Dirassat & Abhath
The Arabic Journal of Human and Social Sciences

مجلة دراسات وأبحاث
المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية

EISSN: 2253-0363
ISSN : 1112-9751

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون

Exclusion of foreign law enforcement due to fraud towards law

داودي صحراء daoudi sahra
جامعة زيان عاشور الجلفة Ziane Achour University
daoudisahar86@gmail.com

تاريخ الاستلام : 2020-04-14 تاريخ القبول : 2020-06-23

ملخص:

يستبعد تطبيق القانون الأجنبي في حالتين ، الحالة الأولى إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر و الحالة الثانية إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ، وهذا طبقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري فقرة أولى ، ولقد تناولنا في هذه الدراسة الحالة الثانية و هي الغش نحو القانون.

هذا الدفع لم ينص عليه المشرع الجزائري إلا بعد صدور القانون 05-10 المؤرخ في 20جوان 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني، ولقد أحسن المشرع الجزائري عملا لما نص صراحة على هذا الدفع، خلافا لكثير من التشريعات التي لم تتناول الموضوع رغم أهميته.

كلمات مفتاحية: القانون الأجنبي ، النظام العام، الغش، القانون المدني، الآداب العامة .

Abstract :

The application of foreign law is excluded in two cases, the first case if it is contrary to public order or public morals in Algeria and the second case if it is proven to him jurisdiction by fraud towards the law, and this is according to Article 24 of the Algerian Civil Code first paragraph, and we have examined in this study the second case which is Fraud towards law.

This payment was not stipulated by the Algerian legislator until after the promulgation of Law 10-10 of June 20, 2005 amending and supplementing the Civil Code. The Algerian legislator has done a good job according to what is explicitly stipulated in this payment contrary to many legislations that did not address the issue despite its importance

Keywords: law; public order; fraud; civil law; public morals.

1. مقدمة:

تسترشد كل قاعدة إسناد بضابط معين يشير إلى القانون الواجب التطبيق، وهناك جانب من هذه الضوابط قابل للتغيير وفقا لإرادة الأفراد ، ومن هنا فإن من المتصور أن يعمد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد لمجرد التوصل إلى تطبيق قانون معين والتهرب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا[1].

والتغيير الحادث في ضابط الإسناد مشروع في حد ذاته ، ذلك أن لكل فرد الحق في تغيير جنسيته، أو بلد إبرام التصرف، وإنما كل ما في الأمر هو أن استخدام هذه الوسيلة المشروعة قد قصد به التوصل إلى هدف غير مشروع ، هو التحايل على أحكام قانون معين[2].

فقد يكون مثلا قانون جنسية الزوج لا يتيح له الطلاق أو التطليق، فيعمد هذا الزوج إلى تغيير جنسيته لكي يتوصل إلى تطبيق قانون يسمح له بالطلاق ، كذلك فقد يستلزم قانون دولة معينة شكلا خاصا لإبرام الزواج ، فينتقل الطرفان إلى دولة أخرى تهربا من هذا الشكل [3].

والملاحظ في شأن هذين المثالين أن التغيير الذي يقوم به الأفراد في ضابط الإسناد لم يقصد لذاته ، وإنما قصد به أساسا الإفلات من أحكام قانون معين ، فالتغيير يهدف إذن إلى التحاليل على أحكام قانون ما ، وهو ما درج الفقه على تسميته بالغش نحو القانون Fraude à la loi [4].

وعليه يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة[5].

كما عرفه بعض الفقهاء بأنه مناقضة قصد المشرع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة ،[6] كما عرفه البعض الآخر بأنه اتخاذ تدابير إرادية حقيقية ولو عن غير عمد لإيجاد مركز يتفق وحرفية القانون ولكن يهدر الغرض منه ، وعرفه البعض بأنه ينحصر في الوسائل التي يتخذها الأشخاص الخاضعون لقواعد قانونية آمرة أو ناهية لتجنب هذه القواعد باستخدام القواعد القانونية الأخرى التي يتوقف تطبيقها على إرادتهم مع الانحراف بها عن معناها الحقيقي [7].

فإذا تحقق التحايل على الوجه السالف ، فهل يستبعد تطبيق القانون الذي سعى الأفراد إلى أعمال أحكامه؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لمشكلة الغش نحو القانون إلا بعد صدور القانون 05- 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.[8]

حيث نصت المادة 24 فقرة أولى من القانون المدني على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر ، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

وعليه فإنه على القاضي الجزائري طبقا لنص المادة 24 من القانون المدني لما يجد أن القانون الأجنبي قد ثبت له الاختصاص وفقا لقواعد الإسناد في قانونه بواسطة الغش نحو القانون أن يقوم باستبعاده.

