مصادر القانون الدولي الخاص

يمكن تقسيم مصادر القانون الدولي الخاص إلى مصادر داخلية ومصادر دولية حيث تشمل المصادر الداخلية كلا من التشريع والفقه والقضاء، وتتضمن المصادر الدولية المعاهدات الدولية وأحكام جهات القضاء الدولي إضافة لقواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة وقرارات هيئات التحكيم الدولية.

نقوم فيما يلي بتحليل كل مصدر على حدى بدء بالمصادر الداخلية وانتهاء بالمصادر الدولية.

أولا المصادر الداخلية: تشمل هذه المصادر كلا من التشريع والفقه والقضاء.

1- **التشريع:** نستعرض فيما يلي النصوص التشريعية المنظمة لمختلف مواضيع القانون الدولي الخاص في التشريع الجزائري.

أ- النصوص التشريعية المتعلقة بتنازع القوانين

نظم المشرع الجزائري أحكام تنازع القوانين في المواد 9 إلى 24 من القانون المدني، هذه النصوص تجد مصدرها في القانون المدني المصري الصادر سنة 1948، حيث أن المشرع الجزائري لم يتأثر في هذا الصدد كما هو معتاد بالقانون الفرنسي الذي لا يتضمن سوى مادة وحيدة بخصوص تنازع القوانين هي المادة الثالثة من القانون المدني التي تتضمن ثلاث فقرات، تقضي الأولى بإخضاع كل المقيمين في فرنسا لقواعد البوليس والأمن ، وتقضي الثانية بإخضاع كل العقارات الموجودة في فرنسا للقانون الفرنسي لا فرق في ذلك بين ما إذا كانت مملوكة لمواطنين أو أجانب، وتنص الثالثة على إخضاع جميع الفرنسيين بخصوص حالتهم وأهليتهم للقانون الفرنسي ولو كانوا مقيمين في الخارج.

ب- النصوص التشريعية المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي

قام المشرع الجزائري بتنظيم موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي في المادتين 41 و 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي ارتأى بمقتضاها الاحتفاظ بنصي المادتين 10و11 من قانون الإجراءات المدنية القديم، وواقع الأمر أن هذه المواد جميعها جاءت مطابقة لنصي المادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي.

وتواجه المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية حالة وحيدة هي الحالة المتعلقة بالمنازعات العقدية التي يكون فيها أحد أطراف الخصومة جزائريا هو المدعي في المادة 41 والمدعى عليه في المادة 42، وبالتالي فإن تفسيرهما الحرفي يعني أن القاضي الجزائري لا يكون مختصا بالنظر في المنازعات غير العقدية مطلقا وأنه حتى بالنسبة للمنازعات العقدية فإنه لا يكون مختصا ما لم يكن أحد الأطراف جزائريا.

ج- النصوص التشريعية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية

جاء قانون الإجراءات المدنية القديم متضمنا لمادة وحيدة بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية هي المادة 325 التي يسمح استقراؤها بالتوصل إلى نتيجتين، أولهما أن المشرع الجزائري سمح بتنفيذ الأحكام الأجنبية بعد

التأكد من توافرها على شروط تنفيذها في التراب الجزائري، وثانيهما أنه يتعين تغليب المعاهدات المتعلقة بالموضوع والتي تكون الجزائر طرفا فيها.

غير أنه كان يؤخذ على هذه المادة أنها لم تحدد شروط التنفيذ التي يتعين على القاضي الجزائري مراقبة توافرها للسماح بتنفيذ الحكم الأجنبي، إلى أن صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008 ليعيد تنظيم موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية محتفظا بمبدأ سمو المعاهدة على القانون الداخلي وموضحا لشروط التنفيذ في المواد 605 إلى 608 منه.

د- النصوص التشريعية المتعلقة بالجنسية

قام المشرع الجزائري بتنظيم موضوع الجنسية من خلال قانونين، صدر أولهما سنة 1963 بالقانون رقم 96/63 المؤرخ في 27 مارس 1963 وهو قانون انتقالي اهتم بمسألتين هما تحديد الهوية الجزائرية وتوضيح مصير فرنسيي الجزائر الخاضعين لاتفاقية إيفيان.

أما قانون الجنسية الموالي فقد صدر سنة 1970 بالقانون رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-01 الصادر في 27 فبراير 2005.

هـ - النصوص التشريعية المتعلقة بمركز الأجانب

أصدر المشرع الجزائري العديد من النصوص القانونية المرتبطة بمركز الأجنبي في الجزائري، سواء كانت متعلقة بوجودهم في الجزائر وإقامتهم فيها ومغادرتهم لها، أو كانت مرتبطة بشروط استخدامهم أو دراستهم أو ممارستهم للمهن التجارية والصناعية والحرفية الحرة على التراب الجزائري.

