المحاضرة الثانية

مفهوم القانون الدولي الخاص

1- التعريف بالقانون الدولي الخاص .
2- العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص .
3- الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص .
4- مصادر القانون الدولي الخاص .
5- الخصائص العامة للقانون الدولي الخاص .

أولاً : تعريف القانون الدولي الخاص:

لم يتطور مفهوم القانون الدولي الخاص إلا بعد الثورة الفرنسية عام 1869 بسبب الأخذ بمبدأ السيادة المطلقة للدولة ، وكان الظهور الأول له في هولندا عام 1834 ، الا ان الفقه اختلف في وضع تعريف متفق عليه للقانون الدولي الخاص نظرا لطبيعة موضوعاته فضلا عن اختلاف مصادر احكامه ، لذلك نجد هناك ثلاث اتجاهات قانونية لتعريفه وسنبين ذلك على النحو التالي [1] :

الاتجاه الاول : هو ذلك الفرع من القانون الذي يعنى ببيان القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات الابعاد الدولية الخاصة . وتأخذ بهذا الاتجاه كل من المانيا وايطاليا .

الاتجاه الثاني : هو ذلك الفرع الذي يعني ببيان القانون الواجب التطبيق وتعيين المحكمة المختصة في العلاقات ذات الابعاد الدولية الخاصة .ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه الانكلوسكسوني ، وتأخذ بهذا الاتجاه كل من امريكا وبريطانيا .

الاتجاه الثالث : هو الاتجاه الذي يعرفه بنطاق اوسع من الاتجاهين الاول والثاني ، فيعرفه بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يعني ببيان جنسية الاشخاص بالنسبة للدول وموطنهم وحالتهم القانونية عبر الحدود وبيان القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة في العلاقات الدولية الخاصة . ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه اللاتيني واخذت به الدول العربية ومنها العراق .

لذلك نجد ان هذا الفرع من القانون ومن خلال ما ورد من تعاريف يختص بدراسة كل من الجنسية والموطن و مركز الاجانب و تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الذي يتضمن أيضاً تنفيذ الاحكام الاجنبية .

وعليه يمكن تعريفه بأنه مجموعة من القواعد القانونية الوطنية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة للأفراد وتبحث في التوزيع الدولي لهم على اساس الجنسية والموطن لتحديد مركز الاجانب وتحديد القانون

([1]) أ . د . عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، طبعة بيروت 2017 ، ص 6 .

الواجب التطبيق وتعيين الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي .

ثانياً : العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص

لبيان العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص نجد ان هناك اتجاهين [2]: الاول يذهب الى تقليل العلاقة بين الموضوعات نظرا لاختلاف القواعد التي تحكم كل منها ، فالقواعد التي تحكم الجنسية والموطن ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي تتصل بالقانون العام وتوصف بأنها قواعد موضوعية تضع حلول فورية ومباشرة لكل موضوع ، في حين نجد ان قواعد تنازع القوانين هي من صميم القانون الخاص وتوصف بانها قواعد اسناد كونها لا تقدم حلولا فورية ومباشرة وانما تقدم احكاما توجيهية لأنها ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة امامه ، ولذلك يفضل هذا الاتجاه دراسة بعض من هذه المواضيع ضمن نطاق القانون الدولي الخاص .

اما الاتجاه الثاني فأنه يذهب بل يؤكد وجود علاقة مباشرة بين تلك الموضوعات على اعتبار ان كل موضوع يمهد للأخر وان جميع القواعد التي تحكم تنتمي الى فصيلة واحدة من القوانين وهو القانون العام ، لذلك نجد ان الجنسية تعد السبب الاول لوجود بقية مواضيع القانون الدولي الخاص ، ولولا وجودها تصبح تحت حكم قانون واحد ومن ثم فان اختفائها يؤدي الى عدم وجود القانون الدولي الخاص.

لان الجنسية تميز بين الوطني و الاجنبي وهذا يجعلنا امام ظهور موضوع الموطن كونها تميز عن طريق الموطن بين الاجنبي المتوطن وغير المتوطن ، كما ان وجودها مع وجود الموطن يؤدي الى بيان الحالة القانونية للأجنبي لتحديد ما يتمتع به من حقوق وما يقع على عاتقه من التزامات ، وان استعمال الاجنبي لهذه الحقوق يطرح موضوعا اخر و هو تنازع القوانين الذي يؤدي الى طرح موضوع اخر وهو تنازع المحاكم و اليات تنفيذ ما يصدر منها من احكام على المستوى الدولي ، ولذلك ومن خلال ما تقدم تبين لنا بأن موضوع الجنسية كان سببا ترتبت عليه بقية الموضوعات وان غياب موضوع الجنسية يعني غياب باقي الموضوعات .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص

لبيان طبيعة هذا الفرع من القانون لابد ان تطرح التساؤلات التالية : الاول هل ان القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون ؟ ، والثاني هل انه قانون داخلي ام قانون دولي ؟ ، والثالث هل انه قانون عام ام قانون خاص ؟ ولذلك لابد من الاجابة على تلك التساؤلات قبل بيان طبيعة هذا القانون .

