دور النظام العام في تطبيق قانون القاضي

The role of public order in implementing the lex fori

ط.د/ مومن يمينة [1*]، د/ بلاق محمد [2]

[1] جامعة ابن خلدون– تيارت (الجزائر)،مخبر الدراسات القانونية– جامعة ابن خلدون– تيارت،

yamina.moumene@univ-tiaret.dz

[2] جامعة ابن خلدون– تيارت (الجزائر)،مخبر القانون المقارن– جامعة تلمسان،

mohamed.bellag@univ-tiaret.dz

تاريخ الاستلام: 11-05-2021 تاريخ القبول: 02-12-2021 تاريخ النشر: 30-12-2021

ملخص:

إن التسليم بمنهج تنازع القوانين يقتضي مثابرة القانون الأجنبي في منازعة مكانة قانون القاضي، بالإضافة إلى أن اعتناق قاعدة التنازع الثنائية يقتضي من كل دولة، أن تكون مستعدة للتنازل عن تطبيق قانونها الداخلي أو قانون القاضي *"lex fori"* . غير أن فكرة النظام العام بما تحمله من حماية للمصلحة الوطنية، أصبحت توجه حلول تنازع القوانين لصالح قانون القاضي بشكل راجح، نظرا للاعتبارات التي تحميها ومدى تأثيرها على الدول .لذلك كان هدف هذه الدراسة إبراز مواطن تأثر حلول تنازع القوانين بهذه الفكرة ومن ثم مواطن حماية المصلحة الوطنية في تنازع القوانين أمام القاضي الوطني.

حيث تبين أن لفكرة النظام العام تأثير كبير على تطبيق قانون القاضي، ما يجعله التطبيق الراجح أمام القانون الأجنبي مهما اختلف الأساس الذي تقوم عليه هذه الفكرة. سواء كانت في شكل قواعد التطبيق الضروري، أو كفكرة لاستبعاد القانون الأجنبي حفاظا على المبادئ والقيم العليا في الدولة، أو لتثبيت القانون الإقليمي للدولة.

كلمات مفتاحية: النظام العام، قانون القاضي، تنازع القوانين، القواعد الانفرادية، القواعد الثنائية.

[*] **المؤلف المرسل**

Abstract:

The application of the conflict of laws approach requires that foreign law compete with the lex fori,. However, the idea of public order that protects the national interest, has become more likely to apply the lex fori, given the considerations that protect the state. Therefore, the aim of this study was to highlight cases of the influence of the idea of public order on solutions to conflict of laws that fall within the competence of the national judiciary.

Where the idea of public order favors the application of the judge's law in the face of foreign law, regardless of the basis on which this idea is based. Whether in the form of necessary application rules, or as an idea to exclude foreign law in order to preserve the supreme principles in the state, or to establish the regional law of the state.

Keywords: Public order; Lex fori; Conflict of laws; Unilateral rules; Binary rules.

1. مقدمة:

قد يعرض على القاضي نزاع يتخلله عنصر أجنبي، مما يستوجب البحث في الوسائل القانونية لمجالات القانون الدولي الخاص لحله. والظاهر من خلال هذه الوسائل أنها ورغم تنظيمها لعلاقات دولية تستدعي تحريك قواعد فوق وطنيه أو دولية لحكمها، إلا أن الحلول المعتمدة في مختلف الأنظمة القانونية لازالت وطنية تتأثر بالمفاهيم الوطنية لقانون القاضي، وهذا ما نلمسه من خلال تصفح قواعد التنازع، فبعد تأكد القاضي من اختصاصه القضائي بناء على قواعده الداخلية، يجب أن يبحث عن القانون الواجب التطبيق، بعد إعمال قواعد الاسناد الوطنية، التي لها طابع ازدواجي قد ترشد إلى تطبيق قانون القاضي أو إلى قانون أجنبي.

فبعيدا عن فكرة الإقليمية التي سادت في مدد ماضية، حيث كانت الدول تقتصر على تطبيق قوانينها في إقليمها. أصبح وفقا منهج تنازع القوانين، إمكانية تطبيق قانون أجنبي، مما ضيق من نطاق قانون القاضي قليلا، غير أن قواعد الاسناد الوطنية لازالت متأثرة بالنزعة الوطنية وذلك لاعتبارات

سياسية، سيادية، اجتماعية واقتصادية. ما يعبر عنه بفكرة النظام العام في حماية المصلحة الوطنية، الشيء الذي جعلها تلعب دورا مهما في توجيه حلول تنازع القوانين في الدولة.

من هنا تظهر أهمية تحديد دور النظام العام في تطبيق قانون القاضي، كوننا نحدد مجال سيادة الدولة في جميع المجالات التي ترى أن أي تدخل تشريعي بشأنها، سيمس بمركزها ومصالحها الوطنية أو أنه يشكل خطرا على مواطنيها سواء كانوا داخل الوطن أو خارجه.

وتهدف هذه الدراسة إلى البحث في مجالات تطبيق قانون القاضي بناء على فكرة النظام العام، فتبدي لنا جليا سبل حماية المشرع لمصالح دولته استنادا على هذه الفكرة، مما يؤثر في حلول تنازع القوانين وتوجيهها.

