المحاضرة رقم 03:

المصادر الوطنية "الداخلية" للقانون الدولي الخاص

يعرف المصدر على أنه المنبع الذي تستقي منه القواعد القانونية قوتها الإلزامية، وتحديد مصدر القاعدة القانونية الدولية يعني تحديد القوالب الشكلية التي تمكن القاضي من استخلاص الحكم الواجب التطبيق على النزاع، والقانون الدولي الخاص كما سبق وأشرنا هو قانون دولي بالنظر إلى موضوعه ووطني بالنظر إلى مصادره وهذا لا يلغي أهمية ودور المصادر الدولية، ويشير هذا إلا أن مصادر القانون الدولي الخاص ليست من طبيعة واحدة فهناك الوطنية تشمل التشريع والعرف والقضاء إلى جانب الفقه، ودولية كالمعاهدات والاتفاقيات الدولية والأعراف الدولية، ويتفاوت تأثير هذه المصادر في موضوعات القانون الدولي الخاص فبعض المصادر تكون درجة تأثيرها عالية مقارنة بمصادر أخرى، ومن هذا المنطلق ستطرق في هذه المحاضرة إلى تحديد المصادر الوطنية للقانون الدولي الخاص.

أ: **التشريع**: يعد من أهم المصادر الوطنية لصياغة قواعد القانون الدولي الخاص، فهو مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة والموضوعة من قبل السلطة المختصة بالتشريع والتي تصدر في وثيقة مكتوبة كالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وعلى الرغم من أهمية هذا المصدر في صياغة قواعد القانون الدولي الخاص إلا أنه لم يكن يحظى بهذه الأهمية سابقاً وهذا راجع إلى اعتماد القضاء ولفترة طويلة على اجتهادات الفقهاء في نظرية الأحوال لإيجاد حلول لمشاكل تنازع القوانين، كما أنه لا يحظى بأهمية في الدول التي تتبنى السابقة القضائية كبريطانيا مثلا.

لكن مع بداية القرن الثامن عشر تغير هذا الوضع بعد أن أخذ المشرع الأوروبي بعد الثورة الفرنسية وبداية حركة التقنين بسن قواعد تنازع القوانين والعمل على ادماجها في القانون المدني كما فعل المشرع المصري (**المواد من10 إلى 28**) والمشرع السوري (**المواد من 11 إلى 30**) والمشرع الجزائري (**المواد من 9إلى 24**)،كما تم إصدار أحكام تنازع القوانين في تشريعات قائمة بذاتها مثل التشريع الخاص بالقانون الدولي الخاص في تشيكوسلوفاكيا سابقاً سنة 1963.

ويلعب التشريع دور حيوي ورئيسي في موضوع الجنسية وذلك لأنها تحدد ركن مهم من أركان الدولة وهو الشعب في ما يتعلق بسيادة الدولة، لذلك، نجد أن معظم الدول نظمت أحكام الجنسية عن طريق التشريع سواء في الدستور مثل اسبانيا سنة 1876 والبيرو في دستور 1919 أو في قانون الجنسية، وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجد هناك الكثير من القواعد التشريعية الخاصة بالقانون الدولي الخاص والتي تم تقسيمها بحسب مجالات تطبيق القانون الدولي الخاص وهي كالتالي:

-**مجال تنازع القوانين**: في هذا المجال نظم المشرع الجزائري تنازع القوانين في القانون المدني تحت **عنوان تنازع القوانين من حيث المكان** من المادة9 إلى المادة 24 وقد تم تعديل هذه المواد فيما بعد بمقتضى التعديل الذي مس القانون المدني في جوان 2005، واذا كانت غالبية نصوص القانون المدني الجزائري ذات أصل فرنسي فإن هذا لا ينطبق على المواد سابقة الذكر وهذا راجع لكون القانون المدني الفرنسي لا يحتوي على قواعد تنازع القوانين حيث يمتلك مادة فقط وهي المادة الثالثة منه، وهو السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اللجوء إلى القانون المدني المصري الصادر عام 1948 لسن قواعد تنازع القوانين.

