

القانون الدولي
المختصر

القانون الدولي الخاص

الجنسية، الوطن، مركز الأجنبي
التنازع الدولي للقوانين، تنازع الاختصاص
القضائي الدولي

الدكتور
عبد الرسول عبد الرضا الأسدي
أستاذ القانون الدولي الخاص



جميع الحقوق محفوظة
لدار السنهوري

لا يسمح بإعادة نشر هذا الكتاب أو أي جزء منه
بأي شكل من الأشكال أو حفظه ونسخه في أي
نظام إلكتروني يمكن استرجاع الكتاب أو أي جزء
منه دون الحصول على إذن خطي مسبق من الناشر.

بيروت ٢٠١٧



لبنان - بيروت - الحدث - سان تيريز هتف: ٧٦ ٧٥٣٠٣٢ (٠٠٩٦١)

بغداد - شارع المتنبي - عمارة الكاهن جي - الطابق الأول

هاتف: ٤١٦٠٧٢٧ (١) - ٧٨٠١٩٤٤١٦١ - ٠٧٩٠١٨٢٦٤٣٩ (٠٠٩٦٤)

alsanhury_library@yahoo.com safaa75200933@hotmail.com

www.daralsanhury.com

دلائلِ سنہوری

منها، واختلاف المحاكم التي تنظر في المنازعات الناشئة عنها (تنازع الاختصاص القضائي). فالعلاقات الوطنية التي تحصل بين الأفراد التابعين لدولة واحدة على موضوع كائن فيها وعن سبب نشأ على أراضيها تخضع بدون خلاف للقانون الوطني لتلك الدولة ولكن العلاقات ذات الأبعاد الدولية المتصلة بعنصر أو أكثر من عناصرها (الأشخاص، الموضوع، السبب) بدولة أو أكثر تخضع لقواعد قانون آخر يصطلح عليه بالقانون الدولي الخاص، وهنا لنا ان نسأل هل ان هذا القانون يحكم فقط العلاقات اعلاه أم انه يحكم مسائل أخرى؟ للإجابة عن ذلك تستدعي البحث في الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص والمصادر التي يستقي منها أحكامه وهذا يتطلب بدوره البحث أولاً في التعريف به ثم بيان العلاقة بين موضوعاته.

أولاً: التعريف بالقانون الدولي الخاص

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

ونظراً لاختلاف طبيعة الموضوعات التي يتضمنها القانون الدولي الخاص، ومن ثم اختلاف نطاق كل منها فضلاً 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، بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يعنى ببيان القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات الأبعاد الدولية الخاصة، ويمثل هذا الاتجاه إيطاليا والمانيا، والاتجاه الثاني يذهب إلى ضم تنازع الاختصاص القضائي إلى جانب تنازع القوانين أي أنه يجعل القانون الدولي الخاص قائماً على تنازع القوانين بمعناه الواسع ويعرفه بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يعنى ببيان القانون الواجب تطبيقه فضلاً عن ذلك والمحكمة

ثانيًا: العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص

دلائل نبوی

ثالثاً: طبعة القانون الدولي الخاص

ذکر السنہ ہجری

الدولية على هذا القانون ويصفه بالقانون الداخلي ذلك لان نطاق تطبيقه ومصادره تختلف عن نطاق تطبيق القانون الدولي الخاص ومصادره، فالاولو يحكم العلاقات التي يكون اطرافها افراداً بينما الثاني يحكم العلاقات التي يكون اطرافها دولاً أو اشخاصاً القانون الدولي العام الأخرى مثل المنظمات كما ان مصادر الأول داخلية ذلك لغياب مشروع دولي في هذا السياق أو وجود قواعد تشريعية مشتركة بين الدول بينما مصادر القانون الدولي قد تكون في أكثر دولية مثل الاتفاقيات الدولية أو الاعراف الدولية، اما المذهب الثاني فيعترف للقانون الدولي الخاص بالصفة الدولية من ناحية القواعد التي يتضمنها، وان كانت تستقي من مصادر داخلية مثل التشريع والاعراف الداخلية إلا أن نطاق تطبيقها له ابعاد دولية إذ لا تحكم تلك القواعد العلاقات الوطنية انما العلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة فقواعد الجنسية تحكم العلاقة بين الفرد والدولة وعلى اساسها يتحدد انتهاءه وبفعلها تتدخل الدولة لحماية الفرد دبلوماسياً إذا اصابه ضرر في الخارج ولم يستطع الحصول على تعويض كما ان الدولة تكون مسؤولة عن أفعاله من الناحية الدولية إذا ما الحق ضرراً بدولة أخرى. بصورة مباشرة أو غير مباشرة. كما ان قواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وضعت لحكم العلاقات بين أفراد تابعين لدولة مختلفة، وهذا ما يجعل هذه القواعد حاکمة لموضوعات متعدية الاثار على أكثر من دولة كما يتاثر مركز الأجانب بالعلاقات الدولية فكلما تحسنت العلاقات الدولية بين الدول تحسن وضع الأجنبي وهذا يعني ان مركز الأجانب يتاثر بقواعد القانون الدولي وكذلك الحال بالنسبة للموطن. وبين هذين الموضعين يذهب بعضهم إلى القول بان قواعد القانون الدولي الخاص قواعد داخلية من حيث المصدر ولكن اثارها دولية من حيث نطاق تطبيقها.

وإذا كان القانون الدولي الخاص قانوناً وطنياً داخلي المصدر ودولي التطبيق، فهل ان هذا القانون من فصيلة القانون العام أم الخاص؟ لقد اجاب الفقه عن ذلك في

اتجاهين الأول يذهب إلى إلحاق القانون الدولي الخاص بالقانون الخاص وذلك لان موضوعات القانون الدولي الخاص تتعلق بالعلاقات التي يكون الأفراد اطرافا فيها، فالجنسية وان كانت علاقة بين فرد ودولة إلا أن اثارها تنعكس على العلاقات الدولية الخاصة كما انها تبين فضلا عن الحقوق العامة الحقوق الخاصة للأفراد، وكذلك النظام القانوني الواجب تطبيقه وهي مسائل من ابحاث القانون الخاص، وينسحب هذا الكلام على الموطن وكذلك مركز الأجانب، اما تنازع القوانين فهو موضوع ينصرف إلى التنازع ما بين القوانين الخاصة في اطار العلاقات التي يكون الأفراد طرفا فيها ونفس الوضع يتكرر بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي، اما الاتجاه الثاني فيلحق موضوعات القانون الدولي الخاص بنظم القانون العام فهو ينظر للجنسية بوصفها علاقة بين الفرد ودولة ومتعلقة بسيادة الأخيرة، وتحدد الحالة السياسية للأفراد فضلا عن حالتهم المدنية وهي مسائل من صميم القانون العام، والوضع نفسه بالنسبة للموطن اما مركز الأجانب فان قواعده يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بتنظيمها وهي مسألة متعلقة بسيادة الدولة فينظم حركة الأجانب عبر حدودها بالدخول والإقامة والخروج لحماية امنها وسلامتها وهي امور تخص القانون العام، اما بالنسبة لموضوع تنازع القوانين فهو يعنى ببيان نطاق تطبيق القوانين الوطنية والأجنبية، أي مدى سلطتها وتطبيقها على العلاقات الدولية الخاصة وهو من ابحاث القانون العام، اما تنازع الاختصاص القضائي الدولي فهو يعنى بيان نطاق اختصاص المحاكم الوطنية والأجنبية في العلاقات الدولية الخاصة، لذا يلحق بنظم القانون العام فضلا عن ان كلاً من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي مظهر من مظاهر سيادة الدولة.

وفي الحقيقة يمكن وصف القانون الدولي الخاص بأنه قانون مركب من موضوعات بعضها ينتمي للقانون العام، مثل الجنسية، والموطن، ومركز الأجانب،

وتنازع الاختصاص القضائي الدولي إلا أن اثارها تحرك تطبيق قوانين خاصة، وبعضها الآخر تنتمي إلى القانون الخاص مثل تنازع القوانين إلا أن اثارها يمكن ان تحرك تطبيق قوانين عامة.

رابعاً: 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 الآخر علماً 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 وأخرى غير مكتوبة وبعضها الآخر يقسم المصادر إلى أساسية وتفسيرية ويمكن اجمال المصادر بحسب درجة تأثيرها وأهميتها في موضوعات القانون الدولي الخاص على النحو الآتي

١- التشريع ٢- العرف ٣- القضاء ٤- الاتفاقيات الدولية ٥- مبادئ القانون الدولي الخاص، وهناك مصادر ظهرت بفعل علاقات دولية طرحها التعامل الالكتروني عبر شبكة الانترنت. استقر العمل بها فشكلت مصدرًا من مصادر حل تنازع القوانين الالكتروني وعليه سنعرض لكل مصدر من تلك ودرجة تأثيره في احكام كل موضوع من موضوعات القانون الدولي الخاص وعلى النحو الآتي:

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

لذا نجد ان جميع دول العالم نظمت احكام الجنسية عن طريق التشريع سواء في الدستور^(١) أو قانون الجنسية وقد نظم المشرع العراقي احكام الجنسية العراقية منذ تاسيس الدولة العراقية في قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ وبعدها قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ وقانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم ٥ لسنة ١٩٧٥ وأخيرا في قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ الذي الغى القوانين السابقة، لذا لم يترك التشريع للمصادر الأخرى دور لتنظيم احكام الجنسية بل انه سجل ما استقر عليه العرف والقضاء في مسائل الجنسية فالقواعد العرفية والقضائية نظمت بعض احكام الجنسية وفيما بعد سجلت عن طريق التشريع وكذلك بالنسبة للمعاهدات طالما انها لا تكون نافذة الا بعد تصديقها ونشرها ومثال ذلك معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ التي نظمت بعض احكام الجنسية بالنسبة للأقاليم الخاضعة للتنفيذ العشائي ومنها العراق وينسحب هذا الكلام على مبادئ القانون الدولي الخاص إذ لا يمكن العمل بها في مجال الجنسية الا إذا كانت مسجلة تشريعا.

١- مثال ذلك اسبانيا في دستور عام ١٨٧٦ وبيكسلفاكيا في دستور عام ١٩٢٠ والبيرو في دستور عام ١٩١٩. د. علي الزيني، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الرحمانية، مصر، ١٩٣٠ ص ٢٢٤ - ٢٢٥، والبرغواي في دستور عام ١٩٤٠ وكوبا في دستور عام ١٩٥٢، د. ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، قسم القانون الدولي، ١٩٧٤/٧٣، ص ٧٧ والبرازيل في دستور عام ١٩٤٦ والارجنتين في دستور عام ١٩٤٩ والهند في دستور عام ١٩٤٩ وايرلندا في دستور عام ١٩٣٧ وتركيا في دستور عام ١٩٤٥ ومن التشريعات العربية ليبيا في دستور عام ١٩٥١، عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، الجزء الأول، ط٨، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ١١٥.

٢- العرف

دلائل سنہوری

الخاص، لها خصوصية تتناسب مع طبيعة موضوعاته، وقد أكد القضاء المقارن الدور الفاعل الذي يؤديه العرف ولا سيما في قواعد الاختصاص القضائي الدولي^(١).

٣- القضاء

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 اوردها سلفا ويكون له تأثير مساعد ومعاون واحتياطي في باقي موضوعات القانون الدولي الخاص.

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 تأثير 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 بشأن نزاع ملكية أجنبي بدون تعويض كان له تأثير في موضوع مركز الأجانب.

١- انظر قرار محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٣/١٢/٢٨ الذي قررت فيه (عدم جواز اكرام رجال السلك الدبلوماسي على اداء الشهادة أمام المحاكم الوطنية اخذا بقواعد العرف الدولي) منشور في مجموعة احكام محكمة النقض، الدائرة الجنائية، السنة الخامسة، العدد الأول، ص ١٩٠.

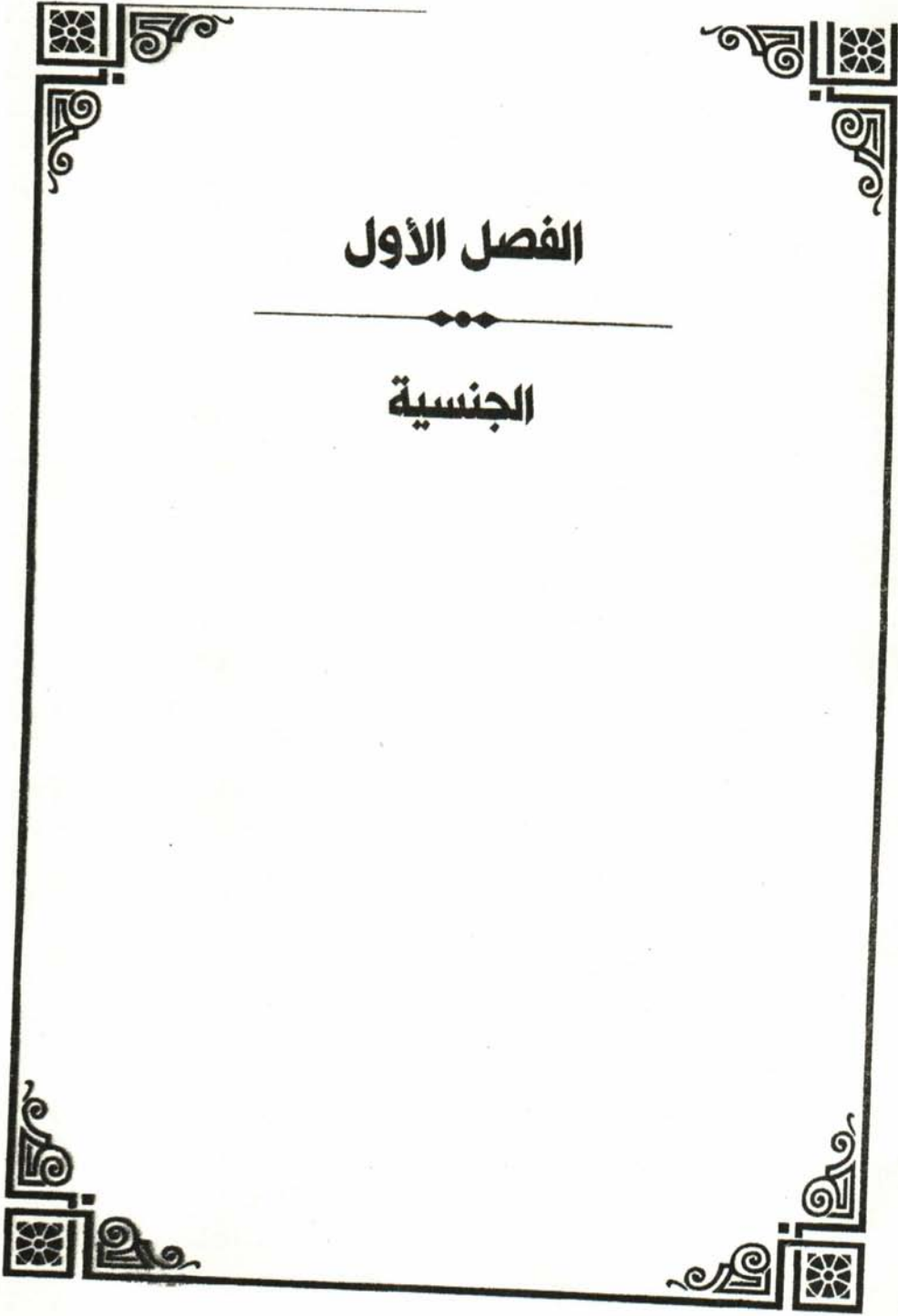
٤- المعاهدات الدولية

تعد المعاهدات بحسب مفهوم القانون الدولي التقليدي عبارة عن اتفاق ما بين شخصين أو أكثر من اشخاص القانون الدولي العام تهدف إلى ترتيب اثر في العلاقات الدولية اما بحسب مفهوم اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ فهي اتفاق مكتوب بين دولتين أو أكثر، وهي تهدف إلى ترتيب أو احداث اثر قانوني معين في موضوع دولي المادة (١/٢).

تمتاز المعاهدات بان لها دوراً متساوياً 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^(١) ومقابل ذلك كان لبعض الاتفاقيات تأثير مباشر وقوي في موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية ومنها اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣^(٢) واتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣، والتي نظمت بعض الامتيازات والاعفاءات للمبعوث القنصلي وتضمن القانون الإشارة إلى وجوب احترام ما جاء في اتفاقية فينا

١- صادق العراق على اتفاقية سيداو بقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٦ منشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٠٧ في ١٩٨٦/٧/٢١.

٢- صادق العراق على اتفاقية الرياض بقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٣ منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٩٧٦ في ١٩٨٤/١/١٦.



الفصل الأول

الجنسية

﴿ اَللّٰهُمَّ صَلِّ وَسَلِّمْ عَلٰى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ ﴾

تأصيل الجنسية

المطلب الأول

التواصل التاريخي للجنسية

١- دجاير جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص العربي - الجزء الأول - الجنسية - مطبوعات
معهد الدراسات العربية - ١٩٥٨ - ص ٢٠ هامش ٢.

المطلب الثاني التاصيل القانوني للجنسية

يتطلب الوقوف على هذا الموضوع التعرض للجنسية من خلال ستة قروع.

الفرع الأول التعريف بالجنسية

تقع الجنسية تحت تأثير قوانين مختلفة، تحدد طبيعة العلاقة التي تنطوي عليها ودور كل طرف فيها، لذا فهي علاقة متعددة القوانين الحاكمة فيها والاطراف المتعلقة بها، لذا يقتضي ان يراعى في تعريف الجنسية تلك الاعتبارات فيمكن ان نفرق في تعريفها بين جانبيين الأول شكلي والآخر موضوعي فالجنسية تعرف على وزن الجانب الأول: بانها عبارة عن رقيقة منظمة بصيغة قنية من جانب السلطة المختصة في دولة ما تمنحها لمجموعة من الأفراد بهدف اسباغ الصفة الوطنية عليهم، وتعد قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس، ويمكن ان نقول ان هذا هو المظهر الخارجي المادي للجنسية ويكون له اثر كاشف في اطار الجنسية الأصلية واثر منشا في اطار الجنسية المكتسبة، اما في اطار الجانب الثاني فينظر للجنسية من ناحيتين الداخلية والخارجية فتعرف من الناحية الداخلية، بانها رابطة أو علاقة سياسية وقانونية وروحية بين الفرد والدولة تترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة بينهما وتنظم شروط فرضها ومنحها وفقدانها واستردادها بقانون. وهذا هو المعنى التقليدي المتعارف عليه لدى الفقه بصفة عامة اما من الناحية الخارجية فتعد الجنسية معياراً أو ضابطاً عالمياً لتوزيع الأقرات جغرافياً بين الدول تحدد بواسطته كل دولة حصتها البشرية من مجموع الأفراد على سطح الكرة الارضية.

ويحمل بعضهم الجنسية على معنيين قانوني وهو لا يخرج عن التعاريف المتقدمة وواقعي اجتماعي الذي يعكس الحالة الواقعية لحامل الجنسية.

ويمكن ان نخرج هنا إلى نتيجة وهي ان الجنسية في المعنى الأخير تحدد الصفة الوطنية للأفراد في كل دولة من دول العالم وهي تمثل بذلك معياراً عالمياً.

ونعتقد ان تعريف الجنسية بالمعنى المتقدم في ضوء الجانبين لم يتم تنظيمه تشريعياً، انما هو تعريف فقهي واخذ القضاء به في بعض الدول، لاسيما اظهارها الجانب الموضوعي الداخلي^(١).

الفرع الثاني

عناصر الجنسية

وعلى وفق ما تقدم نجد الجنسية تقوم على عناصر متعددة تتوزع بين الفرد المتلقي لها والدولة المانحة إياها فضلاً عن الحقوق والالتزامات المترتبة عليها بين الفرد والدولة^(٢) وعليه فان هناك مثلثاً من العناصر يتمثل بها يأتي:

١- قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٢١/٢/٢ أشار إليه د. جمال محمود الكردي الجنسية في القانون المقارن الطبعة الأولى، نشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٩ هامش ١٨ كما ذهب في نفس الاتجاه القضاء اللبناني د. عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في احكام الجنسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٢٤ هامش (٤) وكذلك نفس الاتجاه مسار القضاء المصرية د. عوض الله شبيب محمد السيد - موجز القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٧، ص ٣٠ وما بعدها.

٢- انظر د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الجزء الأول في الجنسية، معهد الدراسات العربية العالمية، ١٩٥٨، ص ١٢ - ١٣. ود فزاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١٥، ويرى ان الجنسية تتكون من ثلاثة اركان وليس عناصر وهي الدولة والفرد وعلاقة قانونية بين الفرد والدولة.

أولاً: الفرد

بعد زوال نظام الرق في العالم، أصبح لكل انسان شخصيته القانونية لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات، ويعد التمتع بالجنسية من اهم الحقوق، فالانسان بحسب هذا الحق يتحقق له نسب سياسي معلوم إلى دولة معينة تتكفل بحايته وضمان ماله من حقوق وتحديد ما عليه من التزامات فتكون الجنسية بالنسبة للفرد بمثابة حماية قانونية اتجاء الأفراد والدول، وان التمتع بالجنسية حق يتعلق بالشخص يستطيع الدفاع عنه أمام القضاء أو الادارة، الاصل ان جميع الأفراد يتمتعون بحق حمل الجنسية الأصلية عند الميلاد ولهم حق حمل الجنسية المكتسبة ما بعد الميلاد ويفترض في الجنسية في جميع الاحوال ان تعبر عن الانتهاء الروحي والولاء السياسي للفرد.

وقد أصبح حق حمل الجنسية من اهم حقوق الانسان الأساسية وهذا ما أكدتة المادة (١٥) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ التي نصت على (ان يكون لكل انسان الحق في الجنسية...)^(١).

وإذا كان للشخص الطبيعي حق حمل الجنسية فهل يحق كذلك بالنسبة للشخص المعنوي؟ لقد اجاب الفقه عن ذلك باتجاهين إذ ذهب الاتجاه الأول إلى انكار حق حمل الجنسية على الشخص المعنوي لان الأخير يقتصر لخصائص هذا الحق واهمها الولاء السياسي والانتماء الروحي الذي يعد من مقومات الجنسية فضلا عن ان الشخص المعنوي لا يدخل ضمن تعداد السكان وإذا كان من اغراض الجنسية حصر

١- تنقضي المادة (١٥) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢١٧ ألف (د. ٣) المؤرخ في ١٠/كانون الأول/١٩٤٨ على أنه ((١ - لكل فرد حق التمتع بجنسية ما، ٢ - لا يجوز حرمان شخص من جنسيته تعسفا ولا من حق تغييرها دون مساهم قانوني)) كذلك نص المعهد الدولي الخاص بتفانيات الحقوق المدنية والسياسية الذي وافقت عليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٦/١٢/١٩٦٦ على أنه ((لكل طفل الحق في ان تكون له جنسية)) المادة (٢٤ فقرة ٢). علما بأن هذه الاتفاقية ملزمة للعراق فقد صادق عليها عام ١٩٧٠ ونشر قانون التصديق عليها بالوقائع العراقية العدد ١٩٢٧ الصادرة بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٧٠.

أفراد شعب الدولة واسباغ الصفة الوطنية عليهم، وإذا كان الشعب هو مجموعة الأشخاص الطبيعية فإن الدولة لا تكون بها حاجة بعد ذلك لاسباغ الصفة الوطنية على الأشخاص المعنويين بواسطة الجنسية فضلا عن تعذر قيام الأشخاص المعنوية ببعض التكاليف التي تعبر عن الولاء والانتماء ومنها اداء الخدمة العسكرية. ومقابل الاتجاه الأول ذهب اتجاه آخر إلى الاعتراف للشخص المعنوي بحق حمل جنسية اسوة بالشخص الطبيعي وذلك لان الولاء الذي هو قوام الجنسية يمكن ان يعبر عنه الشخص المعنوي بصيغة تتناسب مع طبيعته عن طريق قيامه بالأعمال التي تنطوي على تقديم خدمات لشعب الدولة، ومنها تعزيز الاقتصاد الوطني فضلا عن ذلك ان نشوء الشخص المعنوي يرتب حقوقاً والتزامات يتطلب معرفة القانون الواجب تطبيقه فيها فيكون لزاما الاعتراف للشخص المعنوي بحق حمل جنسيه بوصفه معياراً يربطه بدولة معينة تضطلع بمهمة تحدد ماله من حقوق وما عليه من التزامات، ويتم بموجبها تحديد القانون الذي يحكم نظامه الداخلي فضلا عن ذلك ليس هناك من علاقة حتمية بين منح الجنسية للفرد واداء الخدمة العسكرية حتى يقال من ضروره منحها فقط للشخص الطبيعي دون المعنوي لأنها تفرض على الصغير عند الميلاد وتمنح للمرأة وكلاهما لا يكلف باداء الخدمة العسكرية، فضلا عن ان هناك من الدول التي لا يتوفر فيها اصلا واجب اداء الخدمة العسكرية نظرا لتبنيها مبدأ الحياد الدائم كسويسرا ومع ذلك لها جنسياتها الخاصة بها، ومن ثمّ فليس من مانع من منح الجنسية للشخص المعنوي على وفق الوضع الأخير.

وإذا كان الأشخاص الطبيعيين يمثلون شعب الدولة من الناحية الاجتماعية فإن الأشخاص المعنوية يمثلون عوامل لتعزيز قوة الدولة من الناحية الاقتصادية والسياسية وإن كانت بعض المنقولات ومنها السفن والطائرات والأقمار الاصطناعية تتمتع بحق حمل جنسية فيكون من باب أولى الاعتراف بهذا الحق للشخص المعنوي.

وقد كانت التشريعات العربية والأجنبية في هذا الاتجاه ومنها التشريع العراقي في قانون الشركات الملغي رقم ٣٢ لسنة ١٩٥٧ وقانون الشركات النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل، وكذلك قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧.

تتمتع الدولة دون سائر اشخاص القانون الدولي العام بحق منح الجنسية للأفراد وهي تملك هذا الحق بها لها من شخصية دولية ولا يؤثر سلبا في هذا الحق صغر، مساحتها أو قلة عدد أفراد شعبها أو تبعيتها أو نقص سيادتها لذا نجد ان سوريا اصدرت أول قانون جنسية في عام ١٩٢٥ ابان خضوعها للانتداب الفرنسي وكذلك العراق اصدر أول قانون وهو قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ ابان خضوعه للاحتلال البريطاني^(١)، غير أنه إذا وصل نقصان السيادة حدا فقدت معه الدولة شخصيتها القانونية كليا، كما هو الحال بالنسبة للدول المستعمرة أو المضمومة كليا إلى دولة أخرى فإن الأفراد التابعين لهذه الأقاليم لا تثبت لهم جنسية مستقلة بل ينظر إليهم بوصفهم منتمين للدول التي تضم هذه الأقاليم أو تستعمرها^(٢).

٢- انظر د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية المصرية - تنازع الاختصاص القضائي - تنفيذ الاحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ٣١.

ثالثًا: علاقة قانونية وسياسية

١- المادة (٥/١١٠) من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ التي حددت الاختصاص في تنظيم الجنسية من بين الاختصاصات الحصرية.

معينة فتكون مطبوعة بطبيعة سياسة وبها يستأثر الفرد بالصفة الوطنية التي تؤهله للحصول على الحقوق والقيام بالواجبات وهي اوفر من تلك التي للأجنبي، وتكون بذلك الجنسية عنصر تفوق للوطني من هذه الناحية.

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للجنسية

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للجنسية في اتجاهين رئيسيين لتحديد تلك الطبيعة، الاتجاه الأول: يذهب إلى وصف الجنسية بالعقد وبأنها علاقة عقدية بين الفرد والدولة وتمتد جذور هذا الاتجاه إلى افكار الفقيه الفرنسي جان جاك روسو رائد نظرية العقد الاجتماعي وشبه هذا الاتجاه تلاميذ اراذلي الفرد والدولة بانعقاد ارادتي الايجاب والقبول إذ تظهر بمظاهر مختلفة وبحسب نوع الجنسية، ففي الجنسية الأصلية يكون ايجاب الدولة عام موجه للجميع في حين في اطار الجنسية المكتسبة تكون ارادة الايجاب خاصة موجهة لفئة معينة وهي فئة الأجانب في الغالب. مقابل ذلك تكون ارادة القبول صريحة في اطار الجنسية المكتسبة تارة، كما هو الحال في التجنس وضمنية تارة أخرى كما هو الحال في الحاق الزوجة بجنسية الزوج بفعل الزواج المختلط، في حين تكون تلك الارادة مفترضة في اطار الجنسية الأصلية إذ إنها تثبت للمولود حديثا فور الميلاد، فلا ارادة لهذا المولود فور الميلاد، ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان ارادته في القبول مفترضة اضافة إلى ذلك ترتب العلاقة العقدية حقوق والتزامات متبادلة بين الفرد والدولة فما يعد حقاً للفرد واجبا على الدولة فعلى الدولة تمكين المواطن من الانتفاع بالحقوق الخاصة والعامة وحمايته في الداخل والخارج مقابل التزام الفرد بالقوانين والانظمة التي تصدرها الدولة، وبذلك تتعقد ارادة الدولة بالايجاب مع ارادة الفرد بالقبول فتترتب تلك الحقوق والالتزامات.

حکیم الشیخ نور

الفرع الرابع

أساس الجنسية

توزع الفقه في البحث عن هذا الأساس على اتجاهين، الأول: يمثل الفقه الانكليز أمريكي ويذهب إلى القول بأن أساس الجنسية هي المنفعة المتبادلة بين طرفيها الفرد والدولة. فالفرد يستفيد من الجنسية بما ترتبه من حقوق وحماية في داخل الدولة وخارجها، ومقابل ذلك تتمكن الدولة بواسطة الجنسية من ممارسة ولايتها وسيادتها الشخصية على الذين يحملون جنسيتها في الداخل والخارج وهذا يضمن لها سيطرة مادية وقانونية على مواطنيها.

أما الاتجاه الثاني الذي يمثل الفقه اللاتيني فيذهب إلى قيام الجنسية على أساس روحي فيوصف الجنسية بأنها رابطة روحية قوامها الولاء السياسي والانتفاء الروحي بين الفرد والدولة.

في حقيقة الأمر أن الجنسية تقوم على أساسين مادي (نفعي) ومعنوي (روحي) لا يمكن الفصل بينهما لأنهما متداخلان أحدهما يقوم على الآخر فلا إمكانية لتجزئتهما أكدت هذه الحقيقة محكمة العدل الدولية في قضية نوتباوم ١٩٥٥^(١).

١- د. محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٤٤.

الفرع الخامس

وظائف الجنسية

تختلف وظيفة الجنسية بحسب مكان وجود الفرد فتكون للجنسية وظيفة داخلية إذا كان الفرد داخل الدولة، ووظيفة دولية إذا كان خارجها وعليه فلا بد من عرض الوظائف.

أولاً: الوظيفة الداخلية

تؤدي الجنسية وظائف متعددة للفرد من ناحيتين:

١- الحقوق والالتزامات إذ تميز الوطنين عن الأجانب، وكذلك الوطنين الأصليين عن الطائريين في الحقوق والالتزامات. فالدولة بواسطة الجنسية توفر للوطنين حقوق والتزامات أوفر من تلك التي توفرها للأجانب وتمنح الحقوق وترتب الالتزامات بشكل فوري ومباشر للوطنيين الأصليين في حين تتعلق ذلك المنح على مضي مدة معينة كما في بعض الدول بالنسبة للوطنيين الطائريين. فالجنسية من هذه الناحية وإن كانت تؤدي وظيفة داخلية إلا أنها شائعة الاستعمال عالميا في جميع دول العالم.

٢- النظام القانوني إذ تعتمد الجنسية في هذه الناحية لدى أكثر دول العالم بوصفها معياراً لتحديد الاختصاص القانوني في مسائل الحالة الشخصية للأفراد، كما تعد عنصر من عناصر الحالة الشخصية أيضاً، فالجنسية تصل ما بين حالة الشخص وأهليته وزواجه وطلاقه ونسبه وميراثه والنظام القانوني لدولة جنسيته، وهي من هذه الناحية تؤدي وظيفة داخلية لها أبعاد دولية تؤثر في المركز القانوني للفرد في العلاقات ذات البعد الدولي فهي معيار شبه عالمي لأنها تستعمل من القسم الأكبر من الدول بوصفها معياراً لتحديد النظام القانوني الواجب تطبيقه في

مسائل الاحوال الشخصية في حين تعتمد دول أخرى الموطن بوصفه معياراً في هذا المجال مثل بريطانيا والولايات المتحدة. كما يمكن اعتماد الجنسية في اطار تحديد القانون الواجب التطبيق في النظام الداخلي للشخص المعنوي إذا تم منحه جنسيه دولة مركز الادارة الرئيس^(١).

ثانياً: الوظيفة الدولية

وتتمثل بما يأتي:

١- قبول الدولة دخول مواطنيها أراضيها في حالة ابعادهم من دولة أجنبية أو عودتهم بعد انتهاء اقامتهم في الخارج وهذا الالتزام يقع على عاتق كل دولة اتجاء وطيئها، وبالمقابل تلتزم الدولة بعدم ابعاد وطيئها عن أراضيها وخاصة الأصليين منهم والسبب وراء ذلك يعود إلى ان كل من يحمل جنسية دولة ما يتمتع بحق القرار على أراضيها الوطنية.

٢- تلتزم كل دولة اتجاء وطيئها بحمايتهم دبلوماسياً إذا لحقهم ضرر ولم يستطيعوا بواسطة الإجراءات القضائية الداخلية في دولة اقامتهم الحصول على حقوقهم ولم يكن لارادتهم دخل في حصول الضرر.

الفرع السادس

المبادئ المثالية في مادة الجنسية

تنظم هذه المبادئ سلطة الدولة في امور الجنسية، فهي تحسن من مستوى علاقة الدولة بغيرها من ناحية وعلاقتها مع أفراد شعبها من ناحية أخرى على نحو يضمن

١- لتفصيل أكثر حول اثر الجنسية في تدويل العلاقات، انظر رسالتنا للدكتوراه، الجنسية في العلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة، مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٩ ومابعدا.

ظلالِ سہواری

هذا المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٢/٢٩ الذي قررت فيه (ويتفرع عن مبدأ انفراد كل دولة بتنظيم جنسيتها، عدم استطاعة أية دولة تطبيق قوانينها الخاصة لتحديد جنسية الأشخاص الداخلين في جنسية غيرها من الدول، بل يتعين عليها الرجوع إلى أحكام قانون الدولة التي يدعي الشخص الانتماء إليها لمعرفة ما إذا كان هذا الشخص يحمل جنسية هذه الدولة، والقول بغير ذلك من شأنه ان يصبغ على الأفراد جنسية لا تقرها لهم الدولة صاحبة الجنسية أو ان ينكر عليهم جنسية تقرها لهم هذه الأخيرة)^(١).

وقد انعكست هذه القواعد الدولية على التشريعات الداخلية ومنها الدستور المصري لعام ١٩٧١ والسوداني لعام ١٩٩٦ والعراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٨) وقانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ النافذ.

وإذا كان مبدأ حرية سلطة الدولة في امور جنسيتها يكفل لها مزايا فان هذا المبدأ ترافقه قيود تحد من حرية الدولة وسلطانها، وهي قيود بعضها تقرر لمصلحة الدول وبعضها الاخر لمصلحة الأفراد وستتبع القيود من الوضعين.

أولاً: القيود المقررة لمصلحة الدول

وهذه القيود تكون على نوعين، الأولى قيود عرفية والثانية قيود اتفاقية.

١- القيود العرفية

وهي القيود التي تفرضها الاعراف الدولية التي تقضي بضرورة وجود علاقة جدية حقيقية بين الفرد والدولة لفرض أو منح الجنسية وفي حالة انعدام أو ضعف

١- أشار إليه د. فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، مصدر سابق، ص ٢٨.

هذه العلاقة فلا يجوز للدولة منح جنسيتها أو فرضها وإذا خالفت الدولة هذه القيود فإن الجزاء المترتب عليها يتمثل بعدم الاعتراف بالجنسية المفروضة أو الممنوحة من الوجهة الدولية، وإن كانت لها قيمة من الناحية الداخلية، ومن السوابق التاريخية التي تؤيد ذلك إبطال المجلس الأعلى للحلفاء والسلطة التشريعية في ألمانيا عام ١٩٤٩ قانون أصدرته حكومة الرايخ عام ١٩٤٣ وهو يقضي بفرض الجنسية الألمانية جبراً على بعض الطوائف الأهالي من مناطق الألزاس ولورين ولوكسمبورج^(١).

ومن القواعد العرفية اعطاء حرية للفرد في الاختيار وحق التغير وعدم جواز تجريده من جنسيته دون سبب كما تقضي بعض القواعد العرفية الزام الدولة بعدم فرض جنسيتها على أبناء الدبلوماسيين وقد سجل البروتوكول الاختياري لاتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ هذه القاعدة وقد أشارت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ إلى ضرورة احترام القواعد المستقر عليها في العرف الدولي بهذا الشأن.

٢- القواعد الاتفاقية

وهي القواعد المسجلة في الاتفاقيات والمواثيق الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ التي اعطت حقاً لكل دولة في أن تحدد أبناء شعبها عبر تشريعاتها المحلية وهذه القاعدة ترتب وضعاً مزدوجاً فهي تعطي الحق لكل دولة في أن تصدر جنسيتها لتحديد وطنيها كما ترتب التزاماً على باقي الدول بعدم التعدي على الحدود البشرية

١- وهذا التوجه اخذ به من قبل القضاء الفرنسي، ففي قضية (Mathreu Ulman) • رفضت محكمة السين الفرنسية الاعتراف بالجنسية البرازيلية المفروضة بمقتضى القانون الصادر في البرازيل بتاريخ ١٨٨٩/١٢/٤، والذي بموجبه تم اصفاء الجنسية الوطنية (البرازيلية) على كافة الأشخاص الذين كانوا موجودين في يوم ١٨٨٩/١١/١٥، وانتهت هذه المحكمة إلى اعتبار هذه الاحكام شاذة في مفهوم القضاء الدولي، حكمها بتاريخ ١٩١٥/٧/١٣، أشار إليه د. هشام خالد، إثبات الجنسية، بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية، العددان السابع والثامن - سبتمبر وأكتوبر، ١٩٩٠، ص ٦٣.

دکتر السبّیٰ تنویری

١- حق الانسان في الجنسية

الاصل ان يكون لكل انسان جنسيه، وان يعترف له بها فور الميلاد وبالمقابل قد يقع بعض الأشخاص في حالة يصطلح عليها اللاجنسية وهؤلاء هم البدو الرحل والمسقطه عنهم الجنسية والغجر.

إن انعدام الجنسية ظاهرة نشاز في الحياة الدولية الخاصة للأفراد وتقع تلك الحالة لأسباب مختلفة ويدعو الفقه إلى مكافحتها بوسائل متعددة فأسباب انعدام الجنسية تعود إلى اختلاف أسس فرض الجنسية الأصلية ومنح الجنسية المكتسبة بين دول العالم وكذلك مباشرة الدول لاسقاط الجنسية عن بعض افرادها. فأسباب فرض الجنسية الأصلية المفوضية للانعدام تتمثل بولادة مولود في دولة تاخذ باسناد حق الدم من أب تابع لدولة تاخذ باسناد حق الإقليم، ففي ظل هذا الفرض لا يحصل المولود لا على جنسية الأب لأنه مولود خارج دولة الأب ولا على جنسية مكان الميلاد لان قانون المكان لا ياخذ بحق الإقليم فيفتقر المولود للأساسين ويفتقر بأثر ذلك للجنسية. اما الانعدام نتيجة أسباب منح الجنسية فتتمثل بزواج امرأة من دولة تجردها جنسيتها الوطنية ان تزوجت بأجنبي دون ان يلحقها قانون دولة الزوج بجنسيته فتقع بفعل ذلك في الانعدام فهي تخرج من جنسيتها الوطنية بحكم القانون دون ان تدخل في جنسية الزوج بحكم قانون الأخير^(١).

١- ومن الامثلة التي تؤدي إلى انعدام الجنسية بناءً على هذا الأسس في القانون المقارن، فنظر المرسوم الذي أصدره سمو الشيخ زايد بن سلطان الذي يحظر بمقتضاه على المواطنة الإماراتية ان تتزوج بأجنبي. فان تزوجت بأجنبي (أسقطت) عنها جنسية دولة الإمارات ودخلت في جنسية زوجها. فقد نص المرسوم رقم ١٣٨١/١٧ هـ بتاريخ ١٩/١٢/١٩٩٦ على أنه (يمنع زواج المواطنة من أي شخص لا يتمتع بجنسية الدولة، وان أرادت المواطنة الزواج من غير مواطن فعليها ان تتنازل عن جنسية الدولة وتأخذ جنسية زوجها غير المواطن، واعتباراً من تاريخه تسحب جنسية أي مواطنة تتزوج من غير مواطن). أشار إلى ذلك د. هشام صادق ود. عكاشة محمد عبد العال ود. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص ٧١، هامش رقم (١).

في ولادة مولود لآب متمتع بجنسية دولة ياخذ قانونها بحق الدم في دولة ياخذ قانونها بحق الإقليم وهذا يفضي إلى أن المولود سيحصل على جنسية والده وجنسية مكان ميلاده وقد يحصل على جنسية والدته إذا كان قانون كل منهما ياخذ بحق الدم كما هو موقف المشرع العراقي في القانون النافذ في المادة (١/٣) إذ أتاح انتقال الجنسية للآباء على أساس الدم المنحدر من الأب أو الأم وإلى مثل ذلك ذهب المشرع المصري في قانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ وكذلك المشرع التونسي.

أما الزواج بفعل أسباب منح الجنسية المكتسبة فتتمثل بحصول المرأة المتزوجة من أجنبي على جنسية زوجها بحسب قانون الزوج مع إمكانية احتفاظها بجنسيتها بحسب قانونها أو الزامها بالبقاء.

أما وسائل معالجة هذه الظاهرة فتتم عن طريق القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ومن القوانين الوطنية التي تعمل على تلافي حدوث ظاهرة الزواج قانون الجنسية البحريني وقانون الجنسية العراقي في السابق، وتسعى أكثر التشريعات إلى تنظيم أحكام الجنسية على نحو لا يسمح بحصول هذه الظاهرة.

ومن الجدير بالذكر أن نص المادة (١/١٠) من القانون النافذ يفضي إلى حصول هذه الظاهرة، فهي تسمح للعراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية أن يحتفظ بجنسيته العراقية ما لم يعلن تخليه تحريراً عنها.

أما على مستوى الاتفاقيات الدولية فتظهر الاتفاقية التي عقدها إسبانيا مع الكوادور عام ١٩٤٠ ومع تشيلي عام ١٩٤٤ إذ إنها كانت تعمل على تلافي حصول ظاهرة الزواج الجنسية أي حتى لا ياخذ المولود الجنسية الإسبانية على أساس حق الدم والجنسية الكوادورية أو التشيلية على أساس حق الإقليم وسبقت هذه

٣- حق الانسان في تغيير جنسيته والاحتفاظ بها

ومقابل ذلك يجوز للدولة ان تجبر الفرد على التخلي عن الجنسيات المتعددة التي يحملها ويحتفظ باحدها فمثل هذا الاجبار لا يتعارض مع الاحتفاظ طالما كان وسيله لتفادي حالة ازدواج الجنسية وقد اخذ بمثل هذا الاجراء قانون الجنسية البريطاني لعام ١٩٤٨ وقانون الجنسية الفرنسي لعام ١٩٧٣ ويدخل ضمن هذا

الاتجاه حرمان الزوجة المتزوجة من أجنبي من جنسيتها الوطنية إذا دخلت في جنسية زوجها حتى لا تزوج جنسيتها في مثل هذه الاوضاع تدخل ضمن إجراءات الدولة في حرمان الأشخاص من حمل أكثر من جنسية وهي إجراءات تنطوي على أسباب قانونية معقولة.

دکتر السید منوچهر

الفرع الأول

أسس تعيين جنسية التأسيس

تعرف جنسية التأسيس بأنها الجنسية التي تفرض أو تختار عند تأسيس الدولة أو استبدال السيادة على الإقليم، وتختلف أسس فرضها واختيارها من دولة إلى أخرى وبناء على ما تقدم سنبحث أسس فرض جنسية التأسيس وأسس اختيارها من خلال موقف المشرع العراقي.

أولاً: أسس فرض جنسية التأسيس

تحتاج كل دولة من دول العالم عند تأسيسها إلى حصر أفراد شعبها عن طريق جنسية التأسيس، فعلى سبيل المثال انسلاخ الأقاليم الخاضعة للإمبراطورية العثمانية ومنهما مصر، وسوريا، ولبنان، والعراق بموجب معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ بين الدولة العثمانية والحلفاء، وعندها أصبحت لكل من هذه الأقاليم شخصية قانونية دولية وظهرت كل منها على شكل دولة وبموجب المادة ٣٠ دخلت المعاهدة حيز التنفيذ في يوم ٦ آب عام ١٩٢٤ كما اعترف لكل من الأقاليم الخاضعة للإمبراطورية العثمانية بحق منح الجنسية لكل من الأفراد القاطنين ضمن حدودها الإقليمية^(١). وقد اصدر العراق أول قانون للجنسية وهو قانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ وكذلك الحال بالنسبة لبقية الدول العربية التي كانت خاضعة للنفوذ العثماني بعد استقلالها

→ الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٢٦ فقرة ٣٩.

١- وتطبيقاً لذلك فقد اعتبر القضاء اللبناني ان (كل من كان من التابعة العثمانية وكان على الاراضي اللبنانية بتاريخ ٢٠/١١/١٩٢٤ يثبت حكماً في الجنسية اللبنانية تطبيقاً للمادة الأولى من القرار رقم ٢٨٢٥ الصادر في ٣٠/٨/١٩٢٤ المتعلق بالاشخاص الذين هم من التبعية التركية المقيمين في لبنان الكبير) قرار محكمة التمييز المدنية - الهيئة العامة - رقم ٤ بتاريخ ٥/٥/١٩٩٧، أشار إليه انطوان الناشف، مصدر سابق، ص ٣٧١.

علما ان قانون الجنسية الذي كان يحدد رعايا الدولة العثمانية في تلك الدول هو قانون الجنسية العثمانية لعام ١٨٦٩. وبموجب قانون الجنسية العراقية أعلاه تم فرض جنسية التأسيس العراقية في حالتين:

١- فرض جنسية التأسيس العراقية

تم فرض هذه الجنسية على أساسين الأول سكن العثماني في العراق عادة والثاني توظيف العثماني في الحكومة العثمانية ولو لم يكن ساكن في العراق عادة.

أ. سكنى العثماني في العراق عادة

نصت المادة (٣) من قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ على أن (كل من كان في اليوم السادس من آب عام ١٩٢٤ من الجنسية العثمانية ساكناً في العراق عادة تزول عنه الجنسية العثمانية ويعد حائزاً للجنسية العراقية ابتداءً من التاريخ المذكور) وهذه المادة تستند إلى أساس المادة (٣٠) من اتفاقية لوزان والتي خولت الدولة التي يؤول إليها الإقليم تحديد وطنيها في ضمن حدودها الإقليمية بحسب قانونها المحلي ويشترط لأعمال النص ما يأتي:

١- ان يكون الشخص عثماني الجنسية في ٦ آب عام ١٩٢٤ حيث يصادف هذا التاريخ يوم تنفيذ معاهدة لوزان ويعد عثماني الجنسية بحسب المادة (٩) من قانون الجنسية العثمانية لعام ١٨٦٩ كل من كان مقيماً في الديار العثمانية ويعامل كذلك حتى تثبت له الجنسية الأجنبية بصفة رسمية ولقد أفتى ديوان التدوين القانوني عدم الاعتماد لاغراض تطبيق هذا النص لإثبات الجنسية العثمانية على دفتر النفوس ودفتر الخدمة العسكرية انما يتم الاعتماد على وثائق تحريرية أخرى كوصولات الضريبة والطابو ونعتقد انه كان بالامكان اعتماد الوثائق الأولى كقرائن لإثبات الجنسية وهي مسائل تخضع لتقدير القضاء.

٢- ان يكون ساكنًا في العراق عادة من تاريخ ٢٣ آب عام ١٩٢١ ولغاية ٦ آب عام ١٩٢٤ بحسب المادة (٢/هـ) من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤. وكل من تتوافر فيه الشرطان في اعلاه يحوز على الجنسية العراقية بحكم القانون دون حاجة إلى تقديم طلب أو انتظار موافقة سواء اكان ذكرًا أم انثى بالغًا أم قاصرًا.
ب. توظيف العثماني في الحكومة العثمانية

تنص المادة (٨/ج) على أن (يعتبر عراقيا كل من كان في يوم ٦ آب من عام ١٩٢٤ من الجنسية العثمانية وساكن في العراق عادة إذا كان مستخدم في الحكومة العراقية كموظف عراقي في ذلك التاريخ أو قبله وان لم يكن قد بلغت سكانه المدة الواردة في الفقرة (هـ) من المادة (٢)»^(١).

شروط النص هي:

- ١- ان يكون الشخص عثماني الجنسية في ٦ آب عام ١٩٢٤ وهو يوم تنفيذ معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣.
- ٢- ان يكون ساكن في العراق عادة دون ان يشترط امتداد السكن من تاريخ ٢٣ آب من عام ١٩٢١ ولغاية ٦ آب عام ١٩٢٤ بل يمكن ان يكون ساكن بعد عام ١٩٢١ وان لم تبلغ اقامته يوم ٦ آب عام ١٩٢٤ ونعتقد ان توظف العثماني في الحكومة العثمانية مفترض اقامته خلال المديتين المذكورتين في اعلاه.
- ٣- ان يكون العثماني الساكن في العراق موظف في الحكومة العثمانية من يوم ٢٣ آب من عام ١٩٢١ ولغاية ٦ آب من عام ١٩٢٤.

١- اضاف المشرع إلى المادة (٨) فقرة (ج) حسب تعديل قانون الجنسية لسنة ١٩٣٢، نشرته الوقائع العراقية في العدد ١١٤٢ في ١٤/٦/١٩٣٢.

ثانيًا: أسس اختيار جنسية التأسيس

دکتر السید منویری

٦- موافقة السلطة المختصة على الطلب ويستفاد مقدم الطلب من كل اتفاقية معقودة بين العراق والدولة الأخرى التي سكنها مقدم الطلب إذا كانت مصادقة عليها من قبل السلطة المختصة في العراق، لان الاتفاقية تعد ملزمة من تاريخ المصادقة عليها.

الفرع الثاني

أسس تعيين الجنسية الأصلية

بعد نشوء الدولة وحصر شعبها بواسطة جنسية التأسيس قد يفوت المشرع استيعاب بعض الأفراد والذين لا تنطبق عليهم أسس فرض جنسية التأسيس واختيارها، أو قد يفوت من توافرت فيه كل أسس الحصول عليها عندها يلجأ المشرع إلى استكمال شعب الدولة بواسطة نوع آخر من الجنسيات وهي الجنسية الأصلية وتعرف هذه الجنسية على أنها الجنسية التي تفرض على الشخص فور الميلاد بسبب أصله الوطني (أساس حق الدم) أو مكان ميلاده (أساس حق الإقليم) أو على أساس الحقين معا وتكتمل عناصر ثبوتها بالميلاد وتثبت للشخص بحكم القانون دون حاجة إلى تقديم طلب أو انتظار موافقة ولا يغير من طبيعتها ثبوتها في تاريخ لاحق للميلاد وذلك لان ثبوتها يكون له اثر رجعي يرتد إلى يوم الميلاد، وقد تثبت الجنسية الأصلية على أساس تبدل السيادة على الإقليم لذا فان الجنسية الأصلية تفرض على أسس وهي:

أولاً: تبدل السيادة على الإقليم

قد يستدرك المشرع ما فاته النص عليه في قانون جنسية التأسيس فينص عليه في قانون الجنسية اللاحق إذ يستوعب المشرع في قانون الجنسية اللاحق حالات لم يستوعبها قانون الجنسية السابق وقد ذهب المشرع العراقي في هذا الاتجاه.

دعائے تنویر

وحتى لا تظهر حالات اللاجنية فان الصغير غير البالغ سن الرشد يلحق بجنسية والده بعده عثمانيًا اسوةً به.

ثانيًا: أساس حق الدم

ويقصد بحق الدم (Jue sanguine) ثبوت جنسية الدولة لكل من يولد لوطنيها بغض النظر عن مكان الميلاد فهذا الحق يجعل جنسية الدولة تنتقل عبر الأجيال بشكل متتابع يحفظ استمرارها من الأصول إلى الفروع لوحدة الاصل^(١)، ويصطلح بعضهم على الجنسية التي تثبت بهذا الحق بجنسية النسب^(٢)، وبعضهم الآخر يصطلح عليها بجنسية الدم أو البنية^(٣)، وهناك من يذهب إلى القول ان الجنسية الأصلية على هذا الأساس تنتقل بشكل آلي ويعارض البعض الآخر ذلك ويذهب إلى القول ان هذه الجنسية تنتقل بحسب استمرار شعور الفرد بها^(٤)، وهذا يعني ان انتقال الشخص خارج حدود دولته وانقطاع اتصاله بها روحيا وفعليا لا يؤهله لوضع استمرار انتقال جنسية الدول إلى ابنائه ذلك لفقدانه الارتباط الروحي بالدولة وقد اخذ المشرع العراقي في قانون الجنسية الملغى والجديد بحق الدم ولم ينص على تأثير انقطاع اتصال الوطني بالدولة على جنسيته العراقية كما ذهب إلى ذلك المشرع اللبناني والمصري.

وإذا كانت الجنسية على وفق هذا الأساس أو السبب تثبت لكل من يولد لوطنيين الدولة فالسؤال هنا من ينقل الجنسية من هؤلاء الوطنيين الأب أم الام أم كلاهما؟

١- د. هشام خالد، اهم مشكلات قانون الجنسية العربي، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠٠٦ - ص ٩٤ د. فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٩٦. ص ٩.

٢- د. هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٢ ص ٩.

٣- د. شمس الدين الوكيل، الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦١، ص ٨٦ - ٨٧.

٤- نفس المصدر، ص ٨٦ - ٨٧.

۰۰۳۳ ذی القعدة سنہ ۱۲۹۱

ففي ظل هذا الوضع يحتاج الطفل ان يعيش بجنسيه تحميه وتوفر له الضمانات التي يتطلبها ويعد حق الدم الامومي البديل الامثل على وفق هذا الاتجاه الذي يضمن الجنسية للابناء وفي مقابل ذلك ذهب اتجاه آخر وهو يمثل التوجه الحديث في الفقه والتشريع نحو الاعتراف للام بدور مساو للاب في نقل الجنسية للابناء وقد عبرت عن ذلك بعض الاتفاقيات والمواثيق الدولية منها الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ في المادة (٧) التي نصت على أن (الناس جميعا سواء أمام القانون، وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز...) وكذلك اتفاقية الامم المتحدة بشأن القضاء على كل انواع التمييز ضد المرأة الموقعة عام ١٩٧٩ إذ أكدت في المادة (٢/٩) تمنح الدول الاطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية اطفالها كما أكدت على مبدأ المساواة أكثر الدساتير في العالم ومنها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٤). وقد استجابت أكثر التشريعات الأجنبية^(١).

١- كقانون الجنسية الايطالي حيث استجاب المشرع هنا لموقف القضاء في قرار المحكمة الدستورية العليا في عام ١٩٨٣ الذي قضى بعدم دستورية التفرقة بين الرجل والمرأة في موضوع جنسية الابناء وكذلك القانون الالماني هو الاخر استجاب لقرار المحكمة الدستورية الاتحادية في المانيا في ١٩٧٤/٥/٢١ (القاضي بعدم دستورية المادة الرابعة من قانون الجنسية الالماني التي كانت لا تكسب المولود لام المانية إلا إذا كان الأب عديم الجنسية، بينما تكسب المولود لالاب الماني الجنسية الالمانية دون قيد او شرط لما في هذه التفرقة من إخلال واضح في لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المنصوص عليها في الدستور الالماني، وقد ادى ذلك إلى تعديل قانون الجنسية الالماني في نفس العام للنص على المساواة بين الأب والام في نقل الجنسية للمولود). أشار إليه د. فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، مصدر سابق، ص ٤٨. ومن التشريعات الأجنبية الأخرى التي ساوت بين الأب والام في نقل الجنسية للمولود قانون الجنسية التركي لعام ١٩٨١ الذي نص على أنه (يعتبر تركيا من ولد لالاب أو لام تركية في الداخل أو بالخارج) وايضا قانون الجنسية الصيني لعام ١٩٨٠ فقد نص في المادة الرابعة على أنه (يعتبر صينيا كل من ولد لالاب أو لام صينية) وكذلك تنص المادة الخامسة منه على أنه (يعتبر صينيا كل من ولد بالخارج لالاب أو لام صينية بشرط عدم دخوله في جنسية الدولة التي ولد بـلقبها) وهذا أيضا اتجاه بعض تشريعات أمريكا اللاتينية كالدستور المكسيكي الصادر عام ١٩٦٩ الذي ينص في المادة (١/٣٠) منه على أنه (يعتبر مكسيكي كل من ولد لالاب أو لام مكسيكية) وكذلك قانون الجنسية البلجيكي لعام ١٩٨٤ وكذلك قانون الجنسية الاسباني ←

وبعض التشريعات العربية^(١) للاتجاه الثاني الذي يمثل التوجه الفقهي والتشريعي الحديث في العالم لانه يحقق الارتباط الواقعي للانسان بدولة الأب أو الام^(٢).

→ لعام ١٩٨٣. أشار إليها د. حفيدة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٢، ص ٢١ هامش رقم (١)، وكذلك قانون الجنسية الفرنسي لعام ١٩٧٣، والاميركي لعام ٢٠٠١، أشار إليها د. عبد الحميد محمود عليوة، دور الام المصرية والعربية والاجنبية في نقل الجنسية للابناء، الدار الجامعية، الازرابطه، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٨١ وما بعدها. وانظر كذلك المادة (١/٢) من قانون الجنسية الياباني لعام ١٩٨٥، والمادة (١/٣) من قانون الجنسية الهولندي لعام ١٩٨٥ فقد قضت على انه (يكون هولنديا الولد الذي يكون ابوه أو امه هولنديا لحظة الميلاد) أشار إليها د. ابو العلا النمر النظام القانوني للجنسية المصرية، دار النهضة العربية، للقاهرة، ٢٠٠٠، ص ٨٩، كذلك الحال في بلجيكا وهي دولة مكتظة بالسكان فقد اقر المساواة الكاملة بين الأب والام في نقل الجنسية للابناء وذلك بمقتضى تعديل عام ١٩٨٤، انظر د. فؤاد عبد المنعم رياض، مشكلة ابناء الام المصرية، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد ٤٢، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٨ - ٩.

١- قانون الجنسية المصري رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ المعدل (م ١) (يكون مصرياً من ولد لآب مصري أو لام مصرية) وقد جاء هذا الموقف استجابة لمطالب منظمات حقوق الانسان، د. عبد الحميد محمود عليوة - مصدر سبق ذكره - ص ٣٨٧ وما بعدها، وقد كان المشرع التونسي الاسبق في هذا الاتجاه في قانون الجنسية لعام ١٩٩٣، د. فؤاد عبد المنعم رياض، مصدر سابق، ص ٥٦. كما ان القضاء في لبنان اتجه مؤخراً إلى اعطاء دور لآم في نقل جنسيتها إلى ابناءؤها، فقد قضت محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان (الغرفة الخامسة) في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٦/١٦ على أنه (...) وحيث بناء على ما تقدم، فإن القول بعدم اعطاء الام المواطنة هذا الحق - بنقل الجنسية إلى الأولاد - إنما يؤدي إلى تمييز بين فئات المواطنين المتساويين بحسب الدستور حقوقاً وواجبات هذا فضلاً عن بين المتروجات اللبنانية والاجنبية بالإضافة إلى التمييز على صعيد وضع الاطفال ثمرة الزيجات غير ادراج طائفتين حيث الحماية والحقوق تلازم الأولى المحمية عندما يكون الأب لبنانياً أو ام اجنبية متزوجة منه في حين ان الاهمال إلى درجة الانكار يظلل الثانية حيث الام لبنانية تزوجت اجنبياً... وحيث يقتضي في ضوء التحليل المتقدم اعتبار ان اولاد المدعية (س) الذين كانوا قاصرين في تاريخ تقديم الادعاء الراهن وهم (...) يصيرون لبنانيين بعدما احتفظت والدتهم بجنسيتها اللبنانية وقضت زوجها الاجنبي إلا إذا رفضوا هذه التبعية في السنة التي تلي بلوغهم سن الرشد الأمر غير المتحقق في القضية الراهنة، وحيث الحال هذه ترى المحكمة اجابة المدعية (س) في طلبها واعتبار الأولاد للقاصرين لبنانيين ويقتضي الحال تسجيلهم على خاتمة والدتهم في سجلات الاحوال الشخصية واعطائهم بطاقتهم هوية لبنانية)، مشار إليه على الموقع الالكتروني (www.annahar.com).

٢- عبد الحميد محمود عليوة، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٧ - ٣٨٨.

١- ان يولد مولود لاب عراقي أو لام عراقية سواء اكانت جنسيتهم أصلية أم مكتسبة.

وعلى الرغم من استجابة المشرع العراقي لما استقر عليه التوجه العالمي في تحقيق المساواة بين الأب والام في موضوع جنسية الابناء إلا أننا نعتقد ان في ذلك توسيعاً لأسباب فرض الجنسية الأصلية وأسسها الذي يطرح بالمقابل توسيع المساحة البشرية للعراق على حساب مساحته الجغرافية وموارده الاقتصادية وما يحمل ذلك من تأثير سلبي على الجانب الثقافي والاقتصادي للمجتمع والدولة، لاسيما وان العراق يعد من الدول المصدرة للسكان فثبات مساحة الإقليم نسبياً وموارده مقابل ازدياد تعداد السكان بفعل مبدأ المساواة بين الأب والام يطرح مشاكل عديدة على الفرد والدولة حاضراً ومستقبلاً ويحذر بعض الفقهاء من اعتماد مبدأ المساواة بدون شروط وقيد^(١) وندعوا إلى تقييد فرض الجنسية العراقية هنا على شرط وهو ان يتعذر على

١- د. عبد الحميد محمود عليوة، مصدر سبق ذكره، ص ود. هشام علي صادق ود. حفيظ الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٦٠ وما بعدها.

ثالثاً: حق الإقليم

١- د. فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص في الجنسية ومركز الأجانب، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨ - ٣٩ ود. عاكشة عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية، ص ١٠١ - ١٠٢ ود. شمس الدين الوكيل، مصدر سبق ذكره - ص ٨٠.

٢- د. فزاد عبد المنعم رياض، مصدر سبق ذكره، ص ٩٦.

تعتمده بشكل مطلق بوصفه (اصل) والثانية تعتمده بشكل نسبي بوصفه (استثناء) وليبان ذلك كان لابد من بحث الموضوع من خلال بندين، نبحت في الأول حق الإقليم المجرد (المطلق) وفي الثاني حق الإقليم المقيد (النسبي).

١ - حق الإقليم المجرد (المطلق)^(١).

وبحسب هذا الأساس تكون لحق الإقليم كفاية ذاتية للحصول على جنسية الدولة وقد أخذت بهذا الأساس بصفة أصلية أكثر دول البلاد الانكلوسكسونية، فهذه القوانين تمنح جنسيتها بموجب حق الإقليم كبريطانيا بمقتضى قانون جنسيتها الصادر في ١٩٨١/١٠/٣٠ وكذلك في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب قانون الجنسية الصادر سنة ١٩٥٢ في المادة (٣٠١) منه والموقف ذاته في كل من قانوني الجنسية الاسترالي والكندي^(٢)، وكذلك فأن تشريعات دول أمريكا اللاتينية كالارجنتين تمنح جنسيتها بموجب حق الإقليم بحسب المادة (٣) من قانون الجنسية الارجنتيني الصادر في ١٩٧١/٥/١٨ وكذلك المادة (١٢٩) من الدستور البرازيلي الصادر عام ١٩٤٦^(٣) ويستثنى من حكم هذا الأساس ابناء الدبلوماسيين المولودين في دول تاخذ بحق الإقليم المطلق وهو ما أكدته اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠^(٤).

١- د. فؤاد عبد المنعم رياض. مصدر سابق ذكره، ص ٦٩.

٢- ممدوح عبد الكريم حافظ، القاتون الدولي الخاص العراقي والمقارن، بغداد، ١٩٧٣، ص ٥٧.

٣- راجع حول ذلك د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ١٥٨ وما بعدها.

4- Article (12) rules of law which confer nationality by reason of the birth on the territory of state shall not apply automatically to children to born person enjoying diplomatic birth occurs...

فضلا عن تمتع الممثل الدبلوماسي هو وافراد حاشيته بالحصانة الدبلوماسية أمام أي دعوى تقام عليه بسبب أعماله الوظيفية ينظر في ذلك قرار محكمة تمييز العراق ١٩٧١/٢/٢٠ منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين العدد الأول السنة الرابعة والعشرون (كاتون ثاني- شباط) بغداد- ١٩٦٩- ص ٣٠٧ - ٣٠٩. وعكس هذا الموقف قرار محكمة التمييز ١٦٤ -

٢- حق الإقليم المقيد (النسبي)

→ في ١٧/١٢/٢٠٠٧، غير منشور.

- ١- د. جمال محمود الكروزي، التعليقات الجديدة على قانون الجنسية المصري في الميزان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الاسكندرية ٢٠٠٥ - ص ٨٧ - ٨٨.
- ٢- د. هشام خالد، اهم مشكلات قانون الجنسية العربي، مصدر سبق ذكره، ص ١٠٣ - ١٠٤، ود. عاكشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية، مصدر سبق ذكره، ص ١٢٥ - ١٢٦.
- ٣- د. شمس الدين الوكيل، مصدر سبق ذكره، ص ٨٢.

١. جنسية مجهول الأبوين

يكون المولود من أبوين مجهولين مقطوع الصلة روحياً مع دولة معينة غير دولة الميلاد وتمثل هذه الأخيرة أمام المولود دولة جنسيته اعتمدت هذا الأساس بعض التشريعات الأجنبية^(١) وأكثر التشريعات العربية^(٢) في فرض جنسيتها وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الاتجاه بصفة استثنائية في قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ في المادة (٣/٤) وبالمثل كان موقفه في قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٣/ب) إذ ذهبت إلى انه (يعتبر عراقياً أ... ب. من ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولود فيه مالم يقيم الدليل على خلاف ذلك)^(٣) ويعد ذلك تطبيقاً لاتفاقية الجامعة العربية لعام ١٩٥٤^(٤) التي صادق عليها العراق في عام ١٩٥٥^(٥).

وقد كان موقف المشرع العراقي ممثلاً للتوجه العالمي في هذه المسألة الأمر الذي يؤكد على وجوب ان يعيش الانسان بجنسية فور الميلاد وقد مثلت هذا التوجه الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية السياسية التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم

١- ويفهم ذلك ضمناً من موقف قانون الجنسية البريطاني لعام ١٩٤٨ أشار إليه د. هشام خلد، أهم مشكلات قانون الجنسية العربي، مصدر سبق ذكره، ص ٤٢٢.

٢- كقانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ في م (٢) إذ نصت على أن (يكون مصرياً من ولد في مصر من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط في مصر مولود فيه مالم يثبت العكس) كما ذهب إلى هذا الاتجاه قانون الجنسية الأردني لعام ١٩٥٤ المعدل بقانون عام ١٩٦٣.

٣- وقد أشار قانون الأحوال المدنية رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٢ إلى حالة تسجيل اللقيط ومجهول الأبوين في المادة (٣٣) التي نصت على أن ((يسجل اللقيط ومجهول النسب وابن الغائب أو المفقود أو المتوفى المنقطع والابن غير الشرعي بالكيفية التي ينص عليها النظام)).

٤- المادة (٥) من الاتفاقية نصت (يكتسب اللقيط جنسية البلد الذي ولد فيه ويعتبر مولوداً في البلد الذي وجد فيه حتى ثبوت العكس...).

٥- د. جابر إبراهيم الراوي، مصدر سبق ذكره، ص ٢١٢.

ب. الأب عديم الجنسية.

1- Article (15) "where the nationality of a state is not acquired automatically by reason of birth on its territory, a child born on the territory of that state of parents having no nationality, or of unknown, may obtain the nationality of the said state the law of that state shall determine the conditions governing the acquisition of its nationality
إلى نفس المعنى ذهبت المادة (١٤)

٢- د. فؤاد عبد المنعم رياض - مصدر سبق ذكره - ص ٢٣.

٣- د. عاكشة محمد عبد العال، الوسيط في احكام الجنسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص ٧٦- ٧٧ ود. هشام خالد، اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لآب وطني، مصدر سبق ذكره، ص ٢٨- ٢٩.

٤- ومن أمثلة القوانين العربية، المادة الثالثة من قانون الجنسية الكويتية لعام ١٩٩٥، كذلك المادة الثانية من قانون الجنسية الإماراتي لعام ١٩٧٢، وكذلك المادة الرابعة من قانون الجنسية البحريني لعام ١٩٦٣، أشار إليه د. عبد المنعم زمر، جنسية أبناء الأم المصرية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٨٧ - ١٨٨.

وعلقت ذلك على حق الإقليم وذلك بحصول الميلاد على أراضيها الوطنية أي أنها لم تكتفي بالصفة الوطنية للام (حق الدم) إنما اضافت شرطاً آخر وهو تحقق واقعه الميلاد على أراضي وطنية (حق الإقليم)، والتشريعات التي اعطت للام دوراً ثانوياً في نقل الجنسية للابناء احتاجت لهذا الأساس في فرض جنسيتها وهي اغلب التشريعات العربية باستثناء مصر وتونس والجزائر والعراق حسب قانون الجنسية الجديد.

الفرع الثالث

أسس تعيين الجنسية المكتسبة

بعد تأسيس الدولة وحصر أفراد شعبها بواسطة جنسية التأسيس واستكمالها بواسطة الجنسية الأصلية، تلجأ الدولة فيما بعد إلى شمول من لديه رغبة في الانضمام إلى ابناء شعبها بواسطة نوع آخر من الجنسية يصطلح عليه بالجنسية المكتسبة أو الممنوحة أو اللاحقة، وتعرف بانها الجنسية التي تمنحها الدولة للفرد فيما بعد الميلاد وبناء على طلبه وموافقة السلطة المختصة فيها، مع توافر شروط اهمها الإقامة والاهلية، ولا يغير من طبيعتها إذا كان الميلاد أحد عناصر ثبوتها طالما أنها لا تمنح للشخص فور الميلاد، وهي على نوعين الأولى تسمى الجنسية المكتسبة المختارة وهذه تمنح للشخص في حالة ولادته على إقليم الدولة وإقامته فيها حتى البلوغ وبناء على طلبه دون اشتراط موافقة السلطة المختصة فيها، فهي حق موصوف لا منحة تلتزم اما الثانية فهي الجنسية المكتسبة الممنوحة وهي تمنح للشخص بعد اكتمال اهليته وإقامته فيها المدة المحددة في قانون دولة الإقامة مع تقديمه طلباً في الحصول عليها، وموافقة السلطة المختصة فيها على الطلب فهي منحة تلتزم تخضع لتقدير السلطة المختصة في الدولة وليست حقاً موصوفاً.

والجنسية الأولى تمنح بشروط اخف من الثانية، ويصطلح على الجنسية المكتسبة بالجنسية اللاحقة لأنها تأتي بصورة لاحقة على جنسية اسبق منها وهي الجنسية الأصلية، كما اصطلح عليها أيضا بالمشقة أو الثانوية لأنها مكتملة لدور الجنسية الأصلية ومشتقة عنها، وجنسية مابعد الميلاد لأنها تمنح لاحقا على ميلاد الشخص اثناء حياته وبذلك تتميز عن جنسية الميلاد.

أولاً: اكتساب الجنسية المكتسبة

تكتسب الجنسية المكتسبة عن طريقين: الأول طريق القانون الدولي والثاني طريق القانون الداخلي.

١- اكتساب الجنسية عن طريق القانون الدولي

في أكثر الاحيان تكتسب الجنسية في هذه الحالة عن طريق الاتفاقيات الدولية وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: اكتساب الجنسية بسبب تغير السيادة على الإقليم بالضم والانفصال. تتحقق هذه الحالة بسببين: الأول بالانفصال والثاني بالضم، ويعني الانفصال، خروج جزء من إقليم دولة والحاقه بدولة أخرى أو تشكيله دولة جديدة كانفصال إقليم البنغال الجزء الشرقي من الباكستان عام ١٩٧١ وتشكيل دولة بنكلادش. اما الضم فيعني، الحاق جزء من إقليم دولة بدولة أخرى نتيجة الحرب أو التقسيم مثال ذلك كالحاق الزاس واللورين بالمانيا عام ١٨٧٠ وكذلك الحاق اندنوسيا بإقليم تيمور عام ١٩٧٥.

وتبدل السيادة بحسب السببين المذكورين في اعلاه يؤثر في جنسية اهالي الإقليم المنفصل والمضموم^(١)، ويستثنى من ذلك الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية دولة

١- انظر د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ٢١٣، فقد اشار إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة ←

ثالثة والمتواجدين على هذا الإقليم محل تغير السيادة فلا تتأثر جنسيتهم احتراماً لسيادة الدولة التي يتبعونها^(١)، وحول الية تحديد جنسية هؤلاء الاهالي ظهر اتجاهان في الفقه: الاتجاه الأول، يعطي اهالي الأقاليم المنفصلة أو المضمومة مدة معينة للاختيار ما بين قبول جنسية الدولة الجديدة أو رفضها، على أن يغادروها من يرفضها خلال مدة معينة واخذت بهذا الاتجاه معاهدة فرساي لعام ١٩١٩، والاتفاق التركي الفرنسي عام ١٩٣٧ بشأن الاختيار بين الجنسية التركية والسورية واللبنانية وكذلك معاهدة انقرة عام ١٩٣٩ بين فرنسا وتركيا بشأن اهالي الاسكندرية، وقد كثر الاخذ بهذا الاتجاه لانه يحقق منفعة اهالي الإقليم المنفصل أو المضموم فيمنح حرية الاختيار ومنفعة الدولة الضامة بالحاقها لاهالي الأقاليم المنفصلة والمضمومة بجنسيتها^(٢).

→ الصادر بتاريخ ١٢/٥/١٩٢٥ الذي قضت فيه (إذا ضمت دولة بأكملها إلى دولة أخرى دخلوا وطينو الأولى في جنسية الثانية كآثر للضم).

١- د. عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص ١٢٣، إذ يشير إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر بتاريخ ٢٨/٤/١٩٢٥ الذي قررت فيه بأنه (ضم إقليم من دولة إلى أخرى لا يؤثر في جنسية التابعين لدولة ثالثة).

٢- هذا كذلك ما أخذت به اتفاقية جنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول التي اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٥٣/٥٥ المؤرخ في ٢/١٠/٢٠٠٠ في المادة (١١) منها والتي جاء فيها (احترام إرادة الأشخاص المعنيين: ٢ - تراعي الدول المعنية إرادة الأشخاص المعنيين متى كان هؤلاء الأشخاص مزهلين لاكتساب جنسية دولتين أو أكثر من الدول المعنية).

٢- تمنح كل دولة معنية الأشخاص المعنيين الذين لهم صلة مناسبة بتلك الدولة الحق في اختيار جنسيتها إذا كان هؤلاء الأشخاص سيصبحون، لولا ذلك، عديمي الجنسية نتيجة لخلافة الدول.

٣- إذا قام الأشخاص الذين لهم حق الخيار بممارسة هذا الحق، يكون على الدولة التي اختار أولئك الأشخاص جنسيتها أن تعطيهم هذه الجنسية.

٤- إذا قام الأشخاص الذين لهم حق الخيار بممارسة هذا الحق، يكون على الدولة التي تخلى أولئك الأشخاص عن جنسيتها أن تسحب هذه الجنسية منهم، إلا إذا كانوا سيصبحون بذلك عديمي الجنسية.

٥- ينبغي للدول المعنية أن تتيح مهلة معقولة لممارسة حق الخيار). انظر مواد هذه الاتفاقية على الموقع الإلكتروني (www. f - law. net)

وقد توزع الفقه في النظر إلى الية اكتساب الزوجة لجنسية زوجها بهذا الطريق في اتجاهين الأول يلحق الزوجة بجنسية زوجها بالتبعية دون اعطائها حق الرفض أو القبول بصورة مستقلة عن موقف زوجها في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى منحها حق الرفض والقبول بصورة مستقلة عن موقف زوجها واستقلالها بأمر جنسيتها والاتجاه الأخير هو الراجح.

وفي اطار آلية حصول الأولاد الصغار على جنسية الأب في حالتي الضم والانفصال توزع الفقه في اتجاهين الأول يذهب إلى منحهم حق الرفض والقبول بصورة مستقلة عن رفض وقبول الأب، بينما الاتجاه الثاني لا يعطيهم هذا الحق الا عند البلوغ والاتجاه الأخير هو الغالب.

اما الاتجاه الثاني في اطار مصير جنسية اهالي الإقليم المنفصل أو المضموم فيذهب إلى الحاق الإقليم خالي من السكان لصعوبة اندماجهم بشعب الدولة الجديد وقد اتبع هذا الاتجاه بين تركيا واليونان بعد الحرب العالمية الأولى.

اما الحالة الثانية: لاكتساب الجنسية المكتسبة بطريق الاتفاقيات الدولية فيتمثل بسبب تبدل السيادة على اهل الإقليم.

وهناك فرق بين تبدل السيادة على الإقليم وتبدل السيادة على اهالي الإقليم
فيتمثل بما يلي:

١- في حالة تبدل السيادة على الإقليم تتغير السيادة على الإقليم وتتغير جنسية اهالي الإقليم تبعاً لذلك في حين في حالة تبدل السيادة على الاهالي لا تتغير السيادة على الإقليم انما على السكان.