للإجابة على السؤل الاول فأن قواعده هي قواعد قانونية عامة مجرد تتصف بصفة الالزام لأنه يترتب على من يخالفها جزاء قانوني ولذلك ينطبق عليه وصف القانون , اما الاجابة على السؤال الثاني فان الفقه ينقسم على اتجاهين الاول ينكر عليه الصفة الدولية ويصفه بالقانون الداخلي لان نطاق تطبيقه ومصادره تختلف عن نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص ومصادره، كون الاول يحكم العلاقات التي يكون اطرافها

([2]) د . عبد الرسول عبد الرضا ، مصدر سابق ، ص 7 .

أفرادا والثاني يحكم العلاقات التي يكون اطرافها دولاً أو اشخاص القانون الدولي العام كالمنظمات على سبيل المثال ، ومصادر الاول داخلية ، اما مصادر الثاني تكون دولية كالاتفاقيات او الاعراف الدولية .

أما الاتجاه الثاني فانه يعترف للقانون الدولي الخاص بالصفة الدولية من ناحية القواعد التي يتضمنها على الرغم من ان مصادرها داخلية كالتشريع والاعراف الداخلية , الا ان نطاق تطبيقها له ابعاد دولية كونها لا تحكم العلاقات الوطنية وانما تحكم العلاقات ذات الابعاد الدولية الخاصة , ومثال ذلك فان قواعد الجنسية تحكم العلاقة بين الفرد والدولة وبسببها تتدخل الدولة التي ينتمي اليها لحمايته دبلوماسيا في حالة اذا اصابه ضررا في الخارج , فضلا عن انها تكون مسؤولة عن الاختصاص القضائي الدولي ، حيث وضعت لتحكم العلاقات بين الافراد التابعين لدولٍ مختلفة , وان مركز الاجانب يتأثر بالعلاقات الدولية , فعندما تكون العلاقات الدولية جيدة فإنها تنعكس على وضع الاجانب فيها وكذلك الحال بالنسبة للموطن , ولذلك يذهب البعض الى القول بأن قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد داخلية من حيث المصدر ولاكن آثارها دولية من حيث نطاق تطبيقها.

وفي ضوء ما تقدم يتبين لنا بأن القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي المصدر ودولي التطبيق ، أما الإجابة على السؤال الثالث فإن الفقه ذهب في اتجاهين أيضاً :

الأول : يلحقه بالقانون الخاص كون موضوعاته تتعلق بالعلاقات التي يكون أطرافها أفرادا، فالجنسية مثلاً علاقة بين فرد ودولة وآثارها تنعكس على العلاقات الدولية الخاصة كما إنها تبين الى جانب الحقوق العامة الحقوق الخاصة للأفراد الذين ينتمون اليها ، وكذلك القانون الواجب التطبيق على المسائل التي هي من صميم القانون الخاص ، وينطبق ذلك على الموطن ومركز الأجانب ، أما تنازع القوانين فهو موضوع اختلاف بين الأنظمة القانونية الخاصة التي تحكم العلاقات التي يكون أطرافها أفرادا وبنفس المضمون بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي .

أما **الاتجاه الثاني :** من الفقه فإنهم يلحقون موضوعات القانون الدولي الخاص تحت مظلة القانون العام على اعتبار الجنسية هي علاقة بين فرد ودولة وهذه العلاقة ترتبط بسيادة تلك الدولة كونها تحدد الحالة السياسية للأفراد الى جانب تحديد حالتهم المدنية ، وهذه المسائل تعتبر من صميم القانون العام ، وهكذا بالنسبة للموطن ، أما مركز الأجانب فإن قواعده يستأثر بها المشرع الوطني على اعتبار إنها مسألة تتعلق بسيادة الدولة فيما يتعلق بحركة الأجانب عبر حدودها من حيث دخولهم وإقامتهم وخروجهم منها لحماية أمن الدولة وسلامتها ،لذلك فإنها من الامور التي يختص بها القانون العام .

أما موضوع تنازع القوانين فإن هذا القانون يبين نطاق تطبيق القوانين الوطنية والأجنبية على العلاقات الدولية الخاصة ، لذلك هو من أبحاث القانون الخاص ، أما تنازع الاختصاص القضائي فهو أيضا يعنى ببيان نطاق اختصاص المحاكم الوطنية والأجنبية في العلاقات الدولية الخاصة ، وهذا يعني إنه أيضا من أبحاث القانون العام ، على اعتبار إن الاختصاصين التشريعي والقضائي هما من مظاهر سيادة الدولة .

