتحديد اهلية الزواج.

وقد اتبع القضاء الإنجليزي هو الأخر نهج القضاء الفرنسي مع بعض الخصوصية في قضية (Annesley) (القصبي، ٢٠٠٩، ص٢١٨) وتثور واقعة

هذه القضية حول وفاة بريطانية الجنسية متوطنة في فرنسا، وذلك طبقا لمفهوم الموطن الواقعي في القانون الإنجليزي وليس لمفهوم الموطن الرسمي الحكمي الذي تقصده المادة ١٣ من القانون المدني الفرنسي، تاركة وصية تتخلى فيها عن ملكية جميع أموالها للموصي لهم.

المشكلة في هذه القضية تتركز في شمولية الوصية لكل أموال الموصي حيث أن الوفاة قد وضعت شرطاً هاماً في هذه الوصية تحرم خلفاؤها من الحق في الإرث. هذا الشرط يُعد باطلاً وفقا لأحكام القانون الفرنسي ولا تنفذ منه الوصية في حق الورثة إلا في حدود معينة، في حين أن هذا الشرط يُعد صحيحاً وفقاً لأحكام القانون الإنجليزي وأن الوصية بذلك تكون نافذة في حق الورثة ولو استغرقت كل أموال التركة.

هنا اتبعت المحكمة العليا الإنجليزية (House of lords) نهجاً يتسم بقدر كبير من الغرابة، فبعد أن أكدت على أن موطن المتوفى يقع في فرنسا، وأن القانون الواجب التطبيق طبقا للقانون الدولي الخاص الإنجليزي هو قانون الموطن (أي القانون الفرنسي) أردفت بأنه لما كان القانون الفرنسي يشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي باعتباره قانون جنسية الموصي، وحيث أن القانون الفرنسي يقبل الإحالة فإنه يتعين على القاضي الإنجليزي تطبيق القانون الفرنسي الذي يقضي ببطلان شرط حرمان الورثة من التركة وعدم نفاذ الوصية إلا في الحدود المرسومة في القانون.

ونلاحظ على ذلك، انه عند تطبيق القاضي الإنجليزي للقانون الأجنبي الذي تشير اليه قواعده الوطنية لا يرتب النتائج الطبيعية لهذا التطبيق، بما في ذلك الأخذ بفكرة الإحالة، وإنما نجد أن القاضي الإنجليزي يضع نفسه موضع القانون الأجنبي – ومن هنا جاءت تسمية النظرية (foreign Court theory) فإن كان هذا الاخير يأخذ بالإحالة من القانون الإنجليزي إلى القانون الأجنبي يتبع القاضي

الإنجليزي المنهج نفسه ويطبق أحكام القانون الأجنبي الذي تشير به قواعد القانون الخاص الإنجليزية، وهذا ما حدث بالفعل في هذه قضية (Annesley). وعلى العكس من ذلك اذا كان القاضي الأجنبي، لا يقبل فكرة الإحالة، فإن مقتضى افتراض أن القاضي الإنجليزي يضع نفسه محل هذا القاضي يستوجب بالضرورة تطبيق المحكمة الإنجليزية للقانون الإنجليزي إعمالاً لقواعد القانون الدولي الخاص الأجنبية.

الفرع الثاني: تعريف نظرية الإحالة

لابد لنا ونحن بصدد تعريف الإحالة، من بيان مفهوم الإحالة أو المقصود بها، ومن ثم بيان ما اورده الفقه القانوني من تعريفات لها، وذلك من خلال فقرتين، الاولى لإيضاح مفهومها، والثانية لتعريفها:

أولا: مفهوم الإحالة: تعد مسألة الإحالة من أدق المشكلات القانونية التي أثارت جدلاً فقهياً عنيفاً في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، ويمكن تصور مشكلة الإحالة في حالة تصدى القاضي لأعمال قاعدة الإسناد، فأشارت بتطبيق قانون أجنبي معين كالقانون الألماني أو القانون الفرنسي، فإن التساؤل حول المقصود بهذا القانون؟ هل يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي الألماني أو الفرنسي في جملته بما يترتب على ذلك من ضرورة استشارة قواعد الإسناد في القانون الألماني أو الفرنسي وطبقها على واقعة الدعوى، دون اعتداد بقواعد التنازع التي يتضمنها هذا القانون الأجنبي (الحمد السيد، ١٩٩٧، ص٣٥٧).

ونورد مثالا يوضح ما سبق ذكره، إذا رفعت أمام المحاكم العراقية دعوى تتعلق بميراث أموال منقولة في تركة مورث فرنسي متوطن في ألمانيا (سلامة، ٢٠٠٧، ص١٩٣) تعين على القاضي العراقي أن يطبق قاعد الإسناد الواردة في (القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١) في المادة ٢٢ التي تقضي باختصاص قانون جنسية المتوفى وقت موته وهو في هذا المثال القانون الفرنسي، فإذا أخذ

القاضي العراقي بنظرية الإحالة، كان عليه أن يعمل قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي الواجب التطبيق، وبالرجوع إلى تلك القاعدة نجدها أنها تشير بدورها إلى اختصاص القانون الألماني باعتباره قانون موطن المتوفى، حيث الميراث في المنقول يخضع لقانون موطن المورث، بينما الميراث في العقارات يخضع لقانون موقعها.

ثانياً: تعريف الإحالة: تعددت تعاريف الفقه القانوني حول الإحالة، ولا تختلف التعاريف حول الإحالة فيما يتعلق باختلاف قواعد الإسناد في كل من قانون القاضي وقواعد الإسناد في القانون الأجنبي، عرف أحد الفقهاء نظرية الإحالة (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦١٤) (هي تلك النظرية التي تقول بوجوب تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد في القانون الوطني ما دامت هاتان القاعدتان الواردتان في القانونين مختلفتين من حيث الحكم).

وعرفها البعض الأخر (شوقي، ١٩٩٠، ص٢٦٢) (هي الإسناد الاجمالي أو المكرر الذي يتحقق عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي المطروح عليه النزاع باختصاص قانون أجنبي معين وتقضي قاعدة الإسناد فيه بإعادة الاختصاص لقانون دولة القاضي أو تقرر اختصاص قانون أجنبي أخر).

وعرفها جانب أخر من الفقهاء (عبد العال، ٢٠٠٥، ص٨٤) (الإحالة تعني أن المقصود بالقانون الأجنبي المختص هو القانون الأجنبي في جملته، بما يتعين على القاضي الوطني أن يبدأ أولاً بمخاطبة قواعد الإسناد فيه). اما البعض الأخر من الفقهاء (عشوش، ٢٠٠٢، ص٢٧٧) عرفها (هي تلك النظرية التي تقضي في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في القانون الأجنبي الواجب التطبيق على النزاع بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية). وعرفت الإحالة (القصبي، ٢٠٠٩، ص١١٦) بأنها (نتاج اسلوب خاص لتطبيق قاعدة التنازع الوطنية يجعل من– تحديدها عن طريق ضابط الإسناد فيها – لقانون أجنبي معين باعتباره القانون

الواجب التطبيق بمثابة الاشارة إلى نظام قانوني متكامل يتعين تطبيقه بما في ذلك قاعدة التنازع المعينة فيه والتي تحمل ضابطاً مغايراً للإسناد). وهذا التعريف لا يختلف كثيراً عن تعريف (عبد الله، ١٩٨٦، ص١٤٤) بأنها (الفكرة التي بمقتضاها يتعين الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الذي اشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية متى هناك تنازعاً سلبياً بين القوانين).

ومن جانبنا نعرفها بأنها (تلك النظرية التي تؤدي إلى تطبيق متكامل للقانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، دون الاقتصار على القواعد الموضوعية في فض النزاع).

ومن خلال التعاريف السابقة نلاحظ أن الإحالة تندثر ولا تثير اية مشكلة في حالة اتحاد قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، ولامجال لأعمالها، على عكس التنازع السلبي الذي يثير مشكلة الإحالة بشكل يصعب معه التوصل إلى حل نهائي للنزاع بسبب اختلاف ما تتضمنه قواعد الإسناد في النظم القانونية المختلفة، وهذا ما جاءت به التعاريف السابقة.

المطلب الثاني: شروط تطبيق الإحالة واشكالها

الإحالة لا يمكن تطبيقها مالم تتحقق فيها عدة شروط، اضافة إلى تنوع أو تعدد اشكالها فهي على عدة اشكال وفقاً لقواعد الإسناد الموجود في كل دولة، وسوف نقوم بتقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول شروط تطبيق الإحالة، وفي الفرع الثاني نتعرف على اشكال الإحالة، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: شروط تطبيق الإحالة

إذا انتقلنا من المبدأ إلى التطبيق اي من الناحية النظرية إلى الواقع العملي

المحسوس، فأننا نجد أن هناك شروطا ثلاثة يجب أن تتحقق حتى نكونٌ بصدد إحالة بالمعنى الفني الدقيق، وسوف نستعرض هذه الشروط على النحو التالي:

أولا: أن تشير قاعدة القانون الدولي الخاص(قاعدة الإسناد) في الدولة (أ) بأن العلاقة المتنازع في شأنها تخضع لقانون الدولة (ب) مقصوداً به النظام القانوني برمته في هذه الدولة الأخيرة، أي بما يتضمنه في دوره من قواعد لحل تنازع القوانين.

