The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law

مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية

https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

الغش كسبب لاستبعاد القانون واجب التطبيق

م.م. نسرين حسن كوني
nasreenkoniy@gmail.com

مستخلص البحث:

من المعلوم أن الهدف الأساس من السماح بتطبيق القوانين الأجنبية في اطار القانون الدولي الخاص عمومًا هو ايجاد انسب القوانين لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، من هنا وضعت قواعد الإسناد الوطنية لتحقق دورها في اختيار قانون واجب التطبيق على وفق ضوابط اسناد معينة، إلا إن المشكلة الاساس التي قد تظهر هي اساءة استخدام هذه الضوابط سواء كانت الجنسية أو الموطن أو غيرها لتغيير قانون واجب التطبيق وفق ما يتناسب مع مصالح اطراف العلاقة القانونية محل النزاع، حتى وإن كانت تخالف ارادة المشرع في اختيار القوانين المناسبة للعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، ومما يزيد الأمر تعقيدًا أنها ما وصلت لغرضها في تغيير القوانين واجبة التطبيق إلا بواسطة وسائل مشروعة كفلت التشريعات عادة تغييرها لتتناسب مع التغيير الذي يحصل في قواعد الإسناد لكي يكون قانون واجب التطبيق متسماً بالواقعية من حيث تطبيقه، والملاحظ أن هذا التغيير يشمل كل أنواع قواعد الإسناد كقاعدة الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية أو قواعد الإسناد الخاصة بالعقود المدنية أو التجارية ومن هنا فقد كانت مهمة بحثنا لتسليط الضوء على ظاهرة الغش نحو القانون وكيفية استبعاده ومفهومه في اطار القانون الدولي الخاص وشروط تحققه وأثره في تحديد قانون الواجب التطبيق فضلًا عن أنواع قواعد الإسناد المستبعدة بسبب الغش.

خطة البحث

المستخلص

المقدمة

المبحث الأول:- مفهوم الغش في القانون الدولي الخاص

المطلب الأول:- ماهية الغش في القانون الدولي الخاص

الفرع الأول:- تعريف الغش في القانون الدولي الخاص

الفرع الثاني:- أساس نظرية الغش في القانون الدولي الخاص

المطلب الثاني:- شروط نظرية الغش في القانون الدولي الخاص

الفرع الأول:- اجراء تغيير إرادي في ضابط الاسناد

الفرع الثاني:- توفر نية الغش نحو القانون

المبحث الثاني:- الاحكام المترتبة على الغش في القانون الدولي الخاص

المطلب الأول:- أثر الغش في تحديد القانون واجب التطبيق

الفرع الأول:- استبعاد القانون الذي اسند له الاختصاص غشاً

الفرع الثاني:- تطبيق قانون القاضي أو القانون المختص الاصيل
المطلب الثاني:- قواعد الإسناد المستبعدة بسبب الغش
الفرع الأول:- قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية
الفرع الثاني:- قواعد الإسناد الخاصة بالعقود المدنية والتجارية
الخاتمة
المصادر

المقدمة:

من المعلوم أن ضوابط الاسناد التي وجدت لتنظيم تنازع القوانين سواء كانت الجنسية أو الموطن أو غيرها قابلة للتغير عن طريق إرادة الاطراف المشروعة، لكنهم قد يسيئون استخدامها من اجل تغيير القانون واجب التطبيق، الذي قد يجدون انه لا يناسب مصالحهم فيعمدون الى اساءة استخدام ضوابط الاسناد بشكل لا يتناسب مع غرضها، ومن هنا فقد جاء بحثنا هذا لبيان النظام القانوني لاستبعاد الغش في اطار تنازع القوانين.

اهمية البحث:

تتأتى أهمية البحث بتسليط الضوء على موضوع لطالما تناوله الكثير من الباحثين كأنه من المسلمات وبشكل عرضي دون بيان حقيقة دوره أو مدى تطبيقه من قبل القضاء الوطني، فالأساس الذي يستند عليه القاضي الوطني لاستبعاد الغش يجب أن يكون واضحاً وصريحاً فليس من المنطقي أن يهمل القاضي تطبيق القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد الموضوعة بشكل صريح من قبل المشرع الوطني بحجة وجود حالة غش، فكيف يمكن له تحديد وجود غش إذا لم يكن هناك نص يحدد معايير كشف الغش في القانون الدولي الخاص، لا سيما وأن فتح الأمر امام الاجتهادات الفقهية والقضائية قد يؤدي إلى احتمالية تعارض في تطبيق الأحكام بين الدول وبالتالي حصول مشكلة تعارض الأحكام القضائية أو تعارض القوانين نتيجة لسوء استخدام أو عدم تنظيم دور الإرادة.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث هنا في النقص التشريعي الذي يطال قواعد تنازع القوانين في اطار التشريعي العراقي فلم نجده نص على الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون واجب التطبيق ، لاسيما وأن المادة (30) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وأن كانت تسعف القاضي العراقي في استبعاد الغش على اعتبار أنه من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، فإنها لا يمكن أن تساهم في معرفة نوع القانون الذي يجب حمايته من الغش هل تقتصر على قانون القاضي المرفوع امامه النزاع فقط إذا كان الغش موجهاً نحو أم يشمل كذلك أي قانون أجنبي متى ما كان هو القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد، فضلاً عن مشكلة تغيير الدين من أجل تغيير الأحكام الواجبة التطبيق في قواعد تنازع الأحوال الشخصية للأستفادة من أحكام الطلاق المجاز في الشريعة الإسلامية أو اجازة التعدد في الزواج وما إلى ذلك.

منهجية البحث:

اتبعنا في البحث هذا المنهجية التحليلية من اجل الوقوف على كيفية تحديد سوء استخدام الارادة لضوابط الاسناد، واثر ذلك على تحديد القانون واجب التطبيق بعد ظهور الغش في مجال قواعد تنازع القوانين.

المبحث الأول

مفهوم الغش في القانون الدولي الخاص

إذا كان هدف القانون الدولي الخاص عموماً هو حماية العدالة وتحقيق التطلعات المشروعة للإفراد من أجل تسيير أمورهم في اطار العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فإن ذلك يجب أن يكون محدود بعدم تجاوز تطلعات أو رغبات الإفراد في تغيير قواعد الاسناد والقانون واجب التطبيق بمقتضاها عن طريق الغش، إذا أن الأخير يتعارض مع غرض القانون، وبالتالي يجب على القضاء أو التشريعات الوطنية محاربته، ومن أجل الاطلاع على مفهوم الغش في القانون الدولي الخاص والذي يعد بمثابة قيد على حرية الإفراد سنقسم هذا المطلب إلى فرعين من أجل بيان ماهية هذا الغش والشروط الواجب توافرها لكي نقول أننا أمام حالة غش وعلى الشكل الآتي بيانه:-

المطلب الأول

ماهية الغش في القانون الدولي الخاص

الاطلاع على ماهية الغش الذي قد يصيب قواعد أو ظروف الإسناد ويؤثر في مسارها المبتغى من المشرع يقتضي منا الاطلاع على أهم التعريفات التي طرحت لبيانه، وعلى الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد عليه للقول بوجود حالة الغش نحو القانون والاعتراف بتأثيرها، وهذا ما سنعمل على بيانه من خلال فرعين يختص الأول منهما ببيان تعريف الغش نحو القانون الدولي الخاص، والثاني لبيان أساس الغش نحو القانون الدولي الخاص وعلى الشكل الآتي بيانه:-

