

الجوانب القانونية والواقعية
في ضوابط الإسناد

بقلم

الدكتور محمد إبراهيم دسوقي

المسائل القانونية الوطنية :

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

والمقصود بعناصر العلاقة القانونية أشخاصها وموضوعها وسببها وسبب العلاقة يتمثل في الواقعة القانونية أو العمل القانوني الذي كان مصدر الالتزام . فإذا كانت كل هذه العناصر عناصر وطنية فإن القاضي يرجع بشأنها إلى القانون المدني أو القانون التجاري أو الشريعة الإسلامية بحسب نوع العلاقة ، فيجد حلاً موضوعياً مباشراً للمسألة المعروضة . ولذلك فإن التعاقد بين ليبيين في ليبيا بشأن عقار كائن بها ، والزواج المعقود بين ليبيين في ليبيا ، والتوارث بين ليبيين لتركة موجودة في ليبيا ، كل ذلك يخضع للقانون الليبي وحده .

فالقانون الخاص الوطني ينظم كافة المسائل المتعلقة بالأشخاص والأشياء وكافة الحقوق الشخصية والعينية المتعلقة بالوطنيين والتي تنشأ وتنفذ وتنقضي في إقليم الدولة .

وحتى في الفرض الذي يحيل فيه المتعاقدان ، بصدد عقد وطني خالص في كل عناصره ، إلى أحكام قانون أجنبي ، فإن هذه الأحكام تتحول إلى شروط تعاقدية يسرى في شأنها القانون الخاص الوطني . وبالتالي لا يسرى من هذه الأحكام إلا ما كان منها لا يتعارض مع القواعد الآمرة في القانون الوطني .

فالعلاقة أو المسألة القانونية الوطنية الخالصة في كل عناصرها تتصل بالقانون الوطني وحده ولا شأن لأي قانون أجنبي بها ، وبالتالي فهذا القانون الوطني هو وحده القانون الواجب التطبيق عليها بغير مزاحمة من أي قانون آخر .

المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي وتنازع القوانين :

٢ - على أنه في 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 في دولة أجنبية ، وقد تقع الواقعة المنشئة للالتزام في دولة أخرى بأن يتم التعاقد أو يقع الفعل الضار في دولة أجنبية .

وقد يتعدد العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية ، كما لو تعاقد لبي مع فرنسي على شراء عقار له موجود في إيطاليا وحرر العقد في إنجلترا وكما لو تزوج أجنبيان مختلفا الجنسية في دولة ثالثة واحتكما إلى القضاء الليبي كدولة رابعة . وكما لو توفي أجنبي عن مال موجود في دولة غير دول وترك وارثاً يتمتع بجنسية أخرى وعرضت مسألة الميراث على القاضي الليبي .

ففي مثل هذه العلاقات القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً ، تتصل العلاقة بأكثر من قانون . وعندئذ يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق من بينها ، هل تخضع هذه العلاقة إلى قانون الدولة أو الدول التي ينتسب إليها الأطراف بجنسيتهم ، أو إلى قانون الدولة التي يوجد بها الشيء موضوع العلاقة ، أو إلى قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام ، أو إلى قانون القاضي .

هناك إذن تنازع بين هذه القوانين المختلفة التي تتصل بها العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي . وكل قانون من هذه القوانين المتنازعة له مبرر خاصته الخاصة لكي يستأثر بحكم هذه العلاقة .

وإلى المشرع الوطني ترجع مهمة فض هذا التنازع . فالمشرع

عليه أن يحدد للقاضي الوطني القانون واجب التطبيق من بين هذه القوانين المتنازعة .

وهذه المهمة ليست بالمهمة اليسيرة بالنسبة إلى المشرع الوطني . فالمبررات التي تساعد على اختيار قانون معين عديدة ومتنوعة . مثال ذلك إضفاء الأطراف بأحكام قانون جنسيتهم ، أو إلمامهم بقانون موطنهم ، أو اعتباراً من حماية الثروة الوطنية ، أو وحدة القانون الذي يحكم العلاقة القانونية مجموعها ، أو مراعاة احتياجات المعاملات الدولية بين الأفراد ، أو حماية ناقصي الأهلية ، أو حماية الوطنيين في تعاملهم مع الأجانب ، أو حماية فكرة النظام العام في الدولة ، أو منع تحايل الأفراد على القانون إضراراً بالغير ، وما إلى ذلك من الاعتبارات الكثيرة التي تتعدد وتتنوع بتعدد العلاقات القانونية وتعدددها .

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

ومن الأهمية بمكان فض النزاع بين القوانين ، ذلك أن القوانين المختلفة عادة ما تكون مختلفة في أحكامها . فقد يكون الشخص كامل الأهلية وفقاً لقانون ، وناقصاً وفقاً لقانون آخر من القوانين المتنازعة . وقد يكون العقد صحيحاً وفقاً لقانون وباطلاً وفقاً لقانون آخر . وقد يكون الفعل الضار مشروعاً وفقاً لقانون وغير مشروع وفقاً لقانون آخر . وقد ينشأ الحق وفقاً 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 الثاني للأجنبي المسلم أو بإيقاعه الطلاق بإرادته المنفردة ، ولرفضت الدول الإسلامية مبدأ أبدية الزواج لغير المسلمين ، ولو أخذنا

بمبدأ شخصية القوانين خضع العقار الواحد في الدولة لأكثر من قانون أجنبي حسب جنسية المتعاملين في العقار .

كذلك لا يمكن حسم مشكلة تنازع القوانين بتطبيق القانون الوطني 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 والذي يصلح لحكم كل العلاقات القانونية الدولية للأفراد رغم اختلاف ظروف المجتمعات .

أساس فض تنازع القوانين :

٣ - 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 القانونى ذات العنصر الأجنبى تتلخص فى أن تطبيق القانون الأجنبى لا ينتقص سيادة الدولة ، وأن هذه المهمة تتعلق أولاً وأخيراً بالمشرع الوطنى ، و

عليه أن يختار بصدد كل نوع من المسائل القانونية ذات العنصر الأجنبي أنسب القوانين لها .

والمرجع الوطني إذ يترخص في اختيار أحد القوانين المتنازعة بصدد علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي ، 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 مشروع في اختياره للقانون الواجب التطبيق .

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

وكذلك الشأن في إخضاع الحقوق العينية المتعلقة بالعقار لقانون موقع العقار . ففي 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 في العقار . وفي تطبيق قانون الموقع أيضاً حماية للمجتمع ذاته إذا كان العقار واقعاً في إقليم الدولة ، ففي ذلك حفاظ على أسس حماية الثروة الوطنية . كما أنه ليس من مصلحة المجتمع إقحام القانون

الوطني في حكم العلاقات المنصبة على عقارات تقع في دولة أجنبية لها قانونها الخاص الذي يحكم الملكية العقارية والحقوق المتفرعة عنها .

الوسيلة الفنية لفض تنازع القوانين :

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

ومثل هذه القواعد بحكم وظيفتها تتصل بالسياسة التشريعية للدولة وبالتالي تمس بالضرورة صميم النظام العام في المجتمع ، وتعد لذلك من القواعد الآمرة التي لا يجوز للقاضي أن يحيد عنها بتطبيق قانون آخر بخلاف ذلك الذي أشارت إليه .

وقواعد الإسناد هذه تختلف عن القواعد الموضوعية التي تعرف بالفروع الأخرى للقانون غير القانون الدولي الخاص . فبينما القواعد الموضوعية في القانون الداخلي تضع حكماً مباشراً لكل مسألة من المسائل ، فإن قواعد الإسناد لا تبين حكم القانون في مسألة ما ، ولكنها تشير وحسب إلى القواعد الواجب التطبيق عليها ، وهذا القانون الأخير هو الذي يبين الحكم الواجب اتباعه في صدد هذه المسألة .

ومثال قاعدة الإسناد مانصت عليه المادة ١٩/١ مدني من أنه « يسرى الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام فإذا أصيب لبي في حادث سيارة يقودها فرنسي أثناء زيارته لـ إنجلترا نشأ له حق في التعويض قبل المسؤول . فهذه علاقة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً »

أجنبياً ، إذ المسئول أجنبي وسبب الالتزام نشأ في إنجلترا . ولأن هذه العلاقة بين المضرور والمسئول تتصل بقانون المضرور ، وقانون المسئول ، وقانون المكان الذي وقع فيه الفعل الضار ، فإن المشرع يحسم التنازع بين هذه القوانين بتفضيل قانون مكان وقوع الفعل الضار ، فهو أنسب القوانين لحكم هذه المسألة لأنه في هذا المكان يتحدد السلوك الواجب على الفرد اتباعه لعدم الإضرار بالغير . ومثل هذه القاعدة تسمى قاعدة إسناد لأنها تسند حكم العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين التي تتنازع حكمها .

الفكرة المسندة وضابط الإسناد :

٥ - قلنا إن وظيفة قاعدة الإسناد هي إسناد حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي إلى قانون معين . ولما كانت العلاقات القانونية في مجال القانون الخاص متعددة ومتنوعة ، فلا يكون من المتصور أن ينحصر المشرع قاعدة إسناد لكل علاقة من هذه العلاقات على حدة ، بل يقوم المشرع بتصنيف هذه العلاقات في مجموعات متجانسة ينحصر 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 التي تربط العلاقة القانونية بقانون معين .

ولذلك فإن قاعدة الإسناد تتحلل في 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 في فكرة مسندة واحدة يطلق عليها اسم الأهلية ، ويسند حكمها إلى أكثر القوانين ملائمة لها وهو قانون جنسية الشخص الذي يجري البحث حول أهليته .

وأهم الأفكار المسندة التي نصادفها في قواعد الإسناد الواردة في صدر

ما من الصلات المتعددة التي تربط العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بأكثر من قانون . وهذه الصلة هي التي تشير إلى القانون الواجب التطبيق ، وهي التي يطلق عليها في القانون الدولي الخاص ضابط الإسناد .

والمشرع بذلك يستعير من فروع القانون الخاص أو العام بعض أنظمتها القانونية ليستخدمها استخداماً خاصاً في إطار القانون الدولي الخاص . فهو يستعير من القانون العام فكرة الجنسية ، ومن القانون المدني فكرة الموطن وفكرة الإرادة ، وفكرة موقع المال وفكرة محل إبرام العقد وفكرة محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التعاقدى ، ومن القانون البحري مكان تسجيل السفينة ، ومن القانون الجوي مكان تسجيل الطائرة ، وهكذا .

