تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد

م.د صفاء إسماعيل وسمي
كلية القانون/ جامعة بابل
safaa.ismail@g.uowa.edu.iq

م.م ازهار حميد مهدي
كلية القانون/ جامعة وارث الأنبياء (ع)
azhar.hamid@uowa.edu.iq

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٢/٣/١ تاريخ قبول البحث ٢٠٢٢/٤/٢٠ تاريخ نشر البحث ٢٠٢٣/٦/٣٠

قد تتسم أحد عناصر العلاقة القانونية بالصفة الأجنبية، كأن ينتمي أحد أطرافها إلى دولة أجنبية، فنكون أمام حالة تدخل أكثر من قانون لحكم العلاقة القانونية، تبعًا لانتماء العلاقة لأكثر من دولة، ويطلق على هذا الوضع بتنازع القوانين. وحل هذا التنازع في القانون الدولي الخاص يكون عبر قواعد تسمى بقواعد الإسناد كونها تشير إلى القانون الواجب التطبيق وهو القانون المختص أصلاً بالنزاع، ولكن قد يحدث أنّ تغييراً يطرأ على قاعدة الإسناد بفعل المشرع أو بفعل الأفراد يؤدي إلى تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد، وقد يبرر عدم تطبيق القانون المسند إليه لعلة الدفع بالنظام العام كون القانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة الإسناد الوطنية فيه مخالفة للنظام العام لدولة القاضي، أو أن القانون فيه غش نحو القانون. وهذا في حقيقته يقود القاضي إلى مشكلة أخرى وهو التنازع بين قانون دولتين لحكم علاقة قانونية واحدة، فيعمد القاضي إلى تطبيق قانونه الوطني واستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد.

One of the elements of the legal relationship may be characterized by a foreign character, as if one of its parties belongs to a foreign country, so we are faced with a situation where more than one law intervenes to govern the legal relationship, depending on the relationship belonging to more than one country, and this situation is called a conflict of laws. The solution to this conflict in private international law is through rules called the rules of attribution because they refer to the applicable law, which is the law originally concerned with the dispute. The ascribed law is due to the reason for the defense of public order, because the foreign law referred to by the national reference base is in violation of the public order of the judge's country, or that the law has fraudulent approach to the law. This, in fact, leads the judge to another problem, which is the conflict between the law of two countries to rule one legal relationship, so the judge proceeds to apply his national law and exclude the foreign law referred to by the rule of attribution.

الكلمات المفتاحية: التعطيل، الوظيفة، قاعدة الاسناد، العلاقة القانونية.

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

إن سهولة حركة تنقل الأفراد بين الدول واتساع حركة نقل البضائع أدى إلى نشوء علاقات خاصة دولية، نشأ عنها نزاعات دولية، فظهر تزاحم بين قوانين عدة، أدت إلى حدوث ما يسمى بتنازع القوانين والذي يعد من موضوعات القانون الدولي الخاص المهمة، لتعلقها بإنشاء الحقوق واستعمالها وحمايتها في علاقات الأفراد الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي، لذلك فإنّ الضرورة تستدعي معرفة أياً من هذه القوانين المتعددة هو القانون الواجب التطبيق، في خضم وجود أكثر من قانون يريد الانطباق على العلاقة موضوع النزاع، لأن كل دولة تسعى لأن يكون قانونها هو القانون الواجب التطبيق.

ثانياً: أهمية الدراسة

إذ إن القانون الدولي الخاص، هو من القوانين الحديثة والمهمة، وتتجلى أهميته لما يمتلكه من قواعد تسهم في حلّ مشكلة تنازع القوانين عبر تبنيه ما يسمى بقواعد الإسناد، وهي قواعد إجرائية وطنية مباشرة، وهي التي ترشد القاضي على القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة، ولذلك وضعت معظم الدول قواعد أو ضوابط للإسناد لكي تحكم العلاقات بشكل موضوعي بعيداً عن الأحكام العامة، وقد أحدث موضوع قواعد الإسناد تمرداً وأسلوبًا جديدًا لحل مسألة تنازع القوانين باعتبار إن الحل الذي تأتي به يكون مستمدًا من ذات العلاقة محل النزاع، ولذلك قد لا يتأكد العمل بما تشير إليه قاعدة الإسناد وأياًكانت نوعها سواء أكانت قائمة على مبدأ اقليمية القوانين، أم على مبدأ شخصية القوانين، بسبب التغيير الذي يمكن أن يطرأ على تلك القواعد، فضوابط الإسناد تتألف من عنصرين هما العنصر الواقعي والعنصر القانوني، فمثلاً يكون العنصر الواقعي في ضابط الجنسية هو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة وهو قابل للتغيير، أما العنصر القانوني فيكون ثابتاًكمبدأ عام ولا يتغير بفعل الأفراد وانما المشرع وحده من يمتلك سلطة تغييره، وفي نهاية المطاف سوف نكون أمام حالة تغيير ضابط الإسناد الذي يحكم القانون الواجب التطبيق، فضلاً عن قيام الأفراد بشكل عمدي بتغيير تلك القواعد، ما يؤدي إلى إحلال قانون غير القانون المختص أصلاً.

ثالثاً: أهداف الدراسة

تسعى الدراسة إلى بيان قاعدة الإسناد البديلة التي يستند عليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق، وبخاصةً عندما يعتمد تطبيق فكرة تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت إلى تطبيق القانون الأجنبي.

رابعاً: منهجية الدراسة

لقد توخينا في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي، بعد عرض موقف الفقه والقانون لا سيما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، وصولاً إلى معرفة القانون الواجب التطبيق في ظلّ تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد.

خامساً: اشكالية الدراسة

تظهر إشكالية دراستنا، عن طريق بيان الحالات التي يصار فيها إلى تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد، وهل إنّ تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد نحو تحديد القانون الواجب التطبيق اجراء مقبول في نطاق القانون الدولي الخاص؟ وما هي الركائز التي يستند عليها القاضي في استبعاد القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد؟

سادساً: هيكلية الدراسة

من أجل الإحاطة بإشكالية دراستنا، وإيجاد الحلول المناسبة لها، فإنّ الحال يستدعي تقسيم ها البحث إلى مبحثين، إذ نسلط الضوء في المبحث الأول على بيان مفهوم تعطيل وظيفة قواعد الإسناد، وبدوره يتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول نتناول التعطيل اللاإرادي لوظيفة قواعد الإسناد، وفي المطلب الثاني نتناول التعطيل الإرادي لوظيفة قواعد الإسناد، أما في المبحث الثاني ندرس مشروعية تعطيل وظيفة قواعد الإسناد بعد تقسيمه إلى مطلبين هما: الدفع بالنظام العام (مطلب أول) والدفع بالغش نحو القانون (مطلب ثاني).

المبحث الأول

مفهوم تعطيل وظيفة قواعد الإسناد

إنّ العلاقات القانونية بين الأفراد لا تقتصر على فقط على كونها علاقات داخلية، وإنما قد تتخطى حدود الدولة الواحدة إلى دول أخرى، ويكون ذلك عندما يشوب العلاقة القانونية عناصر أجنبية كالاختلاف

في جنسية الأطراف، أو الاختلاف في محل إجراء التصرفات القانونية أو محل تنفيذ الالتزام...الخ. وهذا الحال يضفي على العلاقة القانونية الطابع الدولي، ومن ثم فإنّ النزاع الناشئ عنه يسمى نزاعاً دولياً.(١)

وإن الإجراء الأول الذي يقوم به القاضي عندما يعرض عليه نزاعاً دولياً هو القيام بعملية تكييف العلاقة القانونية موضوع النزاع(٢)، وهو اجراء مهم لأنه يساعد القاضي في الكشف عن قاعدة الإسناد التي تنتمي إلى النزاع، التي بدورها ترشده إلى القانون الواجب التطبيق، وهذا الأخير قد يكون القانون الوطني وقد يكون القانون الأجنبي.