وقد أخذت بفكرة الغش نحو القانون كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي بعض التشريعات، ولم تعتد بها تشريعات أخرى، في حين اكتفت تشريعات أخرى بإعمال آثارها دون النص عليها صراحة، باعتبارها من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص[9].

استعنا في ورقتنا البحثية على المنهج الوصفي التحليلي و سنحاول الإجابة على الإشكالية المطروحة من خلال استعراض نشأة نظرية الغش نحو القانون (أولا) ، ثم شروط الدفع بالغش نحو القانون (ثانيا)، ونتطرق بعد ذلك لأساسه القانوني (ثالثا). ونتناول في الأخير جزاء الغش نحو القانون(رابعا).

2. نشأة نظرية الغش نحو القانون

عرف الغش نحو القانون منذ عهد بعيد، ففي العهد الذي كانت فيه فرنسا مقسمة إلى مقاطعات تطبق كل منها عرفا خاصا بها، كان العرف في مقاطعة نورماندي يقضي بأن النظام المالي بين الزوجين هو نظام الدوطة بينما كان النظام المالي السائد عرفا بمقاطعة باريس هو نظام الاشتراك القانوني ، ولذلك فقد كان المقبلان على الزواج ينتقلان إلى باريس ويتزوجان هناك حتى يخضع نظامهما المالي للاشتراك القانوني ثم يعودان إلى نورماندي.

وقد عرف الفقهاء الهولنديون الغش نحو القانون كما عرفه الفقهاء الفرنسيون في القرن الثامن عشر [10]، ولكن الغش نحو القانون لم يتبلور في قالب نظرية إلا بعد منتصف القرن التاسع عشر إذ تناوله الفقه بالبحث بصدد قضية شهيرة عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية الأميرة "دي بوفورمون".

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي "دي بوفورمون" واكتسبت الجنسية الفرنسية بناءا على ذلك . وفي سنة 1874 حدث بينهما انفصال جسماني فأرادت بعد ذلك الطلاق منه ، فوقفت أحكام القانون الفرنسي- وهو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة وفقا لقواعد الإسناد بوصفه قانون الجنسية - عقبة تحول دون إمكان تحقيق رغبتها هذه نظرا لأن القانون الفرنسي لم يكن يسمح بالطلاق في ذلك الوقت (قبل سنة 1884).

وإزاء ذلك لجأت الزوجة إلى تغيير جنسيتها فتجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية "سايكس التمبورج" saxe ''altembourg '' التي يسمح قانونها بالطلاق. واستطاعت بذلك أن تحصل على الطلاق من زوجها الأمير الفرنسي، وتزوجت بأمير روماني يدعى "بيبسكو" ''Bibesco '' وأقامت معه في فرنسا.

وحدث بعد ذلك أن رفع زوجها الأول دعوى طالب فيها ببطلان الزواج الثاني بناءا على أن تجنس الزوجة كان يهدف إلى الغش نحو القانون، ومن ثم فلا يعتبر الطلاق صحيحا، وبالتالي يبقى الزواج الأول قائما.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول، واستندت في قضائها إلى فكرة الغش نحو القانون، إذ أن تغيير السيدة المذكورة لجنسيتها قد قصد به أساسا التحايل على أحكام القانون الفرنسي الذي يحظر الطلاق وانتهت المحكمة بذلك إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزوجية أولى قائمة.[11] ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بنظرية الغش نحو القانون.[12]

3. شروط الدفع بالغش نحو القانون

أجمع الفقه على ضرورة توافر شرطين أساسيين للتمسك بالغش نحو القانون وهما إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد وتوافر نية الغش نحو القانون.وهناك فقهاء آخرون أضافوا شروطا أخرى.

3. 1. إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد:

يشترط للتمسك بالدفع بالغش نحو القانون أن يقوم الغاش بتغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق.

