**حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين**

**(النظام العام –الغش نحو القانون – المصلحة الوطنية – تطبيق القانون الاجنبي)**

هنالك حالات من شانها ان تعطل تطبيق القانون الاجنبي المسند اليه وسنقوم بتوضيح هذه الحالات بشيء من التفصيل

**اولا: النظام العام**

**هي فكرة مرنه قابلة للتغير والتطور بأختلاف الزمان والمكان , حيث ما يعتبر من النظام العام في وقت معين قد لا يعتبره بعد فترة زمنية والنظام العام فكرة مختلفة بين الدول المتباعدة حضارياً لاختلاف الموروث الثقافي والحضاري ولم يوضع تعريف محدد للنظام العام الا انه يمكن تعريفه ( مجموعة العادات والتقاليد التي تشكل النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للدولة ويعد من الاصول التي يرتكز عليها المجتمع ) , وان النظام العام يولد فجوة بين القانون الاجنبي المسند اليه الاختصاص وبين قانون قاضي النزاع .**

**س/ ما هي مسوغات (اسباب) الدفع بالنظام العام كمانع من تطبيق القانون الاجنبي؟**

ج/

* **اسباب فنية (تقنية) : قد يشترط قانون قاضي النزاع لنفاذ الرهن بمواجهة الراهن ان يتنزع المرتهن حيازة المال من الراهن (موقف القانون المدني العراقي) بينما قد لا يشترط هذا الامر في القانون المسند اليه (قانون موقع المال) مثالها القانون الامريكي .**
* **اسباب اقتصادية : كان يعتمد القانون الواجب التطبيق ديون المترتبة على القمار والرهان بينما يعتبرها قانون قاضي النزاع مخالفة للنظام العام (132/1)(يكون العقد باطلاً اذا التزام المتعاقدون بدون سبب او لسبب ممنوع قانوناً او مخالف للنظام العام والاداب).**
* **اسباب اجتماعية : قد يحظر القانون الاجنبي الزواج او الميراث بسبب اللون او العرق بخلاف قانون قاضي النزاع رغم ان مثل هذا الامر غير موجود فعلياً**
* **اسباب دينية : كان يسمح القانون الاجنبي الزواج بين مختلفي الدين (زواج مسلمة من مسيحي او يهودي) بينما هذا الامر محظور في اغلب التشريعات العربية التي يسود فيها الشريعة الاسلامية**
* **يعتبر النظام العام وسيلة للدفاع عن المجتمع وذلك بالسيطرة على القوانين الاجنبية التي يسمح بتطبيقها او لا في حالة اسناد الاختصاص التشريعي لها .**
* **يوجد هنالك نظام عام داخلي (يعمل على الحد من اجراء تصرف يمثل خروج عن القواعد الامرة في اطار العلاقات الوطنية ) نظام عام دولي ( يمنع تطبيق قانون اجنبي عن طريق استبعاده في العلاقات ذات الصفة الدولية ) وبالرغم من اختلاف الاراء حول مدى امكانية تقسيم النظام العام الى قسمين الا انه بطبيعة الحال النظام العام الداخلي يكون اشد مما هو عليه في النظام العام الدولي وذلك تشجيعاً لحركة الاشخاص والاموال بين الدول .**

**س/ ماهو المقصود بالاثر المخفف للنظام العام ؟**

**ج/ اذا كان النظام العام لقانون قاضي النزاع يمنع نشوء الحق على اقليم دولته فليس هنالك ما يمنع من الاعتراف بأثار هذا الحق اذا ما نشا في دولة اخرى (خارج دولة قاضي النزاع) مثالها: القانون الفرنسي يمنع تعدد الزوجات فلا يوجد مانع من الاعتراف باثار الزواج المتعدد اذا ما انعقد خارج فرنسا واراد الاعتراف باثاره داخل فرنسا (البنوة –الميراث) .**

**س/ هل هنالك حقوق التي لا يمكن الاعتراف بها وبأثارها سواء تمت داخل او خارج اقليم دولة قاضي النزاع؟**

**ج/ نعم مثالها حق الاعتراف بملكية منقول اكتسب عن طريق المصادرة دون تعويض اذا اكتسب في دولة تجيز نشوءه فلا يعترف بمثل هذا الحق** .

