مصادر القانون الدولي الخاص:

المصادر: هي المناهل التي يستمد منها القانون الدولي الخاص احكامه ويتفاوت تأثيرها بين موضوعات القانون الدولي الخاص، فبعض المصادر تكون درجة تأثيرها عالية في بعض الموضوعات دون بعضها الآخر، علماً ان هذه المصادر ليست من طبيعة واحدة فهناك مصادر دولية تتمثل بالمعاهدات والاعراف الدولية، واحكام القضاء الدولي. وهناك مصادر داخلية تتمثل: بالتشريع، والعرف، والقضاء. وجانب من الفقه يقسم هذه المصادر الى مصادر مكتوبة واخرى غير مكتوبة، وبعضه الاخر يقسم المصادر الى اساسية وتفسيرية ويمكن اجمال المصادر بحسب درجة تأثيرها واهميتها في موضوعات القانون الدولي الخاص على النحو الاتي: (التشريع، العرف، القضاء، الاتفاقيات الدولية، مبادئ القانون الدولي وسنبين هذه المصادر تباعاً:

1. التشريع:

يعرف التشريع بانه مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والموضوعة من قبل السلطة المختصة بالتشريع، وهذا المصدر يعد حديثاً بالنسبة لبقية مصادر القانون الدولي الخاص، لذا نجد ان دوره سابقاً كان اضعف تأثيراً من بقية المصادر. ويؤدي هذا المصدر دوراً حيوياً ورئيساً في موضوع الجنسية ذلك لأنها تحدد ركناً من اركان الدولة الا وهو الشعب فهي مسألة تتعلق بسيادة الدولة. لذا نجد ان جميع دول العالم نظمت احكام الجنسية عن طريق التشريع سواء في الدستور ام في قانون الجنسية. وقد نظم المشرع العراقي احكام الجنسية العراقية منذ تأسيس الدولة العراقية في:

- قانون الجنسية رقم (42) لسنة 1924 الملغي.
- وقانون رقم (43) لسنة 1963 الملغي.
- وقانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم (5) لسنة 1975 الملغي.
- واخيراً صدر قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 النافذ.

1. التشريع:

ولم يترك التشريع للمصادر الاخرى دور لتنظيم احكام الجنسية بل انه سجل ما استقر عليه العرف والقضاء في مسائل الجنسية، وكذلك بالنسبة للمعاهدات طالما انها لا تكون نافذة الا بعد تصديقها ونشرها، كمعاهدة لوزان لعام 1923 التي نظمت بعض احكام الجنسية بالنسبة للأقاليم الخاضعة للنفوذ العثماني ومنها العراق، وينسحب هذا الكلام على مبادئ القانون الدولي الخاص اذ لا يمكن العمل بها في مجال الجنسية. ويأتي دور التشريع حديث نسبياً في موضوع (الموطن ومركز الاجانب وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) فهو يمثل مصدراً مساعداً للمصادر الاخرى في الموضوعات اعلاه فبعد ان وجد العرف والقضاء القواعد المتعلقة بالموضوعات اعلاه جاء التشريع مساعداً لهما على تسجيل تلك القواعد، فنجد القوانين المدنية في اكثر الدول العربية نظمت احكام الموطن وتنازع القوانين كالقانون المدني العراقي رقم 41 لسنة 1951 كما نظم الاخير قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي، اما تنفيذ الاحكام الاجنبية فقد نظم احكامها قانون رقم 30 لسنة 1928 المعدل. اما مركز الاجانب فقد نظم احكامه في عدة قوانين اخرها قانون الاقامة رقم 76 لسنة 2017.

2. العرف:

يعد العرف من اقدم المصادر ويعرف بانه مجموعة القواعد التي استقر العمل بها باستمرار وشاع الاعتقاد بإلزامها من قبل الناس، وقد ضعف وتضاءل دور العرف في الوقت الحاضر بفعل تعاظم دور التشريع والمعاهدات. فدوره منعدم في مجال الجنسية، الا ان له دور رئيس ومؤثر في بعض موضوعات القانون الدولي الخاص وخاصة (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) فضلاً عن دوره المكمل للتشريع في موضوع (الموطن ومركز الاجانب). ويذهب بعض الفقه الى ان هناك اعراف دولية تتعلق بالقانون الدولي الخاص ومنها الحد الادنى لحقوق الاجنبي، وضرورة وجود علاقة جدية وحقيقية ما بين الفرد والدولة المانحة للجنسية، وحرية الدولة في مسائل الجنسية. الا ان البعض الاخر ينكر مثل هذه الاعراف، ويوصف 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. ولها خصوصية تتناسب مع طبيعة موضوعاته، وقد اكد القضاء المقارن الدور الفاعل الذي يؤديه العرف ولا سيما في قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

3. القضاء:

ويمثل مجموعة الاحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني والدولي التي استقر العمل بها في التعامل مع مسائل القانون الدولي الخاص، وينعدم تأثير هذا المصدر في اطار الجنسية للأسباب التي اوردنها سلفاً، ويكون له تأثير مساعد واحتياطي في باقي موضوعات القانون الدولي الخاص. فهو مصدر تفسيري، ومقابل ذلك يعد هذا المصدر في بريطانيا من المصادر الرسمية والرئيسة للقانون. وقد ادى القضاء دور متميز في تطوير احكام القانون الدولي الخاص على مر التاريخ، ككحكم محكمة العدل الدولية الدائمة في عام 1923 حول مراسيم الجنسية في تونس ومراكش فكان له انعكاس في الية منح الجنسية بين الدولتين، وحكم محكمة العدل الدولية الدائمة في عام 1926 ضد بوليفيا بشان نزع ملكية اجنبي بدون تعويض كان له تأثير في موضوع مركز الاجانب.