ومن الضوابط التي تقبل التغيير ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية، فيقوم الشخص بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة لكونه يفرض مانعا يقف دون تحقيق مآربه ، وقد رأينا كيف أن الأميرة "دي بوفرمون" للتهرب من أحكام قانون جنسيتها التي تمنع الطلاق قامت بتغيير هذه الجنسية واكتسبت جنسية إحدى الدويلات الألمانية التي تسمح لها بالطلاق.[13]

وضابط الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي هو أيضا من الضوابط السهلة التغيير، بل أن تغيير الموطن أسهل من تغيير الجنسية.[14]

أما البلدان التي ترتبط فيها الأحوال الشخصية بالدين، كما في البلدان الإسلامية يحدث الغش نحو القانون بتغيير الدين.[15]

وضابط موقع المال بالنسبة للمنقولات هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، فيقوم الشخص بتغيير موقع المنقول بنقله إلى بلد آخر ليفلت من أحكام قانون البلد الأول.[16]

أما بالنسبة إلى العقار فإن الغش نحو القانون غير متصور لأن القانون الذي يسري بالنسبة إلى العقار هو قانون موقعه ولا يمكن تغييره.[17]

والجدير بالذكر أن تغيير ضابط الإسناد لا يكفي لوحده، بل ينبغي أن يكون هذا التغيير إراديا ، بمعنى أن يكون للإرادة دور في عملية التغيير ، ولذلك فانه لا يعتد بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد بشكل لايد للفرد فيه ، كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم[18] .

ويشترط أيضا أن يكون التغيير فعليا. فلو كان تغيير ضابط الإسناد صوريا، لما كنا في حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون. إذ يكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير. فإذا غير الشخص من موطنه تغييرا صوريا، فإن العبرة في هذه الحالة بالموطن الحقيقي.[19]

ومن جهة أخرى فانه يشترط أن يكون التغيير مشروعا. فلو كانت الوسيلة المستخدمة في التغيير غير مشروعة، كأن يتم تغيير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية ، فإنه لا يجوز الاعتداد في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش، وتكون العبرة بالجنسية الأولى.[20]

ففي مثل هذه الحالة لا حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، لأن الغش لا يمكن إعماله إلا إذا تعذر الحصول على جزاء آخر ، أي أنه وسيلة احتياطية ، بينما الوسيلة غير المشروعة لها جزاؤها الخاص في القانون ، فيكفي فقط إثبات عدم صحة هذه الوسيلة التي لجأ إليها الغاش. لذلك يقول

"نيبوابيه" و"لويس لوكا" أن الغش له دور احتياطي يتمثل في أنه عندما يتعذر إبطال التصرف طبقا لأي قاعدة قانونية يلجأ إلى فكرة الغش نحو القانون ، فهو عبارة عن علاج أخير Remedium ultimium.[21]

3. 2. نية التحايل أو الغش نحو القانون:

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد للقول بأن هناك غشا نحو القانون وإنما ينبغي أن يكون هذا التغيير مقترنا بنية الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا[22].

وللقاضي سلطة التقصي عن نية الغش واستظهارها من خلال الوقائع المطروحة أمامه ، واستخلاص هذه النية من ظروف الدعوى هو من مسائل التي تخضع لتقدير القاضي، وتفلت بذلك من رقابة المحكمة العليا[23].

ومهمة القاضي في هذا السبيل ليست يسيرة في جميع الحالات وهذا ما دعى بعض الفقهاء إلى عدم التسليم بفكرة الغش نحو القانون في مجال التنازع. غير أن هذه الصعوبة لم تمنع الفقهاء عن الأخذ بهذه الفكرة[24].

فقد ثبت أنه بالإمكان الكشف عن هذه النية في كثير من الحالات منها:

-التلازم الزمني بين إجراء التغيير في ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد كما لو تجنس شخص بجنسية جديدة وقام فور تجنسه بالحصول على الطلاق الذي لم يكن قانون جنسيته الأول يسمح به (قضية الأميرة دي بوفرمون).

-أن يكون القانون الذي يؤدي تغيير ضابط الإسناد إلى تطبيقه من القوانين التي تعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية. فبعض التشريعات كتشريع ولاية نفادا Nevada بالولايات المتحدة الأمريكية، والتشريع المكسيكي يسمح بالطلاق لأي سبب من الأسباب حتى ولو كان قانون جنسية الأفراد أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح بذلك، ودون البحث عن كون طالب الطلاق مقيما بإقليم هذه الدولة. ثم يذهب إليها الغاش خصيصا للحصول على الطلاق. فإذا ما قام الأفراد بتغيير ضابط الإسناد، كما لو غيروا موطنهم للتوصل إلى تطبيق مثل هذه القوانين، فانه يستفاد من ذلك توافر نية الغش.

