وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ديالى
كلية القانون والعلوم السياسية
قسم القانون

الغش او التحايل نحو القانون في ظل القانون الدولي الخاص

بحث تقدم به الطالب (كرار عبد الامير نجم)الى كلية القانون والعلوم السياسية وهوه جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

باشراف

د. رغد عبد الامير مظلوم

١٤٣٨هـ ٢٠١٧م

اقرار المشرف

اشهد واقر ان هذا البحث الموسوم (الغش او التحايل نحو القانون في ظل القانون الدولي الخاص) قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية_ جامعة ديالى كجزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون .

مشرفة البحث:

د. رغد عبد الامير مظلوم

/ /٢٠١٧

الاهداء

الى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني

قطرة حب

الى من كلت انامله ليقدم لنا لحظة

سعادة

الى من حصد الاشواك عن دربي ليمهد

لي طريق العلم

الى القلب الكبير

والدي العزيز

الى من ارضعتني الحب والحنان

الى رمز الحب وبلسم الشفاء

الى القلب الناصع بالبياض

والدتي الحبيبة

الى الروح التي سكنت روحي

زوجتي العزيزة

الان تفتح الاشرعة وترفع المرساة لتنطلق السفينة

في عرض بحر واسع مظلم هو بحر الحياة وفي هذه الظلمة

لايطفئ الاقنديل الذكريات ذكريات

الاخوة البعيدة الى الذين احببتهم واحبوني

اصدقائي

بسم الله الرحمن الرحيم

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا (٧٠) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا (٧١))

صدق الله العظيم

سورة الاحزاب الآية ٧٠-٧١

شكر وعرفان

في البداية، الشكر والحمد لله جلّ في علاه، فاليه ينسب الفضل كله في اكمال هذا العمل والكمال يبقى لله وحدة. وبعد الحمد لله ، فاني اتوجه الى استاذتي (د. رغد عبد الامير) بالشكر والتقدير الذي لن تفيه أي كلمات حقها ،فلولا مثابرتها ودعمها المستمر ماتم هذا العمل. وبعد فالشكر الموصول لكل اساتذتي الذين تتلمذت على ايديهم في كل مرحلة دراستي حتى اتشرف بوقوفي امام حضراتكم اليوم

المحتويات

الاية	أ
الاهداء	ب
الشكر والعرفان	ج
المحتويات	د
المقدمة	١
المبحث الاول مفهوم الغش او التحايل نحو القانون في ظل القانون الدولي الخاص وتميز الغش او التحايل في القانون الدولي الخاص	٢-٧
المطلب الاول مفهوم الغش والتحايل نحو القانون في القانون الدولي الخاص الفرع الاول مفهوم الغش	٢-٤
الفرع الثاني مفهوم التحايل	٥
المطلب الثاني تميز الغش والتحايل في القانون الدولي الخاص	٦-٧
الفرع الاول التحايل على القانون والنظام العام	٦-٧
الفرع الثاني التحايل على القانون مع سوء استعمال الحق	٧
المبحث الثاني عناصر الغش نحو القانون	٨-١١
المطلب الاول العنصر المادي للغش	٨-٩
المطلب الثاني العنصر المعنوي للغش	١٠-١١
المبحث الثالث اثار الغش او التحايل نحو القانون	١٢-١٦
المطلب الاول الجزاء المترتب على التحايل على القانون	١٢-١٣
المطلب الثاني شمول الجزاء الوسيلة و النتيجة معاً	١٤-١٥
المطلب الثالث اقتصار الجزاء على النتيجة فقط	١٦
الخاتمة	١٧-١٩
المصادر	٢٠

المقدمة

تثير موضوعات القانون الدولي الخاص اشكاليات عديدة حيث يرتبط بالعلاقات القانونية عنصر اجنبي يشوبها مؤديا للتنازع على الاختصاص بها بين قانون دولتين او اكثر، ولمحاولة ايجاد حل لمشكلة تنازع القوانين ظهر القانون الدولي الخاص الذي يحاول وضع الحلول في حالة تنازع القوانين بناء على قاعده رئيسيه اصطلح على تسميتها بـ"ضابط الاسناد" غير ان العلاقات القانونية يستحيل تغيرها، ومن المتصور وجود حالات جديدة على التشريع متمثلة بتصرفات ووقائع قانونية مشوبة بعنصر اجنبي تظهر معها الحاجة الى الاجتهاد في تكيفها واسنادها الى غير ضوابط الاسناد المذكورة في قواعد القانون الدولي الخاص . وبالاشارة الى موضوع القانون الدولي الخاص الذي يتناول تنازع القوانين اضافة الى غيره من الموضوعات ، وحيث ان عنصر الاساس في تنازع القوانين هوه وجود علاقة مشوبة بعنصر اجنبي، فانه من المتصور ان يعرض نزاع مشوب بعنصر اجنبي على القضاء مما يثير اشكالية القانون واجب التطبيق على النزاع ، وهنا يتبين دور قواعد الاسناد في تكيف المسألة وتسنيدها وصولاً للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وماكان الامر كذالك فانه من المتصور ان يقوم احد او كل اطراف علاقة قانونية ما مشوبة بعنصر اجنبي بغش نحو قاعدة الاسناد التي ينص عليها قانون احدى الدول التي قد يعرض النزاع حول هذه العلاقة – اذا ماااثار- على احدى محاكمها بنية التهرب من تطبيق احكام قانون، او بغية تطبيق قانون معين عن طريق التحايل الذي قام به على ضابط الاسناد ان الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي كغيره من الموضوعات تنازع القوانين يكاد يكون نادر التطبيق في واقعنا المحلي ، لكنه موضوع قديم غير متتبع بالبحث على الصعيد العربي

