جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية–
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
فرع: القانون الخاص
تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطلبة :
– سادي سهام
– سايغي عيدة

تحت إشراف الدكتور:
– د– أيت منصور كمال

لجنة المناقشة

– الأستاذ: مدوري زايدي .....رئيسا
– الدكتور : أيت منصور كمال.....مشرفا و مقررا
– الأستاذ: موري سفيان.....ممتحنا

السنة الجامعية: 2015–2016

تاريخ المناقشة: 2016/06/22

إهـــــداء

إلـــى آية الوفاء و الحنان أطال الله عمرها.....أمي

إلـــى الذي رعاني صغيرة و كان لي المثل الأعلى في الجد و العناء .....أبي

إلـــى كل إخوتي حكيمة ،آسيا، نسيم، نديرة، حكيم

إلـــى كل أعمامي و أخوالي وأبنائهم، وعائلة تيداديني ، صغيري ،أحمان

إلـــى كل من عايش معي كل صامتة و ناطقة خلال مشوار دربي شريفة و نادية

إلـــى خطيبي عماد وكل عائلته كبيرا و صغيرا

إلـــى كل زملاء الدراسة وصديقاتي نسيمة، دليلة، ديهية ،لامية، سهام، كهينة

إلـــى كل من جمعتنا بهم الحياة، أهدي هذا العمل المتواضع

سادي سهام

إهـــــداء

أهـــدي هذا العمل إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني ،

إلـــــى أغلى إنسان في هذا الوجود أمي الحبيبة أمد الله في عمرها

إلـــــى أبي الكريم أمد الله في عمره

إلـــــى إخوتي عبد الحق ،زهرة ، مونة، لونيس

إلـــــى صديقاتي و كل من أعرفه من قريب و من بعيد

إلـــــى كل هؤولاء أهدي ثمرة جهدي .

سايغي عيدة

شكر وتقدير

نشكر الله عز وجل على توفيقه لنا على إتمام هذا العمل

كما نتقدم بجزيل الشكر إلى كل الذين ساهموا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل وأخص بالذّكر الأستاذ المشرف الدكتور آيت منصور كمال الذّي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة رغم إنشغالاته الكثيرة فجزاه الله خيرا.

كما نشكر أعضاء اللجنة الأفاضل الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة

ونشكر أسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية لجامعة–بجاية– من إدارة و عمادة على التسهيلات التي قدّموها لنا.

مقدمة

فرضت العلاقات الدولية الخاصة نفسها وأصبحت واقعا دوليا لا يمكن تجاهله في القانون المعاصر، ومع إزدياد حركة تنقل الأشخاص بين الدول تنوعت المعاملات بين أفراد ينتمون لدول مختلفة وأمام هذه الوضعية كان على المشرّع أن يتدخل لتنظيم هذا النّوع من العلاقات وذلك بتحديد القانون الأنسب لحكمها ومن هنا ظهرت قواعد التنازع التي تسند العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي لقانون معين، على الرّغم أنّ الدولة ذات سيادة ولها نظامها إلاّ أنها تقبل تطبيق القوانين الأجنبية في إقليمها وهذا التّنازع له أهمية بالغة على الصعيد الدولي لأنها تحافظ على الأجانب وحقوقهم .

وتعتبر قواعد الإسناد الآلية الفنية في كافة تشريعات القانون الدولي الخاص لحل تنازع القوانين، إضافة إلى دورها في تحديد القانون المختص بحكم النزاع إسنادا إلى مركز الثقل في العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي و أصبحت قواعدها تسعى لتحقيق العدالة.

إنّ السّماح بتطبيق القوانين الأجنبية يهدف إلى تحقيق التعايش بين مختلف الأنظمة القانونية والمحافظة على المجرى الطبيعي لعلاقات الأفراد والمعاملات الدولية.

قد يتّضح للقاضي من خلال ظروف الدّعوى و ملابساتها أنّ الخصوم تعمّدوا للتّلاعب بضابط الإسناد حتّى يتسنى لهم الإفلات من أحكام القانون الواجب التّطبيق أصلا على العلاقة القانونية من ثمّ وجب على القضاة الصد لهم، وعدم ترك الأفراد يتحايلون على القانون.

وكل قاعدة إسناد و التّي تعتبر قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني بقصد إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التّطبيق على المسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي تأخذ بضابط معيّن بموجبه يتحدد القانون الواجب التطبيق فهناك جانب من هذه الضوابط قابلة للتغيير وفقّا لإرادة الأفراد لهذا يمكن أن يعمد إلى تغيير ضابط الإسناد لهدف التّوصل إلى تطبيق قانون معين والتّهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا، يمكن أن يكون قانون جنسية الزوج لا يتيح له الطلاق فيقوم هذا الأخير في هذه الحالة إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون يسمح له بالطلاق.

ظهرت نظرية الغش نحو القانون « La FRAUDE A LA LOI »لأول مرة أمام القضاء فالقضية المشهورة للأميرة "دي بوفورمون" « Princesse de bauffermont » بتاريخ 18

مارس 1878[1]، فمنذ ذلك الوقت أصبحت معظم تشريعات القانون الدولي الخاص تأخذ بهذا الدفع فأوجبت على القاضي الإمتناع عن تطبيق القانون الأجنبي.

كما أخذ بها المشرّع الجزائري بنظرية الغش نحو القانون منذ سنة 1975 في نصّ المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني المعدّل والمتمّم[2] على أنّه :"لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النصوص السابقة إذا...أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون" .

يبقى الغش نحو القانون مانعا لتطبيق القانون الأجنبي ويكون عملا ذو طابع إستثنائي حيث يستبعد القانون المختص أصلا ويحل محله قانون آخر بصفة إستثنائية، فقد تضمّنته العديد من التّشريعات واستقرّ عليه الفقهاء في أغلب دول العالم وهو محل إتفاق بين غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص.

من هذا المنطلق يتمحور موضوعنا في تحديد النظام القانوني للغش نحو القانون لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي ؟

إعتمدنا في دراستها لهذا الموضوع على المنهج الإستقرائي وذلك بالتطرق إلى أكثر الجوانب التي ركزت نظرتها على هذا الموضوع وبتحليل بعض المواد القانونية فأخذنا بعين الإعتبار التطورات الفقهية التي كانت دائما محل دراسة لنظرية الغش نحو القانون.

وبناءا على ما تقدم ومن أجل إعطاء رؤية واضحة لمختلف الآراء التي تعرضت لها نظرية الغش نحو القانون. لابد من دراسة النظام الذي تقوم عليه نظرية الغش وذلك بالعودة إلى الوقت الذي ظهرت فيه ولم تكرس في نصوص قانونية مع تبيان السبب المؤدي إلى تقنيها وموقف التشريعات منها وكل هذا سيبين لنا ماهية الغش **(الفصل الأول)** إن التحايل نحو القانون لا بد بالدفع به وذلك بعد إعمال الشروط التي تتمحور فيها مرورا إلى النطاق المكون لنظرية الغش دون نسيان الجزاء المترتب على الغش فلكل فعل متعديا على القانون لا بدمن ترتيب جزاء على ذلك التحايل لا سيما ما طبقه الإجتهاد القضائي الفرنسي **(الفصل الثاني)** .

---

[1]– Issad Mohand, Droit International Privé : les règles de conflits, Office des Publication Universitaire, Alger, 1980, p207.

[2]– أمر رقم75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمّن القانون المدني، ج.ر.ج.ج. عدد 78، مؤرخ في 30سبتمبر1975 معدّل ومتمّم، أنظر الموقع الإلكتروني : www.joradp.dz

الفصل الأول

مضمون قاعدة الغش نحو القانون في إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي

يعد القانون الدولي الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون، ويعود ذلك إلى وجود تعاملات كثيرة مرتبطة بين مختلف الدول وهذا ينمي من مصالح علاقات الأفراد، فإذا وجدت قواعد الإسناد لا تتفق مع مصالح الأطراف الخاصة فيتعمدون لتجنبها وذلك بتّغيير قواعد الإسناد في عناصر العلاقة القانونية على وجه يتغير معه القانون الواجب التطبيق.

إنّ نظرية الغش نحو القانون ظهرت منذ القدم، فالعديد من الأفراد يتحايلون على القانون ذلك للوصول إلى أهدافهم بتغيير ضابط الإسناد ولم توضع هذه النظرية في نصوص قانونية إلا بعد القضية الشهيرة للأميرة" دي بوفورمون" ،التي تحايلت على القانون الفرنسي آنذاك الذي كان يمنع الطلاق ، فتجنست بجنسية ألمانية للحصول على الطلاق ومن ذلك الوقت أصبحت هذه النظرية يأخذ بها في جميع تشريعات القانون الدولي الخاص رغم تلقيها لعدة تضييقات.

تعد هذه الأخيرة من الظواهر التّي يجب التفطن إليها أكثر مادام أنّ الأفراد يلجؤون إلى كل الوسائل لتحقيق أهدافهم فيتحايلون على القانون فلا بد بوضع حد لهذه الممارسات ، كما يستوجب النظر في الجوانب التي ترتكز عليها نظرية الغش نحو القانون بالتطرق إلى العصور القديمة أين كانت تمارس فيه هذه النظرية وصولا إلى ظهورها في معظم تشريعات القانون الدولي الخاص وأيضا يستلزم لدراستها البحث عن مفهومها والطبيعة القانونية التي تستحوذها والأمر لا يقتصر عند هذا الحد، فنظرية الغش تحتوي على عناصر عديدة حيث يقوم الأفراد محاولات حتى يصلوا إلى أهدافهم .

تختلف مجالات اعمال هذه النظرية منها مجال الأحوال الشخصية وهو المجال الرئيسي الذي تكثر فيه التحايلات خاصة فيم يخص الزواج والطلاق مرورا إلى المجالات الأخرى منها التصرفات القانونية وهو الغش على أحكام قانونهم الشخصي المتعارض مع أهدافهم ومجالات الإلتزامات التعاقدية وفي مسائل الحقوق العينية، وكل ما سبق ناتج عن تحايلات الأفراد على القانون المختص أصلا بحكم النزاع .

إنّ فكرة الغش نحو القانون لها مكانتها منذ القديم أين مارسها الأطراف في عدة دول فهذه الأخيرة تطورت مع مرور الوقت حتى أصبحت مقنّنة في معظم التّشريعات وهي نظرية تتمتع بالإستقلالية التامة **(المبحث الأول)** كما نجد عدة أشكال تظهر لنا الإجراء الذّي يقوم به الفرد للوصول إلى الغش نحو القانون والمجالات التّي تكثر فيها التّحايلات والتّي تكون معظمها تقام بإرادة الأطراف **(المبحث الثاني)** .

المبحث الأول

ماهية الغش نحو القانون

تعتبر نظرية الغش نحو القانون من الموانع الإستثنائية في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي كما نجد هذه الأخيرة كرست في عدة قوانين في العصور الماضية و ذلك بتغيير في ضابط الإسناد و الوصول إلى الهدف الذي أرادوا الحصول عليه جراء ذلك التغيير. لكن في ذلك الوقت لم تقنّن فكرة الغش في نصوص قانونية ولم تكن معروفة في معظم التشريعات لكنها أصبحت مكرسة ومطبقة في غالبية الدول، بعد القضية الشهيرة للأميرة " دي بوفورمون" ورغم ما نص على فكرة الغش نحو القانون في النصوص القانونية إلاّ أنّها جاءت خالية من تعريفها، وهذا ما أدى بالكثير من الفقهاء إلى وضع تعاريف مختلفة ولكن كلها تعود إلى مقصود واحد في تنازع القوانين، كما نجد قصور في معظم جوانب هذه النظرية فلم تضع تشريعات القانون الدولي الخاص طبيعتها القانونية، لهذا نجد أغلبية الفقهاء وضعوا أساسها وإختلفت آراءهم من فقيه لآخر، كما نجد هذه الأخيرة تقوم بواسطة مناورات عدة ومتواجدة في مجالات مختلفة.

إنّ الفرد دائما تطغو عليه المصالح التي تعتبر من أول أهدافه ويسعى لتحقيقها حتى ولو كان ذلك بالغش نحو القانون فرغم عدم تطور الفرد في القديم من الناحية القانونية إلى أنّ نجده قد تحايل على القانون بطريقة أو بأخرى ودام ذلك إلى حين تقنين نظرية الغش في نصوص قانونية(**المطلب الأول**) إنّ أراء الفقهاء متعارضة فيم يخص الأساس الذي تنطوي عليه نظرية الغش نحو القانون لكن دائما نعود إلى رأي الأغلبية ألا وهو إستقلالية هذه الأخيرة عن كل الصور المقترحة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

تطور فكرة الغش نحو القانون

إنّ تحايل الأفراد على القانون كان يمارس منذ العصور القديمة حيث نجد فكرة الغش معروفة آنذاك فقد تحايل الأفراد بمختلف الطرق بغية تحقيق أهدافهم مهما كانت الوسيلة أو الطريقة التي توصلهم إلى ذلك، فهذه الأخيرة عرفت بعد القضية الشهيرة للأميرة "دي بوفورمون" التي فتحت مجالا واسعا للقضاء والفقه خاصة، الذي إهتم بها حيث جل التعريفات التي تحتويها هذه النظرية مستنبطة من آراء الفقهاء، ولهذا ندرس الأصل الذي تعود إليه نظرية الغش أين نجد بعض الدول يتحايل فيها الأفراد على القانون بتغيير القانون الواجب التطبيق **(الفرع الأول)**.

كما أن نظرية الغش أصبحت معروفة لدى معظم التشريعات حين طبقت من طرف القضاء الفرنسي لأول مرة**(الفرع الثاني)** إنّ اغلبية الدول تطرقت إلى وضع نصوص قانونية تخص نظرية الغش لكنها غفلت عن وضع تعريف شامل خاص بها وهذا ما أدى بالفقهاء إلى وضع تعاريف لهذه النظرية **(الفرع الثالث)**

الفرع الأول

نشأة فكرة الغش نحو القانون

تمتد فكرة الغش نحو القانون إلى عهد بعيد، هذا ما نجده في القانون الكنسي حيث يتحايلون بواسطة تغيير الموطن فالأفراد الذين لا يرغبون في إخضاع عقود زواجهم إلى الشعائر الدينية يقومون بتغيير موطنهم للتّهرب منها ، فقامت الكنيسة المسيحية بإبطال عقود الزّواج كلّما كشفت الغرض الذي قصده الأطراف، وبنت حكمها على أساس الغش[1] ، كما نجد هناك أشخاص يتجنبون المحاكم الغير الدّينية رغم أنّهم لا يتديّنون بأي دين، فأثناء إقترافهم لأيّ جريمة إرتدوا ملابس رجال الدّين وقاموا بالشعائر الدّينية بهدف الخضوع إلى محاكم دينية "الكنيسة".[2]

---

[1]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، بحيث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر ، 1984، ص.45.

[2]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، دار هومة ،الجزائر،2005، ص.64.

