

دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بين الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبتها

بلاش ليندة (1)

(1) أستاذة محاضرة قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
جامعة بجاية، بجاية 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: lyndabellache@yahoo.fr

المخلص:

اعتبرت إشكالية العلاقة بين مناهج القانون الدولي الخاص من المشاكل التي ثار حولها جدل فقهي واسع، مما أوجد تناقضا وخطا نظريا بين أصالة بعض قواعد هذه المناهج، وإذا كان الفقه قد تفهم خلفية الحاجة لكل هذه المناهج، سواء تعلق الأمر بمنهج قواعد الاسناد أو المنهج المباشر، فإنّ اختلافا من نوع آخر قام بين هؤلاء يتعلّق بتحديد طبيعة العلاقة بين منهج قواعد الاسناد والقواعد ذات التطبيق الضروري والدور الذي تلعبه هذه الأخيرة في التخفيف من الزامية قواعد الاسناد إلى حد التخفيض من مرتبتها، باعتبارها تطبق حماية لمصالح حيوية للجماعة، إذ تركز عليها السياسة التشريعية للدولة، وهذه المصالح توجب التطبيق المباشر والفوري لها، بغض النظر عن طبيعة العلاقة محل النزاع سواء كانت وطنية بجميع عناصرها أم ذات طابع دولي، وبغض النظر عن القانون الذي أشارت إليه قواعد الاسناد في دولة القاضي.

الكلمات المفتاحية:

الزامية قواعد الإسناد، القواعد ذات التطبيق الضروري، العلاقات الخاصة الدولية، القانون الدولي الخاص.

تاريخ إرسال المقال: 2019/10/08، تاريخ قبول المقال: 2019/11/11، تاريخ نشر المقال: 2019/12/31.

لتهميش المقال: بلاش ليندة، "دور القواعد ذات التطبيق الضروري: بين الزامية قواعد الاسناد والتخفيض من مرتبتها"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، العدد 03، 2019، ص ص 489-510.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بلاش ليندة، lyndabellache@yahoo.fr

The Role of the Rules of Immediate Application: Between Obligation and Attenuation of the Binding Force of the Rules of Attachment

Summary:

The rules of private international law are fraught with doctrinal controversy. The new problem that arises is that of being able to define the nature of the relation between the method known as the rules of attachment and the rules of immediate application; because the latter play an important role in reducing the binding force of the connecting rules. The rules of immediate application apply regardless of the dimension of the relationship in the litigation: national or international.

Keywords:

Obligation of the rules of attachment, rules of immediate application, private international relations, private international law.

Le rôle des règles d'application immédiate : entre obligation et atténuation de la force obligatoire des règles de rattachement

Résumé :

Les règles du droit international privé sont truffées de controverses doctrinales. La nouvelle problématique qui se pose est celle de pouvoir cerner la nature de la relation entre la méthode dite des règles de rattachement et les règles d'application immédiate ; car ces dernières jouent un rôle important dans l'atténuation de la force obligatoire des règles de rattachement. Les règles d'application immédiate s'appliquent quel que soit la dimension de la relation dans le litige : nationale ou internationale.

Mots clés :

Obligation des règles de rattachement, règles d'application immédiate, relation internationale privée, droit international privé

مقدمة

نشأ القانون الدولي الخاص انطلاقاً من رغبة الدول في تركيز العلاقات ذات العنصر الأجنبي في إطار قانون معين تسترشد بأحكامه، وتحتكم له عند النزاع، وتحقيقاً لهذا الهدف وضعت كل دولة مجموعة من القواعد تسمى "بقواعد الإسناد"، تعبّر هذه القواعد عن تخفيف كل الدول بالتمسك بمبدأ الإقليمية المطلقة في تطبيق قوانينها، وهي قواعد تلعب دوراً مهماً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية في ظل غياب قانون الإرادة، قانون يكون أكثر صلة بموضوع النزاع بغض النظر عن تحقيقه للعدالة، أو توفيره للحماية القانونية لأطراف النزاع، غير أنه ورغم الدور الذي تلعبه هذه القواعد في حل مشكلة تنازع القوانين، أقرّ فقهاء القانون الدولي الخاص بوجود بعض القواعد الوطنية ذات الطبيعة المطلقة والأمرة، والتي يجب تطبيقها بغض النظر عن ارتباط العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني، أو حتى رغم تركيزها الفعلي في دولة أجنبية، وهي قواعد شرعت لتنظيم الروابط الداخلية، وإن كان مراعاة طبيعتها الأمرّة تقتضي امتدادها أيضاً إلى العلاقات الخاصة الدولية بغض النظر عن حكم مخالف يتضمنه القانون المختص بحكم العلاقة العقدية بمقتضى قواعد الإسناد¹، ويتعلق الأمر بقواعد البوليس ذات التطبيق الضروي التي تعتبر من ناحية وطنية المنشأ والهدف وتشريعية الوضع، ومن ناحية ثانية فهي ضرورية التطبيق أمام القاضي الوطني وحتى أمام القاضي الأجنبي على كافة العلاقات والروابط التي تتصل وتمس المصالح الحيوية للدولة.

تظهر أهمية القواعد ذات التطبيق الضروي كقواعد خارجة عن نطاق تنازع القوانين في تفعيل الدور الحديث للقانون الدولي الخاص، من حيث تأثيرها على موضوع إلزامية قواعد الإسناد التي بني عليها هذا الفرع القانوني، فيكون على القاضي تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروي في قانونه بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق والذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون بلده حتى ولو كان قانون الإرادة، ومن هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على إشكالية تأثير المضمون الذاتي للقواعد ذات التطبيق الضروي على إلزامية قاعدة الإسناد في العلاقات الخاصة الدولية بالتخفيض من مرتبتها؟

أمام تذبذب الاجتهاد القضائي في مسألة إلزامية قاعدة الإسناد الأمر يستدعي التطرق لهذه الفكرة في إطار الدور التقليدي للقانون الدولي الخاص (أولاً)، ثم التطرق لفكرة المضمون الذاتي للقواعد ذات التطبيق الضروي كحد لإلزامية قاعدة الإسناد في مجال العلاقات الخاصة الدولية (ثانياً).

¹ - ياقوت محمد محمود، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ص ص 8-9.

أولاً- الزامية قواعد الاسناد في ظل الدور التقليدي للقانون الدولي الخاص

وضع المشرع قواعد الإسناد ليس تأكيداً للحق محل النزاع ولا لنفيه، بل لتحديد القاعدة الموضوعية الواجبة التطبيق، وهو ما يجعل البعض قد يتصورها أنها ليست كغيرها من قواعد القانون، غير أن هذا ليس صحيحاً، بحيث تتصف قواعد الاسناد بكل ما تتصف به القواعد القانونية الأخرى بما يتناسب مع وظيفتها¹ في تحديد القانون الملزم لحكم العلاقة الخاصة ذات العنصر الأجنبي من بين القوانين المتزاحمة لحكمها، دون الاهتمام بتحقيق مصلحة خاصة للدولة أو لأحد أطراف العلاقة ذات العنصر الأجنبي، فهي بهذا المعنى قواعد اسناد تركيزية لا تولي أي اهتمام لمضمون القاعدة الموضوعية التي يعقد لها الاختصاص، فهي تتسم بالحيده الموضوعية²، ولكن هل تتمتع هذه القاعدة بصفة الالتزام؟

1- حدود الزامية قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص

تشير قواعد الاسناد إلى القانون الواجب التطبيق، سواء كان هو القانون الوطني أو قانون الأجنبي، ولكن هل يتعين على القاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه كلما عرضت عليه منازعة ذات عنصر أجنبي؟ تباينت مواقف الأنظمة القانونية بشأن هذه المسألة كما يلي:

أ- قاعدة الاسناد قاعدة اختيارية

هناك من النظم القانونية من لا يعترف لقاعدة الإسناد بأية قوة ملزمة، فليس للقاضي تطبيقها من تلقاء نفسه، ومن الدول التي تسلك هذا الاتجاه إنجلترا³، حيث تمنع محاكمها من تطبيق قاعدة الإسناد وتوجب عليها

¹ - يرى البعض من الفقه الحديث أنّ القانون مثل القضاء كل منهما يمثل مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، حيث لكل دولة نطاق اختصاص إقليمي تمارس فيه سلطتها التشريعية، فيسري فيه القانون الذي تصدره، ولا يقبل داخله سريان قانون دولة أجنبية، والأمر كذلك فإن قواعد الاسناد لا يكون لها غير الوظيفة السياسية، وهي تحديد السياسة التشريعية الوطنية، ولكن يجب عند إعمال تلك القاعدة وفرض تدخل السيادة التشريعية مراعاة أكبر قدر من الاحترام المتبادل بينها، وهذا باختيار أكثر القوانين ارتباطاً بالعلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي. أنظر في هذا التحليل: حسن علي كاظم، "قواعد الاسناد وآليات التطبيق في العراق"، مجلة أهل البيت، جامعة كربلاء، العدد 20، 2016، ص 308.

راجع كذلك في وظيفة قاعدة الاسناد: محمد سليمان الاحمد، " التحليل المنطقي لقاعدة الاسناد، دراسة في القانون الدولي الخاص، كجلة جامع تكريت للعلوم الانسانية، المجلد 16، العدد 02، فيفري، 2009. ص 422-423. (15-09-20019) <https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&Id=22870>

² - الهواري أحمد محمد، " خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص 495.

³ - جاء الفقه الأنجلوسكسوني بنظرية الحقوق المكتسبة التي تنفي صفة القانون على القانون الأجنبي ليقترّب بذلك إلى عناصر الواقع، وإنما تطبيقه من القاضي الوطني يكون اعترافاً منه بالحق المكتسب لصاحبه خارج دولة القاضي. راجع:

تطبيق القانون الوطني على كافة المنازعات حتى المشتعلة منها على عنصر أجنبي، وحتى ولو تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي الذي تدل عليه قاعدة الإسناد، ويقوم هذا الاتجاه على أساس افتراض التشابه بين القانون الانجليزي والقانون الأجنبي الذي تشير باختصاصه قاعدة الاسناد¹، وللتوصل إلى تطبيقه يجب اثبات أن مضمون أحكامه مختلفة عن القانون الانجليزي²، وفي حالة العكس تطبق المحكمة القانون الانجليزي استنادا على القرينة التي تبناها النظام الانجليزي في هذا المجال، وهي أن مضمون القانون الانجليزي يعد مشابها للقانون الأجنبي طالما لم يلتزم الخصوم بتقديم الدليل على عكس ذلك.

ب- قاعدة الاسناد قاعدة ملزمة

أخذت بعض النظم القانونية بالإلزامية قاعدة الإسناد بالنسبة للقاضي، فهو ملزم بتطبيقها والأخذ بمدلولها من تلقاء نفسه، ومن الدول التي أخذت بهذا التوجه ألمانيا، حيث جعلت ذلك واجبا على القاضي في جميع المنازعات التي تشتمل على عنصر أجنبي، سواء طلب الخصوم ذلك أم لم يطلبوا، حيث اعتبرت الطبيعة الوطنية لقاعدة الاسناد هي التي تظفي صفة الإلزام على القاعدة والقانون الأجنبي الذي تشير إليه، بمعنى أن تطبيق القانون الأجنبي لا يكون عن طريق اختيار المشرع الوطني قانونا أجنبيا معينا، بل عن طريق عقد الاختصاص التشريعي للمشرع الأجنبي، وكأن القانون الأجنبي يسري في بلد القاضي بقوة نفاذه³، ويذهب القضاء الألماني إلى أن القاضي لا يجب عليه التوصل من هذا الالتزام، حتى ولو كان تطبيق القانون الوطني سيؤدي إلى نفس الحل للنزاع، ويؤسس هذا الاتجاه موقفه على أساس أن قاعدة الإسناد الوطنية قاعدة أمرة، ومتعلقة بالنظام العام في جميع الحالات، وضعها المشرع الوطني بغية تحقيق الاستقرار في المعاملات الدولية الخاصة باختيار القانون الأنسب الذي يحكم هذه المعاملات، ومنه فإن القاضي ملزم بتطبيقها حتى ولو انتق الخصوم صراحة على استبعادها⁴.

- سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص تطور وتعدد طرق حل النزاعات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 197.

¹ - للإشارة فقط، فإن الاتجاه الذي لا يعترف بالإلزامية قاعدة الاسناد على القاضي نطلق من فكرة أن القانون الأجنبي ليس له صفة القانون من ذلك الفقه الفرنسي الذي ينظر له أنه مجرد واقعة يفقد صفة الإلزام بمجرد تطبيقه أمام القاضي الوطني، باعتبار عنصر الإلزام يقتصر بالإقليم الوطني الذي يمارس به المشرع سيادته، راجع:

BATIFFOL Henri , Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, Paris, 2002, p.100.

² - اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول (تنازع القوانين)، دار هومة، 2002، ص 122.

³ - سيف الدين محمد البلعاوي: " القانون الأجنبي و مدى إعماله لدى القضاء الوطني (دراسة مقارنة)، ص 173، مقال متاح على الموقع: https://www.alaqsa.edu.ps/site_resources/aqsa_magazine/files/721.pdf (2019-09-15).

⁴ - هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة لتنازع القوانين والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. ت. ن، ص 252.

تعد قواعد الاسناد حسب هذا الاتجاه ملزمة، باعتبارها قواعد قانونية وطنية لا تختلف عن القواعد القانونية الأخرى، من حيث تكوينها الهيكلي أي لها عنصر الفرض وعنصر الحكم أو الأثر القانوني، وكذلك من حيث الغاية، إذ تهدف القواعد القانونية إلى تحقيق الاستقرار في العلاقات بين الأفراد، وكذلك قواعد الاسناد تنشأ بنفس الهدف من خلال الاسناد إلى القانون الملائم الأكثر صلة بموضوع النزاع، وكذلك من حيث الإلزام فإذا كان القاضي ملزم بإعمال القواعد القانونية الأخرى من تلقاء نفسه، فكيف له أن لا يلتزم بقواعد الاسناد، وإعمالها التلقائي مرتبط باحترام ذاتية العلاقات الخاصة الدولية¹.

ج- تفاوت موقف القضاء الفرنسي بشأن إلزامية قاعدة الاسناد

كان موقف القضاء الفرنسي متفاوتاً من مبدأ التزام القاضي بقواعد الاسناد من تلقاء نفسه، فذهب في مرحلة أولى إلى تأكيد عدم إلزامية القاضي الفرنسي بذلك إلا إذا أشارت قاعدة الاسناد إلى تطبيق القانون الفرنسي، إلى مرحلة عدم التطبيق التلقائي ما لم يتمسك به الخصوم، كما أن محكمة النقض الفرنسية ترفض باستمرار رقابتها على تفسير القانون الأجنبي من قبل قاضي الموضوع²، ثم تطور الوضع في مرحلة ثالثة بإلزام القاضي بإعمال قاعدة الإسناد وهو التزام عام في مضمونه ونطاقه، وفي مرحلة أخرى انتهى اجتهاد محكمة النقض الفرنسية إلى اتخاذ موقف وسط من مسألة التطبيق التلقائي لقاعدة الإسناد الوطنية.

