جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـامعـــــة كـربـــــلاء / كلية القانون

(الدور الاحتياطي للموطن "دراسة مقارنة")

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة كربلاء وهي جزء من

متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

كتبت بواسطة : مظاهر مهدي صالح الدده

بإشـــــراف

الأســتاذ الدكتــور

حسن علي كاظم المجمع

اكتوبر /2022/م ربيع الأول/1444/هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

{ وَالْأَرْضَ فَرَشْنَاهَا فَنِعْمَ الْمَاهِدُونَ }

صدق الله العلي العظيم

سورة الذاريات : الآية 48

اقرار المشرف

اشهد ان رسالة الماجستير الموسومة بـ (الدور الاحتياطي للموطن " دراسة مقارنة") المقدمة من قبل الطالب (مظاهر مهدي صالح) الى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في قسم القانون الخاص قد جرى تحت اشرافنا ورشحناها للمناقشة... مع التقدير

التوقيع :

الاسم: أ.د حسن علي كاظم

الدرجة العلمية: استاذ

الاختصاص: قانون دولي خاص

جامعة كربلاء

بسم الله الرحمن الرحيم

(إقـــرار المقوم اللغوي)

أشـــهد أني قد اطلعت على رســـالة الماجســـتير للطالب (مظاهر مهدي صـــالح) الموســـومة (الدور الاحتياطي للموطن "دراسة مقارنة") وقد قومتها من الناحية اللغوية والاسلوبية وبذلك تكون صالحة للمناقشة.

التوقيع :

الاسم : أ.م.د علياء نصرت حسن

الشهادة والتخصص : دكتوراه لغة عربية /صرف

التاريخ :١٤/٦/2022

إقرار لجنة مناقشة ماجستير

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (الدور الاحتياطي للمو طن "دراسة مقارنة ")،وناقشنا الطالب(مظاهر مهدي صالح) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (جيد جداً) .

التوقيع :

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد

(رئيساً)

التاريخ: ٣/ ١٠/ 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. محمد خيري كصير

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.م .د. ثامر داود عبود

(عضواً)

التاريخ: / / 2022

التوقيع :

الاسم: أ.د. حســـــن علي كاظم

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: ٢/ ١٠ / 2022

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٢٥/ ١٠ / 2022

الإهـــــــداء

أهدي هذا الجهد المتواضع

إلى من شرّفني بحمل اسمه, والدي رحمه الله تعالى وتغمده بواسع رحمته ...

الذي بذل الغالي والنفيس من اجلي, ورحل قبل ان يرى ثمرة غرسه ...

وإلى روح أخي الاكبر وسندي غسان ...

إلى من لم تفارقني دعواتها والدتي رمز العطاء والصبر, أمدّ الله في عمرها ...

إلى من تناصفت معي الجهد ومدتني بالعزيمة, زوجتي الغالية

إلى اهلي والعضد والساعد أخواني الأعزاء وأصدقائي وزملائي جميعًا

إلى الشموع التي تحترق لتضيء للآخرين

كل من دافع عن تراب هذا الوطن العزيز ..

إلى كل من علّمني حرفًا من اساتذتي جميعًا

أهدي هذا البحث المتواضع راجيًا من المولى

عزّ وجَلّ أن يجد القبول والنجاح.

الباحث

الشكر والثنـــــاء

الحمدُ لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين نبينا محمد (صل الله عليه وسلم وعلى آله) الطيبين الطاهرين ...

أول الشكر وآخره أتقدم به إلى المنعم الباري عزَّ وجل (الله) سبحانه وتعالى، الذي أحاطني برعايته الإلهية العظيمة، ويسّر لي كل عسير، وألهمني الصبر والقوة في شق طريقي نحو البحث العلمي.

كما أتوجه بخالص شكري وعرفاني، وعظيم امتناني إلى أُستاذي الفاضل الدكتور (حسن علي كاظم) ؛ لما أبداه من حسن رعاية ورحابة صدر وروح علمية مخلصة، وما قدمه لي من توجيهات ونصائح سديدة وملاحظات قيّمة ومستمرة... فدعائي له بالخير والعافية، ومزيدًا من العطاء والتقدم، كما أتقدم بالشكر والثناء إلى أساتذتي كافة في مرحلة الدراسات العليا في كلية القانون جامعة كربلاء، وأخص بالذكر السيد العميد الدكتور (ضياء عبد الله الاسدي) والسادة المعاونين كل من الدكتور (علاء الحسيني) والدكتور (نوري الشافعي) ورئيس قسم القانون الخاص الدكتورة (اشراق صباح) واخص بالشكر الدكتور (عبد الله العماري), والدكتور (صالح مهدي) وشكري إلى أساتذتنا الافاضل من المقومين العلميين واللغوي وإلى السادة الافاضل رئيس وأعضاء لجنة المناقشة الكرام, والشكر أيضًا إلى العاملين في مكتبة كلية القانون والمكتبة المركزية في جامعة كربلاء والشكر موصول إلى مكتبة العتبة الحسينية المقدسة، ومكتبة العتبة العباسية المقدسة. ومكتبة كلية القانون جامعة الكوفة، ،, كما أشكر كل اساتذتي منذ المرحلة الابتدائية وصولا إلى الجامعة وبدون استثناء وإلى كل من علمني حرف.

وكلُ كلمات الشكر والثناء لم ولن توفي حقك ابي العزيز (رحمك الله) كانت مخططاتنا ابعد بكثير ولكن قدر الله وما شاء فعل, الرحمة والمغفرة لروحك, وللصديق الصدوق الدكتور (وليد طارق) وللصديق القريب ورفيق الدرب والمسيرة العلمية الاستاذ (موسى صكر),

وأخيراً لا بدّ من كلمة شكر ومحبة وامتنان إلى كل من شدَّ من أزري، وكل من ساندني في عملي وأعطاني القدرة والإصرار في تحقيق هدفي حتى لو كان بكلمة تشجيع واحدة ، جزاهم الله خير الجزاء.

الـــباحـــث

قائمـــــة المحتـــــــــويات

	الصفحة	
	من	إلى
الملخص باللغة العربية والإنكليزية.	VI	VIII
المقدمة.	10	13
الفصل الأول **مفهوم الدور الاحتياطي للموطن.**	15	51
المبحث الأول : ماهية الدور الاحتياطي للموطن.	17	32
المطلب الأول : التعريف بالدور الاحتياطي للموطن.	17	25
الفرع الأول : تعريف الدور الاحتياطي للموطن.	17	22
الفرع الثاني : خصائص الدور الاحتياطي للموطن.	22	25
المطلب الثاني : أساس الدور الاحتياطي للموطن وشروطه.	25	32
الفرع الأول : أساس الدور الاحتياطي للموطن.	25	28
الفرع الثاني : شروط الدور الاحتياطي للموطن.	28	32
المبحث الثاني : مصادر الدور الاحتياطي للموطن وأهميته.	33	51
المطلب الأول : مصادر الدور الاحتياطي للموطن.	33	45
الفرع الأول : المصادر الدولية.	33	37
الفرع الثاني : المصادر الوطنية.	37	45
المطلب الثاني : أهمية الدور الاحتياطي للموطن.	45	51
الفرع الأول : أهمية الموطن بشكل عام.	45	49
الفر ع الثاني : أهمية الدور الاحتياطي للموطن بشكل خاص.	49	51

	الصفحة	
	من	إلى
الفصل الثاني **نطاق إعمال الدور الاحتياطي للموطن.**	53	98
المبحث الأول: الدور الاحتياطي للموطن في مسائل الجنسية.	54	69
المطلب الأول: الدور الاحتياطي للموطن في اكتساب واسترداد الجنسية.	54	60
الفرع الأول: الدور الاحتياطي للموطن في اكتساب الجنسية.	55	58
الفرع الثاني: الدور الاحتياطي للموطن في استرداد الجنسية.	58	60
المطلب الثاني: الدور الاحتياطي للموطن في تنازع الجنسيات.	61	69
الفرع الأول: دور الموطن في التنازع الإيجابي للجنسيات.	61	66
الفرع الثاني: دور الموطن في التنازع السلبي للجنسيات.	66	69
المبحث الثاني: الدور الاحتياطي للموطن في مسائل تنازع الاختصاص.	70	98
المطلب الأول: الدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص التشريعي.	70	88
الفرع الأول: القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي.	70	74
الفرع الثاني: دور الموطن في موضوع تنازع القوانين	74	88
المطلب الثاني: الدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص القضائي.	89	98
الفرع الأول: الدور الاحتياطي للموطن في تحديد الاختصاص القضائي الأصيل.	89	95
الفرع الثاني: الدور الاحتياطي للموطن في تحديد الاختصاص القضائي الطارئ.	95	98
الخاتمة.	100	103
قائمة المصادر.	105	111

الخلاصة

الـخــلاصة

فيما يتعلق بموضوع الدور الاحتياطي للموطن في القانون الدولي الخاص فقد قمنا باستقراء موقف القانون العراقي والقانون المقارن مع ارآء الفقهاء والشراح والباحثين بغية

الوقوف على المسائل التي يمارس فيها الموطن دوره الاحتياطي في مسائل القانون الدولي الخاص.

وان الأسباب التي دعت الباحث إلى اختيار هذا الموضوع تعود إلى حيوية هذا الموضوع في مسائل القانون الدولي الخاص، إذ إن تداول الفقهاء والشراح الدور الأساسي للموطن في مسائل هذا القانون، الا ان الدور الاحتياطي للموطن لم يبحث فيه كثيرًاً على مستوى جزئياته المختلفة، الامر الذي يحتم على الباحث الخوض في غمار هذا الموضوع لتحديد قواعده الأساسية والتفصيلية.

لذا طرح الباحث بعض الأسئلة المهمة في هذه الدراسة أهمها ما يتعلق بالشروط الواجب توافرها لكي يمارس الموطن دوره الاحتياطي، وتم الإجابة على هذا التساؤل بعد الاستناد إلى استقراء التطبيقات وتحليلها التي جاء بها المشرع والفقهاء وتم تحديد الشروط بطريقة قانونية ومنطقية، ومن الاسئلة الأخرى المهمة ما يتعلق بتحديد الدور الاحتياطي للموطن في مسائل الجنسية وتم الإجابة على هذا التساؤل عن طريق الاستعانة بالمسائل التي يعجز فيها ضابط الجنسية عن حل النزاع.

وقد وجدنا في البحث ان الموطن يمارس دور تكميلي في القانون الدولي الخاص، فأن لم يتوصل قاضي النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى حل وعجز عن الموقف القانوني المطروح أمامه فيأتي دور الموطن ويؤدي هنا دور احتياطي ليحل النزاع, لذلك سمي بضابط الإسناد الاحتياطي فيعمل كعامل طوارئ ليكمل الضابط الأساسي للوصول للحلول القانونية للواقعة محل النزاع وإعطاء حل لهذا التنازع بين القوانين في موضوعات القانون الدولي الخاص.

Summary

(VI)

On the subject of the reserve role of the domicile in private international law, the researcher extrapolating Iraqi legislation position

comparison and legislation with the opinions of scholars and commentators and researchers in order to identify issues where the domicile exercise its role reserve in international law matters private, as it shows us that the domicile of the person cannot be dispensed with in All conditions due to the large importance in determining the legal status of the person.

And the reasons for the researcher to subject the selection back to the vitality of this subject in international law matters private, as the intake of scholars and explain the fundamental role of the domicile in this law matters, but the reserve role of the domicile in which a lot was not looking at the level of its various molecules, which It requires the researcher to go into the midst of this topic to determine the basic and detailed rules.

So the researcher ask some important questions in this study, the most important with regard to the conditions to be met in order to domicile exercise its role reserve, was the answer to this question after based on the extrapolation and analysis of the applications brought by the legislator and jurists were determined conditions of legal and logical manner, and other descenders task with regard to select the reserve role of the domicile in nationality matters was the answer to this question by use issues where nationality officer is unable to resolve the dispute.

The researcher found in his research that the domicile exercise a complementary role in private international law, it has not reached the judge dispute tinged with an element foreign to the solution and the inability of the legal position before him comes the role of the domicile and play here the role of a reserve to solve the conflict, therefore called an officer reference Reserve thereby acting as a contingency to complete the

primary officer to gain access to legal solutions to the incident in dispute and give a solution to this conflict between the laws of the subjects of law and international private.

المقدمة

المقـدمــة

اولاً: تعريف موضوع البحث :

إذا كان الاسم يتيح التعرف على الشخص فيحدده ويميزه عن غيره من الأشخاص، فان الموطن (Le Domicile) يسمح بمعرفة وتحديد المكان الذي يقيم فيه الشخص، ومن الطبيعي أن ينسب الشخص إلى مكان معين يعدّه القانون موجوداً فيه بشأن مظاهر حياته القانونية المختلفة بما فيها مسائل الاحوال الشخصية والحالة المدنية والعائلية، وهو الوسيلة التي تعمل إلى جانب الجنسية لتوزيع الأفراد جغرافياً عبر دول العالم، أما موقف المشرع العراقي فقد عرف الموطن، كما جاء في المادة رقم (42) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة (1951) المعدل، هو "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة, بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد" .

ويقابلها بالقانون المدني المصري المرقم (131) لسنة (1948) المعدل المادة رقم (40) الفقرة رقم (1) إذ نصت "الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة" والفقرة (2) من نفس المادة "ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد اكثر من موطن كما يجوز الا يكون له موطن ما".

لذلك فأن الموطن في حقيقته يعتمد على الوجود في مكان معين بنية البقاء والاستقرار، ويظهر الدور المهم والكبير له، بإعماله كضابط اسناد أساسي في دول مدرسة القانون العام (common law) ويمثلها الدول ذات التقليد الأنجلو امريكي التي اتخذت من الموطن ضابطًا في توزيع الأفراد جغرافيًا وفي تحديد القانون الواجب التطبيق.

بينما ينحسر دور الموطن كثيراً في مدرسة القانون الخاص ويمثلها الدول ذات التقليد اللاتيني، والتي اتخذت من الجنسية ضابطًا اساسيًا في توزيع الأفراد جغرافيًا وفي تحديد القانون الواجب التطبيق، لكن على الرغم من وجود الضابط الأصلي (الجنسية) نجد ان الموطن يمارس دورًا احتياطيًا مهمًا في هذه الدول بشكل لا يمكن انكاره، فهو يسهم في حل بعض المسائل المعقدة التي لا يمكن لضابط الجنسية ان يوجد حلًا لها، وهذا هو محور البحث.

ثانياً: أهمية الموضـــوع:

تظهر أهمية الموضوع عن طريق مراجعة الدور الذي يمارسه الموطن في مسائل القانون الدولي الخاص بصورة عامة، إذ يعدّ الموطن ضابطاً اصليًا تعتمد عليه الكثير من الدول في

توزيع الافراد جغرافيًا وفي المسائل الأخرى كتنازع القوانين وفي تحديد مركز الأجانب، هذا في الدول التي تأخذ بالموطن كضابط اصلي بدلًا من ضابط الجنسية.

أما في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط أصلي في توزيع الافراد جغرافيًا وغير ذلك، ففي هذه الدول نجد أن الدور الأصلي يكون للجنسية وليس للموطن، بينما يمارس الموطن دورًا احتياطيًا في المسائل الخاصة بالقانون الدولي الخاص في هذه الدول، إذ يسهم الموطن في تحديد الجنسية في حالة التنازع السلبي للجنسية،

إذ أكد الفقه على أن الشخص عديم الجنسية يعدّ حاملًا لجنسية الدولة التي يتوطن فيها باعتبار إن الموطن يؤكد على الصلة بين الشخص وبين هذه الدولة أكثر من غيرها، كذلك يظهر دور الموطن في تحديد الجنسية الفعلية في قضية تتنازع فيها الجنسية تنازعًا ايجابيًا، إذ يعدّ الموطن من الأمور التي يستعين بها القاضي في تحديد الجنسية الفعلية للشخص المتنازع في جنسيته.

كذلك ان معرفة الدور الاحتياطي للموطن في مسائل القانون الدولي الخاص هو أمر يحقق فائدة جلية وكبيرة للمحكمة، فوجود التنظيم القانوني الذي يحدد الدور الأصلي والاحتياطي للموطن في تشريع معين يعدّ من الأمور التي تساعد المحكمة في الوصول إلى الحل المناسب للنزاع المعروض عليها.

ثالثاً: إشكالية الدراسة :

تتمثل الإشكالية الرئيسة لموضوع البحث في عدم وجود تنظيم قانوني للدور الاحتياطي للموطن في مسائل القانون الدولي الخاص، على الرغم من أهمية هذا الدور الذي يلعبه الموطن بشكل لا يمكن انكاره، بعبارة أخرى تتمثل الإشكالية الرئيسية في مدى بيان القيمة القانونية للموطن كضابط احتياطي في الدول التي تأخذ الجنسية ضابطاً اصلياً، إذ إن وضع التنظيم القانوني المناسب لهذا الدور هو أمر في غاية الأهمية بالنسبة للقضاء عن طريق الوصول إلى الحل المناسب للوقائع المعروضة عليه.

وهذه الإشكالية الرئيسة ينبع منها عدة اشكاليات فرعية أخرى هي:

1- ما مدى التأثير الفعلي للموطن كضابط احتياطي في جميع مسائل القانون الدولي الخاص؟
2- ما مدى الاعتراف بالموطن كضابط أصلي في بعض الحالات التي يعجز ضابط الجنسية عن إيجاد الحلول المناسبة لها؟

3- هل النصوص الموجودة حاليًا في هذه المنظومة كافية لتغطية دور الموطن في مسائل القانون الدولي الخاص ام نحن بحاجة إلى إضافة وتعديل؟

رابعاً: اسئـلة الدراسة:

يثير موضوع البحث عدة تساؤلات هي:

1- ما المقصود بفكرة الدور الاحتياطي للموطن في القانون الدولي الخاص...؟
2- ما هي خصائص الدور الاحتياطي للموطن...؟
3- ما هي الشروط التي يجب توافرها لكي يمارس الموطن دوره الاحتياطي...؟
4- ما هو الأساس القانوني للدور الاحتياطي للموطن...؟
5- ما هي أحكام الدور الاحتياطي للموطن في مسائل الجنسية وتنازع القوانين وغيرها من موضوعات القانون الدولي الخاص...؟

خامساً: أسباب اختيار الموضـوع :

ان أبرز ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع ما يأتي:

1- بعد البحث وجدنا قلة الدراسات القانونية حول (الدور الاحتياطي للموطن)، فلم نجد أي دراسة قانونية تحيط بجزئيات هذا العنوان المهم.
2- الأهمية الكبيرة التي تنالها فكرة الموطن في مسائل القانون الدولي الخاص، وعلى وجه التحديد في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط أصلي، لذلك تظهر الأهمية عن طريق معرفة الدور الاحتياطي للموطن في هذه الدول.

سادساً: منـهجية الدراسة:

سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، عن طريق استقراء نصوص القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة (الفرنسي والمصري), وتحليلها والوقوف على فلسفة المشرع بشأن وجود الدور الاحتياطي للموطن، وبيان الأحكام الخاصة بهذه الفكرة في القانون العراقي وقانون الدول محل المقارنة .

سابعاً: نطاق الدراسة:

نطاق البحث سيكون بين القانون العراقي بتشريعاته المختلفة كالقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل، وقانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل، وقانون العقوبات العراقي المرقم (111) لسنة (1969) المعدل، وقانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة (2006) النافذ، وقانون الإقامة العراقي المرقم (76) لسنة (2017) النافذ، مع الاشارة إلى احكام القضاء بهذا الخصوص.

ومقارنة بالقانون المدني المصري المرقم (131) لسنة (1948) المعدل .

ومقارنة مع القانون المدني الفرنسي لسنة (1804) المعدل بتأريخ 2016/10/1, والمعدل بتاريخ 2021/1/1 ، لكونه مؤسس المدرسة اللاتينية وأكثرها انفتاحًا وتطوراً.

ثامناً: هيكلية الدراسة:

للإحاطة بموضوع البحث يتعين علينا تقسيم البحث على فصلين، نتناول في الفصل الأول مفهوم الدور الاحتياطي للموطن، فيقسم على مبحثين: ندرس في أولهما ماهية الدور الاحتياطي للموطن، وعلى مطلبين أولهما بعنوان التعريف بالدور الاحتياطي للموطن والمطلب الثاني بعنوان أساس الدور الاحتياطي للموطن وشروطه، ونخصص المبحث الثاني منه لمصادر الدور الاحتياطي للموطن وأهميته وعلى مطلبين، نخصص أولهما لمصادر الدور الاحتياطي للموطن، وندرس في الثاني أهمية الدور الاحتياطي للموطن.

اما الفصل الثاني نطاق إعمال الدور الاحتياطي للموطن فهو على مبحثين: اولهما ندرس الدور الاحتياطي للموطن في مسائل الجنسية، وهو على مطلبين، الأول نبين فيه الدور الاحتياطي للموطن في اكتساب واسترداد الجنسية، والمطلب الثاني الدور الاحتياطي للموطن في تنازع الجنسيات، والمبحث الثاني نخصصه للدور الاحتياطي للموطن في مسائل تنازع الاختصاص، وهو على مطلبين، المطلب الأول نكرسه للدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص التشريعي، والمطلب الثاني الدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص القضائي.

الفصل الأول

مفهوم الدور الاحتياطي للموطن

الفصل الأول

مفهوم الدور الاحتياطي للموطن

تكمن فكرة الموطن بشكل عام في ربط الشخص بمكان معين لكي نتعامل معه برابطة قانونية نستطيع عن طريقها مخاطبته بهذه القاعدة؛ ومن الواجب أن يكون الأشخاص مرتبطين بمكان يقيمون فيه ويمارسون عملهم ونشاطاتهم عن طريقه، فمن البديهي إن هذا المكان يقع في إقليم أحد الدول فيكون ضمن منهاجها القانوني.

وان هذا النهج القانوني ما هو إلا تركيز لتصرفاته القانونية في ذلك البلد، إذ تعمل تلك الدولة بدور الحفاظ على مصلحة هذا الشخص وباقي الأشخاص ممن قد توطن في بلدهم، وذلك من منطلق استئثار المشرع الوطني في كل بلد بوضع أحكامه الخاصة للموطن وبحرية متناهية، لعدم وجود فكرة موحدة بين الدول لكي يرتقوا بوصف موحد وصورة مثلى لمفهوم الموطن، مع العرض أن في إطار العلاقات الوطنية فان إقليم الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها يعتبر وطنه وليس موطنه [1].

ولا مناص من القول بان الموطن يسمح بمعرفة وتحديد المكان الذي يقيم فيه الشخص، إذ من الطبيعي أن ينسب الشخص إلى مكان معين يعتبره القانون موجوداً فيه، بشأن مظاهر حياته القانونية المختلفة، وهو الوسيلة التي تعمل إلى جانب الجنسية لتوزيع الأفراد جغرافيًا عبر دول العالم.

وانطلاقًا مما سلف يمكننا القول إن هذا النهج القانوني للتوطن يؤدي دورًا احتياطيًا في المدرسة اللاتينية في مسائل تنازع القوانين بكافة موضوعات القانون الدولي الخاص، إذ اعتبرت هذه المدرسة والتي يصنف العراق من ضمنها كما في أغلب الدول العربية.

اخضع الدور الأساسي لضابط الإسناد الأول المتمثل بالجنسية وعاد إلى الضابط الاحتياطي أو ما يسمى بالثانوي وهو الموطن؛ لكونه مرتكز الحلول وما له من أبعاده التاريخية، فهو يعدّ أقدم وسيلة تم الرجوع إليها في مختلف المنازعات لكون فكرة الجنسية تعد حديثة الظهور ومن مرتسم حداثة الأفكار للمشرعين في مختلف أنحاء العالم.

ومن زاوية أخرى نجد أن دول المدرسة الأنجلو سكسونية وهذا المصطلح يعبر عن أسم المدرسة سابقًا، واليوم قد سميت بالمدرسة (الأنجلو أمريكية) ومثالها الولايات المتحدة وبريطانيا وكندا وغيرها من الدول، فقد منحت دور أساسي للموطن ووضعته من أولى ضوابط الإسناد وسنستبعد التبحر في هذا النظام القانوني للمدرسة وكيفية تناولها لموضوعات التنازع وحلولها،

([1]) حسام الدين فتحي ناصف، احكام الموطن في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص 20.

من أجل تسليط الضوء بشكل مفصل عن الدور الاحتياطي للموطن لعدم الخروج عن محور دراستنا.

إذ سيتم ذكر ما هو من الممكن أن يوسع أفكارنا عن طريق تناول القانون المقارن ليتسنى لنا التفريق بأدوار الموطن عن طريق رؤية كل مشرع له، وكيفية اعطائه دور أكبر في نطاق أحكامة عن طريق الاعتماد عليه كضابط اسناد احتياطي أو جعله أساسي في بعض الحالات وغيرها من التي يمكن له أن يتقدم ليحل مواضيع النزاع في الموضوعات المشوبة بعنصر أجنبي في القانون الدولي الخاص.

لذلك سندرس مفهوم هذا الدور على مبحثين، الأول منه يوضح ماهية هذا الدور بكل تفاصيله من التعريف و أساس الدور الاحتياطي للموطن فضلًا عن شروطه، والثاني يبين لنا المصادر التي لهذا الدور، فضلًا عن أهميته في موضوعات القانون الدولي الخاص.

المبحث الأول

ماهية الدور الاحتياطي للموطن

عند الخوض في ماهية موضوع بحثنا يتوجب علينا التطرق إلى التعريف عن طريق تعريف الدور الاحتياطي للموطن وبيان خصائص هذا الدور في المطلب الأول، فضلًا عن ذلك بيان أساس وشروط الدور الاحتياطي للموطن لأعماله وأخذ دوره الحقيقي، فعن طريق تبيان ما سبق نستطيع تمييز هذا الدور الاحتياطي للموطن عما يشتبه معه، وذلك لرفع اللبس عن ماهية هذا الدور وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

التعريف بالدور الاحتياطي للموطن

عند التكلم عن التعريف يتطلب منا الخوض في تعريف محور هذا المطلب فضلًا عن بيان خصائصه، وذلك للتعرف عليه بشكل كامل وفي ضوء فرعين، في الفرع الأول سنتعرض لتعريف الدور الاحتياطي للموطن، وفي الفرع الثاني سنبين خصائص هذا الدور.

الفرع الأول

تعريف الدور الاحتياطي للموطن

عند بيان تعريف الدور الاحتياطي للموطن يجب علينا أن نتطرق إلى التعريف اللغوي لمعرفة معناه لغوياً ومن بعدها بيان التعريف الفقهي وما تطرق له الفقهاء، ومن ثم إلى التعريف التشريعي وما ذكره المشرع الوطني، وما نص عليه التشريع المقارن وما التعامل التشريعي الدولي له وكما يأتي :

أولا- التعريف اللغوي :

عند البحث في المعاجم لتعريف موضوع دراستنا لغويًا نجد أن موضوعنا مركب من كلمات، لذلك سوف نأخذ كل مفرده ونبحثها من أجل بيان معناها اللغوي ونستجمع أفكار هذه المفردات في نهاية التعريف اللغوي.

1- تعريف كلمة الدور لغًة :

الدور ويعني مهمة ووظيفة، قام بدور أي لعب دورًا: شارك بدور كبير، جمعها: أدوار.

جاء في تعريف الدور بأنه "دور : دار الشيء يدور دوراناً ودواراً واستدار وإدارته وإدارة غيره وأدرت واستدرت، ... يقال : دوارة وقوارة لكل ما لم يتحرك ولم يدر فإذا تحرك ودار فهو دوار" [1] .

2- تعريف كلمة الاحتياطي لغَةً:

معنى كلمة احتياطي في اللغة يراد به :

احتياطِيّ: اسم منسوب إلى احتياط. ما يُدَّخر تحسُّبًا للطوارئ، أو ما يكون تحت الطّلب عند الحاجة، وأحاط : أحاط الشّيءَ: أحاط بالشَّيء حاطَه؛ حفظه وتعهّده بجلب ما ينفعه ورفع ما يضرّه، وقيل أن الاحتياط هو الأخذ بالأوثق من جميع الوجوه [2].

3- تعريف كلمة موطن لغَةً:

المَوْطِنُ: اسم مكان من وطَنَ بـ: كلّ مكان أقام به الإنسان لأمرٍ، المَوْطِنُ : المجلسُ، أَقَامَ فِي مَوْطِنِهِ زَمَناً: كُلُّ مَكَانٍ أَقَامَ بِهِ الإِنْسَانُ، وهو أيضًا محل الإنسان وأوطان الماشية- أي مرابضها، واستوطن الأرض أي اتخذها وطناً [3] .

وبناءً على ما تقدم من تعاريف لغوية يمكن لنا أن نستجمع أفكار هذه المفردات, وبيان المعنى اللغوي للمصطلح المركب بمعنى لغوي شامل فنقول هو الوظيفة الطارئة للمكان الذي أقام به الإنسان باعتباره قد حفظه وتعهد بجلب ما ينفعه.

ثانياً- التعريف الفقهي :

قد عرف الكثير من الفقهاء الموطن ومنهم الفقيه دايسي وستوري إذ يظهر إنهما أتفقا على أن الموطن هو "الحيز الجغرافي أو المنطقة الإقليمية التي يقصد الشخص أن يتخذها مقامًا أو مقرًا للعمل"[4]، أي قصدًا بان للموطن صورتين الأولى وهي المكان الذي يقيم فيه الشخص بنية الإقامة غير المحددة، والثانية مقر إدارة الأعمال وفيه ترتكز صلته المهنية والعائلية أو كما

([1]) محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الأفريقي، لسان العرب، ج 5، دار صادر، بيروت، ص 967.

([2]) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1989, صفحة 303.

([3]) احمد بن محمد بن علي بن المعرى الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1389 هـ ، ج 1، مادة أحوط، ص 189.

([4]) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري ، بيروت، لبنان، 2017، ص162.

يصطلح بعضهم بـ (الموطن المفترض)، ويعرف الفقيه الكاساني (الحنفي) الموطن بأنه "وطن الإنسان في بلدته أو بلدة أخرى اتخذها دارًا للتوطن بها مع أهله وولده ، وليس من قصده الارتحال عنها بل العيش فيها", ويلاحظ في هذا الصدد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون اصطلاح الوطن بمعنى الموطن[1]، وعرف "الموطن بمعناه القانوني وهو كونه رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين"[2]، وعرف الموطن بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يمارس أعمال، سواء أكانت الإقامة أو أداء الأعمال بصورة دائمة أو مؤقتة"[3].

وان كل ما تقدم كانت تعاريف للموطن بشكله العام, أما موضوع رسالتنا الدور الاحتياطي للموطن لم يرد تعريف لدى الفقهاء حول هذا الدور, وهنا جاء دورنا في هذا البحث ان نضع تعريف جامع مانع له, إذ تم استنباطه من التعاريف العامة للموطن والقراءة عن ضوابط الإسناد, وعن طريق دوره في موضوعات القانون الدولي الخاص,

إذ يمكننا أن نقول (الوظيفة التي يضطلع فيها المكان, والذي يرتبط فيه الشخص بشكل واقعي في الفروض التي لا يمكن فيها للضابط الأساسي من حل موضوع النزاع, أو يسند إليه في حال كان موضوع النزاع فيه مساس لسيادة الدولة السياسية أو الاقتصادية)، وبذلك تمكنا من وضع تعريف واضح لهذا الدور في موضوعات القانون الدولي الخاص.

ثالثاً ـ التعريف التشريعي :

إن المشرع العراقي نظم أحكام الموطن الداخلي ولم ينظم أحكام الموطن الدولي، لتأثره بفكرة الجنسية على غرار النظم القانونية اللاتينية، إلا أنه يمكن أعمال أحكام الموطن الداخلي الموضوعة أصلًا لحكم العلاقات القانونية الداخلية أو الوطنية على العلاقات الخاصة الدولية

([1]) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج1، دار الكتاب العربي، 1982، ص 103.

([2]) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري في (الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق)، ط3، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، 1954، ص 307.

([3]) مروج ربيع نعمة الخفاجي، تغير ضوابط الإسناد الشخصية وأثرها في الاختصاص القضائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، سنة 2018، ص 24.

ضمن نطاق القانون الدولي الخاص، وعد الموطن الداخلي للشخص والمتمثل بمحل إقامة موطنًا دوليًا له في العراق إذا ما أقتضى تحديد الموطن الدولي للشخص لحل مشكلة تنازع القوانين [1].

