نشأة القانون الدولي الخاص

م.م. ابراهيم عباس الجبوري

كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة الاسلامية في النجف الاشرف

The emergence of private international law

Assistant teacher .Ibrahim Abbas Jubouri

college of Law and Political Science/Islamic University of Najaf

ibraheemabbas916@gmail.com

Abstract

The international law was not fully legislated. This branch was born by the jurisprudent. Its theories and rulings were revealed. The legislative intervention to formulate its provisions and its rules came later. At the beginning of the thirteenth century, the date of the birth of the rules of conflict of laws, In northern Italy, there was a legal problem: what is the law governing the legal relations of individuals who belong to one province or state, different from the other

Keywords: origin, law, international, private.

الملخص

لم ينشئ القانون الدولي الخاص تقنيناً كاملاً، إذ ولد هذا الفرع على يد الفقه، وتم الكشف عن نظرياته وأحكامه، وجاء التدخل التشريعي لصياغة أحكامه، وقواعده في وقت لاحق، فنجد في بداية القرن الثالث عشر وهو تأريخ ميلاد قواعد تنازع الأحوال (تنازع القوانين)، وفي شمال ايطاليا بدت مشكلة قانونية مفادها: ما هو القانون الذي يحكم العلاقات القانونية التي تتعلق بأفراد ينتمي كل منهم الى مقاطعة، أو دولة، تختلف عن الأخرى.

الكلمات المفتاحية: نشأة، قانون، دولي، خاص.

المقدمة

اكدت جميع الدراسات القانونية بتعدد موضوعات القانون الدولي الخاص بحيث يرى البعض منهم عدم وجود ترابط بينها للوهلة الأولى، وان النقطة التي تدور حولها الموضوعات هي: توزيع الأفراد جغرافياً في العالم، وتحديد حقوقهم، وكيفية ممارستها في خارج حدود دولهم، وتحديد آليات حل المنازعات في حالة حصولها هذا من جهة، ومن جهة اخرى، تنشأ بين الأفراد الذين ينتمون الى تلك الدول والعلاقات التي تنشأ بين الأفراد، التي تنتج عن انتقال الأشخاص والأموال عبر الحدود السياسية للدول المختلفة والتي تدخل في موضوع القانون الدولي الخاص، وتقوم كل دولة بتنظيم تلك القضايا بموجب قوانين تضعها والعلاقات القانونية التي ينظمها قانون دولة ما.

أولاً–التعريف بموضوع البحث وأهميته: ان القضايا والعلاقات القانونية التي يشوبها عنصر أو أكثر أجنبي هي التي يكون احد طرفيها أجنبياً، أو يكون موضوع العلاقة له مساس بنظام قانوني أجنبي، وهذا النوع من العلاقات القانونية الذي ينتمي الى فرع القانون الدولي الخاص يثير الكثير من المشاكل، لقد كان للفقه الدور الفعال في ايجاد وتطوير القانون الدولي الخاص، لهذا السبب ان موضوعاته ليست محل اتفاق، بسبب صعوبة تحديد علاقات الأفراد الدولية الخاصة وتحديد المسائل التي تدخل في حكم هذه العلاقات لذا ظهرت وجهات نظر أومناهج متعددة لتحديد أوحصر مواضيع القانون الدولي الخاص.

ثانياً–أهداف البحث: ان توزيع الأفراد جغرافيا في العالم ينتج عنه: وطنيون، وأجانب، ومتوطنون، وغير متوطنيين، وهذا التصنيف للأفراد يؤدي الى اختلاف ما يتمتع به كل منهم من حقوق، وامتيازات، وما يتحمل من تكاليف واعباء.

ثالثاً–مشكلة البحث: ان مشكلة تنازع القوانين لتحديد أي قانون افضل لحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي لو لم يكن عنصراً لما وجدت حاجة الى دراسة تنازع القوانين، وقبل هذا لابد من الرجوع الى المحكمة المختصة في دولة ما لسماع

القضية وتحديد طبيعة النزاع، بل لابد من الاستعانة بقضاء دولة اخرى حتى يوضع هذا القرار أوالحكم في بعضها كي يوضع موضع التطبيق، ويصل الحق الى ذويه الذين هم في خارج حدود الدولة التي اصدرت المحكمة فيها قرار الحكم.

رابعاً- منهج البحث: اتبعت المنهج الوصفي المقارن من خلال وصف الحقائق العلمية، وتحليلها والرجوع الى مصادرها في القانون، لتعزيز البحث من الجانب العلمي والعملي.