وتبعاً للأصل فإنّ على القاضي التقيد بما أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية كونها صادرة من مشرعه الوطني وهو لا يأتمر إلا بأوامره، فليست هناك مشكلة في حالة ما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الوطني، ولكن المشكلة تكون عندما تشير قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، فلا نجزم بامتثال القاضي لما أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، لأنّ المشكلة تبلغ قمتها عندما يصادف القاضي تغييراً لقاعدة الإسناد، فهنا يكون بين أمرين وهما: هل يعمل بما أشارت اليه قاعدة الإسناد (تطبيق القانون الأجنبي) أم يعطل العمل بما أشارت إليه قاعدة الإسناد ويبتعد عن مزاحمة القانون الأجنبي ويقوم بتطبيق القانون الوطني؟ وتظهر فائدة هذا السؤال أمام حقيقة قانونية في مجال القانون الدوليّ الخاص، إنّ قواعد الإسناد هي قواعد وطنية الزامية وضعها المشرع لتنظيم العلاقات بين الأفراد وتحقيق العدالة غرضها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق.(٣)

وفي سياق ما ذكر، يمكن القول إنّ تعطيل قواعد الإسناد، تعني تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي، وهذا يرجع إلى تغيير قواعد الإسناد، التي يخرج بعضها عن إرادة الأطراف، وخضوع بعضها إلى إرادة الأطراف لذلك لا بُدّ من البحث في مظاهر ذلك التغيير، وهذا ما سوف نشهده، بعد تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: التعطيل اللاإرادي لقواعد الإسناد

المطلب الثاني: التعطيل الإرادي لقواعد الإسناد

المطلب الأول

التعطيل اللاإرادي لقواعد الإسناد

تتأثر قاعدة الإسناد عادةً بما يمارسه المشرع في كل دولة من دول العالم من اجراءات قانونية تتمثل أما باستحداث نصوص قانونية جديدة سواء أكانت نصوص خاصة بالتنازع أم قواعد قانونية داخلية، أم عند قيامه بتعديل نص من نصوص القانون ليحل محله نص قانوني جديد يؤدي إلى ابطال العمل بالنص القديم، واتيان عمل المشرع على هذا النحو من شأنه أن يخلق تداخلاً ما بين القوانين، إذ نكون أمام قانونين لحكم علاقة قانونية واحدة، فتنشأ علاقة قانونية في ظل قانون قديم وتستمر وترتب آثارها في ظل قانون جديد، ويعد هذا الوضع بحد ذاته مشكلة تصعب مهمة القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، خصوصاً في الفرض الذي يستبدل فيه القانون الجديد لفكرة ما بنيت عليها حقوق في القانون القديم. وعليه فإنّ هذه المشكلة تتطلب تشخيصها وتحدد السبل اللازمة لعلاجها بعد تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تشخيص مشكلة تعاقب القوانين

الفرع الثاني: معالجة مشكلة تعاقب القوانين

الفرع الأول

تشخيص مشكلة تعاقب القوانين

إنّ قواعد الإسناد ذات طبيعة تختلف عن القواعد القانونية الوضعية الأخرى، ولعل أهم ما يميزها هو القابلية للتغير، الذي قد يحدث بناءً على رغبة المشرع عبر استحداث أو تعديل أو حذف النصوص القانونية، ما يؤثر على القانون الواجب التطبيق .[٤]

وإذا كان التغيير في قواعد الإسناد من قبل المشرع يتخذ صورة التعديل أو الحذف أو الاستحداث للنصوص القانونية، فإنّ هذا الوضع من شأنه أن يخلق تنازعاً يسمى التنازع الزمني بين القوانين، فقد تنشأ العلاقة القانونية في ظل قانون قديم ثم تستمر في ظل قانون جديد فتنشأ أثره فيه، وهذا يثير صعوبة القانون الذي سوف يحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع، فقد يمنح القانون الجديد حقاً لم يكن موجود في ظل القانون القديم، أو يلغي حق كان يقره القانون القديم[٥]، وعليه فإنّ التداخل بين قانونين لحكم علاقة قانونية واحدة،

هو مشكلة في القانون الدولي الخاص لا بُدّ من حلها، فكيف يتصرف القاضي في حالة ما إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، وعند العودة لأحكام ذلك القانون يجد القاضي نفسه أمام قانونين يحكمان العلاقة القانونية، قانون قديم وقانون جديد، ومن أمثلة ذلك، لجوء تشريعات بعض الدول إلى إجراء تغيير في ضوابط الإسناد لحكم علاقات دولية ذات عنصر أجنبي، ففي ألمانيا كان ضابط الموطن هو الضابط المعول عليه كقانون شخصي حتى عام ١٩٠٠، ثم حدث تعديل من ضابط الموطن إلى ضابط الجنسية والحال نفسه في فرنسا سنة ١٨٠٤.[٦]

والمشكلة محل البحث في هذا الإطار، هي مشكلة التنازع الزمني للقوانين، إذ تكون سهلة الحل لوهلة ما، فتضع تشريعات الدول الحلول لها، لكن هذه المشكلة تبلغ ذروتها في حالة إذا كانت تتعلق بالنزاعات الدولية والتي لا يحكمها القانون الداخلي خصوصًا عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي، إذ نجد إن التعديل يمس قواعد الإسناد السارية من قبل فتثير التساؤل حول وقت الأخذ بالتعديل التشريعي، أيّ هل يطبق هذا التعديل التشريعي تطبيقًا فوريًا أم لا؟

ولإجابة هذا السؤال ينبغي التطرق إلى الحلول المتاحة لحل مشكلة تعاقب القوانين من حيث الزمان وهذا ما سوف نشهده في الفقرة التالية.

الفرع الثاني

معالجة مشكلة تعاقب القوانين

بات واضحًا إنّ تنازع القوانين من حيث الزمان في مجال العلاقات الخاصة الدولية من المشاكل التي تصعب مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي يتطلب تسليط الضوء على أهم الحلول أو المعالجات التي تُسهم في حلّ مشكلة التنازع المذكورة، ولذلك ظهر نوعان من الحلول، حلول نادى بها الفقه، وحلول أخرى وجدت تطبيقًا لها في مجال التشريع ويمكن بيان كلٍّ منهما تباعًا وبحسب التفصيل الآتي:

١ – الحلول الفقهية (الوقائية): تتسم هذه الحلول بكونها تجنب حصول التنازع الزمني للقوانين، أيّ تمنع تعاقب القوانين لحكم علاقة قانونية واحدة، ويمكن تحقيق هذا الغرض عن طريق اعتماد القواعد القانونية الموحدة ذات الغرض الموضوعي الواحد في القانون الدوليّ الخاص ويمكن بيناها على النحو الآتي:[٧]

أ – تطبيق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي : يمكن استبدال القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قاعدة الإسناد الوطنية تجنبًا لحالة التعاقب أو التداخل في تطبيق القوانين، واعتماد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥، إذ يكون هو القانون الوحيد المرشح للانطباق على العلاقة القانونية الدولية موضوع النزاع.

ب – تطبيق الأعراف الدولية: وهنا نلتقط صورة أخرى نحو تطبيق قانون موحد من زاوية الأعراف الدولية السائدة في مجال التجارة الدولية، التي من شأنها أن ترشح قانونًا واحدًا نتجنب معه مشكلة تعاقب القوانين.

ج – **تطبيق الاتفاقيات الدولية:** للاتفاقيات والمعاهدات الدولية أثرها المهم في تجنب تعاقب القوانين، إذ تلتزم الدول الأطراف بما جاءت به الاتفاقية الدولية ذات الصلة بهذا الموضوع.