الفرع الأول

تعريف الغش نحو القانون الدولي الخاص

في البدء لابد من الاعتراف بأن الغش أمر قد يطال كافة فروع القانون الخاص لاسيما القانون المدني والتجاري بسبب سوء استخدام الإفراد لإرادة الممنوحة لهم من قبل القانون فيعمدون به إلى تغيير الحقائق وتزييفها، فتتمثل بالقانون المدني عادة فيما يسمى بالتدليس، ولعل ابرز مثال على ذلك هو غش البائع في المبيع عندما يقدمه للمشتري، وقد عرف بعض فقهاء القانون المدني الغش أو التدليس استعمال احد المتعاقدين طرق الاحتيال لتظليل المتعاقد الآخر تظليلاً يحمله على التعاقد[1]، أما في القانون التجاري فيوجد الغش عادة من اجل تظليل المستهلك كما يحدث عند تغيير العلامات التجارية بغيرها أو تزييفها لجعلها تظهر بصورة تختلف عن حقيقتها[2].

بيد ان مفهوم الغش في القانون الدولي الخاص وفي اطار تنازع القوانين في الذات له اثر ومفهوم خاص به يتمثل باستبعاد القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الاسناد الوطنية الموضوعة اساساً للعلاقة القانونية محل النزاع والتي حدث بشأنها الغش[3].

وبسبب هذا المفهوم الخاص واهميته في القانون الدولي الخاص وقواعد التنازع، فقد وضع واهتم الفقه كثيراً بتوضيح مفهوم الغش في القانون الدولي الخاص على الرغم من عزوف غالبية التشريعات عن تعريف الغش هنا، وذلك بسبب صعوبة حصره في نطاق او عبارة معينة. باستثناء بعض التشريعات كالمشرع التونسي الذي وضح صراحة مفهوم الغش ونطاق الاحتجاج به سواء كان القانون المستبعد بس الغش وطنياً أم أجنبياً، فقد نصت المادة (30) من القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998 على الآتي (يكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة، وإذا توافرت شروط التحايل على القانون فلا عبرة لتغيير عنصر الإسناد)، وكذلك ما نص عليه القانون المدني الجزائري رقم 75-58 لسنة 1975 في المادة (24) المعدلة بقانون رقم5-10 في 20/6/ 2005 حيث نصت على الآتي (لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون..).

ولعل ابرز التعريفات التي وضعت للغش نحو القانون تتمثل بان الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص عبارة عن تدبير ارادي لوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة اخرى اكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة، ويعتمد ذو المصلحة في ذلك إلى تغيير عناصر لعلاقة قانونية لإنشاء ظروف تصبح معها العلاقة خاضعة لقانون آخر[4].

أن تحديد وجود حالة الغش نحو القانون أمر يحيط به الغموض عادة، إلا أنه يمكن القول ببساطة بتوفر حالة الغش متى ما قام الأشخاص بتغير ظروف الإسناد من أجل تغيير القانون واجب التطبيق لا من أجل غاية أخرى مشروعة في ذاتها، فمثلاً يعمد المتعاقدان إلى تحرير عقدهما في بلد اجنبي لا لسبب سوى رغبتهم في الاستفادة من التشريع الاجنبي إذا يحصل عملاً أن يشترط بلد شروطاً بإنشاء الشركات، يراها الاعضاء شديدة فيلجئون إلى عقد شركتهم في الخارج تحت سلطان قانون اجنبي لا يقر الشروط السالفة ثم يعودون إلى ممارسة اعمالهم في البلد الاصلي[5].

ومن جانبنا نعرف الغش في القانون الدولي الخاص بأنه تغيير القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد بواسطة الإفراد عن طريق تغيير ظروف الإسناد كالجنسية أو الموطن، بقصد التهرب من أحكام القانون الاصلي إلى قانون آخر أكثر تحققاً لرغباتهم حتى ولو لم تكن له صلة حقيقة في الأساس بالعلاقة القانونية المشوبة بالعنصر الأجنبي محل النزاع والمرفوع أمام القاضي.

الفرع الثاني

أساس نظرية الغش في القانون الدولي الخاص

على الرغم من اعتراف أغلبية الفقه[6] على وجوب محاربة الغش نحو القانون الذي يبتغي تغيير القانون واجب التطبيق إلا أنهم اختلفوا في الاساس القانوني لهذه النظرية التي ترى وجوب محاربة الغش.

لذلك نجد أن بعض الفقهاء يرى في فكرة الغش نحو القانون مظهراً من مظاهر فكرة النظام العام، فقد ذهب أحد الفقهاء إلى أن تطبيق فكرة الغش نحو القانون ما هو إلا حالة خاصة من تطبيقات فكرة الدفع بالنظام العام، لكنها تتميز عن غيرها من التطبيقات بأن الضرر الذي يلحق المصلحة العامة من تطبيق القانون الاجنبي في حالة الغش نحو القانون يتوقف على الموقف المصطنع الذي اتخذه ذو المصلحة [7]. في حين يعترف قسم آخر من الفقهاء بوجود تشابه بين النظام العام والغش نحو القانون إلى حد كبير إلا أنه يرى أن ذلك لا يمنع من أن يكون للغش استقلالية خاصة به، ويمكن اكتشاف هذا التشابه من النتيجة التي يؤدي إليها كل من الدفع بالنظام العام والدفع بنظرية الغش نحو القانون أي استبعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد ومع ذلك يبقى هناك اختلاف واضح بينهما ففي حين يؤخذ بالاعتبار عند اعمال الدفع بالنظام العام مضمون القانون الاجنبي فأنه عند اعمال الدفع بالغش تؤخذ مقاصد ذوى المصلحة واعمالهم [8].

بينما ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول إن فكرة التحايل لا تعدو أن تكون صورة من صور النظرية العامة في التعسف باستعمال الحق، فإذا كان من الصحيح أن للشخص الحق في تغيير جنسيته أو موطنه إلا أنه يتعين أن يكون هدف من التغيير هو التهرب من الأحكام الآمرة في القانون واجب التطبيق ، فإذا تبين للقاضي عدم مشروعية التغيير توجب عليه أن يهدر كل أثر له وبعيد الاختصاص للقانون واجب التطبيق ابتداءً. وقد رفض هذا الاتجاه من قبل فريق آخر ذلك أن اعمال المبادئ العامة في نظرية التعسف باستعمال الحق قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أن نظرية التحايل على القانون تهدف أساساً على نحو ما سنرى، إلى تحقيق نتيجة محددة هي استبعاد احكام القانون المختص بناء على ضابط الاسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصاً بحكم النزاع اصلاً، والذي سعى الافراد إلى التهرب من احكامه بتغيير ضابط الاسناد[9].

وأسس البعض الآخر نظرية الغش على نظرية الصورية باعتبار أن كلاً منهما يخفي النية الحقيقية للمتعاقدين وهي التلاعب بالمقدرات القانونية وإن كلا منهما يحاول التهرب من أحكام حقيقية الموضوع ووضعها في محلها الصحيح من قبل المشرع ، إلا إن هذا الاتجاه تعرض لنقد كبير، فالفرق بين النظريتين واضح فالصورية تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي وعقد مستتر، فإرادة الطرفين الظاهرة غير مطابقة لإرادتها المستترة الحقيقية بينما الدفع بالتحايل على القانون يقوم الطرف الغاش بتصرف ظاهر حقيقي ، ولكن بغرض غير مشروع، أي أن الإرادة الظاهرة إرادة حقيقية لا تستر على إرادة اخرى[10].

