الإحالة والتفويض بين الإطلاق والتقييد في القانون الدولي الخاص الليبـي

Referral and delegation between absoluteness and restriction in Libyan private international law

أ.حياة عمار شامي

محاضر مساعد بقسم القانون الخاص/ كلية القانون

جامعة طرابلس

المـلـخـص

يتلخص البحث على تسليط الضوء على قواعد الإسناد والدور الذي تلعبه في تنازع القوانين، فلكل دولة قواعد الإسناد الخاصة بها، وعليه فإن من المنطقي أن يرجع القاضي الوطني في الأصل إلى قواعد القانون الدولي الخاص التي صاغها له مشرعه لتحديد القانون الواجب تطبيقه. على أن الحالات الاستثنائية يرجع فيها القاضي إلى قاعدة الإسناد الأجنبية لمعرفة القانون المختص، كما هو الحال في مسألة الإحالة بنوعيها سواء منها الإحالة الخارجية أو الإحالة الداخلية (التفويض) ، وأيضاً سيتناول البحث تأرجح الفقه بين القابل للإحالة والرافض لها، وموقف القانون الليبي منها، كل ذلك سيتم سرده من خلال تحديد مفهوم الإحالة وأنواعها، ثم توضيح المشكلة التي سببتها عدم الأخذ بالإحالة، وأيضاً سنسلط الضوء على مفهوم التفويض ومجال تطبيقه، والفرق بينه وبين الإحالة، وتوضيح الفراغ التشريعي والتناقض الذي سببه الأخذ بالتفويض وعدم الأخذ بالإحالة في القانون الليبي.

الكلمات المفتاحية: قواعد الإسناد، الإحالة، التفويض.

Abstract

The research aims to shed light on the rules of attribution and the role they play in conflict of laws, as each country has its own rules of attribution. Accordingly. It is logical for the national judge to refer

originally to the rules of private international law formulated by its legislator to determine the applicable law, provided that exceptional cases the judge refers to the foreign attribution rule to know the competent law, as is the case in the issue of referral of both types, whether external referral or internal referral (delegation). The research will also address the oscillation of jurisprudence between those who accept referral and those who reject it, and the position of Libyan law on it. All of this will be presented by defining the concept of referral and its types, then clarifying the problem caused by not accepting referral. We will also conceder its scope of application, the difference between it and referral, and clarify the legislative vacuum and contradiction caused by accepting delegation. And not taking into account the referral in Libyan law.

المـقـدمــة

إن قواعد الأسناد هي قواعد وطنية فالتشريع الوطني هو المصدر الأساسي لها، وتلك القواعد لا تعطي الحل النهائي للنزاع وانما تكتفي بإرشاد القاضي إلى نظام قانوني معين، قد يكون وطنياً أو أجنبياً كما قد يكون بسيطاً أو مركباً، فإذا منحت قاعدة الإسناد الاختصاص لقانون أجنبي معين فعندئذ يتعين على القاضي أن يحدد المقصود بهذا القانون؛ لأن القانون الأجنبي حاله حال أي قانون آخر يشتمل على نوعين من القواعد، قواعد إسناد وقواعد موضوعية لحكم النزاع. فهل يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي في جملته بما في ذلك قواعد الإسناد التي يتضمنها، أم يتجه مباشرة نحو تطبيق القواعد الموضوعية لهذا القانون الأجنبي على واقعة الدعوى المعروضة عليه، ذلك أن تحديد ما إذا كانت مهمة القاضي تقتصر على

تطبيق القواعد الموضـوعية في القانون الأجنبي، أم يطبق ما تقضـي به قواعد الإسـناد في ذلك القانون هو أمر جوهري، ليس من الناحية النظرية فقط، بل وحتى من الناحية العملية، لما قد يترتب عليه من تغيير في الحل النهائي للنزاع، وهذه المشكلة قد أثارت جدلاً واسـعاً في الفقه والقضـــاء، فلو طبق القاضـــي قاعدة الإســـناد في الدولة الأجنبية التي تقضـــي بثبوت

الاختصـــاص لقانون دولة ثالثة، في الوقت الذي لو طبق القواعد الموضـــوعية في القانون الأجنبي مباشـرة وهو الذي أشـارت بتطبيقه قاعدة الإسـناد الوطنية، فإن الحل النهائي للنزاع سـيختلف عن الفرضـية الأولى، وهذه المشـكلة تعرف في القانون الدولي الخاص بالإحالة. (هشام صادق وآخرون، 2006)

أهمية البحث :

تتمثل أهمية البحث في مدى تسليط الضوء على موضوع الإحالة، على الأقل من درجتها الأولى ومدى أهمية الأخذ بها لما فيها من فائدة تعود على المجتمع، ومدى الأهمية التي سيقدمها البحث من ناحية تطبيق نتائجه بشكل علمي، وأيضاً تلافي الفراغ التشريعي الذي يسببه عدم الأخذ بالإحالة، وسنقسم أهمية البحث إلى الأهمية النظرية، والأهمية العلمية.

أولاً: – الأهمية النظرية:

وتتمثل في أن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، أي الإحالة إلى قانون القاضي، أي القانون الليبي؛ فيبدو لنا أنه كان من الأفضل النص عليها في التشريع الليبي، لأن الأخذ بها لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسناد بل على العكس من ذلك سيكون أكثر تحقيقاً لأهدافه.

أيضاً لا شك أن تطبيق القاضي الليبي لقانونه سيكون مقبولاً من النظام القانوني الليبي؛ إذ سيؤدي إلى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل اقليم الدولة.

ثانياً: – الأهمية العلمية :

الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحته أم ذات طابع دولي، ولن يكون في هذا التحقيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة، نظراً لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الإحالة

الصادرة من النظام القانوني الأجنبي ذاته، فتطبيق القاضي الوطني لقانونه إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي ذاته.

– لن يخل تطبيق القاضي لقواعده الموضوعية عادة بتوقعات الأفراد الذين يرتبطون بإقليم دولة القاضي إذ من السهل عليهم معرفة هذه القواعد، كما قد يكون الأفضل بالنسبة لهم تطبيق القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه بدلاً من تطبيق قواعد قانونية لدولة قد لا يتمكنون من معرفة قانونها.

– كما قد يساعد الأخذ بالإحالة في تسهيل مهمة القاضي الوطني، عندما تسند قاعدة إسناد النزاع إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فيصبح على القاضي الليبي أن يبحث عن قاعدة تحكم النزاع في قانون أكثر من خمسين قانوناً، لا قانوناً واحداً؛ لأنه متعدد بتعدد ولايات هذه الدولة. (أحمد عشوش، 1989)

إشكالية البحث :

تتمثل إشكالية البحث في إشكاليتين، الإشكالية العامة وتتمثل في الإحالة في حد ذاتها، والإشكالية الخاصة وتتمثل في إشكالية بحثنا هذا، وبالتالي سنسرد المشكلتين كما يلي:–

أولاً: – الإشكالية العامة والتي سنتناولها بطرح الأسئلة الأتية، إذا تصدى القاضي لأعمال قاعدة الإسناد فأشارت بتطبيق قانون أجنبي معين، فإن التساؤل يثور حول المقصود بهذا القانون، هل يرجع القاضي إلى القانون الدولي الخاص فيه والتي قد تقضي بالإحالة إلى قانون آخر؟ أم أن على القاضي أن يرفض الإحالة ويتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ويطبقها على واقعة الدعوى دون اعتداد بقواعد التنازع التي يتضمنها هذا القانون؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل على نحو أو آخر تكشف بالضرورة عن موقفنا من مشكلة الإحالة، وهو موقف يرتبط كما نرى بتفسير قاعدة الإسناد الوطنية، والمعنى المقصود بالقانون الأجنبي الذي أشارت باختصاصه.

