المحاضرة الاولى

التعريف بالقانون الدولي الخاص

اولا: تعريف القانون الدولي الخاص:

لم يظهر مفهوم هذا القانون إلى حيز الوجود الا في بداية القرن السابع عشر ويرجح ظهوره إلى عام ١٨٣٤.

ونظرا لاختلاف طبيعة الموضوعات التي يتضمنها القانون الدولي الخاص، ومن ثَمَّ اختلاف نطاق كل منها فضلا عن اختلاف المصادر التي يستقي منها أحكامه فلم يكن هناك اتفاق على تعريف القانون الدولي الخاص، وعلى اثر ذلك ظهرت ثلاثة اتجاهات قانونية في هذا السياق، الاتجاه الأول يضيق من تعريف القانون الدولي الخاص فيقصره على تنازع القوانين بمعناه الضيق لذا يعرف على وفق هذا الاتجاه، بانه ذلك الفرع من القانون الذي يعنى ببيان القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات الأبعاد الدولية الخاصة، ويمثل هذا الاتجاه ايطاليا والمانيا، والاتجاه الثاني يذهب إلى ضم تنازع الاختصاص القضائي إلى جانب تنازع القوانين أي أنه يجعل القانون الدولي الخاص قائمًا على تنازع القوانين بمعناه الواسع ويعرفه بانه ذلك الفرع من القانون الذي يعنى ببيان القانون الواجب تطبيقه فضلا عن ذلك والمحكمة المختصة في العلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة، ويمثل هذا الاتجاه الفقه الانكلوسكسوني، اما الاتجاه الثالث فهو يعرف القانون الدولي الخاص بمعنى اوسع من الاتجاهين الأول والثاني فيلحق بتنازع القرانين (تنازع الاختصاص التشريعي) وتنازع المحاكم تنازع (الاختصاص القضائي) كل من الجنسية والموطن ومركز الأجانب ويعرفه بانه ذلك الفرع من القانون الذي يعنى ببيان جنسية الأشخاص بالنسبة للدول وموطنهم وحالتهم القانونية عبر الحدود (التمنع بالحقوق) مع بيان القانون الواجب تطبيقه (استعمال الحقوق) والمحكمة المختصة (حماية الحقوق) في العلاقات الدولية الخاصة التي يكونوا اطرافا فيها ويمثل هذا الاتجاه الفقه اللاتيني وقد أخذت الدول العربية بهذا التوجه كما كان العراق ضمن هذا الاتجاه لذا تدرس تحت مادة القانون الدولي الخاص في كليات القانون في العراق خمسة موضوعات وهي كل من الجنسية والمواطن ومركز الأجانب وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ويلحق بالموضوع الأخير تنفيذ الاحكام الأجنبية.

ثانيا: العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص:

يذهب بعضهم إلى التقليل من العلاقة بين تلك الموضوعات لاختلاف القواعد التي تحكم كل منها فالقواعد التي تحكم الجنسية والمواطن ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي تتصل بالقانون العام وتوصف بانها قواعد موضوعية تضع حلول فورية ومباشرة لكل موضوع من هذه الموضوعات في حين نجد قواعد تنازع القوانين تتصل بشكل رئيس بموضوعات هي من صميم القانون الخاص كما توصف بانها قواعد أسناد لا تقدم حلولا فوريةً ومباشرة وانما تقدم احكامًا توجيهية ارشادية ويفضل هذا الاتجاه دراسة بعض من هذه الموضوعات ضمن القانون الدولي الخاص كما لاحظنا.

