



مجلة الإقتصاد

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

آليات رقابة القضاء الوطني على القوانين الأجنبية .

الأستاذ الدكتور / سفيان عبدلي



جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

العدد ٣ - السنة ٤٩

ربيع الأول ١٤٤٧ هـ - سبتمبر ٢٠٢٥

آليات رقابة القضاء الوطني على القوانين الأجنبية

الأستاذ الدكتور / سفيان عبدلي *

ملخص

الأهداف: يهدف هذا البحث إلى إبراز الدور الرقابي الذي تلعبه المحاكم الوطنية على القوانين الأجنبية المرشحة للتطبيق، بمناسبة تنازع القوانين، في دولة القاضي. من خلال بحث وتحليل آليات ممارسة هذه الرقابة التي يتم إعمالها في شكل تقنيتين: الأولى تسمى الرقابة على الشرعية الدولية للقانون الأجنبي والثانية تتعلق برقابة النظام العام الدولي. **المنهج:** اعتمد البحث على المنهج التحليلي، من خلال تفكيك الأسس النظرية والتطبيقية لكل من التقنيتين، وربطها بالسياقات القانونية والقضائية الدولية ذات الصلة. **النتائج:** يجادل هذا البحث بأنه لا يمكن استبدال رقابة النظام العام محل مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية. فقد خلص تحليل نتائج التقنيتين إلى أنه وعلى الرغم من التشابه بين كلتا آليتي الرقابة إلا أن الرقابة على الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية هي الأكثر موضوعية من رقابة النظام العام، والأقل تأثراً بالاعتبارات البراغماتية والمفاهيم المحلية؛ فمن حيث المبدأ، كشفت التطبيقات القضائية أنّ تقنية الدفع بالنظام العام إزاء القانون الأجنبي الواجب التطبيق باتت تُستخدم في إطار ممارسات براغماتية صرفة غالباً ما يتم ربطها بمفاهيم سيادية ضيقة، مما يحدّ من فعاليتها في تكريس سموّ أحكام القانون الدولي. **الخاتمة:** حسم هذا البحث أنه لا يمكن استبدال رقابة النظام العام برقابة الشرعية الدولية؛ لأن هذه الأخيرة هي الأساس المنطقي الأكثر انسجاماً مع احترام القانون الدولي. وعلى الرغم من أن فكرة السيادة تمنع، من حيث الأصل، محاكم الدولة من إبطال نصوص قانونية لدولة أجنبية، إلا أنه، وبالمنطق ذاته، لا يمكن جبر المحاكم الوطنية على إنفاذ نصوص قانونية أجنبية تنتهك القانون الدولي. إن رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية تعبّر عن التزام مبدئي بضمان سمو القانون الدولي؛ بإقصاء أي مُكنة لتطبيق القانون الأجنبي الذي ينتهك

* أستاذ القانون الدولي وحقوق الإنسان - كلية الحقوق، جامعة بسكرة، الجزائر، كلية القانون، الجامعة الإسلامية بمينيسوتا، أمريكا.
الإيميل: sofiane.abdelli@univ-biskra.dz

- تسلّم البحث في: ٦/٩/٢٠٢٠، أجيّز للنشر في: ١٥/١٠/٢٠٢٠.

حقوق الطبع والنشر محفوظة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

للاستشهاد بهذا البحث انظر ص ١٣٣

قواعده، فالقاضي الوطني مخول بممارسة هذه الرقابة، شريطة أن يقوم بذلك وفق ضوابط دقيقة تضمن احترام قرينة النظامية للقوانين الأجنبية، ولا يصرّح بعدم شرعية هذه الأخيرة إلا في حالة وجود خرق واضح لقاعدة دولية بيّنة الثبوت.

الكلمات المفتاحية: المحاكم الوطنية، القوانين الأجنبية، الشرعية الدولية، النظام العام، القانون الدولي، تقنيات الرقابة.

المقدمة

في مجال القانون الدولي الخاص، قد يتدخل القاضي الوطني لتطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها. لا تخلو المسألة من الصعوبات التقنية التي كثيراً ما أسهم القضاء في ابتداع الحلول لها. وهكذا، تطورت السلطات الممنوحة للقضاء في مجال الرقابة الممارسة على تطبيق القانون الأجنبي، بمناسبة تنازع القوانين من حيث المكان، وكثيراً ما تبنى المشرعون الحلول القضائية في هذا الشأن لتنظيم مختلف المسائل ذات الصلة.

من بين أبرز التقنيات الممارسة في مجال الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية هي حماية النظام العام أو النظام العام الدولي. وتهدف هذه التقنية إلى ضمان المقومات والمفاهيم الأساسية للنظام القانوني في دولة القاضي عبر إحباط تطبيق المقترضات القانونية الأجنبية التي تتجاوز هذه الأسس الوطنية. وكذلك تقنية الرقابة على الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية التي ترمي إلى حماية مبدأ تدرجية القواعد والنصوص القانونية في الدولة الأجنبية، وضمان سمو القانون الدولي، بوجه عام.

كثيراً ما حاول الاجتهاد القضائي لبعض الدول تجنب ممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية واستعاض عنها بتقنية الدفع بالنظام العام، ولعل تشابه التقنيتين، وتفادي تعقيدات الخوض في رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية المتعلقة بالقانون الدولي العام، والاكتفاء بمفاهيم النظام العام ذات النفس الوطني، كانت من بين أبرز الأسباب لعدم بروز وإعمال كلا نوعي الرقابة.

من هنا، تبرز الإشكالية الرئيسية لهذه الدراسة كما يلي: إلى أي مدى يمكن تطبيق رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية بالتزامن مع رقابة النظام العام الدولي، في مجال القانون الدولي الخاص؟ ثم، هل يمكن أن تشكل إحدى هاتين الرقابتين بديلاً عن الأخرى؟

وهكذا، وفي حال تعارض أحكام المعاهدة أو الاتفاقية الدولية التي صادقت عليها

الدولة الأجنبية مع مضمون قانونها الداخلي، فماذا يطبق القاضي الوطني الذي عيّنت له قاعدة تنازعه الوطنية ذلك القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق؟ وهل بإمكانه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه لتعارضه مع أحكام القانون الدولي؟

إن تحليل كل ذلك، يقتضي من حيث المبدأ الجواب حول مدى اختصاص القاضي، أصلاً، بمراقبة احترام الدول الأجنبية للقانون الدولي حال تشريعها لقوانينها؟ ألا يعد ذلك بمثابة مساس بسيادة تلك الدول؟ وبأكثر دقة، هل يعد القاضي الوطني مُراقباً للشرعية الدولية؟ هل بإمكان القاضي الوطني ضمان سمو القانون الدولي على القانون الداخلي الأجنبي؟ ثم هل توجد قاعدة أمرّة أو مانعة أو مجيزة في القانون الدولي تخول القاضي الوطني مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية؟

بُغية الوصول إلى الأهداف المأمولة من البحث، ومعالجة المشكل البحثي لهذه الدراسة وما يتفرع عنه من تساؤلات، فرضت طبيعة الموضوع على الباحث استخدام المنهج التحليلي؛ قصد تحليل مضمون مختلف الأحكام القضائية ذات الصلة بموضوع الدراسة، وكذا تحليل الأسس التي تستند عليها تلك القرارات. ولكون الأمر يتعلق بدراسة الآليات الرقابية التي يتمتع بها القضاء الوطني في مواجهة القانون الأجنبي، فكان لزاماً استعمال منهج المقارنة في بحث المسألة على ضوء مختلف ممارسات القضاء الوطني للدول، وتوجهات الفقه، على اختلافها.

سنحاول الإجابة عن إشكاليات هذا البحث بداية بتناول الأساس القانوني لتدخل القاضي الوطني لتطبيق القوانين الأجنبية وتفسيرها (المطلب الأول)، ثم نتناول سلطة القضاء الوطني في مجال ممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية (المطلب الثاني)، ثم نعالج مسألة الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية من خلال حماية النظام العام الدولي في دولة القاضي (المطلب الثالث)؛ لنصل في النهاية إلى محاولة المقارنة بين رقابة القضاء الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، وحماية النظام العام الدولي (المطلب الرابع).

المطلب الأول

أساس تدخل القاضي الوطني في مجال تطبيق وتفسير القوانين الأجنبية

سنعالج من خلال هذا المبحث، أساساً، علاقة القاضي الوطني بالقانون الأجنبي في مجال تطبيقه (الفرع الأول) وتفسيره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطبيق القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني

الأصل، أن القاضي الوطني يطبق قانونه الداخلي، وقد يتدخل لتطبيق القانون الأجنبي حال وجود تنازع في القوانين من حيث المكان، وهو ما يعرف لدى الفقه بالنظرية العامة لتنازع القوانين، أو القانون الدولي الخاص المعروف بتعقيده وعدم يقينته^(١).

يتولد تنازع القوانين بفعل تواجد العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية، أي ارتباط النزاع بأكثر من دولة، وكل قانون لهذه الدول مُرشد لحكم المسألة القانونية. وهكذا، يعمل القانون الدولي الخاص على حل تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا بفضل قواعد التنازع (قواعد الإسناد) الوطنية^(٢)؛ أي تلك المنصوص عليها في قانون دولة القاضي.

(١) وهذا ما جعل تدريس هذه المادة في أكاديمية القانون الدولي بلاهاي يبدأ بالعناصر الأولية البسيطة واليقينيات: أي القواعد الأساسية. ويقوم القانون الدولي الخاص على ظاهرتين أساسيتين: تنوع الأنظمة القانونية الوطنية ودولية الكثير من حالات الحياة القانونية. انظر:

Andreas Bucher. La dimension sociale du droit international privé. Académie de Droit International de La Haye. Hollande. 2011. p.27.

(٢) قواعد التنازع هي عادة قواعد مزدوجة Bilatérales لا تشير إلى قانون معين، وطني أو أجنبي، فنتيجة الإسناد قد تؤدي بالقاضي الوطني إلى تطبيق قانون أجنبي أو تطبيق قانونه الوطني. تدرس هذه القواعد في إطار المنهج المزدوج، الذي نظّر له الأستاذ Savigny (١٧٧٩-١٨٦١): فمنهج قاعدة التنازع يقوم على التركيز المكاني للعلاقات القانونية بتحديد نطاقها الطبيعي وبعدها بتطبيق قانون هذا النطاق على مختلف الأنظمة (المسائل) القانونية، مع افتراض تشريعي بأنه القانون الأكثر ملاءمة. وهكذا، يقوم هذا المنهج على أساسين بداية بتحديد فئة الإسناد (مثل الحالة، أهلية الأشخاص، الطلاق...) وبعدها بوضع معيار لكل فئة من تلك الفئات يسمى ضابط الإسناد (الجنسية، الموطن...)، وهذا الضابط الإسنادي قد يؤدي بنا إلى تطبيق القانون الوطني أو الأجنبي. الهدف من هذا المنهج، في أساسه، هو ضمان التناسق الدولي للحلول. الفكرة بسيطة؛ إذا تبنت كل الدول هذا المنهج، فالحل سيكون نفسه أيًا كان القاضي الذي سترفع أمامه الدعوى. وهكذا، يكون =

إن منهج التنازع يقتضي، مبدئياً، المرور بمرحلتين ذهنيّتين: يقوم القاضي في الأولى بتحديد الطائفة التي ينتمي إليها النزاع، وذلك عبر تكييف العلاقة القانونية المتنازعة ووصفها قانوناً وإدخالها ضمن إحدى فئات الإسناد لمعرفة إشارة ضابط الإسناد إلى القانون الواجب التطبيق، تمهيداً للمرحلة التالية وهي تطبيق القانون الذي أشارت إليه قاعدة التنازع^(٣).

إن القانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع قد يكون وطنياً أو أجنبياً، فبفضل حياديّة قاعدة التنازع^(٤) فليس بإمكان القاضي توقع نتيجة الإسناد سلفاً.

= قاعدة التنازع خاصيتان: الأولى، أنها قاعدة غير مباشرة، لا تعطينا حلاً مادياً (موضوعياً) مباشراً للنزاع. فهي تؤدي بنا نحو حل تنازعي نقوم من خلاله باختيار أحد القوانين المتنازعة، فحل النزاع لا يمكن معرفته إلا بعد تطبيق القانون الذي عيّنته قاعدة التنازع. ومن جهة أخرى، فقاعدة التنازع حياديّة؛ فلها صبغة آلية وهي بذلك تعين القانون الواجب التطبيق بتفعيل إسناد مُجرّد دون الأخذ بعين الاعتبار لمضمون القانون الأجنبي.

أما قواعد التنازع المفردة Unilatérales فتشير إلى نطاق تطبيق القانون الوطني؛ أي تحصر حالات تطبيق قانون دولة القاضي. والهدف من هذه القواعد هو تقادي تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي الذي لا يجب أن يكون محل تطبيق. إن الهدف، إذن، هو حماية سيادة الدولة باحترام إرادة كل مشرع وطني بروية قانونه الوطني يطبق أم لا. انظر:

François MELIN. Droit International Privé. Casbah Editions. 2004. pp. 97-104.

(٣) Michel PELICHET. Le juge et les conflits des lois. In: le juge et le droit international. Editions du Conseil de l'Europe. Allemagne. Septembre 1998. p.95.

(٤) غير أن مبدأ حيادية قاعدة التنازع نتجت عنه أزمات في تطبيقه وعدم عقلانية بعض الحلول التي ترتبت عنه، وهو ما عرف بأزمة منهج تنازع القوانين. وقد ظهرت عدة تحولات وتطورات في هذا المنهج، فاقترح العديد من الفقهاء الأمريكيين منهجاً جديداً عند اختيار القانون الواجب التطبيق، بالأخذ بعين الاعتبار المضمون المادي للقوانين المتنازعة، فبهذا المنهج يعطى الاختصاص لقانون ما نظراً لمضمونه المادي الأكثر ملاءمة لحل النزاع. وهكذا، اقترح البروفيسور الأمريكي الشهير David Cavers منهجاً جديداً في ثلاثينيات القرن الماضي يسمى «منهج تفعيل النتيجة»: «result selective method» أو بالفرنسية «la méthode en fonction du résultat» وأساس القواعد ذات الصبغة أو الغاية المادية المحددة، فالاختصاص يعطى لقانون ما لتحقيق نتيجة محددة أرادها المشرع، وفي ذلك تعامل مباشر مع مضامين القوانين المتنازعة.

البروفيسور الألماني الكبير Kegel Gerhard، في درسه في أكاديمية القانون الدولي بلاهاي العام ١٩٦٥ كتب «أزمة تنازع القوانين»، وعرض فيها كل الانتقادات الموجهة للمنهج المزوج وأجاب عنها، فذكر أن حيادية قاعدة تنازع القوانين لا يجب أن تجعلنا نعتقد أننا بصدد منهج يطبق آلياً، بغير واقعية، وبصفة مجردة من كل اعتبار للعدالة. لعل أبرز مثال عن هذا الجيل الجديد من قواعد التنازع؛ ذات الغاية الماديّة المحددة، تلك الواردة في القانون المدني الفرنسي في المادتين ٣١١-١٦

إذا ما أشارت قاعدة التنازع الوطنية إلى قانون القاضي كقانون واجب التطبيق فلا تطرح أي إشكالية بالنسبة لهذا التطبيق، فالقاضي يطبق قانونه كما يطبق على أي نزاع آخر. ولكن، تطبيق القانون الأجنبي الذي عيّنته قاعدة التنازع الوطنية يثير العديد من الإشكاليات.

فمن حيث المبدأ، هل يطبق القاضي القانون الأجنبي ككل من حيث قواعده

ظهرت أيضاً نظرية «القانون الملائم» الأمريكية المنشأ «proper law». وهي تعطي سلطة للقاضي لفحص النزاعات حالة بحالة، واختيار القانون الأنسب والأكثر ملاءمة لحل النزاع. وتبنت الأنظمة الأنجلوساكسونية هذا المنهج للاعتقاد السائد بأن منهج تنازع القوانين يؤدي إلى تطبيق قوانين غير ملائمة، مبتورة وغير كافية تؤدي بالنتيجة إلى حلول غير متقبلة وصادمة وبعيدة عن العدالة. مثلاً، عائلتين فرنسيتين قدمتا من مارسيليا لزيارة جمهورية الدومينيكا كل عائلة على حدة في سيارتها الخاصة، ووقع حادث بينهما، فترفع قضية من إحدى العائلتين ضد الأخرى. إذا ما رفعت القضية أمام القاضي الفرنسي، وبعد تكييفه للنزاع وتحديده للقانون الواجب التطبيق سيعطي الاختصاص للقانون الدومينيكي؛ لأنه في مادة المسؤولية التقصيرية يعود الاختصاص إلى قانون مكان وقوع الفعل الضار *lex loci delicti*، وهذا هو الحل المنتقد، كون أن القانون الفرنسي هو قانون جنسية الضحايا وقانون موطنهم، وهو القانون الساري على عقد تأمين سياراتهم، فلا محل للقول بتطبيق القانون الدومينيكي الذي هو على علاقة ضعيفة بالقضية، ولا مجال لإقحامه في حكمها. ذلك، ما جعل القضاء الأمريكي يرفض منهج تنازع القوانين، فمتى عرض على القاضي نزاع يتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية، فيرجع للظروف الواقعية للنزاع، ويبحث عن القانون الذي يظهر بأنه الأكثر ملاءمة لحل النزاع. بأكثر دقة، يجب أن يفتش عن كل عناصر المسألة القانونية، بمعنى كل نقاط الاتصال التي تربط المسألة القانونية بعدة أنظمة قانونية لاستخلاص القانون الأفضل لتبنيه في حل النزاع، فنظرية القانون الملائم تعالج النزاعات حالة بحالة. تاريخياً، ظهرت نظرية القانون الملائم إثر حادثة تاريخية في قرار *Babcock ضد Jackson* الصادر عن المحكمة العليا الأمريكية في العام ١٩٦٣، حال فصلها في قضية حادث سير وقع في ولاية *Illinois* وجد في السيارة شخصان يقطنان بولاية *New York*، وبتطبيق منهج القانون الملائم؛ أي منهج تجميع نقاط الاتصال يقوم القاضي بتفكيك العلاقة القانونية والبحث عن الولاية الأمريكية التي يملك قانونها نقاط الاتصال الأكثر ارتباطاً، وهو في هذا النزاع قانون ولاية نيويورك كونه: قانون إقامة الضحايا وقانون تسجيل السيارة، فضلاً على أنه قانون الشركة المؤمنة على السيارة. إذن، فهذا المنهج كميّ يقوم على الموازنة بين العناصر التي تربط العلاقة القانونية بالقوانين المتنازعة. وقد انتقد هذا المنهج بسبب طابعه التجريبي، الذي يتطلب انتظار القاضي حتى يفصل في النزاع لمعرفة القانون المطبق. فلا يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق مسبقاً، وهو ما يمكن أن يؤدي إلى تحكيميّة وتعسف القاضي. انظر:

François MELIN. Droit International Privé. Op.cit. pp. 99-100.

Frédéric LECLERC. Cours de droit international privé. Université des antilles et de la guyane. pp. 70-71.

الموضوعية وقواعده التنازعية، أم أن التطبيق يقتصر فقط على القواعد المادية للقانون الأجنبي دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان؟ الجواب عن ذلك مرتبط بأخذ النظام القانوني بالإحالة من عدمه. وفي الجزائر، هناك خلاف حول تبني المشرع الجزائري لنظام الإحالة من عدمه، فمن حيث الشكل، فقواعد تنازع القوانين من حيث المكان جاءت في الفصل الثاني المدرج في الباب الأول المعنون بـ (آثار القوانين وتطبيقها)؛ أي قبل القواعد الموضوعية، مما يوحي بتطبيقها بالأولوية، في حين أن المادة ٢٣ مكرر ١ من القانون المدني تنص على أنه: " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير أن القانون الجزائري يطبق إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

الفرع الثاني تفسير القانون الأجنبي من طرف القضاء الوطني

يفسر قاضي الموضوع، بكل سيادة، القانون الأجنبي. ويمكنه أن يقدر نوعية وموثوقية العناصر التي يتلقاها، ولو كان مصدرها الهيئات الرسمية الأجنبية أو الخبراء، ويأخذ بعين الاعتبار، فضلاً عن النصوص القانونية، المصادر العرفية والقضائية. كما يستعين القاضي في عملية تفسير القانون الأجنبي بمختلف الأعمال التوضيحية في ذلك النظام القانوني^(٥). وإذا لم يتوصل القاضي الفرنسي إلى حل مؤسس في القانون الأجنبي، فله أن يحاول مسaire الحلول التي يتبناها زميله القاضي الأجنبي، وفي كل الحالات يبقى القاضي سيداً^(٦).