فالقانون الدولي الخاص في الدولة (أ) عندما يواجه مثلا مشكلة صحة عقد الزواج إنما يوجهها من منظر شكلي محض يعهد في فض هذه المشكلة إلى القانون الأجنبي، الذي توافر له ضابط الإسناد الذي وضعه المشرع الوطني. هذا القانون هو الذي يحدد الشروط الاساسية لصحة الزواج ومن ثم يقرر ما إذا كان الزواج صحيحاً أم باطلاً.

ثانياً: احتواء النظام القانوني للدولة (ب) على قواعد خاصة بحل مشكلة تنازع القوانين، وبصرف النظر عن اختلاف الدول في الأخذ بمناهج حلول التنازع المختلفة، فإن هذه الحلول يندر أن تكون من صنع الآلة التشريعية في الدول المختلفة حتى في دول القانون المكتوب كالعراق ومصر والامارات والكويت والمانيا وسويسرا، فاذا لم يتوفر في النظام القانوني الأجنبي قواعد لحل مشكلة التنازع فإنه لا مجال لإثارة فكرة الإحالة.

ثالثا: فمقتضاه أن تكون قاعدة القانون الدولي الخاص في كل من قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي الواجب التطبيق في حالة اختلاف. ويكفي أن نشير في هذا المقام إلى الاختلاف البين بين الدول فيما يتعلق بتحديد القانون الشخصي الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية عموما وانقسام دول العالم بين قاعدتي قانون جنسية الشخص، قانون موطن الشخص، كذلك اختلاف الدول فيما يتعلق بالقانون

الذي يحكم الزواج بين قاعدتي : قانون الجنسية وقانون محل ابرام أو اشهار الزواج.

فنظرية الإحالة اعطت مفهوم جديد للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، وكيفية إعماله ومضمونه فلم يعد هذا القانون يقتصر فقط على القواعد الموضوعية، بل امتد ايضاً إلى قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص(كحيط، ٢٠١٥، ص٢٤٤).

الفرع الثاني: اشكال الإحالة

إن اشكال الإحالة تتعدد بحسب ما ينتهي اليه قانون دولة القاضي المنظور امامه النزاع فيما اذا كانت أحكامه تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي أم تتعدها إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص برمته، أي اذا كان النظام القانوني لدولة القاضي المختص بنظر النزاع ذو الطابع الدولي يقبل مبدأ الإحالة، أي اعمال قواعد الإسناد في القانون الواجب التطبيق فإن الإحالة التي تقررها هذه القواعد تأخذ عدة اشكال:

أولا: الإحالة من الدرجة الاولى:

ويتحقق هذا الشكل من الإحالة في الفرض الذي يؤدي فيه إعمال قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق إلى رفض الاختصاص واحالته أو رده إلى قانون القاضي، بحيث يطبق القاضي القواعد الموضوعية في قانونه، أي تتخلى قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المختص لتعقد الاختصاص بنظر المنازعة لقانون القاضي، وهذا الشكل يتحقق في ظل المعطيات الاتية:

١- أن تشير قاعدة الإسناد في القانون العراقي إلى تطبيق قانون أجنبي.

٢- الإحالة تعني المقصود بالقانون الأجنبي المختص هو القانون الأجنبي في جملته، بما يتعين على القاضي أن يبدأ أولاً بمخاطبة قواعد الإسناد فيه.

٣- بمراجعة القاضي الوطني لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي يتكشف له أن القانون الأجنبي يتخلى عن اختصاصه ويرده في هذه الصورة إلى قانون القاضي نفسه.

مثال على ذلك، أن تطرح منازعة متعلقة بميراث على عقار كائن في لبنان لمتوفى يحمل الجنسية الفرنسية، الميراث امام القاضي اللبناني يحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفى، بينما قواعد الإسناد في هذا القانون الأخير تعقد الاختصاص لقانون موقع العقار، أي للقانون اللبناني، واضح من هذا المثال أن القانون الفرنسي تخلى عن اختصاصه ويرده في هذه الصورة إلى قانون القاضي الناظر المنازعة.

ثانياً: الإحالة من الدرجة الثانية:

في هذا الشكل من اشكال الإحالة تتخلى فيه قاعدة الإسناد الأجنبية عن الاختصاص المعقود لها بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية في قانون دولة لتعقد الاختصاص لقانون دولة أجنبية ثالثة، وليس إلى قانون القاضي، أي يؤدي الرجوع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المسند اليه إلى رفض الاختصاص، وأحالته لا إلى قانون القاضي بل لقانون دولة ثالثة، ويطلق بعض الفقه على هذا الشكل الإحالة المطلقة (سلامه، ٢٠١٢، ص١٩٢).

ومثلاً على ذلك، بحث مسألة زواج تتعلق بإنجليزي أمام محكمة فرنسية، تخضع هذه المسألة في فرنسا لقانون الجنسية، وتجد المحكمة قانون الجنسية أي القانون الإنجليزي يحيل إلى قانون الموطن، فاذا فرض أن الإنجليزي المعروضة مسألته على المحكمة متوطن في أمريكيا، فهنا توجد إحالة من الدرجة الثانية، إذا قبلت المحاكم الفرنسية الإحالة التي يشير إليها القانون الإنجليزي، أي الإحالة إلى القانون الأمريكي (رياض بك، ١٩٤٣، ص٣٢٨).

وهناك الإحالة المطلقة أو ذات الدرجات المتعددة التي قد يؤدي تطبيق قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قاعدة الإسناد في قانون بلد ثالث، ثم تطبيق قاعدة الإسناد في قانون دولة رابعة عملاً بقاعدة الإسناد هذه هكذا، حتى نصل إلى قانون نطبقه في قواعده الموضوعية بل ويحتمل أن لا نصل إلى هذا القانون إذا سرنا مع منطق الإحالة إلى نهايته، وتسمى الإحالة في هذه الصورة بالإحالة ذات الدرجات المتعددة (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦١٤).

ومثلا على ذلك، أن يوصى إنجليزي متوطن في الولايات المتحدة الامريكية أثناء إقامته في ايطاليا بأموال موجودة في مصر، فاذا فرض ورفع أمر هذه الوصية إلى القاضي المصري للفصل في صحتها فإنه يطبق قاعدة الإسناد المصرية فيجدها تشير (المادة ١/١٧ من القانون المدني) بوجوب تطبيق قانون الجنسية، فإذا رجعنا إلى القانون وهو القانون الإنجليزي لوجدنا أن قاعدة الإسناد فيه تشير بتطبيق قانون الموطن وهو القانون الأمريكي، فإذا طبقنا قاعدة الإسناد في هذا الأخير وجدناها تنص على تطبيق قانون الجهة التي تم فيها التصرف (الوصية) أي القانون الايطالي وتشير قاعدة الإسناد في هذا القانون بتطبيق قانون الجنسية وهو القانون الإنجليزي، وهكذا نبدأ الحلقة من جديد إلى ما لا نهاية اللهم إذا قمنا بتحطيم هذه الحلقة بإيقاف الإحالة عند حد معين وهو ما تقول به المحاكم والتشريعات غالباً حيث تقضي أو تنص بإيقاف الإحالة عند الدرجة الأولى، ومثلاً على ذلك ما تقضي المادة ٤٦١ من قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٤٣ بتعين أهلية من يلتزم بموجب بوليصة إلى قانون جنسيته أو إلى القانون الذي يشير بتطبيقه هذا القانون.

المبحث الثاني

موقف القوانين المقارنة والفقه والقضاء من نظرية الإحالة

اختلف القوانين المقارنة الفقه والقضاء في الأخذ بالإحالة أو عدمه الاخذ بها، فنظريـة الإحالـة أثـارت نقاشـاً فقهيـاً كبيـراً، واخـذ المؤيـدون لهـا يؤيـدون الأسـانيد لتدعيمها، كما تعرضت لرفض ونقد مرير من جانب فريق أخر من الفقه رفض الأخذ بها، كما انقسم القضاء والمشرعين في دول العالم إلى اتجاهين احدهما مؤيد وآخر يرفض الإحالة، وسوف نستعرض تلك الآراء المؤيدة والرافضة للنظرية الإحالة في مطلبين، نسلط الضوء على موقف القوانين المقارنة واختلافه بصدد الإحالة في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نبين موقف الفقه والقضاء من الإحالة، وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: موقف القوانين الوطنية المقارنة من نظرية الإحالة

تشددت مواقف القوانين الوطنية للدول بشأن نظرية الإحالة، فاغلب القوانين اتخذت موقفاً صارماً مؤداه الامتناع عن تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المسند اليه القاضي الوطني المعروض عليه النزاع حل النزاع، وهذا ما يعزز حجج الرافضين لها والانتقادات التي وجهت اليها، إلا أن بعض تشريعات الدول الغربية اعطت مبررات يمكن من خلالها لقاضيها الأخذ بالإحالة بالاستناد إلى النتيجة التي تحققها، وسوف نستعرض مواقف التشريعات الوطنية التي رفضت الإحالة بصورة عامة على جميع المسائل، والتشريعات التي تأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى والمتعددة، والتشريعات التي استندت إلى النتيجة التي تتحقق عند الأخذ بالإحالة أو عدم الإخذ بها، وهذا ما نسلط الضوء عليه من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول التشريعات الوطنية الرافضة للإحالة وفي الفرع الثاني نستعرق موقف التشريعات الوطنية المؤيد للإحالة، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: القوانين الوطنية الرافضة للإحالة

اتخذ المشرع العراقي موقفاً حاسما من نظرية الإحالة، اتجه إلى عدم الأخذ الا بالقواعد الموضوعية بالقانون الأجنبي المسند اليه حل النزاع بموجب قاعدة الإسناد الوطنية في قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع وهذا ما جاءت به المادة ١/٣١ من القانون المدني العرقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١[١]، وهذا هو المبدأ العام من الأخذ بالإحالة، لكن اذا جاء في تشريع خاص أو اتفاقية دولية فأنها تقيد المبدأ العام لان الخاص يقيد العام، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٤٨) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، كحالة استثنائية والتي اكدت الرجوع في اهلية الملتزم بموجب الحوالة إلى قانون الدول التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته أو أي قانون اخر يحيل اليه هذا القانون[٢].

