التكاملية بين موضوعات القانون الدولي الخاص

م.م. ابراهيم عباس الجبوري

كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة الاسلامية في النجف الاشرف

Topics of Private International Law

Assistant teacher .Ibrahim Abbas Jubouri

College of Law and Political Science/Islamic University of Najaf

ibraheemabbas916@gmail.com

Abstract

The issues of private international law are not subject to agreement, and the relations between States are governed by the rules of public international law, because States have been and are still considered to be the most important persons of public international law, and the State is the object to regulate them. The relations of private individuals in all States Which is imbued with a foreign element in one of its components, is governed by private international law, because every state ends its sovereignty at its territorial borders. International private law comes to govern the special legal relations that cross these borders.

Key words: takamul, jobs, law, international, private.

الملخص

إن موضوعات القانون الدولي الخاص ليست محل اتفاق، وان علاقات الدول فيما بينها محكومة بقواعد القانون الدولي العام، وذلك لأن الدول كانت ولا تزال تعتبر من أهم أشخاص القانون الدولي العام وان الدولة هي الغاية التي يسعى الى تنظيمها، أما علاقات الأفراد الخاصة في كافة الدول التي تكون مشوبة بعنصر أجنبي في احد عناصرها تكون محكومة بالقانون الدولي الخاص وذلك لأن كل دولة تنتهي سيادتها عند حدودها الأقليمية، ويأتي القانون الدولي الخاص ليحكم العلاقات القانونية الخاصة العابرة لتلك الحدود فهو يقع وسط بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص كما ان كل موضوع يعد سبب للموضوع اللاحق عليه ويتكامل معه.

الكلمات المفتاحية: تكامل: موضوعات، قانون: دولي: خاص.

المقدمة

أولاً– التعريف بموضوع البحث وأهميته: ان القانون الدولي الخاص قانون مختلف من حيث موضوعه ومصادره، وطبيعة قواعده، وتعد الجنسية بداية تكاملية باقي موضوعات القانون الدولي الخاص كما سنرى لاحقا : فالقانون الدولي الخاص بمرحلة التمتع بالحقوق من خلال (الجنسية:الموطن:مركز الاجانب) وبعدها مرحلة استعمال الحقوق (تنازع الاختصاص التشريعي) واخيرا مرحلة حماية الحقوق (تنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية) وتعد المرحلة الاولى اسبق وسبب للمرحلة الثانية والاخيرة سبب للمرحلة الثالثة.

ثانياً– أهداف البحث: أن المجتمعات الدولية لا تستطيع الاستغناء عن بعضها، وان هذه الحاجة تطلبت نشوء روابط قانونية جديدة لتنظيم الحياة الخاصة للأفراد عبر الحدود الأقليمية لكل دولة من الدول وهذه الروابط تجد سببها في التوزيع الجغرافي للافراد عبر دول العالم والتركيز القانوني للعلاقات بين الانظمة القانونية.

ثالثاً– مشكلة البحث: ان آثر العلاقات بين الأفراد التي يشوبها عنصر أجنبي يتصل بأكثر من نظام قانوني لدولة من الدول عن طريق الجنسية او الموطن: فكان لابد من تنظيم هذه النشاطات المشوبة بعنصر أجنبي، من الناحيتين التشريعية والقضائية بشكل تكاملي: على وجه يحقق احترام سيادة الدولة على اقليمها، ويؤدي بنفس الوقت الى استمرار التعاون الدولي بين الدول.

رابعاً– منهج البحث: اتبعت المنهج الوصفي المقارن من خلال وصف الحقائق العلمية، وتحليلها والرجوع الى مصادرها في القانون، وتحقيق مقارنة بين القانون العراقي من جهة والقانون المصري والفرنسي والبريطاني من جهة اخرى.

خامساً– خطة البحث: اقتضت طبيعة البحث، ولاجل الاحاطة بجوانبه القانونية جميعها، النظرية منها والعملية والوقوف على معطياته المختلفة، تقسيمه على مبحثان: ندرس في المبحث الأول: مفهوم التكاملية بين موضوعات القانون الدولي الخاص، ويتكون من ثلاث مطالب: الأول: نوضح فيه مصطلح القانون الدولي الخاص والثاني: التعريف بتكاملية موضوعات القانون الدولي الخاص، والثالث: الطبيعة القانونية لتكاملية موضوعات القانون الدولي الخاص في حين سنعقد في المبحث الثاني: تاثير مصادر القانون الدولي الخاص في تكاملية موضوعاته: وذلك في مطلبين: سنبحث في الأول: تاثير المصادر الرسمية في موضوعاته، وفي الثاني: تاثير المصادر التفسيرية في موضوعاته.

المبحث الأول

مفهوم تكاملية موضوعات القانون الدولي الخاص

ان الأفراد تتوزع على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليها بالدول، وتتغير احوالهم القانونية بتغير امكانهم كما تتعدد الدول بتعدد الانظمة االقانونية تشريعيا وقضائيا وللاحاطة في الموضوع فسنتاوله من خلال مطلبين.