في الواقع، محكمة النقض لا تراقب، من حيث المبدأ، التفسير المعطى من طرف القاضي الفرنسي سواء تعلق الأمر بالقانون الموضوعي أو القانون الدولي الخاص الأجنبي. هذا التوجه لا يفسر باعتبار القانون الأجنبي مجرد واقعة. ولكن، لاعتبار أن محكمة النقض ليس من مهامها المساهمة في تأسيس القانون الأجنبي^(٧)، فدورها يعرف ضوابط معينة.

(٥) Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. Droit international privé. 2e édition. Bréal. 2008. p.67.

(٦) Daniel Gutmann. Droit international privé. 5e édition. Dalloz. Paris. 2007. pp.101-102.

(٧) دور محكمة النقض هو، أساساً، ضمان وحدة تفسير القانون الفرنسي في الإقليم الفرنسي.

غير أن محكمة النقض تراقب تحريف مضمون (تشويه) القانون الأجنبي *la dénaturation de la loi étrangère*. هناك مبرر خاص لقبول محكمة النقض ممارسة هذه الرقابة في حال تحريف القانون الأجنبي مستلهم من الاجتهاد القضائي الذي يخول لمحكمة النقض صلاحية مراقبة تحريف العقود *la dénaturation des contrats* من طرف قضاة الموضوع، وهو المبرر الذي تأكد لأول مرة في قرار Montefiore المؤرخ في ٢١ نوفمبر/ تشرين الثاني ١٩٦١، والذي بموجبه تم نقض القرار الذي "تنكر وحرّف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة تشريعية"^(٨).

بتاريخ ٠١ جويلية/ يوليو ١٩٩٧، صدر عن محكمة النقض قرار يبدو من خلاله رغبتها في نيل بعض من هامش المناورة، فأعابت على قضاة محكمة الاستئناف بباريس تنكرهم للمعنى الحرفي للقانون السينغالي "دون وجود أي مصدر آخر من مصادر القانون السينغالي يعطي للنص محل النزاع المعنى الذي منحت له محكمة الاستئناف". بشكل غير مباشر، إذن، محكمة النقض وضعت على عاتق قضاة الموضوع التزاماً بتبرير منحهم للنصوص التشريعية الأجنبية تفسيراً آخر غير ذلك المستمد من المعنى الظاهر لها، وذلك بالاستناد إلى مصادر أخرى للقانون.

هذا التحليل بحد ذاته ليس جديداً، فهو يسمح عملياً بتوسيع رقابة محكمة النقض، بأن يدرج في موضوعها تسبب قرار محكمة الاستئناف. محكمة النقض غيرت التأسيس القانوني للنقض، فإلى يومنا هذا تؤسس محكمة النقض قراراتها على المادة ١١٣٤ من القانون المدني، باستعارة فكرة تحريف العقود، ثم على المادة ٠٣ من القانون المدني، مكرسة بها فكرة مفادها أن تحريف القانون الأجنبي يشكل خرقاً لقاعدة التنازع الوطنية، بحد ذاتها، وليس فقط للنص التشريعي الأجنبي. وقد صدر عن محكمة النقض أيضاً قرار تأكد فيه أن: "تطبيق القاضي للقانون الأجنبي، أياً كان مصدره، تشريعياً أو قضائياً، يُحجب -إلا في حالة التحريف- عن رقابة محكمة النقض"^(٩).

وفي قرارات أحدث، أدرجت محكمة النقض ضمن تأشيراتها، فضلاً عن المادة ٠٣ من القانون المدني، أحكام القانون الأجنبي المختص والتي يُعاب على قضاة الموضوع تحريفها^(١٠).

Daniel Gutmann. Droit international privé. Op.cit. p.102. (٨)

Ibid. p.103. (٩)

Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. Droit international privé. Op.cit. p.67. (١٠)

المطلب الثاني

سُلطة القاضي الوطني في مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية

تنطلق فكرة مراقبة القاضي الوطني للشرعية الدولية للقوانين الأجنبية من افتراض منطقي مفاده أن النظام القانوني للدولة الأجنبية يجعل المعاهدة الدولية في مرتبة تسمو على القانون. لا يطرح الإشكال هنا، إذا ما كان النظام القانوني للدولة الأجنبية يعطي للاتفاقيات الدولية قوّة القانون نفسه أو مرتبة تدنو التشريع^(١١).

ومن ثمّ فالقاضي عند تعيين قاعدة التنازع الوطنية لذلك القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق فإنه يطبق ذلك القانون بأحكامه كلها؛ فالالتزامات الدوليّة للبلد الأجنبي هي في حقيقتها مجموعة أحكام ونصوص قانونية، تندرج ضمن النظام القانوني لتلك الدولة، وتكون قابلة للتطبيق المباشر^(١٢)، شأنها شأن باقي أحكام القانون وبالأولوية عليه.

وهكذا، في حال تعارض أحكام المعاهدة أو الاتفاقية الدولية التي صادقت عليها الدولة الأجنبية مع مضمون قانونها الداخلي، فماذا يطبق القاضي الوطني الذي عينت له قاعدة تنازعه الوطنية ذلك القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق؟ وهل بإمكانه استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه لتعارضه مع أحكام معاهدة دولية أعلى مرتبة منه؟ إن تحليل كل ذلك، يقتضي من حيث المبدأ الجواب حول مدى اختصاص القاضي الداخلي، أصلاً بمراقبة احترام الدول الأجنبية للمعاهدات الدولية حال تشريعها لقوانينها؟ ألا يعد ذلك بمثابة مساس بسيادة تلك الدول؟ وبأكثر دقة، هل يعد القاضي الوطني مراقباً للشرعية الدولية؟

(١١) فالقاضي هنا، ومتى كان الدستور يعطي للمعاهدة الدولية قوة القانون العادي نفسها، وفي حال التعارض، سيطبق القواعد المعتادة في تطبيق وتفسير القانون: كقاعدة القانون (النصر) السابق يلغي اللاحق *lex posterior derogat priori* والخاص يقيد العام *lex specialis derogat lege generali*. أما إذا كان الدستور يمنح للقانون سلطة تعلو للاتفاقيات الدولية، فيستبعد القاضي الاتفاقية الدولية المتعارضة مع القانون، من حيث المبدأ. انظر: سفيان عبدلي. دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية. دار نور للنشر. ألمانيا. ٢٠١٧، ص ١٢٦.

(١٢) لتفاصيل أكثر حول مفهوم قابلية التطبيق المباشر للبنود الدولية انظر: سفيان عبدلي. دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية. مرجع سابق. ص ٨١.

تلعب المحاكم الداخلية دوراً أساسياً في تطبيق القانون الدولي، هذا الأخير في مجموعه يشكل عنصراً رافعاً للشرعية الداخلية؛ وفي هذا الإطار، فللمحاكم الوطنية تفسيره، وترتيب آثاره على النزاعات التي تفصل فيها. لكن، هل بإمكان القاضي الوطني ضمان سمو القانون الدولي على القانون الداخلي الأجنبي؟ متى كان الجواب بالإيجاب، فنستنتج وجود درجة حماية إضافية معززة للمتقاضين. وفي حالة النفي، فلا يبقى للمتقاضين سوى الرجوع لدولهم الوطنية لتفعيل حماية دبلوماسية عبر آلية المسؤولية الدولية للغير من الدول المخطئة.

إن إمكانية القاضي الوطني استبعاد القانون الأجنبي بسبب عدم مطابقته للقانون الدولي المكتوب أو غير المكتوب، فالمثال الآتي، ولكثرة حدوثه، يبين لنا حجم الإشكالية: فشركة أجنبية تستغل إحدى الثروات الوطنية لدولة معينة (المناجم مثلاً) ثم يتم تأمينها من طرف الدولة، وتحول أملاكها وأصولها وتجهيزاتها إلى مؤسسة عمومية محلية: تستمر في استغلال وبيع المنتجات للمشتريين الأجانب؛ فتطلب الشركة المؤممة حجز تلك الشحنات في الدول "الغير" بحجة كونها المالك الشرعي لتلك المنتجات، وأنها ضحية تأمين مناقض لأحكام القانون الدولي المعمول بها في المجال نفسه؟ فهل بإمكان قضاة الموضوع للدولة "الغير" مراقبة مطابقة قانون التأمين الأجنبي لأحكام القانون الدولي؟^(١٣).

من حيث المصطلحات، نجد أن مصطلح الشرعية الدولية يستخدم كمرادف للنظامية الدولية *La régularité internationale* حال مطابقة قواعد القانون الأجنبي لأحكام القانون الدولي.

تاريخياً، وبعد أن أعلنت إيران عن تأمين النفط في العام ١٩٥١، قامت الشركة الأنجلو-أمريكية باستغلال تواجد باخرة في ميناء عدن تحمل على سطحها شحنات بترولية خام اشتراها مستوردون إيطاليون من إيران، بعد تأمينها، فطلبت من محاكم عدن التصريح لها بكونها "المالك الوحيد" و"النظامي" لتلك الشحنات وطالبت

Dominique Carreau, Fabrizio Marrella. Droit international. 11ème édition. (١٣) Paris. Pedone. 2012. p.692.

نظرياً، سنعتمد على دراسة شهيرة للأستاذ Prosper WEIL في هذا المجال. انظر:

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. in: Annuaire Français de Droit International. Volume 23. 1977.

باسترجاعها: فهل محاكم عدن لها السلطة لفحص نظامية إجراءات التأمين بالنظر للقانون الدولي والتي اتخذتها إيران بالنسبة للأملاك المتواجدة على الإقليم الإيراني؟ وفي حالة مشابهة، قامت شركة بمنازعة أخرى هذه المرة ليست ضد المنتجات المؤمّمة في حد ذاتها ولكن ضد دفع ثمنها، وهذا بعد تأمين الحكومة الشيلية للنحاس، فطلبت شركة أمريكية من القضاء الفرنسي ضرب حجز تنفيذي على المبالغ المدفوعة من الشركة الفرنسية المشتريّة للنحاس من الهيئة العمومية الشيلية؛ خلفها السابق في مُستغلاتها: كما دفعت الشركة الأمريكية كذلك بعدم الشرعية الدوليّة للتأمين، وهنا كذلك سيتساءل القاضي حول سلطته في ممارسة الرقابة على النظامية الدوليّة لعمل قانوني اتخذته دولة أجنبية في مواجهة ممتلكات متواجدة على أراضيها.

إن هذه الوضعيات ليست بسيطة دائماً، لاسيما حين تُخطر المحاكم الوطنية بقضايا غاية في التعقيد، فحين قامت كوبا بتأمين مصانع السكر الأمريكية العائدة للبنوك الأمريكية، قام البنك الوطني الأول الأمريكي (المركزي) The First National City Bank الذي سبق وأن منح قرصاً للهيئة العمومية الكوبية مقابل إيداع أصول ضمان، ببيع هذه الأصول في نيويورك. عملية البيع التي تمت لصالح البنك الأول المركزي كانت بمبلغ جد هام يتجاوز ذلك المستحق لكوبا بعنوان سداد القرض، فقام البنك الوطني الكوبي بمقاضاة البنك المركزي الأمريكي أمام المحاكم الأمريكية مطالباً بإرجاع المبالغ الزائدة. وبطلب مقابل، التمس البنك الأول الأمريكي تعويضاً من كوبا كونه ضحية انتزاع أملاكه مخالفة للشرعية الدولية؛ مع ملاحظة أن المبلغ المطالب به من طرف البنك الأول الأمريكي، في هذا الإطار، يتجاوز ذلك المطالب به من طرف البنك الوطني الكوبي. وهكذا، قرر القضاء الأمريكي الفصل في الطلبين الأصلي والمقابل عبر فحص أولي لمشكلة مراقبة القاضي الوطني للشرعية الدولية لإجراءات التأمين المتخذة في دول أجنبية.

إذن، فالدعوى أعلاه، تجري بين الملاك السابقين والدولة القائمة بانتزاع الملكية، وذلك لما يُعارض المالك السابق أحد المستوردين أو الحائزين لمنتوج ما أو لثمنه، فهنا المالك السابق هو رافع الدعوى، والدولة المتخذة للإجراء (الانتزاعي) هي المدعى عليها.

مع ذلك، وفي حالات أخرى، فالدعوى قد ترفع أمام محاكم دولة المالك المنتزعة ملكيته. وفي حالات أخرى أمام محاكم الدولة "الغير"^(١٤) الأجنبية، وكذلك أمام محاكم الدولة القائمة بالإجراء الانتزاعي المنازع في شرعيته الدولية، وكذا أمام محاكم الدولة

(١٤) الدولة الغير هي كل دولة باستثناء دول طرفي النزاع، ترتبط بشكل ما بالنزاع.

ضحية الإجراء. وقد تتولّد مسألة النظاميّة الدوليّة للعمل القانوني للدولة الأجنبية عن الدفوع المقابلة، فتعدد أطراف المنازعة، ترابط حقوقهم، تعدد جنسياتهم: كلّها تشكل عناصر مغيرة للمخطط الأولي البسيط للمنازعة نحو التعقيد، وهو ما يفسر عدم إمكانية معالجة قضية معينة في سياق آخر. فالإشكاليات المطروحة في مواجهة القضاة ليست نفسها، وكمثال على ذلك، الدعاوى التي رفعتها الشركة الأنجلو-إيرانية عقب تأميمها في إيران سنة ١٩٥١ أمام محاكم عدن، إيطاليا واليابان^(١٥)؛ والدعاوى التي رفعتها الشركات الهولندية المتضررة من التأميمات الأندونيسية في سنة ١٩٥٩ أمام المحاكم الهولندية والألمانية^(١٦)؛ والمنازعات التي حركت في الولايات المتحدة بعد تأميم شركات السكر، البنوك والتبغ في كوبا بين ١٩٥٩ و ١٩٦٠؛ والملاحقات القضائية التي بوشرت عقب تأميم النحاس في الشيلي سنة ١٩٧١ من طرف قدماء المستغلين الأمريكيين؛ والدعاوى التي رفعتها الشركات البترولية الأمريكية والبريطانية المتضررة في ليبيا سنتي ١٩٧١ و ١٩٧٣ أمام المحاكم الإيطالية ومحاكم أخرى^(١٧).

في كل مرة، كان السؤال الرئيسي المطروح في هكذا منازعات، يتعلق بمراقبة الشرعية الدولية لأعمال الدولة الأجنبية من طرف القاضي الوطني هو قلب المناقشات^(١٨).

أمام هذه الإشكالية المتميزة، سنتطرق لعرض حدود المشكلة وللمواقف الفقهية والقضائية، محاولين بذلك إيجاد بعض العناصر المركبة للحل.

الفرع الأول

عرض لحدود المشكلة وتصوّر الحلول

في المقام الأول، يواجه القاضي، حال معالجته لإشكالية مطابقة العمل الأجنبي للقانون الدولي، مسألة طبيعة العمل القانوني: هل هو دستور، قانون، أو عمل إداري صادر عن السلطة التنفيذية؛ لدولة أجنبية؟

(١٥) Tribunal de Venise, 11 mars 1953, l'affaire du Miriella; Tribunal de Rome, 13 septembre 1954; Tribunal et Cour de Tokyo, 1953, Nissho Maru. cited by Weil Prosper.

(١٦) Tribunal et Cour de Brème, 13 avril et 21 août 1959; Cour d'Amsterdam, 4 juin 1959; Tribunal de La Haye, 20 janvier 1962; Cour Suprême néerlandaise, 17 avril 1964. cited by Weil Prosper.

(١٧) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. op.cit. p.13.

Ibid. p.11-13.

(١٨)

وهكذا، فالقاضي الوطني، الذي لا يملك في إطار نظامه القانوني داخل الدولة، سلطة استبعاد عمل صادر عن دولته لمخالفته القانون الدولي، فمن الصعب جداً عليه إسقاط عدم الشرعية الدولية للعمل الصادر عن دول أجنبية. ومن جهة أخرى، لما يعلن القاضي الوطني بأن القانون الدولي في مجمله غير مندرج برمته *in toto* في القانون الوطني. هذان المشكلان هما ما حدث بالضبط في القضية الشهيرة^(١٩) المسماة Rose Mary.

وفي المقام الثاني، فالمسألة التي تطرح خصوصاً على القاضي تتعلق بالشرعية الدولية للعمل الأجنبي، وهي مسألة كلاسيكية في القانون الدولي الخاص^(٢٠).

أما القطعة الثالثة المركبة للمشكلة، فهي مسألة موضوع تتعلق بتطبيق العمل الأجنبي التي تتطلب حلاً للنزاع المعروض على القاضي الوطني، والذي صرّح مسبقاً باختصاصه بالفصل فيه، وليست مسألة قابلية *recevabilité* أو اختصاص، فالشرعية الدولية للعمل الأجنبي لا تشكل موضوعاً مباشراً للدعوى القضائية ولكن تنشئ إحدى نقاط الحل للنزاع محل التفكير؛ أي المسألة محل التحليل، وبعبارة أخرى تعتبر مسألة عارضة *une question incidente*.

المركب الرابع والأخير للإشكالية، فيتعلق بتحديد سلطة القاضي الوطني على أساس القانون الدولي نفسه، أي استطلاع نظرة هذا الأخير لهذه السلطة. وهكذا، توجد نقطة بحث حول القانون الوطني للقاضي، هل يسمح، يفرض أو يمنع مراقبة الشرعية الدوليّة للعمل الأجنبي؟ ولكن في حالة ما إذا كان القانون الدولي يتضمن قاعدة تسمح، تفرض أو تحظر تفعيل رقابة معينة.

Cour suprême d'Aden, Affaire du Rose Mary, 9 janvier 1953, I.L.R., 1953. (١٩)

Le problème du contrôle par le juge du for de la constitutionnalité de la loi étrangère applicable en vertu de la règle de conflit est classique en droit international privé. (٢٠)

Henri Batiffol, Droit international privé, 6eme édition, Tome 1, 1974, para. 331.

ونشير في هذا الصدد، إلى أن مسألة مراقبة القاضي الوطني لصحة العمل الصادر عن دولة أجنبية بالرجوع إلى قواعد معينة قد تم استبعاده بفعل نظرية عمل الدولة *l'Act of State*. مع ملاحظة أن القضاء الأمريكي يستبعد تطبيق نظرية تصرف الدولة عندما يكون تصرفها ذا طابع تجاري خالص *purement commercial* أي التي تتصرف فيها كتاجر محض وليس كدولة تتمتع بامتيازات السيادة والسلطة العامة.

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. op.cit. p.17-18.

هناك إجابتان مُفترضتان لهذا التساؤل: الأولى، أن القانون الدولي لا يتضمن أية قاعدة في موضوع اختصاص المحاكم الوطنية في ممارسة الرقابة على الشرعية الدوليّة لأعمال الدول الأجنبية؛ هذا الاختصاص موجود، حصراً ومحدد، بموجب القانون الداخلي لكل دولة، ويختلف من دولة لأخرى. أما الجواب الثاني: أن القانون الدولي يتضمن قاعدة في هذا الموضوع يمكن أن تكون تحت شكل^(٢١):

- إما قاعدة أمرّة *règle impérative*: فالقاضي الوطني يجب عليه تفعيل هذه الرقابة، وفي حالة رفضه لاتخاذ هذا الإجراء فيعد بأنه قد خرق القانون الدولي.
 - إما قاعدة مانعة *règle prohibitive*: تحظر على القاضي الوطني وتمنعه من ممارسة هكذا رقابة، ويعد مرتكباً لعمل غير شرعي دولياً، إذا ما مارسها.
 - إما قاعدة مجيزة *règle permissive*: القانون الدولي رخص وسمح بممارسة الرقابة أو برفضها، فطبقاً للقانون الوطني لكل دولة، وضمن الشروط التي يحددها هذا الأخير، يقوم القاضي الوطني بكل حرية بمعالجة هذه المسألة وفقاً لتشريعته الداخلي.
- من وجهة نظر مجردة، هاتان الإجابتان تصبحان بكل تأكيد مختلفتين: فإذا كان في الأولى يفحص، فالمشكل المطروح ينتهي ببساطة كون القضاة الوطنيون في مواجهة أعمال الدول الأجنبية لا يكونون مقيدين إلا بالأحكام الداخلية في ظل غياب لكل قاعدة من القانون الدولي؛ أما الإجابة الثانية، فعلى العكس، تؤدي بالقضاة الوطنيين إلى النظر إلى إملاءات الوضع عبر قاعدة من القانون الدولي، وهو ما سنحلله في هذا المحور عبر البحث عن قاعدة دولية تسمح، تأمر أو تمنع بهكذا نوع من الرقابة.