ولو سلمنا بأن اصطلاح الموطن يمكن استخدامه عل الصعيدين الداخلي والدولي لعلاقات الأفراد سيصادفنا تضاد مفاده ان الموطن على الصعيد الدولي يقصد به ارتباط شخص ما باقليم دولة معينة بأكمله دون ضرورة تحديده بمكان معين على هذا الاقليم، بينما يختلف الحال على الصعيد الداخلي إذ يعبر عن الموطن بارتباط الشخص بمكان معين في اقليم الدولة وليس الاقليم في مجموعه [2].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك فارقاً بين الموطن والإقامة ، فالموطن يكون مطبوعاً بطابع الدوام والاستقرار، أما الإقامة فهي مطبوعة بطابع التوقيت وتنصب على جزء معين من إقليم [3].

وقد عرف المشرع العراقي الموطن وذلك في المادة (42) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة (1951) المعدل "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد"، علماً بأنه ليس من مهام المشرع التعريف لكن قد قام به ويتضح لنا أن المشرع قد اعمل هذا التعريف بمجال القانون الدولي الخاص من باب القياس لعدم وجود نصوص خاصة تحكم الموطن الدولي[4]،

وتنطوي وجهة نظر المشرع العراقي في هذا النص بأن يغلب الركن المادي المتمثل بالإقامة على الركن المعنوي لاكتساب الموطن في العراق، مع العرض بأن تكون هذه الإقامة قانونية سواءً أكانت متصلة أو منقطعة أي يتخللها مدة انقطاع للدراسة أو المعالجة أو لأي سبب معقول غير ذلك، فبوجود الركن المادي وحده يكفي لان يكتسب الموطن في العراق,

---

([1]) حسن علي كاظم المجمع وإبراهيم عباس الجبوري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط1، مؤسسة دار الصادق الثقافية، بابل، العراق، سنة 2018، ص 168.

([2]) عز الدين عبد الله, القانون الدولي الخاص, الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق, ج 1, ط 11, مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب, لسنة 1986, ص 557.

([3]) جابر إبراهيم الراوي, مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن, ط 2, بغداد, العراق, لسنة ١٩٧6,ص 28.

([4]) جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج2، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، مصر، 1970،، ص 15.

فيكون القانون العراقي بذلك قد أدمج فكرة الموطن في الإقامة العادية [1]، لكون أن النص عدَ إقامة الشخص في العراق عادَة بصفة مؤقتة أو دائمة موطنًا له، فان هذه هي الغاية المنشودة من النص، فلم يبغي إلى نتيجة أخرى, فان كان ينشد لمقصد آخر لنص المشرع صراحَة على ضرورة توافر نية البقاء وهي عنصر الإقامة المستمرة، إذ إن الإقامة العادية في العراق بصورة دائمة أو مؤقتة تفترض بالضرورة وجود نية البقاء حتى لو لم تكن متصلة [2].

وقد عرف المشرع العراقي موطن إدارة الأعمال في المادة (44) من القانون المدني التي نصت على "يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة"، ولان القانون العراقي يجيز فكرة تعدد الموطن فقد يكون للشخص موطن عام يتمثل بمحل إقامته المعتادة في الأردن مثلًا، في حين يكون له موطن لإدارة أعماله يتمثل بالمحل التجاري الكائن في العراق [3].

وهذا ما استمر عليه المشرع العراقي من منطلق دساتيره، إذ نص الدستور العراقي النافذ لعام (2005) في المادة (44) فقرة (الأولى) منه على "للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه"، هذا لرؤية المشرع باتجاه المواطن العراقي أي لمن يتمتع بالجنسية العراقية، أما بخصوص الأجنبي فقد منح حق دخوله الأراضي العراقية كسفر أو إقامة على وفق قانون الإقامة العراقي النافذ المرقم (76) لسنة (2017).

كما عرف الموطن المشرع الفرنسي في المادة (102) من القانون المدني والصادر لسنة (1804) المعدل، على انه " موطن كل فرنسي، فيما يتعلق بممارسة حقوقه المدنية، هو المكان الذي توجد فيه مؤسسته الرئيسية "[4]، وذلك من منطلق حرية الإنسان في التنقل والعيش والإقامة أينما رغب فجاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام (1948) دالاً على ذلك، إذ نصت المادة (13) منه الفقرة رقم (1) على أن " لكلِّ فرد حقٌّ في حرّية التنقُّل وفي اختيار محلِّ إقامته داخل حدود الدولة" وغيرها من التعريفات التشريعية.

([1]) ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط 1، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق, لسنة 1973, ص 172.

([2]) غالب علي الداودي، وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 1 ، (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي), ص 181.

([3]) يونس صلاح علي، القانون الدولي الخاص، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2016، ص 286.

([4]) القانون المدني الفرنسي، الصادر سنة (1804), والمعدل بتأريخ 2016 .

لكن لم يتوجه أي تشريع وبمختلف المدارس القانونية لتعريف ادوار الموطن ومن ضمنها محل دراستنا (الدور الاحتياطي للموطن)، على الرغم من أن المشرع لا يلزم بتعريف هذا الدور ولكن قد وضع أحكام قانونية لتطبيقات بمواده القانونية تمنح الحلول بشكل مباشر واكتفى بذلك، كما في المادة (25) فقرة (الثانية) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة (1951) المعدل، والتي تنص على "قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه"، ونحن نطمح بان يرتقي المشرع إلى الصورة الأمثل لرفع اللبس عن كثير من الأوضاع القانونية وبيان تعريفاتها في مواده القانونية.

وتقابلها في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل المادة رقم (19) الفقرة (2) "على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

ونجد أن للمادة أعلاه يكون لها مادة مقارنة وفي القانون المدني الفرنسي والمرقمة (3) الفقرة (الثانية)، والتي نصت على أن " تخضع المباني ، حتى تلك المملوكة للأجانب ، للقانون الفرنسي".

الفرع الثاني

خصائص الدور الاحتياطي للموطن

إن للدور الاحتياطي للموطن خصائص يجب تسليط الضوء عليها، وذلك لاستكمال صورة ماهية هذا الدور وللتمكن من تميزه عن باقي الأدوار عن طريق معرفة خواصه، وكما في الشكل الآتي:

اولاً- الدور المكمل:

يقصد بأن هذا الدور هو دور مكمل للدور الأساسي، والذي يكون لضابط الإسناد الأساسي (الجنسية) في المدرسة اللاتينية، فأن لم يتوصل قاضي النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى حل وعجز عن الموقف القانوني المطروح أمامه، فيأتي دور الموطن ويؤدي هنا دورًا احتياطيًا ليحل النزاع، فلذلك سمي بضابط الإسناد الاحتياطي فيعمل كعامل طوارئ ليكمل الضابط الأساسي للوصول للحلول القانونية للواقعة محل النزاع، وإعطاء حل لهذا التنازع بين القوانين في موضوعات القانون الدولي الخاص.

ولكون إن قانون الموطن في الغالب هو قانون القاضي، وعليه تطبيقه أسهل بالمقارنة مع قانون الجنسية الذي هو أجنبي، وقد يخطئ القاضي في فهمه وتفسيره فضلًا عن صعوبة تحديده[1]، فيكون هنا ضابط الموطن مكمل لضابط الإسناد الأساسي.

ثانياً- الدور الواسع (غير مقيد):

بعد أن تعرفنا على خصيصة الدور المكمل للموطن، يمكننا أن نقول بأن من خصائص الدور الاحتياطي للموطن، بأنه واسع النطاق إذ يكون مجال تطبيقه بحالات متعددة وغير مقيدة، ومثال ذلك في التنازع الايجابي للجنسيات أي تعدد جنسيات الشخص والتنازع السلبي للجنسيات ونقصد به انعدام جنسية الشخص أي أن يكون عديم الجنسية، ولأي سبب كان وغيرها من الأوضاع القانونية، وكل ذلك في مجال منهج تنازع القوانين [2]، والتنازع في الاختصاص القضائي وجميع موضوعات القانون الدولي الخاص، فعلى الرغم من أن المدرسة اللاتينية جعلت من الموطن ضابط إسناد احتياطي لكن منحت دورًا واسعًا النطاق لحل موضوعات القانون الدولي الخاص لما له من فوائد جمة في حل المنازعات ولما له من بعد تاريخي لدى البشرية جمعاء.

ثالثاً- دور يتسم بالأفضلية في بعض الحالات:

إن هذه الخصيصة بحاجة إلى توضيح ما هو المراد منها، فكيف يمكن أن يكون للموطن دور احتياطي في أغلب أحيانه وهذا ما جرى عليه العرف في السياقات القانونية للمدرسة اللاتينية وهذا ما سار عليه مشرعنا الوطني.

إلا أن هنالك حالات قد تطور هذا الدور الاحتياطي لضابط الموطن بان يكون أساسي ويقدم على ضابط الجنسية، والذي كان هو الذي يتمتع بالأولوية، فينظر إلى المواضيع المشوبة بعنصر أجنبي وقد تواجد في البلد بمنظار آخر، ومثاله ما أقره المشرع العراقي في المادة (15) من قانونه المدني وبفقراته الثلاث وكما يأتي:

([1]) محمد حافظ الأخضري, الموطن في القانون الدولي الخاص, مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي, ميدان الحقوق والعلوم السياسية, شعبة الحقوق, جامعة قاصدي مرباح ورقلة, الجزائر، لسنة 2017, ص 3.

([2]) ويعرف هذا المنهج بالمنهج التقليدي لأنه منهج قديم ساد منذ العصور الوسطى وظهرت في نطاقه عدّة نظريات فقهية، وهو المنهج الشائع والمستخدم كقاعدة عامة من طرف أغلب التشريعات الوطنية، ويعرف كذلك بمنهج سافيني لأن هذا الفقيه الألماني هو أول من تحدث عن تحليل العلاقة القانونية وتركيزها. كمال سمية، تطبيق قانون القاضي في المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، سنة 2016، ص 350.

" يقاضي الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية:

أ- إذا وجد في العراق.

ب- إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.

ج- إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق".

أن ما تقدم من فقرات قانونية كان لرؤية المشرع الوطني لما في هذه المواضيع من مساس بسيادة البلد واقتصاده، إذ أوجب أن نلجأ لاعتماد القانون الوطني لهذه الأوضاع القانونية لما لها من أهمية بالغة وفي شتى المجالات، معتبرًا المشرع العراقي بان هذا الإجراء القانوني كاستثناء عن الأصل، وتطبيقا للمادة (3) من القانون المدني العراقي "ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه"، فان المشرع قد حد من حالات الاستثناء ونهى عن القياس بها.

ويقابلها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة (1986) المعدل بالمادة رقم (30) الفقرة (أ) إذ نصت "إذا كان له في الجمهورية موطن مختار" والفقرة رقم (2) "إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها" .

وهنا يمكن لنا مقارنة المادة (15) فقرة (أ) من القانون المدني العراقي بالمادة رقم (3) الفقرة (أولا) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أن " تُلزم قوانين الشرطة والأمن كل من يسكن الإقليم".

وتقابل المادة (15) فقرة (ب) من القانون المدني العراقي بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة (1986) المعدل بالمادة رقم (30) الفقرة رقم (2) "إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها" .

وتقابل المادة (15) فقرة (ب) من القانون المدني العراقي بالمادة رقم (3) الفقرة (ثانيا) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أن "تخضع المباني، حتى تلك المملوكة للأجانب، للقانون الفرنسي".

وبذلك فقد ثبت لنا أن هنالك خصيصة أفضلية وتقدم لضابط الموطن عن غيره من ضوابط الإسناد عند تزاحم القوانين أو تنازعها على الرغم من أن دوره احتياطي، لكن منح التقدم وأصبح أساسي في حالات قد اقرها المشرع وحصرها بأوضاع قانونية معدودة ومحددة.

ونحن نطمح من المشرع المزيد من السمو بالفكر القانوني للاعتماد على ضابط الموطن والعمل على تطويره من جعل دوره أساسي ومنحه أولوية وتقدم في أوضاع قانونية أكثر عن طريق توسيع أدواره لما له من بعد تأريخي، فضلًا عن ذلك فهو مفهوم الدول المتطورة لقربه من الواقعة القانونية فهو محور يمتلك لشقين من انهر الفكر الأول البعد التاريخي والثاني فكرة حداثة الدول المتقدمة والمستقبلة للسكان لما فيه من مزايا ممدوحة في التوجهات القانونية الحديثة.

المطلب الثاني

أساس الدور الاحتياطي للموطن وشروطه

من أجل تكوين رؤيا متكاملة عن ماهية الدور الاحتياطي للموطن، سنتناول في هذا المطلب بيان أساس الدور الاحتياطي للموطن بشقيه (القانوني والعملي) في الفرع الأول منه، ونستعرض شروط الدور الاحتياطي للموطن، وذلك لمعرفة متى أعماله كضابط إسناد احتياطي في التنازع الحاصل بين القوانين في موضوعات القانون الدولي الخاص وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول

أساس الدور الاحتياطي للموطن

نحاول في هذا الفرع إبراز أساس الدور الاحتياطي للموطن لكونه ضابط إسناد احتياطي عن طريق النقطتين التاليتين:

أولاً- الأساس القانوني :

بالنظر إلى أهمية ضابط الإسناد للفصل في مشكلة التنازع، فمن الطبيعي ألا يتم تعيينه بصفة عبثية، وإنما بطريقة مدروسة، بحيث يستمد من العنصر الذي يمثّل مركز الثقل، أو عنصر التركيز في العلاقة القانونية, فإذا تمثّل هذا الأخير في موضوع العلاقة أو محلها، كما في الحقوق العينية، فإن ضابط الإسناد المناسب لها هو موقع المال، أما إذا تمثل في مصدر العلاقة أو السبب المنشئ لها، كما في التّصرفات القانونية، فإن ضابط إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقود، ومحلّ وقوع الفعل الضار بالنّسبة للمسؤولية التقصيرية، هما المناسبين [1]، أما إذا كان عنصر الأطراف، هو

([1]) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، لسنة 2004, ص 23.

الأبرز والأثقل وزنًا، كما في مسائل الأحوال الشخصية، فإن ضابط الجنسية أو الموطن هو الأصلح لحكمها[1].

وتماشياً مع ما تم ذكره فان للموطن أساس قانوني يتمثل بوجوب وجوده كضابط إسناد احتياطي في ظل القوانين التي تنتمي للمدرسة اللاتينية، ومن أجل استقرار القاعدة القانونية في حالة عجز الضابط الأساسي والمتمثل بالجنسية، أو مثلما ذكرنا سابقًا لرؤية المشرع بان موضوع النزاع فيه مساس بسيادة البلد أو اقتصاده، بذلك قد حافظ على معرفة الأشخاص مسبقًا بالحلول القانونية في حالة حصول النزاع المشوب بعنصر أجنبي في إحدى موضوعات القانون الدولي الخاص، فأن ذلك يؤدي إلى استقرار الأمن القانوني والتي يعني بها فكرة استقرار القاعدة القانونية (الأمن القانوني) أي ضرورة التزام السلطات العامة بتحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية ، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة، بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة [2],

كأن تقرر السلطات العامة تطبيق قواعد قانونية جديدة بأثر رجعي، أو تقرر المساس بالحقوق المكتسبة للأفراد التي استمدوها بطرق مشروعة من القوانين القائمة [3]، فيحدد القانون في النظام القانوني أولًا وأخيرًا الآثار التي تترتب على مسلك معين بحيث يكون في مقدور كل شخص أن يدرك سلفاً نتائج أعماله [4]، فان استقرار القاعدة القانونية سيؤدي إلى استقرار المعاملات وهذا هو هدف القاعدة القانونية[5].

فمن أجل الأمن القانوني وللحفاظ على استقرار القاعدة القانونية فقد أتجه المشرع العراقي في قانونه المدني بهذا الاتجاه فنص على ذلك صراحة بالمادة رقم (10)، والتي نصت على انه "لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب".

([1]) صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006، ص 44.

([2]) علي حميد كاظم الشكري, استقرار المعاملات المالية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون, جامعة كربلاء, سنة 2014, ص 52.

([3]) يسري محمد العطار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة, مصر، 1999، ص 245.

([4]) احمد عبد الحميد عشوش, قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية, مصر، 1990، ص 5.

([5]) الغاية أو الهدف هي النتيجة النهائية التي تبغيها الإدارة، وهي احد أركان القرار الإداري، ولمزيد من التفصيل راجع د. ماهر صالح علاوي الجبوري، القانون الاداري, دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل, العراق، 1989، ص 159.

وبنفس الصدد فقد ذهب القضاء العراقي بنفس الاتجاه وفي حكم لمحكمة التمييز العراق، قضت فيه كما يلي "الاصل في صدد سريان القانون من حيث الزمان ان الغاء قاعدة قانونية وحلول قاعدة قانونية أخرى محلها يترتب عليه إذا تعلقت القاعدتان بأوضاع قانونية تكونت في لحظة واحدة, ان تسري القاعدة الجديدة بأثر فوري منذ نفاذها، ويقف في ذات الوقت سريان القاعدة القانونية القديمة بغير تنازع بين القاعدتين"[1].

وفي ضوء ما تقدم فقد ثبت لنا بان للدور الاحتياطي للموطن أساس وموجب قانوني قد احكم وجوده على المشرع، فتارة نجد بان الموطن هو من يفرض وجوده على المشرع نفسه وتارة أخرى نجد أن المشرع هو من يوجده في تشريعاته، وسنفصل ذلك في المطلب الخاص بمصادر الدور الاحتياطي للموطن في المبحث الثاني من رسالتنا.

ثانياً- الأساس العملي :

عند الوقوف لبيان الأساس العملي للدور الاحتياطي للموطن والمتواجد في المدرسة اللاتينية نستطيع أن نعبر عنه بمفهوم عام للقانون، وهو حماية الأوضاع القانونية الظاهرة أو المستجدات القانونية، إذ لا يمكن أن يكون القانون الذي يلعب دور المنظم للمجتمع أن يعيش بمعزل عنه فإنما يتوجب عليه أن يساير الواقع والفطرة الإنسانية بكل ما وجد فيها من تناقضات، وإلا لكان الواقع والبشرية في مسار والقانون له مسار آخر كما أشار الفقه، إذ لا يمكن للقانون أن يكون بمعزل عن الواقع، وإلا بقى القانون في جانب والحياة الاجتماعية في جانب آخر[2]، فعند الرجوع للبعد التاريخي لتنازع القوانين، فقد أعتمد على ضابط الموطن ومن ثم اعتمد على ضابط الجنسية كضابط إسناد أساسي في المدرسة اللاتينية، عندما أشيع التعامل بمفهوم الجنسية في كافة أنحاء العالم, فلم يحسب في حينها إلى بعض المواضيع كالتنازع الايجابي أو السلبي للجنسية، وغيرها من الأوضاع القانونية.

فكان آنذاك هذا النوع من التنازع قد كون وضع قانوني مستجد أو ظاهر، ولم يتوصل الضابط الأساسي إلى حل للتوصل إلى حكم قانوني يتناسب مع الأوضاع الظاهرة، فوجب اللجوء

---

(1) قرار محكمة التمييز في العراق, بتاريخ 1986/11/22, مدني /1519, اشار الية. علي عدنان علي, اثر التغير في قواعد الاسناد على تحديد القانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق, قسم القانون الخاص, جامعة الشرق الاوسط, لسنة 2020, ص 38.

(2) سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية بين الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية, مصر، 2005، ص 99.

إلى ضابط إسناد احتياطي ينهي موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مستلهم من الواقع المكاني لتوطن الشخص، وكل ذلك عن طريق العودة بالتأريخ لما قد سبق.

لذا يبدو أن ما وجد اليوم أو ما قد يحتسب للغد من أوضاع قانونية قد تظهر لنا في المستقبل، فأنها تعود وتصب في وعاء الموطن باعتباره ضابط إسناد احتياطي، لكونه مثل ما بين سابقًا انه يمتلك خصائص جمة متمثلة بأن له دور مكمل وواسع، فضلًا عن كونه يمتلك خصيصة بان له دور أفضلية في بعض الحالات مما يسمح له أن يؤدي دور الرافد لكل موضوعات تنازع القوانين، والتي يمكن أن تحدث في موضوعات القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني

شروط الدور الاحتياطي للموطن

إن للدور الاحتياطي للموطن عدة شروط لأعماله باعتباره ضابط إسناد احتياطي في المدرسة اللاتينية وتكون كما يلي:

أولا - وجود ضابط إسناد أساسي :

إن من شروط الدور الاحتياطي للموطن هو وجود ضابط أساسي أي أن ترشد قاعدة الإسناد إلى ضابط أساسي والمتمثل بالجنسية في القوانين التي تميز المدرسة اللاتينية غالبا، وذلك بسبب هيمنة ضابط الجنسية على بنية قواعد الإسناد من التشريعات العراقية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية[1].

فان لم يوجد ضابط إسناد أساسي لن يوجد ضابط إسناد احتياطي، فيقوم بوجوده وعدمه وهو ضابط الموطن في مجال دراستنا، ومثال ذلك في القانون المدني العراقي المادة (25) فقرة رقم (1) والتي نصت على "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه"، فهنا احتوت هذه المادة على عدة ضوابط تتم أعمالها على سبيل التدرج[2]، فيكون هنا ضابط الإسناد الأساسي قانون الإرادة

([1]) ختام عبد الحسن، المفاضلة بين الجنسية والموطن ودورها في قواعد الإسناد، بحث منشور في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، سنة 2008، الإصدار الثالث، ص 181.

([2]) كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، العدد الثالث عشر، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنيت)، تاريخ النشر كانون الأول 2005، ص 8.

الصريحة أو الضمنية, ومن ثم قانون الموطن المشترك للمتعاقدين حال وجوده, وثم إشارة إلى ضابط احتياطي ثاني متمثل بقانون دولة الإبرام.

ويقابلها في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل المادة رقم (19) الفقرة (1) "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطنا ، فأن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وهنا يمكن لنا ان نقارن المادة أعلاه من القانون المدني العراقي مع القانون الفرنسي على سبيل تعدد ضوابط الاسناد بالرجوع إلى ضابط اسناد اساسي، فان لم يوجد أو لم نتوصل إلى حل فمن ثم نلتجأ إلى ضابط الاسناد الاحتياطي ومن هو الاقرب للواقعة، وذلك عن طريق قرار لمحكمة النقض الفرنسية إذ قضت "في حالة عدم اختيار قانون معين يتم البحث عن الخدمة المميزة للعقد والبلد الذي تتوافر فيه الروابط الأكثر ملاءمة [1]".

ويبدو لنا بأن شرط وجود ضابط اسناد اساسي جاء على سبيل العموم لاعتبار الموطن ضابط إسناد احتياطي أو ما يسمى ثانوي في فرنسا.

لكن يمكن أحيانا بان يكون هذا الشرط غير عامل أي أن يعتبر الموطن ضابط أساسي في أمور يجدها المشرع لها مساس بسيادة الدولة أو اقتصادها، فان ذلك يلغي من لزوم هذا الشرط ويعتبر هذا استثناءً على الأصل والقاعدة القانونية تصرح لنا بان الاستثناء لا يجوز لنا التوسع بأحكامه أو القياس عليه فيبقى عامل باستثنائه فقط.

وان القاعدة التي جعلت من ضابط الموطن يسمو لان يكون أساسي قد أطلق عليها بمصطلح القواعد ذات التطبيق الضروري، وهناك آخرون أسموها بـ (قوانين البوليس)[2]، وفكرة قواعد البوليس والأمن ليست فكرة مستحدثة فقد تضمنها القانون المدني الفرنسي أو ما يسمى بقانون نابليون الصادر عام (1804) في الفقرة (الأولى) من المادة (الثالثة)، والتي نصت على انه "إن قوانين البوليس والأمن ملزمة لكل من يقطن الإقليم الفرنسي"[3]،

---

(1) قرار الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض، بتاريخ 18/ تموز/2000، اشار اليه, أحمد نعمه خضير الجبوري, دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير مقدمة, إلى مجلس كلية القانون, جامعة كربلاء, عام 2020, ص 129.

(2) كمال سمية، مصدر سابق, ص 326.

(3) محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2012، ص 108.

ويطلق اصطلاح قواعد البوليس والأمن على القواعد كافة التي تتصل بحماية المجتمع الوطني، أو باختصار على القواعد التي تحمي المصلحة العامة [1]، فوصف الفقه بان منهج قوانين البوليس أو القواعد ذات التطبيق الضروري، يقوم على تحقيق الحماية اللازمة للنظام القانوني لمجتمع دولة القاضي ومن هنا تطبق القاعدة القانونية التي تعمل على تحقيق هذا الهدف مباشرة [2].

وقد أختلف الفقه حول المعايير التي يمكن الاستعانة لتحديد مفهوم قوانين البوليس، فلا صعوبة في الأمر إذا كان المشرع قد أفصح عن إرادته صراحةً في أن القانون الذي يضعه من القوانين ذات التطبيق الضروري، ويكون ذلك عن طريق بيانه للنطاق المكاني لسريانه [3].

وهنا أود أن أوضح ما يلي:

أنه على الرغم من تعدد التسميات ومنها قواعد النظام العام وبكل التوجهات الفقهية وتفسيراتهم لهذه المصطلحات سواء كانت تؤدي من مسمياتها نفس الهدف المنشود من فكرتها الأساسية من عدمه, أو كانت هنالك بعض الفوارق بتطبيقاتها كأخذ الموطن بشكل قضائي أي تطبيق قانون القاضي, أو بشكل اخر كأخذ موطن التصرف القانوني وغيرها من التطبيقات والتفسيرات الفقهية بمختلفها.

فأني أشير إلى أن كل مما سبق من مسميات فهي قواعد تنشد إلى التمسك بضابط الموطن وجعله أساسي في حالات، واستبعاد لضابط الجنسية على الرغم من اعتباره أساسي في هذه الدول التابعة للمدرسة اللاتينية، لرؤى يراها المشرع بان لضابط الموطن من حلول واجبة التطبيق في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي في مجالات محددة تعين من قبله، يجب أن يسمو فيها ضابط الموطن لاعتبارات معينة سواءً كانت سيادية أو اقتصادية أو غيرها ممن يراها المشرع ضرورية لذلك.

ومثلها تقرير أن الأحكام الفرنسية المتعلقة بشكل الوصية يجب أن تطبق عليها أحكام الوصايا المحررة في فرنسا، وقبول اعتبارها وصية صحيحة وفقا للقانون الفرنسي، وأنها باطلة

([1]) اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، مصر، سنة 2003، ص 108.

([2]) أحمد عبد الكريم سلامة, القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 40, لسنة 1984, ص 628.

([3]) أحمد عبد الكريم سلامة, فقه المرافعات المدنية الدولية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص627. نقلا عن كمال سمية, مصدر سابق, ص 334.

إذا طبق قانون أجنبي فسيكون خضوعا ورضوخا للسيادة الأجنبية[1]، فان هذا المبرر يعكس تشبيه تنازع القوانين بتنازع السيادات بين الدول.

ثانيا ـ عجز ضابط الإسناد الأساسي :

إن من شروط وجود الضابط الاحتياطي (الموطن) هو عجز الضابط الأساسي عن حل المسألة، كما في حالة التنازع الايجابي للجنسية أي وجود أكثر من جنسية للشخص فيحل التنازع المذكور بتعين الجنسية الحقيقية أو الفعلية للشخص وفقًا لظروفه وواقع حاله كمدى قدرته على التخاطب بلغة الدول التي يراد إثبات جنسيتها له أو عيشه فيها أو أدائه الخدمة العسكرية أو مباشرة نشاطه تجاري أو تولي إحدى الوظائف العامة[2]، ومثاله في القانون المدني العراقي المادة (33) الفقرة (الأولى) والتي نصت على "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد".

وتقابلها في القانون المدني المصري المادة رقم (25) الفقرة (أ) "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" .

وتورد لدينا في حالة التنازع السلبي للجنسية فأن الحل المتبع في مثل هذه الحالة يكون بأعمال قانون موطنه أو محل إقامة فهو القانون الأقرب له، وهو الذي سارت عليه اتفاقية عام (1951) بخصوص اللاجئين المعتمدة في (28) تموز لعام (1951) من جانب الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعديمي الجنسية، والذي دعته الجمعية العامة للانعقاد بموجب قرارها رقم (429) (د/5) المؤرخ في (14) كانون الأول لسنة (1950) والتي دخلت دور النفاذ في (22) نيسان عام (1954).

وتوجه القانون العراقي في حل تنازع الجنسيات السلبي فيحدد القانون الشخصي لعديم الجنسية بقانون موطنه، والذي تخضع له مسائل أحواله الشخصية، وإذا لم يكن لعديم الجنسية موطن، فيعدّ قانونه الشخصي قانون بلد محل إقامته، وإذا لم يكن لعديم الجنسية محل إقامة معتادة

([1]) كمال سمية، مصدر سابق, ص 232.

([2]) حيدر ادهم الطائي، أحكام جنسية الشخص الطبيعي والمعنوي في التشريعات العراقية، ط 1، دار السنهوري، بيروت، لبنان، سنة 2016، ص 220.

كالبدو الرحل الذين هم في حالة حركة دائمة بين الدول فقد أستقر العرف الدولي على تطبيق قانون القاضي على مسائل الأحوال الشخصية لعديم الجنسية[1].

وتقابل المادة (33) الفقرة (الأولى) من القانون المدني العراقي بالمادة (29) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على انه "القضاء المدني العادي هو الوحيد المختص بالنظر في الخلافات حول الجنسية. أفراد فرنسيون أو أجانب".

ثالثا ـ قدرة ضابط الموطن على حل النزاع :

إن من شروط الدور الاحتياطي للموطن أن يمتلك حل للوضع القانوني، والذي أثار مسألة تنازع القوانين في موضوعات القانون الدولي الخاص، فأن لم يمتلك حل فليس له أن يعمل كضابط إسناد احتياطي أو طارئ، فيعدّ ذلك شرط من شروط أعماله عندما يكون موضوع النزاع مشوب بعنصر أجنبي وعجز ضابط الإسناد الأساسي في المدرسة اللاتينية عن وجود حل فيصار إلى ضابط الإسناد الاحتياطي وهو الموطن، باعتبار معول عليه أن يجد حل فان لم يجد الحل القانوني لهذا الوضع سوف لن يعمل، لكون ذلك شرط لأعماله لكي تنهي المحكمة المطروح أمامها النزاع بحكم قانوني ما، وذلك من منطلق وجوب المحاكم لإنهاء كافة أنواع النزاعات القانونية بإصدار أحكام قضائية، وذلك استنادًا إلى المادة (30) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) ، والتي نصت على انه "لا يجوز لأية محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه وإلا عد القاضي ممتنعاً عن إحقاق الحق, ويعدّ أيضًا التأخر غير المشروع عن إصدار الحكم امتناعًا عن إحقاق الحق".

فبذلك قد اطلعنا على كافة الشروط لإعمال الموطن لكي يلتجأ إليه في دوره الاحتياطي والكامن في المدرسة اللاتينية.

([1]) يونس صلاح الدين علي، دراسة تحليلية في النظام القانوني للجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب، ط1, مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2016، ص 305.

المبحث الثاني

مصادر الدور الاحتياطي للموطن وأهميته

بعد أن تعرفنا عن ماهية الدور الاحتياطي للموطن، سندرس في هذا المبحث مصادر هذا الدور للموطن وكيفية تقدمه، ليصبح ضابط إسناد أساسي قانونياً عن طريق تسليط الضوء عن ما هي العوامل التي أوجدت الدور الاحتياطي للموطن عن طريق الأحكام القضائية والمعاهدات الدولية، فضلاً عن التشريعات الوطنية، وذلك في المطلب الأول منه، ونعرض أهمية هذا الدور للموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الأول

مصادر الدور الاحتياطي للموطن

قد وجدنا أن بعض القوانين تأخذ بالموطن كحل مباشر، وذلك لاعتباره ضابط إسناد ثابت في أغلب التشريعات، وقد تبين لنا من ذلك قلة الانتقادات لهذا المسار، إلا أنه وجدنا في المدرسة اللاتينية قد أعتمد على ضابط الموطن كحل بديل، فيحال له حينما قد يتعذر إيجاد الحل من الضابط الأساسي والمتمثل بالجنسية، وهو ما ورد في مصادره الدولية والمتمثلة بالأحكام القضائية والتحكيمية الدولية، والاتفاقيات الدولية، فضلًا عن مصادره الوطنية عبر التشريعات الوطنية، فيعدّ بذلك أن ما تقدم هي المصادر التي أوجدت هذا الدور للموطن قانونياً.

فسندرس شرح المصادر بتقسيم المطلب إلى فرعين الأول المصادر الدولية، والفرع الثاني للمصادر الوطنية.

الفرع الأول

المصادر الدولية

من الجدير بالذكر أن المصادر الدولية تنشأ من الأحكام القضائية والتحكيمية فضلًا عن الاتفاقيات الدولية، والتي تعد من مصادر الدور الاحتياطي للموطن لكونها من مكرسات حلول تنازع القوانين، فهي من أوضحت لنا عن كيفية وجود هذا الدور، وسنبين ذلك عبر الأمثلة الآتية:

أولا ـ الأحكام القضائية والتحكيمية:

سنبين هنا ما أفضت به محكمة التحكيم الدولية في لاهاي في بعض القضايا التي استندت فيها إلى الموطن ولا سيما في حالة تنازع الجنسيات.

