الإطار المفاهيمي للقانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص هو قانون حديث النشأة برز مع تطور العلاقات التجارية و الاقتصادية بين الدول ،اذ ان ظهوره لا يتجاوز القرن من الزمن و يرجع الفضل في ذلك للأمريكي جوزيف ستوري وكان هو الأول الذي استعمل كلمة القانون الدولي الخاص في مؤلفه المشهور commentaires surles comflits de lois ، و عليه فقد اصبح الجدال و الاختلاف بين الفقهاء بخصوص كل عناصر هذا القانون هو من اهم سماته .

و من بين اهم مجالات هذا الجدال تعريف القانون

أولا تعريف القانون الدولي الخاص :

نقتصر في هذا المقام على الإشارة إلى بعض التعاريف المقبولة لدى غالبية الفقهاء كونها تعاريف تعبر عن المواضيع الأساسية المكونة لهذا القانون مع التاكيد على مدى صعوبة تحديد و تعريف القانون الدولي الخاص بصفة دقيقة وشاملة

1/ يعرف الفقيه الفرنسي Nabonget – القانون الدولي الخاص بأنه ذلك الفرع من القانون الفرنسي الذي يحكم توزيع الأفراد توزيعا دوليا على أساس الجنسية والموطن لبيان ما يتمتعون به من حقوق في العلاقات الدولية وطريقة اكتسابها وفقدها طبقا للقوانين المختصة بمعاونة السلطات والجهات القضائية المختصة " كما يعبر هذا الفقيه على أن القانون الدولي الخاص ما هو إلا امتداد لقواعد القانون الداخلي على المستوى الدولي.

2/ ويعرف الفقيه الفرنسي Bartin القانون الدولي الخاص بأنه " ذلك الفرع من فروع القانون موضوعه حل تنازع التشريعات وتناول الاختصاص القضائي من حيث المكان والزمان في مواد القانون الخاص بين دول مستقلة .

3/ الفقيه Battitol : عرف القانون الدولي الخاص بأنه " مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية "

اما الدكتور علي علي سليمان فقد عرف هذا القانون بأنه " مجموعة القواعد التي تحكم وتتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية و الشخصية عند اقترانها بعنصر أجنبي والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية والموطن و يعين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية على المستوى الوطني "

و يكن أن نخلص في الأخير إلى تعريف القانون الدولي الخاص على أنه " هو مجموعة القواعد القانونية الداخلية والدولية التي تنظم علاقات الأفراد المتضمنة عنصراً أجنبياً بموجب قواعد موضوعية تبين المحاكم المختصة للنظر فيها، وكذلك القانون الواجب التطبيق عليها، وتحدد جنسية الأشخاص التابعين للدولة ومركز الأجانب فيها."

ثانيا :مواضيع القانون الدولي الخاص (نطاقه)

كما لم يتفق الفقهاء بخصوص تعريف موحد للقانون الدولي الخاص فقد اختلفوا ايضا بخصوص مواضيعه لينقسموا بذلك الى ثلاث اتجاهات ،حدد كل اتجاه منها مواضيع معينة تندرج ضمن نطاقه فالاتجاه المضيق و الذي يتجسد في الفقه الالماني فقد عرف القانون الدولي الخاص بأنه القانون الذي ينظم موضوع تنازع القوانين فقط في حين اضاف الاتجاه الوسطي موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي لنطاق هذا القانون اما الاتجاه الثالث و المعروف بالاتجاه الموسع فقد أدرج عدة مواضيع اخرى الى جانب الموضوعين السابقين بداية بمركز الاجانب و تنفيذ الاحكام و القرارات الاجنبية ووصولا لموضوعي الجنسية و الموطن .

و عليه فيندرج ضمن نطاق القانون الدولي الخاص ما يأتي:

1 / تنازع القوانين من حيث المكان:

يعبر موضوع تنازع القوانين الموضوع الاهم في القانون الدولي الخاص ،و يقصد به تزاحم قانونين أو أكثر لحكم المسألة موضوع النزاع والمشتملة على عنصر أجنبي

و يحاول القاضي بذلك في هذا النزاع الاجابة على التساؤل التالي :

ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع ،هل هو القانون الوطني أم القانون الأجنبي ؟

- و يستلزم لقيام حالة تنازع القوانين توافر مجموعة من الشروط و هي :

- أن يكون النزاع بين الافراد .
- أن يكون النزاع في نطاق القانون الخاص .
- توفر شرط العنصر الأجنبي (الأطراف ، المحل ، السبب) .
- الاعتراف الدولي بين دول القوانين المتنازعة قوانينها .
- التنازع لا يقوم الا بين قانونين أو أكثر و ليس بين قانون و ما هو دون ذلك . قانون و عرف مثلا .
- وجود قواعد اسناد في قانون دولة القاضي .
- الاختلاف بين مضامين القوانين المتنازعة .