كما وجدت فكرة الغش في القرون الوسطى، فمن الفقهاء من إعتبروا نظرية الغش متكونة من عنصرين وهما : نية الغش والنّتيجة الغير المشروعة، كما طور مفهوم هذه النّظرية الفقيه "سينوس دابيستوا" الّذي إقترح إبطال كل تصرف يقصد به غش نحو قانون مستقبل مثال على ذلك : موظف بحكم وظيفته، على علم صدور قانون جديد عن قريب يحدد رسوم الحبوب، فينتهز فرصة مضاربة قبل صدور هذا القانون[1].

كما عرفت هذه النّظرية في القانون الفرنسي القديم، عندما كانت فرنسا مقسمة إلى مقاطعات فكل واحدة تطبق عرفا خاصا بها، كان العرف المتواجد في مقاطعة "نورمندي" الخاص بالنّظام المالي والمطبق على الزوجين هو نظام "الدوطة" ، وفي مقاطعة باريس هو" الإشتراك المالي" لذلك كان الزوجان ينتقلان إلى باريس ويتزوجان هناك لأجل إخضاع نظامها المالي كما هو مطبق هناك " الإشتراك المالي" فيعودان إلى موطنهما الأصلي "نورمندي"، فإعتبر أنّ الذهاب إلى مقاطعة باريس كان الغرض منه الغش نحو الموطن [2].

فالزوجين اللّذين يغيران موطنهما فلا يمكن لهما تطبيق قانون الموطن الجديد أو الموقع الجديد للأموال إلاّ إذا إنتفى وجود الغش من هذه العملية [3].

ولم تغب نظرية الغش نحو القانون في القانون الروماني، فقد كانت هناك عدّة طرق تستخدم بقصد تجنب القوانين التي كانت تحرّم الرّبا في القرض عوضا من القرض بفائدة ربوية ما بين الرومانيين، كانوا يجلبون اللاّتنيين الذين ليست لهم أي صلة بالقانون الروماني ولا ينصب عليهم القانون المانع في الرومان وهذا ما جعل الرومان يستخدمونهم كوسيلة للتّحايل على القانون، فيقوم هؤلاء بإجراء قرض بإسمهم لكن لصالح الرومان لكن بمجيء قانون Lex sempronia حرّم الربا على الرومان واللاّتنيين على حد سواء ، وهذه الأخيرة إتّخذت إجراءات قاسية لحماية المدينة"

---

[1]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق ص.63.

[2]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،2008، ص.159.

[3]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق،ص.66.

الرومانية" من الهجرة الجماعية للآتنيين بترك أبنائهم في مدنهم الأصلية لكي يتم التّصريح لهم بالدّخول إلى روما إلى أنّ هؤلاء إستطاعوا التّحايل على القانون ذلك بتغيير موطنهم وترك أبنائهم للرومانيين لإستبعادهم فيتحصلون على الجنسية الرومانية أمّا الذين لا يملكون ابناء فكانوا يتحايلون بواسطة التّبني.

ومن أجل تفادي ذلك ومحاربة كل هذه التّحايلات إشترط القضاء من أجل تحرير عبيد آنذاك أن يقوم السيّد بأداء اليمين على أنّ هذا التّحرير لا ينطوي على غش في تغيير المدينة[1].

فبعد كل هذه التّوضيحات يتبيّن لنا أنّ فكرة الغش كانت حاضرة في العصور القديمة لكنّها لم تقنّن في النّصوص القانونية وأن للافراد لا يضيّعون الفرص في تغيير القانون الواجب التطبيق و ذلك عن طريق التحايل على القانون.

الفرع الثاني

المعالجة القضائية لنظرية الغش نحو القانون

إنّ فكرة الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص لها أصل وليست جديدة الظّهور وقد أصبحت نظرية منظّمة حين تناولها الفقه الفرنسي في القضية الشهيرة للأميرة "دي بوفورمون" والتي تتلخص وقائعها فيم يلي :

تتمحور قضية الغش نحو القانون في أنّ "الكونتيسة كرمان شيماي" بلجيكية الأصل تزوّجت من الأمير الفرنسي "دي بو فورمون" وفقا للقانون الفرنسي[2] وإكتسبت الجنسية الفرنسية بناءا على ذلك[3]، وعندما أرادت الطّلاق من هذا الأمير بتاريخ لاحق على زواجهما إصطدمت بالعائق المقرر

[1]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، بحث مقدّم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، مرجع سابق، ص.81.

[2]- Issad Mohand, op,cit , p207.

[3]–حفيظة السيد الحدّاد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.282.

في القانون الفرنسي الذي هو الواجب التطبيق لعدم السّماح بالطّلاق في ذلك الوقت[1] فذهبت إلى ألمانيا فتجنّست بإحدى الإمارات هناك "**دوقية ساكس التمبورج** Ducke de saxe Altermbourg"، وفي 24 أكتوبر سنة 1875 حصلت على التطليق طبقا لقانون جنسيتها الجديدة، فذهبت إلى برلين حيث تزوّجت هناك بأمير روماني يدعى بيبيسكو "Bibesco"، ورحلا معا للإقامة بباريس، رفع زوجها الأول دعوى قضائية أمام محكمة السين في فرنسا يطالب فيها بإعتبار التطليق كأنه لم يكن وبالتالي ببطلان الزواج الثاني المترتب عليه[2]، فقضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 18مارس 1878 بإبطال الزواج الثاني على أساس أنّ الطلاق لم يتم إلاّ بعد تغيير الزوجة لجنسيتها وهو ما يشكل غشا نحو القانون[3] وهذا يعتبر إجتهاد بحيث أصبحت هذه النّظرية ضمن مبادىء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا في العالم[4]، منذ ذلك التاريخ وتبعا لتحايل الاميرة "دي بوفورمون" وحدوث الطلاق الذي كان يمنعه القانون الفرنسي إستقر القضاء الفرنسي على الأخذ بنظرية الغش نحو القانون كسبب لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي،[5] فنجد بعض من الأحكام القضائية الفرنسية أستندت إلى فكرة الغش نحو القانون وذلك تصديا لتحايل الأفراد على قواعد الإسناد التي يستعملونها بغية التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النّزاع[6] ،لقد نصّ مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي في المادة 47 منه على عدم التمسك بالمراكز القانونية التي نشأت وفقا لقانون أجنبي عن طريق الغش نحو القانون حيث قضت" لا يجوز التّمسك بمركز قانوني نشأ طبقا لقانون أجنبي لم ينعقد إختصاصه إلاّ غشا نحو

[1]–ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول : تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة،عمان،1998،ص.205.

[2]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص.69.

[3]–حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ص.283–384.

[4]–ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق،ص.206.

[5]–غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ،تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة،عمان،2011،ص.252.

[6]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.188–189.

القانون الفرنسي"[1]، كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أوجبت إبطال جميع عقود الزواج التي تمت بقصد التهرب من أحكام المادة 171 مدني فرنسي التي تنص على مايلي[2] :

"الزواج المبرم في الخارج بين فرنسيين أو بين أجانب يكون صحيحا متى تمّ طبقا للشكل المطلوب في البلد الذي تمّ فيه بشرط أن يكون الإعلان عنه تمّ طبقاً لما تقضي به المادة 63 بالنسبة إلى الأعمال التي تدخل في إطار الحالة المدنية" فالقضاء الفرنسي نص على الغش نحو القانون في عدة نصوص ولم يغفل عنها، أما في الدول العربية قد نصّ على الغش نحو القانون القانون كل من القانون التونسي والجزائري ولم تنصّ عليها كل القوانين العربية، وفي هذا الصدد نصّ القانون الجزائري في المادة 24 مدني المعدّلة والمتمّمة بقانون 20 جوان 2005 على أنّه :"لا يجوز تطبيق القانون الاجنبي بموجب النّصوص السابقة إذا... أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون"[3]

كما نصّ على الغش نحو القانون الفصل 30 فقرة-2- من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية لسنة 1998 انّه :"إذا توفرت شروط التحايل على القانون، فلا عبرة بتغيير عنصر الإسناد" [4] أمّا الدول الغربية فنجد نظرية الغش نحو القانون ، قد أخذ لها كل من بلجيكا وإيطاليا أمّا في ألمانيا لايزال القضاء والفقه متردّدان والأكثر تضييقا للأخذ بها أمّا إذا إنتقلنا إلى بلاد الأنجلوا الأمريكية وجدنا فكرة الغش نحو القانون لا تكاد تثير إهتمام رجال الفقه ونادرا ما يطبقها

[1]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ،الجزء الاول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة الجزائر،2000 ص.289.

[2]- Article 171 du code civil. Français « le mariage contracté en pays étranger entre français ou français et étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il été précédé de la publication prescrite par l'article 63 au titre des actes de l'état civil ». Voir le site internet : www.legifrance.gouv.fr.

[3]- مع الملاحظة أنّ المشرع الجزائري لم ينص على الغش نحو القانون إلا بعد تعديل المادة 24 من القانون المدني الجزائري سنة 2005.

[4]-الفصل 30 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي ،أنظر الموقع لإلكتروني :www.ar.jurispedia.org/index

القضاء[1] رغم كل هذا التّضييق من بعض الدول إلى أنّها عرفت في جل الأنظمة القانونية المعاصرة[2].

الفرع الثالث

تعريف الغش نحو القانون

رغم تضييق بعض الدول لنظرية الغش نحو القانون إلاّ أنّها لقت ترحيبا من بعض الدول التي نصّت عليها ،إلى أن هذه الدول لم تضع لها أي تعريف وهذا ما أدى إلى فتح المجال أمام الفقهاء الذين قدّموا لنظرية الغش نحو القانون عدة تعاريف مختلفة متضمنة لمقصود واحد.

يقصد بالغش نحو القانون قيام الفرد بصدد علاقة قانونية منطوية على عنصر أجنبي سلوك ما بهدف تطبيق قانون مصطنع هو غير القانون المختص أصلا بحكم النّزاع، ويتمثل هذا السلوك بالتغيير في ظرف الإسناد، كتغيير الفرد لجنسيته أو موطنه بهدف تطبيق قانون الدولة التي إكتسبت جنسيتها أخيرا أو نقل موطنه إليها، وقد يكون الغش بإختيار قضاء دولة ما قصد التهرب من قضاء الدولة التي تربطه بالعلاقة رابطة وثيقة وذلك وصولا لتطبيق قواعد الإسناد في تشريع الدولة الأولى [3].

عرّفت هذه النظرية بأنّها:"التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه" [4].

---

[1]–عز الدّين عبد اللّه، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدوليين الطبعة السادسة، دار النهضة العربيةالقاهرة،1986.ص.561.

[2]–من ذلك نص المادة 99 مدني أرجنتني التي تقضي بسريان قانون محل إبرام الزوج عليه ولو كان الزوجان قد تركا موطنهما قصد تجنب أحكام الشكل المقرر في قانونه. وكذلك تنص المادة 129من المدونة الامريكية بأنه خلافا لما هو منصوص عليه في المادتين 131،132إذا استوفى الزواج الشروط التي يتطلبها قانون محل إبرامه اعتبر صحيحا في كل مكان ولو كان الزوجان قد أبرما الزواج في هذا المحل لقصد التهرب من الاحكام التي يتطلبها قانون موطنهم. نظر، زروتي الطيب ، مرجع سابق ،هامش2 ،ص.260.

[3]–عبد الرسول كريم أبوصبيع، "أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد" ،مجلة مركز دراسات الكوفة،المجلد01، العدد 19 ، 2010، ص.91.

[4]–عز الدّين عبد اللّه، مرجع سابق، ص.557.

أمّا الأستاذ جورج ريبر رأى بأنه :"عملية تتم وفق إتفاق صادر عن جماعة للتهرب عن تطبيق قاعدة قانونية آمرة."[1]

عرّفه البعض الآخر على أنّه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة." [2]

وعرّف الغش نحو القانون أنّه :"الغش نحو القانون في ميدان تنازع القوانين، هو كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو في طائفة الإسناد ذاته، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة، وإحلال قانون آخر بدلا عنه من شأنه أن يحقق التي كان التغيير بسببها."[3]

أمّا في مجال القانون الدولي الخاص بصفة خاصة عرف أنّه "التعديل الإرادي النّظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثمّ تحويل الإسناد إلى قانون معيّن، وذلك بنية التّهرب من القانون الواجب التّطبيق أصلا، سواءا كان قانون القاضي أم قانون أجنبي".[4]

من خلال التعاريف السابقة يتبين لنا أنّ الغش نحو القانون لم تطرق أي تشريعات إلى تقديم تعريف لهذه الاخيرة و هذا ما أدى إلى البحث عن التّعريفات المقدمة من طرف الفقهاء.

[1]ـ نادية فضيل ،الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص 53.

[2]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق،ص.187.

[3]–عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.491.

[4]– صلاح الدين جمال الدّين، القانون الدولي الخاص، الجنسية وتنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008، ص.239.

المطلب الثاني

طبيعة الغش نحو القانون

رغم أنّ القضاء الفرنسي قد أعلن تمسكه بنظرية الغش نحو القانون في مجال التنازع لكن لم يحدّد الأساس الذي تنطوي عليه هذه النّظرية، فكثرت آراء الفقهاء حول الطبيعة القانونية للغش نحو القانون لهذا نجد أسس كثيرة وضعت لتحديد الأساس القانوني للتحايل على القانون فهناك من اتجه إلـى إعتبارها صورة من صور التعسف في استعمال الحق فهما يتشبهان في المسؤولية **(الفرع الأول)** وهناك من أسند هذه النظرية إلى صورة من صور الدفع بالنّظام العام فكلاهما يعتبران من موانع تطبيق القانون الأجنبي **(الفرع الثاني)** والوفد الآخر اعتبر هذه الأخيرة من صور السبب الغير المشروع فكلما وجد غش نحو القانون وجب إبطاله إذا كان سببه مخالفا للقانون **(الفرع الثالث)** إلى أنّ الأغلبية من الفقهاء إعتبروا الأساس الذي يكمن فيه الغش نحو القانون هو الإستقلالية بذاتها وذلك لامتثالها للمبدأ الأصيل الذي يقر أنّ الغش يفسد كل شيء **(الفرع الرابع)**.

الفرع الأول

الغش نحو القانون صورة من صور التعسف في إستعمال الحق

ذهب جانب من الفقه إلى القول أنّ نظرية الغش نحو القانون لا تعدوا أن تكون صورة من صور النّظرية العامة للتعسف في استعمال الحق[1] ويعود أساسها إلى المسؤولية التقصيرية مادام التعسّف في إستعمال الحق هو أحد التطبيقات الرئيسية لنظرية المسؤولية[2] .

لكن وإن إتّفق المفهومان في جانب معيّن إلى أّن هناك فروقات بينهما حيث نجد أنّ لكل طرف خصائص تختص بها وهذا ما سنبينه في الجزء الآتي:

---

[1]– التعسف في إستعمال الحق : هو إستعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع نصّ عليه المشرّع في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطا لاسيما في الحالات الآتية :

– إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

– إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناتج للغير.

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

[2]– زروتي طيب، مرجع سابق، ص.268.