-**الجنسية**: أما في ما يخص الجنسية فقد عمل المشرع الجزائري على تنظيمها بمقتضى قواعد قانونية مكتوبة وواضحة، وقد بدأت مع فترة ما بعد الاستقلال مباشرة أين تم تنظيم هذا المجال وفقا لقانون الجنسية لسنة 1963 والذي تم الغاءه بموجب

قانون 1970 والذي عدل وتمم بموجب القانون رقم05-10 في 20 فيفري 2005، ويحدد هذا التشريع طريق اكتساب الجنسية وفقدها والتجريد منها والمسائل التي تخص اثباتها.

- **مركز الأجانب**: يمتلك الأجنبي في العصر الحديث مركز قانوني معترف به وبالتالي وجب على الدولة المتواجد فيها ضمان حقوقه من خلال العديد من التشريعات مثل: التشريعات الخاصة بالإقامة والتشريعات الخاصة بامتلاك الأراضي والتشريعات الخاصة بحق العمل...إلخ، وعلى هذا الأساس عمل المشرع الجزائري على تنظيم وضعية الأجانب من حيث دخولهم وخروجهم وكذلك شروط اقامتهم وتنقلهم مع تحديد العقوبات المقررة على الأجنبي في حالة عدم الامتثال للأحكام، ومن أمثلة هذه التشريعات نجد الأمر رقم 66-211 الصادر في 21جويلية لعام 1966 وكذلك القانون رق 10/81 الصادر بتاريخ 11 جويلية 1981والمتعلق بشروط عمل الأجانب.، من خلال هذه الأمثلة نلاحظ كيف أن المشرع الجزائري أولى أهمية كبيرة للأجانب.

- **مجال تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام**: في ما يخص العنصر الأول تم تخصيص بعض النصوص القانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعالجة أحكام تنازع الاختصاص القضائي من خلال المادتين 41 و42 المنقولتان عن المادة 14و 15 من القانون المدني الفرنسي، أما في ما يخص تنفيذ الأحكام فقد نص عليها في المادة608 و 605 والتي تنص على:

✓ لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص،

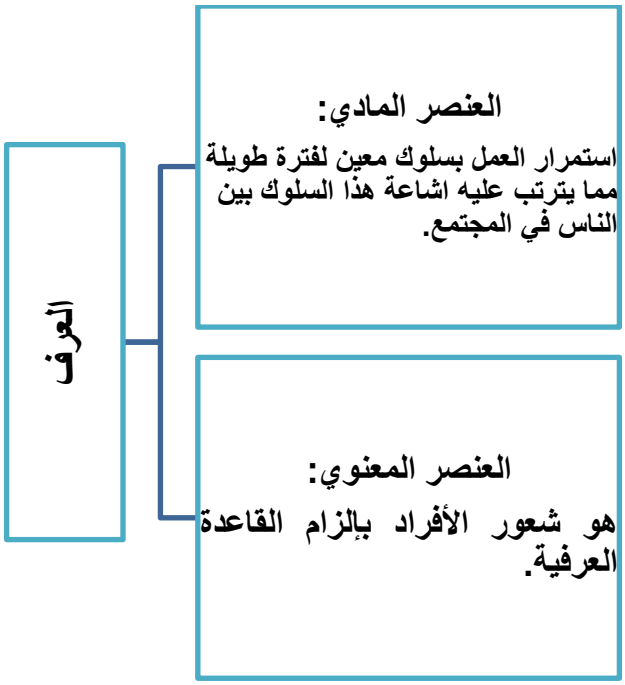
- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،

- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر.

بـ: العرف: يعتبر العرف من المصادر الهامة في القانون الدولي الخاص فهو يحل محل التشريع أو معاهدات في حالة غياب أحدهما أو كلاهما، ويعرف العرف على أنه:

-ما اعتاد الناس وسارو عليه من كل فعل شاع بينهم.