فيثور التساؤل إزاء ذلك : هل يظل لهذه الفكر والأنظمة القانونية نفس مدلولها القانوني رغم انتقالها من بيئتها القانونية إلى إطار قانوني آخر ورغم اختلاف الدور الذي تلعبه في القانون الدولي الخاص عن دورها الخاص في قانونها الأصلي .

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

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

ومن ناحية أخرى هل يمكن تحليل فكرة ضابط الإسناد ذاتها في إطار القانون الدولي الخاص تحليلاً يتفق ووظيفتها الجديدة في هذا القانون استقلالاً عن جوهر نفس الفكرة المستخدمة كضابط إسناد وفق مانعرفه عنها في فرع القانون الذي يتضمنها أصلاً ؟ .

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

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

وأخيراً يثور التساؤل عن المرجع في تكييف ضوابط الإسناد هذه وتحديد مدلولها القانوني ، وعن مخالفتها للنظام العام وعن حدود رقابة المحكمة العليا بشأنها ، وكل ذلك من وجهة نظر القانون الدولي الخاص استقلالاً عن الحلول التي يقدمها القانون الداخلي الذي تنتمي إليه الفكرة التي استخدمت كضابط للإسناد .

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

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

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

خطة البحث :

٧ - نتناول فيما يلي الجوانب القانونية والواقعية في ضوابط الإسناد في إطار القانون الدولي الخاص في مباحث ثلاثة :

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

أما المبحث الثاني فنخصصه لتحليل فكرة ضابط الإسناد في ذاتها كفكرة مستقلة في إطار القانون الدولي الخاص تتميز عن مضمونها كفكرة مستعارة من فرع آخر من فروع القانون ، وما يترتب على ذلك من وضع ضوابط معينة تحول دون التحول بضابط الإسناد نحو قانون آخر لم تقصده قاعدة الإسناد الوطنية أو يتعارض مع النظام العام الوطني .

وأما المبحث الثالث فيتناول تحديد المدلول القانوني لضابط الإسناد من حيث بيان القانون الذي يرجع إليه القاضي لتكييف ضابط الإسناد وأثر مخالفة ضابط الإسناد في ذاته للنظام العام في الدولة ، وأخيراً حدود رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في أعماله لضوابط الإسناد .

المبحث الأول : تعدد ضوابط الإسناد .

المبحث الثاني : تحديد فكرة ضابط الإسناد .

المبحث الثالث : تحديد المدلول القانوني لضابط الإسناد .

المبحث الأول

تعدد ضوابط الإسناد

٨ - الأصل أن يكون ضابط الإسناد مقررًا من جانب المشرع في إطار قاعدة إسناد معينة . ويرجع ذلك إلى أن الأصل أن قواعد الإسناد هي من صنع المشرع الوطني في كل دولة ، ذلك أن مهمة فض تنازع القوانين هي مهمة تشريعية في المقام الأول . ولما كانت قاعدة الإسناد تتكون من شقين ، هما الفكرة المسندة وضابط الإسناد ، فإن ضوابط الإسناد التشريعية هي الأصل .

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

وفي أحوال أخرى قد يخفق ضابط الإسناد المقرر في تحديد القانون الواجب التطبيق ، عندئذ قد يطبق القاضي قانونه الوطني حتى لا ينكل القضاء . فهل يعد قانون القاضي في هذه الحالة ضابطاً احتياطياً للإسناد ؟ . وهذه الضوابط قد تتعدد بشأن الفكرة المسندة الواحدة . وعندئذ يثار البحث حول ما إذا كان القاضي ملزماً بالأخذ بأحد هذه الضوابط بترتيب قانوني معين وعلى سبيل التخيير أو تطبيق بعضها تطبيقاً جامعاً .

المطلب الأول : تقسيم ضوابط الإسناد .

المطلب الثاني : اجتماع ضوابط الإسناد .



المطلب الأول

تقسيم ضوابط الإسناد

أولا - ضوابط الإسناد التشريعية :

٩ - ضوابط الإسناد التشريعية هي تلك التي اعتد بها المشرع لفض
تنازع القوانين من خلال قواعد الإسناد التشريعية .

وهذه الضوابط يمكن استخلاصها من قواعد الإسناد الواردة في صدر
القانون المدني وهي : الجنسية - الموطن - الإرادة - محل إبرام العقد -
موقع المال - محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام غير التعاقدى - مركز
الإدارة الرئيسى للشخص الاعتبارى .

١ - الجنسية :

المبدأ العام في 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 أخذوا بالاتجاه الغالب وهو تطبيق

قانون جنسية الشخص . ويستند هذا الاتجاه إلى أن تطبيق قانون الدولة التي ينتمى إليها الشخص على أحواله الشخصية يحقق الاستقرار في 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 في دولة الشخص والتي تملأ أحكام الأحوال الشخصية .

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

ويرجع هذا المسلك التشريعى إلى الرغبة في حسم النزاع المتغير أو المتحرك من ناحية ، وإلى إيجاد حل تشريعى للفروض التي تختلف فيها جنسيات أطراف رابطة الأحوال الشخصية .

ويقصد بالنزاع 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 والليبي هذا النزاع المتحرك في مسائل الأحوال الشخصية بتوزيع مسائل الأحوال الشخصية بين عدة فكر مستقلة تعتد كل منها بقانون الجنسية في وقت معين . فالمادة ١٣ مدنى تقضى بسريان قانون الدولة التي ينتمى إليها الزوج بجنسيته وقت انعقاد الزواج على آثار عقد الزواج ، أما الطلاق فيسرى عليه قانون الدولة التي ينتمى إلى

الزوج وقت الطلاق ، وأما التطليق والانفصال فيسرى عليه قانون الدولة التي 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 ، ففي 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 فتخصم لقانون جنسية الشخص الذى يجرى البحث فى حالته المدنية أو أهليته (م ١١ مدنى) . وبديهي 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 لمبادئ القانون الدولى الخاص ، ووفقاً للمبدأ العام المستقر فى القانون المصرى واللىبى ، 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 واللىبى 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 ، فاشتراط 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 ١/١٩ مدنى) ، ومع ذلك فصدارة الالتزامات التعاقدية فى إطار القانون الخاص تضيف على ضابط الإرادة أهمية كبرى .

ويقصد بالاعتداد بالإرادة كضابط للإسناد تطبيق القانون الذى اختار أطراف العلاقة التعاقدية صراحة أو ضمناً ، وبديهي أن هذا الاختيار لقانون أجنبي لا يعتد به إلا فى العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي . أما فى العلاقات الوطنية البحتة فإن إحالة الأفراد إلى أحكام قانون أجنبي يأخذ حكم الشروط التعاقدية وبالتالي 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 نزاع القوانين إلى الأفراد ، بل إن المشرع يكون قد قام بمهمته بتفصيل قانون معين من القوانين المتنازعة وهو القانون الذى اختاره الأطراف .

وإذا كان يجوز للمتعاقدين أن يختارا القانون الذى يطبق على علاقتهما 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 واللىبى بمحل إبرام العقد أو التصرف القانونى كضابط احتياطى للإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع العقد (م ١٩ مدنى) ، وكضابط اختياري 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 في بلد إبرام العقد استيفاء الشروط الشكلية التي يتطلبها قانون الموضوع أو قانون الجنسية أو أى قانون آخر .

٥ - موقع المال :

المبدأ العام المقرر في 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 بهدر 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 جنسية المتعاملين فيه لو أخذنا بتطبيق قانون الجنسية مثلاً .

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

٦ - محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام :

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

والالتزامات غير التعاقدية التى تخضع للقانون المحلى هى المسؤولية 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 عملاً تعاقدياً أو مسؤولية تقصيرية أو غير ذلك .

ثانياً - ضوابط الإسناد القضائية :

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

ويستمد القاضي الوطني سلطته في ابتكار ضوابط إسناد غير تشريعية من نص المادة ٢٤ مدني التي تقضي بأن يتبع فيما لم يرد في شأنه نص من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص .

ولا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى هذه الضوابط الاجتهادية إذا كان هناك نص صريح في القانون الوطني بإسناد مسألة معينة إلى قانون معين . وهذا ما يتضح من نص المادة ٢٤ المشار إليها ، إذ هي تعلق اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص على عدم النص .

ويجب عدم الخلط بين الضوابط القضائية وبين تطبيق قانون القاضي فالمقصود بضوابط الإسناد القضائية وضع مبدأ أو قاعدة تؤدي إلى إسناد المسألة إلى قانون معين من بين القوانين المتنازعة ، سواء ترتب على المبدأ تطبيق قانون القاضي أو قانون أجنبي .

ومن أمثلة الضوابط القضائية التي أخذ بها القضاء عن فقه القانون الدولي الخاص ، تطبيق قانون العلم على المسؤولية المدنية عن الحوادث تقع على ظهر السفن في عرض البحر ، إذ قاعدة خضوع الفعل للقانون بلد وقوعه غير ممكنة التطبيق في أعالي البحار خارج المياه الإقليمية لأي دولة .

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

ومن هذه الضوابط أيضاً تطبيق الشريعة الغالبة إذا كانت الدولة التي يجب تطبيق قانونها دولة متعددة الشرائع ، ولم يبين قانونها الداخلي كيفية فض النزاع الداخلي ، أو كان يفض هذا النزاع بالإحالة إلى قانون القاضى أو قانون أجنبي وهو ما يرفضه كل من القانون الليبي 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 مثلاً إنه اختار القانون الإنجليزى لأنه أنسب القوانين فى الحالة المعروضة ، بل يقول إنه أخذ بضابط مكان النشر ، ولما كان المصنف قد نشر فى إنجلترا فإنه وفقاً لذلك يسرى القانون الإنجليزى . والقول بغير ذلك يؤدى بالقاضى إلى إسناد المسألة إلى قانون معين دون ضابط إسناد ، وهو مالا يجوز ، إذ الذى يحدد مناسبة القانون أو عدم مناسبته هو قواعد الإسناد التشريعية أو قواعد الإسناد المستخلصة من مبادئ 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 أصلاً 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 وحد تطبيقاً إقليمياً . فالمسألة تتعلق بسيادة الدولة على إقليمها وبالتالي تكون كلاً فروع القانون العام الداخلى إقليمية التطبيق دون مزاحمة من أى قانون أجنبى ومن ثم لا تثار مسألة الإسناد لا من حيث الفكر المسندة أو ضوابط الإسناد

وقد يطبق القاضى القانون الوطنى إعمالاً لقاعدة الإسناد الوطنية وحسب يشير إليه ضابط الإسناد الوارد فى هذه القاعدة . فالقاعدة أن النفقة 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 القانون باعتباره قانون الإرادة .