أ- قضية روفائيل كانا فيرو[1]

إذ أثيرت أحداث هذه القضية أمام محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي بخصوص قضية نزاع قد أثيرت بين دولة بيرو ودولة ايطاليا في عام (1912), حول جنسية المواطن والمدعو (كانا فيرو)، وتستخلص وقائع هذه القضية بأن هنالك ثلاثة أشقاء هم (نابليون وروفائيل وكارلو) قد ولدوا في البيرو ومن عائلة (كانا فيرو) منحدرين من أب إيطالي، فقد اعتبرتهم دولة ايطاليا من مواطنيها وفقا لأحكام المادة (24) من قانونهم المدني إذ قد كان يفرض الجنسية الإيطالية الأصلية مستندا على أساس حق الدم المنحدر من الأب.

كما وقد عدتهم دولة بيرو من مواطنيها مستندين على أساس حق الإقليم لولادتهم في إقليمها مستندين بذلك إلى قانونهم الذي يأخذ بحق الإقليم لغرض التمتع بالجنسية الأصلية، فلذلك قد طالبت حكومة البيرو باستيفاء ضرائبهم من المواطن روفائيل على الأرباح التجارية التي حققها له والتي قد بلغت مقدارها (47000 ليرة)، ولكن المواطن روفائيل قد رفض وأبى تسديد هذه المبالغ لحكومة البيرو, إذ قد أبدى تمسكه بالجنسية الإيطالية وطلب من الحكومة الإيطالية حمايته باعتباره مواطن إيطالي الجنسية، مما ولد إلى حصول نزاع بين البيرو وايطاليا وذلك بصدد جنسيته فقد رفع النزاع أمام محكمة التحكيم في لاهاي إذ قضت له بجنسية البيرو مستندين على أساس أنها كانت الجنسية الفعلية والتي قد ظهر بها روفائيل في بيرو.

وذلك بالنظر لما رأته المحكمة من ممارسات من الناحية الواقعية في حقوقه المدنية والسياسية في دولة بيرو في أكثر من موضع كمواطن بيروي، ومن تلك المواضع ترشيح نفسه لعضوية مجلس الشيوخ في البيرو, فضلًا عن فوزه في الانتخابات العامة وتعيينه بعد الفوز بوظيفة القنصل العام لدولة البيرو في هولندا، كما وقد تبين بأن محل إقامته الاعتيادية في دولة البيرو فبذلك فقد أصابت المحكمة بحكمها هذا.

ب- قضية نوتباوم[2]

ان هذا القضية تتلخص أحداثها بان شخصها نوتباوم قد كان يتمتع بالجنسية الألمانية منذ ميلاده فيها عام (1881) ومن ثم هاجر عام (1905) إلى (جواتيمالا) ومن ثم قد استقر فيها سنة (1943) إلا انه قبل هذا الأوان كان قد سافر إلى (ليشتنشتاين) في عام (1939) إذ قد قضى فيها لبضعة أشهر وقد حصل فيها على الجنسية, إذ قد توقع بأنه من المحتمل معاملته في (جواتيمالا)

---

(1) ريا سامي سعيد الصفار, دور الموطن في الجنسية, رسالة ماجستير, مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل, لسنة 2005, ص 81.

(2) ريا سامي سعيد الصفار, المصدر نفسه, ص 82.

أثناء الحرب العالمية الثانية باعتباره منتميا لدولة معادية, لكن لم تفلح هذه المحاولة له، فقد اعتقلته سلطة (جواتيمالا) عام (1943) وقد صادرت أمواله وبقي معتقلا بمعسكر أمريكي حتى عام (1945), وفي ذلك الوقت قدمت حكومة (ليشتنشتاين) دعوى إلى محكمة العدل الدولية تطلب فيه حماية مواطنها (نوتباوم) دبلوماسيا وذلك لأنه يعدّ منتميا إلى جنسيتها ولكن المحكمة قد رفضت هذا الطلب لكون أن الجنسية التي يعترف بها على المستوى الدولي يجب أن تكون جنسية فعلية ومعبرة عن واقع الحال الحقيقي وان تكون مبنية على رابطة من الحقوق والواجبات المتبادلة بينهما.

أما هذه الجنسية والتي قد حصل عليها (نوتباوم) من حكومة (ليشتنشتاين) فليس لها من الواقع شيئا، فانه لم يمتلك موطن له فيها أو محل إقامة أو أعمال أو مصالح، فضلًا عن ذلك فلا يوجد فيها ما يدل على إبداء نية له في اتخاذ شيء من هذه المواضيع في (ليشتنشتاين)، إذ أن في هذه القضية قد أكدت محكمة العدل الدولية فكرة الجنسية الفعلية بحكمها الصائب هذا.

ج- قضية (ماثيسون)[1]

وتدور وقائع هذه القضية بين دولة بريطانيا ودولة فنزويلا, وقد عرضت على محكمة التحكيم في عام (1903), ونستخلص أحداث هذه القضية، في أن هذا المواطن قد ولد في فنزويلا وفي عام (1858) ومن أب يمتلك الجنسية البريطانية.

وفي عام (1864) قد صدر الدستور الفنزويلي، وقد نص على فرض الجنسية الفنزويلية على كل شخص يولد في دولة فنزويلا, وذلك على أساس حق الإقليم بغض النظر عن ما هي الجنسية التي يمتلكها الأب, وحيث قد كانت وجهة نظر الدولة البريطانية بأن هذا النص لا يحرم الشخص المذكور من حقه، أي يمكن له الاحتفاظ بالجنسية البريطانية وذلك على أساس حق الدم، وقد حكمت المحكمة آنذاك بالجنسية الفنزويلية وذلك على أساس أن محل إقامته المعتادة, فضلاً عن معيشته التي قد كانت في الدولة الفنزويلية، وقد ذكرت المحكمة في قرارها أن الجنسية الفعلية هذه هي التي تتفق مع مبادئ ومقاييس العدل, لأنها هي الجنسية الحقيقية.

ثانيا ـ الاتفاقيات الدولية:

أود أن أوضح بان هنالك اختلاف بين القوانين الوطنية والاتفاقيات في التكيف القانوني للنفقة بين الأقارب، فهناك توجهات انطلقت من تكييف الطبيعة القانونية للنفقة وعدها من مسائل الأحوال الشخصية، وأسندوها إلى قانون الجنسية، أي قانون جنسية الدائن أو المطالب بالنفقة، أو

(1) ريا سامي سعيد الصفار, مصدر سابق, ص 81.

قانون جنسية المدين أو من يستحق النفقة وهو ما ذهب اليه المشرع العراقي في المادة (21) من قانونه المدني إذ نصت على " الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها".

لكن ننوه بان هنالك اتجاه يقضي بمنحى آخر وهو خضوع النفقة بين الأقارب والأصهار لقانون محل الإقامة العادية أي الموطن لمن يطالب بالنفقة، وهذا ما أخذت به اتفاقيات لاهاي بالشكل الآتي:

أ- اتفاقية لاهاي المبرمة في 24 أكتوبر عام (1956)[1]

تتعلق هذه الاتفاقية بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات المتعلقة بنفقة الأطفال، والتي أقرت تعيين القانون الواجب التطبيق حول التزامات النفقة باتجاه الأولاد، فقد جاءت المادة (الأولى) منها وفي الفقرة (الأولى) فنصت على أنه "يحدد قانون الإقامة العادية للولد في مواجهة من يستطيع الولد المطالبة بالنفقة"، وهنا لا يمكن إيقاف العمل بهذا القانون إلا إذا كان يرفض كل حق في النفقة للولد، أو قد كان يصطدم بنحو ظاهر مع اعتبارات النظام العام في دولة القاضي، أو مع السلطة المختصة. ومن أجل انفاذ الاحكام والقرارات المتعلقة بنفقة الاطفال، صدر بتأريخ 15 أبريل 1958 الاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات ذات الصلة بالالتزامات المتعلقة بنفقة الأطفال وانفاذها [2].

ومن الجدير بالذكر بعد هذا التأريخ تم تعميم فكرة الموطن وتحديثها بخصوص القانون الواجب التطبيق حول التزامات النفقة، وذلك في اتفاقية لاهاي والمبرمة في (الثاني) من (أكتوبر) لعام (1973)، لتشمل مجال أوسع من سابقتها وأصبحت أعم سواءً في مجال الأسرة، أو الزواج، أو المصاهرة أو القرابة أو النسب بكافة أنواعه.

إذ نصت المادة (الرابعة) منها في الفقرة (الأولى) على أن "يسري القانون الداخلي لمحل الإقامة العادية للدائن بالنفقة على التزامات النفقة المشار إليها في المادة الأولى" وهي بذلك تكون بهذا النص أوسع من سابقتها مع ملاحظة بان لا يمكن إيقاف العمل بهذا القانون إلا إذا كان لم يستطع طالب النفقة الحصول عليها طبقا لإحكامه، فيسري في حينها القانون الوطني المشترك بينه وبين المدين بها وذلك في المادة (الخامسة) منها.

---

(1) اتفاقيات لاهاي جميعها منشورة على الموقع الالكتروني // www.hcch.net تأريخ الزيارة 2022/5/26.
(2) المصدر نفسه.

ب- اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 5 / أكتوبر لعام (1961) [1]

انعقدت هذه الاتفاقية من أجل أن تنادي بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، وذلك لحماية القاصر، معتبرين أن ذلك المكان هو الأساس والذي تتمركز فيه حياة الطفل فضلًا عن علاقته بالغير، لكون أن فلسفة هذه الاتفاقية جاءت تهدف للعناية بشخص الطفل أكثر من الاهتمام بالشخص الحاضن، ونجد عبر هذه الاتفاقيات بأنها على خلاف المشرع الوطني فنلاحظ بأنهم قد انصبوا بتوجههم إلى الطرف الضعيف في القضية، وهذا لرؤيتهم لعدة عوامل نلخصها بمجموعة من الأسباب وهي على ما يأتي:

1- إن الطرف الضعيف هو هدف الاتفاقيات فان الذي يستوجب الحماية هو طالب النفقة، وان تلك الحماية قد لا يمكن تأمينها بطريقة فعالة بقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أو أي قانون آخر ممكن أن يوفر ما نطمح له، لكون أن حالة الحاجة التي يكون فيها طالب النفقة تتجسد بكل تفاصيلها في الدولة التي يقيم فيها ويتواجد على إقليمها، وان قانون هذه الدولة هو الأقدر والأقرب على تلبية تلك الحاجة وفي وقتها الملائم فيكون قانون موطن الطفل أصوب من باقي القوانين.

2- إن محكمة الدولة التي يقيم فيها طالب النفقة على إقليمها تكون بالعادة هي المختصة بالفعل في دعاوى النفقة، ليس لكونها فقط الأنسب للوقوف عن قرب، على حالة عوز وضعف طالب النفقة، بل تكون أيضا الأقدر على تنفيذه الحكم عندما تصدره بخصوص النفقة، وخصوصًا وان المحكوم ضده يكون بالعادة متواجد أيضا على الإقليم نفسه.

3- علاوة على ما سبق فان الموطن هنا يوحد القانون الواجب التطبيق عند تجزئة الالتزام بالنفقة إذا كانت بين أكثر من مدين، وذلك بقانون محل الإقامة العادية لطالب النفقة.

الفرع الثاني

المصادر الوطنية

إن للموطن دورين جوهرين في تنازع القوانين تكمن في انه يعمل كقاعدة إسناد مباشرة يعتمد عليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق، ويعمل كقاعدة غير مباشرة في حالة خضوع التكيف للقانون القاضي، وهو ما سنفصله عن طريق بيان دور القاضي في تحديد الموطن، وكيفية توظيفه فضلًا عن تبيان دور الموطن في كيفية أعمال قانون القاضي، وكما بالشكل الآتي:

([1]) اتفاقيات لاهاي جميعها منشورة على الموقع الالكتروني // www.hcch.net تأريخ الزيارة 2022/5/26.

أولا - دور القاضي في أعمال الموطن :

من البديهي أن يكون لكل قاضي دور حاسم في اختيار القانون الواجب التطبيق بخصوص قضايا النزاع المعروض أمامه، وذلك عبر الاستناد إلى الضوابط المباشرة والضوابط غير المباشرة، وحيث أصبح من الواضح لنا أن من بين هذه الضوابط غير المباشرة هو الموطن، والذي يعمل كضابط احتياطي في تشريعات الدول التي تنتمي للمدرسة اللاتينية، إلا أن له دور فعال أساسي وفي عدة قضايا، والتي سنذكر منها على سبيل المثال وهي على ما يأتي:

1- تعدد الجنسيات :

إذ يعتمد على ضابط الموطن في حالة تعدد الجنسيات للشخص واتخاذه كحل حاسم من قبل قاضي النزاع، على الرغم من اختلاف الفقهاء حول اعتماده من عدمه، مسبباً ذلك أن اغلب التشريعات اتجهت إلى تمسكهم بالجنسية الفعلية، والتي يعيشها الشخص فعلاً وبشكل واقعي، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في القانون المدني بالمادة (33) منه، إذ نصت الفقرة (الأولى) على أن "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد",

ويتم الكشف عن الجنسية الفعلية بين تزاحم الجنسيات عن طريق استعراض الدلائل والقرائن أمام القاضي والاستعانة بالعنصر الموضوعي والمتمثل بالموطن والإقامة والمدد التي يقضيها في كل دولة، مع التمعن بدليل ارتباطه وأسباب التوطن سواءً كانت للعمل التجاري أو السياسي أو لرابط عائلي معين، أو هناك التحاق بوظيفة عامة مثلاً، وغيرها من المعالم التي تدل على حقيقة وفعالية ارتباطه بهذه الجنسية.

مع التنويه أن في الفقرة (الثانية) من نفس المادة أعلاه نصت على أن "على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه".

وتقابلها في القانون المدني المصري المادة رقم (25) الفقرة (أ) "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" .

وهنا يتقابل بين نص المادة (33) الفقرة (الأولى) من القانون المدني العراقي بالمادة (29) من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على انه "القضاء المدني العادي هو الوحيد المختص بالنظر في الخلافات حول الجنسية أفراد فرنسيون أو أجانب".

علماً أن محكمة العدل الدولية قد أخذت بمعيار الجنسية الفعلية في نظام تشكيلها، وذلك في المادة (3) في الفقرة (الثانية) منه من نص نظامها الأساسي على انه "إذا كان شخص، ممكناً عده فيما يتعلق بعضوية المحكمة متمتعاً برعوية أكثر من دولة واحدة فإنه يعدّ من رعايا الدولة التي يباشر فيها عادة حقوقه المدنية والسياسية" [1].

2- شكل التصرف القانوني :

وفي هذا المجال فان الوسيلة القانونية التي حددها المشرع لشكل التصرف القانوني هي بصيغتين، إما لانعقاد التصرف القانوني نفسه وأما لإثبات هذا التصرف القانوني[2]، فقد اخضع المشرع التصرفات القانونية وفي جانبها الشكلي إلى قانون محل الإبرام والتي تمت فيه، وهذا ما جاء في القانون المدني العراقي وفي المادة (26) منه، إذ نصت على "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"، وقد اشار المشرع العراقي في موضع آخر وذلك في المادة (25) الفقرة (الثانية) من قانون المدني أعلاه, والتي نصت على انه "قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت بشأنه"، مشيراً بذلك إلى تمسكه بضابط الموطن في مسائل العقود والتي سوف نوفي شرحها في النقطة التالية.

وتقابلها في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل المادة رقم (19) الفقرة (2) "على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

نجد بأن المادة أعلاه من القانون المدني العراقي مادة مقاربة بما ذهب اليه في القانون المدني الفرنسي والمرقمة (3) الفقرة (الثانية) والتي نصت على أن " تخضع المباني ، حتى تلك المملوكة للأجانب ، للقانون الفرنسي".

2- الالتزامات التعاقدية :

هنا نجد بان المشرع الوطني في هذا الجانب قد نص في المادة رقم (25) فقرة رقم (1) مدني "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين

---

(1) أصدرت محكمة العدل الدولية في 23 أيار / مايو 2008، حكمها في القضية المتعلقة بالسيادة على بيدار برانكا/ بولاو باتو بوته، وميدل روكس، وساوث ليدج (ماليزيا/ سنغافورة). وكان نص فقرة منطوق الحكم = (الفقرة 300) على النحو التالي: (ان المحكمة بأغلبية أثني عشر صوتاً مقابل أربعة أصوات، تستنتج أن السيادة على بيدرا برانكا/ بولاو باتو بوته تتبع جمهورية سنغافورة ....). منشور على موقع المحكمة الالكتروني // www.icj-cij.org تأريخ الزيارة للموقع 2022/5/25.

(2) عامر محمد الكسواني, موسوعة القانون الدولي الخاص, الجزء الأول، تنازع القوانين، ط1، دار الثقافة، عمان الأردن، لسنة 2010, صفحة 141.

إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانوناً آخر يراد تطبيقه."، هذه المادة مخصصة للالتزامات التعاقدية كافة، وقد أصاب بها وغنى فيها عن الكثير من المواد، إذ أجاز فيها خضوع هذه التصرفات لقانون إرادة طرفي العقد، وبذلك أعطى مساحة وحرية واسعة غلب فيها الكثير من التشريعات في حرية اختيار قانون يخص مسائل عقدهم، وما قد يحصل من نزاعات ما بين أطراف العقد مستقبلاً.

وبذلك تجنبوا موضوع النزاع مسبقاً بتحديدهم القانون الذي سوف يحتكمون إليه أن اختصما في أي أمر محتمل بخصوص عقدهم وما ورد فيه من تفاصيل. فضلاً عن إمكانية اختيار قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أن كان أطرافه مستوطنين لنفس البلد، أي إنهما مقيمين في نفس الدولة، وقد أخذ بضابط إسناد ثالث وهو قانون الدولة التي تم فيها العقد مكانياً.

ويقابلها في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل المادة رقم (19) الفقرة (1) "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطنا ، فأن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وما تقدم يشير للتعاقد ما بين حاضرين وهذا أمر يسير في الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، ولكن هل هذا اليسر هل ينطبق على التعاقد ما بين غائبين....؟

تثار هنا مسألة تحديد مكان انعقاد العقد وزمانه، عندئذ لا يخلو من صعوبة فلو أرسل تاجر فرنسي إلى تاجر ياباني برقية أو(تلكس) أو عبر الأنترنت، يعرض عليه بيع بضاعة معينة ، وأجابه الياباني بالموافقة على الشراء. فكيف يكون معرفة قانون العقد موضوع البحث...؟ إن إعمال نص المادة (1/25) مدني يفرض علينا تعيينه بقانون البلد الذي انعقد فيه العقد أي (موطن العقد)، ولكن أين انعقد العقد...؟

تختلف الإجابة باختلاف القوانين، فمنها ما يعتد في محل تسليم القبول ومنها ما يعينه بمحل إصدار القبول. وقوانين أخرى تربطه بمحل علم الموجب بالقبول. أما القانون العراقي فقد أخذ بالمادة (87) مدني، بنظرية العلم بالقبول لتحديد مكان انعقاده وزمانه، واعتبار استلام القبول في هذا المكان دليلاً على أن قانون هذا المكان الذي حدث فيه العلم هو القانون الواجب التطبيق، وبهذا المعنى أخذت المادة (83) من قانون التجارة الملغي لسنة (1970)، التي نصت على أنه "في العقود بالمراسلة يتم العقد من تأريخ وصول القبول إلى الموجب". وندعو المشرع إلى تبني هذا النص في القانون النافذ سواءً في قانون التجارة أو القانون المدني.

وان ما ذكر من ضوابط الإسناد الثلاثة السابقة والمختلفة إذ يعمل فيها المشرع على سبيل التدرج بمقاماتها، وكما ذكرتها بشكل متسلسل وكل ذلك مستنداً إلى ما نصه المشرع العراقي في المادة (25) من القانون المدني.

مع العرض بأنه يتوجه الفقه وقضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية في غالبيتها إلى منح الحرية للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق عن موضوع النزاع عند انعدام الإرادة دون التقيد بقانون معين، ومنها ما جاء في نص المادة (21) الفقرة (الأولى) من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام (1987)، والتي نصت على انه "تفصل الهيئة وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، واحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا ان وجد، والا فوفق احكام القانون الاكثر ارتباطا بموضوع النزاع على ان تراعي قواعد الاعراف التجارية الدولية المستقرة"[1].

وعند المقارنة للمادة (25) اعلاه من القانون المدني العراقي مع القانون الفرنسي، نجد ان محكمة النقض الفرنسية قد تبنت الموقف الذي أجازت الأخذ في حالة عدم الاختيار إلى ما قضت فيه بالنص "في حالة عدم اختيار قانون معين يتم البحث عن الخدمة المميزة للعقد والبلد الذي تتوافر فيه الروابط الأكثر ملاءمة"[2].

أما بخصوص الاتفاقيات الدولية فهي لم تهتم بضابط الجنسية كمعيار يمكن الاعتماد عليه للوصول إلى قانون يحكم العقد الدولي، فبذلك قد وجدنا ان اتفاقية (روما) لعام (1980) ملغية بموجب لائحة روما الأولى عام 2008 [3]، وفي المادة (4) منها التي جاءت تحت عنوان القانون المطبق في حالة غياب الاختيار، إذ قد نصت الفقرة (الأولى) على أنه "إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لأحكام المادة (الثالثة) من هذه الاتفاقية فإن العقد يخضع لقانون البلد الذي يرتبط به ارتباطا وثيقا" كما وقد نصت على إمكانية تجزئة العقد إذا كان جزءا من هذا الأخير له صلة أوثق مع بلد آخر[4], مما يعني انها قد اعتمدت على ضابط الموطن,

---

(1) ازهار محمود لهمود, القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية, مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية, المجلد 9, العدد 34, قسم القانون , كلية الحقوق, جامعة تكريت, لعام 2020, ص194.

(2) قرار الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض، بتاريخ 18/ تموز/2000، اشار اليه, أحمد نعمه خضير الجبوري, مصدر سابق, ص 129.

(3) لائحة روما الأولى (EC) رقم 2008/ 593 البرلمان الاوربي والمجلس في 17 يونيو 2008 بشأن القانون المطبق على الالتزامات التعاقدية. منشورة على الموقع الالكتروني// www.ewikiar.top تأريخ الزيارة للموقع 2022/5/25.

(4) مناصف أمين وسعدي سامية, تنازع القوانين في العقود الدولية, مذكرة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق, تخصص قانون اعمال, جامعة سوق اهراس, الجزائر، لسنة 2019, ص 42.

وقد تطرقت لهذه الاتفاقية على سبيل المثال لأنها قد الغيت وتم استبدالها بلائحة روما لسنة (2008) .

وقد تبنت محكمة الاستئناف في مارسيليا بفرنسا ذلك في حكمها الصادر في (31) من شهر (سبتمبر) لعام (1995) وذلك بصدد العقد المبرم بين مواطن فرنسي (المشتري) وشركة ايطالية والتي يوجد موطن مركزها الرئيسي في دولة ايطاليا, إذ قد قررت المحكمة تطبيق القانون الايطالي قانون المدين بالأداء في العقد، إذ قد استندت بذلك المحكمة إلى المادة (4) الفقرة (الثانية) من اتفاقية روما لعام (1980)، والتي يلتجأ اليها في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني من قبل اطراف القانون والذي يحكم العقد، فيكون هنا العقد خاضع لاتفاقية روما بنصوصها العامة[1].

واستخلاصاً لما سبق فقد توضح لدينا عن كيفية دور القاضي لإعمال دور الموطن عن طريق التشريع الوطني، وكيف يعتمد عليه كضابط إسناد لحل النزاعات بين القوانين في موضوعات القانون الدولي الخاص.

ثانيا: دور الموطن في أعمال قانون القاضي :

أود أن أوضح في غضون البحث بان هنالك فكرة قد وجدتها في هذا الجانب من الممكن بان لم تلفت نظر الكثير من فقهاء القانون الدولي الخاص، وتكمن في إمكانية حدوث تلازم بين الاختصاص التشريعي مع الاختصاص القضائي، إذ من الممكن أن يمنح الاختصاص القضائي لقانون القاضي من غير أن تكون هنالك إرادة مباشرة للمشرع الوطني لذلك.

ومثالها كما في الالتزامات غير العقدية والتي أشار إليها المشرع العراقي في القانون المدني في نص المادة (27) الفقرة (الأولى) منه، على أن "الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام"، هنا قد أشير إلى أن القانون الواجب التطبيق تشريعياً,

فيمكن أن يحدث هنا التلازم بين قاعدة التنازع وضوابطها الإسنادية مع قاعدة الاختصاص القضائي، التي من الممكن مصادفة أن يتمركزوا في إقليم واحد وهو دولة القاضي، ويتمثل ذلك في الدعاوي الناتجة عن الفعل الضار، الذي يحدث في إقليم دولة القاضي والصادر من شخص يسمى (المتسبب بالضرر)، وتقام دعوى ضده من الشخص الثاني في الخصومة وهو من وقع

(1) محمد الهادي المهدي الشامس, اشكاليات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية, مطبعة دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, مصر, 2020، ص 62.

عليه الضرر، فهنا يتحقق التلازم المذكور لكون أن المحكمة المختصة وفقاً للقواعد العامة هي محكمة المدعي عليه، وهذا ما أشار إليه الاختصاص القضائي ولنفس قانون دولة القاضي فيتلازم مع محكمة محل وقوع الفعل الضار، التي أشار إليها الاختصاص التشريعي استناداً إلى المادة أعلاه.

إما مسألة توزع عناصر الواقعة المنشئة للالتزام على إقليم عدة دول، وصعوبة تعيين مكان وقوع الفعل. وورد هذا التعدد أما كون الواقعة فتتألف من أفعال متعددة تم ارتكابها في أكثر من دولة أو بسبب وقوع الخطأ في دولة وتحقق الضرر في دولة أخرى. وعلى سبيل المثال ككتاب سب وشتم أرسل من دولة واستلم في دولة أخرى، أو إغراء بنت على الفاحشة في بلد وتمام الفعل الفاحش في بلد آخر، أو سحب صك بدون رصيد في دولة على بنك في دولة أخرى تحقق فيها عدم وجود رصيد، في هذه الأمثلة كيف يتم تحديد قاعدة الإسناد ومن ثم قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام...؟

يذهب الفقيه الفرنسي باتيفول [1] إلى إعطاء الاختصاص إلى قانون البلد الذي حدث فيه الفعل الرئيس للواقعة المنشئة للالتزام، والمقصود بالفعل الرئيس هو الذي يرتبط مباشرةً مع الضرر، ففي حالة رمي القفة يكون الفعل الرئيس قد تم في محل تهشمها، بالنسبة لكتاب السب والشتم تم في مكان استلام الكتاب. ويميل القضاء الأمريكي إلى تطبيق قانون مكان أقرب واقعة ترتب عليها وقوع الضرر.

أما إذا وقع الفعل في دولة وتحقق الضرر في دولة أخرى، كتصاعد مواد ضارة من معمل اليورانيوم (فوكاشيما) نتيجة زلزال ضرب اليابان مؤخراً على سبيل المثال، مما أدى إلى إحداث تلوث بيئي في الدول المجاورة وادى إلى تلف المحاصيل الزراعية وتلوث المياه. أو وضع قنبلة في طائرة وتوقيتها زمنياً لتنفجر في أراضي دولة أخرى مثل حادثة لوكربي واتهام ليبيا بهذا الحدث [2]. فما القانون الذي يطبق هل هو قانون مكان وقوع الخطأ أم قانون تحقق الضرر...؟

ويذهب رأي إلى إعمال قانون المحل الذي حدث فيه الخطأ [3]، لأنه أساس المسؤولية المدنية وما الضرر إلا نتيجة له. ويعطي رأي آخر الاختصاص إلى قانون محل وقوع الضرر، لأن نظام المسؤولية المدنية لا يهدف إلى إيقاع الجزاء على المخطئ بقدر إصلاح الضرر وتعويض المتضرر عما لحقه من ضرر، وهذا المكان الذي تحقق فيه الضرر هو المكان الذي

---

(1) Batifole Henri et Lagarde (p); droit international privé, 7eme, Ed, Tomé, I,L,G,D.J,paris,1981,p.254.

(2) حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص330.

(3) عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق, ص336.

أختل فيه التوازن بين المصالح والتي يهدف القانون إلى حمايتها. وهنا يثار أشكال آخر مفاده قد يتوزع محل وقوع الضرر إلى أكثر من بلد عندها أي قانون يختص بحكمها...؟

يذهب البعض إلى إعطاء الاختصاص إلى قانون الدولة التي تحقق فيها الضرر الرئيسي [1]، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قضية خلاصتها، أن امرأة وضعت طفلاً في فرنسا أثر إغراء تم في البرتغال، عدَ الضرر الرئيس ِ هو ولادة الطفل وهذه تمت في فرنسا، فقانون محل الضرر الرئيسي هو فرنسا.

ويذهب الفقه [2], إلى إعطاء المتضرر الحق في اختيار قانون محل وقوع الخطأ أو قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر، وقد يكون هذا الاختصاص أكثر عدالة لأنه يمكن الطرف الضعيف وهو المتضرر من اختيار الطريق الأيسر والأنفع له.

أما المشرع العراقي فلم يقيدنا في المادة (27) مدني بالأخذ باتجاه محدد، فقد اكتفى بإعطاء الاختصاص إلى البلد الذي وقع وتم فيه الفعل المنشئ للالتزام الذي نشأت المسؤولية عنه دون وضع ضوابط لهذا الاختيار.

أما نطاق القانون الإقليمي المختص، فيشمل أسباب المسؤولية وهي العمل الشخصي وعمل الغير وما ينجم من ضرر عن الأشياء والحيوانات، كما يشمل شروط المسؤولية كوجود الخطأ وتحديد فكرة الخطأ، كذلك يحدد أسباب دفع المسؤولية كالقوة القاهرة والحادث الفجائي وتدخل الغير، وهو الذي يحدد الأهلية اللازمة للمساءلة ويحكم الضرر وتقديره والتعويض اللازم مادياً أو معنوياً، وكذلك العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

أما في القانون العراقي فإنه أعطى الاختصاص إلى قانون البلد الذي تمت فيه الواقعة المنشئة للالتزام، مع العرض بان المشرع العراقي في المادة نفسها أعلاه وفي الفقرة (الثانية) منها، التي نصت "على انه لا تسري أحكام 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".

إذ أراد من ذلك المشرع الوطني عدم محاسبة من يقوم بفعل ضار بالنسبة لقانون إقليم الدولة التي وقع فيها الفعل الضار، ان هذا الفعل غير مجرم في قانوننا الوطني إذ نراه بأنه غير ضار، وذلك لاختلافات الثقافات البشرية بكافة جوانبها، لأنه من غير الممكن أن نحاسب شخص عل جرم يراه مشرعنا الوطني بان هذا الفعل مشروع.

---

1) - Batifole Henri et Lagarde (p); op.cite.p.257.

(2) حسن علي كاظم، مصدر سابق، ص331.

ويقابل في المادة رقم (27) الفقرة (أ) من القانون المدني العراقي في القانون المدني المصري المادة رقم (21) الفقرة (1) "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشأ للالتزام" .

ويمكن لنا مقارنة المادة (27) الفقرة (الأولى) من القانون المدني العراقي بما يمكن ان يقابلها من القانون المدني الفرنسي، على سبيل فرض الموطن لوجوب أعمال قانون القاضي وذلك في المادة (3) منه وفي الفقرة (الأولى) والتي نصت على ان " تُلزم قوانين الشرطة والأمن كل من يسكن الإقليم".

وبذلك تحقق المنشود من مراد شرحنا بان من الممكن للموطن أن يقوم بإعمال قانون القاضي، ويكون هو من منح حق للقاضي في النظر في قضايا النزاع والمعروضة أمامه فأصبح الموطن مصدر لأعمال قانون القاضي.

المطلب الثاني

أهمية الدور الاحتياطي للموطن

وفي مستهل الحديث عن بيان أهمية الدور الاحتياطي للموطن يتوجب علينا ذكر هذه الأهمية بشكلها العام للموطن، ومن ثم نسلط الضوء على ادوار الموطن، ومن بعد نتمعن بأهمية دور الاحتياطي للموطن محور رسالتنا، وقد اتبعنا ذلك النهج لاتخاذ محاور الكتابة لكي نوضح الأهمية بشكل هرمي من أعلى نقطة وهي أهمية الموطن بالشكل العام، ذلك في الفرع الأول ومن ثم أهمية ادوار الموطن والتمعن بأهمية الدور الاحتياطي للموطن، ذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب وكما يأتي:

الفرع الأول

أهمية الموطن بشكل عام

يعدّ الموطن من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص فهو أداة لتوزيع الأشخاص جغرافياً، يعمل بجانب الجنسية مع العرض بأنه أسبق من الجنسية في هذا الدور ويختلف عنها في عدة جوانب، فتكون الجنسية أداة لتوزيع الأشخاص سياسياً، ويضطلع الموطن على تركيز

الأشخاص مكانياً بين الدول [1]، إذ تعد الجنسية رابطة قانونية وسياسية، ومن زاوية أخرى يعدّ الموطن رابطة قانونية واقعية.