وذهب بالاتجاه نفسه المشرع المصري في المادة ٢٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل فنص صراحة على رفض الإحالة، ويلاحظ ايضا أن الرفض جاء عاماً مطلقاً، بحيث يتعين على القاضي اذا عرضت عليه قضية تتنازع فيها القوانين، أن يعمل قاعدة الإسناد المصرية ويحدد القانون الواجب التطبيق وفقا لها، ثم يطبق مباشرة القواعد الموضوعية في هذا القانون، دون قواعد الإسناد فيه (سلامة، ٢٠١٢، ص٢٠٢).

اما بالنسبة لموقف المشرع الأردني فقد جاءت به المادة (٢٨) من القانون المدني والتي نصت على رفض الأخذ بالإحالة ، وما على القاضي الأردني الا أن يعمل بهذا النص ، فلو عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية فيها عنصر أجنبي،

(١)" إذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو واجب التطبيق فإنما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

(٢) راجع في ذلك الموقع الالكتروني :تاريخ الزيارة ٢٤-٢-٢٠٢٢ https://www.azzaman.com

ليس له سوى تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي اشارت اليه قاعدة التنازع في قانونه، ولا عبره فيما يراه المشرع الأجنبي في قانونه.

وان ما نصت عليه المادة (٢٨) رفض للإحالة هو مبدأ عام من المتوقع أن ترد عليه بعض الاستثناءات التي تقرر في نصوص خاصة وفي قانون خاص أو في اتفاقيات خاصة دولية. لان المادة (٢٤) من القانون المدني اجازت الخروج عما تقرره قواعد الإسناد بنص خاص أو اتفاقية بقولها " لا تسري أحكام المواد السابقة إذا وجد نص في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في المملكة الأردنية الهاشمية يتعارض معها" ومع أن المادة (٢٤) وردت سابقة للمادة (٢٨) من القانون المدني فأننا نعتقد أن التأخير والتقديم بينهما لا يعني قصر سريان المادة (٢٤) على قواعد الإسناد السابقة لها لأن ما جاء في المادة (٢٤) يقيد كافة قواعد الإسناد وإن ما جاء بها ما هو الا تقرير لمبدأ قانوني عام مفاده أن النص الخاص يقيد النص العام وبالإضافة إلى ذلك فان الاتفاقية الدولية تكون ملزمة ومقيدة للقوانين الأخرى وهذا ما جاءت به المادة ٣٣ من الدستور الاردني(٣).

اما فيما يخص موقف المشرع الجزائري فلا نجد فيه أي نص يتعلق بالإحالة في مجال التنازع الدولي للقوانين إلا أننا نجد م٢٣ من القانون المدني الجزائري المعدل الصادر ٢٦ سبتمبر ١٩٧٦ التي جاء فيها "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فإن القانون الداخلي الذي يجب تطبيقه".

لكن نلاحظ هنا من خلال هذه المادة أنها تخص التنازع الداخلي لا التنازع الدولي فما نلاحظ أنه ليس هنالك حل لمشكلة الإحالة في القانون الجزائري نظرا لعدم معرفة موقف القضاء منها لكن النصوص التشريعية فنجد م٢٣ ق م الوحيدة التي خصصت الإحالة.

(٣) راجع في ذلك الموقع الالكتروني : تاريخ الزيارة ٢٤-٢-٢٠٢٢ https://almerja.net .

هذا ولم يقتصر رفض الإحالة على هذه التشريعات بل اتخذت التشريعات الوطنية الحديثة موقفاً حاسما من عدم قبولها، وهذا ما ذهب اليها المشرع الليبي في المادة (٢٨ ق.م) والمشرع السوري في المادة (٢٩) من القانون المدني الصادر عام ١٩٤٩ والقانون المدني الإيطالي الصادر عام ١٩٤٢ في المادة ٣٠ منه ، والقانون المدني اليوناني لعام ١٩٤٦ في المادة ٣٢ منه، والمشرع البرازيلي في المادة ١٦ من القانون المدني الصادر عام ١٩٤٢(أحمد، ١٩٩٢، ص٣٤٤).

ومن جانبنا نرى أن ما ذهبت اليه التشريعات الوطنية في رفضها للإحالة، له ما يبرره من وجه نظر مشرعيها، فقاعدة الإسناد الوطنية حين تجعل الاختصاص التشريعي لقانون معين تصدر على عدة اعتبارات خاصة وفي قبول الإحالة أيا كان نطاقها توفيت لهذه الاعتبارات ونقض لحقيقة الحكم المقرر في تلك القاعدة.

الفرع الثاني: القوانين الوطنية المؤيد للإحالة

إن التشريعات الوطنية في مواقفها بالإخذ بالإحالة تباينت من خلال الاخذ بأشكال الإحالة المتعددة، وسوف نبين مواقف هذه الدول من الأخذ بهذه الاشكال من خلال عدة فقرات، وعلى النحو التالي:

أولاً: القوانين التي اخذت بالإحالة من الدرجة الاولى: لم نلاحظ وفرة في القوانين الوطنية التي تضمنت الإحالة من الدرجة الاولى، فالإحالة ذات الدرجة الاولى وجدت جذورها في القضايا التي عرضت على المحاكم الفرنسية ومنها قضية "فورجو" والتي اعتبرت مهد الإحالة من الدرجة الاولى والتي فيها تتخلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي عن اختصاصها في حل النزاع وتعيده إلى قانون دولة القاضي الذي احال النزاع اليها، وعلى هذا المنوال ذهبت بعض القوانين إلى الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى وهذا ما نص عليه القانون الألماني في المادة ٧٧ من قانون المقدمة بالنسبة للمسائل الرئيسية للأحوال الشخصية وهي الاهلية والزواج والطلاق والنظام المالي للزوجين والمواريث وإنما بشرط أن يؤدي تطبيقها إلى

تطبيق القوانين الالمانية (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦١٩). اضافة إلى ذلك فقد اخذت مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩ في المادة (٤) منه، والمادة ٢/١٢ من الباب التمهيدي للقانون المدني الاسباني المضافة بقانون ١٩٧٤ والقانون الدولي الخاص الالماني (مادة ٣ من قانون ٥ ديسمبر ١٩٧٥) ومجموعة القانون الدولي الخاص اليوغسلافي لعام ١٩٨٣(سلامة، ٢٠١٢، ص٢٠٢).

وقد اخذ في الإحالة من الدرجة الاولى في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة (رقم ٥ سنة ١٩٨٥) في المادة (٢٦) منه ولكن الصياغة المستعملة كانت غير صائبة فنصت المادة ١/٢٦ إذا تقرر " أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص " وهذا يمثل موقفا حازما من رفض الإحالة وعدم قبولها إلا أن نص الفقرة الثانية من المادة ٢٦ ذهبت بالقول " يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعد نصوص القانون الدولي الخاص المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق" فهذه الفقرة توحي بأحد معنيين الأول هو قبول دولة الإمارات العربية المتحدة الاختصاص التشريعي المسند لقانونها طبقا لقواعد التنازع في قانون أجنبي ولا إشكال في هذه الحالة والثاني قبول إحالة القانون الأجنبي على قانون دولة الامارات العربية المتحدة ومما يؤكد هذا المعنى العبارة التي تقول" على أنه التحفظ على الحكم الوارد في ف١ الرافضة الإحالة" فلاحق يقيد السابق اذا تضمن ما يتعارض مع ذلك.