وفي مقابل هذا الاتجاه هناك من يذهب إلى الاعتراف بوجود علاقة مباشرة وقوية بين تلك الموضوعات فكل موضوع يمهد للأخر كما ان جميع القواعد التي تحكم الموضوعات تنتمي إلى فصيلة واحدة من القوانين وهو القانون العام فالجنسية مثلا تعد السبب الأول لوجود بقية موضوعات القانون الدولي الخاص ولولا وجود لجنسية لكنا نعيش تحت مظلة كيان واحد ويحكمنا نظام قانوني واحد وهذا يعني اختفاء الجنسية. يؤدي إلى غياب القانون الدولي الخاص، فوجود الجنسية يميز بصورة مباشرة بين الوطني والأجنبي كما ان ذلك يفتح الطريق أمام ظهور موضوع الموطن إذ تميز الجنسية عن طريق الموطن بين الأجنبي المتوطن وغير المتوطن. وبالمقابل وجود لجنسية ومن ثَمَّ وجود الموطن يفضي إلى طرح موضوع آخر يعنى ببيان الوضع أو الحالة القانونية للأجنبي بعد تمييزه عن الوطني بواسطة الجنسية وكذلك وضعه في ظل توطنه وفي ظل عدم حصوله على الموطن فهذا الوضع يكشف عن مقدار للأجنبي من حقوق وما عليه من التزامات مما يفتح الطريق أمام امكانية الأجنبي استعمال ما تمتع به من حقوق وهذا الاستعمال يطرح موضوعًا آخر وهو تنازع القوانين الذي بدوره يطرح أيضا تنازع المحاكم ومن ثَمَّ آليات تنفيذ ما يصدر منها من احكام على المستوى الدولي. نلاحظ ان الموضوع الأول كان سببًا ترتبت عليه بقية الموضوعات وان غيابه يعني غيابها.

ثالثا: مصادر القانون الدولي الخاص:

المصادر هي المناهل التي يستمد منها القانون الدولي الخاص أحكامه ويتفاوت تأثيرها بين موضوعات القانون الدولي الخاص فبعض المصادر تكون درجة تأثيرها عالية في بعض الموضوعات دون بعضها الاخر علما ان هذه المصادر ليست من طبيعة واحدة فهناك مصادر دولية تتمثل بالمعاهدات والاعراف الدولية واحكام القضاء الدولي ومصادر وطنية تتمثل، بالتشريع، والعرف، والقضاء، وجانب من الفقه يقسم هذه المصادر إلى مصادر مكتوبة واخرى غير مكتوبة وبعضها الاخر يقسم لمصادر إلى أساسية وتفسيرية ويمكن اجمال المصادر بحسب درجة تأثيرها واهميتها في موضوعات القانون الدولي الخاص على النحو الاتي:

١- التشريع:

يعرف التشريع بأنه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والموضوعة من قبل السلطة المختصة بالتشريع وهي متضمنة معنى الانعدام، وهذا المصدر حديث بالنسبة لبقية المصادر، لذا نجد ان ظهوره اضعف تأثير بقية المصادر في موضوعات القانون الدولي الخاص ويؤدي هذا المصدر دورًا حيويًا ورئيسًا في موضوع الجنسية وذلك لأنها تحدد ركنًا من اركان الدولة الا وهو الشعب فهي مسالة تتعلق بسيادة الدولة.

٢- العرف:

إن دور العرف منعدم في مجال الجنسية وبذلك كان للعرف دور رئيس، ومؤثر في بعض موضوعات القانون الدولي الخاص وخاصة تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي فضلا عن دوره المكمل للتشريع في موضوع الموطن ومركز الأجانب ويذهب بعضهم إلى ان هناك اعراف دولية تتعلق بالقانون الدولي الخاص ومنها الحد الادنى لحقوق الأجنبي وضرورة وجود علاقة جدية وحقيقية ما بين الفرد والدولة المانحة للجنسية وحرية الدولة في مسائل الجنسية إلاّ أن بعضهم يذهب إلى انكار مثل هذه الاعراف، ووصف هذه القواعد بانها عبارة عن مبادئ توجيهية والحقيقة ان الاعراف الدولية تؤثر في العلاقات الدولية ويمكن ان يكون لها انعكاس على مستوى علاقات القانون الدولي الخاص. وهذا يعني ان هناك اعرافًا خاصة بالقانون الدولي الخاص، لها خصوصية تتناسب مع طبيعة موضوعاته، وقد أكد القضاء المقارن الدور الفاعل الذي يؤديه العرف ولا سيما في قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

