

الغش نحو القانون في تنازع القوانين

د. كichel كمال

جامعة أدرار

الملخص:

يعتبر ضابط الإسناد المعياري الذي يتحدد بناء عليه القانون الواجب التطبيق، وباعتبار أغلب ضوابط الإسناد قابلة للتغيير بإرادة الأفراد، فقد يلجأ هؤلاء إلى الغش أو التحايل على القانون بتغيير ظرف الإسناد بقصد نقل الاختصاص من قانون إلى قانون آخر يحقق مصلحة أكثر لهم.

وبناء عليه، اعتبرت التشريعات أن الغش نحو القانون مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص عن طريق التحايل أو الغش، معنى ذلك يؤدي إلى حرمان الأفراد من النتيجة غير المشروعة التي سعوا للوصول إليها مع بقاء ضابط الإسناد صحيحاً ومنتجاً لكامل آثاره الأخرى.

Résumé:

La multiplicité des systèmes juridiques fournit aux individus le moyen d'échapper à la loi qui leur est normalement applicable, en ce plaçant artificiellement sous l'empire d'une autre loi, dont la teneur convient mieux à leurs desseins.

Ordinairement, la fraude à la loi se manifeste extérieurement par une manœuvre conduisant à la modification de l'élément de rattachement.

La sanction de la fraude à la loi a pour objet la mise à néant de la situation créée grâce à la fraude. cela signifie que l'on tiendra pour avérée, non la situation voulue par le fraudeur et créée grâce à la manœuvre frauduleuse, mais la situation à laquelle au contraire le fraudeur a voulu échapper.

مقدمة:

تعتبر قواعد تنازع القوانين من حيث المكان الوسيلة المعتادة لتحديد القانون المختص بحكم المسائل الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي. وتضع هذه القواعد معياراً يسمى بضابط الإسناد، يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، غير أن ضوابط الإسناد التي جاء بها المشرع منها ما هو قابل للتغيير بإرادة الأفراد كالجنسية والموطن وموقع المال المنقول ومحل إبرام التصرف، ومنها ما لا يقبل ذلك مثل قانون موقع العقار وقانون محل وقوع الفعل الضار.

والملاحظ أن ضوابط الإسناد القابلة للتغيير بإرادة الأفراد، تفتح المجال أمام هؤلاء للتحايل، فيلجأون إلى تغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المال المنقول أو اختيار محل إبرام العقد لا لشيء إلا للإفلات من نصوص قانونية تتعارض مع مصالحهم، والخضوع للنصوص القانونية التي تحقق لهم تلك المصالح.

هذا التحايل هو ما يسمى في أوساط الفقه والقضاء بالغش نحو القانون، وهو موضوع يثير التساؤل حول أثر هذا التحايل أو الغش على القانون المختص بحسب الأصل بالفصل في النزاع.

وبهذا سوف نتناول هذا الموضوع بالدراسة من خلال دراسة الأسباب المؤدية إليه ومجال أعماله وشروطه، وكذلك الجزاء المترتب عليه.

المبحث الأول: ماهية الغش نحو القانون.

تحدد ماهية الغش نحو القانون من خلال البدء بتحديد الأسباب المؤدية إليه والحالات التي يتحقق فيها، (المطلب الأول)، ثم إظهار نشأة فكرة الغش نحو القانون في أوساط الفقه والقضاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد المقصود بالغش نحو القانون.

يتحقق الغش نحو القانون في مجال العلاقات الخاصة الدولية، فمثل هذه العلاقات يتنازع لحكمها قانونان أو أكثر، فتتولى قاعدة الإسناد الفصل في هذا التنزع بإسناد الاختصاص لأحد القوانين التي تتصل بالنزاع.

وتضع قاعدة الإسناد، لحل تنزع القوانين، معياراً يسمى بضابط الإسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، غير أن هذه الضوابط غالباً ما تكون قابلة بطبيعتها للتبدل والتغيير بإرادة الأطراف مثل ضابط الجنسية والموطن، لهذا فمن المتصور أن يعتمد الشخص تغيير ضابط إسناد معين لا شيء إلا للإفلات من قواعد قانون معين، يكون مفترض التطبيق في الأصل، والوصول إلى تطبيق أحكام قانون آخر يحقق له مصالحه الخاصة¹.