**س/ ماهو الحكم القانوني اذا وجدت اتفاقية دولية بين دولة القانون الاجنبي ودولة قانون قاضي النزاع تقضي بتطبيق القانون الاجنبي رغم مخالفته للنظام العام؟**

**ج/ لا يوجد مانع من تطبيق النظام العام بوصفه مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي وان وجدت اتفاقية تقضي بخلاف ذلك لانها تعني (تحفظ ضمني على قوانين الدولة التي تخالف نظامها العام) .**

**اثار النظام العام : للنظام العام اثار تترتب على اعماله (سلبي – ايجابي)**

**الفرع الاول / الاثر السلبي**

**يتمثل باستبعاد القانون الاجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع (الاثر الاستبعادي للنظام العام ) وهذا الاستبعاد قد يكون كلياً او جزئياً**

* **الاستبعاد الجزئي : يتمثل باقرار القانون الاجنبي بالدين مع فوائده (تتعارض الفوائد مع النظام العام لقانون قاضي النزاع) فتتمثل الاستبعاد الجزئي باستبعاد الفوائد دون الاحكام المتعلقة بالدين (استبعاد جزئي للقانون الاجنبي)**
* **الاستبعاد الكلي: يتمثل الاستبعاد الكلي عندما تكون نصوص القانون الاجنبي غير قابلة للتجزئة , مثالها (يجوز الزواج بين مسيحي ومسلمة تعتبر مخالف للنظام العام فلا يمكن تجزئة قواعده فيستبعد كلياً)**
* **هنالك جانب من الفقه (الالماني ) يذهب الى عدم الاستبعاد الكلي او الجزئي انما الامنتاع عن تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الاجنبي المخالفة للنظام العام لدولة قاضي النزاع والقيام بتحويرها بشكل يجعلها اكثر انسجاماً وملائمة للنظام العام فيعطى القاضي سلطة واسعة تحكميه.**
* **يذهب جانب من الفقه الى عدم الاستبعاد والبقاء في القانون الاجنبي ضمن قواعده الاحتياطية التي تعمل عمل القواعد الاصلية( مثالها اذ تم الاسناد بموجب ضابط الجنسية ووجد انه مخالف للنظام العام يصار الى ضابط الموطن )**

**الفرع الثاني / الاثر الايجابي**

**ويقصد بها حلول قواعد قانون قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة ( اثر الحلول) حلول قانون محل قانون اخر سداً للفراغ التشريعي ويعتمد على الاستبعاد فأذا كان الاستبعاد كلي صار الحلول كلياً (حلول كلي لاحكام قانون قاضي النزاع بدلاً عن احكام القانون الاجنبي : زواج المحارم – بيع التركات المستقبلية ) واذا كان الاستبعاد جزئياً يصار الى حلول جزئي لاحكام قانون قاضي النزاع : كاقرار القانون االجنبي شروط للزواج مخالفة للنظام العام كاشتراط الزوجة على الزوج عدم الزواج بثانية فيصار الى استبعاد الاحكام المتعلقة بهذا الشرط ويطبق الاحكام الموجودة في قانون قاضي النزاع التي تسمح بالزواج بثانية دون الحاجة الى موافقة الزوجة الاولى) .**

**ثانياً : الغش نحو القانون**

**ويقصد به قيام الاطراف الى تغيير لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة الى قانون دولة اخرى , بغية الخروج من احكام القانون الاول والذهاب الى تطبيق القانون الثاني للاستفاده من التسهيلات الموجودة في احكامه : مثالها ان يمنع قانون جنسية الزوج الطلاق فيصار الزوج الى تغير ضابط الجنسية لكي يستفاد من احكام قانون الجنسية الجديد فهو بذلك يخرج من القانون الذي يشدد من ايقاع الطلاق الى قانون اخر تكون فيه اجراءات الطلاق اقل تعقيداً**

