جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: القانون الخاص

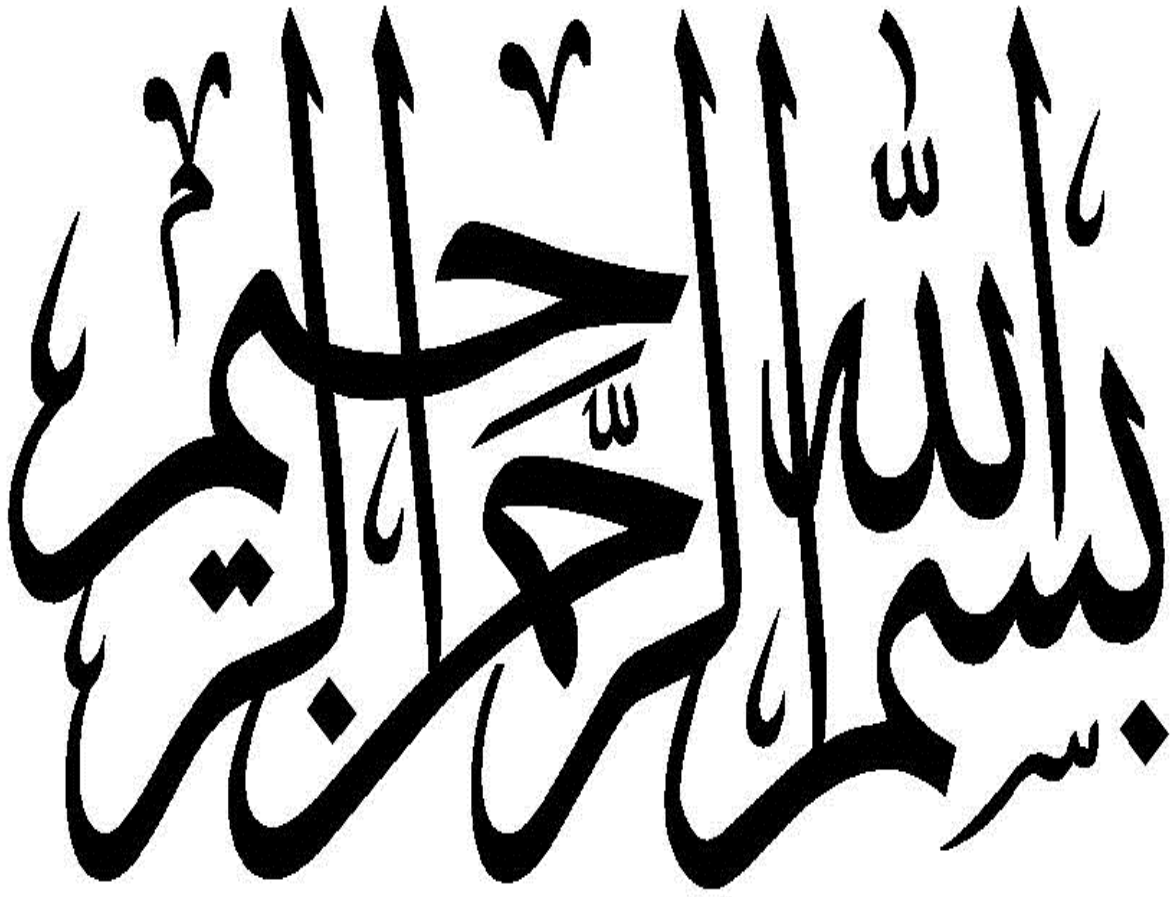
من إعداد الطالب:
- بودبوزة عبد الحق

تحت إشراف:
- د. عيد عبد الحفيظ

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): براهيمي زينة ----------رئيسا
الدكتور: عيد عبد الحفيظ---------- مشرفاً ومقررا
الأستاذ (ة):فتوس ---------- ممتحنا

السنة الجامعية
2020-2019



وَقُل رَّبِّ أَدْخِلْنِي مُدْخَلَ صِدْقٍ وَأَخْرِجْنِي مُخْرَجَ صِدْقٍ وَاجْعَل لِّي

مِن لَّدُنكَ سُلْطَانًا نَّصِيرًا

الإسراء (80)

إهـــــداء

إلى من قال الله عز وجل في حقهما

"وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ"

الآية 14 من سورة لقمان

الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وأمدّهما بالصحة والعافية

إلى رفقاء الدرب إخوتي الأعزاء سدد الله خطاهم

إلى جدتي الغالية التي طالما دعت لي بالتوفيق والنجاح

إلى كل عائلة "***بودبوز***" وعائلة "***صفية***"

إلى كل الأصدقاء والزملاء إلى كل طالب علم وباحث مخلص

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي هذا

الطالب -عبد الحق-

شكر وتقدير

أتقدم بأسمى عبارات الاحترام والتقدير بعد الحمد لله عز وجل إلى الأستاذ المشرف الدكتور "**عيد عبد الحفيظ**"

والذي رافقني بمودة وغرس في نفسي قوة العزيمة في كل خطوة من خطوات هذا العمل دون ضجر أو ملل وأمام كل الظروف جعل الله ذلك في ميزان حسناته، وجزاه الله خير جزاء

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أشكر جميع "**أساتذة**" كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–

كما لا أنسى تقديم جزيل الشكر وخالص الاحترام والتقدير لأعضاء لجنة مناقشة على تفضلهم قبول وقراءة وكذلك التدقيق في هذه المذكرة

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج : الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية.

ع: عدد.

ط: طبعة.

ص: صفحة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.د.ن: دون دار النشر

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ثانيا: باللغة الأجنبية

Op.cit. : Ouvrage Précédemment Cité

P : Page.

P.P : De la page à la page.

مقـــــــــدمة

شهد العالم تطورًا في مجال العلاقات الدولية الخاصة، إذ يمكن القول بأن هذه الأخيرة فرضت نفسها على مستوى القانون الدولي الخاص، مما أدى ذلك إلى تداخل العلاقات بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين من جنسيات مختلفة ومن دول مختلفة، فيعُد القانون الدولي الخاص أحد فروع القانون الحديثة النشأة، فله أهمية قصوى وكان موضوع بحث لدى الفقه وذلك لما يسعى إلى تحقيقه فالقانون الدولي الخاص هدفه تنظيم وتأطير العلاقات الخاصة بين مختلف الأفراد ذات العنصر الأجنبي.

أمام ما شهده العالم من تطور في كل المجالات خاصة التكنولوجي منه جعل الأفراد تدخل في علاقات قانونية تحتاج إلى نصوص قانونية تنظمها وتؤطرها، وهذه النصوص القانونية قد تنتج ما يسمى بتنازع القوانين، وذلك وفقا لقواعد الاسناد التي سمحت بتطبيق القانون الأجنبي متى آل له الاختصاص في حكم علاقة قانونية دولية وخاصة.

غير أن المسألة ليست على إطلاقها، فإن القانون الأجنبي المختص والملائم أو الأنسب لحكم العلاقة الخاصة الدولية بموجب قاعدة الإسناد الوطنية في قانون القاضي، لا يجد بشكل دائم مجالا للتطبيق، وكذلك كما قد يصادفه من حالات تؤدي إلى استبعاده، فمن هذا المنطلق يمكن القول أن تطبيق وإعمال القانون الأجنبي ليس بشكل آلي تلقائي وبصيغة إلزامية، وإنما يقتضي على القاضي متى عُرض عليه نزاع أن يقوم بفحص نصوص القانون الواجب التطبيق فقد تبين أن هذا القانون يتعارض مفهومه وفحواه مع المبادئ الأساسية والجوهرية في مجتمع ودولة القاضي، مما يعني بالضرورة استبعاده باسم النظام العام في دولته.

إن فكرة النظام أتت كوسيلة لحماية التشريعات الوطنية الأسرية أين تعد فكرة جوهرية وأساسية في مجال قواعد الإسناد الوطنية ومن جهة أخرى تجعل القاضي في دور إيجابي وهو البحث على مجال لإعمال آلية النظام العام.

بالإضافة إلى الدور الذي يلعبه النظام العام في مجال العلاقات الخاصة لحماية المبادئ الجوهرية في دولة القاضي، ولتحقيق هذه الفكرة وتكون عن طريق إعمال ما يعرف بالدفع بفكرة النظام

العام ويكون بعد تطبيق القانون الأجنبي المختص بعد إعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي، فتستوجب الأمر منا دراسة ماهية هذه القواعد وتبيان كيفية تدخل هذه القواعد لحماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية.

إن الاعتماد على قواعد التطبيق الضروري باعتبارها القواعد التي تلازم تدخل الدولة، والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية، سواء نص عليه المشرع أم لم ينص عليه صراحة، ومن جهة أخرى منح السلطة التقديرية للقاضي عند إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في دولته، مع التأكيد على أنه بإعمال هذه القواعد من باب حماية النظام العام الوطني يُرتب آثار منها الآثار السلبية ومنها آثار إيجابية.

إن دوافع اختيار الموضوع متعددة أهمها:

- الدور الفعال للعلاقات الدولية الخاصة على مستوى القانون الدولي الخاص.
- العلاقات الدولية الخاصة عند نشأتها لا تؤثر فقط على أطرافها بل تمتد آثارها إلى المنظومة التشريعية الداخلية والدولية.
- الرغبة في التدقيق في فكرة النظام العام كآلية لحماية التشريعات الوطنية الآمرة.
- الرغبة في معرفة وجهة النظر المشرع الجزائري والخاصة بالموضوع لمعرفة النقائص محاولين اقتراح حلول لسد فراغ القانوني.

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد مضمون فكرة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية وذلك تبيان مختلف الأحكام الخاصة بها، ثم بعد ذلك تبيان قواعد التطبيق الضروري، وخاصة معرفة مجال إعمالها من باب تقرر حماية لنظام العام الوطني في مجال العلاقات الدولية الخاصة وذلك لن يكون إلاّ بالإجابة على الإشكالية الآتية:

ما مدى فعالية النصوص القانونية المكّرسة من طرف المشرع الجزائري لتقرير حماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية؟

أما المنهج المتبع في البحث هو المنهج الوصفي والتحليلي وذلك باستقراء وتحليل مختلف النصوص القانونية المؤطرة لموضوع حماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة، ومن جهة أخرى تحليل مختلف الآراء الفقهية لإيجاد حلول لمختلف الإشكالات التي يطرحها موضوع حماية النظام العام الوطني.

وقد تبعنا خطة ثنائية محاولين دراسة القواعد الآمرة من خلال فكرة الدفع بالنظام العام **(الفصل الأول)**، ثم التعرض بعد ذلك لحماية النظام العام من خلال القواعد ذات التطبيق الضروري **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

حماية القواعد الآمرة الوطنية من خلال فكرة الدفع بالنظام العام

العلاقات الدولية الخاصة فرضت نفسها ولا يمكن تجاهلها على مستوى القانون المعاصر مما تطلب ضرورة البحث عن قانون ملائم يحكمها وينظمها، قد يؤول الاختصاص للقانون الأجنبي لتنظيم وتأطير هذه الأخيرة وذلك بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية بحيث يسمح للقضاء تطبيقه متى كان مختصاً، إلا أنه لا يمكن إعمال القاعدة بمطلقها فقد يستبعد القانون الأجنبي من التطبيق متى تصادم مع ضوابط وطنية تستدعي ذلك فمنها حالة استبعاده باسم النظام العام أو الدفع بفكرة النظام العام.

بغية الإلمام بجميع الجوانب المرتبطة بفكرة النظام العام وفي مجال العلاقات الخاصة، سنقوم بدراسة مفهوم هذه الفكرة (المبحث الأول)، بعد ذلك نبين في المبحث الثاني إعمال هذه الفكرة لتحقيق الحماية الضرورية للقواعد التي لا يقبل أي اعتداء على أحكامها (المبحث الثاني).

المبحث الأول
النظام العام كوسيلة لحمايةالتشريعات
الوطنية الآمرة

فكرة النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية أحد الأفكار الجوهرية والأساسية في مجال العلوم القانونية، أين يرمي النظام العام لحماية كل اعتداء قد يقع على الأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في دولة القاضي نتيجة تطبيق القانون الأجنبي فيمكن القول بأن النظام العام رقيب على القواعد القانونية الأجنبية خاصة في مجال العلاقات الخاصة الدولية (المطلب الأول).

إنّ تبيان الأحكام والقواعد القانونية المطبقة في مجال تنازع القوانين هي نتيجة لاختلاف التصرفات القانونية ذات عنصر الأجنبي رغم تكريس أغلبية الدول لقواعد التنازع وضوابط الإسناد ممّا يؤدي إلى الخلط بين النظام العام الوطني وبعض الأنظمة القانونية المشابهة وعليه يتطلب منا الأمر عقد نوع من التمييز بينهم (المطلب الثاني).

المطلب الأول
فكرة الدفع بالنظام العام
في مجال العلاقات الخاصةالدولية

يبدو من الوهلة الأولى أنّ الإتيان بمفهوم فكرة الدفع بالنظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية أمر يتوجب علينا تحديد المقصود بهذه الفكرة (الفرع الأول)، إلى جانب أنّ الباحث القانوني في مجال بحثه لابد أن يتعمق في البحث عن التطور التاريخي لموضوع بحثه الأمر يسري على مسألة الدفع بالنظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية (الفرع الثاني)، تتسم فكرة النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية بمجموعة من الخصائص لتبيانها (الفرع الثالث).

الفرع الأول
المقصود بفكرة الدفع بالنظام العام
في مجال العلاقات الخاصة الدولية

يعتبر النظام العام في التشريعات الحديثة من أبرز القيود الواردة على تطبيق القوانين الأجنبية أمام المحاكم الوطنية، فمن غير المعقول السماح بتطبيق مثل هذه القوانين دون مراعاة ما تقتضيه النصوص الآمرة في التشريع الوطني.

إذا ما تقرر أن قاعدة قانونية من النظام العام يعني ذلك أنها ملزمة، والإلزام بهذا المعنى هو أشد من أي قاعدة قانونية أخرى، باعتبار هذه الأخيرة ملزمة سواء كانت من النظام العام أو غير ذلك، فهناك بعض القواعد القانونية يمكن للأطراف إحداث فيها جملة من التعديلات، فتبقى الزاميتها في حالة إذا لم تكن محل تعديل أحكامها من قبل المتعاقدين، وبالمقابل هناك قواعد قانونية لا يجوز للشخص أن يعدل أو يخالف أحكامها كونها تتعلق بالنظام العام[1].

فعن طريق النظام العام يتم حماية المصالح العامة سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو أخلاقية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الفرد، فالمنافع الفردية تذوب أو تُهمل أمام مصلحة الجماعة.

فالنظام العام هو فكرة مرنة يتغير مفهومها من دولة إلى أخرى، وحتى في إطار الدولة الواحدة يتغير من وقت لآخر، فما كان يعتبر من النظام العام في الأمس قد لا يعود ذلك في اليوم، وما يعد من النظام العام في وقتنا الحاضر قد لا يعدُّ ذلك في المستقبل، كل هذا راجع إلى مختلف المقومات التي تقوم عليها الدولة، فيضيق النظام العام إذا تغلبت المذاهب الفردية كونها تطلق العنان للحريات

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت،1934، ص، 490.

الفردية فلا تتدخل الدولة لتقيد هذه الحريات، أما إذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام لتتولي الدولة شؤون الأفراد عن طريق تقييد حرياتهم[2].

تؤدي الصفة النسبية للنظام العام إلى اختلاف مفهومه بين الدول، نتيجة اختلاف الأسس التي تقوم عليها كل دولة، ففي الوقت الذي عجزت فيه المحاولات الفقهية والقضائية في وضع تعريف جامع ومانع للنظام العام، استقر الأمر بصفة عامة على تعريف النظام العام بأنه عبارة عن مجموعة من الركائز الجوهرية لكيان الدولة الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي، وهو مجموعة القوانين التي تهم حقوق المجتمع وتحقق المصلحة العامة، كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "النظام الذي يحتوي على قواعد ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو على مصالح الأفراد"[(3)].

فالنظام العام وفقا لما سبق هو مجموعة من المصالح السياسية التي يقوم عليها كيان مجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، فقواعد النّظام العام هي التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ومن ثم وجب على جميع أفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فإذا خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص فإن مصير الاتفاق هو البطلان[(4)].

وفي الوقت الذي غابت فيه التعارف التشريعية لفكرة النظام العام، ظهرت بالمقابل بعض المحاولات الفقيه لتعريف هذه الفكرة، ومن بينها نجد تعريف الفقيه "ليون دوجي" والذي يعرفه بأنه:

---

[2]– MOHAND Issad, droit international privé, les règles de conflits, Office des publications universitaires, Alger, 1980, pp 45-46.

[3] – صلاح الدين جمال الدين، القانون الدولي الخاص، (الجنسية وتنازع القوانين) –دراسة مقارنة –، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 334.

[4]– ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري (قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، قصر الكتاب، الجزائر، (د.س.ن)، ص.205.

"المصلحة الاجتماعية إن كانت وفق النهج المتعارف عليه في دولة معينة"[5]، في حين يعرفه الفقيه "موريسهوريو" بأنه "حالة واقعية عكس الفوضى"[6].

أما الأستاذ "العربي بلحاج يعرفه بأنه : "النظام العام هو مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها المجتمع فبالتالي بتقرير هذا النّظام تؤمن الدولة سير مصالحها من جهة ومن جهة أخرى تضمن الثقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد خاصة أنّه لا يجوز استبعاد هذه القواعد ولا الاتفاق على مخالفتها"[7].

