Tikrit University Journal For Rights Year (9) Vol (9) NO (3) Part (1) (2025) 248-271

٢٤٨

ISSN: 2519 – 6138 (Print)
E-ISSN: 2663 – 8983(On Line)

TUJR
مجلة جامعة تكريت للحقوق
Tikrit University Journal for Rights

IRAQI Academic Scientific Journals
العراقية المجلات الاكاديمية العلمية

Tikrit University Journal for Rights
Journal Homepage : http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

كلية القانون
College of Law

The law applicable to disputes related to illegal immigrants

Dr. Lecturer . Khaled Jassim Khalaf
Legal Affairs Directorate, Ministry of Education, Iraq
tujr@tu.edu.iq

Article info.

Article history:
- Received 24 May 2024
- Accepted 9 February 2025
-Available online 1 March 2025

Keywords:
- immigration
- domicile
- foreigner
- will
- real estate

Abstract: There are no jurisprudential studies that address the issue of an illegal immigrant residing in the country to which they have migrated and becoming involved in disputes that require a legal framework to govern such conflicts. Despite entering the country illegally, this immigrant is often treated similarly to a foreigner who has entered the territory legally, with some exceptions. The laws that should be applied to disputes involving this immigrant have been reviewed, but there are certain aspects that the Iraqi legislator should have addressed by specifying the applicable law. Leaving this matter to the discretion of jurisprudence and the judiciary does not lead to achieving justice. The recommendations that should be considered by the legislator to reach the most appropriate laws governing disputes involving illegal immigrants have been outlined.

© 2023 TUJR, College of Law, Tikrit University

القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بالمهاجر غير القانوني

م.د. خالد جاسم خلف

مديرية الشؤون القانونية، وزارة التربية، بغداد، العراق

tujr@tu.edu.iq

معلومات البحث :

تواريخ البحث:
- الاستلام : ٢٤/ ايار/٢٠٢٤
- القبول : ٩ / شباط/ ٢٠٢٥
- النشر المباشر :١/ أذار/٢٠٢٥

الكلمات المفتاحية :
- الهجرة
- الموطن
- الأجنبي
- الوصية
- العقار

الخلاصة: خلت الدراسات الفقهية من دراسة تتناول هذا الموضوع عند إقامة المهاجر غير القانوني في الدولة التي هاجر إليها ويدخل في نزاعات تحتاج إلى قانون يحكم ذلك النزاع، ونجد أن هذا المهاجر رغم دخوله بصورة غير مشروعة للدولة إلا أنه يعامل معاملة الأجنبي الذي دخل الإقليم بصورة مشروعة إلا في بعض الاختلافات، وتم استعراض القوانين الواجب تطبيقها بالنزاعات التي يدخل بها هذا المهاجر، إلا أن هنالك فقرات كان على المشرع العراقي تداركها وتحديد القانون الواجب التطبيق ، فترك هذا الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء لا يؤدي للوصول إلى العدالة، وقد تم بيان المقترحات الواجب الأخذ بها من قبل المشرع للوصول إلى انسب القوانين التي تحكم النزاعات التي يدخل بها المهاجر غير القانوني.

© ٢٠٢٣, كلية القانون، جامعة تكريت

المقدمة : إن حرية التنقل من مكان إلى آخر هي إحدى الحقوق المترتبة في الحق في الحياة كحق من حقوق الإنسان. ، وهذا الحق كفلته القوانين والمواثيق الدولية ، فالإنسان ينتقل مع وسائل العيش، فكلما ضاقت تلك الوسائل في مكاناً ما أصبح من الضروري الانتقال إلى مكان آخر، حتى أن تلك الظاهرة قد أصبحت من ظواهر وسائل التواصل الاجتماعي المعاصرة التي تواكب الاتجاهات. بأهمية خاصة في حياة الأفراد والجماعات، ولابد لنا قبل خوض هذه الدراسة من تحديد مفهوم المهاجر غير القانوني.

لا يوجد مفهوم محدد للهجرة قانونية أم لا ، وهذا المفهوم متغير من حيث الزمان أو المكان، ولابد لنا من الوقوف على مفهوم الهجرة بصورة عامة ثم الركون إلى مفهوم الهجرة غير القانونية، فالهجرة هي مغادرة الفرد لإقليم دولته نهائياً إلى إقليم دولة أخرى[١].وتعرف أيضاً بأنها إجراء يحدد بموجبه شخص

(١) د. أحمد رشاد سلام، الهجرة غير الشرعية في القانون المصري، دراسة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠١١، ص٤.

محل إقامته على أراضي الدولة والذي تكون مدته اثنا عشر شهراً على الأقل بعد أن سبقت له الإقامة في دولة عضو أو بلد ثالث[١].

والهجرة تكون إما قانونية أو غير قانونية والذي يعنينا هنا بحث الهجرة الهجرة غير القانونية أو غير الموثقة ، ونقصد بها مخالفة قوانين الدولة المنظمة لدخول وخروج الاجانب، فكل دولة لها نظام قانوني يحدد دخول الأجنبي والحقوق التي يتمتع بها داخل إقليم الدولة وخروجه ودخوله لهذا الإقليم ، ومخالفة ذلك النظام نطلق على تلك الهجرة غير القانونية.

وقد زاد استخدام هذا المصطلح في الآونة الأخيرة، وذلك بسبب قيام الدول بإجراءات المنع والتجريم الذي ألقى بظلاله على الدول فيما بينها.