* **نطاق تطبيق الغش نحو القانون : ذهب جانب من الفقه على اعمال الغش نحو القانون فقط ضمن مسائل الاحوال الشخصية (زواج – طلاق) ويعود السبب في ذلك كون الضوابط في هذه المسائل قابلة للتغير , والاتجاه االخر ذهب الى اعمال الغش نحو القانون في كافة مسائل تنازع القوانين سواء كانت مسائل احوال الشخصية او عقود او الفعل الضار والفعل النافع ,**
* **ويفترض ان يكون نطاق تطبيق عمل الغش نحو القانون في المسائل التي يكون فيها ضابط الاسناد قابل للتغير وبخلافه لا مجال لاعماله مثالها ضابط موقع العقار او محل الابرام .**

**س/ ماهو نطاق عمل الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الاجنبي؟ هل ينحصر اذا وجه لقانون القاضي النزاع ام في مواجهه اي قانون اجنبي ؟**

**ج/ الراي الراجح يذهب الى القول بتطبيق مانع الغش نحو القانون في مواجهة كل القوانين سواء كان الغش مرتكب باتجاه القانون الاجنبي ام قانون قاضي النزاع لان قاضي النزاع غير مكلف بحماية قواعده فقط بل حماية كل قانون يرتكب في مواجهته الغش .**

**س/ هل ان فكرة الغش نحو القانون متفق عليها بين الفقهاء ام لا؟**

**ج/ هنالك اتجاهين بين مؤيد ومعارض (الاتجاه المؤيد) وجد عدة مبررات :**

1. **ان هذه الفكرة تقوم على القصد اي تتعلق بالنية ويصعب على القاضي الاستدلال على وجودها لانها مسالة داخلية فضلاً عن اعطاء القاضي سلطة تحكمية للاستدلال عليها .**
2. **ان المشرع في كل الدول يسمح للافراد بتغيير ضواب الاسناد فهي مسالة مشروعة فكيف يؤخذ الافراد عن افعال اباح المشرع ممارستها.**

**(الاتجاه الرافض)**

1. **ان القول ان فكرة الغش نحو القانون وان كانت مسالة صعبة الاثبات الا انها ليست بالمستحيلة فيمكن للقاضي البحث عن القصد في الغش في مسائل القانون الدولي الخاص كما هو عليه الحال في القاضي الجنائي فضلاً ان سلطة القاضي التحكمية هي مسالة رقابية تخضع بها القانون لرقابة المحاكم العليا .**
2. **ان عدم محاربة الغش نحو القانون توفر امكانية هروب الاغنياء والانتقال عبر الدول هرباً من القانون المختص .**
3. **ان اباحة المشرع للافراد تغيير ضابط الاسناد مقيد بشرط ان تكون لغرض مشروع , وفي الغش نحو القانون يتحقق الغرض غير المشروع**

* **الراي الراجح هو الاخذ بفكرة الغش نحو القانون (لان حجج مؤيدين قد حصلت على القبول ) .**

**اركان الغش نحو القانون : للغش نحو القانون ثلاث اركان مادي ومعنوي وقانوني**

* **الركن المادي : هو التغيير الارادي الفعلي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغيير (الجنسية – الموطن – موقع المنقول )**
* **الركن المعنوي : هو تحقق الغش نحو القانون وهذا الامر يستنتجه القاضي من الظروف المحيطة لاطراف العلاقة العقدية قاصداً التغيير بغية عدم تطبيق القانون الاجنبي**
* **الركن القانوني : ان التغيير الارادي للضابط الاسناد يكون بغية الانتقال من احكام القانون الامرة والانتقال الى احكام القانون الامر في القانون الاخر اي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتهاوتكون واجبة التطبيق , وعليه اذا كنا امام قواعد مفسرة فلا نكون اما حالة غش نحو القانون وذلك بسبب يمكن الاتفاق بين الاطراف على مخالفة القواعد المفسرة .**

**اثر الغش نحو القانون**

**س/ ماهو الاثر المترتب على الغش نحو القانون هل يعطل الوسيلة التي استخدمت التي توصل بها الافراد لتغيير الاختصاص من قانون لاخر؟ ام يعطل النتيجة والغاية التي توصل اليها الا وهي نقل الاختصاص؟**

