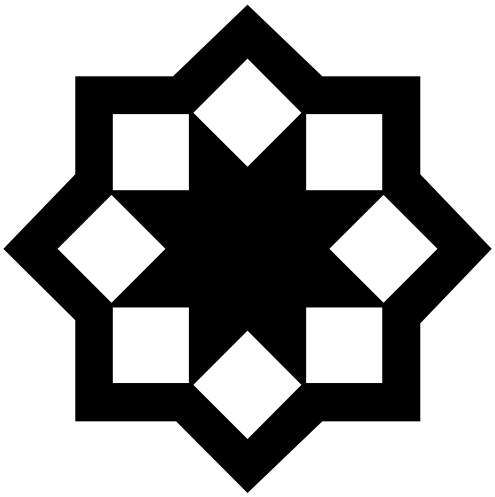
أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد

م.م.عبد الرسول كريم أبوصيبع
كلية القانون / جامعة الكوفة



المقدمة

مما لا شك فيه بأن إطاعة القوانين من قبل الأفراد تعد من أهم مقومات تنفيذها في أي دولة وأن التحايل عليها بشتى السبل والوسائل يعد عائقاً يحول دون تنفيذها على الوجه الأكمل.

وموضوع تنازع القوانين ذو خصوصية متأتية من طبيعة العلاقات التي يتناولها بالتنظيم فإذا كان الغش معاقب عليه في فروع القانون المختلفة إلا أنه في خصوص تنازع القوانين أثار جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون الدولي الخاص ومن هنا فقد إرتأينا أخذ هذا الموضوع بالبحث من حيث ماهيته ومشروعيته ومن ثم ننتقل إلى بحث جزئية مهمة فيه ألا وهي أثر الغش نحو القانون على معيار الإسناد نفسه وذلك في مبحثين منتهين في خاتمة البحث إلى المهم من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول : ماهية تنازع القوانين والغش نحو القانون

نتناول في هذا المبحث تنازع القوانين ببيان ماهيته بوصفه النطاق الذي تعمل فيه نظرية الغش نحو القانون ومن بعده نبين مضمون هذه النظرية وذلك في مطلبين .

المطلب الأول : ماهية تنازع القوانين

يُعد تنازع القوانين الموضوع الرئيس في القانون الدولي الخاص وهو لا يكون بصدد العلاقات القانونية الوطنية البحتة أي التي تنتمي بجميع عناصرها (الأشخاص ، المحل ، السبب المنشىء) إلى دولة واحدة ولا يثار أيضاً - بحسب الأصل – إذا لم ينشأ عن تلك العلاقات أي نزاع قضائي .

بل إن العلاقات القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً (المشوبة بعنصر أجنبي) والتي يثار نزاع بشأنها أمام القضاء هي ما يكون محلاً لتنازع القوانين فلو تعاقد شخصان أحدهما عراقي الجنسية (البائع) وآخر مصري الجنسية (المشتري) على شراء بضاعة موجودة في سوريا وأبرما العقد في الأردن ومن ثم ثار نزاع بينهما بشأن تنفيذ العقد أمام القضاء العراقي ، فهنا بعد أن يتأكد القاضي العراقي من إختصاص محكمته إختصاصاً قضائياً دولياً يشرع في النظر في إضبارة الدعوى ويكون هنا أمام حالة من تعدد القوانين المحتملة التطبيق على موضوع النزاع (الإلتزامات التعاقدية) فهل سيطبق القانون العراقي بوصفه قانون جنسية البائع أم المصري بوصفه قانون جنسية المشتري أم السوري بوصفه قانون محل وجود المال أم الأردني بوصفه قانون محل إبرام العقد ، إن تعدد القوانين المحتملة التطبيق هنا يطلق عليه مصطلح (تنازع القوانين) وعلى القاضي أختيار القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع من خلال الرجوع إلى قواعد الإسناد في تشريعه الوطني ، ويلاحظ إن وصف أحد عناصر العلاقة كونه أجنبياً إنما يكون نسبة إلى الدولة التي يُنظر النزاع أمام محاكمها (دولة القاضي)

وهي في مثالنا المتقدم العراق.

