مجلة الشرق الأوسط للنشر العلمي
المجلد (٨) العدد (٤)
الإصدار الثامن والعشرون
(١-٢٩) ٢٠٢٥

حالة الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، دراسة تحليلية مقارنة

حمزة عوض محمد العلبي

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

نشر إلكترونياً بتاريخ: ٦ سبتمبر ٢٠٢٥م

*** المقدمة**

إن من أهم قواعد القانون الدولي الخاص والتي توصف بأنها قواعد غير مباشرة على اعتبار أنها لا تهدف مباشرة إلى حل النزاع وإنما تحيل إلى القانون الواجب التطبيق لحله وذلك بما يعرف بضابط الإسناد، إلا أن هذا الأمر قد لا ينسجم مع مصلحة الأطراف، مما يدفعهم إلى محاولة الهرب من أحكام القانون المختص عمداً والذي تمت الإحالة إليه بموجب قاعدة الإسناد، وفي الحقيقة أن الغش نحو القانون يوجد في قواعد القانون الداخلي، وذلك عندما يعمد الأطراف إلى تبديل الوصف القانوني للعلاقة، لكن هنا الأمر سيبقى على مستوى القانون الأخير، أي أن تبقى السيادة التشريعية لذات الدولة، كأن تمنع الدولة بيع معين فيلجأ عندئذٍ الأطراف إلى تبديل وصف العلاقة من البيع إلى الإيجار الطويل، أما بالنسبة للموضوع دراستنا فهي تتشابه مع ذات الأمر ولكن تبقى في إطار القانون الدولي الخاص وذلك عن طريق التغيير في بعض العناصر القانونية القابلة للتغيير كأحد أهم شروط قيام حالة الغش نحو القانون، مما يؤدي إلى المساس في السيادة التشريعية للدولة فيطبق قانون آخر لدولة أخرى غير القانون الواجب التطبيق، على اعتبار أن أحكام القانون الأول لا ينسجم مع مصالح الأفراد فلجأوا للخروج من أحكامه والاستفادة من أحكام القانون الأخير والذي تم الوصول إليه عن طريق رابط الإسناد الجديد الذي تم التحايل عليه، فالنية واضحة والنتيجة غير مشروعة، كأن تنص قاعدة الإسناد على أنه "يسري على الوصية قانون مكان تحريرها" وكان مكان التحرير ألمانيا التي تضع شروطاً صارمة، فيلجأ عندئذٍ الموصي إلى دولة أخرى تضع شروط يسيرة لتحرير الوصية، ومن المعلوم أن عدم تطبيق القانون المختص بحد ذاته هو أمر مخل بسيادة الدولة نتيجة عدم احترام قوانينها، فالمشرع يحرص أشد الحرص وبالأخص عند وضع قواعد الإسناد لحل مشكلة التنازع بين مختلف الأنظمة القانونية وذلك بمراعاة المصلحة العامة والوطنية واعتبارات

العدالة، وبالأخص عدم مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام والذي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها تحت أي ظرف.

ومن الجدير بالذكر أن مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٢٠١٢/٤ لم يتطرق إطلاقاً إلى نظرية الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي كالنظام العام والآداب العامة[1] تاركاً الأمر إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، وذلك بموجب نص المادة ٣٥ على اعتبار أنه لم يرد نص لهذه المسألة[2]، بخلاف ما فعله نظيره المشرع الجزائري والذي أضاف حالة الغش نحو باعتبارها من موانع تطبيق القانون الأجنبي، شأنها شأن مخالفة النظام العام أو الآداب العامة، وعليه فالعودة إلى اختصاص القانون الذي قُصد التهرب منه.[3]

أخيراً إن دراستنا هذه ستقتصر على نظرية الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، على اعتبار أن هناك أيضا العديد من الموانع التي تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي كمخالفة النظام العام والآداب العامة وأحكام الشريعة الإسلامية، لنتطرق لهم لاحقاً في دارسات أخرى.

*** أهمية البحث**

تعود أهمية البحث للأسباب التالية: –

١– إن إعمال تطبيق نظرية الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي من شأنها أن تؤدي إلى حماية السيادة التشريعية التي تسعى كل دول العالم إلى منع كل ما يمس في سيادتها فضلا عن المصلحة الوطنية والقواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بأي طريقة، كون أن إعمال موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص للفصل في النزاع بموجب قاعد الإسناد الوطنية من شأنه تحقيق هذه الغاية.

٢– تنبع أيضاً أهمية هذه الدراسة حول ضرورة توافر إعمال نظرية الغش نحو القانون، كون أن عدم إعمالها يؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الواجب حماية مصلحته بموجب أحكام القانون المختص والذي هو أصلا واجب التطبيق، كون أن هذه النظرية لها دور كبير في حماية الأطراف في العلاقات ذات العنصر الأجنبي من سوء نية الأطراف الآخرين.

٣– كثرة شيوع قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد عناصر العلاقة القانونية للحيلولة دون تطبيق والسير في إجراءات قانون القاضي الذي أسند الحالة إلى قانون معين على اعتبار أن هذا القانون الآخر لا ينسجم ومصالح الاطراف.

1 تنص المادة ٣٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه: لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في فلسطين وفي حالة المخالفة تطبق مبادئ القانون الدولي الخاص.

2 تنص المادة ٣٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه: تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص في حالات تنازع القوانين فيما لم يرد بشأنها نص في المواد السابقة من هذا الفصل.

3 تنص المادة ٢٤ من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ معدلة على أنه: 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.

٤- أن مشروع القانون المدني الفلسطيني لم يتطرق إلى مسألة موانع تطبيق القانون الأجنبي باستثناء النظام وأحكام الشريعة، وترك الأمر بموجب نص المادة ٣٥ إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، الأمر الذي يُحتم علينا معرفة المبادئ والأحكام المتعلقة بنظرية الغش نحو القانون ومحاولة قياسها ومدى انسجامها مع أحكام القانون المدني الفلسطيني.

*** أهداف البحث**

١- تهدف دراستنا هذه في الدرجة الأولى إلى البحث حول المبادئ المتعلقة بنظرية الغش نحو القانون على اعتبار أن المشرع الفلسطيني أحال كل ما لم يرد بشأنه نص إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، وكذلك الأمر ما فعلته بعض القوانين العربية الأخرى كالأردن باعتبارها الأقرب إلى منظومتنا التشريعية وكذلك الأمر في القانون المدني الجزائري بسبب كثرة الدراسات التي وردت بشأن هذه النظرية على اعتبار أنه تبنى موقفاً مغايراً وأورد حالة الغش نحو القانون كما بينا في مقدمة هذه الدارسة وتبني نصوصه هذه الحالة بنص صريح كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، ومحاولة الاستفادة من هذه الدارسات بتطبيقها على مشروع القانون المدني الفلسطيني، وذلك عن طريق محاولة مدى توفق المشرع الجزائري في موقفه والتوصل إلى بعض النصائح التي نستطيع أن نوصيها إلى المشرع الفلسطيني عن طريق تجربة بعض الدول العربية وأهمها القانون الأخير.

٢- كما وتهدف بالدرجة الثانية إلى بيان أساس نظرية الغش نحو القانون عن طريق عرض القضايا التي أثيرت عبر مر الزمن في دول العالم وكيف قامت بمحاربة كل احتيال وقع بالغش نحو قوانينها وتطبيق قوانين مغايرة لما هي واجبة التطبيق.

*** مشكلة البحث**

تنبع مشكلة هذه الدراسة ابتداء أن مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ لم يرد نصا يعالج به حالة الغش نحو القانون، تاركاً هذه المسألة للمبادئ القانون الدولي الخاص، كما أن هناك تعارض بين الفقهاء على حالة الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي ويمتد هذا الاختلاف إلى المبادئ التي تتناولها، كما أن الغش بحد ذاته يقوم على عنصر النية والذي تعد أمر داخلي قد يصعب استخلاصه، فالأمر يؤدي إلى وجود إشكاله تتعلق بمدى صلاحية القاضي في قياس هذه المسألة لنقوم باستبعاد القانون الأجنبي.

*** نطاق البحث**

تتناول هذه الدراسة حالة الغش نحو القانون كأحد موانع تطبيق القانون الأجنبي وذلك من خلال التطرق موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٢٠١٢/٤ وكذلك الأمر في نظيره القانون المدني الأردني رقم ١٩٧٦/٤٣، وكذلك توضيح موقف القانون المدني الجزائري رقم ٢٠٠٥/٢٠، ومن ثم التطرق إلى المبادئ المتعلقة بنظرية الغش في مجال القانون الدولي الخاص باعتبار ما أحال إليه مشروع القانون المدني الفلسطيني وذلك من عن طريق التطرق إلى موقف الفقه وتبيان أهم المبادئ والآراء المتفق عليها حول هذه الدراسة.

*** منهجية الدارسة**

لقد اتبعت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن وذلك من خلال التطرق إلى موقف مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ ومقارنته مع موقف القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وموقف القانون المدني الجزائري رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥، ومن ثم تبيان موقف الفقه عن طريق الدراسات السابقة كالكتب ورسائل الماجستير والأبحاث العلمية المحكمة.

*** أسئلة البحث**

١- ما المقصود بنظرية الغش نحو القانون وما هو مدى نطاق تطبيقها.

٢- ما هي شروط نظرية الغش نحو القانون والأثار المترتبة عليها.

٣- ما مدى تطبيق نظرية الغش نحو القانون من حيث المجالات التي تدخل لها.

٤- ما هي الطبيعة القانون لنظرية الغش نحو القانون.

٥- ما هو موقف المشرع الفلسطيني من نظرية الغش نحو القانون وهل تناولها ضمن أحكامه.

٦- ما هو موقف المشرع الجزائري من نظرية الغش نحو القانون.

*** الدراسات السابقة**

١- دراسة (غديش، أحمد، ٢٠١٧) بعنوان الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص: حيث تناولت هذه الدراسة مفهوم الغش نحو القانون وشروطه، ومن ثم تطرقت إلى علاقة الغش نحو القانون بالنظام العام، ومن ثم تناولت أساس نظرية الغش نحو القانون ومجاله، وانتهت بعنوان جزاء الغش نحو القانون، وتوصلت هذه الدراسة إلى أهمية الدفع بالغش نحو القانون على اعتبار أن الغش يفسد كل شيء، مما يؤدي إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع، واعتبرت أن هذا الأمر أصبح ما هو ساري عليه من قبل غالبية الفقهاء

تتميز دراستنا عن هذه الدراسة في توسعنا بشكل أكبر من ناحية عرض المواضيع، فتناولت في هذا البحث بالإضافة إلى ما سبق نشأة نظرية الغش نحو القانون، ومن ثم أشكال الغش نحو القانون، ومن ثم تناولت المجالات التي تدخل وتخرج من هذه النظرية، في حين أن هذه الدارسة لم تتناول سوى خمس أسطر في ما يتعلق بالمجالات والتي حددها فقط بالأحوال الشخصية والحقوق العينية، بينما تناولت دارستنا أيضاً مدى إمكانية قيام حالة الغش نحو القانون في مجال العقود، ومن ثم عرض المواد القانونية والنصوص الواردة في كل من التشريع الوطني الفلسطيني والتشريع الجزائري والتشريع الأردني بمقارنة أوجه الاختلاف بينهما وأيهما شدد لمراعاة مصالح الأفراد، في حين أن هذه الدراسة لم تتطرق في هذه المسألة إلى النصوص والمواد القانونية وتطبيقها للواقع العملي.

٢- دراسة (بوخروبة، حمزة ٢٠١٤) بعنوان موانع تطبيق القانون الأجنبي: حيث تناولت هذه الدراسة التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون وذلك من خلال عرض الكثير من الأحكام والقضايا وأراء المؤيدين والمعارضين، كما وتطرقت هذه الدراسة إلى مسألة أشكال التحايل على القانون، ومن ثم تطرقت إلى نظريات الغش نحو القانون، انتهاء إلى المجالات

التي يمكن فيها إعمال الغش نحو القانون ومدى نطاق هذا الدفع، وتوصلت هذه الدراسة إلى أهمية ضرورة تفعيل نظرية الغش نحو القانون، على اعتبار أنها وسيلة فعالة لحماية القواعد الموضوعية في قانون القاضي إذا كان هو القانون المتحايل على أحكامه، أو من خلال حماية قواعد الإسناد إذا كان القانون المتحايل على أحكامه هو قانون أجنبي باعتبار أن تلك القواعد هي من أشارت إلى اختصاصه.

