جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قـسم القانون الخاص

نظرية الغش نحو القانون

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: القانون الخاص

من إعداد الطالبة:
بويش صاره
كركور ديهية

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:
أيت منصور كمال

لجنـــة المناقشة:

الأستاذ : موري سفيان	أستاذ جامعة بجاية	رئيسا
الأستاذ: أيت منصور كمال	أستاذ جامعة بجاية	مشرفا و مقررا
الأستاذ : ناتوري كريم	أستاذ جامعة بجاية	ممتحنا

السنة الجامعية 2021/2020

شكر وتقدير

الحمد لله نحمده سبحانه حمد الشاكرين المقرين بنعمه وواسع كرمه الجزيل على توفيقه لنا على إتمام هذا العمل، ونسأله مزيدا من التوفيق والسداد

ويشرفنا أن نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ المشرف الدكتور "**كمال أيت منصور**" الذي أنار بصيرتنا بتوجيهاته القيمة وأراءه السديدة التي كان لها أثر في اثراء هذه المذكرة وتقويمها

فجزاه الله خير الجزاء

كما نتقدم بوافر الشكر والعرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة لتقييمها تقبلوا منا كامل الاحترام والتقدير

وإلى كل من ساعدنا من بعيد أو من قريب في إنجاز هذا البحث ونسأل الله عز وجل أن يجزى الجميع، ويوفقنا ويسدد خطانا إنه نعم المولى ونعم النصير

الاهداء

إلى **أغلى إنسان في هذا الوجود على من كان دعائها سر نجاحي أمي الحبيبة أدام الله بقاءها**

وإلى من كانت ابتسامته تدفعني دائما إلى الأمام الذي هو سندي ومثلي الأعلى في الجد

والمثابرة أبي أطال الله في عمره

كما أخص بالشكر أخواتي ليديا، وردة، ولينا على دعمهم لي وإلى من يبعث البهجة والاطمئنان

إلى قلبي أخي الغالي نائل

وإلى جميع صديقاتي اللواتي تربطني بهن أجمل وأرقى عواطف المودة والاحترام طيلة سنين

الدراسة

وإلى كل هؤلاء أهدي ثمرة مجهودي

صاره

الاهداء

أهدي ثمرة مجهودي

إلى روح جدي الطاهرة براهم رحمه الله

إلى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي أطال الله في عمرها

إلى والدي العزيز أدام الله بقاءه

إلى أخي توأمي إسحاق الذي دعمني في كل خطوة خطوتها

حفظه الله

إلى كل صديقاتي اللواتي جمعتنا الدراسة أخص بذكر صديقتي ليدية

ديهية

مقدمة

يعتبر تنازع القوانين من مواضيع القانون الدولي الخاص، إذ تكثر فيه العلاقات الدولية الخاصة لا سيما بين الأفراد، فتدخل المشرع لتنظيم هذه العلاقات لوضع حل لمشكلة تنازع القوانين من خلال صياغة قواعد الإسناد ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المسألة المشتملة على عنصر أجنبي، والعنصر الأجنبي إما يمس أطراف العلاقة في جنسيتهم، أو موطنهم، أو موضوع العلاقة أو السبب المنشئ للالتزام.

إن تطبيق القوانين الأجنبية التي تعينها قواعد الإسناد على العلاقة القانونية التي يتخللها عنصر أجنبي ليس على أساس المفاضلة في حد ذاتها بل ذلك القانون هو المناسب والملائم لحكم العلاقة وليس من شأنه المساس بسيادة دولة القاضي بل للمحافظة على استقرار العلاقات الدولية الخاصة وحفاظا على حقوق المتعاملين.

قد يلجأ الأفراد إلى التلاعب بقواعد الإسناد كتغيير الجنسية أو الموطن بغية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا وإسناد الاختصاص لقانون أخر أكثر مصلحة لهم، فمثلا يكون القانون الشخصي للزوجة لا يسمح لها بالطلاق فتقوم هذه الأخيرة بتغيير جنسيتها لدولة أخرى تسمح قوانينه بالطلاق، رغم أن القانون اعترف للأفراد بحقهم في تغيير الجنسية إلا أنه كان تغيير إرادي مقترن بسوء نية وهو ما لا يسمح به القانون، وهذا ما يطلق عليه «**الغش نحو القانون**» «**la fraude à la loi**».

تبلور الغش نحو القانون كنظرية مستقلة ابتداء من نهاية القرن التاسع عشر انطلاقا من القضية الشهيرة التي طرحت أمام القضاء الفرنسي والمعروفة بقضية الأميرة « **DE BOUFFRMONT**»، فكان منطوق حكم القضاء الفرنسي مبنيا وفقا لهذه النظرية، إذ بينت هذه القضية التاريخية مدى خطورة التلاعب في ضابط الإسناد والدور الذي يلعبه في تحديد القانون الواجب التطبيق.

وعليه فإن القاضي الذي عرض عليه النزاع وتبين له أن الخصوم تعمدوا التلاعب بضابط اسناد معين حتى يتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا يقوم باستبعاد القانون

الذي أسند له الاختصاص غشا وتطبيق القانون المتهرب منه، تطبيقا لمبدأ « **fraus omnia corrumpit**».

يعتبر الغش نحو القانون مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي من أجل حماية المصالح الوطنية والمبادئ الأساسية في مجتمع دولة القاضي وحماية القانون المختص أصلا وذلك بمنع الأفراد من التحايل والتلاعب في ضوابط الإسناد، نصت عليه العديد من التشريعات واستقر عليه القضاء وفقهاء القانون الدولي الخاص، كما أخذ به المشرع الجزائري بموجب تعديل أحكام القانون المدني في سنة 2005.

من خلال ما سبق ذكره يتطلب البحث في **مدى فعالية قواعد التنازع في التصدي للغش نحو القانون؟**

للإجابة على الإشكالية المطروحة –أعلاه –اتبعنا المنهج الاستقرائي وذلك بالتطرق إلى مختلف جوانب هذه النظرية، من خلال وصف وتحليل مختلف الأحكام التشريعية والفقهية مع الاستعانة بالمنهج المقارن بالأخذ بعين الاعتبار ما توصلت إليه تشريعات الدول والفقه من تطورات متعلقة بدراسة نظرية الغش نحو القانون وكذا ابراز أهمية الموضوع من خلال التطبيقات القضائية.

إن الغش نحو القانون ليس بالموضوع الجديد بل له جذور تاريخية تمتد إلى ما قبل القرن التاسع عشر لكن بمرور الوقت تطورت هذه الفكرة لتصبح نظرية مستقلة قائمة بذاتها، بحيث يقع التحايل بأشكال مختلفة بغية تهرب الأفراد من أحكام القانون المختص سواء كانت قواعده أمرة أو مكملة **(الفصل الأول)**.

لإعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون لابد من توفر مجموعة من الشروط التي تتمحور أساسا في التغيير الإرادي لضابط الاسناد مع توفر نية الغش إلى جانب تطبيق قاعدة الدفع بالغش نحو القانون في مختلف المجالات التي يسمح فيها ضابط الإسناد بحصول التغيير ويترتب من ذلك أثر والمتمثل في استبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص غشا وتطبيق القانون الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده **(الفصل الثاني)**.

الـفـصل الأول
مـاهيـة الـغش نـحو القـانـون

يعتبر القانون الدولي الخاص المجال الذي يكثر فيه الغش نحو القانون، وذلك راجع لكثرة التعاملات بين أفراد ينتمون لدول مختلفة، وعليه فمن المتصور أن يقوم أحد أطراف العلاقة القانونية بتغيير قواعد الاسناد ليتغير معه القانون الواجب التطبيق، ويطلق عليه الفقه ب: الغش نحو القانون «**La fraude à la loi**» وهو من بين موانع استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بموجب قواعد الاسناد.

إن الغش نحو القانون ليس بالموضوع الجديد بل لها جذور تاريخية، غير أنها لم تتبلور في قالب نظرية مستقلة الا بعد منتصف القرن التاسع عشر بمناسبة القضية الشهيرة في فقه القانون الدولي الخاص والتي عرضت على القضاء الفرنسي، وهي قضية الأميرة «**LA PRINCESSE DE BOUFFREMONT**».

لقد تمسك القضاء الفرنسي بنظرية التحايل نحو القانون في مجال تنازع القوانين، في حين تكفل الفقهاء بالبحث عن أساسها القانوني إذا ما كانت نظرية مستقلة قائمة بذاتها أم تستمد أساسها من نظريات أخرى.

تختلف أشكال التحايل نحو القانون بغية التهرب من أحكام القانون المختص، فقد يتحقق عن طريق تغير ضابط الاسناد وهي الحالة الأكثر شيوعا كتغير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول كما قد يتحقق التحايل عن طريق طائفة الاسناد أو الاختصاص القضائي.

إن الدفع بالغش نحو القانون يثير عدة تساؤلات حول نطاق اعماله، اذ هناك من حصر نطاق اعماله على القانون القاضي فقط، غير أن الفقه الحديث استقر على اعمال الدفع بالتحايل سواء على قانون القاضي أو القانون الأجنبي، أما الاتجاه الاخر حصر نطاق التحايل من حيث القاعدة الامرة دون القواعد المكملة، في حين الفقه الحديث سوى بين القاعدتين.

الغش نحو القانون له جذوره التاريخية منذ القدم إذ كان الأفراد يتحايلون على قواعد الإسناد لإسناد الاختصاص لقانون أكثر مصلحة للأفراد، غير أنه مع مرور الوقت تطورت هذه الفكرة إلى نظرية مستقلة قائمة بذاتها **(المبحث الأول)** يقع التحايل بأشكال مختلفة بغية التهرب من أحكام القانون المختص سواء كانت قواعده أمرة أو مكملة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

مضمون الغش نحو القانون

تعد قاعدة الإسناد فقها وقانونا الأداة الأساسية المختصة بتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمام القضاء، والمشتمل على عنصر أجنبي، فالقاضي ملزم بتطبيق القانون الذي منحت له قاعدة الإسناد الاختصاص، فكلما تغير الضابط الذي تعتمد عليه القاعدة –السالفة الذكر– في تحديد القانون الواجب التطبيق يتغير معها هذا الأخير، إذ قد يقوم الأفراد بالتغيير الإرادي لجنسيتهم أو موطنهم مثلا بغية التهرب من أحكام قانون معين وسعيا لتطبيق قانون آخر أكثر مصلحة، وهذا ما يسمى بالغش نحو القانون، فالأفراد يمارسونها منذ العصور القديمة غير أنها لم تقنن آنذاك في نصوص قانونية وللغش نحو القانون في إطار القانون الدولي الخاص أصلها وجذورها التاريخية قبل وبعد القرن التاسع عشر ميلادي وليست حديثة النشأة، وبعد ذلك تبلورت هذه الفكرة أين تناولها الفقه الحديث فهناك من الفقه من هاجمها، و البعض الآخر أيدوا هذه الفكرة وحاولوا تقديم تعاريف يتناسب معها**(المطلب الأول)** وبالرغم أن القضاء الفرنسي أعلن تمسكه بنظرية الغش في مجال التنازع كمانع لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي غير أن غالبية الشراح اختلفوا حول الأساس القانوني لها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

أصل الغش نحو القانون

إن الدفع بالغش نحو القانون وسيلة جديدة تسمح بتطبيق القانون الأجنبي المختص أصلا ويمنع تطبيق القانون الذي تم الغش نحوه والذي لم يتحقق بطريقة طبيعية بل جاء نتيجة التلاعب بقواعد الاسناد، ولأجل بيان هذا المانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي يستلزم التطرق الى نشأة فكرة الغش نحو القانون إذ تمتد جذورها إلى ما قبل القرن التاسع عشر وليست حديثة النشأة **(الفرع الأول)** وكذلك التطرق إلى تطور هذه الفكرة بعدما لاقت نقاشا حادا بين الفقهاء **(الفرع الثاني)**

إضافة إلى التعاريف المقدمة من شراح القانون والفقهاء للغش نحو القانون **(الفرع الثالث)** وهذا ما سيتم التفصيل فيه.

الفرع الأول

نشأة فكرة الغش نحو القانون

تعتبر فكرة الغش نحو القانون من مواضيع القانون الدولي الخاص اذ لا تعد حديثة النشأة بل تمتد جذورها الى ما قبل القرن التاسع عشر، كان الافراد يمارسون التحايل بغية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق وذلك بداية من القانون الروماني الى ما بعد القرن التاسع عشر أثر قضية عرضت على القضاء الفرنسي المعروفة بقضية الأميرة «**DE BOUFFRMONT**» ومن ذلك الحين أصبحت فكرة الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

أولا: نشأة فكرة الغش نحو القانون قبل القرن التاسع عشر

التحايل على القانون ليس بالفكرة الجديدة بل عرف قبل القرن التاسع عشر في مجال تنازع القوانين الدولية، بحيث ذكر الفقيه **(TITE LIVE)** أنه كانت هناك عادة تستعمل بين الرومانيين لغرض تجنب تلك القوانين التي كانت تحرم الربا في القرض بينهم، فتم استعمل أشخاص لاتينيين لا يخضعون للقانون الروماني وبالتالي لا يخضعون للحظر الموجود في هذا القانون، فيقوم هؤلاء بإجراء قروض ربوية باسمهم ولصالح الرومانيين، لكن سرعان ما تم سن قانون «**les sempronia**» الذي حرم القرض بربا بين الرومانيين واللاتينيين.

كما اتخذ الرومان مجموعة من الإجراءات لحماية مدينتهم وذلك من خلال وقف هجرة اللاتينيين إلى روما، فاشترط عليهم أن يتركوا أبنائهم في مدنهم الأصلية، ولكن رغم ذلك استطاع هؤلاء التحايل على القانون وذلك بواسطة تغيير مواطنهم وترك أولادهم للرومان كي يستعبدوهم وبهذا يحملون الجنسية الرومانية طبقا للقانون «**statut cinitatis de manumissor**» بينما اللاتينيين الذين لا يملكون أبناء كانوا يتحايلون علي القانون الروماني بواسطة التبني أو كان

الرومان يتبنونهم، لذلك القضاء اشترط في تحرير العبد أن يؤدي السيد أي **lamanumiss** اليمين على أن هذا التحرير لا ينطوي على غش في تغيير المدينة[1].

ومن خلال ما تم ذكره أعلاه يتبين أن القانون الروماني تعرض لحالات التحايل دون أن يؤسس نظرية عامة ومستقلة للغش نحو القانون.

كما عرف الغش نحو القانون في القرون الوسطى، حيث يرجع الفضل للفقيه **(BARTOLE)** وأتباعه **(LES BARTOLISTE)** في تطويره، إذ ميزوا بين الغش والصورية فالعمل الصوري بالنسبة لهم عمل غير حقيقي فمثلا البيع الصوري لا يعتبر بيعا، وهو باطل بقوة القانون، في حين التصرف المعيب بالغش هو تصرف حقيقي يمكن أن يتعرض للإبطال، ثم وضع الفقيه **(BARTOLE)** و**(BALDE)** تصنيفا لأنواع الغش، وفي القرن الرابع عشر أبرز الفقيه **(CUGAS)** عناصر الغش المتمثلة في نية الغش والنتيجة غير المشروعة. وبها تميزت نظرية الغش عن الصورية بعنصريها.

وفي القانون الكنسي عرفت فكرة الغش بواسطة تغيير الموطن إذ كان الأفراد يلجؤون إلى تغيير مواطنهم تجنبا لإخضاع عقود زواجهم للشعائر الدينية، لكن الكنيسة المسيحية كانت تبطل عقد الزواج كلما كشفت الهدف الذي سعى إليه الأطراف[2]، وعرفته المدرسة الهولندية اذ استثنى الفقيه **(HEUER)** تطبيق القانون المحلي على أهلية الموصى لإبرام الوصية إذا كان الموصي قد حل بمكان الإبرام قصد التهرب من قانونه الشخصي[3].

أما في القانون الفرنسي القديم عرف كذلك فكرة الغش نحو القانون فعندما كانت فرنسا مقسمة إلى مقاطعات كانت تطبق كل منها عرفا خاصا بها، وكان العرف المطبق في مقاطعة نورماندي يقضي بأن النظام المالي بين الزوجين هو نظام **(الاشتراك القانوني)** ولذلك الزوجان المستقبلان ينتقلان إلى باريس ويتزوجان هناك حتى يخضع نظامهما المالي للاشتراك القانوني، ثم يعودان

---

[1]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، الطبعة 2، دار هومه، الجزائر، 2004، ص57و58.

[2]– المرجع نفسه، ص64.

[3]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول (تنازع القوانين)، مطبعة الكاهنة، د. م. ن ،2000، الهامش 2، ص259.

إلى موطنهما الأصلي النورماندي، مما أدى إلى اعتبار أن الذهاب الى مقاطعة باريس كان الغرض منه الغش نحو قانون الموطن[4].

ويقول الفقيه (**FROLAND**) أن هذين الزوجين قد تمردا على قانون موطنهما، فأقل جزء يمكن أن تطبقه عليها هو بطلان كل تصرف قاما به، بينما يذكر الفقيه (**BOULLENOIS**) فيما يتعلق بالزوجين الذين يغيران موطنهما، أنه لا يمكن تطبيق قانون الموطن الجديد أو الموقع الجد للأموال إلا إذا انتفى وجود الغش من هذه العملية[5].

ثانيا: نشأة الغش نحو القانون بعد القرن التاسع عشر

لم تتبلور فكرة الغش نحو القانون كنظرية عامة ومستقلة إلا بعد منتصف القرن التاسع عشر، ويرجع السبب في ذلك إلى القضية الشهيرة «**LA PRINCESSE DE BOUFFRMONT**» المعروضة على القضاء الفرنسي[6]، وتتلخص وقائع القضية أن سيدة من أصول بلجيكية اكتسبت الجنسية الفرنسية إثرى زواجها من الأمير الفرنسي «**DEBOUFFREMONT**»[7]

وبتاريخ 1أوت 1874، قضت محكمة باريس بالانفصال الجسماني بين الأمير دي بوفرمون المواطن الفرنسي وزوجته البلجيكية الأصل التي أصبحت فرنسية بالزواج وفي ذلك الوقت، كان القانون الفرنسي المطبق في هذه القضية لا يعترف بالطلاق، هذا الحظر لا يناسب الأميرة مستغلة حقيقة أن الانفصال الجسماني يمنحها حرية اختيار مسكن منفصل بمفردها انتقلت الأميرة إلى ألمانيا أين حصلت على الجنسية في دوقية ساكس ألتنبورغ في 3 مايو 1875، الآن خاضعة

---

[4]–علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003 ص159.

[5]– فضيل نادية، المرجع السابق، ص66.

[6]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص160.

[7] – Cour de Cassation, (Ch. Civ), 18 Mars 1878. Voir : BERTRAND Ancel, YVES Lequette Grands arrêts de la Jurisprudence française de Droit international Privé, 3e édition, Dalloz Paris, 1998, p41.

لهذه الدولة الألمانية، فاستعادت حريتها الزوجية، بفضل قانونها الوطني الجديد الذي يعتبر الكاثوليك المطلقين منفصلين قانون، ويمكن للأميرة أن تتزوج الشخص الذي قامت برحلة إلى ألمانيا من أجله[8].

وبتاريخ 24 أكتوبر 1874 تزوجت السيدة «**DE BOUFFREMENT**» ثانية من الأمير روماني يدعى«**BIBESCO**» وحدث بعد ذلك أن رفع زوجها الأول دعوى طلب فيها ببطلان الزواج الثاني بناء على أن تجنس الزوجة كان بهدف التحايل على القانون، ومن ثم فلا يعتبر الطلاق صحيحا وبالتالي يبقى الزواج الأول قائما[9].

قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول ببطلان الطلاق وأنه لا يجوز للأميرة أن تتذرع بجنسيتها الجديدة التي حصلت عليها بقصد احتيالي، تهربا من القانون الفرنسي[10].

وقد تعاقبت عدة أحكام قضائية في فرنسا بعد هذا الحكم وكلها قد استندت إلى فكرة الغش نحو القانون لمحاربة تحايل الأفراد على قواعد الإسناد الفرنسية للهروب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع[11].

الفرع الثاني

تطور نظرية الغش نحو القانون

بعد ظهور فكرة الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين الدولية بمناسبة القضية الشهيرة «**DE BOUFFREMONT**» –السالفة الذكر–التي عرضت على القضاء الفرنسي، استقر هذا الأخير على الأخذ بها كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إذ لقت هذه الفكرة نقاشا قانونيا

---

[8]–BERTRAND Ancel,YVES Lequette, op.cit, p41.

[9]–حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج1(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص213.

[10]–MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international Privé, 9e édition, Montchrestien, Paris 2007, p190.

[11]–أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ج1، ط12، دار هومه، الجزائر، 2011، ص188و189.

حدا فهاجمها البعض مستندين في ذلك أن تغيير ضابط الإسناد ما هو إلا حق خوله له القانون بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تأييد هذه الفكرة مستندين في ذلك أن تغيير ضابط الإسناد وان كان تصرفا مشروعا غير أن الهدف منه هو التحايل على القانون الواجب التطبيق.

أولا: الاتجاه المعارض لنظرية الغش نحو القانون

ظهر جانب من الفقه ومن بينهم الفقيه **(ARMINJON)** يعارض الأخذ بنظرية الغش نحو القانون، ودعموا رأيهم بالحجج التالية:

إغفال فكرة الغش نحو القانون في تنازع القوانين وتطبيق القانون المختص الذي يصبح واجب التطبيق في النزاع نتيجة تغيير ضوابط الإسناد دون النظر إلى الباعث والدافع الذي دفع صاحب المصلحة على التغيير، باعتبار أن من يغير جنسيته أو موطنه أو غير ذلك من ضوابط الإسناد وإنما يستعمل حقه في التغيير دون إلحاق ضرر بأحد، ولا يوجد قانون يمنع تغيير الموطن أو الجنسية، إنما التغيير الذي يطرأ على هذه الضوابط يعتبر من حقوق الأفراد وليس جريمة يعاقب عليها القانون، ولو كان ذلك بقصد نقل الاختصاص في النزاع من قانون إلى آخر، فالفرد لما يستعمل حقه لا يعد مخالفا للقانون، وإذا استفاد من حكم قانون معين ليس للقاضي أن يسأله عن الوسيلة التي اتبعها لتحقيق تلك الاستفادة[12].

أن الغش نحو القانون تقتضي الخوض في أمور نفسية والبحث في النوايا، وهو أمر يصعب إثباته. ومن ناحية أخرى أنه يقتضي تقرير سلطة تقديرية واسعة للقاضي في إثباته، وهو ما يحمل مغبة الجنوح إلى التحكم وهو ما يهدد الاستقرار المنشود لعلاقات الأفراد عبر الحدود[13].

ولو سلم بأن اكتشاف نية الغش سهل وميسور، فان هذا في حد ذاته لا يبرر الأخذ بنظرية الغش نحو القانون، ذلك لأن نية الغش قد تتوافر في أحد أطراف العلاقة دون الطرف الآخر

[12]–غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية) دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2003، ص254.

[13]–أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص455.

وإبطال الاختصاص القانوني ونقله لقانون آخر، سيؤدي إلى الأضرار بالطرف الحسن النية وهذا ما يتنافى مع العدالة[14].

والبعض الآخر أكد بصعوبة إعمال فكرة الدفع بالتحايل على القانون مدعما رأيهم بفرضيتين:

الفرضية الأولى: أن تكون هناك صورية حيث لا تتطابق الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة لأطراف العلاقة القانونية وهنا لا حاجة إلى الدفع بالتحايل لاستبعاد القانون الأجنبي، إذ يكفي التمسك بالصورية والاعتداد بضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، أمّا **الفرضية الثانية:** عندما لا يكون تغيير ذلك الضابط حقيقيا ومشروعا، وهنا يمكن التردد في اعتبار نية الغش والتحايل، حيث أن تغيير الجنسية أو الموطن يعد حقا أساسيا للأفراد، كما أن القانون الذي تم التحايل عليه لا يلحقه أي ضرر من عدم تطبيقه[15].

ثانيا: الاتجاه المؤيد لنظرية الغش نحو القانون

رغم الانتقادات الموجهة لفكرة الغش نحو القانون غير أنها لقت قبولا وترحيبا من بعض الشراح، فعرفت تطورا ملحوظا، وذلك من خلال الحجج التي تبناها المؤيدون:

صحيح أن التحقق من النية والقصد في الغش صعب جدا لكن ذلك ليس بالمستحيل، فعلى القاضي أن يكون شديد الحذر في التقدير للكشف عن هذا القصد ولا يحتج بصعوبة معرفة القصد في الغش لعدم الأخذ بفكرة الغش نحو القانون، لأن الأخذ بالنية والبحث عنها قد سمح به في أمور كثيرة، كما أن القانون سمح للقاضي بالبحث عن النية التي دفعت إلى ارتكاب الجريمة في المسائل الجنائية وكذلك بالأخذ بالنية في المسائل المدنية فنظرية السبب تقوم أساسا على نية المتعاقدين[16].

أضف إلى ذلك أن عدم الأخذ بنية الغش نحو القانون يعتبر حسب قول والترفيليمور في مؤتمر جمعية القانون الدولي الذي عقد في جلاسكو سنة**1901** امتياز للأغنياء الذين تتوافر لديهم

---

[14]–الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون) دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2017، ص195.

[15]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص544.

[16]–الهداوي حسن، المرجع السابق، ص196.

النفقات اللازمة للانتقال من بلد إلى آخر لإجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين أقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال للتغيير ظروف الإسناد[17].

إن عدم إعمال الغش من شأنه الإضرار بالطرف المحمي مصلحته بموجب القانون الواجب التطبيق، كما أن هذا الأمر لا يخص الغش فقط، بل يشمل أمرا أخرى مثل: عيوب الرضا والمشروعية وعندما تطبق المحكمة النظام العام حيث تؤثر أحد الطرفين على الآخر، لأن من يرتبط بالتزامات على المستوى الدولي أن يكون على قدر من الحيطة والتفتح، ثم إن القانون لا يحمي المغفلين[18].

لازالت أحكام القضاء الفرنسي الحديث تأخذ بذلك الدفع ولم تهجره إدراكا لأهميته في حماية قاعدة التنازع والاعتبارات التي تقوم عليها كما أن أحكام القضاء الانجليزي تجري تطبيقات عديدة لدفع بالتحايل، ويميل الفقه الانجلو الأمريكي إلى الإبقاء عليه على الرغم من تأكيد البعض، وأن إعمال الدفع بالتحايل على القانون نادر في ظل نظام قانوني يكاد يتلازم فيه الاختصاص القضائي مع الاختصاص التشريعي، كما هو الحال في النظم الانجلو سكسونية، كما أن القضاء البلجيكي مستقر على فكرة التحايل على القانون[19].

إضافة إلى ما تم ذكره أعلاه فقد أقرت بفكرة الغش نحو القانون المؤتمرات الدولية[20]، كما نصت عليها العديد من تقنينات دول[21]، فأصبحت ضمن مبادئ القانون الدولي، أما المشرع الجزائري فقد

---

[17]– مؤتمر جمعية القانون الدولي الذي عقد في جلاسكو سنة 1901. الهداوي حسن، المرجع السابق، ص197.

[18]–ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية)، دار الثقافة، عمان، 2005، ص209.

[19]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص545.

[20]–**منها:** مؤتمر جمعية القانون الدولي المنعقد في مدينة غلاسكو سنة 1901. الهداوي حسن، المرجع السابق، ص 197. واتفاقية لاهاي المنعقدة في 1930. زروتي الطيب، المرجع السابق، الهامش 2، ص259.

[21]– **مثال ذلك:** مجلة القانون الدولي التونسي في الفصل 2/30 التي تنص «وإذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة لتغير عنصر الاسناد» قانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في 27 نوفمبر 1998، يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي. أنظر الموقع الالكتروني: www. Législation– sécurité. tn ، المادة 57من مشروع قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي التي تنص «لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ بتطبيق قانون أجنبي لم ينعقد اختصاصه به الا بالغش نحو القانون الفرنسي» زروتي الطيب، المرجع السابق، الهامش 2، ص 259، عكس القانون المغربي الذي=

تبنى فكرة الغش نحو القانون بعد تعديل المادة 24 من القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 ونصها كالتالي: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الأدب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون»[22].

ومن ناحية أخرى تتجه التقنينات الحديثة للقانون الدولي الخاص إلى النص الصريح على الأخذ بفكرة التحايل على القانون كوسيلة لحماية قانون القاضي أو القانون الأجنبي الذي تختاره قاعدة التنازع الوطنية[23].

الفرع الثالث

تعريف الغش نحو القانون

رغم أن نظرية الغش نحو القانون لاقت ترحيبا واسعا من بعض الدول التي تبنتها في نصوصها القانونية، غير أن هذه الدول لم تضع تعريف لها الامر الذي فسح المجال لشراح القانون والفقهاء بتقديم تعاريف لها.

يراد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق، وقد يقع هذا التحايل، وهو الغالب بتغيير الجنسية حتى يتهرب من يغير جنسيته من حكم قانون أحواله الشخصية إلى قانون يتيح له غرض يسعى إليه، وقد يتم التهرب بتغيير الموطن إذا كان قانون المواطن هو الذي يحكم الأحوال الشخصية، وقد يتم بتغيير موقع المنقول

= لم يأخذ بنظرية الغش نحو القانون ويظهر ذلك في الفصل 62 من قانون الالتزامات و العقود، ظهير 9 رمضان 1331(12 أغسطس1913) صيغة محينة، بتاريخ11 يناير 2021. والقانون المدني المصري في مادته 28 من قانون رقم 131 لسنة 1948. أنظر الموقع الالكتروني: www. Egyptlawfirm. Net.

[22]– أنظر المادة 24من القانون المدني الجزائري، أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني ج. ر. ج. ج، العدد 78، مؤرخ في 30سبتمبر1975، معدل ومتمم. أنظر الموقع الالكتروني التالي: www. Joradp. Dz.

[23]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص545 و546.

بنقله إلى إقليم آخر، كما أنه قد يتم باختيار المتعاقدين قانونا غير القانون الواجب التطبيق تهربا من الضرائب أو من الدمغة أو من الشكل الرسمي أو من حكم موضوعي آخر[24].

عرف بعض الفقهاء الغش نحو القانون ومن بينهم الأستاذ **(DESBOIS HENRY)** بأنه: «التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه» ويرى**(DESBOIS)** أن الغش يحتوي على عنصرين: عنصر مادي ويتمثل في النتيجة غير المشروعة، وعنصر معنوي فيتمثل في نية تجنب أحكام القانون[25].

أما الأستاذ**(GEORGES RIPERT)** فيعرف الغش بأنه: «عملية تتم وقف اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة»[26].

في حين الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة عرف الغش نحو القانون بأنه: «التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي»[27].

بينما الدكتور عكاشة محمد عبد العال عرف الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين بأنه: «كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاتها، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، وإحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها»[28]

---

[24]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص159.

[25]–عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2 (في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986، ص557.

[26]–نقلا عن: فضيل نادية، المرجع السابق، ص53.

[27]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص542.

[28]–عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص491.

وعرف(**BUREAU DOMINIQUE**) و(**MUIR WATT HORATIA**) الغش بأنه: «هو قيام الأطراف طواعية بتعديل العلاقة القانونية بهدف سحبه من القانون المختص عادة»[29].

أما الدكتورة فضيل نادية عرفت الغش بأنه: «إرادة تغيير ضابط الإسناد للوصول إلى نتيجة مشروعة في حد ذاتها، ومحظورة في نظر القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية». «أو هو التلاعب بأحكام قواعد التنازع بقصد الوصول إلى أغراض شخصية»[30].

بعد التطرق إلى مختلف التعاريف التي قدمها الفقهاء، يتبين أن الغش نحو القانون يكون بالتعديل الارادي لأطراف العلاقة القانونية في ضابط الاسناد بغية التهرب من القانون الواجب التطبيق ونقل الاختصاص الى قانون أخر للاستفادة من أحكامه، وعليه يمكن تقديم تعريف آخر بأنه إجراء يقوم به أحد أطراف العلاقة القانونية وبإرادته الكاملة بتغيير ضابط الإسناد الذي بموجبه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، قصد التهرب من أحكام هذا الأخير الذي لم يكن في صالحه وبغية تطبيق قانون آخر، كتغيير الجنسية أو موقع المنقول أو الموطن وهذا يعتبر غشا.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للغش نحو القانون

لقد تبنت معظم التشريعات نظرية الغش نحو القانون في مجال التنازع، و ذلك بعد إجماع الفقهاء على الأخذ بالقاعدة الرومانية التي تتضمن «الغش نحو القانون يفسد كل شيء» **fraus omnia corrumpit** ولقد سعى الفقهاء الفرنسيون الذين ساندوا هذه النظرية بالبحث عن أساسها القانوني فانقسموا إلى عدة أراء منهم من اعتبرها صورة من صور النظرية الصورية لاشتراك الهدف بينها وهو تحقيق غاية غير مشروعة **(الفرع الأول)** بينما البعض الآخر أسند هذه النظرية على أنها صورة من صور السبب غير المشروع إذ كلما وجد تحايل نحو القانون وجب على القاضي

[29]–BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, Droit international Privé, Tome1, Partie Générale, 2e édition, Paris, 2010, p450 et 451.

[30]–فضيل نادية، المرجع السابق، ص56.

إبطالها إذا كان سببه مخالفا للقانون **(الفرع الثاني)** و جانب آخر من الفقه يرى بأنها صورة من صور التعسف في استعمال الحق، إذ كل من المتعسف والغاش منح لهما القانون رخصة فأساؤا استعمالها **(الفرع الثالث)** بينما ذهب جانب الآخر من الفقه إلى اعتبار أن هذه النظرية مجرد تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام إذ كليهما عبارة عن وسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي **(الفرع الرابع)** إلا أن أغلبية الفقه الحديث اعتبروا أن الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بذاتها **(الفرع الخامس)**.

الفرع الأول

الغش نحو القانون صورة من صور الصورية

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن الغش نحو القانون صورة من صور النظرية الصورية[31]المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري، لاتحادهما في الهدف وهو تحقيق غاية غير مشروعة، إلا أنه هناك من خالف هذا الرأي وذلك باستنادهم لعدة حجج.

أولا: أوجه التشابه بين نظرية الغش نحو القانون والصورية

يشترك الغش نحو القانون مع النظرية الصورية كون أنهما من عمل المتعاقدين، ومن حيث الغاية التي ترمي إليه كل واحدة منهما وهو الغش والتحايل على القانون[32]، كما يشتركان من حيث الجزاء فالقاعدة العامة في الصورية أنها ليست سببا لبطلان التصرف بين المتعاقدين بل يجب الأخذ بإرادتهما الجدية الحقيقية، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، فإذا كانت الصورية مطلقة امتنع قيام التصرف القانوني لأن التصرف الصوري ليس إلا تصرفا ظاهريا، كما أنه لا يخفي في

---

[31]–**الصورية:** هي عبارة عن تصرف قانوني يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين طرفيه، و لصورية نوعان صورية مطلقة (Simulation absolue) ويكون فيها العقد الظاهر صوريا لا وجود له في الحقيقة وصورية نسبية (Simulation relative) ويكون فيها التصرف القانوني حقيقي و لكن يهدف المتعاقدين إلى إخفاء جانب من الحقيقة. الحجاك مصطفى رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006، ص 660.

[32]–فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2001، ص137.

نفس الوقت تصرفا حقيقيا، وإذا كانت الصورية نسبية وجب استبعاد التصرف الظاهر وإعمال التصرف الحقيقي بشرط أن يكون مستكملا لأركان وشروط صحته[33].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية الغش نحو القانون والصورية

رغم هذا التوافق والتشابه بين النظريتين إلا أن الصورية تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي، يستر عقدا باطنا حقيقيا، فإرادة المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة الحقيقية، بينما في الغش نحو القانون يقوم الغاش بتصرف ظاهره حقيقي ولكن الغرض منه غير مشروع، أي أن الإرادة الظاهرة فيه إرادة حقيقية لا تستر إرادة أخرى[34].

ويلاحظ أن الصورية لا تعتبر طريقة أو وسيلة للتهرب من القانون الواجب التطبيق بل إخفاء لمخالفة قانونية على عكس ما يهدف إليه الغش نحو القانون.

كما أن الصورية مجالها التصرفات القانونية فقط، أما الغش فقد يحدث بعمل مادي كأن يقوم الأطراف بنقل المنقول من دولة إلى أخرى بقصد إخضاعه لأحكام قانون هذه الأخيرة[35].

إضافة أنه إذا أراد القاضي أن يبطل الصورية فلا يستند إلى نية الغش بل يجب عليه أن يميز بين الحقيقة والظاهر، اذ يجب على من يدعى الصورية اثبات ادعائه بالكتابة غير أنه إذا كان الهدف من الصورية هو التحايل على القانون أي التهرب من الاحكام الامرة فانه يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات[36]، بينما في الغش نحو القانون تلعب النية دورا هاما، إذ لا تختلف الحقيقة عن الظاهر بحيث أن الذي يمكننا من الاعتراض على التصرف المشوب بالغش هو الاستناد إلى نية الغش التي دفعت الأطراف إلى الالتجاء إلى هذه الوسيلة[37].

---

[33]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص90و91.

[34]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161.

[35]–دغيش أحمد، «الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص»، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر، العدد2، 2017، ص82.

[36]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) أحكام الالتزام، دار الهدى الجزائر، 2010، ص 165و166.

[37]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص91.

كما أن قيام الصورية ينفي وجود الغش فلا يتم إعمال الدفع بالتحايل نحو القانون إلا إذا تعذر اللجوء إلى وسيلة أخرى كالتطبيق الجزاء على النتيجة غير المشروعة[38].

ويختلف جزاء الغش عن جزاء الصورية، فجزاء الغش نحو القانون ينحصر في عدم الاحتجاج بالنتيجة المشوبة بالغش، في حين أن الجزاء في النظرية الصورية هو أن التصرف الصوري يعتبر عديم الوجود بين المتعاقدين ولا ينتج أي أثر، بينما التصرف الحقيقي الذي أراد الأطراف إخفاءه يطبق عليه الجزاء المقرر في القاعدة القانونية التي خالفها الأطراف[39].

ومن جانب آخر تتميز دعوى الصورية عن دعوى الغش، إذ ينحصر هدف الأول في إظهار التصرف ولا حاجة من المدعى إثبات الغش، إضافة الى تقرير أن العقد الظاهر صوري ولا وجود له، وهي حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدا سريان التقادم بالنسبة اليها[40]، بينما يكون التصرف في دعوى الغش حقيقيا وينحصر هدفها في إثبات الغش والتحايل على القانون ومتى كانت هناك دعوى الصورية استحال رفع دعوى الغش[41].