المطلب الأول

اصطلاح القانون الدولي الخاص

ليس هناك اتفاق عالمي حول هذا الاصطلاح، وأول من استعمل مصطلح"القانون الدولي الخاص"(Private International Law) في التأريخ الحديث هو القاضي:Story الأمريكي عام 1834 وفيما بعد استخدم في اوربا، وتداوله بعض الفقهاء منهم: Foelix, West Lake, Foot كذلك استعمل اصطلاح"تنازع القوانين" Conflict of Laws: مرادفا للقانون الدولي الخاص وهذا المصطلح يشير الى وجود اختلاف في القوانين الداخلية في الدول المتعددة، وهذا الاصطلاح الاخير شائع في انكلترا، وامريكا، والمانيا، وقد ظهرت تسميات عديدة لهذا الاصطلاح ومنها "القانون الخاص الدولي": و" قانون مشاكل ما بين الولايات أو الدول المتعددة" و"قانون المجاملة الدولية" و"قانون الاعتراف بالحقوق في خارج اقليم الدولة"، ولكن الأصطلاح الغالب في اوربا، والدول العربية ومنها العراق: هو "القانون الدولي الخاص"(1).

ويمكن القول ان هذا الاصطلاح يشير الى مجموعة موضوعات تتكامل بينها تكامل عضوي ووظيفي يؤثر بعضها في البعض الاخر وتشكل وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة وهو ما يفسر دراستها في مادة علمية واحدة.

المطلب الثاني

التعريف بتكاملية موضوعات القانون الدولي الخاص

تبدأ مهمة القانون الدولي الخاص، وتظهر بوضوح عندما تكون العلاقة القانونية مشوبة بعنصر أجنبي (Foreignness)، مثال ذلك: شراء تاجر عراقي بضاعة من اليابان، من تاجر تايلندي، وان يكون التسليم في ميناء البصرة، والدفع بالجنيه الاسترليني في بيروت، ويثير نزاع بشأنها يتعلق بمصاريف النقل أو التأمين مثلاً هنا يثار التساؤل: لأي قانون يصار اليه مهمة حل النزاع...؟ هل الى القانون العراقي باعتباره قانون جنسية المشتري، أم الى القانون التايلندي باعتباره قانون جنسية البائع، أم الى القانون الياباني باعتباره محل وجود البضاعة، أم الى القانون اللبناني باعتباره قانون مكان دفع الثمن، أم الى القانون الانكليزي باعتباره قانون الدولة التي يتم الدفع بموجب عملتها...؟ وهنا سيتدخل اولا موضوع الجنسية بالنسبة للاطراف وكذلك موطنهم وهو حتما يطرح اختلاف حالتهم القانونية من حيث القانون الواجب التطبيق في لعلاقات التي يكونوا طرفا فيها. كما ان حصول نزاع بين االافراد يحتاج الى وجود قضاء مختص دوليا للنظر في ذلك النزاع.

ان وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية يقتضي من المشرع، ومن المحاكم، وذلك عبر قواعد متخصصة لمواجهة التنازع كما يجب ان تمنح تلك القواعد قاضي النزاع سلطة تقديرية يتمكن بها من تسوية عادلة للنزاع وبذلك سيكون معالجة النزاع بأسلوب يختلف عن الاسلوب الذي يصار اليه عندما يكون موضوع النزاع علاقة قانونية وطنية في كافة عناصرها، إذ تحل الاولى على وفق قواعد القانون الدولي الخاص(2)، بينما تحل الثانية على وفق قواعد القانون الداخلي:ولم يتوصل الفقهاء إلى اتفاق على تعريف محدد للقانون الدولي الخاص اذ يعتبر هذا الفرع من القانون حديث النشأة قياساً بالفروع الأخرى، وهناك اتجاهان، سنعرضهما من خلال فرعين:

الفرع الأول

الاتجاه الضيق

عرفه بأنه" ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العلاقات القانونية الخاصة ذات العنصر الأجنبي"، وبالتالي قصرت الموضوع على تنازع القوانين فقط، واستبعدت باقي الموضوعات، لذا يسمى هذا الفرع من القانون لديهم قانون تنازع القوانين، فذهب إلى تعريفه بأنه:" ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في فض تنازع القوانين"الاختصاص التشريعي"، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأن علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي وتتكفل قواعده ببيان القانون الواجب التطبيق وولاية القضاء في الفصل بالمنازعات" وبالتالي يلحق بالاختصاص القضائي مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية، وهذا الاتجاه استبعد التوزيع الدولي للأفراد ومركز الأجانب من موضوعات القانون الدولي الخاص. وهنا يكون التكامل بين الموضوعين وهما تنازع الاختصاص التشريعي وهو الاسبق وتنازع الاختصاص القضائي وهو اللاحق عليه كما يؤثر الاول في الثاني ويحصل التاثير بالعكس ايضا.

الفرع الثاني

الاتجاه الواسع

المتمثل بالفقه اللاتيني، والمطبق من قبل فرنسا، والدول العربية، التي سارت على نفس النهج، مثال ذلك: مصر، ولبنان، والكويت، والجزائر، والعراق... فهذا الاتجاه يعرفه بالإضافة إلى المواضيع التي اشار إليه الاتجاه الأول، إلا انه يضم إليه موضوعات التوزيع الجغرافي الدولي للأفراد(الجنسية والموطن، ومركز الأجانب)، وذلك لوجود صلة وثيقة معهما.

