المحاضرة السادسة والعشرون

الغش نحو القانون

اذا كان النظام العام يمنع تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق بحسب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع وذلك لغياب الحد الادنى من الاشتراك القانوني ما بين قانون القاضي القانون الاجنبي فان الغش نحو القانون يسمح بتطبيق القانون الاجنبي المختص اصلا ويمنع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص ولاجل بيان هذا المانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي فلابد من بيان معنى الغش نحو القانون ثم نطاقه وشروط تطبيقه واخيرا اثره وذلك من خلال اربعة مطالب.

معنى الغش نحو القانون

لا يقتصر الغش نحو القانون في محيط القانون الدولي الخاص بل له امتداد على مستوى القانون الداخلي ويحصل عندما يعمد اطراف العلاقة الى تبديل الوصف القانوني للعلاقة فينقلوا احكامها من نطاق قانون الى نطاق قانون اخر ضمن السيادة التشريعية للدولة الواحدة كما لو كان قانون الدولة يمنع بيع مال معين فيعمد الاطراف الى تبديل العلاقة من وصف البيع الى الايجار الطويل اما الغش نحو القانون في اطار القانون الدولي الخاص فينبغي تغيير ارادي من قبل اطراف العلاقة لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة الى محيط قانون دولة اخرى للخروج من احكام القانون الاول والاستفادة من التسهيل في احكام القانون الثاني كما لو اراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته يحضر الطلاق فيلجا الزوج لتغيير جنسيته عن طريق اكتساب جنسية دولة تسمح له بالطلاق فيكون بذلك قد قام بتغير ضابط الجنسية بارادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يحضره الى قانون يبيحه أي انه تخلص من قانون يتشدد بشان الطلاق ودخل في نطاق قانون يخفف من اجراءات الطلاق فهو بذلك لم يغير الجنسية لذات التغيير أي لتغير بيئته الاجتماعية انما لتبديل الاختصاص في العلاقة وقد نشات فكرة الغش نحو القانون بمناسبة قضية (دي بفرمونت) التي تتلخص في ان امراة من الجنسية البلجيكية تزوجت برجل من الجنسية الفرنسية واكتسبت بفعل الزواج جنسية الزوج الفرنسية وعندما ارادت الطلاق لم تستطيع لان قانون الزوج يمنع الطلاق في ذلك الوقت مما اضطرت الى اكتساب الجنسية الالمانية بقصد الاستفادة من اباحة الطلاق الواردة في القانون الالماني و الافلات من الحضر الموجود في القانون الفرنسي.

نطاق تطبيق الغش نحو القانون

ذهب جانب من الفقه الى قصر اعمال هذا المانع ضمن نطاق مسائل الاحوال الشخصية وهي الطلاق و الزواج ذلك لان اغلب ضوابط هذه المسائل قابلة للتغير بينما ذهب جانب اخر الى اعمال هذا المانع في جميع مسائل تنازع القوانين أي في مجال الزوج و العقود والفعل الضار و النافع ونعتقد ان الغش نحو القانون يعتمد كمانع في نطاق المسائل التي تكون ضوابط الاسناد قابلة للتغير فيها مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول اما اذا كانت الضوابط غير قابلة للتغير مثل موقع العقار محل الابرام فلا تعمل فكرة الغش في هذا النطاق.

وهناك فرض يثير تساؤل الفقه ويتمثل في العمل بالغش كمانع هل يكون اذا وجه نحو قانون قاضي النزاع ام يمكن ان يعمل به سواء كان موجه نحو قانون قاضي النزاع ام القانون الاجنبي الاتجاه الراجح يذهب الى التوسيع من نطاق العمل بهذا المانع سواء كان الغش مرتكب اتجاه قانون القاضي ام قانون دولة اخرى ذلك لان قاضي النزاع لا يحمي فقط قوانينه من الغش انما هو مكلف بحماية كل قانون يرتكب في مواجهة حالة الغش ويقوم هذا الاتجاه على مبرر وهو تحقيق التعاون الدولي بين الدول في المجال التشريعي و القضائي اضافة الى ان ذلك يضمن تحقيق العدالة ومحاربة الغش اينما كان لان الغش يفسد كل شيء وعدم تمكين مرتكب الغش للاستفادة منه.

ومن الجدير بالذكر ان فكرة الغش نحو القانون لم تكن محل اتفاق الفقه فقد توزع الفقه بين مؤيد ومعارض لها.

فالاتجاه الاول يذهب الى تاييد الفكرة مبرر ذلك بعدة مبررات تتمثل:

1- ان الفكرة تقوم على القصد وحيث ان الاخير يتعلق بالنية لهذا فهي مسالة وجدانية يصعب على القاضي ان يستدل على وجودها لانها مسالة داخلية اضافة الى ان ذلك يسمح بوجود سلطة تحكمية للقاضي في الاستدلال على وجود قصد الغش.

2- ان المشرع في جميع دول العالم يسمح للافراد بتغيير ضوابط الاسناد وهذا يعني ان تغيير الضوابط مسالة مشروعة فكيف يؤخذ الافراد عن افعال اباح المشرع ممارستها.