-إذا كان قانون القاضي لا يجيز لهذا الأخير تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه إلا إذا تمسك أطراف العلاقة بتطبيقه، في هذه الحالة قد يعمد الأطراف إلى السكوت وعدم إثارة تطبيق القانون الأجنبي حتى يتسنى لهم الحصول على مركز يكون محظورا في القانون الأجنبي كالطلاق مثلا، فيتحقق الغش نحو القانون لمجرد السكوت عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.[25]

3. 3. أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو قانون القاضي:

اتجهت أحكام القضاء الفرنسي في البداية إلى قصر إعمال نظرية الغش نحو القانون على الأحوال التي يتهرب فيها الشخص من أحكام القانون الفرنسي.[26]

حيث عابت محكمة النقض الفرنسية في قضية "مانشيني" سنة 1929 على قضاة الموضوع على أنه ليس من صلاحياتهم انتقاد الأعمال الإدارية للسلطات الفرنسية التي منحت الجنسية الفرنسية بالتجنس قصد الحصول على التطليق في الوقت الذي كان فيه القانون الايطالي لا يبيحه (قبل قانون 1974) ، وقبل ذلك أقرت نفس المحكمة سنة 1922 صحة طلاق السيدة "فيراري" طبقا للقانون الفرنسي مع أنها استرجعت جنسيتها بهدف التحايل على القانون الايطالي والحصول على حكم بالطلاق[27].

وقد أيد جانب كبير من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه واشترط أن يكون القانون الذي يريد الشخص الإفلات من أحكامه هو قانون القاضي ، أما إذا كان قانون أجنبي فلا مجال للدفع بالغش نحو القانون في مواجهته، ذلك أن مهمة القاضي هي حماية القانون الأجنبي.[28]

وقد انتقد الفقه الحديث هذا الاتجاه، مؤكدا على العكس ضرورة إعمال نظرية الغش سواء كان المقصود هو التهرب من أحكام القانون الوطني أو كان المقصود هو الإفلات من أحكام قانون أجنبي.

ويرى جانب من أنصار هذا الاتجاه الحديث أن الدفع بالغش نحو القانون يستند على اعتبارات خلقية يستوي في شأنها أن يكون التحايل قد قصد به التهرب من أحكام قانون القاضي أو التهرب من أحكام قانون أجنبي .[29] كما أن التحايل على القانون الأجنبي في حقيقته تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي.[30]

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه، فقد أعمل مثلا الغش نحو القانون في الأحوال التي يكون التهرب من أحكام القانون الأجنبي قد تم لصالح قانون أجنبي آخر.[31]

وما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية "Munzer" أنه من بين شروط إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي شرط غياب كل غش نحو القانون.

و هذه العبارة تشمل الغش نحو قانون القاضي و الغش نحو القانون الأجنبي.[32]

وقد أحسن المشرع الجزائري عملا لما نص صراحة على وجوب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، حيث نصت المادة 24 من القانون المدني فقرة أولى على ما يلي " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة..... إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش القانون"

يستفاد من سياق هذه المادة أنها جاءت عامة ومطلقة ولم تشترط لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يكون القانون الذي يريد الشخص التهرب من أحكامه هو القانون الجزائري، وبالتالي يمكن أعمال فكرة الغش نحو القانون سواء كان القانون الذي قصد الشخص التهرب من أحكامه هو القانون الجزائري أو كان المقصود هو الإفلات من أحكام قانون أجنبي.

3. 4.أن تكون الأحكام التي يريد الشخص التهرب منها آمرة:

يرى بعض الفقهاء أن الغش نحو القانون لا يتحقق إلا إذا كانت أحكام القانون الذي يريد الشخص أن يتهرب منها آمرة ، أما إذا كانت مكملة فلا يتحقق الغش لأن القواعد المكملة هي قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ، فلا يتصور بالتالي التهرب منها.[33]

غير أن الفقه الغالب يرى أن الغش نحو القانون يتحقق حتى في الحالات التي يريد فيها الشخص التهرب من أحكام القواعد المكملة، بل أن هذه القواعد يسهل حدوث الغش فيها، لأن المتعاقدين لهما مسبقا حرية مخالفتها ، فقد يحدث الغش إذا تعذر الاتفاق بين المتعاقدين حيث لا تكون أمام المتعاقد الذي يريد الإفلات من حكم القاعدة المكملة سوى التحايل بتغيير ضابط الإسناد ما دام هذا التغيير ممكنا، كأن يغير موقع المنقول للتهرب من أحكام قانون الموقع الأول إذا كان هذا الأخير لا يتفق مع مصالحه فيما يتعلق بترتيب الأثر العيني. فقد يعمد البائع مثلا إلى نقل المبيع إلى دولة لا يرتب قانونها على عقد بيع المنقول في ذاته أي أثر عيني بل يستلزم التسليم كشرط لانتقال الملكية للمشتري، فيهدف البائع من وراء ذلك إلى إنكار الحق العيني الذي يرتبه قانون الموقع الأول للمشتري على المبيع، وهو الحق الذي ما كان يمكن تعليقه على شرط التسليم بغير اتفاق المتعاقدين ومن هنا تبدو أهمية إعمال نظرية الغش نحو القواعد المكملة في قانون الموقع الأول[34].