ومصطلح تنازع القوانين كان محلاً للنقد من قبل أغلب فقهاء القانون الدولي الخاص ذاك أن الأمر في حقيقته لا يعدو أن يكون تعدداً في القوانين المحتملة التطبيق أو إختياراً للقانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع ولكن بالرغم من ذلك بقي هذا المصطلح مستعملاً إذ لا مشاحة في الاصطلاح ما دام المعنى المراد منه متفقٌ عليه [١].

إذاً فلأجل تحقق تنازع القوانين لا بد من توافر الشروط الآتية :

١) وجود إمتداد دولي للعلاقة القانونية أو كون العلاقة القانونية مشوبة بعنصر أجنبي[٢] : إذ لا ينشأ تعدد القوانين المحتملة التطبيق في حال النزاع القضائي بصدد العلاقات القانونية الوطنية البحتة تلك التي تنتمي بجميع عناصرها (في الأشخاص والمحل والسبب) إلى دولة واحدة فقانون هذه الأخيرة هو ما سيطبق في جميع الأحوال .

٢) سماح المشرع الوطني بإمكانية تطبيق القانون الأجنبي في حالات معينة يحددها هو عن طريق قواعد الإسناد[٣] : والعلة في ذلك هو تطبيق القانون الأكثر ملاءمة والأكثر إرتباطاً بالنزاع بصدد العلاقات الخاصة الدولية ، فمصطلح (الخاصة) يعني إنتماء العلاقات القانونية موضوع النزاع إلى قسم القانون الخاص فهي مدنية أو تجارية أو تخص الأحوال الشخصية وهذه العلاقات الخاصة فقط هي من يسمح المشرع بإمكانية تطبيق قانون أجنبي بشأنها.

٣) وجود إختلاف في التشريع بين الدول[٤] : ويُقصد بالإختلاف هنا ما يشمل القواعد الموضوعية شرط أن لا يصل التعارض والإختلاف إلى جوهر النظام القانوني والنظام العام ، مضافاً إلى قواعد الإسناد . والقول بمفهوم المخالفة يعني تشابه الأحكام الموضوعية للقانون الواجب التطبيق سواء أكان مدنياً أم تجارياً أم قانوناً للأحوال الشخصية في أي دولة عرض النزاع القضائي أمام محاكمها وذلك يؤدي إلى وحدة الأحكام القانونية لا إلى تعدد بين القوانين كما هو المفترض أن يحصل في موضوع تنازع القوانين ، كما إن تشابه قواعد الإسناد بين الدول يؤدي إلى كون القانون المختص بصدد النزاع نفسه واحداً لا إختلاف فيه وكأن القاضي الذي ينظر النزاع أمام علاقة وطنية بحتة يكون القانون المختص بشأنها معروف لديه سلفاً وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها القاضي بجنسيته (دولة القاضي) وهو أمرٌ لا يستقيم وما يتطلبه موضوع تنازع القوانين من إختلاف في الحل النهائي للنزاع بين الدول وهذا لا يمنع من وجود تشابه في قواعد الإسناد بين بعض الدول .

المطلب الثاني

ماهية الغش نحو القانون

بعد تطبيق القاضي لقاعدة الإسناد المختصة في تشريعه الوطني والتي تشير إلى القانون المختص لحكم موضوع النزاع بصدد العلاقة المنطوية على عنصر أجنبي فإن تطبيق القانون في أحكامه الموضوعية ليس أمراً لازماً في جميع الحالات بل هناك من الحالات ما إن تتحقق إحداها حتى يمتنع القاضي عن تطبيق القانون وإن أشارت إليه قواعد الإسناد في تشريعه الوطني والتي يُطلق عليها إسم (موانع تطبيق القانون الأجنبي) وهي النظام العام والمصلحة الوطنية والغش نحو القانون وهذا الأخير هو ما يخصنا في دراستنا هذه.