النظام العام يقابله مصطلح (ordre public)، والذي مفاده مجموعة المصالح السياسية التي يقوم عليها كيان مجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، فقواعد النّظام العام هي التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة ومن ثم وجب على جميع أفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، فإذا خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص فإن مصير الاتفاق هو البطلان[8].

يعتبر النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص كوسيلة قانونية يستبعد فيها النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي متى تعارضت أحكامه مع مبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي، ومن هذه الوظيفة أشارت مختلف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى النظام العام واعتبرته كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي إذا ما كان يتعارض مع القانون الوطني.

---

[5] –MALAURE Philipe, L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, tome 1, Angleterre, URSS, Paris, p232.

[6] –MAURICE Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1933, p3232.

[7]– العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص148.

[8]– ابتسام القرام، المرجع السابق، ص.205.

في هذا الإطار عرف المشرع المصري النظام العام في نص المادة 28 من القانون المدني بأنه: "لا يجوز تطبيق أحكام القانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر"[9]، ليس بعيدا عما ذهب إليه المشرع الأردني الذي تأثر إلى حد كبير بالتشريع المصري والذي يظهر في نص المادة 29 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: "لا يجوز تطبيق أحكام القانون أجنبي عينته نصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب العامة في المملكة الأردنية الهاشمية"[10].

ساير المشرع الجزائري التطورات السابقة الحاصلة في كل من الفقه والتشريعات الدولية فيما يخص إبراز دور النظام العام في مجال تنازع القوانين واعتبره كوسيلة من خلاله يتم استبعاد تطبيق القوانين الأجنبية الواجبة التطبيق بمقتضى قواعد الإسناد في التشريع الجزائري التي تضمنها القانون المدني في سنة 1975 والمعدلة في سنة 2005[11]، وذلك في نص المادة 24 منه والتي تنص: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي مخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

يتبين من خلال التعريف السابق أن المشرع الجزائري تأثر إلى حد كبير بالتشريعات العربية التي اكتفت بإظهار دور النظام العام دون وضع تعريف لهذه الفكرة، وذلك راجع إلى كون النظام العام هي فكرة مرنة تتطور حسب تتطور المجتمعات التي تنتهج أنظمة سياسية واقتصادية مختلفة.

---

[9]– القانون المدني المصري المنشور على الموقع الإلكتروني الآتي : www.wipo.int>lexdocs>laws

[10]– القانون المدني الأردني سنة 1976، المعدل والمتمم، المنشور على الموقع الإلكتروني الآتي:
http://www.reenet.gov.sy/reef/content/Law/datalaw/law11.htm– تاريخ الإطلاع 15 ماي 2020.

[11]– أمر رقم 75– 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ج.ج، عدد 44 المؤرخة في 26 جوان 2005.

الفرع الثاني
تطور النظام العام في مجالات
العلاقات الخاصة الدولية

يرتبط ظهور فكرة النظام العام بمختلف التطورات التي عرفتها نظرية تنازع القوانين عبر مراحل مختلفة؛ وكانت البداية لدى فقه المدرسة الإيطالية القديمة التي أثارت مسألة تنازع القوانين التي تخص العلاقات الخاصة القائمة بين مختلف مقاطعات شمال إيطالي.

من بين المسائل التي أثارها هذا الفقه هي فكرة النظام العام ولو كان بطريقة مختلفة، وكانت البداية عندما تم التفرقة بين أحوال القوانين المستحسنة أو الملائمة أو بين القوانين البغيضة أو غير المفيدة بحسب تعبير البعض[12].

فالأحوال الأولى – الأحوال المستحسنة– يمكن أن تسري وتمتد خارج إقليم الدولة ويطبقها القاضي الوطني، أمّا الثانية – الأحوال المستهجنة – فتقف عند حدود الدولة التي صدرت فيها ولا يمكنها لها أن تمتد خارج الإقليم ولا يجوز للقاضي الوطني تطبيقها لمخالفتها لقيم ومبادئ مجتمعه، إذ يعتبر الفقه هذه التفرقة نواة فكرة النظام العام بالمعنى الحديث، أي بوصفها وسيلة لاستبعاد ومنع تطبيق القانون الأجنبي المتعارض مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني[13].

أول من ساهم في إبراز فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص بالمفهوم الحديث فيعود الفضل إلى الفقيه "سافيني"، إذ أوضح أن القاضي الوطني لا يطبق القانون الأجنبي إلاّ في حالة وجود اشتراك قانوني يبرر هذا التطبيق، بحيث أنّ هذا الاشتراك يتحقق في نظر بعض الدول تأسيسا بالقانون الروماني، وفي الحالة العكسية فإن لم يتحقق الاشتراك يعتبر تعارض وتصادم بين القانون الأجنبي وقانون القاضي، ممّا يقتضي استبعاد القانون الأول[14].

---

[12]– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص775.

[13]– جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، (د.ط)، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص.186.

[14]– المرجع نفسه، ص187.

انتقدت نظرية "سافيني" على أساس أنّ النظام العام يفرض نفسه ويلعب دوره في استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص عندما تتنازع قوانين الدول المتقاربة في الحضارة، ويظهر الاشتراك القانوني بين تشريعاتها بالنسبة للنظام أو أنظمة حصينة، فمثلا: (في فرنسا وإيطاليا لا تختلفان حضريا والأسس القانونية فيها متقاربة مع ذلك فإن نظام الطلاق إن كان مقبولا في فرنسا حتى وقت قريب كانت المحاكم الإيطالية تمتنع عن قبوله لمخالفته لنظام العام في إيطالياستبعدت تطبيق القانون الفرنسي)[15].

وفي القرن التاسع عشر جاء الفقيه "مانشيني" استخدم فكرة النظام العام كأداة لتثبيت اختصاص للقانون الإقليمي، بحيث له الفضل العام ببروز فكرة النظام العام وسماه باسمه الحالي بعد أن وضع الأستاذ الإيطالي نظريته الشهيرة التي أكدت شخصية القوانين بمعنى وجود قوانين في دول وصفها بقوانين النظام العام[16].

يعتبر الفقيه "مانشيني"، النظام العام بأنه ينطبق مع فكرة إقليمية القوانين التي استخدمت كبديل للإحاطة بالفئة المسندة، ولتبرير تطبيق القوانين تطبيقا إقليميا مثل قانون العقوبات والقوانين المتعلقة بالملكية العقارية خاصة أن في تلك المرحلة لم يكن الفقه يعرف منهج تنازع القوانين في شكله الحالي والقائم على تقسيم المسائل إلى فئات مسندة وإنّما كان يعتمد تصنيف القوانين من حيث الموضوع[17].

يتضح ممّا سبق أنّ النظام العام في فقه الأحوال الإيطالي، كان يلعب دور تقليدي يتمثل في اعتبار النظام العام أداة لتثبيت الاختصاص الإقليمي، في حين أن الدور الحديث للنظام العام اعتباره أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق من خلال فكرة الاشتراك القانوني التي دعا إليها الفقيه "سافيني"، في حين اتجه الفقه الحديث إلى استعمال النظام العام في تثبيت الاختصاص الإقليمي بصيغة أخرى تسمى بقوانين ذات التطبيق المباشر أو الفوري تهدف إلى تنظيم كيان دولة في الجانب

---

[15]– حسين الهداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ أحكام أجنبية، ج2، مديرية دار الكتب، الأردن، 1982، ص179.

[16]– عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص.393.

[17]– بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص.169.

الاجتماعي والاقتصادي منها، فئة قواعد البوليس والأمن والتي لا يمكن أن يقوم بشأنها تنازع تشريعي لكونها قانون من القاضي[18].

الفرع الثالث
خصائص الدفع بالنظام العام الوطني
في مجال العلاقات الخاصة الدولية

يعتبر النظام العام كوسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق مصالح عامة سواء كانت سياسية اجتماعية أو اقتصادية، والذي يتميز بمجموعة من الخصائص أبرزها أن فكرة النظام العام، هي فكرة داخلية وطنية (أولا)، وأنه كذلك له مفهوم نسبي (ثانيا)، كما يعتبر القضاء الوطني هو مصدر في الكثير من الحالات لفكرة النظام العام (ثالثا).

أولا: الصبغة الوطنية للنظام العام

يسعى النظام العام في الأساس إلى حماية المجتمع الوطني من أي اعتداء يستهدف حكم القواعد الآمرة في التشريع الوطني، هذا ما يبين أن النظام العام في الأصل هي فكرة داخلية ذات صبغة وطنية تضطلع إلى حماية المجتمع الوطني تتأثر بالسياسة المنتهجة في كل دولة على حدة.

تظهر الصفة الوطنية للنظام العام من خلال الطبيعة الوطنية للقانون الدولي الخاص من جهة، والدور الحمائي الذي يلعبه من جهة أخرى، فالقانون الدولي الخاص يعالج علاقات فردية ذات طابع دولي تطرح منازعته على محاكم داخلية تطبق الحل الذي وضعه النظام القانوني لدولة التي تنتمي إليها خاصة في كل دولة نظام قانوني متكامل يضع قواعد للحل في مسائل التنازع[19].

ثانيا: الصفة النسبية للنظام العام

سبق وأن أشرنا سابقا أنّ فكرة النظام العام هي فكرة نسبية ومؤقتة تختلف باختلاف الزمان والمكان ويتغير مع التغيرات الحاصلة في الأوضاع التي يفرضها المجتمع في كل دولة من الدول فيما

[18]– حفيظة السيد حداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص294.

[19]– سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص ص.174–175.

قد يعتبر مخالف للنظام العام خلال مرحلة من الزمن، فقد لا يتعارض معه في مرحلة زمنية لاحقة[20].

ما يترتب عن فكرة النسبية للنظام العام أن ما يتعلق من النظام العام في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، ومن ثم قد ينشأ حقا يكون مخالف للنظام العام لكن يصبح غير مخالف له عند المنازعة فيه أمام القضاء وبالتالي نكون أمام حالة نظام عام قديم وآخر جديد ممّا يطرح عدة إشكالات عملية بأي نظام يأخذ به القاضي عند الفصل في الدعوى وفي موضع هذا الحق[21].

ثالثا: الصفة القضائية للنظام العام

منحت أغلب التشريعات للقاضي الوطني سلطة تقديرية في البحث والتقدير ما إذا كان القانون الساري على النزاع المعروض أمامه يتعارض مع نظامه العام في قانونه. إلا أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي ليست مطلقة ولا تستند لتقديره الشخصي ومعتقداته الخاصة، وإنما يتعين عليه أن يستنبطها من المبادئ الجوهرية والأساسية السائدة في نظام دولته[22].

وعليه فإن تعارض قانون الأجنبي المختص مع النظام العام لدولة القاضي تعود له مع رقابة المحكمة العليا، حيث أول إجراء يقوم به القاضي هو التوصل إلى مضمون القانون الأجنبي والتحقق من أبعاده وأثاره الناجمة عن تطبيقه، ومدى تعارضه مع المبادئ التي يقوم عليها المجتمع قبل فكرة الدفع بالنظام العام لأنه نظام استثنائي يؤدي إلى تعطيل قاعدة الإسناد[23].

---

[20]– صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص28.

[21]– خوالدية فؤاد، "الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري"، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010، ص153.

[22]– هشام صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص194.

[23]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص317.

المطلب الثاني
تمييز النظام العام عن بعض
الأنظمة المشابهة له

سبق وأن أشرنا إلى أن ليس هناك تعريف جامع ومانع لفكرة النظام العام، باعتبارها كفكرة يتغير مفهومها من زمن لآخر، ومن هنا تظهر أهمية التمييز بين هذه الفكرة وبعض المفاهيم التي تتقارب من حيث المضمون والغاية.

بداية سنقوم بالتمييز ما بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك نقوم بالتمييز بين قواعد النظام العام وقواعد الإسناد (الفرع الثاني)، وفي الأخير نقوم بإجراء مقارنة بين فكرة الدفع بالنظام العام ونظرية الغش نحوى القانون (الفرع الثالث).

الفرع الأول
التمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي
في مجال العلاقات الخاصة الدولة

ليس هناك اختلاف بين مفهوم النظام العام الداخلي وبين النظام العام الدولي، فالنظام العام له مفهوما وطنيا[24]، فلا يمكن تصور وجود نظام عام وطني والآخر دولي، فإذا كانت الأنظمة القانونية المتعددة تشترك فيما بينها بحد أدنى من المبادئ الجوهرية والأساسية كتلك المتعلقة بعدم التمييز بين الأفراد بسبب لونهم أو عرقهم أو معتقداتهم فإن مثل هذه القيم والمثل تعد جزءا لا يتجزأ من النظام الداخلي للدول على الرغم من صفتها العالمية [25].

---

[24]–CALEB Marcel, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Thèse de doctorat en droit ,Faculté de droit et des science politiques , Université de Strasbourg , Paris , 1927, p 76.

[25]– محمد وليد هاشم المصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، المرجع السابق، ص 152–153.

كذلك راجع : زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011، ص 23.

لا يتصور أن تعمل الدولة على حماية النظام العام الدولي كونه غير موجود أصلا بما أن ليس هناك مجتمع مترابط ومتناسق في تقاليده وآرائه، فالنظام العام سواء كان داخليا أم دوليا لا يمكن أن يكون في حقيقة الأمر إلا وطنيا، فأي محاولة تهدف إلى التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي هي تفرقة خادعة وخاطئة، فهي خادعة لأن اصطلاح "نظام عام دولي" يوحي إلى وجود نظام عام مشترك بين الدول مع أن هذا النظام الأخير يتميز بالوطنية [26]، وهي تفرقة خاطئة لأن ما يسمونه نظاما عاما دوليا هو في الحقيقة هو عبارة نظام عام داخلي[27].

إذا كانت فكرة النظام العام هي فكرة وطنية والغرض منها هو حماية مختلف الأسس الجوهرية التي تقوم عليها أي دولة، إلا أن وظيفة النظام العام تختلف حسب اختلاف طبيعة العلاقة التي تشكل اعتداء على مثل هذه الأسس، فقد يؤدي إلى ضمان عدم خروج الأفراد من أحكام القواعد القانونية الآمرة عن طريق إبطال مثل هذه العلاقات، أما في إطار نطاق القانون الدولي الخاص فإن للنظام العام دورا استثنائيا، يتمثل في استبعاد القانون واجب التطبيق التي تتناقض أحكامه مع القانون الوطني.

الفرع الثاني
التمييز بين قواعد النظام العام وقواعد الإسناد

إذا كان النظام العام الوطني هو كآلية ذات طابع استثنائي يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق لتعارضه مع المبادئ الجوهرية لدولة القاضي المرفوع أمامه النزاع، فإن قواعد الإسناد هي قاعدة قانونية يضعها المشرع الوطني هدفها إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على مسألة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي.

---

[26]– يرى البعض أن التفرقة بين النظام العام الوطني والنظام العام الدولي هي كوسيلة تتوسل بها الدول المتقدمة لإهدار مصالح الدول النامية استنادا إلى عدم تعلق نصوصها الوطنية الآمرة بالنظام العام الدولي الذي يعلوا على النظام العام الداخلي حتى لا تكون القواعد الوطنية ذات الصبغة الآمرة سببا من أسباب في استبعاد تطبيق القانون المختص أو أن تؤدي إلى رفض تنفيذ الأحكام الصادرة بشأن العقود الاقتصادية الدولية.

راجع في هذا الشأن: – ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي، "تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه"، مجلة الأمن والقانون السنة الحادية عشر، العدد الأول، أكاديمية شرطة دبي، 2003، ص 22.

[27]– عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص 506.

وكما تعرف كذلك قواعد الإسناد بأنها قواعد قانونية ذات مصدر وطني يسترشد بها القاضي إلى القانون الواجب التطبيق أمام تزاحم مجموعة من القوانين فيختار الأكثر ملائمة لحكم العلاقة الخاصة الدولية ذات عنصر أجنبي بما يحقق مصالح اجتماعية، اقتصادية، وسياسية [28].

يذهب جانب من الفقه إلى القول أنّ النظام العام في إطار قواعد قانون الدولي الخاص، هي قاعدة إسناد إقليمية تتصف بالمرونة لها دور احتياطي هدفا هو تقييد من مجال تطبيق القانون الأجنبي، أو لجعل الاختصاص ينعقد أصلا لقانون القاضي وذلك في شكل قاعدة إسناد رئيسية مضمونها تطبيق القانون الإقليمي باعتباره يحمي قواعد قانونية آمرة، بغية تقرير حماية جماعية أو قوانين النظام العام منها نظام الأموال ونظام المسؤولية الجزائية[29].

كما يرى الفقيه الفرنسي "لويس لوكا" أنّ قواعد الإسناد تفيض من النظام العام ومستوحاة منه ومن ثم يكون له دور عادي إذا كانت تلك القواعد تمنح الاختصاص لقانون القاضي ويكون له دور غير عادي أو دور إقليمي يؤول من خلاله الاختصاص لقانون القاضي كاختصاص غير عادي بعد استبعاد القانون الأجنبي صاحب الاختصاص الأصلي نتيجة إعمال الدفع بالنظام العام[30].

هنالك عدة فروق جوهرية بين دور النظام العام وقواعد الإسناد خاصة من حيث توقيت الاعتداد لكل منهما، فقاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي قاعدة سارية المفعول وقت نشوء المركز القانوني، بينما محتوى النظام العام يتحدد بوقت وجود النزاع أمام القضاء[31].

