موانع تطبيق القانون الأجنبي

قد يحدث عمليا أن تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية تصطدم بالمبادئ الأساسية في دولة القاضي مما يؤدي به إلى استبعاد هذا القانون على أساس أنه يخالف النظام العام.

ومن جهة أخرى قد يتبين للقاضي الوطني من ظروف وملابسات القضية المعروضة أمامه أن الخصوم قد قاموا بتغيير عمدي لضابط الإسناد للتوصل إلى تطبيق قانون دولة معينة يقوم القاضي بالامتناع عن تطبيقه على أساس ارتكاب غش نحو القانون أدى إلى التحايل للتوصل إلى تطبيق قانون غير ذلك الذي كان يجب أن تخضع له العلاقة القانونية.

وعلى هذا الأساس فإن موانع تطبيق القانون الأجنبي تتمثل في:

أولا- النظام العام

ثانيا- الغش نحو القانون

وهو ما نتعرض له إتباعا

أولا - النظام العام

تستخدم فكرة النظام العام في القانون الداخلي لمنع خروج الإرادة عن الأحكام القانونية الآمرة ، بينما تستخدم في القانون الدولي الخاص لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية، بهدف حماية السياسة التشريعية في دولة القاضي من جهة، وحماية أسس دولة القاضي الاجتماعية والاقتصادية والدينية من جهة أخرى.

وإذا كانت هذه الوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي تثير عدة إشكالات قانونية تتعلق ابتداء بتحديد مفهوم النظام العام الذي يتفق الفقهاء على أنه فكرة مرنة تختلف باختلاف الدول، وتختلف في حدود إقليم نفس الدولة من فترة زمنية لأخرى، فإنه يلاحظ أنها تبقى في الجزائر بشأن المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية نظاما ثابتا ومستقرا لكون قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، بل وأنه ينص في المادة 222 منه على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشان المسائل التي سكت عنها هذا القانون أو التي اكتنفها الغموض.

وفي جميع الأحوال فإن تقدير ما إذا كان القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية مخالفا للنظام العام في دولة القاضي، يجب أن يتم وقت النظر في الدعوى، وليس وقت نشأة المركز القانوني ، حيث أن مخالفة النظام العام يجب أن تكون حالية عند رفع الدعوى ولو كان نشوء الحق قد تم دون أن يكون مخالفا للنظام العام.

ومن جهة أخرى فإن تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام من طرف قضاة الموضوع يخضع لرقابة المحكمة العليا

الأثر المترتب على تدخل النظام العام

يترتب على تدخل النظام العام أثر سلبي هو استبعاد القانون الأجنبي كليا أو جزئيا، وأثر إيجابي هو إسناد حكم العلاقة لقانون آخر، لسد الفراغ التشريعي المترتب على استبعاد القانون الأجنبي.

الأثر السلبي: الاستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الأجنبي

يترتب على تدخل فكرة النظام سلبا استبعاد القانون الأجنبي الذي تنص عليه قاعدة الإسناد، ويرى الفقه الغالب أن استبعاد هذا القانون يكون جزئيا بعدم إعمال الجزئية التي تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، ومع ذلك فإن هناك من الفقهاء من يرى أن الاستبعاد الجزئي للقانون الأجنبي وتطبيق بعضا من أحكامه غير المتعارضة مع فكرة النظام العام في دولة القاضي يتعارض مع حكمة قاعدة الإسناد لكونه يؤدي إلى مسخ القانون الأجنبي وتطبيقه في غير الحدود التي وضع ليطبق بشأنها.

الأثر الإيجابي للنظام العام - ثبوت الاختصاص لقانون القاضي

قد يكون تدخل النظام العام في دولة القاضي إيجابيا بأن يتم تحديد بديل القانون الأجنبي المستبعد، غير أنه وفيما يتعلق بكيفية تحديد هذا البديل ظهر اتجاهان يرى أولهما وجوب تعويض القانون الأجنبي بقانون القاضي المعروض أمامه النزاع ، بينما يرى ثانيهما وجوب البحث عن البديل على ضوء القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته للنظام العام، وقد اعتمدت هذا الحل محكمة النقض الألمانية في قضية تتلخص وقائعها في أن قاعدة الإسناد الألمانية أشارت إلى تطبيق القانون السويسري فيما يتعلق بعلاقة مديونية، ولما تبين للقاضي الألماني أن حقوق المديونية لا تتقادم في القانون السويسري مما يخالف النظام العام الألماني، لجأ إلى إعمال أطول مدة تقادم ينص عليها القانون السويسري، فكان حكمه محل نقد فقهي لما يتضمنه من تشويه للقانون الأجنبي.

