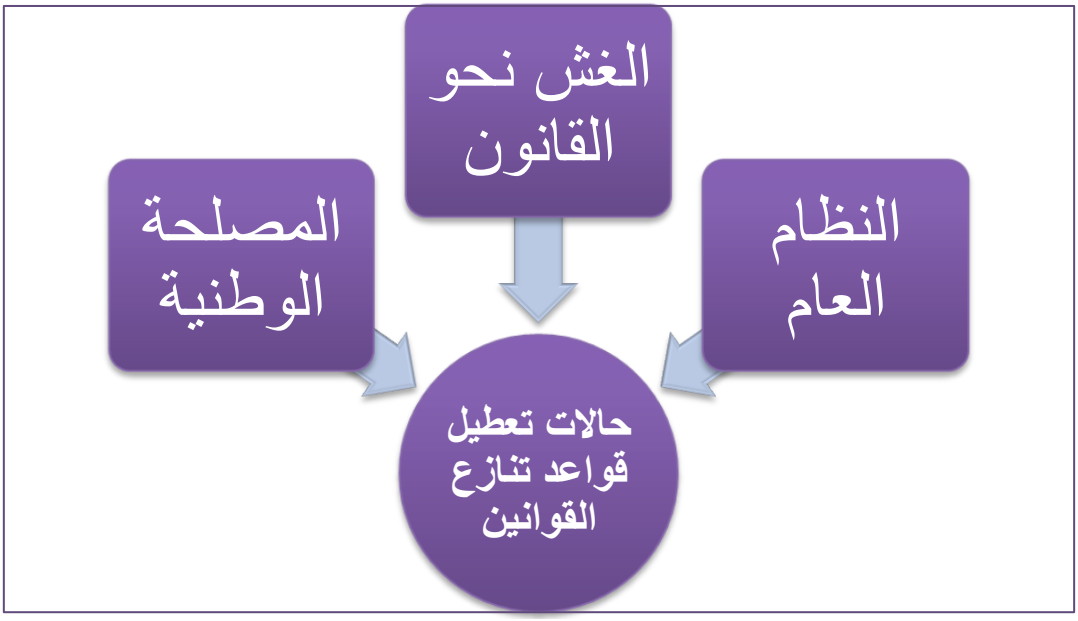
((حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين))

جامعة واسط / كلية القانون
قانون دولي خاص // المحاضرة السادسة
م.م سهام جواد كاظم



المطلب الاول //النظام العام

عرف الفقه النظام العام ((انه مجموعة من القيم والعادات والتقاليد التي تشكل النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة ويعد من الاصول التي يرتكز عليها المجتمع)).

- النظام العام فكرة مرنة قابلة للتغيير والتطور بأختلاف الزمان والمكان فما يعد من النظام في العراق اليوم لايعد كذلك في المستقبل .

- تظهر فرص الاحتجاج بـالنظام العام على درجة كبيرة بين الدول المتباعدة حضاريا ويخف ظهوره بين الدول المتقاربة حضاريا ويعود السبب في ذلك الى أختلاف الموروث الثقافي والقانوني بين الدول المتباعدة حضارياً.

- النظام العام وسيلة للدفاع عن عن المجتمع ولذلك فهو صمام أمان الذي من خلاله يسيطر على القوانين الاجنبية فيسمح بمرور الصالحة منها والملائمة للنظام العاملدولة قاضي النزاع ويطرح مادون ذلك.

أن الدفع بالنظام العام من قبل قاضي النزاع وعدم تطبيق القانون الاجنبي الذي أشارت اليه قواعد الاسناد لأسباب عديدة :-

أولاً// أسباب فنية (تقنية).

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 لايشترط ذلك قانون موقع المال الذي أشارت الى تطبيقه قواعد أسناد قاضي النزاع كما هو عليه الحال في موقف القانون الامريكي .

ثانياً// الاسباب الاقتصادية.

يعني أعتماد القانون الواجب التطبيق أسباب للدين لايجوزها قانون قاضي النزاع كما لو كان القانون الاجنبي يعترف بالديون المترتبة على القمار والرهان في حين تعد هذه الاسباب مخالفة للنظام العام لقانون قاضي النزاع .