وغني عن البيان أن مشكلة الإحالة لا تثير أدنى صعوبة فيما لو اتحدت قواعد الإسناد في كل من دولة القاضي والدولة الأجنبية، كما لو عرض على القاضي الليبي نزاع يتعلق بأهلية

أحد الفرنسيين، إذ لا خلاف في شأن وجوب تطبيق القانون الفرنسي في هذه الحالة بوصفه القانون الذي تشير به قاعدة الإسناد في كل من ليبيا وفرنسا.

وإنما تثور الصعوبة فيما لو اختلفت قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي، كما هو الحال فيما لو عرض على القضاء الفرنسي نزاع يتعلق بأهلية إنجليزي متوطن في فرنسا، فبينما تقضي قاعدة الأسناد الفرنسية بتطبيق القانون الانجليزي (قانون الجنسية)، نجد أن قواعد التنازع في هذا الأخير تشير على العكس بتطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن، ومن هنا تثور مشكلة الإحالة.

(عكاشة عبد العال ب، 2002)

الإشكالية الخاصة: – والتي تنطلق من مبدأ الأخذ بالإحالة من عدمه، فالقانون الفرنسي وبعض الدول الأخرى أخذوا بالإحالة، أما القانون الليبي والمصري وبعض الدول الأخرى رفضوا الأخذ بالإحالة، ونظرًا لأن القانون الليبي أخذ من القانون المصري فأتى مطابقاً له، ولكن نجد ان رفض مصر بالأخذ بالإحالة له مسبباته، وأيضاً مراعاة لمصالحها الاقتصادية منها أن مصر كانت ولا زالت بلد مصدرة للسكان فعدد لا يستهان به من المصريين ينزحون للخارج، وبذلك لن يتضرر القانون المصري كثيراً من رفضه للإحالة، إذ سيظل هؤلاء خاضعين في أحوالهم الشخصية لسلطان القانون المصري. وأيضاً السبب الآخر لجعل مصر ترفض الإحالة وهو أن مصر كانت ولازالت تعتمد على استجلاب الأجانب للاستثمار، لدى عند الأخذ بالإحالة خاصة من الدرجة الأولى فسوف يطبق القانون المصري على الأجانب وهذا يجعل المستثمرين في خشية وخوف على مصالحهم وأموالهم، حيث سوف يطبق عليهم قانون لا يعرفون عليه من أحكامه شيئا، هذه كانت أحد الأسباب التي رفضت مصر الأخذ بالإحالة. (صلاح الدين، 2006).

أما ليبيا فهي على العكس دولة مستوردة للسكان أكثر منها مصدرة لهم، وأن الأجانب القاطنين في ليبيا الآن هم من مختلف الجنسيات، والأخذ بالإحالة من شأنه إعطاء الفرصة للقانون الليبي في التطبيق على هؤلاء الأجانب في مسائل الأحوال

الشخصية، فإذا ثار نزاع بشأن أهلية أحد الأجانب المقيمين في ليبيا فإن إعمال قاعدة الإسناد الليبية يؤدي إلى القول بتطبيق قانون البلد الذي يتبعه هذا الأجنبي بجنسيته، فإذا كان هذا القانون يرفض الاختصاص وفقاً لقواعد إسناده الداخلية التي تقضي بتطبيق قانون الموطن، فهنا يرتد الاختصاص مجدداً للقانون الليبي، أما من ناحية الاستفادة الاقتصادية فليبيا اقتصادها ليس في حاجة لاستثمارات الأجانب والذي يجعل من الإحالة أمراً مرفوضاً وخاصة الإحالة من الدرجة الأولى.

(سالم أرجيعة، 1999)

أيضا تتمثل إشكالية البحث في قبول الإحالة غير المباشرة (التفويض) في القانون الليبي، وما تؤدي إليه من تناقض وفراغ تشريعي في قواعد الإسناد.

تساؤلات البحث:

نوع التساؤلات في هذا البحث هي تساؤلات تقييمية حيث تهدف إلى تقييم وتقدير قيمة البحث ونتائجه وتأثيرها الممكن على المجتمع العلمي أو العملي، وتعطي جوانب مثل الفعالية والتأثير العملي للبحث. وتتمثل الأسئلة في: –

إذا تصدى القاضي لإعمال قاعدة الإسناد فأشارت بتطبيق قانون أجنبي معين، فإن التساؤل يثور حول المقصود بهذا القانون. **هل يرجع القاضي إلى القانون الدولي الخاص فيه والتي قد تقضي بالإحالة إلى قانون آخر؟ أم أن على القاضي أن يرفض الإحالة ويتجه مباشرة إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي ويطبقها على واقعة الدعوى دون اعتداد بقواعد التنازع التي يتضمنها هذا القانون؟**

مثلاً لو مات مواطن فرنسي في ليبيا مخلفاً وراءه عقارات ومبالغ مالية في البنوك العاملة بها، وثار نزاع بشأن تركته وتحديد الورثة وأنصبتهم أمام القضاء الليبي، فإن القاضي سوف يخضع الميراث لقانون جنسية المتوفي وقت الوفاة، **فما المقصود بالقانون الفرنسي – قانون جنسية المورث – الواجب التطبيق؟ هل يطبق القاضي الليبي القواعد الموضوعية في هذا القانون، التي تحدد شروط استحقاق الإرث وصفة الورثة وأنصبتهم وحالات الحجب، وغير**

ذلك من المسائل (وهو قانون يعطي الحل المباشر للنزاع)؟ أم يلزم أن يبدأ بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الفرنسي؟

مثلا إذا ثار نزاع بشأن أهلية أمريكي أمام القضاء الليبي، فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأمريكي بوصفه قانون الجنسية. غير أن ذلك لا يحسم المسألة، ففي الولايات المتحدة لا يوجد قانون واحد خاص بجميع الولايات، وإنما توجد عدة قوانين، ومن ثم أن تحدد ما إذا كان القانون الأمريكي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، مثلاً قانون ولاية نيويورك أو قانون ولاية كاليفورنيا أو غيرهما، وهكذا يتضح لنا بجلاء أنه من المتعذر على القاضي أن يقف على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المسألة المطروحة، إلا بعد تعيين أي شريعة من الشرائع السائدة داخل هذه الدولة المركبة، هي الواجبة الإعمال. **فكيف يتم تعيين هذه الشريعة الداخلية؟**

ماهي النتائج التي تترتب على غياب الإحالة في القانون الليبي؟ وهل لوجود نص في شأنها فائدة ما؟

أهداف البحث :

- نهدف في بحثنا هذا إلى تسليط الضوء على قواعد الإحالة في القانون الدولي الخاص الليبي والبحث في تطويرها، ومنها ما يتعلق بالإحالة ومدى أهميتها ووجوب الأخذ بها في القانون الليبي، على الأقل الإحالة من الدرجة الأولى.
- الهدف إلى سد الفراغ التشريعي والتناقض الذي سببه عدم الأخذ بالإحالة والأخذ بالتفويض.