أهمية الموضوع:

إنَّ زيادة هذه الظاهرة في الآونة الأخيرة وظهور فئة لا يستهان بها من المهاجرين غير القانونيين داخل إقليم الدولة، دخول هؤلاء الأشخاص في علاقات قانونية سواء أكانت شخصية أم عينية، ولابد من وجود نظام قانوني يحكم تلك العلاقات، منوهين هنا أن دخول هؤلاء الأشخاص داخل إقليم الدولة جاء بصورة غير قانونية، وعليه فإن هذا الوضع يختلف عن وضع المركز القانوني للأجنبي الذي دخل بصورة قانونية لحدود الدولة.

مشكلة البحث

إنَّ اتساع نطاق هذه الظاهرة في الآونة الأخيرة وما تلقيه من مشاكل على الدول المستقبلة لهذا الشخص المهاجر، وما تثار من منازعات داخل إقليم تلك الدولة، ومن ثم لابد من الوقوف على النظام القانوني الذي يحكم تلك المنازعات، ولم تصل العديد من البلدان إلى نقطة التعريف. ذلك النظام، بالإضافة إلى قلة عدد الدراسات التي تناولت هذا الموضوع ، لذا عمدنا إلى بحثه والوقوف على السبل والحلول له .

تقسيم الدراسة

سيتم تناول هذا الموضوع على شكل ثلاث مباحث : الأول سيتناول القانون الواجب التطبيق في الأحوال الشخصية للمهاجر غير القانوني، الموضوع الثاني القانون الواجب التطبيق على الأحوال العينية

---

(١) د. محمد حمود مساعد أبو غانم، جريمة التهريب المنظم للهجرة غير الشرعية مع دراسة تطبيقية على الجمهورية اليمنية، دار النهضة العربية، ٢٠١٤، ص١٣٠.

للمهاجر غير القانوني، والمبحث الثالث : القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية العقدية للمهاجر غير القانوني.

المبحث الأول

"القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للمهاجر" غير القانوني

المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية هي: الخاصة بالزواج من إبرامه وآثاره وانتهائه والمنازعات الخاصة بالوفاة وقسمت كل منها بمطلب خاص.

المطلب الأول

"القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بزواج المهاجر" غير القانوني

يعدّ الزواج من أهم الروابط العائلية التي تدخل ضمن الأحوال الشخصية، فقد يدخل المهاجر غير القانوني بعلاقة زواج داخل إقليم الدولة، ويحدث نزاع يتعلق بهذا الزواج تظهر لنا مشكلة القانون الذي يحكم هذا النزاع ، ولابد لنا أن نفرق بهذا الصدد بين الشروط الشكلية والموضوعية للزواج.

الفرع الأول

"القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية للزواج"

نعني الشروط الشكلية للزواج هي الصيغة الفنية. التي يفرغ بها عقد الزواج، وقد تأخذ أشكال مختلفة مثل حضور الشهود أو إجراء مراسيم دينية معينة أو توثيق العقد[١].

فالمهاجر غير القانوني يعترف له بإبرام عقد زواجه مع مواطنة من بلده المضيف فيصبح أطراف هذه العلاقة مختلفي الجنسية فنكون أمام زواج مختلط، فيظهر أكثر من قانون ممكن التطبيق عليها.

إن بعض الدول تعتبر عقد الزواج هو عقد ديني، فالشروط والإجراءات الخاصة لعقد الزواج تعتبر شروط موضوعية وليست شكلية بالنسبة لليونان، بينما معظم الدول تعتبر تلك المراسيم شروط شكلية باعتبار أن عقد الزواج هو عقد مدني.

إن تحديد طبيعة تلك الشروط وسواء كانت الشروط موضوعية أم شكلية، فهذا موضوع يقع ضمن اختصاص قانون. القاضي الذي يعرض عليه النزاع. ، فالعلاقة القانونية تمر بمرحلتين الأولى هو تحديد القانون الحاكم والثاني هو تنفيذ هذا القانون فيما يتعلق بالعلاقات القانونية. ذات العنصر الزمني.

وقد أخضع "المشرع الفرنسي في المادة (١٧٠)" من القانون المدني شكل الزواج إلى قانون محل الإبرام، فالفرنسيين الذي يبرومون عقد زواج من أجانب خارج فرنسا تعتبر صالحة إذا كانت متوافقة مع النماذج المطلوبة بموجب قانون البلد الذي تم إبرام العقد فيه. أو يكون وفقاً للقانون الفرنسي إذا اختاره

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٢٧.

الطرفان ليكون القانون الذي يحكم شكل الزواج[١]. وهذا هو نفس حال القانون المصري حيث أشار المشرع "في المادة (٢) من القانون المدني المصري" حيث تخضع الشكلية في عقد الزواج إلى أحد أربع قوانين هي:

١- قانون الموطن المشترك.

٢- قانون الجنسية المشترك

٣- قوانين محل الإبرام.

٤- القانون الذي يحكم الموضوع.

فإذا تم الزواج بين المهاجرين المصريين غير القانونيين واجانب فيكون في الشكل كما هو مطلوب بموجب قانون البلد الذي تم فيه إنشاء العقد. مع مراعاة الشروط التي تتطلبها الشريعة الإسلامية من رضا الزوجين وحضور الشاهدين إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما مسلمين، وعليه لا يجوز أن يبرم الزواج في هذه الحالة بالشكل غير الإسلامي.