أما المشرع الجزائري فقد سكت عن حكم هذه المسألة إلى أن نص في 2005 بمناسبة تعديل القانون المدني بموجب المادة 24 على ما يلي: "يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام الجزائري."

وبناء على ذلك يكون المشرع الجزائري قد اعتمد الأثر الإيجابي للنظام العام مبينا أنه يتعين على قضاة الموضوع استبدال القانون الأجنبي المخالف للنظام العام بالقانون الجزائري.

الأثر المخفف للنظام العام

أكدت محكمة النقض الفرنسية على أن أثر النظام العام يختلف في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بحق نشأ في فرنسا عنه في الحالة التي ينشأ فيها الحق في الخارج ويراد الاعتراف بآثاره فيها، ومن تم اعترف القضاء والفقه بالأثر المخفف للنظام العام في مجال الحقوق المكتسبة، حيث أن الحق الذي نشأ واكتسب

في الخارج كالطلاق مثلا يعد واقعة لا يمكن إنكارها وتجاهلها على أساس أن دولة القاضي لا تعترف بالطلاق.

وتبرير ذلك أن الشعور العام في دولة القاضي لا يتأثر بالمراكز والعلاقات القانونية التي تنشأ في الخارج بنفس درجة تأثره بالمراكز والعلاقات القانونية التي تنشأ داخل حدود إقليم الدولة، حيث أنه لا يمكن أن يسمح في فرنسا بتعدد الزوجات لمساس التعدد بالأسس التي تقوم عيها الأسرة الفرنسية، في حين أنه إذا تم الزواج بأكثر من زوجة خارج فرنسا، فإن امتداد آثار هذه العلاقات إلى داخل الإقليم الفرنسي لا يخدش الشعور العام الفرنسي بنفس الدرجة.

ومهما يكن من أمر فإنه لا يجوز في جميع الأحوال إعمال فكرة الأثر المخفف للنظام العام في الجزائر بشأن المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالشريعة الإسلامية.

الغش نحو القانون

تتضمن جميع قواعد الإسناد فكرة مسندة وضابط إسناد على الأقل، غير أن هناك ضوابط إسناد قابلة للتغيير تبعا لإرادة أطراف العلاقة القانونية، لذلك فقد يحدث عمليا أن يقوم أحد أطراف العلاقة القانونية بتغيير ضابط الإسناد قصد التوصل إلى تطبيق قانون معين، والتهرب من تطبيق القانون الواجب التطبيق أصلا.

ومثال ذلك أن المادة 12 من القانون المدني الجزائري تنص على أن انحلال الزواج يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فإذا كان الزوج تونسي الجنسية وقام بتغيير جنسيته قصد التهرب من تطبيق القانون التونسي الذي لا تتيح أحكامه الموضوعية فك الرابطة الزوجية، يكون قد ارتكب غشا نحو القانون.

هذا ويلاحظ أن الغش نحو القانون قد يكون حاصلا نحو قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، أو نحو قانون أجنبي، غير أنه لا يمكن الحديث عن غش نحو القانون في جميع الأحوال ما لم يقم صاحب المصلحة بالتغيير في الاختصاص التشريعي باستخدام قواعد الإسناد، حيث أن التغيير يجب أن يكون بهدف تجنب الأحكام القانونية الواردة في القانون الواجب التطبيق.

نشأة نظرية الغش نحو القانون

ظهرت نظرية الغش نحو القانون بمناسبة قضية دي بوفرومون التي تتلخص وقائعها في أن سيدة بلجيكية الأصل تزوجت من الأمير الفرنسي دي بوفرومون واكتسبت الجنسية الفرنسية، ثم أرادت بعد ذلك الطلاق منه، واستحال عليها ذلك تطبيقا لأحكام القانون الفرنسي الذي أشارت قاعدة الإسناد الفرنسية إلى تطبيقه نظرا لأن القانون الفرنسي لم يكن يسمح بالطلاق.