تتميز دراستنا عن هذه الدراسة من حيث قيامنا بعرض النصوص التشريعية المتعلقة بالأحوال الشخصية والعينية الواردة في مشروع القانون المدني الفلسطيني ومقارنتها مع القانون المدني الأردني والقانون المدني الجزائري، ومن ناحية أخرى الاستفادة من تجربة المشرع الجزائري باعتباره لحالة الغش نحو القانون سبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

٣- دراسة (حماد عثمان، ٢٠١٨) بعنوان أثر الإختصاص القضائي في موانع تطبيق القانون الدولي الخاص: حيث تناولت هذه الدراسة موانع تطبيق القانون الأجنبي في الحالات التي تعرض أمام القضاء، حيث توصلت هذه الدراسة بوجوب تطبيق نظرية الغش نحو القانون باعتباره مانعاً هاماً من موانع تطبيق القانون الأجنبي، بالإضافة لكثرة وجوده بالحياة العملية، وما يترتب على ذلك من إمكانية عدم تنفيذ القانون والسير في إجراءاته، وتطبيق قانون القاضي الذي أسند الحالة إلى قانون معين، أما دراستنا فكانت أعم وأشمل، حيث توسعنا في نظرية الغش نحو القانون على جميع الأصعدة، فكانت الهدف من هذه دارسة (الدراسة السابقة) فقط التوصل إلى نظرية الغش نحو القانون تعتبر سبباً كالنظام العام موجبان لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، عدا عن دارستنا التي هدفت بالدرجة الأولى إلى تبيان موقف المشرع الفلسطيني ومقارنته مع موقف المشرع الجزائري.

٤- دراسة(قطيشان، خلدون سعيد،)٢٠١١ بعنوان تغيير ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة وأثرة في تحديد القانون الواجب التطبيق في إطار القانون الدولي الخاص: حيث تناولت هذه الدراسة أثر تغيير ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة في تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال القانون الدولي الخاص الأردني، حيث قام بتوضيح ماهية تغيير ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة، ومن ثم التفرقة ما بين الغش نحو القانون كغش من ناحية، والغش باعتباره من موانع تطبيق القانون الأجنبي من ناحية أخرى، ومن ثم توصلت هذه الدراسة إلى اعتبار أن مسألة الغش نحو القانون من أحد أهم مبادئ القانون الدولي الخاص واعتباره مانع من موانع تطبيق القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي يعد تغيير في ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة، مما يؤثر في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن دراستنا تتميز في التوسع بالمواضيع التي تم تناولها، ووضحنا جزاء الغش نحو القانون كما هو مبين في حين أن هذه الدراسة فقط اقتصرت على تحديد أثره العام وهو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بينما تناولت دراستنا بطلان ظرف الإسناد وضابط الإسناد أي تخصيص المسألة بشكل أكبر.

*** خطة البحث**

حيث قمت بتقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، فالمبحث الأول تناول نشأة نظرية الغش نحو القانون وماهيتها كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي، وتم تقسيم المبحث إلى

ثلاث مطالب، حيث تناولت في المطلب الأول نشأة نظرية الغش نحو القانون، أما في المطلب الثاني فقد تناول مفهوم الغش نحو القانون وأشكاله، بينما تناولت في المطلب الثالث الشروط الواجب توافرها لقيام حالة الغش نحو القانون، أما المبحث الثاني فقد تناولت إعمال نظرية الغش نحو القانون وقسمت هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، فتناول المطلب الأول نطاق الدفع بالغش نحو القانون سواء من حيث القانون المتهرب المنه أم من حيث القاعدة، ومن ثم تناول المطلب الثاني الطبيعية القانونية لنظرية الغش نحو القانون ومجال إعمالها، أما المطلب الثالث فتناولت به جزاء الغش نحو القانون المتمثل بالأثار القانونية المترتبة عليه والتي تتخلص في بطلان ظرف الإسناد وبطلان الوسيلة.

*** نشأة نظرية الغش النحو القانون وماهيتها كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي**

للحديث حول نشأة نظرية الغش نحو القانون لا بد من تقسيم الموضوع لمطالب ثلاث الأول: يسرد التطور التاريخي لنظرية الغش نحو القانون، و الثاني يبين مفهوم الغش نحو القانون، أما الثالث فيعالج شروط إعمال نظرية الغش نحو القانون

*** التطور التاريخي لنظرية الغش نحو القانون**

إن نظرية الغش نحو القانون لم تكن حديثة المنشأ، فلقد حاول الأفراد على مر العصور اللجوء إلى التحايل على القوانين الواجب تطبيقها عليهم للتوصل إلى أحكام قانون آخر لدولة أخرى ينسجم مع مصالحهم، فكان منعها ومحاربتها عن طريق مكافحة كل حالة على حدا، ومع مرور الزمن تنبهت الدول إلى شيوع استخدام نظرية الغش نحو القانون وكثرة لجوء الأفراد لها للتهرب من أحكام القوانين الواجبة التطبيق عليهم والتي لا تتماشى مع مصالحهم مما دفعها إلى سن قوانين لمحاربتها ومنع لجوء الأفراد إليها، ولذا ستناول هذا المطلب على فرعين الذين يوضحون الأساس لنظرية الغش نحو القانون ونشأتها وفقاً للفرع الأول والذي تناول عنوان أصل فكرة الغش نحو القانون، والفرع الثاني تبلور نظرية الغش نحو القانون وفقاً للآتي: –

*** أصل فكرة الغش نحو القانون**

في البداية لقد عرف أصل نظرية الغش نحو القانون في القانون الروماني، حيث كان هذا القانون يحرم الربا في القروض بين الرومانيين، فقاموا باللجوء إلى العديد من الأساليب للتهرب من أحكام هذا القانون، ومنها استعمال أشخاص لاتينيين الذين لا يخضعون للقانون الروماني، وبالتالي لا يسري عليهم هذا النوع من الربا في القروض، وعليه فقد قاموا بإجراء قروض ربوية باسمهم ولكن لصالح الرومانيين، إلا أنه وسرعان ما تم محاربة هذا النوع من الغش والقضاء عليه عن طريق سن قانون يحرم القرض بالربا سواء بين الرومانيين واللاتينيين على حد سواء.[4]

وكذلك الأمر من أجل حماية مدينة روما من الهجرة الجماعية للاتينيين، حيث تم الاشتراط عليهم من أجل السماح لهم بالدخول إلى مدينة روما ترك أبنائهم في بلدانهم الأصلية، حيث استندوا من أجل التحايل على ذلك أن يتم ترك أبنائهم

4 فضيل، نادية: الغش نحو القانون، الجزائر، دار هومة للطابعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص٥٦-٥٨.

للرومانيين من أجمل استعبادهم، وطبقاً للقوانين الرومانية كانوا يحصلون بموجب ذلك على الجنسية الرومانية، وبغية محاربة هذا الأمر قام القضاء بالاشتراط من أجل تحرير العبيد آنذاك أن يقوم السيد بآداء اليمين على أن هذا التحرير لا ينطوي على غش نحو القانون.[5]

ويرى الباحث في هذا الشأن أن القانون الروماني لم يؤسس نظرية عامة للغش نحو القانون، بل وضع حل لكل تحايل ينشأ للتهرب من أحكامه، من خلال إصدار قوانين أو شروط قضائية يفرضها القضاء لمحاربة أي تحايل ينشأ على قانونه.

وفي القرن الرابع عشر قام الفقيه "cujas" بإبراز عناصر الغش والتي تتمثل في نية الغش (العنصر الأول) والنتيجة غير المشروعة (العنصر الثاني) ومن ثم عرفت فكرة الغش نحو القانون في القانون الكنسي من ذات القرن، حيث لجأ الأطراف إلى تغيير موطنهم تجنباً لإخضاع عقود زواجهم للشعائر الدينية، إلا أن الكنيسة المسيحية كانت تبطل تلك العقود كلما كشفت الغرض الذي قصده الأطراف، وتبني حكمها في ذلك على الغش النحو القانون.[6]

وأما على صعيد القانون الفرنسي القديم والتي كانت مقسمة إلى مقاطعات، وكل مقاطعة تطبق عرفاً خاصاً بها، وكان في مقاطعة نورماندي عرفاً مطبقاً يقضي بأن النظام المالي المطبق على الزوجين هو نظام الدوطة،[7] أما النظام السائد في مقاطعة باريس كان النظام الاشتراك المالي، مما ترتب على ذلك أن يقوم الأزواج بالانتقال إلى باريس للزواج فيها وإخضاع نظامهما المالي للنظام الاشتراكي المالي، ومن ثم العودة إلى مقاطعة نورماندي، وعليه فإن ذلك يعتبر غش نحو قانون الموطن.[8]

وعلى صعيد المدرسة الهولندية، فقد ورد تحفظاً في مطلع القرن السابع عشر على قواعد الإسناد خاصاً بالتحايل على القانون، فقد استثنى الفقيه هوبر "تطبيق القانون المحلي على أهلية الموصي لإبرام الوصية وذلك إذا كان الموصي قد حل بمكان الإبرام بقصد تجنب حكم قانونه الشخصي".[9]

*** تبلور نظرية الغش نحو القانون**

تتبلور فكرة الغش نحو القانون حول قضية كرمان شيماي، وهي بلجيكية الأصل اكتسبت الجنسية الفرنسية على إثر زواجها من ضابط فرنسي يدعى الأمير دي بوفرمون،

---

5 فضيل، نادية، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، المركز الجامعي العربيين مهيدي-أم البواقي ص٨١.

6 فضيل، نادية: الغش نحو القانون، المرجع السابق، ص٤٥

7 نظام الدوطة: هو عبارة عن نظام تدفع به الزوجة عوضاً للزوج، وهي مطالبة الزوج أو أوليائه من أولياء الزوجة بمناسبة عقد النكاح بأعباء مالية لتعينه على الزواج، وقد تكون هذه الأموال عقارات أو منقولات كالسيارة والأثاث الفاخر وغيره، يراجع في ذلك: قدومي، مروان: جهاز المرأة في ضوء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية، فلسطين، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، ٢٠٠٥، بحث منشور على الموقع الآتي:
https://journals.najah.edu/

8 سليمان، علي: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨، ص١٥٩.

9 بوخروبة، حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة ٢٤ من القانون المدني الجزائري، رسالة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة صطيف، ٢٠١٣/ ٢٠١٤، ص٩١.

ولكن في عام ١٨٧٤ حدث انفصال بينهما على إثر خلافات نشبت بينهما، فأرادت الزوجة الحصول على الطلاق، وباعتبار أن القانون الفرنسي هو القانون المختص باعتبار أنه قانون جنسية كل من الزوجين والذي كان يمنع الطلاق في آنذاك الوقت، فلجأت الزوجة كرمان شيماي للسفر إلى إحدى المقاطعات الألمانية وتجنست بجنسيتها، وحسب القانون الألماني أتيح لها الحصول على التطليق عام ١٨٧٥، ومن ثم سافرت إلى برلين وتزوجت بأمير من جنسية رومانية يدعى بسيكو ورحلا معاً للإقامة في باريس، بعد ذلك قام زوجها الأول برفع دعوى قضائية أمام محكمة السين في فرنسا مطالباً إياها اعتبار التطليق كأن لم يكن ومن ثم إبطال الزواج الثاني، فصدر قرار من قبل المحكمة بقبول الدعوى والحكم له بطلباته وأيدتها في ذلك محكمة استئناف باريس، وتم الطعن بالقرار أمام محكمة النقض إلا أنها رفضت الطعن المقدم إليها، وقالت في حكمها الصادر عام ١٩٧٨ "إن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي" ولذا فإنه لا يحتج به، وعليه انتهت في حكمها باستبعاد القانون الأجنبي الذي هو قانون الجنسية الجديدة للزوجة واعتبار الزواج الأول مازال قائماً حسب القانون الفرنسي والذي هو القانون الواجب التطبيق والذي تم التحايل عليه.[10]

وقد أخذ القضاء في العديد من الدول مثل بلجيكا وإيطاليا بهذه النظرية مع تضييق نطاق تطبيقها، بينما كان تطبيقها في دول أخرى كألمانيا نادرا جدا، أما في البلاد الأنجلوسكسونية فإن الفقه لم يهتم بها إطلاقاً ومن النادر أن نجد تطبيقاً لها في القضاء، كما أن بعض الدول مثل سويسرا عالجت هذه المشكلة بنصوص تشريعية في حالات محددة دون أن تضع لها قاعدة عامة.[11]

أما في الجزائر فقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية باعتبارها سبباً مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي واستبعاده.[12]

ولكن وكما سبقت الإشارة في مقدمة هذا البحث فإن القانون المدني الأردني رقم ١٩٧٦/٤٣ لم يعالج هذه الحالة بشكلٍ خاص، وإنما ترك الباب أمام تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص متى ما لم تعالج نصوصه مسألة معينة، شأنه في ذلك شأن مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٢٠١٢/٤.[13]

*** مفهوم الغش نحو القانون وأشكاله**

*** تعريف الغش نحو القانون**

من الجدير بالذكر أن تشريعات دول العالم جاءت خالية من وضع مفهوم الغش نحو القانون، وكذلك الأمر بشأن

[10] عبد الكريم، ممدوح: تنازع القوانين، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص٢٠٥.
[11] رايس، أمينة: النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، مشار إليه في المرجع السابق، ص١١.
[12] نصت المادة ١/٢٤ من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠٠٥/٢٠ معدلة على أنه 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/ ٢ يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العام.
[13] نصت المادة ٣٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٢٠١٢/٤ على أنه تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص في حالات تنازع القوانين فيما لم يرد بشأنها نص في المواد السابقة من هذا الفصل.

