

جامعة محمد بوضياف المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الدرس:

مفهوم وطبيعة القانون الدولي الخاص

أستاذ الدرس: الدكتور عمارة عمارة أستاذ محاضر قسم "ب"

الفئة المستهدفة: طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون أسرة

الحجم الساعي: 01 ساعة و 30 دقيقة في الأسبوع

أهداف الدرس: تتمثل أهداف الدرس فيما يلي:

1- تعريف الطلبة على مفهوم وطبيعة القانون الدولي الخاص

2- تعريف الطلبة على مجال تطبيق القانون الدولي الخاص

3- تعريف الطلبة على علاقة القانون الدولي الخاص بالفروع الأخرى

4- تعريف الطلبة على مصادر القانون الدولي الخاص

السنة الجامعية: 2020-2021

## المحور الأول: مفهوم وطبيعة القانون الدولي الخاص

### أولاً: تعريف القانون الدولي الخاص

تختلف المدارس الفقهية في إعطاء مفهوم واحد لهذا الفرع من فروع القانون نظراً لاختلافهم في مكونات وموضوعات هذا القانون فعرفه بعضهم بأنه فرع من فروع القانون الخاص ينظم ويحكم علاقات الأشخاص القانونية ذات العنصر الأجنبي .

ويذهب الدكتور علي علي سليمان إلى تعريفه اعتماداً على المواضيع التي تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص فيقول بأنه "مجموعة القواعد التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية إذا اقترن بها عنصر أجنبي والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي وحالة الأجانب والجنسية وتبين كيف يمكن تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية"<sup>1</sup>.

إذن فتعريف القانون الدولي الخاص يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمواضيع التي يتناولها رغم أن هذا الفرع من القانون حديث النشأة إذ يعتبر الفقيه الأمريكي سطورى اول من استخدم هذا المصطلح في كتابه القيم "التعليق على تنازع القوانين" في سنة 1934 وجعله فرعاً من فروع القانون وبعدها عرف انتشاراً في كل من دول أوروبا وأمريكا<sup>2</sup>.

وسمي قانوناً دولياً باعتباره يعالج علاقات قانونية تتعدى حدود الدولة الواحدة في أحد عناصرها الثلاثة وهي الأطراف والمحل والسبب، وسمي خاصاً لأن النزاع الذي يتضمنه هو في الأصل محكوم بأحد قوانين القانون الخاص، كالقانون المدني والتجاري والأحوال الشخصية.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الطبعة الثانية 2003، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص05

<sup>2</sup> - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، الجزء الأول، طبعة 2003، دار هومة الجزائر، ص05

## ثانيا: مجال تطبيق القانون الدولي الخاص:

ظهرت ثلاث اتجاهات فقهية اهتمت بدراسة مواضيع القانون الدولي الخاص وكل اتجاه حاول الاهتمام بموضوع دون الآخر<sup>3</sup>:

### 1-الاتجاه الضيق

يتجه هذا الرأي الى التركيز على موضوع تنازع القوانين وبالتالي يهمل المواضيع الأخرى ولقد عرف انتشارا واسعا في ألمانيا ونظرا لعدم دقته من جهة وإهماله لمواضيع هامة كالجنسية من جهة لم يلق الراجح في باقي دول العالم .

### 2-الاتجاه الواسع

هذا الاتجاه يوسع من دائرة المواضيع التي تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص إلى جانب تنازع القوانين يدرج مواضيع أخرى تتمثل في تنازع الاختصاص القضائي والجنسية ومركز الأجانب نظرا لأهمية هذه المواضيع وارتكاز مسألة التنازع عليها. وقد أخذت بهذا الاتجاه الدول اللاتينية التي تأخذ بالشرعية اللاتينية كفرنسا والجزائر.

### 3-الاتجاه المتوسط

نجد هذا الاتجاه يخرج موضوع الجنسية والموطن من مواضيع القانون الدولي الخاص وبالتالي فهذا الاتجاه يركز على موضوع تنازع القوانين ومسألة الاختصاص القضائي الدولي ومركز الأجانب ولقد ساد هذا الاتجاه في إيطاليا.

<sup>3</sup>- أنظر، الرجوع نفسه، ص 9 وما بعدها.