د – تطبيق مبدأ الثبات التشريعي: ويقصد به : تجميد القانون الوطني للدولة على الحالة التي كان عليها وقت ابرام العقد، إذ يمتنع على الدولة إجراء تعديل على أحكام قانونها الوطني التي من شأنها المساس بالعلاقة التعاقدية القائمة بينها وبين متعاقدها الخاص، وهذا يفسر القول من أنه بالرغم من تعرض القواعد الموحدة للتغيير بالاستحداث أو الحذف إلاّ إنها لا تثير مشكلة تنازع القوانين، تطبيقًا لمبدأ الثبات التشريعي.(٨)

٢ – الحلول التشريعية (الوضعية): اهتمت تشريعات دول العالم بوضع الحلول لمشاكل تنازع القوانين من حيث الزمان من أجل تفادي التعاقب في تطبيق القوانين، وهذا الحال لم يخرج من اهتمامات التشريع العراقي، فكيف يتصرف القاضي العراقي في الفرض الذي يتزوج شخص في ظلّ قانون يجيز الطلاق، ثم تم الغاء العمل بهذا القانون الذي حدث فيه عقد الزواج، وتم استبداله بقانون آخر يحظر الطلاق، فهل إن عقد الزواج يخضع للقانون الذي نشأ في ظله الذي كان يجيز الطلاق، أم إن عقد الزواج مستمر، وبما إنه يتصف بالاستمرارية، فإنّ آثاره تخضع للقانون الجديد وبذلك يحظر الطلاق على الزوجين؟

توحي التشريعات الداخلية إنّ حلّ مشكلة القوانين المتعاقبة لحصول التنازع من حيث الزمان، بأنه لا يتطلب حلولاً معقدة، فيضع قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ الحلول المباشرة عن طريق تطبيق القانون الجديد على كلّ الحالات التي تخضع للقانون الجديد.(٩)

ولما كانت القوانين الإجرائية ومنها قانون المرافعات من النظام العام لذلك تسري أحكام القانون الجديد المنظم لهذه الاجراءات بأثر مباشر على الدعاوى التي لا تزال منظورة أمام المحاكم.(١٠) بينما نجد إن قانون الإثبات العراقي لم ينص صراحةً على سريان إجراءات الإثبات بأثر فوري.(١١) فقد نصت المادة (١٢)

من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، على أن (تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدمًا النصوص القانونية المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطاع أو ينبغي فيه اعداده).

وبذلك حسم المشرع العراقي عن طريق هذا النص أيّ خلاف كان من المتوقع أن يثور بشأن الموضوع، فإذا أنشأ القانون الجديد وسيلة للإثبات ألغى وسيلة كان يأخذ بها القانون القديم، فلا يجوز أن يسري على التصرفات التي تمت في ظل القانون القديم، فالإثبات يجب أن يظل خاضعًا للقانون القديم الذي تم التصرف في ظله، فإذا كان القانون يوجب الإثبات بالكتابة في عقد معين ثم صدر قانون يجيز الإثبات بالشهادة، فأنّ ما تم في ظل القانون القديم لا يسري عليه القانون الجديد ولا يجوز إثباته إلاّ بالكتابة وفقًا للقانون السابق والعكس هو الصحيح، ولكن إذا كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام كما لو ألغي الإثبات عن طريق اليمين لاعتبارات تتعلق بصيانة أخلاق الناس فإنّ هذا الالغاء يسري حتى بالنسبة إلى التصرفات القانونية التي تمت قبل صدوره.[١٢]

أما القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، فقد جاء بالموقف نفسه قانون المرافعات، حينما نصّ في المادة (١٠) منه على إنّ (لا يعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقًا بالنظام العام أو الآداب) إن القانون الجديد ينفذ بشكل فوري ومباشر من تاريخ نفاده، و يحكم العلاقات القانونية التي تنشأ عن نفاذ هذا القانون، أيّ إنه لا يحكم العالقات القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ما لم ينص على رجعية القانون صراحة.[١٣]

المطلب الثاني

التعطيل الإرادي لقواعد الإسناد

بات واضحًا إن قاعد الإسناد هي قابلة للتغيير، وهذا التغيير قد لا تكون لإرادة الأطراف دوراً فيه كما في التغيير الحاصل بإرادة المشرع (التنازع الزمني)، وقد تتخذ قواعد الإسناد صورة أخرى من التغيير لا دخل لإرادة المشرع فيها، وهو ما يكون عبر تدخل إرادة الأطراف بقواعد الإسناد، وهذا يسمى (بالتنازع المتحرك لقواعد الإسناد)، وفحوى هذا التنازع إنّ لأطراف العلاقة القانونية مكنة اختيار القانون الواجب التطبيق وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة، لذلك يطبق القانون المختار من قبل الأطراف تلافيًا لتطبيق قاعدة التنازع،

فيكون للإرادة أثرٌ في الإسناد، عندما تختار قانونًا مخالفًا للقانون الناتج عن الإسناد الموضوعي، إذ تفضل الأطراف قانونًا معينًا على قانون آخر، بخلاف القانون الواجب التطبيق عادةً ، بقصد تحقيق غرض موضوعي معين يتفق مع طبيعة العلاقات الخاصة الدولية.(١٤)

وإذا كان تدخل إرادة الأطراف في اختيار قاعدة الإسناد، يكون عن طريق الإتيان بقانون لم تشر اليه قاعدة الإسناد الوطنية فيشكل التنازع المتحرك لقواعد الإسناد، فإنّ البحث بين ثنايا هذه المشكلة يتطلب تسليط الضوء على ماهية التنازع المتحرك؟ وكيفية مساهمته في تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد؟ وما هو المجال الذي تمارس فيه الإرادة أثرها في تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد؟ وما هي السبل لمعالجة حالة التعطيل الإرادي لقاعدة الإسناد؟ نجيب عن هذه الأسئلة بعد تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مجال التعطيل الإرادي لقاعدة الإسناد

الفرع الثاني: معالجة التعطيل الإرادي لقاعدة الإسناد

الفرع الأول

مجال التعطيل الإرادي لقاعدة الإسناد

إنّ البحث في مجال التعطيل الإرادي لقاعدة الإسناد، يتطلب بيان قاعدة الإسناد التي تستهدفها الإرادة بالتغيير، أي بمعنى آخر ما هي قاعدة الإسناد المستهدفة بالتعطيل الإرادي؟

إذا كان التعطيل اللاإرادي يعبر عنه بالتنازع الزمني للقوانين، فإنّ التعطيل الإرادي يعبر عنه بالتنازع المتحرك، فالأخير يكون عند قيام أطراف العلاقة القانونية بتغيير ضوابط الإسناد. وبهذا فإنّ المقصود به هو (تغيير في ضوابط الإسناد من نطاق سلطة دولة إلى نطاق قانون سلطة دولة أخرى، مع بقاء قاعدة التنازع ذاتها من دون تغيير).(١٥)

إذ إنّ ضوابط الإسناد على أنواعٍ متعددة،(١٦) عليه يمكن أخذ تطبيق واحد من بين هذه الأنواع وملاحظة آلية التغيير في قواعد الإسناد بفعل إرادي، إذ من الممكن أن يأتي تقسيم قواعد الإسناد على أساس معيار زمني، فتقسم إلى قواعد تتم بصفة وقتية عارضة كظرف محل انعقاد العقد، وقواعد تتم بصفة مستمرة وهي تمتد زمنياً إذ تستغرق وقتاً غير محدد مثل الموطن والجنسية وموقع المال.(١٧)

وتكون في النوع الأول – قواعد الإسناد الوقتية أو الفورية التطبيق– التي لا تستغرق مدة زمنية معينة وانما تطبق بحال حدوث التصرف القانوني ومثال على ذلك ما نصت عليه المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على إنه (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها). كذلك جاء في المادة (١/٢٧) من القانون نفسه على إن (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام). وطبقًا لنصوص هذا القانون نلاحظ إنّ المشرع العراقي لم يترك مجالاً لحدوث حالة التنازع المتحرك للقوانين. بينما في مجال النوع الآخر – القاعدة المستمرة – وكما أسلفنا القول من أنها تحتاج إلى مدة زمنية غير معينة ومثال عليها ما نصت عليه المادة (١/١٨) من القانون المدني العراقي على إن (الأهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته).

