

أثر التغيير في قواعد الإسناد على تحديد القانون واجب التطبيق  
(دراسة مقارنة)

**Impact of the Change in the Rules of Attribution on  
the Definition of Applicable Law  
(Comparative Study)**

إعداد

علي عدنان علي

إشراف

الاستاذ الدكتور محمد ابراهيم ابو الهيجاء

رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير  
في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

حزيران، 2020

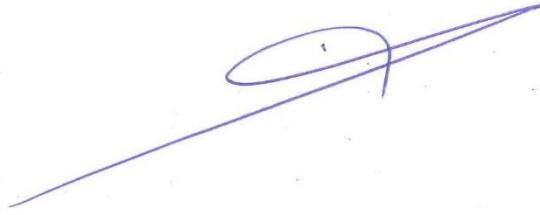
## تفويض

أنا علي عدنان علي، أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً  
للمكتبات أو المنظمات أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: علي عدنان علي.

التاريخ: 2020/6/26.

التوقيع:



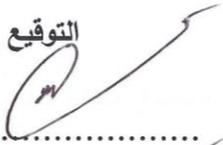
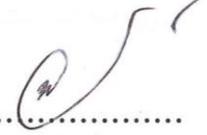
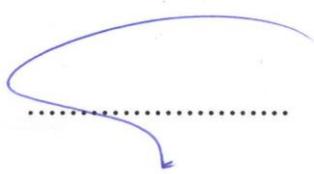
## قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها " أثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق

( دراسة مقارنة ) .

وأجيزت بتاريخ 10 / 06 / 2020.

أعضاء لجنة المناقشة :

التوقيع	جهة العمل	الصفة	الاسم
	جامعة الشرق الأوسط	مشرفاً ورئيساً	أ.د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء
	جامعة الشرق الأوسط	مناقشاً داخلياً	د. ياسين أحمد القضاة
	جامعة العلوم الإسلامية	مناقشاً خارجياً	د. علي خالد القطيشات

## شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والتقدير والعرفان إلى مشرف الرسالة الاستاذ الدكتور محمد ابراهيم ابو الهيجاء على ما بذله من جهد جهيد في سبيل إخراج هذه الدراسة بصورة علمية تعكس علمه الغزير، جزاه الله خير الجزاء.

كذلك أتقدم بالشكر الجزيل ووافر الاحترام إلى أعضاء لجنة المناقشة لما بذلوه من وقت وجهد في قراءة الرسالة من أجل إثراءها علميا وتقويمها بعلمهم النافع وملاحظاتهم القيمة، جزاهم الله خير الجزاء.

كذلك اتقدم بالشكر إلى من درسني وزرع بداخلي حب مادة القانون الدولي الخاص الدكتورة راقية عبد الجبار ...

والشكر موصول إلى جامعتي القديرة، جامعة الشرق الاوسط وإلى كلية الحقوق ممثلة بعميدها واساتذتها الكرام وخص بالذكر قسم القانون الخاص ممثل برئيس قسم القانون الخاص مشرف الدراسة وكذلك الاستاذ الدكتور انيس منصور المنصور.

إليكم جميعا اتقدم بالشكر الجزيل ..

الباحث

## فهرس المحتويات

أ.....	العنوان
ب.....	تفويض
ج.....	قرار لجنة المناقشة
ج.....	شكر وتقدير
ه.....	فهرس المحتويات
ز.....	الملخص باللغة العربية
ح.....	الملخص باللغة الإنجليزية

### الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها

1.....	أولاً: المقدمة
2.....	ثانياً: مشكلة الدراسة وأسئلتها
3.....	ثالثاً: هدف الدراسة
4.....	رابعاً: أهمية الدراسة
4.....	خامساً: حدود الدراسة
5.....	سادساً: محددات الدراسة
5.....	سابعاً: مصطلحات الدراسة
6.....	ثامناً: الإطار النظري
7.....	تاسعاً: الدراسات السابقة
10.....	عاشراً: منهجية الدراسة

### الفصل الثاني: ماهية قواعد الاسناد

13.....	المبحث الأول: مفهوم قاعدة الاسناد
13.....	المطلب الأول: تعريف قواعد الاسناد
16.....	المطلب الثاني: خصائص قواعد الاسناد
24.....	المبحث الثاني: أنواع قاعدة الاسناد وطبيعتها القانونية
25.....	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لقاعدة الاسناد
26.....	المطلب الثاني: أنواع قواعد الاسناد

### الفصل الثالث: طرق التغيير في قواعد الاسناد

- المبحث الأول: التغيير في قواعد الاسناد بفعل المشرع ..... 31
- المطلب الأول: المسائل التي لا تدخل ضمن مشكلة التنازع الزمني ..... 33
- المطلب الثاني: الحلول الوضعية لمشكلة التنازع الزمني ..... 36
- المبحث الثاني: التغيير في قواعد الاسناد بفعل أطراف النزاع ..... 39
- المطلب الأول: مفهوم التنازع المتحرك و شروطه ..... 40
- المطلب الثاني: الحلول الوضعية لمشكلة التنازع المتحرك ..... 45

### الفصل الرابع: الأثر القانوني المترتب على تغيير قواعد الاسناد

- المبحث الأول: الدفع بالنظام العام وآثاره ..... 52
- المطلب الأول: ماهية النظام العام وشروط الدفع به ..... 53
- المطلب الثاني: آثار الدفع بالنظام العام ..... 60
- المبحث الثاني: نظرية الغش نحو القانون ومدى مشروعيتها ..... 66
- المطلب الأول: ماهية نظرية الغش نحو القانون واسبابها القانوني ..... 67
- المطلب الثاني: شروط الدفع بالغش نحو القانون ونطاق تطبيقه ..... 79
- المطلب الثالث: آثار الدفع بالغش نحو القانون ..... 83
- المطلب الرابع: فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون ..... 86

### الفصل الخامس: الخاتمة، النتائج والتوصيات

- أولاً: الخاتمة ..... 88
- ثانياً: النتائج ..... 89
- ثالثاً: التوصيات ..... 91
- قائمة المصادر والمراجع: ..... 92

## أثر التغيير في قواعد الاسناد على تحديد القانون الواجب التطبيق

### دراسة مقارنة

#### إعداد

#### علي عدنان علي

#### إشراف

#### الدكتور محمد ابراهيم ابو الهيجاء

#### الملخص

تعالج هذه الدراسة التغيير في قواعد الاسناد وأثرها من ناحية تغيير القانون واجب التطبيق على النزاعات المشوبة بعنصر أجنبي، كذلك تبحث الدراسة في تغيير القانون الأجنبي الذي اشارت قاعدة الاسناد الوطنية في دولة القاضي بتطبيقه.

كما انها تتطرق إلى مفهوم قواعد الاسناد وطبيعته القانونية، وأيضا طرق التغيير في قواعد الاسناد.

لقد اظهرت هذه الدراسة ان هنالك نقص أو فراغ تشريعي في القانون المدني العراقي و كذلك الحال في القانون المدني الأردني، اذ ان اساس حكم القاضي ومتفقا مع نص قانوني صريح وواضح ولا يستند على مبادئ شائعة متعارف عليها، ذلك الحال في مسالة ابطال النتيجة التي تم التوصل اليها بطريق الغش أو التحايل على القانون، وكذلك وجوب الاخذ بعين الاعتبار معيار النية و القصد في التوصل إلى النتيجة بطريق الغش للتهرب من أحكام القانون الأصلي الذي يمنع هذه النتيجة أو يفرض التزاما على الاشخاص أو يحتوي على بعض الشكليات المعقدة والتكاليف الباهظة فنتيجة لذلك تتجه إرادة الأطراف للتهرب من أحكامه.

**الكلمات المفتاحية: أثر التغيير، قواعد الاسناد، القانون الواجب التطبيق.**

**Impact of the change in the rules of attribution on the definition of  
applicable law (Comparative study)**

**By: Ali Adnan Ali**

**Supervisor: Dr. Mohammed Ibrahim Abualhaija**

**Abstract**

This study deals with the change in the rules of predication and its impact in terms of changing the law applicable to disputes tainted with a foreign element, also the study discusses the change of foreign law that the national base of predication in the country the judge indicates to apply.

This study has shown that there is a deficiency or a legislative gap in the Iraqi civil law, as well in the Jordanian civil law, as the basis of the judge's ruling is in agreement with a clear and explicit legal text and is not based on common widely recognized principles, that case in the matter of Invalidity the result that It was reached by means of fraud or circumvention of the law, and also the necessity to take into consideration the criterion of intent in reaching the result by fraud to evade the provisions of the original law that prohibits this result or imposes an obligation on people or contains some complex formalities and exorbitant costs as a result, therefore, the will of the parties tends to evade its provisions.

**Keywords: Impact of the change, rules of attribution, applicable law.**

## الفصل الأول

### خلفية الدراسة وأهميتها

#### أولاً: المقدمة

ان المسافات قد اختصرت في هذا العصر وأصبح الانتقال من مكان إلى آخر وبين ابناء المجتمع نفسه امر في غاية السهولة واليسر وأصبحت الدول في عهدنا هذا تضم بجانب ابناء مجتمعا عددا لا بأس به من أفراد دول ومجتمعات أخرى، مما يؤدي إلى نشوء علاقات قانونية ذات طابع أجنبي، وان تزام القوانين بين الدول وتسابق كل دولة على تطبيق قانونها الوطني أوجب ظهور موضوع تنازع القوانين مما أدى إلى ظهور فكرة مبدأ إقليمية القوانين الذي نص على تطبيق القاعدة القانونية على كل ما هو موجود داخل إقليم الدولة بغض النظر عن جنسيته وأيضا ظهور مبدأ شخصية القوانين الذي ينص على تطبيق القاعدة القانونية على كل من يتبع الدولة برابطة الجنسية والولاء السياسي بصرف النظر عن مكان وجوده وإقامته غير أن هذين المبدأين قد يثيران مشاكل في التطبيق العملي للقوانين بواقع ان ظهور الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي لم يوجد إلا لمصلحة المتقاضين بتحديد القانون المختص بنظر النزاع و المحكمة الاقدر على تحقيق العدالة، بغض النظر عن المشكلات الأخرى التي قد تثيرها كمسألة انعدام الجنسية وتعددتها في المبدأ الشخصي أو نشوء نزاعات في ما يسمى بـ (أعالي البحار) في الاختصاص الاقليمي.

من هنا عملت أغلب الدول لتشريع قواعد أو ضوابط للإسناد لكي تحكم العلاقات بشكل موضوعي بعيدا عن الأحكام العامة، وقد أحدث موضوع قواعد الاسناد تمردا وأسلوبا جديدا لحل مسألة تنازع القوانين باعتبار ان الحل الذي تأتي به يكون مستمدا من ذات العلاقة محل النزاع

وليس من خلال مبدأ عام مقرر سلفا كما ذكرنا سابقا، وهو ما يعتبر بالتالي أقرب لتحقيق العدالة واستقرار المعاملات ومراكز الأفراد وهم اهداف القانون الدولي الخاص التي ينشد الوصول إليها<sup>(1)</sup>.

ان فكرة ضابط الاسناد تتمثل بعنصرين هما العنصر الواقعي والعنصر القانوني، يكون العنصر الواقعي ضابط الجنسية (على سبيل المثال) وهو تمتع الشخص بجنسية دولة معينة، أما العنصر القانوني فيكون ثابتا كمبدأ عام ولا يتغير بفعل الأفراد وانما المشرع وحده هو من يملك سلطة تغيير هذا العنصر كما لو استبدل فكرة الجنسية بفكرة الموطن في اختيار قواعد الاسناد التي تحكم مسائل الاحوال الشخصية، فنتور مشاكل حول تغيير ضابط الاسناد الذي يحكم القانون الواجب التطبيق ويقوم بتغييره إلى قانون آخر أو محكمة أخرى والذي يترتب اثر قانوني على الأفراد الذين يخضعون لهذا القانون، فضلا عن قيام الأفراد بشكل عمدي على العمل على تغيير قواعد الاسناد بهدف التهرب من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية واحلال قانون اخر بدلا عنه وهو ما يثير معه تساؤلا هاما حول اثر تغيير ضابط الاسناد على تحديد القانون واجب التطبيق.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: مشكلة الدراسة وأسئلتها

ان من اهم المشاكل التي تواجه القاضي هي مسألة تغيير قاعدة الاسناد وما يترتب هذا التغيير على آثار قانونية تؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على أطراف النزاع دون إرادتهم بذلك عن طريق حدوث ما يسمى بالتنازع الزمني للقوانين، أو قد يكون هذا التغيير من قبل أطراف النزاع

(1) الكسواني، عامر محمود، (2010)، موسوعة القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان

(2) العبودي، عباس، (2015)، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي ص35، مكتبة السنهوري، بغداد

بقصد التهرب من التزام يفرضه القانون الأصلي، أو لاكتساب حق لا يقرره القانون، أو بقصد التهرب من الشكليات المعقدة والتكاليف الباهظة التي ينص عليها القانون.

كذلك عندما تشير قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي يحمل في طياته مخالفة للنظام العام في دولة القاضي.

مما تقدم يطرح الباحث عدة تساؤلات لعل أهمها هو ما مصير العلاقة القانونية التي رتبت آثارها في ظل قانون قديم واستمرت لحين نفاذ القانون الجديد، أي القانونين يحكمها؟

كذلك بالنسبة لمسألة التهرب من أحكام القانون الأصلي هل هو حق مقرر للأفراد أم يستدعي العقوبة بأبطال النتيجة التي تم التوصل إليها بالغش؟ وهل هنالك معيار رئيسي لاعتبار فعل ما هو غش من عدمه؟ وأيضا ما هو القانون الواجب التطبيق في حالة اعتبار الفعل يمثل غشا نحو القانون.

وما موقف القاضي الذي يرى ان أحكام القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الاسناد الوطنية لتطبيقه يحمل مخالفة صريحة للنظام العام في قانون دولته، فهل يقوم باستبعاد القانون؟

سيحاول الباحث معالجة مشكلة الدراسة بالإجابة على هذه التساؤلات والتطرق إلى التشريعات المقارنة وآراء الفقه والسوابق القضائية كلما لزم الامر لذلك.

### ثالثا: هدف الدراسة

من أهداف هذه الدراسة هو بيان مفهوم النزاع الانتقالي أو المتحرك، وأيضا كيفية تحقق التغيير في قواعد الاسناد والآثار التي يترتبها هذا التغيير على أطراف النزاع، كما أن من أهداف هذه الدراسة هو بيان الأثر القانوني المترتب على فعل الغش نحو القانون وكذلك القانون الأجنبي

الذي اشارت قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي بتطبيقه إذا ما كان يحمل مخالفة للنظام العام في دولة القاضي.

#### رابعاً: أهمية الدراسة

تتضح أهمية الدراسة في ناحيتين، علمية وعملية، إذ تكون من الجانب العلمي هي الدراسة والبحث العلمي بذاته من حيث تناول السوابق القضائية وآراء الفقه في موضوع تغيير قواعد الاسناد وآثاره، أما من الجانب العملي، فتبدو الأهمية واضحة من حيث المشاكل التي تحصل بسبب تغيير القواعد القانونية التي تحكم العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي وآثارها على العقود الارادية ومصالح الأطراف وأيضا التغيير العمدي لضوابط الاسناد مما يحقق ما يسمى بالتحايل على القانون وكيفية حلها بالنظر لمصلحة الخصوم والمصلحة العامة في ذلك والذي ينعكس أهمية على الأفراد لتعنى بالدراسة كافة أطراف المجتمع من أفراد ومحامين وقضاة.

#### خامساً: حدود الدراسة

وتتضمن الحدود الزمانية والحدود المكانية.

#### الحدود الزمانية

نصوص القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 ابتداء بالمادة (10) وانتهاء بالمادة (33)، (النصوص المتعلقة بتنازع القوانين)، وأيضا نصوص القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 ابتداء بالمادة (11) وانتهاء بالمادة (29)، (النصوص المتعلقة بتنازع القوانين).

## الحدود المكانية

تتحدد الدراسة بالنصوص القانونية المتعلقة بالإسناد وقواعده وفقاً للنصوص التشريعية، وأحكام المحاكم في جمهورية العراق والمملكة الأردنية الهاشمية.

### سادساً: محددات الدراسة

تقتصر هذه الدراسة على أثر التغيير في قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وبيان آراء الفقه والسوابق القضائية حول هذا الموضوع، وأيضاً النصوص التشريعية المتعلقة بقواعد الإسناد في القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني، ولا تتعداها إلى باقي مواضيع القانون الدولي الخاص.

### سابعاً: مصطلحات الدراسة

الإسناد لغة: له معان عديدة منها ما ارتفع من الأرض في قبل جبل، أو واد.

الإسناد اصطلاحاً: هو الإخبار عن طريق المتن (1).

قواعد الأسناد: هو المعيار الذي يحدد بطريقة مجردة القانون الواجب التطبيق، الذي يظهر إرادة المشرع في تفضيله لقانون معين فهو الوسيلة التي تربط بين الفكرة المسندة وقانون دولة ما (2).

المنازعة أو النزاع لغة: ادعاء كل فريق إن الحق معه.

المنازعة اصطلاحاً: اختلاف محكمتين أو جهتين قضائيتين على نظر الدعوى (3).

(1) بن منظور، جمال الدين ابو الفضل، معجم لسان العرب، مطبعة دار المعارف

(2) العبودي، عباس، (2015)، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بغداد

(3) قاموس المحيط

تنازع القوانين: تزامم أو اختلاف قانون دولتين أو أكثر بمناسبة علاقة قانونية تنتمي بعنصر أو أكثر من عناصرها بهذه الدول.

القانون واجب التطبيق: هو القانون الذي يطبق على العلاقة القانونية موضوع النزاع.

الغش لغة: خلطُ الأشياءِ بغيرها وبما هو أقلُّ ثمنًا منها

الغش اصطلاحاً: هو إحدى الظواهر المُنحرِفة، والتي تظهر في المُجتمع، وهي تدلُّ على الخروج

عن قيم ومعايير الشرع؛ مما يترك أثراً سلبياً على مظاهر الحياة الاجتماعية. (1)

## ثامناً: الإطار النظري

### ستتناول هذه الدراسة

الفصل الاول: خلفية الدراسة وأهميتها.

الفصل الثاني: ماهية قواعد الاسناد.

الفصل الثالث: طرق التغيير في قواعد الاسناد.

الفصل الرابع: الأثر القانوني المترتب على تغيير قواعد الاسناد.

الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات.

---

(1) الداودي، غالب علي، (1998)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار وائل للطباعة، عمان

## تاسعا: الدراسات السابقة

الدراسة الاولى: الساعدي، مزعل كريم، (2005)، مفهوم قاعدة الاسناد وخصائصها بحث منشور في مجلة كربلاء للحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء

تناول الباحث في دراسته مفهوم قاعدة الاسناد وخصائصها بشكل عام وأيضا قام بالتطرق لأهمية قواعد الاسناد وطبيعتها من حيث انها تصنف ضمن ادراج القانون العام أو الخاص وبيان آراء الفقه في هذا الموضوع، كذلك تطرق الباحث بشيء من التفصيل إلى التأصيل القانوني لنشأة قواعد الاسناد، وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها اهتمت بالجانب النظري لقواعد الاسناد ولم تبحث اثر التغيير فيها، كما انها اقتصرت على بيان آراء الفقه بشكل عام في قواعد الاسناد من حيث طبيعتها ونشأتها، واننا قد تناولنا التشريعات المقارنة والسوابق القضائية.

الدراسة الثانية: قطيشات، خلدون سعيد، (2011)، تغيير ضابط الاسناد لغاية مشروعة وأثره في تحديد القانون واجب التطبيق في القانون الدولي الخاص الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان.

تناول الباحث في دراسته ماهية قاعدة الاسناد، وكيفية تحققها، وأيضا مفهوم فكرة تنازع القوانين من حيث المكان وكيفية حصول هذا التنازع وأيضا تطرق إلى فكرة انعدام الجنسية أو الموطن، وقام الباحث بتناول أثر تغيير ضابط الاسناد للغايات المشروعة فقط وبهذا يختلف عن دراستنا كونه تناول موضوع تغيير قاعدة الاسناد من قبل الأطراف وللغايات المشروعة، وأيضا اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كوننا نتناول الموضوع كدراسة مقارنة حيث اقتصرت دراسته على القانون الدولي الخاص الأردني.

**الدراسة الثالثة: عبد الله، هند مهند، (2011)، التغيير الارادي لظرف الاسناد واختيار القانون الواجب التطبيق بحث منشور في مجلة كربلاء للحقوق، جامعة كربلاء، العراق.**

تناول الباحث في دراسته الإرادة ودورها في تغيير ظرف الاسناد واختيار القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال اعطاء الأطراف الحق في اختيار القانون الأنسب الذي يحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي وتمكينهم من تقرير مصير هذه العلاقة القانونية، واختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها تناولت موضوع التغيير الارادي ولم تتطرق إلى موضوع تغيير قاعدة الاسناد من قبل المشرع نفسه، كما أن الدراسة اقتصرت على القانون العراقي على عكس دراستنا التي تطرقت إلى موقف التشريع الأردني من قواعد الاسناد.

**الدراسة الرابعة: عبد الحسن، ختام، (2011)، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة المعهد التقني للدراسات القانونية، النجف، العراق.**

تناول الباحث في دراسته الدفع بالنظام العام وآثاره على القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد في دولة القاضي، كذلك تناول الحالات التي يتوجب بها استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي الذي ينظر النزاع، وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها قد تناولت أحد آثار تغيير قاعدة الاسناد أو الدفع بالنظام العام عند استشعار مسألة الغش نحو القانون، كما انها تختلف عن دراستنا كونها اخذت الموضوع من منظور القانون العراقي فقط.

