

القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي في القانون الدولي الخاص الجزائري

“The applicable law to the international labor contract in Algerian private international law”

الدكتور بن سالم كمال

أستاذ محاضراً كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم-الجزائر.

Email :Bensalemuniv@gmail.com

تاريخ النشر: 03 / 06 / 2022

تاريخ القبول: 27/05/2022

تاريخ الاستلام: 10/05/2022

الملخص: طبقاً للقاعدة العامة المقررة في المادة 18 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري، تقضي بسريان قانون الإرادة على العقد الدولي، غير أنه هناك من العقود ما يخرج عن مجال تطبيق قانون الإرادة لخصوصيتها، كعقد العمل الدولي الذي يمتاز أحكامه بالطابع الحمائي للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وكذا التنظيم الأمر لمسائل علاقة العمل لصحتها بالنظام العام الاجتماعي، هذه الخصوصية التي تميزت بها علاقة العمل الدولية أثارت جدلاً فقهيًا متميزًا وتعددت التطبيقات القضائية والتجارب التشريعية بشأن القانون الواجب التطبيق عليها.

الأمر الذي يتطلب أن يحدد المشرع الجزائري موقفه صراحة وبوضوح من القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي على ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص، والاجتهاد القضائي والتجارب التشريعية المقارنة التي أجمعت في غالبيتها على ضرورة استبعاد قواعد التنازع العامة في مجال العقد الدولي، وإخضاع علاقات العمل لنظام الإسناد الخاص.

فبخصوص علاقة العمل الدولية المبرمة بين العامل وصاحب العمل، فإن الرأي الغالب استقر على إخضاعها لقانون بلد التنفيذ على اعتبار قواعد قانون العمل قواعد أمرّة لتعلقها بالنظام العام الاجتماعي، وهو ما استقر عليه العمل القضائي بإخضاعه عقود العمل الدولية لقانون بلد تنفيذها، فجاء استثناء عقود العمل من مجال إعمال قانون الإرادة ترجمة لسيطرة القوانين الإقليمية على هذا النوع من المواضيع بوصفها قوانين البوليس والأمن نظراً للتدخل المتزايد للدول الحديثة في تنظيم مختلف مظاهر الحياة الاقتصادية.

الكلمات المفتاحية: تنازع القوانين-تكييف العلاقة العقدية-عقد العمل الدولي-القانون الواجب التطبيق-قانون بلد التنفيذ-القانون المختار من الأطراف-النظام العام الاجتماعي-قوانين البوليس والأمن.

Abstract : According to the general rule established in Article 18, paragraph 1, of the Algerian Civil Code, it stipulates that the law of will is applicable to the international contract, (law of will or the law chosen by the parties) but there are contracts that go beyond the scope of the application of the law of will due to its specificity, such as the international labor contract whose provisions are characterized by the protective nature of the weak party in the contractual relationship, As well as the orderly regulation of the issues of the labor relationship as it relates to the social public order. This specificity that characterizes the international labor relationship has sparked a distinct jurisprudential debate and has multiplied judicial applications and legislative experiences regarding the law applicable to it.

Which requires that the Algerian legislator expressly and clearly define his position on the law applicable to the international labor contract in the light of the principles of private international law, jurisprudence and comparative legislative experiences, most of which unanimously agreed on the necessity of excluding general rules of conflict in the field of the international contract, and subjecting labor relations for a special reference system.

With regard to the international labor relationship concluded between the worker and the employer, the prevailing opinion settled on subjecting it to the law of the country of implementation, considering the rules of labor law as peremptory rules for their connection to the social public order, which is what judicial work has settled on by subjecting international labor contracts to the law of the country of implementation, so the exception of labor contracts came from The field of implementing the law of the will is a translation of the regional laws' control over this type of subject as the police and security laws due to the increasing interference of modern states in regulating the various aspects of economic life.

Key words: Conflict of law- adaptation of contractual relationship- International labor contract- Applicable law- Law of country implementation-the law chosen by the parties- Social public order- Police and security laws.

المؤلف المرسل: بن سالم كمال Email :Bensalemuniv@gmail.com

المقدمة:

إذا كانت القاعدة العامة هو خضوع موضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أو لقانون الموطن المشترك أو لقانون الجنسية المشتركة أو لقانون بلد الإبرام على ضوء ما تقرر في المادة 18 فقرة 1 من القانون المدني التي انصبت على العقود الواردة على المنقول، غير أنه هناك من العقود ما يخرج عن مجال تطبيق قانون الإرادة باعتباره ضابط إسناد أصلي لحكم موضوع العقد الدولي، نظرا لطبيعتها الخاصة التي تقتضي تطبيق قانون آخر.

تكمن أهمية دراسة علاقة العمل الدولية في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري، في خصوصية هذه العلاقة العقدية، المبنية على الطابع الحمائي للطرف الضعيف، والتنظيم الأمر لمسائل علاقة العمل لصلتها الوثيقة بالنظام العام الاجتماعي، الأمر الذي أثار جدلا فقهيًا وطرح تساؤلات قانونية أمام القضاء المقارن، نتج عنه اختلاف الآراء الفقهية وتعددت التطبيقات القضائية والتجارب التشريعية بشأن القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل الدولية، غير أنها اتفقت في غالبها على ضرورة استبعادها عن قواعد التنافس العامة في مجال العقد الدولي، وإخضاعها للإسناد الخاص في مجال علاقات العمل.

تجدر الإشارة إلى أنه لغرض البحث عن القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل الدولية في القانون الدولي الخاص الجزائري، يتطلب الأمر بداية البحث في معايير عقد العمل الدولي التي تثار جدل فقهي بشأنها نظرا لخصوصية علاقة العمل، وتكمن أهمية البحث في معايير عقد العمل الدولي في النتائج التي ترتبها استيفاء علاقة العمل الدولية لهذه المعايير، وفي مقدمتها قدرة الأطراف على تحديد القانون المختص بحكم العلاقة، وجواز الاتفاق على الاختصاص القضائي الدولي لتزاعهما المحتمل، باللجوء إلى التحكيم الدولي مباشرة، أو اختيار جهة قضائية أجنبية، وهو على ما يبدو الهدف من هذه الدراسة، وإن كانت دراستنا تقتصر على معالجة مسألة الاختصاص التشريعي لعلاقة العمل الدولية كجزئية قانونية تتطلب التمهيد والتفصيل في مختلف جوانبها الفنية وذلك لأهميتها القصوى في رسم معالم الحل للخصومة القضائية على الصعيد الدولي، وإن كانت مسألة الاختصاص القضائي الدولي مسألة أولية من الناحية الفنية، تتطلب البحث والتفصيل فيها في بحث مستقل.

فإذا رجعنا للقانون الجزائري، فإنه من الواضح أنه يستبعد قانون الإرادة من مجال التطبيق بخصوص أربعة أنواع من العقود، وهي عقود الأحوال الشخصية وعقود العمل وعقود الاستثمار والعقود المتعلقة بعقار.

من المهم تسليط الضوء على عقود العمل التي تستبعد نسبيا من مجال تطبيق قانون الإرادة، لتتدخل قوانين أخرى لحكم هذا النوع من العقود نظرا لخصوصية أحكامها التي تسعى إلى حماية النظام العام الاجتماعي، من خلال إقامة التوازن في العلاقة العقدية بين المصالح الاجتماعية للعمال والمصالح الاقتصادية لأصحاب العمل، وهو ما يدفعنا إلى معالجة مسألة القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري، وفقا لخطة ثنائية، مقسمة إلى محورين، يتناول المحور الأول سلطة القاضي الوطني في تكييف عقد العمل الدولي وأثره على تحديد القانون المختص، بينما يتناول المحور الثاني بعض التجارب التشريعية حول القانون الذي يحكم عقد العمل الدولي وموقف المشرع الجزائري منها. ووقفا عند مقتضيات البحث العلمي، من المفيد أن نشير إلى أن مضمون وهدف محاور هذه الدراسة تقتضي منا استعمال المنهج الوصفي والتحليلي.

أولا/ سلطة القاضي الوطني في تكييف علاقة العمل الدولية وأثره على تحديد القانون المختص:

إن خصوصية علاقة العمل التي تجمع طرفين غير متوازنين، أحدهما العامل وهو الطرف الضعيف في العلاقة، والآخر صاحب العمل وهو الطرف المهيمن في العلاقة، تطلب تدخل الدولة الحديثة بتشريعاتها الاجتماعية الأمر، حماية للطرف الضعيف في العلاقة، حد من دائرة إرادة المتعاقدين في تنظيم كثير من مسائل علاقة العمل، فلم تعد علاقة العمل تكييف ضمن العلاقات المدنية العادية، فتخضع للتشريعة العامة، بل تكييف على أنها علاقة خاصة، تخضع لقانون خاص، ألا وهو قانون علاقات العمل المتميز بطابعه الحمائي، والتنظيم الأمر لمختلف مسائل ذات الصلة بالنظام العام الاجتماعي¹. فتكييف عقد العمل الدولي وتحديد القانون الذي يحكمه لم يعد يخضع لقاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات العقدية المقررة في المادة 18 من القانون المدني، التي اعتمدت قانون الإرادة كضابط إسناد أصلي، فخصوصية علاقة العمل دفعت الفقه الحديث إلى البحث عن بديل لقانون الإرادة.

1- معايير عقد العمل الدولي:

تجدر الإشارة إلى أن مسألة تنازع القوانين في مجال علاقات العمل الدولية، تعتبر من المسائل التي أثارت جدلا فقهيًا في القانون الدولي الخاص، نظرا لخصوصية علاقة العمل التي تتسم بالتنظيم الأمر لعلاقات العمل، بفعل تدخل الدولة المستمر لتنظيم علاقات العمل لاسيما ما تعلق منها بالنظام العام الاجتماعي، ضمنا للحماية الاجتماعية للعمال الأجراء، باعتبار هذه الفئة الطرف الأضعف في العلاقة، فضلا عن التطور المستمر للتنظيم الدولي لعلاقات العمل²، وهو ما أدى إلى استبعاد نسبي لقانون الإرادة من مجال تطبيق عقد العمل الدولي، والبحث عن قاعدة إسناد خاصة تتلائم مع خصوصية علاقة العمل.

¹- من أهمها، الحد الأدنى للأجور، الحد الأقصى للساعات الإضافية، المدة القانونية للعمل، الضمان الاجتماعي، حالات إنهاء علاقة العمل، أسباب تعليق علاقة العمل، حالات الخطأ الجسيم، الراحة والعطل القانونية، الأنظمة الداخلية، أجهزة المشاركة، لجان الوقاية الصحية والأمن، التنظيم النقابي، النظام القانوني للإضراب، إجراءات تسوية علاقات العمل الفردية، إجراءات تسوية علاقات العمل الجماعية، وعدم جواز تشغيل النساء والقصر ليلا، وعدم جواز تشغيل القصر ما دون 16 سنة، ونظام تفتيش العمل، (...).