القضاء على الرغم من تصديه لهذه المسألة في غالبية دول العالم تاركين المجال إلى مهمة الفقهاء.

ونذكر منها كما يلي: –

١– هناك من يرى بأن الغش نحو القانون " عبارةً عن عملية تتم وفق اتفاق صادر عن جماعة للتهرب من تطبيق القاعدة القانونية الآمرة".[14]

٢– وهناك من عرفه بأنه: التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلاً، سواء كان ذلك قانون القاضي أم قانون أجنبي.[15]

٣– عرفه الاستاذ عكاشة محمد عبد العال بأنه "هو كل تغيير إرادي في ضابط الإسناد أو طائفة الإسناد ذاتها، تغيير مقصود يتم بطريقة قانونية للتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة وإحلال قانون آخر بدلاً عنه من شأنه أن يحقق الغاية التي كان التغيير بسببها".[16]

٤– وهناك من عرفه بأنه "ذلك الدفع الذي يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفا خاصة تسمح بإسنادها إليه بدلا من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلا و العمل بأحكام هذا القانون في النهاية" .[17]

٥– ويرى الباحث أن حالة الغش نحو القانون: هي الغاية الغير مشروعة المتوخاة من إرادة الأطراف بقصد الحصول على مصالحهم، أو الذي يقصدها أحد الأطراف للحصول على ميزة غير مخوله له بموجب القانون التي أحالت إليه قاعدة الإسناد، أو بقصد إلحاق ضرر بالطرف الآخر، وذلك عن طريق تغيير ضابط الإسناد في الأحوال التي يكون بها قابلاً للتغيير أو عن طريق التلاعب في الوصف المعطى للعلاقة القانونية مما يؤدي بالنتيجة للتهرب من أحكام القانون المختص وتطبيق قانون آخر سواء كان القانون الأجنبي أم الوطني.

*** أشكال الغش نحو القانون وصوره**

إن أشكال التحايل على القانون أو كما يطلق عليها البعض المناورات المكونة للتحايل، قد تكون في مجال العلاقات الداخلية وذلك باستبعاد الوصف الداخلي الذي ينطبق على العلاقة بإعطائها وصفاً آخرا للتهرب من أحكامه الإلزامية، بينما في مجال القانون الدولي الخاص فإن العلاقة تحتفظ بوصفها القانوني،

ولكن التحايل يتحقق بأشكال مختلفة وفقاً للآتي:–

١– الغش بواسطة تغيير ضابط الإسناد: حيث تعتبر هذه الحالة أكثر الحالات حدوثاً، ويكون ذلك من خلال قيام الأفراد بالتلاعب بضوابط الإسناد مما يؤدي إلى وصولهم إلى قانون معين يتماشى وفق مصالحهم، وتجنب تطبيق أحكام القانون

14 فضيل، نادية: المرجع السابق، ص٥٣.
15 بوخريبه، حمزة: المرجع السابق، ص٩٨.
16 عبد العال، عكاشة محمد: تنازع القوانين، ط١، مصر(الإسكندرية) دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص٤٩١.
17 أبو حامدة، حسام مروان عبد الحي: الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بحث مقدم لنقابة المحامين الأردنيين، ٢٠١٤، ص٨: منشور على الموقع الآتي: http://www.lawjo.net

المختص الذي قصد الأطراف التهرب منه والذي يحيل إليه ضابط الإسناد قبل التلاعب فيه.[18]

ومن الأمثلة على ذلك القضية الشهيرة التي تطرقنا إليها في السابق، عندما قامت الأميرة كرمان بالتجنس بالجنسية الألمانية بغية تغيير ضابط الجنسية (الأصلي) الذي قصدت التهرب منه باعتبار أنه كان يمنع التطليق في ذات الوقت، والتوصل إلى تطبيق القانون الألماني للحصول على التطليق، أو كقيام الشخص بنقل موقع المال المنقول للهرب من أحكام القانون الأول وتطبيق قانون الموقع الثاني الجديد.[19]

ويرى الباحث أن المشرع الفلسطيني حسناً فعل في ما يتعلق بالآثار المترتبة على عقد الزواج بأن يكون ضابط الإسناد هو قانون الدولة التي ينتمي لها الزوج وقت التعاقد، وهذا الأمر يعد حماية لمصلحة الزوجة، حتى لا تتفاجأ ما أذا قام الزوج بتغيير جنسيته بعد الزواج بتطبيق قانون آخر أي وجد ضابط الإسناد الثابت،[20] على الرغم من عدم النص صراحة على نظرية الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، وكذلك الأمر ما فعله المشرع الجزائري في توفير الحماية للزوجة من أي تحايل قد يلجأ إليه الزوج حتى يرتب أي آثار أخرى كالآثار المالية على عقد الزواج فالقانون الذي ينتمي إليه الزوج وقت التعاقد والذي تعلمه الزوجة هو ما يبقى سارياً.[21]

٢- الغش بواسطة تغيير طائفة الإسناد (التلاعب في الوصف المعطى للعلاقة القانونية): والمقصود بتغيير طائفة الإسناد أي التغيير في تكييف الرابطة القانونية والتي هي عنصر من عناصر قاعدة الإسناد، كأن يقوم الشخص بتغيير طبيعة المال، مما يؤدي إلى التلاعب في ضابط الإسناد، فمثلا التغيير من وصف الأموال غير المنقولة إلى أمولا منقولة ليسري عليها قواعد تختلف عن تلك التي تسري على الأموال غير المنقولة، فهنا لا يقوم الأفراد بتغيير ضابط الإسناد ذاته فإنهم بدلا من ذلك يتجهوا إلى التلاعب في وصف المال على النحو الذي يبدو فيه المال منقولاً، وحيث قدم لنا الاجتهاد القضائي الفرنسي مثالاً على الغش بتغيير طائفة الإسناد من خلال قضية عرضت عليه، وتتلخص وقائعها بأن المورث وهو مواطن أمريكي مقيما في الولايات المتحدة الأمريكية يملك عقاراً في فرنسا، وعندما شعر بقرب أجله، ولأن عقار موجوداً في فرنسا، مما يجعل القانون الفرنسي هو القانون المختص باعتبار موقع العقار والذي يعرف بفكرة الحصة المحجوزة، والتي تحجز لصالح الأبناء ولا يمكن للمورث التصرف بها، فقام بتقديم هذا العقار كحصة عينية على سبيل التمليك إلى شركة أمريكية لقاء تملكه أسهماً قاصداً من وراء ذلك إخضاع هذا المال لقانون موطنه، وذلك من خلال تغيير الطائفة القانونية التي تتنمي إليها العلاقة من الطائفة المتعلقة بالعقارات إلى تلك الخاصة بالأموال

---

18 البستاني، سعيد يوسف: الجامع في القانون الدولي الخاص، ط١، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩، ص٦٧٥.
19 بوخربة، حمزة: المرجع السابق، ص ١٠٢.
20 تنص المادة ١٨ في فقرتها الأولى من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال.
21 تنص المادة ١٢ (معدلة) من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ على أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

المنقولة، إلا أن القضاء الفرنسي بعد وفاة المورث أصدر قرار باستبعاد تطبيق القانون الأمريكي الذي تم التوصل إليه بنية الغش نحو القانون، وطُبق القانون الفرنسي والذي يحتفظ للأبناء بالنصيب المحجوز لهم من العقار.[22]

٣- الغش بواسطة تغيير الاختصاص القضائي: وتكمن هذه الصورة عن طريق تغيير الاختصاص من قضاء بصورة مفتعلة لقضاء دولة أخرى ليس مختص أصلاً، فمثلا يمكن لزوجين من الجنسية التشيلية والذي يمنع قانونهم الطلاق أن يتجنبوا تطبيق قانونهم بمجرد ذهابهما إلى المكسيك لطلب الطلاق هناك، وذلك لأن القانون المكسيكي يطبق على الطلاق قانون القاضي الذي سينظر في النزاع والذي يبيح الطلاق، وهذا الأمر يتطلب مسبقاً قبول عدة دول باختصاص قضائها في نفس المنازعة.[23]

ويرى الباحث في هذا الشأن في ما يتعلق بالأموال المنقولة أن المشرع الفلسطيني لم يكن موفقاً حين وضع ضابطين إسناد لها، فالأول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد، مما قد يعمد الأطراف عندئذ إلى نقل الاختصاص من دولة إلى أخرى على الاعتبار أن القانون الأخير هو ما ينسجم مع مصالحهم، فكان من الأفضل أن يبقى بلا إضافة الضابط الثاني وأن يبقى على موقع المال القديم، ما يؤدي إلى ذلك إلى إحباط إرادة الأطراف الذين يحاولون بتغيير موقع المال بسوء نيتهم للتهرب من أحكام القانون الأول وتطبيق القانون جديد، وهي ما تسمى بحالة الغش نحو القانون.[24]

*** شروط الغش نحو القانون**

في البداية إن مشروع القانون المدني الفلسطيني كما أشرنا أحال في المسائل التي لم يتم تنظيمها في نصوصه إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، وكذلك الأمر كما فعل المشرع الجزائري بعدم التعرض لشروط الغش نحو القانون إلا أنه اعتبرها سبب من أسباب استبعاد تطبيق القانون الأجنبي، إلا أن الفقه والقضاء أجمع واتفقا على بعض الشروط والتي هي محض دراستنا، حيث أن لقيام حالة الغش نحو القانون ولكي نعتبرها سبب لإمكانية استبعاد القانون الأجنبي فلا بد من توافر شرطين رئيسيين فالأول يتمثل بالركن المادي وهو تغيير ضابط الإسناد، والثاني يتمثل بالركن المعنوي أي قصد الأطراف بنية التحايل وهما على الفرعين الآتيين: -

١- توافر العنصر المادي: إن قيام أطراف العلاقة بتغيير ضابط الإسناد إرادياً، ما يتمثل بالشرط أو العنصر الأول لقيام حالة الغش نحو القانون، فيقوم الأطراف بتغيير ضابط الإسناد كاصطناع العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية للتجنب من الخضوع لقانون القاضي الوطني، مع أنها في الأصل علاقة وطنية محضة، أو قيامه بعكس ذلك، من خلال تغيير العنصر

---

22 المصري، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط١، الأردن، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢، ص٣٠٢.
23 عبد العال، عكاشة محمد: المرجع السابق، ص٢٧٥-٢٧٦.
24 تنص المادة ١/٢٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٢٠١٢/٤ على أنه "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار في ما يختص به، ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتبت عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد.