المبحث الاول

مفهوم الغش او التحايل نحو القانون في ظل القانون الدولي الخاص وتميز الغش او التحايل في القانون الدولي الخاص

ان الغش نحو القانون قيام الفرد بصدد علاقة قانونية منصبة على عنصر اجنبي بسلوك ما بهدف تطبيق قانون مصطنع وهو غير القانون المختص اصلا بحكم النزاع ، ويمكن تميز الغش او التحايل في القانون الدولي الخاص من حيث ضابط الاسناد حيث يمكن التحايل على القانون الدولي الخاص والتأثير به من احكام قواعد الاسناد او قانون دوله القاضي حيث ان الغش او التحايل نحو القانون ما هو الاتطبيق من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق وانقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول مفهوم الغش او التحايل نحو القانون في القانون الدولي الخاص ،ونتناول في المطلب الثاني تميز الغش او التحايل في القانون

المطلب الاول

مفهوم الغش والتحايل نحو القانون في القانون الدولي الخاص

الفرع الاول

مفهوم الغش

الغش حالة موجوده في كافة فروع القانون؛ الا ان للغش في القانون الدولي الخاص، وعلى وجه الخصوص في تنازع القوانين، مفهوماً خاصاً وتأثيرا واضحاً .ان هذا الغش يؤدي الى تغير وتطبيق القانون الواجب تطبيقه بسبب تبدل بعض قواعد الاسناد نتيجة للظروف الجديدة التي تؤدي الى اعطاء الحكم الى قانون اخر. المصلحة الشخصية هي التي وراء هذا الغش لان الفرد قد يتضرر اذا ما طبقت علية قواعد الاسناد الواردة في القانون[1] فهو يحاول تبديل او خلق ظروف جديده بحيث تؤدي بالنتيجة الى ايجاد قاعدة اسناد جديده، او تطبيق قانون اخر والغرض من هذه الحالة –عادة- هوه التوصل الى اغراض غير مشروعة

[1] - ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراق والمقارن ، الطبعة الثانية ، دار الحرية ،مطبعة الحكومة – بغداد ١٩٧٧ ، ص٣٣٧

اذا لولا غشة لما ادركها[1] الامثلة التي نذكرها:

تغير الشخص لجنسيتة او لموطنه او لدينه او لمذهبة لأي غرض من اغراض الاحوال الشخصية كالزواج او الطلاق . كان يغير انكليزي جنسيته او موطنه بالجنسية العراقية او الموطن العراقي حتى يتزوج ثانية او يطلق زوجته الاولى . او قد يغير الاشخاص مكان وجود الاموال من دولة الى الاخرى حتى يطبق قانونها الاسهل باعتباره قانون موقع المال الجديد او ان يتفق الطرفان على قانون دوله لا تمت لهما بصله من قريب او بعيد تخلصا من اجراءات قانون موطنهما المشرك مثلا.

اعملاً لنظرية الغش نحوا القانون ، فان هذه التصرفات لا تعتبر نافذه اصلا ، ويستبعد تطبيق القانون الجديد ، بل يستمر في تطبيق القانون القديم وذألك تطبيقا للمبدأ القديم ان الغش يفسد كل شيء.

ان فكرة الغش نحوا القانون قديمة .فقد اخذ بها القضاء الاوربي منذ مدة طويلة. بال قد نص عليها ببعض التشريعات كالقانون السويسري ومشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي . وايدها بعض الكتاب والمؤتمرات الدولية

حتى انه يمكن اعتبار هذه الفكرة ضمن مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا والتي تعتبر مصدر من مصادر القانون بحكم المادة (٣٠)مدني فكرة الغش نحو القانون اذن ملزمة عندنا .وعلى المحاكم تقع مسؤولية تطبيقها[2]

[1] - د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مصدر سابق، ص٣٣٨

[2] - د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراق والمقارن ، الطبعة الاولى ، دار الحرية ،مطبعة الحكومة – بغداد ١٩٧٣ ، ص٣٣٨

والغش نحو القانون دفع ثاني يتمسك به في موجهة الاشخاص لاستبعاد القانون الاجنبي الذي عمدوا الى اخضاع تصرفاتهم اليه بخلقهم ظروفا خاصه تسمح باسنادها اليه بدلاً من القانون الوطني الواجب التطبيق اصلاً والعمل باحكام هذا القانون في النهاية.