³ - أي تلك المحاولات الدولية المختلفة لتوحيد التشريعات الوطنية المتعلقة بعلاقات العمل والحماية الاجتماعية، من خلال التوصيات والاتفاقيات الدولية المبرمة في إطار منظمة العمل الدولية.

⁴- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة-الجزائر، 2010، ص.336 و337.

برأينا، لحل مشكلة تنازع القوانين بشأن عقد العمل الدولي، يتطلب الأمر بداية تحديد معايير عقد العمل الدولي التي يستوجب تحليلها على ضوء مبادئ القانون الدولي الخاص، على منوال ما يفعل مع معايير العقد الدولي كشرط لإعمال قانون الإرادة.

1-1-1 الطابع الدولي لعقد العمل:

يترتب على الإقرار بتوافر الصفة الدولية لعقد العمل نتائج في غاية الأهمية، في مقدمتها قدرة الأطراف على تحديد القانون المختص عملا بالمادة 18 من القانون المدني، وكذا جواز الاتفاق على الاختصاص القضائي الدولي باللجوء إلى التحكيم الدولي مباشرة، أو اختيار جهة قضائية أجنبية لحل المنازعات المحتملة، بينما إذا انتفى الطابع الدولي لعقد العمل، فتنتفي معه بالتبعية هذه النتائج كلها³.

لتحديد ماهية العقد الدولي، وجد معياران: المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، ويعتبر العقد دوليا بالمعيار القانوني إذا تخلله عنصر أجنبي يجعله مرتبطا بأكثر من نظام قانوني، كاختلاف جنسية الطرفين المتعاقدين، أو اختلاف موطنهما، أو اختلاف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه. بينما يعتبر العقد دوليا وفقا للمعيار الاقتصادي، إذا كان من شأنه المساس بمعطيات التجارة الدولية، أي إذا ترتب عليه نقل بضاعة من دولة لأخرى مقابل نقل الثمن من الدولة الثانية إلى الدولة الأولى.

فإذا حللنا هذين المعيارين، نقول متى اعتبر عقد ما دوليا بالمعيار القانوني، فإنه لا يعتبر حتما دوليا بالمعيار الاقتصادي، بينما العكس صحيح، فالمعيار القانوني أوسع نطاقا من المعيار الاقتصادي، فإنه بالنتيجة، يترتب عن ذلك، استبعاد أعمال المعيار الاقتصادي على عقد العمل الدولي، لأن العقد الدولي بالمفهوم الاقتصادي يقوم على أساس تأثير العقد اقتصاديا في العلاقات الدولية⁴.

1-1-1-1 تطور المعيار القانوني كأداة لاستخلاص الطابع الدولي لعقد العمل:

لاكتساب العقد الطابع الدولي، اشترط الفقه التقليدي توافر الصفة الأجنبية في أحد عناصر العقد، ومهما كان دور هذا العنصر إيجابيا أو سلبيا، فإذا أردنا أن نطبق هذا الشرط على عقد العمل، فيكتسب الطابع الدولي بمجرد أن يكون أحد طرفي العقد متمتعاً بجنسية أجنبية أو متوطنا بالخارج أو إبرام العقد تم في دولة أجنبية أو أنه من المقرر تنفيذه في دولة أجنبية، لكن الفقه الحديث هجر المفهوم التقليدي للمعيار القانوني، لأنه يتسم بالجمود والآلية ومن السهل اصطناعه. بينما اشترط الفقه الحديث الارتباط الموضوعي لعناصر العقد بأكثر من نظام قانوني، يجعلها مؤثرة في تحريك قواعد التنازع لحل مشكلة تنازع الأنظمة القانونية، بمعنى يقتضي التركيز الموضوعي للعلاقة القانونية والتأكد من ارتباطها بأنظمة قانونية، وعدم الاعتداد بالأوصاف التي يضيفها عليها أطراف العلاقة، فهذا المعيار يخول القاضي صلاحية تحديد الطابع الدولي للعقد، ومن ثم فإن تحديد القانون الذي يحكم موضوع العقد المبرم بينهما يبقى من صلاحيات القاضي المعروض أمامه النزاع وحده، ولقيام القاضي بهذه المهمة، يبقى ملزما بالوقوف عند العناصر الموضوعية التي يرتبط بها العقد، وهو ما ينسجم برأينا، مع النظرية الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، ويشكل بداية لهيأة النظرية الذاتية المطلقة التي تقدس مبدأ سلطان الإرادة وللنتائج التي رتبها⁵.

⁵- حبار محمد، المرجع السابق، ص. 148.

⁶- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص. 338.

إن غموض العنصر الأجنبي في العلاقة الدولية الخاصة، جعل الكثير من الفقهاء يتخذ اختلاف جنسية الطرفين المتعاقدين أو موطنهما أو اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ معيارا لإضفاء الطابع الدولي على عقد العمل، دون مراعاة للظروف الاجتماعية والاقتصادية التي أبرم فيها عقد العمل، ودون مراعاة لروابط تركيز العلاقة العقدية، فمثلا لو أسست شركة أجنبية فرعا لها في الجزائر واستخدمت فيه عمالا جزائريين، فلا يشكل اختلاف الجنسية معيارا لإضفاء الطابع الدولي للعقد، فالجنسية هنا لا تؤثر في الإطار القانوني المنظم لعقد العمل، ولا تنقله من إطاره الوطني إلى إطاره الدولي، لأن الصفة الأجنبية في هذه الحالة تشكل عنصرا محايدا أو سلبيا تخص العلاقة بين العامل وصاحب العمل.

بينما قد يشكل اختلاف الجنسية عنصرا إيجابيا في عقد العمل، إذا كانت الصفة الأجنبية لعلاقة العمل مترتبة عن علاقة العامل بعمله، حيث تضع الأطراف المتعاقدة في نفس مستوى التفاوض على شروط العمل، فمثلا الاستعانة بعامل أجنبي ذو مؤهلات خاصة، يضيف على عقد العمل الطابع الدولي، حتى ولو ارتبطت العناصر الأخرى بدولة واحدة، لأن العامل في هذه الحالة مؤهل لمناقشة شروط العقد بكل حرية على قدم المساواة مع صاحب العمل، وأيضا الاستعانة بعامل وطني ذو مؤهلات خاصة لإنجاز عمل في دولة أجنبية، فعامل الخبرة والكفاءة من وراء إبرام هذا العقد. بينما يبقى العقد داخليا إذا استعان صاحب العمل بعماله لإنجاز أعمال عادية في دولة أجنبية، ولو خضعوا للنظام القانوني المطبق في مكان التنفيذ واستفادوا من مزايا استثنائية، ويبقى عنصر اختلاف الموطن ومكان الإبرام بدون تأثير إيجابي لهما في إضفاء الطابع الدولي على عقد العمل⁶.

2- موقف الاتجاهات الفقهية من القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل الدولية:

اختلف الفقه الحديث حول قواعد الإسناد الملائمة لعقد العمل الدولي، فالبعض منه أسنده لقانون البلد الذي ينفذ فيه العقد، والبعض الآخر أخضعه لقانون البلد الذي أبرم فيه العقد.

1-1 مبررات إخضاع علاقة العمل الدولية لقانون بلد التنفيذ:

1- يرى البعض أن أساس تطبيق قانون محل التنفيذ على عقد العمل الدولي لا يتمثل في المادة 18 من القانون المدني بفقراتها 1 و2 و3، التي اعتمدت قانون إرادة المتعاقدين كضابط إسناد أصلي، وقانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون مكان الإبرام كضوابط إسناد احتياطية. وإنما يرجع الأساس القانوني إلى المادة 5 من القانون المدني التي ألزمت كل الأشخاص المقيمين، طبيعية أو معنوية، وطنية أو أجنبية، بالخضوع لقوانين الشرطة والأمن⁷.

السؤال المطروح، ما المقصود بعبارة "قوانين الشرطة والأمن"؟

يصعب إعطاء تعريف دقيق وواضح وجامع لعبارة "قوانين الشرطة والأمن" بالنظر لمرونتها ولقابليتها للتطور من مرحلة زمنية لأخرى داخل نفس الدولة التي تقوم بإصدارها لها، ولذلك فإن الفقه يكتفي برسم الإطار الذي تتدخل فيه هذه القوانين، ونكون بصدد قواعد قانونية ذات طبيعة أمرة، يتعين إعطاؤها الغلبة في التطبيق، وذلك دون الحاجة للمرور بمنهج التنازع، ويتحقق ذلك في حالة تعلق العلاقة القانونية بقواعد قانونية أمرة توضع أصلا لحماية السياسة الاجتماعية والاقتصادية التي تهدف إليها الدولة، منها ما يتعلق بالقانون العام ومنها ما يتعلق بالقانون الخاص، ومن أهم نتائجها المترتبة عنها، أنها تضم في طياتها كل المسائل المتعلقة بحماية كيان الدولة، والحفاظ على تنظيم المجتمع، وحماية المصالح الوطنية الأساسية، ولذلك يجب احترام هذا النوع من القوانين، التي يسميها بعض الفقه بالقوانين ذات التطبيق المباشر، لأنها تطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية، وطنية أو دولية، وأن القاضي المعروض أمامه النزاع يبقى ملزما بتطبيقها تلقائيا، وهو ما يجنبه البحث عن قاعدة الإسناد الواردة في القانون الوطني لتحديد القانون الذي يحكم العلاقة المعروضة أمامه⁸.

⁶ - الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص. 341 و342.

⁷ - م. 5 من ق. رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني: "يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن".

⁹ - حبار محمد، المرجع السابق، ص. 66.

2-1-1- أثر منهج قوانين البوليس والأمن على تنظيم عقد العمل الدولي:

بالرجوع إلى المادة 5 من القانون المدني أخضعت كل سكان القطر الجزائري إلى قوانين الشرطة والأمن، وردت هذه المادة تحت عنوان آثار القوانين وتطبيقها وبعيدا عن مجال تنازع القوانين من حيث المكان، غير أن الفقه الحديث وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي Francescakis اعتمد قوانين البوليس والأمن أو ما يعرف بالقوانين ذات التطبيق المباشر كمنهج مستقل في تنازع القوانين، حيث عرفها بأنها تلك القوانين التي يستوجب احترامها للحفاظ على تنظيم المجتمع وحماية المصالح الوطنية الأساسية، وتطبق بغض النظر عن طبيعة العلاقة القانونية وطنية كانت أو أجنبية، وقد اتسع نطاق هذه القوانين بتطور دور الدولة وتدخلها في المجال الاقتصادي والاجتماعي، ومن أمثلتها القواعد الأمرة المنظمة لعلاقات العمل والقواعد المتعلقة بحماية المستهلك وقوانين الصرف والنقد وقوانين الصحة العمومية وقوانين ممارسة الأنشطة التجارية والقواعد المنظمة لممارسة التجارة الخارجية(...).