اتبعنا في ذلك المنهج التحليلي للبحث في مواطن تأثر حلول تنازع القوانين بقانون القاضي استنادا إلى فكرة النظام العام، وتحليل دوافع انتهاج هذه الحلول. وذلك بالإجابة على الإشكالية التالية:

ما مدى تأثير النظام العام في تطبيق قانون القاضي؟

ولبلوغ أهداف هذه الدراسة اقتضت تقسيمها على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم قانون القاضي

الفرع الأول: تعريف قانون القاضي

الفرع الثاني: تمييز مفهوم قانون القاضي عن غيره من المفاهيم المشابهة له

المطلب الثاني: النظام العام كأساس لتطبيق قانون القاضي

الفرع الأول: تطور دور النظام العام في القانون الدولي الخاص

الفرع الثاني: أوجه تطبيق قانون القاضي استنادا إلى فكرة النظام العام

المطلب الأول: مفهوم قانون القاضي

في الواقع قد يكون تحديد مفهوم قانون القاضي أمرا صعبا في بعض الأحيان حيث تكمن هذه الصعوبة في الكلمة المستخدمة لتسميتها، ذلك أن من سماتها أنها تندرج مع غيرها مثل القانون الوطني،

القانون المحلي، القانون الإقليمي[1]. هذا ما يدفعنا لضبط هذا المفهوم من خلال تعريفه وتميزه عن المفاهيم المشابهة له.

الفرع الأول: تعريف قانون القاضي

يقصد بقانون القاضي lex fori "قانون المحكمة أي قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى"[2]. وهي كلمة من أصل لاتيني[3]. ويوصف بأنه قانون المحكمة التي يطلب إليها أمر حسم المنازعة ذات العنصر الأجنبي[4]. حيث يتعلق الأمر بقانون الدولة التي ينظر قضاؤها النزاع فهنا تناسب بين قانون الدولة وبين قضائها الموجود على إقليمها، وتشير العبارة إلى القانون المطبق في المكان أو الدولة التي توجد فيها المحكمة التي رفعت أمامها القضية[5].

وقانون القاضي هو وصف يمكن أن يصدق على القانون الوطني كما يمكن أن يصدق على القانون الأجنبي، ذلك بحصر النظر في إطار ازدواجية قاعدة الاسناد والتي تسمح بتبني إحدى القانونيين في المنازعة الدولية الخاصة[6]. لكن باعتبار قواعد الاسناد قواعد وطنية تندرج ضمن النظام القانوني الداخلي

---

[1] Peggy CARLIER, l'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de loi, thèse de doctorat, droit international privé, l'université de Lille 2, 2008, p 17.

[2] حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (انجليزي عربي)، الطبعة 5، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 2008، ص 419.

[3] وهي Forum وتعني المحكمة. حارث سليمان الفاروقي، المرجع السابق، ص 302.

وباللغة الفرنسية la loi du for وكلمة for كلمة لاتينية أيضا تعني المحكمة الداخلية (محكمة الوجدان) حارث سليمان الفاروقي، المرجع السابق، ص 297.

وتتم ترجمتها "بقانون المحكمة" المستخدمة بشكل خاص في القانون الدولي للتعبير عن القانون الواجب التطبيق في المنازعات الدولية الخاصة.

Chez les Romains, le tribunal siégeait sur la place publique de renommé de « forum». Il s'emploie dans certaines expressions juridiques telles « la loi du for » traduction de « lex fori » utilisée en particulier en droit en droit international exprimer que la loi qui doit être appliquée à une situation déterminée et la législation du lieu où la juridiction qui a saisie, est en vigueur. www.dictionnaire-juridique.com, consulté le 31/04/2021.

[4] محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة، طبعه 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 40.

[5] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان، 2015 /2016، ص 02.

[6] حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية دراسة مقارنة، طبعه 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 9.

وتشريع الدولة فإن المقصود به، هو قانون القاضي الوطني وبالتالي يستبعد قانون القاضي، والمقصود بقانون القاضي في الجزائر القانون الجزائري[7].

في حين لا يبدو قانونا أجنبيا إذا عرض على قاضي آخر أمر ذات النزاع فيما بعد وهو ما نجد مثاله في الحالات التي يطلب فيها من القضاء الجزائري، الأمر بتنفيذ حكم صادر من قضاء أجنبي وحتى تلك الحالة الأخيرة التي ينظر فيها إلى الصفة الأجنبية للقضاء لا يمكن أن تقرر التبعية لهذه الصفة الأجنبية[8]. غير أن صفة الأجنبية الأصل فيها أنها نسبية وليست مطلقة، فقانون القاضي المختص دائما يظل قانونا وطنيا في عين ذات القاضي الذي يطبق أحكامه، ذلك أن تطبيق أحكام القانون الأجنبي متوقف على سماح قانون القاضي بذلك، ومن ثم تطبيق القاضي لحكم قانون أجنبي على نزاع ما إنما يعد تطبيقا لأحكام قانونه الوطني التي سمحت بالتطبيق الأجنبي[9].

غير أن بعض الفقه[10]. يرى أن هدف طرح فكرة القواعد الانفرادية هو الاستغناء عن تنازع القوانين كمنهجية متميزة وأصيلة في حل مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الدولية الخاصة، كما أن التوسع في قبول هذا الفقه الانفرادي من شأنه أن يؤدي إلى انهيار القانون الدولي الخاص.

