الغش نحو القانون

la fraude à la loi

(la fraude vers le droit)

تأليف

أ.د سيد أحمد محمود أحمد

أستاذ قانون الإجراءات المدنية والتحكيم

كلية القانون –جامعة الشارقة

والمعار من كلية الحقوق _جامعة عين شمس

مقدمة

- نظراً لان قواعد القانون الدولي الخاص تنظم العلاقة ذات العنصر الأجنبي التي تؤدى الى التنازع في القوانين (الموضوعية أو الاجرائية) أي الى تنازع الاختصاص التشريعي أو القضائي، لذا توجد قواعد الاسناد في كل دولة لكي تعمل على حل هذا التنازع وصولاً الى قانون واجب التطبيق (من خلال ضابط الاسناد) يعمل بدوره على حل النزاع المطروح على القاضي الوطني.
- إن قواعد الاسناد تعمل بدورها من خلال ضوابطها في تحديد القانون الواجب التطبيق على تكييف المسألة وموضوعها، ومن هنا يتبين لنا امكانية وجود الغش نحو القانون أو التحايل على القانون، من خلال إعمال الإرادة في تغيير ضابط الاسناد الإرادي (كالجنسية أو الموطن أو محل الاقامة أو نقل المنقول أو غيرها من الضوابط الارادية) الذي يكون بطبيعته قابلا للتغيير مما يؤدى إلى تغيير القانون الواجب التطبيق اصلاً على النزاع الناشئ عن العلاقة ذات العنصر الأجنبي الى قانون آخر يحقق مصالح الافراد وغاياتهم.
- الغش سلوك معاقب عليه في كافة فروع القانون الداخلي المختلفة وكذلك في القانون الدولي الخاص وخصوصاً في مسائل تنازع القوانين (الموضوعية أو الإجرائية) حيث يتمثل الغش نحو القانون في لجوء طرف من اطراف العلاقة القانونية إلى العمل على احداث تغيير ما في ضابط الاسناد باعتبار أن هذا الضابط يعد عنصراً من عناصر قاعدة الاسناد الوطنية ، شريطة ان يتم هذا التغيير بسوء نية أي يهدف إلى تحقيق غاية يترتب عنها إنشاء مركز قانونيي متفق مع حرفية النص ومناقض للغرض الحقيقي له بالإضافة إلى مساعدته في تلبية مصالح شخصية في اطار القانون المراد الخضوع له
- كما يعتبر الغش نحو القانون مظهراً من مظاهر مبدأ " أن الغش يفسد كل شيء ".

وتكمن اشكالية الدراسة في تحديد ما المقصود بالغش نحو القانون؟ وما هو اساس مقاومته وطبيعته؟ وكيفية تمييزه عن غيره؟ وما هي عناصره؟ وكيف يتم تحديد نية الغش نحو القانون؟ وما هو مجاله ونطاق تطبيقه؟ واخيراً ما هي آثاره واحكامه؟

وتكون الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال الأبواب الآتية:-

الباب الاول: فكرة الغش نحو القانون

الباب الثاني: شروط أو معايير ومجال الغش نحو القانون ونطاقه

الباب الثالث: آثار الغش نحو القانون واحكامه

الباب الاول

فكرة الغش نحو القانون

هناك العديد من العقود والمعاملات التي يقوم الافراد أو الاشخاص بإبرامها في جميع مجالات الحياة والتي قد تكون وطنية أو ذات عنصر اجنبي هذا من ناحية وان تشريعات تنظيمها قد تختلف من دولة الى اخرى حيث ان بعض المعاملات التي يجيزها قانون دولة معينة قد لا يجيزها قانون دولة اخرى حيث تعتبر مخالفة لنظامه العام أو الآداب العامة أو للشريعة الاسلامية مثلما هو الوضع في البلاد الاسلامية من ناحية اخرى ومن ناحية ثالثة كثيراً من الاشخاص في المجتمع يسعى للقانون الذى يحقق له مصلحة أو منفعة اكثر من غيره يستعمل الرخصة القانونية في تغيير ضابط الاسناد بإرادته الحرة والواعية و المدركة كالجنسية أو الموطن أو محل الاقامة أو نقل المنقول للاستفادة من أحكام قانون اخر ينظم هذه الضوابط ويحقق مصالحة وهذا يسمى التحايل على القانون أو الغش نحو القانون الذى يجب محاربته في مثل هذه الحالات وذلك برد قصده السيء عليه وتطبيق القانون المختص أصلاً لهذه العلاقة ذات العنصر الأجنبي .

إن طاعة الافراد للقانون يعد أهم مقومات تنفيذه داخل الدولة وان التحايل عليه بشتى الطرق يقف ويمنع ويحول دون تنفيذه قانوناً فإذا كان تغيير الجنسية حقاً كفله القانون فيجب أن يكون ذلك في إطار المسموح به قانوناً ولا يتجاوزه الى التحايل فيه من أجل التهرب من تطبيق القانون المختص أصلاً بالنزاع حيث يملك القاضي الوطني أن يبطل كل أثر قصده المتحايل إذا تأكد من عدم مشروعية التعديل أو التغيير ويطبق القانون المختص أصلاً بحكم النزاع.

كما أن الدفع بالغش نحو القانون هو حماية للقانون المختص أصلاً بحكم النزاع وأن التحايل عليه من أجل الهروب من تطبيقه يعتبر تعدياً على قواعد الاسناد الموجودة في قانون القاضي وأن بيان مفهومة يصعب تحديده على سبيل الحصر وذلك لاختلاف الوسائل التي يتم استخدامها من أجل تحقيق هذا التحايل.

تثير موضوعات القانون الدولي الخاص إشكاليات عديدة حيث انه يرتبط بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي التي تؤدى الى التنازع في الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية لذلك نشأت في القوانين الوطنية نوع من القواعد التي تعمل على حل هذا التنازع تسمى بقواعد الاسناد (بالنسبة لتنازع القوانين الموضوعية) (وردت في القانون المدني لمعظم الدول)

وقواعد الاختصاص القضائي الدولي (التي وردت في القانون الإجرائي لمعظم دولة) وذلك حتى يتم حسم المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات ذات العنصر الأجنبي من خلال ضابط الإسناد وبالتالي وردت قواعد الاسناد هذه في القوانين المدنية بكل دولة عربية ومنها مصر والامارات والاردن والعراق ووردت قواعد الاسناد الإجرائية في قانون المرافعات أو قانون الإجراءات المدنية أو قانون أصول المحاكمات المدنية حسب مسمى كل دولة .

ولا يتأسس الدفع بالغش نحو القانون على مخالفة القانون الأجنبي للقانون الوطني، وإنما على مخالفة أو تحايل أحد الأطراف لحكم قاعدة الإسناد ذاتها، فالفرض أن قاعدة الإسناد تشير إلى تطبيق قانون أجنبي معين، وان أحكام هذا القانون لا تتعارض مع أحكام القانون الوطني، ولكنها لا تلقي قبولاً لدي أحد الأطراف فيلجأ متعمداً إلى تغيير ضابط الإسناد ليشير إلى تطبيق قانون آخر يتفق مع رغباته .ونقطة الانطلاق في نظام الدفع بالغش نحو القانون أن احد المتنازعين في المجال القانوني لا يرتضِ حكم القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع، فيرى أن من مصلحته الخلاص منه ، ولكنه لا يجد إلى ذلك سبيلاً سوى تغيير ضابط الإسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق، بهدف أن يشير هذا الضابط الجديد إلى تطبيق القانون الذي يتفق تطبيقه مع أهداف هذا الشخص ورغباته.ولزيادة الأمر إيضاحاً نضرب المثال التالي: المعلوم أن القانون الفرنسي يحدد سن الرشد (١٨ سنة) في حين يحدد هذا السن في مصر (٢١ سنة) بما يعني أن من بلغ سن (١٨) يُعد راشداً وفقاً لقانون الفرنسي في حين يظل ناقص الأهلية طبقاً للقانون المصري. ولنفترض أن فرنسياً عمره (٢٠ سنة) أبرم مجموعة من الالتزامات التعاقدية ثم أراد التنصل منها لسبب يرجع لنقص أهليته، فالمعلوم أن قاعدة الإسناد الواردة في (م١١ مدني) تقضي بخضوع الأهلية لقانون الجنسية أي القانون الفرنسي ، ولما كان تطبيق القانون الفرنسي لا يحقق للشخص أهدافه، لأنه يعتبره كامل الأهلية، فمن مصلحة هذا الشخص استبعاد القانون الفرنسي وتطبيق القانون المصري بدلاً منه، على اعتبار أن هذا الأخير لا يزال يعتبره ناقص الأهلية .

ولم يقتصر الأمر – في مجال الغش نحو القانون— على مجرد ضرب الأمثلة ، وإنما تجاوز ذلك بكثير إلى الواقع العملي، فقد ثار الدفع بالغش أمام القضاء الفرنسي في قضية الأميرة دو بو فرمون وتتلخص وقائع هذه الدعوي في أن زوجة أحد الأمراء الفرنسيين اختلفت معه حتى حدث

بينهما انفصال جسماني، ولكن الأميرة أرادت التحلل من رابطة الزوجية نهائياً بالحصول على التطليق لرغبتها في الزواج من آخر ، ولذا لجأت إلى القضاء بهدف إنهاء رابطة الزوجية نهائياً. وقد كانت قاعدة الإسناد الفرنسية تقضي في ذلك الوقت بسريات قانون جنسية الزوج على دعوي التطليق أي القانون الفرنسي الذي كان يحظر التطليق آنذاك . فالوقائع المكونة للدعوى تقوم إذن على ثلاثة محاور : ١-زوجة تريد التطليق. ٢-قاعدة إسناد تشير إلى تطبيق قانون جنسية الزوج. ٣-قانون جنسية الزوج يحظر التطليق، وتلك النتيجة لا ترتضيها الزوجة . والذي يحقق للأميرة مرادها هو تغيير القانون الواجب التطبيق بقانون آخر يكفل لها الهدف التي تسعى إليه ، ولكن لا يتم الوصول إلى هذا الهدف إلا بتغيير ضابط الإسناد. وبالفعل لجأت الأميرة للتجنس بجنسية أحدي الدويلات الألمانية الصغيرة التي يبيح قانونها التطليق ثم انفصلت عن زوجها الفرنسي وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة، وبعد ذلك تزوجت من أمير روماني يدعي بيبسكو وأقامت معه بفرنسا. لم يرتض زوجها الأول هذه النتيجة ، فأقام دعوى يطالب فيها ببطلان التطليق والزواج الثاني الذي تقرر استناداً إليه، وقد أسس الزواج دعواه على أن تغيير الزوجة لجنسيتها قد قصد به التحايل على أحكام القانون الفرنسي . محكمة النقض قضت ببطلان كل من التطليق والزواج الذي استند إليه ، وقد بنت المحكمة قضاءها على أن الجنسية الجديدة لم تكن مقصودة لذاتها وإنما من اجل التحايل على القانون الفرنسي والهروب من أحكامه التي ترفض انفصام عرى الزوجية ، وقد قررت المحكمة أن الزواج الأول لا يزال قائماً بعد أن استبعدت كل النتائج المترتبة على الجنسية الجديدة وهي بطلان التطليق والزواج الثاني .تعريف الغش نحو القانون: إذا قام أحد الأطراف بتغيير ضابط الإسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من القانون الأجنبي الواجب التطبيق للوصول إلى تطبيق قانون آخر تتفق أحكامه مع رغبات ذلك الشخص وأهدافه .وبذلك يمكننا تعريف الغش نحو القانون بأنه اصطناع أحد الأطراف لضابط إسناد جديد يشير إلى تطبيق قانون آخر غير ذلك القانون الذي كان يتعين تطبيقه بواسطة ضابط الإسناد الحقيقي وهو الوصول إلى تطبيق قانون جديد نتيجة لتغيير قاعدة الإسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من القانون الذي كان من المفترض أن يسري على النزاع بصفة مبدئية أو قيام أحد الأطراف بتغيير قاعدة الإسناد بشكل متعمد بقصد الهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق للوصول إلى تطبيق قانون آخر تتفق أحكامه مع رغبات ذلك

الشخص وأهدافه. فلا ريب أن مسلك الأميرة دو بوفرمون ينطوي على اصطناع إسناد جديد يصح أن نطلق عليه من جانبنا ضابط الإسناد المصطنع أو الصوري أو المزيف، بما يشكل اعتداء على قاعدة الإسناد صاحبة الاختصاص الحقيقي.

كل ذلك يتطلب منا دراسة نشأه فكرة الغش نحو القانون و تطورها و مفهومها (الفصل الاول) ثم مصادره ، انواعه ، وسائله وطرقه (الفصل الثانى) كالتالى:-

الفصل الاول

التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون ومفهومها

نتناول هذا الفصل من خلال مبحثين نشأة فكرة الغش نحو القانون وتطورها التاريخي (مبحث أول)، ثم مفهوم الغش نحو القانون وماهيته (مبحث ثان) كالتالي: –

المبحث الاول

نشأة فكرة الغش نحو القانون وتطورها التاريخي

نتناول تحديد نشأة فكرة الغش نحو القانون (مطلب أول) ثم تحديد تطورها التاريخي (مطلب ثان) كالتالي: –

المطلب الاول

نشأة فكرة الغش نحو القانون

لقد ظهرت نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي لأول مرة بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص هي قضية الأميرة " دوبوفرمون "(de Bouffrement) [١]، تتلخص وقائعها في زواج سيدة بلجيكية الأصل من الأمير الفرنسي " دوبوفرمون " مما ترتب عليه اكتسابها الجنسية الفرنسية فأرادت بعد ذلك الطلاق ولكن احكام القانون الفرنسي – باعتباره القانون الواجب التطبيق – وقفت عائقاً تحول دون هذا الفرض لان القانون الفرنسي لم يسمح بذلك الطلاق آنذاك مما حدا بها إلى التجنس بجنسية إحدى الدويلات الألمانية التي يسمح قانونها بالطلاق، و توصلت بذلك إلى حصولها على الطلاق من زوجها الامير الفرنسي ، و تزوجت بعد ذلك بأمير روماني يدعى " بيسكو " وأقامت معه في فرنسا ، مما دفع الزوج الاول " الامير الفرنسي " إلى رفع دعوى ببطلان زواجها الثاني بناء على أن تجنس الزوجة بالألمانية كان يهدف إلى الغش نحو القانون ومن ثم فلا يعتبر الطلاق صحيحاً ويبقى الزواج الاول قائماً ، ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الاول استناداً إلى فكرة الغش نحو القانون .

---

(١) هشام صادق، دروس فى القانون الدولى الخاص – جامعة بيروت – الدار الجامعية– بيروت، ص ١٦١ وما يليها هامش ١، فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية، ط ١٩٩٤، ، ص ١٦٨ هامش ١، سيد احمد محمود، الغش الإجرائي, الغش في التقاضي والتنفيذ ، ص ٢٩ هامش ٨٦.

إذن تغيير السيدة المذكورة لجنسيتها قد قصد به اساساً التحايل على احكام القانون الفرنسي الذي يمنع الطلاق وانتهت المحكمة بذلك إلى عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني مع بقاء الزيجة الاولى (٢).

ومثال ذلك ايضاً حديثاً السفر إلى بلد معين للاتفاق فقط على إبرام عقد معين للاستفادة من محل إبرام العقد كمحل قانونية العقد إذا كان هذا العقد يعتبر باطلاً في بلد آخر. فإذا كان قانون الجنسية لا يجيز تعدد الزوجات فيلجأ الراغب بالزواج من ثانية إلى تغيير جنسيته (ضابط الاسناد) والحصول على جنسية دولة أخرى يسمح قانونها بتعدد الزوجات مستفيداً من قانون الجنسية الجديد والتغيير الذي يقوم به الافراد في ضابط الاسناد لم يقصد لذاته وإنما قصد به اساساً الإفلات من احكام قانون معين بهدف التحايل على احكام قانون آخر في دولة اخرى.

(٢) هشام على صادق، مرجع سابق، ص ١٦١ وما يليها، زورتي الطبيب، القانون الدولي الخاص والتشريعات العربية ط ٢، دار الكاهنية، الجزائر، ط ٢٠٠٠، ص ٣٠، حفيظة حداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ص ٣١٥، احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط ١، ٢٠٠٨، ص ٧٥٤ وما يليها.

المطلب الثاني

التطور التاريخي لفكرة الغش نحو القانون (٣)

رأت فكرة " الغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي" النور عام ١٨٧٦ عندما عرضت " قضية الأميرة دوبوفرمون " سالفة الذكر على القضاء الفرنسي، ووصلت محكمة النقض الفرنسية فيها بقرارها الصادر بتاريخ ١٨٧٨/٠٣/١٨ عدم الاعتراف بالتطليق الذي تم بالخارج وإعلان بطلان الزواج الثاني على أساس أن الطلاق لم يتم إلا بعد تغيير الزوجة لجنسيتها، وهو ما يشكل غشاً نحو القانون. ومنذ ذلك التاريخ و إلى يومنا هذا لا تزال الفكرة قيد الدراسة و التطوير و الشرح و التفسير .و منذ عرضت تلك الدعوى الشهيرة على القضاء في فرنسا، استقر القضاء الفرنسي على الأخذ بفكرة الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، و قد أفسح لهذه النظرية مجالاً للتطبيق لم تحظ به في أغلب الدول و الأنظمة القانونية حول العالم، وقد كان الأبرز في معالجة هذه المسألة والاجتهاد فيها وضبطها، مما أثر في الدراسات التي تتناول هذا الموضوع، فلم تعرف أغلب الأنظمة الانجلوسكسونية هذا المبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص، ولذا كانت أبرز المراجع التي تتحدث عن هذا الموضوع مراجع فرنسية أو متأثرة بالمدرسة القانونية الفرنسية.

وقد أخذ القضاء في دول مثل بلجيكا وإيطاليا بهذه النظرية مع تضييق نطاق تطبيقها بينما كان تطبيقها في دول أخرى كألمانيا نادراً جداً، أما في البلاد الانجلوسكسونية 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. أما في الجزائر فقد تبنى المشرع الجزائري هذه النظرية بموجب نص المادة ١/٢٤ من القانون المدني بانه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي...أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون..." (٤).

---

(٣) انظر المحامي حسام أبو حامدة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، منشور في استشارات قانونية مجانية، محاماة نت، في ٩ / ٥ / ٢٠١٨، ص ٣ وما يليها.

https: www. Mohama . net / law

(٤) أمينة رايس، النظام العام و الغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الاجنبى امام القضاء الجزائرى – ام البواقى ، ص١٢.

ولكن وكما سبقت الإشارة فإن القانون المدني لم يعالج هذه الحالة بشكلٍ خاص، وإنما ترك الباب مواراباً تجاه تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص متى ما قصُرت نصوصه عن معالجة المسألة.

المبحث الثاني

مفهوم الغش نحو القانون

نتناول تحديد مفهوم الغش عموماً ومعنى الغش نحو القانون على وجه الخصوص (مطلب أول) ثم تحديد اساس مقاومته وطبيعته وتمييزه عن غيره (مطلب ثان) كالتالي: –

المطلب الاول

تحديد مفهوم الغش عموماً

والغش نحو القانون على وجه الخصوص

نتناول هذا المطلب من خلال فرعيين نتناول مفهوم الغش عموماً (فرع اول) ثم تحديد معنى الغش نحو القانون على وجه الخصوص (فرع ثاني) كالتالي:

الفرع الاول

تحديد مفهوم الغش عموماً

المقصود بذلك هو تحديد معنى الغش لغةً واصطلاحاً وقانوناً على النحو التالي: –

أولاً: –**<u>الغش لغةً:</u>** –هو نقيض النصح، وهو مأخوذ من الغشش: المشرب الكدِر، وغشّه يغشّه غشّا من باب قتل: لم يمحضه النصح، وأظهر له خلاف ما أضمره، وزين له غير المصلحة. والغش: الغل والحقد، ولبن مغشوش مخلوط بالماء، وغششه تغشيشاً، مبالغة في الغش (٥).

وهناك ألفاظ ذات صلة بالغش والتي تمثل نوعاً من أنواعه كالتدليس وهو الخديعة أو الكتمان أو الاخفاء، والتغرير وهو الخطر والخدعة وتعريض المرء نفسه أو ماله للهلكة، والخلابة أي الخديعة باللسان، والغل والحقد، يقال غش صاحبه إذ زين له غير المصلحة وبين له غير ما أضمر.

(٥) جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر، ٥ / ٣٢٥٩.

ثانياً: –الغش شرعاً:

لم يختلف الغش شرعاً عن معناه اللغوي حيث أتفق الفقه الإسلامي على حرمة الغش سواء كان بالقول كالتدليس (الكذب) أو بالفعل (الكتمان) أو بصورة قصدية عمدية كالشاة المعراة التي يحبس لبنها في ضرعها ليتم إيهام المشترى بوفرة وكثرة لبنها. والدليل على الحرمة قولة صلى الله عليه وسلم " من غشنا فليس منا " وعقوبة الغاشى في الشرع هي التعازير لان المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة عقوبتها التعزير وذلك زجراً وردعاً للغاشى.

ثالثاً: –تعريف الغش في القانون:

قسم الفقهاء الغش في تحديد معناه إلى معنى واسع وآخر ضيق: –

المعنى الواسع هو إخفاء الحقيقة لتحقيق مصلحة خاصة تعارض القانون الواجب التطبيق وذلك باستعمال الوسائل الاحتيالية ووسائل الخديعة [٦] فهو نية التضليل ونية الحاق الضرر بالحقوق، فقد تكون بوسائل غير مشروعه وهو الغش نحو الشخص، وقد تكون بوسائل مشروعة كالغش نحو القانون.

لم يعرف القانون الإماراتي الغش نحو القانون اما القانون المصري فقد عرف الغش عموماً في المادة (٤٩٤) مرافعات وكذلك القانون الكويتي (م ١٥٢ مدني). حيث أن غش القاضي يكمن في انحرافه عن سير العدالة ... وان الغش من أسباب دعوى مخاصمة القاضي وعضو النيابة فهو إحراف القاضي عن مسلك عمله الذي أوجبه القانون عليه وذلك ايثاراً لاحد الخصوم أو نكاية بآخر أو لمصلحة خاصة للقاضي حسب احكام النقض المصرية.

والغش نحو القانون إذن هو تجنب تطبيق قانون معين لأنه يعيق ويمنع المصالح والارادات توصلاً إلى تطبيق قانون آخر يحقق الأخيرة وذلك من خلال تغيير ضابط الاسناد تغييراً إرادياً يسمح به القانون، ومن ثم منع تطبيق قانون واجب التطبيق أصلاً على النزاع والسعي إلى الوصول الى قانون آخر يتلاءم مع المصالح والارادات الخاصة.

(٦) والغش قد يكون مترادفاً للتدليس أو للكتمان أو للإخفاء أو الكذب المحبوك أو للصورية.

وتنص المادة ٢٤ / ١ من القانون المدني الجزائري [٧] على انه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".

الغش وفقا للقانون المدني الكويتي (١٥٢) هو الاخلال بواجب الصدق او المصارحة الذى يفرضه القانون او الاتفاق او طبيعة المعاملة او الثقة الخاصة ، كالكذب في الادلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته او السكوت عن ذكرها فالغش يشتمل على كل انواع التدليس والمفاجأة والوسائل التي تستعمل بواسطة خصم في مواجهة خصم آخر بقصد تضليل المحكمة وايقاعها في الخطأ ، كما يعنى غش القاضي انحرافه عن العدالة بقصد وسوء نية لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة ، وعلى ذلك فالغش بالمعنى الواسع هو تغيير أو اخفاء الحقيقة بأية وسيلة بقصد تحقيق مصلحة خاصة تتعارض مع القانون ، فهو يعنى استخدام الطرق كالكذب المؤثر التي يلجأ إليها الخصم بقصد تضليل خصمه الآخر وبالتالي تضليل المحكمة بغية الوصول إلى حكم لصالحة بغير حق [٨].

فقد يتمثل الكذب في احتجاز ورقة أو دليل منتج في القضية أو اخفاء واقعة حاسمة أو ورقة مؤثرة في الدعوى أو التشويه المتعمد للحقيقة عن طريق ادعاء واقعة غير موجودة أصلاً أو نفى واقعة موجودة أصلاً أو تشويه حقيقتها أو تقديم معلومات كاذبة عن الخصم أو اعطاء بيانات غير حقيقية عند لجوء أحد الخصوم إلى تغيير المستندات أو تزويرها أو تزييفها أو اصطناعها أو تقليدها أو تقديم تقارير على غير الحقيقة عن الدين المحجوز عليه، وغير ذلك من أشكال الكذب [٩].

---

(٧) حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع امام القضاء الجزائري ، في ٢٠ / ٤ / ٢٠١٠ .

T ١٣٥٠– topic, ١٤/٣١ http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/

(٨) سيد احمد محمود، الغش الإجرائي " الغش في التقاضي والتنفيذ "، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، بدون سنه نشر، ص ١٣، ١٤.

(٩) سيد احمد محمود، الغش الإجرائي " الغش في التقاضي والتنفيذ "، مرجع سابق، ص ١٣، ١٤.

الفرع الثاني

مفهوم الغش نحو القانون (١٠)

إن قاعدة الإسناد هي القاعدة القانونية التي تختص بتعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، وفي مضمون هذه القاعدة نجدها تتكون من عناصر ثلاث تفصيلا وهم:الطائفة المسندة أو الفكرة المسندة، والقانون المسند إليه، وضابط الإسناد باعتباره وسيلة ربط بها المشرّع بين الفكرة المسندة و القانون المسند إليه، فهو أداة أساسية في مجال تنازع القوانين، فعلى إثره يتم ضبط وتحديد هوية القانون الواجب التطبيق، و بالتالي فهو المحدِّد الرئيسي والمُوَجِّه الفعلي لمصير القضية المشتملة على عنصر أجنبي، ونتيجة لخطورة دوره في هذا المجال وما تتميزُ به قواعد الإسناد من حيث احتوائها على ضوابط إسناد معظمها قابل للتغيير بإرادة الأطراف سواء بحسن نية أم العكس، وعليه فإذا أفلح الأطراف أو أحدهم بإحداث هذا التغيير سيترتب عنه بالضرورة تغيير القانون الواجب التطبيق بمعنى: تصبح العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي خاضعة لقانون آخر غير القانون المختص بحكمها أصلاً لو لم يقع ذلك التغيير.فقد يقوم أحد الأطراف مثلاً بتغيير جنسيته باعتبارها تمثل ضابط الإسناد بالنسبة لفئة الأحوال الشخصية، كأن يُغيّرها من الجنسية المصرية إلى جنسية فرنسية مثلاً أو يُغيّر في موطنه، أو في ديانته إذا كان ذلك في بعض التشريعات يؤدي إلى تغيير القانون .

رخصة الاختيار المقررة لهما قانوناً ينظم علاقتهما، إلاّ أنه حقيقة لا تربطهم أيّ صلة بهذا القانون، بل كان من أجل الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق لو لم يتم هذا الاختيار، إلاّ أن المشرّع الجزائري تدخل إثر التعديل الأخير للقانون المدني وعدّل في المادة ١٨ منه معالجاً هذه الحالة بقوله: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد" .

وإضافة لصور التحايل السابقة قد يقدم أطراف العلاقة القانونية على تضمين علاقتهم عنصراً أجنبياً مصطنعاً للإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً، كأن ينْتقل المتعاقدان إلى دولة أجنبية من أجل إجراء تصرُّف قانوني على إقليمها بقصد تجنب تطبيق أحكام القانون

(١٠) يستخدم في اللغة الفرنسية اصطلاح la fraude à la loi للغش نحو القانون، انظر حفيظة حداد المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٣١٣.

المحلـــــي، لأن هـــــذا الأخيـــــر يتعـــــارض مـــــع مصـــــالحهم الشخصـــــية. فيتعين على القاضي الوطني الجزائري المعروض عليه مثل هذه النزاعات المشتملة على إحدى الصور المشار إليها سابقا أن يستبعد ذلك القانون الأجنبي المقصود من وراء تغيير ضابط الإسناد جزاءً لسوء نية أطراف العلاقة القانونية، عملا بنص المادة (٢٤) من القانون المدني في فقرتها الأولى السابق ذكرها، وتماشيا مع القاعدة اللاتينية القديمة والتي أصبحت مبدأ فقهيا استقر عليـــه الفقـــه والقضـــاء حـــديثا ومفادهـــا:" الغـــش يبطـــل كـــل شـــيء"[١١] . ومن هذا المنطلق فإن القاضي الجزائري في سعيه لإبطال ما ترتب من نتائج تلاعب أطراف العلاقة وتحايلهم على عناصر قاعدة الإسناد الوطنية وبالتالي إخضاعهم للقانون الواجب التطبيق حقيقة يؤسِّس ويدعِّم حكمه على قاعدة اشتهرت حديثا في مجال تنازع القوانين أطلق عليها بقاعدة الدفع بالغش نحو القانون، رغم أن مبدأ عدم جواز الغش في مجالات القانون الأخرى كان واردا منذ نشأة القوانين الرومانية واللاتينية انطلاقاً من القاعدة المشار إليها سابقا.إلا أن الدفع بالغش في مجال تنازع القوانين لم يثبت العمل به إلاّ بعد القضية التاريخية المشهورة في القضاء الفرنسي سنة ١٨٧٦ وهي قضية الأميرة بوفرمون "princesse de Bouffrement " سالفة الذكر وهي أول قضية يطبق فيها القضاء الفرنسي هذه القاعدة ، ثم انتقل الحديث عنها بعد ذلك إلى الفقه وقررت بعدها في التشريع تدريجيًا[١٢] رغم انتقاد بعض الفقهاء لهذه القاعدة.وبناء على ما سبق بيانه عرف الفقهاء الغش نحو القانون بعدة تعاريف تقترب من بعضها البعض في المعنى العام له المقصود في مجال تنازع القوانين. منها قول أحدهم " الغش اتخاذ تدبير إرادي بوسائل تؤدي إلى الخلاص من قانون دولة مختص عادة بحكم علاقة قانونية وإحلال قانون دولة أخرى أكثر تحقيقاً للنتائج المتوخاة[١٣] ومنهم من عرّفه بأنه: " مناقضة قصد الشارع باتخاذ تدابير إرادية مشروعة ولو عن غير عمد للوصول إلى نتائج غير مشروعة

(١١) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري – تنازع القوانين – دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ١٨٩.

(١٢) نادية فضيل، الغش نحو القانون، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ٦٩.

(١٣) حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، ط ٢، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٢٠.

(١٤) " إذا من خلال هذه التعاريف وغيرها نجد بأن الغش نحو القانون في مجال القانون الدولي الخاص هو تغيير ضابط الإسناد باعتباره أحد العناصر الأساسية لقاعدة الإسناد الوطنية، مع اقترانه بسوء النية لأجل تحقيق نتيجة يترتب عنها إنشاء مركز قانوني متفق مع حرفية النص ومناقض للغرض الحقيقي له، بغية تلبية رغبات شخصية قيء ظل القانون المراد الخضوع لأحكامه لا يمكن تحقيقها في إطار تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا لو لم يقع ذلك التحايل.فالغش هنا إذاً يتمثل في الانطلاق من استعمال وسيلة مشروعة في ذاتها للوصول إلى غاية غير مشروعة وفقا لروح التشريع وأهدافه .

١- تعريف الغش نحو القانون:

هو تجنب القانون الواجب التطبيق على نزاع معين لأنه يعيق مصالح الافراد أو الاشخاص وإرادتهم وغاياتهم وذلك وصولاً إلى تطبيق قانون آخر يحقق لهم ذلك. فالغش نحو القانون يكون بوسائل مشروعة ولكن تحقيقاً لغايات غير مشروعة فهو مشروع في ذاته ولكنه مشوباً بعدم الفاعلية القانونية.

ولم يعرف القانون الإماراتي الغش عموماً والغش نحو القانون خصوصاً على عكس القانون الكويتي في المادة (١٥٢) من القانون المدني الذي عرف الغش بانه " الاخلال بواجب الصدق والمصارحة الذي يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال ان تجعل للمدلس عليه الحق في ان يضعها فيمن غرر به. " كالكذب بالإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته أو السكوت عن ذكرها، كما أن الغش يشتمل على كل انواع التدليس والمفاجأة والوسائل التي تستعمل بواسطة خصم في مواجهة خصم آخر بقصد تضليل المحكمة وايقاعها في الخطأ (م ١٤٨ / أ من قانون المرافعات الكويتي يقابلها المادة ٢٤١ من قانون المرافعات المصري).

كما يعنى غش القاضي " انحرافه عن العدالة بقصد وسوء نية لاعتبارات خاصة تتنافى مع النزاهة (م ٤٩٤ من قانون المرافعات المصري تقابلها المادة ١٩٧ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي).

---

(١٤) زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارناً بالقوانين العربية، تنازع القوانين الجزء الأول، مطبعة الكاهنة، الجزائر ٢٠٠٠، ص ٢٦١.

٢-ماهية الغش نحو القانون la fraude à la loi – FRAUS LEGIS

المقصود من الغش نحو القانون هو التغيير الإرادي لضوابط الاسناد القابلة للتغيير ارادياً من قبل أحد أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي أو كليهما وذلك بغرض الهروب من القواعد الموضوعية (او الاجرائية) – الامرة أو المكملة – في دولة القاضي أو في الدولة الأجنبية المختصة وفقاً لقواعد الاسناد الوطنية [١٥] فهو قيام أحد أطراف النزاع بتعمد الغش في تغيير ضابط الاسناد وذلك بهدف الوصول الى تطبيق قانون اخر غير القانون الذى تعينه قاعدة الاسناد.

وقد يتم بتصرف غير مشروع باستخدام وسائل قانونية، فالغش عملية تتألف من استخدام وسائل مشروعة من أجل مخالفة القانون كالغش نحو القانون فهو عمل مشروع في ذاته يتم بنية تجنب قانون آمر أو ناهي أو يتألف من تحريك قاعدة قانونية للعمل على تجنب تطبيق قاعدة قانونية اخرى [١٦]، لهذا يكون الغش نحو القانون مشوباً بعدم الفاعلية inefficacité بواسطة القضاء أو القانون [١٧]. فهو تعمد اتباع وسائل مشروعة من شأنها التخلص من تطبيق قانون الدولة الذي حددته قاعدة الاسناد لتصبح العلاقة من اختصاص قانون دولة اخرى يكون في مصلحة أحد أطراف العلاقة.

وعرفه بعض الفقه بانه " قيام الفرد بإرادته بتغيير ظرف الاسناد قاصداً تطبيق قانون هو غير القانون المختص أصلاً بحكم النزاع [١٨] "، وعرفه الفقيه الأمريكي مارتن ولف على انه " هو قيام الاطراف – في علاقة قانونية – الذين يرغبون بإحداث آثار قانونية معينة محظورة في القانون الذي يخضعون له بخلق تغيير بطريقة اصطناعية وغير طبيعية " يؤدى إلى تغيير ضابط الاسناد في العلاقة [١٩].

---

(١٥) نور حمد الحجايا، بكر عبد الفتاح السرحان، القانون الدولي الخاص الإماراتي، جامعة الشارقة، الطبعة الاولى، ١٤٣٩ هـ، ٢٠١٧ م، ص ٦٩.

(١٦) J. GHSTIN et G. GUBEAUX, introduction general, ١٩٧٧, no ٧٤٥ , p٦٢٦ .

(١٧) سيد احمد محمود، الغش الإجرائي – الغش في التقاضي والتنفيذ، دار الفكر والقانون، ط ٢٠١٧، ص ١٥.

(١٨) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٤، ص ٤٩١

(١٩) Martin Wolff . Private International Law .second edition, ١٩٥٠, oxford university

الغش نحو القانون هو " تجنب تطبيق القانون الذي سيكون عادة قابلاً للتطبيق – حيث انه يعيق أو يضايق المصالح أو الارادات –(٢٠) والوصول إلى تطبيق قانون آخر (٢١) أو إنه " استعمال القواعد القانونية من أجل التهرب من القانون وإنجاز عمل (أو تصرف) يمنعه القانون رغم ذلك (٢٢) "ومجال الغش نحو القانون هو القانون الدولي الخاص حيث أن الضحية ليس شخصاً بعينة وإنما هو النظام القانوني لذلك فهو تعمد الشخص تغيير ضابط الاسناد.

حيث أن هناك جانباً من ضوابط الاسناد يكون قابلاً للتغيير وفقاً لإرادة الافراد كالجنسية أو الموطن أو محل الاقامة أو محل إبرام العقد أو تغيير موقع اعمال أو الاختصاص المحلى للمحاكم – لمجرد التوصل الى تطبيق قانون معين والتهرب بذلك من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً (٢٣). إن التغيير في ضابط الاسناد لم يقصد لذاته رغم انه وسيلة في ذاتها مشروعة إلا إنه قصد به اساساً الافلات من أحكام قانون معين أي الوصول إلى هدف غير مشروع هو التحايل على احكام قانون معين (٢٤).

ولا يقتصر الغش نحو القانون على محيط القانون الدولي الخاص بل له امتداد على مستوى القانون الداخلي ويحصل عندما يعمد أطراف العلاقة الى تبديل الوصف القانوني للعلاقة فينقلوا احكامها من نطاق قانون الى نطاق قانون اخر ضمن السيادة التشريعية للدولة الواحدة كما لو كان قانون الدولة يمنع بيع مال معين فيعمد الاطراف الى تبديل العلاقة من وصف البيع الى الايجار الطويل. اما الغش نحو القانون في اطار القانون الدولي الخاص فيحصل عندما يعمد اطراف علاقة ما الى تغيير ارادي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة الى محيط قانون دولة اخرى للخروج من احكام القانون الاول والاستفادة من التسهيل في احكام القانون الثاني كما لو اراد شخص الطلاق وكان

---

٢ press.page ١٤٠.

(٢٠) سيد احمد محمود احمد، مرجع سابق، ص ٢٨، هامش ٨١.

(٢١) سيد احمد محمود، مرجع سابق، ص ٢٨، هامش ٨٢.

(٢٢) سيد احمد محمود، مرجع سابق، ص ٢٨، هامش ٨٣.

(٢٣) هشام على صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، جامعة بيروت، الدار الجامعية، بيروت، ص ١٦٠.

(٢٤) هشام على صادق، مرجع سابق، ص ١٦٠.