خامساً- خطة البحث: اقتضت طبيعة البحث، ولاجل الاحاطة بجوانبه القانونية جميعها، النظرية منها والعملية والوقوف على معطياته المختلفة، تقسيمه على مبحثين: في الأول: ندرس مراحل تطور هذا الفرع من القانون ويتكون من ثلاثة مطالب: المطلب الأول نبين فيه: القانون الدولي الخاص في المجتمعات القديمة، وفي المطلب الثاني: نوضح القانون الدولي في المجتمعات الوسطى، وفي المطلب الثالث: نبين القانون الدولي في المجتمعات الحديثة، أما المبحث الثاني ندرس فيه: موقف الشريعة الاسلامية من القانون الدولي الخاص ويتكون من مطلبين: في الأول: نبين موقف الشريعة الاسلامية من الجنسية ومركز الأجانب، وفي الثاني: نوضح موقف الشريعة الاسلامية من تنازع القوانين.

المبحث الأول

مراحل تطور القانون الدولي الخاص

مرت نشأة القانون الدولي الخاص بمراحل متعددة، تطورت من خلالها الحلول التي اوجدها الفقه وتفرعت موضوعاته، وتعددت مصادره، ولم يكن ذلك في وقت قصير، بل استغرق اغلب تأريخ فقه هذا الفرع من القانون وسيتم توضيح ذلك، ولايضاح ما تقدم اعلاه فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، وحسبما يأتي:

المطلب الأول

القانون الدولي الخاص في المجتمعات القديمة

لقد كانت النظرة السائدة للأجنبي في المجتمعات القديمة تتصف بالعداء، ولايضاح ما تقدم اعلاه فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

القانون الدولي الخاص في المجنمعات الرومانية

المجتمعات الرومانية كانت تعتبر الأجنبي شخصاً غير مرغوب فيه وليس له شخصية قانونية، وللوطني (الروماني) ان يسترق هذا الأجنبي، أو يقتله ان أراد ذلك، إلا ان هذه النظرة للأجنبي لم تدم طويلاً خصوصاً مع تقدم الفكر الإنساني، والاحساس بتماثل البشر من حيث الطبيعة، ويعزو ذلك الى نشأة العلاقات بين الكيانات السياسية المختلفة، والمتجاورة، اذ بدأت النظرة الى الأجنبي تتغير مع ظهور المبادلات التجارية والسلعية، والخدمات التي كان يؤديها الأجانب لأهل تلك البلاد المتجاورة، حيث بدأت انظمة الضيافة التي عرفتها روما التي اباحت للأجانب الحق في الحصول على جانب من الحماية القانونية الموضوعية والإجرائية، وذلك كله من خلال عيش الأجنبي في كنف وطني، وفي مرحلة تالية عندما اتسعت روما كوحدة سياسية، تم الاستغناء عن نظام الضيافة، بسبب كونه اصبح غير قادر على الوفاء باحتياجات المرحلة الجديدة، لكون الأجانب ازداد عددهم فحصلوا على حقوق مباشرة دونما وساطة احد، وبالتأكيد هذه الحقوق اقل مما يتمتع به الوطني، إلا انها كانت كافية للوفاء بمتطلبات الحياة بالنسبة للأجانب وتكفل لهم الخضوع لنظام قانوني خاص بهم يسمى (قانون الشعوب)، ثم في عهد جستنيان اتسع مجال قانون الشعوب ليشمل كافة العلاقات التي تتم بين الأجانب والرومانيين داخل الإمبراطورية الرومانية كلها، اذ شمل الأحوال الشخصية، والأحوال العينية، واتسم القانون بالإقليمية(أي حكم كافة الأشخاص والأموال والعلاقات القانونية التي تتم داخل اقليم أوحدود الدولة بغض النظر عن أي اعتبار آخر)، اذ زال المبرر لحصول تنازع القوانين بين القانون الروماني وقانون الشعوب، وكذلك التنازع بين القانون الروماني، والقوانين الخارجية، بسبب عدم اعتراف الامبراطورية الرومانية بتلك العلاقات التي تنشأ مع الشعوب البربرية[1].