غير أن البعض يرى أن قوانين البوليس والأمن وإن كانت تحد من مجال تنازع القوانين وإعمال منهج الإسناد، غير أنها ليست بديلا عن منهج الإسناد، بحجة أن مجال تطبيق قوانين البوليس والأمن ليس مجالاً للتنازع، كما أنها قابلة للتطبيق على كل المقيمين على إقليم الدولة بما فهم الوطنيين والأجانب على حد سواء طبقاً لمبدأ إقليمية القوانين، كما أن قوانين البوليس والأمن لا تميز من حيث مجال تطبيقها بين العلاقات الوطنية والعلاقات الأجنبية أو العلاقات العامة والعلاقات الخاصة، وعلى هذا الأساس لا تشكل قوانين البوليس والأمن منهجا مستقلا بديلا عن نظام الإسناد في تنازع القوانين، كما أن إعمال القاضي لقوانين البوليس والأمن يعفيه من اللجوء لنظام الإسناد، لأنها قوانين لا تقبل قطعياً أن تزاحمها قوانين أخرى في نفس مجالها، وتطبق وفقاً لمبدأ إقليمية القوانين⁹.

من الواضح، أن عبارة "قوانين البوليس والأمن" الواردة في المادة 5 من القانون المدني تحت عنوان آثار القوانين وتطبيقها، هي على ما يبدو أنها قواعد موضوعية، أي تعطي حلاً موضوعياً للنزاع، وتطبق بصفة مباشرة، فقواعد الضمان الاجتماعي المقررة في قانون بلد التنفيذ، تصنف ضمن قوانين البوليس والأمن، وهي تشكل الحد الأدنى من الحماية المقررة للمؤمن لهم اجتماعياً ولدوي حقوقهم التي ينبغي توفيرها، وفي نفس الوقت نظراً لخصوصية علاقة العمل وتعدد مصادر تنظيمها، تقرر لأطراف العلاقة أحقية إدراج شروط في عقد العمل الدولي أكثر نفعاً للعمال الأجانب مما تقرر لهم في قانون بلد التنفيذ، فلا مانع من تطبيق هذه الشروط بوصفها قانوناً مختاراً للمتعاقدين، بحيث لا تتعارض في جوهرها مع قانون بلد التنفيذ¹⁰.

أجمع الفقه الحديث على عدم صلاحية سريان قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات العقدية على مسائل علاقات العمل، لذلك سارع الكثير منهم إلى اقتراح تطبيق ضوابط إسناد خاصة بعقد العمل الدولي، فاتجه البعض إلى تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها عقد العمل، على أساس أنه الموطن الغالب للمتعاقدين، بينما اتجه البعض الآخر إلى تطبيق قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين في حالة اشتراكهما في الجنسية، واتجاه ثالث يرى تطبيق قانون مركز إدارة الأعمال.

لقد أخذت كافة الاتجاهات الفقهية اعتبار حرص أغلب التشريعات الحديثة على تنظيم علاقات العمل بموجب قواعد أمره تهدف لحماية العمال الأجانب، كالنظام القانوني للأجور والمدة القانونية الأسبوعية للعمل والتعويض عن العمل بالساعات الإضافية والعمل الليلي والعمل التناوبي، وشروط التشغيل(...)، هذه الاعتبارات دفعت غالبية الفقه الحديث إلى إخضاع عقد العمل لقانون الدولة التي ينفذ فيها عقد العمل، فالفقه الفرنسي أقر بتطبيق قانون بلد التنفيذ على أساس أنه

¹⁰ - الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.346.

¹¹ - بن سالم كمال، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين-تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية-مركز الأجانب)، مطبوعة بيداغوجية، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، للموسم الجامعي: 2021/2022، ص.30.

تعبير عن الإرادة المفترضة للمتعاقدين، وهو مزج غير مقبول مع قانون إرادة المتعاقدين سواء كانت صريحة أو ضمنية، فمجال إعمال قانون الإرادة يخص الجانب التفاوضي شريطة أن يكون للقانون المختار صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين طبقاً للمادة 18 من القانون المدني، بينما مجال إعمال قانون بلد التنفيذ يخص الجانب التنظيمي للعقد الذي تحكمه النصوص الأمرة التي لا مجال لإرادة الأطراف فيها، وإن كان جانب من الفقه الفرنسي يرى إسناد عقد العمل برمته لقانون دولة التنفيذ ولو تعلق الأمر بالجانب غير التنظيمي للعقد، وذلك حفاظاً على وحدة القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي¹¹، وإن كان هذا الرأي يمس بمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي ينتمك حقوق الأطراف في التفاوض على شروط عقد العمل لاسيما بخصوص المسائل ذات القابلية للتفاوض المحددة في مختلف تشريعات العمل الحديثة، وهي مسائل مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، وهو برأينا- مجال خصب لتكريس مبدأ سلطان الإرادة¹².

تجدر الإشارة إلى أن أي محاولة من القاضي الوطني المعروض أمامه النزاع للتمييز بين الجانب التنظيمي والجانب التفاوضي في عقد العمل الدولي، هي مسألة تكييف ثانوي الذي يخضع للقانون المختص بحكم العلاقة، والذي يتحدد هنا استثناء بقانون محل التنفيذ¹³.

ذهبت اتفاقية روما لعام 1980 إلى تكريس قوانين البوليس والأمن على مستوى دول الاتحاد الأوروبي، حيث سمحت للقضاء الوطني لتلك الدول بإعطاء الأولوية للقواعد الأمرة في التطبيق التي تنتهي إلى قانونه، وذلك بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق¹⁴، الأمر الذي التزم به تماماً القوانين الأوروبية، حيث ألزم المشرع الفيدرالي السويسري بتطبيق الأحكام الأمرة نظراً لخصوصية هدفها، وذلك بغض النظر عن القانون المختص بواسطة قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص السويسري¹⁵، ونفس المقتضى كرسه القانون الدولي الخاص البلجيكي لعام 2004 الذي أقر صراحة أنه لا يمكن لأحكام

¹²- هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، مبادئ في القانون الدولي الخاص (الجنسية-مركز الأجانب-تنزاع القوانين-تنزاع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية-الاسكندرية، لعام 2001، ص.390 و391.

¹³-م.120 من ق.90-11 المؤرخ في 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل.

¹⁴-وليس لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع طبقاً للقاعدة العامة المقررة في المادة 9 من القانون المدني التي تتعلق بالتكييف الأولي.

¹⁵-Art.9 de la convention de Rome sur le droit applicable en matière des obligations contractuelles dans les pays de l'union européenne : « les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. »

¹⁶-Art.18 de la loi fédérale de la confédération suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, publié à la revue critique, Année 1988, p.409 : « Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi. ».

القانون المختص بواسطة قواعد تنازع القوانين أن تمس بتطبيق الأحكام الأمرة أو النظام العام للقانون البلجيكي التي تمتد للتطبيق على علاقة دولية وتسعى إلى تحقيق هدفها الخاص¹⁶.

التساؤل المطروح، ماذا لو سكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما لاسيما في

جانبه التعاقدية؟

يرى بعض الفقه عند سكوت المتعاقدين عن بيان القانون الواجب التطبيق، أن يحدد القاضي المعروض أمامه النزاع القانون الواجب التطبيق على الجانب غير التنظيمي للعقد بناء على قرائن مستمدة من ظروف وملابسات العقد كمركز إدارة الأعمال أو ما يعرف بالمقر الاجتماعي الرئيسي للمستخدم، أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد.

بينما يرى البعض الآخر ضرورة الرجوع للقواعد العامة التي تقضي بأنه في حالة تعذر أعمال ضابط الإسناد الأصلي وهو القانون المختار من المتعاقدين لحكم العلاقة القانونية، يتم أعمال ضوابط الإسناد الاحتياطية والمتمثلة في ضابط المواطن المشترك أو ضابط الجنسية المشتركة أو ضابط بلد الإبرام.

في اعتقادنا، الرأي الأول فتح باب الاجتهاد للقاضي الوطني في حالة غياب القانون المختار من المتعاقدين، سواء كان صريحا أو ضمنيا، مستعملا سلطته التقديرية في استنباط القرائن من ظروف وملابسات العقد، لاسيما الأمر يتعلق بمسألة لم يرد بشأنها نص كعلاقة العمل الدولية، بينما الرأي الثاني اعتمد القياس مع الفارق لأن الأمر يتعلق بعقد دولي ذو طابع خاص، أجمع الفقه الحديث على ضرورة خضوعه لقاعدة إسناد خاصة لا للقواعد العامة.

هذا الرأي –برأينا- يوفر فرص أكثر لتطبيق قانون القاضي المعروض أمامه النزاع، الذي يمنح الأولوية في التطبيق لقانون بلد التنفيذ، وبالتالي تعميم تطبيقه على كامل عقد العمل الدولي، سواء في جانبه التنظيمي أو جانبه التفاوضي.

بينما الرأي الثالث، وهو الرأي الأرجح في تقديرنا، لاسيما في غياب نص صريح، الذي يرى أنه في حالة سكوت الأطراف عن القانون الذي يحكم التزاماتهم العقدية (الجانب التفاوضي في العقد)، على القاضي المعروض أمامه النزاع تعميم تطبيق قانون بلد التنفيذ على كافة علاقة العمل الدولية بجانبها التنظيمي والتفاوضي على حد سواء، وهو ما يكفل -حسب البعض- وحدة القانون الذي يحكم العلاقة برمتها¹⁷، وهذا الرأي –في اعتقادنا- يوفر فرص أكثر لتطبيق قانون بلد التنفيذ، ويمنحه الأولوية في التطبيق على كامل عقد العمل الدولي.

2-1-2- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الذي ينفذ في أكثر من دولة:

تساءل الفقه بشأن القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الذي ينفذ في أكثر من دولة، كأن تكون مؤسسة إعلامية مراسلها وصحفيها في أماكن مختلفة من العالم، أو كأن تكون مؤسسة تجارية أو صناعية ممثلها التجاريين في دول مختلفة، غير أن الفقه في إجابته عن هذا التساؤل، ميز بين حالتين.

¹⁷- Art.20 alinéa 1 de la loi 16-17-2004 portant le code de droit international privé belge, mise à jour au 07-08-2020, intitulé les règles spéciales d'applicabilité, sous la 5^{ème} section intitulé les conflits de lois du 1^{er} chapitre intitulé les dispositions générales : « les dispositions de la présente loi ne portent pas atteinte à l'application des règles impératives ou ordre public du droit belge qui entendent régir une situation internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois, en vertu de la loi ou en raison de leur but manifeste. », **vue sur le site web, le 16-04-2022 à midi, [http:// www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2004/07/06/2004009511/justel](http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2004/07/06/2004009511/justel)**

¹⁸- هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 393.