-أما من الناحية القانونية فالعرف هو مجموعة من قواعد السلوك غير المكتوبة التي تعارف الناس عليها في مجتمع معين في زمان معين واستمر العمل بينهم إلى غاية أن تولد ليهم شعور بالالتزام اتجاهها، يتضح من خلال هذا التعريف اشتمال العرف على عنصرين الأول مادي والأخر معنوي:



وتظهر أهمية العرف في كونه من أقدم مصادر التشريع الإنساني، إذ أن التشريعات المختلفة بدأت بعادات وأعراف جعلت منها في ما بعد شريعة تحتكم إليها، لأن العرف عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة وليست مكتوبة لكن معمول بها في كثير من المجتمعات إلى يومنا هذا في البدو وسكان الصحاري، أما أهمية العرف في القانون الدولي الخاص تظهر في أن كل القواعد المرتبطة بمجال تنازع القوانين أو مركز الأجانب أو الجنسية مصادرها عرفية ، لكن مع انتشار موجة التشريع وتقنين القواعد القانونية صار العرف عبارة عن مصدر تاريخي لهذه القواعد وفقط.

على الرغم من ذلك يلعب العرف الدور **المكمل للتشريع** ففي حالة عدم قدرة القاضي على ايجاد حل للنزاع المعروض عليه في أي من النصوص القانونية المكتوبة يتم اللجوء إلى العرف استنادا إلى أن معظم قواعد هذا القانون هي قواعد عرفية في الأساس، ما يعني أن القانون الدولي الخاص هو تأكيد لقواعد عرفية تم تطويرها وتوسيع نطاقها عند تدوينها.

ج: **القضاء الوطني**: يعرف القضاء بأنه مجموعة من الأحكام والقرارات التي تم بها الفصل في النزاعات المعروضة على القضاء والتي استقرت عليها المحاكم وأصبحت تمثل اتجاها واضحا في العديد من القضايا التي يبحث فيها القانون الدولي الخاص.

ويختلف دور القضاء باختلاف الدولة والأنظمة القانونية المتبعة فيها، بمعنى، الدول التي تعتمد على **النظام الأنجلوسكسوني** يساهم فيها القضاء بدور كبير في تكوين القاعدة القانونية وبالتالي يعتبر فيها القضاء مصدراً هام ورسمي ويسمى فيها القانون القضائي **Cass Law** كما هو الحال في **بريطانيا** ⟵ مصدر رئيسي ورسمي للقانون فيها كونها تأخذ بمبدأ **السابقة القضائية** والتي تعني تمتع السابقة القضائية **بقوة الإلزام**، بمعنى، القاضي في هذه الدول إذا عرض عليه نزاع وجب عليه البحث عن حل له في الأحكام القضائية السابقة التي صدرت من قبل في النزاعات المماثلة فإذا وجد فيها حل وجب عليه اتباعه وعدم مخالفة الأحكام التي سوف يصدرها.

أم الدول التي تعتمد على **النظام اللاتيني** كالجزائر ومصر وفرنسا مثلا فتعتبر القضاء مصدراً تفسيرياً وطنيا أي أنه لا يخلق قاعدة قانونية وإنما يقتصر دوره على تفسير القاعدة وتطبيقها، وبالتالي الأحكام القضائية الصادرة ليست مصدر رسمي للقاضي ومن هنا هذا الأخير ليس مجبر على التقيد بالأحكام الصادرة في نزاعات مماثلة للقضية المطروحة عليه.