أنّ من يتعسف في إستعمال حقه يتعسّف ضد مصلحة فردية، بينما الغش في القانون يسيء إلى مصلحة عامة، كذلك المتعسف في إستعمال حقه يلحق ضررا بمصلحة شخصية ويسأل عنه مرتكبه سواءا كان سيء النيّة أو متعمدا الإضرار بالغير، في حين يشترط في مرتكب الغش توافر نية التحايل وتحقيق نتيجة غير مشروعة[1].

إنّ في التّعسف يكون الغرض منه الإضرار بالآخر دون منفعة له ويؤدي إلى المطالبة بالتّعويض، وهذا لا يتحقق في نظرية الغش نحو القانون في التّنازع[2] الفرق بينهما يكمن أيضا في أنّ التعسف في إستعمال الحق قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أنّ نظرية الغش نحو القانون تهدف أساسا إلى تحقيق نتيجة محدّدة هي إستبعاد أحكام القانون المختص، بناءا على ضابط الإسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصّا بحكم النّزاع أصلا والذي يسعى الخصم إلى التهرب من أحكامه بتغيير ضد مصلحة خاصة تتمثل في الإضرار بالغير[3] كما يشترط في مرتكبه نيّة التّحايل و تحقيق نتيجة غير مشروعة أمّا التّعسف يقع لمجرد إهمال ولا يقترن بسوء نيّة[4]

الفرع الثاني

الغش نحو القانون من تطبيقات الدّفع بالنّظام العام

إنّ الدفع بالغش نحو القانون ليس سوى تطبيق من تطبيقات الدّفع بالنظام العام، إذا كان تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة في قانون القاضي، فإنّ تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يشكل خرقا للنظام العام ولهذا يتعين على قانون القاضي وفقا لهذا الرأي إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بإسم النظام العام وإحلال قانون القضاء بدلا منه[5] .

---

[1]– زروتي طيب، مرجع سابق ، ص.269.

[2]– ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.211.

[3]–هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2000 ، ص.225.

[4]– زروتي الطيب، مرجع سابق،ص.268.

[5]–حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق،ص.289.

إنّ هذا الإتجاه قد تلقى إعتراضا من عدّة جوانب نظرا لوجود إختلاف بينهما، فاستبعاد القانون الأجنبي بإسم النظام العام يقوم على أساس تعارض مضمون القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، أمّا إستبعاد القانون الأجنبي بناءا على الدّفع بالغش نحو القانون فهو يرجع إلى عنصر النّية في إستعمال قاعدة الإسناد[1] .

ويختلفان أيضا من حيث الطبيعة، ففي الدّفع بالنّظام العام يراد تجنب مضمون القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلا لأنّ هذا المضمون يتنافر مع وجهة نظر قانون القاضي وليس لذوي الشأن أي باعث غير مشروع في إختيار هذا القانون، بينما الدّفع بالغش نحو القانون يقوم على إعتبار وجود إحتيال إرتكبه ذوي الشأن وهو يهدف إلى إستبعاد القانون الأجنبي غير المختص أصلا بحكم العلاقة وهناك من رأى أنّ هذا الدّفع يستبعد أساسه من فكرة الباعث غير المشروع[2].

ويختلفان في كون أنّ إستعمال قاعدة الدّفع بالنظام العام تنحصر فقط في إستبعاد القانون الأجنبي لفائدة قانون القاضي، أمّا التمسك بالدّفع بالغش نحو القانون فيمكن أن يكون لصالح قانون القاضي كما يمكن أن يكون لصالح قانون أجنبي[3] .

إنّ النّظام العام يخص الأسس العليا والمبادئ الجوهرية الذي يمس الدّولة ووجودها، بينما الغش نحو القانون يتعلّق بالمصالح الخاصة ووجود نيّة التّحايل وأنّها أفعال مشروعة بذاتها لكن الغرض منها هو التّحايل للوصول إلى نتائج لا علاقة لها بالفعل.[4]

إنّ فكرة النظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي لا دور لإرادة الفرد للأخذ بها من قبل القاضي فإذا تأكد القاضي أنّ في الأحكام الموضوعية للقانون الأجنبي المختص ما ينافي مقتضيات النظام العام في دولته إمتنع عن تطبيق تلك الأحكام، أما في ظل الغش نحو القانون

[1]–أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.195.

[2]–علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.166

[3]- Issad Mohand, op.cit, p207.

[4]– ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.211.

فإنّ عماد هذه النظرية هو فعل الغش الصادر من قبل الفرد والمنصب على تغيير ظرف الإسناد فإرادة الفرد لها دور مهم في تحقيق الغش نحو القانون.[1]

لهذا يجب دراسة كل منهما بشكل منفصل، فاشتراكهما يكون في التّوصل إلى نتيجة واحدة وهي إستبعاد القانون الأجنبي، فهذا لا يعني أنّهما يتشابهان في جميع النواحي فالأخذ بفكرة النظام العام هو إستبعاد القوانين الأجنبية لعدم إتفاقها مع المفاهيم العامة للبلد الذي يراد تطبيقها فيه أما إستبعاد القانون الأجنبي في حالة الغش نحو القانون هو الحد من إرادة الأفراد التي تسيء إستعمال الحق الذي منحها إياه القانون ومنعها من تبديل ظروف الإسناد لإصطناع الإختصاص[2].

الفرع الثالث

الغش نحو القانون من صور السبب غير المشروع

هناك من إتّجه إلى تأسيس طبيعة الغش نحو القانون على السبب غير المشروع ، إنّ تغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المال مثلا لا يعدوا أن يكون إستعمالا مشروعا لحق أو موقع أو رخصة ومن ثمّ لا يصح بعد ذلك أن ينسب للشخص إرتكابه للغش مادام أنّه قد إستعمل وسيلة مشروعة في ذاتها، وأنّ تصدي القاضي للبحث عن نية الغش هو إقحام له في مجال يصعب إثباته[3]، وقد نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1131 من القانون المدني التي تقضي بمايلي :"الإلتزام لا ينتج أي أثر إذ لم يكن مبنيّا على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع"، وكل تصرف نتج عن غش وجب إبطاله كلّما كان سببه مخالفا للقانون هذا السّبب بمثابة نيّة غش الّتي تكون عنصر الهام في نظرية الغش نحو القانون[4] كما عرف السبب في النّظرية الحديثة بأنّه الباعث الدّافع على التّعاقد[5]، رغم هذا نجد اختلاف بينهما من حيث الجزاء المترتب

---

[1]– عبد الرسول كريم ابو صبيع ، مرجع سابق، ص94.

[2]–الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، 2011،ص.254.

[3]–هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق،ص.266.

[4]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص.138.

[5]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، بحث مقدم للحصول على درجة الماجيستر في العقود والمسؤولية، مرجع سابق، ص.95.

على السّبب الغير المشروع هو البطلان المطلق، بينما الجزاء المترتب الغش هو عدم الإحتجاج بالتّصرف المشوب بالغش لا البطلان[1]. كما تقوم فكرة السّبب غير المشروع على وسيلة مشروعة لوصول إلى هدف غير مشروع، أما فكرة الغش نحو القانون سببها دائما مشروع كالطّلاق لكن ما يفسد تلك الأعمال هي النّية السيئة المختبئة وراءها وليس السبب[2].

الفرع الرابع

الغش نحو القانون نظرية مستقلّة بذاتها

لا بد من الإعتراف بالإستقلالية لنظرية الغش نحو القانون فهي نظرية تتمتع بمميّزات خاصة بها و مختلفة عن كل الصور المذكورة إذن ليست من صور التّعسف في إستعمال الحق ولا من تطبيقات الدّفع بالنّظام العام وأخيرا ليست صورة من صور السبب الغير المشروع.

فهذه الإستقلالية لا تكون في التّنازع فقط بل تمتد إلى كافة التّصرفات وتتمثل في المبدأ الأصيل "أنّ الغش يفسد كل شيء" فمن يطلب القانون يجب أن يكون حسن النيّة، كما أنّ الغش لا يمد لصاحبه وضعا قانونيا كما أنّه لا يتقادم لأنّه يمثّل العدم وهذا لكي لا يتشجع البعض على القيام به وهذا لا يؤدي إلى تعطيل النّصوص القانونية بل هو متعلق بتفسير شروط تطبيق القاعدة القانونية[3].

إنّ هذا التقبل الكبير لهذه الأحكام المتعلقة بنظرية الغش نحو القانون من طرف الفقه والقضاء وطنيا ودوليا أصبح بمثابة مبدأ معروف ومستقر به، ومبادئ القانون الدولي الخاص تعتبر من مصادر قواعد التّنازع في القوانين المدنية العربية وفي كل العالم[4].

---

[1]– فضيل، نادية مرجع سابق. ص.95.

[2]–جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2005، ص.240.

[3]– ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان،2005، ص.331.

[4]– ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.211.

المبحث الثاني

مجالات الغش نحو القانون

يتحقق الغش عن طريق تغيير ضابط الإسناد وبواسطة تغيير طائفة الإسناد كما يمكن أن يحدث بواسطة تغيير الإختصاص القضائي، وكل هذه الحالات تعتبر من بين الأشكال المؤدية إلى الغش فمن تجرأ على إرتكاب هذه الاشكال من التحايلات فقد ارتكب غش على القانون الواجب التطبيق.

فنجد الغش أين تتواجد إرادة الافراد التي تقوم بتغيير ضابط الاسناد خاصة في مجال الأحوال الشخصية في الزواج والطلاق حيث يقوم الأفراد بتغيير ضابط الإسناد للحصول على أهدافهم، و التحايل لا يتوقف في هذا الصدد فقط بل يتعدى ذلك إذ نجده في مجالات أخرى مثل الالتزامات التعاقدية، والحقوق العينية.

فالفرد السبب الذي يجعله يلتجأ إلى الغش هو طغو النية السيئة على إرادته التي تدفعه إلى تغيير ضابط الاسناد والوصول إلى الاهداف المرجوة من ذلك التغيير بإستعماله للوسيلة المشروعة وصولا إلى نتيجة غير مشروعة ،فالكثير من الفقهاء دققوا نظرهم في هذه العناصر والمجالات التي يخوض فيها التحايل فأعطوا لنا توضيحات لهذه الاخيرة وهذا ما سنبينه على الشكل التالي:

لا يمكن إرتكاب الغش بطريقة مباشرة إلا بعد القيام بمحاولات توصله إلى التحايل التي بموجبها يتغير القانون الواجب التطبيق **(المطلب الأول)** إنّ التحايل على القانون يقع في مجالات عدة وخاصة التي تكون فيه إرادة الفرد دخل في تغيير القانون الواجب التطبيق **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

عناصر التّحايل على القانون

لقد تعدّدت وسائل التي تمكن من التّحايل على أحكام القانون، مما دفعنا إلى التوجه لمختلف هذه الحالات و إعطائها رؤية واضحة ذلك بتوضيح كل واحدة منها على حدى إبتداءا من التغيير في طائفة الإسناد الذي يتم بتغيير تكييف الرابطة القانونية وتغيير ضابط الإسناد الذي يكون بالتلاعب على ضابط معين للوصول إلى تطبيق أحكام قانون يحقق لهم أغراضهم والغش بواسطة تغيير الإختصاص القضائي وذلك عن طريق خلق ضابط إختصاص ينعقد بموجبه الإختصاص لقضاء دولة ليس مختص أصلا.

قد يقوم الفرد بتغيير في طائفة الإسناد ليتحايل وهذه الأخيرة قد وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها لقانون معين (**الفرع الأول)** وهناك عنصر آخر يتمثّل في التغيير لضابط الإسناد و هو الأكثر إستعمالا لتحايل كتغيير ضابط الجنسية وهذه الضوابط بطبيعتها تحتمل التغيير **(الفرع الثاني)** قد يتم الغش في نطاق الإختصاص القضائي الدوي عن طريق خلق ضابط إختصاص بصورة مفتعلة ينعقد بموجبه الإختصاص لقضاء دولة ليست مختصة أصلا **(الفرع الثالث)**

الفرع الأول

الغش بواسطة التّغيير في طائفة الإسناد

قد يكون الغش بواسطة تغيير في طائفة الإسناد[1] وذلك يظهر فيما قدّمه الإجتهاد القضائي الفرنسي من خلال القضية التي عرضت عليه التي تتلخص وقائعها فيما يلي :

أنّ المورث caron وهو مواطن أمريكي مقيم بالولايات المتحدة الأمريكية يملك عقار بفرنسا، وعندما أحسن بوصول أجله، أراد التهرب من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق على الميراث في العقارات؛ وهو التّهرب من فكرة "النصيب" التي يعرفها القانون الفرنسي

[1]–الطائفة القانونية أو كما تسمى الفئة المسندة هي عبارة عن مجموعة من المسائل القانونية المتشابهة أو المتقاربة التي وضع لها المشرع ضابطا خاصا بها ليسندها إلى قانون معين. أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص. 68.

لفائدة الأبناء، فلا يمكن للمورث التصرّف فيها، فقام بتقديم هذا العقار لحصّة عينية على سبيل التمليك إلى شركة أمريكية لقاء تملكه أسهمها في هذه الشركة، فهو قصد لفعله هذا إخضاع ذلك الميراث لقانون موطنه لأنّ القانون الأمريكي لا يأخذ بفكرة "النصيب" وذلك بتغيير الطائفة القانونية التي تنتمي إليها العلاقة من الطائفة المتعلقة بالعقارات إلى تلك الخاصة بالأموال المنقولة .

أثيرت المسألة أمام القضاء الفرنسي بعد وفاة المورث فحكمت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مارس 1985 باستبعاد القانون الأمريكي الذي تمّ الوصول إليه بنية الغش نحو القانون وطبّق القانون الفرنسي المختص أصلاّ بحكم العلاقة محتفظة للأبناء بالنصيب المحجوز لهم من العقار[1]. ومن ذاك الوقت أعتبر التغيير بواسطة طائفة الاسناد من أشكال التي يدخل ضمن عناصر الغش نحو القانون.

الفرع الثاني

التغيير بواسطة ضابط الإسناد.

ترتكز بعض الضوابط على أسس بطبيعتها تحتمل التغيير وذلك يقع بإرادة الأطراف فإنّ ضابط الإسناد هو الذي يرشدنا إلى ضابط معين يشير بدوره إلى القانون الواجب التطبيق تستند بعض هذه الضوابط إلى أسس تحتمل التّغيير بإرادة الافراد، قد يقوم الأفراد بالتّلاعب بضابط معيّن يوصلهم إلى تطبيق أحكام قانون يحقق لهم غرضهم، يقابله تجنب تطبيق أحكام القانون المختص أصلا والذي يقف حائلا و تحقيق ما يرتجيه هؤلاء الأشخاص[2] .

ومن الأمثلة على ذلك :تغيير ضابط الجنسية فإذا كان قانون جنسية الزوج لا يتيح له الطلاق فيقوم بتغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون آخر يسمح له بذلك "الطلاق"

[1]– بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الاجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجيستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة سطيف، 2014، ص.103.