#### 4-مواضيع القانون الدولي الخاص

وبالرجوع إلى المذاهب الفقهية نجد أن أغلبيتهم تدخل ضمن نطاق القانون الدولي الخاص جميع هذه المواضيع السابقة وبالتالي فمواضيع القانون الدولي الخاص هي :  
تنازع القوانين - تنازع الاختصاص القضائي - حالة الأجنبي - الجنسية - الموطن - تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية، والتي يمكن تفصيلها على النحو التالي:

##### أ- تنازع القوانين

وهو موضوع هام من مواضيع القانون الدولي الخاص خاصة في اطار العلاقات القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية، وتنازع القوانين يعني البحث عن القانون الواجب التطبيق عندما يترشح لحم العلاقة القانونية أكثر من قانون ومثال ذلك ان يتوفى ايطالي في الجزائر ويترك ورثة ذكورا وإناثا فيطرح التساؤل على القانون الواجب التطبيق أهو القانون الجزائري أو الإيطالي؟ فإذا عرض النزاع على القاضي الجزائري فعليه البحث عن القانون الواجب التطبيق باعتبار أن تطبيق القانون الوطني يترتب عليه ضررا للطرف نظرا لاختلاف القانون الوطني الذي يجعل للذكر مثل حظ الأنثيين بخلاف القانون الإيطالي الذي يساوي بين الذكر والأنثى، وبالتالي لابد من الرجوع الى قاعدة الإسناد في هذا الشأن والتي تسند الى قانون الجنسية.

##### ب- تنازع الاختصاص

إذا عرض على القاضي الوطني مسألة أو نزاع يتعلق بعنصر أجنبي فيبحث إن كان مختصا أم لا، وبالتالي يطرح إشكال من هي المحكمة المختصة؟ وكما هو معلوم فان مسألة تحديد اختصاص المحاكم داخل الدولة يحددها قانون الاجراءات المدنية وبالتالي فهذه المسألة مهمة بالنسبة للقاضي في العلاقات الأجنبية وترتب بها مسألة تنازع القوانين وبها يتحدد اختصاص القاضي في نظر النزاع من عدمه وقد نصت المادة

21 مكرر من القانون رقم 05-01 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني<sup>4</sup> عل أنه: " يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات". وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجده فصل مسألة الاختصاص الإقليمي في الفصل الرابع بموجب المواد 37 وما بعدها ، وفيما يتعلق بالدعاوى المرفوعة ضد او من الاجانب فقد نصت المادة 41 على أنه<sup>5</sup>: " يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها في الجزائر مع جزائري. كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها في بل أجنبي مع جزائريين". كما نصت المادة 42 منه على أنه: " يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

### ت- تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية

وهي مسألة مهمة بحيث تسمح أغلب التشريعات بإنتاج الحق الخاص في غير الإقليم الذي نشأ فيه وهذا نتيجة لمختلف الحقوق التي تكتسب في دول أجنبية وقد نظم المشرع الجزائري مسألة تنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية في الجزائر في الفصل الثاني في السندات التنفيذية الأجنبية بموجب المواد 605 إلى 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الأجنبية، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى توفرت فيها الشروط التالية: - ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص - حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدرت فيه - ألا تتعارض مع أمر أو حكم

<sup>4</sup> - القانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 17، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

<sup>5</sup> القانون رقم، 08-09، المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة بتاريخ 23-04-2008.

أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه - ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر، وفق نص المادة 605 وفيما يتعلق بتنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي الاقليم الجزائري فلا يكون الا بعد منحها الصيغة التنفيذية مع - توفر الشروط المطلوبة لرسمية السن وفقا لقانون البلد الذي حر فيه - توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البالد الذي حرر فيه - خلوه مما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر وفق ما نصت عليه المادة 606 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ويتم طلب منح الصيغة التنفيذية للأحكام والأوامر والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ حسب نص المادة 607 من نفس القانون، والعمل بالقواعد المنصوص عليها في الحالات السابقة، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول وفق ما نصت عليه المادة 608 من نفس القانون.