ومن الجدير بالذكر بان المؤلفات تكثر عن الجنسية ويختلف المقام عما هو في الموطن، وعند التمعن في علة ذلك، قد وجدنا أسباب بررها بعض الكتاب بأنهم يزعمون في أن الجنسية ذات أهمية بالغة [2]، لذلك حظت بعناية أوفى، وأجد بان هذا التعليل عاري عن الصحة لكون الجنسية أكثر حداثة فتكون أهميتها ناشئة، وعلى خلاف ذلك فان الموطن يمتلك أهمية ثابتة له منذ قديم الزمان، أي مع فكرة نشوء النظريات لتنازع القوانين، وفسر آخرون [3] بان فكرة الموطن ملموسة لا تحتاج أي إيضاح أو تفصيل كالجنسية التي تمتلك من الغموض ما يستحق تفصيله، ونرى بان هذا الرأي أصوب من سابقه.

ومن هذا المنطلق فان هنالك وجهة نظر تأريخيه تبين لنا بأنه قد كان للموطن في القوانين الأوربية القديمة شأن كبير، لأن هذه القوانين كانت تقوم على الأعراف والعادات، لذلك كان من المهم للعمل على تطبيق هذه الأعراف أن يكون الشخص مقيماً في المنطقة بأي شكل من الأشكال والتي يسود فيها العرف، وبطبيعة الحال فان الموطن هو من يؤدي لتوحيد القانون الذي يحكم الأسرة الواحدة، لأنه من اليسير توحيد موطنها، بينما يصعب توحيد جنسيتها، ولأن الفرد الذي يتوطّن في إقليم معين، وخاصة المهاجر، غالبا ما يندمج فيه، لذا يكون من مصلحته أن يطبق عليه قانون موطنه حتى لا يبقى مهمشا[4]،

ومنذ انتشار الشريعة الإسلامية في أرجاء العالم لتهدي البشرية جمعاء، فقد اعتمدوا على هوية المسلم لتطبيق الأحكام علية ولتبادل الحقوق والواجبات مع السلطة الحاكمة, وحينما أصبح للقوانين الداخلية صفة الشمول والعموم، وبدء الأنظمة القانونية تحديث ضوابط إسنادها واختلاف وجهات نظرهم حول الحلول القانونية المتبعة في موضوعات التنازع وغيرها.

فلم يعدّ للموطن تلك الأهمية في أكثر الشرائع الحديثة، وعلى الرغم من ذلك لا تزال فائدة الموطن وأهميته تنالان حيزاً كبيراً وذو حظوة في نظر فقهاء القانون، فلا يمكن لهم الاستغناء عن ما ممكن أن يضفيه لهم من حلول لكونه المرتكز القانوني لهم، إذ يعدّ الموطن عنصراً مهماً من عناصر الشخصية، فيكون وسيلة لتحديدها بصورة دقيقة وتعيين مقرها.

([1]) عمران علي السائح, الموطن في القانون الدولي الخاص دراسة وفقا للقواعد العامة والقانون الليبي, بحث منشور على مجلة جامعة الزيتونة, العدد السابع عشر, ليبيا, لسنة 2016, ص 199.

(2) أبو العلا علي أبو العلا، القانون الدولي الخاص، الموطن، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص243.

(3) عز الدين عبد الله، مصدر سابق، ص336.

([4]) ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن, مصدر سابق، ص165.

فان للموطن من الناحية القانونية أهمية كبرى وفوائد تتجلي في مختلف القوانين، فهو يكتسب أهمية في القانون الدولي الخاص، إذ أن لمعرفة الموطن أثر بالغ الأهمية، وخاصة فيما يتعلق بوضع الأجانب في الدولة وكيفية التعامل مع موضوع توطنهم، إذ لا يخفى عن دور الموطن الهام في مجال الجنسية لكون أن الإقامة في دولة معينة تعد سبب لاكتساب جنسيتها مع توافر شروط يضعها مشرع تلك الدولة من اجل اكتساب جنسيتها.

كما قد اتجه المشرع العراقي في قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة (2006) في المادة (5) منه للولادة المضاعفة والإقامة، والتي نصت على أن " للوزير أن يعتبر عراقيا من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضا وكان مقيما فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده ، بشرط أن يقدم الولد طلبا بمنحه الجنسية العراقية".

وعند مقارنة المادة اعلاه من قانون الجنسية العراقي بالقانون المدني الفرنسي نجد في نص المادة (21) منه وفي الفقرة (7)، قد استغنى فيها المشرع الفرنسي عن شرط الولادة المضاعفة واكتفا بما وضعه من شروط مثل مكان الولادة والإقامة وغيرها، إذ نصت على ان "يكتسب أي طفل يولد في فرنسا لأبوين أجنبيين الجنسية الفرنسية في سن الرشد إذا كان في ذلك التاريخ، كان لدية إقامة في فرنسا ، وإذا كان محل إقامته المعتاد في فرنسا لفترة متواصلة أو متقطعة لا تقل عن خمس سنوات ، منذ سن الحادية عشرة"

فضلا لما سبق فان هنالك حقوق وواجبات تكون لذلك الأجنبي، الذي يتوطن في هذا الإقليم المعين وتكون مثل تطبيق القوانين الجزائية، كما في حالة الأجنبي عديم الجنسية، إذ يطبق عليه قانون الموطن وهذا ما اتجه المشرع العراقي فيه، وذلك في قانون العقوبات العراقي المرقم (111) لسنة (1969) في المادة (19) الفقرة (الأولى) منه، إذ نصت على "المواطن: هو أحد رعايا جمهورية العراق ويعتبر في حكم المواطن من لا جنسية له إذا كان مقيما في الجمهورية".

ومن الجدير بالملاحظة أن في بعض الأحوال يطبق في القضايا المعروضة أمام القضاء قانون موطن الأجنبي، الأمر الذي يوجب معرفة موطن هذا الأجنبي للحكم في القضية المعروضة أمام القضاء، ولا تقتصر أهمية معرفة موطن الشخص على القانون الدولي الخاص، بل تتعداها إلى النواحي الداخلية أيضًا, فالمحكمة المختصة للنظر في بعض القضايا، هي في الأصل محكمة موطن المدعى عليه.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن التبليغات القانونية والقضائية والمذكرات، كلها تتطلب معرفة موطن الشخص المراد إعلامه، وفي مقابل ذلك لا يشترط تبليغ صاحب العلاقة بالذات في بعض الأحيان، بل يتم التبليغ في موطنه أو محل إقامته، كما جاءت به المادة (14) فقرة (الثانية)

من قانون المرافعات المدنية العراقي والتي نصت على انه "يقوم موزع البريد بتسليم الرسالة إلى الشخص المراد تبليغه أو في محل إقامته إلى زوجه أو من يكون مقيما معه من أقاربه وأصهاره، أومن يعمل في خدمته من المميزين، أو إلى من يمثله قانونا",

وكثير من القضايا وبتنوعها تتطلب مباشرتها في الموطن، كالوصايا والتركات والإفلاس، إذ لا يفوتنا أن ننوه بان كلها تجري أمام السلطة المختصة في موطن المتوفى أو الموصي أو المفلس، ثم إن بعض الأعمال القانونية التي تتعلق بالأسرة، كالزواج فيجب مباشرتها أمام المحكمة الشرعية الموجودة في موطن الزوجة، فضلا عن استيفاء الديون وتأديتها يكونان في موطن المدين, كما نصت المادة (37) فقرة (الأولى) من قانون المرافعات المدنية العراقي التي جاءت بالقول "تقام دعوى الدين أو المنقول في محكمة موطن المدعي عليه، أو مركز معاملاته أو المحل الذي نشأ فيه الالتزام، أو محل التنفيذ أو المحل الذي اختاره الطرفان لإقامة الدعوى".

وكذلك تظهر لنا أهمية الموطن فيما يتعلق بالشخص المعنوي فيكون المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيسي والفعلي معيار لاكتساب الجنسية وهذا ما اتجه إليه المشرع العراقي في قانونه المدني العراقي وفي المادة (48) الفقرة (السادسة) والتي نصت على أن "وله موطن، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه إدارة أعمالها في العراق".

مع العرض أن في قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل وفي المادة (38) منه في الفقرة (الأولى)، نصت على أن "تقام الدعوى في المسائل المتعلقة بالأشخاص المعنوية القائمة أو التي في دور التصفية بالمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها الرئيسي", فضلا عن الفقرة (الثانية) من نفس المادة أعلاه نصت على "إذا كانت الدعوى ناشئة عن معاملة مع فرع الشخص المعنوي جاز إقامتها بمحكمة مركز الإدارة أو المحكمة التي يقع بدائرتها ذلك الفرع ".

وتقارن المادة رقم (48) الفقرة (السادسة) اعلاه من القانون المدني العراقي بالمادة (1837) من القانون المدني الفرنسي وفي الفقرة (الأولى) منها، إذ نصت على انه "تخضع أي شركة يقع مقرها الرئيسي في الأراضي الفرنسية لأحكام القانون الفرنسي"، وان هذا ما هو إلا دليل على اعتراف المشرع الفرنسي على الشخصية المعنوية والأخذ بمعيار ضابط الموطن لمحاكاتها ومنحها موطن مثل الشخص الطبيعي، ويتمتع بكل المزايا من حقوق وواجبات والتي من الممكن ان تمنح له.

واستخلاصا لما سبق نقول أن تحديد الموطن وتعيينه يؤديان إلى تسهيل تعامل الناس فيما بينهم، عن طريق تعريف الشخص لنفسه وكيفية تعامل الآخرين معه، لكونهم يعرفون مسبقا ما هو الحكم القانوني, لو نشب نزاع في ما بينهم, فإذا تزوجت انكليزية من عراقي متوطن في انكلترا فأنها تعلم انه سوف يطبق عليهما القانون الانكليزي, أما في حالة تطبيق قانون الجنسية فان القانون العراقي سيطبق باعتباره قانون الزوج, والزوجة هنا لا تعلم شيئا عن أحكام القانون العراقي[1]، ناهيك عن تعامل الدولة مع هذا الشخص المستوطن في بلدهم سواءً كان شخص طبيعي أو معنوي وما هي طبيعة التعامل القانونية معه، وغيرها من المميزات الكثيرة.

الفرع الثاني

أهمية الدور الاحتياطي للموطن بشكل خاص

تأسيساً على ما ذكر في الفرع الأول من أهمية للموطن بشكله العام فنوضح هنا بان الموطن قد ينبثق عنه عدة ادوار ذات أهمية بالغة في مختلف القوانين منها القانون الدولي الخاص وحل إشكالات تنازع القوانين فيكون له دور رئيس, أي يعمل كضابط إسناد أساسي وذلك في الدول الأنجلو أمريكية، وذلك بسبب تزايد الهجرة إلى هذه الدول، مما يجعل للموطن دور متميز فيفوق في أهميته لضابط الجنسية إذ يعمل لديهم الموطن كضابط إسناد أساسي لكثرة حلوله ولمساسها بسيادة الدولة واقتصادها، فضلًا عن أسبقيته في الظهور من ضابط الجنسية وغيرها من المميزات التي تفرضه بكافة جوانبه، إذ ترى هذه المجموعة من الدول بان ضابط الموطن أنسب من ضابط الجنسية لحكم العلاقات الدولية الخاصة لحالة الأشخاص وذواتهم، لأنه يعبّر عن حالة واقعية تعني في ارتباط الشخص بإقليم معين على خلاف الجنسية التي لا تعدو لان تكون علاقة افتراضية ليس لها وجود على ارض الواقع سوى أنها من مرتسمات السياسة.

ويعمل الموطن كضابط إسناد احتياطي بعد توفر شروطه، فيكون ثانوي وسنفسر هنا أهمية هذا الدور الاحتياطي للموطن وما يغني من فوائد في هذه الدول على أنظمتها القانونية.

فبشكل خاص تظهر أهمية الموطن في تشريعات الدول اللاتينية، ومن ضمنها التشريع العراقي، من حيثية اعتمادهم للموطن كضابط إسناد احتياطي، عن طريق مدى علاقته بضابط الجنسية لأنه يعدّ ضابط إسناد أساسي، فهو ملازم لفكرة الجنسية في تنظيم قضايا وعلاقات القانون الدولي الخاص، وفي مقابل ذلك فالموطن لا يزال محتفظ بمكانته، خاصة في الدول الأنجلو أمريكية.

([1]) ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص 191.

إذ من الجدير بالذكر أن اعتبار الموطن كضابط إسناد احتياطي في حالات معينة يفيد بان يضفي على قاعدة الإسناد أن لا تترك فراغا في مشكلة التنازع، إذ إن الموطن هنا يكمن بان يلعب دور السد المنيع لما يمكن أن يجتاز من القضايا المتنازع عليها في موضوعات القانون الدولي الخاص من ثغرات للضابط الأساسي، إذ أنه يجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المعروضة على القاضي المختص أما لقانونه أو للقانون الأجنبي أو لقانون آخر حسب ما عرض عليه من معطيات فالموطن هنا يسمو بان يعمل بأوج ما يمكن أن يقدم، رغم دوره الاحتياطي فيكون كالقاسم المشترك لضابط الإسناد، وذلك عن طريق تحديد القانون الواجب التطبيق وتعيينه على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي والمعروضة أمام القاضي المختص للنظر فيها، إضافة لتحديد المحكمة المختصة لحل النزاع.

ويعدّ الموطن هنا أي بدوره الاحتياطي من أهم ضوابط الإسناد القانونية التي تستخدم كوسيلة لحل تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة، إذ يمكننا رصد هذا الدور الوظيفي والفعال للموطن في عدة فروض منها اعتماد الموطن كحل فعال لإشكالات الجنسية بشكليها من التنازع الايجابي والسلبي للجنسية، و اعتماد الموطن كحل بديل في تنازع القوانين وغيرها من الجوانب، فيبرز هنا فحوى هذا المقصد من تسليط الضوء على الدور الاحتياطي للموطن، ومما لاشك فيه أن للموطن الدولي أهمية بالغة كضابط للإسناد في تعين القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع المعروض أمامها وغيرها.

وعلاوة على ذلك فان لضابط الموطن في دوره الاحتياطي قدرة بأن يرتقي وأن يعمل كضابط إسناد أساسي في حالات حصرها المشرع لوجهة نظره بأنها تمس أمنه وسيادته فضلا عن ذاك ممكن أن تمس اقتصاده أو اعتبارات أخرى قيمة يراها مشرع تلك الدولة. وذلك لما للمشرع من دافع لحماية بلده وللنهوض بواقعه التشريعي, ولما له من رغبة حقيقية ببناء القواعد القانونية والتي يرتقي بها البلد عن طريق اعتمادهم على ضابط الموطن للوصول إلى الصورة الأمثل قانونيا.

وتأسيساً على ذلك وفي ضوء ما سبق فقد اكتملت لدينا صورة وأضحت المعالم عن أهمية الموطن وأدواره وما يمكن أن يقدم من دور فعال ذو أهمية جمة في دوره الاحتياطي في موضوعات القانون.

ولكن لا يفوتنا أن ننوه بان على الرغم من أن التشريع العراقي يأخذ بضابط الجنسية فان للموطن دور كبير مع وجوب بيان بأنه يندمج بمحل الإقامة المعتادة، مما يستلزم الأمر ضرورة

إثبات الموطن أو اكتسابه أو تغيره أو فقده من قبل الشخص الذي له مصلحة في الحصول على الجنسية العراقية.

ويزيد على ذلك صعوبة، بأن المشرع العراقي لا يزال يطبق أحكام الموطن الداخلي على قضايا الموطن الدولي في القانون الدولي الخاص على الرغم من وجود الاختلاف الواسع في هذه الأحكام، فضلاً عن ذلك أن أحكام الموطن الداخلي قاصرة عن استيعاب كل المنازعات المتنوعة والتي تنشأ من قضايا القانون الدولي الخاص.

وحرياً بنا أن ننوه بأنه قد ذهب القول أن مصطلح (الموطن الدولي) غير دقيق لأنه يوحي بوجود فكرة دولية موحدة أو مفهوم مشترك للموطن وهو ما لم يصل إليه بعد تطور القانون الدولي إذ أن لكل دولة فكرتها في الموطن، أي أن القانون الداخلي لكل دولة هو الذي يصور فكرة الموطن في الحياة القانونية الدولية، والأفضل استعمال مصطلح الموطن في العلاقات الخاصة الدولية [1].

ولعل من المفيد أن نؤكد على أهمية تنظيم أحكام الموطن في التشريع العراقي ولاسيما مسألة إثباته، إذ تعد من المسائل المهمة التي يجب على المشرع العراقي أن يأخذها بالحسبان عند إعادة النظر في تشريع أحكامه والتي تنظم قضايا القانون الدولي الخاص.

([1]) عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، مصدر سابق، صفحة 304.

الفصل الثاني

نطاق إعمال الدور الاحتياطي للموطن

الفصل الثاني

نطاق اعمال الدور الاحتياطي للموطن

من المبادئ الثابتة ان أحكام القانون الدولي الخاص ماهي الا انعكاس لأحكام القانون الداخلي على الساحة الدولية، وانطلاقاً من ذلك أن لكل شخص الحق في موطن معين تتركز فيه مصالحه في المجال الداخلي، فإذا كان ذلك الحق قد أعترف به في مجال القانون الدولي الخاص فالشخص يستطيع أن يغير موطنه وينقله من دولة إلى دولة اجنبية اخرى،

وذلك في ظل الوضع الحالي وما يشهده من نمو العلاقات الدولية وانتقال الأفراد بين الدول المختلفة، فان الدول قد اضطرت تحت ضغط حاجات التجارة الدولية بالسماح إلى الرعايا الأجانب بالدخول إلى اقليمها والإقامة فيه، ولا يخلو أي نظام وضعي من بيان الأحكام الخاصة بدخول الأجانب إلى الاقليم الوطني للدولة وتنظيم اقامتهم فيه، وتلك الإقامة التي تتخذ صورة الموطن، أو المحل الدائم لاستقرار الشخص والإقامة فيه، والموطن الذي يحصل عليه الشخص خارج الدولة التي ينتمي اليها بجنسيته هو موطن دولي.

وللموطن أهميته في تشريعات الدول ومن ضمنها التشريع العراقي، وذلك كضابط اسناد احتياطي ومدى علاقته بالجنسية وذلك أن فكرة الموطن تندمج بمحل الإقامة المعتادة، طبقاً لأحكام قانون الأجنبي، وهو ملازم لفكرة الجنسية في تنظيم علاقات القانون الدولي الخاص، فالموطن لايزال يحتفظ بمكانته خاصة في الدول الأنكلو امريكية، ومنها انكلترا وكندا واميركا، التي يحتل فيها الموطن دوراً متميزاً ويفوق دور الجنسية .

فعدّ الموطن كضابط اسناد احتياطي في حالات معينة, يفيد ان قاعدة الاسناد لا تترك فراغاً في مشكلة التنازع ، إذ إنها تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المعروضة على القاضي أما لقانونه أو للقانون الأجنبي أو لقانون آخر.

فالموطن يعتبر ضابط اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، لاسيما مع التوسع الحاصل في العلاقات الدولية ونمو التجارة الدولية، كذلك حالات الهجرة الجماعية واللجوء إلى دول أجنبية عدة.

لذلك سندرس في هذا الفصل نطاق اعمال الدور الاحتياطي للموطن في مبحثين: المبحث الأول الدور الاحتياطي للموطن في مسائل الجنسية، والمبحث الثاني الدور الاحتياطي للموطن في مسائل تنازع الاختصاص.

المبحث الأول

الدور الاحتياطي للموطن في مسائل الجنسية

ينقسم العالم إلى عدد من الدول المتميزة لكل منها اقليم محدد ولاشك في صحة نسبة كل شعب إلى اقليم دولته, غير أن هذه النسبة لا تعني مجرد النسبة المكانية، وانما تفيد فضلاً عن ذلك الانتماء إلى الشعب المكون للدولة.

هذا وأن اقليم الدولة وأن كان متعلقاً أصلاً بشعبها فأن ضرورات الحياة الاجتماعية الدولية اقتضت أن تسلم الدولة بإمكان وجود أفراد من غير شعبها على اقليمها، فإذا لم يكن وجود هؤلاء الأجانب على اقليم الدولة عارضاً ومؤقتاً وإنما كان له هدف نفعي وأقترن بنوع من الاستقرار فانه من الممكن نسبة هؤلاء الأجانب إلى اقليم الدولة وهذا هو التوطن [1].

وعلى ذلك فأن التركيز الدولي للأفراد يتم بأداتين هما الجنسية والتوطن، وتوصف الدولة بالنسبة لمن يتمتعون بجنسيتها بأنها وطن لهم, في حين توصف بالنسبة للمتوطنين فيها بأنها موطن لهم، ولذلك فأن كل من الجنسية والتوطن يفيد نسبة إلى الدولة غير أن الجنسية تفيد انتساباً أصيلاً، في حين أن التوطن يفيد انتساباً طارئاً.

وتعتمد تشريعات الجنسية في مختلف دول العالم على فكرة الموطن في تنظيم أحكام الجنسية من حيث كسبها وفقدها، كما أن لهذه الفكرة دور مهم في مجال فض تنازع الجنسيات.

لذا سندرس في هذا المبحث مطلبين: في الأول دور الموطن في اكتساب واسترداد الجنسية، أما المطلب الثاني نخصصه لدور الموطن في التنازع الايجابي والسلبي للجنسيات.

المطلب الأول

الدور الاحتياطي للموطن في اكتساب واسترداد الجنسية

لا يخفى ما للموطن من دور مهم في مجال الجنسية، إذ تعدّ الإقامة في دولة معينة لمدة معينة سبباً لاكتساب جنسيتها، وللموطن أهميته فيما يتعلق بجنسية الشخص الطبيعي، وذلك في ضوء أحكام قانون الجنسية العراقي رقم (26) لسنة (2006) النافذ ، وكذلك في القوانين الملغاة الخاصة بالجنسية لأن المشرع العراقي أدمج فكرة الموطن بالإقامة المعتادة، فأصبحت الإقامة المعتادة من أهم الشروط الواجب توافرها لاكتساب واسترداد الجنسية العراقية، لذلك سنبحث في هذا المطلب دور الموطن في اكتساب الجنسية في الفرع الأول، ودور الموطن في استرداد الجنسية في الفرع الثاني .

([1]) احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج 1 ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1956، ص 278 -288.

الفرع الأول

الدور الاحتياطي للموطن في اكتساب الجنسية

التجنس عمل ارادي يتمثل في الايجاب من ناحية الطالب والقبول من ناحية الجهة المختصة، ويكون بإرادة صريحة خالية من العيوب والجنسية الأصلية تثبت للفرد بمجرد توافر عناصر ثبوتها دون حاجة إلى أي أجراء آخر كتقديم طلب أو استحصال موافقه، وتفرض وتمنح الجنسية الأصلية في أغلب الدول بناءً على حق الدم أو الاقليم أو كليهما معاً كالمشرع العراقي .

وحق الدم يقصد به حصول الفرد على جنسية الدولة التي ينتمي إليها أبويه, وبصرف النظر عن مكان ولادته, ويعتبر حق الدم دليلاً على التأثر بالأسرة وصلة الدم، وتتجه غالبية التشريعات إلى الاعتداد بجنسية الأب فتمنح الجنسية لمن يولد لأب وطني وتشريعات أخرى تقيم تسوية كاملة بين الأم والأب كالقانون الفرنسي[1] .

أما حق الاقليم: فيقصد به حصول الفرد على جنسية الدولة التي يولد على اقليمها، ويستند هذا الأساس إلى أن الطفل يتأثر بالبيئة التي ولد ونشأ بها، وغالباً ما تكون الجنسية المكتسبة عن طريق حق الاقليم هي جنسية موطن الاسرة(2) .

ويعدّ الموطن أهم وسيلة لتوزيع الأفراد جغرافياً بين الدول على أساس غير الجنسية، لذلك نجد أن المحاكم في العراق تطبق قانون الموطن على عديمي الجنسية لأغراض تطبيق القوانين الجزائية، إذ نصت المادة (19) فقرة (1) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969) المعدل، على أن "المواطن : هو أحد رعايا جمهورية العراق ويعتبر في حكم المواطن من لا جنسية له إذا كان مقيماً في الجمهورية".

وقد تلجا بعض تشريعات الدول إلى اشتراط إقامة أو توطن الشخص عند ولادته على اقليمها، أي أنها تدعم حق الاقليم بالإقامة المعتادة وقد أعتد المشرع العراقي في فرض الجنسية الأصلية بحق الدم المنحدر من الأب وبأساس حق الاقليم وحق الدم معاً وفرضها على أساس حق الاقليم فقط، وقد نصت الفقرة (الثانية) من المادة (الرابعة) من قانون الجنسية العراقية والمعلومات المدنية رقم (46) لسنة (1990) الملغي على "يعتبر عراقياً من ولد في العراق من أم عراقية واب مجهول أو لا جنسية له" . كذلك نفس النص أعلاه ورد بالمادة (4) الفقرة (ثانياً)

---

(1) Franciscains; Droit international prive compare, Repo, D, de droit, paris, 1988, p.156.

(2) عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق, ص44 .

من القانون الملغي للجنسية رقم 43 لسنة 1963، وفي هذا النص جمع المشرع العراقي بين حق الاقليم وحق الدم المنحدر من الأم.

وغالباً ما تقترن واقعة الميلاد فوق الاقليم العراقي بالإقامة المعتادة لأن الإقامة فوق اقليم معين تعني الاندماج بالمجتمع اندماجًا كاملاً والعيش فيه واكتساب اسس الولاء والوطنية، ويلاحظ في قانون الجنسية النافذ رقم (26) لسنة (2006) لم يتطرق المشرع إلى هذه الحالة، بل أعتبر أبن العراقية عراقي مطلقاً حاله حال الرجل العراقي عندما يولد له ابن سواءً داخل العراق أو خارجه، وهذا يستشف من نص المادة (3) الفقرة (أ) والتي نصت على "يعتبر عراقياً من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية". ولكن هناك من ذهب إلى افراغ النص من محتواه ويقول بانعدام المساواة بين أبناء العراقي وأبناء العراقية إذا ولد في الخارج، إذ يحصل ابن العراقي الجنسية الاصلية بينما أبن العراقية ينتظر اتمام الثامنة عشر من عمره ويقيم في العراق ليكتسب الجنسية العراقية (جنسية الأم).

ونعتقد هذا انتهاك صارخ لمبدأ المساواة المنصوص عليه بالمادة (14) من الدستور الدائم لعام (2005)، التي نصت صراحةً على أن "العراقيون متساوون أمام القانون ...." [1]. وكذلك نصت الفقرة (الثالثة) من المادة (الرابعة) من قانون الجنسية العراقي الملغي اعلاه "يعتبر عراقياً من ولد في العراق من والدين مجهولين". ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه مالم يقم الدليل على خلاف ذلك"، وان واقعة الميلاد واقعة مادية قابلة لأثبات العكس. وبنفس الاتجاه سار قانون الجنسية النافذ بالفقرة (ب) من المادة (3) إذ نصت "يعتبر عراقيًا : ... من ولد في العراق من أبوين مجهولين ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولوداً فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك".

ويظهر الدور الاحتياطي للموطن في الحالات التي نص عليها قانون الجنسية النافذ بالنسبة لاكتساب الجنسية، وذلك عندما نص على شرط الإقامة في العراق كأحد شروط اكتساب الجنسية، وعلى الرغم من الفرق الواضح بين الإقامة وبين الموطن الا انه في مجال اكتساب الجنسية يقترب نظام الإقامة من نظام الموطن بسبب طول مدة الإقامة التي أشترطها المشرع لاكتساب الجنسية، والتي تجعل من نظام الإقامة قريباً من نظام الموطن (2).

---

(1) حسن علي كاظم المجمع، القانون الدولي الخاص, دراسة مقارنة، دار الكتب والوثائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2022، ص64.

(2) محل الاقامة: هو رابطة موجودة بين الشخص والمكان من اقليم الدولة. أما الموطن: هو المكان التابع لدولة ما والذي يقيم فيه الشخص على وجه الاعتياد وليس له نية تركه. لمزيد من المعلومات انظر د. حسن علي كاظم المجمع، مصدر سابق، ص155.

وأهم التطبيقات التشريعية لدور الموطن في اكتساب الجنسية نجد نص المادة رقم (4) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة (2006) النافذ، تشترط الإقامة لمدة سنة بعد اتمام (18) من العمر للمولود من أم عراقية خارج العراق، وكذلك المادة رقم (5) للولادة المضاعفة التي اشترطت ولادة المولود، كذلك ولادة ابيه أو أمه الأجنبية في العراق مع استمرار أقامتهم في العراق، كذلك المادة رقم (6) المتعلقة بالتجنس التي اشترطت الإقامة لمدة (10) سنوات، وكذلك في الزواج المختلط بالمواد رقم (7، 11) التي اشترطت الإقامة لمدة (5) سنوات مع قيام الرابطة الزوجية(1).

وقد ساوى المشرع الفرنسي بين الطفل الشرعي والطفل الطبيعي وفقاً للمادة رقم (18) الفقرة رقم (1) من القانون المدني (المتضمن قانون الجنسية) وتعديلاته بعد عام (2016)، والذي نص "يعتبر فرنسياً الطفل الشرعي أو الطبيعي متى ما كان أحد والديه على الأقل فرنسياً". وبقى الحال هذا حتى صدور قانون رقم (1999) لسنة (1998) "الا انه إذا كان احد الوالدين فرنسياً فالطفل الذي لم يولد في فرنسا يتمتع بقدرة رفض سمة الفرنسي في الأشهر الستة التي تسبق بلوغه ، وعندما تقترن الولادة في فرنسا مع معيار الإقامة لمدة معينة فان هذه الولادة تسمح بالحصول إلى الجنسية الفرنسية "(2). وهنا يلاحظ ان المشرع الفرنسي استلزم توافر الموطن في فرنسا أي بمعنى الإقامة لكي يمنح هذا الشخص الجنسية الفرنسية.

ما تقدم يتعلق بدور الموطن في اكتساب الجنسية للشخص الطبيعي، فهل تظهر نفس الأهمية للشخص المعنوي؟ إذ تتجلى بموقف المشرع العراقي بنص المادة رقم (48) الفقرة رقم (6) من القانون المدني العراقي، إذ عدّ موطن الشخص المعنوي هو المكان الذي يوجد فيه مركز الادارة الرئيس, الذي يعدّ من أهم المعايير التي تخضع الشخص المعنوي للقانون العراقي، فضلًا عن معيار مكان التأسيس.

وكذلك يعدّ معيار مركز الادارة الرئيسِ بمثابة ضابط الاسناد الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية ، وفقاً للمادة رقم (49) من القانون المدني العراقي المعدل، وتختص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المكاني مركز الادارة الرئيس للشخص المعنوي ، بالنظر للدعاوي المتعلقة به بموجب المادة رقم (38) الفقرة رقم (1) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل.

---

(1) عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، ط1، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان, 2015.

(2) علي عبد الجبار رحيم المشهدي، القانون المدني الفرنسي مع تعديلاته بعد عام 2016، مترجم للعربي، النجف، 2020، ص10.

الفرع الثاني

الدور الاحتياطي للموطن في استرداد الجنسية

ان المشرع لا يغلق الباب نهائياً أمام من يفقد جنسيته ولا يحرمه منها للأبد، بل يسمح له أن يستردها كلما اقتضت ظروف وحالات فقدان الجنسية، فاسترداد الجنسية يعني عودة الشخص لاكتساب الجنسية التي فقدها الشخص وفقاً للقانون بسبب من الاسباب، وهو بذلك يختلف عن حالات اكتساب الجنسية اللاحقة لأنه الاسترداد يفترض أن شخصاً متمتعاً بالجنسية الوطنية، ثم يفقد جنسيته بسبب من الاسباب المنصوص عليها في القانون ثم يستردها وفقاً للقانون ايضاً، واسترداد الجنسية اجراء قانوني تجيزه معظم التشريعات الخاصة بالجنسية، الا أن أسسه ونطاقه يختلف من دولة إلى أخرى وفقاً للسياسة التشريعية لكل دولة.