الأجنبي بعناصر وطنية، لتتحول إلى علاقة وطنية، يحكمها القانون الوطني وليس الأجنبي، فيقع الغش في كلتا الحالتين.[25]

فمن الضوابط التي تقبل التغيير هو ضابط الجنسية بالنسبة للأحوال الشخصية، فيقوم الشخص بتغيير جنسيته للتهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة لكونه يفرض مانعاً يقف دون تحقيق مآربه، وهذا ما حصل مع الأميرة كارمان للتهرب من أحكام قانون جنسيتها التي تمنع الطلاق فقامت بتغيير هذه الجنسية واكتسبت جنسية إحدى الدوليات الألمانية التي تسمح لها بالطلاق.[26]

كذلك الأمر بالنسبة لضابط الموطن بالنسبة للأحوال الشخصية في البلدان التي تجعل قانون الموطن هو القانون الشخصي وهو أيضا سهل التغيير، بل أن تغيير الموطن أسهل من تغيير الجنسية.[27]

وبالنسبة للبلدان التي ترتبط فيها الأحوال الشخصية بالدين، كما هو الحال في البلدان الإسلامية فيحصل الغش نحو القانون بتغيير الدين، كذلك الأمر ضابط موقع المال بالنسبة للمنقولات هو أيضا من الضوابط التي يسهل تغييرها، فيقوم الشخص بتغيير موقع المنقول بنقله من بلدٍ إلى آخر، ليفلت من أحكام قانون البلد الأول.[28]

وهنا لابد من وجود ضوابط على العنصر المادي لتغيير ضابط الإسناد وهي تتمثل كالآتي: -

١- أن يكون التغيير فعلياً: فلو كان تغيير ضابط الإسناد صورياً، لما كنا في حاجة إلى إعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي في هذا الفرض التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغيير، فالعبرة بالموطن الحقيقي إذا غير الشخص موطنه تغييراً صورياً،[29] فمثلاً لو أن الشخص ذكر في البوليصة التي سحبها أن محل تحريرها هو عمان بينما كان المحل الحقيقي هو القاهرة على اعتبار قصده بأن يتجنب من الإجراءات التي يتطلبها القانون التجاري المصري والتي تعتبر أحكامه صارمة وشديدة مقارنة لما يتطلبها قانون التجارة الأردني ففي هذه الحالة لا داعي للجوء إلى التحايل على القانون، وإنما يكمن إثبات المحل الحقيقي الذي سحبت فيه البوليصة لتطبيق قانون ذلك المحل.[30]

٢- أن يكون التغيير إرادياً: أي أن للإرادة دور في عملية التغيير، فمثلاً لا يعتد بالتغيير الذي يطرأ على ضابط الإسناد بشكلٍ لا يد للفرد فيه، كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم.[31]

---

25 الهدواي، حسين: تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٢، بغداد، مطبعة الإرشاد، دون سنة نشر، ص٧٨.
26 بلقاسم، إعراب: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزائر، دار هومة، ٢٠٠١، ص ١٩٠.
27 بلقاسم، إعراب: المرجع السابق، ص١٩٠.
28 علي، سليمان: المرجع السابق، صص١٦٠-١٦١.
29 صادق، هشام علي: تنازع القوانين، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٣، ص٢١٤.
30 دير، مسعودة: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، أم البواقي، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٦، بحث منشور على الرابط التالي:
http://bib.univ-oeb.dz
31 بلقاسم، إعراب: المرجع السابق، ص١٩١.

٣- أن يكون التغيير مشروعاً: 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، أي أن في مثل هذه الحالة لا حاجة لإعمال الغش نحو القانون، لأن الغش لا يمكن إعماله إلا إذا تعذر الحصول على جزاء آخر، فالوسيلة الغير مشروعة لها جزاؤها الخاص بالقانون، وعليه يجب أن يكون هذا التغيير وفق القانون، فالذي يغير جنسيته بطريق التزوير فلا يقبل عندئذٍ الدفع بالغش نحو القانون.[32]

٤- أخيراً يرى البحث أن العنصر المادي يندرج من ضمن التصرفات، وهناك قاعدة تقول أن الغش يفسد التصرفات، لذا وجب إبطال ما يقوم به الأفراد من تغيير ضابط لإسناد على أساس هذه الحالة.

٢ توافر العنصر المعنوي: وهذا الشرط يتمثل بالركن المعنوي للغش، والنية المقصودة هنا أي نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية، وتعتبر النية أساس لقيام عملية الغش، بحيث لو تم اتخاذ الإجراء دون أن تتوافر نية الغش لكان الإجراء الذي ارتكابه صحيحاً ولا مجال لإبطاله، وهذا ما هو متفق عليه وما استقر عليه القضاء حديثاً، وتعتبر مسألة الغش من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا يقع لرقابة محكمة القانون وذلك ضمان لحماية الأطراف.[33]

وقد يثبت بالكشف عن حالات الغش بتوافر عنصر النية كالحالات الآتية: -

١- عدم وجود فرق بالزمن بين إجراء التغيير في ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد، وهذا ما حصل في قضية الأميرة كارمان حيث حصلت على الجنسية الجديدة، وقام فور تجنسها بالحصول على الطلاق الذي لم يسمح قانونها الأول بالحصول عليه.[34]

٢- أن يكون القانون الذي يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد، فمثلاً التشريع المكسيكي والذي 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 مقيماً بإقليم هذه الدولة.[35]

٣- أن يكون قانون القاضي لا يجيز له تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، إلا إذا تمسك أطراف العلاقة بتطبيقه، فيعمد الأطراف إلى السكوت وعدم إثارة تطبيق القانون الأجنبي حتى يتسنى لهم الحصول على مركز يكون محظوراً في القانون الأجنبي كالطلاق مثلاً، فيتحقق الغش بمجرد السكوت عن التمسك بتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني.[36]

ويرى الباحث أن الحالة الأخيرة التي أثارها الفقه لا تصلح لاعتبار الأفراد يتجهون لحالة الغش نحو القانون، فإذا كان القانون الوطني هو من أعطاهم صلاحية جوازيه للتمسك بتطبيق القانون الأجنبي من عدمه، فإن عدم تمسكهم فيه

---

32 صادق، هشام علي: المرجع السابق، ص٢١٤.
33 دغيش، أحمد: مرجع سابق، ص٧٩.
34 داودي، صحراء: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون، الجزائر، ٢٠٢٠، ص٨٩٧، منشور على الموقع الآتي: https://search.mandumah.com/Record/1098990/Details
35 داودي، صحراء: المرجع السابق، ص ٨٩٨.
36 داودي، صحراء: المرجع السابق، ص ٨٩٨.

سيكون بموجب القانون، فقانون القاضي أصلا يمنح تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، فهنا اتجاه الأفراد نحو اختيار القانون الأصلح كان بموجب القانون، فهنا العيب يكون بالنص القانون بحد ذاته الذي لم يراعي موازنة المصالح بين الأطراف.

أخيراً وقد كانت مسألة العنصر المعنوي وصعوبة اثباته أحد المبررات التي ساقها البعض لإنكار هذه النظرية، على اعتبار أن اثبات نية الغش ليس بالأمر السهل لاعتماد ذلك على النوايا والسرائر ويتطلب ذلك من القاضي بذل الجهد والوقت، إلا أن ذلك ليس مبررا حيث أنه يقع على القاضي نفس العبء فيما يتعلق بالعقوبات وتحديد المسؤولية الجزائية.[37]

*** الخلاصة**

إن مسألة سوء النية لدى الأفراد المتمثلة بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق ما هي إلا سلطة تقديرية لقاضي الموضوع، فهناك العديد من العلاقات التي لا تقاس بالظاهر (سوء النية) وتكون بالحقيقة (حسن النية) فمثلاً كالإبعاد القسري أو اكتساب جنسية بحسن النية بالوراثة أو طول الإقامة في دولة ما أو انضمام إقليم لدولة أخرى مما يؤدي إلى تغيير الجنسية أو الوفاة فجأة في دولة فيتغير ضابط الإسناد، وعليه فإن سوء النية أمر داخلي يتطلب إثباته، والعبرة بأن يكون الفرد قد بيت النية لتغيير ضابط الإسناد لتحقيق مآرب خاصة لا تتوافر في القانون الأول.[38]

*** إعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون**

ويتطلب البحث في إعمال نظرية الدفع بالغش نحو القانون تقسيم الموضوع لثلاثة مطالب الأول يعالج نطاق الدفع بالغش نحو القانون، والثاني الطبيعة القانونية للدفع بالغش بالقانون، أما الثالث فيخصص لبيان جزاء الغش نحو القانون.

*** نطاق الدفع بالغش نحو القانون**

لقد أثار الفقه خلافاً حول مسألة إعمال نظرية الغش نحو القانون فالبعض اتجه أن الغش نحو القانون يتجه إلى قانون دولة القاضي فقط، والآخر رأى أنه من الأفضل أن يكون هناك تعاون ما بين الدول وبالتالي يتم إعمال حماية قانون القاضي وقانون الدولة الأجنبية وذلك عن طريق تطبيق القانون الواجب والذي أحالت إليه قاعدة الإسناد، فمن جانب هناك من يحصر التحايل بأنه يتم فقط إذا كانت القاعدة المتهرب منها هي قاعدة آمرة فقط، وهناك من يدرج القواعد المكملة إلى جانب ذلك على اعتبار أن القواعد المكملة جاءت لغايات معينة وبالتالي قد يتعسف الأطراف بالخروج عنها لغاية مصالحهم، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي: –

١– نطاق الدفع بالغش نحو القانون من حيث القانون المتهرب من أحكامه: لقد استقر الفقه القديم بمقتضى هذا النطاق ابتداء أن إعمال نظرية الغش نحو القانون تقوم فقط إذا كان القانون الذي تم التحايل عليه هو قانون القاضي فقط، وذلك بأن القانون الوطني الواجب تطبيقه على النزاع والذي قصد

[37] عبد الكريم، ممدوح: المرجع السابق، ص٢٠٧.
[38] حماد، عثمان: أثر الاختصاص القضائي في موانع تطبيق القانون الدولي الخاص، السودان، مجلة كلية الشريعة والقانون، ٢٠١٨، ص١٨٢: منشور على الموقع الآتي:
https://search.mandumah.com/Record/969070

الأطراف التهرب من أحكامه، وعليه إذا كان القانون الذي قصد الأطراف التهرب منه هو القانون الأجنبي فإنه ليس هناك محلاً للتطبيق هذه النظرية،[39] وهذا ما حصل في قضية الأميرة كارمان عندما قصدت بتغيير جنسيتها التهرب من تطبيق القانون الوطني، ومن ثم تطبيق القانون الأجنبي الذي يسمح بالطلاق.

وكانت الحجج المؤيدة لهذا الرأي: –

١– ما دام أن القانون الوطني بالأصل هو الواجب التطبيق على المنازعة المعروضة أمام القاضي، فإن التهرب من أحكامه من شأنه أن يمس بالمصالح العامة في دولة القاضي.[40]

٢– إن وظيفة القاضي الرئيسية هي تطبيق القانون الوطني ومنع الأفراد التهرب من أحكامه.[41]

٣– أخيراً يرى الباحث في هذا الشأن أنه ليس من وظائف القاضي أن يكون على دراية بالقوانين الأجنبية ومراقبة تصرفات الأفراد التي تهدف إلى تهرب من تطبيق أحكام القوانين الأجنبية، فالأمر يشكل عبئ كبير عليه.

أما الفقه الحديث فقد اتجه إلى إعمال نظرية الغش نحو القانون بشكل مطلق، سواء كان القانون المتحايل عليه والذي قصد الأطراف التهرب منه هو قانون دولة القاضي أو قانون دولة أجنبية، باعتبار أن الغش يفسد كل شيء ومهما كانت الغاية منه فإنه تجب محاربته، وقد استند هذا الفقه إلى مجموعة من الحجج التي تؤيد هذه النظرية[42] وهي كالآتي: –

١– أن نظرية الغش نحو القانون تخضع للمبدأ العام، وهو أن الغش يفسد كل شيء وبالتالي وجوب محاربته، مهما كانت صورته سواء أحكام القانون الوطني الواجب التطبيق، أو الإفلات من تطبيق القانون الأجنبي.[43]

٢– إن فكرة التعاون ما بين الدول تفرض على كل دولة العمل على احترام قوانين الأخرى.[44]

وباعتبار أن مشروع القانون المدني الفلسطيني لم يتطرق لنظرية الغش نحو القانون، وأحال القواعد الذي لم يتطرق لها إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، فمن الأجدر العمل بهذه النظرية تجاه كل القوانين، وهذا ما يراه الباحث بأن ضابط الإسناد قد يؤدي إلى تطبيق قانون أجنبي، والذي قد يقصد الأطراف التهرب من هذا القانون الأخير والعمل على التلاعب بضوابط الإسناد، فالتهرب من تطبيق أحكام القانون الأجنبي قد يؤدي إلى المساس أصلا بتطبيق قانون القاضي الوطني والذي قد يكون ضابط إسناده مُحيل إلى تطبيق أحكام القانون الأجنبي والذي قصد الأطراف التهرب منه، وهذا ما أكده جانب من الفقه بقوله "إن مؤدي الغش هو الإفلات من أحكام القانون المختص وفقاً لقاعدة الإسناد الوطنية، وقد يكون هو قانون القاضي أم القاضي الأجنبي"[45] وأيضا ما أكده الاتجاه الحديث بقوله " إن التحايل على القانون الأجنبي في حقيقته تحايل على قاعدة الإسناد في قانون القاضي التي أعطت الاختصاص للقانون الأجنبي".[46]

---

39 بوخروبه، حمزة: المرجع السابق، ص١١٤.
40 عبد الله، عز الدين: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٩، ص ١١٥.
41 بوخروبة، حمزة: المرجع السابق، ص١١٥.
42 عبد العال، عكاشة محمد: المرجع السابق، ص٢١٧.
43 بوخروبة، حمزة: المرجع السابق، ص١١٥.
44 عز الدين عبد الله: المرجع السابق، ص٦٥٦.
45 هشام، صادق: المرجع السابق، ص٢١٧.
46 بلقاسم، إعراب: المرجع السابق، ص١٩١.