ويمكن لطرفي عقد الزواج أن يختاروا قانون الموطن المشترك منها في حكم شكلية عقد الزواج الذي يتم بين مهاجرين غير قانونيين، ويمكن للمهاجر المصري أن يختار قانون الجنسية أي القانون المصري لحكم شكلية عقد الزواج الذي يتم بينه وبين غيره من الاجانب، ولكن القانون المصري أوجب تطبيق القانون المصري بخصوص شكلية عقد الزواج بين مصري ومهاجر غير قانوني أجنبي فلا يمكن تطبيق قانون جنسية المهاجر الأجنبي[٢].

أما بالنسبة للعراق فإن "القانون المدني العراقي في المادة (١٩) فقرة (١)" أشار لتطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد باعتباره القانون المناسب للعقد مع مراعاة الشروط التي أوجبها قانون الزوجين، فالزواج الذي يتم بين أحد الطرفين وهو عراقي الجنسية مع أجنبي آخر في ألمانيا فيطبق القانون الألماني من حيث شكل العقد مع مراعاة الشروط التي أوجبها القانون العراقي من حيث توثيق العقد أمام القنصل العراقي وقنصل الدولة الأجنبية التي ينتمي إليها الزوج الآخر.

---

(١) أشار إلى هذا د. إسلام محمد رضوان الحديدي، ضوابط الهجرة غير الشرعية في القانون الدولي الخاص، مركز الدراسات العربية، ط١، القاهرة، ٢٠٢٠، ص٣٥٨.

(٢) د. أحمد رشاد سلام، مرجع سابق، ص٧٨.

الفرع الثاني

"القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد زواج المهاجر" غير القانوني

يرجع القاضي إلى قانونه الوطني في تكييف الشروط هل هي شروط شكلية أو موضوعية ، وتتوزع هذه الشروط إلى شروط انعقاد مثل اتحاد محل الايجاب والقبول، وشروط صحة تتضمن صلاحية المرأة للزواج وعدم وجود حرمة للزواج، وشروط النفاذ هي صلاحية إبرام عقد الزواج أصالة أو نيابة، وشروط لزوم أي كل ما يتعلق بالمهر[١].

ويظهر التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية تلك إذا حصل الزواج ، ولم يأتِ المشرع المصري بنص صريح حول الشروط الموضوعية لعقد الزواج، إلا أن الفقه الفرنسي قام بتأويل "المادة (٣) من القانون المدني الفرنسي بإخضاع" الشروط السابقة على عقد الزواج وفقاً لقانون جنسيات الزوجين باعتبار أن تلك المسائل من القضايا المتعلقة بوضع الأشخاص ، ويذهب الفقه الراجح في فرنسا إلى التطبيق الموزع لقانون الجنسية على الشروط الموضوعية للزوج ما عدا موانع الزواج فإنه ذهب إلى التطبيق الجامع لقانون جنسية الزوجين، فإذا وجد أي مانع في قانون أي من الزوجين فعقد الزواج باطل[٢].

وأشار المشرع المصري في "المادة (١٢) من القانون المدني على (يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين)".

فيطبق القاضي المصري قانون جنسية الزوجين وقت عقد الزواج للشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج، أخذ المشرع هنا بعين الاعتبار التطبيق الموزع لقانون جنسية الزوجين.

لكن "المشرع المصري رجع في نص المادة (١٤) منه على تطبيق القانون المصري إذا كان أحد الزوجين مصرياً، فيما عدا شروط الأهلية" فيطبق هنا قانون الجنسية.

أما بالنسبة لموانع الزواج فقد طبق القانون المصري التطبيق الجامع لقانوني جنسية الزوجين، فإذا وجد مانع في قانون أحد الزوجين يتم الأخذ به ويحرم الزواج[٣].

ونفس الحال المشرع العراقي أخذ في "المادة (١٩) من القانون المدني" ومع ذلك فإن الشروط الموضوعية لصحة الزواج تخضع لقانون كل من الزوجين.)، وأشارت الفقرة (٥) من المادة نفسها إلى تطبيق القانون العراقي إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج.

---

(١) د. إسلام محمد رضوان، مرجع سابق، ص٣٦٣.

(2) Battiffol, H,et lagarde (P), droit intreation prive, tomcal, 7eme ed. Paris, 1983, p414.

(٣) د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعة، بيروت، ١٩٩٥، ص٧٢.

وقد واكب المشرع العراقي معظم التشريعات بهذا الصدد وأخذ بالتطبيق الموزع لقانوني جنسية كل من الزوجين في تحديد صحة الزواج، ماعدا ما يتعلق بموانع الزواج من اختلاف الدين والزنا والطلاق وموانع الزواج للقرابة فيؤخذ هنا بالتطبيق الجامع للقانونين، فإذا تزوجا مهاجران غير قانونيان يحملان الجنسية الأجنبية فيطبق هنا لصحة شروط الزواج قانون جنسيتهما، أما إذا كان أحدهما عراقي الجنسية فيطبق القانون العراقي، وحسناً فعل المشرع العراقي بهذا الخصوص فقد ساير معظم التشريعات.

الفرع الثالث

"القانون الواجب التطبيق على انتهاء عقد الزواج بالنسبة للمهاجر" غير القانوني

تنتهي العلاقة الزوجية إما بوفاة أحد الزوجين أو الطلاق أو الانفصال أو التفريق، فالمهاجر غير القانوني الذي يدخل في علاقة زوجية تنتهي بإحدى الحالات المشار إليها آنفاً.