ونرى من جانبنا نرى أن ما ذهبت اليه التشريعات الوطنية بالأخذ بالإحالة يمثل حلاً مقبولا للنزاع في ظل تنسيق وحدة الحلول بين قواعد الإسناد في قانون القاضي المطروح عليه النزاع وقواعد الإسناد الأجنبية، وخصوصا في مسائل الأحوال الشخصية التي تختلف فيها قواعد الإسناد في معظم الدول، وهذا ما ذهب اليه جانب كبير من فقهاء القانون الدولي الخاص (رياض، راشد، ١٩٨٧،

ص٢١١-٢١٣)، لان الأخذ بالإحالة لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد، بل على العكس من ذلك سيكون اكثر تحقيقاً لأهدافها، إذ لاشك أن تطبيق القاضي العراقي لقانون الوطني سيكون مقبولاً من النظام القانوني العراقي، إذ سيؤدي إلى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل حدود الاقليم العراقي، وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني سواء كانت العلاقة الوطنية بحته أو ذات طابع دولي خاص ولن يكون في هذا التطبيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة نظرا لان هذا التطبيق قد تم بناءً على الإحالة الصادرة من النظام القانوني الأجنبي ذاته. مع التحفظ على الإحالة من الدرجة الاولى أن لا تمس القواعد الموضوعية في القانون العراقي عند تطبيقها توقعات الاطراف ، فاذا انطوت على المساس بتوقعات الاطراف، فالأجدر رفضها وتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي الذي اشارت إلى تطبيقه قاعدة الإسناد العراقية.

ثانياً: موقف القوانين من الإحالة ذات الدرجات المتعدد: تكاد تجمع كافة القوانين الوطنية على نبذ الإحالة ذات الدرجات المتعددة أو ما تسمى بالإحالة المطلقة لما لها من نتائج سلبية تؤدي إلى غياب الحلول للنزاعات المعروضة على القضاء للتنازع السلبي بين جميع قواعد الإسناد، وقد نشأت تلك الحلقة المفرغة من اختلاف قواعد الإسناد في القوانين الأجنبية المسند اليها حل النزاع ، من قوانين الدول التي أخذت بالإحالة المتعددة هي مجموعة القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ في المادة ٣/٢ ، ومجموعة القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ في المادة ٥ منه، ويبدو الاعتراف بذلك يرجع إلى ما اتجهت اليه محاكم الموضوع في فرنسا، ففي حكم لمحكمة باريس صادر بتاريخ ١٩ مارس ١٩٦٥ طبقت المحكمة القانون التركي في شأن الدعوى المطروحة أمامها رغم أن قواعد الإسناد الفرنسية قد أشارت بتطبيق القانون الإنجليزي. وأقامت المحكمة قضاءها السالف على أساس أن قواعد الإسناد الإنجليزية ترفض الاختصاص المعروض

عليها وتشير إلى وجوب تطبيق القانون التركي، مما يبرر الرجوع إلى هذا القانون أخذ بالإحالة المقررة بمقتضى القانون الإنجليزي(صادق، ١٩٩٣، ص١٦٥) ونرى من وجه نظرنا عدم الإخذ بها إلا وفق شروط وضوابط محددة تعتمد على نتيجة الحل النهائي للنزاع.

ثالثاً: الإحالة بين القبول والرفض في ضوء النتيجة أو الحل النهائي في القوانين المقارنة: كرست بعض التشريعات صراحة فكرة الحل الوظيفي في مسألة الإحالة، فبالإمكان قبولها أو رفضها تباعا للنتيجة المترتبة على الحل النهائي، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٥ من القانون الدولي الخاص التشيكي لسنة ١٩٦٣[٤] فالمشرع التشيكي لم يقيد قاضية بأي نوع من انواع الإحالة بالقبول أو الرفض، فالإمر متروكه له ولسلطته التقديرية يأخذ بأيهما متى تبين له أن وقائع النزاع المطروح عليه تقتضي ذلك، وأن من شأن هذا الحل الذي يأخذ به ان تترتب عليه نتائج عادلة للعلاقة محل النزاع (عبد العال، ٢٠٠٥، ص١١٣). وهذه المادة لا تخلو من سهام نقد الفقه لها لما فيها من ترك السلطة للقاضي لاستخلاص الحل الذي يراه عادلا وسليماً، لان ترك السلطة للقاضي أمر يتعارض مع مسلك القاضي عند تطبيق القاعدة القانونية وفقاً للمبادئ العامة، ليس من المقبول أن يطبق القاضي القاعدة القانونية من حالة إلى أخرى حتى لو كان تحت ستار تحقيق العدالة، وصيانة لاستقرار المعاملات، عيب هذا الحل يكمن في عدم وضع المشرع لقواعد ثابتة واضحة معروفه سلفا، ومن هنا كانت مخاطرة في أنه يتنافى مع الأمان القانوني اللازم للمعاملات والذي يتطلب معرفة الفرقاء مقدماً للقانون الذي يحكم علاقاتهم (رياض بك، ١٩٨٧، ص١٢٤) إلا أن جانب من الفقه رد على هذا النقد بأن القاضي ليس مطلق الارادة أو السلطان في قبول الإحالة أو رفضها، بل لابد

(٤) " انه إذ ما عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي أو أحالت إلى قانون دولة أخرى فإن تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان من شأن ذلك الوصول إلى حل معقول وعادل للعلاقة محل النزاع".

أن يكون الحل الذي يقوم به من خلال الإحالة عادلاً ومقبولا، وهذه مسألة قانونية يخضع حكمه فيها لرقابة المحكمة العليا، ولابد أن يكون قراره مسبباً في جميع الأحوال.

وبالتالي فإن مسلك القاضي هذا يمكن أن يضع حلولا عامة تلاقي قبولا لدى الاطراف من جهة ومن جهة أخرى فإن تواتر تلك الأحكام ممكن أن يصنع مسلكاً مألوفا من شأنه أن يسهم في حل مشكلة الإحالة في القانون الدولي الخاص.

وقد كرست ايضاً فكرة نتيجة الحل الوظيفي للنزاع بصورة اكثر جدية في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد في المادة ١/٤ منه التي تنص على أنه " إذا تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق أيضاً قواعد الإسناد المعنية بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الالمانية، ويجب أن تطبق القواعد الموضوعية في القانون الألماني إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني، وتستبعد الإحالة متى كان المقصود من تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قاعدة الإسناد الألمانية هو تطبيق القواعد المادية في هذا القانون وحدها دون غيرها" ويترتب على هذه المادة حقيقتان هما:

١- القانون الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ويستثنى من ذلك حالة ما إذا كان للأطراف حرية اختيار قانون دولة معينة حيث يجب قصر هذا الاختيار على القواعد الموضوعية لهذا القانون وليس على قواعد الإسناد حتى ولو كانت الاخيرة تحيل إلى القانون الالماني.

٢- أن القانون الألماني يأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية (إلى قانون دولة ثالثة) متى توفر شرطان لازمان معاً : الاول، الا يكون في الأخذ بالإحالة مساس بروح قاعدة الإسناد الالمانية، ٢- الا تشير قاعدة الإسناد الالمانية إلى تطبيق القواعد الموضوعية وحدها في القانون الأجنبي. وهذا المعنى صرحت به المادة ٢/٤ حين قررت أن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على

العقد تقتصر على اختيار القواعد الموضوعية وحدها دون قواعد الإسناد في القانون الأجنبي(عبد العال ، ٢٠٠٥، ص١١٤-١١٥).

والمتأمل في الحلول التي كرسها المشرع الألماني يرى فيها تقنينا – مرنا الطالع – لفكرة الحل الوظيفي التي نثق بها وبقدرتها على رصد كثير من الحلول العادلة والمعقولة في مادة القانون الدولي الخاص برمتها.

المطلب الثاني: موقف الفقه القانوني والقضاء من نظرية الإحالة

انقسم الفقه القانوني في موقفه حيال نظرية الإحالة إلى قسمين قسم من الفقه داعم ومساند لها، والقسم الآخر رافض لهذه النظرية، ولك منهم حججه واسانيده حيال موقفه، وسوف نستعرض موقف الفقه المؤيد للإحالة واسانيده في الفرع الاول، ومن ثم نبين موقف الفقه الرافض للإحالة، اضافة إلى بيان موقف القضاء في الفرع الثالث، وعلى النحو التالي:

الفرع الأول: الفقه المؤيد للأخذ للإحالة

يرى انصار الأخذ بالإحالة، بأنه لما كانت قاعدة الإسناد الوطنية تقتصر على الاشارة إلى القانون الواجب التطبيق، دون أن تعتني بتحديد ما إذا كان المقصود بهذه الاشارة هو قواعد الإسناد في هذا القانون أم القواعد الموضوعية فيه، فإن هذه الاشارة يجب أن تفهم على انها "إسناد أجمالي" ، بمعنى أنه يتعين على القاضي إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانونه إلى قانون أجنبي معين، البدء بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون ولا يخلو الأمر حينئذ من أحد الفرضين

الأول: هو أن تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قانون الدولة الأجنبية ذاتها، وحينئذ على القاضي الوطني أن يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي للتوصل إلى الحل النهائي للنزاع.

الثاني: هو أن تشير قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قانون آخر غير قانونها، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي الوطني قبول هذه الإحالة وتطبيق أحكام القانون، ويستوي في هذا الصدد كون هذا القانون هو قانون دولة القاضي نفسه أم قانون دولة أجنبية (رياض، راشد، ١٩٨٦، ص٢٠٠).

وقد أيد أنصار الإحالة التمسك بهذه النظرية بحجج ومبررات نجملها فيما يلي:

أولا: إن النزاع المرفوع أمام القاضي يتعلق بتنازع القوانين فمن الطبيعي إذن أنه إذا أشار قانون أجنبي فيجب أن نبدأ بتطبيق قواعد الإسناد فيه، بالإضافة إلى ذلك أن القانون الأجنبي يعتبر كلاً لا يتجزأ، بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية، ومن ثم فإذا أشارت القواعد الأولى بتطبيق قانون أخر فلا مناص من اتباع حكمها (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦٣٠).

