محاضرة في مادة القانون الدولي الخاص لطلبة المرحلة الرابعة/ قسم القانون

المحاضرة رقم (١) بعنوان

(نظرية الاحالة في القانون الدولي الخاص)

د. ابراهيم حمود مهنا

٢٠٢٠/٣/١٢

إذا استطاع القاضي الوطني تكييف النزاع المعروض امامه، وحدد القانون الواجب التطبيق من خلال قاعدة التنازع في قانونه – **كما بينا عند الكلام عن نظرية التكييف**- فان الأمر لا ينتهي وانما عليه أن يتصدى لمشكلة أخرى تتعلق بالمقصود بهذا القانون الذي يطبقه القاضي، ذلك أن القانون الأجنبي شأنه شأن أي قانون آخر يتضمن نوعين من القواعد وهما: القواعد الموضوعية التي تتولى الحل المباشر للنزاع، وقواعد تنازع تشير الى القانون الواجب التطبيق.

فهل يقتصر تطبيق القاضي الوطني على القواعد الموضوعية مباشرة في القانون الأجنبي الواجب التطبيق ؟ أم يمتد التطبيق الى القانون في جملته بما يتضمنه هذا القانون من قواعد موضوعية وقواعد تنازع ؟

إن بحث هذه المسألة يستلزم التعرف على مشكلة الاحالة من حيث تعريفها، وبيان انواعها، ومبررات الأخذ بها، وموقف المشرع العراقي منها وهو ما سنتناوله في هذه المحاضرة:-

أولًا: التعريف بالإحالة: هي تخلي القانون الأجنبي المختص عن اختصاصه الى قانون القاضي أو الى قانون أجنبي آخر.

ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون المدني العراقي من أنّ **(الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته)**. فهذه المادة تنص على أنه في مجال اهلية الشخص يطبق قانون الجنسية. وبناء عليه اذا كان النزاع المعروض امام القاضي العراقي يتعلق بتحديد اهلية شخص انجليزي متوطن في العراق فانه طبقًا لأحكام المادة اعلاه يكون القانون الواجب التطبيق هو القانون الانجليزي بوصفه قانون جنسية الشخص، فاذا طبق القاضي العراقي القواعد الموضوعية في القانون الانجليزي لحل النزاع فهذا يعني انه قد رفض الأخذ بنظرية الاحالة، اما اذا طبق قواعد التنازع في القانون الانجليزي فانه سوف لن يطبق القوعد الموضوعية في القانون الانجليزي في مجال الاهلية لأن قواعد التنازع الانجليزية

تأخذ بقانون الموطن، غير أنه لما كان الشخص متوطن في العراق فيمكن للقانون الانجليزي أن يحيلها الى القانون العراقي وعندئذ يتم تطبيق القانون العراقي في هذه الحالة بوصفه قانون موطن الشخص الانجليزي.

ثانيًا: انواع الاحالة: الاحالة على انواع متعددة وابرزها النوعين الآتيين:

١- **الاحالة من الدرجة الاولى**: وهي أن تتخلى قاعدة التنازع في قانون الدولة الأجنبية التي انعقد لها الاختصاص عن اختصاصها لقانون القاضي الذي ينظر النزاع.

ففي المثال السابق فان قاعدة التنازع في القانون العراقي سوف تقضي بتطبيق القانون الانجليزي بوصفه قانون الجنسية، في حين أن قاعدة التنازع في القانون الانجليزي سوف تحيل النزاع وتقضي بتطبيق القانون العراقي بوصفه قانون الموطن.

٢- **الاحالة من الدرحة الثانية:** وهي أن تتخلى قاعدة التنازع في قانون الدولة الأجنبية التي انعقد لها الاختصاص عن اختصاصها المقرر لها بمقتضى قاعدة التنازع الوطنية الى قانون دولة اجنبية ثالثة وليس الى قانون القاضي الذي ينظر النزاع.