غير أنه لا يجب الخلط بين هذا المفهوم ومفهوم القانون الوطني الذي قد يعني قانون الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية ولا يعتبر بالضرورة وبصفة حتمية قانون القاضي[11]. كما تجدر الإشارة إلى أن القاضي المقصود في هذا المقال هو الذي ترفع إليه الدعوى وينظر فيها وليس القاضي الذي يعرض عليه النزاع بعد صدور الحكم في موضوعها من أجل منحه الصيغة التنفيذية[12].

---

[7] كمال سمية، المرجع السابق، ص 02.

[8] بن زيادة أم السعد، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر1 يوسف بن خدة، 2015/2014، ص 02.

[9] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 10.

[10] المرجع نفسه، ص 11.

[11] كمال سمية، المرجع السابق، ص 02.

[12] المرجع نفسه، ص03.

الفرع الثاني: تمييز مفهوم قانون القاضي عن غيره من المفاهيم المشابهة له

قد يختلط مفهوم قانون القاضي أو يتداخل مع بعض المفاهيم الأخرى التي تقترب من معنى قانون القاضي ومنها:

أ- القانون الأجنبي: في حالة تعارض القوانين لا يمكن إدراك مفهوم قانون القاضي لولا وجود القانون الأجنبي، ما يفسر عدم وجود هذا المفهوم في المسائل التي لا مجالا لتطبيق القوانين الأجنبية فيها مطلقا، وهذا ما يسمح بافتراض أن استخدام مصطلح قانون القاضي، ربما يكون أكثر قدما عن مصطلح القانون الأجنبي في حل تنازع القوانين[13].

ويعرف القانون الأجنبي بأنه: "مجموعة القواعد القانونية المعمول بها في دولة أخرى غير الدولة التي ظهر التنازع فيها، ولا فرق هنا في أن تكون قواعد القانون الأجنبي مدونة مصدرها التشريع أو غير مدونة مصدرها العرف أو القضاء أو الفقه"[14]. ويرجع إلى القانون الأجنبي المراد تطبيقه لمعرفة مصادره وأهمية كل مصدر بالنسبة إلى المصادر الأخرى، فلو كان القانون الانجليزي مختصا لوجب الأخذ بالسوابق العدلية القضائية بصورة إلزامية كما هو متبع في انجلترا[15].

ب- القانون الشخصي: يعرف القانون الشخصي بأنه: "قانون الدولة التي يكون ذلك الشخص من رعاياها أو قانون دولة أخرى عندما ينص القانون المذكور على تطبيقه"[16].

كما يعرف بأنه: "ذلك القانون الذي يتضمن قواعد قانونية تتبع الفرد من دولة إلى أخرى، أي ذلك القانون الذي له أثر في خارج إقليم الدولة التي أصدرته"[17].

ويشترط أن يكون القانون الشخصي هو قانون الجنسية أي قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته. حيث تختلف الدول فيما بينها في تعيين القانون الشخصي فقد يكون قانون الموطن هو قانون

[13] Peggy CARLIER, op cit, p 20.

[14] حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، طبعة2، مطبعة الارشاد، العراق، 1972، ص 130.

[15] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص 42.

[16] مصطفى كامل ياسين، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، العراق، 1952، ص 225.

[17] ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، طبعة 2، العراق، 1977، ص 28.

الدولة التي يكون موطن الشخص في إقليمها، كما قد يضم الاثنين معا كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري حيث يأخذ بالجنسية والموطن كقانون شخصي.

ت- القانون المحلي: يمكن تعريف القانون المحلي على أنه: "القانون الداخلي - في مفهوم تنازع القوانين- الساري المفعول على المكان الذي تقع فيه الواقعة سواء كانت مادية قانونية، أدت إلى نشوء النزاع"[18].

كما يعرف أيضا: "مجموعة القواعد القانونية السارية على شخص يقيم في إقليم دولة محددة أو يمر به، حيث يخضع لسلطة الأمن التي تتولاها هذه الدولة بالنسبة لعلاقات القانون الخاص"[19].

ويقصد به في نظرية تنازع القوانين قانون مكان وقوع الفعل الضار، مكان إبرام التصرفات القانونية، من حيث الشكل[20].

ث- القانون الإقليمي: هو ذلك القانون الخاص بالموقع الجغرافي[21]. أي أنه يتحدد وفقا لمبدأ الإقليمية. غالبا ما يختلط قانون القاضي مع القانون الإقليمي ويرجع سبب الخلط إلى كون المحكمة موجودة في إقليم الدولة لكن قانون القاضي لا يتحدد لا وفقا لمبدأ الشخصية ولا وفقا لمبدأ الإقليمية، وإنما بحسب القاضي أو المحكمة التي تنظر النزاع وقد يطبق القاضي القانون الوطني على أشخاص لا يحملون بالضرورة جنسيته أو يطبق القانون الإقليمي لدولة أخرى[22].