الفرع الثاني

القانون الدولي الخاص في المجتمعات الجرمانية

بعد سقوط الامبراطورية الرومانية في نهاية القرن الرابع الميلادي حيث انقسمت الى شطرين (شرقية وغربية) مستقلين لكل منهما سيادة، وسيطرت القوة الجرمانية (البربر)على ايطاليا، واصبح الجرمان هم الذين يحكمون بعد تفتت الامبراطورية الرومانية عام 476 الى مدن أو اقاليم تابعة لهم، وهؤلاء الجرمان جلبوا معهم قوانينهم، فتحققت اسباب التنازع بالقوانين من جديد، اذ اعتمدت مبدأ شخصية القوانين(أي حكم كافة العلاقات التي تتم داخل اقليم الدولة وخارجها ما دامت بين اشخاص تابعين للغزاة الفاتحين فالسيد الفاتح له قانونه وللمغلوب قانونه)، أي الجرمان لهم قانونهم الخاص، ولرعايا الرومان حسب مدنهم واقاليمهم يتبعون القانون الروماني باعتبار هؤلاء الرومان المحتلين لا يستحقون التمتع بقوانين الفاتحين الجرمان فيظلون محكومين بقوانينهم الأصلية، ومن خلال التعايش بين قبائل الجرمان الفاتحين، وأهل البلاد الأصليين، ادى ظهور بعض قواعد الاسناد على نحو واضح، منها خضوع أهلية المتعاقد للقانون الشخصي له، والميراث لقانون المورث، ونقل الملكية لقانون الناقل، والمسؤولية التقصيرية لقانون مرتكب الخطأ، والزواج لقانون الزوج...الخ[2].

الفرع الثالث

القانون الدولي الخاص في المجتمعات الاقطاعية

ثم جاء العصر الاقطاعي الذي نمت شوكة الاقطاعيين، واصبح لهم حق التشريع وهذا ما يبرر ضعف سلطات كل ملك آنذاك، لهذا اضطرب الأمن وانحصر دور التجارة في ذلك الوقت وبرز دور الزراعة باعتبارها المورد الوحيد المتاح، كما اصبحت كل اقطاعيه بمثابة دولة داخل دولة الأم، ويتحمل مواطنو الاقطاعية الالتزامات اتجاه الاقطاعي وليس اتجاه الملك، لذا نرى عودة العمل بمبدأ إقليمية القوانين المطلقة، أي لامجال للتنازع بالقوانين لانعدام الشخصية القانونية للأجنبي ولايصلح ان يكون صاحب حق ولا يعترف بقانونه الشخصي إلا اذا أقر بالتبعية لسيد الاقطاعية، وبقي الحال كذلك لحين استعاد الملك الفرنسي قوته واصبح سيد السادة الاقطاعيين، ويعامل حينها الفرنسي معاملة حسنة في أي اقطاعية يحل بها، في حين يعامل غير الفرنسيين على انهم أجانب ثم ظهرت حركة توحيد النظم القانونية على مستوى الأقاليم، مع احتفاظ كل اقليم بنظام مستقل به، لهذا ظهرت الحاجة الى وضع قواعد قانونية تفض التنازع الذي يمكن ان يحدث بين قوانين الأقاليم المختلفة[3].

المطلب الثاني

القانون الدولي الخاص في العصور الوسطى

بدأت تظهر نظرية تنازع القوانين (تنازع الأحوال) في ايطاليا؛ إذ انقسمت الى مدن في شكل جمهوريات متلاصقة، تمارس النشاط التجاري ولكل منها نظام قانوني خاص بها، وساد التبادل التجاري بين هذه المدن والتي نشأ عنها علاقات قانونية بين هؤلاء التجار المنتمين لهذه المدن المختلفة، وهنا اصبح من الضروري وجود قواعد تنظم هذه العلاقات القانونية، وما ينشب عنها من نزاعات، وفي القرن السادس عشر ظهر فقيهان فرنسيان بارزان هما: (ديمولان Dumoulin 1500 – 1566) و(دار جنتريه D argentre – 1590 – 1519)، اذ تأثرا بفقه المحشيين السائد في ايطاليا كما تأثرا بفرنسا وظروفها الخاصة، اذ قدما هذان الفقيهان دراسات مهمة في مجال تنازع القوانين داخل فرنسا، والقانون الواجب التطبيق على العلاقات التي يمكن ان تنشأ بين مواطنين منتمين الى أكثر من اقليم فرنسي، وتحديد قواعد الاسناد المناسبة التي سترشد الى الحلول المناسبة وفي القرن السابع عشر ظهرت في هولندا مدرسة رائدة في فقه القانون الدولي الخاص، يتزعمها الفقيه (بول فويت Paul Voet – 1619– 1667)، والفقيه (أولريش هوبر Ulrich Huber – 1694 – 1636) الذي استعمل لأول مرة مصطلح تنازع القوانين Conflit de Lios، وقد تأثرت هذه المدرسة بفقه المدرسة الفرنسية السابقة وقد ركز الفقهاء على دراسة ثلاثة أنواع من التنازع بين القوانين هي:

التنازع بين قوانين المدن، والتنازع بين قوانين الاقاليم والتنازع بين قوانين الدول وهذا النوع الأخير قام بصفة رئيسة من خلال نشاط الهولنديين التجاري، الذي ما لبث ان انتقل الى الخارج[4].