ويُقصد بالغش نحو القانون قيام الفرد بصدد علاقة قانونية منطوية على عنصر أجنبي بسلوك ما بهدف تطبيق قانون مصطنع هو غير القانون المختص أصلاً بحكم النزاع ، وقد يتمثل هذا السلوك بالتغيير في ظرف الإسناد[٥] كتغيير الفرد لجنسيته أو موطنه بهدف تطبيق قانون الدولة التي أكتسب جنسيتها أخيراً أو نقل موطنه إليها، وقد يكون الغش بإختيار قضاء دولة ما قصد التهرب من قضاء الدولة التي تربطه بالعلاقة رابطة وثيقة وذلك وصولاً لتطبيق قواعد الإسناد في تشريع الدولة الأولى[٦].

ويعرفه الدكتور أحمد عبدالكريم سلامة بأنه:" التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين ، وذلك ، بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلاً ، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي "[٧].

ويتضح مما تقدم بأن الغش نحو القانون لكي يُصبح مانعاً يحول دون تطبيقه إنما يكون بتوفر ركنين أساسين فيه وهما الركن المادي وهو الفعل المنتج لأثر قانوني المتمثل بقيام الفرد بتغيير ينصب على ظرف الإسناد، أمّا الركن المعنوي فيُقصد منه نية الغش نحو القانون المختص في الأصل قصد تطبيق القانون الذي أصبح مختصاً نتيجةً لفعل الغش[٨] ، فإذا ما تحقق ركنا الغش نحو القانون إمتنع القاضي المعروض عليه هكذا نزاع عن تطبيق القانون الإخير وأبقى الإختصاص ثابتاً للقانون المختص بحسب الأصل.

ويضيف الشراح لأجل تحقق الغش نحو القانون ، فاعلية وسيلة الغش[٩] فإذا كانت قاعدة الإسناد التي تحكم الأهلية تشير إلى تطبيق قانون الموطن وقام الفرد بتغيير جنسيته قاصداً تطبيق قانون الدولة صاحبة الجنسية الثانية فلا تأثير لفعله هذا في تحقق الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي لعدم فاعلية وسيلة الغش في تحديد القانون المختص في المثال المتقدم

ومن التطبيقات القضائية الشهيرة والتي يوردها الشراح بمناسبة شرح هذه النظرية قضيةٌ تتلخص وقائعها في أن : ((أميرة فرنسية تُدعى " دو بوفرمون " متزوجة من أحد مواطنيها، ولكنها منفصلة عنه بدنياً، رغبت التطليق منه، بغية التزوج من أمير روماني يُدعى " بيبسكو"، ولما كان التطليق يتصل بالحالة الشخصية ، ويخضع للقانون الوطني، أي القانون الفرنسي، الذي كان يمنع التطليق في ذلك الوقت، فقد إستطاعت تلك الأخيرة التجنس بجنسية إحدى دويلات ألمانيا *Saxe-Altembourg* والتي يسمح قانونها بالتطليق، وبعد أن حصلت على حكم بالتطليق تزوجت بالأمير " بيبسكو " في برلين وعادت للإقامة معه في باريس ، وعندما علم الزوج الأول بذلك طعن أمام المحاكم الفرنسية ببطلان الزواج الثاني، وفي حكمها بتاريخ ١٨ مارس ١٨٧٨ قضت محكمة النقض بعدم الإعتراف بالتطليق الذي تم في الخارج، وببطلان الزواج الذي تم بناءاً عليه، وإستندت المحكمة إلى أن التجنس الذي تم كان مرماه وغايته التحايل على القانون الفرنسي الذي يحظر التطليق آنذاك، وانتهت إلى إستبعاد القانون الأجنبي، قانون الجنسية الجديدة للزوجة ، واعتبار أن الزواج الأول ما زال قائماً حسب القانون الفرنسي، واجب التطبيق أصلاً ، والذي تم التحايل عليه.))[١٠].