ومما تقدم، نفهم إنّ حالة التنازع المتحرك تحدث في مجال القواعد المستمرة، إذ قد يحدث التغيير في مجال القانون الشخصي (الجنسية والموطن)، أو في حالة تغيير موقع المنقول من إقليم دولة إلى أخرى. إذ يستطيع الأفراد تغيير أو نقل ضابط الإسناد عن طريق تغيير الموطن أو اكتساب جنسية دولة أخرى، كذلك عن طريق القيام بنقل موقع المال المنقول إلى إقليم دولة أخرى يختلف قانونها عن الأولى، وبعبارة أخرى إن القانون بقي ثابتاً الاّ ان قاعدة الإسناد قد تغيرت تبعًا لتصرف الأفراد و أصبحنا أمام نظامين قانونيين مستقلين، وعلى سبيل المثال إذا قام المشرع بتغيير أهلية الفرد من قانون جنسيته إلى قانون الموطن، فليس على هذا الفرد إلاّ القيام بتغيير موطنه وليس جنسيته لقيام التنازع المتحرك.[١٨]

وعلى عكس ما تقدم فهناك قواعد إسناد ثابتة غير قابلة للتغيير ولا يمكن أن تكون محلاً لحدوث التنازع المتحرك.[١٩]

وفي ما ذكر جميعه نخلص إلى القول: إن ضوابط الإسناد أما أن تكون قابلة للتغيير كضابط الموطن والجنسية ومحل الاقامة، وأما أن تكون ضوابط ثابتة غير قابلة للتغيير، كالعقارات أو في حالات التحديد القانوني الزمني كجنسية المتوفي في المواريث ووقوع الفعل الضار أو النافع. لأن ضابط الإسناد يتكون من عنصرين هما عنصر واقعي وعنصر قانوني، فضابط الجنسية عنصره الواقعي يتمثل بتمتع الشخص بجنسية دولة معينة، أما العنصر القانوني فهو الجنسية نفسها، كنظام يفيد الانتماء إلى تلك الدولة. وكذلك ضابط موقع المال، فعنصره الواقعي هو وجود المال ذاته في إقليم دولة معينة، أما عنصره القانوني فهو فكرة الموقع أي الحيز الذي يشغله في دولة ما، ومن ثم يمكن للأفراد تغيير العنصر الواقعي من ضابط الإسناد.[٢٠]

الفرع الثاني

معالجة التعطيل الإرادي لقاعدة الإسناد

إن محور المشكلة التي تنشأ من التعطيل الإرادي لقاعدة الإسناد (التنازع التحرك)، تكون حينما تخضع حالة قانونية بالتتابع الى قوانين دول مختلفة، بسبب تغيير ضابط الإسناد، كتغيير الجنسية مثلاً بعد نشوء العلاقة القانونية، فتتغير آلية القانون الواجب التطبيق، ففي هذه الحالة يجب اختيار قانون واحد من بين القوانين المتعددة، فعلى سبيل المثال، تجنس إسباني بعد زواجه في إسبانيا بالجنسية الفرنسية، ثم قرر الطلاق من زوجته، فهل يملك القيام بذلك وفقاً للقانون الفرنسي الذي يسمح بالطلاق مع إن زواجه تم وفقاً للقانون الإسباني الذي لا يسمح بذلك ويعد الرابطة الزوجية أبدية، أيّ بمعنى هل يطبق القانون الفرنسي مباشرةً على المسألة المتعلقة بالطلاق أم يطبق عليه القانون الإسباني لأنه يتعلق بأثر حق اكتسب في ظله، وبذلك نلاحظ ان التنازع المتحرك يثير عدة مشاكل ومن لا بد من إيجاد المعالجات المناسبة لحله، ولحل هذا التنازع وجدت الطرائق الآتية:

الطريقة الأولى: تطبيق نظرية الحقوق المكتسبة[٢١]: ويقوم هذا الرأي على أن الحق الذي تم اكتسابه في دولة ما يتعين احترامه وعدم المساس به في الدول الأخرى. ويستند هذا الرأي إلى مبدأ سيادة الدولة. وعلى وفق هذا الرأي فإن قانون الدولة التي انتقل إليها المنقول أو الدولة التي اكتسب الشخص جنسيتها أو نقل موطنه إليها، هذا القانون لا يمكن أن يطبق بأثر رجعي على المراكز التي نشأت في دولة أخرى. لذلك إذا تزوج زوجان كلاهما يحمل الجنسية الإسبانية، ثم تجنس الزوجان معًا الجنسية الفرنسية، فإن هذا التغيير في عنصر الإسناد (تغيير الجنسية)، ليس له أي تأثير فيظل النزاع خاضعًا للقانون الإسباني، ومن ثم لا تقبل دعوى التطليق المرفوعة من أحد الزوجين تجاه الآخر في فرنسا، إذ أن الزواج غير قابل للانحلال في القانون الإسباني، في حين أن القانون الفرنسي يقبل العلاقة الزوجية.[٢٢]

ومن جانبنا نعتقد إن هذه النظرية بقدر ما إنها تؤكد على احترام الحقوق المكتسبة التي نشأت في ظلّ القانون القديم، إلا إنها بذات الوقت لم تحترم الحقوق التي نشأت في ظل القانون الجديد، وخصوصًا إذا كان تصرف أطراف العلاقة نحو تغيير ضابط الإسناد قد تم بأطر قانونية صحيحة وبحسن نية الأمر الذي نقدر

فيه إن النظرية لم تحقق التوازن بين الحقوق من الناحية الزمنية ما يجعلها عاكفة عن حل مشكلة التنازع المتحرك بشكل تام.

الطريقة الثانية: تطبيق القواعد الداخلية لتنازع القوانين: تقوم هذه الطريقة على أساس التطبيق القانوني لحالة التشابه بين التنازع المتحرك وتنازع القوانين في الزمن، فالتنازع المتحرك يولد تنازعاً ما بين القوانين المتتالية، مثال ذلك: حصول تنازع بين قانون دولة (قديم) مع قانون دولة أخرى (جديد) حول موضوع تحديد حقوق الدائنين بخصوص المال موضوع الضمان[٢٣]، ويكمن الحل في أن قانون الدولة الجديدة يطبق فقط على الآثار المتعلقة بالتصرف القانوني الذي يتحقق في ظله، بينما يطبق قانون الدولة القديمة على الآثار التي تكون قد تحققت بالفعل في ظل قانون الدولة القديمة. و لا يوجد هنا تطبيق للقانون الجديد بأثر رجعي فهو يطبق تطبيقاً فوريًا لأن آثار المركز القانوني لم تتحقق في الدولة القديمة، وإنما في الدولة الجديدة.[٢٤] أيّ يقتصر تطبيقه على الأثر الفوري من لحظة خضوع العلاقة القانونية للقانون الجديد، أيّ إن العلاقات القانونية التي تكون مستمرة لمدة طويلة من الزمن، تخضع للقانونين القديم والجديد معًا كما في حالة عقد الزواج، فان تم هذا العقد في العراق فهو يخضع للقانون العراقي، وثم تم تغيير ضابط الإسناد باكتساب الزوجين للجنسية الأردنية فهو يخضع في آثاره المستقبلية للقانون الأردني، وبذلك يطبق على هذا العقد القانونيين معًا، القانون القديم والجديد، أيّ القانون الذي نشأ العقد في ظله، وهو العراقي، و القانون الأردني تبعًا لتغير جنسية الزوجين فيما يخص الآثار المستقبلية لهذا العقد.[25]