وازدهرت العلاقات الخارجية وظهر التنازع الدولي بين القوانين، وابتكروا فكرة المجاملة الدولية كأساس لتطبيق القانون الأجنبي والذي كان يمثل الاضافة الحقيقية لتلك المدرسة الهولندية، اذ عالجت المدرستان الايطالية والفرنسية النوعين الأول والثاني من تنازع القوانين، وخلف الفقهاء الهولنديون فقهاً محترماً مهد لتطور القانون الدولي الخاص[5].

المطلب الثالث

القانون الدولي الخاص في المجتمعات الحديثة

شهد العالم منذ نهاية القرن الثامن عشر تطورات متلاحقة، وتغيرات مستمرة، اذ كانت الثورة الصناعية الأولى في انكلترا التي فتحت مصراعيها للتبادل التجاري الدولي، على نحو لم يكن معروفاً ادى الى القضاء على النظام الاقطاعي، ثم جاءت الثورة الفرنسية في عام 1789؛ لتقضي تماماً على مخلفات النظام الاقطاعي الذي كان سائداً فيها، وامتد آثر الثورة الى مجالات الفكر والقانون وغيرها، ومن هنا ظهرت فكرة الدولة القومية واستقرت فكرة الجنسية باعتبارها النواة الأولى لتحديد مواطني الدولة وركن الشعب فيها، اما في الولايات المتحدة الأمريكية وبعد استقلالها عن إنكلترا انتقل اليها فقه المدرسة الهولندية عبر المحيط الأطلسي، ونشأت فكرة تنازع القوانين بين قوانين الولايات المختلفة، وهو تنازع محلي يؤيده الفقه الأمريكي إلا ان الفقه الغالب يميل الى قصر مجال تنازع القوانين على التنازع القائم بين قوانين تنتمي الى دول مختلفة، وليس الى ولايات تابعة لسيادة دولة واحدة، وعلى هذا الاساس قام الفقيه ستوري Story عام 1834 باستعمال مصطلح القانون الدولي الخاصPrivate International Law لأول مرة واطلقه على علم تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق من بين قوانين الولايات المختلفة، متأثراً بالفقه الهولندي وبالأستاذ هوبر حصراً، وفي عصر نابليون تحديداً بالقرن التاسع عشر جاء ليضع المجموعة المدنية الفرنسية، ولم يغفل ان يضمنها أحكاماً تبين تطبيق القانون الفرنسي من حيث المكان، وفكرة الجنسية، ومدى تمتع الأجانب بالحقوق، واصبح القرن التاسع عشر عامراً بالتشريعات ذات العلاقة، واستمر التطور في القرن العشرين الذي جاء متزامناً مع الثورة الصناعية الجديدة، وتطور وسائل النقل، والاتصالات، واختراع الحاسب الالكتروني، الذي ترتب عليه تقارب واندماج بين مختلف اجزاء العالم، واصبح هناك من يتحدث عن القرية العالمية (Global Village) ثم جاءت شبكة الاتصالات والمعلوماتية الدولية (أنترنت – L'internet) لتمثل وسيلة هامة للتخاطب خارج الحدود وعبر القارات[4]، بل اصبحت سوقاً للتعاقد بين التجار من مختلف بقاع الأرض انها ثورة المعلومات(Révolution d'informations) التي غيرت الى حد كبير وجه القواعد القانونية التي تعالج المشكلات الناشئة عن هذا التقدم الهائل، وفي ظل هذه المتغيرات تأثرت قواعد القانون الدولي الخاص ومناهجه، اذ لا يحيا هذا الأخير بمعزل عن البيئة الاقتصادية والاجتماعية، التي تحيط به، فهو فرع من القانون، وهذا الأخير ظاهرة اجتماعية يستمد وجوده ومضمونه ليس من ذاته، بل من الظروف الواقعية للحياة الانسانية؛ لذا ظهر الى جانب قواعد الاسناد التقليدية قواعد اخرى موضوعية، تتضمن الحل المباشر للنزاع سواء تم وضعها كقانون داخلي يحكم المنازعات التي يتخللها العنصر الأجنبي، أو تمت من خلال جهود المجتمع الدولي في صورة اتفاقات دولية موحدة، وينطوي هذا النوع الأخير من الاتفاقيات الدولية على العديد من المسائل الفنية الدقيقة، اذ تترابط وتتكامل لتحقيق هدف واحد، هو حل المشكلات المرتبطة بالعلاقات الخاصة ذات العنصر الأجنبي، من خلال قواعد دولية موحدة تتلافى الحاجة الى قواعد تنازع القوانين التقليدية[6].