### ث- مركز الأجانب

وهو موضوع مهم في حالة التنازع إذ يتم البحث على مدى تمتع الاجنبي بالحق في هذا البد باعتبار أن الدول تختلف في منح الأججنبي الحقوق والسماح له بممارسة بعض المهن والنشاطات.

### ج-الجنسية

والجنسية باعتبارها رابطة قانونية وسياسية بين الفرد والدولة وتتحدد من خلالها مختلف الحقوق والالتزامات بالنسبة للأفراد، كما انها هي المعيار الذي الأججنبي والوطني، كما أنها تلعب دورا مهما في العلاقات الدولية اذ تسند اغلبية الدول مسائل الأحوال الشخصية الى قانون الجنسية كما سوف نرى.

## ح-المواطن

وتظهر أهميته كما سوف نرى في أن بعض الدول تسند الأحوال الشخصية الى قانون المواطن والذي من خلاله يتحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية الدولية.

### ثالثا: علاقة القانون الدولي الخاص بالقوانين الاخرى

#### 1-علاقته بالقانون الدولي العام

ينظم كلا القوانين علاقة قانونية تتعدى حدود الدولة الواحدة بأحد عناصرها، كما تعتبر المعاهدات والعرف الدولي مصدرا لكل منهما اضافة إلى أحكام القضاء الدولي وكذا الاجتهادات الفقهية، غير أن هذا الاتفاق لا يمنع من وجود اختلافات جوهرية فبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي العام نجدها تخاطب الدول بينما قواعد القانون الدولي الخاص تخاطب الأشخاص. إلى جانب ذلك فإن قواعد القانون الدولي الخاص تصدر عن سلطة مختصة وهي السلطة التشريعية لكل دولة في حين أن قواعد القانون الدولي العام ليست لها سلطة مختصة تصدرها .

وبالرجوع إلى أحكام القانون الدولي العام نجد أنه ينقصه الجزاء بالمفهوم الدقيق الذي يعرفه القانون الدولي الخاص.

#### 2-علاقته بالقانون الإداري

هناك صلة في بعض الحالات بين القانون الدولي الخاص والقانون الإداري رغم أن كل دولة تنفرد بتطبيق قانونها الإداري ولا مجال للتنازع وكمثال على هذه العلاقة ماتقضي به المادة 95 من الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 والمتعلق بالحالة

المدنية للجزائريين<sup>6</sup> فكل التصرفات التي تعقد في الخارج وفقا لقوانين هذا البلد تعتبر صحيحة في الجزائر، ونفس الشيء بالنسبة للمادة 97 المتعلقة بإبرام عقد الزواج في الخارج.

### 3- علاقته بالقانون الجزائري

رغم أن القانون الجزائري قانون إقليمي ويطبق على الجزائريين والأجانب في إقليم الدولة الجزائري، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 583 من ق ا ج والتي تسمح بملاحقة الجزائري الذي ارتكب جنحة وفقا للقانون الجزائري أم في نظر المشرع الأجنبي ففي هذه الحالة لا بد من الرجوع إلى القانون الأجنبي لتحديد المتابعة للشروط المحددة في المادة 582 ق ا ج.

### 4- علاقته بقانون المرافعات

كلاهما يختص بتنازع الاختصاص القضائي وتنظيم القواعد القانونية المتعلقة بمسألة الاختصاص.

إلا أن مسألة تنظيم الاختصاص في القانون الدولي الخاص تكون بين المحاكم الوطنية لدولة القاضي المرفوع أمامه النزاع وبين المحاكم الأجنبية بينما تنازع الاختصاص في قانون المرافعات قاصر على المحاكم الوطنية داخل الدولة الواحدة.

### رابعاً: مصادر القانون الدولي الخاص

هناك من يجعل أن المصادر على ثلاثة أنواع وهي مصادر وطنية وأخرى دولية<sup>7</sup> وهناك من يربتها إلى مصادر رسمية ومصادر غير رسمية وكلاهما يحاول تغطية جميع

<sup>6</sup>- الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فبراير 1970، يتعلق بالحالة المدنية، جريدة رسمية عدد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970، والمعدل بالقانون والمتمم بالقانون رقم 08-14، المؤرخ في 9 أوت سنة 2014، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 20 أوت 2014، والمعدل والمتمم بالقانون 03-17، المؤرخ في 10 يناير سنة 2017، جريدة رسمية عدد، 2، الصادرة في 11 يناير سنة 2017.