٢- في حالة تبدل السيادة على الإقليم يعطي للاهالي فرصة بين قبول جنسية الدولة الجديدة أو رفضها خلال مدة معينة في حين لا يعطى هذه الفرصة في حالة تبدل السيادة على اهالي الإقليم ويلحق الاهالي بجنسية الدولة الجديدة دون ارادتهم.

٣- تتغير الجنسية في حالة تبدل السيادة على الإقليم بارادة دولة واحدة في حين تتغير الجنسية في حالة تبدل السيادة على اهالي الإقليم بارادة دولتين.
وقد أخذت بهذه الحالة اتفاقية نيوليا المعقودة عام ١٩١٤ بين بلغاريا واليونان والاتفاقية المعقودة بين بلغاريا والدولة العثمانية عام ١٩١٣.

٢- اكتساب الجنسية عن طريق القانون الداخلي

تتعدد وتنوع أسباب اكتساب الجنسية بهذا الطريق بين التبني والمهاجرة ثبوت الصلة ما بين الشخص ومكان ميلاده والزواج المختلط والتبعية بسبب صغر السن والتجنس.

أ. التبني:

يمكن ان تكون صلة المتبنى بالمتبني عن طريق التبني سبباً من أسباب اكتساب الأول لجنسية الثاني في بعض التشريعات ومنها التشريع الاستوني، والتونسي، والبولندي، واللتواني.

في حين لم تأخذ بهذا السبب بعض التشريعات بوصفه اصلاً وانما اجازته استثناءً ومنها قانون الجنسية الفرنسية لعام ١٩٤٥ ولم تعترف بعض التشريعات بالتبني سبباً من أسباب اكتساب المتبنى جنسية المتبني مثل سويسرا، وهولندا، وبلجيكا، والولايات المتحدة.

في حين لم تأخذ التشريعات في الدول العربية والاسلامية بنظام التبني، وفسر سكوتها رفضاً للتبني لانه سبباً من أسباب اكتساب الجنسية. طالما انه لا يعد سبب من أسباب الميراث أو درجة من درجات القرابة أو مانع من موانع الزواج وقد حرمت الشريعة الاسلامية التبني لقول الله تعالى (ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله)، ومن ثم لا تنتقل الجنسية من المتبني إلى المتبنى على أساس التبني كسبب للاكتساب ولكن

انتقالها يمكن ان يكون على أساس آخر ومن هذه التشريعات التشريعات المصري، والسوري، والتركي، والاردني^(١).

اما المشرع العراقي اجاز للأبوين اللذين مضى على زواجهما سبع سنوات ولم ينجبا طفل ان يتقدما إلى محكمة الاحداث بطلب ضم طفل إليهما لا يزيد عمره عن تسع سنين، وعلى المحكمة ان تتحقق من حملهما الجنسية العراقية قبل ان تقرر ضم الطفل إليهما، وتأخذ منهما تعهدا بالانفاق عليه، وبعدها تصدر قرار بالحاق الطفل بصورة مؤقتة امدها ستة اشهر على أن يتعهدا بالايصاء إليه بحصة اقل وارث، وان لا تتجاوز ثلث التركة وهي وصية واجبة، وإذا ظهر والد الطفل المضموم واثبت بنوته أمام المحكمة في مواجهة من ضم إليه تصدر محكمة الاحداث قرار بالغاء الضم واعادة المضموم إلى والده ويختلف أساس الضم عن التبني فالأخير يكون سبب مباشر لإثبات الجنسية في حين لا يؤثر الضم بشكل أو آخر على اكتساب المضموم جنسيه من ضم إليه وانما يكتسبها بحسب المادة (٣/٤) من قانون الجنسية السابق والمادة (٢/٣) من قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ على أساس كونه مجهول الأبوين بالاستناد إلى أساس حق الإقليم^(٢).

ولم يأخذ المشرع العراقي في قانون الجنسية السابق الملغى والقانون النافذ بالتبني بوصفه أساس من أسس منح الجنسية المكتسبة.

١- في حين يشير البعض من الفقه اللبناني إلى انه لا يوجد اي مانع من اعتماد التبني كسب من أسباب اكتساب الجنسية اللبنانية، عملا ان التبني نظام اخذ به الشرع المسيحي ولم يأخذ به الشرع الاسلامي، انظر انطوان الناشف، مصدر سابق، ص ٤٩.

٢- وقد اعتبر قانون رعاية الأحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ في المادة (٤٥) غير المجهول النسب مسلماً عراقياً ما لم يثبت خلاف ذلك. كما ألزمت المادة (٤٦) محكمة الأحداث إرسال نسخة من قرارها بالضم أو بالإقرار بالنسب إلى مديرية الجنسية والأحوال المدنية العامة لقيده في سجلاتها.

﴿الْبَيْتُ الْهَوْرِيُّ﴾

وصدور موافقة للحصول على الجنسية وقد كان المشرع العراقي يأخذ بهذا الأساس في المادة (٦) من القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ الملغى حيث لا يشترط المشرع من ولد في العراق من أب مولود فيه أيضا ان يقدم طلب للحصول على الجنسية بعد بلوغه سن الرشد إلا أن المشرع عدل عن موقفه هذا واشترط تقديم طلب الحصول على الجنسية العراقية ومن الجدير بالذكر ان قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٠٦ لسنة ١٩٦٤ أشار إلى هذا المعنى، ونفس الموقف كان عليه المشرع العراقي في قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٥) التي نصت على «لوزير ان يعتبر عراقيا من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضا وكان مقبلا فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده بشرط ان يقدم الولد طلبا لمنحه الجنسية العراقية»، وهذا يعني ان الولادة والإقامة حتى البلوغ لا تكفي بذاتها لمنحه الجنسية العراقية ما لم يقترن ذلك بطلب فاجتماع عناصر ثلاثة تحقق كفاية منح الجنسية العراقية وهي الولادة في العراق والإقامة فيه حتى سن البلوغ وتقديم طلب في اثناء وجود الشخص في العراق وهي شروط منح الجنسية العراقية على أساس الولادة المضاعفة. ويمثل موقف المشرع العراقي استجابة واضحة لبعض احكام اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠^(١) واتفاقية الجامعة العربية لعام ١٩٥٤ المادة (٤).

د. الزواج المختلط^(٢)

إن تأثير الزواج المختلط في جنسية الزوجة يختلف بين اتجاهين الأول يقر بتأثير مطلق للزواج في جنسية الزوجة فتلحق بسببه بجنسية الزوج تلقائيا وبحكم القانون

1- Article (13) (naturalisation of parents shall confer on such of their children as, according to its law are minors the nationality of the state by which the naturalisation granted »

٢- ويعرف الزواج المختلط بأنه الزواج الذي لا تتحد فيه جنسية الزوجين وقت انعقاد الزواج أو بعده. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سبق ذكره، ص ٦٠.

وفي ضوء ما تقدم نتبع موقف الفقه والتشريع من الزواج المختلط في ضوء الاتجاهين المذكورين في اعلاء من خلال بندين، نبين في الأول منهما الموقف في ظل الاتجاه التقليدي، وفي الثاني الموقف في ظل الاتجاه الحديث.

ينطوي الاتجاه التقليدي على مسوغات منها تحقيق مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الذي يفضي إلى تقليص العنصر الأجنبي في العائلة ووحدة ولائها فضلاً عن ذلك تقليص مشاكل تنازع الاختصاصين التشريعي والقضائي^(١)، وقد اعتمد هذا الاتجاه من قبل بعض الاتفاقيات منها اتفاقية الجامعة العربية لعام ١٩٥٤ في المادة (٢)، والنشريات الوطنية^(٢).

٢- ومن هذه التشريعات (المادة ١٠) قانون الجنسية الايطالي لعام ١٩١٢ والمادة ١٣ وقانون الجنسية التركي لعام ١٩٢٨ والمادة ٢٢ من القانون المدني الاسباني لعام ١٩٣١ والمادة (٣) من قانون الجنسية الفنلندي لعام ١٩٤١ والمادة (٢) من قانون الجنسية الاننوسوي لعام ١٩٦٦ والمادة (٣) من قانون الجنسية السويسري لعام ١٩٥٢ والمادة (١/٤) من قانون الجنسية النمساوي لعام ١٩٤، وكذلك المادة (٥) من القرار رقم ١٥ لعام ١٩٢٥ المتعلق بالجنسية اللبنانية والمادة (١٦) من قانون الجنسية السعودي لعام ١٩٥٧ وكذلك المادة (١٤) من قانون الجنسية المصري لعام ١٩٢٩ والمادة (١٠) من قانون الجنسية الاردني لعام ١٩٢٨، انظر حول هذه القوانين عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، جنسية المرأة المتزوجة في محيط الاسرة في القانون المصري والفرنسي والسوداني، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص ٤٠.

وقد كان موقف المشرع العراقي في قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ في ضمن هذا الاتجاه^(١)، إلا أنه عدل عن موقفه هذا في قانون الجنسية الجديد، فلم يلحق الزوجة بجنسية زوجها بمجرد الزواج تلقائياً إنما اعترف لها بقدر من الحرية واعطى لها فرصة التعبير عن ارادتها كما سنلاحظ.

ثانيًا: الموقف في ظل الاتجاه الحديث

لقد امتثل المشرع العراقي في القانون الجديد للمبادئ والمعايير الشائعة عالمياً والتي أكدت على حرية المرأة واستقلاليتها في جنسيتها التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية، ومنها اتفاقية لاهاي ١٩٣٠، بخصوص جنسية المرأة المتزوجة إذ أكدت على أن تجنس الزوج في اثناء الزواج لا يؤثر في تغيير جنسية الزوجة الا إذا قبلت الالتحاق بجنسية زوجها الجديدة^(٢)، وبالمعنى نفسه اوصت لجنة المجلس الاقتصادي والاجتماعي بضرورة اعداد اتفاقية بخصوص جنسية المرأة المتزوجة يراعى فيها عدم تأثير تغيير الزوج لجنسيته في جنسية الزوجة^(٣)، وفعلت تم عقد اتفاقية بهذا الخصوص تمثلت باتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٧، واعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها (١٠٤٠) إذ أكدت المادة (١) من الاتفاقية على (ان لا يؤثر الارتباط بالزواج بين رعاياها واي أجنبي أو حله أو تغيير جنسية الزوج خلال الزواج على جنسية الزوجة بصورة آلية) وإلى المعنى نفسه ذهبت اتفاقيات أخرى ومنها المادة (٩) من اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ (سيداو) نصت على أن (تمنح

١- م (١٧) حيث نصت ((إذا تزوجت أجنبية من عراقي تكتسب الجنسية العراقية بالتبعية)) إلى هذا المعنى أشار قرار محكمة التمييز ٥، ٤، ح ١٩٥٧ في ١٧/١٢/١٩٥٧ منشور في مجلة القضاء العدد الأول والثلاثي السنة السادسة عشر ١٩٥٨ - ص ١١٦ - ١١٧.

2- Article (5) (Naturalisation of the husband during marriage shall not involve a change in the nationality of the wife except with. Her consent)

٣- مثنیٰ محمد عبد القیسی - مصدر سبق ذکرہ - ص ٥٧ وما بعدها.

الدول الاطراف المرأة حقوق مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها تضمن بوجه خاص ان لا يترتب على الزواج من أجنبي أو على تغيير الزوج لجنسيته اثناء الزواج ان تتغير تلقائيا جنسية الزوجة أو ان تصبح بلا جنسية أو ان تفرض عليها جنسية زوجها)، وقد صادق العراق على هذه الاتفاقية في القانون رقم (٦٦) في ١٩٨٦^(١). وكذلك الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨^(٢)، وقد جمع المشرع العراقي في قانون الجنسية الجديد المعايير والمبادئ التي تضمنتها المواثيق الدولية المتقدمة التي عبر من خلالها عن امثاله لما شاع وانتشر عالميا من معايير وقد سجل ذلك في مادتين الأولى المادة (١١) التي نصت على أن «للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي ان تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الآتية:

- أ. تقديم طلب إلى الوزير.
- ب. مضي مدة ٥ سنوات على زواجها واقامتها في العراق.
- ج. استمرار قيام الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب ويستثنى من ذلك من كانت مطلقة أو توفى عنها زوجها وكان لها من مطلقها أو زوجها المتوفى ولد» والثانية المادة (١٢) إذ نصت على أنه «إذا تزوجت المرأة العراقية من غير العراقي

١- منشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٧ في ١٩٨٦/٧/٢١.

٢- المادة ١٦ تنص على « للرجل والمرأة، متى ادركها سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله). ومن التشريعات التي أكدت على حرية واستقلالية المرأة في جنسيتها، نذكر منها قانون الجنسية البريطاني لعام ١٩٨١ وقانون الجنسية الياباني لعام ١٩٥٠ والأمريكي لعام ١٩٥٢ والدستور الفنزويلي لعام ١٩٥٣ وقانون الجنسية الفرنسي لعام ١٩٧٣ وكذلك قانون الجنسية السويسري لعام ١٩٥٢ وقانون المدني الإيراني، ومن قوانين الجنسية العربية نذكر قانون الجنسية الليبي لعام ١٩٥٤ والاردني لعام ١٩٨٧ وقانون الجنسية السوري لعام ١٩٦٩ والسوداني لعام ١٩٥٧ والجزائري لعام ١٩٦٣ وقانون الجنسية الصومالي لعام ١٩٦٢، انظر د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٤٢.

واكتسبت جنسية زوجها فانها لا تفقد جنسيتها العراقية مالم تعلم تحريرياً بتخليها عن الجنسية العراقية » وفي ضوء ذلك يمكن ان نستنتج ان المشرع العراقي في القانون الجديد قد اعترف بحرية المرأة غير العراقية واستقلاليتها المادة (١١) والعراقية م (١٢) في الاكتساب والفقدان. وبحسب الشروط المذكورة في اعلاه إذا كانت أجنبية اما إذا كانت عراقية فيمكن ان تغير جنسيتها بصورة مستقلة عن زوجها سواء اكانت عراقية أصلية أم متجنسة داخل العراق أم خارجه. في حين لم يعترف قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٨٠ لسنة ١٩٨٠ بارادة المرأة الأجنبية المتزوجة من عراقي في حرية الاختيار بين جنسيتها الأصلية والجنسية العراقية انما كانت تجبر على المغادرة بعد خمس سنوات إذا لم تختار الدخول في الجنسية العراقية خلال ٦ اشهر من انقضاء تلك المدة، وهذا تعبير عن مخالفة واضحة للمعايير الدولية المستقر العمل بها في هذه الحالة علما ان المادة (١٢) من قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ كانت تعطيها حرية كافية بين الالتحاق بالجنسية العراقية أو البقاء على جنسيتها قبل تعديل المادة المذكورة.

هذا وقد اعتنق مبدأ استقلالية المرأة في جنسيتها قانون الجنسية المصري رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ وذلك من خلال المادة (٩) منه كما أكد مقتضى القانون النافذ بموجب المادة (٧)، وهذا المبدأ كرسه القضاء المصري في العديد من القضايا الصادرة عنه^(١).

١- انظر حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في القضية رقم ١٣٦٤ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٥٢/٦/١٠ فقد جاء فيه (ان اكتساب المرأة الأجنبية التي تنزج من مصري جنسيته المصرية لا يتم بقوة القانون على نحو ما كانت تنص به المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ بل ان هذا الحق اصبح مقيدا بقيود جاءت بها المادة التاسعة من القانون الجديد رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ ومن هذه القيود ما فرض على الزوجة نفسها وهو إثبات رغبتها في كسب الجنسية المصرية في وثيقة الزواج أو في طلب لاحق لها، ومنها قيد خاص بفترة معينة يجب انقضاؤها بعد تمام الزوجية ومنها ما خول وزير الداخلية في صورة حق في حرمانها من كسب هذه الجنسية بقرار مسبب قبل فوات الفترة سالفة الذكر) ←

هـ. التبعية بسبب صغر السن

إن علاقة التبعية تكون على مظاهر متعددة ويختلف تأثير تلك التبعية على وفق المظهر الذي تكون عليه. ويعد صغر السن الأكثر تأثيراً من بين تلك المظاهر بعلاقة التبعية، وهذا ما يجعل العلاقة ما بين الصغير غير البالغ ومن في حكمه والعائلة (الأب في أكثر الأحيان) واقعة تحت تأثير علاقة التبعية، وهو موقف أكثر التشريعات ويمكن ان تؤثر جنسية الام في جنسية الصغير في حال اكتسابها لجنسية دولة ما بعد وفاة الأب^(١)، ويمكن ان يكون ذلك في حياة الأب أيضاً ولكن بشكل محدود. وإلى ذلك ذهب القانون التونسي وقانون الجنسية الفرنسي لعام ١٩٧٣ المعدل بقانون عام ١٩٩٣ وقانون ١٩٩٨ إذ اشترط للاحاق الصغير بجنسية أحد والديه الذي اكتسب الجنسية الفرنسية إذا كان مقيماً معه في فرنسا وسجل في إعلان التجنس وإلى المعنى نفسه ذهب قانون الجنسية الأمريكي المعدل لعام ٢٠٠١.

وتأثر الصغير غير البالغ بجنسية الأب المكتسبة بصورة رئيسة وبنسبة الام المكتسبة بصورة ثانوية يعود على رأى بعضهم إلى ان الصغير يحتاج دائماً لرعاية وارشاف وتربية ممن يمثله قانوناً^(٢)، وأكثر من يمثل ذلك هو الأب فتكون ارادة الممثل القانوني معبرة حكماً عن ارادة الصغير (التابع) في حال اكتساب الجنسية فضلاً عن ان اكتساب الصغير لجنسية الأب يحقق وحدة نظامه القانوني فيكون هناك قانون واحد هو قانون دولة الأب لحكم حالته الشخصية^(٣)، ومن ثم لا دخل لارادة

→ أشار إليه، حسين عبد السلام جابر، الموجز في احكام القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٢٠ - ٢١.

١- المادة (٤) من قرار (١٥) المعدل لقانون الجنسية اللبناني أشار إليه د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية، مصدر سبق ذكره ص ١٨١.

٢- المصدر نفسه، ص ٨٣ وما بعدها.

٣- د. عبد الحميد محمود عليوة، مصدر سبق ذكره، ص ١٧٤ - ١٧٦.

الصغير في اكتساب جنسية دون ارادة الأب لان ارادة الأخير تحل محل ارادة الأول فتنتقل الجنسية من الأب إلى الابن بحكم علاقة التبعية^(١).

وقد ذهب المشرع العراقي في قانون الجنسية الجديد إلى تنظيم حكم تأثير الاكتساب. وان فقدان الجنسية من جانب الأب يؤثر في جنسية أولاده الصغار غير البالغين وذلك في المادة (١٤/١) إذ نصت على أن (إذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية يصبح أولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط ان يكونوا مقيمين معه في العراق) اما الفقرة ثانيا فنصت على أنه (إذا فقد عراقي الجنسية العراقية يفقدها تبعا لذلك أولاده غير البالغين سن الرشد ويجوز لهم ان يستردوا الجنسية العراقية بناء على طلبهم إذا عادوا إلى العراق واقاموا فيه سنة واحدة ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم ولا يستفيد من حكم هذا البند أولاد العراقيين الذين زالت عنهم الجنسية العراقية بموجب احكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٥١).

ومن خلال النص المذكور في اعلاه يتبين ان المشرع العراقي قد استدرك النقص الحاصل في موقف المشرع في قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغى في المادة ١٣ التي لم تحدد المقصود بالأولاد الصغار ولم تشترط بالاستفادة منه إقامة هؤلاء الأولاد في العراق حين اكتساب الأب الجنسية العراقية فجاءت المادة (١٤/١) من القانون الجديد لتحديد المقصودين بالنص وهم الأولاد الصغار غير البالغين فقط واشترطت اقامتهم في العراق للاستفادة من الحصول على الجنسية العراقية عن طريق اكتسابها من جانب الأب.

١- قرار محكمة استئناف بيروت رقم ٩١٨٨ في ١٦/١٠/١٩٦٩ أشار إليه د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية، مصدر سبق ذكره، ص ١٧٩.

﴿ اَللّٰهُمَّ صَلِّ وَسَلِّمْ عَلٰى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ ﴾

الاستيثاق من طالب التجنس ومدى تاهله للاندماج في الوسط الوطني وتختلف هذه المدة بين الدول ففي الكويت ٢٠ سنة بالنسبة للأجنبي و١٥ سنة بالنسبة للعربي و٥ سنوات في لبنان وأمريكا وفرنسا و١٥ سنوات في الاردن بالنسبة للمواطن العربي.

د. ان يكون حسن السلوك والسمعة ولم يحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف.

هـ. ان يكون له وسيلة للعيش جلية

و. ان يكون سالما من الأمراض الانتقالية.

ثانياً: لا يجوز منح الجنسية العراقية للفلسطينيين ضمناً لحق عودتهم إلى وطنهم
ثالثاً: لا تمنح الجنسية العراقية لاغراض سياسة التوطين السكاني المخل بالتركيبة السكانية

واعتقد ان التجنس عن طريق المادة (٦) السالف ذكرها يستوعب حالات التجنس المنصوص عليها في قانون الجنسية السابق رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ التي تشمل الأجنبي الذي يؤدي خدمات نافعة للبلاد بحسب المادة (١/٨)، والعربي على أساس انتهائه للامة العربية بحسب قانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم ٥ لسنة ١٩٧٥، والمواطن المغترب الذي ينتمي باصله للامة العربية ولا يحمل جنسية دولة عربية أو يقيم في دولة عربية بحسب المادة (١٧) من قانون الجنسية السابق.

وتعليقا على المادة (٦) الخاصة بالتجنس تتمثل في ان الجنسية المكتسبة منحة تلمس وليست حقاً موصوفاً تشترط في من يطلبها اهلية التصرف، لأنها تعبر عن انتقال الشخص من جنسية دولة إلى أخرى، وهي حالة مصيرية تشترط في من يكون عليها الاهلية اللازمة لذلك، كما ان ذلك يحد من ظاهرة الدخول غير المشروع للعراق

وعدم اضافة أي طابع شرعي للإقامة المترتبة عليه وحصر المشروعية بالإقامة المتتالية على الدخول المشروع، والنسب في استثناء من ولد في العراق لان ارتباطه بالعراق يكون مفترضاً. اما الشرط الثالث هو ان تكون له إقامة لمدة عشر سنوات للتأكد من اندماجه بالوسط العراقي. من خلال تطبعه بطباع المجتمع والاعتقاد على ذواقه وسلوكه وعاداته والامام بلغته وكان من المفترض على المشرع العراقي ان يفرق في مدة الإقامة المطلوبة بين العربي والأجنبي فيجعلها اقل بالنسبة للاول منها بالنسبة للثاني، لان العربي اسرع في الاندماج بالوسط العراقي من الأجنبي لان العربي اقرب في ثقافته وعاداته فلا يحتاج مدة مماثلة لما يحتاجه الأجنبي الذي يبتعد أكثر عن ثقافة المجتمع العراقي وعاداته فيحتاج مدة إقامة اطول من العربي لتأهيله للاندماج. اما الشروط الرابع والخامس والسادس فالسبب واضح لان المجتمع يتطلب ضم العناصر المقبولة اجتماعيا واقتصاديا وصحيا. حتى لا يكون المتجنس عبئاً على المجتمع الذي يريد اكتساب جنسيته وتظهر قراءة الشروط اعلاه ان يكون هناك طلب بعد الإقامة المطلوبة ومنتظر صدور موافقة على الطلب لان الجنسية التي يطلبها الأجنبي منحة تلتبس وليست حقاً موصوفاً.

وكما ذكر يقتضي ان يميز المشرع بين شروط تجنس العربي والأجنبي وخاصة في شرط الإقامة كما هو موقف أكثر التشريعات العربية للأسباب المذكورة سالفاً.

من خلال قراءة النص المتقدم نجد ان موقف المشرع العراقي هو تعبير واضح عما استقر عالميا من مبادئ ومعايير تحترم ارادة الدولة من خلال حريتها في تحديد شروط التجنس والاعراف الدولية، التي تقتضي ان تخلق تلك الشروط رابطة فعلية جديّة تحقق درجة من التناسب بين الفرد والدولة حتى يكون الأول مؤهلاً لحمل الجنسية.

حالات التجنس الاعتيادي

١- اكتساب الجنسية العراقية على أساس الولادة في خارج العراق من أم عراقية لاب مجهول أو لا جنسية له.

١- د. شمس الدين الوكيل، مصدر سبق ذكره، ص ٩٤ وما بعدها.

وبحسب موقف المشرع العراقي في القانون الجديد يشترط لتطبيق النص ما يأتي:

٢- ان تحصل الولادة خارج العراق في دولة عربية أو أجنبية لان المولود داخل العراق يحصل على الجنسية العراقية بصفة أصلية عن طريق الام وبموجب المادة (٥) من القانون السابق والمفهوم المخالف للمادة (٤) من القانون النافذ.

٤- ان يكون الأب مجهول أو لا جنسية له والأب مجهول يعني ان الأب انكر نسب الطفل إليه لانه ثمره علاقة غير مشروعة في أكثر الاحيان. اما إذا اعترف الأب بنسبة الطفل إليه في تاريخ لاحق على الميلاد وظهر انه أجنبي

دہلیسٹ نہوری

۞ ﴿لَا إِلٰهَ إِلَّا هُوَ﴾ ۞

العراقي في القانون الجديد تقديم الطلب خلال مدة معينة كما في المادة (٦) من القانون السابق.

ج. ان يقدم الولد طلبا لاختيار الجنسية العراقية عند بلوغه سن الرشد وهو اكمال سن الثامنة عشر من العمر المادة (٣/١) من القانون الملغى والمادة (١/ج) من القانون الجديد ولم يشترط المشرع في القانون الجديد تقديم الطلب خلال سنتين من تاريخ البلوغ كما كان موقفه من القانون السابق بحسب مفهوم المادة (٦).

د. الموافقة على الطلب من قبل وزير الداخلية إذ يخضع الطلب لتقدير وزير الداخلية أو من يخوله لان الجنسية في هذه الحالة منحه تلتمس وليست حقا موصوفا.

٣- اكتساب الجنسية العراقية على أساس الانتماء إلى الامة العربية

بحسب المادة (١/٨) من قانون الجنسية السابق، التي اصبحت احكامها منظمة في قانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم ٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢) لعام ١٩٩٧ كان العربي الذي ينتمي باصله إلى إحدى الدول العربية يستطيع التجنس بشروط اخف من شروط تجنس الأجنبي وكان يعفى من شرط الإقامة كما اصبحت بإمكانه الاحتفاظ بجنسيته العربية في ظل اكتسابه للجنسية العراقية، وهذا يعني ان المشرع العراقي سمح بالازدواج في هذه الحالة إذ مكن العربي ان يجمع بين الجنسية العراقية وجنسيته الأصلية بحسب قرار مجلس قيادة الثورة رقم ٨٩٠ لعام ١٩٨٥. بشرط ان لا يكون فلسطينيًا حتى لا تتمزق الهوية الفلسطينية بين الدول العربية ويغيب مفهوم الشعب الفلسطيني وبالمقارنة مع موقف المشرع العراقي في القانون الجديد ففي الحالة المتقدمة لم يفرد المشرع حكما خاص بها انما الحقها ضمن حالات التجنس العادي الواردة في المادة (٦) إذ الغى المشرع العراقي قانون منح الجنسية العراقية للعرب رقم ٥ لسنة ١٩٧٥ وقانون الجنسية رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ بحسب المادة (٢١) من القانون الجديد.

ومن خلال قراءة نص المادة (٦) من القانون الجديد يظهر فيها ان المشرع قد ساوى في شروط منح الجنسية العراقية بين العربي والأجنبي فشروط هذه الحالة هي الشروط العامة للتجنس.

٤- اكتساب الجنسية العراقية على أساس الاغتراب.

هذه الحالة نظم احكامها المشرع العراقي في القانون السابق في المادة (١٧) إذا كان الشخص ينتمي باصله إلى الامة العربية، ولا يقيم في دولة عربية ولا يحمل جنسية دولة عربية وبالمقابل لم تنظم احكام هذه المادة في القانون الجديد يمكن ان تستنتج انها ملحقه ضمنا في حالات التجنس في المادة (٦) وتسري عليها الشروط العامة للتجنس.

٥- اكتساب الجنسية العراقية على أساس اداء خدمة نافعة للبلد

هذا الأساس نظمته الكثير من التشريعات وذلك لان اداء خدمة نافعة للبلد اقوى مظهر من مظاهر الولاء بل هناك اتجاه حديث يذهب إلى بناء الجنسية على مبدأ الكفاءة لا الولاء، وقد نظم المشرع العراقي هذا الأساس في القانون السابق في المادة (٢/٨) ولكن المشرع العراقي لم ينظم احكام هذه الحالة بنص خاص وانما اختزلها ضمن حالات المادة (٦) وتسري عليها الشروط العامة للتجنس الواردة فيها.

ثانياً: التجنس الخاص

إن التجنس الخاص أو كما يصطلح على تسميته بالتجنس فوق العادة هو منح الدولة جنسيتها لفرد أو مجموعة أفراد خارج الشروط التقليدية للتجنس وقد اساءت بعض الدول استعمال هذا السبب لغرض تغيير التركيبة السكانية لمجتمعاتها المحلية^(١)، فالدولة تمنح جنسيتها هنا دون ان تقتيد بشروط التجنس المنصوص عليها

١- ففي البحرين تم منح الجنسية البحرينية للعشرات خارج الشروط القانونية في قانون الجنسية لعام ١٩٦٣ ←

﴿ ذَا السِّنِّ نَهْرِي ﴾

ونجد في ذلك تعبيراً ضمناً عن منع منح الجنسية العراقية خارج الشروط القانونية الواردة في القانون الجديد إذ نصت المادة (٣/٦) على أن (لا تمنح الجنسية العراقية لاغراض سياسية التوطن السكاني المخل بالتركيبة السكانية في العراق) وبذلك يكون قد حظر التجنس الخاص.

إن مثل هذا النص يقيد الدولة بكافة سلطاتها بإحكام قانون الجنسية فاحترام الدولة لشروط منح الجنسية يحفظ لجنسيتها الممنوحة قيمة فعلية متحركة عالميا لأنها تعكس الجنسية بجانيها الواقعي والقانوني بحسب تعبير بعضهم^(١) وتحفظ للفرد الجانين في داخل الدولة والجانب القانوني خارج الدولة بحسب تعبير بعضهم الآخر^(٢).

ونعتقد ان اباحة التجنس الخاص تفضي إلى اساءة استعمال الجنسية من قبل الدولة في كثير أفراد من طائفة على حساب الطوائف الأخرى مما يخل بالتركيبة الاجتماعية لشعب الدولة.

وان السبب وراء نص المادة (٣/٦) من قانون الجنسية الجديد النافذ هو ان العراق بلد متعدد الاديان والقوميات والطوائف فلا يجوز للسلطة المختصة في شؤون الجنسية ان تمنح الجنسية العراقية بالاستناد إلى أسس دينية أو طائفية أو قومية لان ذلك يؤثر سلبا في بناء التركيبة السكانية للشعب عن طريق تعميم فئة على حساب فئة أخرى لأسباب سياسية مجردة عن أي اعتبارات قانونية فنية.

فالتجنس الخاص يقع خارج الشروط القانونية المعتادة وهو لم يحظر في ظل قانون الجنسية السابق الملغى واصبح محظورا في قانون الجنسية الجديد النافذ وهو موقف ينسجم مع المعايير الدولية الواردة في الاتفاقيات الدولية والاعراف الدولية.

١- د. عبد الحميد عليوة، مصدر سبق ذكره، ص ٣٨٨ - ٣٨٩.

2- Bernad Audit - Droit international prive - 3e edition economica - paris2000 - 769 - 771.

إذا اكتسب الشخص جنسية دولة ما سواء في الظروف الاعتيادية أم الخاصة فيأخذ مكتسب الجنسية وصف المواطن الطارئ، فيترتب على هذا الاكتساب آثار تنوزع بينه وبين أفراد عائلته لذا سنتناول آثار الجنسية بالنسبة للطرفين:

وهي الاثار التي تنصرف إلى مكتسب الجنسية بالذات فيصبح بأثر الاكتساب مواطن طارئ ويتمتع بجملة من الحقوق ويلتزم بجملة من الالتزامات لا تكون بمستوى ومقدار الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمواطن الأصلي، ويمكن ان يتساوى المواطن الطارئ مع المواطن الأصلي فور الاكتساب في اطار الحقوق المدنية دون السياسية، والأخيرة لا يتمتع بها المواطن الطارئ الا بانقضاء مدة معينة. ففي اطار الحقوق المدنية وبحسب قانون الجنسية السابق الملغى في المادة (١٠) لا يحق للمتجنس بالجنسية العراقية التوظيف في وظائف الدولة قبل مضي خمس سنوات على اكتسابه للجنسية والحكم نفسه نجده في قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل وقد تم تعديل الحكم المتقدم بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٥٣٦ لسنة ١٩٧٤ إذ أصبح من حق المتجنس ان يتمتع بحق التوظيف في دوائر الدولة الرسمية وشبه الرسمية فور اكتساب الجنسية العراقية.

اما قانون الجنسية العراقية النافذ فقد سمح للمتجنس ضمنا التوظيف في دوائر الدولة الرسمية وشبه الرسمية فور تجنسه، وهذا ما تشير إليه ضمناً المادة (١/٩) التي تنص على (يتمتع غير العراقي الذي يحصل على الجنسية العراقية بطريق التجنيس وفقاً لأحكام المواد (٤، ٥، ٦، ٧، ١١) من هذا القانون بالحقوق التي يتمتع بها العراقي الا ما استثنى منها بقانون خاص) فمفهوم هذه الفقرة يشير إلى حق التوظيف من الحقوق التي يتساوى فيها المواطن الأصلي والمواطن الطارئ.

اما في اطار الحقوق السياسية واشغال الوظائف والمناصب العليا في الدولة فلم يسمح القانون السابق للمتجنس بحق الترشيح والتعيين عضو في هيئة نيابية قبل مضي عشر سنوات وبالمقابل سمح له بمباشرة حق الانتخاب، اما قانون الجنسية النافذ فقد حضر عليه تولي بعض المناصب في الدولة ومنها منصب وزير أو عضو برلماني الا بعد انقضاء عشر سنوات على اكتسابه للجنسية العراقية وهذا يعني انه لا يجوز له الترشيح لهذه المناصب ويحق له الانتخاب، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/٩) أي لا يجوز لغير العراقي الذي حصل على الجنسية العراقية بطريق التجنس على وفق احكام المواد (٤، ٦، ٧، ١١) من هذا القانون ان يكون وزيرا أو عضو في هيئة برلمانية قبل مضي عشر سنوات على تاريخ اكتسابه الجنسية العراقية، وقد استثنى النص من هذا الحكم المتجنس بالجنسية العراقية بطريق الولادة المضاعفة وحسب نص المادة (٥) ان يحق للأخير تولي هذه المناصب قبل انقضاء عشر سنوات، والعلة وراء ذلك ان المدة اللاحقة للتجنس هي مدة رتبة ثانية تؤهل المتجنس على نحو افضل للمشاركة في الحياة العامة وتولي المناصب إذ ينمو فيه الحس السياسي اتجاه الدولة المانحة والشعور بالمسؤولية اتجاهها، وهذا متحقق في من تحققت فيه شروط الولادة المضاعفة لانه يتصل بالعراق بالصلة الاوثق والاقوى عن طريقين تتمثل بولادة والده وولادته. ومن ثَمَّ تتنفي العلة لديه. إذ تنص المادة (٥) من قانون الجنسية النافذ على أن (للووزير ان يعتبر عراقيا من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضا وكان مقميا فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده بشرط ان يقدم الولد طلبا بمنحه الجنسية العراقية).

وبإزاء ما منحه المشرع العراقي سواء فور التجنس أم بعده للمتجنس فإنه حظر على الأخير اشغال بعض المناصب العليا في الدولة مثل منصب رئيس الجمهورية ونائبه وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٩) « لا يجوز لغير العراقي الذي يحصل على الجنسية العراقية وفقا لاحكام المواد (٤، ٦، ٧، ١١) من هذا القانون ان يشغل

منصب رئيس جمهورية العراق ونائبه)، والحكم نفسه السابق استثنى من حصل على الجنسية العراقية على أساس المادة (٥) من المنع أكد الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ هذا الحكم في المادة ٦٨ إذ حصر حق تولي منصب رئيس الجمهورية بالعراقي بالولادة من أبوين عراقيين بالولادة.

كما حظر دستور العراق على العراقيين بالتجنس ان يشغلوا منصب رئيس الوزراء لان ما يسري من حكم على رئيس الجمهورية ونائبه يجري على منصب رئيس الوزراء وبحسب المادة ٧٧ من الدستور.

وبالمقابل اجاز قانون الجنسية النافذ في المادة (١٠) منه والمادة (١٨) من الدستور العراقي تعدد الجنسية، إلا أنه حظر عليه تولي منصب أمني أو سيادي رفيع الا إذا تخلى عن الجنسية الأجنبية وهذا ما نصت عليه المادة (٤/٩) (لا يجوز للعراقي الذي يحمل جنسية أخرى مكتسبة ان يتولى منصبا سياديا أو امنيا رفيعا الا إذا تخلى عن تلك الجنسية) وربما سيصدر قريبا قانون ينظم وضع متعدد الجنسية بالنسبة لتوليه المنصب الامني والسيادي وتخليه عن الجنسية الأجنبية في حالة توليه. علما ان القضاء الاداري في مصر متردد في مسألة تولي المزدوج الجنسية لعضوية مجلس الشعب المصري بين مؤيد ومعارض^(١).

٢- الآثار الجماعية

تمتد هذه الآثار بمفعولها إلى اسرة المتجنس من زوجة واولاد ويتفاوت بينهم مفعول هذه الآثار.

١- انظر حكم محكمة القضاء الاداري في مصر رقم ٥٥١ لسنة ٥ ق جلسة ١٤/١١/١٩٥٠ فقد جاء فيه (اثر الجنسية في الحقوق يتناول الحقوق العامة والسياسية كما يتناول الحقوق الخاصة ولعل اثرها في الحقوق الأولى ابلغ وخطر) أشار إليه حسين عبد السلام جابر، مصدر سابق، ص ٢٣.

كما يكون لها الاستقلالية بالاسترداد بحسب المادة (١٣) التي نصت على (إذا تخلت المرأة العراقية عن جنسيتها العراقية وفقا لاحكام البند (ثالثا من المادة العاشر) من هذا القانون حق لها (ان تسترد جنسيتها العراقية) بالحاليتين المذكورة في المادة (١/١٣) اعلاه وكذلك ما أكدته المادة (٢/١٣) والتي اتاحت لها الاسترداد إذا توفى الزوج أو طلقها أو فسخ عقد الزواج إذا هي قدمت طلب بالاسترداد.

اما بالنسبة للاولاد فقد فرقت أكثر التشريعات ومنها التشريع العراقي بين الأولاد البالغين وغير البالغين فبالنسبة للبالغين فان الموقف السائد والراجح والمستقر عالميا في الفقه والتشريع القضاء يذهب إلى عدم تأثير جنسية الأب فيهم في ظل الاكتساب والفقدان والاسترداد وهذا يعني انهم يعاملون معاملة الزوجة في ظل الاتجاه الحديث وقد كان موقف المشرع المصري والسوري والاردني في هذا الاتجاه وكذلك موقف المشرع العراقي في ظل قانون الجنسية السابق الملغي وقانون الجنسية الجديد النافذ.

اما الأولاد غير البالغين فانهم أكثر المتأثرين باكتساب الأب للجنسية لانهم أكثر حاجة لرعاية الأب وتربيته واشرافه فتحل ارادة الأب محل ارادتهم على أساس علاقة التبعية بمجرد الاكتساب وقد اشترطت بعض القوانين وحدة السكن وهذا هو موقف المشرع العراقي من قانون الجنسية السابق والموقف نفسه في قانون الجنسية الجديد النافذ إذ الحق الأولاد غير البالغين بجنسية الأب إذا اكتسب الجنسية العراقية بشرط ان يكونوا مقيمين معه في العراق المادة (٢/١٤) من القانون النافذ.

كما يفقدونها تبعا لفقدان الأب الجنسية العراقية وفي هذا الموقف لم يصرح المشرع العراقي على وحدة السكن انما يمكن استنتاجها من خلال الاسترداد التي اتاحها المشرع للأولاد غير البالغين الذي فقدوا الجنسية العراقية بالتبعية عن طريق عودتهم إلى العراق والإقامة فيه سنة وهذا يظهر على أنهم فقدوا الجنسية العراقية تبعا لفقدانها

من قبل الأب فاشترط المشرع لاستردادها العودة إلى العراق فوحدة السكن: تأتي في ضمن هذا الموقف فإذا كانوا الأولاد في العراق والأب في الخارج لا يحتاجون للاسترداد أصلاً لأنهم لم يفقدوا الجنسية العراقية لاختلاف سكن الأب عن سكن الأولاد وبحسب موقف المادة (١٤/٣).

لقد كان موقف المادة (١٤) أكثر وضوحاً من المادة (١٣) من القانون السابق ذلك لأن الأولى حددت المقصودين بالنص وهم الأولاد غير البالغين في حين لم تحدد الثانية من هم المقصودين هل الأولاد البالغين أم غير البالغين أم معاً.

المطلب الثاني اشكاليات جنسية الأشخاص الطبيعية

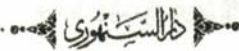
تعرض تنظيم شؤون الجنسية جملة اشكاليات نعرضها من خلال فرعين.

الفرع الأول فقدان الجنسية

الفقدان معناه زوال الجنسية عن الحياة القانونية للشخص بعد تمتعه بها لمدة من الزمن لأسباب ارادية أو لا ارادية، ومن ثم فإن ارادة الشخص تؤدي دوراً في تحديد طبيعة الفقدان وبذلك يكون الفقدان إما ارادي أو لا ارادي.

أولاً: الفقدان الارادي (الفقد بالتغيير)

هو زوال الجنسية عن الشخص بفعل ارادته، فالارادة تتجه في ظل هذا الفقدان إلى اكتساب جنسية دولة ما ويقع اثر ذلك الفقدان منعاً من ازدواج الجنسية، أي



أن اكتساب الجنسية الجديدة يكون سبباً في فقدان الجنسية القديمة. لقد اختلفت التشريعات حول الية حصول فقدان.

فبعض التشريعات تقضي بأنه متى دخل الشخص في جنسية أجنبية فقد جنسيته السابقة بقوة القانون دون الحاجة إلى موافقة الدولة المفقودة جنسيته فالفقد يتحقق هنا بوصفه اثراً مباشراً للدخول في الجنسية الجديدة كل ما هنالك أن هذه التشريعات تنص على أن يكون اكتساب الجنسية قد تم بناءً على طلب الشخص أو بناءً على رغبته أو بإختياره أو بإرادته^(١)، بل إن بعض التشريعات تنص على فقدان الوطني لجنسيته السابقة بقوة القانون إذا اكتسب جنسية أخرى سواء كان ذلك بإرادته أم بغير ذلك^(٢)، في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى اشتراط حصول فقدان بعد قيام الشخص ببعض الالتزامات نحو دولته كإداء خدمة العلم أو الحصول على إذن سابق من حكومة دولته وتقديم طلب بالتخلي عن الجنسية^(٣).

- ١- انظر المادة (١١) من قانون الجنسية الكويتي لسنة ١٩٥٩ المعدل سنة ١٩٨٠، والمادة (١٥) من قانون الجنسية الاماراتي لسنة ١٩٧٢، والمادة (١٢) من قانون الجنسية السوداني لعام ١٩٥٧، والمادة (١/٩) من قانون الجنسية البحريني لعام ١٩٦٣، والمادة (٨) من قانون الجنسية الليبي رقم ١٨ لعام ١٩٨٠، والمادة (٣٠) من قانون الجنسية التونسي لعام ١٩٦٣ قبل تعديلها سنة ١٩٧٥.
- ٢- انظر المادة (٩) من قانون الجنسية الصيني لعام ١٩٨٠ التي تنص على أن (كل مواطن صيني مقيم في الخارج يفقد جنسيته الصينية بقوة القانون إذا تجنس ارادياً بجنسية أجنبية أو إذا اكتسب جنسية أجنبية).
- ٣- انظر المادة (١٠) من قانون الجنسية المصري لعام ١٩٧٥ وقرار محكمة القضاء الاداري في مصر رقم ٥١٨ لسنة ٢٧ ق (ادارية عليا) جلسة ١٩٨٣/٣/٥ أشار إليه ابراهيم سيد احمد - مبادئ محكمة النقض في الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري - الطبعة الأولى - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية ٢٠٠٠ - ص ١٨١ - ١٨٤ وإلى نفس المعنى ذهب قرار محكمة القضاء الاداري رقم ٩١٢ لسنة ٢٧ ق (ادارية عليا) جلسة ١٩٨٣/١١/٢٦ المصدر نفسه - ص ١٨١، وكذلك الفصل (١/١٩) من قانون الجنسية المغربي لعام ١٩٥٨ والمادة (٩) من القرار رقم ١٥ لعام ١٩٢٥ المتعلق بالجنسية اللبنانية، وكذلك المادة (١/١٠) من قانون الجنسية السوري لعام ١٩٦٩. وانظر كذلك المادة (١/١٠) من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.

ثانيًا: فقدان اللارادي (الفقد بالتجريد)

وياقى الفقدان اللارادي بطريقتين هما السحب والاسقاط.

﴿ اَللّٰهُمَّ صَلِّ وَسَلِّمْ عَلٰى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ ﴾

٢- الاسقاط

٣- التنظيم القانوني لفقدان اللا ارادي

أ. حالات السحب

١- سحب الجنسية العراقية من الأجنبي الذي اكتسبها إذا قام أو حاول القيام بعمل يعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها وقد نظمت أحكام هذه الحالة المادة ١٩.

وهذه الحالة موجهة للمتجنسين أي المواطن الطارئ دون المواطن الأصلي وذلك لأن منح الجنسية العراقية للأجنبي عبارة عن منحه ثقة الدولة ومن ثم فإن أي عمل يخل بهذه الثقة يهدم الأساس الذي يبنى عليه منح الجنسية العراقية ويكون الشخص عندها غير جدير بالاستمرار عليها.

٢- سحب الجنسية العراقية عن العراقي إذا قبل دخول الخدمة العسكرية لاحدى الدول الأجنبية دون إذن سابق يصدر من وزير الدفاع وقد نظمت هذه الحالة المادة (١/٢٠) وقد افترض المشرع سوء النية لدى كل من يقبل هذه الخدمة سواء اكان مواطناً أصلياً أو طارئاً. ولا يشمل من إذن له بالخدمة لدى دولة أجنبية أو لم يؤذن له وقبل الخدمة العسكرية لحساب دولة عربية.

٣- سحب الجنسية العراقية عن العراقي إذا عمل لمصلحة دولة أو حكومة أجنبية أو جهة معادية في الخارج أو قبل في الخارج وظيفة لدى حكومة أجنبية أو احدى الهئات الأجنبية أو الدولية وابتى ان يتركها على الرغم من الأمر الصادر إليه من الوزير وقد نظمت هذه الحالة المادة (٢/٢٠).

وتظهر قراءة الحكم المتقدم ان المشرع العراقي افترض سوء نية العراقي الأصلي أو المتجنس في الاوضاع المتقدمة وهذا الافتراض يثبت برفض الاستجابة لأمر وزير الداخلية وجوب ترك العمل.

٤- سحب الجنسية العراقية عن العراقي إذا اقام في الخارج بصورة معتادة وانضم إلى حياة أجنبية من اغراضها العمل على تقويض النظام الاجتماعي أو الاقتصادي في الدولة باية وسيلة من الوسائل وقد نظمت هذه الحالة المادة (٣/٢٠) (١).

١- أشار إلى تعطيل حقوق العراقي المتعاقد من غير موافقة الجهة المختصة. قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٧٩٤ لسنة ١٩٨١.

الأجنبي هو غير العراقي الذي يشمل العربي والأجنبي فضلا عن ذلك لا تقبل تخلي العراقي عن جنسيته العراقية إذا لم يكتسب جنسية أجنبية حتى لا يقع في اللاجنسية.

٢- ان يعلن تحريرا تخليه عن الجنسية العراقية، وهذا يعني ان يقدم طلبا يصرح به التنازل والانسحاب من الجنسية العراقية إلى الممثلات العراقية في الخارج (السفارات) في أكثر الاحيان ولا ينطبق النص ومن ثم لا يفقد العراقي جنسيته ان اعلن شفويا عن التخلي لان النص قاصرا على التخلي تحريرا إلا أن النص لم يحدد المدة القانونية لتقديم الطلب.

٣- موافقة وزير الداخلية على طلب التخلي بعد احالته إليه من الخارج وهذا يعني ان الطلب التحريري بالتخلي لا يفقد العراقي جنسيته تلقائيا الا بعد اقترانه بالموافقة ويفقد العراقي جنسيته العراقية من تاريخ موافقة الوزير، ويعامل معاملة الأجنبي من هذا التاريخ. وهذا يعني أيضا ان تاريخ اكتساب الجنسية الأجنبية لا يتزامن مع تاريخ فقدان الجنسية العراقية كما لا يتزامن تاريخ تقديم طلب التخلي مع تاريخ فقدان الجنسية العراقية، فالفقدان يقع من تاريخ موافقة الوزير على طلب التخلي.

تظهر قراءة النص وشروط تطبيقه انه يفضي إلى ازدواج الجنسية، ومعاملة هذه الظاهرة معاملة طبيعية على الرغم من المحاذير المتعددة التي تكتنفها. والتي سنوردها لاحقا.

ثانياً: فقدان اللارادي

فقد ذهب المشرع العراقي إلى تنظيم حالتين لهذا الفقدان في المادة (١٥) التي نصت على أن (للووزير سحب الجنسية العراقية من غير العراقي التي اكتسبها إذا ثبت قيامه أو حاول القيام بعمل يعد خطرا على امن الدولة وسلامتها. أو قدم معلومات

خاطئة عنه أو عن عائلته عند تقديم الطلب اثر صدور حكم قضائي بحقه مكتسب للدرجة الثابت).

تظهر قراءة النص ان المشرع اورد حالتين هما:

أولاً: حالة قيام المتجنس بالجنسية العراقية بعمل يعبر عن ضعف الولاء للعراق، ومن خلال النص نستطيع ان نستنتج الشروط الآتية:

١- يكون العراقي متجنس بالجنسية العراقية أجنبياً أو عربياً أو عديم الجنسية يقوم أو يحاول القيام بمفرده أو بالاشتراك مع غيره داخل العراق أو خارجه بعمل يعد خطراً على الأمن والسلامة الوطنية للدولة مثل ذلك جرائم الارهاب أو الفساد المالي والإداري أو جرائم غسيل الأموال.

٢- ان تثبت ادانته بالعمل أو محاولة القيام به من جانب المحاكم المختصة سواء داخل العراق أم خارجه، وهذا يعني ان مجرد توجيه الاتهام وحالته للمحاكم المختصة لا يكفي لسحب الجنسية كما يقتضي ان يكتسب الحكم الصادر بحقه درجة الثبات، أي اما ان تفوت عليه مدد الطعن دون ان يطعن به أو ان يطعن به ويصدق الحكم من المحاكم العليا مثل محكمة التمييز.

٣- ان يقوم وزير الداخلية بسحب الجنسية عن المتجنس بها فور إثبات قيامه بالعمل أو محاولته القيام به وادانته بحكم قضائي. ويفقد جنسيته من تاريخ السحب، ويعد سحب الجنسية عقوبة تسبق العقوبة السالبة للحياة أو للحرية فلا تمنع العقوبة الأولى الثانية.

وبعد سحب الجنسية عن المتجنس يعامل معاملة الأجنبي في الحقوق والالتزامات ولا يؤثر سحب الجنسية من المتجنس على أفراد أسرته إلا إذا تحققت فيهم الشروط أعلاه.

ثانيًا: حالة حصول المتجنس على الجنسية العراقية بناء على معلومات خاطئة عنه أو عن أحد أفراد عائلته

يتطلب سحب الجنسية في هذه الحالة ما يأتي:

١- ان يكون العراقي الذي سحبت منه الجنسية العراقية متجنسًا بها أي مواطن طارئ عربي أو أجنبي.

٢- ان يحصل على الجنسية العراقية لحسابه أو لحساب عائلته بناء على معلومات خاطئة عن طريق شفهي أو تحريري مثبتة في وثائق مزورة عند تقديم طلب اكتساب الجنسية العراقية، وهذا يعني ان تكون تلك المعلومات مؤثرة في اكتسابه الجنسية أي بنيت عليها الجنسية.

٣- ان يثبت عدم صحة المعلومات التي قدمها بحكم قضائي صادر من محكمة داخل العراق وان يحوز الحكم درجة البتات.

ومن الجدير بالذكر إذا اكتسب رب العائلة الجنسية العراقية بطريق الغش والتزوير (المعلومات الخاطئة)، واكتسبت زوجته واولاده الصغار القصر غير البالغين تبعاً له والبالغين الجنسية العراقية بناءً على معلومات خاطئة فان سحب الجنسية سيضمحل المتجنس وجميع أفراد أسرته، وكل من دخل بناء على جنسيته. اما إذا حصلت الزوجة على الجنسية العراقية بشكل مستقل عن الأساس الذي بنيت عليه جنسية الزوج وكذلك أولاده البالغين فان السحب سيمتد إلى المتجنس واولاده الصغار غير البالغين لانهم يحصلون على الجنسية العراقية بالتبعية بسبب صغر السن.

الاسقاط

مما لا شك فيه ان المشرع العراقي لم ينظم احكام اسقاط الجنسية في القانون الملغى انها جاء النص على هذه الاحكام في قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٦٦ لسنة (١٩٨٠) الذي تم الغاؤه في القانون الجديد في المادة (١٧) وبحسب مضمون القرار انه تم اسقاط الجنسية العراقية عن كل عراقي من اصل اجنبي إذا تبين عدم ولائه للوطن والشعب والاهداف القومية والاجتماعية للثورة، وعلى وزير الداخلية ان يأمر بإبعاد كل من اسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب الفقرة (١) ما لم يقتنع بناء على أسباب كافية بقاءه في العراق أمر تستدعيه ضرورة قضائية أو قانونية أو حفظ حقوق الغير الموثقة رسمياً. ويعد هذا القرار سابقة خطيرة ومؤشراً سلبياً ترك أثراً نفسية مؤلمة على العشرات ممن تم إبعادهم، كما انه يشكل مخالفة صريحة للمادة (١٥) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان واتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ وجميع المواثيق والاتفاقيات المعنية بحقوق الانسان وحرياته.

ولقد تم الغاء القرار المذكور انفا في قانون الجنسية الجديد في المادة (١٧) التي نصت على أن (يلغى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٦٦ لسنة ١٩٨٠ وتعاد الجنسية العراقية لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب القرار المذكور وجميع القرارات الجائرة الصادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل بهذا الخصوص) وقد حظر دستور العراق لعام ٢٠٠٥ اسقاط الجنسية عن العراقي بالولادة لاي سبب

١- ومن الجدير بالذكر صدر في العهد الملكي مرسوم رقم ٦٢ لسنة ١٩٣٣ والتي نص في ملته الأولى على أن (لمجلس الوزراء اسقاط الجنسية العراقية عن كل عراقي لم ينتم إلى أسرة ملكية عادة في العراق قبل الحرب العالمية إذا أتى أو حاول أن يأتي عملاً يعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها) كما نصت المادة الثانية على أن (لوزير الداخلية ان يأمر بإبعاد من اسقطت عن الجنسية العراقية بموجب المادة الأولى خارج إلى العراق إذا تراءى له ان إبعاده مما يستدعيه الأمن أو الراحة العامة) ...

من الأسباب المادة (١٨/٣ أ) وإجاز سحب الجنسية عن المتجنس بها في الحالات المنصوص عليها سلفاً وهذا يعني ان الاسقاط والسحب جائز بالنسبة للعراقي الطارئ ولا يجوز بالنسبة للعراقي في الاصل.

ثالثاً: اثار فقدان

توزع هذه الاثار بين الشخص وافراد عائلته لذا سنوضح كلا منهما في بند مستقل.

١- الاثار الفردية

بعد فقدان الشخص جنسيته الوطنية يعامل معاملة الأجنبي على مستوى الحقوق المدنية والسياسية وانتقاله وحركته عبر الحدود الدولية، فيخضع لإجراءات دخول الأجنبي وخروجه وإقامته بالنسبة للدولة التي كان يحمل جنسيته، وكل دولة لا يحمل جنسيته فهو اما ان يعامل معاملة الأجنبي بشكل مطلق بالنسبة لجميع دول العالم في الحالة التي يكون فيها عديم الجنسية بعد فقدان وأكثر ما يتعرض لهذه الحالة من اسقطت عنه الجنسية، لذا يبحث الفقه على ضرورة تفادي الاسقاط وتقليل اثاره وقد يعامل فاقد الجنسية معاملة الأجنبي بشكل نسبي بالنسبة للدولة التي لا يحمل جنسيته ومعامله الوطني بالنسبة للدولة التي يحمل جنسيته، كما يخضع الأجنبي في كل الاحوال لإجراءات منح سمة الدخول والاذن بالإقامة، وإذا كان يملك عقاراً قبل فقدان واصبح أجنبياً بعد ذلك عليه بيعه رضاءً أو قضاءً وإذا كان موظفاً يتم انهاء خدماته لانه فقد شرط من شروطها وهو حمل جنسية الدولة، وإذا كان متقاعدًا يوقف صرف مستحقاته التقاعدية وكل تلك التبعات المترتبة على فقدان الجنسية تأتي بعد ترقين قيده في سجل الاحوال المدنية وسحب وثيقة الجنسية، ولا يجوز لفاقد الجنسية بعد ذلك أيضاً ممارسة المهن أو الأعمال الا بعد اخذ موافقة السلطات المختصة في الدولة وفي العراق تمنح تلك الموافقات وزارة العمل والشؤون الاجتماعية

وفي حالة من اسقطت عنه الجنسية فانه يترتب على دفنه في اراضي الدولة دفع بعض الرسوم كما لا تتدخل الدولة بعد فقدان الشخص لجنسيتها في حمايته دبلوماسيا في الخارج لانقطاع اتصاله بها عن طريق فقدانه جنسيتها، ويمكن تسليمه عن جريمة إلى الدولة التي تطالب به إذا كانت هناك اتفاقية بين دولة اقامته وتلك الدولة تقضي بتسليم المجرمين كما يجوز لدولة اقامته طرده وابعاده إذا اخل بقواعد النظام والامن.

تتعدى اثار فقدان شخص ما لجنسيته إلى أفراد أسرته من زوجته واولاده. فبالنسبة للزوجة بعد ان كانت تفقد جنسيتها تبعا لفقدان زوجها جنسيته في ظل الاتجاه التقليدي اصبحت في الوقت الحاضر في ظل الاتجاه الحديث تستقل في أمر جنسيتها كما في الاكتساب كذلك في الفقدان فإذا فقد زوجها جنسيته فلا تفقد جنسيتها بالتبعية انما يتوقف فقدانها لجنسيتها على ارادتها فان ارادت البقاء عليها تحتفظ بها، وإذا ارادت التخلي عنها والدخول في جنسية زوجها فيقع. بأثر ذلك الفقدان وقد كان موقف المشرع العراقي وكذلك أكثر التشريعات في هذا الاتجاه.

اما في اطار الأولاد غير البالغين فهؤلاء يفقدون الجنسية تبعاً لفقدان الأب جنسيته وفي أكثر الاحيان يتاثر الأولاد غير البالغين إذا كانوا يقيمون مع الأب.

وهناك حالة واحدة من فقدان تسري بحق جميع أفراد العائلة من زوجة واولاد بالغين وغير بالغين هي حالة فقدان بسبب الحصول على الجنسية بناء على اقوال كاذبة أو بيانات أو معلومات مزورة فإذا حصل شخص على الجنسية عن هذا الطريق ودخل معه بناءً على جنسيته أفراد أسرته جميعاً، فإذا فقدائها الأب بسبب الحصول عليها بهذه الطريقة يفقدها تبعاً له كل من دخل معه، أما الذين لم يدخلوا معه بسبب الغش وإنما حصلوا عليها بسبب صحيح ومعلومات حقيقية فلا يتأثرون بفقدان الأب جنسيته وإن كانوا غير بالغين.

الفرع الثاني

استرجاع الجنسية

الاسترجاع يحصل بطريقتين الأولى بإرادة الشخص ويصطلح عليه الاسترداد والثاني بأمر خارج إرادة الشخص ويصطلح عليه الرد وعليه سنتناولهما من خلال بندين على النحو الآتي: أولاً - الاسترداد

إذا كان فقدان ظاهرة تقع بعد ظاهرة الاكتساب ولا يمكن أن يكون هناك فقدان بدون اكتساب، فإن الاسترجاع أو الاسترداد هو ظاهرة تقع بعد فقدان فلا يكون هناك استرداد دون أن يسبقه فقدان فالاسترداد هو العودة اللاحقة للجنسية السابقة أي هو عبارة عن استئناف علاقة الشخص بالدولة التي كان يحمل جنسيتها قبل أن يفقدها. كثير من التشريعات العربية تعطي فرصة لمن فقد جنسيته بإرادته أو بدون إرادته أن يعود إليها استرداداً أو رداً، باستثناء التشريع السعودي الذي أجاز العودة إلى الجنسية السعودية لمن فقدها عن طريق التجنس لا الاسترداد. ومع ذلك فإن استرداد الجنسية لدى بعض من التشريعات العربية قد يكون بشروط فمن التشريعات العربية ما يشترط تخليه عن جنسيته المكتسبة أو على شرط عدم احتفاظه

بالجنسية الأجنبية^(١)، وكذلك إذا تعلق الاسترداد بالنسبة للمرأة الوطنية التي فقدت جنسيتها نتيجة الزواج من أجنبي فيشترط لاستردادها جنسيتها السابقة ان تتخلى عن جنسية زوجها^(٢).

وتظهر قراءة موقف المشرع العراقي عبر القانونين السابق والنافذ انه حدد حالات استرداد الجنسية وردها وبالعودة لقانون سابق نجد ان هناك ثلاث حالات للاسترداد تم تنظيمها تشريعيا ولم تنظم احكام الرد عن طريق التشريع انها خولها للسلطة التنفيذية ويعني الاسترداد العودة إلى الجنسية التي كان يحملها الشخص بارادته بعد ان كان قد فقدها بارادته.

وحالات الاسترداد في القانون السابق هي:

١- عودة العراقي إلى جنسيته الوطنية بعد فقدانها بسبب اكتساب جنسية أجنبية في الخارج بحسب (المادة ٢/١١) والتي تؤكد على اعطاء حق العودة للجنسية العراقية بشروط منها العودة المشروعة للعراق والإقامة فيه لمدة سنة ثم تقديم طلب استرداد الجنسية والموافقة على الطلب ويستفيد من هذا الحق العراقي المواطن الأصلي أو الطارئ الذي يفقد جنسيته العراقية بسبب اكتسابه لجنسية أجنبية.

ولا يسترد العراقي جنسيته في هذه الحالة الا بعد الموافقة من قبل وزير الداخلية على طلبه فلا تعود الجنسية إليه بحكم القانون تلقائيا ومن الجدير بالذكر صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٥ في ٢٠٠٢/١/١٣ إذ

١- انظر على سبيل المثال المادة (٢/١١) من قانون الجنسية الكويتي المعدل سنة ١٩٨٠، وكذلك المادة (٣/١٧) من قانون الجنسية الاماراتي لعام ١٩٧٢.

٢- انظر المادة (١٢) من قانون الجنسية الكويتي، وكذلك المادة (١٧) من قانون الجنسية الاماراتي لعام ١٩٧٢.

٢- حالة عودة العراقية للجنسيتها الوطنية باحد الطريقين.

ب. إذا انتهت علاقتها بزوجها الأجنبي بوفاة أو طلاق أو فسخ عقد النكاح (٢/١٢) وبحسب موقف المشرع العراقي اعلاه تعود الجنسية العراقية من تاريخ تقديم الطلب ولا يحتاج هنا إلى الموافقة على الطلب. وتختلف التشريعات حول آليات عودة الوطنية إلى جنسيتها الأصلية التي فقدتها بسبب اكتسابها جنسية زوجها إذا انتهت علاقتها الزوجية فبعض التشريعات تشترط من الزوجة تقديم طلب تحريري، في حين يشترط بعضها الآخر تقديم طلب ونقل محل إقامتها إلى دولتها الأصلية كما في السعودية والبحرين في حين اشترطت تشريعات أخرى موافقة رئيس الدولة كما في مصر.

دارالسنن ہنوری

وقد ساوت بعض الدول مسترد الجنسية مع الوطني الأصلي ومنها مصر والسعودية، في حين لم تنظم احكام هذه الحالة دول أخرى مثل البحرين.

وبالعودة إلى موقف المشرع العراقي في قانون الجنسية الجديد لسنة ٢٠٠٦ نجد انه نظم الحالات السابقة نفسها باحكام تختلف نسبيا في الحكم، ويمكن ان نوجزها بثلاث حالات وهي:

أولاً: عودة العراقي للجنسية العراقية بعد ان تخلى عنها

وقد نظمت احكام هذه الحالة المادة (٣/١٠) إذ نصت على أن: (للعراقي الذي تخلى عن جنسيته العراقية ان يستردها إذا عاد إلى العراق بطريقة مشروعة واقام فيه ما لا يقل عن سنة واحدة وللوزير ان يعتبره بعد انقضاءها مكتسباً للجنسية العراقية من تاريخ عودته إذا قدم طلباً لاسترداد الجنسية العراقية قبل انتهاء المدة المذكورة ولا يستفيد من هذا الحق الا مرة واحدة).

تظهر قراءة هذا النص ان هناك شروط لتطبيقه وهي:

- ١- ان يفقد عراقي أصلي أو طارئ جنسيته.
- ٢- ان يكون الفقدان بسبب التخلي عنه لا بسبب آخر وان يكون التخلي تحريراً.
- ٣- ان يكون التخلي بعد اكتساب العراقي لجنسية أجنبية فلا تخلي من دون اكتساب حتى لا يقع في اللاجنسية.
- ٤- ان يعود للعراق بصورة مشروعة أي بجواز سفر أو وثيقة تقوم مقامه.
- ٥- ان يقيم في العراق مدة لا تقل عن سنة للتأكد من جدية عودته واستئناف علاقته وولائه للعراق.
- ٦- ان يقدم طلب الاسترداد خلال سنة ويسقط حقه بفواتها.

٤- تكون موجودة في العراق حين تقديم الطلب، أي يرد الطلب إذا بعثت به من الخارج وتسترد جنسيتها العراقية من تاريخ تقديم الطلب أي أن هذا الطلب لا يحتاج إلى موافقة لأن الاسترداد يتحقق حال تقديم الطلب. وهذا يعني أيضا أن استرداد العراقية جنسيتها تكون بشروطها اخف واسهل من عودة العراقي كما لاحظنا.

ثالثا: وقد نظمت احكام استرداد الصغير جنسيته العراقية تبعا للاب وذلك على وفق المادة (٢/١٤) التي نصت على أنه (إذا فقد عراقي الجنسية العراقية يفقدها تبعا لذلك أولاده غير البالغين سن الرشد ويجوز لهم ان يستردوا الجنسية العراقية بناء على طلبهم إذا عادوا إلى العراق واقاموا فيه سنة واحدة ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم ولا يستفاد من حكم هذا البند أولاد العراقيين الذين زالت عنهم الجنسية العراقية بموجب احكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ أو قانون رقم (١٢) لسنة ١٩٥١) نلاحظ من خلال قراءة هذا النص ان المشرع قد اعطى فرصة للصغير الذي زالت عنه الجنسية العراقية بالتبعية ان يعود لها بشروط وهي:

١- ان يكون هذا الصغير غير بالغ فاقد الجنسية العراقية تبعا لفقدانها من جانب الأب اما إذا فقدها بسبب آخر فلا يشملها النص.

٢- ان يعود الصغير بعد بلوغه سن الرشد إلى العراق.

٣- ان يقدم طلبا خلال سنة من تاريخ اقامته في العراق ويسترد الجنسية من تاريخ عودته لا من تاريخ تقديم الطلب أي أن للاسترداد أثرا رجعيًا في هذه الحالة كما ان استرداد الجنسية يكون تلقائيا بحكم القانون من التاريخ الأخير ولا يتوقف على موافقة الوزير كما يشير نص المادة (٢/١٤).

ثانيًا: الرد

وعند العودة إلى قانون الجنسية النافذ نجد ان المشرع العراقي نظم احكام الرد لاستيعاب حالات الاسقاط المنصوص عليها وغير المنصوص عليها والتي وقعت في ظل النظام السياسي السابق، وذلك في المادة (١٧) من قانون الجنسية النافذ التي نصت على (يلغى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٦٦) لسنة ١٩٨٠ وتعاد الجنسية

العراقية لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب القرار المذكور وجميع القرارات الجائرة الصادرة من مجلس قيادة الثورة (المنحل) بهذا الخصوص) اعتقد ان النص المتقدم جاء لمعالجة المسقط عنهم الجنسية بحسب قرار ٦٦٦ لسنة ١٩٨٠ وجميع القرارات الأخرى فقط فهو نص ينتهي العمل به بانتهاء حالات الاسقاط المحددة في اعلاه.

ثالثاً: اثار الاسترجاع والاسترداد

تتوزع هذه الآثار بين المسترد أو المردود إليه الجنسية وافراده عائلته وعلى النحو الآتي:

١- الآثار الفردية

تتصرف هذه الاثار للشخص الذي ردت له الجنسية أو استردها بارادته فيعود وطنيا أصليا إذا كان قد فقدها أصلية ووطنيا طارئا إذا استردها مكتسبة ويعود بالدرجة بنفسها والموقع الذي كان عليه قبل فقدان ويعامل معاملة الوطني في الحقوق المدنية أو السياسية، فإذا دخلت امواله في التصفية والبيع بالمزاد وعادت له جنسيته فتتوقف إجراءات البيع. كما يعود إلى وظيفته إذا كان موظفا وتضاف المدة السابقة على فقدان إلى المدة اللاحقة على الاسترداد لأغراض الخدمة والتقاعد كما يعود الشخص يتمتع بالحقوق التقاعدية إذا كان متقاعدا. وله حقوق ممارسة المهن والأعمال وحق القرار على أراضي الدولة وعلى الدولة ان تتدخل عن طريق السفارات في الخارج لحمايته دبلوماسيا. ويستفيد الشخص من جميع الاتفاقيات التي تكون دولة المسترد طرفا فيها. ويرفع ترقين قيده من سجل النفوس وتعاد له هوية الاحوال المدنية وشهادة الجنسية العراقية وقد تم تبسيط هذه الإجراءات بالنسبة لمن اسقطت عنهم الجنسية العراقية بقرار ٦٦٦ لسنة ١٩٨٠ بحسب تعليمات وزارة الداخلية دائرة الهجرة والأجانب.

دارالسنن ہنوری

وللشخص المعنوي انواع فهناك الأشخاص المعنوية العامة والأشخاص المعنوية الخاصة، ومن الأشخاص العامة تكون تابعة للدولة وتحمل جنسيتها اما الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الدولي العام فهي محكومة بالاتفاقيات المنشأة لها ومنها منظمة الامم المتحدة فلا جنسية لها اما جنسية الأشخاص المعنوية الخاصة فتحتاج إلى شيء من التفصيل.

وقد حددت المادة ٤٧ من القانون المدني العراقي الأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام والقانون الخاص إذ نصت على (أ. الدولة - ب. الادارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها ج. الالوية (المحافظات) والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها. د. الطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية معنوية بالشروط التي يحددها... هـ. الشركات التجارية والمدنية الا ما استثنى منها بنص في القانون. و. الجمعيات المؤسسة وفقاً للاحكام المقررة في القانون. ز. كل مجموعة من الأشخاص أو الاموال يمنحها القانون شخصية معنوية».

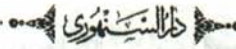
أسس تعيين جنسية الأشخاص المعنوية في القانون

الخاص وموقف القانون العراقي

تختلف هذه الأسس بين الدول وذلك لان لكل دولة أسس خاصة بها تعتمد بها على ما تمليه مصالحها ولاجل بيان ذلك لابد من التعرض لأسس تعيين جنسية الشركات ثم الجمعيات وأخيراً المؤسسات.

أولاً: أسس تعيين جنسية الشركات

تختلف هذه الأسس بين دول العالم ولقد اعتمدت كل مجموعة من الدول اساساً من هذه الأسس وهي كالآتي:



١- محل التأسيس

بموجب هذا المعيار تأخذ الشركة جنسية بلد تأسيسها أي البلد الذي منحها شهادة التأسيس والموافقات الأصولية، فهو بمثابة مكان ميلادها الذي منحها الوجود القانوني ويشبه بعض الفقهاء بلد التأسيس بالنسبة للشخص المعنوي بالدولة التي تأخذ بأساس حق الإقليم في فرض جنسيتها بالنسبة للشخص الطبيعي فضلا عن ذلك ان التصرف يخضع لقانون بلد الابرام والشركة كتصرف تخضع لقانون بلد تأسيسها.

على الرغم مما ينطوي عليه هذا الأساس من سهولة وبساطة ويسهل على الغير التعرف على جنسية الشركة وسهولة التعامل معها إلا أنه ممكن ان يقضي إلى ازدواج جنسية الشركة وذلك في الفرض الذي تأسس فيه في دولة تاخذ باساس مقر التأسيس وتتخذ لها مركز ادارة في دولة تاخذ باساس مركز الادارة فهنا سوف تاخذ جنسية الدولتين كما يمكن ان يقضي هذا الأساس إلى انعدام الجنسية وذلك عندما تؤسس في دولة لا تاخذ بهذا الأساس وتتخذ لها مركز ادارة في دولة لا تاخذ باساس مركز الادارة لمنح جنسيتها.

فضلا عن ذلك لا يمكن تسويق هذا الأساس بقاعدة خضوع التصرف لبلد
الابرار لان هذا يحكم شكل التصرف دون موضوعه في حين الشركة ان إذا سلمنا
جدلا بهذا الراي تتكون من شروط شكلية واخرى موضوعية وهذا يعني: ان فقط
شروطها الشكلية ستكون محكومة ببلد التأسيس دون شروطها الموضوعية. كما ان
هذا الأساس يسهل اخفاء جنسية الشركة الحقيقية عندما تؤسس في بلد ويكون
القائمون على ادارتها في بلد آخر.

على الرغم من الانتقادات الموجه لهذا الأساس إلا أن هناك عدد من الدول وخاصة الانكلو أمريكية أخذت به ومنها بريطانيا والولايات المتحدة وكذلك اليابان والارجتين والاتحاد السوفيتي (سابقا).

وقد اخذ به المشرع العراقي في قانون الشركات الملغى رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ في المادة ٣٢ منه بالنسبة للشركات المساهمة إذ منحها الجنسية العراقية^(١) وإلى المعنى نفسه ذهب قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغى والحكم المتقدم ينطبق إذا تأسست في العراق، اما إذا تأسست في الخارج فلا تمنح الجنسية العراقية ولم يأخذ قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ النافذ بهذا الأساس بصورة منفردة.

٢- مزاوله النشاط

على هذا الأساس تمنح الشركة جنسية الدولة التي زاولت على أراضيها نشاطها الاقتصادي أي المكان الذي تعاقدت فيه وترتبت فيه أكثر اثار تصرفها بوصفه المكان الذي يمثل مركز الثقل الاقتصادي للشركة.

وقد انتقد هذا الأساس لانه قد لا يمكن الوصول إلى جنسية الشركة من خلاله وذلك عندما تتعدد اماكن مزاوله النشاط وتكون جميعها على قدم المساواة من الاهمية ومن ثم يصعب المفاضلة بينها ومثال ذلك شركات الطيران حيث تمارس النقل بين دول عديدة، وقد أخذت بعض الدول بهذا الأساس ومنها بلجيكا وهولندا وسويسرا واسبانيا والمجر والنمسا إلا أننا نعتقد انها أخذت بهذا المعيار بصفة تكميلية أي اشركت معه اساساً آخر.

كما اعتمدته بعض التشريعات بوصفه اساساً لتحديد التبعية القانونية للشركة ومنها التشريع المصري والاردني والعراقي.

١- كذلك فقد اعتمد هذا المعيار القانون التجاري المصري الملغى الصادر بتاريخ ١٣/١١/١٨٨٣ أشار إلى ذلك د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٣١٧... إذ يذهب إلى ان الشركة المساهمة تعد مصرية بمجرد تأسيسها في مصر كما ان تمتعها بالجنسية المصرية لا يتوقف على اي ضابط آخر تطبيقاً لاحكام هذا القانون ١٨٨٣، في حين يذهب البعض الآخر من الفقه المصري إلى العكس من ذلك ويرى ان معيار تأسيس الشركة المساهمة ليس الشرط الوحيد للتمتع بالجنسية المصرية بل يجب ان يضاف إليها معيار مركز الادارة الرئيس، د. ابراهيم احمد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٥٧.

لسنة ١٩٩٧ في المادة (١٣) بهذا المعيار مع معيار التأسيس لتحديد جنسية جميع أنواع الشركات.

ونعتقد ان أكثر دول العالم مزجت بين أساس محل التأسيس وإساس مركز الادارة لتحديد جنسية جميع الشركات وفي مقابل ذلك اعتمد الأساس نفسه لتحديد التبعية القانونية للشركة في المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن: ١ - يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ٢ - ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري^(١).

٤- رأس المال

بحسب هذا الأساس تأخذ الشركة جنسية الدولة التي طرحت فيها رأس مالها للتداول أي اصدرت فيها اسهمها وسنداتھا للتداول وهذا الأساس ضعيف وغير كاف، لذا لم يعتمد بصورة منفردة في أكثر دول العالم انھا يستعمل معززا مع أساس آخر مثل مركز الادارة الرئيس ومحل التأسيس.