2 / تنازع الاختصاص القضائي الدولي : ويقصد بذلك تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تنشأ عن علاقات الأفراد المشتملة على عنصر أجنبي وتعد مسألة أولية سابقة لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.

و تبين التشريعات الوطنية عادة الحالات التي تكون فيها المحاكم الوطنية مختصة بالنظر في النزاعات الناجمة عن العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي. و عليه فموضوع تنازع الاختصاص القضائي يتجسد في ان يطرح التساؤل التالي : ما هي المحكمة المختصة في الفصل في النزاع بين القضاء الوطني و القضاء الاجنبي ؟

3 / مركز الأجانب : و يتعلق الامر هنا بالحقوق و الواجبات التي تقع على عاتق الاجانب أثناء تواجدهم على إقليم الدولة المستقبلة بدءا بتنظيم دخولهم للدولة و شروط اقامتهم بها و وصولا لحقهم في ممارسة التجارة و التملك و غيرها من الحقوق الاخرى .

4/ تنفيذ الاحكام و القرارات الأجنبية :و يتعلق الامر هنا بتلك الاحكام و القرارات القضائية الصادرة في دولة معينة و يراد تنفيدها في دولة أخرى ، و عادة ما تشترط الدول المنفذة توافر مجموعة من الشروط لذلك يتم النص عليها في ظل فانون الإجراءات .

5 / الجنسية : و هي تلك العلاقة القانونية و السياسية التي تربط بين الفرد و الدولة . و يتحدد من خلالها في تنازع القوانين العنصر الأجنبي .

6 /الموطن : يعرَّف الموطن في القانون الدولي الخاص بانه " المكان التابع لدولة معينة و الذي يقيم فيه الشخص باستمرار و بنية البقاء " ، و تظهر أهميته في نطاق هذا القانون في التالي :

- الموطن حل لمشكلة انعدام الجنسية المادة 03/22 .
- الموطن متجسدا في الاقامة في الدولة لمدة معينة يعد من اعم الشروط للتجنس /او اكتساب جنسية جديدة في اغلب القوانين .
- اتفق اغلب الفقه على ان الاحوال الشخصية في تنازع القوانين يحكمها اما ضابط الاسناد أو ضابط الموطن و هو حال الدول الانجلوسكسونية التي تعتمد على هذا الاخير .

ثالثا طبيعة القانون الدولي الخاص:

اختلف الفقه حول ما إذا كان القانون الدولي الخاص قانون دولي أم قانون داخلي ويعود سببه عدم استقرار الفقهاء على وضع هذا القانون في موضعه الثابت الصحيح بالنسبة لطبيعة قواعده والقسم الذي ينتسب إليه من أقسام القانون و استمرار الجدل والنقاش بينهم حول كل ذلك في شتى دراساتهم، إلى حداثة نشأة هذا القانون وتنوع مصادره. فهناك اختلاف كبير بين الفقهاء بشأن طبيعته القانونية سببه عدم الاتفاق على موضوعاته وطبيعة مصادره. و من هنا نطرح التساؤلات التالية : **فما هي طبيعته من حيث هل هو قانون دولي له صفة دولية أم قانون داخلي له صفة وطنية؟ وإذا لم تكن له صفة دولية باعتباره من القانون الداخلي، فهل هو من فروع القانون الخاص أم من فروع القانون العام ؟**

هل هو قانون دولي أم قانون داخلي؟

1 / القانون الدولي الخاص قانون دولي أم قانون داخلي :

أ/ الاتجاه الأول ينفي الطابع الدولي للقانون ويصفه كقانون داخلي :للحجج التالية :

- لأنه ينظم العلاقة بين الأطراف كأفراد على خلاف القانون الدولي الذي ينظم العلاقة بين الدول أو أشخاص آخرين (مثل المنظمات)
- مصدر القانون الدولي الخاص داخلي لأنه لا يوجد مشرع دولي يتولى تنظيم أحكامه، أو هناك قواعد تشريعية مشتركة بين الدول.
- موضوع الجنسية و مركز الاجانب هما موضوعان يتم تنظيمهما بموجب قواعد قانونية داخلية بصفة مستقلة تختلف من دولة الى اخرى .

ب / الاتجاه الثاني يرى ان القانون الدولي الخاص ذو طبيعة دولية :

- وجود العنصر الاجنبي و امتداد العلاقة لخارج اقليم الدولة الواحدة يجعل من هذا القانون قانونا دوليا .
- تتولى كل دولة تنظيم مركز الاجانب باراتها المنفرة ،إلا انها تتأثر لا محالة بمبدأ المعاملة بالمثل من قبل تشريعات غيرها من الدول مم يمنح هذا الموضوع الصبغة الدولية .
- يتوجب على الدولة عند تنظيمها لموضوع الجنسية بارادتها المنفردة من جهة ،ان تعمل من جهة اخرى على تفادي مشكلتي تعدد و انعدام الجنسية .