وبهذا فإن التحايل في مجال تنزع القوانين يرجع إلى الطبيعة الخاصة لبعض ضوابط الإسناد، ولعدم تماثل الأنظمة القانونية بين الدول². فيعمد ذوو المصلحة إلى التغيير في عناصر العلاقة القانونية، حتى يتجنبوا إخضاعها للقواعد الآمرة في قانون معين، بحيث تصبح وفقاً لقواعد الإسناد خاضعة لقانون آخر.

فطبيعة ضوابط الإسناد، والتي يتحدد بناء عليها القانون الواجب التطبيق، هي التي تسهل هذا التحايل على القانون، فيقوم الخصوم بتغيير

¹ B. AUDIT, la fraude à la loi, thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1976.

² سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004، ص180.

المادة الواقعية المكونة لضابط الإسناد، خاصة فيما يتعلق بالجنسية والموطن وموقع المال المنقول ومحل إبرام التصرف، لأن هذه الضوابط كلها قابلة للتغيير بإرادة الخصوم، فيكون لإرادتهما دور في تعيين القانون الواجب التطبيق¹.

وعلى العكس من ذلك، فإن التحايل غير ممكن التصور فيما يتعلق بضابط موقع العقار ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع، وكذلك بالنسبة للالتزامات التعاقدية التي ترتبط بقانون الإرادة المحدد في العقد².

فقد يعتمد الشخص إلى تغيير جنسيته حتى يفلت من القانون الذي لا يجيز الطلاق، ويتوصل إلى تطبيق قانون آخر يجيز له ذلك، كما قد يختار المتعاقدان محل إبرام التصرف، فينتقلان من بلد إلى بلد آخر للتهرب من أحكام قانون معين والخضوع لأحكام قانون آخر أكثر تساهلاً فيما يتعلق بشكل العقود، فيكون لإرادتها دور في تعيين القانون المحلي³.

وبالإضافة إلى ذلك، قد يقوم الشخص بتغيير موقع المنقول، للتهرب من أحكام قانون الموقع القديم والخضوع لقانون الموقع الجديد.

وتجدر الإشارة إلى أن التحايل على القانون لا يتحقق في جميع حالات تغيير ضابط الإسناد، وإنما فقط في الحالات التي تتم بنية التهرب من القواعد الآمرة في قانون معين، أي أن التغيير في ضابط الإسناد ليس مقصوداً

¹ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة التاسعة، 1986، ص 556-557.

² سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 181.

³ حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص 313.

لذاته وإنما فقط لما يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق بسوء نية، وهو ما يطلق عليه بالغش نحو القانون أو التحايل على القانون¹.

ويعتبر الغش نحو القانون مظهراً من مظاهر الصراع بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، بمعنى بين المصلحة العامة التي يراعيها المشرع عند صياغته للقواعد الموضوعية الآمرة، وكذلك عند وضعه قواعد تتنازع القوانين، في حين أن الأفراد يحاولون الإفلات من تلك القواعد تحقيقاً لمصالحهم الخاصة، لهذا أوجد المشرع وسيلة قانونية لتغليب كفة المصلحة العامة تتمثل في الدفع بالغش نحو القانون².

وفيما يتعلق بنطاق الغش نحو القانون، فهو محل خلاف فقهي، فيرى غالبية الفقه الفرنسي بأنه يقتصر على حالة تجنب الأحكام الآمرة في قانون القاضي دون القانون الأجنبي، على اعتبار أن تجنب الأحكام الآمرة في قانون القاضي هو الذي يمس بالمصالح العامة في بلد القاضي³ غير أن هناك اتجاه آخر -وهو ما نؤيده- يرى بأن الغش نحو القانون يطبق سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أو بقانون أجنبي، لأن الدفع بالغش نحو القانون وسيلة لاستبعاد الغش في مجاله الواسع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الغش نحو القانون الأجنبي بمحاولة الإفلات من قواعده الآمرة هو تحايل على قواعد الإسناد في

¹ حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تتازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص197.

² عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص558؛ نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هوم، الجزائر، طبعة 2005، ص52؛ موحّد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص256.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص565.

قانون القاضي التي تعتبر المختص الوحيد في حل تنازع القوانين وتحديد القانون المختص¹.

ولقد جهد الفقه على وضع تعريف للغش نحو القانون فعرفوه كما يلي:

عرفه الفقيه جورج ريبير (G. RIPERT) بأنه عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة².

ويعرفه الفقيه ريني سافاتييه (Réné Savatier) بأنه الغش الذي يتخذه الأشخاص الخاضعون لقواعد قانونية آمرة أو ناهية لتجنب هذه القواعد والوصول إلى تطبيق قواعد قانونية أخرى يتوقف تطبيقها على إرادتهم، مع الانحراف عن معناها الحقيقي³.

ويعرفه أعراب بلقاسم بأنه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق، بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة"⁴.

وتعرفه نادية فضيل بأنه: "إرادة تغيير ضابط الإسناد للوصول إلى نتيجة مشروعة في حد ذاتها، ومحظورة في نظر القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية"⁵.

وبناء على ما سبق يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه التغيير في ضوابط الإسناد بنية الإفلات من القواعد الآمرة في القانون المفترض

¹ أنظر في هذا الاتجاه: حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص318-319؛ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص189؛ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996، ص555؛ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص232.

² Georges RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, 3^{ème} édition, LGDJ, paris, 1935, P311.

³ René SAVATIER, cours de droit international privé, paris, 1947, N°324.

⁴ أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، دار هومه، الجزائر، طبعة 2001، ص187.

⁵ نادية فضيل، مرجع سابق، ص56.

اختصاصه بناء على قواعد الإسناد في قانون القاضي. فالغش نحو القانون يهدف للوصول إلى غاية غير مشروعة بوسيلة مشروعة بطبيعتها.

المطلب الثاني: نشأة نظرية الغش نحو القانون.

عرف الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين من حيث المكان عند فقهاء المدرسة الهولندية منذ القرن السابع عشر، حيث قال الفقيه هوير أن أهلية الموصي وإن كانت تخضع بحسب الأصل لقانون محل إبرام الوصية، إلا أنه يستثنى من ذلك حالة إذا حل الموصي بمحل الإبرام فقط من أجل التهرب من قانونه الشخصي¹.

ولقد لقيت فكرة الغش نحو القانون اهتماماً متزايداً في أوساط الفقه الفرنسي، فيرى الفقيه الفرنسي فرولاند Froland فيما يتعلق بالنظام المالي للزوجين بأنه إذا وجد شخصان يريدان إبرام عقد زواج، وكان قانون بلدهما لا يعترف بنظام الاشتراك المالي، فانقلبا إلى دولة تعترف بهذا الاشتراك وأبرما عقد زواجهما في هذا البلد فقط لهذا الغرض، ثم عاد إلى موطنهما الأصلي، فيعتبران قد تمردا على قانون موطنهما الأصلي، وبالتالي فإن التصرف الذي قاما به هو تصرف باطل².

ولقد أفسح القضاء الفرنسي المجال لفكرة الغش نحو القانون في عدة قضايا تتعلق أهما بالطلاق، حيث كان القاضي الفرنسي قبل سنة 1884 لا يبيح الطلاق، فكانت أهم حالات الغش نحو القانون تتعلق بتغيير الجنسية الفرنسية بجنسية دولة أخرى يجيز قانونها الطلاق.

¹ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 559.

² NIBOYET, traité de droit international privé français, conflit des lois d'autorité et de juridiction, tome III, librairie des recueil Sirey 1944, P652.