¹⁹- هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، نفس المرجع المذكور أعلاه، ص. 393.

الحالة الأولى، كأن ينفذ العامل عمله بصفة أساسية (عادة) في دولة معينة، وفي نفس الوقت ينفذ نفس العمل بصفة فرعية (مؤقتا) في دول أخرى، ففي هذه الحالة، يسري على عقد العمل قانون الدولة التي ينفذ على إقليمها العمل الرئيسي.

الحالة الثانية، كأن ينفذ عقد العمل في أكثر من دولة، حيث يصعب تحديد تنفيذ عقد العمل بصفة أساسية في إقليم دولة معينة، لاسيما حينما يتعلق الأمر بعقود العمل المبرمة مع الممثلين التجاريين الذين يمثلون المؤسسات التجارية في أكثر من دولة، أو عقود العمل المبرمة مع عمال النقل البحري أو الجوي الدولي، ففي هذه الحالة، اتجه غالبية الفقه والقضاء المقارن لاسيما في فرنسا إلى تطبيق قانون مركز إدارة الأعمال، وتكمن أهمية هذا الضابط في قدرته على ضمان وحدة القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي.

استنادا لحكم الحالتين السابقتين، يمكننا أن نستنتج أن ضابط قانون بلد تنفيذ العمل لا يمكن تطبيقه إلا إذا نفذ العمل تنفيذا كاملا على إقليم دولة معينة، أو نفذ الجزء الأساسي منه على إقليم دولة معينة¹⁸.

من المفيد القول أنه رغم غلبة الإسهامات الفقهية والاجتهادات القضائية في مجال القانون الدولي الخاص على التشريعات، تبقى هذه الأخيرة تحتل مركزا لا يقل أهمية عن الأولى، وذلك بفعل إسهامها في تأصيل وتكريس الكثير من المفاهيم والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، الأمر الذي أسهم بشكل كبير وواضح في إثراء رصيد التجارب التشريعية الحديثة على اختلاف منابها واتجاهاتها الفكرية والقانونية، وهو ما سنتعرض إليه في المحور الثاني.

ثانيا/ التجارب التشريعية حول القانون الذي يحكم علاقة العمل الدولية وموقف المشرع الجزائري منها:

لقد كان لأراء الفقه وأحكام القضاء المقارنين الفضل الأكبر والإسهام الأوسع في مجال تنازع القوانين، أديا إلى إثراء النظم القانونية الحديثة بتجارب متنوعة لاسيما في مجال الإسناد حول علاقات العمل، فأى قراءة نقدية لهذه التجارب التشريعية في مجال إسناد علاقات العمل، تسمح لنا بالتقييم والتنقيح والإثراء لبلورة مفاهيم جديدة قد تكون أساسا لحلول تشريعية لاحقة في القانون الجزائري.

1- التجارب التشريعية حول القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل الدولية:

كان للنظم القانونية الحديثة لتنازع القوانين الأثر البالغ في تنوع الإسناد في مجال علاقات العمل، نتعرض إليها إتباعا بالدراسة والتحليل.

1-1- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل في القانون الفرنسي:

كان للقضاء الفرنسي السابق والفضل في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ففي قرار صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 ديسمبر 1910، قضت بموجبه بأنه: "قانون الإرادة هو المختص في تنظيم العقد، سواء تعلق بشروط تكوينه أو بآثاره"، فهذا القانون اعترف به اجتهاد محكمة النقض الفرنسية واتفاقية روما لعام 1980، فأصبح ميدانا للإسناد في العقد الدولي، كما أصبح يتنافس مع قوانين أخرى في بعض العلاقات الخاصة، حيث انتهى القضاء الفرنسي حديثا إلى إخضاع عقود العمل لقانون الإرادة متى كان هذا القانون أنفع للعامل، حيث أجاز للمتعاقدين الاتفاق على شروط أفضل للعامل لا تتعارض مع الأحكام الآمرة في قانون بلد التنفيذ، وهذا الحل القضائي لا يتجاهل قانون بلد التنفيذ على أساس أن بلد التنفيذ هو أحد عناصر تركيز علاقة العمل¹⁹.

²⁰ -Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Droit international privé, édition Dalloz, Paris, 6^{ème} édition 1999, p.456.

بينما بالرجوع إلى اتفاقية روما لعام 1980 المحددة للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية في دول الاتحاد الأوروبي، أوردت قيدين على قانون الإرادة، وذلك في حالتين، الحالة الأولى عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ففي هذه الحالة يستبعد كل تدخل لهذه الإرادة، والحالة الثانية وجود الأحكام الأمرة في قانون آخر تمنع تطبيق القانون المختار من الأطراف أو تحد منه، فهاتين الحالتين فقط تدفعان القاضي إلى البحث عن القانون المختص على ضوء التركيز الموضوعي لعناصر العقد في بلد معين، على أساس الروابط الأكثر صلة، فمقتضى هذا المبدأ دفع القاضي إلى البحث عن مركز الثقل في العلاقة العقدية، آخذا بعين الاعتبار جميع عوامل الإسناد، سواء كانت ذات طابع قانوني أو سوسولوجي أو اقتصادي، مثل مكان الإبرام، أو مكان التنفيذ، أو الجنسية، أو موطن الأطراف، أو محل العقد(...).

لغرض توجيهه ومساعدة القاضي في عملية البحث، وحلا للصعوبات التي تعترض القاضي عند لجوئه لنظام التركيز الموضوعي لعناصر العقد، حددت اتفاقية روما لعام 1980 أصناف من القرائن على سبيل المثال لا الحصر، تتطلب في مجملها أن يحاط بالعقد روابط أكثر صلة بالبلد التي يتوفر فيه لأحد الأطراف إقامة معتادة أو يقدم فيه الأداء المميز، وتقدير القاضي لعنصر الأداء المميز هي مسألة ظروف وملابسات محيطة بإبرام العقد أو تنفيذه.

مهما يكن من أمر، فإن اتفاقية روما لعام 1980 أجازت صراحة للقاضي أن يستبعد هذه القرائن أو تلك، ليأخذ بعين الاعتبار ظروف أخرى تسمح له بإسناد العقد لقانون بلد آخر توجد فيه روابط أكثر صلة، وهو ما يعكس المرونة القصوى لنظام التركيز وحرية التقدير الواسعة المعترف بها للقاضي في هذا المجال.

بالرجوع إلى اتفاقية روما لعام 1980، لم تكتف بقواعد التنازع العامة، بل اهتمت أيضا ببعض العقود الخاصة لغرض حماية الطرف الأضعف في العلاقة، من جملتها عقود العمل، حيث لا يمكن حرمان العامل من الأحكام الأمرة التي توفر حماية أفضل للعامل، متى تعذر إعمال القانون المختار من الأطراف، وفي حالة تعدد أماكن العمل، فيتحدد القانون المختص على ضوء مكان التنفيذ المعتاد للعمل، أو مقر إدارة أعمال المؤسسة التي شغلته، حينما لا يؤدي العامل عادة عمله في نفس الدولة، أو قانون الدولة التي يوجد فيها أوثق الروابط مقارنة مع غيرها من الدول²⁰.

من الواضح أن اتفاقية روما لعام 1980 أخضعت عقد العمل الدولي أولا للقانون المختار من الأطراف، وفي غياب القانون المختار من الأطراف أو تعذر إعماله، طبق القاضي قانون بلد التنفيذ، أو قانون الدولة التي يوجد فيها أوثق الروابط، وهي لم تختلف كثيرا عما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي.

1-2- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي في القانون الألماني:

أخضع المشرع الألماني عقد العمل الدولي للقانون المختار من الأطراف، شريطة عدم تعارضه مع الأحكام الأمرة المقررة للحماية في القانون المختص، وهو ما أشارت إليه صياغة المادة 30 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986، التي تقرر فيها أنه في عقد العمل لا يكون للقانون المختار من الأطراف أثرا في مجال الحماية المقررة بموجب الأحكام الأمرة الواجبة التطبيق، على أن يطبق في حالة عدم الاختيار- قانون الدولة التي ينفذ فيها العامل عادة عمله، ولو كان قد ارتبط بصفة مؤقتة ببلد آخر، أو قانون البلد الذي توجد فيه مقر إدارة أعمال الهيئة المستخدمة التي استخدمت العامل إذا كان العامل لا ينفذ عادة عمله في نفس البلد، ما لم يتبين من مجموع الظروف أن عقد العمل له ارتباط حقيقي مع بلد آخر، فيطبق قانون ذلك البلد²¹.

²¹ - Yvon Loussouarn, , Pierre Bourel, OP.CIT, p.455 et 456.

²²-الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص.349.

لا يوجد في القانون الألماني قواعد تنازع قابلة للتطبيق على الالتزامات العقدية، ما فتح المجال أمام الاجتهاد القضائي الألماني، فكقاعدة عامة، حل مشكلة تنازع القوانين المترتبة عن الالتزامات العقدية، يسري عليها القانون المختار من الأطراف كضابط إسناد أصلي، وهو المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الألماني لفترة طويلة، وهو مكرس لاسيما من طرف الاجتهاد القضائي الثابت للمجلس الفيدرالي الألماني، وهو الاجتهاد الذي عارضه الفقه الألماني في بدايته، غير أنه سرعان ما أيده لاحقا.

من الملاحظ أن الاجتهاد القضائي الألماني وضع شرطين لسريان القانون المختار من الأطراف على الالتزامات العقدية:

أ-وجود الضرورة الملحة لإجراء المعاملة، بما يضمن تحقيق مصلحة مشتركة لأطراف العلاقة، ومن ثم فأطراف العلاقة أولى من غيرهم بتحديد التشريع الأكثر ملائمة لوضعيتهم،
ب-وجوب الاتفاق على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، والذي ينبغي أن يكون مستقلا عن العقد الرئيسي، فيقع الاتفاق عليه بالتوازي مع العقد الرئيسي، أو بموجب عقد لاحق.