وذهبت بعض القوانين الغربية كالقانون الألماني إلى الأخذ بقانون موطن الزوجية المشترك مثل القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ [١].

أما في فرنسا فيطبق القانون الفرنسي على حالات طلاق لاجئين مقيمين في فرنسا ولم يكن هنالك قانون يحكم الدعوى أمام المحاكم الفرنسية إلا أن القانون الجديد للاتحاد الأوربي الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٠ أعطى حرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق. حالات التفريق أو الطلاق أو الانفصال الجسماني[٢].

أما الدول الإسلامية فذهب معظمها كالتشريع المصري والعراقي إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق بالنسبة لحالات التطليق أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى في دعاوى التفريق أو الانفصال الجسماني[٣].

وبالتالي فالمهاجر غير القانوني الذي طلق زوجته الأجنبية أثناء إقامته في دولة المهجر يطبق قانون الجنسية وقت الطلاق، أما إذا رفع دعوى تفريق أمام القضاء ثم غيّر جنسيته أثناء رفع الدعوى، ورفع دعوى تفريق أمام القضاء فيطبق هنا القاضي قانون جنسية هذا المهاجر وقت رفع الدعوى باعتبار أن الطلاق هنا بيد المحكمة وليس بيد الشخص، أما في دعوى الطلاق فإن هذا الحق بيد المهاجر غير القانوني وليس بيد المحكمة وبالتالي حسن فعل المشرع بهذه الحالات بتطبيق قانون الجنسية، نظرا لأن

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٨٢.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولة، ١٩٨٤، ص٣٤١.

(٣) المادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري والمادة (٣/١٩) من القانون المدني العراقي.

الأمور الشخصية هي محل الخلاف تتعلق بحالة الشخص ولا يمكن تطبيق قانون إعادة صفة المهاجر إلى موطنه الأصلي الشخصية.

ويطبق قانون جنسية المهاجر غير القانوني وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى القضائية في تحديد أسباب الطلاق، أو التفريق، والشروط الموضوعية لصحة الطلاق وإثبات الوقائع التي يستند إليها المدعي لإثبات دعواه ، وتدخل هنا جميع الآثار التي ترتب على دعوى الطلاق أو التفريق كنفقة العدة أو تعويض عن الطلاق التعسفي.

أما المسائل الإجرائية الخاصة بدعوى الطلاق أو التفريق فتطبيق هنا قانون القاضي الذي ينظر النزاع، واستثنى المشرع العراقي من تطبيق هذه الحالة هو إذا كان أحد الطرفين عراقي الجنسية فيطبق هنا القانون العراقي[١].

أما المسائل الشخصية اللصيقة بالشخص تظل تخضع لقانون جنسية الشخص كالأهلية، مثل قيام مهاجر غير قانوني عراقي برفع دعوى تفريق ضد زوجته الفرنسية، بالنسبة لأهلية الزوجة يطبق عليها القانون الفرنسي، أما القانون الذي يحكم الدعوى هو القانون العراقي.

الفرع الرابع

"القانون الواجب التطبيق على النفقة بالنسبة" للمهاجر غير القانوني

أشارت أغلب التشريعات العربية المتعلقة بخضوع النفقة إلى قانون المدين بها سواء كان الزوج أو الأب أو الابن[٢]، أي يطبق هنا قانون جنسية الزوج وقت الزواج مثلا لدعوى النفقة التي يقوم بها الأبناء ضد الآباء ينطبق هنا قانون جنسية الأب، ونعتقد تطبيق قانون جنسية الأب وقت ميلاد الابن لأن تلك اللحظة التي ينسب بها هذا الابن للأب.

---

(١) المادة (٥/١٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (٢١) من القانون المدني العراقي والمادة (١٥) من القانون المدني المصري.

الفرع الخامس

"القانون الواجب التطبيق على العلاقات الناشئة إلى ما بعد الموت"

تنشأ للمهاجر غير القانوني عند إقامته في دولة المهجر نوعين من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت الأول هو المواريث، وثانيهما الوصايا.

أولاً: المواريث

ظهر هنا اتجاهين الأول يغلب الطبيعة المالية على الطبيعة الشخصية للمواريث ويلحق بالمسائل العينية كل من ويشمل ذلك بريطانيا وفرنسا وأستراليا وإيطاليا وبقية الدول ، فلا يرجع إلى قواعد التوريث القانونية إلا في حالة وجود قواعد للتوريث الايصائي، التي لا يرجع الى الميراث إلا في حالة عدم وجود وصية أو بطلانها[١].

أما الاتجاه الآخر الذي أخذت به التشريعات الإسلامية والتي تأخذ بالوصية إذا توفرت شروطها وبعد الوصية يتم اللجوء إلى الميراث فتوزع التركة على مستحقيها، وهذه التفرقة بين التشريعات في المعاملة لها اثر على القانون الواجب التطبيق، فالاتجاه الأول الذي يغلب الأحوال العينية على الشخصية يحدد الاختصاص للقانون الإقليمي إذا كان المال عقار أي يطبق قانون قانون الجنسية، أما إذا كان المال منقول فينطبق قانون موطن المتوفي، فيتحدد القانون حسب طبيعة التركة.