الاصول التي تخرج منها القاعدة القانونية ويمكن تفصيل مصادر القانون الدولي الخاص على النحو التالي<sup>8</sup>:

## 1-المصادر الرسمية

### أ- التشريع

ويتمثل في القوانين الصادرة عن السلطة المختصة في وثائق رسمية مكتوبة وهذا مانصت عليه المادة الأولى من القانون المدني الجزائري وبالتالي أطلق البعض على هذا المصدر وكذا المصادر المذكورة في المادة الأولى ق م ج بالمصادر الوطنية باعتبارها من مصادر القانون الداخلي.

ولقد كان التشريع الألماني الصادر سنة 1896 أول من وضع قواعد قانونية مكتوبة تتعلق بتنازع القوانين فيالمواد من 7 إلى 31 ثم انتشر ذلك في باقي الدول وبالنسبة للجزائر فقد نظم تنازع القوانين في المواد من 9 الى 24 من القانون المدني الجزائري<sup>9</sup> والذي يمثل أهم مصدر تشريعي داخلي للقانون الدولي الخاص، وفيما يتعلق بالأحوال الشخصية فقد نظمها بموجب المادة من 10 إلى 16.

وهناك بعض النصوص التشريعية التي تعالج بعض مسائل القانون الدولي الخاص

مثل:

- الأمر المؤرخ في 19 فيفري 1970 المتعلق بالحالة المدنية والمعدل بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 09 أوت سنة 2014 والقانون رقم 03-17 المؤرخ في 10 يناير 2017 .

<sup>7</sup>- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشر، 1986، مطبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، ص88 وما بعدها.

<sup>8</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، طبعة 2008، ص130 وما بعدها.

<sup>9</sup>- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد، 78، الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975.

\_ وفيما يخص وضعية الأجانب فقد ذهبت الدول إلى وضع تشريعات تخص حقوق ووضعية الأجانب ولقدنظمت وضعية الاجانب في الجزائر بالأمر المؤرخ 1966<sup>10</sup> وتشغيلهم منظمة بالأمر الصادر في 16 أوت 1971 ثم بقانون 10/81 المؤرخ في 11 يونيو 1981، والذي عدل بموجب القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008<sup>11</sup> والذي حدد مختلف الشروط المتعلقة بالإقامة وكذا مغادرة التراب الوطني والسماح للأجنبي بممارسة نشاط او عمل في الجزائر.

\_ كما نظم المشرع الجزائري المهن التجارية والصناعية الحرة للأجانب بالمرسوم المؤرخ في 26 سبتمبر 1975<sup>12</sup>.

\_ أما فيما يتعلق بالجنسية فقد صدرت قوانين مكتوبة مباشرة بعد الاستقلال سنة 1963 والتي عدلت بالتشريع الصادر سنة 1970 والذي عدل أيضا سنة 2005<sup>13</sup> فالتشريع إذن هو الذي يحدد كل المسائل المتعلقة بالجنسية سواء من حيث اكتسابها أو فقدها والتجريد منها ...

وقد نظم قانون الإجراءات المدنية بعض الضوابط التي تحكم القانون الدولي الخاص تتمثل في<sup>14</sup>:

- مسألة الاختصاص الاقليمي وذلك في القسم الأول تحت عنوان الدعاوى المرفوعة ضد أو من الأجانب بموجب المادة 41-42 .

<sup>10</sup> - أمر رقم 11 75، المؤرخ في 21 يوليو 1966، يتعلق بوضعية الأجانب ، والمرسوم 66-212، مؤرخ في 21 يوليو 1966 يتضمن تطبيق الأمر 66-110 المؤرخ في 21 يوليو 1966، المتعلق بوضعية الأجانب في الجزائر، جريدة رسمية عدد74، الصادرة في 29 يوليو سنة 1966.

<sup>11</sup> - القانون رقم 08-11، المؤرخ في 5 يونيو سنة 2008 والمتعلق بشروط دخول وخروج الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم وتنقلهم فيا، جريدة رسمية عدد 36، المؤرخة في 2 يوليو 2008

<sup>12</sup> - مرسوم رقم 75-111، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتعلق بالمهام التجارية والصناعية والحرية الممارسة من طرف الأجنبي على التراب الوطني، جريدة رسمية عدد 82، المؤرخة في 17 أكتوبر 1975.