فمن المحتمل مثلا ان يذهب الاشخاص في سبيل التخلص من احكام قانونهم الوطني الى بلد اخر غير بلدهم حيث يقومون بتحرير عقودهم (كالوصية والزواج مثلا) بحسب الشكل المقرر في قانون هذا البلد نظرا لبساطته اذا قيس بالشكل المعقد الوارد في قانونهم الاصلي اعتبار الشكل صحيحا وفقا لقاعدة الاسناد الوطنية القائله بان شكل التصرفات خاضع لبلد تحريره، كذلك من المحتمل ان يحرم القانون الاصلي على الاشخاص حقوقا معينه. كحق الطلاق مثلا فيعمد الاشخاص الى تغير الظروف كان يتجنسوا بجنسية دولة اجنبية تبيح هذا الحق او يتوطنوا فيها ويصبحون بذالك متمتعين به طبقا لقانون الجنسية او الموطن الذي تشير بتطبيق قاعدة الاسناد الوطنيه ، ففي هذه الامثله وغيرها يستبعد القانون الاجنبي ويضل القانون الوطني محافظا على سلطانه ،اذا لا يصح ان يسود الاول على الثاني[1]

[1] - د. جابر جار عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، مطبعة الهلال، بغداد ،١٩٤٩،ص٢٤٨

الفرع الثاني

مفهوم التحايل

يقصد بالتحايل على القانون سلوك طريقة معينه يتوصل بها الاشخاص الى تطبيق قانون اجنبي تخلصا من تطبيق القانون الوطني.

يدفعهم الى هذا السلوك كثرة شكليات القانون الوطني او كثرة النفقات التي يتطلبها تطبيقه. مثال ذالك ان عقد الهبه في مصر لا يتم الا بصيغة تسجيل في دائرة رسمية ويستلزم ذالك بطبيعة الحال اجراءات ونفقات الرسوم والتسجيل عند انشاء وعند الانقضاء . وللتخلص من هذه القيود التي يفرضها القانون الوطني يعهد الطرفان الى الخروج من هذا البلد الى بلد لا يتطلب هذه الشكليات كالعراق حيث تتم الهبة بعقد عرفي أي بورقة عاديه مكتوبه وموقعه من الطرفين .

ومثل ذالك يقال في الوصية والزواج في بلدين يتطلب احدهما شكليات رسمية وتسجيلا لا يتطلبها الاخر[١]

ولا تكاد تخرج مسائل التحايل على القانون عن مثل هذه الامثله التي تتردد في الغالب للتهرب من شكليات القانون الوطني الى ما هوه اخف منها في قانون بلد اخر وتغير الجنسية الوطنية او الديانة الى جنسية اخرى او ديانة اخرى حيث تستجيب الجنسية الجديدة او الديانة الجديدة للغاية التي يتبناها الشخص ، ولما كانت الشكلية القانونية تمتد الى اكثر من التصرفات القانونية كان بالإمكان ان يتسع ميدان التحايل على القانون بحيث يدخل فيه كل تصرف قانوني يتطلب شكليات ثقيلة الوطأة والتكاليف سواء كانت هذه التصرفات من مسائل الاحوال الشخصية او من وسائل المعاملات [٢]

---

[١] - حامد مصطفى ، القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة المعارف ،بغداد، بدون سنة نشر،ص٢٦١

[٢] - حامد مصطفى ، مصدر سابق ،ص٢٦٢

المطلب الثاني

تميز الغش والتحايل في القانون الدولي الخاص

ان الغش والتحايل على القانون يمكن تميزها في القانون الدولي الخاص وذألك من خلال تغير ضابط الاسناد حيث يمكن تميز نظرية التحايل من خلال النظام العام للقانون الدولي الخاص وكذلك من خلال سوء استعمال الحق

حيث انقسم هذا المطلب الى فرعين الفرع الاول التحايل على القانون والنظام العام، والفرع الثاني التحايل على القانون مع سوء استعمال الحق

الفرع الاول

التحايل على القانون والنظام العام

ان المثالين الخاصين بالصورة الثانية نجد فكرتي النظام العام والغش نحو القانون جنبا الى جنب ، فالطلاق الذي يحصل ،يقع صحيحا بناء على الاخذ بفكرة النظام العام ولا يعترف به من المحكمة الاقلية بناء على فكرة الغش نحوا القانون ونظرا لوجود هذه العلاقه بينهما قرر الاستاذ BARTIN بان فكرة النظام العام تعتبر اساسا للأخذ بفكرة الغش نحو القانون لان المحاكم الوطنية تمتنع عن تطبيق القانون الاجنبي وتطبيق قانونها الوطني لاعتبارات متعلقة بالنظام العام مؤداها اعطاء السيادة من جديد للقانون الوطني الذي تعمد الاشخاص اهماله[1]

