المحاضرة الحادية عشر

نظرية الاحالة

ان مقتضى نظرية الاحالة انها تلك النظرية التي بموجبها يتعين الرجوع الى قواعد التنازع في القانون الاجنبي الذي اشارت بتطبيقه قواعد التنازع الوطنية متى كان هناك تنازعاً سلبياً بين القوانين فالاحالة / هي تخلي القانون الاجنبي عن اختصاصه الذي اشارت اليه قاعدة التنازع الوطنية الى قانون القاضي او قانون اجنبي اخر , ومثال ذلك ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 18 من القانون المدني العراقي ( الاهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته ) والاحالة على نوعين وهما :-

1- الاحالة البسيطة ( درجة اولى ) وهي الاحالة من القانون الاجنبي الى قانون القاضي .

2- الاحالة المركبة ( درجة ثانية ) وهي الاحالة من القانون الاجنبي الى قانون اجنبي اخر .

الاتجاهات الفقهية المختلفة من نظرية الاحالة

ظهر اتجاهان رئيسان في الفقه وهما على النحو التالي :-

اولاً :- الاتجاه الاول / قبول الاحالة

يرى الفقه المؤيد لقبول فكرة الاحالة بانه اذا اختارت قاعدة التنازع الوطنية بتطبيق قانون دولة ما فان ما يطبق من هذا القانون هو قاعدة التنازع المنصوص عليها وليس قواعده الموضوعية لذلك يجب الاخذ بنظرية الاحالة في نطاق القانون الدولي الخاص واستندوا الى الحجج الاتية :-

1- فكرة الاسناد الاحتياطي / وهو ان يوجد هناك اشتراك قانوني بين قواعد الاسناد الوطنية وقواعد الاسناد الاجنبية وتكون الاخيرة هي قواعد اسناد احتياطية لقواعد الاسناد الاصلية ( الوطنية )

2- فكرة تحقيق التنسيق بين قواعد التنازع في الدول الوطنية المختلفة وتيسير تنفيذ الاحكام الاجنبية .

3- فكرة الضرورات القانونية / فعندما تشير قواعد الاسناد الوطنية بتطبيق القانون الاجنبي فانما تطبق القانون الاجنبي كله كوحدة واحدة لا يمكن تجزئته لقواعد موضوعية وقواعد تنازع او اسناد .

ثانياً :- الاتجاه الثاني / رفض نظرية الاحالة

يرى الفقه المعارض الذي يرفض فكرة الاحالة الى انه لا يجوز الاخذ بنظرية الاحالة اذ ما اشارت قاعدة التنازع الوطنية بتطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون ودون تطبيق قواعد التنازع ذلك ان التنازع الى القانون الاجنبي هو تنازع موضوعي وليس تنازع احتياطي كما يرى الفقه المؤيد للاحالة واستندوا الى الحجج الاتية :-

1- طبيعة قواعد التنازع / باعتبار ان قواعد التنازع هي من القانون العام وهي قواعد وطنية يطبقها القاضي الوطني ولا يطبق قواعد الاسناد الاجنبية التي هي من وضع المشرع الاجنبي .

2- ان وظيفة قواعد التنازع الاساسية هي ذات طبيعة سياسية / اي ان قاعدة التنازع هي لها وظيفة سياسية وتتمثل في الفصل بين سيادات الدول التي تكون على صلة بموضوع النزاع .

3- قبول الاحالة يؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة / فقانون القاضي يحيل الى القانون الاجنبي والقانون الاجنبي يحــــيل الى قانون القاضي وهذا يؤدي الى الوقوع في حلقة مفرغة ولا يمكن بالتالي حل المسألة .

الاحالة في القانون العراقي

ان موقف القانون العراقي من الاحالة حيث رفض الاخذ بنظرية الاحالة من خلال نص المادة 31 فقرة 1 من القانون المدني التي نصت على ( اذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق فانما يطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص ) لكن يستثنى من هذا الامر حالتين وهي الحالة الاولى ما نص عليه قانون التجارة العراقي فيما يتعلق باهلية الملتزم بالسفتجة ( الحوالة ) حيث اخذ هنا بالاحالة اما الحالة الثانية اذا وجد نص في معاهدة يلزم القاضي الاخذ بالاحالة وذلك لان القانون الدولي اسمى من القانون الداخلي ..

الاحالة الى قانون دولة متعددة الشرائع

ونقصد بالدولة المتععدة الشرائع هي الدولة الفدرالية التي يوجد فيها العديد من القوانين الداخلية التي يطبق في كل اقليم من اقاليمها قانون خاص بالاقليم ومثال على هذه الدول الولايات المتحدة الامريكية وسويسرا والمانيا فاذا احيل نزاع بتطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فكيف نحدد الشريعة او القانون الداخلي الواجب التطبيق ولقد ظهرت نظريتان لمثل هذه الحالة وهي :-

1- النظرية الاولى / تقول بتطبيق قواعد الاسناد في قانون القاضي وهذه النظرية ضعيفة .

2- النظرية الثانية / تقول بتطبيق قواعد الاسناد في القانون الاجنبي المختص وهي النظرية الراجحة باعتبار ان القانون الوطني فوض الاختصاص للقانون الاجنبي في امر تحديد الشريعة الداخلية .