بالعودة إلى التشريع الجزائري فيسهل التفرقة بين النظام العام وقاعدة الإسناد، بحيث أن النظام العام ليس بقاعدة إسناد وذلك يتجلى من خلال متن المادة 24 من القانون المدني وباستقراء متنها فإن المشرع الجزائري جعل لتطبيق القانون الأجنبي وهو ضرورة لعدم مخالفته للنظام العام الوطني في

---

[28]– كريم مزعل، شبي السعادي، "مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)"، مجلة جامعة كرباء، العدد 13، كلية الحقوق، العراق، 2005، ص2.

[29]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص295.

[30] –MOHAND Issad, op.cit, p.333.

[31]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق، ص.297.

الجزائر، فيتم تحريكه في صورة دفع لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مرحلة إعمال قواعد الإسناد[32].

الفرع الثالث
التمييز بين الدفع بالنظام العام ونظرية
الغش نحو القانون

يشترك النظام ونظرية الغش نحو القانون أو نظرية التحايل باعتبار كلا النظريتين من موانع تطبيق القانون الأجنبي، فيستبعد القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي إذا خلص أنّ هذا الأخير مخالف للنظام العام، أو أن ثبت له أن أحد الأطراف قد تحايل على سبيل المثال تغيير ظرف من ظروف الإسناد بغية منح الاختصاص لقانون آخر لأنه يتوافق مع رغبته ومتطلباته[33].

كما يظهر الفرق بين الدفع بين النظام العام ونظرية التحاليل أو الغش نحو القانون من حيث شروط الدفع أين يقتضي الدفع بالنظام العام مخالفة أحكام القانون الأجنبي الذي أسند إليه الاختصاص لمفهوم النظام العام في دولة القاضي، أما فيما يخص شروط إعمال نظرية الغش نحو القانون فإنه يتم تغيير ضابط الإسناد بسوء النية مثال: أن يكون قانون الجنسية يمنع تعدد الزوجات فيلجأ الراغب إلى تغيير ضابط الإسناد (الجنسية) أين يسعى للحصول على جنسية أخرى يسمح قانونه بتعدد الزوجات وعليه يمكن القول أنّ الغش نحو القانون يشمل جميع فروع القانون ولا يقتصر فقط على قواعد القانون الدولي الخاص[34].

---

[32]– زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري(مقارنة بالقوانين العربية)، ج1، (د.ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص ص.244-245.

[33]– علاء كاظم المرشدي، التحايل على القانون (الغش نحو القانون)، مجلة الكلية، العدد 6، كلية الإسلامية، قسم القانون، جامعة العراق، 2001، ص.4.

[34]– درار كريمة، بلعباسي عمار، النظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون الخاص، قسم الحقوق، المركز الجامعي، بلحاج بوشعيب، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، عين تموشنت، 2019، ص.20.

المبحث الثاني
إعمال فكرة الدفع بالنظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية

بالرجوع إلى فكرة النظام العام وما تحققه من غاية التصدي للمخاطر التي قد تترتب نتيجة إعمال القانون الأجنبي، بحكم أنّ فكرة الدفع بالنظام العام آلية استثنائية لاستبعاد القانون الأجنبي الذي من شأنه المساس بالنظام العام الوطني، ولما كان إعمال الدفع بالنظام العام فكرة تمس بمبدأ حياد قواعد التنازع، فإن إعمال هذه الفكرة مرتبط بتوفر جملة من الشروط لغرض القانون الأجنبي (المطلب الأول)، ومن البديهي أن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام يرتب عنه آثار قانونية مترتبة عن منع التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول
شروط إعمال الدفع بالنظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية

لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام الوطني في مجال العلاقات الدولية الخاصة يستلزم توفر مجموعة من الشروط، والمتمثلة في أن يكون القانون الأجنبي الواجب التطبيق مختص وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الوطني(الفرع الأول)، كما يجب أنتتوفر أحد مقتضيات النظام العام الوطني (الفرع الثاني)، وفي الأخير يقتضي لإعمال الدفع بالنظام العام توافر شرط وجود صلة بين النزاع ودولة القاضي(الفرع الثالث).

الفرع الأول
وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية

هناك بعض الحالات يستبعد فيها تطبيق القانون الأجنبي ليس إعمالا لفكرة الدفع بالنظام العام وإنما نتيجة إعمال دفوع أخرى تأخذ بعين الاعتبار قبل إعمال دفع النظام العام، فإذا كان القانون المشار إليه من قبل قاعدة الإسناد تتناقض أحكامه مع القانون الوطني وفي الوقت ذاته لا يقبل

الاختصاص كونه يحيلنا إلى قانون القاضي– الإحالة من الدرجة الأولى – فيتم تطبيق قانون القاضي ليس نتيجة إعمال لفكرة النظام العام وإنما لقبوله الإحالة .

إذا تم اختيار قانون العقد على نحو يخالف الشروط التي استلزمها المشرع لصحة الاختيار كأن يكون الاختيار منعدم الصلة مع العقد أو مع المتعاقدين وكان هذا القانون تتناقض أحكامه مع قانون القاضي، فيستبعد هذا القانون ليس وفقا لفكرة الدفع بالنظام العام وإنما كونه لم تتوفر فيه شروط الاختيار، فيتولى القاضي بنفسه تركيز العقد في أحد الأنظمة القانونية، إذا تم اختيار قانون أجنبي ليطبق على أموال عقارية موجودة في قانون القاضي باعتباره قانون موقع العقار وكان هذا القانون يخالف النظام العام في دولة القاضي، فلا يتم تطبيق هذا القانون ليس باعتباره يخالف النظام العام وإنما إعمالا للاستثناء الوارد في قاعدة التنازع التي تبين القانون الواجب التطبيق على الأموال العقارية كما هو الشأن ما ورد في المادة 18 فقرة أخيرة من القانون المدني الجزائري.

إذا ما استثنينا الحالات السابقة فسنكون أمام حالة استبعاد القانون المختص الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

الفرع الثاني

توفر أحد مقتضيات النظام العام الوطني

لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام يجب أن يكون في النزاع المعروض على القضاء أحد مقتضيات النظام والتي تجعل تطبيق القانون الأجنبي في دولة القاضي غير مقبول مما يبرر استبعاد تطبيقه، أو لابد من وجود تعارض صريح وتنافر بين القانون الأجنبي والأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي[35].

يعود السبب وراء توفر هذا الشرط إلى أن المشرع الوطني في إشارته عن طريق قواعد الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين، لم يقصد أن يطبق ذلك القانون مهما كانت النتيجة المترتبة على

[35]– دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، بحث منشور في منتديات الحقوق والعلوم القانونية في 2011/09/14 على الموقع الأتي: https://www.droit-dz.com

تطبيقه، وإنّما يتعين أن لا يمس ذلك التطبيق بالمصالح الأساسية والجوهرية للدولة، والتي قد تتعرض للخطر إذا أدى تطبيق القانون الأجنبي إلى المساس بها وهو ما يدخل في فكرة النظام العام للحفاظ على هذه المصالح[36].

كما دعم الفقه القانوني رأيه في استبعاد القانون الأجنبي وربطه بفكرة النظام العام الوطني بالاستناد إلى حجية أن فكرة النظام العام هي فكرة يصعب تحديد مضمونها فمن الطبيعي أن يتمتع القاضي بسلطة تقديرية عند إعماله للدفع بالنظام العام، وذلك باستبعاده للقانون الأجنبي نظرا أن هذا الأخير يشمل على نظم قانونية غير معروفة في قانون القاضي أو يحمل قواعد قانونية تمس بالقيم الأساسية والمبادئ السائدة في دولة القاضي[37].

سار المشرع الجزائري ذات مسار أغلب التشريعات المقارنة، بحيث أثناء وضعه لقاعدة إسناد وطنية التي تشير إلى تطبيق القانون الأجنبي يراعي الآثار المترتبة عن تطبيق القانون الأجنبي خاصة ما تعلق بالمساس بالنظام العام الوطني، ويظهر ذلك أثناء منحه للقاضي الوطني نوع من السلطة التقديرية في مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تحت رقابة المحكمة العليا[38].

أكد المشرع الجزائري هذا الشرط في صلب المادة 24 من القانون المدني الجزائري، حيث أشار إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المخالف لمقتضيات النظام العام وكذا ذات الحكم يسري على الأحكام الأجنبية القضائية والتحكيمية وفق لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية[39].

ومن خلال ما تم تبيانه يتضح الهدف الذي يسعى إليه النظام العام أين اعتبره بعض الباحثين والفقهاء بمثابة نقطة تفتيش جمركية لمضامين القوانين الأجنبية ووسيلة أساسية لتقييمها قبل منح

---

[36]– جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص.200.

[37]– فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدولي، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1978، ص.144.

[38]– أحمد سي علي، مدخل العلوم القانونية، ط1، دار البيضاء للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.214.

[39]– تنص المادة 605 من قانون 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد21، مؤرخة في 23 -04-2008 على ما يلي: "**لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:... 4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر**"

تأشيرة الدخول لها لدولة القاضي، وقاعدة الإسناد قبل أن تشير تطبيق قانون أجنبي تسعى بالدرجة الأولى إلى تحقيق الأمن وضمان عدم المساس بنظامها الوطني وإلاّ أجاز القانون للقاضي الدفع به[40].

الفرع الثالث
توافر صلة بين النزاع ودولة القاضي

ذهب بعض الفقه الألماني والقضاء في ألمانيا وسويسرا للمناداة بضرورة توفر شرط صلة بين النزاع ودولة القاضي لإعمال فكرة الدفع النظام العام، إذ من غير المعقول والمقبول في نظر هذا الفريق إعمال القاضي الوطني لفكرة النظام العام في غياب تلك الصلة باعتبار أن النزاع سوف لا يهم في دولة القاضي في شيء، فيفترض في وجه نظر الفقهاء أن يكون للنزاع رابطة مع دولة القاضي فيصعب من وجهة نظرهم القبول بتمسك القاضي بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي أو تعطيل قواعد الإسناد في قانونه بشأن قضية لا تعنيه[41].

رغم تبني هذا الجانب الفقهي لهذا الشرط ورغم تأسيسهم له كان تأسيسا منطقيا فهم يستندون أن اختيار قانون أجنبي لحكم النزاع ذو الطابع الدولي المطروح على القاضي يتم نتيجة لوجود صلة كافية تربطه بالنزاع فسلب الاختصاص بحكم النزاع من هذا القانون نتيجة إعمال فكرة النظام العام إلا إذا توفرت كذلك صلة كافية بين النزاع ودولة القاضي تبرر هذا الإعمال للفكرة.

إلاّ أنّ ما يعاب على هذا الرأي أنهم لم يحددوا المقصود أو كذا معايير تلك الصلة أو الرابطة بين النزاع وبين قانون القاضي، فبتالي يُطرح عدة تساؤلات حول هذه الرابطة هل يقصد بها رابطة الجنسية أو رابطة الموطن أو موقع المال.....إلخ[42].

---

[40]– نادية فضيل، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2002، ص.122.

[41]– محمد وليد مصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص "، مجلة الحقوق، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2003، ص.161.

[42]– فؤاد رياض عبد المنعم، المرجع السابق، ص.225.

في حين يرى جانب فقهي آخر أنه من الصعب على القاضي القول بأن القانون أجنبيا معينا يعد مخالف للنظام العام في دولته وقانون دولته يتضمن قاعدة مماثلة لذات القاعدة الأجنبية، حيث يستثنى من هذا التعميم في حالة ما إذا كانت القاعدة الموجودة في قانون القاضي تهدف إلى عكس الغرض الذي يهدف إليه النص عليها في القانون الأجنبي ويطبق هذا الاستثناء على بعض القوانين الصادرة حديثا بصفة خاصة في بعض الدول والتي تنص على قيود معينة جاءت بهدف حماية الاقتصاد، فمثلا لو كان اقتصاد دولة أجنبية ضد دولة أخرى ومنها دولة القاضي فيترتب عليه أضرار بمصالح دولة القاضي إذ يمكن القول في هذه الحالة بوجود رابطة بين النزاع ودولة القاضي[43].

المطلب الثاني
الآثار المترتبة عن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام
في مجال العلاقات الدولية الخاصة

إن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي صاحب الاختصاص في مجال العلاقات الدولية الخاصة يرتب مجموعة من الآثار القانونية منها ما كُيف على أساس أنها آثار عادية تتمثل في الأثر السلبي (الفرع الأول)، الأثر الإيجابي (الفرع الثاني)، كما هنالك آثار أخرى تتجسد في الأثر المخفف للنظام العام والأثر الانعكاسي (الفرع الثالث).

الفرع الأول
الأثر السلبي لدفع فكرة النظام العام

يكمن الأثر السلبي للدفع بفكرة النظام العام بالاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام **(أولا)**، وكذا أن يقتصر الاستبعاد على الجزء المخالف (ثانيا).

أولا: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام

ذهب جانب من الفقه للقول أنه يصعب في العديد من الحالات استبعاد القانون الأجنبي استبعاد جزئي نظرا لارتباط هذا الأخير ارتباطا وثيقا بباقي أحكام القانون فمن الممكن أن يحدث

[43]– فؤاد رياض عبد المنعم، المرجع السابق، ص226.

أو أن يكون نص القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام ذو صلة وطيدة وارتباط وثيق بمجموع النصوص الأخرى في هذا القانون فيصبح من المتعذر على القاضي أن يكتفي بالاستبعاد الجزئي لهذا النص وحده ويقوم بتطبيق النصوص الأخرى والتي لا تتعارض مع النظام العام في دولته ففي هذه الحالة يتم استبعاد تطبيقه استبعاد كليا أي بجمل أحكامه [44] .

على سبيل المثال: لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العقد يجيز هذا العقد استنادا إلى سبب معين وكان هذا السبب مخالف للنظام العام في دولة القاضي، فإذا كان السبب ضمن الأسباب التي يرتكز عليها وجود العقد وكان مخالف للنظام العام فاستبعاد تطبيقه يؤدي إلى هدم العقد كامله بالرغم من أصحية الجوانب الأخرى للعقد[45].

بالإضافة أن الأخذ بفكرة الاستبعاد الجزئي المخالف للنظام العام يشكل خرقا لقاعدة التنازع لقانون القاضي، فالمشرع الوطني عند صياغة أو وضع قاعدة التنازع يريد من وراء ذلك تطبيق القانون الأكثر ملائمة واتصالا لحكم العلاقة أو أكثر اتصالا بموضوع النزاع بغية تحقيق العدالة ولتحقيق الهدف الذي يصب إليه المشرع لابد من تطبيق القانون الأجنبي كاملا.

فقاعدة الإسناد الوطنية ترمي إلى تطبيق جل الأحكام القانون الأجنبي ولا يقصد منها تطبيق بعض أحكامه، فهذا التطبيق يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد مما يؤدي إليه من منح للقانون الأجنبي وتطبيقه خارج الحدود التي رسمها له مشرعه[46].

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى أن استبعاد القانون الأجنبي استبعاد كليا وتطبيق القانون القاضي بدلا منه يعد أكثر تعارض مع حكمة التشريع إذ وما دام أنالقانون الأجنبي هو القانون

---

[44]– سلطان عبد الله محمود، "الدفع بالنظام العام وأثره"، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة العراق، 2010، ص94 .

[45]–MIBOYET (J.P), Traite de droit international privé tome III, IV, et V, Paris, 1944, P522.

[46]–إعدادين حسيبة، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام، مذكرة نهاية التكوين، الدفعة 16، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، 2009، ص38.

الواجب التطبيق أصلا وهو القانون أكثر ملائمة للمسألة المعروضة، وهو الأقرب إلى حكمة التشريع وهو أن لا تستبعد أحكامه إلا ما تعارض فعلا مع مقتضيات النظام العام في دولة القاضي[47].

ثانيا: الاستبعاد الجزئي المخالف للنظام العام

يتفق أغلب الفقهاء مع إعمال الطبيعي لفكرة النظام العام الذي تذهب إلى أنه ليس القانون الأجنبي في جملته هو الذي يصطدم عادة بفكرة النظام العام وإنما في بعض الأحيان بجزئية من هذا القانون هي التي تتعارض، فطالما أن قواعد الإسناد الوطنية في دولة القاضي هي التي أشارت إلى هذا القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع، فعلى القاضي أن يجتهد في ذلك قبل استبعاد القانون الأجنبي كليا[48].

ويكون الاستبعاد جزئيا إذا كان الجزء المخالف للنظام العام لا يرتبط ارتباطا وثيقا ببقية أجزاء القانون الواجب التطبيق، أي أن استبعاد هذا الجزء لا يحول دون تطبيق بقية الأحكام ومن جملته هذه التطبيقات قرار محكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 17 نوفمبر 1964 حيث جاء في مضمون القرار ما يلي: "أن ما تنص عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الميراث لا يمس النظام العام في فرنسا إلا في منعها التوارث بين المسلم وغير المسلم، ومن ثم يتعين استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة فحسب من دون أن يحل القانون الفرنسي محل القانون الأجنبي الإسلامي في بيان مراتب الورثة وأنصبتهم"[49].

يستند هذا الرأي إلى عدة حجج ولعل أهمها هو ضرورة استخدام الدفع بالنظام العام بحذر وما يتماشى مع الغاية التي يهدف إلى تحقيقها، وبالقدر الذي يمنع المساس بالمبادئ السائدة في دولة

---

[47]–هشام علي صادق، تنازع القوانين، (د.ط)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.226.

[48]– عكاشة محمد عبد العال، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، ج1، (د.ط)، دار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997، ص.432.