**الدراسة الخامسة: ابو صبيح، عبد الرسول كريم، (2010)، أثر الغش نحو القانون على ظرف الاسناد، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الكوفة، العراق.**

تناول الباحث في هذه الدراسة الغش و اثره على ضابط الاسناد كما انه تطرق إلى الاجراء المتبع من قبل القاضي في حالة استشعاره القيام بالغش أو التحايل على القانون بشكل عمدي من قبل أطراف النزاع، وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كوننا تناولنا الموضوع بشكل اعم و اشمل

حيث ان الباحث قد تناول في دراسته موضوع تغيير قاعدة الاسناد بفعل أطراف النزاع و بفعل المشرع عند قيامه باستحداث النصوص القانونية، كما ان دراستنا تناولت الموضوع من منظور القانون الدولي الخاص العراقي و الأردني كذلك عكس الدراسة السابقة التي اقتصرت على القانون الدولي الخاص العراقي فقط.

**الدراسة السادسة: محمود، سلطان عبدالله، (2010)، الدفع بالنظام العام وآثاره، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق.**

تناول الباحث في دراسته آثار الدفع بالنظام العام على القانون واجب التطبيق الذي تشير اليه قاعدة الاسناد في حال مخالفته للنظام العام لدولة القاضي الذي ينظر النزاع، كما ان الباحث تطرق إلى ماهية فكرة النظام العام وكيفية نشأته، وقد اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها اقتصرت على أحد آثار تغيير قاعدة الاسناد أو القانون الواجب التطبيق لمخالفته للنظام العام، كما ان الدراسة اقتصرت على القانون الدولي الخاص العراقي فقط، وان دراستنا كانت مقارنة بين القانونين العراقي والأردني.

**الدراسة السابعة: حسون، محمد حسناوي شويح، (2018)، تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي، اطروحة دكتوراه، جامعة بابل كلية القانون**

تناول الباحث في دراسته فكرة النظام العام وأثره في استبعاد القانون الأجنبي واحلال قانون القاضي محله، كما انه تطرق لحل مشكلة النقص التشريعي الحاصل بسبب قيام القاضي باستبعاد أحكام القانون الأجنبي، اختلفت هذه الدراسة عن دراستنا كونها اقتصرت على أثر واحد من آثار تغيير قاعد الاسناد، كما انها تناولت الموضوع من جانب القانون العراقي، وان دراستنا كانت مقارنة بين القانون العراقي والقانون الأردني.

## عاشرا: منهجية الدراسة

سيتم في هذه الدراسة اتباع اسلوب البحث العلمي القائم على المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج القانوني المقارن للنصوص القانونية وتحليلها، حيث سيقوم الباحث بتسليط الضوء على آراء الفقه والنصوص التشريعية والسوابق القضائية فيما يتعلق بموضوع تغيير قواعد الاسناد والآثار التي تترتب عليها وتأثيرها في القانون واجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي.

## الفصل الثاني

### ماهية قواعد الاسناد

ان قواعد الاسناد عبارة عن نصوص قانونية وضعها المشرع في القانون المدني، والغرض منها هو تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وتعد هذه النصوص قواعد مجردة وأمره ترشد القاضي في النزاع المطروح امامه إلى القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع. وان المسألة الاولى الواجبة الاتباع على القاضي هي تكييف هذه العلاقة القانونية ومن ثم اسنادها إلى القانون الواجب التطبيق، أي اما اخضاعها لقانونه الوطني، أو احوالها إلى قانون أجنبي آخر. وبذلك يكون القاضي ملزماً بما تمليه عليه قواعد الاسناد، باعتبارها نصوص أمرة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

لكن، ما الفرق بين التكييف والاسناد والاحالة؟ وهل من الممكن وجود هذه المصطلحات في القانون الداخلي أم هي مقتصره على العلاقات التي يشوبها عنصر أجنبي، أي ما يتعلق بالقانون الدولي الخاص فقط؟

ان مسألة التكييف هي مسألة اولية يقوم بها القاضي المطروح امامه النزاع لكي يحدد نوع العلاقة القانونية.

أي ان القاضي يقوم بإعطاء الوصف الصحيح للعلاقة القانونية محل النزاع، وان التكييف لا يقتصر على القانون الدولي فقط وانما في القانون الداخلي كذلك.

أي في العلاقات التي يحكمها القانون الوطني اذ ان مسألة التكييف هي مسألة ضرورية ومن الاساسيات التي يقوم بها القاضي عند نظره للنزاع المطروح امامه.

الا انه يختلف في القانون الدولي الخاص في كون ان التكييف يختلف من دولة إلى أخرى ومن قانون إلى قانون اخر وذلك لاختلاف الانظمة القانونية وتكييفها للعلاقات القانونية التي تحكمها.

### اما بالنسبة لمصطلح الاحالة

فهو قيام القاضي الذي ينظر النزاع، وطبقا لما تمليه عليه قواعد الاسناد الموجودة في قانونه الوطني، بإحالة النزاع المطروح امامه إلى قانون دولة أخرى، كما ورد في نص المادة (19) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951): (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ...).

وبذلك تختلف مسألة الاحالة عن كل من التكييف والاسناد لكون ان الاحالة هي مسألة ثانوية يقوم بها القاضي بإحالة النزاع إلى قانون دولة أخرى لما تمليه عليه قواعد الاسناد التي نص عليها المشرع وكذلك فإن مسألة الاحالة يتصور وجودها في القانون الداخلي وبشكل كبير كما في مسألة الاحالة بين المحاكم لعدم الاختصاص المكاني أو النوعي ... الخ، أي هي لا تقتصر فقط على العلاقات التي يشوبها عنصر أجنبي.

وانطلاقا مما تقدم فأنا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نتناول في الاول مسألة قواعد الاسناد ومفهومها كما تطرق اليها الفقه والقانون، ونتناول في المبحث انواع قواعد الاسناد وطبيعتها القانونية. (1)

(1) حافظ، عبد الكريم ممدوح، (1973)، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد

## المبحث الأول مفهوم قاعدة الاسناد

ان العلاقات بين الأفراد لا تقتصر فقط على كونها علاقات داخلية، أي تمت في دولة واحدة ضمن قانون واحد، وانما هنالك أيضا علاقات بين أفراد من دول مختلفة تحت أكثر من نظام قانوني واحد، وكذلك تكون العلاقة متصلة بعنصر أو أكثر من عناصرها (كالأشخاص والموضوع والسبب) بأكثر من دولة ويحكمها أكثر من نظام قانوني واحد، وفي إطار ذلك تظهر الأهمية لقواعد الاسناد فهي قواعد لا تعطي حلول فورية ومباشرة للنزاع، انما تقتصر على ارشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية.

ان العلاقة القانونية التي تكون عناصرها متصلة بأكثر من دولة تتسم بالصفة الدولية، ولكنها تصبح علاقة وطنية بعد إعمال قاعدة الاسناد، وذلك نسبة للقانون المسندة إليه، وان هذه القواعد، هي قواعد وضعية تتصف بالصفة الوطنية حيث هي من وضع المشرع الوطني، ولا تنقيد بمعيار عام حيث يقوم المشرع بتفريد حكم قانوني خاص لكل حالة أو علاقة قانونية تتسم بالصفة الدولية، كما في حالة قانون موقع المال وقانون جنسية الزوج.<sup>(1)</sup>

## المطلب الأول تعريف قواعد الاسناد

ان قاعدة الاسناد في القانون الدولي، هي قواعد قانونية ارشادية، تم وضعها من قبل المشرع الوطني لغرض الاستدلال على القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، وان فكرة ظهور هذه القواعد القانونية هو تجنبنا للمشاكل التي تحصل لو لم تكن قواعد الاسناد موجودة

(1) دارز، رمزي محمد علي، (2011)، فكرة تنازع القوانين ص112، منشورات زين الحقوقية، بيروت

مما يؤدي إلى تزامم أكثر من قانون ينطبق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي وبذلك يتم اللجوء إلى ما يسمى وقبل ظهور قواعد الاسناد بـ (الاختصاص الاقليمي)، مبدأ اقليمية القوانين وما تثيره هذه القواعد من مشاكل اذ انها تنص على تطبيق قانون الدولة على كل ما يحصل على اقليمها، وهذا ما يثير مشاكل عند تطبيقه في حالة حصول واقعة فيما يسمى بـ (اعالي البحار) وهي المياه التي لا تكون نابعة لسيادة دولة معينة، أي خارج اقليم الدولة وكذلك ما العمل لو ابرم عقد ما في دولة وكان يراد تنفيذه في دولة أخرى، وأيضا المبدأ الثاني الذي يسمى بمبدأ شخصية القوانين وينص على تطبيق قانون الدولة على رعاياها حتى ولو لم يكونوا داخل اقليم الدولة، أي تقوم الدولة بتطبيق قانونها على كل من يتبع الدولة و يرتبط بها برابط الجنسية أو الولاء السياسي أيا كان محل وجوده ، كما يصير هذا المبدأ مشاكل أيضا حيث يثار التساؤل عن مدى امكانية تطبيق هذا المبدأ في ظل وجود مشكلة انعدام الجنسية، وتعدد الجنسية. (1)

لقد تناول الفقه موضوع قاعدة الاسناد فقد عرفها عدد من الفقه، ومن هذه التعريفات: (هي القواعد التي تكون وظيفتها الاساسية الاشارة أو الاسناد إلى قانون يتولى حل النزاع في العلاقات ذات الطابع الدولي) (2).

وقد عرفها البعض (انها قاعدة قانونية ترشد القاضي بشأن علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي أو أكثر أو بانها قواعد قانونية تم بمقتضاها تحديد القانون واجب التطبيق على المنازعة) (3).

(1) الهداوي، حسن، (1993)، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الاردني، ص13، دار مجدلاوي للنشر والتوزيع، عمان، الاردن

(2) ابراهيم، احمد ابراهيم، (2002)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ص153، دار النهضة العربية، عمان، الاردن،

(3) سلامة، احمد عبد الكريم، (2008)، القانون الدولي الخاص ص291، دار النهضة العربية، القاهرة

وتعرف أيضا: (هي القواعد التي تقوم بتحديد القانون الأنسب والاجدر بحكم العلاقة ذات الطابع الدولي والتي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون).<sup>(1)</sup>

ويعرفها أيضا الدكتور جابر عبد الرحمن (هي قواعد وطنية وضعها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون واجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي هدفها تحقيق العدالة والمنفعة ولا تصطدم بمصالح الدولة العليا أو السياسية).<sup>(2)</sup>

اما بالنسبة للفقه في العراق فقد عرفها على انها (هي القواعد القانونية التي يتكفل المشرع الوطني غالبا بتنظيمها بتشريع أو مصادر أخرى لغرض الوصول إلى القانون واجب التطبيق على العلاق القانونية المعروضة على القضاء والمشوبة بعنصر أجنبي).<sup>(3)</sup>

اما بالنسبة للفقه في الأردن فقد عرفها بأنها (قواعد الإسناد: هي عبارة عن قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني وهدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي).<sup>(4)</sup>

يرى الباحث ان قواعد الاسناد بشكل عام هي قواعد قانونية وضعية تصف بالعمومية والتجريد، كذلك هي قواعد امرة، من وضع المشرع الوطني، تهدف هذه القواعد بشكل عام إلى إرشاد القاضي

(1) شيبه، عوض الله، (1976)، الوجيز في القانون الدولي الخاص ص323، دار النهضة العربية، عمان، الاردن

(2) عبدالرحمن، جابر، (1969)، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، عمان، الاردن، ص169

(3) حافظ، عبد الكريم ممدوح، (1973)، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ص263، دار الحرية للطباعة، بغداد، ص 263

(4) سلامة، احمد عبد الكريم، (2002)، الاصول في التنازع الدولي للقوانين ص480، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

إلى القانون الأمتل والأقرب للنزاع والاقدر على تحقيق العدالة ليقوم القاضي بتطبيقه على النزاع المشوب بعنصر أجنبي.

## المطلب الثاني خصائص قواعد الاسناد

اما بالنسبة لخصائص قاعدة الاسناد، فإن قواعد الاسناد عموما تمتاز بأنها:

**أولاً:** ان قاعدة الاسناد هي قاعدة غير مباشرة، أي ان وظيفتها تكون ارشادية فقط ولا تعطي الحل بشكل مباشر، انما ترشد القاضي الذي ينظر النزاع إلى القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع

**ثانياً:** قاعدة الاسناد هي قاعدة مزدوجة الجانب، أي أنها لا ترشد القاضي إلى الحالات التي يطبق فيها قانونه الوطني فحسب، وانما ترشده في أحيان أخرى إلى تطبيق قانون أجنبي، وتعد هذه الميزة ذات أهمية فما الفائدة من كون قاعدة الاسناد لا ترشد القاضي إلا إلى تطبيق قانونه الوطني، أي لو كانت كذلك لتوجب على القاضي الاستعانة بحل بديل مختلف عن قواعد الاسناد.<sup>(1)</sup>

**ثالثاً:** قواعد الاسناد ذات طابع وطني، أي ان قواعد الاسناد هي من صنع المشرع الوطني، أي انها وضعية، وضعتها السلطة التشريعية، الا ان صفة الوطنية هذه لا تغني عن كونها مقتصرة على ارشاد القاضي إلى قانونه الوطني فحسب كما ذكرنا آنفاً.

---

(1) الكسواني، عامر محمود، (2010)، موسوعة القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الجزء الاول ص24، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن

**رابعاً:** قاعدة الاسناد قواعد الزامية، أي ان هذه القواعد التي وضعها المشرع الوطني، حالها كحال باقي القوانين الأخرى التي وضعت من قبل المشرع، أي تكون الزامية كونها وضعت لغرض ايجاد القانون الملائم لحكم العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.

**خامساً:** قواعد الاسناد هي قواعد ذات طابع حيادي، أي ان هذه القواعد لا تفرق بين تطبيق القانون الوطني والقانون الأجنبي بالنظر إلى اعتبارات وطنية أو مصلحة معينة أخرى، وصفة الحياد هذه تعني انها لا تميز بين قانون القاضي وأي قانون أجنبي اخر فهي تنص على تطبيق قانون القاضي إذا كان النزاع متصل أكثر بقانون القاضي الذي ينظر النزاع.<sup>(1)</sup>

ان قواعد تنازع القوانين تتشابه في مظهرها الخارجي مع القواعد القانونية الأخرى في كونها قاعدة قانونية ملزمة وأمره، إلا أنها تختلف عن القواعد القانونية وتتفرد عنها بكونها تشترط عناصر ومظاهر داخلية لازمة لها، لتمكنها من أداء عملها على نحو مختلف عن باقي القواعد القانونية الأخرى.

ولذلك سيقوم الباحث بإيجاز لهذه العناصر:

**أولاً:** العناصر الخارجية لقواعد الاسناد<sup>(2)</sup>

ان قاعدة الاسناد هي قاعدة قانونية حالها كحال ما في القواعد الأخرى، أي تتسم بصفة العمومية والتجريد، كذلك فأنها لا تخاطب شخص بحد ذاته انما هي قاعدة عامة مجردة تخاطب الكافة بدون استثناء وكذلك فهي قواعد فرضية أي تفترض حدوث واقعة معينة مستقبلاً، وتعطي

(1) العبودي، (2015)، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي والاحكام الأجنبية، ص23، دار السنهوري، بغداد

(2) الداودي، غالب علي، (1998)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ص23، دار وائل للطباعة، عمان

الحكم القانوني لها ولقيام قاعدة الاسناد فهي تشترط عناصر خارجية لازمة لأعمالها وهما عنصري  
الفرض والحكم.

## 1- الفرض

ان عنصر الفرض في قاعدة الاسناد هو افتراض حدوث عمل معين، أي سواء كان تصرف  
قانوني كإبرام العقود كما في عقد الزواج أو واقعة قانونية كالفعل الضار كما في حالة اتلاف  
الاموال أو التعدي على الغير، ويجب على هذا الفرض ان يتطابق والقاعدة القانونية وشروطها.  
وبذلك فان قيام مشرع قواعد الاسناد ولكي يتوصل إلى القانون الأكثر ملائمة لتطبيقه على  
النزاع قام بتقسيم العلاقات القانونية للأفراد التي قد يثور بشأنها نزاعات مشوبة بعنصر أجنبي.

## 2- الحكم

هو الأثر القانوني أو الحل الذي يترتب على قيام الواقعة أو التصرف القانوني، بعبارة أخرى  
هو جواب الفرض أو السؤال الذي يدور في حالة ما الحكم لو حدثت تلك الواقعة، أي لو توفر  
الفرض يتوفر الحكم لتكلمته والإجابة عنه، وهذا ما يتبين لنا في الأحكام القانونية كمثال ما ورد في  
القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (1/19) (يسري في الطلاق والتفريق  
والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى).

وأيضاً ما ورد في المادة (18) من القانون ذاته (الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي  
اليها الشخص بجنسيته).

كذلك ورد في القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 في المادة (1/19) (يسري على  
الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون لها بجنسيتهم ...)

وأيضاً في المادة (2/14) من القانون ذاته (يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى).

#### ثانياً: العناصر الداخلية لقواعد الاسناد (4)

ان قواعد الاسناد هي قواعد قانونية ذات طبيعة خاصة، تحكم العلاقات القانونية بين الأفراد لغرض ايجاد القانون الأنسب والأكثر ملائمة لتطبيقه على العلاقة القانونية، ان قاعدة الاسناد هذه ترتكز على ثلاثة عناصر داخلية وهي:

#### 1- الفكرة المسندة أو موضوع الاسناد:

وهي العلاقة القانونية أو الحالة الواقعية التي تقوم قواعد الاسناد بتحديد القانون الذي يحكمها، أي ان العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأفراد ليس لها حصر، اذ يصعب تخصيص قاعدة لكل تصرف يحكم علاقة الأفراد فيما بينهم، لذلك لجأ المشرع وفي اغلب الدول إلى وضع قواعد للأسناد تحكم مجموعة من العلاقات التي تكون متقاربة فيما بينها إلى حد ما واسنادها إلى قانون معين يحكمها، وهذه العلاقات المتقاربة هي ما يسمى بالفكرة المسندة أو موضوع الاسناد.

#### 2- ضابط الاسناد

ويسمى أيضاً بضابط الاختيار، وهو معيار وظيفته تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة القانونية على الصعيد الدولي الخاص، وهو يقوم بإظهار ارادة المشرع في احالة العلاقة القانونية

---

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (2002)، الاصول في التنازع الدولي للقوانين ص72، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

لقانون أجنبي معين أو قانون القاضي نفسه، إذا ان ضابط الاسناد هو الرابط بين الفكرة المسندة وقانون دولة ما.

وكمثال على ضابط الاسناد فهو يتمثل بجنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق كما ذكر في القانون المدني العراقي والأردني كذلك، فان ضابط الاسناد هنا وهو المتمثل بجنسية الزوج يكون فكرة قانونية تتمثل بعنصرين واقعي وقانوني وعنصر واقعي يتمثل بتمتع الزوج بجنسية دولة معينة، وعنصر قانوني هو الجنسية بحد ذاتها متمثلة بكونها ضابط الاسناد لأنها تمثل انتماء الفرد إلى دولة معينة.

### 3 - القانون واجب التطبيق

وهو القانون المسند اليه العلاقة القانونية محل النزاع، وان القانون الواجب التطبيق قد يكون قانون القاضي نفسه، أي قيامه بتطبيق قانونه الوطني، أو قانون أجنبي آخر، لكون قاعدة الاسناد قاعدة تتمثل بالحياد فالقاضي يقوم بتطبيقها سواء كانت تشير إلى قانونه الوطني أو قانون أجنبي آخر.

وبإيجاز ما تقدم من خصائص قاعدة الاسناد فان الباحث يرى ان قواعد الاسناد هي قواعد قانونية وضعية، تختلف عن القواعد القانونية الأخرى من حيث طبيعتها، فهي لا تعطي الحل بطريق مباشر، وانما تقتصر وظيفتها على تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يعطي الحل لهذا الفرض، وبما ان اغلب الأحيان تقوم هذه القاعدة بإحالة الواقعة إلى قانون أجنبي آخر، أي غير قانون القاضي، لذلك فمن الواجب على الرسالة ان تتطرق إلى موقف المشرع من الاحالة.

تطرق الباحث في موضع سابق من الرسالة إلى مفهوم الاحالة، فقد ذكر ان الإحالة هو قيام القاضي الذي ينظر النزاع، وطبقا لما تمليه عليه قواعد الاسناد الموجودة في قانونه الوطني، بإحالة

النزاع المطروح امامه إلى قانون دولة أخرى، وكذلك مسألة جواز الاحالة في القانون الداخلي، أي انها لا تقتصر فقط على النزاع المشوب بعنصر أجنبي.

الا ان ما يهم الباحث في بحثه هذا هو مسألة الاحالة في النزاعات الدولية، فما هو موقف

المشرع العراقي من جواز الاحالة إلى قانون أجنبي اخر؟

تنص المادة (31) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على (إذا تقرر ان قانونا

أجنبيا واجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي

(الخاص)

فقد جاء النص صريحا برفض فكرة الاحالة، الا ان هذا الرفض ليس مطلقا، وانما يحتوي على

استثناء، وهو ما ورد في قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة (1984) في المادة (2/48) (يرجع

في تحديد اهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون التي ينتمي اليها الملتزم بجنسيته فاذا احال هذا

القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة واجبة التطبيق).

وكذلك الاستثناء الاخر في حالة وجود أي اتفاقية التزم بها العراق وتقضي هذه الاتفاقية بالأخذ

بفكرة الاحالة<sup>(1)</sup>.