[1] - د. حامد زكي ، اصول القانون الدولي الخاص المصري ، الطبعة الثالثة ، مطبعة لجنة التاليف والترجمة والنشر ،١٩٤٤، ص٣٠٧

ويحصل ايضا في اوربا ان يغير الزوجان او احدهما جنسيته بقصد الحصول على الطلاق الذي يبيحه قانون الزواج فتغير الجنسية يحصل اذا بطريقة الغش لانه يقصد به استبعاد احكام القانون الوطني وتطبيق احكام القانون الاجنبي [1] وفي النهاية فان المحاكم قد اخذة بفكرة الغش نحو القانون ،المحاكم الوطنية أي محاكم القانون الوطني التي تعتمد الاشخاص او مسالة دون محاكم البلاد الاخرى التي لا تحمل نفسها محل البحث في نية الاشخاص ، بال تكيفي بالعناصر الموضوعية المادية لأنها ملموسه تاركة جانبا العناصر الشخصية التي يصعب الوقوف عليها ومن جهة اخرى فان محاكم القانون الاجنبي ، الذي قصد الاشخاص تطبيقه تقضي وقفا لقانونها حتى لو ظهر لها ان قصد الاشخاص هوه التهرب من تطبيق احكام قانونها الاصلي .

الفرع الثاني

التحايل على القانون مع سوء استعمال الحق

من الملاحظ ان نظرية التحايل على القانون تتشابه الى حد كبير مع نظرية سوء استعمال الحقوق ويظهر هذا التشابه في الامرين الاثنين:

١- ان العبرة في كل منهما بالنية وهيه نية الاضرار بالغير
٢- في كل منهما يسعى الخصوم الى تحقيق غرض لم يكن يقصده المشرع من تقرير الحق فمن يتحايل على القانون ويتعمد تغير ظروفه للاستفادة من قانون اجنبي اعتمادا على قواعد الاسناد انما يخرج الحق المخول له عن غرضه او بتعبير اخر يسئ استعماله

ولذلك يرى بعض الشراح الاستعانة بنظرية سوء استعمال الحقوق عن نظرية التحايل على القانون [2]

[1] - د. حامد زكي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨،ص٢١٠
[2] - عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق ، الجزء الاول ،مطبعة النفيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٤٠-١٩٤١،ص١٩٤

المبحث الثاني

عناصر الغش نحو القانون

سبق وان بينت الدراسة ومعرض تعريف الغش نحو القانون ان الغش نحو القانون هو التحايل الذي يقع من احد الاطراف في علاقة مشوبه بعنصر اجنبي اتجاه ضابط الاسناد بتغير ظروف الاسناد بنية التهرب من تطبيق احكام قاعدة الاسناد الوطنية وعليه يتبنى للدفع بالغش نحو القانون شرطان وما ان يقوم احد الاطراف في علاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي بتغير ظرف الاسناد، وهذا هو العنصر المادي الذي سنتناوله ضمن هذا المبحث في المطلب الاول، وكذلك ان يكون هذا التغير بنية التهرب من تطبيق احكام قاعدة الاسناد الوطنية وهذا هو العنصر المعنوي الذي نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الاول

العنصر المادي للغش

يشترط للدفع بالغش نحو القانون ان يتوفر عنصر مادي في الغش وهو اجراء تغير ارادي في ضابط الاسناد ، ويجب ان يكون هذا التغير في ضابط من ضوابط الاسناد التي يمكن تغيرها ارادياً ، ويكون ذلك على سبيل المثال بتغير الجنسية او الموطن او موقع المنقول او مكان ابرام العقد.

ويشترط ان يكون هذا التغير فعلياً اذا لو كان تغير ضابط الاسناد صورياً فهنا لا حاجه لاعمال الدفع بالغش نحو القانون، اذاً يكفي بهذه الحالة التمسك باحكام الصورية لاعداد كل اثر لهذا التغير، فاذا غير شخص موطنه صورياً فلا عبره في هذا التغير ، فالعبرة في الموطن الحقيقي[1]

[1] - م. حسام ابو حامدة ، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي، بحث منشور على الموقع www.lawjo.ne تاريخ الزيارة ٣-٤-٢٠١٧

لا يلجاء الى نظرية الغش الا اذا كانت الوسيلة المتبعة لنقل الاختصاص فعالة وذات تاثير في تغير الاختصاص ، فالحصول على موطن صوري لا يغير من اختصاص الشخص بموطنه الحقيقي ويلزم اعطاء الاختصاص لقانون الموطن الحقيقي لا الصوري ، وتغير جنسية احد الزوجين لا توجب الاخذ بنظرية الغش نحو القانون اذا بقى الزوج محكوماً بالقانون الذي كان يحكمه سابقاً قبل ظروف الاسناد.