منهج البحث :

استندنا في كتابة بحثنا هذا بالمنهج الوصفي، والذي يقوم على الحجج التي تم بناؤها بطريقة وصفية تحليلية، وبذلك يتم ضمان الموثوقية الخاصة بالحجج والدلائل. وضمان نتائج موثوقة تماماً وصحيحة.

خطة البحث :

المبحث الأول: – مفهوم الإحالة وأنواعها وأسانيدها.
المطلب الأول: – مفهوم الإحالة وأنواعها.
المطلب الثاني: – الاتجاهات الفقهية في مسألة الإحالة.
المبحث الثاني: – مفهوم التفويض ومجال تطبيقه.
المطلب الأول: – مفهوم التفويض.
المطلب الثاني: – كيفية تحديد الشريعة الداخلية في القانون المركب.
المبحث الثالث: – موقف القانون الليبي من الإحالة.
المطلب الأول: – نتائج غياب الإحالة في القانون الليبي.
المطلب الثاني: – الإحالة غير المباشرة في القانون الليبي.

المبحث الأول/ مفهوم الإحالة وأنواعها وأسانيدها

ســـنتناول في بحثنا هذا مفهوم الإحالة وذلك بنوعيها، المعنى العام للإحالة، والمعنى القانوني للإحالة، ومنها نتطرق إلى أنواع الإحالة بنوعيها حيث إن الإحالة قد تكون من الدرجة الأولى عندما يرجع الاختصـــاص إلى قانون القاضـــي، وقد تكون الإحالة من الدرجة الثانية، وذلك فيما لو أحالت قاعدة الإســـناد الأجنبية إلى قانون غير قانون القاضـــي، ونختم هذا المبحث بالأسانيد سواء من خصوم الإحالة، او من مؤيدين الإحالة.

المطلب الأول/ مفهوم الإحالة وأنواعها

الفرع الأول / معنى الإحالة

أولاً / المعنى العام:

تعرف الإحالة بأنها تلك الفكرة التي تقتضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة، بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة، وكان التنازع بينهما سلبياً. (محمد اللافي، 1994–ص70)

ويعرفها البعض الآخر بأنها " تلك النظرية التي تقول بوجوب الأخذ بأحكام قواعد الإسناد في التشريع الأجنبي، الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الوطنية. متى كانت أحكام الإسناد مختلفة في التشريعيين. (عكاشة عبد العال، 2002–ص151). ونحن نرى أن التعريف الثاني أفضل لدقة ألفاظه وتعبيره الدقيق عن المشكلة.

ثانياً / المعنى القانوني:

الفقه الفرنسي يعبر أحياناً عن الإحالة بتعبير التنازع السلبي، وهو يحدث حينما تتخلى كل قاعدة من قواعد التنازع عن إعطاء الاختصاص لقانونها، ويعرض هذا النوع من التنازع عندما تختلف قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي عنها في قانون القاضي. وصورة ذلك أن تخول قاعدة الإسناد في قانون القاضي الاختصاص كقاعدة الإسناد في القانون الأجنبي، فإذا بهذه القاعدة الأخيرة ترفضه بألا تعقد الاختصاص لقانونها الموضوعي، وتعهد به لقانون آخر قد يكون هو قانون القاضي، أو قانون آخر أجنبي (محمد اللافي، 1994، ص70).

نجد أن في العلاقات ذات الطابع الدولي تضطلع قواعد الإسناد الوطنية بتحديد القانون الواجب التطبيق فيها، فإذا ما أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون دولة القاضي، فإنه يتعين على القاضي الوطني تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه للتوصل إلى الحل النهائي للنزاع. أما إذا اشارت قاعد الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون غير قانون دولة القاضي، فإن السؤال يثور حول كيفية التوصل إلى الحل النهائي للنزاع إذ لا يكفي للتوصل إلى هذا الحل معرفة القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، بل يتعين فضلاً عن ذلك تحديد القواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون. فمن المعلوم أن القانون الأجنبي يتضمن أسوة في هذا الصدد بالقانون الوطني–نوعين من القواعد قواعد إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق في المنازعات ذات الطابع الدولي، وقواعد موضوعية تتكفل مباشرة بإعطاء الحل النهائي للنزاع. ومن ثم يتعين معرفة ما إذا كانت مهمة القاضي الوطني تقتصر على تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي للتوصل إلى الحل النهائي للنزاع، أم أنه على العكس من ذلك يتعين على القاضي

الوطني الانصياع إلى ما تقضي به قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، وتلك هي المشكلة الأولى التي يطلق عليها مشكلة الإحالة. (محمد مصيلحي، 2000، ص157)

الفرع الثاني/ أنواع الإحالة

بعد أن تناولنا في المطلب الأول المفهوم العام للإحالة بشقيها العام والقانوني سنبحث في هذا المطلب عن أنواع الإحالة والتي تنقسم إلى درجتين:

أولاً / الإحالة من الدرجة الأولى (الرد)

وفق هذا النوع من الإحالة تتخلى قاعد الإسناد في قانون الدولة الأجنبية التي أنعقد لها الاختصاص لقانون القاضي، وسميت أيضاً بالرد لأنها ترد الاختصاص مرة أخرى لقانون القاضي معنى ذلك أن هذه الصورة تتحقق في ظل المعطيات الآتية:

ـ أن تشير قاعدة الإسناد في القانون الليبي إلى تطبيق قانون أجنبي.

ـ يبدأ القاضي في دولة أجنبية مثلاً فرنسا بمخاطبة قواعد الإسناد في القانون المشار إليه.

ـ يتخلى القانون الأجنبي (الفرنسي) عن هذا الاختصاص ويعقده لقانون القاضي.