ـ*مرحلة الطبيعة المزبوجة لقاعدة الاسناد

ترجع نقطة بداية تطور الاجتهاد القضائي في مدى إلزامية قاعدة الاسناد إلى قرار " BISBAL " الشهير الصادر في 12 ماي 1959، حيث تبنى هذا القرار موقفاً قريباً من موقف القضاء في البلاد الأنكلوسكسونية إذا جاء فيه "أن قواعد الإسناد الفرنسية لا تتعلق بالنظام العام على الأقل، حين تشير باختصاص القانون الأجنبي وأنه على الأطراف التمسك في هذه الحالة بتطبيقها، ومن ثمة فإنه لا يمكن النعي على محكمة الموضوع لعدم تطبيقها القانون الأجنبي تلقائياً، وتطبيق القانون الفرنسي الذي له الصلاحية لحكم جميع علاقات القانون الخاص"³.

¹ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص ص 39-40.

² - LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, 7^{ème} Ed, Dalloz, PARIS, 2001, p. 245.

³ - L'arrêt Bisbal (12 mai 1959) indique, que les règles françaises de conflit de lois qui prescrivent l'application d'une loi étrangère n'aient pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en demander l'application. C'est à dire, que l'application d'office de la règle de conflit était seulement facultative. La cause pour cette décision était très simple - c'est plus facile pour le juge d'appliquer la loi du for, que la loi étrangère, qui est inconnue.

Voir : Etude de M. Jean-Pierre Ancel, conseiller à la Cour de cassation « Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger », disponible sur le site :

https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1997_76/deuxieme_partie_tudes_documents_78/m. jean_5709.html

عيب على هذا الموقف إعطاء قاعدة الإسناد طبيعة قانونية مزدوجة، حسبما إذا كانت تشير بتطبيق القانون الفرنسي أو القانون الأجنبي، ففي الحالة الأولى تعتبر قاعدة آمرة من النظام العام، وفي الحالة الثانية لا تعتبر كذلك، كما أنه وفقاً لهذا الاجتهاد فإن الخصوم يمكنهم التحايل على قاعدة الإسناد الوطنية باتفاق مشترك بينهم على عدم التمسك بها، وهو ما كان في قضية قرار " BISBAL "، إذ أن الزوجين الإسبانين حصلوا على الطلاق وفقاً للقانون الفرنسي رغم أن القانون الإسباني كان يسمح في ذلك الوقت بالانفصال الجسماني فقط ولم يكن يسمح بالطلاق¹.

أمام هذه الازدواجية إزاء التعامل وقاعدة الاسناد، يتبين عدم تكريس مبدأ المساواة بين القانون الوطني والقانون الأجنبي، ومن هنا ترتبط إلزامية هذه القاعدة عندما تشير إلى تطبيق القانون الوطني، وتكون عديمة الفعالية إذا عينت قانوناً أجنبياً².

*مرحلة الطبيعة الجوازية للأخذ بقاعدة الاسناد

خففت محكمة النقض الفرنسية في وقت لاحق من حدة موقفها السابق فسمحت للقاضي بموجب قرارها الصادر في 02 مارس 1960 أن يطبق تلقائياً قاعدة الإسناد، في قضية CHINONY غير أنها لم تلزمه بتطبيقها بل تركت له الاختيار³.

*مرحلة تعليق الزامية قاعدة الاسناد

تراجع الاجتهاد القضائي الفرنسي في مسألة الزامية قاعدة الاسناد، ففي قرار المحكمة بتاريخ 09 مارس 1984 اعتبرت أن القاضي يكون ملزماً بتطبيق قاعدة الإسناد إذا كانت المنازعة تتعلق بحقوق لا يجوز للأطراف التصرف فيها أو التنازل وهي المتعلقة بالأحوال الشخصية، كما أنها ألزمت القاضي في قرار لها صادر بتاريخ 04 مارس 1986 بتطبيقها إذا كان مصدر هذه القاعدة اتفاقي، بأن تضمنتها اتفاقية دولية نافذة في فرنسا⁴.

¹ - LOUSSOUARN Yvon et BOUREL Pierre, *Droit international privé*, op.cit, p.247.

² - راجع في موضوع فعالية قاعدة الاسناد: عليوش قريوع كمال، "فعالية قاعدة تنازع القوانين"، مقتبس من فعالية القاعدة القانونية، دراسات متنوعة على شرف الاستاذ زوايمية رشيد، دار بري للنشر، 2019، ص ص 52-68.

³ - حيث يكون للقاضي تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه بالرغم من عدم تمسك الخصوم بأحكام، وبالرغم من عدم تعلق هذه الأحكام بالنظام العام، فالملاحظ من القرارين السابقين (BISBAL " CHINONY) أن محكمة النقض الفرنسية اقرت بإلزام القاضي بالأخذ بقاعدة الاسناد مع اختلاف النتائج التي تؤدي إليها في كل حالة : في قرار (BISBAL) إذا كانت قاعدة الاسناد تؤدي إلى تطبيق القانون الفرنسي فهنا القاضي ملزم بالأخذ بها، أما إذا أدت إلى تطبيق القانون فيكون غير ملزم بالأخذ بها إلا إذا تمسك بها الخصوم، أما في قرار CHINONY، أجازت المحكمة للقاضي البحث وتحديد مضمون القانون الأجنبي دون أن تلزمه بذلك، حيث جعلت الأمر اختيارياً جوازياً.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، ص ص 45-46.

راجع في اجتهاد قضائي مماثل: عليوش قريوع كمال، "فعالية قاعدة تنازع القوانين"، مرجع سابق، ص ص 62-63.

***مرحلة الإطلاق في الزامية قاعدة الاسناد**

قررت محكمة النقض الفرنسية بالتطبيق التلقائي للقانون الأجنبي المختص، وبالتالي إلزامية قاعدة الاسناد، وهذا في القرار المتعلق بقضية "BENNOUR" الصادر في 11 أكتوبر 1988 والقرار الثاني المتعلق بالأنسة "SCHULE PHILIPPE" الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1988¹، يتعلق القرار الأول بدعوى اثبات نسب ابن طبيعي مرفوعة من سيدة جزائرية ضد زوجها، وقضى القرار بأن الحكم محل الطعن الذي قضى بحرمان الأم من حقها في اثبات نسب ابنها الطبيعي طبقا للقانون الفرنسي، دون أن يفحص القاضي تلقائيا مصير هذه الدعوى طبقا للقانون الجزائري بوصفه قانون جنسية الأم، وحيث أن المادة 14-311 من القانون المدني الفرنسي تشير باختصاص القانون الجزائري².

ويتعلق القرار الثاني بأن ابطال هبة مستترة قام بها المتوفى المقيم بسويسرا بتطبيق قواعد القانون الفرنسي، دون البحث عن الحل الذي يقدمه القانون السويسري، ولأنه وفقا للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، فإن التصرفات التبرعية فيما بين الأحياء تخضع للقانون الذي يحكم التركة، وحيث أن القانون الذي يحكم تركة المنقول هو قانون الموطن الأخير للمتوفى، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أن قضاة الموضوع قد خرقوا نص المادة 1/16 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي تلزم القاضي بالبحث في ملف الدعوى وإلزامه بالمبادئ الاجرائية³.

لقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية بقبول التطبيق التلقائي للقانون الواجب التطبيق في القرارين محل الدراسة، إذا عاملت القانون الأجنبي معاملة القانون ونقضت القرار على أساس أن قضاة الموضوع لم يتمسكوا بتطبيقه واعتبرت ذلك خرقا لقواعد المرافعات لا سيما المادة 1/12 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي⁴.

¹ - Cf . C. Civ 1^{ère} 11 octobre 1988, Rebouh c/ Bennour et Cf . C. Civ 1^{ère} 18 octobre 1988, Schul Philippe. In DERRUPPE Jean, Droit international privé, 14^e éd. Dalloz, Paris, 2001, p .101.