وذهب أغلب الفقه الى تعريف القانون الدولي الخاص بأنه:"مجموعة قواعد قانونية تحدد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في نزاع نشأ بسبب رابطة قانونية تتميز بوجود عنصر أجنبي فيها، سواء كان طرفاً في الرابطة، أو محلها، أوكان السبب المنشئ لها كما تحكم قواعده مسائل الجنسية، والموطن، ومركز الأجانب، في الدولة"، وهنا تتحقق التكاملية باعلى مستوى بين خمسة موضوعات رئيسة فتبدا علاقة الجنسية بباقي الموضوعات كسبب رئيس وهذه الموضوعات نتيجة لها اي كل منها بعد الجنسية سيكون سبب للاحق عليه ونتيجة للسابق له وهكذا. وهنا يمكن معالجة اشكاليات كل موضوعات من خلال تتبع اسبابه المؤثرة والنظر اليه كنتيجة لهذه الاسباب السابقة عليه (3).

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لقواعد القانون الدولي الخاص

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص، نظراً لتعدد الموضوعات التي يشتمل عليها، واختلافهم ايضاً في النطاق الموضوعي له، مما ترتب على هذا الاختلاف نتائج هامة في اعتبار القانون الدولي الخاص قانوناً دولياً، أو داخلياً، وفي تحديد مكانه من فروع القانون، فهل يعتبر قانوناً خاصاً، أم عاماً، أم انه قانون قائم بذاته، وسيتم توضيح ذلك، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

القانون الدولي الخاص قانوناً دولياً أم داخلياً

ذهب بعض فقهاء القرن التاسع عشر الى اعتبار القانون الدولي الخاص قانوناً دولياً بحق، وذلك لأن القانون الدولي أما ان ينظم علاقات الدول بعضها بالبعض الآخر، وهذا هو القانون الدولي العام، أو على اساس انه يحكم علاقات الأفراد في المجتمع الدولي، أي يختص بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي وهذه العلاقات تتدخل فيها ظاهرة الحدود السياسية للدول، وهذا هو القانون الدولي الخاص، كذلك القانون الدولي العام يحكم علاقات الدول بصورة مباشرة، في حين ان القانون الدولي الخاص يحكم علاقات الدول بصورة غير مباشرة، لأنه يسعى الى تحديد سلطات قانون كل دولة من الدول، ولكن يرى البعض ان هذا الرأي لا يقوم على اساس متين، إذ إن القانون الدولي الخاص ينظم العلاقات بين الأفراد من دول مختلفة، أي على اساس تدخل ظاهرة الحدود السياسية، ولكن هذه الظاهرة لا تكفي لاعتباره حجة قاطعة لإسباغ الصفة الدولية على القانون الدولي الخاص، لأن تقسيم القانون الى داخلي، ودولي، يقوم على معيار نطاق تطبيق القانون في المكان، فالقانون الداخلي يطبق ضمن الحدود الاقليمية للدولة، في حين يطبق القانون الدولي العام ضمن نطاق المجتمع الدولي، وذلك بتجاوز الحدود الاقليمية للدولة، ويتحدد نطاق القانون الدولي الخاص، أو العام، من حيث المكان بالمصادر التي يستمد منها قواعد ذلك القانون فمعظم مصادر القانون الدولي الخاص وطنية، ولا توجد في نفس الوقت سلطة عليا فوق سلطة الدول تلزمها باتباع قواعد معينة، أما مصادر القانون الدولي العام فهي مصادر دولية لذلك يرى اغلب الفقه ان القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي، إلا انه يتمتع بصبغة دولية لا يستطيع المشرع الوطني انكارها"وطني المصدر وله مظهراً دولياً". وبذلك تطبع االمصادر الدولية بطبيعتها طبيعة القانون(4).