قانون جنسيته يحظر الطلاق فيلجا الزوج لتغيير جنسيته عن طريق اكتساب جنسية دولة تسمح له بالطلاق فيكون بذلك قد قام بتغير ضابط الجنسية بإرادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يحظره الى قانون يبيحه أي انه تخلص من قانون يتشدد بشان الطلاق ودخل في نطاق قانون يخفف من اجراءات الطلاق فهو بذلك لم يغير الجنسية لذات التغيير أي لتغير بيئته الاجتماعية انما لتبديل الاختصاص في العلاقة وقد نشأت فكرة الغش نحو القانون بمناسبة قضية (دي بفرمونت) التي تتلخص في ان امرأة من الجنسية البلجيكية تزوجت برجل من الجنسية الفرنسية واكتسبت بفعل الزواج جنسية الزوج الفرنسية وعندما ارادت الطلاق لم تستطيع لان قانون الزوج يمنع الطلاق في ذلك الوقت مما اضطرت الى اكتساب الجنسية الالمانية بقصد الاستفادة من اباحة الطلاق الواردة في القانون الالماني و الافلات من الحظر الموجود في القانون الفرنسي .

كما عرفه البعض على انه " ذلك الدفع الذي يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفاً خاصة تسمح بإسنادها إليه بدلاً من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلاً والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية [٢٥] " فهو التحايل الذي يقع من أحد الأطراف في علاقة مشوبة بعنصر أجنبي تجاه ضابط الإسناد بتغيير ظرف الإسناد بنية التهرب من تطبيق أحكام قاعدة الإسناد الوطنية [٢٦].

والامثلة على ذلك كالتالي: -

أ- قيام شخص أمريكي الجنسية يبلغ من العمر ١٩ عاماً بإبرام عقد في أمريكا مع أردني يقيم في أمريكا بحيث يرتب العقد آثاراً في الأردن ، بغية التذرع بنقص الأهلية وفقاً للقانون الأمريكي الذي يحدد سن الرشد بسن ٢١ عاماً بغية تطبيق نص المادة ١٢ من القانون المدني الأردني واعتبار العقد مشوب بعيب من عيوب الإرادة بغية التحلل من هذا الالتزام.

ب- الزواج بين ابناء العم من الدرجة الأولى محظور وفقاً للقانون الإسباني، واللذان يريدان الزواج هما ابناء عم اسبانيين فيقومان بعقد الزواج في دولة كالأردن، وتكون قاعدة الإسناد

---

(٢٥) Albert A. Ehrenzweig, private international law, volume three, oceana (٣) publications,١٩٧٧.page ٧٨.

(٢٦) المحامي حسام أبو حامدة، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ص ١٨ / ٦.

الإسبانية هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على الزواج على أنها مكان إبرام الزواج مثلاً، فيكون هذا الزواج خاضعاً للقانون الأردني بسبب تغيير الأطراف لظروف تؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد.

ج–زوجان نمساويان يعتنقان المذهب الكاثوليكي يرغبان بالطلاق المدني وإنهاء رابطة الزوجية لكن قانونهما وهو القانون النمساوي لا يجيز لهما الطلاق فيلجئان لتغيير موطنهما أو جنسيتهما فينتقلا الى klausenburg في هنغاريا التي يبيح قانونها الطلاق، فيستفيدان من القانون الهنغاري من خلال تحايلهم وتغيير ضابط الإسناد في القانون النمساوي.

ولكننا نعتقد ان الحد الأدنى في الغش هو ان يكون الشخص قد توافر لديه سوء النية بأن اتخذ طلباً أو دفاعاً (في دعوى أو طعن أو تنفيذ) أو إجراءً (تحفظياً أو تنفيذياً) عالماً ألا حق له فيه (م ١٨٨ / ٢ مرافعات مصري)، (م ١٦٦ من ق. الاجراءات المدنية الإماراتي) وقصد بإبدائه مجرد تعطيل الفصل في الدعوى (أو عرقلة سير العدالة) أو الاضرار بالشخص الاخر [٢٧] (م ١٢٢، ١٣٥ ق. المرافعات الكويتي، م ١٨٨ ق. مرافعات مصري، م ١٣٦ ق. الاجراءات المدنية الإماراتي).

اما الحد الاقصى في الغش فهو تعمد الشخص استعمال وسائل احتيالية غير مشروعة (عنصر مادي) بقصد تضليل خصمه او المحكمة (عنصر معنوي) وايقاع أحدهما في الغلط مما يؤثر على قضاء المحكمة في القضية التي يكون طرفاً فيها (هدف غير مشروع أو مشروع) لذلك جاء في قضاء التمييز الكويتي انه " يتعين لتوافر الغش... ان يعمد الخصم إلى استعمال وسائل احتيالية غير مشروعة بقصد تضليل المحكمة وإيقاعها في الخطأ بما يؤثر على قضاء الحكم الذي تصدره ...." [٢٨].

٣ –<u>الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص:</u>

ويقصد بالغش نحو القانون قيام الفرد بصدد علاقة قانونية منطوية على عنصر أجنبي بسلوك ما بهدف تطبيق قانون مصطنع هو غير القانون المختص أصلاً بحكم النزاع ، وقد يتمثل هذا

---

(٢٧) احمد ابو الوفا، التعليق على قانون المرافعات، ط ٦، ص ٧٢٨.

(٢٨) تمييز كويتي ١٩٨٦/٣/٥، طعن رقم ١١٤ /٨٥ تجارى، مجلة القضاء والقانون، السنة الرابعة عشر، العدد الاول، ص ١٢٩ وما يليها، انظر وجدي راغب، سيد احمد محمود قانون المرافعات الكويتي، ط ١٩٩٤، ص ٥١٧.

السلوك بالتغيير في ظرف الاسناد[٢٩] ، كتغيير الفرد لجنسيته أو موطنه بهدف تطبيق قانون الدولة التي أكتسب جنسيتها أخيراً أو نقل موطنه إليها ، وقد يكون الغش باختيار قضاء دولة ما بقصد التهرب من قضاء الدولة التي تربطه بالعلاقة رابطة وثيقة وذلك وصولاً لتطبيق قواعد الإسناد في تشريع الدولة الأولى [٣٠] ، وهناك من عرف الغش نحو القانون بأنه : " التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الاسناد المتغير ، من ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين ، وذلك بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلاً ، سواء كان قانون القاضي أم قانون اجنبي [٣١] " .

كما يقصد بالتحايل والغش نحو القانون "الاستعمال الإرادي لوسائل مشروعة في حد ذاتها، بغية الوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه [٣٢] " ، وفي تعريف أخر يعني "استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن من إنجاز أفعال قانونية لم يكن يسمح بإنجازها القانون المختص"[٣٣]وبالتالي فإن الوسيلة التي يتم بها التحايل هي وسائل مشروعة، غير أن الهدف غير مشروع، أي أن الأطراف يعملون على تغيير ضابط الإسناد باستعمال وسائل قانونية لأجل تغيير وجهة قاعدة الإسناد نحو قانون آخر يخدم مصالحهم الخاصة [٣٤]، فهنا تعارض بين المصلحة العامة التي وضعت قواعد الإسناد لخدمتها، والمصلحة الخاصة التي استهدفها

(٢٩) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٤، ص ٤٩١.

(٣٠) عبد الرسول كريم أبو صبيع، إثر الغش نحو القانون على ظرف الاسناد، مركز دراسات الكوفة، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد رقم ١٩، ٢٠١١ م، ص ٩١، هامش ٦، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط ١، دار العلوم العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٩٤، ص ٧٩٩، ص ٥٣٧.

(٣١) احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، ٢٠٠٨م، ص ٥٣٧، ٧٥٤.

(٣٢) أحمد زوكاغي، احكام القانون الدولى الخاص فى التشريع المغربى – تنازع القوانين(II) ، ط ١ ، ١٩٩٢ ، دار تويقال للنشر – الدار البيضاء ، ص ٩٥.

(٣٣) موسى عبود، الوجيز فى القانون الدولى الخاص المغربى ، ط ١٩٩٤ ، ط ١ منشور المركز الثقافى العربى، ص ٢١٦.

(٣٤) أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص ٩٦.

الأطراف بتغييرهم لضابط الإسناد[٣٥] ، كأن يغير الأطراف موقع المنقول مؤقتا في وقت إنشاء الحق العيني عليه تهربا من قانون الموقع على اعتبار أن الحق العيني المترتب على المنقول من مستثنيات قانون الإرادة [٣٦] .

فمن خلال المثال أعلاه فالأطراف قصدوا من التغيير المؤقت لموقع المنقول التهرب من أحكام قانون هذا الموقع، وبالتالي فالتغيير الذي يقوم به الأفراد في ضابط الإسناد لم يقصد لذاته، بل قصد به أساسا الإفلات من أحكام قانون معين [٣٧]، وعند تحليل هذا التغيير في ضابط الإسناد نجد أنه مشروع بحيث للأطراف الحرة الكاملة في تغيير موقع أموالهم بناء على حق الملكية الذي قدسته التشريعات، إلا أن الغاية أو الهدف من ذلك غير مشروع.

المطلب الثاني

اساس مقاومة الغش نحو القانون وطبيعته وتميزه عن غيره

نتناول هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع نتناول اساس مقاومته (فرع أول)، وطبيعته (فرع ثان)، وتمييزه عن غيره (فرع ثالث) كالتالي:

الفرع الاول

اساس مقاومة الغش نحو القانون (مبررات الدفع بالغش نحو القانون)

ويسند الدفع بالغش إلى مجموعة من المبررات أهمها

١-**<u>الغش يبطل التصرفات</u>**، فإذا كان المشرع ينظم مختلف التصرفات القانونية على المستوي الدولي، فإنه يخرج عن هذا الإطار التنظيمي تحايل الأفراد على حكم قاعدة الإسناد، ولذا يجب أن يعامل الشخص بنقيض مقصده فيبطل التحايل ويظل حكم قاعدة الإسناد قائماً(الاستوبل) .

٢-**<u>من النتائج الأساسية للغش نحو القانون</u>** الافتئات على مبدأ المساواة، فقاعدة الإسناد وضعت لكي تطبق على الجميع، فحكمها واحد بالنسبة لكل طوائف المنازعات المتشابهة، فكل

---

(٣٥) أحمد إبراهيم احمد ، الوجيز فى القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى تنازع القوانين و الاختصاص القضائى الدولى ، ص ٢٦٥.

(٣٦) جاء بهذا الخصوص " أما العقود التي يكون محلها مالا منقولا فتخضع لقانون موضع المنقول فيما يتعلق بأثر العقد في إنشاء حق عيني على المنقول" ، فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مطبعة ابن خلدون، دمشق، ص ٣٢٧.

(٣٧) أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص ٩٦.

الدعاوى التي يكون موضوعها التطليق يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، بما يعني أن كل قضايا التطليق بين الفرنسيين تخضع للقانون الفرنسي باعتباره قانون الجنسية، وعلى فرض أن هذا القانون أساسه تعيين القانون الواجب التطبيق. والمعلوم أن تحديد هذا الضابط يتقرر أساساً وفقاً للعنصر الذي يشكل مركز الثقل، وبالتالي فإذا وجد أحد الأطراف أن قواعد القانون الذي سيشير إليه ضابط الإسناد تتصادم مع مصلحته الشخصية، فقام بناء على ذلك بتغيير هذا الضابط، فإن الإجراء الذي قام به يعد كافياً لتحقق الشرط الأول لإعمال الدفع بالغش. وهكذا يتمثل العنصر المادي في تغيير ضابط الإسناد أي اصطناع الشخص لنفسه ضابط إسناد جديد يحل محل ضابط الإسناد الأصلي. أما إذا ارتضي الشخص حكم قاعدة الإسناد منذ البداية، ولم يقم بأي سلوك يهدف إلى تغيير هذا الضابط، فلا يكون هناك أي محل للادعاء بوجود غش أو تحايل لانعدام العنصر المادي. ويسمى هذا الشرط بالعنصر المادي لسببين: أولهما: أنه يقوم على إجراء مادي ظاهر من قبل أحد الأطراف وهو تغيير ضابط الإسناد، والثاني: أنه يعد مقابلاً للعنصر المعنوي الذي يمثل الشرط الثاني وهو قصد الهروب من القانون المختص.

٣-**<u>اختلاف الفقه حول اساس مقاومته</u>** على النحو التالي: -

<u>الاتجاه الاول:</u>

ويذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن الغش نحو القانون هو تطبيق من تطبيقات الصورية في العقود والالتزامات لاتحاد الهدف بينهما وهو تحقيق غاية غير مشروعة [٣٨].

إلا أنه انتقد هذا الاتجاه على أساس أن الصورية مجالها التصرفات القانونية فقط ، أما الغش فقد يحدث بعمل مادى كأن يقوم الأطراف بنقل المنقول من دولة إلى أخرى بقصد إخضاعه لأحكام قانون هذه الأخيرة ، كما أن إرادة المتعاقدين المعبر عنها في الصورية غير مطابقة لإرادتهما المستترة الحقيقية ، أما تصرف مرتكب الغش فهو ظاهرة حقيقي ولكن الغرض منه غير شرعي ، فالإرادة الحقيقية لا تستر إرادة أخرى ، والقاضي إذا أراد أن يبطل الصورية فلا يستند إلى نيه إلى الغش بل أن عليه يفرق بين الحقيقة والظاهر ، فالعبرة بالعقد المستتر متى تم إثباته ، أما

(٣٨) أنور سلطان، أحكام الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٥٢.

الغش نحو القانون فالنية لها هنا دوراً فعالاً في البحث عن الباعث المؤدى إلى استعمال وسيلة الغش ، وعليه فالفرق بينهما واضح وجلي[٣٩] .

الاتجاه الثاني:

١- يذهب هذا الاتجاه الفقهي إلى أن أساس هذه القاعدة على أنها إحدى صور السبب غير المشروع كركن من أركان الالتزامات والتصرفات القانونية بصفة عامة، باعتبار أن السبب في القانون المدني هو الباعث إلى التعاقد أو إبرام التصرف القانوني بحيث أن الاطراف استهدفوا تعويض القانون الواجب التطبيق بقانون آخر يوفر لهم مصلحة أكبر. [٤٠] أن الغش نحو القانون يقع في دائرة أوسع نطاقاً من التعسف في استعمال الحق أو التعسف في استعمال السلطة، دائرة لا تقتصر على فرع دون غيره من فروع القانون، ولا تقتصر على العقد وحده، ألا وهي الدافع التي تعمل فيها فكرة السبب غير المشروع، وبعبارة أخرى فكرة الباعث الدافع غير المشروع. ومن كل هذا ينكشف عنصر الغش نحو القانون، وهما استخدام وسيلة مشروعة بقصد الوصول بها الى غاية غير مشروعة [٤١].

وانتقد هذا الاتجاه أيضاً لعدة اعتبارات منها أن الجزاء الذي يترتب على السبب غير المشروع هو البطلان المطلق، بينما الجزاء المترتب على الغش هو عدم الاحتجاج بالتصرف المشوب بالغش دون البطلان [٤٢].

---

(٣٩) احمد دغش، الغش نحو القانون في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون بتيارت، الجزائر، العدد الاول، مارس ٢٠١٥ م، ص ٢٤٠، نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي امام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ١٣٧.

(٤٠) ابراهيم احمد ابراهيم، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

(٤١) عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٥٦٠ ، وانظر ايضاً المراجع الاجنبية التى اشار اليها فى نفس الصفحة هامش ٤ ، ٥ .

(٤٢) احمد دغش، الغش نحو القانون ، مرجع سابق ، ص ٢٤١ .

الاتجاه الثالث:

ويذهب الاتجاه الثالث من الفقه إلى أن الغش ما هو إلا تطبيقاً من تطبيقات التعسف في استعمال الحق لأنه ينحصر في تحويل الحق عن الهدف المشروع له، بحيث أن حق الاطراف في تغيير ضابط الاسناد أنما مصدره القانون، غير أن استعمال هذا الحق يتسم بنوع من التعسف في حين أن الغش يختلف عنه على أساس أنه موجه ضد القانون، وبينما التعسف يقع ضد مصلحة خاصة للأشخاص وهو موجه ضد الغير، في حين أن الغش يضر بمصلحة عامة يمثلها القانون (٤٣) . كما أن الغش قد يطال في كثير من الحالات استعمال الرخص والحريات العامة كحرية الأشخاص في التنقل من بلد لأخر بقصد إبرام عقود الزواج وبغية الافلات من تطبيق القانون الوطني، بينما يضيق مجال نظرية التعسف في استعمال الحق فهي تختص فقط بالحقوق العينية والشخصية دون الرخص والحريات العامة (٤٤).

و قد ذهب جانب من الفقه ايضا إلى اعتبار الغش نحو القانون صورة من صور النظرية العامة في التعسف في استعمال الحق على اساس انه إذا كان للشخص الحق في تغيير جنسيته أو موطنه أو محل ابرام العقد أو موقع المنقول فيجب أن يكون هذا التغيير مشروعاً أي ألا يكون الهدف من التغيير هو التهرب من الاحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق وإلا وجب على القاضي – إذا تأكد من عدم المشروعية – أن يهدر كل أثر للتغيير ويعيد الاختصاص للقانون الواجب التطبيق ابتداء (٤٥) ولكن هذا الرأي تعرض ايضا للنقد(٤٦) حيث لا يمكن " ربط الغش

---

(٤٣) زورتى الطيب ، مرجع سابق ، ص ٢٦٨ ، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموشى ، مرجع سابق ، ص ٢١١

(٤٤) احمد دغيش ، مرجع سابق ، ص ٢٤١ .

(٤٥) LEREBOURS – PIGEONNIERE et LOUSSOUARN , précis de droit international prive, ٨e ed , Dalloz ١٩٦٢ , no . ٣٧١ .

كل ما فى الامر أن التعسف فى استعمال الحق فى حالة الغش نحو القانون ليس هو التعسف فى استعمال مركز فردى situation individuelle بل هو تعسف فى استعمال رخصة faculte، مرجع سابق ، مشار اليه فى عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، ط ٩ ، ١٩٨٦ ، ص ٥٦٠ .

(٤٦) أن التعسف فى استعمال الحق ينتهى إلى الاضرار بالمصالح الخاصة ويسأل فيه الشخص عن مجرد رعونته أو اهماله ، اما الغش فى القانون فهو يضر بالمصالح العامة ويلزم لمسالة الشخص عنه توافر قصد الغش راجع Arminjon فى مقالة " الغش نحو القانون الدولى الخاص " منشور فى Clunet، ١٩٢٠ ، ص ٤١٨ ، مشار اليه فى عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٥٦٠ ، هامش ١ .

نحو القانون بنظرية التعسف في استعمال الحق " على نحو ما أراد الرأي السالف . ذلك أن إعمال المبادئ العامة في التعسف في استعمال الحق قد يؤدى إلى الحكم بالتعويض للخصم المضرور من جراء التعسف على أساس المسئولية التقصيرية، في حين أن نظرية الغش نحو القانون تهدف اساساً الى تحقيق نتيجة محدده هي استبعاد أحكام القانون المختص بناء على ضابط الاسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصاً بحكم النزاع أصلاً والذي سعى الخصم إلى التهرب من أحكامة بتغيير ضابط الاسناد (٤٧) ".

الاتجاه الرابع: –

يرى جانب آخر من الفقه أن الدفع بالغش ليس سوى تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام حيث انه إذا كان تغيير ضابط الاسناد تم من أجل التهرب من القواعد الآمرة في قانون القاضي وتطبيق قانون اجنبي فإن تطبيق هذا الاخير يشكل خرقاً للنظام العام مما يستلزم استبعاد تطبيق هذا القانون مراعاة للنظام العام وتطبيق قانون القاضي بدلاً منه (٤٨) .**ولكن هذا الرأي تعرض بدوره الى انتقادات** حيث ان الدفع بالنظام العام يراد به تأمين قانون دولة القاضي خاصة قواعده الأمرة في حين أن الدفع بالغش نحو القانون يراد به ليس فقط تأمين قانون القاضي بل أيضاً – وفقاً للرأي الراجح – منع التحايل للهروب من قوانين الدول الأجنبية الواجبة التطبيق ، هذا فضلاً عن أن الدفع بالنظام العام موجه إلى مضمون القانون الأجنبي حيث قواعده تتعارض مع أسس النظام القانوني لدولة القاضي في حين أن الدفع بالغش نحو القانون ليس موجها إلى مضمون القانون الأجنبي ولا يهدف إلى استبعاد القانون الواجب التطبيق لذاته وإنما هو موجه إلى الوسيلة التي لجأ إليها الأفراد لجلب القانون الأجنبي لحكم العلاقة علاقة لم تكن خاضعة لاختصاصه أصلاً (٤٩) أي أن استبعاد القانون الأجنبي بناء على الدفع بالغش يرجع إلى عنصر النية في

---

(٤٧) هشام صادق ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ ولقد أشار أيضاً إلى هذا الرأى الاستاذ الدكتور / شمس الدين الوكيل فى مناقشة شفوية مع الاستاذ الدكتور / هشام صادق حول هذا الموضوع ، هشام صادق مرجع سابق ، ص ١٦٧ ، هامش ١ .

(٤٨) BARTIN, principes de droit international prive , ١ ere partie , no ٩٩.

مشار اليه فى هشام صادق ،مرجع سابق ، ص ١٦٧ .

(٤٩) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، مرجع سابق ، بند ١٤٩ ، ص ١٧٩ ، وقارن – Niboy et ، مرجع سابق ، الجزء الثالث ، ١٠٤٩ .

استعمال قاعدة الاسناد [٥٠] " ولعل تسليم الفقه والقضاء حديثاً بجواز إعمال الدفع بالغش في حالة التهرب من أحكام القانون المختص وطنياً أو أجنبياً ، تجد دليلاً على استقلال نظرية الغش عن فكرة النظام العام . ذلك أن ربط فكرة الغش بالنظام العام يتطلب بالضرورة حصر نطاق اعمال الدفع بالغش في الأحوال التي يهدف فيها الشخص إلى الافلات من الاحكام الموضوعية الآمرة في قانون القاضي دون غيره [٥١].

الاتجاه الخامس: –

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى الاعتراف بالكيان المستقل لنظرية الغش نحو القانون حيث أن الدفع بالغش لا يقف عند حد الإطار الضيق لنظرية التعسف في استعمال الحق ولا يرتبط من ناحية أخرى بفكرة النظام العام بل هو تطبيق لمبدأ عام مضمونة أن الغش يفسد كل أمر [٥٢]. وبالتالي فإن نطاق الدفع بالغش نحو القانون لا يقتصر فقط على المسائل المتعلقة بشكل التصرفات أو على المسائل المتعلقة بالطلاق والانفصال الجسماني بل يمتد أيضاً ليقف في سبيل كل تغيير ضابط الاسناد أيا كان نوعه ، مادام أنه يهدف إلى غرض غير مشروع وهو الافلات

---

(٥٠) هشام صادق ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ ، محمد كمال فتحى ، مرجع سابق ، رقم ٣٧٨ ، ص ٤١٧ وما يليها ، Batiffol المطول ، ص ٤٢٤ مشار إليهما عند هشام صادق ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ هامش ٣ ، راجع فى استقلال نظرية الغش نحو القانون عن فكرة النظام العام :

LOUIS LUCAS ,loc .cit . p . ٨ et s .

كما أن فكرة النظام العام تستهدف المصلحة العليا فى المجتمع اما الغش نحو القانون يتعلق بالمصلحة الخاصة ، ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولى الخاص الاردنى و المقارن ، تنازع القوانين ، الاختصاص القضائى الدولى ، تنفيذ الاحكام الاجنبية ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الاردن ، ص ٢١١ .

(٥١) هشام صادق ، مرجع سابق ، ص ١٦٨ .

(٥٢) هشام صادق ، مرجع سابق ، ص ١٦٨ ، شمس الدين الوكيل ، مرجع سابق ، ص ٨٣ ، ممدوح عبد الكريم حافظ ، مرجع سابق ، ص ٢١١ ، وان من يريد ان يطلب القانون يجب أن يكون حسن النية ، ابراهيم احمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ وهوامش فيها .

LOUIS – LUCAS , loc .cit .p. ١١ et s.

من حكم القانون الواجب التطبيق وطنياً كان أم أجنبياً (٥٣) . كما يجوز الدفع بالغش نحو القانون لمنع التهرب من الاحكام الامرة أو المكملة في القانون المختص (٥٤).

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للغش نحو القانون (٥٥)

نتناول اولا تحديد طبيعة الغش يفسد كل شيء (غصن أول) ثم طبيعة الغش نحو القانون (الغصن الثاني)، واخيرا تقدير نظرية الغش نحو القانون (غصن ثالث).

الغصن الاول

طبيعة " الغش يفسد كل شيء "

هل الغش يفسد كل شيء يعتبر مبدأ قانونيا ام قاعدة قانونية؟

وإذا كان " الغش يفسد كل شيء " يمثل مبدأ قانونيا أو قاعدة قانونية فهل يعتبر وسيلة احتياطية أي الملاذ الأخير أم نظرية عامة تستغنى عن بعض الجزاءات القانونية الأخرى؟ .

اولاً: <u>الغش يفسد كل شيء مبدأ قانونيي أم قاعدة قانونية: –</u>

الغش هو وجه آخر للأمانة الاجرائية التي تتطلب مقاومته وبالتالي فإن الغش يفسد كل شيء هو **<u>مبدأ عام للقانون</u>** (٥٦) يستمد من الاخلاق ومراعاة الاعتبارات الاجتماعية ومبدأ حسن النية الاجرائية. والمبدأ العام للقانون هو اجتهاد القاضي للبحث عن حل النزاع ليس بناء على افكار شخصية أو شعور شخصي بالعدالة ولكن بناء على مبادئ عامة كلية للنظام القانوني لدولته

---

(٥٣) جابر جاد عبد الرحمن ، تنازع القوانين ، القاهرة ، ١٩٥٦ ، ١٩٦٦ ، رقم ١٨٧ ، مشار اليه فى هشام صادق ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ ، هامش ١ .

(٥٤) هشام صادق، مرجع سابق، ص ١٦٩، واخذ بذلك المشرع الجزائرى فى المادة ٢٤ من القانون المدنى السابق ذكرها.

(٥٥) انظر حسام أبو حامدة المحامي، الغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، منشور فى استشارات قانونية مجانية، محاماة نت، فى ٩ / ٥ / ٢٠١٨، ص ١٠ وما يليها.

https: www. Mohama . net / law

٥٦). GHESTIN etG.GOUBAUX, op. cit, no. ٧٦٨. p. ٦٥١.

غير مكتوبة [٥٧] واجتمعت ضمائر الناس في جماعة معينة على انزالها منزلة المبادئ المكتوبة، فكان مؤدى هذه الموافقة بالإجماع أن اعتبرت هذه المبادئ من قبيل القانون الوضعي، عبرت عنه الارادة الجماعية فكان لها بذلك قوة ملزمة [٥٨]. كما يجب التفرقة بين **المبادئ العامة للقانون والقواعد القانونية فالأولى** أعم واشمل من الثانية لأنها تهيمن على القانون الوضعي وتوجه تطبيقاته اما **الثانية** فهي مجرد تطبيق للمبادئ العامة تستهدف استخلاص الاسس التي يقوم عليها النظام القانوني ومن ثم تتحقق العدالة في مفهوم النظام. واساس ذلك لا يكمن في نص بعينه وانما تفرضه قواعد العدالة [٥٩].

إن من المبادئ العامة ما يوجد في بعض المأثورات القانونية كالغش يفسد التصرفات [٦٠]. وهذا ما استقر عليه قضاء النقض المصري الذي قرر أن " قاعدة الغش يبطل التصرفات قاعدة سليمة ولو يجر بها نص خاص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال والانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والاجراءات عموما صيانة لمصلحة الافراد والمجتمع [٦١].

إن القاضي يستطيع بسهولة ان يتوصل للمبادئ العامة بحكم انه يعيش في المجتمع من ناحية وبحكم دراسته للقانون وتخصصه به من ناحية أخرى وهو في قيامه بهذا البحث يمكنه ان يستعين بالمبادئ العامة القائمة في القانون المقارن طالما انها لا تتعارض مع النظام القانوني لدولته [٦٢].

---

(٥٧) حسام الاهوانى اصول القانون، ط ١٩٨٨، بند ٢٢٩، ص ١٩٥ وما يليها. (حول مضمون فكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، احمد أبو الوفا، التعليق، ط ٦، ص ١٩٣.

(٥٨) حسام الاهوانى اصول القانون، مرجع سابق، بند ٢٢٩، ص ١٩٥ وما يليها.

[٥٩]) مدني مصرى ١٩٧٧/٦/٤ المجموعة سنة ١٩٧٧، ص ١٢٦١.

[٦٠]) حسام الاهوانى ، اصول القانون ، بند ٢٣١ ، ص ١٩٧ .

[٦١]) نقض مصري ١٩٥٦/٢/٩، طعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٤٨ ق، ١٩٨٨/٢/٢٣، طعن رقم ٩ لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية.

[٦٢]) حسام الاهوانى، اصول القانون، مرجع سابق، بند ٢٣٢، ص ١٩٨ وما يليها.

كما أن هذه المبادئ يمكن أن يكرسها [٦٣] التشريع أو العرف اما التي لم تكرس بالتشريع أو العرف فالبعض يرجعها إلى الاقرار الضمني للمشرع والآخر إلى القانون الطبيعي وقواعد العدالة والثالث إلى مظاهر الخلق القضائي للقانون [٦٤] فالمبادئ العامة هي خلاصة أسس التي تقوم عليها حضارة المجتمع أو هي التقليد القانوني للحضارة السائدة [٦٥]." ان الغش يفسد كل شيء " يمكن اعتباره – في اعتقادنا – قاعدة قانونية مصدرها المادة الاولى من القانون المدني المصري التي تنص على عبارة " القانون الطبيعي وقواعد العدالة"[٦٦] التي يقصد بها " الحكم أو الحل الذى يمليه العقل والضمير باعتباره محققا للعدالة" [٦٧]وعلى القاضي في تحكيمه للعقل وفى مشاوراته للضمير ألا يصدر عن افكاره ومعتقداته الخاصة بل عن افكار الجماعة التي ينتمى اليها ومعتقداتها بحيث يتعين عليه ان يطرح افكاره ومشاعره الخاصة اذا تعارضت مع افكار الجماعة ومشاعرها ، وإلا انفسح المجال لتحكم القضاة وتغير الحل تبعا لاختلاف القضاة (الذين) يفصلون في المنازعات" [٦٨]او يقصد بهذه العبارة " اجتهاد القاضي للبحث عن حل النزاع ليس بناء على افكار شخصية أو شعور شخصي بالعدالة ولكن بناء على المبادئ العامة الكلية

---

[٦٣]) فاذا وجد نص فى قانون المرافعات يوجب اعمال جزاء معين عند الغش وجب اعماله ، فمثلا الادعاء بغش القاضى يوجب اقامة الدعوى (م٤٩٤ مخرافعات مصرى) والادعاء ببناء الحكم على الغش يوجب بشروط معينة اقامة الطعن عليه بالتماس اعادة النظر (م٢٤١ مرافعات مصرى ، ١٤٨ مرافعات كويتى) والغش عند اختيار الخصوم الدعوى او الطعن يوجب على المحكمة من تلقاء نفسها تصحيح شكلها (م١٦٨ ، ٢١٨ مرافعات مصرى ، ١١٣ ، ١٣٤ مرافعات كويتى) ، والكيد عند الادلاء بالطلبات والدفوع يوجب الحكم بالتعويضات (م١٨٨ ، ٢٣٥ ، ٢٧٠ مرافعات مصرى ، ١٢٢ ، ١٣٥ مرافعات كويتى) وتقرير غير الحقيقة من جانب المحجوز لديه يجيز الحكم عليه بدين الحاجز (م٣٤٣ مرافعات مصرى ، ٢٣٧ مرافعات كويتى) ، احمد ابو الوفا ، التعليق ...، ط ٦ ، ص ١٩٣ .

[٦٤]) حسام الاهوانى، اصول القانون، مرجع سابق بند ٢٢٢ ص ١٩٩.

[٦٥]) حسام الاهوانى، اصول القانون ، مرجع سابق بند ٢٢٢ ص ٢٠٠ .

[٦٦]) أحمد ابو الوفا، التعليق ...، ط٦، ص ١٩٣، حسام الاهوانى، اصول القانون، مرجع سابق بند ٢٢٨ ص ١٩٥.

[٦٧]) محمد لبيب شنب، مذكرات فى المدخل لدراسة القانون ١٩٧٥ – ١٩٧٦، ص ١٣١.

[٦٨]) محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١٣٢.

للقانون المصري التي قد تكون مكتوبة أو غير مكتوبة [٦٩]": وكذلك فهي قاعدة قانونية مصدرها المادة الاولى من القانون المدني الكويتي التي تعطى القاضي الحق في ان يجتهد رأيه مستهديا بأحكام الفقه الإسلامي الاكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها[٧٠].

– كما أن الغش هو أعنف صور البطلان الإجرائي [٧١]من ناحية وهو في قمة انواع الخطأ من ناحية أخرى[٧٢].

ثانياً:" الغش يفسد كل شيء " وسيلة احتياطية ام نظرية عامة ":-

١– " الغش يفسد كل شيء " وسيلة احتياطية:moyen subsidaire

– هل نظرية الغش تكون الملاذ الاخير " L'ultime recours " أو الوسيلة التي نلجأ إليها عندما لا توجد أية آلية قانونية يكون في استطاعتها أن تفشل الطرق المهددة للنظام القانوني؟ إن مجال نظرية الغش سيكون مقيدا بثغرات النظام القانوني [٧٣]وبالتالي إذا ما نص القانون على جزاء معين للفرض المطروح فليس هناك ما يدعو للبحث في مكان آخر عن الدفاع عن النظام القانوني وعلى ذلك فلا حاجة إلى اللجوء إلى مبدأ " الغش يفسد كل شيء " [٧٤].

" السؤال المطروح عن احتمالية منافسة نظرية الغش مع المبادئ العامة الاخرى كالمسئولية المدنية وبطلان العمل القانوني لسببه غير المشروع ...

---

[٦٩]) حسام الاهوانى ، اصول القانون ، مرجع سابق بند ٢٢٨ وما يلية ، ص ١٩٥ وما يليها .

[٧٠]) لاشك فى أن " الغش يفسد كل شئ" قاعدة شرعية .

[٧١]) أحمد ابو الوفا ، التعليق ...، ط٦ ، ص ١٩٢ وما يليها .

[٧٢]) حسين وعبد الرحيم عامر ، المسئولية المدنية التقصيرية و العقدية ، ط ٢ ، ١٩٩٧ ، بند ٤٠٤ ص ٣٠٦ .

[٧٣]) J.MAZEAUD, l'adage fraus omnia corrumpit et son application dans le domainc de la publicité

fonciére, rep. gen . prat. ١٩٦٢, art ٢٨٢٦٥, no ٥.

[٧٤])J. GHESTIN etG.GOUBAUX, op. cit , no. ٧٦٨. p. ٦٥١

فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٧١ .

إن السبب المثار لتحميد وضع مبدأ " الغش يفسد كل شيء " في علاقته بالمبادئ العامة الاخرى والاحتفاظ له بدور احتياطى يرجع الى طابعه غير المكتوب [٧٥]."

– إن كل من نظرية السبب غير المشروع ونظرية المسئولية المدنية تجد سندها في القانون المدني (م١٦٣ / ١٤٨ مدني مصري، م١٧٦، ٢٢٧ مدني كويتي، م ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٨٢ ق. المعاملات المدنية الإماراتي). لا يوجد في القانون إلا جزاءات لغش خاص frauds particulieresأما مبدأ " الغش يفسد كل شيء فغير منصوص عليه في القانون [٧٦]".

" ولا تبدو الحجة قاطعة فالوقت لم يعد يحترم حرفية القانون [٧٧] مع انه غير معبر عنه " صراحة في التقنين إلا ان مبدأ " الغش يفسد كل شيء " يشكل جزءا من القانون الوضعي. وعدم افصاح النصوص عن هذا الموضوع لا يستلزم بالضرورة وضعا تدريجيا أدنى.

وإذا استبعدنا هذه الفكرة ألا يجب – عندئذ – بحث تنسيق المبادئ على المستوى العقلي؟ سنصل إذن إلى رسم بياني أكثر جموداً ومكذباً بواسطة القضاء. في هذا الصدد في منافسة مع نظرية السبب غير المشروع ، فإن مبدأ الغش يفسد كل شيء يجب دائماً تجنبه : إذا شرع الغش بواسطة عمل قانونى يكون سببه غير مشروع أو غير أخلاقي فهذه الوسيلة تكون غير مؤثره لأنها مشوبة بالبطلان . وفى المقابل عندما تتردد بين تطبيق نظرية الغش ونظرية المسئولية المدنية فإن الأخيرة لا يجب ان يكون لها مجال للتطبيق: جزاء الغش يتألف من افشال الوسيلة بحيث يمنع تحقق الضرر، ومسألة اصلاح الضرر لا تطرح لو تملكنا وسائل منعه من المهد (أو الميلاد) غير أن فحص القضاء يظهر أن أي تنظيم لا يتبع. فعقود العمل ذات المدة الموجزة المحددة المبرمة بواسطة رب العمل لا تكون باطلة للسبب غير المشروع ولكن تطبيقاً لنظرية الغش يستفيد الأجير من الضمانات التي شرع المتعاقد الاخر في حرمانه منها (أو تضييعها عليه). وبالعكس في نقل الحقوق العقارية فإن تطبيق المسئولية المدنية – يحل محل مبدأ الغش يفسد كل شيء. في الحقيقة ان اختيار الوسيلة المستعملة يكون – بصفة أساسية – مسألة ملاءمة. فالجزاء المقاس للغش يكون – في بعض المسائل – مفضلاً عن الالغاء الكلى للعمل

٧٥) J. GHESTIN etG.GOUBAUX, op. cit , no. ٧٦٩. p. ٦٥١.

٧٦) J. GHESTIN etG.GOUBAUX, op. cit , no. ٧٦٩. p. ٦٥١.

٧٧) CALBAIRAC, considérations la régle fraus omnia corrumpit. D. ١٩٦١ , chron . ١٦٩ .

القانوني للسبب غير المشروع. ومن جهة أخرى مرونة المسئولية المدنية تعطى أفضل النتائج من اللجوء إلى نظرية الغش [٧٨] ".