أما فيما يتعلق بالتشريعات العربية اعتبرت مسائل المواريث من المسائل الشخصية وميزت بهذا الصدد بين المسائل الشخصية في الميراث مثل شروط الاستحقاق وموانعه وتحديد أنصبة الورثة واخضعت ذلك قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة [٢]، كما أشارت "المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي " التي اشارت الى تطبيق قانون جنسية الموصي وقت الوفاة على المسائل المتعلقة بالميراث ، وحسناً فعلت تلك التشريعات باختيار وقت الوفاة كفيصل لتحديد القانون الواجب التطبيق باعتبار أن هذا الوقت يتحقق به الميراث، فلا ميراث قبل الوفاة.

أما الملكية والحيازة وجميع الحقوق العينية الأخرى مثل طرق اتصال وتكون هذه الحقوق في الميراث والوصية حسب القواعد يسري عليها قانون موقع المال كما أشارت "المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي".

([1])عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين ، ط٩، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦، ص٣٣٦.

([2]) المادة (١/١٧) من القانون المدني المصري.

فالمهاجر غير القانوني أجنبي الجنسية إذا توفى في العراق وعرض نزاع يتعلق بعقار أو مال منقول في التركة فأخضعها إلى قانون موقع ذلك المال.

ثانياً: <u>الوصية</u>:

كما هو الحال في الميراث وقد اختلفت التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق فبعضها عدّ الوصية من الأحوال العينية ويطبق عليها قانون موقع العقار ، أما الوصية في المنقولات فيطبق قانون موطن الشخص الموصي، وهذا هو حال القانون الفرنسي والإنكليزي والامريكي.

أما القانون المصري فلابد لنا من التمييز بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية للوصية.. أما الشروط الشكلية: أي كيفية عمل الوصية فتخضع لقانون جنسية الموصي وقت إعداد الوصية أو قانون محل الإبرام أي إبرام الوصية[١].

أما وتخضع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي في ذلك الوقت. الوفاة[٢].

اما في القانون العراقي فتخضع الوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته. باعتبار ان هذا وقت تنفيذ الوصية: لا يجوز أن يكون أي عمل صحيحا قبل هذا التاريخ، وبالتالي فالمهاجر غير القانوني الذي أوصى بوصية ثم غيّر جنسيته إلى جنسية أخرى فيسري عليه قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وليس وقت تنفيذ الوصية لموضوع الوصية، هذا بالنسبة لهذا المهاجر، ولكن إذا تعلق النزاع بشكل الوصية فيسري هنا قانون البلد الذي صدرت فيه الوصية.

أما إذا أوصى هذا المهاجر بوصية تتعلق بعقار معين ينطبق هنا قانون الدولة التي يوجد فيها هذا العقار[٣]، فتنطبق نفس ضوابط الميراث بالنسبة للوصية، فالوصية بالمنقول جائزة مع اختلاف الجنسية لكن بشرط المعاملة بالمثل مطلوبة أما اختلاف الدين فتصح الوصية خاصة بالمنقولات فقط.

---

(١)المادة (٢/١٧) من القانون المدني المصري.

(٢)المادة (٣٢) من القانون المدني العراقي.

(٣)المادة (٢/٢٣) من القانون المدني العراقي.

المبحث الثاني

"القانون الواجب التطبيق على مسائل الأموال العينية للمهاجر" غير القانوني

يدخل المهاجر غير القانوني عند إقامته في دولة المهجر بعلاقات قانونية يكون موضوعها أموال، وقد تكون هذه الأموال مادية أو معنوية نستعرض كل منها بمطلب خاص بها.

المطالب الأول

الأموال المادية

وتكون تلك الأموال إما عقار أو منقول

الفرع الأول

الأموال العقارية

العقار أي شيء له مكان ثابت على الأرض ولا يمكن نقله من مكان إلى آخر هو بدون تلف، لذلك فإن ذلك العقار يتصل بالأرض أي بإقليم الدولة وبالتالي فلابد من تطبيق قانون دولة الإقليم على كل ما يتعلق بالعقار، وهذا امر تبرره سيادة الدولة فلا يمكن بأي حال تطبيق قانون آخر غير قانون دولة الإقليم على أي نزاع يتعلق بهذا العقار، فاذا أثير نزاع بين مهاجر غير قانوني فرنسي مع شخص الماني حول عقار موجود في مصر فلابد هنا تطبيق القانون المصري باعتبار أن هذا العقار جزء من إقليم الدولة المصرية.

وهناك مبررات أخرى وهي مبررات عملية بحكم موقع العقار هو القانون الأقرب الذي يحكم العقار وذلك من خلال موقع العقار واكتشافه ومعاينته. وسهولة الوصول إلى كل ما يحكم العقار، مما يؤدي إلى الوصول إلى الحكم العادل في الدعوى، وبصرف النظر إن الدولة هي صاحبة الاختصاص التشريعي والقضائي على كل ما يحدث. داخل اقليمها من عقارات، وكذلك أن الحكم الصادر في الدعوى يسهل تنفيذه داخل الدولة الموجود فيها العقار باعتبار أن الحكم صدر من محاكمها.

وعلى هذا الأساس فإن محكمة موقع العقار هي صاحبة الاختصاص في تحديد طبيعة العقار باعتباره عقار بطبيعته أم عقار بالتخصيص وصلاحيات المالك على هذا العقار بصرف النظر عن الحقوق الشخصية على تترتب على العقار وطرق اكتساب العقار من عقد أو وصية أو ميراث وغيرها.