2/ القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص أم من فروع القانون العام

أ/ القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون الخاص

- لأن منازعات القانون الدولي الخاص تتعلق في موضوع تنازع القوانين بالعلاقة بين الافراد فقط دون الدولة .
- هذا القانون ينظم العلاقات الدولية الخاصة، أي في نطاق القانون الخاص .ن القضاء الاداري مما يجعلها من أقسام القانون الخاص .
- موضوع الجنسية ،الجنسية ترتبط اساسا بحالة الشخص التي لاخلاف في كونها من مواضيع القانون الخاص من جهة كما أن منازعتها ينظر فيها اما القضاء العادي د

ب / القانون الدولي الخاص فرع من فروع القانون العام

- يعتبر أن الجنسية هي العلاقة القانونية و السياسية بين الشخص والدولة وترتبط بسيادة الدولة. حيث تتدخل الدولة في تنظيم هذه العلاقة بما لها من سيادة وسلطة عامة وهي حرة في منحها أو سحبها بحسب ما تمليه عليها مصالحها الأساسية، فهي بذلك من أنظمة القانون العام باعتبارها أداة لتحديد عنصر الشعب الذي هو من أهم عناصر قيام الدولة، فلا بد إذن من اعتبار الجنسية من موضوعات القانون العام .
- والقانون العام هو نفسه بالنسبة للمواطنين. وفيما يتعلق بوضع الأجانب، تسعى الهيئات التشريعية في مختلف البلدان إلى تنظيم قواعدها المتعلقة بالسيادة القانونية الوطنية.
- بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي فهو يتعلق بتنظيم مرفق عام في الدولة الا و هو مرفق القضاء ليؤد بذلك ان ق د خ ينتمي للقانون العام .
- موضوع مركز الاجانب يبين طبيعة العلاقة بين الاجنبي و الدولة التي يقيم فيها بحيث تتولى هذه الاخيرة تنظيم كل ما يتعلق بهم من اقامة و عمل ...من خلال مصالح ادارية .

*القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون الداخلي الخاص *

رابعا : مصادر القانون الدولي الخاص

يميز الفقه بين نوعين من المصادر وهما:

المصادر الداخلية :

1/ التشريع (القانون الداخلي): يُعتبر من المصادر الرسمية للقانون الدولي الخاص و يعرف بأنه عبارة عن" مجموعة من القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية الوطنية والتي يطبقها القاضي في حال المنازعات "

و يرى بعض الفقهاء أن أهمية هذا المصدر تختلف باختلاف مواضيع القانون الدولي الخاص وفقا للقاعدة التي ترى ان التشريع يلعب دورا هاما في المواضيع الاكثر ارتباطا بالدولة و سيادتها في حين تقل أهميته كلما كان الموضوع اكثر ارتباطا بالأفراد ، ففي موضوع الجنسية نجد أنّ الدول جميعها أصدرت تشريعات تنظم الجنسية سواء أكان في قانون الجنسية أو في الدستور، في حين ويعتبر التشريع نسبياً جديد في القضايا التي تتعلق بالمواطنة وتنازع القوانين وتضارب الاختصاصات القضائية الدولية والأجانب

وقد نظم المشرع الجزائري قواعد القانون الدولي الخاص

* قواعد تنازع القوانين: المواد من 9 الى غالية 24 من القانون المدني .

* قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي : المادتين 41 و 42 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

* قواعد تنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية :المادة 605 ق إ م و إ .

* القواعد المتعلقة بالجنسية: الأمر 01/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005

*القواعد المتعلقة بالمركز القانوني للأجانب: على سبيل المثال الامر 01-03 الخاص بالمستثمرين الاجانب ،المرسوم الصادر في 26 – 09 -1975 الخاص بتنظيم المهن التجارية و الصناعية المتعلقة بالاجانب ...

العرف :يعتبر العرف مصدر قديم فهو عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي نشأت بفعل الإعتياد على القيام بسلوك معين مع الإعتقاد في إلزاميته، ويُعتبر العرف كالتشريع مصدر هام للقانون الدولي الخاص،ولكن يختلف بحسب إختلاف موضوعاته، فمثلاً هو ضعيف في الموضوعات التي تتعلق في الجنسية وذلك لإتصالها في سيادة الدولة وكيانها ما يجعل الحاجة للمشرع لتنظيمها فقط، وتزداد أهمية العرف في الموضوعات التي تتعلق بمركز الأجانب، حيث يقوم العرف بتحديد حقوق الأجانب وتكريسها، كما تزداد أهمية

العرف في تنازع القوانين لأن معظم قواعد تنازع القوانين نشأت عرفية ثم تناولها التشريع ليتحول بذلك هذا المصدر الى مصدر **تاريخي** بتدخل المشرع .