ومن أهم الشروط اللازمة لاسترداد الجنسية زوال سبب فقد الجنسية، وكذلك من الشروط المهمة العودة للإقامة في اقليم الدولة، لما يعنيه من الرغبة الحقيقية للفرد في العودة للاندماج بمجتمع الدولة التي فقد جنسيتها، تختلف الدول في تحديدها مدة الإقامة اللازمة لاسترداد جنسيتها.

وقد اعتدّ أغلب المشرعين بهذا الشرط للسماح للشخص باسترداد جنسيته التي فقدها، وهذا الأمر يبرز الدور الاحتياطي للموطن في استرداد الجنسية، على الرغم من استخدام المشرع العراقي عبارة محل الإقامة الا أنه في هذا السياق يمكن القول باضمحلال الفوارق بين الموطن وبين محل الإقامة بسبب أهمية الموضوع المتعلق باسترداد الجنسية، وعليه سندرس في هذا الفرع أهم التطبيقات التشريعية لدور الموطن في حالات استرداد الجنسية :

الحالة الأولى : استرداد الشخص جنسيته التي فقدها باكتساب جنسية دولة أجنبية باختياره.

لقد نصت المادة رقم (11) في الفقرة رقم (2) من قانون الجنسية العراقي الملغي رقم (46) لسنة (1990) على ان "إذا عاد الشخص الذي فقد جنسيته العراقية بموجب البند أولاً من هذه المادة إلى العراق بطريقة مشروعة واقام فيه سنة واحدة يجوز للوزير ان يعتبره بعد انقضائها مكتسب الجنسية العراقية من تاريخ عودته اذا قدم طلب لاستعادة الجنسية العراقية قبل انتهاء المدة المذكورة", وطبقاً لهذا النص لابد من عودة هذا الشخص إلى العراق بطريق مشروع، وان يقيم إقامة اعتيادية لمدة سنة كاملة، وهذه المدة تعتبر فترة تجربة لمعرفة مدى ولائه للوطن.

وقد كان قانون الجنسية العراقي الملغي رقم (42) لسنة (1924)، نص على هذه الحالة إذ جاء فيها "إذا فقد عراقي الجنسية العراقية يفقدها أيضاً أولاده الصغار، ولكن الصغير الذي زالت

عنه الجنسية العراقية بموجب هذه الفقرة له في ظرف سنتين من بلوغه سن الرشد الرجوع اليها.....". ولما صدر قانون الجنسية العراقي الملغي (43) لسنة (1963)، إذ نص في الفقرة (الثانية) من المادة رقم (11) على ان "إذا عاد الشخص الذي فقد جنسيته العراقية بموجب الفقرة السابقة إلى العراق واقام فيه سنة واحدة, يعتبره بعد انقضائها مكتسبا الجنسية العراقية اعتبارًا من تاريخ عودته ".

أما موقف المشرع العراقي بالقانون رقم (26) لسنة (2006) النافذ فيتضح من نص المادة رقم (14) الفقرة (ثانيًا) على ان "إذا فقد عراقي الجنسية العراقية يفقدها تبعاً لذلك أولاده غير البالغين سن الرشد ، ويجوز لهم أن يستردوا الجنسية العراقية بناءً على طلبهم، إذا عادوا إلى العراق وأقاموا فيه سنة واحدة، ويعتبرون عراقيين من تأريخ عودتهم....".

في الحقيقة موقف المشرع واضح إذ أبقى الباب مفتوحاً للعراقيين الذين قد أجبرتهم ظروف ما للتخلي عن الجنسية العراقية، وذلك بالعودة وبشروط مبسطة جداً تقتضي العودة وتقديم الطلب لا أكثر.

ويلاحظ على موقف المشرع بهذا الخصوص استثنى من أسقطت عنهم الجنسية العراقية بموجب أحكام القانون رقم (1) لسنة (1950) و القانون رقم (12) لسنة (1951)، والمعنيون بهذه القوانين أولاد العراقيين اليهود (1).

أما موقف المشرع المصري في هذه الحالة فيتضح بموجب قانون رقم (26) لسنة (1975) بشأن الجنسية المصرية وذلك حسب ما جاء بالمادة (11) بالفقرة (الثانية) والتي نصت "... أما الأولاد القصر فتزول عنهم الجنسية المصرية إذا كانون بحكم تغيير جنسية أبيهم يدخلون في جنسيته الجديدة طبقاً لقانونها، على أنه يسوغ لهم خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد أن يقرروا اختيار الجنسية المصرية"، من الواضح في النصوص المشار اليها أعلاه تظهر أهمية الموطن (هنا محل الإقامة المعتادة) عن طريق العودة للعراق أو مصر و خلال سنة أو سنتين يسترجع جنسيته، إذاً العودة والتوطن في البلد شرط أساسي لاسترداد الجنسية الوطنية.

اما المشرع الفرنسي فلم تنص المادة رقم (24) فقرة (أ) من قانون الجنسية الفرنسية رقم (42) لسنة (1993) بصورة مباشرة على دور الموطن في استرداد الجنسية الفرنسية, إذ جاء فيها "يمكن الحصول على استرداد الجنسية الفرنسية في اي عمر كان يخضع لشروط وقواعد

([1]) حسن علي كاظم المجمع، المصدر السابق، ص87.

خاصة بالتجنس، والقواعد الخاصة بالتجنس أن يكون بالغاً سن الرشد، وان يكون مقيما في فرنسا أو متوطنا فيها، وان يقدم طلب إلى السلطة الفرنسية المختصة" (1).

الحالة الثانية : استرداد المرأة العراقية لجنسيتها التي فقدتها بسبب زواجها من اجنبي أو تجنس زوجها بجنسية أجنبية بعد الزواج واكتساب جنسيته باختيارها .

نصت على هذه الحالة المادة رقم (13) من قانون الجنسية العراقية النافذ ، إذ جاء فيها " إذا تخلت المرأة العراقية عن جنسيتها العراقية وفقاً لأحكام البند (ثالثاً) من المادة (10) من هذا القانون، حق لها أن تسترد جنسيتها العراقية ....." . يلاحظ هناك عدة حالات وشروط ومن ضمنها أن تكون المرأة موجودة في العراق عند تقديم طلب استرداد الجنسية العراقية.

وهذا الوجود في هذه المادة لم يعنِ شرط الإقامة للسماح باسترداد الزوجة لجنسيتها العراقية، ولعل السبب في ذلك يكمن في اعتبارات إنسانية متعلقة بعدم رغبة المشرع في زيادة الجوانب السلبية لهذه الزوجة خصوصاً بعد وفاة زوجها الأجنبي أو انقضاء الرابطة الزوجية، الا أنه يبدو لنا كان من الأجدر بالمشرع العراقي أن يتطلب أقامتها أو توطنها بالعراق بدلاً من اشتراط وجودها فقط لأن الإقامة والتوطن دليل على الرغبة الحقيقة في استرداد الجنسية العراقية .

الحالة الثالثة : استرداد الأولاد الصغار جنسيتهم التي فقدوها تبعا للأب

نصت على هذه الحالة المادة رقم (14) بالفقرة (الثانية) من قانون الجنسية النافذ، على حالة فقد الصغير جنسيته تبعا للأب واجازت لهم الاسترداد واستعادة الجنسية العراقية خلال سنة من بلوغهم سن الرشد واقامتهم في العراق قبل ذلك.

كذلك اشارت المادة رقم (14) ان الأولاد غير البالغين يكتسبون الجنسية بالتبعية ويفقدون بالتبعية ويستردون بالتبعية مادام حالة القصر متحققة، على أنه يجوز للأولاد أن يستردوا الجنسية بعد عودتهم إلى العراق والإقامة فيه لمدة سنة واحدة، وهذا الشرط الأخير يبرز الدور الاحتياطي للموطن في هذه الحالة.

المطلب الثاني

الدور الاحتياطي للموطن في تنازع الجنسيات

([1]) Franciscains: op.cite.p.170.

يعدّ الموطن من أهم الضوابط المكانية ذات التأثير الكبير على موضوعات تنازع القوانين، بحيث يؤدي دورًا مهمًا في اشكاليات الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي وللشخص المعنوي، إذ يعدّ الموطن من أهم الضوابط القانونية التي تستخدم كآلية لحل تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة، إذ يمكن رصد هذا الدور الوظيفي للموطن في عدة فروض.

الفرض الأول: هو اعتماد الموطن كحل فعال لإشكاليات الجنسية في حالة التنازع الايجابي للجنسيات، أما الفرض الثاني: فهو اعتماد الموطن كحل فعال في حالة انعدام الجنسيات، وهذا ما سندرس في هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

الدور الاحتياطي للموطن في التنازع الايجابي للجنسيات

لمعرفة دور الموطن في هذا النوع من التنازع، لابد من بيان ما معنى التنازع الايجابي مقدمًا:

إذ يطلق على هذا النوع من التنازع عدة تسميات منها : تراكم الجنسيات ؛ أو تعدد الجنسيات وكلها تدل على معنى واحد مفاده إن الشخص يتمتع بأكثر من جنسية وفقاً لقانون دولتين أو اكثر، بمعنى آخر أن يتراكم على الشخص أكثر من جنسية نتيجة تباين أسس تنظيم الجنسية في تشريعات الدول المختلفة ، وبذلك يضحى الفرد متعدد الصفة الدولية، إذ يكون وطنياً في أكثر من دولة ، حيث يواجه تعارض في أدائه للتكاليف العامة المقررة على الوطنيين، ومنها : أداء الخدمة العسكرية وممارسة الحقوق الانتخابية أو الترشيح للمجالس التشريعية في كلا الدولتين ، فضلاً عن ممارسته للحقوق السياسية وغيرها.

وان التنازع الايجابي (أو كما أطلق عليه بتعدد الجنسيات) تكون على عدة صور فمنها ما تكون معاصرة لميلاد الشخص ومنها ما تبرز في ميلاد لاحق عليه وسنبحث كل صورة تباعاً [1] :

اولاً: التنازع الايجابي المعاصر للميلاد

([1]) شادي جامع ، مشكلة تنازع الجنسيات ، دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون السوري ، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 38 ، العدد 2 ، 2016 ، ص15.

ويقصد بهذه الصورة إن الشخص يولد وهو متعدد الجنسيات ، ومثال ذلك : لو ولد شخص لأب متمتع بجنسية دولة تأخذ بحق الدم كأساس لمنح الجنسية الاصلية ، وفي الوقت ذاته كان ميلاد الطفل على إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم، ففي هذه الحالة يكون الشخص المولود مزدوج الجنسية ؛ إذ مُنح جنسية أبيه استناداً لحق الدم ، وكذلك مُنح جنسية الدولة التي ولد على إقليمها تأسيساً لحق الإقليم.

ثانياً: التنازع الايجابي اللاحق للميلاد

إن هذه الصورة تحدث عند تنافر أسس كسب الجنسية الطارئة وزوالها في قانون دولتين ، وهناك امثلة كثيرة منها : حالة تجنس شخص يحمل جنسية دولة (س) بجنسية دولة (ص) دون الحصول غلى موافقة سلطات الدولة (س) ، وفي الوقت نفسه قانون دولة (س) يبقي عليه جنسيته ، وقانون دولة (ص) لم يشترط عليه التنازل عن جنسيته الاصلية (س) ، ففي هذه الحالة يكون الشخص مزدوج الجنسية .

وإن حالة التنازع الايجابي تثير صعوبات في ايجاد المركز القانوني للشخص متعدد الجنسيات في حالة ما إذا حدث تنازع وتم عرضه أمام محاكم لدولة معينة ، أي نكون أمام صعوبة في معرفة الدولة التي يتمتع الشخص بحمايتها الدبلوماسية ويخضع لقوانينها ويكون ملزم بالواجبات تجاهها ، وبناءً على ذلك حاول الفقه عن طريق عدة آراء ايجاد مبدأ أو معيار يمكن الأخذ به ويتم عن طريقه ترجيح إحدى الجنسيات المتنازعة ، وسنعرض تلك الآراء تباعاً :

أ - **الرأي الأول:** يذهب إلى إنه إذا كانت إحدى الجنسيات المتنازعة هي جنسية دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ؛ فيأخذ بجنسية دولة القاضي ؛ بمعنى آخر تغليب جنسية دولة القاضي على غيرها من الجنسيات المتنازعة ، مثال ذلك : لو كان التنازع بصدد شخص ما متمتع بجنسيتين أو أكثر كالجنسية التركية والسورية وعُرض النزاع في سوريا ، فأن القاضي السوري لا يأخذ ولا يحكم إلاّ وفق قانون الجنسية السورية.

إلا إن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به لأنه لا يتمتع بالحجية المطلقة على الصعيد الدولي في المنازعات التي يمكن ان تقوم بين الدول بصدد الحماية التي يتمتع بها الشخص متعدد الجنسية لأن المبادئ المقررة دولياً تقضي بأنه لا يمكن لأي دولة ان تطلب ممارسة حمايتها الدبلوماسية بصدد أحد رعاياها الذين يحملون جنسيتها إزاء دولة يتمتع ذات الشخص بجنسيتها ايضاً [1].

---

[1] وقد أخذت بهذا المعيار بعض التشريعات العربية وكمثال لها, كسوريا بموجب المادة رقم (27) من القانون المدني السوري إذ تضمنت بأنه : (1- يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه .....أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. 2-على الاشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة لسورية الجنسية

وكذلك أخذ به التشريع المدني المصري ، إذ اشارت المذكرة الايضاحية المصرية على الأخذ به وجاء فيها [1] ، وكما أخذت بهذا المعيار بعض التشريعات الاجنبية وكرسته بعض الاتفاقيات ومنها اتفاقية لاهاي لعام (1930) ، إذ نصت في المادة رقم (3) منها [2]، أما في القضاء فقد أخذت بهذا الرأي أغلب المحاكم العربية والأجنبية وليس فقط بالنسبة للدول التي قننت هذا المعيار في تشريعاتها ؛ بل حتى الدول التي لم تفرد له نص في تشريعها [3].

أما موقف المشرع العراقي واضح بموجب المادة رقم (33) الفقرة (الثانية) من القانون المدني المعدل، فقد نص على "الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى العراق الجنسية العراقية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه".

وتقابلها في القانون المدني المصري المادة رقم (25) الفقرة (2) "على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دول أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه".

كذلك ما نصت عليه المادة رقم (10) الفقرة (الثانية) من قانون الجنسية النافذ، "تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية".

ب ـ الرأي الثاني : أتجه انصاره إلى الأخذ بفكرة تكافؤ السيادات بين الدول [4] ، بعبارة أخرى إعطاء الشخص متعدد الجنسيات حرية الاختيار ؛ إذ يثبت له حق الاختيار ووفق قانون كل دولة ثبوتاً صحيحاً، واستناداً لهذا المعيار ، على الدولة الغير ان تنظر إلى الجنسيات التي

السورية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول اجنبية جنسية تلك الدولة فالقانون السوري هو الذي يجب تطبيقه) .

[1] أشارت المذكرة الايضاحية المصرية بأنه : (تغليب الجنسية المصرية عند تزاحمها مع غيرها من الجنسيات التي يتمتع بها شخص واحد هو مبدأ عام استقر في العرف الدولي باعتبار ان تحديد الجنسية مسألة تتعلق بالسيادة ولا يقبل ان تتحكم الدولة في شأنها لغير قانونها) ينظر في : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، القاهرة ، ج1، منشورات وزارة العدل ، 1950 ، ص210.

[2] نص المادة (3) من الاتفاقية : (مع مراعاة احكام المادة هذه الاتفاقية فأن الشخص الذي تكون له جنسيتان أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة ينتمي إليها كأحد رعاياها) .

[3] ومنها القضاء الفرنسي واللبناني, للمزيد انظر احمد مسلم، مصدر سابق، ص136.

[4] قدادرة عبير، تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر ، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي ،ام البواقي، تونس، 2015- 2016 ، ص24 ؛ حامد زكي ، القانون الدولي الخاص المصري ، ط1 ، مطبعة نوري، القاهرة ، 1355- 1936 ، ص577.

يحملها الشخص على انها متساوية، فتضع الجميع على قدم المساواة وتعترف بها جميعاً دون تفضيل جنسية على أخرى ، لان التفضيل يعدّ خرقاً لمبدأ المساواة بين الدول فيكون للشخص متعدد الجنسية وحده حق التمسك بأي من الجنسيات ،

إلا إن هذا الرأي لا يصح الأخذ به لأنه يجعل الشخص متعدد الجنسية في وضع غير مستقر ، فضلاً عن ان الجنسية من روابط القانون العام فلا يصح أن تكون محلاً للاختيار من قبل الفرد، فضلاً عن ذلك ان هذا المعيار يفتح مجالاً واسعاً أمام متعدد الجنسية لمحاولات التحايل والغش ، فيتمكن الشخص التمسك تارة بجنسية معينة وتارة أخرى يتمسك بغيرها وفقاً لمصلحته الشخصية .

ج ـ الرأي الثالث : ذهب انصاره إلى الأخذ بمعيار ترجيح الجنسية الاقدم تاريخاً بالاكتساب نتيجة تمسكهم بالحقوق المكتسبة [1] ، إذ كان توجههم يعتمد على النظر إلى الوقت الذي تم فيه اكتساب الجنسيات المتنازعة ، فيكون الافضل ترجيح الجنسية الأولى المكتسبة بوصفها حقاً مكتسباً للشخص ، إلا إن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد من قبل فريق آخر لأن هذا الرأي يعدّ بمثابة إهدار لحق الفرد في تغيير جنسيته ويعتمد على فكرة الولاء الدائم .

وهذا يتعارض مع رغبات الفرد في اكتساب حقوق لاحقة وبناءً عليه قال الفريق المعارض بان المعيار المعتمد هو الأخذ بالجنسية الاحدث تاريخاً ، أي آخر جنسية اكتسبها متعدد الجنسية ؛ فيقوم القاضي بالبحث عن تاريخ اكتساب الجنسيات المتمتع بها الشخص ويختار احدثها اكتساباً ، باعتبار ان هذه الجنسية هي التعبير الاصدق عن ارادة الفرد الحقيقية في تغيير جنسيته بما يتماشى مع المواثيق الدولية ، وقد أخذ بهذا المعيار العديد من التشريعات ومنها التشريع الايطالي لعام (1963) ، وكذلك الاتفاقيات ومنها اتفاقية جامعة الدول العربية لعام (1954).

د- الرأي الرابع : فقد كان اتجاه انصار هذا الرأي مغاير لما سبقه من آراء الفقه [2]، إذ استبعد فكرة الجنسية للترجيح بين الجنسيات المتعددة فيما إذا تعرض الشخص لتنازع امام احدى المحاكم و اعتمدوا على معيار الموطن ، بعبارة أخرى ان دور الموطن وفقاً لانصار هذا الرأي يلعب دور فعّال ويحل محل الجنسية في الفصل في التنازع الايجابي بعد تجاهل دور الجنسية ، وإن هذا المعيار يلعب دوره في الدول التي تأخذ بالموطن كضابط ومعيار حاسم

([1]) حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، دار الفكر الجامعي, مصر, 2002، ص44.

([2]) فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص ، منشورات الجمهورية العربية السورية ، 2018 ، ص34

بدل الجنسية ، على خلاف الدول التي لا تعتدّ به ، وقد لاقى ترحيباً وتطبيقًا عند بعض الدول منها لبنان [1]، ووفقاً لهذا الرأي يظهر لنا دور الموطن في حل مشكلة التنازع .

هـ ـ الرأي الخامس: فقد ذهب انصار هذا الاتجاه إلى الاعتماد على الجنسية الفعلية لحسم التنازع بين الجنسيات المتعددة عن طريق البحث عن الجنسية الفعلية والأخذ بها[2]، وكان اساس اعتمادهم ان الجنسيات التي يتمتع بها الشخص قد يكون اكتسابها بشكل قانوني اصولي ولا يمكن تغليب اي منهما على الأخرى ولا يمكن التمييز بينهما من الناحية القانونية.

فضلاً عن ذلك ان الفرد قد ارتبط وتعلق بهذه الجنسيات ، ولكن على الرغم من ذلك يبقى تعلق الفرد بجنسية دولة ما اكثر من غيرها كما لو كانت مصالحه قد استقرت في هذه الدولة دون غيرها مما جعله يندمج بشعبها فكرياً واجتماعياً ، الأمر الذي يترتب عليه التمييز بين الجنسية الفعلية أو الواقعية من بين الجنسيات الاخرى ، ومن ثم اعتمادها المبدأ الاساس الذي بنيت عليه فكرة الجنسية .

وان اغلب التشريعات اتجهت إلى الجنسية الفعلية و التي يعيشها الشخص فعلياً و واقعياً وهو ما أخذ بها المشرع الفرنسي "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقة" ويكشف عنها عن طريق واقع الحال [3]، وهذه المسألة يقوم بها القاضي مستعرضاً مجموعة من الشواهد التي تكون قرائن عن الجنسية الفعلية من بين الجنسيات المتزاحمة، وللقاضي أن يستعين في الكشف عنها بعنصر موضوعي وهو الموطن أو محل اقامته مقارناً بين المدد التي يقضيها الشخص في كل دولة من تلك الدول، ودليل ارتباطه بإحدى الدول التوطن كأن يكون له مصالح تجارية أو روابط عائلية ومزاولة حقوقه السياسية أو أن يلتحق بإحدى الوظائف العامة أو أن يخضع على الدوام لقانونها.

ومما يلاحظ هنا ان البحث عن الجنسية الفعلية تعدّ مسألة وقائع يقوم القاضي بأثباتها عن طريق ظروف الواقع والتي تبين إن الفرد يرتبط بها اكثر من غيرها ، فقد يستعين القاضي بالكشف عن تلك الجنسية اما بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محل اقامته أو ممارسة اعماله التجارية او غيرها أو يستعين بروابط عائلية أو يعتمد على ممارسته لحقوقه السياسية من حق الترشيح او التصويت أو غيره .

([1]) شادي جامع ، مشكلة تنازع الجنسيات ، مصدر سابق ، ص19.

([2]) جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الموطن ومركز الأجانب في البلاد العربية، ط ـ 1، معهد البحوث والدارسات العربية، مصر، القاهرة، 1968،ص77.

([3]) Batifole et Lagarde; Droit international Prive, L.G.D.J.7^{e} , ed. Y,I. Paris. 1979.p.67.

وقد أخذ بهذا اتفاقية لاهاي لعام (1930) في المادة رقم (5) ، ويتضح لنا بأن هذا الرأي لا يختلف عن معيار الموطن في حل التنازع الايجابي لأن فكرة الجنسية الفعلية أو الواقعية لا تختلف في معناها عن فكرة الموطن، فكلاهما يصب في غاية واحدة هو تغليب فكرة موطن الشخص على فكرة الجنسية في حل التنازع ، بدليل ان جنسية الشخص الفعلية تكمن في الدولة التي تكون موطنه الفعلي أو تلك التي يثبت فيها محل إقامته.

وبكل منهما يتم تجاهل فكرة الجنسية، وعليه يبرز لنا دور الموطن الاحتياطي في التنازع الإيجابي، ونستنتج مما تقدم إن الموطن يعدّ حلاً حاسماً في تعدد الجنسيات على الرغم من اختلاف الآراء حول المعيار المعتمد.

الفرع الثاني

الدور الاحتياطي للموطن في التنازع السلبي للجنسيات

قبل البحث عن دور الموطن في التنازع السلبي للجنسيات لابد من بيان مفهوم التنازع السلبي مقدمًا ومن ثم بيان دور الموطن فيه.

إذ يقصد به إن يكون الشخص مفتقر الجنسية، بمعنى آخر لا تسبغ عليه إي دولة صفة الوطني ، إذ تتخلى عنه قوانين الجنسية في الدول كافة ولا تشمله أحكام كسب الجنسية فيها ، وتعدّ هذه ظاهرة استنكرها الفكر القانوني المعاصر وسانده بذلك الاعلان العالمي لحقوق الانسان سنة 1948[1] ، إذ نصت المادة رقم (15) على "أن كل شخص له الحق في التمتع بالجنسية".

ومع ذلك أدى تنوع أسس كسب الجنسية وفقدها التي تتبناها الدول المختلفة إلى ظهور الكثير من حالات انعدام الجنسية ، وقد اعتاد الفقه على تسمية هذه الظاهرة بالتنازع السلبي للجنسيات ، إلا ان واقع الأمر لا وجود لتنازع بين قوانين الجنسية، بل أن أحكام الجنسية لا تطبق على الشخص فهو عديم الجنسية وعلى الرغم من عدم دقة التسمية إلا ان الرأي الفقهي السائد يطلق عليها مصطلح التنازع السلبي، وإن ظاهرة انعدام الجنسية تثير العديد من المشاكل نسبة لتعدد اسباب حدوثها والتي تلحق تارة بالشخص عند ميلاده والتي تكون معاصرة.

كما لو تمثلت باختلاف الاسس التي تعتمد عليها الدول في بناء القواعد القانونية لاكتساب الجنسية أو تكون تلك الاسباب لاحقة بعد ميلاده كما لو فقدها تبعاً لوالده أو التي تتحقق فيما لو تحققت اسباب زوال الجنسية الأولى للشخص دون ان يتمكن من اكتساب جنسية دولة أخرى

---

(1) عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات – دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، ط1، دار الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2012، ص45.

وبالتالي يصبح الفرد عديم الجنسية ؛ وبذلك فهو اجنبي في الدول كافة، بل يكون في أسوء حال فلا دولة تعترف به ولا موطن يحميه ويمكن ابعاده عن اقليم اي دولة [1].

وان ظاهرة التنازع السلبي اثارت اهتمام الفقه في مسألة تحديد الدولة التي يرتبط بها عديم الجنسية اكثر من سواها وتحديد القانون الذي يطبق عليه ، فقد اختلفت الآراء لدى الفقه حول إيجاد ضابط أو معيار معين وسنبحث تلك الآراء تباعاً :

اولاً: الرأي الأول

يذهب إلى تطبيق قانون جنسية آخر دولة كان يتمتع بها الشخص عديم الجنسية، وهذا ما أخذ به الفقه والتشريع في ألمانيا ، إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد لأنه من الممكن تطبيقه على حالة كل شخص كان متمتع بجنسية دولة معينة ثم فقدها ، ولا يمكن تطبيقه على حالة من لم يتمتع بالجنسية اصلاً منذ ولادته [2].

ثانياً: الرأي الثاني

يرى بضرورة التمسك بتطبيق قانون القاضي الذي ينظر بالنزاع كونه الاكثر صلة ومعرفة بحيثيات النزاع، وقد أخذ التشريع العراقي بهذا الرأي ؛ إذ ترك الأمر إلى القاضي المعروض أمامه النزاع لحل التنازع السلبي، فقد اشار في القانون المدني العراقي المعدل في المادة رقم (33) منه الفقرة رقم (1) على أنه "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية...." [3].

وتقابلها في القانون المدني المصري المادة رقم (25) الفقرة (أ) "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" .

ثالثاً: الرأي الثالث

في حين ذهب رأي آخر إلى اعتماد معيار الموطن البديل الأمثل عن الجنسية لحل التنازع السلبي، إذ يُعتمد قانون الموطن بدل قانون الجنسية لحل المسائل المتعلقة للشخص مثل تحديد مركزه القانوني أو غيرها ، فدولة موطنه أو محل إقامته أو مركز عمله هي التي تمثل جنسيته المفترضة والتي تكون بمثابة جنسيته الفعلية ، إذ ان تلك المعايير تربط الشخص عديم الجنسية بدولة من الدول أكثر من غيرها ، بعبارة أخرى معاملة عديم الجنسية على انه ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية اكثر من سواها ، سواء كانت تلك الصلة متمثلة بمحل إقامته أو

([1]) أحمد عبد الحميد عشوش ، القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص55.
([2]) غالب علي الداودي و حسن محمد الهداوي ، القانون الدولي الخاص, مصدر سابق، ص88.
([3]) شادي جامع ، مشكلة تنازع الجنسيات ، مصدر سابق ، ص62.

وجود موطنه أو غيرها ، وان الكشف عن مسألة الارتباط هي مسألة وقائع تخضع لتقدير القاضي وفقاً لخبرته وحسب ظروف الواقع.

وإن هذا المعيار متفق عليه في ظل كلا الاتجاهين اللاتيني والإنكلو امريكي، وهذا الاتجاه يعدّ من القواعد ذاتية الحلول العالمية كونها تشكل نقطة التقاء وتوافق بين الانظمة القانونية وتكفي بذاتها للحل الفوري للنزاع ، وقد أخذت عدة اتفاقيات بهذا الاتجاه منها : اتفاقية نيويورك لعام (1961) الخاصة بشأن انعدام الجنسية ، واتفاقية جنيف لعام (1951) ،

أما التشريع العراقي فقد ترك الأمر إلى القاضي المعروض أمامه النزاع إذ اشار في المادة رقم (33) فقرة (أ) في شقها الثاني من قانونه المدني على أنه "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف جنسيتهم أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد".

وتقابلها في القانون المدني المصري المادة رقم (25) الفقرة (أ) "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" . شأنه في ذلك شأن بعض الدول العربية [1] .

لذلك يتبين لنا ان الفقه قد أكد على ان ضابط الموطن يعدّ الضابط الأول في تحديد النظام القانوني لجنسية الشخص عديم الجنسية، فمن اجل الوصول إلى تحديد الجنسية الفعلية لهذا الشخص يتم اللجوء اولاً إلى ضابط الموطن، وهذا الامر يبرز الدور الاحتياطي للموطن في مسائل التنازع الإيجابي، فعلى الرغم من اعتماد المشرع لضابط الجنسية كضابط اصلي، الا انه لم يتخلى عن الموطن كضابط احتياطي في حالة انعدام الجنسية، وتوجد عدة اسباب لاعتماد ضابط الموطن في هذه الحالة نذكر منها:-

1- إن موطن الشخص هو مركز مصالحه ومقره القانوني وهو المكان الذي يباشر فيه حقوقه ومصالحه الاكثر ارتباطاً به ، لذلك من الطبيعي أن يخضع الشخص لقانون موطنه .
2- إن قانون الموطن هو قانون القاضي وعليه فان من السهل تطبيقه اسهل بالمقارنة مع قانون الجنسية الذي هو اجنبي عنه وقد يخطئ في تفسيره .
3- إن تطبيق قانون الموطن يؤدي إلى المحافظة على حقوق المواطنين الذين يتعاملون مع عديم الجنسية، ذلك أن الغير متعامل مع المتوطن يجد نفسه امام ظاهرة مادية هي علاقة الموطن فإذا كان على علم مسبقا بان العلاقة بينهما يحكمها قانون الموطن يكون على بينة من الامر

---

[1] كالجزائر والأردن, للمزيد انظر عبد الرسول عبد الرضا ، دور الموطن واشكالياته ، محاضرات في القانون الدولي الخاص ، جامعة بابل ، 2011 .

ويتعامل معه على هذه القواعد بخلاف قانون الجنسية إذ كثير ما لا تعرف جنسية الشخص أصلا عند تعامل الوطني مع عديم الجنسية جاهلاً احكام قانون الاخير مما يعرضه للمخاطر القانونية .

ومن الجدير بالذكر ان اعتماد هذا الرأي في تحديد جنسية الشخص عديم الجنسية على الرغم من عدم النص عليه في التشريع، الا انه يعدّ من المبادئ الشائعة في العلاقات الخاصة الدولية التي تقرر تطبيق قانون موطن عديم أو متعدد الجنسية، ونحن بدورنا، نرى ان ما ذهب اليه هذا الاتجاه يوسع من السلطة التقديرية للقاضي المعروض أمامه النزاع، لأنه عندما يتعذر إعمال قواعد التنازع، لعدم تضمنه ضابط اسناد احتياطي، فالقاضي هنا صاحب الاختصاص الاحتياطي، وفقًا لمبادئ القانون الدولي الخاص، وفي الحالة هذه يلجأ إلى الاجتهاد بالبحث عن القانون الأكثر صلة وعلاقته بهذه العلاقة القانونية المعروضة عليه، كمبدأ عام يعتمده، باعتباره الأكثر شيوعاً في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ما لم يتعارض والنظام العام في دولته، وبخلافه فأنه يمكن أن نقع في حلقة مفرغة، دون العثور على هذا القانون لغرض تطبيقه، ان لم نوسع من سلطته التقديرية.

المبحث الثاني

الدور الاحتياطي للموطن في مسائل تنازع الاختصاص

تبرز أهمية الموطن ودوره في مجال تنازع الاخصاص التشريعي, إذ يعدّ الأداة الضامنة كالجنسية لحل التنازع، وذلك بإعمال قواعده للعمل بنسبية مبدأ اقليمية القوانين، والتخفيف من حدته، لإيجاد الاستقرار للمراكز القانونية للأفراد، وعليه لابد من بيان القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي، لغرض التمكن من إعمال قواعد تنازع القوانين، ومن ثم بيان نطاقه لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، اضافة للمحكمة المختصة، ومن ثم امكانية حل مشكلة

تنازع الموطن وهذا ما نتناوله عن طريق المطلبين: حيث نخصص المطلب الأول إلى الدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص التشريعي، والمطلب الثاني الدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص القضائي.