ومثال ذلك أن تطرح منازعة متعلقة بميراث على عقار كائن في لبنان لمتوفي يحمل الجنسية الفرنسية. الميراث أمام القاضي اللبناني بحكمه القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المتوفي، بينما قواعد الإسناد في هذا القانون الأخير تعقد الاختصاص لقانون موقع العقار، أي للقانون اللبناني، ويتضح من هذا المثال أن القانون الفرنسي المختص قد تخلى عن اختصاصه لقانون القاضي الناظر في المنازعة. أي رده إليه مرة أخرى. (عكاشة عبد العال، 2002)

من ذلك ايضاً تثور أمام القاضي الليبي منازعة متعلقة بأهلية إنجليزي متوطن في ليبيا، قاعدة الإسناد في القانون الليبي تعقد الاختصاص للقانون الإنجليزي بوصفه قانون موطن الشخص، فإذاً بقواعد الإسناد فيه تعقد الاختصاص لقانون القاضي الليبي بوصفه قانون موطن هذا الشخص. (عكاشة عبد العال، 2002)

ثانياً / الإحالة من الدرجة الثانية :

في هذه الصورة تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية أيضاً عن الاختصاص المعقود لها بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية تماماً كما في الصورة الأولى، غير أن قاعدة الإسناد الأجنبية ترد الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية ثالثة وليس إلى قانون القاضي، مثال ذلك أن تثور أمام القاضي الليبي منازعة متعلقة بميراث منقولات خاصة بإنجليزي متوطن في فرنسا. القانون الواجب التطبيق على الميراث في ليبيا هو القانون الإنجليزي بوصفه قانون جنسية المتوفي. فإذا رجعنا إلى قواعد الإسناد في القانون الإنجليزي نجدها تعقد الاختصاص للقانون الفرنسي، بوصفه قانون موطن المتوفي، وفي هذا المثال يتخلى القانون الإنجليزي عن الاختصاص الذي عقدته له قاعدة الإسناد في القانون الليبي، ويرد إلى قانون دولة من الغير (دولة ثالثة) هي فرنسا.

هنا في هذه الصورة أو تلك من صور الإحالة يتوجب على القاضي المطروح أمامه النزاع ذو الطبيعة الدولية أن يسأل نفسه... ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد بتطبيقه؟ هل هو القانون الأجنبي في جملته بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية، أم المقصود به القواعد الموضوعية؟

إذا قدر القاضي أن المقصود بالقانون الأجنبي هو القاعدة الموضوعية فيه، كان معنى ذلك أن دولة هذا القاضي ترفض الإحالة، أما إن قرر أن القانون المختص هو القانون الأجنبي بما فيه من قواعد إسناد وقواعد موضوعية، وأنه لا يجوز الفصل بينهما لكونهما مرتبطين ارتباطا لا يقبل التجزئة، كان معنى ذلك أن دولته تأخذ بالإحالة. (فؤاد رياض، 1994)

المطلب الثاني/ الاتجاهات الفقهية في مسألة الإحالة

لما كانت قاعدة الإسناد الوطنية تقتصر على الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، دون أن تعنى بتحديد ما إذا كان المقصود بهذه الإشارة هو قواعد الإسناد في هذا القانون، أم القواعد الموضوعية فيه، فقد رأى فريق من الفقهاء أن هذه الإشارة يجب أن تفهم على أنها إسناد إجمالي للقانون الأجنبي، بمعنى أنه يتعين على القاضي، إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانونه إلى

قانون أجنبي معين، البدء بتطبيق قواعد الإسناد في هذا القانون. وتطبيق القانون الذي تشير إليه. (صلاح جمال الدين، 2006، ص86)

بينما ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى رفض نظرية الإحالة وأنه إذاً ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين، فإن المقصود هو تطبيق الأحكام الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون، وبعبارة أخرى " فأنه بتعين على القاضي الوطني القيام بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي مباشرة على النزاع دون تلك المتعلقة بقواعد الإسناد فيه، فالإسناد إلى القانون الأجنبي هو إسناد موضوعي، أي إسناد إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي وليس إسناد إجمالياً. (فواد رياض، 1994، ص106) لدى أنقسم الفقهاء بين مؤيدي لفكرة الإحالة والمعارضين لها. (فؤاد رياض، 1994)، وهذا ما سنتناوله في أولاً أسانيد خصوم الإحالة (مطلب أول) ثم نعرض أسانيد أنصار الإحالة (مطلب ثاني).

الفرع الأول/ أسانيد خصوم الإحالة

أولاً / انتهاك السيادة الوطنية:

يؤدي الأخذ بنظرية الإحالة إلى المساس بالسيادة، ذلك أن قواعد تنازع القوانين في كل بلد ما هي إلا قواعد وطنية قبل كل شيء، ومازالت بعيدة على أن تكون عالمية، وهي ترمي في الواقع إلى تحديد سلطان القانون الوطني بالنسبة للإقليم وللأشخاص، كما أنها تبين أحوال تطبيق القانون الأجنبي. (صلاح جمال الدين، 2006)

فالمشرع الوطني وهو يضع قواعد الإسناد إنما يرسم حدود سيادة القانون الوطني، وعليه فأن تعطيل هذه القواعد بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي معناه المساس بهذه الحدود والانصياع لأمر المشرع الأجنبي، وهو ما يتنافى مع طبيعة قاعدة الإسناد والغرض من وجودها. (عز الدين عبد الله، 2000)

ثانياً / عدم استقرار المراكز القانونية:

الأخذ بالإحالة يوقع في حلقة مفرغة، أو إلى توالي الإحالة توالياً لا نهاية له، وهو ما يؤدي إلى القلق وعدم الاطمئنان مقدماً على القانون الذي يختص بحكم العلاقة مما يؤثر في استقرار المعاملات، ومن ثم ففي الأخذ بنظرية الإحالة " مخالفة لأبسط المبادئ القانونية التي تقضي بضرورة الاطمئنان والاستقرار في المراكز القانونية. (عكاشة عبد العال، 2002، ص150)

إذ تؤدي الإحالة إلى أن يصبح ذوي الشأن في العلاقة القانونية غير قادرين على التنبؤ بالحل الذي يمكن أن ينتهي إليه النزاع، وعلى ذلك فلا سبيل للخروج من الحلقة المفرغة، وبالتالي لا يتحقق الاستقرار للمراكز القانونية إلا بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، أي إهدار نظرية الإحالة.

الفرع الثاني / الأسانيد المؤيدة للأخذ بالإحالة

اولاً / احترام إرادة المشرع الأجنبي:

بيدا أن قاعدة الإسناد الأجنبية لم تدخل في حلقة هذا السياق بمعجزة، ولا عن طريق الصدفة، فقد دخلت بتعيين قاعدة الإسناد الوطنية لها، وحيث إن لكل دولة الحرية في تطبيق القانون الأجنبي في الأحوال وفي الفروض التي تراها مناسبة، فإنه من غير المقبول تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها قانون دولة أجنبية رغم إرادة هذه الدولة، أي بشكل مخالف لقواعد الإسناد التي أصدرها المشرع في هذه الدولة. (فؤاد رياض، 1994، ص132)

فالتشريع الأجنبي يكون في الحقيقة وحدة لا تتجزأ تتركب من قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية، فإذا قضت هذه القواعد الأولى بالإحالة فلا مناص من اتباعها، ومن ثم لا يجوز تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي إلا إذا كانت قواعد الأسناد الأجنبية تسمح بتطبيقها، وهو ما يعبر عنه البعض بأن " القواعد الموضوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الإسناد ارتباط الأنسان بظله". (فؤاد رياض، 1994)