المبحث الثاني

موقف الشريعة الاسلامية من القانون الدولي الخاص

سادت الأمة الاسلامية فترة من الزمان(العصور الوسطى)، وبلغت شأناً عظيماً من التقدم العلمي والحضاري، كانت لها الريادة العلمية والحضارية في الأرض، وظهر ازدهارها في القرن الرابع الهجري (العاشر الميلادي)، فموقع الجزيرة العربية بين الهند

والشرق الأقصى من ناحية، وحوض البحر المتوسط من ناحية اخرى، جعل منها طريقاً للتجارة التي تفوق فيها العرب حتى وصفوا بأنهم مؤسسو التجارة العالمية في الازمنة القديمة، فمنذ ان ظهر الاسلام واكتملت أحكامه ما بين اعوام(634–611) وهي مدة الرسالة المحمدية الشريفة والتي عاشها الرسول الاعظم محمد بن عبد الله (صلوات الله وسلامه عليه) (634 – 571)، في الوقت الذي كانت اوربا تحت سلطان الدولة الجرمانية، وفي اقل من قرن من الزمان عم الاسلام جميع البلدان المعروفة شرقاً حتى الصين، وغرباً حتى الاندلس وجنوب فرنسا، وقامت الدولة الاسلامية الكبرى، وامتدت اطرافها بعد ان هزمت الفرس، والروم، وبهذا فالدولة الاسلامية سبقت في مظهرها القانوني نشوء دول اوربا، من حيث اكتمال عناصرها؛ (الاقليم، والشعب، والسيادة)، ولم يكن الاسلام ديناً فحسب بل ديناً (تشريعاً)، ودولة إذ جاء بتنظيم جديد للمجتمع مشتملاً على مبادئ خلقية فلسفية، وقانونية جديدة[5]، وان من اعظم نعم الله سبحانه على المسلمين، ان اكمل لهم دينهم ورضيه لهم فليسوا في حاجة الى أي تشريع الى ان تقوم الساعة، مؤمنين بما رضي الله لهم من شرع عاملين به، اذ قال في محكم كتابه الكريم(...اليوم اكملت لكم دينكم واتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً...) وقال سبحانه؛ "ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه وهو في الآخرة من الخاسرين"، وقال جل وعلا؛ "وان هذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ذلكم وصآكم به لعلكم تتقون" ومن المعلوم ان الشريعة الاسلامية جاءت عامة لا يختص بها قبيل من البشر دون آخر ودائمة فلا يختص بها جيل دون جيل آخر ومن اجل ذلك لم تنزل في نسق واحد من التفصيل، والبيان، بل ارشدت الشريعة الى بعضها بدلائل خاصة وقررت بقيتها في اصول وكليات ليستنبطها الذين اوتوا العلم عند الحاجة اليها، لذا سنحاول بيان علاقة الشريعة الاسلامية، وفكرة الجنسية، ومركز الأجانب في مطلبٍ أول، وفي الثاني سنبين علاقة الشريعة الاسلامية وفكرة التنازع[7].

المطلب الأول

الشريعة الاسلامية والجنسية ومركز الأجانب

يعتقد البعض ان الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه لم يعرف اصطلاح القانون الدولي الخاص، أو اصطلاح تنازع القوانين، والموضوعات الآخرى التي يتضمنها هذا الفرع من القانون، على العكس من الجانب الآخر الذي يؤيد بأن الفقه الاسلامي، قد وضع حلولاً لبعض المسائل التي تدخل الآن في نطاق القانون الدولي الخاص، ولايضاح ما تقدم اعلاه فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعان، وحسبما يأتي:

الفرع الأول

الشريعة الاسلامية والجنسية

ففي نطاق الجنسية، فالمبدأ السائد في الفقه الاسلامي، هو(المساواة بين بني البشر)، امتثالاً لقوله سبحانه وتعالى؛(يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبًا وقبائل لتعارفوا ان اكر مكم عند الله اتقاكم...)، وكذلك قال رسول الله (ص) ؛ (ولا فضل لعربي على اعجمي الا بالتقوى)، لذا تآلفت الشعوب الاسلامية بعناصرها المختلفة منها الهندية، والعربية والتركية...الخ، ورفضت الدولة الاسلامية تقرير أي امتياز لجنس معين على حساب آخر، لهذا كانت الدولة الاسلامية تضم المسلمين وغير المسلمين على حد سواء وغير المسلم يسمى (الذمي)، وكانت الدولة تؤمنه على نفسه، وماله، مقابل ان يدفع لها الجزية، وكان يحق لغير المسلم المقيم في دار الحرب ان يدخل الدولة الاسلامية بحيث يصبح مستأمناً فيها، أي يؤمن على حياته وماله دون ان يدفع الجزية بحسبان عدم توطنه على الاقليم الاسلامي[8].