المبحث الثاني

مشروعية تعطيل وظيفة قواعد الإسناد

لا يمكن بأيّ حال من الأحوال إنكار وظيفة قاعدة الإسناد، كونها الأداة الرئيسة في حلّ مشكلة تنازع القوانين، ففي عالمنا المعاصر تجاوز نشاط الفرد إقليم دولته، فأصبح يجري عالقات قانونية مع أفراد ينتمون الى دول أخرى، مما أدى إلى قيام علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي ، كعقد زواج يتم بين عراقي وجزائرية في فرنسا، أو كعقد بيع يتم في ألمانيا بين عراقي ولبناني لنقل ملكية عقار موجود في بريطانيا، أو كعقد بيع مال منقول يتم بين سوري وألماني في العراق ويتفق على تنفيذه في فرنسا . ما يعني إنّ العلاقات القانونية أصبحت معقدة وتنوعت القواعد التي تحكمها حتى أضحت معرفة تلك القواعد ليست بالأمر السهل، فهذا

الاختلاف بين أحكام قوانين الدول وأنظمتها أثار بدون شك التنازع بينها، مما يجب اختيار القانون الأكثر ملاءمة واتفاقًا مع طبيعة العلاقة القانونية، سواء أكان القانون وطنيا أم أجنبيًا عن طريق قواعد إسناد قانونية وظيفتها اختيار وتحديد القانون الواجب تطبيقه على موضوع العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.(٢٦)

وأمام ما ذكر، تتجلى أهمية قواعد الإسناد بكونها القاعدة التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، ما تسهم في حلّ مشكلة تنازع القوانين، إلا أننا قد نصادف إن المشرع والأفراد قد يساهموا إلى حدٍ ما في تعطيل العمل بما أشارت إليه قاعدة الإسناد، ويصار إلى تطبيق قانون القاضي، تحت مظلة المشروعية القانونية، التي تصب في مصب موانع تطبيق القانون الأجنبي، وعليه يمكن بيان الدفوع القانونية لتفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي في التطبيق بعد تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: الدفع بالنظام العام

المطلب الثاني: الدفع بالغش نحو القانون

المطلب الأول

الدفع بالنظام العام

تعد فكرة النظام من الأفكار الأساسية في علم القانون، ففي القوانين الداخلية توجد قواعد داخلية آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، لأنها من النظام العام، فالأخير يعد قيداً على سلطان الإرادة، وفي مجال العلاقات الخاصة الدولية، إذا كان عمل القاضي يتحدد في مجال النزاع الدولي بما أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، إذ إنها توصف بأنها قاعدة مزدوجة أيّ إنها قد تشير إلى تطبيق القانون الوطني أو إلى تطبيق القانون الأجنبي، إذ إن تطبيق القانون الأجنبي قد يصطدم بالنظام العام لقانون دولة القاضي لذا فقد يعكف القاضي عن العمل بما أشارت إليه قاعدة الإسناد، ما يعني إن الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء يرد على تطبيق القانون الأجنبي. وأيضاً فإنّ النظام العام هو رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق.(٢٧)

وعلى ذلك، فإنّ الدفع بالنظام العام هو في حقيقته تعطيل لأعمال قواعد الإسناد الوطنية، وهذا يمثل الجانب السلبي الذي يلجأ اليه القاضي، إذ إن القاضي لا يعمل على تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت

إليه قاعدة الإسناد وانما يطبق القانون الوطني تحت عنوان الدفع بالنظام العام، وهذا الوصف يجعلنا أمام حقيقة قانونية. إن الدفع بالنظام العام لجهة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق القانون الوطني بدلاً منه لا يكون بناءً على هوى ومزاج القاضي، وهذا في حقيقته يكون سبباً لعرض السؤال الآتي: ما هي المعايير التي يستند عليها القاضي للدفع بالنظام العام؟ وما هو الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام؟

ولإجابة هذه الأسئلة ينبغي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: معايير الدفع بالنظام العام

الفرع الثاني: آثار الدفع بالنظام العام

الفرع الأول

معايير الدفع بالنظام العام

يكاد يكون الاتفاق على معيار منضبط للدفع بالنظام العام أمر في غاية التعقيد، والسبب في ذلك يعود إلى إن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة متسعة الجوانب تختلف من زمان إلى آخر، ومن دولة إلى دولة أخرى.[٢٨] وحتى القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، أتى خلواً من وضع معيار منضبط من ضمن إطار مفاهيمي للنظام العام، وكلّ ما جاء به نص المادة (٣٢) التي نصت على انه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق). ويلاحظ إن نص هذه المادة قد أتت بمفهوم واسع ولم تضع معيار للدفع بالنظام العام، ما يعني أنها تركت مسألة الدفع بالنظام العام إلى تقدير القاضي المرفوع أمامه النزاع، ومنه يمكن أن نوعز تقدير الدفع بالنظام العام إلى المعايير الآتية:

١ – انتفاء الاشتراك القانوني بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المختص: يتحقق عدم الاشتراك القانوني لا لمجرد تخلف وحدة الأحكام المقررة بين القانون الأجنبي والوطني، فاختلاف كهذا هو أمر طبيعي ينجم عن الاستقلال التشريعي لكل دولة فمن الممكن الاختلاف في تعيين الورثة أو تحديد سن الرشد، وكذلك في تحديد حقوق كلّاً من الزوجين وواجباتهما، فهذه الاختلافات لا تلغي الاشتراك القانوني، ولكن ما يلغي الاشتراك القانوني هو حالة إذا كان القانون الأجنبي يختلف مع المبادئ الجوهرية في قانون القاضي، فمثلاً الاختلاف في حكم أهلية الشخص وعَدّه ناقص الأهلية طالما كان أبوه على قيد الحياة مهما بلغ الولد من العمر، وكذلك

الاختلاف في موانع الزواج ووصف الزواج بين الخال وبنت الاخت صحيحًا، فهذه النماذج من الاختلافات تتجاوز الحدود الثابتة في القانون الوطني، وبالتالي لا يمكن للقاضي الوطني من العمل بالقانون الأجنبي المختص بالرغم من ان هذا الاختصاص تقرره قواعد الإسناد في دولة القاضي.[٢٩]

واضافةً لما تقدم نعتقد من جانبنا، إنّ تصرف القاضي بهذا الشكل لا يعد انتهاكاً أو تجاوزاً لإرادة المشرع، طالما كان الهدف من استبعاد القانون الأجنبي هو صيانة النظام العام في دولته.