ثانياً / توحيد الحلول في المنازعات ذات العنصر الأجنبي:

إذا ما عرض النزاع أمام محاكم الدول المختلفة، فالإحالة هي السبيل إلى تحقيق الاتساق القانوني، وتوحيد الحلول في المنازعات، إذ لو حكم القاضي الوطني طبقاً لقانونه الخاص به بغير مراعاة لنصوص القانون الأجنبي، فإن حكمه يتمتع بقوته فقط في داخل حدود بلاده، حتى إذا ما أريد الاحتجاج به في الخارج، وعلى الأخص أمام محكمة ذلك القانون الأجنبي، فإنه لا يعتد به لأنه طبق قانوناً مخالفاً لما تقضي به قواعد تنازع القوانين في هذا التشريع، وكذلك لا يكون للحكم أية قيمة في البلاد الأخرى التي بنفس المبدأ. (صلاح الدين جمال، 2006)

أما قبول القاضي بالإحالة، فسيعطي النزاع ذات الحل الذي سيأخذ به القاضي الأجنبي، لو كان قد طرح النزاع عليه، وبذلك لا يختلف الحل الذي يلقاه النزاع تبعاً للمحكمة التي يطرح عليها، ومن ثم تتوحد الحلول في مجال المعاملات الدولية، وبذلك تتحقق فكرة التعايش المشترك بين النظم القانونية (فؤاد رياض، 1992، ص 212)

المبحث الثاني / مفهوم التفويض ومجال تطبيقه وكيفية تحديد الشريعة الداخلية في القانون المركب

بعد أن انتهينا في المبحث الأول من الإحالة وتوضيح أنواعها وسرد اسانيدها، سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التفويض ومجال تطبيقه، (المطلب الأول).

ثم بعد ذلك نتطرق إلى كيفية تحديد الشريعة الداخلية في القانون المركب (المطلب الثاني).

المطلب الأول / مفهوم التفويض ومجال تطبيقه

سنتناول في هذا المطلب معنى التفويض بشقيه العام والقانوني (الفرع الأول).

ومجال تطبيق التفويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول/ معنى التفويض

أولاً: – المفهوم العام:

يقصد بالتفويض في معناه العام هو أن تعهد دولة أو شخص أو هيئة، بمقتضى قرار أو قانون أو معاهدة ببعض اختصاصاته، التي يستمدها من القانون إلى شخص آخر أو دولة أخرى، ليمارسها من دون الرجوع إليه، مع بقاء مسؤوليته عن تلك الاختصاصات المفوضة

ثانياً: – المفهوم القانوني.

لم يرد تعريف واضح للتفويض ولكن مما تم استخلاصه بعد دراسة نظرية التفويض بتعمق، نرى أن نضع لها تعريفا " إسناد الاختصاص إلى قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع" أو يعرف بتعريف آخر وهو (تحويل القانون الواجب التطبيق لتعيين أية شريعة من الشرائع الإقليمية أو الشخصية لتكون هي الواجبة التطبيق). ونجد أن الكثير يخلط بين نظرية التفويض ونظرية الإحالة، حيث سميت نظرية التفويض بالإحالة الداخلية، ولكن الفرق واضح وجلي، حيث إن الإحالة هي تخلي القانون المسند إليه عن اختصاصه إلى قانون القاضي، أو إلى قانون آخر غير قانون القاضي، ولكن التفويض هنا لا يتخلى القانون المسند إليه عن اختصاصه إذ يبقى محتفظاً باختصاصه في حكم النزاع، بل يقوم بتركيز الاختصاص إلى أحد الشرائع المتعددة في قانونه. (هشام صادق،2006)

الفرع الثاني /مجال تطبيق التفويض

يحصل التفويض عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تعدداً داخلياً. وتسمى هذه الدول بالدول المركبة قانوناً، ويأخذ التعدد إحدى صورتين:

أولاً: – التعدد الإقليمي (على الزيني، 2016)

وفيها تتكون الدولة من عدة ولايات أو عدة مقاطعات يكون لكل منها قانون داخلي مستقل، كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية وفي الاتحاد السويسري.

ثانياً: – التعدد الشخصي (وائل بندق، 2016)

وفيه تكون الدولة بسيطة، ولكن تتعدد فيها الشرائع بتعدد الديانات أو المذاهب كما هو الحال في مصر وسوريا ولبنان، حيث إنه لا نحتاج إلى التفويض إذا ثم الإسناد إلى قانون دولة لا تتعدد فيها الشرائع كما هو الحال في ليبيا.

المطلب الثاني / كيفية تحديد الشريعة الداخلية في القانون المركب

لقد تنازع هذا الآمر اتجاهان مختلفان، الأول يرى أن مهمة تحديد القانون المختص توكل لقواعد الإسناد في قانون القاضي (الفرع الأول)، والاتجاه الثاني يرى على العكس بأن مهمة تحديد الشريعة الداخلية في القوانين المتعددة تترك للقانون الأجنبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

(تحديد الشريعة الداخلية وفقاً لقواعد الإسناد في دولة القاضي المختص بالنزاع)

ذهبت أقلية من الفقه إلى أنه إذا ما قضت قاعدة الإسناد في قانون القاضي، بتطبيق قانون دولة ذات نظام قانوني مركب تعين على القاضي تجاهل قواعد الإسناد الداخلية، التي يتضمنها قانون هذه الدولة وتحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق على النزاع، وفقاً لقواعد الإسناد التي يتضمنها قانونه الوطني. (فؤاد رياض،1994، ص84)

ويقوم هذا الرأي على فكرة أساسية، مقتضاها أن وظيفة قاعدة الإسناد ليست مجرد تحديد الدولة التي يختص قانونها بحكم النزاع، بل الوصول مباشرة إلى الحل الموضوعي للمنازعات ذات الطابع الدولي. (هشام صادق، 2006)

كذلك يرى أنصار هذا الرأي أن القاضي الوطني غير ملزم بتطبيق قواعد صادرة من مشروع دولة أجنبية، إذ إن القاضي الوطني لا يأتمر إلا بأوامر مشروعه هو، هذا فضلاً عن أن ضوابط الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية قد تختلف تمام الاختلاف عن ضوابط الإسناد الدولية في قانون القاضي، مما قد يؤدي إلى إهدار قاعدة الأسناد في قانون القاضي من الناحية العملية، ولا يخفى تأثير هذا الاتجاه بالتيار الذي كان يصور في فرنسا تنازع القوانين على أنه تنازع بين سيادات الدول، وقد كان من أهم نتائجه رفض فكرة الإحالة جملة وتفصيلاً، غير أن زمن هذا الاتجاه قد ولى. فتنازع القوانين قد أصبح اليوم تنازعاً بين المصالح المتعارضة للأفراد، في مجال العلاقات الخاصة، وليست تنازعاً بين السيادات كما كان يقال. (محمد اللافي، 1994)