والأخذ بالقانون الإقليمي في نظرية تنازع القوانين يستند إلى عدة اعتبارات، فهو يستند إلى اعتبارات السيادة فيما يخص الدولة وهو في الوقت نفسه يؤدي إلى تحقيق الطمأنينة في المعاملات فيما يخص الأفراد، كما يستند إلى أساس التركيز أيضا، أي تركيز موضوع العلاقة فيما يخص المسالة محل النزاع[23].

---

[18] Peggy CARLIER, op cit, p 19.

[19] حسام الدين فنحي ناصف، المرجع السابق، ص 76.

[20] كمال سمية، المرجع السابق، ص 02.

[21] Peggy CARLIER, op cit, p18.

[22] كمال سمية، المرجع السابق، ص 02.

[23] محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص 44.

ج- التطابق بين قانون القاضي والمفاهيم السابقة: يمكن لكل هذه المفاهيم التي تم التطرف إليها أن تتطابق مع مفهوم قانون القاضي. فانطلاقا من التعريف القائل بأن قانون القاضي هو قانون المحكمة التي تنظر المنازعة فإن ذلك يمكن أن يتطابق مع:

- ✓ القانون الوطني حيث أن القاضي لا يحكم إلا وفقا لما نص عليه مشرعه أو قانونه الوطني.
- ✓ القانون الأجنبي ذلك أن القاضي قد يصدر حكمه في بعض المنازعات الخاصة الدولية وفقا لقانون أجنبي، إلا أنه لا يعد طعنا في وطنية قانونيه، لأن القاضي عند تطبيق القانون الأجنبي يكون ذلك وفقا لقاعدة إسناد وطنية سمحت بذلك التطبيق[24].
- ✓ القانون الشخصي عندما تكون جنسية الشخص هي نفسها جنسية المحكمة التي تنظر النزاع مثل المادة 13 من القانون المدني[25]: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا في ما يخص الأهلية".
- ✓ القانون المحلي يتطابق مع قانون القاضي في حالة نشوء الالتزام في دولة هي نفسها دولة القاضي مثل المادة 20 من القانون المدني: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية البلد الذي وقع فيه الفعل الضار المنشئ للالتزام".
- ✓ القانون الإقليمي يتطابق مع قانون القاضي في حالة كون موقع المال في دولة القاضي المعروض عليه النزاع مثل المادة 18 من القانون المدني: "يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

المطلب الثاني: النظام العام كأساس لتطبيق قانون القاضي

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية والمعقدة في علم القانون عموما، فيختلف مفهومها في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، ففي الأول وبفروعه المختلفة تعتبر قيدا على سلطان

[24] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 10. محمد خيري كصير، المرجع السابق، ص 45.

[25] الأمر رقم 75- 85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر1975، ص 990، معدل ومتمم بالقانون 07-05، مؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31، صادرة في 13 مايو 2007، ص 03.

إرادة الأطراف في الخروج عن القواعد الآمرة أو الاتفاق على مخالفتها، فهي في ذلك تهدف إلى حماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية، الاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع[26].

أما في إطار القانون الدولي الخاص فيرمي إلى ذات الهدف ولكن بطريقة مختلفة تتغير حسب الزمان والمصلحة المراد حمايتها، فتسند بذلك الاختصاص للقانون الوطني لأنه يعتبر بطبيعته الأجدر بحماية هذه المصالح الوطنية. لذلك وجب بداية رصد تطور فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص. ثم عرض أوجه تطبيق قانون القاضي استنادا إلى فكرة النظام العام.

الفرع الأول: تطور دور النظام العام في القانون الدولي الخاص

تطور دور النظام العام عبر التاريخ حيث استخدم في بادئ الأمر كأداة لتثبيت الاختصاص الإقليمي (أولا)، ثم تطور مفهومه الحديث ليعتبر وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي (ثانيا)، ليتطور في شكله المعاصر أخيرا (ثالثا).

أولا: الدور التقليدي لنظام العام

ظهرت فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص منذ المدرسة الإيطالية القديمة وتأثرت بها مدارس أخرى كالمدرسة الإيطالية الحديثة[27].

أ- النظام العام في فقه المدرسة الإيطالية القديمة:

بدت ملامح فكرة النظام العام أول مرة في فقه الأحوال الإيطالي القديم أي في المدرسة الإيطالية القديمة، التي ظهرت في أواخر القرن 13 وأوائل القرن 14 على يد الفقيه "بارتيول" (1357/1314)[28]، الذي ميز بين نوعين من القوانين أطلق على النوع الأول "الأحوال المستحسنة" أو الملائمة للشخص التي تكون شخصية التطبيق، أما النوع الثاني فأطلق عليه "الأحوال البغيضة" أو

[26] بوخروبة حمزة، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة سطيف 02، 2014/2013، ص 07.

[27] كيحل كمال، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، المجلد 16، العدد 02، جامعة احمد دراية، أدرار، 2017/06/01، ص 484.

[28] مريني فاطمة الزهرة، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2010، ص 08.

المستهجنة وهي قوانين تضر بالشخص أكثر مما تنفعه لا تتعدى آثارها حدود إقليم البلد الذي أصدرها، مثل حرمان المرأة من الميراث[29]. ورغم أنه لم يستعمل مصطلح النظام العام صراحة إلا أنه طبق ضمنا من خلال "الأحوال البغيضة" التي تعتبر إقليمية التطبيق[30].