في النهاية، لا يوجد سوى ثلاثة حلول ممكنة للاختصاص الممنوح من القانون الدولي للقاضي الوطني فيما يتعلق بالشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية:

- قد يكون القانون الدولي يسمح *autorise* للقاضي الوطني بممارسة هذه الرقابة (سواء عبر وسيلة القاعدة الصريحة ذات الطابع المجيز أو بسبب غياب أي قاعدة) ولكن دون أن يفرضها عليه؛
- قد يكون القانون الدولي يلزم *fait obligation* القاضي الوطني بممارسة هذه الرقابة؛
- وأخيراً، قد يكون القانون الدولي يحظر *interdit* هذه الرقابة على القاضي الوطني.

(٢١) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. op.cit. p.19-20.

الفرع الثاني مواقف قضائية غير مستقرة

مقاربة براغماتية، وحلول توسعية، تقودنا نحو العديد من الاجتهادات القضائية المختلفة للمحاكم الوطنية وبطريقة لا تؤدي لضبط المشكلة والعثور على الحل الملائم لها. إن الخلل الذي يثيره مفهوم النظام العام وعدم يقينية الاجتهادات القضائية الإنجلو-أمريكية، وعدم استقرارها في مادة "عمل الدولة السيادي l'Act of State" كافية لتوضيح صعوبات استكشاف وتدقيق معطيات الاجتهاد القضائي، بمختلف زواياه.

أولاً- الشرعية الدولية والنظام العام الوطني

من وجهة نظر مجردة، يجب التأكيد على تمييز جوهري بين رقابة الشرعية الدولية لعمل الدولة الأجنبية، ومطابقة هذا العمل للنظام العام الوطني: ففي الحالة الأولى المسألة تتعلق بالقانون الدولي العام أين يكون القاضي مدعواً لحلها، يجب القيام بمواجهة العمل الأجنبي بقواعد القانون الدولي المحددة مسبقاً من حيث وجودها ومضمونها؛ وفي الحالة الثانية، على العكس، فالقاضي لا يتجاوز أفق القانون الداخلي، لأنه مقيد، ولا يبحث في تحديد موقعه في ميدان النظام القانوني الدولي، فالقاضي يحسم، فقط، في توافق العمل الأجنبي مع النظام العام في دولته.

ومن حيث الممارسة القضائية، هناك نوعان من التطبيق: الأول، يقوم بإحلال مراقبة المطابقة مع النظام العام محل رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، فهذه الأخيرة يتم حجُبها. والثاني، يرى في مراقبة المطابقة مع النظام العام رقابة تمارس بالتوازي مع رقابة الشرعية الدولية، فهي ليست عملاً مربكاً لها، بل هي مُكملة ومُعززة لها.

- كرقابة حلول *Contrôle de substitution*، يذهب القضاء الفرنسي، في مجال رقابة عمل الدولة الأجنبية، ولاسيما لما يتعلق الأمر بقانون أجنبي عينته قاعدة التنازع الفرنسية كقانون واجب التطبيق، إلى البحث في ميدان مطابقتها للنظام العام الفرنسي، بعيداً عن فكرة مراقبة الشرعية الدولية. وبمعنى أوضح، فالقضاة الفرنسيون يعملون على صيانة النظام العام الوطني كميدان تقليدي أكثر رُسوخاً، بدل المغامرة ببحث وتفحص مجالات القانون الدولي المُعقدة والواسعة، وهي المعالجة نفسها التي تخضع لها كل أعمال الدول الأجنبية، دون تمييز. وهكذا، تقوم المحاكم الفرنسية بمنع توليد آثار على الإقليم الفرنسي، لإجراءات نزاع

الملكية التي اتخذت من طرف ألمانيا أو الاتحاد السوفياتي في مواجهة أشخاص خاضعين لحمايتها. أو تلك التي اتخذت من طرف الجزائر في مواجهة أجنب تحت حمايتها^(٢٣). وبلاستناد على الفكرة نفسها، قضت محكمة باريس، بعد نتائج الخبرة القضائية حول أحقية التعويض، بأن القانون الشيلي المتعلق بتأميم الشركات الأمريكية للنحاس يخالف النظام العام في فرنسا.

إذن، يعتمد القضاء الفرنسي على المبادئ الكلاسيكية المتعلقة بمراقبة شرط النظام العام لاستبعاد تطبيق أو ترتيب آثار القوانين الأجنبية على الإقليم الفرنسي، مع تجنب كلي لمناقشة الشرعية الدولية لتلك القوانين^(٢٣).

وكذلك سار القضاء الألماني والياباني على النهج الفرنسي نفسه، لكن متى أثبتت أمامهما المسألة^(٢٤)، فيفضلان رقابة المطابقة مع النظام العام كرقابة كلاسيكية، هادئة ومضمونة تتعلق بالقانون الدولي الخاص على رقابة الشرعية الدولية والتي تعتبر رقابة أكثر جرأة لتعلقها بالقانون الدولي العام^(٢٥).

(٢٢) وهكذا، ذهب القضاء الفرنسي، في مادة الثروات الوطنية، بأن نزع الملكية أو التأميم المصرح به في الخارج، والذي لا يكون مقترناً بـ «تعويض محدد مسبقاً وعادل»، يعد مخالفاً للنظام العام الدولي في فرنسا. انظر، على سبيل المثال:

Cass. civ. 23 avril 1969.

Gaudemet-Tallon Héléne. La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986) p.495.

(٢٣) حسب الأستاذ P.Weil، فإنه: «ليس سوى استثناء -بل ومن قبيل الصدفة تقريباً- وجود أحكام فرنسية فصلت بعدم مطابقة أعمال قانونية أجنبية مع القانون الدولي. وهكذا، استبعد القضاء الفرنسي من التطبيق قانوناً برازيليّاً منح الجنسية البرازيلية لكل الأجنب الذين تواجدوا في البرازيل بتاريخ معين، وذلك بمبرر أن هذا النص يتجاوز أحكام القانون الدولي العام. وكذلك رفضت محكمة النقض توليد آثار قانون أجنبي ألماني يتضمن إلحاق إقليم الأزراس بألمانيا بعد ١٩٤٠؛ لأن هذا الضم تم خرقاً لقانون الشعوب، وخرقاً لبنود اتفاقية الهدنة المؤرخة في ٢٣ جوان/يونيو ١٩٤٠. وكذلك، رفضت محكمة الاستئناف ترتيب آثار تعيين رئيس بلدية في الأزراس من طرف السلطات الألمانية؛ لأن هذا الإجراء يشكل خرقاً لاتفاقية الهدنة وخرقاً لاتفاقية لاهاي لسنة ١٨٩٩».

Pierre-Marie Dupuy, Yann Kerbrat. Droit international public. 14e édition. (٢٤) Dalloz. 2018. p.547.

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des (٢٥) gouvernements étrangers. Op.cit. p.24.

- في المقاربة الثانية وبدل أن يتم إحلال "رقابة المطابقة مع النظام العام لدولة القاضي" مكان "رقابة الشرعية الدولية"، تقوم المحاكم الوطنية بتطبيق قانونها الوطني فقط، ويندرج ضمن هذا الأخير القانون الدولي بقوة القانون، ومن تلقاء نفسه ipso facto: فالمواجهة بقواعد القانون الدولي يتأكد تفعيلها لكن في إطار القانون الوطني الذي ينظر من خلاله للقواعد الدولية باعتبارها مندرجة ضمنه^(٢٦)، تلك هي الممارسة القضائية البارعة التي طبعت قضاء مجلس قضاء عدن في قضية Rose Mary، حيث رفضت الاعتراف بصحة قانون التأميم الإيراني.

وفي قضاء مماثل لمحكمة روما، حول تأميم النفط في إيران، في قضية Miriella: قام القضاة الإيطاليون بفحص المسألة، بالمرور عبر المادة ١٠ من الدستور الإيطالي، بالقول بأن: القانون الإيطالي يتطابق مع القواعد العامة للقانون الدولي^(٢٧). في هذا النزاع، وعلى عكس الحل المتبنى من طرف مجلس قضاء عدن، فالقانون الإيراني لم يعتبر متناقضاً مع القانون الدولي المندرج في القانون الداخلي.

وهكذا، نلاحظ في ظل هذا التوجه، أنه يتم اعتبار القانون الدولي كجزء مندرج ضمن القانون الوطني، وتتم رقابة مطابقة القانون الأجنبي بالاستناد إلى هذا الأخير.

مما ورد أعلاه، نستخلص بأن رقابة الشرعة الدولية - لم تمارس بعد- سواء في القضاء الفرنسي، الألماني والياباني، أو أنها اندمجت وانصهرت في رقابة المطابقة مع النظام العام كما في قضايا Rose Mary و Miriella.

إن رقابة المطابقة مع النظام العام لدولة القاضي تستند على أسس خاطئة من ناحيتين. الأولى: أن القاعدة المرجعية la norme de référence مختلفة، فبدل

(٢٦) (... following international law as incorporated in the domestic law of Aden, this court must refuse validity to the Persian [Iranian] Oil Nationalization Law in so far as it relates to nationalized property of the plaintiffs which may come within its territorial jurisdiction. I find the oil in dispute to be still the property of the plaintiffs)".

Gross Leo. International Law in the Twentieth Century. New York: Appleton-century-crofts. 1969. p.426.

فالقانون الأجنبي المناقض للقانون الدولي لا ينبغي أن يلتفت إليه أو أخذه بعين الاعتبار.

James Crawford, Vaughan Lowe. British Year Book of International Law 2008. Volume 79. Oxford University Press. 2009. p.40.

Tribunal de Rome, 13 septembre 1954.

(٢٧)

الاستناد إلى النظام القانوني الدولي يتم الرجوع إلى النظام القانوني الداخلي؛ وكذلك، لأن حكم القاضي الوطني يجد مصدره وحدوده فقط في القانون الوطني للقاضي. إن المسألة لم تضبط بشكل جيد من طرف القاضي باعتبارها مسألة من القانون الدولي، بدليل أن الاجتهادات التي سبق لنا عرضها، لا تميز في معالجتها لرقابة المطابقة مع النظام العام الوطني، الأعمال الأجنبية التي تعني الوطنيين في الدولة التي أصدرتها من تلك التي تعني الأجانب التابعين لاختصاصها.

وعلى حد تعبير الأستاذ P. WEIL، فإن نقل النقاش من ميدان القانون الدولي نحو النظام العام لدولة القاضي أغرى عدداً كبيراً من المحاكم على تبني هذه التقنية التي تسمح لهم بتجنب الفخاخ والمطبات الشائكة لمراقبة الشرعية الدولية؛ وفي الوقت نفسه بالوصول إلى نتائج متشابهة تقريباً. ومع ذلك، يجب التأكيد بأن هذه التقنية مُنتقدة ولا يمكن أن تكون بديلاً عن رقابة الشرعية الدولية، ولا سبيلاً للدخول إليها. كما أن فكرة النظام العام الوطني تتحكم فيها وتشغلها متطلبات مختلفة ذات نفس وطني، ومن الصعب ضبطها، وبذلك تتضارب المواقف الوطنية لكل دولة، باختلاف مضمون فكرة النظام العام، إزاء قوانين التأميم المنتقدة نفسها، وهكذا نصبح وعلى حد تعبير إحدى المحاكم الأمريكية: نقوم بـ "موطنة، حل نزاع، من الواضح أنه دولي": «a nationalistic, or municipal, solution of a problem which is clearly international»⁽²⁸⁾

ولعل الحل الأكثر إثارة للدهشة ذلك الذي اتبعه مجلس قضاء هامبورغ في قراره لسنة ١٩٧٣ بشأن تأميم النحاس الشيلي^(٢٩) والذي أظهر انزلاقاً غير مقبول في حل المشكلة كما يلي:

- ١ - القاضي الألماني غير ملزم، بموجب القانون الدولي، باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي يخرق القانون الدولي.
- ٢ - لكنه، يجب أن يفحص طبقاً للمادة ٣٠ من القانون المدني الألماني، ما إذا كان القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام الألماني؟

(٢٨) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.25.

(٢٩) Cour supérieure de Hambourg, 22 janvier 1973, in : Seidl-Hohenveldern, Chilean Copper Nationalization Cases before German Courts, AJ.I.L., 1975, p.110.

- ٣ - تأميم النحاس من طرف دولة الشيلي مخالف للنظام العام في ألمانيا.
- ٤ - هذه المخالفة للنظام العام، لا تؤدي إلى استبعاد القانون الشيلي؛ لأن النزاع ليس له ارتباط كافٍ وقوي مع المصالح الألمانية.
- إن هذا الحل منحرف، ففي حقيقة الأمر القانون الشيلي المتعلق بالتأميم يتعارض مع القانون الدولي، والقاضي الألماني أعلن ذلك لكن تحت غطاء النظام العام الألماني، لينتهي إلى عدم ترتيب أي نتيجة عن ذلك؛ لأن النزاع لا يعني المصالح المباشرة للنظام الألماني.

ثانياً- نظرية عمل الدولة السيادي *La théorie de l'Act of State*^(٣٠)

يلجأ القضاء الإنجلو-الأمريكي -وخاصة الأمريكي- إلى حلول ملفتة للنظر عبر نظرية عمل الدولة السيادي *l'act of state*: اجتهاد كثيف تضمنته قرارات قليلة، لكن ما يميّزها هو معالجتها المباشرة للمشكلة.

عبر قرار شهير للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، يسمى *Underhill v. Fernandez*^(٣١) تم التأسيس لمبدأ مفاده أنه: "يتعين على كل دولة ذات سيادة احترام استقلالية سيادات كل الدول الأخرى، ومحاكم دولة ما لا يمكنها الفصل في أحكامها ضد أعمال حكومة أخرى قامت بها على إقليمها"^(٣٢).

الحل واضح إذن، فالمحاكم الأمريكية ترفض فحص مدى صحة عمل اتخذته حكومة أجنبية على أراضيها. لكن، وبالنظر عن كثب فارتباط هذه النظرية بموضوع المشكل واهن، هذا الغموض يظهر على مستويين: الأول أن فقه نظرية "عمل الدولة السيادي" لا يلتقي بروح مشكلة رقابة الشرعية الدولية، فإذا منعنا رقابة الشرعية الدولية للعمل الأجنبي يتعين علينا، بالمنطق نفسه، حظر كل رقابة على العمل الأجنبي أيًا كان مرجعها: سواء القانون الداخلي للدولة مُصدرة العمل، وكذلك النظام العام

(٣٠) P. Julliard, l'arrêt Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, AFDI, 1965. p.205 ; Lelièvre et Freed, la théorie de l'Act of State, JDI 1965. 160 et JDI 1967. p. 650 ; J. Combacau, la doctrine de l'Act of State aux États-Unis, développements récents, RGDI 1973, p. 35 ; M. D. Ramsey, Acts of State and Foreign Sovereign Obligations, Harvard Journal of Int. Law, 1998, p. 1.

(٣١) Underhill v. Fernandez, 168 U.S. 250 (1897).

(٣٢) Antonio Cassese. International Law. 2nd edition. Oxford University Press. 2005. p.99.

لدولة القاضي. فهذه الرقابة، وبالمصطلحات نفسها التي استعملتها المحكمة العليا الأمريكية، تعتبر "استثناء على القاعدة العامة التي وضعتها، فمحكمة الولايات المتحدة ستفصل في القضايا قبل أن تختار القواعد الملزمة لقرارها بالرجوع للمصادر المتنوعة للقانون بما فيها القانون الدولي".

وهكذا، فالقانون الأجنبي يستفيد من قرينة صحة مطلقة وغير قابلة لإثبات العكس في مواجهة كل القواعد المرجعية أيًا كانت؛ ويتمتع بنظام امتياز غير قابل للطعن فيه، أو بعبارة الأستاذ Mann فهو يتمتع بالقدسية^(٣٣) «sacrosanctity». وبالتالي، فالرقابة على الشرعية الدولية للعمل الأجنبي لا تستفيد في ظل هذا المنهج من أية معالجة خاصة: فهي مُقصاة كما في غيره.

طوال ١٥ سنة كان هذا هو الاتجاه السائد في الولايات المتحدة الأمريكية^(٣٤)، وبعده تم التوجه نحو الاعتراف الجزئي بالرقابة على الشرعية الدولية لأعمال الدولة الأجنبية من طرف القاضي الوطني في حالات محددة. وهكذا، صدر العديد من القرارات عن المحكمة العليا الأمريكية في قضايا Sabbatino^(٣٥) والبنك الوطني الأول First National City Bank^(٣٦)، لينتهي الأمر إلى القانون الذي صادق عليه الكونجرس

F. Mann, The Sacrosanctity of the Foreign Act of State, Law Quarterly Review, (٣٣) 1943. p.42.

(٣٤) أدى تأميم شركات السكر الأجنبية وبقاء موقف المحكمة العليا الأمريكية رافضاً لمراقبة مدى صحة وشرعية القوانين الأجنبية لدولة كوبا استناداً للقانون الدولي، لتزايد الاستيلاء على الممتلكات الأمريكية في الخارج عن طريق تدابير تأميمية، وصفت بالتعسفية.

(٣٥) District Court of New-York, 31 mars 1961, 193 F. Supp. 375 (résumé in A.J.I.L., 1961, p.741); Court of Appeals, 6 juillet 1962, 307 F. 2d 845; I.J.L.M., 1962, 1 (résumé in A.J.I.L., 1962, p.1085); Supreme Court, 23 mars 1964, 376 U.S. 398; I.L.M., 1964, p. 381 (résumé in A.J.I.L., 1964, p.779); District Court of New-York, 30 juillet 1965, p.243 F. Supp. 957; I.L.M., 1965, p. 988 (résumé in A.J.I.L., 1966, p.107) et 15 novembre 1965, 272 F. Supp. 836; I.L.M., 1965, p.1209; — Court of Appeals, 31 juillet 1967, 383 F. 2d 166; I.L.M., 1967, 871 (résumé in A.J.I.L., 1968, p.165; Supreme Court, 4 mars 1968, 390 U.S. p.956; I.J.L.M., 1968, p. 460.

(٣٦) District Court, 20 juillet 1967, 270 F. Supp. 1004; I.L.M., 1967, 898 (résumé in A.J.I.L., 1968, p.182); Court of Appeals, 16 juillet 1970, 431 F. 2d 394; (I.L.M., 1970, p.1125 (résumé in A.J.I.L., 1971, 195); Supreme Court, 25 janvier 1971, 400 U.S. p.1019; Court of Appeals, 27 avril 1971, 442 F. 2d 530; I.L.M., 1971, 536 (résumé in A.J.I.L., 1971, p.,812); Supreme Court, 7 juin 1972, 406 U.S. 759; I.L.M., 1972, p. 811 (résumé in A.J.I.L., 1972, p. 856); Court of Appeals, 11 mai 1973, I.L.M., 1973, 636 (résumé in A.J.I.L., 1974, p.130).

الأمريكي^(٣٧) والذي عرف باسم Hickenlooper Amendment^(٣٨) أو Sabbatino Amendment والذي يلزم المحاكم الأمريكية، في حالات محددة، وما لم تعترض الحكومة، بمراقبة الشرعية الدولية، كل ذلك دون المساس بآليات الرقابة النظامية الأخرى^(٣٩).