[2]– بوخروبة حمزة، مرجع نفسه، ص.101.

وهذا ما حصل في قضية "دوبوفورمون"، ويكون أيضا التغيير في الموقع المنقول تهربا من أحكام قانون الموقع الأول وسعيا وراء تطبيق قانون الموقع الجديد، كما يحصل التغيير في الموطن عندما يستخدم كعنصر ربط الحالة الشخصية، وأيضا التهرب في الدّين وذلك بالتهرب من محرمات دينه الأصلي إلى الدّين الجديد الذي يرحب بتلك المحرمات[1] .

ويبقى الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد من الحالات الأكثر حدوث بما أنّه يتم تغييره بإرادة الأفراد[2]

الفرع الثالث

الغش بواسطة تغيير الإختصاص القضائي الدولي

كثيرا ما يتم التحايل بتغيير الإختصاص القضائي وهذا ما سنوضحه في هذه القضية :

في هذا الإختصاص نجد المحكمة المونبلية في فرنسا بتاريخ 20ماي 1985 رفضت العملية التي بواسطتها تنازلت شركة سويسرية إلى شركة فرنسية في الدّين الذي تزعم بأنّه يعود لها إتجاه شركتين أمريكيتين، والتي مارست إتجاهها إجراءات في الولايات المتحدة الأمريكية على أساس أنّ تلك العملية تخفي تحايلا يؤدي إلى إنكار صلاحية المحكمة التي نصت على إختصاصها المادة 14 من القانون المدني الفرنسي، وثبت أنّه لم يكن هناك من هدف إلاّ للإستفادة من صلاحية القضاء الذّي عينته 14 المشارة إليها، بسبب الجنسية الفرنسية للشركة التي أحيل لها للدين، وذلك بإختلاف عنصر يهدف إلى حرمان القضاء الطبيعي الذي يقضي أن يعود صلاحية البحث في إيفاء الدين وكذلك الحقوق المتصلة به، وهو في هذه القضية القضاء الفرنسي[3] غالبا ما يتم محاربة هذه الصورة من التحايل على القانون لتنفيذ

[1]– إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الاول، قواعد التنازع ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1989، ص.259.

[2]- ISSAD Mohand,op.cit,p207.

[3]–سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص ،منشورات الزين الحقوقية، بيروت ،2010، ص.209.

حكم في دولة غير الدولة التي صدر من قضائها ،فنجد أن مختلف التشريعات تشترط توافر صلة حقيقية بين النزاع والمحكمة المختصة وإن لم توجد هذه الصلة سيتم رفض هذا الحكم الاجنبي[1].

المطلب الثاني

تطبيقات الغش نحو القانون

تتعدد مواضيع تطبيق تحايلات الأفراد نحو القانون فنجد الغش يكثر بشدّة في الأحوال الشخصية نظرا لتدخل إرادة الأفراد لتغيير ضابط الإسناد ،نظرا لتتابعهم للمصالح الشخصية فإذا رأى الفرد أن القانون الذي يحكم الاحوال الشخصية في دولته لا يتماشى مع رغباته ومتطلباته يلتجأ إلى ممارسة التحايلات التي تحقق له أهدافه وذلك بتغيير ضابط الاسناد، وهذا ما يقابلنا أيضا في مجال الالتزامات التعاقدية ومجال الحقوق العينية أين تتلاقى مصالح الافراد وفي كل هذه المجالات يقوم الفرد بالبحث عن القانون الاكثر توفيقا لأهدافهم لهذا يلجؤون إلى التحايل على القانون .

إن مجال الأحوال الشخصية يعتبر من المجالات التي تكثر فيه التّحايلات نظرا لإمكانية الفرد في تغيير ضابط الجنسية وضابط الموطن **(الفرع الأول)** أما فيم يخص الإلتزامات التعاقدية أين يقوم الأطراف بإختيار القانون الواجب التطبيق لحكم علاقتهم **(الفرع الثاني)** وإذا تطرقنا إلى مجال الحقوق العينية أين يطبق قانون موقع المال قد ينصرف الفرد إلى عدم تطبيق قانون الموقع الحالي و ذلك بنقل المنقول إلى دولة أخرى كي يتمكن من تطبيق قانونها **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشّخصية

نجد الكثير من التّحايلات تقع في مجال الأحوال الشخصية، لقد كان الأفراد يتحايلون على القانون بواسطة تغير جنسيتهم أو موطنهم قصد الحصول على الطّلاق كما يعتبر الطّلاق من المجالات التي يكثر فيها الغش على القانون في ميدان الأحوال الشّخصية[2]، كما أنّ التّحايل في المسائل الشخصية يعتمد على ضابطين ضابط الجنسية في بعض الدول كالجزائر وفرنسا ومعظم

[1]– بوخروبة حمزة ، مرجع سابق، ص. 104.

[2]- Bernard Audit, Droit International privé,4ème édition, Economica, Paris,2006,p.195.

الدّول العربية وضابط الموطن كما في الدول الأجلوأمريكية، في هذه الضوابط تكون لإرادة الأفراد دخل في إختيارها فيستطيع الأفراد تغيير جنسيتهم وموطنهم فيتغير القانون الواجب التطبيق[1] فينجم عنه تغيير القانون الشخصي في الدول التي تستند الاحوال الشخصية لقانون الجنسية فإذا كان قانون الجنسية السابقة يحرم انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أصلا أو كان صارما فيما يتطلب للحكم بها لذلك يعمد صاحب المصلحة إلى تغيير جنسيته من أجل تحقيق مآربه[2]،إلى جانب ذلك نجد أنّ القضاء الفرنسي لا يعترف بالزّواج القائم في الخارج، إلاّ إذا سجّل لدى الحالة المدنية بفرنسا ليتيح جميع أثاره وذلك لتجنب الغش نحو القانون الفرنسي[3].

فحسب ما قضت به المادة63 من القانون المدني الفرنسي المعدّلة" يجب على الزوجين شهر عقد الزواج الذي تمّ بالخارج عند عودتهما إلى البلد الأصلي لدى ضابط الحالة المدنية الذي يقع فيه موطن الزوجية[4] " ،إن الزواج من أكثر المواضيع التي يقع فيها الغش نحو القانون في مجال الاحوال الشخصية يعود ذلك لوجود إختلاف في فكرة الزّواج ذاتها إمتدادا من إنعقاده وأثاره إلى إنقضائه، وهناك بعض التشريعات من تعتبر الزّواج نظاما دينيا والاخرى تعتبره نظاما مدنيا[5] كما نجد من أرجعه إلى رابطة أبدية غير قابلة للإنحلال ويتم حله بالإرادة المنفردة للزوج أو بإتّفاق الزوجين في الدول الاخرى التي تبيح التّعدد في الرّابطة الزّوجية والبعض منها تعتبر هذه الأخيرة

---

[1]– عكاشة مجمد عبد العال، مرجع سابق، ص ص.497–498.

[2]– ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 18مارس 1878في قضية الاميرة "ديبوفورمون"،وما حكمت به محكمة إستئناف باريس في 02ديسمبر1966وما قضت به محكمة النقض في17جوان 1958،انظر في ذلك زروتي الطيب، المرجع السابق،ص.262.

[3]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص ص.117–118.

[4]-Article 63/01 du code civile Français.(loi n° :2006-1376 du 14 Novembre « 2006.article 1 » promulgué le 15/11/2006, rentré en vigueur le 1er mars 2007. qui dispose : « Avant la célébration du mariage, l'officier apposée à la porte de la maison commune cette publication énoncera les prénoms, noms, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu où le mariage devra être célébré. La publication prévue au premier alinéa ou, en cas de dispense de publication accordée conformément aux dispositions de l'article 169, la célébration du mariage est subordonnée». Voir le site : www.legifrance.gouv.fr.

[5]– هناك الكثير من الأشياء تؤدي إلى الغش في مجال الأحوال الشخصية لاختلاف نظام الزواج، فهناك من يعتبرها دينيا غير قابل للانحلال ومدنيا قابل للانحلال فتختلف الضوابط من دول لأخرى.

جرما، لهذا تختلف التشريعات في ضوابط الإسناد بالنسبة لهذه الاخيرة فهناك دول تعتمد على ضابط الجنسية ودول أخرى تعتمد على ضابط الموطن[1].

أمّا فيم يخص تغيير الموطن فيشكل بدوره ظرف إسناد إرادي مختص لتغيير القانون الشخصي في الدّول التي تسند الأحوال الشخصية لقانون الموطن، فنجد المحاكم الإنجليزية لا تعترف في إنجليترا بأحكام الطّلاق التي تصدر في الخارج، إذا كان الغرض من تغيير الموطن هو الحصول على الطّلاق ويسمونه "طيور الطّريق"، فنجد الأفراد يتحايلون على القانون الإنجليزي بسبب تشدده في أسباب الطّلاق وحالاته[2].

أمّا في القانون الجزائري فيمكن تصور الغش نحو القانون في مسألة الطلاق وذلك إذا لجأ الأجانب إلى تغيير جنسيتهم وكانت قوانينهم مشدّدة وطالبوا بالطّلاق أمام المحاكم الجزائرية[3] .

الفرع الثاني

الغش نحو القانون في الإلتزامات التعاقدية

نجد جانب من الفقه اتجه إلى أن الغش يقع في مجالات الإلتزامات التّعاقدية وذلك أن لأطراف العقد أن يختاروا القانون الملائم لحكم علاقتهم[4] بحيث يكون القانون الواجب التّطبيق هو القانون المختار من جانب الأطراف وفقا لمبدأ سلطان الإرادة[5].

كما نجد أنّ الأستاذ زيروتي طيب يقول: " لو أنّ المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري تمنح للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من الصعب استنباط الغش بالسهولة، إلاّ أنّ المعمول عليه فقها وقضاء أنّ حرية المتعاقدين مشروطة بوجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، وإنّ تبني مضمون النظرية الموضوعية القاضية بتركيز العقد

[1]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص. 114.

[2]– زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.263.

[3]– فضيل نادية، الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص.149

[4]–علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.161.

[5]– أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص.206.

واستخلاص القانون المختص به حسب نقاط التركيز الموضوعية، مدعاة لاستبعاد الغش في هذا المجال وعدم الاعتداد باختيار المشوب بسوء نية، وليس بالاستناد الى الغش، وإنما بانتفاء الصلة الوثيقة وعدم توافر عناصر التركيز الموضوعية"[1].

الفرع الثالث

الغش نحو القانون في مسائل الحقوق العينية

قد نجد قاعدة تغيير قاعدة التنازع في مجال الحقوق العينية بالنسبة للمنقولات خاصة فالقاعدة في هذا الشأن هي تطبيق قانون موقع المال فيمكن أن يقوم صاحب المصلحة في عدم تطبيق قانون الموقع الحالي بنقل المنقول إلى دولة أخرى كي يتمكن من تطبيق قانونها[2]، ويتم ذلك عن طريق التّلاعب بضابط الإسناد بتغيير المكان الذي توجد فيه المنقولات، كما نجد قاعدة عامة وهي خضوع المال المنقول لقانون موقعه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 17 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري تنص :".....ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوحد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسبب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

[1]– مع الاشارة الى نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين وبالعقد.
وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.
وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون محل ابرام العقد.
غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه، زيروتي طيب، مرجع سابق، ص. 263.

[2]– أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص.205.

الفصل الثاني

إعمال الدّفع بالغش نحو القانون لإستبعاد تطبيق القانون الاجنبي

قد يتبين للقاضي أنّ القانون الواجب التطبيق لحكم النزاع المعروض عليه كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد، ليتمكنوا من الإفلات من أحكام القانون المختص حقيقة، لهذا إستقر الفقه والقضاء في غالبية الدول على سد الطريق أمام تحايل الخصوم بهذا النحو وذلك بإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير قاعدة الإسناد بإختصاصه نتيجة لهذا التحايل.

إن نظرية الغش نحو القانون حتى يتم الدفع بها لا بد أن تتوافر على شروط منها الشروط المتفق عليها المتكونة من عنصرين (العنصر المادي) وهو أن يكون هناك تغيير في ضابط الإسناد (العنصر المعنوي) أي توافر سوء نية للفرد وطبعا كل هذا يؤدي إلى نتيجة غير مشروعة.

بحيث نجد شروط مختلفة عليها أضيفت من بعض الفقهاء وتزال محل خلاف بين الفقهاء وتكمن من عنصرين الاول أن يترتب على الغش ضرر والثاني أن يكون موجّه للقواعد الآمرة في قانون القاضي.

إنّ نطاق الدّفع بالغش قد إنقسم الفقهاء في تحليله إلى إتجاهين فالوفد الاول اتجه إلى حصر نطاق الغش حينما يتم التّهرب من القاعدة الآمرة دون القاعدة الإختيارية، إلاّ أنّ هناك إتجاه آخر سوّى بين القاعدتين وإعتبر كلاهما من نطاق الدّفع بالغش نحو القانون، أمّا الانصار الاخرى فأرجعوا نطاق الدّفع بالغش من حيث القانون المتهرب من أحكامه أن يكون التّحايل قد قصد به التّهرب من أحكام قانون القاضي دون القانون الأجنبي، إلى أن الفقه الحديث وهو الاكثر صواب رأى أنّ نطاق الدّفع بالغش نحو القانون يكون إمّا قصد الافراد منه التّهرب من أحكام قانون القاضي أو القانون الاجنبي.

إلاّ أنّ أثناء حصول التّحايل نحو القانون لا بد أن يترتب عليه جزاء وهذا الاخير قد أثار تساؤلات عدة بين الفقهاء فهل ذلك الجزاء يقتصر على عدم نفاذ النتيجة فقط أم يتعدى ذلك ليشمل عدم نفاذ النتيجة والوسيلة معا أم الأثر المترتب عليه يكمن في وجوب تطبيق القانون الذي كان مختصا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية .

لكي تطبق نظرية الغش نحو القانون لا بد من توافر شروطها سواء كانت الشروط المتفق عليها أو المختلف فيها (**المبحث الأول**) إن الفقهاء حدد النطاق الذي يدور فيه الغش نحو القانون

لكن اختلفوا في مضمونه هناك من أرجح نطاق التحايل على القانون من حيث القاعدة المتهرب منها وفريق آخر رأي ان نطاق الغش يكون من حيث القانون المتهرب من أحكامه، إن الجزاء المترتب على الغش يكون سلبيا لنجد في هذا الأثر من إقتصر على نفاذ النتيجة فقط واتجاه آخر وسع في ذلك ليشمل النتيجة والوسيلة معا، كما نجد أيضا الأثر الإيجابي الذي يتمثل في إستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الإختصاص **(المبحث الثاني)** .

المبحث الأول

شروط الدفع بالغش نحو القانون

إن إرتكاب الأطراف لتّحايل لا يكون مباشر إلاّ بعد مروره من خطوات وذلك أن يكون هناك تغيير إرادي في ضابط الإسناد تتابعه سوء نية في إرتكاب ذلك الغش فهذين الاخيرين يعتبران من بين الشروط التي يجب التّمسك بها للدّفع بالغش نحو القانون وهما محل إتّفاق بين أغلبة الفقهاء.