المطلب الأول

الدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص التشريعي

يعدّ الموطن باعتباره تركيزاً مكانياً للأفراد من الوجهة الدولية، له أهمية كبيرة في التنظيم القانوني للحياة الخاصة الدولية، إذ يعدّ أساس التنظيم القانوني لمركز الأجانب في الدولة، والمشرع يتخذ من الموطن عادةً أساساً للتمييز بين الأجانب المتوطنين في الدولة وغير المتوطنين فيها.

لذا من أجل تسليط الضوء على دور الموطن الاحتياطي في مجال تنازع الاختصاص التشريعي، سنخصص الفرع الأول لبيان القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي، والفرع الثاني نخصصه لدور الموطن في تنازع القوانين.

الفرع الأول

القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي

للموطن أهمية حتى بالدول التي تأخذ بالجنسية كضابط اسناد في تركيز الشخص في علاقاته مع غيره والتي يشوبها عنصر أجنبي، فالموطن لا يفقد مكانته بصفة مطلقة كضابط من ضوابط الاسناد، ويستعان به في تحديد القانون الواجب التطبيق في بعض مسائل العقود، وأن الموطن يعدّ من ضوابط الإسناد الذي بموجبه يتم تحديد القانون واجب التطبيق, ومن ثم تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع المعروض عليها.

وبما أنه قد تعددت النظريات التي قيلت بصدد تعيين القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي، فتثار هنا مسألة تنازع القوانين أكثر من دولة على حكم المسألة المعروضة وفقاً لقانون الموطن، مع العلم أنه قد يكون هذا التنازع سلبياً في حالة الشخص عديم الموطن، وقد يكون هذا التنازع ايجابياً كما في حالة الشخص الذي يكون له أكثر من موطن، بمعنى متعدد الموطن وكما بينا فيما سبق باختلاف التشريعات وحسب النظام القانوني الذي اتبعته الأنكلو امريكي أو اللاتيني حول تصوير فكرة الموطن، وما يترتب على تحديده من ثبوت الاختصاص التشريعي لقانون معين دون قانون آخر، وكذلك الحال بالنسبة لثبوت الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في هذه

الدول، والتي أدت هذه الانقسامات بالفقه إلى اتجاهات مختلفة في تعيين القانون الذي يتحدد بها الموطن الدولي، مما تبنت عدة نظريات في ذلك، وكالآتي:

1- **نظرية الإرادة:** بموجب هذه النظرية فإن الموطن يتحدد بموجب الإرادة الفردية للشخص دون القانون، أي بمعنى أن الموطن يتم تعيينه بموجب الإرادة الصريحة للفرد الذي يدعي توطنه في دولة ما، والتي يشترط في هذه الإرادة أن تكون معبرة عن إرادة من صدرت عنه وذو أهلية كاملة واضحة وصحيحة قانونًا، وأن لا تخالف هذه الإرادة النظام العام للبلد الذي يدعي الشخص توطنه فيه، وإذ كانت الإرادة المعبرة عنها غير صريحة وضمنية [1].

فالقاضي هنا يمكن له أن يستخلص هذه الإرادة من ظروف وأحوال الشخص، فالموطن وفقًا لهذه النظرية يتحدد وفقاً لإرادة الشخص وحدها ولا يظهر دور القانون، إلا باعتباره كاشفا لها، لما يترتب عليها من آثارَ إلا أنه ،أخذت على هذه النظرية، في أن إثبات آثارها، تتعلق بسيادة الدولة، كتطبيق قانون معين أو انعقاد الاختصاص لمحكمة دولة معينة، هذه الأمور تنظم بقانون، والمشرع هو من يشرع القوانين ويعدلها ويلغيها ولا تترك لإرادة الأفراد.

ومن جهة ثانية، يثار التساؤل، حول بيان دور الإرادة في حالة الأشخاص عديمي أو ناقصي الإرادة، أو عندما يتعذر الوصول والاستدلال للإرادة الضمنية للشخص، مما يصعب إثبات هذه النظرية [2].

2- **نظرية القانون الشخصي**: بموجب هذه النظرية يتم تحديد الموطن، وفقًا للقانون الشخصي للفرد، وحسب النظام القانوني المتبع في هذه الدولة يكون القانون أما قانون الجنسية (كالعراق وفرنسا) أو قانون الموطن (كإنكلترا)، وتستند هذه النظرية على أساس أن الموطن عنصر في حالة الشخص ومن ثم فهو يتحدد وفقا للقانون الذي يحكم الحالة والتي تخضع لقانون دولة الشخص ، الا ان هذه النظرية تترك اثار تتعلق بسيادة الدولة، كتعيين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق, إلا أن هذه النظرية تترك آثار التطبيق، فلا يمكن والحالة هذه ، أن يترك هذا التعيين لقانون دولة أجنبية، في حكم المسألة فيما إذا كان الشخص متوطنا هذه الدولة أم خارجها[3].

([1]) ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص207.

([2]) غالب الداودي وعدنان السرحان ، الموطن الدولي في التشريع الاردني المقارن ، بحث منشور في مجلة الدراسات ، عمادة البحث العلمي ، الجامعة الاردنية ، المجلد 24 ، علوم الشريعة والقانون ، العدد 2 ، ك177/1، 1997، ص253 .

([3]) عز الدين عبد الله ، مصدر سابق, ص575 .

إن هذه النظرية لم تصلح لتحديد الموطن بصورة دقيقة و وافية، لإهمالها حالة عديم الجنسية الذي لا يمكن تحديد موطنه عند التنازع، وكذلك تؤدي هذه النظرية إلى حلقة مفرغة، كما في حالة اعتبار القانون الشخصي لإنكليزي متوطن في العراق هو قانون الجنسية، ولمعرفة هذا الموطن، يجب الرجوع إلى قانون الجنسية وفقاً لقواعد الإسناد العراقية، فإنه والحالة هذهَ سوف يسند مسألة تحديد موطنه إلى قانون دولة الجنسية، وهي إنكلترا.

إلا أن القانون الأخير، سوف يحيل الأمر إلى قانون الموطن الذي يقيم فيه هذا الشخص، وهو العراق، إي بمعنى أن قانون الجنسية يحيلنا من جديد إلى قانون الموطن، وهكذا. وعليه فإن هذه النظرية تترك اثار تتعلق بسيادة الدولة، لأنها تترك المسألة لقانون دولة أجنبية ليحكم فيما إذا كان الشخص متوطناً في إقليم الدولة أو في الخارج.

3- **نظرية قانون القاضي:** وفقاً لهذه النظرية فأن تحديد الموطن يكون وفقاً لقانون القاضي المعروض عليه النزاع ، على اساس أن الموطن هو علاقة قانونية بين الشخص والدولة، وأن مسألة تعيَنه وتحديده من مسائل التكييف لهذه العلاقة[1].

فموضوع البت في النزاع الذي يثار بشأن موطن الشخص، يخضع لسلطة المحكمة التي تنظر النزاع وتحدده وفقاً لقانونه الوطني، فلو أثيرت مسألة تحديد وتعيين الموطن أمام قاضي الموضوع لتطبيق قاعدة من قواعد التنازع وفقا لقاعدة الإسناد الخاصة بهذا النزاع، فإن تحديد الموطن وتعيينه يكون بحد ذاته هو تحديد لهذه القاعدة وشرطًا لتطبيقها، ويعدّ أمرًا يجب أن يخضع لقانون القاضي لتعلقه بمبدأ سيادة الدولةً.

وعلى الرغم من التأييد الغالب لهذه النظرية من قبل غالبية التشريعات إلا أنها انتقدت، لأنها تؤدي إلى بعض النتائج غير المنطقية، خاصة عندما يكون الشخص المراد تحديد موطنه ،في غير دولة القاضي، وكذلك بالنسبة لمسألة معرفة، فيما إذا كان الشخص، متوطن في بلد معين من عدمه، لا يمكن أن يعدّ هذا الأمر من مسائل التكييف أصلا بأية حال من الأحوال، لأن التكييف هو المفهوم القانوني لفكرة من الأفكار القانونية، وتحديد الطبيعة القانونية لهذه الفكرة تكون محكومة بقانون القاضي، فالتكييف يتعلق بمضمون الفكرة المسندة في المقام الأول، بينما الموطن لا يعدّ فكرة مسندة وانما ضابطاً للإسناد كالجنسية، وظيفته تحديد وتعيين القانون واجب التطبيق على النزاع، إضافة لتحديد المحكمة المختصة للنظر في العلاقة القانونية المعروضة[2].

([1]) عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، مصدر سابق، ص265.

([2]) ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص276.

وعليه فهنا يكون المرجع في ذلك هو قانون القاضي، فالعرف الدولي اعتمد مبدأً يقضي بأن الدولة لا تستطيع أن تفرض بقانونها على شخص متوطن في دولة أجنبية شأنه في ذلك شأن الجنسية، إذ لا تستطيع الدولة أن تفرض على دولة أخرى، كيفما شخص غير تابع لها في الجنسية, إذ لا يجوز العمل بخلاف هذه القاعدة العامةً.

4- **نظرية القانون الإقليمي:** يحدد الموطن وفقا لهذه النظرية وفقاً للقانون الإقليمي، أي بمعنى قانون الإقليم الذي يدعي الشخص أنه متوطن فيه[1]، وتقرر النظرية أن ما يترتب على توطن الشخص من حقوق والتزامات يعطى الحق للدولة التي طرف في هذه العلاقة القانونية، فيتحدد الموطن باعتباره أكثر صلة بهذه العلاقة من غيرها من الدول.

وبهذا فإنه يعطي القانون الإقليمي اختصاصًا في شأن الموطن اختصاصاً مطلقا. فالموطن كالجنسية، أداة لتوزيع الأفراد دوليًا، وأن بيان من يتبعون الدولة من عدمه، هو أمر متروك للدولة وحدها، بصرف النظر عن مصالح الدول الأخرى، فهذا الحق يترك لقانون تلك الدولة.

ومن جهة أخرى فإن الدولة لا تستطيع أن تفرض قانونها على شخص ما متوطنا في دولة أخرى، وقد انتقدت هذه النظرية فيما تثيره من مشكلة تنازع القوانين بشأن الموطن، فيما لو ادعى شخص توطنه في أكثر من دولة، مما يستوجب تداخل أكثر من قانون وتعدده في حل التنازع.

5- **النظرية التوفيقية**: يتحدد الموطن بموجب هذه النظرية وفقاً لنظريتين وبالتتابع، بحيث يتم تحديد الموطن بتطبيق قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع أولاً لمعرفة ما إذا كان الشخص موطن في بلد القاضي من عدمه، فإذا اتضح أنه غير متوطن في بلد القاضي، ترك القاضي قانونه الوطني وطبق قانون الدولة المطلوب الفصل في هذا النزاع، على اعتبار أن الشخص متوطن فيها، فيتحدد الموطن حينذاك، لقانون وفقا لتلك الدولة، لأنه القانون الإقليمي أي بمعنى يتم تطبيق قانون القاضي أولا، لمعرفة فيما إذا كان الشخص في بلد القاضي متوطن ام لا...[2]؟

فإذا تبين أنه متوطن فيه فهنا يحسم الموضوع ويتم تحديد الموطن، أما إذا تبين العكس، فإنه يترك القاضي قانونه الوطني، ويطبق قانون الدولة التي يدعي الشخص توطنه فيه، فهذا الاتجاه يوفق بين بعض الاتجاهات السابقة، ولا يتنافى مع فكرة السيادة في الوقت نفسه، لأنه يضبط مبدأ تطبيق القانون الإقليمي ولا يهدر سيادة قانون القاضي عندما يلزم القاضي بتطبيق قانونه الوطني أولا، ويتبين لنا بأن الميزة الأساسية لهذه النظرية بأنها تقدم عنصر ترجيحي.

([1]) حسن الهداوي وغالب الداودي ، مصدر سابق، ص214 .

([2]) عباس زبون العبودي، مصدر سابق، ص240.

فيما لو تنازعت القوانين الإقليمية، الواجبة التطبيق بشأن تحديد الموطن، ألا وهو ضرورة تطبيق قانون القاضي أولا، وترجيح القانون الإقليمي لدولة القاضي على غيره من القوانين المتنازعة، وان كانت هذه الميزة، تنحصر في الفرض الذي يراد فيه، معرفة فيما إذا كان الشخص متوطناً، في دولة القاضي من دونه.

ومن الجدير بالذكر أنه لم تسلم هذه النظرية أيضًا الانتقاد، على اعتبار أن التصدي لوضع مبدأ عام في تصوير الموطن وتحديده قد أصبح أمرًا صعبًا، بسبب تنوع الفروض، وتجاهل البعض الآخر له، والتي تثار فيها فكرة الموطن، في مجال تنازع القوانين لإعمال قواعده[1].

وعلى الرغم من ذلك، فقد أخذت بهذا الاتجاه، قوانين بعض الدول وتبنته مؤتمرات دولية، وعدت هذه النظرية الراجحة، باعتبار أن الموطن ما هو إلا، رابطة قانونية بين شخص ودولة، ويتأثر بالاعتبارات السياسية والسيادة الإقليمية، التي تستأثر به الدولة، وبذلك يحدد قانون كل دولة، الأشخاص المتوطنين في إقليمها، وبإمكانية تنظيم قبول الأشخاص على الإقليم.

الفرع الثاني

دور الموطن في موضوع تنازع القوانين

تبدو أهمية الموطن ودوره في مجال تنازع القوانين، في تعيين القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، إذ يعطي الاختصاص التشريعي فيها أحياناً لقانون الموطن، على أساس توطن الشخص المدعي فيها، إذ يعدّ الموطن من ضوابط الاسناد المعروفة في تنازع القوانين مع ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق، لذا سنفرد فقرتين:

الأولى: لبيان دور الموطن في التنازع الخاص بالأحوال الشخصية، والفقرة الثانية: لدور الموطن في التنازع الخاص بالأموال.

أولاً/ دور الموطن في التنازع الخاص بالأحوال الشخصية:

إن مسائل الاحوال الشخصية تتعلق بالحالة القانونية للشخص وهي مجموعة العناصر القانونية الواقعية التي تميز الانسان عن غيره وتحدد علاقته بأسرته، ويرتب القانون عليها اثراً في حياته القانونية، فهي تحدد المركز القانوني للشخص في المجتمع وتقتصر بعض القوانين مسائل الاحوال الشخصية على الحالة والاهلية والزواج.

---

(2) غالب علي الداوودي و حسن محمد الهداوي، مصدر سابق, ص22.

بينما هنالك قوانين اخرى توسع هذه الاحوال وتجعلها تمتد إلى الاهلية والزواج والطلاق والبنوة والنسب والميراث والوصية, وهذا هو موقف المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة (1959) المعدل.

وتختلف دول العالم حول القانون الواجب التطبيق في هذه المسائل بين اتجاهين تمثله الاقلية من الدول، والتي تأخذ بالنظام الانكلو امريكي ومنها بريطانيا وامريكا وايرلندا والدنمارك، وبعض دول امريكيا اللاتينية، التي تقرر الاختصاص في هذه المسائل لقانون الموطن، اي قانون الدولة التي يتخذها الشخص موطناً له [1].

وهو مقر الاعمال بحسب التصوير الحكمي ومحل الإقامة بحسب التصوير الحقيقي، ويبرر هذا الاتجاه وجهة نظره على انه التقليد التاريخي والعرف الاجتماعي أستقر على تقديس علاقة الأنسان بأرضه، والموطن يجعل صلة الأنسان الأقوى بالدولة من أي صلة أخرى، اضافة إلى أن تطبيق قانون الموطن فيه مصلحة للفرد والدولة والغير، فمن ناحية الفرد سيعلم مسبقًا ان القانون الذي يحكمه هو قانون المكان الذي يقيم فيه أو يمارس أعماله، اضافة إلى سهولة العلم به من قبل الغير وسهولة أثباته لأن الموطن قائم على واقعة مادية يسهل أثباتها.

كما أن قانون الموطن فيه وحدة القانون الواجب التطبيق على علاقات الأحوال الشخصية التي أطرافها وطنين أم أجانب، فقاضي النزاع سيطبق عليهم قانون واحد في الغالب وهو قانون الموطن، وغالباً ما يوفر عليه قانون موطنه الجهد والوقت في البحث والتحري عن قانون آخر مثل الجنسية تجنبًا لاختلاف القانون الواجب التطبيق، على العلاقة باختلاف جنسية الأطراف، إذ سيطبق قانون الموطن سواءً أتحدت أم اختلفت جنسية الأطراف [2].

أما الاتجاه الثاني الذي تمثله الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها فرنسا والمانيا وايطاليا وجميع الدول العربية ومنها العراق، فقد يخضع علاقات الأحوال الشخصية لقانون الجنسية، ولكن اعتماد ضابط الجنسية يثير صعوبات بالغة في التطبيق خصوصاً مع تغير الأنسان لموطنه، أو محل أقامته أو في حالة تعدد الجنسية أو انعدامها، وقد بلغ قانون الموطن مكانة كبيرة قبيل الثورة الفرنسية إذ نصت المادة (الثالثة) من التقنين المدني الفرنسي القديم " بأن القوانين المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسيين ولو كانوا مقيمين بالخارج"[3].

([1]) أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، 266.

([2]) Stan brook (L); British Nationality act, the new law, London, element publishers,1982, P. 89.

([3]) ابو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الدولية الخاصة ، ط 2, دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص37 .

فرغم الاعتبارات التي يقوم عليها معيار الجنسية، الا أن لها صعوبات في الواقع العملي مما أدى إلى الاعتماد على ضابط الموطن في مسائل الأحوال الشخصية، إذ تعد قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه قاعدة عامة في القانون العراقي والتشريعات الحديثة, وتسري على جميع أنواع الدعاوى الشخصية و المنقولة و الدعاوى العقارية.

ولكن لاتعد قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه من النظام العام حيث يخضع اختصاص المحاكم الوطنية لإرادة المدعي إن شاء رفع الدعوى أمام محكمة دولة موطن المدعى عليه أو أمام محكمة دولة أخر بحيث يمكن مخالفتها عن طريق الاتفاق مسبقًا ووضع شرط مانح للاختصاص أو الاتفاق ضمنا عن طريق مخالفتها من طرف المدعى عليه لذلك، كما أن القاضي لا يحكم بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه إلا في حالة حضور المدعى عليه أو حضوره وتقديم دفع بعدم الاختصاص، وهذه القاعدة مقررة في أغلب التشريعات، وقد نص المشرع العراقي في المادة رقم (303) من قانون المرافعات المدنية العراقي على "تقام الدعاوى الشرعية في محكمة محل إقامة المدعي عليه" [1].

وتنص الفقرة (الثالثة) من المادة (42) من القانون المدني الفرنسي "أن المدعي يرفع الدعوى امام محكمة موطنه هو إذا لم يكن للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في فرنسا أو أن يرفع الدعوى أمام محكمة فرنسية من اختياره إذا كان المدعى عليه يقيم في الخارج لكن يشترط أن يكون اختصاص المحكمة مرتبطا بالنزاع".

ويمنح الاختصاص لمحكمة موطن المدعي بموجب نصوص خاصة في القانون الفرنسي بالنظر لطبيعة الدعوى، ففي المنازعات المتعلقة بالنفقات الغذائية أو الأعباء الزوجية ترفع الدعوى أمام محكمة موطن الدائن، فالمدعي له فرصة في اختصاص محكمة موطنه أفضل من محكمة موطن المدعى عليه وهذا الامتياز لا يخص إلا الدعوى الأصلية بالنفقة غير مرتبطة بأي دعوى تتعلق بالنسب أو الطلاق أو بالانفصال الجسماني أو بإبطال الزواج.

وهذا الاختيار المقرر بموجب المادة رقم (46) فقرة رقم (5) من قانون المرافعات الفرنسي، والممنوح للمدعي ليست له علاقة بتركيز موضوع النزاع ولكن بالنظر لشخص المدعي وينتقل هذا الحكم إلى مجال المنازعات الدولية لتختص المحاكم الفرنسية بدعوى النفقات وتحمل الاعباء الزوجية باعتبارها محكمة موطن الدائن، ففي العلاقات الدولية الاهتمام بتسهيل رفع الدعوى إلى أقصى حد مبرر بالنسبة للدائن بالنفقة في المجال الدولي كما في المجال الداخلي، ولقد علل القضاء الفرنسي اختصاصه في هذا النوع من الدعاوى بين الأجانب في

---

(1) حسن علي كاظم المجمع، المصدر السابق، ص179.

اعتبار النفقات من الحقوق الطبيعية التي يترتب على الاخلال بها "المساس بالنظام العام "أو "تعكير الأمن المدني" [1].

وقد ذهبت محكمة التميز الاتحادية في قرارها المرقم (7744) لسنة (2017) إلى تطبيق قانون الموطن بالنسبة للمدين بالنفقة والمتوطن في العراق السوري الجنسية [2].

وأن دعاوى الميراث، ودعاوى الطلاق والرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن، دعاوى الإفلاس والتسوية القضائية، مواد الخدمات الطبية، مواد مصاريف وأجور المساعدين القضائيين دعاوى الضمان، مواد الحجز، المنازعات التي تقوم بين العامل و رب العمل، و المواد الاستعجالية، وتطبق على جميع أنواع الدعاوى الشخصية في نظر القانون الفرنسي، في مادة حالة الأشخاص و أهليتهم، ماعدا الطلاق و الانفصال الجسماني و التبني، وسواء كانت الدعاوى الشخصية منقولة أو عقارية.

وأما عموم النص التشريعي يمتنع التقييد، فيجوز رفع أي دعوى من الدعاوى الشخصية أو العينة على الأجنبي المتوطن أو المقيم في الدولة بغض النظر عن جنسيته المدعي وعن موطنه، فيمتد سريان قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه على كل أنواع الدعاوى ماعدا الدعاوى العقارية المرتبطة بعقار واقع في الخارج و يرجع هذا الإطلاق إلى أن المقصود من الموطن هو الموطن العام أو الموطن المدني، ولذلك فإن اختصاص المحاكم الوطنية ينصرف إلى الدعاوى في مواد الأحوال الشخصية والأحوال العينية بما فيها الدعاوى العينية والشخصية والمختلطة، ولا تتعطل القاعدة العامة بقواعد الاختصاص الأخر والخاصة بمسائل الولاية على المال بمسائل الميراث إلا حيث يوجد نص يقضي بخلاف ذلك [3].

فلا تزال هذه الفكرة واحدة ،إذ يتخذ الموطن في القانون الدولي الخاص، المفهوم ذاته والمتعارف عليه في القانون الداخلي، بحيث يكون للشخص الأجنبي، موطن في الدولة التي يقيم على اقليمها، إذا كانت اقامته بنية الدوام والبقاء، والقانون الذي يتحدد به الموطن الدولي ونطاقه لإعمال قواعد التنازع يعتمد على فكرة الموطن التي تعد الاداة الضامنة كالجنسية لحل التنازع، وذلك بإعمال قواعده، للعمل بنسبية مبدأ اقليمية القوانين، والتخفيف من حدته، لإيجاد الاستقرار للمراكز القانونية للأفراد.

---

(1) نقلاً عن ابو العلا النمر، المصدر السابق، ص45.

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية, المرقم (7744) لسنة 2017 منشور في مجلة القضاء العدد (6766) لسنة 2017 .

(3) فؤاد ديب، مصدر سابق، ص65.

أما موقف المشرع الفرنسي فهو يأخذ بالنظام المالي بين الزوجين[1]. وكانت المحاكم الفرنسية تقضي بإخضاع النظام المالي للزوجين الأجنبين المتزوجين في فرنسا دون مشارطة الزواج والمتوطنين فيها إلى القانون الفرنسي، وقد أخذت اتفاقية لاهاي المعقودة في (17) يوليو لسنة (1905) بتطبيق قانون الزوج فأعتبر القضاء الفرنسي المسألة المتعلقة بالتكييف وبالتالي اخضعها إلى القانون الفرنسي[2].

والمشرع العراقي كما في غالبية التشريعات العربية ،عالج هذه المسألة، بإيراد قواعد إسناد خاصة بكل حالة على حدة، وذلك لمعالجتها، حيث اخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج المادة رقم (19) في الفقرة (2) واسند انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو رفع الدعوى كما في الفقرة رقم (3) من المادة اعلاه.

لكن اسند الشروط الموضوعية للزواج، إلى قانون كل من الزوجين وقت انعقاد العقد، وإلى القانون العراقي إذا كان وقت الانعقاد احد الزوجين عراقيًا، باستثناء شرط الأهلية، والشروط الشكلية للزواج، حيث تخرج عن القاعدة العامة في القانون العراقي، اما بالنسبة للمسائل الاخرى فأنها، تبقى خاضعة للقاعدة العامة فيه، أي القانون العراقي، وهو قانون الجنسية.

إذ نص في المادة رقم (19) الفقرة رقم (4) من القانون المدني العراقي، بأسناد النسب لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، اما بخصوص مسائل النفقة لقانون الجنسية المدين وذلك استناداً إلى المادة رقم (21) من القانون اعلاه، ومسائل الميراث والوصية والهبة، لقانون الموصي أو المورث أو الواهب في المادتين (22و23) من نفس القانون.

فضلًا عن تخصيصه إلى مادة بخصوص الالتزامات التعاقدية لقانون الارادة اصلًا بالرقم (25)، والالتزامات غير التعاقدية لقانون محل نشوء الالتزام، كما في مادته رقم (27) الفقرة (اولا) نصت على ان "الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام".

وتقابلها في القانون المدني المصري المادة رقم (21) الفقرة (1) "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشأ للالتزام" .

([1]) حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب - بالحقوق والجنسية، ج 1 ، ط 2 ، مطبعة الأهلية، العراق، بغداد، 1970، ص121.

([2]) Franciseains; Op.cite.p. 98.

اما موقف القضاء الفرنسي فأن المحاكم الفرنسية تأخذ بالقاعدة التي تقضي بإخضاع الميراث في المنقول للقانون الفرنسي، إذا كان المورث أجنبياً متوطناً في فرنسا وذلك طبقا للقاعدة الرومانية التي تقرر "الميراث في المنقول يخضع لقانون موطن المتوفى" ومرجع ذلك:

أ- إن يفترض المنقولات موجودة في مكان واحد وأن هذا المكان هو مكان المتوفى، فتحكم بقانون موطنه لعدم وجود نص يقرر العكس[1].

ولأن مصلحة الأسرة تقتضي توحيد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية باعتباره قانون موطنهم، وموطن الأسرة أسهل توحيدًا من جنسيتها.

ب- موطن الشخص هو مركز مصالحه ومقره القانوني، وهو المكان الذي يباشر فيه حقوقه ومصالحه، لذا فقانون الموطن يضمن مصلحة الفرد، ويجنبه الخضوع لقانون يختلف عن نظامه القانوني الاصلي، خاصة أن المهاجرين يندمجون في وطنهم الجديد، لذا فهو أحسن وسيلة حتى لا يبقوا مهمشين فتطبق عليهم قوانين دولة الإقامة في أحوالهم الشخصية.

ج- يعدّ قانون الموطن في الغالب هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع، فتطبيقه أسهل مقارنة مع قانون الجنسية، الذي يعدّ في الغالب أجنبيًا، وقد يخطئ القاضي في تفسيره وتحديده له، كما أن الرأي الراجح مستقر فقها وقضاء على اعتماد قانون الموطن، فيما يخص عديمي الجنسية إضافة لصعوبة تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق في حالة تعددها.

ان اعتماد قانون الجنسية في البلد التي يكثر فيها الأجانب يؤدي لتكوين جاليات أجنبية تضر بسيادة الدولة وتقلل من مجال تطبيق قوانينها على إقليمها، في حين أن قانون الموطن يحافظ على المصالح العليا لدول الهجرة، كفرنسا حيث تتجه سياستها لإدماج المهاجرين.

وبعد بيان هذه المفاضلة يمكن إن نقيم المسألة بالقول إنه: ان الاستناد إلى احد القانونين الجنسية أو الموطن بصفة مطلقة غير ممكن، فالأمر هنا يكون نسبي ويرجع إلى عوامل وظروف تاريخية واجتماعية واقتصادية، حيث تؤثر فيه وفقا لكل دولة.

فمثلا بريطانيا تأخذ بقانون الموطن نتيجةً لتأثرها باعتبارات تاريخية واجتماعية، تتمثل فيما ورثته من تقاليد منذ العهد الإقطاعي القديم، وهي تميز بين موطن الأجنبي وموطن المواطن الذي يسمى الموطن الأصلي الموطن الأم، وبالتالي تقترب من مفهوم الجنسية الذي يصعب إسقاطه عن المواطن الإنجليزي ولو غير محل إقامته إلى الخارج [2].

([1]) نقلاً عن جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ج 1، ط2 ، مطبعة التفيض، العراق - بغداد، 1946 - 1947، ص 84 .

([2]) Stan brook; Op.cite.p.143.

وفي القوانين العربية ومنها العراق، فقد أسندت الأحوال الشخصية، إلى قانون الجنسية، باعتباره الأسلم، خاصة أن الأحوال الشخصية، مستمدة من الشريعة الإسلامية، لذا فاعتماد ضابط الجنسية يسمح بتطبيق القوانين الإسلامية على المسلمين المقيمين في الخارج، على عكس قانون الموطن، الذي يؤدي لتطبيق قوانين غير إسلامية على المسلمين.

ففي ضوء ما سبق نجد أن الاستناد إلى قانون الجنسية أو الموطن في الأحوال الشخصية بصفة مطلقة يكون غير ممكن فهو أمر نسبي حيث يكون راجع لظروف كل دولة على حدة، والعراق كغيره من الدول العربية الإسلامية، والذي اعتمد على الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية، وافرد نصوص خاصة بالأحوال العينية والتصرفات الإرادية والالتزامات غير التعاقدية، لكون أن طوائف الإسناد متعددة.

وقد أوردها المشرع تباعا تحت عنوان "تنازع القوانين من حيث المكان"، وكنا نفضل ان يعتمد المشرع، في حالات خاصة، بمسائل الاحوال الشخصية للأجانب على الموطن كضابط للأسناد، لمعالجة تنازع القوانين، وتحديد القانون واجب التطبيق فيها، باعتباره يكون القانون الاوثق صلة بالعلاقة القانونية المطروحة، والاكثر تحقيقًا للعدالة، باعتبار وجود اليقين القانوني لدى الاطراف بتطبيقه مع الشعور بالمساواة، وعليه استقرار المعاملات داخل اقليم الدولة، فضلًا عن ذلك يكون ايسر للمحكمة، وكذلك يمكن ان ننوه، بان المشرع، قد عبر ضمنيًا، عن قانون الجنسية، بتعبيرات مختلفة ضمن قواعد الاسناد وحسب هذه القواعد، كالقانون الوطني، القانون الذي ينتمي إليه الزوج، قانون المدين بالنفقة، قانون الاب، قانون الشخص الذي تجب حمايته، وقانون الموصي أو من صدر منه التصرف.

ويتضح لنا أن للموطن أهمية خاصة في خريطة القانون الدولي لأنه يعدّ اقدم من الجنسية كما أن التجربة اثبت أن الموطن أكثر صلاحية واستجابة لحاجات العلاقات الدولية الخاصة, ويعتبر الموطن مركز مصالح الشخص وهو مقره القانوني الذي تترتب فيه حقوقه ويباشرها.

ولذلك من الطبيعي والعدل أن يخضع الشخص لقانون الدولة المتوطن فيه لوسع نطاق الموطن في تحديد القانون واجب التطبيق لأن المبدأ الاساسي لتطبيق قانون الموطن باعتباره القانون الشخصي حسب النظام الانكلو امريكي، يتم تطبيقه على مسائل الاحوال الشخصية وحالة الشخص واهليته للقيام بالتصرفات القانونية، وقد نظمت احكامه في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وحددت نصوصه تشريعيًا بقواعد لاكتسابه وفقده واسترداده، فضلًا عن اعتماد الدول الآخذة بنظام الموطن في تبني مجموعة افكار، كفكرة تشدد القضاء في اثبات تغيير الموطن

الاصلي، وفكرة الدول المتحضرة لاكتساب وفقد الموطن الاصلي، وفكرة احياء الموطن الاصلي.

اما للبلدان المعتمدة لقانون الجنسية حسب النظام اللاتيني في هذا الشأن فلم تنظم هكذا افكار، إلا أنّ هذه الدول لا تستغني عن تطبيق فكرة الموطن لحل مسائل تنازع القوانين بصفة استثنائية في هذا الخصوص.