<sup>13</sup> - الأمر رقم، 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 70-86، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، والمتضمن قانون الجنسية، جريدة رسمية عدد15، الصادرة في 27 فبراير 2005.

<sup>14</sup> - القانون 8-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

- الإنابة القضائية الدولية بموجب المواد من 112 إلى 124 .

- تنفيذ الإنابات القضائية الدولية بموجب المواد 117 إلى 124 .

- في أوجه الطعن وذلك بموجب المادة 358 بحيث يمكن الطعن بالنقض في المسائل المتعلقة بالقانون الدولي الخاص إذا تعلق الأمر بمخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة، وكذلك مخالفة الاتفاقيات الدولية ( التي تتعلق بمسائل القانون الدولي الخاص على وجه الخصوص).

- السندات التنفيذية الأجنبية بموجب المواد 605-608 .

- كما نظم بأكثر تفصيل الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي بموجب المواد من 1039 إلى 1961 وبذلك يكون قانون الإجراءات المدنية والإدارية نظم بشكل دقيق أهم المسائل ذات الصلة بالقانون الدولي الخاص وهذا عكس التشريع السابق .

#### ب- الاتفاقيات الدولية

تعتبر المعاهدات سواء الثنائية أو الجماعية اتفاق بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسائل معينة تتعلق بالقانون الدولي الخاص، والمعاهدات في العصر الحديث ساعدت كثيرا على تطوير القانون الدولي الخاص وإثراء مسائله كالجنسي ومركز الأجانب وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص، وتنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية خاصة ماتعلق منها بقانون الاسرة للأهمية التي يكسيها لدى الأفراد والجماعات، وكمثال على المعاهدات المبرمة في مجال القانون الدولي الخاص<sup>15</sup>:

- اتفاقية جنيف لسنة 1952 المتعلقة بحق المؤلف والملكية الصناعية والادبية

<sup>15</sup>- أنظر علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص11

- اتفاقية لاهاي لسنة 1930 المتعلقة بمسائل الجنسية والمعاهدة المبرمة عام 1953 بين الدول العربية

والتي تقضي بمحاربة ظاهرة انعدام الجنسية .

ولقد لعبت هذه المعاهدات دورا كبير في حل الاشكالات المتعلقة بمجالات القانون الدولي الخاص خاصة ماتعلق منها بالأحوال الشخصية .

### - القوة الإلزامية للمعاهدات

قضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي في سنتي 1930-1932 بأنه لايجوز للدول أن تحتج بتشريعيها الداخلي لتتخلص من التزاماتها المترتبة بمقتضى معاهدات دولية، وأيدت هذا الحكم محكمة العدل الدولية سنة 1951 وجاء هذا الحكم نتيجة لاختلاف الدول في مدى إلزامية المعاهدة، فبعض الدول كفرنسا ترى أن المعاهدات ملزمة لمحاكمها والأفراد المقيمين على اقليمها بمجرد المصادقة عليها، وبعض الدول لاتعتد بالقوة الإلزامية للمعاهدة إلا إذا صدر تشريع خاص بذلك في قوانينها مثل إنجلترا، وفيالولايات المتحدة الأمريكية توجد معاهدات قابلة للتنفيذ بذاتها وأخرى غير قابلة للتنفيذ بذاتها فلا تنفذ إلا بعد صدور تشريع.

### - تعارض احكام المعاهدة مع التشريع الداخلي

\_ ما هو الحل القانوني الواجب التطبيق في حال تعارض أحكام المعاهدة مع التشريع الداخلي لدولة معينة؟

الإجابة على هذا السؤال تستدعي فرضين هما:

- أن تكون هناك معاهدة قائمة ويصدر تشريعا يتعارض مع أحكام المعاهدة فهنا لايجوز للدولة التي أصدرت التشريع التحلل من التزاماتها بما جاء في المعاهدة إلا بعد نقضها