فلا يقتصر الامر في هذا الحد بل نجد فئة من الفقهاء إقترحوا شرطين آخرين وهما أن يترتب على الغش ضرر وأن يكون التحايل موجه للقواعد الآمرة في قانون القاضي إلى أنّ هذين الشرطين لم يحظو بالموافقة من الاغلبية .

نجد كل من هؤلاء الفقهاء استندوا إلى حجج لتبرير مواقفهم و السّبب الذي جعلهم يتفقون على هذه الشروط، كما أن معظم تشريعات القانون الدولي الخاص لم تتطرق إلى هذه الشروط فغالبية النصوص التّي نصت على التحايل جاءت عامة.

فاقترح الفقهاء على ضرورة وجود شروط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون فانعقد إجماع الفقهاء على ضرورة توافر شرطين وهو أن يكون تغير إرادي لضابط الإسناد إذ يقوم صاحب المصلحة بتغيير ضابط الإسناد ويجب أن يكون ذلك التغير إراديا فعليا ومشروعا، وأن يكون تحايلا على القانون بسوء نية وذلك بالتهرب من القانون المختص، وإضافة إلى ذلك هناك من الفقهاء من زاد شروط مختلف بشأنها أن يترتب على الغش ضرر وأن يكون التحايل موجه للقواعد الآمرة في قانون القاضي .

لدفع بالغش نحو القانون لا بد بالتمسك بالشروط التي يتم الدفع على اثرها فأغلبية الفقهاء اتفقوا على شرطين وهما التغيير في ضابط الإسناد و توافر نية التحايل ويعتبران من الشروط الأساسية لدفع بالغش نحو القانون (**المطلب الأول**) كما نجد جانب من الفقهاء قد أضافوا شرطين آخرين للدفع بالغش وهو أن يكون ضرر مترتب على الغش وأن يكون القانون موجه للقواعد الآمرة وقانون القاضي (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول

الشّروط المتّفق عليها للغش نحو القانون

يعتبر التّغيير في ضابط الإسناد هو الشرط المتّفق عليه للدّفع بالغش نحو القانون ويكون ذلك القانون بتغيير الجنسية أو الموطن أو الموقع المنقول وهذا أن تكون الوسيلة المستعملة في التغيير مشروعة وهو التغيير الارادي في ضابط الاسناد وهو العنصر المادي **(الفرع الأول)** أمّا التحايل على القانون بسوء نية الّذي يقصد به الأفراد الحصول على مركز يكون مانعا في قانونهم أي توافر سوء نية لتحايل وهو العنصر المعنوي **(الفرع الثاني)**

الفرع الأول

التغيير الإرادي لضابط الإسناد

يشترط لإمكان الدّفع بالغش نحو القانون أن يتوفر العنصر المادي في الغش وهو إجراء تغيير في ضابط الإسناد[1]، إذن لا يتحقق الغش إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يتسنى تدخل إرادة الأفراد في تغييرها[2]، يكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن أو الموقع المنقول[3] وذلك أن يقوم الشّخص بأفعال أو تصرفات تؤدي بدورها إلى تغيير في ظروف الإسناد، وبالتّالي تغيير القانون الواجب التطبيق في حالة القيام بهذه الأفعال[4].

فلا يمكن تصور التغيير في ضابط الاسناد بالنّسبة للضوابط التي لا تتوقف على إرادة الأشخاص كضابط موقع العقار فهي أموال لا تقبل النّقل من مكان إلى آخر دون تلف، أمّا تلك التي تتوقف على إرادة الأشخاص فهي تقبل التّغيير فيمكن بالتالي أن تفتح المجال للغش نحو القانون[5].

---

[1]– ضابط الإسناد :هو عبارة عن أداة ربط بها المشرّع بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه ،أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.68.

[2]- Jean Dérupe, Droit International Privé, 8ème édition, Delta, Paris 1989, , p.108.

[3]– حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص383.

[4]– ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص.206.

[5]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.190.

يعتبر تغيير القانون الواجب التطبيق هو الشرط أو العنصر المادي للدّفع بالتّحايل فيجب أن يكون تغيير التّنازع بإرادة صاحب الشأن فإن لم تكن لإرادة الشخص أي دخل في تغيير قاعدة التنازع فلا يمكن إعمال الدّفع بالتّحايل[1].

ولتحقيق هذا الشرط يجب أن يكون التغيير فعليا، إراديا ومشروعا ولإعطاء وضوح أكثر لهذه العناصر المكونة لشرط تغيير في ضابط الإسناد سنتطرق إليها بالتّفصيل لإبرازها.

أولا- أن يكون التّغيير فعليا

وهو أن يكون سليما من الناحية القانونية وليس صوريا لو كان تغيير ضابط الإسناد صوريّا لما كنا في حاجة إلى إعمال الدّفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذا الغرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التّغيير فإذا غيّر الشخص من موطنه تغييرا صوريّا فإنّ العبرة في هذه الحالة بالموطن الحقيقي [2].

إن اللجوء إلى الغش يتزايد في الدول التي تأخذ بمعيار الموطن، فمن السهل على الشخص تغيير موطنه على عكس تغيير الجنسية الذي يعد اكثر صعوبة[3] وكذا تغيير في جنسية أحد الزوجين مع بقاء الزواج محكوما بالقانون الذي يحكمه سابقا قبل تغيير ظروف الإسناد لا توجب الأخذ بنظرية الغش نحو القانون لعدم فعالية وسيلة الغش[4]، فتغيير الموطن يعد أقل صعوبة من تغيير الجنسية وذلك لغرض الهروب من قانون الموطن الأول إذا كانت أحكامه غير متفقة مع مصالحهم الخاصة[5].

إنّ الموطن بوصفه ضابطا للإسناد لا يعتد به إلا إذا كان يتفق وحقيقة الواقع فالموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشّخص عادة لا يمكن تحديده بصفة تحكمية أو مصطنعة فيتحدد من خلال عنصر موضوعي قوامه إقامة الشخص في دولة على سبيل الإعتياد فهو أمر لا مجال له للتّحايل

[1]- أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص.204.

[2]- حفيظة السيد الحدّاد، مرجع سابق، ص.284.

[3]- أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص.205.

[4]- الهداوي حسن ، مرجع، ص.204.

[5]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص.248.

فلا يعتد بمركز الإرادة الصوري الذي قد تتخذه شركة ما بقصد الهرب من تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها مركز الإدارة الفعلي[1].

ثانيا- أن يكون إراديا

يكون بفعل إرادة الأطراف كحصول الفرد على جنسية جديدة عن طريق تجنسه .

فالتّغيير في ضابط الإسناد لا يكفي لوحده بل ينبغي أن يكون هذا التّغيير إراديا، بأن يكون للإرادة دور في عملية التّغيير ولذلك لا يعتد بالتّغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد بشكل لابد للفرد فيه كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبديل السيادة على الإقليم [2]، فمثلا إذا فرض على الزّوج أن يغير جنسيته كأن تثبت له الجنسية الجديدة بالزواج من أجنبية فإن تغير القانون الواجب التطبيق له أثر في ذلك لا يصوغ إستبعاد هذا الأخير إستنادا بالدّفع بالغش نحو القانون إذ أنّ التّغيير في العنصر الواقعي الذي يستخدم في إيجاد ضابط الإسناد قد حدث عرضا بغير أن يكون مقصودا لذاته[3].

ثالثا- أن يكون التّغيير مشروعا

أن تكون الوسيلة المستعملة في التّغيير مشروعة فإذا كانت الجنسية مكتسبة عن طريق التزوير ففي هذه الحالة لا حاجة لإستعمال الدّفع بالغش على أساس أنّ الوسيلة غير مشروعة وتكون العبرة بالجنسية الأولى.

أن يكون التّغيير مشروعا ومباحا لأنّ الفرد يستطيع أن ينقل مكان إقامته من دولة إلى أخرى وأن يغيّر جنسيته[4] لأنّ المادة 10 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إعتبرت حق الإنسان بتغيير جنسيته من ضمن هذه الحقوق حيث نصت على أنّه : "لكلّ إنسان الحق على قدم

[1]-عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.502.

[2]- أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.190-191.

[3]- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص.284.

[4]- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.208.

المساواة التامة مع الآخرين، في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علنيا للفصل في حقوقه وإلتزاماته وأيّة تهمة جنائية توجّه إليه"[1]

ومن جهة أخرى يشترط أن يكون التّغيير مشروعا لعلّ هذا هو وجه الطرافة في الغش إذ لو كانت الوسيلة المستخدمة في التّغيير غير مشروعة، ذلك أن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش فإنّه لا يجوز الإعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى فنرى انّ في هذا المثال لا حاجة لنا بنظرية الغش نحو القانون على أساس أنّه يكفي لتلاقي النّتيجة التي قصد الو صول إليها ذلك الشخص لأن الوسيلة المستخدمة غير مشروعة في ذاته.

أمّا لو كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة فهناك تكمن الخطورة إذ يهدف الشّخص من وراء إستخدام هذه الوسيلة المشروعة التّوصل إلى نتيجة غير مشروعة، وفي هذا الغرض وحده تبدوا أهمية الدّفع بالغش لتلاقي تحقيق هذه النّتيجة [2].

ففي مجال القانون الشخصي يمكن أن يعمد الشخص إلى تغيير جنسيتة للتّهرب من تطبيق أحكام قانون الجنسية القديمة، وذلك ما لا حضناه في قضية الأميرة "دي بوفرمون" كانت تتمتّع بالجنسية الفرنسية ومتزوجة في وقت كان فيه القانون الفرنسي لا يعترف بنظام التّطليق فلمّا كانت لديها الرّغبة في الطّلاق من زوجها و زواجها من شخص آخر لجأت إلى إكتساب جنسية إحدى الإمارات الألمانية التي يسمح قانونها بالطّلاق[3].

أمّا فيما يخص ضابط موقع المال قد يحدث أن يتضمن قانون موقع المنقول الذي يحكم ما يرد عليه من حقوق عينية حكما آمرا كبطلان شرط تملك الدائن المرتهن للمنقول المرهون عند عدم

[1]- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بباريس، بتاريخ10 ديسمبر 1948،أنظر الموقع الإكتروني: www.un.org

[2]–حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص.284.

[3]– أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص.205.

الوفاء به، فيتحايل المتعاقدين على هذا الحكم بأن ينقلان المنقول إلى بلد آخر لا يبطل مثل هذا الشّرط و يستطيعان بذلك عقد العقد على أساس أنّ حق الدائن المرتهن يخضع لقانون موقع المال وقت سبب كسبه[1].

كما أنّ الإعتقاد الدّيني مسألة نفسية محضة لا يمكن لأية جهة قضائية البحث فيها إلاّ عن طريق المظاهر الرسمية، وما يفرق المسلم عن غيره هي الشهادة فإذا أدّاها أصبح من المسلمين له ما للمسلمين وعليه ما على المسلمين[2]، وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري الذي قرّر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأجانب حتى ولو تبيّن أنّ اعتناق الإسلام لم يكن إلاّ بغرض الإفلات من الأحكام المقررة في قانونهم الوطني ويرجع ذلك أساسا إلى أنّ الدّين في الدّول الإسلامية يعد من النّظام العام، كما يكفي لإعتناق الإسلام النطق بالشهادتين ولا يجوز للقضاء البحث عن الدوافع التي كانت وراء تغيير الدّيانة حتى ولو كان الشخص يرغب في تحقيق مكاسب معيّنة من وراء إعتناق الإسلام ،كما أنها استقرت على عدم الاخذ بفكرة الغش نحو القانون بصدد تغيير الديانة "لان الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة لا يمكن لايّ جهة قضائية البحث فيها الا من طريق المظاهر الرسمية "[3].

وفي كل ما سبق ذكره يجب أن يكون ضابط الإسناد قابلا للتغيير بطبيعته لأنّه نجد في قواعد التّنازع ما يمكن تغييره بالإرادة مثل : الموطن و الجنسية ومكان وجود المال المنقول، ولا نتصور الغش نحو القانون بالنسبة للعقار لان الاختصاص التّشريعي له مستقل عن إرادة الافراد فنجد أن القانون المختص هو قانون الموقع والمحكمة المختصة هي مكان وجوده.[4]

[1]–عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.499.

[2]–ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.207.

[3]–غالب علي الداودي، مرجع سابق.253–254، عز الدين عبد الله ، مرجع سابق، ص.567–568.

[4]– زروتي الطيب، مرجع سابق ، ص.264.

الفرع الثاني

توافر نيّة الغش

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأنّ هناك غشّا نحو القانون وإنّما ينبغي أن يكون هذا التّغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم العلاقة[1] فلا بد من إضافة إلى العنصر المادي العنصر المعنوي و ذلك عن طريق تحديد البحث عن المسائل الباطنية للتّصرف[2] ، فالشخص عندما يغيّر جنسيته أو موطنه أو دينه لا إعتراض على ذلك في الأحوال الإعتيادية وإنّما المحذور منه عندما يكون القيام بهذه الأفعال بنية سيئة أو غش للتّوصل إلى وضع جديد ما كان يمكن الوصول إليه لو لا قيامه بهذه الأفعال[3].

ففي قضية الأميرة دي بوفورمون يتبين للقضاء الفرنسي أن حصول الأميرة على الجنسية الألمانية كان هدفها الوحيد هو تمكينها من الحصول على الطّلاق الذي لا يعترف به القانون الفرنسي، مادام توافرت فيه نيّة التّحايل فرفض القضاء الفرنسي الإعتراف بالطلاق الواقع بالخارج وعدم الإعتراف بصحّة الزّواج من جديد[4]، غير أنّ الفصل في توفر غش من عدمه يقتضي إثبات نية التحايل التي توجد فيها صعوبة، فهذه الاخيرة تقضي التغلغل في طيات النّفس البشرية هي أمور تدخل في دائرة الأخلاق ممّا ينجر عنه أحيانا إستبداد القضاء فهنا تكمن حجة الفقهاء ذو النّزعة الفردية أين بيّنو صعوبة إثبات الغش بحيث إنتقدوها وأقروا على أنها وسيلة لتحكم القضاء وإصدار أحكام تخمينية حسب النّوايا الخفيّة[5] ، لو إعتبرنا النّية من الأمور الباطنية الّتي يصعب على القاضي الكشف عنها ففي هذا الصدد نجد الفقه تردّد في التسليم بفكرة الغش نحو القانون فإن الفقيه "Kant" تساءل عن الوسائل الّتي تساعد في الكشف عن النّوايا الداخلية للشخص[6] .

---

[1]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق،ص.92.

[2]- Jean Dérupe,op.cit,p.109

[3]– ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.207.

[4]– أشرف وفا محمد، مرجع سابق، ص. 206.

[5]– زروتي الطيب، مرجع سابق، ص. 295.

[6]–نادية فضيل، الغش نحو القانون، ص.132.