٥- دولة الرقابة والاشراف

لقد ظهر هذا الأساس إبان الحرب العالمية الأولى وبموجب هذا المعيار يفرق بين التبعية السياسية (الجنسية) إذ يكون للشركة جنسية الشركاء الذين يملكون أكثر رأس مالها ويديرونها ويراقبونها فإذا كانت جنسيتهم وطنية فالشركة تعد وطنية وإذا

١- وتقابلها المادة (١١) من القانون المدني المصري والمادة (٢٥) من القانون المدني اليمني والمادة (١١) من القانون المدني الليبي والمادة (٢/١١) من قانون المعاملات الاماراتي والمادة (١٢) من مشروع القانون المدني العماني والمادة (٢/١١) من القانون المدني الاردني والمادة (٢/١١) من قانون المعاملات المدني السوداني لعام ١٩٨٤ والمادة (٢/١١) من القانون المدني السوري.

كانت جنسيتهم أجنبية فالشركة أجنبية اما التبعية القانونية فيبقى النظام الداخلي للشركة خاضعا لقانون مركز ادارتها الرئيس، وهذا المعيار صالح لتحديد التبعية القانونية في جميع الاحوال كما ذكرنا، وقد استعمل معيار الرقابة والاشراف في اثناء الحرب العالمية الأولى من جانب فرنسا لمواجهة الشركات التي كانت يملك أكثر راس مالها ويقومون بادارتها ورقابتها الرعايا الالمان إلا أن فرنسا في ذلك الوقت كانت لا تستطيع ان تفرض عليها الحراسة ومن ثم تصفيتها لأنها شركات وطنية بحسب القانون الفرنسي الذي كان يعطي الجنسية الفرنسية للشركات التي يوجد مركز ادارتها الرئيس في فرنسا.

وقد كانت هذه الشركات تتصف بالمواصفات التي يتطلبها القانون الفرنسي لمنح الجنسية الفرنسية ولاجل مواجهتها عمدت فرنسا إلى التحري والبحث عن جنسية الأشخاص القائمين على ادارتها وتوجيهها ورقابتها والمالكين لأكثر راس مالها إذ وجدت انهم من الالمان يمثلون مصالح أجنبية معادية لفرنسا فقامت فرنسا بفرض الحراسة على هذه الشركات وقد تم تصفيتها لأنها تمثل مصالح المانية معادية لفرنسا، أي أن فرنسا عاملت هذه الشركات معاملة الشركات الالمانية.

كما استعملت فرنسا هذا الأساس في اثناء الحرب العالمية الثانية وهذا يعني ان فرنسا عطلت أساس مركز الادارة الرئيس اثناء مدة الحرب، واعتمدت اساساً ابتكرته الا وهو أساس الرقابة والاشراف كما اعتمد هذا الأساس من قبل اليابان والدنمارك وهولندا كما استعملته مصر في عدة مناسبات في عام ١٩٣٩، وفي عام ١٩٤٨، واثناء العدوان الثلاثي عليها في مواجهة شركات رعايا الاعداء عام ١٩٥٦ واعتمدت هذا الأساس معاهدات الصلح بعد الحرب العالمية الثانية.

انتقد هذا المعيار لانه يؤدي إلى صعوبة ضبط جنسية القائمين على ادارة الشركات ورقابتها والمالكين لرأس مالها إذا تعددت جنسياتهم واختلفت كما ان الأمر إذا كان سهلاً بالنسبة لشركات الأشخاص فان تحديد جنسية الأشخاص القائمين بالادارة والرقابة ينطوي على صعوبة بالنسبة لشركات الاموال وقد رد بعضهم على ذلك بالقول ان تحديد جنسية القائمين بالادارة والرقابة يكون من خلال جنسية المدير والمالكين لأكثر رأس مال الشركات واعضاء مجلس ادارتها.

كما وجه انتقاد آخر لهذا الأساس وذلك لأن الشركة لها كيان مستقل عن الشركاء ومن ثمَّ لا تعكس جنسية الشركاء جنسية الشركة.

وامام الانتقادات والمسوغات التي تنطوي عليها فقد وجه الفقه بضرورة اعتداد هذا الأساس بصفة استثنائية يعتمدها في تحديد جنسية الشركات في وقت الحرب بالنسبة للدول المعادية اما في وقت السلم فيصار إلى اعتماد أساس مركز الادارة الرئيس علما ان الأساس الأخير يستعمل في كل الظروف لتحديد التبعية القانونية للشركة أى تحديد القانون الواجب تطبيقه في نظامها الداخلي.

كما يمكن استعمال أساس الرقابة والاشراف في الظروف الاعتيادية وقت السلم لمواجهة الشركات المتعددة الجنسيات، وذلك للآثار السلبية التي ترتبها هذه الشركات على اقتصاديات البلدان، وخاصة النامية، منها فهذه الشركات هي عبارة عن شركة واحدة تمارس نشاطاتها في عدة بلدان تستغل الأسس التي تعتمد عليها كل دولة لمنع جنسيتها ومن ثمّ ستكون هناك شركة واحدة لها عدة اذرع ممتدة عبر الحدود تحمل كل منها جنسية البلد الذي تكون فيه علماً انها جميعاً على الرغم من تعدد جنسيتها تخضع لنظام قانوني داخلي واحد الا هو نظام الشركة الام.

وبالنظر لما تفضي إليه الشركات المتعددة الجنسيات من نتائج قانونية اقتصادية تؤثر سلبا في البلدان التي تزاول فيها نشاطاتها. فقد شجع أكثر الفقهاء اعتماد أساس الرقابة والاشراف لمواجهة هذه الشركات وبطريق هذا الأساس ستعامل الشركة المتعددة الجنسيات على أنها صاحبة جنسية واحدة الا هي جنسية القائمين على ادارتها ورقابتها وتوجيهها والمالكين لأغلب راس مالها بغض النظر عن بقية الجنسيات التي تحملها وتعامل على هذا الأساس فهي وطنية ان كانت الادارة والرقابة والملكية بيد الوطنيين وان كانت تحمل جنسيات أجنبية أخرى فلا عبرة بها.

اما إذا كانت تلك الادارة والرقابة والملكية بيد أجنبان فهي أجنبية وان كانت تحمل من بين الجنسيات المتعددة الجنسية الوطنية.

ويتم التخلص من تعدد الجنسيات عن طريق معيار الرقابة والإشراف طالما أن هذا المعيار يخضع عليها جنسية واحدة يتم التعامل معها على أساس تلك الجنسية ولا عرة أو قيمة ببقية الجنسيات.

اما بالنسبة لتحديد التبعية القانونية لفروع الشركة والشركة الوليدة فالنسبة للفروع تاخذ جنسية الشركة الام فقد تحتاج الشركة إلى توسيع نشاطاتها في الخارج فتعتمد إلى فتح فرع أو مكتب أو وكالة ومن ثمَّ فان شخصية الفرع مندمجة ضمن الشركة الام ومن ثمَّ فان جنسية الفرع هي جنسية الشركة الام وأخيرا فالفرع لا يملك استقلالية لا في جنسيته ولا في نظامه الداخلي ولا في موارده لأنها جميعا بمثابة في الشركة الام وقد نظم المشرع احكام فتح الشركات الأجنبية فروع ومكاتب لها في العراق وعلى وفق نظام فروع ومكاتب الشركات والمؤسسات الاقتصادية الأجنبية المرقم (٥) لسنة ١٩٨٩ ومثال ذلك فتح مجموعة شركات زين فروع لها في داخل العراق على الرغم من أن مركز ادارتها في الخارج.

اما الشركة الوليدة فلها شخصية مستقلة عن الشركة الام من حيث مواردها وجنسيته إلا أنها في أكثر الاحيان تخضع للنظام الداخلي للشركة الام ومن ثم فإن الشركات الوليدة تعكس ظاهرة سلبية. وهي الشركات المتعددة الجنسيات التي يمكن تحديد جنسيتها الحقيقية عن طريق أساس الرقابة والاشراف.

ثانيًا: جنسية الجمعيات

الجمعية مجموعة من الأفراد تستهدف تحقيق غرض انساني معين. ويكون لها شخصية قانونية معنوية بحسب قانون دولة تاسيسها.

يعتمد أساس مركز الادارة الرئيسي لتحديد تبعيتها القانونية وعن طريق هذا الأساس يحدد القانون الذي يحكم النظام القانوني الداخلي للجمعية المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي اما بالنسبة لتبعيتها السياسية (الجنسية) فلا يثير الأمر الصعوبة التي ينطوي عليها تحديد جنسية الشركة.

وبازاء ذلك فقد توزع الفقه لتحديد جنسية الجمعية بين اتجاهات عديدة فالاول يذهب إلى تطبيق أسس ومعايير تحديد جنسية الشركة على الجمعية، والثاني يذهب إلى اعتماد أساس الرقابة والاشراف لتحديد تبعيتها السياسية (الجنسية)، واساس مركز الادارة الرئيس لتحديد تبعيتها القانونية بازاء ذلك ذهب اتجاه ثالث إلى اعتماد محل التأسيس لتحديد جنسية الجمعية وبحسب هذا الاتجاه فان الجمعية تاتخذ جنسية دولة تاسيسها وهي الدولة التي قدم فيها مؤسسو الجمعية الوثائق والمستمسكات المطلوبة لتأسيسها واستكملوا شروط هذا التأسيس بحسب قانون هذه الدولة، فان كان تأسيس الجمعية بحسب المتطلبات والموافقات التي يتطلبها القانون الوطني فهي وطنية والا فهي أجنبية، والاتجاه الأخير هو الراجع في الفقه وكذلك التشريع وبازاء ذلك ذهب بعضهم إلى اعتماد معيار جنسية المؤسسين في تحديد جنسية الجمعية وسوغ

بعضهم عدم اعتماد معيار مزاولة النشاط لان الجمعية قد تمارس نشاطها في عدة بلدان فيصعب معه تحديد بلد مزاولة النشاط كما لا يمكن اعتماد أساس محل راس المال لان الجمعية لا تستهدف تحقيق الربح المادي في أكثر الاحيان.

وفي الحقيقة ان بعض الجمعيات لا تحمل جنسية معينة وهي في أكثر الاحيان جمعيات علمية ومنها جمعية معهد القانون الدولي التي انشئت في بلجيكا وتضم كبار اساتذة القانون الدولي في العالم. وتجتمع مرة واحدة أو مرتين في السنة على الاقل وقد نظمت شؤون هذه الجمعية المعاهدة الدولية التي انبثقت عنها. كما لا يوجد مقر لبعض تلك الجمعيات وتعيش متنقلة بين البلدان.

اما موقف المشرع العراقي فقد نظم احكام جنسية الجمعيات قانون الجمعيات رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠^(١) وان هذا القانون لم ينص صراحة على الية تمتع الجمعية بالجنسية العراقية إلا أن نص المادة (١/٦) والمادة (٢/٧) تشير ضمنا إلى اعتماد أساس محل التأسيس ومركز الادارة الرئيس لمنح الجنسية العراقية للجمعية والمفهوم المخالف للمادتين في اعلاه يعني ان الجمعية اجنبية إذا كان محل تأسيسها في خارج العراق.

ثالثاً: جنسية المؤسسة

المؤسسة عبارة مجموعة من الاموال لغرض تحقيق هدف معين يتعلق بالجوانب الفنية أو الانسانية أو الرياضية أو الاجتماعية وتمتع بالشخصية القانونية المعنوية وتشارك المؤسسة مع الجمعية في ان كليهما لا تستهدف تحقيق الربح المادي في أكثر الاحيان إلا أن المؤسسة تختلف عن الجمعية في ان الأولى عبارة عن مجموعة من الأفراد والثانية هي عبارة عن مجموعة من الاموال. لذا فان أسس تحديد جنسية المؤسسة تختلف عن أسس تحديد جنسية الجمعية وقد طرح اتجاهان لتحديد جنسية المؤسسة الأول يذهب إلى اعتماد أساس محل مزاولة النشاط، والثاني وهو الراجح

١- منشور في الوقائع العراقية رقم ٣٨١٣ في ٢٤/٢/٢٠٠٠.

يعتمد أساس محل التأسيس لتحديد جنسية المؤسسة وبحسب هذا الاتجاه تأخذ المؤسسة جنسية بلد تأسيسها.

ونظم القانون المدني احكام التبعية القانونية للأشخاص المعنوية الأجنبية بشكل عام ومنها المؤسسات في المادة (٤٩) منه، ولم ينظم احكام تبعيتها السيامية (الجنسية) وقد نظم احكام جنسية المؤسسات ضمنا أمر سلطة الائتلاف رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٣ في المادة (٢٣/١)^(١) فالمفهوم المخالف لهذه المادة يعد كل منظمة أو مؤسسة مسجلة داخل العراق ومركز ادارتها فيه عراقية أي أن هذا الأمر اخذ باسناد محل التأسيس ومركز الادارة الرئيس.

الفرع الثاني

أسس تعيين جنسية انواع من المنقولات

إذا كان الاتجاه السائد يعطي حق منح الجنسية للشخص المعنوي فهل يؤيد هذا الاتجاه منح الجنسية لبعض المنقولات مثل السفن والطائرات والاقمار الاصطناعية. لم يؤيد البعض منح الجنسية لهذه المنقولات ذلك لأنها محل للحق لا طرف فيه شأن الشخص المعنوي فضلا عن ان لا دولة لها. وبإزاء ذلك يؤيد أكثر الفقه منح الجنسية لهذه المنقولات لضرورات عملية وقانونية لا تقل عما لا حظناها بالنسبة للشخص المعنوي. ولأجل ذلك لابد من بيان أسس منح الجنسية لهذه المنقولات.

أولاً: أسس تعيين جنسية السفن

قبل التعرض لهذه الأسس لابد من بيان اثر الجنسية في معاملة السفينة، إذ إن منح الجنسية للسفينة^(٢) ينطوي على فوائد متعددة لها وللركاب والغير. ومن هذه الفوائد

١- منشور في الوقائع العراقية رقم ٣٩٨٠ في 27/10/2003.

٢- الأسس التي تمنح عن طريقها الجنسية للسفينة اختلفت الدول فيما بينها فاعتمد بعضها أسس مكان

الامتيازات والحماية القانونية والاعفاء من الرسوم لان عن طريق الجنسية يمكن ان نميز بين السفن الوطنية والأجنبية في هذا الاطار فالسفن الوطنية تتمتع بالامتيازات والحماية والتخفيف والاعفاء من الرسوم بشكل أكثر مما تتمتع به السفن الأجنبية. اما على مستوى القوانين فمن جانب القانون الجنائي نفرق في الحكم بين السفن الحربية وغير الحربية فالاولى تخضع لقانون دولة جنسيتها وقضاؤها في كل ما يرتكب على متنها من جرائم سواء اكانت تلك السفينة في البحر الإقليمي الوطني لدولة السفينة أم البحر الإقليمي الأجنبي أم في اعالي البحار لأنها تمثل سيادة الدولة الممتدة عبر الحدود.

وقد استثنى المشرع العراقي من الاختصاص السفن والطائرات الأجنبية، الا إذا كان الجاني أو المجني عليه عراقيا أو طلبت السفينة أو الطائرة المساعدة من السلطات العراقية أو توقفت في ميناء أو مطار عراقي، وقد نظمت هذا الحكم المادة (٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل الاختصاص في الاحوال المتقدمة لحساب القانون العراقي.

اما الثانية السفن غير الحربية فهي تخضع لقانون دولة جنسيتها وقضاؤها في كل ما يرتكب على متنها من جرائم في اثناء وجودها في البحر الإقليمي لدولتها أو في اعالي البحار اما إذا دخلت البحر الإقليمي الأجنبي فهي تخضع للنظام القانوني لدولته وقد

→ بناء السفينة وبحسب هذا الأساس تمنح السفينة جنسية ذلك المكان وقد أخذت بهذا الأساس الدولة التي اشتهرت بصناعة السفن في أكثر الاحيان مثل بريطانيا في حين ذهب البعض إلى اعتماد أساس ملكية السفينة كلها أو بعضها من قبل الوطنيين وبحسب هذا الأساس تمنح الدولة جنسيتها للسفن المملوكة كلها أو قسم منها للوطنيين واخذت بهذا الأساس كل من تركيا والسعودية والعراق. اما بعضهم الآخر فقد اعتمدوا جنسية طاقم السفينة. وبحسب هذا الأساس تحدد جنسية السفينة بحسب جنسية ربانها وبحاريتها فإذا كانت جنسيتهم وطنية فالدولة تمنح جنسيتها للسفينة طالما كان طاقمها وطني أو القسم الاغلب منه وقد أخذت بهذا الاتجاه فرنسا، وفي العراق يعد الميناء مكاناً لتسجيل السفن ومنحها الجنسية العراقية وفي حالة انتقال ملكيتها إلى أجنبي يرقن قيدها في سجل السفن وتزول عنها الجنسية العراقية.

نظمت ذلك المادة (٧) من قانون العقوبات العراقي إذ (تخضع السفن والطائرات العراقية لاختصاص الجمهورية العراقية الإقليمي أينما وجدت) لقد جاء هذا النص مطلقاً فهو يشمل السفن والطائرات الحربية وغير الحربية.

اما على مستوى القانون الدولي الخاص

فتظهر أهمية جنسية السفينة بالنسبة للولادات التي تحصل على متنها ونفوق في الحكم هنا بين السفن العامة الحربية والمخصصة لاغراض حكومية والسفينة الخاصة أو الحكومية المخصصة لاغراض تجارية فالولادة على متن السفن الأولى أينما حصلت سواء كانت السفينة في البحر الإقليمي الوطني أم الأجنبي أم اعالي البحار فإنها تعد حاصلة حكماً على إقليم دولة السفينة بالتالي تحدد جنسية المولود بحسب الأسس المعتمدة في تلك الدولة فإذا كان الأب أو الام من تلك الدولة وكانت تأخذ باساس حق الدم المنحدر من الأب أو الام فإن الولد سيأخذ جنسية دولة السفينة، اما إذا كانت تأخذ باساس حق الإقليم فجنسية الطفل هي جنسية دولة السفينة أيضاً، اما إذا كان الأب من دولة تأخذ باساس حق الإقليم والسفينة تابعة لدولة تأخذ باساس حق الدم فالمولود سوف يولد عديم الجنسية ذلك لانه مولود خارج إقليم دولته وعلى اراضي دولة لا تمنح جنسيتها على أساس الإقليم.

اما إذا كانت السفينة خاصة فتطبق احكام السفينة العامة السابق ذكرها إذا حصلت الولادة على متنها في اثناء وجودها في البحر الإقليمي الوطني التابع لدولة السفينة وفي اعالي البحار، اما إذا حصلت الولادة في السفينة في البحر الإقليمي الأجنبي فتطبق أسس منح الجنسية لدولة البحر الإقليمي الأجنبي، فإذا كانت تأخذ باساس حق الدم عن الأب أو الام وكان أحدهما من وطنيها فالمولود سيأخذ جنسية الدولة الأجنبية كما يأخذ جنسية تلك الدولة إذا كانت دولة البحر الإقليمي تأخذ بحق الإقليم اما إذا حصلت الولادة من أب يأخذ قانونه بحق الإقليم على متن سفينة في البحر الإقليمي لدولة تأخذ بحق الدم فالمولود سيكون لا جنسية له. أي أنه يولد عديم الجنسية.

ثانياً: جنسية الطائرات^(١)

كل طائرة مسجلة في السجلات المعدة من جانب سلطات الطيران المدني تحمل الجنسية الوطنية وقد اعتمد هذا الموقف المشرع العراقي، وتزول الجنسية العراقية عن الطائرة إذا فقد مالکها الجنسية العراقية أو إذا تم شطب الطائرة من سجلات التسجيل بسبب انتقال ملكيتها إلى أجنبي...

وتظهر أهمية جنسية الطائرة بشكل خاص في اطار القانون الجنائي والقانون الدولي الخاص. ففي اطار القانون الأول نظمت احكام الاختصاص المادة (٧) و(٨) من قانون العقوبات العراقي السالف ذكره كما نظمت اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ المصادق عليها العراق بقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٨٠ هذه الاحكام إذ قضى باختصاص دولة تسجيل الطائرة على الأفعال الجرمية التي تحصل على متنها مع امكانية ان يتوزع الاختصاص بين قانون دولة الطائرة وقانون دولة أخرى. ومنها الدولة التي تحلق في اجوائها الطائرة وذلك في حالات منها إذا امتدت اثار الجريمة لتلك الدولة أو مست امنها أو خرقت أنظمة الطيران. علما ان اتفاقية طوكيو خاصة بالطيران المدني حصراً.

١- نظمت احكام جنسية الطائرات اتفاقية الطيران المدني الموقعة في شيكاغو عام ١٩٤٤ التي صادق عليها العراق بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٤٧ فقد أشارت المادة ١٧ من الاتفاقية إلى ان تمنح كل طائرة جنسية الدولة التي سجلت في سجلاتها الخاصة بوسائط النقل كما تركت الاتفاقية شروط التسجيل واليثة للقوانين الداخلية لكل دولة بحسب المادة (١٩) منها وفي الحقيقة صادق العراق على عديد من الاتفاقيات التي تنظم الملاحة الجوية مع دول عديده نذكر من تلك الاتفاقيات، اتفاقية مع بورما إذ تمت المصادقة عليها بقانون ٤٩ لسنة ١٩٨٠ وكذلك الاتفاقية مع فلندا حيث صادق عليها بقانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٨٠ ومع كوريا بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٩ ومع اسبانيا بقانون رقم ١٤٠ لسنة ١٩٨٠ وان الاتفاقيات المتقدمة نظمت حركة الطيران المدني أي حركة الطائرات عبر حدود العراق، ومن ثم فإن حركة الطيران من العراق والدول المذكورة أنفا تنظمها تلك الاتفاقيات كما ان حركة الطيران العسكري بين العراق وغيره من الدول يقتضي ان تكون بحسب اتفاقية دولية أو تصريح بذلك في الحركة عبر المجالات الجوية.

اما في اطار القانون الثاني وهو القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بجنسية المولود على متن طائرة فانه يسري عليها ما يسري من احكام على جنسية المولود على متن السفينة. إذ يتم التفرقة بين الطائرات العامة والخاصة وفيما إذا تمت الولادة على الطائرات في الإقليم الجوي الوطني أو في الفضاء الجوي الحر أو في الإقليم الجوي الأجنبي.

ثالثاً: الانهار الاصطناعية:

يختلف المجال الذي تتحرك فيه الاقمار الصناعية عن المجالات التي تتحرك خلالها السفن والطائرات، إذ إن الاقمار الاصطناعية تحلق في الفضاء الجوي الحر غير الخاضع لسيادة دولة معينة، بل ان على هذا الفضاء سيادة مشتركة ويشبه بعضهم هذا الفضاء باعالي البحار، فهو يمثل تراثاً مشتركاً للانسانية بينها السفن والطائرات تتحرك بين أكثر من مجال فهي ممكن ان تتحرك في المجال الوطني والأجنبي أو المجال الحر. فاختلاف المجال الذي يتحرك فيه كل منها يفضي إلى اختلاف في الاحكام لاسيما فيما يتعلق بالجنسية والولادة او الأفعال الجرمية التي تحصل على متن كل منها فالاقمار الاصطناعية تأخذ جنسية الدولة التي اطلقتها في أكثر الاحيان وان لم تكن هذه الدولة هي التي انشأت القمر فالولادة والجرائم التي تحصل على متن القمر تخضع لقانون دولة اطلاقه وفيما إذا كانت تأخذ باساس حق الدم أو الإقليم أو الحقين معا لفرض جنسيتها.

المعاملات المدنية التجارية التي تحصل

على متن السفن والطائرات

يطبق على هذه المعاملات قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع ففي اطار الحقوق الشخصية (المعاملات المالية) والتي تدخل ضمن مفهوم العقد الدولي يطبق قانون الارادة الصريحة أو الضمنية ايا كانت المنطقة الجوية أو البحرية المار بها الطائرة أو

السفينة وفي ظل غياب الارادة يصار إلى تطبيق قانون جنسية السفينة أو الطائرة بوصفه قانون محل الابرار مع اختلاف موطن اطراف المعاملة وهذا هو موقف التشريعات العربية كما سيرد لاحقاً اما المعاملات المتعلقة بالاموال العقارية أو المنقولة فتخضع لقانون موقعها اينما تمت المعاملة المتعلقة بها.

اما مسائل الاحوال الشخصية فتخضع لقانون جنسية الزوج أو الزوجين معا أو موطنهما المشترك فيما يتعلق بالزواج والطلاق أو لقانون المدين بالنفقة في مسائل النفقة (الزوج أو الأب) وهناك اتجاه يخضع هذه الاحوال لقانون موطن الزوجية أو موطن الأب أو المدين وهذا هو موقف الاتجاه الانكلوسكسوني على التفصيل الذي سيرد لاحقاً.

حکومتِ ہندوستان

في الصفحات السابقة. ولنا ان نذكر في هذا الاطار المشاكل التي تترتب على مزيج الجنسية التي بعضها تتعلق بمركزه القانوني وبعضهم الاخر يتعلق بالنظام القانوني الذي يخضع له.

فمن حيث مركزه القانوني يواجه الشخص تعدد الدول التي يقع تحت سيادتها ومن ثَمَّ تعدد الحقوق التي يتمتع بها والالتزامات التي يكلف بها أمام تلك الدول وخاصة الالتزام باداء الخدمة العسكرية في حالة إذا كانتا الدولتين اللتين يحمل الشخص جنسيتيهما في حالة حرب فان اداء ذلك الشخص الخدمة العسكرية إلى جانب أحدهما ضد الأخرى يعد خائناً من جانب أحدهما وهذا ما واجهه المدعو Jomeya - Kawokita الذي كان يحمل الجنسيين الأمريكية واليابانية فقد قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة في سنة ١٩٥٤ بادانته بتهمة الخيانة العظمى لمحاربته في صفوف الجيش الياباني بالرغم كونه أمريكياً ولم تعدد المحكمة بالجنسية اليابانية رغم ان البروتوكول الخاص بالالتزامات العسكرية الملحق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ في المادة الأولى وكذلك اتفاقية مجلس اوربا لعام ١٩٦٢ اوجب على متعدد الجنسية اداء الخدمة العسكرية لحساب الدولة التي يقيم فيها ويرتبط بها بالفعل، وهذا يعني ان اداءه للخدمة العسكرية مبرر للذمة في مواجهة بقية الدول التي يحمل جنسيتها وقد حسمت بعض الدول الخلاف في هذه المسألة كما حصل في قضية كارلييه بين فرنسا وبلجيكا عام ١٨٦٠م، كما يواجه الشخص مزدوج الجنسية في هذا الاطار مشاكل تتعلق باداء الضرائب كما تثار صعوبة حمايته دبلوماسياً وخاصة إذا كان الشخص يحمل جنسية الدولة المدعية والمدعى عليه إذ لا يمكن هنا التدخل من جانب أحدهما لحمايته دبلوماسياً.

اما في اطار النظام القانوني فان كثيراً من الدول تعتمد ضابط الجنسية لتحديد الاختصاص القانوني في مسائل الاحوال الشخصية ومنها العراق وسائر الدول

وقد أكدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ في المادة (٥) على ضرورة معاملة الشخص المزدوج الجنسية من قبل الدول الغير على أنه يحمل جنسية واحدة.

ولوضع حلول عملية للتنازع الايجابي في الجنسيات لابد ان يحسب مزدوج الجنسية على حساب جنسية دولة واحدة يكون نظامها القانوني هو الواجب تطبيقه في حقوقه والتزاماته وفي حكم مسائل احواله الشخصية وهذا ما يقدم المعيار الذي على اساسه تحدد جنسية هذه الدولة.

ويختلف النظام القانوني لمزدوج الجنسية بين فرضين الأول إذا كان أمام القضاء الوطني والثاني إذا كان أمام القضاء الأجنبي.

إذا كان مزدوج الجنسية يحمل من بين الجنسيات جنسية قاضي النزاع فهنا تعتمد جنسية قاض النزاع ولا يعتد ببقية الجنسيات فإذا كان الشخص يحمل الجنسية الفرنسية والايطالية والعراقية ونشأ نزاع متعلق به أمام القضاء العراقي فعلى القاضي هنا ان يعتد بالجنسية العراقية ويعامل الشخص هنا معاملة وطنية ويسوغ هذا الموقف كون الجنسية مسألة تتعلق بسيادة الدولة وان القاضي ياتمر باوامر مشرعه ونواهيه فحضور الجنسية الوطنية من بين الجنسيات تعد بمثابة حضور لقانونه الوطني الذي يوجب على القاضي تطبيقه.

﴿ طَرَا السَّيِّئُ نَهْرِي ﴾

في أكثر الدول^(١)، وكما كان ضمن هذا الاتجاه المشرع العراقي حيث نصت المادة (٢/٣٣) من القانون المدني على (ان الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه) وفي المعنى نفسه كانت المادة (٤/١٠) من قانون الجنسية الجديد التي نصت على (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية).

→ مجموعة القانون الدولي الخاص التركي الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٥/٢٠ والمادة (٣١) من القانون المدني اليوناني والمادة (٢/٢٩) من القانون المدني الإسباني. أشار إليها د. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩١، ص ٧٦ - ٧٧. نقلا عن مجد الدين طاهر خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لم تعدد الجنسية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٧، ص ٣٥٣، اما القانون الفرنسي فلم يفرّد نصا بذلك وإنما أشار إليه بصورة ضمنية من خلال المادة (٣/٣) من القانون المدني لعام ١٨٠٤ والتي تقضي باخضاع حالة واهلية الفرنسيين للقانون الفرنسي حتى لو كانوا في الخارج من دون تمييز فيما إذا كان هؤلاء الفرنسيين يتمتعون بجنسية أخرى، انظر رسالتنا للدكتوراه، مصدر سابق، ص ١١٠، هامش رقم ١.

١- ان أعمال مبدأ جنسية القاضي الوطني طبقته محاكم جميع الدول التي قننت هذا المبدأ، انظر مثلا قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٧٢/١١/٧ فقد جاء فيه (ان الوصاية على الاطفال الذين يحملون في ذات الوقت الجنسيتين الفرنسية والجزائرية يجب ان تكون محكومة بالقانون الفرنسي)، وانظر في القضاء اليوناني قرار محكمة النقض اليونانية رقم ١٩٨٥/٦٨٤ فقد قررت فيه (عندما يكون الشخص حاملا لعدة جنسيات احدهما يونانية فان القاضي اليوناني يقوم بالاختيار لصالح هذه الجنسية، ومن ثم فان الشخص يعتبر يونانيا) كما طبقه القضاء السوري والتونسي والمصري والبلجيكي والهولندي والايطالي والأمريكي والالمانى، انظر حول مراجع هذا القضاء هذه الدول مشار إليه لدى مجد الدين طاهر خربوط، مصدر سابق، ص ٣٥٥ ومابعدھا. وهذا المبدأ اخذ به القضاء اللبناني رغم عدم وجود نص في القانون، فقد قررت محكمة التمييز المدنية الثالثة في قرارها رقم ١٠ الصادر بتاريخ ١٩٧٣/٣/٢٩ على أنه (إذا فرض ان ثمة تنازعاً بين القانون اللبناني والقانون اليوناني فإنه يقتضي على القاضي اني يطبق قانونه الوطني اي القانون اللبناني فيما يختص في الجنسية المتنازع عليها وذلك وفقاً للمادة الثالثة من اتفاقية لاهاي المؤرخة في ١٩٣٠/٤/١٢) أشار إليه انطوان الناشف، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

وهناك فرض آخر لا يعتمد فيه بجنسية قاضي النزاع إذا وجد اتفاق بين دولة الأخير ودولة أخرى يحمل الشخص جنسيتها وهو يقضي اعتماد جنسية غير جنسية قاضي النزاع.

إن تحديد جنسية دولة واحدة ينطوي على صعوبة أكبر مما وجدناها في الحالة الأولى ذلك لأن قاضي النزاع لا علاقة له بمزدوج الجنسية ومن ثم لا يملك حق ترجيح جنسيته الوطنية لأنها لم تكن حاضرة من بين الجنسيات المتعددة فيقتضي ذلك من القاضي أن يعامل جميع الجنسيات التي يحملها الشخص معاملة متساوية استنادا لمبدأ تكافؤ السيادة، فلا يرجح أو يهمل أحدهما ولقد تعددت المواقف القانونية بشأن حل هذه الاشكالية في عدة اتجاهات نذكر منها:

بحسب هذا الاتجاه يكون للشخص حق اختيار إحدى الجنسيات التي يحملها على أن يكون بالغاً عاقلاً حراً في الإرادة وإذا كان غير بالغ فيستظر اختياره حين بلوغه وهذا الاتجاه يحترم حرية الشخص ورغبته وقد أكدت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ ذلك في المادة (٦) إذ أعطت فرصة الاختيار لمزدوج الجنسية إلا أن هذا الاتجاه ينتقد لانه يترك الجنسية وهي من نظم القانون العام ومسألة تتعلق بالسيادة لرغبة

الأفراد ومشيتهم وهذا لا ينسجم مع المنطق السليم فكيف تترك الدولة تحديد وطنيتها لأرادتهم.

٢- الاتجاه نحو الحل بالطرق الدبلوماسية

بحسب هذا الاتجاه يتم تحديد جنسية احدى الدول التي يحمل الشخص جنسيتها بواسطة المفاوضات والاتفاقيات وهذا الاتجاه وان كان يحترم سيادة الدول فانه ينطوي على الاطالة والتعقيد وهو يستخدم لحل النزاعات السياسية في الغالب.

٣- الاتجاه نحو اعتماد القانون الاقرب لقانون قاضي النزاع

وهذا الاتجاه يمكن القاضي من اختيار الجنسية الاقرب قانونها لقانونه^(١) ويؤخذ عليه انه يجعل من قانون قاضي النزاع نموذجاً للقوانين مما يخل بمبدأ تكافؤ السيادة.

٤- الاتجاه نحو ترجيح الجنسية السابقة في الاكتساب

تعتمد هذه الجنسية احتراماً للحقوق المكتسبة التي نشأت في ظلها وهي تمثل الجنسية الاقدم في الاكتساب^(٢)، يؤخذ على هذا الاتجاه اهماله رغبة الشخص واختياره الذي تعكسه الجنسية اللاحقة.

١- أخذت بهذا الاتجاه المحكمة العليا الفيدرالية في سويسرا في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٧/١١ (في النزاع الذي كان معروضا بين الجنسية الفرنسية والاطالية لزوجة فرنسية لاهد الايطاليين فقد رجحت المحكمة الجنسية الفرنسية على اعتبار ان النظام القانوني الفرنسي اقرب إلى النظام القانوني السويسري). أشار إليه د. احمد عبد الكريم سلامة ود. محمد الروبي، مصدر سابق، ص ٨٦.

٢- فقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة المدين الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٨٧/٥/١٢، أشار إليه د. عبد الحميد ابو هيف، مصدر سابق، ص ١٣٧. كما اعتمد هذا الرأي من قبل المحكمة الادارية العليا في سوريا في قرار لها بصدد تراكم جنسيتين احدهما وطنية فقضت بتفضيل الجنسية الأصلية على الرغم من انها أجنبية، قرارها رقم ٢٥٢ في الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٧٥. أشار إليه، احمد رفيق الخياط واحمد الزين، قانون الجنسية العربية السورية، ط١، دار الكتب العربية، دمشق، ١٩٨٠، ص ١٤٠ - ١٤١، نقلا عن مجد الدين طاهر خربوط، مصدر سابق، ص ٣٠٨.

بها أكثر حقوقه المدنية والسياسية ويستدل عليها من خلال جملة وقائع وظروف تعكس وجودها ومنها اداء الخدمة العسكرية ودفع الضرائب والإقامة فيها وممارسة حق الانتخاب والترشيح وتملك العقارات والتوظيف والزواج وتكوين عائلة مع الاشتراك في خط الهاتف والبريد وسائر الخدمات وتحديثه اللغة الرسمية للدولة. فهذه الوقائع لتركيز القسم الغالب منها فايها يكون تركيزها فهي دولة الجنسية الفعلية، فالجنسية التي تحصد اكبر قدر من الوقائع المتقدمة تكون هي الجنسية الفعلية.

وقد أخذت بهذا الاتجاه المادة (٣) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية التي نصت على أن (تتألف المحكمة من خمسة عشر عضوا ولا يجوز أن يكون فيها أكثر من عضو واحد من رعايا دولة واحدة وإذا كان من الممكن عد أحد الأعضاء متمتعا بعضوية أكثر من دولة واحدة فإنه يعتبر من رعايا الدولة التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية).

كما اعتمدت أكثر التشريعات هذا الاتجاه ومنها التشريع اليوناني والايطالي والتركي والاسباني والسوري والليبي والجزائري والمغربي والمصري كما اخذ به المشرع العراقي في المادة (١/٣٣) التي نصت على أن (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد) ولم يصرح المشرع العراقي باعتماد الجنسية الفعلية كما فعل المشرع الجزائري في القانون المدني لعام ١٩٧٥ وكذلك المشرع التونسي في مجلة القانون الدولي الخاص لعام ١٩٩٨ في المادة (٣٩) منها، إلا أننا يمكن ان نستدل على اعتماده لهذه الجنسية من خلال اعتماده مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا التي يلزم اتباعها إذا لم يوجد نص صريح يقضي بها بحسب نص المادة (٣٠) من القانون المدني التي جاء فيها انه (يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع

انتهت المحكمة إلى اعتماد الجنسية البيرونية بوصفها الجنسية الفعلية لتوافر مواصفات الجنسية الفعلية فيها من حيث الزواج والتملك والترشيح والانتخاب.

كما ذهبت محكمة التحكيم في قضية أخرى تعرف باسم (ماتيسون) عام ١٩٠٣ بين بريطانيا وفرنسا إذ انتهت المحكمة إلى اعتماد الجنسية الفرنسية بوصفها الجنسية الفعلية لما تنطوي عليه من مواصفات الجنسية الفعلية.

كما ذهبت محكمة التحكيم الأمريكية الإيرانية عام ١٩٨١ في قضية ناصر الاصفهاني إلى اعتماد الجنسية الأمريكية بوصفها جنسيته الفعلية إلا أن القضاء الدولي شكك في الجنسية الفعلية في قضية جورج سالم عام ١٩٣٢ بين مصر والولايات المتحدة.

لذا نخلص إلى نتيجة مفادها استقرار مبدأ الجنسية الفعلية في ظل طرح النزاع المتعلق بشخص مزدوج الجنسية أمام القضاء الدولي أو القضاء الوطني لدولة لا علاقة لها بالنزاع وذلك بالنظر إلى ما يحققه هذا المبدأ من أمن قانوني للأفراد، وقد طرح الفقه بديلاً عن هذا المبدأ يتمثل بفكرة الحل الوظيفي التي تلخص بان مزدوج الجنسية سواء حضر أمام دولة لها علاقة بالنزاع أو أمام دولة لا علاقة لها بالنزاع أو أمام القضاء الدولي فيصير إلى اعتماد الجنسية التي تحقق هدف القواعد القانونية في حمايته وتحقيق مصلحته، فهذا الاتجاه يركز على قصد المشرع من وضع القاعدة.

الفرع الثاني

التنازع السلي للجنسيات

ينشأ هذا التنازع عن وجود شخص عديم الجنسية إذ يقع في مركز سلمي فتتخلل عنه جميع الدول لأنه لا ينتمي إلى أي منها، ومن ثم يواجه مشكلة تتعلق بالقانون

على أن (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد). كما ذهب المشرع العراقي إلى هذا الحل في المادة (١/٣٣) من القانون المدني والتي نصت على أن (تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد).

كما أكدت المادة (١/١٩) من قانون العقوبات العراقي على وصف عديم الجنسية بالمواطن العراقي إذا كان مقيماً في العراق لأغراض تطبيق قانون العقوبات.

المطلب الثاني

الضمانات القانونية لحامل الجنسية

لما كانت الجنسية علاقة ما بين فرد ودولة فهي من هذه الناحية من نظم القانون العام، وهذا يعني أن الدولة تستأثر بوضع أحكام فرضها ومنحها وفقدانها واستردادها بقانون يصدر عن السلطة المختصة في الدولة ولا يملك أحد الأفراد أو الدول التدخل في هذه المسألة لأنها متعلقة بعمل سيادي، ولكن السؤال هنا من يملك الاختصاص في تطبيق قانون الجنسية؟ ومن له الاختصاص في النظر في الاعتراض والطعن بالقرارات المتعلقة بتطبيق قانون الجنسية؟ وإذا كان للفرد حق حمل الجنسية فلكل حق دعوى تحميه فما هي الوسائل المفيدة لإثبات هذا الحق؟ وإذا تمكن الفرد

→ القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩، والمادة (١١) من مجموعة القانون الدولي الخاص المجري لعام ١٩٧٩، والمادة (٢/٥) من مجموعة القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦، والمادة (٤) من مجموعة القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢، والمادة (٢٤) من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧. أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة ود. محمد الروبي، قانون الجنسية ومراكز الأجانب، مطبعة الاسراء، ٢٠٠٣، ص ١٠٧ - ١٠٨.

الفرع الأول

ذکر السبب نہوری

صدور القرار الأخير كان متردد بين اختصاص القضاء وعدم اختصاصه مع مراعاة احكام المادة (٩) من قانون الجنسية وقد نظر القضاء العراقي في عدة دعاوى منها قرار محكمة التمييز رقم ١٥٦ لسنة ١٩٧٠ وقرارها رقم ٤٠٨ لسنة ١٩٦٤ وكذلك قرارها رقم ١٩٤٨ لسنة ١٩٦٥ إذ وصف القضاء ان قرار الوزير عمل اداري لا عمل سيادي ومقابل هذه القرارات تراجع القضاء في مناسبات أخرى عن موقفه ومنها قرار محكمة التمييز رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٠ إذ وصف القضاء الاختصاص في منح الجنسية عملاً سيادياً وكذلك قرارها رقم ٧٠٠٢ لسنة ١٩٦٧^(١) وفي الحقيقة ان مجلس الحكم الانتقالي اصدر قرارين الأول رقم ١١١ لسنة ٢٠٠٣ والثاني رقم ١١٧ لسنة ٢٠٠٣ الغى بموجبهما كل ما يمنح المحاكم من النظر بقضايا الجنسية والعمل وفق الولاية العامة للسلطة القضائية.

كما كان هذا هو موقف دستور العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (٦/١٨) التي نصت على أن (تنظم احكام الجنسية بقانون وينظر في الدعاوى الناشئة عنها من قبل المحاكم المختصة) كما أكدت المعنى نفسه المادة (١٠٠) من الدستور إذ نصت على أن (يحظر النص في القوانين على تخصيص أي عمل أو قرار اداري من الطعن).

كما حدد قانون الجنسية الجديد النافذ القضاء المختص للفصل في مسائل الجنسية بحسب المادة (١٩) التي نصت على أن تختص المحاكم الادارية في الدعاوى الناشئة عن تطبيق احكام هذا القانون) كما أكدت المادة (٢٠) على أنه (يحق لكل من طالبي

→ التي لم تكتسب فيها قرارات المحاكم الدرجة القطعية ٢ - مع مراعاة المادة التسعة (المعدلة) من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٢ يجوز الاعتراض على قرارات وزارة الداخلية في تطبيق احكام هذا القانون لدى السيد رئيس الجمهورية ويكون قراره في هذا الشأن قطعياً.

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - القسم الأول المصدر السابق - ص ١٦٥.

التجنس والوزير اضافة إلى وظيفته الطعن في القرار الصادر عن المحاكم الادارية لدى المحكمة الاتحادية).

وهذا يعني ان القضاء المختص في دعاوى الجنسية هو القضاء الاداري وهذا هو الحال في مصر بعد صدور قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢^(١)، وقد اتجه المشرع السوري إلى هذا التوجه أيضا إذ قرر في المادة (٢٨) من قانون الجنسية السورية ان (يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء اداري دون غيره بالفصل في دعاوى الجنسية).

في الواقع ان تقرير هذا الاختصاص للقضاء الاداري وحده دون غيره يأتي مخالفا لما استقر عليه القضاء في فرنسا والذي تأكد في المادة (١٢٤) من قانون الجنسية الفرنسية لعام ١٩٧٣ من منح الاختصاص بمنازعات الجنسية للقضاء الاعتيادي اخذا في الاعتبار ان الجنسية من العناصر الأساسية لحالة الأشخاص إذ تعد المحاكم العادية اقدر على صونها^(٢)، وهذا الموقف الذي جاء به القانون الفرنسي أخذت به

١- فقد عقد المشرع المصري الاختصاص في دعاوى الجنسية للقضاء الاداري بمقتضى المادة العاشرة من القانون المذكور والتي تنص على أنه (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية... سابعا: دعاوى الجنسية) وتطبيقا لذلك فقد اتجه القضاء المصري إلى ماذهب إليه المشرع في هذا الجانب انظر قرار محكمة النقض المصرية (... منازعات الجنسية - اختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل فيها - اثارة المنازعة أمام القضاء العادي، وجوب ايقاف الدعوى وتكليف الخصم المعني باللجوء للجهة المختصة، ولجهة القضاء العادي، القضاء في الدعوى بحالتها إذا كان وجه المسألة في الجنسية ظاهرا، المواد (١٠) قانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ (١٦) قانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢، (١٢٩) مرافعات الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٣٥ قضائية جلسة ٢٧/٤/١٩٨٩/احكام محكمة النقض المكتب الفني، السنة الأربعون، ج٢، ابريل - اكتوبر ١٩٨٩، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، ١٩٩٤، ص ٢٢٢.

٢- د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، الجنسية - مركز الأجانب - تنازع الاختصاص القانوني - الاختصاص القضائي الدولي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣، ص ٢٥٤.

تشريعات عديدة في المغرب العربي متأثرة بالقانون الفرنسي، وهذا موقف القانون اللبناني أيضا إذ عقد الاختصاص في دعاوي الجنسية للقضاء الاعتيادي، وقد تأكد هذا الاختصاص بمقتضى القانون رقم ٦٨/٦٧ الصادر بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٤^(١) والحقيقة ان القضاء الاداري بموجب احكام القانون العراقي يختص في الدعاوى التي توجه بصفة أصلية بشأن الجنسية أو بصفة طعن أو تظلم من قرار أو إجراءات وزير الداخلية، أي أن القضاء الاداري لا ينظر في الدعاوى المقامة من قبل الأفراد لإثبات الجنسية الوطنية لهم أو نفيها عنهم من دون ان يكون هناك قرار سابق صادر بحقهم ينص على المنح أو السحب أو الاسقاط كما يختص القضاء الاداري بالنظر في الدعاوى التي تقام للتظلم أو الطعن في عمل اداري يتعلق بسحب الجنسية عن الشخص أو عدم منحه إياها على الرغم من توافر شروط المنح أو الفرض فيه^(٢).

١- تقضي المادة الأولى من القانون اعلاه على أنه (تختص المحاكم البدائية دون سواها بالنظر في دعاوي قيد المكتومين المسندة إلى بنود معاهدة لوزان وإلى القرار (٢٨٢٥) الصادر في ١٩٢٤/٨/٣٠ وتحال اداريا بموجب الفقرة الثانية من هذه المادة الدعاوي العالقة بهذا الشأن أمام الحكم المتفردين إلى المحاكم البدائية) وفي المعنى ذاته انظر المادة (٩) من القرار رقم ١٥ لسنة ١٩٢٥ والمادة الأولى من القرار رقم ١٩٧ بتاريخ ٢٧/تموز/١٩٤٠ الخاص بمنازعات الجنسية.

٢- تأكيداً للمعاني المتقدمة انظر قرار المحكمة الاتحادية العليا (ان امتناع وزير الداخلية منح المدعين الجنسية العراقية على الرغم من تقديمهم التظلم في ٢٠٠٦/٥/١٦ فإن الرفض يعد تصفاً في حقهم وغير مبني على صفة من القانون ومخالف لاحكام الدستور، حيث جاء فيه... لاحظت المحكمة ان المدعين طالبوا في دعواهم بمنحهم الجنسية العراقية استناداً لاحكام المادة ١/٣ من قانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ التي تقضي ((يعتبر عراقياً من ولد لآب أو لأم عراقية...)) وحيث من ولد لآب عراقي أو لأم عراقية يعد عراقياً بحكم القانون وتمنح له الجنسية العراقية بصرف النظر عن جنسية الوالد الآخر ابا كان أو اما تطبيقاً لحكم المادة ٢/١٨ من الدستور الدائم... وحيث إن الثابت للمحكمة ان المدعين مولودين لأم عراقية لذا فإنهم ولدوا عراقيين بحكم القانون ويكونون محقين في طلبهم بمنحهم الجنسية العراقية استناداً للنصوص القانونية المتقدمة، اما ما ورد في المادة ٢/٦ من قانون الجنسية من حكم فانه لا يسري على من ولد لأم عراقية ولا يتقاطع مع حكم المادة ٢/١٨ من الدستور والمادة ١/٣ من قانون الجنسية لن المادة ٢/٦ تخص الفلسطيني ابا الذي لم يولد لأم عراقية لاسيما وان المادة ٢/١٨ ورد في الدستور وهو القانون الاسمي ويكون ملزماً دون استثناء ←

يرث من دون موانع اما إذا لم تثبت هذه الجنسية فهو لا يرث الا إذا كان قانون دولته يورث العراقي منه المادة (١/٢٢) من القانون المدني كما يمكن ان يختص القضاء الاداري بمسائل الجنسية بوصفها مسألة أولية إذا تعلق بدعوى أصلية مقامة امامه.

الفرع الثاني

إثبات الجنسية

إثبات الجنسية هو الالتزام بإقامة الدليل على ثبوت الجنسية أو نفيها باتباع احكام قانون تلك الجنسية^(١)، والمتعلقة بالمسائل الموضوعية من دون المسائل الاجرائية وذلك ان الأخيرة يسري عليها قانون المحكمة المرفوع امامها النزاع، والسؤال الذي يقدم في هذا المقام هل يحق للفرد ان يرفع دعوى أمام القضاء لغرض إثبات أو نفي الجنسية عنه؟ ان الاجابة عن هذا السؤال تختلف بين ما إذا سلمنا للقضاء أمر الفصل في دعاوى الجنسية وإذا لم نسلم له بهذا الحل ففي الفرض الأول يمكن إقامة الدليل على إثبات الجنسية الوطنية أو نفيها بحسب توجه الشخص أمام القضاء الاداري أو العادي وبحسب قانون دولة إقامة الدعوى وفي العراق يكون الاختصاص في هذه المسألة للقضاء الاداري. وكذلك الحال في مصر وسوريا وأكثر البلاد العربية اما في الفرض الثاني فيمكن إثبات الجنسية أو نفيها أمام الادارة بوصف الجنسية من أعمال السيادة التي ليس للقضاء حق الفصل فيها وهذا موقف قانون الجنسية الكويتي الذي عقد الاختصاص في هذا المجال إلى لجان تعين بمرسوم اميري بناء على عرض وزارة الداخلية^(٢)، وهذا أيضا ما لاحظناه في العراق بحسب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٤١٣ لسنة ١٩٧٥.

١- د... حسام الدين فتحي ناصف، نظام الجنسية في القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٧٦.

٢- د. ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، -

أما ما هي طرق إثبات الجنسية فهناك طريقتان للإثبات، الطريق المباشر والطريق غير المباشر الطريق الأول يصلح لإثبات الجنسية المكتسبة من خلال انه يقيم الدليل على توافر شروط منح الجنسية من خلال إثبات إقامة الشخص للمدة المطلوبة لمنح الجنسية وحصوله على وثيقة الإقامة أو إثبات زواج الأجنبية من وطني للحصول على جنسية زوجها من خلال تقديم وثيقة الزواج اما الطريق غير المباشر في إثبات الجنسية فهو يصلح لإثبات الجنسية الأصلية لان إثبات هذه الجنسية يتم عن طريق إثبات الأساس الذي فرضت عليه، فإذا فرضت على أساس حق الدم فالشخص يثبت هنا جنسيته من خلال إثبات جنسية الأصول التي انحدر منها فإثبات الجنسية في الوضع الأخير يفيد بشكل غير مباشر لإثبات جنسية الشخص، وبالنظر للصعوبات الجمة التي يثيرها إثبات الجنسية، إذ يتوجب على من يدعي أنه يتمتع بالجنسية الوطنية على وفق ذلك الأساس أن يثبت أن والده وطني ووالد والده كذلك نزولاً مع تسلسل الأجيال السالفة إلى ما لا نهاية وهو أمر لا يطيقه المدعي ويزداد الفرض صعوبة كلما قدم الزمان بالدولة التي يدعي الشخص الانتماء إليها مما دعا بعض القوانين الوضعية إلى النص صراحة على قرينة الجنسية الظاهرة في تلك الحالة محيلاً إياها إلى قرينة قانونية^(١).

→ قسم القانون الدولي، ٧٣/١٩٧٤، ص ١٨٦.

١- وهو ما نصت عليه صراحة المادة (١٤٣) من قانون الجنسية الفرنسية محدداً كونها قرينة قانونية بالنسبة لجيلين متتابعين فقط بعد أن كانت لثلاثة أجيال في قانون الجنسية الفرنسية قبل تعديله بالقانون الصادر سنة ١٩٧٣، كما اخذ بها قانون الجنسية المغربي لعام ١٩٥٨ إذ يقضي الفصل (٣١) على أنه (إذا ادعى شخص الجنسية المغربية كجنسية أصلية يمكنه ان يثبتها بجميع الوسائل ولمسيما عن طريق الحالة الظاهرة...) وقد نحي القانون الجزائري المنحى نفسه إذ قرر المشرع الجزائري في المادة (٣٢) من قانون الجنسية لعام ١٩٧٠ على أنه (عندما يدعي شخص الجنسية الجزائرية كجنسية أصلية... يمكن إثباتها بكل الوسائل وخاصة الحالة الظاهرة) كذلك فقد اخذ بها القانون الكويتي لعام ١٩٥٩ في المادة (٢١) منه فقد اجاز الاخذ بالثمرة العامة لإثبات الجنسية الكويتية، انظر د. عادل عبد المقصود عفيفي، إثبات الجنسية في النظام القانوني المصري، بلا مكان طبع، ٢٠٠٥، ص ٢٠٠ - ٢٠٢.

على أن النص على عد الجنسية الظاهرة قرينة قانونية لا يشمل في حكمه الجنسية الوطنية الأصلية المبنية على أساس حق الإقليم، وذلك نظراً لعدم حاجة من يتمسك بإثبات هذه الحالة إلى إثبات الجنسية الوطنية بالترتيب إلى أسلافه الوطنيين فليست واقعة الميلاد من أب وطني هي ما يتمسك به بل واقعة الميلاد على الإقليم الوطني.

وبالمعنى السابق تبني القضاء المصري الجنسية الظاهرة (حيازة الحالة) واعتمدها وسيلة من وسائل إثبات الجنسية المصرية، غير أن القضاء المصري وسع من مجال أعمال حيازة الحالة الظاهرة وجعل منها قرينة يؤخذ بها لإثبات الجنسية المبنية على أساس حق الدم وحق الإقليم على السواء^(١).

أما إذا فرضت على أساس حق الإقليم، فيتم الإثبات من خلال إثبات واقعة الميلاد عن طريق تقديم شهادة الميلاد فإثبات الأخيرة يفيد بشكل غير مباشر إثبات الأساس الذي قامت عليه الجنسية، فإذا لم يوجد هذا الدليل لسبب أو لآخر فيجوز إثبات واقعة الميلاد بكافة طرق الإثبات^(٢).

وفي الحقيقة أن أكثر التشريعات العربية نظمت آليات إثبات الجنسية ومن هذه التشريعات قانون الجنسية السوري والمغربي والجزائري والتونسي والكويتي وكذلك القانون اللبناني في مشروع قانون الجنسية اللبناني الجديد^(٣) وكذلك مصر في قانون

١- انظر قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (١) احوال شخصية لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٢ فقد جاء فيه (ليس ثمة ما يمنع قانوناً في مصر من الأخذ بالحالة الظاهرة كقرينة احتياطية معززة بادلة أخرى مثبتة للجنسية سواء اكانت تلك الجنسية الوطنية أو الأجنبية وسواء اكانت مؤسسة على حق الدم أو الإقليم) أشار إليه ابراهيم سيد احمد، مصدر سابق، ص ١٢.

٢- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، احكام الجنسية - الموطن - مركز الأجانب، مطبعة العشري، ٢٠٠٥، ص ٢٩٥.

٣- انظر الفصل (٥٩) من قانون الجنسية التونسي والمادة (٢٩) من قانون الجنسية السوري والفصل (٣٠) من قانون الجنسية المغربي والمادة (٢٠) من قانون الجنسية الكويتي.

الجنسية رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥، إذ أشارت إلى الية إثبات جنسية الشخص. فحدد الإثبات على عاتق الشخص المتنازع في جنسية أي الشخص الذي يريد إثبات الجنسية المصرية أو نفيها وإثبات صفته الأجنبية هو الذي يقع عليه عبء الإثبات أما في العراق فلم ينظم قانون الجنسية السابق الملغى ولا الحالي إلى الية إثبات الجنسية العراقية وهذا ما يقودنا إلى اعتماد القواعد العامة في الإثبات والتي وردت في قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ في المادة (٢/٢٢) منه، التي نصت على أن (تعتبر من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك).

وعليه يمكن إثبات الجنسية العراقية للاستفادة من الامتيازات والحقوق التي توفرها هذه الجنسية ومنها حق التوظيف أو التملك أو الانتخاب أو الترشيح وإثبات نفيها للاستفادة من الحماية الدبلوماسية التي توفرها الدولة التي يدعي انه منسوب إليها وان طرق الإثبات المعتمدة هي الشهادة والادلة الكتابية والقرائن ولا يعتمد بالاعتراف واليمين لان الأولى ادلة موضوعية محايدة والثانية شخصية ومن ثم لا يجوز ان يصنع الانسان دليلاً لنفسه فالادلة الأخيرة منحازة. والاصل ان عبء الإثبات يقع على عاتق الشخص الذي يدفع بتمتعه بالصفة الوطنية أو نفيها عنه كما يقع على عاتقه الإثبات إذا دفع الغير بالإثبات والنفي طالما انه الشخص المتنازع في جنسيته ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة وانما يرد عليها استثناء يتحول بقتضاه الإثبات من الخصم المكلف به اصلاً إلى الطرف الآخر (الخصم الآخر في الدعوى أو الدفع) وذلك في حالتين: الأولى: إذا كان الشخص المتنازع في شأن جنسيته يحمل شهادة الجنسية الوطنية أو الوثيقة التي تثبت صفته الوطنية.

والحالة الثانية: إذا كان الخصم في الدعوى أو الدفع يحوز الحالة الظاهرة تلك الحالة التي يُظهر من خلالها صفته الوطنية من خلال اسمه وشهرته ومعاملته. فكل

من ينازع من يحوز إحدى هاتين الحالتين يقع عليه عبء الإثبات على أساس أنه يدعي خلاف الظاهر، تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات^(١).

الفرع الثالث

حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية

من الثابت أن حجية الأحكام بشكل عام نسبية كونها تؤثر في المراكز القانونية لأطراف النزاع الذي صدر الحكم في شأنهم من دون أن تتعداهم إلى غيرهم كما أنها تفترض وحدة محل النزاع وسببه، فنطاق الحجية على وفق هذا المعنى يتحدد بوحدة الخصوم والمحل والسبب، وتطبق الحجية النسبية في مجالات الأحكام الصادرة في شأن الجنسية، يؤدي إلى عدم الاعتراف بالحكم الصادر في شأن جنسية شخص معين بأي أثر في غير المنازعة التي تم الفصل فيها وعلى هذا النحو، فإذا كان الحكم قد قضى بثبوت الصفة الوطنية للشخص الذي كانت جنسيته محلاً للنزاع فإن أعمال هذا المبدأ لا يمنع من انكار هذه الصفة على الشخص نفسه بمقتضى حكم آخر صادر في منازعة أخرى، ومثل هذه النتيجة التي يؤدي إليها مبدأ نسبية أثر الأحكام تتعارض دون شك مع رابطة الجنسية التي تعد صفة قانونية في الشخص إذ تنشأ وتنقضي بحكم القانون، ومن ثم فهي إما أن تتوافر في الشخص أو تنعدم إذ ليس من المقبول أن تختلف صفة الشخص من دعو إلى أخرى وبإزاء هذه النتائج غير المنطقية التي يؤدي إليها مبدأ الحجية النسبية للأحكام في مجال الجنسية فقد حرصت أكثر التشريعات الحديثة على تأكيد الحجية المطلقة لأحكام الجنسية ومن هذه التشريعات تشريع الجنسية الفرنسي

١- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني (الإثبات وأثار الالتزام)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٨٨.

الفصل الثاني

الموطن



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله

الحمد لله الذي هدانا لهذا
ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
والحمد لله رب العالمين

الحمد لله الذي هدانا لهذا
ما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله
والحمد لله رب العالمين

تہید

يعد الموطن من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، وهو الاداة والوسيلة التي تعمل إلى جانب الجنسية لتوزيع الأفراد جغرافيا عبر دول العالم، وهو الاسبق في هذا الدور من الجنسية، وإذا كان كل من الموطن والجنسية يودئ هذا الدور، فلا بد لنا ان نبين الاختلاف بينهما فهو يظهر من نواح، ففي الوقت الذي تكون فيه الجنسية الاداة التي توزع الأفراد سياسيا بين الدول، الموطن يضطلع بمهمة تركيز الأفراد موقعيا مكانيا بين الدول، كما ان الجنسية رابطة قانونية روحية وسياسية في حين الموطن رابطة قانونية واقعية، كما انه يؤدي دورا رئيسا في تحديد القانون الواجب تطبيقه في مسائل الاحوال الشخصية في الدول الانكلو أمريكية لذا نجد الدول الأخيرة نظمت احكام الموطن الدولي، في حين يؤدي الموطن دورا ثانويا إلى جانب الجنسية في أكثر دول العالم وهي التي تاخذ بالاتجاه اللاتيني ومنها العراق، إذ إنها لم تنظم احكام الموطن على المستوى الدولي واكتفت بتنظيم احكام الموطن الداخلي ولاجل الاحاطة بما ينطوي عليه الموطن من احكام واهمية وما يكتنفه من اشكاليات كان لابد من بيان ذلك من خلال مبحثين سنعرض في الأول للتعريف بالموطن وفي الثاني دور الموطن وإشكالياته.

المبحث الأول

التعريف بالمواطن

لبيان التعريف بالمواطن يقتضي الوقوف على بيان معناه وعناصره وأسس تعيينه وأنواعه وموطن الشخص المعنوي وذلك من خلال خمسة مطالب.

المطلب الأول

معنى المواطن

لقد وضع الفقه والتشريع مفهومًا للمواطن لذا سنستعرض ذلك من خلال فرعين.

الفرع الأول

موقف الفقه

من خلال الاطلاع على آراء الفقهاء ومنهم الفقيه دايسي وستوري يظهر أنهما اتفقا على أن المواطن هو الحيز الجغرافي أو المنطقة الإقليمية التي يقصد الشخص أن يتخذها مقاما أو مقرا للعمل، وهذا يعني أن معنى المواطن يظهر بمظهرين: الأول المكان الذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء لمدة غير محدودة، والثاني مقر إدارة الأعمال وفيه تتركز صلاته العائلية والمهنية كما يصطلح بعضهم على الموقع الإلكتروني عبر شبكة الانترنت بالمواطن المفترض أو الافتراضي لأن من خلاله الفرد أو المؤسسة أو الشركة أو الهيئة تكشف للجمهور ما يراد لتحقيق غرض معنوي (إنساني) أو مادي (تجاري) وهذا الموقع يمكن أن يكون متاح للجمهور، أي يمكن أن يكون الدخول إليه عبر شبكة الانترنت للجميع كما هو الحال للمحرك [www. google. com](http://www.google.com).

وقد لا يكون ذلك الموقع متاح للجمهور بالدخول له (الموطن المفترض) (الموقع الالكتروني) الا بادخال password أو دفع قيمة الاشتراك^(١)، واعتقد ان مثل هذا الوطن تعنى بتنظيم أحكامه قوانين الدول التي بادرت إلى اصدار تشريعات تنظيم احكام المعاملات الالكترونية ومنها الولايات المتحدة الأمريكية والامارات والاردن، علما ان العراق لم يصدر مثل هكذا تشريعات.

ولم تسير الدول على مسار واحد في معنى المواطن كما سيرد لاحقا على وفق ذلك يمكن ان نعرف المواطن بأنه المجال الجغرافي الذي يركز الأشخاص تركيزا مكانيا ماديا جغرافيا وبه تتحقق للشخص صلة أو رابطة قانونية وواقعية بالدولة التي تحقق استقراره فيها وهذه الصلة أو الرابطة ممكن ان تكون دائمية أو مؤقتة بحسب قصد الشخص ونيته منها، وعلى وفق ما يحدده القانون الوطني لدولة الإقامة، ويعد المواطن على وفق ذلك مسألة متعلقة بسيادة الدولة ومن ثمَّ يدخل في مسائل القانون العام^(١).

الفرع الثاني

موقف التشريع

تتوزع التشريعات في بيان معنى الوطن إلى مجموعتين الأولى تحدد معنى الوطن بمقر الأعمال ومن هذه التشريعات القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ في المادة (١٠٢) التي نصت على أن (يكون موطن كل فرنسي بالنسبة لاستعمال حقوقه المدنية في المكان الذي يكون فيه مركز أعماله الرئيس) وعلى وفق القانون الفرنسي

١- للمزيد انظر د. فائق حسني حسوني، المواقع الالكترونية وحقوق الملكية الفكرية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، لارن ٢٠١٠، ص ٦٤-٦٦.

٢- بدر الدين عبد المنعم احكام الجنسية ومركز الأجانب والمواطن - مصدر سابق - ٣٣٠ - ٣٣١.

تعدد مراكز أعمال الشخص تكون العبرة بالمركز الرئيس^(١) والقانون المدني الإيطالي لعام ١٩٤٢ في المادة (٤٣) التي نصت على أن (يكون موطن الشخص في المكان الذي اتخذ فيه المركز الرئيس لاشغاله ومصالحه)^(٢). كما يظهر الموطن في ظل القانون البريطاني في ثلاث صور: الأولى يكون فيها موطن أصلي يثبت للشخص فور الميلاد، والثانية يكون فيها الموطن اختياري يكتسبه الشخص عندما يكون كامل الاهليه، والثالثة يسكن في موطن حكومي. هو موطن التابعين ومنهم الاطفال أو الصغار دون سن السادسة عشرة. وهؤلاء يتغير موطنهم تبعاً للمتبع^(٣).

اما المجموعة الثانية من التشريعات فقد حددت معنى الموطن بمحل الإقامة ومن هذه التشريعات التشريع البرازيلي حيث نصت المادة (٣) على (يكون موطن الشخص في المكان الذي يجعل فيه اقامته بنية البقاء) كما ذهب القانون المدني السويسري في المادة (٣٢) إلى المعنى نفسه، وكذلك القانون المدني التركي في المادة (١٩) والقانون المدني الألماني في المادة (٧) كما ذهب القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ في المادة (١/٤٠) إلى ذلك إذ نصت على أنه (المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة) كما نصت المادة (٤٢) من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ على (انه مجرد المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة).

كما ذهب المشرع العراقي إلى هذا المعنى في المادة (٤٢) من القانون المدني التي نصت على أن (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز ان يكون للشخص أكثر من موطن واحد).

١- د. بدر الدين عبد المنعم - احكام الجنسية والموطن ومركز الأجانب - مصدر سابق - ص ٣٢٦.

٢- أثار إلى ذلك د. حسن المهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص الجنسية والموطن ومركز الأجانب - القسم الأول مطابع التعليم العالي بغداد - ١٩٨٢ - ص ١٧٨ وما بعدها.

3- Morris - the couflit of laws Third edition - London - 1984 - P14 - 15 - 2

عناصر الموطن

الفرع الأول

العنصر المادي

الفرع الثاني

العنصر المعنوي

﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ نَهْرِي﴾

ومن الجدير بالذكر ان اغلب التشريعات افترضت اقتران العنصر المعنوي بالعنصر المادي ومنها القانون المدني المصري والسوري والعراقي وبعض التشريعات الاجنبية ومنها السويسري والالمانى.

أسس تعيين الموطن

الفرع الأول

يقوم هذا الأساس على تصوير واقعي للموطن فهو يعتمد الواقع العملي في تقييم المواطن. فالدولة التي فيها محل إقامة الشخص تعد دولة موطنه، وقد أخذت بعض الشريعات الأجنبية بهذا الأساس ومنها التشريع الاسباني والبرتغالي، والالمانى، والسويسري، والتركي كما أخذت به التشريعات العربية جميعها ومنها التشريع المصري والعراقي^(١).

١- ريا سامي سعيد الصفار - دور الموطن في الجنسية - رسالة ماجستير - كلية القانون جامعة -

ويترتب على الاخذ بهذا الأساس نتيجتان الأولى تتمثل بإمكانية تعدد الموطن وذلك بإمكانية تعدد محل الإقامة، والثانية تتمثل بإمكانية انعدام الموطن بإمكانية انعدام محل الإقامة وهذا يعني ان هناك ظاهرتين يفضي إليها هذا الأساس هما ظاهرة التنازع الايجابي في الموطن وتترتب على النتيجة الأولى وظاهرة التنازع السلبي في الموطن وتترتب على النتيجة الثانية. مقابل ظاهرتي التنازع الايجابي والتنازع السلبي في الجنسيات، وسنبحث آليات حل تنازع الموطن في الحالتين لاحقاً، ومن الجدير بالذكر ان الشريعة الاسلامية أخذت بهذا التصور واصطلح على الموطن فيها بالوطن ويكون للذمي موطن طالما كانت له إقامة دائمية فيها في حين لا يكون للمستامن موطن انما إقامة مؤقتة لان الأول يخول بإقامة ممتدة بموجب عقد الذمة في حين تقيد إقامة الثانية باقل من سنة وان اكتملت اقامته لمدة سنة فيتحول عندها عقد الامان إلى عقد ذمة ويكون له بعد ذلك حق الإقامة الدائمة التي تمكنه من اكتساب موطن فيها^(١).

الفرع الثاني

تعيين الموطن عن طريق مقر الأعمال (التصوير الحكمي)

بحسب هذا الأساس يتعين الموطن في الدولة التي يوجد فيها للشخص مقر ادارة رئيس وينطوي هذا الأساس على تصوير حكمي افتراضي للموطن إذ يفترض القانون حكماً بان لكل شخص موطن في الدولة التي يوجد فيها مقر أعماله، وبذلك يتجاوز هذا التصوير للموطن الواقع العملي فالعامل يفترض ان له موطن في مؤسسته المهنية والطبيب في المستشفى.

→ الموصل - ٢٠٠٥ ص ٢٤.

١- د. بدر الدين عبد المنعم - احكام الجنسية والموطن ومركز الأجانب - مصدر سابق - ص ٣٢٩ وما بعدها.

فيكون لكل شخص مقر أعمال وقد أخذت بهذا الأساس بعض التشريعات منها التشريع البريطاني، والفرنسي، والأمريكي، والإيطالي، والبلجيكي، والهولندي ويترتب على هذا الأساس نتيجتان الأولى عدم امكانية تعدد الموطن، لأن مقر الأعمال واحد لا يتعدد والثانية عدم امكانية انعدام الموطن وذلك لعدم امكانية انعدام مقر الأعمال ذلك لأن القانون يفترض موطناً لكل شخص وبأثر ذلك لا تقع في ضوء هذا التصوير للموطن ظاهرتان هما التنازع السلبي للموطن لعدم امكانية انعدامه وظاهرة التنازع الايجابي للموطن وذلك لعدم امكانية تعدده. ومن ثمَّ يكون لكل انسان موطن ولا يمكن ان يعيش بأكثر من موطن أو بدون موطن لأن القانون يفترض له موطن دائماً.

في هذا السياق يقول اللورد وست بري في محاضراته في القانون البريطاني ان كل انسان يجب ان لا يكون من دون موطن. هذه النتيجة يؤكدتها القانون البريطاني وهي تؤمن وضع هو ان يكون لكل من يولد موطن والده إذا كانت البنوة شرعية وان يكون له موطن والدته إذا كانت البنوة غير شرعية (طبيعية) كما يكون للقيط موطن مكان العثور عليه وبعد الموطن في الاوضاع المتقدمة من انواع الموطن الأصلي يلزم الانسان حتى البلوغ وعندها يكون له حق تغير الموطن الأصلي عن طريق اكتساب غيره بالفعل^(١) كما كان هذا هو موقف القانون الأمريكي^(٢).

١- د. ممدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص العراقي والمقارن - مصدر سابق ص ١٦٦.

٢- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية والموطن ومركز الأجانب - مصدر سابق - ص ١٨٣.

حکمت السنہ نبوی

من جنسيات مختلفة أو من جنسية واحدة بمناسبة مال أو عمل خارج دولة جنسيتهم ومثال ذلك مواطن عراقي متوطن في الاردن يعد موطنه في الاردن موطن دولي بالنسبة للعراق وفي تنظيم احكام هذا الموطن تطبق القواعد الدولية ذات الصلة بالموطن ومما لاشك فيه ان كل من له موطن داخلي في دولته له موطن دولي عند مغادرته دولته حيث سياخذ موطنه الداخلي الطبيعة الدولية نسبة للدولة الأجنبية المغادر إليها إذا لم يفقده باكتساب غيره. مثال ذلك العراقيون في سوريا وليس بالضرورة ان كل من له موطن دولي له موطن داخلي مثل البدو الرحل. وحيث إنهم في حركة مستمرة فليس لهم مكان محدد في دولة معينة حتى يأخذوا وصف الموطن الداخلي وان حركة البدو وانسيابيتهم عبر الحدود وفرها نظام الجوار وذلك بمقتضى اتفاقيات دولية كالاتفاقية بين سوريا والعراق لعام ١٩٣٧^(١) واعتقد ان هذا النظام معطل جزئيا في الوقت الحاضر لتدهور الثقة في العلاقات الدولية ما بين الدول المتجاورة بسبب موجة الارهاب الزاحف عبر الحدود.

الفرع الثاني

انواع الموطن من حيث سند نشؤوه

ينشا الموطن اما بحكم القانون أو بحكم الارادة ويكون النوع الأول على مظهرين الأول أصلي، والثاني حكمي قانوني، الموطن الأصلي يثبت للصغير فور ميلاده ويقابل مفهوم الجنسية الأصلية وقد اخذ بمفهوم هذا الموطن القانون الانكليزي، والفرنسي، والأمريكي ولم يأخذ به القانون المصري، والعراقي. اما الموطن الحكمي فهو الموطن الذي يفترضه القانون لشخص تبعا للغير ويسمى بالموطن القانوني الالزامي لان

١- للمزيد انظر استاذنا د. عصام العطية - القانون الدولي الخاص - الطبعة الرابعة - الشركة العراقية للطباعة الفنية المحدودة بغداد - ١٩٨٧ - ص ٢٣٠ - ٢٣١.

القانون يفترضه على سبيل الالتزام مثل موطن القاصر يكون موطن من ينوب عنه وموطن الخادم موطن المخدم وموطن الزوجة موطن زوجها وإلى هذا المعنى أشارت المادة (٤٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على (موطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجورين هو موطن من ينوب عنهم قانوناً) ولا يملك التابع الصغير أو الخادم أو الزوجة تغيير الموطن القانوني بإرادته بصورة مستقلة عن إرادة المتبوع إلا إذا ارتفعت أسباب التبعية كبلوغ الصغير وانتهاء العلاقة الزوجية وانتهاء الخدمة ويمكن أن يتحول الموطن القانوني إلى موطن اختياري إذا انتهت أسباب التبعية واستمر التابعون على إقامتهم في الموطن القانوني حيث يتقلب هنا الموطن القانوني إلى موطن اختياري. هو النوع الثاني الذي يقدم على إرادة الشخص لتغيير أسباب نشوء الموطن فبعد أن كانت أسباب الموطن لارادية يتكفل القانون بتحدده أصبحت ارادية اختيارية.

الفرع الثالث

أنواع الموطن بحسب حجم الأعمال التي تمارس فيه

ينقسم الموطن هنا إلى موطن عام وموطن خاص، الموطن العام هو المكان الذي يقيم فيه الشخص ويمارس فيه أعماله جميعها على وجه العموم فهو يمثل مكان للإقامة والعمل أما الموطن الخاص فهو المكان الذي يمارس فيه الشخص بعض أعماله الصناعية أو المهنية أو الحرفية على وجه التحديد والتخصيص ويظهر الموطن الخاص بأشكال متنوعة فهناك الموطن المهني والصناعي والموطن المختار وموطن القاصر المأذون ويمكن أن يكون للشخص موطن عام يتخذه لغرض الإقامة وموطن خاص لغرض العمل أي ينفصل الموطن العام عن الخاص ويمكن أن يلتحق الاثنان في مكان واحد فيضحى هذا المكان محل للإقامة والعمل فهو موطن عام كما أنه موطن خاص في الوقت نفسه.

هو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمال حرفة أو صناعة أو تجارة معينة وأشارت إليه المادة (٤٤) من القانون المدني حيث نصت على أن: (يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة) وإلى المعنى نفسه ذهبت بقية التشريعات العربية.

هو المكان الذي يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين بادرته الحرة ولا يثبت هذا الموطن الا بالكتابة وإشارة إليه المادة (٤٥) من القانون المدني العراقي إذ نصت على أن (١) - يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين ٢ - المواطن المختار لتنفيذ عمل قانوني معين يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الا إذا نص صراحة على قصر الموطن هذا على أعمال دون أخرى. ٣ - ولا يجوز إثبات الموطن المختار الا بالكتابة).

وهو المكان الذي يتخذ منه القاصر مكاناً له لمزاولة التجارة المأذون له ممارستها
يبعد القاصر كامل الأهلية في حدود الأذن ويكون له موطن خاص في المكان الذي
يأمر فيه العمل التجاري المؤذن له به وموطن عام وهو موطن قانوني حكمي
وهو موطن من ينوب عنه قانوناً وإذا أريد اختصاصه عن العمل المأذون له به فيمكن
مخاطبته في موطنه الخاص أو العام أما إذا أريد اختصاصه في عمل خارج حدود الأذن
فيخاطب في موطنه العام وهو موطن النائب المتبوع وأشارت إلى هذا المعنى المادة
(٢/٤٣) التي نصت على أن (ومع ذلك يجوز أن يكون للقاصر المأذون له بالتجارة
موطن خاص بالنسبة للأعمال والتصرفات التي يعثرها القانون أهلاً لمباشرتها).