3. 5. أن يترتب على الغش نحو القانون ضرر:

يشترط بعض الفقهاء للدفع بالغش نحو القانون أن يحقق مرتكب الغش ما كان يهدف إليه من تحقيق نتيجة غير مشروعة ويلحق ضررا بالطرف الأخر.

فمثلا تجنس الأميرة "دي بوفورمون" بالجنسية الألمانية بقصد الإفلات من حكم قانون جنسيتها الأولى الذي يحظر الطلاق ، قد ترتب عليه بالفعل تمكنها من الحصول على الطلاق ثم زواجها بزوج آخر ، وهو ما يشكل إضرارا بمصالح الزوج الأول، الذي لم يتردد نتيجة لذلك في المطالبة أمام القضاء الفرنسي ببطلان الزواج الثاني.

غير أن هناك بعض الفقهاء يكتفون بتوافر قصد الغش ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة من وراءه. فإذا كانت الأميرة المذكورة قد لجأت إلى القضاء الفرنسي ابتداء لتطالب بالتطليق من زوجها الأول إعمالا لقانون جنسيتها الجديدة ، لأمكن لزوجها في هذا الفرض بدوره أن يتمسك بالدفع بالغش نحو القانون رغم أن النتيجة التي تسعى إليها الزوجة وهي الحصول على الطلاق لم تتحقق بعد.[35]

4.أساس الغش نحو القانون

اختلفت أراء الفقهاء حول الأساس القانوني للغش:

فذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن نظرية الغش ليست سوى صورة من صور النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق. فوفقا لهذه النظرية يكون هناك تعسف في استعمال الحق لما يكون للشخص حق فيستعمله استعمالا غير مشروع. ويكون الاستعمال غير مشروع إذا كانت المصالح التي يريد الشخص تحقيقها غير مشروعة.

ونجد نفس الشيء في نظرية الغش نحو القانون، فللشخص الحق في تغيير جنسيته أو في تغيير موطنه، غير أن استعماله لهذا الحق قد يكون لتحقيق مصلحة غير مشروعة وهي على سبيل المثال الحصول على حق يرفض منحه له القانون المختص أصلا بحكم العلاقة.

فالملاحظ أنه في كلتا النظريتين يكون للشخص الحق في استعمال حقه إلا أنه يستعمله لتحقيق مصلحة غير مشروعة[36]

وقد اعترض على هذا الرأي على أساس أن إعمال المبادئ العامة في التعسف في استعمال الحق قد يؤدي بالقاضي إلى الحكم بالتعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على أساس المسؤولية التقصيرية، في حين أن نظرية الغش نحو القانون تهدف أساسا إلى تحقيق نتيجة محددة هي استبعاد أحكام القانون المختص بناءا على ضابط الإسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصا بحكم النزاع أصلا ، والذي سعى الخصم إلى التهرب من أحكامه بتغيير ضابط الإسناد[37] وأرجع جانب آخر من الفقهاء الغش نحو القانون إلى نظرية الصورية في القانون المدني.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن الفرق بين النظريتين واضح، 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 ظاهر حقيقي، ولكن الغرض منه غير مشروع، أي أن الإرادة الظاهرة فيه إرادة حقيقية لا تستر إرادة أخرى[38].