فالقاضي إذ يطبق قانونه الوطني إعمالاً لقاعدة الإسناد الوطنية فإنه لا يطبقه بصفته قانوناً إقليمياً التطبيق أو بصفته قانون القاضي أو القانون الوطني ، ولكن لأن ضابط الإسناد أشار إلى تطبيقه . فيطبق القانون الوطني بذلك إما لكونه قانون الجنسية أو قانون الموطن المشترك أو قانون الإرادة أو قانون محل الإبرام أو قانون موقع المال ، وهكذا حسب الأحوال فقانون القاضي يطبق هنا شأنه شأن أي قانون أجنبي قد يترتب على أعمال ضابط الإسناد . فنحن إذن بصدد إسناد حقيقي للقانون الوطني أو قانون القاضي .

ولكن يدق الأمر بالنسبة للحالات التي يطبق فيها القانون الليبي بنصر صريح في قواعد الإسناد الوطنية ، وفي الحالات التي يطبق فيها هذا القانون عند تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص .

أولاً - النص على تطبيق القانون الليبي :

١٢ - ثمة بعض قواعد للإسناد وردت بها نصوص قاطعة في تطبيق القانون الليبي دون غيره من القوانين المتنازعة بشأن مسائل قانونية ذات عنصر أجنبي .

فتنص المادة ٢/١١ مدني على أن النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية ، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، يسرى عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي . ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيسي في ليبيا ، فإن القانون الليبي هو الذي يسرى .

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

وتنص المادة ٢٥ مدني على أنه في حالة تعدد جنسيات الشخص ومن بينها الجنسية الليبية ، وكانت قاعدة الإسناد تقضي بتطبيق قانون جنسية الشخص فالقانون الليبي هو الذي يجب تطبيقه .

والنص على تطبيق القانون الليبي في هذه الحالات يحىء استثناء على قواعد الإسناد التي تشير بتطبيق قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي ، أو قانون جنسية الزوجين أو جنسية الزوج ، أو قانون جنسية الشخص على التوالي .

فهل يتم تطبيق القانون الليبي في هذه الحالات على سبيل الإسناد ؟ أم يطبق هذا القانون تطبيقاً إقليمياً مباشراً على هذه المسائل المعروضة على القاضي الوطني كما لو لم يكن بها أى عنصر أجنبي .

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

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

إن تطبيق قانون معين على مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي على سبيل الإسناد يعنى أن هذا القانون إنما يطبق إعمالاً لقاعدة إسناد ولضابط إسناد مجردين أو إعمالاً لمبدأ قانوني مجرد ، سواء أدى ذلك إلى تطبيق القانون الوطني أو إلى تطبيق قانون أجنبي .

فالفيصل إذن في القول بتطبيق القانون الوطني على سبيل الإسناد أن يتم ذلك إعمالاً لضابط إسناد مجرد قد يؤدي إلى تطبيق هذا القانون أو قانون أجنبي حسب عنصر الواقع في ضابط الإسناد ذاته . مثال ذلك أن تطبيق القانون الليبي على المورث إذا كان المورث ليبيا والوارث أجنبياً يتم بناء

على قاعدة إسناد مجردة واردة في المادة ١٧/١ مدني ، وإعمالاً لضابط إسناد مجرد هو ضابط جنسية المورث . وهذه القاعدة وما تضمنته من ضابط مجرد قد تؤدي في فرض آخر إلى تطبيق قانون أجنبي على الميراث إذا كان المورث أجنبياً والوارث ليبياً أو أجنبياً . وكذلك الشأن بالنسبة للمسئولية عن الفعل الضار ، إذ يشير ضابط الإسناد المجرد إلى تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام . وهذا الضابط قد يؤدي تطبيق قانون أجنبي إذا وقع الفعل الضار في الخارج أو إلى تطبيق القانون الليبي إذا وقع هذا الفعل في ليبيا .

ولما كان إعمال النصوص التي أشارت إلى تطبيق القانون الليبي دسواه في المواد ١١/٢ و ١٤ و ٢٥ من القانون المدني الليبي لا يترك الفرص لتطبيق قانون أجنبي ، وكان القانون الليبي لا يطبق في هذه الحالات إعمالاً لضابط إسناد مقرر وإنما بناء على نص أمر ، فإنه يمكن القول إذن أن تطبيق القانون الليبي هنا لا يكون على سبيل الإسناد وإنما على أساس التطبيق الإقليمي البحت على بعض المسائل ذات العنصر الإجنبي التي تعرض للقاضي الليبي .

ويترتب على هذا التأصيل الذي انتهينا إليه كما سبق القول عدم جواز إعمال الغش نحو القانون إذا توصل الأطراف إلى تطبيق القانون الليبي بالأحوال المشار إليها عن طريق التحايل . فإذا سعى الشخص الاعتباري لنقل نشاطه الرئيسي إلى ليبيا ليتوصل إلى تطبيق القانون الليبي على نظامه القانوني تهرباً من أحكام القانون الأصلي المختص وهو قانون مركز الإدارة الرئيسي الفعلي ، فلا يستبعد القانون الليبي هنا لمصلحة القانون الأجنبي على أساس الدفع بالغش نحو القانون .

وإذا سعى الشخص إلى اكتساب الجنسية الليبية إلى جانب جنسية الأصلية تهرباً من أحكام قانونه الشخصي الذي يحظر عليه طلاق زوجته بإدارته المنفردة ، وسعياً وراء الإفادة من نص المادة ٢٥/٢ مدني التي تؤدي

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

ثانياً - تطبيق القانون الليبي عند تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص :

١٣ - قد تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون معين في شأن مسألة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً ، ومع ذلك قد يتعذر على القاضي الوطني تطبيق هذا القانون لأسباب عدة ، وأهم هذه الأسباب ما يلي :

(١) قد يكون القانون الأجنبي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية مخالفاً للنظام العام في ليبيا ، وعندئذ يجب على القاضي استبعاد تطبيقه . وفي ذلك تقضى المادة ٢٨ مدني بأنه « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في ليبيا » .

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

(٢) وقد يتعذر على القاضي الليبي التعرف على أحكام القانون الأجنبي فالمبدأ السائد في فقه القانون الدولي الخاص أن القانون الأجنبي يطبق أما القاضي الوطني ليس بصفته قانوناً وطنياً ولا بصفته واقعة ، ولكنه يظل محتفظاً بصفته كقانون أجنبي . ويترتب على هذا النظر أن التعرف على أحكام

القانون الأجنبي التزام على القاضى الوطنى يعاونه فيه الخصوم ، فهو إذ التزم لا يصل إلى مرتبة افتراض العلم . ولذلك لا تريب على القاضى الوطنى إن هو أثبت فى حكمه أنه بذل جهده للتعرف على مضمون القانون الأجنبى فلم يتمكن من ذلك وأنه كلف الخصوم بإثبات أحكام هذا القانون فأخفق بدورهم ، وبالتالي فإنه يتعذر عليه تطبيق هذا القانون . وفى هذه الحالة لا يترك القاضى الدعوى بدون حل وإلا كان منكراً للعدالة وإنما يطبق القانون الوطنى بدلاً 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 مبادئ القانون الدولى الخاص إلى تطبيق قانون البلد الذى يقيم فيه الشخص ، فإن 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 الإقليمية لأى دولة من الدول . وعندئذ يطبق القاضى قانونه الوطنى وفقاً لمبادئ 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 قانون أجنبياً مما يتطلب وقتاً طويلاً بسبب تعقد إجراءات هذا القانون أو صعوبة الوصول إلى أحكامه إلا بعد مضي وقت من البحث والاتصالات الدبلوماسية وفى خلال ذلك قد تثور بعض المسائل المعاجلة التى لا تحمل التأخير فعندئذ يجوز للقاضى الوطنى وفقاً لمبادئ القانون الدولى الخاص أن يحل القانون الوطنى محل القانون الأجنبى فى صدد هذه المسائل المعاجلة . ومثال ذلك تقرير نفقة عاجلة مؤقتة للصغير حين الفصل فى دعوى النفقة المقام منه تجاه أقربائه ، أو تقرير نفقة مؤقتة للزوجة حين الفصل فى دعوى التطليق المقامة منها ضد زوجها .

ويبرر فقه القانون الدولي الخاص تطبيق قانون القاضي في مثل هذه الأحوال بأن هناك قاعدة إسناد احتياطية بتضمينها القانون الوطني تشير بتطبيق هذا القانون كلما تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص الذي 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 الوطني كلما تعذر تطبيق القانون الأجنبي المختص .

ونعتقد أن تطبيق القانون الوطني في هذه الحالات لا يتم بدوره على سبيل الإسناد . فليس ثمة قاعدة إسناد وطنية تشريعية تحيل إلى القانون الوطني ، كما أن تطبيق هذا القانون الوطني لا يتم بناء على أعمال ضابط إسناد مجرد . وليس من إمكان لتطبيق أى قانون أجنبي آخر غير القانون المختص على مثل هذه المسائل . ولذلك يمكن القول بأن تطبيق القانون الوطني في هذه الحالات لا يتم على سبيل الإسناد وإنما على أساس التطبيق الإقليمي المباشر على بعض المسائل القانونية التي تعرض على القاضي الوطني وتكون متضمنة لعنصر أجنبي .

ويستند هذا التطبيق الإقليمي المباشر للقانون الوطني في هذه المسائل إلى أساس قانوني مؤداه أن هذا القانون هو الأصل العام وأن المشرع يلجأ استثناء إلى تطبيق قانون آخر أجنبي إذا كان هذا القانون الأخير أكثر تناسباً مع الحالة المعروضة المتضمنة لعنصر أجنبي ، فإن تعذر هذا اللجوء الاستثنائي إلى القانون الأجنبي الذي تشير إليه قواعد الإسناد الوطني وجب الرجوع إلى الأصل العام وتطبيق القانون الوطني .