طبقا للقانون الدولي الخاص الألماني، في غياب القانون المختار الصريح أو الضمني من الأطراف في مجال الالتزامات العقدية، يعتد القضاء الفيدرالي الألماني-في هذه الحالة-بما اصطلح على تسميته "الإرادة المفترضة للأطراف"، والتي تتطلب من القاضي المعروض أمامه النزاع البحث في السلوك المعقول للرجل العادي، ولا يطلب منه البحث في النوايا المحتملة للأطراف، لصعوبة المهمة من الناحية العملية لأنها مسألة باطنية، بل يقتصر دور القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيق على ضوء معايير موضوعية، متقيدا بالتفسير التكميلي للقواعد القانونية، ليتوصل إلى تقدير معقول لمصالح الأطراف. من المناسب القول، أنه على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يجري تقديرا موضوعيا ومعقولا وعادلا للمصالح المشروعة لكل من الأطراف، أخذا بعين الاعتبار خصوصيات النزاع، ومتطلبات أمن المعاملات، وهكذا استطاع الاجتهاد القضائي الألماني أن يجعل من قانون الدولة التي يقع فيها "مركز ثقل العلاقة العقدية" قابلا للتطبيق²².

نظرا لخصوصية علاقة العمل، أسند لها القانون الدولي الخاص الألماني قاعدة إسناد خاصة، ولم يكتف بضابط القانون المختار من الأطراف كضابط أصلي، حيث استقر الاجتهاد القضائي الألماني على اعتماد ضوابط الإسناد الخاصة بعقد

²³ - Coing Helmut, La détermination de la loi contractuelle en Droit International Privé Allemand, in : Klein Vischer (eds.), Colloque de Bale sur la loi régissant les obligations contractuelles, Basel, Frankfurt 1983, at 29 et s., cite sur le web : www.trans-lex.org. (divers aspects ont été évoqués en doctrine allemande, Par exemple, **le principe du « moindre inconvénient »** qui tient compte des intérêts de la partie principalement concernée par le choix de la législation. Il en est ainsi notamment dans le cas d'entreprises industrielles pour lesquelles la loi de l'établissement commercial a souvent été considérée comme déterminante. De même, les contrats conclus avec les organes de l'administration publique ont donné lieu à l'appréciation de la loi de l'Etat en question. **Une autre thèse**, cependant commence à recueillir une certaine faveur dans la doctrine allemande, celle qui veut que ce soit **la « prestation caractéristique »** d'un contrat qui détermine la loi applicable à celui-ci.) (Parmi les auteurs : Reithmann Martiny, Kegel, Staudinger Firshing)

²⁴ - Ces règles de rattachement par critères successifs sont dans l'ordre ; -en premier lieu, d'après la volonté expresse ou tacite des parties (accord élection de droit), -ensuite, d'après leur volonté hypothétique, -et enfin, d'après le lieu d'exécution, répond à la jurisprudence constante de la cour fédérale allemande, Coing Helmut, OP.CIT, p.38 et s. article consulté sur le web : www.trans-lex.org.

العمل الدولي وفقا لتصنيف إلزامي، وهي: أ-القانون المختار من الأطراف سواء كان صريحا أو ضمينيا، شريطة عدم تعارضه مع الأحكام الأمرة المقررة لحماية العامل في قانون بلد التنفيذ،

ب-قانون الإرادة المفترضة للأطراف، ج-قانون بلد التنفيذ، على أن يكون هذا البلد هو الغالب في تنفيذ العمل، د- قانون البلد الذي يوجد فيه مقر إدارة أعمال المستخدم إذا كان التنفيذ يحصل في أماكن متعددة²³.

من الواضح أن القانون الألماني انسجم في أحكامه مع اتفاقية روما لعام 1980، كما لم يختلف عن القانون الفرنسي فيما أقره من حيث المبدأ وهو إخضاع عقد العمل الدولي للقانون المختار من الأطراف، شريطة عدم تعارضه مع الأحكام الأمرة المقررة لحماية العامل في القانون المختص، غير أنه اختلف معها في ترتيب ضوابط الإسناد، محيلا المسألة في حالة تعذر إعمال القانون المختار إلى قانون الإرادة المفترضة الذي يستخلصه القاضي المعروض أمامه النزاع بسلطته التقديرية الواسعة، ثم يليه أخيرا قانون بلد التنفيذ.

1-3-القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي في القانون السويسري:

مبدئيا، أخضع المشرع السويسري عقد العمل لقانون بلد التنفيذ كضابط إسناد أصلي، وفي حالة تعدد أماكن العمل، بعضها رئيسيا والآخر مؤقتا، يسري على عقد العمل قانون الدولة التي ينفذ فيها العامل عادة عمله، بينما إذا كان العامل ينفذ عادة عمله في دول متعددة، بصفة متساوية، فيسري على عقد العمل قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المؤسسة، أو قانون الدولة التي يوجد فيها موطن أو محل الإقامة المعتادة لمقر المستخدم.

استثنائيا، أجاز المشرع السويسري لأطراف العلاقة، الاتفاق على إخضاع عقد العمل لقانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة معتادة للعامل، أو لقانون الدولة التي يوجد فيها مقر مؤسسة المستخدم، أو مقر المستخدم أو محل إقامته المعتادة، على أن لا يتعارض مع الأحكام الأمرة المقررة لحماية العامل في قانون بلد التنفيذ²⁴.

من الواضح أن القانون السويسري، لم يختلف كثيرا عن القانون الألماني في مجال الإسناد، فكلاهما اعتمدا القانون المختار من الأطراف كضابط إسناد أصلي، وقانون بلد التنفيذ كضابط إسناد احتياطي، وهو الشرط المستخلص من الصياغة " القانون المختار من الأطراف سواء كان صريحا أو ضمينيا، شريطة عدم تعارضه مع الأحكام الأمرة المقررة لحماية العامل في قانون بلد التنفيذ"، غير أن وجه الاختلاف بينهما، يكمن في كون دائرة القانون المختار من الأطراف ضيقة في القانون السويسري، فهي محصورة في إمكانية اختيار أحد القانونين، وهما: قانون الدولة التي يوجد فيها محل إقامة معتادة للعامل، أو قانون الدولة التي يوجد فيها مقر مؤسسة المستخدم، أو مقر المستخدم أو محل إقامته المعتادة، بينما وسع المشرع الألماني من دائرة القانون المختار ولم يقيد بها بقانون بعينه كما فعل المشرع السويسري.

غير أنه من اللافت، وعلى خلاف القانون الألماني، استعمل المشرع السويسري مصطلحا جديدا في مجال الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ما اصطلح على تسميته "بالأداء المميز في العقد"، ومضمونه البحث عن مكان وجود الروابط الأوثق للعقد من خلال جملة الظروف والملابسات المحيطة بالعقد، والتي يمكن أن تشمل المكان الذي ينبغي تقديم فيه الأداء المميز كمحل الإقامة المعتادة للمتعاقد، أو في مقر مؤسسة المستخدم، أو متى أبرم العقد في مكان ممارسة النشاط المهني أو التجاري، حيث يتقرر هذا الضابط في حالة تعذر تطبيق القانون المختار من المتعاقدين، وهو ما يعرف في القانون الألماني بالإرادة المفترضة للأطراف التي سبق شرحها²⁵.

25 - Art.121 de la loi fédérale de la confédération suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, publié à la revue critique, Année 1988, p.409 (Chapitre 9 droit des obligations, section 1 contrats) : « 1-Le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail.

يرى البعض أن توافق قانون محل التنفيذ مع مقتضى نظرية الأداء المميز التي تتضمن تحديد القانون المختص حسب أهمية الالتزام الأساسي في العقد بوصفه يشكل مركز الثقل في العلاقة العقدية، وهو يتميز بسهولة العلم المسبق به ومرونته وملائمته لأحكام علاقات العمل، فمكان تنفيذ العمل يمثل الوسط الاجتماعي للعقد، ومحل الأداء المميز فيه، لأن التزام العامل بأداء العمل هو الالتزام الرئيسي في العقد وأكثر أهمية من الالتزامات الأخرى بما فيها التزام رب العمل بدفع الأجر المستحق²⁶.

من الواضح أن القوانين الأوروبية في مجملها اعتمدت آلية تعدد ضوابط الإسناد ضمن نفس قاعدة الإسناد، فضلا عن اعتمادها لنظام المرونة في الإسناد في مجال علاقات العمل، حيث منحت سلطة تقديرية واسعة للقاضي المعروض أمامه النزاع في استخلاص القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل الدولية، من خلال البحث عن قانون الدولة التي يقع فيها مركز ثقل العلاقة العقدية، أو قانون الدولة التي يوجد فيها أوثق الروابط، أو قانون الإرادة المفترضة للأطراف، أو قانون بلد الأداء المميز في العقد، وهي كلها ضوابط إسناد مرنة وملائمة لأحكام علاقات العمل ويسهل على القاضي الرجوع إليها عندما يتعذر تطبيق القانون المختار من المتعاقدين، وهي على اختلاف صيغها القانونية تندرج في مضامينها وأثارها القضائية.

4-1- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي في القانون المصري:

يرى الفقه المصري بضرورة تطبيق القانون المصري على الجانب التنظيمي لعقود العمل المنفذة بمصر، بحيث أن القواعد الآمرة المنظمة لعقد العمل في القانون المصري تعد من قوانين البوليس والأمن أي ذات التطبيق المباشر التي تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني، فهي -برأيهم- قواعد تتصل اتصالا وثيقا بالكيان السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، لذا فهي تطبق على كافة علاقات العمل التي تنفذ في مصر دون الحاجة إلى إدخال هذه العلاقات في فكرة مسندة معينة تمهيدا لإسنادها لقانون دولة التنفيذ، كالحد الأدنى للأجور والمدة القانونية للعمل وقواعد التأمينات الاجتماعية التي تستبعد من مجال تنازع القوانين بالمفهوم التقليدي، ولو تضمن عقد العمل عنصرا أجنبيا²⁷.

ومن أهم النتائج التي ترتبت عن هذا الرأي، أنه يمكن للقضاء المصري أن يطبق القواعد الخاصة ببوليس العمل السائدة في دولة تنفيذ العمل سواء كانت هذه القواعد وطنية أو أجنبية، استنادا للمادة 24 من القانون المدني المصري التي

2-Si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement ou, à défaut d'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur.

3-Les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle. »

²⁶- Art.116 de la loi fédérale de la confédération suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, publié à la revue critique, Année 1988, p.409 (Chapitre 9 droit des obligations, section 1 contrats) : « 1-Le contrat de travail est régi par le droit choisi par les parties.(...) ».

Art.116 de la même loi fédérale : « 1- A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits.

2-Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement. »

²⁷- هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.392.

²⁸- هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، نفس المرجع المذكور أعلاه، ص.393.

تخول القاضي الحق في الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص للبحث عن حلول لمشكلات التنازع عند سكوت التشريع، مثلما هو الشأن بخصوص عقد العمل الدولي.

