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 والقانون الاجنبي، فان الغش نحو القانون يسمح بتطبيق القانون الاجنبي المختص اصلاً ويمنع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص، ولأجل بيان هذا المانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي فلابد من بيان معنى الغش نحو القانون، ثم نطاقه، واركانه، واخيرا اثره:

معنى الغش نحو القانون:

لا يقتصر الغش نحو القانون على 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 فيحصل عندما يعمد اطراف العلاقة الى تغيير ارادي 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 فيلجأ الزوج لتغيير جنسيته عن طريق اكتساب جنسية دولة تسمح له بالطلاق.

معنى الغش نحو القانون:

فيكون بذلك قد قام بتغير ضابط الجنسية بإرادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يحضره الى قانون يبيحه، أي انه تخلص من قانون يتشدد بشأن الطلاق ودخل في نطاق قانون يخفف من اجراءات الطلاق، فهو بذلك لم يغير الجنسية لتغير بيئته الاجتماعية انما لتبديل الاختصاص في العلاقة. وقد نشأت فكرة الغش نحو القانون بمناسبة قضية (دي بفرمونت) التي تتلخص وقائعها في ان امرأة 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، فاكتسبت الجنسية الالمانية بقصد الاستفادة من اباحة الطلاق الواردة في القانون الالماني والافلات 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 والزواج ذلك لان اغلب ضوابط هذه المسائل قابلة للتغير، بينما ذهب جانب اخر الى اعمال هذا المانع في جميع مسائل تنازع القوانين، أي في مجال الزواج والعقود والفعل الضار والنافع. ونعتقد ان الغش نحو القانون يعتمد كمانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي في نطاق المسائل التي تكون ضوابط الاسناد فيها قابلة للتغير، مثل الجنسية، والموطن، وموقع المنقول، اما اذا كانت الضوابط غير قابلة للتغير مثل موقع العقار، ومحل ابرام التصرف، فلا تعمل فكرة الغش في هذا النطاق. وهناك فرض يثير تساؤل الفقه يتمثل حول العمل بالغش كمانع، و هل يكون اذا وجه نحو قانون قاضي النزاع فقط ام يمكن ان يعمل به سواء كان موجه نحو قانون قاضي النزاع ام القانون الاجنبي؟

نطاق تطبيق الغش نحو القانون:

الاتجاه الراجح يذهب الى التوسيع من نطاق العمل بهذا المانع سواء كان الغش مرتكب تجاه قانون القاضي، ام قانون دولة اخرى، ذلك لان قاضي النزاع لا يحمي فقط قوانينه من الغش انما هو مكلف بحماية كل قانون ترتكب في مواجهته حالة الغش، ويقوم هذا الاتجاه على مبرر وهو تحقيق التعاون الدولي بين الدول في المجال التشريعي والقضائي، اضافة الى ان ذلك يضمن تحقيق العدالة ومحاربة الغش اينما كان لان الغش يفسد كل شيء وعدم تمكين مرتكب الغش للاستفادة منه، ومحاربة التطبيق الانتقائي للقانون.

اراء الفقه المؤيد والمعارض لفكرة الغش نحو القانون:

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

فالاتجاه الاول: يذهب الى معارضة الفكرة مبرراً ذلك بعدة مبررات تتمثل:

1. ان الفكرة تقوم على القصد وحيث ان القصد يتعلق بالنية لهذا فهي مسألة وجدانية يصعب على القاضي ان يستدل على وجودها لأنها مسألة داخلية، اضافة الى ان ذلك يسمح بوجود سلطة تحكمية للقاضي في الاستدلال على وجود قصد الغش. .
2. ان المشرع في جميع دول العالم يسمح للأفراد بتغيير ضوابط الاسناد وهذا يعني ان تغيير الضوابط مسألة مشروعة فكيف يؤخذ الافراد عن افعال اباح المشرع ممارستها.

نطاق تطبيق الغش نحو القانون:

اما الاتجاه الثاني فيذهب الى تأييد هذه الفكرة مستنداً في ذلك على عدة مبررات هي: .

1. ان القول بان الغش يقوم على القصد والنية وهي مسألة وان كانت صعب التحري عنها، الا انها ليست بالمستحيلة، فالقاضي في المسائل الجزائية يتحرى عن القصد الجنائي، فلا يمنع ذلك من تحريه عن قصد الغش في مسائل القانون الدولي الخاص، والقول باستعمال القاضي سلطة تحكمية للوصول للقصد قول مردود، لان تحري النية مسألة قانونية تخضع لرقابة المحاكم العليا. .

2. ان عدم محاربة الغش نحو القانون يعد مكافاة للأغنياء على حساب الفقراء، لانهم يستطيعون الانتقال بأنفسهم واموالهم بين الدول فتكون فرص ممارسة الغش بالنسبة لهم اوفر.

نطاق تطبيق الغش نحو القانون:

3. ان اباحة المشرع للأفراد حق تغيير ضوابط الاسناد مقيد بشرط ان تكون موجه لغرض مشروع، والحال ان الغش نحو القانون فيه استعمال وسيلة مشروعة لتحقيق نتيجة او غاية غير مشروعة، وذلك يؤدي الى عدم مشروعية الغاية الوسيلة.

ورغم ما تقدم من حجج المعارضين فقد نالت حجج المؤيدين القبول حيث اخذ القضاء الفرنسي والانكليزي والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 بالغش نحو القانون. كما يمكن اعتمادها على مستوى التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي استناداً الى المادة (30) من القانون المدني التي نصت على (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً) والى نفس المعنى ذهبت باقي التشريعات العربية ونذكر منها على سبيل المثال المادة (25) مدني اردني .