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

أو سعى إلى انعدام جنسيته توصلنا إلى تطبيق القانون الليبي وتهرباً من أحكام القانون الأصلي المختص الذي يضر بمصلحته في الدعوى ، فلا يجوز للطرف الآخر الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الليبي .

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

ونشير في النهاية أنه في الحالتين — حالة تطبيق القانون الليبي بنص مباشر أو عند تعذر تطبيق القانون الأجنبي — وإزاء عدم جواز تطبيق نظرية الغش نحو القانون ، فإنه يجوز وفقاً لقواعد القانون الليبي نفسه اللجوء إلى وسائل القانون المدنى التى تدفع الغش مثل نظرية الصورية أو البطلان أو غير ذلك .

المطلب الثاني

اجتماع ضوابط الإسناد

١٤ — قد ينص المشرع على ضابط إسناد واحد في قاعدة الإسناد وعندئذ لا صعوبة في الأمر ، إذ يطبق القانون الذى يشير إليه هذا الضابط مثال ذلك ماورد في المادة ١١/١ 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 وما نصت عليه المادة ١٥ من خضوع النفقة بين الأقارب لقانون المدين بها وهكذا . . .

وقد ينص المشرع على أكثر من ضابط إسناد في 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 ، فإختلفا موطناً سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد . هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه . وعلى ذلك يلتزم القاضى بأن يبحث أولاً عن ضابط الإرادة ، سواء كانت إرادة صريحة أو إرادة ضمنية ، فإذا لم توجد إرادة ف يأخذ القاضى بضابط الموطن المشترك للمتعاقدين ، فإن اختلفا موطناً أخذ القاضى بضابط محل إبرام العقد . ومع الترتيب التشريعى لضوابط الإسناد بهذه الصورة أن القاضى لا يمكنه 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 ما بين 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 ما بين الأحياء هى ضابط محل الإبرام ، وضابط الموطن المشترك ، وضابط الجنسية المشتركة ، فضلاً عن إمكان تطبيق القانون الذى يسرى على موضوع التصرف على الشكل .

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

ويجب بداهة استبعاد التطبيق الجامع لضوابط الإسناد المشار إليه أو الالتزام بالأخذ بها بترتيب معين ، فصياغة المادة تشير إلى أحد هذه الضوابط هو الذي يعمل به دون بقيتها .

فإذا كان القاضي يترخص في اختيار أحد القوانين التي أشارت إليها المادة ٢٠ مدني وهي قانون محل الإبرام أو قانون موضوع العقد أو قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشترك ، فهل هو مطلق الحرية في اختيار أحد هذه القوانين .

الواقع أن هناك قيداً هاماً يرد على هذه الحرية القضائية في اختيار أحد هذه القوانين أو في إعمال أحد ضوابط الإسناد المشار إليها في المادة ٢٠ مدني وهذا القيد يتمثل في التزام القاضي بإعمال ضابط الإسناد الذي يؤدي إلى صحف التصرف من حيث الشكل دون ذلك الذي يؤدي 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 في قانون موطنهم وجنسيتهم عند التعاقد في بلد آخر يجهل هذا الشكل .

وعلى ذلك فيكفي أن يكون العقد أو التصرف فيما بين الأحياء مستوفياً للشروط الشكلية المطلوبة في أي من هذه القوانين الأربعة المشار إليها في المادة ٢٠ مدني حتى يصبح صحيحاً من حيث الشكل ولو كان باطلاً وفقاً لأي قانون آخر منها .

بل ويجوز للأطراف — كما سنرى — أن يتحللوا من الشكليات المعقدة المطلوبة في قانون العقد أو قانون جنسيتهم أو قانون موطنهم بإبرام العقد في بلد آخر لا يتطلب هذه الشكليات فيصبح عقدهم صحيحاً شكلاً من وجهة نظر القاضي الليبي .

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

من قانون . فقد نصت المادة ١٢ مدني على أن « يرجع في الشروط لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . فإذا كان الزوجان من جنسيتين مختلفتين فيجب على القاضي أن يطبق قانون كل من الزوجين في الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

أما كيف يطبق القاضي في ذات الوقت قانونين مختلفين قانونية واحدة ، فإن الفقه يوضح ذلك بأن الأصل هو التطبيق الموافق لكل من الزوجين الشروط المقررة في قانونه . أما موانع المشتركة بين الزوجين مثل اختلاف الدين أو القرابة فيطبق عليها تطبيقاً جامعاً بمعنى ألا يقوم بأحد الزوجين مانع قانوني في أى من القوانين وكذلك الشأن بالنسبة لموانع الزواج التي تقوم بأحد الزوجين مثل أو الارتباط بزواج سابق .

وقد يتصور أن يكون ضابط الإرادة مركباً . كما لو اتفق الطرفان على تطبيق قانون بلد التنفيذ على علاقتهما التعاقدية ثم تبين أن العقد قد نفذ في بلد يطبق القاضي القانونين تطبيقاً جامعاً أو موزعاً . قد يتصور بتطبيق قانون كل دولة على الشق من العقد الذي تم تنفيذه في إحدى الدولتين ولكن هذا التصور يصطدم بالمسائل العقدية التي لا تقبل التجزئة المتعلقة بتكوين العقد من حيث التراضي والمحل والسبب . وقد يقال أن القانون الأكثر اتصالاً بالعقد من حيث كونه مثلاً قانون محل الإحالة محل التنفيذ الأكثر أهمية أو غير ذلك ، ولكن ذلك يصطدم باعتبار هام إسناده المتعاقدين لعلاقتهما للقانونين يشير إلى أنهما وضعاهما على قدم من حيث الاتصال بالعقد . وقد يقال بتطبيق القانون الذي يؤدي إلى العقد دون ذلك الذي يؤدي إلى بطلانه ، وهو ما يصطدم بالغرض من العقد لا يتعلق فيه النزاع بصحة العقد أو بطلانه وإنما بمدى التزامات الطرفين وبالمسؤولية العقدية عن عدم التنفيذ .

من قانون . فقد نصت المادة ١٢ مدني على أن « يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين » . فإذا كان الزوجان من جنسية واحدة طبق القاضي هذا القانون ، وإذا كان أحد الزوجين لیبياً وقت الزواج طبق القاضي القانون الليبي . ولكن إذا كان الزوجان أجنبيان من جنسيتين مختلفتين فيجب على القاضي أن يطبق قانون كل من الزوجين على الشروط الموضوعية لصحة الزواج .

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

وقد يتصور أن يكون ضابط الإرادة مركباً . كما لو اتفق الطرفان على تطبيق قانون بلد التنفيذ على علاقتهما التعاقدية ثم تبين أن العقد قد نفذ في دولتين فهل يطبق القاضي القانونين تطبيقاً جامعاً أو موزعاً . قد يتصور القول بتطبيق قانون كل دولة على الشق من العقد الذي تم تنفيذه في إقليمها ولكن هذا التصور يصطدم بالمسائل العقدية التي لا تقبل التجزئة وخاصة المتعلقة بتكوين العقد من حيث التراضي والمحل والسبب . وقد يقال بتفضيل القانون الأكثر اتصالاً بالعقد من حيث كونه مثلاً 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 المساواة من حيث الاتصال بالعقد . وقد يقال بتطبيق القانون الذي يؤدي إلى العقد دون ذلك الذي يؤدي إلى بطلانه ، وهو ما يصطدم بالغرض من العقد لا يتعلق فيه النزاع بصحة العقد أو بطلانه وإنما بمدى التزامات كل الطرفين وبالمسؤولية العقدية عن عدم التنفيذ .

ونعتقد أن الأفضل في هذه الحالة هو استبعاد ضابط الإرادة وإعمال الضوابط الاحتياطية الأخرى وهي 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 في النهاية إلى أن الإسناد إلى دولة متعددة الشرائع لا يعنى ضابطاً مركباً يؤدي 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 مدني تقضي بأن قواعد التنازع الداخلية في هذه الدولة هي التي تحدد الشريعة الواجبة التطبيق . وبذلك قصد المشرع إلى إيضاح أن يجب تطبيق شريعة واحدة من بين هذه الشرائع . فإذا كانت قواعد التنازع الداخلية في هذه الدولة تؤدي إلى تطبيق أكثر من شريعة ، كأن تقضي بتطبيق قانون الولاية التي يتوطن فيها الشخص ، واختلف المتعاقدان في الموطن الداخلي بأن توطن كل منهما في ولاية معينة ، ففي هذه الحالة يجب تطبيق نفس الحل الذي يعمل به عند عدم وجود هذه القواعد الداخلية لفض التنازع ، وهو تطبيق الشريعة الغالبة أي الشريعة الأساسية بالنسبة للدولة كلها أو شريعة العاصمة ، وأساس ذلك أيضاً أن المشرع يعهد للإرادة بفض التنازع وليس بالتسبب في تنازع جديد بين القوانين . ولكننا لا نهمل الإرادة في هذه الحالة لصالح الضوابط الاحتياطية وهي الموطن المشترك ثم محل الإبرام ، فالإرادة أدت بعض الدور الذي يجب الاعتداد به وهو تعيين البلد الذي نحتكم إلى قانونه . ويسرى نفس الحل في الفرض الذي تحيل فيه قواعد الإسناد الداخلية في قانون البلد المتعدد الشرائع إلى قانون القاضي أو قانون آخر ، إذ كل من القانون المصري والقانون الليبي يرفض الإحالة .

المبحث الثاني

تحليل فكرة ضابط الإسناد

١٥ — عرفنا أن المشرع يستعين بفكرة قانونية معينة كالجنسية أو الموطن أو الإرادة ويستخدمها كضابط إسناد يحدد عن طريقه القانون واجب التطبيق على المسألة القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً . وهذه الفكرة القانونية تستعار من القانون العام أو من القانون الخاص . وهي تشير إلى دلالة قانونية معينة في إطار قانونها الأصلي الذي تنتمي إليه . فالجنسية في القانون الدولي العام هي رابطة سياسية وقانونية بين شخص ودولة . والموطن في القانون المدني هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة معتادة . وموقع العمار هو المكان الذي يستقر فيه حيزه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف . والإرادة هي انعقاد العزم في النفس على إحداث أثر قانوني . وهكذا نجد لكل فكرة معنى خاصاً يتفق والبيئة القانونية التي تعمل فيها أو الوظيفة التي تؤديها في فرع القانون الذي تنتمي إليه .