وأخيراً فإن موقف القانون المدني الجزائري في نص المادة ٢٤/١ لم يتقيد بإعمال نظرية الغش نحو القانون الجزائري فقط، وإنما اشتمل على عبارة "نحو القانون" فالمطلق يجري على إطلاقه ما يرد نص يقيده.[47]

*** الخلاصة**

من الممكن إعمال فكرة الغش نحو القانون سواء كان القانون الذي قصد الشخص التهرب من أحكامه هو القانون الوطني، أو كان المقصود هو الإفلات من أحكام القانون الأجنبي.[48]

٢- نطاق الدفع بالغش نحو القانون في ما يتعلق بالقاعدة المتهرب من أحكامها: في البداية إن القواعد التي تكمن في أي نظام قانوني، إما تكون قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التهرب من أحكامها، وإما أن تكون قواعد مكملة جاءت لتكمل إرادة الأطراف ويجوز الاتفاق على خلافها، ومن الجدير بالذكر أن الفقه التقليدي حصر نطاق نظرية الغش نحو القانون على حالات التهرب من قاعدة آمرة، فلو كانت القاعدة القانونية هي قاعدة مكملة فلا يتصور التهرب منها، فلا يمكن تحقق الغش تجاه القواعد القانونية المكملة باعتبار أنه من الجائز الاتفاق على مخالفتها[49]، وبالتالي فالقواعد المكملة قابلة للتغيير بسهولة وهي ليست محلاً للجدل.[50]

أما الفقه الحديث فقد ذهب إلى إمكانية تحقيق نظرية الغش نحو القانون سواء كانت القاعدة القانونية المتهرب منها آمرة أم مكملة، على اعتبار أن العبرة هي بالغرض الذي يهدف إليه الأفراد من وراء تصرفهم، فمثلاً في مجال العقود الدولية فإن الأفراد يتمتعون في حرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، فإن الهدف الرئيسي من العقود الدولية هو تيسير المعاملات الدولية، فمثلا لا يجوز للأفراد اختيار قانون لا تربطه أي صلة بالعقد من أجل الانطباق على عقدهم أو حتى وإن لم تكن له صلة حقيقة يجب أن لا تصل إلى درجة الغش نحو القانون، ومن ثم التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا بموجب قاعدة التنازع،[51] وكذلك الأمر عندما يغيب الاتفاق بين الأطراف فتصبح القواعد المكملة قواعد ملزمة، على اعتبار أن الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة لا تكون إلا عند التعاقد، وهنا المتعاقد الذي يريد الإفلات منها لا يبقى أمامه سوى الغش والتحايل بتغيير ضابط الإسناد، فمثلا قد يتفق البائع مع المشتري على أن الملكية تنتقل بمجرد التسليم، فإذا لم يتفقوا وكان قانون الدولة ينقل الملكية بمجرد البيع و قبل التسليم، فإن البائع قد يعمد لنقل المبيع إلى دولة

47 تنص المادة ٢٤ معدلة من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠٠٥/٢٠ على أنه "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.

48 داودي، صحراء: المرجع السابق، ص٨٩٨.

49 بلقاسم، إعراب: المرجع السابق، ص١٩٤.

50 حماد، عثمان محمد الأمين: أثر الاختصاص القضائي في موانع تطبيق القانون الدولي الخاص، غرب كردفان، ٢٠١٨، ص١٨١، بحث منشور على الموقع الآتي:
http://search.mandumah.com/record/969070

51 فضيل، نادية: تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني- المرجع السابق، ص١٣٤.

لا يرتب قانونها على عقد بيع المنقول أي أثر عيني، وإنما يستلزم التسليم فقط من أجل انتقال الملكية إلى المشتري.[52]

يرى الباحث في هذا الشأن إثارة فكرة الغش نحو القانون نحو القواعد القانونية الآمرة، حتى لا يؤدي ذلك إلى ضياع الهدف المنشود من القواعد القانونية المكملة على اعتبار أنها جاءَت لتُكمل إرادة الأطراف فمن الطبيعي اختيار ما ينسجم ومصالحهم فتغييرها يبقى مباح وجائز مقارنة مع القواعد القانونية الآمرة التي تتصل بالنظام العام، فهذه القواعد التي تتدفع الأفراد إلى محاولة اللجوء لنظرية الغش نحو القانون للهروب من أحكامها التي يمكن مخالفتها بالاتفاق، والقاعدة القانونية المكملة في حال لم يتفق الأطراف على خلافها فتصبح قاعدة آمرة، أو لم يكن هناك صلة حقيقة بين العقد والقانون الواجب التطبيق.

أخيراً إن موقف المشرع الجزائري وما أستقر عليها بأنه يجيز استعمال قاعدة الدفع بالغش نحو القانون مطلقاً، سواء كان التهرب من أحكام القواعد الآمرة أم من أحكام القواعد المكملة، وذلك بما أورده القانون المدني الجزائري والذي قرر الأولوية بتطبيق القانون المختار من المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد،[53] ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن هذه الحالة تعتبر إحدى صور الغش نحو القانون بأنها قاعدة مكملة وليست آمرة وذلك عندما أجاز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ما لم يقترن ذلك بغش من طرفهم.[54]

*** الطبيعة القانونية لنظرية الغش نحو القانون ومجال إعمالها**

إن تحديد الطبيعة القانونية لنظرية الغش نحو القانون يتطلب البحث في النظريات التي حاول الفقه قياسها وتقريبها على نحو يؤدي إلى سهولة قياس الأحكام، إلا أن العديد من النظريات كانت تتقارب إلى حد ما سرعان ما يتم انتقادها على نحو يؤدي إلى إبعاد قياسها سواء من ناحية اختلاف الهدف أم اختلاف الطبيعة القانونية لهذه النظرية.

وسنذكر أهم منها على الآتي: –

*** الطبيعة القانونية لنظرية الغش نحو القانون**

لقد اختلف الفقه حول التكييف القانوني لنظرية الغش نحو القانون على اعتبار أن كل منهم يراها صورة معينة من التكيفات والنظريات القانونية.

وهي على النحو الآتي: –

١– تعتبر نظرية الغش نحو القانون صورة من صور التعسف باستعمال الحق، وذلك عندما يقوم الفرد بالتعسف باستعمال حقه، فينتج عند ذلك الاستعمال الحكم بعدم مشروعيته، وتعتبر المصالح الغير مشروعة التي يسعى الشخص إلى تحقيقها من صور الاستعمال الغير مشروع، فمثلا وبتطبيق هذه النظرية على حالة الغش نحو القانون وذلك عندما يقوم الشخص بتغيير جنسيته أو إدخال عنصر أجنبي فهو يكون بذلك استعمل حقه، إلا أن المصلحة غير مشروعة، إلا أن هناك من وجه انتقاد لهذه النظرية على اعتبار أن التعسف باستعمال الحق فإن وظيفة القاضي هو أن يقوم بالحكم بالتعويض الناتج عن جراء

---

[52] عبد العال، عكاشة محمد: المرجع السابق، ص ١٣٥، كذلك أنظر داودي، صحراء: المرجع السابق، ص٨٩٨.

[53] نصت المادة ١٨ معدلة من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠ لسنة 2005: يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

[54] دغيش أحمد، المرجع السابق: ص٨٠.

التعسف ولا يكون التعويض إلا بضرر، إلا أن في نظرية الغش نحو القانون فإن القاضي يحكم باستبعاد القانون الأجنبي الذي اصطنع الأطراف العنصر الأجنبي بقصد الوصول إليه وتطبيق القانون الذي قصد الأطراف التهرب منه.[55]

إلا أن الباحث لا يتفق مع هذا الانتقاد على اعتبار أن نظرية التعسف باستعمال الحق فإن وظيفة القاضي الأساسية هي إزالة التعسف ومن ثم التعويض عن الضرر، أي أن إعادة الحال إلى ما كان عليه هو الأمر الرئيسي والحكم بالتعويض يأتي ما بعد الإزالة ما إذا رتب ضرر وقد يكون التعويض عيني وهو إعادة الحال إلى ما كان عليه، وهذا ما يتقارب إلى حد كبير مع نظرية الغش نحو القانون والذي أيضاً وظيفة الفاضي الأساسية بها إعادة الحال إلى ما كان عليه باستبعاد القانون الأجنبي وتطبيق القانون الواجب التطبيق.

٢- يرى البعض أن نظرية الدفع بالغش نحو القانون ليست سوى من تطبيقات الدفع بالنظام العام، فمثلاً عندما يقصد الأطراف التهرب من أحكام القانون الآمرة وتطبيق القانون الأجنبي الذي لا يتفق وأحكام قانون دولة القاضي فهذا يمثل مخالفة النظام العام وعليه يتم استبعاد القانون باسم النظام العام، إلا أنه تم انتقاد هذا الرأي على اعتبار أن النظام العام متعلق بأسس المصالح العليا وكذلك الأمر إذا كان هناك مخالفة قي القانون الأجنبي مع الأسس الجوهرية في قانون دولي القاضي بغض النظر عن توافر الركن المعنوي من عدمه أي نية الأطراف، بينما الدفع بالغش نحو القانون أساسه هو توافر الركن المعنوي أن نية التحايل، ومن جانب آخر فإن الدفع بالنظام العام يجعل هناك فقط استبعاد القانون الأجنبي بينما نظرية الغش نحو القانون قد يكون صالح قانون القاضي أم القانون الأجنبي.[56]

٣- أخيراً تعتبر نظرية الغش نحو القانون نظرية مستقلة قائمة بحد ذاتها وهي تطبيقاً لقاعدة أن الغش يفسد كل شيء، وهذا ما هو مستقر عليه، باعتبارها أحد مبادئ القانون الدولي الخاص، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري عندما اعتبرها سبباً مستقلاً عن النظام العام والآداب العامة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ومن جانب آخر ما أخذ به المشرع التونسي، عندما أفرد لها في نص المادة ٣٠ من مجلة القانون الدولي الخاص بقولها "يكون التحايل على القانون بالتغيير المصطنع لأحد عناصر إسناد الوضعية القانونية الواقعية، بنية تجنب تطبيق القانون التونسي أو الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع المختصة.

والسؤال الذي يثار هنا كيف يمكن معالجة مسألة الغش نحو القانون إلى حين تنظيم المشرع الفلسطيني لهذه المسألة ووضع تكييف لها بنص خاص؟

يرى الباحث طالما أن المشرع الفلسطيني سكت عن تنظيم مسألة الغش نحو القانون وقام بإحالة كل مسألة لم يتطرق عنها إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، بالتالي يمكن القول بإخضاع أو بإحالة نظرية الغش نحو القانون إلى فكرة النظام العام، لأن مشروع القانون المدني الفلسطيني إعتبر مسألة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي، ويقول الدكتور أمين دواس "من المؤكد أن النظام العام الذي يحكم العلاقات الداخلية يختلف عن النظام العام الذي يحكم العلاقات الدولية الخاصة نظراً لاختلاف الغاية المقصودة من

[55] داودي، صحراء: المرجع السابق، ص٨٩٩.

[56] داودي، صحراء: المرجع السابق، ص٨٩٩.

النظام العام في كل حالة،[57] غير أن هناك جانب من الفقه أشار إلى أنه يمكن اعتبار نظرية الغش نحو القانون من تطبيقات النظام العام[58].