الفرع الثاني

الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير المشروع

يرى جانب من الفقه ومن بينهم الأستاذ(**DESBOIS HENRY**) أن نظرية الغش نحو القانون ماهي إلا صورة من صور السبب غير المشروع **cause illicite** المعروضة في نظرية

---

[38]–بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2014، ص105.

[39]–فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص138.

[40]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 168.

[41]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص92.

العقد، أو فكرة الباعث غير المشروع[42]، غير أن هذا الرأي تعرض للانتقادات مستندين في ذلك لعدة حجج.

أولا: أوجه التشابه بين السبب غير المشروع ونظرية الغش نحو القانون

يشترك الغش نحو القانون مع السبب غير المشروع من حيث الوسيلة اذ هناك وسيلة مشروعة استخدمت في تحقيق غاية غير مشروعة[43]

ويعرف السبب في النظرية الحديثة بأنه الدافع أو الباعث الذي دفع المتعاقد الى ابرام العقد وهو أمر شخصي ومتغير من متعاقد لآخر[44]، كما عرف القضاء الفرنسي السبب بأنه الباعث والدافع على التعاقد ويقول (**DESBOIS HENRY**): «بأن كل تصرف ناتج عن غش وجب ابطاله كلما كان سببه مخالف للقانون أو الآداب، اذ يعتبر هذا السبب بمثابة نية الغش التي تكون العنصر الهام في نظرية الغش نحو القانون»[45].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين السبب غير المشروع ونظرية الغش نحو القانون

رغم التقارب الموجود بين الغش نحو القانون والسبب غير المشروع إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد على أساس أن تأسيس نظرية الغش على فكرة السبب غير المشروع يؤدي إلى عدم اشتمالها على كل حالات الغش، كما أن الفقه والقضاء في فرنسا ميزا بين نظرية الغش ونظرية السبب غير المشروع إذ نجد المحاكم في بعض الحالات تطبق الجزاء على المخالفات المشتملة على فكرة الغش بدون أن تشترط وجود نية الغش[46].

---

[42]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص549.

[43]– المرجع نفسه، ص 549.

[44]–محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، ج1 (مصادر الالتزام)، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، دون مكان النشر، 1993، ص131.

[45]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص 93و94.

[46]– المرجع نفسه، ص94.

كما أن السبب غير المشروع يقوم على وجود وسيلة مشروعة لتحقيق غاية غير مشروعة في حين أن الأعمال المنوطة على التحايل أو الغش يكون السبب فيها عادة مشروع كالزواج أو الطلاق لكن لا يفسد تلك الأعمال أو ينال منها إلا الكامنة وراءها وليس السبب[47].

أما الجزاء المترتب على السبب غير المشروع هو البطلان المطلق[48]، في حين الجزاء المترتب على الغش نحو القانون يتمثل في عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش وليس البطلان[49].

الفرع الثالث

الغش نحو القانون صورة من صور التعسف في استعمال الحق

يذهب جانب من الفقه الحديث ومن بينهم الفقيه (**MAURY JACQUES**) إلى اعتبار أن الغش نحو القانون ما هو إلا صورة من صور التعسف في استعمال الحق[50]، فقالوا أن المتعسف فاستعمال الحق كالغاش نحو القانون كلاهما يتيح له القانون رخصة فيسئ استعمالها[51].

أولا: الاتجاه المؤيد لنظرية التعسف في استعمال الحق

يميل الفقه الحديث إلى اعتبار أن الغش نحو القانون ما هو إلا صورة من صور التعسف في استعمال الحق، لأنه إذا كان القانون قد أعطى للشخص الحق في تغيير جنسيته أو موطنه أو نقل أمواله عبر الحدود، إنما قصد تيسير علاقات الأفراد وأوضاع حياتهم الدولية، فإذا استعملوا هذا الحق وفقا لهذا المفهوم، فلا عقاب عليهم، إذ يتعين أن يكون هذا التغيير مشروعا أي

---

[47]–بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص106و107.

[48]–حمزة قتال، مصادر الالتزام(العقد)، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 132.

[49]–بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص107.

[50]–**التعسف في استعمال الحق:** نص عليه القانون المدني في المادة 124 مكرر: «يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطاء لاسيما في الحالات الاتية:

– إذا وقع بقصد الاضرار بالغير

– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

[51]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161.

ألا يكون الهدف من هذا التغيير هو الإفلات والتهرب من الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق وإلا أعتبر تعسف مخالف للقانون[52].

ثانيا: الاتجاه المعارض لنظرية التعسف في استعمال الحق

هناك جانب من الفقه ينكر وجود علاقة بين نظرية الغش نحو القانون والتعسف في استعمال الحق، ذلك أن التعسف في استعمال الحق يعتبر خطأ يوجب التعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية[53]، في حين أن نظرية الغش نحو القانون تهدف إلى تحقيق نتيجة محددة هي استبعاد القانون المختص بناء على ضابط الإسناد المفتعل، وتطبيق القانون المختص بحكم النزاع، الذي سعى الأطراف إلى التهرب من أحكامه[54].

وعلى هذا النحو فمن يتعسف في استعمال حقه يتعسف ضد مصلحة فردية، بينما الغاش نحو القانون يسئ إلى مصلحة يمثلها القانون العام، وبالتالي الضرر الذي ينشأ عن الأول لا يصيب إلا مصلحة شخصية، بينما الضرر الذي ينشأ عن الثاني يصيب مصلحة عامة[55].

كما أن التعسف يقتضي أن يحدث عند استعمال الحقوق بالمعنى القانوني الدقيق، أما التعسف الذي يقع أثناء ممارسة الرخص والحريات العامة، فلا علاقة له بنظرية التعسف في استعمال الحق[56]، كما أنهم يشترطون في إتيان الرخصة الا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي، أما الحق فلا يشترطون في استعماله الا عدم مجاوزة حدوده[57].

وعلى هذا النحو يعجز الاتجاه الذي يرجع الغش نحو القانون إلى التعسف في استعمال الحق فعند انتقال الزوجين إلى دولة أخرى أجنبية لإبرام عقد الزوج تهربا من الشكل الخاص الذي

---

[52]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص550.

[53]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، دار احياء التراث العربي بيروت، د–س–ن، ص 842.

[54]–حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص219.

[55]–علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161.

[56]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص98.

[57]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 811.

يستلزمه قانون موطنهما المشترك، ذلك أن حرية الأفراد في انتقال من مكان لآخر تعد قطعا قبيل الرخص والحريات العامة ولا شأن لها بفكرة الحق بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح حتى يقال أن الزوجين قد تعسف في استعمال حقهما في الانتقال[58].

الفرع الرابع

الغش نحو القانون تطبيق من تطبيقات النظام العام

يرى جانب من الفقه ومن بينهم الفقيه (**BARTIN**) أن الغش نحو القانون ما هو إلا تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام[59]، وخصوصية ذلك هي أن الاضطراب الاجتماعي الذي قد يسببه تطبيق القانون الأجنبي قد تم استفزازه بشكل مصطنع من قبل المعنيين[60]، فإذا كان تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة في القانون القاضي، فان تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يشكل خرقا للنظام العام ولهذا يتعين وفقا لهذا الرأي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، باسم النظام العام وإحلال قانون القاضي بدلا منه[61].

أولا: أوجه التشابه بين نظرية الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام

يعد الدفع بالتحايل على القانون و الدفع بالنظام العام وسيلتين لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق الذي يمس بالمصالح الوطنية لدولة القاضي، وكلاهما ليست وسيلة فنية عادية بل استثنائية لذلك الإقصاء، فلا يلجأ إليها القاضي ابتدأ بل كعلاج أخير لا مفر منه **ultimiumremdum** أو علاج احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي، أضف إلى ذلك أن

---

[58]–هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج1(تنازع القوانين، المجلد الأول المبادئ العامة في تنازع القوانين)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014 ص544.

[59]– **النظام العام:** هو مجموعة من الأسس والمصالح الأساسية التي يرتكز عليها المجتمع، سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية. خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 70.

[60]–BATIFFOL Henry, LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, Tom1 , 8e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993, p599et 600.

[61]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص546.

بغيتهما واحدة، وهي درأ المساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع دولة القانون و المتمثل في خصوص التحايل على القانون، فضلا عن مخالفة الأخلاق العامة التي يقوم عليها النظام القانوني الوطني، في إهدار الاعتبارات التي تقوم عليها قاعدة التنازع، و القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في وزن وتحري شروط كل منهما بالنظر لانعدام المعيار الدقيق للفكرة التعارض مع مقتضيات النظام العام، أو للتثبيت من نية الغش لدى الأطراف[62].

إضافة إلى ذلك أن كل منهما يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي، وقد ظن بعض الفقهاء أن تطبيق فكرة الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص ما هو إلا حالة خاصة من تطبيقات فكرة النظام العام، تتميز عن غيرها من هذه التطبيقات بأن الضرر الذي يلحق بالمصلحة العامة **(Trouble social)** من تطبيق القانون الأجنبي في حالة الغش نحو القانون يترتب على الموقف المصطنع الذي اتخذه ذو المصلحة[63].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام

رغم التشابه الموجود بينهما إلا أن فكرة النظام العام تختلف عن نظرية الغش نحو القانون ذلك أنه في حالة النظام العام يتم تطبيق القانون الأجنبي بشكل منتظم، ومضمونه هو الذي يؤدي الى استبعاده اذا مس هذا الأخير بالمصالح الأساسية و الجوهرية لدولة القاضي[64]، بينما في الغش نحو القانون فان القانون الأجنبي الذي نقل إليه الاختصاص بالغش لا يعتبر مخالف للنظام العام في دولة القاضي، ذلك لان الحصول عليه تم بسوء نية صاحب المصلحة، بحيث لو تم الحصول عليه دون اللجوء إلى الحيلة لا تم الاعتراف به في دولة القاضي[65]، وبالتالي يتم إعمال الدفع بالغش نحو القانون سواء تم التحايل على قانون القاضي أم قانون دولة أجنبية الذي أسند إليه

---

[62]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص546و547.

[63]–عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص570.

[64]–ISSAD Mohand, Droit international privé, Les règles de conflits, Office des Publication Universitaire, Alger,1983, p206.

[65]–غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص258.

الاختصاص، بينما الدفع بالنظام العام لا يمكن التمسك به إلا في مواجهة القانون الأجنبي المتعارض مع قانون القاضي[66].

تختلف كذلك نظرية الغش نحو القانون مع فكرة النظام العام على أساس أن نظرية الغش تقوم على نية الأطراف والبواعث التي دفعتهم إلى اختيار القانون الأجنبي، في حين أن النظام العام لا يقوم على النوايا والبواعث بل يقوم على استبعاد القانون الأجنبي الذي يمس بالمصالح الوطنية لدولة القاضي[67].

وتجدر الإشارة أن الاختلافات بين نظرية الغش نحو القانون والنظام العام تتعارض مع الاستيعاب من الطبيعة في مسائل النظام العام، بحيث يتم الاهتمام بمحتوى القانون الأجنبي المعمول به بانتظام من لأجل تنحيته في حالة الاحتيال على القانون. يعتبر المرء أن السلوك المصطنع للطرف المعني ينحي جانبا القانون الأجنبي الذي جعل مناوراته قابلة للتطبيق. هذان النظامان مختلفان من الاعتبارات التي لا علاقة لها إلا بالنتيجة التي تنتهي بها والدليل على هذا الاختلاف في الطبيعة هو إمكانية المعاقبة على الاحتيال ضد القانون الأجنبي[68]، وعلى الرغم من أن القانون المدني في مواده من 9 إلى 24 فيما يتعلق بتنازع القوانين لا يغطي حالة الاحتيال على القانون، كما هو الحال بالنسبة للنظام العام المادة24 فإنه لا يبقى أنه حكم عام، المبدأ وان كان ضمنيا فانه يجب معاقبته الاحتيال وفقا لمبدأ **Fraus omnia corrumppit**[69].

الفرع الخامس

الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بذاتها

من خلال ما سبق ذكره فان نظرية الغش نحو القانون نظرية مستقلة بذاتها ولا تستند إلى أي من النظريات السابقة نظرا لما تتمتع بها من مميزات وخصوصيات دون غيرها.

---

[66]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص548.

[67]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص106.

[68]–BATIFFOL Henry, LAGARDE Paul, op.cit, p599 et 600.

[69]–ISSAD Mohand, op.cit, p206.

إن الاعتراف لنظرية الغش نحو القانون باستقلاليتها تتوسع وتمتد إلى كافة التصرفات القانونية ولا تنحصر فقط في مجال التنازع وتمثل مبدأ أصيلا، أن الغش يفسد كل التصرفات ومن يطلب القانون يجب أن يكون حسن النية وأن الغش لا يعط لصاحبه وضعا قانونيا كما أنه لا يتقادم لأنه يمثل العدم وحتى لا يشجع البعض على القيام به، ولا يعتبر هذا الأمر معطلا للنصوص القانونية وإنما هو متعلق بالتفسير ومن شروط تطبيق القاعدة القانونية[70].

فالفقه الحديث اعترف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون سواء كان المقصود هو التهرب من الأحكام الآمرة في القانون المختص أم كان المقصود هو مجرد الإفلات من القواعد المكملة في هذا القانون[71].

ونشير إلى أن المشرع الجزائري قد فصل في الأساس القانوني لنظرية الغش نحو القانون بحيث ساير ما توصل إليه الفقه الحديث ذلك باعتبار أن نظرية الغش نحو القانون نظرية قائمة مستقلة بذاتها وذلك بعد تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 ويظهر ذلك في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري[72].

المبحث الثاني

فعاليات الغش نحو القانون

عندما يعرض نزاع يشتمل على عنصر اجنبي أمام القاضي قد يتبين لهذا الأخير أن القانون الواجب التطبيق على النزاع كان نتيجة تحايل الأفراد ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص الذي تعينه قاعدة الاسناد، و اسناد الاختصاص لقانون أخر أكثر مصلحة للأطراف وهذا الغش قد يكون بأشكال مختلفة، إما عن طريق تغيير ضابط الاسناد و هو الشكل الأكثر استعمالا كتغيير ضابط الجنسية إضافة الى الغش بواسطة تغيير طائفة الاسناد والاختصاص القضائي(**المطلب الأول**)، أما بالنسبة لنطاق الدفع بالغش نحو القانون فقد انقسم الفقهاء في

[70]–ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص211.

[71]–هشام صادق، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دون دار نشر، القاهرة، 2009، ص221.

[72]–دغيش أحمد، المرجع السابق، ص83.

تحديده، فبنسبة للقانون المتهرب من احكامه هناك من اسنده الى قانون القاضي دون القانون الأجنبي، غير أن الفقه الحديث كان أكثر صوابا اذ سوى بين كلا القانونين، أما فيما يتعلق بالقاعدة القانونية المتهرب منها حصرها البعض في القاعدة الأمرة دون الاختيارية، بينما اتجه الفقه الحديث الى اعمال التحايل مهما كانت طبيعة القاعدة القانونية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

أشكال التحايل نحو القانون

يقع التحايل نحو القانون في العلاقات الدولية الخاصة بأشكال مختلفة، لكن تبقى هذه العلاقات تحتفظ بوصفها، كون أن الهدف من هذا التحايل هو تجنب تطبيق أحكام القانون المختص وإسناد الاختصاص لقانون أخر أكثر مصلحة للأطراف وتتمثل هذه الأشكال في تغيير ضابط الإسناد الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية التي تشتمل على عنصر أجنبي إما بتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول لان هذه الضوابط بطبيعتها تسمح بحصول التغيير(**الفرع الأول**) كما قد يقع الغش عن طريق تغيير طائفة الإسناد المتضمنة على المسائل القانونية المتشابهة وذلك من خلال تغيير تكييف الرابطة القانونية (**الفرع الثاني**) ويمكن أن يحدث الغش بواسطة تغيير الاختصاص القضائي الراجع الى اختلاف أنظمة هذا الأخير، فيكون الاختصاص لقضاء دولة ليس مختص بالنظر في النزاع (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد

إن الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد[73]، هي الحالة الأكثر شيوعا في العالم، اذ تعتبر شكل من أشكال التحايل التي تعتمد على الإرادة الكاملة لأطراف العلاقة القانونية في تغيير ضابط

[73]–**ضابط الاسناد:** المعيار الذي يستند اليه المشرع بوصفه مرشد الى القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة، فهو أداة وصل بين موضوع قاعدة التنازع والقانون الواجب التطبيق. عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص مجد المؤسسة الجامعية لدراسات، بيروت، 2008، ص 28.

الاسناد[74]، من المعلوم به أن قاعدة الاسناد تسترشد بضابط معين لتحديد القانون الواجب التطبيق وبعض الضوابط تستند الى أسس تحتمل بطبيعتها التغيير بإرادة الأفراد كتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول مثلا، وبالتالي فانه من المحتمل أن يعتمد هؤلاء الى التلاعب بضابط معين يوصلهم الى تطبيق أحكام قانون الأكثر مصلحة، وفي نفس الوقت تجنب تطبيق أحكام القانون المختص أصلا[75].

والمثال الكلاسيكي في هذا الشأن هو تغيير الجنسية التي تستخدم كظرف من ظروف التعلق بالأحوال الشخصية، إذ يستلزم لتغيير الجنسية تعديل قاعدة التنازع، وبالتالي تعديل قانون الأحوال الشخصية المعمول به، وهكذا يفلت المرء من محظورات قانون المنشئ الوطني، وأشهر حالة في الفقه القانوني الدولي هي حالة الأميرة دي بوفرمون الفرنسية التي حصلت على جنسية دولة ألمانية بالتجنس، لتتمكن من الطلاق من زوجها الفرنسي والزواج في برلين من الأمير بيبسكو، غير أنه تم إعلان عدم فعالية طلاقه وزواجه في فرنسا، كما قد يهدف تغيير الجنسية أيضا إلى تجنب بعض الإجراءات البوليسية أو الإرادية، وهكذا فإن زواج امرأة فرنسية من بلجيكي بقصد احتيالي للهروب، باكتساب الجنسية البلجيكية[76].

قد يعمد شخص إلى تغيير محل إقامته، فيتغير القانون الشخصي الواجب التطبيق أصلا على وضعه القانوني، مستفيدا في ذلك من مطابقة قانون محل إقامته الجديد لمصالحة الذاتية في النزاع الذي يكون ماثلا فيه[77].ومثال ذلك أن تقوم شركة يقع مقرها في باريس وتخشى إفلاسها من قبل محكمة محل إقامتها، أي محكمة نهر السين، بتغيير مكان إقامتها تهربا من إعلان الإفلاس، ولكن

[74]–ISSAD Mohand, op.cit, p207.

[75]–بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص101.

[76]–ISSAD Mohand, op.cit, p207.

[77]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص182.

هذا التغيير في المحل تم بطريقة احتيالية، أي تم تنفيذه للحصول على اختصاص محكمة غير تلك الخاصة بنهر السين[78].

كما قد يحدث أن يتضمن قانون موقع المنقول الذي يحكم ما يرد عليه من حقوق عينية حكما أمرا كبطلان شرط تملك الدائن المرتهن للمنقول المرهون عند عدم الوفاء به، فيتحايل المتعاقدين على هذا الحكم بأن ينقلا المنقول إلى بلد آخر لا يبطل مثل هذا الشرط، ويستطيعان بذلك عقد العقد على أساس أن حق الدائن المرتهن يخضع لقانون موقع المال وقت تحقق سبب كسبه[79].