الفرع الثاني

الشريعة الاسلامية ومركز الأجانب

ان الدولة الاسلامية ابرمت العديد من المعاهدات المنظمة لمركز الأجانب التابعين للدول المتعاهدة الموجودين على التراب الاسلامي، ومن ذلك المعاهدات التي ابرمت من قبل الدولة الاسلامية من جهة وبين سلاطين الممالك من جهة،

والجمهوريات الايطالية المختلفة من جهة اخرى، كذلك المعاهدة التي ابرمت بين السلطان سليمان القانوني (العثماني) مع ملك فرنسا (فرانسوا الأول)، وبموجب هذه المعاهدة التي تعتبر حجر الأساس لنظام الامتيازات الأجنبية في الدولة العثمانية حصل الأجانب التابعون للدول الاخرى على العديد من الحقوق، لهذا نرى بأن القانون ظاهرة اجتماعية تتغير وتطور لمواجهة متطلبات الحياة الاجتماعية التي يحكمها بمراحلها السابقة، وان كانت هذه السمة للقانون تدل على عدم جموده فمن عظيم رحمة الله تعالى بنا وفيض كرمه علينا، ان شرع لنا من الدين ما فيه صلاح البشرية، وسعادتها في المعاش والمعاد، ولما كنا نحتاج بفطرتنا الى بعضنا البعض، اولت الشريعة الاسلامية تنظيم العلائق بين الناس جل اهتمامها، ولما كانت الشريعة الغراء هي الشريعة الخالدة، والصالحة لكل زمان ومكان وارسلت للناس اجمعين على اختلاف اصنافهم، واجناسهم والوانهم، لهذا نجد الشريعة تراعي حاجات البشر(التي لا تقف عند حد لمسايرة ركب التطور الصناعي والحضاري) في جميع العصور، وهي واجبة التطبيق في كل زمان ومكان لانها شريعة كاملة لا يلحقها تنازع القوانين من حيث الزمان (لا تقتضي نسخ أو الغاء القاعدة القانونية السارية واحلال اخرى محلها) ولا من حيث المكان (اختلاف القواعد القانونية السارية في مجتمع معين عن تلك السارية في مجتمع آخر)، أي إن الله سبحانه وتعالى تمم احكامه وفرائضه، فلم ينزل بعدها حلال ولا حرام [9].

ومن الناحية الواقعية فان اهم ما يميز عالم اليوم، هو غياب السلطة العليا للمجتمع الدولي التي تعمل على تنظيم وضبط علاقات الأفراد، اذ ينقسم العالم الى دول متعددة ومتباينة في انظمتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والذي يؤدي الى تباين في التشريعات والذي بطبيعته قد يختلف عن احكام الشريعة الاسلامية والاسلام لا ينكر هذه الحقيقة ويقر بوجود الاختلاف في دول العالم ودول تخالف ما موجود من احكام لدى الدول العربية والاسلامية من غير العربية لذا فالشريعة تقر بتعدد الاجناس والألوان والأديان، ولم يعد هناك مجتمع متحد في كل العناصر، ولا توجد دولة من الدول تستطيع العيش منعزلة عن غيرها، لهذا قسم فقهاء المسلمين المعمورة الى دار الاسلام: وتضم البلاد التي يسود فيها الاسلام ودار الحرب (البلاد الأجنبية): والتي تضم البلاد التي لم تعتنق الاسلام كدين دولة وان لم يحاربوا المسلمين وهؤلاء ممنوعون من دخول دار الاسلام إلا اذا كانوا معاهدين أو مستأمنين، وتلك هي ظاهرة الحدود السياسية اللازمة لقيام ظاهرة تنازع القوانين [10].