وأهم الأحكام القضائية التي صدرت بهذا الصدد تتعلق بالقضية الشهيرة "دي بوفرمنت" بتاريخ 18 مارس 1878 وتتلخص وقائعها فيما يلي¹:

سيدة بلجيكية الأصل تدعى كرمان شيماي Caraman chimay، تزوجت من الأمير الفرنسي دي بوفرمانت De Bauffremont، فاكسبت الجنسية الفرنسية على إثر هذا الزواج، وفي عام 1874 وقع بينهما انفصال جسmani، علماً بأن القانون الفرنسي السائد آنذاك، والواجب التطبيق عليهما استناداً لقواعد التنازع الفرنسية لم يكن يجيز الطلاق.

وإزاء ذلك ذهبت الزوجة إلى ألمانيا، وتجنست بجنسية إحدى الدويلات الألمانية هي ولاية Saxe altermbourg، رفعت دعوى التطبيق من زوجها استناداً لقانون جنسيتها الجديدة، فحصلت على ذلك بتاريخ 24 أكتوبر 1875، ثم انتقلت إلى برلين وتزوجت هناك بأمر روماني يدعى "بييسكو" "Bibesco" ثم عادت إلى باريس لتقيم هناك مع زوجها الثاني.

ولما علم الزوج الأول بذلك، رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب من خلالها ببطان الزواج الثاني مؤسساً دعواه على أن تجنس الزوجة كان يهدف إلى الغش نحو القانون مما يؤدي إلى اعتبار الطلاق كأن لم يكن، وبالتالي يعتبر الزواج الأول لا يزال قائماً فاستجابت المحكمة لطلبه.

ولما وصلت القضية إلى محكمة النقض الفرنسية أكدت القضاء السابق في حكمها الصادر بتاريخ 18 مارس 1878، واستندت في ذلك على الغش نحو القانون معتبرة أن تغيير الجنسية وإن كان يعتبر عملاً مشروعاً، إلا

¹ أنظر في عرض ذلك: ديب فؤاد، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الخامسة، 1995، ص156؛ هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت -لبنان، 1981، ص161؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص314-315.

Vor aussi: Pierre MAYER, droit international privé, 5^{ème}, édition, éditions Montchrestien, E.J.A, Paris, France, 1994, N°268, P178 et s.

أنه تم بقصد الهروب من أحكام القانون الفرنسي التي تمنع الطلاق والوصول إلى تطبيق القانون الألماني الذي يسمح بالطلاق.

وبناء عليه، استبعد القضاء الفرنسي تطبيق القانون الألماني وطبق القانون الفرنسي وقضى ببطالان الطلاق وكل الآثار المترتبة عليه.

ومنذ ذلك التاريخ استقرت فكرة الغش نحو القانون في أوساط القضاء الفرنسي، ووجدت هذه الفكرة مكاناً في أوساط قضاء الدول الأخرى، بل أن الكثير من الدول قننتها ضمن قواعد تنازع القوانين وأصبحت فكرة مسلم بها في القانون الدولي الخاص¹، ولقد أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني².

المبحث الثاني: أحكام الغش نحو القانون.

لتحقق الغش نحو القانون يتطلب الفقه ومعه القضاء توافر شروط معينة (المطلب الأول)، كما اختلف الفقه حول الجزاء المترتب عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط الغش نحو القانون.

يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي شرطين أساسيين، شرط مادي يتمثل في التغيير الإرادي في ضابط الإسناد، وشرط معنوي يتمثل في نية الغش أو التحايل على القانون.

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص182.

² تنص المادة: 24 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

"لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

أولاً: الشرط المادي.

يجمع الفقه¹ على ضرورة توافر عنصر مادي لإمكان أعمال الغش نحو القانون يتطلب أن يقع تغيير إرادي في ضابط الإسناد بشكل يؤدي إلى تغيير الاختصاص التشريعي.

ويتحقق هذا الشرط فقط بالنسبة لضوابط الإسناد التي يمكن تغييرها بإرادة الأفراد مثل الجنسية، حيث يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية عند أغلب تشريعات العالم، وباعتبار كل شخص يستطيع تغيير جنسيته فيتغير تبعاً لذلك قانونه الشخصي.