**ج/ يذهب الفقه الى االجابة عن هذا التساؤل الى اتجاهين :**

1. **تعطيل الوسيلة والنتيجة التي ادت الى تغيير ونقل الاختصاص من قانون لاخر : مثالها اذا قام شخص بتغيير جنسيته من دولة تحظر تعدد الزوجات لجنسية دولة اخرى تبيح التعدد هنا القاضي يعطل الجنسية الجديدة ولا يعترف بها وكذلك لا يترتب عليها اي اثر فلا يمكن له الزواج باكثر من زوجة .**
2. **تعطيل النتيجة التي قصدها الاطراف عند تغييرهم للضابط دون الوسيلة المستخدمة : مثالها اكتساب جنسية جديدة تجعل اجراءات الطلاق اقل تعقيداً من قانون الجنسية السابق للزوج هنا يعطل النتيجة ولكن يبقى الاعتراف بالجنسية الجديدة .**

**(الراي الراجح هو االخذ بتعطيل النتيجة فقط دون الوسيلة لان النتيجة هي ما قصد االطراف الوصول اليها فضلا عن ان الوسيلة التي استخدمت في تغيير الضابط مشروعة وقانونية ).**

**ثالثاً : المصلحة الوطنية**

**تعرف المصلحة الوطنية بانها مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي لا بسبب يتعلق بالقانون او باطراف العلاقة انما يتعلق بسلامة المعاملات التي تجري في الحدود الوطنية فهي تمنع تطبيق قانون الجنسية في الاهلية حماية لاستقرار المعاملات في الاسواق التجارية حماية للمتعاقد حسن النيه فالمصلحة الوطنية تعطل قانون الجنسية في حكم الاهلية ويطبق بدلاً عنها قانون قاضي النزاع**

**شروط المصلحة الوطنية : المشرع العراقي اعتمد المصلحة الوطنية كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي في المادة (18/2) ق.م.ع ( ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه اذا كان احد الطرفين اجنبي ناقص الاهلية وكان سبب نقص اهليته يرجع الى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر فان الاجنبي في هذا التصرف يعتبر كامل الاهلية) .**

**عليه من النص اعلاه نجد ان شروط تحقق المصلحة الوطنية في ق. م.ع هي:**

1. **ان يكون احد الطرفين ناقص الاهلية حسب قانون جنسيته وكامل الاهلية حسب القانون العراقي.**
2. **ان يكون احد الطرفين اجنبي فلا يحتج بالمصلحة الوطنية اذا كان الطرفين وطنيين او كلاهما اجانب , لان الغاية من اعمال المصلحة الوطنية هي منع تطبيق قانون الجنسية الذي يفضي الى اضطراب المعاملات التي تنعقد ضمن حدود الدولة الوطنية**
3. **ان يكون التصرف مالي كحوالة او بيع او قرض (كل التصرفات التي تخرج عن نطاق التعاملات المالية لا تدخل ضمن هذا المانع منها مسائل الاحوال الشخصية)**
4. **ان يكون التصرف قد ابرم في العراق وتترتب اثاره فيه (اذا انعقد في الخارج وترتبت اثار في العراق او العكس فلا مجال لاعمال هذا المانع )**
5. **ان يكون سبب نقص الاهلية يعود الى سبب خفي لا يستطيع المتعاقد الاخر معرفته .**

* **يختلف موقف قانون التجارة العراقي عن القانون المدني فيما يخص كون التصرف قد انعقد ونتحج اثاره في العراق حيث لا يشترط قانون التجارة الملغي والنافذ هذا الامر حيث يكفي ان يضع الساحب توقعيه على الكمبيالة في العراق وان كانت لحساب شخص في الخارج طالما ان الموقع يعد كامل الاهلية حسب القانون العراقي وان كان ناقص الاهليه حسب قانون جنسيته.**