ويرى جانب آخر من الفقهاء أن الدفع بالغش نحو القانون ليس سوى تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام. فإذا كان تغيير ضابط الإسناد قد قصد به الإفلات من الأحكام الآمرة في قانون القاضي ، فان تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة يشكل خرقا للنظام العام. ولهذا يتعين وفقا لهذا الرأي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة باسم النظام العام وإحلال قانون القاضي بدلا منه.[39]

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن فكرة النظام العام تختلف اختلافا أساسيا عن فكرة الغش نحو القانون. فاستبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام يقوم على تعارض مضمون هذا القانون مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي، ولو كان أطراف العلاقة حسني النية وليس لهم يد في اختيار القانون المستبعد،بينما الدفع بالغش نحو القانون أساسه هو أن نية التحايل فيه - التي أصطنع أطراف العلاقة بسببها اختصاص تشريعيا معينا للتهرب من القانون المختص أصلا- واضحة و بارزة .إضافة إلى ذلك أن الدفع بالنظام العام قاصر على استبعاد القانون الأجنبي لصالح قانون القاضي، في حين أن التمسك بالدفع بالغش نحو القانون قد يكون لصالح قانون القاضي أو لصالح قانون أجنبي آخر[40].

ولعل تسليم القضاء الحديث بجواز إعمال الدفع بالغش في حالة التهرب من أحكام القانون المختص وطنيا كان أم أجنبيا، لخير دليل على استقلال نظرية الغش عن فكرة النظام العام.[41]

وما يؤكد أيضا استقلال نظرية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام نص المشرع الجزائري صراحة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو انعقد له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

حيث نصت المادة 24 من القانون المدني في فقرتها الأولى على مايلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

إذن الغش نحو القانون هو دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي ويستقل عن الدفع بالنظام العام. ومن أجل ذلك فنحن نميل مع جانب من الفقه الحديث إلى الاعتراف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون .

فالدفع بالتحايل لا يقف عند حد الإطار الضيق لنظرية التعسف في استعمال الحق. وهو لا يرتبط من جهة أخرى بنظرية الصورية في القانون المدني، و لا بفكرة النظام العام . و إنما هو تطبيق لمبدأ عام وهو أن الغش يفسد كل أمر طبقا للمثل الروماني "fraus omnia corrumpit ".[42]

5. الجزاء المترتب على الغش نحو القانون

إذا كان الغش في ذاته عملا منافيا للقانون والأخلاق ، ويتعين إبطال كل أثر له ، إلا أن هذا القول فيه تجاوز في التعبير في نطاق القانون الدولي الخاص ، لأن جزاء الغش ينحصر في عدم نفاذ التصرف المشوب بالغش inopposabilité وليس إبطال العمل في ذاته . فليس من اختصاص القاضي الوطني أن يبطل تجانسا منحته حكومة أجنبية ، أو يعطل آثارا قررها قانون أجنبي على انتقال منقول إلى سيادته ، وانما يقرر عدم نفاذهما في اقليمه . وعليه يمكن القول بأن أثر الغش هو عدم النفاذ لا البطلان[43].

وما دام أن الغش يتمثل في استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غاية غير مشروعة فقد تساءل الفقهاء عن مجال عدم النفاذ ما إذا كان يشمل الوسيلة و الغاية ، أم أنه يشمل الغاية دون الوسيلة .

ذهب جانب من الفقهاء إلى القول أن أثر الغش لا يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الشخص من وراء تغيير ضابط الإسناد فقط ، بل أنه يتناول أيضا الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة . وبذلك لم يقتصر أثر الغش في قضية الأميرة "دي بوفورمون" والتي أشرنا إليها سابقا على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني من الأمير الروماني وذلك وفقا لقانون جنسيتها الجديدة (القانون الألماني) ، بل يتعين عدم الاعتداد بالتجنس بالجنسية الألمانية ، وهي الوسيلة التي ساعدت على الطلاق من زوجها الأول[44].

وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية الأميرة "دي بوفورمون" إذ اعتبرت هذه الأخيرة لا زالت في نظر فرنسا فرنسية ويعني ذلك أنها جعلت الجزاء يشمل الوسيلة والغاية[45].

ويتجه جانب آخر من الفقهاء إلى القول بأن أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص إلى التوصل إليها حينما قام بتغيير ضابط الإسناد دون الوسيلة. وعليه ففي قضية الأميرة"دي بوفورمون" يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني.أما تجنس الأميرة بالجنسية الألمانية يبقى منتجا لآثاره القانونية في خارج حدود القضية المطروحة.[46] وبناءا على ذلك فان أي نزاع مستقبلي يتعلق بأهليتها سيخضع لقانون جنسيتها الجديدة وهي الألمانية ،لأنها لم تقم بتغيير جنسيتها للتهرب من أحكام القانون الفرنسي بشأن الأهلية وإنما تهربت منه بشأن الطلاق والزواج الثاني.[47]