٢ – انتفاء اشتراك البناء الفني والاقتصادي بين القانون الوطني والقانون الأجنبي المختص:

يتحقق انتفاء اشتراك البناء الفني(التقني) عندما يشترط قانون قاضي النزاع لنفاذ الرهن الحيازي قبل الراهن للاحتجاج به من قبل المرتهن نزع حيازته من يد الراهن كما هو عليه موقف القانون العراقي، في حين لا يشترط ذلك قانون موقع المال الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد قانون قاضي النزاع كما هو الحال في موقف القانون الأمريكي.[٣٠]

أما انتفاء الاشتراك الاقتصادي فيكون عند اعتماد القانون الواجب التطبيق أسباب للدين لا يجوزها قانون قاضي النزاع كما لو كان القانون الأجنبي يعترف بالديون المترتبة على القمار والرهان في حين تعد هذه الأسباب مخالفة للنظام العام لقانون قاضي النزاع.[٣١]

الفرع الثاني

آثار الدفع بالنظام العام

بات واضحًا عدم حتمية تطبيق القانون الأجنبي حتى وإن أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيقه في الفرض الذي يكون في تطبيقه تعرض مع النظام لعام لقانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع، وهذا الاجراء – استبعاد تطبيق القانون الأجنبي – يرتب آثار معينة تأتي على نوعين هما:

١ – الأثر السلبي (الاستبعادي) : يتمثل الأثر السلبي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للقانون الوطني، فمثلًا إذا كان القانون الأجنبي المختص يمنع الزواج بين الرجل الأبيض والمرأة السوداء بسبب اختلاف اللون، وتزوجت امرأة سوداء من رجل أبيض من جنسية دولة قانونها يمنع مثل هذا الزواج وتم الطعن بهذا الزواج أمام محكمة عراقية، فإن القاضي العراقي يعد هذا المنع مخالفاً للنظام العام في العراق ويجيز هذا الزواج بالرغم من أنه ممنوع في القانون الوطني للزوجين بسبب اختلاف لونهما. فالقاضي العراقي المرفوع إليه هذا النزاع يعطي

الاختصاص في النزاع لقانون جنسية الزوجين،[٣٢] ثم يعود ويستبعد تطبيق هذا القانون الواجب تطبيقه ويحل محله القانون العراقي لعدم اعتراف المشرع العراقي بالتمييز العنصري القائم على اختلاف اللون مما يعتبر مخالفاً للنظام العام في العراق.[٣٣]

واذا كان الموقف في القانون العراقي قائم على أساس استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، فالسؤال المفترض في هذا المقام هو ما مدى استبعاد القانون الأجنبي؟

أختلف الفقه إلى رأيين، الأول منهم،[٣٤] يذهب إلى استبعاد القانون الأجنبي برمته وحلول القانون الوطني بدلاً منه بحجة ان العلة في منع تطبيق القانون الأجنبي جاءت عامة مطلقة، بينما ذهب رأي آخر[٣٥]، إلى أنّ منع تطبيق القانون الأجنبي يقتصر على الأحكام المخالفة للنظام، وبالتالي فإنّ قانون القاضي يحل بمقدار الجزء المخالف من القانون الأجنبي.

ومن جانبنا، نتفق مع الرأي الثاني لأنّ استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بداعي النظام العام تمثل استثناءً على الأصل، وعليه لابد من الأخذ بها في نطاق ضيق، ثم إن الأخذ بالاستبعاد الجزئي للقانون الاجنبي يصل بنا بالنتيجة إلى تجريد القانون الأجنبي عما يخالف قانون القاضي ومن ثم مطابقته للأخير.

٢ – الأثر الايجابي (الحلول) : عندما يتم استبعاد قواعد النزاع في القانون الأجنبي، سوف تحل محلها قواعد النزاع في قانون القاضي، ما يعني إنّ الحلول في التطبيق نتج بسبب الأثر السلبي. وتعتمد طبيعة هذا الأثر على طبيعة الأثر السلبي، فإذا حصل الأثر السلبي على عموم القانون الأجنبي سوف يحل قانون القاضي بصورة كلية، أما إذا حصل الأثر السلبي بصورة جزئية سوف يحل قانون القاضي حلولاً جزئياً. ومثال على الحلول الكلي "كما في بيع التركات المستقبلة يستبعد هنا كلياً لمخالفته للنظام العام لدولة قاضي النزاع[٣٦]، أما الحلول الجزئي فيتحقق عندما يقرر القانون الواجب التطبيق بعض شروط الزواج تتعارض مع النظام العام لقانون دولة قاضي النزاع، كما لو يبيح للزوجة بأن تشترط على الزوج بعدم الزواج الثاني فهنا سوف يستبعد القانون الأول جزئياً فيطبق القانون الأجنبي بحدود الشروط الموافقة لقانون قاضي النزاع ويستبعد الشرط المتقدم ويحل قانون قاضي النزاع محله".[٣٧]

المطلب الثاني

الدفع بالغش نحو القانون

تثار قاعدة الغش نحو القانون عند تلاعب أطراف العلاقة القانونية بقواعد الإسناد المحددة للقانون الواجب التطبيق في إطار علاقة قانونية تكتسي بالطابع الدولي لوجود عنصر أجنبي فيها، تيقناً من الأطراف بأهمية قاعدة الإسناد كونها المصير النهائي في تحديد القانون الواجب التطبيق، فيلجأ الأطراف إلى تضمين علاقتهم عنصرًا أجنبيًا مصطنعًا ، للإفلات من أحكام القانون المختص، كأن ينتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل إجراء تصرف قانوني على إقليمها بقصد تجنب تطبيق القانون المحلي لأن هذا الأخير يتعارض مع مصالحهم الشخصية، أو تغيير جنسيته أو موطنه للتحايل على القانون الواجب التطبيق أصلاً على أحواله الشخصية او تغيير موقع المنقول أو نقل مركز ادارة الشركة لضمان تطبيق قانون أصلح له من القانون المختص، وأمام هذا يتعين على القاضي المعروض عليه النزاع أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي المقصود من وراء تغيير ضابط الإسناد جزاءً لسوء نية أطراف العلاقة القانونية وتطبيقاً للدفع بقاعدة الغش نحو القانون.[٣٨]

وبهذا يكون دور القاضي هنا الحكم باستبعاد تطبيق القانون المشوب بحالة الغش ويحل محله القانون الواجب التطبيق اصلاً، لو لم يقع ذلك الغش، بصرف النظر إن كان القانون الأخير يمثل قانون القاضي أو كان قانوناً أجنبياً. وحتى يستطيع القاضي الحكم بحالة الغش، لابُدّ من تحديد المفهوم الحقيقي لهذه القاعدة، وإذا ما تحقق من توافرها يبقى السؤال الواجب في هذا المجال عن الأثر الذي ترتبه قاعدة الغش نحو القانون، ولأجل بيان ذلك لابد من تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مفهوم الغش نحو القانون

الفرع الثاني: آثار الغش نحو القانون

الفرع الأول

مفهوم الغش نحو القانون

إن الغش نحو القانون هو (قيام الفرد بإرادته بتغيير ظرف الإسناد قاصدًا تطبيق قانون هو غير القانون المختص اصلاً بحكم النزاع)[٣٩].

وهذا يعني انه قد يتحايل أحد أطراف العلاقة القانونية على قواعد الإسناد الوطنية، عن طريق تضمين علاقتهم عنصرًا ينتقل به المتعاقدان إلى دولة أجنبية من الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق لأن هذا الأخير يتعارض مع مصالحهم الشخصية.

هذا وان ليس كل تغيير يقوم به أطراف العلاقة القانونية في ظروف الإسناد يمكن وصفه بأنه تحايل على القانون وإنما يجب أن تتوافر أركان معينة لتحقق قاعدة الغش نحو القانون ويمكن بيان هذه الأركان على النحو الآتي:[٤٠]

أولاً: الركن المادي: تلعب الإرادة دوراً كبيراً في تغيير ظروف الإسناد، وذلك بإحداث تعديل في ضابط الإسناد الذي يتم بمقتضاه تحديد القانون الواجب التطبيق، إذ يلجأ الأطراف إلى تغيير جنسيتهم أو موطنهم أو تغيير موقع المال المنقول، وكثيراً ما يقع تغيير ضابط الإسناد كالجنسية والموطن في مسائل الأحوال الشخصية، ويستلزم التغيير الإرادي لقواعد الإسناد أن يكون من شأنه تعديل الاختصاص التشريعي فإذا كان النزاع يتحدد بموجب ظرف الجنسية وقام الطرف بالتجنس بجنسية دولة أخرى فيجب أن تكون قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي لا تزال تعطي الاختصاص التشريعي لقانون الجنسية، فإذا حصل تغيير بحيث أصبح ضابط الإسناد هو الموطن بدلاً من الجنسية فلا يتوفر الشرط المذكور. أما إذا كان تغيير ضابط الإسناد سليم قانوناً إلا إن شروط اكتسابه لهذه الجنسية الجديدة غير مكتملة فلا مجال للقول بوقوع الغش نحو القانون، كذلك الحال إذا كان التغيير في ضابط الإسناد ليس إلا تغييراً ظاهرياً أو صورياً وليس تغييراً حقيقياً.