" إن التقاليد تنشأ وفقاً للقطاعات وتتطور. وهكذا على سبيل المثال في خصومة الطلاق زوج يستعمل وسيلة خداع يقظة رفيقة بحيث ميعاد الاستئناف يكون منتهياً: تطبيقاً لنظرية الغش (الاستئناف المرفوع في غير ميعاده) يكون مع ذلك مقبولاً [٧٩] . ورجل كانت له علاقات جنسية مع امرأة أثمرت عن طفل وكان يراسلها ظاهراً اهتمامه بالطفل مع أن الام تركت ميعاد " دعوى البحث عن الابوة الطبيعية " ينقضي فإن مسؤولية العاشق تظل مقامة ويحكم عليه بالتعويض [٨٠]. إن تشابه الفرض واضحاً، وبدون شك الطريقة التي رفعت بها كل دعوى كانت مؤثره. ولكن يظل أن بعض التقاليد توجد لصالح اللجوء إلى قواعد المسئولية المدنية لتخفيف جمود النظام القانوني لإقامة الابوة الطبيعية، بينما تطبيق نظرية الغش يكون أكثر شيوعاً في مسألة إجراءات الطلاق [٨١] ".

" ويبدو في النهاية صعوبة وعدم فائدة محاولة تأسيس مبدأ الاحتياطية بين النظريات ذات المرمى العام في حدود أن نطاق تطبيقها مغطى، الخيار ينفتح للأخذ بالحل الاكثر ملاءمة مراعاة للظروف. فلا يجب أن نختم أن مبدأ الغش يفسد كل شيء يلعب دوراً مقلقاً واضعاً أمن العلاقات القانونية في خطر، حذر المحاكم يقودها إلى استعماله باعتدال ومقيدة بضرورات تنقية العلاقات القانونية (أو تطهيرها) **l,assainissement des rapports.de droit**

---

٧٨) J. GHESTIN etG.GOUBAUX, op. cit , no. ٧٦٩. p. ٦٥٢.

٧٩)CAEN, ٩nov.١٩٧٣.G.P,١٩٧٤.١.٧٥.

٨٠) cass. Civ. ١re, ٢٤ oct. ١٩٧٣,G.P١٩٧٤ .١.٢٩٥ ,note plancqueel.

٨١) J. GHESTIN etG.GOUBAUX, op. cit , no. ٧٦٩. p. ٦٥٢.

عندما الزوج طالب الطلاق يستعمل وسيلة لمنع زوجه من تكوين استئناف فى الميعادالقانونى ، يشرع فى الهروب من القاعدة المفروضة على المترافع بأن يتحمل فحص جديد لقضيته لو طلب خصمه ذلك . المقصود دائما للغاش أن يستبعد نتائج المركز الذى يوجد فيه :

J. GHESTIN etG.GOUBAUX, op. cit , no. ٩٤٩. p. ٦٣١.

٢-" الغش يفسد كل شيء مبدأ قانونيي "نظرية عامة":

– نعتقد أن مبدأ " الغش يفسد كل شيء " يعتبر مبدأ عاما من المبادئ العامة للقانون الإجرائي وذلك لأنه يرجع الى اعتبارات العدالة وهو من خلق القضاء [٨٢] غالبا لذلك فلا يحتاج إلى نص قانونى هذا من ناحية ومن ناحية أخرى له مرمى عام حيث يطبق على كافة فروع القانون المختلفة، كما انه يمكن أن يحل محل الوسائل التي نص عليها القانون " وسائل الحماية الذاتية " لكفالة احترامه وبالتالي فهو يعتبر من وسائل الحماية الذاتية –moyens de l'auto– protectionالقوية والفعالة – لقواعد القانون عند مخالفتها ، كما أن مجال اعمال مبدأ " الغش يفسد كل شيء " اوسع من مجال غيره من الجزاءات التي يقررها القانون ، وعلى ذلك يمكن أن يشكل نظرية عامة في القانون عموما .

اعتبار الدفع بالغش نحو القانون وسيلة احتياطية:

حيث يتمسك به في حالة ما إذا كانت المخالفة المترتبة عنه هي مخالفة غير مباشرة للقانون المراد الإفلات من أحكامه، لأنه إن كانت المخالفة مباشرة ضد إحدى قواعد الإسناد فيتم استعمال الدفع الأصلي المناسب لهذه الحالة لاستبعاد الآثار المحققة في ظل القانون الأجنبي المطبق في الخارج دون حاجة للجوء إلى الدفع بالغش نحو القانون[٨٣]، كأن يتوطن شخص في إنجلترا بغرض الحصول على تطليق زوجته لأن قانونه الشخصي لا يسمح له بذلك، وتحصل على مراده طبقا لقانون الموطن المعمول به في إنجلترا وبالتالي فالقانون المختص أصلاً هنا حسب قواعد الإسناد لقانون ذلك الشخص هو قانون بلده وليس قانون إنجلترا. وعليه فقد قام القضاء البريطاني بمخالفة مباشرة ضد قانونه الشخصي بأن تعدى على اختصاصه فيبقى حكم القضاء الإنجليزي غير معترف به لدى قضاء دولته، وهذه المخالفة هي مخالفة مباشرة يُدفع ضدها باختصاص قواعد إسناد قانون جنسيته وليس قانون موطنه .

---

[٨٢]) القضاء الفرنسى لم يتردد فى حالة سكوت القانون أن يعلن الغش يصنع استثناءً .

(٨٣) زروتي الطيب، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

الغصن الثاني

الطبيعة القانونية للغش نحو القانون

بما أن فكرة الغش نحو القانون الدولي الخاص حديثة ونادرة الحدوث نسبياً فإن أغلب ما كتب في الفقه العربي لم يتناول بالتحليل الطبيعة القانونية للغش نحو القانون، ما خلا إشارات إلى تكييفات معينة، فمن الفقهاء من أنكر وجود فكرة الغش نحو القانون أصلا معللين رأيهم بأن سلوك الشخص في تغيير ضابط الإسناد هو من الحقوق التي يمنحها إياه التشريع، وعليه فكيف يتم ترتيب جزاء على فعل ليس ممنوعاً أصلاً بالقانون ما دام أن الشخص " المحتال على القانون" لم يضر بأحد، فتغيير الجنسية أو الموطن على سبيل المثال هو من حق كل إنسان، وبالتالي فإن اكتساب هذه الجنسية صحيح ومنتج لأثاره حتى لو قصد من ورائه نقل الاختصاص القضائي من قانون دولة إلى قانون دولة أخرى (٨٤). فكيف نرتب جزاء عدم تطبيق القانون الذي تعينه قاعدة الإسناد نظراً لتغيير هذا الشخص لضابط الإسناد بطريقة مشروعة يجيزها القانون؟؟ بينما أشار البعض إلى أن فكرة الغش نحو القانون الدولي الخاص ما هي إلا تطبيق من تطبيقات النظام العام، فيما يرى اتجاه آخر أن فكرة الغش نحو القانون ما هي إلا تطبيق لنظرية سوء استعمال الحق أو التعسف باستعماله.

وعليه فإن الافراد أثناء ممارستهم لحقوقهم يجب عليهم أن يستعملوا هذه الحقوق بحسن نية، لتحقيق أهداف مشروعة، وبدون الإضرار بالغير، فيتبين مما سبق أن "المتحايل على القانون" قد أخل بشروط استعماله لهذا الحق، إذ أنه لم يستخدمه بحسن نيّة. وعليه، فيكون ترتيب جزاء عدم تطبيق القانون الأجنبي الذي احتيل من خلاله على القانون الأصلي واجب التطبيق موافقا للحق والعدالة.

وسيتناول البحث في هذا الغصن الطبيعة القانونية للغش نحو القانون في ثلاثة نقاط، يتناول الأول فكرة الغش نحو القانون كتطبيق من تطبيقات النظام العام، في حين يتناول الثاني الطبيعة القانونية للغش نحو القانون على أساس نظرية التعسف باستعمال الحق، وفي الثالث تناول البحث الطبيعة القانونية لفكرة الغش نحو القانون الدولي الخاص.

---

(٨٤) أنظر مرتضى نصر الله، مبادئ القانون الدولي الخاص التجاري، مطبعة النعمان ١٩٦٢ ص٦٢.

اولاً: –الغش نحو القانون كتطبيق من تطبيقات النظام العام:

نص المشرع في القانون المدني الأردني على النظام العام باعتباره مانعا من موانع تطبيق القانون الأجنبي، في حين لم ينص على الغش نحو القانون كمانع من هذه الموانع؛ حيث نصت المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني على أنه: " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عيّنته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية" والمادة ٢٨ من القانون المدني المصري نصت على ذلك ، كما استقر اجتهاد محكمة التمييز الاردنية على اعتبار النظام العام من موانع تطبيق القانون الأجنبي،(٨٥) ولكن كغيره من القوانين لم يعرف القانون الأردني المقصود من النظام العام، ولكنه اكتفى بذكر حالاتٍ منه على سبيل المثال لا الحصر لانطباق فكرة النظام العام في المادة ٣/١٦٣ من القانون المدني والتي نصت على أنه: " ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية" .

في حين نجد أن الفقه قد تناول تعريف النظام العام، فعرفه البعض على أنه: " مجموع الأسس والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظام المجتمع في وقت معين من الناحية السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية"(٨٦). كما عرفه البعض الآخر على أنه: " أداة تصويب استثنائية، تسمح باستبعاد القانون الأجنبي المختص ويتضمن أحكاماً تقدّر المحكمة ضرورة

---

(٨٥) قرار محكمة التمييز بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٢/٧٠٩ وقد نص على أنه " لا تجيز المادة ٢٩ من القانون المدني الأردني تطبيق أحكام القانون الأجنبي ، إذا كانت مخالفة للنظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية.

إذا كان النزاع حول مقدار حصص إرثية، فإن مثل هذه المسائل تعتبر من النظام العام في القوانين الأردنية، وحيث أن أحكام القانون القبرصي ذات الصلة تخالف النظام العام في المملكة فإن ذلك يمنع تطبيق القانون القبرصي في حالة هذه الدعوى ".

(٨٦) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، جامعة الجزائر، الطبعة الأولى ٢٠١٠، ص١٣.

الامتناع عن تطبيقها " وقد أشار بعض الفقه (٨٧) إلى أنه يمكن اعتبار الغش نحو القانون من تطبيقات النظام العام. ويرى البعض أنه وعلى الرغم من أن كلاً من النظام العام والغش نحو القانون هما من موانع تطبيق القانون الأجنبي إلا أن للغش نحو القانون الدولي الخاص طبيعة قانونية مغايرة للنظام العام؛ ذلك أنه في حالة النظام العام فإن القانون الأردني قد نص على هذه الحالة صراحة من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن مبنى هذه النظرية إنما يقوم على تقييم مضمون القانون الأجنبي بعد إعلانه قانوناً مختصاً بحكم موضوع النزاع وفقا لما تحيل له قاعدة الاسناد الوطنية. وتقييم مضمون حكم هذا القانون على النزاع المعروض بأنه يخالف النظام العام الأردني وهي سلطة تقديرية لمحكمة الموضوع لا رقابة عليها لمحكمة التمييز عليها إلا في حدود صحة الاستخلاص وأن يكون هذا الحكم سائغاً ومقبولاً وفقاً لوقائع وبينات الدعوى. أما فكرة الغش نحو القانون فمبناها قيام أطراف النزاع المعروض على المحكمة بتغيير إرادي ومشروع يرتكبه أحد الأطراف بنيّة التحايل على ضابط الإسناد الوارد في القانون الأردني، وقد يكون القانون الذي ابتغى الطرف الغاش تطبيقه على النزاع غير مخالف للنظام العام الأردني.

ثانياً: –الغش نحو القانون كصورة للتعسف باستعمال الحق (٨٨):

قد يتبادر للذهن عند الحديث عن الطبيعة القانونية للغش نحو القانون كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي – وحيث أن مرتكب الغش يقوم بفعل مادي مشروع بنيّة التحايل على القانون الدولي الخاص والتهرب من أحكام قواعد الإسناد في قانون دولة القاضي – أن الغش نحو القانون ما هو تطبيق من تطبيقات نظرية التعسف باستعمال الحق التي نص عليها القانون المدني الأردني في المادة (٦٦) منه والتي نصت على أنه "

(٨٧) 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. وكذلك: عبد الرسول كريم أبو صبيع، المرجع السابق، ص٩٣.

(٨٨) ان استبعاد القانون الاجنبى فى حالة الغش نحو القانون يقوم على اساس الحد من إرادة الافراد التى تسئ استعمال الحق الذى منحها اياه القانون ومنعها عن تغيير ظروف الاسناد والغش نحو القانون يكون وقت الاحتجاج بالمراكز القانونية لا وقت إنشائها ، عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدوليين ، الجزء الثانى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ٦ ، ١٩٧٧ ، ص ٥٥٥، ٥٥٦ .

١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

٢-ويكون استعمال الحق غير مشروع- :

أ-إذا توفر قصد التعدي.

ب-إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج-إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د-إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة " .

والمادة الخامسة من القانون المدني المصري التي تنص على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: (أ) إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير. (ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. (ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. " والمادة (١٠٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي نصت على " -١يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع. ٢-ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ-إذا توفر قصد التعدي. ب-إذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية أو القانون أو النظام العام أو الآداب. ج-إذا كانت المصالح المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر. د-إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة."

ولكننا نعتقد انه وعلى الرغم من تشابه التعسف في استعمال الحق من حيث أساس النظرية إلا أن آثار تطبيق نظرية التعسف باستعمال الحق تختلف عن نظرية الغش نحو القانون، حيث في الأولى يترتب على المتعسف الحكم عليه بالتعويض استناداً للمادة (٦٦ / ١) من القانون المدني الأردني وهذا ما استقرت عليه محكمة التمييز [٨٩] في حين يترتب على الثانية استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

(٨٩) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية في قرارها رقم ٩١ لسنة ١٩٨٧ المنشور في عدد مجلة المحامين رقم ٦ لسنة ١٩٩٠ والذي ينص على أنه: "١-لا مجال لإعمال حكم المادة (٦٦) من القانون المدني التي أوجبت الضمان على من استعمل حقه استعمالا غير مشروع إذا لم تطلب المدعية في دعواها الضمان وإنما انحصر طلبها بمنع معارضة المدعى عليه في ملكها".

ثالثاً: –الطبيعة القانونية لفكرة الغش نحو القانون الدولي الخاص

يرى البعض (٩٠)أن للغش نحو القانون الدولي الخاص طبيعةً خاصةً تختلف عن النظام العام وعن التعسف باستعمال الحق؛ ذلك أن الغش نحو القانون يقوم على فكرة أساسية وضميرية في الوقت ذاته، وهي أن يقوم أحد أطراف العلاقة التي يشوبها عنصر أجنبي بارتكاب فعل مادي بنية التحايل على قاعدة الإسناد الوطنية، ويكون هذا الفعل مشروعاً في أغلب الأحوال المتصورة، حيث لا يشكل الفعل المادي الذي يرتكبه " المتحايل " مخالفةً للقانون؛ حيث أنه وفي حال أن يكون الفعل غير مشروع جزائياً فيترتب عليه مسؤولية جزائية، وإن لم يكن الفعل مشروعاً مدنياً وقد أدى لضرر لحق بخصمه فيترتب عليه مسؤولية المتحايل المدنية المتمثلة بالتعويض أو أيّ مقتضى قانوني آخر، غير أنه في حالة الغش نحو القانون الدولي الخاص فإنه يرتب جزاء من نوع آخر يصح أن نقول أنه "من جنس عمله " الذي ارتكبه قاصداً التهرب من أحكام قاعدة الإسناد الوطنية باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التحايل على قاعدة الإسناد بغية تطبيقه، أو تهرباً من تطبيق أحكام القانون الذي عينته قاعدة الإسناد، وهذا الجزاء ذو طبيعة خاصة تختلف عما بيّناه سابقاً، كما ستبين الدراسة لاحقا آثار الدفع بالغش نحو القانون.

كما قد يثار التساؤل عن طبيعة الدفع بالغش نحو القانون هل هو دفع إجرائي أم بعدم القبول أم موضوعي؟ تكون الاجابة على هذا التساؤل بأنه يعتبر دفعاً موضوعياً وبالتالي ينتمي لطائفة الدفوع الموضوعية التي ينظمها القانون الإجرائي في الدولة (سواء أكان قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون أصول المحاكمات المدنية أو قانون الإجراءات المدنية أو المسطرة الاجرائية المدنية ...)

كما يثار التساؤل ايضاً عن طبيعة هذا الدفع هل يعتبر متعلقاً بالنظام العام أم لا؟

الاجابة عن هذا التساؤل في اعتقادنا هي اعتباره دفعاً متعلقاً بالنظام العام باعتبار أنه ينتمي إلى مبدأ الغش يفسد كل شيء وهو مبدأ عام من المبادئ العامة للقوانين الموضوعية والإجرائية وبالتالي تطبق عليه نتائج تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام من التمسك به من كل ذي شأن وفى كل مرحلة من مراحل التقاضي، ويجب على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه، وأنه لا يجوز الاتفاق على مخالفته، ولا يجوز التنازل عنه.

---

(٩٠) حسام ابو حامدة، مرجع سابق، ص ١١ وما يليها.

الغصن الثالث

تقدير نظرية الغش نحو القانون

لم تلق نظرية الغش نحو القانون اجماعاً فقهياً بل توزع الفقه بين مؤيد ومعارض على النحو التالي [٩١]: –

الاتجاه الاول: –يؤيد فكرة الغش نحو القانون على الاسس الاتية: –

١–لا شك في ان التحقق من القصد من الغش صعب جداً لأنه مسألة نفسية داخلية، الا انه ليس بالمستحيل وعلي القاضي ان يكون شديد الحذر في التقدير للكشف عن هذا القصد، ولا يحتج بصعوبة معرفة القصد في الغش، لعدم الاخذ بفكرة الغش نحو القانون، لان الاخذ بالنية والبحث عنها، قد سمح به في امور كثيرة، فسمح القانون للقاضي بالبحث عن النية التي دفعت مرتكب الجريمة الي ارتكاب تلك الجريمة في الامور الجزائية في المسؤولية الجنائية. واحتمال حدوث شيء من التحكم والتعسف من جانب محكمة الموضوع في تقديرها لنية الغش، يمكن الحد منه الي اضيق نطاق ممكن باعتبار تحري النية هي مسألة قانونية هذا من ناحية ومن ناحية اخري ان تغير ضابط الاسناد وان كان يتم بطرق مشروعة إلا انه يفرغ قاعدة الاسناد من مضمونها الحقيقي وفيه إضرار بحقوق أحد أطراف العلاقة المحمية من القانون الواجب التطبيق أصلاً عن طريق رقابة محكمة النقض الاتحادية.

٢–ان عدم الاخذ بنية الغش نحو القانون، يعد امتيازاً للأغنياء الذين تتوفر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد الي آخر، لإجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين اقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظروف الاسناد، ومن ثم فأعمال هذه النظرية سيقطع الطريق امام هذه الفئة القادرة على التلاعب بقواعد الاسناد لمجرد عدم توافقها مع مصالحهم.

٣–ان اعطاء الافراد الحق في تغيير ضابط من ضوابط الاسناد، كضابط الجنسية او الموطن او موقع المنقول، من اجل اجراء تصرفا قانونيا، وذلك عند حالة الضرورة بالنسبة للأشخاص الذين تتوفر فيهم هذه الضرورة ، ومثل هذه الضرورة منتفية بالنسبة للأشخاص الذين يغيرونها لغرض

(٩١)انظر م.م /علاء كاظم المرشدي ، التحايل علي القانون (الغش نحو القانون) ، الكلية الاسلامية الجامعة، قسم القانون ، العراق ،ص (٢) وما يليها .

التخلص من القوانين الآمرة ومن ثم فان نظرية الغش نحو القانون لا يتم إعمالها لمجرد تغير ضابط الاسناد اذ انما لتوافر نية الغش في هذا التغيير فإذا اتضح للقاضي عدم وجود سوء النية (تعمد الغش) فلا يطبق النظرية .

الاتجاه الثاني: يذهب الي معارضة هذه النظرية، مبررا ذلك بالآتي:

١- يتحقق الغش نحو القانون ، عندما يراد منه تغيير ظروف الاسناد ، من اجل نقل الاختصاص من قانون الي آخر ، والقول بوجود غش نحو القانون ، يستلزم بحث نية ذلك الغش ، من اجل التأكد من وجوده ، وتواجه هذا البحث عقبات صعبة ، لان النية مسألة داخلية وجدانية وباطنية تتعلق بضمير الفرد يصعب اكتشافها من جهة ، ومن جهة اخري يسمح بوجود سلطة تحكمية للقاضي بالاستدلال علي وجودها وبالتالي إثبات الغش نحو القانون يتطلب إثبات سوء النية في تصرفات الأفراد ، حيث مسألة النية مسألة نفسية ليس سهلاً علي القاضي التوصل اليها وهو في بحثه عنها قد يرتكب خطأ وحين يطبق القانون الاصلي بعد ثبوت الغش قد يؤدي الي الحاق ضرر بالطرف حسن النية .

٢-ان المشرع في جميع دول العالم يسمح للأفراد بتغيير ضوابط الاسناد القابلة للتغيير، وهذا يعني ان تغيير الضوابط مسألة مشروعة، فكيف يؤخذ الافراد على افعال اباح المشرع ممارستها؟ والأصل في تصرفات الافراد حسن النية ومسألة تغيير ضابط الاسناد هي حق مشروع لأي شخص فهي وسيلة مشروعة فلا يحاسب القانون على استعمالها.

٣-إن الجنسية او الموطن من تطبيقات النظام العام وليس الا. وبناءً علي ما تقدم نجد بعدم ايجابية الاتجاه المعارض ، والتسليم بموقف الاتجاه المؤيد ، ولذلك نجد المؤتمرات الدولية قد اخذت بنظرية الغش نحو القانون ،واقرتها المحاكم في دول كثيرة مثل فرنسا وانجلترا والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ واصبحت هذه النظرية مقررة بالعادة الدولية ، لذلك يجب الاخذ بها في العراق استناداً لنص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي النافذ ، والتي نصت على أن "يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين قواعد القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً "[٩٢]

(٩٢) انظر م. م / علاء كاظم المرشدي، مرجع سابق، ص ٣.

كما تنص المادة (٢٤) من القانون المدني المصري على انه " تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص" وتنص المادة (٢٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على انه " تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين." وكذلك المادة (٢٥) من القانون الأردني. ويمكن الرد على ما تقدم بالآتي [٩٣] :-

صحيح إن تغيير الفرد لجنسيته مثلاً، حق كفله القانون له إلا أن استعمال هذا الحق يجب أن يكون في الحدود التي سمح بها القانون وفى تغييره لجنسيته قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق بحسب الاصل إفتئات على اختصاص القانون الاخير [٩٤] وكذلك قانون القاضي بوصف أن الغش نحو القانون يشكل تطبيقاً غير سليم لقواعد الاسناد التي تنتمي لقانون القاضي.

إن العله من الاخذ بنظرية الغش نحو القانون هي حماية القانون المختص أصلاً بحكم النزاع، ومن ثم يطبق القانون الاخير سواء ترتب على ذلك ضرر بالطرف الاخر ام لا مضافاً الى أن الطرف الاخر والذي لم يصدر عنه فعل الغش مكلف بمعرفة القانون ولاسيما طبيعة عمل قواعد الاسناد في مثالنا السابق والجهل بالقانون ليس عذراً [٩٥].

مسألة التأكد من نية الفرد بالرغم مما يستتبع إثباتها من قبل القاضي من صعوبات لتعلقها بضمير الفرد وباطنه إلا أنها من الامور التي يتوقف عليها التطبيق السليم للعديد من الافكار القانونية في فروع القانون المختلفة [٩٦] والتي أصبح تطبيق القضاء لها من المسلمات ومثالها القانون الجنائي للتأكد من توافر القصد الجرمي لأجل تحقق الركن المعنوي في الجريمة والقانون المدني في فكرة الباعث الدافع على التعاقد وغيرها من الافكار في فروع القانون المختلفة.

إن هناك فارقاً واضحاً بين فكرة النظام العام والغش نحو القانون في نطاق تنازع القوانين ففي حين تعمل فكرة النظام العام على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي والذى أشارت إليه قواعد اسناد

(٩٣) عبد الكريم أبو صبيع، مرجع سابق، ص ٩٣ وما يليها.

(٩٤) احمد محمود الفضلى، التحايل على القانون فى القانون الدولي الخاص، ط الاولى، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص ٦٧.

(٩٥) ممدوح عبد الكريم، تنازع القوانين، عمان، ٢٠٠٥ م، ص ٢٠٩.

(٩٦) صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولى الخاص، ص ٣٦٤.

قانون القاضي إذا ما كان هذا القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي وإحلال قانون القاضي محله فإن الأخذ بالغش نحو القانون يقتضى تطبيق القانون المختص اصلاً بحكم النزاع سواء كان هذا القانون أجنبياً أم قانون القاضي نفسه [٩٧]، بالإضافة إلى أنه في فكرة النظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي لا دور لإرادة الفرد في الاخذ بها من قبل القاضي فمتى ما تأكد القاضي أن في الاحكام الموضوعية للقانون الأجنبي المختص ما ينافى النظام العام في دولته امتنع عن تطبيق تلك الاحكام أما في ظل الغش نحو القانون فإن عماد هذه النظرية هو فعل الغش الصادر من قبل الفرد والمنصب على تغيير ظرف الاسناد ومن ثم فإن إرادة الفرد لها الدور المهم في أصل تحقق الغش نحو القانون[٩٨] .

ولم ينص المشرع العراقي في القانون المدني على نظرية الغش نحو القانون إلا أنه لا إشكال في الاخذ بها في العراق بوصفها من مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً [٩٩] عملاً بأحكام المادة (٣٠) مدنى عراقي والتي تنص على انه " يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين قواعد القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعاً " والغش نحو القانون من مبادئ القانون الدولي الخاص لأنه من النظريات التي تشترك أغلب الدول في الاخذ بها تشريعاً وفقهاً وقضاءً .

الفرع الثالث

تمييز الغش نحو القانون عن الجهل به وعن الغلط فيه

وتمييز الغش نحو القانون عن الغش في الوقائع

وعن الغش نحو الشخص وعن فكرة النظام العام وعلاقته به

نتناول تمييز الغش نحو القانون عن الجهل به وعن الغلط فيه (غصن أول) ثم تمييزه عن الغش في الواقع (غصن ثاني) وعن الغش نحو الشخص (غصن ثالث)، وعن فكرة النظام العام (غصن رابع) وعلاقته به (غصن خامس).

---

(٩٧) جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولى الخاص، الجزء الثاني، ط ٢، بغداد، العدد ٤٧ – ١٩٤٨، ص ٦٦٩ حسن الهداوي، تنازع القوانين، الموصل، ١٩٨٨، ص ١٩٨.

(٩٨) احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٧٥٧.

(٩٩) حسن الهداوي، غالب الداودي، القانون الدولى الخاص، القسم الثانى ، ط ١ دار الكتب للطباعة و النشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨، ص ٢٠١.

الغصن الاول

تمييز الغش نحو القانون عن الجهل به

والغلط فيه

يجب تمييز الغش نحو القانون عن الجهل بالقانون (اولاً) من ناحية وعن الغلط في القانون (ثانياً) من ناحية اخرى:

اولاً

الغش نحو القانون والجهل بالقانون:

الجهل بالقانون l'ignorance de la loi يعنى عدم العلم به للتهرب من تطبيقه مطلقاً لكن يوجد مبدأ عام من المبادئ القانونية [١٠٠] وهو أنه بمجرد نشر التشريع بالجريدة الرسمية [١٠١] وفوات ميعاد نفاذه فيفترض علم الكافة به وبالتالي لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون nul n'est censé ignorer la loi من كل شخص مقيم على أرض الدولة التي صدر فيها سواء أكان وطنياً أو أجنبياً على أساس وجود قرينة العلم به [١٠٢] أو على أساس اعتبارات المنطق والعدل والصالح العام. كما أن هذا المبدأ هو يتفق وصفه الالزام الذاتي في القواعد القانونية[١٠٣] . أما الغش نحو القانون la fraude à la loi فهو يعنى التغيير الإرادي لضابط الاسناد بقصد التهرب من أحكام قانون معين إلى تطبيق أحكام قانون آخر فهو لا يعنى التهرب مطلقاً من احكام القانون بل استبعاد قانون معين وإحلال قانون آخر .

لذلك يوجد مبدأ عام من المبادئ العامة للقانون وهو أن الغش يفسد كل شيء la fraude corrompt tout وبالتالي فعندما يكتشف القاضي الغش نحو القانون فإنه قد يحكم بإبطال الوسيلة والنتيجة معا وتطبيق القانون المختص أصلاً بحكم النزاع.

---

(١٠٠) محمد شكرى سرور ، النظرية العامة للقانون ، دار الفكر العربى بالقاهرة ، ص ٢٣٩ ومايليها ، هامش ٥٠ ، ابراهيم أبو الليل ومحمد الالفى ، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق ، مطبوعات جامعه الكويت ، ط ١٩٨٦ ، بند ١٣٣ ، ص ٨٣ .

(١٠١) عبد الودود يحيى ، المدخل لدراسة القانون ، ١٩٧٦ ، ص ٨٦ .

(١٠٢) نعمان محمد خليل جمعه ، دروس فى المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٧٧ ، ص ١٦٥ .

(١٠٣) محمد شكرى سرور ، النظرية العامة للقانون ، دار الفكر العربي بالقاهرة ، بند ٢١١ ، ص ٢٤١ وما يليها ، عبد المنعم فرج الصده ، مبادى القانون ، ١٩٧٧ ، ص ١٢٠ ، بند ١٠٠ .

ثانياً

الغش نحو القانون والغلط في القانون

الغلط في القانون l'erreur de droit يعنى الغلط الذى يعيب الإرادة بأنها تجهل قاعدة قانونية أو تطبق قاعدة قانونية تطبيقاً غير صحيح على وضع معين ، ويؤدى هذا العيب في الإرادة إلى إبطال التصرف متى كان دافعاً الى التعاقد (م ١٤٨) مدنى كويتي ، مادة (١٢) مدنى مصري ، وفسخ العقد وفقاً للمادة (١٩٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي [١٠٤] ، وبالتالي التمسك بالغلط في القانون يهدف الى تطبيق احكام القانون تطبيقاً صحيحاً على العلاقة القانونية فالشخص لا يدعى أكثر من أن إرادته جاءت معيبة بسبب جهله بالقانون [١٠٥].

اما الغش نحو القانون فيقصد به التهرب من أحكام قانون معين والوصول إلى تطبيق قانون اخر، واكتشاف هذا الغش يؤدى إلى تطبيق أحكام القانون المختص أصلاً بتنظيم العلاقة وليس تطبيق أحكام القانون الذي تم التحايل لأجله.

جزاء الغلط في القانون هو بطلان العقد أو فسخه في الامارات أما جزاء الغش نحو القانون قد يكون عدم الاعتداد بالوسيلة والنتيجة معاً أو عدم الاعتداد بالنتيجة وبالتالي تطبيق القانون الذي تم التهرب منه.

إذا كان ليس من اليسير الغلط في القانون لأنه يجب اثبات وجود غلط مؤكد. ولهذا يذهب غالبية الفقه والقضاء الفرنسي الى رفض اعتبار الغلط في قاعدة قانونية خلافية، خصوصاً إذا كانت

---

(١٠٤) عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتى ، دراسة مقارنه ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، والمصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة) ، المجلد الثانى (دراسة وظائف عناصر العقد – الإرادة المنفردة) باعتناء محمد الالفى ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م ، مطبوعات جامعه الكويت ، بند ٧٨٠ ، ص ١٠٣١ ، حسام الاهوانى ، مصادر الالتزام المصادر الارادية ، ١٩٩١ – ١٩٩٢ ، بند ١٣٢ ، ص ٩٩ .

(١٠٥)حسام الاهوانى ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، بند ١٣٢ ، ص ٩٩ وما يليها ، كما يجب أن يتوافر فى الغلط فى القانون كافة الشروط المتطلبة فى الغلط فى الواقع حتى يمكن التمسك بالبطلان . ولا تخفى الصلة بين الغلط فى القانون والغلط فى الواقع ، فالغلط فى القانون يكون الاساس النفسى للتصور الخاطئ للمحل (ومن امثلة الغلط فى القانون من يتعهد بدفع مبلغ من التعويض اعتقاداً منه أنه المسئول قانوناً عن الضرر). ويستبعد المشرع أحياناً اعمال الغلط فى القانون وذلك مثل الصلح طبقاً للمادة (٥٥٦) ، حسام الاهوانى ، مرجع سابق ، بند ١٣٢ ، ص ١٠٠ .

محلاً للعدول القضائي، من قبيل الغلط في القانون [١٠٦]. فالخلاف في التفسير ينشئ وضعا احتمالياً يحول دون اعتبار الغلط جوهرياً [١٠٧]، فإن اثبات الغش نحو القانون يمكن للقاضي استخلاصه من عدة قرائن منها حالة التلازم الزمنى بين الاجراء المادي (تغيير ضابط الاسناد) وبين القيام بالعمل المراد اخضاعه للقانون الجديد.

الغصن الثاني

الغش في الوقائع والغش في القانون

قد يكون محل الغش هو الوقائع (اولاً)، كما قد يكون محله القانون (ثانياً)

اولاً

الغش في الوقائع

– يقصد بالوقائع هي الاحداث والادلة والمستندات، فالأحداث هي القصة التي وقعت أي الوقائع المادية البحتة التي تعد سببا للقضية اما الادلة فهي وسائل إثبات هذه الوقائع اما المستندات فهي الدعائم التي تبرر وتبرهن هذه الوقائع.

– بالنسبة للأحداث فقد يقع الغش بالنسبة لها متمثلا في كتمان بعضها أو الادلاء بها على غير حقيقتها (أي الكذب فيها). اما الادلة فقد يتم الغش بالنسبة لها إذا ما تم الحصول عليها بالغش أو الخديعة أو قدم دليلا مصطنعا أو مزورا في القضية.

اما المستندات فيحدث الغش بصددها إذا تم اخفاء أو احتجاز بعضها الذي يكون حاسما أو قاطعا في القضية مما يؤدى الى عدم تمكين الخصم الآخر من العلم بها كما يحدث الغش في المستندات إذا تم الحصول عليها بالخديعة أو تم تزييفها أو تزويرها.

ثانياً

الغش في القانون

يقصد بالغش في القانون هو مخالفة الواجبات القانونية الملقاة على عاتق الخصم أو أعضاء المحكمة أو اعوانها بسوء نية.

---

(١٠٦) مارتى ورينو رقم ١٤٧ ، ص ١٥٠ ، مشار اليهما فى حسام الاهوانى ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ ، هامش ٢ .

(١٠٧) مازو وشابا ، رقم ١٦٢ ص ١٥٦ ، مشار اليهما فى حسام الاهوانى ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ ، هامش ٣ ، بند ١٣٢ .

– ومن أمثلة إخلال الخصم بواجباته القانونية التي تعد غشا عدم ذكر موطنه الصحيح او عدم القيام بالتحريات اللازمة عن موطن او محل إقامة خصمه الآخر مما يؤدى إلى بطلان الاجراء.

ومن أمثلة إخلال اعضاء المحكمة بواجباتهم القانونية التي تعتبر غشا هو القضاء في قضية يكون أحد اطرافها قريبا لأحدهم أو القضاء بعلمهم الشخص أو تحريف شهادة شاهد أو احداث تغيير في مسودة الحكم.

الغصن الثالث

الغش نحو القانون والغش نحو الشخص

قد يتوجه الغش نحو الشخص (اولاً)، وقد يتوجه نحو القانون (ثانياً) وماهي أوجه المقارنة بينهما (ثالثا).

اولاً

الغش نحو الشخص (المفهوم الشخصي للغش)

– الغش نحو الشخص هو الغش الذي يتسم بإرادة ايذاء شخص معين او الذي ينم عن نية الاضرار بشخص معين. وهذا الشخص الذي يتوجه الغش نحوه قد يكون خصما آخراً في القضية وقد يكون من الغير fraus alterius [١٠٨] .

(١٠٨) فالغش نحو الغير يقصد به الاضرار بالغير مثل بيع المدين المعسر عقاره هرباً من دائنه أما الغش نحو القانون يتحقق فى حالة الهرب من الحكم الامر للقانون ، كما لو غيّر زوجان جنسيتهما للهرب من حكم قانونهما الشخصى المانع للطلاق ولكن البعض يجحد هذه التفرقة منوها بأن الغش نحو الغير يكون فى ذات الوقت غشاً نحو القانون ففى المثل المتقدم نجد أن تصرف المدين المعسر هو غش نحو دائنه إذ يفوت على هذا الحصول على حقه وهو ايضاً غش نحو القانون إذ يخالف القاعدة التى توجب على المتعاقد تنفيذ العقد طبقاً لما يوجبه حسن النيه (م ١١٣٤ مدنى فرنسى ، ١٤٨ مدنى مصرى) وهما قاعدة آمرة ، من هذا الرأى :

LIGEROPOULO probleme , these precitee, nos ١٣ et s .

مشار إليه فى عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، مرجع سابق ، بند ١٤٩ ، ص ٥٥٦ وما يليها ، هامش ٣ .

ويقع هذا الغش بصدد الحقوق والواجبات الاجرائية، فبالنسبة للحقوق الاجرائية يتمثل الغش في ان يتخذ أحد الخصوم طلبا أو دفعا أو اجراء بسوء نية بأن يكون عالما بالأحق له فيه ويقصد بإبدائه مجرد الكيد أو الاضرار بالخصم الآخر أو بالغير أو تعطيل الفصل في القضية (م ١٨٨ مرافعات مصري، م١٢٢ مرافعات كويتي، م ١٣٦ إجراءات مدنية إماراتي).

أما بالنسبة للواجبات الاجرائية يتمثل الغش في الاخلال به بسوء نية أو بقصد الاضرار بالخصم الاخر كعدم الابلاغ عن التغيير الذي يطرأ على موطن الخصم أو الذي يطرأ على حالته.

وضحية الغش هنا هو شخص بعينه وهذا هو المفهوم الشخصي للغش " la conception subjective de la Fraude "

ثانياً

الغش نحو القانون (المفهوم الموضوعي للغش)

Fraus legis : la fraude à la loi

يقصد بالغش نحو القانون هو توجه الغش نحو قانون معين بقصد تجنب أحكامه فهو إرادة تجنب القانون الواجب التطبيق اصلاً على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي بتغيير ضابط الاسناد للوصول الى تطبيق أحكام قانون اخر يحقق مصلحة أحد أطراف العلاقة أو طرفيها.

وقد يتوجه الغش نحو القانون الموضوعي بتغيير ضابط الاسناد تغييرا إراديا (كالجنسية أو الموطن أو موقع المنقول أو محل ابرام العقد) بقصد تجنب قانون معين مختص اصلاً بالعلاقة وصولا الى تطبيق قانون اخر وقد يتوجه الغش نحو القانون الإجرائي وذلك من خلال تغيير ضابط الاختصاص القضائي تغيير إرادياً (كالموطن) بهدف تجنب الاختصاص لمحاكم دولة معينة مختصة اصلاً بحسم النزاع الناشئ عن العلاقة ذات العنصر الأجنبي ووصولاً الى اختصاص محاكم دولة اخرى.