بينما ذهب الاتجاه الأخير في الفقه إلى أن لفكرة التحايل على القانون في تنازع القوانين ذاتية واستقلالية خاصة بها عن باقي النظريات سواء من حيث بدايتها أم مبتغاها أو نهايتها. فمن ناحية بدايتها تتمثل في افتعال أو اختلاق" العنصر الاجنبي" الذي يستمد منه ضابط الاسناد حقيقة أي تغير الجنسية واكتساب جنسية جديدة أو تغيير الموطن، يتم على نحو سليم قانوناً، إلا أنه تغيير مفتعل أو مختلق للانحراف بقاعدة التنازع، على نحو يخدم مصالح من غير جنسيته أو موطنه أو صاحب المال المنقول. ويتم الاستدلال على افتعال أو الاختلاق العنصر الاجنبي بإثارة مشكلة تنازع القوانين لم تكن موجود من قبل، إن البداية في فكرة التحايل على القانون، أي إفتعال" أو اختلاق، العنصر الاجنبي، يساعد القاضي على تشخيص وجود التحايل، ويعطيه معياراً موضوعياً للتشخيص بدلاً من اعتماده على عنصر النية

(الشرط الثاني) الذي قوامه معيار شخصي يخشى معه القاضي الزلل أو التحكم كما أن النهاية أو مرمى فكرة التحايل، وهي الانحراف بقاعدة التنازع الوطنية تساعد على رسم نطاق تلك الفكرة؛ لأن قاعدة التنازع قاعدة مزدوجة أو ثنائية الاسناد، كما هي تختار قانون القاضي لحكم النزاع ذي الطابع الدولي يمكن أن تختار قانوناً أجنبياً[11].

ومن جانبنا نرجح استقلالية نظرية الغش في مجال القانون الدولي الخاص عن باقي النظريات الأخرى المعروفة في القانون المدني؛ ذلك أن هذه النظرية أنما وجدت في الأساس لحماية القانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد فالهدف الأساسي من هذه النظرية يكمن في المحافظة على قواعد الإسناد من التغيير غير المبرر من قبل الإفراد بينما الهدف من نظرية التعسف أو الصورية أو غيره الموجودة في القانون المدني ترمي إلى حماية المتعاقد الآخر أو الأفراد المتضررين من التعسف أو الصورية، فالتقريب بينهما ينطوي وفق وجهة نظرنا على مخالطة للحقيقة فحماية الفرد شيء وحماية قواعد الإسناد شيء آخر فحتى لو كان الإفراد أو المتعاقدين كلا منهما مستفادة من تغيير القانون واجب التطبيق تنهض نظرية الغش لحماية قانونها.

المطلب الثاني

شروط نظرية الغش نحو القانون

من المعلوم في اطار القانون الدولي الخاص أن من حق الشخص تغيير جنسيته أو موطنه متى ما وجد ضرورة أو حتى مجرد رغبة في ذلك وهذا الحق قد كفله القانون وان اعتمادها(الجنسية، الموطن ، المنقول) من قبل القانون كضوابط أسناد يتحدد على اساس القانون واجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي لا يمكن أن يؤثر بأي شكل على حق الاشخاص في تغيير هذه الضوابط، إلا أن الأفراد احياناً يقومون بتغيير هذه الضوابط فقط من أجل تغيير القانون واجب التطبيق فهنا تمنع إرادة الإفراد من أحداث الأثر الذي تبتغي ولكي نتأكد من وجود غش نحو القانون يجب أن يتوفر شرطان مهمان لذلك، وهما أجراء تغيير إرادي لضابط الإسناد ووجود نية الغش نحو القانون وسنخصص لكل منها فرع مستقل وعلى الشكل الآتي بيانه:-

الفرع الأول

اجراء تغيير ارادي في ضابط اسناد.

لكي نكون أمام حالة غش نحو القانون يجب أن تتوافر لدينا إرادة واضحة وصريحة قامت بتغيير ضوابط الإسناد وهذا الشرط يتفق عليه الفقهاء[12]، فيجب أن يكون هناك تغيير مفتعل في ضابط الإسناد أي أن يتم التلاعب بالعناصر المادية (الجنسية أو الموطن) التي تبنى عليها قاعدة الإسناد[13]، وعلى العموم يشترط في هذا التغير المادي لعناصر قاعدة الإسناد أن يكون فعلياً لا صورياَ فإذا لم يثبت التغير الفعلي يكفي أن يتم التمسك بأحكام الصورية لا الغش نحو القانون والذي يتطلب البحث عادة في النوايا ويكلف القاضي مشاق وعناء البحث عن توفر النية، وأن يكون هذا التغير المادي منتجاً لأثره بمعنى أن يملك القدرة على تحويل الاختصاص التشريعي من القانون المختص أصلاً إلى قانون آخر يناسب مصالح الأطراف لكن دون وجه حق، وبعبارة أدق التغيير في ظروف الإسناد إلى قانون آخر غير مرتبط أساساً أو مختص بنظر العلاقة القانونية إذ لو كان هذا التغيير يبنى على مراعاة مصالح الأطراف سيما في العقود المدنية التي يكون قانون واجب التطبيق فيها هو القانون المختار، لكان ذلك خاصة مع ظهور نظرية الحل الوظيفي التي تدعو إلى تحرر من الموجود في قواعد الإسناد إلى المرونة التي تخدم الحل الأنسب ويراعي مصالح الأطراف لكن المانع من تطبيق أو قبول نظرية الحل الوظيفي هنا يكمن في تعدي إرادة الإفراد على القانون المختص أصلاً باستخدام الغش من أجل التهرب من أحكام القانون واجب التطبيق أصلاً وهذا يتعارض بشكل أكيد مع غرض نظرية الحل الوظيفي[14].

ومن جهة اخرى فإنه يشترط أن يكون التغيير مشروعاً، ولعل هذا هو وجه الاختلاف في الغش، إذ لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة، كأن يتم تغيير الجنسية بطريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإنه لا يجوز الاعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة ب طريق الغش، وتكون العبرة بالجنسية الأولى ففي مثل هذا الفرض لا حاجة لنا بنظرية الغش نحو القانون على اساس انه يكفي لتلافى

النتيجة التي يهدف إليها الشخص أن يثبت لنا أن الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاتها، أما لو كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة، فهنا تكمن الخطورة، إذ يهدف الشخص من وراء استخدام هذه الوسيلة المشروعة إلى التوصل إلى نتيجة غير مشروعة، وفي هذا الفرض وحده تبدو أهمية الدفع بالغش لتلافي تحقيق هذه النتيجة[15].