٣- القضاء:

فهو مصدر تفسيري، ومقابل ذلك يعد هذا المصدر في بريطانيا من المصادر الرسمية والرئيسة للقانون وجدير بنا ان نذكر ما يؤدي القضاء من دور متميز في تطوير احكام القانون الدولي الخاص وعلى مر التاريخ، وإذا رجعنا إلى احكام محكمة العدل الدولية الدائمة أو محكمة العدل الدولية ومحاكم التحكيم المختلط ومنها محكمة العدل الدولية عام ١٩٥٥ في قضية نوتبوم كان له تاثير في موضوع الجنسية عن طريق التشريع وكذلك حكم محكمة العدل الدولي الدائمة في عام ١٩٢٣ حول مراسيم الجنسية في تونس ومراكش فكان له انعكاس في الية منح الجنسية أيضا وحكم محكمة العدل الدولي الدائمة في عام ١٩٢٦ ضد بوليفيا بشان نزع ملكية أجنبي بدون تعويض كان له تأثير في موضوع مركز الأجانب.

٤- المعاهدات الدولية:

تمتاز المعاهدات بان لها دورًا متساوًا في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص وذلك لان الدولة تحتاج المعاهدات لتنظيم شؤون جميع موضوعات القانون الدولي الخاص ولكن تأثيرها يكون مباشر في بعض الموضوعات مثل، تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، والموطن، ومركز الأجانب. في حين يكون تأثيرها غير مباشر على الجنسية أي الاتفاقيات الدولية تؤثر في احكام الجنسية ولكن عن طريق التشريع فالتشريع يسجل احكام الاتفاقية المتعلقة بالجنسية مثال ذلك اتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ (سيداو) إذ كان لها تأثير في احكام الجنسية العراقية المتعلقة بالمرأة في قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة(٢٠٠٦) ومقابل ذلك كان لبعض الاتفاقيات تأثير مباشر وقوي في موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ومنها اتفاقية الرياض لعام(١٩٨٣) واتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣، والتي نظمت بعض الامتيازات والاعفاءات للمبعوث القنصلي وتضمن القانون الإشارة إلى وجوب احترام ما جاء في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام(١٩٦١)، وقد ابرم العراق مؤخرا بعض الاتفاقيات مع سوريا وتركيا لتنظيم شؤون دخول العراقيين إلى سوريا وتركيا وهذه الاتفاقيات لها تأثير مباشر في موضوع مركز الأجانب في العراق.

٥- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص:

إن هذه المبادئ مجموعة من القواعد المستقر العمل بموجبها في محيط علاقات القانون الدولي الخاص إذا اصبح لها شيوع وانتشار عالمي مؤثر على مستوى القوانين الوطنية، ونستطيع ان نقول ان هذه المبادئ لها صفة عالمية لأنها تتناسب وتتلاءم مع الخصوصيات الوطنية لأكثر دول العالم.

وهي على سبيل المثال الجنسية الفعلية التي يعتمد قانونها بالنسبة لمزدوج الجنسية وتعطيل القانون المصطنع له الاختصاص بفعل الغش إذ لم تنظم احكام هذا الحال في العراق وأكثر الدول العربية وقد نظم المشرع العراقي احكام العمل بهذه المبادئ في المادة ٣٠ من القانون المدني التي نصت على (يتبع في كل مالم يرد بشأنه نص خاص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا)

ومن بحق تؤدي هذه المادة بوصفها مصدرًا دورًا فعالًا ومؤثراً في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص باستثناء الجنسية حيث يستأثر بأحكامها التشريع. وعلى وفق ذلك سنعالج مادة القانون الدولي الخاص من خلال خمسة فصول، إذ نخصص الفصل الأول لدراسة الجنسية والفصل الثاني لدراسة الموطن اما الفصل الثالث فسيكون موضوعه مركز الأجانب، في حين سيكون تنازع القوانين موضوع الفصل الرابع وتنازع الاختصاص القضائي الدولي موضوع الفصل الخامس.