خصوصية قواعد قانون العمل التي تملّي تطبيق القانون الأنفع للعامل مما تقرر في مصادر أخرى، وتكريسا لهذه الخصوصية الاستثنائية، فجميع قواعد قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي المقررة في قانون محل التنفيذ، بوصفها من قوانين البوليس والأمن، تشكل الحد الأدنى للحماية التي يجب توفيرها للعمال الأجراء، ومن ثم لا يجوز لأطراف علاقة العمل الاتفاق على مخالفتها إلا إذا كانت أنفع للعامل مما تقرر في قانون محل التنفيذ، ففي هذه الحالة يكون قانون الإرادة في العقد الدولي أكثر حماية من قانون محل التنفيذ، فلا مانع من تطبيقه بوصفه قانونا مختارا²⁸، شريطة أن يكون له صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين²⁹.

إدراكا من المشرع المصري بخصوصية علاقة العمل، أورد حكما خاصا بعقد العمل في مسودة مشروع القانون المدني³⁰، لكنه سرعان ما تخلى عن الإسناد الخاص، فجاء القانون المدني المصري المعدل خاليا من القانون الواجب التطبيق على عقود العمل، تاركا المسألة لاجتهاد القضاء المصري، غير أن محكمة النقض المصرية في اجتهادها الصادر بتاريخ 05 أفريل 1967 احتفظت بنفس الاتجاه المكرس في المادة 44 من القانون المدني المصري السابق³¹، مخالفة الاتجاه الفقهي الحديث نحو إخضاع علاقات العمل لقانون بلد التنفيذ، استجابة للاعتبارات الأمرة التي تقوم عليها الحماية الاجتماعية المقررة للعمال الأجراء في بلد تنفيذ العمل، التي تستلزم إبطال أي شرط تعاقدية يخالف الحد الأدنى للأجور أو الحد الأقصى لساعات العمل، إلا ما كان أنفع للعامل مما تقرر في بلد تنفيذ العمل، أي فهي لا تمنع اتفاق الأطراف على زيادة الأجر أو تخفيض ساعات العمل، ما دام يوفر حماية اجتماعية أوسع مقارنة مع ما تقرر في قانون بلد التنفيذ.

5-1- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية:

بينما تبنى المشرع التونسي حلا مغايرا تماما لسائر القوانين المدنية العربية، حيث اعتمد قاعدة إسناد خاصة بعقد العمل الدولي في مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، التي أخضعت عقد الشغل لقانون الدولة التي يؤدي العامل عادة عمله فيها، بينما إذا تعددت أماكن العمل، كأن ينجز العمل في أكثر من دولة، فإنها أخضعت عقد الشغل لقانون الدولة التي بها مؤسسة المؤجر، إلا إذا تبين من جملة الظروف أن للعقد روابط أوثق بدولة أخرى، ففي هذه الحالة يطبق قانون هذه الدولة³². على غرار المشرع الألماني، اعتمد المشرع التونسي الإسناد المرن، حيث أسند للقاضي المعروض أمامه النزاع سلطة تحديد القانون المختص من خلال ظروف وملابسات العقد التي تظهر وجود روابط أوثق بدولة معينة، وهنا يتطلب من القاضي البحث عن عناصر الثقل في العلاقة العقدية، وهي مسألة شبيهة تماما بالإرادة المفترضة للأطراف التي ذهب إليها المشرع الألماني. أيضا اعتمد المشرع التونسي على كل من قانون الدولة التي يؤدي فيها العامل عادة عمله، أو قانون الدولة التي توجد فيها مؤسسة المؤجر في حالة تعدد أماكن العمل، وهما ضابطين مقتبسين من المشرع الألماني.

²⁹-Leila Borsali Hamdan, Droit du Travail (Manuel Pédagogique : *Emploi, *Relations collectives de travail), Edition Berti, Alger 2014, p.255 et s.

³⁰-م. 18 فقرة 1 من ق.م.ج.: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

³¹-م. 44 من مشروع القانون المدني المصري: "يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدمهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في مصر هي التي أبرمت هذه العقود، فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق".

³²- هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 389.

³³-م. 67 من ق. عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

بينما على خلاف المشرع الألماني، سكت المشرع التونسي عن القانون المختار من الأطراف سواء كان صريحا أو ضمنيا، ما لم يتعارض مع الأحكام الآمرة المقررة لحماية العامل في قانون بلد التنفيذ.

6-1- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل في القانون المغربي:

على غرار المشرع الجزائري، المشرع المغربي لم يتبن إسنادا خاصا في مجال علاقات العمل، مكتفيا بما تقضي به قواعد التنافس العامة في مجال العقد الدولي، وكذا بعض القوانين الخاصة ذات الطابع الجمائي كمدونة الشغل المغربية لعام 1999، ومدونة التجارة لعام 1996، ومدونة حرية الأسعار والمنافسة لعام 2014، ومدونة حماية المستهلك لعام 2011.

في ظل وجود هذا الفراغ التشريعي، لم يمنع القضاء المغربي من تطبيق القانون المغربي على أساس أنه قانون بلد التنفيذ، وهو قانون إقليمي، على علاقات قانونية ذات العنصر الأجنبي دون البحث عن القانون المختص، نظرا لما تحققه هذه القواعد من حماية للمصالح الحيوية للدولة المغربية، غايتها ضمان الاستقرار على مستوى النظام العام الاجتماعي والنظام العام الاقتصادي.

ففي مجال الشغل، ذهبت محكمة النقض المغربية في قرارها الصادر بتاريخ 23-09-2009، إلى اعتبار عقد تشغيل أجنبي المفترق للتأشيرة باطل وغير منتج لأي أثر، إلا فيما يخص الأجور المستحقة، وتأشيرة السلطات الإدارية المختصة بتشغيل الأجير لازمة لقيام عقد الشغل، وليست مجرد إجراء شكلي، وبالتالي لا غنى عنها حتى ولو أثبت الأجير اشتغاله بالمقاولة لسنوات".، وذلك استنادا للقاعدة الآمرة الواردة في الفقرة الأولى من المادة 516 من مدونة الشغل المغربية، والتي تقرر فيهما مايلي: "يجب على كل مشغل يرغب في تشغيل أجير أجنبي، أن يحصل على رخصة من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل تسلم في شكل تأشيرة توضع على عقد العمل، ويعتبر تاريخ التأشيرة هو تاريخ بداية عقد العمل"³³.

7-1- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل في القانون الكويتي:

على غرار المشرع التونسي، اعتمد المشرع الكويتي قاعدة إسناد خاصة بعقد العمل في القانون المنظم للعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، حيث أخضع العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدمهم للقانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي أبرمت هذه العقود، فالقانون الكويتي هو الواجب التطبيق.

من الملاحظ أن المشرع الكويتي، وعلى خلاف المشرع التونسي، اعتمد قانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارة الأعمال، وهو الضابط الذي تبناه المشرع المصري في القانون الملغى³⁴، عوض قانون الدولة التي ينفذ فيها عقد العمل الذي تبناه المشرع التونسي³⁵.

³⁴-مصطفى القاسمي، واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي، جامعة محمد الخامس الرباط، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، العدد الثاني مارس 2020، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة سطيف2، ص. من 184 إلى 188.

³⁵-حيث احتفظ المشرع الكويتي بنفس الصياغة القانونية والفنية للمادة 44 من مسودة مشروع القانون المدني المصري، التي نصها: "يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدمهم للقانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة الأعمال، فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي أبرمت هذه العقود، فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق".

³⁶-م.62 من القانون رقم 51 لسنة 1961 المتضمن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، والمحمول من الموقع الإلكتروني بتاريخ 28-03-2022:

8-1- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل في القانون السوري:

لم يخص المشرع السوري عقد العمل الدولي بقاعدة إسناد خاصة، رغم اعتراف الفقه المدني السوري بوجود استثناء عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة نظرا لخصوصيتها، مكتفيا بما قرره قواعد التنازع العامة في مجال الالتزامات العقدية التي تقضي بسريان قانون الإرادة، ويفضل إخضاع عقود العمل لقانون دولة التنفيذ، لأنه يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على عقد العمل من جهة، ومراعاة للاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها تنظيم العمل في كل دولة من جهة أخرى، التي تجعل غالبية قواعد العمل ذات طبيعة أمر، حيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها لتعلقها بالنظام العام³⁶.

9-1- القانون الواجب التطبيق على عقد العمل في القانون الأردني:

ذهب المشرع الأردني إلى ما ذهب إليه المشرع السوري، حيث لم يخص عقد العمل الدولي بقاعدة إسناد خاصة، مكتفيا بما قرره قواعد التنازع العامة في مجال الالتزامات العقدية التي تقضي بسريان قانون الإرادة، رغم اعتراف الفقه المدني الأردني أيضا بوجود استثناء عقود العمل من مجال تطبيق قانون الإرادة نظرا لخصوصيتها، وفضل إخضاع عقود العمل لقانون بلد التنفيذ³⁷.

2- موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي:

على خلاف بعض القوانين الغربية والعربية، لم يعتمد المشرع الجزائري ضمن الفصل المتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان، إسنادا خاصا بعلاقة العمل الدولية، مكتفيا بقواعد الإسناد العامة في مجال العقد الدولي، فالتساؤل المطروح، ماهو القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل الدولية؟

تأسيسا للإجابة عن هذا التساؤل، نقول إن علاقة العمل الفردية تتميز بطابع خاص، فهي تجمع بين طرفين غير متكافئين، طرف ضعيف وهو العامل وطرف قوي مهيمن على العلاقة وهو صاحب العمل، كما أنها علاقة تجمع بين مصلحة متناقضتين، مصلحة اجتماعية مقررة للعامل ومصلحة اقتصادية مقررة لصاحب العمل، هذه الخصوصية التي تتمتع بها علاقة العمل الفردية، أملت وجود تنظيم خاص يحدد مسار هذه العلاقة، على المستوى الوطني³⁸ وعلى المستوى الدولي³⁹، انصبت أساسا على تحديد الحد الأدنى من قواعد الحماية الاجتماعية المقررة للعامل التي لا ينبغي لأطراف العلاقة الاتفاق على مخالفتها، إلا على نحو يحقق حماية أفضل للعامل لأنها من النظام العام الاجتماعي.

³⁷فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، منشورات الجامعة الافتراضية السورية لعام 2018، ص. 180 و181، متوفر للتحميل من موسوعة الجامعة على الموقع: <https://pedia.svuonline.org>

³⁸حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني-دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 1997، ص. 157 و158.

³⁹ق. رقم: 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل.

⁴⁰الاتفاقيات والتوصيات الدولية المبرمة في إطار منظمة العمل الدولية.

