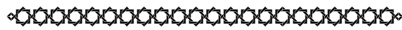


الغش نحو القانون في تنازع القوانين

بقلم

د / کمال کیحل

قسم الحقوق والعلوم الإدارية - الجامعة الإفريقية بأدرار



ملاحظات

يعتبر ضابط الإسناد المعيار 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 الاسناد 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.

مقدمت

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، فيلجؤون إلى تغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المال المنقول أو اختيار محل لإبرام 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 إعماله وشروطه، وكذلك الجزاء المترتب عليه.

المبحث الأول

ماهية الغش نحو القانون

تتحدد 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 التنازع بإسناد الاختصاص لأحد القوانين التي تتصل بالنزاع.

وتضع قاعدة الإسناد، لحل تنازع القوانين، معيارا يسمى بضابط الإسناد يرشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق، غير أن هذه الضوابط غالبا ما تكون قابلة بطبيعتها للتبدل والتغيير بإرادة الأطراف مثل ضابط الجنسية والموطن، لهذا فمن المتصور أن يعتمد الشخص تغيير ضابط إسناد معين لا لشيء إلا للإفلات من قواعد قانون معين، يكون مفترض التطبيق في الأصل، والوصول إلى تطبيق أحكام قانون آخر يحقق له مصالحه الخاصة⁽¹⁾.

وبهذا فإن التحايل في مجال تنازع القوانين يرجع إلى الطبيعة الخاصة لبعض ضوابط الإسناد، ولعدم تماثل الأنظمة القانونية بين الدول⁽²⁾. فيعتمد ذوو المصلحة إلى التغيير في عناصر العلاقة القانونية، حتى يتجنبوا إخضاعها للقواعد الآمرة في قانون معين، بحيث تصبح وفقا 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 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 التطبيق⁽³⁾.

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 العقد⁽⁴⁾.

فقد يعمد 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 المحلي⁽⁵⁾.

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 مقصود لذاته وإنما فقط لما يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق بسوء نية، وهو ما يطلق عليه بالغش نحو القانون أو التحايل على القانون⁽⁶⁾.

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 تنازع 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 القانون⁽⁷⁾.

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 القاضي⁽⁸⁾ 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 قواعد الآمرة هو تحايل على قواعد الإسناد في قانون القاضي التي تعتبر المختص الوحيد في حل تنازع القوانين وتحديد القانون المختص⁽⁹⁾.

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

عرفه الفقيه جورج ريبير (G. RIPERT) بأنه عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق قاعدة قانونية آمرة⁽¹⁰⁾.

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 الحقيقي⁽¹¹⁾.

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"⁽¹²⁾.

وتعرفه نادية فضيل بأنه: "إرادة تغيير ضابط الإسناد للوصول إلى نتيجة مشروعة في حد ذاتها، ومحظورة في نظر القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية"⁽¹³⁾.

وبناء على ما سبق يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه التغيير في ضوابط الإسناد بنية الإفلات من القواعد الآمرة في القانون المفترض اختصاصه بناء على قواعد الإسناد في قانون القاضي. فالغش نحو القانون يهدف الوصول 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 هوبر إن 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 الشخصي⁽¹⁴⁾.

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، فانتقلا 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 باطل⁽¹⁵⁾.

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

وأهم الأحكام القضائية التي صدرت بهذا الصدد تتعلق بالقضية الشهيرة "دي بوفرمنت" بتاريخ 18 مارس 1878 وتتلخص وقائعها فيما يلي⁽¹⁶⁾:

سيدة بلجيكية الأصل تدعى كرماني شيماي Caraman chimay، تزوجت من الأمير الفرنسي دي بوفرمانت De Bauffremont، فاكسبت الجنسية الفرنسية على إثر هذا الزواج، وفي عام 1874 وقع بينهما انفصال جسماني، 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، فرفعت دعوى التخليق من زوجها استناداً لقانون جنسيتها الجديدة، فحصلت على ذلك بتاريخ 24 أكتوبر 1875، ثم انتقلت إلى برلين وتزوجت هناك بأمير روماني يدعى "بيبسكو" Bibesco، ثم عادت إلى باريس لتقيم هناك مع زوجها الثاني.

ولما علم الزوج الأول بذلك، رفع دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب من خلالها ببطالان 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 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 إن الكثير من الدول قننتها ضمن قواعد تنازع القوانين وأصبحت فكرة مسلم بها في القانون الدولي الخاص⁽¹⁷⁾، ولقد أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 24 فقرة 01 من القانون المدني⁽¹⁸⁾.

المبحث الثاني

أحكام الغش نحو القانون

لتتحقق الغش نحو القانون يطلب 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.

أولاً: الشرط المادي .

يجمع الفقه⁽¹⁹⁾ على ضرورة توافر عنصر مادي لإمكان إعمال 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 أسير من الجنسية، ويتحدد بناءً عليه القانون الشخصي بصفة أصلية في بعض الدول مثل إنجلترا، أو بصفة احتياطية في حالة انعدام الجنسية⁽²⁰⁾، وكذلك يحكم قانون الموطن بصفة احتياطية مسائل أخرى مثل الالتزامات التعاقدية التي أوردت فيها بعض التشريعات الموطن المشترك للمتعاقد كضابط إسناد احتياطي يحكم موضوع العقد⁽²¹⁾ وأصلي يحكم شكل التصرفات القانونية⁽²²⁾.

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 الإرادة⁽²³⁾.

غير أننا إذا نظرنا إلى التشريعات التي قيدت حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، كما فعل المشرع الجزائري⁽²⁴⁾ 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 الإدارة، أي أن المتعاقدين يتحايلان لتوسيع مجال إعمال قانون الإرادة فينصب الاختيار على قانون يحقق مصلحتهما.