2- القضاء

يلعب القضاء دورا مهما في سد النقص التشريعي الذي يعتري مختلف مواضيع القانون الدولي الخاص لا سيما تلك المتعلقة بموضوع تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، حيث نجد أن القضاء الفرنسي تدخل لوضع قواعد إسناد عديدة، كما أنه تدخل لسد النقص التشريعي المترتب عن التفسير الحرفي للنصوص المتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وهي اجتهادات اعتمدها القضاء الجزائري لمعالجة النقص الذي تعاني منه قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية على النحو الذي ستتم دراسته لاحقا.

3- الفقه

يلعب الفقه في مجال القانون الدولي الخاص دورا مزدوجا من حيث كونه يقترح حلولا فقهية للمواضيع المتعلقة بالقانون الدولي الخاص مما يسمح للقضاء الوطني باستخلاص الحلول المناسبة لفض المنازعات المعروضة عليه، ومن جهة أخرى يقوم الفقه بطرح مبادئ عامة انطلاقا من الحلول المعتمدة قضاء في الفصل في المنازعات المطروحة أمامه، حيث يلاحظ مثلا أن المدرسة الإيطالية القديمة وضعت الكثير من قواعد الإسناد، كإخضاع الأموال لقانون موقعها والأحوال الشخصية لقانون الجنسية، والتفرقة

موضوع الدعوى وإجراءاتها بإخضاع موضوع الدعوى إما لقانون القاضي أو للقانون الأجنبي وفق ما تحدده قاعدة الإسناد، وإخضاع الإجراءات لقانون القاضي المعروض عليه النزاع في جميع الحالات.

ثانيا ـ المصادر الدولية

نتناول في إطار المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص كل من المعاهدات الدولية وأحكام جهات القضاء الدولي وقواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة وقرارات هيئات التحكيم الدولية.

1- المعاهدات الدولية

تلعب المعاهدات دورا مهما من حيث تنظيمها لمختلف مواضيع القانون الدولي الخاص سواء تلك المتعلقة بمنهج التنازع أو المرتبطة بمنهج القواعد المادية.

وتنقسم معاهدات القانون الدولي الخاص إلى معاهدات ثنائية الأطراف ومعاهدات متعددة الأطراف، كما تقسم أيضا إلى معاهدات موحدة لقواعد التنازع ومعاهدات موحدة للقواعد الموضوعية.

أ- الإشكاليات التي تثيرها المعاهدات

نتعرض لإشكاليتين على التوالي هما:

* التناقض بين معاهدة وقانون داخلي،

و

* تفسير المعاهدات الدولية.

*** التناقض بين معاهدة وقانون داخلي**

لو فرضنا أنه وبمناسبة الفصل في موضوع من مواضيع القانون الدولي الخاص تبين للقاضي الوطني أن الأمر يتعلق بنزاع تحكمه معاهدة دولية تتعارض مع قانونه الداخلي، فإن سؤالا مهما يطرح نفسه، أيهما يغلب؟ هل يقوم بالفصل في النزاع استنادا لقانونه الوطني أم أنه يلتزم بتغليب أحكام المعاهدة؟

يفرق الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل بين حالتين:

الحالة الأولى هي التي ينص فيها المشرع على سمو المعاهدة على القانون الداخلي وفيها يتعين على القاضي تغليب المعاهدة على القانون الداخلي دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان هذا القانون سابقا للمعاهدة أو لاحقا لها، ودون التفرقة أيضا بين ما إذا كان التعارض صريحا أو ضمنيا.

الحالة الثانية هي الحالة التي لا ينص فيها المشرع الوطني على سمو المعاهدة على القانون الداخلي والتي يفرق الفقه فيها بين ما إذا كانت المعاهدة تتعارض مع تشريع داخلي سابق أو لاحق لها على النحو الآتي:

- إذا تعارضت المعاهدة مع تشريع داخلي سابق لها، أي إذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون الداخلي المتعارض معها، يتم تطبيق المعاهدة على أساس أن التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق.

- أما إذا تعارضت المعاهدة مع تشريع داخلي لاحق، أي أنه إذا صدر تشريع داخلي يتعارض في أحكامه مع معاهدة سابقة، فإنه يتعين التفرقة بين التعارض الضمني والتعارض الصريح، فإذا كان التعارض ضمنيا بأن كان التشريع الداخلي يتعارض مع المعاهدة الدولية تعارضا غير مقصود، فإن القاضي يقوم باستثناء مجال تطبيق المعاهدة من المجال العام لتطبيق القانون الداخلي اللاحق لها، ومثال ذلك أنه إذا كانت المعاهدة متعلقة برعايا دولة معينة، فإن القانون اللاحق المخالف لها لا يطبق على رعايا هذه الدولة، أي أن القانون الداخلي المخالف للمعاهدة السابقة له يطبق في غير الحالات التي تشملها المعاهدة.