² - L'Art 311-14 du code civil français stipule : « La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ».

<http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>

³ - Art 16-1 du code de procédure civil français stipule : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction... »

http://codes.droit.org/CodV3/procedure_civile.pdf

⁴ - Art 12-1 du code de procédure civil français dispose que : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables... ».

2- مدى تكريس صفة الالتزام في قواعد الاسناد في القانون الجزائري

يتم بحث هذه الفكرة باستقراء النصوص القانونية ذات الصلة، وكذلك بعض الاجتهادات القضائية.

أ- مدى تكريس المشرع الجزائري لصفة الالتزام في قواعد الاسناد

تنص المادة 2/29 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "... يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه"¹، من خلال صياغة المادة نلاحظ أن المشرع لم يفرق بين أن تكون القواعد المطبقة على النزاع وطنية أم أجنبية، وكأنها تظل تحتفظ بطبيعتها في كلتا الحالتين، غير أنه وباعتبار القانون الأجنبي لا يقتصر على القواعد المكتوبة، وإنما يتعداه إلى الاتفاقيات الدولية والاجتهادات القضائية، فتكون المادة المذكورة أعلاه غير كافية لتحديد موقف المشرع الجزائري من مدى الزامية القانون الأجنبي، حتى ولو كان بعض الفقه يرى أنه إذا كان النزاع وطنيا، فيجب على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية المناسبة المتصلة به، أما إذا كان النزاع يتعلق بعلاقة ذات عنصر أجنبي فيكون القاضي ملزما بتطبيق قواعد التنازع الوطنية باعتبارها الأنسب، وعليه على القاضي اعمال قواعد الاسناد من تلقاء نفسه.

أيدت الفكرة أعلاه الدكتورة فضيل نادية حيث اعتبرت قاعدة الاسناد جزء من النظام القانوني في دولة القاضي، وبالتالي يتم تطبيق القانون الذي أشارت إليه سواء كان القانون الوطني أم الأجنبي، لأن في ذلك تحقيق للتناظر بين الأنظمة القانونية²، يرى بدوره الاستاذ الزروتي الطيب أن القاضي مدعو لتطبيق قواعد الاسناد من تلقاء نفسه إذا توفرت شروط إعمالها³.

دلنا المشرع الجزائري على موقف أكثر دقة في هذه المسألة من خلال المادة 6/358 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: ... 6- مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة..."⁴، يستفاد من المادة أن المشرع أخضع تطبيق القاضي للقانون الأجنبي في مسائل الأسرة لرقابة المحكمة العليا، واعتبر هنا القانون الأجنبي قانونا وليس مجرد واقعة، ولم يتطرق إلى مسائل أخرى التي لا تتعلق بالأسرة أو الحالة العائلية للشخص، وبالتالي فإن قاعدة الاسناد تكون ملزمة إذا أشارت بتطبيق قانون أجنبي متعلق بقانون الأسرة، بما يفيد تطبيقه التلقائي من طرف القاضي الوطني، وهو ما أكدته المشرع من خلال المادة 360 من قانون الاجراءات المدنية

¹ - قانون رقم 09-08 مؤرخ في 26 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج.ج.ج عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

² - فضيل نادية، تطبيق القانون الأجنبي أما القاضي الوطني، دا هومة، الجزائر، 2001، ص 17.

³ - زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الاول (تنازع القوانين)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص 237.

⁴ - قانون رقم 09-08 مؤرخ في 26 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

والإدارية التي تقضي بأنه: " يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض"¹، تأسيسا على المادتين يكون المشرع الجزائري قد فرق بين القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية الذي يكون وجها من أوجه الطعن، فإذا ارتكب خطأ أو مخالفة في تطبيق هذا القانون يمكن للخصوم أن تبني الطعن بالنقض على هذا الوجه.

بالرجوع إلى القانون 89-22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها نجد أن المادة 4 منه تنص على أنه: " تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له"²، بهذا تمارس المحكمة العليا الرقابة على انتهاك القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة كاستثناء بما أنه يعتبر كقانون وفقا لمضمون المادة 358 ق إ م إ، حيث سوى المشرع بين القانون الداخلي والقانون الأجنبي المرتبطة بالأحوال الشخصية³، أما القوانين الأخرى فلا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁴.

تمارس المحكمة العليا رقابتها على انتهاك القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية من خلال الرقابة على التكييف والتسبيب وفقا لمقتضيات المادة 6 القانون 89-22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها⁵.

تأكيدا على الزامية الأخذ بقواعد الاسناد تنص المادة 23/ مكرر 2 من القانون المدني الجزائري على أنه: " تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"⁶، فقد اعتبر المشرع الجزائري بموجب هذه المادة المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص مصدرا رسميا لتنازع

¹ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 26 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² - قانون رقم 89-22 مؤرخ في 12 ديسمبر 1989 يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، ج ر ج ج عدد 53، صادر بتاريخ 13 ديسمبر 1989، معدل ومتمم بموجب الأمر 96-25 مؤرخ في 12 غشت 1996 ن ج ر ج ج عدد 48، صادر بتاريخ 14 أوت 1996.

³ - استعمل المشرع مصطلحا أكثر دقة وهو " قانون الأسرة" بدلا من مصطلح "الأحوال الشخصية" المنتقد فقها، حيث وحسب الأستاذ زروتي الطيب فإنه يرى أنه عند سماع مصطلح " الأحوال الشخصية" يشعر أنه يمثل القوانين والعادات المتعلقة بشخص الانسان والتي تتبعه في تنقله مثل الحالة والأهلية في حين أنه يشمل مسائل أخرى ذات طبيعة مالية مثل الميراث و الهبة.

⁴ - راجع أهم الاشكاليات القانونية والآثار التي تترتب على التطبيق التلقائي لقاعدة الاسناد والآثار المترتبة عن اعتبار القانون الأجنبي كقانون: عليوش قربوع كمال، "فعالية قاعدة تنازع القوانين"، مرجع سابق، ص 62-63.

⁵ - تنص المادة 06 على أنه: " بوصفها جهازا مقوما لأعمال المجالس القضائية والمحاكم ووفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القواعد العامة للإجراءات تمارس المحكمة العليا رقابة على تسبيب أحكام القضاء ورقابة معيارية تأخذ بعين الاعتبار تكييف الوقائع على ضوء القاعدة القانونية".

⁶ - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

القوانين، التي منها أنه على القاضي العودة على قواعد التنازع الوطنية كلما عرضت أمامه علاقة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي.

ب- مدى تكريس الاجتهاد القضائي لصفة الالتزام في قواعد الاسناد

تتضح لنا هذه الالتزامية من خلال بعض قرارات المحكمة العليا منها:

* في مجال الأحوال الشخصية

صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات تؤكد فيها التزام القاضي بإعمال قواعد الاسناد من تلقاء نفسه، من بينها نجد القرار الصادر بتاريخ 19 فيفري 1998 ملف رقم 170082¹ المتعلق بآثار الزواج².

رفضت المحكمة العليا بشأن هذه القضية الوجه المثار من الطاعنة، وأثارت تلقائيا وجها مأخوذا من مخالفة المادتين 12 و 13 من القانون المدني الجزائري فقضت: " يستخلص من القرار المطعون فيه أنّ موضوع النزاع يتعلق بحالة الاشخاص والتي تعتبر من النظام العام.

المادة 12 من القانون المدني تنص على أنه : يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يربتها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال، يسري انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

المادة 13 من القانون المدني تنص على أنه: يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج فهي تخضع لقانون جنسية كلا الزوجين.

الطاعنة لها الجنسية الجزائرية ما لم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الايطالية.