ويختلف هذا الموطن عن الموطن المأدوم به والذي هو عبارة عن إذن بالتوطن يصدر عن السلطة الادارية المختصة بالإقامة في الدولة واتباع هذا النظام في فرنسا إذ قسمت الإقامة إلى أنواع كما سيرد لاحقاً، وقد كان الاذن بالتوطن يؤثر في تقصير مدة الإقامة المطلوبة للتجنس بحسب قانون الجنسية الفرنسي القديم الملغى من حيث المساواة بالوطنيين في الحقوق، وكذلك الحال كان في قانون الجنسية المصري لعام ١٩٢٩ الملغى في حين لم يعتمد هذا الاذن للغرض اعلاه في القوانين اللاحقة في مصر ومنها قانون الجنسية لعام ١٩٥٨ وكذلك قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لعام ١٩٥٧ المعدل.

المطلب الخامس

موطن الأشخاص المعنوية

ومقابل تمتع الشخص الطبيعي بحق التوطن كذلك يتمتع الشخص المعنوي بهذا الحق إذ يكون له موطن في المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته الرئيس وهو ما أشارت له المادة (٦/٤٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن يكون (...). وله موطن ويعتبر موطنه المكان الذي وجد فيه مركز ادارته والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه ادارة أعمالها في العراق)، كما يمكن ان يكون للشخص المعنوي موطن خاص في الدولة التي يارس فيها نشاطه فإذا اريد اختصاص الشخص المعنوي عن ذلك النشاط فيمكن مخاطبته في موطنه العام والخاص اما إذا اريد اختصاصه في غير هذا النشاط فيتم مخاطبته في موطنه العام وهو مكان مركز الادارة الرئيس للشخص الذي يمثلته كالشركة الام بالنسبة للفرع في حين يذهب بعضهما الى الاستدلال بالمادة (٤٩) مدني إلى حصر الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية إذا

اريد مقاضاة شخص معنوي (فرع لشركة أجنبية مركز ادارتها في الخارج) يمارس نشاطه في العراق. ونعتقد ان مفهوم المادة المتقدمة ينصرف إلى تحديد الاختصاص التشريعي للقانون العراقي ونستدل على ذلك من خلال منطوق الفقرة الثانية من المادة (٤٩) مدني مانصه (ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي نشاطه الرئيس في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري) وهذا يعني بعدم وجود مانع من اختيار الخصم بين مقاضاة الشخص المعنوي أمام القضاء الأجنبي بوصفه قضاء مركز الادارة الرئيس للشركة الام وبين مقاضاته أمام القضاء العراقي بوصفه القضاء الذي تقع في دائرة اختصاصه نشاطات الفرع.

المبحث الثاني

دور الموطن واشكالياته

يقتضي الاحاطة بهذا الموضوع استعراض دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص ومن ثمَّ الاشكاليات التي يثيرها الموطن وذلك من خلال مطلبين.

المطلب الأول

دور المواطن في موضوعات القانون الدولي الخاص

يتوزع هذا الدور بين موضوعات القانون الدولي الخاص ويظهر بأشكال متنوعة وبآثار متباينة وليبيان ذلك فلا بد من بحث دور الموطن في كل موضوع من خلال أربعة فروع.

الفرع الأول

دور الموطن في الجنسية

يؤدي المواطن أدواراً متعددة في موضوع الجنسية فهو يؤثر فيها من جانب أنه يشكل أحد شروط منحها إذ تعد الإقامة قرينة على التوطن، وهذه الإقامة وإن اختلفت مدتها بين التشريعات إلا أنها مطلوبة لغرض الحصول على الجنسية وتظهر قراءة قانون الجنسية العراقية الملغى والنافذ أن شرط الإقامة أحد أهم شروط التجنس على وفق المادة (٦) من القانون النافذ التي تطلبت الإقامة لمدة عشر سنوات متتالية، وتقلص هذه المدة إلى خمس سنوات في حالة الزواج من عراقي على وفق المادة (١١، ٧) من قانون الجنسية العراقية النافذ، وكما يؤثر المواطن في اكتساب الجنسية فهو يؤثر في فقدانها فانقطاع إقامة المتجنس لمدة خمس سنوات يفضي إلى زوال الجنسية

عنه كما في لبنان ومصر ولم يوجد حكم مماثل في قانون الجنسية العراقية الملغى والنافذ وكان من المفترض ان تنظم هذه الحالة حتى يميز بين الذين يحملون الجنسية العراقية ويرغبون في الاستمرار عليها واولئك الذين لا يعبرون من خلال حملهم للجنسية العراقية عن رابطة جدية وفعلية، والتي يفترض ان يكون عليها حامل الجنسية وقد ذكرنا سابقاً بخصوص المادة (١٠/١)، انه لا تكفي إعلان رغبة التخلي التحريرية عن الجنسية العراقية، لمن اكتسب جنسية أجنبية انما يقتضى ان يطلب من مكتسب الجنسية الأجنبية إعلان رغبته بالاحتفاظ بالجنسية العراقية خلال مدة سنة يعتبر من لم يعلن عنها خلال هذه المدة فاقداً للجنسية العراقية بحكم القانون طالما انه قد فقد موطنه وإقامته باكتساب غيره وهذه قرينة على عدم جديته في الاستمرار بالاحتفاظ بالجنسية العراقية.

كما يلعب الموطن دوراً في استرداد الجنسية إذ لا يتحقق الاسترداد الا بعد العودة والإقامة في الدولة المطلوب استرداد جنسيتها، وهذا يعني ان العودة للإقامة التي هي قرينة التوطن تلعب دوراً في استرداد الجنسية للتأكد من جدية طالب الاسترداد لاستئناف علاقته بالدولة التي كان عليها. كما يؤدي الموطن دوراً مهماً في حل تنازع الجنسيات ففي اطار التنازع الايجابي إذا كان النزاع المتعلق بمتعدد الجنسية مطروح أمام قضاء لا علاقة له بالنزاع فتعتمد هنا الجنسية الفعلية الواقعية التي يشكل الموطن أحد اهم عناصر الاستدلال عليها فمن خلال توطن الشخص في أحد الدول التي يحمل جنسيتها يستدل على أن دولة موطنه هي قرينة على دولة جنسيته الفعلية كما يمكن اعتماد الموطن كبديل امثل عن الجنسية لحل التنازع السلبي فيعتمد قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية لانعدامها حل المسائل المتعلقة بعديم الجنسية ومنها تحديد حقوقه والتزاماته والقانون الذي يحكم مسائل احواله الشخصية^(١)، فدولة

١- للمزيد ينظر ربا سامي سعيد الصفار - دور الموطن في الجنسية - رسالة ماجستير - كلية القانون -

موطنه تمثل دولة جنسيته المفترضة والتي تقابل دولة الجنسية الفعلية بالنسبة لمتعدد الجنسيات وهو حل متفق عليه في ظل الاتجاهين اللاتيني والانكلوسكسوني ويعد هذا التوجه من القواعد التي يمكن ان نصطلح عليها بالقواعد ذاتية الحلول العالمية لأنها تشكل نقاط التقاء وتعايش الأنظمة القانونية وتكفي بذاتها للحل الفوري والاني للنزاع.

الفرع الثاني

دور الموطن في تنازع القوانين

يعتمد الموطن كأحد الضوابط لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل العقود الدولية إذ يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدین في المسائل التي تتعلق بالالتزامات العقدية ومنها الامتناع عن تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه وقد اخذ بهذا الحكم المشرع العراقي في المادة (١/٢٥) من القانون المدني التي نصت على أن (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدین إذا اتحدا موطناً فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تتم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانون آخر يراد تطبيقه)^(١) وفي الحقيقة اعتمد الموطن كضابط اسناد احتياطي لحل تنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة لعديم الجنسية إذ يطبق قانون موطنه بديلاً عن قانون جنسيته بحكم احواله الشخصية ومن الدول التي أخذت بهذا الحل العراق ومصر وسائر الدول العربية^(٢).

→ جامعة الموصل - ٢٠٠٥.

١- وإلى المعنى نفسه ذهبت المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري كما كانت ضمن الاتجاه باقي التشريعات العربية.

٢- للمزيد ينظر د. هشام خالد - المدخل للقانون الدولي الخاص - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية - ٢٠٠٨ - ٧٥ وما بعدها.

الفرع الثالث

[illegible]

محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى المادة (٣٠٣) من قانون المرافعات اعلاه
اما دعاوى نفقات الأصول والفروع والزوجات فتقام أمام محكمة إقامة المدعى أو
المدعى عليه اما النفقات الأخرى فتقام أمام محكمة إقامة المدعى عليه المادة (٣٠٤)
من قانون المرافعات.

كما تختص محاكم إقامة المتوفي الدائمة بتصفية التركة واصدار القسامات الشرعية المادة (٣٠٥) من القانون اعلاه كما تختص محاكم موطن الشخص المعنوي بدعاوى تصفيته أو الدعاوى لآخرى المتعلقة بديونه ومعاملاته وهي في الغالب محكمة محل مركز ادارته) الرئيس المادة (٣٨) من القانون نفسه.

كما يفيد الموطن في تمكين المحكمة من تبليغ المدعي أو المدعى عليه إذا كان لا ي
 منهم موطن معلوم سواء اكان موطن عام (محل إقامة) أم موطن خاص (موطن
 مختار) وقد اتجه القضاء في مصر إلى ان تسليم الأوراق المطلوب اعلانها يكون إلى
 الشخص المقصود تبليغه أو في موطنه ويجوز تسليمها في موطنه المختار في الاحوال
 التي بينها القانون اما إذا كان موطنه في الخارج فيسلم الاعلان إلى النيابة العامة وعلى
 الأخيرة ارسال نسخه منه لوزارة الخارجية لغرض تبليغها للمقصود بها بالطرق
 الدبلوماسية وإذا لم يكن له موطن معلوم وجب ان تشتمل ورقة التبليغ على آخر
 موطن كان له في مصر أو في الخارج^(١).

من الجدير بالذكر في حالة انعدام موطن المدعى عليه تقام الدعاوى أمام محكمة موطن المدعي فإذا لم يوجد موطن لأي منهم فتقام الدعاوى أمام محاكم مدينة بغداد المادة (٤١) من قانون المرافعات كما ذهب إلى الأحكام نفسها المذكورة في

١- قرار محكمة الطعن المصرية رقم ٤٧٧٢ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/٦/٥ وإلى نفس المعنى قرارها رقم ٢٠٥٥ لسنة ٥٦ ق في ١٩٩٣/١٢/٨ وقرارها رقم ١٠٠٤ لسنة ٥٦ ق في ١٩٩٢/٢/١٠ أشار إليها ابراهيم سيد احمد - مبادئ محكمة النقض في الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري - الطبعة الأولى - دار الفكر الجامعي - الاسكندرية ٢٠٠٠ ص ٢٢٣ - ٢٢٤.

الفرع الرابع

المطلب الثاني

1- Morrise - opcit - p - 14 - 15 - 1

الفرع الأول

التغير في الوطن

بعد ثبوت الموطن قد يطرا على الموطن بعض التغيرات والتي تتمثل
بالفقدان والاسترداد.

أولاً: فقدان الموطن

يحصل فقدان الموطن بطريقتين الأول فقدان ارادي والثاني فقدان لا ارادي.

١- فقدان بارادة الشخص.

فهذا الفقدان يفضي إلى تغيير موطن الشخص ويشترط ان يكون الشخص بالغاً
عاقلاً حر الارادة فلا يتحقق الفقدان وتغير الموطن إذا كان الشخص بالغاً (مجنوناً)
أو بالغ عاقل ولكنه ليس حر الارادة ذلك لان المجنون ومن في حكمه والمسجون
أو الرائد في المستشفى والهارب من وجه العدالة أو من الدائنين لا يستطيع اي منهم
تغيير موطنه بصورة مستقلة ويحصل تغيير الموطن بالارادة عن طريق نقل الشخص
محل اقامته أو مقر أعماله من دولة إلى أخرى مع انصراف نيته للبقاء لمدة غير محددة
في الثانية وعدم العودة إلى الأولى وقد نظم ضمناً المشرع العراقي هذا الحكم في المادة
(٤٢) من القانون المدني التي نصت على أن (...) ويجوز ان يكون للشخص أكثر من
موطن واحد) وهذا يعني ممكن ان يجمع الشخص بين موطنين بارادته ويمكن ان
يعيش بموطن واحد إذا اكتسب موطن جديد بدون نية الاحتفاظ بالموطن القديم
اي لم تكون لديه نية العودة أو الرجوع إلى موطنه القديم، حيث سيعيش بموطنه
الجديد فقط.

ومما تجدير الإشارة إليه ان القانون البريطاني اخذ بفكرة احياء الموطن والتي
تعني عودة الموطن الأصلي للشخص في الفترة الواقعة بين فقدانه للموطن الاختياري

السابق وقبل اكتسابه الموطن الاختياري اللاحق وهذه الفكرة تأتي في إطار فلسفة التشريعات التي أخذت بالتصوير الحكمي والتي تفترض ان يكون لكل شخص موطن ولا يمكن ان يعيش شخص بأكثر من موطن ومن دون موطن وإذا وجد من ظروف تفضي به إلى الانعدام فالقانون يفترض له الموطن الأصلي الذي كان عليه قبل فقدان له باكتساب غيره حتى لا يقع في حالة انعدام الموطن وهو موقف القانون البريطاني كما لاحظنا^(١) كما ان القانون البريطاني يتشدد بشأن فقدان الموطن الأصلي البريطاني فلا يفقد الشخص موطنه الأصلي البريطاني بمجرد تركه انما لابد من اكتساب غيره فعلا، أي أن يختار موطن آخر كمقر للأعمال بديل عن الأول الا ان القانون البريطاني يتساهل بشأن فقدان الموطن المكتسب اللاحق، في حين افترض المشرع الفرنسي في ظل فقدان الشخص موطنه وقبل اتمام اكتساب غيره استرداد آخر موطن كان فيه كما سنلاحظ ولم يأخذ القانون الفرنسي بفكره احياء الموطن وكذلك القانون الأمريكي.

٢- فقدان بحكم القانون

وهو فقدان اللارادي لان الارادة ليس لها دور فيه وهو يقع بسببين الأول فقدان بالتبعية، والثاني فقدان على سبيل العقوبة، فالفقدان على السبب الأول يحصل في ظل وجود علاقة تبعية ما بين شخصين كتبعية الصغير ومن في حكمه للولي أو القيم وتبعية الزوجة للزوج أو الخادم للمخدوم فالفقدان هنا يحصل بحكم القانون بالنسبة للتابع في ظل تغير المتبوع لموطنه فاكساب المتبوع بارادته لموطن وفقدانه لموطن قديم يكون فقدان بالارادة بالنسبة للمتبوع وفقدان بالتبعية بالنسبة للتابع اما إذا كان المتبوع قد

١- انظر هذا المعنى قضيه مستر بيل المولود في جاميكا عام ١٨٢٨ والذي انتقل بعدها إلى اسكتلندا وطبقت فكرة احياء الموطن على اثر انتقاله من اسكتلندا وقبل اختياره موطن بين لندن او مكان آخر في المملكة المتحدة حيث يسترد هذه الحالة موطنه الأصلي وهو جاميكا. Morris - op citi p/6

فقد موطنه بارادته في وقت انتهت فيه التبعية فيكون الفقدان الارادي بالنسبة للمتبوع وبالنسبة للتابع، فالأخير لم يعد تابع بعد ان زالت أسباب التبعية.

فالفقدان اللا ارادي ينسحب اثره بحكم القانون على التابع، فيكتسب ويفقد بالتبعية بشرط ان يبقى في علاقة التبعية في الفترة الواقعة ما بين الاكتساب والفقدان ولكن قد يكتسب التابع موطن متبوعه إذا كان صغير غير بالغ أو زوجة أو خادم ولكن قد يفقد المتبوع موطنه في وقت اصبح فيه الصغير بالغ والزوجة مطلقة والخادم منتهية خدمته فهنا لا يفقد اي منهم موطنه بالتبعية لزوالها.

اما فقدان على السبب الثاني فيحصل في حالتين الأولى إذا تم ابعاد الأجنبي عن اراضي الدولة التي يتوطن فيها لاي سبب من الأسباب كما لو فقد أحد شروط منح سمة الدخول أو اخل بالامن أو النظام العام فيقع نتيجة الأبعاد فقدان لارادي اما الحالة الثانية فتحصل بسبب تجريد الوطني من جنسيته والذي يستتبع ابعاده من اراضي الدولة كما هو الحال في تطبيق القرار ٦٦٦ لعام ١٩٨٠ الذي جرد كل عراقي من اصل أجنبي من جنسيته ثم قرر ابعاد كل من اسقطت عنه الجنسية واستثنى من ذلك بعض الذين تعلقت بذمتهم حقوق لصالح الدولة او الافراد.

ثانيًا: استرداد الموطن

ويحصل بنفس الآلية التي حصل بها فقدان إذا تم فقدان ارادي فيتم الاسترداد عن طريق الارادة وذلك باعادة محل الإقامة أو مقر العمل للدولة التي كان الشخص يتوطن فيها مع انصراف نية البقاء فيها لمدة غير محددة، ومن الجدير بالذكر ان الاسترداد في القانون البريطاني يحصل الية احياء الموطن التي لاحظناها مقدما، اما القانون الفرنسي فالاسترداد يكون في ظله عن طريق استرداد الشخص آخر موطن كان له. اما إذا تم فقدان بشكل لارادي فيحصل استردادًا لاراديًا مثلما حصل

الفرع الثاني

أولاً: تعدد الموطن

[illegible]

الموطن القانوني إذا تنازع مع موطن اختياري واعتماد الموطن الذي يقيم فيه الشخص فعلاً إذا حصل تنازع ما بين موطنين قانونيين أو اختياريين.

وقد اوردت آليات تحديد الموطن بعض الاتفاقيات الدولية منها الاتفاقية ما بين فرنسا وبلجيكا لعام ١٩٣١ والاتفاقية ما بين فرنسا وإيطاليا لعام ١٩٣٠^(١).

ثانياً: انعدام الموطن

إن انعدام الموطن يفضي إلى ظاهرة يصطلح عليها (التنازع السلبي في الموطن) مما يطرح ذلك البحث عن البديل الذي يحل محل الموطن والبديل الأمثل هو محل الإقامة وقد أشارت إلى هذا المعنى العديد من التشريعات ومنها القانون المدني الألماني والمصري والاردني. وأشار المشرع العراقي ضمناً إلى هذا المعنى في المادة (١/٣٣) من القانون المدني عندما أراد المشرع بهذا النص معالجة التنازع الإيجابي في الجنسيات كما ذكر سابقاً فأورد حكم ترك فيه للقضاء فرصة الاجتهاد وللبحث عن الحلول الأفضل والتي يمكن ان تشكل مبادئ للقانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً وهذه الفرصة للاجتهاد تدعمها المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي وتذهب التشريعات العربية بهذا الاتجاه.

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية الموطن مركز الأجانب - المصدر السابق - ص ٢٢٩.

دارالسنن نبوری

ضابط الموطن لتحديد القانون الشخصي ويؤخذ على هذا الاتجاه ان دول المجموعة الأولى لا تملك حل لتحديد القانون الذي يعين الموطن في ظل انعدام الجنسية كما لا تملك دول المجموعة الثانية هذا الحل في ظل انعدام الموطن. وهذا يعني أيضا اننا سوف نكون أمام حلقة مفرغة في ظل دول المجموعتين؛ لان تحديد قانون الموطن يتطلب تحديد الموطن إذ إنه يتطلب قانون يتحدد به فسوف لا يمكن تحديده وهي اشكالية تواجه الدول التي تعتمد ضابط الجنسية لان تحديد الموطن سيكون بموجب قانون الجنسية وانعدام الجنسية لا يوافر حل لتحديد القانون^(١).

ثالثاً: القانون الإقليمي

بحسب هذا الاتجاه يصار إلى اعتماد الدولة التي يقيم فيها الشخص أي يتخذ من إقليمها مقاما أو مقرًا لأعماله ومن ثمَّ اعتماد قانونها لتحديد وجود موطنه فالقانون الإقليمي هو أصلح قانون لضبط موطن الشخص بحسب هذا الاتجاه وقد اعتمد هذا التوجه من جانب القانون البريطاني إذ اتخذ من بريطانيا مقرا له^(٢)، ويؤخذ عليه انه يقدم حل لا يصلح في ظل عدم ادعاء الشخص توطينه في اي دولة من دول العالم كما ان هذا الاتجاه يترك بالنتيجة تحديد الموطن للارادة أيضا ومن ثمَّ ستعود الانتقادات نفسها في ظل اتجاه اصحاب الارادة.

رابعاً: قانون قاضي النزاع

بحسب هذا الاتجاه ان تحديد الموطن يكون من اختصاص قاضي النزاع بوصف الموطن علاقة قانونية وان تكييفها مسألة تتعلق بالسيادة فهو الذي يحدد معنى الموطن فإذا كان يأخذ بالتصوير الواقعي فيعتد بالموطن في المكان الذي يقيم فيه الشخص

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - مصدر سابق - ص ٢١١ - ٢١٢.

٢- د. عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص المصري - الجزء الأول - (الجنسية الموطن تمتع الأجانب بالحقوق) - الطبعة الثالثة - مطبعة جامعة القاهرة - ١٩٥٣ - ص ٣٠٧.

وإذا كان يأخذ بالتصوير الحكمي فيعتمد بالموطن في المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيس لأعمال الشخص، وقد اعتمد هذا التوجه القانون الأمريكي^(١)، ويؤخذ على هذا الرأي انه يفترض للشخص موطناً قد لا يعكس وضعه الواقعي فهو يستوطن فعلاً في دولة بينما قانون قاضي النزاع يفترض موطنه في دولة أخرى وقد لا يفترض له ذلك، مما سيترتب على ذلك اما انعدام الموطن (التنازع السلبي في الموطن) واما تعدد الموطن (التنازع الايجابي في الموطن)، وهو حل يقود إلى اشكاليات اعقد من مشكلة تحديد القانون والمشكلة لا تزال بمثلها.

خامساً: الاتجاه التوفيقي

وهو يجمع ما بين الاتجاهين الثالث والرابع اي اعتماد القانون الإقليمي وقانون قاضي النزاع لتعيين الموطن فقاضي النزاع يعتمد قانونه في ظل توطن الشخص في دولة القاضي وإذا لم يوجد موطناً له فيه فيصار إلى اعتماد قانون الدولة التي يتوطن فيها الشخص فعلاً اي القانون الإقليمي أي أن هذا الاتجاه يطبق قانونين على سبيل التدرج ففي ظل وجود موطن الشخص في دولة قاضي النزاع فيعتمد قانون الأخير، وفي ظل انعدامه يصار إلى اعتماد البديل عنه وهو القانون الإقليمي للدولة التي يتوطن فيها الشخص بحسب الظروف التي تكتسب من هذا التوطن.

ويعد هذا الاتجاه افضل الاتجاهات المتقدمة لانه يوفق ما بين منفعة الشخص باحترام ارادته وما بين منفعة الدولة باحترام ارادتها في تقرير مصير موطنه في ظل عدم توطنه في دولة قاضي النزاع.

١- د. عز الدين عبد الله - المصدر السابق - ص ٥٤٠.

Handwritten text in Arabic script, consisting of several lines of prose.

Handwritten text in Arabic script, continuing the narrative or list.

Handwritten text in Arabic script, appearing as a separate section or entry.

Handwritten text in Arabic script, possibly a concluding paragraph.

Handwritten text in Arabic script at the bottom of the page.

الفصل الثالث

مركز الأجانب

شاهنامه

بیت

تمهيد

يعد هذا الموضوع من نتائج موضوع الجنسية لان الأخيرة هي معيار التمييز بين الوطنيين والأجانب فهي التي طرحت المفهوم المخالف للوطني الا وهو الأجنبي، وبآثره ظهر موضوع المركز القانوني للأجانب او حالة الأجنبي عند تواجده خارج دولته نسبة للوطني، وإذا كانت الجنسية سبب وجود مركز الأجانب فان الأخير يشكل أهم أسباب التنازع الدولي للقوانين وهذه الأسباب والنتائج تطرح التساؤلات الآتية:

من هو الأجنبي؟ وما المقصود بمركز الأجانب؟ وما هي حقوق والتزامات الأجنبي؟ وهل يمكن أن يتفوق الأجنبي على الوطني في الحقوق للإجابة عن هذه التساؤلات سنعرض للموضوع من خلال مبحثين.

﴿ اَللّٰهُمَّ صَلِّ وَسَلِّمْ عَلٰى نَبِيِّنَا مُحَمَّدٍ ﴾

الحضارات القديمة تتعامل مع الأجنبي معاملة غير انساني ففي عهد الحضارة الصينية القديمة كان الفرق بين الصيني والأجنبي كالفرق بين الانسان والحيوان، وهي ذات النظرة في عهد الامبراطورية الرومانية، وتكررت وبصيغ مختلف في عهد الاقطاع، وكان الأجنبي في كل هذه المراحل يتم التعامل معه على أنه عبد يتم التصرف به بيعاً وشراءً وهبةً، كما تستباح حرمانه وكرامته وحياته، واستمر هذا الوضع إلا أن اعترف للأجنبي بحق الدخول والإقامة بموجب نظام الضيافة حيث بدأت ملامح توفير الامن على نفسه وماله الا انه لم يعترف له بحق ممارسة الحقوق، ومنها حق التملك والزواج وما إلى ذلك من التصرفات القانونية ففي عهد الرومان بدأت النظرة للأجنبي تتحسن بشكل افضل منذ تشريع قانون الشعوب الذي كان ينظم ويحكم العلاقات القانونية بين الأجانب وكذلك بينهم وبين الرومان، ومع ضعف دور الاقطاع في الحياة السياسية والاقتصادية تحسن وضع الأجنبي، كما استطاعت الشعوب في عدة بلدان ان تحد من سلطات الملك وقيدتها وكان ذلك تحت تأثير افكار بعض الفلاسفة ومنهم جان جاك روسو ولوك ومتسكيو وماترحوه عن سلطات الحكام وحقوق وحرريات المحكومين في ضوء نظرية العقد الاجتماعي التي طرحها روسو، وقد اثمرت هذه الجهود لصالح حقوق الانسان بغض النظر عن جنسه او قوميته أو انتحائه السياسي (جنسيته) وقد تكررت هذه الازعاج في عدة بلدان، فتوزع باثرها مفهوم لحقوق الانسان وحرياته فسجل على شكل وثائق منها وثيقة الحقوق في بريطانيا واعلانات ومنها إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ في فرنسا وإعلان حقوق الانسان الأمريكي لعام ١٧٨٧، كما تطورت تلك المفاهيم إلى ان وصلت إلى ماهي عليه في الوقت الحاضر، حيث اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠/١٢/١٩٤٨ الاعلان العالمي لحقوق الانسان^(١)،

١- المواد (١، ٢، ٦، ٧) من الاعلان بمثابة بـشكل واضح وجلي إلى احترام ورعاية حقوق الانسان.

الذي حدد اهم حقوق الانسان وحرياته عبر ثلاثون مادة يمكن ان نعتبر ان هذه الحقوق بانها تمثل الحد الأدنى من الحقوق للوطنيين والأجانب، ولغرض تفعيل هذا الاعلان فقد اقرت الجمعية العامة للامم المتحدة اتفاقية حضر ابادا الجنس البشري لعام ١٩٤٨^(١)، كما اقرت فيما بعد العهدين الدوليين الأول للحقوق المدنية والسياسية والثاني للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^(٢)، وبموجب العهد الأول انشئت لجنة حقوق الانسان تتكون من تسعة اعضاء يتم ترشيحهم من الدول وانتخابهم من قبل محكمة العدل الدولية وتتولى هذه اللجنة مراقبة تطبيق القواعد الدولية المتعلقة بحقوق الانسان والواردة في الاعلان وترصد وتقيم مدى استجابة الدول الاعضاء لها في ضوء تقارير ترفع إليها بشكل دوري لتصدر توصياتها فيما بعد، ولا تملك اللجنة اختصاص قضائي لاصدار قرارات ملزمة انما وظيفتها تقتصر على التوسط بين الدول لحل ما ينشأ من اشكاليات تتعلق بحقوق الانسان وحث الدول على الالتزام بها^(٣) وقد حل محل هذه اللجنة مجلس حقوق الانسان الذي انشأته قرار الجمعية العامة للامم المتحدة رقم ٦٠/٢٥٠ الصادر في ٣/نيسان/٢٠٠٦ في جلستها العامة (٧٢) الأربعاء ١٥ اذار - مارس ٢٠٠٦ نيويورك - الدورة الستون البند (٢٦ و ١٢٠) من جدول الأعمال، وقد اعلن الامين العام للامم المتحدة بان كي مون تعليق عضوية ليبيا في مجلس حقوق الانسان اثر الاحداث التي حدثت فيها، وقد أكدت الجمعية العامة للامم المتحدة في قرار انشاء المجلس على خصائص لحقوق الانسان تتمثل بمايلي:

١- اصبحت الاتفاقية نافذة في ١٢ كانون الثاني عام ١٩٥١ وتم نشرها في الوقائع العراقية العدد ٣٣٨٧ في تاريخ ١٩٩٢/١/٦.

٢- وقد صادق العراق على العهدين بقانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٧٠ منشور في الوقائع العراقية العدد ١٩٢٧ في ١٩٧٠/١/٧.

٣- د. حسن الهداوي ودغالب الداودي - مصدر سابق - ص ٢٣٧.

- ١- جميع حقوق الانسان عالمية، وغير قابلة للتجزئة، ومتراصة، ومتشابكة، ويعزز بعضها البعض، وان يعامل وفقها الانسان اينما كان معاملة عادلة ومنصفة.
 - ٢- احترام مبدأ المساواة في الحقوق وتقرير المصير، وتعزيز احترامها وحمايتها، بدون تمييز، ومسؤولية جميع الدول على تحقيقها.
 - ٣- ان السلام والامن والتنمية وحقوق الانسان هي عناصر مترابطة ويعزز بعضها البعض.
 - ٤- ضرورة تواصل جميع الدول والمنظمات الإقليمية والمنظمات غير الحكومية والهيئات الدينية وسائل الاعلام على الصعيد الدولي لتعزيز الحوار وتوسيع افاق التفاهم بين الحضارات والثقافات والاديان.
- وفي اطار الشريعة الاسلامية نستشهد ببعض ماورد من نصوص في القرآن الكريم واحاديث للرسول محمد (ص) وال البيت (ع) تحث وتعزز على احترام حقوق الانسان وحرياته، حيث قال الله تعالى (من قتل نفساً بغير حق كأنما قتل الناس جميعاً) وقوله (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم)^(١) كما ورد عن النبي الكريم (ص) انه قال (الناس سواسية كاستنان المشط) وقوله (ص) (لا فرق بين اعجمي وعربي الا بالتقوى)، وفي اطار الممارسات العملية نزلت تلك النصوص والاحاديث في التعامل حيث كان يعيش في عهد الدول الاسلامية وعلى اراضي المسلمين أفراد من الديانات غير الاسلامية، إذ كان اصحاب الكتاب الذين يقوموا بدفع الجزية يكون لهم عقد ذمة فيكونوا امنون بانفسهم واموالهم ولا يجوز التعرض لهم او مضايقتهم بسبب اختلاف ديانتهم، أي أنهم يتمتعون بحماية الدولة الاسلامية، وفي هذا ورد عن النبي (ص) انه قال (من إذا ذمي فقد آذاني) كما كان يامن كل من كان يدخل لدار الاسلام بموجب عقد امان حيث

١- الآية ١٣ من سورة الحجرات.

يكون له حق الإقامة لمدة سنة، ويتمتع بذلك الحق كل من كانت دولته لها معاهدة مع الدولة الإسلامية لتأمين رعاياها على الأراضي الإسلامية، وهذا يعني ان المقيمين في الديار الإسلامية على أربع فئات وهم المسلمين، ويقابلون الوطنيين الأصليين في القانون الوضعي، والذميون ويقابلون الواطنيين الطائريين، والمستأمنين والمعاهدين ويقابلون الأجانب، والجميع كانت الشريعة الإسلامية تحترم حقوقهم وحررياتهم.

الفرع الثاني

معنى الأجنبي

اعترف للأجنبي بالشخصية القانونية على اثر انتشار أفكار حقوق الإنسان وتسجيلها عبر الموائيق والاتفاقيات الدولية^(١) ونشوء أعراف دولية تقر للإنسان بالشخصية القانونية، وبضمان حقوقه وحرياته في أي مكان، ممافضى ذلك إلى تحسين وضع الأجنبي والذي يمكن تعريفه بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها أو يمارس على إقليمها نشاطه أي أن كل شخص لا يحمل جنسية دولة ما يعد أجنبي عنها لذا يمكن اعتبار كل شخص بمجرد تجاوزه الحدود أجنبي إمام جميع دول العالم سواء كان تجاوز الحدود للمرور^(٢) أو الإقامة، سواء بشكل مشروع أم بشكل غير مشروع.

١- المادة (٧) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ التي نصت على (الناس جميعا سواء امام القانون وهم متساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الاعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز).

٢- د. صالح عبد الزهرة الحسون - حقوق الأجانب في القانون العراقي الطبعة الأولى دار. الافاق الجديدة - ١٩٨١ - ص ٨.

والأجنبي يظهر بمظهرين الأول يصطلح عليه الأجنبي بشكل نسبي وهو كل شخص يحمل جنسية دولة ما فيكون وطني نسبة للدولة الأخيرة وأجنبي بالنسبة لغيرها وتظهر الصفة الأجنبية له عند حركته عبر الحدود أما الثاني فيصطلح عليه الأجنبي بشكل مطلق وهذا الاصطلاح ينصرف لعديم الجنسية فهو أجنبي أمام جميع الدول لأنه لا يحمل جنسية أي منها بموجب قوانينها الداخلية^(١). ولكن الفقه وكذلك التشريع يفترض له جنسية دولة موطنه أو محل إقامته فيوصف بأنه وطني نسبة لدولة الموطن أو محل الإقامة وهذا يعني أن المظهر الثاني له مدلول نظري وليس له قيمة عملية ويمكن أن توصف دولة موطنه أو إقامته بأنها دولة جنسيته المفترضة، وهي تقابل الجنسية الفعلية بالنسبة لمتعدد الجنسية كما لاحظنا من حيث الوظيفة في موضوع التنازع الإيجابي في الجنسيات اذ لم تكن جنسية قاضي النزاع من بينها.

وقد أشار إلى الأحكام المتقدمة قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٤٤/٤٠ في ١٣/١١/١٩٨٥ المتعلق بحقوق الأفراد الذي ليسو من رعايا الدولة التي يقيمون فيها (الأجانب) كما كان ضمن هذا الاتجاه القانون الفرنسي رقم ٢٠٠٢/٣٣٨ في ٢٠/٣/٢٠٠٢ المتعلق بدخول وإقامة الأجانب في كاليدونيا الجديدة وسبق للقانون الفرنسي لعام ١٩٤٥ أن اخذ بهذا الحكم كما ذهب العديد من التشريعات الأجنبية والعربية ومنها المشرع المصري في قانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥ في المادة (١) منه المعدل لقانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠ المنظم لدخول وإقامة الأجانب في مصر إلى هذا المعنى كما كان هذا هو موقف المشرع اللبناني في قانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦٢ الذي نصت المادة (١) منه على (يعد أجنبيا بالمعنى المقصود وبهذا القانون كل شخص من غير التابعة اللبنانية) وهذا هو موقف المشرع البحراني في قانون الجنسية لعام ١٩٦٣ والمشرع الجزائري في القانون الخاص بوضع الأجانب رقم ٦٦ - ٢١١

١- العاد (١/١) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عديم الجنسية لعام ١٩٥٤.

لسنة ١٩٦٦ وكذلك الحالة بالنسبة للمشرع التونسي في قانون رقم ٧ لسنة ١٩٦٨^(١). كما كان موقف المشرع العراقي في قانون الإقامة رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل من المادة (٦/١) ضمن هذا الاتجاه حيث عرف الأجنبي بطريقة إيجابية على أنه (كل من لا يتمتع بالجنسية العراقية) كذلك كان اتجاه قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة (١/ط) التي عرفت الأجنبي (هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي...) (٢) والمادة (٢/١) التي نصت على أن (الأجنبي غير العراقي) (٣) في حين عرف بطريقة سلبية في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٥/١) عندما عرفت العراقي لا الأجنبي فنصت على أنه «العراقي هو الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية»، والمفهوم المخالف للنص يعني ان الأجنبي كل من لا يحمل الجنسية العراقية أي الأجنبي هو غير الوطني، فالتعريف الأخير للأجنبي جاء بمفهوم المخالفة من خلال تعريف الوطني وهذا يعني ان الأجنبي يمكن ان يعرف بشكل إيجابي عندما ينص عليه بصفته الأجنبية في التشريع ويمكن ان يعرف بشكل سلبي عندما يعرف الوطني ويفهم خلاف معناه الأجنبي.

ومن الجدير بالذكر أن الشخص يمكن أن تزدوج أو تتعدد صفته الوطنية إذا كان يحمل جنسيتين أو أكثر فهو وطني أمام كل منها ويبقى أجنبي عما سواها.

١- للمزيد انظر د. سعيد يوسف البستاني المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية دراسة مقارنة - الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان ٢٠٠٤ ص ٣٦ وما بعدها. وإلى نفس المعنى في تعريف الأجنبي ذهبت باقي التشريعات العربية.

٢- إلى المعنى نفسه ذهبت المادة (١٥٤) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

٣- إلى نفس المعنى ذهبت المادة (١٥٤) من قانون التسجيل العقاري المعدل رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ والمادة (٩/١) من قانون الأحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ والمادة (١) من قانون الإحصاء رقم ٢١ لسنة ١٩٧٢.

الفرع الثاني

القواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي

وهذه القواعد يضعها المشرع الوطني في كل دولة وهي تنظم آلية دخول وإقامة الأجانب وخروجهم كما تعنى ببيان ما لهم من حقوق وعليهم من التزامات وعلى المشرع في كل دولة ان يراعي عند وضع هذه القواعد ما استقر عليه العرف الدولي من مبادئ وما ارتبطت به الدولة من اتفاقيات أي أن مشرع القواعد القانونية ذات الصلة بالأجنبي عليه ان يحترم القواعد الاتفاقية (الاتفاقيات والمعاهدات) المصادق عليها من قبل دولته والقواعد العرفية وهي احترام الحد الأدنى من الحقوق للأجنبي. وأي تجاوز من قبل المشرع على هذه القواعد الاتفاقية أو العرفية يحرك المسؤولية الدولية لدولته كما يراعى فيها اعتبارات وطنية تتعلق بالامن والمصالح الأساسية للدولة على الصعيد الاجتماعي والسياسي والاقتصادي ويفسر اختصاص الدولة في وضع القواعد اعلاء على أنه اختصاص استثنائي أو قاصر وهو ما أكدته المادة (١) من إعلان حقوق الانسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني الدولة التي يعيشون فيها السالف الذكر والتي نصت على (لا يفسر أي حكم من احكام هذا الاعلان على أنه يقيد حق اية دولة في اصدار قوانين وانظمة تتعلق بدخول الأجانب واحكام وشروط اقامتهم أو في وضع فروق بين الرعايا والأجانب، بيد ان هذه القوانين والانظمة يجب ان لا تكون غير متفقة مع الالتزامات القانونية الدولية لتلك الدولة بما في ذلك التزامها في مجال حقوق الانسان). يرى الأستاذ (Niboyet) ان حقوق الأجانب تتلخص في ١ - الاعتراف للفرد بالشخصية القانونية ٢ - احترام جنسية الأجنبي ٣ - احترام الشخصية ٤ - مراعاة مقتضيات التجارة الدولية ٥ - احترام الملكية الخاصة اما الأستاذ (Fauchille) يحدد حقوق الأجانب بالنظر لطبيعته

الانسانية وما تقتضيه من متطلبات وهذه المتطلبات حقه في الحياة وفي حرمة السكن والتملك وحرية العقيدة^(١).

إن الاحكام التي جاء بها الاعلان اريد بها التقريب بين الفلسفات المتصارعة في العالم حول حقوق الأجنبي وضرورة مراعاة الحد الأدنى من هذه الحقوق^(٢)، والقواعد المتقدمة تعد من القواعد الادارية التنظيمية التي تحرص جميع الدول على تنظيمها^(٣) فهي قواعد موضوعية أمرة لأنها تتعلق بالنظام العام.

الفرع الثالث

مصادر القواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي

تتوزع هذه المصادر إلى ثلاثة انماط تتمثل بالقانون الداخلي والقانون الدولي والممارسات الدولية والإقليمية.

أولاً: القانون الداخلي مصدر أساس للقواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي

يعد هذا المصدر من المصادر التي تبين حالة الأجنبي في التمتع بالحقوق حيث إن كل دولة تملك سيادة على إقليمها والاشخاص القاطنين عليه وبذلك تكون لها سيادة إقليمية وشخصية تمارس معا ويعتقد البعض ان الدولة تستطيع ان تحظر دخول الأجانب كلياً أو جزئياً لإقليمها كما تملك التمييز في ذلك بين الأجانب إلا أن الاتجاه الحديث حسن من تلك المعاملة باتجاه السماح للأجنبي بالدخول وبشروط تضعها الدولة^(٤). ويتفرع عن ذلك المبدأ حريتها في تنظيم شؤون الأجانب في

١- للمزيد ينظر د. صالح عبد الزهرة الحسون - مصدر سابق - ص ٨٨ وما بعدها.

٢- د. حفيظة السيد حداد، مصدر سابق، ص ٣٠٣

٣- د. عصام الدين القصبي - مصدر سابق - ص ٢٨٣

٤- عصام نعمة اسماعيل - ترحيل الأجانب، الطبعة الأولى - بيروت - ٢٠٠٣ - ص ٣٢ - ٣٤.

حقوقهم وحررياتهم والقيود التي ترد عليها عبر تشريعاتها الوطنية، يضاف إلى ذلك ان الشخص عبر الحدود يتحول من وطني بالنسبة لدولته إلى أجنبي نسبة للدولة التي دخل أراضيها وبعد ذلك سيكون داخل النظام الأمني والبيئة الاجتماعية للدولة الأخيرة مما يدفعها إلى تنظيم حالة دخوله وإقامته وخروجه لان الشخص سيكون مؤثر في سلوكه سلباً أو إيجاباً في الدولة الوافد إليها أكثر من دولة جنسيته مما يستدعي ذلك ان تحدد شروط لدخوله عبر أراضيها حفاظاً على نظامها الأمني والصحي والاجتماعي والاقتصادي.

ووفقاً لما تقدم ان مشرع كل دولة وبسبب غياب مشرع دولي ينظم وضع الأجانب، سيضع الأول القواعد القانونية التي تنظم شؤون الأجانب، إضافة لوظيفته الطبيعية وهي التشريع للوطنيين، وفي هذا السياق يذهب البعض ان المشرع الوطني سيلعب دور مزدوج فيشرع للوطنيين وللأجانب^(١)، ونعتقد ان هذا الدور تستدعيه الضرورات العملية التي تفضي إليها ظاهرة حركة الأجانب عبر الحدود، وسماح الدول بالدخول إلى أراضيها والخروج منها، ومن الناحية التاريخية كانت الامبراطورية الرومانية تعتمد قانونين الأول القانون الروماني (المدني) لحكم العلاقات بين الرومان والثاني قانون الشعوب لحكم العلاقات بين الأجانب أو بينهم وبين الرومان.

ثانياً: القانون الدولي مصدر مساعد معاون لتنظيم حالة الأجنبي

إن تنظيم حالة الأجانب من خلال القواعد الدولية تقوم على حقيقة تفوق الصفة الانسانية للفرد على صفاته الوطنية والقومية والدينية والفئوية فضلاً عن تمتعه

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الجزء الأول - الجنسية الموطن مركز الأجانب - مطابع التعليم العالي - بغداد - ١٩٨٢ - ص ٢٣٨

بالشخصية القانونية اينما حل وهذه الحقيقة لا تعرف الحدود الجغرافية والإقليمية أي أنها تتمتع بحضور عالمي شمولي كما أنها تمثل القواسم المشتركة بين الدول وهذه الحقيقة تفترض ان يعترف للأجنبي بالحد الأدنى من الحقوق والحريات، ومنها حقه في الحياة والحرية والامن الشخصي والكرامة والسكن والتنقل والعمل وممارسة المهنة، وهي حقوق يقف عندها الوطنيين والأجانب على قدم المساواة، كما يمكن ان يعترف له بأكثر من ذلك في ظل وجود اتفاقيات دولية ما بين الدولة الوافدها الأجنبي ودولة جنسيته وهذه الحقائق دفعت بالمجتمع الدولي نحو تبني عدة افكار ومبادئ سجلت على شكل اعلانات ومنها الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ واعلان حقوق الأشخاص في الدول التي ليسوا من وطنيها لعام ١٩٨٥ هذه المواثيق مثلت جهود حثيثة باتجاه تحسين وتطوير وضع الأجنبي في حقوقه وحرياته

ثالثاً: الممارسات الدولية والإقليمية

وهي الممارسات التي يقتضيها التعامل الدولي والتي يعبر عنها في الغالب من خلال مبدأ المقابلة أو المعاملة بالمثل، وتختلف تطبيقات هذا المبدأ من حيث الشكل ومن حيث الموضوع، فمن حيث الشكل تظهر تطبيقات المعاملة بالمثل على ثلاث فئات هي:

- ١- المعاملة بالمثل الثابتة دبلوماسياً: وهي التي تنظم من خلال الاتفاقيات الدولية فالأخيرة تكون المصدر الذي ينظم ممارسة الأجانب للحقوق على اراضي الدول الاعضاء في الاتفاقية ونذكر منها على سبيل المثال، اتفاقية انتقال الايدي العاملة في الدول الاعضاء لمجلس الوحدة المصادق عليها العراق بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٠^(١).

١- د. صالح عبد الزهره الحسون. مصدر سابق، ص ٩٢ وما بعدها.

دکتر السید منوچری

الاثار التي تترتب على حركة الأجنبي

المطلب الأول

وضع الأجني عبر الحدود

إن حركة أي شخص عبر الحدود الدولية تكون على مظهرين. في المظهر الأول تكون الحركة غير مشروعة وهي تحصل بالنسبة للمهاجرين واللاجئين أي أن هذه الحركة تتحقق بالنسبة لكل شخص لا يحمل وثيقة تخوله الخروج من دولته والدخول إلى دولة أخرى. إما المظهر الثاني تكون فيه الحركة مشروعة وهي تحصل بالنسبة لكل من يحمل وثيقة تخوله حق الخروج من دولته والدخول إلى دولة أخرى. وتتمثل هذه الوثيقة بجواز السفر الصادر من دولته أو وثيقة تقوم مقامه تصدر في الغالب من

منظمة الأمم المتحدة والوكالات التابعة لها والمعنية بحقوق اللاجئين يؤشر عليها بسمه دخول وإقامة فتوصف هذه الحركة بأنها مشروعة، وما يترتب عليها من أوضاع تأخذ نفس الوصف. علما انه قبل الحربين العالمية الأولى والثانية كان هناك مبدأ معتمد بين العديد من الدول يسمى مبدأ الدخول الحروب حل محل الدخول المقتن أو المقيّد^(١) وهذا استتبع الحاجة إلى وجود وثيقة تنظم حركة الأجنبي عبر الحدود، وهذا يعني ان فكرة الجواز حديثة نسبيا ظهرت على اثر تشنج العلاقات الدولية اثر الحروب^(٢).

ويظهر مما تقدم ان حركة الأجسبي ترتب عليها ثلاثة أوضاع هي
الدخول - الخروج - الإقامة سنعرضها من خلال ثلاثة فروع

١- انظر بهذا المعنى د. سعيد يوسف البستاني، المصدر السابق - ص ١٨٩ ومابعدها

٢- ود. فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص الجزء الأول - الجنسية ومركز الأجانب - النهضة العربية - القاهرة ١٩ ص ٢٧٨.

الفرع الأول

الدخول

ويقوم دخول الأجنبي إلى أراضي دولة غير دولته على أساس حرية الانسان في التنقل والذي نظمته العديد من المواثيق^(١) الدولية والقوانين الداخلية^(٢)، وهو يعني العبور من دولة إلى أخرى بموجب سمة دخول مؤشرة في جواز سفره أو وثيقة تقوم مقامه تمنح من الدول أو المنظمات تخول حاملها حق الدخول. خلال مدة والإقامة وتتطلب هذه السمة شروط موضوعية وأخرى شكلية في الدولة الوافد إليها أولاً: الشروط الموضوعية:

- ١- أن يكون للشخص وسيلة للعيش جلية.
- ٢- أن يكون خالي من الأمراض السارية والمعدية^(٣).

١- المادة (١٣) من الإعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ التي نصت على (يحق لكل فرد ان يغادر اية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه) وإلى نفس المعنى ذهبت المادة (١٢) من الاتفاقية الدولية خاصة بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ والمادة (١٢) من لسيثاق الافريقي لعام ١٩٨١ وقد اصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم (١٢١/٥٢) في جلستها العامة ٧٠ في ١٢ كانون الأول ١٩٩٧ الذي قضى احترام حق الجميع في السفر كما أكد على حرية التنقل الميثاق العربي لعام ٢٠٠٤

٢- ومنها الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ وقد أكد القضاء الإداري في فرنسا على حرية الذهاب وكذلك الدستور الأمريكي كما ذهبت إلى هذا المعنى سائر الدساتير العربية ينظر بهذا المعنى عيسى تركي خلف الجبوري - المعاصر السابق - ص ٨٤ نقلاً عن د. حمدي عمر علي - سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر الإدارة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ ص ١٧١ كما ذهب دستور العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٣)

٣- وقد اصدر مجلس قيادة الثورة المنحل قرار رقم (٢٠٤) ٢٤/٩/٢٠٠٢. منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٥١ في ٧/٢٠٠٢ والذي بموجبه ألزم كل من يدخل إلى العراق سواء كان عراقياً أم عربياً أم أجنبياً إلى مراجعة مركز فحص متلازمة العوز المناعي المكتسب في بغداد والمحافظات خلال مدة يحددها وزير الصحة

٤- أن لا يكون محكوم أو متهم بجريمة يجوز تسليمه من أجلها.

ثانيًا: الشروط الشكلية

اما سمة الدخول فتكون على انواع نظمتهها المادة (٤) من قانون الإقامة وهي:

٢- سمة مرور تحول لحماها الدخول للعراق خلال ثلاثة أشهر من تاريخ منحها والإقامة فيه مدة لا تتجاوز سبعة أيام.

٤- سمة سياسية تمنح لافراد السلك الدبلوماسي وفق تعليمات يصدرها وزير الخارجية عملاً بقاعدة المعاملة بالمثل.

٥- سمة خدمة تمنح للأشخاص الذين يحملون جوازات سفر خدمة وفق تعليمات يصدرها وزير الخارجية بعد أخذ رأي وزير الداخلية وفقا لقاعدة المعاملة بالمثل.

٦- سمة زيارة أو سياحة تحول حاملها الدخول للعراق خلال ثلاثة أشهر من تاريخ منحها والإقامة فيه مدة لا تتجاوز شهر.

٧- سمة اضطرارية وتمنح عند المطارات والموانئ لأسباب اضطرارية انسانية كحالة لاجئين أو من ياتي من تولة لا يوجد فيها تمثيل دبلوماسي رسمي للعراق. وذهب المشرع المصري في قانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥ السالف الذكر إلى تنظيم دخول الأجانب في المواد (٣ - ٧) حيث يلزم الأجنبي بموجب هذا القانون لدخول مصر ان يكون حامل جواز سفر أو وثيقة صادرتين من السلطة المختصة في دولة الأجنبي أو أي سلطة أخرى معترف بها تخول الأجنبي بالعودة إلى الدولة وان يكون كل من الجواز أو الوثيقة مؤشرا عليها من وزارة الداخلية والبعثات الدبلوماسية أو أي هيئة تعتد بها حكومة جمهورية مصر^(١) كما قيد المشرع حق دخول الأجنبي من الاماكن المحددة من قبل وزير الداخلية^(٢).

كما اجاز لمدير مصلحة لجوازات اعفاء البعض من الخضوع للاحكام المتقدمة^(٣) واجاز المشرع لوزير الداخلية اعفاء رعايا بعض البلدان العربية أو اللاجئين من الحصول على تأشيرة دخول أو حمل جواز سفر^(٤) وإلى نفس المعنى ذهب المشرع اللبناني في المادة (٦) من قانون ١٩٦٢/٧/١٠ والمادة (١١) من نفس القانون اعلاه^(٥).

وقد استثنى قانون إقامة الأجانب في العراق في السابق من الحصول على سمة الدخول المواطن العربي والمواطن المغترب والفلسطينيين وكل من يستثنى بموجب اتفاقية دولية أو قانون خاص وهم رؤساء الدول الأجنبية وفرد اسرهم وحاشيتهم

١- المادة (٢) من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥.

٢- المادة (٣) من نفس القانون اعلاه.

٣- المادة (٤) من نفس القانون اعلاه.

٤- المادة (٥) من نفس القانون اعلاه.

٥- للمزيد انظر عصام نعمة اسماعيل - مصدر سابق، ص ٣٦ وما بعدها.

ورؤساء البعثات الدبلوماسية والقنصلية العاملة في العراق ومراقبيهم^(١) كما استثنى الاجئون بعد قبول لجوئهم من الخضوع لقانون الإقامة وقد أشار لذلك قانون الاجئين^(٢)، اما في الوقت الحاضر تم ايقاف هذه الاحكام والمتعلقة باستثناء المواطن العربي والفلسطيني والمواطن المغترب وقد اعتمد مبدا المعاملة بالمثل في التعامل مع رعايا الدول العربية والاجنبية، وقد اصدرت سلطة الائتلاف الأمر رقم

(١٦) لسنة ٢٠٠٣^(٣)، وبموجبه تم تنظيم دخول الأجانب عن طريق فحص طلباتهم بالدخول إلى العراق ويتم اصدار الاذونات بالدخول صالحة لمدة (٩٠) يوما وقد استثنى الأمر من الحصول على هذه الاذونات العراقيون والمولدون في العراق اضافة إلى موظفي الائتلاف ومسؤولو الامم المتحدة أو اي مسؤول من اي منظمة من منظمات الامم المتحدة ويستحصل الاذن بالدخول من اي سفارة عراقية اعيد

١- وقد إشارة إلى هذا المعنى المادة (٢٦) من قانون الإقامة وإلى نفس المعنى ذهبت المادة (٤) من الأمر التشريعي رقم ٤٥/٢٦٥٨ في ١٩٤٥/١١/٢ حيث أشار المادة المذكورة إلى عدم تطبيق قانون الإقامة على الدبلوماسيين والقنصل أثناء تأديتهم مهامهم كما ذهبت في نفس السياق المادة (٣) من الأمر التشريعي رقم ٢٠٠٢/٣٨٨ في ٢٠٠٢/٣/٢٠ المنظم لدخول وإقامة الأجانب في كالينونيا الجديدة كما كان المشروع اللبنياني نفس المقف في المادة (٣) من قانون ١٩٦٢/٧/١٠ حيث استثنى الدبلوماسيين والقنصل من تطبيق القانون ولا يشمل الاستثناء القناصل الفخريين أشار إلى ذلك عصام نعمة اسماعيل - المصدر السابق - ص ٢٦ - ٢٧

٢- مادة ١٠ من قانون الاجنئين رقم ٥١ لسنة ١٩٧١ منشور في الوقائع العراقية عدد ١٩٨٥
فب ١٠/٤/١٩٧١ نصت على

(في الحالة الواردة في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من هذا القانون مُتصرف اللواء ان يطلب من الشرطة عدم اتخاذ الإجراءات بتقديم الأشخاص الذين طلبوا اللجوء إلى العراق إلى المحاكم بموجب قانون الإقامة ريثما يصدر القرار بشأنهم وعلى الشرطة تنفيذ ذلك. وفي حالة قبول لجونهم يستثنون من احكام قانون الإقامة). كما ذهبت إلى نفس المعنى المادة ٨ من قانون الاجئين رقم ١١٤ لعام ١٩٥٩ التي نصت: ((يستثنى من احكام قانون إقامة الأجانب كل من: أ. تقرر قبول لجونه في العراق. ب. دخل العراق طالبا للجوء فيه.)).

٣- منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٧٨ في ١٧/أب/٢٠٠٣

— ﴿الْأَسْبَغُ﴾ —

وكما بينا سابقا أن الإقامة العنصر المادي للموطن فإن اقترنت بنية البقاء لمدة غير محدودة تصبح موطن كما مر بنا في موضوع الموطن.

وعلى الأجنبي الخروج إذا انتهت مدة إقامته المثبتة بجواز السفر ما لم يرغب في تجديد الإقامة. وعليه قبل موعد انتهاءها أن يطلب التجديد كما يلزم الأجنبي إخطار السلطات المعنية إذا قام بتغيير محل إقامته خلال ٤٨ ساعة كما يلزم أصحاب الفنادق والمنازل إبلاغ ضابط الإقامة عن أسماء الأجانب المقيمين خلال ٢٤ ساعة. وقد نظمت هذه الأحكام المادة (٣٠/٢، ٣) من قانون الإقامة العراقي وقد أصاب هذه الأحكام الكثير من التغيير في الوقت الحاضر باعتماد مبدأ المعاملة بالمثل وإلى نفس المعنى ذهب المشرع المصري في المادة (٨) من قانون الإقامة رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥.

وقد استثنى المشرع العراقي في قانون الإقامة سابقا المواطن العربي والمواطن المغترب واللاجئين من الحصول على إذن بالإقامة^(١) وفي الوقت الحاضر الزمهم بالحصول على إذن بالإقامة.

الفرع الثالث

الخروج

مهما بلغت مدة إقامة الأجنبي فإن لم يكتسب جنسية دولة الإقامة فإنه يسير حتما إلى مصير معلوم الا وهو الخروج وهو يحصل إما طوعا أو جبرا ويصطلح على الخروج جبرا بالأبعاد حيث يسري بحق الأجنبي الذي دخل العراق بصورة مشروعة ونفذ شرط من شروط سمة الدخول الواردة في المادة (٣) السالفة الذكر ويتميز الأبعاد عن

١- انظر تفصيل ذلك د. حسن الهداوي ود. هالب الداودي - المصدر السابق - ص ٢٥٥

الاعراج لان الأخير يسري بحق من دخل العراق بصورة غير مشروعة كما يصطلح على الأبعاد بالطرد والإبعاد يقتصر على الأجانب^(١) ولا يسري

١- انظر بهذا المعنى قرارات محكمة التمييز الاتحادية في العراق ادناه: تشكلت الهيئة الجزائية الأولى في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ١/ ذي الحجة/ ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/١٢/١٠ م، برئاسة نائب الرئيس حسن وعضوية القضاة السادة حسن عزيز وموفق توفيق وعامر النائب ود. عبد الحسين شندل المادونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:
المتهم/شكر الله حيدر اغا/ ايراني الجنسية

قررت محكمة جنبايات واسط المركزية هـ ٥ بتاريخ ١٣/٨/٢٠٠٧ وعند ٣٢٧/ج م/ ٢٠٠٧ ادانة للمتهم المذكور اعلاه وفق المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل بذلالة المادة ١٣٢/ عقوبات والحكم عليه بالحبس الشديد لمدة أربع سنوات واحتساب موقوفته ولم تتخذ قرارا بالمصادرة لعدم ضبط أموال بحوزة المدان واشعار السلطات العراقية بتفسير المدان خارج العراق بعد انتهاء محكوميته واشعار مديرية الإقامة بذلك وتحميل خزينة الدولة اتعاب المحامي المنتدب عشرين ألف دينار طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة ٤٣٨٩/ج/ ٢٠٠٧ المؤرخة في ٤/ ١٠/ ٢٠٠٧ تصديقه.

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة الجنبايات المركزية في واسط بتاريخ ١٣/٨/٢٠٠٧ في الدعوى المرقمة ٣٢٧/ج/ ٢٠٠٧ باستثناء قرار فرض عقوبة الحبس لمدة (أربع سنوات) كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقا صحيحا ولموافقة القرارات للقانون قرر تصديقها اما بشأن العقوبة المقترضة بها على المدان (شكر الله حيدر اغا) وفق المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب فقد وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع وقائع الجريمة وظروف ارتكابها لذا قرر اعادة الدعوى إلى محكمتها لاعادة النظر في العقوبة بغية تشديدها وابلاغها إلى الحد المناسب دون الاستدلال بالمادة ١٣٢/ق ع وصدر القرار بالاتفاق في ١/ ذي الحجة/ ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/١٢/١٠ م.

رقم الحكم ٥٨٧٧ في ١٢/ ١٠/ ٢٠٠٧

٢٠٠٧ تشكلت الهيئة الجزائية الثانية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٥/ رمضان/ ١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧ م برئاسة نائب الرئيس السيد حسن ابراهيم حسن وعضوية القضاة السادة سلمان عبيد واحمد فرحان ومحمد صاحب وحيد حسين المادونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:

المتهم/نيك بخت خدا/ افغانية الجنسية

قررت محكمة الجنبايات المركزية واسط بتاريخ ٣٠/ ٤/ ٢٠٠٧ بالعند ٢٥١/ج/ ٢٠٠٧ ادانة المتهمه نيك بخت خدا وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل -

على الوطنيين وإلى ذلك ذهب الدستور الأمريكي والمصري والسوري والكويتي

→ والحكم عليها بالحبس البسيط لمدة سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ حيث إن المدانة امرأة كبيرة السن ولم يسبق الحكم عليها بجريمة عمدية ولم يتخذ قرار بالمصادرة لعدم ضبط أموال بحوزة المدانة وفق احكام المواد ١١٨ و ١٤٤ و ١٤٥ و ١٤٦ من قانون العقوبات واشعار السلطات العراقية المختصة بتسفير المدان خارج الحدود العراقية بعد انتهاء محكوميتها واشعار مديرية الإقامة بذلك وتقدير اتعاب المحامي المنتدب مبلغاً قدره عشرون ألف دينار تدفع له من خزينة الدولة بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية. طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة ٣٩٧٦/ج/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١٢ تصديق القرارات.

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة الجنايات المركزية في واسط/الهيئة الخامسة بتاريخ ٢٠٠٧/٤/٣٠ بالدعوى المرقمة ٢٥١/ج/م/٢٠٠٧ باستثناء قرار فرض العقوبة كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقاً صحيحاً قرر تصديقها اما بشأن العقوبة المقضي بها على المدانة نيك بخت خدا الحبس لمدة سنة واحدة وفق احكام المادة ٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل وبدلالة المادة ٣/١٣٢ من قانون العقوبات مع إيقاف تنفيذ العقوبة فقد وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع نوع وجسامة الجريمة والظروف الامنية التي يمر بها القطر لذا قرر نقضها واعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها بغية تشديدها وابلاغها إلى الحد المناسب دون الاستدلال بالمادة ١٣٢ عقوبات على أن يبقى لهمتهم موقوفاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٥/رمضان/١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧ هـ الموافق ٢٠٠٧/٧/١٩ في رقم الحكم ٥٢٤٢.

تشكلت الهيئة الجزائية الثانية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٥/رمضان/١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧ م. برئاسة نائب الرئيس السيد حسن ابراهيم حسن وعضوية القضاة السادة سلمان عبيد واحمد فرحان ومحمد صاحب وحيد حسين الماذنوني بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:

المتهم/جلال يدا الله يحيى

قررت محكمة الجنايات المركزية واسط بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ بالعدد ٢٣٠/ج/٢٠٠٧ ادانة المتهم جلال يدا الله يحيى وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل والحكم عليه بالحبس الشديد لمدة سنتين مع احتساب موقوفته ومصادرة الموبايل وميم كارت المضبوطة بحوزة المدان واشعار السلطات العراقية المختصة بتسفير المدان خارج الحدود العراقية بعد انتهاء محكوميته واشعار مديرية الإقامة بذلك وتقدير اتعاب المحامي المنتدب مبلغاً قدره عشرون ألف دينار تدفع له من خزينة الدولة بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية. طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة ٣٩٦٥/ج/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١٢ تشديده العقوبة.

القرار ←

→ لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة الجنايات المركزية في واسط/الهيئة الخامسة بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ بالدعوى المرقمة ٢٣٠/ج.م/٢٠٠٧ باستثناء قرار فرض العقوبة كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقا صحيحا قرر تصديقها اما بشأن العقوبة المقضي بها على المدان جلال يدا الله يحيى بالحبس لمدة سنتين وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل وبدلالة المادة ٣/١٣٢ من قانون العقوبات فقد وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع نوع وجسامة الجريمة والظروف الامنية التي يمر بها القطر لذا قرر نقضها واعادة اوراق الدعوى إلى محكمتها بغية تشديدها وابلاغها إلى الحد المناسب دون الاستدلال بالمادة ١٣٢ عقوبات على أن يبقى المتهم موقوفا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٥/رمضان/١٤٢٨هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧م.

رقم الحكم ٥٢٣٢ في ٢٠٠٧/١٧/٩

تشكلت الهيئة الجزائية الثانية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٥/رمضان/١٤٢٨هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧م. برئاسة نائب الرئيس السيد حسن ابراهيم حسن وعضوية القضاة السادة سلمان عبيد واحمد فرحان ومحمد صاحب وحيد حسين المانوتين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:
المتهم/قربان علي اسدالله

قررت محكمة الجنايات المركزية واسط بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ بالعدد ٢٢٤/ج/٢٠٠٧ ادانة المتهم قربان علي اسد الله وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل والحكم عليه بالحبس الشديد لمدة سنتين مع احتساب موقوفته ومصادرة الموبايل المضبوط بحوزة المدان واشعار السلطات العراقية المختصة بتفسير المدان خارج الحدود العراقية بعد انتهاء محكوميته واشعار مديرية الإقامة بذلك وتقدير اتعاب المحامي المنتدب مبلغا قدره عشرون الف دينار تنفع له من خزينة الدولة بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية. طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة ٣٩٦٥/ج/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١٢ اعادة تشديد العقوبة.

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة الجنايات المركزية في واسط/الهيئة الخامسة بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ بالدعوى المرقمة ٢٢٤/ج.م/٢٠٠٧ باستثناء قرار فرض العقوبة كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقا صحيحا قرر تصديقها اما بشأن العقوبة المقضي بها على المدان قربان علي اسدالله بالحبس لمدة سنتين وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل وبدلالة المادة ٣/١٣٢ من قانون العقوبات فقد وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع نوع وجسامة الجريمة والظروف الامنية التي يمر بها القطر لذا قرر نقضها واعادة اوراق الدعوى إلى محكمتها بغية تشديدها وابلاغها إلى الحد المناسب دون الاستدلال بالمادة ١٣٢ عقوبات على أن يبقى المتهم موقوفا للنتيجة وصدر القرار ←

→ بالاتفاق في ٥/رمضان/١٤٢٨هـ الموافق ١٧/٩/٢٠٠٧م.

رقم الحكم ٥٢٤٠ في ٩/١٧/٢٠٠٧

تشكلت الهيئة الجزائية الأولى في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ١/ذي الحجة/١٤٢٨هـ الموافق ١٠/١٢/٢٠٠٧م، برئاسة نائب الرئيس حسن إبراهيم حسن وعضوية القضاة السادة حسن عزيز وموفق توفيق وعامر النائب ود. عبد الحسين شندل المانويين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:

المتهم/شكر الله حيدر اغا/ايراني الجنسية

قررت محكمة جنبايات واسط المركزية هـ بتاريخ ١٣/٨/٢٠٠٧ وعدد ٣٢٧/ج م/٢٠٠٧ ادانة المتهم المذكور اعلاه وفق المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل بدلالة المادة ١٣٢/عقوبات والحكم عليه بالحبس الشديد لمدة أربع سنوات واحتساب موقوفته ولم تتخذ قرارا بالمصادرة لعدم ضبط أموال بحوزة المدان واشعار السلطات العراقية بتفسير المدان خارج العراق بعد انتهاء محكوميته واشعار مديرية الإقامة بذلك وتحمل خزينة الدولة اتعاب المحامي المنتدب عشرين الف دينار طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة ٤٣٨٩/ج/٢٠٠٧ المؤرخة في ٤/١٠/٢٠٠٧ تصديقه.

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة الجنبايات المركزية في واسط بتاريخ ١٣/٨/٢٠٠٧ في الدعوى المرقمة ٣٢٧/ج/٢٠٠٧ باستثناء قرار فرض عقوبة الحبس لمدة (أربع سنوات) كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقا صحيحا ولموافقة القرارات للقانون قرر تصديقها اما بشأن العقوبة المقترني بها على المدان (شكر الله حيدر اغا) وفق المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب فقد وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع وقائع الجريمة وظروف ارتكابها لذا قرر اعادة الدعوى إلى محكمتها لاعادة النظر في العقوبة بغية تشديدها وابلاغها إلى الحد المناسب دون الاستدلال بالمادة ١٣٢/ق ع وصدر القرار بالاتفاق في ١/ذي الحجة/١٤٢٨هـ الموافق ١٠/١٢/٢٠٠٧م.

رقم الحكم ٥٨٧٧ في ١٢/١٠/٢٠٠٧

تشكلت الهيئة الجزائية الثانية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٥/رمضان/١٤٢٨هـ الموافق ١٧/٩/٢٠٠٧م. برئاسة نائب الرئيس السيد حسن إبراهيم حسن وعضوية القضاة السادة سلمان عبيد واحمد فرحان ومحمد صاحب وحيد حسين القانونيين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:

المتهم/قربان علي اسدالله

قررت محكمة الجنبايات المركزية واسط بتاريخ ١٦/٤/٢٠٠٧ بالعدد ٢٢٤/ج/٢٠٠٧ ادانة المتهم قربان علي اسدالله وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ ←

→ المعدل والحكم عليه بالحبس الشديد لمدة سنتين مع احتساب موقوفته ومصادرة الموبايل المضبوط بحوزة المدان وأشعار السلطات العراقية المختصة بتفسير المدان خارج الحدود العراقية بعد انتهاء محكوميته وأشعار مديرية الإقامة بذلك وتقدير اتعاب المحامي المنتدب مبلغاً قدره عشرون ألف دينار تدفع له من خزينة الدولة بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية. طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة ٣٩٦٥/ج/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١٢ إعادة تشديد العقوبة.

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة الجنائيات المركزية في واسط/الهيئة الخامسة بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ بالدعوى المرقمة ٢٢٤/ج. م/٢٠٠٧ باستثناء قرار فرض العقوبة كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقاً صحيحاً قرر تصديقها اما بشأن العقوبة المقضي بها على المدان قربان علي اسدالله بالحبس لمدة سنتين وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل وبدلالة المادة ٣/١٣٢ من قانون العقوبات فقد وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع نوع وجسامة الجريمة والظروف الامنية التي يمر بها القطر لذا قرر نقضها واعادة اوراق الدعوى إلى محكمتها بغية تشديدها وابلاغها إلى الحد المناسب دون الاستدلال بالمادة ١٣٢ عقوبات على ان يبقى المتهم موقوفاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٥/رمضان/١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧ م.

رقم الحكم ٥٢٤٠ في ٢٠٠٧/٩/١٧

تشكلت الهيئة الجزائية الثانية في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٥/رمضان/١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧ م. برئاسة نائب الرئيس السيد حسن ابراهيم حسن وعضوية القضاة السادة سلمان عبيد واحمد فرحان ومحمد صاحب وحيد حسين المانونين بالقضاء باسم الشعب واصدرت القرار الاتي:

المتهم/جلال يداالله يحيى

قررت محكمة الجنائيات المركزية واسط بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ بالعدد ٢٣٠/ج/٢٠٠٧ ادانة المتهم جلال يداالله يحيى وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل والحكم عليه بالحبس الشديد لمدة سنتين مع احتساب موقوفته ومصادرة الموبايل وسيم كارت المضبوطة بحوزة المدان وأشعار السلطات العراقية المختصة بتفسير المدان خارج الحدود العراقية بعد انتهاء محكوميته وأشعار مديرية الإقامة بذلك وتقدير اتعاب المحامي المنتدب مبلغاً قدره عشرون ألف دينار تدفع له من خزينة الدولة بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية. طلبت رئاسة الادعاء العام بمطالعتها المرقمة ٣٩٦٥/ج/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١٢ تشديد العقوبة.

القرار

لدى التدقيق والمداولة وجد ان كافة القرارات التي اصدرتها محكمة الجنائيات المركزية في واسط/الهيئة الخامسة بتاريخ ٢٠٠٧/٤/١٦ بالدعوى المرقمة ٢٣٠/ج. م/٢٠٠٧ باستثناء قرار ←

الان المشرع اللبناني اجاز ابعاد اللبنانيين^(١) ويختم الخروج على جواز السفر بختم المغادرة ويمثل ذلك الإجراء انتهاء الوجود المادي للأجنبي على اراضي الدولة^(٢).

المطلب الثاني حقوق الأجنبي والتزاماته

الاصل ان يتفوق الوطني على الأجنبي في الحقوق والالتزامات، ولكن مقابل ذلك تتحقق المساواة بينهما في حقوق والتزامات من طبيعة معينة، ويمكن ان يتفوق الأجنبي على الوطني في حقوق والتزامات من طبيعة أخرى وفي كل الاحوال هناك حد ادنى من الحقوق للأجنبي يقتضي ان يتمتع بها كما ان عليه التزامات تتناسب معها، وعليه سنبحث الموضوع من خلال فرعين.

→ فرض العقوبة كانت المحكمة المذكورة قد راعت عند اصدارها تطبيق احكام القانون تطبيقاً صحيحاً قرر تصديقها اما بشأن العقوبة المقضي بها على المدان جلال يدا الله يحيى بالحبس لمدة سنتين وفق احكام المادة ١/٢٤ من قانون إقامة الأجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل وبدلالة المادة ٣/١٣٢ من قانون العقوبات فقد وجد انها خفيفة ولا تتناسب مع نوع وجسامة الجريمة والظروف الامنية التي يمر بها القطر لذا قرر نقضها واعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها بغية تشديدها وإبلاغها إلى الحد المناسب دون الاستدلال بالمادة ١٣٢ عقوبات على أن يبقى المتهم موقوفاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٥/رمضان/١٤٢٨ هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/١٧ م.
رقم قرار الحكم ٥٢٣٢ في ٢٠٠٧/٩/١٧

١- عصام اسماعيل نعمة - المصدر السابق - ص ١١٤ - ١١٥

٢- ويقابل هذا الخروج مغادرة الوطني والذي تم تنظيمه في قانون جوازات السفر رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٩ منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٧٩٧ في ١٠/٢٥/١٩٩٩ وقد اصدرت سلطة الائتلاف امر رقم ١ في ١٦ ايار ٢٠٠٣ بموجبه تم منع فئات من العراقيين من مغادرة العراق وهم قيادات كibar النظام السابق والمشتبه بارتكابه جرائم خطيرة أو مشتبه بانهم شاركوا في تصنيع أو تطوير ابحاث تتعلق بأسلحة الدمار الشامل وقد نشر الأمر في الوقائع العراقية العدد ٣٩٧٧ في ١٧ حزيران ٢٠٠٣ فضلاً عن صدور أوامر أخرى تنظم السفر لخارج العراق للمزيد ينظر عيسى تركي خلف حمدي الجبورري - تنظيم حرية السفر في العراق - رسالة ماجستير - بغداد - ٢٠٠٥ ص ٥٤ ومبعتها

الفرع الأول

حقوق الأجنبي

يتطلب الاحتاطة بهذا الموضوع بيان الحقوق التي يستأثر بها الوطني بشكل مطلق والحقوق التي يستأثر بها بشكل نسبي والحقوق التي يتساوى فيها الوطني والأجنبي، وفي ضوء ذلك لنا ان نتساءل هل بالامكان تفوق الأجنبي على الوطني في الحقوق؟ وما هو مقدار هذه الحقوق؟ لذا سنبحث الموضوع من خلال أربعة محاور هي:

أولاً: تمييز الوطني عن الأجنبي

إن الحقوق التي يتميز فيها الوطني هي الحقوق العامة، فهذه الحقوق تكون محجوزة للوطنيين، ومن الحقوق العامة حق تولي الوظائف والمناصب العليا في الدولة وحق الترشيح والانتخاب والانتفاع ببعض المرافق كمرفق التعليم حيث يعد التعليم الابتدائي مجاني والزامي بحسب قانون التعليم الإلزامي رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٦ والمعدل بقانون رقم ١١٦ سنة ١٩٨٧^(١) وبالمقابل جعل دستور العراق لعام ٢٠٠٥ التعليم مجاني في جميع المراحل فنصت المادة (٢/٣٤) على «التعليم المجاني حق لجميع العراقيين في مختلف المراحل».

أما الحقوق الخاصة وهي: وحق التملك العقاري فيقتصر على الوطنيين ولا يمتد إلى الأجانب إلا استثناءً وقد نظم المشرع العراقي حق الأجنبي في تملك العقاري في قانون ٨٣ لسنة ١٩٦١ المعدل الذي أباح التملك العقاري للأجنبي بشروط وهي:

١- شرط المعاملة بالمثل.

٢- سبق الإقامة في العراق لمدة لا تقل عن سبع سنوات.

١- منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٣٠٨٣ في ١٩٨٨/١/٤

- ٣- عدم وجود مانع إداري أو عسكري في التملك.
 - ٤- أن لا يكون قرب الحدود بها لا يقل عن ٣٠ كيلو متر.
 - ٥- أن لا يكون ارض زراعية أو أميرية.
- وقد سمح للكوييتين بالتملك بقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٢ ولا يخضعون لشروط التملك الواردة في القانون رقم ٨٣ لسنة ١٩٦١ ولا بناء الدول العربية والامارات العربية بقانون رقم ٥ سنة ١٩٥٥، ومثلما أبيع للشخص الطبيعي التملك العقاري أبيع للشخص المعنوي هذا الحق ومنها الشركات ولكن بشروط حددتها المادة (١٥٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١^(١) كما اتاحت المادة (١٥٢) من نفس القانون للدول الأجنبية وممثلها بالتملك العقاري وهي:
- ١- أن تكون الشركة مصادق على تسجيلها في العراق.
 - ٢- أن يسمح لها نظامها الداخلي (عقد التأسيس) بالتملك العقاري.
 - ٣- أن يوافق وزير الداخلية على تسجيل تملك العقار.
 - ٤- أن يكون العقار داخل حدود المدن والقصبات
- وقد استمر جواز التملك العقاري للأجانب حتى عام ١٩٩٤ حيث صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ وبموجبه أوقف العمل بجميع القوانين والقرارات التي تبيع التملك العقاري لغير العراقيين^(٢).

واستمر الوضع هكذا حتى بعد صدور دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ حيث نظمت المادة (١/٣/٢٣) أحكام التملك العقاري حيث نصت على (للعراقي الحق

١- وإلى نفس المعنى ذهبت المادة ١٣ من قانون تسجيل الاموال غير المنقولة باسم الأشخاص الحكيمة رقم ٣ لسنة ١٩٣٩ والمعدل بقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٤٣.

٢- منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٥٠١ في ١٤/٣/١٩٩٤

ذلك في قانون ضمانات وحواجز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ حيث منح هذا القانون للمستثمر الأجنبي العديد من المزايا منها عدم جواز التاميم للشركات والمنشآت أو مصادرتها وحضر فرض الحراسة عليها أو حجز أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها كما أباح لها التملك العقار^(١).

ثانيًا: المساواة بين الوطني والأجنبي

وتتضمن جميع الحقوق التي تفرضها المساواة في الصفة الإنسانية ومنها الحق في الحياة والحرية والكرامة والزواج والعقيدة والرأي والأمن الشخصي ومواجهة الإخطار ودفع الأضرار فهذه الحقوق والالتزامات تتفوق فيها الصفة الإنسانية على الخصوصيات الوطنية والقومية فلا يراعى فيها جنسية الشخص إنما صفته الإنسانية وأكد على ذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٨٥ السالف الذكر، وإن تلك الحقوق هو ما يصطلح عليها بالحد الأدنى، وهذا يعني أن الوطني والأجنبي أمام تلك الحقوق سواء

ومن الجدير بالذكر أن وضع وطني كل دولة يتحسن كلما استكثرت الدولة من عقد المعاهدات التي تنظم حقوق وحرقات الأفراد في الخارج إضافة إلى ارتباطها بالاتفاقيات الأممية المعنية بحقوق الإنسان لأن ذلك يكسب الدولة الثقة العالمية ويطور نظامها القانوني فنجدها دولة جاذبة للأجانب وبالمقابل سيكون مرحب بوطنيها في الخارج.

ومقابل ذلك ذهب جانب من الثقة إلى عدم الاعتراف للأجنبي بحق المساواة مع الوطني في الانتفاع بالمرافق العامة لأن الأخيرة مؤسسات تكونت من إيرادات عبارة

١- وقد نظمت الأحكام اعلاه المواد (٥، ٨، ١٠، ١١) للمزيد انظر د. حفيظة السيد الحداد المصدر السابق، ص ٣٤٥ وما بعدها

ثالثاً: تفوق الأجنبي على الوطني

ذوالسنة الحادية

الدولية مع الدول الأخرى تحسن وضع الأجانب على أراضيها، وبالمقابل يتحسن وضع وطنيها في الخارج الأجانب على أراضيها، وخاصة تلك التي ترتبط دولهم مع الدولة الأولى بقدر من الحقوق والامتيازات، كما ان رغبة الدولة في جذب رؤوس الاموال الأجنبية يدفعها إلى تبسيط إجراءات دخول المستثمرين الأجانب وتحسين مستوى اقامتهم من خلال اعفائهم من بعض الرسوم والضرائب لمدة معينة وامتناع الدولة المضيفة للاستثمار عن تعديل القوانين التي تمنح المستثمرين الامتيازات لمدة معينة (الثبات التشريعي) رابعا: احترام الحد الأدنى من الحقوق للأجنبي. سنعرض للموضوع من خلال بندين:

أولاً: الحد الأدنى من الحقوق في القانون الدولي: بعد ان حرصت دياجة إعلان حقوق المواطنين من الدول التي ليسوا من رعاياها السالف الذكر، على تأييد حقوق الأجانب فان الجمعية العامة... إذ تضع في اعتبارها ان الاعلان العالمي لحقوق الانسان ينادي بان لكل فرد اينما وجد الحق في الاعتراف له بالشخصية القانونية وان الجميع متساوون أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة من القانون دون أي تمييز

وحدد الاعلان اعلان حقوق المواطنين في العديد من مواده مجموعة من الحقوق وهي يمكن ان نعرضها بصورة موجزة وتمثل:

- ١- الحق في الحياة والامن الشخصي ولا يتعرض أي أجنبي للاعتقال أو الاحتجاز بشكل تعسفي.
- ٢- الحق في الحماية من التدخل التعسفي في الخصوصيات أو العائلة.
- ٣- الحق في اختيار زوج، وفي الزواج، وتأسيس اسرة.
- ٤- الحق في حرية الفكر والرأي والضمير والدين.

٥- الحق في الاحتفاظ بلغتهم وثقافتهم وتقاليدهم.

٦- الحق في تحويل المكاسب والمدخرات إلى الخارج كما حرصت المادة السادسة من الاعلان على عدم تعريض الأجنبي للتعذيب أو لغيره من ظروف المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الطرد بدون مساع قانوني وان تتوفر له ظروف وفرص للعمل مناسبة وملائمة احتراماً لكرامة الإنسانية.

إن ما ورد اعلاه يمثل الحد الأدنى من الحقوق لكل انسان وطني أو أجنبي وقد ثبت هذا المبدأ واضحي قاعدة دولية عرفية تحولت إلى قاعدة دولية مسجلة في العديد من المواثيق والاعلانات كما ورد في الاعلان اعلاه، وعلى جميع الدول احترام هذه القاعدة ولا يجوز مخالفتها لان ذلك يعني انكار للشخصية القانونية للفرد والتجاوز على طبيعته الإنسانية التي من خلالها يتفوق على سائر صفاته الدينية والقومية وخصوصياته الاجتماعية والثقافية، كما ان هذا الحقوق التي تمثلها القاعدة المتقدمة تنبرعن القدر اللازم من الحقوق التي لا تستقيم حياة الانسان بدونها، كما ان هذه القاعدة تمثل حل اجماع الفقه والقضاء واقرتها الاتفاقيات الدولية، ومن هذه الاتفاقيات الاتفاقية المتعلقة بالاختصاص القضائي الملحقه بمعاهدة لوزان المعقودة في تموز عام ١٩٢٣.

كما ان قاعدة الحد الأدنى من الحقوق اثارت خلاف الفقه حول الحقوق التي يجب على المشرع الوطني احترامها ولها حرمة دولية والذي باثره دفع الدول إلى الاحتكام قضائياً أمام محكمة العدل الدولية أو محاكم التحكيم، وكان من نتائج هذا الخلاف حصول استقرار حول الحقوق التي تمثل الحدود التي يجب مراعاتها لمصلحة الأجنبي ولعل اهم هذه الحقوق هو الاعتراف للفرد بالشخصية القانونية وما يترتب له عنها من حقوق، اهمها الحق في الحياة والحرية والكرامة والتملك والزواج وإجراء التصرفات القانونية المختلفة ومنها الوصية وكل ذلك يكفل له المساواة أمام القانون

والقضاء كما يؤمن له الحق في الامن الشخصي وبأثر ذلك الحق يكون له حرية التحرك وحرمة السكن والحق في الخصوصية وهذه الحقوق هي من اهم واخطر الحقوق في الوقت الحاضر^(١).

وتحرص جميع دول العالم عبر تشريعاتها الوطنية على احترام الحد الأدنى من الحقوق عن طريق تنظيمها عبر دساتيرها الوطنية لتكفلها لوطنييها وللأجانب معا.

ثانياً: الحد الأدنى من الحقوق في القانون العراقي: وبحسب مبدأ الحد الأدنى يتمتع الأجنبي في العراق بالحق في الحياة والامن والحرية ولا يجوز حرمانه من هذه الحقوق أو تقييدها الانشاءً على قانون أو قرار صادر من جهة قضائية مختصة^(٢) كما اعترف للأجنبي بالحق في الخصوصية الشخصية وحرمة مسكنة^(٣) كما كفل له حق التقاضي وتمكينه من الدفاع عن نفسه والتعامل معه على أساس الاصل براءة الذمة كما تكفل القانون العراقي بتوفير جميع الضمانات القانونية في الإجراءات القضائية على مستوى المسائل الجزائية بشكل خاص^(٤) كما تكفل القانون بمنح حق اللجوء السياسي^(٥) وحظر نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة ولقاء تعويض عادل^(٦)

١- د. صالح عبد الزهره الحسون - مصدر سين - ص ٨٩ - ٩٠

٢- هذا الحكم ينصرف للفرد سواء اكان عراقي أم أجنبي بحسب وتعتبر المادة (١٥) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥

٣- المادة (١٧) من الدستور

٤- المادة (١٩) من الدستور

٥- المادة (٢١) من الدستور

٦- المادة (٢/٢٣) من الدستور

فضلا عما تقدم من حقوق وهي تمثل الحد الأدنى تكفل القانون العراقي وبما لا يخل بالنظام العام والاداري حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل كما أكد على عدم دستورية أي قانون يمس جوهر الحقوق والحريات المتقدمة^(١).

ومن الجدير بالذكر أن قانون الحماية الاجتماعية رقم ١١ لسنة ٢٠١٤^(٢)، أشار في المادة (١) منه إلى أن نطاق سريانه يمتد إلى غير العراقيين المقيمين في العراق بصورة مستمرة ودائمة وقانونية وحسب المادة (١٦) منه تسقط الإعانة إذا سافر خارج العراق لمدة تزيد على ستة أشهر كما عاملت المادة (٢٨ - أ) من القانون الفلسطيني المقيم في العراق منذ عام ١٩٤٨ معاملة العراقي لأغراض تطبيق هذا القانون كما أشارت الفقرة الثانية من المادة نفسها إلى امتداد سريان القانون إلى المتزوجين من عراقيين هم وأولادهم.

ومن خلال ما تقدم يظهر ان المشرع العراقي كان ممثلاً للمعايير الدولية التي تؤكد على ضرورة احترام الحد الأدنى من الحقوق والواردة من العديد من الاعلانات العالمية ومنها الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ المادة (١٨) والمادة (١٩) منه والعهدين الدوليين الملحقين بالاعلان لعام ١٩٦٦ ومنها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المادة ١٨ منه كما اوردت مثل هذه الحقوق مشروع الاتفاقية العربية لحقوق الانسان في المادة (٢١) منها.

وسبق ان نظم المشرع العراقي حق ممارسة العمل والمهن في عدة قوانين اتاح في البعض منها للأجنبي حق ممارسة المهن تذكر منها على سبيل المثال مهنة الطب بموجب قانون نقابة الاطباء رقم ١١٤/١٩٦٦ حيث اجاز للعرب والأجانب

١- المادة (٤٦) من الدستور

٢- منشور في الوقائع العراقية، العدد ٤٣١٦ في ٢٤/٣/٢٠١٤.

مزاولة المهنة بحسب المادة ٤٥ منه^(١) شرط ان لا يكونوا قد حرموا من مزاولة المهنة في بلادهم بسبب اساءتهم للمهنة مع شرط المعاملة بالمثل. أو لهم عقود مع الدولة بدون شرط المعاملة بالمثل. كما سمح للأجنبي والعربي من مزاولة مهنة طب الاسنان بحسب قانون نقابة اطباء الاسنان رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٠ بنفس الشروط الخاصة بممارسة مهنة الطب اعلاه وكما يجوز للمحامي العراقي ان يتولى معه محامي أجنبي باذن من نقيب المحامين العراقيين وموافقة وزير العدل إذا كان مستمر بممارسة المهنة في بلاده بموجب قانون رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ كما اجيز للأجنبي ان يكون عضو مشارك في نقابة المهندسين بموجب قانون نقابة المهندسين رقم ٥١ سنة ١٩٧٩^(٢) كما اجاز قانون التعديل الثاني لقانون نقابة الفنانين رقم ١٢٩ لسنة ١٩٦٩^(٣) بموجب المادة ٦ منه للفنان العربي الانتماء للنقابة كعضو عامل إذا توفرت فيه شروط العضوية كما اتاحت للفنان الأجنبي ان يكون عضو مشارك وله جميع الحقوق عدا حق التصويت كما اجاز للأجنبي ممارسة مهنة الهندسة الزراعية بموجب قانون نقابة المهندسين الزراعيين رقم ٢٨ لسنة ١٩٦٧^(٤)، واتيح للمواطن العربي ان يكون وكيل تجاري استثناء من قانون الوكالات التجارية رقم ٢٠٨ لسنة ١٩٦٩^(٥) واجاز القانون

- ١- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٣٥٨ في ١/١٠/١٩٦٦ تم تعديل القانون المذكور بموجب قانون رقم ٨١ سنة ١٩٨٤ حيث استمر القانون باجازة ممارسة مهنة الطب من قبل العرب دون الأجانب ونشر التعديل في الوقائع العراقية العدد ٣٢١٩ في ١٢/٩/١٩٨٤
- ٢- منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٧١٢ في ٢٨/٥/١٩٧٩ وسمح للعرب بموجبه فقط بالانتساب للنقابة
- ٣- منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٩٣٦ في ٢٥/٤/١٩٨٣
- ٤- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٣٩٣ في ٢٩/٣/١٩٦٧ علما ان القانون المنشور الغيه بموجب قانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٩
- ٥- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٨١٨ في ١٩٦٩ وقد صدرت عدة تعديلات على هذا القانون كان تعديل رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٨٤٦ في ٢/١٠/٢٠٠٠

العراقي في قانون نقابة المحاسبين والمدققين رقم ١٨٥ لسنة ١٩٦٩^(١) انتساب غير العراقيين العاملين في العراق بصفة اعضاء مشاركين بدون ان يكن لهم حق التصويت أو الترشيح. كما أشار أمر سلطة الائتلاف رقم ٦٥ لسنة ٢٠٠٤ الخاص بالمفوضية العراقية للاتصالات والإعلام إلى إلزام مجلس المفوضية التابع للمفوضية المساواة الفعلية والعملية في الحقوق والالتزامات بين مقدمي الخدمة العراقيين والأجانب في مجال الإعلام والاتصالات بموجب القسم (٣) و(٤)، كما ألزم المجلس بموجب النص المذكور معاملة مقدمي الخدمة المعلوماتية والاتصالات وفق أحكام اتفاقية الجاتس على الرغم من أن العراقي لم يوقع عليها.

ومقابل الحقوق اعلاه ومبني تدرج ضمن حق الانتماء إلى النقابات، وممارسة بعض المهن، حرم الأجنبي من ممارسة المهن الصحية بحسب قانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٩^(٢) ومزاولة مهنة الصيدلية بموجب قانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٦٦^(٣) واتيح للعربي ممارسة مهن التمريض بموجب تعليمات ممارسة مهنة التمريض^(٤)، وكذلك ومهنة الطباعة بموجب قانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٦٩^(٥).

- ١- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٨٠٩ في ١٧/١١/١٩٦٩ وقد صدرت عدة تعديلات على هذا القانون كان اخرها قانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٨٨ منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٢١٩ في ١٢/٩/١٩٨٨
- ٢- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٧٩٦ في ١١/٤/١٩٦٩ وقد صدرت عدة تعديلات كان اخرها قانون رقم ١٨٩ لسنة ١٩٧٨/٣/١٢ منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٦٨٨ في ١٨/١٢/١٩٧٨
- ٣- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٣٥٧ في ١٠/١/١٩٦٦ وقد تم تعديله بقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٨ وقد تم نشر القانون في الوقائع العراقية العدد ٣٢١٩ في ١٢/٩/١٩٨٨
- ٤- منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٧٤١ في ٥/١٢/١٩٥٥
- ٥- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٨١٣ في ١٥/١٢/١٩٦٩ وكان آخر تعديل للقانون بموجب قانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٩ منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٧٧٨ في ١٤/٦/١٩٩٩

علما ان العربي خصه المشرع العراقي بمعاملة متميزة في اجازة ممارسة المهن الصحية والصيدله والتريض. ولكن لم يجوز له ممارسة مهنة الدلاية بموجب قانون رقم ٥٨ سنة ١٩٨٧^(١).

وفي اطار ما تقدم من حقوق يمكن ان نخلص إلى ما يلي:

- ١- حقوق يستأثر بها الوطني بشكل مطلق، وهي الحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشيح وممارسة هذه الحقوق من خلال تولي المناصب العليا في الدولة.
- ٢- حقوق يستأثر بها الوطني بشكل نسبي، وهي الحقوق المقررة اصلا للوطني وبامكان الأجنبي ممارستها ولكن استثناءً، ومنها حق التملك العقاري، والتوظيف في دوائر الدولة لضرورة، كما لو كان الأجنبي يتمتع بخبرات علمية تفتقرها الدولة وكانت الدولة بحاجة إلى التنمية وتطوير بنيتها التحتية.
- ٣- حقوق يتساوى فيها الوطني والأجنبي، وهي تمثل الحد الأدنى من حقوق الانسان، على التفصيل الذي اوردناه في الصفحات المتقدمة.
- ٤- حقوق يتفوق فيها الأجنبي على الوطني، وهي محدودة جدا وتكون الدولة أمام هذا التعامل مع الأجنبي عندما تكون بحاجة لتنمية اقتصادها الوطني عن طريق توفير امتيازات للأجانب للاستثمار على أراضيها برؤوس أموال أجنبية لما لأخير من دور مؤثر في هذا المجال.

١- منشور في الوقائع العراقية العدد ٣١٥٦ في ١٩٨٧

الفرع الثاني

التكاليف الملقاة على الأجنبي

تناسب هذه التكاليف مع الحقوق المقررة للأجنبي، فهي اقل من تلك المقررة للوطني ومن بين هذه التكاليف هي الخدمة العسكرية الالزامية، فهي تكليف يقتصر على الوطنيين دون الأجانب وقد اعتمد المشرع العراقي هذا المبدأ قبل عام ٢٠٠٣ حيث كان يفرض الخدمة الالزامية على كل عراقي اتم التاسعة عشرة من العمر وفق لقانون الخدمة العسكرية رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٩ ولم يكلف اللاجئين رغم انه خصهم بحقوق تضاهي حقوق الوطنيين بموجب قانون اللاجئين لسنة ١٩٥٩، واتاح المشرع العراقي للأجنبي التطوع في صفوف القوات العسكرية بموجب نظام التطوع رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ حيث جاء بحكم مطلق يحمل على أنه خاطب الجميع عراقيين وأجانب.

مقابل ذلك اتجهت بعض قوانين الدول لتجنيد الأجانب الزامياً ومنها القانون الأمريكي لعام ١٨٦٦، مما اثار ذلك استنكار بريطانيا، كما اتجهت قوانين دول أخرى لتجنيد عديمي الجنسية ومنها القانون الفرنسي رقم ٣١ مارس لسنة ١٩٢٨ المعدل بالقانون الصادر سنة ١٩٣٩، كما اتجهت المانيا إلى ذلك بموجب قانون Derbruk الصادر سنة ١٩١٣، وبرر تجنيد عديمي الجنسية بارتباطهم الفعلي بدولة الإقامة لغياب دولة معلومة يرتبطون بها تتولى الاحتجاج على تجنيدهم^(١).

ومن الجدير بالذكر يجوز تجنيد الأجانب الزامياً في دولة اقامتهم أو أي دولة أخرى إذا وجدت اتفاقية تنظم احكام تجنيدهم معقودة مع دولة جنسيتهم^(٢)، وهذا

١- دحسن الهداوي ودغالب الداودي - مصدر سابق - ص ٢٦٨ وما بعدها

٢- المصدر نفسه - ٢٦٩

يعني لا يجوز قبول تطوع الأجانب إذا كانت هناك اتفاقية دولية بين الدولة المقيمين على أراضيها والدولة التي يحملون جنسيتها تمنع التطوع.

كما يقع على عاتق الأجنبي تكليف آخر يتمثل بدفع الضرائب والرسوم، فعند هذا التكليف يتساوى الوطني والأجنبي، لان العبرة فيه وجود نشاط تجاري او مالي ينجم عنه دخل او منفعة او الحصول على خدمة على اراضي الدولة فيفرض هذا التكليف بغض النظر عن جنسية المستفيد، وهو تكليف تواجه به اغلب الدول الوطنيين والأجانب، وقد نظم المشرع العراقي احكام ضريبة الدخل في قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٥٩^(١) وضريبة العقار وضريبة التركات.

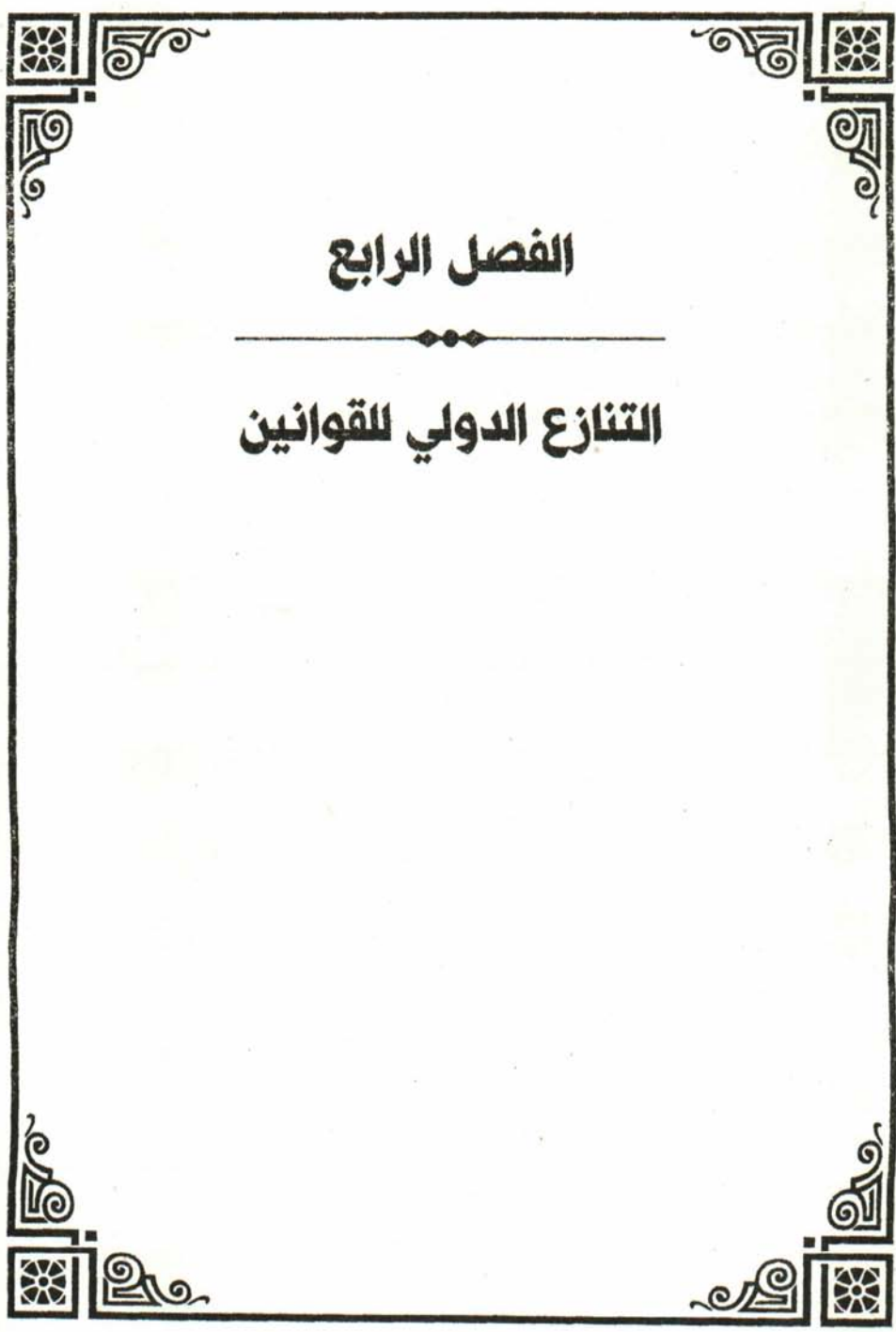
ويمكن ان يتمتع الأجنبي باعفاء من بعض الضرائب أو كلها إذا وجد نص في قانون خاص أو اتفاقية يقضي بذلك، وقد اعفى المشرع العراقي المستثمر الأجنبي من دفع الضرائب والرسوم لمدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ النشاط الاستثماري^(٢).

كما يمكن ان يواجه الأجنبي تكليف آخر يتمثل بنزع ملكية امواله العقارية من قبل الدولة لاغراض المنفعة العامة لقاء تعويض عادل^(٣) عن طريق نظام الاستملاك، وقد نظم المشرع العراقي احكام الاستملاك في قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ المعدل

١- حيث تم تعديل هذا القانون عدت مرات كان اخرها قانون التعديل رقم ١١٣ لسنة ١٩٨٢ كما تم تعديله بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقت رقم ٨٤ في ٣/٤/٢٠٠٤ حيث إشارة المادة (٤) منه إلى الاعفاء من الضرائب والرسوم المماثلة قوات الائتلاف والدول والحكومات الساندة لها والموظفين الأجانب من غير العراقيين والمتعاقدون الأجانب من غير العراقيين والمتعاقدون من الباطن التابعين لهم الذين يقدمون المساعدات المادية والفنية واللوجستية والإدارية وغيرها من المساعدات

٢- المادة (١/١٥) من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل

٣- هناك بعض السوابق القضائية والاتفاقيات الدولية تقر مبدأ التعويض مقابل نزع الملكية لاغراض المنفعة العامة ويدخل التأميم ضمن هذا المفهوم للمزيد انظر د. هشام علي صانق - الحماية الدولية للمال الأجنبي دار الفكر الجامعي - الأزراطة - الاسكندرية - ٢٠٠٢ - ص ٦٠



الفصل الرابع

التنازع الدولي للقوانين

١٢١٣ هـ

ربيع الثانی ١٢١٣ هـ

يتوزع الأفراد على شكل وحدات سياسية قانونية يصطلح عليها بالدول والأخيرة بدورها تفترض وجود القوانين، فيكون لكل دولة قانون له نفوذ يتحدد سريانه بحدود الدولة الإقليمية ويملك اختصاص في مواجهة اشخاص معينين وهم الوطنيين، وبذلك تتعدد القوانين بتعدد الدول، وكل قانون يملك مساحة من النفوذ والاختصاص تنتهي حيث تبدأ مساحة نفوذ واختصاص قانون آخر، ومقابل ذلك يمكن ان يتجاوز القانون في نفوذه واختصاصه مساحته فيمتد على مساحة قانون آخر في مناسبات تتمثل بحركة الأشخاص والأموال بين منطقة نفوذ قانونين أو أكثر فيحتفظ كل منها بصلة بالعلاقات القانونية التي تنشأ بأثر تلك الحركة، وهو ما يفضي إلى تداخل اختصاص ونفوذ هذه القوانين بمناسبة تلك العلاقات، ويترتب عن ذلك ما يصطلح عليها في فقه القانون الدولي الخاص (بتنازع القوانين) وهو من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص، ويثير هذا الموضوع نزاحم وتداخل عدة قوانين تتجاذب حكم العلاقة، لتعدد انتهاءات العلاقة بين هذه القوانين، ويعتمد في حل هذا التنازع قواعد ذات مصدر عرفي أو قضائي تحولت فيما بعد إلى قواعد تشريعية تختلف الية تطبيقها بحسب موضوعها، كما ان بعضها يحل النزاع بشكل غير مباشر والبعض الآخر بشكل مباشر، وقد نظمت اغلب التشريعات العربية بعض هذه القواعد ومنها التشريع العراقي في القانون المدني، في حين نظمتها الكثير من

التشريعات الأجنبية في مجموعة تشريعية مستقلة تقع تحت عنوان القانون الدولي الخاص ومنها سويسرا والمانيا والمجر، علما ان تطبيق هذه القواعد من قبل قاض النزاع تعترضه عدة مشكلات.

في ضوء ما تقدم يمكن ان نطرح عدة تساؤلات وهي على النحو الاتي: أولا: ماهو المقصود بتنازع القوانين وشروطه ونطاقه؟ وثانيا: وما هي قواعد حل تنازع القوانين والية عملها؟ وثالثا: ماهي المشكلات التي تصادف أعمال قواعد تنازع القوانين. هذه التساؤلات وغيرها ستحاول الاجابة عليها من خلال خمسة مباحث سنبث في الأول التعريف بتنازع القوانين... وفي الثاني قواعد حل تنازع القوانين وفي الثالث نطاق تطبيق قواعد تنازع القوانين وفي الرابع حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين اما المبحث الخامس فسنخصصه لبحث تطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي.

التعريف بتنازع القوانين

المطلب الأول

معنى تنازع القوانين

لقد طرح مصطلح تنازع القوانين الفقيه الهولندي هوبر وتعود بدايات هذا الموضوع إلى منتصف القرن الثالث عشر الميلادي، وذلك في مدن شمال إيطاليا حيث تضافرت ثلاثة عوامل، وهي العامل السياسي حيث كانت هذه المدن تتمتع باستقلال نسبي، وعامل قانوني وجود اختلاف بين قوانين هذه المدن، وعامل اقتصادي يتمثل بازدهار التجارة بين أفراد هذه المدن مما أفضى ذلك إلى نشوء علاقات قانونية متنوعة اثير جدل بشأن القانون الذي يحكمها مما طرح بأثر ذلك التداخل بين ولايات هذه القوانين بمناسبة علاقات تخص اشخاص تابعين لمدها. ويذهب البعض إلى ان مصطلح تنازع القوانين لا يفيد المعنى المقصود فليس هناك ثمة تنازع بين القوانين لان التنازع يفترض المساواة في السيادة وهي متنفية حيث تكون السيادة للقانون الوطني في الاراضي الوطنية على حساب القانون الأجنبي وبذلك يكون التنازع عبارة عن مفاضلة يجريها المشرع الوطني عبر قواعد التنازع لاختيار افضل القوانين لحكم العلاقة وهذه المفاضلة تقضي التضحية باحد القوانين لحساب قوانين أخرى هي

أكثر ملائمة لحكم العلاقة، وتحقيقاً للعدالة^(١)، كما أنها في الغالب تتوافق مع توقعات الأفراد فتنازع القوانين هو مصطلح مجازي افتراضي.

لذا ظهرت في ضوء ذلك عدة اصطلاحات بديلة عن التنازع فالفقهاء الانكليز طرحوا مصطلح اختيار القوانين أي المفاضلة بين القوانين لاختيار افضلها لحكم العلاقة والفقهاء الهولنديون طرحوا مصطلح تسابق القوانين وهناك من اطلق اصطلاح تنازع الاختصاص التشريعي وتنازع القوانين من حيث المكان تميزاً له عن تنازع القوانين من حيث الزمان^(٢) وهناك من اطلق مصطلح تلاقي القوانين^(٣) إلا أن التسمية الغالبة في الاستعمال والتداول هي تنازع القوانين، بل ان الفقه الانكلوسكسوني يجد في هذا المصطلح رديف لمصطلح القانون الدولي الخاص.

ووفقاً لما تقدم يعني التنازع، تراحم واختلاف قانون دولتين أو أكثر بمناسبة علاقة قانونية تنتمي بعنصر أو أكثر من عناصرها بهذه الدول وعلى نحو ينتهي التنازع إلى اما ان يتوزع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتنازعة أو ينحصر باحدها بحسب طبيعة العلاقة المثار بشأنها التنازع وعلى نحو ما سنلاحظ.

ونعتقد ان الاصطلاح الاوفق للموضوع هو تناسق القوانين لان النتيجة النهائية لتراكم أكثر من قانون لحكم علاقة ما بفعل اتصالها ماهي الا تحديد نسبة أو

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الأجنبية القسم الثاني - الطبعة الأولى مطابع مديرية دار الكتب للنشر والتوزيع الموصل - ١٩٨٨ - ص ١١ - ١٢

٢- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - القسم الثاني - المصدر السابق - ص ١٢

٣- انظر في ذلك، د. جابر جاد عبد الرحمن. القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، تنازع الهيئات، تنازع الاختصاص - مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع - ط ١ - مطبعة الهلال - بغداد - ١٩٤٩ - ص ٦ هامش (١)

وقد فضل المشرع العراقي استعمال مصطلح تنازع القوانين وذلك في المادة (٣٠) من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والتي نصت على (يتبع في كل ما لم يرد بشأنه نص خاص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً) كما كان هذا موقف جميع التشريعات العربية.

مقومات تنازع القوانين

لما كان تنازع القوانين يقوم بمقومات بعضها تتعلق بالعلاقة موضوع التنازع والاخرى تتعلق بالقوانين المتنازعة فيمكن ان نوضحها من خلال خمسة فروع على النحو الاتي.

الصفة الأجنبية للعلاقة القانونية

١- عنصر الأشخاص وهم اطراف العلاقة، وهؤلاء تتغير صفتهم حسب طبيعة العلاقة، ففي عقد البيع البائع والمشتري، وفي الدين الدائن والمدين، وفي الميراث الوارث والموروث وهكذا في بقية العلاقات.

٣- عنصر السبب وهو مصدر نشوء العلاقة فالسبب في الميراث يتمثل في القرابة أو النسب، وفي الدين يمكن ان يكون العقد او الواقعة القانونية كالفعل النافع أو الضار.

١- وهو اصطلاح طلع به الفقيه الالماني سافيني.

درالسنہ نوری

→ الاسكندرية ١٩٩٢ ص ٢٠ وما بعدها

(الموضوع) فيكون الأول هو الأكثر اتصالاً بالعلاقة ومن ثم أكثر مساحة في الحكم من القوانين الأخرى^(١).

الفرع الثاني

الصفة الخاصة للعلاقة القانونية

لا تكفي الصفة الدولية للعلاقة لتحريك التنازع إنما لابد من أن تتصف العلاقة بالصفة الخاصة أي أن تكون متعلقة بالقانون الخاص لا بالقانون العام، وتمثل علاقات القانون الخاص بالعلاقات ذات الصلة بالقانون المدني أو القانون التجاري أو قانون الأحوال الشخصية، كما يمكن أن تكون ذات صلة بالقانون الجنائي طالما كانت آثارها تنصرف إلى موضوع يتعلق بالقانون الخاص مثل التعويض في المسائل الجزائية وهذا يعني أن التنازع يحصل بين القوانين الخاصة لا القوانين العامة وهذا هو الأصل ذلك لأن القوانين الخاصة موضوعية لحماية الحقوق والمصالح الشخصية المتعلقة بالأفراد فيفترض استمرار حمايتهم سواء كانوا داخل الدولة أم خارجها. ذلك لأن حركة الأشخاص عبر الحدود تفترض حركة القوانين الخاصة بهم لاستمرار حمايتهم، وبذلك يتحقق الغرض منها عن طريق تغليب صفة الاستمرار على العموم على حد تعبير الفقيه الفرنسي بيليه لذا فزواج عراقي من عراقية أمام القاضي الأردني يكون محكوم بالقانون العراقي لأن العلاقة متصفة بالصفة الخاصة وهي من مسائل الأحوال الشخصية كما يأخذ القانون الحاكم لها نفس الصفة فيكون خاص وتستمر تتحرك القوانين مع أطرافها طالما أنهم على الجنسية العراقية عند إبرام الزواج وهذا

١- د. سامي بديع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص. طرق حل المنازعات الدولية الخاصة - الحلول الوضعية لتنازع القوانين - الجنسية - الإجراءات المدنية والتجارية الدولية - الدار الجامعية ببيروت ١٩٩٥ ص ٦٦ ومابعد.

وفي ضوء ما تقدم تثار ثلاثة فروض الأول، هو ان تطبيق القوانين العامة يمكن ان يحرك تنازع القوانين الخاصة كما لو كان قانون الدولة يعاقب على تعدد الزوجات كما هو حال القانون الفرنسي، وادين عراقي على هذا الأساس ودفع بعدم صحة الزواج الثاني فلان تطبيق قانون العقوبات الفرنسي سيحرك تنازع قوانين خاصة معينة بالاحوال الشخصية للقانونين الفرنسي والعراقي، فإذا نجح الشخص بإثبات عدم صحة الزواج الثاني وهي مسألة يقتضي ان تكون وفق القانون الذي تروج بموجبه

اما الفرض الثاني هو امتداد بعض احكام القوانين العامة الوطنية عبر الحدود، ومنها على سبيل المثال قانون العقوبات العراقي حيث يعاقب على الاحتيال وان ارتكب الفعل في الخارج طالما ترتب عليه ضرر في داخل العراق، كما تمتد بعض احكام قانون العقوبات على جرائم تزوير العملة الوطنية والجرائم الماسة بامن الدولة الداخلي أو الخارجي، فضلا عن ذلك يمكن ان يجد قانون ضريبة الدخل في العراق له تطبيق عبر الحدود بمناسبة نشاط تجاري يمارس في الاردن وينجم عنه دخل في العراق^(١)، وهو حكم بقية التشريعات العربية^(٢)، اضافة إلى ذلك يمكن ان تمتد بعض القوانين الأخرى مثل قانون الانتخاب رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لتنظيم الية انتخاب العراقيين في الخارج لاعضاء مجلس النواب كما هو الحال عليه في ظل الانتخابات العامة لعام ٢٠١٠ حيث فتحت المفوضية العليا المستقلة للانتخابات مراكز اقتراع في عدة دول أجنبية وعربية.

٢- إذ نصت المادة (١) من القانون ١٩٨١ المعدل بقانون سنة ١٩٩٣ على أن (تسري الضريبة على المقيمين في مصر على النحو الموصى به بالقانون، كما تسري الضريبة على غير المقيمين في مصر بالنسبة لدخولهم المحققة في مصر إي بمجرد الإقامة في مصر مدة مجموعها ١٨٣ يوما وأن كانت الإقامة منقطعة خلال السنة الضريبية شرط أن تكون مصر هي مركز النشاط التجاري أو المهني أو الصناعي أو أن تكون مصر المركز الرئيس لإدارة النشاط)

﴿ ۱۰۰ ﴾ ذلک السبّ النہوری ﴿ ۱۰۱ ﴾

مرونة المشرع الوطني ازاء القانون الأجنبي

١- د. سعيد يوسف البستاني_ القانون الدولي الخاص_ تطور وتعدد طرق حل النزاعات الدولية الخاصة_ الطبعة الأولى_ منشورات الحلبي الحقوقية_ بيروت لبنان_ ص ٥٢

الوطنية كما وان كل قانون يحكم جميع الاوضاع، والعلاقات سواء اكان اطرافها وطنيين أم أجانب، وبالمقابل فلان سيادة مبدا شخصية القوانين المطلقة يمنع التنازع لانه يمنع التسامح والجواز بتطبيق القوانين الأجنبية، إذ يطبق كل قانون بحسب هذا المبدأ على الوطنيين في داخل الدولة وخارجها وهذا يعني ان مساحة نفوذ كل قانون هم الأشخاص الوطنيين، وهذا يمنع خضوعهم لقوانين أخرى، وان كانوا داخل مساحة نفوذ قوانين أجنبية، وعمله نخلص إلى ان اعتماد أي من المبادئ الإقليمية أو الشخصية بشكل مطلق يمنع تنازع القوانين، وهو يبين أيضا امتناع اجتماع أي من المبادئ مع التنازع، وهو من الاعتبارات التي اعتمدها القائلين بعدم وجود فكرة التنازع في اطار الشريعة الاسلامية، ذلك لأنها شريعة عالمية تطبق تطبيقا إقليميا على جميع القاطنين في حدود الدولة الاسلامية من مسلمين وغير مسلمين، كما تطبق تطبقا شخصيا على جميع المسلمين في داخل حدود الدولة الاسلامية وخارجها، فالشريعة لا تقبل مزاحمة لها في داخل الدولة الاسلامية وخارجها، ومقابل ذلك ذهب البعض إلى ان الشريعة عرفت فكرة التنازع ذلك لأنها وان كانت شريعة عالمية إلا أنها تقر من الناحية العملية بوجود الدولة كما اقرت حكم غير المسلمين بشرائعهم في ظل اتحاد الدين والملة، وتطبيق الشريعة الاسلامية على غير المسلمين في ظل اختلاف دياناتهم ومللهم كما هو الحال بالنسبة لزواج مسيحي من يهودية أمام قاضي مسلم حيث سيطبق الشريعة الاسلامية في حين يطبق الشريعة المسيحية إذا كان كلاهما مسيحيًا من مذهب الكاثوليك^(١).

ومن الجدير بالذكر ان التشريعات الوطنية اعتمدت كلا المبادئ الشخصية والإقليمية بشكل نسبي أي أنها اقرت بجعل السيادة للقانون الوطني في الاراضي

١- د. حسن الهداوي _ تنازع القوانين : احكامه في القانون الدولي الخاص العراقي _ مطبعة للرشاد _ بغداد
١٩٦٧ _ ص ٣٠

الوطنية مع تطبيق القانون الأجنبي في العلاقات التي تتصل بالقانون الأخير باحد عناصرها فاعتماد مبدأ الإقامية النسبية ومبدأ الشخصية النسبية من عوامل ازدهار تنازع القوانين^(١).

الفرع الرابع

اختلاف القوانين في المسائل الثانوية

لما كان التنازع ينشأ عن الاختلاف بين قانونين أو أكثر بمناسبة علاقة متصلة بكل منهما بعنصر أو أكثر، فهذا يعني غياب الاختلاف بين القوانين غياب التنازع من الناحية العملية ذلك لوحدة الحلول، ويقتضي ان يكون الاختلاف في المسائل الثانوية كسن البلوغ وشروط الزواج وأسباب الطلاق والية انتقال الملكية وبعض شروط الميراث والوصية ويقتضي ان لا يبلغ الاختلاف بين القوانين حد المسائل الجوهرية، ومنها التعامل في تركة انسان على قيد الحياة وموانع الزواج وأسباب الدين ومثال ذلك الاختلاف بين القانون العراقي والسويسري بشأن التصرف بالتركات المستقبلية^(٢) وهي مسألة جوهرية كذلك الخسارة في لعبة القمار يمكن ان يترتب عليها مديونه، وزواج مسيحي من مسلمة فيكون هناك مانع من موانع الزواج بحسب قانون قاضي النزاع إذا كان قانون دولة تعدد بمثل هكذا مانع، فهذه المسائل تعد جوهرية فالاختلاف في الحكم فيها بين القانون العراقي والأجنبي لا يترتب عليه نتيجة التنازع انما التنافر وهي تحصل عندما يتقاطع القانون الواجب التطبيق في الحكم مع قانون

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي _ القانون الدولي الخاص _ القسم الثاني - المصدر السابق ص ٢٠ وما بعدها

٢- المادة (١٢٩) من قانون عراقي نصت على أن (١) ... ٢ - غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل).

الفرع الخامس

١- د. سامي بنيع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال مصدر سابق ١٧٩ ومابعدها

كما لا يتصف التنازع بالصفة الدولية إذ حصل بين قانون دولة وقانون إحدى مستعمراتها، والذي يصطلح عليه بالتنازع الاستعماري كما كان عليه حال القانون الفرنسي والقانون الجزائري ابان خضوع الجزائر للاحتلال الفرنسي وياخذ نفس الحكم التنازع بسبب الضم الذي يثار بين قانون الدولة الضامة وقانون الدولة المضمومة كالتنازع بين القانون الألماني وقانون الألزاس واللورين بعد ضمها إلى ألمانيا. ويمكن ان تتوافر الصفة الدولية في نوع من التنازع يصطلح عليه بالتنازع المشترك كالتنازع بين قوانين الاتحاد الاوربي فهو يقف وسط بين التنازع الدولي لانه يقوم بين قوانين دول مستقلة والتنازع الداخلي لانه يقوم بين قوانين دولة في مسائل مشتركة بينها.

وإذا كان التنازع مقصود الدراسة هو التنازع الدولي بين قوانين دول مستقلة بعضها عن البعض الآخر فهل يقتضي ذلك ان تكون هذه الدول معترف بها حتى يقبل تنازع قوانينها، مثال ذلك هل يمكن ان يتنازع القانون الاسرائيلي مع القانون السوري في حين لم تعترف سوريا باسرائيل اجاب الفقه عن ذلك باتجاهين الأول يذهب إلى القول ان التنازع يقوم بين قوانين دول معترف بها أي حتى يطبق قاضي النزاع قانون دولة ما يقتضي ان تكون الأخيرة معترف بها من قبل دولة قاضي النزاع ويستند هذا الاتجاه إلى إحدى السوابق القضائية التي تتمثل بحكم محكمة ايكس ان بروفنس في ٢٣ كانون ثاني عام ١٩٢٥ الذي قضى برفض تطبيق القانون الروسي وذلك لعدم اعتراف فرنسا بالحكومة السوفيتية انذاك^(١).

ومقابل ذلك ذهب اتجاه آخر إلى ان عدم الاعتراف بقانون دولة ما غير مانع من التنازع، فيمكن ان تطبق المحكمة قانون دولة لم تعترف بها دولتها، لان حل تنازع

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني _ مصدر سابق _ ص ٢٥

القوانين يستهدف تنظيم تطبيق قانون الدول الاطراف في النزاع لا تنظيم العلاقة فيما بينها، فالاعتراف بإجراء سياسي لا تأثير له في هذا المجال ونعتقد ان الاتجاه الثاني هو الاقرب للصواب طالما أمكن التسلم ببعض الاعراف والعادات القبلية من قبل جانب من الفقه، فمن باب أولى التسليم بالقواعد التي تأخذ وصف القانون طالما انها صادرة عن سلطة إقليمية نظامية على حد تعبير الفقيه يارتن^(١)، اضافة إلى ان تطبيق قانون دولة لم يعترف بها من قبل قاضي النزاع فيه حماية للحقوق المكتسبة التي حصل عليها الأفراد في ذلك القانون ويعكس ذلك سموت منفسهم من تلك الحقوق وتحقق مصلحة المدين بسبب تلك الحقوق وفوات مصلحة الدائن وهو ما يخل بالعدالة.

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، ص ٢٦

المبحث الثاني

قواعد حل تنازع القوانين

إن اتصاف العلاقة بالصفة الدولية لاتصال عناصرها بأكثر من قانون يفضي إلى تداخل اختصاص كل منها في حكمها مما يطرح ذلك التنازع، ومن ثمَّ ضرورة البحث عن وسيلة أو طريقة لحل التنازع، وصولاً إلى تناسق تطبيق تلك القوانين، وعلى نحو عادل، وتوجد وسيلتين لحل التنازع، وهما القواعد الموضوعية وقواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد)، مما يقتضي بحث كل منهما من خلال مطلبين.

المطلب الأول

القواعد الموضوعية

تقضي هذه القواعد بالحل المباشر والفوري للتنازع لذا يصطلح عليها بقواعد التطبيق الفوري والمباشر وتدخل ضمن هذه القواعد قواعد الأمن المدني والبوليس^(١)، كما يصطلح عليها بقواعد القانون الدولي الخاص المادي، وتمتاز بأنها قواعد حل مباشر للتنازع ومفردة الجانب أي أنها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة، وتجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية كالقواعد المتعلقة بالنقل الجوي والبحري وتلك المتعلقة بالأوراق التجارية ومنها الشيكات، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية وارشو لعام ١٩٣٠ ولعام ١٩٣١، كما يمكن أن يكون مصدر هذه القواعد أحكام القضاء الوطني، كموقف القضاء الفرنسي من جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية

١- وقد كان أول من ابتكر هذه القواعد الفقيه فرانسيسكاكيس وسماها بالقواعد ذات التطبيق الضروري

ونعتقد ان الدول إذا استكثرت من عقد الاتفاقيات الدولية في مسائل تنازع القوانين فإن مساحة قواعد التطبيق الفوري والمباشر (القواعد الموضوعية) ستوسع على حساب قواعد الاسناد، وإذا كان قاضي النزاع يعتمد القواعد الموضوعية إذا وجد لها ارضية للتطبيق، مثال ذلك القاعدة التي تقضي باعتماد قانون الموطن في مسائل الاحوال الشخصية لعديم الجنسية، والقاعدة التي تقضي باعتماد قانون الجنسية الفعلية في مسائل الاحوال الشخصية عند تعدد الجنسيات فمثل هذه القواعد تجب مصدرها في بعض الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ وقرارات القضاء الدولي، ومنها قراره في قضية نوتباوم لعام ١٩٥٥، فالسؤال الذي يثار هنا هل بإمكان قاضي النزاع ان يطبق القواعد الموضوعية ذات التطبيق الفوري والمباشر الأجنبية؟ الجواب هو يمكن اعتماد هذه القواعد إذا كان مصدرها اتفاقية دولية بين دولة القاضي والدولة مصدر هذه القواعد كما يمكن اعتمادها عن طريق فكرة الاسناد الاجمالي في ظل غياب الاتفاقية.

قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد)

إن قواعد الاسناد اصطلاح فقهي، والاسم العلمي لها على مستوى التشريع قواعد القانون الدولي الخاص، حيث اعتمد المشرع العراقي هذا الاصطلاح في المادة (١/٣١) من القانون المدني التي نصت على (إذا تقرر ان قانون أجنبيا هو الواجب التطبيق فانما تطبق منها القواعد الموضوعية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي

التطور التاريخي لقواعد تنازع القوانين

أولاً: مدرسة الاحوال الايطالية القديمة

١- د. جابر جاد عبد الرحمن - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين، تنازع الهيئات، تنازع الاختصاص - مجموعة محاضرات القيت على طلبة الصف الرابع - الطبعة الأولى - مطبعة الهلال - بغداد - ١٩٤٩ - ص ٥٢

إلا أن هذه النظرية تعرضت لعدد من الانتقادات، منها أنها وضعت قواعد خاصة لحالات فردية، وهذا يعني أن النظرية لم تضع قواعد عامة تخرج عليها الحلول وإنما كانت تستهدي بمبادئ العدالة والعقل، وهي مبادئ مثالية.

ثانيًا: المدرسة الفرنسية

وتعود بداية ظهور هذه المدرسة للقرن السادس عشر الميلادي، ومن روادها الفقيه ديمولان الذي قسم الأحوال إلى قسمين أحوال شخصية وأحوال عينية بصورة ثانوية، في حين اعتمدها الفقيه دار نجتريه بصورة رئيسية كما جاء أصحاب هذه النظرية بفكرة الأحوال المختلطة وهي تلك التي تتصل بالأحوال من النوعين أعلاه.

وتتضمن الأحوال الشخصية كل ما يتصل بالإنسان من اهلية وزواج وطلاق واخضعت لقانون الموطن، وهذه القاعدة تشكل الأصل التاريخي لخضوع الأحوال الشخصية للقانون الشخصي (قانون الموطن) والذي هو قانون الجنسية بالنسبة لبعض الدول الأجنبية والدول العربية ومنها العراق في الوقت الحاضر.

أما الأحوال العينية فهي ما يتصل بالأرض من عقار ومنقول. فإخضع كل تصرف ومنه العقد لقانون موقع العقار، وإخضع كل تصرف بمنقول لقانون موطن المالك، وهكذا تم الفصل في القانون الواجب التطبيق ما بين الأموال العقارية والمنقولة، ونجد تطبيقات لمثل هكذا قواعد في الوقت الحاضر على مستوى القانون البريطاني والفرنسي، حيث ميز كل منهم في القانون الواجب التطبيق على الميراث والوصية فالتركة العقارية خضعت لقانون موقع العقار، في حين خضعت التركة المنقولة لقانون موطن المتوفي^١. كما سنلمس هذا التمييز في إطار القانون الواجب التطبيق في النظام المالي للزوجين.

١- منصور يحيى عبد الله محمد - تنازع القوانين في مسائل الميراث والوصية - رسالة ماجستير - كلية -

في حين اعتمدت جميع دول العالم قاعدة خضوع التصرفات المتعلقة بالاموال العقارية والمنقولة لقانون موقعها هذا هو موقف التشريع العراقي كما سيرد لاحقاً.

وقد اخضعت الاحوال المختلطة للقانون الإقليمي وهذا هو الاصل عند اصحاب هذه النظرية كما هو الحال بالنسبة لشكل التصرف والفعل الضار حيث اخضع لقانون مكان حصول كل منهم.

ويعود الفضل إلى الفقيه الفرنسي ديمولان إلى ابتداء قاعدة خضوع العقد لقانون الارادة الصريحة أو الضمنية، حيث تم الفصل في ظل هذه النظرية بين شكل التصرف (العقد)، وموضوعه، فابقوا خضوع الأول لقانون محل الابرام في حين اخضع الثاني لقانون الارادة، وفي حالة عدم اختيار قانون لحكم العقد يبقى العقد خاضع شكلاً وموضوعاً لقانون محل الابرام، وهذه القاعدة تشكل الاصل التاريخي لقاعدة خضوع الالتزامات العقدية لقانون الارادة والمطبقة على مستوى الدول الأجنبية والعربية ومنها العراق في الوقت الحاضر.

ويؤخذ على هذه النظرية انها لم تستطيع مواكبة التطور المستقبلي في بعض الحالات بدليل انها قسمت الاحوال إلى فئتين ثم اضافت فئة ثالثة وهذا يعبر عن عجز النظرية لمواجهة جميع الاحتمالات التي يمكن ان تظهر ولا يوجد لها تصنيف ضمن الفئات الثلاثة مما يعني مجهولية القانون الحاكم لها.

ثالثاً: المدرسة الهولندية (مدرسة المجاملة الدولية)

اعتمدت هذه المدرسة مبدأ المجاملة الدولية فذهبت إلى انكار الصفة الالتزامية والعلمية لقواعد الاسناد، وأكدت على أن قاضي النزاع لا يقع عليه أي التزام دولي

→ القانون _ جامعة الموصل _ ٢٠٠٢ _ ص ٣٥ وما بعدها

﴿السنة ثمانية﴾

لتطبيق قواعد الاسناد» وانما هو يطبقها بدافع المجاملة، كما ان تطبيقها يخضع لتقدير القاضي الوطني، اضافة إلى انها انكرت على القانون قابليته على الحركة عبر الحدود الدولية، ويعود الفضل إلى هذه المدرسة انها جاءت بفكرة التنازع الدولي للقوانين، أي التنازع بين قوانين دول مستقلة فنقلت بذلك فكرة التنازع الداخلي بين قوانين المدن عند الايطاليين والتنازع بين قوانين المقاطعات عند الفرنسيين إلى فكرة التنازع الدولي.

لقد تعرضت هذه النظرية لعدة انتقادات ابرزها انها انكرت الصفة الالزامية العلمية لقواعد الاستناد في حين ان هذا القواعد في الوقت الحاضر قواعد قانونية تحمل جميع خصائص القواعد ومنها الالتزام ومنظمة تنظيميا تشريعيا في جميع دول العالم ومنها العراق.

رابعاً: المدرسة الايطالية الحديثة

اعتمدت هذه النظرية مبدأ الشخصية وهو الاصل في تطبيق القوانين والاستثناء هو تطبيق القوانين على أساس مبدأ الإقليمية، ومن رواد هذه النظرية الفقيه الايطالي مانشيني الذي اعتمد مبدأ الجنسيات، والقاضي بان لكل امة حق تكوين دولة، وعلى هذا الأساس جاء بقاعدة خضوع الاحوال الشخصية لقانون الجنسية، أي أن القانون الأخير يمتد لحكم الوطنيين وان كانوا في ظل قانون غير قانون دولتهم، وفي هذا السياق أكد بان كل دولة لها سيادة شخصية تمارسها على الوطنيين في الداخل والخارج.

ويعود الفضل إلى هذه النظرية بانها جاءت بقاعدة الاسناد السائدة الان على مستوى بعض التشريعات الأجنبية ومنها التشريع الفرنسي والالماني والايطالي وجميع التشريعات العربية ومنها العراق والقاضية بخضوع الاحوال الشخصية (الزواج، الطلاق، البنوة، النفقة... إلخ) لقانون الجنسية.

خامسًا: المدرسة الألمانية

سادماً: المدرسة الفرنسية الحديثة

دلائل سنیہ موری

الفرع الثاني

تتكون قاعدة الاسناد من ثلاثة عناصر هي فكرة الاسناد وضابط الاسناد والقانون المسند إليه. ففكرة الاسناد هي العلاقة أو المسألة موضوع التنازع ويكشف عن طبيعتها من خلال آلية التكييف فالأخير يصنف العلاقات على شكل افكار مسندة تتمثل بالاهلية والزواج والطلاق والنفقة والميراث والوصية والتصرفات المالية المتعلقة بعقار أم منقول بالعقد والحيازة أو أي سبب لكسب الحق فيها وكذلك التصرفات العقدية وغير العقدية، وضابط الاسناد فهو الوسيلة التي تصل فكرة الاسناد بالقانون المسند إليه وهذا الضابط يستمد وجوده وطبيعته من مركز ثقل العلاقة ولما كانت العلاقة تتكون من ثلاثة عناصر وهي الأشخاص والموضوع والسبب فإذا كان مركزها العنصر الأول فان الضابط ستكون طبيعته شخصية أي تستمد من الشخص ويظهر الضابط بمظهر الجنسية أو الموطن حسب الدولة فتحسب العلاقة من مسائل الاحوال الشخصية كالزواج والاهلية اما إذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثاني من العلاقة فستكون من مسائل الاحوال العينية والضابط سيكون إقليمي أي يستمد من الإقليم طبيعته ويتمثل بموقع المال أو محل إبرام التصرف أو تنفيذه اما إذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثالث فستكون العلاقة على أحد الاوصاف، الثلاثة وهي اما ان تكون ١ - علاقة عقدية ٢ - علاقة غير عقدية ٣ - علاقة يغلب عليها الطابع الشكلي، فان كانت من الوصف الأول فالضابط سيستمد طبيعته من العقد حيث إن العقد مبني على تلاقي ارادة طرفين فان الضابط يكون ارادي (ضابط الارادة)، اما إذا

لبناء على ذلك تكون المسائل التي يحصل في نطاقها التنازع على خمس فئات هي:

- ٥- مسائل الشكل.

لترى يمكن ان نورد نماذج لبيان العناصر اعلاه كالآتي

الفرع الثالث

٢- انها قواعد مزدوجة الجانب على رأي الاكثرية، فهي يمكن ان تعطي الاختصاص في الحكم والحسم للقانون الوطني ويمكن ان يكون ذلك لحساب قانون أجنبي فلا تقرر ابتداء لم يكون الاختصاص ولا يعرف القانون المختص بموجبها الا بعد التكييف، وتحديد طبيعة العلاقة، مثال ذلك اهلية الشخص تحكم بقانون جنسية الأخير فيكون القانون عراقي إذا كان الشخص عراقي ويكون قانون أجنبي إذا كان الشخص أجنبي وبذلك تتميز عن القواعد الموضوعية بوصفها

٣- أنها قواعد وطنية المصدر أي يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها وتراعى فيها الخصوصيات الوطنية في كل دولة مع مراعاة المعايير الدولية السائدة عالمياً، وبذلك تكون ذات مصدر وطني، وتختلف عن القواعد الموضوعية إذ إن الأخيرة ممكن أن تكون ذات مصدر وطني (التشريع) أو دولي (معاهدات أو قرارات القضاء الدولي).

تطبيق قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد)

الفرع الأول

أساس تطبيق القواعد

يظهر التطور التاريخي لقواعد الاسناد ان الفكرة السائدة قديما عن أساس تطبيق هذه القواعد هي المجاملة الدولية التي قالت بها المدرسة الهولندية إلا أن التطور

في هذا المجال افرز فكرة أخرى مفادها ان تطبيق هذه القواعد يقوم على أساس ملزم يجد ابعاده في القانون الداخلي والقانون الدولي وهذا يعني ان القاضي الوطني عندما يطبق قواعد الاسناد ومن ثم القانون الذي تشير إليه يكون مدفوع بدوافع موضوعية لا شخصية يقررها المشرع كما افرز التطور فكرة أخرى تبين أساس هذه القواعد يتمثل بالعدالة والملائمة أي أن القاضي يطبق قواعد الاسناد بهدف تطبيق أكثر القوانين ملائمة وعدالة للعلاقة، ونعتقد ان قواعد الاسناد تبدأ باسناد ملزم يتمثل بوضعها من قبل المشرع الوطني في كل دولة يراعى في وضعها مبدأ العدالة والملائمة عند تطبيقها فكل علاقة لها قانون يحكمها يكون هو الأكثر ملائمة للعلاقة وعدالة لأطرافها، والقاضي ملزم بتطبيقها لأنها تمثل أوامر تشريعية يمكن وصفها بانها ترخيص تشريعي للقاضي في تطبيق قوانين أجنبية على اراضي وطنية.

الفرع الثاني

اشكاليات تطبيق القواعد

إن اسناد العلاقة ذات البعد الدولي لقانون دولة ما لا يتم بصورة مباشرة إنما بعد إجراء عملية فنية أولية سابقة، عليها يتوقف اختيار قاعدة اسناد دون غيرها يصطلح عليها بالتكييف أو التصنيف، ومن خلالها يتم تصنيف العلاقة ضمن أحد الافكار المسندة تمهيدا لاسندها ولا يعني الاسناد تطبيق القانون المسند إليه الاختصاص فالاسناد بمثابة عرض الاختصاص التشريعي لقانون ما وعلى الأخير ان يختار بين قبوله أو رفضه لذلك الاختصاص فإذا قبل الاختصاص يطبق اما إذا لم يقبله يمكن ان تعترض القاضي اشكالية من طبيعة أخرى يصطلح عليها بالاحالة، كما يمكن ان تواجه القاضي اشكالية تتعلق بتوزيع الاختصاص التشريعي في القانون المسند إليه الاختصاص بين عدة شرائع، ونكون بذلك أمام ظاهرة يصطلح عليها بالتفويض،

وعليه سنعرض للموضوع من خلال ثلاثة محاور سنين في الأول التكييف وفي الثاني الاحالة وفي الثالث التفويض.

أولاً: التكييف

يمكن عرض هذا الموضوع من خلال محورين سنعرض في الأول لمعنى التكييف وفي الثاني للقانون الواجب التطبيق في التكييف على النحو الآتي

١- معنى التكييف: التكييف على نوعين تكييف أولي وتكييف ثانوي.

الأول: يعني عملية فنية أولية سابقة على الاسناد بمقتضاه تتحدد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي لغرض اعطائها الوصف القانوني الملائم لاحد الافكار المسندة تمهيدا لاسنادها للقانون الواجب التطبيق، فهو يعني توصيف العلاقات القانونية للكشف عن طبيعتها ومن ثم اختيار قاعدة الاسناد الملائمة لها، وبهذا المعنى يعد التكييف البداية لأعمال قواعد الاسناد فان تم التكييف بالشكل الصحيح فان ذلك ينسحب على الاسناد، واي خطأ في التكييف ينعكس بالمثل على الاسناد، وهذا يعني ان التوصيف الخاطئ للعلاقة يترتب عليه اختيار خاطئ للفكرة المسندة ومن ثم اختيار خاطئ لقاعدة الاسناد وبعده يصبح تطبيق القاعدة مشوب بخطأ يخضع لرقابة المحاكم العليا لان أعمال القواعد مسالة قانونية^(١)

وتظهر الحاجة للتكييف سواء في ظل اختلاف قواعد الاسناد أم تشابهها ذلك لان تشابه القواعد لا يعني وحدة توصيف العلاقة فالتكييف عملية سابقة على الاسناد فتشابه قواعد الاسناد في القانونين الفرنسي والهولندي لم ينفي الحاجة للتكييف فبالرغم من أن كل من القانونين متفقين على قاعدتين هما خضوع الشكل

١- د. هشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٤ - ص ٤٦. وتخضع في العراق مسائل القانون لرقابة محكمة التمييز.

قاعدة الاسناد الخاصة بالاهلية ويعدها يراجع القانون الفرنسي المشار إليه من قبل قاعدة الاسناد لاختيار القاعدة المرشحة المناسبة لتفاصيل موضوع اللطعن وهي عوارض الاهلية

٢- القانون الواجب التطبيق في التكيف: إذا كان التكيف الأولي عملية أولية سابقة على الاسناد فالسؤال ما هو النظام القانوني الواجب التطبيق في عملية التكيف بشكل مباشر وفي التكيف الثانوي بشكل غير مباشر، هل يجد أساسه في القانون الذي سيحكم النزاع أم في قانون القاضي للإجابة عن ذلك نعرض للموضوع من خلال ثلاثة محاور وهي:

أ. خضوع التكيف للقانون المقارن

وبحسب هذا الاتجاه فإن التكييف يخضع لقواعد القانون المقارن أي أن القاضي يقوم بتصنيف العلاقة على وفق مفاهيم عالمية بمعزل عن المفاهيم الوطنية الواردة في قانونه فالقاضي لا يتردد في تكييف أي علاقة وإن لم يجد لها تنظيم في قانونه الداخلي طالما أن لها وجود بحسب المفاهيم العالمية الواردة في القانون المقارن مثال ذلك القاضي الأوروبي، وفقا لمفهوم القانون المقارن عليه أن يكيّف الزواج الثاني بوصفه نوع من أنواع الزواج والمهر شرط من شروط الزواج بحسب هذا الاتجاه أن هذه النظرية أودت توحيد أوصاف العلاقات القانونية في ظل اختلاف القوانين بين الدول إلاّ أن سعيها كان يقوم على مثل العليا لا تجد لها حظ من التطبيق ذلك لأن قواعد القانون المقارن لم تكتمل بعد فهي في مرحلة التطور والتكوين فكيف نعتد في الحكم على قراعد لم تكتمل بعد.

ب. خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع

بحسب هذا الاتجاه فان القانون الذي تستند إليه الاختصاص قواعد اسناد قاض النزاع هو المختص في حكم التكييف ويرر اصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم بالقول

ج. خضوع التكييف لقانون القاضى

بحسب هذا الاتجاه يكون تحديد طبيعة العلاقة بموجب قواعد قانون قاضي النزاع أي أن القاضي ينتظر للعلاقة من خلال المفاهيم الوطنية الوارد في قانون.

الداخلي فهو يطبق الافكار والمبادئ والقواعد في القانون الأخير عند عملية التكييف على أساس ان اسناد الاختصاص في علاقة ما من قبل قاضي النزاع بموجب قواعد اسناده هو تنازل عن حكم المسائل الموضوعية في العلاقة اما المسائل الفنية المتمثلة بالتكييف فتبقى محكومة بموجب قانون القاضي فتحدد المسألة على أنها اهلية يكون بحسب الوصف الذي يحدده قانون القاضي.

وقد برر هذا الاتجاه من قبل المؤيدين بمبررات مختلفة فالفقيه بارتن بررها على أساس فكرة السيادة وأكد على أن اعطاء الاختصاص في حكم العلاقة ما هو الا تنازل المشرع الوطني عن جزء من سيادته التشريعية لحساب القانون الأجنبي، وهذا يقتضي عدم التوسيع في هذا المجال من خلال عدم الحاق التكييف إلى القانون الذي يحكم النزاع ويؤخذ على هذا التبرير ان التنازع ليس هو تنازع بين سيادات.

اما الفقيه دار نجرته برر فكرة قانون القاضي بالقول ميل القاضي الوطني لتطبيق قانونه كما ذهب الفقيه موري إلى ان التكييف ما هو الا تفسير لقاعدة من قواعد الاسناد إذ إن هذه القواعد وطنية فيقتضي ان يكون التفسير بموجب قانون القاضي الوطني.

اما الفقيه ارمنجون فقد برر خضوع التكييف لقانون القاضي على أساس مبدأ وحدة التكييف التي تفترض ان يكون هناك قانون واحد لتوصيف العلاقة ذلك لان اخضاع التكييف لغير هذا القانون يفضي إلى تعدد اوصاف العلاقة من ثم تعدد الحلول ومن ثم عدم تحقيق العدالة.

وبالرغم من الحجج والمبررات التي تطوي عليها هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من النقد فقد قيل انها لا تفيد التيقن والتأكد من القانون الواجب التطبيق الا بعد اثاره النزاع أمام القضاء وهذا يعني ان لعلاقة إذا لم يثار بشأنها النزاع فلا تتم عملية

..... بالسنة الأولى

التكييف ومن ثم لا يعرف قانونها. أي عدم اثاره النزاع معناها غياب التكييف ومن ثم معرفة القانون الحاكم لها واثارة النزاع تفضي للتكييف ثم معرفة القانون الواجب التطبيق وطالما ان العلاقات في كثير من الاحيان لا يثار بشأنها النزاع لذا ستكون مجهولة القانون طالما لم تجري عملية التكييف كما ان التكييف بموجب قاضي النزاع قد يفضي إلى ان اسناد علاقة لقانون لم يقرر مشرعه ان يطبق على تلك العلاقة^(١).

وبالرغم من الانتقادات وغيرها إلا أن هذا الاتجاه حاز على شيوع وذبوع عالمي وحظي بتطبيق على مستوى القضاء فتد أخذت بهذا الاتجاه أكثر التشريعات الأجنبية والعربية ومنها التشريع العراقي في المادة (١٧/١) التي نصت على (القانون العراقي هو المرجع لتكييف العلاقات القانونية عندما يتطلب منه تحديد نوع العلاقة التي تتنازع بشأنها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها)^(٢).

ثانياً: الإحالة

ظهرت فكرة الإحالة أمام القضاء البريطاني إلا أنها تطورت واصبحت نظرية بمناسبة قضية فوركو التي عرضت أمام القضاء الفرنسي والتي تلخص وقائعها بان شتخص يدعى فوركو كان قد ولد بعسورة غير شرعية من اصل بافاري وتوطن في فرنسا وتكونت لديه ثروة منقولة فيها إلا أنه رغم طول اقامته لم يكتسب موطن قانوني فيها، وعند وفاته عن عمر ٦٣ عاماً طالب اقاربه من الحواشي باستحقاقات ارثية في تركته أمام القضاء الفرنسي، كما ادعت الحكومة الفرنسية باحقيتها في أموال التركة بوصفها وارثه من لا وارث له، وبحسب قواعد الاسناد الفرنسية يكون الاختصاص

١- د. حسن الهداوي ودغالب الداودي - القسم الثاني - مصدر سابق - ص ٥٦ - ٥٧

٢- وإلى الحكم نفسه ذهبت المادة (١١) من القانون المدني المصري وكذلك المادة (١٠) من القانون المدني الليبي والمادة (١١) من قانون المعاملات الاماراتي وهو حكم التشريعات العربية الأخرى كما اعتمد هذا الاتجاه القضاء اللبناني.

في حكم التركة لحساب القانون البافاري بوصفه قانون موطن المتوفي الأخير، إلا أن قواعد اسناد القانون البافاري ترجع الاختصاص لحساب القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع التركة وفي هذه المناسبة قبل القضاء الفرنسي بـرجوع الاختصاص إليه فطبق القانون الفرنسي، وعلى وفق ذلك قرر القضاء في عام ١٨٧٨^(١). رد دعوى حواشي (فوركو) وأقر بعائدية الاموال لحساب الحكومة الفرنسية وعلى اثر هذا القرار ظهرت وتبلورت فكرة الاحالة وعلى وفق ما تقدم وللاحاطة بالاحالة لا بد من استعراض مفهومها ومن ثم التنظيم القانوني لها.

١- مفهوم الاحالة: يقتضي بيان مفهوم الاحالة تتبع التعريف بها ومن ثم نطاق عمل الاحالة وأخيرا التنظيم القانوني لها:

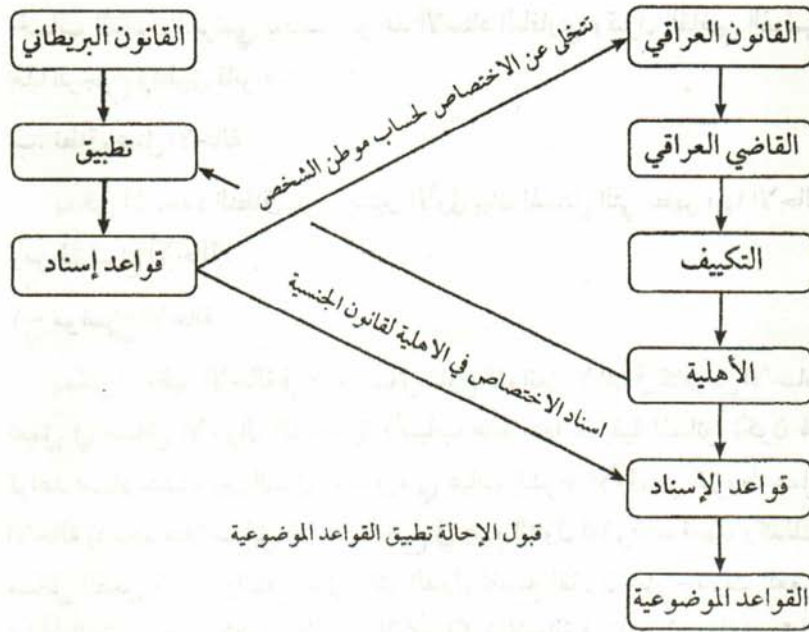
أ. تعريف الاحالة

بدءاً ان الاحالة لا تظهر في ظل تشابه قواعد الاسناد بين الدول وهذا يعني إذا كانت قواعد الاسناد في دولة قاض النزاع تقرر نفس الحكم الذي تقررره قواعد اسناد القانون المسند له الاختصاص فستكون النتيجة هي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص، كما هو الحال في قواعد الاسناد العراقية وقواعد الاسناد في التشريعات العربية، ومن الجدير بالذكر ان الدول المتقاربة حضارياً في الغالب تطرح قواعد اسناد متشابهة ومن ثم لا تظهر فيها مسألة الاحالة وهذا يعني ان هناك شروط يستلزم توافرها لظهور الاحالة هي:

١- اختلاف حكم قواعد الاسناد في دولة قاض النزاع عن الحكم الذي تقررره قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص.

١- محمد مبروك اللافي _تتازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي_ منشورات الجامعة المفتوحة _الدار الوطنية للكتب بنغازي_ ١٩٩٤_ ٧١

- ٢- اعتماد حكم قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص قبل تطبيق قواعده الموضوعية.
 - ٣- تخلي قواعد اسناد القانون المسند إليه الاختصاص لحساب دولة قانون قاض النزاع أو لحساب قانون آخر.
 - ٤- قبول قانون قاض النزاع أو القانون الأجنبي للاختصاص المتخلى عنه من قبل قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص.
- ويمكن بيان الاحالة عبر مخطط في ضوء المثال ادناه:



تحديد اهلية مواطن بريطاني متوطن في العراق أمام القضاء العراقي

وبناءً على ما تقدم علينا ان نعرف الاحالة بانها تخلي القانون بموجب قواعد اسناده
عن الاختصاص المسند إليه لحساب قانون القاضي أو لحساب قانون أجنبي آخر.

ب. نطاق عمل الاحالة

١- موضوع الاحالة

يمكن ان تظهر الاحالة في جميع مسائل تنازع القوانين إلا أنها في كثير من الاحيان تعمل في مسائل الاحوال الشخصية لأسباب عدة منها ان بقية المسائل تكون لها قواعد اسناد متشابه بين الدول، وهذا يعني غياب الشرط الأول من شروط عمل الاحالة إذ نجد مثلاً مسائل الاموال تخضع في جميع الدول لقانون موقعها، وكذلك مسائل الفعل الضار والنافع لدى أكثر الدول تخضع لقانون محل حدوث الفعل كما ان العقود تخضع لقانون الارادة ولا تجد فكرة الاحالة في المجالات المذكورة في اعلاه منفذاً واسعاً بينما تمثل مسائل الاحوال الشخصية مجالا خصباً يزدهر فيه عمل الاحالة ذلك لان قواعد الاسناد تختلف بين الدول في تقرير القانون المختص فيها

فنجذ القانون العراقي تقرر قواعد اسناده في مسائل الاحوال الشخصية الاختصاص لقانون الجنسية بينما القانون البريطاني تقرر قواعد اسناده الاختصاص لقانون الموطن في أكثر مسائل الاحوال الشخصية.

٢- انواع الاحالة

من خلال ما تقدم يمكن ان تظهر الاحالة بنوعين الأول تكون فيه احالة بسيطة يصطلح عليها بالاحالة من الدرجة الأولى كما تسمى بالرجوع لان الاختصاص فيها يرجع من القانون المسند إليه إلى قانون القاضي الساند كما يصطلح عليها بالدائرية لان الاختصاص فيها دائر بين القانونين اعلاه وفيها يتخل القانون المسند له الاختصاص عنه لحساب قانون قاضي النزاع مع قبول الأخير للاختصاص المتخل عنه، اما النوع الثاني فتكون فيه الاحالة مركبة يصطلح عليها بالاحالة من الدرجة الثانية أو المتعددة وفيها يتخل القانون المسند له الاختصاص لحساب قانون أجنبي، ويمكن ان يتخل الأخير عن الاختصاص بموجب قواعد اسناده لحساب قانون آخر، وهكذا نجد الاختصاص ينتقل عبر قواعد اسناد عدة دول لهذا يصطلح عليها بالاحالة المتعدد لتعدد قواعد الاسناد الناقل للاختصاص فيها، وقد أخذت في البداية أكثر القوانين بالاحالة البسيطة إلا أنها فيما بعد قبلت الاخذ بالاحالة المركبة كما سيرد في حينها.

ج. التنظيم القانوني للاحالة.

لم تكن نظرية الاحالة محل اتفاق الفقه ومن ثمّ القضاء والتشريع لذا نجد انقسام حول هذه النظرية بين مؤيد ومعارض.