وعليه فالغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد يقع في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير قابلا للتغيير بطبيعته كتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول مثلا، على خلاف موقع العقار أو محل وقوع الفعل النافع أو الفعل الضار أين لا يمكن للأطراف تغيير ضابط الاستناد وفق إرادتهم.

الفرع الثاني

الغش بواسطة تغيير طائفة الإسناد

كشف القضاء الفرنسي حديثا أن الغش نحو القانون يمتد الى التغيير في طائفة الإسناد[80]، ولا يقتصر التغيير في ضابط الإسناد كما هو الشأن في المعطيات التقليدية للمشكلة، وذلك من خلال التغيير في تكييف الرابطة القانونية التي هي عنصر من عناصر قاعدة الإسناد (الفكرة المسندة)[81].

وقدم الاجتهاد القضائي مثالا على ذلك في قضية (**CARON**)، وتتلخص وقائع هذه القضية أن (**CARON**) من أصل فرنسي الجنسية و الذي أصبح مواطنا أمريكيا عام 1977 وكان مالكا

---

[78]– NIBOYET J–P , Cours de Droit international Privé français,2e édition, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1942, p513.

[79]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 499.

[80]–**طائفة الإسناد:** تسمى كذلك بالفئة المسندة، يقوم المشرع بجمع المراكز والمسائل القانونية المتشابهة ضمن طائفة اسناد واحدة ويضع لكل فئة ضابط اسناد يسندها إلى قانون معين. عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 27.

[81]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص490.

لعقار غير قابل لتغيير في فرنسا، قام ببيعه لشركة أمريكية لقاء تملكه أسهما في هذه الشركة[82]،اذ كان هدف (**CARON**) من وراء ذلك التهرب من تطبيق القانون الفرنسي لموقع العقار على التركة الذي يخصص حصة مقتطعة ومحجوزة لصالح الأبناء لا يمكن للمورث التصرف بها، وبتحول هذا العقار إلى أسهم، أي إلى أموال منقولة أصبحت هذه الأخيرة تخضع لقانون آخر وهو القانون الأمريكي الذي لا يكرس الحصة المقتطعة بهذا الشكل و بذلك استطاع المورث أن يغير الطائفة القانونية التي تنتمي إليها العلاقة من الطائفة المتعلقة بالعقارات إلى تلك الخاصة بالأموال المنقولة

لكن محكمة أيكس أون برفونس وأيدتها في ذلك محكمة النقض استبعدت القانون الأمريكي لأنه تم التوصل إليه بنية الغش، وطبقت القانون الفرنسي محتفظة لأبناء المورث بالحصة المخصصة لهم من العقار[83].

الفرع الثالث

الغش بواسطة تغيير الاختصاص القضائي

يقدم الأفراد إلى تغيير الاختصاص القضائي الذي يعد شكل من أشكال التحايل على القانون بغية التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق، وهذا ما سيتم توضيحه:

يمكن لزوجين من الجنسية التشيلية مثلا برفع دعوى الطلاق أمام المحكمة المكسيكية، تهربا من تطبيق قانونهما الوطني، لأن النظام القانون الدولي الخاص بالمكسيك يطبق على الطلاق قانون القاضي، الناظر في النزاع الذي يبيح الطلاق خلافا للقانون التشيلي الذي يحظره[84]، ومن ثم يتبين أن هذا النوع من الغش**forumshoppin** يفرض مسبقا قبول عدة دول باختصاص محاكمها للبت في نفس المنازعة، إذ يكفي أن ينصب اختيار الأفراد على إحداها بهدف الحصول على حكم

---

[82]–BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, op.cit, p 459.

[83]–محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة لتشريعات العربية والقانون الفرنسي)، دار الثقافة، عمان،2011، ص275و 276.

[84]–MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, 7e édition, Montchrestien, Paris, 2001, p175.

قضائي في محكمة دولة ليحتجوا بأثاره في دولة أخرى، التي لو رفع النزاع أمامها ما كانت لتصدر حكم قضائي يقضي بالطلاق[85].

وفي هذا الإطار، رفضت محكمة مونبلييه في فرنسا بتاريخ 1985/05/21 العملية التي بواسطتها تنازلت شركة سويسرية إلى شركة فرنسية عن الدين الذي تزعم بأنه يعود لها تجاه شركتين أمريكتين، والتي مارست تجاههما إجراءات في الولايات المتحدة الأمريكية، على أساس أن تلك العملية تخفي غش وتحايل ويؤدي إلى إنكار صلاحية المحكمة التي نصت على اختصاصها أحكام المادة 14 من قانون المدني الفرنسي، وقد ثبت أنه لم يكن هناك هدف إلا الاستفادة من صلاحية القضاء الفرنسي الذي عينته المادة 14 السالفة الذكر، وذلك بسبب الجنسية الفرنسية للشركة التي أحيل إليها الدين، وذلك باختلاف عنصر اتصال اصطناعي، يهدف إلى حرمان القضاء الطبيعي الذي يقتضي أن تعود له صلاحية البحث في إبقاء الدين، وكذلك في الحقوق المتصلة به، وهو في هذه القضية القضاء الأمريكي[86].

المطلب الثاني

نطاق الدفع بالغش نحو القانون

اختلف الفقه حول نطاق الدفع بالغش نحو القانون سواء من حيث القانون المتهرب من أحكامه فذهب جانب منه إلى حصر أعماله على القانون القاضي فقط، بينما البعض الآخر وسع من نطاق التحايل ليشمل القانون الأجنبي **(الفرع الأول)** أو من حيث القاعدة المتهرب منها حيث يرى البعض أن التحايل يقتصر فقط على القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد مخالفتها، في حين ذهب الجانب الآخر إلى أنه يجوز إعمال الدفع بالتحايل حتى في القواعد المكملة **(الفرع الثاني)** وهذا ما سيتم تبيانه فيما يلي:

---

[85]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 274.

[86]–سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص (تنازع الاختصاص التشريعي)، ج1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2009، ص931.

الفرع الأول

نطاق الدفع بالغش نحو القانون من حيث القانون المتهرب من أحكامه

إن نطاق الدفع من حيث القانون المتهرب من أحكامه كان محل نقاش فقهي، إذ يرى الفقه التقليدي بضرورة حصر الدفع بالتحايل على قانون القاضي كون أن هذا الأخير وظيفته تطبيق وحماية القانون الوطني فقط **(أولا)** في حين اتجه الفقه الحديث إلى ضرورة إعمال الدفع بالتحايل بصفة مطلقة سواء كان التحايل بهدف التهرب من أحكام القانون الوطني أو القانون الأجنبي **(ثانيا)** وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

أولا: حصر نطاق الدفع بالتحايل على قانون القاضي

استقر الفقه التقليدي[87]، والقضاء لفترة ليست باليسيرة على حصر إعمال الدفع بالتحايل نحو القانون، إذ كان القانون المتهرب من أحكامه هو قانون القاضي بحيث إذ اتجهت نية الأطراف إلى التهرب من تطبيق قانون أجنبي على علاقتهم القانونية فلا سبيل للجوء لهذه الوسيلة، إذ يشترط لإعمال هذا الدفع أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي المعروض أمامه النزاع[88] وتبنى هذا الاتجاه القضاء الفرنسي التقليدي وذلك من خلال حكم صادر في 1959/02/05 وهذا الأخير لم يقبل التمسك بالدفع بالغش نحو القانون الأجنبي، ولقد أيده في ذلك غالبية الفقه[89].

ولقد استند هذا الاتجاه إلى مجموعة من الحجج من بينها:

أن مهمة القاضي هو حماية قانونية الوطني بمنع الأفراد من مخالفته ولا يدخل في نطاق مهامه حماية القانون الأجنبي[90]، إلا إذا كان بين دولته ودولة القانون الأجنبي اتفاقية دولية تنص على ذلك، لأن القانون الأجنبي في أدنى وأقل مركز من القانون الوطني ولا يلتزم القاضي باحترامه

---

[87]– **مثل:** Pigeanniere, Maury et lerebours. نقلا عن: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 192.

[88]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 114.

[89]– فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 136.

[90]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 192.

وحمايته[91].كذلك أن التهرب من أحكام القانون الوطني من شأنه المساس بالمصالح العامة في دولة القاضي[92].

كما يتفق هذا الاتجاه مع فكرة القومية والنظرة الإقليمية لقواعد التنازع، ويفسر النظرة التقليدية للقانون الأجنبي على أنه ليس قانون بل مجرد واقعة، وبالتالي فهو مجرد من الصفة الآمرة[93].

وعليه فالغش الذي يبعد قانون القاضي من اختصاصه جزاءه إبطال الاختصاص الناتج عن الغش، وكل غش تترتب عليه تنحية قانون أجنبي لمصلحة قانون أجنبي آخر لا يكون جزاءه إبطال الاختصاص، لأن القاضي لا يحمي القوانين الأجنبية وإنما يحمي قانونه الوطني فقط[94].

ثانيا: استقرار إعمال الدفع بالتحايل بصفة مطلقة

يذهب جانب من الفقه الحديث[95]، والعديد من الأحكام القضائية[96]، وكذا العديد من التشريعات[97]، إلى ضرورة إعمال الدفع بالتحايل بصفة مطلقة سواء كان الغش موجه لقانون القاضي أو القانون الأجنبي. وهذا الاتجاه استند إلى مجموعة من الحجج هي:

---

[91]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 553.

[92]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 318.

[93]–زروتي الطيب، المرجع السابق، ص 266.

[94]–الهداوي حسن، المرجع السابق، ص 198.

[95]– **مثل:** حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319، عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 490
Batiffol hanry et Lagarde, op.cit, p598.

[96]– استقر القضاء الفرنسي الحديث على اعمال الدفع بالغش نحو القانون في الأحوال التي يكون التهرب من أحكام القانون الأجنبي قد تم لصالح قانون أجنبي اخر، كما أبطل العقود المبرمة وفقا للقانون الفرنسي نتيجة التحايل نحو القانون الأجنبي، وفي هذا الإطار وضعت محكمة النقض الفرنسية في قضية «Munzer» شرط غياب كل غش نحو القانون من أجل إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي، وهذه العبارة تشمل الغش نحو قانون القاضي والغش نحو القانون الأجنبي أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 193.

[97]– مجلة القانون الدولي التونسي: الفصل 30 الفقرة 1: «يتكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لاحد عناصر اسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة». أنظر الموقع الالكتروني.www.ar. jurispedia.org

أن نطاق إعمال الدفع بنظرية الغش لا يتقيد بمجال القانون الوطني وحدة، ذلك أن هذه النظرية تستجيب إلى مبدأ عام هو وجوب مطاردة الغش أيا كانت صورته، سواء كان المقصود منه هو التهرب من أحكام القانون الوطني أو كان المقصود هو الإفلات من تطبيق قانون أجنبي[98].

بإضافة إلى ذلك أن القاضي الذي عرض عليه النزاع لا يحمي فقط قوانينه من الغش، وإنما هو مكلف بحماية القانون الأجنبي لتحقيق التعاون الدولي بين الدول في المجال التشريعي والقضائي مع ضمان تحقيق العدالة ومحاربة الغش أينما كان لأن الغش يفسد كل شيء، وعدم تمكين مرتكب الغش الاستفادة من غشه[99].

إن التهرب من أحكام القانون الوطني أو الأجنبي هو تحايل على القانون ويتمثل في العصف بقاعدة الإسناد والخروج بها عن وظيفتها التي حددها المشرع الوطني، وبالتالي فإن محاربة الغش أمر تفرضه وظيفة قاعدة الإسناد بوصفها قاعدة مزدوجة الجانب لها طبيعة محايدة ويهدف المشرع بوضعها إلى اختيار القانون الملائم لحكم العلاقة، فالغش نحو القانون فيه عبث بقواعد التنازع واستخفاف بقانونيتها وانحراف بها عن الغاية التي كانت من أجلها[100].

كما أن التحايل على القانون ينافي المبادئ العليا للأخلاق والآداب، وهي مبادئ عامة يتعين على القاضي حمايتها، ويجازي كل مخالفة لها، وهذه الحماية لن تكتمل إلا بمحاربة الغش سواء كان نحو قانون القاضي أم نحو قانون أجنبي، إذ أن عدم مجازاة التحايل على القانون الأجنبي يتنافى مع التعاون القانوني الموجود بين النظم القانونية لمختلف الدول، إذ سيظل القاضي حارصا على نظامه، كون أن النظم القانونية الأجنبية قد وضعت أساسا لخدمة مصالح دولها على حساب دولة القاضي[101].

---

[98]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319.

[99]– عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 147.

[100]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 494و495.

[101]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 553.

ويمكن القول أن التحايل على أحكام القانون الأجنبي لا يعدوا أن يكون غشا نحو القانون الوطني، ذلك أن مؤدى الغش هو الإفلات والتهرب من أحكام القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية، وهذا القانون قد يكون هو قانون القاضي أو القانون الأجنبي[102].

مما سبق ذكره يتبين أن المشرع الجزائري ساير ما ذهب إليه الفقه الحديث، إذ جعل إعمال الدفع بالتحايل بصفة مطلقة سواء كان أمام القانون الوطني أو القانون الأجنبي، ويظهر ذلك في نص المادة 24 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري[103].

الفرع الثاني

نطاق الدفع بالغش نحو القانون من حيث القاعدة المتهرب منه

إن نطاق الدفع من حيث القاعدة المتهرب منها كانت محل اختلاف بين الفقهاء، بحيث اتجه الفقه التقليدي على ضرورة اعمال الدفع بالغش نحو القانون على القواعد الآمرة فقط باعتبار أن القواعد المكملة يملك الأفراد حرية الخروج عنها **(أولا)**، بينما اتجه الفقه الحديث الى إعمال التحايل مهما كانت طبيعة القاعدة القانونية مادام الهدف هو التهرب من القاعدة القانونية دون التفرقة بين القاعدة الآمرة والمكملة **(ثانيا)**، وهذا ما سيتم توضيحه فيما يلي:

أولا: إعمال الدفع بالغش نحو القانون على القواعد الآمرة

يتجه جانب من الفقه التقليدي ومنهم الأستاذ**(VIDAL JOSE)** الى إعمال الغش نحو القانون على القواعد الآمرة، لأن القواعد المكملة لا يمكن تصور التهرب من أحكامها ذلك لأن المشرع قد خول للأفراد حرية الخروج عليها[104]، كما اتجهت أحكام القضاء الفرنسي في البداية إلى تطبيق نظرية التحايل نحو القانون على الأحوال التي يتهرب منها الأفراد من أحكام القانون

---

[102]–حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 319.

[103]– المادة 24 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري: «لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا.....أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون».

[104]– فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص 134.

الفرنسي، وقد أيد هذا الموقف جانب من الفقه الفرنسي، كون أن التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الوطني هو الذي يمس بالمصالح العامة في دولة القاضي[105].

ثانيا: استقرار إعمال الدفع بالغش نحو القانون مهما كانت طبيعة القاعدة القانونية

يتجه جانب من الفقه الحديث إلى إعمال الغش نحو القانون مهما كانت طبيعة القاعدة القانونية فمادامت العبرة بالغرض الذي يهدف إليه أطراف العلاقة القانونية من وراء تصرفهم فمن الممكن خروجهم من الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة القانونية دون التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المكملة[106].

ففي مجال العقود الدولية مثلا، رغم تمتع الأفراد بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنه لا يحق لهم الخروج بالرخصة التي خولهم إياها المشرع عن غرضها وهو تيسير المعاملات الدولية، فلا يجوز للأفراد تحويل عقد وطني في عناصره إلى عقد دولي باختلاف العنصر الأجنبي فيه، وذلك بهدف إخضاعه لقانون غير القانون الوطني المختص بحكم العقد، كما لا يجوز للأفراد ممارسة حرية الاختيار التي منحهم إياها المشرع في مجال العقد الدولي بهدف اخضاع العقد إلى قانون آخر لا تربطه بالعقد أي صلة وذلك تحقيقا لمصلحة المتعاقدين[107].

كما أن الغش قد يحدث إذا تعذر الاتفاق بين المتعاقدين، إذا أنه بغياب الاتفاق تصبح القواعد المكملة ملزمة، حيث لا يكون أمام المتعاقد الذي يريد الإفلات منها سوى التحايل بتغيير ضابط الإسناد، كتغيير موقع المنقول من أجل التهرب من أحكام قانون الموقع الأول، كأن يعمد البائع مثلا إلى نقل المبيع إلى دولة لا يرتب قانونها على عقد بيع المنقول في ذاته أي أثر عيني، بل يستلزم كشرط التسليم لانتقال الملكية إلى المشتري، فيهدف البائع من وراء ذلك إلى إنكار الحق

---

[105]– محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص153.

[106]– المرجع نفسه، ص153.

[107]–فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص134.

العيني الذي يرتبه قانون الموقع الأول للمشتري على المبيع. وهو الحق الذي ما كان يمكن تعليقه على شرط التسليم بغير اتفاق المتعاقدين[108].

كما أن الاتفاق على مخالفة القاعدة المكملة لا تكون فعالة إلا عند التعاقد وقد لا يتنبه المتعاقد إلى حكم القاعدة الذي ليس في صالحه إلا في تاريخ لاحق، فلا يكون أمامه لتغلب عليه سوى الغش، وعليه يتم قمع الغش وإيصال هذا الدفع سواء كان الهدف من ورائه هو الإفلات والتهرب من الأحكام الآمرة أو المكملة، وعلى ذلك فالغش يطول كل تصرف يأتيه الأفراد متى كان الغرض منه هو الخروج على ما توخاه المشرع من وراء القاعدة سواء كانت آمرة أو مكملة[109].

ويضيف الفقه الحديث أن الغش نحو القانون لا يقتصر على القوانين المكملة فقط، بل يمتد إلى القوانين المستقبلة، كما أكدت المحاكم عدم صحة التصرفات الهادفة إلى تجنب التزامات تعاقدية تكون نشأتها وشيكة الوقوع[110].

[108]–بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص118 و119.

[109]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 495 و496.

[110]–فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص135.

الفصل الثاني

إعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون

إذا تبين للقاضي المعروض أمامه النزاع تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد تهربا من أحكام القانون المختص، يتدخل القاضي لدفع هذا التحايل وذلك باستبعاد تطبيق القانون الذي أسند له الاختصاص بواسطة الغش.

حتى يتم الدفع بنظرية الغش نحو القانون لابد من توفر شروط، منها شروط كانت محل اتفاق الفقهاء لإعمال الدفع بالتحايل المتكونة من عنصر مادي وهو التغيير في ضابط الإسناد وعنصر معنوي وهو وجود نية احتيالية للغاش للإفلات من القانون المختص، ومنها شروط كانت محل اختلاف الفقهاء إذ اشترطوا حتى يتم إعمال الدفع بالتحايل أن يكون الغش موجه لقاعدة أمرة في قانون القاضي وألا يكون هناك دفع أخر غير الدفع بالغش نحو القانون بالإضافة إلى تحقق النتيجة غير المشروعة.

إن تطبيق الدفع بالغش نحو القانون يكون في المجالات التي تدخل في إطار إعمال هذا الدفع ويكثر الغش في مسائل الأحوال الشخصية خاصة المسائل المتعلقة بالطلاق والزواج، كما قد يمتد إلى مسائل الحقوق العينية والتصرفات القانونية إلى جانب الالتزامات التعاقدية، في حين هناك مجالات تخرج من إطار إعمال تطبيق الدفع بالتحايل وهي الحالات التي لا يسمح فيها ضابط الإسناد بحصول التغيير والحالات التي حسم فيها المشرع سلفا مشكلة التنازع المتحرك للقوانين، كما اختلف الفقهاء فيما يتعلق بإعمال الدفع في مسألة تغيير الديانة.