ولكن هذه الفكرة القانونية عندما تستخدم في القانون الدولي الخاص لا تستخدم بغرض تحقيق أهدافها الأصلية ، بل لتحقيق هدف قني أو شكلي يختلف عن هدفها الموضوعي الأصلي . فالجنسية تهدف في القانون الدولي العام إلى تحديد من هم الوطنيون في الدولة ، بينما في القانون الدولي الخاص تقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للفرد والموطن مهمته في القانون الخاص تعيين المقر القانوني للشخص والذي يمكن مخاطبته فيه ، بينما في القانون الدولي الخاص يحدد الموطن القانون الواجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية وشكل التصرفات ، وهكذا .

فيلزم إذن تحديد المقصود من المعنى الخاص الذي تكتسبه الفكرة القانونية المستخدمة كضابط إسناد تبعاً للدور الجديد الذي تلعبه في إطار القانون الدولي الخاص . وهذا التحديد يتطلب منا أن نقوم بتحليل فكرة ضابط الإسناد ذاتها كفكرة قانونية يعرفها القانون الدولي الخاص .

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

فندرس إذن في مطلبين مسألة تحليل ضابط الإسناد ، أي فكرة التجريد والواقعية في ضابط الإسناد ، وفي المطلب الثاني نتعرض لأثر هذا التحليل في تحويل ضابط الإسناد .

المطلب الأول

التجريد والواقعية في ضابط الإسناد

١٦ - قلنا إن مهمة ضابط الإسناد هي الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق في منازعة أو مسألة قانونية تتضمن عنصراً أجنبياً ، وأن المشرع يتقيد عادة في 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 أجنبي ، فقد تتصل هذه المسألة القانونية بقانون جنسية الشخص أو بقانون موطنه أو بقانون محل إبرام التصرف القانوني أو بقانون القاضي . 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 التي ينتمى إليها الشخص فعلاً بجنسيته وقت إبرام التصرف الذي اقتضى البحث في أهليته .

وبذلك يمكن القول - من وجهة نظرنا - بأن ضابط الإسناد يتحلل في الواقع إلى عنصرين : عنصر قانوني هو نوع الرابطة بين المسألة القانونية ودولة ما والتي اعتد بها المشرع في إسناد هذه المسألة إلى قانون هذه الدولة والعنصر الثاني عنصر واقعي هو الرابطة الفعلية بين المسألة القانونية ودولة معينة . والعنصر الأول عنصر مجرد لا يتغير من حالة إلى أخرى . أما العنصر الثاني الواقعي فهو عنصر ذاتي يتحدد حسب كل حالة على حدة .

فالجنسية ضابط للإسناد ، والعنصر القانوني فيها هو رابطة الجنسية
 كعلاقة قانونية وسياسية بين فرد ودولة ما ، والعنصر الواقعي هو تمتع
 الشخص بجنسية دولة معينة ، سواء كانت بريطانيا أو فرنسا أو ليبيا أو ما
 ذلك . والموطن ضابط إسناد ، والعنصر القانوني فيه فكرة الموطن كرابطة
 بين شخص وإقليم دولة ما ، والعنصر الواقعي هو التوطن الفعلي في دولة
 معينة مثل فرنسا أو إيطاليا أو غيرها . وإذا كان ضابط الإسناد هو الإرادة
 فالعنصر القانوني هو وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأفراد تتجه نحو اختيار
 قانون معين يحكم التصرف القانوني ، والعنصر الواقعي هو محل هذه الإرادة
 أي القانون المختار لدولة ما يتصل بها العقد فعلا ، مثل اختيار القانون الإنجليز
 أو الفرنسي أو الهولندي أو ما إلى ذلك . وبالنسبة لضابط موقع المال
 يتعلق بالعقار يكون العنصر القانوني هو فكرة الموقع أي ذلك الحيز
 المكان في دولة ما الذي يستقر فيه العقار ويثبت بحيث لا يمكن نقله منه دون
 تلف ، أما العنصر الواقعي فهو وجود هذا العقار في إقليم دولة معينة ، سواء
 كانت ليبيا أو ألمانيا أو هولندا أو ما إلى ذلك . وإذا كان ضابط الإسناد
 محل إبرام التصرف القانوني فالعنصر القانوني لهذا الضابط هو المكان الذي
 تلاقى فيه إرادتين متطابقتين ، والعنصر الواقعي هو وقوع هذا التلاقي
 للإرادتين في بلد معين . وإذا كان ضابط الإسناد هو محل وقوع الفعل
 الضار فالعنصر القانوني في هذا الضابط هو وصف العمل بأنه غير مشروع
 يرتب المسؤولية التقصيرية ، والعنصر الواقعي هو اكتمال عناصر هذا الوصف
 أو تحقق هذا الوصف في إقليم دولة معينة مثل وقوع الحادث في فرنسا أو
 ليبيا أو ما إلى ذلك .

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

وتحليل ضابط الإسناد إلى عنصر قانوني وعنصر واقعي يؤدي إلى القول

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

وإذا كان الأفراد لا يملكون تغيير العنصر القانوني في 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 القاضي . فإذا ما حدد المشرع ضابط الإسناد بأنه الجنسية فلا مفر من النزول على حكمه والاعتداد بالجنسية وحدها بمعناها القانوني كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق .

وإذا كان الأفراد لا يملكون التحكم في العنصر القانوني من ضابط الإسناد ، فإنهم يملكون على العكس من ذلك التحكم في 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 في عنصر الواقع إما بسبب طبيعة هذه الضوابط وإما بتصريح من المشرع .

والضوابط التي تؤدي طبيعتها إلى حرمان الأفراد من التحكم في عنصر الواقع فيها هي ضابط موقع العقار وضابط محل وقوع الفعل الضابط ذلك أنه في حالة ضابط الإسناد المتمثل في قانون موقع العقار فإن العنصر الواقعي يتحدد بالدولة التي يقع فيها فعلاً دون دخل لإرادة الأفراد في ذلك فهم لا يملكون نقل العقار من دولة إلى أخرى ، وبذلك فإن الرابطة الفعلية بين العقار والدولة التي يقع في إقليمها تقوم بغير تدخل من إرادة الأفراد وإذا كان ضابط الإسناد هو مكان وقوع الفعل الضار ، فإن العنصر الواقعي فيه يتمثل في المكان الذي تكاملت فيه عناصر المسؤولية التقصيرية . ولو كان الفعل غير المشروع عمدياً ، فلا يمكن القول بأن المسئول قد تدخل في عنصر الواقع بارتكابه الخطأ في دولة دون أخرى حسب هواه ، ذلك أن الإرادة ليست هي المعول عليه في قيام المسؤولية التقصيرية ، المعول عليه هو الفعل الضار في ذاته ، فنحن بصدد واقعة قانونية ولسنا بصدد تصرف أو عمل قانوني .

أما الضوابط التي تسمح طبيعتها للأفراد بالتحكم في عنصر الواقع فهي ضابط الجنسية والموطن وموقع المنقول ومحل إبرام التصرف القانوني . فرغم أن المشرع يهدف من الاستعانة بهذه الضوابط إلى إسناد العلاقة أو المسألة القانونية إلى قانون الدولة التي تتصل بها أكثر من غير وليس إلى قانون آخر ، فإن طبيعة هذه الضوابط تمكن الأفراد في بعض الأحوال من توجيه ضابط الإسناد حتى يشير إلى قانون آخر غير الذي يهدف إليه المشرع أصلاً من صياغته لقاعدة الإسناد . ففي ضابط الجنسية يملك الفرد تغيير جنسيته إلى جنسية أخرى مما يترتب عليه تطبيق قانون الدولة الجديد بدلاً من قانون دولته الأصلية . وإذا كان ضابط الإسناد هو الموطن فيملك الفرد التوطن في دولة أخرى فيتوصل بذلك إلى اختصاص قانون الدولة الجديدة بدلاً من قانون دولة موطنه الأصلي . وإذا كان ضابط الإسناد هو موقع المنقول فيملك المتعاقدان نقل المنقول من دولة إلى أخرى توصلًا إلى تطبيق قانون هذه الدولة على الحقوق العينية الواردة على هذا المنقول . وإذا

كان القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إبرام التصرف القانوني فيما كان المتعاقدان إبرام العقد في دولة دون الأخرى توصلًا إلى خضوع هذا العقد من حيث الشكل أو الموضوع لقانون معين .

وأخيراً قد يملك الأفراد بتصريح من المشرع التحكم في عنصر الواقع من ضابط الإسناد ، وهذا هو شأن العلاقات التعاقدية التي تخضع لقانون الإرادة ، أي القانون الذي 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 التحكم أو التقاضي بشأن المنازعات الناتجة عنه بل وبالقوانين التي استعار منها المتعاقدان بعض النظم أو الاصطلاحات القانونية .

على أن استطاعة الأفراد التحكم في عنصر الواقع من ضابط الإسناد يؤدي إلى تفويت هدف قاعدة قانونية وهي قاعدة الإسناد . فالمشرع يهدف أصلاً إلى إسناد المسألة القانونية المتضمنة عنصراً أجنبياً إلى دولة معينة ترتبط بها هذه المسألة بصلة وثيقة وفعلية دون باقي الدول التي 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 الفرنسي على وجه التحديد والتخصيص . فهذه الزوجة ترتبط من الناحية الواقعية الفعلية بالقانون الفرنسي أكثر من غيره مثل قانون موطن الزوجين أو مكان إبرام عقد الزواج أو مكان رفع الدعوى ، فهدف قاعدة الإسناد الواردة في المادة ١٢ مدني إذن هو التوصل إلى تطبيق القانون الفرنسي على مثل هذه العلاقة الزوجية دون أي قانون آخر . فإذا سعى الزوجان إلى تغيير جنسيتهما بقصد الإفادة من أحكام قانون دولة أخرى يسمح بعقد مثل هذا الزواج الذي لا يجيزه القانون الفرنسي ، ففي ذلك تحول بالقاعدة القانونية أي قاعدة الإسناد عن هدفها الذي حدده المشرع .

لذلك فإن فقه القانون الدولى الخاص ابتدع نظرية الغش نحو القانون 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 وعنصر واقعى من شأنه أن يعطى نظرية الغش نحو القانون تحديداً أكثر وضوحاً ، والنحو الذى نعالجه فيما يلى بصدد تحول ضابط الإسناد نتيجة لتدخل الأفراد فى عنصر الواقع .