إن ضحية الغش هنا ليس شخصاً بعينه وإنما النظام القانوني في ذاته لدولة معينة وهذا هو المفهوم الموضوعي La conception objective de la fraude، وهكذا فإن الغش من حيث محله ينقسم الى غش في الواقع وغش في القانون، أما من حيث غايته فهو **ينقسم الى غش نحو الشخص وغش نحو القانون**.

واوجه الشبه بينهما يكمن في أن كل منهما لديه سوء النية وهدفهما تغيير الحقيقة والوصول الى حقيقة اخرى بغض النظر عن الغاية سواء مشروعة أو غير مشروعة، كما ان معايير الغش نحو

الشخص تتشابه مع معايير الشخص نحو القانون، وان القاضي يبحث عن المعيار الشخصي وهو نية الغش في الحالتين.

اما أوجه الاختلاف بينهما يكمن في ان الغش نحو الشخص يكون القصد منه إضرار شخص بعينه سواء أكان طبيعياً (مثل الخصم الاخر في الخصومة القضائية) او معنوياً (كتضليل المحكمة) اما الغش نحو القانون فيكون الاضرار فيه يتعلق بالنظام القانوني للدولة ككل ، كما أن الغش نحو الشخص قد يكون هدفه مشروع أو غير مشروع رغم أن الوسيلة دائماً غير مشروعه بعكس الغش نحو القانون تكون الوسيلة مشروعة لكن النتيجة غير مشروعه وبالتالي فهو تغيير إرادي لضابط الاسناد اللاإرادي .

إن مجال الغش نحو القانون هو القانون الدولي الخاص حيث أن الضحية ليست شخصاً بعينه إنما هو النظام القانوني لدولة ما.

تستند معايير الغش نحو الشخص إلى نظرية التعسف في استعمال الحق أو المسئولية المدنية ولمخالفة مقتضيات حسن النية في حين أن معيار الغش نحو القانون هو معيار شخصي " نيه الغش " يستخلصه القاضي من عدة قرائن كالتلازم الزمنى بين الاجراء المادي (تغيير ضابط الاسناد) وبين القيام بالتصرف المراد تطبيق القانون الجديد عليه أو ان يكون تغيير ضابط الاسناد القانوني يعطى تسهيلات واستثناءات للأفراد " تشريعات المجاملة " وهى لا تحتاج الى بحث في النوايا حيث ان نيه الغش تكون متوافره بها اصلاً ، لذا فإن القانون الجديد الذى يعطى تسهيلات واستثناءات للأفراد هو الذى سيطبق على التصرف الذى قام به الفرد ، مما يشكل غشاً نحو القانون .

ثالثاً

مقارنة الغش نحو القانون بالغش نحو الاشخاص

اولاً أوجه الشبه بينهما:

توجد أوجه شبه بين الغش نحو الشخص والغش نحو القانون تكمن في الاتي: –

١– توافر عنصر معنوي في كل منهما وهو نية الغش أي سوء النية فإذا لم يتوافر هذا العنصر المعنوي لا نكون امام غش نحو الشخص أو نحو القانون حيث أن سوء النية هو اساس الغش في كليهما.

٢- يهدف كل منهما الى تغيير الحقيقة أو الانحراف عنها بغض النظر عن الوسائل المستخدمة مشروعة (نحو القانون) أو غير مشروعة (الغش نحو الشخص) وبالتالي تكون النتيجة واحده وهي الحصول على مصلحة غير مشروعه ولا يحميها القانون.

٣- كل منهما يخالف النظام العام في المجتمع لذا يعتبر الدفع بالغش نحو الشخص أو نحو القانون من الدفوع المتعلقة بالنظام العام لان مقاومتها تكون على اسس أخلاقية واجتماعيه مما يعمل على تفادى الاضرار بالمجتمع.

٤- كل منهما يعتبر صورة او تطبيق لمبدأ" أن الغش يفسد كل شيء ".

ثانياً: -أوجه الاختلاف بينهما: -

١- المقصود من الغش نحو القانون هو تجنب احكام القانون الواجب التطبيق والوصول إلى تطبيق قانون آخر يحقق المصالح والغايات للأفراد أو الاشخاص.

اما الغش نحو الشخص فيهدف الى الاضرار بشخص معين (الخصم أو المحكمة) وليس الاضرار بالنظام القانوني في الدولة فهو الاضرار بالحقوق أو التخلي عن الالتزامات.

٢- هدف الغش نحو القانون يكون غير مشروع دائماً بعكس الغش نحو الشخص قد يكون مشروعاً أو غير مشروع.

٣- وسائل الغش نحو القانون تكون مشروعه دائماً اما في الغش نحو الشخص قد تكون مشروعة أو غير مشروعه، كما أن وسائل الغش نحو القانون قد تكون مادية أو كتابية بينما وسائل الغش نحو الشخص قد تكون كتابية أو شفويه.

٤- الاساس القانوني لمقاومة الغش نحو القانون هو انه أحد صور أو تطبيقات مبدأ أن الغش يفسد كل شيء، اما الغش نحو القانون فيكون اساس مقاومته عده اعتبارات خلقيه واجتماعية وقانونية.

٥- معيار الغش نحو القانون هو ان تغيير القانون الواجب التطبيق كان بسبب الدافع أو الباعث الغير مشروع الا هو تجنب احكامه لتطبيق احكام قانون آخر يحقق مصلحة الشخص أو الفرد، اما معايير الغش نحو الشخص فقد تكمن في نظرية التعسف في استعمال الحق أو في المسئولية المدنية او في حسن النية في التعامل.

٦- جزاءات الغش نحو الشخص قد تتعدد الى جنائية ومدنية واجرائية بعكس جزاء الغش نحو القانون وهو استبعاد القانون الذي تم التحايل للوصول الى تطبيقه، كما تكون الوسيلة والنتيجة باطلة أو غير نافذة وفقاً للرأي الراجح.

٧- الغش نحو القانون ينصب على القانون فقط بينما الغش نحو الشخص قد يكون محله القانون أو الوقائع او الاثنين معاً.

٨- الغش نحو القانون ينظم احكام القانون الدولي الخاص أي علاقة ذات عنصر أجنبي، اما الغش نحو الشخص فينظمه قانون الاجراءات المدنية وقانون المعاملات المدنية.

٩- الغش نحو القانون هو توجه إرادة أطراف العلاقة الى التهرب من القواعد الامرة او المكملة في القانون المختص اصلاً للوصول الى قانون آخر يصب في مصلحة أحد أطراف العلاقة أو كلاهما. فقد يتوجه الغش نحو القانون الموضوعي كتغيير ضابط الاسناد (كالجنسية) وقد يتوجه نحو القانون الإجرائي بتغيير ضابط الموطن (كتغيير الاختصاص) إذن يتوجه الغش نحو النظام القانوني في الدولة وليس نحو شخص بعينه بعكس الغش نحو الشخص فهو قصد ايذاء الخصم او الغير لتحقيق مصلحة خاصة حيث قد يتوجه نحو الحقوق أو نحو الواجبات ، فبالنسبة للحقوق الاجرائية يكون عندما يقدم طلباً أو دفعاً او إجراء يعلم بانه لاحق له فيه ولكن يبغى الاضرار بالخصم او تعطيل سير الدعوى ، واما بالنسبة للواجبات الاجرائية فتكون عند عدم الافصاح عن التغيير للخصم الاخر (كتغيير الموطن أو محل الاقامة) ، إذن هو يوجه نحو شخص بعينه وليس ضد النظام القانوني لدولة ما .

كما يختلف الغش نحو القانون عن الغش نحو الشخص من حيث المفهوم والمصادر والوسائل كالتالي: -

١- **الغش نحو القانون هو** إرادة شخص في الهروب من القواعد الامرة أو المكملة في القانون المختص اصلاً بالنزاع وتطبيق قانون اخر الذي تم تغيير ضابط الاسناد من أجله، **اما الغش نحو الشخص فهو** إرادة إيذاء شخص معين أو الاضرار به سواء أكان خصماً في قضية أو من الغير.

٢- **مصادر الغش نحو القانون** تكمن في إرادة أحد طرفي العلاقة أو كليهما في تجنب قانون معين وتطبيق قانون اخر اما **مصادر الغش نحو الشخص** تتجسد في غش الخصم أو ممثله أو في غش القاضي أو أحد اعوانه.

٣- **من حيث الوسائل** بالنسبة للغش نحو القانون تكون بتغيير ضابط الاسناد بأجراء قانونى (كالجنسية) أو بعمل مادي (كالموطن أو محل الاقامة أو نقل المنقول) بطريقة إيجابيه وقد تكون بوسيلة سلبيه (عند الكتمان للموطن السابق أو عدم الادلاء بمعلومات مهمه) اما وسائل الغش نحو الشخص قد تكون ايجابية (كتقديم طلب – التحايل – الاصطناع) أو سلبية (كالكتمان أو الاخفاء).

الغصن الرابع

مقارنة الغش نحو القانون بفكرة النظام العام

- تعتبر فكرة الغش نحو القانون وكذلك فكرة النظام العام من الافكار التي تمنع تطبيق القانون الأجنبي على النزاع الناشئ عن العلاقة ذات العنصر الأجنبي ومسألة تنازع القوانين هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فإن أعمال الدفع بالغش نحو القانون يقيد بألا يكون القانون الأجنبي الذي تم الهروب من قواعده مخالفاً للنظام العام في دولة القاضي.
- **كما ان الدفع بالغش نحو القانون يختلف عن الدفع بالنظام العام في الاتي: –**

أ- يتطلب الدفع بالغش نحو القانون أي التحايل على القانون وبالتالي الغش بتغيير ضابط الاسناد القابل للتغيير من أجل الهروب من قواعده الموضوعية الآمرة بينما لا يتطلب الدفع بالنظام العام الغش نحو القانون أو التحايل عليه وكل ما يتطلبه ان يتعارض القانون المختص مع مقتضيات النظام العام وبالتالي لا يبحث عن الدوافع والاسباب والنيات التي أدت إلى استبعاد القانون الأجنبي بعكس الغش نحو القانون.

ب-الدفع بالغش نحو القانون ينصب على القانون الأجنبي المراد تطبيقه أو على قانون القاضي الذي ينظر النزاع بينما التمسك بالدفع بالنظام العام لا يكون إلا في مواجهة القانون الذي يخالف النظام العام في دولة القاضي، أي أن النظام العام يمنع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحسب قواعد الاسناد من

قاضى النزاع بينما الغش نحو القانون يسمح بتطبيق القانون الأجنبي المختص ويمنع من تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص.

ج–لا يتطلب الدفع بالغش نحو القانون إذا وقع الغش في قواعد قانون دولة القاضي تطبيق قواعد الاسناد الوطنية بينما يتطلب الدفع بالنظام العام تطبيق قواعد الاسناد من أجل تحديد القانون المختص، وإذا ما تبين أن القانون المختص يخالف مقتضيات النظام العام في دولة القاضي فيتم استبعاده.

د–التمسك بالدفع بالغش نحو القانون يكون الغالب في مرحلة نفاذ الحق بينما التمسك بالدفع بالنظام العام يكون في مرحلة نشوء الحق.

هـ –الدفع بالغش نحو القانون يكون نحو الوسيلة اما الدفع بالنظام العام يكون نحو موضوع القانون الأجنبي عند تغيير ضابط الاسناد.

و – يترتب على الدفع بالغش نحو القانون استبعاد القانون الذى تم الهروب إليه من أجل – سواء أكان قانوناً أجنبياً أو وطنياً– تطبيقه ، بينما يترتب على مخالفة النظام العام استبعاد القانون المختص وإحلال قانون القاضي محله ولكن يعتقد البعض بأن الدفع بالغش نحو القانون هو أحد الصور القانونية الخاصة من الدفع بالنظام العام وذلك بسبب تقارب وظيفه كل منهما حيث يؤديان الى تحقيق النتيجة نفسها من حيث الاثار وهى تجنب تطبيق القانون الأجنبي رغم ان المفهومين مختلفان تماماً من الناحية القانونية والسبب الذى يرجع الى اعتبار الدفع بالغش هو أحد صور الدفع الثاني هو محاولة تجنب مجموع الانتقادات التي تتعرض لها نظرية الغش نحو القانون لأنها نظرية تبحث في النوايا والاسباب والدوافع النفسية للأفراد من أجل استخلاص نيه التحايل ، وبالتالي يحاول بعض الفقه إدماج الغش نحو القانون في الدفع بالنظام العام من أجل اعطاء تبرير مقنع للأول .

وعلى ذلك فإن الدفع بالنظام العام يهدف الى استبعاد المواد القانونية الاجنبية التي يكون موضوعها أو مضمونها متعارضاً (كلياً أو جزئياً) مع الافكار التي يقوم عليها القانون الداخلي للدولة، وأن اساس الدفع بالغش نحو القانون هو النية في التحايل وذلك عن طريق محاوله التهرب من اختصاص القانون وأن أبرز فرق بينهما يكمن

في الدفع بالنظام العام قاصر إلغاء العمل بالقانون الأجنبي من أجل مصلحة القانون الوطني.

ز –الدفع بالغش نحو القانون يحمى كل من القانون الوطني أو الأجنبي بعكس الدفع بالنظام العام لا يحمى إلا القانون الوطني (قانون القاضي).

قد يكون الدفع بالغش نحو القانون علاقة بالدفع بالنظام العام عندما ينصب على قاعدة آمره في القانون الوطني

اما عن أوجه التشابه بينهما يكمن في الاتي: –

١– كلاهما وسيلتان لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

٢– كلاهما وسيلتان لحماية قانون القاضي من تطبيق القانون الأجنبي ووسيلة استثنائية لعلاج اخير للقاضي عند مواجهه القانون الأجنبي.

٣– كلاهما تعطى القاضي سلطة تقديرية في البحث والتحري في الموضوع محل النزاع.

الغصن الخامس

علاقة الدفع بالغش نحو القانون بالدفع بالنظام العام

رغم الاعتقاد الذي ساد عند بعض الفقهاء قديماً بأن قاعدة إعمال الدفع بالغش نحو القانون تعتبر صورة خاصة من نظرية الدفع بالنظام العام نتيجة التقارب في وظيفة كل منهما واتحادهما في الغاية وهي استبعاد القانون الأجنبي المختص، إلا أنه رغم هذا التشابه الحاصل في هذه الحالة فإن مجال الاختلاف بينهما أوسع من ذلك.

وأبرز هذه النقاط تتمثل في اختلاف طبيعة الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام بالإضافة الى اختلافهما في الاساس الذي بموجبه تم استبعاد القانون الأجنبي.

أن قواعده الموضوعية تصطدم بالمبادئ الاساسية الجوهرية لقانون القاضي، فيستبعد هذا القانون بغض النظر عن سوء أو حسن نية أطراف العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي في اختيارهم للقانون المراد استبعاده من جانب القاضي الوطني (١٠٩).

اما الدفع بالغش نحو القانون فاستبعاد القانون الأجنبي هنا تم على اساس لجوء الاطراف الى استعمال الحيل والتلاعب بعناصر قاعدة الاسناد الوطنية ، بغيه خضوعهم لقانون معين يتفق مع رغباتهم ومصالحهم الشخصية التي لا يحققها لهم القانون المراد التهرب من احكامه ، وهناك وجه اخر مهم من أوجه الاختلاف بينهما يتمثل في كون استعمال قاعدة الدفع بالنظام العام تنحصر فقط في استبعاد القانون الأجنبي لفائدة قانون القاضي ، وهذا بصريح المادة ٢٤ من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي ... إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر ... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة " اما التمسك بالدفع بالغش نحو القانون فقد يحصل لصالح قانون القاضي أي : القانون الجزائري أو لصالح قانون أجنبي معين حيث عبارة نص المادة ٢٤ السابقة في فقرتها الاولى جاءت مطلقة دون تقييد في المقطع المتعلق بقاعدة الدفع بالغش نحو القانون فكان النص كما يلى " ... أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ..." لذا اعتقد بعض الفقهاء أن الدفع بالغش نحو القانون يشكل صورة خاصة من الدفع بالنظام العام لتقارب وظيفتيهما ، إذ يؤديان لتحقيق نتيجة واحدة من حيث الأثر هي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي و لكن مع هذا الشبه يبقى المفهومان مختلفين و السبب الذي جعل هؤلاء الفقهاء يعتبرون الدفع الأول صورة من الدفع الثاني مرده محاولة تلافي الانتقادات الموضوعية التي تعرضت إليها نظرية الغش نحو القانون و المتمثلة في اعتبار البحث عن النوايا و الدوافع النفسية لاستخلاص نية التحايل مدعاة لتحكم القضاة و استبدادهم لذلك عمد هؤلاء إلى دمج الغش نحو القانون في النظام العام كي يعطوه تعليلا مقبولا و يخلع عليه شيئا من القوة والقدسية و لا داعي اليوم لهذا التأسيس بعد أن صار من الثابت أن مشروعية أي تصرف أو عمل تستنتج

(١٠٩)زروتي الطيب – القانون الدولي الخاص الجزائرى مقارنة بالقوانين العربية – الجزء ١ – تنازع القوانين – مطبعة الكاهنة – الجزائر ٢٠٠٠م ، ص ٢٦٩ .

من هدفه. و أهم أوجه الاختلاف بينهما تتمثل في اختلاف طبيعة كل دفع و أساس استبعاد القانون الأجنبي بسببه.

– فالدفع بالنظام العام يرمي إلى استبعاد القانون الأجنبي المعين لأن مضمون قواعده الموضوعية يتعارض مع الأفكار التي يقوم عليها.

– و لو أن أطراف العلاقة كانوا حسني النية و ليس لهم يد في اختيار القانون المستبعد.

– بينما الدفع بالغش نحو القانون أساسه هو نية التحايل فيه واصطناع ذوي الشأن اختصاصا تشريعيا معينا للتهرب عن القانون المختص عادة واضحة و بارزة.

و يكمن الفرق الثاني بين الدفعين في أن استعمال الدفع بالنظام العام قاصر على استبعاد القانون الأجنبي لصالح قانون القاضي.

– في حين أن التمسك بالدفع بالغش نحو القانون قد يكون لصالح قانون القاضي أو لصالح قانون أجنبي آخر

الفصل الثاني

مصادر الغش نحو القانون

وانواعه ووسائله وطرقه

نتناول هذا الفصل من خلال مبحثين هما مصادر الغش نحو القانون وأنواعه (مبحث أول)، ووسائله وطرقه (مبحث ثاني) كالتالي: –

المبحث الاول

مصادر الغش نحو القانون

وأنواعه

نتناول مصادره (مطلب أول) وأنواعه (مطلب ثاني).

المطلب الاول

مصادر الغش نحو القانون وأساسه

إن مصدر الغش نحو القانون يتجسد أيضا في إرادة الشخص لذلك فهو عبارة عن " التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول بها الى اغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه "

(١١٠) وبالتالي يكون لإرادة الاشخاص (١١١) – سواء بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق أو التواطؤ – دخل في احداث الغش نحو القانون وذلك بالتغيير الإرادي لضابط الاسناد – قد يكون الموطن أو الجنسية أو محل ابرام العقد أو موقع المنقول – وصولاً الى تغيير القانون الواجب التطبيق اصلاً على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي واحلال قانون آخر بدلا منه ليحكم هذه العلاقة .

ولكن هل يؤدى صدور الغش من الطرفين الى عدم الاخذ بالغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي بناءً على تطبيق مبدأ ان " الغش يفسد كل شيء "؟ في الواقع توزع الفقه بين رأيين اولهما يقضى بعدم الاعتداد بنظرية الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي في حال صدور الغش من طرفي التصرف وذلك تطبيقاً للمبدأ المتقدم فليس للفرد ان يتمسك بفكرة الغش نحو القانون كون الغش قد صدر منه اصلاً ، وثانيهما الرأي القائل بفاعلية نظرية الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي ولو كان الغش صادراً من الطرفين إذ العبرة بمعاقبة من صدر منه فعل الغش وذلك بعدم الاعتداد بالنتيجة التي اراد الوصول اليها بتغييره لظرف الاسناد ولا يمكن ذلك ما لم يتم الاخذ بالغش نحو القانون ويمتنع القاضي من تطبيق القانون الأجنبي بناءً على ظرف الاسناد الجديد والاعتداد بالقانون الذى كان سيطبق اصلاً قبل

---

(١١٠) DESBOIS , la fraude a la loi et la jurisprudence francaise , par is ١٩٢٤ . p.١١. وهو يرى أن للغش عنصرين أحدهما مادى materiel وهو يتجمع فى نتائج التصرف المطعون فيه وعنصر معنوى intentionel وهو ينحصر فى كون الباعث الدافع عند ذوى المصلحة هو تجنب حكم القانون . غير أن الاستاذ LIGEROPOULO , probleme de la fraude a la loi , these ١٩٢٨ . p. ٤٤ ينتقد هذا التعريف من ناحيتين فهو أولا يشمل حالة تجنب الغرض من القانون وحيث لا يكون القانون صريحاً بالامر أو النهى ، وهو ثانياً يستلزم القصد وبعبارة اخرى " العمد " فى حين أن الغش قد يتجرد من مجرد العلم بالضرر الذى يترتب على التصرف consilium fraudis وهو يعنى سوء النية الى الارادة العاملة على خرق القانون ثم يضع تعريفاً يعالج هذين الامرين فى قوله " يوجد الغش نحو القانون كلما اتخذت اعمال ارادية حقيقية ولو كانت غير عمدية لايجاد مركز يتفق مع القانون فى حرفيته ولكنه يهدر الغرض منه (p.٦٠) مشار اليهما فى عز الدين عبد الله، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائى الدولى ، ط ٩ ، ١٩٨٦، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، بند ١٤٩ ، ص ٥٥٧ وما يليها ، هامش ١ .

(١١١) عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، مرجع سابق ، ص ٥٥٧ وما يليها ، بند ١٤٩ .

فعل الغش ويعد الرآى الاخير الراجح من بين الرأيين لسلامة ومنطقية الحجة التي يستند إليها [١١٢] .

المطلب الثاني

أنواع الغش نحو القانون

تنقسم أنواع الغش نحو القانون إلى:

١–الغش نحو القانون الوطني والغش نحو القانون الدولي الخاص

٢–الغش نحو القانون الموضوعي والغش نحو القانون الإجرائي

٣–الغش نحو القواعد الآمرة والغش نحو القواعد المكملة في القانون الموضوعي او الإجرائي.

المبحث الثاني

اساليب أو وسائل الغش وطرقه

نستعرض وسائل الغش (مطلب أول) ثم طرقه (مطلب ثاني) كالتالي: –

المطلب الاول

وسائل الغش نحو القانون

١– ان الغش نحو القانون قد يحدث بتغيير إرادي في ضابط الاسناد أو الموطن أو محل ابرام التصرف أو موقع المنقول وهذا التغيير في ضابط الاسناد قد يقع بإرادة منفردة وقد يقع بإرادتين (الاتفاق أو التواطؤ) ووسائل هذا التغيير الإرادي قد تتمثل في وسائل ايجابية كتقديم طلب التجنس أو بالحيل واصطناع مستندات (كوثيقة الزواج الذى قد يترتب عليه تغيير الجنسية) ، وقد يتمثل في وسائل سلبية كالسكوت أو كتمان واقعة الزواج الاولى عن الزوج الثاني للتهرب من احكام قانون الزواج الاول أو كإخفاء أو احتجاز مستند الزواج الاول للتهرب من احكام قانونية .

٢– كذلك فإن الغش نحو القانون قد يحدث بالتغيير الإرادي لضابط الاختصاص القضائي للمحاكم (كالموطن أو محل الاقامة) وهذا التغيير لضابط الاختصاص القضائي للمحاكم قد يتم بالإرادة المنفردة أو بالاتفاق وذلك للهروب من اختصاص محاكم دولة معينة

(١١٢) حفيظة السيد حداد ، الموجز فى القانون الدولى الخاص ، الكتاب الاول فى تنازع القوانين ، منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٢٤ .

بهدف انعقاد الاختصاص لمحاكم دولة أخرى تحقق رغبه أحد الخصوم أو الخصمين معاً.

المطلب الثاني

طرق الغش نحو القانون

قد تتمثل طرق الغش نحو القانون في الكتابة أو في اعمال مادية على النحو التالي: –

الفرع الاول

الغش نحو القانون بواسطة الكتابة

وقد يحدث الغش نحو القانون بواسطة الكتابة وذلك بتقديم طلب التجنس المكتوب وصدور القرار المكتوب بالتجنس بالجنسية الجديدة الصادر من الوزارة المعنية (كالداخلية مثلاً).

وقد يحدث الغش نحو القانون بواسطة اصطناع الدليل المكتوب أو تزويره خصوصاً ما يثبت اكتساب الشخص الجنسية الجديدة هروباً من القانون واجب التطبيق على الجنسية القديمة أو ما يثبت تغيير الموطن أو محل الاقامة.

كذلك يحدث الغش نحو القانون بأبرام العقد وكتابته في دولة اخرى غير الدولة التي كان يتعين كتابته فيها تهرباً من احكام قانون هذه الدولة وصولاً بهذا التغيير الى تطبيق احكام قانون هذه الدولة الاخرى.

الفرع الثاني

الغش نحو القانون بواسطة الاعمال المادية

قد يتم الغش نحو القانون عن طريق القيام بأعمال مادية معينة كتغيير مكان المنقول من دولة معينة الى دولة اخرى تهرباً من قانون الدولة الاولى ووصولاً الى تطبيق قانون الدولة الثانية الاكثر تلبيه لرغبات واهداف الخصوم في القضية التي يكون محلها علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي.

كما قد يحدث الغش نحو القانون بانتقال الشخص انتقالاً مادياً أو جسدياً من موطن أو محل اقامة في دولة معينة الى موطن أو محل اقامة في دولة اخرى تجنباً من تطبيق قانون الدولة الاولى ووصولاً الى تطبيق قانون الدولة الاخرى.

الباب الثاني

شروط أو معايير ومجال الغش نحو القانون

ونطاقه

- تكمن أهمية الدفع بالغش نحو القانون فيما يثيره من مسائل قانونية مهمة بيان أسباب وعناصره واحكامه ، كما انه يمس عده اشخاص ويمس سيادة عدة دول . إن كل قاعدة إسناد تعتمد على ضابط معين لتحديد القانون الواجب التطبيق، و كثير من هذه الضوابط يكون للأفراد دخل في تغييرها كالجنسية أو الموطن أو موقع المنقول، و الأصل أن قيام الأفراد بتغيير هذه الضوابط يترتب عليه كامل آثاره، غير أنه إذا دخلت نية الغش على هذا التغيير الإرادي أي أن التغيير في ضابط الإسناد تم بهدف التهرب من أحكام قانون معين وسعياً لتطبيق قانون آخر، فإن القانون هنا يتدخل إعمالا للقاعدة القانونية القديمة " الغش يفسد كل أمر" و يحرم بالتالي الغاش من الاستفادة من غشه باستبعاد القانون الأجنبي الذي ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون " La fraud à la loi " .
- ونظراً لان تنازع القوانين الذى ينشأ من علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي تودى إلى عرض النزاع الخاص به أمام القضاء الوطني مما يثير اشكالية القانون الواجب التطبيق عليه وبالتالي يظهر دور قواعد الاسناد الإجرائية والموضوعية ومن ثم من المتصور أن يقوم أحد أو كل أطراف العلاقة ذات العنصر الأجنبي بغش نحو قاعدة الإسناد الوطنية الاجرائية وكذلك الموضوعية أو أحدهما بنيّة التهرب من تطبيق أحكام قانون ما، أو بغية تطبيق قانون معين عن طريق التحايل الذي قام به على ضابط الإسناد.ورغم أن الغش نحو القانون (الموضوعي أو الإجرائي) يكاد يكون وقوعه عملاً قليلاً في عالمنا الإسلامي والعربي إلا أنه من الاهمية بمكان أن يلم بنتائجه كل من القاضي و المحامي و المشتغل بالقانون ودارسيه فيما لو عرض نزاع من هذا النوع على القضاء الوطني خصوصاً في ظل عدم وجود نص صريح في قوانين البلاد العربية ينظم هذا الموضوع من الناحية الإجرائية والموضوعية في حين نصت معظم هذه القوانين المدنية على اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص التي سنسلط الضوء عليها من خلال تحديد مفهوم

الغش نحو القانون (ماهيته واساسة وطبيعته وتمييزه عن غيره وإشكالياته ثم تحديد عناصره أو شروط الدفع بالغش نحو القانون).

لذا تتطلب دراسة الغش نحو القانون معرفه شروطه أو عناصره ومعاييره (فصل أول) ثم مجاله (فصل ثاني) ونطاقه (فصل ثالث) كالتالي: -

الفصل الاول

شروطه ومعاييره

نتناول شروط الغش نحو القانون (مبحث أول) ثم معاييره (مبحث ثاني):

المبحث الاول

شروط الغش نحو القانون أو عناصره

(او شروط الدفع بالغش نحو القانون) (١١٣)

تكمن الشروط او العناصر في الاتي:-

أولاً: -الشرط الاول أو العنصر الاول (العنصر المادي): -

ان يكون التغيير إرادياً لضابط الاسناد القابل للتغيير الإرادي (التغيير الإرادي لضابط الاسناد أو الوسائل المشروعة):

يتمثل هذا العنصر المادي في قيام احد طرفي العلاقة ذات العنصر الأجنبي أو كليهما بتغيير او تعديل في ضابط الاسناد القابل للتغيير ارادياً الذى قد يكون تغييراً مادياً مثل تغيير موقع المال (المنقول) أو يتطلب إجراءً قانونياً كتغيير ضابط الجنسية، وقد يكون التغيير سهلاً نتيجة لتدخل إرادة الشخص كتغيير الموطن أو محل الاقامة للهروب من قواعد الاختصاص المحلى أو عمل قانونى (تصرف قانونى) كالزواج أو العقد ، كما يحدث ايضاً ان يستخدم حكم لتحقيق الغش(١١٤) .

ويشترط في هذا التغيير الإرادي لضابط الاسناد أن يكون مشروعاً أي تم بموجب القانون مثال تغيير الجنسية أن يتم بالطريق القانوني السليم وليس عن طريق الغش أو التزوير وبالتالي فلا مجال لإعمال هذا الدفع بالغش هذا من ناحية ، كما يشترط أن يكون التغيير ارادياً (لضابط الجنسية أو الموطن أو محل ابرام العقد أو موقع المنقول) وليس جبرياً من ناحية اخرى كأن يحدث باكراه من الدولة بفرض جنسيتها على الشخص بقوة القانون ، او في حالة ضم اقليم دولة الى اخرى ، كما يشترط من ناحية ثالثة ان يكون التغيير منتجاً أي يترتب عليه أثر قانونى معين

(١١٣) هشام على صادق تنازع القوانين ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ط ٢ ، ١٩٧٣ ، ص ٣٢٦ .

(١١٤) سيد احمد محمود ، مرجع سابق ، ص ٣١ ، هامش ٩٣ .

كانتقال الاختصاص التشريعي فعلاً لدوله معينة واستبعاد آثار القاعدة الملزمة التي وجهت الوسيلة ضدها ، اما إذا كان التغيير صورياً فلا يجوز الدفع بالغش نحو القانون(١١٥) .

قد تكون وسيلة الغش واقعة مادية كتغيير الموطن للهروب من فواعد الاختصاص المحلى للمحاكم او عملاً قانونياً (كتصرف قانونى مثل الزواج او العقد) أو يستخدم حكم لتحقيق الغش.

ان الدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى الا في الاحوال التي ينعدم فيها وجود جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافى النتيجة غير المشروعة التي يسعى الشخص الى تحقيقها، وبعبارة اخرى ان الدفع بالغش نحو القانون يقوم بدور احتياطي أي يجب عدم الالتجاء إليه الا كعلاج أخير عندما يتعذر ابطال التصرف تطبيقاً لأي قاعدة اخرى (١١٦).

وهو الفعل المنتج الاثر قانونى متمثلاً في قيام الفرد بتغيير ينصب على ضابط الاسناد (١١٧)، وهو اجراء تغيير فعلى وإرادي فيه بطريقة مشروعة للوصول الى نتيجة غير مشروعة.

ويشترط أن يكون هذا التغيير فعلياً إذ لو كان تغير ضابط الإسناد صورياً فهنا لا حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون، إذ يكفي بهذه الحالة التمسك بأحكام الصورية لإهدار كل أثر لهذا التغير، فإذا غير شخص موطنهُ صورياً فلا عبره في هذا التغير، فالعبرة في الموطن الحقيقي (١١٨).ويشترط أيضاً أن يكون التغيير مشروعاً، إذ لو كانت الطريقة المستخدمة في التغير غير مشروعة كأن يتم تغير الجنسية عن طريق الغش في أحكام قانون الجنسية، فإنه لا يجوز في هذه الحالة الاعتداد بالجنسية المكتسبة عن طريق الغش وتكون العبرة بالجنسية الأولى ، ولكن مجرد تقديم طلب لاكتساب الجنسية لا يفيد تغييرها وكذلك في ظل اكتسابها مع الاحتفاظ بالجنسية السابقة عليها .

---

(١١٥) حيث يكفى التمسك باحكام الصورية لاهدار كل اثر لهذا التغيير فالعبرة بالموطن الحقيقى .

(١١٦) عبد المنعم رياض ، وسامية راشد ، تنازع القوانين والاختصاص القضائى الدولى وآثار الاحكام الاجنبية ، ط ١٩٩٤ ، ص ١٧١ .

(١١٧) عبد الكريم أبو صبيع ، اثر الغش نحو القانون على ظرف الاسناد ، ومركز دراسات الكوفه ، كليه القانون ، جامعه الكوفة ، العدد رقم ١٩ ، ٢٠١١ ، ص ٩١ .

(١١٨)Dicey &Morris .The conflict of laws .tenth edition.volume ١ .page ١٠٦ . وانظر حسام ابو حامدة ، مرجع سابق ، ص ١٦ .

والخلاصة انه يلزم في التغيير الإرادي الطارئ على ضابط الاسناد أمران، اولهما أن يكون من شأنه تعديل الاختصاص التشريعي والثاني ان يكون تغيير ضابط الاسناد قد وقع سليماً قانوناً [١١٩].وإذا كانت صور الغش نحو القانون تتعدد في القانون المصري، فإنه يطلب في الوسيلة سبب الدفع بالغش مقتضيان:-

المقتضى الأول: -أن تكون الوسيلة مشروعة، إذ لو كانت الوسيلة غير سليمة فإنه يكفي تقرير بطلانها بسبب مخالفتها للقانون، فتقرير بطلان الوسيلة يكفي للحيلولة دون الوصول للمصالح الشخصية التي أرادها المتحايل دون ثمة حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون. ويعكس هذا الحكم نتيجتين هامتين :

أ- أصالة الدفع بالغش نحو القانون كسبب مستقل وقائم بذاته يحارب الإرادة غير المشروعة .

ب- الدفع بالغش لا يؤدي إلا دوراً احتياطياً، إذ لا يتم اللجوء إليه إلا كعلاج أخير وفي حالة تعذر إبطال الوسيلة التي لجأ إليها المتحايل تطبيقاً لأي قاعدة أخري. فلو فرض أن شخصاً ادعى – بواسطة شهادة جنسية مزورة—انتماءه إلى دولة معينة بهدف الاستفادة من الأحكام المقررة في قوانينها هروباً من قوانين دولته الأصلية، فإنه يكفي بعدم صحة الشهادة المزورة دون حاجة لإعمال الدفع بالغش نحو القانون .

المقتضى الثاني: أن يكون تغيير الوسيلة قد تم بشكل متعمد. فالهدف من الدفع بالتحايل هو محاربة الغش نحو القانون، وليس في استفادة الشخص من أحكام قانون جنسيته الجديدة أي غش أو تحايل إذا لم يكن قد سعي لاكتساب هذه الجنسية بقصد الهروب من قانون جنسيته الأصلية .- ان الحديث عن التغيير الإرادي لضابط الاسناد لا يتوافر في بعض الاموال كضابط موقع العقار ليس له علاقة بإرادة الافراد لان العقار ليس من الاموال التي تنقل دون تلف [١٢٠]. إذن المقصود من الركن المادي [١٢١] للغش هو قيام الاطراف باصطناع العنصر الأجنبي في علاقاتهم القانونية لتجنب الخضوع لقانون القاضي الوطني مع انها في الاصيل علاقة وطنية

(١١٩) هشام على صادق ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٨٧ .

(١٢٠) حسين الهادى ، تنازع القوانين ، ط ٢ ، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠٠٥ ، ص ١٢١ .

(١٢١) نادية فضيل ، تطبيق القانون الاجنبى امام القضاء الوطنى ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

بحثه أو القيام بالعكس بتغيير العنصر الأجنبي بعناصر وطنيه لتتحول الى علاقة وطنية يحكمها القانون الوطني فالغش هنا واقع في كل الحالات.

يعتبر ضابط الإسناد العنصر الجوهري في قاعدة الإسناد بحيث يقوم بالربط بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه، وتغيير هذا الضابط هو العنصر المادي في فكرة الغش والتحايل نحو القانون، فيتغير تبعا لذلك القانون المسند إليه الواجب التطبيق على العلاقة القانونية(١٢٢).

فيشترط إذن أن يقوم الشخص بأفعال أو تصرفات تؤدي إلى تغيير ضابط الإسناد، وهي لا تعدو أن تكون تغييراً في جنسية الأطراف أو موطنهم أو مكان المال المنقول(١٢٣) أو تغيير الشخص لدينه أو مذهبه أو أن يتم الاتفاق على تطبيق قانون معين شكلا لا حقيقة(١٢٤)

هذا وتقترن بهذا الشرط مجموعة من الجزئيات التي لا بد من توفرها للدفع بالغش والتحايل نحو القانون، من قبيل:

–أن يكون لإرادة الأطراف دور في تغيير ضابط الإسناد، بحيث لا يعتد بالتغيير الذي يكون مصدره القانون للقول بوجود الغش والتحايل نحو القانون.

–أن يترتب عن التغيير الإرادي لضابط الإسناد نقل الاختصاص التشريعي لقانون آخر غير الذي كان أولى بالتطبيق لو لا الغش والتحايل(١٢٥) .

–أن تكون الوسائل المعتمدة في التغيير الإرادي لضابط الإسناد مشروعة، بحيث لا مجال لإعمال فكرة الغش والتحايل نحو القانون ما دام أنه استعملت وسائل مخالفة للقانون(١٢٦) .