إن اغفال موقف قاعدة الإسناد الأجنبية التي ترفض عقد الاختصاص لقانونها الوطني المادي يتضمن في الواقع تجاهلا للرابطة الموجودة في كل نظام قانوني بين القانون الدولي الخاص (قاعدة الإسناد) والقانون الداخلي (القاعدة الموضوعية) وهي رابطة وثيقة لا تقبل الانفصام كارتباط الانسان بظله ، اذن وفقاً لهذا الاتجاه المناصر للإحالة فان وضع قاعدة إسناد معناه تحديد الاختصاص لمجال تطبيق القوانين من حيث المكان(القصبي، ٢٠٠٩، ص١٢٦).

نتيجة لذلك فإنه من غير المنطقي تطبيق قانون داخلي بصرف النظر عن مجال تطبيقه المكاني الذي رسمته له قاعدة الإسناد الأجنبية أو بصرف النظر عن إنكار هذه القاعدة لكل اختصاص لقانونها، فكيف يمكن لهذه الوجهة من أن نطبق القاعدة المادية في القانون الإنجليزية التي تقضي بأن سن الرشد هي ثمانية عشر عاما على إنجليزي متوطن في العراق، فسن الرشد ليست كذلك بالنسبة للبريطانيين وإنما هي كذلك بالنسبة للمتوطنين في بريطانيا.

ثانياً: الأخذ بنظرية الإحالة يؤدي إلى تعميم الحلول فيما يعرض من نزاع امام الدول المختلفة، إذ لو حكم القاضي الوطني وفقاً لقاعدة الإسناد في قانونه فقط فانه حكمه يمتع بقوة داخل بلاده، فاذا أريد الاحتجاج به في بلد القانون الأجنبي أو في بلد آخر يأخذ بالإحالة فإن هذه البلاد سوف لا تقييم له وزناً لأنه صدر في نظرها وفقاً لقانون غير مختص. بعكس الحال إذا ما أخذ بالإحالة فإن حكمه في هذه الحالة يعتد به في هذه البلاد لأنه جاء متفقاً مع ما تقضي به محاكمها، وعلاوة على ذلك فإن الأخذ بالإحالة يحقق تبادلاً في الحلول بين الدولتين صاحبتي الشأن(عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦٢١).

وهذه الحجة ذات طابع عملي، مؤداها أن رفض الإحالة سوف يؤدي إلى تجريد الحكم الصادر في الدعوى من قيمته القانونية العملية، ذلك أن الدولة الأجنبية التي طبقت المحكمة قانونها خلافاً لما تقضي به قواعد الإسناد فيها، سوف ترفض تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى لصدوره وفقاً لقانون غير مختص في نظرها.(صادق، ١٩٩٣، ص١٧٣).

ثالثاً: يجب على المحكمة الوطنية عدم التشدد تشدد يزيد عن تشدد القانون الأجنبي عينه، أي يجب ألا يقع تطبيق هذا القانون بالرغم منه ما دام هذا القانون لا يقبل الاختصاص، ويفضل أن يفنى أمام قانون آخر، فيجب على المحكمة أن تقبل ذلك بارتياح وبخاصة أن هذه الإحالة قد تؤدي إلى تطبيق قانونها هي (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦٢٢). وهذا ما يستجيب للروح العامة التي تسيطر على تنظيم تنازع القوانين فلا شك أن قبول الإحالة من الدرجة الأولى أو الإحالة بالرجوع سيؤدي إلى اختصاص قانون القاضي وتوسيع دائرة اختصاصه في شأن العلاقة الدولية الخاصة (سلامة، ٢٠١٢، ص١٩٧).

رابعاً: إن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى تنسيق الحلول وضمان وحدة القانون وتسهيل تنفيذ الأحكام بين الدول بشأن العلاقة ذات الطبيعية الدولية الخاصة

المتنازع عليها، فالحل لا يتغير سواء عرض النزاع على هذه الدولة أو تلك، ولا شك في شأن ذلك استقرار المعاملات الخاصة الدولية(السيد،١٩٩٧، ص٣٦١). وبالتالي فإن مختلف انظمة القانون الدولي الخاص مشبعة بالنزعة الوطنية وبالرغم من ذلك فهي مدركه تماماً أ نجاحها في مهمتها يتوقف على التنسيق الجيد بينها وبين الأنظمة القانونية، فأن التسليم بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية (المسند اليه) على نحو يؤدي إلى تطبيق قانون آخر يمثل حقيقية قانونية تجد ما يبررها.

خامساً: الإحالة التي يقضي بها تشريع مركب بأن يشير إلى تطبيق أحد نظمه، والتشريع أو النظام المركب هو التشريع الذي يتركب من عدة نظم قانونية تسمى نظماً مشتركة، كالتشريع المصري حيث يوجد فيه نظم قانونية شخصية تختلف باختلاف الملل كالنظام الإسلامي والقبطي وغيرهما، والتشريع البريطاني حيث توجد فيه عدة نظم إقليمية تختلف باختلاف اجزاء الامبراطورية كالنظام الإنجليزي والأسكتلندي ، فاذا كان التشريع الأجنبي المقتضى تطبيقه لا يتضمن قاعدة موضوعية لحل النزاع موضوع البحث وإنما يقتصر على أن يشمل قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون المله أو الدين أو مكان التوطن، فيجب تطبيق قاعدة الإسناد المذكورة والانتقال إلى القانون الذي تشير اليه باعتبار أن هذه الحالة ضرورية (رياض بك، ١٩٤٣، ص٣٤٢). مثال على ذلك، يقضي القانون الفرنسي بأن اهلية البريطاني تخضع لقانون جنسيته، ولكن لا توجد قاعدة موضوعية بريطانية بشأن الأهلية، بل توجد عدة قواعد تختلف باختلاف النظم المشتركة التي يتكون منها التشريع البريطاني المركب، كالقواعد الموجودة في النظام الاسكتلندي، فقانون الجنسية في هذه الحالة يقتصر على قاعدة الإسناد المتبعة في بريطانياً التي تقضي بتطبيق قانون الموطن داخل الجنسية السياسية، فيطبق بالنسبة للبريطاني المتوطن في انجلترا القانون الإنجليزي وبالنسبة للبريطاني المتوطن في اسكتلندا القانون الاسكتلندي. إلا أن هذه الإحالة ليست بالمعنى الذي يقصده أنصار نظرية

الإحالة في القانون الدولي الخاص، بل هي كما يقول بيليه تفويض من النظام المركب إلى أحد النظم المكونة له أو المشتركة فيه.

إلا أن الفقه المؤيد للإحالة ذهب إلى استثناء حالتين لا تجوز فيهما قبول الإحالة أو تقيد نطاقها أيا كان شكلها ، وهاتين الحالتين هما:

١- حالة الأخذ بقانون الإرادة، فإذا اختار المتعاقدون قانوناً أجنبياً معينا لحكم العقد الدولي المبرم بينهم، فليس للقاضي أن يستشير قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا القانون، وإنما عليه أن ينتقل مباشرة إلى الأحكام الموضوعية في القانون المختار ويطبقها على واقعة الدعوى، ويرجع السبب في ذلك إلى أن ضابط الإرادة يتنافى في ذاته مع الأخذ بنظرية الإحالة في هذا الفرض(صادق، ١٩٩٣، ص١٩٠).

وقد يكون لا ضير في تطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين ما دام قد ابدو رغبتهم الصريحة والضمنية في الإذعان لما تشير به قواعد الإسناد التي يتضمنها القانون الذي اختاروه لحكم العقد الدولي المبرم بينهما، وهذا ما ينسجم حريتهما في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم في اطار علاقات القانون الخاص، ولابد للانصياع لرغباتهم بوصفها ضابط إسناد تقضي به الالتزامات العقدية، في الفرض تطبيق الإحالة أو عدم تطبيقها يتوقف على ارادة المتعاقدين (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦٢٢).

٢- الحالة الخاصة بقاعدة اخضاع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه، فما دام أن المتعاقدين قد أفرغوا تصرفهم في الشكل الذي يتطلبه قانون بلد الإبرام، فلا يجوز التمسك بعد ذلك ببطلان التصرفات بدعوى أنه لم يستكمل الشكل الذي يتطلبه بلد القانون المختص بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاص في الدولة التي ابرم فيها التصرف، وأن الغاية من وراء هذا الاستثناء والاخذ بما تنتهي اليه قاعدة الإسناد في قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف، وقبول الإحالة، هو التيسير على

المتعاقدين الذين قد يصعب عليهم العلم بأحكام قانون غير قانون الدولة التي أبرم فيها العقد، وهذه الحكمة أو الغاية تصلح بشكل كبير للرفض نظرية الإحالة (صادق، ١٩٩٣، ص١٩١).

