التنظيم القانوني للإحالة :

لم تكن نظرية الاحالة محل اتفاق الفقه ومن ثم القضاء والتشريع، لذا نجد انقساماً حول هذه النظرية بين مؤيد ومعارض لفكرة الاحالة:

الاتجاه المؤيد للإحالة: يستند انصار هذا الاتجاه الى عدة مبررات في الاخذ بفكرة الاحالة، وهذه المبررات هي:

1. مبررات عملية: منها توسيع اختصاص قانون القاضي الذي يجب عليه ان لا يكون متمسكاً بتطبيق القانون الاجنبي اكثر من مشرع القاضي الاجنبي نفسه، اي انه لا يمكن للقاضي أن يتمسك بتطبيق قانون تخلى عن الاختصاص لمصلحة غيره من القوانين, وان الاختصاص إذا عاد لقانون القاضي يعني انه حاز على ثقة القانون المختص أصلاً، كما أن الاخذ بالإحالة يعطي الحكم قوة التنفيذ لأنه سيكون هناك اتفاق بين القانونين على القانون الواجب التطبيق، ومن ثم سيكون تنفيذ الحكم سهلاً وبشكل خاص في دولة القانون (المحيل) أي المختص أصلاً.

الاتجاه المؤيد للإحالة

2. المبررات القانونية: تتمثل هذه المبررات في ان قانون كل دولة يتكون من نوعين من القواعد (قواعد اسناد، وقواعد موضوعية) فاذا اسند قاضي النزاع الاختصاص لقانون ما فان هذا الاسناد يجب ان يكون إجمالياً وشاملاً القواعد الموضوعية في القانون المختص فضلاً عن القواعد الاسنادية، ومن ثم لا يصح تجزئة قواعده والاقتصار على القواعد الموضوعية دون قواعد الاسناد.

فعلى قاضي النزاع ان يبدأ باستشارة قواعد الاسناد في القانون المختص اي المسند اليه، فاذا قبلت الاختصاص طبقت القواعد الموضوعية فيه، واذا رفضت الاختصاص واحالته لحساب قانون القاضي او قانون اخر فعلى قاضي النزاع ان يأخذ بهذه الاحالة، وإلا فان تطبيق القواعد الموضوعية فقط سوف يؤدي إلى تطبيق القانون المختص تطبيقاً في غير ما تشير إليه قواعد الإسناد في ذلك البلد وكأنه تطبيق على خلاف إرادة مشرع قانون البلد المختص أصلاً.

الاتجاه المعارض للإحالة:

1. المبررات العملية: إن وظيفة قاعدة الإسناد في قانون القاضي هي الاسناد وتقرير الاختصاص للقانون المسند اليه، سواء قبله الاخير ام لم يقبله، ثم ان على القاضي ان يطبق القانون المسند اليه الاختصاص وليس له اكثر من ذلك، بمعنى ان مهمته لا تعني عرض الاختصاص على القانون الذي يسند إليه الاختصاص واستشارته حول مدى قبوله أو رفضه للاختصاص, بل أن وظيفة قاعدة الاسناد عقد الاختصاص للقانون الأكثر ملائمة لحكم العلاقة القانونية محل النزاع من وجهة نظر المشرع الوطني.

الاتجاه المعارض للإحالة:

2. المبررات القانونية: ان القول بإسناد القاضي الذي ينظر النزاع الاختصاص لقانون ما يقتضي ان يكون اسناداً اجمالياً لذلك القانون، يفترض ان يقابله تطبيق قانون القاضي الذي ينظر النزاع تطبيقاً اجمالياً ايضاً، اي تطبيق قواعد اسناده قبل تطبيق قواعده الموضوعية، وهذا يقودنا الى الدخول بحلقة مفرغة يتعذر الخروج منها، بمعنى ان قانون القاضي يعطي الاختصاص للقانون المسند اليه، والاخير يعطي الاختصاص لقانون القاضي ويرجع الاخير ليعطي الاختصاص للقانون المسند اليه وهكذا، ثم ان على القاضي الوطني ان يأتمر بأوامر مشرعه ويطبق قواعد الاسناد في قانونه، لا ان يأتمر بأوامر المشرع الاجنبي ليطبق قواعد الاسناد في ذلك القانون.

الاحالة في القانون العراقي:

على مستوى التشريع العراقي، فقد اخذ المشرع العراقي بالإحالة في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (78) لسنة 1931 الملغي، كما طبق القضاء العراقي فكرة الاحالة في قضية زواج فتاة بريطانية متوطنة في العراق تبلغ من العمر (12) عاماً، فطعنت والدتها بصحة الزواج امام القضاء العراقي لعدم اهلية الفتاة للزواج، فتم اسناد الاختصاص للقانون البريطاني لان قواعد الاسناد العراقية تعطي الاختصاص في مسائل الاهلية لقانون الجنسية وهو هنا القانون البريطاني لان الفتاة بريطانية، وبالرجوع الى قواعد الاسناد للقانون البريطاني نجده يعطي الاختصاص لقانون الموطن وهو هنا القانون العراقي لان الفتاة متوطنة في العراق، فهنا رجع الاختصاص للقانون العراقي نتيجة لإحالة القانون البريطاني الاختصاص للقانون العراقي، فطبق القاضي القانون العراقي في هذا النزاع.

الاحالة في القانون العراقي:

وبعد صدور القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 المعدل تم حضر العمل بالإحالة في المادة (31/ 1) منه التي نصت على ان «اذا تقرر ان قانوناً اجنبياً هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منه احكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص».

الا ان المشرع العراقي اخذ بالإحالة بصورة استثنائية في قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984في المادة (48/ 2) منه التي نصت على ان «يرجع في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة الى قانون الدولة التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته، فاذا احال هذا القانون الى قانون دولة اخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق».