الجوانبُ القانونيّة والواقعيّة
في ضوابط الإسناد

بقلم
الدكتور محمد إبراهيم دسوقي

المسائل القانونية الوطنية :

١ — إذا كنا بصدد علاقة قانونية تتميز بالصفة الوطنية الخالصة فى كل عناصرها . فلا مشكلة فى الأمر ، إذ نجد حلا موضوعياً مباشراً لكل جوانب هذه العلاقة فى القانون الخاص .

والمقصود بعناصر العلاقة القانونية أشخاصها وموضوعها وسببها . وسبب العلاقة يتمثل فى الواقعة القانونية أو العمل القانونى الذى كان مصدر للالتزام . فإذا كانت كل هذه العناصر عناصر وطنية فإن القاضى يرجع بشأنها إلى القانون المدنى أو القانون التجارى أو الشريعة الإسلامية بحسب نوع العلاقة ، فيجد حلا موضوعياً مباشراً للمسألة المعروضة . ولذلك فإن التعاقد بين ليبيين فى ليبيا بشأن عقار كائن بها ، والزواج المعقود بين ليبيين فى ليبيا ، والتوارث بين ليبيين لتركة موجودة فى ليبيا ، كل ذلك يخضع للقانون الليبى وحده .

فالقانون الخاص الوطنى ينظم كافة المسائل المتعلقة بالأشخاص والأشياء وكافة الحقوق الشخصية والعينية المتعلقة بالوطنيين والتى تنشأ وتنفذ وتنقضى فى إقليم الدولة .

وحتى فى الفرض الذى يحيل فيه المتعاقدان ، بصدد عقد وطنى خالص فى كل عناصره ، إلى أحكام قانون أجنبى ، فإن هذه الأحكام تتحول إلى شروط تعاقدية يسرى فى شأنها القانون الخاص الوطنى . وبالتالى لا يسرى من هذه الأحكام إلا ما كان منها لا يتعارض مع القواعد الآمرة فى القانون الوطنى .

فالعلاقة أو المسألة القانونية الوطنية الخالصة فى كل عناصرها تتصل بالقانون الوطنى وحده ولا شأن لأى قانون أجنبى بها ، وبالتالى فهذا القانون الوطنى هو وحده القانون الواجب التطبيق عليها بغير مزاحمة من أى قانون آخر .

المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبى وتنازع القوانين :

٢ ــ على أنه فى بعض الأحوال قد تتضمن العلاقة أو المسألة القانونية عنصراً أجنبياً أو أكثر ، سواء كان هذا العنصر هو عنصر الأشخاص أو عنصر الموضوع أو عنصر الواقعة المنشئة للعلاقة القانونية .

فقد ينتمى أطراف العلاقة القانونية كلهم أو بعضهم إلى جنسيات أجنبية ، وقد يكون موضوع العلاقة مالا موجوداً فى دولة أجنبية ، وقد تقع الواقعة المنشئة للالتزام فى دولة أخرى بأن يتم التعاقد أو يقع الفعل الضار فى دولة أجنبية .

وقد يتعدد العنصر الأجنبى فى العلاقة القانونية ، كما لو تعاقد ليبى مع فرنسى على شراء عقار له موجود فى إيطاليا وحرر العقد فى انجلترا وكما لو تزوج أجنبيان مختلفا الجنسية فى دولة ثالثة واحتكما إلى القضاء الليبى كدولة رابعة . وكما لو توفى أجنبى عن مال موجود فى دولة غير دول وترك وارثاً يتمتع بجنسية أخرى وعرضت مسألة الميراث على القاضى الليبى .

ففى مثل هذه العلاقات القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً ، تتص العلاقة بأكثر من قانون . وعندئذ يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبي من بينها ، هل تخضع هذه العلاقة إلى قانون الدولة أو الدول التى ينتم إليها الأطراف بجنسيتهم ، أو إلى قانون الدولة التى يوجد بها الشىء موضو العلاقة ، أو إلى قانون الدولة التى نشأ فيها الالتزام ، أو إلى قانون القاضى .

هناك إذن تنازع بين هذه القوانين المختلفة التى تتصل بها العلاقة القانو ذات العنصر الأجنبى . وكل قانون من هذه القوانين المتنازعة له مبرر الخاصة لكى يستأثر بحكم هذه العلاقة .

وإلى المشرع الوطنى ترجع مهمة فض هذا التنازع . فالمشرع

عليه أن يحدد للقاضى الوطنى القانون واجب التطبيق من بين هذه القوا
المتنازعة .

وهذه المهمة ليست بالمهمة اليسيرة بالنسبة إلى المشرع الوطنى . فالمبررا
التى تساعد على اختيار قانون معين عديدة ومتنوعة . مثال ذلك إ
الأطراف بأحكام قانون جنسيتهم ، أو إلمامهم بقانون موطنهم ، أو اعتبارا
حماية الثروة الوطنية ، أو وحدة القانون الذى يحكم العلاقة القانونية
مجموعها ، أو مراعاة احتياجات المعاملات الدولية بين الأفراد ، أو حم
ناقصى الأهلية ، أو حماية الوطنيين فى تعاملهم مع الأجانب ، أو حما
فكرة النظام العام فى الدولة ، أو منع تحايل الأفراد على القانون إضرا
بالغير ، وما إلى ذلك من الاعتبارات الكثيرة التى تتعدد وتتنوع بتنو
العلاقات القانونية وتعددها .

وواضح من استعراض هذه المبررات أن بعضها قد يتوافر فى أكثر م
قانون من القوانين المتنازعة بحيث تبدو عملية المفاضلة بين هذه القوانين
مسألة عسيرة من بعض الفروض .

ومن الأهمية بمكان فض التنازع بين القوانين ، ذلك أن القوانين المختلف
عادة ما تكون مختلفة فى أحكامها . فقد يكون الشخص كامل الأهلية وفق
لقانون ، وناقصها وفقاً لقانون آخر من القوانين المتنازعة . وقد يكون العق
صحيحاً وفقاً لقانون وباطلا وفقاً لقانون آخر . وقد يكون الفعل الضار
مشروعاً وفقاً لقانون وغير مشروع وفقاً لقانون آخر . وقد ينشأ الحق وفق
لقانون فلا يعترف به قانون دولة أخرى .

ولا يمكن حسم مشكلة تنازع القوانين بالأخذ بمبدأ شخصية القوانين
أو مبدأ إقليمية القوانين . فلو أخذنا بمبدأ إقليمية القوانين لما اعترفت الدول
الأوروبية بالزواج الثانى للأجنبى المسلم أو بإيقاعه الطلاق بإرادته المنفردة ،
ولرفضت الدول الإسلامية مبدأ أبدية الزواج لغير المسلمين ، ولو أخذنا

بمبدأ شخصية القوانين لخضع العقار الواحد فى الدولة لأكثر من قانون أجنبى حسب جنسية المتعاملين فى العقار .

كذلك لا يمكن حسم مشكلة تنازع القوانين بتطبيق القانون الوطنى على كل نزاع يعرض على القاضى الوطنى . فمثل هذا المبدأ إن ساد بين الدول لأدى إلى إقليمية القانون . وليس القانون الوطنى فى أية دولة بالمثل الأعلى للعدل والذى يصلح لحكم كل العلاقات القانونية الدولية للأفراد رغم اختلاف ظروف المجتمعات .

أساس فض تنازع القوانين :

٣ ــ وقد تعاقبت النظريات المختلفة فى فقه القانون الدولى الخاص منذ قديم لتقديم أساس يستند إليه المشرع فى اختياره لقانون معين من بين القوانين التى تتنازع حكم المسألة القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً .

فذهبت آراء عتيقة إلى الأخذ بمبدأ شخصية القوانين ، حيث الأجنبى يصطحب معه قانونه الشخصى إلى أى بلد يحل به . وذهبت آراء أخرى إلى الأخذ بمبدأ إقليمية القانون ، فالقاضى لا يأتمر إلا بالقوانين الصادرة من مشرعه . وتوسطت آراء أخرى بين هذا وذاك تدعو إلى توزيع المسائل القانونية المختلفة بين مبدأ شخصية القوانين ومبدأ الإقليمية حسب نوع هذه المسائل وطبيعتها . وذهبت آراء أخرى إلى تطبيق القانون الأجنبى على سبيل المجاملة الدولية فى بعض المسائل التى لا يضير القانون الوطنى إفلاتها من حكمه وذهبت مدرسة أخرى إلى تحليل كل مسألة قانونية وتركيزها فى مكان أو شخص وتطبيق قانون مركز العلاقة ، سواء كان قانون الشخص أو قانون الإقليم .

على أن الأسس الحديثة لفض تنازع القوانين بصدد المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبى تتلخص فى أن تطبيق القانون الأجنبى لا ينتقص سيادة الدولة ، وأن هذه المهمة تتعلق أولا وأخيراً بالمشرع الوطنى ، و

عليه أن يختار بصدد كل نوع من المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبى أنسب القوانين لهـا .

والمشرع الوطنى إذ يترخص فى اختيار أحد القوانين المتنازعة بصدد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبى ، فإن ذلك لا يعنى أن يتم هذا الاختيار على أساس التحكم أو دون ضوابط محددة ؛ بل الواقع أن هناك موجهات عامة متعارف عليها اليوم تحكم كل مشرع فى اختياره للقانون الواجب التطبيق .

ورغم تنوع مسالك التشريعات ، إلا أنه يمكن القول بأنها تدور كلها حول فكرة واحدة هى أن المشرع يتقيد فى اختياره لأحد القوانين المتنازعة بمدى مناسبة القانون المختار لحكم الواقعة . ويمكن الاستدلال على تناسب القانون المختار مع الواقعة باللجوء إلى معايير ثلاثة هى مصلحة أطراف العلاقة ومصلحة الغير ومصلحة المجتمع . مثال ذلك إخضاع الأهلية لقانون جنسية الشخص حتى لا يصبح هذا الشخص كامل الأهلية تارة وناقصها تارةأخرى حسب البلاد التى يحل بها . وفى هذا الحل أيضاً حماية للغير الذى يتعامل مع الأجنبى ، إذ يمكنه الرجوع إلى قانون جنسية الشخص لمعرفة مدى كمال أهليته ، فإن كان نقص أهلية الأجنبى راجعاً إلى خفاء ليس من السهل تبينه اختار المشرع تطبيق القانون الوطنى . كذلك يؤدى تطبيق قانون الجنسية على أهلية الشخص إلى حماية المجتمع ذاته بإخضاع مواطنيه إلى قانونهم الشخصى عند التعامل مع الأجانب ؛ وعدم إخضاع الأجانب فى أهليتهم للقانون الوطنى ، إذ أن علاقتهم بالمجتمع الوطنى علاقة عارضة .

وكذلك الشأن فى إخضاع الحقوق العينية المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار . ففى ذلك حماية لمصلحة الأطراف الذين يمكنهم معرفة الحقوق العينية الواردة على العقار ، وحماية الغير الذين يعرفون مدى تأثير حقوقهم وفقاً لقانون الموقع من جراء أى تعامل فى العقار . وفى تطبيق قانون الموقع أيضاً حماية للمجتمع ذاته إذا كان العقار واقعاً فى إقليم الدولة ، ففى ذلك حفاظ على أسس حماية الثروة الوطنية . كما أنه ليس من مصلحة المجتمع إقحام القانون

الوطنى فى حكم العلاقات المنصبة على عقارات تقع فى دولة أجنبية لها قانونها الخاص الذى يحكم الملكية العقارية والحقوق المتفرعة عنها .

الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين :

٤ ــ ولكن كيف يختار المشرع ذلك القانون المناسب من بين القوانين المتنازعة أو التى تتصل بها العلاقة القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً ؟ وبمعنى آخر ماهى الوسيلة الفنية التى يلجأ إليها المشرع لتعيين القانون واجب التطبيق فى هذه الحالة ؟ إن الوسيلة المتعارف عليها اليوم لتحديد القانون الواجب التطبيق هى قواعد الإسناد . ذلك أن كل مشرع يضع مجموعة من قواعد الإسناد مهمتها تعيين القانون الواجب التطبيق فى صدد كل نوع من العلاقات القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً .

ومثل هذه القواعد بحكم وظيفتها تتصل بالسياسة التشريعية للدولة وبالتالى تمس بالضرورة صميم النظام العام فى المجتمع ، وتعد لذلك من القواعد الآمرة التى لا يجوز للقاضى أن يحيد عنها بتطبيق قانون آخر غير ذلك الذى أشارت إليه .

وقواعد الإسناد هذه تختلف عن القواعد الموضوعية التى تعرف الفروع الأخرى للقانون غير القانون الدولى الخاص . فبينما القواعد الموضوعية فى القانون الداخلى تضع حكماً مباشراً لكل مسألة من المسائل ، فإن قواعد الإسناد لا تبين حكم القانون فى مسألة ما ، ولكنها تشير وحسب إلى القانون واجب التطبيق عليها ، وهذا القانون الأخير هو الذى يبين الحكم الواجب اتباعه فى صدد هذه المسألة .

ومثال قاعدة الإسناد مانصت عليه المادة ١/١٩ مدنى من أنه « يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام فإذا أصيب ليبى فى حادث سيارة يقودها فرنسى أثناء زيارته لانجلترا نشأ له حق فى التعويض قبل المسئول . فهذه علاقة قانونية تتضمن عنصر

أجنبياً ، إذ المسئول أجنبى وسبب الالتزام نشأ فى انجلترا . ولأن هذه العلا
بين المضرور والمسئول تتصل بقانون المضرور ، وقانون المسئول ، وقانو
المكان الذى وقع فيه الفعل الضار ؛ فإن المشرع يحسم التنازع بين هذ
القوانين بتفضيل قانون مكان وقوع الفعل الضار ، فهو أنسب القوانين
لحكم هذه المسألة لأنه فى هذا المكان يتحدد السلوك الواجب على الفرد اتباع
لعدم الإضرار بالغير . ومثل هذه القاعدة تسمى قاعدة إسناد لأنها تسند حك
العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى إلى أحد القوانين التى تتنازع حكمها .

الفكرة المسندة وضابط الإسناد :

٥ ــ قلنا إن وظيفة قاعدة الإسناد هى إسناد حكم علاقة قانونية ذات
عنصر أجنبى إلى قانون معين . ولما كانت العلاقات القانونية فى مجال القانو
الخاص متعددة ومتنوعة ، فلا يكون من المتصور أن يخصص المشرع قاعد
إسناد لكل علاقة من هذه العلاقات على حدة ، بل يقوم المشرع بتصنيف
هذه العلاقات فى مجموعات متجانسة يخصص لكل منها قاعدة إسناد . كذلك
لما كانت العلاقة القانونية تتصل بأكثر من قانون بوجه من الوجوه مثل
جنسية الأطراف أو موطنهم أو مكان إبرام العقد أو مواقع المال أو محل
وقوع الفعل الضار ، فإن المشرع يعين القانون واجب التطبيق عن طريق
الاعتداد بإحدى هذه الصلات التى تربط العلاقة القانونية بقانون معين .

ولذلك فإن قاعدة الإسناد تتحلل فى الواقع إلى عنصرين هما : الفكرة
المسندة وضابط الإسناد . ويقصد بالفكرة المسندة كل مجموعة متجانسة من
العلاقات القانونية يسند المشرع حكمها إلى قانون معين . مثال ذلك أن المشرع
يجمع اكتمال الأهلية ونقصها وانعدامها وعوارضها وموانعها فى فكرة مسندة
واحدة يطلق عليها اسم الأهلية ، ويسند حكمها إلى أكثر القوانين ملاءمة لها
وهو قانون جنسية الشخص الذى يجرى البحث حول أهليته .

وأهم الأفكار المسندة التى نصادفها فى قواعد الإسناد الواردة فى صدر

ما من الصلات المتعددة التى تربط العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبى بأكثر من قانون . وهـذه الصلة هى التى تشير إلى القانون الواجب التطبيق ؛ وهى التى يطلق عليها فى القانون الدولى الخاص ضابط الإسناد .

والمشرع بذلك يستعير من فروع القانون الخاص أو العام بعض أنظمتها القانونية ليستخدمها استخداماً خاصاً فى إطار القانون الدولى الخاص . فهو يستعير من القانون العام فكرة الجنسية ، ومن القانون المدنى فكرة الموطن وفكرة الإرادة ، وفكرة موقع المال وفكرة محل إبرام العقد وفكرة محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام غير التعاقدى ، ومن القانون البحرى مكان تسجيل السفينة ، ومن القانون الجوى مكان تسجيل الطائرة ، وهكذا .

فيثور التساؤل إزاء ذلك : هل يظل لهـذه الفكر والأنظمة القانونية نفس مدلولها القانونى رغم انتقالها من بيئتها القانونية إلى إطار قانونى آخر ورغم اختلاف الدور الذى تلعبه فى القانون الدولى الخاص عن دورها الخاص فى قانونها الأصلى .

ويثور التساؤل أيضاً عما إذا كان الهدف من الاستعانة بفكرة ضابط الإسناد وهو تحديد القانون واجب التطبيق يسمح للقاضى بالاستعانة بضوابط إسناد أخرى غير تلك التى نص عليها المشرع فى قواعد الإسناد .

وإذا انتقلنا إلى إطار القانون الدولى الخاص ذاته ، فما هو حكم اجتماع أكثر من ضابط إسناد فى قاعدة الإسناد الواحدة ، هل يأخذ القاضى بهذه الضوابط بترتيب قانونى معين أم على سبيل التخيير فيما بينها ، أم يجوز له فى بعض الفروض أن يطبقها تطبيقاً جامعاً .

ومن ناحية أخرى هل يمكن تحليل فكرة ضابط الإسناد ذاتها فى إطار القانون الدولى الخاص تحليلا يتفق ووظيفتها الجديدة فى هذا القانون استقلالا عن جوهر نفس الفكرة المستخدمة كضابط إسناد وفق مانعرفه عنها فى فرع القانون الذى يتضمنها أصلا ؟ .

وإذا أمكن تحليل ضابط الإسناد إلى عناصر معينة ، فما هو أثر ذلك التحليل على عملية فض تنازع القوانين من حيث محاولة الأفراد مزاحمة المشرع فى مهمته هذه .

وإذا تم لنا ذلك فنتساءل : هل يمكن القول بأن قانون القاضى يقف موقف ضابط الإسناد الاحتياطى عند إخفاق ضوابط الإسناد المقررة فى تحديد القانون واجب التطبيق .

وأخيراً يثور التساؤل عن المرجع فى تكييف ضوابط الإسناد هذه وتحديد مدلولها القانونى ، وعن مخالفتها للنظام العام وعن حدود رقابة المحكمة العليا بشأنها ؛ وكل ذلك من وجهة نظر القانون الدولى الخاص استقلالا عن الحلول التى يقدمها القانون الداخلى الذى تنتمى إليه الفكرة التى استخدمت كضابط للإسناد .

وتبدو أهمية هذا البحث فى أن ضابط الإسناد هو العماد الرئيسى الذى تستند إليه عملية فض تنازع القوانين . كما تبدو أهمية البحث بصدد المشاكل التى يثيرها تطبيق ضوابط الإسناد فى القانون الدولى الخاص فى أن القاضى لن يتوصل إلى تحديد القانون واجب التطبيق وفق مقصد المشرع ووفق السياسة التشريعية التى توختها قاعدة الإسناد إلا إذا توافرت له الأصول النظرية لحسم مشاكل تعدد ضوابط الإسناد والتزيد فيها ومعرفة معناها القانونى الخاص من خلال دورها فى عملية فض تنازع القوانين ومعرفة القانون الذى يرجع إليه فى تحديد مدلول ضوابط الإسناد ذاتها .

ورغم هذه الأهمية البالغة التى تحوط بضوابط الإسناد فى القانون الدولى الخاص ، فقد درج فقه هذا القانون على الاكتفاء بتعريف هذه الضوابط والإشارة إلى وظيفتها مع الإشارة أحياناً — فى مواضع متفرقة — إلى بعض المشاكل التى يثيرها تطبيق ضوابط الإسناد . ولكن هذا الفقه على ما أعتقد لم يعن بوضع نظرية مترابطة لتحليل ضوابط الإسناد وبيان كيفية إعمالها وتحديد مدلولها فى القانون الدولى الخاص .

فهذه إذن محاولة جديدة لتجميع مشاكل تطبيق ضوابط الإسناد فى القانون الدولى الخاص ، ومن التجميع تتبلور الحلول ، ومن هذه الحلول قد تتوافر نواة لنظرية عامة فى هذا الشأن . وهى نظرية تدور أساساً حول وجود جوانب قانونية وجوانب واقعية فى ضوابط الإسناد ، وهذه وتلك ترشد القاضى إلى التطبيق السليم لضابط الإسناد .

خطة البحث :

٧ ــ نتناول فيما يلى الجوانب القانونية والواقعية فى ضوابط الإسناد فى إطار القانون الدولى الخاص فى مباحث ثلاثة :

أما المبحث الأول فنخصصه لمعالجة مشكلة تعدد ضوابط الإسناد ، وما إذا كان يمكن للقضاء أن يستنبط ضوابط إسناد جديدة غير تلك الواردة فى قواعد الإسناد الوطنية ، وما إذا كان يجوز لقانون القاضى أن يلعب دور ضابط الإسناد الاحتياطى عند إخفاق ضوابط الإسناد المقررة فى تحديد القانون الواجب التطبيق .

أما المبحث الثانى فنخصصه لتحليل فكرة ضابط الإسناد فى ذاتها كفكرة مستقلة فى إطار القانون الدولى الخاص تتميز عن مضمونها كفكرة مستعارة من فرع آخر من فروع القانون ، ومايترتب على ذلك من وضع ضوابط معينة تحول دون التحول بضابط الإسناد نحو قانون آخر لم تقصده قاعدة الإسناد الوطنية أو يتعارض مع النظام العام الوطنى .

وأما المبحث الثالث فيتناول تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد من حيث بيان القانون الذى يرجع إليه القاضى لتكييف ضابط الإسناد وأثر مخالفة ضابط الإسناد فى ذاته للنظام العام فى الدولة ، وأخيراً حدود رقابة المحكمة العليا على قاضى الموضوع فى إعماله لضوابط الإسناد

المبحث الأول : تعدد ضوابط الإسناد .

المبحث الثانى : تحديد فكرة ضابط الإسناد .

المبحث الثالث : تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد .

المبحث الأولُ

تعدد ضوابط الإسناد

٨ ــ الأصل أن يكون ضابط الإسناد مقرراً من جانب المشرع فى إطا
قاعدة إسناد معينة . ويرجع ذلك إلى أن الأصل أن قواعد الإسناد هى م
صنع المشرع الوطنى فى كل دولة ، ذلك أن مهمة فض تنازع القوانيـ
هى مهمة تشريعية فى المقام الأول . ولما كانت قاعدة الإسناد تتكون م
شقين ، هما الفكرة المسندة وضابط الإسناد ، فإن ضوابط الإسناد التشريع
هى الأصل .

ومع ذلك فإن قواعد الإسناد التشريعية قد تقصر عن شمول كل فروض
تنازع القوانين . لذلك أجاز المشرع تطبيق المبادىء العامة للقانون الدول الخاص
فى الأحوال التى لم يرد لها نص بقاعدة إسناد فى القانون المدنى (م ٢٤ مدنى)
فيجوز للقاضى إذن أن يجتهد فى سبيل تحديد القانون واجب التطبيق من
الفروض التى لم تتناولها قواعد الإسناد التشريعية . وبذلك يمكن أن يلجأ القاض
فى هذه الفروض إلى ضوابط إسناد جديدة غير تلك التى تضمنتها النصوص
التشريعية .

وفى أحوال أخرى قد يخفق ضابط الإسناد المقرر فى تحديد القانـ
الواجب التطبيق ، عندئذ قد يطبق القاضى قانونه الوطنى حتى لا ينكل
القضاء . فهل يعد قانون القاضى فى هذه الحالة ضابطاً احتياطياً للإسناد ؟ .

وهذه الضوابط قد تتعدد بشأن الفكرة المسندة الواحدة . وعند
يثور البحث حول ما إذا كان القاضى ملزماً بالأخذ بأحد هذه الضوا
بترتيب قانونى معين وعلى سبيل التخيير أو تطبيق بعضها تطبيقاً جامعاً .

المطلب الأول : تقسيم ضوابط الإسناد .

المطلب الثانى : اجتماع ضوابط الإسناد .

جامعة قار
كلية القانون

المطلب الأول

تقسيم ضوابط الإسناد

أولا — ضوابط الإسناد التشريعية :

٩ — ضوابط الإسناد التشريعية هى تلك التى اعتد بها المشرع لفض تنازع القوانين من خلال قواعد الإسناد التشريعية .

وهذه الضوابط يمكن استخلاصها من قواعد الإسناد الواردة فى صدر القانون المدنى وهى : الجنسية — الموطن — الإرادة — محل إبرام العقد — موقع المال — محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام غير التعاقدى — مركز الإدارة الرئيسى للشخص الاعتبارى .

١ — الجنسية :

المبدأ العام فى القانون المصرى والقانون الليبى أن الأحوال الشخصية للشخص الطبيعى تخضع لقانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته . وهو مبدأ بديهى بالنسبة للشخص الطبيعى الوطنى . أما من وجهة نظر تنازع القوانين ، أى فيما يتعلق بالشخص الطبيعى الأجنبى فإن أنسب القوانين لحكم أحواله الشخصية هو قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته .

وقد استقر هذا المبدأ من قديم فى فقه القانون الدولى الخاص . فرغم أن الدول الأنجلوسكسونية تخضع الأحوال الشخصية لقانون موطن الشخص حتى اليوم ، فإن القانون المصرى والليبى أخذا بالاتجاه الغالب وهو تطبيق

قانون جنسية الشخص . ويستند هذا الاتجاه إلى أن تطبيق قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص على أحواله الشخصية يحقق الاستقرار فى هذه المسائل حيث الجنسية أكثر ثباتاً بالنسبة إلى الشخص من الموطن . وقانون جنسية الشخص يكون أكثر ملاءمة بالنسبة إلى أحواله الشخصية بالنظر إلى الاعتبارات القومية والدينية والأخلاقية السائدة فى دولة الشخص والتى تملى أحكام الأحوال الشخصية .

ولم يشأ المشرع المصرى أو الليبى أن يضع الأحوال الشخصية كلها فى فكرة مسندة واحدة يسندها إلى قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته ، بل نجد أن كلا من القانون المصرى والقانون الليبى قد وزع الأحوال الشخصية بين أكثر من فكرة مسندة وردت فى أكثر من قاعدة إسناد ، ولكنه أسندها كلها إلى قانون الجنسية .

ويرجع هذا المسلك التشريعى إلى الرغبة فى حسم التنازع المتغير أو المتحرك من ناحية ، وإلى إيجاد حل تشريعى للفروض التى تختلف فيه جنسيات أطراف رابطة الأحوال الشخصية .

ويقصد بالتنازع المتغير أو المتحرك أن تتغير الصلة بين الشخص وبين قانون معين اختاره المشرع من بين القوانين المتنازعة . مثال ذلك أن يتزوج الشخص وهو على جنسية معينة ثم يغير جنسيته ثم يطلق زوجته ، فيثور التساؤل عن المقصود بخضوع هذا الطلاق لقانون جنسية الشخص هل هو قانون جنسيته وقت الزواج أو قانون جنسيته الجديدة وقت الطلاق .

وقد حسم المشرع المصرى والليبى هذا التنازع المتحرك فى مسائل الأحوال الشخصية بتوزيع مسائل الأحوال الشخصية بين عدة فكر مستقلة تعتد كل منها بقانون الجنسية فى وقت معين . فالمادة ١٣ مدنى تقضى بسريان قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج بجنسيته وقت انعقاد الزواج على آثار عقد الزواج ، أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إ

الزوج وقت الطلاق ، وأما التطليق والانفصال فيسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى . والمادة ١٧ مدنى تقضى بسريان قانون المورث أو الموصى وقت موته على الميراث والوصية من حيث الموضوع ، أما شكل الوصية فيسرى عليه قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون محل الإبرام .

ومن ناحية أخرى قد يتعدد أطراف رابطة الأحوال الشخصية وتختلف جنسياتهم ، ولذلك حسم المشرع بنصوص قاطعة ما قد يثور من خلاف حول تفضيل إحدى الجنسيات على غيرها ، ففى الشروط الموضوعية لصحة الزواج يسرى قانون جنسية كل من الزوجين (م ١٢ مدنى) . ومن آثار عقد الزواج والطلاق والتطليق والانفصال يسرى قانون جنسية الزوج وحده (م ١٣ مدنى) . وفى الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب يسرى قانون المدين بها (م ١٥ مدنى) . وفى مسائل الولاية والوصاية والقوامة يطبق قانون الشخص الذى تجب حمايته (م ١٦ مدنى) . وفى الميراث والوصية يسرى قانون المورث أو الموصى (م ١٧ مدنى) .

أما مسائل الأحوال الشخصية المفردة الجانب مثل الحالة والأهلية فتخضع لقانون جنسية الشخص الذى يجرى البحث فى حالته المدنية أو أهليته (م ١١ مدنى) . وبديهى أنه يعتد فى ذلك بجنسية الشخص وقت صدور التصرف الذى يتطلب اكتمال أهليته .

على أن هذه النصوص التشريعية لم تشمل كل مسائل الأحوال الشخصية. فالأحوال الشخصية وفقاً لقانون نظام القضاء تشمل المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم ، والمسائل المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج والمهر وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق ، والمسائل المتعلقة بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والحضانة وتصحيح النسب ، والالتزام بالنفقة بين الأقارب ، والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود

ميتاً ، والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

ولذلك فإن الفقه يذهب وفقاً لمبادىء القانون الدولى الخاص ، ووفقاً للمبدأ العام المستقر فى القانون المصرى والليبى ، إلى إخضاع مسائل الأحوال الشخصية التى لم ترد فى قواعد الإسناد التشريعية لقانون جنسية الشخص مثل الخطبة والبنوة الشرعية والطبيعية والتبنى .

على أن الجنسية كضابط للإسناد فى تنازع القوانين لم تقتصر فى القانونين المصرى والليبى على مسائل الأحوال الشخصية ، بل لجأ إليها المشرع أيضاً كأحد ضوابط الإسناد الاختيارية فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية (م ٢٠ مدنى) ، مع اشتراط أن يكون الأطراف من جنسية واحدة .

٢ — الموطن :

لا يتمتع الموطن كضابط للإسناد بنفس الأهمية التى تتمتع بها الجنسية . ومع ذلك فإن المشرع لجأ إلى الموطن كضابط إسناد احتياطى فى تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (م ١٩ مدنى) وكضابط إسناد اختيارى لتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية (م ٢٠ مدنى) . وقد حسم المشرع مشكلة الفرض الذى يختلف فيه موطن طرفى العلاقة القانونية ، فاشترط فى الحالتين للأخذ بالموطن كضابط الإسناد أن يكون مشتركاً بين المتعاقدين .

٣ — الإرادة :

لم يأخذ المشرع المصرى أو الليبى بالإرادة كضابط للإسناد إلا فى مسألة واحدة هى الالتزامات التعاقدية (م ١٩/١ مدنى) ، ومع ذلك فصدارة الالتزامات التعاقدية فى إطار القانون الخاص تضفى على ضابط الإرادة أهمية كبرى .

ويقصد بالاعتداد بالإرادة كضابط للإسناد تطبيق القانون الذى اختار أطراف العلاقة التعاقدية صراحة أو ضمناً ، وبديهى أن هذا الاختيار لقانون أجنبى لا يعتد به إلا فى العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى . أما فى العلاقات الوطنية البحتة فإن إحالة الأفراد إلى أحكام قانون أجنبى يأخذ حكم الشروط التعاقدية وبالتالى لا يسرى منها ما كان مخالفاً للقواعد القانونية الآمرة فى القانون الوطنى .

وليس يعنى الاعتداد بإرادة الأطراف كضابط للإسناد ، أى تطبيق القانون المختار من جانب المتعاقدين ، أن المشرع قد تخلى عن مهمته فى فض تنازع القوانين إلى الأفراد ، بل إن المشرع يكون قد قام بمهمته بتفضيل قانون معين من القوانين المتنازعة وهو القانون الذى اختاره الأطراف .

وإذا كان يجوز للمتعاقدين أن يختارا القانون الذى يطبق على علاقاتهما التعاقدية ، فلا يعنى ذلك أن هذه الإرادة تستند إلى القانون المختار الذى يستمد اختصاصه فى ذات الوقت من هذه الإرادة ، وإلا نكون قد وقعنا فى حلقة مفرغة ، بل الواقع إن إرادة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق تستند إلى قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها .

٤ – محل إبرام العقد :

أخذ المشرع المصرى والليبى بمحل إبرام العقد أو التصرف القانونى كضابط احتياطى للإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد (م ١٩ مدنى) ، وكضابط اختيارى للإسناد فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية (م ٢٠ مدنى) ، وعلى شكل الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت (م ١٧ / ٢ مدنى) .

ويرجع هذا المسلك التشريعى إلى اعتبارات التيسير على المتعاقدين ، حيث قد تتوافر لهم سبل العلم بأحكام قانون محل الإبرام أكثر من أى قانون

آخر ، كما قد لا يتاح لهم فى بلد إبرام العقد استيفاء الشروط الشكلية التى يتطلبها قانون الموضوع أو قانون الجنسية أو أى قانون آخر .

٥ — موقع المـــال :

المبدأ العام المقرر فى كل من القانون المصرى والقانون الليبى هو خضوع الحيازة والملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى الواردة على العقار أو المنقول لقانون البلد الذى يوجد فيه العقار ، أو الذى يوجد فيه المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها (م ١٨ مدنى) .

وليس قانون موقع المال قاصراً فيما يتعلق بالعقار على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة عليه ، بل ينطبق هذا القانون أيضاً على كافة العقود التى أبرمت فى شأن العقار (٢/١٩ مدنى) ولو كانت هذه العقود ترتب حقوقاً شخصية بحتة مثل عقد الإيجار .

وقانون موقع المال هو أنسب القوانين لحكم الحقوق العينية الواردة على العقار أو المنقول . فالرجوع إلى هذا القانون يمكن المتعاقدين من معرفة الحقوق الواردة على العقار وكيفية كسبها أو زوالها ، وفى ذلك أيضاً حماية للغير الذى تعلق له حق بالعقار ، فلا يفاجأ بتطبيق قانون أجنبى يهدر حقوقه . وفى ذلك أيضاً حماية للثروة القومية عندما يقع العقار فى إقليم الدولة التى أصدرت قاعدة الإسناد . كذلك من شأن تطبيق قانون الموقع — كما سبق القول — عدم تعدد القوانين المطبقة فى شأن العقار باختلاف جنسيات المتعاملين فيه لو أخذنا بتطبيق قانون الجنسية مثلا .

وتقوم نفس الاعتبارات أيضاً بالنسبة للمنقول ، إذ فى مكان وجود المنقول وقت تحقق السبب الناقل للملكية أو المرتب للحق العينى يمكن للأطراف أو الغير التعرف بوضوح على حقوقهم .

٦ – محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام :

يسرى القانون المحلى ، أى قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشى للالتزام فيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية (م ٢١/١ مدنى) .

والالتزامات غير التعاقدية التى تخضع للقانون المحلى هى المسئولية عن الفعل الضار والإثراء بلا سبب .

أما إذا كان مصدر الالتزام هو القانون فإنه لا يخضع للقانون المحلى بل يخضع للقانون المحدد لفكرة من الفكر المسندة حسب طبيعة الالتزام ونوعه. ولذلك فالالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب يخضع لقانون جنسية المدين بها وليس للقانون المحلى .

والقانون المحلى هو أنسب القوانين للتطبيق على الفعل الضار وآثاره أو الإثراء بغير سبب . فإذا تواجد الإنسان فى بلد معين فإن قانون هذا البلد هو الذى يحدد له ما يعد سلوكاً معتاداً وما يعد انحرافاً فى السلوك ، ومن ثم كان هذا القانون هو الذى يصف الفعل بأنه خطأ وهو الذى يحدد الجزاء عن ذلك أى التعويض .

٧ – مركز الإدارة الرئيسى :

وهو ضابط الإسناد الذى يعتد به بالنسبة للأشخاص الاعتبارية (م ٢/١١ مدنى) ويقصد بمركز الإدارة المركز الرئيسى الفعلى ، أى الذى يدار منه الشخص الاعتبارى وفيه تصدر القرارات الهامة المتعلقة بنشاطه .

وقانون البلد الذى يوجد فيه مركز الإدارة الرئيسى الفعلى يسرى على النظام القانونى للشخص الاعتبارى ، فهو الذى يبين تكوين الشخص الاعتبارى وانقضائه . أما نشاط الشخص الاعتبارى فيخضع للقانون المختص حسب نوع هذا النشاط بأن كان عملا تعاقدياً أو مسئولية تقصيرية أو غير ذلك .

ثانياً – ضوابط الإسناد القضائية :

١٠ – إلى جانب ضوابط الإسناد التشريعية المنصوص عليها فى قواعد
الإسناد الوطنية ، هناك ضوابط إسناد قضائية يبتكرها القضاء بغرض إسناد
بعض العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى إلى قانون معين متى كان
التشريع الوطنى خالياً من قاعدة إسناد تشريعية تنطبق على هذه العلاقات .

ويستمد القاضى الوطنى سلطته فى ابتكار ضوابط إسناد غير تشريعية
من نص المادة ٢٤ مدنى التى تقضى بأن يتبع فيما لم يرد فى شأنه نص من
أحوال تنازع القوانين مبادىء القانون الدولى الخاص .

ولا يجوز للقاضى أن يلجأ إلى هذه الضوابط الاجتهادية إذا كان هنا
نص صريح فى القانون الوطنى بإسناد مسألة معينة إلى قانو
ما يتضح من نص المادة ٢٤ المشار إليها ، إذ هى تعلق اتباع مبادىء القانو
الدولى الخاص على عدم النص .

ويجب عدم الخلط بين الضوابط القضائية وبين تطبيق قانون القاضى
فالمقصود بضوابط الإسناد القضائية وضع مبدأ أو قاعدة تؤدى إلى إس
المسألة إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة ، سواء ترتب على ه
المبدأ تطبيق قانون القاضى أو قانون أجنبى .

ومن أمثلة الضوابط القضائية التى أخذ بها القضاء عن فقه القا
الدولى الخاص ، تطبيق قانون العلم على المسئولية المدنية عن الحوادث
تقع على ظهر السفن فى عرض البحر ، إذ قاعدة خضوع الفعل الض
لقانون بلد وقوعه غير ممكنة التطبيق فى أعالى البحار خارج المياه الإقلي
لأى دولة .

ومن الضوابط القضائية أيضاً تطبيق قانون البلد الذى ينشر فيه المص
لأول مرة على الحقوق العينية الواردة على هـذا المصنف ، وقانون م
تسجيل براءة الاختراع على الحقوق المترتبة عليها .

ومن هذه الضوابط أيضاً تطبيق الشريعة الغالبة إذا كانت الدولة التى يجب تطبيق قانونها دولة متعددة الشرائع ، ولم يبين قانونها الداخلى كيفية فض التنازع الداخلى ، أو كان يفض هذا التنازع بالإحالة إلى قانون القاضى أو قانون أجنبى وهو ما يرفضه كل من القانون الليبى والقانون المصرى .

ويتقيد القاضى فى تطبيقه لضابط إسناد قضائى ببيان هذا الضابط فى حكمه ثم تحديد القانون المختص بناء على أعمال هذا الضابط . فلا يقول القاضى مثلا إنه اختار القانون الإنجليزى لأنه أنسب القوانين فى الحالة المعروضة ، بل يقول إنه أخذ بضابط مكان النشر ، ولما كان المصنف قد نشر فى انجلترا فإنه وفقاً لذلك يسرى القانون الإنجليزى . والقول بغير ذلك يؤدى بالقاضى إلى إسناد المسألة إلى قانون معين دون ضابط إسناد ، وهو مالايجوز ، إذ الذى يحدد مناسبة القانون أو عدم مناسبته هو قواعد الإسناد التشريعية أو قواعد الإسناد المستخلصة من مبادىء القانون الدولى الخاص وليس الاختيار القضائى غير المؤسس على قاعدة مجردة .

الإسناد إلى قانون القاضى

١١ — فى فروض كثيرة يطبق القاضى قانونه الوطنى على علاقات ومسائل قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً .

فيطبق القاضى القانون الوطنى على المسائل القانونية التى تخرج أصلا عن نطاق تنازع القوانين مثل علاقات ومسائل القانون العام . فالقانون الليبى هو الذى يطبق على العقود الإدارية والجرائم الجنائية والمسائل الضريبية المتعلقة بإقليم الدولة الليبية . فالقانون الليبى لا يجد مزاحمة أو يدخل فى تنازع مع القوانين الأجنبية فى هذه المسائل ولو تضمنت عنصراً أجنبياً . فلو كان الطرف الآخر فى العقد الإدارى شخصاً أجنبياً ، أو كان مرتكب الجريمة فى ليبيا شخصاً أجنبياً ، أو كان النشاط الذى تم فى ليبيا خاضعاً للقوانين الضريبية الليبية ، فإن القانون العام الليبى بفروعه يكون وحده هو القانون الواجب التطبيق . فالقاعدة المستقرة أن تنازع القوانين قاصر على المسائل والعلاقات القانونية التى تقع فى إطار القانون الخاص . أما المسائل القانونية التى تقع فى إطار القانون العام الداخلى فيطبق فى شأنها القانون الوطنى وحده تطبيقاً إقليمياً . فالمسألة تتعلق بسيادة الدولة على إقليمها وبالتالى تكون كل فروع القانون العام الداخلى إقليمية التطبيق دون مزاحمة من أى قانون أجنبى ومن ثم لا تثور مسألة الإسناد لا من حيث الفكر المسندة أو ضوابط الإسناد

وقد يطبق القاضى القانون الوطنى إعمالا لقاعدة الإسناد الوطنية وحسب ما يشير إليه ضابط الإسناد الوارد فى هذه القاعدة . فالقاعدة أن النفقة فيما بين الأقارب يسرى عليها قانون المدين بها . فإذا كان المدعى عليه بالنفقة ليبياً سرى القانون الليبى . ويسرى على الميراث قانون المورث وقت موته فيسرى القانون الليبى على تركة المتوفى الليبى ولو كان الورثة من الأجانب وقد يختار أجنبيان تطبيق القانون الليبى على علاقتهما التعاقدية فيسرى هذا القانون باعتباره قانون الإرادة .

فالقاضى إذ يطبق قانونه الوطنى إعمالا لقاعدة الإسناد الوطنية فإنه لا يطبقه بصفته قانوناً إقليمى التطبيق أو بصفته قانون القاضى أو القانون الوطنى ، ولكن لأن ضابط الإسناد أشار إلى تطبيقه . فيطبق القانون الوطنى بذلك إما لكونه قانون الجنسية أو قانون الموطن المشترك أو قانون الإرادة أو قانون محل الإبرام أو قانون موقع المال ، وهكذا حسب الأحوال فقانون القاضى يطبق هنا شأنه شأن أى قانون أجنبى قد يترتب على إعمال ضابط الإسناد . فنحن إذن بصدد إسناد حقيقى للقانون الوطنى أو قانون القاضى .

ولكن يدق الأمر بالنسبة للحالات التى يطبق فيها القانون الليبى بنص صريح فى قواعد الإسناد الوطنية ، وفى الحالات التى يطبق فيها هذا القانون عند تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص .

أولا – النص على تطبيق القانون الليبى :

١٢ – ثمة بعض قواعد للإسناد وردت بها نصوص قاطعة فى تطبيق القانون الليبى دون غيره من القوانين المتنازعة بشأن مسائل قانونية ذات عنصر أجنبى .

فتنص المادة ١١/٢ مدنى على أن النظام القانونى للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى عليه قانون الدولة التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسى الفعلى . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسى فى ليبيا ، فإن القانون الليبى هو الذى يسرى .

وتنص المادة ١٤ مدنى على أنه فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج ، وآثار عقد الزواج ، والطلاق والتطليق والانفصال ، يطبق القانون الليبى وحده إذا كان أحد الزوجين ليبياً وقت انعقاد الزواج ، فيما عدا شرط الأهلية للزواج .

وتنص المادة ٢٥ مدنى على أنه فى حالة تعدد جنسيات الشخص ومن بينها الجنسية الليبية ، وكانت قاعدة الإسناد تقضى بتطبيق قانون جنسية الشخص فالقانون الليبى هو الذى يجب تطبيقه .

والنص على تطبيق القانون الليبى فى هذه الحالات يجىء استثناء على قواعد الإسناد التى تشير بتطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسى الفعلى ، أو قانون جنسية الزوجين أو جنسية الزوج ، أو قانون جنسية الشخص على التوالى .

فهل يتم تطبيق القانون الليبى فى هذه الحالات على سبيل الإسناد ؟ أم يطبق هذا القانون تطبيقاً إقليمياً مباشراً على هذه المسائل المعروضة على القاضى الوطنى كما لو لم يكن بها أى عنصر أجنبى .

إن الإجابة على هذا السؤال يترتب عليها نتائج عملية هامة وخاصة من حيث إعمال نظرية الغش نحو القانون التى لا تطبق إلا إذا كان القانون الذى يسعى الأطراف إلى تطبيقه قانوناً واجب التطبيق على سبيل الإسناد .

والإجابة على هذا السؤال تكمن فى معرفة متى يكون القانون وطنياً كان أو أجنبياً مطبقاً على سبيل الإسناد .

إن تطبيق قانون معين على مسألة قانونية ذات عنصر أجنبى على سبيل الإسناد يعنى أن هذا القانون إنما يطبق إعمالا لقاعدة إسناد ولضابط إسناد مجردين أو إعمالا لمبدأ قانونى مجرد ، سواء أدى ذلك إلى تطبيق القانون الوطنى أو إلى تطبيق قانون أجنبى .

فالفيصل إذن فى القول بتطبيق القانون الوطنى على سبيل الإسناد أن يتم ذلك إعمالا لضابط إسناد مجرد قد يؤدى إلى تطبيق هذا القانون أو قانون أجنبى حسب عنصر الواقع فى ضابط الإسناد ذاته . مثال ذلك أن تطبيق القانون الليبى على المورث إذا كان المورث ليبياً والوارث أجنبياً يتم بناء

على قاعدة إسناد مجردة وارادة فى المادة ١/١٧ مدنى ، وإعمالا لضابط إس
مجرد هو ضابط جنسية المورث . وهذه القاعدة وما تضمنته من ضابط مج
قد تؤدى فى فرض آخر إلى تطبيق قانون أجنبى على الميراث إذا ك
المورث أجنبيـاً والوارث ليبيـاً أو أجنبياً . وكذلك الشأن بالن
للمسئولية عن الفعل الضار ، إذ يشير ضابط الإسناد المجرد إلى تطبيق قان
البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام . وهذا الضابط قد يؤدى
تطبيق قانون أجنبى إذا وقع الفعل الضار فى الخارج أو إلى تطبيق القان
الليبى إذا وقع هذا الفعل فى ليبيا .

ولما كان إعمال النصوص التى أشارت إلى تطبيق القانون الليبى د
سواه فى المواد ١١/٢ و ١٤ و ٢٥ من القانون المدنى الليبى لا يترك الفر
لتطبيق قانون أجنبى ، وكان القانون الليبى لا يطبق فى هذه الحالات إع
لضابط إسناد مقرر وإنما بناء على نص آمر ، فإنه يمكن القول إذن
تطبيق القانون الليبى هنا لا يكون على سبيل الإسناد وإنما على أساس التط
الإقليمى البحت على بعض المسائل ذات العنصر الإجنبى التى تعرض
القاضى الليبى .

ويترتب على هذا التأصيل الذى انتهينا إليه كما سبق القول عدم جو
إعمال الغش نحو القانون إذا توصل الأطراف إلى تطبيق القانون الليبى
الأحوال المشار إليها عن طريق التحايل . فإذا سعى الشخص الاعتبارى
نقل نشاطه الرئيسى إلى ليبيا ليتوصل إلى تطبيق القانون الليبى على نظامه القانو
تهرباً من أحكام القانون الأصلى المختص وهو قانون مركز الإدارة الرئيس
الفعلى ، فلا يستبعد القانون الليبى هنا لمصلحة القانون الأجنبى على أسا
الدفع بالغش نحو القانون .

وإذا سعى الشخص إلى اكتساب الجنسية الليبية إلى جانب جنس
الأصلية تهرباً من أحكام قانونه الشخصى الذى يحظر عليه طلاق زوج
بإدارته المنفردة ، وسعياً وراء الإفادة من نص المادة ٢/٢٥ مدنى التى تؤد

إلى تطبيق القانون الليبى عليه وبالتالى يتمكن من تطليق زوجته بإرادته المنفردة ، فلا يجوز للزوجة أن تدفع باستبعاد تطبيق القانون الليبى على أساس أنه جاء إلى التطبيق نتيجة لغش الزوج وتحايله على القانون .

ثانياً ــ تطبيق القانون الليبى عند تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص :

١٣ ــ قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون معين فى شأن مسألة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً ، ومع ذلك قد يتعذر على القاضى الوطنى تطبيق هذا القانون لأسباب عدة ، وأهم هذه الأسباب ما يلى :

(١) قد يكون القانون الأجنبى المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية مخالفاً للنظام العام فى ليبيا ، وعندئذ يجب على القاضى استبعاد تطبيقه . وفى ذلك تقضى المادة ٢٨ مدنى بأنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى ليبيا » .

فإذا ما استبعد القاضى الليبى أحكام هذا القانون الأجنبى المختص المخالف للنظام العام الليبى ، وجب عليه أن يحل محله فى التطبيق القانون الليبى . ورغم عدم النص على هذا الإحلال فإن فقه القانون الدولى الخاص يؤكد ضرورة تطبيق قانون القاضى حتى لا يكون القاضى منكراً للعدالة من ناحية ، ولأن استبعاد القانون المختص فى هذه الحالة يعد تطبيقاً للقانون الوطنى ، فقد استبعدناه بمقتضى قواعد النظام العام الوطنى ، فنكون قد بدأنا إذن فى تطبيق القانون الوطنى محل القانون الأجنبى .

(٢) وقد يتعذر على القاضى الليبى التعرف على أحكام القانون الأجنبى فالمبدأ السائد فى فقه القانون الدولى الخاص أن القانون الأجنبى يطبق أما القاضى الوطنى ليس بصفته قانوناً وطنياً ولا بصفته واقعة ، ولكنه يظل محتفظاً بصفته كقانون أجنبى . ويترتب على هذا النظر أن التعرف على أحكا

القانون الأجنبى التزام على القاضى الوطنى يعاونه فيه الخصوم ، فهو إ
التزام لا يصل إلى مرتبة افتراض العلم . ولذلك لا تثريب على القاضى الوط
إن هو أثبت فى حكمه أنه بذل جهده للتعرف على مضمون القانون الأجنب
فلم يتمكن من ذلك وأنه كلف الخصوم بإثبات أحكام هذا القانون فأخفق
بدورهم ، وبالتالى فإنه يتعذر عليه تطبيق هذا القانون . وفى هذه الحا
لايترك القاضى الدعوى بدون حل وإلا كان منكراً للعدالة وإنما يطبق القانو
الوطنى بدلا من هذا القانون الأجنبى .

(٣) وقد تشير قواعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون جنسية الشخص
بصدد أحواله الشخصية ثم يتبين أنه عديم الجنسية . وعندئذ تشير مبادى
القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون البلد الذى يقيم فيه الشخص ، فإ
تعذر معرفة محل إقامة الشخص فإن القاضى يطبق قانونه الوطنى .

(٤) وقد يتعذر على القاضى تحديد قانون البلد الذى وقع فيه الفعل
الضار ، كما هو الشأن فى تصادم السفن فى عرض البحر خارج المياه الإقليمي
لأى دولة من الدول . وعندئذ يطبق القاضى قانونه الوطنى وفقاً لمبادى
القانون الدولى الخاص ، إذ يتعذر فى هذه الحالة تطبيق قانون العلم خاص
عندما تختلف جنسية السفن المتصادمة .

(٥) وقد يكون الفصل فى الدعوى التى يطبق على موضوعها قانو
أجنبياً مما يتطلب وقتاً طويلا بسبب تعقد إجراءات هذا القانون أو صعوب
الوصول إلى أحكامه إلا بعد مضى وقت من البحث والاتصالات الدبلوماسية
وفى خلال ذلك قد تثور بعض المسائل المعاجلة التى لا تحتمل التأخير
فعندئذ يجوز للقاضى الوطنى وفقاً لمبادىء القانون الدولى الخاص أن يحل
القانون الوطنى محل القانون الأجنبى فى صدد هذه المسائل العاجلة . ومثال
ذلك تقرير نفقة عاجلة مؤقتة للصغير لحين الفصل فى دعوى النفقة المقام
منه تجاه أقربائه ، أو تقرير نفقة مؤقتة للزوجة لحين الفصل فى دعوى
التطليق المقامة منها ضد زوجها .

ويبرر فقه القانون الدولى الخاص تطبيق قانون القاضى فى مثل هذه الأحوال بأن هناك قاعدة إسناد احتياطية يتضمنها القانون الوطنى تشير بتطبيق هذا القانون كلما تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص الذى أشارت إليه قاعدة الإسناد الأصلية .

على أن مثل هذا التبرير يقوم على الافتراض البحت . فلو كانت نية المشرع تنصرف إلى تقرير مثل هذه القاعدة الاحتياطية لما أعوزه النص على تطبيق القانون الوطنى كلما تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص .

ونعتقد أن تطبيق القانون الوطنى فى هذه الحالات لا يتم بدوره على سبيل الإسناد . فليس ثمة قاعدة إسناد وطنية تشريعية تحيل إلى القانون الوطنى ، كما أن تطبيق هذا القانون الوطنى لا يتم بناء على إعمال ضابط إسناد مجرد . وليس من إمكان لتطبيق أى قانون أجنبى آخر غير القانون المختص على مثل هذه المسائل . ولذلك يمكن القول بأن تطبيق القانون الوطنى فى هذه الحالات لا يتم على سبيل الإسناد وإنما على أساس التطبيق الإقليمى المباشر على بعض المسائل القانونية التى تعرض على القاضى الوطنى وتكون متضمنة لعنصر أجنبى .

ويستند هذا التطبيق الإقليمى المباشر للقانون الوطنى فى هذه المسائل إلى أساس قانونى مؤداه أن هذا القانون هو الأصل العام وأن المشرع يلجأ استثناء إلى تطبيق قانون آخر أجنبى إذا كان هذا القانون الأخير أكثر تناسباً مع الحالة المعروضة المتضمنة لعنصر أجنبى ؛ فإن تعذر هذا اللجوء الاستثنائى إلى القانون الأجنبى الذى تشير إليه قواعد الإسناد الوطنية وجب الرجوع إلى الأصل العام وتطبيق القانون الوطنى .

ويترتب على هذا التكييف ما سبق أن انتهينا إليه من عدم إمكان تطبيق الدفع بالغش نحو القانون إذا كان تعذر تطبيق القانون الأجنبى المختص يرجع إلى تحايل الخصوم . فإذا تراخى الخصم فى إثبات القانون الأجنبى

أو سعى إلى انعدام جنسيته توصلا إلى تطبيق القانون الليبى وتهرباً من أحكا
القانون الأصلى المختص الذى يضر بمصلحته فى الدعوى ، فلا يجوز للطرف
الآخر الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الليبى .

ولعل أظهر تطبيق لذلك أن الزوجة الأجنبية غير المسلمة قد تسعى إ
اعتناق الإسلام بقصد دفع القاضى الليبى إلى فسخ عقد زواجها من زوج
غير المسلم تطبيقاً لفكرة النظام العام فى ليبيا بعد استبعاد القانون الأجنبى
المختص الذى يبيح بقاء مثل هذا الزواج ، وإحلال القانون الليبى محله ، فا
يملك الزوج فى هذه الحالة الدفع بالغش نحو القانون .

ونشير فى النهاية أنه فى الحالتين — حالة تطبيق القانون الليبى بنص
مباشر أو عند تعذر تطبيق القانون الأجنبى — وإزاء عدم جواز تطبيق نظر
الغش نحو القانون ، فإنه يجوز وفقاً لقواعد القانون الليبى نفسه اللجوء إ
وسائل القانون المدنى التى تدفع الغش مثل نظرية الصورية أو البطلان أوغي
ذلك .

المطلب الثانى

اجتماع ضوابط الإسناد

١٤ — قد ينص المشرع على ضابط إسناد واحد فى قاعدة الإسناد
وعندئذ لا صعوبة فى الأمر ، إذ يطبق القانون الذى يشير إليه هذا الضابط
مثال ذلك ماورد فى المادة ١/١١ مدنى من خضوع الحالة المدنية للشخص
وأهليته لقانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته. وما نصت عليه المادة ١٣ مدنى
من سريان قانون جنسية الزوج على آثار الزواج وعلى الطلاق والتطليق
ومانصت عليه المادة ١٥ من خضوع النفقة بين الأقارب لقانون المدين بها
وهكذا . .

وقد ينص المشرع على أكثر من ضابط إسناد فى قاعدة الإسناد الواحدة بحيث يلتزم القاضى بتطبيق واحد منها بترتيب تشريعى ملزم . وفى ذلك تنص المادة ١/١٩ مدنى على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه . وعلى ذلك يلتزم القاضى بأن يبحث أولا عن ضابط الإرادة ، سواء كانت إرادة صريحة أو إرادة ضمنية ، فإذا لم توجد إرادة فيأخذ القاضى بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين ، فإن اختلفا موطناً أخذ القاضى بضابط محل إبرام العقد . ومعنى الترتيب التشريعى لضوابط الإسناد بهذه الصورة أن القاضى لا يمكنه أن يأخذ بضابط الموطن المشترك أو محل الإبرام متى كانت هناك إرادة صريحة أو ضمنية للطرفين فى اختيار القانون الواجب التطبيق . ولا يملك القاضى أن يتخطى هذا الترتيب الملزم حتى ولو كان الضابط المتأخر فى الترتيب يؤدى إلى صحة العقد بينما يؤدى الضابط المتقدم إلى بطلانه .

على أنه يتبين من صياغة النص أن المشرع يأخذ بأكثر من ضابط للإسناد على سبيل التخيير وليس بترتيب ملزم . فتقضى المادة ٢٠ مدنى بأن « العقود مابين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك » فثمة إذن ثلاثة ضوابط إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرف القانونى مابين الأحياء هى ضابط محل الإبرام ، وضابط الموطن المشترك ، وضابط الجنسية المشتركة ، فضلا عن إمكان تطبيق القانون الذى يسرى على موضوع التصرف على الشكل .

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان القاضى يترخص فى اختيار أحد هذه القوانين التى تشير إليها ضوابط الإسناد الواردة فى المادة ٢٠ ، أم يطبقها تطبيقاً جامعاً ، أم يطبق أحدها وفقاً لمعايير معينة .

ويجب بداهة استبعاد التطبيق الجامع لضوابط الإسناد المشار إلي
أو الالتزام بالأخذ بها بترتيب معين ؛ فصياغة المادة تشير إلى أحد هذ
الضوابط هو الذى يعمل به دون بقيتها .

فإذا كان القاضى يترخص فى اختيار أحد القوانين التى أشارت إلي
المادة ٢٠ مدنى وهى قانون محل الإبرام أو قانون موضوع العقد أو قانو
الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشترك ؛ فهل هو مطلق الحرية فى اختيا
أحد هذه القوانين .

الواقع أن هناك قيداً هاماً يرد على هذه الحرية القضائية فى اختيار أح
هذه القوانين أو فى إعمال أحد ضوابط الإسناد المشار إليها فى المادة ٢٠ مدنى
وهذا القيد يتمثل فى التزام القاضى بإعمال ضابط الإسناد الذى يؤدى إلى صح
التصرف من حيث الشكل دون ذلك الذى يؤدى إلى إبطاله ، وأساس ذلك
أن تعداد ضوابط الإسناد بالنسبة لشكل التصرفات بين الأحياء قصد منه
التيسير على المتعاقدين ، إذ قد يتوافر لهم العلم بأحكام قانون دون الآخر
كما قد يتعذر عليهم اتباع الشكل المطلوب فى قانون موطنهم وجنسيتهم عن
التعاقد فى بلد آخر يجهل هذا الشكل .

وعلى ذلك فيكفى أن يكون العقد أو التصرف فيما بين الأحياء مستوفي
للشروط الشكلية المطلوبة فى أى من هذه القوانين الأربعة المشار إليها فى الماد
٢٠ مدنى حتى يصبح صحيحاً من حيث الشكل ولو كان باطلا وفقاً لأى
قانون آخر منها .

بل ويجوز للأطراف — كما سنرى — أن يتحللوا من الشكليات المعقد
المطلوبة فى قانون العقد أو قانون جنسيتهم أو قانون موطنهم بإبرام العقد فى
بلد آخر لا يتطلب هذه الشكليات فيصبح عقدهم صحيحاً شكلا من وجهة نظر
القاضى الليبى .

وأخيراً قد ينص المشرع على ضابط إسناد مركب يؤدى إلى تطبيق أكثر

من قانون . فقد نصت المادة ١٢ مدنى على أن « يرجع فى الشروط ا
لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . فإذا كان الزوجان م
واحدة طبق القاضى هذا القانون ، وإذا كان أحد الزوجين لي
الزواج طبق القاضى القانون الليبى . ولكن إذا كان الزوجان أج
جنسيتين مختلفتين فيجب على القاضى أن يطبق قانون كل من الزو
الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

أما كيف يطبق القاضى فى ذات الوقت قانونين مختلفين ع
قانونية واحدة ، فإن الفقه يوضح ذلك بأن الأصل هو التطبيق المو
يستوفى كل من الزوجين الشروط المقررة فى قانونه . أما موانع
المشتركة بين الزوجين مثل اختلاف الدين أو القرابة فيطبق عليها
تطبيقاً جامعاً بمعنى ألا يقوم بأحد الزوجين مانع قانونى فى أى من الق
وكذلك الشأن بالنسبة لموانع الزواج التى تقوم بأحد الزوجين مثل
أو الارتباط بزواج سابق .

وقد يتصور أن يكون ضابط الإرادة مركباً . كما لو اتفق الطر
تطبيق قانون بلد التنفيذ على علاقتهما التعاقدية ثم تبين أن العقد قد نفذ فى
فهل يطبق القاضى القانونين تطبيقاً جامعاً أو موزعاً . قد يتصور
بتطبيق قانون كل دولة على الشق من العقد الذى تم تنفيذه فى إق
ولكن هذا التصور يصطدم بالمسائل العقدية التى لا تقبل التجزئة
المتعلقة بتكوين العقد من حيث التراضى والمحل والسبب . وقد يقال
القانون الأكثر اتصالا بالعقد من حيث كونه مثلا قانون محل الإ
محل التنفيذ الأكثر أهمية أو غير ذلك ، ولكن ذلك يصطدم باعتبار هام
إسناد المتعاقدين لعلاقتهما للقانونين يشير إلى أنهما وضعاهما على قدم
من حيث الاتصال بالعقد . وقد يقال بتطبيق القانون الذى يؤدى إ
العقد دون ذلك الذى يؤدى إلى بطلانه ، وهو ما يصطدم بالغرض
لا يتعلق فيه النزاع بصحة العقد أو بطلانه وإنما بمدى التزامات
الطرفين وبالمسئولية العقدية عن عدم التنفيذ .

من قانون . فقد نصت المادة ١٢ مدنى على أن « يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . فإذا كان الزوجان من جنسية واحدة طبق القاضى هذا القانون ، وإذا كان أحد الزوجين ليبياً وقت الزواج طبق القاضى القانون الليبى . ولكن إذا كان الزوجان أجنبيان من جنسيتين مختلفتين فيجب على القاضى أن يطبق قانون كل من الزوجين على الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

أما كيف يطبق القاضى فى ذات الوقت قانونين مختلفين على مسألة قانونية واحدة ، فإن الفقه يوضح ذلك بأن الأصل هو التطبيق الموزع بأن يستوفى كل من الزوجين الشروط المقررة فى قانونه . أما موانع الزواج المشتركة بين الزوجين مثل اختلاف الدين أو القرابة فيطبق عليها القانونين تطبيقاً جامعاً بمعنى ألا يقوم بأحد الزوجين مانع قانونى فى أى من القانونين وكذلك الشأن بالنسبة لموانع الزواج التى تقوم بأحد الزوجين مثل المرض أو الارتباط بزواج سابق .

وقد يتصور أن يكون ضابط الإرادة مركباً . كما لو اتفق الطرفان ع تطبيق قانون بلد التنفيذ على علاقتهما التعاقدية ثم تبين أن العقد قد نفذ فى دو لتي فهل يطبق القاضى القانونين تطبيقاً جامعاً أو موزعاً . قد يتصور القو بتطبيق قانون كل دولة على الشق من العقد الذى تم تنفيذه فى إقليمها ولكن هذا التصور يصطدم بالمسائل العقدية التى لا تقبل التجزئة وخاص المتعلقة بتكوين العقد من حيث التراضى والمحل والسبب . وقد يقال بتفض القانون الأكثر اتصالا بالعقد من حيث كونه مثلا قانون محل الإبرام محل التنفيذ الأكثر أهمية أو غير ذلك ، ولكن ذلك يصطدم باعتبار هام هو إسناد المتعاقدين لعلاقتهما للقانونين يشير إلى أنهما وضعاهما على قدم المسا من حيث الاتصال بالعقد . وقد يقال بتطبيق القانون الذى يؤدى إلى العقد دون ذلك الذى يؤدى إلى بطلانه ، وهو ما يصطدم بالغرض الذ لا يتعلق فيه النزاع بصحة العقد أو بطلانه وإنما بمدى التزامات كل الطرفين وبالمسئولية العقدية عن عدم التنفيذ .

ونعتقد أن الأفضل فى هذه الحالة هو استبعاد ضابط الإرادة وإعمال الضوابط الاحتياطية الأخرى وهى ضابط الموطن المشترك ثم ضابط محل إبرام العقد ، ذلك أن المشرع يستعين بضابط الإرادة لفض تنازع القوانين وليس لخلق تنازع جديد بينها ، فإذا أخفق ضابط الإرادة عن أداء هذه المهمة فعليه أن يتخلى لغيره من الضوابط الاحتياطية .

هذا ونشير فى النهاية إلى أن الإسناد إلى دولة متعددة الشرائع لا يعد ضابطاً مركباً يؤدى إلى تطبيق أكثر من شريعة داخلية . فإذا كنا بصدد علاقة تعاقدية واختار الأطراف قانون دولة متعددة الشرائع مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، وبها مايقرب من الخمسين ولاية لكل منها شريعة خاصة فإن المادة ٢٦ مدنى تقضى بأن قواعد التنازع الداخلية فى هذه الدولة هى التى تحدد الشريعة الواجبة التطبيق . وبذلك قصد المشرع إلى إيضاح أنه يجب تطبيق شريعة واحدة من بين هذه الشرائع . فإذا كانت قواعد التنازع الداخلية فى هذه الدولة تؤدى إلى تطبيق أكثر من شريعة ، كأن تقضى بتطبيق قانون الولاية التى يتوطن فيها الشخص ، واختلف المتعاقدان فى الموطن الداخلى بأن توطن كل منهما فى ولاية معينة ، ففى هذه الحالة يجب تطبيق نفس الحل الذى يعمل به عند عدم وجود هذه القواعد الداخلية لفض التنازع ، وهو تطبيق الشريعة الغالبة أى الشريعة الأساسية بالنسبة للدولة كلها أو شريعة العاصمة ، وأساس ذلك أيضاً أن المشرع يعهد للإرادة بفض التنازع وليس بالتسبب فى تنازع جديد بين القوانين . ولكننا لا نهمل الإرادة فى هذه الحالة لصالح الضوابط الاحتياطية وهى الموطن المشترك ثم محل الإبرام ، فالإرادة أدت بعض الدور الذى يجب الاعتداد به وهو تعيين البلد الذى نحتكم إلى قانونه . ويسرى نفس الحل فى الفرض الذى تحيل فيه قواعد الإسناد الداخلية فى قانون البلد المتعدد الشرائع إلى قانون القاضى أو قانون آخر ، إذ كل من القانون المصرى والقانون الليبى يرفض الإحالة .

المبحث الثّانى

تحليل فكرة ضابط الإسناد

١٥ ــ عرفنا أن المشرع يستعين بفكرة قانونية معينة كالجنسية أو الموطن أو الإرادة ويستخدمها كضابط إسناد يحدد عن طريقه القانون واجب التطبيق على المسألة القانونية التى تتضمن عنصراً أجنبياً . وهذه الفكرة القانونية تستعار من القانون العام أو من القانون الخاص . وهى تشير إلى دلالة قانونية معينة فى إطار قانونها الأصلى الذى تنتمى إليه . فالجنسية فى القانون الدولى العام هى رابطة سياسية وقانونية بين شخص ودولة . والموطن فى القانون المدنى هو المكان الذى يقيم فيه الشخص بصفة معتادة . وموقع العقار هو المكان الذى يستقر فيه حيزه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف . والإرادة هى انعقاد العزم فى النفس على إحداث أثر قانونى . وهكذا نجد لكل فكرة معنى خاصاً يتفق والبيئة القانونية التى تعمل فيها أو الوظيفة التى تؤديها فى فرع القانون الذى تنتمى إليه .

ولكن هذه الفكرة القانونية عندما تستخدم فى القانون الدولى الخاص لاتستخدم بغرض تحقيق أهدافها الأصلية ، بل لتحقيق هدف فنى أو شكلى يختلف عن هدفها الموضوعى الأصلى . فالجنسية تهدف فى القانون الدولى العام إلى تحديد من هم الوطنيون فى الدولة ، بينما فى القانون الدولى الخاص تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للفرد والموطن مهمته فى القانون الخاص تعيين المقر القانونى للشخص والذى يمكن مخاطبته فيه ، بينما فى القانون الدولى الخاص يحدد الموطن القانون الواجب التطبيق فى الالتزامات التعاقدية وشكل التصرفات ، وهكذا .

فيلزم إذن تحديد المقصود من المعنى الخاص الذى تكتسبه الفكـ
القانونية المستخدمة كضابط إسناد تبعاً للدور الجديد الذى تلعبه فى إط
القانون الدولى الخاص . وهذا التحديد يتطلب منا أن نقوم بتحليل فكـ
ضابط الإسناد ذاتها كفكرة قانونية يعرفها القانون الدولى الخاص .

وهذا التحليل من شأنه أن يفسر لنا كيف يمكن تحديد نطاق نظر
الغش نحو القانون فى إطار تنازع القوانين ، إذ قد يتمكن بعض الأطراف
من تحويل ضابط الإسناد ليشير إلى قانون آخر غير القانون الذى يقصد
المشرع من صياغة قاعدة الإسناد .

فندرس إذن فى مطلبين مسألة تحليل ضابط الإسناد ، أى فكرة التجري
والواقعية فى ضابط الإسناد ؛ وفى المطلب الثانى نتعرض لأثر هذا التحلي
فى تحويل ضابط الإسناد .

المطلب الأول

التجريد والواقعية فى ضابط الإسناد

١٦ ــ قلنا إن مهمة ضابط الإسناد هى الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق فى منازعة أو مسألة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً ، وأن المشرع يتقيد عادة فى اختياره للقانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة بأكثرها مناسبة لحكم المسألة القانونية موضع النزاع . والقانون الأكثر مناسبة لحكم المسألة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً هو أوثق القوانين صلة بهذه المسألة عن غيره من القوانين المتصلة بها . فإذا كنا بصدد تحديد مدى أهلية شخص أجنبى ، فقد تتصل هذه المسألة القانونية بقانون جنسية الشخص أو بقانون موطنه أو بقانون محل إبرام التصرف القانونى أوبقانون القاضى . ونجد أن أهلية الشخص أوثق صلة بقانون جنسيته أكثر منها من أى قانون آخر . ولذلك يخضع المشرع أهلية الشخص لقانون جنسيته مراعاة منه لهذه الصلة بين المسألة القانونية المعروضة وبين قانون معين . فيستعين المشرع إذن بضابط الجنسية للإشارة إلى القانون الواجب التطبيق وهو قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص فعلا بجنسيته وقت إبرام التصرف الذى اقتضى البحث فى أهليته .

وبذلك يمكن القول ــ من وجهة نظرنا ــ بأن ضابط الإسناد يتحلل فى الواقع إلى عنصرين : عنصر قانونى هو نوع الرابطة بين المسألة القانونية ودولة ما والتى اعتد بها المشرع فى إسناد هذه المسألة إلى قانون هذه الدولة والعنصر الثانى عنصر واقعى هو الرابطة الفعلية بين المسألة القانونية ودو معينة . والعنصر الأول عنصر مجرد لا يتغير من حالة إلى أخرى . أ العنصر الثانى الواقعى فهو عنصر ذاتى يتحدد حسب كل حالة على حدة .

فالجنسية ضابط للإسناد ، والعنصر القانونى فيها هو رابطة الجنس
كعلاقة قانونية وسياسية بين فرد ودولة ما ، والعنصر الواقعى هو تم
الشخص بجنسية دولة معينة ، سواء كانت بريطانيا أو فرنسا أو ليبيا أو ما إ
ذلك . والموطن ضابط إسناد ، والعنصر القانونى فيه فكرة الموطن كرابط
بين شخص وإقليم دولة ما ، والعنصر الواقعى هو التوطن الفعلى فى دو
معينة مثل فرنسا أو إيطاليا أو غيرها . وإذا كان ضابط الإسناد هو الإرادة
فالعنصر القانونى هو وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأفراد تتجه نحو اختي
قانون معين يحكم التصرف القانونى ، والعنصر الواقعى هو محل هذه الإرادة
أى القانون المختار لدولة ما يتصل بها العقد فعلا ، مثل اختيار القانون الإنجليز
أو الفرنسى أو الهولندى أو ما إلى ذلك . وبالنسبة لضابط موقع المال
يتعلق بالعقار يكون العنصر القانونى هو فكرة الموقع أى ذلك الحيز م
المكان فى دولة ما الذى يستقر فيه العقار ويثبت بحيث لا يمكن نقله منه دو
تلف ، أما العنصر الواقعى فهو وجود هذا العقار فى إقليم دولة معينة ، سو
كانت ليبيا أو ألمانيا أو هولندا أو ما إلى ذلك . وإذا كان ضابط الإسناد م
محل إبرام التصرف القانونى فالعنصر القانونى لهذا الضابط هو المكان الذ
تلاقت فيه إرادتين متطابقتين ، والعنصر الواقعى هو وقوع هذا التلا
للإرادتين فى بلد معين . وإذا كان ضابط الإسناد هو محل وقوع الفع
الضار فالعنصر القانونى فى هذا الضابط هو وصف العمل بأنه غير مشرو
يرتب المسئولية التقصيرية ، والعنصر الواقعى هو اكتمال عناصر هذا الوص
أو تحقق هذا الوصف فى إقليم دولة معينة مثل وقوع الحادث فى فرنسا أو
ليبيا أو ما إلى ذلك .

ونلحظ من ذلك أنه إذا كانت مهمة قاعدة الإسناد هى إسناد حك
علاقة أو مسألة قانونية إلى قانون دولة معينة ، فإن ضابط الإسناد هى الكشف
عن الرابطة القانونية والواقعية بين هذه المسألة وبين ذلك القانون .

وتحليل ضابط الإسناد إلى عنصر قانونى وعنصر واقعى يؤدى إلى القو

بأن العنصر القانونى المجرد هو عنصر ثابت لا يملك الأفراد التحكم فيه أو تغييره ، بل الواقع أن المشرع هو الذى يتحكم فى تحديد هذا العنصر القانونى من واقع تحكمه فى تحديد ضابط الإسناد ذاته . وقد يملك القاضى أحياناً ابتداع ضابط إسناد قضائى كما رأينا . ولكن الأفراد لايملكون التدخل فى العنصر القانونى من ضابط الإسناد . وهذه النتيجة هى مسألة بديهية تترتب على أن الأنظمة القانونية لا يحددها الأفراد . فالتحديد القانونى لعلاقة الجنسية أو الموطن أو موقع العقار أو مكان وقوع الفعل الضار ، كلها مسائل قانونية يتكفل القانون وحده بتحديد مفهومها ، فلا دخل للأفراد فى تعيين المفهوم أو المدلول القانونى لفكرة قانونية . وحتى فى حالة ضوابط الإسناد القضائية فإن القاضى يستعين بأفكار قانونية محددة مثل محل النشر أو قانون علم السفينة أو ما إلى ذلك ، وهـذه كلها مسائل قانونية تكفل القانون منذ البداية بتحديد مدلولها ويقتصر دور القاضى على الاستعانة بها .

وإذا كان الأفراد لا يملكون تغيير العنصر القانونى فى ضابط الإسناد فهم لا يملكون أيضاً تغيير ضابط الإسناد ذاته ، فلا يملك الأفراد استبدال فكرة الجنسية بفكرة الموطن أو فكرة الإرادة بفكرة محل إبرام التصرف ، وهو ما يمتنع أيضاً على القاضى . فإذا ماحدد المشرع ضابط الإسناد بأنه الجنسية فلا مفر من النزول على حكمه والاعتداد بالجنسية وحدها بمعناها القانونى كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق .

وإذا كان الأفراد لا يملكون التحكم فى العنصر القانونى من ضابط الإسناد ، فإنهم يملكون على العكس من ذلك التحكم فى عنصر الواقع من بعض ضوابط الإسناد ، ذلك أن هناك بعضاً من ضوابط الإسناد يثبت فيها عنصر الواقع بحكم طبيعتها ؛ بينما هناك بعض آخر من ضوابط الإسناد يملك الأفراد فيها التحكم فى عنصر الواقع إما بسبب طبيعة هذه الضوابط وإما بتصريح من المشرع .

والضوابط التى تؤدى طبيعتها إلى حرمان الأفراد من التحكم فى عنص
الواقع فيها هى ضابط موقع العقار وضابط محل وقوع الفعل الض
ذلك أنه فى حالة ضابط الإسناد المتمثل فى قانون موقع العقار فإن العنص
الواقعى يتحدد بالدولة التى يقع فيها فعلا دون دخل لإرادة الأفراد فى ذلك
فهم لا يملكون نقل العقار من دولة إلى أخرى ، وبذلك فإن الرابطة الفع
بين العقاروالدولة التى يقع فى إقليمها تقوم بغير تدخل من إرادة الأفراد
وإذا كان ضابط الإسناد هو مكان وقوع الفعل الضار ، فإن العنصر الواقع
فيه يتمثل فى المكان الذى تكاملت فيه عناصر المسئولية التقصيرية . وح
لو كان الفعل غير المشروع عمدياً ، فلا يمكن القول بأن المسئول قد تح
فى عنصر الواقع بارتكابه الخطأ فى دولة دون أخرى حسب هواه ، ذل
أن الإرادة ليست هى المعول عليه فى قيام المسئولية التقصيرية ،
المعول عليه هو الفعل الضار فى ذاته ، فنحن بصدد واقعة قانونية ولسنا بصد
تصرف أو عمل قانونى .

أما الضوابط التى تسمح طبيعتها للأفراد بالتحكم فى عنصر الواقع ف
فهى ضابط الجنسية والموطن وموقع المنقول ومحل إبرام التصرف
القانونى . فرغم أن المشرع يهدف من الاستعانة بهذه الضوابط إلى إسن
العلاقة أو المسألة القانونية إلى قانون الدولة التى تتصل بها أكثر من غير
وليس إلى قانون آخر ، فإن طبيعة هذه الضوابط تمكن الأفراد فى بعض
الأحوال من توجيه ضابط الإسناد حتى يشير إلى قانون آخر غير الذى يهدف
إليه المشرع أصلا من صياغته لقاعدة الإسناد . ففى ضابط الجنسية يملك الفر
تغيير جنسيته إلى جنسية أخرى مما يترتب عليه تطبيق قانون الدولة الجدي
بدلا من قانون دولته الأصلية . وإذا كان ضابط الإسناد هو الموطن فيملك
الفرد التوطن فى دولة أخرى فيتوصل بذلك إلى اختصاص قانون الدو
الجديدة بدلا من قانون دولة موطنه الأصلى . وإذا كان ضابط الإسناد ه
موقع المنقول فيملك المتعاقدان نقل المنقول من دولة إلى أخرى توصلا إ
تطبيق قانون هذه الدولة على الحقوق العينية الواردة على هذا المنقول . وإ

كان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إبرام التصرف القانونى فيملك المتعاقدان إبرام العقد فى دولة دون الأخرى توصلا إلى خضوع هذا العقد من حيث الشكل أو الموضوع لقانون معين .

وأخيراً قد يملك الأفراد بتصريح من المشرع التحكم فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد ، وهذا هو شأن العلاقات التعاقدية التى تخضع لقانون الإرادة ، أى القانون الذى يختاره المتعاقدون ، ذلك أن ترجيح الصلة الأكثر توثقاً بين العقد وبين دولة معينة قد يكون متعذراً على المشرع بينما هو أمر ميسور بالنسبة للمتعاقدين ، إذ العقد يرتبط بجنسية الأطراف وموطنهم ومكان إبرامه ومكان تنفيذه ومكان التحكيم أو التقاضى بشأن المنازعات الناتجة عنه بل وبالقوانين التى استعار منها المتعاقدان بعض النظم أو الاصطلاحات القانونية .

على أن استطاعة الأفراد التحكم فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يؤدى إلى تفويت هدف قاعدة قانونية وهى قاعدة الإسناد . فالمشرع يهدف أصلا إلى إسناد المسألة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً إلى دولة معينة ترتبط بها هذه المسألة بصلة وثيقة وفعلية دون باقى الدول التى قد تتصل بهذه المسألة . فإذا كنا بصدد تحديد صحة عقد زواج من الناحية الموضوعية معقود بين زوجين فرنسيين ، فإن المشرع يهدف من إسناد حكم هذه العلاقة إلى قانون جنسية كل من الزوجين إلى تطبيق القانون الفرنسى على وجه التحديد والتخصيص . فهذه الزوجة ترتبط من الناحية الواقعية الفعلية بالقانون الفرنسى أكثر من غيره مثل قانون موطن الزوجين أو مكان إبرام عقد الزواج أو مكان رفع الدعوى ، فهدف قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١٢ مدنى إذن هو التوصل إلى تطبيق القانون الفرنسى على مثل هذه العلاقة الزوجية دون أى قانون آخر . فإذا سعى الزوجان إلى تغيير جنسيتهما بقصد الإفادة من أحكام قانون دولة أخرى يسمح بعقد مثل هذا الزواج الذى لا يجيزه القانون الفرنسى ، ففى ذلك تحول بالقاعدة القانونية أى قاعدة الإسناد عن هدفها الذى حدده المشرع .

لذلك فإن فقه القانون الدولى الخاص ابتدع نظرية الغش نحو القانو
لرد الأفراد عن كل تغيير فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يكون
شأنه تفويت الهدف الذى يسعى إليه المشرع من إسناد العلاقة القانونية
قانون معين .

وهذا الذى نقول به من تحلل ضابط الإسناد إلى عنصر قانونى وعنص
واقعى من شأنه أن يعطى نظرية الغش نحو القانون تحديداً أكثر وضوحاً ، ع
النحو الذى نعالجه فيما يلى بصدد تحول ضابط الإسناد نتيجة لتدخل الأفر
فى عنصر الواقع .

المطلب الثانى

تحول ضابط الإسناد

١٧ — المقصود بتحول ضابط الإسناد هو حدوث تغيير فى عنص
الواقع من هذا الضابط مما يؤدى إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذ
كان سيطبق لولا حدوث هذا التغيير .

وقد يحدث هذا التغيير فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد بغير تدخ
من إرادة الأطراف ؛ أو بإرادة من جانبهم لكن بهدف آخر غير التحايل
على قاعدة الإسناد . فقد يكتسب الشخص جنسية دولة أخرى دون دخل
لإرادته بالزواج المختلط أو بتغيير السيادة على الإقليم أو بالتبعية لرب الأسرة
وقد يتوطن الشخص فى دولة أخرى سعياً وراء الرزق أو التحاقاً بأسرت
أو بزوجه الآخر أو يبعد من إقليم الدولة . وقد تقتضى الظروف نقل المنقول
من بلد إلى آخر لصيانته أو لتصنيعه أو لغير ذلك من الأسباب .

فى هذه الحالات لا يؤدى تحول ضابط الإسناد إلى إهدار الهدف الذى سعى المشرع إلى تحقيقه من وراء صياغة قاعدة الإسناد . ذلك أن تغيير عنصر الواقع من ضابط الإسناد إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلا ، فإنه يؤدى فى ذات الوقت إلى اختصاص قانون جديد متصل بالعلاقة القانونية أكثر من غيره من القوانين بما فيها القانون السابق . ومعنى ذلك أن ضابط الإسناد فى مثل هذه الفروض يتحول عن قانون فقد صلته الوثيقة بالمسألة القانونية إلى قانون آخر أصبح أوثق صلة بها . فاكتساب الشخص لجنسية دولة أخرى بإرادته أو بغير إرادته ، دون أن يهدف إلى التحايل على قاعدة ما للإسناد، يؤدى إلى القول بأن قانون جنسيته الجديدة هو أوثق القوانين صلة بأهلية هذا الشخص بعد أن انتمى إلى الدولة الجديدة من الناحيتين السياسية والقانونية ، ولذلك كان بديهياً أن يعتد بقانون هذه الدولة الجديدة فى شأن أهلية هذا الشخص بصدد التصرفات التى يعقدها بعد تجنسه . فالمشرع لم يقصد من إخضاع أهلية الفرنسى للقانون الفرنسى تطبيق هذا القانون بالذات إلا لصلته بأهلية الشخص ، فإذا احتل قانون آخر هذه المكانة من الناحيتين القانونية والفعلية فإن هدف قاعدة الإسناد يتحقق بتطبيق أحكام هذا القانون الجديد دون قانون الجنسية السابقة .

على أنه يوم أن يعمل الأفراد على تغيير عنصر الواقع من ضابط الإسناد تغييراً من شأنه أن يؤدى إلى تطبيق قانون منقطع الصلة بالمسألة القانونية أو تربطه بها صلة صورية أو مصطنعة ، وإلى تطبيق قانون غير القانون الذى قدر المشرع من وجهة نظره وحده أنه أنسب القوانين ، فهنا تتدخل نظرية الغش نحو القانون لرد الأفراد إلى نطاق القاعدة القانونية وحماية الهدف الذى سعى إليه المشرع من وراء تقريرها .

وقد ابتدع القضاء نظرية الغش نحو القانون ، وأقرها الفقه ، لإبطال كل تلاعب من جانب الأفراد فى العنصر الواقعى من ضابط الإسناد يهدف إلى التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق ، والذى تحدد أصلا بحكم الصلة الفعلية بين المسألة القانونية وقانون دولة معينة .

وقد ظهرت نظرية الغش نحو القانون فى القضاء الفرنسى لأول
بمناسبة قضية شهيرة فى فقه القانون الدولى الخاص هى قضية الأميرة
بوفر مون. وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن سيدة بلجيكية الأصل تزوج
من الأمير الفرنسى دى بوفرمون فاكتسبت الجنسية الفرنسية بناء على ذلك
ولما أرادت الطلاق من زوجها وكان القانون الفرنسى وقتئذ لا يسمح بالطلا
فقد تجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التى يسمح قانونها بالطلا
واستطاعت بذلك أن تحصل على الطلاق من زوجها الفرنسى ، ثم عاد
إلى فرنسا حيث تزوجت من الأمير الرومانى بلبيسكو . وحدث بعد ذ
أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الطلاق الذى تم بناء ع
اكتسابها لجنسية جديدة عن طريق الغش نحو القانون ، وبالتالى يظل الزو
قائماً ويبطل الزواج الثانى . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزو
الأول واستندت فى قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون ، إذ تغيير الجنس
فى هذه الحالة قد قصد به أساساً التحايل على أحكام القانون الفرنسى ال
تحظر الطلاق . وانتهت المحكمة إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثانى مع بق
الزوجية الأولى قائمة .

وقد أثار هذا المبدأ نقاشاً كبيراً فى الفقه ، إلى أن استقر كمبدأ من مبادئ
القانون الدولى الخاص التى يطبقها القاضى رغم عدم النص عليها فى التشريع
وهذا هو شأن كل من القانون المصرى والقانون الليبى .

وقد حاول بعض الفقه التشكيك فى مشروعية الدفع بالغش نحو القانو
كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الذى توصل إليه الأطراف بتحايلهم ع
عنصر الواقع من ضابط الإسناد . وسند هذا الرأى أن تغيير الجنسية أو الموط
أو موقع المنقول لا يعدو أن يكون استعمالا مشروعاً لحق أو رخصة ،
يتنافر مع فكرة الغش . ومن ناحية أخرى فإنه يتعذر على القاضى من الناح
العملية إثبات نية الغش عند تغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول
فقد تكون الدوافع الظاهرة وراء ذلك هى الدوافع الحقيقية .

إلا أن هذا الاعتراض لم يكتب له النجاح ، ذلك أنه وإن كانت الوسيلة مشروعة فى مثل هذه الأحوال ، فإن الغاية التى قصد الأطراف التوصل إليها غير مشروعة فى ذاتها . فالغش يتمثل فى أن استبعاد القانون الواجب التطبيق لم يكن نتيجة لتغيير الجنسية مثلا ، ولكنه كان الهدف من وراء تغيير عنصر الواقع فى ضابط الإسناد ، أما الآثار الأخرى لتغيير الجنسية فهى آثار عرضية. ومن ناحية أخرى فإن تصدى القاضى لنية الغش لا يعدو أن يكون تطبيقاً من التطبيقات المتنوعة لفكرة البواعث فى إطار نظريات القانون ، كما هو الشأن فى المسئولية العقدية وفى نظرية التعسف فى استعمال الحق .

وقد استقر الفقه اليوم على أن التغيير الإرادى من جانب الأفراد فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يعد غشاً نحو القانون إذا لم يقصد من هذا التغيير إلا التوصل إلى تطبيق قانون آخر غير القانون الذى كان يجب تطبيقه أصلا لولا هذا التحايل . ويترتب على إعمال الدفع بالغش نحو القانون عدم الاعتداد بهذا التغيير الإرادى لعنصر الواقع من ضابط الإسناد وتطبيق القانون المختص بداءة وكأنما لم يحدث تحول لضابط الإسناد .

وفى سبيل تأكيد فكرة الدفع بالغش نحو القانون سعى الفقه إلى تأسيس هذا الدفع بإلحاقه بإحدى النظريات المستقرة حتى يعطيه قبولا قانونياً وعملياً .

فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن أساس الدفع بالغش نحو القانون هو نظرية التعسف فى استعمال الحق . ذلك أنه وإن كان تغيير الجنسية أو الموطن هو محض استعمال لحق أو رخصة فإن ذلك لم يتم إلا لهدف غير مشروع هو التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق . وقد انتقد هذا الرأى ، بأن مجال نظرية التعسف فى استعمال الحق قاصر على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص والحريات العامة مثل الجنسية والموطن . هذا بالإضافة إلى أن نظرية التعسف فى استعمال الحق تشترط نية الإضرار بالغير فى حين أن إعمال الدفع بالغش نحو القانون لا يشترط هذه النية ، كما لو تلاقت مصلحة الزوجين على التهرب من أحكام قانونهما الشخصى للتوصل

إلى الطلاق الذى يحظره ذلك القانون . وأخيراً فإن نظرية التعسف فى استعمال الحق ، باعتبارها تطبيقاً من تطبيقات المسئولية التقصيرية تنتهى إلى الحكم بالتعويض ، فى حين أن الدفع بالغش نحو القانون يهدف أساساً إلى استبعاد القانون الذى توصل إليه الخصوم تهرباً من أحكام القانون الأصلى الواجب التطبيق .

وذهب جانب آخر من الفقه الفرنسى إلى أن الدفع بالغش نحو القانون ماهو إلا تطبيق محض للدفع بالنظام العام . فى نظر هذا الفقه لا يقوم الدفع بالغش إلا عند التهرب من أحكام قانون القاضى — إذ القانون الأجنبى يعد فى نظرهم واقعة وليس قانوناً — وبالتالى فهذا الغش ينطوى على مخالفة للأحكام الآمرة أو الأحكام الموضوعية فى قانون القاضى ، وهى قواعد متعلقة بالنظام العام . وقد انتقد هذا الرأى بدوره . فقد استقر الرأى على إعمال الدفع بالغش نحو القانون سواء كان التهرب من قانون القاضى أو من قانون أجنبى . ومن ناحية أخرى فإن الدفع بالنظام العام يترتب عليه إحلال قانون القاضى محل القانون الواجب التطبيق والمخالف للنظام العام الوطنى ، فى حين أنه فى الغش نحو القانون نفوت على الأطراف غرضهم غير المشروع فنطبق القانون الأصلى واجب التطبيق ، سواء كان قانون القاضى أو قانوناً أجنبياً . وأخيراً فإن الدفع بالنظام العام يترتب عليه استبعاد القانون الواجب التطبيق ، فى حين أن الدفع بالغش نحو القانون يترتب عليه تأكيد تطبيق هذا القانون .

ويذهب الرأى الراجح إلى أن أساس نظرية الدفع بالغش نحو القانون هو المبدأ العام الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر . وهذا المبدأ هو مبدأ مستقر فى ضمير كل جماعة . فهو يهدف إلى تفويت فرصة التطاول على القانون باسم القانون ، وهو الطريق السوى لكفالة القوة الملزمة للقاعدة القانونية . وهو بهذه المثابة يعد من المبادىء العامة التى تعلو فوق النصوص ، ولذلك يجب مطاردة الغش فى أى صورة كان .

التحول غير المشروع لضابط الإسناد :

١٨ ــ قلنا إن التحول فى ضابط الإسناد ينتج عن تغيير عنصر الواقع . وهذا التغيير قد يكون بغير تدخل من إرادة الأفراد ، وقد يكون بإرادتهم . وفى الحالة الأخيرة قد يكون التغيير لا لغرض إلا التحايل على قواعد الإسناد الوطنية ، وعندئذ يجرى الدفع بالغش نحو القانون لقمع هذا التحايل.

ويجرى الفقه على القول بأنه يلزم للدفع بالغش نحو القانون أن يكون هناك تغيير إرادى فى ضابط الإسناد مع توافر نية التحايل . أما التحليل الذى انتهينا إليه من وجود عنصر واقعى وعنصر قانونى فى ضابط الإسناد فمن شأنه أن يجعل هذه الشروط أكثر تحديداً وأكثر دقة وخاصة من حيث مايترتب عليها من التضييق من نطاق إعمال نظرية الغش نحو القانون .

فالشروط اللازم توافرها للقول بأننا بصدد تحول غير مشروع فى ضابط الإسناد هى التغيير الإرادى فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد ، والشرط الثانى هو نية التحايل أو الغش .

الشرط الأول ــ التغيير الإرادى فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد :

١٩ ــ لما كان القانون الواجب التطبيق يتحدد فى مجال تنازع القوانين عن طريق ضابط الإسناد ، فإن محاولة الإفلات من أحكام هذا القانون تنصب دائماً على التلاعب فى هذا الضابط بالتغيير فيه تغييراً من شأنه الانحراف به لينشير إلى قانون آخر غير القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية .

وإذا أراد الأفراد الإفلات من الخضوع للقانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية فلا يتصور أن يغيروا ضابط الإسناد ذاته . فقد درج الفقه على القول بأن الشرط الأول من شروط الدفع بالغش نحو القانون هو التغيير الإرادى فى ضابط الإسناد . ولكن الواقع أن ضابط الإسناد فى

ذاته غير قابل للتغيير أو الاستبدال من جانب الأفراد . فإذا كان ضا
الإسناد هو الجنسية فالقول بإمكان تغيير الأفراد لهذا الضابط يعنى أ
يستطيعون استبداله بضابط الموطن مثلا ، أو استبدال ضابط موقع المنقو
بضابط الإرادة أو استبدال ضابط مكان وقوع الفعل الضار بضابط الجنسي

وعدم استطاعة الأفراد إجراء هذا التغيير لضابط الإسناد تنشأ ع
طبيعة قاعدة الإسناد التى تتضمن أمراً من المشرع الوطنى بتطبيق قانو
معين على مسألة قانونية معينة . فلا يستطيع الأفراد الادعاء بغير ذلك وإلا ما ك
ذلك تغييراً لقاعدة قانونية ، وهو ما لا يتصور من جانب المكلفين به
القاعدة .

وإذا كان الأفراد لا يستطيعون تغيير ضابط الإسناد ، فإنهم لا يملكو
أيضاً كما سبق القول تغيير العنصر القانونى من ضابط الإسناد ، فهذا العنص
يتمثل فى فكرة قانونية يتكفل القانون بتحديد مدلولها . فلا يتصور أ
بنحرف الأفراد بفكرة الجنسية من رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودو
إلى القول بأنها رابطة بين فرد وأمة لم تتوافر لها صفة الدولة بعد . فإذا كا
القانون واجب التطبيق هو قانون الجنسية فلا يجوز للفرد الذى ينتمى إ
دولة أجنبية المطالبة بتطبيق قانون دولة عربية لا يتمتع بجنسيتها بزعم أنه ينتمى
بأصله إلى الأمة العربية . ففكرة الجنسية تكفل القانون بتحديدها بأنها رابط
بين فرد ودولة وليس بين فرد وأمة . وهكذا الشأن بالنسبة لباقى ضوابط
الإسناد .

أما ما يستطيع الأفراد تغييره من ضابط الإسناد فهو العنصر الواقعى
كما سبق البيان . على أن ذلك لا يكون بداهة إلا فى ضوابط الإسناد التى
يكون لإرادة الأطراف دور معين فى تحديد عنصر الواقع فيها . ولذلك
يتصور أن يغير الأفراد من عنصر الواقع من ضابط الجنسية أو الموطن
أو موقع المنقول أو محل إبرام التصرف القانونى .

أما ضوابط الإسناد التى لا يكون لإرادة الأطراف دور فى تحديد عنصر الواقع فيها فتخرج عن إطار نظرية الدفع بالغش نحو القانون . ولذلك لا يتصور الغش بصدد قاعدة الإسناد التى تخضع المسائل العقارية لقانون موقع العقار ، لأن عنصر الواقع هنا وهو الموقع الفعلى للعقار غير قابل للتغيير من جانب الأفراد .

على أن مجرد قابلية عنصر الواقع من ضابط الإسناد للتغيير من جانب الأفراد ، لا يعنى أن كل تغيير فى هذا الصدد يعتبر غشاً نحو القانون ، بل قد يكون هذا التغيير مصرحاً به من جانب المشرع . وهذا هو الشأن عندما يكون ضابط الإسناد هو إرادة الأطراف وهو ما يأخذ به المشرع بصدد الالتزامات التعاقدية . فيجوز للأفراد الاتفاق على خضوع العلاقة التعاقدية بينهم لقانون دولة معينة وهذا تغيير فى العنصر الواقعى ولكنه تغيير مصرح به من جانب المشرع . ولذلك يخرج ضابط الارادة من نطاق نظرية الدفع بالغش على خلاف مايذهب إليه الكثير من الفقه فى مصر . وحتى فى الفرض الذى تنقطع فية الصلة تماماً بين العقد وبين القانون المختار ، فإن عدم اعتداد القاضى بهذا الاختيار لا يرجع إلى الغش نحو القانون ، بل إلى تفسير قاعدة الإسناد بأنها تعطى الأفراد حرية الاختيار من بين القوانين التى يتصل بها للعقد ، أى تعطيهم حرية مقيدة . ولذلك فإن القانون الواجب التطبيق يتحدد دائماً على أساس رابطة فعلية بين العقد وبين دولة معينة ، فيكون قانونها هو أنسب القوانين لحكم هذه العلاقة التعاقدية .

وإذا كان عنصر الواقع فى ضابط الإسناد قابلا للتغيير فيجب أن يكون هذا التغير راجعاً إلى إرادة الأطراف . ويترتب على ذلك أن التغيير غير الإرادى فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد يخرج من إطار الدفع بالغش نحو القانون . فإذا اكتسب الابن جنسية الأب بالتبعية أو الزوجة جنسيةزوجها بالزواج المختلط ، أو توطن الشخص فى دولة أخرى بسبب إبعاده من الدولة التى كان يتوطن فيها ، أو تم نقل المنقول من بلد إلى آخر بناء على

أوامر حكومية أو لتفادى هلاكه ، أو تم إبرام التصرف فى بلد معين
على حكم الظروف المحيطة والمعاصرة للتعاقد ، ففى كل هذه الأ
لانكون بصدد غش القانون ولو ترتب على ذلك تغير القانون الو
التطبيق ، إذا تنتفى شبهة محاولة الإفلات من قانون معين .

ومن ناحية أخرى يترتب على اشتراط أن يكون التغيير فى عنصر ا
من ضابط الإسناد إرادياً ، أنه لا مجال لإعمال الدفع بالغش نحو الق
عندما يكون ضابط الإسناد هو محل وقوع الفعل الضار ، ذلك لأنه
كان عنصر الواقع هنا قابلا للتغير ، فإنه لا يتغير تغيراً إرادياً . فالا
الناشىء عن الفعل الضار يترتب على مجرد وقوع العمل غير المشروع
كان ذلك ناشئاً عن إرادة أو عن سهو أو إهمال . فإذا كانت هناك
فليست هى محل الاعتبار ، فنحن بصدد واقعة قانونية ترتب الالتزام
استقلالا عن أى إرادة ، ولسنا بصدد تصرف قانونى جوهره الإر
وعلى ذلك لا نكون بصدد غش نحو القانون إذا تعمد الشخص ارت
العمل غير المشروع فى إقليم دولة تعتبره مشروعاً بقصد الإفلات من التعو
الذى كان سيلتزم به لو ارتكبه فى دولة أخرى تعتبره غير مشر
فلا يقبل القول بأنه كان يجب على الشخص أن يرتكب هذا العمل فى
دون الأخرى ، لأنه ما كان يجب عليه ارتكابه أصلا . مثال ذلك أن
الخطبة قد يؤدى إلى التعويض إذا ما حدث فى فرنسا ولا يؤدى إلى
إذا ماحدث فى ليبيا . ومع ذلك لا نكون بصدد غش نحو القانون الفر
إذا ما عرض الموضوع على القضاء الفرنسى ، فلا يقول القاضى الفر
إنه كان يجب على الشخص فسخ خطبته فى فرنسا ليلزم بالتعويض .