ولم تتردد المحاكم الأمريكية طويلاً في ممارسة السلطات الجديدة التي خولها إياها تعديل Hickenlooper لقانون المساعدة الخارجية. صدر قرار First National City Bank سنة ١٩٧٢، عن المحكمة العليا الأمريكية، وعلى الرغم من أن النزاع لا يدخل ضمن نطاق تطبيق قانون Hickenlooper المشار إليه أعلاه، أعلنت أن رقابة الشرعية الدولية لا تمس بالسير القضائي العادي للمحاكم «normal adjudicative processes of the courts»، فالرقابة هنا أصبحت ملزمة^(٤٠).

ثم بعد ذلك وفي قرار Dunhill للمحكمة العليا الأمريكية^(٤١) سنة ١٩٧٦، فقد تم تضييق نطاق تطبيق نظرية عمل الدولة السيادي l'act of state لتشمل فقط الأعمال "العامة" و"الحكومية" للدول الأجنبية، وقد استثنيت الأعمال ذات الطابع التجاري المحض، فكل عمل لدولة أجنبية، يحمل طابعاً تجارياً خالصاً، ويكون خاضعاً لرقابة الشرعية الدولية، ويخضع كذلك لرقابة مطابقته مع القانون الداخلي للدولة الأجنبية، وأيضاً مع النظام العام الأمريكي، فالمحاكم ملزمة بممارسة الرقابة طبقاً لمبدأ سيادة القانون rule of law.

إن نظرية عمل الدولة السيادي تجد لها أساسين نظريين: الأول، يتمثل في قواعد اللياقة الدولية courtoisie internationale أو "comitas gentium" وقد جاء في

(٣٧) صوت الكونجرس الأمريكي على هذا القانون تحت ضغط بعض رجال الأعمال، رغم الموقف المعارض للسلطة التنفيذية.

Hickenlooper Amendment I.L.M., 1964, 1075. (٣٨)

(٣٩) بموجب هذا القانون تقرر أنه لا يمكن أن يعتبر فقه نظرية فعل الدولة la doctrine de l'Act of State من الآن فصاعداً أساساً لرفض القضاة الأمريكيين للفصل في الموضوع أو رفض مجازاة انتهاك القانون الدولي. وهكذا أصبحت المحاكم الأمريكية مخولة، بحكم القانون، لفحص الشرعية الدولية لأعمال وقوانين الدول الأجنبية.

First National City Bank versus Banco Nacional de Cuba, 7 juin 1972, 406. (٤٠) US.759.

Supreme Court, Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba, 24 Mai (٤١) 1976, 425 US.682.; résumé in: A.J.I.L., 1976, p.828.

قرار Underhill ضد Fernandez لأول مرة إشارة لذلك، فالقيام بمراقبة الشرعية الدولية لقانون دولة أخرى "يعرض العلاقات الودية بين الدول للخطر ويريك السلم الأممي... فالمبدأ، أن العمل الذي تتخذه حكومة مستقلة لا يمكن أن يكون محل مساءلة في محاكم دولة أخرى... فلا يمكن السماح بفحص أعمال دولة ذات سيادة وإعادة تقديرها من طرف محاكم أجنبية للاعتبارات العليا للمجاملات الدولية"^(٤٢).

والأساس الثاني، وأشارت إليه كذلك المحكمة العليا الأمريكية: فنظرية عمل الدولة السيادي تجد أساسها أيضاً في ظل النظام الدستوري: ليس في الدستور بحد ذاته، ولكن على الأقل في الأسس ذات الطابع الدستوري كمبدأ فصل السلطات، وتوزيع الوظائف بين السلطة القضائية والتنفيذية^(٤٣). إن تقدير نظامية أعمال الحكومات الأجنبية من قبل المحاكم قد يعكس صفو العلاقات بين الحكومات. هذا هو الشيء الأساسي الذي حرصت المحكمة العليا الأمريكية على تأكيده في القضايا الثلاث الكبرى التي عرضت عليها: Sabbatino و First National City Bank و Dunhill عبر فكرة مفادها أن السلطة القضائية لا يجب أن تورط embarrasser السلطة التنفيذية في علاقاتها الدولية، وبذلك فالمحاكم الأمريكية تلتزم بتحفظات تقليدية في مواجهة أي رقابة لشرعية الأعمال الأجنبية التي سوف تطبقها.

وحسب العديد من المؤلفين الأمريكيين، فإن فلسفة نظرية العمل السيادي للدولة تفعل سياسة قضائية "متحفظة" في مواجهة صلاحيات الحكومة في مادة العلاقات الخارجية. وعلى حد تعبير الأستاذ Mann فعدم إعاقة الولايات المتحدة للدول الأجنبية هو الأساس.

عبر نظرة شاملة، نجد أن قضاء الدول متضارب في مسألة الرقابة على الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية:

- فقد ذهب القضاء في طوكيو في قضية Nissho Maru إلى وجود قاعدة من القانون الدولي تحظر ممارسة هذه الرقابة^(٤٤). وذهبت المحكمة العليا الأسترالية

Frank Walsh. Flipping The Act Of State Presumption: Protecting America's International Investors From Foreign Nationalization Programs. Texas Review of Law and Politics. Volume 12. Number 2. Spring 2008. p.374. (٤٢)

Stephen G. Wolfe. Rationalizing the Federal Act of State Doctrine and Evolving Judicial Exceptions. Fordham Law Review. Volume 46. 1977. p.304. (٤٣)

Tribunal et Cour de Tokyo, Nissho Maru, 1953, I.L.R., 1953, 305. (٤٤)

في ١٩٥٨ و ١٩٦٥ وكذلك المحكمة العليا للعدل البريطانية في قضية Helbert Wag في ١٩٥٥ في الاتجاه نفسه^(٤٥). ففي القرار الأخير جاء في تسببه الاستناد إلى "اعتبارات القانون الدولي" والتي تعد بمثابة "اعتبارات للسياسة الأمنية considerations of policy"، وبموجب هذه الأطروحة فلا وجود لأي مبدأ يسمح لمحكمة باستبعاد قانون تأميمي أجنبي بسبب خرقه للقانون الدولي.

- وذهب القضاء الألماني، إلى عدم وجود قاعدة أمره تلزمه برقابة الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية. هذه الصياغة الغامضة والتي يمكن أن تؤدي بنا للقول وبالمعنى نفسه إلى وجود قاعدة مجيزة permissive لهذه الرقابة. والموقف نفسه بالنسبة لقضاء محكمة Brème الألمانية في قرارها سنة ١٩٥٩ المتعلق بالتأميمات الأندونيسية^(٤٦) ومجلس هامبورغ في قراره سنة ١٩٧٣ المتعلق بالتأميمات الشيلية^(٤٧)، هذا الأخير، أكد بوضوح: "بأنه في ظل القانون الدولي الحديث، لا وجود لمبدأ عام، يلزم دولة ما، بموجب القانون الدولي، بإبطال أو إلغاء عمل لدولة أجنبية ذات سيادة لخرقه لأحكام القانون الدولي".

- القضاء الهولندي، ذهب إلى وجود قاعدة شبه أمره quasi-impérative فالقاضي الوطني يجب أن يمتنع عن رقابة نظامية الأعمال الأجنبية؛ لكن موقف الامتناع هذا يجب أن يعتبر كاستثناء، وبذلك تظهر ممارسة هذه الرقابة على أنها ملزمة يتعين من خلالها مراقبة مطابقة الأعمال الأجنبية للقانون الدولي^(٤٨).

- أما التوجه الأمريكي، فيقول بوجود قاعدة متأرجحة من الحظر نحو الإلزام Une règle basculant petit à petit du prohibitif à l'impératif وهذا ما يمكننا استخلاصه من التطور الذي سبق لنا عرضه لنظرية عمل الدولة السيادي.

لينتهي الأمر لدى الأمريكيين إلى اعتبار نظرية عمل الدولة السيادي كخروج عن المبدأ العام لسيادة القانون، ولا تطبق إلا على الأعمال "العامة" و"الحكومية" للدولة الأجنبية. أما الأعمال التجارية الخالصة فتخضع بشكل عادي لرقابة نظاميتها بالاستناد

(٤٥) Arrêt du 19 novembre 1958, AWD, 1959, 128; arrêt du 22 décembre 1965, OJZ, 1966, 204.

(٤٦) Cour de Brème, 13 avril et 21 août 1959, l'affaire des tabacs indonésiens.

(٤٧) Cour de Hambourg, 22 janvier 1973, l'affaire du cuivre chilien.

(٤٨) Tribunal de La Haye, 20 janvier 1962, I.L.R., vol. 33, 30.

للقواعد المرجعية كلها؛ ولو "عامة" و "حكومية" فتمارس عليها رقابة الشرعية الدولية، في إطار الشروط التالية:

- أ - هذه الرقابة ملزمة للقضاة، لما تكون في نطاق تطبيق قانون Hickenlooper، إلا إذا اعترضت «feu rouge» الحكومة، وتكون الرقابة ملزمة كذلك، خارج حالات تطبيق قانون Hickenlooper شرط "موافقة" «feu vert» الحكومة.
- ب - هذه الرقابة ممكنة للقضاة، لما تكون خارج نطاق تطبيق قانون Hickenlooper، ولو لا يوجد قبول «feu vert» حكومي؛ لما يكون هنالك خرق لقاعدة دولية مستقرة، ولا تكون متصلة بمادة جد حساسة بمصالح الدولة.
- ج - هذه الرقابة محظورة على القضاة، كلما كان هناك اعتراض «feu rouge» حكومي، سواء في مجال تطبيق قانون Hickenlooper أو خارج نطاق هذا القانون.

إن ما انطلقنا من هذه العناصر الثلاثة وقمنا بتحليل التقلبات في المواقف القضائية في القضايا الكبرى التي عُرضت على القضاء الأمريكي في هذا المجال، فإننا سنجد أن الاعتبارات الداخلية هي من تتحكم، دونما شك، في التوجه القضائي الأمريكي: فقانون Hickenlooper قد صدر بمناسبة قرار Sabbatino، و"عدم الاعتراض الحكومي" في قضية First National City Bank. وجاءت فكرة أن "التدخل القضائي لا يجب أن يورط الحكومة" في قرار Dunhill .

تصرفات الحكومة الأمريكية في القضايا الثلاث كانت كالتالي: في قضية Sabbatino الحكومة تؤيد فقه نظرية عمل الدولة السيادي، وبالتالي فهي معارضة لمراقبة الشرعية الدولية للتأميمات الكوبية. وبعد قرار ١٩٦٤، الحكومة بذلت جهوداً واسعة لعدم التصويت على قانون Hickenlooper. وفي قرارات First National City Bank و Dunhill الحكومة كانت مع ممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية^(٤٩).

من خلال ما سبق، لا يمكننا إلا القول بأن الاعتبارات الداخلية ومصالح الولايات المتحدة هي المحرك الوحيد لممارسة رقابة الشرعية الدولية أو إغفالها، وهي الدافع الرئيسي لتطبيق نظرية عمل الدولة السيادي أو التخلي عنها، والتي يبدو من التحليل ملامح توجه نحو أفولها.

(٤٩) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.35.

ولعلنا نجد في دراسة نشرها أحد المؤلفين الأمريكيين، سبق لنا التعرض لها، الفكرة نفسها في دراسة عنوانها: "قلب قرينة عمل الدولة السيادي: حماية لمستثمري أمريكا الدوليين من برامج التأميمات الأجنبية" والتي يدعو من خلالها المؤلف القضاء الأمريكي إلى حماية المستثمرين الأمريكيين من الطموحات ذات النزعة التأميمية التي تمارسها بعض أنظمة الدول الاشتراكية^(٥٠).

أمّا القضاء الفرنسي فقد ذهب نحو فحص الشرعية الدولية للقانون الأجنبي الذي أشارت له قاعدة التنازع الفرنسية^(٥١). وقد جادل الطاعنون أمام محكمة النقض الفرنسية بأن القانون الأجنبي (البرازيلي) الواجب التطبيق ينتهك أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في موادها ٠٨-١، ١٢ و ١٤، وكذا المواد ٢٣، ٢٤-١ و ٢٦ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، لينتهوا إلى طلب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لصالح أحكام المعاهدات الدولية.

محكمة النقض الفرنسية أجابت الطاعنين بأن أحكام القانون البرازيلي، الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية، لا يتعارض مع المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي، ولا مع أحكام الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ولا مع العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(٥٢).

ويمكن أن نستخلص من هذا القرار ثلاث نتائج رئيسية:

- إن محكمة النقض قامت بفحص مدى اتفاقية *conventionnalité* القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية مع الاتفاقيات الدولية، وخلصت إلى توافق أحكام

(٥٠) Frank Walsh. Flipping The Act Of State Presumption: Protecting America's International Investors From Foreign Nationalization Programs. Texas Review of Law and Politics. Volume 12. Number 2. 2008.

(٥١) Cass. 1ere civ. 31 janvier 1990 Arrêt n°148, Bull. civ. I, n°29, p 20 ; arrêt n°149, pourvoi n°87-18.956.

Bertrand Ancel, Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4ème édition, Dalloz, 2001, Paris, n°67-69, p. 621.

Dalloz 1991, jurisprudence p 105, note François Boulanger ; Répertoire Defrénois 1990, p 961, observations Jacques Massip ; JCP G 1990, II, 21635, note Horatia MUIR WATT ; RCDIP 1990, p 519, note Elisabeth Poisson-Drocourt ; GP 1990, T 2, Journaux n°257-258 des 14 et 15 septembre, jurisprudence p 481, note Bertrand Sturlese.

(٥٢) Raymond Goy. Du droit interne au droit international le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Publication Univ Rouen Havre. 1998. p.439.

القانون الأجنبي الواجب التطبيق مع القانون الدولي الاتفاقي، وبالنتيجة صلاحيته للتطبيق على النزاع^(٥٣).

- إن محكمة النقض الفرنسية مارست رقابتها على القانون الأجنبي الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد، على مستويين: الأول بفحص مدى توافق القانون الأجنبي مع النظام العام الدولي في فرنسا، والثاني بفحص مدى توافق القانون الأجنبي مع المعاهدات الدولية النفاذة في فرنسا.

- إن محكمة النقض الفرنسية لم تعتبر أحكام المعاهدات الدولية كجزء من آلية الدفع بالنظام العام الدولي الفرنسي التي أرست قواعدها عبر اجتهادها القضائي.

وفي قرار آخر^(٥٤)، وبعد أن عاينت محكمة النقض إعمالاً لقاعدة التنازع الفرنسية، أن القانون السويسري هو القانون الواجب التطبيق من حيث المبدأ، إلا أنها انتهت إلى استبعاده لكون أحكام هذا القانون تخرق أحكام المادة ٥٥ من البروتوكول الإضافي رقم ٠٧ للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وهكذا أدت رقابة محكمة النقض على شرعية القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع إلى التصريح بعدم توافقيته مع القانون الدولي الاتفاقي، وبالنتيجة استبعاده من التطبيق، ومن ثم التطبيق المباشر لأحكام المعاهدة الدولية.

وعلى النهج ذاته واصلت محكمة النقض الفرنسية رقابتها على شرعية الحكم القضائي الأجنبي في مواجهة الاتفاقيات الدولية^(٥٥) بأن رفضت منح الصيغة التنفيذية للحكم القضائي الأجنبي لمخالفته أحكام المادة ٥٥ من البروتوكول الإضافي السابع للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

(٥٣) - عاينت محكمة النقض الفرنسية أن أحكام القانون البرازيلي الذي يمنع التبني الكامل لا تنتهك الحق في احترام الحياة العائلية المكرس بموجب الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

Pierre Mayer, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, R.D.C.I.P, 1991, p 651, 656.

(٥٤) Cass. civ. 24 février 1998. RTDCiv. 1998, p 520, observations Jean-Pierre Marguenaud; RTDCiv. 1998, p 458, observations Bernard Vareille; JCP G 1998, II, 10176, p 1910, note Thierry Vignal ; D 1999, SC p 290, observations Bernard Audit; D 1999, jurisprudence p 309, note Jean Thierry.

Cass., Ire civ., 17 février 2004.

(٥٥)

الفرع الثاني التوجّهات الفقهيّة حول المسألة^(٥٦)

الفقه منقسم بين مؤيد ومعارض لمراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية من طرف القاضي الوطني، وقد صاغ كل فريق من الفقهاء نظرتهم وحججه. هذا ما سنتعرض له فيما يلي:

أولاً- حجج مؤيدي ممارسة رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية

تدور أفكار مؤيدي هذا النوع من الرقابة حول موضوعين أساسيين: الأول، ينطلق من فكرة سمو القانون الدولي وضرورة انخراط المحاكم الداخلية الأجنبية في ضمان أولوية تطبيق القانون الدولي^(٥٧). وهكذا، فمن غير المتقبل أن يُطبق القاضي قانوناً يخالف القانون الدولي. قاعدة التنازع، لا يمكن أن تؤدي بنا إلى تطبيق قانون أجنبي إلا إذا ثبتت شرعيته الدوليّة. كما أن العمل الأجنبي لا يمكن أن يولد آثاراً قانونية على إقليم آخر لخرقه للقانون الدولي. إن الدولة التي لا تعاقب على خرق القانون الدولي لا يمكنها أن تنتظر من قضاة الدول الأخرى بأن يسمحوا بتوليد آثار لأعمالها دون فحص لشرعيّتها. أيضاً، الدولة التي صدر عنها العمل لا يمكنها أن تفضل تطبيق القانون الداخلي لتتنصل من التزاماتها المفروضة بموجب القانون الدولي، وتتخذ أعمالاً هي من ناحية دولية غير شرعية، فهي تتجاوز حدود سلطتها وتتصرف خارج اختصاصها *ultra vires*، ومحاكم الدول الأخرى لن تعطي أي أثر لتلك الأعمال في المستقبل^(٥٨).

(٥٦) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.36.

(٥٧) M. Domke, Indonesian Nationalization Measures before Foreign Courts, AJIL, 1960. 305, à comparer à Seidl-Hohenveldern, Chilean Copper Nationalization Case before German Courts, A.J.I.L., 1975. p.110.

(٥٨) ذهب كل من إلى أن تطبيق القانون الأجنبي داخل الدولة، بأمر من قاعدة الإسناد الوطنية، يجعل من القانون الأجنبي وكأنه جزء من النظام القانوني الوطني للدولة التي تطبقه؛ فالقاعدة التي تلزم محاكم الدولة بتطبيق قواعد القانون الأجنبي تهدف إلى دمج قواعد القانون الأجنبي ضمن قانون الدولة. وعلى الرغم من جرأة هذا التحليل إلا أنه يبرر كلية الرقابة التي تمارسها المحاكم الوطنية على مدى توافقية القانون الأجنبي مع قواعد القانون الدولي الاتفاقي، فالانطلاق من فرضية اعتبار أن القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة التنازع الوطنية سيعتبر بمثابة القانون الوطني، سيسمح للقاضي بالرقابة على مثل هذا القانون في ضوء الالتزامات التعاهدية الدولية للدولة، بمفهوم المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي التي تضمن سمو المعاهدات الدولية على القانون.

لكن، وحسب مؤلفين آخرين، فكيف لنا أن نتصور، استبعاد عمل غير شرعي دولياً للدولة "ب"، من طرف قاضي الدولة "أ"؛ ألا يكون هذا الأخير قد تجاوز اختصاصه؟ فالقاعدة أنه "لا يجب أن يكون هناك خرق للقانون الدولي لتطبيق القانون الدولي" (٥٩).

لكن، ألا يمكن أن نعتبر بأن القانون الدولي يُجبر القضاة الوطنيين، الذين يطبقونه على خرقه في حد ذاته؟ وهذا ما جعل رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، لدى الكثير من الكتاب، مجرد "مكنة بسيطة *une simple faculté*"؛ وهو ما جعل القضاة يفضون أبصارهم عن تلك الأعمال غير الشرعية «close their eyes to a lawless act» (٦٠).