الفرع الثاني
توفر نية الغش نحو القانون

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الاسناد للقول بأن هناك غشاً نحو القانون وانما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترناً بنية الافلات من أحكام القانون المختص اصلاً بحكم العلاقة، إذ لو كان هناك تغيير في ضوابط الإسناد قد تم بصورة صحيحة ودون توفر نية الغش أي أن يكون مقصوداً لذاته لكنا أمام مشكلة التنازع المتحرك وليس غشاً نحو القانون والذي يشترط فيه سوء النية[16]، يقول الاستاذان((BatiffoleLagarde)) بأن هناك غشاً نحو القانون لما يكون تغيير القانون، عرض أن يكون مجرد نتيجة عادية لتغيير ضابط الاسناد، يكون هو الهدف المقصود من ها التغيير. ولما كان الهدف من التغيير هو من الأمور الباطنية فإنه يصعب على القاضي الكشف عنه، وقد دفعت هذه الصعوبة ببعض الفقه إلى التردد في التسليم بفكرة الغش نحو القانون، غير أن هذه الصعوبة لم تثن الفقهاء عن الأخذ بهذه الفكرة[17].

وقد ثبت يقيناً أنه بالإمكان الكشف عن الباعث في الكثير من الحالات وتعتبر قضية الأميرة بوفرمون خير دليل على ذلك، إذ يستطيع القاضي أن يكتشف نية الغش من خلال الظروف المحيطة بأطراف العلاقة القانونية محل النزاع ففي حالة الطلاق مثلاً إذا كان الزوجين في حالة خلافات مستمرة واكتسب الزوج في اثناء فترة هذه النزاعات المستمرة جنسية دولة تبيح الطلاق وباشر الطلاق بعدها مباشرة أو بفترة وجيزة جداً ، يكون القاضي هنا أمام قرينة تكشف عن نية الغش وهي وجود الخلافات السابقة على الطلاق[18] إذ يستدل الفقهاء عادة على نية الغش من التزامن الزمني بين تغيير الجنسية وبين طلب الفعل المنطوي على الغش، كأن يغير أحد الزوجين جنسيته، مثلاً ثم بعد فترة وجيزة من الزمن يتقدم بطلب الزواج بالثانية وهكذا[19].

ويمكن الاستدلال كذلك على وجود نية الغش من التغيير الإرادي للجنسية في مسائل عقد الزواج مثلاً، وسواء كان التغيير صادر من كلا الزوجين أو أحدهما[20]، لذا فنحن لا نكون أمام حالة غش نحو القانون إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما قد كسب الجنسية بموجب قرار صادر من الدولة استثنائياً، أو كان اكتسابه للجنسية تبعياً (تبعاً لامه أو لأبيه)، وكذلك الحال فيما يتعلق بالقواعد القانونية التي يكون

ضـــابط الاســـناد فيهـــا المـــوطن أو المنقـــول فيكـــون تصـــور الغـــش فيـــه موجـــوداً إذا كان هذا التغيير إرادي وليس اجباري.

المبحث الثاني

الأحكام المترتبة على الغش في القانون الدولي الخاص

بعد اكتشاف وجود ظاهرة الغش في القانون من القاضي المرفوع أمامه النزاع لابد أن يتخذ موقفا من هذا التغيير غير المشروع في ظروف الإسناد المرتبطة بقواعد الاسناد الوطنية من قبل الافراد سواء على مستوى القانون واجب التطبيق واختيار القانون الانسب هنا وحسب قناعة القاضي، وايا كانت قواعد الاسناد التي جرى فيها الغش سواء كانت قواعد تنتمي إلى طائفة الاحوال الشخصية او العقود المدنية والتجارية، وسنحاول ان نوضح هذه الاحكام في مطلبين مستقلين وعلى الشكل الاتي بيانه:-

المطلب الأول

أثر الغش في تحديد القانون واجب التطبيق

يترتب على التأكد من وجود حالة غش نحو القانون أثر كبير في تطبيقه فمتى ما تم رصد حالة الغش فإنه يقع على عاتق القاضي المرفوع أمامه النزاع أبعاد القانون المسند له الاختصاص غشاً وتطبيق القانون الأنسب محله وسنأتي على تفصيل بيان كيفية ذلك من خلال فرعين وعلى الشكل الآتي بيانه:-

الفرع الأول

استبعاد القانون الذي اسند له الاختصاص غشاً

لعل الأثر المباشر الذي يحصل بعد اكتشاف عملية الغش نحو القانون هو استبعاد الأثر المبتغاة من هذا التحايل واعتبار التغيير الحاصل من أجل تغيير القانون غير نافذ في حق القاضي أو الدولة المكتشفة للغش، ذلك إن الدولة أو القضاء الوطني لا يملك حق إبطال الوسيلة كما أنه لا يمكن أنكار أحقية تغييرها ولا حتى وجودها إذ إن حصول الشخص على جنسية جديدة أو إقامة جديدة أو نقل المنقول إلى مكان آخر هذه كلها وقائع لا يمكن انكارها ولا التحكم بها من قبل الدولة المكتشفة لوجود ظاهرة الغش نحو القانون[21].

وبالنسبة للقانون المستبعد بسبب الغش ذاته فقد اختلفت فيه احكام القضاء الفرنسي في البداية فذهبت إلى قصر نظرية اعمال نظرية الغش نحو القانون على الاحوال التي يتهرب فيها الشخص من احكام القانون الفرنسي حيث عابت محكمة النقض الفرنسية في قضية مانشيني سنة 1929 على قضاة الموضوع على انه ليس من صلاحيتهم انتقاد الاعمال الادرية للسلطات الفرنسية التي منحت الجنسية الفرنسية بالتجنس قصد الحصول على التطليق في الوقت الذي كان فيه القانون الايطالي لا يبيحه (قبل قانون 1974) وقبل ذلك اقرت نفس المحكمة سنة 1922 صحة طلاق السيدة فيراري طبقا للقانون الفرنسي مع انها استرجعت جنسيتها بهدف التحايل على القانون الايطالي والحصول على حكم بالطلاق وقد ايد جانب كبير من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه واشترط ان يكون القانون الذي يريد الشخص الافلات من احكامه هو قانون القاضي اما اذا كان قانون اجنبي فلا مجال بالدفع بالغش نحون القانون في مواجهته ذلك ان مهمة القاضي هي حماية القانون الاجنبي وقد انتقد الفقه الحديث هذا الاتجاه مؤكدا على العكس ضرورة اعمال نظرية الغش نحو القانون سواء كان المقصود هو التهرب من احكام القانون الوطني او

كان المقصود هو الافلات من احكام قانون اجنبي ويرى جانب من انصار هذا الاتجاه الحديث ان الدفع بالغش نحو القانون يستند على اعتبارات خلقية يستوي في شأنها ان يكون التحايل قد قصد له التهرب من احكام قانون القاضي او التهرب من احكام قانون اجنبي كما ان التحايل على القانون الاجنبي في حقيقته تحايل على قاعدة الاسناد في قانون القاضي التي اعطت الاختصاص للقانون الاجنبي وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية (Munzer) انه من بين شروط اعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الاجنبي شرط غياب كل غش نحو القانون وهذه العبارة تشمل الغش نحو قانون القاضي والغش نحو القانون الاجنبي وفي الحقيقية ان موقف التشريعات من النص على شمول قانون القاضي وحده أو القانون الاجنبي من الغش لم يكن موحدا فقد سكتت اغلب التشريعات عن النص على ذلك بينما اتجهت التشريعات التي نصت على ها الموضوع على شمول القانون الاجنبي فضلا عن قانون القاضي فقد نصت المادة (24) من القانون المدني الجزائري على ما يلي (لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة .... اذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون) ونفس الحال بالنسبة لموقف المشرع التونسي [22].