وعلى هذا الأساس أن خضوع المنازعات المتعلقة بعقار المهاجر غير القانوني الذي آلت إليه إما عن طريق ميراث أو وصية أو بيع تخضع لقانون موقع هذا العقار، وهذا يؤدي إلى سهولة الإجراءات وحماية الأطراف والغير وتحافظ على سيادة الدولة .

وتظهر صعوبة تحديد هذا القانون إذا وقع العقار على حدود دولتين فذهب بعض الفقه[١] إلى إخضاع كل جزء لقانون الدولة التي يقع بها، ولكن إذا وجدت اتفاقية بين الدولتين ويوجد حق ارتفاق بين العقارين فيطيق هنا قانون دولة العقار الخادم المثقل بحق الارتفاق .

وأخضعت بعض التشريعات الشكلية المتعلقة بالتصرفات على العقار لقانون موقع العقار، فالمادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي أوجبت عدم الاعتداد ببيع العقار الا اذا سجل بدائرة التسجيل العقاري واستوفى الشكليات المطلوبة بموجب القانون. اما عقد البيع المنعقد خارج دائرة التسجيل العقاري لا يرتب اي حق عيني لكنه يمكن أن يرتب حق شخص بالتعويض وفقا لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته".وتبعاً لذلك فقد أشارت معظم التشريعات لخضوع التصرفات المتعلقة بموجب قانون موقع العقار ، كما هو الحال في القانون المصري الذي أشار "في المادة (١٨) من القانون المدني" إلى القضايا المتعلقة بالحيازة، وكذلك الملكية والحقوق العقارية الأخرى لقانون موقع العقار.

وكذلك الحال "في المادة (٢٤) من القانون المدني العراقي إلى أن المسائل الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الأخرى وبنوع خاص طرق انتقال هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها يسرى عليها قانون الموقع فيما يخص العقار".

والمادة (٢/٢٥) منه التي نصت على أن: "قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي أبرمت بشأنه" .

الفرع الثاني

الأموال المنقولة

يقصد بالمال المنقول ما يمكن نقله من مكان إلى آخر دون ضرر. [٢]، وعليه فإن هذا المال في حركة من مكان لآخر مما يثير مشكلة تحديد القانون الذي يحكمه، وقد مرت عملية تحديد ذلك القانون بعدة مراحل استقرت على الرأي الراجح الذي وقد تم اعتماده في أغلب التشريعات. وهو خضوع ذلك المال إلى قانون البلد الذي يوجد فيه ، فهذا القانون هو الذي يحكم جميع التصرفات من عينة أصلية أو تبعية أو حقوق شخصية وآلية انتقال تلك الحقوق وتحديد طبيعة المنقول وأسباب اكتسب الملكية بالميراث أو الوصية أو العقد وتحديد اختصاصات والتزامات المالك وأهليته أي أهلية الأداء فتظل خاضعة لقانون الجنسية.

---

(١) د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٧٩٧.

(٢) المادة (٢/٦٢) من القانون المدني العراق.

إن المبررات التي دفعت إلى الأخذ بهذه القاعدة هي استقرار المعاملات وتحقيق مصالح الأفراد والدولة على حد سواء فالأفراد يصبحوا على علم بالقانون الذي يحكم هذا المنقول، وكذلك يتوافق هذا المبدأ مع فرض سيادة الدولة على الأشياء الموجودة على أراضيها.

وأخذت معظم التشريعات بهذا المبدأ فالمشرع المصري "في المادة (١٨) من القانون المدني" أشار إلى تطبيق قانون موقع المال في الوقت الذي ترتب عليه اكتساب الحق أو فقده، وينطبق الأمر نفسه على المشرع العراقي في نص "المادة (٢٤) من القانون المدني" العراقي الذي أشار إلى تطبيق قانون موقع الأموال وقت وقوع الحدث الأمر الذي ترتب عليه اكتساب الحق أو فقده.

وهذا الأمر لا يثير صعوبة بالنسبة لمعظم المنقولات، لكن هناك منقولات لها أهمية اقتصادية كبيرة مثل الطائرات والسفن والبضائع المشحونة فلا يمكن أن تطبق هذه القاعدة عليها وإنما لها قواعدها الخاصة فالطائرات والسفن، فالمنازعات المتعلقة بها يطبق قانون جنسيتها أي قانون دولة العلم التي تحملها الطائرة أو السفينة، وكذلك الحال للمركبات الفضائية قانون الدولة المسجل بها، أما البضائع المشحونة فقد ظهرت عدة اتجاهات لتحديد القانون الواجب التطبيق، منها قانون الدولة المصدرة، ويطبق اتجاه آخر قانون الدولة المستوردة واتجاه آخر يخضعها لقانون بلد التسجيل إذا كانت مسجلة أما إذا كانت غير مسجلة فخضع لقانون دولة البناء الذي وجدت به[١].

والمشرع العراقي سكت عن تنظيم هذه المسائل على الرغم أن القاضي يستطيع العودة إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص. استناداً لنص "المادة (٣٠)" مدني عراقي، لكن هذا الأمر بسبب اختلافاً في الأحكام ويحتاج إلى دراية عالية من القضاء بهذا الموضوع فكان يفترض على المشرع التصدي بهذا الموضوع وتحديد القانون الواجب التطبيق للمنازعات التي تثار لأجنبي سواء كان مهاجر غير قانوني أم غيره.