انتقلت السيدة دوبوفرومون إلى ألمانيا واكتسبت الجنسية الألمانية ثم تحصلت على الطلاق من زوجها الفرنسي وتزوجت بأمير روماني يدعى ببيسكو وأقامت معه في فرنسا.

قام زوجها الأول برفع دعوى طلب فيها من القضاء الفرنسي الحكم ببطلان الزواج على أساس أن تجنس الزوجة كان بهدف التهرب من تطبيق القانون الفرنسي، وبالتالي فإن الطلاق لا يعد صحيحا وبالتالي فإن الزواج الأول يظل قائما.

قضت محكمة النقض الفرنسية لصالح الزوج الأول مستندة في ذلك إلى فكرة الغش نحو القانون، حيث أن الزوجة قامت بتغيير جنسيتها قصد التهرب من تطبيق القانون الفرنسي الذي يمنع الطلاق، وبالتالي فإن المحكمة قد توصلت إلى عدم نفاذ كل من الطلاق والزواج الثاني مع بقاء العلاقة الزوجية الأولى قائمة.

شروط الدفع بالغش نحو القانون

يشترط للدفع بالغش نحو القانون شرط مادي يتمثل في القيام بالتغيير الإرادي لضابط الإسناد وشرط معنوي يتمثل في ضرورة توفر نية التحايل أو الغش نحو القانون.

إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد

يشترط لإعمال الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي حصول تغيير إرادي في ضابط الإسناد، كما لو قام صاحب المصلحة بتغيير الجنسية أو الموطن أو موقع المال.

حيث إن هذا التغيير لا يتحقق إلا في الحالات التي يكون فيها ضابط الإسناد من الضوابط التي يمكن للإرادة أن تقوم بتغييرها، ويطلق الفقه على هذا الشرط مسمى العنصر المادي للغش، لأنه يقوم على إجراء ظاهر من قبل الأفراد، لا فرق في ذلك بين أن يكون هذا الإجراء ماديا كتغيير مكان إبرام العقد، أو إجراءا قانونيا كتغيير الجنسية.

نية التحايل أو الغش نحو القانون:

لا يكفي أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد إراديا، وإنما يجب أن يكون الهدف من هذا التغيير التهرب من إعمال القانون المختص بحكم العلاقة القانونية، وهو ما يطلق عليه الفقه العنصر المعنوي في الغش نحو القانون.

أما البحث في توفر نية الغش من عدمه فإنه يتعين على القاضي استخلاصه من ظروف الدعوى باعتباره مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا، وتطبيقا لذلك يلاحظ أن القضاء الفرنسي استنتج سوء نية السيدة دوبوفرومون من كونها طلبت الطلاق في اليوم التالي لتجنسها بالجنسية الألمانية دون أن تتمكن من تبرير موقفها استنادا إلى سبب معقول.

وبالتالي فإنه من بين القرائن التي تفيد قيام نية الغش حالة التلازم الزمني بين العنصر المادي ممثلا في تغيير ضابط الإسناد وبين القيام بالتصرف المراد إخضاعه للقانون الجديد.

نطاق الغش نحو القانون

اتجه القضاء الفرنسي في البداية إلى أن مجال إعمال نظرية الغش يتحدد بالحالات التي يتم فيها التهرب من تطبيق القانون الفرنسي، وأسس الفقه الفرنسي لعدم إعمال هذه النظرية حين يتم التهرب من قانون أجنبي على أن ما يبرر اعتماد نظرية الغش نحو القانون يتمثل في أن التهرب من القواعد الآمرة المنصوص عليها في قانون القاضي هو الذي يؤدي إلى المساس بالمصالح العامة في دولة القاضي.

وفي تحليل هذا الموقف ذهب بعض الفقه إلى أن اقتصار نظرية الغش نحو القانون على الحالات التي يتم فيها التهرب من القانون الوطني دون الحالات التي يتم فيها التهرب من تطبيق القانون الأجنبي يتماشى مع موقف القضاء الفرنسي الذي يعامل القانون الأجنبي معاملة الواقعة ويرفض رفعه إلى مرتبة القانون.