حيث ان القاعده القانونية المتحايل عليها من النصوص الامرة فلا يظهر الغش نحو القانون بالنسبة للنصوص الاختيارية (المفسرة) ذلك لان الافراد يتمتعون بحرية الخروج عنها واخضاع علاقاتهم لغيرها. مما لا يمكن تصور ظهور الغش نحو القانون بالنسبة اليها.

ويشترط بالدفع بالغش ان يكون التغير مشروعاً، اذا لوكانت الطريقة المستخدمة في التغير غير مشروعة كأن يتم تغير الجنسية عن طريق الغش في احكام قانون الجنسية، فانه لا يجوز في هذه الحالة الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الاولى [١]

[١] - د. حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، الطبعة الثانية ، مطبعة الارشاد، بغداد ،١٩٧٣،ص١٢٨

المطلب الثاني

العنصر المعنوي للغش

بالإضافة للعنصر المادي يجب ان يتوفر عنصر معنوي يتمثل في نية التهرب من احكام قانون ما، او بغية التوصل تحايلا عن تطبيق قانون ما، فالعمل في ذاته شرعي، ولكنه مصاب بالنية غير الشرعية ، مما يؤدي الى عدم فعاليتة.

ورغم بعض الكتاب ان القاضي يجب ان لا يهتم الا بالواقع ، وليس بالنوايا، بسبب قدسية الضمائر، ويسهل الجواب بان الحال ليس على هذا المنوال في أي فرع من القانون . وخاصه في القانون المدني ، يوخذ بالغلط، بالخداع، وبعدم شرعية السبب وكلها عناصر ذاتية. ان نية الاحتيال لا تقوم فقط على الرغبة في الحصول على النتيجة التي يمنعها القانون المستبعد، ومن الشرعي تماما، ان وجد الفرد ان مفهوم قانونه الوطني مناسب له، فله الحق شرعاً ان يغير جنسيتة، ولكن يشترط ان يتصرف عندئذ كتصرف شخص من البلد الذي منحه الجنسية ،والاحتيال يكمن في واقعة تغير العنصر الذي به يتعلق القانون المطبق من اجل الحصول على النتيجة المبتغاة دون قبول النتائج الاكثر اساسية عادة المرتبطه بهذا التغير[١]

يستلزم الغش نحو القانون كشرط اساسي توفر نية الغش تجاه القانون المختص . تنحصر نية الغش في اخراج العلاقه القانونية من نطاق اختصاص قانون ما او اخضاعها عن طريق التحايل لقانون اخر .

ولما كان ظروف الاسناد لذاته لا يتضمن في جميع الاحوال قصد اخراج العلاقات القانونيه من اختصاص قانون اخر.

لذا فان تغير ظرف الاسناد لحاله لا يكفي للاخذ بنظرية الغش بال يجب ان تكون ارادة الافراد موجهة بقصد التحايل على اختصاص قانون ما.

[١] - بيار ماير فانسان موزية، ترجمة د. علي محمود مقلد ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨،ص٢٥٠-٢٥١

أي ان يكون تغير الاختصاص القانوني عوضا تنشده الاراده .من تغير ظرف الاسناد. وكل تغير للاختصاص ناتج عن تغير ظرف الاسناد المقصود لذاتة لا يكون غشاً نحو القانون ومن ثم فلا مؤاخذه على تبدل الاختصاص الناتج عنه.

لهذا يلزم للعمل بهذه النظرية معرفة غرض ذوي العلاقة. فان كان غرضهم نقل الاختصاص فيكون هذا تهريبا للعلاقه القانونية من اختصاص لاخر مما يكون غشا نحو القانون. واذا كان غرضهم تغير ظرف الاسناد فينتفي عنصر الغش ويقع على المحكمة تقدير توفر نية الغش نحو القانون[١]

وهنا يشترط ان يكون الباعث الرئيسي من تغير ضابط الاسناد هو نقل الاختصاص من قانون دولة الى قانون دولة اخرى، أي التهرب من احكام قانون والالتجاء الى قانون اخر تعينه قاعدة الاسناد. وللمحكمة سلطه تقديرية في تقرير وجود نية الغش من عدمها وهذا ماقد يثير صعوبه من الناحية النظرية اذا ان المعيار الشخصي في البحث عن النية صعب التحقيق ولذالك يلجاء القاضي الى معيار موضوعي بحيث يستخلص النيه من وقائع كل قضية على حدة ومن خلال بعض القرائن [٢]

[١] - د. حسن الهداوي ، مرجع سابق ،ص١٢٧

[٢] - م. حسام ابو حامدة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي ،بحث منشور على الموقع www.lawjo.net ،تاريخ الزيارة ٣-٤-٢٠١٧

المبحث الثالث

اثار الغش او التحايل نحو القانون

قد يثار تسأول حول ماهية جزاء التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص وعن مدا هذا الضرر ممايجعلنا بحاجة الى استعراض هذا الموضوع المهم في ثلاث مطالب ، يتمثل المطلب الاول الجزاء المترتب على التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، اما المطلب الثاني ،فيتمثل بشمول الجزاء الوسيلة والنتيجة معاً ، اما المطلب الثالث فيتمثل باقتصار الجزاء على النتيجة