مثال: اذا كان النزاع المعروض امام القاضي العراقي يتعلق باهلية انجليزي متوطن في الاردن. فوفقًا لقاعدة التنازع في القانون العراقي (المادة ١٨) اعلاه فان القانون الانجليزي هو الواجب التطبيق باعتباره قانون الجنسية، الا أن قاعدة التنازع في القانون الانجليزي سوف تحيل النزاع الى القانون الاردني لأن المسائل المتعلقة بالاهلية في القانون الانجليزي يسري عليها قانون الموطن. فهذا النوع من الاحالة هو احالة من الدرجة الثانية لأن النزاع لم يتم احالته بموجب قاعدة التنازع في القانون الانجليزي الى قانون دولة القاضي (العراقي)، وانما الى قانون دولة ثالثة وهو القانون الاردني.

ثالثًا: مبررات الاخذ بالاحالة

اختلف الفقه بشأن موضوع الاحالة الى اتجاهين مؤيد ومعارض ولكل منهما حججه التي سنبينها في ادناه:

الاتجاه الأول: والذي يرى وجوب الأخذ بنظرية الاحالة في نطاق القانون الدولي الخاص ويستند في ذلك الى الآتي:

١- إن الأخذ بنظرية الإحالة يؤدي إلى توسيع اختصاص قانون القاضي الوطني الذي يجب أن لا يكون متمسكًا بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من المشرع الأجنبي نفسه الذي تخلى

عن هذا الاختصاص وأولى الثقة لقانون القاضي أو إلى قانون آخر، وليس هناك مبرر لرفض هذه الثقة.

٢- إن القانون يمثل وحدة متكاملة من قواعد موضوعية وقواعد تنازع، واذا أشارت قواعد التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي، فأنها تقصد تطبيق كل أحكام ذلك القانون ولا يصح تجزئته والاقتصار على القواعد الموضوعية فيه وترك قواعد التنازع.

٣- إن الأخذ بنظرية الإحالة يؤدي الى تناسق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام الوطنية في البلد الأجنبي نظرًا لاتفاقه مع ما يقضي به القاضي الأجنبي، لأن تطبيق القاضي الوطني لقاعدة التنازع الأجنبية يمكن أن يعطي النزاع نفس الحل الذي كان سيأخذ به قاضي الدولة الأجنبية فيما لو تم عرض النزاع عليه.

الاتجاه الثاني: يرفض هذا الاتجاه الأخذ بنظرية الاحالة في نطاق القانون الدولي الخاص ويستند في ذلك الى الآتي:

١- إن قبول الاحالة يؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة لا يمكن الخروج منها، فقد يؤدي تطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي الى رفض الاختصاص واحالته الى قانون أجنبي آخر، وتطبيق قواعد التنازع في هذا القانون الأخير قد ينتهي الى رفض الاختصاص واحالته الى قانون أجنبي ثالث وهكذا الى ما لانهاية، ولا مجال للخروج من تلك الحلقة الا باهمال قواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق اصلًا والاقتصار على تطبيق القواعد الموضوعية فيه.

٢- إن من خصائص قاعدة التنازع أنها من صنع المشرع الوطني، واذا حددت تلك القواعد أن قانونًا أجنبيًا واجب التطبيق فلا يطبق منه الا قواعده الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين، لأن القاضي الوطني يستمد سلطته من قانونه الوطني ولا يلزم بالأخذ بالإحالة التي تقررها قواعد التنازع في القانون الأجنبي، وهو إن فعل ذلك يكون قد خالف قانونه الوطني وخضع لأوامر قانون أجنبي.

٣- إن مسألة تناسق الحلول وتيسير تنفيذ الأحكام الوطنية في البلد الأجنبي التي تترتب على الأخذ بالاحالة ليست مضمونة دائمًا، إذ أنها لا تتحقق الا اذا كانت الاحالة مقررة من جانب واحد من الدول المتنازعة قوانينها. فلو كان القانون العراقي يأخذ بالإحالة وكان في الوقت نفسه القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد التنازع العراقية يأمر بالإحالة أيضاً، فسيؤدي قبول القاضي العراقي للاحالة الواردة بالقانون الأجنبي، وقبول القاضي الأجنبي بالإحالة الواردة في القانون العراقي إلى عدم الاتفاق على القانون المختص

وبالتالي إلى صدور أحكام مختلفة، فوحدة الحلول هذه لا تتم إلا بأخذ الإحالة من طرف واحد، وليس من المنطق أن ننصح طرفًا بقبول الاحالة ثم ننصح الآخر بعدم قبولها.