يعتبر توافر نيّة الغش العنصر الوحيد عمليا الذي يمكن بموجبه الإحتيال على القانون ما دام أنّ التّغيير الإرادي لضابط الإسناد يتم بصورة مشروعة ولا يكشف عن التّحايل بمفرده[1] وفي كل الأحوال لا تعني صعوبة إثبات نيّة الغش إستحالته إذ يمكن للقاضي إكتشاف هذه النّية بالرجوع إلى ظروف القضية وملابساتها، لكن في وقتنا الحالي نجد أنّ إقامة الدّليل على سوء النّية قد أصبح في عصرنا من الأمور السّهلة بالنّسبة للقضاء[2] ، بعدما استفاد من تجارب في ميدان التعسف في استعمال الحق والغش في الدعوى البوليصية في القانون المدني واساءة استعمال السلطة في القانون الإداري، وكذا العمد والغير العمد في القانون الجنائي[3].

كما يمكن إستنتاج وجود قصد التحايل دون البحث عن النّوايا نظرا إلى المظهر الخارجي للتّصرف الّذي يحمل في كثير من الأحيان معنى الغش والهروب من القانون المختص بشكل واضح وهناك الكثير من الأدلة الّتي تبيّن توافر نية الغش وهي كما يلي: من القرائن التي يمكن أن يستعين بها القاضي في تقديره هي حالة التلازم الزّمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتّصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد منها أن يكون القانون الذي سينطبق على العلاقة في حالة تغيير ضابط الإسناد من القوانين التي تعطي تسهيلات إستثنائية للأفراد قصد إجتذابهم إليها لأغراض إقتصادية[4].

ومن القرائن الدّالة على ذلك كون القانون الذي يؤدي بتغيير ضابط الإسناد إلى إنطباقه على العلاقة نجد القوانين الأكثر تحقيقا لمصلحة من قام بالتّغيير مثال على ذلك أن يكون هذا القانون لا يضع قيود على نقل الملكية[5] .

[1]– صلاح الدّين جمال الدّين، مرجع سابق، ص.363.

[2]– زروتي الطيب، مرجع سابق، ص. 265.

[3]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 162.

[4]- سامي بديع منصور، أسامة العجوز، مرجع سابق، ص. 215.

[5]- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص.230.

المطلب الثاني

الشروط المختلف عليها للدّفع بالغش نحو القانون

إضافة إلى الشرطين السابقين واللّذين هما محل إتفاق فقها وقضاء نجد بعض الفقهاء، قد أضافوا شروط أخرى إلى أنّ هذه الشروط لم تحظى بالإجماع بل بقيت محل جدال بين الفقهاء من بين هذه الشروط :أن يترتب للغش نحو القانون ضرر(الفرع الأول) وأن يكون الغش نحو القانون موجّه للقواعد الآمرة و قانون القاضي(الفرع الثاني)

الفرع الأول

الضرر المترتب على الغش نحو القانون

المقصود منه أن ينتهي الغش إلى الحصول على نتيجة غير مشروعة، أنّ الغش يجب أن يحصل في كل الأحوال ولو لم يحصل الزّوج الغاش على النّتيجة الغير المشروعة[1] . فيجب أن يتحقق الضّرر كنتيجة لإجراء تغيير لضابط الإسناد[2] فنجد بعض الفقهاء أنّهم إستندوا في إتجاههم على ما ترتب على الغش نحو القانون وهو الإضرار بمصالح مشروعة للغير، فتجنّس الأميرة "دي بوفورمون" بالجنسية الألمانية بقصد الإفلات من أحكام قانون جنسيتها الأولى الّذي يمنع الطّلاق وحصولها على الطّلاق وزواجها بالأمير بيبيسكو ولاشك أنّها قد أضرت بمصالح زوجها الأول ولهذا قام زوجها الأول بالمطالبة أمام القضاء الفرنسي ببطلان الزواج الثاني، فربما نجد أنّ هؤلاء الفقهاء أضافوا هذا الشّرط على أساس أنّ نية التّحايل لوحدها لا تكفي لإعمال الدّفع بالغش نحو القانون بل يجب أن يتحقق ضرر، وهي غاية غير مشروعة من وراء ذلك[3] .

---

[1]–هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 2003، ص.215.

[2]–علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.163.

[3]–حفيظة السيد الحدّاد، مرجع سابق، ص.317.

الفرع الثاني

أن يكون الغش نحو القانون موجّه للقواعد الآمرة وقانون القاضي

قد أقر جانب من الفقه على أن يكون الغش نحو القانون إلاّ في القواعد الآمرة بحيث لا يمكن تصور التّهرب من أحكام القواعد المكمّلة لأنّ المشرّع خوّل للأفراد الخروج عليها على أساس أنّ مبدأ سلطان الإرادة يلعب دورا أساسيا في مجال العقود الدولية، إذ يمكن للأفراد إختيار القانون الواجب التطليق على عقدهم مثلا حتّى ولو كان هذا القانون غير مختصّا بحكم عقدهم وباستطاعتهم أن يختاروا القانون الذي يحقق لهم مصلحة أو منفعة معيّنة[1] .

كما نجد الفقه التّقليدي إشترط لإعمال نظرية الغش نحو القانون أن تكون القواعد المتهرب منها من طرف الأفراد هي قواعد آمرة وتنتهي لقانون القاضي، وإلاّ لا مجال لإعمال هذا الدّفع على أساس أن التّهرب من القواعد القانونية الآمرة في القانون الوطني هو الّذي من شأنه المساس بالمصالح العامة في دولة القاضي[2] .

وقد إستقرّ القضاء في السابق على جعل الدّفع بالغش نحو القانون لا يكون إلاّ في الحالات التي يتهرب الأفراد من قانون القاضي، فلا يمكن تصوّر الدّفع بالغش نحو القانون الأجنبي وهذا الشيء الّذي يعلل مهمّة القاضي لحماية القوانين الوطنية من الغش المفتعل من قبل الأطراف[3]، وسار القضاء الفرنسي في هذا الإتجاه وقصر إعمال الغش نحو القانون إلاّ في الأحوال التي يتحايل الأفراد على أحكام القانون الفرنسي[4].

---

[1]– ممد وح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.165.

[2]– عز الدّين عبد اللّه، مرجع سابق، ص.555.

[3]– زروتي الطيب، مرجع سابق، ص.266.

[4]–عرضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 18 مارس 1878 في قضية السيدة دي بوفورمون التي طلبت الطلاق أمام القضاء الفرنسي، ولم يسمح لها بذلك فتجنّست بالجنسية الألمانية من أجل الحصول على الطّلاق، وإعتبرت محكمة النّقض هذا التّصرف يشكل غشا نحو القانون الفرنسي، وبررت بعدم إعتراف للسيدة دي بوفرمون بالطّلاق بزوجها الثاني وتبقى على ذمّة زوجه الأول، نقلا عن، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.205.

أمّا الرأي الراجح فقها في القانون المعاصر فيقرّ بالغش نحو القانون الأجنبي أيضا من أدلتهم : أنّ التّحايل على القانون الأجنبي إنّما هو تحايل على قاعدة الإسناد الوطنية والدّفع بالغش نحو القانون يستند إلى إعتبارات خلقية وحسن النّية فهو مساوي مهما كان القانون المتهرب من أحكامه قانون وطني أو أجنبي، وأيضا الفقه الحديث يقرّ أنّ نظرية الغش نحو القانون تجد تطبيقا لها سواءا كانت القوانين المتهرب منها آمرة أو مانعة ومن حجتهم أنّ الحكمة من الهدف الذي قصده الأفراد من وراء تصرفهم، يمكن أن نجد الأفراد يخرجون عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة القانونية دون تفرقه في ذلك إذا كانت القاعدة آمرة أو إختيارية[1].

رغم إضافة هذين الشرطين المختلف فيهما إلى أنه يبقى الشرطين المتفق عليهما هما المرجوحين لتمسك لدفع بالغش نحو القانون مادام أن التحايل يقع بإرادة الافراد مع توافر سوء النية. وسطو إرادتهم في تغيير ضابط الاسناد.

[1]– نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2001، ص.134.

المبحث الثاني

فعاليات الغش نحو القانون

كثرت الآراء حول نطاق الدّفع بالغش نحو القانون فإختلف الفقهاء فيها فهناك من رشح أن نطاق الغش من حيث القاعدة المتهرب منها، وإتجاه آخر إتّجه على أنّ نطاقها يكون من حيث القانون المتهرب من أحكامه ،فنجد أنّ هذه الاتّجاهات ركّزت على حالتين لتبيان نطاق الدّفع بالتّحايل وسنرى أيّهما الاجدر ليكون من نطاق الدّفع بالغش .

كما نشب اختلاف حاد حول الأثر المترتب على نظرية الغش وحدود الجزاء المقرّر في حالة إرتكاب الغش فنجد أنّ هناك أثران أحدهما سلبي : يتمثل في إستبعاد القانون الذي أسند له الإختصاص غشا وبدوره إنقسم الفقهاء إلى وفدين إلى أنّ الجزاء يترتب على عدم نفاذ النتيجة وفقط أمّا الاتّجاه الآخر رأى انّ الجزاء يكمن في عدم نفاذ النتيجة و الوسيلة معا.

والأثر الآخر إيجابي يتمثل في وجوب تطبيق القانون الذي كان مختصّا بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية وهو تطبيق القانون المختص أصلا والذي قصد الأطراف التّهرب من أحكامه.

إن نطاق التحايل نحو القانون قد وضع محل جدال بين الفقهاء فكل وفد من الفقهاء حسب نظرته لهذا النطاق **(المطلب الأول)** وإذا انتقلنا إلى الأثر المترتب على الغش نحو القانون سوف نقع على أثرين أحدهما سلبي وقد انقسم إلى وفدين ولآخر إيجابي **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول

نطاق الدّفع بالغش نحو القانون

إنّ نطاق الدّفع بالغش نحو القانون عند البعض يكون حسب القاعدة المتهرب منها فنجد من إقتصر على القاعدة الآمرة دون المكملة لكن نجد أنّ الرأي الراجح يكون التّحايل سواء كان المقصود من ذلك التّهرب من القاعدة الآمرة أو المكملة، أمّا البعض الآخر يرو أنّ هذا النطاق يرتكز على القانون المتهرب من أحكامه هنا أيضا إختلفوا حول القانون المتهرب من أحكامه أهو القانون الأجنبي أو قانون القاضي أو كلاهما معا.

ولإيضاح كل هذه التّساؤلات لا بد أن نقسّم هذا المطلب إلى فرعين بحيث نقوم أولاّ بدراسة نطاق الدفع بالغش من حيث القاعدة المتهرب منها هل ينصب نطاق الغش في القادة الآمرة دون المكملة أو فيهما معا **(الفرع الأول)** كما نستدرج أيضا نطاق الدّفع بالغش من حيث القانون المتهرب من أحكامه هل يكون قانون القاضي وحده دون قانون الأجنبي أو يكمن فيهما معا**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

نطاق الدّفع بالغش من حيث القاعدة المتهرب منها

يتّجه الفقه التّقليدي على حصر أعمال الغش نحو القانون على الحالات التي يكون التّهرب فيها من النصوص الآمرة، أمّا بالنسبة للنصوص الإختيارية فلا مجال لإعمال فكرة الغش فيها مادام أنّ الأفراد يتمتّعون إبتداءا بحرية الخروج عنها وإخضاع علاقاتهم لغيرها[1].

أمّا الفقه الحديث وسّع من نطاق الدّفع بنظرية الغش نحو القانون فهذه الأخيرة تجد تطبيقها سواءا كانت القواعد القانونية منها آمرة أو مكمّلة، فبإمكان الأطراف أن يخرجوا عن الهدف الذي وضعه المشرع من وراء القاعدة القانونية دون التّفرقة إذا كانت قاعدة قانونية آمرة أو مكمّلة، فقد يحدث الغش إذا تعذّر الإتّفاق بين المتعاقدين فبزوال الإتفاق الذي بينهما يصبحان أمام قواعد

[1]– الهداوي حسن، مرجع سابق، ص.211.

مكمّلة ملزمة فيقوم المتعاقد الذي أراد التّهرب منها بالتّحايل بتغيير ضابط الإسناد[1]، فتظهر مخالفة القاعدة المكملة عند التّعاقد فأحد المتعاقدين لا يعلم حكم القاعدة المكمّلة التي ليست في صالحه إلاّ بعد مرور وقت فلا تكن لديه أي وسيلة لتجنبها إلاّ بالتّحايل، فوجب محاربة الغش مهما كانت القاعدة المتهرب منها دون تفرقة إذا ما كانت هذه القاعدة آمرة أم إختيارية[2] .

فهذا هو الحل الأجدر لحماية قواعد التّنازع الوطنية مع العمل على إحترام تطبيق القانون المختص الذي عيّنته تلك القواعد[3].

الفرع الثاني

نطاق الدّفع بالغش من حيث القانون المتهرب من أحكامه

إقتصر جانب من الفقه على أنّ القانون الذي يمكن أن يرتكب الغش ضدّه هو القانون الوطني للقاضي المرفوع أمامه النّزاع ،ويجب أن ينال جزاءه بإبطال الإختصاص الناتج عن الغش[4]، أمّا إذا كان المقصود هو التّهرب من تطبيق قانون أجنبي على علاقاتهم فليس هناك محل للّجوء لهذه الوسيلة[5]، كما يتّفق مع هذا الرأي النّظرة الإقليمية لقواعد التنازع كما يفسّر النّظرة التّقليدية للقانون الأجنبي على أنّه مجرد واقعة وليس قانون فهو مجرد من الصفة الآمرة[6] .

ومن حجج هذا الإتّجاه الاستناد إلى أنّ وظيفة القاضي في الدّولة هي تطبيق القانون الوطني ومنع الأفراد من التّهرب من أحكامه ، فلا يدخل في نطاقه منع الأفراد من التّهرب من القوانين الأجنبية[7].

---

[1]- فضيل نادية، مرجع سابق، ص.134-135.

[2]- المرجع نفسه، ص.134.

[3]-عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق،ص.496.

[4]-حسن الهداوي، مرجع سابق،ص.209.

[5]-Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit International Privé, 7èmè èdition.Tom1, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1981, p.430.

.

[6]- إسعاد محند ،القانون مرجع سابق، ص.261.

[7]- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص.230.

أمّا الإتجاه الحديث رأى أنّ الدّفع بالغش نحو القانون يستند على إعتبارات خلقية يستوي في شأنها أن يكون التّحايل قد قصد به التّهرب من أحكام قانون الفاضي أو أحكام القانون الأجنبي[1].

ويؤكد سلامة الدّفع بالغش نحو القانون المختص وطنيا كان أو أجنبيا ،وقد تأسست احكام القضاء الفرنسي على الإفلات من أحكام القانون المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية قد يكون هذا القانون قانون القاضي أو قانون أجنبي[2]، إنّ التّحايل يكون بصفة مطلقة مهما كان القانون المتهرب من أحكامه مادام أنّ الغش نحو القانون فيه تلاعب بقواعد التنازع و تغيير الهدف الذي وجدت من أجله[3].