**اثار المصلحة الوطنية :**

1. **منع تطبيق قانون جنسية الاجنبي ناقص الاهلية**
2. **معاملته معاملة شخص كامل الاهلية طالما انه كذلك بموجب قانون قاضي النزاع**
3. **يعتبر العقد الصادر منه نافذ ولازم له**
4. **يطبق بدلاً عن قانون جنسيته قانون قاضي النزاع .**

**تطبيق القاضي للقانون الاجنبي**

**بعد ان يتم اسناد الاختصاص التشريعي للقانون الاجنبي من قبل قاضي النزاع فلابد من بيان ماهي طبيعة القانون الاجنبي وغيرها من الامور**

**طبيعة القانون الاجنبي :يعرف القانون الاجنبي بانه مجموعة من القواعد القانونية المطبقة خارج دولة قاضي النزاع على اراضي دولة اجنبية سواء كانت قواعد مدونة (تشريع) او عرف او قضاء.**

**س/ كيفية تطبيق القانون الاجنبي المسند اليه الاختصاص؟**

**ج/ هنالك اتجاهين :**

1. **يذهب الى القول ان تطبيق القانون الاجنبي يكون بناءاً على طلب الاطراف وعليهم البحث عنه بأنفسهم , والقاضي يطبق القانون الاجنبي بوصفة واقعة فهو يفقد الصفة القانونية له بمجرد عبورهحدود دولة القاضي .**
2. **يذهب الى القول ان تطبيق القانون الاجنبي يكون بقيام المحكمة من تلقاء نفسها بذلك , وتفرع عن هذا الاتجاه رايين الاول يقول ان القانون الاجنبي يندمج مع قواعد الاسناد الوطنية ويصبح جزءاً منها ويعامل معاملة القانون الوطني , بينما الراي الثاني يذهب الى القول بعدم صحة نظرية الاندماج ويعامل القانون الاجنبي معاملة القانون لديه قواعد اسناد ولكنه ذو صفة اجنبية .**

**س/ ماهي طبيعة الاوامر والقوانين الصادرة من منظمة دولية لاعضائها او من دولة غير معترف بها ازاء الدول الاخرى ؟ او قوانين دولة مضمومة الى دولة ضامة؟**

**ج/فيما يخص الدولة العضو في منظمة دولية : هنالك اتجاهين , الاتجاه الاول يذهب الى جعل قوانينها في مقام القوانين الوطنية طالما هي عضو في المنظمة الدولية تشابه في ذلك المعاهدات الدولية , الاتجاه الثاني يذهب الى وصفها بالقوانين الاجنبية لان شخص المنظمة مستقلة عن الشخصية الدولية للاعضاء وهذا هو الراي الراجح.**

**ج/ اما فيما يخص الدولة المضمومة يذهب الى وصفها بالقوانين الاجنبية حتى بعد الضم بينما هنالك اتجاه يوصفها بانها قوانين وطنية بعد الضم**

**ج/ اما قوانين دولة غير معترف بها اتجاه الاول يعاملها معاملة القوانين الاجنبية والاتجاه الاخر ينكر عليها وصف القانون اصلاً.**

**س/ ماهي وسائل التوصل للقانون الاجنبي ؟**

**ج/**

1. **وسائل اصلية : تتمثل بالوثائق التحريرية الرسمية التي تتضمن نصوص القانون الاجنبي والمصدقة من وزارة الخارجية في دولة قاضي النزاع , كذلك النصوص القانونية المرسلة من قبل القنصليات والسفارات**
2. **وسائل احتياطية تفسيرية: افادة مختصين الشفهية او التحريرية في القوانين ذات الشان وهي قرينة بسيطة تحتاج لدلائل تعززها , دراسات القانون المقارن تساعد الادلة السابقة وتجعلها دليل كامل .**

**اشكاليات تطبيق القانون الاجنبي : (اعمال القانون الاجنبي – تفسير القانون الاجنبي – الرقابة على تطبيق القانون الاجنبي – تغير القانون الاجنبي )**