[49]– مباركي نسرين، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، نهاية التكوين، الدفعة 16، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، 2009، ص.14.

القاضي خاصة أن الدفع بالنظام العام يهدف إلى استبعاد النتيجة المخالفة للنظام العام فحسب أو متى أمكن ذلك عن طريق استبعاد الجزئي كان ذلك أمرا مقبولا[50].

الفرع الثاني
الأثر الإيجابي للدفع فكرة النظام العام

يندرج ضمن الأثر الإيجابي للدفع بفكرة النظام العام بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي (أولا) إلى جانب حلول قانون القاضي (ثانيا).

أولا: بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي

يرى فقه القانون الدولي الخاص بضرورة احترام قواعد التنازع التي طالما قررت اختيار قانون بموجب قاعدة اسناد فيجب تطبيقه أو البحث عن الحل في إطاره، وثبات بعض قواعد لا يعني استبعاد جملة طالما أنه قادر على إيجاد حل بديل بالإضافة إلى أن تطبيق قانون القاضي يخل بتوقعات الأفراد التي قد لا توجد بينه وبين المسألة المعروضة أية صلة ولا تتلاءم أحكامه معها[51].

وجه انتقاد لهذا الرأي على أساس أنه يفترض مسبقا وجود نص أجنبي يمكن تطبيقه على واقعة الدولية، فإذا وجد هذا النص البديل فلا شك أن أخذ بهذا الرأي يتماشى مع حكمة التشريع، لكن في الحالة العكسية وهي عدم وجود النص البديل فلا مفر من تطبيق قانون القاضي، بحكم أن استبعاد القانون الأجنبي كان لتعارضه مع النظام العام لدولة القاضي فمن أجل ضمان عدم وجود تعارض مع المبادئ الأساسية لدولة القاضي فلا مناص من تطبيق قانونه شرط أن يكون هذا القانون (قانون القاضي ملائما لحكم العلاقة المطروحة) وإلا من الأفضل والمستحسن إعمال قواعد المستقرة في القانون الطبيعي أو قواعد العدالة على النزاع[52].

---

[50]– مباركي نسرين، المرجع السابق، ص.15.

[51]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.263.

[52]–سليمان أحمد فضيل، المنازعات الناشئة عن العقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2011،ص.154.

ثانيا: حلول قانون القاضي

قد يشكل استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق على أساس فكرة الدفع بالنظام العام فراغا تشريعي فلابد من التصدي له وتسديده، خاصة أن القاضي في حالة عدم حكمه في النزاع المعروض أمامه بحجة عدم إمكان إعمال القانون الأجنبي المختص لتعارضه مع النظام العام يكون منكرا للعدالة إذ لابد أن يلجأ إلى قانون آخر ليتصدى بواسطة أحكامه للنزاع المعروض عليه[53].

ويعتبر إخلال القانون القاضي بدلا من أحكام القانون الأجنبي الذي تم استبعاده هو الأثر الإيجابي للنظام العام ويعُد بمثابة نتيجة طبيعية لنظرة الفقه إلى النظام العام واعتباره مسألة موضوعية إذ يختلف لو اعتبر النظام العام مسألة إجراءات كما هو الحال في البلاد الأنجلوسكسونية أين تكتفي المحكمة باستبعاد أحكام القانون الأجنبي وتحيل الخصوم إلى محكمة أخرى للنظر في النزاع[54].

أما المشرع الجزائري بعد التعديل 2005 للقانون المدني والمادة 24 منه قام بتطبيق القانون الجزائري، أي قانون قاضي الدعوى في حالة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام وإذا كان قبل التعديل لم يكن يبين استخلاف القانون المستبعد لقانون آخر، بمعنى كان يقتصر على بيان أثر السلبي أي استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في الجزائر دون أن يفرض على القضاء مسلك معين لسد الفراغ التشريعي[55].

الفرع الثالث

الأثر المخفف والانعكاسي لفكرة الدفع بالنظام العام

بالإضافة إلى الآثار المذكورة أعلاه فإن لدفع بفكرة النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية أثر مخفف يقتضي تبيانه (أولا)، وكذا أثر انعكاسي (ثانيا).

---

[53]– سلطان عبد الله محمود، "الدفع بالنظام العام وأثره "، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2016، ص.97.

[54]– حفيظة سيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، (د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص.299.

[55]– إعدادين حسيبة، المرجع السابق، ص.29.

أولا: الأثر المخفف لفكرة الدفع بالنظام العام

حول مفهوم الأثر المخفف للنظام العام يتفق الفقه والقضاء على وجوب التمييز عند إعمال الدفع بالنظام العام في مجال تنازع القوانين بين حالتين لاختلاف الأثر الدفع به في كليهما، الحالة الأولى: وهي الحالة التي يراد فيها تكوين مركز قانوني في دولة القاضي la création du droit.

الحالة الثانية: هي الحالة التي يراد فيها ترتيب أو الاحتجاج داخل دولة القاضي بآثار ناتجة عن مركز قانوني نشأ في الخارج (l'effet du droit)[56]. ففي مرحلة الإنشاء يتمحور دور القاضي في البحث عما إن كان هذا الإنشاء يتعارض أم لا يتعارض مع مقتضيات النظام العام في دولته وهنا يتصدى النظام العام لعدم انشائها أصلا لتعارضها مع مقتضياته[57]، خاصة أن هذا التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضي في مرحلة الإنشاء فحواه أن الإجراءات والظروف الواجب توافرها هي التي تتعارض مع النظام العام.

سعى أصحاب نظرية الأثر المخفف الدفع بالنظام العام وبالضبط أنصار نظرية الحقوق المكتسبة بالقول أن عند إعمال الدفع بالنظام العام يجب التمييز بين مسألة اكتساب الحقوق ومسألة الاحترام للحقوق الدولي المكتسبة، بمعنى التمييز بين إنشاء الحق ونفاذه دوليا، فإذا نشأ الحق في الخارج وأريد التمسك بأثاره في بلد القاضي فإن نفاذه دوليا أي اعتراف بأثاره لا يعد متعارض مع النظام العام لأن شروط وإجراءات اكتساب هذا الحق قد تمت في الخارج[58].

لم يسلم أنصار هذه النظرية من الانتقادات، حيث وجه انتقاد بالقول بأن التسليم بالحق المكتسب في الخارج لا يكون بصفة تامة وآلية بحكم أنه من المتصور وجود بعض الحقوق التي قد تبلغ درجة من الشذوذ، حيث يتعارض التمسك بها تعارضا صارخا مع أسس المجتمع المتمدن الذي سوف يحتج بأثاره على إقليمه[59].

عرف الأثر المخفف للنظام العام عدة تطبيقات على مستوى القضاء الجزائري، فقد سبق للمحكمة العليا أن رفضت التمسك بأثار حقوق اكتسبت بالخارج لتعارضها مع مقتضيات النظام العام في الجزائر وذلك بقرارها الصادر بتاريخ 1984/06/23 حينما نقضت بصفة جزئية القرار الصادر

---

[56]– محند إسعد، القانون الدولي الخاص، ج1، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص.253.

[57]– زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.256.

[58]– عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط9، الهيئة العصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص.552.

[59]– أشرف وفا محمد، المبادئ العامة للتنازع القوانين في المقارن، ط1، شركة ناس للطباعة، مصر، 2004، ص.190.

عن مجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 1982/04/19 والذي وافق حكم محكمة الدرجة الأولى التي منحت الصيغة التنفيذية لحكم فرنسي منح تعويضات للمدعى عليها من غير تمييز بين التعويض المستحق عن أصل الحق المطالب به طبقا لاتفاق الطرفين والمبلغ الفائدة المتفق عليها المقدرة 12% والتي حكمها الجواز في القانون الأجنبي والحضر في القانون الجزائري بالنص المادة 454 من القانون المدني التي تمنع تقاضي فوائد ربوية بين الأشخاص الطبيعية، وعليه عمدت المحكمة العليا إلى نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الحق المدعي اكتسابه طبقا للحكم الأجنبي المتضمن المبلغ الفائدة وحده تأسيسا أن الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في الجزائر بهذا الشكل المخالف للنظام العام الجزائري المخالف لهذه المسألة[60].

وعليه في الأخير يمكن القول أنه لا تخرج نظرية الأثر المخفف للنظام العام من حيث العمل بها واستبعادها عن هذه الفرضيات الأربعة بداية من وجود حالات يتعارض فيها النظام العام بالمعنى الدولي مع وجود الحق في كافة مظاهره سواء كان إنشائه في دولة القاضي أو في الخارج، بالإضافة أن حالات يتعارض فيها النظام العام بالمعنى الدولي مع إنشاء الحق في دولة القاضي (الزواج المتعدد)، هناك حالات ذهب إليه القضاء الفرنسي إلى رفض الاعتراف بالحق المكتسب بالخارج بحجية تعرضه مع النظام العام متى أشارت قاعدة التنازع بالاختصاص القانون الفرنسي أو كانت المنازعة على صلة بالإقليم الفرنسي، وفي الأخير قد تتحقق حالات يحول فيها النظام العام دون الاعتراف ببعض أثار حق تم إنشائه بالخارج[61].

ثانيا: الأثر الانعكاسي لفكرة الدفع بالنظام العام

سنقوم ضمن مقتضيات هذا العنصر مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام (أ)، وكذا تبيان موقف الفقه إزاء هذا الأثر (ب).

أ- مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام

تعددت التعاريف الفقهية لمفهوم الأثر الانعكاسي بحيث ذهب جانب فقهي للقول أن الأثر الانعكاسي للنظام العام في مجال تنازع القوانين تطابق النظام العام الأجنبي مع النظام العام الوطني

[60]- قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 1984/06/23، ملف رقم 32463، المجلة القضائية، العدد1، لسنة 1989، ص149.

[61]- جمال الدين عنان، الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص "دراسة مقارنة في النظام العام"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016، ص ص.129-130.

لدولة القاضي[62]، في حين يرى جانب آخر بأن الأثر الانعكاسي للنظام العام امتداد أثر النظام العام من دولة أجنبية إلى دولة القاضي طالما أن مفهوم النظام العام واحد في كلتا الدولتين[63].

ب-موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام

انقسم الفقه إلى عدة اتجاهات حيث ذهب جانب للقول أن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية ومن ثم فإن قانون الدولة الأجنبية الذي يطبق إعمالا للدفع بالنظام العام فيها لا يتعدى أثره إلى إقليم دولة أخرى حتى ولو تطابق مفهوم النظام العام في كلتا الدولتين، وعليه فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال التمسك في بلد القاضي بآثار الحق الذي اكتسب في دولة أجنبية وفق لمقتضيات النظام العام فيها وخلافا لما يقضي به القانون المختص بمقتضى قاعدة الإسناد في دولة القاضي[64].

أمّا جانب آخر منهم الأستاذ "نيبوييه" الذي اعترض على الاتجاه الأول المنكر للأثر الانعكاسي للنظام بصفة مطلقة، حيث يرى أن الحق ممكن اكتسابه في دولة القاضي إذا كانت فكرة النظام العام فيها مطابقة لفكرته في الدولة التي اكتسبت فيها هذا الحق، فلا معنى حينئذ بعدم الاعتراف بآثار الحق الذي نشأ في دولة أجنبية وفق مقتضيات النظام العام فيها، فمناط الاعتراف بالحق إذا في دولة القاضي هو اتحاد فكرة النظام العام في هذه الدولة وفي الدولة التي اكتسب فيها هذا الحق ومتى اتحدت فكرة النظام العام في الدولتين بشأن الحق المدعى به نفذ الحق في دولة القاضي تحت ما يسمى بالأثر الانعكاسي للدفع للنظام العام[65].

---

[62]– PAUL Lagarde, Droit international privé, Septième édition, tom 1, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1981, p223.

[63]–PAUL Lagarde, Ibid, p.224.

[64]– أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص.157.

[65]– محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006، ص.521.

الفصل الثاني

حماية النظام العام الوطني من خلال القواعد ذات التطبيق الضروري

سبق أن بيّنا الدور الذي يؤديه النظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية لحماية أهم الأسس الجوهرية للنظام القانوني الذي ينتمي إليه القاضي، وتتحقق هذه الفكرة عن طريق إعمال ما يعرف بالدفع بالنظام العام ويكون بعد تطبيق القانون الأجنبي، أي بعد إعمال قاعدة الإسناد في قانون القاضي.

على خلاف ذلك، هناك بعض القواعد تندرج ضمن قواعد النظام العام، ولكن درجة إلزاميتها يكون قد بلغ حد أكبر أهمية عن سائر القواعد التي يحميها النظام العام، وذلك بالنظر إلى دورها في حماية مجموعة من الأسس والتي يعجز الدفع بالنظام العام عن حمايته.

تعرف القواعد السابقة الذكر بالقواعد ذات التطبيق الضروري والتي فرضت وجودها مع تبني الدول للسياسة التداخلية في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدولة وتطبق على نحو آمر ترفض أي مزاحمة من قبل القوانين الأخرى من حيث التطبيق نتيجة لطابعها الخاص.

نظرا لأهمية هذه القواعد في حماية ما هو جدير بالحماية في أي دولة من الدول، لذا يتعين علينا التطرق إلى تحديد ماهية هذه القواعد (المبحث الأول)، بعد ذلك نبين كيفية تدخل القواعد لحماية مثل هذه القواعد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري

أضحت فكرة القواعد ذات التطبيق الضروري والتي أدرجها الفقه التقليدي على تسميتها بقواعد البوليس والأمن من الأفكار الأساسية التي تحتل مكانا بارزا في مجال النظرية العامة للتنازع الدولي للقوانين فمن الآليات التي تسعى إلى حماية النظام العام الوطني، إلا انه قبل الخوض في مختلف الأحكام والجوانب القانونية ينبغي منا مسبقا تحديد مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري (المطلب الأول)، إذا سلمنا منذ البداية بالأهمية القصوى التي تلعبها هذه القواعد فلابد من معايير من أجل معرفتها وتحديدها بشكل دقيق لأنه في الأصل ليس بالأمر اليسير والهين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

لتحديد تعريف قواعد ذات التطبيق الضروري بالنظر إلى الدور الذي تؤديه هذه القواعد لحماية بعض القوانين الوطنية من أي مزاحمة من قبل القوانين الأجنبية من حيث التطبيق، يتعيّن علينا تعريف هذه القواعد خاصة أن أي موضوع قانوني يقتضي ضبط مفاهيمه (الفرع الأول)، تكتسي القواعد ذات التطبيق الضروري طبيعة قانونية لابد من تبينها نتيجة للفعالية التي تلعبها في مجال حماية النظام العام الوطني بعد ذلك نبيّن طبيعة هذه القواعد(الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري

يرتبط ظهور القواعد ذات التطبيق الضروري، نتيجة تزايد تدخل الدول في مجالات مختلفة بقواعد لا تقبل بطبيعتها أي مزاحمة من قبل قانون أجنبي آخر، وذلك لحماية مصالح جديرة بالحماية

سواء كانت تتعلق بالمصلحة العامة للدولة أو تلك المرتبطة بالمصالح الخاصة للأفراد وذلك في الحالات التي يكون فيها كطرف ضعيف في بعض العقود التي يبرمها[66].

أدركت مختلف الدول من إخضاع هذه المسائل السابقة لقانون القاضي مستبعدة من شأنها تطبيق قانون آخر، وذلك عن طريق وضع قوانين تنظم عدة مجالات ذات الأولوية الخاصة للدولة كما هو الشأن بالنسبة للقوانين المتعلقة بالرقابة على النقد والقرض والقوانين التي تحمي المنافسة لغرض ضبط السوق، وأكثر من ذلك قد تهدف هذه القوانين إلى حماية المستهلك في عقود الاستهلاك والعامل في عقود العمل.

أطلق فقه قانون الدولي الخاص مجموعة من التعاريف على هذه القواعد مما أدى إلى تنوع وتعدد هذه التعارف نتيجة تعدد الزوايا التي ينظر منها كل فقيه إلى هذه القواعد؛ وفي هذا الخصوص عرفها البعض بأنها هي: "حكم آمر يستوجب تطبيقه على علاقة دولية أيا كان القانون الذي يحكمها أو بعض آخر من القواعد المتعلقة بالنظام العام، لكنها متعلقة بنظام عام يبلغ من القوة بحيث أنه يجب تطبيقها حتى ولو لم يكن النظام القانوني الذي تنتسب إليه مختصا من حيث المبدأ، ولم يتم تحديده من خلال قاعدة الإسناد، فإلزاميتها تستتبع اختصاصها"[67].

كما عرفها البعض كذلك بأنها: "قواعد داخلية يبلغ طابعها حد يقتضي إعمالها على المسائل التي تدخل في إطار سريانها المكاني ولو كانت العلاقة المطروحة تتسم بطابعها الدولي، وبصرف

---

[66]–أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، مصر 1985، ص 135.

[67]–عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص286.

النظر عن القانون الواجب التطبيق في شأنها بمقتضي منهج تنازع القوانين، والذي اقتصر إعماله على كافة جوانب العلاقة عدا ما كان داخلا في مجال تطبيق قواعد البوليس" [68].

أما التعريف الراجح لقواعد التطبيق الضروري يتمثل في تلك القواعد التي تلازم تدخل الدولة والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية والاجتماعية للجماعة ويترتب على عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أي كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي[69].