كان على القاضي تطبيق القانون الجزائري إعمالا للمادة 13 من القانون المدني عوضا عن القانون الايطالي، كما هو وارد في الحكم المطعون فيه، ولما كان ذلك، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه"³.

¹ - قرار المحكمة العليا، ملف رقم 170082 الصادر بتاريخ 17/02/1998، المجلة القضائية، العدد الأول، 2000، ص ص

167-173. <https://elmouhami.com/>

² - تدور وقائع هذا القرار حول زواج جزائرية بإيطالي وبعد طلاقها بموجب حكم صادر من محكمة مراد رايس بتاريخ 14/07/1996، والذي قضى بالطلاق بين الزوجين بسعي من الزوج، مع انتهاء التوابع المادية الناتجة عن زاج الطرفين، وبأمر ضابط الحالة المدنية لبلدية مرسيليا بتسجيل هذا الطلاق، طلبت الزوجة نقض الحكم.

³ -راجع قرار المحكمة العليا منشورا في المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 170.

من خلال القرار نستنتج أن مسألة إعمال قاعدة الاسناد مسألة قانون ويخضع القاضي في تطبيقها إلى رقابة المحكمة العليا، حيث أنه في قضية الحال قضى القرار بأن هناك خطأ في تطبيق قاعدة الاسناد، وهذا يعتبر مخالفة للقانون وخطأ في تطبيقه، وهي قاعدة الاسناد موضوع المادة 12 الخاصة بانحلال الزواج، من حيث أن قاعدة الاسناد موضوع المادة 13 تقضي بسريان القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الطرفين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، ومنه يسري القانون الجزائري في مسائل آثار الزواج وانحلاله لأنها تتعلق بحالة الأشخاص ولا يجوز التصرف فيها لأنها تتعلق بالنظام العام.

لقد أثارت المحكمة العليا تلقائياً هذا الوجه المتمثل في وجوب تطبيق المادة 13، أي أنها أثارت تلقائياً وجوب إعمال قاعدة الاسناد، وهذا ما يعني أن قاعدة الاسناد التزم على عاتق القاضي، بغض النظر عن تمسك الخصوم بإعمالها من عدمه.

نشير هكذا أنه، من المنطق أن تكون قاعدة الاسناد ملزمة لأن القول بعكس ذلك يحد من فعاليتها، ومن الهدف من سندها، ويبقى في كل الحالات وسيلة أخرى لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، بالدفع بالنظام العام أو الغش نحو القانون، خاصة في مجال الأحوال الشخصية أمّا في إطار العلاقات الخاصة الدولية كالالتزامات التعاقدية فإنّ إلزامية قاعدة الاسناد تتأثر عند دخول العلاقة القانونية في مجال اختصاص القواعد ذات التطبيق الضروري.

*في مجال الالتزامات غير التعاقدية

قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية ملف رقم 177604، صادر بتاريخ 27 أفريل 1994 في قضية الوكيل القضائي للخرينة الفرنسية ضد (ع م)¹، بأنّ قانون نابليون هو لسنة 1904 هو الواجب التطبيق، واستنادا عليه فالالتزامات غير التعاقدية تخضع لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام، ووفي قضية الحال القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 20 من القانون المدني، مما يفيد أنّ قضاة الموضوع طبقوا مضمون القانون الفرنسي على أكمل وجه مما يقتضي رفض الوجه الثاني².

¹ - تدور وقائع القضية حول جزائري الجنسية تعرض لحادث مرور سببته شاحنة للدرك الفرنسي البحري أدى إلى غصابته بأضرار بالغة، ورفع دعوى أمام القضاء الجزائري مطالبا بتحميل الدولة الفرنسية المسؤولية ممثلة في الخزينة الفرنسية، استجيب لدعواه وصدر قرار عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1989/2/5 الذي ايدته المجلس نفسه فصلا في المعارضة ضد القرار بقرار اصدده في 11/12/1990، فتم نقض هذا القرار من طرف الوكيل القضائي للخرينة العامة الفرنسية مستندا إلى وجهين للطعن منها المشار إليه في الهامش الموالي. عن: زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، دار هومة، الجزائر، 2014، 93.

² - الوجه الثاني مأخوذ من سوء تطبيق القانون، ذلك لأن الدولة الفرنسية تعتبر مسؤولا مدنيا عن أحد أعوانها، فإن المحاكم الجزائرية ينبغي عليها الرجوع إلى القوانين الفرنسية الخاصة بمثل هذه القضايا ولا تصدر أحكام عشوائية خالية من النصوص

يستفاد من قرار المحكمة العليا أنها قبلت الطعن المتعلق بتطبيق قانون أجنبي في مجال الالتزامات غير التعاقدية، بمعنى خارج مجال الاحوال الشخصية، وناقشت وجه الطعن المأخوذ من سوء تطبيق القانون وعدم الإشارة إلى القوانين الفرنسية الخاصة بالنزاع في القرار محل الطعن، وهو ما يفهم منه أن المحكمة اعتبرت القانون الفرنسي قانونا وليس واقعة، و لو لا هذا لما ناقشت ذلك الوجه أو الدفع، بالتالي قضت بأن قضاة الموضوع طبقوا مضمون القانون الفرنسي على الوجه الاكمل.

ثانيا-المضمون الذاتي للقواعد ذات التطبيق الضروري كحد لإلزامية قاعدة الاسناد في مجال العلاقات الخاصة الدولية

يعترف القانون الدولي الخاص بوجود مفهوم دقيق للنظام العام يعرف بقوانين البوليس ذات التطبيق الضروري حيث أضحت هذه الفكرة من الأفكار الأساسية التي تحتل مكانا بارزا في هذا الفرع القانوني، وقد أطلق الفقه التقليدي على هذه القواعد عدة تسميات منها (Règles de police et de sureté) المعبر عنها باللغة العربية بقواعد البوليس والأمن، وتشمل كل القواعد التي تحمي المصلحة العامة¹، غير أن الجمع بين قوانين الأمن والبوليس يثير نوعا من الخلط، حيث يرى الفقه الحديث، ضرورة توضيح التفرقة بين كلا القانونين، فقوانين الأمن من خصائصها الإقليمية فهي تشمل قواعد القانون الجنائي والإداري، وقواعد القانون العام الأخرى التي ينشأ بشأنها تنازع القوانين²، أما بالنسبة لقوانين البوليس، فهي تلك التي تتصل بالقانون الخاص، وتحمي المصلحة العليا للدولة مثل قانون الائتمان الاقتصادي، وبعض القوانين الاجتماعية كقانون العمل، المنافسة وغيرها³، لذلك اطلق عليها اصطلاح القواعد ذات التطبيق الضروري، لأنها تعد ضرورية لحماية التضامن الاقتصادي والاجتماعي لدولة القاضي إذا ما توفرت شروط تطبيقها المتمثلة في العلاقة الموجودة بينها وبين النزاع بغض النظر عن طبيعته، فهي ضرورية بالقدر الذي يتلاءم مع أهداف المشرع من سنّها.

القانونية مما يعرض القرار للنقض والإبطال. عن: زروتي الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، مرجع سابق، ص 94.

¹ - عبد الكريم احمد سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية)، دار النهضة العربية، القاهرة، د. س. ن، ص 26.

² - علي الهادي الاسود، " العلاقة بين القواعد ذات التطبيق الضروري، قواعد البوليس والأمن وقواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص"، مجلة العلوم القانونية والشرعي، العدد السابع، 2015، ص ص 28-29. (24-09-2019) متاح على الموقع: http://zu.edu.ly/jsls/issus_7/dowanload/paper2.pdf

³ - عبد الكريم احمد سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص (دراسة تحليلية تطبيقية)، مرجع سابق، ص 27.