وعليه لا يمكن أعمال قواعد تنازع القوانين دون ضابط الموطن, ولو لاحظنا المشرع العراقي، انه اعتمد ضابط الجنسية في اغلب قوانينه، فالثابت انه إذا اشارت احدى قواعد الاسناد في الدولة بتطبيق قانون الموطن، وجب الرجوع إلى قانون هذه الدولة ذاتها لتحديد مفهوم الموطن، وذلك بما يمليه المنطق من استثناء (كضابط اسناد احتياطي).

وان المشرع لم يعتمد مبدأً عامًا في حل مشكلة التنازع، وان كان متغيرًا، وانما عالج كل حالة على حدة، فقد نص على انه "يسري في شأن الاهلية قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته". ونص في شأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج في المادة رقم (19) مدني وفي الفقرة (1) على انه "يسري في شأن صحة الشروط الموضوعية للزواج ...قانون كل من الزوجين". لذا نرى بأنه لابد من تفعيل احكام قانون الموطن لدى المشرع العراقي، وان يسترعي بالنص على تنظيم احكام الموطن الاصلي والموطن الدولي.

ثانياً/ دور الموطن في التنازع الخاص بالأموال:

يعدّ دور الموطن في تنازع الأموال من الضوابط المستقرة والأكثر تطبيقًا في تشريعات الدول، إذ على وفق هذا الضابط ينعقد الاختصاص بموجبه لقضاء الدولة بجميع المنازعات المتعلقة بمال موجود على اقليمها سواءً كان عقارًا أو منقولًا.

والحكمة من تقرير هذا الضابط تكمن في أن محاكم دولة موقع المال تكون هي الأقدر من غيرها في أن تنظر الدعاوى المرتبطة بالمال موضوع النزاع، وهو الأمر الذي يضمن القوة والفعالية للحكم الصادر على أساس أن محاكم هذه الدولة ستكون قادرة على أتخاذ الاجراءات اللازمة للتنفيذ على هذا المال كونه في حوزتها وتحت سيطرتها.

إذ يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في المسائل التي تتعلق بالالتزامات العقدية، والمشرع العراقي اخذ به في المادة رقم (25) الفقرة (1) من القانون المدني والتي نصت على انه " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانون اخر يراد تطبيقه".

ويقابلها في القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل المادة رقم (19) الفقرة (1) "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطنا ، فأن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

فمن ناحية السير في الدعوى المنظورة فأن محكمة موقع المال بحكم قربها منه سوف يسهل عليها أتخاذ الاجراءات القضائية كالمعاينة والكشف الموقعي أو انتداب الخبراء.

ومن ناحية تنفيذ الحكم فأنه سوف يلقى تنفيذه تنفيذًا مباشرًا على أساس كونه صادر من محاكم وطنية، ويوفر على المحكوم له الوقت والنفقات التي يستلزمها اسباغ القوة التنفيذية على الحكم الأجنبي لكي يكون قابلًا للتنفيذ.

ويرى بعض الفقه [1], أن الحقوق في الأموال المنقولة يحكمها قانون موطن المالك باعتبار ان الاموال المنقولة يفترض وجودها مع مالكها في موطنه إذ ان القانون الحاكم للمنقول المادي هو القانون الاقليمي ويتم تحديد ذلك بمحل الوجود المادي للمال اي موطن المالك للمنقول.

اما الاتجاه الآخر للفقه [2] , فيرى ان القانون الحاكم للمنقول المادي هو قانون موقع المال فقانون الدولة التي يوجد فيها المال وقت النزاع هو الواجب التطبيق, ويعدّ هذا الرأي الاكثر قبولاً، إذ إن القواعد القانونية المنظمة للأموال تهدف إلى حماية اقتصاد الدولة ولا يتحقق ذلك إلا بتغليب القوانين الاقليمية.

ويرى بعض من الفقه [3] , أن قانون موقع المال يسري على كل ما يتعلق بأحكام الحيازة وما يرتبط بها من حقوق عينية التي قد ترد على المنقول بالنسبة لكسبها وانقضائها، وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الاتجاه في المادة (24) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة1951 "ويسري بالنسبة للمنقول قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت وقوع الأمر الذي ترتب عليه كسب الحق أو فقده".

اما القانون الذي يحكم العقار هو قانون موقعه وفقا لمبدأ السيادة الاقليمية للدولة على كل ما يوجد على اراضيها واقليمها والعقارات جزء من اقليم الدولة.

([1]) هشام علي صادق ، عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، ، 2008 ، ص469 .

([2]) ممدوح عبد الكريم ، مصدر سابق، ص309 .

([3]) غالب علي الداودي، و حسن محمد الهداوي، المصدر السابق، ص176.

وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك في المادة رقم (46) الفقرة (2) من قانون المرافعات الفرنسي، التي تعقد الاختصاص الداخلي بالدعاوي العينية العقارية لمحكمة موطن العقار وايضا نص في المادة رقم (3) من القانون المدني الفرنسي على اخضاع العقار الكائن في فرنسا للقانون الفرنسي وقد علل الفقه الفرنسي هذه القاعدة كون العقار جزء من سيادة الدولة [1].

وكذلك تبنى المشرع العراقي ضابط الموطن في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقار أو المنقول لقانون الموطن الموجود فيه فقد جاء في نص المادة رقم (15) الفقرة (أ) من القانون المدني "يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الاحوال الاتية" وفي الفقرة (ب) "إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى".

وهذا النص اتسم بالشمولية ولم يفرق بين عقار ومنقول وانما اشترط فقط أن يكون المال المنقول موجود وقت رفع الدعوى في العراق لأن طبيعة المال المنقول وإمكانية نقله من مكان إلى اخر.

والضابط المقرر في النص محل البحث يشمل دعاوى الاحوال الشخصية ودعاوى الاحوال العينية مادام المال موضوع النزاع موجودًا في العراق وسواء كانت الدعوى قائمة على اساس حق شخصي أو عيني أو مختلط.

كذلك يؤدي ضابط الموطن دورًا اساسيًا في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للالتزامات المادية سواء كانت التزامات تعاقدية أو غير تعاقدية أي محل وقوع الفعل الضار ومحل وقوع الفعل النافع الكسب دون سبب أو محل تنفيذ الالتزام الفعلي .

ويقابلها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة (1986) المعدل بالمادة رقم (30) الفقرة (أ) حيث نصت "إذا كان له في الجمهورية موطن مختار" والفقرة رقم (2) "إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها" .

وقد نص المشرع العراقي على ذلك في المادة رقم (15) من القانون المدني على أنه "يقاضي الاجنبي امام محاكم العراق في الاحوال الآتية:

أ– اذا وجد في العراق....." وفي الفقرة (ج) من نفس المادة اعلاه، نصت على "إذا كان موضوع التقاضي عقدًا تم ابرامه في العراق أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق".

([1]) جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٣٢ شارع عبد. الخالق ثروت، القاهرة، ٢٠٠٥، ص14.

ويقابلها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة (1986) المعدل بالمادة رقم (30) الفقرة (أ) حيث نصت "إذا كان له في الجمهورية موطن مختار" والفقرة رقم (2) "إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها" .

فالالتزام الذي ينشأ عن الوقائع المادية أي الفعل الضار أو الكسب دون سبب فالقضاء العراقي يكون مختصًا إذا وقع الخطأ والضرر في العراق أو تحقق احدهما فيه على اساس ضابط الموطن.

اما فيما يتعلق بالكسب دون سبب اي الافتقار والاثراء والخاصة بالتعويض فتكون على اساس الموطن الذي حدثت فيه الواقعة محل الكسب دون سبب[1].

ويلاحظ أنه أساسًا قد أعتمد المشرع على الموطن، كضابط اسناد احتياطي، لحل مسألة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، ولان العراق حاليًا قد أصبح دولة فيدرالية، مكونة من عدة أقاليم، ذات نظم قانونية محلية متعددة، فتعدد القوانين في العراق، بتعدد الأقاليم، يضع القاضي المعروض أمامه النزاع والمتعلق بتوطن الشخص في احد الاقاليم العراقية، أمام مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق واعمال قواعد التنازع عندما تشير قاعدة الاسناد إلى تطبيق القانون الشخصي والسؤال هنا :أي قانون سوف يطبق في ظل تعدد الانظمة القانونية؟ على الرغم من ان المشرع العراقي قد نظم حالة تعدد الشرائع بتعدد الاقاليم فيما لو تقرر ان قانونًا اجنبيًا هو الواجب التطبيق وذلك بتفويض قانون تلك الدولة ليقرر تطبيق اي من هذه القوانين المعروضة.

وفي ظل ذلك تكمن أهمية الموطن لتعيين وتحديد القانون الواجب التطبيق، فتحديد قاعدة الأسناد وارتباطها بالقانون الذي يحكم العلاقة القانونية، فأنه يمكن لمجموعة قوانين ان تتفاضل وتتزاحم في ذلك، إذ يمكن أن نرجع في شأن هذا التنازع إلى القانون الشخصي لأحد أطراف العلاقة أو نرجع إلى قانون الموطن المشترك لهما أو لمحل أبرام التصرف القانوني أو محل تنفيذه أو تطبيق قانون القاضي الذي ينظر النزاع. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: أي من هذه القوانين يكون هو الواجب التطبيق..؟

فمسألة اعمال قواعد التنازع لغرض تحديد هذا القانون الواجب التطبيق في حكم التصرفات القانونية (كالعقد) تعد من المسائل القانونية وما يترتب عليه من آثار، فأن التشريعات الوطنية قد نصت على ذلك في هذا الشأن، فقد نص المشرع العراقي بالمادة رقم (25) مدني الفقرة رقم(1)

([1]) ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، القسم الاول (انعقاد العقد) ، ج2 ، دار وائل للنشر والتوزيع ،عمان، 2000، ص8.

على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد, هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه".

فالملاحظ من هذا النص، أن المشرع قد أورد عن طريق قاعدة الأسناد ضابطًا أصليًا وهو قانون الارادة باعتباره القانون المختار من قبل أطراف العلاقة القانونية وضابطين آخرين للأسناد (كضابط احتياطي):

الأول: وهو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذ إن القانون الشخصي حدد في العراق بقانون جنسية الشخص بموجب قاعدة الاسناد العراقية بشرط أشتراك أو أتحاد المتعاقدين في الموطن.

والثاني: هو قانون محل ابرام العقد إذا اختلفا المتعاقدين من حيث الموطن. لذا على قاضي الموضوع في هذا الامر، عندما يبحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع، فلابد ان يتجه أولًا إلى القانون المختار من قبل الأطراف باعتباره قانون ارادتهم اي اصحاب العلاقة القانونية، سواءً أكانت صريحة أم ضمنية، وبخلافه يتجه إلى قانون الموطن المشترك لهما، ثم قانون محل الابرام.

إذا لم يتوصل إلى ضابطي الأسناد الأصلي الأساسي والاحتياطي، فضابط الأسناد وحسب هذا النص جاء متدرجاً حسب القوة القانونية له.

فهنا نرى ان حكمة المشرع تكمن في ضابط الاسناد الاحتياطي وهو هنا الموطن (لغرض تطبيقه في حالة غياب ضابط الاسناد الاصلي) اي قانون الارادة باعتباره انسب الحلول القانونية من الناحية العملية لغرض تطبيق القانون المسند اليه، وباعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع وفقا لتطبيق قاعدة الاسناد الاحتياطية كاستثناء على الاصل، وكذلك لانصراف ارادة الأطراف إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين بافتراض كونه انسب القوانين في هذه الحالة للتطبيق, وعلمهما بهذا القانون وبوجود اليقين القانوني لديهما بتطبيقه، مما يؤدي في النهاية لترسيخ الثقة واستقرار المعاملات.

وفيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية سواءً تم أبرامها أو تنفيذها عبر قنوات اتصال الكترونية، مخترقة الحواجز الاقليمية بين الدول، الأمر الذي يجعلها مجالا خصبا لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، فغالبية الأنظمة القانونية تتطلب لاختصاص محاكمها بالنزاع المعروض عليها، لابد من وجود علاقة وصلة بين هذا العقد وبين القانون واجب التطبيق إضافة لمحاكم هذه الدولة فاللجوء إلى المحاكم التقليدية استنادًا للضوابط العامة في القانون لتحديد

الاختصاص القضائي، يعقد الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، باعتبارها من القواعد المستقرة عليها في القوانين الوطنية والدولية إضافة للاتفاقيات الدولية حيث اعتمدت العديد من الدول مبدأ الولاية العامة للمحاكم الوطنية باعتبار ان الشخص من رعايا الدولة أو متوطنا فيها أو على الأقل مقيمًا أو موجودًا بأراضيها أو خضع باختياره لقضائها.

وعليه فبالنسبة للموطن كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني، فهنا إما على القاضي الوصول إلى هذا القانون بخصوص العقد الالكتروني، وذلك بربطه بالقانون الأكثر ارتباطا والأوثق صلة وفقا لضوابط جامدة محددة سلفًا من قبل المشرع، كضابط الموطن المشترك.

أو قد يأخذ القاضي بالإسناد المرن (الأداء المميز)، وهو ما نؤيده.

ونرى تفضيل هذا الضابط، والذي يعتمد في النهاية على الموطن الحقيقي الفعلي للمدين، وليس الموطن المفترض، والذي يقوم على أساس تفريد المعاملة العقدية، وتحديد القانون واجب التطبيق على العقد، وذلك حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، لأنه بخلاف ذلك من الممكن ان الموطن لحظة ابرام العقد هو غير المكان الحقيقي للمتعاقدين، وبالتالي مما قد يؤدي إلى التحايل على القانون.

وينتج عن العقد عدة التزامات في العقد الواحد, فإن احد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره وعليه الأسناد اليه في تحديد قانون العقد، والذي يستند لتحليل اقتصادي وقانوني في ذات الوقت، وتمييز المتعاقدين (دائنا ومدينا) أو ان أحد الاطراف مبرما للعقد والآخر عميل أو مستهلك وعليه يكون القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني، هو قانون الدولة التي يوجد بها المدين حقيقة، سوآ كان موطنه أو محل وجوده أو مقر عمله الدائم ولا يمكن الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول في الوسائل الالكترونية للاتصالات، لأن مستخدموه والقائمون على خدماتها، يعدون أساسا اشخاص طبيعيون لهم روابط مع الدولة من جنسية وموطن ومقار اعمال فعلية وحقيقية قانونية معينة [1].

إذ تنص المادة رقم (21) الفقرة (اولًا) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي لسنة (2012) على انه "تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه، و إذا

([1]) باسم مبروك عابر حسين الطائي ، فكرة الاداء المميز واثرها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، 2017 ،ص112 .

لم يكن لأي منهما مقر عمل يعدّ محل الإقامة مقر العمل مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك".

والفقرة (ثانيا) نصت على انه "إذا كان للموقع أو المرسل اليه أكثر من مقر عمل فيعدّ المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم ، وعند تعذر التحديد يعدّ مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو التسلم". وكذلك الأمر بالنسبة، لمسألة الحكم الصادر من محكمة هذه الدولة وتنفيذه في اقليم دولة أخرى، وفقا لنصوص قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية .

فعليه نلاحظ ان المشرع العراقي قد نص على أهمية الموطن أتجاه تحديد الاختصاص القضائي وتنفيذ احكام المحاكم الأجنبية في العراق، وكذلك عد المشرع ان مجرد وجود الاجنبي في العراق يكون سببا كافيًا لسريان الاختصاص القضائي العراقي دون اشتراط توطنه في العراق.

وكذلك نص المشرع على حالة تعدد المدعى عليهم ، ففي هذه الحالة، ان مجرد إقامة أو توطن أحدهما في اقليم الدولة يكون كافيا لعقد ولاية القضاء العراقي بالتبعية للمدعى عليه الذي له موطن أو محل إقامة في العراق.

استنادًا لمبدأ وحدة الخصومة وترابطها والاحكام التي تقضي ذلك وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، فان جدوى وجود هذه الاحكام الخاصة بتنظيم الموطن الدولي كضابط للإسناد هو لغرض اعمال قواعد التنازع (تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي) وقد اتجه الفقه والقضاء في غالبية الدول التي تعتمد نظام الجنسية كضابط للأسناد في مسائل الاحوال الشخصية أعمال الأحكام الخاصة بالموطن الداخلي في مجال العلاقات القانونية الدولية على الخاصة بالأفراد والتي شرعت هذه الأحكام في الأصل لإعمالها على العلاقات القانونية الداخلية، وليست الدولية.

فعليه فأن احكام الموطن الداخلي والخاصة بالحياة القانونية الداخلية للإفراد تطبق عن طريق القياس على الحياة القانونية الدولية للإفراد، بمعنى تطبق على الموطن الدولي في هذه الدول التي لم تنظم احكام الموطن الدولي.

لذا نرى أنه ليس من الصواب اعتماد القياس في تطبيق احكام الموطن الداخلي على الموطن الدولي في تنازع القوانين ضمن احكام القانون الدولي الخاص، وذلك لاختلاف احكام وطبيعة وآثار الموطن الداخلي عن الموطن الدولي، ولابد على المشرع وضع نصوص خاصة لحكم العلاقات القانونية الدولية للإفراد لتلافي النقص الحاصل في التنظيم القانوني للموطن بصورة عامة، والتي بدورها تؤدي إلى استقرار المعاملات والعلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي خارج حدود اقليم الدولة ايضًا، والذي تترتب عليه تسهيل مهمة القضاء الوطني للنظر في

هذه العلاقات القانونية عند نشوب النزاع وتلبية متطلبات القانون الدولي الخاص، باعتبار الموطن ضابطا للأسناد لإعمال قواعد تنازع القوانين، وما له من دور في تطوير هذه القواعد.

ومن المزايا العملية التي تضاف للموطن أنه اسهل بالنسبة للقاضي المعروض عليه النزاع من قانون الجنسية الذي يخطئ في تفسيره, فضلًا عن أن تطبيق قانون الموطن يؤدي إلى المحافظة على حقوق الغير ذلك أن الغير عندما يتعامل مع شخص متوطن في دولة معينة يجد نفسه أمام واقعة مادية هي الموطن ومن ثم فانه سيعتقد انه سيطبق على العلاقة التجارية القائمة بينهما قانون الموطن الذي من السهل عليه أن يتعرف عليه ويطبق أحكامه بخلاف قانون الجنسية إذ قد لا يعرفه في الواقع ولاسيما إذا كان قانونًا اجنبيًا ، كما يحتمل أن يضل خفية بينه وبين الدولة المانحة للجنسية.

وغالبا ما يتفق ضابط الجنسية مع ضوابط اسناد اخرى في العقد مثل ضابط الجنسية ومحل الابرام كما أن ضابط الموطن يعبر عن وجود ارتباط موضوعي أو مادي بين الاطراف ودولة معينة مما يبرر اعماله.

المطلب الثاني

الدور الاحتياطي للموطن في مجال تنازع الاختصاص القضائي

يعدّ ضابط الموطن من أهم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي، إذ أن توطن الفرد في اقليم دولة معينة حتى لو لم يحمل جنسيتها دليل على وجود مصالحه فيها ومن الطبيعي أن تختص محاكم هذه الدولة بالفصل في المنازعات التي تقام من المتوطن في اقليمها أو عليه, كما يعدّ هذا الضابط من اشهر الضوابط المتبعة في الاختصاص القضائي الداخلي[1].

([1]) صلاح الدين جمال الدين ، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر, 2000، ص51 .

أن العلاقات الدولية والتشريعات الحديثة تتجه إلى اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المرفوعة على الاشخاص المتوطنين بها .

وللموطن في هذا المجال أهمية كبيرة إذ يعدّ من أهم الأسس التي يقوم عليها تحديد اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعاوى المرفوعة على الأشخاص المتوطنين بها، وذلك آخذًا بالقاعدة القاضية بأن المدعي يجب أن يقاضي المدعي علية أمام محكمة موطن المدعي عليه[1].

ومن كل ما تقدم سنقسم هذا المطلب الى فرعين ...

الفرع الأول

الدور الاحتياطي للموطن في تحديد الاختصاص القضائي الأصيل

يقصد بالاختصاص القضائي الدولي هو مجموعة القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيًا، إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، وذلك بالمقابل لقواعد الاختصاص الداخلي والتي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة إزاء غيرها من محاكم نفس الدولة.

وتتميز قواعد الاختصاص القضائي الدولي بأنها قواعد وطنية، ينفرد المشرع الوطني بوضعها، ينصاع إليها القاضي الوطني دون غيرها لتحديد ما إذا كان مختصًا أم غير مختص في نظر النزاع المشتمل على عنصر أجنبيًا. كما تتميز بأنها قواعد أحادية الجانب، فهي تتكفل برسم حدود اختصاص المحاكم الوطنية في المنازعات ذات الطابع الدولي، ولا تتعدى ذلك إلى عقد الاختصاص للقضاء الأجنبي، فهي تبين ما يدخل في اختصاص المحاكم الوطنية من نزاعات مشتملة على عنصراً أجنبيًا، وما لا يدخل في اختصاصها، دون أن تبين حدود اختصاص المحاكم الأجنبية . وذلك راجع إلى أن السلطة القضائية تشكل مظهرًا فعالًا لسيادة الدولة، وبالتالي فإن الدولة نتيجة غيرتها على سيادتها لا تقبل أن يكون الا اختصاص محاكمها [2].

ويسعى إلى المدعي عليه لكي يحاكمه كذلك أن محكمة موطن المدعي عليه هي الأقدر على الزامه بتنفيذ الأحكام التي تصدر ضده وبذلك تكون للحكم قوة النفاذ ، الا أنه إذا لم يكن المدعي عليه متوطن أو مقيم في اقليم دولة معينة فانه من الصعب تنفيذ الحكم عليه ، فضلًا عن تبرير ذلك يتعلق بسيادة الدولة على الأشخاص الموجودين على اقليمها .

([1]) أبو العلا النمر، مصدر سابق, ص 48 .

([2]) عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مصدر سابق، ص98.

ويتسم هذا الضابط بكونه ضابط شخصي واقليمي بمعنى أنه مبني على الصلة بين الشخص واقليم الدولة ، كما أنه يعدّ ضابط مبني على فكرة قانونية (الموطن أو محل الإقامة) كما أنه ضابط عام لا يقتصر على نوع معين من المنازعات .

وقد أخذ المشرع الفرنسي في المادة (102) وما يليها من القانون المدني على خضوع الفرنسي المتوطن في فرنسا للقضاء الفرنسي، أما بالنسبة للمدعي عليه الفرنسي الجنسية وغير متوطن في فرنسا لا يخضع للقضاء الفرنسي . أما بالنسبة للمشرع العراقي فقد نص في الفقرة (الأولى) من المادة رقم (15) من القانون المدني على ان "يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الاحوال الأتية أ – إذا وجد بالعراق",

وبموجب هذه المادة تكون المحاكم العراقية مختصة بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي بمجرد وجوده العرضي في العراق، وقد أكدت على ذلك محكمة التمييز في قرارها المرقم (1336/م2/83-84) بتاريخ 1984/6/13 ومضمونه (المحاكم العراقية مختصة بنظر دعوى المطالبة بالدين إذا كان المدعي علية موجودًا بالعراق وإذا كان سبب الدعوى نشأ بالخارج) [1].

فنجد أن المشرع العراقي تبنى موطن المدعى عليه كضابط عام لتحديد الاختصاص القضائي الداخلي للمحاكم الوطنية, وذلك بمقتضى المادة رقم (15) من قانونه المدني، ونص على حالات خاصة تكون فيها المحاكم العراقية مختصة في نظر نوع من القضايا، أوردت على سبيل الحصر في المادة (14 و15) من القانون المدني العراقي، ويكون الاختصاص فيها لمحاكم معينة ليس على أساس الموطن, وإنما بناءً على ضوابط أخرى. وعلى هذا الأساس فإن الإشكالية المحورية المطروحة في هذا الموضوع هي معالجة مدى كفاية ضابط الموطن في تحديد وضبط الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية.

نعم إن المشرع العراقي عالج موضوع الاختصاص القضائي الداخلي، ووضع معايير تحدد عن طريقها الجهة القضائية المختصة في نظر النزاعات الداخلية، إذ نص على موطن المدعى عليه كضابط عام لتحديد اختصاص المحاكم الوطنية في النزاعات الداخلية .

ويمكن أن نستعين بالقواعد المتعلقة بالموطن على المستوى الداخلي وأسقاطها على المجال الدولي، وفضلًا على ذلك تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموطن ومحل الإقامة على المستوى الداخلي، و أسقاطها على المجال الدولي آخذة بالحسبان الطبيعة القانونية للمنازعات الدولية الخاصة.

([1]) عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، المصدر نفسه، ص 280.

وتبنى المشرع العراقي موطن المدعى عليه كضابط لتحديد الاختصاص القضائي لمحاكمه الوطنية كضابط عام, وتبنى ضابط موطن المدعي في نوع من القضايا التي يكون فيها هذا الأخير في مركز ضعيف.

وينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية كأصل عام، في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي متى كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة في العراق، وذلك تطبيقاً للمادة رقم (15) من القانون المدني العراقي.

ورغم تعلقها بالاختصاص القضائي المحلي الداخلي، إلا أنه يجوز مدها على المجال الدولي وهذا المعمول به فقها وقضاء، ويعدّ ضابط موطن المدعى عليه من أقدم ضوابط الاختصاص القضائي سواءً على مستوى العلاقات الداخلية الوطنية، أو على مستوى العلاقات الخاصة الدولية، كما يعتبر من أكثر الضوابط شيوعًا في مختلف التشريعات الحديثة. وبمقتضى هذا الضابط ينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم الوطنية في المنازعات المشتملة عنصرًا أجنبيًا، متى كان للمدعى عليه موطن أو محل إقامة فيها.

وأساس تطبيق قاعدة موطن المدعى عليه هو مبدأ قوة النفاذ، وضمان الفعالية الدولية للأحكام، فمحكمة موطن المدعى عليه هي الأقدر على إلزامه بالحكم الصادر بما لها من سلطة فعلية عليه، كما لها القدرة في كفالة تحقيق آثار حكمها، وبذلك تراعي اعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية. فضلاً على أن في تقرير الاختصاص للمحاكم الوطنية تيسيراً على المدعى عليه الذي أتخذ العراق محلا لإقامته، إذ المفروض أنه بريء الذمة إلى أن يثبت العكس، وبالتالي يجب حمايته. فيكون على من يدعي عكس ذلك أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمة موطنه،

والأخذ بهذا الضابط له اعتبار عملي مهم، وهو عدم وقوع المدعى عليه تحت رحمة المدعي سيئ النية الذي يمكن أن يرفع دعواه أمام محكمة بعيدة عن موطن المدعى عليه، و ما فيها من مشقة الانتقال إلى دولة غير تلك المقيم فيها، قبل أن تثبت مسؤوليته، وما ينطوي عن ذلك من مشقة في السفر وضياع الجهد والأموال، كما أنه من غير العدل أن يتحمل المدعى عليه صعوبة المرافعة والدفاع في الخارج وعدم معرفته اللغة، والقواعد والإجراءات المحلية في الدولة الأجنبية التي رفعت فيها الدعوى. وبالرجوع إلى القانون المدني (15) تنص على اختصاص محكمة موطن المدعى عليه كأصل عام، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الموطن المختار، مالم ينص القانون

على خلاف ذلك. والقاعدة المنصوص عليها في المادة رقم (15) مدني عراقي تستخدم بصدد تنظيم الاختصاص المحلي الداخلي للمحاكم العراقية.

ويجوز تمديدها على المنازعات الدولية الخاصة، التي تثور على الإقليم العراقي ومبدأ تمديد قواعد الاختصاص المحلي الداخلي على المنازعات الدولية الخاصة، تأخذ به الدول التي لم تضع قواعد قانونية خاصة بالاختصاص القضائي الدولي، وذلك لسد الفراغ التشريعي. وحتى لا يتهم القاضي .

ويلاحظ إذا كانت المحاكم العراقية تختص كقاعدة عامة بالدعاوي كافة التي ترفع على من يكون له موطن عام في العراق ، فأنها لا تختص فيما يتعلق بمن له موطن خاص في العراق مثل موطن الأعمال والموطن المختار, إلا بما يتعلق بما يرفع عليه من دعاوي متعلقة بالتصرفات المرتبطة بهذا الموطن الخاص دون غيرها.

والقضاء الفرنسي يقرر اختصاصه فيما بين الأجانب متى كان للمدعي عليه موطن في فرنسا أو متى ما كان مقيمًا في فرنسا ولم يكن له موطن خارج فرنسا، اما عن دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي في القانون الفرنسي. فقضت بهذا المبدأ لأول مرة الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار(PELASSA) بتاريخ 1959/10/19، ليصبح لكل قاعدة اختصاص قضائي إقليمي داخلي قاعدة اختصاص قضائي دولي تقابلها. وأعيد صياغة هذا المبدأ في قرار (SCHEFFEL) والذي نص على:

"يتحدد الاختصاص الدولي عن طريق تمديد قواعد الاختصاص القضائي الإقليمي الداخلي" ومنذ صدور هذا القرار أصبح مبدأ تمديد قواعد الاختصاص القضائي المحلي على المجال الدولي، مبدأ تأخذ به كل الدول التي لم تضع نصوص قانونية خاصة بمعالجة النزاعات الدولية الخاصة.

وتم تأييد هذا المبدأ من طرف الفقه الفرنسي الذي دعا إلى تطبيق قواعد الاختصاص القضائي المحلي المقررة في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على النزاعات الدولية الخاصة، وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجده تبنى موطن المدعى عليه كضابط عام للاختصاص القضائي المحلي الداخلي وذلك بموجب المادة (42) من القانون المدني الفرنسي [1].

ويأخذ الموطن حيزًا كبيرًا في تحديد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدول المختلفة التي تحكم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، وقد أخذ بها المشرع العراقي في المادة (15) وفي الفقرة (أ) من القانون المدني " يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الاحوال الاتية:

([1]) Devillard; Droit international prive et pratique notariale, paris, 5 e ,ed, 2001, P.78.

إذا وجد في العراق .." .

ويقابلها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة (1986) المعدل بالمادة رقم (30) الفقرة (أ) حيث نصت "إذا كان له في الجمهورية موطن مختار" .

وكذلك نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969) المعدل المتعلقة بإقامة الدعوى على المدعي عليه ، أو المدعي في العراق إذا كان له محل إقامة معتاد كذلك فيما يتعلق بإصدار القسامات الشرعية من قبل محكمة محل إقامة المتوفى الدائم، ويحتل الموطن دورا مهما في تنفيذ الاحكام الاجنبية.

ونصت الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتعدد محاكم الأطراف المتعاقدة، منها اتفاقية الرياض للتعاون القضائي موطن المدعى عليه كضابط لاختصاص قضائي، الموقعة في الرياض بتاريخ 1983/4/6، والتي نصت في المادة رقم (28) وفي الفقرة (أ) على: "في غير المسائل المنصوص عليها في المادتين (26و27) من هذه الاتفاقية تعتبر محاكم الطرف المتعاقد الذي صدر فيه الحكم مختصة في الحالات التالية : "إذا كان موطن المدعى عليه أو محل إقامته وقت نظر الدعوى في إقليم ذلك الطرف ب ـ ..." [1] . وكذلك اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول المغرب العربي، كما نصت اتفاقية رأس لانوفي ليبيا في (9و10) مارس (1991) على موطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي، إذ نصت المادة رقم (34) وفي الفقرة (أ) على ان "تعتبر محاكم الطرف المتعاقد مختصة إذا كان موطن أو وقت افتتاح الدعوى موجودا ببلد ذلك الطرف المتعاقد محل إقامة المدعى عليه أو أحدهم إن كان له به من يمثله" [2] .

ومن الجدير بالذكر ان الاختصاص الأصلي يعتمد على نوعين من المعايير هي:

1- الاختصاص الشخصي:

الاختصاص الشخصي مبني بالدرجة الاساس على ضابط الجنسية، بحيث ان المحاكم العراقية تكون مختصة عندما يكون المدعي أو المدعى عليه عراقيًا، و يثبت في هذه الحالة للمحاكم العراقية ان تبت في المنازعة المتعلقة به. لان هذا المعيار متعلق بالدرجة الاساسية بهذا

([1]) المادة 28 من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي، منشورة على الموقع الالكتروني https;//www.pji.pna.ps تاريخ الزيارة 2022/5/23.

([2]) المادة 34 من اتفاقية التعاون القانوني والقضائي بين دول اتحاد المغرب العربي، منشورة على الموقع الالكتروني https;//securitylegislation.iy تاريخ الزيارة 2022/5/23.

العنصر الذي هو عنصر الجنسية، و بالتالي نأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يكون فيها اختصاص ايجابي يكون فيها العراقي مدعيا، و الاختصاص السلبي عندما يكون فيها العراقي مدعى عليه. وفي هذا الاطار يمكن الاشارة إلى نص المادة (14، 15) من القانون المدني العراقي .