ثالثاً // أسباب أجتماعية

تتمثل في حالة وجود حضر في القانون الاجنبي الواجب التطبيق يجعل أختلاف اللون مانع من الزواج أو الميراث .

رابعاً // أسباب دينية

وهو ان يبيح القانون الاجنبي الواجب التطبيق الزواج بين مختلفي الدين كما لو سمح بزواج المسيحي من المسلمة في حين يحظر مثل هكذا زواج في دولة قاضي النزاع وهو موقف أكثر الدول التي تسود مبادئ الشريعة الاسلامية الاحكام المتعلقة بالزواج ومنها العراق.

للعمل بالنظام العام يظهر أن هناك إثران سلبيان يترتبان على أعماله هما:-

الفر ع الاول الاثر السلبي

الاثر الاستبعادي للنظام والذي يتمثل بأستبعاد القانون الاجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع واستبقاء مادون ذلك .

وهذا الاستبعاد أما ان يكون جزئي أو كلي **فالاستبعاد الجزئي :-** يتمثل في الحالة التي يقر فيها القانون الواجب التطبيق بالدين مع الفوائد في حين أن الفوائد الربوية تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي يستبعد إحكام الفائدة في القانون الاجنبي دون الاحكام المتعلقة بالدين وهذا الاستبعاد جزئي .

أما الاستبعاد الكلي:- فيتمثل في الحالة التي تكون فيها نصوص القانون الاجنبي في العلاقة موضوع النزاع لاتقبل التجزئة كما لو كان القانون الاجنبي الواجب التطبيق يجوز الزواج بين رجل مسيحي وامراة مسلمة في حين يعد ذلك مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع فسوف يستبعد القانون الاجنبي كليا فلا يعترف بالزواج ولا بالاثار المترتبة عليه.

الفرع الثاني الاثر الايجابي

يتمثل بأحلال قواعد قانون قاضي النزاع محل قواعد القانون الاجنبي المستبعدة ويطلق عليه بالاثر الحلول وتعتمد طبيعة هذا الاثر على طبيعة الاثر الاستبعادي فأذا حصل الاثر الاستبعادي بصورة كلية سينسحب على الاثر الحلولي واذا تم بصورة جزئية يكون الاثر الحلول بصورة جزئية ، مثال الحلول الكلي اذا كان القانون الواجب التطبيق يقر بيع التركات المستقبلية هنا يستبعد كلياً أما مثال الحلول الجزئي فيتحقق عندما يقرر القانون الواجب التطبيق بعض الشروط للزواج تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع كما لو يبيح للزوجة بأن تشترط على الزوج بعدم الزواج الثاني فهنا يستبعد القانون الاول جزئيا فيطبق القانون الاجنبي على الشروط الموافقة لقانون القاضي.

المطلب الثاني الغش نحو القانون

الفرع الاول معنى الغش نحو القانون

يحصل عندما يعمد أطراف علاقة ما الى تغيير ارادي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغيير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة الى محيط قانون دولة أخرى للخروج من أحكام القانون الاول والاستفادة من التسهيل في أحكام القانون الثاني . ذلك لواراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته يحضر الطلاق فيلجأ الزوج لتغيير جنسيته عن طريق أكتساب جنسية دولة تسمح له بالطلاق فيكون بذلك قد قام بتغيير ضابط الجنسية بأرادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يحضره الى قانون يبيحه أي أنه تخلص من قانون يتشدد بشأن الطلاق ودخل في نطاق قانون يخفف من إجراءات الطلاق فهو بذلك لم يغير الجنسية لذات التغير أي لتغيير بيئته الاجتماعية أنما تبيل الاختصاص في العلاقة .

الفرع الثاني نطاق تطبيق الغش نحو القانون

أن الغش نحو القانون يعتمد كمانع في نطاق المسائل التي تكون ضوابط الاسناد قابلة للتغير فيها ضمن نطاق مسائل الاحوال الشخصية وهي الطلاق والزواج مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول اما اذا كانت الضوابط غير قابلة للتغيير مثل موقع العقار محل الابرام فلاتعمل فكرة الغش في هذا النطاق.