1- مضمون القواعد ذات التطبيق الضروري كحد لصفة الالتزام في قواعد الاسناد

ظهرت القواعد ذات التطبيق الضروري كنتيجة لبروز مبدأ تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي والاجتماعي للأفراد تحقيقاً لبعض الضرورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي تهدف حماية النظام العام للدولة والصالح العام، وذلك بالحد من حرية الأطراف في المجال التعاقدية، إذ لا يمكن الإفلات من هذه القواعد التي ارتبطت بالمنهج الأحادي في تنازع القوانين لتعبر عن بعث جديد لهذا المنهج القديم الذي هجر تحت تأثير تعاليم مدرسة Savigny المزدوجة¹.

أ- ذاتية القواعد ذات التطبيق الضروري

يعدّ الفقيه FRANCESKAKIS أول من تعرض لقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري وذلك في رسالته بحثه " نظرية الإحالة وتنازع الأنظمة في القانون الدولي الخاص " ، وهو من قال أنّ هذا المنهج أصبح ينافس منهج قواعد الاسناد² ، وقد عرّفها على أنها:

« Sont des lois de police, les lois dans l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique d'un pays »³.

يقصد بالقواعد ذات التطبيق الضروري مجموع القواعد الموضوعية المحددة التي توجد في قانون دولة القاضي، والتي يتعين تطبيقها على كل العلاقات المرتبطة مع هذا القانون، بصرف النظر عما تقضي به أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق عليها أصلاً بناءً على قاعدة الاسناد المعمول بها في دولة القاضي⁴، وسواء تم تحديد هذا القانون عن طريق اختيار الأطراف أو بناءً على تحديد قاعدة اسناد موضوعية، وهو ما دفع البعض بوصفها بأنها " قواعد ضد التنازع Anti règles de conflit " ⁵.

بالنظر إلى الدور الذي تلعبه هذه القواعد تحقيقاً لأهدافها تم تكريسها في التشريعات المقارنة، كما هو الشأن في القانون المدني الفرنسي⁶، وكذلك فعل المشرع الجزائري في المادة 5 من القانون المدني الجزائري التي

¹ -أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 66.

² - GUILLAUME Johanna, *L'affaiblissement de l'état- nation et le droit international privé* , L.G.D.J, Paris, 2011, p. 435.

³ - In <http://cours-de-droit.net/category/droit-international-prive/cours-dip/>

⁴ - عن: سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 1999، ص 510.

⁵ - CHAPELLE André, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paris 2, 1979, p.51.

⁶ - حيث تنص المادة 3 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire... ».

<http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>

تنص على أنه: " يخضع كل سكان القطر الجزائري لقوانين الشرطة والأمن"¹، ولأن هذه القواعد تقرر بقصد حماية مصلحة المجتمع، فهي ذات طابع أمر بلغ حدًا يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في مجال سريانها سواء كانت العلاقة وطنية بحتة أم ذات طابع دولي².

كرست كذلك في الاتفاقيات الدولية منها اتفاقية روما 1 لسنة 2008 المعدلة لاتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لسنة 1980 ، وجاء تعريفها في المادة 1/9 كما يلي:

« Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement »³

نستنتج من التعريفات السابقة سواء كانت فقهية أو قانونية أن هذه القواعد تهدف إلى الحفاظ على النظام العام الاقتصادي والاجتماعي والصالح العام للدولة، وأن انطباقها مشروط بوجود رابطة بين محتواها وبين العناصر الواقعية التي تثير تطبيقها، فهي قواعد تتمتع بقوة الزامية مطلقة، فوجود رابطة بينها وبين اقليم محدد هو الشرط الضروري لانطباقها.

إن الأولوية التي تشغلها القواعد ذات التطبيق الضروري في مواجهة قواعد التنازع هي أولوية مطلقة، لا تتعطل حتى أمام حكم واجب التطبيق بمقتضى اتفاقية دولية، وهو ما كرسته المادة 2/7 من اتفاقية روما لسنة 1980 المعدلة في 2008 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث نصت على أن :
" أحكام الاتفاقية الحالية لا تحول دون تطبيق قواعد بلد القاضي التي تحكم بطريقة أمرة الحالة المعروضة وذلك أيا كان القانون الواجب التطبيق على العقد"⁴.

¹ - أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 ديسمبر، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

² - BUREAU Dominique, Horatia Muir Watt, *Droit international privé*, Tome2, Partie spéciale, Presses Universitaires de France, 2^{ème} Edition, Paris, 2007, p. 315.

³ - Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177/6 du 4.7.2008, p. 6-16. Disponible sur le site :

<https://www.lynxlex.com/fr/text/rome-i-r%C3%A8gl-5932008/article-9-lois-de-police/641>

⁴ - تنص المادة 2/7 :

« Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat. ».

-أحكام اتفاقية روما حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المبرمة في روما 19 جوان 1980 متاحة على الموقع:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>

ب- الصفة الآمرة في القواعد ذات التطبيق الضروري خلط مع مفهوم النظام العام وحد من الزامية قواعد الاسناد

يعد من أهم خصائص أعمال منهج قواعد الإسناد أن ينطلق القاضي من العلاقة أو النزاع المعروض عليه ابتداءً للبحث عن القانون الواجب التطبيق، غير أن الأمر لا يكون بنفس الطريقة بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري، حيث ينطلق القاضي من القاعدة القانونية ابتداءً للبحث عن العلاقة أو المسألة التي تختص بها أو تنطبق عليها¹، ومن هنا نستنتج أن القاضي ملزم بتطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري على كافة النزاعات المعروضة عليه ما دام أنها تدخل في نطاق سريانها.

انطلاقاً من كيفية أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، بلغت هذه القواعد من الأهمية حدًا كبيراً لا يسمح أن تدخل في منافسة مع القوانين الأجنبية، ما يعني أنه يتحتم إنزال حكمها الموضوعي على المسائل الواقعة في مجال سريانها دون إذن أو مرور بقواعد الإسناد، وهو ما يدعم قول الفقيه البلجيكي CRAULICH الذي تحدث عما أسماه "تخفيض مرتبة قاعدة التنازع"، حيث قرّر أنّ للقواعد ذات التطبيق الضروري هيمنة وصداقة على قاعدة التنازع إذ تقيد الأولى الثانية وتحدد مجال تطبيقها².

بالنظر إلى توسع تدخل الدولة لم يكن بوسع المشرع إلاّ تدعيم القواعد التشريعية بالصفة الآمرة، فيمنع على الأفراد الاتفاق على مخالفة أحكامها، سواد كان في المجال الاقتصادي أو الاجتماعي، وقد صاحب هذه القواعد الآمرة ظهور مفاهيم جديدة، فإلى جانب فكرة النظام العام ظهرت فكرة النظام العام الاقتصادي والاجتماعي.

يهدف ظهور هذا النوع من النظام العام إلى ترسيخ الصفة الآمرة والضرورية للقواعد التي يضعها المشرع في المجالات المذكورة، وباعتبار القانون الدولي الخاص جزء من القوانين التي يصدرها المشرع الوطني، كان لابد أن يمتد التوجه الذي أقرته الدولة في توجهاتها الاقتصادية والاجتماعية، ولما كان تدخل الدولة قد امتد إلى الحياة الخاصة الدولية الذي يعتبر من سمات التطور الحالي للقانون الدولي الخاص، فلا بد من مواجهة ما يثيره تطبيق قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي في مجال العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وهو ما أثر على قواعد الاسناد للوصول لحل التنازع الدولي للقوانين.

¹ - La méthode conflictualise part d'une situation concrète qu'elle tente de rattacher a une loi en mesurant l'intensité de ses liens avec les différentes nations en concours, S'agissant des lois de police, le raisonnement est inversé. Le point de départ est le champ d'application de la loi dans l'espace, il faut rechercher l'existence d'une loi locale qui revendique impérativement son application et c'est la loi d'application immédiate qui fixe elle-même son domaine d'intervention.