المطلب الثانى

تحول ضابط الإسناد

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

وقد يحدث هذا التغيير فى عنصر الواقع من ضابط الإسناد بغير تدخل 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 بأسرته 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 .

ففي هذه الحالات لا يؤدي تحول ضابط الإسناد إلى إهدار الهدف الذي سعى المشرع إلى تحقيقه من وراء صياغة قاعدة الإسناد . ذلك أن تغيير عنصر الواقع من ضابط الإسناد إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلاً ، فإنه يؤدي في ذات الوقت إلى اختصاص قانون جديد متصل بالعلاقة القانونية أكثر من غيره من القوانين بما فيها القانون السابق . ومعنى ذلك أن ضابط الإسناد في مثل هذه الفروض يتحول عن قانون فقد صلته الوثيقة بالمسألة القانونية إلى قانون آخر أصبح أوثق صلة بها . فاكساب الشخص لجنسية دولة أخرى بإرادته أو بغير إرادته ، دون أن يهدف إلى التحايل على قاعدة ما للإسناد ، يؤدي 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 في شأن أهلية هذا الشخص بصدد التصرفات التي يعقدها بعد تجنسه . فالمشرع لم يقصد من إخضاع أهلية الفرنسي للقانون الفرنسي 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 يؤدي إلى تطبيق قانون منقطع الصلة بالمسألة القانونية أو تربطه بها صلة صورية أو مصطنعة ، وإلى تطبيق قانون غير القانون الذي قدر المشرع من وجهة نظره وحده أنه أنسب القوانين ، فهنا تتدخل نظرية الغش نحو القانون لرد الأفراد إلى نطاق القاعدة القانونية وحماية الهدف الذي سعى إليه المشرع من وراء تقريرها .

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

وقد ظهرت نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي لأول
بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص هي قضية الأميرة
بوفر مون. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت
من الأمير الفرنسي دي بوفر مون فاكتسبت الجنسية الفرنسية بناء على ذلك
ولما أرادت الطلاق من زوجها وكان القانون الفرنسي وقتئذ لا يسمح بالطلاق
فقد تجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق
واستطاعت بذلك أن تحصل على الطلاق من زوجها الفرنسي ، ثم عادت
إلى فرنسا حيث تزوجت من الأمير الروماني بليسكو . وحدث بعد ذلك
أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الطلاق الذي تم بناء على
اكتسابها لجنسية جديدة عن طريق الغش نحو القانون ، وبالتالي يظل الزوج
قائماً ويبطل الزواج الثاني . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج
الأول واستندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون ، إذ تغيير الجنسية
في هذه الحالة قد قصد به أساساً التحايل على أحكام القانون الفرنسي
تحظر الطلاق . وانتهت المحكمة إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء
الزوجية الأولى قائمة .

وقد أثار هذا المبدأ نقاشاً كبيراً في الفقه ، إلى أن استقر كبدأ من مبادئ
القانون الدولي الخاص التي يطبقها القاضي رغم عدم النص عليها في التشريع
وهذا هو شأن كل من القانون المصري والقانون الليبي .

وقد حاول بعض الفقه التشكيك في مشروعية الدفع بالغش نحو القانون
كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الذي توصل إليه الأطراف بتحايلهم على
عنصر الواقع من ضابط الإسناد . وسند هذا الرأي أن تغيير الجنسية أو الموط
أو موقع المنقول لا يعدو أن يكون استعمالاً مشروعاً لحق أو رخصة ،
يتنافر مع فكرة الغش . ومن ناحية أخرى فإنه يتعذر على القاضي من الناحية
العملية إثبات نية الغش عند تغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول
فقد تكون الدوافع الظاهرة وراء ذلك هي الدوافع الحقيقية .

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

وقد استقر الفقه اليوم على أن التغيير الإرادى من جانب الأفراد في 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 أصلاً 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 قبولاً قانونياً وعملياً .

فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى إلى أن أساس الدفع بالغش نحو القانون هو نظرية التعسف في 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 في استعمال الحق قاصر على الحقوق بالمعنى الدقيق دون الرخص والحريات العامة مثل الجنسية والموطن . هذا بالإضافة إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق تشترط نية الإضرار بالغير . فى حين أن إعمال الدفع بالغش نحو القانون لا يشترط هذه النية ، كما 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 المسؤولية 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 . وفى نظر هذا الفقه لا يقوم الدفع بالغش إلا عند التهرب من أحكام قانون القاضى - إذ القانون الأجنبى يعد فى نظرهم واقعة وليس قانوناً - وبالتالي فهذا الغش ينطوى على مخالفة للأحكام الآمرة أو الأحكام الموضوعية فى قانون القاضى ، وهى قواعد متعلقة بالنظام العام . وقد انتقد هذا رأى 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 التناول على القانون باسم القانون ، وهو الطريق السوى لكفالة القوة الملزمة للقاعدة القانونية . وهو بهذه المثابة يعد من المبادئ العامة التى تعلو فوق النصوص ، ولذلك يجب مطاردة الغش فى أى صورة كان .

التحول غير المشروع لضابط الإسناد :

١٨ - قلنا إن التحول في ضابط الإسناد ينتج عن تغيير عنصر الواقع . وهذا التغيير قد يكون بغير تدخل من إرادة الأفراد ، وقد يكون بإرادتهم . وفي 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 في ضابط الإسناد مع توافر نية التحايل . أما التحليل الذى انتهينا إليه من وجود عنصر واقعى وعنصر قانونى في ضابط الإسناد فمن شأنه أن يجعل هذه الشروط أكثر تحديداً وأكثر دقة وخاصة من حيث ما يترتب عليها من التضييق من نطاق أعمال نظرية الغش نحو القانون .

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

الشرط الأول - التغيير الإرادى في عنصر الواقع من ضابط الإسناد :

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

وإذا أراد الأفراد الإفلات من الخضوع للقانون الواجب التطبيق أصلاً 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 في ضابط الإسناد . ولكن الواقع أن ضابط الإسناد في

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

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

وإذا كان الأفراد لا يستطيعون تغيير ضابط الإسناد ، فإنهم لا يملكون أيضاً كما سبق القول تغيير العنصر القانونى من ضابط الإسناد ، فهذا العنصر يتمثل فى فكرة قانونية يتكفل القانون بتحديد مدلولها . فلا يتصور أن ينحرف الأفراد بفكرة الجنسية من رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودولة إلى القول بأنها رابطة بين فرد وأمة لم تتوافر لها صفة الدولة بعد . فإذا كان القانون واجب التطبيق هو قانون الجنسية فلا يجوز للفرد الذى ينتمى إلى دولة أجنبية المطالبة بتطبيق قانون دولة عربية لا يتمتع بجنسيتها بزعم أنه ينتمى بأصله إلى الأمة العربية . ففكرة الجنسية تكفل القانون بتحديدتها بأنها رابطة بين فرد ودولة وليس بين فرد وأمة . وهكذا الشأن بالنسبة لباقي 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 التي لا يكون لإرادة الأطراف دور في تحديد عنصر الواقع فيها فتخرج عن إطار نظرية الدفع بالغش نحو القانون . ولذلك لا يتصور الغش بصدد قاعدة الإسناد التي تخضع المسائل العقارية لقانون موقع العقار ، لأن عنصر الواقع هنا وهو الموقع الفعلي 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 في 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 في العنصر الواقعي ولكنه تغيير مصرح به من جانب المشرع . ولذلك يخرج ضابط الإرادة من نطاق نظرية الدفع بالغش على خلاف ما يذهب إليه الكثير من الفقه في مصر . وحتى في الفرض الذي تنقطع فيه 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 التي يتصل بها للعقد ، أى تعطيتهم 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 في ضابط الإسناد قابلاً للتغيير فيجب أن يكون هذا التغيير راجعاً إلى إرادة الأطراف . ويترتب على ذلك أن التغيير غير الإرادى في عنصر الواقع من ضابط الإسناد يخرج من إطار الدفع بالغش نحو القانون . فإذا اكتسب الابن جنسية الأب بالتبعية أو الزوجة جنسية زوجها بالزواج المختلط ، أو توطن الشخص في دولة أخرى بسبب إبعاده من الدولة التي كان يتوطن فيها ، أو تم نقل المنقول من بلد إلى آخر بناء على

أوامر حكومية أو لتفادي هلاكه ، أو تم إبرام التصرف في بلد معين على حكم الظروف المحيطة والمعاصرة للتعاقد ، ففي كل هذه الأحوال لا نكون بصدد غش القانون ولو ترتب على ذلك تغير القانون الو التطبيق ، إذا تنفى شبهة محاولة الإفلات من قانون معين .

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

بقى أن نشير إلى أن مقتضى الشرط الأول من شروط الدفع با نحو القانون هو أن نكون بصدد تغير في عنصر الواقع من ضابط الإس وليس في أى عنصر خارج عن ضابط الإسناد . فإذا انصب التغير واقعة ليست بذاتها ضابطاً للإسناد أو عنصراً من عناصره فلا نكون بـ

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 في القانون الليبي . ومع ذلك قد يغير الشخص من ديانته بغرض التغيير من القانون الواجب التطبيق من خلال فكرة النظام العام الوطني . مثال ذلك أن تغير أجنبية ديانتها إلى الإسلام ، مما يؤدي إلى تطبيق القاضي الليبي للقانون الليبي بدلا من القانون الشخصي لهذه الأجنبية أو لزوجها أو ورثتها لمخالفته للنظام العام في 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 القاضي بعمل إرادى مشوب بالغش من جانب الشخص ، إلا أن هذا التغيير لم ينصب على ضابط للإسناد أو العنصر الواقعى فيه بل عن طريق الإفادة من 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 القاضي ، 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 القاضي 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 وليسنا 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 الليبي ببطلاق الزواج مصيرها الرفض لأن القاضي الليبي سيكيف هذه الطقوس الدينية بأنها مسألة شكل وبالتالى يعتبر الزواج صحيحاً فى نظر القانون الليبي 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 ببطلاق عقد الزواج . فى 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 تكيف المسألة هناك جعل القانون الواجب التطبيق أصلاً 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 ، فتتلافى 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 في ذاته عمل مشروع تترتب عليه آثار قانونية . فإذا هلك المنقول بفعل غير مشروع في موقعه الجديد سرى عليه قانون الموقع الجديد وليس قانون الموقع الأصلي .