الفرع الثاني

تطبيق قانون القاضي أو القانون المختص الاصيل

بعد استبعاد القانون الاجنبي الذي منح له الاختصاص بواسطة الغش يبقى القاضي امام خياران لا ثالث لهما وهو اما ان يقوم بتطبيق قانونه بوصفه قانون القاضي المرفوع امامه النزاع، واما ان يقوم بتطبيق القانون المختص اصلا بمقتضى قواعد الاسناد فما هي الظروف التي قد تجبره او تؤيده في تطبيق أي من هذين القانونين؟

في الحقيقة أن القاضي قد يقوم بتطبيق قانونه بدلا من القانون المختص اصلا عندما يتنازل الخصوم عن تطبيق القانون الاجنبي، ولكن هذا لن يتم الا بعد أن يتم التأكد من إرادة الافراد لذلك، ويكون بتقديم تنازل صريح وفي المجال الذي يمكن قبوله فيه حيث ان التنازل لا يفترض إذ أن سكوت الخصوم لا يعد تنازلا منهم كذلك، ومن ناحية اخرى يجب أن لا يكون الدافع وراء هذا التنازل عند تطبيق القانون الاجنبي المختص الرغبة في التخلص من حكم هذا القانون والتحايل للإفلات منه[23].

ذلك ان تنازل الخصوم عن تطبيق القانون الاجنبي المختص يعد في الحقيقة انهاء لتنازع القوانين بصدد المسألة المطروحة ومن ثم يرجع الاختصاص الى قانون القاضي كما هو الاصل في المسائل التي لا يثور بصددها تنازع القوانين[24]، ومن الجدير بالذكر انه في الظروف التي يتم فيها هذا التنازل قلما يشكو الخصوم من الحل الذي يتم التوصل اليه بتطبيق قانون القاضي وربما كان ذلك راجعاً إلى أن هؤلاء يفترض فيهم عند قيامهم بالتنازل عن تطبيق القانون الاجنبي الموافقة على تطبيق قانون القاضي بوصفه الحل الامثل لهم في موضوعات نزاعهم[25]. كما أن تطبيق قانون القاضي في الواقع يستند إلى اعتبارات وضرورات عملية تتناسب مع الحكمة التي يهدف إليها الشارع من وراء تطبيق قواعد التنازع الوطنية، فهدف الشارع عند سنه لقواعد التنازع هو تطبيق القانون الذي أشارت هذه القواعد باختصاصه بوصفه أكثر القوانين استجابة لطبيعة العلاقة الدولية محل النزاع وأقدرهم بوصفه كذلك على تحقيق العدالة فإن استبعد تطبيقه بسبب الغش فإن الرجوع إلى قانون القاضي – إن كان على صلة بالنزاع- لا

يعد بعيداً عن حكمة التشريع. والغالب أن قانون القاضي لا يعد غريباً كلياً عن طبيعة النزاع، فهو على الأقل قانون المحكمة التي التجأ إليها الخصوم في العلاقة الدولية الخاصة وبغية الفصل في النزاع القائم بينهم، فإن استحال تطبيق أكثر القوانين ارتباطاً بطبيعة العلاقة فلعل من الخير ان يقضي القاضي وفقاً لقانونه[26].

اما الفرض الثاني وهو تطبيق القانون الاجنبي المختص فهو الفرض الاصيل والحاكم في هذا الشأن[27] والذي يجب على القاضي تطبيقه بأي شكل من الاشكال لأنه في الحقيقة ما منحت قواعد الاسناد الوطنية الاختصاص لقانون معين إلا لأنها وجدته هو القانون الانسب في التطبيق عن غيرها من القوانين حتى قانون القاضي نفسه؛ ولأن القول بخلاف ذلك ينفي أو يتعارض مع الغرض من وجود تنازع القوانين وهو اختيار القانون الانسب للعلاقة القانونية محل النزاع المعروضة امام القاضي المرفوع امامه النزاع[28].

المطلب الثاني

قواعد الإسناد المستبعدة بسبب الغش

اصبح من الواضح أن الرأي الراجح بأن القواعد المستبعدة بسبب الغش هي قواعد الاسناد في ذاتها ولا يمتد إلى غيرها[29]، ذلك ان الدفع بالغش نحو القانون أن هو إلا وسيلة علاج احتياطية وأخيرة لحماية قاعدة التنازع، ويجب استعمالها في الحدود التي تحقق تلك الغاية وهذا ما يتحقق عند عدم نفاذ النتيجة المتوخاة من كاثر لاستبعاد القانون الذي تم التحايل لصالحه، يكفي كرد اعتبار للقانون الذي تم التحايل عليه وقاعدة الإسناد التي اختارته[30]، أما فيما يتعلق بمواضيع قواعد الاسناد ذاتها أو القضية الواقع فيها الغش فنجد أن نطاق تطبيقها يمتد ليشمل مواضيع قواعد الاسناد كافة سواء فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أو العقود التجارية أو المدنية الأخرى، وسنخصص لبحث هذه القواعد فرعين مستقلين وعلى الشكل الآتي بيانه:-

الفرع الأول

قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية

في الحقيقة أن قواعد الاسناد الموضوعة بشأن مسائل الأحوال الشخصية تعتمد بشكل أساس ورئيس على ضابط الاسناد المتمثل بالجنسية، وبما أن هذا الضابط بدوره يحتمل التغيير بموجب القوانين التي اجازت تغيير جنسية ومن ضمنها قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة 2006 الذي اجاز تغيير الجنسية الزوجة أو الزوج العراقي بموجب المادة(10،12)[31] فأن احتمال ظهور الغش في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج أو الطلاق أو حتى الميراث أو الوصية أمر محتمل الظهور.

وعلى الرغم من احتمالية ظهور الغش في قواعد الاسناد الخاصة بالأحوال الشخصية بسبب قابلية الجنسية لتغيير إلا أن أمر ظهور الغش نحو القانون قد يكون بعيداً باتجاه تغيير الجنسية في غالبية الدول العربية؛ ذلك لأن هذه الدول عادة ما تفرض إجراءات وشروط من أجل منح الجنسية ليست سهلة كالإقامة مدة عشر سنوات أو عشرين سنة من أجل التأكد من رغبة في الاندماج في المجتمع الوطني الجديد الذي يبغي الانتماء إليه[32]، ففي قانون الجنسية العراقي مثلاً نلاحظ أنه لكي يجنس الفرد العادي بالجنسية

العراقية يفترض أن يقيم الشخص مدة عشر سنوات باستثناء حالة الزواج المختلط إذا تتقلص فيها المدة إلى خمس سنوات وأيضاً حالة تجنس الابناء[33].

وفضلاً عن المحرك أو الضابط الاساسي في تحريك قواعد التنازع الخاصة بالأحوال الشخصية المتمثلة بالجنسية يوجد محرك آخر يعتمد عليه كضابط أساسي ويعتمد عليه بشكل أساسي من قبل القاضي الوطني المرفوع أمامه النزاع وهو الدين الذي يعد هو آخر شيء يعود لإرادة الإفراد فالدين قد يعد مانعاً للزواج أو مانعاً للميراث، ومن هنا قد يعمد الإفراد إلى تغيير دياناتهم من أجل الزواج بمسلمة أو قد تعمد المسلمة إلى تغير ديانته، وكذلك الحال بالنسبة للكتابي الذي قد يرغب بالزواج بالأجنبية وبما أن الدين أمر عقائدي يدخل في نفس الانسان وليس من حق القاضي التدخل أو التحكيم فيه، تظهر هنا لنا مشكلة في غاية الأهمية وهي كيف يستطيع القاضي المرفوع امامه النزاع التأكد من رغبة الطرفين الحقيقية في الدخول في الديانة إلى ديانة نعتقد أن الأمر هنا ورغم صعوبة تحديده إلا أنه الاستعانة بوقائع الحال لتأكد من حسن نية أو سوء النية لدى الأطراف فمثلاً الزوجة الكتابية لا يمكن أن تعتد بتغير ديانتها إلى الاسلام بعد وفاة زوجها مباشرة ذلك لأن غرضها هنا يبدو واضحاً هو الحصول على الميراث والذي مانع الدين مانع للميراث.