تطبيقاً لقضاء محكمة العدل الدولية، التي قضت بأنه لا يجوز لدولة أن تتحلل من التزاماتها الدولية بتشريع داخلي وقد نص الدستور الفرنسي على هذا الحكم سنة 1948 في مادته 28 ونص دستور سنة 1956 على سمو أحكام المعاهدات، وفي هذا المجال أصدرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في 4-2-1936 بأنه: إذا صدر قانون يخالف ضمناً أحكام معاهدة سابقة فيفترض أنه أراد استثناء أحكام المعاهدة وهذا مأخذ به القضاء الأمريكي والإنجليزي غير أنه تظهر الإشكالية حين ينص القانون اللاحق على وجوب تطبيقه فلا يكون أمام القضاء إلا الانحناء أمام إرادة المشرع .

- أن يكون هناك تشريع داخلي وتبرم الدولة معاهدة تتعارض مع أحكام هذا التشريع وفي هذه الحالة تعتبر أحكام المعاهدة تنسخ النصوص التشريعية المعارضة لها ما لم تقم بنقضها بالطرق الدبلوماسية.

#### - حكم تعارض المعاهدة مع القانون الداخلي الجزائري

في حالة وقوع هذا الإشكال لا بد من الرجوع إلى نص المادة 21 ق م التي تنص على أنه: "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك، في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر".

- أما بالنسبة للنصوص الدستورية فقد نصت المادة 150 من التعديل الدستوري لسنة 2016، والمعدل بالقانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016 على سمو المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، ونصت المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020<sup>16</sup> والمتعلق بالتعديل الدستوري على أنه:

<sup>16</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، جريدة رسمية عدد 82، الصادرة في 30 ديسمبر 2020.

"المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط النصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

### ج- العرف الدولي

يقصد بالعرف مجموعة القواعد القانونية التي تنشأ من اطراد سلوك الناس على إتباعها على نحو معين زمنا طويلا مع اعتقادهم بالزامها، وبأن مخالفتها توجب توقيع جزاء مادي.

وفي هذا الإطار يعتبر العرف من أهم مصادر القانون الدولي الخاص خاصة فيما يتعلق بتنازع القوانين، وتوجد هناك بعض القواعد المستمدة من العرف الدولي المستقر منذ عهد طويل مثل : قاعدة خضوع شكل التصرف لقانون المحل، وقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه، وقاعدة خضوع إجراءات المرافعات لقانون القاضي، وقد أصبحت هذه القواعد نصوصا تشريعية في أغلب الدول اليوم، وفي الوقت الحاضر قلت أهمية هذا المصدر وأصبح ينظر إليه أنه مجرد مصدر تاريخي.

وبالنسبة لمواد الجنسية فإن دور العرف يكاد يكون منعدما وذلك لاستثثار التشريع بتنظيمها ولتعلقها بسيادة الدولة هذا رغم أن بعض شراح القانون الدولي الخاص أنكرو وجود عرف دولي ملزم.

### 2-المصادر غير الرسمية

#### أ- الفقه

لقد ساهم الفقه الدولي بقسط كبير في تكوين قواعد القانون الدولي الخاص ومن ذلك<sup>17</sup>:

<sup>17</sup>- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص27 وما بعدها.

- فقه المدرسة الإيطالية : نشأت في البيئة الإيطالية نظرية الأحوال (أواخر القرن 12 وبداية القرن 13) ومنابرز فقهاؤها bartole وقد ميز فقه هذه المدرسة بين الأحوال العينية وأحوال شخصية وأخضعوا الأحوال الأولى إلى قانون الموقع والثانية لقانون موطن الشخص، ويرجع في تحديد طبيعة الأحوال إما إلى القانون الروماني أو القواعد المستمدة من القانون الطبيعي والعدالة، واستطاع فقهاء هذه المدرسة أن يقسموا هذه القواعد إلى موضوعية وقواعد خاصة بالمرافعات.

- كما درسوا مبدأ سلطان الإرادة وقالو أن العقد يخضع لمحل إبرامه.

- أخضعوا الجرائم لمحل وقوعها وهم أول من فرق بين الأحوال المستحسنة والمستهجنة

- فقه المدرسة الفرنسية (1500-1590) ميزها فقيهان هما:

- ديمولان : الذي ابتدع فكرة التكيف وقسم الأحوال إلى عينية وشخصية.