غير أن هذا الرأي منتقد لمجافاته للمنطق القانوني السليم إذ يؤدي إلى خلق أوضاع قانونية تنتج آثارا متناقضة . فالغاش يبقى خاضعا للقانون الذي تهرب من أحكامه بالنسبة للنتائج التي أراد تحقيقها بتغييره لضابط الإسناد ، وفي نفس الوقت يخضع لقانون جنسيته الجديدة بالنسبة للآثار الأخرى . وبالتالي فإن الأخذ بهذا الرأي لا يحقق إستقرار المراكز القانونية.[48]

لذلك ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن شمولية الجزاء للوسيلة والغاية معا لا يكون إلا بالنسبة للتصرفات القانونية مثل التجنس لأنه لايمكن الفصل فيها بين الغاية والوسيلة . أما بالنسبة للأعمال المادية مثل نقل منقول تهربا من القانون الواجب التطبيق أصلا فلا يمتد أثر الغش إلا إلى الغاية غير المشروعة . أما الوسيلة فلا يمكن أن يمتد إليها لأنه لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة . فلو فرضنا أن هذا المنقول قد تلف بعد نقله ، فلا يجوز أن تخضع المسؤولية عن تلفه للقانون

الذي ارتكب الغش نحوه لأنه انتقل من دائرة سلطانه ، ويجب أن يخضع لقانون الدولة التي انتقل إليها . والقول بخلاف ذلك يتضمن انكارا لحالة واقعية ثابتة هي وجود المنقول في إقليم الدولة التي انتقل إليها .[49]

6.خاتمة :

إن ختام ما يمكن أن نخلص إليه من خلال دراستنا هذا الموضوع أنه إذا كان للقاضي الوطني أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا تعارض مضمونه مع النظام العام أو الآداب العامة في دولة القاضي – و هذا ما تضمنته أغلبية التشريعات – فله كذلك أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي حتى لو لم يتعارض مضمونه مع الأسس الجوهرية في دولة القاضي،و ذلك إذا انعقد له الاختصاص عن طريق الغش نحو القانون .

و قد أحسن المشرع الجزائري عملا لما نص صراحة على هذا الدفع (الغش نحو القانون) و ذلك بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني من خلال المادة 24 فقرة أولى - خلافا لكثير من التشريعات التي لم تتناول الموضوع بشكل صريح رغم أهميته- و بهذا النص الصريح و الواضح تدارك المشرع الجزائري النقص الموجود في المادة 24 من القانون المدني و حسم الخلافات الفقهية لا سيما ما تعلق منها بعدم الاعتداد بهذا الدفع .

7.قائمة المراجع :

أولا : الكتب .

1) أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر، 2001.
2) الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية ، الجزء الأول، تنازع القوانين ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر، 2000.
3) علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية ، 2003 .
4) محمد المبروك اللافي ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجامعة المفتوحة،1994.
5) نادية فضيل ، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني ، دار هومة ، الجزائر، 2002 .
6) هشام علي صادق ، دروس في تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2003.

ثانيا : النصوص القانونية .

1) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20رمضان 1395 هجري الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم . الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، السنة 12 ، مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975.

2)قانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005 الموافق لـ 13 جمادى الأولى 1426 يعدل ويتمم الأمر 75-58 مؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم . الجريدة الرسمية، العدد 44 ، السنة 42 ، مؤرخة في 19 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 26 جوان 2005 .

3)القانون المدني المصري ، دار الكتب القانونية ،مصر، 2006.

7. هوامش:

[1]- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003، ص 211.

[2]- راجع المرجع السابق ، ص 212.

[3]-أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين، دار هومة ، الجزائر ، 2001، ص 187.

[4]-هشام علي صادق ، المرجع السابق ،211 .

[5]- أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ص 187.

[6]-الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية،الجزء الأول، تنازع القوانين،مطبعة الكاهنة ،الجزائر، 2000،ص 261.

[7] -على علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003 ، ص 159. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 261.

[8] -نصت المادة 24 من القانون المدني قبل التعديل على ما يلي: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر".نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري نص صراحة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، ولم ينص صراحة على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. ولكن بفهم منها ضمنا أنه أخذ بفكرة الغش نحو القانون باعتباره من القواعد الأساسية في القانون.