الفرع الثاني

القانون الدولي الخاص قانوناً عاماً أم خاصاً

تختلف الإجابة عن هذا السؤال بحسب النظرة الى موضوعات الجنسية والموطن ومركز الأجانب ان كانت تعد من موضوعات القانون الدولي الخاص، أم ان النطاق الموضوعي له يقتصر على تنازع القوانين، وتنازع الأختصاص القضائي، ويرى البعض، انه اذا اعتبرنا الجنسية، والموطن، ومركز الأجانب، من موضوعات القانون الدولي الخاص، فإنه يعد قانوناً عاماً لأن الجنسية باعتبارها رابطة سياسية، وقانونية، تفيد انتماء الشخص الى شعب الدولة بوصفه عنصراً من العناصر المكونة لها، ولذلك كان من الطبيعي ان تعد من موضوعات القانون العام لمساسها بكيان الدولة ذاتها، وان ترتبت عليها آثار تتعلق بالقانون الدولي الخاص باعتبار الجنسية عنصراً من عناصر الحالة، إلا انه لا يغير من جوهر المسألة، أما مركز الأجانب فانه كما يحدد الحقوق الخاصة (المدنية) فإنه ايضاً يحدد الحقوق العامة التي يتمتع بها الأجانب، وهذا التحديد يخضع للاعتبارات السياسية للدولة، فيكون مركز الأجانب بناءً على ذلك أكثر اتصالاً بالقانون العام، كذلك لو نظرنا للاختصاص القضائي الدولي، يحدد سيادة الدولة في مسألة خضوع المنازعات لأختصاص محاكمها الوطنية وهذه أمور تمس القانون العام لأنها متعلقة بكيان الدولة، أما مسألة تنفيذ الأحكام الأجنبية فإن محاكم الدولة غير ملزمة بتنفيذ حكم صادر من محكمة أجنبية، وقد يكون ذلك خروجاً عن أحكام قوانينها، بل لابد من الرجوع الى المعاهدات، أو مبدأ المقابلة بالمثل، وهذه الأمور هي الأخرى من صميم السياسة العامة للدولة، ومن المعلوم أن العلاقات الدبلوماسية تعتبر ضرورية في هذا المجال، وهذه جميعاً متعلقة بالقانون العام، أي يكون القانون عاماً عندما ينظم علاقات الأفراد مع الدولة ليس بصفتها شخصاً معنوياً بل بصفتها صاحبة سيادة وسلطان، في حين يرى بعض الفقهاء: ان الصلة وثيقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص، وهذا ما يبرر وجودها ضمن مادة واحدة الى جانب الموضوع الرئيس فيه وهو تنازع القوانين، لهذا يقولون بأنه فرع مختلط تجمع قواعده الصفتين. وهنا نستطيع القول ايضا ان الطبيعة العامة للقانون ستطبع قواعده بطبيعة المصادر التي يستقي منها احكامه(5).

المبحث الثاني

مصادر القانون الدولي الخاص

القواعد القانونية في مختلف فروع القانون لها مصادر تستمد منها، والقانون الدولي الخاص شأنه شأن الفروع الأخرى، له مصادر يستمد منها قواعده، تسهل على القاضي معرفة تلك القواعد لتطبيقها على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، ونظراً لأن القانون الدولي الخاص له طبيعة خاصة فإنه يمتاز عن غيره من بقية فروع القانون، بان مصادره تثير الكثير من المناقشة، لذا نجد اختلاف الفقهاء في هذا الأمر يتعلق بتقسيمات المصادر، فمنهم من يقسمها الى مصادر وطنية، واخرى دولية، والبعض الآخر: يقسمها الى مصادر مكتوبة، ومصادر غير مكتوبة، وطائفة ثالثة: تقسمه الى مصادر اساسية أو رسمية، ومصادر تفسيرية، وسيتم توضيح ذلك، وحسبما يأتي:

المطلب الأول

المصادر الرسمية

جرياً على تقسيم محكمة العدل الدولية للمصادر المعتمدة لحل النزاعات ذات العنصر الأجنبي إذ اعتبرت التشريع، والمعاهدات، والعرف، مصادر اساسية من حيث قوة الالزام، والرجوع اليها، وسيتم توضيح ذلك، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

الـــتشريـــع

يقصد بالتشريع: مجموعة القواعد القانونية التي يصدرها المشرع الوطني في دولة ما لتنظيم أمر معين، وهي القواعد القانونية المكتوبة، والتي يلتزم بها القاضي عند نظره في نزاع معين، ولم يكن للتشريع دور رئيس في تسطير قواعد القانون الدولي الخاص إلا في القرن العشرين، إذ دونت بعض قواعده نتيجة للاجتهادات الفقهية السابقة لهذا القرن، وتختلف تشريعات الدول في الاهتمام بوضع النصوص الخاصة بالقانون الدولي الخاص فالمشرع العراقي وضع نصوصاً خاصة بالجنسية بشكل مفصل مثلاً، كذلك وضع القواعد الخاصة بمركز الأجانب في قوانين متعددة، كذلك فعل بالنسبة للموطن فنص في قانون المرافعات المدنية رقم(83) لسنة 1969 المعدل، على بعض الأحكام الخاصة بالموطن في المواد(37-41) منه، أما في القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 المعدل، فقد نص على أحكام التنازع في المواد(14- 33) منه، وأولاه عناية كبيرة؛ لذلك فإن التشريع الوطني يعتبر مصدراً هاماً من مصادر القانون الدولي الخاص. ويمكن ان نلاحظ ان تاثير مصدر التشريع في الجنسية قوي وان الاخيرة تستقي احكامها منه بشكل منفرد في حين يشترك هذا المصدر مع باقي االمصادر في تزويد باقي الموضوعات بالاحكام(6).

الفرع الثاني

المعـاهـدات

يقصد بالمعاهدات الدولية: الاتفاقات ذات الطبيعة التعاقدية بين الدول أو بين المنظمات الدولية التي تنشئ حقوقاً قانونية، والتزامات بين الأطراف، والمعاهدات على ثلاثة أنواع، وحسبما يأتي:

أولاً- المعاهدات الثنائيةBilateral : هي المعاهدات التي تعقد بين طرفين فقط.

ثانياً- المعاهدات الجماعيةMultilateral: هي التي تعقد بين أكثر من طرفين.