الفرع الثاني

تحديد الشريعة الداخلية وفقاً لقواعد الإسناد في الدولة الأجنبية

غير أن الفقه السائد يرى رجوع القاضي الوطني إلى قواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية، التي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيق قانونها للتوصل إلى تحديد الشريعة الداخلية المختصة في هذه الدولة. فقواعد الإسناد الدولية في قانون القاضي عندما تشير إلى تطبيق قانون دولة معينة، إنما تهدف إلى ربط العلاقة القانونية بقانون هذه الدولة باعتبارها وحدة إقليمية قائمة بذاتها، ومن ثم لا يجوز الاستعانة في ذات الوقت بهذه القواعد لتحديد الشريعة الداخلية المختصة في النظام القانوني الأجنبي. (عكاشة عبد العال، 2002)

وقد أنحاز المشرع الليبي إلى هذا الاتجاه، حيث نصت المادة (26) من القانون المدني على أنه " متى ظهر في الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها". ويتفق هذا الحل مع ما استقر عليه فقه القانون الدولي الخاص الراجح، باعتبار التنازع الداخلي للقوانين خارجاً عن موضوع هذا الفرع من فروع القانون. (سالم أرجيعة، 1999).

ومن ثم لا يتم حله وفقاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي التي من مهمتها تحديد شريعة دولية ترتبط بالنزاع، وليس تحديد شريعة داخلية، وقد أخذ مؤتمر القانون الدولي الخاص في أكسفورد بنظرية التفويض هذه في دور انعقاده سنة 1880م.

كما حدا حذو التشريع الليبي العديد من التشريعات المعاصرة الأخرى، كالتشريع الصيني الصادر سنة ،1918 والتشريع السويسري الصادر سنة 1937

وإذا كان القانون الليبي قد ساير الاتجاه الفقهي الغالب في الأخذ بنظرية التفويض، غير أنه قد سكت مع ذلك عن نطاق تطبيقها، إذ لم يوضح نص المادة (26) السابقة ما إذا كانت نظرية التفويض هي ذات تطبيق عام تشمل حالتي التعدد الإقليمي والتعدد الشخصي، أم أنها قاصرة فقط على حالات التعدد الإقليمي، من ناحية أخرى لم يوضح المشرع الليبي الحل الواجب الإتباع إذ لم يتضمن القانون الأجنبي قواعد إسناد تكشف عن الشريعة الداخلية المختصة من بين شرائعه المتعددة، أو في حالة عجزها أو قصورها. (محمد اللافي، 1994). وسنتناول ذلك في النقاط الآتية: -

أولاً: - الاتجاه نحو تقييد التفويض:

بالرجوع إلى نص المادة (26) سالفة الذكر، نجدها مبهمة بعض الشي من ناحية عدم النص على هل نظرية التفويض، تشمل صورتي التعدد الإقليمي والشخصي، (القانون المدني الليبي،28 نوفمبر، 1953) أم أنها تقتصر على حالة دون أخرى؟ فهنا انقسم الرأي إلى قسمين، يرى الأول اقتصار نظرية التفويض على حالات التعدد الإقليمي فقط، وحجتهم أن مهمة قاعدة الإسناد هي تحديد شريعة دولية معينة، وليس البحث عن الشرائع الشخصية داخل كل دولة.

ثانياً: – الاتجاه الذي يرى إطلاق نظرية التفويض:

يرى هذا الاتجاه إطلاق نظرية التفويض لتشمل نوعي التعدد، وهذا ما يجب الأخذ به في القانون الليبي، فالشرائع المتعددة في دولة ما تكون في مجموعها القانون الداخلي لتلك الدولة، فإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية في قانون دولة القاضي إلى قانون دولة من هذه الدول، وجب تحديد الشريعة الداخلية المختصة وفق قواعد الإسناد الداخلية في قانون هذه الدولة سيان أن يكون التعدد الحاصل بداخلها هو تعدد إقليم أو تعدداً شخصي، إذ لا يكفي القول بالاقتصار على تحديد شريعة إقليمية معينة دون تحديد الشريعة التي تحكم النزاع، لأن المقصود بقانون الدولة الأجنبية هو القانون ككل لا يتجزأ، أي القواعد الموضوعية السائدة في كل وحدة من وحدات هذه الدولة المركبة وأيضاً القواعد التي تحكم الأشخاص، فمن مجموع هذه وتلك يتكون القانون الأجنبي الذي فوضته قواعد الإسناد الوطنية، وهذا ما يفهم من عموم نص المادة (26) من القانون المدني الليبي، لذلك يجب أن تفسر قاعدة الإسناد المذكورة في هذه المادة من هذا المنطلق، وعدم اقتصار عملها على حالة التعدد الإقليمي فقط. (هشام صادق وآخرون، 2006)

ثالثاً: – حالة عدم وجود قواعد في القانون الداخلي للدولة المتعددة الشرائع تعين على تحديد الشريعة المختصة.

إن الحل الذي تضمنته المادة (26)، القاضي بتفويض قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المركب في تحديد شريعة داخلية مختصة، هو مع بساطته ووضوحه يبدو مع ذلك معيباً يشوبه القصور والفراغ التشريعي. فمن ناحية لم يبين الأسلوب الواجب الاتباع، عندما لا يجد القاضي في قواعد إسناد الدولة الأجنبية قاعدة ما ترشده على شريعة داخلية معينة، وهذا هو القصور التشريعي، ومن ناحية أخرى، إنه على فرض وجود هذه القواعد، قد لا تكفي في تحديد القانون

المختص، وهذا هو الفراغ التشريعي، وذلك كحالة كون قواعد الإسناد الداخلي في الدولة المركبة تسترشد بموطن الشخص كضابط للإسناد، ويكون موطن هذا الشخص في دولة أخرى.

فلا شك إن إعمال نص المادة (26) هنا يكون متناقضاً مع نص المادة (27) ويؤدي حتماً إلى الوقوع في الإحالة المرفوضة صراحة في نص المادة (27) من القانون المدني الليبي. (سالم أرجيعة، 1999)

المبحث الثالث

موقف القانون الليبي من الإحالة

حيث إن القانون المصري هو مصدر للقانون الليبي، إذ قبل أن نعرض موقف القانون الليبي من الإحالة، لا بد من عرض موقف القانون المصري من الإحالة، بحكم أن القانون الليبي، أتى مطابقاً للقانون المصري ومتأثراً به، ولدى نجد أن المشرع المصري رفض بصورة قاطعة الأخذ بالإحالة، واضعاً للجدل المحتدم بشأنها في الفقه والقضاء في القانون المقارن، وفي ذلك تخص المادة (27) من القانون المدني المصري على أنه " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص. (القانون المدني المصري، 1948). وهكذا أصدر القانون المصري وهو متضمن نص صريح في رفض الإحالة، ولما صدر القانون المدني الليبي في 28 نوفمبر 1953 كان من البديهي أن يرفض بدوره نظرية الإحالة وذلك تأثراً بالقانون المصري. وبذلك نصت المادة (27) من هذا القانون على أنه "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص ". لكن ماهي النتائج التي تترتب على غياب الإحالة في القانون الليبي؟ وهل لوجود نص في شأنها فائدة ما؟ (سالم أرجيعة، 1999). نتولى الإجابة على هذين السؤالين في المطلبين التاليين.