يتضح من خلال التعريف أن القواعد ذات التطبيق الضروري هي قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد مجال انطباقها دون الحاجة إلى إذن من قواعد التنازع حيث ترتكز في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على تحليل للقواعد الموضوعية ذات الطابع الوطني مع تحديد ما يعتبر منها ويعد ضروري وهي على هذا النحو تلتقي مع منهجية مدرسة الأحوال التي كانت تقوم على تقسيم القوانين بحسب مجال تطبيق كل طائفة منها[70].

الفرع الثاني
التسميات التي أطلقت على القواعد
ذات التطبيق الضروري

أطلق فقه قانون الدولي مجموعة من التسميات على القواعد التي تتدخل مباشرة لحماية النظام العام الوطني بطريقة تختلف عن النظام العام، كونها تتجاهل في الأساس إعمال قاعدة الإسناد وذلك بالنظر إلى طبيعة المصالح التي تحميها التي لا تقبل أي منافسة من أي قانون أجنبي في هذا

---

[68]–محمد بلاق، التنازع والقواعد العادية في منازعات العقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص.68.

[69]–هشام علي صادق، "القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الالكترونية"، مجلة الدراسات القانونية بجامعة بيروت العربية، عدد 1، لبنان، 2004، ص.774.

[70]–عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع السابق، ص.534.

الخصوص، هناك من أطلق عليها تسمية قواعد البوليس والأمن (أولا)، هناك اتجاه آخر يطبق عليها تسمية قواعد فورية التطبيق (ثانيا). من جهة أخرى هناك من يطلق عليها تسمية قواعد النظام العام الوقائي أو التوجيهي (ثالثا).

أولا: قواعد البوليس والأمن

هو الاتجاه التقليدي الذي يتزعمه الفقيه الألماني "سافيني" حيث جاء في قوله: "توجد عدة قوانين لا تسمح طبيعتها الخاصة بقبول الاشتراك القانوني بين مختلف الدول حيث يلتزم القاضي بأن يطبق قانونه الوطني ولو كان المنهج قاعدة الإسناد يقتضي تطبيق قانون أجنبي"[71].

كان الفقه التقليدي يعالج هذه القواعد تحت تسمية قواعد البوليس والأمن حيث أنه إذا وجدت قاعدة من قواعد التوجيه الاقتصادي أو الاجتماعي للدولة فلابد على القاضي أن يطبقها على كافة المنازعات سواء كانت هذه المنازعات وطنية أم ذات طابع دولي فإن وجدت قواعد أو قوانين البوليس والأمن فإنها تطبق داخل حدود الدولة على كل شخص وكل رابطة قانونية تدخل في نطاق سريانها[72].

كما أسس هذا الجانب الفقهي أن استبقاء الاصطلاح على القواعد ذات التطبيق الضروري بقوانين البوليس ذلك أن المشرع في قانون نابليون قد استعمل هذا الاصطلاح ليبرز مبدأ الإقليمية في تطبيق قواعد وقوانين البوليس خاصة أن الإقليمية من جوهر وخصائص قوانين الأمن[73].

لقد وجه انتقاد إلى هذا الاتجاه الفقهي وذلك بالقول أن الجمع بين قوانين البوليس والأمن يثير نوع من الخلط، ومن ثمة يتعين التفرقة بين كلا من القانونين، فقوانين الأمن خصائصها الإقليمية

---

[71]–نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 135.

[72]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص .136.

[73]–A.LAINE, La rédaction du code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit internationale privé, Paris,1905, p.21.

تشمل قواعد القانون الجنائي والإداري وقواعد القانون العام الأخرى التي لا تنشأ من شأنها تنازع القوانين على خلاف قوانين البوليس التي تتصل اتصالا وطيدًا بالقانون الخاص والتي من شأنها حماية المصالح العليا للدول وبعض القوانين ذات الطبيعة الخاصة المنظمة لمصالح الأفراد بالدرجة الأولى كقوانين الأحوال الشخصية وقانون العمل فبالتالي فإن الفقه الحديث لم يأخذ بهذه التسمية[74].

ثانيا: القواعد فورية التطبيق

أطلق الفقه الحديث عن قواعد البوليس والأمن مصطلح جديد وهو القواعد "فورية التطبيق" " Règles d'application immédiate" والذي ظهر لأول مرة عند الفقيه اليوناني Phocion Fran Cexalia ، حيث يرى أن الاصطلاح يحقق عدة مزايا لا يحققها مصطلح "قواعد البوليس والأمن" حيث أن هذا المصطلح يكون أساسا منطقيا لاختصاص قانون القاضي بدلا من أفكار أخرى غير واضحة مثل الإقليمية وقوانين النظام العام، فالقوانين التي تحمي النظام الاقتصادي والاجتماعي للدولة لها نطاق مكاني محدد تطبق فيه بشكل أوسع من الذي تفعل فيه قاعدة الإسناد التقليدية، إلى جانب أن تسمية القواعد فورية التطبيق تضمن الحماية الكفيلة للأسس الاقتصادية والاجتماعية للدول بشكل مباشر دون الاستعانة بقواعد الإسناد إلى جانب أن هذا الاصطلاح يساهم في إزالة اللبس والخلط بين ما يشمل قواعد الأمن وبين خاصية الإقليمية فهو لا يغطي القواعد فورية التطبيق التي تهدف إلى حماية المجتمع[75].

ثالثا: قواعد النظام العام (الوقائي أو التوجيهي).

يذهب هذا الجانب الفقهي إلى تسمية "قواعد البوليس والأمن" بقوانين النظام العام، ويتزعم هذا الاتجاه كل من الفقيه الإيطالي "مانشيني" والفقيه الألماني "سافيني" وكذا الفقيه "جيسيبسبيرد بوتي"، في

---

[74]–عز الدين عبد الله، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء الثاني، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، (د.س.ن)، ص ص73–74.

[75]– سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، ج2، (د.ط)، درا النهضة العربية، مصر، 1996.

هذا الخصوص يقول الفقيه "مانشيني" أن: "لكل دولة أن ترفض الاعتراف للأجنبي بأية صفة أو أية رخصة تكون من شأنها الإضرار بالقانون العام للدولة التي تستضيفه، بل لها أن تجبره على احترام لوائحها وكافة أحكام قوانين النظام العام والبوليس"[76].

أما الفقيه "فاليري" يرى أن قوانين البوليس ليست إلا من قوانين النظام العام"l'ordre public territorial lois" لأن هدفها الأساسي هو المحافظة على سيادة النظام العام على الإقليم التي تسري فيه[77].

إطلاق الفقه اصطلاح لهذه القواعد بقواعد النظام العام كان لعدة أسباب نجيزها فيما يأتي:

– إظهار مدى ضرورة تطبيق تلك القوانين من قبل القاضي المحلي دون اللجوء إلى قاعدة الإسناد.

– تمييز هذه القواعد عن مبادئ النظام العام التي يتم الدفع بها أمام القضاء أو من طرف قضاة من تلقاء نفسهم.

– إن قوانين النظام العام أوسع مجال من ناحية التطبيق بحكم أنها لا تنتمي فقط إلى القانون الدولي الخاص وبذلك مرتبتها تكون أعلى من قواعد البوليس أين تكون واجبة التطبيق بمجرد ما يكون القاضي صاحب الاختصاص بالنظر في المسائل التي تنظمها على خلاف قواعد البوليس التي ينحصر مجال تطبيقها على العلاقات ذات العنصر الأجنبي[78].

[76]–MANCINI, De utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé, Clunet, 1874, p.285.

[77]–أحمد كريم سلامة،المرجع السابق، ص.150.

[78]–فؤاد عبد المنعم رياض، المرجع السابق، ص.179.

المطلب الثاني

معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

لقد تعددت المعايير التي من خلالها يتم تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري فسنحاول دراسة تلك المعايير التي تبناها الفقه الحديث كأساس لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس بداية بالمعيار الشكلي والمعايير الفنية (الفرع الأول)، وكذا المعيار الغائي والمعيار العقلاني(الفرع الثاني)، وفي الأخير يقتضي الأمر التطرق إلى تمييز منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قواعد الإسناد (لفرع الثالث).

الفرع الأول

المعيار الشكلي والمعايير الفنية

للقدرة على التمييز بين قواعد ذات التطبيق الضروري وسائر القواعد الأخرى فيمكن الاعتماد على المعيار الشكلي (أولا)، أو الاعتماد كذلك على المعايير الفنية (ثانيا).

أولا: المعيار الشكلي

سبق وتم القول بأن قواعد البوليس هي قواعد يتم إعمالها بشكل مباشر على العلاقة الدولية المطروحة وفقا وبناءًا على إرادة المشرع وهذه الإرادة قد تكون صريحة كما قد تكون ضمنية.

يفهم من فحوى ومضمون القاعدة وكذا أهدافها وإذا كان لا يكفي للاصطلاح على قاعدة بأنها من قواعد البوليس أن يكون مشرعها قد أراد تطبيقها بشكل مباشر وبموجب نص صريح فكثيرًا ما يتوسع هذا الأخير في نطاق تطبيق قانونه لأسباب متعددة، غير جانب من الفقه يرى أنّ اعتبار القاعدة القانونية من قواعد البوليس حتى ولو حرص مشرعها على تحديد نطاق سريانها المكاني ولو بشكل صريح[79].

[79]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص.72.

لقد وجه النقد إلى هذا الاتجاه وهو التسليم بأن اكتساب القاعدة القانونية لوصف قواعد البوليس معلق على إرادة المشرع الصريحة في تحديد نطاق تطبيقها الأمر الذي قد يخالف مقصود وإرادة المشرع بذاته، لذا الاتجاه إلى المعيار الشكلي كان له أهمية وجدوى حينما كان الفقه لا يتصور التطبيق المباشر للقواعد القانونية التي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد ما لم تكن هذه الأخيرة ضمن قانون القاضي الذي عرض عليه النزاع حيث اتجه الفقه الحديث إلى تسليم الإعمال الأحادي لبعض القواعد الأجنبية رغم عدم انتمائها للقانون المختص بموجب قواعد الإسناد فليس هناك ما يلزم القاضي بالانصياغ لتحديد تشريعي لتطبيق القاعدة الأجنبية ما لم تكتسب هذه القاعدة لوصف قواعد البوليس لأنها تستطيع بهذا الوصف أن تجلب الاختصاص للنظام القانوني الذي تنتمي إليه مما يجعل المعيار الشكلي يفقد فعاليته واستوجب البحث عن معايير أخرى أكثر فعالية[80].

ثانيا: المعايير الفنية

إنّ هذه المعايير وضعت ولجأ إليها القضاء الفرنسي الذي بدوره اعتمد على بعض الأفكار التقليدية المعروفة في فقه القانون الدولي الخاص كفكرة الإقليمية (أ) وكذا فكرت النظام العام كمعيار لتحديد قواعد البوليس (ب).

أ-معيار الإقليمية:

اعتبرت أحكام القضاء الفرنسي القواعد ذات الطبيعة الإقليمية في قانون القاضي من قواعد البوليس التي تطبق على المراكز التي تدخل في مجال سريانها الإقليمي دون الحاجة إلى إعمال منهج التنازع التقليدي نظرًا أن قواعد البوليس ذات طابع إقليمي ومن ثم فإن الإقليمية تصح أن تكون معيار للكشف عن هذه القوانين.

[80]- هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003 ، ص15.

لقد وجه نقدًا لهذا الاتجاه وذلك بالقول أن الاتجاه فكرة الإقليمية كمعيار لتحديد قواعد البوليس هي فكرة يعتريها الغموض ومحاولة تفسير قواعد البوليس في الواقع محاولات لفهم فكرة غامضة عن طريق فكرة أخرى أكثر غموض[81].

ب-معيار النظام العام:

جاء القضاء الفرنسي وأسس أحكامه على فكرة النظام العام ليؤكد ضرورة التطبيق المباشر لبعض القواعد القانونية الآمرة في قانونه رغم اختصاص القانون الأجنبي بحكم العلاقة العقدية وذلك وفق لقواعد التنازع، إلاّ أنّ هذا الاتجاه لم يسلم من النقد وذلك أن تطبيق المباشر لقواعد البوليس باسم النظام العام قد يؤدي إلى الخلط بين قوانين البوليس التي تقوم أساسا على فكرة النظام العام وبين فكرة الدفع بالنظام العام رغم أنّ كلا من الفكرتين غايتهما واحدة وهي حماية المبادئ الأساسية في دولة القاضي إلا أنهما تختلفان من حيث طريقة الإعمال ومن حيث مواعيد الإعمال بها [82].

الفرع الثاني

المعايير الغائية والمعيار العقلاني

للباحث القانوني وللمطبق إمكانية الاستعانة بالمعايير الغائية (أولا)، وكذا المعيار العقلاني (ثانيا) من أجل القدرة على معرفة ما إذا كانت تلك القواعد المطبقة متعلقة بقواعد ذات التطبيق الضروري .

[81]- محمود محمد الياقوت، المرجع السابق، ص.76.

[82] -POMMIER(J-ch), Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Thèse de doctorat, Paris, 1992, p200.

أولا: المعايير الغائية

يعتبر معيار الغائي من أقدم المعايير التي قيلت في شأن تشخيص القواعد ذات التطبيق الضروري، المعيار الغائي "le critère finaliste" الذي ينظر أساسا إلى الهدف أو الغاية التي يتوفاها القانون.

فيرى الفقيه الفرنسي "أنطوان بيلية" أن القانون الداخلي يتميز بوصفين، بوصف الدوام والذي يعني أن يطبق باستمرار وبدون انقطاع أما الثاني فهو العمومية والذي يطبق على سائر الأشخاص والأموال الكائنة بإقليم الدولة، فبالتالي فإن وصف "العوام" و"العمومية" هما من خصائص القواعد القانونية في القانون الداخليولكن إذا نقل إلى القانون الدولي هل يحتفظان بنفس الخصائص[83].

فالمنهج الفني للقانون الدولي الخاص يعرف مقابل لهذين الوصفين للقواعد القانونية هو مقابل أو مرادف يتفق معطياته "فالدوام" يقابله في اصطلاح تنازع القوانين الامتداد خارج الحدود بمعنى إمكانية تطبيق القواعد القانونية الوطنية على الوقائع التي تحدث في الخارج أو من قبل القاضي الأجنبي على الوقائع التي تحدث في إقليم الدولة التي صدرت عنها أو خارج عن هذا الإقليم[84].

أما العمومية يقابلها في اصطلاح القانون الدولي الخاص ونظرية التنازع القوانين "الإقليمية" أين يطبق القانون على كل أشخاص موجودين على إقليم الدولة دون التفرقة بين الوطنيين والأجانب إلاّ أنه لا يملك أي سلطان خارج حدود الإقليم، فالقواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة الفردية تتصف بالاستقرارية والدوام إلى خارج إقليم الدول،منها القوانين المتعلقة بالأهلية وحالة الأشخاص

[83]– عادل بن عبد الله "الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام" ، مجلة المفكر،العدد 3 ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، (د.س.ن) ، ص .230 .

[84]–سلطان عبد الله محمود ، المرجع السابق، ص.90 .

فبالتالي القواعد التي تهدف إلى حماية مصلحة الجماعة دون تلك التي تتعلق بحماية الفرد في ذاته تعتبر فقط القواعد ذات التطبيق الضروري[85].

إنّ هذا المعيار المنتقد من أكثر وجه، حيث أنه يصعب تحديد فئة معينة من القوانين يمكن أن تتسم بالطابع السياسي إذ كان كل قانون يستهدف في الواقع هدفا سياسيا فاختلاف بين قانون وأخر في الطبيعة بقدر ما هو في اختلاف في الدرجة.

بالإضافة أن القوانين السياسية أو قوانين البوليس وفق لهذا النظرتعبرعن فكرة إقليمية البحتة والتي لا يمكن التصور في إطارها قيام التنازع بين القوانين، كما أن القوانين السياسية في حد ذاتها فكرة غامضة تترك مجال واسع لتحكم القاضي[86].

ثانيا: المعيار العقلاني

يتزعم هذا المعيار هشام صادق الذي يرى أنه إذا كانت الصلة العقلانية التي تربط مضمون وأهداف وقواعد البوليس بنطاق تطبيقها في أهم ما يميز هذه القواعد فهي تصلح لذلك كمعيار لتحديد تلك القواعد، وبالرغم من هذه الأهمية التي تلعبها هذه الصلة فلا يرى فيها مع ذلك معيار لتكييف هذه القواعد على أساس أن تعريف قواعد البوليس بحد ذاتها هو تعريف وصفي لا يكشف عن الأسباب التي من أجلها تفرض هذه القواعد تطبيقها عن غير قواعد الإسناد، فمعيار العقلاني تتوارى أهميته سواء بصدد قاعدة وطنية تنتمي لقانون القاضي، وأمام قاعدة أجنبية تنتمي للنظام العام القانوني التي تشير قاعدة الإسناد باختصاصه لأنه يكفي في الحالة الأولى أن تكون القاعدة الوطنية من القواعد ذات التطبيق المباشر التي تريد الانطباق على العلاقة العقدية ولو لم تكن من قواعد البوليس[87].

---

[85]– أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ص.162، 163.

[86]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ص.90-91.

[87]– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص.666.

كان المعيار العقلاني محل الاعتراض من جانب العديد من الفقه وذلك من منطلق أن الصلة بين مضمون القاعدة ونطاق سريانها، هي مسألة ثانوية ترتبط بمسألة أولية وهي ما إذا كان تطبيق القاعدة المطروحة يعد ضروريا من عدمه، حيث أنه من المتصور أن لا يكون هذا التطبيق ضروريا رغم توافر الصلة، ففي هذه الحالة يصبح المعيار المذكور خاليا من أي معنى والاستناد فقط على الصلة من أجل التمييز بين قواعد البوليس والقواعد ذات التطبيق المباشر.