ثالثاً- المعاهدات الجماعية العامة أو الشارعة: هي متعددة الأطراف، ويكون موضوعها تنظيم أمر يهم المجتمع الدولي بأسره، بناءً على مؤتمر دولي، وتعتبر المعاهدات التي تعالج مختلف موضوعات القانون الدولي الخاص مصدراً من مصادره: ومن هنا تظهر أهمية المعاهدات في تنظيم مسائل الجنسية وبخاصة عند تعديل حدود اقاليم الدولة، أو انفصال جزء منه، مثال ذلك: انفصال جنوب السودان عن السودان(الشمال)، وتكوين(جمهورية جنوب السودان) في 2011/7/9، بموجب اتفاقية نيفاشا، كذلك معاهدات الصلح التي عقدت في اعقاب الحرب العالمية الأولى(1914- 1918)، مثال ذلك: ما جاء بمعاهدة فرساي لعام 1919 بموجب المادة (105)، وتنظيم جنسية الألمان المستوطنين في دانزغ الحرة إذ يفقدون جنسيتهم الألمانية ويصبحون من رعايا هذه المدينة، كذلك معاهدة لوزان لعام 1923، في المادة (3) منها التي تناولت جنسية

أهالي البلاد التي انفصلت عن الدولة العثمانية آنذاك، من جانب آخر تظهر أهمية المعاهدات كمصدر من خلال ابرام اتفاقيات لتنظيم حالة معينة، مثال ذلك: الاتفاقية المعقودة بين الجامعة العربية وبين الدول الأخرى عام 1956، إذ وضعت بعض القواعد التي تهدف الى منع ازدواج الجنسية وانعدامها، فعالجت جنسية المرأة المتزوجة من أجنبي، وجنسية اللقيط، وجنسية القاصرين، وغيرها، كما تظهر في مدى التمتع بالحقوق بالنسبة لرعايا الدول المتعاقدة في كل دولة من تلك الدول، كالإقامة، وممارسة بعض المهن الحرة، والعمل، وغيره، مثال ذلك: الاتفاق المعقود بين فرنسا وبلجيكا، وفرنسا واسبانيا، بشأن الإقامة وتشبيه المواطن الفرنسي بالمواطن الاسباني في إسبانيا والعكس كذلك تظهر أهمية الاتفاقيات في مجال تنازع الأختصاص التشريعي والقضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية سواءً ما تعلق منها في تنظيم مسائل الأحوال الشخصية(7)، وهل تخضع لقانون الجنسية أم الموطن؟ أو ما يتعلق بتنفيذ هذه الأحكام بين دول الجامعة العربية عام 1952: ويثار تساؤل: ما الحكم في حالة وجود تعارض بين أحكام المعاهدة مع تشريع وطني في الدولة...؟

الفقه يفرق في حالة ما اذا كان هذا التعارض قد تم على الصعيد الدولي (محكمة دولية، أو تحكيم دولي، أو على الصعيد الوطني)، إذ نجد القضاء الدولي عادة يطبق أحكام الاتفاقية أو المعاهدة، ولا يجوز ان يكون التشريع الوطني بما فيه الدستور ذريعة بيد الدولة للتهرب من المسؤولية الدولية، وهذا ما ذهبت اليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي في عام 1932، أما اذا كان التعارض أمام محكمة وطنية، فقد يكون التعارض إما مع احكام الدستور أومع أحكام تشريع، فاذا كان مع أحكام الدستور فان القضاء الوطني عادة ملزم بتطبيق الدستور باعتباره القانون الأعلى في الدولة، لأن الأمر متعلق بدستورية المعاهدات، وهو أمر لاتملكه السلطة القضائية اما اذا كان هذا التعارض قائماً بين معاهدة وتشريع وطني، فيفرق الفقهاء بين التعارض الصريح أو الواضح والتعارض الضمني...ففي حالة التعارض الصريح لابد من الرجوع الى أحكام الدستور الوطني لمعرفة مصير هكذا حالة، بأن يعتبر المعاهدة أسمى من القانون، وأغلب التشريعات نصت صراحة على علوية المعاهدات أما اذا لم يفرق الدستور بين المعاهدة، والتشريع، بل كلاهما في منزلة واحدة، هنا يجب النظر الى أيهما أسبق أو أقدم بالصدور والنفاد، فيطبق الأحدث على اساس أن الأحدث قد نسخ الاقدم، أما اذا كان التعارض ضمنياً فيجب اعمال قواعد التفسير، وان يطبق حكم المعاهدة على اساس انه حكم خاص، وان الخاص يقيد العام، أي: يبقى التشريع يمثل الحكم العام، والمعاهدة تمثل الحكم الخاص(8).

موقف المشرع العراقي: أن الدستور المؤقت لعام 1970 الملغى، وكذلك الدستور لعام 2005 النافذ، قد سكتا عن هذه النقطة، ولم يتضح موقفهما، ولكن بالرجوع الى المادة (29) من القانون المدني العراقي إذ جاءت بحكم يمكن تعميمه على كل الحالات حسب رأينا، إذ نصت على ان "لا تطبق أحكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أومعاهدة دولية نافذة في العراق". ونجد ان الاتفاقيات الدولية توزع احكامها بالتساوي بين كافة موضوعات القانون الدولي الخاص مما يقوي فيها الطابع التكاملي في الاحكام.