ويراعى أن الدفع بالغش نحو القانون يمكن إبدائه من جميع أطراف الخصومة حتى من كان منهم ضالعا في الغش ، أو ممن صدر منه الغش ، ولو كان في ذلك فائدة لمن يدفع بالغش وكان مشتركا فيه . وأساس ذلك أن الهدف الأول من تقرير الدفع بالغش نحو القانون هو منع أى تحايل على قاعدة الإسناد ، إذ الغش يفسد كل شيء ، وبالتالي 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 في حالة التواطؤ أو تلاقي مصالحهم على التحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق .

المبحث الثالث

تحديد المدلول القانوني لضابط الإسناد

٢٢ - من شأن ذلك الذي انتهينا إليه من أن ضابط الإسناد يتحلل إلى عنصر قانوني وعنصر واقعي - فضلاً عن التحديد الذي يقدمه لنظرية الغش نحو القانون - أن يقدم أيضاً حلاً لبعض المشاكل التي تثار حول تحديد المدلول القانوني لضابط الإسناد .

ولعل أهم المشاكل التي تثار في هذا الصدد هي تحديد القانون الذي نرجع إليه في تحديد مدلول العنصر القانوني من ضابط الإسناد ، هل هو قانون القاضي أم القانون الأجنبي المختص .

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

المطلب الأول

تحديد العنصر القانوني من ضابط الإسناد

٢٣ - سواء كان القاضي يصدد ضابط إسناد تشريعي أو قضائي ، فإن عليه أن يحدد المدلول القانوني لهذا الضابط لينزل حكمه على المسألة القانونية المطروحة أمامه . فإذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية أو الموطن مثلاً فعلى القاضي أن يحدد ماهو المقصود من الجنسية كفكرة قانونية ثم يطبق هذا التحديد الذي انتهى إليه على العلاقة التي تربط أحد الأطراف

وتذهب آراء أخرى متفرقة في الفقه الفرنسي والمصري إلى الرجوع
قانون القاضي أو القانون المختص حسب نوع ضابط الإسناد محل البحث
فبعض ضوابط الإسناد مثل الموطن والإرادة يقصد بها مدلولها المعنى
في قانون القاضي وبعضها الآخر مثل الجنسية لا يتصور أن يركن فيه
لتعريف القانون الواجب التطبيق .

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

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

مثال ذلك أنه إذا أخذ المشرع الوطني بضابط الجنسية لإسناد أ
الشخص إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته ، فإنه يكون قد قدر
وجهة نظر السياسة التشريعية الوطنية أن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص
فعلاً هو الذي يطبق على أهليته . فيكون أمام القاضي الوطني مهمة تح
المعنى القانوني لانتماء الشخص بجنسيته إلى دولة ما ، ثم معرفة أي الدول
التي يتمتع الشخص بجنسيته بناء على هذا المدلول القانوني . فيجب على الق
للوصول إلى ذلك أن يرجع إلى قانون الدولة التي يدعى الشخص أنه ين
إليها لمعرفة المدلول القانوني 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 القاضي الاعتداد بهذا المفهوم ، فلا يعتبر الشخص متمتعاً بجن
هذه الدولة إلا باستيفائه أركان الجنسية في قانونها . والقول بغير ذلك يؤ
إلى نسبة الشخص إلى دولة معينة هو لا ينتمي إليها من وجهة نظر قانون

الوطني المتعلق بالجنسية . وعلى ذلك لا يمكن القول بأن أفكار قانون الجنسية
الذي تصلح لأن تحدد معنى رابطة الجنسية في كل دول العالم . فإذا كان
هذا القانون يقيم رابطة الجنسية على الانتماء لأصل الشعب مع الاستدلال على
ذلك بعناصر متعددة مثل الانتماء إلى الأمة العربية والميلاد في الإقليم أو لأرض
وطنى أو بالميلاد المضاف ، فلا يقبل القول أن من ينتمى إلى الأمة الألمانية
يصبح ألمانيا بمجرد مولده في ألمانيا إذا كان قانون الجنسية الألماني لا يقضي
بذلك . فالجنسية رابطة بين دولة وفرد ، فيجب استشارة قانون هذه الدولة
في المعنى القانوني لهذه الرابطة لتحديد جنسية الشخص الذي يجرى البحث
حول أهليته أو أحواله الشخصية .

وليس في الرجوع إلى القانون المختص لتحديد مدلول العنصر القانوني
من ضابط الإسناد أى مصادرة على المطلوب أو حلقة مفرغة كما يقال
فالقاضي إذ يستشير القانون المختص الذي لا يتحدد حقاً إلا بالرجوع إلى
ضابط الإسناد فهو لا يبدأ من فراغ . فإذا ادعى الشخص أنه إنجليزي
الجنسية لجأ القاضي في تحديده لفكرة الجنسية إلى القانون الإنجليزي ،
ينزل هذا التحديد على حالة هذا الشخص ليعرف ما إذا كان إنجليزياً ، فإذا
كان حقاً إنجليزياً طبق القاضي القانون الإنجليزي على أهليته .

وقد يتساءل خصوم هذا الرأي وما الذي دعا القاضي إلى الرجوع إلى
القانون الإنجليزي وكيف انعقد الاختصاص لهذا القانون دون غيره . رداً على
ذلك نقول إن اختصاص قانون معين بحكم مسألة قانونية ذات عنصر أجنبي
لا يستمد من ضابط الإسناد ولكن من قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها ، وما ضابط
الإسناد إلا وسيلة فنية تشير إلى هذا القانون . فاختصاص قانون الجنسية بحكم
أهلية الشخص مصدره قاعدة الإسناد الواردة في المادة ١١ مدني التي تقضي
بخضوع الأهلية لقانون الدولة التي ينتمى إليها الشخص بجنسيته . ولذلك نجاء
أن التكييف فيما يتعلق بالفكرة المسندة ذاتها يخضع لقانون القاضي وفقاً للمادة
١٠ مدني ، وذلك لتلافى أى وقوع في حلقة مفرغة ، لأن هذا التكييف هو

الذى يترتب عليه تحديد القانون الواجب التطبيق حسب ما إذا أدخلنا المسألة المعروضة في فكرة مسندة أو غيرها . فإذا عهدنا بهذا التكييف إلى القانون المختص وقعنا فعلاً في 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 في نطاق قاعدة معينة من قواعد الإسناد الوطنية وبالتالي 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 كماهى معروفة في مواد القانون المدنى ، ففكرة الموطن في القانون الداخلى قصد منها تلبية احتياجات القانون الداخلى من حيث تحديد مقر قانونى للشخص في 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 في هذا القانون يقرر القاضى ما إذا كان الشخص متوطناً أو غير متوطن بهذه الدولة .

أما الرجوع إلى فكرة الموطن في القانون الليبى لمعرفة ما إذا كان الشخص متوطناً في إنجلترا مثلاً فإنه قد يؤدي إلى عدم اعتبار الشخص متوطناً بها رغم أن القانون يعترف له هناك بالتوطن القانونى . فالقانون الإنجليزى يأخذ بالتصوير الحكيم لفكرة الموطن أى يقيم الموطن على تصوير حكيم أو صناعى ، فيفترض لكل شخص موطناً ولو لم يكن يقيم فيه بالفعل ولا يسمح بانعدام الموطن أو تعدد الموطن . فمكان ميلاد الشخص مثلاً يعد موطنه طوال حياته ما لم يغيره بوسيلة قانونية ولو لم يقيم في هذا المكان أو قام فعلاً في مكان آخر أو عدة أماكن أخرى . أما القانون الليبى فيأخذ بالتصوير الواقعى لفكرة

الموطن فيقيم الموطن على أساس الإقامة الفعلية المستقرة في مكان معين . فيقوم الموطن في القانون الليبي بتوافر عنصر مادي هو الإقامة الفعلية في مكان معين ، والعنصر المعنوي هو نية الاستقرار في هذا المكان والعودة إليه في حالة مغادرته بصفة مؤقتة . وعلى ذلك فإن الأخذ بفكرة الموطن في القانون الليبي لتحديد مدى توطن شخص في إنجلترا قد يترتب عليه اعتباره متوطناً في دولة لا تعتبره كذلك . أو على العكس ، قد يترتب على ذلك اعتباره غير متوطن في دولة يعتبره قانونها متوطناً فيها . بل إنه في هذا الفرض مايؤكد أن الأخذ بالرأى القائل بالرجوع إلى قانون القاضي لتحديد مدلول العنصر القانوني من ضابط الإسناد ما يؤدي إلى إهدار حقوق الفرد وتغير فكرة الموطن لذات الفرد وعن ذات الوقائع من قانون إلى قانون . فإذا عرضت دعوى هذا الفرد أمام القضاء الأمريكي الذي يأخذ بالتصوير الإنجليزي للموطن لا يعتبره متوطناً في إنجلترا وأخضعه لقانونها في المسائل الخاضعة لقانون الموطن (وهي الأحوال الشخصية هناك) ، وإذا عرض هذا النزاع على القاضي الليبي أو المصري اعتبره غير متوطن في إنجلترا ، بل قد يعتبره غير متوطن في أي مكان ، أي عديم الموطن ، أو قد يعتبره متعدد الموطن ، وهو مالا يسمح به القانون الإنجليزي .

وكذلك الأمر إذا كان ضابط الإسناد هو الإرادة وهو الشأن في الالتزامات التعاقدية ، فإن تحديد ما إذا كانت إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق إرادة صحيحة وتقوم على التلاقي والتطابق ، كل ذلك مرجعه إلى القانون المختص أو القانون المختار حتى ولو كان هذا القانون يقضي ببطالان هذه الإرادة في الاختيار ، ويلاحظ في هذا الشأن أن فكرة الحلقة المفرغة لا تثور هنا أيضاً لأن القانون المختص لا يستمد سلطانه من إرادة الأفراد في اختياره ولكن من قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها التي 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 القانوني فإنه لا يمكن للقاضي الوطني 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 في 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 التي يقع فيها الجزء الأكبر من العقار ، فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التي ننسب موقع العقار إلى إقليمها .

وإذا كان ضابط الإسناد هو موقع المنقول فيجب أن يرجع إلى قانون البلد الذي يوجد فيه المنقول لمعرفة فكرته القانونية عن محتوى وجود المنقول في 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 المنشئ للالتزام غير التعاقدى وهو الشأن بالنسبة للمسئولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب ، فيجب أن يرجع القاضي إلى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام لمعرفة الفكرة القانونية في 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 في نفس البلد .