تفقد هذه القواعد أهميتها فيمكن القول أن المعيار العقلاني يعد أساسا كافيا للكشف عن قواعد البوليسية الأجنبية أما بالنسبة للقواعد ذات التطبيق المباشر في قانون القاضي فلا يشترط لإعمالها على نحو مباشر توافر تلك الصلة العقلانية بين مضمونها ونطاق السريان وإنما تكفي صفتها الآمرة وحدها أساسا لهذا الإعمال أي إرادة هذه القواعد في الانطباق[88].

من خلال ما تم تبيانه أعلاه أن اصطلاح قواعد وقوانين البوليس والأمن لا يعطي مفهوم دقيقا بل يقتصر فقط على القواعد الإقليمية بمعنى القواعد القانونية الداخلية للدولة فبالإضافة أن قواعد النظام العام تخلط بين قواعد البوليس والأمن بحيث أن قواعد النظام العام أعلى من قواعد البوليس فهي واجبة التطبيق من قبل القاضي حالة ما يكون مختصا، فمن أجل أن تخرج الدول من كل الثغرات ففضلوا استعمال مصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري على تلك القواعد التي تنظم المصالح الاقتصادية والاجتماعية للدول أمر يسمح للقاضي بتطبيقها في العلاقات الدولية دون ضرورة الرجوع إلى قواعد الاستناد التقليدية[89].

---

[88]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ص.113–114.

[89]– محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، (د.ط)، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، 1994، ص.135.

الفرع الثالث
تمييز منهج قواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قواعد الإسناد

تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري يكون واجبة الإعمال بمجرد أن يتحقق القاضي من وجودها ودخول النزاع في مجاله أو نطاقه، بغض النظر عن ما إذا كان النزاع وطني أو دولي أما قاعدة الإسناد فتقضي بضرورة تحديد طبيعة النزاع وأخذه بعين الاعتبار من أجل معرفة ما إذا كان ذلك القانون أصلح لحكم العلاقة فمن هنا يمكن معرفة وإدراك جملة من الفوارق التي من خلالها يمكن التمييز بين منهج قواعد التطبيق الضروري وقاعدة الإسناد، فبالتالي سنحاول التمييز ما بين هذين المنهجين من خلال دراسة كيفية حل تنازع القوانين (أولا)، ثم بعد ذلك دراسة هدف كل منهج (ثانيا)، وقيمة العنصر الأجنبي (ثالثا).

أولا: الفرق بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الإسناد في حل منازعات ذات الطابع الدولي الخاص

إن منهج قاعدة الإسناد كما هو موروثعن مذهب الفقيه الألماني "سافيني" يقوم على تحليل العلاقة أو الرابطة القانونية محل النزاع وتركيزها في إقليم الدولة التي نمت إليه وارتبطت به أكثر، ثم بعد ذلك إسنادها إلى قانون ذلك المكان أو تلك الدولة باعتبار أن القانون في تلك الدولة هو الأكثر ملائمة والأصلح لحكم العلاقة مما يعني أنه يستوي أن يكون القانون قانون دولة القاضي أو قانون الدولة الأجنبية[90].

[90]– أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.79.

فيمكن القول أن ضابط الإسناد كركن في قاعدة الإسناد فهو لا يحدد قانون دولة معينة وإنما فقط يقرر إسناد تلك العلاقة إلى مجموعة من الضوابط (جنسية، موطن، قانون محل الإبرام)[91].

أنا منهج القواعد ذات التطبيق الضروري يقوم على تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني في قانون القاضي ولمجتمع دولة القاضي فبالتالي لابد من البحث عن القاعدة التي تعمل على إدراك هذا الهدف مما يعني أن القاضي يبحث عن طريقة أمنة عند تطبيق القانون الأجنبي .

فنخلص القول أن منهج الإسناد في مجال حل التنازع تقوم باختيار القانون الأنسب لحل النزاع، أما القواعد ذات التطبيق الضروري فمسألة الاختيار لا تعرض مطلقا بحيث أنه كلما عرضت تلك القواعد عليه فلا ينظر إلى القانون الأجنبي بل يسعى إلى تطبيقها حتى يحقق الحماية التي تهدف إليها هذه القواعد[92].

ثانيا: الفرق بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الإسناد من حيث الهدف

إن هدف كلا من المنهجين يختلف حيث أن القواعد ذات التطبيق الضروري تهدف أولا إلى حماية وتأكيد فعالية النظام القانوني الوطني، وإدراك بلوغ الأهداف المحددة في السياسة التشريعية للدول، فالهدف الأصلي هو حماية الصالح الوطني وليس صالح المعاملات أو العلاقات الخاصة الدولية[93].

أنا هدف منهج الإسناد هو إيجاد الحلول والعمل على الموازنة بين القوانين التي تنازع علاقة معينة من أجل تحقيق حل مناسب يعمل على تيسير وتسهيل العلاقات الخاصة الدولية بين الأفراد

---

[91]– أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.73.

[92]– علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص.39.

[93]–GRAULICH (p), Règles de conflit et règles d'application immédiate, Mélanges dabin, Paris, Sirey, 1963, t.II, p.18.

بالإضافة إلى العمل على استقرارها وتطويرها ونموها عبر الحدود ولذلك فإن تلك القوانين توضع على قدم المساواة في المعاملة عند الاختيار والترجيح بينها[94].

ثالثا: الفرق بين منهج قواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعد الاسناد من حيث قيمة العنصر الأجنبي

إن منهج قاعدة الإسناد يركز على العنصر الأجنبي الذي تحويه العلاقة القانونية محل النزاع ثم يعمل على بيان الحالات التي يكون فيها القانون الوطني صاحب الاختصاص والحالات التي يؤول فيها الاختصاص للقانون الأجنبي بغض النظر عن النتيجة التي يعود إليها ضابط الإسناد أي دون اهتمام بالمضمون الموضوعي للحل النهائي للنزاع فبالتالي منهج قاعدة الإسناد لا يعدو أن يكون مجرد تصنيف للعلاقة بين هذا القانون وذاك فلا يهتم بالحل الموضوعي الذي يقدمه قانون ما[95].

أما منهج القواعد الضرورية التطبيق فلا يهتم بالعنصر الأجنبي والطبيعة الدولية للمسألة المسالة المعروضة بل إنها تتناسب وبصراحة الطبيعة الدولية أو كما يقال البعض –يضرب صفحًا عن الصفة أو الطبيعة الدولية للمسألة محل النزاع والغاية من ذلك توسيع دائرة اختصاص القانون الوطني على خلاف قواعد الإسناد فبالتالي فإن تقرير القواعد ضرورية التطبيق يتم بالنظر إلى المضمون العادي أو الموضوعي لها وبالحل النهائي للنزاع فبذلك تكون القواعد ذات التطبيق الضروري حققت المساعي التي تهدف إليها وهي حماية المجتمع الوطني والتوسيع من اختصاص القانون الوطني[96].

---

[94]– كريم مزعل شبي الساعدي، "مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)"، مجلة جامعة كربلاء، المجلد 3، العدد 13، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق،2005، ص4.

[95]–أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص17.

[96]–حفيظة سيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999، ص.17.

وما يجدر التنبيه إليه أن لهذه الفوارق نتائج هامة جدًا والتي نجيزها بالقول أن منهج قواعد الإسناد منهجا مجرد لا يهتم بالنتيجة أو الحل الموضوعي والنهائي للنزاع حيث أن القاضي لا يعرف مسبقا طبيعة الحل في القانون الأجنبي السند إليه، وبالتالي لابد من البحث عن صمام آمن ضد مخاطر تطبيق القانون الأجنبي فكان الدفع بالنظام العام وسيلة لاستبعاد هذا الأخير كلما تعارضت مع أحكام ومبادئ وأسس دولة القاضي أما منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في قانون القاضي فلا يتصور إعمال فكرة الدفع بالنظام العام بحكم أن القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي ذاته وليس قانون أجنبيا[97].

ومن هذا المنطلق يرى العديد من الفقهاء القانون الدولي الخاص أن منهج القواعد ضرورية التطبيق يقلل لحد كبير من فرص استعمال فكرة الدفع النظام العام مما يترتب عليه تقليل فرصة التعايش المشترك بين النظم القانونية[98].

[97]–عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص.522.

[98]–أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص.179.

المبحث الثاني
إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وحل التنازع القائم فيما بينها

إنّ قواعد ذات التطبيق الضروري احتلت مكانة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي وذلك ما يظهر من خلال اعتراف وتبني أغلبية التشريعات المقارنة والدولية لها وذلك يعود للأهمية والدور التي تعلبها في مجال حماية سيادة الدول وتحقيق مصالحها والحد من تنازع القوانين ولن تحقق هذه الأهداف إلا عن طريق إعمال هذه القواعد ذات التطبيق الضروري، لذا يتعين علينا دراسة كيفية إعمال هذه القواعد ذات التطبيق الضروري (المطلب الأول)، إن تسليم بإعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وفق لإرادة المشرع واحترام هذه الإرادة قد يجعل القاضي أمام قاعدة البوليس تنتمي كل منها إلى نظام قانون مختلف تريد الانطباق على النزاع المطروح مما يشكل تنازع بين قوانين البوليس فلابد من تبيان فيما يكمن هذا التنازع (المطلب الثاني).

المطلب الأول
إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري من القواعد التي يقوم القاضي باستخدامها بشكل مباشر متى ارتبطت بقانونه (الفرع الأول)، كما يمكن أن يكون القانون المختص في النزاع الذي عرض على القاضي هو القانون الأجنبي مما يحويه من قواعد ذات التطبيق الضروري مما يدفعنا لدراسة كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضرورية (الفرع الثاني).

الفرع الأول
إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي

ينبغي لدراسة كيفية إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى قانون القاضي، دراسة فكرة التزام القاضي بإعمال هذه القواعد (أولا)، ثم بعد ذلك التطرق إلى دراسة المنهج الأحادي كأساس لإعمال بنص قواعد قانون القاضي (ثانيا).

أولا: التزام القاضي بإعمال كافة القواعد ذات التطبيق المباشر في قانونه

قد تم الإشارة سابقا إلى التفرقة بين القواعد البوليس ذات التطبيق الضروري وبين القواعد ذات التطبيق المباشر أو الفوري وثم القول بأن قواعد البوليس من القواعد ذات التطبيق المباشر التي لا يحتاج إعمالها لمنهج التنازع وكما أشرنا إلى بعض القواعد التي تعد من قواعد البوليس منها القواعد التي حدد المشرع نطاق سريانها على نحو يستجيب فيه اعتبارات سياسية دون الاعتداد التوازن المتطلب بين مجال تطبيق قانونه الوطني وغيره من القوانين الأخرى[99]، خاصة أن القواعد ذات التطبيق المباشر هي القواعد التي حدد المشرع صراحة نطاق تطبيقها الذاتي أو من الممكن استخلاص إرادة ورغبة المشرع من خلال ما تحمله لهذه القواعد من مضمون وأهداف أمر يتعين على القاضي أن يذعن ويمتثل لإرادة مشرعه دون أن تكون له السلطة التقديرية[100].

إنّ عدم منح السلطة التقديرية للقاضي عند إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في دولته دفع بعض فقه القانون الدولي الخاص للقول أن إعمال القواعد العادية التي تنتمي لقانون القاضي

---

[99]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص.896.

[100]– مناصف أمين، سعدى سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2019، ص.34.

بشكل مباشر نزولا على إرادة مشرعها ولو لم يكن هذا القانون مختص بمقتضى قواعد التنازع هو أمر يسهل تبريره وإنما الصعوبة الحقيقية عند محاولة البحث عن أساس القانوني للقواعد الأجنبية[101].

وفي هذا الصدد يجب التمييز بينحالة افصاح المشرع عن رغبته في تحديد مجال التطبيق (أ)، وحالة عدم إفصاح المشرع عن رغبته في تحديد مجال التطبيق (ب).

أ-حالة إفصاح المشرع عن رغبته في تحديد مجال التطبيق

إذا أفصح المشرع الجزائري عن رغبته في تحديد مجال تطبيق القواعد ضرورية التطبيق فلا يطرح إشكال، أو بصيغة أخرى لا توجد صعوبة في تحديدها أمر ينطبق بخصوص القواعد ضرورية التطبيق على سبيل المثال تحديد نطاق التشريعات الضريبية، تشريعات العمل كالتأمينات الاجتماعية، التشريعات الخاصة بحماية الأسر وغير كاملي الأهلية وهذه المواضيع عالجها المشرع الجزائري بموجب قوانين خاصة منها (قانون 04/90) الخاص بتسوية المنازعات الفردية للعمل [102]، وقانون 11/84 الخاص بقانون الأسرة [103]، وجاء في مجلة التطبيقات ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر 17 نوفمبر 1960 حيث جاء في فحوى الحكم أنّ تطبيق المادة 14 من قانونها المدني نص أمر يتعلق بالنظام العام ويسري بأثر فوري بموجب هذا الحكم تكون المحكمة قد قررت أن النص يضع قاعدة مفردة ويمنح الاختصاص للقانون المصري وحده دون إخضاعه للقواعد الإسناد

[101]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.899.

[102]- القانون رقم 04/90، المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر عدد 6، الصادرة بتاريخ 1990/02/07.

[103]- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج .ج عدد 24، الصادرة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.

التقليدية ذات الجانبين استنادًا أنّ المشرع يهدف إلى تحقيق أمر اجتماعي وهو توسيع نطاق التطبيق القانون العصري على كل رابطة زوجية[104].

ب-عدم إفصاح المشرع عن رغبته في مجال التطبيق

قد لا يفصح المشرع بأن القانون الذي يصدره من القوانين ضرورية التطبيق ولم يحدد الطريقة التي يطبق بها هذا القانون يثير عدة تساؤلات منها هل يترك الأمر للقاضي الذي يحدد مجال تطبيق هذا القانون حسب سلطته التقديرية فهل تعتبر تلك القواعد القانونية ضرورية التطبيق أو لابد عليه من الرجوع إلى قاعدة الإسناد التقليدية [105] .

ففي هذا المجال انقسم الفقه إلى جانبين، جانب يرى أن القوانين ذات التطبيق الضروري يرتب نتائج استثنائية خطيرة خاصة أنها تستبعد الوسيلة الأصلية (قاعدة الإسناد) لحل النزاع الدولي للقوانين أين يستوجب تطبيق القواعد ضرورية التطبيق على تلك النزاعات الدولية بغاية حماية مصالح المجتمع فمن غير المعقول حسب هذا الاتجاه بترك الأمر لسلطة القاضي من أجل تقدير ما إذا كانت هذه القوانين من القواعد ذات التطبيق الضروري في حالة ما إذا كانت إرادة المشرع غير صريحة وهذا تطبيقا للقاعدة العامة المعروفة "أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه".

أما الاتجاه الثاني الذي يمثله الدكتور أحمد عبد الكريم سلاسة حيث يقول: "أن القاضي كالمشرع فلابد أي يعمل كل في نطاق وظيفته على تحقيق وممارسة الأسس الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع في دولته، ولا شك أن للقاضي سلطة تفسير النص القانوني الغامض، مستعينا بوسائل التفسير المتعارف عليها في قانونه، وبالتالي إذا انتابه شك حول طبيعة النص القانوني الواجب التطبيق كان عليه أن يحدد وحسب المبادئ العامة لقانونه، كي يصل إلى النطاق السليم في تطبيقه،

[104]-علي الهادي الأسود، المرجع السابق، ص.32.

[105]- المرجع نفسه ، ص.32.

ولا تخرج القواعد ذات التطبيق الضروري عن تلك القاعدة إذا لم تكن إرادة المشرع صريحة في هذا الشأن" [106].

ثانيا: الأساس الذي يعتمد عليه القاضي لإعمال القواعد ذات التطبيق المباشر في قانونه

يحتاج القاضي من أجل إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري في قانونه إلى أساس يستند إليه أين ذهب الفقه للقول بأن الأساس في تطبيق القواعد ذات التطبيق المباشر في قانون القاضي هو التطرق إلى فكرة تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص (أ).

بينما رجح وأكد جانب آخر من شراح القانون الدولي الخاص أن المنهج الأحادي هو أساس إعمال المباشر لبعض قواعد القانون القاضي **(ب)**.

أ-ضرورة التطرق إلى فكرة تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص

رغم الخلاف الفقهي الذي قام في تبيان القواعد ذات التطبيق المباشر إلا أن الجميع يتفق على مسألة تعدد المناهج في القانون الدولي الخاص المعاصر بوصفه حقيقة أكدها القانون الوضعي وكما هو كائن أمام المحاكم، أين ذهب جانب فقهي للقول بأن المحاكم تدرك الحالات التي يجب أن لا تتخلى فيها عن إعمال بعض القواعد المادية في قانون القاضي بشكل مباشر بشأن العلاقة المطروحة رغم اختصاص القانون الأجنبي بحكم هذه العلاقة بمقتضى قواعد التنازع المزدوجة[107].

ومن هذا المنطلق يؤكد الفقه أن الصفة الآمرة لبعض القواعد التي تنتمي إلى قانون القاضي قد بلغت حدًا لا تقبل فيه مزاحمة قانون أجنبي وهو الأمر الذي يدعوه في النهاية إلى تطبيق المباشر لهذه القواعد، فكان النظام العام في دولة القاضي هو الأساس الحقيقي لإعمال هذه القواعد على نحو

---

[106]-أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري، المرجع السابق، ص.89.