- عبد الكريم احمد سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 80.

² - عشوش أحمد عبد الحميد، تنازع مناهج تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 62.

ما تجدر الإشارة إليه، أنّ أهمية ظهور القواعد ذات التطبيق الضروري تكمن في أن وظيفة النظام العام في ظل قواعد الاسناد تعرف قصورا، حيث أنه إذا أشارت قاعدة الاسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي، واتضح أنّ هذا القانون مخالف للنظام العام، جاز للقاضي استعمال الدفع بالنظام العام، وإحلال قانون القاضي محله¹، غير أنّ هذه الوسيلة غير كافية فاستبعاد القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة وإحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد، يهدف فقط إلى سدّ الفراغ عن هذا الاستبعاد، وليس الهدف إعطاء قانون القاضي نطاق اختصاص أصيل خاص به².

وأمام امكانية الخط التي يمكن أن تنور بين فكرة النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري، يرى جانب من الفقه الحديث بأنّ هذه القواعد ما هي إلا تجسيد لفكرة النظام العام حسب دوره التقليدي، دون الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء، وردها إلى إحدى الأفكار المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص، أمّا الاتجاه الثاني فيرى ضرورة التمييز بين النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري، من حيث أن هذه الأخيرة تتميز بالكفاية الذاتية، بحيث لا تحتاج إلى فكرة النظام العام لتطبيقها، فهي تسري على العلاقات داخلية كانت أم دولية، وهذا بمقتضى نصوص قانونية آمرة صادرة من المشرع الوطني، في حين أن النظام العام يشكل سدّ للفراغ عند استبعاد القانون الأجنبي دون الحاجة لوجود نصوص آمرة.

2- أثر إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على الزامية قواعد الاسناد

يرتبط تطبيق وإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري بمجموع من الشروط والأهداف التي تسعى لتحقيقها، ومشروعية المصلحة المحمية بموجبها، وتأسيسا على هذه الأهداف فقد تشكل قيда حتى على مبدأ سلطان الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار العلاقات الخاصة الدولية، هذه الأهداف التي يجب تحقيقها أمام القاضي الوطني المعروض عليه النزاع، وكذلك أخذها في الاعتبار بالنسبة لحالة عرض النزاع أمام المحكم الدولي.

¹ - وهو الحل الذي كرسه المشرع الجزائري في تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه: " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام....يطبق القانون الجزائري محل القانون الاجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

² - عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 174.

أ- تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري في الحدود اللازمة لتحقيق أهداف المشرع منها

تعتبر القواعد ذات التطبيق الضروري أسلوباً من بين أساليب حل تنازع القوانين، فتكون واجبة التطبيق بمجرد تحقق القاضي من وجوبها، بغض النظر عن طبيعة العلاقة محل النزاع، وبالتالي فهو يحاول تحقيق الحماية التي أوجبها المشرع لنظامه القانوني، فبمجرد إدراك القاضي تحقيقه هذا الهدف طبق هذه القواعد بصفة فورية، حينها تختفي مسألة الاختيار، فكلما دخلت تلك القواعد مجال النزاع طبقت حماية للنظام القانوني الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع دون التحقق من مدى تحقيقها صالح العلاقات الخاصة الدولية. تعمل القواعد ذات التطبيق الضروري على توسيع دائرة اختصاص قانون القاضي، وتطبيقه بصورة مباشرة، وهي بهذا المعنى تتناسى الطبيعة الدولية للعلاقة محل النزاع، وإذا كانت هذه القواعد تسعى لتحقيق أهداف المشرع، فيكون القاضي بإعمالها قد حافظ على تلك الأهداف.

ب- تخفيض مرتبة قاعدة الاسناد بالاستبعاد الكلي لقانون الإرادة

كرست مختلف الدول مبدأ سلطان الإرادة، وهو مبدأ دفع عنه أغلب الفقه القانوني وعن ضرورة استمراريته، الشيء الذي كان له انعكاس مباشر على حجم الحرية المخولة لأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم في مجال العلاقات الخاصة الدولية، غير أنه سرعان ما بلغت قاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة حداً من الاستقرار حتى أخذ بعض الفقهاء في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين وبعض الفقهاء المعاصرين يواجهون إليها حملة من النقد، مؤكدين على أن هذا المبدأ يفقد معناه وأهميته سواء على صعيد علاقات القانون الداخلي أو العلاقات القانونية الخاصة الدولية، بحكم ما يؤدي إليه من نتائج ناجمة عن السماح للطرف القوي في العلاقة عدم احترام حقوق الطرف الضعيف والإجحاف به عن طريق إرغامه على التعامل بعقود تأخذ شكل الحاجة الاقتصادية في التعامل في إطار التجارة الدولية¹.

لقد أدرك الفقه منذ القديم خطورة تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد، لما قد يؤدي إليه ذلك من فتح الطريق أمامهم للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، وهو ما دعا البعض إلى البحث عن نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المطلوب للنصوص الآمرة التي تحكم العقد من ناحية أخرى².

أقر مجمع القانون الدولي باستبعاد نصوص القانون الأجنبي في دولة القاضي، إذا ما كانت هناك قواعد قانونية لا تقبل أي مزاحمة من القوانين الأجنبية وهذا في دورة انعقاده بمدينة "بال" بسويسرا عام 1991، حيث

¹ - راجع في مضمون هذه الفقرة: أحمد محمد الهواري، "خواطر حول حماية الطرف الضعيف في القانون الدولي الخاص"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، ص ص 494-522.

² - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 761.

نصت المادة 1/9 من المشروع الذي أقره المجمع على أن "تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدون لا ينال من النصوص الآمرة في قانون القاضي التي تحكم المركز محل النزاع بصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق على العقد"¹.

بهذا المعنى وجدت نقطة التوازن بين إطلاق حرية المتعاقدين وضمان تطبيق القواعد الآمرة في تلك القواعد الداخلية التي لا تحتاج في تطبيقها لمنهج التنازع، رغم أنها لم توضع خصيصاً لتنظيم الروابط العقدية الدولية، ولكن كل ما في الأمر أن صفتها الآمرة قد بلغت حداً يقتضي إعمالها في شأن كافة الروابط العقدية التي تحكمها بشكل مباشر.

بهذا المعنى، يشكل إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري قيوداً على حرية الإرادة، بحيث لا يمكن للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فطابعها الأمر يؤدي إلى إهدار إرادة الأفراد عندما تنصب على تنظيم موضوعي مخالفاً لها، وعلى صعيد العلاقات الخاصة الدولية تؤدي إلى إلغاء أي دور للإرادة في تحديد قانون العقد.. يؤدي التطبيق المباشر للقواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي إلى اختزال الوقت من خلال تطبيق هذه القواعد الآمرة، دون المرور بتعقيدات قاعدة الإسناد.

أما على مستوى التحكيم، يبقى أن نشير أن إعمال هذه القواعد يتسم بنوع من الخصوصية، من زاوية أن المحكم ليس له قانون اختصاص فهو يعامل القواعد ذات التطبيق الضروري معاملة القانون الأجنبي، ومنه فإن التفرقة بين هذا الأخير والقواعد الضرورية للتطبيق تفقد أهميتها، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن المحكم يستمد سلطته من إرادة الأطراف، وكمبدأ عام هو لا يملك الخروج عن هذه الإرادة والإخلال بتوقعاتهم المشروعة.