المطلب الأول / نتائج غياب الإحالة في القانون الليبي

نجد أن الاعتبارات التي أدت إلى رفض الإحالة في مصر، هي نفسها الاعتبارات التي تؤدي إلى قبول الإحالة في ليبيا. فمصر كانت ولا تزال دولة مصدرة للسكان وليست مستوردة لهم. فعدد لا يستهان به من المصريين ينزحون للخارج، وبذلك لن يتضرر القانون المصري كثيراً من رفضه للإحالة إذ سيظل هؤلاء خاضعين في أحوالهم الشخصية لسلطان القانون المصري. والوافدون وهم أقل عدداً من النازحين، فلا ضير في جعل مسائل أحوالهم الشخصية محكومة بقوانين جنسياتهم. أما ليبيا فهي على العكس دولة مستوردة للسكان أكثر منها مصدرة لهم. وأن الأجانب القاطنين في ليبيا الآن هم من مختلف الجنسيات، والأخذ بالإحالة من شأنه إعطاء الفرصة للقانون الليبي في التطبيق على هؤلاء الأجانب في مسائل الأحوال الشخصية، فإذا ثار نزاع بشأن أهلية أحد الأجانب المقيمين في ليبيا فإن إعمال قاعدة الإسناد الليبية يؤدي إلى القول بتطبيق قانون البلد الذي يتبعه هذا الأجنبي بجنسيته، فإذا كان هذا القانون يرفض الاختصاص

وفقاً لقواعد إسناده الداخلية التي تقضي بتطبيق قانون الموطن، فهنا يرتد الاختصاص مجدداً للقانون الليبي، والأخذ به وفقاً لنظام الإحالة يوفر على القضاء مهمة البحث عن قاعدة أخرى لفض النزاع. إن موقف القانون الليبي الرافض للإحالة يؤدي في أسوا الفروض إلى التناقض بين قواعد الإسناد، إضافة إلى إيجاد نوع من الفراغ التشريعي، ناهيك عن وقوع صور غير مباشرة للإحالة تطرأ في التطبيق العملي رغم رفض المشرع صراحةً لها. (سالم أرجيعة،1999)

المطلب الثاني

الإحالة غير المباشرة في القانون الليبي وما تؤدي إليه من تناقض وفراغ تشريعي في قواعد الإسناد

خلال تطبيق قواعد الإسناد المختلفة في القانون الليبي ينتج عنه صور غير مباشرة للإحالة، نذكر منها على سبيل الاستدلال حالتين وهي التفويض (الفرع الأول).
والأنظمة المالية للزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول / التفويض

تتعلق بالافتراض الوارد في المادة (26) من القانون المدني والتي تتعلق بالتفويض، والتي نصت على أنه في حالة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يعين القانون الواجب التطبيق، إذاً وبمقتضى هذا النص تصبح مهمة تحديد القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع من اختصاص قانون الدولة الأجنبية التي تم الإسناد إلى قانونها، وليس من اختصاص القانون الليبي، فما بالنا لو أن هذا القانون الأجنبي يسترشد بموطن أحد أطراف النزاع لتعيين الشريعة الداخلية وكان موطن هذا الشخص في دولة ثالثة غير تلك التي يتبعها بجنسيته، إن القبول بهذا الحل الذي تقرره المادة (26) من قانوننا المدني يعني الوقوع في الإحالة بطريقة غير مباشرة، وذلك نوع من التناقض غير المقبول في قواعد الإسناد، فلو كانت نصوص القانون الليبي تسمح بالإحالة لما وقع هذا التناقض.

الفرع الثاني / الأنظمة المالية للزواج

من تطبيق نص الفقرة الأولى من المادة (13) من القانون المدني التي تنص على أنه " يســـري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال، والذي يجب الوقوف عنده هو نص هذه الجملة الأخيرة من النص الخاص بتطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الأنظمة المالية للزواج؛ فالأنظمة المالية في القوانين الأجنبية هي عموماً أنظمة اتفاقية.

فإذا افترض وثار نزاع أمام القضـــاء الليبي بشـــأن نظام مالي معين لزوجين أجنبيين، فإن القاضـــي الليبي واســـناداً إلى نص الفقرة الأولى من المادة (13) ســـالفة الذكر ســـيقضـــي بتطبيق قانون جنســـية الزوج، وليكن القانون الفرنســـي مثلاً افتراضـــا إلى كون الزوج في هذا المثل يتمتع بالجنسية الفرنسية. (سالم أرجيعة، 1999، ص169ـ 170).

وبالرجوع إلى القانون الفرنســـي نجد أن هذا القانون يســـند النزاع المذكور للقانون الذي تحدده إرادة المتعاقدين صـــراحة أو ضـــمناً، لعدم وجود قاعدة إســـناد خاصـــة به. فإذا تصـــادق واتفق الزوجان في عقد الزواج على تطبيق قانون دولة أخرى، ففي هذه الحالة سـيجد القاضـي نفســـه أمام خيارين أحلاهم مر. فإذا طبق الحل الذي أشـــارت إليه المادة (13) من القانون الليبي وقع في الإحالة من الدرجة الثانية، وإذا طبق القانون الفرنســـي وأغفل إحالته إلى قانون الإرادة يكون كأنه قد طبق قانوناً أجنبياً خارج الإطار الذي رســـمه له مشـــرعه. وقد يقال إنه باستطاعة القاضـي إعمال نص المادة (27) التي تقول " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص. وعليه يطبق القاضي الأحكام الداخلية في القانون الفرنسي على قضية الحال.

ويتلخص من مشـكلة الإحالة أن القول بذلك لا يحل المشـكلة بل يزيدها تعقيداً فضـلاً عن التناقض يقع في حالة من الفراغ التشـــريعي، فما هي القاعدة الموضـــوعية في القانون الفرنسي التي تحكم هذا النزاع؟ الصحيح أنها لا توجد إذا كان المشرع قرر ترك أمرها لسلطان إرادة المتعاقدين، وأن الأخذ بالإحالة يؤدي مرة أخرى إلى التخلص من مأزق الفراغ التشـــريعي في هذا الافتراض.

الخلاصة: – وجوب مناقشة الإحالة في ضوء وظيفة قاعدة الإسناد كما سبق أن أوضحنا الإحالة إما أن تكون إلى قانون دولة القاضـــي " الإحالة من الدرجة الأولى" وأما أن تكون إلى قانون دولة أجنبية أخرى " الإحالة من الدرجة الثانية والثالثة" أما الإحالة إلى قانون القاضـــي، أي القانون الليبي فيبدو لنا أنه كان من الأفضـل النص عليها في التشـريع الليبي، فالأخذ بها لن يتعارض مع وظيفة قاعدة الإسـناد بل على العكس من ذلك سـيكون أكثر تحقيقاً لأهدافه.