١- الاتجاه المؤيد للاحالة

يذهب هذا الاتجاه إلى مناصرة الاحالة ويدافع هذا الاتجاه عن وجهة نظره من خلال عدد مبررات تتمثل

١- المبررات العلمية: تتمثل في ان اسناد قاضي النزاع الاختصاص في علاقة ما إلى قانون دولة معينة يوصف بأنه عرض للاختصاص على القانون الأخير وله ان يقبل بهذا العرض كما له ان يرفضه وفي حالة رفض الاختصاص لحساب قانون قاضي النزاع أو أي قانون آخر فما على قاضي النزاع إلا أن يطبق القانون الذي احيل إليه الاختصاص وكذلك إذا رجع الاختصاص لقانون القاضي فعلى الأخير ان يطبق قانونه طالما حاز على ثقة القانون المسند إليه الاختصاص كما يجب على القاضي ان لا يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي المسند له الاختصاص أكثر من تمسك الأخير بتطبيق نفسه فضلاً عن ذلك ان عودة الاختصاص لقانون القاضي فيه توسيع لنطاق تطبيق الأخير وفرص أخرى لهذا التطبيق وهذا يصيب بمصلحة قانون القاضي كما ان اصدار القاضي حكماً وفقاً للقانون المحال إليه الاختصاص (قانونه أو قانون آخر) يعطي للحكم القمة العملية في التنفيذ أي سيجد الحكم نفاذ خارج دولة قاضي النزاع وخاص على اراضي الدولة التي اسند إلى قانونها الاختصاص ابتداءً وهذا يعني إذا اغفل القاضي أو أهمل احالة القانون المسند إليه الاختصاص سيتعرض الحكم الصادر منه لعقبات أمام تنفيذه في الخارج مثال ذلك إذا اسند القاضي العراقي الاختصاص في مسألة طلاق بريطاني توطن في العراق لحساب القانون البريطاني واصدر حكماً بالطلاق بموجب القانون الأخير فان مثل هذا الحكم لا يجيد له اعتراف في بريطانيا لانه صدر بموجب قانون غير مختص بحسب القانون البريطاني لان القانون المختص هو القانون العراقي بوصفه قانون موطن الزوج البريطاني وهو المختص بحسب قواعد الاسناد البريطانية ان مثل هكذا نتائج ستكون ضارة بمصلحة الاطراف لان حكم الطلاق لا ينهي

٢- المبررات القانونية: تتمثل هذه المبررات في أن قانون كل دولة يتكون من نوعين من القواعد، الأولى قواعد الاسناد والثانية القواعد الموضوعية فإذا اسند قاضي النزاع الاختصاص في علاقة لقانون ما فإن هذا الاسناد يكون اجمالي لحساب القانون المسند له الاختصاص أي لقواعده بنوعيتها الاسناد والموضوعية، وعلى قاضي النزاع ان يبدأ باستشارة قواعد الاسناد فإذا قبلت الاختصاص طبقت القواعد الموضوعية في القانون المسند إليه الاختصاص، وإذا رفضها لحساب قانون القاضي أو قانون آخر فعلى قاضي النزاع ان يأخذ بما احوال به القانون المسند له الاختصاص وعبر عن ارادة مشرعه وبخلاف ذلك يعني تطبيقه في مجالات لم يقصد المشرع الأجنيبي ان يطبق فيها هذا القانون كما ان الغرض من قاعدة الاسناد هو تطبيق القانون الأكثر ملائمة وعدالة للعلاقة. فتطبيق قانون أجنيبي بخلاف ما تقرره قواعد اسناده معناه تطبيق لقانون خارج نطاق غرضه واختصاصه وللمبررات اعلاه فقد اخذ القضاء الفرنسي بالاحالة من الدرجة الأولى، كما اخذ القانون الدولي الخاص الالماني بالاحالة بنوعيتها كما كان ذلك موقف بعض القوانين الاوربية في حين قصر البعض منها العمل بالاحالة البسيطة^(١).

١- د. علي غالب الداودي - المختارون الدولي الخصاص الاردني - الكتاب الأول الطبعة الأولى - الاردن - ١٩٩٦ - ص ١١٨

يعارض البعض نظرية الاحالة ويرد على الاتجاه المؤيد لها بمبررات تتمثل بمايلي:

إن القول بأن اسناد الاختصاص إلى قانون ما بمثابة عرض للاختصاص يرد عليه ان وظيفة قاعدة الاسناد هو الاسناد وتقرير الاختصاص لقانون سواء كان القانون الأخير يقبل الاختصاص أم يرفضه فضلا عن ان القاضي عليه ان يطبق القانون المسند إليه الاختصاص وليس له أكثر من ذلك وهو استشارة قواعد اسناده وبذلك على القاضي ان يتقيد بالوظيفة الطبيعية لقواعد الاسناد والتي تتمثل بنقل الاختصاص لقانون ما ولا يجوز له تجاوز ذلك الغرض.

إن القول باسناد قاضي النزاع للاختصاص لقانون ما يكون اسناد اجمالي لذلك القانون يفترض ان يقابل من قانون قاضي النزاع رجوع اجمالي، وهذا يعني إذا كان القاضي يسند بموجب قواعد اسناده للقانون المسند له الاختصاص فيفترض تطبيق اجمالي لقانون القاضي عند رجوع الاختصاص عليه أي تطبق قواعد اسناده قبل القواعد الموضوعية وهذا يقودنا إلى الدخول في حلقة مفرغة يتعذر الخروج، منها فضلا عن ذلك ان تطبيق قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص معناه خضوع قاضي النزاع لاوأمر المشرع الأجنبي التي تعبر عنها هذه القواعد، ويفترض ان يعمل باوأمر مشرعه التي تعبر عنها قواعد اسناد قانونه كما ان العلاقة ذات البعد الدولي يطبق عليها قواعد اسناد وطنية لان وظيفة الأخير اسناد العلاقة لقانون دولة معينة، وان العلاقة الدولية بعد اسنادها إلى قانون ما

اما على مستوى التشريع العراقي فقد كان المشرع يأخذ بالاحالة في قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨ لعام ١٩٣١ الملغى، كما طبق القضاء العراقي فكرة الاحالة في إحدى القضايا والتي تتلخص وقائعها في زواج بنت بريطانية تبلغ من العمر ١٢ سنة طعنت والدتها بصحة هذا الزواج أمام القضاء العراقي، فعند تطبيق قواعد الاسناد العراقية وجد انها تسند الاختصاص في الاهلية للقانون البريطاني بوصفه قانون الجنسية وبرجوع القضاء العراقي إلى قواعد الاسناد البريطانية وجد انها ترجع الاختصاص لحساب القانون العراقي بوصفه قانون موطن البنت، وهنا اخذ القضاء العراقي بها احالة به قواعد الاسناد البريطانية وطبق القانون العراقي^(١).

القضائية - العدد الاول - اذار دار المعرفة - بغداد - ١٩٥٣ - ص ٥٠

يمكن ان نستنتج من خلال تعريف الاحالة وانواعها في ضوء موقف المشرع العراقي وبقيه التشريعات العربية وكذلك الأجنبية ثلاث نتائج هي:

٢- ان يتم الاسناد اجماليا للاختصاص بموجب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع لحساب القانون المسند له الاختصاص ويتخلل الأخير عن الاختصاص بموجب قواعد اسناده لحساب قانون القاضي أو قانون آخر مع قبول القانون الأخير للاختصاص المسند إليه ففي هذه الحالة تكون أمام الحالة، والتي أخذت بها بعض

التشريعات الأجنبية ومنها القانون الدولي الخاص الألماني وهذا ما يصطلح عليه في الفقه بالتنازع الإيجابي في قواعد الاسناد وفي هذا الاحتمال تظهر الاحالة.

٣- ان يتم اسناد الاختصاص بصورة محددة له من قبل قواعد اسناد قانون القاضي النزاع لحساب القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص من دون المرور بقواعد اسناده وهنا يطبق القانون الأخير بغض النظر عن قبول قواعد الاسناد فيه للاختصاص وفي هذه الحالة لا تظهر الاحالة وهذا هو موقف التشريعات التي رفضت الاحالة ومنها التشريع العراقي^(١) والاردني^(٢) والمصري^(٣).

ثالثاً: التفويض

تقابل الاحالة الدولية الخارجية بالمعنى المتقدم الاحالة الداخلية ويصطلح عليها بالتفويض، وهذه الاحالة تحصل بمناسبة اسناد قواعد اسناد قاضي النزاع الاختصاص إلى قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع تعدداً شخصياً أو إقليمياً مثل القانون الأمريكي أو البريطاني، أو إلى قانون دولة تتعدد فيه الشرائع تعدداً شخصياً وذلك في قوانين الدول التي تتعدد فيها الطوائف مثل القانون اللبناني والمصري... وقواعد حل التنازع الداخلي في الوضعين قانون الدولة المسند إليه الاختصاص والتي تتعدد فيها الشرائع تتولى تعيين الشريعة الواجبة التطبيق في ذلك القانون، وقد أشار المشرع العراقي إلى ذلك في المادة (٢/٣١) مدني التي نصت على (إذا كان هذا القانون الأجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها) كما أشارت إلى ذلك بقية التشريعات العربية.

١- ينظر بهذا المعنى قرار محكمة التمييز المرقم ٢٠/هيئة عامة/١٩٧٩ في ٧/٤/١٩٧٩ منشور في

مجلة القضاء العدان (٢، ٣) السنة الرابعة والثلاثون - تموز كانون أول - ١٩٧٩ - ص ٢٠٧

٢- المادة (٢٨) من القانون المدني

٣- المادة (٢٧) من القانون المدني

وبناءً على ما تقدم سنعرض للموضوع من خلال التعريف بالتفويض ومن ثمّ التطبيقات العملية للتفويض وذلك من خلال محورين:

١- التعريف بالتفويض

إذا كانت الاحالة معناها تخلي القانون المسند له الاختصاص لحساب قانون قاضي النزاع أو لحساب قانون آخر، مع قبول الأخير للاختصاص المتخلى عنه من الأول فإن التفويض لا يعني تخلي القانون المسند له الاختصاص إنما قيامه بتركيز الاختصاص في إحدى الشرائع المتعددة فيه بموجب قواعد أسناده الداخلية (قواعد حل التنازع الداخلي)، وفي حدود هذا يعني التفويض هو تحويل أو توكيل قانون قاضي النزاع القانون الواجب التطبيق لتعيين أي شريعة هي الواجبة التطبيق فيه، كما ان ذلك يعني ان قواعد اسناد قاضي النزاع تسند الاختصاص، وتفوض أمر تخصيصه للقانون المسند إليه في نفس الوقت، والتفويض يقوم على مبررات منها عدم كفاية قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع على حصر الاختصاص بالشريعة الواجبة التطبيق (القواعد الموضوعية) لذا فان التفويض يساعد قاضي النزاع على الاستدلال عليها عبر قواعد الاسناد الداخلي في القانون المسند له الاختصاص^(١).

ونستنتج مما تقدم ان الاسناد والتفويض يبدأ بموجب قواعد اسناد درلية في قانون قاضي النزاع إلى قواعد اسناد داخلية في القانون المسند له الاختصاص وفي ضوء ذلك يعرف التفويض بأنه تحويل قاضي النزاع قواعد الاسناد الداخلية في لقانون المسند له الاختصاص بتركيز الاختصاص المسند إليه في إحدى شرائعه المتعددة تعددا شخصيا أو إقليميا.

١- د. حسن الهداوي ودغالب الداودي - القسم الثاني - مصدر سابق - ٧٧ وما بعدها

يُحصل التفويض عندما يتم الاسناد إلى قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع تعددا إقليميا أو دولة بسيطة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا وهذا يعني ان التفويض لا يظهر إذا تم الاسناد إلى دولة لا تتعدد فيها الشرائع على النحو المتقدم، فالتفويض يبدأ مع الاسناد في وقت واحد وقاضي النزاع يجري ثلاث عمليات في وقت واحد وهي الاسناد والتفويض والتركيز، اسناد وتفويض بموجب قواعد اسناده وتركيز بموجب قواعد اسناد القانون المسند إليه الاختصاص وبذلك يبدأ التفويض عبر قواعد اسناد دولية في قانون قاضي النزاع ليتتهي عبر قواعد اسناد داخلية في القانون المستند له الاختصاص الأول يقوم بالاسناد والتفويض والثاني يقوم بتركيز الاختصاص في إحدى شرائعه الداخلية.

أ. هل يعمل بالتفويض في ظل التعدد الشخصي أم الإقليمي؟

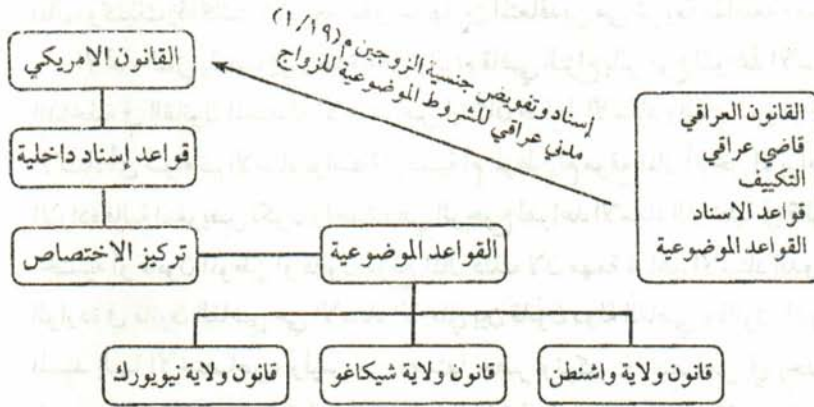
ب. هل يتحتم الرجوع لقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند إليه الاختصاص ايا كان ضابط الاسناد الذي تم بموجبه الاسناد؟ أي سواء كان ضابط شخصي (الجنسية) أم ضابط إقليمي الموطن موقع المال أم ضابط معنوي (الارادة).

ج. إذا لم توجد قواعد اسناد داخلية في القانون المسند له الاختصاص أوجدت
إلا أنها تتخلى عن الاختصاص خارج محيط قانونها إلى قانون أجنبي.

اجاب الفقه عن السؤال الأول بالعمل بالتفويض سواء اكان الاستناد إلى حيلة تتعدد فيها الشرائع تعددًا شخصيًا أم إقليميًا، ذلك لان موقف المشرع العراقي وبقية التشريعات العربية نصت على العمل بالتفويض بشكل مطلق من خلال عبارة قانون

اما السؤال الثاني، فقد اتجه الفقه في متجهين، الأول يذهب إلى التفرقة في الحكم بحسب نوع ضابط الاسناد الذي تم بواسطته اسناد العلاقة لقانون الدولة المتعددة الشرائع فإذا تم الاسناد عن طريق ضابط الجنسية فقاضي النزاع ملزم بمراجعة قواعد الاسناد الداخلية في قانون الجنسية، وذلك لعدم كفاية هذا الضابط في تحديد وحصر وتركيز الاختصاص في إحدى الشرائع فهذا الضابط يصلح لمهمة الاسناد الاجمالي للاختصاص، وقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند إليه تقوم بتخصيص الاختصاص وحصره وتركيزه في إحدى شرائع قانون الجنسية مثال ذلك زواج مواطنين أمريكيين في العراق، أمام قاضي عراقي، فحسب قواعد الاسناد العرقية يكون الاختصاص في شروط الموضوعية لهذا الزواج لقانون جنسية الزوجين المادة (١٩/١) مدني وهو هنا القانون الأمريكي إذ إن القانون الأخير موزع بين عدة قوانين ولايات، فهذا يعني ان الجنسية لا تفيد بتحديد أحد هذه القوانين، مما يكشف ذلك عن عدم كفايتها الذاتية للحل وحاجتها لمعاونة قواعد أخرى وهذا ما نجده في قواعد الاسناد الداخلية في القانون الأمريكي الذي بواسطتها القاضي العراقي سيستدل على قانون إحدى الولايات في داخل القانون الأمريكي وكما هو موضح في المخطط التالي أي أن ضابط الجنسية الذي تم بموجبه الاسناد عبر قواعد الاسناد العراقية وسترشده بحصر الاختصاص في إحدى الشرائع الأمريكية قواعد الاسناد الداخلية في القانون الأمريكي.

مثال ذلك: زواج مواطنين من الجنسية الأمريكية أمام القاضي العراقي



إذا كانا مقيما على اراضي واشنطن
فتركز الاختصاص في قانونها
وينسحب نفس الحكم إذا كانا
مقيما في ولاية اخرى.

اما إذا تم الاسناد بواسطة أحد الضوابط المكانية (الموطن) محل الابرام، محل التنفيذ، موقع المال أو بواسطة ضابط معنوي (الارادة الصريحة) فيجد هذا الاتجاه الكفاية الذاتية لهذا الضابط على حصر وتركيز الاختصاص في إحدى الشرائع في القانون المسند له الاختصاص، ومن ثم لا يلزم هنا القاضي ولا يحتاج للعودة لقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص ذلك لان الضابط ذاته يستدل من خلاله على الشريعة الواجبة التطبيق ومثال ذلك عقد إبرام بين المانيين في العراق موطنها المشترك في مقاطعة بون اثر النزاع بمناسبة الاخلال بالتزامات العقدية الناشئة عن العقد أمام القاضي العراقي هنا يقوم القاضي باسناد الاختصاص لقانون مقاطعة بون مباشرة لان موطن المتعاقدين في هذا المكان بحسب قاعدة الاسناد العراقية المادة (١/٢٥) مدني، كذلك يكون الحكم نفسه إذا كان موقع المال في إحدى

المقاطعات الألمانية إذ سيطبق القاضي العراقي قانون المقاطعة التي يكون فيها موقع المال، وكذلك إذا كانت الشريعة متفق عليها بين المتعاقدين هي شريعة مقاطعة معينة. الاتجاه الثاني يذهب إلى وحدة الحل والزام قاضي النزاع بالرجوع لقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص ايا كان ضابط الاسناد والذي تم بموجبه الاسناد أي سواء تم الاسناد بواسطة الجنسية أم الموطن أم موقع المال أم محل الابرام أم الارادة فالية التفويض تكون واحدة وهي الرجوع لقواعد الاسناد الداخلية في قانون الجنسية أو قانون الموطن أو قانون موقع المال ذلك لان مهمة قواعد الاسناد الدولية الواردة في قانون القاضي هي الاسناد الاجمالي بين قانون دولة القاضي وقانون الدولة المسند إليها الاختصاص، وليس من مهمتها حصر وتركيز الاختصاص في إحدى الشرائع انما هذه هي مهمة قواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص، وان تجاهلها من قبل قاضي النزاع فيه تجاوز على القانون المسند له الاختصاص وخروج عن وظيفة قواعد الاسناد الدولية واهمال وظيفة قواعد الاسناد الداخلية^(١).

اما السؤال الثالث إذا لم توجد قواعد اسناد داخلية في القانون المسند له الاختصاص أو وجدت ولكنها تعطي الحكم خارج قانونها ففي ظل عدم وجودها يعتمد ضوابط تكميلية فإذا تم الاسناد بواسطة الجنسية فتطبق هنا شريعة العاصمة أو الشريعة الغالبة أو المهيمنة اما إذا تم الاسناد بواسطة ضابط مكاني فيعتمد الضابط ذاته في تركيز الاختصاص كضابط موقع المال بواسطة نطبق قانون موقع المال اما إذا كان الاسناد عبر الارادة فعن طريقها نستدل عن قانون الارادة وهو القانون المتفق عليه بين الاطراف.

١- د.عز الدين عبد الله _ القانون الدولي الخاص _ تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي _ الجزء الثاني _ الطبعة السادسة _ دار النهضة العربية _ القاهرة _ ١٩٦٩ _ ١٨٥ _ ١٨٦

اما إذا كانت قواعد الاسناد الداخلية ترفض الاختصاص المسند إلى قانونها لحساب قانون آخر فهنا تحصل احوالة وهي مرفوض العمل بها في ظل موقف المشرع العراقي وبقية التشريعات العربية أصلاً^(١).

١- المادة (٢٧) من قانون مصر والمادة (٢٨) من قانون اردني والمادة (٧٢) من قانون تنظيم العلاقات ذات
العنصر الأجنبي رقم (٥) الكويتي

المبحث الثالث

نطاق تطبيق قواعد تنازع القوانين

تعمل قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد) في العلاقات ذات البعد الدولي والواقعة في محيط القانون الخاص، وهذه العلاقات تظهر باوضاع متنوعة يمكن تصنيفها إلى خمس فئات هي:

- ١- علاقات مسائل الاحوال الشخصية.
- ٢- علاقات مسائل الاحوال العينية.
- ٣- علاقات مسائل الالتزامات العقدية.
- ٤- علاقات مسائل الالتزامات غير العقدية.
- ٥- علاقات مسائل الشكل.

وكل مجموعة من هذه العلاقات تتضمن فئات من العلاقات الفرعية فالعلاقات المتعلقة بالأشخاص تصنف لحساب مسائل الاحوال الشخصية، والعلاقات التي موضوعها الاموال تصنف لحساب مسائل الاحوال العينية، والعلاقات التي موضوعها العقود تصنف لحساب مسائل الالتزامات العقدية، والعلاقات التي موضوعها أفعال وتصرفات مادية تصنف لحساب مسائل الالتزامات غير العقدية اما العلاقات التي ترتبط بالشكل تصنف على أساس انها من مسائل الشكل.

ويختلف عمل قواعد الاسناد بين هذه المسائل كما يختلف عمل تلك القواعد بين العلاقات التي تنتمي إلى كل نوع داخل كل مسألة من هذه المسائل، ولبيان عمل قواعد الاسناد كان لابد من استعراض كل مسألة من المسائل المتقدمة، والتي تشكل علاقتها موضوع لتنازع القوانين من خلال خمسة مطالب:

المطلب الأول

مسائل الأحوال الشخصية

هذه المسائل تتعلق بالحالة القانونية للشخص وهي مجموعة العناصر القانونية، الواقعية التي تميز الإنسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته ودولته ويرتب عليها القانون أثرًا في حياته القانونية^(١) فهي تحدد المركز القانوني للشخص في المجتمع

وتقتصر بعض القوانين مسائل الأحوال الشخصية على الحالة والاهلية والزواج بينما قوانين أخرى توسع من هذا الأحوال وتجعلها تمتد على الحالة والاهلية والزواج والطلاق والبنوة والنسب والوصية والميراث وهذا هو موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، وكذلك بقية التشريعات العربية^(٢)، وتختلف دول العالم حول القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل بين اتجاهين الأول تمثله الاقلية من الدول والتي تأخذ بالنظام الانكلوسكسوني ومنها بريطانيا وأمريكا وإيرلندا والدنمارك وبعض دول أمريكا اللاتينية التي تقرر الاختصاص في هذه المسائل لحساب قانون الموطن أي قانون الدولة التي يتخذها الشخص موطنًا له وهو مقر الأعمال بحسب التصوير الحكمي ومحل الإقامة بحسب التصوير الحقيقي، ويبرر هذا الاتجاه وجهة نظره على أن التقليد التاريخي والعرف استقر على تقديس علاقة الانسان بالارض، والموطن يجعل للانسان الصلة الاقوى

١- د. حسن الهداوي ودغالب الداوي - مصدر السابق - ص

٢- إزاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الاردني تفسير الاحوال الشخصية في المادة (١٢) تعين الفقرة الاولى من هذه المادة القانون الواجب تطبيقه فيما يتعلق بحالتهم واهليتهم، وتعني بالحالة جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من الواقع كالسن والجنس أو على أساس القانون كالزواج أشار إلى ذلك د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، عمان، الاردن، ١٩٩٦، ص ١٣١.

اما الاتجاه الثاني وهم الاكثرية وتمثله الدول التي تاخذ بالنظام اللاتيني ومنها فرنسا والمانيا وايطاليا، وجميع الدول العربية ومنها العراق. إذ يخضع علاقات الاحوال الشخصية لقانون الجنسية ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها ان قانون الجنسية قانون الوسط الاجتماعي للشخص الذي يعكس اخلاقه وعاداته وثقافته وطبائعه وقيمه، ومن ثمَّ هذا القانون سيكون اقرب قانون للشخص من اي قانون آخر، فضلا عن ذلك ان الشخص بموجب هذا الاتجاه واحد لا يتعدد ولا ينعدم فيقتضي ان ياخذ نفس الحكم القانون الذي يحكمه وبذلك لا تتغير حالة الانسان باختلاف مكان اقامته وموطنه ذلك لان قانون الجنسية سيحكم احواله الشخصية في داخل الدولة وخارجها لصفة الاستمرار التي يتصف بها قانون الجنسية، والتي تتغلب

٢- د. عبد الرسول عبد الرضا_ الجنسية والعلاقات الدولية_ الطبعة الأولى_ منشورات زين الحقوقية
بيروت_ لبنان_ ٢٠١٠ ص ٢٤

الفرع الأول

بغض النظر عن أسباب التعدد التي ذكرناها في موضوع الجنسية ومسائل معالجتها السالفة الذكر، فإن اعتماد الجنسية ضابطاً لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، وتقرر اختصاص قانون الجنسية لحكمها يثير التساؤل حول الجنسية المعتمدة في حال تعدد الجنسيات الشخص هل هي جنسية قاضي النزاع أم جنسية أخرى.

تختلف الاجابة عن هذا التساؤل بين فرضين الأول إذا كان الشخص المتعدد الجنسيات طرف نزاع في علاقة مسائل الاحوال الشخصية أمام قاضي عراقي، ويحمل من بين الجنسيات المتعددة الجنسية العراقية، فعلى القاضي ان يعتمد جنسيته ويطبق قانونه الوطني في كل مسألة من مسائل الاحوال الشخصية ومنها الاهلية والزواج وقد أكدت هذا الحكم جميع التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي في المادة (٢/٣٣) مدني التي نصت على أن (في حالة الأشخاص الذين ثبت لهم بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة للدول أجنبية جنسية تلك الدول فالمحكمة تطبق القانون العراقي وحده) كما أشارت إلى ذلك المادة (٢/١٠) من قانون الجنسية العراقية النافذ التي نصت على (تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية). وهذا الحكم يقوم على اعتبار ان الجنسية مسألة ترتبط بالسيادة وعلى قاضي النزاع إذا كانت جنسيته من بين الجنسيات المتعددة ان يختارها ويطبق قانونها بوصفها المرجحة على بقية الجنسيات لأنها اقرب جنسية إليه.

اما الفرض الثاني إذا لم تكون جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة بالنسبة لشخص طرف في علاقة من مسائل الاحوال الشخصية، فهنا لا يملك القاضي حق ترجيح جنسيته، ومن ثمَّ قانونه كونها لم تكن حاضرة من بين الجنسيات، واستنادا لمبدأ تكافؤ السيادة لا يملك ترجيح احداها على الأخرى الا إذا كانت تلك الجنسية يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها وتشير الوقائع والظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية إلى هذا الارتباط كزواجه في دولتها أو اشتراكه في الانتخابات فيها أو ممارسته لبعض الوظائف واداء الضرائب والخدمة العسكرية وغيرها من الظروف التي تكشف عن ذلك الارتباط والجنسية التي تفيد هذه الدلائل تاخذ وصف يصطلح عليه بالجنسية الفعلية أو الواقعية يكون لها التفوق والهيمنة على بقية الجنسيات، وعلى قاضي النزاع ان يطبق قانونها للاعتبارات اعلاه ويدعو بعض

ثانيًا: انعدام الجنسية

﴿ ۱۱۰ ﴾ دُرُ الِاسْتِغْوَرِی

القانون البريطاني بحسب المثال اعلاه. إلا أن بعض التشريعات لم تحدد وقت العمل بقانون الجنسية كما سنلاحظ في حينها، إلا أن التشريع العراقي وكذلك التشريعات العربية التي اعتمدت الجنسية ضابطاً في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية حددت وقت العمل بقانون الجنسية في بعض مسائل الاحوال الشخصية ومنها الزواج واثار الزواج والوصية والميراث ففي اطار الزواج وخاصة الشروط الموضوعية اعتمد قانون جنسية الزوجين وقت الزواج فلا يتغير اختصاص هذا القانون بفعل تغيير جنسية الزوجين لاحقاً المادة (١/١٩) مدني كما اعتمد قانون جنسية الزوج وقت الزواج في اثار الزواج المادة (٢/١٩) مدني واعتمد في الطلاق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق المادة (٣/١٩) مدني اما في موضوع الوصية إذ اعتمد بالنسبة لنفاذ الوصية قانون جنسية الموصي وقت الوفاة المادة (٢٣) مدني ولانتقال ملكية التركة وترتب اثار الميراث قانون جنسية المورث وقت وفاته المادة (٢٢) مدني.

في حين لم يضبط المشرع العراقي وبقية التشريعات العربية وقت العمل بقانون الجنسية لحكم الاهلية، والفقهاء الغالب يرى اعتماد قانون الجنسية يختلف بين فرضين الفرض الأول إذا كانت الاهلية شرط من شروط إجراء التصرف أو وجوب الحق فيطبق قانون الجنسية وقت إجراء التصرف أو وجوب الحق، وإن أي تغيير في الجنسية بعد ذلك لا يؤثر في صحة التصرف طالما تم اجرائه شخص كامل الاهلية بموجب قانون يقر له ذلك، كما لو ابرم شخص عقداً وهو كامل الاهلية ومن ثم على اثر حادث اصابه عارض من عوارض الاهلية فلا يتاثر العقد انما يبقى صحيح ونافذ ومرتب لاثاره، اما الفرض الثاني إذا تم التعامل مع الاهلية كصفة في الشخص فتخضع هنا لقانون جنسيته وقت الاحتجاج بتلك الصفة^(١). في حين لم يوضح المشرع العراقي في

١- منصور مصطفى منصور_ القانون الدولي الخاص_ تنازع القوانين_ دار المعارف بمصر_ ١٩٥٦_ ٩٠

المادة (١/١٨) مدني هذه التفاصيل وكذلك التشريعات العربية كما لم يحدد المشرع العراقي وقت العمل بقانون جنسية الأب بالنسبة لاثار البنوة في المادة (٤/١٩)^(١) مدني، وكذلك لم يحدد المشرع العراقي وقت العمل بقانون جنسية من تحجب حمايته عن طريق الولاية والوصاية والقوامة في المادة (٢٠) مدني فضلاً عن ذلك لم يحدد وقت الاعتراف بقانون جنسية المدين بالنسبة للنفقة في المادة (٢١) مدني، إلا أن الفقه فرق بين النفقة التي تترتب على الطلاق حيث تعامل معها كآثر من اثار الطلاق، ومن ثم تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق وبين النفقة التي تكون للابناء على الأب إذ تخضع لقانون جنسية الأب وفي هذه الحالة لم يحدد كلاً ذكرنا وقت الاعتراف بقانون جنسية الأب إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى اعتماد وقت الميلاد. أما إذا كانت النفقة مترتبة على الابن اتجاه الأب فهنا المدين بالنفقة الابن فيسرى قانون جنسية الابن وقت وجوب النفقة، ولم يحدد المشرع العراقي هذه التفاصيل إنما تركها لتقدير الفقه القضائي عن طريق تقدير المحكمة في ظروف كل حالة.

الفرع الثاني

الأهلية

يتطلب بحث قاعدة الاسناد في الاهلية التعريف بالاهلية ومن ثم القانون الواجب التطبيق فيها، وموقف القانون المقارن والعراقي منها، وأخيراً الاستثناءات التي ترد على قاعدة الاسناد الخاصة بالاهلية وذلك من خلال ثلاثة محاور.

١- وتقبلها المادة (١٦) من القانون المدني المصري والمادة (١٤) من القانون المدني الليبي والمادة (٤٦) من القانون الكويتي والمادة (١٧) من القانون المدني العراقي والمادة (١٥) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٧) من القانون المدني السوري والمادة (١٤) من القانون الاماراتي

أولاً: مفهوم الأهلية

تعرف الأهلية بأنها الصلاحية لموضوع ما أو قدرة الانسان بالنسبة لحق أو واجب، والأهلية على نوعين، النوع الأول أهلية الوجوب وتعني صلاحية الانسان للتمتع بالحقوق واداء الالتزامات، ويصطلح عليها البعض بأهلية التمتع وهي تثبت للانسان وهو جنين في بطن أمه إلا أنها تكون ناقصة تكتمل بولادته حياً، لذا يكون الشخص فيها متلقي للحقوق فيجوز التبرع لحسابه كما يجوز ان يتحمل الالتزام عن طريق تحقق مسؤوليته المدنية (تعويض) بأثر اتلاف مال الغير، وهذا يعني ان أهلية الوجوب اما ان تكون أهلية ناقصة او أهلية كاملة وهي في الحالتين تثبت بالحياة. اما النوع الثاني فهي أهلية الاداء وهي صلاحية الانسان لممارسة ماله من حقوق واداء ما عليه من التزامات على نحو مؤثر قانونياً سواء في اطار العلاقات المالية أم الشخصية أم التجارية، فيستطيع فيها الانسان ان يتصرف بما يملك فتكون له أهلية تصرف هنا كما يكون له أهلية الادارة وهو يكون كذلك إذا بلغ الانسان سن الرشد وكان عاقل فتصبح تصرفاته منتجة لاثارها إذا كان سليم الارادة، وهذا يعني إذا كانت أهلية الاداء ناقصة وهي تكون كذلك في الصغير المميز^(١) والقاصر والسفيه والمعتوه والمحجوز عليه فهؤلاء لا يستطيعون ممارسة جميع التصرفات انما فقط التصرفات النافعة وفيها يكونوا متلقي للحقوق اما الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على اجازة من ينوب عنهم، وبالمقابل يجوز للقاصر الاذن له بالتجارة ضمن حدود معينة يصبح فيها الشخص كامل الأهلية في هذه الحدود^(٢)، وإذا إذن له بالزواج يصبح كامل الأهلية في جميع التصرفات المالية على رأي الأكثرية، وهناك من يرى انه يبقى قاصر بالنسبة لها مع جواز زواجه.

١- ومن التمييز حسب القانون العراقي سبع سنوات كاملة المادة (٢/٩٧) منفي

٢- د. سعيد عبد الكريم مبارك - أصول القانون - الطبعة الأولى - دار الكتب للطباعة والنشر جامعة الموصل - ١٩٨٢ - ٢٧٨ - ٢٧٩

﴿ ۱۱۰ ﴾

تلك الإجراءات، وقد أشارت إلى هذا الحكم المادة (٢٠) من القانون المدني العراقي ضمنا بدلالة المادة (٢٨) مدني، ومقابل ذلك تخضع اهلية الاداء إلى قانون واحد وهو القانون الشخصي للشخص، وهذا القانون بحسب الاتجاه الانكلوسكسوني قانون الموطن كما في بريطانيا بينما هو قانون الجنسية في ظل الاتجاه اللاتيني الذي اعتمدته بعض الدول الأجنبية ومنها فرنسا المادة (٣/٣) من القانون المدني لعام ١٨٠٤ المعدل، والقانون الدولي الخاص الالماني لعام ١٩٨٦، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ وهكذا بالنسبة لاطاليا واسبانيا واليونان، وكذلك اعتمدت جميع التشريعات العربية قانون الجنسية بوصفه القانون الواجب التطبيق في اهلية الاداء ونذكر على سبيل المثال المادة (١/١١) من القانون المدني المصري والمادة (١١) من القانون المدني الليبي كما ذهبت إلى ذلك المادة (٣٣) من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي في الكويت رقم ٥ لسنة ١٩٦١ كما كان ذلك موقف القانون المدني العراقي في المادة (١/١٨) التي تنص على (الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته)^(١)، ويعتد بقانون الجنسية وقت وجوب الحق أو إجراء التصرف إذا كانت الاهلية شرط من شروط إجراء التصرفات اما إذا كانت صفة في الشخص فتخضع لقانون محل إجراء التصرف فتأخذ الاهلية في الوضع الأخير حكم اهلية الوجوب.

ومن الجدير بالذكر ان اهلية الاداء تتأثر بالسن إذ تكتمل ببلوغ الشخص سن الرشد، وتحقق العقل اما إذا كان الشخص بالغ مجنون فيكون عديم الاهلية، وإذا

١- وإلى نفس المعنى ذهبت المادة (١٢) من القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والمادة (١٢) أيضا من القانون المدني السوري والمادة ((١١) من القانون الاتحادي الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ والمادة (٢٥) من القانون المدني اليمني رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢ والمادة (٢١) من القانون المرافعات المدنية والتجارية البحراني الصادر بموجب المرسوم ١٢ لسنة ١٩٧١ المعدل والمادة (١٠) من القانون المدني الجزائري

كان بالغ وسفيه أو معتوه أو محجور عليه فيكون ناقص الاهلية، اما إذا كان دون البلوغ فيكون عديم الاهلية إذا كان صغير غير مميز أو ناقص الاهلية إذا كان صغير مميز أو قاصر، والذي يحدد هذه الاوضاع هو قانون الجنسية في ظل التشريعات التي اعتمدت الاتجاه اللاتيني...

وتختلف القوانين حول سن البلوغ فبعض القوانين تحدد سن ٢١ سنة مثل فرنسا ومصر والكويت والبعض الاخر يحدد سن ٢٥ مثل المكسيك في حين يكون سن الرشد هو ١٨ سنة في العراق^(١) وبريطانيا.

ثالثاً: الاستثناءات التي ترد على قاعدة الاسناد

إذا كانت الاهلية تخضع للقانون الشخصي (قانون الجنسية) في أكثر الدول ومنها العراق وبحسب قاعدة الاسناد الواردة في المادة (١/١٨) مدني. فان هذه القاعدة ترد عليها استثناءات يتعطل فيها قانون الجنسية في حكم الاهلية وتمثل.

١- تحديد سن الرشد بوصفه شرط من شروط التجنس يكون على الاتجاه الراجح في التشريعات بحسب قانون الدولة التي يرغب الشخص في اكتساب جنسيتها عن طريق التجنس^(٢)، وقد حدد المشرع العراقي في قانون الجنسية السابق في المادة (٨) شروط التجنس ومن بينها هذه الشروط بلوغ سن الرشد وسن الرشد حسب هذا القانون هو اكمال سن الثامنة عشر بحسب المادة (٣/١) منه، كما بينت المادة (٦) من القانون الجنسية النافذ سن الرشد من بين شروط التجنس

١- المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي نصت على (سن الرشد ثمان عشرة سنة كاملة). تقابلها المادة (٢/٢٤) من القانون المدني المصري، التي نصت على ان: ((بلوغ سن الرشد هو إحدى وعشرون سنة كاملة).

٢- د. عكاشة محمد عبد العال - احكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب - الجزء الأول - الجنسية - الدار الجامعية - بيروت - ١٩٩٩ - ص ١٥١ - ١٥٢

وهذا هو اكمال سن الثامنة عشرة بحسب التقويم الميلادي حسب المادة (١) منه، ويبرر هذا الاتجاه على أن طالب التجنس هو مواطن بالمآل ومن ثمّ فانه سيخرج من الولاية التشريعية لقانون الجنسية السابقة ليدخل في قانون الجنسية اللاحق فيكون مرتبط بالقانون الأخير، وما يقرره من شروط أكثر من ارتباطه بقانون الجنسية السابق، رغم ان هناك من يرى تحديد اهليته بموجب قانون الجنسية السابق واللاحق^(١).

٢- تحديد اهلية المتزّم بموجب الكمبالة إذا وضع توقيعه عليها في دولة تعدّه كامل الاهلية فيكون التزامه صحيح، وإن كان قانون جنسيته يعدّه ناقص الاهلية وقد أشار قانون التجارة الملغى لعام ١٩٧٠ لهذا المعنى كما أكدت المادة (٢/٤٨) من قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على ذلك ويقوم هذا التوجه على مبرر وهو حماية المعاملات واستقرارها وتحقيق الامن القانوني من مفاجأة تطبيق قانون الجنسية بالنسبة لناقص الاهلية وسو المتزّم بالورقة التجارية.

٣- ان السن الازم لممارسة الأعمال التجارية واحد بالنسبة للوطنيين والأجانب، وقد أشارت إلى هذا المعنى المادة ١٠ من قانون التجارة العراقي الملغى وتبرر ذلك يتمثل بحماية الاسواق التجارية ومعاملة الجميع بشكل واحد فيما يتعلق بالاهلية التجارية وصولاً إلى تحقيق الثقة والاثمان في المعاملات وهي من اغراض القانون التجاري.

٤- كما يتعطل قانون الجنسية في حكم الاهلية إذا تحقق مانع من موانع تطبيقه وهي النظام العام والغش نحو القانون والمصلحة الوطنية والتي ستأتي على بيانها لاحقاً انشاء الله.

١- د. عكاشة محمد عبد العال - احكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب - مصدر سابق - ص ١٥١

الزواج

أولاً: نشوء الزواج

استقر الفقه الراجح على التفرقة في الحكم بين الشروط اعلاه من جانب القانون الواجب التطبيق فيها إذ تخضع الموضوعية منها لقانون بينما تخضع الشكلية لقانون آخر، وتحديد طبيعة الشروط مسألة تكليف تخضع لقانون القاضي، وعليه سنبين القانون الواجب التطبيق في كل منها.

١- القانون الواجب التطبيق في الشروط الموضوعية

لا بد من بيان معنى هذه الشروط ومن ثمّ بيان القانون الواجب التطبيق فيها، إذ تنوزع هذه الشروط إلى شروط انعقاد وهي اتحاد مجلس الإيجاب والقبول وكل ما يتعلق بالتراضي، وشروط الصحة تتضمن صلاحية المرأة للزواج أي أن تكون غير محرمة على من يريد الزواج بها، كما تشمل شروط النفاذ وهي سلطة إبرام عقد الزواج أصله أو نيابة، وشروط اللزوم وتتضمن ما يتعلق بالمهر، وتخضع هذه الشروط بحسب النانون المقارن عند دول الاتجاه الانكلوسكسوني لقانون موطن الزوجية بينما تخضع في دول الاتجاه اللاتيني لقانون جنسية الزوجين وفي ظل اختلافهما لقانون موطن الزوجية كما في فرنسا، أما على مستوى الدول العربية فيطبق على الشروط الموضوعية قانون جنسية الزوجين المشتركة ومنها القانون المصري والليبي والسوري^(١)، كما كان المشرع العراقي ضمن هذا الاتجاه أما في حالة اختلاف جنسية الزوجين فلم ينظم حل تنزع القوانين فيها إلا أن هناك حلول فقهية تنوزع على اتجاهين الأول يذهب إلى تطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقاً جامعاً أي يقتضي أن يتوافر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون كل من الزوجين معاً أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى تطبيق قانون كل زوج بصورة مستقلة عن قانون الزوج الآخر أي يطبق على الزوج قانون جنسيته لحكم شروط الموضوعية للزواج وكذلك الزوجة يطبق عليها قانون جنسيتها دون أن تطبق على الزوج فهو تطبيق لقانون جنسية كل متهم بصورة موزعة، وقد تبنى الاتجاه الثاني على مستوى التطبيقات القضائية ذلك لأن التطبيق

١- المادة (١٢) من القانون المدني المصري والمادة (١٢) من القانون المدني الليبي والمادة (١٣) من القانون المدني السوري كما كان هذا موقف المادة (١١) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٣) من القانون المدني الأردني والمادة (١/١٢) من القانون الاتحادي الإماراتي والقانون والمادة (٢/٢١) من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحراني والمادة (٣٦) من القانون الكويتي لعام ١٩٦١

الجامع يفضي إلى تطبيق القانون الأشد بينما يسهل التطبيق الموزع على الزوجين إجراء عقد الزواج^(١).

وإذا كان الأصل الأخذ بالتطبيق الموزع إلا أن الاستثناء يقضي بالأخذ بالتطبيق الجامع في ما يتعلق بموانع الزواج ومنها اختلاف الدين أو المرض أو سبق الزواج كما في بعض التشريعات الأوروبية ومنها القانون السويدي الذي يجعل مرض أحد الزوجين مانع من موانع الزواج^(٢).

وإذا كانت الحلول الفقية اعلاه لم تنظم تشريعياً في الدول العربية وكذلك في العراق، فالسؤال هنا هل يمكن الأخذ بها من قبل المحاكم العراقية؟ الجواب نعم بحسب المادة (٣٠) من القانون المدني التي تنص (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً). ولما كان التطبيق الموزع من هذه المبادئ فيمكن اتباعها في كل حالة تختلف فيها جنسية الزوجين عند انعقاد الزواج.

٢- القانون الواجب التطبيق في الشروط الشكلية

الشكلية هي الصيغة الفنية التي يفرغ فيها عقد الزواج وهذه الصيغة تأخذ مظاهر متنوعة فقد تكون على شكل حضور شهود أو إجراء مراسيم دينية معينة أو توثيق العقد علماً أن المراسيم الدينية والتي تتمثل بالذهاب للكنيسة لتوثيق الزواج عند الدول المسيحية تأخذ طبيعة الشروط الموضوعية إذا كانت الدولة تتعامل مع الزواج بوصفه عقد ديني مثل اليونان خاصة إذا اتحد مذهب الزوجين، بينما تكون هذه المراسيم مجرد شروط شكلية إذا تم التعامل مع الزواج بوصفه عقد مدني، وهذا

١- د. هشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - ص ٢٦٢

٢- المصدر نفسه - ص ٢٦٤

دالالت پوری

ثانيًا: اثار الزواج

١- الآثار الشخصية

﴿ ذلالتِ نہوری ﴾

يرتبطها عقد الزواج بما في ذلك اثره بالنسبة للمال) وإلى نفس الحكم ذهبت المادة (١٣) من القانون المدني المصري وكذلك الحكم في بقية التشريعات العربية^(١).

كما يلحق بهذه الاثار البنوة فهي تخضع لقانون موطن الأب في التشريعات التي تأخذ بالاتجاه الانكلوسكسوني بينما تخضع لقانون جنسية الأب في الدول التي تأخذ بالاتجاه اللاتيني كما هو الحال في الدول العربية ومنها العراق إذ نصت المادة (٤/١٩) مدني عراقي على أن (المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الاباء والاولاد يسري عليها قانون الأب)، وهذا يعني ان المشرع العراقي اخذ فقط بالبنوة الشرعية ولم يحدد وقت الاعتراف بقانون الأب وقد تعددت الاراء حول هذا الوقت، فهناك من يرى اخضاع البنوة لقانون الأب وقت الزواج بوصفه اثر من اثاره، ومنهم من اخضعها لقانون الأب وقت الميلاد، إلا أن الراجح يخضع البنوة لقانون الأب وقت الميلاد بوصفه الوقت الذي يتحقق فيه وجود الولد وثبوت نسبه للاب ويكون هذا القانون مختص بحكم إثبات النسب ومواعيد إقامة دعوى النسب واهلية المقر بالنسبة للمقر له.

٢- الاثار المالية

ويقصد بالاثار المالية ما تعلق من هذه الاثار باموال عائدة للزوجين والتي تدخل في مفهوم النظام المالي للزوجين الذي أخذت به التشريعات الاوربية، وبعض التشريعات العربية ومنها مصر وهذا النظام عبارة عن قواعد قانونية أو اتفاقية تحكم الاموال العائدة للزوجين من حيث ادارتها والتصرف بها وتوزيع العوائد الناتجة عنها وهي تشمل الاموال المنقولة والعقارية وتخضع التصرفات المتعلقة بهذه الاموال

١- المادة (١٤) من القانون المدني الاردني والمادة (١٢) من القانون المدني الجزائري والمادة (١/١٤) من القانون المدني السوري والمادة (١/١٣) من القانون الاماراتي والمادة (٣٩) من القانون الكويتي والمادة (١٣) من القانون المدني الليبي والمادة (٣/٢١) من القانون البحراني

لقانون موقعها اما الديون المترتبة على التصرف بهذه الاموال كما لو تصرف الزوج بالاموال العقارية العائدة لزوجته بموافقتها ولم يدفع لها اقيامها فهنا سوف يخضع في تصرفه ابتداءً القانون موقع العقارات^(١) فإذا كانت في العراق فيخضع للقانون العراقي اما ثمن هذه العقارات فانه يتخلف بذمته على شكل حقوق شخصية تخضع لقانون جنسيته بوصفها اثر من الاثار الشخصية ذات الطبيعة المالية فإذا كان جنسيته فرنسية فان الاختصاص في هذه الحقوق بحسب قواعد الاسناد العراقية للقانون الفرنسي ويطبق هنا قانون الزوج وقت الزواج بحسب المادة (٢/١٩) مدني عراقي. وعلى مستوى القانون المقارن فنجد القانون الفرنسي يخضع النظام المالي للزوجين للقانون الذي يحكم عقد الزواج وهو قانون الزوج ويستثنى من ذلك الاهلية حيث تخضع لقانون كل زوج والعقار يخضع لقانون موقعه، وهذا موقف القانون السوفيتي انذاك وبالمقابل ذهب القانون البريطاني الى الاخذ بفكرة تجزئة النظام المالي إذ تخضع الاموال العقارية لقانون موقعها، والمنقول لقانون الموطن الفعلي للزوج وقت الزواج، وهذا الحكم يكون في ظل عدم وجود مشاركة الزواج اما إذا وجدت فيبقى العقار خاضعاً لقانون موقعه والمنقول لقانون الارادة ويقترّب من موقف القانون البريطاني موقف القانون الأمريكي^(٢).

ثالثاً: انتهاء الزواج

قد ينتهي الزواج نهاية طبيعية بالوفاة، وقد ينتهي بأسباب ارادية بالطلاق أو الانفصال والتطليق، والسؤال هنا ما هو القانون الواجب التطبيق في الطلاق؟ لقد اخضعت بعض الدول الطلاق لقانون موطن الزوجية المشترك نظراً لان ضابط

١- د. هشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - مصدر سابق - ص ٢٧٥

٢- د. عبد الواحد كرم - التنازع الدولي والقواعد المتعلقة بالنظام المالي للزوجين - بحث منشور في مجلة القضاء العدد (١، ٢، ٣، ٤) السنة السادسة والثلاثون - ١٩٩١ - ص ٣٩٤ - ٣٩٦

رابعاً: التنظيم القانوني لقواعد الاسناد الخاصة بالزواج في القانون العراقي

١- د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، ننازع القوانين، المصدر السابق، ص ٢٨٢.

٣- المادة (٤٠) من القانون الكويتي والمادة (١٤) من القانون المدني الاردني والمادة (١٢) من القانون المدني الجزائري والمادة (٢/١٤) من القانون المدني السوري والمادة (٢/١٣) من القانون الاماراتي والمادة (٢/١٣) من القانون المدني الليبي والمادة (٣/٢١) من القانون البحراني

وقانون جنسية الزوج وقت الزواج في الآثار^(١) وقانون جنسية وقت الطلاق اوقت رفع الدعوى في انتهاء الزواج وقانون جنسية الأب وقت الميلاد في البتة.

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة على مستوى التشريع العراقي فانها تتعطل عن العمل في حالتين، الأولى تتمثل إذا كان أحد اطراف العلاقة عراقي الجنسية إذ ينعقد الاختصاص لحساب القانون العراقي وهذا ما أكدته المادة (٥/١٩) مدني التي نصت على أن (لا تسري احكام الفقرات السابقة من هذه المادة إذا كان أحد الطرفين عراقي)، وهو نفس حكم بقية التشريعات العربية^(٢) ويستثنى من هذه الحالة مسالتين. الأولى الاهلية إذ تبقى خاضعة لقانون جنسية الشخص بحسب المادة (١/١٨) مدني عراقي.

الثانية الشكلية إذ تخضع لقانون محل الابرام أو قانون كل من الزوجين بحسب المادة (١/١٩) مدني عراقي.

مثال ذلك كما لو تزوج فرنسي من عراقي أمام القضاء العراقي حيث تخضع جميع الشروط الموضوعية للقانون العراقي باستثناء الاهلية والشكلية وتصنف القاعدة المتقدمة على أنها من القواعد ذات التطبيق الضروي وليس من قواعد الاسناد.

١- إلى نفس المعنى ذهب قرار محكمة التمييز رقم ٢٦٧٢ ح في ١٩/١/١٩٥٩ منشور في مجلة القضاء العدد (٣، ٢) نيسان تموز السنة السابعة عشرة

٢- المادة (١٤) من القانون المدني المصري والمادة (٣٦) من القانون الكويتي والمادة (١٥) من القانون المدني الاردني والمادة (١٣) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٥) من القانون المدني السوري والمادة (١٤) من القانون الاماراتي والمادة (١٤) من القانون المدني الليبي

الفرع الرابع

النفقة

تترتب النفقة بمناسبة عدة أسباب فقد تكون نفقة بسبب الزواج او بسبب القرابة وتخضع النفقة بشكل عام لقانون المدين بها وقد اخذ بهذه القاعدة المشرع العراقي في المادة (٢١) مدني والتي نصت على أن (الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها)^(١)، وهذا هو حكم بقية التشريعات العربية^(٢)، ويختلف المدين بالنفقة حسب طبيعة العلاقة وسبب الدين فقد تكون النفقة زوجية فيكون سبب النفقة هنا الزواج يكون المدين بها الزوج، وبأثر ذلك يكون الاختصاص لحساب قانون جنسية الزوج وقت الزوج وقد تكون النفقة بسبب الطلاق فنفرق هنا بين النفقة المؤقتة حيث تخضع لقانون المحكمة المقام امامها دعوى الطلاق، وقد تكون نفقة للزوجة والاولاد بعد الحكم بها من قبل المحكمة فيكون الاختصاص فيها لقانون الزوج وقت استحقاقها. اما نفقة الابناء فتكون على الأب رقت الميلاد وتخضع لقانون الأخير كما تخضع نفقة الاباء على الابناء لقانون الابن وقت استحقاقها أي وقت النطق بالحكم بها.

١- انظر بهذا المعنى قرار محكمة التمييز/الهيئة المدنية منقول ٢٠١٠، والقاضي برد دعوى تنفيذ حكم من محكمة طويلع الشرعية بالأردن لأنه صدر خلافاً لقواعد الاختصاص التشريعية.

٢- المادة (١٥) من لقانون المدني المصري والمادة (٤٥) من القانون الكويتي والمادة (١٦) من القانون المدني الاردني والمادة (١٤) من القانون المدني الجزائري والمادة (١٦) من القانون المدني السوري والمادة (١٥) من القانون الاماراتي والمادة (١٥) من القانون المدني الليبي والمادة (٤/٢١) من القانون البحراني

الفرع الخامس

العلاقات الناشئة بأثر الموت

يترتب على الموت علاقات من نوعين يحصل باثرهما تنازع في القوانين الأولى علاقات الموارث، والثانية علاقات الوصايا ولييان القانون الواجب التطبيق في كل منهما يقتضي تحديد طبيعتهما القانونية، ومن ثمّ المسائل الداخلية في تكوينها والتي على وفقها يتقرر الاختصاص للقانون الواجب التطبيق وذلك من خلال ثلاثة محاور.

أولاً: الطبيعة القانونية للموارث والوصايا

ظهر اتجاهين في هذه المسألة الأول يغلب في الموارث والوصايا الطبيعية المالية والعينية على الطبيعة الشخصية فيها، فيلحقها بمسائل الاحوال العينية، وقد أخذت بهذا الاتجاه كل من استراليا وهولندا وبريطانيا والولايات المتحدة وفرنسا، ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها ان مركز ثقل هذه العلاقات هو انتقال الاموال من ذمة السلف إلى الخلف وبذلك فان للجانب المالي فيها الدور الرئيس بينما الجانب الشخصي له دور ثانوي ومحدود، ويذهب الاتجاه الثاني إلى تغليب الطبيعة الشخصية لهذه العلاقات على الطبيعة المالية فتلحق بمسائل الاحوال الشخصية، ذلك لان مركز الثقل في هذه العلاقات يتمثل في الأشخاص واما انتقال الاموال الا نتيجة تترتب عليها، كما انها تعبر عن استمرار العلاقة الشخصية التي تربط الخلف بالسلف وقد أخذت بهذا الاتجاه جميع الدول العربية ومنها العراق^(١).

ثانياً: المسائل الداخلة في قضايا الموارث والوصايا

تكون هذه المسائل على طبيعتين الأولى شخصية، والثانية مالية وتشمل الشخصية شروط استحقاق الميراث والوصية وموت المورث الموصي حقيقة أو تقديرًا، وحياة

١- منصور عبد الله _ مصدر سابق _ ص ٣٧

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق في قضايا المواريث والوصايا

يتحدد القانون الواجب التطبيق في هذه القضايا على مستوى القانون المقارن إذ يختلف القانون الواجب التطبيق بين الدول، فالدولة التي تحسب الموارث والوصايا على مسائل الاحوال العينية ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها تحدد الاختصاص لحساب القانون الإقليمي إذا كان المال عقار يكون القانون المختص قانون موقع العقار، ولحساب قانون موطن المتوفي الأخير إذا كان المال منقول ويقوم هذا التوجه على أن العقار له موقع ثابت والمنقول متحرك فيفترض المشرع موقعه في موطن المتوفي، وهذا يعني ان التركة في الميراث والوصية تعامل معاملةتين بحسب طبيعتها فيما إذا كانت منقولة أم عقارية وهناك من اخضع الاثر الناقل للملكية في التركة العقارية أم المنقولة لقانون واحد الا وهو قانون موقع المال محل التركة. مقابل هذا الاتجاه ذهب جميع الدول العربية ومنها العراق إلى معاملة الموارث والوصايا على أنها من مسائل الاحوال الشخصية وميزت في الحكم بين المسائل الشخصية للموارث والوصايا كشروط الاستحقاق وموانعه وتحديد الانصبه حيث اخضعتها لقانون جنسية المورث والموصي. اما المسائل المالية فتعاملت معها معاملة واحدة سواء كانت التركة عقارية أم منقولة فاخضعتها لقانون موقعها من جانب الية انتقال ملكيتها من السلف (المورث والموصي) إلى الخلف الوارث والموصي له وأكد هذا

الحكم المادة ٢٤ مدني عراقي التي نصت على أن (المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى وينوع خاص طرق انتقالها هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها يسري عليها قانون الموقع). أما اهلية الوارث والموصى له في التملك عن طريق الارث والوصية فقد نظم المشرع العراقي حكمها في المادة ٢٢ مدني التي تنص على أن (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته)^(١)، والسبب في اختيار المورث كونه واحد لا يتعدد مقابل الورثة، واعتماد جنسيته لان قانون الجنسية يمتاز بالثبات واسهل في الإثبات بسبب سهولة إثبات الجنسية، واعتماد وقت الموت لانه الوقت الذي يتحقق فيه الميراث وثبوت عناصره من مورث ووارث والتركة ومحل الميراث فلا توجد هذه العناصر قبل الموت وهذه المبررات تسحب على اخضاع الوصية لقانون الموصي وقت موته بموجب المادة (٢٣) من القانون المدني.

ويرد على قاعدة خضوع الميراث لقانون جنسية المورث قيدين الأول نظمته المادة (٢٢/أ) مدني التي نصت على أن (اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات غير أن العراقي لا يرثه من الأجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه)^(٢) والثاني نظمته المادة (٢٢/ب) مدني نصت على أن (الأجنبي الذي لا ورث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية وان صرح قانون دولته بخلاف ذلك)

كما طرأت عدة تعديلات على هذه القيود إذ اصدر مجلس قيادة الثورة المنحل قرار رقم ١٩١٠ في ١٩٨٢ منع بموجبه ميراث الزوج الأجنبي لزوجته العراقية

١- ونقابلها في الحكم المادة (١/١٧) من القانون المدني المصري والمادة (٤٧) من القانون الكويتي والمادة (١٨) من القانون المدني الاردني والمادة (١٦) من القانون المدني الجزائري والمادة (١/١٨) من القانون المدني السوري والمادة (١/١٧) من القانون الاماراتي والمادة (١/١٧) من القانون المدني الليبي والمادة (٦/٢١) من القانون البحراني

٢- أنظر قرار ديوان التدوين القانوني (مجلس الشورى حالياً) في ١٩٦٤/١٢/٢٩ منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العددان الأول والثاني في كانون الأول، السنة الرابعة ١٩٦٥.

ولو كان قانون دولته يسمح بالارث لها منه، كما منح مجلس الوزراء في ذلك الوقت صلاحية اجازت الميراث في هذه الحالة.

وأخيراً تم تعطيل جميع القوانين والقرارات التي تسمح لغير العراقي التملك العقاري في العراق بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ باي سبب من أسباب التملك ومنها الميراث والوصية.

وقد نظم المشرع العراقي حكم القانون الواجب التطبيق في الوصية في المادة (٢٣) مدني والتي نصت على أن (قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته)^(١)، وتقف وراء اختيار قانون جنسية الموصي وقت الموت نفس المبررات التي لاحظناها في الميراث كما يميز المشرع العراقي في موضوع الوصية بين المسائل الشخصية والمسائل العينية فاختص الأولى للقانون الشخصي (قانون جنسية الموصي) ويشمل اختصاصه شروط استحقاق الوصية وهي موت الموصي حقيقة أو تقديرًا وحياة الموصي له حقيقة أو تقديرًا، وموانع الايضاء وانصبه الموصي لهم، والمقدار الذي يجوز الايضاء به فجميع هذه المسائل تخضع لقانون الموصي وقت وفاته لانه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية اما اهلية الموصي في الايضاء فتخضع لقانون جنسيته وقت عمل الوصية، لان الوصية تصرف وتتطلب صحة اجرائه ان يكون من قبل من يملكه وتقدير من يملك ذلك يخضع للقانون السائد وقت عمل الوصية لا وقت الموت.

اما اهلية الموصي له في القبول فيسري عليه قانون جنسيته وقت صدور القبول منه بينما تخضع الوصية في الشكل لقانون محل ابرامها الا اذا تعلقت بعقار كائن في العراق

١- من الجدير بالذكر ان اغلب القوانين العربية جمعت حكم الوصية والميراث بمادة واحدة ومنها القانون المصري والجزائري والاردني والسوري والليبي والبحراني ومقابل ذلك وزع البعض منها الحكم بين مادتين نذكر منها على سبيل المثال المادة (٤٨) من القانون الكويتي والمادة (٣/١٧) من القانون الاماراتي

حيث يقتضي هنا استيفاء الشكلية المطلوبة بموجب القانون العراقي وهو تسجيله في دائرة التسجيل العقاري لأنها تصرف عقاري في هذه المناسبة بموجب المادة (٥٠٨) مدني عراقي. كما أشارت إلى هذا المعنى المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

أما المسائل العينية وهو تلك المتعلقة بالاموال محل الوصية (الموصى به) فتخضع لقانون موقعها وهذا ما أكدته المادة (٢٤) مدني السالف الذكر، كما أكدته المادة (٢/٢٣) مدني الوصية بشأن العقار إذ نصت على أن (تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالاموال غير المنقولة في العراق والعائدة إلى متوفي أجنبي وفي كيفية انتقالها).

أما الوصية مع اختلاف الدين أو الجنسية فهي جائزة في المنقول بشرط المعاملة بالمثل أما الاموال غير المنقولة فلا يجوز فيها وقد إشارة ضمناً إلى ذلك المادة (٧١) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي نصت على أن (تصح الوصية في المنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل).

المطلب الثاني

مسائل الأحوال العينية

تتضمن هذه المسائل العلاقات التي يكون موضوعها أموال والتي تكون إما ان مادية أو غير مادية (معنوية)، كما يتفرع عن كل منهما انواع متعددة ولما كان تحديد طبيعة كل منهما يتم عن طريق الية التكييف، التي يكون فيها الاختصاص لقانون قاضي النزاع. فيقتضي ان نستعرض لكل منهما من حيث طبيعتهما القانونية والقانون الواجب التطبيق، وذلك من خلال فرعين.



الاموال المادية

أولاً: الاموال العقارية

ويكون الاختصاص في جميع المسائل المتعلقة بعقار من تصرفات قانونية (العقود/ الوصية) أو وقائع قانونية (الميراث، الفعل الضار) لحساب قانون موقع العقار وهي قاعدة استقر العمل بها منذ عهد مدرسة الاحوال الايطالية القديمة وتقوم هذه القاعدة على مبررات تتمثل:

تتمثل في ان العقار جزء من إقليم الدولة، وهذا الأخير أحد اهم اركان الدولة ومن ثَمَّ تستأثر الدولة بشكل خالص مانع في تنظيم كل ما يتعلق بالإقليم ومنها التصرفات والوقائع المتعلقة بعقار ولا يؤثر في اختصاص قانون موقع العقار اختلاف جنسية الاطراف، وتغير جهة طرح النزاع ذلك لان المعيار الوحيد محل الاعتبار في المعاملات العقارية هو موقع المال، فيكون الاختصاص التشريعي لقانون موقع المال، ويتعطل ما دونه من القوانين ومنها قانون جنسية اطراف العلاقة أو قانون موطنهم

أو قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه أو قانون قاضي النزاع، ومثال ذلك إذا باع الماني إلى فرنسي عقار كائن في العراق وإبرام العقد في مصر واثير نزاع يتعلق بعقد بيع العقار أمام قاضي أردني فسوف يتعطل تنهن الاختصاص في هذا النزاع القانون الاردني (قانون قاضي النزاع)، القانون المصري (قانون محل إبرام العقد)، القانون المصري (قانون محل إبرام العقد)، القانون الفرنسي (قانون المشتري)، القانون الالماني (قانون البائع)، وينحصر الاختصاص التشريعي لحساب قانون واحد وهو القانون العراقي بوصفه قانون موقع العقار فيما يتعلق بالاثار الناقل للملكية العقار.

فضلا عن كل ما تقدم لا يمكن منطقيا ان تترك دولة الاختصاص لقانون دولة أخرى لحكم جزء من تراها الوطني المتمثل بالعقار.

٢- مبررات عملية

وتتمثل في ان قانون موقع العقار اقرب قانون في العالم لحكم العقار مما يسهل ذلك على محكمة موقع العقار الكشف عنه ومعايته وهذا يضمن تقدير حالة العقار من جانب الحقوق والالتزامات المتعلقة به، ومن ثم الوصول إلى حكم عادل للنزاع المتعلق بالعقار كما ان الدولة تمارس ولايتها الإقليمية على ما يقع ضمن دائرة اختصاصها من عقارات وهي لا تملك ان تمتد بهذه الولاية خارج إقليمها على عقار كائن هناك الاستثناء، ولا تملك غيرها من الدول في مع ولايتها وسيادتها الإقليمية على عقار كائن خارج أراضيها، فتتكون كل دولة محبوسة داخل حدودها الإقليمية في ممارسة اختصاصها التشريعية بمناسبة تصرفات أو وقائع تتعلق بعقار، كما يكون من باب أولى ان الدولة وحدها هي صاحبة الاختصاص التشريعي والقضائي على ما يقع ضمن محيطها الإقليمي من عقارات ما يتعلق بهذه العقارات من معاملات وتصرفات سواء اكان اطرافها وطنيين أم وطنيين وأجانب أم أجانب فقط كما ان هذا الاختصاص سوف يضمن صلور احكام مضمونة التنفيذ على المستوى الدولي

ويتحدد نطاق اختصاص قانون موقع العقار في عدة مسائل متعلقة بالعقار تتمثل في تحديد طبيعة العقار بوصفه عقار بطبيعته أم بالتخصيص مثل المكاثن الزراعية المملوكة للفلاح خدمة للارض الزراعية العائدة له. وسلطات المالك، التصرف، الاستغلال، الاستعمال، وتحديد الحقوق العينية الأصلية والتبعية كما يمتد الحكم للحقوق الشخصية التي تترتب عليها ومنها الايجار وطرق كسب الحقوق العينية في العقار ومنها العقد والوصية والميراث والحيازة والتقدم والاستملاك وكذلك الحقوق الشخصية والية انتقال هذه الحقوق من السلف إلى الخلف وانتهائها وزوالها، كما وسعت بعض القوانين الانكلوسكسوني ومنها القانون الأمريكي من اختصاص هذا القانون بحيث يشمل بالاضافة إلى ما تقدم اهلية اطراف العلاقة المتعلقة بعقار والشكلية فضلا عن الحقوق الشخصية المتعلقة به في حين وفقا للاتجاه السائد ان اهلية الاداء تبقى محكومة بقانون الجنسية ويمكن ان تخضع اهلية الوجوب لقانون موقع العقار لأنها اهلية تتمتع فضلا عن خضوع الشكلية المتعلقة بالتصرفات إذا كانت ركن من اركان انعقاد التصرفات المتعلقة بالعقار لقانون موقعه كما هو الحال في العراق حيث إن التصرفات العقارية ونفاذها ومنها البيوع المتعلقة بعقار يقتضي تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وبذلك قد أكدت ذلك المادة (٥٠٨) من القانون المدني إذ نصت على أن (بيع العقار لا ينعقد الا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون) ولا يرتب عقد البيع المنعقد خارج دائرة التسجيل العقاري أي حق عيني انما يمكن ان يرتب حق شخصي (التعويض) بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لعام ١٩٧٧ المعدل.

ومن الجدير بالذكر ان قاعدة خضوع التصرفات المتعلقة بعقار من بيع وهبة وميراث لقانون موقعها توصف بانها قاعدة مزودة بحلول ذاتية، أي أن الاسناد والتطبيق يتم في وقت واحد وقد نظم المشرع العراقي وبقية التشريعات العربية والأجنبية الاختصاص في مسائل العقار من عدة جوانب بصورة مباشرة وغير مباشرة ومنها المادة (٢/١٧) مدني التي نصت على (ومع ذلك فان القانون الذي يحدد ما إذا كان عقارا أو منقولاً هو قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الشيء) وكذلك المادة (٢/٢٣) مدني نصت على أن (تطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالاموال غير المنقولة والكائنة في العراق والعائدة إلى متوفي أجنبي وفي كيفية انتقالها) كما كان تنظيم هذه القاعدة في المادة ٢٤ مدني عراقي والتي نصت على أن (المسائل الخاصة بالملكية والحياة والحقوق العينية الأخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها يسري عليها قانون الموقع فيما يخص العقار)^(١).

كما نظمت هذه القاعدة المادة (٢/٢٥) مدني والتي نصت على أن (قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه)، علماً أن المادة ١١٩٩ مدني إذ نصت على (لا يثبت حق الانتقال ما بين المختلفين في الدين ولا بين عراقي وأجنبي) وبذلك لا يثبت حق الانتقال في الأراضي الأميرية ما بين المختلفين في الدين ولا بين العراقي والأجنبي^(٣). قضت محكمة التمييز بتأييد الحكم البدائي والقاضي برد دعوى المدعين بالمطالبة بأجر مثل عن إشغال المدعي لشقة في لندن (شقة كنكستن) والعائدة إلى مورثهم والمشفول من قبل المدعي وهو أحد الورثة بسبب عدم دفع الأخير

١- ويقابلها المادة (١٩) مني سوري والمادة (١٨) مني مصري والمادة (١٨) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي

٢- ينظر بهذا المعنى قرار محكمة التمييز/ ١٩٦٥ منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني - العدد الأول والثاني - كانون أول - السنة الرابعة - ١٩٦٥ ر. ص ١٥٦ - ١٥٧

ثانيًا: الاموال المنقولة

مقابل ذلك مرت قاعدة الاسناد الخاصة بالمنقول بمراحل في:

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية، الهيئة العامة رقم ١٩٥ في ٢٩/٦/٢٠٠٩. غير منشور.

المرحلة الأولى: اخضع التصرف المتعلق بمنقول لقانون موطن المالك وتعود هذه الفكرة إلى مدرسة الاحوال الإيطالية القديمة حيث كان المنقول مربوط بذمة مالكة إلا أنها انتقدت لاختلاف جنس المالك عن المال المملوك واتحاد الجنس بالنسبة للاموال المنقولة والعقارية يقتضي خضوعها معاً لقانون واحد الا وهو قانون موقعها.

المرحلة الثانية: إذ اخضع التصرف المتعلق بمنقول لقانون موقعه المفترض، وافترض انه موجود في موطن المالك وذلك لان المنقول في حركة مستمرة ولاجل المحافظة على استقرار نظامه القانوني فافترض انه موجود في موطن المالك وقد انتقد هذا التوجه لان المالك قد يستوطن في مكان وامواله المنقولة في مكان آخر.

المرحلة الثالثة: وفيها تم التسليم بحقيقة انفصال المنقولات من الناحية العملية عن حيازة المالك، ومن ثمّ اخضعت بناءً على ذلك لقانون موقعها الفعلي لا المفترض وهذه القاعدة تقضي بالاختصاص التشريعي لحساب قانون موقع المال المنقول.

ويدخل في اختصاص قانون موقع المنقول كل ما يتعلق به من تصرفات ووقائع مرتبة لحقوق عينية أصلية أو تبعية أو حقوق شخصية والية انتقالها وزوالها وانتهائها بين الاطراف، كما يسري هذا القانون على تحديد طبيعة المنقول بوصفه منقول بطبيعته ومنها المركبات أم بالمال مثل الثمار قبل قطفها، وقابلية انتقال ملكيته، وأسباب كسب الملكية بالعقد أم الميراث أم الوصية أم الحيازة، ويشمل اختصاص قانون موقع المنقول تحديد حقوق والتزامات المالك واهلية وجوبه اما اهلية ادائه فتخضع لقانون جنسيته بحسب القوانين العربية ومنها القانون العراقي.

وقد نظم المشرع العراقي قاعدة خضوع المنقول لقانون موقعه في عدة مناسبات نذكر منها المادة (٢/١٧) السالفة الذكر والمادة (٧١) من قانون الاحوال الشخصية كما أشارت المادة (٢٤) مدني إلى قاعدة الاسناد الخاصة بالمنقول التي نصت على أن

اما البضائع المشحونة فهناك عدة اتجاهات قيلت بشأن القانون الواجب التطبيق الاتجاه الأول يخضعها لقانون الدولة المرسل إليها البضاعة والثاني يخضعها لقانون الدولة المصدرة منها والاتجاه الثالث يخضعها لقانون بلد تسجيل واسطة النقل ان كانت مسجلة اما إذا لم تكن مسجلة فتخضع لقانون الدولة المرسل إليها. اما إذا تحقق لها الاستقرار في مكان معين كما لو تم حجزها في ميناء وتصرف بها خضعت لدولة الميناء لانه مكان وجودها الفعلي كما يخضعها البعض لقانون الارادة^(١) اما على مستوى التشريع العراقي فلم ينظم هذه المسألة بصورة صريحة في المادة (٢٤) من القانون المدني ويمكن الركون في هذه الحالة إلى نص المادة (٣٠) مدني والتي تؤكد على اتباع مبادئ القانون الدولي الأكثر شيوعاً في كل حالة لم يرد بها نص خاص من احواله تنازع القوانين.

الفرع الثاني

الاموال المعنوية

تظهر هذه الاموال على ثلاثة مظاهر المظهر الأول تكون فيه على شكل حقوق تجارية والثاني على شكل حقوق فكرية والثالث على شكل حقوق شخصية وعليه سنعرض لطبيعة القانون الراجب التطبيق في كل منها وذلك من خلال ثلاثة محاور. أولاً: الحقوق التجارية

وتتمثل بجميع الحقوق المتعلقة بالأعمال التجارية في مكان ما والتي تتركز في المحال التجارية إذ تتكون الأخيرة من عناصر مادية، وهي البضائع والمخازن، وعناصر معنوية تتمثل بالزبائن وتتوزع الحقوق التجارية بين هذه العناصر. فإذا كان التعامل

١- د. مدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص ١٥٣

ثانيًا: الحقوق الفكرية

اختلف الفقه حول تبرير طبيعة هذه الحقوق بين ثلاثة اتجاهات الأول وبوصفها بأنها حقوق ملكية إلا أنه انتقد على أساس ان حق الملكية حق قاصر على المالك ومؤيد في حين الحقوق الفكرية ومنها حق المؤلف غير قاصرة على الأخير كما ان له اجل ينتهي بحلوله، اما الاتجاه الثاني فيصفها بأنها حقوق شخصية كالحق في الاسم والشرف والكرامة لا تكون محل للتعاقد وتمتاز بالخصوصية ويتنقد هذا الاتجاه على

ومن الجدير بالذكر نظمت العديد من الاتفاقيات الدولية احكام الحقوق الفكرية ومنها الملكية الادبية والفنية والصناعية كما نظمتها العديد من التشريعات الأجنبية والعربية^(١).

اما بشأن القانون الواجب التطبيق في هذه الحقوق فقد اختلف الفقه بين عدة اتجاهات من الاتجاه الأول يذهب إلى اخضاعها للقانون الشخصي للمؤلف اما الاتجاه الثاني فقد اخضعها للقانون الذي طلبت فيه الحماية لحقوق المؤلف بينما ذهب الاتجاه الثالث إلى اخضاعها لقانون بلد الاصل وهو القانون الذي ظهر فيه الإنتاج الفكري لأول مرة ويعبر عنه ببيلد النشر أو العرض أو التمثيل وقد أخذت التشريعات العربية بالاتجاه الأخير كاصل مع اعتمادها للاتجاه الأول كاستثناء ومنها قانون حماية حق المؤلف الاردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢^(٣)، وكذلك كان موقف التشريع العراقي في قانون حماية حق المؤلف لسنة ١٩٧١ إذ نصت المادة (٤٩) على أن (تسرى احكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو

١- للمزيد انظر د. غالب الداودي القانون الدولي الاردني، الكتاب الأول، ط١، عمان، الاردن، ١٩٩٦، ص١٧٩- ١٨٠. ود. عصمت عبد المجيد، الحماية القانونية لحقوق المؤلف، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠٠٣، ص١٣٢٠ وما بعدها.

٢- تم تعديل هذا القانون بقانون رقم (١٤) لسنة ١٩٩٨ وقد كان أشار إلى ذلك د. عصمت عبد المجيد - المصدر السابق، ص ٧.

تمثل أو تعرض لأول مرة في الجمهورية العراقية وكذلك مصنفات المؤلفين العراقيين التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي أما مصنفات المؤلفين الأجانب التي تنشر لأول مرة في بلد أجنبي فلا يحميها هذا القانون إلا إذا شمل هذا البلد الرعايا العراقيين بحماية مماثلة لمصنفاتهم المنشورة أو الممثلة أو المعروضة لأول مرة في الجمهورية العراقية) (أي تمتد هذه الحماية إلى الرعايا التابعة لهذا البلد الأجنبي)، وقد تم تعديل هذا النص بموجب الأمر الإداري الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقت في العراق رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤^(١) إذ أصبح النص على الشكل الآتي (تسري أحكام هذا القانون على كل مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تمثل أو تعرض لأول مرة في بلد أجنبي وتشمل الحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بموجب هذا القانون والأجانب سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنوية على أساس لا يقل عما هو مناسب أن يتمتع للمواطنين العراقيين فيما يتعلق بالحماية والتمتع بحقوق الملكية الفكرية الأخرى واية مزايا تستمد من هذه الحقوق).