أما الموضوع الثاني، فيتعلق بسمو القانون الدولي وعلويته *la suprématie du droit international*، فذهب مؤيدو رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية إلى ضرورة تعاون المحاكم الوطنية في تطبيق القانون الدولي وتطويره. وفي غياب ميكانيزمات قضائية كافية في النظام القانوني الدولي فيمكن القول بأنه يتعين على المحاكم الداخلية لمختلف الدول معاقبة كل خرق للقانون الدولي لحين إثبات العكس، وإذا ما كانت قاعدة القانون الدولي المطبقة غير ثابتة بما فيه الكفاية فيجب على القضاة أنفسهم إعطاء تعريف لها عبر تقنية التفسير المنشئ. ففي الحال الراهنة للمجتمع الدولي، مراقبة الشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية تشكل إحدى الوسائل الضامنة لسمو القانون الدولي، والقضاة الوطنيون بامتناعهم عنها يكونون قد خالفوا التزامات مهنتهم كمساعدين حقيقيين للعدالة الدولية (٦١) «des véritables collaborateurs de la justice internationale».

Hans Kelsen, Théorie générale du droit et de l'Etat suivi de La doctrine du droit naturel et le

positivisme juridique, LGDJ, Bruylant, La pensée juridique, 1997, p 294.

هذه الفكرة لكلسن نفسها طرحها الفقه الإيطالي بدمج القانون الأجنبي ضمن قانون دولة القاضي
l'incorporation de la loi étrangère dans le droit du for

Bernard Audit, Droit international privé, 4ème édition, Economica, 2006, Paris, n°260.

(٥٩) يقصد بهذه الفكرة أن القاضي بمراقبته للشرعية الدولية لقانون أجنبي لدولة ذات سيادة، يخالف القانون الدولي بهذه الممارسة، ويضمن بها في الوقت ذاته تطبيق وسمو القانون الدولي نفسه.

dissenting opinion of Judge White in the Sabbatino case, I.L.M, 1964. at p. 408. (٦٠)

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.38.

Paul Reuter. Droit international public. 5ème édition. Presses Universitaires de France. paris. 1976. p. 71. (٦١)

Linda J Pike, Encyclopedia of Public International Law: Installment 10, Elsevier science publishers, 1987, p.260.

هذان الموضوعان المركزيان، تم توسيعهما عبر اعتبارات الملاءمة المستمدة من حماية الاستثمارات الأجنبية، فلما تُترك الوسائل الدبلوماسية لإرادة الدولة الوطنية، تصبح غير كافية، وتصبح الطعون أمام قضاء الدولة -المدانة- مجرد أوهام، خالية من كل فعالية، ويصبح التحكيم مستحيلاً، فكيف يمكن استرجاع الحقوق بغير رفع الدعوى أمام محاكم دولة الشخص المتضرر أو دولة الغير المتواجد على إقليمها بعض الأملاك المصادرة؟

هي معالجة ذات فعالية نسبية، مؤكدة، لكن هذا القليل الموجود يمكن أن يحث الدولة -المدانة- على اللجوء إلى تسوية تسمح لها بالتخلص من المتابعات رغم كل المضايقات.

لمثل هذا نضيف بأن الحد الأدنى من الثبات والتوقع المطلوبين في الحركية التجارية الدولية ستتم تسويته بتغليب قاعدة مانعة تسمح لكل عمل دولة بعرضه على الفحص «to pass muster» أمام المحاكم الوطنية للدول الأخرى دونما فحص شرعيته الدولية. نفهم من هذه الشروط، وجود مصالح أمريكية، كانت محل نظر، في حكم Sabbatino سنة ١٩٦٤ تفسر الموقف الصارم بل الضربة القاضية «-body blow» للمستثمرين الأمريكيين في الخارج، ولذلك فعلوا كل ما في وسعهم للحصول على نص تشريعي لإعادة تأمينهم^(٦٢).

في نهاية المطاف تبقى فكرة مسؤولية الدولة عن ضمان الحقوق المقررة بموجب القانون الدولي لكل المتقاضين على إقليمها هي الأكثر إقناعاً لتبرير رقابة القضاء الوطني للدول على القانون الأجنبي الواجب التطبيق، طبقاً لقاعدة الإسناد. وهكذا، لا يمكن للدولة أن تحتج بقاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت إلى القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، للتحلل من مسؤوليتها بضرورة تطبيق التزاماتها الدولية^(٦٣). وبذلك يتعين على المحاكم الوطنية إخضاع القانون الأجنبي الواجب التطبيق لمطابقتها مع أحكام المعاهدات الدولية، والقول بمدى صلاحيته للتطبيق في دولة القاضي من

(٦٢) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.39.

(٦٣) Gérard Cohen-Jonathan, La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français in : Frédéric SUDRE, Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 -1992, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994, p.43.

عدمه. وعلى الصعيد الأوروبي كثيرة هي الأحكام التي حملت الدول المسؤولية الدولية عن تطبيق القانون الأجنبي المخالف للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(٦٤).

ثانياً- حجج معارضي ممارسة رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية

حسب هذا الفريق، فإنه يتعين وقبل التطرق لموضوع علوية القانون الدولي يجب أن نناقش بالأولية موضوع سيادة الدولة الأجنبية، فعلى أي أساس نمنح الهيئات القضائية لدولة ما الحق في إحباط قرارات دولة أخرى وإعاقة تطبيقها؟ لا يمكن الاستناد لفكرة سمو القانون الدولي لتبرير ذلك؛ إن ذلك يخرق مبدأ المساواة بين سيادات الدول؟ إن ذلك يعد مخاطرة بالمساس بالشؤون الداخلية للدولة الأجنبية، ويكون هذا الخطر أكثر اعتباراً، إذا ما كانت تلك القرارات تترجم سياسة اقتصادية أو اجتماعية، مما يُضعف من التزام تبادل المجاملات والاحترام بين الدول. إن الفكرة بسيطة، فعلى حد تعبير FALK، "يجب أن نعرف سيادة جارنا في منزله الخاص" "we must recognize our neighbor's supremacy" أو بعبارة الأستاذ WEIL فالفحام سيد في بيته charbonnier est maître dans sa maison.

وهكذا، لا يمكن للقضاء، بوصفه أحد أجهزة الدولة، فحص الشرعية الدولية للأعمال القانونية لدولة أجنبية، دون المساس بمبدأ تساوي السيادات بين الدول^(٦٥).

من هنا نستخلص حجج المناهضين لفكرة الرقابة، من فكرة عمل الدولة السيادي ومفهوم الاختصاص الإقليمي: فعمل الدولة الأجنبية يجب أن يحترم "كظاهرة سيادية أجنبية ضمن الحدود الدولية المعترف بها لاختصاصها". وبعبارة أخرى، فبتصريحه بأن عمل دولة أجنبية ما مخالف للقانون الدولي يكون القاضي الوطني قد اغتصب وظائف دولية؛ متجاوزاً حدود سلطته القضائية الدولية، وخاطر بإمكانية تحريك المسؤولية الدولية لدولته مع الدولة الأجنبية.

(٦٤) لعل أبرز الاستشهادات التي يمكن أن نرجع إليها في هذا السياق ما صدر عن اللجنة الأوروبية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

Commission EDH, 10 juillet 1975, requête n°6482/74 ; Commission EDH, 11 avril 1996, requête n°24001/94 ; CEDH, décision du 7 novembre 2000, requête n°47128/99.

Pierre-Marie Dupuy, Yann Kerbrat. Droit international public. 14e édition. (٦٥) Dalloz. 2018. p.545.

وبالنسبة لموضوع التعاون بين المحاكم الوطنية في تطبيق القانون الدولي، فإنه يحمل صدى لامركزية وأفقية المجتمع الدولي، ففي ظل مجتمع دولي متوازي الدول متعدد الأنظمة *juxtaposition d'états*، لكنها متساوية في مواجهة بعضها بعضاً من حيث السيادة، فلا يمكن الادعاء بمنح محاكم دولة ما سلطة فرض مفهومها للقانون الدولي على دولة أخرى. في الحالة الراهنة للمجتمع الدولي، فخصوم رقابة الشرعية الدولية يثيرون نتيجة أصولية في مواجهة المؤيدين لها؛ فبدل تشجيع القضاة الوطنيين على الاضطلاع بمهمة دولية، يتم حثهم على اتخاذ موقف متحفظ تقليدي ومتواضع.

وبعيداً عن الاتهام بأنه موقف تراجعى وبأنه مذهب ذو نظرة متخلفة «back ward looking doctrine» حسب تعبير أحد قضاة المحكمة العليا الأمريكية^(٦٦)، فإن رفض رقابة الشرعية مؤسس على نظرة واقعية للمجتمع الدولي؛ قائمة على وظيفة ثمينة في المجتمع الدولي، تسمح بممارسة أفضل من رقابة غير معتبرة، وهي ضمان رُقي القانون الدولي.

ويضيف معارضو الرقابة أنه يجب التوقف عن النظر إلى المحاكم الوطنية كمنتدى ملائم لتطبيق القانون الدولي؛ لأن هذا الأخير متقلب وغير دقيق، لدرجة أن البعض وصفه بالعالم الضبابي الغامض. مؤلفون وقضاة أمريكيون ألحوا على الطابع غير اليقيني للقانون الدولي في مادة التأميمات: فهل يعقل ترك التقدير للقضاة الوطنيين لتطبيق القانون الدولي في مجال نادراً ما توجد بها قاعدة غير منتقدة إما هنا أو هناك، ولا يلمس مباشرة، كما جاء في قرار Sabbatino، حساسية الدول التي لكل منها نظرة جد مختلفة عن الأخرى؟

إن خطر التأميمات متأصل، والزعم بتعاون المحاكم الوطنية في تطبيق القانون الدولي غير حقيقي، فنظرة قضاء الدولة المؤممة -أو المدانة- لن تكون نفسها لقضاء جنسية -الضحية.

إن الحلول القضائية أثبتت أنها ذات "نفس سياسي" في مادة القاعدة القانونية فيها غير مؤكدة: فكيف لنا أن ننتظر في حال كهذه سوى قرارات "تعسفية ومتناقضة"؟

(٦٦) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.40.

بعيدة عن ضمان سمو القانون الدولي والسعي لرقمه، أحكام وطنية مختلفة وأنانية egoïstes ومبعثرة للقانون الدولي، وتضيف أيضاً "اللاأمن وعدم اليقينية للمادة" (٦٧). فالمؤكد هو أن الحلول القضائية الصادرة عن محاكم الدول الصناعية لن تكون مقبولة في الدول الاشتراكية والدول السائرة في طريق النمو كقواعد قانون دولي عالمية التطبيق. فلن تكون إلا كمقاربات ترقيعية «patchwork approach» (٦٨) فهل نأمل بأن تكون عاملاً في تطوير القانون الدولي: إن هذا تفكير ريفي وليس تفكيراً دولياً (٦٩) «this is provincialism, not internationalism».

أما بالنسبة لحجج الملاءمة التي قدمها مؤيدو الرقابة، فعلى الرغم من تبريرها النظري فهي غير فعالة وخطيرة. غير فعالة، لأنها معزولة ومشتتة. جاءت صدفة لتواجد شحنة في ميناء أو آخر.

وهي غير كافية لثني الدولة -المُدانة- عن تصرفها، فما قد يأخذه الضحية من مقابل في دولة ما قد يفشل في الحصول عليه في أخرى، أليس من الخداع الاعتقاد بأن رفع بعض الدعوى الحمائية للاستثمارات يُعني عن الحماية الدبلوماسية؟ ونادراً ما يكون القرار القضائي للضحية قابلاً للتنفيذ خارج دولة القاضي، ممّا يجعله دون معنى. خطره، أن التصريح بعدم الشرعية الدولية يربك دائماً الحركة التجارية الدولية للدولة المعنية، وسندات الملكية على الأملاك المؤممة تشوه الحقوق المكتسبة للمشتريين. وبعيداً عن ضمان أمن التجارة الدولية، فممارسة الرقابة اعتبر لدى الكثيرين كمولد للضغط، فهو يخلق عداوات دولية ويشيع الفوضى (٧٠).

ويضيف المعارضون أن التصريح القضائي بعدم الشرعية يسيء للعلاقات الحكومية لدولة القاضي مع الدولة الأجنبية، والذي يمكن أن يعتبر كإهانة، والعكس فالتصريح بالشرعية قد يضعف من موقف حكومة دولة القاضي في مواجهة الدولة الأجنبية.

(٦٧) Domke, Friedmann, Henkin. Act of State: Sabbatino in the Courts and in Congress-Remarks, Columbia Journal of Transnational Law, 1964, p.103-106.

(٦٨) - ورد هذا المصطلح في قرار Sabbatino .

(٦٩) William Harvey Reeves, Act of State Doctrine and the Rule of Law - a Reply, A.J.I.L., Volume 54 Issue 1, 1960, p.148.

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.42.

«it creates international animosities and breeds chaos» (٧٠)

William Harvey Reeves, Act of State Doctrine and the Rule of Law - a Reply, op.cit, p.141.

الفرع الثالث

محاولة حل الإشكالية^(٧١)

جميع الحلول السابقة تزعم حماية تطوير النظام القانوني الدولي: هؤلاء، عبر سمو القانون الدولي والتعاون بين المحاكم الوطنية في تطبيقه، وأولئك، عبر الاحترام الصارم للمساواة السيادية للدول، ونظرة واقعية للمجتمع الدولي وتقليص الدور الذي تلعبه المحاكم الوطنية. الكل يبحث عن ضمان لأمن وثبات التجارة الدولية: هؤلاء بالوقوف إلى جانب المستثمرين، وأولئك إلى جانب الدول النامية. هؤلاء بالدعوة إلى رقابة دون كايح ودون تردد؛ لكنها حذرة وبراغماتية بالنسبة لأولئك.

عبر هذه المواقف المتناقضة، أورد الأستاذ Weil النقاط والمعانيات الآتية:

أولاً- لا وجود لقاعدة دولية مانعة^(٧٢)

المعايينة الأولى المستخلصة من المواقف السابقة كلها، بأنه لا يوجد سبب حاسم وقطعي يثبت بشكل فاصل وجود قاعدة دولية راسخة تمنع مبدأ الرقابة على الشرعية الدولية لقوانين الدول الأجنبية من طرف المحاكم الوطنية.

الحجج المتمحورة حول مساس الرقابة بسيادة الدولة الأجنبية تذهب بعيداً وتتجاوز هدفها، لأن القبول بذلك يعني بأن كل رقابة نظامية على القانون الأجنبي -أي حتى في مواجهة القانون الداخلي للدولة الأجنبية وللنظام العام لدولة القاضي- ستكون مرفوضة بقوة القانون ipso facto: وهذا مؤشر على أن نظرية عمل الدولة السيادي يجب أن تفرض من طرف القانون الدولي، وهو ما لا يخاطر بقوله حتى أنصارها؛ وهذا يشير كذلك إلى أن الأنظمة الوطنية للقانون الدولي الخاص التي تربط تطبيق القانون الأجنبي بشرط دستوريته تخالف قاعدة من القانون الدولي العام. لكن هذه الحجج سرعان ما تدمر نفسها تلقائياً؛ لأنه إذا كانت فكرة السيادة تفترض أن محاكم الدولة لا تنتقد أعمال دولة أخرى، ففي الوقت نفسه وبالمنطق نفسه فإن محاكم الدولة لا يمكن أن يفرض عليها من دولة أخرى تطبيق أعمال مخالفة للقانون الدولي. إن سيادة الدولة الأجنبية لا تصبح منتهكة إلا إذا صرح القاضي الوطني بإبطال

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.43. (٧١)

Linda J Pike, Encyclopedia of Public International Law: op.cit, p.261. (٧٢)

أحد أعمالها، ولكن القاضي الوطني لا يقوم إلا باستبعاد آثار العمل المتخذ من طرف الدولة الأجنبية من توليد آثار على إقليمه؛ فالإبطال لم يكن أبداً مثار الإشكال.

إن رفض ممارسة الرقابة بحجة الطابع اللامركزي والأفقي للمجتمع الدولي غير مقنع أيضاً، فالأنظمة القانونية الوطنية تتعاون باستمرار مع النظام القانوني الدولي، حتى في الحالة الحاليّة للمجتمع الدولي، فإذا كان صحيحاً أن الإحالة من طرف القانون الدولي إلى القانون الداخلي تشكل بالنسبة للقانون الدولي مصدر "تطوير" و "إثراء"، فلماذا يتم رفض "تطوير" و "إغناء" القانون الدولي عبر تطبيق قواعده من طرف القاضي الوطني؟ فتطبيق ما سيصبح شيئاً مكتسباً بمرور الزمن. ومؤخراً، ذهب محكمة العدل الدولية إلى أن: "الاجتهاد القضائي الأمريكي يؤكد بأن المحاكم الأمريكية مختصة، عند الاقتضاء، بتطبيق القانون الدولي في أحكامها". إن هذا ليس ظاهرة علمية أمريكية، فمجموع الممارسات الراسخة عبر عدة سنوات، ومجالات الاجتهادات القضائية الوطنية في مادة القانون الدولي تؤكد ذلك بوضوح.

أما الحجة القائلة بالطابع غير الدقيق وغير الكامل للقانون الدولي تنهار أمام الفكرة نفسها، فإذا كان ذلك صحيحاً سَيُمنعُ كُلُّ تطبيق للقانون الدولي من طرف المحاكم الداخلية. ولذلك، فتطبيق قواعد القانون الدولي من طرف المحاكم الوطنية لا يؤدي بنا كمبدأ للمسألة العارضة *question préjudicielle*: فالقاضي الوطني هو نفسه من يفصل في المسألة، دونما إحالتها لجهة أخرى.

في كل مرة يطبق فيها القاضي الوطني قاعدة من القانون الدولي يتعين عليه هو نفسه تحديد مضمونها وتفسيرها عند الاقتضاء، فالاختصاص الكامل للقاضي الداخلي مضمون. يعني ذلك، وبعبارة البروفيسور Reuter أن "المحاكم الوطنية لا يمكنها أن تتجاهل القانون الدولي"^(٧٣)، فهي مختصة في نظر النظام الدولي بتطبيق قواعد القانون الدولي. وهكذا، فالمحاكم الوطنية لا يمكنها أن ترفض هذا الاختصاص، باسم لامركزية النظام الدولي، وهنا تظهر سلطة ضمان الجزاء كوجه للتعاون الدولي.

وبالنسبة لما يثيره معارضو الرقابة من عدم فعاليتها، وبأن القاضي الوطني لا يملك أي وسيلة لتوليد آثار لقراره خارج الإقليم الوطني، فهذا صحيح. لكن، اختصاص المحاكم الداخلية لم يرتبط يوماً بأهليتها بجعل قراراتها قابلة للتنفيذ في الدول الأخرى؟

(٧٣) P. Reuter. Droit international public. op.cit. p. 56 ; Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.45.

أما بخصوص عدم فعالية الرقابة لضمان حماية الاستثمارات من كل مساءلة، هذا صحيح أيضاً. ولكن أليس وجود رقابة ضعيفة أفضل من عدم وجودها أصلاً؟ وهكذا، فالقول بوجود قاعدة من القانون الدولي تمنع المحاكم الداخلية من مراقبة الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية يبدو من الصعب إثباته: في حالة جعلت من المحاكم الوطنية تؤسس تطبيق أعمال الدول الأجنبية على مطابقتها للقانون الدولي. إن الممارسة تثبت صحة هذه المعايير؛ فالفقه لاحظ عدم وجود أي دولة تحتج على عدم تطبيق قانونها من طرف محاكم دولة أخرى.

ثانياً- لا وجود لقاعدة أمره^(٧٤)

بعد استبعادنا لفرضية القاعدة المانعة، فهل توجد في القانون الدولي قاعدة أمره بشأن موضوع هذه الدراسة؟

إن هاجس حماية سمو القانون الدولي دفع بالعديد من المؤلفين، وبمفهوم راديكالي أيضاً، إلى هذا التوجه، ولا غرابة في ذلك لرقابة تلك الأوساط القانونية للمستثمرين في عالم الصناعة. كيف نفسر عدم أخذ المحاكم الوطنية بالتفسير القائل بوجود قاعدة أمره؟ هل يعقل وجود قاعدة أمره في القانون الدولي تلزم القضاة الوطنيين بممارسة رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية دون أن يتفطنوا لها؟ أهي نظرة سيئة من هيئات وطنية مكلفة بتطبيقها؟ الأكيد أنه لا وجود لمثل تلك القاعدة إلا إذا وجد نص صريح في القانون الوضعي.