ولكن هل يؤدي صدور الغش من الطرفين إلى عدم الأخذ بالغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي بناءاً على تطبيق مبدأ أن : '' الغش يُفسد كل شيء ''، في الواقع توزع الفقه بين رأيين أولهما يقضي بعدم الإعتداد بنظرية الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي في حال صدور الغش من طرفي التصرف وذلك تطبيقاً للمبدأ المتقدم فليس للفرد أن يتمسك بفكرة الغش نحو القانون كون الغش قد صدر منه أصلاً ، وثانيهما الرأي القائل بفاعلية نظرية الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي ولو كان الغش صادراً من الطرفين إذ العبرة بمعاقبة من صدر منه فعل الغش وذلك بعدم الإعتداد بالنتيجة التي أراد الوصول إليها بتغييره لظرف الإسناد ولا يمكن ذلك ما لم يتم الأخذ بالغش نحو القانون ويمتنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي بناءاً على ظرف الإسناد الجديد والإعتداد بالقانون الذي كان سيطبق أصلاً قبل فعل الغش ويعد الرأي الأخير الراجح من بين الرأيين لسلامة ومنطقية الحجة التي يستند إليها[١١].

و نظرية الغش نحو القانون شأنها شأن النظريات القانونية الأخرى لم يتم الأخذ بها تشريعاً وفقهاً وقضاءاً بشكل مطلق وقد ساق الفقه المعارض لها بعض الحجج[١٢] من أهمها :

- إن تغيير ضابط الإسناد ولا سيما الجنسية والموطن هو حق للفرد ولا يمكن أن يُسائل القانون من يستعمل حقاً ثابتاً له .
- إن القول بتطبيق أثر الغش نحو القانون في حال صدور الغش عن أحدطرفي التصرف من

دون الآخر فيه إضرار بهذا الأخير وهو مما تأباه العدالة المتوخاة في نطاق تنازع القوانين .

- يستلزم الأخذ بهذه النظرية من قبل القاضي تأكده من نية الغش نحو القانون وهو ما يصعب عليه إثباتها لمساسها بضمير الفرد وهو من الأمور الباطنية .
- إنها من تطبيقات النظام العام ليس إلاّ.

ويمكن الرد على ما تقدم بالآتي :

- صحيح إن تغيير الفرد لجنسيته مثلاً ، حقٌ كفله القانون له إلاّ أن إستعمال هذا الحق يجب أن يكون في الحدود التي سمح بها القانون وفي تغييره لجنسيته قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق بحسب الأصل إفتئات على إختصاص القانون الأخير[١٣] وكذلك قانون القاضي بوصف أن الغش نحو القانون يشكل تطبيقاً غير سليم لقواعد الإسناد التي تنتمي لقانون القاضي.
- إن العلة من الأخذ بنظرية الغش نحو القانون هي حماية القانون المختص أصلاً بحكم النزاع ، ومن ثم يطبق القانون الأخير سواء ترتب على ذلك ضرر بالطرف الآخر أم لا مضافاً إلى أن الطرف الآخر والذي لم يصدر عنه فعل الغش مكلفٌ بمعرفة القانون ولا سيما طبيعة عمل قواعد الإسناد في مثالنا السابق والجهل بالقانون ليس عذراً[١٤].
- مسألة التأكد من نية الفرد بالرغم مما يستتبع إثباتها من قبل القاضي من صعوبات لتعلقها بضمير الفرد وباطنه إلاّ أنها من الأمور التي يتوقف عليها التطبيق السليم للعديد من الأفكار القانونية في فروع القانون المختلفة[١٥] والتي أصبح تطبيق القضاء لها من المسلمات ومثالها القانون الجنائي للتأكد من توافر القصد الجرمي لأجل تحقق الركن المعنوي في الجريمة والقانون المدني في فكرة الباعث الدافع على التعاقد وغيرها من الأفكار في فروع القانون المختلفة.
- إن هناك فارقاً واضحاً بين فكرة النظام العام والغش نحو القانون في نطاق تنازع القوانين ففي حين تعمل فكرة النظام العام على إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي والذي أشارت إليه قواعد إسناد قانون القاضي إذا ما كان هذا القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي وإحلال قانون القاضي محله فإن الأخذ بالغش نحو القانون يقتضي تطبيق القانون المختص أصلاً بحكم النزاع سواء كان هذا القانون أجنبياً أم قانون القاضي نفسه[١٦]، مضافاً إلى أنه في فكرة النظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي لا دور لإرادة الفرد في الأخذ بها من قبل القاضي فمتى ما تأكد القاضي أن في الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي

المختص ما ينافي مقتضيات النظام العام في دولته إمتنع عن تطبيق تلك الأحكام أمّا في ظل الغش نحو القانون فإن عماد هذه النظرية هو فعل الغش الصادر من قبل الفرد والمنصب على تغيير ظرف الإسناد ومن ثم فإن إرادة الفرد لها الدور المهم في أصل تحقق الغش نحو القانون[١٧].

ولم ينص المشرع العراقي في القانون المدني على نظرية الغش نحو القانون إلاّ أنه لا إشكال في الأخذ بها في العراق بوصفها من مبادىء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً[١٨] عملاً بأحكام المادة (٣٠) مدني عراقي والتي تنص على أنه :(تُتبع في ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادىء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)، والغش نحو القانون من مبادىء القانون الدولي الخاص لأنه من النظريات التي تشترك أغلب الدول في الأخذ بها تشريعاً وفقهاً وقضاءاً.

المبحث الثاني : أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد

في هذا المبحث نتناول الآراء الفقهية التي طرحت بشأن تأثير تحقق الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي على ظرف الإسناد نفسه والذي قام الفرد بتغييره قصد الغش وذلك في مطالب أربعة.

المطلب الأول

بطلان ظرف الإسناد

يذهب البعض إلى أنه في حالة تحقق الغش نحو القانون في نطاق تنازع القوانين فإن ذلك يؤدي إلى بطلان ظرف الإسناد والذي قام الفرد بتغييره قصد الغش[١٩]، فلو قام بتغيير جنسيته قاصداً تطبيق قانون الجنسية الجديدة تهرباً من قانون الجنسية الأولى فإنه بناءاً على الإتجاه المتقدم من الفقه يتم إبطال الجنسية الثانية بطلاناً مطلقاً وكأنها لم تكن ، وذلك مضافاً إلى عدم الإعتراف بالأثر المترتب على الغش أي عدم تطبيق قانون الدولة صاحبة الجنسية الثانية على موضوع النزاع وكأن أنصار هذا الرأي أرادوا عدم الإعتراف بالوسيلة والنتيجة معاً إذا ما تحقق الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي.

إلاّ أنه يجب التفرقة هنا بين أمرين :

أولاً : أن يكون الغش نحو قانون دولة القاضي وكان الفرد الذي صدر عنه الغش متمتعاً بجنسية دولة القاضي قبل أن تُسقط عنه لإكتسابه الجنسية الجديدة (على فرض الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في دولة القاضي) فهنا يمكن للسلطات المختصة في دولة القاضي أن لا تعترف بجنسية الدولة الأخرى وأن تبقيه من رعاياها إنكاراً منها لأصل الجنسية الثانية وكذلك للآثار التي يمكن أن تترتب عليها في ذات القضية التي صدر فيها الغش وذلك بعدم تطبيق قانون الدولة والتي إكتسب الفرد جنسيتها أخيراً أو في قضايا

أخرى عن تصرفات قانونية يُراد التمسك أو رفع دعوى بها أمام دولة القاضي إستناداً إلى الجنسية الثانية.

ويبقى للسلطات المختصة في الدولة صاحبة الجنسية الثانية أن تقرر إستمرار تمتعه بجنسيتها من عدمه (ما لم تكن طرفاً في إتفاقية مصادق عليها مع دولة القاضي بوصفها صاحبة الجنسية الأولى) إذ أن أحكام قانون الجنسية في كل دولة هي من القانون العام والتي لا تستطيع فيها دولة ما التدخل في أحكام جنسية دولة أخرى .