المطلب الثاني

الشريعة الاسلامية وفكرة تنازع القوانين

من المعروف ان قواعد القانون الدولي الخاص التقليدية، والتي يعزى وجودها الى ظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين اعضاء الجماعة الدولية اذ جعلت من تلك القواعد ضرورة لحل التنازع الذي قد ينشأ بين قوانين (شرائع) تلك الدول المستقلة لحل العلاقة القانونية التي ترتبط بصلة وثيقة بهذه القوانين ولأجل اختيار القانون الملائم والمناسب من بين تلك القوانين لحكم العلاقة القانونية، والاسلام يعرف ذلك ويأبى التعصب المقيت نحو الشرائع الأخرى، ويحكم علاقاته بغيره ليس على اساس الحرب، وانما من خلال التعايش السلمي، فالنزعة العالمية للدعوة الاسلامية كعقيدة، لا تمنع في الحقيقة من الاعتراف بالواقع المعاش، وهكذا اقر الاسلام لغير المسلمين على تفصيل يأتي في حينه، بتطبيق أحكام ديانتهم وقوانينهم الأجنبية، وهذا هو مفهوم تنازع القوانين اذ اشتمل الاسلام على اساليب فض تنازع القوانين ذات الطابع الدولي، حيث ان القاضي المسلم أياً كان مذهبه يحكم بالشريعة الاسلامية دون سواها من الشرائع الأخرى، وأياً ما كانت ديانة الخصوم، فاذا ثارت منازعة بين مسلم وآخر قرين له بالإسلام، طبق القاضي الشريعة الغراء، واذا ثارت منازعة بين خصم مسلم وآخر غير مسلم، طبق القاضي الشريعة الاسلامية ايضاً، اما اذا ثارت منازعة بين اشخاص غير مسلمين فقد اجازت الشريعة لهم ان يترافعوا امام قاضٍ من ديانتهم، وليس من الواجب عليهم التقاضي امام القاضي المسلم، لما في ذلك من حرج عليهم، لأنه سوف يطبق الشريعة الغراء عليهم بوصفها قانونه، ولهذا يذهب البعض الى ان الشريعة الاسلامية لم تضع قواعد لفض تنازع القوانين، بل وضعت قواعد تفض تنازع الاختصاص القضائي ولكن نعتقد بالإمكان ان يستمر جهد المجتهدين فيشيدوا نظرية خاصة بالمسلمين في مجال التنازع بالعلاقات الخاصة الدولية ويضعوا قواعد

اسناد تشير الى تطبيق قانون أجنبي غير قانون القاضي (الشريعة الاسلامية) تحقيقاً للعدالة، وصوناً للحقوق المكتسبة، ويتم المزج بين مبدأ اقليمية القوانين (تطبيق القاضي قانونه على كافة العلاقات ذات العنصر الأجنبي)، ومبدأ شخصية القوانين(امكانية التسامح وتطبيق القاضي لقانون أجنبي على العلاقات ذات العنصر الأجنبي)' ونجد بالفعل تأكيداً لما ذهبنا اليه، انه يؤكد البعض بما يسمى (فقه السير)، الذي يقابل قواعد القانون الدولي الخاص من بيان القاضي المختص (الاختصاص القضائي الدولي) والقانون الواجب التطبيق على العلاقات المختلطة(قواعد الاسناد)، كما اذا ابرم مسلم مع حربي عقداً بدار الحرب أو بدار الاسلام، أو اذا ابرم حربي عقداً بدار الاسلام... فضلاً عن القواعد الخاصة بمعاملة غير المسلمين الذميين والمستأمنين (مركز الأجانب) وانتمائهم للدولة الاسلامية بعقد الذمة أو عقد الأمان (قانون الجنسية)، دونما تقرير لأي امتياز لجنس أو عنصر على آخر[11].

وبناءً على ما تقدم يمكن القول ان المسألة الاساسية في العلاقات الخاصة الدولية، هي ان المشرع أو القضاء المعروض عليه النزاع لا يمكنه ان يقرر بصورة مسبقة بأنه سوف يعتمد نظامه القانوني (قوانين أحكام قضائية قرارات تحكيم إجراءات رسمية) بشكل مستقل عن الانظمة القانونية الأخرى، خاصة وان القاضي لا يستطيع التقرير انه سوف يطبق بصورة منهجية قانونه الوطني(L'ex Fori) ولأنه لن يعطي للأحكام الأجنبية أي وزن وهذا من غير المقبول تماماً اليوم بفعل التطور الحاصل بالمناهج والانظمة القانونية التي تحترم الحقوق التي تنشأ بشكل صحيح في الخارج، والتي تظهر آثارها في دولة اخرى الذي نريد بيانه هنا ان القواعد التي تطبق على العلاقات الخاصة الدولية، ليست فقط هي القواعد الصادرة عن الدولة التي ينتمي اليها القاضي، بل يمكن للنظم القانونية الأجنبية ان يكون لها دور في حل النزاع[12].

الخاتمة

يمكن ايجاز اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها في بحثنا، وحسبما يأتي:

أولاً- النتائج

1- ان العلاقة بين منهج الشريعة الاسلامية والقانون الدولي الخاص، تبدو من خلال تحديد مجال تنازع القوانين كأحد الموضوعات الرئيسة في القانون الدولي الخاص، اذ ينبغي التفرقة بشأنه في ظل أحكام الشريعة الاسلامية الى نوعين من المعاملات ذات العنصر الأجنبي الأولى: منازعات الأحوال الشخصية: التي تدور حول رابطة الزواج وما ينتج عنه من آثار كذلك النسب، والوصية والمواريث...الخ والتي لا يكون احد اطرافها مسلماً، فهي تخضع للقانون الشخصي للأطراف بمقتضى قاعدة اسناد تتخذ من ديانة الأطراف ونوعية الدعوى ضابطاً للأسناد، والثانية: المنازعات التي تترتب نتيجة للمعاملات المالية.