كما يتحقق هذا الشرط كذلك بالنسبة للموطن، والذي يعتبر تغييره أيسر من الجنسية، ويتحدد بناءً عليه القانون الشخصي بصفة أصلية في بعض الدول مثل إنجلترا، أو بصفة احتياطية في حالة انعدام الجنسية²، وكذلك يحكم قانون الموطن بصفة احتياطية مسائل أخرى مثل الالتزامات التعاقدية التي أوردت فيها بعض التشريعات الموطن المشترك للمتعاقد كضابط إسناد احتياطي يحكم موضوع العقد³ وأصلي يحكم شكل التصرفات القانونية⁴.

¹ Pierre MAYER, op. cit., N°269, P279.

أنظر أيضاً: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 563 فقرة 150؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 206.

² أنظر نص المادة 22 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري والتي جاء نصها كما يلي:
"وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

³ أنظر نص المادة 18 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري موالى جاء نصها كما يلي:
"وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

⁴ أنظر نص المادة 19 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري والتي جاء نصها كما يلي:
"ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقد أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

وبالإضافة إلى ما سبق، قد يغير المتعاقدان موقع المال المنقول فيتغير معه القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال العينية، كما قد يغير القانون المحلي بالانتقال إلى دولة لإبرام تصرف فيها، فقط للإفلات من قانون معين والخضوع لقانون يحقق لهما مصالح خاصة، أما بشأن موضوع العقد يرى الأستاذ باتيفول بأن تطبيق فكرة الغش نحو القانون يضيق من مجال سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، كما أن نية الغش صعبة الإثبات داخل المجال الذي تعمل فيه الإرادة¹.

غير أننا إذا نظرنا إلى التشريعات التي قيدت حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، كما فعل المشرع الجزائري² في المادة: 18 فقرة 01 من القانون المدني أين قيد القانون المختار لحكم العقد بأن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، يتبين بأن الغش نحو القانون ممكن تصوره في هذا المجال، حيث قد يعتمد المتعاقدان إلى تغيير المادة الواقعية التي يتحدد على إثرها القانون المختص بتغيير الموطن أو الجنسية أو اختيار محل إبرام العقد لينصب عليه الاختيار كقانون الإرادة، أي أن المتعاقدان يتحايلان لتوسيع مجال إعمال قانون الإرادة فينصب الاختيار على قانون يحقق مصلحتهما. ولقد اعتبر هذا الشرط ماديا، لأنه يقوم على إجراء ظاهر سواء كان التغيير يقوم على اعتبار مادي مثل موقع المال المنقول ومحل إبرام العقد، أو يقوم على إجراء قانوني كالجنسية³.

¹ أنظر في عرض ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 563 فقرة 150؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 206.

² تنص المادة 18 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:
"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

³ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 75.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن الغش نحو القانون يتحقق فقط إذا كان تغيير ضابط الإسناد بصفة إرادية، فإذا تم ذلك بطريقة لا دخل لطرفي العلاقة القانونية بها كأن تتغير الجنسية نتيجة الضم الإقليمي أو الانفصال الإقليمي، أو تغيير الموطن نتيجة طرد الشخص من إقليم معين، فإن الغش نحو القانون لا يتحقق في هذه الحالات، وبالتالي لا يمكن الدفع به¹.

ويجمع الفقه كذلك على تطلب أن تكون الوسيلة التي لجأ إليها الشخص لتغيير ضابط الإسناد مشروعاً، فإن كانت هذه الوسيلة غير مشروعة كالغش نحو أحكام قانون الجنسية أو كان التغيير صورياً فلا يمكن التمسك بالغش نحو القانون، لوجود جزاء خاص بالوسيلة غير المشروعة، أو بالتمسك بأحكام الصورية².

ثانياً: الشرط المعنوي.

بالإضافة إلى الشرط المادي، يرى غالبية الفقهاء أنه يتعين لإعمال الدفع بالغش نحو القانون أن يتم التغيير في ضابط الإسناد بقصد الغش نحو القانون المختص، أي بقصد تجنب الأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق³، واعتبر هذا العنصر معنوياً لأنه لا يقوم على إجراء مادي يدرك بالحس، وإنما يؤسس على سوء النية وهو شيء معنوي⁴.