اما بالنسبة لموقف المشرع الأردني من نظرية الاحالة فكان موقفه مشابها لموقف المشرع

العراقي اذ نص في المادة (28) من القانون المدني الأردني لسنة (1976): (إذا تقرر ان قانونا

أجنبيا هو واجب التطبيق فلا يطبق منه الا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي

(الخاص)

(1) بغدادي، حسن احمد، (1950)، الاسناد إلى قوانين دول متعددة الشرائع، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة

الاسكندرية، مصر

و في حكم قضائي للقضاء العراقي اخذ فيها بفكرة الاحالة في قضية فتاة انجليزية تزوجت وعمرها 12 سنة و متوطنة مع امها في العراق، وتزوجت من عراقي، اذ تعتبر البنت بالغة سن الرشد طبقا لنص المادة (986) من مجلة الأحكام العدلية التي كان معمولا بها عند زواج الفتاة، وجاء في القرار (ان القانون الانجليزي صريح بان اهلية البريطاني للزواج تقرر حسب قانون موطنه، وحيث ان الفتاة بريطانية فالقانون الذي يحكم اهليتها هو القانون الانجليزي، وبما ان هذا القانون الاخير قد نص صراحة بان اهلية البريطاني تقرر حسب قانون الموطن، وان الفتاة متوطنة مع امها في العراق، فيكون القانون العراقي مختصا).<sup>(1)</sup>

كذلك يتناول الباحث سابقة قضائية أخرى لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق بتاريخ: (2016/11/28) " لدى التدقيق والمداولة من الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا تقرر قبوله شكلا، وبعد عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون وجاء اتباعا لقرار النقض الصادر من هذه المحكمة بالعدد 79/ الصادر من الهيئة الموسعة المدنية 2016 في 2016/6/15، ذلك ان الثابت ان القانون الواجب التطبيق في هذه القضية هو قانون الموجبات والعقود اللبناني وانه يتوجب على المدعي عملا بالفقرة 13 من الاتفاقية المبرمة بين الطرفين وان يطلب الغاء العقد مع التعويض عملا بأحكام (241) من القانون المشار اليه وان نص المادة يقابله في القانون العراقي نص المادة (177) من القانون المدني وحيث ان القانون اللبناني هو القانون الواجب التطبيق وان الطرفان تصادقا على سريانه على موضوع النزاع وان المدعي لم يطلب الغاء العقد مما تكون الدعوى واجبة

(1) رقم القرار (1332)، (1951)، مجلة الاحكام القضائية، العدد الاول، المجلد الاول، تشكلت هذه المحكمة برئاسة الاستاذ

الرد شكلا و هذا ما قضى به الحكم المميز لذا قرر تصديقه و رد الطعن التمييزي و صدر الحكم في (2016/11/28) ".<sup>(1)</sup>

يرى الباحث ان فكرة عدم الاخذ بالإحالة، أي تطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين هو بالحقيقة تجزئة لهذا القانون، أي ان القانون الأجنبي واحد لا يتجزأ وبالتالي فاذا قرر القاضي الوطني ان قانونا أجنبيا هو المختص فعليه تطبيق هذا القانون ككل وعدم الاقتصار على قواعده الموضوعية فحسب.

كذلك في أغلب الأحيان عند الاخذ بفكرة الاحالة قد يقوم القانون المحال اليه برفض الاختصاص واعادته إلى قانون القاضي الذي ينظر النزاع مما في ذلك تسهيل على مهمة القاضي كونه الاعلم بقانونه الوطني، لذا فان الباحث يؤيد فكرة عدم تجزئة القانون المحال إليه والاخذ به معا كقواعد موضوعية وما يتعلق بتنازع القوانين.

---

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بتاريخ 2016/11/28 ، رقم 356 الهيئة الموسعة المدنية

## المبحث الثاني أنواع قاعدة الاسناد وطبيعتها القانونية

في خوض تناول الباحث لقواعد الاسناد، وبعد التطرق إلى ماهية هذه القواعد، ومصدرها وطريقة نشأتها، وتطرق بشيء من التفصيل إلى تعريف هذه القواعد وفقا للفقهاء، وأيضا خصائص وعناصر هذه القواعد القانونية، واختلافها عن القواعد القانونية الأخرى، فأن الباحث سيتطرق انواع قواعد الاسناد وطبيعتها القانونية.

ان موضوع الطبيعة القانونية لقواعد الاسناد قد أثار جدلا واسعا بين جمهور الفقهاء، وكذلك أثارت اهتمام التشريعات والقضاء لما تحمله هذه القواعد من فاعلية وأهمية على صعيد الحلول التي توفرها لحل مشكلة تنازع القوانين بشكل عام، فذلك يلزم ان تكون لقواعد الاسناد طبيعة واحدة كونها تتصف بالعمومية والتجريد والالزام.<sup>(1)</sup>

وإذا كانت قواعد الاسناد لها خصائص القاعدة القانونية كما تناولت الرسالة سابقا، فالسؤال المطروح هو هل تدخل هذه القواعد ضمن القانون العام أم الخاص؟

سيقسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين يتناول في الاول الطبيعة القانونية لقواعد الاسناد اما في المبحث الثاني فيتناول انواع قواعد الاسناد.

---

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (1985)، القواعد ذات التطبيق الضروي وقواعد القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة

## المطلب الأول الطبيعة القانونية لقاعدة الاسناد

ثار الخلاف بين جمهور الفقه حول الطبيعة القانونية لقواعد الاسناد فهل هي من قواعد القانون العام أم الخاص وقد استند كل رأي على حجج يتناولها الباحث تباعا:

### اولا: قواعد قانون عام

يعرف القانون العام بأنه مجموعة القواعد التي تحكم الروابط التي تظهر فيها الدولة باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان في المجتمع، أي ان القانون العام هو ما يحكم العلاقات القانونية بين الدول أو بين الدول والأفراد بوصف الدولة صاحبة سيادة وسلطان.

ويرى بخصوص هذا الموضوع الفقيه الفرنسي (بيليه): (ان كل تنازع بين القوانين هو في الحقيقة تنازع بين سيادات الدول المختلفة) واستند على رأيه هذا على فكرة الاختصاص الاقليمي وقيام كل دولة بتطبيق قانونها على كل ما يقع ضمن اقليمها. (1)

### ثانيا: قواعد قانون خاص

ان القانون الخاص يعنى بتنظيم الروابط والعلاقات بين الأفراد، أو بينهم و بين الدولة بوصفها شخص عادي، أي باستثناء العلاقات التي تكون فيها الدولة صاحبة سلطان وسيادة، وبناء على ذلك يذهب رأي من الفقه على ان نطاق قواعد الاسناد يتمثل بالقانون الخاص واستند هذا الرأي على ان العلاقات الدولية التي تعنى بتنظيم الروابط بين الأفراد يمكن تطبيق القانون الأجنبي عليها

---

(1) عبدالله، عز الدين، (1972)، القانون الدولي الخاص، ص41، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6

طالما بقت هذه العلاقات في إطار القانون الخاص، دون ان يكون لتطبيق القانون الأجنبي مساس بالمصلحة العامة في المجتمع. (1)

### ثالثا: قواعد مركبة ذات طبيعة خاصة

ظهر رأي ثالث في الفقه الحديث يرى بأن قواعد الاسناد لا تدخل ضمن إطار القانون العام، ولا الخاص، واستندوا على رأيهم هذا على ان العلاقات الدولية في تطور مستمر ومنها اتساع تدخل الدولة في كل المجالات الاقتصادية والاجتماعية، وكنتيجة لهذا التطور فإن من الصعب الحاق قواعد الاسناد بالقانون العام أو الخاص. (2)

يذهب الباحث مع الرأي القائل بأن قواعد الاسناد ذات طبيعة مركبة وخاصة وذلك من حيث دورها فهي تظهر بمظهر القاعدة العامة.

## المطلب الثاني

### أنواع قواعد الاسناد

ان الوظيفة الاساسية لقواعد الاسناد يتمثل بحل مشكلة تنازع القوانين عن طريق إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وكما ذكر الباحث سلفا بأن الطبيعة القانونية لهذه القواعد هي طبيعة خاصة مركبة تختلف بها عن باقي القواعد القانونية الأخرى، كذلك فهي على عدة انواع يتناولها الباحث تباعا:

(1) منصور، سامي بديع، (1994)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص183 184، مصدر سابق.

(2) منصور، سامي بديع، (1994)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص184، مصدر سابق.

### اولاً: قاعدة الاسناد الداخلية

تعتبر قواعد الاسناد الحل التقليدي الأمثل لحل مشكلة تنازع القوانين، فهي تقوم بحل التنازع القانوني بين القوانين التي تنتمي لسيادة تشريعية واحدة، لذا تعتبر مجموعة قواعد قانونية تبين الحلول في حالة حدوث تنازع داخلي للقوانين كما في حالة الدول المتعددة الشرائع.<sup>(1)</sup>

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز اللبنانية في قرار لها (الغرفة المدنية الاولى) حيث نصت على: (ان من المبادئ المقررة في القانون الدولي الخاص .... ان المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها امام تعدد قوانين داخلية ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية تختار بين هذه القواعد ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية).<sup>(2)</sup>

### ثانياً: قواعد الاسناد الاستثنائية

يعد تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتدخل الدولة بشكل واسع أدى إلى ظهور مناهج جديدة بدأت بتضييق نطاق قواعد الاسناد التقليدية وهي ما اطلق عليها (تنازع مناهد تنازع القوانين)، وذلك يعني تعدد الطرق التي يتم بها حل مشكلة تنازع القوانين، فقد ظهرت قواعد تتضمن حلول مباشرة للعلاقات المشوبة بعنصر أجنبي سميت بالقواعد البوليسية وتعرف هذه القواعد بأنها: (مجموعة من القواعد الموضوعية يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها

(1) عبد العال، عكاشة محمد، (2007)، تنازع القوانين ص302، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان

(2) الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا، (2010)، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية، ص52، كلية القانون جامعة بابل، العراق

وتتصف بالصفة الآمرة وتكون لها الاولوية بالتطبيق و تعمل كمنهج مصحح لعمل قواعد الاسناد التقليدية). (1)

تهدف هذه القواعد إلى حماية النظام الاجتماعي والاقتصادي في الدولة، أي لا يجوز تطبيق قانون أجنبي يتعارض مع هذه القواعد وان كان القانون قد اشارت إليه قاعدة الاسناد التقليدية. (2)

### ثالثاً: قواعد الاسناد التقليدية

وتعرف بأنها (وهي تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة وتكون مهمتها اسناد العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها، وتنتهي مهمتها بالأسناد لتبدأ مهمة القانون المسند إليه الاختصاص). (3)

أي ان وظيفتها تكون إرشادية من حيث قيامها بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، ومنها على سبيل المثال تحديد القانون الواجب التطبيق على الاهلية والزواج والطلاق والميراث. ومثال على قاعدة الاسناد ما ذهب اليه القضاء في العراق (في قضية زواج بنت بريطانية تبلغ من العمر 12 سنة، طعنت والدتها بصحة الزواج أمام القضاء العراقي، فعند تطبيق القضاء العراقي لقواعد الاسناد العراقية المتعلقة بالأهلية، وجد أنها تسند الاختصاص في الاهلية للقانون البريطاني بوصفه قانون الجنسية وبحسب قواعد الاسناد البريطانية يكون الاختصاص لحساب القانون العراقي فهنا قبل القضاء العراقي بتلك الاحالة). (4)

(1) دراز، رمزي محمد علي، (2011)، فكرة تنازع القوانين ص 121-122، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان.

(2) عبد العال، عكاشة محمد، (1994)، تنازع القوانين دراسة مقارنة ص302، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

(3) الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا، (1999)، تغيير ضوابط الاسناد في القانون الدولي الخاص ص52، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، العراق.

(4) قرار محكمة المواد الشخصية ببغداد (132 / ش / 1952) مشار اليه في مجلة الاحكام القضائية، العدد الاول، آذار 1953، دار المعرفة، بغداد.

## الفصل الثالث

### طرق التغيير في قواعد الاسناد

ان قواعد الاسناد، كما تقدم، هي قواعد وضعية، وضعها المشرع الوطني لإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، كما انها لا تمثل حلا للنزاع، وانما يقتصر دورها على ارشاد القاضي للقانون الأنسب لحل النزاع.

ان هذه القواعد القانونية تتميز بعدة مميزات تختلف فيها عن باقي القواعد القانونية الوضعية، ومن هذه الصفات انها قابلة للتغيير، بتغيير ضابط الاسناد أو قيام المشرع باستحداث بعض النصوص أو الحذف أو التعديل، وأي كانت طريقة التغيير في هذه القواعد القانونية فأن من شأن تغييرها ان يؤثر على التزامات وحقوق من يخضعون لهذه القواعد القانونية.

فيحدث ان يقوم أطراف النزاع بتغيير ضابط الاسناد سواء بحسن نية أو بسوء نية، كذلك بتعمد أم لا، هذا التغيير من شأنه ان يغير القانون الواجب التطبيق على أطراف النزاع وان كان تهربا من التزام ما، أو لأجل اكتساب حق بطريقة غير مشروعة، فيتغير ضابط الاسناد بفعل قيام الأطراف بتغيير الموطن أو اكتساب جنسية أخرى، أو القيام بنقل موقع المال المنقول من اقليم دولة إلى اقليم دولة أخرى.

كذلك ونتيجة للتطور الحاصل فيغلب ان يقوم المشرع بتعديل النصوص القانونية لمواكبة هذا التطور سواء كان هذا التعديل بالاكْتفاء بحذف بعض النصوص القانونية فقط، أو القيام بتعديل عليها، أو استحداث نصوص جديدة تبطل العمل بالتي حلت محلها، فمن شأن هذا التغيير ان يحدث تغييرا في ضابط الاسناد الذي يحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، ويرتب آثارا جديدة غير التي كانت موجودة في ظل القانون القديم، أو يقر حقا لم يكن موجودا في ظل القانون

القديم، كما لو قام المشرع باستبدال فكرة الجنسية بالمواطن أو قيام المشرع بتغيير قانون موقع المال إلى جنسية مالكه.

وفي الحالتين التي تم ذكرها تتغير قاعدة الاسناد مما يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق على الأفراد، ومن شأن هذا التغيير ان يحدث آثارا على كل من أطراف النزاع والقانون ذاته، سيخصص الباحث فصلا كاملا للبحث في موضوع الآثار المترتبة على التغيير العمدي للقانون وكذلك فيما يتعلق بتطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام الداخلي لدولة القاضي.

في هذا الفصل سيتناول الباحث التغيير الارادي الذي يتم من قبل الأفراد، سواء كان هذا التغيير عمديا أم لا، بحسن نية أو بسوء نية، كذلك سيتطرق الباحث إلى مدى مشروعية هذا التغيير وصلاحيه القاضي المختص بنظر النزاع من التحقق من سبب هذا التغيير، ومدى إمكانية القاضي في رد النزاع إلى قانونه الأصلي قبل تغيير ضابط الاسناد.

كذلك التغيير الذي يحدث بفعل المشرع سواء باستحداث نص جديد أو تعديل نص سابق مما يثير هذا التعديل مساس بحقوق الأفراد ايجابا أم سلبا. والطرق المتبعة لحل مشكلات التنازع.<sup>(1)</sup>

على أساس ما تقدم، سيقسم الباحث هذا الفصل إلى مبحثين، سيتناول في المبحث الاول منه طريقة التغيير في قاعدة الاسناد بفعل المشرع وأثره على أطراف النزاع.

اما في المبحث الثاني فسيتناول الباحث طريقة التغيير في قواعد الاسناد بفعل أطراف النزاع وأثر هذا التغيير على تحديد القانون الواجب التطبيق.

---

(1) الداودي، غالب علي، (1998)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ص214، مصدر سابق

## المبحث الأول التغيير في قواعد الاسناد بفعل المشرع

ان مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان تعد من المسائل المهمة والدقيقة في القانون عموماً، حيث تبدو لأول وهلة من المسائل المعقدة، الا اننا ولكي نفهم المسألة بشكل واضح و دقيق نعود إلى حالة الغاء النص القانوني لتجريده من الصفة الملزمة له مما يقوم هذا الالغاء بمنع العمل بهذه القاعدة و بدء العمل بالنص الجديد أو قد يتم الغاءها بشكل نهائي دون استبدالها بنص آخر، اما عن الجهة المختصة بهذا الالغاء فهي اما نفس الجهة التي قامت بإصدار هذا القانون، أو جهة اعلى منها و بذلك يتم الالغاء بطريق تشريع نص قانوني مساو للنص الذي تم الغاؤه أو اعلى منه درجة طبقاً لتدرج القانون. (1)

يقوم المشرع عادة، باستحداث نصوص قانونية جديدة سواء كان قواعد خاصة بالتنازع أو قواعد قانونية داخلية، وكذلك الحال عند القيام بتعديل نص من نصوص القانون ليحل محله نص قانوني جديد ويبطل العمل بالنص القديم.

فان من شأن هذا الاستحداث ان يحدث تعاقباً لقانونين في العلاقة القانونية الواحدة، فتنشأ العلاقة القانونية في ظل قانون قديم، وتستمر وترتب آثارها في ظل قانون جديد، فيكون من شأن هذا التغيير للقانون الواجب التطبيق ان يحدث آثاراً على العلاقة القانونية سواء بإضافة حق لم يكن مقرراً في القانون القديم أم استبدال القانون الجديد لفكرة ما بنيت عليها حقوق في القانون القديم.

---

(1) الداودي، غالب علي، (2004)، المدخل إلى علم القانون ص189، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، الاردن

قد تبدو مشكلة التنازع الزمني للقوانين سهلة الحل لوهلة ما، فيضع قانون المرافعات المدنية في العراق، وقانون اصول المحاكمات المدنية في الأردن حلولا لها وهو تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر على كل الحالات التي تخضع للقانون الجديد مع بعض الاستثناءات على القاعدة العامة، الا ان هذه المشكلة قد تبدو اكثر صعوبة ان كانت تتعلق بالنزاعات الدولية والتي لا يحكمها القانون الداخلي، خصوصا عندما تشير قاعدة الاسناد الوطنية إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي، وعند العودة لأحكام هذا القانون الأجنبي يجد القاضي ان هنالك قانونين يحكمان العلاقة القانونية، قانون قديم وقانون جديد فهنا تكمن الصعوبة في حل هذه المشكلة.

ينص القانون المدني العراقي في المادة (10) على: (لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ما سبق من الوقائع الا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام أو الآداب).<sup>(1)</sup>

كما ينص القانون المدني الأردني وفي المادة (4) على: (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه).<sup>(2)</sup>

نلخص مما تقدم، ان القانون الجديد ينفذ بشكل فوري ومباشر من تاريخ نفاذه، ويحكم العلاقات القانونية التي تنشأ عن نفاذ هذا القانون، أي انه لا يحكم العلاقات القانونية التي نشأت في ظل القانون القديم ما لم ينص على رجعية القانون صراحة.

(1) نصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951

(2) نصوص القانون المدني الاردني لسنة رقم (43) لسنة 1976

هذا ما يتعلق بالقانون العراقي والقانون الأردني في حل مسائل التنازع الزمني للقوانين من حيث الزمان، الا ان مشكلة حل هذا التنازع تقع على عاتق القاضي إذا كان هنالك تنازع للقوانين من حيث الزمان في القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد، فهو من يقع عليه عاتق البحث في هذا القانون والتوصل لحل لمشكلة التنازع في العلاقات التي تكون قد نشأت في قانون قديم واستمرت ورتبت آثارا في القانون الجديد، وفي الواقع ان الفقه قد تطرق لحل هذه المشكلة سيتناولها الباحث بشيء من التفصيل لاحقا.

### المطلب الأول

#### المسائل التي لا تدخل ضمن مشكلة التنازع الزمني

هنالك عدة حالات تؤدي إلى تجنب حصول التنازع الزمني للقوانين اذ تنتفي فيها مشكلة تعاقب قانونيين على العلاقة القانونية، قد يقوم الأطراف فيها بتحديد قانون معين مسبقا ليحكم علاقتهم أو يكون هذا القانون اصلا هو المختص بالعلاقات القانونية من نوع معين اذ تخضع له بشكل مباشر دون وجود تنازع للقوانين من حيث الزمان لعدم وجود أكثر من قانون اصلا، وسيتناول الباحث هذه الحالات بشكل مختصر:

#### اولا: ان تشير قاعدة الاسناد إلى وجوب تطبيق قانون أجنبي

يكون القانون الأجنبي هو المختص طبقا لقواعد الاسناد الوطنية ، أي ينعقد الاختصاص في هذه الحالة إلى قانون أجنبي طبقا لما تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية، أي يكون القانون الأجنبي هو القانون الواجب التطبيق طبقا لقاعدة الاسناد، الا ان هنالك بعض الحالات التي يتم استثناءها وهي موضوع حديثنا في تجنب حدوث التنازع الزمني وهذه الحالة هي وجود قواعد قانونية موحدة، أي تتوحد فيها القواعد الموضوعية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص مما يؤدي إلى انقضاء وجود

مشكلة التنازع الزمني لعدم وجود قانون أجنبي مختص وإنما يتم استبدال هذا القانون بالقوانين الموحدة وكمثال على هذه الحالة: (القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985).

وأيضاً (الأصول والأعراف الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المتعلقة بالاعتماد المستندي).

ونظراً لوجود هذه الاتفاقيات أو القواعد الموحدة فإن مشكلة التنازع تنتفي ويتم تطبيق هذه القواعد محلها. (1)

### ثانياً: ادماج القواعد القانونية في التصرف القانوني

في هذه الحالة يقوم الأفراد بإدماج قواعد قانونية ضمن تصرفاتهم القانونية، وهي حالة كثيرة الحصول في التعاملات التجارية الدولية، فيقوم الأطراف المتعاقدة بتضمين قواعد قانونية معينة ضمن العقد ليصبح من شروط هذا العقد وتكون ملزمة و واجبة الاتباع للأطراف المتعاقدة، فإذا الغي القانون الأجنبي وصدر قانون آخر ليحل محله فإنها العقد لا يتأثر كونه خرج من سلطة هذا القانون وبذلك لا تثور بشأنه مشكلة التنازع الزمني، ومثال كثير الحصول على هذه الحالة هو قيام الأفراد بأدراج فقرة في العقود الدولية تنص على " وفي حال اخلال احد الأطراف في التزاماتهم الناشئة عن هذا العقد فيتم اللجوء إلى التحكيم طبقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية لحل هذا النزاع". (2)

يثير الباحث هنا تساؤلاً عن الحالتين السابقتين التي تجنب الوقوع في مسألة التنازع الزمني

للقوانين، هل ان القوانين الموحدة ثابتة؟

(1) (ماير)، بيار، (هوزيه)، فانسان، (2008)، القانون الدولي الخاص ص91، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان

(2) (ماير)، بيار، (هوزيه)، فانسان، (2008)، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق.