س// هل يمكن العمل بالغش نحو القانون في قانون قاضي النزاع فقط أم القانون الاجنبي أيضا؟
الاتجاه الراجح يذهب الى التوسيع من نطاق العمل بهذا المانع سواء كان الغش مرتكب أتجاه قانون قاضي النزاع أم قانون دولة أخرى وذلك للاسباب الاتية:-

١- تحقيق التعاون الدولي في المجال التشريعي والقضائي .

٢- يضمن تحقيق العدالة ومحاربة الغش أينما كان لان الغش يفسد كل شيء وعدم تمكين مرتكب الغش للأستفادة منه.

٣- محاربة التطبيق الانتقائي للقانون.

- أن فكرة الغش نحو القانون لم تكن محل أتفاق الفقه فقد توزع الفقه بين مؤيد ومعارض لها.

الاتجاه الاول يذهب الى معارضة الفكرة ومبرر ذلك :-

١- أن الفكرة تقوم على القصد والقصد يتعلق بالنية لهذا فهي مسألة وجدانية يصعب على القاضي أن يستدل على وجودها لانها مسألة داخلية ويؤدي الى وجود سلطة تحكمية للقاضي في الاستدلال على وجود قصد الغش.

٢- أن المشرع في جميع دول العالم يسمح للأفراد بتغيير ضوابط الاسناد وهذا يعني أن تغيير الضوابط مسألة مشروعة فكيف يؤخذ الافراد على أفعال أباح المشرع ممارستها.

الاتجاه الثاني يذهب الى تأييد هذه الفكرة مستند في ذلك الى عدة مبررات :-

١- أن القول بأن الغش يقوم على القصد والنية وهي مسألة وان كانت صعبة الاأنها ليست مستحيلة فالقاضي في المسائل الجزائية يتحرى عن القصد الجنائي والقول بأستعمال القاضي سلطة تحكمية للوصول للقصد يرد عليه لان تحري النية مسألة قانون تخضع لرقابة المحاكم العليا.

٢- أن عدم محاربة الغش نحو القانون يعد مكافأة للأغنياء على حساب الفقراء .

٣- أن أباحة المشرع للأفراد حق تغير ضوابط الاسناد مقيد بشرط أن تكون موجه لغرض مشروع والحال أن الغش نحو القانون فيه أستعمال وسيلة مشروعة لتحقيق نتيجة أو غاية غير مشروعة وبذلك تطبع عدم مشروعية الغاية والوسيلة.

- بالرغم مما ذكر سابقا من حجج المعارضين الاانه نالت حجج المؤيدين القبول فأخذت بفكرة الغش نحو القانون الكثير من التشريعات الاجنبية مثل القضاء الفـونسي والانكليزي كما أخذت بها الكثير من التشريعات العربيةومنها التشريع العراقي حسب نص المادة (٣٠) من القانون المدني التي نصت على (يتبع في كل مالم يرد بشأنه نص خاص من أحوال تنازع القوانين السابقة مبادى القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا).

الفرع الثالث اركان الغش نحو القانون

أولا // الركن المادي

ويتمثل بالتغيير الارادي الفعلي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغيير مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول فتغير الجنسية يكون عن طريق فقدان الجنسية السابقة واكتسابه الجنسية اللاحقة أي يقتضي أن يتخلى الشخص عن الاولى أذا كان قانونها يشترط ذلك عند أكتسابه للثانية كما هو الحال بالنسبة لموقف المشرع العراقي في المادة (١/١٠)من قانون الجنسية النافذ.

ثانيا // الركن المعنوي

يتمثل بقصد الغش وهذا يستنتجه القاضي من خلال الظروف المحيطة بأطراف العلاقة ففي حالة الطلاق أذا كان الزوجين في حالة خلافات مستمرة فأذا أكتسب الزوج جنسية دولة تبيح الطلاق وباشر بالطلاق فنكون هنا أمام قرينة تتمثل بوجود خلافات سابقة على الطلاق نستدل منها على وجود نية الغش

ثالثاً // الركن القانوني

أن يكون التغير الارادي لضوابط الاسناد بقصد نقل الاختصاص من أحكام القواعد الأمرة لقانون دولة الى قانون دولة أخرى أي ان يكون التحايل والغش موجه للقواعد الامرة أي متعلقة بالنظام العام لايجوز مخالفتها وتكون واجبة التطبيق كما وردت في القانون المختص أصلا .أما اذا كانت هذه القواعد مفسرة فلا نكون أمام حالة غش .