–أن يكون التغيير الإرادي لضابط الإسناد تغييراً فعلياً لا صورياً(١٢٧).

---

(١٢٢)إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، هامش ص ٢٦٦.

(١٢٣)ابراهيم احمد ابراهيم ، مرجع سابق ،هامش ص ٢٦٦ .

(١٢٤)ابراهيم احمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦ .

(١٢٥)ممدوح عبد الكريم حافظ ، مرجع سابق، ص٢٠٦.

(١٢٦)أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص ٩٧. ممدوح عبد الكريم حافظ ، مرجع سابق، ص٢٠٨.

(١٢٧)محمد موساوي، قاعدة الاسناد فى القانون الدولى الخاص المغربى ، دراسة مقارنة ، ط ١ ، مراكش ، ٢٠٠٢ ، ص٥٦٦ .

ثانياً: –الشرط الثاني أو العنصر المعنوي " نية الغش أو التحايل نحو القانون أو قصد الغش " أي نية التهرب من قاعدة إسناد واجبة التطبيق اصلاً الى اخرى لم تكن واجبة التطبيق: –

- يجب ان تتجه نية الشخص نحو الهروب من القواعد الموضوعية او الاجرائية الامرة او المكملة خصوصاً في حالة عجز الطرف مرتكب الغش عن الاستبعاد الاتفاقي لهذه القواعد المكملة وبالتالي فهي تعمد قيام أحد أطراف العلاقة بتغيير ضابط الاسناد بهدف التهرب من تطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الاسناد وذلك تحقيقاً لمصلحة له واثبات نيه الغش التي هي مسألة نفسية يقع على عاتق الخصم والقاضي اثباتها من خلال ملابسات الواقعة المعروضة محل النزاع.
- وتغيير النية مسألة موضوعية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات ويمكن للقاضي ان يستدل عليها من خلال الظروف الواقعية المحيطة بكل حالة على حده ولا رقابة للمحكمة العليا في الدولة على تقدير القاضي لمشروعية غايات الافراد ولكن إذا ما ثبت القاضي من توافر شروط هذه القوانين وهذا الاعمال لهذا الدفع يخضع لرقابة المحكمة العليا بحجة ان الغش نحو القانون يعتبر بمثابة مخالفة غير مباشرة للقانون.

يجب اذن ان تتوافر نيه الغش نحو القانون الواجب التطبيق اصلاً على العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي أي تنحصر نية الغش نحو القانون الواجب التطبيق اصلاً على العلاقة القانونية ذات الأجنبي أي تنحصر نيه الغش في اتجاه نيه الافراد الى تجنب تطبيق قانون معين مختص اصلاً بحكم [١٢٨] العلاقة القانونية واخضاعها عن طريق التحايل لقانون آخر وبعبارة اخرى أن تكون إرادة الافراد موجهه بقصد التحايل على تطبيق قانون معين وبالتالي يكون تغيير المجال القانوني هدفاً تنشده الارادة من تغيير ضابط الاسناد ويقع على عاتق المحكمة تقدير توافر نيه الغش نحو القانون من عدمه عن طريق معرفة الغاية من تغيير ضابط الاسناد بحيث إذا كان الغرض من التغيير هو التهرب من احكام قانون معين واجب التطبيق اصلاً [١٢٩] لخضوع العلاقة القانونية لأحكام قانون آخر اكثر سهولة ومرونة لها من

(١٢٨)فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٧٢ ، بند ١٤٤ .

(١٢٩) هشام على صادق ، دروس فى القانون الدولى الخاص ، جامعة بيروت ، الدار الجامعية ، بيروت ، ص ١٦٣ ، وهامش ٢ .

الاول فهنا يشكل التغيير غشاً نحو القانون اما إذا كان الغرض من التغيير هو تغيير ضابط الاسناد في حد ذاته وليس بقصد التهرب من تطبيق قانون معين فلا يشكل هذا التغيير في ضابط الاسناد غشاً نحو القانون – ونعتقد – كما يذهب الى ذلك الرأي الراجح حديثاً – ان نظرية الغش نحو القانون تستند الى اعتبارات خلقية وقانونية – كمبدأ عام يقتضى وجوب مطاردة الغش أياً كانت صورته – وبالتالي ضرورة تطبيقها سواء قصد بالتهرب من القانون هو القانون الوطني أو القانون الأجنبي [١٣٠] ويرى البعض انه نظراً لصعوبة اثبات النوايا الداخلية للشخص فيمكن عدم التغيير بهذا الشرط اكتفاء بانه يمكن استخلاص وجود الغش من ذات الظروف المحيطة بالتصرف دون حاجة للتصدي لبحث مسألة النية [١٣١] بعكس الرأي الآخر الذى يتطلب هذا الشرط حيث يمكن للقاضي استخلاص الغش من عدة قرائن التي منها حالة التلازم الزمنى بين الاجراء المادي أي تغيير ضابط الاسناد وبين القيام بالتصرف المراد اخضاعه للقانون الجديد [١٣٢] أو ان يكون القانون الذى يؤدى الى تغيير ضابط الاسناد الى تطبيقه من القوانين التي تعطى تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية كتشريعات المجاملة legislations de complaisance[١٣٣]

- إن قصد الغش هو ما يستنتجه القاضي من خلال الظروف المحيطة بأطراف العلاقة ففي حالة الطلاق مثلا اذا كان الزوجين في حالة خلافات مستمرة فاذا اكتسب الزوج جنسية دولة تبيح الطلاق وباشر بالطلاق فنكون هنا امام قرينة تتمثل بوجود خلافات سابقة على الطلاق نستدل منها على وجود نية الغش ، أي اذا كان تغيير الجنسية ، وكذلك في ظل الموطن فإنه غير مقصود لذاته وانما القصد الرئيسي منه هو تغيير الاختصاص القانوني على نحو يفضي الى انتقاله من نطاق قانون دولة الى نطاق قانون دولة اخرى وما تغيير ضابط الاسناد الا وسيلة لذلك فهنا يتحقق قصد الغش .

(١٣٠)سيد احمد محمود ، مرجع سابق ، ص ٣٢ ، هامش ٩٧ .

(١٣١) سيد احمد محمود ، مرجع سابق ، ص ٣٢ ، هامش ٩٨ .

(١٣٢)فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، مرجع سابق ، ص ١٧٤

(١٣٣) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ ، هامش ٢ ، ٣ .

اما إذا كان تغيير ضابط الاسناد الجنسية بحسب المثال السابق مقصود لذاته وذلك إذا كان الزوج يرغب بتغيير بيئته الاجتماعية وما نقل الاختصاص القانوني الا نتيجة له فلا تكون هنا امام قرينة وجود قصد الغش.

- يشترط إذن للدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر عنصر مادي في الغش وهو إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، وبالإضافة للعنصر المادي يجب أن يتوافر عنصر معنوي يتمثل في نية التهرب من أحكام قانونٍ ما، أو بغية التوصل تحايلاً على تطبيق قانونٍ ما، كما هو الحال في المثال الفرضي الذي تم ذكره سابقاً.

وهنا يشترط أن يكون الباعث الرئيسي من تغيير ضابط الاسناد هو نقل الاختصاص من قانون دولة الى قانون دولة أخرى، أي التهرب من أحكام قانون والالتجاء إلى قانون آخر تعينه قاعدة الإسناد، وللمحكمة سلطة تقديرية[١٣٤] في تقرير وجود نية الغش من عدمها وهذا ما قد يثير صعوبة من الناحية النظرية إذ أن المعيار الشخصي في البحث عن النية صعب التحقق ولذلك يلجأ القاضي إلى معيار موضوعي بحيث يستخلص النية من وقائع كل قضية على حده ومن خلال بعض القرائن[١٣٥] والتي يمكن ومن خلال البحث أن نشير منها على سبيل المثال:

– التزامن بين تغيير ضابط الإسناد وبين طلب تطبيق القانون الذي يشير إليه هذا الضابط.

– التسهيلات التي ينطوي عليها القانون الجديد لصالح الشخص الذي قام بتغيير ضابط الإسناد ، مثال ان ينقل البائع المنقول الى اقليم دولة معينة ويطلب إبطال الحقوق التي قررت عليه والتي كانت صحيحة وفقاً لقانون الموقع الاول [١٣٦].

وفي هذا الصدد لا بد وأن نشير إلى أن البعض قد أنكر وجود فكرة الغش نحو القانون مستنداً إلى أن العنصر المعنوي في الغش نحو القانون المتمثل بنية المتحايل في التهرب من أحكام الإسناد. وهذا الإثبات على الرغم من صعوبته إلا أن مسألة الإثبات مسألة مختلفة عن وجود

(١٣٤)هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية طبعة ٢٠٠٣ ، ص ٣٢٦.

(١٣٥)أمينة رايس، النظام العام والغش نحو القانون كموانع لتطبيق القانون الاجنبي امام القضاء الجزائرى ، المركز الجامعى العربي بن مهيدى ، ام البواقى ، ص ١٤، انظر حسام ابو حامدة ، مرجع سابق ، ص ١٨.

(١٣٦) احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العلاقات الخاصة الدولية ، ص ١٩٥ .

الفكرة من عدمها، فعلى الرغم من صعوبة إثبات قصد التعدي مثلاً في نظرية التعسف باستعمال الحق، إلا أن القانون لم ينكر وجودها ونص عليها صراحةً في نص المادة (٢/٦٦) من القانون المدني الأردني.

لا يتحقق التحايل على القانون إلا إذا توافر لدي أحد الأطراف قصد الغش ويتوافر قصد الغش في حالة اتجاه نية الفرد إلى الهروب من القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، فالفرض أن أحد طرفي النزاع لا يرتضي النتيجة التي يقضي بها القانون الواجب التطبيق وبذلك فإذا كان العنصر المادي يتجسد في تطويع قاعدة الإسناد، فإن العنصر المعنوي يتمثل في نية تطويع قاعدة الإسناد لتحقيق أهداف شخصية.فالتغيير مناط الدفع بالغش هو ذلك الذي يكون باعثه الأصلي الهروب من حكم قاعدة الإسناد. ويتحقق هذا المفهوم في الأحوال التي يكون فيها تطبيق القانون الجديد مقصوداً لذاته من أجل الوصول للنتيجة التي يسفر عنها هذا التطبيق، حيث يكون تغيير ضابط الإسناد هو وسيلة المتحايل للوصول إلى النتيجة التي يصبوا إليها. أما إذا تبين من خلال الظروف والملابسات أن تغيير ضابط الإسناد لم يكن مقصوداً لذاته، وأن الوصول للحل الأكثر يسراً لم يكن هو الغاية الأساسية من التغيير، فلا مجال لتوافر أي غش أو تحايل على القانون [١٣٧].وليس الأمر بهذه السهولة في جميع الأحوال، فقد يصعب التحقق من توافر العنصر المعنوي لأنه يتطلب التأمل في مسائل باطنية قد يكون من العسير التحقق منها. ورغم ذلك فليس الاستدلال على هذه النية بالأمر المتعذر حيث يمكن للقاضي كما اشرنا إلى ذلك سابقاً التأكد من توافر قصد الهروب من القانون المختص في ضوء مجموعة من القرائن :

١- تحقق التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد والوصول للمركز القانوني الجديد الذي صبوا إليه أحد الأطراف، فالذي يبدو من قضية دو بوفرمون أن " الحوادث تعاقبت سارعا بحيث يمكن أن يقال إن الأميرة دو بوفرمون لم تتجنس بالجنسية الألمانية لذاتها ، وأن محكمة النقض الفرنسية قد اتخذت من هذا التلازم سبباً أساسياً لرفض تطبيق القانون الأجنبي الجديد عندما تأكد لها أن الهدف من التجنس كان هو التطليق وليس التجنس الجديد .

٢- تدلل أيضاً على قيام نية التحايل كون القانون المراد تطبيقه من تشريعات المجاملة التي تقرر مزايا استثنائية بهدف جذب الأجانب إليها، وتسود هذه القوانين في الدول حديثة النشأة التي

(١٣٧) حسين الهادى ، تنازع القوانين ، ط ٢ ، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠٠٥ ، ص ١١٣ .

تعاني من نقص في عدد سكانها، حيث تلجأ إلى تعويض هذا النقص عن طريق منح الأجانب تسهيلات تشريعية من أجل إغرائهم على الإقامة فيها كأن تجعل من مجرد الزواج بأحد مواطنيها سبباً مباشراً لاكتساب جنسيتها او يكون ذلك لأغراض اقتصادية .

- **الركن المعنوي إذن** هو نية الغش نحو القانون (١٥٢) المختص في الاصل بقصد تطبيق القانون الذي اصبح مختصاً نتيجة لفعل الغش [١٣٨] ، ولتحقق الغش لابد من تحقق فاعلية وسيلة الغش [١٣٩] بحيث إذا كانت قاعدة الاسناد التي تحكم الاهلية تشير إلى تطبيق قانون الموطن وقام الفرد بتغيير جنسيته قاصداً تطبيق قانون الدولة صاحبة الجنسية الثانية فلا تأثير لفعله هذا في تحقق الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي لعدم فاعلية وسيلة الغش في تحديد القانون المختص في المثال السابق [١٤٠] .

ويصطلح عليه أيضا بتوافر نية الغش نحو القانون ويقصد به نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية. إذ لو انتفت هذه النية لكان الإجراء الذي قام به الغاش سليما لا سبيل لإبطاله، إلا أن بعض الفقهاء رأوا بعدم وجوب التقيد بشرط وجود النية، واعتبار الغش قد وقع لمجرد إجراء عملية تغيير ضابط الإسناد المقترن بملابسات و ظروف خارجية، و يضربون لذلك مثلا كقيام مواطنين سياح في دولة أجنبية خلال فترة إقامتهما بها إبرام عقد هبة بينهما في إقليم هذه الدولة الأجنبية دون أن يكون هناك سبب واضح لإجراء الهبة في هذه الدولة بالذات فيمكن حسب رأيهم استخلاص عملية الغش نحو قانونهما الوطني للسعي من أجل عدم خضوعهم له والرغبة في الخضوع لأحكام القانون الأجنبي المتعلقة بعقد الهبة.

إلا أن المتفق عليه بين أغلبية الفقهاء وما استقر عليه القضاء الحديث هو الأخذ بهذا الشرط بحيث يستخلص الباعث من الغش من جانب قضاة الموضوع باعتباره من مسائل الواقع، إلا أن تقدير الأثر المترتب على الغش يشكل مخالفة للقانون يقع تحت رقابة محكمة القانون وفي ذلك

---

(١٣٨)حفيظة السيد حداد ، الموجز فى القانون الدولى الخاص ، الكتاب الاول فى تنازع القوانين ، منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٠٠ .

(١٣٩)حسن الهداوى ، غالب الداودى ، القانون الدولى الخاص ، القسم الثانى ، ط ١ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٨ ، ص ٢٠٣ .

(١٤٠)عبد الرسول كريم أبو صبيع ، اثر الغش نحو القانون على ظرف الاسناد ، ٢٠١٠ ، ص ٩١ .

ضمانا كافية لحماية حقوق الأفراد [١٤١]كما أن هناك مجالات عديدة أخرى على القاضي ان يتقصى النية كالتعسف في استعمال الحق (في المدني) او السلطة (في القانون الإداري) والعمد وغير العمد (في القانون الجنائي).

لا يكفي إذن توفر العنصر المادي المتمثل في تغيير ضابط الإسناد وفق ما تم بيانه أعلاه، بل لابد من اقترانه بالنية الاحتيالية للأطراف بهدف الهروب من أحكام القانون الواجب التطبيق [١٤٢] ، على اعتبار أن الوسيلة في هذا الدفع مشروعة.

فالمعيار الوحيد لكشف نية التحايل حسب جانب من فقه التنازع هو هروب الأطراف من أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بإحلال قانون آخر محله بتغييرهم لضابط الإسناد [١٤٣]، وللقاضي الوطني في البحث عن هذا المعيار دور مهم، باعتبار أن ذلك من مسائل الواقع بإجماع الباحثين وما يترتب عن ذلك من عدم امتداد رقابة المجلس الأعلى للقضاء على أعماله في تلك الحدود[١٤٤] .غير أن عمل القاضي الوطني للكشف عن النية التحايل، لا يخلو من صعوبات مردها إلى أن النية من مسائل البواعث لا الظواهر، غير أنه يستعين ببعض القرائن التي تذهب في إطار الكشف عن تلك النية، من قبيل التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد وبين إجراء التصرف[١٤٥] ، ففي المثال المتعلق بتغيير الأطراف موقع المنقول مؤقتا في وقت إنشاء الحق العيني عليه تهربا من قانون الموقع على اعتبار أن الحق العيني المترتب على المنقول من مستثنيات قانون الإرادة [١٤٦]، يوضح بجلاء أنهم قصدوا من التغيير المؤقت لموقع المنقول التهرب من أحكام قانون هذا الموقع، وبالتالي فالتلازم الزمني بين تغيير موقع المنقول

(١٤١)زروتي الطيب مرجع سابق ، ص ٢٦٦.

(١٤٢)إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، هامش ص ٢٦٧.

(١٤٣)إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق ، ص ٢٦٨.

(١٤٤)أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص ٩٨ ، محمد موساوي، مرجع سابق، ص ٥٦٧، إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، هامش ص ٢٦٧.

(١٤٥)إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق ص ٢٦٧.

(١٤٦)جاء بهذا الخصوص :"أما العقود التي يكون محلها مالا منقولا فتخضع لقانون موضع المنقول فيما يتعلق بأثر العقد في إنشاء حق عيني على المنقول..." فؤاد ديب، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

وإجراء التصرف الذي أنشأ الحق العيني على هذا المنقول يعد قرينة قوية يأخذ بها القاضي لكشف نية الغش، وبالتالي إعمال فكرة الغش والتحايل واستبعاد القانون المعين وفق لهذا التغيير.

ويكفي أن نطرح سؤالاً أي قانون يحميه القاضي الوطني من خلال فكرة الغش والتحايل نحو القانون، هل هو قانون الدولة التي يحكم باسمها؟ أم يشمل كذلك القانون الأجنبي؟

هناك اتجاه يقصر إعمال الدفع والتحايل نحو القانون على الحالة التي يكون التهرب قد طال قانون دولة القاضي، أما إذا قصد الأطراف التهرب من تطبيق القانون الأجنبي على علاقتهم فلا مجال لإعمال فكرة الغش والتحايل نحو القانون [١٤٧] ، غير أن الرأي الراجح في هذه النقطة هو الذي يؤكد على ضرورة إعمال الغش والتحايل نحو القانون، سواء كان المقصود هو التهرب من أحكام القانون الوطني أو كان الغرض منه هو الإفلات من أحكام القانون الأجنبي المختص [١٤٨] .

ثالثاً: –الشرط الثالث أو العنصر القانوني (الهدف غير المشروع) واستبعاد قانون أجنبي بآخر قد يكون وطنياً أو اجنبياً (أن يكون التهرب من قاعدة قانونية آمرة او مكملة): –

يعتبر الغش نحو القانون من موانع تطبيق القانون الأجنبي. كما قد يتحايل الوطنيون على قانون القاضي الذى ينظر النزاع فيقوم الوطني بتغيير جنسيته الوطنية من خلال اكتساب جنسية دولة اجنبية لغاية الحصول على مزايا ما كان ليتمتع بها وفقاً لقانون جنسية الدولة التي يحملها قبل التغيير ومثال ذلك قضية الاميرة البلجيكية " دى بوفرمون " الشهيرة سالفة الذكر.

---

(١٤٧)"مبررات هذا الرأي مردها إلى وظيفة القاضي الوطني، بحيث يقتصر دوره في حماية سلطان قانونه الوطني بمنع الأفراد من مخالفته أو الهروب من الخضوع له..." إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، هامش ص ٢٦٨.

(١٤٨) أحمد زوكاغي، مرجع سابق، ص ٩٩.

وقد برر بعض الفقه هذا الرأي من زاوية التصرفات المخالفة للأخلاق الحميدة ولمبدأ حسن النية، بحيث أن للقاضي الوطني توقيع الجزاء بالنظر إلى الطبيعة اللاأخلاقية لتلك التصرفات، كما التحايل والغش يكون تجاه قواعد الإسناد في قانون القاضي في بعض الأحيان مما يستوجب إعمال فكرة الغش والتحايل نحو القانون سواء كان التحايل تجاه قانون الدولة التي ينتمي إليها أم تجاه قانون أجنبي. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، هامش ص ٢٦٨.

وقد يتحايل الاجانب على قوانينهم الوطنية ويكتسبوا جنسية دولة القاضي أو جنسية دولة اجنبية اخرى من اجل تحقيق مآربهم ومصالحهم الشخصية التي تمنعها قوانين دول جنسيتهم الاصلية، **لكن هل فعلاً القاضي يبطل النتيجة التي تم الحصول عليها بطريق الغش في قواعد القانون الأجنبي؟**

على الرغم من المشرع الإماراتي لم ينص على نظرية الغش نحو القانون ولم تعرض حالة مثل هذا النوع من تنازع القوانين على القاضي الإماراتي حتى هذه اللحظة أعمل فيها هذه النظرية إلا أننا نعتقد بأن القاضي والمشرع الإماراتي سوف يتبنيا هذه النظرية استناداً الى مبدأ ان الغش يفسد كل شيء " باعتباره من المبادئ التي كرستها الشريعة الاسلامية التي تعد المصدر الثاني من مصادر القاعدة القانونية في دولة الامارات العربية المتحدة تطبيقاً للمادة الاولى من قانون المعاملات المدنية والتجارية هذا من ناحية ومن ناحية اخرى واستنادا الى أن هذا المبدأ يعتبر من مبادئ القانون الدولي الخاص الذى يحكم مسألة تنازع القوانين في حالة العلاقة ذات العنصر الأجنبي وذلك تطبيقاً للمادتين ٢٣ ، ٢٧ من قانون المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي[١٤٩] .

أما بخصوص الغش نحو القانون أو التحايل على قواعد القانون الأجنبي ، فالراجح انه لا يوجد ما يمنع من توقيع الجزاء في حالة الهروب من القواعد الموضوعية الآمرة في الدولة الاجنبية ، والتي يعد قانونها مختصاً بنظر النزاع بالاستناد الى قواعد الاستناد الوطنية ، سواء أكان ذلك القانون الذى تم الهروب الى قواعده قانوناً وطنياً أو قانوناً لدولة اجنبية أخرى وتطبيق نظرية الغش نحو القانون أو التحايل على أحكامه في مثل هذا الفرض مقيدة بعدم مخالفة القانون الأجنبي الذى تم الهروب من قواعده للنظام العام في دولة القاضي .

لا يظهر الغش نحو القانون بالنسبة للقواعد المكملة " الارادية " التي تحمى مصالح خاصة ذلك لان الارادة الخاصة او الفردية لها حرية الخروج عليها واستبعادها وفقاً للاتفاق الخاص واخضاع علاقات الافراد الى غيرها من القواعد وبالتالي لا يمكن تصور الغش نحو القانون بالنسبة لها

---

(١٤٩) تنص المادة ٢٣ من قانون المعاملات المدنية على انه " تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين." وتنص المادة ٢٧ من ذات القانون على انه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب في دولة الإمارات العربية المتحدة."

(١٥٠) على عكس القواعد القانونية الآمرة لأنها تحمى مصالح عامة فيمكن تصور الغش نحو القانون بالنسبة لها القواعد المكملة هي التي يجوز الاتفاق على مخالفتها فلا يتصور بالتالي التهرب منها.

ومع ذلك نعتقد انه حتى في مجال القواعد المكملة التي للإرادة الفردية دور في استبعادها يمكن ان ينشأ الغش نحو القانون خصوصاً بالنسبة للقانون الإجرائي في المواد المدنية والتجارية في مجال قواعد الاختصاص المحلى للمحاكم مثلاً إضراراً بأحد الخصوم أو بالغير.

" إن إعمال فكرة الغش نحو القانون يأبى في الواقع وجود مثل هذا الشرط، إذ إنه ما دامت العبرة بالغرض الذي يهدف إليه الافراد من وراء تصرفهم فإنه من الممكن تصور محاولة خروج الافراد عن الهدف الذي توخاه المشرع من وراء القاعدة سواء أكانت آمرة ام اختيارية.

ففي مجال العقود الدولية مثلاً ، حيث يتمتع الافراد بحرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق لا يحق للأفراد مع ذلك الخروج بالرخصة التي خولهم إياها المشرع عن هدفها وهو تيسير المعاملات الدولية فلا يجوز للأفراد تحويل عقد وطني في جميع عناصره الى عقد دولي باختلاف العنصر الأجنبي فيه وذلك بقصد اخضاعه الى قانون غير القانون الوطني المختص أصلاً بحكم العقد ، كما لا يجوز للأفراد ممارسة حرية الاختيار التي خولهم اياها المشرع في مجال العقد الدولي للتوصل الى اخضاع العقد لقانون لا يستجيب لطبيعة العلاقة ولا تربطه بالعقد أية صلة وذلك تحقيقاً لمصلحة ذاتية للمتعاقدين " (١٥١) .

" وعلى ذلك يمكن تصور التحايل على القانون حتى ولو كانت أحكامه اختيارية يجوز الخروج عليها إذ أن نية الغش يمكن ان تتوافر بالنسبة لهذه الحالة كذلك، لذلك لا يتطلب الفقه الحديث ان تكون القاعدة المراد التهرب من احكامها آمره بل يكفي بأن يكون مجال تطبيق القاعدة واضحاً ومتفقاً مع طبيعة العلاقة (١٥٢).

الخلاصة: ان الدفع بالغش نحو القانون لا يتأتى إلا في الاحوال التي ينعدم فيها جزاء آخر يمكن عن طريقه تلافى النتيجة غير المشروعة التي سعى الشخص الى تحقيقها.

---

(١٥٠) سيد احمد محمود ، مرجع سابق ، ص ٣٣ ، هامش ١٠١ ، ص ١٦٧ وما يليها .

(١٥١) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، مرجع سابق ، بند ١٤٦ ، ص ١٧٥ .

(١٥٢) فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، مرجع سابق ، بند ١٤٦ ، ص ١٧٥ .

المبحث الثاني

معايير الغش نحو القانون

تتجسد معرفة نية الغش نحو القانون من إرادة الهروب من تطبيق القاعدة القانونية المختصة أصلاً بحل النزاع وبالتالي فإن وجود الباعث المشروع للعملية المتخذة بواسطة الشخص تستبعد الغش (١٥٣) بعكس ما إذا كان القصد هو تجنب احكام القانون الواجب التطبيق (١٥٤) بأن يكون التجنب هو الباعث الدافع الى تغييره وبالتالي إذا لم يوجد ضده الباعث للتغيير بل كان التغيير نتيجة طبيعية لتغيير عنصر من عناصر العلاقة لما كان هناك محل للغش نحو القانون.

ونظراً لأنه ليس من مهام القاضي ان يخوص في طلبات النفس البشرية، فيمكن ان يستخلص الباعث الدافع من ظروف الدعوى مما يعتبر من مسائل الواقع التي يختص بها قاضى الموضوع دون معقب على تقديره من محكمة النقض (١٥٥) حيث قضى في فرنسا انه " لما كان الغش نحو القانون هو مخالفة غير مباشرة للقانون كان من المعقول ان تمتد رقابة هذه المحكمة إلى مسألة الاثر الذي يترتب على هذا الباعث، كما استخلصته محكمة الموضوع، وهل يكون وجود مخالفة غير مباشرة للقانون ام لا؟ فإذا ما استخلص قاضى الموضوع من ظروف الدعوى ان شخصاً غير جنسيته لمجرد تجنب الحكم الآمر المانع من التطليق الوارد بقانون جنسيته الاولى وليتمكن من التطليق وفقاً لقانون جنسيته الجديدة كان هذا الذى استخلصه القاضي بعيداً عن رقابة محكمة النقض ، اما كون تغيير الجنسية بقصد التمكن من التطليق يعتبر مخالفة غير مباشرة للقانون ، وبعبارة يعتبر غشاً نحو القانون ام لا يعتبر كذلك ، فهو آمر يخضع لرقابة هذه المحكمة شأنه في ذلك شأن المخالفة المباشرة للقانون ، وقصد الغش هو العنصر الذى يفترق به الدفع بالغش نحو القانون عن الدفع بالنظام العام ، وينوه بعض رجال الفقه الفرنسي بانه لا يكفى

---

(١٥٣) J. GHESTIN et G. GUBEAUX, introduction generale, ١٩٧٧, no , p.– ٦٦٣.

(١٥٤) عز الدين عبد الله ، القانون الدولى الخاص ، الجزء الثانى ، ص ٥٦٤ ، بند ١٥٠ ، هامش ١ ، ٢ من ذات الصفحة .

(١٥٥) عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، هامش ٣ ، ص ٥٦٤ .

لإعمال الدفع بالغش نحو القانون مجرد توافر قصد الغش بل يجب فوق ذلك أن تتحقق النتيجة غير المشروعة التي استهدفها (مرتكب الغش)(١٥٦).

ويرى البعض انه يمكن للقاضي استخلاص نيه الغش من عدة قرائن منها حالة التلازم الزمنى بين الاجراء المادي (تغيير ضابط الاسناد) وبين القيام بالتصرف المراد اخضاعه للقانون الجديد (١٥٧) " كذلك من اهم القرائن التي تفيد قيام نيه التحايل ان يكون القانون الذى يؤدى لتغيير ضابط الاسناد الى تطبيقه من القوانين التي تعطى تسهيلات استثنائية للأفراد بقصد اجتذابهم إليها لأغراض اقتصادية فمن المعلوم مثلاً ان بعض التشريعات كتشريع ولاية نيفادا Nevada بالولايات المتحدة الامريكية وكالتشريع المكسيكي تسمح بالتطليق لأى سبب من الاسباب حتى ولو كان قانون جنسية الافراد أو قانون موطنهم الأصلي لا يسمح بذلك وبغض النظر عن كون طالب التطليق مقيماً بإقليم هذه الدولة ام حضر إليها خصيصاً للحصول على التطليق . وتعرف هذه التشريعات بتشريعات المجاملة Legislations de complaisanceفإذا ما قام الافراد بتغيير ضابط الاسناد، كما لو غيروا موطنهم للتوصل الى تطبيق مثل هذه القوانين، فإنه يستفاد من ذلك توافر قصد الغش دون حاجه للبحث في النوايا (١٥٨).

وطبقاً لمبدأ أن الغش يفسد كل شيء Fraus ommia corrumpit يمكن إعتبار الاعمال التي تعترض أو تخالف قواعد النظام العام اعتسافاً ولو لم تكن بنية الاضرار بالغير، فالغش بالقانون يعتبر عسفاً برغم توفى المرء مصلحته البحتة فيما يعلم وان ليس لديه نيه للضرر بالغير (١٥٩).

وهكذا فإن معايير الغش نحو القانون تتجسد في معيار شخصي يدعمه عدة قرائن وفقاً لظروف كل قضية على حده.

ان معرفه نيه الغش نحو القانون تكون باتجاه إرادة الفاعل الى تغيير القانون الواجب التطبيق ولإعمال الدفع بالغش بالقانون بحيث أن تكون نيه الفاعل اتجهت الى تجنب تطبيق قانون واجب

---

(١٥٦) عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص ٥٦٤ ، وما يليها ، بند ١٥٠ ، وهامش ٤ من ذات الصفحة ، وهامش ١ ، ٢ من ص ٥٦٥ المتعلقان بالمراجع الاجنبية .

(١٥٧)فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ .

(١٥٨) المرجع السابق

(١٥٩) حسين عبد الرحيم عامر ، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ، ط ٢ ، ١٩٧٩ ، بند ٣٢٠ ، ص ٢٣٦ .

التطبيق ، أصلاً على العلاقة ذات العنصر الأجنبي إلى اللجوء لأحكام قانون آخر ، وبالتالي فلو كان التغيير قد تم بشكل طبيعي لا نكون امام غش نحو القانون ولا نعمل الدفع اما لو كان التغيير نتيجة دافع أو باعث هو تجنب أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على النزاع ، ومن هذا المنطق يكون الفارق الجوهري بين الدفع بالغش نحو القانون والدفع بالنظام العام هو نيه الغش .

وتوجد عده قرائن يستنتج منها (قصد الغش): –

التلازم الزمنى بين تغيير ضابط الاسناد والتصرف المراد اخضاعه لأحكام القانون الجديد.

ان يكون سبب تغيير تصرف ما هو تغيير ضابط الاسناد ذاته وهنا نكون امام تشريعات المجاملة التي تقدم تسهيلات استثنائية فهنا لا نكون بحاجة للبحث في النوايا لان الغش نحو القانون يكون واضحاً ومفترضاً فيها.

الفصل الثاني

مجال الغش نحو القانون (الدولي الخاص)

يتجسد مجال الغش نحو القانون الدولي الخاص في جانبه الموضوعي (تنازع القوانين) وفي جانبه الشكلي أو الاجرائي أو القضائي (تنازع الاختصاص القضائي الدولي) كالتالي: –

المبحث الاول

الغش نحو القانون الدولي الخاص

في جانبه الموضوعي (تنازع القوانين)

يتعلق مجال الغش نحو القانون بالقانون الدولي الخاص حيث يتجه نحو قواعده الموضوعية من ناحية، وكذلك قواعده الاجرائية من ناحيه اخرى.

فالغش نحو القواعد الموضوعية هو اتجاه الارادة نحو تغيير ضابط الاسناد ذاته كتغيير الجنسية فإذا كان من حق كل شخص ان يغير جنسيته فيجب ان يكون هذا التغيير بهدف مشروع ولا يراد من هذا التغيير تجنب احكام قانون واجب التطبيق على النزاع إلى تطبيق قانون آخر (في حالة تنازع القوانين).

قد يكون غالباً الغش نحو القانون الدولي الخاص في جانبه الموضوعي (تنازع القوانين) في مجالات عديدة إرادية كالأحوال الشخصية (المواد من ١٢: ١٧ ق. المعاملات المدنية) وكالحالة المدنية للشخص (م ١١ ق. المعاملات المدنية) او الحقوق العينة (م ١٨ ق. المعاملات المدنية)، العقود او غير ارادية (م ١٩ ق. المعاملات المدنية) كالفعل الضار او الفعل النافع (م ٢٠ ق. المعاملات المدنية)

– لكن ذهب جانب من الفقه إلي قصر مجال الغش نحو القانون علي مسائل الاحوال الشخصية (الزواج او الطلاق او غيرها) وذلك لان اغلب ضوابط هذه المسائل قابلة للتغيير بمعني يضيق مجال هذه النظرية من حيث الموضوع والقانون [١٦٠] بينما يتجه الرأي الاخر الي توسيع مجالها بحيث يشمل جميع مسائل تنازع القوانين (أي بمجال الزواج و العقود والفعل النافع) ، ومن ثم نؤيد ما يذهب إليه هذا الرأي حيث يعتمد الغش نحو القانون كمانع في نطاق المسائل التي تكون

(١٦٠) يكون مجالها في التصرفات والانفصال الجسماني والطلاق ، زروتى الطيب ، القانون الدولي الخاص ، والتشريعات العربية ، ط ٢، دار الكاهنة ، الجزائري ،٢٠٠٠ ، ص ٣٦ .

ضوابط الاسناد فيها قابلة للتغيير (مثل الجنسية او الموطن او موقع المنقول) اما اذا كانت الضوابط غير قابلة للتغيير مثل موقع الفعل الضار او موقع العقار فلا تعمل فكرة الغش نحو القانون في هذا النطاق (١٦١).

اولاً: –صور الغش نحو القانون: تعدد صور تغيير ضابط الاسناد لتشمل مختلف مجالات القانون بغض النظر عن نوعها أو طبيعتها، وذلك على التفصيل التالي:

١– أن مسائل الأحوال الشخصية هي المجال الخصب للتحايل على القانون، فإذا كانت النظم القانونية تتبني إما ضابط الجنسية وإما ضابط الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق على مختلف هذه المسائل.

٢– من المتصور كذلك اللجوء إلى فكرة التحايل في مجال الحقوق العينية، فإذا كانت النظم القانونية مستقرة على خضوع العقارات والمنقولات لقانون موقعها، وإذا كان من المتعذر اللجوء إلى فكرة التحايل بشأن العقارات، لأنه لا يمكن نقلها من مكان لآخر دون تلف.

٣– ليس من العسير إعمال فكرة الغش في مجال العقود، فقد يستطيع أحد الأطراف اصطناع أي عنصر أجنبي في عقد وطني بغية إخراجه من سلطان القوانين الوطنية ليصبح عقداً دولياً، ومن أمثلة ذلك أن يكون أحد طرفي العقد حاملاً لجنسية أخري أضافة إلى جنسية الوطنية، فيلجأ إلى إخفاء صفته الوطنية وإبرام التعاقد على أنه أجنبي.

٤– لا يستبعد –في الدول غير الإسلامية –تحقق الركن المادي للغش نحو القانون بتغيير الديانة، ويتصور ذلك في الأحوال التي يختلف فيها الوارث ديانة عن المورث، فالمقرر أن اختلاف الديانة يعد من موانع الإرث في الشريعة الإسلامية، ولذا فإن لجوء الوارث لإشهار إسلامه بينما المورث في مرض الموت، في أن يستنتج منه أن اعتناق الإسلام ليس مقصوداً لذاته، وانما من أجل الحصول علي نصيب من التركة.

أ–يسري علي الوصية قانون مكان تحريرها الذي قد يكون بلد يضع شروطاً صارمة لتحريرها، لذلك يلجأ الموصي إلى بلد آخر تضع شروطاً يسيرة لكتابتها.

---

(١٦١) م.م /علاء كاظم المرشدي، التحايل على القانون (الغش نحو القانون)، الكلية الاسلامية الجامعة، قسم القانون، العراق، ص ٢.

ب–كما يسري علي الميراث قانون جنسية المتوفي الذي قد لا يسمح بتوريث احفاده فيقوم باكتساب جنسية بلد أخر تورث الاحفاد.

ثانياً: –نطاق الغش نحو القانون في القانون الداخلي:

ان نطاق الغش يكون واسعاً عن نطاق التعسف في استعمال الحق ، حيث يكون مجال الغش العمل المادي أو التصرف القانوني أو القرار القانوني أو الرخص أو الحريات ، أو الواجبات الإجرائية فهو يتطابق مع التعسف في استعمال الحق فيما يتعلق بصفة خاصة بنية الاضرار بالغير ، وبالتالي تخرج ممارسة الحق عن وظيفته الاجتماعية وهي نفس الشيء بالنسبة للغش نحو القانون ، حيث إن القاعدة القانونية التي يطبقها الشخص ليست لها وظيفة تجنب قاعدة قانونية أخري ملزمة ، إن جزاء كل من التعسف في استعمال الحق والغش ينبع من نفس الروح ، فهما وسيلتان للوصول إلي نفس الغاية [١٦٢].