وهكذا لتحقق هذا الشرط، يجب أن يكون الباعث الدافع إلى تغيير ضابط الإسناد هو تجنب القانون المختص أصلاً وبصورة عادية لحكم النزاع، أما إذا انتفى هذا القصد بأن كان تغيير ضابط الإسناد قد تم بصورة عادية

¹ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 187.

² أنظر في عرض ذلك: نادية فضيل، مرجع سابق، ص 77؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 316؛ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 225.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 563؛ ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، مرجع سابق، ص 207؛ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 556-557؛ نادية فضيل، مرجع سابق، ص 79.

⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 558-559.

ودون أن يتخلله قصد الإفلات من القانون الواجب التطبيق، وإنما ترتب تغيير الاختصاص التشريعي كأثر عرضي للإجراء المادي الذي قام به الخصوم، فإن التحايل أو الغش نحو القانون ينتفي في هذه الحالة.

وبناءً عليه، يتبين من خلال هذا الشرط أن التغيير في ضابط الإسناد ليس مقصوداً لذاته، وإنما لما يدل عليه من نية الإفلات من القانون المفترض تطبيقه بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي.

ويكفي لتحقيق هذا الشرط مجرد توافر نية الغش نحو القانون، دون مطلب حصول النتيجة التي كان الخصم يسعى للوصول إليها من تطبيق القانون الذي أصبح مختصاً بعد تغيير ضابط الإسناد¹.

ويعتبر البحث عن هذا الدافع أو الباعث مسألة من مسائل الواقع يستقل قاضي الموضوع بالبحث عنه في ظروف الدعوى، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا²، أما القول ما إذا كان تغيير ضابط الإسناد يعتبر غشاً نحو القانون أو لا يعتبر كذلك، فهو مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا³.

وهناك قرائن تساعد القاضي في الكشف على توافر العنصر المعنوي، تتمثل فيما يلي:

1- التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد ورفع دعوى الطلاق إذا كان القانون المختص قبل تغيير ضابط الإسناد لا يجيز الطلاق⁴.

¹ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 317؛ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 188.

² جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 229؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 317؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 564.

³ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 564.

⁴ نادي فصيل، مرجع سابق، ص 80-81.

2- كون القانون الذي أصبح مختصاً بعد تغيير ضابط الإسناد يحقق مصلحة أكثر لمن قام بتغيير ضابط الإسناد مقارنة مع القانون الذي كان مختصاً قبل ذلك¹.

المطلب الثاني: جزاء الغش نحو القانون.

يتبين مما سبق، أن الغش نحو القانون يهدف إلى تجنب الخضوع لأحكام قانون يعتبر مختصاً بحسب الأصل إعمالاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي، عن طريق استعمال وسيلة معينة تتمثل في تغيير ضابط الإسناد بقصد الوصول إلى تلك النتيجة.

ولقد اختلف الفقهاء حول الجزاء المترتب على هذا الغش، هل يشمل الوسيلة فيؤدي إلى بطلانها؟ وبالتالي بطلان كل الآثار الأخرى المترتبة على اكتسابها، أم يمس فقط النتيجة أي عدم تأثير التغيير في ضابط الإسناد على تحديد القانون المختص.

أولاً: بطلان الوسيلة.

وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقهاء الفرنسيين² أن جزاء الغش نحو القانون يلحق الغاية وكذلك الوسيلة التي أوصلت إليها، فتبطل الوسيلة وكل الآثار المترتبة عليها من تغير القانون الواجب التطبيق على النزاع. فتغيير ضابط الإسناد وإن كان قد استوفى الشروط اللازمة لصحته، إلا أن الباعث على القيام به لم يكن مشروعاً، ومن ثم يتعين عدم اعتداد القاضي به.

ففي قضية الأميرة دي بوفرمونت، المذكورة سابقاً يترتب على الأخذ بهذا الاتجاه عدم الاعتماد بتجنس السيدة كرامان بالجنسية الألمانية، وبالتالي

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 560-561.