4. المعاهدات الدولية:

المعاهدات هي عبارةً عن اتفاق ما بين شخصين او اكثر من اشخاص القانون الدولي العام تهدف الى ترتيب اثر في العلاقات الدولية، وبحسب مفهوم اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام 1969 فهي اتفاق مكتوب بين دولتين او اكثر، وهي تهدف الى ترتيب او احداث اثر قانوني معين في موضوع دولي. وتمتاز المعاهدات بان لها دوراً متساوياً في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص، وذلك لان الدولة تحتاج المعاهدات لتنظيم جميع موضوعات القانون الدولي الخاص، الا ان تأثيرها يكون مباشراً في بعض الموضوعات مثل تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، والموطن، ومركز الاجانب. في حين يكون تأثيرها غير مباشر على الجنسية أي ان 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 1979 (سيداو) اذ كان لها تأثير في احكام الجنسية العراقية المتعلقة بالمرأة في قانون الجنسية رقم 26 لسنة 2006.

4. المعاهدات الدولية:

ومقابل ذلك كان لبعض الاتفاقيات تأثير مباشر وقوي في موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية ومنها اتفاقية الرياض لعام 1983 واتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام 1963، والتي نظمت بعض الامتيازات والاعفاءات للمبعوث القنصلي. وقد ابرم العراق مؤخرا بعض الاتفاقيات مع سوريا وتركيا لتنظيم شؤون دخول العراقيين الى سوريا وتركيا وهذه الاتفاقيات لها تأثير مباشر في موضوع مركز الاجانب في العراق. وعلى المستوى الدولي عقد اتفاق هافانا عام 1958 بين 15 من دول امريكا الجنوبية و الوسطى و الذي نظم احوال تنازع القوانين وسميت قواعده بمجوعة (بوستمانتي). ولابد من التنويه بانه كلما استكثرت الدولة من عقد المعاهدات الدولية تقلص حجم المشاكل والمنازعات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص ففي اطار تنازع القوانين لا يحتاج قاضي النزاع لقواعد الاسناد طالما وجدت قواعد موضوعية وقد نصت عليها الاتفاقيات اذ تطبق عندها بشكل مباشر وحاسم للنزاع. و الموقف نفسه ينطبق على موضوع مركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي.

4. المعاهدات الدولية:

والمعاهدة بعد المصادقة عليها من جانب الدولة ونشرها في الجريدة الرسمية تعد بمنزلة القانون الداخلي وتكون نافذة، وبذلك تكون ملزمة للأفراد والدولة بجميع سلطاتها، الا انه قد يحدث ان يحصل تنازع ما بين نصوصها ونصوص اخرى من قانون داخلي، عند تطبيق احكامها من قبل قاضي النزاع، فما هو الحل هنا؟ يفرق الفقه هنا بين ما اذا كانت المعاهدات لاحقة ام سابقة للقانون:

- ففي الفرض الاول اذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون، فهنا يطبق القاضي احكام المعاهدة، لأنها تعتبر بمثابة القانون الجديد استناداً الى القاعدة التي تقضي ان القانون الجديد ينسخ القانون القديم بقدر ما يرفع التعارض بينهما.

4. المعاهدات الدولية:

- اما الفرض الثاني اذا كانت الاتفاقية سابقة على القانون فهنا نفرق بين حالتين: الاولى: اذا وجد نص صريح يقضي بأفضلية المعاهدة على التشريع فهنا تطبق احكام المعاهدة ويهمل النص التشريعي وقد ذهب قانون اعادة المجرمين رقم 31 لسنة 1923 في العراق الى هذا المعنى اذ جاءت المادة (16) (لا يؤثر هذا القانون في احكام المعاهدات والاتفاقيات التي تعقد لإعادة المجرمين وتعتبر احكام هذا القانون معدلة على مقتضاه). كما اكدت المادة (29) من القانون المدني على حكم عام يسري في جميع الاحوال التي يتعارض فيها نص مع معاهدة دولية حيث تنص المادة المذكورة على (لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق)
.

4. المعاهدات الدولية:

الثانية: اذا لم يوجد نص صريح يقضي بأفضلية او اولوية المعاهدة على النص التشريعي، فيذهب بعض الفقه الى تطبيق احكام المعاهدة واهمال النص لأنها اسمى منه، كما تعكس ارادة دولتين او اكثر في حين يعكس التشريع ارادة دولة واحدة. اما الاتجاه الثاني فيذهب الى اهمال المعاهدة وتطبيق حكم النص، لان القاضي ملزم باتباع اوامر مشرعه الواردة في التشريع اما المعاهدة فهي تلزم الدولة. وعلى كل حال فان المادة (29) من القانون المدني العراقي نصت على عدم تطبيق اي نص يتعارض مع اتفاقية نافذة في العراق بخصوص تنازع القوانين، ويمكن القياس عليها في مسائل القانون الدولي الخاص الاخرى، وهذا يعني افضلية المعاهدة على القانون الداخلي. .

5. مبادئ القانون الدولي الخاص:

ان هذه المبادئ هي مجموعة من القواعد المستقر العمل بموجبها في محيط علاقات القانون الدولي الخاص، اذا 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. على سبيل المثال الجنسية الفعلية التي يعتمد قانونها بالنسبة لمزدوج الجنسية، وتعطيل القانون المصطنع له الاختصاص بفعل الغش اذ لم تنظم احكام هذا الحال في العراق، واكثر الدول العربية. وقد نظم المشرع العراقي احكام العمل بهذه المبادئ في المادة 30 من القانون المدني التي نصت على ان (يتبع في كل مالم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا) وتؤدي هذه المادة بوصفها مصدراً، دوراً فعالاً ومؤثراً في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص باستثناء الجنسية حيث يستأثر بأحكامها التشريع.