بقى أن نشير إلى أن مقتضى الشرط الأول من شروط الدفع با
نحو القانون هو أن نكون بصدد تغيير فى عنصر الواقع من ضابط الإ
وليس فى أى عنصر خارج عن ضابط الإسناد . فإذا انصب التغيير
واقعة ليست بذاتها ضابطاً للإسناد أو عنصراً من عناصره فلا نكون بص

غش نحو القانون ولو ترتب على ذلك تغيير القانون الواجب التطبيق عن طريق التحايل . وأظهر مثال على ذلك هو تغيير الديانة . ذلك أن الديانة ليست ضابطاً للإسناد فى القانون الليبى . ومع ذلك قد يغير الشخص من ديانته بغرض التغيير من القانون الواجب التطبيق من خلال فكرة النظام العام الوطنى . مثال ذلك أن تغير أجنبية ديانتها إلى الإسلام ، مما يؤدى إلى تطبيق القاضى الليبى للقانون الليبى بدلا من القانون الشخصى لهذه الأجنبية أو لزوجها أو ورثتها لمخالفته للنظام العام فى ليبيا بصدد مسائل الميراث والزواج المتعلقة بالمسلمين ، وترتب على ذلك حرمان المورثة غير المسلمة لهذه الأجنبية من الميراث ، أو انحلال زواج هذه الأجنبية بمسلمة من زوجها غير المسلم . فرغم أن القانون الواجب التطبيق قد تغير هنا إلى قانون القاضى بعمل إرادى مشوب بالغش من جانب الشخص ، إلا أن هذا التغيير لم ينصب على ضابط للإسناد أو العنصر الواقعى فيه بل عن طريق الإفادةمن فكرة النظام العام الوطنى .

كذلك إذا نتج تغيير القانون الواجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى قضاء دولة معينة بدلا من قضاء دولة أخرى للإفادة من حكم قواعد الإسناد التى يطبقها القاضى ، فإننا لا نكون بصدى غش نحو القانون ، إذ لم يقع التغيير فى العنصر الواقعى من ضابط الإسناد . فإذا رفع النزاع إلى محكمة دولة معينة للإفادة من التكييف المستقر فى قانون القاضى لمسألة قانونية معينة مما يترتب عليه تغيير القانون الذى يطبق على الواقعة عن القانون الذى كان سيطبق عليها فيما لو عرض هذا النزاع على محكمة دولة أخرى ، فإننا نكون بصدد تغيير فى الاختصاص القضائى ولسنا بصدد تغيير فى ضابط الإسناد ، مما يخرج عن فكرة الغش نحو القانون . وعلى ذلك إذا عقد يونانيان زواجهما فى ليبيا دون اتباع الطقوس الدينية المشروطة فى القانون اليونانى ، فإن مطالبة الزوجة أمام القضاء الليبى ببطلان الزواج مصيرها الرفض لأن القاضى الليبى سيكيف هذه الطقوس الدينية بأنها مسألة شكل وبالتالى يعتبر الزواج صحيحاً فى نظر القانون الليبى الذى لا يشترط هذه الطقوس فى شكل الزواج . فإذا

لجأت الزوجة إلى المحاكم اليونانية فإنها ستكيف هذه الطقوس بأنها من الشروط الموضوعية للزواج فيسرى عليها القانون اليونانى وهو قانون جنسية الزوجين دون قانون محل الإبرام لأن المسألة ليست مسألة شكل فى القانون اليونانى وبالتالى يقضى للزوجة ببطلان عقد الزواج . ففى هذه الحالة لا يجوز الدفع بالغش نحو القانون أمام المحاكم اليونانية لأن تغيير القانون الواجب التطبيق من القانون اليونانى إلى القانون الليبى لم يكن نتيجة التغير من عنصر واقعى من ضابط الإسناد ، بل نتيجة لعرض الأمر على محكمة أخرى . ومن ناحية أخرى فإن الانتقال من القانون الواجب التطبيق إلى قانون آخر يجب أن يكون من وجهة نظر قاعدة الإسناد فى قانون القاضى . ولم يكن القانون الليبى واجب التطبيق فى قاعدة الإسناد اليونانية لأن تكييف المسألة هناك جعل القانون الواجب التطبيق أصلا هو القانون اليونانى . وإضافة إلى ذلك فإن التحايل على الاختصاص القضائى يكون جزاؤه الحكم بعدم الاختصاص وليس استبعاد القانون الذى توصل إليه الخصوم أو أحدهم عن طريق التحايل على الاختصاص القضائى . وهذا الحكم بعدم الاختصاص يجد أساسه فى عدم الإثقال على القضاء الوطنى بمنازعات لا صلة لها بدولة القاضى .

ويلاحظ فى النهاية أنه إذا ما تعددت ضوابط الإسناد فى قاعدة الإسناد الوطنية ، فتلاقى الأطراف بعض هذه الضوابط إلى ضابط منها يؤدى إلى تطبيق قانون فى مصلحتهم ، فلا يكون ذلك غشاً منهم نحو القانون ، إذ القانون الذى توصل إليه الأطراف هو قانون واجب التطبيق بدوره . وعلى ذلك إذا كان شكل التصرف يخضع فى كل من القانون المصرى والليبى لقانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام أو القانون الذى يسرى على موضوع التصرف ، وأبرم الأطراف تصرفهم فى ليبيا لا لغرض إلا للإفلات من التعقيدات والقيود الواردة فى قانون جنسيتهم أو موطنهم فلا يكون فى ذلك غش نحو القانون لأن القانون الليبى واجب التطبيق بدوره باعتباره قانون محل الإبرام . وإذا اختار الأطراف

فإن نقل المنقول هو فى ذاته عمل مشروع تترتب عليه آثار قانونية . فإذا هلك المنقول بفعل غير مشروع فى موقعه الجديد سرى عليه قانون الموقع الجديد وليس قانون الموقع الأصلى .

ويراعى أن الدفع بالغش نحو القانون يمكن إبداؤه من جميع أطراف الخصومة حتى من كان منهم ضالعاً فى الغش ، أو ممن صدر منه الغش ، ولو كان فى ذلك فائدة لمن يدفع بالغش وكان مشتركاً فيه . وأساس ذلك أن الهدف الأول من تقرير الدفع بالغش نحو القانون هو منع أى تحايل على قاعدة الإسناد ، إذ الغش يفسد كل شىء وبالتالى لا تسرى هنا قاعدة عدم جواز تأسيس الآثم لدعواه على إثمه .

وأخيراً فإن القاضى يجوز له أن يقضى من تلقاء نفسه بإعمال الدفع بالغش نحو القانون ولو لم يدفع أحد الخصوم بهذا الدفع . وأساس ذلك أن القاضى يلتزم بإجراء التطبيق السليم لقاعدة الإسناد الوطنية من تلقاء نفسه . فضلا عن أن اشتراط الدفع بالغش من جانب أحد الخصوم يؤدى إلى إفلات الخصوم بغشهم فى حالة التواطؤ أو تلاقى مصلحتهم على التحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق .

المبحث الثالث

تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد

٢٢ – من شأن ذلك الذى انتهينا إليه من أن ضابط الإسناد يتحلل إلى عنصر قانونى وعنصر واقعى – فضلا عن التحديد الذى يقدمه لنظرية الغش نحو القانون – أن يقدم أيضاً حلا لبعض المشاكل التى تثور حول تحديد المدلول القانونى لضابط الإسناد .

ولعل أهم المشاكل التى تثور فى هذا الصدد هى تحديد القانون الذى نرجع إليه فى تحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد ، هل هو قانون القاضى أم القانون الأجنبى المختص .

والمشكلة الثانية فى هذا الصدد هى مدى حق المحكمة العليا فى الرقابة على قضاة الموضوع فى إعمالهم لضابط الإسناد .

المطلب الأول

تحديد العنصر القانونى من ضابط الإسناد

٢٣ – سواء كان القاضى بصدد ضابط إسناد تشريعى أو قضائى ، فإن عليه أن يحدد المدلول القانونى لهذا الضابط لينزل حكمه على المسألة القانونية المطروحة أمامه . فإذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية أو الموطن مثلا فعلى القاضى أن يحدد ماهو المقصود من الجنسية كفكرة قانونية ثم يطبق هذا التحديد الذى انتهى إليه على العلاقة التى تربط أحد الأطراف

وتذهب آراء أخرى متفرقة فى الفقه الفرنسى والمصرى إلى الرجوع
قانون القاضى أو القانون المختص حسب نوع ضابط الإسناد محل البحث
فبعض ضوابط الإسناد مثل الموطن والإرادة يقصد بها مدلولها المعر
فى قانون القاضى وبعضها الآخر مثل الجنسية لا يتصور أن يركن فيه
لتعريف القانون الواجب التطبيق .

ونعتقد من جانبنا أن القاعدة العامة الواجب اتباعها فى هذا الشأن
الاحتكام إلى القانون الواجب التطبيق لتحديد مدلول العنصر القانونى
ضابط الإسناد .

وأساس ذلك أن المشرع الوطنى لم يلجأ إلى ضابط الإسناد إلا
يعبر عن رابطة حقيقية بين المسألة القانونية وبين دولة معينة ، فو
الرجوع إلى قانون هذه الدولة تستلهمه ما إذا كانت هذه المسألة تتصل
حقاً بهذا المعيار الذى أخذنا به وهو ضابط الإسناد .

مثال ذلك أنه إذا أخذ المشرع الوطنى بضابط الجنسية لإسناد أ
الشخص إلى قانون الدولة التى ينتمى إليها بجنسيته ، فإنه يكون قد قدر
وجهة نظر السياسة التشريعية الوطنية أن قانون الدولة التى ينتمى إليها الشخ
فعلا هو الذى يطبق على أهليته . فيكون أمام القاضى الوطنى مهمة تح
المعنى القانونى لانتماء الشخص بجنسيته إلى دولة ما ، ثم معرفة أى الدول
التى يتمتع الشخص بجنسيتها بناء على هذا المدلول القانونى . فيجب على القا
للوصول إلى ذلك أن يرجع إلى قانون الدولة التى يدعى الشخص أنه ين
إليها لمعرفة المدلول القانونى لفكرة الجنسية فيها ، ثم يطبق هذا المدلول
حالة الشخص للقول بأنه يتمتع بجنسية هذه الدولة أم لا يتمتع بها . فإذا
قانون هذه الدولة يقيم الجنسية على رابطة سياسية أو قانونية أو بهما مع
وجب على القاضى الاعتداد بهذا المفهوم : فلا يعتبر الشخص متمتعاً بجن
هذه الدولة إلا باستيفائه أركان الجنسية فى قانونها . والقول بغير ذلك يؤ
إلى نسبة الشخص إلى دولة معينة هو لا ينتمى إليها من وجهة نظر قانو

الوطنى المتعلق بالجنسية . وعلى ذلك لا يمكن القول بأن أفكار قانون الجنس
الليبى تصلح لأن تحدد معنى رابطة الجنسية فى كل دول العالم . فإذا كا
هذا القانون يقيم رابطة الجنسية على الانتماء لأصل الشعب مع الاستدلال ع
ذلك بعناصر متعددة مثل الانتماء إلى الأمة العربية والميلاد فى الإقليم أو لأ
وطنى أو بالميلاد المضاف ، فلا يقبل القول أن من ينتمى إلى الأمة الألما
يصبح ألمانيا لمجرد مولده فى ألمانيا إذا كان قانون الجنسية الألمانى لا يقض
بذلك . فالجنسية رابطة بين دولة وفرد ، فيجب استشارة قانون هذه الدو
فى المعنى القانونى لهذه الرابطة لتحديد جنسية الشخص الذى يجرى البحث
حول أهليته أو أحواله الشخصية .

وليس فى الرجوع إلى القانون المختص لتحديد مدلول العنصر القانونى
من ضابط الإسناد أى مصادرة على المطلوب أو حلقة مفرغة كما يقال
فالقاضى إذ يستشير القانون المختص الذى لا يتحدد حقاً إلا بالرجوع إ
ضابط الإسناد فهو لا يبدأ من فراغ . فإذا ادعى الشخص أنه انجليزى
الجنسية لجأ القاضى فى تحديده لفكرة الجنسية إلى القانون الإنجليزى ،
ينزل هذا التحديد على حالة هذا الشخص ليعرف ما إذا كان انجليزياً ، فإ
كان حقاً إنجليزياً طبق القاضى القانون الإنجليزى على أهليته .

وقد يتساءل خصوم هذا الرأى وما الذى دعا القاضى إلى الرجوع إ
القانون الإنجليزى وكيف انعقد الاختصاص لهذا القانون دون غيره . رداً عل
ذلك نقول إن اختصاص قانون معين بحكم مسألة قانونية ذات عنصر أجنبى
لا يستمد من ضابط الإسناد ولكن من قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها ، وماضابط
الإسناد إلا وسيلة فنية تشير إلى هذا القانون . فاختصاص قانون الجنسية بحك
أهلية الشخص مصدره قاعدة الإسناد الواردة فى المادة ١١ مدنى التى تقضى
بخضوع الأهلية لقانون الدولة التى ينتمى إليها الشخص بجنسيته . ولذلك نجد
أن التكييف فيما يتعلق بالفكرة المسندة ذاتها يخضع لقانون القاضى وفقاً للمادة
١٠ مدنى ، وذلك لتلافى أى وقوع فى حلقة مفرغة ، لأن هذا التكييف هو

الذى يترتب عليه تحديد القانون الواجب التطبيق حسب ما إذا أدخلنا المسألة المعروضة فى فكرة مسندة أو غيرها . فإذا عهدنا بهذا التكييف إلى القانون المختص وقعنا فعلا فى حلقة مفرغة لأن القانون المختص لا يتحدد إلا بعد إجراء التكييف ، فكيف يتم التكييف وفقاً لقانون لم يتحدد بعد . أما بصدد ضابط الإسناد فالأمر يختلف ، إذ بعد إجراء القاضى لتكييف المسألة المعروضة وفقاً لقانونه الوطنى فإنه يدخلها فى نطاق قاعدة معينة من قواعد الإسناد الوطنية وبالتالى يتحدد القانون المختص ، وعندئذ ترجع إلى هذا القانون الذى أصبح مختصاً لتحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد.

وما قلناه بصدد ضابط الجنسية ينطبق بشأن ضوابط الإسناد الأخرى. فإذا كان ضابط الإسناد هو الموطن فذلك يعنى ضرورة قيام رابطة بين فرد وبين إقليم دولة ما ، وعندئذ لا يأخذ القاضى الليبى بفكرة الموطن كما هى معروفة فى مواد القانون المدنى ، ففكرة الموطن فى القانون الداخلى قصد منها تلبية احتياجات القانون الداخلى من حيث تحديد مقر قانونى للشخص فى مكان معين من إقليم الدولة يمكن مخاطبته فيه قانوناً . ولكن يجب على القاضى أن يلجأ إلى قانون الدولة التى يدعى الشخص أن له موطناً فيها ، ووفقاً لفكرة الموطن فى هذا القانون يقرر القاضى ما إذا كان الشخص متوطناً أو غير متوطن بهذه الدولة .

أما الرجوع إلى فكرة الموطن فى القانون الليبى لمعرفة ما إذا كان الشخص متوطناً فى انجلترا مثلا فإنه قد يؤدى إلى عدم اعتبار الشخص متوطناً بها رغم أن القانون يعترف له هناك بالتوطن القانونى . فالقانون الإنجليزى يأخذ بالتصوير الحكمى لفكرة الموطن أى يقيم الموطن على تصوير حكمى أوصناعى ، فيفترض لكل شخص موطناً ولو لم يكن يقيم فيه بالفعل ولا يسمح بانعدام الموطن أو تعدد الموطن . فمكان ميلاد الشخص مثلا يعد موطنه طوال حياته مالم يغيره بوسيلة قانونية ولو لم يقم فى هذا المكان أو قام فعلا فى مكان آخر أو عدة أمكنة أخرى . أما القانون الليبى فيأخذ بالتصوير الواقعى لفكرة

الموطن فيقيم الموطن على أساس الإقامة الفعلية المستقرة فى مكان معين . فيقوم الموطن فى القانون الليبى بتوافر عنصر مادى هو الإقامة الفعلية فى مكان معين ، والعنصر المعنوى هو نية الاستقرار فى هذا المكان والعودة إليه فى حالة مغادرته بصفة مؤقتة . وعلى ذلك فإن الأخذ بفكرة الموطن فى القانون الليبى لتحديد مدى توطن شخص فى انجلترا قد يترتب عليه اعتباره متوطناً فى دولة لا تعتبره كذلك . أو على العكس ، قد يترتب على ذلك اعتباره غير متوطن فى دولة يعتبره قانونها متوطناً فيها . بل إنه فى هذا الفرض مايؤكد أن الأخذ بالرأى القائل بالرجوع إلى قانون القاضى لتحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد ما يؤدى إلى إهدار حقوق الفرد وتغير فكرة الموطن لذات الفرد وعن ذات الوقائع من قانون إلى قانون . فإذا عرضت دعوى هذا الفرد أمام القضاء الأمريكى الذى يأخذ بالتصوير الإنجليزى للموطن لاعتبره متوطناً فى انجلترا وأخضعه لقانونها فى المسائل الخاضعة لقانون الموطن (وهى الأحوال الشخصية هناك) ، وإذا عرض هذا النزاع على القاضى الليبى أو المصرى اعتبره غير متوطن فى انجلترا ، بل قد يعتبره غير متوطن فى أى مكان ، أى عديم الموطن ، أو قد يعتبره متعدد الموطن ، وهو مالا يسمح به القانون الإنجليزى .