² أنظر في عرض ذلك: عز الدين عبد الله، مرجع سابق، فقرة 151، ص 568-569؛ وانظر في تأييد هذا الاتجاه: جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 234-235؛ موحند إسعاد، مرجع سابق، ص 262-263.

عدم نفاذ الطلاق الذي تم بناء على قانون الجنسية الجديدة وكذلك عدم سريان زواجها الثاني الذي أبرمته مع الأمير البلجيكي بعد الطلاق.

ويبرر أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بأن خلاف هذا الحل يؤدي إلى أوضاع متناقضة، تتمثل في الاعتراف في دولة القاضي ببعض آثار التجنس دون الآثار الأخرى¹.

والملاحظ أن أصحاب هذا الاتجاه تفتنوا إلى أن امتداد الجزاء إلى مجمل آثار العمل التحايلي، إذا كان ممكن التطبيق بالنسبة للغش الذي تم عن طريق إتباع إجراء قانوني معين كالتجنس بجنسية جديدة، فإن الأمر خلاف ذلك في حالة ما إذا تم الغش بواسطة عمل مادي مثل تغيير موقع المال المنقول أو اختيار محل لإبرام التصرف، ففي هذه الحالة لا يمكن تجاهل بصفة كاملة الواقعة المادية التي أدت إلى تغيير ضابط الإسناد، فيقتصر الجزاء في هذه الحالة على الغاية دون الوسيلة، أي منع النتيجة التي أراد الأفراد الوصول إليها من تغيير موقع المال المنقول، أما إذا أصاب هذا المنقول ضرر أو تسبب في ضرر بموقعه الجديد فإن هذا الأخير يبقى واجب التطبيق في دعوى المسؤولية التقصيرية، إذ من غير المعقول الاستمرار في رفض ترتيب أي أثر على هذا الانتقال لما في ذلك من إنكار لحالة واقعية ثانية تتمثل في وجود المنقول في الإقليم الجديد².

ثانياً: عدم سريان النتيجة.

وخلافاً للاتجاه السابق، يرى الاتجاه الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين أن جزاء الغش نحو القانون يتمثل في عدم السريان، فيلحق الغاية

¹ أنظر في عرض ذلك: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 190.

² BATIFFOL, droit international privé, Tome 4^{ème} édition, L.G.D.J, 1967, N°375, P470.

وانظر في تأييد هذا الاتجاه: موحّد إسعاد، مرجع سابق، ص 262-263؛ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 235؛ أعراب بلقاسم،

مرجع سابق، ص 199.

دون الوسيلة، لأن النتيجة فقط تعتبر غير مشروعة أما الوسيلة فقد تمت بطريقة قانونية¹.

وتطبيقاً لهذا الاتجاه، يقتصر جزاء الغش نحو القانون في قضية دي بوفرمونت على عدم سريان الطلاق من الزوج الأول وعدم سريان الزواج الثاني، لأنها النتيجة التي كانت تسعى إليها الأميرة دي بوفرمونت حينما قامت بتغيير جنسيتها للإفلات من أحكام القانون الفرنسي الواجب التطبيق بحسب الأصل والذي كان لا يجيز التطليق قبل سنة 1884. وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في هذه القضية، حيث اكتفت بعدم الاحتجاج في فرنسا بالتطليق الذي تم وفقاً لقانون الجنسية الألمانية والذي جاء مخالف لأحكام القانون الفرنسي².

ويبدو أن هذا الاتجاه هو الجدير بالأخذ به، فيجب أن يقتصر أثر الغش نحو القانون على استبعاد القانون الذي ثبت له الاختصاص بعد تغيير ضابط الإسناد بسوء نية، ليحل محله القانون الذي أراد الشخص الهروب من أحكامه.