الفرع الثالث

العـــــرف

يقصد بالعرف: مجموعة القواعد القانونية التي اعتادت الدول السير بمقتضاها بصورة مستمرة في مسائل معينة، واعتقاد الدول بأن هذا العمل أصبح ملزماً لها كذلك يمكن تعريفه بأنه: "اطراد الأفراد على سلوك معين في مسألة معينة مدة من الزمن بحيث يعتاد الناس على اتباعه حتى يتولد الشعور بضرورة الالتزام به "، وقد كان العرف المصدر الوحيد للحقوق قديماً، وبعد ان أخذ التشريع مكان الصدارة تقلص دور العرف، ولكنه ظل يعتبر مصدراً للقانون، وبناءً على هذا التعريف يشترط للعرف توافر ركنين أساسيين هما:

أولاً– الركن المادي: هو اطراد العمل بمسألة معينة خلال فترة زمنية.

ثانياً- الركن المعنوي: هو الأعتقاد بأن العمل بتلك المسألة اصبح قاعدة قانونية لها قوة الالزام، وقد يراد بالعرف هنا الداخلي (الوطني)، أوالعرف الدولي، ونجد النوع الأول: ينشأ داخل حدود الدولة الواحدة وهو ملزم شأنه في ذلك شأن بقية مصادر القانون الداخلية، غير أن أهمية العرف الدولي كمصدر من مصادر القانون الدولي الخاص تختلف تبعاً الى موضوعاته، ويمكن القول اجمالاً أن العرف يضعف كلما تعلق الأمر بموضوع سيادة الدولة، إذ تفضل الدولة تنظيم الأمر بتشريع، مثال ذلك: قانون الجنسية، ولكن آثر العرف على مركز الأجانب واضح، فهناك قواعد عرفية تنص بأنه لايجوز للدولة أن تطرد الأجانب من بلادها بشكل جماعي، أو أن تعاملهم بأسوء مما تعامل به رعاياها، إذ تلتزم الدول بوجود حد آدنى من الحقوق ينبغي على كل الدول ان تتقيد به عندما تضع القواعد الخاصة بمركز الأجانب، أما فيما يتعلق بأثر العرف في مجال تنازع القوانين، مثلاً لايجوز للدولة أن تمتنع عن تطبيق القانون الأجنبي بصفة مطلقة، والاكتفاء بالصفة الاقليمية للقوانين في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، كذلك قاعدة خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه، وقاعدة خضوع الميراث للقانون الشخصي للمتوفى، وخضوع الأهلية للقانون الشخصي، أو لقانون الجنسية أيضاً. ويعد هذا المصدر الاصل التاريخي القديم لقواعد تنازع القوانين بشكل خاص وبعض احكام الموطن(9).

المطلب الثاني

المصادر التفسيرية

تعتبر الآراء الفقيه، والاجتهادات القضائية الصادرة من المحاكم، والتي يستمر الاطراد على اتباعها في التطبيق لحل النزاعات المعروضة أمام المحاكم كذلك المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص التي تتبلور نتيجة لاتباع متكرر لرأي فقهي أوسابقة قضائية، أوما شاع من قواعد عرفية ضمن مدرسة فلسفية واحدة (مجموعة دول ذات تقليد مشترك)، تعمل بنفس المنطلقات القانونية، لذا وجرياً على ما ذهب اليه اغلب المشرعين، والفقه باعتبار القضاء وآراء العلماء والمختصين في القانون المشهود لهم في هذا المجال، وكذلك المبادئ القانونية العامة المشتركة بين الأمم في مجال القانون الدولي الخاص كلها تعتبر مصادر تفسيرية، وسنحاول بيانها باختصار.

الفرع الأول

القضـــــاء

يقصد بالقضاء باعتباره مصدراً من مصادر القانون الدولي الخاص: مجموعة الأحكام والمبادئ التي استقرت عليها المحاكم في حكم مسألة معينة أي تلك القرارات المتواترة الصادرة عن المحاكم بحيث اصبحت تمثل موقفاً معلوماً للمشاكل التي تعالجها وتختلف أحكام القضاء من ناحية الالزام تبعاً الى النظام القانوني السائد في تلك الدولة، ففي دول ذات التقليد الأنجلوامريكي: نرى السابقة القضائية Precedent ملزمة للمحاكم ما لم تعدل عنها، أما في الدول اللاتينية والدول العربية ومنها جمهورية العراق: نجد ان السابقة القضائية ليس لها هذه القوة في الالزام، ولو ان المذكرة التفسيرية (الأسباب الموجبة) لقانون المرافعات المدنية رقم (183) الصادر عام 1969 المعدل قد احترمتها(10).

وأحكام القضاء قد تكون وطنية أو دولية، وبالتالي فلا يقتصر البحث عن المبادئ القانونية التي قررها القضاء الوطني، بل لابد من الرجوع الى قضاء المحاكم الأجنبية، وكذلك الرجوع الى أحكام المحاكم الدولية، وهذا هو مسلك القضاء العراقي الذي لعب دوراً هاماً خاصة في مسائل تنازع القوانين لأنها نشأت عن العرف، وآراء الفقهاء الذي قام القضاء بتحديد معالمه وصقله مستندين في ذلك على المادة (3/1) من القانون المدني العراقي، التي نصت على ان "وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية"، كذلك لا يمكن للفرد أن يرفع النزاع الذي هو طرف فيه الى المحاكم الدولية إلا اذا رفعتها دولته لعدم تمتع الفرد بالشخصية الدولية، إذ يلاحظ أن القضاء الدولي نادر وقليل في مسائل القانون الدولي الخاص، لهذا السبب قد جرى القضاء الدولي على قبول مثل هذه المنازعات على الرغم من تعلق