غير أن هذه الفكرة لم تلق تطورها المنشود ويعود ذلك لكون التنازع لم يكن دوليا إنما كان تنازعا بين أحوال مدن مختلفة، هذه الأحوال قريبة من بعضها كونها مستمدة من القانون الروماني والمسيحية[31].

ب –النظام العام في فقه المدرسة الإيطالية الحديثة:

أنشأ الفقيه الإيطالي "مانشيني" (1888/1817) فقها جديدا في تنازع القوانين مميزا عن فقه المدرسة الإيطالية القديمة، فجاء بمبدأ عام هو شخصية القوانين على اعتبار أن القوانين توضع للأشخاص وليس للأقاليم وهذا خلاف للمبدأ السائد من قبل وهو إقليمية القوانين[32].

غير أن "مانشيني" لم يأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه بل أورد عليه عدة استثناءات، من بينها استثناء يتعلق بالنظام العام حيث أن القوانين المتعلقة بالنظام العام تطبق تطبيقا إقليميا حيث تشمل هذه القوانين: قانون العقوبات، قانون الملكية العقارية... وأساس استثناء هذه القوانين هو تعلقها بالمصالح العليا للدولة فلا يجب التساهل فيها[33]. واعتبر النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الوطني وتبريرا لتطبيق بعض القوانين تطبيقا إقليميا، كما أنه يعتبر أول من أبرز فكرة النظام العام مسماة باسمها الحالي[34]، فإقليمية القانون وتعلقه بالنظام العام هما سواء عنده[35]. حيث تلخص دور النظام العام في هذه الفترة في تثبيت الاختصاص للقانون الاقليمي الذي كان يتلخص هو الآخر في هذه الفترة في قانون القاضي.

ثانيا: الدور الحديث للنظام العام

[29] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 10.

[30] مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 11.

[31] اعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 168.

[32] كيحل كمال، المرجع السابق، ص 485.

[33] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 12.

[34] Jean DERUPPE , Droit international privé, 8ème édition, D E L T A , 1988, p07.

[35] كيحل كمال، المرجع السابق، ص 486.

تطور مفهوم النظام العام فيما بعد وتطور دوره ليصبح وسيلة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الاسناد الوطنية في دولة القاضي ليحل محلها – طبقا لما هو راجح فقها– قانون القاضي.

ويرجع الفضل في إبراز فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بهذا المفهوم الحديث إلى الفقيه الألماني "سافيني" (1849/1779)[36]. وقد عرض "سافيني" فقهه في تنازع القوانين في الجزء الثامن عشر من كتابه (القانون الروماني) الذي نشره في سنه 1849 فقد نادى من خلاله بفكرة الاشتراك القانوني بين المجتمعات الغربية فقال بأنها تشترك فيما بينها في الديانة المسيحية وفي أنها وارثة للقانون الروماني[37].

ومن ثم تعمل قواعد الإسناد في النطاق الذي يسمح به هذا الإشتراك القانوني بين تلك الدول فإذا ما انقطع ذلك الإشتراك أمكن للقاضي استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين لمخالفته مقتضيات النظام العام في دولته[38]. ويلاحظ أن الفقه الحديث أخذ بهذا التصور حينما أكد ضرورة استبعاد تطبيق القانون الأجنبي في حالة تعارضه مع المفاهيم العامة السائدة في قانون القاضي وهو ما قصد به الفقه السافيني انتفاء الاشتراك القانوني[39].

ثالثا: الدور المعاصر للنظام العام

يعيد جانب من الفقه الحديث الدعوة إلى إفساح الطريق نحو الأخذ بالمنهج التقليدي في فض التنازع في بعض الفروض. فإذا كان مؤدى المنهج الحديث هو الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء وردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص. فليس هناك ما يمنع مع ذلك من اتباع المنهج التقليدي في أحوال خاصة، والتركيز بالتالي على تحليل القواعد القانونية لمعرفة مدى تطبيقها على المسألة المعروضة[40]. فعدل الفقه الحديث بذلك عن الاستعانة بفكرة النظام العام كأساس لبناء قواعد

[36] المرجع نفسه، ص 486.

[37] مريني فاطمة الزهرة، المرجع السابق، ص 15.

[38] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 12-13.

[39] كيحل كمال، المرجع السابق، ص 487.

[40] هشام صادق، المرجع السابق، ص 191.

الاسناد متجها لاستعماله لتثبيت الاختصاص للقانون الاقليمي، تحت ستار فكرة أخرى هي القوانين ذات التطبيق الضروري[41].

فمع انتصار الفكر الاشتراكي في الربع الأول من القرن العشرين بدأ يبرز مبدأ تدخل الدولة – حتى في المجتمعات الرأسمالية – في مجال النشاط الاجتماعي والاقتصادي، للحد من حقوق وحريات الأفراد بالقدر اللازم لإدراك المصلحة العامة وحماية الطرف الضعيف والقضاء على آثار المذهب الفردي، بتقيد حرية الفرد وحمايته[42].