ثالثاً: –نطاق الغش نحو القانون في القانون الدولي الخاص:

بعد شيوع نظرية الغش نحو القانون والعمل بها دولياً ، يقتضي الوقوف علي نطاق تطبيق هذه النظرية التي لم يتفق انصارها على مدي تطبيقها ، فمنهم من يري الاخذ بها بصورة عامة بالنسبة لجميع التصرفات القانونية وبالنسبة لقوانين جميع الدول ، ومنهم من يريد تطبيقها تطبيقاً ضيقاً من ناحية الموضوع الذي يممن أن يظهر فيه الغش ومن ناحية القانون الذي يقع الغش فيه ، فبالنسبة للموضوع الذي يمكن أن تجد هذه النظرية مجالاً للتطبيق ، فيدعوا المطالبون بالتطبيق الضيق قصر ذلك علي بعض العلاقات القانونية كالمسائل المتعلقة بشكل التصرف والطلاق والانفصال الجسماني ، أما بالنسبة للقانون الذي يمكن أن يرتكب الغش ضده فيري هؤلاء قصره علي القانون الوطني للقاضي المرفوع أمامه النزاع ، فالغش الذي يبعد قانون القاضي من اختصاصه يجب أن ينال جزاءه بأبطال الاختصاص الناتج عن الغش [١٦٣] ، وكل غش ترتب عليه تنحية قانون أجنبي لمصلحة قانون أجنبي آخر لا يعتد به انما يحول دون التحايل علي قانونه فحسب .

---

(١٦٢) سيد احمد محمود، الغش الأجرائي الغش في التقاضي والتنفيذ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مجلد٤١، ال عدد٢، يوليو ١٩٩٩، ص ٦٣.

(١٦٣) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

ومثل هذا التطبيق لنظرية الغش نحو القانون عرضة للانتقاد من قبل الفقهاء الذين يرون أن الغش نحو القانون يجب أن ينال جزاءه، فسواء أكان القانون المبعد وطنياً أو أجنبياً يلزم إعادة الاختصاص إليه ذلك لأن الأخذ بنظرية الغش نحو القانون يجب أن يكون عملاً موضوعياً مجرداً متي ما توافرت العناصر اللازمة لنشوئه، غير أن العمل يظهر لنا قصر نطاق اعمال الدفع بالغش نحو القانون حالة التهرب من قانون القاضي (١٦٤).

حيث استقر الفقه والقضاء لمدة طويلة علي حصر نطاق التطبيق الدفع بالغش نحو القانون على الحالة التي يتهرب فيها الأفراد من قانون القاضي، وقد استند الفقه في ذلك إلى أن وظيفة القاضي هي كفالة تطبيق قانونه الوطني ومنع الافراد من مخالفته بالتهرب من أحكامه أما الدفاع عن القانون الأجنبي فلا يدخل في نطاق وظيفته.

غير أن الفقه الحديث يميل إلى تطبيق نظرية الغش نحو القانون، سواء كان القانون المتهرب من احكامه هو قانتو القاضي الوطني أم قانونا أجنبيا آخر، مستندا في ذلك إلى أن نظرية الغش نحو القانون تستجيب إلى مبدأ عام وهو مطاردة الغش بكل صوره سواء قصد به التهرب من أحكام القانون الوطني أو قانون أجنبي أخر، وهذا الاتجاه هو الذي تبناه القضاء الفرنسي مؤخرا.

ويبدو أن هذا الرأي هو الذي تبناه المشروع الجزائري ، عندما نص في المادة (٢٤) من القانون المدني علي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العان أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ، ثم نص في الفقرة الثانية أن القانون الجزائري هو الذي يطبق محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام وسكت بالمقابل علي القانون الذي يطبق في حالة ثبوت الغش ، مما يعني أنه قد يكون القانون الجزائري إذا كان هو القانون الذي تهرب الأفراد من تطبيق أحكامه ، وقد يكون قانونا أجنبيا إذا كان هو ضحية الغش .

(١٦٤) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٠٢ و٢٠٣.

المبحث الثاني

مجال الغش نحو القانون الدولي الخاص

في جانبه الشكلي او الاجرائي

(تنازع الاختصاص القضائي الدولي)

الغش نحو القواعد الاجرائية فهو اتجاه الارادة نحو تغيير ضابط الاختصاص القضائي الدولي كتغيير ضابط الموطن أو محل الاقامة أو حتى ضابط الجنسية حيث تكون هناك محكمة مختصة لنظر النزاع ذات العنصر الأجنبي ويريد الشخص نقل الاختصاص لمحكمة اخرى حتى تكون أكثر سهولة وملاءمة لأهدافه.

المقصود من مجال الغش نحو القانون الدولي الخاص في جانبه الشكلي او الاجرائي هو ضوابط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم التي تعتمد علي الارادة المنفردة (الجنسية – الموطن – محل الإقامة– محل ابرام العقد او موقع المال) أو علي الارادتين سواء في الاختصاص الولائي و النوعي للمحاكم أو الاختصاص المحلي لها وتنص المادة (٢١) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي في هذا الصدد انه "يسري علي قواعد الاختصاص وجميع المسائل الاجرائية قانون الدولة التي تقام فيها الدعوي او تباشر فيها الاجراءات " وتكون الاولوية إذا وجد نص في قانون خاص او في معاهدة دولية نافذة في البلاد يتعارض مع هذه المادة (م ٢٢ ق. المعاملات المدنية الإماراتي).

– وتتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين (م ٢٣ ق. المعاملات المدنية الإماراتي)

الغش في الاختصاص الدولي للمحاكم [١٦٥] هو إن الحق في اللجوء إلى القضاء الوطني مكفول للجميع سواء أكان الشخص وطنيا أو أجنبيا (م ١٦٦ دستور كويتي، م ٦٨ دستور مصري، م ٤١ دستور إماراتي) لذلك فحق الالتجاء إلى القضاء مقرراً للأجانب ولا يرد عليه قيد إلا ما يمليه

(١٦٥) انظر المواد من ٢٣ : ٢٨ من قانون المرافعات الكويتي والمواد من ٢٨ إلى ٣٥ من قانون المرافعات المصري .

ضرورة حسن إدارة العدالة ودفع الغش أو التحايل على اختصاص المحاكم الوطنية، بما يضمن فعالية الأحكام الصادرة وتناسق الحقوق القضائية بين الأنظمة القانونية المختلفة (١٦٦).

وتنص المادة (٢٦) من قانون المرافعات الكويتي على أنه "تختص المحاكم الكويتية بالفصل في الدعوي ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا " وهو نفس مضمون المادة (٣٢) من قانون المرافعات المصري، المادة (٢٤) ق. الاجراءات المدنية الإماراتي بالنسبة لاختصاص المحاكم المصرية والاماراتية. هذه الحالة تسمي بالخضوع الإرادي للاختصاص القضائي لمحكمة معينة فيما يتعلق بحسن إدارة العدالة وفيما يتعلق بضمان جدية الدعوي المقامة (١٦٧).

ولكن أهم هذه الشروط هو ألا يكون الاتفاق منطويا علي غش ذلك لأن إعمال ضابط الإرادة للخصوم بصدد الاختصاص القضائي يدع المجال أمامهم للتحايل وخصوصا في الفرض الذي يتحقق فيه التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، وما أكثر ذلك في مسائل الأحوال الشخصية (١٦٨).

فقد يتجه الخصوم إلى اختيار المحكمة التي يعلمون مقدما أنها ستطبق قانونها من تلقاء نفسها، فهنا يختار الأطراف المحكمة التي يعلمون مقدما أنها ستطبق قانونها من تلقاء نفسها، فهنا يختار الأطراف المحكمة التي تلبي رغباتهم على خلاف القانون وهذا ما اصطلح على تسميته بالغش نحو الاختصاص fraude à la compétence او forum shopping

فالخصوم يختارون هنا المحكمة التي ليست هي أصلا مختصة بالنزاع، ويلجأوا إلى محاكم دولة أخري للحصول على حكم لصالحهم يحتجون به فيما بعد في إقليم دولة المحكمة الأولي، وجزاء الحكم الصادر هنا هو رفض شموله الأمر بالتنفيذ بناء على الغش (١٦٩) فهنا يكون الغش موجه

---

(١٦٦) أحمد عبد الكريم سلامه، أصول المرافعات المدنية الدولية. ط ١٩٨٤، ص ٤٤، بند ٣٥.

(١٦٧) انظر في هذا الصدد، أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص ١١٨ وما يليها.

(١٦٨) P.MAYER , rapports de la competence judiciaire et de la competence législative dans le droit international privé de la famille, these Paris , ١٩٧٢ .

وأحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص ١١٩.

(١٦٩) أحمد عبد الكريم ، مرجع سابق ص١١٩ ، وأيضا :-

أصلا نحو الاختصاص القضائي للحصول على حكم في صالح المدعي يحتج به لاحقا في بلد المحكمة التي كانت مختصة ابتداء بنظر الدعوي. ويلاحظ أن الغش هنا موجه أساسا نحو الاختصاص ولا يشترط لذلك أن يصحبه غش نحو القانون المطبق (١٧٠).

إذا لم تكن المحاكم الوطنية مختصة بالمنازعة وجب علي القاضي الوطني أن يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي وشموله بالصيغة التنفيذية ما دامت توافرت بشأنه شروط تنفيذه (م ١٩٩ من قانون المرافعات الكويتي، ٢٩٨ من قانون المرافعات المصري، م ٢٣٥ ق. الاجراءات المدنية الاماراتي).

وإذا كان الاختصاص الدولي للمحكمة الأجنبية يخضع تحديده لقانون تلك المحكمة، فإن اعتبارات الأمان القانوني والتعاون الدولي في محاربة الغش نحو الاختصاص القضائي توجب علي القاضي الوطني أن يراقب جدية مناط الاختصاص للمحكمة الأجنبية (١٧١) "فيجب أن تتوافر رابطة جدية Un lien sérieux بين النزاع المطروح والمحاكم الوطنية. فهناك من ضوابط الاختصاص ما يدع مجالا أمام الخصوم للتحايل. فقد يتجه هؤلاء إلى اختيار المحكمة التي يعلمون أنها أقدر على تلبية رغباتهم، ولا سيما في الفرض الذي يتحقق فيه التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي " (١٧٢). ولقد اشترط القضاء الفرنسي لتنفيذ الأحكام الأجنبية في فرنسا عدم وجود الغش نحو القانون " حيث قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها صادر في ١٠ نوفمبر ١٩٧١ بأنه يلزم للأمر بالتنفيذ " أن يكون النزاع متصلا بطريقة كافية بالبلد الذي ينتمي إليه القاضي المختص بمعني أن اختيار الاطراف للقضاء لا

P. Mayer, précis de droit international privé , ed montchrestien paris, ١٩٧٧, no. ٣٣٦ , p. ٢٨٢ et s.

(١٧٠) أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، بند ١٧، ص ٢٥. " وقد يسعي الأفراد كذلك إلي تغيير ضابط من الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائى لمحاكم الدولة كضابط الموطن مثلا، بقصد الهروب من هذا الاختصاص والحصول علي حكم لم يكن في استطاعتهم الحصول عليه من المحاكم المختصة أصلا " فؤاد عبد المنعم راض وسامية راشد تنازع القوانين، مرجع سابق، بند١٣٨، ص ١٦٧هامش٢.

(١٧١) أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، بند ٤٠٩، ص ٤٦٨ وما يليها.

(١٧٢) أ حمد عبد الكريم، مرجع سابق، بند ٤٠٩ وما يليها، ص ٤٦٨ وما يليها، ٩٨، ص ١١٨ وما يليها، بند ١٣ وما يليه ص ٢٢ وما يليها.

يكون تحكميا أو منطويا على غش "[١٧٣]. ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية Munzer الصادر ٧ يناير ١٩٦٤ أنه " لكي يمنح الأمر بالتنفيذ يجب علي القاضي الفرنسي أن يتأكد من ... انعدام أي غش نحو القانون " [١٧٤]. ويجب التأكيد على ضرورة رقابة انعدام الغش نحو الاختصاص في القانون الوطني خاصة وأن المادتين ١٩٩ من قانون المرافعات الكويتي، ٢٩٨ من قانون المرافعات المصري م ٢٣٥ق. الاجراءات المدنية الاماراتي لم توردا من بين شروط الأمر بالتنفيذ شرط رقابة القانون المطبق أي شرط أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم قد طبقت القانون المختص على موضوع النزاع وفق قاعدة الاسناد الوطنية [١٧٥].

"فالغش نحو الاختصاص، ومعياره انعدام الرابطة الجدية بين النزاع والمحكمة التي أصدرت الحكم، يراقبه القاضي الوطني على حده، بجانب رقابة انعدام الغش نحو القانون المطبق، ولا يكفي رقابة هذا الأخير فقط. حقيقة أن الغش نحو القانون يكون مصحوبا في الغالب من الأحيان بغش نحو الاختصاص القضائي حيث أن الأطراف يختارون المحكمة التي ستطبق قانون يحقق هدفا في صالحهم لم يكن في الامكان الوصول إليه وفقا للقانون الواجب التطبيق أصلا، ثم يأتون بعد ذلك للاحتجاج به في اقليم دولة أخري طالبين الأمر بتنفيذه. فإذا كان هذا صحيحا، الا أن الوضع العكسي لا يكون كذلك بحيث يمكن تصور وجود غش نحو الاختصاص دون مصاحبة الغش نحو القانون. ويؤكد ذلك الفارق بين الاثنين فالأول يستهدف استبعاد اعلان الحكم، أما الثاني فهو يهدف إلى استبعاد تطبيق قانون معين. ثم ان الغش نحو الاختصاص كدفع يستتبع

---

(١٧٣)حكم محكمة باريس فى ١٠ نوفمبر ١٩٧١، منشور في :

G.p.١٩٧٢- ١- ٢٠٠٩:clunet ١٩٧٣, p. ٢٣٩ note a- huet :rev -trim -dr -١٩٧٢, p. ٢٣٩, note loussouarn.

مشار إليه في أحمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص ٤٥١ هامش ٣، ص ٤٦٩ ، هامش ٤ .

(١٧٤)Rev . Crit .١٩٦٤ , p . ٣٤٤, comment. Batiffol , clunet ,١٩٦٤, p. ٣٠٢, goldman , jcp , ١٩٦٤, ٢, ١٣٥٩٠, m -ancel .

مشار إليه في أحمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، ص ٤٥١ هامش ٣، ص ٤٦٩ ، هامش ٤ .

(١٧٥)أحمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، بند ٤١٠ ، ص٤٧٠ وما يليها.

رفض تنفيذ الحكم الصادر بناء على الغش، أما الدفع بالغش نحو القانون فهو يعيد سلطان القانون الواجب التطبيق أصلا والذي تم التحايل نحوه " (١٧٦).

"وحبذا لو أن القاضي المصري (الوطني) رفض الأمر بالتنفيذ كعقاب للغش نحو الاختصاص، ليس فقط في الفرض الذي يتحقق فيه الغش نحو اختصاص المحاكم الوطنية، بل أيضا في الفرض الذي فيه يكون الغش قد تم نحو اختصاص المحاكم الأجنبية، فلا شك أن الغش ينافي حسن النية ويجب محاربته أيا كانت غايته وهو في هذا المجال يساعد على تدعيم التعاون القانوني الدولي ويؤكد التعايش المشترك بين النظم القانونية في الدول المختلفة " (١٧٧).

(١٧٦)أحمد عبد الكريم ، مرجع سابق ، بند ٤١٠ ، ص٤٧٠ .

Mayer , précis..., op. Cit . No . ٣٧٠, pp. ٢٨٠ et s .

(١٧٧)أحمد عبد الكريم ،مرجع سابق ، بند ٤١٠ ، ص ٤٧١ .

الفصل الثالث

نطاق الغش نحو القانون (نطاق الدفع)

هل يتركز الغش نحو القانون الدولي الخاص [١٧٨] في القانون الاجنبي ام الوطني أم في الاثنين معاً؟ وهل يتجسد الغش في القانون الموضوعي فقط أم في القانون الاجرائي كذلك؟ وهل ينصب على القواعد الآمرة فيه ام يمتد كذلك للقواعد المكملة؟ ان الاجابة على هذه التساؤلات تكون محور المبحثين الآتيين: -.

المبحث الاول

القانون الاجنبي ام القانون الوطني ام الاثنان معاً

وهل القواعد الموضوعية فيه ام كذلك القواعد الاجرائية

١-القانون الأجنبي ام القانون الوطني: يثار التساؤل هل الغش نحو القانون يكون قاصراً على قانون قاضي النزاع فقط ام يمتد كذلك إلى القانون الأجنبي؟

الرأي الراجح [١٧٩] في هذا الصدد ان نتوسع في أعمال هذه النظرية سواء كان القانون المقصود بالغش نحوه هو قانون القاضي او القانون الاجنبي لان القاضي لا يحمي فقط قوانينه من الغش وانما هو مكلف بحماية كل قانون ترتكب في مواجهته حالة الغش مبرراً موقفه بتحقيق التعاون الدولي تشريعياً وقضائياً ، كما انه يضمن تحقيق العدل ومحاربة الغش أينما كان باتجاه قانون

(١٧٨)لا يقتصر الغش نحو القانون علي محيط القانون الدولي الخاص ، بل له امتداد (علي مستوي القانون الداخلي عندما يعمد اطراف العلاقة إلي تبديل وصفها القانوني فيتنقلوا احكامها من نطاق قانون إلي آخر داخل الدولة الواحدة بينما يحدث الغش نحو القانون الدولي الخاص عندما يعمد اطراف علاقة ما إلي تغيير إرادي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغير علي نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة ما يلي محيط قانون . دولة اخري ، للخروج من احكام القانون الأول والاستفادة من التسهيل في احكام القانون الثاني ، كمل لو اراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته لا يسمح بذلك فيلجأ إلي تغيير جنسيته بارادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون بحظره الي قانون يجيزه أي يتخلص من قانون يحظره ويدخل في قانون يجيزه وبالتالي فهو لم يغير الجنسية لذات التغيير أي لتغيير بيئته الاجتماعية وانما لتبديل الاختصاص في العلاقة ، انظر م.م علاء كاظم المرشدي ، التحايل علي القانون (الغش نحو القانون) ، الكلية الاسلاميك الجامعة /قسم القانون ، العراق ، ص ١ .

(١٧٩)عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٥٧٠ .

القاضي او أي قانون آخر لان الغش يفسد كل شيء [١٨٠] وعدم تمكين مرتكب الغش للاستفادة منه ، ومحاربة التطبيق الانتقائي للقانون بينما يتجه الرأي الأخر إلي نظرية الغش نحو القانون تقتصر علي القانون الوطني للقضاء الذي يرفع النزاع امامه حيث أن الغش الذي يكون قانون القضاء من اختصاصه لان له أن ينال جزاءه عن طريق إبطال ذلك الاختصاص الذي ينتج عن الغش [١٨١] اما لو كان لمصلحة قانون أجنبي آخر فلا يتم الاعتداد به ، وذلك لان القاضي ليس مسئولاً عن حماية المواد القانونية الأجنبية بل هو مسئول عن حماية قانونه فقط [١٨٢] .

هل يمتد نطاق الغش ليشمل التهرب من القانونيين الوطني و الأجنبي؟

وقد جري الفقه والقضاء خلال فتره طويلة على قصر التحايل نحو القانون على حالات التهرب من قانون القاضي دون حالات التهرب من القانون الأجنبي، فالغش نحو القانون هو "في الحقيقة وسيلة لحماية سلطان قانون القاضي في أحكامه الآمرة "، ودون أي اعتبار لحماية سلطان القانون الأجنبي، فالقاضي الأجنبي هو الأجدر على حماية أحكامه الآمرة.

والتضييق من نطاق التحايل على هذا النحو يعني إضافة شرط آخر إلى الشرطين اللازمين لإعمال الدفع بالغش لتصير ثلاثة شروط وهو –أن يكون القانون المختص الذي يقصد الهروب من أحكامه هو قانون القاضي.

ولا يسلم هذا الاتجاه كسابقه –الذي يقتصر نطاق الغش على القواعد الآمرة دون المكملة –من

النقد:

١–أن الغاية من الدفع بالتحايل هي محاربة الغش في حد ذاته عن طريق تقويم سلوك الأفراد المناهض لقاعدة الإسناد، والتحايل قد يقوم في شأن القانون الأجنبي كما يقوم في شأن القانون الوطني، ولذا تجب مناهضته –كذلك –في الحالتين [١٨٣].

---

(١٨٠) م.م/ علاء كاظم المرشدي، مرجع سابق، ص ٢.

(١٨١) سليمان علي، مذكرات في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦ ص ٦٨.

(١٨٢) سليمان علي، مرجع سابق، ص ٧٢.

(١٨٣) الغش محارب في حد ذاته سواء أكان نحو قانون وطني او أجنبي حماية لحقوق الافراد ورعاية لمصالح الدول، كما تعمل قواعد الاسناد الوطنية على البعد عن الانانية الوطنية، كما يدخل في وظيفة القاضي الوطني السهر على مراعاة تطبيق القوانين الأجنبية لان الغش موجه لقاعدة الاسناد الوطنية التي اشارت إليهم.

٢ – إن الوظيفة الأساسية للقانون الدولي الخاص تتجسد في البحث عن حلول عالمية ترضي جميع الدول وتستجيب للمبادئ المثالية التي تصبو إليها الجماعة الدولية، وهو ما يفترض ضرورة طرح الأنانية الوطنية ونبذ اعتناق الحلول الجزئية. ولا شك أن الوصول لهذه الأهداف يحتم ضرورة تقرير المساواة بين القانون الأجنبي والقانون الوطني من حيث الدفع، فكما تساوي بينهما قاعدة الإسناد من حيث التطبيق، يجب أن تقرر المساواة بينهما من ناحية الدفع بالغش.

٣– أن وظيفة القاضي هي كفالة تطبيق القانون الوطني دون ان يدخل فيها منع الأفراد من التهرب من أحكام القوانين الأجنبية أو السهر على حراستها. والحقيقة أن هذه الحجة فاسدة في أساسها وتنطوي على مغالطة فنية واضحة، **فمن قال إن التهرب سيكون من أحكام هذا القانون الأجنبي فقط؟** إن التهرب الحقيقي سيكون من حكم قاعدة الإسناد الوطنية.

إن قاعدة الإسناد الوطنية هي التي أشارت إلى تطبيق قانون لا يتفق مع مصلحة الطرف المتحايل، ولذا يلجأ متعمداً إلى تغيير ضابط الإسناد لكي يشير إلى قانون آخر، فالغش تقرر اولاً تجاه قاعده الإسناد الوطنية، وما تبديل القانون الذي أشارت إليه هذه القاعدة إلا نتيجة لتغيير ضابط الإسناد.

– إن جعل بعض القواعد آمره لا يتفق مع المصلحة الخاصة لأفراد معينين، لذلك يعمل هؤلاء عن طريق التحايل على القانون الداخلي أو الدولي لتحقيق مصالحهم وبالتالي فالغش نحو القانون لا يقتصر على قواعد القانون الدولي بل هو عام يشمل جميع فروع القانون كنتيجة حتميه للصراع بين الافراد في ترتيب علاقتهم والاحكام القانونية الآمرة التي تخالف مصالحهم الخاصة (١٨٤).

(١٨٤) حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، المبادىء العامة والحلول الوضعية في القانون الاردني ، دراسك مقارنة ، مكتبة دار الثقافة والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٧ ص ١٩٥ .

١-القانون الأجنبي أم القانون الوطني:

وهو ما نادي به الفقهاء وعمل به القضاء في فرنسا في بداية الأمر، لكن بعد سنة ١٩٦١ حكم القضاء الفرنسي بإبطال كل العقود المشتملة على الغش نحو القوانين الأجنبية في ٧ مارس ١٩٦١.

وتوالت بعدها الأحكام القضائية المقررة لنفس الحكم ، وأخيرا خرج المشرع الجزائري عن صمته فيما يتعلق بهذا الشرط و قرر صراحة من خلال الفقرة الأولي للمادة (٢٤) من القانون المدني إثر التعديل الأخير لهذا القانون مسايرته للقضاء الفرنسي الحديث ، بأن أجاز إعمال الدفع بالغش نحو القانون بصورة عامة دون أن يربط جواز الدفع بهذه القاعدة لصالح القانون الجزائري فقط ، بل يشمل مصطلح " نحو القانون " [١٨٥] في لغة تفسير النصوص القانونية لكل القوانين ، سواء تعلق الأمر بقانون القاضي أم كان قانوناً أجنبياً (لان المطلق يُعمل علي إطلاقه حتي يرد ما يقيده) ، (والعام يُحمل علي عمومه حتي يرد ما يخصصه) .

وهذا بناء على طرق التفسير المعتمدة فقها وعليه استقر الفقه والقضاء الحديث على هذا الحكم لان الفكرة الخلفية للغش تتحقق في الحالتين معا، ومن الواجب على الدول أن تتعاون في هذا الميدان ولا ينبغي للقضاء أن يحمي مرتكبي الغش مهما كانت نواياهم [١٨٦].

٢-القواعد الموضوعية أم القواعد الاجرائية أم الاثنان معا:

يذهب الرأي الراجح الذي نؤيده في أن الغش نحو القانون قد ينصب على القواعد الموضوعية فيه، كما ينصب أيضاً وبنفس الدرجة على قواعده الاجرائية أي أن يشتمل على نوعي القواعد في القانون المغشوش سواء أكان قانوناً وطنيًاً أو أجنبيا.

---

(١٨٥) الوارد فى المادة ٢٤ / ١ من القانون المدنى الجزائرى .

(١٨٦) زورتى الطيب ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧ .

المبحث الثاني

القواعد الآمرة

والقواعد المكملة في القانون

– إن من شروط الدفع بالغش نحو القانون هو توافر العنصر القانوني الذي يتمثل عندما يكون التغيير الارادي لضوابط الاسناد نقل الاختصاص من احكام القواعد الآمرة لقانون دولة إلي قانون دولة أخري أي أن يكون التحايل والغش موجه إلي القواعد الآمرة ، أي متعلق بالنظام العام الذي لا يجوز الاتفاق علي خلافه ، وتكون واجبة التطبيق كما ورد في القانون المختص أصلاً اما اذا كانت هذه القواعد مفسرة ، فلا تكون وفقاً لرأي البعض امام حالة غش نحو القانون ، وذلك لان القواعد الأخيرة تسمح بالاتفاق علي ما يخالفها [١٨٧]بينما يذهب الرأي الآخر إلي أن الدفع بالغش نحو القانون يكون اذا كان الغش قد تم بقصد الهروب من الاحكام والقواعد الآمرة أو المكملة في القانون الأجنبي او في قانون القاضي [١٨٨].

– هل يمتد نطاق الغش ليشمل حالات التهرب من القواعد الآمرة والمكملة على حد سواء؟

أن القواعد الآمرة هي القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أما القواعد المكملة فهي القواعد التي يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. وقد ذهب الفقه التقليدي إلى أن نطاق الغش يقتصر على القواعد الآمرة ولا يمتد للقواعد المكملة، بل أن بعض الفقه لا يزال يعالج صراحة العنصر المعنوي للدفع بالغش تحت عنوان: قصد الهروب من الأحكام القانونية الآمرة، ليخرج بذلك قصد الهروب من الأحكام المكملة من نطاق الدفع بالغش نحو القانون .

ولا يرتكن هذا الاتجاه –بحق —إلى أساس موضوعي يبرره، ويدعم ذالك بالأسانيد السابق الاشارة إليها وهي :

---

(١٨٧)علاء كاظم المرشدي ، مرجع سابق ، ص ٤ .

(١٨٨) عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ص ٥٧٠، لهذا لا يجوز للافراد محاربة حرية الأختيار المخولة قانوناً لهم في مجال العقود الدولية للتوصل إلي اخضاع العقد لقانون لا يستجيب لطبيعة ، العلاقة ولا تربطه بالعقد أية صلة من أجل تحقيق مصلحة ذاتية للمتعاقدين ، فؤاد عبد المنعم وسامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، الجزء ٢، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ،ص ١٦٤ .

١– الغاية من الدفع بالتحايل هي محاربة الغش في حد ذاته، ومن المتصور أن يقوم التحايل في شأن القواعد المكملة كما يقوم في شأن القواعد الآمرة، ولذا تجب محاربته في الحالتين .

٢– العلة من صياغة القواعد المكملة أنها تقوم بدور احتياطي في نظرية الالتزام، فالمشرع يترك للأفراد حرية الاتفاق على بعض الأمور التفصيلية، فإذا قاموا بهذه المهمة أصبح اتفاقهم ملزماً فيما بينهم، أما إذا لم يقوموا بالاتفاق عليها، قامت القواعد المكملة بدورها الاحتياطي ونزلت بينهم منزلة القواعد الآمرة سواء بسواء. فهذه القواعد قد أصبحت آمرة ولم تعد مكملة، لأن اتفاق الأطراف لم يتناول تنظيم الأمور التي تنظمها، ولذا يصح أن نطلق عليها القواعد الآمرة التي كانت مكملة .

٣– أن القواعد المكملة قواعد اختيارية أباح المشرع للأطراف الخروج صراحة على حكمها، وبالتالي فالأجدى والأوقع أن يتم الاتفاق على مخالفتها بدلاً من التحايل وتغير ضابط الإسناد من أجل تبديل القانون المختص .وما أحلى منطق هذا التصور، بيد أنه انطلق من مسلمة خاطئة، فقد فات أصحابه أن التحايل على القانون يتحقق بفعل أحد الطرفين على حساب الآخر ولا يتحقق باتفاقهما معاً ، فالأميرة دو بوفرمون كانت تريد تطبيق قانون جنسيتها الجديدة في حين تمسك زوجها بتطبيق قانون جنسية الأصلية، للهروب إلى قانون آخر يحقق له المصلحة التي ينشدها. ولزيادة الأمر إيضاحاً، ولبيان فساد الرأي السابق— أن آلية عمل هذه القواعد باعتبارها قواعد اختيارية لا يخرج عن أحد الفروض الثلاثة الآتية :

الفرض الأول: –اتفاق الطرفين على مخالفتها، وهنا يسرى اتفاقهم مع استبعاد حكمها، ومن ثم لا يكون هناك أي مجال لتحايل.

الفرض الثاني: –اتفاق الطرفين على إعمال ما تقضي به القواعد المكملة بما يعني سريان حكمها بالاتفاق المشترك فيما بينهما .

الفرض الثالث:– عدم اتفاق الطرفين على تنظيم أي مسألة من المسائل التي تنظمها القواعد المكملة، وهنا تنزل هذه القواعد منزلة القواعد الآمرة، وفي هذين الفرضين الأخيرين يتصور التحايل على حكم القواعد المكملة، لأنها صارت آمرة ،حيث يصح أن يكون لأحد الطرفين مصلحة في التهرب منها كما يصح أن يكون للطرف الآخر مصلحة في التمسك بها. وبذلك يتضح لنا عدم صحة الرأي السابق حين يقرر بأن الأجدى هو الاتفاق على مخالفة القواعد المكملة بدلاً من التحايل عليها. وبذلك ننتهي إلى أنه لا يرتبط إعمال الدفع بالتحايل بالاتفاق

على مخالفة تلك القواعد ، فقد يتفق الطرفان على إعمال أحكامها وقد يسكتان عن الاتفاق عما تنظمه تماماً وهنا يسري حكمها، ويتصور —بالتالي—التحايل بشأنها شأن القواعد الآمرة سواء بسواء أي أن يكون التغيير الارادي لضوابط الاسناد بقصد نقل الاختصاص من أحكام القواعد الامرة لقانون دولة الي قانون دولة اخري أي ان يكون التحايل والغش موجهين للقواعد الامرة في القانون المختص اصلا اما اذا كانت هذه القواعد مفسرة فلا نكون امام حالة غش ذلك لان القواعد الاخيرة تسمح بالاتفاق علي ما يخالفها وبالتالي لا يمكن التهرب منها [١٨٩] وبذلك يتحقق الغش عند ملاحظة خروج ارادي للأفراد من محيط قانون اكثر تشددا بقواعده الامرة بقصد الدخول في محيط قانون اكثر تساهلا في حكم العلاقة [١٩٠].

ان الغش نحو القانون قد يتعلق بقواعده الآمرة او القاعدة المكملة وذلك لان الغش يحارب في حد ذاته في كل فروع–القانون لكي يتم تحقيق العدالة ولسريان القوانين بشكل منظم وفعال أن القواعد المكملة تقوم بدور احتياطي من ناحية الالتزام بها في حالة عدم وجود اتفاق فتنزل من مكملة إلى آمرة.

– و بالنسبة **للقانون الجزائري** (م٢٤ مدنى) مدني فانه يجيز استعمال قاعدة الغش نحو القانون مطلقاً سواء تعلق الامر بالتهرب من احكام القواعد الأمرة أم القواعد المكملة والدليل علي هذا ما اوردته المادة (١٨) في نصها الجديد بموجب المادة (١١) المعدلة لها الصادرة بالقانون رقم ٥ – ١٠ المؤرخ في ١٠ / ٦ / ٢٠٠٥ حيث قررت بالأولوية تطبيق القانون المختار من المتعاقدين علي الالتزامات التعاقدية بشرط ان تكون له صلة حقيقة بالمتعاقدين او بالعقد ، والمستقر عليه فقهاً وقضاءً ان هذه الحالة تعتبر احدي صور الغش نحو القانون التي تستوجب إعمال الدفع بالغش نحو القانون . ويلاحظ على المادة (١٨ / ١) التي تنص على انه " يسرى على الالتزامات التعاقدية بين القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم امكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير انه يسري علي العقود

---

(١٨٩) زورتي الطيب ، القانون الدولي الخاص والتشريعات العربية ، ط ٢، دار الكاهنة ، الجزائر ،٢٠٠٠ ، ص ٣٣ .

(١٩٠) احمد محمود الفضلي – التحايل علي القانون في القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة – الطبعة – دار المناهج للنشر والتوزيع عمان – الاردن – ١٩٩٩ – ص١٢٥ – ١٢٦ وما بعدها .

المتعلقة بعقار قانون موقعه [١٩١] هي قاعدة مكملة وليست آمرة بدليل إجازة المشرع للأفراد الاتفاق على مخالفتها ما لم يقترن ذلك بغش من طرفهم.

(١٩١) زورتي الطيب ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧ .

الباب الثالث

آثار الغش نحو القانون واحكامه

ويلاحظ على معظم القوانين المدنية أو الإجرائية العربية أنها لم تضع أحكاماً خاصة بالغش نحو القانون الدولي الخاص (مع وجود قواعد اسناد موضوعية في التكييف والحالة المدنية للأشخاص والزواج والنفقة بين الاقارب والولاية والوصاية والميراث والالتزامات العقدية وغير العقدية ،و وجود قواعد اسناد إجرائية تتعلق بالاختصاص القضائي الدولي) ، كما نجد أن المشرع العربي قد راعى أن الوقائع القانونية غير متناهية في حين أن نصوصها متناهية فافرد حكماً خاصاً في المادة (٢٤) من التشريع المدني المصري ، والمادة (٢٣) من التشريع المدني الإماراتي ، والمادة (٢٥) من القانون المدني الأردني ينص باتباع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص من أحوال تنازع القوانين.وتهدف قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص الى ايجاد حلول قانونية لمشكلة تنازع القوانين فبخصوص التصرفات القانونية أوجدت التشريعات – بالموازاة مع القواعد المباشرة – قواعد الاسناد بدرجات مختلفة لتحكم العلاقات التعاقدية التي تضم عنصراً أجنبياً على الأقل ، وتستهدف هذه القواعد في نهاية الامر تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، لكن الوصول إلى تلك النتيجة يمر بصورة منطقية وضرورية أمام القاضي الوطني لإعمال الحل الذى يوفره القانون المحدد بمقتضى تلك القواعد ، وإذا كان تعيين قانون القاضي في الحالة التي تحيل عليه قواعد الاسناد لا يثير مبدئياً أية صعوبة عند تطبيقه ، فإن تعيين القانون الأجنبي لحكم العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي يصطدم ببعض الحالات التي بتوافر شروطها يجعل للقاضي مركزاً في عدم تطبيقه ، ونقصد هنا حالات استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على التصرفات القانونية ، ونقصد بتلك الحالات التي تخول للقاضي استبعاد القانون الأجنبي ، حالة النظام العام [١٩٢] ، وحالة الغش والتحايل نحو القانون[١٩٣]

(١٩٢) يقصد بالنظام العام في القانون الداخلي: " القواعد الامرة التي لا يمكن للأفراد الاتفاق على مخالفتها "، ابراهيم احمد ابراهيم، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي، ص ٢٥٤.

وحالة تعذر اثبات وجود القانون الاجنبى او معرفة مضمونة .

لابد بداية أن نقف عند أمر جد مهم من زاوية مصدر الاستبعاد في كل حالة ، فإذا كان استبعاد القانون الأجنبي بسبب مخالفة النظام العام ، مرده إلى مخالفة الأسس القانونية الرئيسية السائدة في مجتمع دولة القاضي [١٩٤] ، فإن الغش والتحايل نحو القانون كمبرر لاستبعاد القانون الأجنبي الذى عينته قواعد الاسناد ، يعود سببه إلى إرادة الاطراف [١٩٥] التي اتجهت إلى اصطناع قاعدة إسناد للهروب من قانون معين ، كما أن النية الاحتيالية تشكل العنصر الجوهري الذى يميز الدفع بالنظام العام عن الدفع بالغش والتحايل نحو القانون[١٩٦] ، هذا بالإضافة إلى أن تعامل القاضي مع كل الحالتين يخضع لرقابة محكمة النقض عند تعامله مع القانون الأجنبي الواجب التطبيق بناء على فكرة النظام العام ، لأن هذه الاخيرة من وسائل القانون لا الواقع[١٩٧] كما هو الشأن عند بحثه عن مدى تحقق شروط حالة الغش والتحايل نحو القانون كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي المعين . عموماً فإن حالات استبعاد القانون الأجنبي تأتى كآخر حلقة في البحث عن القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، بحيث أن قاعدة الإسناد عينت القانون الواجب التطبيق إلا انه يمكن استبعاده بتوافر إما حالة مخالفته للنظام العام، أو لوجود غش أو تحايل من طرف أو أطراف العلاقة التعاقدية أدى إلى تعيين قانون آخر بقصد التهرب من أحكام قانون آخر أولى بالتطبيق لو لم يكن هناك تغيير لضابط الاسناد.