---

(١) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ج١، مطابع الأرز، عمان – الأردن، ١٩٩٨، ص٥٣.

المطلب الثاني

الأموال المعنوية

وتتفرع تلك الأموال إلى حقوق تجارية وحقوق فكرية وحقوق شخصية وسيتم بحث منها بفرع مستقل:

الفرع الأول

الحقوق التجارية

ويفترض أن هذه الحقوق ممثلة في الأعمال الموجودة في المحال التجارية. من بضائع ومخازن وزبائن، فالعناصر المادية المتمثلة بالبضائع تخضع لقانون مكان وجودها، أما العناصر المعنوية فتخضع لقانون بلد المقر الرئيسي المستضيف إذا توزعت عناصر المحل التجاري بين أكثر من دولة فتطبق قانون الدولة التي يقع فيها المكتب الرئيسي. للمحل التجاري[١].

ومن الجدير بالذكر أنه لا توجد قواعد تحدد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن كل دولة تختص بحكم تلك الأوضاع استناداً للفقه الذي تناول هذا الموضوع.

الفرع الثاني

الحقوق الفكرية

بالنسبة لهذه الحقوق فلا توجد قواعد إسناد تحكم الموضوع ويتم الاعتماد على الفقه بهذا الخصوص، فذهب اتجاه إلى تطبيق قانون الدولة الذي سجل قيد المؤلف، أما الاتجاه الآخر فأشار تطبيق قانون جنسية المؤلف، أما الاتجاه الثالث فذهب إلى تطبيق قانون الدولة التي ظهر به الإنتاج لأول مرة، وأخذت بهذا الاتجاه التشريعات العربية ومنها المشرع العراقي في قانون الحماية المؤلف لسنة ١٩٧١ في "المادة (٤٩) منه فضلاً عن أن المؤلف الأجنبي لا يتم حماية المؤلف الذي انتجه إلا إذا كان قانون دولته تحمي المؤلف العراقي".

وتم تعديل النص بموجب أمر سلطة ائتلاف دولة القانون رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤ الذي جعل سريان هذا القانون على جميع المطبوعات. للعراقيين والأجانب التي نشرت وعرضت في بلد اجنبي.

فنجد أن هذا النص أشار إلى تطبيق قانون الدولة التي نشر بها المؤلف والقانون الشخصي للمؤلف، وكان الأفضل تطبيقه على المؤلفات التي نشرت في العراق من عراقيين وأجانب وكذلك تطبيقه على العراقيين الذي ينشرون مؤلفاتهم بالخارج إذا لم تتوفر له الحماية.

---

(١) د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مرجع سابق، ص٢٨٦ – ٢٨٧.

الفرع الثالث

"الحقوق الشخصية"

ويشمل تلك حقوق الديون الثابتة المستحقة أو الديون المثبتة بالأوراق المالية.

أولاً:- الديون الثابتة بالذمة وتعرف بأنها الديون المثبتة بواسطة عقد أو الديون المثبتة بغيره.

فأما الديون المثبتة بعقد فيطبق قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية إذا وجد اتفاق بين الطرفين أما إذا لم يوجد اتفاق فيطبق قانون الموطن المشترك للطرفين إذا اتحدا الموطن، أما في حالة اختلاف الموطن فيطبق قانون محل الإبرام[١].

أما إذا كان مصدر الالتزام ليس عقدياً قد يكون فعل ضار أو نافع، مثل تعرض مهاجر غير قانوني لحادث سيارة سبب له أضرار طالب على أثرها بالتعويض، فيطبق هنا قانون البلد الذي وقع فيه الفعل الضار. أو المفيد [٢].

ثانياً:- الديون الثانية بأوراق مالية.

وقد تكون تلك الأوراق اسهم أو سندات فتخضع لقانون المركز الرئيسي للمؤسسة التي أصدرت تلك الأوراق.

وقد تكون تلك الأوراق أوراق لحاملها مثل كمبيالة أو حوالة فتخضع لقانون وجود تلك الأوراق أي تعامل معاملة المنقول[٣] أما بخصوص الشيك فإذا ظهر لشخص آخر فيخضع لقانون بلد التظهير.

---

(١) المادة (١٩/ ١) من القانون المدني المصري والمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٢) المادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٢٤) قانون مدني عراقي.

المبحث الثالث

"القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية وغير العقدية للمهاجر" غير القانوني

قد يدخل المهاجر غير القانوني عند أقامته في بلد المهجر بعلاقات عقدية يحدث نزاع بصددها، أو تحدث نزاعات عن أفعال ضارة أو نافعة فيظهر السؤال عن القانون الذي يحكم مثل هذه النزاعات ، وسنبحث كل من هذين الموضوعين بمطلب مستقل.

المطلب الأول

"القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية للمهاجر" غير القانوني

قد يدخل المهاجر غير القانوني بالتزامات عقدية أثناء إقامته في دولة المهجر فقد يبيع أو يشتري أو يؤجر أو يعير وغيرها من العقود وينشأ نزاع حول تلك العقود فيظهر السؤال عن القانون الواجب التطبيق على مثل هذه النزاعات، وتقتضي قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون المتفق عليه بين الطرفين أي قانون الإرادة، ولابد أن نلقي الضوء على الشروط الواجب توافرها لتطبيق ذلك القانون، والذي سنتناوله في الفرع الأول.