ثانياً : أن يكون الغش قد صدر عن الفرد تجاه قانون دولة أجنبية : فهنا لا يُتصور من قبل القاضي في دولة القاضي بناءاً على الإتجاه القائل بإبطال معيار الإسناد إلاّ عدم الإعتراف بآثار التصرفات القانونية والتي تمت وفقاً للجنسية الجديدة عندما يُراد التمسك بها في دولة القاضي فالبطلان إنما يتركز على آثار الجنسية الجديدة من دون الجنسية نفسها سواء في القضية التي تم فيها الغش أو في غيرها، إذ كما سبق القول لا سلطان لدولة على أخرى في أحكام قانون جنسية كل واحدة منها.

المطلب الثاني

بطلان ظرف الإسناد القانوني من دون المادي

وبناءاً على هذا الرأي فإن من ظروف الإسناد ما لا يمكن نكرانه ولا سيما الظروف المادية كمحل وجود المنقول فهنا لا يمكن القول بالبطلان إلا لظروف الإسناد من غير الطبيعة المادية كالجنسية مثلاً ، فمحل وجود المنقول من مسائل الواقع والتي لا يمكن تجاهلها[٢٠].

المطلب الثالث

بطلان الأثر المترتب على ظرف الإسناد

ويتجه غالبية الفقه[٢١]- وهو ما نرجح الأخذ به - إلى بقاء ظرف الإسناد صحيحاً لا عيب فيه ومنتجاً لجميع آثاره عدا تلك الآثار فيما يخص القضية التي تحقق بشأنها الغش نحو القانون فلو غيّر فردٌ جنسيته قاصداً إيقاع الطلاق والذي يسمح به قانون الدولة التي إكتسب جنسيتها أخيراً من دون قانون الجنسية الأولى ، فإذا ما توصل القاضي إلى نتيجة أن الفرد قصد من تغيير الجنسية الوصول إلى إيقاع الطلاق والذي لا يسمح به القانون المختص أصلاً بحكم النزاع قضى بتحقق الغش نحو القانون ومن ثم إمتنع عن تطبيق قانون الدولة صاحبة الجنسية الثانية وأبقى الإختصاص للقانون المختص بحسب الأصل ولكن ليس لهذا القاضي أن يقرر بطلان ظرف الإسناد وهو الجنسية الثانية في مثالنا هنا إذ كما سبق القول فإن السلطة المختصة في كل دولة هي من لها الحق في تقرير صحة أو بطلان الجنسية الوطنية في الدولة التي تنتمي إليها وليس لها على الإطلاق البحث في أحكام جنسية دولة أخرى من حيث الصحة أو

البطلان ، وتبقى من بعد ذلك التصرفات التي يجريها الفرد في غير القضية التي تم فيها الغش إستناداً لقانون الدولة التي إكتسب جنسيتها أخيراً صحيحة وما تقدم هو الرأي الراجح من بين الآراء المطروحة بشأن أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد والذي قام الفرد بإرادته بتغييره قصد الغش.

المطلب الرابع

صحة ظرف الإسناد والأثر المترتب عليه في حالة تغيير الديانة

وبموجب هذا الرأي إذا ما غيّر الفرد شريعته إلى الإسلام قاصداً إيقاع الطلاق (لا لأجل الشريعة الجديدة) والذي تمنعه منه شريعته السابقة فيعد هذا التغيير صحيحاً ولا يُحكم بإبطاله إذ إنه يخص ضمير الفرد وباطنه مضافاً إلى إحترام حريته في معتقده وحماية للنظام العام الإسلامي[٢٢] ويتم الإعتراف بالأثر المترتب على تغيير الديانة فيما يخص القضية والتي دفع فيها بالغش نحو القانون فتطبق أحكام الشريعة الإسلامية على موضوع النزاع إذا ما كان من مسائل الأحوال الشخصية (ويُقصد بذلك قانون الأحوال الشخصية المستمدة أحكامه من الفقه الإسلامي والذي يحكم أحوال المسلمين الشخصية)، ويُعد هذا الرأي إستثناءاً من الأصل العام في المسألة المتقدمة إذ بموجبه يصح ظرف الإسناد المتمثل بتغيير الديانة إلى الإسلام تحقق الغش نحو القانون في ذلك أم لم يتحقق.