وهل ان قيام الأفراد بتضمين شروط في العقود تقضي بتطبيق نصوص قواعد قانونية معينة كما في حالة اللجوء إلى التحكيم طبقا لقواعد الاونيسترال على سبيل المثال لا يثير مشكلة التنازع الزمني بشكل مطلق؟

أي هل ان هذه القواعد ثابتة وغير قابلة للتغيير؟

- بالطبع لا، ان جميع القواعد القانونية الوضعية قابلة للتغيير سواء بالتعديل أو بالإلغاء أو الاستحداث طبقا للتطور الحاصل ولغرض مواكبة هذا التطور فان المشرع يقوم باستحداث بعض القوانين وإلغاء البعض الآخر، إذا كيف يتجنب الأفراد حدوث مشكلة التنازع الزمني للقوانين في ظل تغير جميع القواعد القانونية الوضعية؟

في حديثنا عن موضوع القواعد الموحدة وامكانية تغييرها فان الباحث يجيب عن هذا التساؤل بالقول بان القواعد الموحدة قابلة للتغيير إلا أنها لا تثير مشكلة التنازع الزمني وذلك حسب مبدأ ثبات التشريع.

ويقصد بشرط ثبات التشريع هو تجميد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة أثناء فترة نفاذ هذا القانون، وبعبارة أخرى فان القانون الواجب التطبيق على العقد هو القانون الذي كان نافذا وقت ابرام هذا العقد وبذلك يتجنب الأفراد حدوث ما يسمى بالتنازع الزمني للقوانين. (1)

---

(1) بن زوخ، جمعة، (2014)، شرط الثبات التشريعي في العقود الدولية ص8 ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة قاصدي بن مرياح ورقلة ، الجزائر

## المطلب الثاني

### الحلول الوضعية لمشكلة التنازع الزمني

بعد ان تطرقنا إلى موضوع الوسائل التي من شأنها ان تجنب حدوث مسالة التنازع الزمني في القانون الدولي الخاص، فان الرسالة سنتناول الحلول الوضعية لمشكلة التنازع الزمني للقوانين.

وكمثال على ذلك حالة قيام الشخص بالزواج في ظل قانون يجيز الطلاق، ثم تم الغاء العمل بهذا القانون الذي حدث فيه عقد الزواج، وتم استبداله بقانون اخر يحظر الطلاق، فهل ان عقد الزواج يخضع للقانون الذي نشأ في ظله والذي كان يجيز الطلاق، أم ان عقد الزواج مستمر، وبما انه يتصف بالاستمرارية، فأن آثاره تخضع للقانون الجديد وبذلك يحظر الطلاق على الزوجين؟

ان هذه المشكلة هي من اهم المشاكل التي قد تصادف القاضي في عمله وهي مشكلة تعاقب القوانين أو التغييرات والتعديلات التي تتم على القواعد القانونية، ولذلك ظهرت عدة آراء للفقهاء تضع حلولا لهذه المشكلة وهي رأيان سيتناولها الباحث تباعا:

#### الرأي الاول: تطبيق قانون المكان

ذهب الراي أو الاتجاه الاول الذي وضعه جانب من الفقهاء كحل لمشكلة التنازع الزمني هو حين وجود قانون سابق وقانون لاحق أجنبي وتكون العلاقة القانونية قد نشأت في ظل القانون القديم واستمرت لحين نفا القانون الجديد وعندما تشير قاعدة الاسناد الوطنية لتطبيق هذا القانون الأجنبي، فيقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانونه الوطني على النزاع حلا لمشكلة التنازع الزمني الحاصل في القانون الأجنبي. (1)

(1) منصور، سامي بديع، (1994)، الوسيط في القانون الدولي الخاص ص289، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط1

ان الباحث لا يتفق مع هذا الراي كون الوظيفة الاساسية لظهور قواعد الاسناد هو حلا لمشكلة تطبيق قانون المكان وبهذا الحل كأن الفقه يشير للعودة إلى تطبيق قانون الدولة على كل ما يقع على اقليمها، فقد ظهرت قواعد الاسناد في الاساس حلا للمشكلات العديدة التي يصيرها تطبيق قانون المكان والتي سبق وذكرتها الدراسة سابقا.

### الرأي الثاني: تطبيق القانون الأجنبي المختص

ويتضمن هذا الراي في حال وجود قانون أجنبي سابق وقانون لاحق، وكانت العلاقة القانونية قد نشأت في ظل القانون القديم ورتبت آثارها واستمرت في ظل القانون الجديد، فإن القاضي وعلى عكس الرأي الاول، لا يطبق قانونه الوطني، وانما يرجع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي ويبحث في أي القانونيين القديم والجديد هو واجب التطبيق وفقا للقانون الأجنبي، وهذا ما استقر عليه اغلب الفقه، كالفقه الفرنسي والفقه الانجليزي، والفقه الايطالي (1).

ان الباحث كذلك يؤيد هذا الاتجاه كونه التطبيق السليم لقواعد الاسناد وان كان فيه مشقة على القاضي كون القاضي الوطني يكون ملما بقانونه الوطني وهذا الموضوع يدخل في نطاق اثبات القانون الأجنبي الذي هو ليس محل دراسة الباحث لذا لن يتطرق اليه.

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها، حيث قضت بتاريخ (1963/5/15): "في حالة التعديل اللاحق على القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد، فإنه يعود إلى هذا القانون حل تنازع القوانين من حيث الزمان". (2)

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (2008)، الاصول في التنازع الدولي للقوانين ص484، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

(2) عبد العال، عكاشة محمد، (1994)، تنازع القوانين دراسة مقارنة ص418، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان

كذلك بالنسبة للقضاء في مصر فقد ذهب في ذات الاتجاه في حكم لمحكمة القاهرة المختلطة بتاريخ (1930/2/17) قضت فيه: " ان القانون الأجنبي هو المختص اصلا بتحديد مدى سريان قواعده من حيث الزمان، وان القاعدة القانونية الجديدة في القانون الأجنبي تطبق ولو كانت بأثر رجعي. (1)

وكذلك ذهب بنفس الاتجاه القضاء في الأردن حيث قضت محكمة التمييز (تخضع وقائع الحادثة للقانون النافذ وقت حصولها حتى ولو كان القانون الجديد يلغي حق التعويض عنها). (2)

وأيضاً ذهب القضاء في العراق بنفس الاتجاه في حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه (الاصل في صدد سريان القانون من حيث الزمان ان الغاء قاعدة قانونية وحلول قاعدة قانونية أخرى محلها يترتب عليه - إذا تعلقت القاعدتان بأوضاع قانونية تكونت في لحظة واحدة - ان تسري القاعدة الجديدة بأثر فوري منذ نفاذها، ويقف في ذات الوقت سريان القاعدة القانونية القديمة بغير تنازع بين القاعدتين). (3)

---

(1) قتال، حمزة، (2011)، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي ص225، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص232

(2) قرار رقم 4939 الصادر بتاريخ 4 اكتوبر 1995 في الملف المدني رقم 520/91

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بتاريخ (1986/11/22)، مدني /1519

## المبحث الثاني

### التغيير في قواعد الاسناد بفعل أطراف النزاع

ان قاعدة الاسناد كما ذكر الباحث سلفا هي قابلة للتغيير بشكل مستمر، وحيث ان الباحث قد تطرق إلى التغيير الذي يحدث على قواعد الاسناد بفعل المشرع الوطني لهذه القواعد وهو ما أطلق عليه الفقه مصطلح التنازع الزمني للقوانين.

كذلك بين الباحث آراء الفقه التي وضعت حلولاً لمشكلة التنازع الزمني للقوانين وبذلك فان الرسالة ستتطرق إلى موضوع التغيير الذي يحصل على قواعد الاسناد بفعل أطراف النزاع وهو ما يسميه الفقه بالتنازع المتحرك وكيفية حل هذا التنازع، أي هل ان النظريات التي وضعها الفقه بشأن التنازع الزمني تصلح لاستخدامها على التنازع المتحرك؟

كذلك بالنسبة للقصد أو النية، هل ان قيام الأفراد بالتعمد بالقيام بالتغيير قواعد الاسناد ليغيروا القانون الواجب التطبيق عليهم يشكل فرقا لو كان هذا التغيير بغير قصد أو كان هذا التغيير لأجل غرض مشروع؟

أيضا في مسألة مجال حدوث التنازع المتحرك فهل ينطبق حدوثه على كل ما قد يتبادر إلى الذهن أم ان حدوثه منحصر على حالات معينة؟

وسؤال اخر قد يتبادر إلى ذهن القارئ ما هي الالية أو الكيفية التي يتم الاستدلال بها إلى نية أطراف النزاع بشأن التعمد من عدمه في مسألة تغيير قواعد الاسناد؟

وهل ان التنازع المتحرك يختلف عن نظرية التحايل على القانون؟

سيحاول الباحث الامام بهذا الموضوع والاجابة على التساؤلات المطروحة بشأنه وفقا للتشريع وآراء الفقه والسوابق القضائية وكلما لزم الامر لذلك.

## المطلب الأول

### مفهوم التنازع المتحرك و شروطه

ان التنازع المتحرك أو المتغير أو المتبدل، يحدث حين يحصل التغيير في ضابط الاسناد، كالجنسية أو الموطن مما يسبب آثارا من شأنها القيام بتغيير القانون الواجب التطبيق على أطراف النزاع وقد تسبب آثارا أخرى كما في عدم نفاذ التصرف القانوني وارجاع أو رد التصرف القانوني إلى قانونه الأصلي وكما سنرى تباعا. (1)

ولبيان كيفية حدوث هذا التغيير في ضابط الاسناد فلابد للرسالة ان تنطبق إلى انواع قواعد الاسناد، فقد قام الفقه بتقسيم قواعد الاسناد إلى نوعين، فورية ومستمرة.

تكون في النوع الاول أي قواعد الاسناد الفورية هي التي لا تستغرق مدة زمنية معينة وانما تطبق بحال حدوث التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، وكمثال على قواعد الاسناد الفورية ما جاء في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 فقد نصت المادة (26) منه على: (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها).

كذلك جاء في القانون ذاته في المادة (1/27): (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام).

---

(1) قطيشات، خلدون سعيد، (2011)، تغيير ضابط الاسناد لغاية غير مشروعة وأثره في تحديد القانون واجب التطبيق، دراسات علوم الشريعة والقانون، الاردن

وأيضاً قد جاء في القانون المدني الأردني لسنة 1976 في المادة (21) التي نصت على:  
 (تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً ان تخضع  
 للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز ان تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو  
 قانونهما الوطني المشترك).

أيضاً نص القانون ذاته في المادة (1/22) على: (يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون  
 البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام).

بتحليل لقاعدة الإسناد الفورية وبالمقارنة مع ما جاء في نصوص القانون المدني العراقي  
 والأردني فإن الباحث يرى ان مسألة التطبيق الفوري لقواعد الإسناد تتضح في المادة (1/27) مدني  
 عراقي ويقابل هذه المادة ما تم ذكره في المادة (1/22) مدني أردني، ولكن لا يخفى على القارئ  
 الاختلاف الحاصل بين المادة (26) مدني عراقي والمادة (21) مدني أردني، إذ ان ما جاء في  
 القانون المدني العراقي هو من قواعد الإسناد فورية التطبيق، أي لم يدع المشرع العراقي مجالاً  
 لحدوث مشكلة التنازع المتحرك إلا أن المشرع الأردني اعطى صلاحية أكبر للأطراف في قوله  
 بتطبيق قاعدة الموطن المشترك أو قانون الأطراف الوطني المشترك اذ ان من شأن هذه الصلاحية  
 التي اعطاها المشرع الأردني للأطراف ان تكون محلاً لحدوث مشكلة التنازع المتحرك أو التحايل  
 على القانون عن طريق قيام الأفراد بتغيير ضابط الإسناد ليتجنبوا القانون الواجب التطبيق عليهم.

اما بالنسبة للنوع الاخر من قواعد الاسناد فهي القاعدة المستمرة، وهي القاعدة التي تستغرق مدة زمنية غير معينة وكمثال على هذه القواعد ما نصت عليه المادة (1/18) (الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته).<sup>(1)</sup>

وكذلك نصت المادة (12) من القانون المدني الأردني على: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليها بجنسيتهم).

ان قواعد الاسناد المذكورة اعلاه سواء ما يخص القانون المدني العراقي أو الأردني فقد جاءت متشابهة من حيث تعاملها مع الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق، فهي من القواعد المستمرة والتي تترك مجالاً لحدوث مشكلة التنازع المتحرك أو ما يسمى بنظرية الغش نحو القانون.

وبما ان الباحث قد تناول موضوع انواع قواعد الاسناد فلا بد ان يبين مجال حدوث التنازع المتحرك.

- يثار التساؤل عن مدى امكانية حصول التنازع المتحرك؟ أي هل ان التغيير في قواعد الاسناد ممكن بشكل مطلق ويشمل كل قواعد الاسناد أم هنالك استثناءات على ذلك؟ وهل ان هذه الاستثناءات متشابهة أم هي تختلف حسب كل نظام قانوني وطريقة المشرع في صياغته لقواعد الاسناد؟

- مبدئياً، ان مشكلة التنازع المتحرك تنحصر في صورتين رئيسيتين وهما:

اولاً: القيام بتغيير الجنسية أو الموطن، (القانون الشخصي)

ثانياً: تغيير موقع المنقول من اقليم دولة إلى اقليم دولة أخرى

(1) منصور، سامي بديع، (1994)، الوسيط في القانون الدولي الخاص ص338، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط1

- يستطيع الأفراد بالفرضين المذكورين اعلاه تغيير أو نقل ضابط الاسناد عن طريق تغيير الموطن أو اكتساب جنسية دولة أخرى، كذلك عن طريق القيام بنقل موقع المال المنقول إلى اقليم دولة أخرى يختلف قانونها عن الاولى، أي وبعبارة أخرى ان القانون بقي ثابتا الا ان قاعدة الاسناد قد تغيرت تبعا لتصرف الأفراد وأصبحنا امام نظامين قانونيين مستقلين، وعلى سبيل المثال إذا قام المشرع بتغيير اهلية الفرد من قانون جنسيته إلى قانون الموطن، فليس على هذا الفرد الا القيام بتغيير موطنه وليس جنسيته لقيام التنازع المتحرك.

واجابة على تساؤل الباحث حول طريقة المشرع في صياغته لقواعد الاسناد و عدم تحديدها وترك الصلاحية للأفراد قد يترك مجالا لحدوث مشكلة التنازع المتحرك وكمثال على ذلك ما أورده المشرع في نص المادة (21) من القانون المدني الأردني فيما يتعلق بخضوع شكل التصرف القانوني لبلد الابرام، إلا ان المشرع أورد استثناء على ذلك بقوله قانون أحكامه الموضوعية أو الموطن المشترك أو القانون الوطني للمتعاقدين، على عكس ما أورد المشرع العراقي في القانون المدني في نص المادة (26) الذي حصر فيه مسالة خضوع شكل العقد لقانون بلد الابرام.

وهناك بعض قواعد الاسناد التي تكون ثابتة وغير قابلة للتغيير والتي لا يتصور ان تكون محلا لحدوث التنازع المتحرك فيها، كما جاء في القانون المدني العراقي في المادة (24) التي نصت على (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى، وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها، يسري عليها قانون الموقع فيما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول لقانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الامور الذي يترتب عليه كسب الحق أو فقده).

ويقابل هذه المادة ما جاء في القانون المدني الأردني في نص المادة (19) التي نصت: (يسري على الحيابة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يختص بالعمار ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيابة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها).<sup>(1)</sup>

اما فيما يتعلق بباقي قواعد الاسناد كالميراث والوصية فهي تخضع لقانون جنسية الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، فهي براي الباحث قابلة للتغيير وهي محل لحدوث التنازع المتحرك، وأيضا ما يتعلق بالطلاق فهو يخضع لقانون الزوج وقت رفع الدعوى وهي كذلك قابلة للتغيير، الا ان الباحث يستثني ما يتعلق بالالتزامات الغير التعاقدية كالفعل الضار أو النافع فهي تخضع لقانون مكان الفعل المنشئ للالتزام.

ان هنالك شروط لتحقق التنازع المتحرك وهي:<sup>(2)</sup>

#### الشروط الاول: وجود مدة معينة

يشترط لقيام التنازع المتحرك ان تكون هنالك حالة أو علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي مستمرة لمدة معينة كما في حالة الاشخاص واهليتهم، والمركز القانوني للأموال، أي ان تكون مدة معينة بين نشأة العلاقة القانونية والمنازعة فيها، ليسمح هذا الاستمرار بتعاقب أكثر من قاعدة قانونية واجبة التطبيق تحكم هذه العلاقة، مع بقاء قاعدة التنازع نفسها دون تغيير.

(1) عبدالله، عز الدين، (1972)، القانون الدولي الخاص ص548، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6

(2) شبي، كريم مزعل، (2000)، التنازع المتغير وأثره بالقانون واجب التطبيق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بغداد

## الشرط الثاني: ضابط الاسناد

يشترط ان يكون هنالك ضابط اسناد يحكم العلاقة القانونية ويكون هذا الضابط قابلا للتغيير كما في حالة الجنسية والموطن وموقع المال المنقول أي عكس ضابط الاسناد الذي لا يكون قابلا للتغيير كموقع العقار مثلا، فلا يتصور حدوث التنازع المتحرك في خصوصه.

الشرط الثالث: وجود قانونيين يحكمان مسألة واحدة، نتيجة للتغيير في ضابط الاسناد

ويقصد بذلك انه يشترط وجود قانونيين متعاقبين يحكمان ذات المسألة كما في حالة قيام شخص باكتساب جنسية أخرى بقصد التغيير في القانون الواجب التطبيق مما يثير مسألة التنازع المتحرك، اما إذا كان هذا التغيير لا يؤدي إلى تنازع قانونيين على مسألة واحدة فلا مجال هنا لقيام التنازع المتحرك، كقيام شخص عراقي الجنسية يملك عقار في العراق باكتساب جنسية دولة أخرى، فان ضابط الاسناد في هذه الحالة باق ولم يتغير الا وهو قانون موقع العقار.

## المطلب الثاني

### الحلول الوضعية لمشكلة التنازع المتحرك

ان مشكلة التنازع المتحرك تثير خلافا كبيرا وتعدد في الآراء سواء من جانب الفقه أو القضاء، فبعض الفقه اعتبر ان مشكلة التنازع المتحرك هي كالتنازع الزمني وبالتالي اقترح حولا مشابهة لحلول التنازع الزمني.

اما الرأي الآخر الذي اتخذه جانب من الفقه هو معاملة التنازع المتحرك بشكل مستقل عن التنازع الزمني وايجاد حلول مستقلة لهذا النوع من التنازع.

وبناء على ذلك فان الباحث سيتناول هذه الآراء التي وضعها الفقه كحلول لمشكلة التنازع

المتحرك وهي بمجملها ثلاث آراء يتناولها الباحث تباعا:

### الرأي الاول: الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة

ومفاد هذا الرأي ان العلاقات القانونية التي تنشأ في ظل نظام قانوني ما يجب ان تبقى خاضعة له في كل ما يتعلق بالعلاقة نفسها وآثارها وشروطها الموضوعية والشكلية المتبعة فيها، ويستند اصحاب هذا الرأي على وجوب احترام السيادة الوطنية للدول والعلاقات التي تنشأ تحت ظلها، ناهيك عن اشتراط كون هذه العلاقة موصوفة بالصحة والمشروعية.

وكمثال لسابقة قضائية فان الباحث يقوم بتطبيقها على هذا الرأي، وهو ان زوجان فرنسيان تزوجا في فرنسا وانتقلا بعد ذلك إلى ايطاليا وقاما باكتساب الجنسية الايطالية، فان تبعا لهذا الانتقال قد تغير ضابط الاسناد فينشا نتيجة لذلك تنازع بين القانون الفرنسي والقانون الايطالي، وتطبيقا على رأي وجوب الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة، فان القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق لكون الزواج قد تم في فرنسا، أي ان العلاقة نشأت في فرنسا، وقياسا على هذه النظرية فما دام العلاقة قد نشأت في ظل القانون الفرنسي فأنها تبقى خاضعة له بكل شروطها الشكلية والموضوعية، ولا يؤثر قيام الزوجين باكتساب الجنسية الايطالية على القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية. (1)

يؤيد الباحث الرأي القائل بان هذه النظرية غير مناسبة لتكون حلا لمشكلة التنازع المتحرك، بغض النظر عن نية الأطراف فان قيامهم باكتساب جنسية دولة أخرى أو تغيير الموطن قد تم بصورة مشروعة وضمن إطار قانوني لا يحتوي على مخالفة، اما بالنسبة لمسألة سوء النية فهي مسألة تقديرية تتبع القاضي، لذلك من الظلم مصادرة حق الأطراف بتطبيق القانون الجديد الذي باتت العلاقة القانونية خاضعة له لا سيما وان كان هذا التغيير بحسن نية.

(1) محمد، أشرف وفا، (2009)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة

## الرأي الثاني: تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر

ومقاد هذا الرأي ان التوصل لحل التنازع المتحرك يكون عن طريق استخدام قواعد الاسناد الوطنية في القانون الداخلي، أي عند قيام علاقة قانونية في ظل قانون ما فهي تكون بالأصل خاضعة له، وعند القيام بتغيير ضابط الاسناد إلى قانون جديد فهي كذلك تخضع لهذا القانون الجديد، ولكن هذا القانون الجديد لا يطبق باثر رجعي ، وانما يقتصر تطبيقه على الاثر الفوري من لحظة خضوع العلاقة القانونية للقانون الجديد، أي ان العلاقات القانونية التي تكون مستمرة لمدة طويلة من الزمن، تخضع للقانونين القديم والجديد معا كما في حالة عقد الزواج، فان تم هذا العقد في العراق فهو يخضع للقانون العراقي، و ثم تم تغيير ضابط الاسناد باكتساب الزوجين للجنسية الأردنية فهو يخضع في آثاره المستقبلية للقانون الأردني، وبذلك يطبق على هذا العقد القانونيين معا، القانون القديم والجديد، أي القانون الذي نشأ العقد في ظلّه، وهو العراقي، والقانون الأردني تبعاً لتغير جنسية الزوجين فيما يخص الآثار المستقبلية لهذا العقد.

وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذه النظرية حيث ذهب مع هذا الاتجاه في سابقة له تتلخص في شأن تعدد الزوجات فقد قام شخص من خارج فرنسا بعقد زواجا ثانيا بمقتضى قانون جنسيته الذي يجيز تعدد الزوجات، ثم اقام هو و زوجته في فرنسا، طالبته الزوجة الثانية بالنفقة ، فرفض الزوج متمسكا ببطلان عقد الزواج طبقا لأحكام القانون الفرنسي الذي يحظر تعدد الزوجات، الا ان المحكمة الفرنسية ذهبت إلى صحة عقد ازواج عملا بالقانون السابق للزوج الذي يجيز تعدد الزوجات والذي انعقد الزواج الثاني في ظلّه ولم تأخذ المحكمة بقانون الجنسية الحالي (الفرنسي الذي يمنع تعدد الزوجات وحكمت بالنقض).<sup>(1)</sup>

(1) ( ماير ) ، بيار ، (هوزيه) ، فانسان ، (2008) ، القانون الدولي الخاص ص234، مصدر سابق

يويد الباحث الراي القائل بان هذه النظرية قد استتدت وبشكل كبير على اوجه التشابه بين التنازع المتحرك وتنازع القوانين من حيث الزمان في القانون الداخلي.

ولكن وان كانت تصلح النظرية كحل للمشكلتين الا انها في الواقع تعد محلا مناسباً لحدوث نظرية الغش نحو القانون فهي في الواقع تسهل الامر على الأطراف وبشكل كبير. (1)

### الرأي الثالث: عدم التقيد بمعيار عام

وتتلخص هذه النظرية بانه يجب على القاضي عند نظره للنزاع ان لا يتقيد بمعيار عام، وانما ينظر لكل حالة على حدة، وكذلك المشرع الوطني فانه يتناول كل حالة على وجه الاستقلال.

- ان المشرع العراقي والمشرع الأردني كذلك لم يتقيد بمعيار عام أو قاعدة عامة لتطبيقها على مشكلة التنازع المتحرك، أي ان المشرعين قد اخذا بهذه النظرية الاخيرة ويتبين ذلك في حالات عديدة.

فقام المشرع بإخضاع آثار الزواج بوصفها علاقة قانونية مستمرة إلى قانون جنسية الزوج، أي ان قيام الزوج بتغيير جنسيته لا يوجب تطبيق قانون الدولة التي انعقد فيها عقد الزواج.

كذلك الامر بالنسبة للطلاق فقد اخضعه المشرع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى، فلا تكون العبرة بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وانما بجنسيته وقت رفع دعوى الطلاق.

وكذلك الامر بما يتعلق بالميراث والوصية فقد اخضعها المشرع لقانون الموصي أو المورث

وقت وفاته. (1)

(1) محمد ، اشرف وفا ، (2009) ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق

ان الباحث يذهب مع الراي الاخير بوجوب عدم التقيد بمعيار عام و معاملة كل حالة على انها مستقلة سواء بالنسبة للقاضي أو المشرع عند تشريعه لقواعد الاسناد ، و كذلك على المشرع القيام بتحديد وقت معين يطبق فيه قاعدة الاسناد ولا يقتصر بذكر القانون فقط كما في حالة اخضاعه لآثار عقد الزواج لقانون جنسية الزوج ، فيقترح الباحث كحل لمشكلة التنازع المتحرك هو ضبط قاعدة الاسناد بوقت معين كما لو قال المشرع بوجوب تطبيق قانون جنسية الزوج على آثار عقد الزواج وقت انعقاد عقد الزواج فهو بذلك يتجنب تغيير ضابط الاسناد و يبقي على العلاقة القانونية محكومة بالقانون الذي نشأت فيه.

لا بد للباحث ان يتطرق للاختلاف بين التنازع المتحرك والتنازع الزمني وكذلك الاختلاف بين موضوع التنازع المتحرك والتحايل على القانون، فهل ان المشكلتين هما وجهان لعملة واحدة، أم هناك معيار للتفريق بينهما؟

ان الاختلاف ما بين التنازع الانتقالي أو الزمني والتنازع المتحرك يكون في النواحي الآتية:  
 اولاً: ينشأ التغيير في التنازع الزمني داخل نظام قانوني واحد ويشمل القاعدة القانونية الداخلية وقاعدة التنازع بينما ينشأ التنازع المتحرك في نظامين قانونيين مختلفين ولا يشمل القاعدة القانونية الداخلية انما يقتصر على قاعدة التنازع

ثانياً: ان التعديل في ضابط الاسناد في التنازع المتحرك مصدره ارادة الأفراد اما في التنازع الزمني فيكون مصدره ارادة المشرع وحده.

**ثالثاً:** في التنازع المتحرك نكون امام نظامين قانونيين مختلفين بينما نكون في التنازع الزمني

امام نظام قانوني واحد ومصدره مشرع وطني واحد. (1)

- كذلك يرى الباحث ان التنازع المتحرك يختلف عما يسمى بنظرية الغش نحو القانون، فاذا كان التغيير في ضوابط الاسناد حاصلًا بطريق مشروع من قبل الأفراد ويخلو من سوء النية فأنا لا نكون امام حالة تحايل على القانون انما امام حالة تنازع متحرك وكمثال على ذلك، ان نقل موقع المال المنقول من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى ولو لم يكن المالك على علم بذلك فإن ضابط الاسناد يتغير طبقاً لهذا الانتقال.

اما إذا كان التغيير في ضابط الاسناد قد حصل بطريقة مشروعة ولكن بسوء نية، أي من اجل التوصل إلى غرض معين أو التعمد في تغيير القانون الواجب التطبيق لأنه يحظر هذا الفعل فأنا نكون امام ما يسمى بنظرية الغش نحو القانون، كما في حالة قيام شخص بنقل المال المنقول الذي يحظر التصرف به طبقاً لقانون دولته إلى قانون دولة أخرى لا يمنع التصرف فيه، وعلى العموم فإن مسألة النية هي مسألة تقديرية متروكة لقاضي الموضوع الذي ينظر النزاع.

خلاصة الامر ان معيار التفرقة بين مشكلة التنازع المتحرك ونظرية الغش نحو القانون هو نية أطراف النزاع بالتعمد من عدمه كقيامهم بالتعمد بتغيير ظرف الاسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق عليهم ليكتسب حقا لا يقرره قانونه الأصلي أو ليتهرب من التزام اقره عليه قانون الأصلي، وان مسألة التعمد والتوصل إلى القانون بطريقة غير مشروعة من عدمها هي مسألة تقديرية تعود إلى القاضي المطروح امامه النزاع ليستشف من وقائع الدعوى نية الأطراف ومدى مشروعية قيامهم بتغيير ظرف الاسناد وبالتالي اما رد الدعوى إلى قانونها الأصلي أو تطبيق القانون الجديد عليهم.

(1) الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا، (1999)، تغيير ضوابط الاسناد في القانون الدولي الخاص ص52، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، العراق

## الفصل الرابع

### الأثر القانوني المترتب على تغيير قواعد الاسناد

بعد ان تناول الباحث فكرة تغيير قواعد الاسناد واسباب وطرق تغييرها، وبما ان الرسالة قد تناولت التغيير الارادي لقواعد الاسناد بما في ذلك تغيير المشرع لقاعدة الاسناد، أو قيام أطراف النزاع بتغيير ظرف الاسناد، فان الباحث يتناول الآثار المترتبة على تغيير قاعدة الاسناد سواء لمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام واستبعاده من قبل القاضي أو استشعار القاضي بان الأطراف قاموا بتعمد تغيير ظرف الاسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق وهم ما يحقق نظرية الغش نحو القانون.

ان قيام القاضي المطروح عليه النزاع بتكييف العلاقة القانونية وقيامه بأعمال قاعدة الاسناد ووقوفه على القانون الأجنبي بما يتضمنه من أحكام، أي تطبيقه للقانون الأجنبي الذي تشير له قاعدة الاسناد قد يظهر فيه مخالفة للنظام العام، فيقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي واحلال قانونه الوطني محله.

وقد يكتشف القاضي ان هذا القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد قد تم التوصل اليه بشكل غير مشروع عن طريق التغيير الارادي لقاعدة الاسناد للتخلص من التزام يفرضه أو اكتساب حق جديد لا يقرره قانونه الأصلي وهذا ما يسمى بالدفع بالغش نحو القانون.

سيتناول الباحث في هذا الفصل الاثر القانوني المترتب على تغيير قاعدة الاسناد من ناحية الدفع بالغش نحو القانون واستبعاد القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد لمخالفته للنظام العام في قانون القاضي، كذلك الحلول الوضعية للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام وأيضا الحلول الوضعية لنظرية الغش نحو القانون وبذلك سيقسم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، يتناول الباحث

في المبحث الاول الدفع بالنظام العام وآثاره، اما في المبحث الثاني نظرية الغش نحو القانون ومدى مشروعيتها.

## المبحث الأول الدفع بالنظام العام وآثاره

ان قيام القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد هو في الواقع استثناء في مجال تنازع القوانين. وتعد فكرة النظام العام من الاساسيات في القانون فهي تمثل القانون الداخلي بأنواعه والتي تتضمن القواعد الامرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فالنظام العام يعلو على ارادة الأطراف ويندمج مع القواعد القانونية ليحقق الهدف منها، اما بالنسبة لأهدافه فهي تتمثل بحماية المبادئ والمصالح العامة في المجتمع بما في ذلك المصالح الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وبذلك يمكن القول ان النظام العام في القانون الدولي الخاص يمثل الرقيب على القواعد القانونية الأجنبية التي تشير اليها قاعدة الاسناد لتطبيقها. (1)

ان قيام القاضي المختص بالدفع بالنظام العام هو في الواقع تعطيل لقاعدة الاسناد وتغيير القانون الذي تشير اليه القاعدة تجنباً لتطبيق قانون فيه مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، وهو ما يتفق عليه جمهور الفقه في وجوب استبعاد القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي الذي ينظر النزاع، وانما يقوم القاضي باستبداله بقانونه الوطني بدلا من القانون الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد في دولته. (2)

---

(1) محمود، سلطان عبدالله، (2010)، الدفع بالنظام العام وآثاره، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق.

(2) عبد الحسن، ختام، (2010)، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة النجف، العراق.

سيحاول الباحث الاجابة على عدة تساؤلات في هذا الموضوع لعل أهمها هو تحديد فكرة النظام العام التي تؤدي إلى تغيير القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد، لا سيما ان المشرع العراقي والمشرع الأردني كذلك لم يعط مفهوم جامع مانع لفكرة النظام العام، كذلك بيان دور النظام العام في استبعاد القانون الأجنبي، أي هل ان التغيير في قاعدة الاسناد يتم بشكل كلي، أم فيما يخص المخالفة فقط؟ وما الآثار التي تترتب على قيام القاضي بالدفع بالنظام العام واستبعاده للقانون الأجنبي واستبداله بقانونه الوطني، وأيضا دور القاضي بقيامه باستبعاد القانون الأجنبي ومدى سلطته التقديرية في هذا الموضوع.

سيتناول الباحث اجابات الاسئلة المطروحة ويتطرق إلى رأي الفقه وكذلك السوابق القضائية فيما يخص هذا الموضوع.

## المطلب الأول

### ماهية النظام العام وشروط الدفع به

لم تكن سابقا فكرة وجود قواعد قانونية آمرة تسمى بالنظام العام تقوم باستبعاد القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد، بل كان يقتصر دوره على تثبيت الاختصاص الاقليمي لكل دولة وتطبيق قانون الدولة على كل ما يقع على اقليمها.

لقد ظهرت فكرة الدفع بالنظام العام لول مرة في ايطاليا، (نظرية الاحوال الايطالية) و ذلك في بداية القرن الثالث عشر عند استقلال المدن الايطالية وازدهار العلاقات التجارية بين المدن في ايطاليا، وسميت هذه النظرية كذلك بنظرية الحواشي بسبب الطريقة المتبعة آنذاك من قبل فقهاء القانون في وضعهم الحلول لمشكلة تنازع القوانين، فقد كانوا يقومون بالتعليق في الحواشي على النصوص القانونية، كالنص الي جاء فيه (ان جميع الشعوب التي تخضع لحكمنا الامبراطوري

ملتزمة باتباع الديانة التي جاء بها بطرس الرسول) و قد علق الفقيه الروماني (اكورس) على هذا النص في عام 1228 بحاشية جاء فيها: (إذا انتقل مواطن من مدينة بولونيا إلى مدينة مودين فلا تطبق عليه قوانين أو احوال مدينة مودين لأنه غير تابع لها)

- لقد حاول فقهاء هذه النظرية في السابق التوفيق بين قواعد اقليمية القوانين وشخصية القوانين عن طريق الحواشي التي كانوا يضيفونها على نصوص القانون.

بالرغم من ان الفقهاء في ايطاليا لم يستعملوا مصطلح النظام العام الا انهم قد اعملوا هذه الفكرة بالنص على عدة حالات لا يطبق فيها قانون اقليم الدولة، وأيضاً يطبق قانون دولتهم على رعاياهم الذين يتواجدون خارج اقليم دولتهم.<sup>(1)</sup>

لعل هذه النظرية تمثل الشرارة الاولى لانطلاق فكرة النظام العام، بعدها جاء الفقيه الالمانى سافيني الذي طور من فكرة النظام العام حيث قال بوجود وجود ارتباط بين القانون الأجنبي والقانون الوطني لكي يمكن للقاضي ان يطبق هذا القانون الأجنبي، أي انه اشار لاستبعاد القانون الأجنبي الذي لا تربطه علاقة بالقانون الوطني لعدم وجود اشتراك بين القانونين.

من ذلك ذهب الفقه إلى ان هنالك بعض القوانين التي تتعلق بالمصالح الاجتماعية أو الاقتصادية للدولة والتي يجب اخضاع المسائل التي تتعلق بها إلى قانون القاضي ورفض تطبيق أي قانون أجنبي عليها قد يكون من شأنه ان يمس بهذه المصالح.<sup>(2)</sup>

(1) البستاني، سعيد يوسف، (2004)، القانون الدولي الخاص ص191 192، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت

(2) عبد العال، عكاشة محمد، (1998)، احكام القانون الدولي الخاص اللبناني ص418، الجزء الاول في تنازع القوانين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان

ان فكرة النظام العام هي غير ثابتة وانما مرنة ومتحركة، تتغير بين فترة وأخرى باستحداث أو تعديل للنصوص القانونية، فهي تختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، فقد حاول الفقه تعريف النظام العام، فقال بانه سلاح للدفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازماً في الاصل اذ ما ظهر تعارض أحكامه مع المفاهيم الوطنية الجوهرية. (1)

وقد اخذت معظم التشريعات بفكرة النظام العام ومنها القانون المدني العراقي والأردني كذلك فقد اخذ به المشرع العراقي في محاولته لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام في العراق وسعيه لاستبداله بقانون القاضي فقد نص في المادة (32) من القانون المدني على: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام والآداب في العراق).

كذلك اتجه المشرع في الأردن بنفس الاتجاه السابق ساعياً لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يحمل في طياته مخالفة للنظام العام في المملكة الأردنية الهاشمية فقد نص في المادة (29) من القانون المدني على: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام والآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

وقد اکتفى المشرع العراقي في المادة (130) من القانون المدني بكر بعض المسائل التي تدخل ضمن فكرة النظام العام كونها من القواعد الامرة والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها حيث تضمنت المادة: (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار

---

(1) الهداوي، حسن، الداودي، غالب علي، (1982)، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ص122، الجزء الثاني، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل، العراق

والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).<sup>(1)</sup>

اما بالنسبة للقانون المدني الأردني فهو كذلك اكتفى بذكر بعض المسائل التي تدخل في فكرة النظام العام لكونها من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، فقد نصت المادة (3/163) من القانون المدني الأردني على (و يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).<sup>(2)</sup>

وكمثال على ما تم ذكره لو ان شخصا انجليزيا طالب بميراث ابيه بالتبني وقام بتقديم ها الطلب امام محكمة عراقية، فان القاضي الذي ينظر النزاع سيمتنع عن الفصل في هذا الطلب كون القانون العراقي يحظر التبني ويرفض الميراث بالتبني.

كذلك لو عرض نزاع على قاضي أردني يتعلق بتعدد الزوجات والذي يحظره القانون الأصلي، فان القاضي الأردني ينظر هذا النزاع لان القانون الأردني يجيز مسألة تعدد الزوجات خلافا للنظام العام في القانون الذي يحظر التعدد وهو ما يختلف مع أحكام النظام العام في الأردن.

لقد اكتفت التشريعات بذكر بعض المسائل التي تدخل ضمن نطاق النظام العام وبما ان عمل المشرع يخرج عن وضع التعريفات، فأن الباحث سيذكر آراء الفقه في تعريفهم لمفهوم النظام العام وكيفية تحديد المسائل التي تدخل ضمن مفهومه، فالنظام العام هو مجموعة الركائز الجوهرية لكيان

(1) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(2) القانون المدني الاردني 43 لسنة 1976.

الدولة الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي وهو مجموعة القوانين التي تهم حقوق المجتمع وتحقق المصلحة العامة. (1)

بينما عرف آخرون على أن النظام العام في دولة ما، ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية ومعتقدات اجتماعية تعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة أو عقائد مذهبية اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية والأفكار الاقتصادية كالعادلة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك. (2)

ويرى الباحث أن النظام العام هو مجموعة المصالح العليا للمجتمع وتتمثل هذه المصالح بالنصوص القانونية على جميع أنواعها التي قد تكون مذكورة في الدستور أو في أي قانون آخر، والتي تكون قواعد أمر ونهي وهدفها يتعلق بتحقيق المصلحة العامة للمجتمع وهي تختلف من مكان لآخر وكذلك من زمان لآخر.

أن الأساس الذي تقوم عليه فكرة النظام العام هو انتفاء الاشتراك القانوني بين قانون دولة القاضي الذي ينظر النزاع والقانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد بتطبيقه على النزاع، ولكن لا يقصد بانتفاء الاشتراك هو الاختلاف بين القانونين، فإن أمر اختلاف شيء طبيعي بسبب وجود نظامين قانونيين مستقلين عن بعضهما كل منهما يعود إلى دولة ويحكم مجتمع مختلف، فقد يختلف تحديد سن الأهلية أو بعض القوانين التي تتعلق بالميراث، ولكن يقصد الباحث بانتفاء

(1) المصري، محمد وليد، (2002)، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ص278، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن

(2) الهداوي، حسن، (1997)، تنازع القوانين المبادئ والحلول في القانون الأردني ص124 125، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن

الاشترك هو ان القانون الأجنبي يمس احدى المبادئ الجوهرية التي تتعلق بالمصالح العامة في المجتمع كما في موانع الزواج، فان اخلاف القانون الأجنبي عن قانون القاضي في هكذا مسائل يعتبر مساساً بالأسس والمبادئ الجوهرية للمجتمع.

كلك ان امتناع القاضي عن تطبيق القانون الأجنبي لا يكون ذلك رفضاً للقاعدة القانونية التي شرعها المشرع والتي تعطي الاختصاص لقانون أجنبي ليحكم النزاع المطروح امام القاضي، انما صلاحية القاضي في امتناعه عن تطبيق القانون الأجنبي اجازت له ان يمتنع ان كان في هذا القانون الأجنبي ما يخالف المبادئ الجوهرية في المجتمع والتي تتعارض مع النظام العام.

وبذلك يقول الفقيه الالمانى (رابي) ان القاضي يستقبل وهو معصوب العينين قانوناً أجنبياً، وهو يشبه القفز في المجهول أو الظلام، ومن ها لابد من وسيلة للدفاع عن النظام الاساسي للمجتمع والسلاح الوحيد لذلك هو النظام العام. (1)

بعد التعريف بفكرة النظام العام وكيفية نشأته والتعريفات التي وضعها الفقه له وموقف التشريعات منها كذلك، يتطرق الباحث إلى شروط الدفع بالنظام العام.

ان القيام بالدفع بالنظام العام هو دفع موضوعي موجه إلى القانون الأجنبي الذي اشارت اليه قاعدة الاسناد في دولة القاضي لتطبيقه، وان الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي هو لوجود مخالفة في القانون الأجنبي تختلف فيها عن المبادئ الاساسية في دولة القاضي وتتعارض مع قانونه، فيتم استبعاد القانون الأجنبي المخالف بعضاً أو كلاً، وتجاوز آثاره هذا الدفع في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء من قبل أطراف النزاع أو من القاضي ان يقوم بإثارته من تلقاء نفسه.

(1) غصوب، عبده جميل، (2008)، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان

ان الدفع بالنظام العام يستوجب توافر عدة شروط وهي:

**أولاً: يجب ان تشير قاعدة الاسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع**

ان قيام القاضي باستبعاد القانون الأجنبي عن طريق الدفع بالنظام العام يشترط مسبقا ان قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي قد اشارت إلى تطبيق قانون أجنبي على النزاع ، فبهذه الطريقة يتحدد عن طريق قواعد الاسناد قانونا أجنبيا يحكم النزاع بطريقة قانونية دون التعرف المسبق على موضوع القانون الأجنبي ، فيكون على القاضي بعد ان يتعرف على القانون الواجب التطبيق ان يستبعد تطبيقه ان كان في أحكامه ما يخالف النظام العام والآداب في دولة القاضي، وهذا ما يسوغ للقاضي اعمال الدفع بالنظام العام فقد يشير القانون الأجنبي إلى ان اختلاف اللون هو مانعا من موانع الزواج والميراث، فيستبعد هذا الشرط لكونه يتخالف مع قانونه الوطني ولا يعترف بهذا المانع. (1)

**ثانياً: ان تكون أحكام القانون الأجنبي مخالفة لقانون دولة القاضي**

بعبارة أخرى ان القانون الأجنبي الذي اشارت له قاعدة الاسناد الوطنية يكون في أحكامه ما يخالف النظام العام في قانون دولة القاضي، ان النظام العام في الاصل هي مصالح وطنية، تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهي تستمد مضمونها من القانون الوطني، لذلك يشترط وجود تعارض بين القانون الأجنبي وقانون القاضي الوطني، ويجب ان يكون ها التعارض صارخ وواضح مع المبادئ والاسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع، فمن غير الضروري اعمال الدفع بالنظام

(1) الترجمان، محمد خالد، (1998)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

العام لوجود اختلاف بين القانونين فقط فان هذا العمل يتعارض مع اسس قواعد تنازع القوانين وهو قد يهدم هذه القواعد ويعيدنا إلى العمل بمبدأ الإقليمية ومبدأ شخصية القوانين. (1)

## المطلب الثاني آثار الدفع بالنظام العام

ان قيام القاضي بالدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي واحلال قانونه الوطني محله، من شأنه ان يقوم بتغيير قاعدة الاسناد، وبالتالي القانون الواجب التطبيق الذي يحكم النزاع. يترتب على قيام القاضي بالدفع بالنظام العام عدة آثار، منها آثار عادية وآثار استثنائية سيتناولها الباحث تباعا.