المطلب الاول

الجزاء المترتب على التحايل على القانون

لم تتعرض معظم التشريعات لجزاء التحايل على القانون بشكل مستقل ، فتعددت الاراء الفقهية في هذا المجال ، حيث يرى الفقيه الفرنسي (Derbie) ان التصرف الذي قصد به التحايل على القانون يكون باطلا لعدم مشروعية الباعث الدافع الى انشائه، وقد يشبه التحايل على القانون بانتهاك القانون مما يؤدي الى ان يكون جزاء التحايل من خلال تطبيق القواعد القانونية التي قصد المحتال الافلات من حكمها واعتبار تصرفه باطلا نتيجة لمخالفتة القانون. ويقول الفقيه الفرنسي (Vljai) ان جزاء التصرف التحايلي هو البطلان، لكنه بطلان من نوع خاص . يختلف عن النظرية التقليدية للبطلان المطلق او النسبي وهو عدم قابلية الاحتجاج اذا يكفي الحكم على التصرف التحايلي بعدم الفاعلية [1]

[1] - أ. احمد الفضلي ، التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، ١٩٩٩، ص١٦٦

ويتضح ان موقف الفقه الاسلامي قريب من هذا المعنى ، حيث يرد د.مصطفى الرزقا ان الجزاء المناسب لمنع مخالفة الاحكام الشرعية الاسلامية يكون في حرمان المتصرف من النتائج التي يبتغيها من المتصرف وذلك بان يعتبر عمله لغواً.

يمكن القول بصوره عامة ان اثر هذا الغش هوه عدم نفاذ التصرف أي انه لا يمكن الاعتراف بالنتيجة غير المشروعة التي ترتبت على الجوء الى هذه الظروف التي قصدها الفرد، بل تظل غير نافذه في نظر القانون الذي اريد تفاديه.

فاذا ما غير الشخص جنسيته او موطنه فان المحكمة لا تتطرف الى موضوع جنسيته، انها لا تعترف اصلا بالنتائج التي اريد الحصول عليها من جراء هذا التغير . أي تبقى متمسكة بتطبيق نفس القواعد الموضوعية للقانون القديم[١]

[١] - د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مرجع سابق، ص٣٤٠

المطلب الثاني

شمول الجزاء الوسيلة و النتيجة معاً

ان اثر التحايل الذي يتخذ فيه التغير شكل العمل القانون يمتد ليشمل الوسيلة والنتيجة على حد سواء، أي وجوب عدم الاقتصار على ابطال التصرف، كالطلاق مثلا، بل ابطال الاجراء الذي تم بموجبة تغير ضابط الاسناد كتغير الجنسية مثلا، فتغير ضابط الاسناد، وان كان استوفى الشروط الازمة لصحته الا ان الباعث الحافز على القيام به لم يكن مشروعاً ، فمن ثم يتعين عدم اعتداد القاضي به ولكن يبدو ان الرأي المتقدم ذكره غير مقبول للاخرين الذي يقولون بوجود اقتصار اثر الغش على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصدها الشخص عندما غير ضابط الاسناد المتمثل في الجنسية . فالنتيجة وحدها تعد غير مشروعة اما الوسيلة فقد تمت بصورة سلمية ولا تنطوي على أي مخالفة للقانون. وترتيبا على ذلك يرى اهل هذا الرأي انه اذا تجنس شخص مثلا بجنسية اجنبي ليتمكن من التطليق ، فان اثر التحايل يكون بعدم الاعتداء بالطلاق الحاصل وفقا للقانون الجديد ، دون المساس بالتجنس الذي تم صحيحاً[١]

يرى اصحاب هذا وجوب انصراف جزاء التحايل على القانون الى الوسيلة والنتيجة معاً ، أي عدم الاقتصار على عدم سريان التصرف الذي قام به المتحايل كالطلاق مثلاً، بال ابطال الاجراء الذي تم به تغير ضابط الاسناد كذلك كاجراء تغير الجنسية مثلا، فتغير ضابط الاسناد وان كان قد استوفى الشروط الازمة لصحته الا ان الدافع الباعث على القيام به لم يكن مشروعاً ومن ثم يتعين عدم اعتداد القاضي به

ومن الملاحظ ان هذا الرأي لا يثير اية صعوبة اذا كان التحايل قد تم عن طريق المتحايل باجراء قانوني معين كالجنسية، ففي مثل هذه الحالة يمكن بطلان الاجراء القانوني فتبطل تبعا له التصرفات المبنية عليه، اما بالنسبة للاشخاص الذين يقع عليهم الجزاء ، فمن الطبيعي ان يسري الجزاء على المتحايل كما قد يسري على اشخاص اخرين كاطراف التصرف القانوني او الغير فبالنسبة لأطراف التصرف