الفرع الثاني: الفقه الرافض للأخذ بالإحالة

الإحالة واجهت هجوما عنيفاً من جانب عدد كبير من فقهاء القانون الدولي الخاص والتي لم تُعد مقبولة في اطار علاقات القانون الدولي الخاص، إذ ذهب الفقه بأنه لابد من اقامة صلاة الموتى على هذه النظرية التي تُعد أحد نظريات القانون الدولي الخاص معززين موقفهم بجملة من الاسانيد، نستعرضها من خلال الفقرات التالية:

أولا: إن الهدف والغاية من قاعدة الإسناد هو حل مشكلة تنازع القوانين، لا أن تكون هذه القاعدة هي المشكلة بحد ذاتها، فقاعدة الإسناد تحتوي على العديد من الضوابط التي حددت كيفية حل النزاع، لا كيفية التخلي عن الحل، فإذا تخلى القاضي المعروض عليه النزاع إلى قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، فانه قام بتعطيل وظيفة قاعدة الإسناد في قانونه، باحثاً على حلولاً اخرى في قواعد إسناد في قوانين أجنبية على عكس ما ارده مشرعه الوطني (السيد، ١٩٩٧، ص٣٦٥).

ثانياً: الأخذ بالإحالة في فض منازعات العلاقات الخاصة الدولية، لا ينسجم مع إلزامية قاعدة الإسناد كونها قاعدة قانونية ملزمة للقاضي المعروض عليه النزاع، والتي ترمي إلى تحقيق سياسة تشريعية محددة باختيار أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة واقدرها على تحقيق العدالة، وأن تطبيق قانون غير معرف لدى قاعدة الإسناد، يؤدي عدم الاطمئنان على القانون الواجب التطبيق وبالتالي سيكون دور الإحالة معيباً (عبد العال، ٢٠٠٥، ص٨٨).

ثالثاً: أن قاعدة الإسناد تقع ضمن خانة قواعد القانون العام، وهذه القواعد اقليمية التطبيق، فلا يطبقها إلا قاضي الدولة التي وضعتها، فاذا اشارت قاعدة الإسناد إلى قانون دولة معينة فلا يطبق إلا القواعد الموضوعية ولا شأن في ذلك بقواعد الإسناد التي تظل حبيسه حدود الدولة (سلامة، ٢٠١٢، ص١٩٨).

رابعاً: إن الإخذ بالإحالة يؤدي إلى تعاقب الحلول بلا طائل وخصوصاً في الإحالة المطلقة أو متعددة الدرجات، فيتجه الرفض لها لعدم الجدوى في اللجوء اليها، وذلك لأنه بعيداً عما يسمى بForum shopping وهو اصطلاح يشبه الخصم باختيار العميل للمتجر الأصلح لتحقيق رغباته ومصالحة، والذي تتحاشاه فكرة التنسيق بين حلول التنازع (القصبي، ٢٠٠٩، ص١٢٥).

خامساً: إن القول بأن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى ضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية مردود عليه بالقول، ليس بلازم أن سينفذ الحكم الصادر في الدعوى في الدولة التي رفضت الإحالة، فالحكم قد ينفذ في دولة القاضي أو في دولة اخرى تقضي قواعد التنازع باختصاص القانون الذي طبقته المحكمة على واقعة الدعوى، بل وأن هناك فروضا لا يمكن التنبؤ فيها مقدماً بمكان وزمان تنفيذ الحكم، وحتى أن كان الحكم سينفذ في الدولة التي رفضت الإحالة، فلماذا يفترض مقدماً أن قضاء هذه الدولة يعلق تنفيذ الأحكام الأجنبية على شرط أن تكون هذه الأحكام قد طبقت القانون المختص وفقاً لما تقضي به قواعد الإسناد (صادق، ١٩٩٣، ص١٧٤).

سادساً: إن عدم الأخذ بالإحالة ليس من شأنه عدم تحقيق الاستقرار والامان القانوني للعلاقات الخاصة الدولية، فالقاضي الوطني عند نظر المنازعة ذات العنصر الأجنبي، فإن مهمة قاعدة الإسناد في قانونه هي تطبيق القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع من بين عدة قوانين أجنبية متصلة بالرابطة العقدية بعنصر أجنبي من عناصرها.

سابعاً: إن الأخذ بنظرية الإحالة فيه تجاهل لسيادات الدول وانتهاك لحرمتها، فقواعد الإسناد في كل دولة تأخذ على عاتقها تحقيق مدى سلطان القانون الوطني والحالات التي تنطبق فيها القانون الأجنبي، فاذا قلنا بتطبيق القانون الوطني لأن قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي تشير بذلك فمعنى هذا أننا نأتمر بأمر المشرع الأجنبي لا المشرع الوطني، وهكذا يكون تطبيق القوانين الأجنبية في بلد من البلدان مرهوناً بإرادة المشرعين الأجانب الأمر الذي يتنافى مع ما يجب أن تتمتع به كل دولة من سيادة (عبد الرحمن، ١٩٦٣، ص٦٣١).

ثامناً: إن تطبيق الإحالة يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة Cercle vicieux لا تنتهي حيث نكون أمام ما يشبه لعبة التنس كما يقول (buzzati)، أو كما لو كنا في غرفة المرايا كما يقول (Kahn)، حيث يمكن أن تستمر ردود وانعكاسات الإحالة بدون نهاية مما يترك مشكلة تنازع القوانين معلقة (القصبي، ٢٠٠٩، ص١٢٤). مثال على ذلك إذ تشير قاعدة الإسناد حول أهلية إنجليزي متوطن في مصر، إذ تشير قاعدة الإسناد المصرية إلى تطبيق القانون الإنجليزي، فاذا أخذ القاضي المصري بالإحالة، فسيعود للقانون المصري وفقاً لقاعدة الإسناد في القانون الإنجليزي ويحيله القانون المصري إلى القانون الإنجليزي، وهكذا تستمر إلى ما لا نهاية طالما أن المبدأ في الإحالة هو عدم تطبيق القواعد الموضوعية التي يضمنها قانون دولة معينة إلا إذا ارتضت قواعد الإسناد فيه بالاختصاص، فإن هذا المبدأ يجب أن يسري سواء كان المقصود قانون وطني أو قانون أجنبي، هنا تبرز بوضوح الحلقة المفرغة والتي لا سبيل للخروج عنها إلا بالأخلال بهذا المبدأ، ولا يوجد سبب منطقي في أن يقوم هذا الإخلال لصالح إرادة المشرع الأجنبي دون المشرع الوطني.

وبالتالي فإن ما قيل بصدد الإحالة من تأييد وبالرغم من وجاهة الاسانيد التي استندوا عليها الفقهاء، إلا أن من حجج الجانب الرافض لنظرية الإحالة أقوى

وأوضح بيان، فالإسناد في الواقع معناه الإسناد الموضوعي وليس الإسناد الشامل للقانون الأجنبي، كما أن أساس تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قاعدة الإسناد الوطنية هو سيادة المشرع الوطني وليس الأجنبي، فهذه النظرية حتى يكتب لها النجاح لابد من أن تتسم بالعمومية في التطبيق، وهذه الميزة لم نجدها في ظل الاختلافات الكبيرة خصوصاً في مسائل الأحوال الشخصية لاختلافات الديانات والمذاهب في هذا المجال تجعل من الصعب توحيد الحلول ومن هنا لابد من قبول الإحالة لدى دول ورفضها من دول حتى يتحقق الاتساق القانوني وتوحيد الحلول، أضافة إلى ذلك فلابد من الركون إلى وظيفة قاعدة الإسناد في تحقيق التنسيق القانوني والتعايش المشترك بين انظمة قانونية مختلفة وذلك بالرجوع إلى الضوابط التي حددتها قاعدة الإسناد واختيار انسبها لحكم، وخصوصاً في التزامات التعاقدية وغير التعاقدية في مسائل عقود التجارة الدولية التي تكاد تتفق عليها قواعد الإسناد في مختلف الانظمة القانونية، على عكس مسائل الأحوال الشخصية التي اختلفت بشأنها الحلول نتيجة لاختلاف الديانات والشرائع السماوية.

الفرع الثالث: موقف القضاء من نظرية الإحالة

إن نظرية الإحالة هي من صنع القضاء وانها ظهرت على يده من خلال جملة من القضايا التي عرضت عليه والتي بينت موقفه ازاءها من خلال الأحكام التي صدرت بالعديد من القضايا، إلا أن القضاء لم يكن كما كان عليه الحال عند ظهور فكرة الإحالة من خلال صدور العديد من الأحكام القضائية وتأثرها في التشريعات الوطنية التي رفضت فكرة الإحالة في أغلب قوانينها الوطنية، إلا أن مهد تلك الأحكام القضائية كان في فرنسا فقد ايدت محكمة النقض الفرنسية الأخذ بنظرية الإحالة من الدرجة اي الإحالة إلى قانون القاضي – وقد رأينا ذلك جلياً في الحكم الصادر في قضية فورجو وقد قررت القرار نفسه في حكم أخر في شهر ديسمبر ١٩٥٣ وقد جاء به " بأن قواعد الإسناد الفرنسية لن يضيرها في شيء قبول

إحالة قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الفرنسي، كما أن في هذا الحل تجنب الخلاف ومن شأنه ايضاً تحقيق فائدة تطبيق القانون الفرنسي" ولاحظ بان بعض محاكم الموضوع في فرنسا، قد بدأت تتجه اخيراً نحو الاعتراف الصريح بالإحالة من الدرجة الثانية (صادق، ١٩٩٣، ص١٧٠).