### اولا: الآثار العادية

#### الآثر السلبي:

ومضمون هذا الاثر هو قيام القاضي باستبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي اشارت له قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي، واحلال قانونه الوطني محله، كما لو اقرت الأحكام في القانون الأجنبية جواز التبنى والميراث بالتبني، وقانون دولة القاضي يمنع ذلك، فيظهر هنا الأثر السلبي باستبعاد أحكام القانون الأجنبي وعدم الاخذ بأحكامه الموضوعية فقط دون استبدالها بقانون آخر وذلك حماية للأسس والمفاهيم الجوهرية في دولة القاضي.

يثير الفقه تساؤلا في شان استبعاد القانون الأجنبي الذي يتضمن مخالفة للنظام العام في دولة القاضي، فهل يقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي جزئيا أم كليا، أي هل يستبعد الامر المخالف فقط ويطبق باقي أحكام القانون، أم يتم استبعاده برمته؟

(1) غصوب، عبده جميل، (2008)، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق

ذهب راي من الفقه إلى وجوب قيام القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الذي يكون مخالفا للنظام العام، لان القانون الأجنبي الذي يحوي على مخالفة غير قابل للتجزئة، وان كان كذلك فان القيام بتجزئته وتطبيق بعض أحكامه التي لا تكون فيها مخالفة للنظام العام في واقع الامر هو تغيير في هذا القانون ومخالفة ارادة مشرع القانون الأجنبي الذي وضع هذا القانون لغرض معين وهذا الفعل اصلا يتعارض مع قاعدة تنازع القوانين. (1)

الا ان الراي الاخر للفقه، يذهب إلى وجوب قيام القاضي باستبعاد الأحكام المخالفة للنظام العام فقط، وتطبيق الجزء الذي لا يخالف قانون القاضي، وتبريرهم لذلك هو ان اعمال قاعدة الدفع بالنظام العام هي قاعدة استثنائية لا تطبق الا في الحالات الاستثنائية اللازمة لحماية النظام العام في قانون القاضي، وان كان لهذا الاستبعاد الجزئي حماية للنظام العام في دولة القاضي فلا ضرر من القيام بذلك.

اذ يقوم القاضي بناء على هذا الراي باستبعاد ما يخالف النظام العام في قانون دولته وتطبيق باقي أحكام القانون الأجنبي التي لا تتعارض مع النظام العام، ويتفق القضاء في فرنسا مع هذا الراي فقد اخذ به في قرار سابق لمحكمة النقض الفرنسية اذ قضت: (إذا كان القانون الأجنبي متعارض مع النظام العام الفرنسي في مسائل النسب الطبيعي، فأن استبعاد حكمه يقتصر على هذه المسألة وحدها دون ان يتعداها إلى آثار النسب). (2)

كذلك يتفق الباحث مع هذا الراي، كون المخالفة قد حصلت في جزء من الأحكام الموضوعية في القانون الأجنبي، وان قيام القاضي باستبعاد أي قانون أجنبي بكامله ربما يتعارض ولو بشكل

(1) غصوب، عبده جميل، (2008)، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق

(2) نقض مدني، (8، تشرين الثاني 1943)، محكمة النقض في فرنسا

بسيط مع النظام العام في قانون القاضي واستبداله بقانون الوطني لربما يؤدي إلى مشكلة كبيرة من شأنها ان تحدث اخلالا بقواعد تنازع القوانين وتبدو كأنما عدنا إلى تطبيق مبدأ اقلية القوانين.

### الأثر الايجابي:

يتمثل هذا الاثر بقيام القاضي باستبعاد القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام في قانون دولته واستبداله بقانونه الوطني ليحل محله، الا ان القاضي وفي حال قيامه باستبعاد الجزء المخالف فقط من القانون الأجنبي واستبداله بقانونه الوطني فعليه بعد ذلك ان يسد الفراغ التشريعي الذي نتج عن هذا الاستبعاد.

لم يتطرق المشرع العراقي إلى أحكام هذه الحالة واكتفى بالمادة (32) التي وردت في القانون المدني العراقي ونصت على: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق).

كذلك ما جاء في القانون المدني الأردني في المادة (29) التي نصت على: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

أي ان القانون المدني الأردني كذلك لم يرقم بتفصيل حالة استبدال القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بالقانون الوطني.

ان الراي الراجح للفقہ يتمثل بقيام القاضي بتطبيق قانونه الوطني محل القانون المخالف للنظام العام، ويطلق الفقه على قيام القاضي باستبدال القانون الأجنبي المخالف بقانونه الوطني بالأثر الايجابي أو الاستبدال الايجابي للنظام العام في القانون الدولي الخاص.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: الآثار الاستثنائية

#### الأثر المخفف للنظام العام (تلطيف دور النظام العام):

ومضمون هذا الاثر هو عدم اعمال قاعدة الدفع بالنظام العام بما يتعلق بالمراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت في الخارج، والقيام بالاعتراف بهذه الحقوق والآثار المترتبة عليها واخضاعها للقانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد الوطنية بغض النظر عن كونها تحتوي على مخالفة للنظام العام أم لا.

ومثال على ذلك هو نظام تعدد الزوجات في انجلترا فإنه يعد مخالفا للنظام العام اذ يعتبر (زواجا مزيفا) على حد قول الفقه الانجليزي، وهذا ما ادى إلى عدم الاعتراف بالزواج والابناء لقولهم بانه زواج غير شرعي، وهذا ينافي العدالة لكون القائم بالزواج لم يخالف القانون وانما استعمل حقا مقررا له ولو كان في قانون اخر غير قانونه الوطني، وبسبب ذلك اتجهت المحاكم في بريطانيا إلى تخفيف أو تلطيف اثر دور النظام العام في استبعاده للقانون الأجنبي، فقد فرق القضاء بين الآثار المترتبة على الزواج و على التزوج بأكثر من زوجة، أي انهم لا يعترفون بنظام تعدد الزوجات وانما يقرون بآثار الزواج ، فأن نشأ الزواج خارج انجلترا فهم يعترفون بالأبناء لا

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (2008)، القانون الدولي الخاص ص449، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

بالزواج نفسه، فيعترف القضاء في إنجلترا بشرعية الابناء وميراثهم وكذلك الزوجات في ارث ازواجهم. (1)

كذلك اتجه القضاء في فرنسا إلى فكرة تخفيف آثار النظام العام، والذي صدر في وقت لم يكن فيه القضاء في فرنسا يعترف بالطلاق، الا ان محكمة النقض الفرنسية اعترفت بالطلاق الذي يقع خارج فرنسا ويراد الاعتراف به في فرنسا. (2)

ان الاخذ بفكرة الاثر المخفف للنظام العام يستند بالواقع إلى احترام الحقوق المكتسبة، لسبب ان الحق المكتسب قد تم تكوينه في الخارج بطريقه مشروعة وصحيحة، لذا يتوجب على قانون دولة القاضي ان يتسامح بهذا الشأن لان هذا المركز القانوني الذي نشأ في الخارج قد اكتسب حقا وترتبت عليه آثار من الصعب الغاءها، الا ان هذه الفكرة هي ليست فكرة مطلقة، أي ان يقوم القاضي بالأخذ بفكرة النظام العام المخفف على أي حق تم اكتسابه في الخارج، بل هي مقيدة، أي للقاضي عدم الاخذ بها ان كانت المخالفة للنظام العام تشكل مخالفة بدرجة عالية ومن الجسامة بحيث لا يمكن تجاهلها.

وهذا التقيد بمعيار درجة المخالفة للنظام العام هو ما يشكل الإطار العام لفكرة تخفيف أثر النظام العام.

### الآثر الانعكاسي للنظام العام

ان فكرة الدفع بالنظام العام تشكل الرقيب على القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد وملائمته لقانون دولة القاضي وما يحتويه من قواعد امرة وناهية تتعلق بالمصالح الجماعية وتمثل

(1) محمد، أشرف وفا، (2009)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

(2) محكمة النقض الفرنسية، (17 نيسان 1953)

المصالح العليا للمجتمع، ويتم ذلك بطريق قيام القاضي باستبعاد الأحكام التي تخالف النظام العام في دولة القاضي.

استنادا لهذه الفكرة ان القاضي يكون ملزما بحماية النظام العام في قانون دولته عن طريق حماية النظام القانونية الأجنبية في الدول الأخرى.

ان القضاء الفرنسي اعترف بمقتضيات النظام العام لدولة أخرى وحمايتها، لا سيما ان كانت فكرة النظام العام في القانون الأجنبي تتفق مع النظام العام في فرنسا وهذا ما أطلق عليه مصطلح (الاثر الانعكاسي أو المنعكس) للنظام العام، ولإيضاح فكرته يتناول الباحث المثال التالي:

(إذا تزوج رجل انجليزي مسلم في المغرب من امرأة ثانية ' وهذا خلافا للقانون الانجليزي الذي يحظر تعدد الزوجات، ثم ثار النزاع بشأن صحة الزواج الثاني امام القضاء المغربي والذي بدوره قضى بصحة الزواج، ثم بعد ذلك قامت الزوجة الثانية بالمطالبة بالنفقة امام القضاء في العراق، فان قام القضاء العراقي باحترام ما قضى به القضاء المغربي من صحة الزواج الثاني على اعتبار ان القضاء في المغرب في شأن موضوع تعدد الزوجات يتفق والنظام العام في العراق، وقضى بأحقية الزوجة في مسألة النفقة والاعتراف بالنظام العام في المغرب، فان هذا الحكم يكون باثر انعكاسي امام القضاء العراقي. (1)

ذهب جانب من الفقه بتأييد فكرة الاثر الانعكاسي للنظام العام لما فيها من تبسيط لحلول مسألة تنازع القوانين وكذلك تقارب لفكرة النظام العام من دولة لأخرى ومن نظام قانوني لآخر، بشرط عدم التعارض بين النظام العام في القانون الأجنبي مع النظام العام في قانون دولة القاضي،

(1) ديب، فؤاد، (1998)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، جامعة دمشق، سوريا، ط 6

لأن في حالة التعارض يتم استبعاد القانون الأجنبي واستبداله بقانون دولة القاضي، لان الاخذ بالقانون الأجنبي يعد استثناء من القواعد العامة، كما في حالة الاثر المخفف للنظام العام.<sup>(1)</sup>

## المبحث الثاني

### نظرية الغش نحو القانون ومدى مشروعيتها

ان موضوع الغش أو التحايل هو ليس بالجديد، فهو موضوع متعارف عليه وموجود في اغلب القوانين، ولعل القاعدة الثابتة والمتعارف عليها (الغش يفسد كل شيء) قد ظهرت للحد من عمليات الغش أو التحايل التي يقوم بها الأفراد بقصد الوصول إلى مصالح وغايات شخصية قد يحد منها القانون أو يمنعها من خلال قواعده الامرة والناهية.

الا ان مسألة الغش في مجال القانون الدولي الخاص ذات طابع خاص، فهي تختلف عن باقي القوانين الأخرى ولعل ما يبرر ذلك هو مسألة الشرعية التي من خلالها يتوصل الأفراد إلى غاياتهم الشخصية وبطريقة قانونية، وان العامل الاكبر الذي يساعد الأفراد في الوصول لما يمنعه عليهم قانونهم هو تنوع الانظمة القانونية لكل دولة واختلافها عن بعضها.<sup>(2)</sup>

ان مسألة الغش في مجال القانون الدولي الخاص قد أثارت جدلا واسعا بين جمهور الفقه فبعضهم يرى ان الغش في القانون الدولي الخاص امر مشروع ما دام التوصل اليه قد تم بطريقة مشروعة وسليمة قانونا وبعضهم قد ذهب إلى ابعده من ذلك فقد اعتبره حقا للأفراد لا يجوز المساس

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (2008)، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق

(2) الراوي، جابر ابراهيم، (1980)، احكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد

به والتجاوز على ارادتهم في تحديد القانون الواجب التطبيق عليهم، اما البعض الاخر فقد اخذ بالقاعدة القانونية الثابتة والمتعارف عليها والتي هي (ان الغش يفسد كل شيء).<sup>(1)</sup>

سيحاول الباحث في هذا المبحث تسليط الضوء على نظرية الغش أو التحايل على القانون ومدى مشروعيتها، بالإضافة إلى بيان شروط تحققها وكيفية تعامل القاضي مع هذه المشكلة، كذلك مدى صلاحيته برد الدعوى إلى قانونها الأصلي والاجراءات التي يتبعها ان استشعر وجود الغش. بالإضافة إلى بيان نظرية محكمة السوق أو تسوق المحكمة ومدى اختلافها عن نظرية الغش نحو القانون.

كذلك ما يدخل في العناصر الذاتية لتحقيق نظرية الغش نحو القانون ومدى كون مسألة النية كمعيار لتحقيق الغش. وأيضاً الآثار المترتبة على الدفع بالغش نحو القانون من ناحية تأثيره على من يقوم بالغش وأيضاً من ناحية أثر الغش على ظرف الاسناد.

سيقوم الباحث بالإجابة على التساؤلات المطروحة اعلاه وتسلط الضوء على آراء الفقه والسوابق القضائية بما يتعلق بهذا الموضوع.

## المطلب الأول

### ماهية نظرية الغش نحو القانون واساسها القانوني

ان المقصود بمصطلح الغش نحو القانون هو التعديل الارادي لضابط الاسناد ويتحقق ذلك من خلال سلوك طريق معينة يتوصل بها الأفراد إلى تطبيق قانون أجنبي غير قانونهم الوطني، يدفعهم إلى هذا الفعل سبب الشدة في شكليات قانونهم الوطني أو كثرة المصاريف التي يتطلبها تطبيق قانونهم الوطني، كذلك للتهرب من التزام يفرضه قانونهم عليهم أو لاكتساب حق لا يقرره القانون

(1) الحداد، حفيظة، (2002)، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان

الأصلي، وكمثال على ما تقدم ان عقد الهبة في مصر لا يتم الا بصيغة معينة يتم تسجيلها في دائرة رسمية ويستلزم لذلك عدة اجراءات ونفقات للتسجيل والرسوم عند الانشاء وعند الانقضاء، لذلك يعتمد الأطراف للتخلص من هذه الالتزامات التي يفرضها القانون إلى تغيير البلد وبالتالي القانون إلى قانون دولة أخرى لا يتطلب شكلية واجراءات معقدة ومكلفة للأطراف، كالقانون العراقي، حيث يكون عقد الهبة في ورقة عادية موقعة من الطرفين، وان كان هذا في طبيعة الحال لا يشمل عقد الهبة الذي يتعلق بالعقارات كونها تخضع لقانون مكان وجود العقار، بالإضافة إلى المركبات والمكائن التي تتطلب شكلية معينة، اما باقي المنقولات فهي لا تخضع لشكلية معينة ولا تستوجب دفع رسوم وتكاليف باهظة.

ومثل ذلك يقال في عقد الزواج وكذلك الوصية والميراث في قانونين يستلزم أحدهما شكلية معينة وتسجيلا ولا يستلزم ذلك القانون آخر. (1)

كذلك من الامثلة المطروحة على فكرة الغش نحو القانون هو قيام بعض اصحاب الشركات بتأسيس شركاتهم في بلد اخر غير بلدهم بقصد التهرب من الشروط الشكلية التي يفرضها عليهم قانونهم الوطني وكذلك التكاليف الباهظة التي تترتب على تأسيس الشركة وتسجيلها وبعد قيامهم بتأسيس الشركة يعودون إلى بلدهم الأصلي ويفتحون فيه فرعا لها استنادا إلى قاعدة شكل العقد يتبع بلد تحريره.

وأیضا يقوم الشخص الفرنسي الجنسية بعقد زواجه في انكلترا وفق القانون الانجليزي بقصد التخلص من شرط اذن الوالدين الذي يفرضه القانون الفرنسي، وبهذا يكون الزواج وفقا للقانون الانجليزي صحيحا.

(1) مصطفى، حامد، (1950)، القانون الدولي الخاص العراقي ص268، مطبعة المعارف، بغداد

- يعرف نظرية الغش نحو القانون الدكتور احمد عبد الكريم سلامة بانها: (التعديل الارادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الاسناد المتغير ومن ثم تحويل الاسناد إلى قانون معين، وذلك بغية التهرب من القانون الواجب التطبيق اصلا، سواء كان قانون القاضي أو قانون أجنبي). (1)

كذلك تطرق الفقه إلى تعريف الغش نحو القانون حيث عرفه البعض على انه: (قيام الفرد بإرادته بتغيير ظرف الاسناد قاصدا تطبيق قانون هو غير القانون المختص اصلا بحكم النزاع). (2)

وأیضا عرفه الفقيه الامريكي (مارتن ولف) على انه: (هو قيام الأطراف -في علاقة قانونية - الذين يرغبون بإحداث آثار قانونية معينة محظورة في القانون الذين يخضعون له بخلق تغيير بطريقة اصطناعية وغير طبيعية يؤدي إلى تغيير ضابط الاسناد في العلاقة). (3)

كذلك عرفه رأي اخر من الفقه بقولهم: (انه ذلك الدفع الي يتمسك به في مواجهة الاشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى اخضاع تصرفاتهم اليه بخلقهم ظروفًا خاصة تسمح بإسنادها اليه بدلا من القانون الوطني الواجب التطبيق اصلا والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية). (4)

اما بالنسبة لرأي الفقه في نظرية الغش نحو القانون، ففي بادئ الامر قد لاقت النظرية استحسان وقبول لدى الفقه والذين نادوا بالأخذ بها، الا انهم اختلفوا على نطاق تطبيق هذه النظرية فبعضهم نادى بتعميمها والبعض الاخر قد نادى بقصرها على بعض التصرفات فقط.

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (2008)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة

(3) امينة، ريس، (2011)، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي، المركز الجامعي العربي، ام البواقي، الجزائر

(2) walf ، Martin ، (1950) ، private international law ، oxford university ، England

(4) عبد العال، عكاشة محمد، (2004)، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان

كذلك ظهر رأي اخر للفقهاء بمعارضة هذه النظرية، وكان اصحاب هذا الرأي ينادون بوجود تطبيق القانون الذي باتت العلاقة القانونية خاضعة له، وذلك دون البحث في مسألة تغيير ظرف الاسناد والغاية الباعثة على تغييره، ولا حتى الكيفية التي تغير بها، لقد استند كل من الرايين على الحجج الآتية:

1- بموجب هذا الراي فإن نظرية الغش نحو القانون تتحقق عندما يقصد الأطراف بتغييرهم لظرف الاسناد تغيير القانون الواجب التطبيق ونقل العلاقة القانونية من اختصاص نظام قانوني إلى آخر، وبالعكس إذا كان فعل تغيير ظرف الاسناد مقصودا، وكن تغيير القانون الواجب التطبيق هو نتيجة حتمية لهذا التغيير، فإن نظرية الغش نحو القانون لا تتحقق طبقا لهذا الرأي.

يؤيد الباحث الرأي القائل بان مسألة النية لوحدها في تغيير ظرف الاسناد هي صعبة الاثبات، فما بالك لو اقترنت بأثبات نية الغش بتغيير القانون الواجب التطبيق، فعمل كهذا يعد مستحيلا. (1)

2- اتجه هذا الرأي إلى عدم الاخذ بنظرية الغش نحو القانون وقد استندوا بذلك إلى ان مسألة النية صعبة الاثبات وخصوصا بين أطراف العلاقة القانونية، فلو التجأ أحد الأطراف إلى الغش بتغيير القانون الواجب التطبيق ولم يتم بذلك الطرف الاخر، فإن ذلك سيؤدي إلى الاضرار بالطرف الحسن النية. (2)

3- استند هذا الرأي على حق الأطراف في تغييرهم لضابط الاسناد، أي بما ان قيام المشرع بوضعه لضابط اسناد كالجنسية أو الموطن أو مكان المال المنقول، فهو بذلك يعطي الحق للأفراد

(1) رياض، فؤاد عبد المنعم، (1974)، القانون الدولي الخاص ص240، دار النهضة العربية، القاهرة

(2) راشد، سامية، (1974)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة

بتغيير ضابط الاسناد وتغيير القانون الواجب التطبيق وبالتالي ان هذا الحق مقرر لهم فلا داعي للأخذ بما يسمى بالغش نحو القانون. (1)

- بالرغم من الحجج التي استندت عليها الآراء السابقة، فإن من يؤيد نظرية الغش نحو القانون استندوا على ما يلي:

1- ان مسالة الغش يقع اثباتها على عاتق القاضي، فهي ليست بالأمر المستحيل، فيستطيع اثباتها من خلال وقائع النزاع المطروح امامه، وردا على الراي القائل بأن اعطاء سلطة كهذه إلى القاضي من شأنها ان تؤدي إلى حدوث تعسفا في استعماله لسلطته يمكن حلها عن طريق رقابة محكمة التمييز. (2)

2- ردا على الراي القائل بأن قيام الأطراف بتغيير ضابط الاسناد بغية تغيير القانون الواجب التطبيق هو حق مقرر لهم منحهم اياه المشرع في وضعه لقواعد الاسناد، فإن قيامهم بذلك في واقع الأمر (تغيير ظرف الاسناد) هو عمل مشروع بحد ذاته ولكن الغاية غير مشروعة والتي يقصد بها التهرب من الأحكام الامرة والناهية في قانونهم الأصلي.