2- ان الشرع الاسلامي اوجد قواعد موضوعية (تتضمن الحل المباشر للنزاع)، فيها تنظيم دقيق لأحكام البيوع والقرض، والاجارة...الخ، وتلك المعاملات والعقود وما يحكمها من قواعد، يتعين على القاضي المسلم ان يطبق القواعد الموضوعية على كافة المعاملات والعقود التي تدخل في مجال سريانها، اذا ترافع اليه غير المسلمين والأجانب منهم المتوطنون، أو المقيمون في دار الاسلام، سواء في المنازعات التي تقوم فيما بينهم فقط أو بينهم وبين المسلمين، حيث تتعلق تلك المعاملات بمصالح الدنيا التي يجب ان يستوي فيها الجميع ويخاطب بأحكامها المسلمون وغيرهم وتلزمهم بإقامتهم في الدولة الاسلامية، أياً كان المكان الذي تمت فيه تلك المعاملات.

3- كذلك هناك ترابط آخر بين هذه المواضيع، اذ يمكن ان يؤثر كل منها بالآخر، مثلاً اذا كانت السياسة السائدة في دولة ما تهدف الى زيادة عدد الأجانب والوافدين اليها، مع عدم منحهم جنسيتها لهم، فيضطر المشرع الى منح الحقوق والامتيازات للأجانب، وكذلك يعتد بقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي أي إنهم يخضعون في معاملاتهم الى قوانينهم بموجب قواعد تنازع القوانين والغرض من ذلك عدم خلق حافز لديهم الى طلب الجنسية في الدولة التي يتوطنون فيها وقد يكون العكس هو الصحيح، أي إن المشرع لا يشجع في بقاء الأجانب باعداد كبيرة في البلد، بل يفضل منحهم الجنسية لصهرهم مع الوطنيين

في جنسية واحدة ومصير واحد هذا في حالة كون السياسة السائدة آنذاك تقتضي ذلك فالمشرع عادةً يقلل بمناسبة أوغيرها من حقوق الأجانب، ويأخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي، ويسهل شروط التجنس.

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. احمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الاسلامي المقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.

2- د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر 2012.

3- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، ط3، مطبعة العشري، القاهرة، مصر، 2005.

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

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

6- د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

7- د. صلاح الدين جمال الدين محمد، قانون العلاقات الخاصة الدولية في ضوء فقه الشريعة الاسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006.

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

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

10- 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، بغداد، العراق، 1982.

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

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

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

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

15- د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر 1978.

ثانياً- النصوص القانونية العراقية:

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

2- قانون الاحوال الشخصية رقم(188) لسنة 1959 المعدل.

3- قانون الاثبات رقم(107) لسنة 1979 المعدل.

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

5- قانون الشركات رقم(21) لسنة 1997 المعدل.

6- دستور جمهورية العراق لسنة 2005 النافذ.

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

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

الهوامش:

1- د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1978، ص59.

2- د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ج1، ط2، مطبعة التفيض، بغداد، العراق، 1947، ص11

3- د. السيد عبد المنعم حافظ السيد، التعريف بالقانون الدولي الخاص، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، 2012، ص30.

4- د. صلاح الدين جمال الدين محمد، قانون العلاقات الخاصة الدولية في ضوء فقه الشريعة الاسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2006، ص31.

5- د. عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في اوربا ومصر، ط2، دار السعادة، القاهرة، مصر، 1972، ص219.

6- القرآن الكريم، سورة المائدة، الآية (3)، العتبة الحسينية المقدسة، ط1، دار البرهان للمطبوعات، لبنان، بيروت، 2009، ص107.

7- القرآن الكريم، سورة آل عمران، الآية رقم (85)، المصدر نفسه، ص61.

8- القرآن الكريم، سورة الانعام، الآية رقم (153)، المصدر نفسه، ص149.

9- القرآن الكريم، سورة الحجرات، الآية رقم (13)، مصدر سابق، ص517.

10- د. احمد عبد الكريم سلامة، مبادئ القانون الدولي الخاص الاسلامي المقارن، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص44.

11- د. هشام خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، دراسة مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص24.

12- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي، ط3، مطبعة العشري، القاهرة، مصر، 2005، ص122.