الفرع الرابع أثرالغش نحو القانون

س// أذا عمد الافراد الى تغيير ضوابط الاسناد (الجنسية ،الموطن ، موقع المنقول) على نحو مصطنع أي لغرض نقل الاختصاص من القانون المختص أصلا (صاحب الاختصاص الطبيعي) الى قا نون أخر (صاحب الاختصاص المصطنع المفتعل) فماهو الاثر المترتب على ذلك ؟

ذهب الفقه الى أتجاهين الاول //

يؤكد تعطيل الوسيلة والنتيجة أي اذا غير الشخص جنسيته من دولة تحضر تعدد الزوجات الى جنسية دولة تبيح التعدد فبحسب هذا الاتجاه على قاضي النزاع لايعترف بالوسيلة وهي الجنسية الجديدة وقانون الجنسية الجديد لان الغش يفسد كل شيء ولا يترتب عليه أي أثر .

الاتجاه الثاني //

وهو الارجح الذي يذهب الى تعطيل النتيجة التي قصدها الافراد دون الوسيلة فأذا غير الشخص جنسيته من دولة تحضر الطلاق بأكتساب جنسية دولة تبيحه فأنه يعتد فقط بجنسيته الجديدة في حين يعطل الاختصاص القانوني المصطنع لقانون الجنسية الجديد ويبقى الاختصاص للقانون القديم

المطلب الثالث المصلحة الوطنية

الفرع الاول تعريف المصلحة الوطنية

هي مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي لابسبب يتعلق به القانون او بأطراف العلاقة أنما يتعلق بسلامة المعاملات التي تجري في الحدود الوطنية ، فهي تمنع تطبيق قانون الجنسية في الاهلية حماية لأستقرار المعاملات في الاسواق التجارية والحيلولة دون مفاجئة المتعاقد حسن النية بحكم في قانون يجهله وهذا يعني أن المصلحة الوطنية تعطل قانون الجنسية في حكم الاهلية ويطبق بدلا عنه قانون قاضي النزاع.

الفرع الثاني شروط العمل بالمصلحة الوطنية

أعتمدت المصلحة الوطنية بوصفها مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي على مستوى التشريعات الاجنبية والعربية واعتمدها المشرع العراقي حسب نص المادة (٢/١٨) مدني والتي نصت (ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب إثارها فيه إذا كان أحد الطرفين أجنبي ناقص الاهلية وكان سبب نقص أهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر فأن الاجنبي يعتبر في هذا التصرف كامل الاهلية).

من خلال هذا النص يقتضي لأعمال هذا المانع توافر شروط هي :-

١- أن يكون التصرف مالي كحوالة أو بيع أو قرض وبذلك تخرج من نطاق الاحتجاج بالمصلحة الوطنية مسائل الاحوال الشخصية كما يجب ان يعقد التصرف في العراق ويرتب أثاره فيه فأذا عقد التصرف في الخارج وترتبت أثاره في العراق أو بالعكس لايصار الى أعتماد هذا المانع .

٢- أن يكون أحد الطرفين أجنبي ناقص الاهلية بحسب قانون جنسيته وكامل الاهلية بحسب القانون العراقي أما اذا كان ناقص الاهلية بحسب القانونين فلا مجال للاحتجاج بالمصلحة الوطنية .

٣- أن يكون نقص أهلية الاجنبي يعود للسبب خفي لايستطيع المتعاقد الاخر تبينه بسهولة فان كان نقص الاهلية ظاهر اي موجود في المظاهر الجسدية فلا مجال للاحتجاج .

الفرع الثالث اثار المصلحة الوطنية

١- منع تطبيق قانون الجنسية بشأن أهلية الاجنبي ناقص الاهلية .
٢- معاملته معاملة كامل الاهلية طالما أنه كان كذلك بموجب قانون قاضي النزاع .
٣- يعتبر العقد الصادر عنه نافذ ويلزم به .
٤- يطبق بدلا من قانون جنسية ناقص الاهلية قانون قاضي النزاع طالما يعتبر كامل الاهلية بموجب القانون الاخير.