وبالنسبة لفرنسا فقد اتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلى محاربة الغش نحو القانون في مسائل الميراث ومن أمثلة ذلك قضية (caron) تتلخص وقائع هذه القضية بأن مواطناً أمريكياً مقيماً في الولايات المتحدة الإمريكية كان يملك عقاراً في فرنسا فلجأ إلى بيعه إلى شركة أمريكية لقاء تملكه أسهماً في هذه الشركة، أراد (caron) من وراء ذلك تجنب تطبيق القانون الفرنسي لموقع العقار يخصص حصة مقتطعة ومحجوزة لصالح الإبناء لا يمكن للمورث التصرف بها يتحول هذا العقار إلى أسهم إي إلى اموال منقولة اصبحت هذه الاخيرة تخضع لقانون اخر موطن للمتوفى، وهو القانون الامريكي الذي لا يكرس مفهوم الحصة المقتطعة. بهذا الشكل، استطاع المورث أن يغير الطائفة القانونية التي تنتمي إليها العلاقة من الطائفة المتعلقة بالعقارات إلى تلك الخاصة بالاموال المنقولة، لكن محكمة إيكس أون برفوس – وايدتها في ذلك محكمة النقض- استبعدت القانون الامريكي، لأنه تم التوصل إليه بنية الغش فحسب، وطبقت القانون الفرنسي محتفظة لأبناء المورث بالحصة المتخصصة لهم من العقار[34].

وعلى الرغم مما ذكر سابقاً فقد اتجه موقف القضاء المصري إلى ضرورة احترام مسألة الديانة وعدم جواز اعطاء السلطة التقديرية للقاضي فيه لمعرفة إن كان القصد من تغيير الديانة حقيقياً مقصوداً لذاته أما فقط لأجل تغيير القانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد وبالتالي يجب عدم الطعن بالغش فيما يتعلق بمسألة التي يتدخل فيها الدين ولعل السبب في ذلك يكمن في ضرورة احترام الاحكام الاسلامية في هذا الموضوع لأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وبالتالي لا مجال لتطبيق حالة الغش هنا[35].

وعلى عكس الحال في لبنان فقد حاول القضاء والقانون في محاربة ظاهرة استغلال تغيير الدين من أجل تغيير قواعد الاسناد والاستفادة من ما يقرره مذهب أو دين خلاف المذهب أو الدين الذي يعتنقه الشخص بالأصل فقد نصت المادة(14) من قانون 2 نيسان 1952 المعتمدة في لبنان على(ان السلطة المذهبية الصالحة للحكم في عقد الزواج ونتائجه هي السلطة التي الزواج لديها وفقاً للأصول)، كما نصت المادة (23) من القرار رقم 60 تاريخ 1936/3/13 على ما يلي (إذا ترك أحد الزوجين طائفته بقي

الزواج والصكوك المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية خاضعاً للقانون الذي تم بموجبه الزواج أو عقدت وفقاً له هذه الصكوك) وقد وضعت هذه المادة مبدأ قانون هام وهو أن حرية المعتقد مكرسة في الدستور وهي تعطي لكل شخص اعتناق المذهب الي يريده أو الانتقال من مذهب إلى آخر ومن دين إلى آخر على أن يبقى عقد الزواج خاضعاً للقانون الذي عقد في ظله ولا يكون لقوانين الطائفة الجديدة أن تحكم الزواج المذكور . وسريعاً أوضحت المحكمة العليا ضوابط تغيير الدين أو المذهب حيث قررت " أنه بكل حال لا عبرة لتغيير الزوج مذهبه الماروني واعتناق المذهب الأرثوذوكسي لأنه يشترط بمقتضى المبادئ القانونية أن لا تكون الغاية من تغيير المذهب افساد قواعد النظام العام والتحايل على القانون. وقد سار الاجتهاد على اعتبار أن مثل هذا العمل يعد تحايلاً على القانون من شأنه افساد القواعد القانونية التي لا يمكن بموجبها مع شخص من التقاضي أمام قضائه الطبيعيين)[36].

وفي العراق فإن تغيير ديانة أحد الزوجين إلى الاسلام يؤدي إلى أن يتمتع الشخص بكافة الحقوق التي للمسلمين وتنطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية بما فيحا حق الطلاق ودون النظر في البواعث أو نية الشخص الحقيقة في الدخول إلى الاسلام إم لا ، ذلك لإن الدين الإسلامي يعلو ولا يعلى عليه وقد قضت محكمة التمييز العراقية في القرار رقم 151/ شخصية/ 1970 في 1970 بأنه " إذا أصبح الزوج مسلماً أثناء نظر الدعوى فتكون..... محكمة الأحوال الشخصية هي المختصة بنظر دعاويه الشخصية وليست محكمة المواد الشخصية"[37].

الفرع الثاني
قواعد الإسناد الخاصة بالعقود المدنية والتجارية

من المعلوم أن وجود الغش أو ظاهرة الغش تفسد كل شيء قد بني عليها واي كان نوع العقود التي قد طرء عليها، ومن هذا المنطلق فقد رأينا أن الغش يطال العقود المدنية والتجارية، والتي تسمح بطبيعتها وبمقتضى قواعد الاسناد الموضوعة لها بوجود ظاهرة الغش وذلك كون ضابط الاسناد الموضوع لها هو الارادة والتي تحدد القانون واجب التطبيق والتي قد يسيء الاطراف استخدامها لإدخال قانون أو لإعطاء الاختصاص لقانون لا صلة له بالعلاقة القانونية محل النزاع او لسلب القانون المختص اصلا بحكم النزاع فنجد مثلا ان مثل هذا الغش قد يحدث في منازعات عقد الترخيص للهاتف اللاسلكي والذي قد اجيز بشأنه اختيار ارادة الاطراف للقانون الواجب التطبيق له أو الاتفاق على التحكيم بشرط ان يكون هنالك غرض مشروع، لذلك فاذا اكتشف القاضي المرفوع امامه النزاع من أجل تنفيذ عقد التحكيم في منازعات عقد الترخيص للهاتف اللاسلكي ان هذا العقد ما وضع له التحكيم إلا من اجل التخلص من القانون واجب التطبيق على هذا العقد خاصة إذا كان قانون القاضي هو الواجب التطبيق وصراحة انه لا يوجد نص في قانون المرافعات العراقي النافذ ينص على حالة الابطال هذه الا ان القواعد العامة المتضمنة بان الغش يفسد كل شيء تنهض هنا لإبطال حكم التحكيم وارجاع الاختصاص الى القانون واجب التطبيق وابداله بصورة كاملة لاختصاص القانون المبعد بسبب الغش[38].