ولقد اعتبر هذا الشرط مادي، لأنه يقوم على إجراء ظاهر سواء كان التغيير يقوم على اعتبار مادي مثل موقع المال المنقول ومحل إبرام العقد، أو يقوم على إجراء قانوني كالجنسية⁽²⁵⁾.

وتجدر الإشارة كذلك إلى أن الغش نحو القانون يتحقق فقط إذا كان تغيير ضابط الإسناد بصفة إرادية، فإذا تم ذلك بطريقة لا دخل لطريق 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 به⁽²⁶⁾.

ويجمع الفقه كذلك على تطلب أن تكون الوسيلة التي لجأ إليها الشخص لتغيير ضابط الإسناد مشروعة، فإن كانت هذه الوسيلة غير مشروعة كالغش نحو أحكام قانون الجنسية أو كان التغيير سوريا فلا يمكن التمسك بالغش نحو القانون، لوجود جزاء خاص بالوسيلة غير المشروعة، أو بالتمسك بأحكام السورية⁽²⁷⁾.

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 التطبيق⁽²⁸⁾، واعتبر هذا العنصر معنوي لأنه لا يقوم على إجراء مادي يدرك بالحس، وإنما يؤسس على سوء النية وهو شيء معنوي⁽²⁹⁾.

وهكذا لتحقيق 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 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 تطلب حصول النتيجة التي كان الخصم يسعى للوصول إليها من تطبيق القانون الذي أصبح مختصاً بعد تغيير ضابط الإسناد⁽³⁰⁾.

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 العليا³¹،

أما القول ما إذا كان تغيير ضابط الإسناد يعتبر غشاً نحو القانون أو لا يعتبر كذلك، فهو مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽³²⁾.

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 الطلاق⁽³³⁾.
- 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 ذلك⁽³⁴⁾.

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 الفرنسيين⁽³⁵⁾ أن جزاء الغش نحو القانون يلحق الغاية وكذلك الوسيلة التي أوصلت إليها، فتبطل الوسيلة وكل الآثار المترتبة عليها من تغيير 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 الأمير دي بوفرموننت، المذكورة سابقاً يترتب على الأخذ بهذا الاتجاه عدم الاعتراف بتجنس السيدة كرامان بالجنسية الألمانية، وبالتالي 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 الأخرى⁽³⁶⁾.

والملاحظ أن أصحاب هذا الاتجاه تفتنوا إلى أن امتداد الجزاء إلى محل آثار العمل التحالي، 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 الجديد⁽³⁷⁾.

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 دون الوسيلة، لأن النتيجة فقط تعتبر غير مشروعة أما الوسيلة فقد تمت بطريقة قانونية⁽³⁸⁾. 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 الفرنسي⁽³⁹⁾. 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 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 الجديد⁽⁴⁰⁾.

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 الأمرة 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 إسناد 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.

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 ليبين آثار الغش فيحدد مجال إعمال الجزاء المتعلق به بالنظر لأهمية المسألة وتقادياً للخلافات الفقهية المتعلقة بهذه المسألة.

الهوامش :

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، ص 180.

3 - 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.

4 - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 181.

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

6 - حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين -، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 197.

7 - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 558؛ نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومه، الجزائر، طبعة 2005، ص 52؛ محمد إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 256.

8 - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 565.

9 - انظر في هذا الاتجاه: حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 318-319؛ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 189؛ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الأولى، 1996، ص 555؛ جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص 232.

10 Georges RIPERT, la règle morale dans les obligations civiles, 3ème édition, LGDJ, paris, 1935, P311.

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

12 - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، دار هوم، الجزائر، طبعة 2001، ص 187.

13 - نادية فضيل، مرجع سابق، ص 56.

14 - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 559.

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

16 - انظر في عرض ذلك: ديب فؤاد، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الخامسة، 1995، ص 156؛ هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت-لبنان، 1981، ص 161؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 314-315.

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

17 - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 182.

18 - 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".

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

انظر 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.

20 - انظر نص المادة 22 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري والتي جاء نصها كما يلي:

"وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الوطن أو قانون محل الإقامة".

21 - انظر نص المادة 18 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري موالي جاء نصها كما يلي:

"وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الوطن المشترك أو الجنسية المشتركة".

22 - انظر نص المادة 19 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري والتي جاء نصها كما يلي:

"ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون الوطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونها الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

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

24 - 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".

25 - نادية فضيل، مرجع سابق، ص 75.

26 - سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 187.

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

- 28 - 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.
- 29 - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 558-559.
- 30 - حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 317؛ سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 188.
- 31 - جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 229؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 317؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 564.
- 32 - عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 564.
- 33 - نادي فضيل، مرجع سابق، ص 80-81.
- 34 - أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 560-561.
- 35 - انظر 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؛ موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 262-263.
- 36 - انظر في عرض ذلك: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 190.
- 37 BATIFFOL, droit international privé, Tome 4ème édition, L.G.D.J, 1967, N°375, P470.
- وانظر في تأييد هذا الاتجاه: موحد إسعاد، مرجع سابق، ص 262-263؛ جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 235؛ أعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص 199.
- 38 - انظر في عرض هذا الاتجاه: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 565-566.
- 39 Pierre MAYER, op. cit., N°274, P182.
- انظر أيضاً: ديب فؤاد، مرجع سابق، ص 156-157؛ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 161؛ عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص 569.
- 40 - انظر في نفس المعنى: سعيد يوسف البستاني، مرجع سابق، ص 191؛ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 324-325.