---

(١٩٣) يقصد بالتحايل والغش نحو القانون: " استعمال الشخص بعض الوسائل المشروعة ظاهرا ليتمكن من إنجاز افعال قانونية لم يكن يسمح بإنجازها القانون المختص "، موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ١٩٩٤، ط ١، منشورات المركز الثقافي العربي، ص ٢١٦.

(١٩٤) محمد منير ثابت، تنازع القوانين في مادة التعاقد، دراسة لدور الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، ص ٣٢٠.

(١٩٥) احمد زوكاغى، احكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، تنازع القوانين (١١)، الطبعة الاولى ١٩٩٢، دار تويقال للنشر، الدار البيضاء، ص ٩٧.

(١٩٦) نفس المرجع المشار إليه في الهامش السابق، ص ٩٩ .

(١٩٧) ابراهيم احمد ابراهيم، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

هذا ما سنحاول البحث فيه ، بالاقتصار على حالة الغش والتحايل نحو القانون كمبرر لعدم تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي المعين ، هكذا فالمشرع أثناء وضعه لقواعد الاسناد إنما استهدف تحقيق المصالح المرتبطة بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي ، ومن سمات قاعدة الاسناد أنها قاعدة آمرة ، وكل تحايل من جانب أطراف العلاقة التعاقدية ذات العنصر الأجنبي على تلك القواعد يجعل القاضي الوطني مركزا بالدفع بوجود تحايل وغش نحو القانون [١٩٨] وكان الفضل في ظهور هذه الفكرة في مادة تنازع القوانين للقضاء على إثر قضية الأميرة فالنتينا دي كرمان [١٩٩] **لذا تناولنا فى السابق ما المقصود بالتحايل والغش نحو القانون ؟ وما هو الأساس القانوني الذي برر به فقه التنازع هذا الدفع؟ وما هي شروط اعمال فكرة التحايل والغش نحو القانون؟ ثم نتطرق الان الى ما هي الاثار المترتبة على هذا الاعمال؟**

حيث إن التغيير الحادث في ضابط الاسناد لا يعد أن يكون استخداماً لوسيلة تعد في ذاتها مشروعة حيث انه لكل فرد الحق في تغيير جنسيته ، أو بلد أبرام التصرف ، او موقع المال (المنقول) ولكن أن هذا الاستخدام لهذه الوسيلة المشروعة قصد به الوصول إلي هدف غير مشروع يتمثل في التحايل نحو قانون معين يحقق اغراض التحايل ومن ثم فاذا تحقق هذا التحايل لدي قاضي النزاع فهل يسبق تطبيق القانون الذي سعي الافراد إلي إعمال احكامه أم يطبق علي العكس هذا القانون ما دام ان تغيير الاشخاص لضابط الاسناد لم يكن سوي استعمالاً لحق او رخصه خولها له القانون [٢٠٠] .المقصود من آثار الغش نحو القانون وأحكامه هو بيان نتائجه (الفصل الاول) من ناحية واحكامه (الفصل الثاني) من ناحية اخرى كالتالي: –

(١٩٨) ابراهيم احمد ابراهيم، مرجع سابق، ص ٢٦٤، احمد زوكاغى، مرجع سابق، ص ٩٦.

(١٩٩) ممدوح عبد الكريم حافظ عرموشي، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الاحكام الاجنبية، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ص ٢٠٨.

(٢٠٠) إن مشكلة الغش نحو القانون لا تخضع لاى تنظيم تشريعى فى كل من القانون المصري والفرنسي واللبناني (والإماراتي)، حفيظة الحداد، الموجز فى القانون الدولى الخاص، الكتاب الاول، المبادئ العامة فى تنازع القوانين ، منشورات الحلبى الحقوقية ، ٢٠٠٧ ، ص ٣١٤ .

الفصل الاول

آثار الدفع بالغش نحو القانون

يترتب علي التمسك بالدفع بالغش نحو القانون اثران، سلبياً من ناحية وإيجابياً من ناحية أخري بالنسبة للقانون الواجب التطبيق وتحديد الجزاءات القانونية المترتبة على ذلك من ناحية ثالثة **كالتالي:**

المبحث الاول

الأثر السلبي

استبعاد القانون الذي تم الهروب اليه لتطبيق أحكامه

ان الهدف من استبعاد القانون الذي تم الهروب إليه لتطبيق أحكامه يتمثل في ان هذا القانون لا يحكم النزاع أصلا لان تطبيقه جاء بسوء نية الاطراف (او الطرف) الذين (او الذي) قاموا (او قام) بتغير ضابط الاسناد من أجل الوصول إلي نتيجة غير مشروعة لذلك فان الاستبعاد يعني ابطال النتيجة التي تم الحصول عليها كإبطال الطلاق الذي حصلت عليه الاميرة البلجيكية اما بخصوص معيار الاسناد الذي تم تغييره فلا يملك القاضي الوطني ابطاله بحجة أن القاضي الوطني غير مختص بإبطال الأجراء الذي تم به تغيير معيار الاسناد ، فمثلاً لم يبطل القاضي الفرنسي الاجراء الذي تم به تغيير معيار الجنسية في قضية الاميرة البلجيكية بحجة ان فاقد الشيء لا يعطيه .

فوفقاً لهذا الأثر يتم استبعاد القانون الذي تم الغش بقصد تطبيقه، واللجوء لتطبيق القانون الذي تحدده قاعدة الإسناد فيما لو لم يتم التحايل عليها. **ويثور التساؤل هنا فيما إذا كان هذا الاستبعاد يشمل النتيجة التي ابتغاها المتحايل نتيجة تحايله، أم أنه يشمل أيضا السبب الذي قام به متحايلاً علي ضابط الإسناد؟**

وفي ذلك انقسم الفقه إلى اتجاهين في هذا الصدد:

– **فبعض الفقهاء** يري بأن هذا الاستبعاد يشمل النتيجة (تطبيق القانون الأجنبي) فقط دون الوسيلة (الأفعال التي ادت الي تغيير ضابط الاسناد) ، ذلك أن الوسيلة ما دامت من حق الشخص وغير مخالفة للنظام العام أو الآداب وبما أن دولة اخري قررتها فيعترف فيها دون ترتيب نتيجة نقل الاختصاص إلي قانون آخر ، وهذا هو التوجه الغالب في التشريعات والفقه

والقضاء وهذا ما نميل إليه، حيث أن الحكم بصحة الوسيلة لا يعود تقريره للقاضي الوطني بما أن هذه الوسيلة قد منحت بمقتضي قانون أجنبي يجيزها (٢٠١).

-**أما البعض الأخر** من الفقهاء فيري ان استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تم التوصل إليه بالتحايل علي ضابط الإسناد يشمل النتيجة والوسيلة معاً وهذا هو الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي حيث يري الفقه الغالب في فرنسا أن جزاء الغش يشمل الغاية والوسيلة ، ففي قضية " بوفرمون " مثلاً يجب ألا يقتصر أثر الغش علي عدم نفاذ الطلاق و الزواج الثاني الذي أبرمته وفقاً لقانون جنسيتها الجديدة وانما يجب أن يمتد أيضا إلي الوسيلة التي استعملتها وهي تجنسها بالجنسية الألمانية فتبقي بذلك فرنسية ليس فقط بالنسبة لتنازع القوانين وإنما أيضا بالنسبة لجميع المجالات الأخرى ، فإذا تم التحايل علي ضابط الإسناد من خلال تغيير الجنسية مثلا وحتي لو كان هذا التغيير مشروعاً من حيث الأصل إلا أنه يحكم ببطلانه لأن القصد من ورائه غير مشروع وهو التحايل علي القانون فلا يعترف القانون وفقا لهذا الرأي بالجنسية الجديدة، والانتقاد الذي يوجه إلي هذا الرأي أن الحكم في صحة هذه الوسيلة من عدمها هو للقانون الذي رتب هذا المركز القانوني وليس لقانون القاضي (٢٠٢).

و نري أن الأثر السلبي للدفع بالغش نحو القانون يقتصر علي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أراد المتحايل أن يلجأ إلي تطبيق أحكامه كنتيجة لغشه نحو ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية ، دون أن يتناول السبب الذي أتاه المتحايل غاشاً في قواعد القانون الدولي الخاص ، ذلك أن السبب في حد ذاته مشروع ابتداءً ، ومن ثم فأنه وفي الحالات المتصورة قانوناً وفي تغيير الجنسية كمثال ليس للقاضي من سلطة في اعتبار الجنسية التي يتمتع بها الغاش نحو القانون بنية تغيير ضابط الإسناد باطلة أو غير قانونية ، إذ أن السلطة في ترتيب هذا المركز القانوني تعود لقانون آخر غير قانون القاضي ، وهو الذي يقرر الاوضاع التي تمنح بموجبها الجنسية او المراكز القانونية وهو أيضاً الذي يحدد كيفية بطلانها او سحبها ، وليس قاضي الموضوع الذي ينظر النزاع.

---

(٢٠١) أمنية رايس، مرجع سابق، ص ١٥.

(٢٠٢) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٤٦٢.

ويثار التساؤل بصدد أن الغش يفسد كل شيء إذا عمد الافراد إلي تغيير ضوابط الاسناد على نحو مصطنع، لغرض نقل الاختصاص من القانون المختص أصلاً (صاحب الاختصاص الأصيل او الطبيعي) إلى قانون آخر (صاحب الاختصاص المصطنع او المفتعل) فما هو الاثر المترتب على ذلك؟ هل الغش يعطل الوسيلة التي توصل بها الافراد لنقل الاختصاص؟ أم يعطل الوسيلة والنتيجة التي توصل اليها؟ ام يعطل النتيجة دون الوسيلة [٢٠٣] إذن ما هو إثر الغش بالنسبة لضابط الاسناد؟

يذهب الفقه [٢٠٤] في هذا الإطار للإجابة عن السؤال اعلاه إلى اتجاهين هما:

الاتجاه الاول / يذهب الي تعطيل الوسيلة والنتيجة معاً ، اي اذا غير شخص جنسيته من دولة تحظر تعدد الزوجات الي جنسية تبيح ذلك التعدد ، فبحسب هذا الاتجاه علي قاضي النزاع الا يعترف بالوسيلة وهي الجنسية الجديدة ، وكذلك بالنتيجة وهو قانون الجنسية الجديد ، لان الغش يفسد كل شيء ، ولا يترتب عليه اي اثر ، ومن ثم معاملة الشخص القائم بالغش علي اساس جنسيته السابقة ، ومن ثم لا يتمكن الشخص هنا من مباشرة حق الزواج بأكثر من زوجة واحدة وان يشكل مبدأ عاماً لان حماية القانون في حد ذاته – سواء أكان قانوناً وطنياً أو اجنبياً – تكون له الاولوية يري البعض الآخر ابطال نتائج تغيير ضابط الاسناد بغش نحو القانون فيما يتعلق بالحالة التي خلقت بسببها فقط ، لا فرق في ذلك ما إذا كان التغيير قد نتج عن تصرف قانوني أو عمال مادي وذلك لتوفر نية الغش بالنسبة لهذه الحالة وعدم توافرها بالنسبة للحالات الأخرى ، فلو تجنس المرء بجنسية أخري تسمح له بالطلاق فيكون هدف التجنس هو ابعاد تطبيق قانون الجنسية القديمة فيما يتعلق بالطلاق فقط ، ولا تتوافر بالتالي نية الغش نحو القانون في الأعمال أو التصرفات الأخرى التي يجريها في ظل قانون الجنسية الجديدة لأن النية لم تنصرف إلي إعطاء الاختصاص لهذا القانون بدلاً من القانون الواجب التطبيق قبل تغيير الجنسية ، وعلي هذا فركن الغش نحو القانون غير متوافر بالنسبة لهذه الأعمال أو التصرفات، ومن ثم فإن الغش

---

(٢٠٣) إعراب بلقاسم، القانون الدولى الخاص، ج ٢، ط ٣، دار هوامه، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ٦٠ ، انظر المبحث الثالث عن الجزاءات القانونية فيما يلى ص ١٠٥ .

(٢٠٤) م م علاء كاظم المرشدي، مرجع سابق، ص ٤.

نحو القانون ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعي الشخص إلي التوصل إليها حينما قام بتغيير ضابط الاسناد (٢٠٥) .

وبما أن الغش نحو القانون يتم بتغيير أحد أطراف العلاقة إرادياً لضابط الإسناد بقصد التحايل علي ضابط الإسناد في القواعد الوطنية الإسناد الوطنية، فإن هذا التغيير قد يتم إما عن طريق إتيان واقعة مادية كتغيير مكان إبرام العقد في المثال الذي افترضته الدراسة سابقا أو بإتيان عمل قانوني من شأنه أن يؤثر في تغيير ضابط الإسناد كتغيير الجنسية مثلاً. ويُثار التساؤل هنا حول أثر تطبيق نظرية الغش نحو القانون فيما إذا كان يتناول النتيجة التي ابتغاها " المتحايل " علي القانون والمتمثلة بقصده التهرب من أحكام قاعدة الإسناد الوطنية ، أو فيما إذا كان يتناول النتيجة والسبب فيتدخل في الواقعة التي غيرت ضابط الإسناد بإبطال الجنسية التي اتخذها المتحايل بنية التحايل علي ضابط الإسناد في قاعدة الإسناد الوطنية ، كما أن التحايل الذي يرتكبه المتحايل قد يكون بنية التهرب من تطبيق أحكام قانون ما ، أو بغية تطبيق أحكام قانون آخر غير ذلك الذي تحدده قاعدة الإسناد الوطنية .

الاتجاه الثاني / يذهب جانب من الفقه إلى أن من آثار الغش نحو القانون بطلان النتائج المترتبة عليه بصورة تامة واعتبارها كأن لم تكن، ومن ثم ففي هذا المثال يكون التجنس الجديد الذي حدث نتيجة للغش نحو القانون باطلاً من كافة الوجوه، وهنا يتعين معاملة الشخص كأنه لا زال محتفظاً بجنسيته القديمة ويستمر في الخضوع للتشريعات الناتجة عن جنسيته القديمة.

و يذهب الي تعطيل النتيجة التي قصدها الافراد دون الوسيلة، فاذا غير الشخص جنسيته من دولة تحظر الطلاق باكتساب جنسية دولة اخري تبيحه، فهنا يعتد فقط بجنسيته الجديدة، في حين يعطل الاختصاص القانوني المصطنع لقانون الجنسية الجديدة، ويبقي الاختصاص للقانون القديم أي اعادة الاختصاص إلي القانون المحدد وفقاً لقاعدة الاسناد الاصلية بمعني بطلان المركز القانوني الذي تم انشاؤه في ظل القانون الجديد لان القانون المتهرب منه لا يسمح به وحيث أن الوسيلة وهي الحق في تغيير ضابط الاسناد مشروعة

– إن إثر الغش نحو القانون لا يمكن أن نجمله في البطلان حيث أن الدولة لا تملك أن تصدر قرارها بشأن التصرف القانوني ان كان صحيحاً او غير صحيح في الدولة التي يتم إجراؤه فيها،

---

(٢٠٥) سيد احمد محمود، الغش الإجرائي، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

علاوة على غاية تلك الدولة في اعتباره غير نافذ فيها وبالتالي يمكن القول بأن الغش متمثل في النفاذ وليس البطلان [٢٠٦].

– ونحن نؤيد الرأي الراجح في أثر الغش نحو القانون يشمل الوسيلة والغاية معاً. ففي قضية طلاق الاميرة السابق ذكرها يجب ألا يكون أثر الغش قاصراً علي عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي ترتب على الطلاق الذي حصل حسب القانون الخاص بالجنسية الجديدة ، بل ان الغش يمتد ايضاً الي تلك الوسيلة التي تم استعمالها والتي تمثلت في الجنسية الالمانية وبالتالي فإن الاميرة تبقي حاملة للجنسية الفرنسية فقط وهذا الامر لا يخص تنازع القوانين فقط ، بل كل الحالات الأخرى المشابهة له وذلك لا يمهل الرأي الفقهي الآخر الذي يري انه في حالة الغش نحو القانون فان الغش يكون مقتصراً علي النتيجة فقط دون الوسيلة المعتمد عليها [٢٠٧].

(٢٠٦) اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢٠٧) اعراب بلقاسم، مرجع سابق، ص ٦٦.

المبحث الثاني

الاثر الإيجابي

المقصود بذلك هو تطبيق القانون الذي تم الغش في احكامه او التحايل عليها (القانون قبل الغش) فاذا كان هذا القانون هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع فيتم تطبيقه، وإذا كان قانوناً أجنبياً فيطبق ذلك القانون باعتباره القانون الذي كان من الواجب تطبيقه لو لم يتم تغيير ضابط الإسناد من أجل الوصول إلى تطبيق قانون آخر، وبالتالي لا يطبق القاضي قانونه بل يعيد إلى القانون الذي تم التحايل عليه اختصاصه سواء أكان قانونه او قانون دولة أجنبية [٢٠٨].

يتناول أغلب الدارسين للغش نحو القانون الدولي الخاص كسبب لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الأثر المترتب عليه من ناحيتيه ، الأثر السلبي ، و الأثر الإيجابي علي أنه يشكل جزاءً علي التحايل علي القانون ، بحيث يستبعد تطبيق القانون الذي أراد الشخص الاستفادة من أحكامه وتطبيق القانون الأصلي الذي تم التحايل ضده ، ووجود هذا الأثر مترتب علي الأثر السلبي لا بل هو من مستلزمات وجوده ، فلو وجد الأثر السلبي دون الإيجابي لقررت محكمة الموضوع بعد ثبوت واقعة الغش نحو القانون استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وفقا للأثر السلبي ومن ثم توقفت دون معرفة أو تحديد القانون واجب التطبيق ولذلك كان لزاماً أن يتقرر تطبيق القانون المتحايل عليه لكي يوجد قانون يحكم المسألة ، وإلا لأصبحت الفكرة من أساسها مستحيلة التطبيق .

وبالتالي نرى أن للغش نحو القانون أثر سلبي ينطوي على استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي قصد المتحايل تطبيقه بالغش نحو القانون، وتطبيق القانون الأصلي الذي نصت عليه قاعدة الإسناد في الوقت ذاته ونري بأن الأثر الإيجابي ما هو إلا نتيجة مترتبة على الأثر السلبي للغش نحو القانون.

كما أن موقف المحكم في المنازعات التجارية الدولية يشبه دور القاضي في المنازعات الداخلية حيث يكون بمثابة قاضي المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية مع فارق جوهري بينهما هو عدم ارتباط المحكم بدولة ما او بقانون خاص ، فإذا ما وجد أن هناك غشاً او تحايلاً نحو القانون الواجب التطبيق علي موضوع النزاع المطروح عليه فيجب ان يطبق القانون الذي تم التحايل علي احكامه ، ويسلك مسلك القاضي الوطني ويقطع الطرق علي هذا الغش حتي ولو كان اختيار

---

(٢٠٨) محمد كمال فهمى ، اصول القانون الدولي الخاص ، ص ٢٣٥ .

اطراف المنازعة ينصب علي هيئة دائمة للتحكيم التجاري الدولي للفصل في منازعاتهم . ومن الامثلة على ذلك رفض محكمة التحكيم في (براغ) تطبيق القانون الانجليزي الذي اختاره الاطراف في المنازعة بين باكستان وتشيكوسلوفاكيا ومصدرها عقد نموذجي لتنفيذ أحد المشاريع بدعوي عدم وجود أي علاقة بين هذا القانون والنزاع المطروح(٢٠٩).

الغش نحو القانون يكون بقصد التهرب من أحكام قانون معين والوصول إلى تطبيق قانون آخر، واكتشاف هذا الغش يؤدي إلى تطبيق أحكام القانون المختص أصلاً بتنظيم العلاقة وليس تطبيق القانون الذي تم التحايل من أجله.

يتم الغش نحو القانون في القانون الداخلي بمحاولة استبعاد الوصف القانوني لوضع أو عمل وإحلال وصف آخر مكانه يتفق بذاته مع النص الذي يحكمه إلا أنه يرمي إلى الاستفادة من هذا الوصف الجديد بالتضحية بنص مختص ليحل محله نص آخر من قانون الدولة نفسها، كما لو منع القانون بيع مال معين فيلتجئ الأفراد إلى وصف عقدهم المنصب على ذلك المال بالإيجار، وكوصف البائع بيع عقاره بالهبة للحيلولة دون تمسك الجار بحق الشفعة (٢١٠).

فآثار الغش نحو القانون قد تتعلق بالقانون الواجب التطبيق، وقد تتعلق بضوابط الاسناد التي تم بموجبها الغش:

اولاً: بالنسبة للقانون الواجب التطبيق أصلاً فإن الغش نحو القانون يؤدي إلى استبعاد القانون المختص بناء علي ضابط الاسناد المفتعل وتطبيق القانون الذي كان مختصاً أصلاً بحكم النزاع والذي سعي الخصم إلى التهرب من أحكامه بتغيير ضابط الاسناد أي استبعاد القانون الذي آتي بناء على الغش، وتطبيق القانون المبعد بسبب الغش (٢١١) .

ثانياً: بالنسبة لأثر الغش نحو القانون على ما ترتب من تغيير في ضابط الاسناد من نتائج فهو محل خلاف، حيث يثور التساؤل عما إذا كان جزاء الغش هو إبطال النتائج المترتبة على تغيير ضابط الاسناد واعتبارها كأن لم تكن "كإلغاء الجنسية المكتسبة الجديدة والإبقاء على

(٢٠٩) ابو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، ص ١٣٤ .

(٢١٠) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٢١١) سيد احمد محمود، الغش الإجرائي، مرجع سابق، ٢٠٦.

الجنسية القديمة "؟، أم أنه يكتفي بعدم نفاذ هذه النتائج بالنسبة للاختصاص القانوني في موضوع النزاع فقط، وتبقي فيما عدا ذلك صحيحة؟ أشرنا سابقا الإجابة على هذا التساؤل .

المبحث الثالث

جزاء الغش نحو القانون

(الوسيلة والنتيجة معا أم الوسيلة أو النتيجة فقط)

يُثار التساؤل في الفقه حول الأثر المترتب على إعمال نظرية الغش نحو القانون، هل يمس النتيجة فقط التي سعي الشخص لتحقيقها أم يمتد ليشمل النتيجة والوسيلة معاً؟ فيري جانب من الفقه الفرنسي أن أثر الغش يتناول عدم نفاذ النتيجة التي يهدف إليها الأشخاص من وراء تغيير ضابط الإسناد وكذلك يتناول الوسيلة التي لجأ إليها الشخص للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة [٢١٢].

ووفقاً لهذا الرأي ففي قضية الأميرة " دي بو فر مون " لا يقتصر أثر الدفع بالغش نحو القانون على إبطال التصرف الذي قامت به الأميرة وهو الطلاق، بل إبطال الإجراء الذي تم به تغيير ضابط الإسناد وهو إجراء تغيير الجنسية، فتغيير ضابط الإسناد وإن كان قد استوفي الشروط اللازمة لصحته، إلا أن الباعث الحافز على القيام به لم يكن مشروعاً، ومن ثم يتعين عدم اعتداد القاضي به [٢١٣]. وبالتالي فهو يستبعد القانون الذي يثبت الاختصاص له بواسطة الغش ويطبق القانون المختص مكانه ويلغي الجنسية الجديدة التي اكتسبها الشخص.

وتعد الأميرة دي بوفرمون باقية على جنسيتها الفرنسية، وفي هذا يذهب الفقيه Batiffol إلى أن كون التجنس مشوباً بنية الغش نحو قانون القاضي يكفي لتقرير بطلانه وتجريده من جميع آثاره في نظر القاضي الوطني ولا معني لأن يعترف للتجنس ببعض آثاره دون بعضه الآخر [٢١٤].

في حين يذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي مؤيداً للقضاء فيها إلى أن أثر الغش ينحصر في عدم نفاذ النتيجة غير المشروعة التي سعي الشخص إلى التوصل إليها حينما قام بتغير ضابط

---

(٢١٢) انظر احمد عبد الكريم سلامة ، المختصر فى قانون العلاقات الخاصة الدولية ، الطبعة الاولى ، بدون سنة طبع ، ص ٢٤٤ .

(٢١٣) انظر : محمد كمال فهمى ، اصول القانون الدولى الخاص ، الدار المصرية للطباعه ، ١٩٥٥ ، ص ٣٠٦ .

(٢١٤) انظر : هشام على صادق ، حفيظة السيد حداد ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠ .

الإسناد، بمعني أن أثر الغش ينصب على استبعاد تطبيق القانون الذي ثبت له الاختصاص وفقاً للضابط المفتعل وإعادة الاختصاص إلى القانون الذي أراد الشخص التهرب من أحكامه. وذلك لان الوسيلة التي تم بها تغير القانون المختص واثبات الاختصاص لقانون آخر تم اكتسابها بطريقة صحيحة ومشروعة، وان الشخص يفترض أن كافة الشروط قد توافرت فيه وان الجزاء المقصود في هذه الحالة هو عدم الاعتداء بالتجنس في القضية التي طرح فيها النزاع فقط.

فأثر الغش هنا هو مجرد أثر حلولي أو استبدالي، بمعني أن القانون المختص أصلا يحل محل القانون الذي حاول الخصم أن يتوصل إلى تطبيقه حينما قام بتغيير ضابط الإسناد تهرباً من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً [٢١٥].

فالنتيجة وحدها هي التي تعد غير مشروعة، أما الوسيلة (تغيير ضابط الإسناد كالجنسية مثلاً) فهي قد تمت بطريقة صحيحة وسليمة ولا تنطوي على مخالفة للقانون معني ذلك أن تبقي الآثار الأخرى المترتبة كافة على اكتساب الجنسية الجديدة قائمة .

– ويتجه غالبية الفقه [٢١٦] اذن إلي بقاء ظرف الإسناد صحيحاً لا عيب فيه ومنتجاً لجميع آثاره عدا تلك الآثار فيما يخص القضية التي تحقق بشأنها الغش نحو القانون فلو غير فردٌ جنسيته قاصداً إيقاع الطلاق والذي يسمح به قانون الدولة التي اكتسب جنسيتها أخيراً من دون قانون الجنسية الأولي ، فإذا ما توصل القاضي إلي نتيجة أن الفرد قصد من تغيير الجنسية الوصول إلي إيقاع الطلاق والذي لا يسمح به القانون المختص أصلاً بحكم النزاع قضي بتحقق الغش نحو القانون ومن ثم امتنع عن تطبيق قانون الدولة صاحبة الجنسية الثانية وأبقي الاختصاص للقانون المختص بحسب الأصل ولكن ليس لهذا القاضي أن يقرر بطلان ظرف الإسناد وهو الجنسية الثانية في مثالنا هنا إذ كما سبق القول فإن السلطة المختصة في كل دولة

---

(٢١٥) ابراهيم احمد ابراهيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩ .

(٢١٦) بيار ماير ، فانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ص ٢٥٤ ، جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٦٦٥ ، احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٧٦٤ – ٧٦٥ ، عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٥١٢ ، حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٣٢٤ ، ممدوح عبد الكريم ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٢١٢ ، سامى بديع منصور ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٨٠٥ ، سعيد يوسف البستانى ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ .

هي من لها الحق في تقرير صحة أو بطلان الجنسية الوطنية في الدولة التي تنتمي إليها وليس علي الإطلاق البحث في أحكام جنسية دولة أخري من حيث الصحة أو البطلان ، وتبقي من بعد ذلك التصرفات التي يجريها الفرد في غير القضية التي تم فيها الغش استنادا لقانون الدولة التي اكتسب جنسيتها أخيراً صحيحة وما تقدم هو الرأي الراجح من بين الآراء المطروحة بشأن أثر الغش نحو القانون علي ظرف الإسناد والذي قام الفرد بإرادته بتغييره قصد الغش .

– ويذهب البعض إلي أنه في حالة تحقق الغش نحو القانون في نطاق تنازع القوانين فإن ذلك يؤدي إلي بطلان ظرف الإسناد والذي قام الفرد بتغييره قصد الغش [٢١٧] ، فلو قام بتغيير جنسيته قاصداً تطبيق قانون الجنسية الجديدة تهرباً من قانون الجنسية الأولي فإنه بناءً علي الاتجاه المتقدم من الفقه يتم إبطال الجنسية الثانية بطلاناً مطلقاً وكأنها لم تكن ، وذلك مضافاً إلي عدم الاعتراف بالأثر المترتب علي الغش أي عدم تطبيق قانون الدولة صاحبة الجنسية الثانية علي موضوع النزاع وكأن أنصار هذا الرأي أرادوا عدم الاعتراف بالوسيلة والنتيجة معاً إذا ما تحقق الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي . إلا أنه يجب التفرقة هنا بين أمرين:

اولاً : يكون الغش نحو قانون دولة القاضي وكان الفرد الذي صدر عنه الغش متمتعاً بجنسية دولة القاضي قبل أن تسقط عنه لاكتسابه الجنسية الجديدة (علي فرض الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في دولة القاضي) فهنا يمكن للسلطات المختصة في دولة القاضي أن لا تعترف بجنسية الدولة الأخرى وأن تبقيه من رعاياها إنكاراً منها لأصل الجنسية الثانية وكذلك للآثار التي يمكن أن تترتب عليها في ذات القضية التي صدر فيها الغش وذلك بعدم تطبيق قانون الدولة والتي اكتسب الفرد جنسيتها أخيراً أو في قضايا أخري عن تصرفات قانونية يُراد التمسك أو رفع دعوي بها أمام دولة القاضي استنادا إلي الجنسية الثانية، ويبقي للسلطات المختصة في الدولة صاحبة الجنسية الثانية أن تقرر استمرار تمتعه بجنسيتها من عدمه (ما لم تكن طرفاً في اتفاقية مصادق عليها مع دولة القاضي بوصفها صاحبة الجنسية الأولي) إذ أن أحكام قانون الجنسية في كل دولة هي من القانون العام والتي لا تستطيع فيها دولة ما التدخل في أحكام جنسية دولة أخري.

(٢١٧) انظر حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ٣٢٣ .

ثانياً: أن يكون الغش قد صدر عن الفرد تجاه قانون دولة أجنبية: فهنا لا يَتصور من قبل القاضي في دولة القاضي بناءً على الاتجاه القائل بإبطال معيار الإسناد إلا عدم الاعتراف بآثار التصرفات القانونية والتي تمت وفقاً للجنسية الجديدة عندما يُراد التمسك بها في دولة القاضي فالبطلان أنما يتركز على آثار الجنسية الجديدة من دون الجنسية نفسها سواء في القضية التي تم فيها الغش أو في غيرها، أذ كما سبق القول لا سلطان لدولة على أخري في أحكام قانون جنسية كل واحدة منها.

– وبناءً على الرأي الذى يذهب الى بطلان ضابط الاسناد القانونى دون الوسيلة المادية فإن من ضوابط الإسناد ما لا يمكن نكرانه ولا سيما الظروف المادية كمحل وجود المنقول فهنا لا يمكن القول بالبطلان إلا لضوابط الإسناد من غير الطبيعة المادية كالجنسية مثلاً، فمحل وجود المنقول من مسائل الواقع والتي لا يمكن تجاهلها [٢١٨].

– بموجب الرأي الذى يذهب الى صحة ضابط الاسناد و الاثر المترتب عليه فى حالة تغيير الديانة فإذا ما غيّر الفرد شريعته إلي الإسلام قاصداً إيقاع الطلاق (لا لأجل الشريعة الجديدة) والذي تمنعه منه شريعته السابقة فيعد هذا التغيير صحيحاً ولا يُحكم بإبطاله إذ إنه يخص ضمير الفرد وباطنه مضافاً إلي احترام حريته في معتقده وحماية للنظام العام الإسلامي [٢١٩] ويتم الاعتراف بالأثر المترتب علي تغيير الديانة فيما يخص القضية والتي دفع فيها بالغش نحو القانون فتطبق أحكام الشريعة الإسلامية علي موضوع النزاع إذا ما كان من مسائل الأحوال الشخصية (ويُقصد بذلك قانون الأحوال الشخصية المستمدة أحكامه من الفقه الإسلامي والذي يحكم أحوال المسلمين الشخصية) ، ويُعد هذا الرأي إستثناءاً من الأصل العام في المسألة المتقدمة إذ بموجبه يصح ظرف الإسناد المتمثل بتغيير الديانة إلي الإسلام تحقق الغش نحو القانون في ذلك أم لم يتحقق.

وفي الواقع إن مسألة تغيير الديانة لا تؤثر بحسب الأصل في تحديد القانون المختص إذ أن الديانة ليست من ظروف الإسناد ولكن جري القضاء في بعض الدول ولا سيما مصر على اعتبار تغيير الديانة إلي الإسلام أمرٌ لا يمكن الطعن فيه بالغش وعدم الاعتداد بضابط الجنسية

(٢١٨) عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٥١٠ .

(٢١٩) سعيد يوسف البستانى ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص ١٩١ – ١٩٢ .

في مسائل الأحوال الشخصية في هذه الحالة، فالديانة أصبحت بديلاً هنا عن ضابط الجنسية في قاعدة إسناد القاضي (٢٢٠).

هذا الرأي عارضه فقهاء آخرون علي أساس من لزوم التقيد بأحكام النظرية بشكل مطلق في حال تغيير الديانة أو في غيرها مضافاً إلي إن القول بهذا الاستثناء يفسح المجال واسعاً أمام سيئ النية من استعمال تغيير الديانة ذريعة لتحقيق مصالحهم الشخصية المخالفة لأحكام القانون(٢٢١)ولعل اتجاه القضاء ولا سيما في مصر في الأخذ بهذا الاستثناء أملته ضرورة احترام الأحكام الإسلامية في هذا الموضوع من أن الإسلام يعلو ولا يُعلي عليه وأن من تشهد الشهادتين فقد ثبت له وعليه ما للمسلمين وعليهم ومن ثم لا مجال للأخذ بفكرة الغش نحو القانون في هذه الحالة.

يمكن تلخيص الآثار المترتبة عن إعمال فكرة الغش والتحايل نحو القانون، متى توفرت الشروط السابق بيانها، في قاعدة معروفة لدى الفقه ألا وهي المعاملة بنقيض القصد، أي أنه إذا كان قصد الأطراف عدم تطبيق القانون الذي كان واجب التطبيق بإحلال قانون آخر محله نتيجة التغيير الإرادي لضابط الإسناد، فإن ثبوت العنصر المعنوي المتمثل في نية التحايل، يؤدي إلى عدم الاعتداد بضابط الإسناد الجديد، وبالتالي تطبيق القانون الذي قصد الأطراف الاحتيال عليه. ونافلة القول في هذا الإطار أن النتيجة تبقى عديمة الأثر، في حين أن الوسيلة تبقى صحيحة، إذ لا يمكن للقاضي أن يحكم ببطلان الوسيلة التي اعتمدت في تغيير ضابط الإسناد (٢٢٢)، كأن يسحب الجنسية مثلا، أو أن يأمر بإرجاع المنقول إلى مكانه القديم لأن في ذلك اعتداء على أوضاع قانونية تظل صحيحة ولو كانت الغاية غير مشروعة.

وبهذا فإن أي نزاع مستقبلاً متعلق بأهلية الشخص مثلاً يقتضي تطبيق قانون جنسيته الجديدة ، ويستند هذا الرأي إلي أن الوسيلة التي تم بها الغش نحو القانون والتي حصل بها تغيير ضابط

(٢٢٠) عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٥٠٤ .

(٢٢١) صلاح الدين جمال الدين ، تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج ، طنطا ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ١٧٣ ، ١٧٤ .

(٢٢٢) محمد خيرى كصير ، حالات تطبيق قانون القاضى فى نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبى الحقوقية ، ط ١ ، ٢٠١٢ ، ص ١٦١ .

الإسناد تمت بطريقة صحيحة ومشروعة ، فالجنسية التي يكسبها الشخص سواء كانت جنسية دولة القاضي أو جنسية دولة أجنبية بعد أن توافرت فيه سائر الشروط لكسبها ، قد تم بطريقة قانونية ومشروعة وأن هذه الجنسية يعترف بها بمقتضي أحكام القانون الدولي وإنها علي رابطة فعلية بين الشخص ودولته ، وامتناع القاضي عن الاعتراف بها يكون غير مقبول(٢٢٣).

ولعل الرأي الأخير هو الراجح ، ذلك أن القاضي ليس له أن يحكم ببطلان الجنسية الجديدة وعدم صحتها ، فهو لا يملك هذا ، فهذا يمس بمبدأ الاختصاص الاستئثاري أو القاصر الثابت لكل دولة في مجال الجنسية ، أما في مجال الأموال المنقولة التي يتحقق فيها الغش نحو القانون عن طريق قيام الأفراد بإجراء مادي معين كنقل المال من إقليم إلي إقليم دولة أخري بقصد الهروب من أحكام قانون دولة الموقع الأول ، فهنا لا يمكن تجاهل الواقعة المادية الجديدة التي أدت إلي تغيير ضابط الإسناد بشكل كامل ، ومن ثم فلا مفر من قصر الجزاء علي منع النتيجة التي أراد الأفراد تحقيقها ، وفيما عدا هذه النتيجة التي قصدها الأفراد من وراء الغش فإنه من غير المقبول الاستمرار في اعتبار الوسيلة نفسها كأن لم تكن أي اعتبار أن المنقول لم ينتقل إلي إقليم الدولة الجديدة ، إذ أن في ذلك إنكار لحالة واقعية ثابتة هي وجود المنقول في الإقليم الجديد(٢٢٤).

يبدو مما تقدم أيضا أن ميدان الدفع بالغش نحو القانون في مسائل تنازع القوانين يتحقق اعتماداً على تغيير في ضابط الإسناد التي تكون لإرادة الأفراد دخل في تغييرها والتي تنحصر في الجنسية والموطن وموقع المال.

حيث يلاحظ أنه في مجال الجنسية فإن أغلب التشريعات في الوقت الحالي تنص على شروط صعبة للتجنس وأهمها شرط الإقامة الطويلة المتصلة بهدف التثبيت من اندماج الشخص في الجماعة الوطنية وهذا ما يدحض قرينة التلازم الزمني بين تغيير ضابط الإسناد والقيام بالعمل أو التصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد.

---

(٢٢٣) انظر : فؤاد عبد المنعم ، خالد الترجمان ، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٣ ، ص ٨٨.

(٢٢٤) محمد خيرى كصير ، مرجع سابق ، ص ١٦٢ .

كما أنه لا يمكن تصور أن يفقد شخص جنسيته أو يضحي بها من أجل استحصال حكم بالطلاق إلا في حالات نادرة جداً ربما يكون أقرب إلى الترف الاجتماعي منه إلى وصفها حالة عامة تمس كيان المجتمع برمته (٢٢٥).