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً في مجال العقود المدنية ما قد يقوم حائز المنقول من نقل منقول الذي يمتلكه وبسوء نية إلى دولة ثانية تضع مدة قصيرة للتقادم المكسب للمنقول، وبانقضاء هذه المدة القصيرة يعيد المنقول إلى بلد الذي كان منقولاً أصلاً فيه (صاحب الاختصاص الاصيل بمقتضى قواعد الاسناد) مستفيداً بذلك وسوء نية من مرور هذه المدة القصيرة وعلى أساس ما تقرره قواعد القانون الدولي من أنه يسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية أو فقدها[39]. ولقد نصت على هذه القاعدة العديد من التشريعات ومن ضمنها التشريع العراقي فقد جاء في المادة (24) من القانون المدني العراقي النص الآتي (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده).

الخاتمة:

ومن خلال دراستنا لموضوع الغش كسبب لاستبعاد القانون واجب التطبيق فقد توصلنا إلى جملة من الاستنتاجات والتوصيات سنوضحها على شكل نقاط وكالآتي:-

أولاً:- الاستنتاجات:-

1- أن الوسيلة التي يستخدمها الافراد للغش في تنازع القوانين هي وسيلة مشروعة بذاتها فهي أما أن تكون بتغيير الجنسية او الموطن أو موقع المنقول لكن الغاية التي يريدون الوصول اليها غاية غير مشروعة وهي تحديد القانون واجب التطبيق وفق ارادتهم بشكل يتعارض مع قاعدة الاسناد الوطنية أي ارادة الدولة

2- لم ينص المشرع العراقي على القانون واجب التطبيق بعد استبعاد القانون الذي اسند له الاختصاص غشاً، وذلك لأنه لم يتطرق الى حالة الغش نحو القانون بشكل صريح أو ضمني.

3- أن الضابط الاساس الذي قد يعتمد عليه في امور تحديد تنازع القوانين فضلاً عن الجنسية هو الديانة فعلى اساس الدين الذي ينتمي أليه الاشخاص يمكن الاعتراف بتعدد الزوجات او الطلاق، وهذا ما قد يعمد أليه بعض الافراد وعلى الرغم من اعتراف الجميع بوجود حالة الغش هنا إلا ان تطبيقات القضاء العراقي والمصري اجازت غاية الافراد وهي الاستفادة من الدخول في الدين الاسلامي حتى ولو لم يكن مقصوداً لذاته، ولعل السبب في ذلك يكمن في عدم اعطاء الحرية للقاضي في المساس بحرية الاشخاص في الاديان وخاصة الدين الاسلامي باعتبار ان الدين يعلو ولا يعلى عليه، وعلى العكس من ذلك ما ذهب إليه القانون اللبناني حيث اعترف بان تغيير المذهب مشروع في ذاته لكنه شرط ان لا يؤثر على القانون أو المذهب الذي كان يطبق على الزواج قبل تغيير المذهب او الدين .

ثانياً:- التوصيات

1- تحديد موقف المشرع العراقي من اختيار القانون واجب التطبيق بعد استبعاد القانون الذي اسند له الاختصاص غشا فلا يمكن بالقول بأنه يمكن الرجوع الى نص المادة 30 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، والتي اجازت تطبيق مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً لتطبيق قاعدة الغش نحو القانون بوصفها من المبادئ الشائعة فليس من المبادئ الشائعة اختيار أي قانون هو الواجب التطبيق بعد استبعاد القانون الذي اسند له الاختصاص غشاً، وحتى ولو فرضنا تطبيق القانون الذي كان هو الاصل بمقتضى قواعد الاسناد الوطنية، فما هي الاجراءات والمبررات القانونية لتطبيقه، فالأفضل للمشرع الابتعاد عن التكهنات المختلفة، وليس قصدنا من ذلك هو ابعاد القانون او عدم الاستفادة من اراء الفقهاء المطروحة في هذا الشأن وانما القصد هو التيسير على الاطراف المتعاقدين والاطراف الاخرى في اختيار القانون واجب التطبيق بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر اجنبي محل النزاع

2- الافضل بالمشرع العراقي ان يحدد المسار الذي يمكن ان يسير في اطاره الافراد عندما يغيرون ديانتهم فيحارب تغيير الدين من اجل الاستفادة منه بشكل مؤقت ولمسألة معينة هي الاخرى مؤقته فالإسلام للجميع والاستفادة من احكامه وتعاليمه للجميع ايضا لكن بشرط معرفة قيمة هذا الدين بشكل دائم ويتناسب مع هيبة هذا الدين والا فان استغلال الافراد للدين من اجل الحصول على الطلاق او تعدد الزوجات او الاستفادة من الميراث أو الوصية امرا لا يمكن التسامح به .

3- نعتقد ان القانون الانسب لمحاربة الغش في القانون الدولي الخاص بعد استبعاد القانون الذي اكتسب عن طريق الغش يكمن في تطبيق قانون القاضي المرفوع امامه النزاع بوصفه صاحب الاختصاص الاصيل والاحتياطي في تطبيق قاعدة الاسناد

الهوامش:

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،ج1،ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص390.

(2) احمد سامي عبد الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ،جامعة بابل ،2010 ،ص25 وما بعدها.

(3) د ممدوح عبد الكريم القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن،ط1،دار الحرية للطباعة ،بغداد ،1973 ،ص327.

(4) د. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار الثقافة، عمان،1997، ص196.

(5) د. حامد زكي، اصول القانون الدولي الخاص المصري،ط3، القاهرة، 1944، ص206.

(6) د. سالم ارجعية، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي،ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية،2007، ص189.
استاذنا د. اياد مطشر صيهود، أسس القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2017، ص185.د. علي خليل اسماعيل، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص145.

(7) أنظر في عرض هذا الرأي. د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي)،ج2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة،1955، ص417.

(8) د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص(المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2009، ص680-681

(9) اشار إليه . د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008، ص175.

[10] محمد خالد عودة، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص الفلسطيني (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، العدد45 ديسمبر 2020.، ص86.
[11] د أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،2008، ص550-551.
[12] د. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص(النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)ط1،كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1996، ص240.د. فؤاد عبد المنعم، د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية،1999، ص172.
[13] د. سالم إرجعية، مصدر سابق، ص196.
[14] د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)،ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006، ص149.
[15] د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص214.
[16] خلدون سعيد، قطيشات، تغيير ضابط الاسناد لغاية غير مشروعة وأثره في تحديد القانون واجب التطبيق في إطار القانون الدولي الخاص الأردني، الجامعة الأردنية- عمادة البحث العلمي، المجلد 38، العدد 1، 2011، ص209.
[17] د. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)،دار همة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002،ص191.
[18] د. عبد الرسول الاسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت،2018، ص367.
[19] د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1967، ص124.
[20] د. ابراهيم أحمد أبراهيم ، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص304.
[21] د. سامي بديع منصور د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ص197.
[22] داودي صحراء ، استبعاد تطبيق القانون الاجنبي بسبب الغش نحو القانون ، مجلة الدراسات والابحاث ،جامعة الجلفة ، المجلد 12 العدد 4 ، 2020 ،ص897
[23] د.داودي صحراء، مصدر سابق، ص798.
[24] إذا يحتل القاضي دور بارز واساس في كافة مسائل تنازع القوانين سواء في اكتشاف نوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لإسنادها إلى قاعدة إسناد معينة والتي تتولى بدورها اكتشاف القانون واجب ونصت على حق القاضي العراقي في تكييف العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي القانون المدني العراقي في المادة(1/17) فجاء فيها الآتي (1- القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون واجب التطبيق من بينها) وحتى بعد اكتشاف القانون واجب التطبيق يكون للقاضي الدور البارز والاساسي في تفسير القانون الأجنبي وتطبيقه ينظر: حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص8.
[25] موسى عوض عباس ،اثر التحايل على قواعد القانون الدولي الخاص ، (دراسة مقارنة) ،جامعة امدرمان الاسلامية ، السودان ،2014،ص88.
[26] د. هشام علي صادق، د. شمس الدين الوكيل، مركز القانون الاجنبي امام القضاء الوطني(دراسة مقارنة في تطبيق القانون الاجنبي امام محكمة موضوع ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ومسخه)، منشأة المعارف ، الإسكندرية،1968، ص341.
[27] د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013،ص457.
[28] احمد عبد الحميد عشوش، القانون الدولي الخاص(الجنسية- تنازع القوانين)، كلية الحقوق، جامعة بنها،2012، ص242.
[29] د. فؤاد أديب، القانون الدولي الخاص، منشورات الجامعة الافتراضية السورية،2018، ص84.