يترتب على حصول التحايل نحو القانون جزاء، أثر سلبي كان محل اختلاف فقهي بحيث اتجه البعض إلى قصر إعمال الدفع على عدم نفاذ النتيجة فقط في حين وسع جانب أخر من هذا النطاق ليشمل عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة، وأثر إيجابي الذي يستوجب فيه تطبيق القانون المختص الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده.

لإعمال قاعدة الدفع بالتحايل نحو القانون لابد من توفر شروط سواء كانت شروط متفق عليها أو كانت محل اختلاف **(المبحث الأول)** كما تتعدد مجالات تطبيقه بغية التهرب من أحكام القانون المختص والذي يترتب عليه جزاء سلبي وإيجابي **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

شروط الدفع بالغش نحو القانون

إن إعمال الدفع بالغش نحو القانون يكون في الحالة التي يريد فيها الشخص تغيير ضابط الإسناد لتهرب من القانون الواجب التطبيق، و تطبيق قانون أخر أكثر مصلحة على علاقاته القانونية و يستلزم لإعمال هذا الدفع توافر مجموعة من الشروط، فمنها ما تعد محل اتفاق بين الفقهاء و المحصورة في شرطين و المتمثلة في التغيير الإرادي لضابط الإسناد، إضافة أن يكون هذا التغيير بنية التهرب من أحكام القانون المختص **(المطلب الأول)** و منها ما يعد محل اختلاف بين الفقهاء و المتمثلة في أن يكون الغش موجه لقاعدة أمرة في قانون القاضي و ألا يكون هناك دفع أخر غير الدفع بالغش نحو القانون إضافة إلى تحقق النتيجة غير المشروعة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الشروط المتفق عليها لإعمال الدفع بالغش نحو القانون

اتفق مجموعة من الفقهاء على ضرورة توافر شرطين لإعمال الدفع بالغش نحو القانون يتمثل الأول في تغيير ضابط الإسناد وهو العنصر المادي الذي يحدد القانون الواجب التطبيق وذلك عن طريق قيام الغاش بإرادته الكاملة في تغييره **(الفرع الأول)** ويتمثل الثاني في نية الغش وهو العنصر المعنوي الذي يشترط إضافة إلى تغيير في الضوابط أن يكون هدفه هو التحايل بغية التهرب من أحكام القانون المختص **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

التغيير في ضابط الإسناد

يشترط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يقوم صاحب المصلحة بتغيير ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق[111]، وهنا لا يمكن مناقشة تطبيق نظرية الغش إلا إذا كان القانون المطبق على جوهر العقد هو القانون الذي يمكن للأطراف من حيث المبدأ اختياره كتغيير الجنسية أو الموطن بحيث تعتبر من الضوابط التي يمكن تغييرها[112].

إذ لا يمكن تصور الأخذ بالدفع في الحالات التي تتدخل فيها إرادة المتعاقدين في تحديد الضابط الذي يحدد القانون الواجب التطبيق كما هو الحال في خصوص موقع العقار أو محل وقوع الفعل الضار، بحيث يعد ميدان تنازع القوانين من ميادين إعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون إذ بإمكان الأطراف استخدام ضوابط الإسناد للتحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق التي تحكم العلاقة[113].

ولتحقيق هذا الشرط يجب أن يكون التغيير إراديا، فعليا ومشروعا بالإضافة يجب أن يكون ضابط الإسناد قابل بطبيعته للتغيير.

أولا: أن يكون التغيير إراديا

يشترط القضاء الفرنسي لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في التحايل وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد[114]، بمعنى أن التغيير في ضابط الإسناد لا يكفي لوحده بل يجب أن يكون التغير اراديا «**changement volontaire**» لذلك لا يعتد

---

[111]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص75.

[112]–GUTMANN Daniel, Droit international Privé, 2e édition, Dalloz, Paris, 2000, p93.

[113]–عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين(دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص447.

[114]– حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص315.

بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد إذا كان الفرد لا يد فيه[115]، فإذا فرضت الجنسية الجديدة على الشخص كأثر تبعي أو عائلي للتجنس أو الزواج مثلا، وترتب على ذلك تحول القانون الشخصي إلى قانون دولة الجنسية الجديدة، فلا يسوغ الدفع بالتحايل على قانون دولة الجنسية القديمة فاختصاص الأول جاء بطريقة عرضية وتبعية وليس مقصودا لذاته[116].

وعليه فالدفع بالغش نحو القانون يكون ممكنا في الحالات التي تتدخل إرادة الأطراف في اختيار أو تغيير ضابط الإسناد، بالمقابل لا محل الأخذ بالدفع في الحالات التي لا تتدخل الإرادة بتحديد الضابط الذي بواسطته يتم تعيين القانون الواجب التطبيق كما هو الحال في موقع العقار أو محل وقوع الفعل الضار[117].

انطلاقا مما سبق قوله يتبين أن ميدان تنازع القوانين يعد حقلا خصبا لنظرية الغش نحو القانون لأنه بإمكان أطراف النزاع استخدام قواعد التنازع للتحايل على القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، إذ العديد من الضوابط تتأثر في اختيارها لإرادة الأفراد كما هو الحال في محل الإقامة أو موقع المال المنقول[118]، ضابط الجنسية[119].

ثانيا: أن يكون التغيير فعليا

لا يكفي أن يكون التغيير إراديا بل يشترط أن يكون هذا التغيير فعليا لا صوريا وسليما من الناحية القانونية، إذ أنه لو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا فهنا لا حاجة لإعمال الدفع بالغش

---

[115]–أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص190و191.

[116]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص558.

[117]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 2010، ص447.

[118]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص181.

[119]– **مثال ذلك:** إذا كان قانون الجنسية لا يجيز تعدد الزوجات فيلجأ الراغب بالزواج من ثانية إلى تغيير جنسيته والحصول على جنسية دولة أخرى يسمح قانونها بتعدد الزوجات، ويتزوج مستفيدا من قانون جنسيته الجديدة. الهداوي حسن، المرجع السابق، ص191.

نحو القانون، إذ يكفي في هذه الحالة التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير[120] بحيث لو حصل صاحب المصلحة على موطن صوري فإن ذلك يؤدي إلى فقدان موطنه الأصلي، إذ أن الاختصاص يبقى علاقاته القانونية لقانون هذا الموطن لا لقانون الموطن الصوري، لأنه إذ لم تكن وسيلة الغش فاعلة فلا يمكن التمسك بفكرة الغش نحو القانون[121]، و إعمالا لذلك يذهب الفقه إلى أن الموطن باعتباره ضابط إسناد لا يعتد به إلا إذا كان يتفق و حقيقة الواقع، فمثلا إذا أرادت شركة التهرب من بعض أحكام القانون الوطني بوصفه قانون مركز إدارتها الرئيسي الفعلي فاتخذت مركزا صوريا للإدارة في دولة أخرى لتخضع لقانون تلك الدولة تهربا من أحكام القانون الوطني فهنا الاختصاص لا يتغير، كون أن العبرة في تحديد النظام القانوني لشخص الاعتباري بمركز إدارتها الفعلي، و بالتالي لا يكون أمام القاضي سوى تجاهل الوضع الظاهر و الاعتداد بالوضع الحقيقي[122].

ثالثا: أن يكون التغيير مشروعا

كما يشترط أن تكون الوسيلة المستعملة في التغيير مشروعة ومباحة لأن الفرد يستطيع أن ينقل مكان إقامته من دولة إلى أخرى، وكذلك أن يغير جنسيته لأن المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي اعتبرت حق الإنسان بتغيير جنسيته ضمن هذه الحقوق[123]، حيث نصت المادة السالفة الذكر على أنه: «لكل إنسان على قدم المساواة التامة مع الآخرين، الحق في أن تنظر قضيته محكمة مستقلة ومحايدة، نظرا منصفا وعلنيا، للفصل في حقوقه والتزاماته وفي أية تهمة جزائية توجه إليه»[124].

---

[120]– شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين–الجنسية)، دار بلقيس، الجزائر 2013، ص260.

[121]– غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص260.

[122]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص133.

[123]– ممدوح عبد الكريم، المرجع السابق، ص208.

[124]– الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، باريس، بتاريخ 10 ديسمبر 1948. أنظر الموقع الإلكتروني: http s://www.un.org

ومن جهة أخرى يشترط أن يكون التغيير مشروعا حتى تطبق نظرية الغش، ولعل هذا هو وجه الطرافة في الغش، إذ لو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة، كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فانه لا يجوز الاعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش و تكون العبرة بالجنسية الأولى، و ليس ثمة حاجة لإعمال الدفع بالتحايل على القانون، و ذلك على أساس أنه يكفي لتلاقي النتيجة التي يهدف غليها الشخص أن يثبت أن الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاتها، وفي هذا الفرض وحده تبدو أهمية الدفع بالغش لتلاقي تحقيق هذه النتيجة[125].

قد يعمد الشخص إلى تغيير جنسيته تهربا من تطبيق أحكام قانون جنسيته، و هذا ما تم ملاحظته في قضية الأميرة «**DE BOUFFRMONT**» ، تم اكتساب الزوجة الجنسية للجنسية الألمانية بطريقة مشروعة، و ذلك بأن توفر في حقها جميع الشروط التي يتطلبها القانون الألماني لمنح الجنسية عن طريق التجنس، فلو كانت الزوجة قد اكتسبت الجنسية الألمانية عن طريق الغش أو التزوير مثلا فلا يكون ثمة وجه للدفع بالغش نحو القانون، إذ كان يكفي للقاضي الفرنسي أن يقرر أن الأميرة «**DE BOUFFREMONT**» لم تدخل في الجنسية الألمانية، و معنى أن كل دولة حرة في تنظيم جنسيتها، و بالتالي فان الدخول في جنسية دولة أخرى يتحدد بالرجوع إلى قانون تلك الدولة، و لما كان شروط صحة الزواج المعتبر أساسا لدخولها في الجنسية غير متحقق و بالتالي لا محل للدفع بالغش نحو القانون[126].

رابعا: أن يكون ضابط الإسناد قابلا بطبيعته للتغيير

إن التغيير الإرادي لعنصر التعيين في قاعدة النزاع هو بهدف اصطناع قانون أنسب وأصلح لأطراف العلاقة ولتحقق ذلك ينبغي أن يكون عنصر التعيين قابلا بطبيعته للتغيير، فمن هذه العناصر ما هو متحرك بالإرادة كالجنسية، الطائفة، محل الإقامة، موقع المال المنقول، محل إبرام

[125]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 2009، ص316.

[126]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 2010، ص452.

العمل القانوني ومنها ما هو ثابت لا يتحرك بالإرادة[127] كمكان وقوع الحادث[128]، أو موقع المال غير المنقول إلا إذا تم تحويل طبيعته[129].

بحيث يستطيع الأطراف استخدام قواعد الإسناد للتحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق فكثير من ضوابط الإسناد –بوصفها نقاط اتصال ترتكز عليها قواعد الإسناد ويتحدد بالنظر إليها القانون المختص–يكون لإرادة الأفراد دخل في اختيارها أو تغييرها[130].

ومن بين الأمثلة الأكثر شيوعا في تغيير ضابط الإسناد نجد:

قد يكون التطليق محظورا بمقتضى القانون الواجب التطبيق إذا كان قانون جنسية الزوج هو المطبق على الدعوى، فقد يعمد الزوج إلى تغيير جنسيته و اكتساب جنسية دولة أخرى تسمح قوانينها التطليق تهربا من أحكام القانون الواجب التطبيق، كما قد يعمد حائز المنقول عن سوء نية، إلى نقله لدولة تضع مدة قصيرة لمرور الزمن المكسب، و بانقضاء هذه المدة، يعيد المنقول إلى دولته، مستفيدا في ذلك و عن سوء نية من مرور الزمن القصير المطبق على حيازة المنقول في الدولة التي انتقل إليها، إضافة على ذلك قد يلجأ شخص إلى تغيير محل إقامته، فيتغير بذلك القانون الشخصي الواجب التطبيق على وضعه القانوني مستفيدا في ذلك من مطابقة قانون محل إقامته الجديد لمصالحه الشخصية[131].

---

[127]–سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص932.

[128]–يرى الفقيه Saviny et Mancini بضرورة إخضاع الالتزامات غير التعاقدية كل من الفعل الضار والفعل النافع لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1170.

[129]– اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن تغيير طبيعة المال من مال غير منقول إلى حصص في شركة بهدف تغيير الفئة القانونية التي ينتمي إليها المال بطبيعته هو تغيير مصطنع واحتيال على القانون. سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص932و933.

[130]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،2007، ص497.

[131]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص182.

الفرع الثاني

توافر نية الغش

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غش نحو القانون[132]، وإنما يتطلب الأمر وجود نية احتيالية أي نية الغاش بغية التهرب من القانون المختص[133].

ويقول الفقيه **(BATIFFOL HENRI)** و**(LAGARDE PAUL)** بأن التحايل نحو القانون يكون عند تغيير القانون، بدل أن تكون نتيجة عادية لتعديل ضابط الإسناد، وهو الهدف المراد من هذا التغيير، إذ تجنس الأميرة«**DE BOUFFREMONT**» بالجنسية الألمانية كان هدفها الطلاق أما الحماية الدبلوماسية الألمانية وغيرها من الآثار المترتبة على تجنسها لم يكن مهما لها على الإطلاق[134].

يطلق على نية الغش بالعنصر المعنوي إذ يوصف بأنه ذو طبيعة معنوية حاصلة أن يهدف الشخص من هذا التغيير الإرادي في ضابط الإسناد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، إذ تتعدد الصياغات التي يوضع فيها هذا الشرط، فيقال بضرورة أن يتم التغيير بهدف وحيد «**le seul but**» أو حصري «**le but exclusif**» هو تجنب أحكام القانون الواجب التطبيق، ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون تجنب هذه الأحكام هو الباعث الأساسي لتغيير القانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم توفر هذا الدافع ووقع تغيير في القانون المختص كنتيجة لتغيير أحد عناصر العلاقة فلا مجال لإعمال الغش نحو القانون[135].

رغم أهمية هذا الشرط غير أنه دفع بعض الفقهاء ومنهم الفقيه**(KANT)** و**(LIGEROPOLO)** بعدم التسليم بهذا الشرط على أساس أنه صعب الإثبات حيث يستلزم

---

[132]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص191.

[133]– NIBOYET J–P, op.cit, p515.

[134]–BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, op.cit, p597.

[135]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 2007، ص505.

خوض القاضي في النوايا والبواعث النفسية الداخلية وهي أمور لا يسهل إثباتها[136] لمعرفة ما إذا كان الباعث الحافز أو الغرض الوحيد الذي قصده الشخص بتغيير جنسيته هو الإفلات من القانون الواجب التطبيق، وإن تكليف القاضي بالبحث عن نية الغش فيه إقحام له في مجال شائك[137].

لذلك أكد هذا الرأي بعدم التقيد بشرط وجود النية وإمكان اعتبار الغش متوافر دون حاجة إلى البحث عن النية، ومثال ذلك قيام شخصان وطنيين بالسياحة في دولة أجنبية، وخلال إقامتهما بهذه الدولة يقوم أحدهما بإجراء هبة للأخر دون أن يكون هناك سبب واضح لإجراء الهبة في هذه الدولة الأجنبية وبالتالي يمكن استخلاص وجود الغش من هذه العملية دون الالتجاء للبحث عن النية في هذا التصرف[138].

غير أن الفقهاء المؤيدين لنظرية الغش نحو القانون ردوا على هذه الاعتراضات لقولهم أن إقامة الدليل على سوء النية أصبح اليوم سهلا و ميسورا للقضاء بعد أن حنكته التجارب في ميدان التعسف في استعمال الحق والغش في الدعوى البوليصية في القانون المدني و إساءة استعمال السلطة في القانون الإداري و العمد و غير العمد في القانون الجنائي كما هناك أحوال تكون فيها نية الغش واضحة لا تحتاج إلى دليل[139].

ويمكن أن تستخلص من القرائن التالية:

التلازم الزمني بين التغيير المادي لضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، كما لو تجنس شخص بجنسية جديدة وقام فور تجنسه بالحصول على التطليق الذي لم يكن قانون جنسيته الأولى يسمح به، كما يعد من أهم القرائن التي تكشف قيام نية الغش أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية

---

[136]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص559.

[137]– محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص158.

[138]– فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، المرجع السابق، ص131و132.

[139]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص162.

للأفراد بقصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية، فهناك بعض التشريعات كتشريع ولاية«**nevada**» بالولايات المتحدة الأمريكية الذي يسمح بالتطليق لأي سبب حتى لو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح بذلك، بغض النظر عن كون طالب التطليق مقيما بإقليم هذه الدولة بحيث يذهب إليها الغاش بغرض الحصول على التطليق، فإذا ما قام الأفراد بتغيير ضابط الإسناد، كما لو غيروا موطنهم، للتوصل إلى تطبيق مثل هذه القوانين، فإنه يستفاد من ذلك توافر قصد الغش دون حاجة البحث عن النوايا[140].

كما أن القاضي بشكل عام غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي بحكم منصبه إذا كان الطرفان يفضلان تطبيق قانون القاضي، فسوف يمتنعان طوعا عن الاحتجاج بالقانون الأجنبي المعمول به وهذا هو الحال فيما يتعلق بالطلاق وبالتالي يمكن للطرفين الحصول على الطلاق بموافقة متبادلة ضمنيا بالامتناع عن المطالبة بتطبيق قانونهما الوطني إذا كان هذا الأخير يمنع الطلاق في هذه الحالة إذ هذا الموقف يشكل احتيالا ليس فقط على القانون الأجنبي[141].

وفي الأخير تجدر الإشارة أنه في بعض العقود يجب أن يشمل سوء النية كلا طرفي العقد حتى يتمكن القاضي من الدفع بالغش نحو القانون كما هو الحال في عقد البيع فإذا كان التحايل من جانب البائع أو المشتري فلا يمكن مهاجمة العقد وذلك قياسا على العقد الذي يكون سببه غير قانوني إذ يشترط لإبطاله أن يكون السبب الذي يتشاركه جميع الأطراف المتعاقدة غير مشروع[142].

إذا كان اكتشاف نية الغش سهل بالنسبة للقاضي الذي له خبرة في مجاله، لكن قد لا تتوفر سوء نية أحد أطراف العلاقة القانونية فلابد من معاقبة الغاش عوض إبطال الاختصاص القانوني، للغير حسن النية التمسك بأحد القانونين حسب مصلحته أو التمسك بالقانون الذي أسند له الاختصاص غشا حماية لحسن النية واستقرار المعاملات طالما أن مضمونه لا يتنافى مع قانون دولة القاضي.

---

[140]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص80و81.

[141]– ISSAD Mohand, op.cit, p206.

[142]– NIBOYET J–P, op.cit, p516.