د: الفقه ودوره في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص:

نركز في هذا الجزء على مجموع الأفكار والآراء والشرحات والتفاسير التي قدمها الفقهاء، وقد تم ربطها بالمصادر الوطنية لأن ككل فقيه حاول تطوير قواعد القانون الدولي الخاص في فترة زمنية معينة ومكان معين قبل أن تتطور هذه الأفكار وتنتشر إلى باقي الدول، وعلى الرغم من أهمية هذه الآراء إلا أنها لا تشارك في خلق قاعدة قانونية بشكل مباشر كما أنها لا تتمتع بالقوة الإلزامية وبالتالي فإن دورها يقتصر على **العمل التفسيري**، وفي الجزائر مثلا لا يوجد نص قانوني يدرج الاجتهادات الفقهية ضمن مصادر القانون الدولي الخاص لكن مع تعديل 20 جوان2005 تم اضافة مادة 23 مكرر2والتي تنص عل ما يلي: **تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين**، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أدرج هذه الآراء الفقهية ضمن المبادئ العامة لقانون الدولي الخاص وبالتالي يمكن للقاضي الرجوع إليها ما لم يرى بشأن النزاع نص خاص وهذا لا يكون إلا بعد استنفاذ جميع المصادر.

وفي ما يلي أهم الإسهامات الفقهية:

✓ **المدرسة الايطالية:** وتظهر اسهامات هذه المدرسة في تحليل العديد من الموضوعات التي تدخل في سياق القانون الدولي الخاص، وفي ما يلي توضيح بذلك:

- تحليل ما هو مرتبط بتنازع القوانين من خلال **كتاب أكورس** والذي علق على نص مدونة جوستيان تحت عنوان الثالوث الأعظم والذي وضح فيه قاعدة **خضوع الشخص إلى قانونه الشخصي رغم وجوده في مكان غي مكانه**.
- ساهم بارتول ***Bartol*** والذي يعد زعيم المدرسة الإيطالية القديمة في التعمق في دراسة تنازع الأحوال وتقسيمها ووضع الحل المناسب لكل مسألة على حدة.
- انشاء الفقه الايطالي لقاعدة مهمة من قواعد القانون الدولي الخاص وهي **قاعدة لوكيس** ومضمونها خضوع العقد (التصرف) إلى قانون المكان الذي أبرم فيه، وكان الإيطاليون قبل ذلك لا يفرقون بين شكل التصرف وموضوعه، ولتجاوز هذا الإشكال أصبح يخضع من حيث الشكل إلى **قاعدة لوكيس** والتي تعني **خضوع العقد إلى قانون المكان الذي ابرم فيه**، أما من حيث الموضوع يخضع العقد إلى قانون الإرادة، وتوجد هذه القاعدة في القانون الجزائري مُوضحة في نص المادة 18 من القانون المدني والتي تنص على: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**" وبتحليل هذا النص نجد أنه ركز على موضوع العقد وبالتالي خضوعه لقانون إرادة المتعاقدين وليس لقاعدة لوكيس.
- كما قام الفقه الايطالي بإنشاء قاعدة قانونية مهمة تستعملها العديد من التشريعات اليوم، وهي **قاعدة قانونية تخص الفعل الضار** والتي تقضي بخضوع النزاعات المتعلقة بالفعل الضار لقانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار .

✓ **المدرسة الفرنسية:** لعب الفقه الفرنسي دور مهم في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص ومن أهم ما جاء به:

- **مبدأ اقليمية القوانين"برتراند دارجنتريه":** يعمل هذا المبدأ على تقسيم القوانين إلى **عينية وشخصية**، وأدخل ضمن الأحوال العينية كل تصرف له علاقة بالأرض سواء كان عقد أو وصية بالإضافة إلى الأموال وأخضع هذه الأحوال إلى القانون الإقليمي أي قانون الدولة المتواجد فيها العقار مثلا، **مثال: استنادا لهذه القاعدة لو عرض على القاضي نزاع حول عقار في بلجيكا سوف يطبق القانون البلجيكي باعتباره قانون مكان تواجد العقار.**

أما الأحوال الشخصية والتي تتعلق بالزواج والأهلية مثلا فيطبق عليهم قانونهم الوطني حتى لو كانوا مقيمين في غير دولتهم أي قانون جنسيتهم وهو ما أخذت به معظم التشريعات منها التشريع الجزائري في **المادة 10** الفقرة الأولى من القانون المدني

والتي تنص على:" **يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم**"، وعلى الرغم من الإضافة التي قدمها الفقيه **برتراند دارجنتريه** إلا أنه انتقد بحجة أنه لم يهتم بجميع مجالات تنازع القوانين فلم يضع على سبيل المثال قواعد اسناد خاصة بمسائل الجرائم.