رابعًا: موقف المشرع العراقي من الاحالة

الأصل في القانون العراقي هو عدم الأخذ بفكرة الاحالة وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في الفقرة الأولى من المادة (٣١) من القانون المدني بقوله **(إذا تقرر أن قانونا أجنبيًا هو الواجب التطبيق، فإنما تطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص).**

ويرد على هذا الأصل الاستثنائين الآتيين:

١- إذا وجد نص في القانون يقضي بالأخذ بالاحالة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٤٨ من قانون التجارة النافذ رقم ٣٣ لسنة ١٩٨٤ وذلك بتحديد أهلية الملتزم بمقتضى السفتجة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته، فإذا احال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كان قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق.

٢- إذا وجدت اتفاقية التزم بها العراق وتضمنت نصًا يقضي بالأخذ بالاحالة، ذلك أن المادة (٢٩) من القانون المدني تقضي بأن الأحكام الواردة في قانون خاص أو معاهدة نافذة على خلاف ما تقرر في القانون المدني تبقى نافذة.

وتجدر الاشارة الى أن القضاء العراقي أخذ بالاحالة في قضية فتاة انجليزية مقيمة مع امها في العراق، وقد تزوجت من عراقي وعمرها اثنتا عشرة سنة، إذ تعد الفتاة بالغة سن الرشد بحسب نص المادة ٩٨٦ من مجلة الأحكام العدلية المعمول بها عند زواج هذه الفتاة. وجاء في القرار **(ان القانون الانجليزي صريح بأن اهلية البريطاني للزواج تتقرر حسب قانون موطنه، وحيث أن البنت بريطانية الجنسية فان القانون الذي يحكم اهليتها هو القانون الانجليزي، وبما أن هذا القانون الاخير قد نص صراحة بأن اهلية البريطاني تتقرر حسب قانون الموطن، وحيث أن البنت متوطنة في العراق فيكون القانون العراقي مختصًا).**

الاحالة الى قانون دولة متعددة الشرائع:-

ما الحكم إذا اشارت قواعد التنازع في القانون العراقي إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع بتعدد الأقاليم أو بتعدد الطوائف ؟

ج/ تنص الفقرة الثانية من المادة (٣١) من القانون المدني على أنه (**واذا كان القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فأن قانون هذه الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها).**

فقد جاء هذا النص ليعالج الحالة التي تشير فيها قواعد التنازع الوطنية إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع بتعدد الأقاليم كالولايات المتحدة وسويسرا أو بتعدد الطوائف كما في مصر ولبنان حيث تكون فيها شريعة خاصة لكل طائفة من الاشخاص كالمسلمين أو المسيحيين أو اليهود فيما يتعلق بالأحوال الشخصية. وبموجب النص اعلاه فقد ترك المشرع العراقي تعيين الشريعة الواجبة التطبيق لقواعد التنازع الداخلية للقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قواعد التنازع في القانون العراقي. أي أن المشرع العراقي قد فوض القانون الأجنبي أمر الفصل في التنازع الداخلي. وهذا ما يطلق عليه (التفويض) أو الإحالة الداخلية.

والتفويض يختلف عن الإحالة، فالإحالة تعني تخلي القانون المختص عن ولايته لقانون دولة أخرى، أما التفويض فلا يتخلى القانون المختص عن حكم العلاقة لقانون دولة أخرى، بل إن دوره ينحصر في تركيز الاختصاص في إحدى الشرائع المتعددة فيه.

وبناء على ما تقدم نرى بأن ايراد نص في التشريع العراقي بقبول فكرة الاحالة أمر ضروري على أن تحدد بالاحالة من الدرجة الاولى، وهذا ما اخذت به غالبية تشريعات الدول، وهو ما ينسجم مع الهدف الرئيسي لوجود القانون الدولي الخاص الذي يسعى الى تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة وتحقيق التنسيق بينها بهدف اختيار اكثر القوانين ملائمة لحكم العلاقة القانونية الدولية الخاصة.