المطلب الثاني

الشروط المختلف عليها للدفع بالغش نحو القانون

إضافة إلى الشرطين السابق ذكرهما فقد أضاف بعض الفقهاء شروط أخرى التي تعتبر محل اختلاف وجدل بينهم ومن بين هذه الشروط: أن يكون الغش موجه لقاعدة أمرة في قانون القاضي إذ لا مجال لإعمال الدفع إذا كانت القاعدة القانونية المراد التهرب منها مكملة في القانون الوطني أو أمرة و مكملة في القانون الأجنبي**(الفرع الأول)** إضافة ألا يكون هناك دفع أخر غير الدفع بالغش نحو القانون إذ يعتبرونه مجرد دفع احتياطي لا يتم إعماله إلا في حالة غياب دفع أخر**(الفرع الثاني)** وأن تتحقق النتيجة غير المشروعة المتمثلة في الضرر الناتج عن تغيير ضابط الإسناد **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

أن يكون الغش نحو القانون موجه لقاعدة أمرة في قانون القاضي

في البداية تجدر الإشارة أنه تم التطرق إلى هذا العنصر من خلال الدراسة المتعلقة بنطاق الدفع بالغش نحو القانون أعلاه، وتم التوصل إلى أن الاتجاه التقليدي يذهب إلى حصر إعمال الغش نحو القانون في الحالات التي يكون التهرب فيها من القواعد الآمرة في قانون القاضي[143]، وإلا لا يمكن إعمال هذا الدفع على أساس أن التهرب من الأحكام الآمرة في القانون الوطني هو الذي يمس بالمصالح العامة في دولة القاضي[144]، أما إذا كانت القواعد مكملة فلا يتحقق الغش لأنها قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها فلا يتصور التهرب منها[145].

في حين الفقه الحديث وهو الغالب يرى بأنه إذا كانت العبرة بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من خلال تصرفاتهم فمن المتصور أن يخرج الأفراد عن الهدف الذي حدده المشرع من وراء

[143]– الهداوي حسن، المرجع السابق، ص200.

[144]– محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص153.

[145]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص194.

القاعدة القانونية سواء كانت أمرة أو مكملة، وعليه فالدفع بالغش نحو القانون يتحقق في الحالات التي يريد الأفراد التهرب من قوانينها وأحكامها المكملة لأنها تتمتع بصفة الإلزام مثل القواعد الآمرة[146].

الفرع الثاني

ألا يكون هناك دفع أخر غير الدفع بالغش نحو القانون

يشترط بعض الفقهاء ومنهم الفقيه **(NIBOYET)** ألا يكون هناك دفع أخر غير الدفع بالغش نحو القانون إذ يعتبرونه مجرد دفع احتياطي، لا يتم اللجوء إليه إلا إذا انعدم وجود دفع أخر، ويوضح **(NIBOYET)** ذلك بقوله أن المخالفة التي تترتب على الغش نحو القانون مخالفة غير مباشرة، فإذا كانت المخالفة مباشرة لا حاجة للجوء لهذا الدفع لأن المخالفة المباشرة يترتب عليها الجزاء الذي تمليه القواعد العامة[147]، إذ كلما وجد القضاء وسيلة أخرى يبطل بها تحايل الأشخاص وجب عليه استعمالها، ومثال ذلك أن تتخذ شركة مقرا صوريا لها في دولة معينة قاصدة بذلك التهرب من قوانين دولة المقر الرئيسي الفعلي، ففي هذه الحالة تكفي أحكام الصورية للحيلولة دون الأهداف التي تبتغيها الشركة بحيث لا يعتد إلا بالمقر الفعلي وتسري عليها قوانينه[148].

ويرى الفقيه **(NIBOYET)** أن الدفع بالغش نحو القانون يتوافق مع الدفع بالإثراء بلا سبب إذ أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى ثانوية لا يتم التمسك بها إلا إذا كان من الضروري تجنب ضرر

---

[146]– شلابي أمينة، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي طبقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة بويرة الجزائر،2015، ص64.

[147]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص163و164.

[148]– دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن) دار العلوم، الجزائر، 2010، ص147.

لا مفر منه والذي يحدث إذا لم يكن لدينا دعوى الإثراء بلا سبب، وعندما تكون هناك دعوى أخرى ترفض المحاكم ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب[149].

إضافة إلى ذلك يرى(**NIBOYET**) أنه لمعرفة إذا ما كانت المخالفة مباشرة أو غير مباشرة يجب النظر إلى الوسيلة التي استخدمت للوصول إلى النتيجة، فإذا ما كانت الوسيلة مشروعة فلا مناص من الدفع بالغش نحو القانون ومثال ذلك للتفرقة بين المخالفة المباشرة و المخالفة غير المباشرة أن اسباني ذهب إلى انجلترا و توطن فيها بهدف الحصول على حكم بالطلاق ثم استصدر من القضاء البريطاني هذا الحكم، فالمخالفة للقانون الإسباني هنا مباشرة لأن هذا الإسباني قد خالف قانونه الذي ينص بإخضاع الطلاق لقانون الجنسية، وهو قد حصل عليه طبقا لقانون الموطن وفرضا أن هذا الاسباني قد ذهب إلى فرنسا و تجنس بالجنسية الفرنسية ثم حصل على حكم الطلاق فإن المخالفة للقانون الاسباني تكون غير مباشرة لأنه حصل على الطلاق طبقا لقانون جنسيته كما يقضي القانون الإسباني، ففي هذه الحالة لا يكون هناك مناص من اللجوء إلى الدفع بالغش نحو القانون[150]، أما إذا كانت الوسيلة المستخدمة غير مشروعة فإن لها جزاء في حد ذاتها لأنه غير مشروع ولا يعطي نتيجة فلا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، كما أنه ليس حاجة للعلاج الإضافي[151].

الفرع الثالث

تحقق النتيجة غير المشروعة

يشترط جانب من الفقه و منهم الفقيه (**NIBOYET**) أن تتحقق النتيجة غير المشروعة التي سعى الأفراد من وراء تغييرهم لضابط الإسناد[152]، ويستند بعض الفقهاء في اتجاههم على ما على ما يترتب على الغش نحو القانون وهو الإضرار بالمصالح المشروعة للغير، فتجنس الأميرة

---

[149]– NIBOYET J–P, op.cit, p517.

[150]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص163و164.

[151]– NIBOYET J–P, op.cit, p517.

[152]– NIBOYET J–P, ibid, p516.

«**DE BOUFFREMONT**» بالجنسية الألمانية بقصد الإفلات من حكم قانون جنسيتها الأولى الذي يحظر الطلاق، قد ترتب عليه بالفعل ما تسعى إليه وهو حصولها على الطلاق ثم زواجها بزوج أخر، و هو ما يشكل إضرارا بمصالح الزوج الأول، الذي لم يتردد في المطالبة بإبطال الزواج الثاني أمام القضاء الفرنسي، و لعل هذه الحقيقة هي التي دفعت البعض إلى تعليق توافر أركان الغش على شرط تحقق النتيجة غير المشروعة التي يسعى إليها الغاش، بوصفه شرطا منفصلا عن مجرد نية التحايل على القانون[153].

إلا أن هناك جانب من الفقه[154]، يذهب إلى عدم اشتراط تحقيق النتيجة غير المشروعة، فإذا كانت الأميرة«**DE BOUFFREMONT**» قد لجأت إلى القضاء الفرنسي لتطالب بالتطليق من زوجها الأول إعمالا لقانون جنسيتها الجديدة يمكن لزوجها بدوره أن يتمسك بالدفع بالغش نحو القانون رغم أن النتيجة التي تسعى إليها الزوجة وهي الحصول على الطلاق لم تتحقق بعد، إذ لا حاجة اشتراط الإضرار بالغير حتى تتحقق شروط الغش، إذ يكفي توفر نية التحايل لإعمال الدفع بالغش[155].

من خلال ما سبق ذكره يتبين أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى شروط إعمال الدفع بالغش نحو القانون ضمن قاعدة الإسناد المتمثلة في المادة 24 من القانون المدني.

وعليه فالشروط المتفق عليها والضرورية للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون تنحصر أن التحايل يكون عن طريق التغيير في ضابط الإسناد وفقا لإرادة أطراف العلاقة القانونية مع توافر نية الغش.

---

[153]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص317.

[154]– **مثل:** هشام صادق، المرجع السابق، ص215. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،2007، ص506. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 2009، ص317.

[155]– هشام صادق، المرجع السابق، ص215و216.

المبحث الثاني

تطبيق الدفع بالغش نحو القانون

يعد تنازع القوانين الميدان الذي يكثر فيه تحايل الأفراد على القانون نظرا لتعدد مجالات تطبيق الدفع بنظرية الغش نحو القانون، إذ يكثر الغش في مسائل الأحوال الشخصية كما يمكن أن يقع في مسائل الحقوق العينية والتصرفات القانونية إضافة إلى تطبيق الدفع بالتحايل في مجال الالتزامات التعاقدية، غير أنه توجد حالات يستبعد فيها تطبيق الدفع بالغش نظرا أن ضابط الإسناد لا يسمح بطبيعته حصول التغيير أو أن تلك الحالات حسم فيها المشرع سلفا مشكلة التنازع المتحرك للقوانين، في حين اختلف الفقهاء حول إمكانية إعمال قاعدة الدفع بالتحايل في شأن تغيير الديانة **(المطلب الأول)**، أثير تساؤل حول الأثر المترتبة عبئ الغش نحو القانون، أثر سلبي يقر باستبعاد القانون الذي أسند له الاختصاص، وأثر إيجابي يقر بتطبيق القانون المختص الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مجالات إعمال الدفع بالغش نحو القانون

يعرف الغش بأنه يفسد كل شيء إذا ما لجأ الأفراد في مختلف المجالات إلى تغيير ضابط الإسناد بغية تحويل الاختصاص لقانون أخر، فهناك مجالات تدخل في إطار إعمال الدفع بالغش نحو القانون وغالبا مجالها الرئيسي هي الأحوال الشخصية إلى جانب مسائل الحقوق العينية والتصرفات القانونية كما يتحقق في الالتزامات التعاقدية **(الفرع الأول)** وهناك مجالات تخرج من إطار الدفع بالتحايل في الحالة التي لا يسمح ضابط الإسناد بطبيعته حصول التغيير أو في الحالة التي حسم فيها المشرع سلفا مشكلة التنازع المتحرك للقوانين **(الفرع الثاني)** كما قد يمتد الغش إلى تغيير الديانة أو الطائفة تهربا من القانون الواجب التطبيق **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

المجالات التي تدخل في إطار إعمال الدفع بالغش نحو القانون

تتعدد المجالات التي تدخل في إطار إعمال الدفع بالغش نحو القانون، فقد يقع في مسائل الأحوال الشخصية عن طريق تغيير الأفراد لجنسيتهم أو موطنهم ليتمكنوا من الطلاق أو الزواج كما قد يقع في مسائل الحقوق العينية عن طريق نقل المال المنقول لبلد أخر ليتغير ضابط الإسناد ويتحقق التحايل في التصرفات القانونية وذلك بإدخال الأفراد عنصر أجنبي لعقدهم، كما نجد التحايل في الالتزامات التعاقدية من خلال قيام الأطراف باختيار القانون الذي يحكم علاقاتهم القانونية.

أولا: الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية

يكثر الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية باعتبارها مجالا تختلف فيه قوانين الدول منها مسألة الزواج والطلاق وهذا ما سيتم توضيحه:

لقد طرحت قضية أمام محكمة السين «**la seine**» الفرنسية في 23 نوفمبر 1910 التي تتلخص وقائعها أن رجل عاشر امرأة وأنجب منها خمسة أطفال مع اعترافه بأبوته وبعد فترة أبرم عقد زواج مع امرأة أخرى في إنجلترا دون الإعلان عن هذا الزواج وبعد وفاته أرادت المرأة التي تزوجها في إنجلترا تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية، غير أن خليلته رفعت دعوى أمام القضاء الفرنسي تعارض فيها هذا الزواج وقضت المحكمة بأن ذلك الزواج لا أثر له في فرنسا لأن المدعي عليها وشريكها قد تحايلا على القانون الفرنسي لإبرام عقد الزواج [156]، فهو عقد باطل[157].

---

[156]–فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص117و118.

[157]–الإعلان عن الزواج في القانون الفرنسي ضروري ومخالفة ذلك يؤدي إلى بطلان الزواج لو تم على أساس الغش والتحايل نحو القانون ومدة رفع دعوى بطلان الزواج قدرت بسنة من يوم علم صاحب المصلحة بذلك حتى لا يكون مصير الزواج دائما مهددا بالبطلان. المرجع نفسه، ص118و119.

عادة ما يلجأ الأفراد إلى تغيير جنسيتهم ليتغير معه القانون الشخصي خاصة في الدول التي يستند فيه الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، فإذا كان قانون الجنسية السابقة يحرم انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق مثلا أو كان صارما في شروطه فقد يعمد صاحب المصلحة إلى تغيير جنسيته من أجل تحقيق هدفه ومن الأمثلة التقليدية قضية الأميرة «**DE BOUFFREMONT**»[158]، وكثيرا ما استعمل تغيير الجنسية للتحايل على القانون الفرنسي قبل إعادة قبول الطلاق في القانون المدني في سنة 1884[159].

كما قد يعمد الشخص إلى تغيير موطنه ليتغير معه القانون الشخصي خاصة في الدول التي تستند الأحوال الشخصية لقانون الموطن، فالمحاكم الإنجليزية لا تعترف في إنجلترا بأحكام الطلاق الصادرة في الخارج إذا كان الغرض من تعيير الموطن هو الحصول على الطلاق ويسمونهم بطيور الطريق أو الهجرة، ويرجع هذا التحايل الصادر من الأفراد إلى تشدد القانون الإنجليزي في أسباب الطلاق وحصره[160].

كما أن القانون الجزائري أخضع الأحوال الشخصية للقانون الوطني طبقا لنص المادة 11 من القانون المدني[161]، ومنها أهلية عقد الزواج طبقا لنص المادة 13 من القانون السالف الذكر[162]،

ويأخذ بفكرة الطلاق سواء كان طلب الطلاق من جانب واحد أو من الجانبين فلا يمكن تصور وقوع الغش من طرف الجزائري بل بالعكس يمكن تصور هروب الأجانب من قوانينهم إذا كانت متشددة أو تحرم الطلاق فيتحقق الغش نحو القانون الأجنبي إذا ما لجأوا لطلب الطلاق في الجزائر[163].

---

[158]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص262.

[159]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص126.

[160]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص263.

[161]–« يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين»

[162]– «يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج»

[163]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص149.

ثانيا: الغش نحو القانون في مسائل الحقوق العينية

يقع الغش نحو القانون في مسائل الحقوق العينية، حيث يمكن للأفراد أن يتحايلوا على القانون فيما يتعلق بالأموال المنقولة عن طريق التلاعب بضابط الإسناد بواسطة تغيير المكان الذي توجد فيه المنقولات[164]، باعتبار يخضع المال المنقول لقانون موقعه[165]، وعليه يؤدي تحويل المال المنقول عن قصد وبسوء نية من دولة لأخرى إلى تداخل الاختصاص التشريعي للقانونين قانون الدولة التي وجد المنقول في إقليمها وقت تحقق السبب وقانون الدولة التي انتقل إليها، كما أن ما يسمى بعلم المجاملة فيما يخص مرفأ قيد السفن والمركز الصوري للشركات، دليل على التهرب من أحكام قانون محل القيد الفعلي للسفينة ومقر المركز الحقيقي للشركة، وغالبا ما يخفي ذوو المصلحة من وراء هذا الغش تسهيلات اقتصادية وإعفاءات ضريبية لذلك فلا مناص من الدفع بالغش نحو القانون لردع المناورات المخالفة له أو اللجوء إلى إبطال مفعولها إذا تحققت شروط الصورية ومع ذلك ينعقد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي تحول إليها المنقول[166].

ثالثا: الغش نحو القانون في التصرفات القانونية

لما ظهرت مشكلة تنازع القوانين في شمال إيطاليا، أخذ القضاء والفقه يعالجونها ببيان القانون الواجب التطبيق في مختلف المسائل القانونية منها تعيين القانون المختص على التصرف القانوني في جانبه الشكلي، فقد كانت الوصية هي أول تصرف قانوني أثيرت لدى القضاء، حيث أجرى شخص من مودين «**modéne**» وصية في فنيس «**Venise**» وفقا لقانون هذه الأخيرة التي تلزم لصحة الوصية حضور ثلاثة شهود خلافا لقانون مودين «**modéne**» الذي يلزم حضور سبعة شهود لصحة الوصية[167]، وقد اعتبر القضاء في فنيس الوصية صحيحة[168]، ومن

---

[164]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص122.

[165]– تنص المادة 2/17 من القانون المدني الجزائري: «... ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها»

[166]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص264.

[167]– عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص484و485.

بين الفقه الذي أيد هذا الحكم الفقيه(**BARTIN**) فأصبح التصرف يخضع لقانون محل إبرامه من حيث الشكل والموضوع أي يخضع لقاعدة «**locus regit actum**»[169] ثم جاء الفقيه (**RUCHUS CURTOUS**) و(**DUMOULIN**) أين قاموا بإخضاع موضوع العقد لقانون الإرادة أما شكله لقانون محل الإبرام[170]، ولقد أخذ المشرع الجزائري بقاعدة «**locus regit actum**» في نص المادة 19 من القانون المدني[171].

إن تطبيق قانون محل الإبرام أحيانا يشكل وسيلة للتهرب من الأحكام الأمرة في القانون الشخصي، لذلك يردع بجزاء عدم نفاذ التصرف في بلد القاضي، إذا كان قانونه هو المختص، ومن قبيل ذلك ما تقضي به بعض القوانين الغربية من عدم الاعتراف بالزواج الذي يحصل في الخارج من غير توافر المراسيم الدينية المطلوبة حسب قانون الجنسية المختص[172]، فمن أجل إبرام عقد الزواج يجب إتباع الشكل اللازم[173].

يعرف العقد الدولي بأنه «العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا مؤثرا سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه، أو مكان تنفيذه، أو بموضوعه أو بأطرافه»[174]، ولتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في جانبه الموضوعي[175] ظهرت نظريتان:

---

[168]– ينوه بعض الشراح بأن قضاء فنيس اعتبر الوصية صحيحة لأنها تمت وفقا لقانون القاضي وهو ما يتماشى مع نزعة عند القاضي إلى اعتبار التصرفات التي تتم وفقا لقانونه صحيحة، وقانون القاضي في هذه الحالة هو عينة قانون محل إجراء الوصية. عزالدين عبد الله، المرجع السابق، هامش1، ص485.

[169]– المرجع نفسه، ص485.

[170]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1148.

[171]– «تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه»

[172]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص263.

[173]– أبطلت محكمة النقض الفرنسية جميع عقود الزواج التي تمت بقصد التهرب من أحكام القانون المدني الفرنسي الذي يقضي بضرورة إتباع الشكل اللازم لإبرام عقد الزواج. فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص155.

[174]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص407.

[175]– لقد فسر الفقيه ROCHUS Curtous أن خضوع العقد لقانون محل إبرامه هو ارتضاء المتعاقدين ضمنا لذلك القانون، ثم جاء الفقيه DUMOULIN وبلورة فكرة قانون الإرادة حينما أفتى بخصوص قضية النظام المالي للزوجين=

تتمثل الأولى في النظرية الشخصية إذ يرى أنصارها أن الأطراف المتعاقدة لهم حق اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي سواء صراحة أو ضمنيا ولا يشترط أن يكون له صلة بالعقد وبالمتعاقدين، لكنها انتقدت على أساس أنها تفتح المجال للأفراد بارتكاب الغش فكل قانون ينص على قواعد أمرة وعلى قواعد مقررة في مجال العقود، فلا يجوز للأفراد مخالفة القواعد الآمرة فنادى فقهاء هذه النظرية بضرورة إخضاع القانون الذي يختاره الأطراف لرقابة القاضي حتى لا يكون الاختيار فيه تحايل فلابد أن يكون عن حسن نية لتفادي وقوع الغش نحو القانون[176]، مثال ذلك لو سافر مصريان إلى إيطاليا لإبرام عقد قرض بينهما والاتفاق على إخضاعه للقانون الإيطالي بغية التهرب من الأحكام الآمرة الخاصة بالفوائد في القانون المصري فنادى الفقه الفرنسي بتطبيق فكرة الغش نحو القانون في هذه الحالة لأن إعمال سلطان الإرادة في اختيار القانون الذي يطبق على العقد يجب ألا يكون صوريا بل جديا وأمينا[177]، وهذا ما عبر عنه القضاء الانجليزي[178].