3- ان عدم الاخذ بنظرية الغش نحو القانون هو في واقع الأمر (امتياز للأغنياء الذين تتوفر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد إلى آخر لأجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين اقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظرف الاسناد) وهذا حسب قول والترفيليمور في مؤتمر جمعية القانون الدولي الذي عقد في جلاسكو (1901). (3)

(1) منصور، مصطفى منصور، (1957)، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة

(2) وشاحي، عبد الحميد، (1990)، القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد

(3) عبدالله، عز الدين، (1974)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة

وبناء على ما تقدم فقد اقرت المؤتمرات الدولية والمحاكم نظرية الغش نحو القانون واصبحت بذلك من المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص.

اما بالنسبة لموقف القضاء من نظرية الغش نحو القانون فقد ظهرت هذه النظرية ولأول مرة في فرنسا فقد اخذ بها القضاء الفرنسي في اواخر القرن التاسع عشر في قضية شهيرة عرفت آنذاك بقضية الاميرة (دي بوفرمونت) والتي كانت متزوجة وتتمتع بالجنسية الفرنسية، وقد كان القانون الفرنسي في ذلك الحين لا يسمح بالطلاق بوصفه القانون الواجب التطبيق، ولما كانت الاميرة لديها الرغبة في الطلاق من زوجها كي تتزوج من شخص اخر، فقد لجأت آنذاك إلى اكتساب جنسية احدى الدويلات الالمانية، والتي يسمح قانونها بالطلاق واستطاعت الاميرة بعد ذلك ان تحصل على الطلاق من زوجها الامير الفرنسي، وتزوجت بأمر روماني يدعى (بيسكو) وأقامت في فرنسا، تقدم زوجها الفرنسي الاول بدعوى امام القضاء في فرنسا طالبا إبطال الزواج الثاني ومستندا في ذلك إلى ان زواجه بالأميرة لا يزال قائماً، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأبطال الزواج الثاني واستندت المحكمة في حكمها إلى ان تغيير السيدة المذكورة لجنسيتها قد تم بقصد التحايل على القانون الفرنسي الذي يحظر الطلاق وقررت المحكمة الفرنسية بطلان الطلاق والزواج الثاني مع اعتبار الزوج الاول ما زال قائماً حسب القانون الفرنسي الواجب التطبيق اصلا والذي تم التحايل عليه. (1)

تعرضت هذه النظرية، بعد الحكم بها في محكمة النقض الفرنسية إلى انتقادات شديدة من قبل جمهور فقهاء القانون الدولي الخاص، حيث رفضوا الاعتراف بهذه النظرية ومبرراتهم في ذلك ان قيام الأفراد بتغيير ضابط الاسناد وبالتالي القانون الواجب التطبيق انما هو حق مقرر لهم وقد تم

(1) غصوب، عبده جميل، (2008)، دروس في القانون الدولي الخاص ص119، مصدر سابق

هذا التغيير بصورة مشروعة، بالإضافة إلى ذلك فإن قيام القاضي بالبحث عن نية الغش والتعمد هو امر صعب في واقع الامر لأنه من المسائل الداخلية في ضمير الانسان وان مسألة اثباته قد تبدو صعبة ان لم تكن مستحيلة. (1)

اما بالنسبة للقضاء في العراق فقد ذهب مع الاتجاه الذي يؤيد نظرية الغش نحو القانون فقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها صدر برقم (1951/7/م هيئة عامة بتاريخ 1951/12/31): (رد دعوى التمييز المتضمنة طلب الحكم المميز بأبطال نفقة مطلقته المسيحية بعد اعتناقه للدين الاسلامي، على اساس ان اعتناقه للدين الاسلامي لا يخلو من احتمال قصد التهرب من النفقة). (2)

كذلك بالنسبة للقضاء في الأردن فلم يتطرق بصورة مباشرة لفكرة الغش نحو القانون وانما يستخلص ذلك من خلال قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في قرارها رقم (91) لسنة (1987) والتي قضت فيه: (لا مجال لأعمال حكم المادة (66) من القانون المدني التي أوجبت الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع إذا لم تطلب المدعية في دعواها الضمان وإنما انحصر طلبها بمنع معارضة المدعى عليه في ملكها). (3)

وقد ذهب القضاء في سوريا في الاخذ بنظرية الغش نحو القانون فقد قضت المحكمة السورية في عام (1925) بقرار لها جاء فيه: (لا يحق لاحد المسيحيين ان يرفض دفع نفقة المطلقة

(1) الترجمان، محمد خالد، (1998)، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق

(2) الداودي، غالب علي، (1998)، القانون الدولي الخاص ص253، مصدر سابق

(3) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم (91) لسنة (1987) المنشور في عدد مجلة المحامين رقم (6) لسنة (1990)

المسيحية بعد ان أسلم لأن اعتناقه للدين الاسلامي كان تحايلا على القانون بقصد التخلص من دفع النفقة لمطلقاته على اعتبار ان الشرع الاسلامي لا يقر النفقة للمطلقة).<sup>(1)</sup>

اما بالنسبة للقضاء في مصر فلم يأخذ بفكرة الغش نحو القانون في قضية مشابهة للقضية التي عرضت على المحكمة السورية ، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن اعتناق الاسلام ينتج اثره كاملا ولا يمكن ان يحتج عليه بفكرة التحايل على القانون ولا يقبل الشك بنية من اشهر اسلامه، لان الاسلام جاء رحمة للناس كافة، فلا يجوز حرمان الشخص من تطبيق الشريعة الاسلامية عليه في حال اعتناقه للدين الاسلامي بغض النظر عن الدافع وراء هذا الاعتناق، لأن هذه المسألة تتعلق بالعقيدة والضمير والسرائر، وعليه يكون طلاقه صحيحا ان اوقعه مهما كان الباعث الذي دفعه على اعتناق الاسلام .<sup>(2)</sup>

- ان الباحث يؤيد الرأي القائل بوجوب الاخذ بنظرية الغش نحو القانون لما تمثله هذه الفكرة من احتيال على القانون والتهرب من التزامات يفرضها القانون، كذلك اكتساب بعض الحقوق التي لا يقرها القانون الوطني، وأيضا التهرب من الاجراءات المعقدة والرسوم الباهظة التي يقرها القانون الوطني.

اما بالنسبة للأساس القانوني لهذه النظرية فقد كان محل خلاف بين جمهور الفقه فقد اختلف

الرأي إلى اتجاهين وهما:

(1) نعيم، ادمون، (1963)، الموجز في القانون الدولي الخاص، ص56، شركة الطبع والنشر اللبنانية، بيروت

(2) مصطفى، حامد، (1970)، مبادئ القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، بغداد

### الرأي الأول: الغش نحو القانون هو صورة من صور التعسف باستعمال الحق

ومفاد هذا الرأي ان قيام الأفراد بتغيير ضابط الاسناد انما هو استعمالا لحق مقرر قانونا، ولكن ان استشعر القاضي ان هذا التغيير كان بقصد التهرب من التزام ما أو لاكتساب حق بطريقة غير مشروعة يمنعها القانون الوطني، فعليه عدم الاخذ بالأثر المترتب على هذا التغيير ورد النزاع إلى القانون الأصلي الواجب التطبيق قبل القيام بتغيير ضابط الاسناد. (1)

### الرأي الثاني: الغش نحو القانون هو صورة من صور الدفع بالنظام العام

ان القيام بتغيير ضابط الاسناد هو تهرب من القواعد الامرة في قانون دولة القاضي، وان القيام بمخالفة هذه القواعد من شأنه المساس بالنظام العام في قانون دولة القاضي، الا ان الباحث يذهب مع الرأي القائل بعدم صحة هذا الرأي كون الدفع بالنظام العام يكون دفع موضوعي موجه لمضمون القانون الأجنبي بسبب مخالفته للنظام العام، اما الدفع بالغش نحو القانون فلا يكون موجها إلى مضمون القانون الأجنبي، وانما يكون موجها للوسيلة التي استطاع الأفراد من خلالها التوصل إلى هذا القانون لتطبيق أحكامه عليهم ، فأساس هذا الدفع هو العنصر الذاتي ، أي النية التي تدفع الأفراد للقيام بتغيير ضابط الاسناد. (2)

ويتفق الباحث مع الرأي القائل بان نظرية الغش نحو القانون هي نظرية مستقلة سواء عن الدفع بالنظام العام أو عن صور التعسف في استعمال الحق، وان الاساس القانوني لنظرية الغش نحو القانون هو القاعدة المستقرة (الغش يفسد كل شيء).

(1) الترجمان، محمد خالد ، (1998) ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق

(2) محمد، اشرف وفا ، (2009) ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق

اما بالنسبة لمصطلح محكمة السوق أو تسوق المحكمة فيقصد بهذا المصطلح هو قيام الفرد بتغيير مكانه من اقليم دولته الأصلي إلى اقليم دولة ثانية بما يتناسب مع الاثر القانوني الذي يريد الوصول اليه، وكمثال على ما تقدم هو قيام الشخص الشيلي الجنسية هو وزوجته بالذهاب إلى المكسيك للطلاق، حيث يحظر القانون الشيلي الطلاق، والقانون في المكسيك يفرض على القاضي بما يخص الطلاق ان يطبق قانونه الداخلي الذي يجيز وقوع الطلاق، ان مصطلح تسوق المحكمة يعني ان الفرقاء يختارون أي محكمة هي انسب للخضوع لقانونها، الا ان هذا المصطلح يختص بالصلاحيات القضائية، أي انه يختلف عن الغش نحو القانون كونه يتمثل بالاختصاص القضائي الدولي وأي المحاكم هي المختصة بالفعل، ومدى صحة قيام الأطراف بالامتناع عن الخضوع للمحكمة المختصة والذهاب إلى محكمة دولة أخرى يطبق فيها القاضي قانون آخر يعتبره الأفراد انسب لهم ويحقق لهم مصالحهم الخاصة، وان الباحث لن يتوسع بشرح هذا الموضوع كونه خارج عن دراسته الا فيما يتعلق بجزئية اختلافه عن الغش نحو القانون. (1)

#### العناصر المكونة لنظرية الغش نحو القانون:

##### اولا: العنصر المادي

يتمثل العنصر المادي عند وجود علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، فيقوم الأطراف بتغيير ضابط الاسناد، حيث يجب ان يكون هذا التغيير في قواعد الاسناد القابلة للتغيير كتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المال المنقول، كذلك يشترط ان يكون هذا التغيير فعليا وليس سوريا، كما يجب ان يكون هذا التغيير مشروعا قانونا أي قد تم التوصل اليه بصورة صحيحة وليس عن طريق القيام بالغش أو التزوير للحصول على الجنسية.

(1) (ماير)، بيار، (هوزيه)، فانسان، (2008)، القانون الدولي الخاص ص248، مصدر سابق

تكون الارادة في بعض الأحيان بدون تأثير على تغيير ضابط الاسناد كما في موقع العقار بالعقار لا يمكن نقله من مكان إلى مكان آخر، وفي بعض الأحيان لا تأخذ قاعدة التنازع في الوضع الذي انشئ بفعل الارادة كما في الموطن، لان قانون الموطن يقتضي السكن في بلد ما، أي اتخاذ مكانا جديا غير مشوب بالاحتيايل، ومن المؤكد انه لا يمكن التمويه أو التحايل على وجود موطن في مكان ما، وبذلك يعد من أكثر الأشياء عرضة للتلاعب والتحايل عليها هو قانون موقع المال المنقول والجنسية. (1)

وكمثال على ما تقدم يذكر الباحث قضية عرضت امام محكمة التمييز الفرنسية حيث تتلخص بـ (باع رجل قبل وفاته مقيم في الولايات المتحدة الامريكية عقارا يملكه في فرنسا إلى شركة في الولايات المتحدة الامريكية كان يمتلك اسهمها، وحلت هذه الاسهم كمنقول خاضع لقانون الولايات المتحدة الامريكية بحكم كونها الموطن الاخير، محل العقار الذي يخضع انتقاله للقانون الفرنسي، ولما كان القانون الامريكي لا يعترف بالحصة المحفوظة، مما سمح للمتوفى من حرمان اولاده تماما، وقد وافقت محكمة التمييز على قرار محكمة الاستئناف في اكس ان بروفانس بأن كشفت هذا التحايل وقررت تطبيق القانون الفرنسي. (2)

كذلك يمكن ان يقع التحايل على عنصر من عناصر قاعدة الاسناد كقيام شخص ما يحمل الجنسية الفرنسية بخلق حالة قانونية ما خارج دولته يمنعها القانون الفرنسي، ويعود إلى فرنسا بغية

(1) ريس ، امينة ، (2011) ، النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي

(2) قرار محكمة التمييز في اكس ان بروفانس ، فرنسا ، بتاريخ 9 مارس 1982 ، رقم 80

ترتيب آثار هذه الحالة القانونية داخل فرنسا مستندا إلى الاثر الملطف أو المخفف للنظام العام،  
فأن ذلك يحقق تحايلا على القانون أو بصورة ادق تحايلا على النظام العام في فرنسا. (1)

### ثانيا: العنصر المعنوي

ان الغش نحو القانون يتضمن عنصرا ذاتيا وهو النية، فالعمل ذاته هو عمل شرعي وسليم من  
الناحية القانونية، ولكن يعيبه النية غير الشرعية التي تكون بقصد الغش للتهرب من التزام ما  
يفرضه القانون أو اكتساب حقا لا يقرره القانون الأصلي.

قال بعض الفقه ان مهمة القاضي هي الاخذ بالوقائع المادية دون التعدي إلى النية والضمير  
داخل الفرد، الا ان هذا القول قد ينطبق على باقي فروع القانون ولكن القانون الدولي الخاص ذا  
طبيعة خاصة وخصوصا فيما يتعلق بالغش نحو القانون فلا يمكن القول بوجود اقتصار القاضي  
على الوقائع المادية فحسب.

ان مسألة النية قد تبدو لوهلة صعبة الاثبات وربما مستحيلة، ولكنها في واقع الامر ليست  
كذلك اذ يستطيع القاضي من خلال البحث في هذا الامر من التوصل إلى الغاية الفعلية من هذا  
الفعل كمثال على ذلك هو ايقاع الطلاق بمجرد اكتساب الجنسية الجديدة، أو عدم السكن والاقامة  
في بلد الجنسية الجديدة التي تم اكتسابها. (2)

وخلاصة الامر فأن الباحث يرى ان هذين الشرطين يمثلان المعيار الرئيسي لتحديد كون  
الحالة المعروضة امام القاضي هي حالة غش نحو القانون أو كونها مشكلة تنازع متحرك لم تكن  
عن عمد.

(1) فضل الله ، (1984) ، القانون الدولي الخاص ، مؤسسة باريس ، فرنسا

(2) صادق، هشام علي، (2003)، دروس في تنازع القوانين ص271، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر

اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من نظرية الغش نحو القانون فإنه لم ينص عليها صراحة، الا انه لا يوجد اشكال في الاخذ بها كونها من مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا وذلك عملا بالمادة (30) من القانون المدني العراقي التي نصت على: (تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا).

كذلك ذهب المشرع الأردني في نفس الاتجاه فلم يرد في القانون المدني الأردني نص واضح على نظرية الغش نحو القانون ولكن لا مشكلة من الاخذ بهذه النظرية عملا بالمادة (25) من القانون المدني الأردني التي نصت على: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص من المواد السابقة من احوال تنازع القوانين).

## المطلب الثاني

### شروط الدفع بالغش نحو القانون ونطاق تطبيقه

ان الغش نحو القانون هو التعديل الارادي من قبل الأفراد في ضابط الاسناد بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، يهدف الأطراف من ذلك إلى التهرب من التزام ما يفرضه القانون الأصلي، أو التهرب من الشكليات والاجراءات المعقدة والتكاليف الباهظة، أو بغية التوصل إلى اكتساب حق لا يقرره قانونهم الأصلي.

استنادا لما تقدم، ان لتحقق الدفع الغش نحو القانون شروط يجب توافرها وهي كالتالي:

#### اولا: التغيير الارادي في ضابط الاسناد (العنصر المادي):

والمقصود بذلك هو قيام الأطراف في العلاقة القانونية بتغيير ضابط الاسناد وبالتالي تغيير القانون الواجب التطبيق كقيام الشخص بتغيير موقع المال المنقول لتغيير القانون الواجب التطبيق عليه، أو قيام أطراف العلاقة القانونية بتغيير مكان ابرام العقد كذلك لتغيير القانون الواجب

التطبيق، ويشترط ان يكون هذا التغيير فعليا وليس صوريا كما في حالة قيام أحد أطراف العلاقة الزوجية بتغيير جنسيته مع بقاء الطرف الاخر على جنسيته الأصلية وبالتالي يبقى خاضعا للقانون جنسيته الأصلي. (1)

### ثانيا: وجود نية الغش نحو القانون (الركن المعنوي):

وكما ذكر الباحث سلفا فان وجود مسالة النية أو القصد هو المعيار الرئيسي في معرفة إذا كانت هذه الحالة تمثل حالة غش نحو القانون أو مشكلة تنازع متحرك، وتتمثل حالة النية، أو القصد في القانون الدولي الخاص كما في حالة (القصد الجرمي) في القانون الجنائي، والتي تتمثل باتجاه ارادة الشخص إلى القيام بالفعل بقصد التهرب من القانون الأصلي الواجب التطبيق، أي في حالة عدم تواجد النية فلا يمكن اعتبار هذا الفعل حالة غش نحو القانون وبالتالي لا يمكن الدفع بالغش نحو القانون. (2)

وان المثال على ذلك هو الاساس القانوني لظهور نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي، فان حالة الطلاق التي تتعلق بالأميرة (دي بوفرمونت)، اذ تبين للقضاء الفرنسي ان قيام الاميرة باكتساب الجنسية الالمانية كان بقصد ايقاع الطلاق من الامير الفرنسي ولأن القانون الفرنسي كان لا يجيز الطلاق آنذاك، فقد توافر للقضاء الفرنسي وبشكل ملحوظ قصد التحايل على القانون للوصول إلى حق يمنعه القانون الفرنسي، فحكمت المحكمة الفرنسية آنذاك بأبطال الطلاق والزواج الثاني وصحة الزواج الاول وبقائه. (3)

(1) محمد، أشرف وفا، (2009)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق

(2) رياض، فؤاد عبدالمنعم، (1996)، مبادئ القانون الدولي الخاص تنازع القوانين ص178، دار النهضة العربية، القاهرة

(3) غصوب، عبده جميل، (2008)، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق

### ثالثا: يجب ان تكون القاعدة المتحايل عليها من القواعد الامرة

يشترط ان تكون القاعدة المتحايل عليها في قانون القاضي هي من القواعد القانونية الامرة والناهية، أي وحسب هذا الرأي فإن الاحتيال على القواعد القانونية المكملة أو المفسرة لا يشكل غشا نحو القانون، إلا ان الرأي الآخر لفقته يختلف مع الرأي الاول ويرى ان القاعدة القانونية سواء كانت قواعد امرة أو مفسرة فإن التحايل عليها يشكل غشا نحو القانون.

يختلف الباحث مع الراي الاخير القائل بأن التحايل على القواعد القانونية سواء كانت امرة أو مفسرة يشكل تحايلا على القانون، بالتالي فان التحايل على القواعد المفسرة لا يشكل ذلك، والعبرة في ذلك ان القواعد المفسرة هي ليست قواعد من النظام العام، أي يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها وبما انهم يستطيعون ذلك فما الضير لو خالف الأطراف هذه القواعد عند تغيير القانون الواجب التطبيق عليهم، ما دام باستطاعتهم الاتفاق على مخالفتها في القانون الأصلي. (1)

### رابعا: تحقق النتيجة الغير مشروعة

يقصد بهذا الشرط وصول الأطراف إلى النتيجة الغير مشروعة التي عمدوا بسببها إلى تغيير ظرف الاسناد بقصد التوصل إلى هذه النتيجة.

ويرى الباحث ان هذا الشرط مهم كون قيام الأفراد بتغيير ضابط الاسناد فقط دون التوصل إلى غاية ما لا يشكل غشا نحو القانون وان كانت النية أو القصد موجودة بالتعمد بتغيير ضابط الاسناد إلا ان الفعل لم يحدث وبالتالي لم تتحقق النتيجة، وبطبيعة الحال فإن القانون لا يعاقب على النوايا وحدها ان لم تقترن بفعل مادي. (2)

(1) سلامة، احمد عبد الكريم، (2008)، القانون الدولي الخاص ص207، مصدر سابق

(2) ود، فؤاد عبد المنعم رياض، (1996)، مبادئ القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مصدر سابق

بعد ان تناول الباحث الشروط الواجب توافرها للدفع بالغش نحو القانون، فانه يتناول موضوع نطاق تطبيق نظرية الغش نحو القانون.

بعد ان أيد غالبية الفقه الرأي القائل بوجود الأخذ بنظرية الغش نحو القانون، ونص عليها التشريع المقارن والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، وتم الأخذ بها في السوابق القضائية كدفع لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، فقد اصبحت نظرية الغش نحو القانون من القواعد القانونية الثابتة في القانون الدولي الخاص بوصفها وسيلة لحماية قانون القاضي من أحكام القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد اذ ما كان يخالف أحكام النظام العام في دولة القاضي، وان هذا الامر يتطلب بيان نطاق تطبيق نظرية الغش نحو القانون والتي أثارت خلافا بين الفقه، وهو كما يأتي:

**الرأي الاول:** اقتصار الدفع بالغش نحو القانون على حالات التهرب من أحكام قانون القاضي.

يرى أنصار هذا الرأي على وجوب ان يقتصر الدفع بالغش نحو القانون على الحالات التي تكون بقصد التهرب من أحكام قانونهم الأصلي، أي قانون القاضي المرفوع امامه النزاع وذلك بسبب ان نظرية الغش نحو القانون تهدف إلى حماية أحكام القانون الوطني من المخالفات التي يحتوي عليها القانون الأجنبي، كما ان الغش نحو القانون يتضمن مخالفة للنظام العام في دولة القاضي ويمس المصالح العليا للمجتمع، وهو بذلك يعد وسيلة حماية من عمليات التلاعب والاحتيال التي يقوم بها الأفراد على قانون دولتهم الأصلي. (1)

**الرأي الثاني:** تطبيق نظرية الغش نحو القانون على كل عملية احتيال على القانون سواء كانت

على لقانون الوطني أو الأجنبي.