ونخلص القول من خلال ما تقدم بأن مواضيع القانون الدولي الخاص بعضها ينتمي للقانون العام (كالجنسية والموطن ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) الا ان اثارها تتجه الى تطبيق

قوانين خاصة ، وبعضها تنتمي للقانون الخاص مثل تنازع القوانين الا ان اثارها يمكن أن تذهب باتجاه تطبيق قوانين عامة ، فهو قانون وطني يتضمن مواضيع مختلطة بين العام والخاص .

رابعاً : مصادر القانون الدولي الخاص

يتميز القانون الدولي الخاص بأنه يستمد احكامه من مصادر متنوعة بعضها دولية كالمعاهدات والاعراف الدولية واحكام القضاء الدولي ، والبعض الاخر مصادر وطنية كالتشريع والعرف والقضاء والفقه ، في حين نجد ان بعض الفقه يقسم تلك المصادر الى مصادر مكتوبة وغير مكتوبة والبعض الاخر يقسم تلك المصادر الى اساسية واخرى تفسيرية ،ولذلك سوف نعرض عن تلك المصادر على النحو الآتي [3]:

1. التشريع : هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي وضعت من قبل السلطة المختصة في الدولة ، وهو مصدر حديث في مواضيع القانون الدولي الخاص وله دور حيوي ورئيسي بحيث ادى ظهوره الى قلة تأثير باقي المصادر الاخرى لهذا القانون ، والتشريع هو المصدر الاول لكافة فروع القانون وفي كافة القوانين الدولية ومنها القانون الدولي الخاص ، ونجد ذلك الدور للتشريع في الدستور وقوانين الجنسية الملغية والنافذ رقم (26) لسنة 2006 وقانون اقامة الاجانب رقم (76) لسنة 2017 ، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الذي نظم احكام تنازع القانون وتحديد اختصاص المحاكم العراقية في المنازعات المشوبة بعنصر اجنبي وقانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (30) لسنة 1928 المعدل .

2.العرف : وهو مجموعة القواعد الثابتة التي استقر الافراد على العمل بها وقتا طويلا وشاع الاعتقاد بإلزامها كونها تقترن بجزاء لمن يخالفها ، والعرف الدولي هو مصدر من مصادر القانون الدولي الخاص الا ن هذا المصدر قد ضعف دوره وقلت اهميته في تنظيم مشاكل كل المجتمع الدولي المعاصر بفعل اتساع دور التشريع والمعاهدات الدولية .

3. القضاء : وهي مجموعة الاحكام القضائية التي تصدر من المحاكم الوطنية و الدولية ولها دور واضح في تحديد القانون الذي يحكم علاقة الافراد ذات الطابع لدولي . والقضاء مصدر له تأثير مساعد ومعاون واحتياطي في موضوعات القانون الدولي الخاص عدا الجنسية التي ينعدم فيها دوره بسبب دور التشريع لتنظيم احكامها ، في حين يعتبر المصدر الرسمي للقانون في بريطانيا ويمكن للقاضي الوطني ان يرجع للأحكام التي تصدر من المحاكم الدولية لحل مسائل تنازع القوانين التي تطرح امامه او يرجع الى احكام محكمة التحكيم الدولية .

4.الاتفاقية الدولية [4]: وهي اتفاق شخصين أو اكثر من اشخاص القانون الدولي العام على إحداث آثار قانونية معينة ، او كما عرفتها المادة 2/أ من اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 فهي " اتفاق مكتوب

([3]) د . عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم 26 لسنة 2006 ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، طبعة بيروت 2011 ، ص 18 و19 .

([4]) لابد من الاشارة الى إن الفقه استخدم تعبيرات مرادفة للاتفاقية (كالمعاهدة والبروتوكول والتصريح المشترك والعهد والميثاق والنظام ، والأحكام التي تنظم تلك التسميات واحدة وفقاً لما أكدته اتفاقية فينا لقانون المعاهدات ، د . عصام العطية ، القانون الدولي العام ، ط7 ، بغداد ، 2008 ، ص 105 .

بين دولتين او اكثر ، تهدف الى ترتيب أو إحداث اثر قانوني معين في موضوع دولي " . و للمعاهدات دور متساوي في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص كون الدولة تحتاج المعاهدات لتنظيم شؤون جميع موضوعات هذا القانون ، ولها تأثير مباشر في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي والموطن ومركز الاجانب ، في حين يكون تأثيرها غير مباشر على الجنسية اي يكون لها تأثير ولكن عن طريق التشريع عندما يسجل احكام الاتفاقية المتعلقة بالجنسية كاتفاقية سيداو لعام 1979 التي تقضي على اشكال التمييز ضد المرأة ، وظهر هذا التأثير في احكام قانون الجنسية العراقي النافذ والتي تتعلق بالمرأة .