وتتمثل الثانية في النظرية الموضوعية ويرى أنصارها أنه يوجد قانون «**predestiné**» معد سلفا ليطبق على كل عقد وفي إطار هذا القانون يمكن للأطراف أن يمارسوا حريتهم في اختيار القواعد القانونية، كما أن الإحالة على قانون أجنبي ليست لها قيمة ملزمة، ولا تفرض على القاضي إلا إذا كانت أحكام القانون الذي اختارته إرادة الأطراف أحكاما مكملة، فلا بد أن يكون للقانون له صلة بالعقد وبالمتعاقدين، وعلى الرغم من تعرض هذه النظرية لانتقادات إلا أنها لا تفسح المجال لوقوع الغش نحو القانون إذ تقيد حرية الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق[179].

=دوجاني DOGANI، فطبق قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة ورحب بالقاعدة العديد من الفقهاء كالفقيه BOLINOA. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص1059و1060.

[176]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص150و151.

[177]– عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص444.

[178]– يرى القضاء الإنجليزي أن اختيار القانون الذي يحكم العقد يجب أن يكون بحسن نية وشرعيا. المرجع نفسه، ص444.

[179]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص152.

رابعا: الغش نحو القانون في الالتزامات التعاقدية

يرى جانب من الفقه ومن بينهم الأستاذ **(علي علي سليمان)** أن الغش نحو القانون أكثر حدوثا في الالتزامات التعاقدية[180] إذ يترك فيها اختيار القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين وفقا لمبدأ سلطان الإرادة وكثيرا ما يختار المتعاقدين قانونا أجنبيا لا يربطه أي صلة بالعقد وبالمتعاقدين بغية التهرب من أحكام القانون المختص[181].

غير أن البعض يرى بأنه لا مجال لإعمال نظرية الغش في مجال الالتزامات التعاقدية، لأن القانون الدولي الخاص يعطي في هذا السياق دورا أساسيا لقانون الإرادة، وهذا يعود لطبيعة العلاقات الدولية ودورها في تلبية مصالح التجارة العالمية، فالأطراف لهم الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، مادام أنه لا يخالف القواعد الآمرة لدولة القاضي كما أن المشرع فسح المجال في نطاق هذه الالتزامات لتطبيق عدة قوانين عند غياب إرادة المتعاقدين[182].

يرى الأستاذ **(زروتي الطيب)** لو أن المادة 1/18 تمنح للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ومن الصعب استنباط الغش بسهولة إلا أن المعول عليه فقها وقضاءا أن حرية المتعاقدين مشروطة بوجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، وان تبني مضمون النظرية الموضوعية القاضية بتركيز العقد واستخلاص القانون المختص به حسب نقاط التركيز الموضوعية، مدعاة لاستبعاد الغش في هذا المجال وعدم الاعتداد بالاختيار المشوب بسوء نية وليس بالاستناد إلى الغش وإنما بانتفاء الصلة الوثيقة وعدم توافر عناصر التركيز الموضوعية[183].

---

[180]– تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري بأنه: «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد».

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة».

[181]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص161.

[182]– محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص278.

[183]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص263.

الفرع الثاني

المجالات التي تخرج من إطار إعمال الدفع بالغش نحو القانون

لقد اتفق الفقهاء من بينهم الدكتور **(أحمد عبد الكريم سلامة)** على المجالات التي تخرج من إطار الدفع بالغش نحو القانون والمتمثلة في الحالات التي لا يسمح ضابط الإسناد بطبيعته حصول التغيير إذ تعتبر هذه الضوابط ثابتة لا تتحرك بالإرادة، إضافة إلى الحالات التي حسم فيها المشرع سلفا مشكلة التنازع المتحرك للقوانين فلا يكون ثمة أثر للغش نحو القانون.

أولا: الحالات التي لا يسمح ضابط الإسناد بطبيعته حصول التغيير

لقد تم الإشارة أعلاه أن الدفع بالغش نحو القانون يتحقق عندما يكون ضابط الإسناد قابلا بطبيعته للتغيير وفقا لإرادة الأفراد، في حين هناك حالات لا يسمح ضابط الإسناد بطبيعته حصول التغيير، إذ تعتبر هذه الضوابط ثابتة لا تتحرك بالإرادة كمكان وقوع الحادث، موقع المال غير المنقول إلا إذا تم تحويل طبيعته كحالة شخص قام بتقديم عقار في شركة للحصول مكانه على حصة أو أسهم وذلك بهدف التهرب من أحكام قانون موقع العقار أي تجنب القانون الفرنسي المختص على الميراث في العقارات وإخضاعه لقانون إقامة الشخص، فلما عرضت القضية على القضاء الفرنسي اعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن تغيير طبيعة المال من مال غير منقول الى حصص في شركة بهدف تغيير الفئة القانونية التي ينتمي إليها المال بطبيعته تمهيدا لإخضاع التركة إلى قانون محل إقامته بدلا من قانون موقع العقار يستتبعه عدم الأخذ بهذا التغيير المصطنع و الاحتيالي[184].

[184]– سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص932و933.

ثانيا: الحالات التي حسم فيها المشرع مشكلة التنازع المتحرك للقوانين

يخرج من إطار إعمال الدفع بالغش نحو القانون مشكلة التنازع المتحرك لقواعد التنازع «**conflit mobile des règles de conflits**»[185]، فمثلا إذا جاء في النص القانوني أن التطليق يخضع لقانون جنسية الزوجين المشتركة وقت الزواج وكان قانونهما يمنع الطلاق، فانه لا أثر لتغيير الزوج جنسيته إلى دولة أخرى يجيز قانونها الطلاق ويقدم القانون اللبناني نموذجا على ذلك، إذ يعقد قانون 2 نيسان 1952 الخاص بالطوائف غير الإسلامية الاختصاص للقانون الذي حصل الزواج في ظله بدون أن يعطي أي أثر لتغيير الجنسية أو محل الإقامة على الزواج لذلك ليس ثمة أثر للتحايل على القانون[186].

وعليه يخرج من مجال التنازع المتحرك الضوابط التي لا يمكن تغييرها كموقع العقار، محل وقوع الفعل الضار والنافع، وجنسية المتوفى في الميراث[187].

الفرع الثالث

أثار تغيير الديانة في إعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون

أثير تساؤل حول إمكانية إعمال الدفع بالغش نحو القانون في حالة تغيير الديانة، وإذا ما كان تغيير الديانة أو الطائفة من مجالات إعمال الدفع بالغش.

تلعب الطائفة في العديد من الدول العربية والإسلامية دورا كبيرا في تحديد الشريعة الطائفية الواجبة التطبيق وبصفة خاصة في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق وغيرهما، فالطائفة

---

[185]– **التنازع المتحرك:** هو ذلك التنازع الناشئ عن تغيير العنصر الواقعي في بعض ضوابط الاختيار أو الإسناد، والذي يستتبع انتقال ذات الحالة أو الوضع القانوني ذي الطابع الدولي، على التوالي من نطاق تطبيق قانون دولة إلى نطاق تطبيق قانون دولة أخرى، كلاهما مختص بمقتضى نفس قاعدة التنازع في قانون القاضي. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص296.

[186]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص183.

[187]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص292.

أو الدين في التنازع الشخصي الداخلي تلعب نفس الدور الذي تلعبه الجنسية في نطاق التنازع الدولي بين القوانين، وعليه فإن تغيير الطائفة بهدف الاستفادة من الشرائع السائدة في الطائفة الجديدة بصورة مزيفة لا يجب أن يكون بمنأى عن الدفع بالغش نحو القانون الطائفي[188]. ومن ذلك ما قضت به محكمة سورية في قضية النفقة سنة 1925، وما سار عليه القضاء العراقي في القرار الصادر في 31 ديسمبر 1951[189].

أما في مصر فعلى الرغم من أن المشرع المصري يعتنق الجنسية كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن القضاء جعل الدين يقوم مقام الجنسية في الغرض الذي يتم فيه التغيير إلى الإسلام، فالأجنبي الذي يعتنق الإسلام بغض النظر عن جنسيته، يمكنه أن يتمتع في مصر بكافة المزايا التي تخولها الشريعة الإسلامية للطرف المسلم بغض النظر عن جنسيته وعن دوافعه في اعتناق الإسلام، وفي هذه الحالات لا مجال لإعمال الدفع بالغش نحو القانون ولو كانت مجريات الحال كاشفة بجلاء عن أن معتنق الإسلام لم يقصد سوى الإضرار بزوجته مثلا فيطلقها أو يعدد زوجاته بعد أن كان محظورا في قانون جنسيتهما المشتركة[190] ويبرر القضاء المصري مسلكه هذا الرافض لإعمال نظرية الغش نحو القانون بصدد تغيير الديانة، لأن الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة لا يمكن لأي جهة قضائية البحث فيها إلا من طريق المظاهر الرسمية[191].

---

[188]– عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص127.

[189]– قضت محكمة سورية بأنه لا يحق لأحد المسحيين أن يرفض دفع نفقة لمطلقته المسيحية بعد أن أسلم، لأن اعتناقه الدين الإسلامي كان تحايلا على القانون بقصد التخلص من دفع النفقة لمطلقته على اعتبار أن الشرع الإسلامي لا يقر النفقة للمطلقة، كما سار القضاء العراقي على هذا النهج عندما قررت محكمة التمييز العراقية في قرارها الصادر عام 1951 رد دعوى التمييز المتضمنة طلب الحكم للمميز بإبطال نفقة مطلقته المسيحية بعد اعتناقه الدين الإسلامي، على أساس أن اعتناقه الدين الإسلامي لا يخلو من احتمال قصد التهرب من النفقة. غالب علي الداودي، المرجع السابق، ص 256و257.

[190]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 2007، ص504.

[191]– عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص567و568.

يتبين من خلال ما سبق ذكره أن الغش نحو القانون يقع في المجالات التي يسمح فيها ضابط الإسناد بحصول التغيير وتعتبر مسائل الأحوال الشخصية المجال الرئيسي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون لاعتمادها على ضابط الموطن والجنسية التي تسمح للأفراد باستعمال إرادته الكاملة بحصول التغيير في أحد الضوابط، مع إمكانية إعماله في مسائل الحقوق العينية والتصرفات القانونية والالتزامات التعاقدية، بحيث هذه المجالات لم يحسم فيها المشرع سلفا مشكلة التنازع المتحرك لقواعد التنازع.

أما بالنسبة لتغيير الديانة يمكن القول أن الشخص له الحق في حرية المعتقد وهو حق معترف به عالميا، غير أنه لابد البحث عن نية الشخص إذا كان هذا التغيير صادر عن حسن نية أو كان بسوء نية بغية التهرب من أحكام القانون الشخصي خاصة في مجال الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق، والقاضي في هذه الحالة عليه كشف الحقيقة وهو أمر ميسورا من خلال حنكته في ميدان القضاء، مثال ذلك: شخص يقوم بتغيير ديانته للإسلام بغية حرمان زوجته من الميراث لوجود مانع من موانع الميراث وهو اختلاف الديانة.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن الدفع بالغش نحو القانون

تعددت الآراء حول الآثار المترتبة على إعمال الدفع بالغش نحو القانون فانقسم الفقه بذلك إلى اتجاهين: اتجاه يضيق من الأثر السلبي ليقتصر على عدم نفاذ النتيجة فقط، واتجاه يوسع من نطاق استبعاد القانون الواجب التطبيق ليشمل كل من الوسيلة والنتيجة معا **(الفرع الأول)** إن إعمال الدفع بالغش نحو القانون يستوجب تطبيق القانون المختص الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده واستبعاد القانون الذي أسند إليه الاختصاص غشا **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

استبعاد القانون الواجب التطبيق

عندما يثبت في النزاع المعروض أمام القاضي، أن أطراف العلاقة القانونية قام بالتلاعب في عناصر الإسناد أو في العناصر المكونة للتكييف القانوني للمسألة محل النزاع، للتواصل إلى استبعاد قانون القاضي والاستفادة من قانون آخر، فان الجزاء الواجب توقيعه هو إحباط أثر ذلك التلاعب، باستبعاد القانون الذي حاول الأطراف التوصل إلى تطبيقه غشا بإرجاع الاختصاص إلى هذا القانون[192].

لقد اختلف الفقه حول الأثر المترتب على إعمال نظرية الغش، وانقسموا في شأن ذلك إلى اتجاهين فهناك من الفقه من قصر في نطاق هذا الاستبعاد على عدم نفاذ النتيجة فقط **(أولا)** بينما الاتجاه الثاني وسع من هذا الأثر السلبي ليشمل عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة **(ثانيا)**

أولا: عدم نفاذ النتيجة

يرى أصحاب هذا الاتجاه[193] أن أثار الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على عدم نفاذ[194] النتيجة غير المشروعة التي قصدها الأفراد من وراء تغييرهم لضابط الإسناد، دون الوسيلة المستعملة للوصول إلى النتيجة، ذلك أن النتيجة وحدها هي التي تعد غير مشروعة، أما الوسيلة فقد تمت بطريقة صحيحة وسليمة تماما[195].

---

[192]– الاطراش محمد، القانون الدولي الخاص، مطبعة مراكش، مراكش، 2004، ص 121.

[193]– **مثل:** حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 2009، ص324. عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 2010 ص460. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص565.

[194]– أثر الغش لا يمكن أن يكون هو البطلان لأنه لا يمكن لأي دولة أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها وغاية ما تملك هذه الدولة أن تعتبره غير نافذ في إقليمها، وعليه تقول بأن أثر الغش هو عدم النفاذ لا البطلان. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص196 و197.

[195]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 2007، ص512 و513.

وترتيبا على ذلك، إذا تجنس شخص بجنسية أجنبية ليتهرب من الحكم المانع من التطليق، فان أثر الغش هو عدم الاعتداد بالطلاق الحادث وفقا للقانون الجديد دون المساس بالتجنس الذي تم صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية، وعليه متى كان أثر الغش ينحصر في استبعاد أحكام القانون الذي سعى الشخص إلى تطبيقه وإعمال القانون المختص أصلا، فان ذلك يؤدي إلى بقاء كافة الآثار المترتبة على اكتساب الخصم الجنسية الجديدة قائمة، وعلى ذلك فان أي نزاع مستقبلي متعلق بأهلية هذا الشخص مثلا يقتضي تطبيق قانون جنسيته الجديدة مادام أنه لم يقم بتغيير جنسيته تهربا مما يقضي به قانونها في شأن الأهلية بالنسبة لهذا النزاع بالذات[196].

لذلك فانه في قضية «**DE BOUFFREMONT**» – السالفة الذكر– فانه يجب أن يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الثاني دون تجنسها بالجنسية الألمانية، وعليه فان جميع الآثار الأخرى غير الطلاق والزواج الثاني، والتي لا يمكن أن تترتب على اكتسابها الجنسية الألمانية فلا يجب أن يمتد أثر الغش، وعلى ذلك يبقى تجنس الأميرة صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية[197].

وعلى ذلك فان أثر إعمال الدفع بالغش ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقا لضابط الإسناد المفتعل، وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الأفراد التهرب من أحكامه، فأثر الغش إذن هو مجرد أثر حلولي أو استبدالي، بمعنى أن القانون المختص أصلا يحل محل القانون الذي حاول الخصم أن يتوصل إلى تطبيقه حينما قام بتغيير ضابط الإسناد تهربا من أحكام القانون الأول[198].

ويستند هذا الاتجاه على مجموعة من الحجج أهمها:

طبيعة الدفع بالغش: إن الدفع بالغش نحو القانون الدولي الخاص يختلف عنه في القانون الداخلي، فالأول وسيلة علاج احتياطية وأخيرة **ultimium remedium** لحماية قاعدة التنازع، ويجب استعمالها في الحدود التي تحقق تلك الغاية، وأن عدم نفاذ النتيجة يعتبر كأثر لاستبعاد

---

[196]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق،2007، ص513.

[197]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص198.

[198]– حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 2009، ص324 و325.

القانون الذي تم التحايل لصالحه، ويكفي لإدراك الغاية المشار إليها، ورد اعتبار القانون الذي تم التحايل عليه وقاعدة الإسناد التي اختارته[199].

عدم اختصاص القاضي الوطني للحكم بإبطال الإجراء الذي تم بموجبه تغيير ضابط الإسناد، فإذا قام أحد الأطراف مثلا بتغيير جنسيته أو موطنه وأدى ذلك إلى تحويل الاختصاص قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون آخر فان القاضي المعروض عليه النزاع ليس من حقه إبطال الإجراء، لأن ذلك يعتبر من صميم الأعمال السيادية للدولة الأجنبية، التي أصبح يحمل جنسيتها هذا الطرف أو يوجد موطنه الحقيقي فوق أراضيها[200].

والظاهر أن محكمة النقض الفرنسية ضمن هذا الاتجاه الفقهي حيث اقتصرت في حكمها في قضية الأميرة «**DE BOUFFREMONT**» على اعتبار تطليقها عديم الأثر في فرنسا، ولم تحكم ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية[201].

كذلك من بين الحجج التي اعتمدوا عليها عدم امتداد الجزاء، أي عدم النفاذ، ذلك أن بقاء الوسيلة والاعتداد بها هو في حد ذاته نوع من الجزاء المضاعف لمرتكب التحايل، فهذا الأخير لم يغير ضابط الإسناد إلا من أجل الحصول على نتيجة محددة. دون أن تتجه نيته إلى قبول النتائج الجوهرية اللازمة لهذا التغيير[202].

نقد هذا الرأي

تعرض هذا الاتجاه الذي يرى أن الجزاء يقتصر على النتيجة فقط دون الوسيلة المستعملة للانتقاد على أساس أنه مجاف للمنطق القانوني السليم، إذ يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة. فالغاش يبقى خاضعا للقانون الذي تهرب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد

[199]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص565.

[200]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص144.

[201]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص165.

[202]–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص567.

تحقيقها بتغييره لضابط الإسناد وفي نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى، ولا يخفى أن هذا الحل لا يحقق استقرار المراكز القانونية[203].

ثانيا: عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة

يرى أصحاب هذا الاتجاه ومنهم الفقيه الفرنسي **(LAGARDE)** و**(BATIFFOL)** أن جزاء الغش يشمل النتيجة والوسيلة معا[204]، أي وجوب عدم الاقتصار على إبطال التصرف الذي قام به الأفراد، بل يجب إبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد، فتغيير ضابط الإسناد وان كان استعمالا لحق مشروع إلا أن الباعث الدافع على القيام به لم يكن مشروعا، ومن ثم بتعيين عدم الاعتداد القاضي به[205].

وتبعا لذلك ففي قضية الأميرة « **DE BAUFFREMONT**» ، يجب ألا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته وفقا لقانون جنسيتها الجديدة بل يجب أن يمتد أيضا إلى الوسيلة التي استعملتها أي تجنسها بالجنسية الفرنسية[206]، وبذلك تبقى فرنسية في مجال تنازع القوانين، وفي جميع المجالات الأخرى[207].