-أنظر كذلك أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.160.

[107]- M.Loussauarn, Droit international privé, Les loi de police étrangères, Ed du CWRS, Paris, 1986, p.308.

مباشر والقول بعدم مزاحمة قانون أجنبي للقواعد ذات التطبيق المباشر هو تعبير عن منهج عملي[108].

ب-المنهج الأحادي هو أساس الإعمال المباشر لبعض قواعد قانون القاضي

يؤكد جانب من شراح القانون الدولي الخاص أن تطبيق المباشر لبعض قواعد قانون القاضي ذات الطابع الأمر هو تطبيق إعمال للمنهج الأحادي في القانون الدولي الخاص مما يجعل قواعد ذات التطبيق المباشر من بينها قواعد البوليس بخصوصية تمييزها عن غيرها من قواعد القانون التي يتم حل التنازع بينها في ضوء منهج "سافيني" المزدوج وعلى هذا النحو تختلف القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد الإسناد المزدوجة من حيث الغاية التي تسعى إليه وكما أن إعمال القاعدة المباشرة في قانون القاضي يتم بطريقة مسبقة ومستقلة عن قواعد الإسناد، فإعمال القاعدة المباشرة منها القواعد البوليس في قانون القاضي يستبعد احتمالات أو تنافس بينها وبين قاعدة أجنبية والتطبيق المباشر لقانون القاضي لا يتم بناءًا على فكرة الاختيار التي تقوم عليها القواعد المزدوجة وإنما تقوم على منهج تحليل القوانين والبحث عن نطاق تطبيقها[109].

ظاهر جانب فقه آخر رفض هذا النظر مؤكدًا أن إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر يتم خلال فكرة اسنادها يجرد هذه القواعد من أي طابع خاص يميزها عن غيرها من القواعد القانونية، فتطبيق قانون القاضي لا يتم بشكل بديهي وإنما لابد أن تكون هنالك صلة بين القاعدة المذكورة والنزاع المطروح وهذه الصلة تأخذ أشكال مختلفة يحددها المشرع من مكان إبرام العقد، مكان التنفيذ، الجنسية المشتركة، الموطن[110].

---

[108]- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.903.

[109]- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.91.

[110]- أحمد قسمت الجداوي، "نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2000ن ص ص.10-11

ولعل هذه الاعتبارات هي من دعت جانبا من الفقيه الحديث لتحويل القاضي حق إعمال قواعد البوليس الأجنبية بعد أن كان الفقه التقليدي والقضاء الغالب يرفض هذا الإعمال من حيث المبدأ[111].

الفرع الثاني

إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري

إذا كان إعمال القواعد ذات التطبيق المباشر في قانون القاضي أصبح يثير أي صعوبة وإشكال على خلاف القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري أمر يجعلنا نقوم بدراسة وتبيان المقصود بأعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري (أولا)، مع التنبيه أن القول والإقرار وجواز إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري هذا لا يعني أن هذا الإعمال لا يخضع لقيود(ثانيا)، وفي الأخير يستند إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري إلى منهج لابد من التعرض إليه (ثالثا).

أولا: المقصود بإعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري

ثار اختلاف فقهي حول المقصود بالقواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري فهل يعني إعمالها مجرد تطبيق هذه القواعد أسوة من غيرها قواعد القانون أم أن المقصود مجرد أخذها في الاعتبار وحتى أن مسألة التفرقة بين قاعدة الأجنبية ووضعها في الاعتبار شكلت وأثارت جدلا فقهيا خاصة بعد أن ورد في المادة 19 في القانون الدولي الخاص السويسري كل من اصطلاحين السابقين كما أن اتفاقية روما لسنة 1980 قد تصدت في عبارات غير واضحة لإمكان اعتداد أثار قواعد البوليس الأجنبية وهو الأمر الذي يتضمن كلا من فكرتي التطبيق والأخذ في الاعتبار وهذا الجدال يوحي إلى وجود جدال فقهي آخر والمتمثل في فريق يرفض بشكل مطلق أن التسليم إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق

[111]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.912.

الضروري وبين فريق فقهي معاصر وحديث يسلم بتطبيق قواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري مع النظام العام في دولته[112].

ثانيا: القيود الواردة على إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري

إن إقرار بجواز إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري هذا لا يعني أن يكون الإعمال بشكل مطلق بل قد يصطدم إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري بفكرة النظام العام والتي تعد فكرة وطنية تتصل بالمصالح الجوهرية بالمجتمع من مختلف النواحي سواء السياسية أو الاجتماعية والاقتصادية وهو ما يؤدي إلى وجوب استبعاد هذه القواعد لصالح قانون القاضي[113].

خاصة أن دور النظام العام في مجال قواعد البوليس يتمتع بطابع خاص من عدة جوانب وأول هذه الجوانب بمبدأ تدخل النظام العام في هذا المجال يشكل وسيلة تحل محل فكرة الإقليمية المطلقة للقواعد البوليس المعروفة في القديم فبالتالي إذا لاقي تطبيق القواعد البوليس الأجنبية معارضة الجميع من حيث المبدأ في البداية إلا أنه يمكن للقاضي الآن وفي ظروف كل حالة أن يقرر ما إذا كان هذا الاعتراض يقوم على أساس سليم أو من عدمه، أما الجانب الثاني لخصوصية دور النظام العام في مجال القواعد البوليس اتصاله بالآلية التي يتم من خلالها أداء الدور في الظروف التي لا تكون فيها القواعد المذكورة منتمية إلى القانون المختص بمقتضى قواعد الإسناد[114].

---

[112]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ص.124-126.

[113]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.535.

[114]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق عقود التجارية، المرجع السابق، ص.927.

أما الحالة التي يقدر فيها القاضي أن مضمون القاعدة محل البحث لا يتعارض مع النظام العام في دولته فإنه يتساءل حول ملائمة تطبيق هذه الأخيرة على النزاع المعروض أمامه مما يفرض عليه أن يقدر بكل عقلانية الصلة بين مضمونها وأهدافها بالشكل الذي حدده المشرع [115].

وأخيرً فإن التحليل الذي يجريه القاضي لقاعدة البوليس الأجنبية بخصوص النظر حول مدى تعارضها مع النظام العام في دولته خصوصية أخرى تتعلق بموضوع هذا التحليل بينما هو ينصب عند الإعمال التقليدي للدفع بالنظام العام على مضمون القاعدة المطروحة أو أثار تطبيقها في دولة القاضي فإنه لا يقتصر في مجال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري على مضمون هذه القواعد وإنما يتناول أيضا الأهداف التي تسعى إلى إدراكها والمصالح التي ترمي إلى رعايتها[116].

ثالثا: أساس إعمال القواعد البوليس الأجنبية

ينبغي لإعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري التمييز بين القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى منهج التنازع (أ) ثم بعد ذلك دراسة كيفية إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري والتي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى منهج التنازع (ب).

أ-إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى منهج التنازع

من المسلم فقها أنه بإمكان إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري من حيث المبدأ تأسيسا على أنه ليس في طبيعة هذه القواعد ما يحول دون تطبيقها أمام قضاء، فقد أصبح من الطبيعي أن يتصدى القضاء لتطبيق القواعد المذكورة فيها لو كانت تنتمي للنظام القانوني التي تشير

---

[115]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص.299.

[116]-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية، المرجع السابق، ص.929.

قواعد الاسناد في اختصاصه فتطبيق القاضي لقواعد البوليس الأجنبية في هذا الغرض لا يثير مشكلة خاصة والحال أن اختصاصها بحكم النزاع المطروح قد تقرر بمقتضى قواعد التنازع لدولة القاضي [117].

مع العلم أنه في حالة ما أشارت قواعد الإسناد باختصاص نظام قانوني معين يتطلب على القاضي أن يطبق هذا النظام في مجمله بما في ذلك قواعد البوليس التي تنتمي إليه وهذا ما يقصد بالإسناد الإجمالي فإذا تصدى القاضي لتطبيق قواعد القانون الخاص في النظام القانوني الأجنبي المختص بحكم الرابطة العقدية المطروحة عليه دون قواعد النظام العام أو قواعد البوليس التي تنتمي بدورها إلى هذا النظام وتكون قابلة للتطبيق على هذه الرابطة فإنه يكون بذلك مسح القانون المختص بمقتضى منهج التنازع[118].

ب-إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري والتي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى منهج التنازع

إذا كان القاضي ملزم بالإذعان لأوامر مشرعها وإرادة قانونه في التطبيق سواء كانت هذه قواعد البوليس التي يرتبط تطبيقها بصلة عقلانية بمضمونها وأهدافها أو كانت مجرد قواعد ذات التطبيق المباشر فيتعين على القاضي أيضا الانصياغ لأوامر القواعد الأجنبية ذات التطبيق المباشر بغض النظر عن كونها لقواعد البوليس من عدمه طالما كانت تنتمي للنظام القانوني المختص بمقتضى قواعد الإسناد لدولة القاضي بحكم أن مشرعه نفسه قد أمره بتطبيق القانون الأجنبي التي تنتمي إليه هذه القواعد وإعمال قواعد البوليس الأجنبية والتي لا تشكل جزاء من القانون الواجب التطبيق أصلا على هذا النحو هو خير الإجابة على الانتقادات التي وجهها جانب فقهي إلى منهج قواعد البوليس بدعوة

[117]- محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص.127.

[118]- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص.932-935.

أن هذه القواعد بمثابة قاعدة وطنية أو حكومية من شأنها لو عممت أن تفضي إلى دمار القانون الدولي الخاص فهي تعبر عن "المفاهيم الاتفاقية والنزاعات التطرف الوطني".

وعلى هذا النحو فإن إعمال القواعد الأجنبية التي لا تنتمي إلى القانون المختص أثارت جدلا فقهي فذهب جانب للقول على عدم إلزام القاضي بتطبيقها[119].

رغم أن التوازن المنشودين قانون القاضي وقوانين الأجنبية عند إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يقتضي أن يقوم الإعمال على المنهج الأحادي في الحالتين دون حاجة إلى القواعد الإسناد في قانون القاضي احتراما لإرادة واضع هذه القواعد وإدراكي للأهداف التي يسعى إليها وهو ما يقتضي أن يتم إعمالها ولو كانت تنتمي للنظام أجنبي بناءًا على إرادتهما في الانطباق إلا أن جانب من الشراح ذهب إلى ذلك أن إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري يجب أن يتم خلال الإعمال المزدوج لمعايير انطباق مثيلاتها في قانون القاضي[120].

المطلب الثاني
تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري

إن إعمال قواعد ذات التطبيق الضروري بناءً على المنهج الأحادي والذي يقوم على فكرة أساسية مفادها لا يجوز تطبيق قانون على خلاف مشرعه فإن احترام إرادة انطباق هذه القواعد على هذا النحو قد يجعل القاضي أمام أكثر من قاعدة بوليس تنتمي كل منها إلى نظام مختلف تريد الانطباق على النزاع المطروح[121]، وهو الذي يشكل تزاحم قوانين البوليس على حكم العلاقة القانونية والتنازع الذي قد يكون سلبي (الفرع الأول)، وقد يكون تنازع إيجابي (الفرع الثاني).

---

[119]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ص.154–159.

[120]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية، المرجع السابق، ص.959.

[121]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص.185.

الفرع الأول
التنازع السلبي للقواعد ذات التطبيق الضروري

يحدد المشرع نطاق ومجال تطبيق قواعد البوليس في قانونه فعلى القاضي احترام إرادة هذه القواعد في التطبيق فإذا كان الامتناع عن تطبيق قاعدة تريد الانطباق هو خرق لهذه القاعدة فإن الأمر لا يختلف عند التصدي لتطبيقها في الفروض التي تريد فيها الانطباق[122].

وعليه لقيام التنازع السلبي لقواعد البوليس ينبغي أن تكون المسألة المطروحة على القاضي لا تدخل في نطاق سريان قاعدة من قواعد البوليس ذات التطبيق الضروري بمعنى لا توجد قاعدة من هذه القواعد تريد الانطباق ولا ينطوي هذا الغرض على صعوبة خاصة إذ يمكن للقاضي عند وجود قاعدة من قواعد البوليس تريد الانطباق على المسألة العقدية أن يرجع في شأنها إلى القانون المختص بمقتضى منهج التنازع هو قانون الإرادة أو القانون الأكثر صلة بالرابطة العقدية عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد[123].

الوضع يختلف لدى الشراح المدرسة الأحادية الذين يرفضون حلول التنازع محل قواعد الإسناد المزدوجة وإذا اضطر هؤلاء إلى تلافي الفراغ التشريعي الناجم عن رفض القوانين المختلفة لتطبيق على المسألة المطروحة وذلك باللجوء إلى قانون القاضي الذي يعتقد الأطراف الخاضعين لأحكامه.

قد انتقد البعض هذه الحلول فإعمال قانون القاضي لمجرد أنه لا توجد قاعدة أخرى تريد انطباق هو حل غير ملائم في الكثير من العروض خاصة إذا كان هناك قانون آخر أكثر اتصال بالنزاع وهو في حالتنا القانون الذي تشير قاعدة الإسناد اختصاصه[124].

---

[122]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص.185.

[123]– محمد بلاق، المرجع السابق، ص.105.

[124]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص.188.

الفرع الثاني

التنازع الإيجابي للقواعد ذات التطبيق الضروري

لا صعوبة في الأمر إذا تبين للقاضي أنه قاعدة بوليس واحدة يريد تطبيقها على النزاع المطروح حين يتعين عليه إعمال حكمها هذه الحالة إذا كانت المسألة المطروحة تدخل في نطاق سريانها [125].

إلى جانب أنه لا تثير مشكلة لو كانت هنالك أكثر من قاعدة بوليس واحدة تريد كل واحدة منها السريان على جانب مختلف من جوانب الرابطة العقدية المطروحة على سبيل المثال أين يمكن أن يخضع كل جانب من هذه الجوانب للقاعدة التي تريد الانطباق عليه أو فيما لو كانت قوانين البوليس المتنازعة تقرر حل واحدة للمسألة المطروحة[126].

إنما الإشكال يثور عندما تتنازع أكثر من قاعدة واحدة للبوليس تسعى كل منها لنظام قانوني مختلف ويكون كل منها إرادة الانطباق على جانب واحد من جوانب الرابطة العقدية محل النزاع[127].

أما إذا كانت هنالك أكثر من قاعدة بوليس تريد أن تضاف على جانب مهني من الرابطة العقدية كانت محل النزاع وكانت كل قاعدة من هذه القواعد تتصدى لتنظيم هذا الجانب بطريقة تتعارض وباقي القواعد الأخرى كما لو رفضت إحدى القواعد سلوك معين تمنعه قاعدة أخرى فإننا في هذه الحالة نكون أمام تنازع إيجابي بين هذه القواعد لا يجد معه القاضي مناص من تفضيل إحداها على حساب باقي القواعد الأخرى المتنازعة[128].

---

[125]– عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص188.

[126]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص196.

[127]– محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص189.

[128]–M.Loussouarn, op.cit, P328.

خاتمـــــــــــة

تجدر الملاحظة تبعا لما سبق بيانه للأهمية القصوى التي ينطوي عليها تعريف فكرة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية النظر لنقاط الارتباط بينه وبين مصطلحات قانونية أخرى قد تقرب من مفهومه.

وعليه فإن فكرة النظام العام شكل جدال فقهي بين فقهاء القانون الدولي الخاص فلم تجد له تعريفا جامعا ومانعًا من الناحية الفقهية، وحتى على مستوى المنظومة الشريعة الجزائرية فالمشرع الجزائري تغاضى عن منح تعريف لفكرة النظام العام، نفسه نفس بعض التشريعات المقارنة، بل اكتفى بإظهار دوره وذلك تأسيسا على أن فكرة النظام العام فكرة مرنة تتطور حسب تطور المجتمعات وحسب الأنظمة السائدة في الدولة.

إلاّ أنه يمكن القول أن النظام العام فكرة ذات صيغة وطنية هدفها حماية المجتمع الوطني من أي اعتداء يستهدف حكم القواعد الآمرة، كما أن النظام العام فكرة نسبية ومؤقتة وذات صبغة قضائية نتيجة منح أغلب التشريعات للقاضي سلطة تقديرية ما إذا كان القانون الساري على النزاع المطروح أمامه يتعارض مع النظام العام في قانونيه.

من المفاهيم والأنظمة التي قد تتشابه مع فكرة النظام العام نجد قواعد الإسناد، إلاّ أنه بالعودة إلى التشريع الجزائري فإنه يسهل التفرقة حيث أن النظام القائم ليس بقاعدة إسناد، وذلك يتجلى من خلال المادة 24 من القانون المدني وباستقرائها فإن المشرع جعل لتطبيق القانون الأجنبي ضرورة عدم مخالفته النظام العام الوطني، فيتم تحريكه في صورة دفع باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي في مرحلة إعمال قواعد الاسناد وكما قد يقع لبس ما بين فكرة النظام العام ونظرية الغش نحو القانون خاصة لاشتراك الفكرتين في مسألة حلولها كموانع تطبيق القانون الأجنبي، غير أن الفرق بارز خاصة من حيث شروط الدفع فإن الضابط في النظام العام يقتضي مخالفة القانون الأجنبي لقانون القاضي أما نظرية الغش نحو القانون فإن الضابط فيها قد يكون الجنسية، الموطن مما يبقى أنه متغير.