- دارجنترية: التمسك بمبدأ الإقليمية كأصل واستثناء تطبيق القانون الأجنبي، وقسم الأحوال إلى عينية وشخصية وجعل العينية هي الأصل.

- فقه المدرسة الهولندية أخذوا بالمبادئ السابقة ويرجع لهم الفضل في اعتناق اصطلاح تنازع القوانين لأول مرة، كما جاءوا بفكرة استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته النظام العام المحلي وجاءوا بفكرة المجاملة الدولية

ثم توصلت الأعمال الفقهية فجاء الفقيه الألماني سافيني الذي أسند خضوع الروابط والعلاقات القانونية إلى المكان الذي تمت فيه انطلاقا من نظرية التركيز المكاني وطبقا لهذه النظرية تكون معايير الإسناد كما يلي :

- حالة الشخص وأهليته تخضع للموطن باعتبار أن مركز العلاقة القانونية هو اختيار الشخص لهذا الموطن.

- الالتزامات التعاقدية تخضع لقانون مكان تنفيذها.

- خضوع الأموال إلى قانون الموقع على أساس أن العلاقة يتحدد مركزها القانوني بمكان وجود الأموال.

. وبعدها جاء الفقيه الأمريكي ستوري الذي كان السباق إلى إعطاء اصطلاح القانون الدولي الخاص وكان متأثرا بالفقه الهولندي حيث اعتنق فكرة تطبيق القانون الأجنبي على سبيل المجاملة.

### ب-القضاء

يقصد به مجموع الحلول القضائية التي استقرت عليها المحاكم بحيث أصبحت تمثل اتجاهها واضحا ومستقرا في مسائل محددة صادرة عن القضاء الوطني أو الدولي.

- **القضاء الوطني:** يختلف دور القضاء باختلاف الأنظمة المنتهجة من طرف الدول فإذا كانت الدولة متأثرة بالنظام الأنجلوساكسوني، والتي يشارك فيها القضاء بدور كبير في تكوين القاعدة القانونية<sup>18</sup> فيعتبر مصدرا هامايصل إلى درجة الرسمية ويسمى القانون فيها "بالقانون القضائي" فتأخذ هذه الدول بحجية السوابق القضائية التي تتمتع بقوة الإلزام وبالتالي فالقاضي المعروض عليه النزاع يبحث عن الحلول في الأحكام القضائية التي صدرت من قبل المنازعات المماثلة .

وبالنسبة للدول الخارجة على النظام الأنجلو ساكسوني كالجزائر فإن القضاء لا يخلق القاعدة القانونية بل ينحصر دوره على تطبيقها وتفسيرها.

<sup>18</sup>- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق ص 26.



- **القضاء الدولي:** رغم قلة أحكام القضاء الدولي إلا أنه يعتبر مصدرا هاما للقانون الدولي الخاص في الحالة التي ترفع فيها الدولة دعوى أشخاصها نيابة عنهم إلى المحاكم الدولية عن طريق الحماية الدبلوماسية، باعتبار أن هؤلاء الأشخاص لا يتمتعون بالشخصية الدولية حسب المادة 1/34 النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية<sup>19</sup>، ومن الأحكام التي صدرت بهذا الصدد.

- بالنسبة للمشاكل التي تعترض الأجانب في دول أخرى قررت محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في 25 مايو 1926 بأن نزع ملكية هؤلاء من طرف الدول المتواجدين بها بدون تعويض يعتبر إجراء مخالفا للقانون الدولي.

- وفيما يتعلق بتنازع القوانين فقد أصدرت المحكمة في 12 يوليو 1929 بأن كل دولة حرة في وضع قواعد التنازع التي تراها مناسبة لسياستها عدا ماتتص عليه المعاهدات، كما أصدرت أن كل دولة تستقل في وضع القواعد القانونية التي تنظم حالات تكسب جنسيتها أو فقدها أو أية مسألة متعلقة بالجنسية

---

<sup>19</sup> - انشئت المحكمة بموجب ميثاق الامم المتحدة الموقع في سان فرانسيسكو في 26 يونيو 1945 والنظام الأساسي للمحكمة وهي محل المحكمة الدائمة للعدل الدولية ومقرها بلاهاي هولندا.