اما الاتجاه الثاني فيذهب الى معارضة هذه الفكرة مستند في ذلك على عدة مبررات هي :

1- ان القول بان الغش يقوم على القصد والنية وهي مسالة وان كانت صعبة الا انها ليست بالمستحيلة فالقاضي في المسائل الجزائية بتحري عن القصد الجنائي فلا يمنع ذلك من تحري قصد الغش في مسائل القانون الدولي الخاص و القول باستعمال القاضي سلطة تحكمية للوصول للقصد يرد عليه لان تحري النية مسالة قانون تخضع لرقابة المحاكم العليا.

2- ان عدم محاربة الغش نحو القانون يعد مكافاة للاغنياء على حساب الفقراء يستطيعون الانتقال بانفسهم واموالهم بين الدول .

3- ان اباحة المشرع للافراد حق تغيير ضوابط الاسناد مقيد بشرط ان تكون موجه لغرض مشروع والحال ان الغش نحو القانون فيه استعمال وسيلة مشروعية لتحقيق نتيجة او غاية غير مشروعة وبذلك تطبع عدم مشروعية الغاية الوسيلة.

رغم ما تقدم من حجج المعارضين فقد نالت حجج المؤيدين القبول حيث اخذ بالغش نحو القانون القضاء الفرنسي و الانكليزي والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987.

كما يمكن اعتمادها على مستوى التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي استنادا الى المادة (30) من القانون المدني التي اكدت على( اتباع في كل مالم يرد بشانه نص خاص من احوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا)والى نفس المعنى ذهبت باقي التشريعات العربية ونذكر منها على سبيل المثال المادة(25)مدني اردني .

اركان الغش نحو القانون

تتمثل هذه الاركان بالركن المادي والمعنوي و القانوني وسنعرض لهما من خلال ثلاثة فروع .

الركن المادي

ويتمثل بالتغيير الارادي الفعلي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغيير مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول فتغيير الجنسية يكون عن طريق فقدان الجنسية السابقة واكتسابه الجنسية اللاحقة أي يقتضي ان يتخلى عن الاولى اذا كان قانونها يشترط ذلك عند اكتسابه للثانية كما هو الحال بالنسبة لموقف المشرع العراقي في المادة (10/1) من قانون الجنسية النافذ وكذلك الحال اذا اراد الشخص ان يغير الموطن فيفترض ان ينقل محل اقامته من دولة الى اخرى مع انصراف نيته الى البقاء في الثانية لاجل غير محدود وينسحب نفس الحال بالنسبة للمنقول وهذا يعني بحسب تعبير البعض ان تكون وسيلة الغش فعالة أي تكون منتجة لاثارها فمجرد تقديم طلب لاكتساب الجنسية لا يفيد تغييرها وكذلك الحال في ظل اكتسابها مع الاحتفاظ بالجنسية السابقة عليها.

الركن المعنوي

ويتمثل بقصد الغش وهذا يستنتجه القاضي من خلال الظروف المحيطة باطراف العلاقة ففي حالة الطلاق مثلا اذا كان الزوجين في حالة خلافات مستمرة اذا اكتسب الزوج جنسية دولة تبيح الطلاق وباشر بالطلاق فنكون هنا امام قرينة على وجود نية الغش أي اذا كان تغيير الجنسية وكذلك الموطن وموقع المنقول غير مقصود لذاته وانما القصد الرئيس هو تغيير الاختصاص القانوني على نحو يفضي الى انتقاله من نطاق قانون دولة الى نطاق قانون دولة اخرى وما تغيير ضابط الاسناد الا وسيلة فهنا يتحقق قصد الغش كما هو الحال في المثال المتقدم اما اذا كان تغيير ضابط الاسناد الجنسية بحسب المثال المتقدم قصد لذاته وذلك اذا كان الزوج يرغب بتغيير بيئته الاجتماعية وما نقل الاختصاص القانوني الا نتيجة له فلا تكون هنا امام قرينة وجود قصد الغش.

الركن القانوني

 ان يكون التغيير الارادي لضوابط الاسناد بقصد نقل الاختصاص من احكام القواعد الامرة لقانون دولة اخرى أي ان يكون التحايل والغش موجه للقواعد الامرة في القانون المختص اصلا اما اذا كانت هذه القواعد مفسرة فلا نكون امام حالة غش ذلك لان القواعد الاخيرة تسمح بالاتفاق على ما يخالفها وبذلك ان الغش يتحقق عند ملاحظة خروج ارادي للافراد من محيط قانون اكثر تشددا بقواعده الامرة بقصد الدخول في محيط قانون اكثر تساهلا في حكم العلاقة.

اثر الغش نحو القانون

بما ان الغش يفسد كل شيء فالسؤال الذي يثار هنا اذا عمد الافراد الى تغيير ضوابط الاسناد (الجنسية الموطن موقع المنقول) على نحو مصطنع أي لغرض نقل الاختصاص من القانون المختص اصلا (صاحب الاختصاص الطبيعي ) الى قانون اخر (صاحب الاختصاص المصطنع المفتعل) فما هو الاثر المترتب على ذلك هل ان الغش يعطل الوسيلة التي توسل بها.