اما التأثير المباشر فقد كان واضحا في موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الاحكام الاجنبية كاتفاقية الرياض لعام 1983 واتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 (التي تتضمن بعض الامتيازات و الاعفاءات للمبعوث القنصلي) وغيرها .

فالمعاهدة بعد مصادقتها من قبل الجهة المختصة بالدولة ونشرها بالجريدة الرسمية تعد بمنزلة القانون الداخلي وتكون نافذة وملزمة للأفراد والدولة , وفي حالة اذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون تعتبر قانون جديد وتطبق احكامها وفقا لقاعدة (القانون الجديد ينسخ القانون القديم بقدر ما يرفع التعارض بينهما) ، واذا كانت سابقة على القانون فوفقا للمادة (29) مدني عراقي التي نصت على " لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق " واذا لم يوجد نص صريح يقضي بأفضلية او اولوية المعاهدة على النص التشريعي يذهب بعضهم الى تطبيق المعاهدة واهمال النص لأنها اسمى منه كونها تعكس ارادة دولتين او اكثر في حين ان التشريع يعكس ارادة دولة واحدة ، وهناك اتجاه يذهب الى تطبيق حكم النص في القانون كون القاضي ملزم او يأتمر بأوامر مشرعه الوطني في حين ان المعاهدة تكون ملزمة للدولة .

5. الفقه : وهي مجموعة ما يطرحه الفقهاء من الآراء والحلول في مؤلفاتهم فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق والذي يحكم علاقات الافراد ذات الطابع الدولي ، بحيث تجدر الاشارة بأن تلك الآراء غير ملزمة إلا أنها تعتبر مصدر تفسيري لهذا الفرع من القانون يستند عليه القضاء في بعض الحالات لمعالجة النقص التشريعي ، وأحياناً يأخذ بها المشرع ويعتبرها قاعدة قانونية .

6. المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص : وهي مجموعة القواعد التي استقر العمل بها واصبحت اكثر شيوعا وانتشارا في نطاق علاقات القانون الدولي الخاص واكتسبت طابعا عالميا بسبب طبيعتها المشتركة وتحررها من الخصوصيات الوطنية كونها تضع حلولا مقنعة ومنطقية في تنازع القوانين ، ومن هذه المبادئ الجنسية الفعلية التي يعتمد قانونها بالنسبة لمزدوج الجنسية ، كذلك بعض الاسس المتبعة في نظرية التكييف والإحالة والدفع بالنظام العام والغش نحو القانون ، وعلى الرغم من انها لم تصل الى مرتبة القواعد العرفية الدولية الملزمة فان لها اصول عامة مشتركة بين الدول ولذلك يمكن للقاضي ان يرجع لها في تنازع القوانين ، مما جعل المشرع العراقي يوجب الرجوع اليها من خلال المادة (30) من القانون المدني العراقي

رقم 40 لسنة 1951 المعدل [5]، لذلك نجد ان القاضي ملزم بالرجوع الى هذه المبادئ عند غياب النص التشريعي او العرف .

خامساً : الخصائص العامة للقانون الدولي الخاص

يتميز القانون الدولي الخاص بوصفه أحد فروع القانون بمجموعة من الخصائص العامة والتي سنبينها على النحو الآتي [6]:

1- يتصف القانون الدولي الخاص بقواعد قانونية ملزمة كونها تتضمن جزاء مادي وهي تنظم مسائل تتصل بالمصلحة العامة وبسيادة الدولة ، ويتم تنفيذها طبقا للقوانين والإجراءات السائدة في كل دولة ، ويتفق الفقه على إن الأحكام التي تنظم القانون الدولي الخاص يتوافر فيها صفة الإلزام .

2- يعتبر قانون حديث النشأة نسبياً لأن مفهومه لم يتطور قبل الثورة الفرنسية بسبب الأخذ بفكرة السيادة المطلقة من قبل الدول ، ويعود ظهوره الى عام 1834م .

3- قواعده وطنية من وضع المشرع الوطني في كل دولة ولا يخضع لسيادة دولة اخرى ، وهذا ما يميزه عن القانون الدولي العام الذي تكون سلطته فوق الدول .

4- الأصل إنه قانون مختلط فهو قانون عام وقانون خاص إلا إن قواعده أقرب الى القانون الخاص كما أسلفنا .

5- قواعده قواعد إسناد وإحالة كونها قواعد وطنية لا تعطي الحل المباشر وإنما ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي أو ذات الطابع الدولي .

6- يتميز هذا القانون بعدم الترابط بين قواعده بصورة مستقلة لأن مواضيعه تتوزع في قوانين مختلفة منها على سبيل المثال القانون المدني وقانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب .

([5]) نصت المادة (30) من القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 المعدل على أنه " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا " .

([6]) د . عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص 25 وما بعدها .