وهذا ينطبق علي ضابط الإسناد المتعلق بالموطن أو الإقامة حيث يستلزم أيضا وجود رابطة جدية بين الشخص والمكان، وأن التغيير الذي يحصل استناداً إليه يمكن تلافيه عن طريق إثبات صورية الموطن الذي تم التغيير فيه.

وفيما يتعلق بالشركات فإن أغلب الدول تعتمد على معيار مركز الإدارة الرئيس أو الفعلي الذي يجب تطبيقه على العلاقة.

في كل الأحوال فإن الأفراد هنا يستعملون حقاً منحهم إياه القانون والقاعدة أن من يستعمل حقه لا يضر أحداً، وفي تغيير الجنسية أو الموطن لا يلجأ بصدده إلى الدفع بالتحايل إلا إذا كان فيه مساس بحقوف الغير (٢٢٦).

يعتبر حسب قول " والترفيليمور " في مؤتمر جمعية القانون الدولي الذي عقد في جلاسجو سنة(٢٢٧) ١٩٠١ امتيازاً للأغنياء الذين تتوفر لديهم النفقات اللازمة للانتقال من بلد إلى آخر لإجراء تصرفات قانونية تخضع لقوانين أقل شدة من تلك التي يخضع لها من لم يتمكن من الانتقال لتغيير ظرف الإسناد (٢٢٨).

وإن هذا قد قيل في وقت كانت التشريعات تختلف عن وضعها في الوقت الحالي حيث أن الدول اختاطت لتلك الحالات بما يحد منها ويمنع التحايل على القانون وفقاً لها.

إن بعض التشريعات قد نصت صراحة علي الأخذ بهذا الدفع في نطاق تنازع القوانين ، من ذلك القانون الدولي الخاص الإسباني المادة ١٢ / ٤ لسنة ١٩٧٤ ، والقانون الدولي الخاص المجري

---

(٢٢٥) رأى للفقيه أرمنجون نقله محمد كمال فهمى فى مولفه (اصول القانون الدولى الخاص) ، مشار اليه سابقاً ، ص ٤١٣ ، محمد خيرى ، ص ١٦٢ .

(٢٢٦) عبد الحميد عمر الوشاحى ، محاضرات فى القانون الدولى الخاص ، ج ٢ ، مطبعة الرشيد ، ١٩٣٩ ، ص ١٩٢ .

(٢٢٧) محمد خيرى كصير ، مرجع سابق ، ص ١٦٣ .

(٢٢٨) عبد الحميد عمر الوشاحى ، محاضرات فى القانون الدولى الخاص ، ج ٢ ، مطبعة الرشيد ، ١٩٣٩ ، ص ١٩٢ .

لسنه١٩٧٩ (م ٨) ، والقانون المدني البرتغالي لسنة ١٩٦٦ (م ١٢) ، والقانون السويسري لسنة ١٩٨٧(م ٤٥ / ٢) ، كما يأخذ به القضاء الألماني والفرنسي وبعض أحكام القضاء في انكلترا ، وقبول نظرية الدفع بالغش نحو القانون يقول به الفقه في سوريا ومصر والأردن والكويت [٢٢٩] ، أما في العراق فلا يوجد نص يقضي صراحة بالأخذ بنظرية الغش نحو القانون ، إلا أنه من الممكن الاستناد إلي المادة ٣٠ من القانون المدني التي تقضي بلزوم اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في الأحوال التي لم يرد بها نص [٢٣٠] ، وفى الامارات م (٢٧) من قانون المعاملات المدنية .

وبالرغم من اختلاف الفقهاء حول مجال هذا الجزاء هل يشمل الوسيلة والنتيجة ام النتيجة فقط المستعملة من طرف الغاش والغاية المحققة معاً، أم يقتصر على النتيجة أو الغاية فقط. فقد قصر بعض الفقهاء جزاء الغش على حرمان مرتكبه من النتيجة غير المشروعة لأن العبرة في التصرف بمقصده وغايته، ولا داعي للمبالغة في الجزاء، وبخاصة وأن الغاش لم يقصد الوسيلة المشروعة في ذاتها، ويستدل هذا الفقه بقضية الأميرة الفرنسية المشهورة المذكورة سابقا، حيث اكتفت محكمة النقض بأن تطليقها لا يعتد به في فرنسا ولم تقضي ببطلان جنسيتها بالجنسية الاجنبية.

إلا أن الراجح فقها وقضاء هو وجوب حرمان التصرف المشوب بالغش من كل أثر قانوني سواء تعلق الأمر بوسيلة الغش أو غايته، وبخاصة وأن الآثار الأخرى لسلوكه هذا غير المشروع لم تكن مقصودة من طرف الغاش فترفض هي الأخرى، وتفاديا أيضا لعدم تجزئة العمل القانوني الواحد [٢٣١].

أما في حالة الغش الذي سببه عملا ماديا كنقل منقول إلي دولة أخري أو اختار المتعاقدان محلا مصطنعا لإبرام العقد فإن الغاية وحدها التي تكون عديمة الأثر في دولة القاضي، أما ما ينتج من أضرار بسبب نقل المنقول كأن يصيبه تلف أو يضر بالغير في البلد الذي انتقل إليه

---

(٢٢٩) عبد الكريم ابو صبيع ، مرجع سابق ، ص ٩٤ وما يليها .

(٢٣٠)عبد الكريم ابو صبيع ، مرجع سابق ، ص ٩٥ .

(٢٣١) أعراب بلقاسم، القانون الدولى الخاص، الجزائر، تنازع القوانين، دار هومة للطباعه والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٢، ص ١٩٧.

فالمسؤولية تسند إلى قانون البلد الذي انتقل إليه، وهذا عملا بنظرية الاعتراف بالواقع الحاصل فعلا.

والملاحظ أن أثر الغش نحو القانون هنا هو عدم النفاذ لا البطلان، لأنه لا يمكن لأي دولة قانونا أن تقرر ما إذا كان التصرف صحيحا أو غير صحيح في الدولة التي تم إجراؤه فيها، وكل ما تملكه قانونا هو الحكم بعدم نفاذه في إقليمها [٢٣٢].

(٢٣٢) محمد خيرى كصير ، حالات تطبيق قانون القاضى فى نطاق تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبى الحقوقية ، الطبعة الاولى ٢٠١٢ ، ص ١٥٩ .

الفصل الثاني

احكام الغش نحو القانون

المقصود من احكام الغش نحو القانون هي وسائل مقاومته (المبحث الاول) ثم توضيح قواعد اثبات الغش وسلطة المحكمة فيه (المبحث الثاني) على الوجه التالي:

المبحث الاول

الوسائل الوقائية والعلاجية لمقاومة الغش

نتناول الوسائل الوقائية أولا (المطلب الاول) ثم الوسائل العلاجية (المطلب الثاني) كالتالي:

المطلب الاول

الوسائل الوقائية

تتجسد الوسائل الوقائية لتجنب الغش نحو القانون امام القاضي الوطني الذي يطرح عليه النزاع في الاتي: –

١ –عدم قبول الدعوي:–

تطبيقاً للمادة (٢) من قانون الاجراءات المدنية الاماراتي وقانون المرافعات الكويتي والمادة (٣) من قانون المرافعات المصري بانه يجب ان تكون المصلحة في الدعوي او في الطلب او الدفع او الاجراء او الطعن مشروعة فاذا كانت مصلحة المدعي في دعواه غير مشروعه فعلي المحكمة ان تحكم بعدم قبولها. واعمالاً لذلك إذا رفضت الزوجة دعوي تطليق علي زوجها الأجنبي امام القاضي الوطني ويثبت ان اللجوء لهذا الطلب تم بسبب الغش نحو القانون وذلك من خلال تغيير ضابط الاسناد الحديث الذي يؤدي الي وجود قانون آخر يسمح لهذا التطليق علي عكس القانون الواجب التطبيق اصلاً، تحكم المحكمة بعدم قبول هذه الدعوي لعدم مشروعية المصلحة فيها.

٢ –تقوية سلطة القاضي الوطني لتفادي المماطلة او الغش: –

إذا ظهر للقاضي الوطني أي قرائن تفيد وجود الغش نحو القانون يستطيع باعتبار أن ذلك يتعلق بالنظام العام فيجوز له من تلقاء نفسه أن يأمر بالإثبات بواسطة الشهود او يحضر الخصم الاستجواب وهذا الدور الذي يقوم به القاضي معترفاً به في معظم التشريعات العربية في قوانين الاثبات في المواد المدنية والتجارية.

٣ –**عدم الاعتداد بالإجراء:**– يمكن للقاضي الوطني –وفقاً لرأي البعض –ألا يعتد بالنتيجة فقط دون الوسيلة على اعتبار ان الهدف كان غير مشروع في التحايل على القانون.

المطلب الثاني

الوسائل العلاجية

تتمثل الوسائل العلاجية في الآتي: –

١–**الحكم برفض الدعوي الأصلية:–**

إذا كانت هناك دعوي تطليق مرفوعة من الزوجة على زوجها أمام القاضي الوطني وتحايلت على القانون الواجب التطبيق اصلاً بينهما بقيامها بتغيير ضابط الاسناد الذي ادي بها من خلال هذا التغير الي قانون آخر يسمح بذلك ويثبت ذلك يمكن للقاضي الوطني أن يرفض دعوي التطليق المرفوعة تطبيقاً للقانون الواجب التطبيق اصلاً الذي يحظر ذلك باعتبار أن هذه المسألة تتعلق بموضوع الدعوي.

٢–**الحكم باستبعاد القانون المصطنع او المفتعل وتطبيق احكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على النزاع (رد القصد السيء او نقيضه):–**

يمكن للقاضي الوطني بعد اثبات واقعة الغش نحو القانون الواجب التطبيق أصلاً يقيناً أن يستبعد القانون المصطنع او المفتعل ويطبق القانون الواجب التطبيق حقيقةً.

٣–الحكم بالتعويض :–

يمكن للخصم المتضرر من واقعة الغش نحو القانون بعد إثباتها قطعياً أن يطلب من المحكمة التي نظرت دعوي التطليق مثلاً التعويض عن هذه الاضرار (المادية و المعنوية) التي لحقت به كطلب عارض يقدم إليها ، كما يمكن أن يطلب التعويض عن ذلك امام المحكمة المختصة قيمياً بمقدار التعويض المطلوب وفقاً لقواعد الاختصاص الواردة في قانون المرافعات بطلب مستقل (بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوي اي صحيفة واعلان) وليس بطلب عارض علي اساس قواعد المسئولية التقصيرية الواردة في القانون المدني لان الغش يفسد كل شي

المبحث الثاني

قواعد إثبات الغش نحو القانون

وسلطة المحكمة تجاهه

يكون إثبات الغش نحو القانون من خلال توضيح قواعده من ناحية (المطلب الأول) واظهار سلطة المحكمة تجاهه (المطلب الثاني).

المطلب الاول

قواعد اثبات الغش نحو القانون

يجب توضيح من الذي عليه عبء اثبات الغش نحو القانون ثم محله (فرع اول) وكذلك بيان طرق الاثبات (فرع ثاني) كالتالي: –

الفرع الاول

عبء اثبات الغش نحو القانون

ومحله

نعالج قواعد اثبات الغش عبر ثلاث مسائل: الأولي هي عبء الاثبات والثانية هي محل الاثبات كالتالي: –

أولا: عبء اثبات الغش عموماً prevue la de charge

تنص المادة الأولي من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي في فقرتها الأولي أنه: (علي المدعي أن يثبت حقه والمدعي عليه أن ينفيه)، كما تنص المادة الاولي من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م على أنه: (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه)، فهذا يعتبر تطبيقاً لمبدأ عام يسري علي جميع أنواع الروابط القانونية لا على المالية فقط فالبينة على من ادعي، والبينة هنا هي الاثبات الذي يتطلبه القانون. فإثبات الغش هنا يقع على من وقع عليه الغش [٢٣٣].

القاعدة في عبء الاثبات هي أن البينة على من ادعي (م ١ ق. الاثبات الكويتي رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠) [٢٣٤] وبالتالي فمن يدعي أنه كان ضحية غش يجب عليه أن يثبت الغش الذي يدعيه

(٢٣٣) نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ٤٧ .

(٢٣٤) من المقرر أن الاثبات بمعناه القانونى هو اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ، واثبات تلك الواقعة هى مصدر الحق المدعى به يقع على عاتق من تمسك بها إذ موقف القاضى من الاثبات فى المسائل المدنية والتجارية يكاد يكون سلبياً فهو يتلقى أدلة الاثبات والنفى كما يقدمها الخصوم ودون تدخل من جانبه " تمييز كويتى ٢١ / ١٢ / ١٩٨٧ ، طعن رقم ٢٩ / ٨٧ عمالى ، مجلة القضاء والقانون السنة الخامسة عشر ، العدد الثانى ، ص ٣٧٢ .

سواء أكان مدعياً في القضية (أمام محكمة أول درجة أو محكمة الطعن أو محكمة التنفيذ في القانون المصري) أو مدعي عليه أو متدخلا أو مدخلا فيها. كما يتعين عليه اثبات الضرر الناشئ عن هذا الغش (٢٢٧) مدني، (١٩)، ١٢٢ مرافعات كويتي) وذلك يرجع أيضا إلى أن حسن النية مفترض أصلا ويقع على عاتق من يدعي غير ذلك اثبات ادعائه [٢٣٥]. لذلك (فإن مفاد هذين النصين (المادتين. ٣١٠ ، ٣١١ من القانون المدني الكويتي) أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن ، بل يجب علي الدائن اثبات التواطؤ بين المدين والمتصرف إليه علي الاضرار بحقوق الدائن لان الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوي عدم نفاذ التصرفات عليها ، وان يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه) [٢٣٦] ولكن إذا استند الغش علي ضوابط شخصية فيجب علي المضرور اثبات نية الخصم في الاضرار به أو سوء نيته لقيام –مسئوليته المدنية (م ٢٢٧ مدني و١٢٢مرافعات كويتي) و الاجرائية (م ١٩ مرافعات كويتي) وهذه مسألة قد يصعب اثباتها لذلك فإن ملاحظة الظروف والملابسات التي أحاطت باستعمال الحق الاجرائي قد تكشف عن نية الخصم في الاضرار . كما قد يستفاد سوء نية الخصم من تناقضه في أقواله والحجج التي يستند إليها وهكذا فإذا كان اثبات البواعث الخبيثة غير ممكن ويثير صعوبات إلا أنه غير مستحيل [٢٣٧] .

أما إذا استند الغش إلى ضوابط موضوعية فإن اثباتها يكون أكثر سهولة يكفي لمدعي الغش أن استعمال الحق الاجرائي أو الاخلال بالواجب الاجرائي بهذا الشكل الضار لا يتفق مع الغاية القانونية لاستعمال الحق أو القيام بالواجب الاجرائي التي تأبي أن يكون استعمال الحق أو الاخلال بالواجب الاجرائي مسببا لأضرار جسيمة بالخصم الآخر. وذلك في حالة الاستناد إلى

(٢٣٥) تمييز كويتى ٦ / ٢ / ١٩٨٧ ، طعن رقم ٢١١ / ٨٦ تجارى ، مجلة القضاء والقانون ، السنه الخامسة عشر ، العدد الثانى ، ص ١٨٠ .

(٢٣٦) تمييز كويتى ٢٣ / ١١ / ١٩٨٧ ، طعن رقم ٢٥ / ٨٧ مدنى ، مجلة القضاء والقانون ، السنه الخامسة عشر ، العدد الثانى ، ص ٣٣١ .

(٢٣٧) ابراهيم النفياوى ، مسؤلية الخصم عن الإجراءات ، دراسة مقارنة فى قانون المرافعات ، رسالة حقوق عين شمس ، ١٩٨٧ ، ص ٣٤٩ وما يليها .

معيار جسامة الأضرار أو أن اثباتها سيكشف الطابع التعسفي والكيدي لاستعمال الحق الاجرائي أو الاخلال بالواجب الاجرائي إذا لم يكن للمضرور يد في حدوثها (٢٣٨).

ثانياً : محل الاثبات: objet de la prevue

يقصد بمحل اثبات الغش هو ما يجب اثباته من خلال ما يدعيه المغشوش (من وقع ضده الغش) حيث يدعي أنه كان ضحية غش أثناء الخصومة (أمام محكمة أول درجة أو محكمة الطعن أو محكمة التنفيذ) أو بعد صدور الحكم فيها وقبل الطعن فيه أو بعد صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ الجبري أو أثناء التنفيذ الجبري أو عند المنازعة في التنفيذ الجبري. وبالتالي فيكون موضوع الاثبات هو وجود الخصومة أمام محكمة أول درجة او محكمة الطعن أو وجود اجراءات التنفيذ الجبري أو المنازعة فيها من ناحية ثم وجود الغش ومظاهره من ناحية أخري.

عندما يثور نزاع بين الخصوم فإن محل هذا النزاع عادة ما يكون حول وجود حق أو زواله أو إلحاق وصف به، وعلى الخصم الذي يدعي وجود الحق أو زواله أو إلحاق وصف به أن يثبت ذلك، فمحل الاثبات إذن هو الحق المدعي بوجوده أو زواله أو إلحاق وصف به فمحل الاثبات هو الواقعة القانونية والتي تشمل التصرف القانوني والواقعة المادية على السواء (٢٣٩).

يتعين على من وقع ضده الغش أن يثبت محل هذا الغش، حيث يتعين عليه اثبات واقعة الغش التي يدعيها، فإن كان يدعي أنه وقع ضحية غش أثناء الخصومة في أي مرحلة كانت عليها الدعوي، أو بعد صدور الحكم فيها وقبل الطعن فيه أو بعد صيرورة الحكم قابلا للتنفيذ الجبري، أو أثناء مرحلة التنفيذ الجبري، أو عند المنازعة فيه، ومن ثم فيكون موضوع الاثبات هو وجود الخصومة ووجود الغش ومظاهره في تلك الخصومة (٢٤٠).

الفرع الثاني

طرق الاثبات

modes De la prevue

أولا تتحدد طرق الاثبات عادة وفقا لنوع محل الاثبات:-

---

(٢٣٨) ابراهيم النفياوى ، رسالة ، ص ٣٥٠ .

(٢٣٩) نبيل ابراهيم سعد ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، القاهرة ، بدون طبعه أو سنة نشر ، ص ٤٧ .

(٢٤٠) سيد احمد محمود ، الغش الإجرائي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧ و ٢٧٨ .

فالعقد باعتباره تصرفا يجب في غير المواد التجارية، أن يحصل اثباته بالكتابة إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة دينار أو كان غير محدد القيمة (م (٣٩) اثبات كويتي) او إذا كانت قيمته تزيد على خمسة الاف درهم او كان غير محدد القيمة في قانون الاثبات في المعاملات المدنية والتجارية الاماراتي وفقا للمادة (٣٥) منه. أما الواقعة المادية فيجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بما فيها الشهادة والقرائن [٢٤١].

–ونظرا لأن الغش هو مجرد واقعة مادية فإنه يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بما فيها الشهادة والقرائن.

لذا جاء قضاء التمييز الكويتي مؤكدا علي ذلك في جلسة ١٦ / ٢ / ١٩٨٣ : " احتواء السند الصادر من المورث علي نص دال علي تنجيز لا يمنع الوارث من الطعن عليه بأنه يخفي وصية وله أن يثبت طعنه هذا بطرق الاثبات كافة ، إذ أن الوارث لا يعتبر قائما مقام المورث في التصرفات الماسة بحقه في الشركة عن طريق الغش والتحايل علي مخالفة أحكام الارث بل يعتبر في هذه الحالة في حكم الغير ويباح له الطعن علي التصرف بأنه في حقيقته مضاف إلي ما بعد المورث واثبات صحة طعنه بكافة الطرق ولا تقف صراحة عبارة السند الدالة علي تنجيزه حائلا دون هذا الاثبات ، ولما كان المستأنفون بوصفهم ورثة يطعنون علي سند النزاع بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال علي قواعد الارث المقررة شرعاً اضرار بحقهم فيه فإنه يجوز لهم اثبات هذا الاحتيال بأي طريق من الطرق القانونية) [٢٤٢] . و**لكن هل هذه القاعدة تنطبق أيضا على اثبات الغش نحو القانون؟**

الاجابة قد تكون –ظاهريا–بالإيجاب. و**لكننا نعتقد أنه يجب التفرقة بين فرضين بصدد اثبات الغش نحو القانون:–**

---

(٢٤١) عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، وفقاً للقانون الكويتى (دراسة مقارنة) ، الجزء الاول مصادر الالتزام (المصادر الارادية ، العقد والارادة المنفردة) ، المجلد الثانى ، دراسة وظائف عناصر العقد – الارادة المنفرده ، باعتناء محمد الالفى ، ١٤٠٢ هـ – ١٩٨٢ م ، بند ٨٠٨ ، ص ١٠٥٣ .

(٢٤٢) تمييز كويتى ١٦ / ٢ / ١٩٨٣ ، طعن رقم ٣٤ / ١٩٨٢ تجارى ، مجلة القضاء والقانون ، السنه الحادية عشر ، العدد الثالث ، ص ٣٨ .

الفرض الأول الغش نحو القانون الأجنبي فإثباته يكون وفقا للقضاء الكويتي –باعتباره واقعة مادية أمام القضاء الوطني –بكافة طرق الاثبات (٢٤٣).

الفرض الثاني الغش نحو القانون الوطني فأثباته يختلف علي حسب نوع القاعدة محل الغش فإذا كانت قاعدة مكملة فإثبات الغش نحوها يكون بكافة طرق الاثبات.

أما إذا كانت قاعدة آمرة فهنا يمكن القول بأن المغشوش يعفي من عبء اثبات القاعدة القانونية محل الغش لأن القاضي يعلم بها وعليه التزام بتطبيقها من تلقاء نفسه وكل ما يستطيع أن يثبته هو واقعة الغش تجاه هذه القاعدة وذلك بكافة طرق الاثبات ولكن في هذا الفرض هل تستطيع المحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي بجزاء الغش نحو القاعدة القانونية الآمرة؟

الاجابة –في اعتقادنا –بالإيجاب حيث أن القاضي يعلم بالقانون وعليه واجب تطبيقه وهو الحارس الشرعي على حماية النظام القانوني في الدولة وبالتالي إذا كان هناك غش نحو قاعدة قانونية آمرة تم اكتشافه من تلقاء نفس المحكمة أثناء سير الخصومة فتستطيع –بل يجب عليها –أن تحكم بالجزاء المقرر قانونا على مخالفة القاعدة القانونية الآمرة في هذه الحالة ولان ذلك يتعلق بالنظام العام.

---

(٢٤٣) من المقرر أن التمسك بقانون أجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم اقامة الدليل عليها ، تمييز كويتى ٢ / ٦ / ١٩٧٥ ، طعن رقم ١٤ / ١٩٧٤ مدنى ، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز فى المدة من ١ / ١٢ / ١٩٧٢ حتى ١ / ١٠ / ١٩٧٩ ، ص ٢٢٠ .

" إذا كان القانون الواجب التطبيق على واقعة الدعوى – والذى تمسك الطاعن بإعمال أحكامة – هو القانون اللبنانى عملاً بالمادة ٤٣ من القانون رقم ٥ / ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبى والتى تنص على أن يسرى قانون جنسية الاب فى الولاية على النفس وفى الحضانة ، وكان من المقرر أن التمسك بتشريع أجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها لدى محكمة الموضوع ، ولا يغنى فى اثباتها تقديم صورة عرفيه تحوى احكام هذا التشريع ، لما كان ذلك ، وكانت صورة قانون العائلة اللبنانى المقدمة من الطاعن بحافظة مستنداته أمام محكمة أول درجة ليست صورة رسمية كما خلت نصوصها من تنظيم لاحكام الحضانة وفقاً للمذهبين السنى والشيعى ، ومن جهة اخرى فإن القانون الصادر فى ٢٤ شباط ١٩٤٨ المقدمة صورته العرفيه من الطاعن خاص بالاحوال الشخصية لطائفة الدرزيه وحدها ، ومن ثم يتعين اعمال احكام القانون الكويتى على ما لم ينظمه قانون جنسية الاب – وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعى عليه فى هذا الخصوص يكون غير سديد " تمييز كويتى ١٨ / ١ / ١٩٨٨ ، طعن رقم ١٣ / ٨٧ أحوال ، مجلة القضاء والقانون ، السنة السادسة عشر ، العدد الاول ، ص ٢٦٦ .

ثانيا: لبيان طرق إثبات الغش نحو القانون يجب ان نطرح سؤالاً **هل الغش نحو القانون يعتبر عملاً مادياً ام تصرفاً قانونياً ام عملاً قانونياً؟** حيث ان الاجابة على هذا التساؤل تحدد طريق الاثبات الواجب الاتباع. لذلك يجب التفرقة **بين فرضين كالتالي:**

الفرض الاول:-

ان الغش نحو القانون الاجنبي يكون اثباته امام القاضي الوطني بكافة طرق الاثبات على اعتبار أنه واقعة مادية امام القاضي الوطني يترك للأفراد التمسك بها واثباتها وفقاً للرأي الغالب في الفقه في حين انه يعتبر واقعة قانونية وفقاً للراي الآخر.

ونطرح سؤالاً هل اثبات الغش نحو القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي تختلف عن اثبات الغش نحو القواعد الاجرائية في القانون الأجنبي، وكذلك هل يختلف اثبات الغش نحو القواعد الآمرة في القانون الاجنبي عنه نحو القواعد المكملة؟

الفرض الثاني :-

الغش نحو القانون الوطني فإن إثباته تخلفت طرقه بحيث ما إذا كان الغش نحو القواعد الموضوعية فيه ام الاجرائية وكذلك بحسب ما إذا كان الغش نحو القواعد الآمرة ام المكملة منه ، حيث إنه إذا كانت القاعدة مكملة فيكون بكافة الطرق اما اذا كانت آمرة يعفي المغشوش (او الضحية) من الاثبات لان القاضي يعلم بها وملزم بتطبيقها من تلقاء نفسه وبالتالي يجوز للقاضي الوطني ان يقضي من تلقاء نفسه بجزاء الغش نحو القانون باعتبار أن الغش يفسد كل شيء من المبادئ العامة للقانون وأن هذا المبدأ يتعلق بالنظام العام .

وهكذاهناك العديد من الطرق التي يمكن لمن وقع ضده الغش إثباتها، ويتم تحديد تلك الطرق وفقاً لنوع محل الاثبات، ولما كان الغش واقعة مادية، فهنا نجد أن الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن القضائية، ومن ثم فيجوز إثبات الغش بكافة طرق الاثبات.

والجدير بالذكر هنا أنه يجب التفرقة بين الغش نحو القانون الداخلي ، والغش نحو القانون الأجنبي ، فالغش نحو القانون الأجنبي يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات باعتباره واقعة مادية أمام القضاء الوطني ، **أما الغش نحو القانون الداخلي** فإن إثباته يختلف حسب نوع القاعدة محل الغش، فإن كانت تلك القاعدة **هي قاعدة مكملة** فهنا نجد أن اثبات الغش نحوها يكون بكافة طرق الاثبات ، أما **إذا كانت آمرة** فهنا يعفي المغشوش من عبء اثبات القاعدة القانونية

محل الغش وذلك لكون القاضي عالماً بتلك القاعدة ومن ثم يقع عليه التزام بتطبيقها من تلقاء نفسه [٢٤٤] حيث تعلم المحكمة بالقانون .

المطلب الثاني

سلطة المحكمة في اثبات الغش

الغش نحو القانون لا يصح ان يكون مفترضاً، ومن ثم فإنه يتعين علي القاضي أن يستظهر وقائع الغش والتحقق منه والبحث فيما تنطوي عليه نفس الخصم وما يحتويه ضميره، وهو بحث لا ريب فيه ولا يعدو وأن يكون نوعاً من الخطأ الأدبي، ومن ثم فإن تقدير ما يقع من غش لا يمكن أن يكون المعيار فيه إلا شخصياً لأن الغش وليد نفس خبيثة، الأمر الذي يحتم عليه قيام القاضي المدني باستظهار تلك النوايا الخبيثة لدي الخصم الذي ارتكب الغش [٢٤٥].

فقد قضت محكمة النقض المصرية علي انه : (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن قاعدة "الغش يبطل التصرفات" وهي قاعدة رسمية ولو لم يجر بها نص خاص في القانون وتقوم علي اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في التصرفات والاجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والمجتمع ، وكان استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوي وتقدير ما يثبت به هذا الغش وما لا يثبت به يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بعيداً عن رقابة محكمة النقض في ذلك ما دامت الوقائع تسمح به) [٢٤٦].

الغش هو قمة أنواع الخطأ بسبب ما يقارفه من المخبثة التي تتمثل في سوء النية أو في تعمد الاضرار بالغير سواء أكان ذلك بطريق إيجابي أم كان بطريق سلبي وبه ينتفي حسن النية الذي تستلزم التشريعات توافره في كافة التصرفات القانونية [٢٤٧] وفي الاجراءات عموما.

---

(٢٤٤) سيد احمد محمود ، الغش الإجرائي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧ و ٢٧٨ .

(٢٤٥) سيد احمد محمود ، الغش الإجرائي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٧ و ٢٧٨ .

(٢٤٦) راجع طعن محكمة النقض المصرية فى الطعن رقم ١٠٧٣ ، لسنة ٤٨ ق ، مجموعة النقض ، السنة ٣٠ ، ص ٣٩٩ ، جلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٧٧ م ، والطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٤١ ق ، جلسة ٩ / ٢ / ١٩٥٦ م ، س ٧ ، ص ١٦٨ ، مشار اليهما لدى سيد احمد محمود ، الغش الاجرائى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٨.

(٢٤٧) فى هذا المعنى ، حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٩ ، بند ٤٠٤ ، ص ٣٠٦ .

ولما كان الغش لا يصح افتراضه، فإنه علي القاضي أن يستظهر وقائعه وهو عمل نفسي بحت، يستلزم التحقق منه البحث فيما تنطوي عليه نفس الخصم وما يحتويه ضميره وهو بحث لا ريب فيه لا يعدو وأن يكون نوعاً من الخطأ الأدبي (٢٤٨).

هل اثبات الغش نحو القانون يكون بناء على معيار شخصي ام معيار موضوعي؟

وهل مسألة اثبات الغش نحو القانون تعتبر مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ومن ثم لا يخضع لرقابة محكمة النقض او التمييز في ذلك؟

وهل التكيف القانوني للغش نحو القانون بواسطة القاضي الوطني يخضع لرقابة محكمة النقض او التمييز في دولته؟

ان معيار إثبات الغش نحو القانون يخضع للقاضي كواقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق إذا كان قانوناً أجنبياً أما إذا كان قانوناً وطنياً فمعياره موضوعي ويخضع لرقابة محكمة النقض او التمييز.

وتراقب محكمة النقض او التمييز الاساسي القانوني لمسائل الغش نحو القانون. هل تجوز إثارة مبدأ الغش نحو القانون باعتبار انه جزء من مبدأ أن الغش يفسد كل شيء لأول مرة امام محكمة النقض او التمييز؟ وهل يجوز للقاضي الوطني اثارته من تلقاء نفسه والقضاء بناء عليه بالبطلان او عدم النفاذ على اعتبار انه مبدأ من المبادئ العامة للقانون وانه يتعلق بالنظام العام؟ ان الاجابة على هذا التساؤل تتطلب التفرقة بين القانون الاجنبي والوطني من ناحية والقواعد الآمرة والمكملة من ناحية اخري والقواعد الموضوعية والاجرائية من ناحية ثالثة.

(٢٤٨٠) LEGAL, De I 'imprudence et de la negligence come source de la responsabilite civile . These. Paris. ١٩٢٢.

DABIN , philosophie de l'ordre juridque subjectif . p. ٥٤٤ .

مشار اليهما فى حسين عامر وعبد الرحيم عامر ، مرجع سابق ، بند ٤٠٤ ، ص ٣٠٦ ، هامش ٤ .

الخاتمة

اولاً: –النتائج:

– لم يعالج المشرع المصري أو الأردني أو الاماراتي مسألة الغش نحو القانون، في حين نص في المادة ٢٤من القانون المدني المصري، والمادة ٢٣من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والمادة٢٥ من القانون المدني الاردني على اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد عليه نص في القانون، وهذا على الرغم من أنه ترك المجال مفتوحاً لاتباع مبادئ القانون الدولي الخاص. إلا أنه يترك مسألة واقعية تعاني فراغاً تشريعياً من ناحية، وتخلق إشكالا في اعطاء المحكمة حرية في اختيار مبدأ من مبادئ القانون الدولي الخاص دون تحديد من ناحيةٍ أخري. مما يخلق إشكاليات عديدة خصوصاً وأن القانون الدولي الخاص من موضوعات القانون الجدلية.

– عالج القانون الأردني مسألة النظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي، فيبسط القاضي الوطني رقابته على موضوع القانون الأجنبي لتقدير مدي موافقته للنظام العام الأردني، وهذا ما نص عليه المشرع الأردني في المادة(٢٩) من القانون المدني والمادة (٢٨) من القانون المدني المصري، والمادة (٢٨) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي دون أن يعرف النظام العام.

– إن فكرة الغش نحو القانون فكرة نادرة الحدوث نسبياً، ولكنها مع ذلك إن أثيرت أمام القضاء العربي فإنها ستخلق إشكالا يتحتم التحرز منه قبل حدوثه وبحث ما يمكن الاحتجاج به قانوناً تجاه هذه الفكرة.

– فالغش نحو القانون لا يقتصر على قواعد القانون الدولي الخاص، بل هو عام يمكن أن يظهر في جميع فروع القانون حيث أن مرماه عام وذلك حماية لحقوق الافراد والمجتمع.

–هناك ألفاظ ذات صلة بالغش والتي تمثل نوعاً من أنواعه كالتدليس وهو الخديعة أو الكتمان أو الاخفاء، والتغرير وهو الخطر والخدعة وتعريض المرء نفسه أو ماله للهلكة، والخِلابة أي الخديعة باللسان.

– الغش هو الإخلال بواجب الصدق أو المصارحة الذي يرفضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها قيم غرو به.

– ويُقصد بالغش نحو القانون قيام الفرد بصدد علاقة قانونية منطوية على عنصرا أجنبي بسلوك ما بهدف تطبيق قانون مصطنع هو غير القانون المختص اصلا بحكم النزاع.

– لكي يصبح الغش نحو القانون مانعاً يحول دون تطبيقه إنما يكون يتوفر ثلاثة إركان رئيسة فيه وهما، الركن المادي والركن المعنوي والقانوني.

الركن المعنوي فيقصد منه نية الغش نحو القانون المختص في الأصل قصد تطبيق القانون الذي أصبح مختصاً نتيجة لفعل الغش.

– اختلف الفقه حول أساس الغش نحو القانون إلى ثلاثة اتجاهات فقهية عديدة.

– نطاق الغش يكون واسعاً عن نطاق التعسف في استعمال الحق.

الغش نحو القانون يكون بقصد التهرب من أحكام قانون معين والوصول إلى تطبيق قانون آخر، واكتشاف هذا الغش يؤدي إلى تطبيق أحكام القانون المختص أصلاً بتنظيم العلاقة وليس تطبيق القانون الذي تم التحايل من أجله.

يتعين على من وقع ضده الغش أن يثبت محل هذا الغش، حيث يتعين عليه اثبات واقعة الغش التي يدعيها. زابلات الغش هنا يقع على من وقع عليه الغش. والغش واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات.

يتعين علي القاضي أن يستظهر وقائع الغش والتحقق منه والبحث فيما تنطوي عليه نفس الخصم وما يحتويه ضميره.

–يعرف الغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الاجنبي بأنه التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين، وذلك، بنية التهرب من القانون واجب التطبيق أصلا، سواء كان قانون القاضي أم قانون أجنبي.

–يؤدي الأخذ بالغش نحو القانون إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي والذي تحدد اختصاصه بموجب تغيير الفرد لضابط الإسناد وتطبيق القاضي للقانون المختص بحسب الأصل.

–لا يعد الغش نحو القانون من النظام العام بل هو نظرية قائمة بذاتها في نطاق تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

–إن العلة من الأخذ بالغش نحو القانون كمانع من تطبيق القانون الأجنبي هي حماية القانون المختص أصلا ومن ثم وفقاً للرأي الراجح لا يُؤثر صدور فعل الغش من طرفي التصرف ولا تحقق الضرر للطرف الثاني والذي لم يصدر عنه فعل الغش، في تحقق الغش نحو القانون.

–تُعد نظرية الغش نحو القانون من مبادئ القانون الدولي الخاص والتي يأخذ بها القضاء العربي منها العراقي والأردني والمصري والاماراتي.

٥– فيما يخص النظريات التي طرحت بشأن تأثير الغش نحو القانون على معيار الإسناد فإن النظرية الأرجح هي بطلان الأثر المترتب على تغيير ضابط الإسناد من دون الضابط نفسه وذلك في القضية التي تم فيها الغش نحو القانون، مع بقاء التصرفات القانونية الأخرى في غير القضية التي فيها الغش صحيحة.

–لا مجال للأخذ بفكرة الغش نحو القانون في حال تغيير الديانة إلي الإسلام حماية للنظام العام الإسلامي.

ثانيا: التوصيات

١–نوصي بضرورة النص صراحة على مبدأ الغش نحو القانون تشريعياً لأنها من المسائل الهامة دولياً رغم ندرة حدوثها إلا أن الدول العربية تسعي دائماً لتعزيز الاستثمار وتشجيعه حيث اصبحت التجارة حرة بين معظم الدول ولان العالم أجمع أصبح قرية صغيرة.

٢–نقترح على المشرع العربي أن يتبني نصاً على الغش نحو القانون مثل المشرع الجزائري في المادة (٢٤) منه وأن يحدد مفهوماً عاماً للغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين ويحدد عناصره وأحكامه ولا عيب في ايراد المفاهيم عندما يكون لها دوراً فعالاً في سلامة تطبيق القانون.

٣–ان تنظيم قواعد القانون الدولي الخاص من خلال نصوص في القانون المدني (بالنسبة لتنازع القوانين) ونصوص أخري في قانون المرافعات او الاجراءات المدنية (بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية) تتطلب توحيداً لقواعده في قانون مستقل لأنه أصبح الآن له طبيعة خاصة ومستقلة به.

٤–يجب تدريب القضاة في الدول العربية على كيفية استخلاص الغش نحو القانون عموماً ونحو القانون الدولي الخاص علي وجه الخصوص بحيث تكون الوسائل واضحة المعالم فيما لا يلتبس الأمر على بعضهم وتتعارض أحكامهم على ضوء قواعد التفسير لهذا المجال الحيوي الذي أصبح من متطلبات العصر الذي نعيش فيه.