1. **اعمال القانون الاجنبي : قد يواجهه القانون الاجنبي صعوبات عند تطبيقه وهي نوعين الاولى مادية فنية تتمثل في الترجمة فضلا عما قد تحتويه الترجمة من عدم دقتها بشكل يعطي معنى للنصوص لم يقصده المشرع والثانية صعوبات قانونية : تتمثل في مدى مطابقة القانون الاجنبي لدستور دولته من حيث اجراءات اصداره من تصديق واصدار ونشر واذا ما كان الدستور غير مدون تتمثل الصعوبة (مصدره العرف او القضاء) في معرفة تاريخ نشوءه واستقراره اما اذا كان مصدره القضاء الصعوبة تكون في تكون احكام القاضي ذو مصدر رسمي (كما في بريطانيا) او تفسيري (كما في العراق) وقد تتمثل الصعوبة في عدم مقدرة الاطراف او المحكمة في الوصوصل للقانون الاجنبي .**

**س/ في حال ظهور صعوبة عند اعمال القانون الاجنبي وعدم العثور عليه فما هو القانون البديل؟**

**ج/ ظهرت عدة اراء :**

* **يصار الى الغاء الطلب ويؤخذ على هذا الاتجاه انه ينكر العدالة ويترك النزاع في فراغ تشريعي .**
* **يصار الى تطبيق المبادئ العامةللامم المتمدنة**
* **تطبيق القانون الاقرب لقانون قاضي النزاع**
* **تطبيق قانون قاضي النزاع**

1. **تفسير القانون الاجنبي : عند التوصل للقانون الاجنبي قد يقوم القاضي بتفسير نصوص هذا القانون ولكن يثار سؤال هل سوف يتم تفسيرها وفق المبادئ والمفاهيم الوطنية الواردة في القانون الوطني ام السائدة في دولة القانون الاجنبي ؟**

**هنالك اتجاهين الاول يذهب الى ان تفسير القاضي يكون بالاستناد الى المفاهيم الوطنية بينما يذهب الاتجاه الاخر الى ان التفسير يكون وفق المفاهيم الموجودة والسائدة في دولة القانون الاجنبي (الاعمال التحضيرية والعوامل التاريخية والاقتصادية والظروف السياسية السائدة وقت صدور القانون )**

1. **الر قابة على تطبيق القانون الاجنبي : يلتزم قاضي النزاع من الرقابة على القانون االجنبي في مدى استيفاءه للشروط الشكلية والموضوعية لكي يصبح نافذاً في دولة القانون الاجنبي فاذا كانت دولة لاخير تاخذ بالرقابة الدستورية وتبين ان القانون الاجنبي موافق للدستور هنا القاضي يقوم بتطبيقه واذا كان غير موافق للدستور فيعتبر كالعدم ولا يصلح للتطبيق , اما اذا كانت دولة القانون الاجنبي لاتاخذ بالرقابة الدستورية فليس للقاضي ان يراقب مدى استيفاء القانون للدستورية( المشرع العراقي يأخذ بالرقابة على دستورية القانون الاجنبي في دستور 2005) .**
2. **تغير القانون الاجنبي : وهنالك نوعين لتغير القانون الاجنبي فقد يكون بقصد الغش نحو القانون , والذي يعتبر مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي وقد يكون التغير مقصود لذاته (تنازع متحرك او متغير) مثالها عراقي الجنسية تزوج وبعدها اكتسب الجنسية العراقية اي قانون الجنسية سوف يطبق**

**الاتجاه الاول جعل كل اثار الزواج الماضية والمستقبلة تخضع لقانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج (وقت تكامل عناصر الحق) بينما الاتجاه الاخر يذهب الى التمييز بين الاثار الماضية(الاخلاص وحسن المعاشرة والنفقة) تخضع للقانون السابق بينما الاثار المستقبلية (المهر الؤجل ) وكذلك الحال بالنسبة للنظام المالي للزوجين .**

**اما اتلغيير بفعل ارادة المشرع فقد يكون التغيير في القانون الاجنبي او في قاعدة الاسناد في قانون الاجنبي (العلاقات التي تكونت في ظل القانون القديم يطبق عليها القانون القديم اما العلاقات التي تكونت حديثا بعد التغيير يطبق عليها القانون الجديد( الاثر الفوري والمباشرة) ويعرف بالتنازع الانتقالي .**