⁴¹هذا التساؤل لم يطرح في ظل القانون السابق، الذي اعتمد إسناد خاص لعلاقات العمل الفردية ذات الطابع الدولي، حيث أخضعها جميعا لقانون بلد التنفيذ، بموجب قاعدة إسناد أحادية المقررة في المادة 3 من القانون رقم: 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، والتي تقرر فيها مايلي: "يحكم هذا القانون كذلك كل علاقة عمل قائمة بين:

-عامل جزائري ومؤسسة مستخدمة أجنبية أو مؤسسة دولية تعمل في التراب الجزائري ما لم توجد أحكام مخالفة تم اتخاذها بمقتضى اتفاقية دولية.
-عامل أجنبي ومؤسسة مستخدمة جزائرية عندما تقع علاقة العمل في الجزائر، وذلك طبقا لأحكام التشريع الجاري بع العمل لاسيما الأحكام المتعلقة بتشغيل العمال الأجانب."

وعليه، فالإجابة عن التساؤل تتطلب برأينا إعمال مجموعة من القواعد العامة والنصوص الخاصة ومبادئ القانون الدولي الخاص في هذا المجال.

2-1- مجال إعمال قانون الإرادة المكرس في المادة 18 من القانون المدني:

مبدئياً أخضعت المادة 18 من القانون المدني في فقرتها الأولى جميع الالتزامات العقدية للقانون المختار من المتعاقدين، شريطة أن يكون له صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين، فهي اعتمدت قانون إرادة المتعاقدين كمرجع أصلي لتنظيم أي التزام عقدي، وفي نفس الوقت، أخضعت المادة 5 من القانون المدني كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن، كما تضمنت المادة 10 فقرة 4 من القانون المدني خضوع الأشخاص الاعتبارية الأجنبية التي تمارس نشاطا في الجزائر للقانون الجزائري، وكذا أحكام المواد 13 و15 و16 من المرسوم رقم: 86-276 التي أوجبت سريان القانون الجزائري على مدة العمل والعطل والضمان الاجتماعي والمرض والإصابات المهنية على العمال الأجانب الممارسين في الجزائر، وهو ما يدفعنا للتساؤل على ضوء النصوص السابقة- عن مجال إعمال كل من قانون الإرادة والقانون الجزائري باعتباره قانون بلد التنفيذ أو قانون بلد ممارسة النشاط للشركات الأجنبية على علاقة العمل الدولية؟⁴⁰

طالما أن قانون علاقات العمل وقانون الضمان الاجتماعي والأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتشغيل الأجانب تعتبر من قبيل قوانين البوليس والأمن، فإن أي علاقة للعمل تنفذ على الإقليم الجزائري، فإنها تخضع وجوبا للقانون الجزائري، سواء بصفته قانون بلد تنفيذ علاقة العمل، أو بصفته قانون محل ممارسة النشاط للشركات الأجنبية، وهي بهذه الصفة، قوانين ضرورية وذات تطبيق مباشر، وهو ما يستفاد من سياق النصوص الأمرة المذكورة آنفا، التي أوجبت تطبيق القوانين الجزائرية على علاقات العمل التي تنفذ في الجزائر، سواء كانت وطنية أو ذات طابع دولي.

من الواضح أن القانون الجزائري اعتمد الإسناد الأحادي فيما يتعلق بالجانب التنظيمي لعلاقة العمل التي تنفذ على الإقليم الجزائري، استنادا إلى القواعد الأمرة المنظمة لعقد العمل في القانون الجزائري والتي توصف بأنها قواعد ذات التطبيق الضروري التي تحدد بذاتها مجال سريانها المكاني، فهي قواعد تتصل اتصالا وثيقا بالكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، وهو ما يكسبها الصفة الأمرة والطابع الحمائي لها، لأنها تستهدف فئة اجتماعية الأضعف في العلاقة القانونية. لذا فهي تطبق على كافة علاقات العمل التي تنفذ في الجزائر دون الحاجة إلى إدخال هذه العلاقات في فكرة مسندة تمهيدا لإسنادها لقانون دولة التنفيذ⁴¹.

غير أنه من المفيد القول أن مجال تطبيق قانون الإرادة يمتد ليشمل جميع المسائل العقدية ذات الطابع التفاوضي⁴²، شريطة أن لا تمس بالنظام العام الاجتماعي المقرر في قانون بلد تنفيذ علاقة العمل، وهو الحد الأدنى من الحماية الاجتماعية المقررة للعامل في القوانين الجزائرية، فإذا كان قانون إرادة المتعاقدين يوفر حماية اجتماعية أكبر للعامل، فلا مانع من تطبيقه بصفته القانون المختار من المتعاقدين، ففي هذه الحالة لا يتعارض مع روح قانون بلد التنفيذ، شريطة أن يكون لقانون الإرادة صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين، وهو القيد الوحيد الوارد على قانون الإرادة في العقد الدولي.

من الواضح، أن هذا التحليل، ينسجم تماما مع مراد المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر 2 من القانون المدني، التي أحالت القاضي المعروض أمامه النزاع إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص بخصوص مسألة لم يرد بشأنها نص صريح في

⁴²- الشيخ بوسماحة، تنازع القوانين في علاقة العمل الفردية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجبلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2008، ص.361.

⁴³- محددة على سبيل المثال في المادة 120 من القانون رقم: 90-11 المتعلق بعلاقات العمل.

قواعد التنازع كعلاقة العمل الدولية التي لم يرد بشأنها إسناد خاص، قد يقضي برجوع القاضي المعروض أمامه النزاع لقانون الدولة التي ينفذ فيها عقد العمل، لذا يمكن أن تشكل المادة 23 مكرر2 غطاء قانونيا لهذا الرأي، وهو مسلك المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني لعام 2005، الذي فضل فيه ترك بعض المسائل التفصيلية وبعض العقود الخاصة أو المستجدة للاجتهاد القضائي، بدلا من تقييد القضاء الجزائري بإسناد معين قد يظهر لاحقا قصوره عن الإحاطة بالاعتبارات التي يقوم عليها الإسناد بشأن علاقات العمل أو غيرها من العلاقات القانونية.

في ظل وجود فراغ تشريعي فيما يتعلق بتنازع القوانين في مجال علاقات العمل، فإنه من المناسب الرجوع إلى مبادئ القانون الدولي الخاص- بصفته مصدر احتياطي- التي تقضي بإخضاع علاقة العمل الدولية لقانون بلد التنفيذ في حالة تنفيذ العمل في بلد واحد، أو لقانون مركز إدارة الأعمال في حالة تنفيذ العمل في أكثر من بلد، فقاعدة الإسناد المزدوجة تسمح للقاضي الوطني بتطبيق القواعد الأمرة السائدة في قانون بلد التنفيذ، سواء في قانونه الوطني أو في القانون الأجنبي، مع مراعاة عدم تعارض هذه الحلول مع النظام العام الاجتماعي في الجزائر، أي متى كانت الأحكام الأمرة توفر حماية اجتماعية أفضل من تلك التي يوفرها القانون الأجنبي بصفته قانون بلد تنفيذ العمل⁴³، أو مع معاهدة دولية نافذة في الجزائر⁴⁴.

3- تطبيقات المحكمة العليا لقانون بلد التنفيذ:

كان للمحكمة العليا موقف صريح وثابت من نزاع حول تحديد الأحكام القانونية الواجبة التطبيق على علاقة العمل المنفذة في الجزائر بين عامل أجنبي ومؤسسة جزائرية.

تتلخص وقائع وإجراءات هذه القضية، في قيام مؤسسة سوناطراك بطرد عامل أجنبي من منصب عمله استنادا لمقتضيات عقد التشغيل الذي يربطها بالعمال الأجنبي، فطبقت البند الثالث من عقد التشغيل الذي ينص على احترام إنذار مسبق لمدة شهر واحد، كما نص البند 13 على أن قطع علاقات الشغل يتم وفقا للأحكام العقدية التي تربط طرفي علاقة العمل، ولما نازعها العامل الأجنبي في حجم الحقوق المستحقة له طبقا لشروط العقد المبرم بين الطرفين، أمام محكمة بئر مراد رايس بالجزائر العاصمة، قضت هذه الأخيرة بتاريخ 10-01-1985 بتعويضه بمبالغ مختلفة عن الإنذار المسبق والأقدمية والضرر اللاحق به من جراء الطرد التعسفي، وبعد الاستئناف أصدر مجلس قضاء الجزائر قراره بإبطال دعوى الطاعن لعدم التأسيس عملا بالمادة 13 من عقد التشغيل، التي تمنح الأولوية في التطبيق للأحكام المنبثقة عن عقد التشغيل ودون أي مقتضيات أخرى. بعد قيام العامل الأجنبي بالطعن بالنقض في القرار أمام المحكمة العليا، نقضت هذه الأخيرة القرار المطعون فيه⁴⁵، لأنه أنهى علاقة عمل استنادا إلى الأحكام العقدية المدونة في عقد التشغيل، في حين كان من المفروض أن تطبق الأحكام

⁴⁴م-24 من القانون المدني الجزائري.

⁴⁵م-21 من القانون المدني الجزائري.

⁴⁶المحكمة العليا-الغرفة الاجتماعية، قرار رقم: 57821 بتاريخ 28-05-1990، قضية: (ف.ع) ضد(شركة سوناطراك)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 1995، ع.01، ص.149: "تشغيل الأجانب-تطبيق النصوص التشريعية الجاري بها العمل-واستبعاد بنود العقد المخالفة لها. (المادتين 3 و82 من القانون رقم: 82-06 المؤرخ في 27-02-1982 المتعلق بعلاقات العمل)

من المقرر قانونا أن تخضع للنصوص التشريعية الجاري بها العمل كل علاقة عمل تقع في الجزائر، تربط بين عامل أجنبي ومؤسسة مستخدمة جزائرية، لاسيما ما يتعلق منها بشروط التشغيل.

ويعد باطلا وبلا أثر كل بند في عقد العمل يخالف الحقوق التي خولها التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل.

ولما ثبت-من قضية الحال-أن قضاة الاستئناف أسسوا قرارهم على أن بنود عقد التشغيل هي التي تؤخذ بعين الاعتبار دون أي مقتضيات أخرى، فإنهم بذلك خالفوا وتحاملوا الأحكام القانونية المذكورة أعلاه، وعرضوا قرارهم للنقض والبطالان."

⁴⁷- بالرجوع إلى هذه القوانين، نجد المادة 3 من القانون رقم: 82-06 صريحة في حكمها لكل علاقة عمل بين مؤسسة جزائرية وعامل أجنبي أو بين عامل جزائري ومؤسسة أجنبية، كما أن المادة 82 من نفس القانون تعتبر باطلا كل بنود عقد عمل تخالف الأحكام التشريعية أو التنظيمية الخاصة بعلاقة العمل، وتستبدل بهذه الأخيرة تلقائيا. هذا من جهة، من جهة أخرى، إن تشغيل عامل أجنبي يستوجب الحصول على جواز العمل أو رخصة

القانونية السارية المفعول في الجزائر، وهي أحكام القانون رقم: 82-06 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، وأحكام القانون رقم: 81-10 الخاصة بشروط تشغيل العمال الأجانب⁴⁶.