واستند بعض الفقه في عدم اعتماد الغش نحو القانون حين يتم التهرب من تطبيق القانون الأجنبي، على أن وظيفة القاضي تتمثل في كفالة تطبيق القانون الوطني ومنع المتقاضين من مخالفته والتهرب من أحكامه، ولا يدخل في نطاق وظيفته العمل على منع التهرب من تطبيق القوانين الأجنبية والحرص على عدم مخالفتها .

ومهما يكن من أمر فإن الفقه الحديث يرى أن الدفع بالغش نحو القانون يقوم على أساس اعتبارات خلقية، وبالتالي فإنه يتعين إعماله سواء كان التهرب حاصلا نحو القانون الوطني أو القانون الأجنبي، كما أنه يلاحظ أن التحايل على القانون الأجنبي هو في حقيقة الأمر غش نحو القانون الوطني نفسه، لأن هدف الغش في النهاية يتمثل في الإفلات من تطبيق القانون المختص تطبيقا لقاعدة الإسناد الوطنية التي قد تشير إلى تطبيق قانون وطني أو أجنبي.

أثر الغش نحو القانون

انقسم الفقه الفرنسي في تحديده لما إذا كان أثر الغش نحو القانون يقتصر على النتيجة أم أنه يتعداه ليشمل الوسيلة أيضا إلى فريقين، يرى أولهما أن أثر الغش نحو القانون لا يقتصر على عدم نفاذ النتيجة التي كان يهدف الغاش إلى تحقيقها من خلال قيامه بتغيير ضابط الإسناد، وإنما يمتد ليشمل الوسيلة التي استعملها للتوصل إلى هذه النتيجة.

وتطبيقا لذلك فإنه في قضية دوبوفرومون لا يقتصر أثر الغش على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني الذي أبرمته الأميرة إعمالا للقانون الألماني، وإنما يجب أن يمتد أيضا ليشمل عدم الاعتداد الجنسية الألمانية نفسها باعتبارها الوسيلة المعتمدة للحصول على فك الرابطة الزوجية الأولى.

أما الفريق الثاني فيتمسك بأن أثر الدفع بالغش نحو القانون يقتصر على عدم نفاذ النتيجة التي أراد الغاش تحقيقها بتغيير ضابط الإسناد دون أن يمتد ليشمل الوسيلة المعتمدة للوصول إلى هذه النتيجة.

وتطبيقا لذلك فإنه في قضية دوبوفرومون يقتصر أُثر الغش نحو القانون على عدم نفاذ الطلاق والزواج الثاني، ومعنى ذلك أنه يقتصر على عدم تحقق النتيجة التي أرادت الأميرة الحصول عليها عندما قامت بتغيير جنسيها بغية التهرب من تطبيق القانون الفرنسي، أما التجنس بالجنسية الألمانية فيبقى منتجا لجميع آثاره في غير القضية المطروحة.

موقف المشرع الجزائري من نظرية الغش نحو القانون

سكت المشرع الجزائري عن تنظيم الغش نحو القانون كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي إلى سنة 2005 تاريخ صدور القانون رقم 10-05 المؤرخ في 2005 والذي نص في المادة 24 منه على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي الذي يثبت له الاختصاص التشريعي بواسطة الغش نحو القانون.

ومعنى ذلك أن مشرعنا أصبح يعتمد الغش نحو القانون كوسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي، كما أنه أورد عبارة الغش نحو القانون مطلقة دون التفرقة بين القانون الوطني والأجنبي، ومعنى ذلك أن نظرية الغش نحو القانون لا تقتصر في القانون الجزائري على الغش نحو القانون الوطني، وإنما تمتد لتشمل الغش الحاصل نحو القانون الأجنبي أيضا.

هذا ويتضح من نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري أن أثر الغش نحو القانون يتمثل في استبعاد تطبيق القانون الذي تبث له الاختصاص وفقا للضابط المفتعل وإعادة حكم العلاقة للقانون الذي كان مختصا بحكمها والذي أراد الغاش التهرب من تطبيق أحكامه.