وكذلك الأمر إذا كان ضابط الإسناد هو الإرادة وهو الشأن فى الالتزامات التعاقدية ، فإن تحديد ما إذا كانت إرادة الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق إرادة صحيحة وتقوم على التلاقى والتطابق ، كل ذلك مرجعه إلى القانون المختص أو القانون المختار حتى ولو كان هذا القانون يقضى ببطلان هذه الإرادة فى الاختيار ، ويلاحظ فى هذا الشأن أن فكرة الحلقة المفرغة لا تثور هنا أيضاً لأن القانون المختص لا يستمد سلطانه من إرادة الأفراد فى اختياره ولكن من قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها التى عهدت إلى الإرادة بالاختيار . فالاختصاص مستمد من قاعدة الإسناد الوطنية ، وما الإرادة إلا وسيلة للاختيار أو أداة هذا الاختيار .

وإذا كان ضابط الإسناد هو محل إبرام التصرف القانونى فإنه لا يمكن للقاضى الوطنى اعتبار دولة ما مكاناً للانعقاد إلا إذا كان قانون هذه الدولة يعتبر أن التصرف قد انعقد فيها من الناحية القانونية ، وخاصة فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد فيما بين الحاضرين أو بين الغائبين .

وإذا كان ضابط الإسناد هو موقع العقار فلا صعوبة فى الأمر ، لأن موقع العقار لا يختلف كثيراً من قانون إلى آخر . ولكن إذا كان تحديد موقع العقار يتطلب تحديداً قانونياً كما لو نص قانون دولة معينة على أن موقع العقار المتوزع بين أكثر من إقليم هو إقليم الدولة التى يقع فيها الجزء الأكبر من العقار ، فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التى ننسب موقع العقار إلى إقليمها .

وإذا كان ضابط الإسناد هو موقع المنقول فيجب أن يرجع إلى قانون البلد الذى يوجد فيه المنقول لمعرفة فكرته القانونية عن محتوى وجود المنقول فى الدولة وخاصة الأشياء غير المادية مثل الحقوق الشخصية كأشياء غير مادية قابلة للتداول أو الحقوق الذهنية أو الأدبية .

وإذا كان ضابط الإسناد هو محل وقوع الفعل المنشىء للالتزام غير التعاقدى وهو الشأن بالنسبة للمسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب : فيجب أن يرجع القاضى إلى قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام لمعرفة الفكرة القانونية فى هذا القانون حول معنى وقوع الفعل ، هل هو مجرد وقوع الخطأ أو أن ذلك يشمل اكتمال عناصر المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية ، وهل هو مجرد وقوع الافتقار أو الإثراء أو وقوعهما معاً فى نفس البلد .

وأخيراً إذا وجد القاضى أن العنصر الواقعى من ضابط الإسناد يتوافر فيه المدلول القانونى لعنصر القانون من ضابط الإسناد فى أكثر من قانون ، كما لو توافرت لشخص صفة التوطن وفقاً لقانون أكثر من دولة أو توزعت

عناصر الفعل الضار بين أكثر من دولة واعتبر قانون كل دولة منها الفعل قد وقع فى إقليمها ، ففى هذه الحالة يعتبر كل من قانون الدولتين قانوناً واجب التطبيق إعمالا لضابط إسناد واحد ، ويرجع إلى القاضى المفاضلة بين هذين القانونين أو تطبيقهما تطبيقاً جامعاً وفقاً للجهود الفقهية التفصيلية فى هذا الشأن فى إطار القانون الدولى الخاص . على أن الفقه عادة مايرجح كفة القانون الوطنى للقاضى عندما تجتمع له صفة الاختصاص مع قانون آخر إعمالا لضابط إسناد واحد .

مخالفة العنصر القانونى من ضابط الإسناد للنظام العام :

٢٤ — قد يتبين للقاضى وهو بصدد تحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد من واقع أفكار القانون المختص ، أن هذا المدلول يخالف أسس النظام العام فى قانون القاضى أى فى القانون الوطنى .

مثال ذلك أن يتبين للقاضى أن الشخص يتمتع فى الواقع بالجنسية الإسرائيلية فى الوقت الذى لا تعترف فيه ليبيا بالكيان الإسرائيلى ، أويتبين أن الشخص يحمل جنسية دولة مستعمرة فرضت جنسيتها على سكان إقليم محتل ، أو أن أفكار قانون الجنسية فى دولة ماتقوم على أساس عنصرى أو أساس دينى أو لادينى ، أو أن الشخص توطن فى دولة ما بطريق غير مشروع كأن يكون ليبيا متوطناً فى دولة معادية أو غير معترف بها من ليبيا ، أو أن قانون دولة مايعترف بنفسه بصفة قانون العلم بالنسبة إلى السفن المتهربة من أحكام القانون البحرى الليبى .

ففى مثل هذه الأحوال تكون الفكرة القانونية لعنصر القانون من ضابط الإسناد مخالفة للنظام العام الوطنى فى ليبيا . فهل يجوز للقاضى الليبى فى هذه الحالة أن ينبذ هذا الضابط ؟ وماهو الحل عندئذ هل يحل محله ضابط إسناد آخر أو قانون القاضى ؟ .

يجب فى البداية أن نشير إلى أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبى المخالف للنظام العام فى ليبيا وفقاً للمادة ٢٨ مدنى لا ينطبق فى هذه الحالة ، لأن هذه المادة قاصرة على مخالفة الأحكام الوضعية للقانون الواجب التطبيق للنظام العام الوطنى ، بينما نحن نواجه الفرض الذى يكون فيه العنصر القانونى من ضابط الإسناد مخالفاً للنظام العام الوطنى ، فى حين أن الأحكام الموضوعية لهذا القانون المختص لا تخالف النظام العام الوطنى . مثال ذلك أن يتمتع شخص بجنسية دولة تقوم فيها رابطة الجنسية على أساس عنصرى يمايز بين الأشخاص على أساس اللون أو يحرم المسلمين من التمتع بجنسية هذه الدولة بينما تكون الأحكام الموضوعية فى قانون هذه الدولة غير متعارضة مع فكرة النظام العام فى ليبيا .

نعتقد أن الحل الواجب اتباعه فى هذه الحالة هو استبعاد الفكرة القانونية لعنصر القانون من ضابط الإسناد التى تكون متعارضة مع النظام العام الوطنى . فلا يجوز للقاضى أن يقيم رابطة الجنسية على أساس عنصر عرقى أو دينى مثلا ، وعندئذ لا يكون أمام القاضى حتى لا ينكل عن القضاء إلا أن يعمل الفكرة القانونية السائدة فى قانونه على عنصر القانون من ضابط الإسناد .

فإذا تبين أن الشخص يعتبر متمتعاً بجنسية دولة معينة وفقاً للفكرة القائمة فى قانونها من إسباغ جنسيتها على أراضى احتلتها غصباً بالمخالفة لأحكام القانون الدولى العام ، فعلى القاضى أن يعمل الفكرة القانونية السائدة فى القانون الليبى من أن الجنسية رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودولة ، فيرد هذا الشخص إلى جنسية الدولة التى ينتمى إليها أصلا من الناحية الدولية وهى الدولة صاحبة السيادة الشرعية على الإقليم المغتصب ويطبق عليه قانون هذه الدولة فى صدد الأحوال الشخصية .

وإذا وجد القاضى أن قانون دولة ما يسمح للسفن المتهربة من القانو

الليبى البحرى بأن تسجل فى قوانينها ، فللقاضى أن يعتبر أن فكرة قانون العلم السائدة فى هذا القانون تخالف النظام العام الوطنى ، فيعمل أحكام فكرة العلم فى القانون الليبى التى تؤدى إلى اعتبار القانون الليبى هو قانون العلم وبالتالى فهو القانون الواجب التطبيق على المسائل التى تدخل فى اختصاص هذا القانون .

وإذا كان القانون المختص هو قانون الموطن وكان الشخص متوطناً فى ليبيا بأن كان مقيماً فيها إقامة معتادة وبنية الاستقرار فيها والعودة إليها عند مغادرتها بصفة مؤقتة ، وكان هذا الشخص قد دخل البلاد بصفة غير مشروعة أو صدر قرار بإبعاده من البلاد ، فى هذه الحالة للقاضى الليبى أن يعتبر الشخص غير متوطن فى ليبيا وإلا خالف قاعدة أخرى من قواعد النظام العام فى القانون الوطنى وعليه أن ينسب توطنه إلى دولة أخرى يسمح قانونها بذلك أو يعتبره عديم الموطن .

المطلب الثانى

رقابة المحكمة العليا على عناصر ضابط الإسناد

٢٥ — المعروف أن المحكمة العليا بصفتها محكمة نقض تعد محكمة قانون ، أى تقتصر رقابتها على المسائل القانونية دون مسائل الواقع أو المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع .

ومن شأن ذلك الذى نقول به من أن ضابط الإسناد يتحلل إلى عنصر قانونى وعنصر واقعى أن يساعد على تعيين حدود رقابة المحكمة العليا على قاضى الموضوع فى إعماله لضوابط الإسناد المنصوص عليها فى قواعد الإسناد الوطنية أو ضوابط الإسناد القضائية .

فالنتيجة المنطقية لهذا التحليل هى القول بأن المحكمة العليا تقتصر على رق
كل ما يتعلق بعنصر القانون من ضابط الإسناد ، بينما يستقل قاضى الموضو
باستخلاص عنصر الواقع من ضابط الإسناد بغير رقابة عليه من المحك
العليا فى ذلك .

ومع ذلك فإن رقابة المحكمة العليا تشمل أيضاً اختبار القاضى لضاب
إسناد معين والأسس التى استند إليها فى هذا الاختيار . .

ويمكن القول إذن إن رقابة المحكمة العليا بصدد ضوابط الإسناد تشم
المسائل الآتية :

أولا : التزام القاضى بالترتيب القانونى لضوابط الإسناد المتعددة والوار
فى قاعدة الإسناد . فإذا لجأ القاضى لضابط الموطن المشترك أو محل إبر
العقد بصدد الالتزامات التعاقدية مع وجود إرادة صريحة أو ضمن
للأطراف تشير إلى اختيار القانون الواجب التطبيق كان حكمه معيباً جائز
إلغاؤه بالنقض .

ثانياً : التزام القاضى بإعمال ضابط الإسناد الذى يؤدى إلى الصحة دو
تلك التى تؤدى إلى الإبطال عند تعدد ضوابط الإسناد على سبيل التخيي
فى قاعدة الإسناد الواحدة . وعلى ذلك إذا قضى القاضى بإبطال التصرف م
ناحية الشكل وفقاً لأحكام قانون محل إبرام التصرف مابين الأحياء ، ف
حين أن هذا التصرف كان صحيحاً من حيث الشكل وفقاً لقانون الموط
المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف أو للقانون المطبق على موضو
العقد ، كان حكمه معيباً جائزاً نقضه .

ثالثاً : التزام القاضى بعدم ترك ضوابط الإسناد التشريعية إلى ضوابط
الإسناد القضائية . فإذا لجأ القاضى إلى ضابط إسناد قضائى مع وجود قاعد
إسناد تشريعية تتضمن ضابط إسناد تشريعى ، فإن حكمه يكون معي
مستوجباً للنقض .

رابعاً : التزام القاضى باستخلاص مدلول العنصر القانونى من ضاب
الإسناد استخلاصاً سليماً من القانون المختص . فإذا انتهى القاضى إلى أن القانو
الإنجليزى يأخذ بالتصوير الواقعى للموطن واعتبر الشخص متوطناً
انجلترا لإقامته فيها إقامة معتادة ، وكان الواقع أن القانون الإنجليزى يأخ
بالتصوير الحكمى للمواقع فإن حكمه يكون قابلا للنقض .

خامساً : التزام القاضى بالرجوع إلى القانون المختص وليس إلى القانو
الوطنى فى صدد تحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد . فإ
ماأجرى القاضى الليبى أفكار القانون الوطنى لتحديد فكرة الجنسية أو الموط
فأدى ذلك إلى اعتبار الشخص متجنساً بجنسية دولة لا يعتبره قانو
كذلك أو متوطناً فى دولة لا يعتبره قانونها متوطناً بها ، فيكون مثل هذ
الحكم قابلا للنقض لمخالفته للقانون .

سادساً : التزام القاضى باستبعاد الأفكار القانونية للقانون المختص فيما يتعل
بتحديد مدلول عنصر القانون من ضابط الإسناد عند مخالفتها للنظام العا
الوطنى . فلا يجوز للقاضى الليبى أن يعتد بجنسية قائمة على أساس التمي
العنصرى أو الدينى وإلا تعرض حكمه للنقض .

سابعاً : اعتبار واقعة أو عملاً معيناً ضابطاً للإسناد بالمخالفة للقانو
أو لمبادىء القانون الدولى الخاص مثل الديانة . فيجوز لمحكمة النقض أن تنقض
الحكم الذى يؤسس إسناده لمسألة قانونية على أساس الاختلاف فى الدين وهو
ليس ضابط إسناد .

وإذا كانت القاعدة أن عنصر الواقع من ضابط الإسناد تعد من متعلقات
قاضى الموضوع التى تفلت من رقابة المحكمة العليا ، فيجب أن نفرق بين
مسألتين :

مسألة استخلاص الوقائع التى يبنى عليها القاضى القول بأن ضابط

الإسناد يشير إلى تطبيق قانون معين ، وهذه تعد مسألة موضوع يستقل بها قاضى الموضوع ، ومسألة التحول غير المشروع لعنصر الواقع من ضابط الإسناد ، وهذه تعد مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بوصف هذا التحول بعدم المشروعية .

وعلى ذلك يعتبر مسألة موضوعية يستقل بها قاضى الموضوع كل الوقائع التى تؤدى إلى انطباق عنصر القانون من ضابط الإسناد ، مثال ذلك أنه إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية وكان العنصر القانونى يتحدد وفقاً للقانون المختص بالميلاد لأب وطنى أو على إقليم الدولة أو على الإقامة بالدولة فإن إثبات الميلاد أو الإقامة تعد مسائل واقع للقاضى أن يكون عقيدته فيها دون رقابة من المحكمة العليا . كذلك تعد مسألة وقائع الإقامة المعتادة لإثبات التوطن ، وتركيز الوقائع المادية المكونة لركن الخطأ فى المسئولية التقصيرية فى إقليم دولة معينة . كذلك تعتبر مسألة وقائع استخلاص مكان وزمان علم الموجب بالقبول ، للوصول إلى تحديد زمان ومكان تلاقى الإرادتين على اختيار القانون الواجب التطبيق وبغرض إنزال حكم هذا القانون عليها فيما إذا كان هناك اتفاق صحيح على اختيار هذا القانون .

أما مسألة وصف تحول عنصر الواقع من ضابط الإسناد بأنه تحول غير مشروع فإنها تعد مسألة قانون مما يخضع لرقابة المحكمة العليا . وعلى ذلك فإذا استخلص القاضى من أوراق الدعوى أن أحد الخصوم قد غير جنسيته أو موطنه أو موقع المنقول بما يؤدى إلى تطبيق قانون معين ، ثم وصف هذا التحول فى هذا الواقع بأنه تحول غير مشروع مما يعد غشاً نحو القانون وبالتالى لم يعتد بهذا التحول . ففى هذه الحالة يمكن للمحكمة العليا أن تراقب الوصف القانونى لتحول عنصر الواقع من ضابط الإسناد بأنه تحول غير مشروع . فيلاحظ فى هذا الشأن أن استخلاص الوقائع التى يستدل منها قاضى الموضوع على نية الغش أو التحول غير المشروع تعد مسألة موضوع ، أما إطلاق الوصف عليها بأنها غش نحو القانون فذلك مايخضع لرقابة المحكمة

العليا . وعلى ذلك فالقول بأن المدعى غير من جنسيته فى غفلة من زوج
إلى جنسية دولة معينة على وجه التحديد لتطبيق الشريعة الإسلامية ع
الأحوال الشخصية ، واستمراره فى ممارسة جنسيته السابقة رغم ذلك ، ك
هذا يعد من مسائل الموضوع ، أما وصف هذه المسائل بأنه تدل على
الغش أو التحول غير المشروع لعنصر الواقع من ضابط الإسناد فذلك يع
من مسائل القانون التى تخضع لرقابة المحكمة العليا . فقد تذهب محكمة النقض
إلى أن كل هذه الوقائع البعيدة عن رقابتها لا تعد غشاً نحو القانون بالمعنى
القانونى للغش فى القانون الدولى الخاص .