وأخيراً إذا وجد القاضي أن العنصر الواقعي من ضابط الإسناد يتوافر فيه المدلول القانوني لعنصر القانون من ضابط الإسناد في 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 في إقليمها ، ففي هذه الحالة يعتبر كل من قانون الدولتين قانوناً واجب التطبيق إعمالاً لضابط إسناد واحد ، ويرجع إلى القاضي المفاضلة بين هذين القانونين أو تطبيقهما تطبيقاً جامعاً وفقاً للجهود الفقهية التفصيلية في هذا الشأن في إطار القانون الدولي الخاص . على أن الفقه عادة ما يرجح كفة القانون الوطني للقاضي عندما تجتمع له صفة الاختصاص مع قانون آخر إعمالاً لضابط إسناد واحد .

مخالفة العنصر القانوني من ضابط الإسناد للنظام العام :

٢٤ - قد يتبين للقاضي وهو بصدد تحديد مدلول العنصر القانوني من ضابط الإسناد من واقع أفكار القانون المختص ، أن هذا المدلول يخالف أسس النظام العام في قانون القاضي أي في القانون الوطني .

مثال ذلك أن يتبين للقاضي أن الشخص يتمتع في الواقع بالجنسية الإسرائيلية في الوقت الذي لا تعترف فيه ليبيا بالكيان الإسرائيلي ، أو يتبين أن الشخص يحمل جنسية دولة مستعمرة فرضت جنسيتها على سكان إقليم محتل ، أو أن أفكار قانون الجنسية في دولة ماتقوم على أساس عنصري أو أساس ديني أو لاديني ، أو أن الشخص توطن في دولة ما بطريقة غير مشروع كأن يكون ليبيا متوطناً في دولة معادية أو غير معترف بها من ليبيا ، أو أن قانون دولة ما يعترف بنفسه بصفة قانون العلم بالنسبة إلى السفن المتهربة من أحكام القانون البحري الليبي .

ففي مثل هذه الأحوال تكون الفكرة القانونية لعنصر القانون من ضابط الإسناد مخالفة للنظام العام الوطني في ليبيا . فهل يجوز للقاضي الليبي في هذه الحالة أن ينبذ هذا الضابط ؟ وما هو الحل عندئذ هل يحل محله ضابط إسناد آخر أو قانون القاضي ؟ .

يجب في البداية أن نشير إلى أن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في ليبيا وفقاً للمادة ٢٨ مدني لا ينطبق في هذه الحالة ، لأن هذه المادة قاصرة على مخالفة الأحكام الوضعية للقانون الواجب التطبيق للنظام العام الوطني ، بينما نحن نواجه الفرض الذي يكون فيه العنصر القانوني من ضابط الإسناد مخالفاً للنظام العام الوطني ، في حين أن الأحكام الموضوعية لهذا القانون المختص لا تخالف النظام العام الوطني . 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 في قانون هذه الدولة غير متعارضة مع فكر النظام العام في ليبيا .

نعتقد أن الحل الواجب اتباعه في هذه الحالة هو استبعاد الفكرة القانونية لعنصر القانون من ضابط الإسناد التي تكون متعارضة مع النظام العام الوطني . فلا يجوز للقاضي أن يقيم رابطة الجنسية على أساس عنصر ديني مثلاً ، وعندئذ لا يكون أمام القاضي حتى لا ينكل عن القضاء في أن يعمل الفكرة القانونية السائدة في قانونه على عنصر القانون من ضابط الإسناد .

فإذا تبين أن الشخص يعتبر متمتعاً بجنسية دولة معينة وفقاً للفكرة القائمة في قانونها من إسباغ جنسيتها على أراضى احتلتها غصباً بالمخالفة لأحكام القانون الدولي العام ، فعلى القاضي أن يعمل الفكرة القانونية السائدة في القانون الليبي من أن الجنسية رابطة سياسية وقانونية بين فرد ودولة ، فير هذا الشخص إلى جنسية الدولة التي ينتمى إليها أصلاً من الناحية الدولية وهي الدولة صاحبة السيادة الشرعية على الإقليم المغتصب ويطبق عليه قانون هذه الدولة في صدد الأحوال الشخصية .

وإذا وجد القاضي أن قانون دولة ما يسمح للسفن المتهربة من القانون

الليبي البحري بأن تسجل في قوانينها ، فللمقاضي أن يعتبر أن فكرة قانون العلم السائدة في هذا القانون تخالف النظام العام الوطني ، فيعمل أحكام فكرة العلم في القانون الليبي التي تؤدي إلى اعتبار القانون الليبي هو قانون العلم وبالتالي فهو القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تدخل في اختصاص هذا القانون .

وإذا كان القانون المختص هو قانون الموطن وكان الشخص متوطناً في 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 ، ففي هذه الحالة للمقاضي الليبي أن يعتبر الشخص غير متوطن في ليبيا وإلا خالف قاعدة أخرى من قواعد النظام العام في القانون الوطني وعليه أن ينسب توطنه إلى دولة أخرى يسمح قانونها بذلك أو يعتبره عديم الموطن .

المطلب الثاني

رقابة المحكمة العليا على عناصر ضابط الإسناد

٢٥ - المعروف أن المحكمة العليا بصفتها محكمة نقض تعد محكمة قانون ، أي تقتصر رقابتها على المسائل القانونية دون مسائل الواقع أو المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع .

ومن شأن ذلك الذي نقول به من أن ضابط الإسناد يتحلى إلى عنصر قانوني وعنصر واقعي أن يساعد على تعيين حدود رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في أعماله لضوابط الإسناد المنصوص عليها في قواعد الإسناد الوطنية أو ضوابط الإسناد القضائية .

فالنتيجة المنطقية لهذا التحليل هي القول بأن المحكمة العليا تقتصر على رقابة كل ما يتعلق بعنصر القانون من ضابط الإسناد ، بينما يستقل قاضي الموضوع باستخلاص عنصر الواقع من ضابط الإسناد بغير رقابة عليه من المحكمة العليا في ذلك .

ومع ذلك فإن رقابة المحكمة العليا تشمل أيضاً اختبار القاضي لضابط إسناد معين والأسس التي استند إليها في هذا الاختيار . . . ويمكن القول إذن إن رقابة المحكمة العليا بصدد ضوابط الإسناد تشمل المسائل الآتية :

أولاً : التزام القاضي بالترتيب القانوني لضوابط الإسناد المتعددة والواردة في قاعدة الإسناد . فإذا لجأ القاضي لضابط الموطن المشترك أو محل إبرام العقد بصدد الالتزامات التعاقدية مع وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف تشير إلى اختيار القانون الواجب التطبيق كان حكمه معيباً جائزاً بإلغاءه بالنقض .

ثانياً : التزام القاضي بإعمال ضابط الإسناد الذي يؤدي إلى الصحة أو تلك التي تؤدي إلى الإبطال عند تعدد ضوابط الإسناد على سبيل التخييل في قاعدة الإسناد الواحدة . وعلى ذلك إذا قضى القاضي بإبطال التصرف من ناحية الشكل وفقاً لأحكام قانون محل إبرام التصرف ما بين الأحياء ، في حين أن هذا التصرف كان صحيحاً من حيث الشكل وفقاً لقانون الموطون المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للأطراف أو للقانون المطبق على موضوع العقد ، كان حكمه معيباً جائزاً نقضه .

ثالثاً : التزام القاضي بعدم ترك ضوابط الإسناد التشريعية إلى ضوابط الإسناد القضائية . فإذا لجأ القاضي إلى ضابط إسناد قضائي مع وجود قاعد إسناد تشريعية تتضمن ضابط إسناد تشريعي ، فإن حكمه يكون معيباً مستوجباً للنقض .

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

خامساً : التزام القاضى بالرجوع إلى القانون المختص وليس إلى القانون الوطنى فى صدد تحديد مدلول العنصر القانونى من ضابط الإسناد . فإذا ما أجرى القاضى الليبى أفكار القانون الوطنى لتحديد فكرة الجنسية أو الموطن فأدى ذلك إلى اعتبار الشخص متجنساً بجنسية دولة لا يعتبره قانونه كذلك أو متوطناً فى دولة لا يعتبره قانونها متوطناً بها ، فيكون مثل هذا الحكم قابلاً للنقض لمخالفته للقانون .

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

سابعاً : اعتبار واقعة أو عملاً معيناً ضابطاً للإسناد بالمخالفة للقانون أو لمبادئ 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 مستقل بها قاضي 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 مستقل بها قاضي الموضوع كل الوقائع التي تؤدي إلى انطباق عنصر القانون من ضابط الإسناد ، مثال ذلك أنه إذا كان ضابط الإسناد هو الجنسية وكان العنصر القانوني يتحدد وفقاً للقانون المختص بالميلاد لأب وطني أو على إقليم الدولة أو على الإقامة بالدولة فإن إثبات الميلاد أو الإقامة تعد مسائل واقع للقاضي أن يكون عقيدته فيها دون رقابة من المحكمة العليا . كذلك تعد مسألة وقائع الإقامة المعتادة لإثبات التوطن ، وتركيز الوقائع المادية المكونة لركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية في إقليم دولة معينة . كذلك تعتبر مسألة وقائع استخلاص مكان وزمان علم الموجب بالقبول ، للوصول إلى تحديد زمان ومكان تلاقي 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 قانونية مما يخضع لرقابة المحكمة العليا . وعلى ذلك فإذا استخلص القاضي من أوراق الدعوى أن أحد الخصوم قد غير جنسيته أو موطنه أو موقع المنقول بما يؤدي إلى تطبيق قانون معين ، ثم وصف هذا التحول في هذا الواقع بأنه تحول غير مشروع مما يعد غشاً نحو القانون وبالتالي لم يعتد بهذا التحول . ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة العليا أن تراقب الوصف القانوني لتحول عنصر الواقع من ضابط الإسناد بأنه تحول غير مشروع . فيلاحظ في هذا الشأن أن استخلاص الوقائع التي يستدل منها قاضي الموضوع على نية الغش أو التحول غير المشروع تعد مسألة موضوع ، أما إطلاق الوصف عليها بأنها غش نحو القانون فذلك ما يخضع لرقابة المحكمة

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