[30] د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق،ص565.
[31] المادة (10) من القانون المذكور اعلاه نصت على الآتي (أولاً: يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيه العراقي ما لم يعلن تحريرياً عن تخليه عن الجنسية العراقية.....) ونصت المادة (11) من نفس القانون على الآتي (إذا تزوجت المرأة العراقية من غير العراقي واكتسبت جنسية زوجها فأنها لا تفقد جنسيتها العراقي ما تعلن تحريرياً عن تخليه عن الجنسية العراقية).
[32] د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مصدر سابق، ص516-517.
[33] المادة (6) من قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 نصت على الآتي (للوزير أن يقبل تجنس غير العراقي عند توفر الشروط الآتية.....ج - أقام في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب.....) وكذلك ما نصت عليه م (7) من القانون نفسه
[34] د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)،ط1، دار الثقافة، عمان،2009، ص275-276.
[35] د. عبد الرسول كريم أبو صبيع، أثر الغش نحو القانون على ظروف الاسناد، مجلة مركز الدراسات الكوفة، العدد التاسع،المجلد 1، 2010،ص96-97.
[36] د. غسان رباح، التحايل على القانون (دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة" الغش يفسد كل شيء")، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس،، 2009،ص412-413
[37] د. جمعة سعدون، أحكام الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية في العراق(دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة التمييز العراقية والنقض المصرية) بغداد، 1995،ص61.
[38] ثامر عبد الجبار عبد العباس ، تسوية منازعات عقد الترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم (دراسة تحليلية) المركز العربي ، القاهرة ،2017،ص91.
[39] د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص499.

المصادر

أولاً:- الكتب

1- د. ابراهيم أحمد أبراهيم ، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
2- د أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،2008.
3- د. اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري(تنازع القوانين)،دار همة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002.
4- ثامر عبد الجبار عبد العباس ، تسوية منازعات عقد الترخيص الهاتف اللاسلكي بالاتفاق على التحكيم (دراسة تحليلية) المركز العربي ، القاهرة ،2017.
5- د. جمال محمود الكردي، محاضرات في القانون الدولي الخاص(النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية)ط1،كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1996.
6- د. جمعة سعدون، أحكام الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية في العراق(دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة التمييز العراقية والنقض المصرية) بغداد، 1995.
7- د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1967.
8- د. حامد زكي، اصول القانون الدولي الخاص المصري،ط3، القاهرة، 1944.

9- خلدون سعيد، قطيشات، تغيير ضابط الاسناد لغاية غير مشروعة وأثره في تحديد القانون واجب التطبيق في إطار القانون الدولي الخاص الأردني، الجامعة الأردنية- عمادة البحث العلمي، المجلد 38، العدد 1، 2011.
10- د. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)،ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.
11- د. عبد الرسول الاسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت،2018.
12- د عبد الله بن ناصر ،الغش واثره في العقود ،ج1 ، دار كنوز، الرياض ، 2004.
13- د. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
14- د. غسان رباح، التحايل على القانون (دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة" الغش يفسد كل شيء")، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس،، 2009.
15- .د. فؤاد عبد المنعم، د. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي واثار الاحكام الأجنبية،1999.
16- د. سالم إرجعية، الوجيز في القانون الدولي الخاص الليبي(تنازع القوانين من حيث المكان- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- الجنسية ومركز الإجانب)،ط4، منشأة المعارف، الإسكندرية،2007.
17- د.سامي بديع منصور،د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت.
18- د. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص(المضمون الواسع المتعدد الموضوعات)،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2009.
19- د. مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص(تنازع القوانين)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، 2008.
20- د. محمد السيد عرفة، القانون الدولي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة،2013.
21- د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص(دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي)،ط1، دار الثقافة، عمان،2009.
22- د ممدوح عبد الكريم القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن،ط1،دار الحرية للطباعة ،بغداد ،1973 .
23- محمد خالد عودة، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص الفلسطيني (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الابحاث القانونية المعمقة، العدد45 ديسمبر 2020.
24- د. هشام علي صادق ،د. شمس الدين الوكيل، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني (دراسة مقارنة في تطبيق القانون الاجنبي امام محكمة الموضوع ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ومسخه)، منشأة المعارف، الإسكندرية،1968.
25- د. هشام علي صادق، د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين- الاختصاص القضائي الدولي)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.

ثانياً:- البحوث والرسائل

1- احمد سامي عبد الحماية القانونية للمستهلك من الغش التجاري ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ،جامعة بابل ،2010.
2- د. عبد الرسول كريم أبو صبيع، أثر الغش نحو القانون على ظروف الاسناد، مجلة مركز الدراسات الكوفة، العدد التاسع، المجلد 1، 2010.
3- موسى عوض عباس ،اثر التحايل على قواعد القانون الدولي الخاص، (دراسة مقارنة) ،جامعة امدرمان الاسلامية ، السودان ،2014.
4- داودي صحراء ، استبعاد تطبيق القانون الاجنبي بسبب الغش نحو القانون ، مجلة الدراسات والابحاث ،جامعة الجلفة ، المجلد 12، العدد 4 ، 2020.

The Law Journal for Researches Studies
University of Thi-Qar
College of Law

مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية

https://utq.edu.iq/thiqar UTjlaw@utq.edu.iq

The legal system for excluding fraud in the framework of private international law

م.م نسرين حسن كوني
nasreenkoniy@gmail.com

Abstract:
It is known that the main objective of allowing the application of foreign laws within the framework of private international law in general is to find the most appropriate laws to rule the legal relationship tainted with a foreign element. Here is the misuse of these controls, whether nationality, domicile or others, to change the applicable law in accordance with its interests, even if it contradicts the will of the legislator in choosing the appropriate laws for the legal relationship tainted with a foreign element ،It is known that the main objective of allowing the application of foreign laws within the framework of private international law in general is to find the most appropriate laws to rule the legal relationship tainted with a foreign element. Here is the misuse of these controls, whether nationality, domicile or others, to change the applicable law in accordance with its interests, even if it contradicts the will of the legislator in choosing the appropriate laws for the legal relationship tainted with a foreign element.