وتعليقاً على ما جاء في التعديل أعلاه نجد أن النص يكتنفه الغموض فهو بعد أن أخذ بمعيار بلد الأصل في مطلع النص أخذ أيضاً بمعيار القانون الشخصي للمؤلف فإذا كان القانون الشخصي للمؤلف يصلح لحماية حق المؤلف لارتباط الأخير مثلاً بجنسيته بدولة القانون الشخصي فما هي علاقة القانون الشخصي لحماية حق مؤلف لا يمت بأي صلة به لا من قريب ولا من بعيد، ونعتقد أن النص قبل التعديل رغم ما يكتنفه من ماخذ أصلح من النص الحالي وكان من المفروض تعديل النص بحيث يكون بالشكل الآتي (تسري أحكام هذا القانون على مصنفات المؤلفين العراقيين والأجانب التي تنشر أو تعرض أو تمثل لأول مرة في العراق وعلى مصنفات المؤلفين

١- منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٩٨٤ في: ٢٠٠٤/١/٦

لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل مصدر الالتزام بالديون وهذه ما أكدته جميع التشريعات العربية وكان المشرع العراقي ضمن هذا الاتجاه كما يلاحظ من خلال المادة (٢٧/١) مدني.

٢- الديون الثابتة في أوراق مالية

وتتخذ هذه الديون ثلاث صور هي:

أ. أوراق لحاملها: وتاخذ هذه الديون حكم المنقول بعد تحريرها على شكل أوراق لحاملها، حيث تكون الديون جزء من الورقة وتعامل معاملة المنقول، ومن ثم تخضع لقانون موقعها الفعلي من جانب انتقال ملكيتها، والتعامل بها بحسب المادة (٢٤) مدني عراقي السالفة الذكر، وهذا هو حكم بقية التشريعات العربية.

ب. أوراق اسمية: وتكون على شكل اسهم وسندات اسمية ويخضع التعامل بها لقانون مقر المؤسسة التي اصدرتها.

ج. أوراق اذنية: كالكمبيالة والسند والشيك ويخضع شكلها لقانون بلد تنظيمها اما تظهيرها فيخضع لقانون بلد التظهير اما انتقال الحق فيها فيخضع لقانون بلد الوفاء بها، علما ان القواعد التي تنظم التداول بالأوراق سواء اكانت تجارية أم مالية أم نقدية هي قواعد موضوعية ذاتية تطبيق مباشر، لان هذه الأوراق متعلقة بالنظام العام وبالتالي فالقواعد الحاكمة لها تكون أمرة وهي من قواعد البوليس والامن المدني.

مسائل الالتزامات العقدية

الفرع الأول

ومقابل هذه الاتجاهات خرج الفقيه البلجيكي لوران بقاعدة خضوع العقد لقانون الارادة التي هي الاصل التاريخي لقاعدة الاسناد الخاصة بالعقود على مستوى القوانين الأجنبية والعربية ومنها القانون العراقي وقد برر الفقيه الفرنسي الراحل

باتيغول هذه القاعدة بالقول ان المشرع الوطني عبر قاعدة الاسناد اجاز لارادة الاطراف باختيار قانون دولة ما لحكم العقد فالقانون المختار لا يستند إلى الارادة انما إلى قاعدة الاسناد التي خولتهم بذلك، فالارادة تعمل باجازة تشريعية كما اخرج الفقيه الايطالي مانشيني من قاعدة تطبيقات قانون الجنسية مسألة العقود إذ منح ارادة الاطراف الحرية في اختيار قانون لحكمها^(١).

الفرع الثاني

شروط أعمال قاعدة الاسناد

لأعمال قاعدة الاسناد يقتضي ان تتوافر جملة شروط في عنصر الاسناد (العلاقة العقدية) موضوع قانون الارادة، والقانون المسند إليه (قانون الارادة) وهذا ما يتطلب عرض لشروط كل منهما من خلال محورين:

أولاً: شروط العلاقة العقدية (فكرة الاسناد)

لا تتمكن ارادة الاطراف من التحرك لاختيار قانون العقد في جميع الاحوال انما حركتها تقيد بشروط يقتضي توافرها في العلاقة وهي:

- ١- ان تتصف العلاقة بالصفة الدولية، وتكون العلاقة ذات بعد دولي عندما تتخللها الصفة الأجنبية من خلال أحد عناصرها الثلاثة (الأشخاص، الموضوع، السبب) وان تكون العلاقة لها قابلية تحريك أموال عبر الحدود مثل (علاقات الاستثمار) على الوصف الذي تناولناه في شروط التنازع وبذلك تخرج العلاقات الوطنية من مجال قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات العقدية فإذا اخل عراقي بتنفيذ التزام عقدي اتجاها مواطناً فرنسي فيجوز هنا ان يتفق الطرفين مقدماً على

١- د. هشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - مصدر سابق - ص ٣٣١ - ٣٣٢

قانون دولة ما لحكم النزاع المثار بشأن هذا الاخلال أو حكم شروط العقد. أما إذا كان الطرفان عراقيين فليس امامهما فرصة الاتفاق على غير القانون العراقي لان العقد يكون وطنيا فيقتضي ان يحكم بقانون وطني.

٢- ان تكون العلاقات متصفة بالصفة المالية، أي متعلقة بحقوق شخصية مثال ذلك جميع العقود التي ترتب حقوق شخصية كالوكالة والنيابة والوديعة والقرض والبيع بالنسبة للاثار الشخصية التي يرتبها وبذلك تخرج من نطاق القاعدة العلاقات المتعلقة بالاموال العقارية والمنقولة والتي يترتب عليها حقوق عينية وكذلك العلاقات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية ومنها الزواج الوصية والتبني والاهلية وكذلك عقود العمل ذلك لان المشرع في كل دولة ينظم العقود الاخيرة بقواعد امرة لحماية لمصلحة الطرف الضعيف وهو العامل من حيث تحديد الحد الادنى من الاجور والحد الاقصى من ساعات العمل وظروف العمل وسن العامل وجنسة، حيث تخضع هذه العقود لقانون بلد تنفيذ العقد وبذلك فجميع هذه العلاقات تخرج عن قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات العقدية.

٣- ان تكون المسائل المتعلقة بالعلاقة المتصفة بالصقة الدولية المالية من قبيل القواعد المفصرة لا الأمرة ذلك لان لقواعد الأمرة في العلاقة لا يجوز الاتفاق على خلافها ومنح الاختصاص في العلاقة لقانون آخر غير قانونها الطبيعي. فعقد بيع العقار لا يجوز الاتفاق فيه على قانون آخر غير قانون موقع العقار في ما يتعلق بالاثار الناقل للملكية أو المنشئ للحق العيني في العقار لان تلك الاثار من قبيل القواعد الأمرة ولكن يجوز الاتفاق على قانون غير قانون موقع العقار فيما يتعلق بالقواعد المفصرة والتي تتمثل بالجزاء المترتب على عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسجيل أو المشتري بدفع الثمن والية تنفيذ الالتزام أو مواعيد التنفيذ فهي مسائل تدخل ضمن مفهوم الحقوق الشخصية لا العينية وتتضمن

معنى القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تسليم شيء وهذا ينسحب على بقية العقود والعلاقات^(١).

ثانيًا: شروط قانون الارادة (القانون المسند له الاختصاص)

حتى يتكامل دور الارادة في اختيار قانون العقد لا يكفي ان تكون العلاقة العقدية دولية مالية متعلقة بقواعد مفسرة انها يضاف إلى ذلك ان تتوافر جملة من شروط في القانون المختار الذي يحكم العلاقة تتمثل في

١- ان يكون قانون الارادة ذات صلة بالعقد من خلال جنسية أحد طرفيه أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو تنفيذه أو موقع المال وقد لا يتصل العقد بالقانون من خلال الصلات اعلاه انها يتحقق اتصاله بالقانون بوصفه معني بتنظيم الشروط النموذجية للعقد.

مثال ذلك عقد توريد ابرم في الاردن بين شركة عراقية ومورد فرنسي على يورد الأخير للشركة كمية من الحبوب من استراليا فهنا يمكن للطرفين الاتفاق على أحد القوانين بوصفه قانون الارادة وهو اما القانون الفرنسي بوصفه قانون جنسية المورد أو القانون العراقي بوصفه قانون جنسية المستورد أو القانون الاسترالي بوصفه قانون موقع المال أو القانون الاردني بوصفه قانون محل إبرام العقد كما يمكن الاتفاق على القانون البريطاني رغم انه ليس بقانون جنسية أحد الطرفين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو تنفيذ أو قانون موقع المال إلا أنه القانون الأكثر شهرة بتنظيم الشروط النموذجية لعقود توريد الحبوب.

٢- ان يكون قانون الارادة غير مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع فإذا كان كذلك فيستبعد كليًا أو جزئيًا، وان كان مختار من قبل الاطراف ويكون تقييم

١- د. سعيد عبد الكريم مبارك - مصدر سابق - ص ٣٠٠ وما بعدها

مخالفة قانون الإرادة للنظام العام وقت تطبيقه لا وقت الاتفاق عليه فإذا كان القانون المتفق عليه (قانون الإرادة) لحظة الاتفاق مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع، إلا أنه أصبح موافق له عند تطبيقه فيعمل به لاقه الوقت المطلوب لتحقيق شرط مطابقة قانون الإرادة للنظام العام في دولة قاضي النزاع.

الفرع الثالث

أعمال قاعدة الاسناد

إن أعمال القاعدة يكون عندما يعرض على قاضي النزاع دعوى متعلقة بعقد دولي مالي فعلى القاضي هنا ان يقوم باسناد العقد إلى قانون الارادة الصريحة إذا وجد اتفاق يقضي بتسرية أي منازعة بشأن العقد بموجب قانون دولة ما اما إذا لم يوجد اتفاق صريح فعلى القاضي ان يتحرى عن اتجاه الارادة الضمنية إلى قانون دولة ما وهو يتحقق من ذلك من خلال جملة ظروف أو وقائع محيطة بالعقد تكشف عن الرغبة الضمنية للاطراف باخضاع العقد لقانون الدولة التي ترتبط به هذه الوقائع أو الظروف ومنها اللغة التي حرر بها العقد أو محكمة الدولة التي اتفق على الخضوع لولايتها أو إبرام العقد فيها أو قصد تنفيذه فيها فهذه الظروف والوقائع هي قرائن تؤثر على أن هناك ارادة ضمنية اتجهت لتطبيق قانون الدولة التي تعلقت بها. اما إذا لم توجد ارادة صريحة أو تكشف الظروف أو الوقائع عن الارادة الضمنية، واتجه جانب من الفقه الفرنسي وكذلك القضاء الفرنسي والبريطاني إلى ضرورة البحث عن الارادة المفترضة والتي يستخلصها القاضي من خلال ما يصطلح عليه بعنصر الاداء المميز الذي يكشف عن قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد مثال ذلك يمثل قانون الدولة المضيفة للاستثمار القانون الأكثر صلة بالعقد، ومن ثمَّ فهو قانون العقد ويعبر عن عنصر الاداء المميز في ظل عدم اتفاق اطراف العقد على قانون دولة معينة صراحة أو ضمناً إلا أن جانب من الفقه يتقدم ما يصطلح عليه بالارادة المفترضة لأنها من صنع

الفرع الرابع

﴿ كَلَامُ السَّيِّدِ نَهْزَوِي ﴾

كما يمتد نطاق قانون الإرادة إلى جميع المسائل المتعلقة بالحقوق الشخصية وأثارها من حيث نشوءها وانتقالها وانتهائها ولا يمتد لحكم عواض الأهلية والشكلية إذ يكون الاختصاص في الأولى للقانون الشخصي (الأهلية)^(١) وفي الثانية لقانون محل الأبرام (الشكلية).

موقف القانون المقارن والعراقي

٣- ومنها القانون الدولي الخاص التركي لعام ١٩٨٢ الممتدة (٧٤) منه والقانون الدولي الخاص البيروني لعام ١٩٨٤ النافذ في المادة (٢٠٩٥)

● ﴿الْمَسْكُونَةُ﴾ ●

الحكم المميز وقد أشارت محكمة التمييز الاتحادية إلى مراعاة المادة الأخيرة والمادة (٣٢) مدني للتأكد من عدم مخالفة الأحكام الموضوعية للنظام العام والآداب في العراق^(١)، وقرار المحكمة أعلاه المرقم ١٨٧ في ١٢/٢٧/١٩٦٩ بشأن تطبيق قانون الإرادة استناداً للمادة (١/٢٥) مدني^(٢)، وإلى المعنى نفسه ذهبت المحكمة أيضاً في قرارها المرقم ٩٩/مدنية عامة أولى/١٩٧١ في ١١/٣/١٩٧٢^(٣)، وقرار المحكمة رقم ١٠٤٥ ح/١٩٨٥^(٤)، وقرارها رقم ٦٧٧ في ١٨/١٠/١٩٧٧ بشأن تطبيق القانون السوري بوصفه قانون محل إبرام العقد^(٥). وهذا يعني ان أمام قاضي النزاع العراقي ثلاثة خيارات الأول يتمثل بقانون الارادة الصريحة أو الضمنية والثاني قانون الوطن المشترك للمتعاقلين والثالث قانون محل إبرام العقد ويستعمل القاضي الخيار الثاني في ظل عدم تحقق الخيار الأول ولا يستعمل الخيار الثالث الا إذا لم يتحقق الخيار الثاني أي أنه يطبق الخيارات على سبيل التدرج لا التخيير.

- ١- قرار محكمة التمييز رقم ١٩١/موسعة مدنية/٢٠٠٨ في ٤/٥/٢٠٠٨. غير منشور.
- ٢- منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، السنة الخامسة والعشرين، العدد ١، كانون الثاني/شباط/ آذار ١٩٧٠، ص ١٤٧ - ١٤٨.
- ٣- منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، العددان الأول والثاني، ١٩٧٢، ص ٢٤٦.
- ٤- منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين العراقيين، ١٩٥٨، ص ١١٣ - ١١٤.
- ٥- منشور في مجموعة الأحكام العراقية، العدد الثالث والرابع، السنة الثامنة، ١٩٧٧، ص ٥٤.

ثانيًا: نظرية القانون الشخصي

ثالثاً: نظرية قانون القاضي

رابعاً: نظرية قانون العلاقة الاصلية

[illegible]

من قبل الزوج يخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج لان ذلك حصل بمناسبة علاقة الزواج بوصفه اثر من اثاره، والأفعال الضارة من قبل مزدوج الجنسية تخضع لقانون جنسية القاضي إذا كانت من بين الجنسيات المتعددة جنسية القاضي، ويؤخذ على هذا الرأي ان الفعل الضار قد يرتبط بعدة علاقات الأمر الذي يصعب معه تحديد العلاقة الأصلية ومن ثم القانون الحاكم لها.

خامساً: نظرية القانون المحلي والمقصود بها خضوع الأفعال الضارة لقانون محل حدوثها أي قانون الدولة التي حدثت فيها أفعال الضارة، ويقوم هذا التوجيه على أن هذه الأفعال تشكل خرقاً لقواعد سلوك الأفراد في المجتمع الذي حدثت فيه كما أن هذه القواعد تعد من قواعد الامن المدني ومتعلقة بالنظام العام، ومن ثَمَّ توصف بأنها قواعد أمرة لا يجوز أن يستبدل الاختصاص فيها لقانون آخر غير قانونها وهو قانون محل حدوث الفعل الضار كما أنه المكان الذي اختلت فيه مصالح الأفراد، فضلاً عن أن قانون هذا المكان يوصف بأنه القانون الذي يستأثر جغرافياً بالاختصاص في الأفعال، وهو الأقرب لها من أي قانون آخر، كما أنه الأقدر على تقدير الأضرار وتحديد مقدار التعويض الملائم ومن ثَمَّ ضمان تحقيق عدالة الأحكام فيها وضمن تنفيذها على المستوى الدولي بعد إصدارها، وأخيراً ضمان تحقيق عدالة الأحكام فيها وضمن تنفيذها على المستوى الدولي بعد إصدارها

ولاجل الاحاطة بهذا القانون فلا بد من بيان معناه ومن ثم نطاق تطبيقه والمسائل التي يحكمها على مستوى القانونين المقارن والعراقي.

١- نطاق تطبيق القانون المحلي

يطبق هذا القانون على الأفعال الضار التي ترتكب على إقليم الدولة البري والبحري والجوي ولا يمتد ليطبق على أفعال ترتكب خارج هذه الحدود لانه محدود

٢- المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق القانون المحلي

٣- صعوبات تطبيق القانون المحلي

دلائل السبب نوری

الاتجاه الأول: يذهب إلى تطبيق قانون ارتكاب الخطأ ذلك لأنه أساس المسؤولية المدنية، وما الضرر الا نتيجة له، كما ان القانون يرمي إلى مسالة من ارتكاب الأفعال الضارة والتي يعد الخطأ أساس وجودها.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى تطبيق قانون محل حدوث الضرر ذلك لان قواعد المسؤولية المدنية لا تستهدف فقط معاقبة المخطئ بقدر ما تستهدف تعويض المتضرر من الفعل الضار، ومن ثمَّ فان مكان حدوث الضرر هو المكان الذي يحتل فيه توازن المصالح لذا يقتضي تدخل قانون هذا المكان لاعادة توازن هذه المصالح إلى نصابها الصحيح.

الاتجاه الأخير: يقضي بالخيار للمتضررين بين قانون محل حدوث الخطأ أو محل ترتب الضرر وهذا الاتجاه هو الأكثر عدالة لأنه يفضي إلى تطبيق القانون الأصلح للمتضرر الطرف الضعيف في العلاقة وقد أخذت بهذا الاتجاه بعض التشريعات الأجنبية.

وبالرجوع إلى احكام التشريعات العربية في هذه المسالة ومنها المادة (٢١) مدني مصري والمادة (٢٢) مدني اردني يقابلها (١/٢٧) عراقي فانها لم تتضمن صراحة على الية معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق في ظل توزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول، وهذا يعني ان المشرع ترك فرصة الاجتهاد للقضاء لتطبيق القانون الأصلح للمتضررين وهو قانون محل حدوث الفعل الضار (الخطأ) وقد أكدت ذلك المادة (١/٢٧) مدني عراقي والتي نصت على أن (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)

اما الصعوبات في مظهرها الثاني فتتمثل في حدوث الفعل الضار في منطقة لا تخضع لسيادة دولة معينة مثال ذلك تصادم سفيتان في اعالي البحار أو طائرتان في الفضاء الجوي الحر، فهاتين المنطقتين لا تخضعان لسيادة دولة معينة انما السيادة عليها

٢- المصدر نفسه - ص ٤٢٥

ان لا يكون التعويض عن الفعل الضار بموجب مكان ارتكابه أكثر مما يتطلبه قانون قاضي النزاع وهذا موقف القانون الدولي الخاص الألماني ويقترب منه موقف القضاء البريطاني والفرنسي اما على مستوى التشريعات العربية ومنها العراق فيشترط ان يكون عدم المشروعية مقررة بموجب قانون محل حدوث الفعل والقانون العراقي اما إذا كان الفعل غير مشروع بموجب القانون الأول دون الثاني فلا يطبق هنا القانون الأول لان تطبيقه متوقف على اقرار عدم المشروعية من الثاني وهذا ما أكدته المادة (٢١) مصري والمادة (٢٢) مدني اردني وكذلك موقف المشرع العراقي في المادة (٢٧/٢) والتي نصت على أن (على أنه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)

المطلب الخامس

مسائل الشكل

سنعرض للموضوع من خلال بيان معنى الشكل، ونطاق قانون الشكل، وأخيراً موقف القانونيين العراقي والمقارن وذلك من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول

معنى الشكل

الشكل هو المظهر الخارجي للتعبير عن الارادة، فالأخيرة تتحرك باتجاه احداث اثر قانوني بصيغ فنية، مادية أو معنوية، تاخذ مظاهر متنوعة تتمثل بمظهر الشهادة أو التوثيق أو المراسيم الدينية وفي ضوء ذلك يتوزع الشكل من حيث تأثيره في

التصرفات إلى شكل للإثبات، وشكل للانعقاد وإذا كان الشكل الثاني يخضع للقانون الذي يحكم موضوع الحق أو العقد بوصفه ركن يتوقف وجود الحق أو العقد على وجوده. فالسؤال ما هو القانون الذي يحكم الشكل للإثبات؟ هل يخضع لقانون جنسية الطرفين أم لقانون قاضي النزاع أم لقانون محل إجراء التصرف استقر الفقه منذ عهد مدرسة الاحوال الايطالية القديمة ان التصرف يخضع لقانون محل الابرار في شقيه الموضوعي والشكلي وفيما بعد تم الفصل بين الشقين إذ اخضع الشق الموضوعي لقانون الارادة والشق الشكلي لقانون محل الابرار ومنذ ذلك الحين شاعت وانتشرت قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل إذ اخضعت التصرف في الشكل لقانون محل ابرامه وانتقلت إلى التشريعات الوطنية الأجنبية والعربية كما اعتمدها المشرع العراقي في المادة (٢٦) من القانون المدني.

وتنطوي قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل على مبررين

الأول: التسهيل والتيسير على الأفراد بإجراء تصرفات صحيحة اينما كانوا خاصة وان الزامهم باستيفاء الشكلية المقررة في قانون آخر مثل قانون جنسيتهم قد يتعذر عليهم استيفائه إذا منع قانون محل الابرار تلك الشكلية مما يفضي ذلك إلى ارتباك المعاملات وعدم استقرارها على المستوى الدولي

الثاني: منح الثقة والاطمئنان للأفراد في قدرة ارادتهم على الارتباط بعلاقات خارج محيط دولهم لسهولة احاطتهم علما بالشكل المطلوب في قانون محل الابرار أكثر من أي قانون آخر^(١)

١- د. حسن الهداوي ود. غالب علي الداودي - القسم الثاني - مصدر سابق - ص ١٦٩

الفرع الثاني

نطاق تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل

تسري قاعدة الاسناد والخاصة بالشكل في نطاق الشكل المطلوب للإثبات ويخرج من نطاق تطبيقها الاشكال ادناه:

- ١- الاشكال المتممة للاهلية: وهي تلك الاشكال المتعلقة باهلية مباشرة التصرفات كحصول القاصر على إذن من المحكمة بفتح محل تجاري حيث تخضع شروط منح الاذن هنا إلى قانون جنسية القاصر لانه القانون المتكفل بحماية ارادته وكذلك حصول الوصي على إذن من المحكمة لادارة أموال من هو تحت وصايته تخضع لقانون جنسية الصغير لانه المقصود بالحماية اما تقديم الاذن في الحاليتين اعلاه تخضع لقانون قاضي النزاع، لأنها من المسائل الاجرائية الفنية.
- ٢- إجراءات العلانية: فهي صيغ فنية تتعلق باشهار التصرفات المتعلقة بالاموال فهنا تخضع لقانون موقع المال المتعلقة به علانية التصرفات وذلك لحماية الغير الذي يتعامل مع مالك المال، كإجراءات تسجيل التصرفات المتعلقة بعقار في الدائرة المختصة.
- ٣- الإجراءات القضائية تخضع لقانون المحكمة المقام امامها الدعوى المتعلقة بها تلك الإجراءات فهنا تشمل إجراءات المرافعات والتنفيذ وبعض مسائل الإثبات^(١).

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القسم الثاني - مصدر سابق - ص ١٧٢ ١٧٣

الفرع الثالث

موقف القانون العراقي والمقارن

اعتمدت أكثر التشريعات قاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون محل الابرام، ومنها التشريع المصري في المادة (٢٠) مدني إذ اخضع شكل التصرفات لاحد القوانين الآتية:

١- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

٢- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

٣- قانون الذي يحكم الموضوع

٤- قانون محل الابرام.

وهذا هو موقف المشرع الاردني والليبي علما ان التشريعات العربية اعلاه جعلت قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل قاعدة اختيارية في حين جعل منها المشرع العراقي قاعدة الزامية إذ الزم الأفراد بالخضوع في شكل تصرفاتهم إلى قانون محل الابرام حصراً بموجب المادة (٢٦) مدني منه التي نصت على أن (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها)، وهذا يعني ان ليس هناك من خيار آخر أمام الأفراد لاستيفاء شكلية العقود في حين سجل المشرع العراقي في المادة (١/١٩) مدني والتي سبق التطرق لها في مسائل الزواج الخيار للزوجين بين استيفاء شكلية العقد بموجب أحد القانونين وهما قانون جنسية الزوجين أو قانون محل الابرام.

ومن الجدير بالذكر يخضع إثبات التصرفات القانونية ومنها العقود لنفس القانون الذي يحكم شكلها، وذلك لوجود صلة وثيقة ما بين الشكل والإثبات لان كلاهما صيغ فنيه تتعلق بالتصرف وقد اعتمد المشرع العراقي هذا الحل في المادة (١/١٣) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي نصت على أن (أولاً - يسري

في شأن ادلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني، ومع ذلك يجوز للمحكمة ان تطبق القانون العراقي إذا كان دليل الإثبات فيه يسر من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي. ثانياً - يسري في شأن إجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى)

من الاشتراك القانوني بين الدول متى ما تصدع هذا الحد سيسمح ذلك بالتناظر بين القوانين رغم ان مسألة الاختلاف بين القوانين تسمح بالتنازع طالما كان الاختلاف بين القوانين في المسائل الثانوية، اما إذا بلغ مبلغ الاختلاف في المسائل الجوهرية فان ذلك يعني التناظر، ومن ثمَّ ظهور فكرة النظام العام أي حصول فجوة بين القانون الأجنبي وقانون قاضي النزاع، ولم تضع تشريعات أكثر الدول تعريف محدد للمقصود بالنظام العام وذلك لانه فكرة مرنة كما ذكرنا في حين وضع الفقه تعريفات متعددة، فقد عرف بانه مجموعة من القيم والعادات والتقاليد التي تشكل النظام الاجتماعي الاقتصادي والسياسي للدولة ويعد من الأصول التي يركز عليها المجتمع^(١).

وتقف وراء الدفع بالنظام العام من قبل قاضي النزاع قبل القانون الأجنبي الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد الاسناد الوطنية في دولة قاضي النزاع أسباب فنية واقتصادية واجتماعية ودينية فمن ناحية الأسباب الفنية (التقنية) قد يشترط قانون قاضي النزاع لنفاذ الرهن الحيازي قبل الراهن للاحتجاج به من قبل المرتهن نزع حيازته من يد الراهن كما هو عليه موقف القانون العراقي، في حين لا يشترط ذلك قانون موقع المال الذي أشارت إلى تطبيقه قواعد اسناد قاضي النزاع كما هو عليه الحال في موقف القانون الأمريكي اما من ناحية الأسباب الاقتصادية فتتمثل في اعتماد القانون الواجب التطبيق أسباب للدين لا يجوزها قانون قاضي النزاع كما لو كان القانون الأجنبي يعترف بالديون المترتبة على القمار والرهان في حين تعد هذه الأسباب مخالفة للنظام العام لقانون قاضي النزاع كما هو عليه الحال في المادة (١/١٣٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على (يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقدون بدون سبب أو لسبب ممنوع قانونا او يخالف لنظام العام أو الاداب) واوردت المادة (٢/١٣٠) مدني ما يعد من النظام العام على سبيل المثال إذ نصت على (ويعتبر من النظام العام

١- د. بدر الدين عبدمنعم شوقي - مصدر سابق ص ٢٧١ - ٢٧٢

بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالاهلية والميراث والاحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية) كما كان هذا موقف المشرع الاردني في المادة (١٦٣) مدني ولم تحدد المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي أيضا المقصود من النظام العام حيث نصت على (لا يجوز تطبيق احكام قانون أجنبي قرره النصوص السابقة إذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الاداب في العراق) وإلى نفس المعنى ذهبت المادة (٢٨) مدني مصري والمادة (٢٩) مدني اردني والمادة (٢٨) مدني ليبي.

اما من ناحية الأسباب الاجتماعية فتتمثل في حالة وجود حضر في القانون الأجنبي الواجب التطبيق يجعل اختلاف اللون مثلاً مانع من الزواج أو الميراث علماً ان مثل هكذا حظر غير موجود من الناحية الفعلية في أي قانون لوجود اتفاقيات ومواثيق تؤكد المساواة بين الناس بغض النظر عن اعتبارات الجنس أو اللون المادة (٢) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨.

اما من الناحية الدينية فقد يبيح القانون الاجنبي الواجب التطبيق الزواج بين مختلفي الدين كما لو سمح بزواج المسيحي من المسلمة في حين يحظر مثل هكذا زواج في دولة قاضي النزاع وهو موقف أكثر الدول التي تسود مبادئ الشريعة الاسلامية الاحكام المتعلقة بالزواج ومنها العراق.

ومن الجدير بالذكر ان النظام العام وسيلة للدفاع عن المجتمع وهذا هو الدور الحمايى للنظام العام وهو لذلك يوصف بأنه صمام الامان الذي من خلاله يسيطر على القوانين الأجنبية فيسمح بمرور الصالحة والملائمة للنظام العام لدولة قاضي

وإذا كان النظام العام يمنع تطبيق القوانين الأجنبية على العلاقات ذات البعد الدولي التي نشأت في محيط دولة قاضي النزاع، لمخالفة هذه القوانين للنظام العام في دولة قاضي النزاع. فالسؤال هل يكون للنظام العام نفس الدور في القوانين الحاكمة في علاقات تنشأ خارج محيط دولة قاضي النزاع؟ مثال ذلك إذا كان القانون الفرنسي يمنع تطبيق قانون جنسية الزوجين الذي يبيح تعدد الزوجات فهل يعترف القانون اعلاه بالزواج بأكثر من واحدة إذا تم خارج فرنسا وأريد الاحتجاج بآثاره في فرنسا.

أجاب الفقه الغالب عن ذلك بالتفرقة بين نشوء الحق وآثاره فإذا كان النظام العام لقانون القاضي يمنع نشوء الحق على أراضيه فليس هناك ما يمنع من الاعتراف بآثاره إذا ما نشأ خارج دولة قاضي النزاع فبحسب المثال السابق سيُعترف بالقضاء الفرنسي بآثار الزواج الثاني والتي تتمثل بالبنوة والتوارث رغم أنه لا يعترف بها ابتداءً إذا نشأت في فرنسا وهو ما يصطلح عليه بتلطيف مفعول النظام العام أو الأثر المخفف للنظام العام رغم أنه لا يعترف للزوج بوحدة السكن مع الزوجة الثانية^(١)، ومقابل ذلك هناك بعض الحقوق لا يعترف لا بنشؤها ولا بآثارها إن تمت خارج محيط دولة قاضي النزاع مثال ذلك عدم اعتراف القضاء الفرنسي مثلاً بحق ملكية منقول اكتسب عن طريق المصادرة بدون تعويض إذا كان قد اكتسب في دولة تحيز نشوءه فلا يعترف بمثل هذا الحق في فرنسا ولا بآثاره رغم أنه نشأ خارج فرنسا.

كما لا يمنع تطبيق النظام العام بوصفه مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي وإن كانت تشير إلى تطبيقه اتفاقية دولية ما بين دولة القاضي ودولة القانون الأجنبي لأن عقد الاتفاقية ما بين الدولتين ليس معناه أن دولة القاضي تقر جميع قوانين الدولة الأجنبية إنما يكون لها تحفظ ضمني على القوانين المخالفة لنظامها العام.

١- ينظر بهذا المعنى د. بدر الدين عبد المنعم شوقي - مصدر سابق ٢٨٤ - ٢٨٥

ومن خلال متابعة أعمال النظام العام يظهر ان هناك اثران يترتبان على أعماله
الأول سلبي والثاني ايجابي سنعرض لهما من خلال فرعين

الفرع الأول

الاثـر السلبي

ويمثل باستبعاد القانون الأجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع واستبقاء ما دون ذلك، ويصطلح على ذلك بالاثـر الاستبعادي للنظام العام لأنه يعبر عن استبعاد تطبيق القانون الأجنبي وهذا الاستبعاد اما ان يكون جزئي أو كلي. فالاستبعاد الجزئي يتمثل في الحالة التي يقر فيها القانون الواجب التطبيق بالدين مع فوائده في حين ان الفوائد الربوية تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي سوف يستبعد احكام الفائدة في القانون الأجنبي دون الاحكام المتعلقة بالدين هذا يعني ان القاضي قد استبعد جزئيا القانون الأجنبي^(١١).

اما الاستبعاد الكلي فيتمثل في الحالة التي تكون فيها نصوص القانون الأجنبي في العلاقة موضوع النزاع لا تقبل التجزئة كما لو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يحوز الزواج بين رجل مسيحي وأمرأة مسلمة في حين يعد ذلك مخالفا للنظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي هنا سوف يستبعد كلياً القانون الأجنبي فلا يعترف بالأخير لا بما يقر للزواج من شروط وليس هناك من اعتراف بعد ذلك بقواعد تقرر بالاثار.

١- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي - مصدر سابق ٢٨٠ - ٢٨٢

ويذهب جانب من الفقه الألماني إلى عدم اقرار الاستبعاد الجزئي ولا الكلي انما الامتناع عن تطبيق القواعد الموضوعية المخالفة للنظام العام لدولة قاضي النزاع والقيام بتحويلها على نحو يجعلها أكثر انسجاماً وملائمة مع النظام العام وإذا لم تكون تلك القواعد قابلة للتحويل فيصار إلى اعتماد ما يقترب منها في الحكم وقد انتقد ذلك الرأي لأنه يجعل القاضي الوطني بمنزلة مشرع القانون الأجنبي بل انه يوسع صلاحيته على نحو يجعل له سلطة تحكمية^(١). في حين يذهب رأي آخر إلى القول أيضاً بعدم الاستبعاد والبقاء في اطار القانون الأجنبي عن طريق ما يسمى بوجود قواعد احتياطية تعمل مكان القواعد الأصلية فإذا تم اسناد الاختصاص بواسطة الجنسية إلى القانون الأجنبي إذا كان ذلك مخالف للنظام العام لدولة القاضي فيصار إلى اعتماد ضابط الموطن من ثمَّ قانون الموطن كقاعدة احتياطية بدلاً من قانون الجنسية القاعدة الأصلية^(٢).

الفرع الثاني

الاثـر الايجابي

ويتمثل بحلولة قواعد قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الأجنبي وهذا الاثر يصطلح عليه بالاثـر الحلول، أي أنه يعبر عن حلول قانون محل قانون آخر سداً للفراغ التشريعي الذي يخلفه الاثر السلبي (الاستبعادي)

يتمثل باحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي وتعتمد طبيعة هذا الاثر على طبيعة الاثر الاستبعادي فإذا حصل الاثر الثاني بصورة كلية سينسحب على الاثر الحلولي بصورة كلية وإذا تم بصورة جزئية يكون الاثر الحلول بصورة جزئية

١- د. حسن الهداوي و. غالب الداودي - مصدر سابق - ص ١٨٩

٢- د. هشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - مصدر سابق - ص ٢٠٨

أي أن الاستبعاد الكلي لاحكام القانون الأجنبي يقابله حلول كلي لاحكام قانون القاضي والاستبعاد الجزئي لاحكام القانون الأجنبي يقابله حلول جزئي لاحكام قانون القاضي، مثال الحلول الكلي إذا كان القانون الواجب التطبيق يقر بيع التركات المستقبلية^(١) أو الزواج بين المحارم يستبعد هنا كليا إذا كان مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع ويحل قاضي النزاع محل القانون المستبعد كليا قانونه الوطني، اما الحلول الجزئي فيتحقق عندما يقرر القانون الواجب التطبيق بعض شروط للزواج تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع كما لو كان يسمح للزوجة بان تشتري على الزوج بعدم الزواج الثاني فهنا سوف يستبعد القانون الأول جزئيا فيطبق القانون الأجنبي على الشروط الموافقة لقانون القاضي، ويستبعد الشرط المتقدم ويحل القاضي محله احكام قانونه وهنا سوف يطبق القانون الأجنبي جزئيا في شروط كما يطبق قانون القاضي جزئيا في عدم الاعتراف بشروط أخرى أي أن القانونين سيطبقان جزئيا.

المطلب الثاني

الغش نحو القانون

إذا كان النظام العام يمنع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق بحسب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع وذلك لغياب الحد الأدنى من الاشتراك القانوني ما بين قانون القاضي والقانون الأجنبي فان الغش نحو القانون يسمح بتطبيق القانون الأجنبي المختص اصلا ويمنع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص، ولأجل بيان هذا المانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي فلا بد من بيان معنى الغش نحو القانون ثم نطاقه وشروط تطبيقه وأخيرا اثره وذلك من خلال أربعة فروع

١- المادة (٢/١٢٩) نصت على أن (غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل)

معنى الغش نحو القانون

لا يقتصر الغش نحو القانون على محيط القانون الدولي الخاص بل له امتداد على مستوى القانون الداخلي، ويحصل عندما يعمد اطراف العلاقة إلى تبديل الوصف القانوني للعلاقة فينقلوا احكامها من نطاق قانون إلى نطاق قانون آخر ضمن السيادة التشريعية للدولة الواحدة كما لو كان قانون الدولة يمنع بيع مال معين فيعمد الاطراف إلى تبديل العلاقة من وصف البيع إلى الايجار الطويل. اما الغش نحو القانون في اطار القانون الدولي الخاص فيحصل عندما يعمد اطراف علاقة ما إلى تغيير ارادي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة إلى محيط قانون دولة أخرى للخروج من احكام القانون الأول والاستفادة من التسهيل في احكام القانون الثاني كما لو اراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته يحظر الطلاق فيلجأ الزوج لتغيير جنسيته عن طريق اكتساب جنسية دولة تسمح له بالطلاق فيكون بذلك قد قام بتغير ضابط الجنسية بارادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يحضره إلى قانون يبيحه أي أنه تخلص من قانون يتشدد بشأن الطلاق ودخل في نطاق قانون يخفف من إجراءات الطلاق فهو بذلك لم يغير الجنسية لذات التغيير أي لتغير بيئته الاجتماعية إنما لتبديل الاختصاص في العلاقة وقد نشأت فكرة الغش نحو القانون بمناسبة قضية (دي بفرمونت) التي تتلخص وقائعها في أن امرأة من الجنسية البلجيكية تزوجت برجل من الجنسية الفرنسية واكتسبت بفعل الزواج جنسية الزوج الفرنسية وعندما ارادت الطلاق لم تستطع لان قانون الزوج يمنع الطلاق في ذلك الوقت مما اضطره ذلك إلى اكتساب الجنسية الألمانية بقصد الاستفادة من اباحة الطلاق الواردة في القانون الألماني والافلات من الحظر الموجود في القانون الفرنسي^(١١).

١- د. حسن الهداري و. غالب الداودي - القسم الثاني مصدر سابق - ص ١٩٥ هامش ١

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الغش نحو القانون

ذهب جانب من الفقه إلى قصر أعمال هذا المانع ضمن نطاق مسائل الاحوال الشخصية وهي الطلاق، والزواج ذلك لان اغلب ضوابط هذه المسائل قابلة للتغير، بينما ذهب جانب آخر إلى أعمال هذا المانع في جميع مسائل تنازع القوانين أي في مجال الزواج، والعقود، والفعل الضار، والنافع. ونعتقد ان الغش نحو القانون يعتمد كمانع في نطاق المسائل التي تكون ضوابط الاسناد قابلة للتغير فيها مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول اما إذا كانت الضوابط غير قابلة للتغير مثل موقع العقار محل الابرام فلا تعمل فكرة الغش في هذا النطاق.

وهناك فرض يثير تساؤل الفقه يتمثل حول العمل بالغش كمانع، وهل يكون إذا وجه نحو قانون قاضي النزاع فقط أم يمكن ان يعمل به سواء كان موجه نحو قانون قاضي النزاع أم القانون الأجنبي؟ الاتجاه الراجح يذهب إلى التوسيع من نطاق العمل بهذا المانع سواء كان الغش مرتكب اتجاه قانون القاضي أم قانون دولة أخرى ذلك لان قاضي النزاع لا يحمي فقط قوانينه من الغش انما هو مكلف بحماية كل قانون ترتكب في مواجهته حالة الغش، ويقوم هذا الاتجاه على مبرر وهو تحقيق التعاون الدولي بين الدول في المجال التشريعي والقضائي اضافة إلى ان ذلك يضمن تحقيق العدالة ومحاربة الغش اينما كان لان الغش يفسد كل شيء وعدم تمكين مرتكب الغش للاستفادة منه، ومحاربة التطبيق الانتقائي للقانون.

ومن الجدير بالذكر ان فكرة الغش نحو القانون لم تكن محل اتفاق الفقه فقد توزع الفقه بين مؤيد ومعارض لها.

- ١- ان القول بان الغش يقوم على القصد والنية وهي مسألة وان كانت صعب التحري عنها إلا أنها ليست بالمستحيلة فالقاضي في المسائل الجزائية يتحرى عن القصد الجنائي فلا يمنع ذلك من تحريه عن قصد الغش في مسائل القانون الدولي الخاص والقول باستعمال القاضي سلطة تحكيمية للوصول للقصد يرد عليه لان تحري النية مسألة قانون تخضع لرقابة المحاكم العليا.
- ٢- ان عدم محاربة الغش نحو القانون يعد مكافاة للاغنياء على حساب الفقراء لانهم يستطيعون الانتقال بانفسهم واموالهم بين الدول فتكون فرص ممارسة الغش بالنسبة لهم اوفر.

٣- ان اباحة المشرع للأفراد حق تغيير ضوابط الاسناد مقيد بشرط ان تكون موجه لغرض مشروع والحال ان الغش نحو القانون فيه استعمال وسيلة مشروعية لتحقيق نتيجة أو غاية غير مشروعة وبذلك تطبع عدم مشروعية الغاية الوسيلة^(١). رغم ما تقدم من حجج المعارضين فقد نالت حجج المؤيدين القبول، فاخذ بفكرة الغش نحو القانون القضاء الفرنسي والانكليزي والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.

كما اعتمدت على مستوى التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي باستنادا إلى المادة (٣٠) من القانون المدني التي نصت على أن (يتبع في كل مالم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا) وإلى نفس المعنى ذهب بقية التشريعات العربية ونذكر منها على سبيل المثال المادة (٢٥) مدني اردني.

الفرع الثالث

اركان الغش نحو القانون

تمثل هذه الاركان بالركن المادي والمعنوي والقانوني وسنعرض لهما من خلال ثلاثة محاور.

أولاً: الركن المادي

ويتمثل بالتغيير الارادي الفعلي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغيير مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول فتغيير الجنسية يكون عن طريق فقدان الجنسية السابقة واكتسابه الجنسية اللاحقة أي يقتضي ان يتخلى الشخص عن الأولى إذا كان

١- د. حسن الهداوي و. غالب الداودي - القسم الثاني مصدر سابق - ص ١٩٧ ومابعدها

قانونها يشترط ذلك عند اكتسابه للثانية، كما هو الحال بالنسبة لموقف المشرع العراقي في المادة (١٠/١) من قانون الجنسية النافذ^(١) وكذلك الحال إذا اراد الشخص ان يغير الموطن فيفترض ان ينقل محل اقامته من دولة إلى أخرى مع انصراف نيته إلى البقاء في الثانية لاجل غير محدود وينسحب نفس الحال بالنسبة للمنقول وهذا يعني بحسب تعبير البعض ان تكون وسيلة الغش فعالة أي تكون منتجة لاثارها فمجرد تقديم طلب لاكتساب الجنسية لا يفيد تغييرها وكذلك الحال في ظل اكتسابها مع الاحتفاظ بالجنسية السابقة عليها.

ثانيًا: الركن المعنوي

ويتمثل بقصد الغش وهذا يستتجه القاضي من خلال الظروف المحيطة باطراف العلاقة ففي حالة الطلاق مثلاً إذا كان الزوجين في حالة خلافات مستمرة فإذا اكتسب الزوج جنسية دولة تبيح الطلاق وياشر بالطلاق، فنكون هنا أمام قرينة تتمثل بوجود خلافات سابقة على الطلاق نستدل منها على وجود نية الغش، أي إذا كان تغيير الجنسية وكذلك الموطن وموقع المنقول غير مقصود لذاته وانما القصد الرئيس هو تغيير الاختصاص القانوني على نحو يقضي إلى انتقاله من نطاق قانون دولة إلى نطاق قانون دولة أخرى وما تغيير ضابط الاسناد الا وسيلة فهنا يتحقق قصد الغش كما هو الحال في المثال المتقدم اما إذا كان تغيير ضابط الاسناد الجنسية بحسب المثال المتقدم قصد لذاته وذلك إذا كان الزوج يرغب بتغيير بيئته الاجتماعية وما نقل الاختصاص القانوني الا نتيجة له فلا تكون هنا أمام قرينة وجود قصد الغش.

١- المادة (١٥/١) من قانون الجنسية الاردني في حين يفقد المواطن العماني جنسيته بحكم القانون إذا اكتسب جنسية أجنبية المادة (٩)

إن يكون التغيير الإرادي لضوابط الاسناد بقصد نقل الاختصاص من احكام القواعد الأمرة لقانون دولة إلى قانون دولة أخرى أي أن يكون التحايل والغش موجه للقواعد الأمرة أي متعلقة بالنظام العام لا يجوز مخالفتها وتكون واجبة التطبيق كما وردت في القانون المختص اصلا. اما إذا كانت هذه القواعد مفسرة فلا نكون أمام حالة غش ذلك لان القواعد الأخيرة تسمح بالاتفاق على ما يخالفها وبذلك يتحقق الغش عند ملاحظة خروج ارادي للأفراد من محيط قانون أكثر تشددا بقواعده الأمرة بقصد الدخول في محيط قانون أكثر تساهلا في حكم العلاقة^(١).

اثر الغش نحو القانون

بما ان الغش يفسد كل شيء فالسؤال الذي يثار هنا إذا عمد الأفراد إلى تغيير ضوابط الاسناد (الجنسية الموطن موقع المنقول) على نحو مصطنع أي لغرض نقل الاختصاص من القانون المختص اصلا (صاحب الاختصاص الطبيعي) إلى قانون آخر (صاحب الاختصاص المصطنع المفتعل) فما هو الاثر المترتب على ذلك، هل ان الغش يعطل الوسيلة التي توصل بها الأفراد للوصول لنقل الاختصاص أم يعطل النتيجة والغاية التي توصلوا لها وهي نقل الاختصاص القانوني من قانون إلى آخر؟

يذهب الفقه في هذا الاطار للإجابة عن السؤال في اتجاهين الأول يؤكد تعطيل الوسيلة والنتيجة أي إذا غير الشخص جنسيته من دولة تحضر تعدد الزوجات إلى

١- احمد محمود الفضلي - التحليل على القانون في القتون الدولي الخاص - دراسة مقارنة - الطبعة دار المناهج للنشر والتوزيع عمان - الاردن - ١٩٩٩ - ص ١٢٥ ١٢٦ ومابعدها

المطلب الثالث

المصلحة الوطنية

ظهرت المصلحة الوطنية بوصفها مانع من موانع تطبيق قانون الجنسية بشأن الاهلية بمناسبة قضية ليزردى التي عرضت أمام القضاء الفرنسي عام ١٧٨٤ والتي تلخص وقائعها في ان شاب من الجنسية المكسيكية كان قد اشترى مجموعة مجوهرات من تاجر فرنسي ترتبه بذمته بعض الديون اثر هذه الصفقة وعندما طالبه التاجر الفرنسي بها دفع الشاب المكسيكي بانه قاصر بحسب القانون المكسيكي لانه لم يبلغ سن الرشد وهو اكمل ٢٥ سنة بموجب القانون المكسيكي إلا أنه كان كامل الاهلية بحسب القانون الفرنسي وفي هذه المناسبة ذهب القضاء الفرنسي إلى رد دفع الشاب المكسيكي وعطل تطبيق قانون جنسيته طالما انه كان كامل الاهلية بحسب القانون الفرنسي والزمه بمستحققات الصفقة وما ترتبه من اثار أي أنه اقر بصحة ونفاذ العقد في مواجهة الشاب المكسيكي.

في ضوء ما تقدم لابد من الاحاطة بالتعريف بالمصلحة الوطنية ومن ثم شروطها على مستوى القانون المقارن والعراقي، وأخيرا اثارها وسنعرض للموضوع من خلال ثلاثة فروع: الفرع الأول

التعريف بالمصلحة الوطنية

تعرف المصلحة الوطنية بانها مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي لا بسبب يتعلق به (القانون) أو باطراف العلاقة انما يتعلق بسلامة المعاملات التي تجرى في الحدود الوطنية فهي تمنع تطبيق قانون الجنسية في الاهلية حماية لاستقرار المعاملات في الاسواق التجارية والحيولة دون مفاجاة المتعاقد حسن النية بحكم في قانون يجهله وهذا يعني ان المصلحة الوطنية تعطل قانون الجنسية في حكم الاهلية ويطبق بدلا عنه قانون قاضي النزاع.

شروط العمل بالمصلحة الوطنية

من خلال هذا النص يقتضي لأعمال هذا المانع توافر شروط هي:

١- وتقابله المادة (١١) من القانون المدني المصري والمادة (٢/٣٣) من قانون العلاقات ذات النفع الأجنبي في الكويت والمادة (١/١٢) من القانون المدني الأردني والمادة (٢٤) من القانون المدني الليبي والمادة (١/١١) من القانون المدني الليبي والمادة (١١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتية والمادة (١١) من القانون المدني القطري

- ١- ان يكون أحد الطرفين أجنبي ناقص الاهلية بحسب قانون جنسيته وكامل الاهلية بحسب القانون العراقي اما إذا كان ناقص الاهلية بحسب القانونين فلا مجال للاحتجاج بالمصلحة الوطنية والحال نفس إذا كان المتعاقدين تابعين لدولة واحدة كما هو الحال إذا كانا فرنسيين حيث لا يسكن ان يحتج للمتعاقد الفرنسي بالمصلحة الوطنية قبل المتعاقد الفرنسي ناقص الاهلية لافتراض علمه بقانونه الوطني. اما الطرف الاخر فيمكن ان يكون وطني أو أجنبي عل راي الأكثرية في حين يشترط البعض في كامل الاهلية للاحتجاج بهذا المانع ان يكون وطني طالما ان هذا المانع جاء لحماية الوطنيين من تدخل القوانين الأجنبية في المعاملات التي يجريها مع الأجانب ونعتقد ان بإمكان المتعاقد الوطني والأجنبي الاحتجاج بهذا المانع طالما ان المعاملة تجر في الحدود الوطنية للدولة. فالمصلحة الوطنية وظيفتها منع تطبيق قانون الجنسية الذي يفضي إلى اضطراب المعاملات التي تجري في الحدود الوطنية سواء كانوا اطرافها وطنيين وأجانب أم فقط أجانب فهي ابعد من أن تقوم بحماية الوطنيين، إنما وظيفتها الحفاظ على استقرار المعاملات داخل الحدود الإقليمية الوطنية لابرارها.
- ٢- ان يكون نقص اهلية الأجنبي يعود للسبب خفي لا يستطيع المتعاقد الاخر تبينه بسهولة فان كان نقص الاهلية ظاهر كما تشير ذلك المظاهر الجسدية فلا مجال للاحتجاج بالمصلحة الوطنية اما إذا كانت المظاهر الجسدية تشير إلى البلوغ واكتمال الاهلية في حين الشخص لم يبلغها من الناحية القانونية فيمكن هنا الاحتجاج بالمصلحة الوطنية^(١).

وقد نظمت الكثير من التشريعات احكام المصلحة الوطنية، نذكر منها على سبيل المثال المادة (١١) مدني مصري والمادة (١٢) مدني اردني.

١- د. عبد الرسل عبد الرضا الاسدي - مصدر سبق - ٣٦٨ ٣٦٩

الفرع الثالث

اثر المصلحة الوطنية

- ١- منع تطبيق قانون الجنسية بشأن اهلية الأجنبي ناقص الاهلية
- ٢- معاملته معاملة كامل الاهلية طالما انه كان كذلك بموجب قانون قاضي النزاع
- ٣- يعتبر العقد الصادر عنه نافذ ويلزم به
- ٤- يطبق بدلا من قانون جنسية ناقص الاهلية قانون قاضي النزاع طالما انه يعتبر كامل الاهلية بموجب القانون الأخير.

المبحث الخامس

الاجابة عليها تباعا من خلال ثلاثة مطالبها

المطلب الأول

مدونة (العرف، القضاء)

اتجاهين سنعرض لهما من خلال فرعين

معاملة القانون الوطني، الاتجاه الثاني يذهب إلى عدم صحة نظرية الاندماج ويؤكد على معاملة القانون الأجنبي معاملة قانون ولكن تبقى له صفة القانون الأجنبي فتقواعد الاسناد تشير إلى القانون الأجنبي ويطبق القاضي الأخير بصفته قانون وتبقى له الصفة الأجنبية ونعتقد ان الراي الأخير هو الأرجح ذلك لان الفرق بين القانون الوطني والأجنبي يبقى حتى في ظل تطبيق الأخير ذلك لاختلاف السيادة التشريعية التي يصدر عنها كل منهما^(١).

ومع ذلك فان الاتجاهين الفرعين الأول والثاني يتهيان إلى ان المحكمة تطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسها كما ان من واجبها البحث عنه وإثباته.

وقد اعتمد المشرع العراقي الاتجاه الأخير، وما يظهر ذلك قراءة نصوص المواد التي أشارت إلى قواعد الاسناد العراقية، وهي المادة (١/١٨) و(١/١٩) و(٣٠) ملني إذ اوردت عبارة يسري ويرجع ويتبع وهذا يعني ان الذي يسري أو يتم الرجوع إليه أو يتبع هو القانون الذي أشار إليه قواعد الاسناد.

وإذا كان القانون الأجنبي مجموعة قواعد قانونية ملزمة تطبق عبر الحدود صادرة عن سيادة تشريعية للدولة أجنبية فما هي طبيعة الاوامر الصادرة من منظمة دولية بالنسبة لأعضائها؟ أو القوانين الصادرة عن الدولة المضمومة بالنسبة للدولة القصامة؟ وكذلك قوانين الدولة غير المعترف بها ازاء الدول الأخرى؟ اجاب الفقه عن التساؤل الأول في اتجاهين الأول يذهب إلى وصفها بالقوانين الوطنية طالما كانت الدولة عضو في المنظمة الدولية مشبه إياها بالمعاهدات بعد تصديقها. اما الاتجاه الثاني فيذهب إلى وصفها بالقوانين الأجنبية لان شخص المنظمة مستقلة عن الشخصية الدولية للأعضاء وهذا هو الراي الأرجح اما اجابة عنالسؤال الثاني فقد توزع بصده

١- ختام عبد الحسن شنان - مصدر ملق - ص ٤٠ - ٤٣

المطلب الثاني

الفرع الأول

﴿اَلَمْ يَلَسْتَ نَهْوً﴾

الوسائل الاحتياطية التفسيرية

١- افادة المخصصين الشفهية أو التحريرية في القوانين ذات الشأن^(١) وهي لا تنهض دليل كامل على وجود القانون الأجنبي إنما هي قرينة بسيطة لا بد من أن تعززها قرائن أخرى.

المطلب الثالث

اشكاليات تطبيق القانون الأجنبي

تعارض القاضي وهو في سبيل تطبيق القانون الأجنبي اشكاليات تتمثل بما يأتي

- ١- أعمال القانون الأجنبي
 - ٢- تفسير القانون الأجنبي
 - ٣- الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي
 - ٤- تغير القانون الأجنبي
- سنعرض لهما من خلال أربعة فروع

→ رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الملغى منشور في الوقائع العراقية العدد ٩٩٢ في ١٩٣١/٩/٦

١- إشارة إلى ذلك المادة (٣ / ١ / ١) من قانون اعلاه

أعمال القانون الأجنبي

فإذا كان القانون مدون تكون الصعوبات على نوعين الأولى فنية مادية تتمثل في الترجمة إذا كان القانون الأجنبي قانون دولة تختلف في لغتها عن لغة دولة قاضي النزاع لما ينطوي على الترجمة من صعوبة عدم دقتها وقد تفضي إلى إعطاء معاني لنصوص القانون لم يقصد مشرع القانون الأجنبي أن تكون عليها إنما قصد منها غرض آخر وفي ذلك خروج القاضي عن حدود إرادة مشرع القانون الأجنبي.

اما إذا كان القانون غير مدون فان الصعوبات تختلف باختلاف مصدره فإذا كان مصدره العرف فالصعوبة تتمثل في معرفة وقت ظهور واستقراره والحال ينسحب على العادة اما إذا كان مصدره القضاء فيفترض من القاضي ان يتعرف فيما إذا كانت احكام القضاء مصدر رسمي كما هو الحال في بريطانيا أو مصدر تفسيري كما هو الحال في العراق، ومقابل ذلك قد يواجه القاضي صعوبات تتمثل في تعذر التوصل للقانون الأجنبي رغم بحث المحكمة أو الأفراد عن القانون، فالسؤال ما هو البديل عن القانون الأجنبي لقد ذهبت في هذا الاطار عدة اتجاهات الأول يذهب إلى رفض الطلب ويؤخذ عليه انه يؤدي إلى انكار العدالة وترك النزاع في فراغ تشريعي والثاني

يؤكد تطبيق المبادئ العامة للامم المتحدة ويؤخذ عليه ان تلك المبادئ يصعب ضبطها في حين يذهب الاتجاه الثالث إلى تطبيق القانون الاقرب لقانون قاضي النزاع وأخيراً يذهب الاتجاه الرابع إلى تطبيق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي، ويذهب الرأي الراجح إلى ان اعتماد قاضي النزاع لقانونه يحقق فرص أكبر للعدالة^(١).

الفرع الثاني

تفسير القانون الأجنبي

عند التوصل إلى نصوص القانون الأجنبي يصادف القاضي وهو في سبيل تطبيق القانون الغموض في بعض نصوصه مما يستدعي ذلك تفسيرها لرفع الغموض الذي يكتنفها وصولاً إلى الفهم السليم للحكم الذي يتضمنها من أجل تحقيق العدالة، السؤال الذي يثار هنا وفق أي مفاهيم يفسر القانون الأجنبي من قبل قاضي النزاع هل وفقاً للمفاهيم الوطنية الواردة في قانونه أم وفقاً للمفاهيم والأفكار والمبادئ السائدة في دولة القانون الأجنبي، يذهب البعض إلى ان قاضي النزاع يعمل الاساليب والوسائل المتبعة لتفسير القانون الوطني في تفسير القانون الأجنبي، في حين يذهب البعض الآخر على أن قاضي النزاع يعتمد على الاساليب والوسائل المتبعة للتفسير الواردة في دولة القانون الأجنبي، لان الأخير من بيئة فيقتضي تفسيره بحسب مفاهيم دولته، فالأعمال التحضيرية التي سبقت صدور القانون والعوامل التاريخية والحاجات الاجتماعية الاقتصادية والظروف السياسية السائدة جميعها وقت صدوره تلعب دوراً كبيراً في تشكيله بمجموعها فهي اساليب للبحث عن المقاصد الحقيقية لمنصوص في ظل الغموض الذي يكتنفها، ونعتقد ان الاتجاه الأخير هو الصحيح

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القسم الثاني - مصدر سابق - ص ٢١٢ وما بعدها

الفرع الثالث

من الثابت ان هناك شروط شكلية واخرى موضوعية يقتضي ان يستوفىها كل قانون لنفاذه بحسب دستور دولته في مراجعته المقصود بخطابه من الناحية الزمانية والمكانية، السؤال هنا هل تكون من مهمة قاضي النزاع التأكد من استبقاء القانون الأجنبي للشروط اعلاه لتطبيقه لقد ذهب الاتجاه الراجح إلى الاقرار بمسؤولية قاضي النزاع بمراقبة الدستورية الشكلية للقانون الأجنبي أي يقتضي حتى يطبق القانون الأجنبي ان يكون قد استوفى إجراءات اصداره شروطه الشكلية من جانب التصديق والاصدار والنشر والقاضي يتابع الإجراءات بحسب دستور دولة القانون الأجنبي. اما الدستورية الموضوعية للقانون الأجنبي فتختلف فيها مسؤولية القاضي بين فرضين الأول إذا كانت دولة القانون الأجنبي تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فما على قاضي النزاع إلا أن يراقب دستورية ذلك القانون أي يتأكد فيما إذا كان القانون الأجنبي صدر مخالف لدستور دولته فإذا تبين له موافقة القانون الأجنبي لدستور دولته طبقه والا فلا اما إذا كانت دولة القانون الأجنبي لا تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فلا يجوز لقاضي النزاع ان يراقب دستورية القانون الأجنبي وان يتوهم بتطبيقه إذا استوفى دستوريته الشكلية وان لم يستوفى دستوريته الموضوعية ونعتقد ان على القاضي في هذه الحالة ان يرفض تطبيق القانون الأجنبي إذا أظهرت له دلالة تشير بمخاللة القانون الأجنبي لدستور دولته لان القانون الأخير يمتثل بالعدم ولا يصلح للتطبيق بل قد يكون فيه اضرار بمصلحة اطراف النزاع.

الفرع الرابع
تغير القانون الأجنبي

التغيير الأول يأخذ مظهرين الأول التغيير بقصد الغش ويفعل ذلك نكون أمام مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي سبق ان تطرقنا إليه في المبحث الثاني من الفصل الرابع، اما الثاني فيكون تغيير مقصود لذاته وفي هذه الحالة نكون أمام ما يصطلح عليه بالتنازع المتحرك (التغيير) مثال ذلك كما لو تزوج عراقي من عراقية وبعدها اكتسب الزوج الجنسية الفرنسية ولما كانت اثار الزواج تخضع بحسب قواعد الاسناد العراقية لقانون جنسية الزوج وقت الزواج فهل يطبق القانون العراقي أم القانون الفرنسي من قبل القاضي العراقي إذا كان قاضي النزاع لقد اجاب الفقه عن ذلك في اتجاهين الاتجاه الأول يذهب إلى اعتماد فكرة الحقوق المكتسبة وبموجب تلك الفكرة تخضع اثار الزواج للقانون العراقي بوصفه قانون الدولة الذي بموجبه تكاملت عناصر الحق بالنسبة للآثار سواء كانت اثارها ماضية أم مستمرة في حين يذهب الاتجاه الثاني

اما التغيير بفعل ارادة المشرع فيكون على وضعين الأول التغيير في القانون الأجنبي والثاني التغيير في قاعدة الاسناد في دولة القانون الأجنبي ويمكن ان يحل الاشكال في الحالين بنفس الية حل التغير بارادة الشخص في الوضع السابق أي يطبق القانون القديم أو القانون الذي تشير إليه قاعدة الاسناد القديمة بالنسبة للعلاقات التي تكونت في ظلها وكذلك ما وقع من اثار ماضية استندا لمبدأ الحقوق المكتسبة ويطبق القانون الجديد أو القانون المشار إليه من قاعدة الاسناد الجديدة بالنسبة للعلاقات التي تكونت في ظلها واثارها المستقبلية استنادا لمبدأ سريان القانون بأثر فوري ومباشر ويصطلح على التغيير في قاعدة الاسناد وتغير القانون بآثرهما بالتنازع الانتقالي ومثال ذلك تغيير قاعدة الاسناد الالمانية في عام ١٩٠٠ بخصوص مسائل الاحوال الشخصية فبعد ان كانت تقرر الاختصاص فيها لقانون الموطن اخضع الاختصاص بحسب قانون الاسناد الجديد لحساب قانون الجنسية.

الفصل الخامس

تنازع الاختصاص القضائي الدولي

إن امتداد العلاقات القانونية بين الأفراد عبر الحدود يفرز جملة أوضاع منها حق الأفراد بالتمتع بالحقوق، واستعمالها، وأخيرا الحماية القضائية لها عند إثارة نزاع بين أطرافها. وإذا كان التمتع بالحقوق عن طريق الجنسية أو الموطن، فإن استعمال هذه الحقوق يشير موضوع التنازع الدولي بين القوانين ذات الصلة بهذه الحقوق، وهذا الاستعمال ترافقه ضمانات تتمثل بالحماية القضائية لهذه الحقوق والذي بأثرها يطرح تنازع آخر يصطلح عليه بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، الذي يمثل الجانب الإجرائي لمشكلة تنازع القوانين ومثلما توجد قواعد حلول تنازع القوانين توجد قواعد حلول التنازع بين المحاكم، كما أن تلك القواعد تمارس من خلالها المحكمة صلاحيتها في نسوية النزاع، مما يثر ذلك التساؤل عن أنواع الاختصاص القضائي الدولي، وطبيعة القواعد والإجراءات المتبعة في كل منهم، ولأجل الإحاطة بالموضوع سنبحث ذلك من خلال مبحثين سنخصص الأول للتنازع في نطاق الاختصاص القضائي العام المباشر والثاني للتنازع في نطاق اختصاص القضائي العام غير المباشر.

الدولي العام المباشر

﴿ ذَا السِّنِّ مَهْرِي ﴾

الفرع الأول

من الناحية التاريخية كانت كل دولة تملك ممارسة الاختصاصين القضائي والتشريعي في حدودها الإقليمية، وفي جميع أنواع العلاقات الوطنية والعلاقات الدولية الخارجية، وكان هذا الوضع في وقت كانت فيه السيادة لمبدأ الإقليمية المطلقة



الفرع الثاني

١- د. حسام الدين فتحي ناصف - المصدر السابق - ص ١١ وما بعدها.

الحركة في ظل وجود اختلاف أو منازعة ما بين أطراف العلاقة تطرح على القضاء وفي هذا الوقت سيتنقل تنازع الاختصاص التشريعي من حالة السكون إلى حالة الحركة، وفي نفس الوقت يتحرك تنازع الاختصاص القضائي، وعندها يمكن أن يجتمع الاختصاصين لدولة واحدة بفعل التأثير المتبادل للاختصاصين التشريعي والقضائي، ويمكن أن نجمل الحالات التي يلتقي فيها الاختصاصين لدولة واحدة بما يلي:

- ١- التكيف إذ ينعقد الاختصاص القضائي في هذه المسألة لدولة قاضي النزاع، فضلا عن الاختصاص التشريعي، لأن القاضي سيطبق قانونه الوطني في التكيف كما لاحظنا في موضوع تنازع القوانين.
- ٢- تطبيق قواعد الإسناد، فقاضي النزاع في الوقت الذي انعقد له الاختصاص القضائي في التكيف سيكون حتما له الاختصاص في اختيار قاعدة الإسناد الملائمة في ضوء تحديد طبيعة العلاقة عن طريق التكيف، كما ينعقد لدولة القاضي الاختصاص التشريعي، لأنه سيطبق تلك القواعد وهي عبارة عن قواعد وطنية وإرادة ضمن تشريعه الوطني، وإن كانت تقضي بتطبيق قانون أجنبي فالتطبيق لقواعد الإسناد يكون ابتداء قبل تطبيق القانون الذي تشير بتطبيقه.
- ٣- مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في دولة قاضي النزاع يحقق ثلاثي الاختصاصين إذ سينعقد الاختصاص القضائي ابتداء لدولة القاضي في نظر المنازعة ومن ثم إسناد الاختصاص للقانون الأجنبي، وفحص الأخير، وإحلال القانون الوطني محل القانون الأجنبي لمخالفته للأول تكون عبارة عن عوثة الاختصاص التشريعي لقانون القاضي لأن استبعاد القانون الأجنبي كليا أو جزئيا يستتبع الحلول لقانون القاضي.

٤- تعذر الكشف عن مضمون القانون الأجنبي، إذ سيطبق القاضي صاحب الاختصاص القضائي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي التشريعي فيجتمع هنا مره أخرى الاختصاصين لدولة واحدة.

٥- دعاوى العقار إذ تحرص جميع دول العالم على إخضاع العقار لقانون موقعه، وحصر الدعاوى المتعلقة به لمحاكم موقعه، لأنه جزء من الإقليم والأخير أحد أهم أركان الدولة وهذا يعني أن دولة العقار أكثر ملائمة وعدالة بقوانينها للعلاقات المتعلقة به، كما أنها أقدر على تحقيق الأمن والاطمئنان بواسطة محاكمها لتسوية المنازعات المتعلقة به واستقرار المعاملات.

٦- الإجراءات المستعجلة والوقائية، ينعقد فيها الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة الكائن فيها موضوع هذه الإجراءات للمحافظة على الحقوق، ودرء المضار، ووقاية أصحاب الحقوق من فوات المنافع، ومثال ذلك اختصاص دولة قاضي النزاع العراقي قضائياً بنظر دعوى طلاق مواطنه فرنسية متزوجة من مواطن فرنسي فهنا فضلاً عن اختصاصها التشريعي لان القاضي العراقي سيطبق القانون العراقي في تقدير نفقة مؤقتة للزوجة لأنها مسألة إجرائية فنية مستعجلة يتطلب أن ينظر بها القاضي، وفقاً للقانون الوطني رعاية لمصلحة المقصود بالحماية إلا وهي الزوجة في هذه الحالة.

القيود القانونية على ممارسة الاختصاص

تتمتع الدولة عبر تشريعها الوطني برسم حدود الصلاحية القضائية لمحاكمها الوطنية من الناحية الدولية، وهذا نابع عن غياب سلطه عليا تتولى توزيع الصلاحيات القضائية بين محاكم الدول، إلا أن صلاحية الدولة في تنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها ليست مطلقة، أنها هي مقيدة بقيود تفرضها الأعراف والاتفاقيات الدولية، وللأحاطة بذلك نعرض للموضوع من خلال فرعين

القيود العرفية

ففي إطار القيود المقررة لصالح الأفراد اعترف للفرد بحق اللجوء للقضاء سواء أكان داخل دولته أم خارجها فأصبح بذلك حق التقاضي مكفول للجميع وطينين أو أجنب، بعد أن كان قاصرًا على الوطنيين إذ كانت وظيفة القضاء إقامة العدل بينهم، ولم يعترف للأجنبي بحق التقاضي وقتها، وتطور الوضع فيما بعد فاعترف له بهذا الحق، ولكن بشرط تقديم كفالة قضائية لضمان ما يترتب بذمته من حقوق إذا خسر دعواه، وهذا ما كان عليه الحال في النظام القانوني الفرنسي حتى عام ١٩٧٣

إذ اعترف بعد ذلك للجميع وطنيين وأجانب بحق التقاضي على أساس أن وظيفة القضاء هي إقامة العدل لجميع المتوطنين على الأراضي الوطنية لدولة المحكمة، كما أن هذا الحق يوفر حماية للحقوق التي يعترف بها المشرع الوطني للأجنبي حيث لا قيمة لها بدون توفير الحماية القضائية لها، إضافة إلى توفير ضمانات هذه الحماية ومنها تمكين الأجنبي من فرص الدفاع عن حقه وأتباع الإجراءات الأصولية لمواعيد تبليغه وإذا ما خالفت الدولة القيود العرفية المقررة لصالح الأفراد أعلاه، تثار مسؤوليتها الدولية لأنها من أهم الحقوق وقد اعترفت جميع الدساتير بهذا الحق ومنها الدستور المصري لعام ١٩٧١ والدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ في المادة (٣/١٩) التي نصت على «التقاضي حق مضمون ومكفول للجميع» وإن كلمة الجميع يمكن أن تحمل على إطلاقها فتشمل الأجانب والوطنيين.

أما القيود المقررة لصالح الدولة فتتمثل بالحصانة القضائية للدولة الأجنبية ورؤسائها وممثليها الدبلوماسيين والقنصلين أمام القضاء الوطني لدولة إثارة النزاع. ففي إطار تمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية أمام القضاء الوطني، يستتبع حصانة رئيسها وممثليها الدبلوماسيين والقنصلين وأن الحصانة المقررة للدولة ورئيسها تفوق تلك المقررة لممثليها

ويمكن تتبع هذه الحصانة من عدة نواح تتمثل أولاً بالتطور التاريخي للحصانة وثانياً أساس الحصانة وثالثاً نطاقها ورابعاً طبيعتها، وعلى النحو الآتي:

أولاً: التطور التاريخي للحصانة

نشأة الحصانة في العصور الوسطى إذ تأكدت في هذه الفترة حرمة السفراء كما تأكد هذا المبدأ في الشريعة الإسلامية من خلال قاعدة الرسل آمنون حتى يؤدوا الرسالة^(١)، وبعد استقرار فكرة الدولة اقتضت ضرورات الانفتاح بين الدول وما

١- استاذنا د. عصام العطية - القانون الدولي العام - الطبعة الرابعة - بغداد - ١٩٨٧ - ص ١٩٧

كما نظمت العديد من التشريعات الوطنية الحصانة القضائية للدول ونذكر منها على سبيل المثال قانون الولايات المتحدة الأمريكية لحصانات السيادة الأجنبية لعام ١٩٧٦ وقانون المملكة المتحدة لحصانة الدول لعام ١٩٧٨ وقانون استراليا لحصانات الدول الأجنبية لعام ١٩٨٥، كما نظم المشرع العراقي أحكام الحصانة القضائية للمبعوث القنصلي في قانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٦٨^(٣).

ينقسم الفقه في هذا الموضوع على اتجاهين:

الأول: يبرر الحصانة على أساس المجاملة الدولية، وبحسب هذا التوجه يكون إعفاء الدولة ومن يمثلها من الخضوع للولاية القضائية لدولة ما هو ألا مجاملة لرئيس الدولة وممثلها، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى أن أساس الحصانة

١- استاذنا د. عصام العطية - القانون الدولي العام، ص ١٥ - ١٦

٢- منشور في الوقائع العراقية العدد ١٦٨٨ في ١٩٦٩/٢/٢ وقد أشار القانون إلى احترام ما ورد في اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية بشأن احترام الامتيازات المقررة للمبعوث الدبلوماسي ومنها الحصانة

ثانيًا: نطاق الحصانة

۰۳۹

فہرستِ نوری

﴿ ذٰلِكَ نَتْلُوْهُ عَلَیْكَ بِالْحَقِّ ۖ ذِیْ الْقُرْاٰنِ ۚ﴾

→ مناسبات أخرى على تمتع المبعوث الدبلوماسي بالحصانة القضائية المدنية في مستقل القرار محكمة التمييز قرار رقم ٨٥٩ هيئة عامة ١٨٧ أشار إليه د. سهيل الفتلاوي - الحصانة القضائية للمبعوث الدبلوماسي في العراق - أطروحة دكتوراه - بغداد - ١٩٧٩ - ٢٢٨ هامش (١)
قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٤٧٧١ الهيئة الاستئنافية في ٢٠١٢/٨/٣٠ غير منشور.
قرار محكمة التمييز الاتحادية/الهيئة العامة ق ١٣٧/الهيئة العامة/ ٢٠١١. غير منشور.

من الدول^(١) ونعتقد أن حصانة الدولة ومثيلها حصانه نسبية يقتضي في إطارها التفرقة بين تصرفات ونشاطات الدولة بوصفها شخص يتمتع بالسيادة فهنا تتمتع بالحصانة، وبين تصرفات ونشاطات الدولة التي تمارسها بوصفها شخص عادي فلا تتمتع فيها بالحصانة القضائية، وتخضع بذلك لقضاء الدولة التي مارست فيها ذلك النشاط^(٢). ونستدل على ذلك من خلال موقف مشروع اتفاقية حصانات الدول ومثيلها لعام ١٩٩١ الذي اعتمد مبدأ الحصانة المقيدة^(٣).

كما تتمتع المنظمات الإقليمية والدولية بالحصانة القضائية في الدول التي تمارس نشاطها فيها، وإلى هذا المعنى أشار معهد القانون الدولي في دورة انعقاده في فيينا لسنة ١٩٢٤ حيث أكد الامتيازات والحصانات الدبلوماسية لممثلي عصبة الأمم المتحدة^(٤)، كما نصت المادة (١/١٠٥) من ميثاق الأمم المتحدة على (تتمتع الهيئة في إقليم كل عضو من أعضائها بالمزايا وإلا إعفاءات التي يتطلبها تحقيق أهدافها)، كما ذهب إلى اتجاه مماثل ميثاق منظمة اليونسكو في المادة (١٢)، وكذلك ميثاق منظمة الصحة العالمية في المادتين (٦٦، ٦٧)، وقد نشأ حصانة المنظمات بنفس الطريقة التي نشأ فيها حصانة الدول وممثليها، وهي نشأة عرفية تحولت القواعد العرفية الحاكمة لها في ما بعد إلى قواعد اتفاقية.

- ١- د. هاشم علي صادق - تنازع الاختصاص القضائي الدولي - مطبعة الانتصار - مصر - ٢٠٠٢ - ص ٣١
- ٢- د. علي حميد الشامي - الدبلوماسية نشأتها تطورها قواعدها ونظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية - الطبعة الثالثة - رشاد برس - لبنان - ٢٠٠٧ - ص ٥٣٦ وما بعدها
- ٣- ينظر بهذا المعنى أثر محمد مرتضى - حصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية - رسالة ماجستير - بابل - ٢٠٠٣ - ص ٤٥
- ٤- د. فخري رشيد المهنأ - المنظمات الدولية - دار الكتب للطباعة والنشر القاهرة - ص ٥٣ وما بعدها

المطلب الثالث

الفرع الأول

ينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية من الناحية الدولية بصفة أصلية عندما تصل الدعوى بمحكمة دولة معينة عن طريق الصفة الوطنية لأطراف النزاع من خلال جنسية الأطراف، أو محل إقامتهم موطنهم، أو موقع أموالهم أو محل أبرام عقودهم، أو محل تنفيذها، وهذا يعني أن هناك صلة شخصية أو إقليمية تصل الدعوى بمحكمة دولة ما، أي لا ينعقد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي لتلك المحكمة بشكل عرضي، أي لا بد من وجود مناسبة أو سبب يحرك ذلك

ويقوم الاختصاص القضائي الدولي الأصلي على عدة اعتبارات تتمثل بسيادة الدولة على أراضيها وامتداد سيادتها على وطنيها في الداخل والخارج.