كذلك الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي إذ نص على ان القضاء الفرنسي يكون مختصا في جميع الدعاوى التي يكون فيها الفرنسي مدعي أو مدعى عليه وهو ما نصت عليه المادة (14) والمادة (15) من القانون المدني الفرنسي، إذ نصت المادة (14) على انه "يمكن رفع الدعوى امام المحاكم الفرنسية على الأجنبي، ولو لم يكن مقيماً في فرنسا، لتنفيذ الالتزامات التي عقدها في فرنسا مع فرنسي، كما يمكن مقاضاته امام محاكم فرنسا من اجل الالتزامات التي عقدها في بلد اجنبي مع فرنسيين" في حين نصت المادة (15) من ذات القانون على انه "يمكن مقاضاة الفرنسي امام المحاكم الفرنسية من اجل الالتزامات التي عقدها في بلد اجنبي مع فرنسيين" [1] .

2- الاختصاص الاقليمي:

الاختصاص الاقليمي مبني على ارتباط المنازعة بإقليم الدولة، كأن يتعلق الامر مثلا بمنازعة حول العقار الذي يخضع لموقع العقار. و هذا الاختصاص الاقليمي يوجد فيه حالتان:

إذا كان المدعى عليه اجنبي وله موطن أو محل إقامة في العراق, نأخذ بعنصر اساسي وهو الموطن أو محل الإقامة, ولو ان الامر يتعلق بأجنبي، للبت في النزاع على هذا الضابط. وهذا الاختصاص له اهمية من الناحية العملية لأنه يعطي قوة نفاذ للحكم بالنسبة للمدعي على اعتبار انه إذا صدر هذا الحكم من محكمة مختصة التي هي محكمة المدعي فانه في هذه الحالة تكون له قوة على اعتبار ان المحكمة المصدرة للحكم هي التي تكون لها فعالية مسيطرة للتنفيذ [2].

ومن ناحية اخرى فوجود المدعى عليه في دولة و له موطن في اقليم هذه الدولة فهذا يفيد ان ثمت ارتباط بين هذا المدعى عليه (الاجنبي) و ما بين الموضوع المتعلق بالمنازعة، لان الموطن دائما هو المكان الذي تتواصل فيه مختلف الانشطة التجارية و المهنية لهذا الشخص المدعى عليه، و بالتالي يمكن ان يمارس مختلف الاجراءات المدنية المتعلقة بالضغط عليه في التنفيذ كالحجز مثلًا على ممتلكاته في حالة لم يوفي بديونه.

وفي هذا السياق نجد ان المشرع العراقي يعتبر بان محاكم العراق هي المختصة بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الاجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في العراق.

([1]) القانون المدني الفرنسي لعام 1804 المعدل بالقرار (131/ 2016) بتأريخ 10 فبراير 2016.

([2]) عباس زبون العبودي، مصدر سابق، ص273.

إذا كان المدعى عليه اجنبي و لم يكن له موطن أو محل إقامة في العراق: فليست هنالك نصوص صريحة في هذا الباب، لكن المحاكم العراقية تكون مختصة و لو لم يكن للمدعى عليه الاجنبي محل أو موطن إذا كانت الدعوى تتعلق: بعقار موجود في العراق، أو متعلقة بإبرام عقد نشأ في العراق، أو متعلقة بمحل تنفيذ التزام بالعراق، أو مرفوعة على مجموعة من الاشخاص بصفتهم مدعى عليهم و يكون احدهم له موطن أو محل إقامة في العراق [1].

الفرع الثاني

الدور الاحتياطي للموطن في تحديد الاختصاص القضائي الطارئ

وهو الاختصاص القضائي الذي ينعقد لمحكمة دولة ما لغياب الارتباطات المكانية (الاقليمية) والزمانية (الشخصية) فيكون اختصاص المحكمة بشكل طارئ واستثنائي لا اصلي ويعتمد الاختصاص الطارئ أو الاستثنائي على عدة معايير منها:

اولاً: الخضوع الارادي

ويقصد به قبول المدعي أو المدعي عليه في دعوى ما وعن اختيار وارادة اختصاص قاضي الموضوع ضمنا أو صراحة، رغم عدم اختصاصه فيها بالأصل ، وقد اخذت اتفاقية الإقامة والصلاحية العدلية المرتبطة بمعاهدة لوزان عام (1923) بهذا المبدأ في المادة (16) وهذا المعيار بشرط ابداء المدعي والمدعي عليه موافقتهما على قبول اختصاص المحكمة .غير المختصة خطياً [2].

والخضوع الارادي مبني بالدرجة الاساسية على ارادة الاطراف، و هو يأتي في اتفاق الاطراف على تعيين قضاء دولة معينة في البت في المنازعة التي يمكن ان تترتب عن تكوين عقد من العقود المبرمة فيما بينهما، شريطة ان تكون هناك علاقة ما بين الاطراف و المنازعة و الاختصاص للدولة المعينة. فلا يمكن للأطراف ان يتفقوا على ابرام عقد معيين و يعينوا اختصاص دولة معينة لا علاقة لها بهذا العقد.

إذاً يجب ان يكون هناك معايَر في التعيين سواء أكان للقانون الواجب التطبيق أو للأشخاص. فيجب ان تكون هناك صلة أو رابطة من زاوية من الزوايا مع الدولة المعينة، و هذه

([1]) أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق (دراسة تأصيلية انتقادية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2018، ص12.

([2]) ابراهيم أحمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص الاختصاص القضائي الدولي والاثار الدولية للأحكام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص47 .

الضوابط منصوص عليها في كل التشريعات الدولية من بينها المشرع العراقي ايضًا الذي اتجه على ان المحاكم العراقية تختص بالنظر في الدعوى و لو لم تكن داخلة في اختصاصها متى قبل المدعى عليه اثارتها صراحًة أو ضمنًا، ما عدا الحالة التي تتعلق بالعقار الموجود في الخارج.

إذاً المشرع العراقي يأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يكون فيها الاختصاص ارادياً، سواءً كان ذلك بطريقة صريحة أو ضمنية على استناد أنه يمكن أيضا للقاضي عن طريق طبيعة المنازعة أو السلوك أو الملابسات المرتبطة بها أن يستنتج اختصاصه عن طريق مجموعة من القرائن الدالة على ذلك. لأن الهدف من هذا الأمر هو حماية ارادة الأطراف، و تيسير بعض المعاملات الخاصة عندما يتعلق الأمر بمعاملات تجارية دولية، فيكون من الأفضل منح الحرية للأطراف من أجل تحديد المحاكم المختصة من أجل البت في المنازعة [1] .

لكن هناك بعض المسائل التي يجب ان تأخذ بالحسبان في الاتفاق هي:

- يجب ان يكون هذا الاتفاق بين الاطراف جالبا للاختصاص و ليس سالبا له، فلا يمكن للأطراف مثلا الاتفاق على سلب الاختصاص من محاكم دولة معينة و منحه إلى محاكم دولة اخرى، خشية ان يكون هناك تحايل أو غش.
- يجب ان تكون هناك صلة ما بين هذا الاختصاص الارادي و ما بين موضوع المنازعة، لكي لا يعطى لإرادة الاطراف طاقة تشريعية [2].

ثانيًا: الارتباط في الدعوى الاصلية

ويقصد به ظهور مسألة اولية فرعية مرتبطة بموضوع الدعوى الاصلية اثناء جريان مرافعتها امام المحكمة ، ففي هذه الحالة أعطى المشرع الاختصاص لتلك المحكمة للنظر فيها على الرغم من عدم توفر معايير الاختصاص القضائي الاصلي، وذلك لاتصال هذه الدعوى

---

(1) مراد صائب محمود, وهلو محمد صالح، فاعلية مبدأ الخضوع الارادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية ـ دراسة تحليلية مقارنة ـ ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد العاشر، 2019، ص 531 وما بعدها.

(2) وجود خلف لفتة الزيرجاوي، المحاكم المختصة في دعاوى الجنسية العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ـ جامعة ذي قار، 2017 ، ص 162 وما بعدها.

بدعوى داخلة ضمن اختصاصها، وتحقيقا لسير العدالة، ومنعا للتضارب بين الاحكام كما هو الشأن بالنسبة للمسائل الأولية والطلبات العارضة والطلبات المرتبطة [1] .

في ضوء ما يسمى الطلبات العارضة، و المقصود بالطلبات العارضة هي التي يتقدم بها الخصوم اثناء النظر في الدعوى و تكون مرتبطة بالدعوى الاصلية. مثلا دعوى متعلقة بديون و يتقدم احد الخصوم بطلب عارض، كطلب اجراء مقاصة مثلا فهذا يعدّ طلبا عارضا مرتبط بالدعوة الاصلية، إذاً جميع الطلبات العارضة التي يمكن ان تثار بخصوص دعوى معينة، فإذا ثبت الاختصاص من حيث الاصل للمحاكم العراقية فان هذه الطلبات العارضة تكون ايضا من اختصاص هذه المحكمة. لان المحكمة مختصة اصلا بالدعوى الاصلية مما يستتبعه الاختصاص ايضا في الدعوى العارضة. بمعنى انها تكون مختصة بشكل طارئ بالنظر في الطلبات العارضة، و ذلك لوجود ارتباط ما بين الطلب العارض و الطلب الاصلي[2].

وفي هذا الاطار نجد ان المشرع ينص على انه يمتد اختصاص المحاكم العراقية التي تنظر في الدعوى الاصلية إلى النظر في المسائل الأولية و الطلبات العارضة، و كل طلب مرتبط بهذه الدعاوي الاصلية.

فالمشرع صريح فيما يخص اختصاص المحاكم العراقية في الطلب الأولي يمتد ليشمل كل ما يتعلق بكل طلب مرتبط بالدعوى الاصلية.

بذلك تكون المحاكم مختصة بالنظر فيما يتعلق بالتدابير التحفظية أو الوقتية أو حراسة قضائية أو غيرها من الاجراءات إلى حين البت في اصل الموضوع لحماية الحق من الاندثار، لان المدعى عليه يمكن ان يتصرف في ممتلكاته التي تشكل ضمانا عاما، وبالتالي فان هذه الاجراءات التحفظية أو الوقتية تدخل ايضا ضمن نطاق اختصاص المحكمة إذا كانت تنظر في المنازعة الاصلية [3].

---

(1) عبد الرسول عبد الرضا، تأثير المركز العالمي للأشخاص في قواعد القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة،2014، ص 216 وما بعدها.

(2) هادي حسن عبد علي ، الدعوى الحادثة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، 2006 ، ص71 .

(3) أيوب دينوري، تلازم الاختصاصين القضائي والقانوني في المنازعات الدولية الخاصة، بحث منشور في مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 5، العدد2، 2020، ص 51.

ثالثاً: الإجراءات المستعجلة والوقتية

ويقصد به التدابير والتحفظات الوقائية والاجراءات المستعجلة أو الوقتية التي يطلبها حفظ الاموال والحقوق كطلب وضع الحجز الاحتياطي أو تعيين حارس قضائي أو تقدير نفقة مؤقتة مستعجلة، فالمحكمة في كل دولة تختص باتخاذ هذه الإجراءات المستعجلة أو الوقتية مع أن نظر الدعوى الاصلية ليس من اختصاصها بل من اختصاص محكمة اخرى في دولة اخرى, وذلك على اساس التعاون القضائي في حماية الأمن المدني . وقد نص المشرع العراقي في قانون المدني بالمادة رقم (28) على انه "قواعد الاختصاص وجميع الاجراءات يسري عليها قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها بالإجراءات" [1] .

كما نص القانون المدني الفرنسي "يكون موطن كل فرنسي بالنسبة لاستعمال حقوقه المدنية في المكان الذي يكون فيه مركز اعماله الرئيسِ" [2] .

([1]) حسن علي كاظم المجمع، مصدر سابق، 322.

([2]) المادة (102) من القانون المدني الفرنسي.

الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة الموسومة **(الدور الاحتياطي للموطن "دراسة مقارنة")** سنبين اهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

اولاً: الاستنتاجات

1- من اهم خصائص الدور الاحتياطي للموطن هو ما اصطلحنا عليه (الدور المكمل) كعامل طوارئ, والذي يراد به تكميل الدور الذي ثبت لضابط الإسناد الأساسي, فأن لم يتوصل قاضي النزاع إلى حل وعجزه عن الوصـول إلى القانون الواجب التطبيق, فيأتي دور الموطن ويلعب هنا دور احتياطي ليحل النزاع, فلذلك سمي بضابط الإسناد الاحتياطي.

2- يستند الدور الاحتياطي للموطن على أساس عملي يتمثل في حماية الأوضاع القانونية الظاهرة أو المستجدات القانونية وتحقيق استقرار القاعدة القانونية، فإذا لم يتوصل الضابط الأساسي إلى حل للتوصل إلى حكم قانوني يتناسب مع الأوضاع الظاهرة, فوجب اللجوء إلى ضابط إسناد احتياطي ينهي موضوع النزاع المشوب بعنصر أجنبي مستلهم من الواقع المكاني لتوطن الشخص.

3- ينبع الدور الاحتياطي للموطن من مصدرين متمايزين، إذ تارة يجد مصدره في الاتفاقيات الدولية التي تشير إلى ضرورة اتباع ضابط الموطن كضابط احتياطي في بعض الأحيان وفي مسائل محددة، ويجد مصدره تارة أخرى في التشريعات الوطنية إذ يفوض المشرع المحكمة بحل النزاع في بعض الحالات التي يعجز فيها ضابط الاسناد الأساسي من تحقيق الحل القانوني المناسب.

4- إن اعتبار الموطن ضابط إسناد احتياطي في حالات معينة يفيد بأنه سيضفي على قاعدة الإسناد أن لا تترك فراغًا في مشكلة التنازع, إذ أن الموطن هنا يلعب دور السد المنيع لما يمكن أن يجتاز من القضايا المتنازع عليها في موضوعات القانون الدولي الخاص من ثغرات للضابط الأساسي، إذ إنه يجعل الاختصاص للمسألة المعروضة على القاضي المختص إما لقانونه أو للقانون الأجنبي أو لقانون آخر حسب ما عرض عليه من معطيات.

5- يمارس الموطن دورًا احتياطيًا في مسائل اكتساب الجنسية, وذلك عندما يشترط المشرع مسألة الاقامة في البلد المعني لغرض اكتساب الجنسية، ففي هذا الفرض مارس الموطن دورًا احتياطيًا والمتمثل كضابط اسناد لتحديد المركز القانوني للفرد.

6- من أهم الشروط اللازمة لاسترداد الجنسية زوال سبب فقد الجنسية، وكذلك من الشروط المهمة العودة للإقامة في اقليم الدولة، لما يعنيه من الرغبة الحقيقية للفرد في العودة للاندماج بمجتمع الدولة التي فقد جنسيتها، وتختلف الدول في تحديدها مدة الإقامة اللازمة لاسترداد جنسيتها، وهذا الأمر يبرز الدور الاحتياطي للموطن في استرداد الجنسية.

7- يمارس الموطن أهم ادواره الاحتياطية في تنازع الجنسية، ففي حالة التنازع الإيجابي للجنسية اكد الرأي الراجح على ان القاضي يجب ان يحكم وفقًا للجنسية الفعلية للشخص، ويتم تحديد الجنسية الفعلية بالاستناد إلى بعض الأمور المهمة وفي مقدمتها الموطن، وفي مسائل التنازع السلبي للجنسية وهي حالة انعدام الجنسية, فقد أكدّ الرأي الراجح بأن القاضي سيحكم وفقًا لقانون موطن الشخص عديم الجنسية على أنه اقرب القوانين إلى التطبيق.

8- يرى الرأي الراجح بأن تحديد الموطن الدولي يجب ان يتم وفقاً لنظرية قانون القاضي, واستنادًا لهذه النظرية فأن تحديد الموطن يكون وفقاً لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، على اساس أن الموطن هو علاقة قانونية بين الشخص والدولة، وأن مسألة تعينه وتحديده من مسائل التكييف لهذه العلاقة، إذ يخضع لسلطة المحكمة التي تنظر النزاع وتحدده وفقًا لقانونها الوطني.

9- إن الاستناد إلى أحد قوانين الجنسية أو الموطن بصفة مطلقة هو أمر غير ممكن، والسبب هو انّ الأمر هنا يعدّ أمرًا نسبيًا ويرجع إلى عوامل وظروف تاريخية واجتماعية واقتصادية، إذ تؤثر فيه وفقًا لكل دولة، بما يجعل نجاح أحد هذه القوانين على انفراد مسألة غير مؤكدة الحصول.

10_ نرى أنه ليس من الصواب اعتماد القياس في تطبيق احكام الموطن الداخلي على الموطن الدولي في تنازع القوانين ضمن احكام القانون الدولي الخاص، وذلك لاختلاف احكام وطبيعة وآثار الموطن الداخلي عن الموطن الدولي، ولابد من وضع نصوص خاصة لحكم العلاقات القانونية الدولية للإفراد لتلافي النقص الحاصل في التنظيم القانوني للموطن بصورة عامة.

11_ تبنى المشرع العراقي موطن المدعى عليه كضابط عام في دعاوى الدين أو المنقول في المادة (37) من قانون المرافعات المدنية وحدد اختصاص المحاكم العراقية بذلك. واشارت المادة رقم (15) من القانون المدني العراقي، إلى حالات ذكرت على

سبيل الحصر, تكون فيها المحاكم العراقية مختصة في نظر النزاع، ويكون اختصاصها أصيلًا بمجرد وجود الاجنبي في الاقليم العراقي.

ثانياً: المقترحات

1_ إزاء الصعوبات التي تعترض تعريف الدور الاحتياطي للموطن اقترحنا تعريف هذا الدور من خلال بيان وظيفته بأنه (الوظيفة التي يضطلع فيها المكان, والذي يرتبط فيه الشخص بشكل واقعي في الفروض التي لا يمكن فيها للضابط الأساسي من حل موضوع النزاع, أو يسند إليه في حال كان موضوع النزاع فيه مساس لسيادة الدولة السياسية أو الاقتصادية).

2- نظراً لأهمية الدور الاحتياطي للموطن في مسائل القانون الدولي الخاص وبالتحديد في بعض الحالات التي لا يمكن حلها بالاستناد إلى ضابط الجنسية، ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم الموطن الدولي بنصوص قانونية بالقدر الذي لا تتعارض مع ضابط الجنسية، وذلك من خلال تعديل القانون المدني وقانون المرافعات المدنية, بل يجب ان يكون هذا التنظيم مكملًا لدور الجنسية في مسائل القانون الدولي الخاص.

3- نقترح ان يشتمل التنظيم القانوني للموطن الدولي على السماح للمحكمة بالاستناد إلى ضابط الموطن في بعض الحالات التي لا يحقق فيها ضابط الجنسية الحل المناسب بإعطاء سلطة تقديرية للقاضي، ونقترح لهذا الامر النص الآتي (في الأحوال التي لا يمكن فيها إعمال ضابط الجنسية تطبق المحكمة قانون الموطن الدولي للشخص بالقدر الذي لا يتعارض مع ضابط الجنسية).

4- ندعو المشرع العراقي إلى اعتماد الموطن كضابط اسناد اصيل يحدد من خلاله اختصاص المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في حالات معينة بنص القانون, والاستفادة في ذلك من تجربة دول القانون العام في هذا المجال.

5- نظراً لأهمية الموطن الدولي في العلاقات الدولية الخاصة, لذا تعد مسألة اثبات الموطن من ابرز المشكلات تعترض تفعيل الدور الاحتياطي للموطن، إذ تعد من المسائل المهمة التي يستوجب من المشرع العراقي أن يأخذها بنظر الاعتبار عند إعادة النظر في تشريع أحكامه, والتي تنظم قضايا القانون الدولي الخاص، ونقترح ان يتم تحديد ادلة الاثبات التي يمكن عن طريقها للشخص اثبات موطنه الدولي.

6- نقترح التوسع بطرق الاثبات قدر الإمكان، ونقترح ان يكون هنالك نص في متن قانون الاثبات المرقم (107) لسنة (1979) بالشكل الآتي (يتبع في اثبات الموطن الأدلة كافة المنصوص

عليها في قانون الاثبات بما فيها القرائن باستثناء الإقرار واليمين وفقًا لقانون القاضي المعروض عليه النزاع).

7- بسبب تعدد العلاقات المالية بين الافراد وخصوصاً في عقود التجارة الدولية وظهور العديد من الاتفاقيات ومنها لائحة روما الأولى لعام (2008), والتي تسمح بالاستناد إلى قانون الموطن أو محل الاقامة لحل النزاع المشوب بعنصر اجنبي.

ندعو المشرع العراقي إلى اخذ هذه الاتفاقيات بالحسبان عند تشريع النصوص القانونية بالقدر الذي يسمح بتطبيق الدور الاحتياطي للموطن عند الحاجة إلى ذلك وحسب ما يتوافق مع هذه الاتفاقيات الدولية.

8- من اجل تحقيق مبدأ التخصص القضائي وحتى يتمكن القاضي من حسم المسائل الخاصة بالقانون الدولي الخاص لا سيما في اطار التجارة الدولية, نقترح ان يتم اعتماد مبدأ تخصص القضاء, وذلك بتخصيص محاكم خاصة بمسائل القانون الدولي الخاص على اختلاف موضوعاته وتنشر في عموم المحافظات.

9- نقترح العمل بالتركيز على المستثمر الاجنبي والعامل الاجنبي في العراق بحسب توطنه أو محل اقامته الواقعية أو الفعلية بالعراق, إذ يمكن اخضاعهم لاختصاص المحاكم والقانون العراقي, كضابط احتياطي لمركز اعمالهم التجارية لهم.

10_ نوصي المشرع العراقي بتوسيع ولاية المحاكم العراقية واختصاصها بأكبر قدر ممكن للدعوى التي تقام امام القضاء العراقي في قانون المرافعات المدنية, فكلما كان أحد الاطراف متوطنًا أو مقيمًا أو موجودًا أو له اموال في العراق, يكون للمحكمة العراقية اختصاصًا اصيلًا, وذلك بالاعتماد على الدور الاحتياطي الذي يلعبه الموطن في تحديد الاختصاص.

قائمة المصادر

قائمة المصادر

بعد القران الكريم:

اولا :معاجم اللغة العربية

1. احمد بن محمد بن علي بن المعرى الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، مادة أحوط, دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان, 1389 هـ .
2. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج1، دار الكتاب العربي، 1982.
3. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت, لبنان, 1989.
4. محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الأفريقي، لسان العرب، ج 5، دار صادر، بيروت, لبنان, بدون سن طبع.

ثانياً : كتب الفقه القانوني

1. ابراهيم أحمد ابراهيم ، القانون الدولي الخاص الاختصاص القضائي الدولي والاثار الدولية للأحكام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007.
2. ابو العلا النمر، موطن الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري في العلاقات الدولية الخاصة، ط2, دار النهضة العربية، 2008.
3. احمد عبد الحميد عشوش, قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية, مصر، 1990.
4. أحمد عبد الكريم سلامة ، نظرية العقد الدولي الطليق (دراسة تأصيلية انتقادية) ، دار النهضة العربية ، القاهرة،2018.
5. أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.
6. احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، ج 1، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، 1956.
7. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ط1، مكتبة النهضة المصرية ، 1954.
8. اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، إسكندرية، مصر، سنة 2003.
9. جابر إبراهيم الراوي, مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي والمقارن, ط 1, بغداد, العراق, 1976.

10. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، الموطن ومركز الأجانب في البلاد العربية، ط 1، معهد البحوث والدارسات العربية، مصر، القاهرة، 1968.
11. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، ج 2، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، مصر، 1970 .
12. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق، ج 1 ، ط 2، مطبعة التفيض ، العراق، بغداد، 1946 – 1947.
13. جمال محمود الكردي، تنازع القوانين ، دار النهضة العربية، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، ٢٠٠٥.
14. حامد مصطفى، مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي في القواعد العامة والموطن وتمتع الأجانب - بالحقوق والجنسية، ج 1 ، ط 2 ، مطبعة الأهلية، العراق، بغداد، 1970.
15. حسام الدين فتحي ناصف، احكام الموطن في القانون الدولي الخاص، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
16. حسن الهداوي وغالب الداودي ، القانون الدولي الخاص, ج 1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1986.
17. حسن علي كاظم المجمع وإبراهيم عباس الجبوري، الوجيز في القانون الدولي الخاص، ط1، مؤسسة دار الصادق الثقافية، بابل، العراق، سنة 2018.
18. حسن علي كاظم المجمع، القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة، دار الكتب والوثائق القومية، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2022.
19. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة في الجنسية، دار الفكر الجامعي, مصر, 2002.
20. حيدر ادهم الطائي، أحكام جنسية الشخص الطبيعي والمعنوي في التشريعات العراقية، ط1, دار السنهوري، بيروت، لبنان، سنة 2016.
21. سلامة عبد الفتاح حلبية، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية بين الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية, مصر، 2005.
22. صلاح الدين جمال الدين ، الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

23. صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، طنطا، 2006.
24. عامر محمد الكسواني, موسوعة القانون الدولي الخاص, الجزء الأول، ط 1، تنازع القوانين، دار الثقافة، عمان الأردن، لسنة 2010.
25. عباس زبون العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 والموطن ومركز الأجانب، ط1، مكتبة السنهوري، بيروت، لبنان, 2015.
26. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب والتنازع الدولي للقوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط 1، مكتبة السنهوري، بغداد, العراق, 2015.
27. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، دار السنهوري ، بيروت، لبنان، 2017.
28. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص المصري ، الجزء الأول في (الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق)، ط 1 ، مطبعة جامعة القاهرة، مصر,1954.
29. عز الدين عبد الله, القانون الدولي الخاص, الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق, ج 1، ط 11، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب, مصر، 1986.
30. عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات – دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، ط1، دار الجامعة، الاسكندرية، مصر، 2012.
31. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، لسنة 2004.
32. غالب علي الداودي، وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص الجزء الأول (الجنسية، الموطن، مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي) بدون سنة طبع.
33. غالب علي الداوودي وحسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج 2، مكتبة السنهوري، بغداد، العراق, 2011.
34. فؤاد ديب ، القانون الدولي الخاص ، منشورات الجمهورية العربية السورية ، 2018.
35. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القانون الاداري, دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل, العراق، 1989.

36. محمد الهادي المهدي الشامس, اشكاليات التحكيم في عقود الانشاءات الدولية, مطبعة دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, مصر، 2020.
37. محمد خيري كصير، حالات تطبيق قانون القاضي في نطاق تنازع القوانين، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2012.
38. ممدوح عبد الكريم حافظ, القانون الدولي الخاص وفق القانون العراقي والمقارن, ط 2، دار الحرية للطباعة, بغداد, العراق, سنة 1977.
39. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، الطبعة الأولى، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق, لسنة 1973.
40. هشام علي صادق ، عكاشة محمد عبد العال ، القانون الدولي الخاص ، الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الاجنبية ، تنازع القوانين ، دار المطبوعات الجامعية ، 2008.
41. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، القسم الأول (انعقاد العقد) ، ج2 ، دار وائل للنشر والتوزيع ،عمان، 2000.
42. يسري محمد العطار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة, مصر، 1999.
43. يونس صلاح الدين علي، دراسة تحليلية في النظام القانوني للجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب، ط1, مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2016.
44. يونس صلاح علي، القانون الدولي الخاص، مكتبة زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.

ثالثاً: الرسائل والاطاريح

1. أحمد نعمه خضير الجبوري, دور المبادئ العامة في تطوير قواعد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير مقدمة, إلى مجلس كلية القانون, جامعة كربلاء, 2020.
2. باسم مبروك عابر، فكرة الأداء المميز واثرها في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية ـ جامعة الفلوجة، 2017.
3. ريا سامي سعيد الصفار, دور الموطن في الجنسية, رسالة ماجستير, مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة الموصل، 2005.

4. علي حميد كاظم الشكري, استقرار المعاملات المالية , أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون, جامعة كربلاء, 2014.
5. علي عدنان علي, اثر التغير في قواعد الاسناد على تحديد القانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة), رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق, قسم القانون الخاص, جامعة الشرق الاوسط, 2020.
6. قدادرة عبير، تنازع الجنسيات في القانون الدولي الخاص ، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر ، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي ، ام البواقي، تونس، 2015،2016 .
7. كمال سمية، تطبيق قانون القاضي في المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، 2016.
8. محمد الحافظ الاخضري, الموطن في القانون الدولي الخاص, مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي, ميدان الحقوق والعلوم السياسية, شعبة الحقوق, جامعة قاصدي مرباح ورقلة, 2017.
9. مروج ربيع نعمة الخفاجي، تغير ضوابط الإسناد الشخصية وأثرها في الاختصاص القضائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2018.
10. مناصف أمين وسعدي سامية, تنازع القوانين في العقود الدولية, مذكرة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق, تخصص قانون اعمال, جامعة سوق اهراس, الجزائر, 2019.
11. موشعال فاطيمة, دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين, رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان, مجلس كلية الحقوق, الجزائر, 2012.
12. هادي حسن عبد علي ، الدعوى الحادثة ، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون جامعة بغداد ، 2006.
13. وجود خلف لفتة الزيرجاوي، المحاكم المختصة في دعاوى الجنسية العراقي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ـ جامعة ذي قار، 2017.

رابعاً: البحوث والمقالات

1. أحمد عبد الكريم سلامة, القواعد ذات التطبيق الضروري في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 40, لسنة 1984.

2. ازهار محمود لهمود, القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية, مجلة ككلية القانون للعلوم القانونية والسياسية, المجلد 9, العدد 34, قسم القانون , كلية الحقوق, جامعة تكريت, لعام 2020.
3. أيوب دينوري، تلازم الاختصاصين القضائي والقانوني في المنازعات الدولية الخاصة، بحث منشور في مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 5، العدد2، 2020.
4. ختام عبد الحسن، المفاضلة بين الجنسية والموطن ودورها في قواعد الإسناد، بحث منشور في مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، الإصدار الثالث, سنة 2008.
5. سداد عماد العسكري ، تنازع الجنسيات ، مقال منشور على مواقع التواصل الاجتماعي ، تم الدخول اليه في الساعة 10:30 ليلاً ، بتاريخ 2022/1/17 .
6. شادي جامع ، مشكلة تنازع الجنسيات ، دراسة مقارنة في القانون الدولي والقانون السوري ، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 38 ، العدد 2 ، 2016.
7. عبد الرسول عبد الرضا، تأثير المركز العالمي للأشخاص في بناءً على قواعد القانون الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة،2014.
8. عمران علي السائح, الموطن في القانون الدولي الخاص دراسة وفقا للقواعد العامة والقانون الليبي, بحث منشور على مجلة جامعة الزيتونة, العدد السابع عشر, ليبيا, لسنة 2016.
9. غالب الداودي وعدنان السرحان ، الموطن الدولي في التشريع الاردني المقارن ، بحث منشور في مجلة الدراسات ، عمادة البحث العلمي ، الجامعة الاردنية ، المجلد 24 ، علوم الشريعة والقانون ، العدد 2 ، ك177/1، 1997.
10. كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، العدد الثالث عشر، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنيت)، تاريخ النشر كانون الأول 2005.
11. مراد صائب محمود و هلو محمد صالح، فاعلية مبدأ الخضوع الارادي في تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية ـ دراسة تحليلية مقارنة ـ ، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد العاشر، 2019.

خامساً: القوانين

1. القانون المدني الفرنسي، الصادر سنة (1804), والمعدل بتعديلات لسنة (2021).
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) المعدل.
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل.
4. قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة (1959) المعدل.
5. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
6. قانون العقوبات العراقي المرقم (111) لسنة (1969) المعدل.
7. قانون الاثبات العراقي المرقم (107) لسنة (1979) المعدل.
8. قانون المرافعات المدنية والتجاري المصري رقم (13) لسنة (1968) المعدل.
9. قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة (2006) النافذ.
10. قانون الإقامة العراقي المرقم (76) لسنة (2017) النافذ.

سادسًا: المصادر الاجنبية

1. Batifole et Lagarde; Droit international prive, L.G.D.J.7e , ed. Y,I. Paris. 1979.
2. Devillard; Droit international prive et pratique notariale, Paris, 5 e ,ed, 2001.
3. Franciscains; Droit international prive compare, Repo, D, de Droit, Paris, 1988.
4. Stan brook (L); British Nationality act, the new law, London, element publishers,1982.

Repupilc of Iraq

Minstry of higher education

And

scintifc research

The Reserve Role Of The Domicile

"A Comparative Study"

A Thesis Submitted To The Council of Faculty Of Law

University Of Karbala In Partial Fulfillment Of The Requirements For Master Degree In Private Law

By: Mudhahir Mahdi Saleh

Supervised by:

Prof. Dr. Hassan Ali Kadhiem Al-majmaa

October, 2022 **1444 Rabi al-Awal**