جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: : طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

1- تعريف الطلبة على مصدر نظرية الغش نحو القانون

2- تعريف الطلبة على موقف المشرع الجزائري من الغش نحو القانون

3- تعريف الطلبة على جزاء الغش نحو القانون

4- تعريف الطلبة بعلاقة الغش نحو القانون بالنظام العام

السنة الجامعية: 2020- 2021

المحور العاشر:استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون

يقصد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط الإسناد بقصد التهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق، وقد يقع هذا التحايل بتغيير الجنسية حتى يتهرب من تطبيق قانون الأحوال الشخصية كما قد يتم التهرب بتغيير مكان المنقول بنقله إلى إقليم آخر.

أو يقوم المتعاقدين باختيار قانون يطبقانه على عقدهما غير القانون الواجب التطبيق تهربا من بعض الالتزامات كالضرائب، وبالتالي يتم عن طريق أعمال إرادية حقيقية وعمدا لا يجاد وضع جديد يخالف به القانون الواجب التطبيق[1].

أولا: مصدر نظرية الغش نحو القانون

عرف الغش نحو القانون في القانون الفرنسي غير أنه لم يتبلور في قالب نظرية منظمة إلا بعد منتصف القرن 19 وذلك بمناسبة القضية الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي وهي قضية السيدة بوفيرمونBeauffermont[2].

وتتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الجنسية تزوجت من ضابط فرنسي فاكتسبت الجنسية الفرنسية بالزواج ثم بعد ذلك حصل بينهما انفصال جسماني فأرادت الطلاق غير أن القانون الفرنسي لم يكن يبيح الطلاق يومئذ، فذهبت إلى ألمانيا وتجنست بجنسية إحدى مقاطعاتها فحصلت على حكم بالطلاق طبقا لقانون جنسيتها الجديدة، ثم ذهبت إلى برلين وتزوجت بأحد الأمراء الرومانيين فرفع الزوج الأول دعوى أمام القضاء الفرنسي يطالب فيها باعتبار التطليق باطلا وبالتالي بطلان زواجها فحكم له القضاء

---

[1]- علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص159. والطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية تنازع القوانين، المرجع السابق، ص261.

[2]- نسرين شريفي وبوعلي سعيد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين الجنسية، الطبعة الأولى، دار بلقيس الجزائر 2003، ص110، و علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص160.

الفرنسي مبررا ذلك بأن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي، وبعدها عرفت هذه النظرية انتشارا في أغلب تشريعات العالم.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

إن المتتبع لأحكام القانون الدولي الخاص الجزائري يجد أن المشرع قد تدارك النقص الحاصل في هذه المسألة ورتبها وفقا لقاعدة الإسناد الخاصة بمخالفة النظام العام والآداب العامة، وبالتالي يكون قد استبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي يثبت له الغش نحو القانون وذلك في نص المادة 24 بقولها:" ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ". ولا شك أن هذا النص جاء مسايرا للتطورات الحاصلة على مستوى التشريع ومحاولة سد الفراغ الحاصل في النصوص وبالتالي قطع الطريق أمام الأشخاص الذين يلجؤون إلى تغيير ضوابط الإسناد تهربا من تطبيق القانون الواجب التطبيق.

وكان هدف المشرع حماية مصلحة أطراف العلاقة القانونية من جهة وحماية القانون في حد ذاته وجعل أحكامه واجبة التطبيق، غير أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة القانون الواجب التطبيق إذ أثبت أن هناك غشا نحو القانون وكان عليه أن يلحق أحكام الغش نحو القانون بأحكام مخالفة للنظام العام، وبالتالي تطبيق القانون الجزائري في هذه الحالات أي تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 24، ولما سكت المشرع الجزائري عن ذلك يمكن أن نستنتج أن القانون الواجب التطبيق في حالة ثبوت الغش هو القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد قبل تغييرها من الأفراد.

ثالثا: أساس الغش نحو القانون[3]

أرجع بعض الفقهاء الغش نحو القانون إلى نظرية الصورية المعروفة في القانون المدني التي تفترض وجود عقد ظاهر غير حقيقي يستر عقدا حقيقيا وبالتالي فإرادة

---

[3]- أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 161. و مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، تنتزع القوانين، الجزء 2 مديرية الكتاب والمطبوعات الجامعية، حلب سوريا دون تاريخ، ص175.

المتعاقدين الظاهرة غير مطابقة لإرادتهما المستترة، غير أن هذا الأساس لا يمثل الأساس الحقيقي للغش نحو القانون، لأن الغاش يقوم بتصرف ظاهر حقيقي غرضه غير مشروع ولايخفي بذلك إرادته.