2/ القضاء الداخلي (الاجتهاد القضائي) : وهو عبارة عن مجموعة الأحكام القانونية التي توصلت إليها المحاكم الوطنية، وتطبقها على القضايا التي تعرض عليها. ويؤدي الاجتهاد القضائي دوراً بارزاً من خلال استنباطه لهذه الأحكام حينما يقوم بتفسير النصوص التشريعية وتطبيقها أو حين تطبيقه للعرف، وقد كان له الفضل في سد الثغرات القانونية الموجودة في التشريعات النافذة.

المصادر الدولية :

1/ الاتفاقيات و المعاهدات الدولية :

نقصد هنا الإتفاقيات والمعاهدات سواء أكانت ثنائية أو جماعية، تُعتبر الإتفاقيات والمعاهدات مصدر من مصادر القانون الدولي الخاص وهي كالعرف والتشريع تختلف أهميتها بإختلاف موضوعاتها ففيما يتعلق بالجنسية لا يتم اللجوء لها إلا في أطار نادر وضيق جداً كالمشاكل المتعلقة بتنازع الجنسيات أو تحديد جنسية إقليم تغيرت السيادة التي كانت عليه،لخصوصية موضوع الجنسية و تعلقه بأركان الدولة و وكيانها.

اما في موضوع تنازع القوانين فالمعاهدات هي من المصادر المهمة بحيث تهدف إلى توحيد قواعد تنازع القوانين المتعلقة بمسألة معينة، كالتركات أو الطلاق أو الوصية من جهة وتهدف المعاهدات أيضاً من جهة اخرى إلى توحيد القواعد الموضوعية المتعلقة بمسألة معينة، كالأهلية والحالة المدنية. ومن شأن هذا النوع من المعاهدات القضاء على ظاهرة تنازع القوانين بين الدول الأطراف فيها، وذلك لأنها تؤدي إلى توحيد التشريع فيما بينها.

غير أن المعاهدات قد تجعل القاضي في موقف معقد عندما يجد تعارضا في الاحكام بين كل من المعاهدة و التشريع فأيهما أولى بالتطبيق ؟

للإجابة على هذا السؤال أنظر المخطط التنظيمي في صفحة مستقلة

2 / العرف الدولي : يرى الاتجاه القائل بوجود مصادر دولية للقانون الدولي بان العرف الدولي هو الاخر مصدر للقانون الدولي الخاص ويدعي وجود قواعد عرفية مشتركة بين الدول، رغم أن هذه القواعد تأخذ في كل بلد شكلا وطنيا من حيث مجال تطبيقها وتفسيرها بواسطة القضاء الوطني، وأن وجود هذا العرف لا يعتمد على إلزامه أو عدم إلزامه للدول، بل على شيوعه في معظم دول العالم وتكرار العمل به وتقبله عن اختيار. فقلة تلك القواعد العرفية الملزمة للجماعة الدولية وعدم تحديد معالمها في بعض الحالات لا يؤدي إلى نكران وجودها، و هو الرأي الذي يؤيده الدكتور غالب علي الداودي في كتابه القانون الدولي الخاص،و القائم على الاعتراف بوجود أعراف دولية ملزمة للجماعة الدولية في تنظيم مسائل القانون الدولي الخاص وإن كانت قليلة .

فللعرف وطنيا كان أو دوليا دوره الواضح في خلق القواعد القانونية، إلا أن دوره في خلق قواعد القانون الدولي الخاص أقل من دوره في خلق قواعد القانون الدولي العام . كما يختلف دوره كمصدر للقانون الدولي الخاص تبعا لموضوعاته، حيث يضعف دوره كلما تعلق الأمر بموضوع متعلق بالسيادة وفضلت الدولة تنظيمه بتشريع، ومن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريق العرف نذكر ما يمكن أن يرد إليه في أمور الجنسية هو (الدولة حرة في تنظيم جنسيتها ولكنها لا تملك حق تنظيم جنسية غيرها من الدول). وفي المركز القانوني للأجانب يتضح أثره في ما يفرضه على الدول من وجوب الاعتراف للأجانب بقدر ضروري من الحقوق وإلا لحقت بها المسؤولية الدولية. أي قاعدة ضرورة معاملة الأجانب، بقدر معقول من الرعاية في الدولة.

3 / القضاء الدولي : وتعد أحكام المحاكم الدولية الصادرة بصدد قضايا متعلقة بالقانون الدولي الخاص مصدراً غير رسمي لهذا القانون و هي احكام ضئيلة جدا وردت بخصوص موضوعي الجنسية و تنازع الاختصاص القضائي .