لا يمكن إعمال الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية إلا إذا تحققت مجموعة من الشروط بداية بوجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية وكذا توفر أحد مقتضيات النظام العام الوطني، بالإضافة إلى وجوب توافر صلة بين النزاع ودولة القاضي.

ومن البديهي أن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية يرتب جملة من الآثار فمنها السلبية التي تتمحور في الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي وقد يكون استبعاد للجزء المخالف، وهنالك آثار إيجابية تتمثل ببقاء الاختصاص للقانون الأجنبي وكذا حلول قانون القاضي، وفي الأخير هنالك آثار مخففة وانعكاسية لفكرة الدفع بالنظام العام.

وكما أنه تعد قواعد ذات التطبيق الضروري آلية لحماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية تبقى لإعمالها الاعتماد على جملة من المعايير ولها كذلك آثار قانونية ترتب نتيجة إعمالها.

إن المشرع الجزائري حدد دور النظام العام في نص المادة 24 من القانون المدني إلا أنه لم يفصل في عدة مسائل التي يمكن أن تثار أمام القاضي الذي عرض أمامه النزاع منه حالة عدم وجود نص بديل وملائم في قانون القاضي يحل محل القانون الأجنبي الذي استبعد على أساس إعمال فكرة النظام العام، كما أن المادة تغاضت على العديد من الجوانب القانونية ذات صلة بالنظام العام، وأكثر من ذلك هنالك العديد من الحالات التي تعجز القاضي على تطبيق قانونه الوطني محل القانون الأجنبي المستبعد لعدة عوامل ولعل أكثر عامل غياب نصوص قانونية تلائم حكم العلاقة.

رغم النصوص القانونية التي كرسها المشرع الجزائري لتنظيم مسألة النظام العام والدفع في مجال العلاقات الدولية الخاصة، فالنقائص تبقى ظاهرة وعلى المشرع الجزائري تعزيز القانون المدني في جانب قواعد التنازع، فمن الضروري إعادة صياغة المادة 24 من أجل ضمان فعاليتها أكثر خاصة لارتباطها الوثيق وبالدرجة الأولى بحقوق الأفراد في مجال الدولي الخاص.

وكما يقتضي على القضاة على المستوى الوطني احترام مفهوم النظام ومجال الدفع في حالة عرض النزاع عليه ويكون مشتمل للعنصر الأجنبي، وكذا على المشرع الجزائري تكوين قضاة متخصصة في المجال الدولي الخاص من أجل التمكن أكثر.

وعلى الباحثين القانونيين البحث أكثر في هذا المجال لارتباط هذا الموضوع بحقوق الأفراد ولاتساع العلاقات الدولية الخاصة فلابد من نظام يضمن صيانتها وحمايتها من كل اعتداء.

قائمة المـــــراجع

I. باللغة العربية

أولا/ الكتب

1. أحمد سي علي، مدخل العلوم القانونية، ط1، دار البيضاء للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون الدولي الخاص، دراسة تحليلية تطبيقية، دار النهضة العربية، مصر، 1985.
3. ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص النوعي، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
4. ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
5. أشرف وفا محمد، المبادئ العامة للتنازع القوانين في المقارن، ط1، شركة ناس للطباعة، مصر، 2004.
6. أعراب بلقاسم، قانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
7. ـــــــــــ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، (د.ط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
8. إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
9. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، (د.ط)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
10. حسين الهداوي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ أحكام أجنبية، ج2، مديرية دار الكتب، الأردن، 1982.
11. حفظة سيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، مصر، 1999.
12. ـــــــــــ، الموجز في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
13. ـــــــــــ، الموجز في القانون الدولي الخاص، (د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
14. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنته بالقوانين العربية (تنازع القوانين)، ج1، (د.ط)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

15. سامي بديع منصور، القانون الدولي الخاص، ط3، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
16. سامية راشد، مبادئ القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، ج2، (د.ط)، درا النهضة العربية، مصر، 1996.
17. سليمان أحمد فضيل، المنازعات الناشئة عن العقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، (د.ط)، دار النهضة العربية، مصر، 2011.
18. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.
19. ـــــــــــــــ، القانون الدولي الخاص(الجنسية وتنازع القوانين)، –دراسة مقارنة–، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
20. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، 1934.
21. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
22. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط9، الهيئة العصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
23. ـــــــــــــــــــ، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، الجزء2، ط9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، (د.س.ن).
24. عكاشة محمد عبد العال، أحكام القانون الدولي الخاص اللبناني، ج1، (د.ط)، دار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1997.
25. ـــــــــــــــــــ، تنازع القوانين، –دراسة مقارنة–، (د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
26. عوض الله شيبه الحمد السيد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
27. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص الدولي، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1978.
28. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب مادة التنازع)، الطبعة الأولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006.
29. محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، (د.ط)، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، 1994.

30. محند إسعد، القانون الدولي الخاص، ج1، (د.ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
31. نادية فضيل، القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، (د.ط)، دار هومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، 2002.
32. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، (د.ط)، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.
33. ـــــــــــــــ، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2003.
34. ـــــــــــــــ، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

ثانيا/ الأطروحات والمذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

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

ب- المذكرات الجامعية

ب-1- مذكرات الماجستير

1. زاير فاطمة الزهراء، النظام العام في النزاعات الدولية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
2. محمد بلاق، التنازع والقواعد العادية في منازعات العقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.

ب-2- مذكرات الماستر

1. درار كريمة، بلعباسي عمار، النظام العام في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون الخاص، قسم الحقوق، المركز الجامعي، بلحاج بوشعيب، معهد العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، عين تموشنت، 2019.

2. مناصف أمين، سعدى سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف مساعدية، سوق أهراس، 2019.

ج- مذكرات المدرسة العليا للقضاة

1. إعدادين حسيبة، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للنظام العام، مذكرة نهاية التكوين، الدفعة 16، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، 2009.
2. مباركي نسرين، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي من طرف القاضي الوطني، نهاية التكوين، الدفعة 16، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، 2009.

ثالثا/ المقالات

1. أحمد قسمت الجداوي، "نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2000، ص ص10-11
2. جمال الدين عنان، "الأثر المخفف للنظام العام في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في النظام العام"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، (د.س.ن)، 2016، ص ص129-130.
3. سلطان عبد الله محمود، "الدفع بالنظام العام وأثره"، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة العراق، 2010، ص ص 86-122 .
4. ــــــــــــــــــــ، "الدفع بالنظام العام وأثره"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 43، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص ص 84 -103 .
5. علاء كاظم المرشدي، "التحايل على القانون (الغش نحو القانون) "، مجلة الكلية، العدد 6، كلية الإسلامية، قسم القانون، جامعة العراق، 2001، ص ص 2-58 .
6. عادل بن عبد الله ، "الاعتبارات العملية للدفع بالنظام العام" ، مجلة المفكر، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، (د.س.ن) ، ص ص230 - 277.
7. كريم مزعل، شبي السعادي، "مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)"، مجلة جامعة كربلاء، المجلد 3، العدد 13، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2005، ص ص4-76 .

8. محمد وليد مصري، "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص "، مجلة الحقوق، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 2003، ص ص 158-220.
9. ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي ،"تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه "، مجلة الأمن والقانون السنة الحادية عشر، العدد الأول، أكاديمية شرطة دبي، 2003، ص ص16-22.
10. هشام علي صادق، "القانون الواجب التطبيق على العقود التجارة الالكترونية"، مجلة الدراسات القانونية بجامعة بيروت العربية، عدد 1، لبنان، 2004، ص774.

رابعا/ المداخلات

- خوالدية فؤاد، "الدور الاحتياطي لتطبيق القانون الجزائري"، الملتقى الوطني حول تنظيم العلاقات الخاصة الدولية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، يومي 21 و22 أفريل 2010.

خامسا/ النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الوطنية

أ-1- النصوص التشريعية

1. أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 ، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ج.ج، عدد 44، المؤرخة في 26 جوان 2005.
2. قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج .ج، ع 24، الصادرة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم.
3. القانون رقم 04/90، المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج، ع 6، الصادرة بتاريخ 07 فيفري1990.
4. قانون 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد21 ، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

أ-2- الاجتهاد القضائي

قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 1984/06/23، ملف رقم 32463، المجلة القضائية، العدد1، لسنة 1989، ص149.

ب- النصوص القانونية الأجنبية:

1. القانون المدني المصري المعدل والمتمم المنشور على الموقع الإلكتروني الآتي: www.wipo.int.>lexdocs>laws
2. القانون المدني الأردني سنة 1976، المعدل والمتمم، المنشور على الموقع الإلكتروني الآتي: http://www.reenet.gov.sy/reef/content/Law/datalaw/law11.htm تاريخ الاطلاع 15 ماي 2020.

سادسا/ المعاجم والقواميس

- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري (قاموس باللغتين العربية والفرنسية)، قصر الكتاب، الجزائر، (د.س.ن)، ص.205.

سابعا/ وثائق أخرى

- دغيش أحمد، حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المختص بحكم النزاع أمام القضاء الجزائري، بحث منشور في منتديات الحقوق والعلوم القانونية في 2011/09/14 على الموقع الأتي:https://www.droit-dz.com

II. المراجع باللغة الفرنسية

1) Ouvrages :

1. A.LAINE : La rédaction du code civil et le sens de ses dispositions en matière de droit internationale privé, Paris1905.
2. P.GRAULICH, Règles de conflit et règles d'application immédiate, mélanges dabin, Paris, sirey, 1963.
3. M.Loussauarn, Droit international privé: Les loi de police étrangères, ed du CWRS, Paris, 1986.

4. MALAURE Philipe, L'ordre public et le contrat, étude de droit civil comparé, France, tome 1, Angleterre, URSS,Paris.
5. MANCINI, de utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international Privé, clunet, 1874.<
6. MAURICE Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1933.
7. MIBOYET (J.P), traite de droit international privé tome III, IV, et V, paris, 1944, P.522.
8. MOHAND Issad, Droit international privé, les règles de confits, office des publications universitaire, Alger, 1980.
9. PAUL Lagarde, droit international privé, septième édition, tome 1, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1981.

2) **Thèse** :

1. CALEB Marcel, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit et des science politiques , Université de Strasbourg , Paris , 1927.
2. POMMIER(J.-ch),Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Thèse de doctorat, Paris, 1992.

الفهـــــــرس

العنوان الصفحة

مقدمة 2

الفصل الأول

حماية القواعد الآمرة الوطنية من خلال فكرة الدفع بالنظام العام

الفصل الأول: حماية القواعد الآمرة الوطنية من خلال فكرة الدفع بالنظام العام 6

المبحث الأول: النظام العام كوسيلة لحماية التشريعات الوطنية الآمرة 7

المطلب الأول: فكرة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية 7

الفرع الأول: المقصود بفكرة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية..... 8

الفرع الثاني: تطور النظام العام في مجالات العلاقات الخاصة الدولية 11

الفرع الثالث: خصاص الدفع بالنظام العام الوطني في مجالات العلاقات الخاصة الدولية 13

أولا: الصبغة الوطنية للنظام العام 14

ثانيا: الصفة النسبية للنظام العام..... 14

ثالثا: الصفة القضائية للنظام العام 15

المطلب الثاني: تمييز النظام العام عن بعض الأنظمة المشابهة له 15

الفرع الأول: تمييز بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي في مجال العلاقات الخاصة الدولية..... 16

الفرع الثاني: التمييز بين الدفع بالنظام العام وقواعد الاسناد..... 17

الفرع الثالث: التمييز بين الدفع بالنظام العام ونظرية الغش نحو القانون 19

المبحث الثاني: إعمال فكرة الدفع بالنظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية ... 20

المطلب الأول: شروط إعمال الدفع بالنظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية . 20

الفرع الأول: وجود قانون أجنبي واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية 20

الفرع الثاني: توفر أحد مقتضيات النظام العام الوطني 21

الفرع الثالث: توافر صلة بين النزاع ودولة القاضي 23

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن إعمال فكرة الدفع بالنظام العام 24

الفرع الأول: الأثر السلبي لدفع فكرة النظام العام 24
أولا: الاستبعاد الكلي للقانون الأجنبي المخالف للنظام العام 24
ثانيا: الاستبعاد الجزء المخالف للنظام العام..... 26
الفرع الثاني: الأثر الإيجابي للدفع فكرة النظام العام 27
أولا: بقاء الاختصاص للقانون الأجنبي 27
ثانيا: حلول قانون القاضي 28
الفرع الثالث: الأثر المخفف والانعكاسي لفكرة الدفع بالنظام العام 28
أولا: الأثر المخفف لفكرة الدفع بالنظام العام 29
ثانيا: الأثر الانعكاسي لفكرة الدفع بالنظام العام 30
أ-مفهوم الأثر الانعكاسي للنظام العام..... 30
ب-موقف الفقه من الأثر الانعكاسي للنظام العام 31

الفصل الثاني

حماية النظام العام الوطني من خلال القواعد ذات التطبيق الضروري

الفصل الثاني: حماية النظام العام الوطني من خلال القواعد ذات التطبيق الضروري..... 33
المبحث الأول: ماهية القواعد ذات التطبيق الضروري 34
المطلب الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري 34
الفرع الأول: المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري 34
الفرع الثاني: التسميات التي أطلقت على القواعد ذات التطبيق الضروري 36
أولا: قواعد البوليس والأمن..... 37
ثانيا: القواعد فورية التطبيق 38
ثالثا: قواعد النظام العام (الوقائي والتوجيهي) 38
المطلب الثاني: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري 40
الفرع الأول: المعيار الشكلي والمعايير الفنية..... 40
أولا: المعيار الشكلي 40

ثانيا: المعايير الفنية..... 41
أ-معيار الإقليمية 41
ب-معيار النظام العام 42
الفرع الثاني: المعايير الغائية والمعيار العقلاني 42
أولا: المعايير الغائية 43
ثانيا: المعيار العقلاني 44
الفرع الثالث: تمييز منهج قواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قواعد الإسناد 46
أولا: الفرق بين القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الإسناد في حل منازعات ذات الطابع الدولي الخاص..... 46
ثانيا: الفرق بين منهج القواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الاسناد من حيث الهدف.. 47
ثالثا: الفرق بين منهج قواعد ذات التطبيق الضروري ومنهج قاعدة الإسناد من حيث قيمة العنصر الأجنبي 48
المبحث الثاني: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري وحل التنازع القائم فيما بينها 50
المطلب الأول: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري..... 50
الفرع الأول: إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري الت تنتمي إلى قانون القاضي 51
أولا: إلتزام القاضي بإعمال كافة القواعد ذات التطبيق المباشر في قانونه 51
أ-حالة إفصاح المشرع عن رغبته في تحديد مجال التطبيق 52
ب-عدم إفصاح المشرع عن رغبته في مجال التطبيق..... 53
ثانيا: الأساس الذي يعتمد عليه القاضي لإعمال القواعد ذات التطبيق المباشر في قانونه..... 54
أ-ضرورة التطرق إلى فكرة تعدد مناهج في القانون الدولي الخاص 54
ب-المنهج الأحادي هو أساس الإعمال المباشر لبعض قواعد قانون القاضي..... 55
الفرع الثاني: إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري..... 56
أولا: المقصود بإعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري 56
ثانيا: القيود الواردة على إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري 57

ثالثا: أساس إعمال القواعد البوليس الأجنبية 58
أ-إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري التي تنتمي إلى القانون المختص بمقتضى منهج التنازع 58
ب-إعمال القواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري والتي لا تنتمي للقانون المختص بمقتضى منهج التنازع 59
المطلب الثاني: تنازع القواعد ذات التطبيق الضروري 60
الفرع الأول: التنازع السلبي للقواعد ذات التطبيق الضروري 61
الفرع الثاني: التنازع الإيجابي للقواعد ذات التطبيق الضروري 62
خاتمة 64
قائمة المراجع 68
الفهرس 76

ملخص

يعتبر موضوع "**حماية النظام العام الوطني في مجال العلاقات الخاصة الدولية**" من أكثر المواضيع التي تثير إشكالات قانونية في الأوقات الراهنة، خاصة لاتساع مجال المعاملات وتطور المجتمعات وهذا ما استدعى من المشرع الجزائري إصدار نصوص قانونية في مجال قواعد الاسناد الجزائرية من أجل تأطيره.

إن الهدف من دراسة هذا البحث هو بيان مختلف الأحكام المتعلقة بفكرة الدفع بالنظام العام في مجال العلاقات الخاصة الدولية مستهلين البحث بكيفية حماية القواعد الآمرة الوطنية من خلال فكرة الدفع بالنظام العام وبعدها التعرض لقواعد ذات التطبيق الضروري كآلية لحماية النظام العام ودراسة مختلف الآثار المترتبة عن إعمال فكرة الدفع بالنظام كمانع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي وذلك وفقا لما جاء في أحكام المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

Résumé

Le thème de **« la protection de l'ordre public national dans le domaine des relations privés internationales »** est considéré à l'heure actuelle comme l'un des enjeux qui pose des problèmes juridiques, notamment en raison de l'expansion du domaine des transactions et le développement des sociétés. Ce qui a obligé le législateur algérien à émettre des textes juridiques dans le domaine des règles d'attribution algérienne.

Le but de l'étude de cette recherche est de clarifier les différentes dispositions sur l'idée de l'ordre publique dans le domaine des relations privées internationales en commençant par la manière de protéger le jus cognes national à travers l'idée d'ordre publique ensuite, nous discuterons mes règles d'applications immédiates comme mécanisme de protection de l'ordre publique conformément aux dispositions de l'article 24 code civil algérien.