[9] - نص على الغش القانوني القانون الشيلي والسويسري واتفاقية لاهاي سنة 1930 كما أخذ به مشروع تعديل القانون المدني الفرنسي في المادة 57 منه التي تنص : "لايجوز التمسك بمركز قانوني نشأ طبقا لقانون أجنبي لم ينعقد اختصاصه إلا غشا نحو القانون الفرنسي".ولكن قوانين أخرى لم تعتد به من ذلك نص المادة 99 مدني أرجنتيني التي تقضي بسريان قانون محل إبرام الزواج عليه ولو كان الزوجان قد تركا موطنهما قصد تجنب أحكام الشكل المقرر في قانونهما. وكذلك تنص المادة 129 من المدونة الأمريكية بأنه خلافا لما هو منصوص عليه في المادتين 131، 132 إذا استوفى الزواج الشروط التي يتطلبها قانون محل إبرامه اعتبر صحيحا في كل مكان آخر ولو كان الزوجان قد أبرما الزواج في هذا المحل لقصد التهرب من الأحكام التي يتطلبها قانون موطنهما.أما القوانين العربية فلم تنص على الغش نحو القانون ولكن يفهم منها ضمنا أنها تأخذ به لأنه من المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص مثل القانون المصري (المادة 28 من القانون المدني)، القانون الليبي (المادة 28 من القانون المدني)، القانون السوري (المادة 30 من القانون المدني)، القانون العراقي (المادة 32 من القانون المدني).

[10] - علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 159- 160.

[11] -قرار محكمة النقض الفرنسية ، في 18 مارس 1878 أشار إليه: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 212-213. علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 160. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص ،262 الهامش الأول. أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 188.

[12] -قضت محكمة استئناف باريس في 2 ديسمبر 1966 بما يلي "يكون باطلا زواج فرنسي في الخارج من غير إنهاء سابق للزواج في فرنسا إذا تبين من الظروف أن الطرفين أو أحدهما قد قصد الغش نحو القانون الفرنسي المختص بحكم الموضوع".

كذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جوان 1958 في أحد القضايا باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بسبب الغش نحو القانون. أشار إلى هذين القرارين : الطيب زروتي ، المرجع السابق، ص 262 ، الهامش الثاني و الثالث .

[13] - أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 190.

[14] -نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 129. أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 190.

[15] -علي علي سليمان، المرجع السابق ، ص 160-161.

[16] - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 190.

[17] -علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 161.

[18] - أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 190-191

[19] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 214.

[20] -راجع المرجع السابق، ص 214.

[21] - نادية فضيل ، المرجع السابق، ص 130.

[22] -يقول الأستاذان "Batiffol et lagarde" بأن هناك غشا نحو القانون لما يكون تغيير القانون، عوض أن يكون مجرد نتيجة عادية لتغيير ضابط الإسناد، يكون هو الهدف المقصود من هذا التغيير.أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 191.

[23] -هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص 216.

[24] -أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 191.

[25] -انظر فيما تقدم: نادية فضيل، المرجع السابق، ص132-133.

[26] -هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص 216.

[27] -قراري محكمة النقض الفرنسية في : 5 فيفري 1929 و 6 جانفي 1922 أشار إليهما الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص266.

[28] -أعراب بلقاسم ، المرجع السابق، ص 192.

[29] -هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 217.

[30] - أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 193.

[31] -حكم محكمة السين في 14 ماي 1962 أشار إليه ، أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 193.

[32] -قرار محكمة النقض الفرنسية في 7 جانفي 1964 أشارت اليه:نادية فضيل ،المرجع السابق،ص 136 .أعراب بلقاسم ،المرجع السابق،ص 193.

[33] -أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194.

[34] -نادية فضيل ، المرجع السابق، ص 134-135.

[35] -هشام علي صادق ، المرجع السابق،ص 215.

[36] -أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 194-195.

[37] -هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص 219-220.

[38] -علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص 161.

[39] -هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص 220.

[40] -الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 269 .

[41] -هشام على صادق، المرجع السابق، ص 221.

[42] -هشام علي صادق ، المرجع السابق ،ص 221. نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص 137.

[43] -الطيب زروتي ، المرجع السابق ، ص269- 270.

[44]-محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي الدولي ،الجامعة المفتوحة ، 1994 ، ص 92. هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 221 – 222 .

[45] -أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 198 .

[46] -هشام علي صادق ، المرجع السابق ، ص 222 .محمد المبروك اللافي ، المرجع السابق ، ص 92 .

[47] -هشام علي صادق ، المرجع السابق، ص224.

[48]-أعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص198 .

[49] -علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص165 . أعراب بلقاسم ،المرجع السابق، ص199.