ومن مظاهر هذا التدخل القوانين المتعلقة بالضمان الاجتماعي ونظم التأمين وغيرها من القوانين التي تنظم كيان الدولة الاجتماعية والاقتصادية، فالمسألة المتعلقة بهذه المواضيع لا يمكن إدراجها تحت فئة مسندة لأنها تخضع أصلا لقانون القاضي ولا تخضع لغيره ولا يمكن تصور تنازع القوانين بشأنها[43]. كما يرفض هذا الاتجاه الاستناد إلى فكرة النظام العام وفقا لمعناه الحديث فليس من المقبول مثلا أن تطبق القانون الأجنبي الذي اختاره المتعاقدين لحكم عقد الإيجار الخاص بعقار كائن في فرنسا، ثم تستبعده بإسم النظام العام لتعارض أحكامه مع القواعد الآمرة المتعلقة بتنظيم إيجار العقارات، أفليس من الأفضل تقرير تطبيق هذه القواعد بشكل مباشر على العقد محل النزاع لكونها تدخل في فئة القوانين ذات التطبيق الضروري[44]. وهو الدور التقليدي لفكرة النظام العام كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الاقليمي في حدود معينة[45]، لكن تحت ستار فكرة أخرى هي فكرة القوانين ذات التطبيق الضروري، ومؤدى هذه الفكرة تحليل القواعد القانونية لمعرفة مدى تطبيقها على المسألة المعروضة، بعدما كان أساس المنهج الحديث الاعتداد بتحليل العلاقة المطروحة أمام القضاء وردها إلى إحدى الفكر المسندة تمهيدا لتطبيق القانون المختص عليها.

---

[41] كيحل كمال، المرجع السابق، ص487.

[42] محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 23.

[43] كحيل كمال، المرجع السابق، ص 487.

[44] هشام صادق، المرجع السابق، ص 193.

[45] بوخروبة حمزة، المرجع السابق، ص 14.

الفرع الثاني: أوجه تطبيق قانون القاضي استنادا إلى فكرة النظام العام

يتجه القانون الدولي الخاص المعاصر إلى الاعتراف بتعدد الوظائف التي يمكن أن تؤديها فكرة النظام العام في إطار هذا الفرع من فروع القانون وتتعدد وظائف النظام العام وتنوع صوره ومفاهيمه، يرجع في الواقع إلى تعدد الأساليب أو القواعد التي يستخدمها هذا الفرع القانوني في حسم مشكلاته.

إذ يختلف دور النظام العام حسب نوعية الأسلوب أو القاعدة التي تنطبق على النزاع الدولي وما إذا كانت قاعدة تنازع انفرادية (أولا) أو قاعدة ثنائية (ثانيا) أو قواعد مباشرة (ثالثا).

أولا: دور النظام العام في إطار القواعد الانفرادية

يعتبر المنهج الأحادي هو المنهج الأقدم في حل تنازل القوانين حيث يرى أنصاره أن تنازع القوانين هو في الواقع تنازع بين سيادات الدول المختلفة، لذلك وجب احترام هذه السيادات. حيث أنه في ظل غياب سلطة عليا بين الدول تقوم بتوزيع الاختصاص التشريعي بين هذه السيادات، فإنه يجب أن يترك لكل مشرع تحديد نطاق قانونه مما لا يجوز معه تطبيق قانون على خلاف إرادة مشرعه[46].

وإعمال فكرة النظام العام هنا يقتضي غض الطرف تماما عن كل عنصر أجنبي تحتويه المنازعة الخاصة الدولية وعلى هذا النحو تفرض تلك الفكرة –في هذا الاطار– معاملة متساوية وغير متميزة للعلاقات الوطنية الصرفة والعلاقات ذات الطابع الدولي[47].

وعلى هذا النحو تعد قاعدة الاسناد في دولة القاضي قاعدة منفردة الجانب، لا تحدد إلا مجال تطبيق القانون الوطني وعليه فإن قانون القاضي واجب التطبيق، أما إذا رفض هذا القانون الانطباق فليس من مهمة قاعدة الاسناد الوطنية تحديد القانون الواجب التطبيق كما يجري عليه الحال في المنهج السافيني[48].

[46] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 35-36.

[47] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 50.

[48] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 36.

والحال كذلك فلم يعد ثمة مجال للشك أن تلك القواعد الانفرادية تجد مبررا قويا لشرعيتها، حيث أن رعاية الطرف الوطني في العلاقة ومن ثم تحقيق مصلحة أساسية للشارع الوطني في استقرار النظام العام لن يتأتى عن طريق غير هذا الطريق[49].

تتأثر القواعد الانفرادية في صياغتها بمبدأ شخصية القوانين الذي أرسته تعاليم المدرسة التاريخية لنظرية تنازع القوانين مثال ذلك ما تضمنته المادة 13، المادة 22 فقرة 02، المادة 23 مكرر من القانون المدني. ولو أن القواعد المزدوجة يمكن أن تحقق نفس الغاية في هذا الشأن استنادا إلى فكرة النظام العام لكن بمفهومها الحديث –الدفعي– الذي يستبعد حكم القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ الأساسية الوطنية.