الاختصاص الدولي الطارئ

١- د. عصام الدين القصي - القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص القضائي الدولي مطبعة جامعة المنصورة ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ ص ٦ وما بعدها.

سينهض اختصاص المحكمة بشكل طارئ عرضي، أي الأصل أن لا تختص في نظر الدعوى، ولكن لضرورة ما ينعقد اختصاص لها وذلك في ثلاثة حالات:

أولاً: المسائل الأولية

وهذه المسائل تتحقق كما توقف الفصل في الدعوى الأصلية المقامه أمام المحكمة على الفصل في مسألة ما حيث ستستخار المحكمة النظر في الدعوى الأصلية حين الفصل في تلك المسألة بشكل أولي، وهذا يعني أن المحكمة مختصة أصلاً في الدعوى، في حين لم ينعقد اختصاصها في المسألة المرتبطة بها إلا بشكل ثانوي. مثال ذلك كما لو نظرت محكمته الأحوال الشخصية العراقية بدعوى متعلقة بميراث مورث عراقي وطعن أحد الورثة بالصفة الوطنية لوارث آخر فحتى تفصل المحكمة بدعوى الأصلية للإرث فلا بد من أن تحسم مسألة جنسية الوارث الذي طعن بصفته الوطنية. وبذلك توصف المسألة الأخيرة بأنها مسألة أولية لازم الفصل فيها وإن لم تختص بها المحكمة ابتداءً، أي لا يمكن أن تنظر في مسألة التثبيت في جنسية المطعون بجنسيته فيما لو أقيمت مباشرة بشكل مستقل، ولكن يمكن أن تنظر في مسألة التثبيت من الجنسية طالما أنها مرتبطة بتحديد مصير دعوى الإرث من خلال تحديد الورثة ودرجاتهم وأنصبتهم استناداً لمبدأ أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع

ثانياً: الإجراءات

وهي تدابير وتحفظات ووقته ومستعجلة لحفظ الأموال والحقوق كطلب وضع الحجز الاحتياطي، أو تعين حارس قضائي، أو تقرير نفقة مستعجلة، فبالرغم من عدم اختصاص محكمته الدولة بنظر الدعوى الأصلية التي تتطلب هذه الإجراءات إلا أن المحكمة تختص باتخاذ هذه الإجراءات التي تخدم الدعوى الأصلية وتوفر حماية

استبقية للحقوق^(١) أي تحفظها من الزوال، وتضمن للمستفيدين منها استمرار الانتفاع بها في ما بعد.

ثالثاً: الخضوع الاختياري

ويتحقق الخضوع الاختياري عن طريق الاتفاق بين الخصوم للخضوع إلى ولاية قضاء دولة ما بشكل صريح يحدد في العقد الأصلي موضوع النزاع، ويمكن أن يرد في عقد مستقل ويكون على شكل مشارطة، وفي الحالتين يقر من قبل الخصوم بحق الولاية لقضاء دولة ما بالنظر في ما ينشأ عن علاقاتهم من منازعات كلا أو جزءاً. وبالمقابل يمكن أن يتحقق الخضوع الاختياري بشكل ضمني عندما يقيم شخص دعوى أمام محكمة عراقية ويحضر المدعى عليه أمامها دون أن يدفع الأخير بعدم الاختصاص قبل الولوج في الدعوى فهنا ينعقد الاختصاص القضائي من الناحية الدولية للمحكمة العراقية طالما أن العلاقة محل النزاع ذات عنصر أجنبي، أي متصفة بالصفة الدولية، وفي نفس الإطار يمكن للمحكمة النازرة في النزاع أن تستنبط الإرادة الضمنية للخصوم في الخضوع الاختياري لولايتها القضائية من خلال اتفاقهم على اختيار قانون دولتها مثلاً بالرغم أن البعض لا يؤيد ذلك^(٢).

وسواء كان الخضوع الاختياري صريح أم ضمني فيقتضي لانعقاد الاختصاص لمحكمة دولة ما وفقاً لذلك الخضوع أن يكون بمناسبة منازعات متعلقة بمسائل حقوق شخصية أو بمعاملات مالية دولية (ديون، حوالات، وكالات)، وبذلك لا اثر للخضوع الاختياري إذا كان بمناسبة منازعات أخرى مثل المنازعات المتعلقة بالمسائل العينية، أو المتعلقة بمسائل أحوال شخصية أو جزائية، إلا أن المسائل في

١- د. غالب الداودي - المصدر السابق ص ٢٨٣ - ٢٨٤.

٢- د. سامي بديع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال - مصدر سابق - ص ٤٧٠.

الأنماط الأخيرة في كل منها ينعقد الاختصاص لمحكمة من طبقة معينة كما سنلاحظ لاحقاً ذلك لأن اختصاص المحاكم وفقاً لمبدأ الخضوع الاختياري لا ينعقد أصلاً وإنما بشكل طارئ واستثنائي والاستثناء لا يجوز التوسع فيه، وحتى ينعقد الاختصاص المحاكم دول ما وفق لمعيار الخضوع الاختياري أن تكون هنا رابطة جدية على رأي البعض ومصلحه مشروعة، كما يرى البعض الآخر في نظر الدعوى من قبل القضاء المختار، أي الذي تم الخضوع لولايته اختيارياً، فإذا انعدمت الصلة رد المصلحة فسوف لا ينعقد الاختصاص وفقاً للمعيار أعلاه، وهذه الصلة يمكن أن تتحقق من خلال كون الدولة التي تم الخضوع لمحاكمها دولة جنسية حد الخصوم أو موطنه أو محل أبرام العقد أو تنفيذه، كما يمكن أن يتحقق اتصال محاكم الدولة بالدعوى من خلال كونها دولة قانون العقد النموذجي على التفصيل الذي لاحظناه في موضوع القانون المختار، أي أنها دول مشهورة بتجاره أو خدمات موضوع العقد وقت النزاع. كما يمكن أن ينهض اختصاص المحاكم وفقاً لمعيار الخضوع الاختياري ولو لم يتحقق اتصالها بالدعوى عن طريق الصلة المتقدمة إذا كانت لها القدرة على أن تصدر أحكام تنال التنفيذ في الخارج، وهذا يتحقق على أن لا تكون هناك محكمة دولة أخرى مختصة أصلاً بالنزاع واقتدر منها على إصدار أحكام قابلة للتنفيذ. فإذا وجدت هذه المحكمة فما على المحكمة التي خضع الخصوم لولايتها أن تتخلى عن النظر في النزاع لحساب محاكم الدولة ألا قدر على الفصل في النزاع وإصدار أحكام مضمونه والتنفيذ في الخارج، ولقد اعتمد الاتجاه الأخير الفقه الفرنسي وأغلب الفقه المصري^(١). ونعتقد أنه ألا وفق لأنه يزيد من حالات وجود أحكام لها قابلية للتنفيذ عبر الحدود، وذلك لأن لا قيمة للحكم بدون أن يتمكن من صدر الحكم لمصلحته من تنفيذ في الدولة المراد تنفيذه فيها

١- د. سامي بديع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال مصدر سابق - ص ٤٧ وما بعدها.

وقد أثير التساؤل حول فيما إذا كانت تشريعات الدول تعترف بالأثرين أم لا، ذهب جانب من الفقه إلى عدم الاعتراف بالأثر السالب لولاية القضاء الوطني ويقولون فقط بالأثر الايجابي لاعتبارات أهمها أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي من النظام العام ولا يعتد بإرادة الخصوم في سلب الاختصاص المقرر بموجب هذه القواعد إضافة إلى حرية الأفراد في تحريك أعمال السلطة القضائية بواسطة إقامة الدعوى مقيدة بالقضاء الوطني والأخير أصلح من القضاء الأجنبي على تحقيق العدالة ويعد ذلك عند البعض نتيجة طبيعية.

وبالمقال يذهب الاتجاه الآخر وهو الراجح إلى أن الاعتراف بالأثر السالب لاختصاص القضاء الوطني وعدم التسليم بالاتجاه السالب ينم عن ازدواجية فكيف لا يقر بالأثر السالب للقضاء الوطني ويقر بالأثر الجانب الذي هو سالب للاختصاص بالنسبة للقضاء الأجنبي في حين أن تقرير الأثرين يكون بحسب ما تقتضيه العدالة، وتقدير المحكمة حول إمكانية إصدارها أحكام قابله للتنفيذ عبر الحدود. وهذه الاعتبارات هي محل الاعتبار في هذا المقام وهي تقوم أصلاً على حاجة المعاملات الدولية والتعاون الدولي بين الدول، وقد اخذ بالاتجاه الأول المشرع المصري في المادة (١٣٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية لعام ١٩٦٨ والتي نصت على « إذا

قبل الخصم ولايتها (أي ولاية المحاكم المصرية) صراحة أو ضمناً) وينصرف معنى الخصم إلى المدعي أو المدعى عليه كما كان هذا موقف القانون البريطاني في القاعدة (٣٤)^(١).

كما ذهب إلى هذا الاتجاه قانون أصول المحاكمات الأردني رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ في المادة (٢/٢٧) منه.

وفي إطار موقف المشرع العراقي فقد نظم أحكام الخضوع الاختياري في قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ المعدل حيث اخذ بالاتجاه الثاني فاعترف بالأثر الجالب للاختصاص لحساب القضاء الأجنبي وهذا يعني بالمقابل انه اعترف بالأثر السالب للاختصاص كنتيجة للأثر الأول وذلك في المادة (٧/هـ) التي نصت على «تعتبر المحكمة الأجنبية ذات الصلاحية إذا تحقق أحد شروط الآتية... «كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره» والمادة (٧/و) نصت على «كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه» ولم تحدد النصوص أعلاه من هو المحكوم عليه، فقد يكون وطني كما يمكن أن يكون أجنبي وبالمقابل يمكن أن يخضع العراقي باختياره إلى ولاية القضاء الأجنبي وبأثر ذلك يترتب أثران الأول سالب للاختصاص القضاء العراقي إذا كان مختص أيضاً في النضر في الدعوى والثاني جالب للاختصاص لحساب القضاء الأجنبي، كما أن موقف القانون العراقي يشير إلى اعتماد الخضوع الاختياري الضمني في المادة (٧/هـ) الخضوع والصرح في المادة (٧/هـ).

١- د. ممدوح عبد الكريم حافظ - مصدر سابق - ص ٢٨٦.

للمخضوع الاختياري بالأثران وتبقى الخلافات بين الانجمايين مجرد خلافات نظرية ليس لها قيمة عملية على ارض الواقع.

معايير تحديد الاختصاص القضائي الدولي

وهذه المعايير تقسم إلى نوعين المعايير الأولى: شخصية والمعايير الثانية إقليمية
وعليه سنبحث الموضوع من خلال فرعين

المعايير الشخصية

[illegible]

ويتحدد انعقاد الاختصاص القضائي الدولي بحسب معيار الجنسية في دعوى بمناصفة مسائل معينة تتمثل بمسائل الأحوال الشخصية (الزواج، الطلاق، النفقة، الميراث، الوصية، إلخ...) ومسائل الحقوق الشخصية (الديون) وهذا يعني أن هذا المعيار لا يصلح لتحديد الاختصاص القضائي الدولي في المسائل العينية والجزائية إنما تصلح لها معايير تتناسب مع طبيعتها بوصفها مسائل تتصل بالإقليم ولا تتعلق بالأشخاص.

ويعرف البعض الجنسية بأنه معيار ضعيف لا يمكن أن يصلح لتحديد الاختصاص القضائي الدولي ما لم يعزز بمعيار آخر لأنه معيار يقوم على اعتبارات سياسية لا تتلاءم مع طبيعة الاختصاص القضائي لدولي، كما أنه لا يحقق صله جديده قوية حقيقية بين الدعوى والمحكمة

أما في إطار معيار الإرادة فكما لاحظنا أن حركة هذا المعيار في تحديد الاختصاص المالي محدده بمسائل معينة تتمثل في مسائل الحقوق الشخصية ولا يمكن أن تصلح لتحديد الاختصاص في غيرها كما لاحظنا ويكون الاختصاص القضائي الذي يتنقذ لمحاكم دوله ما بموجب هذا المعيار اختصاص طارئ لا أصلي كما في معيار الجنسية، ويمكن أن يكون اختيار الإرادة في الخضوع لولاية قضاء دوله ما صريح أو ضمني، وبموجب المعيارين أعلاه تملك المحكمة سلطة جوازيه في نظر الدعوى فهي ليست معايير يتحدد بها الاختصاص وجوبيا للمحكمة كما هو الحال في اغلب المعايير الإقليمية كما سنلاحظ.

۱۰۳۳

أن هذه المعايير تحقق الصلة الجدية والحقيقية ما بين النزاع (الدعوى) ودولة المحكمة فيكون الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الأخيرة مبني على أسباب قوية، وهو ما يمنح الأحكام قوة النفاذ الدولي أي ستكون الأحكام الصادرة عنها قابلة للتنفيذ في الخارج. فالمعايير الإقليمية تمنح المحكمة قابلية الإحاطة بجميع ظروف وملابسات النزاع طالما تحقق على أراضيها الوطنية فالإحاطة بذلك ستكون مهمة أسهل لأن النزاع سيكون اقرب للمحكمة، في حين نجد أن المعايير الشخصية التي يتعقد بها الاختصاص قد تتحقق أسبابها خارج دولة المحكمة ومنها الديون (الحقوق الشخصية) على أراضي غير أراضيها فيكون صعب عليها الإحاطة بتفاصيل النزاع، وقد لا تكون بالدقة عندما يتعقد الاختصاص لمحكمته على أساس معايير إقليمية.

والمعايير الإقليمية تتمثل بموطن المدعي أو المدعى عليه أو محل إقامتهم أو موقع الأموال أو محل أبرام العقد أو محل تنفيذه أو محل نشوء الالتزام (محل وقوع الفعل الضار أو النافع).

وتتصف المعايير المتقدمة بأنها تجعل من اختصاص المحكمة التي تحققت على أرضيها أي من تلك المعايير اختصاصا وجوبيا استثنائيا، أي لا يمكن أن يتغير الاختصاص أو يتنقل بإرادة الأطراف أو تغيير جنسيتهم. ذلك لأن المعايير الشخصية (الادارة، الجنسية) ليس لها من تأثير في اختصاص المحكمة المنعقد بمعايير إقليمية لاختلاف نطاق أعمال المعايير الشخصية (مسائل الأحوال الشخصية، الحقوق الشخصية) عن نطاق أعمال المعايير الإقليمية (مسائل الأحوال العينية، الالتزامات غير العقدية، المسائل الجزائية)، ويكون الاختصاص القضائي الدولي المنعقد على أساس المعايير الإقليمية اختصاصا أصليا.

المطلب الخامس

إن تطرق الصفة الأجنبية للعلاقة القانونية من خلال عناصرها على التفصيل السالف، يفضي إلى طرح ظاهرة التنازع الدولي في الاختصاص القضائي، ومن ثمّ سينعكس ذلك على أتباع إجراءات قضائية تتصف بالصفة الدولية نسبة لدولية التنازع، وهذا يعني أن هناك اختلاف سيحصل ما بين الإجراءات القضائية المتبعة في منازعات تثار بمناسبة علاقة وطنية والإجراءات القضائية المتبعة في منازعات مثارة عن علاقة ذات بعد دولي من عدة نواح سنتبّعها من ناحية أطراف المنازعة، وطبيعته المنازعة من ناحية أخرى، فضلاً عن اختلاف وسائل حسم المنازعة من الناحيتين وذلك ما يتطلب بحث الموضوع من خلال ثلاثة فروع.



نطاق الإجراءات القضائية

١- المادة (٢٨) من قانون المرافعات المصري رقم ١٢ سنه ١٩٦٨ وكذلك المادة (٧٦) من قانون أصول المحاكمات اللبناني وإلى ذلك ذهب باقي التشريعات العربية كما اخذ المشرع الايطالي بهذا المعيار وكذلك المشرع الفرنسي كما لا حضا.

١- وتقبلها المادة (٢٨) من قانون المرافعات المصري والمادة (٣، ٨، ١١) من قانون العلاقات ذات العنصر الأجنبي في الكويت والمادة (٧) من قانون الإجراءات المدنية السوداني والمادة (١١) من قانون الإجراءات المدنية الجزائري والمادة (٢) من مجلة المرافعات المدنية والتجارية التونسية والمادة (٧٥) من قانون أصول المحاكمات اللبنانية والمادة (٩) من المرسوم العماني رقم ١٩٨٤/٣٢

ذوالسنة الثوري

أمام المحاكم وإن تغير موقعها بعد إقامة الدعوى أو كانت كائنة على أراضي دولة أخرى قبل أقامتها، وأصبحت في العراق وقت إقامة الدعوى، ويكون اختصاص المحاكم العراقية اختصاصاً وجوبياً استثنائياً في الأحوال المتقدمة، أي لا يقبل تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة عن القضاء الأجنبي بخصوص مسائل متعلقة بأموال كائنة في العراق أو عقود تم إبرامها فيه أو أصبحت واجبة التنفيذ فيه أو أفعال حدثت فيه، سواء أكان المدعى عليه عراقي أم أجنبي، ويمكن نستنتج ذلك من خلال أن الصلاحية القضائية من الناحية الدولية تكون للمحاكم العراقية في حالات هي:

١- إذا كان المدعى عليه عراقي سواء أكان شخص طبيعي أم معنوي وسواء أكان المدعي أجنبي أم عراقي وسواء نشأ موضوع النزاع داخل العراق أم خارجه، ويقضي لانعقاد الاختصاص هنا أن تكون الدعوى متعلقة بالتزامات شخصية ناشئة عن حقوق مدنية أم تجارية أو متعلقة بأحوال شخصية، ويكون اختصاص المحاكم العراقية فيها جوازياً لا وجوبياً.

٢- إذا كان المدعى عليه أجنبي له إقامة أو موطن في العراق أو تعلقت الدعوى بأموال كائنة في العراق أو عقود تم إبرامها أو تنفيذها في العراق أو أفعال حدثت فيه كحوادث السيارات، فيقتضي إذاً أن تكون الدعوى متعلقة بمسائل لها طبيعة إقليمية حتى يكون الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية وجوبياً استثنائياً.

٣- إذا كان المدعى عليه عراقي وكانت الدعوى متعلقة بأي من المسائل الواردة في البند (٢) أعلاه فيكون اختصاص القضاء العراقي أصلياً وجوبياً استثنائياً وهو ما أكدته موقف القضاء العراقي^(١).

١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٣٤/٢٣٥/٢١٠٢ في ٢١/١١/٢٠١٢، بشأن انعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحاكم العراقية على أساس إبرام العقد في العراق استناداً إلى المادتين (١٤) و(١٥ - ج) من، على إثر نزاع نشأ بين وزارتي الدفاع والمالية العراقيتين من جهة، وشركة إيطالية من جهة أخرى، بخصوص تجهيز الأخيرة للعراق أسلحة بموجب عقد تم إبرامه في -

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق في الإجراءات

إن تحديد القانون الواجب التطبيق في الإجراءات تقتضي التفرقة بين الإجراءات التي يباشرها قاضي النزاع على أراضيها وتلك التي يتطلب مباشرتها خارج أراضيها، وهذا ما يطرح حقيقة اختلاف الحكم بين الفرضين لذا سنبحث كل منهما في محور على النحو الآتي: أولاً: الإجراءات التي يباشرها القاضي في داخل دولته

وهذه الإجراءات تصنف إلى فئتين الأولى تتعلق بالتقاضي والثانية تتعلق بالإثبات، ويختص قاضي النزاع في الكشف عن ما يعد في كل منها من المسائل الإجرائية، والمسائل الموضوعية، لأنها مسألة تكييف التي يكون الاختصاص فيها لقانون القاضي كما لاحظنا، وعليه لابد من تحديد القانون الواجب التطبيق في كل منها لذا سنبحث الموضوع من خلال محورين:

١- القانون الواجب التطبيق في إجراءات التقاضي

الأصل أن جميع الإجراءات القضائية من وقت تسجيل الدعوى ودفع الرسوم القضائية ومروراً بتحديد مواعيد التبليغ وانتهاء بطرق الطعن بعد صدور الأحكام، إجراءات فنية تنظيمية لعمل المحاكم، وتعد من القواعد الأمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وتكون نافذة في مواجهة الجميع سواء أكانوا وطنيين أم أجانب، مع مراعاة القيود المتعلقة بالحصانة القضائية، كما أنها تعتمد سواء تحقق موضوع النزاع في العراق بكامله أم جزء منه، وبذلك فإن هذه الإجراءات من النظام العام، لأنها متعلقة بتنظيم سير العدالة التي يتكفل القضاء بتحقيقها لجميع القاطنين على أراضيها

→ العراق. وقرار المحكمة أعلاه رقم ١٠٨٢ في ٢٨/٨/٢٠٠٦ بخصوص انعقاد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي على أساس المادة (١٤) مدني.

الدولة من وطنيين وأجانب، لذا يعتمد قاضي النزاع في إتباعها قانونه الوطني، الذي من خلاله سيضمن وحدة القانون الواجب التطبيق في تلك الإجراءات في ظل اختلاف جنسية أو موطن أطراف النزاع، ومحل نشوء التزاماتهم عن محل تنفيذها، وبذلك سيعامل الجميع في تلك الإجراءات معاملة واحدة بدون تمييز، وكل ذلك سيحقق الغاية المشتركة التي تسعى قواعد القانون الدولي الخاص لإدراكها ألا وهي التناسق بين الأنظمة القانونية على نحو يكفل تحقيق العدالة، ويرى البعض أن خضوع الإجراءات إلى قانون قاضي النزاع ما هو إلا تطبيق من تطبيقات خضوع الشكل لقانون محل الإبرام^(١)، ويعاملها من هذه الناحية كونها من قواعد القانون الخاص

إن خضوع الإجراءات القضائية لقانون قاضي النزاع قاعدة لها أنشار وذويع عالمي، وهي قاعدة موضوعية ذات تطبيق فوري ومباشر تطبق تطبيقاً إقليمياً وليست قاعدة إسناد لأنها تحمل خصائص الأولى، فهي تعتمد بشكل مباشر، كما أنها تنظم عمل المحاكم أي تنظيم مرفق من مرافق الدولة ولهذا يعاملها البعض معاملة قواعد القانون العام في حين يذهب البعض إلى عدها من قواعد الإسناد المزدوجة لأنها تطبق بمناسبة حل التنازع الدولي بين القوانين، وهذا هو موقف الفقه التقليدي، ويرى البعض الآخر أن هذه القاعدة ترتبط بقواعد الاختصاص القضائي وتعامل على أنها قواعد موضوعية من هذه الناحية، كما أنها تعد في نفس الوقت من قواعد تنازع القوانين، ويبرر هذا الاتجاه ذلك بالقول باعتقاد قاضي النزاع بمناسبة تنفيذ الأحكام الأجنبية قانون محكمة الدولة التي أصدرت الأحكام للتأكد من صحة الإجراءات المتبعة في تلك الدولة عند الإصدار، وهذا من وظائف قواعد الإسناد، ويجدون في ذلك من الأسباب التي دفعت المشرع المصري إلى معاملة قاعدة الإجراءات من

١- د. هشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - مصدر سابق - ص ١٩٨ - ١٩٩

قواعد الإسناد المزدوجة^(١) وقد اعتمدت جميع التشريعات الأجنبية والعربية هذه القاعدة ومنها التشريع المصري في المادة (٢٢) مدني، كما اعتمدها المشرع العراقي في المادة (٢٨) مدني التي نصت على (قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تبأشر فيها الإجراءات)^(٢) وتظهر مراجعة القرارات القضائية التطبيق العملي لهذه النصوص فقد نظر القضاء العراقي في الدعاوى المرفوعة من قبل المدير المفوض لمؤسسة CHF للإسكان التعاوني في العراق، وهي من المؤسسات الأجنبية العاملة في العراق بمناسبة ديون كان قد ترتبت بذمة عراقيين من جراء نكولهم عن تسديد أقيام هذه القروض^(٣).

مقابل ذلك أن التفرقة بين ما يعد من مسائل الإجراءات والموضوع مسألة تنطوي على صعوبة، ولم يستطع الفقه لحد الآن أن يضع لها معيار حاسم، ويعود السبب في ذلك إلى تداخل المسائل الإجرائية مع المسائل الموضوعية، بعد أن نعلم أن القوانين المنظمة للمرافعات تتضمن فئتين من القواعد بعضها إجرائي وهو الغالب والآخر موضوعي مثل شروط مباشرة الدعوى وشروط صحة الخصومة، فشروط قبول الدعوى ومنها أهلية التقاضي وهي أهلية أداء تعد مسائل موضوعية تحكمها قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية التي تخضعها للقانون الشخصي (قانون الجنسية) وهي تختلف عن أهلية مباشرة حق التقاضي التي هي أهلية وجوب تخضع لقانون المحكمة التي تبأشر أمامها الإجراءات، أضاف إلى ذلك تخرج من نطاق تطبيق القواعد الإجرائية لتدخل في نطاق قواعد الإسناد حالة تحديد صفة الخصم في

١- د. هشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - ص ١٩٧ وما بعدها

٢- وتقبلها المادة (٢٣) مدني سوري والمادة (٢١) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي والمادة (٣/٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني

٣- انظر قرار بداءة النجف العدد ١٦٢٨ في ٢٤/١٠/٢٠١٠ والقرار عدد ١٦٢٦ في ٢٤/١٠/٢٠١٠ والقرار عدد ١٦٣٠ في ٢٨/١٠/٢٠١٠ غير منشورة

٢- القانون الواجب التطبيق في إجراءات الإثبات

ذکر السنہ ہجری

١- حكم محكمة النقض المصرية في ٨ يناير ١٩٥٣ الذي أكد على (لما كان أطراف الدعوى فرنسيين والقانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو بالدليل المقبول فيها...) أشار إلى ذلك د. هشام علي صادق - مصدر سابق - ص ٢٢٠

على (١) - يسري في شأن أدلة الإثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان فيه دليل الإثبات أسير من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي ٢ - يسري في شأن إجراءات الإثبات قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى) وهذا يعني أن موقف المشرع العراقي مع اتجاه التفرقة في الحكم بين ما يعد من مسائل الموضوع فيخضع الإثبات فيها للقانون الذي يحكم الموضوع (قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني) وبين ما يعد من المسائل الإجرائية ومنها آلية تقديم الدليل والقرائن القضائية (إجراءات الإثبات) حيث يكون القانون الواجب التطبيق في هذه الأحوال قانون قاضي النزاع، ويذهب البعض إلى أن سلطة القاضي جوازيه في تطبيق القانون العراقي إذا كان فيه دليل الإثبات أسير من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي وهذا يعني انه الموقف يخضع لتقدير القاضي كما يشير نص الفقرة (١) من المادة أعلاه (...) ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تطبق القانون العراقي إذا كان فيه دليل الإثبات أسير من الدليل الذي يشترطه القانون الأجنبي)، كما يجد هذا الاتجاه أن السلطة الجوازيه للقاضي مقيدة في حالة إذا كان التصرف القانوني قد تم إبرامه بحسب قانون محل الإبرام ولا سبيل لأعمالها إذا تم التصرف بحسب قانون آخر^(١) مثل قانون الجنسية.

ثانياً: الإجراءات التي يباشرها القاضي خارج دولته

إذا كانت الصفة الأجنبية لإطراف النزاع أو سببه أو موضوعه تؤثر بشكل محدود في الإجراءات التي يعتمدها قاضي النزاع إذا كانت جميع هذه الإجراءات تباشر في الحدود الإقليمية لدولته لأنها واحدة بالنسبة للدعوى التي أطرافها وطنيين أو أطرافها أجنب أو خليط وطنيين أو أجنب، إلا أن الموقف يختلف إذا كانت تلك الإجراءات لضرورات تباشر خارج دولة قاضي النزاع وعلى أراضي دولة أجنبية فهي

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الكتاب الثاني - مصدر سابق - ص ١٧٤

لا تتم بنفس الشكل والآلية التي تتم فيها على أراضي دولة قاضي النزاع إنما الأمر يحتاج إلى أن يواجه من قبل محاكم الدولة التي ستباشر كلاً أو جزءاً من إجراءات الدعوى المقامة أمام محاكم دولة قاضي النزاع، وهذه الآلية التي تنظم مباشرة إجراءات دعوى مقامة أمام محاكم دولة على أراضي محاكم دولة أخرى يصطلح عليها بالإثابة القضائية، وهي عبارة عن طلب اتخاذ إجراء قضائي من سلطة قضائية في دولة إلى سلطة في دولة أخرى^(١) قد تكون قضائية أو إدارية لمباشرة هذا الإجراء من الأخيرة على أراضيها، وتسمى السلطة الطالبة (بالسلطة المنية) والسلطة المطلوب منها مباشرة الإجراء على أراضيها (بالسلطة المنابة)، كما لو وجد الشاهد على أراضي دولة غير الدولة المطلوب الاستماع إلى شهادته أمام محاكمها وكانت شهادته مؤثرة وممتجة في حسم الدعوى^(٢)، أو وجد الخصم المطلوب استجوابه خارج الدولة المقامة أمام محاكمها دعوى منه أو عليه، أو تحليفه اليمين، أو كان في دولة السلطة المنابة خير ترى محكمة الدولة المنية ضرورة الاستماع إلى خبرته بشأن موضوع له خبرة ودراية فيه، وقد أكدت على هذا المعنى اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ في المادة (١٤) منه حيث نصت على (لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين)^(٣).

كما أشارت إلى هذا المعنى المادة (١٦) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وتعديلاته والتي نصت (أولاً: يجوز للمحكمة أن تطلب بوساطة

١- د. عكاشة محمد عبد العال - الإجراءات القضائية المدنية والتجارية الدولية - مطابع الأمل - بيروت - ١٩٨٦ - ص ٢٩١

٢- أنظر بهذا المعنى قرار محكمة التمييز المرقم ٩/شخصية ١٩٦٥ في ٢٥/٢/١٩٦٥.

٣- صادق العراق على هذه الاتفاقية بقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٤ منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٩٧٦ في ١٦/١/١٩٨٤

وزارة الخارجية من القنصل العراقي أو من يقوم مقامه استجواب الخصم أو تحليفه اليمين أو الاستماع إلى شهادة شاهد إذا كان مقيماً في الخارج) كذلك سبق إن تطرق إلى هذا المعنى قانون المرافعات المدنية في المادة (١٠١) رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩^(١)، وقد نظم المشرع العراقي عمل القناصل في قانون البعثات الدبلوماسية والقنصلية رقم ١٥ لسنة ١٩٣٦ في المادة (١٣) منه التي نصت على (للقنصل تحليف اليمين وتدوين الإفادات في القضايا المقامة أمام المحاكم العراقية وتعتبر هذه الإجراءات كما لو أجريت في المحاكم العراقية)، كما تؤثر الصفة الدولية للتنازع على آلية تبليغ المطلوب تبليغهم للحضور إذا كانوا مقيمين في الخارج، وقد القوانين الوطنية آليات خاصة للتبليغ ومنها قانون المرافعات العراقي المعدل وقد تم تعديل المادة (٣) من القانون أعلاه المعنية بتنظيم آلية التبليغ وذلك بقرار مجلس قيادة الثورة المنحل ٧٠٩ لسنة ١٩٧٩^(٢) حيث نصت المادة المعدلة على (١ - إذا كان المطلوب تبليغه عراقياً أو أجنبياً مقيماً خارج العراق يرجى تبليغه بواسطة البريد المسجل المرجع ألا إذا وجدت اتفاقية تنص على طريقة خاصة للتبليغ ٢ - إذا كان المطلوب تبليغه عراقياً أو أجنبياً من العاملين في السفارات العراقية أو إحدى الممثلات أو الملحقيات العراقية فيرجى تبليغه بواسطة وزير الخارجية وترسل الورقة المراد تبليغها بدفتر اليد أو البريد المسجل المرجع إلى وزارة الخارجية ويعتبر المخاطب مبلغاً بتاريخ التسليم المدون في دفتر اليد أو في وصل التسليم مالم يرد أشعار إلى المحكمة بانتقاله خارج ملاك وزارة الخارجية أو تمتعه بإجازة ٣ - على المحكمة مراعاة محل إقامة المراد تبليغه وفق الفقرتين ١، ٢ من هذه المادة عند تحديد موعد المرافعة، وفي جميع الأحوال يجب تسليم ورقة التبليغ

١ - ألغيت هذه المادة بقانون الإثبات المنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٧٢٨ في ١٩٧٩/٩/٣٠ على أن تسري أحكام هذا القانون على كافة الدعاوى التي لم يصدر بشأنها حكم بات وينفذ بعد مرور ثلاثين يوماً من تاريخ نشره.

٢ - منشور في الوقائع العراقية العدد ١٧١٤ في ١٩٧٩/٦/١١

إلى دائرة البريد أو إلى وزارة الخارجية قبل مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً ولا تزيد على خمسة وأربعين يوماً من اليوم المعين للمرافعة) وفي ضوء ما تقدم فإن تحديد موعد الحضور أمام المحكمة يختلف بحسب مكان تواجد المطلوب تبليغه من حيث قرب أو بعد دولة الإقامة من العراق فهي مسألة تخضع لتقدير المحكمة.

الفرع الأول

فهذا التعريف قاصر على بيان جهة الإصدار، وحتى يكتمل معنى اتصاف الحكم بالصفة الأجنبية كان لا بد أن ينتهي التعريف بعبارة والمراد تنفيذ أمام سلطة دوله أخرى، وهي السلطة القضائية في الغالب رغم أن البعض يرى جواز أن تكون السلطة إدارية أو دينية طالما أمكن أن تكون سلطه الإصدار بنفس الوضع^(٢) ويكتفي البعض لإسباغ الصفة الأجنبية على الحكم اختلاف مكان الإصدار عن مكان التنفيذ. أي أن المحكمة التي تصدر الحكم تكون في مكان يختلف عن مكان المحكمة التي تقوم بتنفيذ الحكم وإن كان كلا المكانين تابعين لدولة واحدة، كما كان

٢- هشام علي صادق - مصدر سابق - ص ٢٣٨

عليه الحال أبان خضوع الجزائر للاحتلال الفرنسي حيث تعد الأحكام الصادرة عن المحاكم الجزائرية بالنسبة للمحاكم الفرنسية أحكام أجنبية رغم وحدة الدولة في المكانين آنذاك، ويشترط البعض تمثيل المحاكم الأولى (محاكم الإصدار) سيادة دولة تختلف عن سيادة الدولة التي تمثلها المحكمة الثانية (محاكم التنفيذ)^(١). وتعتقد أن من ألا صوب هو أن تكون المحكمة التي أصدرت الحكم داخله ضمن سيادة دولة معينه والمحكمة المطلوب منها التنفيذ داخله ضمن سيادة دولة أخرى وهذا ما يقره الواقع والممارسة في التطبيق العملي على المستوى الدولي. وسواء تعلق الحكم بمسائل من القانون العام أم القانون الخاص فإذا كان على الوضع المتقدم فيكون موصوف بالصفة الأجنبية، لأن الاختلاف يظهر بين الأحكام الأجنبية المتعلقة بالمسائل المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، وتلك المتعلقة بالمسائل الجنائية والإدارية من حيث التنفيذ خارج حدود دولة إصدارها فالأولى تنال التنفيذ لأنها لا تتعارض مع سيادة دولة تنفيذ الأحكام الأجنبية في حين لا تنال الثاني التنفيذ لأن فيها مساس بسيادة الدولة المطلوب إليها التنفيذ وهو حكم نسبي فهناك فرص لتنفيذ الأحكام الجنائية الأجنبية مثلاً في حالات تقضي بها اتفاقيه دوليه تنظم تنفيذها^(٢).

وعليه يعرف الحكم الأجنبي على الرأي الغالب بأنه الحكم الصادر من محكمه أجنبية مؤلفه خارج الدولة المراد تنفيذ الحكم على أراضيها والمكتسب الدرجة القطعية ومقرر لحقوق مدنيه أو تجاريه أو قاض بتعويض في دعاوى جزائية أو متعلق بالأحوال الشخصية^(٣).

١- للمزيد ينظر راند حمود الجزائري - مصدر سابق - ص ٢٠ وما بعدها

٢- د. هشام علي صادق، المصدر السابق - ص ٣٣٤

٣- د. حسن الهداري وغالب الداودي - القانون الدولي الخاص - الكتاب الثاني، مصدر سابق، إلى نفس المعنى ذهبت المادة (٢٥) من اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ والتي صادق عليها العراق بقانون رقم ١١٠ لسنة ١٩٨٤ وبذلك المادة (٢٧) من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي لعام ١٩٨٩ كما كان في نفس -

الفرع الثاني أحكام التحكيم الأجنبي

التحكيم هو القضاء المختار وهو الأسبق تاريخياً كوسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد، وهو في الوقت الحاضر من الوسائل غير القضائية ويكون التحكيم من حيث نطاقه على نوعين الأول التحكيم في نطاق القانون الدولي العام وينصب على مسألة دوليه تهم أشخاص القانون الدولي العام، والثاني التحكيم في نطاق القانون الداخلي وينصب على مسألة داخلية بين الأفراد أو بينهم وبين المؤسسات الإدارية، وإذا كان النوع الأول تحكمه قواعد القانون الدولي فإن الثاني يكون محكوم بموجب قواعد القانون لداخلي، وفي إطار التحكيم الأخير يوجد نوعان هما التحكيم في إطار القانون العام الإداري، والتحكيم في إطار القانون الخاص والذي يهمننا هنا هو التحكيم في مسائل القانون الخاص^(١).

وفي إطار القانون الخاص يعرف التحكيم بأنه الاتفاق على عرض النزاع أمام شخص أو أشخاص يفصلون في نزاع قائم أو سيقوم في المستقبل، ويمكن أن يكون التحكيم من بين شروط العقد الأصلي، ويمكن أن يكون عقد مستقل ويسمى بمشارطة التحكيم ويوصفه البعض بأنه القضاء المختار كما أن المحكومون يستمدون صلاحياتهم من اتفاق التحكيم سواء أكان على شكل شرط أم عقد مستقل.

→ الاتجاه المادة (١) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ المعدل في حين استبعد قانون الأحكام الأجنبية الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية من نطاق لتطبيقه.

١- د. عبد الفتاح حجازي - مصدر سابق ص ١٧٠ وما بعدها.

المطلب الثاني

۰۰۰۰

الفرع الأول

شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية

ففي إطار الأحكام القضائية يتطلب تنفيذها توافر جملة شروط فيها تفحصها المحكمة المطلوب منها التنفيذ بالنظر لقانون دولتها من ناحية وبحسب قانون محكمه إصدارها من ناحية أخرى، وعليه سنعرض لهذه الشروط على النحو الآتي:

أولاً: المعاملة بالمثل وبحسب هذا الشرط فإن محاكم دولة التنفيذ تنظر لدولة المحاكم التي أصدرت الحكم فإذا كانت الأخيرة تنفذ أحكام محاكم الدولة الأولى على أراضيها بنفس الإجراءات والوسائل، أي إذا كانت محاكم الدولة التي أصدرت الحكم تعتمد نظام المراجعة في تنفيذ الأحكام الأجنبية فإن أحكامها ستبتع معها نفس النظام من دولة التنفيذ على رأى البعض في حين يرى البعض الأخرى أن دولة التنفيذ تعتمد على نظام المقرر في قانونها وإن كان يختلف عن النظام الذي تعتمده دولة الإصدار لتنفيذ أحكام دولة التنفيذ، وقد اعتمدت هذا الشرط اتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣^(١)، وأغلب التشريعات الأجنبية والعربية.

ثانياً: أن يكون موضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي يدخل ضمن مسائل القانون الخاص كما لو كان موضوع الحكم حقوق مدنية أو تجارية أو من مسائل الأحوال الشخصية أو متعلق بتعويض بمناسبة دعوى جزائية على أن يكون الحكم في الأحوال المتقدمة منشأ لمركز قانوني لا كاشفا عنه كما هو الحال بالنسبة لأحكام الأهلية فهي تنفذ مباشرة، وذلك لأن موضوع الدعوى في الأحوال المتقدمة يتصل بمصالح الأفراد ولا يمس بسيادة الدولة إذا ما أريد الاحتجاج بها، أضافه إلى ذلك أن القوانين الخاصة بحكومة بمبدأ الشخصية

١- ومنها قانون المرافعات المصري وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني.

وان اشترط تعلق الحكم بدعوى القانون الخاص اعتمد من قبل بعض الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية الرياض السالفة الذكر^(٢) ومن قبل بعض التشريعات الأجنبية والعربية.

ثالثاً: أن يكون الحكم الأجنبي قطعي وهو يكون كذلك إذا لم يطعن به خلال مدة الطعن، أو تم الطعن به وصدق من قبل المحاكم العليا فإذا حاز الحكم هذا الوصف بحسب قانون دوله المحكمة التي أصدرته فيكون قضية مقضية وحجة على الناس كافة بما ورد فيه من أسباب وما اشتمل عليه من وقائع، ولا

١- د. منذر كمال عبد اللطيف - ص ٤٤ - ٤٥

٢- ينظر بهذا المعنى المادة (١٥) من الاتفاقية

المسألة التي صدر فيها الحكم المعيار الذي يحدد الاختصاص فيها هو معيار شخصي مرن ألا وهو الجنسية فهذا المعيار يجعل الاختصاص تخيري ومشارك بين المحاكم الأردنية والعراقية. وقد أكدت تلك الأحكام أغلب التشريعات العربية^(١) والأجنبية^(٢).

خامساً: أن لا يكون الحكم مخالف للنظام العام والآداب للدولة المراد من محاكمها تنفيذ الحكم ويقرر النظام العام والآداب وفقاً للمفاهيم الأساسية في دولة التنفيذ وقت طلب إجراءات التنفيذ لأوقت إصدار الحكم. فإذا كان الحكم وقت صدوره في دولة الإصدار مخالف للنظام العام والآداب في دولة التنفيذ إلا أنه لم يعد كذلك وقت التنفيذ ففي هذه الحالة ينفذ لأن العبرة في تقدير المخالفة من عدمها في هذا الوقت لأقبله ولأبعده. قد اعتمد هذا الشرط من قبل اتفاقية الرياض وجميع التشريعات العربية والأجنبية

سادساً: أن يكون الحكم الأجنبي قد صدر وفق الإجراءات فيه وقانونية سليمة بموجب قانون دولة الإصدار. أي أن تكون قد روعيت في إصدار الحكم إجراءات تبلغ خصوم والشهود والخبراء وتحديد مواعيد الحضور وتمكين الخصوم من الدفاع أي إعطائهم وقت كاف لجمع الأدلة التي تؤكد حقوقهم

١- المادة (٢٨) من قانون المرافعات المصري لعام ١٩٦٨ والمادة (٧٦) من قانون أصول المحاكمات اللبناني كما كان هذا هو موقف القانون الكويتي والسوداني في حين اعتمدت بعض التشريعات هذا المعيار على سبيل الاحتياط ومنها القانون اليمني للمزيد انظر د. هشام خالد - الجنسية العربية للمدعي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٣ - ص ٤٠ وما بعدها

٢- ومنها القانون المدني الفرنسي في المادة (١٥) وكذلك القانون المدني الإيطالي في المادة (١٥)

أو ترفع عنهم موانع استعمالهم لها وإن العبرة باشتراط تلك الإجراءات هي لضمان تحقيق العدالة ويتم القانون البريطاني بهذه الناحية^(١) إذا كانت الشروط السالفة يتطلب توافرها في الحكم الأجنبي حتى يصار إلى إجراءات تنفيذه، ولاحظنا أن هناك قانونين يطبقان بمناسبة استيفاء الحكم الشروط وهما قانون دولة الإصدار وقانون دولة التنفيذ. ففي إطار أحكام التحكيم الأجنبي، فإن أغلب شروط تنفيذ الأحكام القضائية تصلح في تنفيذ أحكام التحكيم إضافة إلى عدم تعارض الحكم التحكيمي مع أمر صادر في الدولة المراد تنفيذه فيها وهو ما يحمل مضمون التعارض مع النظام العام لدولة التنفيذ^(٢). مع وجود شروط مضافة أهمها أن تكون المسألة موضوع التحكيم يجوز تسويتها بالتحكيم بموجب قانون البلد المراد تنفيذ الحكم فيه أضافه إلى أن المحكم أو الحكمين لهم صلاحية التحكيم بموجب شرط أو عقد تحكيم صحيحين^(٣).

الفرع الثاني

إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية

ذكرنا سابقاً أن هناك أسلوبين لتنفيذ الأحكام الأجنبية الدولية تتطلب أما دعوى جديدة ويرفق بها الحكم الأجنبي للاستناد إليه والثاني يكفي بطلب استصدار أمر

١- من هذا الإجراءات أن لا يكون الحكم غيابياً لم يبلغ به المحكوم عليه وهو ما أكدته المادة (٣٠/ب). ينظر بهذا المعنى قرار محكمة التمييز رقم ٣٢٨/ت/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٧/٣.

٢- د. إبراهيم احمد إبراهيم - القانون الدولي الخاص - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ - ص ٢٢٤

٣- إشارة إلى هذا المعنى المادة (٣) من اتفاقية تنفيذ الأحكام الخاصة بدول الجامعة العربية لعام ١٩٥٤ وكذلك المادة (١٦) من الاتفاقية العراقية السوفيتية لعام ١٩٧٤

أولاً: مباشرة الإجراءات أمام المحكمة المختصة

ويطبق قاضي البداء قانونه الوطني على إجراءات الدعوى لأنها مسألة فنية تتعلق بالنظام العام ومن القواعد الأمرة المعنية بالأمن المدني وقد أشارت المادة (٢٨) من القانون المدني العراقي إلى ذلك حيث نصت على (قواعد الاختصاص وجميع الإجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى وتباشر فيها الإجراءات)^(٢)، وقد نظمت المواد (٤٤ - ٥٠) من قانون المرافعات العراقي إجراءات إقامة الدعوى.

ذوالسنة ثورى

وتتضمن النسخة الأصلية للحكم الأجنبي مصدق بحسب الأصول كما يرفق معه شهادة تثبت بان المحكوم عليه مبلغا بالدعوى بطرق معقولة وكافية. وذلك الحكم الغيابي وشهادة تثبت بان الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه حائز لصفه التنفيذ في البلاد الأجنبية إذا لم يكن في الحكم ما يوضح ذلك إضافة إلى صورة مترجمه عن الحكم مصدقة إذا كان مكتوب بلغة غير لغة قاضي النزاع.

وقد نظم هذه الأحكام القانون العراقي في المادة (٣/ج) من قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية، وكذلك كان الحكم في باقي التشريعات العربية كما نظمته اتفاقية الرياض^(١).

تستوفي عن دعوى طلب الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي الرسوم القضائية المقرر
عن الدعوى المدنية، وقد أكدت على ذلك المادة (١٠) من قانون أحكام المحاكم
الأجنبية في العراق حيث نصت على (يستوفي عن الدعوى التي تقام بمقتضى هذا
القانون نصف الرسوم المتعلقة بالدعوى المدنية...) وأقرت اتفاقه الرياض على عدم
جواز استيفاء أي رسوم أو مصروفات لم تفرضها المحكمة على رعايا الدولة بمناسبة
تنفيذ الأحكام الوطنية على أراضيها.

١- المادة (٣٤)، من الاتفاقية

الفرع الثالث

آثار تنفيذ الأحكام الأجنبية

تترتب على الحكم الأجنبي بعد صدور الأمر بتنفيذه في الدولة المطلوب منها التنفيذ جملة آثار منها وضع الحكم الأجنبي موضع التنفيذ وحيازته لحجية الأمر المقضي به وأخيرا يعد الحكم دليل للإثبات وعليه سنبحث الموضوع من خلال ثلاثة بنود:

أولاً: تنفيذ الحكم الأجنبي. بعد صدور الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي من قبل المحكمة المختصة في الدولة المطلوب منها التنفيذ يستطيع حامل الحكم مراجعة الدوائر المختصة بالتنفيذ في الدولة الأخير لمطالبتها بتنفيذه، فتتولى الأخير التنفيذ من خلال إلزام المحكوم عليه بأداء ما حكم به لحساب المحكوم له.

ثانياً: حجية الحكم الأجنبي. إذا كان الحكم الوطني بمجرد اكتسابه الدرجة القطعية يحوز حجية الشيء المقضي به ويشكل قضية مقضية وحجة على الناس كافة فهل ينسحب هذا المبدأ على الأحكام الأجنبية أي أنها تأخذ نفس خصائص الحكم الوطني بمجرد صدورها في دولة المحكمة التي أصدرت الأحكام الأجنبية. لقد ظهر بمناسبة هذا التساؤل اتجاهين الأول يذهب إلى أن الحكم الأجنبي لا يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره أمام دولة التنفيذ ذلك لأن القاضي الوطني يعمل بأمر تصدر عن السلطات الوطنية ولا يعمل بأي أمر أجنبي ذلك لأن القضاء مظهر من مظاهر السيادة فتحريكه لتنفيذ حكم أجنبي يقتضي أن يأتي بأمر وطني يصدر عن المحاكم الوطنية في دولة التنفيذ لذلك يقتضي أن تكمل الإرادة الأجنبية الماثلة في الحكم الإرادة الوطنية عن طريق صدور أمر بتنفيذه فالجمع بينهم يحقق التوازن بين مبدأ احترام السيادة الإقليمية لدولة محكمة التنفيذ ومقتضيات العدالة التي يمثلها الحكم الأجنبي، وقد اخذ بهذا التوجه

المطلب الثالث

التنظيم القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية

يقتض البحث في الموضوع أن نستعرض التنظيم القانوني على المستوى الداخلي من خلال القوانين الوطنية ثم على المستوى الدولي الاتفاقيات الدولية وذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول

التنظيم التشريعي

يظهر من خلال الاطلاع على موقف بعض التشريعات الأجنبية والعربية في موضوع تنفيذ الأحكام الأجنبية أنها نظمت قواعد لتنفيذ تلك الأحكام.

ففي إطار الأحكام القضائية الأجنبية، نجد أن بعض القوانين ومنها قانون المرافعات الفرنسي نظم قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون المرافعات لعام ١٩٧٥، وقد تناول جميع الشروط السالفة، وقد استثنى الأحكام المتعلقة بالأهلية من الحصول عن الأمر بالتنفيذ، كما عالج المشرع الايطالي تلك القواعد في قانون المرافعات لعام ١٩٤٠، وقد كانت مجموعة التشريعات الانكلوأمريكية في نفس الاتجاه حيث تناولت شروط التنفيذ على التفصيل الذي أسلفناه مع اختلاف في آلية المطالبة بتنفيذ الحكم الأجنبي^(١)، كما أن قانون أصول المحاكمات التركي نظم شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية إلا أنه أورد استثناء عليها يتعلق بعدم تنفيذ الحكم الأجنبي

١- أشار إلى ذلك د. عبد الفتاح بيومي حجازي - مصدر سابق - ص ١٢ وما بعدها

مباشرة إذا كان متعلق بدعوى من مسائل الأحوال الشخصية^(١)، وهو موقف لم يتكرر في باقي التشريعات، وعلى مستوى التشريعات العربية نظم المشرع المصري قواعد شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون المرافعات رقم (١٣) لعام ١٩٦٨، كما نظم المشرع الأردني قواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية في قانون أصول المحاكمات السالف الذكر حيث حدد شروط التنفيذ على التفصيل الذي أسلفناه كما نظم المشرع العراقي تلك القواعد في قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٣٠) لعام ١٩٢٨ المعدل حيث نظم بعض شروط التنفيذ والمتعلقة بصلاحيات المحكمة الأجنبية من الناحية الدولية لنظر الدعوى في المادة (٧) التي نصت على (تعتبر المحكمة ذات صلاحية إذا تحققت أحد الشروط الآتية أ. كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائن في البلاد الأجنبية ب. كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية أو كان يصدر تنفيذه هناك كلا أو قسما منه يتعلق به الحكم ج. كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية د. كون المحكوم عليه مقيما عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغول بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى هـ. كون المحكوم عليه قد حضر الدعوى باختياره و. كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية في دعواه)، كما نظم باقي الشروط في القانون المدني ومنها المادة (١٦) التي أكدت على قبول تنفيذ الأحكام الأجنبية في حالة صدورها وفقا للإجراءات المتبعة في دولة الإصدار، كذلك نظمت المادة (١٤) والمادة (١٥) من القانون حدود الصلاحية الدولية للمحاكم العراقية التي يمتنع منها اختصاص

١- حيث سبق للقضاء التركي أن رفضت تنفيذ حكم صادر من محكمة حلب الحقوقية في سوريا يتعلق بوصية كان قد حررها شخص بأموال كائنة على الأراضي التركية لحساب زوجته لأن المادة (٥٤٠) من قانون أصول المحاكمات التركي تمنع المحاكم من تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية وقد اعترض جانب من الفقه على هذا الموقف القضائي لما يفضي إليه من مواجهة الأحكام التركية المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية للأجانب إذا ما أريد تنفيذها في دولهم انظر د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القسم الثاني - المصدر السابق - ص ٢٦٦ هامش (١)

القضاء الأجنبي، كما أكدت على القواعد المنظمة لشروط تنفيذ الأحكام الأجنبية الاتفاقيات التي صادق عليها العراق^(١).

أما في إطار أحكام التحكيم فقد نظم المشرع الفرنسي أحكام التحكيم بشكل عام في قانون المرافعات الفرنسي النافذ وكذلك فعل المشرع الهولندي، إلا أن المشرع الفرنسي لم يبين الطريقة التي ينفذ فيها حكم التحكيم الأجنبي، وفي هذا السياق اتجه قضاء محكمة النقض الفرنسية منذ عام ١٩٣٧ على معاملة حكم التحكيم الأجنبي معاملة حكم التحكيم الوطني^(٢)، وعلى مستوى التشريعات العربية اتجه المشرع المصري إلى تنظيم أحكام التحكيم الدولي في قانون رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤ النافذ وتطلب لتنفيذه نفس إجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي والمتمثلة باستصدار أمر بالتنفيذ، كما كان هذا اتجاه المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات لعام ١٩٧٦، وبالمقابل لم ينظم المشرع العراقي قواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبي لأفي قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية ولا قانون المرافعات أنها نص في القانون الأخير على قواعد لأحكام التحكيم الوطني وآليات تنفيذها^(٣)، وقد اتجه البعض إلى القول بأن

١- ينظر بهذا المعنى قرار محكمة تمييز العراق العدد ٥٧٥/منية ثالثة/٢٠٠١ في ٢٢/٣/٢٠٠١ والقاضي بنقض قرار محكمة بداءة الرصافة الصادر في ٩/١٢/٢٠٠ في الدعوى المرقمة ٢١٧٨/أب/٢٠٠٠ الذي رد دعوى الزوجة بالمطالبة بتنفيذ حكمين كانت قد أصدرتهما محكمة صولبح الشرعية في عمان الأردن والقاضيان بنفقة للزوجة والأولاد بحجة عدم جواز تنفيذ الحكم لمرتين وقد سببت محكمة التمييز قرارها بعدم وجود مانع من تنفيذ الحكم لمرتين حسب قانون تنفيذ أحكام المحاكم الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ المعدل واتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ القرار منشور في مجلة العدالة العدد الرابع - تشرين الثاني - كانون الأول - ٢٠٠١ ص ٧٠ - ٧١

٢- أشار إلى ذلك د. محسن شفيق القانون التجاري الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ - ٣٢٣

٣- وقد أثير التساؤل في الفقه حول القيمة القانونية لقرار التحكيم هل ينفذ بنفس الطريقة التي ينفذ فيها الحكم القضائي وقد أجيب عن ذلك باتجاهين الأول يرى بأن حكم التحكيم له طبيعة قضائية وبالتالي يعامل معاملة الحكم القضائي بينما يذهب الاتجاه الثاني إلى القول بأن التحكيم يكون من طبيعة تعاقدية لأن مصدره عقد التحكيم ولا يمكن مع ذلك معاملة حكم التحكيم معاملة الحكم القضائي بينما يذهب كل ←

الفرع الثاني

١- د. حسن الهداوي ود. غالب الداودي - القسم الثاني - ص ٢٨٢

تنفيذها على أراضي غيرها من الدول العربية^(١)، كما ذهبت اتفاقية الرياض في هذا السياق إذ تناولت شروط تنفيذ الأحكام القضائية^(٢)، واتفاقية التعاون القضائي بين العراق ومصر لعام ١٩٦٤^(٣).

أما في إطار أحكام التحكيم الأجنبية فقد أشارت إلى شروط تنفيذ أحكام التحكيم اتفاقية الرياض المذكورة سلفاً^(٤)، كما إشارة إلى شروط تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية اتفاقية تنفيذ الأحكام الخاصة بالدول العربية^(٥)، وكذلك الاتفاقية المعقودة بين العراق والاتحاد السوفيتي سابقاً إلى ذلك^(٦).

وتظهر قراءة نصوص الاتفاقيات الجماعية والثنائية المتقدمة أن هناك حد أدنى من الشروط يقتضي توافرها في الحكم التحكيمي الأجنبي لتنفيذه تتمثل بما يأتي:

- ١- أن يكون حكم المحكمون نهائي أي قطعي ويات.
- ٢- أن يكون حكم المحكمون صادر بالاستناد إلى شرط أو اتفاق تحكيم صحيحين.
- ٣- أن يكون النزاع الذي صدر فيه حكم التحكيم مما يجوز حسمه عن طريق التحكيم بموجب قانون الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم.
- ٤- أن لا يكون حكم التحكيم مخالف للنظام العام والآداب في الدولة المطلوب منها تنفيذ الحكم.
- ٥- أن يكون أطراف النزاع قد ابلغوا بشكل أصولي وصحيح.
- ٦- أن يكون المحكمون مختصين بموجب شرط أو اتفاق تحكيم صحيحين.

١- المواد (١ - ٦) من الاتفاقية

٢- المواد (٣٠ - ٣٤) من الاتفاقية

٣- المواد (١٩ - ٢٢) من الاتفاقية

٤- المادة (٣٧) من الاتفاقية

٥- المادة (٣) من الاتفاقية

٦- المادة (١٦) من الاتفاقية وقد صادق العراق على هذه الاتفاقية بقانون رقم ١٠٤ لسنة ١٩٧٣

أولاً: المصادر العربية

١- الكتب

- ١- د. ابراهيم احمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الجنسية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- ٢- د. ابو العلا النمر النظام القانوني للجنسية المصرية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٣- أ. احمد محمود الفضلي - التحايل على القانون في القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - دار المناهج للطبع والتوزيع - ١٩٩٨.
- ٤- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط ١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ١٩٩٦.
- ٥- د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
- ٦- احمد عبد الكريم سلامة ود. محمد الروبي، قانون الجنسية المصرية ومراكز الأجانب، مطبعة الاسراء، ٢٠٠٣.

- ٢٦- د. عبد الرسول عبد الرضا _ الجنسية والعلاقات الدولية _ الطبعة الأولى
_ منشورات زين الحقوقية _ بيروت _ لبنان _ ٢٠١٠.
- ٢٧- د. عبد المنعم زمزم، جنسية أبناء الام المصرية، ط١، دار النهضة العربية،
القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٨- د. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، الجنسية - مركز
الأجانب - تنازع الاختصاص القانوني - الاختصاص القضائي الدولي، النسر
الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣.
- ٢٩- د. عصمت عبد المجيد، الحماية القانونية لحقوق المؤلف، المكتبة الوطنية،
بغداد، ٢٠٠٣، ص ١٣٢٠ وما بعدها.
- ٣٠- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول في الجنسية والمواطن
ومركز الأجانب، ط١١، مطابع الهيئة العامة المصرية للكتاب، ١٩٨٦.
- ٣١- د. عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين وتنازع
الاختصاص القضائي الدوليين - الجزء الثاني - الطبعة السادسة - دار النهضة
العربية - القاهرة - ١٩٦٩.
- ٣٢- د. عكاشة محمد عبد العال، احكام الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب، الجزء
الأول، احكام الجنسية، الدار الجامعية للطباعة، بيروت ١٩٩٠.
- ٣٣- د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الجنسية
المصرية - الاختصاص القضائي الدولي - تنفيذ الاحكام الأجنبية، دار الجامعة
الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٦.
- ٣٤- د. عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في احكام الجنسية، منشورات الحلبي
الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢.

- ٣٥- د. علي الزيني، القانون الدولي الخاص المصري والمقارن، الجزء الأول، ط١، مطبعة الرحمانية، مصر، ١٩٣٠.
- ٣٦- د. عوض الله شيبه محمد السيد - موجز القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٣٧- د. غالب الداودي - القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الأجنبية - الجزء الأول - الطبعة الأولى - مطبعة حماد - عمان - الاردن - ١٩٩٦.
- ٣٨- د. فؤاد عبد المنعم رياض، أصول الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- ٣٩- د. فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- ٤٠- د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، الرجز في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.
- ٤١- د. ماجد الحلواني، القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، قسم القانون الدولي، ١٩٧٤/٧٣.
- ٤٢- د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة القافة الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ٤٣- د. محمد الروبي، الجنسية ومركز الأجانب في القانون المقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.
- ٤٤- د. محمد مبروك اللافي - تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي - منشورات الجامعة المفتوحة - الدار الوطنية للكتب بنغازي - ١٩٩٤ - ٧١.

- ٤٥- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص العراقي والمقارن، بغداد، ١٩٧٣.
- ٤٦- د. ممدوح عبد الكريم حافظ - القانون الدولي الخاص الاردني والمقارن - الجزء الأول - الطبعة الأولى - مطبعة الارز - مكتبة دار الثقافة والنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٨.
- ٤٧- د. منير عبد المجيد - تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٩١.
- ٤٨- هشام خالد. اكتساب الجنسية الأصلية بالميلاد لاب وطني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٤٩- د. هشام خالد - التنازع الانتقالي في تنازع القوانين - دار الفكر الجامعي - ٣٠ ش. سويتز - الازارطة - الاسكندرية - ٢٠٠١.
- ٥٠- د. هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، الجنسية اللبنانية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠.
- ٥١- د. هشام علي صادق، الجنسية المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٢.
- ٥٢- د. هشام علي صادق ود. حفيظ الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٥٣- د. هشام علي صادق ود. عكاشة محمد عبد العال ود. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٥٤- د. هشام علي صادق - دروس في القانون الدولي الخاص - منشأة المعارف - الاسكندرية - ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤.

- ٥٥- د. هشام علي صادق - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية - منشأة - المعارف - الاسكندرية - ١٩٩٥.
- ٥٦- د. هشام علي صادق - تنازع القوانين - الطبعة الثانية - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٤.
- ٥٧- دهشام علي صادق - القانون الدولي الخاص - تنازع القوانين - الكتاب الثاني - دار المطبوعات الجامعية - الاسكندرية - ٢٠٠٤.
- ٥٨- د. سامي بديع منصور - الوسيط في القانون الدولي الخاص وحلول النزاعات الدولية الخاصة - الطبعة الأولى - دار العلوم - بيروت - لبنان - ١٩٩٤.
- ٥٩- د. سامي بديع منصور ود. عكاشة محمد عبد العال - القانون الدولي الخاص - الدار الجامعية - بيروت - بلا سنة طبع.
- ٦٠- د. سعيد يوسف البستاني - القانون الدولي الخاص - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي - بيروت - لبنان - ٢٠٠٤.

٢- الرسائل والاطاريح

- ١- عبد الرسول عبد الرضا جابر الاسدي، الجنسية في العلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٧.
- ٢- مجد الدين طاهر خربوط، مشكلة تعدد الجنسيات وتحديد المعاملة القانونية لتعدد الجنسية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٧.
- ٣- منصور يحيى عبد الله محمد - تنازع القوانين في مسائل الميراث والوصية - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة الموصل - ٢٠٠٢.

- [illegible]

٤- المجموعات القضائية

- ١- ابراهيم سيد احمد، مبادئ محكمة النقض في الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٠
 - ٢- مجموعة احكام محكمة النقض المكتب الفني، السنة الأربعون، ج٢، ابريل - اكتوبر ١٩٨٩، الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، ١٩٩٤
 - ٣- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في ١٥ عام من ١٩٣١ - ١٩٥٥، الجزء الأول، بلا مكان وسنة طبع.
 - ٤- مجموعة احكام محكمة النقض، الدائرة الجنائية، السنة الخامسة، العدد الأول، بلا مكان وسنة طبع.
 - ٥- مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين العدد الأول السنة الرابعة والعشرون (كانون ثاني - شباط) بغداد - ١٩٦٩.
 - ٦- مجلة القضاء، العدد الأول والثاني والثالث والرابع، السنة الثالثة والخمسون، ١٩٩٩.
- ٥- الاتفاقيات الدولية
- ١- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠.
 - ٢- اتفاقية القضاء على كافة اشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩.
 - ٣- اتفاقية جنسية النساء المتزوجات لعام ١٩٥٧.
 - ٤- اتفاقية الجامعة العربية لعام ١٩٥٤.
 - ٥- اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦.
 - ٦- اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بجنسية الأشخاص الطبيعيين في حالة خلافة الدول، لعام ٢٠٠٠

القوانين

القوانين العراقية

- أ. دستور العراق لعام ٢٠٠٥.
- ب. قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤.
- ج. قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٩٣.
- د. قانون الجنسية العراقية رقم ٤٦ لسنة ١٩٩٠.
- هـ. قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦.
- و. قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.
- ز. القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- ح. قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩ وتعديلاته.
- ط. قانون التجارة رقم ٣٠ لعام ١٩٨٤.
- ك. قانون الشركات رقم ٢١ لعام ١٩٩٧ وتعديلاته لغاية ٢٠٠٤.
- ل. قانون الإثبات رقم ١٠٧ لعام ١٩٧٩ وتعديلاته لغاية ٢٠٠٠.

القوانين العربية والأجنبية

- ١- القانون المدني المصري رقم ١١٣ لسنة ١٩٤٨.
- ٢- قانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥.
- ٣- القانون المدني الاردني رقم ٤٣ لعام ١٩٧٦.
- ٤- قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لعام ١٩٦١.
- ٥- قانون الجنسية الاردني رقم ٦ لعام ١٩٥٤. المعدل لعام ١٩٦٣.
- ٦- قانون الجنسية الصيني لعام ١٩٨٠.

الدوريات

- ١- مجلة العدالة - العدد الرابع - تشرين أول - تشرين ثاني - كانون أول تصدرها وزارة العدل - ٢٠٠١.
- ٢- مجلة القضاء - الاعداد الأول والثاني والثالث والرابع - السنة الثانية والخمسون - تصدرها نقابة المحامين - مطبعة النورس - بغداد - ١٩٩٩.
- ٣- جريدة الوقائع العراقية العدد ٢٩٧٦ في ١٦/٣/١٩٨٤.
- ٤- مجلة القضاء العددين الثاني والثالث - السنة الرابعة والثلاثون - تموز كانون أول - تصدرها نقابة المحامين - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٩.
- ٥- مجلة القضاء العدد الثالث - السنة الخامسة تموز آب ايلول - تصدرها نقابة المحامين - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٣.
- ٦- مجلة القضاء العدد الثاني - السنة السادسة والعشرون - نيسان اذار - حزيران - تصدرها نقابة المحامين - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٧٠.
- ٧- مجلة ديوان التدوين القانوني العددين الأول والثاني - السنة الرابعة - كانون أول - تصدرها ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل - ١٩٦٥.
- ٨- مجلة القضاء - العددين الأول والثاني - السنة السادسة - كانون ثاني نيسان - تصدرها نقابة المحامين - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٨.
- ٩- مجلة القضاء - العدد الثالث - السنة السادسة عشرة - حزيران - تصدرها نقابة المحامين - مطبعة العاني - بغداد - ١٩٥٨.
- ١٠- مجلة الاحكام القضائية - العدد الأول - المجلد الأول - اذار - دار المعرفة - بغداد - ١٩٥٣.
- ١١- مجلة القضاء العدد (١، ٢، ٣) السنة السابعة عشرة - نيسان، تموز - ١٩٥٩.

- 1- Frinto - not/Bahrian.
- 2- Alwaqt. com/bofg plrint.
- 3- www. hcch. net.
- 4- www. annahar. com.
- 5- www. f- law. net.
- 6- www. iraqja. org.
- 7- W. W. W. Law Washington edw courses, rumastry, E5, 21 notes export Handout - Huang. Htm.

- ١- اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣.
- ٢- اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠.
- ٣- اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية في ٢٤ نيسان ١٩٦٣

الكتب

- ## الدوريات

- 1- Revue critique de droit international prive - parise - 1981.
- 2- Revue critique de droit international prive - parise - 1972.

3- Revue critique de droit international prive – parise – 1950.

تأليفات

1- Viena convention 1980 on the law applicable to international sales of goods.

2- Hagne convention on celbration and re reconition of the Validity of marriages 14march 1978.

3- Hague convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercil matters February list 1971

4- Washigton convention of 18 march 1965 on the settlement of invstiment disputes between states and nationals of other states.

5- Hague convention pour regler les conflits entre la loi nationale et la loi du Domicile 15 juin 1955.

6- Hague convention relating to the effects of marriage 17 juillet 1905.

Hague convention relating to the civil procedure 17 Juillet 1905

7- Hague convention pour rèler les conflits de lois on mtere De marriage 12Juin 1902.

8- Hague convention relating to the settlement of the conflict of laws and Jurisdctions as regards to divorce and sparation 12 June 1902.

المحتويات

المقدمة ٥

الفصل الأول

الجنسية

تمهيد	٢١
المبحث الأول: تاصيل الجنسية	٢٢
المطلب الأول: التاصيل التاريخي للجنسية	٢٢
المطلب الثاني: التاصيل القانوني للجنسية	٢٤
الفرع الأول: التعريف بالجنسية	٢٤
الفرع الثاني: عناصر الجنسية	٢٥
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للجنسية	٣٠
الفرع الرابع: أساس الجنسية	٣٢
الفرع الخامس: وظائف الجنسية	٣٣
الفرع السادس: المبادئ المثالية في مادة الجنسية	٣٤
المبحث الثاني: أسس تعيين الجنسية	٤٤

- المطلب الأول: أسس تعيين جنسية الأشخاص الطبيعية ... ٤٤
- الفرع الأول: أسس تعيين جنسية التأسيس ... ٤٥
- الفرع الثاني: أسس تعيين الجنسية الأصلية ... ٤٩
- الفرع الثالث: أسس تعيين الجنسية المكتسبة ... ٦٣
- المطلب الثاني: اشكاليات جنسية الأشخاص الطبيعية ... ٩٤
- الفرع الأول: فقدان الجنسية ... ٩٤
- الفرع الثاني: استرجاع الجنسية ... ١٠٨
- المطلب الثالث: أسس تعيين جنسية الأشخاص المعنوية ... ١١٧
- الفرع الأول: أسس تعيين جنسية الشخص المعنوي ... ١١٧
- الفرع الثاني: أسس تعيين جنسية أنواع من المتقولات ... ١٢٩
- المعاملات المدنية التجارية التي تحصل على متن السفن والطائرات ... ١٣٣
- المبحث الثالث: المشاكل المترتبة على أسس تعيين الجنسية ... ١٣٥
- المطلب الأول: تنازع الجنسيات ... ١٣٥
- الفرع الأول: التنازع الإيجابي للجنسيات ... ١٣٥
- الفرع الثاني: التنازع السلبي للجنسيات ... ١٤٥
- المطلب الثاني: الضمانات القانونية لحامل الجنسية ... ١٤٧
- الفرع الأول: الاختصاص في مسائل الجنسية ... ١٤٨
- الفرع الثاني: إثبات الجنسية ... ١٥٣
- الفرع الثالث: حجية الأحكام الصادرة في مسائل الجنسية ... ١٥٧

الفصل الثاني

الموطن

١٦١	تمهيد
١٦٢	المبحث الأول: التعريف بالموطن
١٦٢	المطلب الأول: معنى الوطن
١٦٢	الفرع الأول: موقف الفقه
١٦٣	الفرع الثاني: موقف التشريع
١٦٥	المطلب الثاني: عناصر الوطن
١٦٥	الفرع الأول: العنصر المادي
١٦٥	الفرع الثاني: العنصر المعنوي
١٦٧	المطلب الثالث: أسس تعيين الوطن
١٦٧	الفرع الأول: تعيين الوطن عن طريق محل الإقامة (التصوير الواقعي)
١٦٨	الفرع الثاني: تعيين الوطن عن طريق مقر الأعمال (التصوير الحكمي)
١٧٠	المطلب الرابع: أنواع الوطن
١٧٠	الفرع الأول: أنواع الوطن من حيث دوره في العلاقات القانونية
١٧١	الفرع الثاني: أنواع الوطن من حيث سند نشوؤه
١٧٢	الفرع الثالث: أنواع الوطن بحسب حجم الأعمال التي تمارس فيه

- المطلب الخامس: موطن الأشخاص المعنوية ١٧٤
- المبحث الثاني: دور الموطن وأشكاله ١٧٦
- المطلب الأول: دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص ... ١٧٦
- الفرع الأول: دور الموطن في الجنسية ١٧٦
- الفرع الثاني: دور الموطن في تنازع القوانين .. ١٧٨
- الفرع الثالث: دور الموطن في تنازع الاختصاص القضائي الدولي ١٧٩
- الفرع الرابع: دور الموطن في مركز الأجانب ١٨١
- المطلب الثاني: أشكال الموطن ١٨١
- الفرع الأول: التغير في الموطن ١٨٢
- الفرع الثاني: تنازع الموطن ١٨٥
- الفرع الثالث: القانون الذي يعين الموطن ١٨٧

الفصل الثالث

مركز الأجانب

- تمهيد ١٩٣
- المبحث الأول: النظام القانوني للأجنبي ١٩٤
- المطلب الأول: مفهوم الأجنبي ١٩٤
- الفرع الأول: التطور التاريخي لحالة الأجنبي ١٩٤
- الفرع الثاني: معنى الأجنبي ١٩٨

٢٠١	المطلب الثاني: القواعد القانونية الحاكمة للأجنبي
٢٠١	الفرع الأول: الحالة القانونية للأجنبي
٢٠٢	الفرع الثاني: القواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي
٢٠٣	الفرع الثالث: مصادر القواعد القانونية المنظمة لحالة الأجنبي
٢٠٧	المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على حركة الأجنبي
٢٠٧	المطلب الأول: وضع الأجنبي عبر الحدود
٢٠٩	الفرع الأول: الدخول
٢١٣	الفرع الثاني: الإقامة
٢١٥	الفرع الثالث: الخروج
٢٤١	المطلب الثاني: حقوق الأجنبي والتزاماته
٢٤٢	الفرع الأول: حقوق الأجنبي
٢٣٤	الفرع الثاني: التكاليف الملقاة على الأجنبي

الفصل الرابع

التنازع الدولي للقوانين

٢٣٩	تمهيد
٢٤١	المبحث الأول: التعريف بتنازع القوانين
٢٤١	المطلب الأول: معنى تنازع القوانين
٢٤٣	المطلب الثاني: مقومات تنازع القوانين

- الفرع الأول: الصفة الأجنبية للعلاقة القانونية ٢٤٤
- الفرع الثاني: الصفة الخاصة للعلاقة القانونية ٢٤٦
- الفرع الثالث: مرونة المشرع الوطني إزاء القانون الأجنبي ٢٥٠
- الفرع الرابع: اختلاف القوانين في المسائل الثانوية ٢٥٢
- الفرع الخامس: الصفة الدولية للتنازع ٢٥٣
- المبحث الثاني: قواعد حل تنازع القوانين ٢٥٦
- المطلب الأول: القواعد الموضوعية ٢٥٦
- المطلب الثاني: قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) ٢٥٧
- الفرع الأول: التطور التاريخي لقواعد تنازع القوانين ٢٥٩
- الفرع الثاني: عناصر قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) ٢٦٥
- الفرع الثالث: خصائص قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) ٢٦٧
- المطلب الثالث: تطبيق قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد) ٢٦٨
- الفرع الأول: أساس تطبيق القواعد ٢٦٨
- الفرع الثاني: اشكاليات تطبيق القواعد ٢٦٩
- المبحث الثالث: نطاق تطبيق قواعد تنازع القوانين ٢٩٢
- المطلب الأول: مسائل الأحوال الشخصية ٢٩٣
- الفرع الأول: اشكاليات تطبيق قانون الجنسية ٢٩٥
- الفرع الثاني: الأهلية ٣٠٠
- الفرع الثالث: الزواج ٣٠٦

٣١٥	الفرع الرابع: النفقة
٣١٦	الفرع الخامس: العلاقات الناشئة بأثر الموت
٣٢٠	المطلب الثاني: مسائل الأحوال العينية
٣٢١	الفرع الأول: الاموال المادية
٣٢٨	الفرع الثاني: الاموال المعنوية
٣٣٤	المطلب الثالث: مسائل الالتزامات العقدية
٣٣٤	الفرع الأول: التطور التاريخي لقاعدة الاسناد
٣٣٥	الفرع الثاني: شروط أعمال قاعدة الاسناد
٣٣٨	الفرع الثالث: أعمال قاعدة الاسناد
٣٣٩	الفرع الرابع: نطاق تطبيق قاعدة الاسناد
٣٤٠	الفرع الخامس: موقف القانون المقارن والعراقي
٣٤٣	المطلب الرابع: مسائل الالتزامات غير العقدية
٣٤٣	الفرع الأول: المقصود بالالتزامات غير التعاقدية
٣٤٤	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق في الالتزامات غير العقدية
٣٥٠	المطلب الخامس: مسائل الشكل
٣٥٠	الفرع الأول: معنى الشكل
٣٥٢	الفرع الثاني: نطاق تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل
٣٥٣	الفرع الثالث: موقف القانون العراقي والمقارن
٣٥٥	المبحث الرابع: حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين

ذوالسنت نبوی