[١] - عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع،٢٠٠٨،ص١٨٨

القانوني فانه اذا كان الطرف الاخر لا يعلم بالتحايل وليس لديه نية سيئه فيجب التفرقة بين ما اذا كان عنصر النيه ضرورياً لتطبيق الجزاء

فاذا كان كذالك فلا يسري الجزاء على الطرف الاخر اما اذا كان التصرف التحايلي لا يمكن قبوله بغض النظر عن النية مثل زواج المحارم فان جزاء التحايل يسرى على الجميع ، اما بالنسبة للغير فيجوز فيجوز تطبيق الجزاء على الغير الذي ساهم في ارتكاب التصرف التحايلي بارادتة، اما اذا كان قد قام بالعمل بحسن نية ، فيتعذر تطبيق الجزاء علية لعدم وجود تحايل بالنسبة له [١]

[١] - احمد محمود الفضلي ، مرجع سابق، ص١٦٨-١٦٩

المطلب الثالث

اقتصار الجزاء على النتيجة فقط

اذا ثبت الغش نحو القانون وكان الامر مرفوعاً الى المحكمة الوطنية التي تحايل الفرد على قانونها، فانها تستبعد القانون الاجنبي وتطبيق قانونها حتى تستطيع ان تفوت عليهم غرضهم بأبطال النتائج التي قصدوا تحقيقها وفقا للقانون الاجنبي والتي لا يعترف بها قانونها او يبطلها . واذا ففي حالة تغير الجنسية او الموطن لا تتعرض المحكمة للجنسية الجديدة او للموطن الجديد ولا تنكرها، انما تنكر النتائج التي اريد الحصول عليها من وراء هذا التغير.

ولكن مالقول لو ان الامر رفع الى محكمة القانون الاجنبي او الى اية محكمة اخرى؟ هل تقضي بعين الحل وفقا للقانون الذي حصل الغش نحوه؟ لقد كان من المنطق ان يكون الجواب على ذالك بالايجاب ولكن من يراجع احكام المحاكم في هذا الصدد يجد تنها لم تكلف نفسهاهذا العناء فلم تبحث بالنيات واكتفت بالعناصر الموضوعية المادية المعروضة امامها وهي عناصر ملموسة يمكن تقديرها بسهولة بعكس العناصر الشخصية التي يصعب الوقوف عليها [١]

تترتب على الغش نحو القانون اثار تتعلق بالنتيجة وهي تحديد القانون الواجب التطبيق فالمظهر الاساسي لاثار نظرية الغش نحو القانون هو ابطال الاختصاص القانوني المتأثر عن الغش وابداله بصورة كاملة باختصاص القانون المبعد بسبب الغش.

اما فيما يتعلق بظروف الاسناد (الجنسية، الموطن، محل وجود المال) التي عمد الافراد الى تغيرها كوسيلة لتحقيق الغرض المنشود وهو تغير الاختصاص القانوني فان احتمال بطلانها موضوع خلاف [٢]

---

[١] - د. جابر جار عبد الرحمن ، مرجع سابق ،ص٢٥٣-٢٥٤

[٢] - د.غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص طبعة جديدة ومنقحة، الجزء الثاني ، مكتبة السنهوري ،بغداد-شارع المتنبي،٢٠١٥،ص٢٠٣

الخاتمة

هذا البحث يقود الى ان فكرة التحايل على القانون هي فكرة ليست بالفكرة الجديدة ولكن لها جذور تاريخية قديمة وتطورت تدريجياً على مر العصور لكننا لم نستطع تحديد معنى دقيق لها من خلال دراستنا لتطور التاريخي لهذه الفكرة لانها لم تكن معروفه بوصفها فكرة مستقلة بال كانت مرتبطة مع مفاهيم اخرى كالصورية وانتهاك القانون ومن خلال استعراضنا للتعريفات التي اعطيت لهذه الفكرة استطعنا تحديد مفهوم دقيق للتحايل على القانون الدولي الخاص بانه عبارة عن تغير او عن اجراء تغير ارادي مشروع في ضوابط الاسناد، او التلاعب في وصف العلاقة القانونية من اجل التهرب من احكام القانون الواجب التطبيق وذلك لتحقيق مصلحة لا تتوافق مع احكام هذا القانون كما عرفه الفقه الاسلامي، ولكنه تميز في القانون الدولي الخاص . ومن مفهوم الغش والتحايل على القانون نستدل على حكمة ان ما بني على باطل فهوه باطل ونلاحظ ان هذه الحالات وهي حالات كثرت في الوقت الحاضر اكثر منها في الزمن الماضي بالرغم من معرفتها في تلك الازمنة ولكنها كثيرة الوقوع حالياً يستخدمها الافراد بكثره وذلك في حالات تضطرهم الى استخدامها وذلك لخدمة مصالهم اذا قد يجد في القانون المسند صعوبات تعترض مصالحه اذا سندت الواقعة التي تخصه الى ذلك القانون فيلجئ الى هذا الطريق وهي الغش والتحايل على القانون للتهرب من القانون او قانون الاسناد الذي لا يخدم مصالحه ونلاحظ اهم الاستنتاجات والتوصيات