ثانياً: الركن المعنوي: ويتمثل بنية الغش، وهذه النية يستنبطها القاضي من الظروف المحيطة بأطراف العلاقة، ففي حالة الخلافات المستمرة بين الزوجين، واختيار جنسية دولة تجيز الطلاق لهذه الخلافات، فنكون هنا أمام قرينة تتمثل بوجود خلافات سابقة على الطلاق، وهذه القرينة تؤدي إلى تفسيرين هما: إذا كان تغيير الجنسية غير مقصود لذاته وانما القصد هو تغيير الاختصاص القانوني على نحو يقضي الى انتقاله من نطاق قانون دولة

الى نطاق قانون دولة أخرى، فهنا يتحقق الغش نحو القانون. أما إذا كان تغيير ضابط الجنسية بقصد الرغبة في تغيير البيئة الاجتماعية فهذه القرينة لا تنطبق عليها قاعدة الغش نحو القانون.

وبمطالعة اركان قاعدة الغش نحو القانون، نجد ان قاعدة الغش نحو القانون تتطلب الآتي:

١ – التغيير الارادي في ظروف الإسناد.

٢ – توفر القصد بالتهرب من تطبيق القانون المختص.

٣ – أن تكون القاعدة المتحايل عليها من القواعد الآمرة.

٤ – تحقق النتيجة غير المشروعة.

وتجدر الإشارة إلى إن الموقف في القانون العراقي حيال نظرية الغش نحو القانون، إنه لم ينص عليها صراحةً ، إلا انه لا يوجد أشكال في الأخذ بها كونها من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً.(٤١)

الفرع الثاني

آثار الغش نحو القانون

لا شك إن الغش يفسد كل شيء.(٤٢) ومع ذلك يبقى التساؤل المطروح هو هل إن أثر الغش نحو القانون يشمل الوسيلة التي أدت إلى الغش، أم يشمل النتيجة التي آل إليها الغش؟

تعددت الآراء حول مدى الأثر الذي ينتجه الغش نحو القانون، فمنهم من قصر الأثر على النتيجة من دون الوسيلة، ومنهم من ربط الوسيلة بالنتيجة، وطبقاً للرأي الأول، فإنّ أثر الغش يمس النتيجة فيؤدي إلى عدم نفاذها عندما تؤول إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على نحو غير مشروع، ومن ثم فإنّ الحكم فيها يكون بالبطلان دون أن يمتد إلى الوسيلة.(٤٣)

أما الرأي الثاني: فلا يخرج الوسيلة من دائرة الأثر الذي يرتبه الغش نحو القانون، فبحسب هذا الرأي وجوب أن يترتب أثر الدفع بالغش نحو القانون على النتيجة والوسيلة على حدّ سواء، كونت الوسيلة هي التي أدت إلى النتيجة غير المشروعة، كما ان الاقتصار على النتيجة لوحدها من شأنه أن يخلق أوضاع قانونية متناقضة يترتب عليها آثار مختلفة. ومثال على ذلك اكتساب فرنسي الجنسية الالمانية لغرض الاستفادة من حق معين يحضره قانون الجنسية الفرنسي ويبيحه قانون الجنسية الألماني فهنا يعترف للشخص بالجنسية الالمانية في حين لا يطبق عليه القانون الالماني ومن ثم لا يجوز ممارسة الحق لأنه سيستمر يخضع للقانون الفرنسي

صاحب الاختصاص الأصيل، ومن جانبنا نتفق مع الرأي الذي يمد أثر الغش إلى النتيجة طالما ان الوسيلة قد حصلت بصورة قانونية.(٤٤)

فلو قام شخص ما باكتساب جنسية اجنبية لغرض ايقاع الطلاق الذي يمنعه قانونه الاصلي ، فإن الطلاق وحده يبطل لأنه تم بنية الغش، أما باقي التصرفات القانونية فأنها تبقى خاضعة لقانون الجنسية الجديدة ذلك لأن وسيلة اكتسابه للجنسية بقي صحيحاً وتم بصورة قانونية.(٤٥)

الخاتمة

إنّ موضوع البحث (تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد) يشغل أهمية كبيرة في القانون الدوليّ الخاص، اما يسفر عنه من نزاعات بين قوانين عدة تلوح بعدم تطبيق القانون الأجنبيّ وحلول قانون القاضي المعروض عليه النزاع بدلاً منه، فيؤدي إلى تعطيل ما أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية وقد توصلنا عن طريق هذا البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نبينها على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

١- إن تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد تعني عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد بسبب التغيير في ضابط الإسناد.

٢- ينشأ النزاع المتحرك في نظام قانون دولتين مختلفتين، وبالتالي يختص بقواعد تنازع القوانين من دون القواعد الداخلية ، بينما التنازع الزمني ينشأ في نظام قانوني واحد ويشمل القاعدة القانونية الداخلية وقاعدة تنازع القوانين.

٣- يستند الدفع بالغش نحو القانون إلى المبادئ العامة الأكثر شيوعاً فيؤدي إلى إبطال النتيجة دون الوسيلة.

ثانياً: التوصيات

١- نوصي بتضييق الفرصة أمام الأفراد لجهة تغيير قواعد الإسناد عن طريق تضمين القانون نصوص قانونية تتضمن استثناءات معينة تجنب تعطيل وظيفة قاعدة الإسناد.

٢- نقترح تنظيم الغش نحو القانون بمقتضى نصوص قانونية خاصة بدلاً من الرجوع إلى المبادئ العامة.

٣- نوصي بأن يكون استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بناءً على مقتضيات العدالة والموازنة بين مصلحة الفرد والمجتمع، وأن يجري ذلك في حيادية وموضوعية.

المصادر والمراجع:

[١] رمزي محمد علي، فكرة تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١١٢.

[٢] يعرف التكييف بأنه عملية فنية تستهدف تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للمسألة التي تثيرها وقائع المنازعة ذات العنصر الأجنبي، ذلك بغية إدراجها في طائفة معينة من طوائف العلاقات القانونية التي وضع لها القانون قاعدة إسناد ينظر د. حسن علي كاظم، قواعد الإسناد وآليات التطبيق في العراق، مجلة جامعة أهل البيت ع، العدد ٢٠، ٢٠١٦، ص٣٢٣.

[٣] تعرف قاعدة الإسناد بأنها قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية، تسري على العلاقات الخاصة الدولية، فتصطفي أكثر القوانين مناسبة وملائمة لتنظيم تلك العلاقات، حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢١.

[٤] د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، الاردن، ١٩٩٨،ص٢١٤.

[٥] أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، دار منهل ناشرون، بيروت، ٢٠١٥، ص٧٧.

[٦] د. حسن علي كاظم، مصدر سابق، ٣١٥.

[٧] د. أحمد عبد الكريم سلامة، تأملات في ما هية قاعدة التنازع، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٥١، ١٩٩٥، ص٩٣.

[٨] د. محمد فوزي حامد، شرط الثبات التشريعي في العقود الادارية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٨، ص١١٨.