أيضاً، هناك من يرغبون في أن تصبح رقابة الشرعية الدولية على القوانين الأجنبية من طرف المحاكم الوطنية متهورة، في الحالة الراهنة للمجتمع الدولي، فيرون بأنها التزام دولي على المحاكم: مفهوم هو الآخر متطرف، ويمكن أن يبرر في ظل مجتمع دولي مندمج وعمودي؛ من الصعب جداً قبوله في عالمنا هذا، فلا يمكننا أن نفسر في ظل النظام القانوني الدولي قواعد ستصبح غير متطابقة مع معطياته الأساسية: ودون شك، فاندماج المجتمع الدولي ليس بدرجة كافية؛ لأن النظام القانون الدولي يفرض على المحاكم الوطنية ضمان سموه في كل الحالات، فأيهما يعتبر مناقضاً للقانون الدولي: الاجتهاد القضائي الأمريكي المستند على نظرية عمل الدولة السيادي، أم الاجتهاد القضائي الفرنسي المؤسس على النظام العام؟

ثالثاً- قاعدة مجيزة لما تكون الرقابة هي المبدأ

لا محظورة ولا مفروضة من طرف القانون الدولي، الرقابة من طرف المحاكم الوطنية على الشرعية الدولية لأعمال الدول الأجنبية تجد أساسها في قاعدة من القانون الدولي ذات طابع مجيز.

إن ممارسة الرقابة يجب أن ينظر إليها على أنها المبدأ أو أنها نقطة الانطلاق أو على أنها القرينة، وهذا فقط من أجل وضع حصة اللامركزية الحالية للمجتمع الدولي والتي تسمح لنا بمنح كل نظام قانوني، لاعتباراته الداخلية، بتكييف الرقابة وتفضيل أي نوع منها بالأخذ بها أو استبعادها.

إن، فالرقابة تشكل المبدأ وعدم الرقابة هي الاستثناء: فنحن أمام "قاعدة مجيزة لكنها مائلة نحو كفة الرقابة" أو "قاعدة أمرة تحمل بعض الاستثناءات"^(٧٥).

رابعاً- رقابة الشرعية الدولية والطابع غير الكامل للقانون الدولي

حسب الاعتراضات السابقة، يعهد للمحاكم الوطنية بممارسة الرقابة وتحديد القاعدة الدولية المطبقة وتفسيرها في حال غموضها أو تناقضها.

إن التفكير في الصعوبات المتولدة عن الطابع غير المؤكد وغير الكامل لقواعد القانون الدولي حال تطبيقها من طرف المحاكم الوطنية على الأجانب يؤدي بنا إلى مشكلة الطابع المجيز، المانع أو الأمر للقاعدة محل البحث.

إن القاضي الوطني، المدعو لمواجهة العمل الأجنبي بقواعد القانون الدولي، سوف يجد نفسه في الحقيقة في مواجهة إحدى الحالتين الآتيتين: إما معاينة وجود قاعدة دولية تنظم المادة؛ وفي هذه الحالة، ستؤدي المواجهة إلى التصريح بأن العمل شرعي أو غير شرعي، حسب الحالة. وإما، العكس، في مادة لا توجد بها قاعدة من القانون الدولي مؤسسة بوضوح، وفي هذه الحالة، فلا وجود لخرق للقانون الدولي؛ فالعمل لا يمكن أن يصرح بعدم شرعيته دولياً.

واقعيًا، من الواضح، بموجب قرينة النظامية (قرينة الصحة) المرتبطة بأعمال الدولة فالقانون الأجنبي، في غياب خرقه لقاعدة ثابتة بوضوح في القانون

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des (٧٥) gouvernements étrangers. Op.cit. p.47.

الدولي، يفترض بأنه شرعي دولياً، ويعتبر قابلاً لتطبيقه أمام القاضي الوطني. إن مفهوم قرينة النظامية كافٍ لمعالجة الصعوبات دون الحاجة للرجوع إلى مفاهيم متناقضة، لغياب النص أو للثغرات التي تتخلله أو بالاستناد على أسس منتقدة من فئة "كل ما ليس ممنوعاً فهو مسموح به" (٧٦).

من خلال هذا التحليل، فإن مسألة قياس درجة دقة القاعدة الدولية المتدخلة، ليست في مستوى قابليتها للرقابة، ولكن في مستوى مضمونها ونتيجتها. فالرقابة تمارس أو لا تمارس لأسباب مستقلة عن وجود قاعدة ثابتة بوضوح في القانون الدولي تنظم المادة؛ لكن، و فقط، في الحالة التي تكون فيها قاعدة ما محل انتهاك فالقاضي الوطني يصبح ملزماً بالتصريح بعدم الشرعية الدولية للعمل الأجنبي.

إن هذا التحليل يسمح لنا بالخروج من المأزق بأكمله. من جهة أولى، الفهم السيئ لدور القاضي الوطني بأنه ملزم بإحباط انتهاك عمل الدولة الأجنبية، نظراً لوجود قاعدة مترسخة في القانون الدولي: هنا الحجج السالفة، لوجهة النظر هذه من طرف مؤيدي الرقابة، تأخذ هنا كامل قيمتها. ومن جهة أخرى، فمن غير المنطقي، أن يعيق القاضي الوطني تطبيق عمل الدولة الأجنبية بحجة أن هذا العمل يتعارض مع قاعدة في القانون الدولي يجب أن يثبت وجودها ومضمونها في حكم القاضي، فخصوم الرقابة لم يكونوا على خطأ من تنكرهم لبنية المجتمع الدولي، إلى الشوفينية القضائية *chauvinisme judiciaire* وإلى تشتت القانون الدولي. وهكذا، فمن المستساغ أن الجهات القضائية الداخلية تطبق قواعد القانون الدولي وتحترمها في حال ثبت وجودها بدرجة كافية من الدقة، في حين يصبح من غير المبرر ترك ترسيخ قواعد القانون الدولي للقضاء الوطني؛ كون المصادر المكيفة والملائمة للنظام الدولي لن تصبح حاملة لمفهوم "الدولية *l'internationalisme*" المفروض في الحالة الأولى، ومفهوم "الكبح القضائي الذاتي *judicial self-restraint*" في الحالة الثانية.

ليست صعوبات النظام النظري هي فقط التي ستكون محل اعتبار ومعالجة هنا، فالمتطلبات العملية المتناقضة تجد هي الأخرى محلاً لها. وهكذا، فخصوم الرقابة هم على حق لما أشاروا إلى أن أمن الحركة التجارية للدول "المؤممة" موضع خطر، بحجة خرق قاعدة من القانون الدولي وجودها ومضمونها محل تشكيك. وكذلك،

(٧٦) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.48.

أنصار الرقابة لم يخطئوا لما أثاروا معاناة مصالح المستثمرين تحت غطاء التطبيق الآلي لقواعد متناقضة بطريقة ملتبسة بقواعد واضحة الرسوخ في القانون الدولي.

حل وسط يراه الأستاذ WEIL لا يعترف لا بمصالح الدولة السائرة في طريق النمو، ولا بمصالح مستثمري العالم الصناعي. صياغة الحل المقترحة، تجد محلاً سابقاً لها في الفقه والقضاء. وأيضاً لدى مدافع متحمس عن القاعدة الآمرة في هذا المجال وهو الأستاذ Mann والذي كتب بدقة إن: "القاضي الذي لا يصرح بالطابع الدولي التقصيري للقانون الأجنبي المخالف، يكون قد خرق بوضوح التزاماً دولياً واضحاً"^(٧٧).

وأيضاً لدى معارض شرس للرقابة وهو البروفيسور Falk الذي قبل بالرقابة إذا كان العمل الأجنبي يخرق قاعدة من القانون الدولي هي محل وجود وإجماع حقيقي عليها. إن قرار Sabbatino لا يذهب نحو هذا الاتجاه نفسه؟ فهو يستبعد الرقابة في حالة النزاع؛ لأن المحكمة العليا لا يمكنها إثارة خرق "معاهدة أو اتفاقية واضحة أخرى لاعتبارات مراقبة المبادئ القانونية"، ثم يضيف القرار بدقة أكثر قائلاً إن: "الدرجة الكبيرة للتقنين وإجماع عدة دول بخصوص مسائل القانون الدولي، فالرأي الأكثر ملاءمة هو الذي يتجه نحو منح القضاء سلطة النطق بقرارات حوله؛ أي بخصوص القانون الدولي".

والرأي الذي قرره القاضي White في هذه القضية لا يرمي لغير ذلك: "لما لا يثبت أن هناك خرقاً واضحاً للقانون الدولي، أنا أوافق على أن مبادئ المجاملة تسوغ الاعتراف بالقانون الأجنبي وتطبيقه"^(٧٨).

بين الصياغات السابقة وهذه الأخيرة فرق جوهري ومهم، فبدل النظر في درجة دقة القاعدة الدولية فهناك عامل مهم يلعب لصالح أو ضد ممارسة الرقابة نفسها—مدى قابليتها—فيثاثر هذا العامل في ميدان الموضوع، وبهذا المعنى فكلما تم قبولها من حيث المبدأ فالرقابة تقودنا إلى نتائج مختلفة بحسب وجود قاعدة دولية أم لا والتي سيعرض عليها العمل الأجنبي^(٧٩).

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.49. (٧٧)

Laura E. Little, Conflict of Laws: Cases, Materials, and Problems, second edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2018, p.149. (٧٨)

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.49. (٧٩)

الحل المقترح، ودون شك، لن يكون كافياً لتذليل كل الصعوبات، فهناك عائقان لا يمكن أن نستخف مطلقاً بأهميتهما.

بداية، إلى أي درجة من الرسوخ، يمكن الوصول إليها، لينظر إلى قاعدة قانون دولي ما بأنها واضحة الرسوخ؟ قرار Sabbatino يشير إلى كل "معاهدة أو اتفاقية أخرى منزوعة الغموض *traité ou un autre accord dépourvu d'ambiguïté*".

وكذلك الأمر بالنسبة لخرق قاعدة من القانون الدولي العرفي؛ فهناك من ينظر إليه بأنه محل "إجماع *consensus*"، فهل يجب إذناً إقامة تمييز على أساس المصادر؟ من حيث المبدأ، فالقانون الدولي واحد، ويتعين على القاضي الأخذ به كقاعدة مرجعية دون تمييز بين القاعدة ذات الأصل الاتفاقي، العرفي أو القضائي، أو التمييز بين وجود القاعدة ووجوب مواجهة العمل الأجنبي بها؛ أو عدم وجودها. في الحقيقة، قد يتعدّد الوضع قليلاً، فالقاعدة الاتفاقية تشكل قاعدة مرجعية مؤكدة أكثر من تلك العرفية التي تكون مثار نقاش، أو من ممارسة دولة حديثة النشأة أو من قضاء منقسم. وعلى كل حال، يعد تجاوزاً، حتى في حالة المصدر غير الاتفاقي، اشتراط إجماع عالمي *un consensus universel* غير منقوص *Sans faille*: وهذا ما يسميه الأستاذ Mann "المستوى المعقول من الإجماع *a reasonable level of agreement*" يظهر بشكل كاف قيادة منعزلة في مسلك معاكس، ضد رؤيته ليس كشاهد على غياب القاعدة، ولكن كانحراف لهذه القاعدة^(٨٠).

أما الصعوبة التي قد تواجهنا فتتعلق بالقياس، ولكنها لا تختلف مع تلك التي تواجهنا كل مرة عندما يطبق القاضي الوطني القانون الدولي في ظل غياب ميكانيزم الإحالة الأولية *renvoi préjudiciel* على هيئة دولية يُفرض على القاضي الوطني عرض المسألة عليها للفصل في وجود قاعدة دولية ثابتة بوضوح في المادة تؤدي لممارسة رقابة الشرعية على العمل نحو إعلان عدم شرعيته. إذن، فهناك هامش معتبر للتقدير تملكه الجهات القضائية.

ويبقى إشكال آخر يتعلق بكيفية إخطار القضاة الوطنيين بوجود قاعدة دولية وبمضمونها؟ كيف يمكن للقضاة الوطنيين تحديد مدى وجود قاعدة دولية واضحة الرسوخ في القانون الدولي تحكم المادة؟ السؤال هنا ليس بالجديد ولا بالخاص، فهو

(٨٠) F.A. Mann, *Studies in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1973, p.479.

يلوح في كل مرة يكون القاضي الوطني فيها مدعواً للفصل في نقطة تتعلق بالقانون الدولي (مثلاً عندما يفصل القاضي الفرنسي في مطابقة عمل إداري فرنسي للقانون الدولي) وخاصة كما لاحظ الأستاذ Reuter في دولة كالولايات المتحدة الأمريكية أين يكون القانون الدولي مندمجاً في القانون الداخلي^(٨١).

في غياب لآلية الإحالة الأولية أمام المحاكم الدولية فالقاضي الوطني لا يمكنه هنا إلا الاعتماد على نفسه، وهذا طبيعي، وهو ما يفعله حال البحث عن القانون الواجب التطبيق. لكن، هل الرجوع للخبراء أو للشهود -مثل المختصين في القانون الدولي- ممكن؟ كقاعدة عامة، لا يمكن الرجوع للخبراء والشهود إلا لإثبات مسائل الواقع. ومن المعلوم أنه في ظل القانون الدولي الخاص، وإثبات القانون الأجنبي الواجب التطبيق بموجب قاعدة التنازع، فالقضاة الوطنيون يلجؤون في كثير من الأحيان إلى الشهود أو الخبراء: هل هذا الحل ممكن التعميم؟ هل هناك موجب يتطلب أحكاماً مكتوبة؟

ويخلص الفقيه WEIL في تحليله من خلال دراسته الشهيرة لإشكالية رقابة القاضي الوطني على شرعية أعمال الدولة الأجنبية إلى أن صعوبة التخلص من هذا الإشكال مرجعه الأساسي صعوبة ضبطه، فعلى مستوى القانون الدولي، لا شيء يمنع القاضي الوطني من ممارسة الرقابة على الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية؛ مما يجعلها هي المبدأ، مع بعض الاعتبارات الخاصة في النظام القانوني الداخلي التي يمكنها الحد من هذه الرقابة أو منعها في حالات معينة^(٨٢).

ومع ذلك، فمجرد القبول بمبدأ الرقابة لا يعني أن هذا الرقابة سيتولد عنها تصريح بعدم الشرعية الدولية، تلقائياً، إلا في الحالة التي يعاين فيها القاضي خرق قاعدة دولية واضحة أو بيّنة الثبوت. وفي الحالة العكسية، تتمتع أعمال الدولة الأجنبية بقرينة الصحة والنظامية بما يتعارض مع التصريح بعدم شرعيتها.

إذن، فالطابع غير الدقيق وغير المتكامل للقانون الدولي لا يشكل عائقاً لقبول الرقابة من حيث المبدأ، ولكن يؤدي بالقاضي إلى التزام الحذر لما يكون في مواجهة مادة لا تتضمن قواعد دولية واضحة الثبوت؛ فالطابع غير الدقيق وغير الكامل للقانون الدولي يستتار، ليس في ميدان تقبل فكرة الرقابة، ولكن في ممارسة هذه الرقابة من حيث الموضوع.

(٨١) P. Reuter. Droit international public. op.cit. 1976. p.55.

(٨٢) Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.51.

حل فقهي كهذا، يسمح على الأقل بيعث الأمل في ضرورة تعاون المحاكم الوطنية في حماية علوية القانون الدولي وسموه، وليس بقليل أيضاً ضرورة الاحتفاظ للمحاكم، في الحالة الراهنة للمجتمع الدولي، بالفصل في عديد المسائل أين نجد القانون الدولي متناقضاً^(٨٣).

المطلب الثالث

الرقابة على تطبيق القوانين الأجنبية من خلال حماية النظام العام الدولي في دولة القاضي

هنا فرق جوهري، كما سبقت لنا الإشارة أعلاه، بين رقابة القضاء الوطني على الشرعية الدولية لقوانين الدولة الأجنبية، ومطابقة هذه الأخيرة للنظام العام الوطني، ففي الحالة الأولى المسألة تتعلق بالقانون الدولي العام ويكون القاضي مدعواً لحلها عبر القيام بمواجهة العمل القانوني الأجنبي بقواعد القانون الدولي المحددة مسبقاً من حيث وجودها ومضمونها؛ وفي الحالة الثانية، على العكس، فالقاضي لا يتجاوز أفق القانون الداخلي، إذ يحسم، فقط، في توافقية العمل القانوني الأجنبي مع النظام العام في دولته.

يقوم تطبيق القانون الدولي الخاص على فكرة البحث عن توازن بين متطلبات استقبال القوانين والمراكز القانونية الأجنبية وضمان تناسق النظام القانوني الوطني وتلاحمه، ويعتبر النظام العام هو الضامن لهذا التكامل^(٨٤)، على حد تعبير البروفيسور L.Éna Gannagé.

تعمل تقنية الدفع بالنظام العام الدولي على ضمان منع الاضطراب الذي قد يطرأ بفعل تطبيق أو الاعتراف بقواعد ونظم قانونية أجنبية تتناقض في مضمونها مع المفاهيم السائدة في النظام القانوني لدولة القاضي^(٨٥).

Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. Op.cit. p.52. (٨٣)

Léna Gannagé. L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des Valeurs. In: Travaux du comité français de droit international privé, années 2006-2008. Editions Pedone. Paris. 2009. p. 205. (٨٤)

Cour de cassation française. Rapport annuel 2013. La documentation française. Paris. 2014. p.128. (٨٥)

الأصل أن تطبيق القانون الأجنبي المشار إليه من طرف قاعدة التنازع الوطنية يتم بالاستقلال عن مضمونه، غير أن الأمر قد يثير الكثير من الإشكاليات والصعوبات. وهكذا، فقاعدة التنازع الوطنية عندما تشير إلى القانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، لا تقوم بفحص مسبق لمضمونه، وهو ما جعل منهج التنازع يوصف بأنه منهج غير متبصر (أعمى)^(٨٦)؛ لأنه قد يؤدي بالقاضي الوطني، وبأمر من قاعدة التنازع الوطنية، إلى تطبيق قانون أجنبي مخالف للمفاهيم الأساسية السائدة في دولته.

حال رجوع القاضي الوطني إلى القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، فقد يصطدم بمفاهيم غريبة عن نظامه القانوني أو غير متلائمة معه، وهو الأمر الذي يؤدي به دون شك إلى استبعادها لمخالفتها النظام العام أو النظام العام الدولي في بلد القاضي.

فالأصل، أنه عندما تحدد قاعدة التنازع الوطنية قانوناً أجنبياً كقانون واجب التطبيق، فالقاضي يتعين عليه تطبيقه مهما كانت النتيجة المترتبة عنه. مع ذلك، فإذا كانت الحلول التي يقدمها القانون الأجنبي تنتهك القيم الأساسية للمجتمع، فرد فعل النظام العام يكون باستبعاد هذا القانون وإحلال القانون الداخلي محله.

إن الإلمام بمفهوم النظام العام الدولي صعب. فضلاً عن كونه مفهوماً خالصاً للقانون الدولي الخاص، أو ما يسمى بـ "النظام العام الخالص للقانون الدولي الخاص". غير أن المؤكد أن النظام العام الدولي يعمل على مواجهة الحلول غير المحتملة (أو غير المتقبلة) التي يولدها تطبيق القانون الأجنبي^(٨٧).

يتمظهر النظام العام الدولي، بشكل إيجابي، لما يطبق القاضي الفرنسي، مباشرة، القانون الأجنبي أو قوانين (لوائح) الشرطة والضبط الفرنسية. في حين يبرز الوجه السلبي للنظام العام الدولي حال توليد آثار مركز قانوني ذي منشأ أجنبي، في فرنسا؛ كتطبيق قرار أجنبي أو الاعتراف به، لاسيما بشكل عرضي^(٨٨). وهكذا، ضببت محكمة النقض الفرنسية^(٨٩) شروط الاعتراف بالأحكام الأجنبية بأن تكون متوافقة مع النظام العام الدولي من حيث الموضوع والإجراءات.