وفي الواقع إن مسألة تغيير الديانة لا تؤثر بحسب الأصل في تحديد القانون المختص إذ أن الديانة ليست من ظروف الإسناد ولكن جرى القضاء في بعض الدول ولا سيما مصر على إعتبار تغيير الديانة إلى الإسلام أمرٌ لا يمكن الطعن فيه بالغش وعدم الإعتداد بضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية في هذه الحالة، فالديانة أصبحت بديلاً هنا عن ضابط الجنسية في قاعدة إسناد القاضي[٢٣].

هذا الرأي عارضه فقهاء آخرون على أساس من لزوم التقيد بأحكام النظرية بشكل مطلق في حال تغيير الديانة أو في غيرها مضافاً إلى إن القول بهذا الإستثناء يفسح المجال واسعاً أمام سيئي النية من إستعمال تغيير الديانة ذريعة لتحقيق مصالحهم الشخصية المخالفة لأحكام القانون[٢٤].

ولعل إتجاه القضاء ولا سيما في مصر في الأخذ بهذا الإستثناء أملته ضرورة إحترام الأحكام الإسلامية في هذا الموضوع من أن الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه وأن من تشهّد الشهادتين فقد ثبت له وعليه ما للمسلمين وعليهم ومن ثم لا مجال للأخذ بفكرة الغش نحو القانون في هذه الحالة.

الخاتمة

وفي خاتمة بحثنا هذا إنتهينا إلى العديد من الإستنتاجات والتوصيات نورد المهم منها :

١) يعرف الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي بأنه التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين ، وذلك ، بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلاً ، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي .

٢) يؤدي الأخذ بالغش نحو القانون إلى إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي والذي تحدد إختصاصه بموجب تغيير الفرد لظرف الإسناد وتطبيق القاضي للقانون المختص بحسب الأصل.

٣) لا يُعد الغش نحو القانون من النظام العام بل هو نظرية قائمة بذاتها في نطاق تنازع القوانين.

٤) إن العلة من الأخذ بالغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي هي حماية القانون المختص أصلاً ومن ثم وفقاً للرأي الراجح لا يُؤثر صدور فعل الغش من طرفي التصرف ولا تحقق الضرر للطرف الثاني والذي لم يصدر عنه فعل الغش ، في تحقق الغش نحو القانون.

٥) تُعد نظرية الغش نحو القانون من مبادىء القانون الدولي الخاص والتي يأخذ بها القضاء العراقي عملاً بأحكام المادة (٣٠) مدني عراقي.

٦) فيما يخص النظريات التي طرحت بشأن تأثير الغش نحو القانون على معيار الإسناد فإن النظرية الأرجح هي بطلان الأثر المترتب على تغيير ظرف الإسناد من دون الظرف نفسه وذلك في القضية التي تم فيها الغش نحو القانون ، مع بقاء التصرفات القانونية الأخرى في غير القضية التي تم فيها الغش صحيحة.

٧) لا مجال للأخذ بفكرة الغش نحو القانون في حال تغيير الديانة إلى الإسلام حماية للنظام العام الإسلامي .

الهوامش

١) د.أحمد عبدالكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، الإسراء للطباعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص ٥٣٧، د.سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار العلوم العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٩٤ ، ص ٦٧-٦٨، د.ممدوح عبدالكريم : تنازع القوانين ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠٥، ص ١٦.

٢) د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة التفيض ، بغداد ، ١٩٤٧-١٩٤٨، ص ٤٠٧، د.حسن الهداوي : تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠١، ص١٦.

٣) د.سعيد يوسف البستاني : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤،

ص٥٦، د.جمال محمود الكردي : تنازع القوانين ، الإسراء للطباعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص١٢.

٤) د.صلاح الدين جمال الدين : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٧، ص٢٣٢.

٥) د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص ٤٩١.

٦) بيار ماير ، فانسان هوزيه : القانون الدولي الخاص ، ترجمة د.علي محمود مقلّد، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨، ص ٣٦٩، د.سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٧٩٩.