وأرجعه البعض الأخر إلى نظرية التعسف في استعمال الحق باعتبار أن المتعسف في استعمال حقه كالغاش نحو القانون لأن كلاهما يتيح له القانون رخصة فيسئ استعمالها، غير أن الغش نحو القانون أخطر من التعسف في استعمال الحق باعتبار أن الغش يمس مصلحة عامة والتعسف يصيب مصلحة شخصية.

ولقد أرجع بعض الفقهاء الغش نحو القانون إلى المسؤولية التقصيرية وأقرب أساس للصواب والمنطق هو التعسف في استعمال الحق.

رابعا: شروط الدفع بالغش نحو القانون

لابد من توافر شرطين:

1-أن يغير الغش ضابط الإسناد كأن يغير الشخص الجنسية أو الموطن أو موقع المنقول أو كأن يختار المتعاقدان قانونا غير القانون الواجب التطبيق (الركن المادي).

2-أن يكون تغيير ضابط الإسناد بسوء نية قصد التهرب من القانون الواجب التطبيق غير أن هذا الشرط كان محل نقد باعتبار أن البحث في نفس الإنسان يتيح المجال للقضاة للاستبداد والخطأ في الحكم ...(الركن المعنوي).

خامسا:الجزاء المترتب على الغش نحو القانون

يرى بعض الفقهاء أنه يجب حرمان التصرف المشيب بعيب الغش من أي أثر قانوني واعتباره باطلا سواء في الوسيلة أو في الغاية[4]، كأن يقع التجنس غشا نحو القانون للوصول إلى التطليق فإن هذا التجنس يكون باطلا ويترتب على بطلانه بطلان التطليق،

[4]- الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص مقارنا بالقوانين العربية تنازع القوانين، المرجع السابق، 270.

ولعل حجة ذلك أن الآثار المترتبة على التصرف تكون عديمة الأهمية إذا لم يتحقق الأثر الذي ارتكب الغش من أجله لذلك لاتفرض على هذا الشخص آثارا لم يبحث عنها، وبالرجوع إلى قضية مدام دي بوفيرمون نجد أن عدم إحداث الطلاق لأثره في فرنسا أدى إلى فشلها في الغاية من تجنسها وبالتالي لايهمها مايترتب على هذه الجنسية من آثار قانونية.

ويرى جانب آخر من الفقه أن يقتصر الجزاء على عدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد ذوو الشأن الغش من أجله وهذا ماأخذت به محكمة النقض الفرنسية ويكتشف ذلك من حكمها في قضية مادام دي بوفيرمون إذ اعتبرت تطليقها عديم الأثر بفرنسا ولم تحكم ببطلان تجنسها بالجنسية الألمانية[5].

وفي علاج مسألة الجزاء المترتب على الغش نحو القانون رأى الفقيه باتيفول التمييز بين حالتين :

1- أن يقع الغش نحو القانون في تصرف قانوني كالتجنس وفي هذه الحالة يمكن أن تندمج الغاية بالوسيلة وبالتالي وجوب عدم الاعتراف بأي أثر لا للغاية ولا للوسيلة.

2- أن يقع الغش نحو القانون في عمل مادي كنقل منقول من بلد إلى بلد تهربا من القانون الواجب التطبيق وفي هذه الحالة يقتصر الجزاء على اعتبار الغاية غير المشروعة عديمة الأثر في دولة القاضي دون أن يمتد ذلك الجزاء إلى غير ذلك من الأثار فلو تلف هذا المنقول في البلد الذي انتقل إليه طبق عليه قانون هذا البلد.

سادسا: علاقة الغش نحو القانون بالنظام العام

رأى بعض الفقهاء أن الغش نحو القانون ماهو إلا صورة من صور الدفع بالنظام العام باعتبار أن كلا المفهومين يهدف إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

---

[5]- أنظر مجد الدين خربوط، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص181.

إلا أن هناك من الفقهاء من اعتبر طبيعتها مختلفة إذ في الدفع بالنظام العام يراد تجنب مضمون القانون الأجنبي لتعارضه مع وجهة نظر قانون القاضي كما أنه ليس للأطراف أي باعث غير مشروع في اختيار هذا القانون، بينما الدفع بالغش نحو القانون يقوم على اعتبار وجود احتيال وبالتالي يستبعد تطبيق هذا القانون ليس لمخالفته لنظرة قانون القاضي وإنما يستبعد لفكرة الباعث غير المشروع من طرف الأطراف.