وعليه يمكن القول أن للقاضي الفلسطيني صلاحية استبعاد القانون الذي تم اللجوء إليه عن طريق الغش نحو القانون بالاستناد إلى النظام العام فمثلاً أن يلجأ الزوج وقت رفع دعوى الطلاق إلى دولة لا يقرر قانونها نفقة المطلقة وذلك للاستفادة من مزايا هذا القانون بالنسبة للزوج وإلحاق الضرر بالزوجة، فهذا القانون الأخير يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقرر نفقة الزوجة والمطلقة والمتصلة بالنظام العام مما يؤدي إلى المساس به ونيل بالمصالح العليا والأساسية، أو كان القانون الآخر يعطي مزايا أخرى لا تختلف والنظام العام في القانون الوطني وتم اللجوء إليها عن طريق الغش نحو القانون، فاعتبار الطريقة التي تم اللجوء إليها (الغش الذي يبطل التصرفات) طريقة مخالفة للنظام العام وبالتالي وجب إبطالها.

ومن جانب آخر يرى الباحث أنه يمكن للقاضي أن يلجأ إلى المبادئ العامة للتصدي لهذا الغش، فمثلا التعسف باستعمال الحق كما بينت من وجهة نظري مدى تقاربها الكبير مع نظرية الغش نحو القانون في ظل توجه الانتقاد والاتفاق على استبعاد نظرية الغش نحو القانون من تطبيقات نظرية التعسف باستعمال الحق، كذلك الأمر مبدأ عدم تجاوز ما توقعته الإرادة لأنه لا يعمل بالعقود إلا بحدود ما توقعته إرادة الأطراف كأن يلجأ الزوج وقت الطلاق إلى قانون دولة أخرى للاستفادة من المزايا المخولة له بهذا القانون والتي لم تكن الزوجة أن تتوقعه لحظة الانعقاد، وسيتم التطرق لهذه المسألة بالفرع الثاني من هذا المطلب.

*** مجالات إعمال الدفع بالغش نحو القانون**

أولاً- المجالات التي تدخل في نظرية الغش نحو القانون

١- تعتبر فئة الأحوال الشخصية مجالاً رئيسياً لتطبيق فكرة الغش نحو القانون، بل وهي من أكثر الحالات التي قد يلجأ إليها الأفراد لإستخدام الغش نحو القانون، كما هو الحال في الزواج والطلاق والتطليق والخلع، حيث يحتدم الصراع حول القانون الواجب التطبيق، وذلك فقد تكرر كثيراً حالات استعمال الغش نحو القوانين الشخصية لأطراف العلاقية القانونية، وذلك بتغيير جنسيتهم كما تطرقنا إلى ذلك بالسابق، ولعل أشهر هذه الحالات قضية دي بوفرومون، لأن غالبية الدول تتبنى ضوابط إسناد مختلفة حول مسألة الزواج، فمنا من يعتمد ضابط الموطن ومنها من يعتمد ضابط الجنسية، فيتعمد عندئذ الأفراد على تغيير مواطنهم وتغيير جنسياتهم مما يؤدي إلى تغيير القانون الواجب التطبيق، ويطبق القانون الذي يتماشى مع حاجة ومصالح هؤلاء الأفراد.[59]

مثال: إن الدول تتبنى في معظم تشريعاتها أنظمة مختلفة حول الزواج سواء كان من حيث انعقاده أو من حيث الآثار المترتبة على انعقاده أو من حيث انقضائه، فالبعض يعتبر

---

[57] دواس، أمين: تنازع القوانين "دراسة مقارنة" ط١، عمان، مكتبة الشروق، ٢٠٠١، ص٢٣٤-٢٣٥.

[58] زاير، فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٠، ص٨، بحث منشور على الموقع الآتي:
https://www.elmizaine.com/2019/03/pdf_3.html

[59] عبد العال، عكاشة محمد: المرجع السابق، ص٤٩٧-٤٩٨.

هذه التشريعات نظاماً دينياً والبعض الآخر يعتبرها نظاماً مدنياً، بينما هناك من يعتبرها بأنها رابطة غير قابلة للانحلال، وهناك من يتبنى فكرة حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة، وهناك ما يتبنى فكرة عدم قدرة الزوجين على حل الزواج إلا بالاتفاق، لذا فإن العديد من الأفراد يتعمدون اللجوء إلى تغيير ضوابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية لاختيار ما يتفق ومصالحهم وينسجم معها.[60]

أخيراً هناك حالة لدى القضاء الإنجليزي تسمى بطيور الطريق أو الهجرة، حيث إذا قام الأفراد بتغيير موطنهم بقصد الحصول على الطلاق فينتج عن ذلك عدم اعتراف المحاكم في إنجلترا بأحكام الطلاق الصادرة عن الموطن الأخير، ومن الجدير بالذكر أن القضاء الإنجليزي أجمع على بطلان هذه الحالات بسبب الغش نحو القانون، إذ أن الكثير من الأفراد من يقصد تغيير ضابط الإسناد في إنجلترا بسبب تشدد الأخيرة في أسباب الطلاق وحصر حالاته.[61]

أما بالنسبة لموقف مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ في مسائل الأحوال الشخصية كالزواج في ما يتعلق بالآثار المرتبة عليه، والطلاق، والتطليق القضائي، والفسخ، والانفصال متى كان أحد أطراف الزواج فلسطينياً لحظة انعقاد عقد الزواج بسريان تطبيق القانون الفلسطيني وحده والأخذ بضابط الإسناد الثابت،[62] وعليه فإن قام الفلسطيني أو الطرف الآخر بتغيير جنسيته بعد انعقاد الزواج فإنه لا يؤثر في ماهية القانون الواجب التطبيق فيبقى القانون الفلسطيني هو المطبق، وبالتالي لا يتصور وجود نظرية الغش نحو القانون في هذه الحالات المذكورة أعلاه بسبب ضابط الإسناد الثابت، ونرى بهذه الشأن موقف المشرع الجزائري المتميز عن نظيره الفلسطيني بأنه شمل بسريان القانون الوطني وحده إن كان أحد الزوجين جزائرياً إضافة إلى ما سبق ذكره الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج وهذا تأكيداً على حماية المتعاقد الوطني من الغش نحو القانون بسريان قانونه في كل الحالات،[63] وعليه فإن الشروط الموضوعية بمقتضى مشروع القانون المدني الفلسطيني فإنها تبقى خاضعة لقانون لكل من الزوجين وإن كان أحدهما فلسطينياً لحظة انعقاد العقد، ومن هنا أثير مسألة إمكانية استبعاد القانون الأجنبي بالنسبة للشروط الموضوعية لصحة قانون كل من الزوجين إن كان الطرف الآخر قصد اللجوء إلى دولة أخرى بقصد تطبيق أحكامها على هذا العقد للتسهيلات التي يقدمها القانون الأخير، أو كان الأخير مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي فإنه عندئذٍ سيستبعد تطبيق القانون الأجنبي لهذا السبب واستبعاد تطبيق نظرية التطبيق الجامع بمراعاة مصلحة قانون كل من الزوجين لصالح القانون الوطني وحده، فمثلاً كأن يتزوج مسلم وطني من كتابية يمنع قانونها زواجها من غير من ينتمي

60 عبد العال، عكاشة محمد: المرجع السابق، ص٤٩٧-٤٩٨.
61 بوخروبه، حمزة: المرجع السابق، ص١٢٢.
62 تنص المادة ٢٠ من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه "يسري القانون الفلسطيني في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً وقت انعقاد الزواج، فيما عدا شريطة الأهلية للزواج".

63 تنص المادة ١٣ من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ على أنه "يسري القانون الجزائري الوحدة في الأحوال المنصوص عليها في المادتين ١١ و ١٢ إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إنعقاد الزواج، إلا في ما يخص أهلية الزواج".

إلى طائفتها فهذا سيكون صحيحاً طبقاً للقانون الوطني وباطلاً طبقاً للقانون الأجنبي إذ أن أحكام الشريعة الإسلامية تجيز للمسلم أن يتزوج من غير ديانته وبالتالي إعتبار الزواج صحيحاً، وعليه لو تبقى القاضي على مسألة التطبيق الجامع وراعى مصلحة قانون كل من الزوجين لقيد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية (القانون الوطني) بصحة القانون الأجنبي الذي يعتبر مخالفاً للنظام العام، أي أنه ليس من المنطق أن نجعل أحكام الشريعة الإسلامية مقيدا تطبيقها أحكام القوانين الأخرى، كعدم سماح القانون الأجنبي تعدد الزوجات في حين أن الشريعة الإسلامية تتفق مع هذا الأمر، كذلك الآمر العديد من المسائل كأن يسمح القانون الأجنبي الزواج من مثلي الجنس، وأن لا يسمح بالزواج بسبب اختلاف اللون فهذا أمر لا يقبل لأن يتم مراعاته في فلسطين وأن يقيد تطبيق قانوننا على صحة القوانين الأخرى الأجنبية.

كذلك الأمر بذات الفقرة السابقة إلا أنه عقد الزواج كان ما بين أجنبيين، فمثلاً يسري على آثار عقد الزواج قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الزواج، فهنا لا يمكن أن يؤثر تغيير ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة في ماهية القانون الواجب التطبيق، إذ أنه يتمثل بالقانون الشخصي للزوج الذي كان سائداً لحظة انعقاد الزواج.[64]

إلا أن الباحث يرى أن المشرع لم يكن موفقاً بقاعدة إسناد الطلاق في نص المادة ١/١٩ والتي أخذت بقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، إذ قد يعمد الزوج باللجوء والانتماء إلى قانون أي دولة يتماشى مع مصالحة ومن ثم يقوم بالطلاق، فهنا يؤدي إلى مفاجئة الزوجة بتطبيق قانون دولة لم يكن أبداً أن تتوقعه، ومن جانب آخر يتجاوز توقعات إرادة الطرف الآخر، فمن الأفضل أن يتم الاستعاضة عنه بضابط إسناد آخر وهو قانون الزوج وقت انعقاد الزواج التي تعلم الزوجة مسبقاً به، أو قانون الموطن المشترك أيهما أفضل للزوجة، وأبرر موقفي بالتساؤل الذي قد يثار بهذا المجال وهو: صحيح أن القانون هو الذي شرع تطبيق مسألة قانون الدولة التي ينتمي إليه الزوج وقت الطلاق ولا يتصور وجود حالة الغش نحو القانون إن كان الاستعمال لهذا النص بتشريع من المشرع ذاته، إلا أن الإجابة تتمثل بالغاية الغير مشروعة وهو إساءة استعمال حق فرضه القانون والذي يتمثل بنية التعسف بحق الطرف الآخر واللجوء إلى قانون قد لا يقرر لها أدنى حقوق الانفصال كالنفقات، ومن جانب آخر فإنه يخالف توقعاتها ويتجاوز حدود الإرادة والتي كانت تعلم به الزوجة بقانون الدولة التي ينتمي إليها فقط عند الزواج، أما من الجانب الأخير فقد يكون هذا القانون الذي تم اللجوء إليه يخالف النظام العام في فلسطين مما سيتم استبعاده لهذا السبب، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري الذي أخضع مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.[65]

٢- تعتبر مجالات الحقوق العينية كتغيير محل وجود المال المنقول من إقليم دولة إلى أخرى من الحالات التي يلجأ إليها الأطراف للغش نحو القانون، حيث أن المال المنقول يخضع

64 تنص المادة ١٨ في فقرتها الأولى من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ على أنه "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال".