ففي حكم لمحكمة باريس بتاريخ ١٩ مارس ١٩٦٥ طبقت المحكمة القانون التركي، في شأن الدعوى المطروحة أمامها، رغم أن قواعد الإسناد الفرنسية قد اشارت بتطبيق القانون الإنجليزي، وأقامت المحكمة قضائها السالف على أساس أن قواعد الإسناد الإنجليزية ترفض الاختصاص المعروض عليها وتشير بوجوب تطبيق القانون التركي، مما يبرر الرجوع إلى هذا القانون آخذا بالإحالة المقررة بمقتضى القانون الإنجليزي" (السيد، ١٩٩٧، ص٣٦٣).

وقد ذهبت بعض أحكام المحاكم الإنجليزية إلى نتيجة شبيه بتلك التي تؤدي اليها نظرية الإحالة عن طريق الأخذ بما اطلقوا عليه نظرية المحكمة الأجنبية (Foregin court theory) والتي تسمى ايضا بالإحالة المزدوجة (Total renvoi)

ومقتضى الحيلة القانونية التي ابتدعها القضاء الإنجليزي، انه إذا طرح على القاضي الوطني نزاع مشتمل على عنصر أجنبي وكانت قاعدة الإسناد الوطنية تشير إلى تطبيق قانون دولة أجنبية معينة، وجب على القاضي الوطني أن يضع نفسه موضع القاضي في هذه الدولة الأجنبية وأن يفصل في النزاع كما كان سيفصل به القاضي الأجنبي، ومن ثم يتعين على القاضي الوطني إعمال قاعدة الإسناد الأجنبية بنفس الطريقة التي يعمل بها القاضي الأجنبي، اي يتعين عليه تطبيق القانون الذي كان سيطبقه القاضي الأجنبي سواء كان هذا الأخير يأخذ بالإحالة أم يرفضها (رياض بك، راشد، ص٢٠٨-٢١٠).

وعلى ذلك أشارت قاعدة الإسناد الإنجليزية إلى تطبيق القانون العراقي، فإن القاضي الإنجليزي ينظر إلى مكان يفعله القاضي العراقي لو عرض عليه هذا النزاع، فإذا كان يأخذ بالإحالة أخذ بها، وأن كان يرفض الأخذ بها لرفض الأخذ بها، أي أن القاضي الإنجليزي يأخذ بالحل النهائي الذي كان سيأخذ به قاضي الدولة التي يجب تطبيق قانونها فيما لو كان هذا النزاع قد عرض عليه (ابراهيم، ١٩٩٢، ص٣٢٩).

ونعرض لقضية عرضت أمام القضاء الإنجليزي وطبق عليها نظرية المحكمة الأجنبية وهي قضية (Askew):

وتتعلق هذه القضية بتصحيح نسب طفل من أب إنجليزي متوطن في المانيا، وهنا تشير قاعدة الإسناد الإنجليزية إلى تطبيق القانون الألماني، باعتباره قانون الموطن الزوج، فاذا وضع القاضي الإنجليزي نفسه موضع القاضي الالماني لوجد ان قاعدة الإسناد الالمانية تشير إلى تطبيق القانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية الاب الذي يحيل إلى القانون الألماني، ولما كان القانون الالماني قد أقر الأخذ بالإحالة من الدرجة الاولى، فإن اخذ القاضي الالماني بها سيؤدي إلى تطبيق القانون الالماني، وهذا ما فعله القاضي الإنجليزي وفقا لنظرية المحكمة الأجنبية (الحداد، ١٩٨٩، ص١٠).

وعليه فلابد أن نشير أن القضاء العراقي قد قبل الاخذ بنظرية الإحالة في أحكام متفرقة استنادا إلى قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ الملغي، ومنها قضية فتاة انكليزية متوطنة مع امها في العراق وكانت بعمر ١٢ سنة اعلنت إسلامها وتزوجت امام المحكمة الشرعية في بغداد من عراقي مسلم فرفعت الام دعوى امام المحكمة لأبطال اشهار إسلام ابنتها اولاً، ولأبطال الزواج لان البنت قاصر بموجب القانون الانكليزي ولم تستحصل موافقة الولي وهي هنا الام.

رفضت المحكمة الخوض في مسالة اشهار الإسلام لان المسالة تتعلق بالسرائر، واما مسالة الاهلية فرجعت إلى القانون الانكليزي بوصفه قانون الجنسية، وبموجب قواعد الإسناد الانكليزية فإن الاهلية تكون محكومة بقانون الموطن، وهنا تكون المحكمة العراقية قد قبلت الإحالة من القانون الانكليزي إلى القانون العراقي، وطبقت أحكام المجلة (لآنها تمثل القانون المدني في ذلك الوقت)، وبموجب هذه الأحكام يجوز للبنت البالغة ان تزوج نفسها بإجازة الولي أو الوصي ما دامت انها وصلت مرحلة البلوغ الطبيعي، ونظرا لكون الام غير مسلمة فقد سقطت ولاية النفس عن ابنتها وانتقلت الولاية إلى القاضي لأنه ولي من لا ولي له، والقاضي أعطى موافقته على هذا الزواج واصبح نافذا، وهكذا ردت دعوى الأم والسبب في ذلك هو ان قانون الأحوال الشخصية للأجانب كان يأخذ بنظرية الإحالة(٥).

إلا أن القانون المدني العراقي قد الغى في الفقرة (٣) من المادة ١٣٨١ منه المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم ٨٧ لسنة ١٩٣١ التي كانت تأخذ بنظرية الإحالة. وبهذا لا يختلف عن ما اتجه اليه القضاء اللبناني الذي كان يأخذ بالإحالة لكن بعد تردد فقبل صدور قانون الإرث كانت تأخذ بالإحالة لكن بعد صدوره أصبح من المتعذر على اللبنانيين الأخذ بالإحالة إلى القانون اللبناني خاصة في الإرث وهذا لافتقارها لقانون موحد يمكن تطبيقه على الأجانب الذين يخضعون في دولهم في مسائل الأحوال الشخصية للقانون المدني.

وفي مصر نرى أن القضاء المصري لم يتحمس للإحالة برغم من عدم النص في شأنها، حيث اخذت بها أحكام قليلة (٦) فلما ألغيت الامتيازات الأجنبية بمقتضى معاهدة مونترو نص على استبعاد فكرة الإحالة صراحة إذ جاء في المادة ٣١ من لائحة تنظيم المحاكم المختلطة " يقصد بكلمة قانون البلد، (أي قانون الجنسية

(٥)راجع في ذلك: تاريخ الزيارة ١١-٣-٢٠٢٢
https://uomustansiriyah.edu.iq/media/lecturesx
(٦) راجع حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ أبريل ١٩٢٥.

الذي يحكم الأحوال الشخصية للأجانب) ووقد رؤى في القانون المدني الجديد تعميم الحكم الوارد في هذه المادة بحيث لا يستبعد الإحالة بالنسبة للأحوال التي نصت (الأحوال الشخصية) فقط بل جعل ذلك شاملا لقواعد الإسناد جميعا وهذا ما نصت عليه في القانون المدني وهذا ما نصت عليه المادة (٢٧) من القانون المدني المصري " واذا تقرر أن قانونا أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامة الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

ومن جانبنا نرى أنه يجب على القضاء الأخذ بالإحالة وفقا لضابط الإسناد الاكثر صلة بالنزاع بحيث لا ينتهي دور قاعدة الإسناد التي وضعت لمعالجة العلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي ، إذ لابد أن يكون هناك انسجام بين قاعدة الإسناد في بلد القاضي المعروض عليه النزاع وقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي المسند اليه النزاع، وكذلك لابد أن يرعي القضاء القانون الانسب لتوقعات الاطراف، وهذا لن يكون إلا في حالة الأخذ بالإحالة وخصوصاً الإحالة من الدرجة الاولى، والتي تؤدي إلى نتائج مقبولة في علاقات الأحوال الشخصية التي لا تتماثل فيها قواعد الإسناد. ومن غير الدقيق القول بأن قواعد الإسناد تحدد حالات تطبيق القواعد الموضوعية، لان هذا يؤدي إلى قصر وظيفة قاعدة الإسناد على تعيين القواعد الموضوعية في القانون الوطني، وهذا يخالف احدى الخصائص الرئيسية لقاعدة الإسناد، وهو صياغتها المزدوجة، فهي لا تحدد فقط حالات تطبيق القانون الوطني وانما تحدد حالات تطبيق القانون الأجنبي اذا لم يكن الأول مختصاً.

الخاتمة

من خلال بحثنا لنظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص بين القبول والرفض "نظرة في القوانين المقارنة واراء الفقه وأحكام القضاء" توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والمقترحات في هذا الصدد نوجزها على النحو التالي:

أولاً: الاستنتاجات

١ – اختلفت اراء الفقه بشأن الأخذ بالإحالة ورفضها، وكل منهم طرح حججه ومبرراته بهذا الصدد، وقد كانت الآراء المعارضة والرافضة للإحالة اكثر دقة ووضوحاً وواقعية وهذا الرفض ينسجم مع موقف معظم التشريعات الوطنية.