إن تردد المحكم في إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يرتبط بطبيعة هدفه، وهو حماية المصالح الخاصة للأطراف وليس المصالح العامة للدول التي لا ينتمي إليها عكس القاضي، غير أنه عملياً يبدو أنه عليه احترامها، كضمانة لتنفيذ أحكامه، فهو المقابل الذي يدفعه المحكم للاعتراف بعدالته الخاصة، وليس للدولة ذلك إلا إذا رعى هذا المحكم المصالح العامة التي تدافع عنها.

إن تطبيق المحكم الدولي لقانون العقد يستلزم عليه أن لا يكون على حساب القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي لذلك القانون، لذا يتم تطبيق كل قواعده بما فيها القواعد الآمرة المتواجدة فيه، كلما دخلت الرابطة العقدية في نطاق سريانها، ويكون تطبيقها بصفة مطلقة حتى ولو اتفق الأطراف على استبعاد أحكامها. إن إمكانية تطبيق هذه القواعد في مجال التحكيم التجاري الدولي يكون بالنظر إلى أنها تنتمي إلى القانون المختار من قبل المتعاقدين، وعليه لا يشكل هذا التطبيق أي تعارض مع توقعات الأطراف المتعاقدة¹.

¹ - عن: عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 323.

أما بالنسبة لتطبيق المحكم للقواعد ذات التطبيق الضرورية المنتمية لغير القانون المختار، فيكون ليس احتراماً لتوقعات الأطراف المتعاقدة مادام أن اختيارهم لم ينصب على هذا القانون، وإنما لأسباب أخرى، ولعل أبرزها احترام مبدأ فعالية القرار التحكيمي وكذلك مبدأ استمرارية التحكيم.

يتعلق مبدأ فعالية القرار التحكيمي بقابليته للتنفيذ²، وهو ما أكدته اتفاقية نيويورك³ على صعيدين، الأول يتعلق باحترام القواعد ذات التطبيق الضروري أو البوليس لبلد صدور الحكم التحكيمي، وتلك المنتمية لبلد التنفيذ حيث تنص المادة 5/2 من الاتفاقية على أنه: " .. يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه ... أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع للسياسة العامة لذلك البلد"⁴.

أما عن مبدأ استمرارية التحكيم، فهو يرتبط بضرورة احترام المحكم لقواعد النظام العام وقواعد البوليس، والذي يشكل ضماناً لديمومة التحكيم واستمراريته كوسيلة ناجحة لحل منازعات العلاقات الخاصة الدولية، لتفادي امتناع قاضي الدول الأمر بعدم تنفيذ القرارات التحكيمية المخالفة لقواعد البوليس ذات التطبيق الضروري، وهو ما يحد من حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

¹ - ومن أبرز الحالات تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري من قبل المحكمين، حيث تم إبطال الشرط الذي حدد سعر القائدة بما يزيد عن الحد المقرر في القاعدة ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى ذلك القانون. راجع: أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 96.

² - Mayer Pierre, « L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence », R.C.A.D.I, 1989 , p. 365.

³ - اتفاقية نيويورك، لسنة 1958 بشأن الإعراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 88-233، مؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 ماي 1958، ج. ر. ج. ج عدد 48 لسنة 1988. نص الاتفاقية متاح على الموقع:

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-A.pdf>

⁴ - المرجع نفسه.

خاتمة

يتضح من هذه الدراسة، أنّ القانون الدولي الخاص التقليدي يقوم على فكرة أن القانون الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه وتسد إليه تنظيم العلاقة ذات العنصر الأجنبي هو قانون واجب التطبيق بحسب الأصل، أي يتعين تطبيقه وإعمال أحكامه طالما تم اختياره باعتباره القانون الأصلح لحكم النزاع، وهذا هو مضمون الإلزام الموجه للمحاكم بصفتها الجهة المخاطبة أساساً بقواعد الإسناد والذي يُعد كذلك شقاً في عنصر الحكم في هذه القواعد.

والجدير بالذكر، عند تحليل موضوع الإلزامية في مجال قواعد الاسناد والقانون الواجب التطبيق، الإشارة

إلى:

- الفرق بين صفة الإلزام في قاعدة الإسناد، وموضوع الإلزام بتطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد لحكم النزاع، أي وجوب تطبيقها من عدمه بشأن العلاقات الخاصة الدولية¹، فالإلزام بتطبيق القانون المختار يثور بعد إعمال قاعدة الإسناد، أما وجوب تطبيق هذه القاعدة من عدم تطبيقها فيثور قبل ذلك الإعمال، ولا شك أن الخروج عن هذا الإلزام يُفرض قواعد الإسناد من مضمونها ويضيع الهدف الذي أراده المشرع من وضعها.

- أنّ المشرع نفسه ساهم في تقليص دور قواعد الاسناد عن طريق وضعه لقواعد آمرة واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيّا كانت طبيعتها داخلية أم دولية، والمتمثلة في قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري، وهو ما فعله المشرع الجزائري في المادة 5 من القانون المدني، فيكون بموجبها على القاضي تطبيقها متى وجدت في قانونه.

- على ضوء هذه الدراسة لنا أن نفرق بين فكرة النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري، بالرغم من التشابه بينهما من حيث حماية المصالح والأسس الجوهرية للدول، إلا أنّ دفع القاضي بالنظام العام يهدف إلى إستبعاد القانون الأجنبي المختص، وإحلال قانون القاضي محل القانون المستبعد، في حين أن تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري تعطي لقانون القاضي اختصاص أصيل خاص به.

- إذا كان من الطبيعي التسليم بحرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، خاصة في مجال العلاقات الخاصة الدولية، سواء عرض النزاع أما القضاء أو التحكيم، فإنه من الصعب التسليم بالحرية المطلقة لهذه الإرادة، بل تبقى هناك قيود مفروضة عليها بإعمال القواعد محل هذه الدراسة، حتى ولو كان الواقع يثبت أن هذه القواعد تهدف إلى حماية المتعاقدين (الطرف الضعيف كما هو في عقود الاستهلاك والعمل) من جهة، وحماية مصالح الدول من جهة أخرى.

¹ - احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ص ص 45-46.

- التسليم بوجود القواعد ذات التطبيق الضروري إلى جانب قواعد الاسناد التقليدية في القانون الدولي الخاص المعاصر، فإذا كانت الرابطة العقدية ذات الطابع الدولي تخضع بحسب الأصل إلى القانون الذي يختاره الأطراف بمقتضى من هج التنازع المزدوج، فإنه على القاضي كذلك أن يراعي أعمال هذه الطائفة من القواعد على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها المكاني في شأن بعض جوانب الرابطة العقدية التي تدخل في سريانها رغم خضوع العقد في جوانبه الأخرى للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد، مما يضيفي التجزئة للرابطة العقدية وإخضاعها لأكثر من قانون.
- تعمل القواعد ذات التطبيق الضروري على توسيع دائرة اختصاص قانون القاضي، وتطبيقه بصورة مباشرة، وهي بهذا المعنى تتناسى الطبيعة الدولية للعلاقة محل النزاع، وإذا كانت هذه القواعد تسعى لتحقيق أهداف المشرع، فيكون القاضي بإعمالها قد حافظ على تلك الأهداف.
- المضمون الذاتي لهذه القواعد وصفها الآمرة جعل إلزاميتها تخترق مجال التحكيم الدولي، حيث لاستبعاد فرضية بطلان الأحكام التحكيمية، يلتزم المحكم بما تقضي به هذه القواعد، بما يدعم مبدأ فعالية القرارات التحكيمية، ومبدأ استمرارية التحكيم، والزامية هذه القواعد تعد أكبر من أخذها بعين الاعتبار، بحيث على المحكم التزام حقيقي بتطبيقها، باعتبارها تجسد نصوص قانونية صادرة عن المشرع.