65 تنص المادة ١٢ (معدلة) من القانون المدني الجزاري رقم ٢٠ لسنة 2005 على أنه: ويسري على الانحلال أو الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

لقانون موقعه، فيعمد الأطراف إلى تغيير مكان المال المنقول من أجل تغيير ضابط الإسناد إلى موقع مال المنقول الجديد الذي يتفق ومصالحهم كأن يقدم هذا الأخير تسهيلات وإعفاءات ضريبية، والتهرب من أحكام القانون الأول.[66]

وبالنسبة لمشروع القانون المدني الفلسطيني فقد أورد ضابطين إسناد في ما يتعلق بالحقوق العينية على المنقول فالأول قانون الدولة التي وجد فيها تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها، والثاني قانون موقع المال جديد إن تغير موقعه،[67] وبالتالي قد يعمد أحد الأطراف إلى استغلال هذا الحق والاستفادة من القانون الذي يتماشى مع مصالحه وذلك بتغيير موقع المال المنقول بكل بساطة، أما موقف القانون المدني الأردني وكذلك الجزائري فقد تميزاه عن نظيرهما الفلسطيني والذي أورد ضابط إسناد واحد وهو قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب، فلا يتصور وجود أي تغيير لهذا المال إذ أن القانون المطبق هو ذاته وهذا ما يهدر إرادة الأطراف من أي محاولة للجوء إلى قانون ينطبق على علاقتهم عن طريق الغش نحو القانون.[68]

٣- كذلك الأمر في مجال العقود كقيام الأطراف باصطناع عنصر أجنبي في العلاقة الوطنية أصلاً، ليتحول إلى عقد له طابع دولي بغية إخضاعه إلى قانون دولة أجنبية والإفلات من أحكام القانون الوطني، الذي لا يحقق لمرتكب عملية الغش المصلحة الشخصية المرجوة،[69] فعندما يخضع الأطراف عقدهم للقانون الملائم فإنه لابد من وجود شريطة بأن تتوفر صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار، فيقول الأستاذ على سليمان "في الحقيقة لا يوجد إلا قانون واحد يرتبط بمصلحة حقيقية مع المتعاقدين أو العقد، وعليه فإذا كان القانون الوحيد الذي ينطبق على عقد الأطراف، فعندئذٍ سيعمدون على تجنبه بطرق التحايل وهو اختيار قانون لا يمت للعقد بأي صلة.[70]

ثانياً: المجالات التي تخرج من نطاق إعمال الدفع بالغش نحو القانون

وهنا تتمثل بتلك الحالات التي لا يسمح ضابط الإسناد بطبيعته حصول التغيير وكذلك عندما لا يكون للإرادة أي أثر في حصول التغيير: -

١- يرى الباحث أنه من الملاحظ عند تطرقنا للشروط الواجب توافرها لحالة الغش نحو القانون بأنه يجب أن تكون

66 بوخروبه، حمزة: المرجع السابق، ص١٢٢.

67 تنص المادة ١/٢٦ من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٢٠١٢/٤ على أنه "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار في ما يختص به، ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتبت عليه كسب تلك الحقوق أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد.

68 تنص المادة ١٩ من القانون المدني الأردني لسنة1976 على أنه "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع في ما يختص بالعقار، ويسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد بها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، كذلك نص المادة ١٧ من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ بقوله ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها.

69 أحمد، دغيش: المرجع السابق، ص٨٣.

70 سليمان، علي: المرجع السابق، ص ١٦١.

للإرادة دور في تغيير ضابط الإسناد وعليه فإنه لا يمكن أن يعتد بحالة الدفع بالغش نحو القانون إذا لم يكن للإنسان أي إرادة في إحداث تغيير ضابط الإسناد، كالتغيير الذي يطرأ على الجنسية نتيجة تبدل السيادة على الإقليم.

٢- لا يمكن أن يعتد بحالة الغش نحو القانون إذا كان ضابط الإسناد غير قابل لتغيير بسبب طبيعته، فإنه لا مجال لإعمال الإرادة في تحديد هذا الضابط الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق كموقع العقار، أو محل وقوع الفعل الضار.[71]

٣- لا مجال لإعمال نظرية الغش نحو القانون في مجال الالتزامات التعاقدية على اعتبار أن الإرادة سواء كانت صريحة أم ضمنية لها دور فعال في مجال القانون الدولي الخاص وبالتحديد في الالتزامات التعاقدية وهذا ما أكد عليه مشروع القانون المدني الفلسطيني بقوله "ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن آخر هو المراد تطبيق"[72] وبالتالي يصعب استنباط الغش بسهولة بين الأطراف عندما تكون لهم الحرية باختيار ما هو واجب التطبيق على عقدهم بموجب القانون وإن لم تكن هناك صلة حقيقية شريطة أن لا يكون هذا الاختيار مشوباً بالغش نحو القانون بينما البعض الآخر والذي اتجه إلى ضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون والعقد وتأكيده على تقييد مبدأ سلطان الإرادة،[73] وبخلاف المشرع الجزائري والذي تميز بتأكديه في ما يتعلق بالالتزامات التعاقدية على ضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد،[74] ولذا نأمل على المشرع الفلسطيني بإضافة هذه العبارة والأخذ بتجربة نظيره الجزائري لكي نتفادى الاختلاف بين الفقهاء حول هذه المسألة.

٤- من الجدير بالذكر أنه يمكن إعمال حالة الغش نحو القانون في ما يتعلق بالعقار والذي يعتبر استثناه على الحالة السابقة ما إذا تم التغيير بطبيعة المال، كتغيير وصفه من الأموال الغير منقولة إلى الأموال المنقولة، وقد قمنا بالتطرق في السابق للاجتهاد القضائي الفرنسي عندما قام مواطن أمريكي مقيما بها وهو يملك عقاراً في فرنسا بتغير طبيعة هذا المال وهو تقديمة كحصة عينية على السبيل التمليك إلى شرطة أمريكية بغية التخلص من فكرة النصيب المحجوز لصالح الأبناء، إلا أن القضاء الفرنسي قام بنقض ما فعله عن الطريق الدفع بالغش نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه عن طريق الغش[75]

---

71 عبد العال، عكاشة محمد: المرجع السابق، ص٤٩٠.

72 تنص المادة ١/٢٥ من مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٢٠١٢/٤ على أنه: يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه.

73 قارة، سليمان خليد: الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في الظل التعاقد الإلكتورني، بدون مكان نشر، ٢٠١٤، ص٥٩-٦٠، بحث منشور على الموقع التالي:
http://search.mandumah.com/Search/Results?lookfor

74 تنص المادة ١٨ (معدلة) من القانون المدني الجزائري رقم ٢٠٠٥/٢٠م على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق القانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

75 المصري، محمد وليد: المرجع السابق، ص ٣٠٢.

*** جزاء الغش نحو القانون**

وهذا ما يتمثل بالآثار والنتائج التي تترتب على قاعدة الغش نحو القانون، فلا يعقل أن يترك من يرتكب غشاً بلا جزاء المتمثل في إبطال غشه.

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي: –

١– بطلان ظرف الإسناد (الوسيلة): لقد توجه هذا الجانب إلى إمكانية القول بعدم الاعتراف بالوسيلة والنتيجة معاً، وعليه إن قيام الأفراد بمحاولة تغيير ضابط الإسناد بقصد التهرب من أحكام القانون القديم والتوصل إلى أحكام القانون الجديد الذي قصد الأطراف الوصول إليه عن طريق الغش نحو القانون وهو ما يتمثل بتغيير ظرف الإسناد مما يؤدي إلى بطلان الوسيلة والغاية معاً، فالوسيلة تبطل بجميع الآثار المترتبة عليها، والباعث الغير مشروع الذي لم يتم الأخذ به، وهذا ما حصل في قضية الأمير دي بوفرمونت والذي ترتب عليها أمرين: فالأول يتمثل بعدم الاعتداد بالجنسية الجديدة الذي اكتسبتها السيدة كارمان من جانب (بطلان الوسيلة) والثاني الذي يتمثل بعدم الاعتداد بالطلاق الذي تم بناء على قانون الجنسية الجديدة ومن ثم عدم سريان زواجها الثاني الذي أبرمته مع الأمير البلجيكي بعد الطلاق (بطلان الغاية)، وهنا الأمر يبقى متعلق بتغيير إجراء قانوني معين (غير ملموس) فنقوم عندئذ بإبطال الوسيلة والغاية معا[76]

لكن ماذا لو كان العمل التحايلي يتمثل في ارتكاب الأطراف لقاعدة الغش نحو القانون عن طريق إجراء مادي، كتغيير محل الأموال المنقولة؟

يمكن القول بأن فقهاء القانون الدولي الخاص قاموا بالتفرقة ما بين الإجراء القانوني والإجراء المادي من حيث الجزاء المترتب والذي قصده الأطراف بارتكاب الغش نحو القانون للتوصل إلى أحكام القانون الجديد، وهنا فقد ذهبوا إلى أن يتم إبطال الغاية دون الوسيلة، أي عدم الاعتداد بالباعث الذي قصده الأطراف من تغيير موقع المال المنقول، وعليه يبقى القانون الأول هو واجب التطبيق، فطالما أن الوسيلة هنا يتم الاعتداد بها فإن أي ضرر يلحق في المنقول في موقعه الجديد فإن الأخير هو الواجب التطبيق عن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية.[77]

٢– عدم سريان ضابط الإسناد: حيث ما يعبر عنه الفقه الحديث ببطلان الأثر المترتب على ظرف الإسناد، ففي هذا الحالة الذي ذهب إليها غالبية الفقه باختلاف الاتجاه السابق إلى القول بأن جزاء الغش نحو القانون يترتب ببطلان الغاية دون الوسيلة، أي أن الوسيلة بحد ذاتها مشروعة، إلا أن الغاية والتي تقوم على أساس نية التحايل لتوصل إلى تطبيق أحكام قانون معين فهي غير مشروعة، فمثلاً في قضية الأمير دي بوفرمونت فإن الغاية من الزواج كان بقصد كان بقصد الحصول على التطليق من زواجها الأول، ويطبق قانون الجنسية الجديد، وعليه ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بهذه

76 أبو صبيع، عبد الرسول كريم: أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، العراق، ٢٠١٠، ص٦، منشور على الرابط الآتي:
https://search.mandumah.com/Record/238311/Details

77 عبدالعال، عكاشة محمد: المرجع السابق، ص٥١٠، كذلك إعراب، بلقاسم: المرجع السابق، ص١٩٩.

القضية، حيث اكتفت بالاحتجاج في التطليق الذي تم وفق قانون الجنسية الألمانية والذي جاء مخالف لأحكام القانون الفرنسي، ويرى الباحث أن العبرة بنية الأطراف المتمثل بالركن المعنوي وهي نية التحايل، ومن ثم استبعاد القانون الذي قصد الأطراف اللجوء إليه، أي النتيجة تبقى واحدة وهي إعمال نية التحايل وبالتالي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم الوصول إليه بطريق الغش نحو القانون وهذا ما نريده، أما بالنسبة للوسيلة والمتمثلة بتغيير ضابط الإسناد فتبقى صحيحة وتنتج آثارها كضابط إسناد، وننظر إلى الغاية فإن كانت مشروعة فإننا نعمل إلى تطبيق القانون الذي أحال إليه ضابط الإسناد الجديد، بينما إذا كانت غير مشروعة فإن ضابط الإسناد يبقى صحيحاً إلا أن النتيجة غير مشروعة بسبب توافر نظرية الغش نحو القانون.[78]

ومن الجدير بالذكر أن الأخذ بهذا الاتجاه يجعلنا نتفادى ما ذهب إليه الاتجاه الأول بالتفرقة ما بين الإجراء القانوني والذي يترتب عليه بطلان الوسيلة والنتيجة والإجراء المادي الذي يؤدي إلى بطلان النتيجة دون الوسيلة، وعليه فإذا كان الأمر متعلق بالمال المنقول فإننا نسير بذات الاتجاه حسب هذا الرأي دون إجراء أي تفرقة، فمثلاً إذا قام أحد الأطراف بنقل الأموال المنقولة من دولة إلى أخرى للتهرب من قواعد وأحكام القانون الأول الذي لا يتماشى مع مصالحهم والذي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها إلى أحكام القانون الجديد الذي يتماشى مع مصالحهم، فإن الغاية هنا وهي نية التحايل بتطبيق أحكام القانون الجديد يؤدي إلى استبعادها بتطبيق أحكام القانون الأول، إلا أن وطالما أن الوسيلة تبقى صحيحة فإن أي نزاع يثار بشأن المال المنقول في الدولة محل موقع المال الذي تم نقل المال المنقول إليه فإن هذا الأخير هو الذي سيطبق طالما أن هذا النزاع يختلف عن النزاع أو العلاقة التعاقدية الذي قصد الأطراف التهرب منها إلى القانون الجديد، وهذا ما أؤيده.[79]

*** الخاتمة**

بعد دراستنا هذه فإن نظرية الغش نحو القانون لم تكن حديثة المنشأ، فهي تزامنت عبر العصور امتدادا من منع كل حالة على حدا للوصول إلى تنبه تشريعات دول العالم إلى ضرورة صياغتها في أحكامها الوطنية لما من ذلك شأن في حماية المصلحة الوطنية والسيادة التشريعية للدول وحاجة المعاملات الدولية واعتبارات العدالة فضلاً عن حماية الأفراد ذوي حسن النية، ومن الملاحظ أن نظرية الغش نحو القانون أصبحت واسعة المجالات فيتم استبعاد القانون الذي تحايل الأفراد للوصول إليه سواء كان القانون أجنبي أم وطني وبغض النظر كون القاعدة آمرة أم مكملة، على الرغم أن قياس حالة الغش تكمن في حالة من الصعوبة أمام القاضي في استخلاصها كونها تتعلق بالنية وهي أمر داخلي يصعب استخلاصه عدا عن تلك الحالات التي لا تكون للإرادة أثر في تغيير القانون الواجب التطبيق كالاستبعاد القسري إلا أنه أمر ليس مستحيلاً، لذا فلجأ غالبية الفقه إلى وضع قرائن يمكن للقاضي الاسترشاد بها واستخلاصها ليثير إمكانية الدفع بالغش نحو