النزاع بصورة اساسية بعلاقات الأفراد الخاصة ونجد ان محكمة العدل الدولية الدائمة اصدرت حكماً بشأن نزع ملكية المصانع الألمانية، وبمعرفة الحكومة البولندية اذ جاء الحكم بعدم اجازة مصادرة اموال الأجانب بدون دفع تعويض عادل كذلك حكمها بأن الدولة تتمتع بحق واسع في تنظيم جنسيتها، أما في مجال التحكيم الدولي، نرى قرارات التحكيم التي تمثل نظام التقاضي المختار، قد اصدر العديد من القرارات المهمة من خلال اللجان التحكيمية المشكلة لحل نزاع محدد، أوالتي تعمل ضمن مركز أوهيئة تحكيمية دائمة واغلبها يتعلق بتنازع القوانين، ومركز الأجانب، ونجد ان هؤلاء المحكمين هم عادةً قضاة متقاعدون، أوكبار اساتذة القانون أوخبراء في الاختصاصات العلمية الأخرى وأن قرارات التحكيم Arbitration في الحقيقة تعتبر بمثابة موسوعة فقهية تستحق التقدير، تمثل آراء الفقهاء والعلماء والخبراء، لإقرار مبادئ مهمة في نزاعات تتضمن موضوعات مختلفة، إذ يمكن الاسترشاد والاستفادة منها في القضايا والنزاعات الداخلية والوطنية(11).

يمتاز هذا المصدر بالمرونة ويعد المصدر الاصيل لقواعد القانون الدولي الخاص في بلاد القانون العام (comman law) وخاصة في بريطانيا وبالمقابل يعد مصدر ثانوي في اغلب البلدان لعربية ومنها العراق لان التشريع يتصدر المصادر في هذه البلدان. وقد لعب هذا المصدر دور مهم في موضوع تنازع الاختصاص التشريعي وتنازع الاختصاص القضائي.

الفرع الثاني

الفقـــــــــه

يقصد بالفقه: مجموعة أراء فقهاء القانون المدونة في كتاباتهم، وبحوثهم والذين لهم شهرة دولية أي ان آراء الفقهاء كانت المصدر المهم للقانون منذ القرن الثالث عشر، ويعود لهم الفضل في صياغة النظريات وتقديم الحلول لمعظم مشاكل القانون الدولي الخاص، وبالتأكيد هؤلاء الفقهاء يقدمون الحلول استناداً للفلسفة التي يعتنقوها، ويتأثر بالظروف السياسية، والاقتصادية والاجتماعية المعاصرة لآرائهم وافكارهم، لذلك يمكن أن ندرك الاختلافات الفقهية في معالجة موضوع معين، وتختلف الحلول بين كل من أوربا الغربية والدول الاشتراكية والدول الرأسمالية، والدول العربية، وقد ساهم الفقه بشكل فعال في توجيه التشريع، وفي اعانة القضاء، وكثيراً ما تبنى المشرع بعد المفاضلة بين آراء الفقهاء في مسألة معينة رأياً راجحاً، وشائعاً يستقي منه قاعدة قانونية يشرعها، كذلك نجد تأثير الفقه بأحكام القضاء من خلال استعانة القاضي بآراء الفقهاء في تفسير النصوص(12)، أو عند عدم وجود نص يستأنس بآرائهم في الداخل، وبما شاع وانتشر في الميدان الدولي ليصدر حكمه، كما نجد ان الفقه لعب دوراً هاماً في موضوع تنازع القوانين، في حين ان دوره محدود (ضعيف) لايستحق الذكر في بقية الموضوعات، مثال ذلك: الجنسية ومركز الأجانب والأختصاص القضائي.

الفرع الثالث

مبادئ القانون الدولي الخاص

تعتبر مبادئ القانون الدولي الخاص مصدراً تستقى منه قواعده، ولهذا فقد ادرك المشرع العراقي هذا الأمر فنص صراحةً في المادة (30) من القانون المدني على أن " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً" وهذه المادة فتحت الباب أمام المحاكم الوطنية بالبحث عن مصدر آخر من الفقه المقارن، والتحري عن بقية قوانين الدول الأخرى وحسناً فعل المشرع العراقي على هذا الحكم، ومع ان هذا النص قاصر على موضوع واحد من مواضيع القانون الدولي الخاص وهو تنازع القوانين، الذي يعتبر القلب النابض للقانون الدولي الخاص، إلا انه يكرس مبدءاً عاماً مقرراً في كافة الدول، مفاده ان في الاحوال التي لم يرد فيها نص، ولايجد القاضي عرفاً يمكن الرجوع اليه في حل النزاع عليه ان يطبق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، مستعيناً في استخلاصها من الدراسة المقارنة للقواعد المشتركة بين النظم القانونية المختلفة، ومعرفة هذه المبادئ يتطلب جهداً وتتبعاً مستمرين في كتب الفقه واجتهادات المحاكم الوطنية والدولية وهكذا يتضح ان معظم مصادر القانون الدولي الخاص وطنية والمعاهدات، والعرف الدولي نعتقد تأثيرهما ضئيل بالنسبة للمصادر الأخرى