- **مبدأ عينية الأموال وشخصية الأحوال " دي مولان"**: وقد قسم فيه الأحوال إلى عينية وشخصية كما جاء بمبدأ سلطان الإرادة في العقود وصياغة قانون الإرادة خاصة بعد أن كيف المشارطات المالية التي تصحب عقد الزواج بأنها عقود ومن الجائز أن يطبق عليها قانون محل إبرامها أو قانون آخر، كما جعل لإرادة المتعاقدين دور بارز في حل التنازع بين القوانين وقصر نطاق قاعدة لوكيس على شكل التصرف دون موضوعه.

✓ **المدرسة الهولندية " مدرسة المجاملة"**: من رواد هذه المدرسة الفقيه برجاندوس "***Burgundus***" والفقيه بول فيت "***Paul Voet***" وأولديك هوبر "***Ulrich Huber***"، قد اهتم رواد هذه المدرسة بدراسة والبحث في التنازع المحلي بين قوانين المقاطعات وتنازع القوانين الدولي، وقسم الفقه الهولندي الأحوال إلى شخصية موضوعها الرئيسي هو الشخص ولو كان لها صلة بالمال وعينية موضوعها الرئيسي المال ولو تعلقت بالأشخاص، أما **هوبر** فقد وضع مجموعة من المبادئ من أهمها أن قوانين كل حكومة لها سلطان عام داخل إقليم الحكومة وتسري على رعاياها ولا سلطان لها خارج الإقليم وأن جميع الأشخاص الموجودون داخل إقليم الحكومة هو رعاياها.

ومن أبرز اسهامات المدرسة الهولندية هو **مبدأ المجاملة الدولية** الذي يهدف إلى ايجاد حلول لتنازع القوانين بين الدول ويقوم هذا المبدأ على فكرة أساسية مفادها: **يجوز لرئيس كل دولة من باب المجاملة الدولية أو باب تبادل المصالح بأن يتصرف بأثار تطبيق القوانين الأجنبي على ما يقع في حدود اقليمها على ألا يترتب على ذلك المساس بسلطان الدولة ومصالحها الجوهرية**، وعادة ما يشير مبدأ المجاملة الدولية إلى **المعاملة بالمثل**.

✓ **فقه النظريات الحديثة:**

-**الفقيه سافيني**: تتجسد اسهامات هذا الفقيه في ما يلي:

- فكرة الاشتراك القانوني: والقائمة على اعتبار أن الدول الأوروبية ذات حضارة وتاريخ مشترك والقانون الروماني هو الشريعة العامة لها وبالتالي جائز تطبيق قانون دولة في باقي دول المجموعة دون تعصب.
- فكرة المركز القانوني: والذي يجعل العلاقة تخضع إلى قانون المكان الذي تم فيه تحديد مركزها، بمعنى حالة الشخص تخضع لقانون الموطن على أساس مركز العلاقة القانونية هو اختيار الشخص لهذا الموطن.
- خضوع الأفعال الضارة إلى قانون محل وقوعها واسندها إلى قانون القاضي وحجته في ذلك أن القوانين التي تحكم الأفعال الضارة مؤكدة الالتزام يطبقها القاضي دون الرجوع إلى القانون الأجنبي.