٢– الاخذ بالإحالة يترتب عليه نتائج غير مقبولة في مسائل الأحوال الشخصية لاختلاف قواعد الإسناد بشأنها لارتباطها بالمعتقدات الدينية، على عكس المعاملات التجارية التي تكاد تتفق عليها جميع التشريعات الوطنية والدولية.

٣– لا يوجد في القانون الدولي الخاص قاضٍ غير خاضع لقانون دولته، فالقاضي الوطني يأتمر بأوامر مشرعه، فإن الاخذ بالإحالة يتطلب قاضي غير خاضع لقانونه الوطني وهذا لا يمكن أن يحدث إلا في التحكيم التجاري الدولي.

ثانياً: المقترحات:

١– ندعو المشرع العراقي إلى وضع فقرة في المادة ٣١ تقضي بقبول الإحالة في مسائل الأحوال الشخصية في حال اشارت قواعد الإسناد الأجنبية المسند اليها حل النزاع بمقتضى قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي بالرجوع إلى قانون القاضي الوطني لحل النزاع، وعلى النحو التالي (يستثنى من الفقرة الاولى من المادة ٣١ المسائل المتعلقة في الأحوال الشخصية، حيث على القاضي قبول الرجوع إلى قانونه في حال اشارت قواعد الإسناد الأجنبية المسند اليه حل النزاع

على ذلك) لان في ذلك انهاء للنزاع دون الدخول في حلقة مفرغة والعودة إلى تطبيق قانون القاضي كونه صاحب الاختصاص الأول في نظر المنازعة.

٢- ندعو مشرعو الدول للعمل على توحيد قواعد الإسناد من خلال اتفاقية دولية في المسائل التي تتشابه بها ضوابط أو معايير قاعدة الإسناد، كالمسائل التجارية الدولية، والالتزامات غير العقدية.

٣- ندعو مشرعو الدول إلى تحقيق موازنة بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد في دولهم بما يحقق استقرار المعاملات الدولية الخاصة، وتحقيق غاية قاعدة الإسناد في حل مشكلات تنازع القوانين، وعدم التشدد أكثر من مشرعو الدول الأجنبية، مع مراعاة توقعات الاطراف، واحترام قانون الإرادة.

٤- ندعو المشرع العراقي النص صراحة على خروج بعض المسائل من دائرة الإحالة عند تصديه لتعديل نصوص التنازع ، كما هو الشأن في خصوص ضوابط الإسناد الخاصة بالعقود الدولية التجارية، وشكل التصرفات القانونية وعلى النحو التالي:

" اذا كان موضوع النزاع يتعلق بعقد تجاري دولي يسري عليه في شكله وموضوعه يسري عليه الأحكام الموضوعية في القانون الواجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية لقانون دولة القاضي" وذلك لتشابه ضوابط الإسناد في شكل التصرفات القانونية وموضوعها في معظم التشريعات الوطنية.

٥- ندعو المشرع العراقي أن يسلك مسلك المشرع الألماني بالأخذ بالإحالة أو عدم الاخذ معتمداً على فكرة الحل الوظيفي، ويمكن ألا يرصد نصاً تركاً المسألة لاجتهادات الفقه والقضاء.

المصادر

أولاً: الكتب العربية

١- أحمد، ابراهيم، ١٩٩٢، مركز الأجانب وتنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية- القاهرة.

٢- الحداد، حفيظة، ١٩٨٩، نظرية الإحالة في القانون الالماني الجديد، ب ط، دار الفتح للطباعة والنشر- الاسكندرية.

٣- السيد، عوض الله شيبه الحمد، ١٩٩٧، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط٢، دار النهضة العربية – القاهرة .

٤- القصبي، عصام الدين، ٢٠٠٩، القانون الدولي الخاص، ب ط، مطبعة جامعة المنصورة- المنصورة.

٥- النمر، ابو العلا ، ٢٠٠٦، المختصر في تنازع القوانين، ط١، دار النهضة العربية –القاهرة.

٦- رياض، فواد / ، راشد، سامية، ١٩٨٧، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ب ط، دار النهضة العربية- القاهرة.

٧- رياض بك، محمد عبد المنعم، ١٩٤٣، ب ط، دار النهضة العربية- القاهرة.

٨- سلامة، أحمد عبد الكريم، ٢٠١٢، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية، ب ط، دار النهضة العربية – القاهرة.

٩- شوقي، بدر الدين عبد المنعم، ١٩٩٣، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ب ط، دار النهضة العربية- القاهرة.

١٠- صادق، هشام علي، ١٩٩٣، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، ط٢، منشأة المعارف – الاسكندرية.

١١- عبد العال، عكاشة محمد، ٢٠٠٥، الوجيز في تنازع القوانين "دراسة مقارنة"، ب ط، دار المعرفة الجامعية – الاسكندرية.

١٢- عبد الرحمن، جابر جاد، ١٩٦٣، تنازع القوانين، ب ط، دار النهضة العربية- القاهرة.

١٣- عبد الله، عز الدين، ١٩٨٦، القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ج٢، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب- القاهرة.

١٤- عشوش، أحمد عبد الحميد، ٢٠٠٢، القانون الدولي الخاص، ب ط، دار النهضة العربية- القاهرة.

ثانياً: البحوث القانونية:

١- الدحل، عبد الملك، ٢٠١٥، الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري مشكلة أم حل، العدد ٢٥، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور.

٢- كحيط، عارضي صالح مهدي، ٢٠١٥، مفهوم الإحالة بين النسبية والاطلاق والحل الوظيفي "دراسة مقارنة، العدد ١٨، مجلة ال البيت، جامعة ال البيت.

ثالثاً: القوانين الوطنية:

١- القانون المدني البرازيلي لسنة ١٩٤٢ النافذ.

٢- القانون المدني الايطالي الصادر ١٩٤٢ النافذ.

٣- القانون المدني اليوناني الصادر ١٩٤٦ النافذ.

٤- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٥- القانون المدني السوري لسنة ١٩٤٩ المعدل.

٦- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٧- القانون الدولي الخاص التشيكي لسنة ١٩٦٣ النافذ.

٨- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل.

٩- القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة ١٩٧٩ النافذ.

١٠- القانون الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢ المعدل.

١١- القانون الدولي الخاص اليوغسلافي ١٩٨٣ النافذ.

١٢- قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ النافذ.

١٣- القانون المدني الفرنسي المعدل عام ٢٠١٦.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1. https://uomustansiriyah.edu.iq/media/lecturesx.
2. https://www.azzaman.com.
3. https://almerja.net .

الملخص:

إن نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص اختلفت بشأنها اراء الفقه وأحكام القضاء والقوانين المقارنة، فقد اتجهت بعض اراء الفقه والقضاء والقوانين المقارنة إلى رفض فكرة أو نظرية الإحالة في منازعات علاقات القانون الدولي الخاص، واتجهت اراء اخرى إلى التقليل من رفض الإحالة التي تنشأ نتيجة اختلاف قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي المنظور امامه النزاع، والقانون الأجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي، ويأتي الاختلاف واضح في مسائل الأحوال الشخصية، على العكس من مسائل عقود التجارة الدولية التي قد تتفق معظم قواعد الإسناد في الدول على ضوابط الإسناد نفسها المتبعة عند تحديد القانون الواجب التطبيق، فالإحالة تختلف امام محكمة كل دولة يعرض عليها النزاع، وذلك لان كل محكمة مرتبطة بتشريعها القانوني فليس على القاضي اختيار هذا التشريع دون غيره، فاختلاف القوانين يؤدي إلى اختلال الحلول، وهذا يفسح المجال امام الفقه لكي يثري تلك الاختلافات بالآراء، فاختلفت اراء الفقه تباعاً لاختلاف الحلول في التشريعات الوطنية والمحاكم فمنهم من ذهب إلى رفض فكرة الإحالة، ومنهم من قبل بها ولكل منهم حججه واسانيده بذلك، التي قد تختلف في بعض الاحيان مع أحكام القضاء والقوانين المقارنة.

الكلمات المفتاحية: نظرية الإحالة، الإحالة، الدولي الخاص، القوانين المقارنة، القانون الدولي، القبول والرفض .

Abstract:

The referral theory in private international law has differing views of jurisprudence, judicial rulings and comparative laws. Some views of jurisprudence, the judiciary, and comparative laws have tended to reject the idea or theory of referral in private international law relations disputes. Other opinions tended to reduce the rejection of the referral that arises as a result of the difference in the rules of attribution in the law of the state of the judge before whom the dispute is heard. The foreign law to which she referred is the rule of attribution in the law of the judge's country. The difference is clear in matters of personal status, in contrast to the issues of international trade contracts, which Most attribution rules in countries may agree on the same attribution controls used when determining the applicable law. The referral differs before the court of each state to which the dispute is presented, because each court is linked to its own legal legislation, and the judge does not have to choose this legislation alone. Different laws lead to imbalance solutions. This opens the way for jurisprudence to enrich those differences of opinion. The opinions of jurisprudence differed according to the different solutions in the national legislation and the courts, some of them went to reject the idea of referral, and some of them accepted it, and each of them had his arguments and support for that, which may sometimes differ with the rulings of the judiciary and comparative laws.

Keywords: referral theory, referral, private international, comparative laws, international law, acceptance and rejection.