والسبب في هذا يعود الى عدم تكامل النظام الدولي، وتمسك الدولة بشدة بموضوع سيادتها، لذا فإن الدولة تنظم بقدر ما يتعلق الأمر بها، هذه الحياة القانونية الخاصة عندما تكون آثارها عابرة للحدود ومحكمة العدل الدولية لم تستطع تطوير العرف القضائي الدولي. ويعد مصدر تكميلي بالنسبة لباقي المصادر وهو يؤدي دور احتياطي لمعالجة النقص التشريعي في قواعد تنازع القوانين بشكل خاص(13).

الخاتمة

أولاً– النتائج

1– ان وجود العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية يقتضي من المشرع ومن المحاكم معالجة هذه القضية بأسلوب يختلف عن الاسلوب الذي يصار اليه عندما تكون العلاقة القانونية وطنية في كافة عناصرها.

2– أن كل دولة تنتهي سيادتها عند حدودها، ويأتي القانون الدولي الخاص ليحكم العلاقات القانونية الخاصة العابرة للحدود الاقليمية.

3– اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص، نظراً لتعدد الموضوعات التي يشتمل عليها واختلافهم أيضاً في النطاق الموضوعي له مما ترتب على هذا الاختلاف نتائج هامة في اعتبار القانون الدولي الخاص قانوناً دولياً أو داخلياً، وفي تحديد مكانه من فروع القانون، فهل يعتبر قانوناً خاصاً أم عاماً، أم أنه قانون قائم بذاته

ثانياً– التوصيات

1– ندعو المشرع العراقي الى اصدار تشريع خاص بالقانون الدولي الخاص ليشمل قواعده المتناثرة بين فروع القانون من جهة ومن جهة اخرى تنظيم الكثير من الإجراءات والمعاملات التي تظهر حديثاً نتيجة للتغييرات الحاصلة بطبيعة النظام القانوني في جمهورية العراق خاصة بعد عام 2003، مستفيدين من تجارب الدول المجاورة في هذا المجال.

المصادر والمراجع

القرأن الكريم

المصادر والمراجع باللغة العربية:

أولاً– الكتب القانونية:

1– د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ج1، ط2، مطبعة التفيض، العراق، بغداد، 1946–1947.

2– د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الموطن ومركز الأجانب في البلاد العربية، ط1، معهد البحوث والدراسات العربية: مصر: القاهرة، 1968.

3– د. جمال محمود الكردي، الجنسية في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2005.

4– د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، ط1، مطبعة المعارف، العراق، بغداد، 1976.

5– د. جابر ابراهيم الراوي، شرح أحكام قانون الجنسية وفقاً لأخر التعديلات، دراسة مقارنة : ط1، دار وائل للنشر، الأردن، عمان،2000.

6– د. حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية، ج1، ط2، مطبعة الأهلية، العراق، بغداد، 1999.

7– د. حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية: مصر، القاهرة، 2007.

8- د. حسن محمد الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط1: مطبعة جامعة بغداد، العراق، بغداد،1981.

9- د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج1، ط1، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق بغداد، 1982.

10- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، التقليد والتجديد في أحكام الجنسية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2012.

11- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب والتنازع الدولي للقوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط1، مكتبة السنهوري، العراق، بغداد، 2013.

12- د. عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، ط1، مكتبة السنهوري، لبنان، بيروت، 2015.

13- د. غالب علي الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج1، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، القاهرة، 2009.

14- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، العراق، بغداد، 1973.

ثانياً- النصوص القانونية العراقية:

1- القانون المدني رقم(40) لسنة 1951 المعدل.

2- قانون التجارة رقم (30) لسنة 1984 المعدل.

3- دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ.

4- قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 المعدل.

5- قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (76) لسنة 2017 النافذ.

الهوامش:

1- د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ج1، ط2، مطبعة التفيض، العراق، بغداد، 1946-1947: ص 67.

2- د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص88.

3- د. جمال محمود الكردي، الجنسية في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2005، ص99.

4- د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، ط1، مطبعة المعارف، العراق، بغداد، 1976، ص66.

5- د. جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق،ص55.

6- د. حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق والجنسية، ج1، ط2، مطبعة الأهلية، العراق، بغداد، 1999، ص120.

7- د. حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، ط1، دار النهضة العربية: مصر، القاهرة، 2007، ص34.

8- د. حسن محمد الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي، ط1: مطبعة جامعة بغداد، العراق، بغداد،1981، ص59.

9- د. حسن محمد الهداوي، مصدر سابق، ص44.

10- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، التقليد والتجديد في أحكام الجنسية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، 2012: ص128.

11- د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب والتنازع الدولي للقوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط1، مكتبة السنهوري، العراق، بغداد، 2013: ص99.

12- د. عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، ط1، مكتبة السنهوري، لبنان، بيروت، 2015: ص 176.

13- د. غالب علي الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، ج1، ط3، العاتك لصناعة الكتاب، مصر، القاهرة، 2009: ص91.