ثانيا: دور النظام العام في إطار القواعد الثنائية

قد تكون قواعد التنازع الثنائية لصالح قانون القاضي الذي يفصل في النزاع وقد تكون لصالح قانون أجنبي، هذا هو المراد بالطابع الثنائي أو المزدوج لقاعدة التنازع. هذه الأخيرة لا تقرر دائما وجوب تطبيق قانون القاضي على المنازعات ذات العنصر الأجنبي لأنه طالما كان القصد هو اختيار القانون الأصلح والأنسب لحكم العلاقة أو الرابطة المعروضة، فإنه لا يمكن القطع بأن تلك الصلاحية والمناسبة تتوفر بجانب قانون القاضي بل قد تتوفر لدى قانون أجنبي[50].

وتلعب فكره النظام العام في إطار قاعدة التنازع الثنائية دورا إستبعاديا في مواجهة القانون الأجنبي الذي عينته هذه القاعدة ذاتها، باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع الدولي وذلك في حدود تعارض أحكام هذا القانون مع الأفكار القانونية الرئيسية التي تحكم نظام الحياة في مجتمع دولة القاضي في زمن معين[51]. وفي هذا المعنى يقول الفقيه "نيبوابيه": " إن الهدف من الدفع بالنظام العام، هو حماية الدولة من أخطار بعض الحالات التي تطبق فيها القوانين الأجنبية، فإذا لم تكن هناك قوانين أجنبية واجبة

[49] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص220.

[50] أحمد عبد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص 578.

[51] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 49.

التطبيق فالخطر ينعدم تماما ولا تدعو الحاجة إلى اللجوء إلى إستعمال الدفع بالنظام"[52]. غير أن استبعاد القانون الأجنبي يجب أن يكون في الجزء الذي يتعارض مع النظام العام ويطبق القانون الأجنبي على باقي عناصر النزاع[53]

وتحقيق هذه الحماية في دولة القاضي يملي منطقيا تطبيق قانون القاضي الذي وقع عليه الاعتداء وهو ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 24 من القانون المدني.

ثالثا: دور النظام العام في إطار القواعد المباشرة

هي قواعد تحكم علاقات وطيدة الصلة بنظام المجتمع الوطني وتسعى وراء حماية الأسس الرئيسية التي يرتكز عليها تنظيم كيان دولة القاضي[54]، ما يعبر عليها الفقه بقواعد التطبيق الضروري. حيث لا يهتم منهج هذه القواعد بالعنصر الأجنبي أو بالطبيعة الدولية للعلاقة المطروحة، إنما يعتمد أصلا على تحليل القواعد القانونية من حيث مجال سريانها المكاني بهدف تثبيت الاختصاص لقانون القاضي في بعض الفروض وذلك لتحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لدولة القاضي[55]. فهي على هذا النحو تجلب الاختصاص الدولي للنظام القانوني الذي تنتمي إليه دون حاجة إلى قواعد تنازع القوانين لما لها من مساس بالتنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة[56]

كما تعددت تسميات هذا النوع من القواعد الآمرة، وإن انحصرت في تعبيرات قوانين البوليس والأمن، والقواعد ذات التطبيق المباشر أو ذات التطبيق الضروري وقواعد تأمين المجتمع، إلا أن تسمية القواعد ذات التطبيق الضروري تعد الأكثر شيوعا كونها تعبر عن أهمية هذه القواعد وحتمية تطبيقها على العلاقات الداخلية والعلاقات ذات الطابع الدولي أيضا، وقد عبر عليها المشرع الجزائري بقوانين الشرطة والأمن ضمن المادة 05 من القانون المدني. أي أن كل ما يمس بتنظيم الدولة يكون متعلقا بالنظام العام،

[52] Paul LAGARDE, ordre public, rép, internat, dalloz, 1998, p 03, Supra N°17.

[53] Niboyet JEAN-PAULIN, Cours de droit international privé français, 2 ème édition, librairie du recueil sirey, 1949, p503.

[54] حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص 50.

[55] محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص 27.

[56] Francescakis PH0CIO N, quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de loi, Rev.crit, 1966, P13.

الذي يتدخل في هذه الحالة بشكل مباشر ليفرض التطبيق الآمر لبعض الأحكام التي تحفظ تماسك وفعالية النظام القانوني الوطني.

4. خاتمة:

في ختام دراستنا هذه ومن خلال معرفة المقصود بقانون القاضي، الذي يدل على تطبيق قانون المحكمة التي تنظر في النزاع الدولي الخاص، ومن خلال إبراز تطور دور النظام العام في القانون الدولي الخاص من جهة وتحليل دوره في توجيه حلول تنازع القوانين من جهة أخرى، سواء من خلال قواعد انفرادية أو ثنائية أو حتى مباشرة، تعقد كلها الاختصاص التشريعي لقانون القاضي .

وعليه فإن نتائج هذه الدراسة تتمثل في:

- تبلور فكرة النظام العام في شكل نظام عام ينمح الاختصاص للقانون الوطني ويحجبه منذ البداية عن القانون الأجنبي، أي هو نظام عام سابق التحديد وهو ما تجسده قواعد التطبيق الضروري، وهي صورة النظام العام في شكلها الجديد المعاصر القائم في أغلبه على حماية الاقتصاد الوطني، أو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي، بالإضافة إلى الحماية الاجتماعية الوطنية .
- كما يظهر النظام العام في صورة نظام عام تابع يسلب الاختصاص الثابت للقانون الأجنبي لصالح قانون القاضي وهو الدور الحديث لمفهوم النظام العام كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي .
- وكذا نظام عام استخدم كأداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي، حيث استخدم كفكرة بديلة لتبرير تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا وهي فكرة النظام العام في ثوبها التقليدي، التي جسدها المنهج الانفرادي في تنازع القوانين.