فهذا الإتّجاه تبنّته العديد من التّشريعات[4] مادام توفر هناك الغش نحو القانون سواءا كان القانون المتهرب منه قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية، وهو الرأي الذي إتّجه إليه إجتهاد القضائي الفرنسي أيضا المشرّع الجزائري وذلك من خلال صياغة المادة 24 من القانون المدني الجزائري يتبيّن أنّه أجاز إعمال فكرة الغش نحو القانون بصورة عامة دون إشتراط كون ذلك لصالح القانون الجزائري وفقط "نحو القانون"[5]، فهذا هو الإتّجاه الجدير و الحل المناسب لتّأييده كون أنّ الحل المغاير الواقع على القومية القانونية لا ينتفع منه أحد إلا مرتكب الغش أي المتحايل[6] .

---

[1]–هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص.225.

[2]– أبرز دليل على ذلك انّ القضاء الفرنسي أبطل العقود التي تشمل على الغش نحو القوانين الأجنبية وذاك في 7 مارس 1961 وفي قرار مانزر Munzer وفي تاريخ 7 جانفي 1961 أخضع إعطاء الأمر بالتنفيذ الأحكام الأجنبية شرط ان تكون خالية من الغش نحو القانون.

- Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit International Privé, op.cit, p 432.

[3]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.494.

[4]– لقد نصّت عليه مجلة القانون الدولي الخاص التونسية في الفقرة1 من الفصل 30 على أنه :"يكون التّحايل على القانون بالتّغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعيّنه قاعدة التّنازع المختصة"

[5]– تنص المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنّه :"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النّصوص السابقة إذا...أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

[6]- محند إسعاد، مرجع سابق، ص.262.

المطلب الثاني

جزاء الغش نحو القانون

إختلف الفقه في هذه المسألة إختلافا بيّنا وإنقسم الفقهاء في شأن ذلك إلى إتّجاهين : إتّجاه يضيّق من نطاق هذا الإستبعاد ليقصر على نفاذ النّتيجة فقط وإتّجاه ثاني موسع للأثر السلبي ليشمل عدم نفاذ النّتيجة و الوسيلة معا، **(الفرع الأول)** إنّ إعمال الدّفع بنظرية الغش نحو القانون يتم بإستبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الإختصاص غشا، فيترتب على ذلك نشوب فراغ قانوني يتعين سده بإسناد الإختصاص إلى قانون آخر يحكم العلاقة القانونية وإعادة الإختصاص إلى القانون الواجب التطبيق أصلا الذي قصد الطراف التهرب من أحكامه **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الأثر السلبي (إستبعاد القانون الذي أسند له الإختصاص)

إنّ الفقهاء اختلفوا حول الأثر السلبي، هل يكمن في النتيجة فقط أو النتيجة والغاية معا وكل من هؤلاء برهنوا اقوالهم وذلك بإعطاء قرائن توضح اتجهاتهم.

أولا–عدم نفاذ النتيجة فقط

وفي هذا الصدد نجد أنّ هذا الإتجاه يستبعد ترتب الجزاء على الوسيلة وقصر الجزاء على النتيجة وحدها.

يتّجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنّ أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النّتيجة غير المشروعة التي سعى الشّخص إلى التّوصل إليها حينما قام بتغيير ضابط الإسناد، ففي قضية الأميرة "دي بوفرمون " يقتصر الغش على نفاذ الطّلاق والزواج الثاني وهي النّتيجة التي هدفت إلى تحقيقها حينما قامت بتغيير جنسيتها للإفلات من أحكام القانون الفرنسي ويبقى تجنس الأميرة منتجا لآثاره القانونية في خارج حدود القضية، فيجوز الدّفع بالتّحايل حتى ولو كان التّمسك بهذا الدّفع طرفا في الغش، فإنّ توطأ زوجان على التّجنس بجنسية دولة أجنبية للتوصل إلى الحكم بالطلاق بينهما وحصلا على الطّلاق، ثم تزوج أحدهما للمرة الثانية، فإنّه يجوز للزوج الأول أن

يتمسك مع ذلك بالدّفع بالغش حتى لا ينفذ الطلاق والزواج الثاني في مواجهته[1] فهذا يبيّن أنّ النّتيجة وحدها هي من تعتبر غير مشروعة في حين أنّ الوسيلة تمّت بطريقة صحيحة وسليمة تماما، ولا تنطوي عليها أيّ مخالفة للقانون[2]، ففي القضية المذكورة أعلاه فالتّصرف الذي قامت به طبقا الجنسية الألمانية صحيحا، لكن لا يتّم الإعتراف بآثارها بتغيير ظروف الإسناد فتيقى خاضعة للقانون الفرنسي رغم حصولها على الجنسية الألمانية فلا تتدخل المحكمة بالجنسية بل لا تعترف بآثارها فقط[3]، فإن أثر إعمال نظرية الغش في نظر هذا الجانب في الفقه ينصب على إستبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الإختصاص وفقا لضابط المفتعل فيم يخص النّتيجة فقط، وإعادة الإختصاص إلى القانون الذي أراد الشخص التّهرب من أحكامه[4].

فأثر الغش يعتبر أثر حلولي إستبدالي، بمعنى أنّ القانون المختص أصلا يحل محل القانون الذي حاول الأفراد تطبيقه بعد تلاعبهم بضابط الإسناد فيما يخص النّتيجة غير المشروعة فقط[5] فهناك نجد جانب من الفقهاء ركّزوا على القول أنّ:" بأنّ أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النّتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى التوصل إليها حينما قام بالتّغيير الذي أدّى إلى التأثير في ضابط الإسناد، إذا كانا بصدد تغيير زوجة لجنسيتها لهدف التّوصل إلى استصدار لحكم بالتطليق على خلاف القانون الذي كان يجب تطبيقه، فإنّ أثر هذا التّحايل يقتصر على عدم نفاذ الطّلاق دون أن يتطرق إلى الجنسية الجديدة ذاتها التي تبقى منتجة لآثارها القانونية فيم يتصل بأي مسألة أخرى خلاف النّزاع المذكور"[6].

---

[1]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.222، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص.323.

[2]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص.165.

[3]– ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص.212.

[4]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.223.

[5]– حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص.325.

[6]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص.247.

يستند هذا الإتّجاه إلى مجموعة من الحجج لتبرير ما اتّجهوا إليه، أنّ محكمة النقض الفرنسية في هذا الرأي، قد إقتصرت في حكمها في قضية "الأميرة بوفورمون" على إعتبار أنّ تطليقها وزواجها الثاني عديم الأثر في فرنسا، ولم تحكم ببطلان تجنسها بجنسية المقاطعة الألمانية[1].

من طبيعة الدّفع بالغش : فالدّفع بالغش نحو القانون الدولي الخاص يختلف عنه في القانون الوطني فهو في الأول وسيلة إحتياطية لحماية قاعدة التّنازع ويجب إستعمالها في الحدود التي تؤدي إلى تحقيق تلك الغاية[2].

وهناك مبدأ عدم الإختصاص فالقاضي الوطني غير مختص بالحكم بإبطال الإجراء الذي تمّ تغيير ضابط الإسناد لاسيما التّجنس وخاصة مادام أنّها يتم بوسيلة مشروعة ذاتها[3] .

لقد أنتقد هذا الإتجاه على أنّه مبالغ فيه، فالشخص الذي يكتسب جنسية جديدة قد فعل ذلك بهدف التحايل من أحكام قانون جنسيته الأولى وذلك للوصول إلى شيء معين وفقط، ثم لا تعد هناك أيّة مصلحة للإستمرار في الجنسية الجديدة بسبب زوال الدافع الذي أدى إلى تجنسه لها وهو القيام بالتّصرف الذي حكم عليه بعدم النّفاذ وهذا يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثار متناقضة فالذي تجنس بالجنسية الجديدة وقام بالتّحايل يبقى يخضع للقانون الذي تحايل عليه وتهرب من أحكامه بالنسبة لنتائج التي أرادت تحقيقها من خلال تلاعبه بضابط الإسناد وفي نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى ولا يحقق إستقرار المراكز القانونية[4].

ثانيا- عدم نفاذ كل من الوسيلة والنتيجة

إنّ هذا الإتّجاه جاء عام بحيث رتّب على جزاء الغش عدم نفاذ كل من الوسيلة والنّتيجة وبرر اتّجاهه بقائن مختلفة.

يرى جانب آخر من الفقهاء أنّ أثر الغش لا يتناول عدم نفاذ النّتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء التّغيير في ضابط الإسناد فقط، بل يمتد أيضا إلى الوسيلة التي لجأ إليها

[1]- Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit International Privé, op.cit .pp 433-434.

[2]- صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص.247.

[3]- المرجع نفسه، ص. 247.

[4]- جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص. 234.

الشخص للتّوصل إلى نتيجة غير المشروعة[1]، فأثر الغش في قضية الأميرة "ديبوفورمون" لا يقتصر على عدم نفاذ الطّلاق والزواج الثاني الذّي أبرمته الأميرة وفقا لقانون جنسيتها الجديدة "القانون الألماني"، بل لابد من القول بعدم الإعتداد بالّتجنس بالجنسية الألمانية، وهي الوسيلة التي لجأت إليها الأميرة إل الطّلاق من زوجها الأول[2]، فتبقى بذلك فرنسية بالنّسبة لتنازع القوانين وإنّما أيضا بالنسبة لحجم الحالات الأخرى[3]، وقد إتّجه هذا الوفد من الفقهاء إلى مجموعة من البراهين منها :

أنّ الغش يفسد كل شيء فالدفع بالغش نحو القانون يقوم على فكرة معروفة في القانون الداخلي هي أنّ الغش يفسد كل شيء حتى وإن كانت الوسيلة المستعملة مشروعة في ذاتها، فإنّ النيّة المصاحبة لها تفسدها ذلك أنّ الغاية لا تبرر الوسيلة والتالي لا يمكن الفصل بينهما[4]،كما ان شمولية جزاء الغش للوسيلة و الغاية معا قد يجنب الأفراد مضاعفة الجزاء الذي وإن حدث سيكون بدون وجه حق فالأميرة "بوفورمون" أرادت فقط التّهرب من أحكام القانون الفرنسي التي تمّم الطلاق، فلماذا يمتد الجزاء إلى آثار لم تكن تبحث عنها، فالأصل أنّ جزاء الغش يقتصر على الأثر الذي وقع التّحايل من أجله دون غيره[5].

كما لو إقتصرنا على عدم الإعتداد بالنّتيجة مع إستمرار الإعتداد بالوسيلة لوصلنا إلى معاملة الشخص المستفيد من الغش، وفق قانون ما بصدده النزاع المعروض ثم معاملته وفق قانون آخر في المسائل الأخرى وهذا ما يؤدي إلى الازدواجية في معاملته وهذا يؤدي إلى تناقض الأحكام والمراكز القانونية، بينما عدم الإعتداد بالوسيلة والنّتيجة معا إلى أن يكون الحل واحد في جميع القضايا لخضوع الشخص لقانون جنسيته أو موطن واحد[6]، ففي هذا الإتّجاه نلاحظ أنه إذا تمّ الغش عن طريق قيام المتحايل بتصرفات قانوني كالتجنس بجنسية جديدة مثلا فهنا تندمج الغاية

[1]- صلاح الدّين جمال الدين، مرجع سابق، ص.241.

[2]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.221.

[3]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.197.

[4]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص.248–249

[5]– أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص.197.

[6] صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص.294

بالوسيلة ومن ثمّ لا يمكن الفصل بينهما فإذا تمّ إبطال الإجراء القانوني فستبطل كل التصرفات المبنية عليه[1]،أمّا إذا تحقق التّحايل بواسطة تصرف مادي فإذا غيّر شخص الموقع المنقول تهرّبا من الأحكام الآمرة في قانون الموقع الأول بالنسبة للحق العيني المترتب على المال فإن إعمال نظرية الغش ينحصر في عدم الإعتداد بهذا التغيير وتطبيق أحكام قانون الموقع الأول الذي كان مختصا أصلا بحكم النّزاع، أمّا في خارج هذه الحدود يجوز الإعتداد بالموقع الجديد فيعتبر شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا فيقتصر أثر الغش على الغاية الغير المشروعة فقط أما الوسيلة فلا يمكن أن يكون أساسها الجزاء، اما إذا إستجد نزاع أمام القضاء بعد ذلك في نزاع يتعلق بما أصاب هذا المنقول من تلف نتيجة لخطأ الغير، فقانون الموقع الفعلي الذي حدث فيه الفعل الضار هو الذي يحكم بالمسؤولية التقصيرية في هذا الغرض[2].

ممّا سبق ذكره نرى أنّ جزاء الدّفع بالغش نحو القانون لا يكمن في الوسيلة المستخدمة للوصول إلى النّتيجة وحدها من تغيير غير مشروع، ما دام أنّ الوسيلة قد تمت بطريقة صحيحة وتامة لا تشوبها أي مخالفة قانونية فإن الرأي الصائب و المترتب على أثر الغش نحو القانون هو عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي تمّ الوصول إليها من جراء تغيير في ضابط الإسناد.

[1]– فضيل نادية ،الغش نحو القانون، مرجع سابق، ص.224.

[2]–هشام علي صادق، مرجع سابق، 224.

الفرع الثاني

الأثر الإيجابي: (تطبيق القانون المختص أصلا و الذي قصد الأطراف التهرب من احكامه)

إنّ أثر الغش ينصب فقط على إستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الإختصاص وفقا للضابط المفتعل وإعادة الإختصاص إلى القانون الذي تهرب الشخص من أحكامه[1]، فيجب إبطال الإختصاص المتأتي عن الغش و إحلال القانون المبعد بسبب الغش مكانه بصورة كاملة[2]، فهذا الإستبعاد للقانون الذي سعى إليه الأطراف إلى تطبيقه فيجب إعادة الإختصاص إلى القانون الذي أرادوا التهرّب من أحكامه لأنّه يثير فراغ قانوني[3]، وذلك لردء الإعتداد على قاعدة التنازع الوطنية وإعادة سلطانها بتطبيقها على النحو الذي كان عليه أن يطبق لز لم يحدث تلاعب بضابط الإسناد[4].

فلما كانت قاعدة التنازع توصف بأنّها قاعدة مزدوجة، يعني أنّها قد تشير في الإختصاص قانون القاضي أو تشير إلى إختصاص قانون أجنبي آخر ليحكم النّزاع، فإنّ الأثر الإيجابي لإعمال الدّفع بالتّحايل قد يؤدي إلى حلول قانون القاضي محل القانون المستبعد أو يؤدي إلى حلول قانون أجنبي محله[5]،فيجب تطبيق قانون المحكمة بدلا من القانون الأجنبي لمخالفة الأسس العامة للقانون في دولة محكمة النّزاع[6].

إنّ الأثر الإيجابي متابع للأثر السلبي لسد الفراغ التشريعي الذي يتركه إستبعاد القانون المصطنع وإسناد الإختصاص للقانون الواجب التطبيق أصلا لو لم يتم تغيير ضابط الإسناد.

---

[1]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 266.

[2]– الهداوي حسن ، مرجع سابق، ص. 212.