Frédéric Leclerc. Cours de droit international privé. Op.cit. P.73. (٨٦)

Andreas BUCHER. L'ordre public et le but social des lois en droit internationale privé. Académie de Droit International de La Haye. Martinus Nijhoff Publishers. Lille-France. 1994.P.23. (٨٧)

Cour de cassation française. Rapport annuel 2013. Op.cit. p.128. (٨٨)

Cass. 1re Civ. 20 février 2007. Pourvoi no 05-14.082. (٨٩)

ولئن كان الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض الفرنسية، لا يعطي تعريفاً للمفهوم الفرنسي للنظام العام، إلا أن القرارات الصادرة عنها رسمت الخطوط العريضة لهذا المفهوم، ففي قرار شهير^(٩٠) صدر عن محكمة النقض، عرّف النظام العام الدولي بأنه مجموع "مبادئ العدالة العالمية المعتمدة لدى الرأي العام الفرنسي، كمبادئ ذات قيمة دولية مطلقة". ومبادئ العدالة العالمية تلك تتضمن مجموع الحقوق التي تهدف إلى حماية شخص الإنسان وكرامته، المبادئ الجوهرية في القانون الفرنسي، وكذلك الحقوق الأساسية. كما أن هذه المبادئ مرتبطة بالأسس السياسية، العائلية والاجتماعية للمجتمع الفرنسي تستثير الدفع بالنظام العام.

وهكذا، يشمل النظام العام الدولي من حيث مفهومه، حسب المفاهيم الفرنسية، ثلاثة مجالات رئيسية: الأولى، تتضمن "مبادئ العدالة العالمية المعتمدة لدى الرأي العام الفرنسي ذات القيمة الدولية المطلقة" لا سيما تلك المتعلقة بحظر الاستعباد والتعذيب والتمييز العنصري والمساواة. وبوجه عام المبادئ العامة التي تضمنتها اتفاقيات حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتي تدرج في النظام العام الدولي. والاجتهاد القضائي في هذا الشأن غزير^(٩١). أما المجال الثاني فيشمل المقومات والأسس السياسية والاجتماعية للحضارة الفرنسية، وأهم المبادئ المتبناة في هذا الشأن كالعلمانية والزواج المفرد (غير المتعدد). إن رد فعل الرأي العام الفرنسي هنا محل اعتبار كعدم تقبل وضعية ما أو الصدمة منها. ويتضمن المجال الثالث حماية بعض السياسات التشريعية، وكمثال على ذلك الحظر المطلق للطلاق لغاية العام ١٨٨٤، والحد من حالات الاعتراف بالأبوة الطبيعية إلى غاية العام ١٩٩٣.

وهكذا، يتجلى مما سبق^(٩٢) غموض مفهوم النظام العام وعدم إمكانية حصر حالاته في قائمة محددة تتضمن فرضياته كلها. بل والأكثر من ذلك، فالقيم والمفاهيم الأساسية للمجتمع الفرنسي في تحول مستمر، فهي نسبية زماناً ومكاناً، فما هو

Cass. Ire Civ. 25 mai 1948. pourvoi no 37.414. (٩٠)

(٩١) على سبيل الذكر، فالقوانين الأجنبية التي تمنح لأحد الزوجين حق الطلاق بإرادة منفردة تعد متناقضة والمبدأ الأوروبي في المساواة بين الزوجين.

Cass. Ire Civ. 17 février 2004.

Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. Droit international privé. 2e édition. Bréal. (٩٢) 2008. p.86.

محذور اليوم قد يكون متقبلاً غداً. وهو ما يظهر لنا مبدأ آنية النظام العام^(٩٣) الذي يلزم القاضي بأخذ النظام العام بالحالة التي يكون عليها لحظة الفصل في النزاع. فالقاضي الفرنسي يقبل في حقيقة الأمر الدفع بالنظام العام عندما تكون النتيجة المتولدة عن تطبيق القانون الأجنبي لا تتوافق مع المفهوم الحالي للنظام العام في دولة القاضي، يوم الفصل في النزاع، مع الأخذ بالاعتبار لطابعه التطوري.

وهكذا، وباستبعاده للقانون الأجنبي لتعارضه مع المفاهيم الأساسية لقانونه الوطني^(٩٤)، يلعب القاضي الوطني دور الحامي للنظام العام، الدولي أو الداخلي، حسب المفهوم الاجتهادي المعطى له.

يجب التأكيد، في مجال التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي أن هذا الأخير هو "نو مصدر وطني"؛ فكل دولة، وبصفة مستقلة، تحدّد مفهوم نظامها العام الدولي^(٩٥). وهو ما عبرت عنه محكمة النقض بـ: "المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي" الذي يتدخل في العلاقات الدولية في القانون الخاص^(٩٦).

إن المقارنة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي تظهر لنا تباعداً في المفهوم والآثار، فمجال النظام العام الدولي ضيق، وأكثر محدودية مقارنة بالنظام العام الداخلي، ففرنسا مثلاً ليس بإمكانها فرض كل مبادئ حضارتها على كل المجرة، فلا توجد إذناً غير تقنية النظام العام الدولي لمواجهة الحالات الصادمة أو تلك التي على درجة عالية من عدم التقبل. إن النظام العام الدولي هو النواة الصلبة للنظام العام الداخلي *le noyau dur de l'ordre public interne*.

هناك عنصران يُولدان الأثر الاستبعادي النمطي لآلية الدفع بالنظام العام الدولي وهما^(٩٧):

(٩٣) Daniel Gutmann. Droit international privé. 5e édition. Dalloz. Paris. 2007. p.106.

(٩٤) إن ضرورة التوافق بين القانون الأجنبي والسياسة التشريعية الداخلية لا يجب أن يفسر بشكل خاطئ، فليس كل اختلاف بين مضامين القانون الفرنسي والقانون الأجنبي يعد مخالفاً للنظام العام، فالقانون الدولي الخاص يسمح بحد أدنى من التنسيق بين النظم القانونية الوطنية، يجب أن يتحلّى القاضي بنوع من المرونة، فليس كل ما يعد من النظام العام الداخلي هو بالضرورة من النظام العام الدولي.

Daniel Gutmann. Droit international privé. Op.cit. p.106.

(٩٥) Andreas Bucher. L'ordre public et le but social des lois en droit internationale privé. Op.cit. p.24.

(٩٦) ولذلك، يعبر عنه في مفاهيم محكمة النقض الفرنسية، بـ (النظام العام الدولي "الفرنسي").

(٩٧) Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. Droit international privé. Op.cit. pp 87-88.

١ - النتيجة الواقعية غير المطابقة: أو النتيجة الملموسة غير المحتملة un résultat concret intolérable وهي تلك الوضعية غير المتقبلة في نظر المجتمع الفرنسي بفعل تطبيق القانون الأجنبي على أرض الواقع، والمثال الأكثر شهرة هو قرار Patino الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٥ ماي ١٩٦٣: بحيث أن زوجين بولفيين تزوجا في إسبانيا، ثم قررا الانفصال. قاعدة التنازع الفرنسية تعطي الاختصاص للقانون البوليفي (القانون الوطني المشترك). هذا الأخير، يجهل نظام الانفصال الجسماني، ويخضع طلاق المتزوجين في دولة في الخارج لشرط قبوله من طرف قانون محل إبرام الزواج، في حين أن القانون الإسباني المختص كذلك لا يعترف، آنذاك، بالطلاق. هنا، التطبيق المنفصل للقانونين البوليفي والإسباني لا يؤدي إلى أي نتيجة صادمة. لكن تطبيق كلا القانونين مجتمعين يؤدي إلى ذلك. فواقعياً، التطبيق التجميعي للقانونين لا يسمح للزوجين Patino بفك الرابطة الزوجية مطلقاً، وهو ما جعل محكمة النقض الفرنسية تفعل آلية الدفع بالنظام العام الدولي لاستبعاد التطبيق المُركب للقانونين مُجتمعين.

٢ - القرب من دولة القاضي la proximité avec le for: يتأثر النظام العام، زيادة أو نقصاناً، بحسب قُرب أو بُعد المسألة القانونية التي أثارَت تطبيق قاعدة التنازع، مادياً، من النظام العام في دولة القاضي. كما تخف حدة الدفع بالنظام العام بحسب درجة ارتباط الحالة التنازعية مع قانون دولة القاضي.

أ- نظرية النظام العام بالقرب

هي نظرية ألمانية تسمى l'Inlandsbeziehung. وتم اقتباسها في فرنسا تحت تسمية النظام العام بالقرب "Ordre public de proximité". يعود فضل طرح الفكرة إلى الفقيه الألماني "كان" نهاية القرن التاسع عشر؛ مضمون الفكرة أن الدفع بالنظام العام يتم إعماله، تناسيباً، مع كثافة الارتباط بين النزاع وبين إقليم دولة القاضي^(٩٨). إن رد الفعل في مواجهة القانون الأجنبي يزداد الإلحاح عليه كلما كان أحد أطراف النزاع من جنسية فرنسية أو متوطناً بصفة معتادة في فرنسا، فكلما كان

Daniel Gutmann. Droit international privé. Op.cit. p.108.

(٩٨)

أحد هؤلاء هو المعني بشكل مباشر بالوضعية الصادمة في جوهرها كان إعمال النظام أسهل في مواجهتها^(٩٩).

يقوم القاضي بإقصاء القانون الأجنبي المختص ويطبق قانونه الداخلي متى كان تطبيق القانون الأجنبي يتعلق بأحد الوطنيين أو المقيمين بصفة معتادة في فرنسا. ومع ذلك، فالقاضي الفرنسي يمكنه أن يطبق القانون الأجنبي في الفرضية التي يكون فيها النزاع على علاقة ضعيفة بفرنسا (بانتهاء حالي الجنسية الفرنسية والإقامة المعتادة في فرنسا)^(١٠٠) لأن كثافة تأثير النظام العام في هكذا حالة تكون أقل، نظراً لبعده المسألة، مكانياً، عن دولة القاضي.

ب- نظرية الأثر المخفف للنظام العام

في ظل فكرة النظام العام المخفف *Ordre public atténué*، تكون الحقوق المكتسبة في الخارج أخف تأثيراً على النظام القانوني الفرنسي. وفي هكذا حالات، يتعيّن وجود درجة عالية من التعارض بين القانون الأجنبي وبين المفاهيم الفرنسية لتبرير تدخل النظام العام.

تقوم هذه النظرية على فكرة مفادها أنه: "لا يمكن أن تتعارض مع النظام العام في فرنسا المراكز القانونية المنشأة في الخارج، في حين أن إنشاء تلك المراكز القانونية في فرنسا يتعارض مع النظام العام"^(١٠١).

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بهذا التمييز بين النظام العام الكامل والنظام العام المخفف في قرارها الصادر بتاريخ ١٧ أبريل/ نيسان ١٩٥٣ والذي جاء فيه أن "رد الفعل في مواجهة مقتضيات قانونية مخالفة للنظام العام ليس نفسه في حال إعاقة اكتساب حق في فرنسا، أو في حال تركها تولد في فرنسا آثاراً لحق اكتساب في الخارج، دون غش"^(١٠٢).

(٩٩) لا تخلو هذه الفكرة من المفارقة والنقد. كيف لفرنسا أن تدعي أنها تحمل وتتبني قيماً عالمية إذا كانت تطبقها بشكل نسبي؟ الجواب، دونما شك، لا يتعلق بالمنطق ولا بالفلسفة، على الأقل لكون هذان الأخران لا يقبلان بكون البراغماتية (الممارسة النفعية) هي في حد ذاتها قيمة. انظر:

Daniel Gutmann. Droit international privé. Op.cit. p.108.

François MELIN. Droit International Privé. Op.cit. p.133. (١٠٠)

Daniel Gutmann. Droit international privé. Op.cit. p.109. (١٠١)

Cass. 1re Civ. 17 avril 1953. pourvoi no 2.520. (١٠٢)

المطلب الرابع

القضاء الوطني بين تقنيتي الرقابة على الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية وحماية النظام العام الدولي

إن التطور المفاهيمي لفكرة النظام العام الدولي في فرنسا في مجال القانون الدولي الخاص جعل من هذه التقنية ضيقة التطبيق مقارنة بالنظام العام الداخلي، فإعمال آلية الدفع بالنظام العام الدولي في مواجهة القانون الأجنبي يتطلب بلوغ هذا الأخير عتبة معينة لا تطاق، ليتم استبعاده. كما أن شروط إعمال النظام العام محتومة بالاعتبارات البراغماتية^(١٠٣). ثم إن فعالية ميكانيزم الدفع بالنظام العام الدولي في مواجهة القانون الأجنبي مشروطة كذلك بالنتيجة الواقعية الملموسة، فالتعارض النظري بين المفاهيم الأساسية للقانون الوطني في دولة القاضي وبين مضمون القانون الأجنبي لا يعني استبعاد هذا الأخير آلياً، ما لم تتولد عن ذلك في أرض الواقع حالة جديرة بالاهتمام تضررت من تطبيق أحكام القانون الأجنبي. وعادة ما يتم إنفاذ الأثر الاستبعادي (الإقصائي) للقانون الأجنبي (عبر تقنية النظام العام الدولي) لفائدة الوطنيين أو المقيمين بشكل معتاد في إقليم دولة القاضي، مع حرمان غيرهم من ذلك الأثر. وكثيراً ما تسامح القضاء مع ترتيب بعض آثار المراكز القانونية الأجنبية (المنشأة في الخارج) في إقليم دولة القاضي، على الرغم من تعارضها مع النظام العام الدولي الفرنسي، عملاً بالأثر المخفف للنظام العام، في حين لم يكن القضاء يسمح بإنشائها أصلاً على الإقليم ذاته.

تقنية مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، تقوم على مراقبة القاضي لمضمون القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية^(١٠٤) في مواجهة الالتزامات الدولية لتلك الدولة، فقاعدة التنازع الوطنية تشير إلى القانون الأجنبي، كقانون واجب التطبيق، بمجموعه. وبالنتيجة، فليست القواعد ذات المنشأ الوطني هي وحدها المعنية، وإنما تعتبر الأحكام ذات المنشأ الدولي (الاتفاقي أو العرفي) من ضمن مجموع القواعد التي تدرج ضمن النظام القانوني الوطني. هنا، يجب التأكيد على افتراض كون النظام

Daniel Gutmann. Droit international privé. Op.cit. p.107.

(١٠٣)

(١٠٤) لا بد من التأكيد هنا على أن الأمر يتعلق بقاعدة التنازع المزدوجة؛ لأن قاعدة التنازع المفردة لا تحدد سوى مجال تطبيق القانون الوطني.

القانوني الأجنبي يمنح للقانون الدولي مرتبة تسمو على القانون. في هكذا حالة، يكون القاضي الوطني ملزماً بإعمال القاعدة الأسمى (القاعدة الاتفاقية الدولية) في حال تعارضها مع القاعدة الأدنى (التشريعية).

إن إقصاء أحكام تشريعية أجنبية من التطبيق لمخالفتها للالتزامات الدولية لتلك الدولة الأجنبية، يعني أن القاضي الوطني يمارس مراقبة اتفاقية القانون الأجنبي، الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية، مع الاتفاقيات الدولية الملزمة لتلك الدولة.

الحقيقة أنه في كلتا تقنيتي الرقابة يتعامل القاضي مباشرة مع مضمون القانون الأجنبي، فبعد إعمال المنهج التنازعي، وتعيين قاعدة التنازع الوطنية للقانون الأجنبي كقانون واجب التطبيق، يقوم القاضي بفحص مضمون القانون الأجنبي المعين استناداً إلى المفاهيم الأساسية للنظام العام في دولته، أو في مواجهة الالتزامات الدولية للدولة الأجنبية.

من حيث طبيعة ممارسة الرقابة: ففي مجال حماية النظام العام الدولي، تبدو فكرة الرقابة على مضمون القانون الأجنبي كخروج عن مبدأ حياد قاعدة التنازع الوطنية، والذي يقتضي أن القانون الأجنبي يعلن مختصاً بقطع النظر عن مضمونه، فقاعدة التنازع لا تتعامل، في الأصل، بشكل مباشر مع مضامين القوانين المرشحة لحكم المسألة القانونية، وهذا ما تولد عنه ما يسمى بالإسناد غير المتبصر. أما في مجال مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، فالرقابة هنا ليست استثناء، بل هي رقابة أصيلة مرتبطة بالمبادئ العامة للقانون، فالقاضي يطبق القواعد القانونية بشكل تراتبي (هرمي)، فتقصى القاعدة القانونية الأدنى لصالح القاعدة الأسمى في حالة التعارض وهكذا، ومن ثم فتعامل القاضي الوطني مع مضمون القانون الأجنبي وقياس درجة توافقيته مع الالتزامات الدولية للدولة الأجنبية لا يخرج عن دوره الأصيل في مجال فحص القوّة المعيارية للنصوص.

من حيث أساس ممارسة الرقابة: تتعلق مراقبة النظام العام الدولي بتطبيق القانون الدولي الخاص، في حين أن رقابة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية تتعلق بالقانون الدولي العام؛ فلتن كان تطبيق القانون الأجنبي المختص هو نتاج إعمال قواعد القانون الدولي الخاص الوطنية، فإن مراقبة اتفاقية القانون الأجنبي المختص مع الالتزامات الدولية للدولة الأجنبية يتعلق دون شك بالقانون الدولي العام.

أما من حيث القواعد المرجعية: فيعد النظام القانوني الداخلي هو المرجع في عملية رقابة المطابقة مع النظام العام، هذا الأخير ذو مفهوم " وطني " بالأساس^(١٠٥) ويستند في مقوماته على المفاهيم الوطنية^(١٠٦). في حين أن المرجع في ممارسة الرقابة على الشرعية الدولية للقانون الأجنبي، هو القانون الدولي الملزم للدولة الأجنبية والذي يمنحه دستوراً مرتبة تعلق القانون الداخلي نفسه. إذن، الالتزامات الدولية للدولة الأجنبية هي المرجع في مراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي وليست الالتزامات الدولية لدولة القاضي. هذه الأخيرة، حتى ولو أدرجها الاجتهاد القضائي ضمن المفهوم الممنوح للنظام العام كمرجع لمراقبة القانون الأجنبي، لا يمكن أن تغني عن مراقبة الشرعية الدولية له.

من حيث أدوات الرقابة: فممارسة مراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي المرشح لحكم النزاع يكون فقط بالاستناد على مضمونه المجرد في مواجهة الالتزامات الدولية للدولة الأجنبية نفسها. في حين أن مراقبة النظام العام الدولي كثيراً ما كانت مشروطة بالنتيجة الواقعية الملموسة بوجود حالة خاصة متضررة بشكل لا يطاق من تطبيق القانون الأجنبي.

في حال ممارسة القاضي الوطني للرقابة على شرعية القانون الأجنبي، وبمجرد ثبوت مخالفة أحد الأحكام التشريعية لنص اتفاقي دولي ملزم للدولة الأجنبية، يستبعد القاضي النص التشريعي ويطبق بالأولوية النص الاتفاقي الدولي لكونه الأسمى. في حين أن مراقبة النظام العام الدولي يكون بمواجهة مضمون القانون الأجنبي المعين لحكم النزاع بالمفاهيم السائدة لفكرة النظام العام في دولة القاضي، بما يجعل مضمون القانون الأجنبي يفلت في كثير من الأحيان من الإقصاء من التطبيق، طالما أنه لم يتجاوز النظام العام في دولة القاضي، ولو كان يخرق التزامات الدولة الأجنبية التي تسمو على القانون نفسه، لاسيما إذا كانت النصوص الدولية المرجعية في عملية الرقابة ليست نفسها تلك الملزمة لدولة القاضي والدولة الأجنبية.

(١٠٥) فالدراسات الفقهية والاجتهادات القضائية الفرنسية تتحدث، مثلاً عن "النظام العام الدولي (الفرنسي)"، وبعض التشريعات الوطنية على غرار التشريع الجزائري تتناول مفهوم "النظام العام في الجزائر". فمفهوم النظام العام هو مفهوم وطني بالأساس.

(١٠٦) غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي وسّع مفهوم النظام العام الدولي ليشمل "المبادئ العالمية المعتمدة لدى الشعوب العام الفرنسي ذات القيمة الدولية المطلقة".