(1) خالد ، هشام ، (1972) ، المدخل للقانون الدولي الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية

يرى أنصار هذه النظرية ان الدفع بالغش نحو القانون هو الوسيلة الامثل لحماية أحكام القانون الواجب التطبيق سواء كان هذا القانون هو قانون القاضي، أو قانون أجنبي، لذلك يجب الأخذ بنظرية الغش نحو القانون وتطبيقها على جميع التصرفات القانونية ولجميع الانظمة القانونية في الدول، أي ان هذه النظرية لا يقتصر تطبيقها لحماية القانون الوطني فحسب، وانما تمتد لتلاحق الغش أيا كان محل حدوثه، وأيا كانت صورته، سواء كان يقصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو القانون الأجنبي. (1)

يذهب الباحث مع الرأي الاخير القائل بوجود تطبيق نظرية الغش نحو القانون على أي حالة غش أو تهرب من القانون سواء كان القانون الوطني نفسه أو القانون الأجنبي، وذلك لان ملاحقة الغش أيا كان محل حدوثه من شأنه ان يحد من عمليات الغش أو التهرب من القانون التي يقوم بها الأفراد، وان وجود بعض القوانين التي لا تأخذ بنظرية الغش نحو القانون وتعتبره عمل مشروع وحق مقرر للأفراد من شأنها توسيع حدوث الغش ان لم تعطه غطاء قانوني أصلا.

### المطلب الثالث

#### آثار الدفع بالغش نحو القانون

يترتب على الدفع بالغش نحو القانون اثرين فيما يتعلق بالنتيجة التي تم التوصل اليها بطريق الغش عن طريق قيام الأفراد بتغيير ضابط الاسناد بشكل عمدي، وكذلك الوسيلة التي قام الأفراد عن طريقها بتغيير ضابط الاسناد وبالتالي القانون واجب التطبيق، وهي كما يلي:

---

(1) المصري ، محمد وليد ، (2002) ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار الحامد ، عمان الاردن

### اولا: النتيجة

ينتج أثر الدفع بالغش نحو القانون على النتيجة، وذلك يكون بعدم نفاذ النتيجة الغير مشروعة التي توصل اليها الشخص عند قيامه بتغيير القانون الواجب التطبيق بقيامه بنقل ضابط الاسناد عمدا إلى اختصاص نظام قانوني اخر، وان الاثر القانوني على ذلك ينتج على النتيجة فيؤدي إلى بطلانها دون ان يمتد ليشمل الوسيلة، فالوسيلة سليمة ومشروعة بذاتها ولكن لأنها اقترنت بنية الغش لاستبعاد تطبيق القانون الأصلي فيبطل أثر هذه النتيجة. (1)

### ثانيا: الوسيلة

والمقصود بالوسيلة هي تغيير ضابط الاسناد الضي وضعه المشرع كما في حالة الجنسية والموطن ومكان المال المنقول، فبذلك يرى جانب من الفقه على وجوب ان يترتب اثر الدفع بالغش نحو القانون على النتيجة والوسيلة، كون الوسيلة اقترنت بحدوث نتيجة غير مشروعة كما في حالة القضية التي عرضت على القضاء الفرنسي بشأن الزواج الثاني للأميرة (دي بوفرمونت) فأن قيامها باكتساب الجنسية الالمانية لم يكن إلا لأيفاع الطلاق بزوجها الاول وقيامها بالزواج للمرة الثانية، فبذلك يجب ان ينتج الاثر القانوني للدفع بالغش نحو القانون على النتيجة والوسيلة لان الاقتصار على النتيجة فقط دون الوسيلة سيؤدي إلى خلق اوضاع قانونية متناقضة يترتب عليها آثار مختلفة ومتناقضة فيما بينها.

ويذهب الباحث مع رأي الفقه الذي يقول بوجود اقتصار الاثر بالدفع بالغش نحو القانون على النتيجة فقط دون الوسيلة، ذلك بسبب ان النتيجة غير مشروعة، اما الوسيلة فقد تمت بصورة قانونية مشروعة لا تحتوي على مخالفة للقانون، ومثال على ذلك انه لو قام شخص ما باكتساب

(1) رياض ، فؤاد عبد المنعم ، (1974) ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق

جنسية أجنبية لغرض ايقاع الطلاق الذي يمنعه قانونه الأصلي، فان الطلاق وحده يبطل لأنه تم بنية الغش، اما باقي التصرفات القانونية فأنها تبقى خاضعة لقانون الجنسية الجديدة ذلك لان وسيلة اكتسابه للجنسية بقي صحيحا وتم بصورة قانونية. (1)

ومثال على ما تقدم سابقة قضائية حدثت في فرنسا بقيام شخص ايطالي الجنسية باكتساب الجنسية الفرنسية لغرض ايقاع الطلاق والذي يمنعه القانون الايطالي فقد قضت محكمة التمييز في فرنسا بأبطال الطلاق بتهمة التحايل على القانون إلا انها ابقت فعل التجنس بالجنسية الفرنسية صحيحا ومرتباً لآثاره في التصرفات القانونية التي يعقدها الشخص مستقبلاً. (2)

ويقول في هذا الصدد "مسيو فيدال": (التحايل يستهدف عدم فعاليته، وهذا يعني وجوب الاخذ بالوضع الذي أراد المتحايل تجنبه عن طريق قيامه بالغش). (3)

كذلك يقول الفقيه الفرنسي "باتيفول": (عدم ابطال ظروف الاسناد الناتجة عن الغش في الاحوال التي ينتج تغيير الاختصاص فيه بسبب تصرف مادي كتغيير موقع المنقول، ففي هذه الحالة لا يمكن تجاهل الظروف المادية اذ يكتفي بعدم قبول الاحتجاج بهذه الظروف في موضوع النزاع الذي وقع فيه الغش فقط، وفيما عدا ذلك تبقى هذه الظروف صحيحة). (4)

(1) غصوب، عبده جميل، (2008)، دروس في القانون الدولي الخاص، مصدر سابق

(2) Cour de cassation française; Résolution n 346 de 1985

(3) ماير، بيار، (هوزيه)، فانسان، (2008)، القانون الدولي الخاص ص250، مصدر سابق

(4) Batiffol Henri, (1989), La Philosophie du droit, Presses Universitaires de France.

## المطلب الرابع

### فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون

بعد ان تناول الباحث الدفع بالنظام العام وآثاره، وأيضا نظرية الغش نحو القانون والآثار المترتبة عليها، فانه يبين مدى التلازم بين فكرة النظام العام والغش نحو القانون، هل توجد علاقة بين نظرية الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام؟، وهل ان كل منهما فكرة منفصلة عن الأخرى أم هما متلازمان؟

وضع الفقه اجابات حول هذا التساؤل وعلى رأسهم الفقيه (بارتان) حيث ثال بهذا الخصوص: (ان نظرية الغش نحو القانون هي من اسس مخالفة النظام العام حيث تعد الحيلة التي تم بها الغش نحو القانون لنقل الاختصاص من قانون إلى اخر فيه مخالفة للنظام العام).<sup>(1)</sup>

يذهب الباحث مع رأي الفقه الذي يقول بعدم صحة ما تناوله الفقيه (بارتان) كون الدفع بالنظام العام هو وسيلة لحماية قانون القاضي من أحكام القانون الأجنبي الذي يحمل مخالفة للنظام العام في قانون القاضي، بينما في نظرية الغش نحو القانون فلا يعترف بالأثر الذي تم التوصل إليه عن طريق القيام بنقل الاختصاص من قانون إلى قانون آخر وكذلك فإن الوسيلة تبقى صحيحة ومنتجة لآثارها المستقبلية في حين ان النتيجة التي تم التوصل إليها بطريق الغش تعد باطلة.<sup>(2)</sup>

وبناء على ما تقدم فإن عنصر الغش لا وجود له في فكرة النظام العام وكما ان حالة الدفع بالغش نحو القانون تؤدي لقيام القاضي باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي وإحلاله لقانونه الوطني محله، اما في حالة الغش نحو القانون فلا يقوم القاضي باستبعاد القانون الأجنبي واستبداله بقانونه

(1) حافظ، ممدوح عبد الكريم، (1973)، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن ص209، مصدر سابق

(2) الهداوي، حسن، (1993)، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الاردني ص27، مصدر سابق

الوطني، انما تبطل النتيجة التي تم التوصل اليها بطريق الغش، وهذا ما حدث في قضية الاميرة (دي بوفرمونت) كما ذكرها الباحث سابقا. (1)

بناء على ذلك فإن نظرية الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام يختلفان في النقطتين الاتيتين:

#### اولا: من ناحية الاساس القانوني

ان اساس فكرة الدفع بالنظام العام هو حماية قانون القاضي من أحكام القانون الأجنبي التي تخالف المبادئ العامة والمصالح العليا للمجتمع، وهذا يختلف عن نظرية الغش نحو القانون الذي يعد اسسها القانوني هو الحد من ارادة الأطراف في اساءة استعمال حقهم وقيامهم بالتحايل على القانون لغرض التهرب من التزام ما أو اكتساب حق يمنعه قانونهم الأصلي، فإن القيام بأبطال النتيجة التي تم التوصل اليها لكونها تمت بطريق الغش وليس لكونها تخالف النظام العام. (2)

#### ثانيا: من ناحية التمسك بهما

ان التمسك بالنظام العام يكون بصورة رئيسية في وقت نشأة العلاقة القانونية المشوية بعنصر أجنبي، وهذا على العكس من نظرية الغش نحو القانون فإن التمسك بالغش يكون وقت الاحتجاج بالعلاقة القانونية وليس وقت انشاءها كما هو الحال في فكرة الدفع بالنظام العام. (3)

(1) مصطفى، حامد، (1950)، القانون الدولي الخاص العراقي ص266، مصدر سابق

(1) المصري، محمد وليد، (2002)، الوجيز في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للقانون الاردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الحامد، عمان، الاردن

(3) الكردي، جمال محمود، (2005)، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر

## الفصل الخامس

### الخاتمة، النتائج والتوصيات

#### أولاً: الخاتمة

من خلال قيام الباحث بدراسة موضوع تغير قواعد الاسناد واثرها على تحديد القانون الواجب التطبيق، يتبين انه موضوع ذو أهمية بالغة على صعيد العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وأن الجزئية التي تعالجها الدراسة هي أثر هذا التغيير الذي يطرأ على قواعد الاسناد الوضعية التي يشرعها المشرع الوطني، سواء كانت بفعل المشرع نفسه، أو عن طريق قيام أطراف النزاع بتغيير ظرف الاسناد بشكل عمدي، كذلك مسألة استبعاد القانون الأجنبي الذي يخالف النظام العام في قانون دولة القاضي، ومن خلال هذه الدراسة يرى الباحث ان هنالك نقص أو فراغ تشريعي فيما يخص نظرية الغش نحو القانون، سواء بالنسبة للقانون العراقي أو القانون الأردني ولا بد من معالجته ، كذلك بالنسبة للمعيار الرئيسي الذي تطرق اليه الباحث فيما يتعلق بكشف نية الغش و التحايل على القانون و الذي يجب وضعه بعين الاعتبار.

يلخص الباحث نتائج هذه الدراسة وتوصياتها كما يلي:

## ثانياً: النتائج

1- لم يأخذ المشرع العراقي والمشرع الأردني بفكرة الاحالة واخذ بتطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين، الا ان هذا الرفض بالأخذ بفكرة الاحالة لم يكن مطلقا وانما احتوى على استثناءات.

2- ان عدم الاخذ بفكرة الاحالة وتطبيق القواعد الموضوعية دون قواعد تنازع القوانين هو تجزئة للقانون في واقع الامر، وبالتالي ان قرر القاضي ان قانونا أجنبيا هو المختص فعليه تطبيقه كاملا دون تجزئته.

3- ان قواعد الاسناد هي قواعد ذات طبيعة خاصة مركبة لا تدخل ضمن نطاق القانون العام ولا القانون الخاص وانما هي مزيج بينهما.

4- هنالك عدة مسائل تؤدي إلى تجنب حصول مشكلة التنازع الزمني للقوانين من حيث الزمان كما في القواعد الموحدة في الاعتماد المستندي أو قوانين التحكيم، أو ارادة الأفراد عن طريق قيامهم بإدماج قواعد قانونية في تصرفاتهم القانونية.

5- تتغير كذلك قواعد الاسناد عن طريق قيام الأفراد بنقل الاختصاص من قانون إلى آخر عن طريق نقل ضابط الاسناد.

6- ان المشرع العراقي وكذلك الأردني لم يتقيد بمعيار عام كحل لمشكلة التنازع المتحرك ، وانما افرد لكل حالة نص وحكم قانوني.

7- ان معيار التفرقة بين التنازع المتحرك ونظرية الغش نحو القانون هي النية في قصد التهرب من أحكام القانون الأصلي.

8- ان الدفع بالنظام العام هو وسيلة لحماية قانون القاضي من أحكام القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الاسناد الوطنية في قانون القاضي إلى تطبيقه لما يحمله هذا القانون الأجنبي من مخالفة لأحكام النظام العام في قانون دولة القاضي.

9- ان فكرة الاخذ بالأثر المخفف للنظام العام هي في الواقع سلطة تقديرية تمنح للقاضي وتستند إلى احترام الحقوق المكتسبة، أي هي ليست مطلقة وللقاضي عدم الأخذ بها إذا ما كانت المخالفة للنظام العام بدرجة عالية ومن الجسامة بحيث لا يمكن تجاهلها.

10- ان القضاء في العراق وكذلك في الأردن دفع بالتحايل على القانون استنادا إلى النص القائل "مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا" وبالتالي لم يرد نص صريح على هذه النظرية في كلا القانونين.

11- ان قيام القاضي بالدفع بالغش نحو القانون يؤدي إلى ابطال النتيجة التي تم التوصل إليها بطريق الغش دون ابطال الوسيلة التي تم عن طريقها التوصل إلى النتيجة.

### ثالثاً: التوصيات

- 1- توصي الدراسة بالأخذ بفكرة الاحالة بالنسبة للقانون العراقي والأردني ودون جعلها ضمن استثناءات معينة كون ذلك يسبب تجزئة للقانون الأجنبي المحال عليه وبذلك يتم تعديل نص المادة (28) مدني أردني وكذلك المادة (30) مدني عراقي لكي تصبح: (إذا تقرر إن قانوناً أجنبياً واجب التطبيق، وأحالت نصوص هذا القانون الأخير إلى القانون (الأردني أو العراقي)، أو إلى قانون دولة أخرى، تقرر قبول الإحالة إذا كان ذلك يؤدي إلى حل معقول وعادل للعلاقة المعنية).
- 2- إيراد نص صريح حول نظرية الغش نحو القانون في القانون الأردني والعراقي وعدم الاكتفاء بما ورد "مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعاً" لكي تصبح كالتالي: (إذا ثبت ان النتيجة التي تم التوصل اليها كان بطريق التحايل على القانون، تبطل هذه النتيجة ولا ترتب أي آثار، فيما عدا بما يتعلق بالوسيلة فتبقى نافذة ومرتبطة لآثارها).
- 3- توصي الدراسة بوجوب قيام الأفراد بتضمين نصوص قانونية ضمن تصرفاتهم القانونية لتجنب حدوث مشكلة النزاع الزمني للقوانين وتغيير القانون الواجب التطبيق على تصرفاتهم القانونية.
- 4- يوصي الباحث كذلك بصياغة قواعد الاسناد بطريقة لا تترك مجالاً للأطراف للقيام بتغيير ضابط الاسناد كما في نص المادة (21) مدني أردني التي اعطت صلاحية واسعة للأطراف في شأن اخضاع التصرف القانوني لبلد الابرام والتي احتوت على عدة استثناءات، ويوصي الباحث بإعادة صياغتها لكي تصبح كالتالي: (تخضع العقود ما بين الاحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه).

## قائمة المصادر والمراجع

### اولاً: المعاجم

1. بن منظور، جمال الدين ابو الفضل، (1982)، معجم لسان العرب، مطبعة دار المعارف، بيروت.
2. قاموس المحيط.

### ثانياً: المراجع باللغة العربية

1. إبراهيم، احمد ابراهيم، (2002)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار النهضة العربية، عمان، الأردن.
2. البستاني، سعيد يوسف، (2004)، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
3. بغدادي، حسن احمد، (1950)، الاسناد إلى قوانين دول متعددة الشرائع، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر.
4. الترجمان، محمد خالد، (1998)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
5. حافظ، عبد الكريم ممدوح، (1973)، القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد.
6. الحداد، حفيظة، (2002)، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
7. خالد، هشام، (1972)، المدخل للقانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
8. دارز، رمزي محمد علي، (2011)، فكرة تنازع القوانين، منشورات زين الحقوقية، بيروت.
9. الداوودي، غالب علي، (1998)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، دار وائل للطباعة، عمان، الأردن.
10. الداوودي، غالب علي، (2004)، المدخل إلى علم القانون، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن.

11. ديب، فؤاد، (1998)، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، جامعة دمشق، سوريا، ط 6.
12. راشد، سامية، (1974)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.
13. الراوي، جابر ابراهيم، (1980)، أحكام تنازع القوانين في القانون العراقي، مكتبة السنهوري، بغداد.
14. رايس، امينة، (2011)، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي.
15. رياض، فؤاد عبد المنعم، (1974)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.
16. سلامة، احمد عبد الكريم، (1985)، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.
17. سلامة، احمد عبد الكريم، (2002)، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
18. سلامة، احمد عبد الكريم، (2008)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.
19. صادق، هشام علي، (2003)، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر.
20. عبد الرحمن، جابر، (1969)، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، عمان، الأردن.
21. عبد العال، عكاشة محمد، (1994)، تنازع القوانين دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
22. عبد العال، عكاشة محمد، (1998)، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، الجزء الاول في تنازع القوانين، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان.
23. عبد العال، عكاشة محمد، (2007)، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
24. عبدالله، عز الدين، (1972)، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط6.
25. العبودي، عباس، (2015)، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، مكتبة السنهوري، بغداد.

26. غصوب، عبده جميل، (2008)، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان.
27. فضل الله، (1984)، القانون الدولي الخاص، مؤسسة باريس، فرنسا.
28. الكردي، جمال محمود، (2005)، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
29. الكسواني، عامر محمود، (2010)، موسوعة القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الجزء الاول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
30. ماير، بيار، (هوزيه)، فانسان، (2008)، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
31. محمد، أشرف وفا، (2009)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة.
32. المصري، محمد وليد، (2002)، الوجيز في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الحامد، عمان، الأردن.
33. مصطفى، حامد، (1950)، القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف، بغداد.
34. منصور، سامي بديع، (1994)، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، ط1.
35. منصور، مصطفى منصور، (1957)، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة.
36. الموسوي، علي فوزي، (2010)، قاعدة الاسناد، مكتبة السنهوري للطباعة والنشر، بغداد.
37. نعيم، ادمون، (1963)، الموجز في القانون الدولي الخاص ص 56 شركة الطبع والنشر اللبنانية، بيروت.

### ثالثاً: الرسائل والابحاث العلمية

1. ابو صبيح، عبد الرسول كريم، (2010)، أثر الغش نحو القانون على ظرف الاسناد، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الكوفة، العراق
2. الاسدي، عبد الرسول عبد الرضا، (1999)، تغيير ضوابط الاسناد في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة بابل، العراق
3. بن زوخ، جمعة، (2014)، شرط الثبات التشريعي في العقود الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة قاصدي بن مرياح ورقلة، الجزائر
4. حسون، محمد حسناوي شويح، (2018)، تفوق قانون القاضي على القانون الأجنبي، اطروحة دكتوراه، جامعة بابل كلية القانون
5. الساعدي، مزعل كريم، (2005)، مفهوم قاعدة الاسناد وخصائصها، بحث منشور في مجلة كربلاء، كلية القانون جامعة كربلاء
6. شبي، كريم مزعل، (2000)، التنازع المتغير وأثره بالقانون واجب التطبيق، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بغداد
7. عبد الحسن، ختام، (2010)، موانع تطبيق القانون الأجنبي، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة النجف، العراق
8. عبد الله، هند مهند، (2011)، التغيير الارادي لظرف الاسناد واختيار القانون الواجب التطبيق، بحث منشور في مجلة كربلاء، جامعة كربلاء، العراق
9. قتال، حمزة، (2011)، دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر
10. قطيشات، خلدون سعيد، (2011)، تغيير ضابط الاسناد لغاية مشروعة وأثره في تحديد القانون واجب التطبيق في القانون الدولي الخاص الأردني، دراسات الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان

11. محمود، سلطان عبدالله، (2010)، الدفع بالنظام العام وآثاره، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق.

#### رابعاً: أحكام المحاكم

1. قرار رقم (1332)، (1951)، مجلة الأحكام القضائية، العدد الاول، المجلد الاول، تشكلت هذه المحكمة برئاسة الاستاذ عبد الرحمن البزاز.

2. قرار رقم 4939 الصادر بتاريخ 4 اكتوبر 1995 في الملف المدني رقم 520/91.

3. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بتاريخ (22/11/1986)، مدني /1519.

4. قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق بتاريخ 28/11/2016، رقم 356 الهيئة الموسعة المدنية.

5. قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (91) لسنة (1987) المنشور في عدد مجلة المحامين رقم (6) لسنة (1990).

6. قرار محكمة التمييز في اكس ان بروفانس، فرنسا، بتاريخ 9 مارس 1982، رقم 80.

7. قرار محكمة المواد الشخصية ببغداد (132 / ش / 1952) مشار اليه في مجلة الأحكام القضائية، العدد الاول، آذار 1953، دار المعرفة، بغداد.

8. قرار محكمة النقض الفرنسية، (17 نيسان 1953).

9. نقض مدني، (8، تشرين الثاني 1943)، محكمة النقض في فرنسا.

#### خامساً: القوانين

1. القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

2. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

سادسا: المراجع باللغة الانكليزية

1. Batiffol, Henri, (1989), La Philosophie du droit, Presses Universitaires de France.
2. Walf, Martin, (1950), private international law, oxford university, England.