٧) د.أحمد عبدالكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٧٥٤.

٨) د.حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص ٣١٥، د.ممدوح عبدالكريم : القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، الطبعة الثانية ، مطبعة الحكومة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧، ص ٣٣٩.

٩) د.حسن الهداوي ، د.غالب الداودي : القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨، ص ٢٠٣.

١٠) د.أحمد عبدالكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٧٥٤-٧٥٥.

١١) أنظر د.حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ٣٢٤ .

١٢) أنظر د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٦٦٦-٦٦٧، د.أحمد عبدالكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص ٧٥٦-٧٥٧، د.ممدوح عبدالكريم : القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، مصدر سابق ، ص ٣٤٠.

١٣) أحمد محمود الفضلي : التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، عمّان ، ١٩٩٩، ص ٦٧.

١٤) د.ممدوح عبدالكريم : تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

١٥) د.صلاح الدين جمال الدين : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٣٦٤.

١٦) د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٦٦٩ ، د.حسن الهداوي : تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص ١٩٨.

١٧) د.أحمد عبدالكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٧٥٧.

١٨) د.حسن الهداوي ، د.غالب الداودي : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٢٠١.

١٩) أنظر د.حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٣٢٣.

٢٠) أنظر د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص ٥١٠.

٢١) بيار ماير ، فانسان هوزيه : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٢٥٤ ، د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٦٦٥ ، د.أحمد عبدالكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص

٧٦٤-٧٦٥ ، د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص ٥١٢ ، د.حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٣٢٤ ، د.ممدوح عبدالكريم : تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص ٢١٢ ، د.سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ٨٠٥ ، د.سعيد يوسف البستاني : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ١٩٠.

٢٢) د.سعيد يوسف البستاني : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق، ص ١٩١-١٩٢.

٢٣) د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق، ص ٥٠٤.

٢٤) د.صلاح الدين جمال الدين : تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ، طنطا- مصر ، ٢٠٠٧، ص ١٧٣-١٧٤.

المصادر

٢٥) د.أحمد عبدالكريم سلامة : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، الإسراء للطباعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨.

٢٦) أحمد محمود الفضلي : التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار المناهج للنشر والتوزيع ، عمّان ، ١٩٩٩.

٢٧) بيار ماير ، فانسان هوزيه : القانون الدولي الخاص ، ترجمة د.علي محمود مقلّد، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨.

٢٨) د.جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة التفيض ، بغداد ، ١٩٤٧-١٩٤٨.

٢٩) د.جمال محمود الكردي : تنازع القوانين ، الإسراء للطباعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

٣٠) د.حسن الهداوي ، د.غالب الداودي : القانون الدولي الخاص ، القسم الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨.

٣١) د.حسن الهداوي : تنازع القوانين ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠١.

٣٢) د.حفيظة السيد الحداد : الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩.

٣٣) د.سامي بديع منصور : الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار العلوم العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٩٤.

٣٤) د.سعيد يوسف البستاني : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤.

٣٥) د.صلاح الدين جمال الدين : القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ،

الإسكندرية ، ٢٠٠٧.

٣٦) د.صلاح الدين جمال الدين : تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج ، طنطا- مصر ، ٢٠٠٧.

٣٧) د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤.

٣٨) د.ممدوح عبدالكريم : القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، الطبعة الثانية ، مطبعة الحكومة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧.

٣٩) د.ممدوح عبدالكريم : تنازع القوانين ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمّان ، ٢٠٠٥.

Resume

Fraud towards the law is a famous theory in conflict of laws and principle of private international law in Iraqi legislation, it prevents applying of foreign law. My research subject is "effect of fraud towards the law on element of choice of law", it be classified into two chapters; the first treats definition conflict of laws and fraud towards the law, the second treats theories, which be said on this subject: validity of element of conflict of laws rule, invalidity of effect only and extinguishing between legal and object act, finally conclusion contains important results and suggestions.