ويستند أنصار هذا الاتجاه على مجموعة من الحجج أهمها:

شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا، ذلك لأنه يؤدي إلى السهولة في تطبيقه حيث أن عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة باستبعاد تطبيق أحكام قانون الدولة التي أسند إليها الاختصاص بسبب

---

[203]–أعرب بلقاسم، المرجع السابق، ص198.

[204]– المرجع نفسه، ص197.

[205]–عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، 2010، ص459.

[206]– شريقي نسرين، بوعلي سعيد، المرجع السابق، ص114و115.

[207] –LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, Droit international Privé, 6e édition, Dalloz, Paris, 1999, p324.

تغيير في ضابط الإسناد، وكذا عدم نفاذ الوسيلة، فكل ذلك يجنب المشاكل القانونية التي تحدث من جراء تطبيق قانون على النتيجة غير المشروعة، وتطبيق قانون آخر على الوسيلة[208].

ومن جهة أخرى فان شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا يؤدي إلى تجنب مضاعفة الجزاء بدون وجه حق، ليشمل آثار أخرى لم يكن الشخص المرتكب للغش قد أراد الإفلات بشأنها من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة، فالأميرة «**DE BAUFFREMONT**» مثلا أرادت فقط التهرب من المانع الوارد في قانونها والذي يحرمها من الحصول على التطليق، فلماذا نمدد الجزاء إلى أثار لم تبحث عنها، فالمنطق يقضي بقصر جزاء الغش على الأثر الذي أرتكب الغش من أجله دون غيره[209].

كذلك يستند أنصار هذا الاتجاه على أمرين هما: الأول أن الغش يفسد كل شيء حتى وان كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة، أي أن النية السيئة جاءت مصاحبة للوسيلة المستعملة المشروعة، كما وأن الغاش قد قام في بادئ الأمر باستعمال طريقة مشروعة لكن نيته كانت سيئة هدفها تحقيق نتيجة غير مشروعة، والأمر الثاني هو تفادي الازدواجية في معاملة الشخص معاملتين: الأولى تكون وفقا لقانون معين بسبب النزاع المعروض والثانية وفقا لقانون آخر فيما يخص باقي المسائل الأخرى، وهذا ما يؤدي إلى ظهور الازدواجية في التعامل، بالتالي تكون الأحكام الناتجة متناقضة والمراكز القانونية مختلفة من حالة إلى أخرى، أما إذا تم الاعتداد بالوسيلة والنتيجة فالحل يكون واحد في جميع القضايا لخضوع الشخص لقانون واحد[210].

يتبين من خلال ما سبق أن الرأي الراجح يذهب للقول أن أثر الدفع بالغش نحو القانون يجب أن يقتصر على عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي قصدها الأفراد من وراء تغييرهم لضابط الإسناد، دون الوسيلة المستعملة، ذلك أن النتيجة هي التي تعد غير مشروعة، أما الوسيلة فقد تمت بطريقة صحيحة وسليمة تماما ولا تنطوي على أية مخالفة للقانون.

---

[208]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 146و 147.

[209]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص197.

[210]– شلابي أمينة، المرجع السابق، ص68.

الفرع الثاني

تطبيق القانون المختص الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده

يترتب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص غشا نشوء فراغ قانوني مؤقت يتعين سداده بإسناد الاختصاص إلى قانون آخر يحكم العلاقة القانونية، ويفرض هذا القول أن التحايل على القانون إنما هو اعتداء على قاعدة التنازع الوطنية، وإهدار للاعتبارات التي تنهض عليها ودرء هذا الاعتداء لا يكون إلا بإعادة سلطاتها، وتطبيقها على النحو الذي كان يجب أن تطبق عليه لو لم يحدث تغيير أو تلاعب بضابط الإسناد فيها، أي إعادة الاختصاص للقانون الذي كانت تشير باختصاصه ابتداءً وهذا الحل يؤدي إلى عدم نفاذ النتيجة التي تحققت طبقا لهذا القانون الأخير، وهذا ما قام به القضاء الفرنسي في قضية«**DE BAUFFREMONT**»، عندما أستبعد القانون الألماني الذي يجيز التطليق وتطبيق بعد ذلك القانون الفرنسي الواجب التطبيق أصلا[211].

فلما كانت قاعدة التنازع توصف بأنها قاعدة مزدوجة الجانب، وذلك يعني أنها قد تشير إلى اختصاص قانون القاضي، أو تشير إلى اختصاص قانون أجنبي آخر ليحكم النزاع، وترتيبا على ذلك فإن الأثر الايجابي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون قد يؤدي إلى حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد، كما قد يحل محله القانون الأجنبي[212].

وأجمع الفقه على تأييد هذا الموقف على اعتبار أن التحايل على القانون هو في حد ذاته يعتبر تعطيل لتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع التي تم التلاعب بضابط الإسناد فيها، ومن ثم وجب إعادة الاختصاص للقانون الذي أراد المتحايل التهرب من أحكامه وذلك بغض النظر عن طبيعة هذا القانون ما إذا كان قانونا أجنبيا أو قانونا وطنيا[213].

---

[211]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص567.

[212]– بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص149.

[213]– المرجع نفسه، ص150.

وهذا ما تبناه المشرع الجزائري، عندما نصت المادة 24 من القانون المدني الجزائري على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. ثم نص في الفقرة الثانية على أن القانون الجزائري هو الذي يطبق محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام، غير أنه بالمقابل لم يذكر المشرع القانون الذي يحل محل القانون المستبعد في حالة ثبوت التحايل كما فعل مع الدفع بالنظام العام، وهذا يعني أن الغش نحو القانون يمكن استعماله سواء تعلق الأمر بالتهرب من أحكام القانون الجزائري أو التهرب من أحكام القانون الأجنبي[214].

يتبين من خلال ما سبق ذكره أن إعمال الدفع بالغش نحو القانون له أثران، أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الواجب التطبيق فيما يخص النتيجة فقط دون الوسيلة المستعملة وأثر إيجابي متابع للأثر السلبي لسد الفراغ التشريعي الذي تركه القانون المستبعد الذي أسند إليه الاختصاص غشا وتطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده.

[214]– دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 148.

خـــاتـــمـــة

يتضح من خلال الدراسة، أن نظرية الغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي لها دور فعال وهام، من خلال منع التلاعب بقواعد التنازع الوطنية بتغيير ضوابط الإسناد بغية التهرب من أحكام القانون المختص.

تجدر الإشارة إلى أنه رغم الدور الهام الذي تلعبه نظرية الغش نحو القانون إلا أنها لا تعدو أن تكون وسيلة استثنائية، فهي علاج احتياطي في مواجهة القانون الأجنبي، حيث أن الأولوية تكون للقانون الذي تشير باختصاصه قواعد التنازع.

تبنت العديد من الدول نظرية الغش نحو القانون في نصوصها القانونية مما فسح المجال للفقهاء بتقديم مختلف التعاريف، غير أنهم لم يتمكنوا من تقديم تعريف موحد وثابت لصعوبة التأكد وإثبات توفر نية الغش لدى الأفراد باعتباره أمر باطني نفسي، يمكن تعريفه بأنه: «إجراء يقوم به أحد أطراف العلاقة القانونية وبإرادته الكاملة بتغيير ضابط الإسناد الذي بموجبه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، قصد التهرب من أحكام هذا الأخير الذي لم يكن في صالحه وبغية تطبيق قانون أخر، كتغيير الجنسية أو موقع المنقول أو الموطن وهذا يعتبر غشا».

مما يجب التنويه إليه، أن الفقه الحديث في القانون الدولي الخاص اعترف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون سواء كان المقصود منها التهرب من الأحكام الأمرة أو المكملة في القانون المختص، وقد ساير المشرع الجزائري ما توصل إليه الفقه باعتبار أن الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بذاتها.

يقع التحايل بأشكال مختلفة ويتمثل في تغيير ضابط الإسناد الذي يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق كتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول باعتبار هذه الضوابط بطبيعتها يسمح حصول التغيير كما قد يقع التحايل عن طريق تغيير طائفة الإسناد المتضمنة على المسائل القانونية المتشابهة أو تغيير الاختصاص القضائي.

استقر الفقه الحديث على إعمال الدفع بالغش بصفة مطلقة سواء كان الغش موجه لقانون القاضي أو القانون الأجنبي ومهما كانت طبيعة القاعدة القانونية المراد التهرب منها قواعد أمرة أو

مكملة، وقد ساير المشرع الجزائري ما ذهب إليه الفقه الحديث بخصوص نطاق الدفع بالغش نحو القانون.

الغش نحو القانون يقع في المجالات التي يسمح فيها ضابط الإسناد بحصول التغيير، وتعتبر مسائل الأحوال الشخصية المجال الرئيسي لإعمال الدفع بالغش نحو القانون لاعتمادهما على ضابط الجنسية والموطن التي يسمح للأفراد باستعمال إرادته بحصول التغيير، مع إمكانية إعماله في مسائل الحقوق العينية والتصرفات القانونية والالتزامات التعاقدية.

يترتب على نظرية الغش نحو القانون أثران: أثر سلبي يتمثل في استبعاد القانون الواجب التطبيق وأثر إيجابي يتمثل في تطبيق القانون المختص الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده، إلا أنه يستوجب على الفقهاء وضع معالم موحدة لنظرية الغش نحو القانون بهدف رسم حدود هذه النظرية لتفادي التأويلات والخضوع لأراء متناقضة من شأنها الخروج عن مضمونها.

قـــائـــمـة
الـــمـراجـع

أولا: باللغة العربية

I/-الكتب

1-أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة 2008.

2-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج1، ط12، دار هومه الجزائر، 2011.

3-الحجاك مصطفى، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

4-الاطراش محمد، القانون الدولي الخاص، مطبعة مراكش، مراكش، 2004.

5-الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون) دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2017.

6-حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

7- _____، الموجز في القانون الدولي الخاص، ج1 (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د. س. ن.

8-خليل أحمد حسن قداد، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

9-دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، دار العلوم، عنابة، 2010.

10-زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1 (تنازع القوانين) مطبعة الكاهنة، د. م. ن، 2000.

11- سامي بديع منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص (تنازع الاختصاص التشريعي)، ج1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2009.

12- شريقي نسرين، بوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين-الجنسية)، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

13-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د-س-ن.

14-عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، أحكام التنازع الدولي للقوانين، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2012.

15-عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات بيروت، 2008.

16-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.

17-_____، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2010.

18-عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج2(في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين)، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1986.

19-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.

20-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الأحكام الأجنبية) دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2003.

21- فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومه، الجزائر، 2001.

22-_____، الغش نحو القانون، ط2، دار هومه، الجزائر، 2004.

23- قتال حمزة، مصادر الالتزام(العقد)، دار هومه، الجزائر، 2018.

24- محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

25- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات) أحكام الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2010.

26- محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، ج1 (مصادر الالتزام) ، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، د. م. ن، 1993.

27- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة لتشريعات العربية والقانون الفرنسي) ، دار الثقافة، عمان، 2011.

28-ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون) دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2017.

29-هشام صادق، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) ، د. د. ن، القاهرة، 2009.

30-هشام علي صادق، المطول في القانون الدولي الخاص، ج1(تنازع القوانين، المجلد الأول الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين) ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

II/- المذكرات الجامعية

1-بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف2، 2014.

2- شلابي أمينة، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي طبقا للمادة 24من القانون المدني الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة بويرة، 2015.

III/-المقالات

-دغيش أحمد، «الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص»، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، الجزائر، ع2، 2017.

IV/- النصوص القانونية

أ-النصوص القانونية الوطنية

-أمر رقم 75-58 مؤرخ في سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجمهورية الجزائرية الجريدة الرسمية، العدد78، مؤرخ في30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم. أنظر الموقع الالكتروني: **www.joradp.dz**

ب-النصوص القانونية الاجنبية

1- قانون الالتزامات والعقود المغربي، ظهير9 رمضان1331(12أغسطس1913)، صيغة محينة، بتاريخ11 يناير2021. أنظر الموقع الإلكتروني: **www.bawabat-el9anon.com**

2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948. أنظر الموقع الالكتروني: **www.Egyptlowfirm.net.**

3- قانون عدد 97 لسنة 1998، مؤرخ في27 نوفمبر1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي. أنظر الموقع الالكتروني: **www.ar. Jurispedia. Org**

V/-الوثائق

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بباريس، بتاريخ 10 سبتمبر 1948. أنظر الموقع الالكتروني: **www.un.org**

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages

1. BATIFFOL Henry, LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, Tome1, 8e édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1993.
2. BERTRAND Ancel, YVES Lequette, Grands arrêts de la Jurisprudence française de droit international Privé, 3e édition, Dalloz, Paris, 1998.
3. BUREAU Dominique, MUIR Watt Horatian, Droit international privé, Tome 1, partie Générale, 2e édition, Paris, 2010.
4. GUTMANN Daniel, Droit international privé, 2e édition, Dalloz, Paris, 2000.
5. ISSAD Mohand, Droit international privé, les règles de conflits, Office des Publication universitaire, Alger, 1983.
6. NIBOYET J-P, Cour de droit international privé français, 2e édition Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1942.

7. LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, Droit international privé, 6e édition, Dalloz, Paris, 1999.

8. MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, 7e édition, Montchrestien, Paris, 2001.

9. MAYER Pierre, HEUZE Vincent, Droit international privé, 9e édition, Montchrestien, Paris, 2007.

الـفـهـرس

مقدمة---------- 1

الفصل الأول

ماهية الغش نحو القانون

المبحث الأول: مضمون الغش نحو القانون ---------- 5
المطلب الأول: أصل الغش نحو القانون ---------- 5
الفرع الأول: نشأة فكرة الغش نحو القانون ---------- 6
أولا: نشأة فكرة الغش نحو القانون قبل القرن التاسع عشر ---------- 6
ثانيا: نشأة الغش نحو القانون بعد القرن التاسع عشر ---------- 8
الفرع الثاني: تطور نظرية الغش نحو القانون ---------- 9
أولا: الاتجاه المعارض لنظرية الغش نحو القانون ---------- 10
ثانيا: الاتجاه المؤيد لنظرية الغش نحو القانون ---------- 11
الفرع الثالث: تعريف الغش نحو القانون ---------- 13
المطلب الثاني: الأساس القانوني للغش نحو القانون ---------- 15
الفرع الأول: الغش نحو القانون صورة من صور الصورية ---------- 16
أولا: أوجه التشابه بين نظرية الغش نحو القانون والصورية---------- 16
ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية الغش نحو القانون والصورية ---------- 17
الفرع الثاني: الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير المشروع---------- 18
أولا: أوجه التشابه بين السبب غير المشروع ونظرية الغش نحو القانون ---------- 19
ثانيا: أوجه الاختلاف بين السبب غير المشروع ونظرية الغش نحو القانون ---------- 19
الفرع الثالث: الغش نحو القانون صورة من صور التعسف في استعمال الحق ---------- 20
أولا: الاتجاه المؤيد لنظرية التعسف في استعمال الحق ---------- 21

ثانيا: الاتجاه المعارض لنظرية التعسف في استعمال الحق ---------- 21
الفرع الرابع: الغش نحو القانون تطبيق من تطبيقات بالنظام العام---------- 22
أولا: أوجه التشابه بين نظرية الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام ---------- 23
ثانيا: أوجه الاختلاف بين نظرية الغش نحو القانون والدفع بالنظام العام---------- 24
الفرع الخامس: الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بذاتها ---------- 25
المبحث الثاني: فعاليات الغش نحو القانون ---------- 26
المطلب الأول: أشكال التحايل نحو القانون ---------- 26
الفرع الأول: الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد ---------- 27
الفرع الثاني: الغش بواسطة تغيير طائفة الإسناد ---------- 29
الفرع الثالث: الغش بواسطة تغيير الاختصاص القضائي---------- 30
المطلب الثاني: نطاق الدفع بالغش نحو القانون---------- 31
الفرع الأول: نطاق الدفع من حيث القانون المتهرب من أحكامه---------- 31
أولا: حصر نطاق الدفع بالتحايل على قانون القاضي---------- 31
ثانيا: استقرار إعمال الدفع بالتحايل بصفة مطلقة ---------- 33
الفرع الثاني: نطاق الدفع من حيث القاعدة المتهرب منها ---------- 35
أولا: اعمال الغش نحو القانون على القواعد الأمرة ---------- 35
ثانيا: استقرار اعمال الغش نحو القانون مهما كانت طبيعة القاعدة القانونية ---------- 35

الفصل الثاني

إعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون

المبحث الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون ---------- 40
المطلب الأول: الشروط المتفق عليها لإعمال الدفع بالغش نحو القانون ---------- 40
الفرع الأول: التغيير في ضابط الاسناد ---------- 41

أولا: ان يكون التغيير إراديا ---------- 41
ثانيا: ان يكون التغيير فعليا ---------- 42
ثالثا: ان يكون التغيير مشروعا ---------- 43
رابعا: ان يكون ضابط الاسناد قابلا بطبيعته للتغيير ---------- 44
الفرع الثاني: توافر نية الغش---------- 46
المطلب الثاني: الشروط المختلف عليها للدفع بالغش نحو القانون ---------- 49
الفرع الأول: ان يكون الغش نحو القانون موجه لقاعدة امرة في قانون القاضي ---------- 49
الفرع الثاني: ألا يكون هناك دفع اخر غير الدفع بالغش نحو القانون---------- 50
الفرع الثالث: تحقق النتيجة غير المشروعة---------- 51
المبحث الثاني: تطبيق الدفع بالغش نحو القانون ---------- 53
المطلب الأول: مجالات إعمال الدفع بالغش نحو القانون ---------- 53
الفرع الأول: المجالات التي تدخل في إطار إعمال الدفع بالغش نحو القانون ---------- 54
أولا: الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية ---------- 54
ثانيا: الغش نحو القانون في مسائل الحقوق العينية ---------- 56
ثالثا: الغش نحو القانون في التصرفات القانونية---------- 57
رابع: الغش نحو القانون في الالتزامات التعاقدية---------- 59
الفرع الثاني: المجالات التي تخرج من إطار اعمال الدفع بالغش نحو القانون ---------- 60
أولا: الحالات التي لا يسمح ضابط الاسناد بطبيعته حصول التغيير ---------- 60
ثانيا: الحالات التي حسم فيها المشرع مشكلة التنازع المتحرك للقوانين ---------- 61
الفرع الثالث: أثار تغيير الديانة في إعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون ---------- 62
المطلب الثاني: الأثار المترتبة عن الدفع بالغش نحو القانون ---------- 64
الفرع الأول استبعاد القانون الواجب التطبيق ---------- 64

أولا: عدم نفاذ النتيجة---------- 65

ثانيا: عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة ---------- 67

الفرع الثاني: تطبيق القانون المختص الذي قصد الأطراف التهرب من قواعده---------- 69

خاتمة---------- 71

قائمة المراجع ---------- 74

الفهرس---------- 81

نـظـريـة الـغـش نـحـو الـقـانـون

ملخص

يعتبر الغش نحو القانون من موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، لكن قد يعمد أطراف العلاقة القانونية التلاعب بضابط الاسناد حتى يتمكنوا من الإفلات من القانون الواجب التطبيق أصلا، ومن ثم وجب على القضاء سد الطريق أمام هذا التحايل بإعمال نظرية الغش نحو القانون.

Résumé

La fraude à la loi est un obstacle à l'application du droit étranger applicable or il voit que les différends ont sciemment choisi la régle de rattachement pour échapper aux regles applicables, le juge de for doit barrer la route devant la fraude par l'application de la théorie fraude à la loi.