78 أبو صبيع، عبد الرسول كريم: المرجع السابق، ص٧.
79 كحيل، كمال: الغش نحو القانون في تنازع القوانين، الجزائر، مجلة البحوث والدراسات، ٢٠٠٩، ص ٨٠، بحث منشور على الموقع الآتي:
https://www.asjp.cerist.dz/en/article/25657

القانون، كما لو كان القانون الذي يؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد، كما أن المشرع الفلسطيني لم يقوم بوضع حالة الغش نحو القانون ضمن قواعده كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي مما يدفعنا للجوء إلى قواعد وأحكام مبادئ القانون الدولي الخاص على اعتبار أن كل مسألة سكت عنها أحالها إلى تلك المبادئ، بخلاف المشرع الجزائري والذي اعتبر أن نظرية الغش نحو القانون شأنها شان النظام العام وأحكام الشريعة الإسلامية من الحالات التي تؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي، كما وأن لجوء الأطراف إلى هذه النظرية من أجل تطبيق القانون الذي ينسجم ومع مصالحهم الخاصة إلا أن المصلحة تبقى مقيدو بالمصلحة وهي الحفاظ على المصلحة الوطنية والسيادة التشريعية للدولة، مما يترتب إعمال الآثار الناتجة عن ذلك التحايل وهو عدم سريان ضابط الإسناد أي أن الغاية وهي نية التحايل غير مشروعة إلا أن الوسيلة بحد ذاتها مشروعة، ومن ثم إرجاع الاختصاص إلى قانون القاضي والذي يكون إما القانون الوطني أم الأجنبي الأمر الذي يؤدي إلى تحقيق التعاون ما بين الدولة في المحافظة على صاحبة الاختصاص الأصيل.

وأخلص بعرض أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها وهي على النحو الآتي: -

أولاً: النتائج

١- تختلف نظرية الغش نحو القانون في نطاق القانون الداخلي عن نظرية الغش نحو القانون في نطاق القانون الدولي الخاص وهي محض دراستنا، في أن الأولى تتمحور عندما يعمد الأطراف إلى تبديل وصف العلاقة بينهم فتبقى السيادة التشريعية لذات الدولة ولكن باختلاف القانون الواجب التطبيق، في حين تكون الثانية عندما يلجأ الأفراد إلى تغيير بعض العناصر القانونية القابلة للتغيير مما يؤدي إلى المساس في السيادة التشريعية للدولة خاصة إن كان الهدف هو استبعاد القانون الوطني.

٢- تتخذ نظرية الغش نحو القانون عدة أشكال قد يلجأ إليها الأفراد للتحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق واللجوء إلى القانون الذي يتماشى ومصالحهم التي يسعون إليها بأي طريقة كانت، وقد يكون هذا التحايل من خلال لجوء الأفراد إلى تغيير ضابط الإسناد كمحاولة اكتساب جنسية جديدة من أجل تطبيق قانون الجنسية الجديد، وقد يكون من خلال التغيير في طائفة الإسناد وذلك من خلال التلاعب في تكييف الرابطة القانونية كتغيير وصف المال الغير منقول من خلال تقدمية إلى دولة أخرى على سبيل التمليك كحصة في الشركة، وقد يكون أيضاً من خلال تغيير الاختصاص الفضائي وذلك عندما يقبل الأطراف ولاية قضاء في دولة أخرى كطلب الطلاق فيها.

٣- لم يتطرق مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ إلى اعتبار نظرية الغش نحو القانون مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي وكذلك ما فعل نظريه القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ تاركين أي مسألة لم يتم التطرق لها إلى مبادئ القانون الدولي الخاص، بخلاف ما فعل المشرع الجزائري في القانون المدني رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٥ والذي اعتبر ضمن مواده هذه النظرية مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي بنص صريح، مما يؤدي إلى خلق فراغاً تشريعياً.

٤- لم يكن المشرع الفلسطيني موفقاً بترك هذه النظرية لمبادئ القانون الدولي الخاص كون أن أهميتها متصلة بالسيادة التشريعية للدولة من جانب، وكما أن هذه الإحالة قد تؤدي إلى خلق العديد من التأويلات والتفسيرات كون أن المبادئ تحتمل العديد من آراء الفقهاء.

٥- لم يكن المشرع الفلسطيني موفقاً بوضعه ضابطين إسناد للأموال المنقولة، وذلك بتطبيق موقع المال الجديد إن تغير موقعه كضابط إسناد ثاني مما قد يعمل الأطراف على نقل الاختصاص من دولة إلى أخرى للتطبيق القانون الذي ينسجم مع مصالحهم، ولذا نقترح على المشروع أن يأتي بالصياغة التالية لتعديل نص المادة ٢٦ لتكون "يسري على الأموال المنقولة مكان وجود هذا المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليها".

٦- يعتبر العنصر المادي المكون لنظرية الغش نحو القانون والمتمثل بتغيير ضابط الإسناد من قبيل التصرفات وتطبيقاً للقاعدة العامة "الغش يبطل التصرفات" فإننا نستطيع استبعاد تطبيق القانون الذي توصل إليه الأفراد بالتحايل على أحكام القانون الواجب التطبيق.

٧- يعتبر العنصر المعنوي الموكن لنظرية الغش نحو القانون والمتمثل بنية التحايل من الأمور التي تشكل عبء أمام القاضي على اعتبار أن النية أمر داخلي مما يصعب إثباتها، لذا فإن الفقه قام بوضع العديد من الحالات أمام قاضي الموضوع ليتمكن من القياس عليها وإثبات نية التحايل كأن يكون القانون الذي قصد الأطراف التوصل إليه يعطي تسهيلات استثنائية للأفراد بخلاف القانون الذي قصد التهرب من أحكامه، وكذلك الأمر بوضع بعض الحالات التي تعتبر دليلاً على حسن نية الإفراد كالإقامة الطويلة في دولة ما والإبعاد القسري وانضمام إقليم دولة إلى أخرى.

٨- على الرغم أن نظرية الغش نحو القانون أجمع الفقه على اعتبارها نظرية مستقلة وقائمة بحد ذاتها وهي تطبيقاً لقاعدة الغش يفسد كل شيء، إلا أن الباحث توصل بأن هناك اجتهادات بإمكانية تطبيق الغش نحو القانون ضمن فكرة النظام العام باعتبار أن النظام العام الذي يحكم العلاقات الداخلية يختلف عن النظام العام الذي يحكم العلاقات الدولية الخاصة.

٩- لقد استقر الفقه الحديث على إمكانية الدفع بالغش نحو القانون سواء كان القانون المتهرب منه هو أحكام القانون الأجنبي أم أحكام القانون الوطني، وهذا ما إخذ به المشرع الجزائري عندما اشتمل على عبارة "نحو القانون" فالمطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيده".

١٠- لقد أجمع الفقه الحديث على إمكانية إعمال الدفع بالغش نحو القانون مهما كانت القاعدة المتهرب منها آمرة أم مكملة، على اعتبار أن القواعد المكملة جاءَت لتحقيق غاية معينة لا يجز للأفراد التجاوز عن هذه الغاية، وهذا أيضاً ما ذهب إليه القانون المدني الجزائري والذي قرر الأولوية بتطبيق القانون المختار من المتعاقدين على الالتزامات التعاقدية بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

١١- لقد أجمع الفقه الحديث بأن يترتب على نظرية الغش نحو القانون بطلان الغاية دون الوسيلة باعتبارها أن مشروعة إلا أن الغاية والتي تتمثل بنية التحايل هي ما تعتبر غير مشروعة مما يؤدي ذلك إلى استبعاد أحكام القانون الواجب التطبيق

والذي قصد الأطراف اللجوء إليه بنية التحايل، وهذا ما يتمثل بالجزاء المترتب على قاعدة الغش نحو القانون.

ثانياً: التوصيات

١- يوصي الباحث بضرورة إضافة نظرية الغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي في مشروع القانون المدني الفلسطيني، وأقترح أن تكون الصياغة بتعديل نص المادة ٣٦ لتكون بالصيغة التالية "لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبي الذي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في فلسطين أو إذا تم التوصل إليها بطريقة الغش نحو القانون، وفي حال المخالفة نعود إلى مبادئ القانون الدولي الخاص".

٢- يوصي الباحث المشرع الفلسطيني بإضافة مواد تفصيلية أخرى متعلقة بنظرية الغش نحو القانون بدلاً من إحالتها إلى مبادئ القانون الدولي الخاص لتكون المواد كالتالي: -

أ- تعتبر نظرية الغش نحو القانون كأحد موانع تطبيق القانون الذي تم توصل إليه بطريق التحايل: ومن الأفضل ترك الصياغة على عمومها بجملة "الغش نحو القانون" كون أن الغش يجري على إطلاقه ما يأتي نص يقيده".

ب- أما في ما يتعلق بمسألة القواعد الآمرة أم المكملة فنكتفي بإضافة الصياغة التالية مُستفيدين من تجربة القانون المدني الجزائري لتكون الصياغة كالتالي "يطبق على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يعينه الأطراف بشرط أن يتصل صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد".

٣- يوصي الباحث الدراسات القادمة بمدى اعتبار قاعدة الغش نحو القانون من النظام العام وماذا يترتب على ذلك، وهل يعتبر النظام العام كافياً لأن يقوم مقام النظرية محض دارستنا.

٤- يوصي الباحث بإمكانية وضع هذه المبادئ ضمن قواعد قانون أصول المحكمات المدنية والتجارية ضمن قواعد الاختصاص الدولي، أو وضع قواد القانون الدولي الخاص في تشريع بحد ذاته بدلاً من من وضعها في مشروع القانون المدني كون أن هذه القواعد تتمتع بخصوصية العنصر الأجنبي وعليه فتتميز بطبيعتها الخاصة بخلاف القانون المدني والذي يشكل أساس الطبيعة العامة.

*** المراجع**

مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢م.

القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م.

القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون ٠٥-١٠ لسنة ٢٠٠٥م.

فضيل، نادية: الغش نحو القانون، الجزائر، دار هومة للطابعة والنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.

سليمان، علي: مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨.

عبد الكريم، ممدوح: تنازع القوانين، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥.

عبد العال، عكاشة محمد: تنازع القوانين، ط١، مصر(الإسكندرية) دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.

البستاني، سعيد يوسف: الجامع في القانون الدولي الخاص، ط١، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.

المصري، محمد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، ط١، الأردن، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.

الهدواي حسين: تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط٢، بغداد، مطبعة الإرشاد، دون سنة نشر.

بلقاسم، إعراب: القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزائر، دار هومة، ٢٠٠١.

عبد الله، عز الدين: القانون الدولي الخاص في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٩.

بوخروبة، حمزة: موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة ٢٤ من القانون المدني الجزائري، رسالة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، الجزائر، جامعة صطيف، ٢٠١٣/ ٢٠١٤.

رايس، أمينة: النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي الجزائري، المركز الجامعي العربين مهيدي–أم البواقي ٢٠٠٦–٢٠٠٧.

أبو حامدة، حسام مروان عبد الحي: الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، بحث مقدم لنقابة المحامين الأردنيين، ٢٠١٤.

دير، مسعودة: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، أم البواقي، جامعة العربي بن مهيدي، ٢٠١٦.

داودي، صحراء: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي بسبب الغش نحو القانون، الجزائر، .2020

حماد، عثمان: أثر الاختصاص القضائي في موانع تطبيق القانون الدولي الخاص، السودان، مجلة كلية الشريعة والقانون، ٢٠١٨.

حماد، عثمان محمد الأمين: أثر الاختصاص القضائي في موانع تطبيق القانون الدولي الخاص، غرب كردفان، ٢٠١٨.

زاير، فاطمة الزهراء: النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٠، ص٨.

قارة، سليمان خليد: الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في الظل التعاقد الالكتروني، بدون مكان نشر، ٢٠١٤.

أبو صبيع، عبد الرسول كريم: أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسناد، العراق، ٢٠١٠.

كحيل، كمال: الغش نحو القانون في تنازع القوانين، الجزائر، مجلة البحوث والدراسات، ٢٠٠٩.