إذ لا شك أن تطبيق القاضي الليبي لقانونه سيكون مقبولاً من النظام القانوني الليبي إذ سيؤدي إلى استقرار الحياة القانونية والمعاملات داخل اقليم الدولة. وإلى توحيد القواعد الموضوعية المطبقة بواسطة القاضي الوطني، سواء كانت العلاقة وطنية بحته أم ذات طابع دولي. ولن يكون في هذا التحقيق أي مساس بالنظام القانوني الأجنبي المتصل بالعلاقة، نظراً لأن هذا التطبيق قد تم بناء على الإحالة الصادرة من النظام القانوني الأجنبي ذاته، فتطبيق القاضي الوطني لقانونه إنما كان نتيجة للأخذ بما تقضي به قاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي ذاته، ولن يخل تطبيق القاضي لقواعده الموضوعية عادة بتوقعات الأفراد الذين يرتبطون بإقليم دولة القاضي، إذ من السهل عليهم معرفة هذه القواعد، كما قد يكون الأفضل بالنسبة لهم تطبيق القاضي للقواعد الموضوعية في قانونه بدلاً من تطبيق قواعد قانونية لدولة قد لا يتمكنون من معرفة قانونها. كما قد يساعد الأخذ بالإحالة في تسهيل مهمة القاضي الوطني عندما تسند قاعدة الإسناد النزاع إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع، فيصبح على القاضي الليبي أن يبحث عن قاعدة تحكم النزاع في قانون من أكثر من خمسين قانوناً لا قانوناً واحداً، لأنه متعدد بتعدد ولايات هذه الدولة. (سالم أرجيعة، 1999)

الخاتمة

وفي ختام بحثنا هذا توصلنا لعدة نتائج وتوصيات خلاصة لما تم سرده في البحث وهي كالآتي:

النتائج: -

- إنه من غير المقبول تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها قانون دولة أجنبية رغم إرادة هذه الدولة، أي بشكل مخالف لقواعد الإسناد في هذه الدولة، فقاعدة الإسناد هي التي تتكفل بتحديد مجال تطبيق القواعد الموضوعية في قانون دولة القاضي، ومن ثم فلا يجوز تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي إلا إذا كانت قواعد الإسناد الأجنبية ذاتها تسمح بتطبيقها، إذ إن القواعد الموضوعية مرتبطة في تطبيقها بقواعد الأسناد ارتباط الأنسان بظله. وإذا طبقنا القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي،

بالرغم من أن قواعد الإســـناد في هذا القانون لا تعتبر هذه القواعد مختصـــة بحكم العلاقة، فإننا نكون قد أهدرنا مبدأ اختصـــاص هذا القانون الأجنبي بحكم النزاع، كما أقرته له قواعد الإسـناد في قانوننا. ذلك ان تطبيق القاضـــي الوطني للقانون الأجنبي في غير الحالات التي يرى المشـرع الأجنبي اخضـاعها لحكمه، ينطوي على تحرير لهذا القانون وتغيير لطبيعته. فكأن القاضي حينئذ قد طبق قانونا آخر غير ذلك الذي تقضـي قاعدة الإسـناد الوطنية تطبيقه، كما أن ذلك يعد تدخلاً من القاضـي الوطني في وظيفة المشـرع الأجنبي إذ إنه يحدد للقانون نطاقاً لا يجيزه هذا المشـرع وفي ذلك اعتداء على حق الدولة الأجنبية في تحديد سيادتها التشريعية.

- إن الإحالـة هـي السـبيل إلـى تحقيـق الاتسـاق القـانوني وتوحيـد الحلـول فـي الـدول التـي تتصـل بهـا العلاقـة. فالقاضـي بقبولـه الإحالـة أنمـا يعطـي النـزاع ذات الحـل الـذي سـيأخذ بـه القاضـي الأجنبـي لـو كـان قـد تـم طـرح النـزاع عليـه. وبـذلك لا يختلـف الحـل الـذي يلقـاه النـزاع تبعـاً للمحكمـة التـي يطـرح عليهـا، كمـا تتوحـد الحلـول فـي مجـال المعـاملات الدوليـة، وفـي ذلـك أيضـاً ضـمان لتنفيـذ الحكـم الـذي ستصـدره المحكمـة لـدى الدولـة التـي تشـير قاعـدة الإسـناد بتطبيـق قانونهـا، إذ إن هـذه الدولـة قـد تشـترط لتنفيـذ الأحكـام أن يكـون القاضـي الأجنبـي قـد أعمل قاعدة الإسناد التي يقضي بها قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها.
- إن الأخذ بالإحالة يخرجنا من دائرة الفراغ التشريعي الذي يسببه عدم الأخذ بالإحالة والأخذ بالإحالة غير المباشرة (التفويض).
- وجود فراغ تشريعي سببه سكوت المشرع الليبي وعدم تفسيره للمادة (26) المتعلقة بتحديد نطاق تطبيق التفويض.
- عدم النص على تشريع معين، في حالة عدم وجود قواعد إسناد، تكشف عن الشريعة الداخلية المختص من بين الشرائع المتعددة.

التوصيات: –

- نوصي بإعادة النظر في نصوص القانون المدني الليبي وخاصةً ما يتعلق بمواد القانون الدولي الخاص الليبي وتعديله، تحديداً المادة (27) التي تقتضي برفض الإحالة.
- أخذ بالإحالة على الأقل في صورتها الأولى، أي الإحالة التي ترد الاختصاص للقانون الوطني.
- جعل القانون الوطني هو الواجب التطبيق، وهذا يرجع بفائدة على مستوى النظام القانوني الليبي ويتحقق من وراء ذلك التجانس في القوانين.
- الإحالة لا يجب استعمالها إلا في مجال قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية.
- نوصي بإطلاق نظرية التفويض لتشمل التعدد الإقليمي والشخصي.
- نوصي بتطبيق قانون القاضي في حالة عدم كشف قواعد الإسناد عن شريعة داخلية، في حالة الشرائع المتعددة.

المراجع والمصادر:

- أرجيعة سالم، 1999، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين من حيث المكان)، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، جامعة قاريونس.
- اللافي المبروك، 1994، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا.
- جمال الدين، صلاح، 2006، تنازع القوانين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعية.
- الحداد حفيظة، 2006، القانون الدولي الخاص، 2006، دار المطبوعات الجامعية ـ جامعة الإسكندرية.
- رياض عبد المنعم، 1994، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر.
- صادق هشام، 2006، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين ـ الاختصاص القضائي ـ الجنسية)، دار المطبوعات الجامعية، أمام كلية الحقوق ـ جامعة الإسكندرية.
- عبد العال، عكاشة، 2002، تنازع القوانين دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ـ الإسكندرية.

- عبد الله عز الدين، 1969، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، القاهرة دار النهضة العربية.
- عشوش أحمد، 1989، تنازع مناهج تنازع القوانين دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعية ـ إسكندرية.
- مصيلحي صلاح الدين، 2000، مبادي تنازع القوانين والاختصاص القضائي وأثار الأحكام الأجنبية ـ دون ناشر.