من جهة أخرى، وفي ظل رقابة مطابقة القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي، كثيراً ما يطبق القانون الأجنبي، ولو كان متعارضاً مع النظام العام، طالما أنه لا يمس بمصالح الوطنيين أو المقيمين بشكل معتاد في إقليم دولة القاضي، وفي السماح بتطبيق أحكام قانون أجنبي ينتهك الالتزامات الدولية في الدولة الأجنبية بل وفي دولة القاضي مخاطرة كبيرة، لمجرد أنه لا يعني الوطنيين أو المقيمين في دولة القاضي، وهو ما من شأنه أن يجعل تطبيق القانون الدولي وحماية حقوق الإنسان رهناً بمصالح ضيقة وبممارسات براغماتية (نفعية) يمارسها قضاء الدول.

من غير المتقبل أن يتم الإقرار بأن القانون الأجنبي مخالف للنظام العام الدولي، ثم يعلن عن تطبيقه لكونه لا يمس بالمصالح الوطنية لدولة القاضي، ولو كان مخالفاً للالتزامات الدولية للدولة الأجنبية. لا يوجد مبرر شرعي يسمح بهكذا نتيجة. إن عدم عقلانية هذا الحل تجد مسوغاتها في القانون الدولي كما على المستوى الداخلي، فعلى مستوى القانون الدولي لا يقبل من الدول الاحتجاج بأحكام قوانينها الداخلية لخرق التزاماتها الدولية، فكيف يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي رغم انتهاكه للقانون الدولي الأسمى منه؟ وعلى المستوى الداخلي فالقاضي الأجنبي نفسه وفي ظل أي نزاع داخلي، لا يتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية أو بتطبيق القانون الدولي الخاص، كان سيطبق في حالة التعارض قواعد القانون الدولي كونها تسمو على تشريعه الداخلي، فكيف يتصور أن يطبق القاضي الوطني نص قانوني أجنبي، حتى قاضيه الأصلي ما كان ليطبقه في مواجهة نص اتفاقي دولي، أثناء نظر نزاع وطني بحت؟

كما أنه وفي حال إقصاء القانون الأجنبي من التطبيق نظراً لمخالفته للنظام العام، فسيتم تطبيق القانون الوطني مكانه، كحل احتياطي. مثل هذا الحل لا تخفي معه مخاطر انتهاك القانون الدولي، فلا شيء يضمن عدم مخالفة القانون الوطني لدولة القاضي للقانون الدولي. أما عندما يتعلق الأمر بمراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي فالحل مضمون مبدئياً؛ إذ إن القاضي لما يستبعد القانون الأجنبي من التطبيق سيطبق مباشرة أحكام النص الاتفاقي الدولي الذي تم على أساسه استبعاد القانون الأجنبي.

خلاصة القول: إن القيام بمراقبة الشرعية الدولية للقانون الأجنبي قبل تطبيقه تضمن حماية النظام العام العالمي. وبوصف أدق، حماية المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تحميها مختلف الصكوك الدولية. في حين أن حماية النظام العام هو، في جوهره، حماية للمفاهيم الأساسية والأسس التشريعية في دولة

القاضي. بل ويبقى مفهوم النظام العام الدولي غامضاً ومرتبباً في ضبط مفهومه بالاجتهاد القضائي الوطني وبالاعتبارات البراغماتية.

خاتمة:

خلصت الدراسة إلى أنه لا يمكن إحلال رقابة النظام العام محل مراقبة الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية، على الرغم من التشابه بين كلتا آليتي الرقابة إلا أننا نستنتج أن الرقابة على الشرعية الدولية للقوانين الأجنبية هي الأكثر موضوعية، والأكثر بعداً عن الاعتبارات الذاتية والبراغماتية، من حيث المبدأ. في حين تمارس تقنية الدفع بالنظام العام الدولي في مواجهة القانون الأجنبي الواجب التطبيق، إعمالاً لأحكام القانون الدولي الخاص، في ظل ممارسات براغماتية بحتة تجعل منها أقل فعالية من حيث ضمان سمو أحكام القانون الدولي.

وعلى حد تعبير الأستاذ P. WEIL، فإن نقل النقاش من ميدان القانون الدولي نحو النظام العام لدولة القاضي أغرى عدداً كبيراً من المحاكم لتبني هذه التقنية التي تسمح لهم بتجنب الفخاخ والمطبات الشائكة لمراقبة الشرعية الدولية، وفي الوقت نفسه بالوصول إلى نتائج متشابهة تقريباً.

إن فكرة ضمان سمو القانون الدولي تجعل من غير المتقبل أن يُطبق القاضي قانوناً يخالف القانون الدولي. قاعدة التنازع، لا يمكن أن تؤدي بنا إلى تطبيق قانون أجنبي إلا إذا ثبتت شرعيته الدولية.

ومع ذلك ففكرة السيادة تفترض أن محاكم الدولة لا يمكن أن تنتقد أعمال دولة أخرى أو أن تلغيها، إلا أنه وفي الوقت نفسه، وبالمنطق نفسه، فإن محاكم الدولة لا يمكن أن يفرض عليها من دولة أخرى تطبيق أعمال قانونية مخالفة للقانون الدولي.

إن سيادة الدولة الأجنبية لا تصبح منتهكة إلا إذا صرح القاضي الوطني بإبطال أحد أعمالها؛ ولكن القاضي الوطني لا يقوم إلا باستبعاد آثار العمل المتخذ من طرف الدولة الأجنبية من توليد آثار على إقليمه، فالإبطال لم يكن أبداً مثار المشكلة.

على مستوى القانون الدولي، لا شيء يمنع القاضي الوطني من ممارسة الرقابة على الشرعية الدولية للأعمال الأجنبية مما يجعلها هي المبدأ، مع بعض الاعتبارات الخاصة في النظام القانوني الداخلي التي يمكنها الحد من هذه الرقابة أو منعها في

حالات معينة. ومع ذلك، فمجرد القبول بمبدأ الرقابة لا يعني أن هذه الرقابة سيتولد عنها تصريح بعدم الشرعية الدولية، تلقائياً، إلا في الحالة التي يعاين فيها القاضي خرق قاعدة دولية واضحة أو بيّنة الثبوت. وفي الحالة العكسية، تتمتع أعمال الدولة الأجنبية بقرينة الصحة والنظامية بما يتعارض مع التصريح بعدم شرعيتها.

إذن، فالطابع غير الدقيق وغير المتكامل للقانون الدولي لا يشكل عائقاً لقبول فكرة ممارسة الرقابة من حيث المبدأ، ولكن يؤدي بالقاضي إلى التزام الحذر عندما يكون في مواجهة مادة لا تتضمن قواعد دولية واضحة الثبوت؛ فالطابع غير الدقيق وغير الكامل للقانون الدولي يستتار، ليس في ميدان تقبل فكرة الرقابة، ولكن في ممارسة هذه الرقابة من حيث الموضوع.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المؤلفات

- Andreas Bucher, L'ordre public et le but social des lois en droit internationale privé, Academie de Droit International de La Haye. Martinus Nijhoff Publishers, Lille-France, 1994.
- Andreas Bucher, La dimension sociale du droit international privé, Académie de Droit International de La Haye, Hollande, 2011.
- Antonio Cassese. International Law. 2nd edition. Oxford University Press. 2005.
- Bernard Audit, Droit international privé, 4ème édition, Economica, 2006, Paris, n°260.
- Bertrand Ancel, Yves Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2001.
- Bertrand Ancel. Cours de droit international privé. Université Pantho-Assas (Paris II). 2006.
- Cour de cassation française. Rapport annuel 2013. La documentation française. Paris. 2014.
- Daniel Gutmann. Droit international privé. 5e édition. Dalloz. Paris. 2007.

- Dominique Carreau, Fabrizio Marrella. Droit international. 11ème édition. Paris. Pedone. 2012.
- Domke, Friedmann, Henkin. Act of State: Sabbatino in the Courts and in Congress-Remarks, Columbia Journal of Transnational Law, 1964.
- F. Mann, The Sacrosanctity of the Foreign Act of State, Law Quarterly Review, 1943.
- F.A. Mann, Studies in International Law, Oxford: Clarendon Press, 1973.
- François MELIN. Droit International Privé. Casbah Editions. 2004.
- Frank Walsh, Flipping the Act of State Presumption: Protecting America's International Investors from Foreign Nationalization Programs, Texas Review of Law and Politics, Volume 12, Number 2, Spring, 2008.
- Frédéric Leclerc. Cours de droit international privé. Université des Antilles et de la Guyane. 2014.
- Gaudemet-Tallon Hélène. La reconnaissance des jugements étrangers portant sur une somme d'argent, en matière civile et commerciale. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°2, Avril-juin 1986. Études de droit contemporain. Contributions françaises au 12e Congrès international de droit comparé (Sydney-Melbourne, 18-26 août 1986).
- Gérard Cohen-Jonathan, La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique français in : Frédéric SUDRE, Le droit français et la Convention européenne des droits de l'homme 1974 –1992, Editions N.P. Engel. Kehl. Strasbourg. Arlington, 1994.
- Gross Leo. International Law in the Twentieth Century. New York: Appleton-century-crofts. 1969.
- Hans Kelsen, Théorie générale du droit et de l'Etat suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique, LGDJ, Bruylant, La pensée juridique, 1997.

- Henri Batiffol, Droit international privé, 6eme édition, Tome 1, 1974.
- J. Combacau, la doctrine de l'Act of State aux États-Unis, développements récents, RGDIP 1973.
- James Crawford, Vaughan Lowe. British Year Book of International Law 2008. Volume 79. Oxford University Press. 2009.
- Laura E. Little, Conflict of Laws: Cases, Materials, and Problems, second edition, Wolters Kluwer Law & Business, 2018.
- Lelièvre et Freed, la théorie de l'Act of State, JDI 1965. 160 et JDI 1967.
- Léna Gannagé. L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des Valeurs. In: Travaux du comité français de droit international privé. Editions Pedone. Paris. 2009.
- Linda J Pike, Encyclopedia of Public International Law: Installment 10, Elsevier science publishers, 1987.
- M. D. Ramsey, Acts of State and Foreign Sovereign Obligations, Harvard Journal of Int. Law, 1998.
- M. Domke, Indonesian Nationalization Measures before Foreign Courts, AJIL, 1960. 305, à comparer à Seidl-Hohenveldern, Chilean Copper Nationalization Case before German Courts, A.J.I.L, 1975.
- Marie-Christine Meyzeaud-Garaud. Droit international privé. 2e édition. Bréal. 2008.
- Michel PELICHET. Le juge et les conflits des lois. In le juge et le droit international. Editions du Conseil de l'Europe. Allemagne. Septembre 1998.
- P. Julliard, l'arrêt Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, A.F.D.I, 1965.
- Paul Reuter, Droit international public, 5ème édition, Presses Universitaires de France, paris, 1976.
- Pierre Mayer, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, R.D.C.I.P, 1991.
- Pierre-Marie Dupuy, Yann Kerbrat. Droit international public. 14e

- édition. Dalloz. 2018.
- Raymond Goy. Du droit interne au droit international le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme. Publication Univ Rouen Havre. 1998.
 - Seidl-Hohenveldern, Chilean Copper Nationalization Cases before German Courts, A.J.I.L., 1975.
 - Stephen G. Wolfe. Rationalizing the Federal Act of State Doctrine and Evolving Judicial Exceptions. Fordham Law Review. Volume 46. 1977.
 - Weil Prosper. Le contrôle par les tribunaux nationaux de la licéité des actes des gouvernements étrangers. in: Annuaire Français de Droit International. Volume 23. 1977.
 - William Harvey Reeves, Act of State Doctrine and the Rule of Law - a Reply, A.J.I.L., Volume 54 Issue 1, 1960.
- سفيان عبدلي، دور القاضي الوطني في تطبيق وتفسير الاتفاقيات الدولية، دار نور للنشر، ألمانيا، ٢٠١٧.

ثانياً: الدوريات

- Dalloz 1991, jurisprudence p 105, note François Boulanger.
- Répertoire Defrénois 1990, p 961, observations Jacques Massip.
- JCP G 1990, II, 21635, note Horatia MUIR WATT.
- RCDIP 1990, p 519, note Elisabeth Poisson-Drocourt ;
- JCP G 1998, II, 10176, p 1910, note Thierry Vignal.
- Dalloz 1999, SC p 290, observations Bernard Audit.
- Dalloz 1999, jurisprudence p 309, note Jean Thierry.
- GP 1990, T 2, Journaux n°257-258 des 14 et 15 septembre, jurisprudence p 481, note Bertrand Sturlese.
- International Legal Materials, 1964.
- International Legal Materials, 1965.

- International Legal Materials, 1967.
- International Legal Materials, 1968.
- International Legal Materials, 1970.
- International Legal Materials, 1971.
- International Legal Materials, 1972.
- International Legal Materials, 1973.
- International Legal Materials, 1974.
- American Journal of International Law, 1961.
- American Journal of International Law, 1962.
- American Journal of International Law, 1964.
- American Journal of International Law, 1966.
- American Journal of International Law, 1968.
- American Journal of International Law, 1971.
- American Journal of International Law, 1972.
- American Journal of International Law, 1975.

ثالثاً: الأحكام والقرارات القضائية

- Underhill v. Fernandez, 168 U.S. 250 (1897).
- Tribunal et Cour de Tokyo, Nissho Maru, 1953, I.L.R., 1953, 305.
- Cass. 1re Civ. 25 mai 1948. pourvoi no 37.414.
- Cour suprême d'Aden, Affaire du Rose Mary, 9 janvier 1953, I.L.R., 1953.
- Tribunal de Venise, 11 mars 1953, l'affaire du Miriella.
- Tribunal de Rome, 13 septembre 1954.
- Arrêt du 19 novembre 1958, AWD, 1959, 128; arrêt du 22 décembre 1965, OJZ, 1966, 204.
- Cour d'Amsterdam, 4 juin 1959.

- Tribunal et Cour de Brème, 13 avril et 21 août 1959.
- Cour de Brème, 13 avril et 21 août 1959, l'affaire des tabacs indonésiens.
- District Court of New- York, 31 mars 1961, 193 F. Supp. 375.
- Tribunal de La Haye, 20 janvier 1962, I.L.R., vol. 33, 30.
- Court of Appeals, 6 juillet 1962, 307 F. 2d 845; IJL.M., 1962.
- Supreme Court, 23 mars 1964, 376 U.S. 398; I.L.M., 1964.
- Cour Suprême néerlandaise, 17 avril 1964.
- District Court of New-York, 30 juillet 1965, p.243 F. Supp. 957; I.L.M. , 1965.
- District Court of New-York, 15 novembre 1965 ,272 F. Supp. 836; I.L.M, 1965.
- District Court, 20 juillet 1967, 270 F. Supp. 1004; I.L.M., 1967.
- Court of Appeals, 31 juillet 1967, 383 F. 2d 166; I.L.M., 1967.
- Supreme Court, 4 mars 1968, 390 U.S. p.956; IJL.M., 1968.
- Cour de cassation française. civ. 23 avril 1969.
- Court of Appeals, 16 juillet 1970, 431 F. 2d 394; I.L.M., 1970.
- Supreme Court, 25 janvier 1971, 400 U.S.
- Court of Appeals, 27 avril 1971, 442 F. 2d 530; I.L.M., 1971.
- Supreme Court, 7 juin 1972, 406 U.S. 759; I.L.M., 1972.
- First National City Bank versus Banco Nacional de Cuba, 7 juin 1972, 406.US.759.
- Cour supérieure de Hambourg, 22 janvier 1973.
- Cour de Hambourg, 22 janvier 1973, l'affaire du cuivre chilien.
- Court of Appeals, 11 mai 1973, I.L.M., 1973, 636.
- Commission EDH, 10 juillet 1975, requête n°6482/74 ;

- Supreme Court, Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba, 24 mai 1976, 425 US.682.; résumé in: A.J.I.L., 1976.
- Cour de cassation française. 1ere civ. 31 janvier 1990 Arrêt n°148, Bull. civ. I, n°29, p 20 ; arrêt n°149, pourvoi n°87-18.956.
- Commission EDH, 11 avril 1996, requête n°24001/94 ;
- Cour de cassation française. civ. 24 février 1998. RTDCiv. 1998, p 520, observations Jean-Pierre Marguenaud; RTDCiv. 1998, p 458, observations Bernard Vareille.
- CEDH, décision du 7 novembre 2000, requête n°47128/99.
- Cour de cassation française. 1re Civ. 17 février 2004.
- Cour de cassation française. 1re Civ. 20 février 2007. Pourvoi no 05-14.082.

An Analytical Study in the Context of Conflict of Laws

Prof. Sofiane Abdelli*

Abstract:

Objectives: This research aims to highlight the oversight role played by national courts over applicable foreign laws in conflicts of laws in the judge's country. This oversight is implemented through two techniques: the first is called oversight of the international legitimacy of foreign law, and the second is related to oversight of international public order. **Methodology:** The research relied on an analytical approach, deconstructing the theoretical and practical foundations of each technique and linking them to relevant international legal and judicial contexts. **Results:** This research argues that public order oversight cannot replace oversight of the international legitimacy of foreign laws. An analysis of the results of the two techniques concluded that, despite the similarities between the two oversight mechanisms, oversight of the international legitimacy of foreign laws is more objective than oversight of public order, and less influenced by pragmatic considerations and local concepts. In principle, judicial applications have revealed that the technique of invoking public order against applicable foreign law is now used within the framework of purely pragmatic practices, often linked to narrow notions of sovereignty, which limits its effectiveness in enshrining the supremacy of international law. **Conclusion:** This research concludes that public order oversight cannot be replaced by international legitimacy oversight, as the latter is the rationale most consistent with respect for international law. Although the notion of sovereignty fundamentally prevents state courts from invalidating foreign state legal texts, by the same token, national courts cannot be compelled to enforce foreign legal texts that violate international law. International legitimacy oversight of foreign laws

* Professor of International Law and Human Rights - Faculty of Law, University of Biskra, Algeria, Faculty of Law, Islamic University of Minnesota, USA.

Email: sofiane.abdelli@univ-biskra.dz

- Submitted: 6/9/2020, Accepted: 15/10/2020.

All Rights Reserved-Academic Publication Council-Kuwait University.

To Cite P. 133

expresses a principled commitment to ensuring the supremacy of international law by eliminating any mechanism for enforcing foreign law that violates its rules. The national judge is authorized to exercise this oversight, provided that he does so in accordance with precise controls that ensure respect for the presumption of legality of foreign laws. He may only declare foreign laws illegal in the event of a clear and proven violation of an international rule.

Keywords: National courts, foreign laws, international legitimacy, public order, international law, oversight techniques.

المستشار الدكتور سفيان عبدلي، قاضٍ، باحث وخبير في القانون الدولي وحقوق الإنسان، ومحكم دولي لدى مركز قطر للتحكيم. أستاذ القانون العام وحقوق الإنسان بجامعة بسكرة الجزائر وبجامعة مينيسوتا بأمريكا. تقلد عدة مناصب بالسلطة القضائية في الجزائر. نال جائزة ودرع جامعة الدول العربية وتم اختيار أطروحته للدكتوراه كأفضل أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية. أشرف على العديد من رسائل الماجستير وأطروحات الدكتوراه. أسهم في تأطير التكوين الأساسي والمستمر للقضاة ومسؤولي مختلف أجهزة إنفاذ القانون الأمنية والإدارية. له العديد من الكتب والمقالات العلمية المنشورة بالمجلات الدولية ذات المصنف العالي. يشغل عضوية العديد من اللجان العلمية في عدد من المجلات العلمية الدولية المتخصصة. يشغل عضوية عدة معاهد ولجان دولية للخبراء في مجالي القانون الدولي وحقوق الإنسان.

الإيميل: sofiane.abdelli@univ-biskra.dz

للاستشهاد:

عبدلي، سفيان. (٢٠٢٥). آليات رقابة القضاء الوطني على القوانين الأجنبية. مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ٤٩ (٣)، ٧٣-١٣٣.

To Cite:

Abdelli, Sofiane. (2025). An Analytical Study in the Context of Conflict of Laws. *Journal of Law, Kuwait University*, 49(3), 73-133.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

An Analytical Study in the Context of Conflict of Laws.

Prof. Sofiane Abdelli



جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

No. 3 - Vol. 49

Rabi I 1447 - September 2025