-**الفقيه مانشيني**: يقوم هذا الرأي على **الجنسيات** كأساس للقانون الدولي سواء العام او الخاص، أي أنه أكد على مبدأ شخصية القوانين ككون القانون يوضع للأشخاص وليس للإقليم ويتبعهم أين ما حلوا ومهما كان موضوع العلاقة القانونية، إلا أنه أخذ **بمبدأ الإقليمية** في بعض المسائل كالقواعد النظام العام كالقانون الدستوري وسيادة الدولة....إلخ.

وقد تأثرت بعض التشريعات بالأفكار التي قدمها مانشيني حول الجنسيات كأساس للقانون الدولي الخاص فأسندت بذلك الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية كالقانون المدني الجزائري ضمن المواد من 10 إلى 16، وحتى الاتفاقيات الدولية تأثرت بهذا الطرح كاتفاقية لاهاي 1896 1905—1902.

-**الفقيه بيليه:** عالج هذا الفقيه مسألة القانون الدولي الخاص من خلال مسألة تنازع القوانين في مؤلفه الموسوم مبادئ القانون الدولي الخاص سنة 1903 لكن من منظور القانون الدولي العام، حيث أكد على من مظاهر سيادة الدولة هو سيادة قانونها في العلاقات الداخلية وعلاقات الأفراد الدولية، بالتالي هو ينظر إلى تنازع القوانين على أنه تنازع بين السيادات.

يرى الفقيه بيليه أن لكل قانون خاصيتين، الخاصية الأولى هي **الاستمرارية أو الديمومة** ويقصد بها امتداد سلطان القانون واستمراره وثباته في ما يخص الأفراد والأموال التي تخضع له من وقت صدوره حتى إلغائه، أما الخاصية الثاني والتي تعني **بالعمومية** والتي تعني تطبيق القانون على الأشخاص والأموال بالإقليم دون تمييز، وتمسك كل دولة بهذه الخصائص يحول دون وجود تنازع القوانين وبالتالي لا مجال للحديث عن تطيق القانون الأجنبي.

من هذا المنطلق تم تقسيم القوانين إلى نوعين لتجاوز الانتقاد السابق: **قوانين محافظة على ديمومتها** تسري على المواطنين ولو كانوا بالخارج وهي قوانين تفتقد للعمومية بحيث لا تطبق على الأجانب في اقليمها كالقوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، وقوانين **محافظة على عموميتها** تطبق على العلاقات التي تقع في اقليمها حتى ولو اشتملت على عنصر أجنبي لكن فاقدة لديمومتها بحيث لا تتبع الوطني خارج الدولة كالقوانين المتعلقة بالمال.

-**الفقيه نبوابيه:** حسب هذا الفقيه يخضع القانون الدولي الخاص إلى اعتبارات سياسية تتمثل في مصلحة الدولة، بحيث تنشأ كل قواعده من فكرة وطنية تختار الحلول المناسبة للدولة، نلاحظ من خلال هذا أن الفقيه نبوابيه ركز على مبدأ اقليمية القوانين كأساس ضروري للقانون الدولي الخاص وينبغي ربط النظم القانونية بإقليم معين، وقد جاء هذا المبدأ نتيجة الوضع في فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى، واعتبر أن أفضل وسيلة لتحقيق اندماج الأجانب في فرنسا هو تطبيق القانون الفرنسي عليهم وهنا تم تغليب المصلحة الوطنية الفرنسية على الاعتبارات الدولية في حل تنازع القوانين.

المراجع المعتمد عليها:

- بلقاسم أعراب، **القانون الدولي الخاص الجزائري" تنازع القوانين**، دار هومة للطباعة والنشر: الجزائر، 2002
- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، بيروت: دار السنهوري، 2017.
- هشام بن عبدالملك بن دهيش، مصادر القانون الدولي العام :دراسة تحليلية، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الأشراف – دقهلية، العدد26، 2023.

ملاحظة: تم الاعتماد على القانون المدني الجزائري في بعض المواد المذكورة في متن المحاضرة.