[٩] نصت المادة ٣١٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي على أن تسري أحكام هذا القانون على الدعاوى القائمة قبل تنفيذه من المرحلة التي وصلت إليها.

[١٠] د. عصمت عبد المجيد بكر، مشكلات التشريع، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣، ص٢٤٧.

[١١] د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٢٠، ص٨٤.

[١٢] د. ضياء شيت حطاب، شرح قانون المرافعات العراقي، بغداد، ١٩٧٦، ص١٧ -١٩.

[١٣] يسري هذا المبدأ على الوقائع والتصرفات التي تحدث في المستقبل بعد أن يصير النص التشريعي نافذاً، وهذا ما يسمى بالأثر المباشر للقانون، وبذلك لا يسري على ما تم من الوقائع أو التصرفات قبل نفاذه، كما لا يسري على ما يحدث أو يقع بعد الغائه، فوقت نفاذه هو الحد الفاصل بين نهاية سريان القانون القديم الملغي وبدء سريان القانون الجديد. ينظر د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٢٩.

[١٤] د. كريم الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء، العدد١٣، المجلد ٣، ٢٠٠٥، ص٦.

[١٥] د. عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، دار السنهوري القانونية، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٥٤.

[١٦] توجد أنواع متعددة لضوابط الإسناد، حيث تقسم بدورها الضوابط يتدخل المشرع في تنظيمها وعندئذ تسمى قواعد اسناد قانونية مثل الجنسية ، وأخرى قواعد اسناد واقعية عند عدم تدخله مثل ضابط موقع المال، أو مكان رفع الدعوى . أما ضوابط الإسناد غير الأصلية فتقسم إلى نوعين: مادية مثل الموطن، ومحل ابرام التصرف القانوني ومعنوية وتشمل الجنسية و ارادة المتعاقدين. كما تقسم الى قواعد بسيطة وتكون عندما تتضمن قاعدة الإسناد ظرف اسناد واحد ومثال ذلك نص المادة ١/١٨ من القانون المدني العراقي والمتعلقة بالأهلية. وقد لا تحتوي قاعدة الإسناد على ظرف واحد وإنما تحتوي على ظرف مركب، ويكون ذلك عندما يضمن المشرع قاعدة الإسناد أكثر من ظرف اسناد والقصد من ذلك اعطاء الفرصة على المتعاملين لاختيار القانون الملائم مثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي الخاصة بالالتزامات التعاقدية. وأيضاً من بين التقسيمات التي تتخذها ضوابط الإسناد، تقسيمها إلى ضوابط ثابتة وأخرى متغيرة، فالثابتة منها هي قواعد وقتية كإرادة المتعاقدين حيث انها لا تتغير ولا يطرأ عليها أي تغيير بالنسبة للعقد، أما المتغيرة فهي توصف بأنها مستمرة كالجنسية والموطن وموقع المال سواء أكان منقولاً أم عقاراً ينظر هند مهند علي، التغيير الارادي لظروف الإسناد وتحديد القانون الواجب التطبيق، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد٣، السنة الثالثة، ٢٠١١، ص٢٤٧.

[١٧] د. كريم الساعدي، مصدر سابق، ص٢٦.

[١٨] الحسين السالمي، فاطمة الزهراء بن محمود، منظومة القانون الدولي الخاص، دار المنهل للطباعة والنشر، الاردن، ٢٠١٦، ص٣٠٥.

[١٩] نصت المادة ٢٤ من القانون المدني العراقي على انه 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 يترتب عليه كسب الحق أو فقده.

[٢٠] د. حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص٢٣٢.

[٢١] ترجع نظرية الحقوق المكتسبة الى المدرسة الهولندية في القرن السابع عشر التي تلقفها الفقه الانجلو أمريكي التي تعني انه يجب أن تحترم الحقوق المكتسبة فوق إقليم آخر، انطلاقاً من باب المجاملة الدولية. فلا يعني هذا تطبيق قانون أجنبي فوق اقليمه، بل من باب احترامه لواقعة قانونية حدثت في الخارج، وقد تبناها الفقه الفرنسي في القرن التاسع عشر من خلال الفقيه pillet، كما تبناها القضاء الفرنسي في قضية البنك العثماني المؤرخ في ١٩ مارس ١٩٦٥،

حيث نفترض انه أنشئ ضماناً حول منقول موجود في ألمانيا والذي نقل فيما بعد إلى فرنسا، ففي هذه الحالة ، سيطبق القاضي الفرنسي قانون مكان المنقول، أي القانون الألماني، لأن الحق العيني للدائن ولد أثناء تواجد المنقول بألمانيا. للمزيد من التفصيل ينظر د. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته، المصرية للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠١٩، ص٢٦٥.

[٢٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٥.

[٢٣] د. محمد سعادي، مصدر سابق، ص٢٦٦.

[٢٤] د. عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص٢٦١.

[25] د. ممدوح عبد الكريم حافظ– القانون الدولي الخاص، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص١٨٨.

[٢٦] د. هشام علي صادق، أ. د. كتورة حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٦ ،ص ٩.

[٢٧] د. سلطان عبد محمود، الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٢، العدد٤٣، العراق، ٢٠١٠، ص٨٦.

[٢٨] ولذلك فإنه لا يوجد تعريف جامع مانع للنظام العام، وقد حاول البعض من الفقهاء تعريف النظام العام بأنه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازماً في الأصل إذا ما ظهر تعارض أحكامه للمفاهيم الوطنية الجوهرية ينظر د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج١، وقد اكتفى المشرع العراقي في المادة ١٣٠ من القانون المدني ذكر بعض المسائل التي تدخل ضمن فكرة النظام العام كونها من القواعد الآمرة حيث نصت على انه ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف بمال محجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستملكين في الظروف الاستثنائية.

[٢٩] د. حسن الهداوي، د. غالب علي الداودي، مصدر سابق، ص١٤٤ وما بعدها.

[٣٠] د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص٣٠٨.

[٣١] نصت المادة ١٣٢ /١ من القانون المدني العراقي على يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون بدون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب.

[٣٢] المادة ١٩/١ من القانون المدني العراقي.

[٣٣] المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي.

[34] NiBoyet J. P., Traite de droit international Privet tomes, III, IV et v, Paris, 1982, P. 522.

[٣٥] د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص٢٣٥.

[٣٦] نصت المادة ١٢٩/ ٢ من القانون المدني العراقي على ان .... غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل.

[٣٧] د. عبد الرسول عبد الرضا، مصدر سابق، ص٣١٤.

[٣٨] د. دغيش أحمد، الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، جامعة بشار، الجزائر، ٢٠١٧، ص٧٧.

[39] walf ،Martin ،private international law ،oxford university ، England,1985,p243.

[٤٠] د. عبد الرسول عبد الرضا، مصدر سابق، ص٣١٨.

[٤١] نصت المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي على ان تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً.

[٤٢] د. أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص٢٧٧.

[٤٣] فؤاد عبد المنعم رياض، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٧٤.

[٤٤] د. عبد الرسول عبد الرضا، مصدر سابق، ص٣٢٠.

[٤٥] ومثال على ما تقدم سابقة قضائية حدثت في فرنسا بقيام شخص ايطالي الجنسية باكتساب الجنسية الفرنسية لغرض ايقاع الطلاق والذي يمنعه القانون الايطالي فقد قضت محكمة التمييز في فرنسا بأبطال الطلاق بتهمة التحايل على القانون الا انها ابقت فعل التجنس بالجنسية الفرنسية صحيحا ومرتبا لآثاره في التصرفات القانونية التي يعقدها الشخص مستقبلاً Cour de cassation française; Résolution n 346 de . 1985 مشار لهذا الحكم لدى د. عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٨، ص٨٩.