اولاً :- الاستنتاجات

١- ان فكرة التحايل على القانون لها جذور تاريخية قديمة فهي فكرة تمتد الى القانون الروماني وقد تطورت على مر العصور
٢- وقد عرف التحايل على القانون في القانون الداخلي متمثلا في القانون المدني ، كما عرفه الفقه الاسلامي ، ولكنه تميز في القانون الدولي الخاص
٣- من خلال استعراضنا لهذا الفكرة او للتعريفات التي اعطيت لهذه الفكرة استطعنا تحديد مفهوم دقيق للتحايل على القانون في القانون الدولي الخاص بانه عبارة عن تغير ارادي مشروع في ضوابط الاسناد او التلاعب في وصف العلاقة القانونية من اجل التهرب من احكام القانون الواجب التطبيق، وذلك لتحقيق مصلحه، تتوافق مع احكام ذلك القانون
٤- ولما كان التحايل على القانون يقوم على اساس استعمال وسائل تعد في حد ذاتها مشروعة فقد انكر بعض الفقهاء وجود هذه الفكرة في القانون
٥- اما فيما يتعلق بمجال تطبيق التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص المتمثل في استبعاد احكام القانون المختص تحايلاً وتطبيق احكام القانون المختص وخاصه في مجال الاحوال الشخصية وبخاصه في مادتي الزواج والطلاق، وفي التصرفات القانونية وبخاصه في العقود الدولية فضلاً عن مجال الحقوق العينية
٦- تعرضنا في نهاية البحث لا ثر التحايل على القانون الدولي الخاص المتمثل في استبعاد احكام القانون المختص تحايلاً وتطبيق احكام القانون المختص اصلا وفقاً لقاعدة الاسناد الوطنية

ثانياً:- التوصيات

١- ايراد نص خاص يعالج فيه التحايل على القانون وتحديد الجزاء المترتب على القيام بها لماله من اهمية ابرزها الفقه والقضاء والنص المقترح لمعالجة هذا الموضوع هو نص المادة ٢١ من القانون البرتغالي التي تنص على مايأتي في تطبيق قواعد التنازع لا توخذ بعين الاعتبار المراكز الواقعية او القانونية

٢- كما نقترح على القضاء توضيح موقفه من عملية تغير الديانه ،وان لا يسمح للافراد بالاستهتار بالمعتقدات الدينيه والسماح لهم بالتحايل على القانون تحت ذريعة الدخول في الاسلام ، وهذا يعني انكار الاسلام على من يدعي به وانما القصد هو ان ياخذ يعين الاعتبار الظروف المحيطه بعملية تغير الديانة

٣- وهناك بعض النظم المتشابهة كالتعسف في استعمال الحق والصورية والمسؤليه المدنية وكل هذه تخالف النظام العام و الآداب العامة لذلك فان الغش والتحايل على القانون يخالف احكام النظام العام ونرجوا من المشرع بمعاقبة الشخص اشد العقوبة على ذلك وجعل القيود والاجراءات الازمة والتشدد منه في ذلك المجال لكي يردع نفسه من القيام بذلك أي شخص يحاول الغش و التحايل على القانون ووضع الرقابة على هذه الحالات خصوصا ونحن في وقت يكثر فيه هذه الحالات

المصادر

اولاً: الكتب

١- أ.أحمد محمود الفضلي ،التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى ،دار المناهج للنشر والتوزيع،١٩٩٩
٢- بيار ماير فانسان موزية، ترجمة د. علي محمود مقلد ، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨
٣- د.جابر جار عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى، الجزء الثاني، مطبعة الهلال، بغداد ،١٩٤٩
٤- د.حامد زكي ، اصول القانون الدولي الخاص المصري ، الطبعة الثالثة ، مطبعة لجنة التاليف والترجمة والنشر ،١٩٤٤
٥- حامد مصطفى ، القانون الدولي الخاص العراقي ، مطبعة المعارف ،بغداد، بدون سنة نشر
٦- د.حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي ، الطبعة الثانية ، مطبعة الارشاد، بغداد ،١٩٧٣
٧- عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق ، الجزء الاول ،مطبعة النفيض الاهلية ، بغداد ، ١٩٤٠-١٩٤١
٨- عبده جميل غصوب ، دروس في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،٢٠٠٨
٩- د.غالب علي الداودي و د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص طبعة جديدة ومنقحة، الجزء الثاني ، مكتبة السنهوري ،بغداد-شارع المتنبي،٢٠١٥
١٠- د.ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراق والمقارن ، الطبعة الثانية ، دار الحرية ،مطبعة الحكومة – بغداد ١٩٧٧

ثانياً:- البحوث والمقالات على الانترنيت

١- م.حسام ابو حامدة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي، بحث منشور على الموقع www.lawjo.net تاريخ الزيارة ٣-٤-٢٠١٧