ويختلف الأمر بشأن التعارض الصريح الذي ينصرف معناه إلى أن ينص القانون الداخلي على أنه يتعين تطبيق أحكامه ولو كانت متعارضة مع معاهدة سارية المفعول، حيث أنه يتعين على القاضي في هذه الحالة تطبيق القانون الداخلي شريطة عدم وجود نص دستوري ينص على وجوب تغليب المعاهدة.

موقف المشرع الجزائري من إشكالية التعارض بين المعاهدة والقانون الداخلي

تنص المادة 154 من الدستور الجزائري على سمو المعاهدة على القانون الداخلي وعلى هذا الأساس فإن الرأي الراجح يتمثل في أنه يتعين على القاضي تغليب المعاهدة على القانون الداخلي دون التفرقة في ذلك بين ما إذا كان هذا القانون سابقا للمعاهدة أو لاحقا لها، ودون التفرقة أيضا بين ما إذا كان التعارض صريحا أو ضمنيا.

*** تفسير معاهدات القانون الدولي الخاص**

يمكن تفسير الغموض الذي يعتري نصوص المعاهدة باعتماد التفسير **الحكومي**، حيث تقوم الدول الأطراف بتفسير بنود المعاهدة الغامضة، أو التفسير **القضائي** الذي يمكن أن يكون دوليا بتقديم طلب تفسير لجهات القضاء الدولي، أو أن يكون داخليا، بحيث يتولى القاضي الوطني تفسير بنود المعاهدة.

وبخصوص التفسير القضائي لجهة قيام القاضي الجزائري بتفسير نصوص المعاهدات التي تكون الجزائر طرفا فيها، يلاحظ أن الفقه الجزائري لا يمانع من منح هذه الصلاحية للقضاء الجزائري العادي والإداري على حد سواء، على أساس أنه ليس هناك في القانون الجزائري ما يمنعه من ذلك.

2- القضاء الدولي

الواقع أن القضاء الدولي يعد مصدرا غير مباشر للقانون الدولي الخاص، كما أنه مصدر تفسيري يتم اللجوء إليه على سبيل الاستئناس، ولا يمكنه أن يكون أساسا للفصل في المنازعات الدولية الخاصة في غياب نص قانوني أو معاهدة دولية، ما لم يتفق الأطراف على ذلك تطبيقا للمادة 4/38 من القانون الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تعتبر أن القضاء الدولي مجرد وسيلة تساعد على تحديد قواعد القانون الدولي شأنها في ذلك شأن الاجتهادات الفقهية.

هذا وقد تولت كل من محكمة العدل الدولية الدائمة ومحكمة العدل الدولية الفصل في بعض القضايا المتعلقة بالجنسية ومركز الأجانب، غير أن هذه الأحكام محدودة كما ونوعا، لأن صلاحية عرض النزاع على هذه الهيئات تقتصر على الدول التي يجوز لها وحدها تحريك النظر في المنازعات المتعلقة بمواطنيها، باستعمال أسلوب الحماية الدبلوماسية وهي نادرا ما تلجأ إلى هذه الوسيلة.

3- قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة

لعب العرف الدولي قديما دورا كبيرا في مجال تنازع القوانين حيث أنه قام بإرساء قاعدة الإسناد القائمة على إخضاع العقار لقانون موقعه، والفعل الضار لقانون الدولة التي وقع فيها، أما مواضيع القانون الدولي الخاص الأخرى كالجنسية ومركز الأجانب فلم يكن للعرف الدولي فيها أي دور لارتباطها بسيادة الدولة.

وفي الوقت الراهن فقد العرف دوره تماما في مجال القانون الدولي الخاص دون التفرقة في ذلك بين ما إذا تعلق الأمر بمنهج التنازع أو بمنهج القواعد المادية.

4- قرارات هيئات التحكيم الدولية

إذا كان الفصل في المنازعات الدولية الخاصة يدخل في دائرة اختصاص القضاء الوطني فإن هذا القضاء قد تغل يده في حالة اتفاق الأطراف على عرض المنازعات المتعلقة بهم على هيئة من هيئات التحكيم الدولي، ويكون عن ذلك إما عن طريق شرط تحكيمي وهو بند صريح يدرج في العقد يتفق بموجبه الأطراف على عرض نزاعاتهم المستقبلية المتعلقة بالعقد المبرم بينهم أمام هيئة تحكيمية، أو عن طريق اتفاق التحكيم وهو اتفاق لاحق لحصول النزاع.

وتتمثل أسباب تفضيل أطراف النزاع للتحكيم في أنه يتميز بسرعة الفصل في المنازعة، وتخصص المحكمين، وسرية التحكيم، إلى جانب لجوء المحكمين إلى إعمال ما يطلق عليه بقانون التجار المكون من عادات وأعراف التجارة الدولية.