[3]– عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدول الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان،2010، ص.370.

[4]– المرجع نفسه، ص.370.

[5]– صلاح الدين جمال الدين، مرجع سابق، ص.250.

[6]– ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص.212.

خـاتمة

من خلال الدّراسة السابقة، يتّضح لنا أنّ موضوع إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون في القانون الدّولي الخاص يعدّ موضوعا حسّاسا، فقد كان وسيبقى موضوع الساعة على مرّ الزمان لإرتباطه بقواعد الإسناد الّتي تمّ تغييرها أو التّحايل عليها بإرادة الأفراد فيتم تطبيق قانون آخر غير القانون المختص أصلاّ، كما نجده في جل المجالات ولهذا فهومن الدراسات الشّيقة والتّقنية التي تظل بحاجة لقراءة مستفيضة واسعة في الفكر، وذلك بإزدياد قوانين تشريعية خاصة بها، ودراسة أبعادها وإعطائها الإطار القانون الّذي يخوض في دائرته وكل هذا تماشيا مع التّطورات المتعددة في مجال الحياة المختلفة.

وممّا يجب التّنويه إليه، أنّ أهمية هذا الموضوع ظهرت جليا في شتى المجالات وإنعكست آثاره في عدّة ميادين، وعليه فإنّ إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون له نظام خاص مستقل عن أحكام القانون الدّاخلي،إذ لا يمكن تطبيق القواعد الموضوعية الواردة في القانون الدّاخلي لوجود عنصر أجنبي إلاّ بعد إستشارة قاعدة الإسناد التي تحدّد القانون الواجب التّطبيق، على أنّ هذه القاعدة تختلف من دولة لأخرى، فيتم تحديدها إمّا على أساس ضابط الجنسية وإمّا على أساس ضابط الموطن، كما لا يمكن الدّفع بالغش نحو القانون في حالة تغيير الدّيانة إلى الإسلام ذلك حفاظا على النّظام العام الإسلامي.

كما خلصنا إلى أنّ معظم جوانب نظرية الغش نحو القانون معروضة لآراء الفقهاء بداية من مفهومها فلا وجود لأي تعريف في النّصوص القانونية ولم يبيّن لنا أي قضاء ما هو نطاقها أو أساسها القانوني وإذا إنتقلنا إلى الشروط لم تحدّد لنا التشريعات كيفية التّمسك بالغش نحو القانون كما نجد خلاف حاد في الجزاء المترتب عليه، فالقاضي عندما يعرض عليه النّزاع في هذا الدّفع وأشارت قواعد الإسناد في قانونه بإختصاص قانون أجنبي فلا يطبق هذا القانون بصورة آلية،بل عليه فحصه أوّلا فيتّضح لدى قاضي النّزاع أثناء فصله في النّزاع المطروح عليه قد نشأ عن طريق غش أطراف العلاقة القانونية وتلاعبهم بقاعدة التّنازع نتيجة قيامهم بتغيير في ضوابط الإسناد، بغية الإفلات من أحكام القانون المختص أصلا بحكم هذه العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، فيقوم القاضي بإستبعاد هذا القانون وإعادة الإختصاص المختص أصلاّ، وذلك إعمالا لنظرية الغش نحو القانون.

كما نجد نظرية الغش نحو القانون تعترضها صعوبات بالغة أبرزها صعوبة وضع مفهوم ثابت لهذه الأخيرة، كونها تعتمد على توافر نيّة التّحايل فهي مسألة وجدانية يصعب إثباتها، وهذا أدّى إلى إعطاء سلطة تقديرية واسعة للقاضي في تقدير توافر نيّة التّحايل من عدمه، وهو أمر جد صعب لتعلّقه بمسألة نفسية داخلية، وهذا قد يؤدّي إلى الوقوع في الخطأ، وعلى القاضي أن يتوخى الحذر أثناء تقديره لتوافر نيّة الغش، لكن يمكن القول أنّ هذه السّلطة التقديرية دائما خاضعة لرقابة المحكمة العليا، وهذا يعطي ضمانة حقيقية لعدم وقوع القاضي في ميولاته الشّخصية وبهذا الأمر يبعد علينا كل التّفوقات في تشكيل سلطة تحكمية في يد القاضي.

كما نجد عدة أنماط للّتحايل وذلك حسب المجال الّذي يرى الفرد فيه الوصول إلى مبتغاه وتغيير القانون الواجب التّطبيق كما تحمي نظرية الغش نحو القانون القواعد الموضوعية في قانون القاضي إذا كان هو القانون المتحايل على أحكامه، أو حماية قواعد الإسناد فيه إذا كان قانون المتحايل على أحكامه هو قانون أجنبي بإعتبار أنّ تلك القواعد هي من أشارت بإختصاصه فالمبالغة في اللّجوء إلى التّحايلات حتما سيؤدي إلى الإخلال في التّوازن المشترك بين النظم القانونية التي تهدف لتحقيق التّنازع. تعتبر نظرية الغش نحو القانون نظرية قائمة بذاتها مستقلّة فهي خارجة عن معظم إقتراحات الفقهاء.

كما تثير نظرية الغش نحو القانون مشكلة الشروط المتمسك بها للدّفع بالغش نحو القانون، فهناك من نادى على شرطين متفق عليها والبعض الآخر نادى على ثلاث شروط مختلف عليها ولكنّها دائما تبقى النّتيجة للأغلبية وذلك أنّ الشرطين المتمسك بها للدفع بالغش نحو القانون هو التّغيير الإرادي لضابط الإسناد وتوافر نيّة التّحايل.

إنّ المجال الرئيسي لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي هو ميدان الأحوال الشّخصية ويعود ذلك للإختلاف الظّاهر بين مختلف الأنظمة القانونية المنظمة له، وأنّ هذه الأخيرة تعتمد على ضابطي الجنسية والموطن وهما من أكثر الضّوابط الّتي تدخل إرادة الأفراد في إختيارها. كما نجد إعامله في باقي المحالات متى تمّ التّلاعب بضابط الإسناد وهذا في الحالة التي يكون للإرادة دور في ذلك فيتم إعمال الدّفع بالغش نحو القانون.

يترتب على نظرية الغش نحو القانون أثران مهمان فهناك إختلاف فقهي كبير حول مدى الأثر السلبي الإستبعاد، والأثر الإيجابي وهو القانون المختص أصلاّ لولا التّحايل.

من خلال الإستنتاجات التي توصلنا إليها نقدم بعض التّوصيات :

ضرورة إعطاء تعريف خاص وشامل لنظرية الغش نحو القانون.

على كل تشريعات القانون الدولي الخاص إزدياد وضع نصوص قانونية فيم يخص نظرية الغش نحو القانون فهذا يؤدي إلى عدم الخضوع لآراء الفقهاء فيم يخص الأساس و النّطاق وشروط التّمسّك بها .

كما يجب تحديد الجزاء المترتب على نظرية الغش نحو القانون و الفصل فيه.لانّ نظرية الغش نحو القانون تعتبر من المسائل المهمّة والحساسة رغم ندرة حدوثها مادام أنّ التجارة اصبحت حرة بين أغلب الدول، فالعالم اصبح قرية صغيرة فلابد من معالجته بنصوص تشريعية.

أمّا فيم يخص المادة24 من القانون المدني الجزائري، فنجد فيها نقص واضح فلم تتطرّق إلى بعض الإقتراحات التي يمكن أن تثار أمام القاضي المطروح عليه النّزاع، ولم يفصل في جوانبها ولم يعطي لها أي تعريف، فعلى المشرّع الجزائري التّفطن لهذا النّقص الذي يعتري هذه المادة و القيام بإعادة صياغتها وذلك من خلال رسم الحدود و الضوابط التي قد تواجه القاضي في هذا المجال.

نتأسّف كثيرا لأنّ ما توصلنا إليه في بحثنا كليّا يعود جله إلى أغلبية آراء الفقهاء فلم تحط على هذه النّظرية نصوص قانونية كثيرة تشير إليها ولا نعرف إن كان هذا تضييقا أم سهوا لنظرية الغش نحو القانون، فحبّذا في المستقبل أن يتم التّطرق إلى الإطار القانوني لنظرية الغش بنصوص قانونية وهذا طبعا يسهل الأمور على القضاة فحينئذ لا حاجة إلى سلطتهم التّقديرية.

قائمة المراجع

أولا – باللّغة العربية

I- الكتب

1. إسعاد محند، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1998.

2. أشرف وفاء محمد، المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، جامعة القاهرة،2002

3. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر،2008.

4. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة،2005.

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

6. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر،2005.

7. سامي بديع منصور، أسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2009.

8. صلاح الدّين جمال الدّين، القانون الدولي، الجنسية، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2008.

9. عامر محمد الكسواني، موسوعة القانون الدولي الخاص1، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان، 2010 .

10.عز الدّين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، في تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوليين، الطبعة التاسعة، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة، 1986.

11.عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

12.علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

13.غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، دار الثقافة ،عمان،2011.

14.فضيل نادية ، الغش نحو القانون، دار هومة ، الجزائر،2005.

15.فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر،2001.

16.ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص والمقارن، الجزء الأول، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، عمان،1998.

17.ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان،2005.

18.الهدّاوي حسن ، القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الطبعة السادسة، دار الثقافة، عمان، 2011.

19.هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، الجنسية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2000.

20.هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، 2003.

II- المذكرات الجامعية

1. بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستر في الحقوق، ،دراسة مقارنة، جامعة سطيف،2014.

2. فضيل نادية، الغش نحو القانون، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1984.

III- المقالات

-عبد الرسول كريم أبو صبيع، "أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد"، مجلة مركز دراسات الكوفة،المجلد01، العدد،19.2010.ص ص.91-94.

IV- النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الوطنية

-أمر رقم75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة1975، يتضمن القانون المدني، ج.رج.ج. عدد78 صادر في30 سبتمبر 1975،معدّل ومتمم، أنظر الموقع الإلكتروني www.joradp.dz

ب- النصوص القانونية الأجنبية

- مجلة القانون الدولي الخاص التونسي : www.ar.jurispedia.org/index

- قانون عدد 97 لسنة 1998 مؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار القانون الدولي الخاص التونسي.

V- الوثائق

-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بباريس،بتاريخ10 ديسمبر 1948، أنظر الموقع الإلكتروني: www.un.org

ثانيا -باللغة الفرنسية

I. Ouvrages

1. Bernard Audit, Droit International Privé, 4ème édition, Economica, Paris, 2006.
2. Jean Dérupe, Droit International Privé, 8ème édition, Dalloz, Paris.1988.
3. Henri Batiffol, Paul Lagarde, Droit International Privé, septième édition.Tom1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981.
4. Issad Mohand, Droit International Privé, Les règle de conflits, office des publions universitaire, Alger, 1980.

II. Textes juridiques

Code civil français : www.legifrance.gouv.fr.

الفهرس

مقدمة..... 01

الفصل الأول

مضمون قاعدة الغش نحو القانون في إستبعاد تطبيق القانون الأجنبي..... 04

المبحث الأول : ماهية الغش نحو القانون..... 05

المطلب الأول: تطور فكرة الغش نحو القانون..... 06

الفرع الأول: نشأة فكرة الغش نحو القانون..... 06

الفرع الثاني: المعالجة القضائية لنظرية الغش نحو القانون..... 08

الفرع الثالث: تعريف الغش نحو القانون..... 11

المطلب الثاني: طبيعة الغش نحو القانون..... 13

الفرع الأول: الغش نحو القانون من صور التعسف في إستعمال الحق..... 13

الفرع الثاني: الغش نحو القانون من تطبيقات الدفع بالنظام العام..... 14

الفرع الثالث: الغش نحو القانون صورة من صور السبب غير المشروع..... 16

الفرع الرابع: الغش نحو القانون نظرية مستقلة بذاتها..... 17

المبحث الثاني: مجالات الغش نحو القانون..... 18

المطلب الأول: عناصر التحايل على القانون..... 19

الفرع الأول: الغش بواسطة تغيير في طائفة الإسناد..... 19

الفرع الثاني: التغيير بواسطة ضابط الإسناد..... 20

الفرع الثالث: الغش بواسطة تغيير الإختصاص القضائي الدولي..... 21

المطلب الثاني: تطبيقات فكرة الغش نحو القانون..... 22

الفرع الأول: الغش نحو القانون في مسائل الأحوال الشخصية..... 22

الفرع الثاني: الغش نحو القانون في الإلتزامات التعاقدية..... 24

الفرع الثالث: الغش نحو القانون في مسائل الحقوق العينية..... 25

الفصل الثاني

إعمال الدفع بالغش نحو القانون لإستبعاد تطبيق القانون الأجنبي..... 27
المبحث الأول: شروط الدفع بالغش نحو القانون..... 28
المطلب الأول: الشروط المتفق عليها..... 29
الفرع الأول: التغيير الإرادي لضابط الإسناد(عنصر مادي)..... 29
أولا: أن يكون التغيير فعليا..... 30
ثانيا: أن يكون إراديا..... 31
ثالثا: أن يكون التغيير مشروعا..... 31
الفرع الثاني: توافر نية الغش..... 34
المطلب الثاني: الشروط المختلف عليها للدفع بالغش نحو القانون..... 36
الفرع الأول: الضرر المترتب على الغش نحو القانون..... 36
الفرع الثاني: أن يكون الغش نحو القانون موجه للقواعد الآمرة و قانون القاضي..... 37
المبحث الثاني: فعاليات الغش نحو القانون..... 39
المطلب الأول: نطاق الدفع بالغش نحو القانون..... 40
الفرع الأول: نطاق الدفع بالغش من حيث القاعدة المتهرب منه..... 40
الفرع الثاني: نطاق الدفع بالغش من حيث القانون المتهرب من أحكامه..... 41
المطلب الثاني: جزاء الغش نحو القانون..... 43
الفرع الأول: الأثر السلبي(إستبعاد القانون الذي أسند له الإختصاص)..... 43
أولا: عدم نفاذ النتيجة فقط..... 43
ثانيا: عدم نفاذ كل من الوسيلة و النتيجة..... 45
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي(تطبيق القانون المختص أصلا و الذي قصد الأطراف التّهرب من أحكامه..... 48
خاتمة..... 51
قائمة المراجع..... 52
الفهرس..... 54

ملخص عن المذكرة باللغة العربية

يعتبر الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص من المسائل المهمة دوليا يعود ذلك لتشابك العلاقات بين الأفراد، فقد يتعمد الأطراف لتلاعب بضابط الإسناد والإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة القانونية، فيتم سد الطريق أمامهم بإعمال نظرية الغش نحو القانون فهدف هذه الأخيرة هي حماية مجتمع دولة القاضي.

Résume du mémoire en langue française

La fraude à la loi est l'une des questions importantes en droit international privé en raison de la complexité des relations entre les individus.

En effet, certains différends ont tendance à choisir la règle de rattachement pour échapper aux règles applicables ainsi le chemin sera barrée devant eux par l'application de la théorie de fraude à la loi qui a pour but la protection des bases de la société du juge de for.