يرى البعض ونحن نؤيده في هذا التفسير-أن الحل المكرس من طرف المحكمة العليا طبق القانون الجزائري تطبيقاً إقليمياً، أي على أساس أنها قوانين إقليمية تطبق على كل علاقة عمل أياً كانت طبيعتها وطنية أو دولية تنفذ بالجزائر، وهذا التسبب لقرار المحكمة العليا برأينا يتفق مع روح أحكام النصوص القانونية المذكورة، ومع مبادئ تنازع القوانين بشأن عقد العمل، لاسيما أن القانون الجزائري لا يتضمن نصاً خاصاً بالتنازع لهذا النوع من العقود، وبالتالي إسناد علاقة العمل إلى قانون بلد التنفيذ إسناداً سليماً من الناحية القانونية⁴⁷.

غير أن المحكمة العليا لم تشر في قرارها إلى التفرقة بين الحد الأدنى لشروط علاقة العمل والذي يخضع لقانون بلد التنفيذ، وحدها الأقصى الذي يخضع للقانون المختار من الطرفين، إذا كان يحقق حماية اجتماعية أفضل للعامل مما تقرر في قانون بلد التنفيذ، وهو أحد أهم مبادئ قانون علاقات العمل الفردية والجماعية.

الخاتمة:

لقد سمحت لنا القراءة التحليلية للتجارب التشريعية على اختلاف منابها واتجاهاتها الفكرية والقانونية في مجال إسناد علاقة العمل الدولية، بتقييمها وإثراءها بما يمكن من بلورة مفاهيم جديدة قد تكون أساساً لحلول تشريعية لاحقة في القانون الجزائري.

إذا كانت علاقة العمل الفردية-سواء كانت وطنية أو دولية- تتميز بطابع خاص، فهي تجمع بين طرفين غير متكافئين، طرف ضعيف وهو العامل وطرف قوي مهيمن على العلاقة وهو صاحب العمل، كما أنها علاقة تجمع بين مصلحتين متناقضتين، مصلحة اجتماعية مقررة للعامل ومصلحة اقتصادية مقررة لصاحب العمل، وهو ما حد من دائرة إرادة المتعاقدين في تنظيم كثير من مسائل علاقة العمل، فلم تعد علاقة العمل تكيف ضمن العلاقات المدنية العادية، فتخضع للشريعة العامة، بل تكيف على أنها علاقة خاصة، تخضع لقانون علاقات العمل، بوصفه قانوناً خاصاً، تتميز أحكامه بطابعها الحمائي، والتنظيم الأمر لمختلف مسائله ذات الصلة بالنظام العام الاجتماعي، فهذه الخصوصية أملت وجود تنظيم خاص يحدد مسار هذه العلاقة، على المستوى الوطني وعلى المستوى الدولي، انصبت أساساً على تحديد الحد الأدنى من قواعد الحماية الاجتماعية المقررة للعامل التي لا ينبغي لأطراف العلاقة الاتفاق على مخالفتها، إلا على نحو يحقق حماية اجتماعية أفضل للعامل.

فإنه من المفيد الاستفادة من بعض التجارب التشريعية المقارنة، على غرار القانون الفرنسي أو الألماني أو السويسري أو التونسي أو الكويتي التي اعتمدت آلية الإسناد الخاص في مجال علاقات العمل والتأمينات الاجتماعية، لاسيما هذه القوانين تجد قاسمها المشترك في فلسفتها القانونية لاسيما في مجال علاقات العمل القائمة على الطابع الحمائي، فهي قريبة إلى حد بعيد من فلسفة المشرع الجزائري في مجال علاقات العمل والضمان الاجتماعي، لذا من المهم -برأينا- أن يحذو المشرع الجزائري حذوها، مفرداً لعلاقة العمل الدولية إسناداً خاصاً، لأن الاكتفاء بقواعد الإسناد العامة في مجال العقد الدولي هو إهدار لمقتضيات تنفيذ علاقات العمل، القائمة على أساس الحفاظ على النظام العام الاجتماعي.

العمل المؤقتة من المصالح المختصة، ويشترط لمنح الرخصة أن يكون العامل الأجنبي يتمتع بمستوى تأهيل يساوي على الأقل مستوى التقني باستثناء حالة وجود معاهدة بين الجزائر والدولة التي يحمل الأجنبي جنسيتها، وكذا ألا يكون منصب العمل بالإمكان أن يشغله عامل جزائري، وأن يكون العامل الأجنبي حائزاً على الشهادات والمؤهلات للوظيفة التي يشغلها.

⁴⁸-الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقاً عليه، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية 2016، ص. 230 وما يليها.

فبخصوص علاقة العمل الدولية المبرمة بين العامل وصاحب العمل، فإن الرأي الغالب استقر على إخضاعها لقانون بلد التنفيذ على اعتبار قواعد قانون العمل قواعد أمرة لتعلقها بالنظام العام الاجتماعي، وهو ما استقر عليه العمل القضائي بإخضاعه عقود العمل الدولية لقانون بلد تنفيذها، فجاء استثناء عقود العمل من مجال أعمال قانون الإرادة ترجمة لسيطرة القوانين الإقليمية على هذا النوع من المواضيع بوصفها قوانين البوليس والأمن أو القوانين ذات التطبيق المباشر نظرا للتدخل المتزايد للدول الحديثة في تنظيم مختلف مظاهر الحياة الاقتصادية مما يتعين تطبيق قانون بلد التنفيذ. من المفيد الدعوة إلى توحيد قواعد الإسناد في مجال علاقة العمل الدولية على المستوى الإقليمي وعلى المستوى الدولي على غرار اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية الخاصة بدول الاتحاد الأوروبي.

من المهم أن نشير إلى الصعوبات الحالية التي أصبح يتلقاها قضاة الموضوع في الجزائر، بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على علاقة العمل الدولية، لاسيما في ظل استمرار غياب إسناد خاص في مجال علاقات العمل بعد التعديل لأحكام القانون المدني لعام 2005، من جهة، وإلغاء القانون رقم: 82-06 المتعلق بعلاقات العمل الفردية من جهة أخرى. فالمادتين 03 و 82 من القانون الملغى، كانتا الأساس القانوني الصريح الذي اعتمدت عليه المحكمة العليا في قرارها الذي طبق القانون الجزائري تطبيقا إقليميا، أي على كل علاقة عمل أيا كانت طبيعتها وطنية أو دولية تنفذ بالجزائر، وهي المقتضيات القانونية التي ألغاهها قانون علاقات العمل لعام 1990، ولم يستدركها التعديل للقانون المدني لعام 2005.

غير أن الجديد الذي حملته التعديل للقانون المدني لعام 2005 في مجال تنازع القوانين من حيث المكان، يكمن في المادة 23 مكرر2 التي أحالت صراحة القاضي المعروض أمامه النزاع إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين، فإسناد علاقة العمل إلى قانون بلد التنفيذ- برأينا- إسنادا يتفق مع مبادئ تنازع القوانين في مجال عقد العمل، لاسيما أن القانون الجزائري لا يتضمن نصا خاصا بالتنازع لهذا النوع من العقود. لذا، فالمحكمة العليا مطالبة مجددا بتوضيح موقفها صراحة بخصوص تنازع القوانين في مجال علاقة العمل الدولية في ظل المتغيرات التشريعية الجديدة.

قائمة المراجع:

أولا/ النصوص القانونية الوطنية:

1-الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، (...).

2- القانون رقم: 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، والمعدل والمتمم (...).

3- القانون رقم: 82-06 المؤرخ في 27 فبراير 1982 المتعلق بعلاقات العمل الفردية (الملغى).

4- القانون رقم: 81-10 الخاص بشروط تشغيل العمال الأجانب، المعدل والمتمم، (...).

ثانيا/ النصوص القانونية الأجنبية :

1- القانون رقم 5 لسنة 1961 المتضمن العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، والمحمول من الموقع الإلكتروني بتاريخ

2022-03-28: [https:// law.almohami.com](https://law.almohami.com)

2- القانون عدد 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 يتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

3- القانون المدني المصري.

4- قانون رقم: 99-65 يتعلق بمدونة الشغل المغربية، الصادر بموجب الظهير الشريف في 14 رجب 1424 الموافق 11-09-2003

تحت رقم: 01-03-194.

5- La loi fédérale de la confédération suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, consulté le cite web : [https:// sociedip.files.wordpress.com](https://sociedip.files.wordpress.com) (PDF 2012/2013).

ثالثا/ المؤلفات باللغة العربية:

- 1- بن سالم كمال، محاضرات في القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين-تنازع الاختصاص القضائي الدولي-الجنسية-مركز الأجنبي)، مطبوع بيداغوجي، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، للموسم الجامعي:2021/ 2022.
- 2- حبار محمد، القانون الدولي الخاص، الرؤى للنشر والتوزيع-الجزائر، لعام 2013.
- 3- الطيب زروتي، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة-الجزائر، 2010.
- 4- الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية 2016.
- 5- هشام صادق علي صادق وحفيظة السيد الحداد، مبادئ في القانون الدولي الخاص (الجنسية-مركز الأجنبي-تنازع القوانين-تنازع الاختصاص القضائي)، دار المطبوعات الجامعية-الاسكندرية، لعام 2001.
- 6- فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، منشورات الجامعة الافتراضية السورية لعام 2018، متوفر للتحميل من موسوعة الجامعة على الموقع: <https://pedia.svuonline.org>
- 7- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني-دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط.1997.

رابعاً/ المجلات العلمية:

- 8- مصطفى القاسمي، واقع التكريس التشريعي والقضائي لقوانين البوليس والأمن في القانون الدولي الخاص المغربي، جامعة محمد الخامس الرباط، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، العدد الثاني مارس 2020، كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة سطيف2.
- خامساً/ رسائل الدكتوراه:
- 9- الشيخ بوسماحة، تنازع القوانين في علاقة العمل الفردية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، 2008، ص.361.

سادساً/ المؤلفات باللغة الأجنبية:

- 1-Leila Borsali Hamdan, Droit du Travail (Manuel Pédagogique : Emploi, Relations collectives de travail), Edition Berti, Alger 2014.
- 2- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Droit international privé, édition Dalloz, Paris, 6^{ème} édition 1999.
- سابعاً/ المداخلات باللغة الأجنبية:
- 3-Coing Helmut, La détermination de la loi contractuelle en Droit International Privé Allemand, in : Klein Vischer (eds.), Colloque de Bale sur la loi régissant les obligations contractuelles, Basel, Frankfurt 1983, at 29 et s., consulté le cite web : www.trans-lex.org.