بين هذا وذاك أصبحت فكرة النظام العام تطوق القانون الدولي الخاص لتحقيق مصالح دولة القاضي من خلال تطبيق قانونه الوطني وترجيحه على القانون الأجنبي. وفي ظل هذا التطبيق الراجح لقانون القاضي وأمام قيمة الاعتبارات التي يقوم عليها المتعلقة أساسا بحفظ النظام العام والتي تعرف بأنها فكرة نسبية ومرنة ومتطورة تتغير من زمن إلى آخر. يجب تطبيقه بحذر شديد حتى لا يتم مسخ القانون

الدولي الخاص فيفقد الحكمة من وجوده جراء هذا التطبيق المطرد لقانون القاضي. لأجل ذلك يمكن إدراج التوصيات التالية:

1- في ظل مرونة فكرة النظام العام يجب أن تفرض رقابة صارمة على القاضي الوطني وهو بصدد تطبيق قانونه، ذلك باشتراط أن يأتي هذا التطبيق وليد تسبيب مقنع بأن المنازعة المطروحة وثيقة الصلة بكيان الدولة ومقوماتها.

2- رغم رجاحة فكرة النظام العام كأساس لتطبيق قانون القاضي إلا أن الاحتجاج الواسع به يقضي على فكرة العالمية التي تقوم عليها فلسفة القانون الدولي الخاص. فهذه الفكرة لا تتحقق بالنظر إلى مصلحة دولة القاضي فحسب وإنما تتحقق أيضا باعتبار مصالح أطراف النزاع. كما تتحقق هذه الفكرة بالنظر إلى مصالح الدول الأخرى، عن طريق إعطاء الفرصة لتطبيق قوانينها على إقليم دولة القاضي وهو ما يضمن مراعاة مصلحة دولة القاضي في الخارج.

3- عدم المغالاة في تطبيق فكرة قواعد التطبيق الضروري وضرورة صياغتها بنصوص صريحة وعدم الاعتماد على تفسير المادة 05 من القانون المدني فقط.

4- يجب عدم التوسع في نطاق قانون القاضي حرصا على عدالة الحل المعطى لهذه المنازعات من خلال تطبيق القانون الأكثر ارتباطا وملائمة.

5. قائمة المراجع:

المؤلفات باللغة العربية:

-فاروقي حارس سليمان الفاروقي، المعجم القانوني (انجليزي عربي)، الطبعة 5، مكتبه لبنان ناشرون، بيروت، 2008

-محمد خيري كصير، 2012، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين دراسة مقارنة، طبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

-حسام الدين فتحي ناصف، 1994، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية دراسة مقارنة، طبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة.

-حسن الهداوي، 1972، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص العراقي، طبعة 2، مطبعة الارشاد، العراق.

-مصطفى كامل ياسين، 1952، مذكرات في القانون الدولي الخاص، مطبعة المعارف، العراق.

-ممدوح عبد الكريم حافظ، 1977، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، طبعة 2، دار الحرية للطباعة، العراق.

-احمد عبد الكريم سلامة، 2008، القانون الدولي الخاص، طبعة 1، دار النهضة العربية، مصر.

-هشام صادق، 2007، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية.

-أعراب بلقاسم، 2011، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، طبعة 12، دار هومة، الجزائر.

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

المؤلفات باللغة الاجنبية:

– *Paul LAGARDE,ordre public ,rèp, internat, dalloz 1998.*

- Jean DERUPPE, Droit international privé, 8ème édition, D E L T A , 1988.

- Niboyet JEAN-PAULIN, Cours de droit international privé français, 2 ème édition, librairie du recueil sirey,1949.

الأطروحات:

-Peggy CARLIER, 2008, l'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de loi, thèse de doctorat, droit international privé, Faculté des science juridique, politique et sociales, l'université de Lille 2, France.

– سمية كمال ، 2015 /2016، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بالقايد، تلمسان.

- أم السعد بن زيادة، 2015/2014، اختصاص القانون الجزائري في حل تنازع القوانين دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 يوسف بن خدة.

- حمزة بوخروبة، 2014/2013، موانع تطبيق القانون الأجنبي في ضوء المادة 24 من القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02.

- فاطمة الزهرة مريني، 2010، النظام العام كأداة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي على ضوء تعديل 2005 للقانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس.

المقالات:

- كمال كيحل، 2017، مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص، مجلة الحقيقة، جامعة احمد دراية، أدرار، المجلد 16، العدد 02، الصفحات من 482-500.

- Francescakis PH0CION, quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de loi, Rev.crit, 1966.

مواقع الانترنيت:

https://www.dictionnaire-juridique.com, consulté le 31/04/2021.

النصوص القانونية:

-الأمر رقم 75- 85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر1975، ص 990، معدل ومتمم بالقانون 07-05، مؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31، صادرة في 13 مايو 2007، ص 03.