وبخصوص الآثار الأخرى المترتبة على تغيير ضابط الإسناد، فتبقى صحيحة، فإذا غير الشخص جنسيته فإن الجنسية الجديدة تنتج كامل آثارها كضابط للإسناد، يتحدد على إثره القانون الواجب التطبيق. ونفس الفكرة تطبق بالنسبة لتغيير موقع المنقول تهرباً من الأحكام الآمرة في قانون الموقع الأول بالنسبة للحق العيني المترتب على هذا المنقول، ففي هذه الحالة لا يرتب تغيير

¹ أنظر في عرض هذا الاتجاه: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 565-566.

² Pierre MAYER, op. cit., N°274, P182.

أنظر أيضاً: ديب فؤاد، مرجع سابق، ص 156-157؛ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 161؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 569.

موقع المال أي أثر على تحديد القانون الواجب التطبيق، فيبقى قانون الموقع القديم هو المختص أصلاً بحكم النزاع.

غير أن قانون الموقع الجديد يرتب كامل آثاره في أي نزاع آخر يتعلق بهذا المال، فيحكم هذا الأخير مثلاً: المسؤولية التقصيرية عن التلف الذي أصاب هذا المنقول في موقعه الجديد¹.

الخاتمة:

يتبين من خلال ما سبق أن الغش نحو القانون يتحقق بمجرد تغيير ضابط الإسناد بقصد الإفلات من القانون المفترض اختصاصه بحكم النزاع، والخضوع لقانون آخر يحقق مصلحة لطرفي الخصومة أو لأحدهما.

ويمتد الغش نحو القانون ليشمل الغش نحو القواعد القانونية الآمرة أو المكملة، ويمكن استعمال الدفع بالغش نحو القانون سواء تعلق الأمر بالتحايل على قانون القاضي أو أي قانون أجنبي آخر، لأن التحايل على القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع إعمالاً لقواعد الإسناد في قانون القاضي، يعتبر تحايلاً على قواعد لإسناد في قانون القاضي، باعتبار أن قانون القاضي هو الذي يبين القانون الذي يطبق على موضوع النزاع.

ويترتب على الغش نحو القانون، عدم سريان ضابط الإسناد الجديد فيما يتعلق بتحديد القانون المختص بالفصل في النزاع، فيبقى المعيار الوحيد هو ضابط الإسناد قبل تغييره بقصد الغش نحو القانون، إلا أن ضابط الإسناد الجديد ينتج كامل آثاره فيما عدا المسألة التي وقع الغش من أجلها، أي أن الشخص يحرم فقط من النتيجة التي سعى للوصول إليها عن طريق الغش.

¹ أنظر في نفس المعنى: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 191؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق،

وبالنظر لصعوبة الكشف عن نية الغش، فمن المفيد وضع قرائن قضائية وأخرى قانونية تساعد القاضي في الكشف عن العنصر المعنوي في الغش نحو القانون، ومن جهة أخرى يتعين تدخل المشرع لبيان آثار الغش فيحدد مجال أعمال الجزاء المتعلق به بالنظر لأهمية المسألة وتفايداً للخلافات الفقهية المتعلقة بهذه المسألة.

قائمة المراجع:

أولاً: المراجع باللغة العربية.

- 01- سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 02- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، الطبعة التاسعة، 1986.
- 03- حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- 04- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص-تنازع القوانين-، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.
- 05- نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومه، الجزائر، طبعة 2005.
- 06- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 07- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996.
- 08- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
- 09- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، دار هومه، الجزائر، طبعة 2001.
- 10- ديب فؤاد، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الخامسة، 1995.
- 11- هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1981.

12- ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

ثانياً: باللغة الفرنسية.

- 01- B. AUDIT, la fraude à la loi, thèse pour le doctorat en droit, Paris, France 1976.
- 02- Georges RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, 3^{ème} édition, LGDJ, paris, France 1935.
- 03- René SAVATIER, cours de droit international privé, Paris, France 1947.
- 04- NIBOYET, traité de droit international privé français, conflit des lois d'autorité et de juridiction, tome III, librairie des recueil Sirey, Paris, France 1944.
- 05- Pierre MAYER, droit international privé, 5^{ème}, édition, éditions Montchrestien, E.J.A, Paris, France 1994.
- 06- BATIFFOL, droit international privé, Tome 4^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, France 1967.