الفرع الأول

شروط إعمال قاعدة الإسناد

أولاً:- لابد لأعمال قانون الإرادة من وجود علاقة مالية يرتبط بها المهاجر غير القانوني مع بعض الناس المقيمين في دولة المهجر وبالتالي تخرج من نطاق هذا الأمر العلاقات الشخصية مثل الزواج والطلاق والميراث والوصية أو عقود العمل.

ثانياً:- أن تكون المسائل محل النزاع تكون من القواعد المفسرة والتي يجوز للمرء أن يوافق على انتهاكها في أي حال من الأحوال. وليس من القواعد الآمرة كما هو الحال بقانون موقع العقار فهذه قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ثالثاً:- أن تكون العلاقة بين الشخص المهاجر غير القانوني وغيره من الأشخاص تتسم دوليا أي وجود عنصر أجنبي في الدولة المضيفة فيكون أحد طرفي العقد لا يحمل جنسية الدولة الموجود بها.

الفرع الثاني

"موقف التشريعات من القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية"

ذهبت التشريعات إلى احتساب القانون المتفق عليه ليحكم النزاع الناشئ بينهم بخصوص الالتزامات العقدية، لكن إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين فينطبق هنا قانون الموطن المشترك إذا كان ذو موطن واحد، أما إذا اختلف الموطن فيطبق هنا قانون محل الإبرام(١).

فإذا تعاقد مهاجر سوري مع شخص ألماني على الأراضي الفرنسية وحصل نزاع حول هذا العقد كأن يكون عقد بيع، فنبحث أولاً في القانون الذي اتفق عليه الطرفان في العقد لحكم النزاع، لكن إذا خلا العقد من هذا القانون فيطبق قانون الموطن المشترك للطرفين، أما إذا اختلفا في الموطن فيطبق قانون محل الإبرام.

المطلب الثاني

"القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير العقدية"

للمهاجر غير القانوني

الالتزامات غير التعاقدية هي ببساطة تلك التي تنشأ نتيجة لعلاقة غير عقدية يدخل بها المهاجر غير القانوني عند إقامته في دولة المهجر، وتترتب على تلك العلاقة التزامات قد تكون تلك الالتزامات نتيجة لأعمال ضارة أو قد تكون نتيجة لأعمال نافعة، وسنبحث كل منها بفرع مستقل.

الفرع الأول

"القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار"

بعد أن بينا القانون الواجب التطبيق على الالتزامات الناشئة عن عقد والتي تختلف عددها من القانون الذي يطبق على الفعل الضار الناشئ بمناسبة تطبيق العقد أو تنفيذه، والقاضي يرجع إلى قانونه لتكييف الواقعة المنشأة للالتزام هل هي أساسها العقد أو نشأ من فعل تم بمناسبة انعقاد العقد أو تنفيذه، فالمهاجر غير القانوني قد يتسبب بفعل ضار نشأ عنه التزام أو يتسبب ضده فعل ضار يحق المطالبة بالتعويض فيظهر هنا تحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك الفعل وظهرت بهذا الخصوص عدة اتجاهات .

أولاً: نظرية القانون الشخصي قانون الجنسية أو الموطن وفي هذا الاتجاه يطبق قانون الجنسية أو الموطن للمتضرر أو لفاعل الضرر.

---

(١) المادة (١/١٩) من قانون المدني المصري، ونفس الحال لمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: قانون الإدارة:- وهذا الاتجاه يشير إلى تطبيق الشروط المتفق عليها صراحة أو ضمناً بين الطرفين. ، وهذا الاتجاه ضعيف لصعوبة وجود هذا الاتفاق بخصوص الفعل الضار.

ثالثاً: قانون القاضي:

وهذا الاتجاه يشير لتطبيق قانون المحكمة التي تنظر النزاع ، رغم أن هذا الرأي يتميز بسهولة الوصول إلى هذا القانون إلا أنه أنتقد لأن به عودة لمبدأ الإقليمية.

رابعاً: قانون محل نشوء الالتزام:-

وهذا الاتجاه أشار إلى تطبيق قانون الدولة التي نشأ فيها الالتزام أو الفعل الضار، باعتبار أن هذا المكان هو أكثر ارتباطاً بالواقعة التي أنشأت الالتزامات، وهذا الاتجاه أخذت به معظم التشريعات[١] وفي رأينا أن هذا الاتجاه هو الأصوب باعتبار أن هذا القانون هو الأكثر التصاقاً بالواقعة المنشأة للالتزام من تحديد الضرر ومقداره وضمان تنفيذه، فإذا تعرض المهاجر غير القانوني لحادث سيارة في ألمانيا سببت له أضرار مادية طالب على أثرها بالتعويض، فينطبق هذا قانون الدولة التي حدث بها حادث الدعس فينطبق هنا القانون الألماني.

وأخذ المشرع العراقي بهذا الاتجاه في "المادة (٢٧) من القانون المدني العراقي بالإشارة إلى الالتزامات غير العقدية يسري عليها قانون الدولة التي تقع فيها الواقعة المنشأة للالتزام)".

لكن تواجه هذه القاعدة عدة صعوبات تتمثل بما يلي:-

الصعوبة الأولى تتمثل باشتراط عدم مشروعية الفعل الواقع خارج العراق كذلك عدم المشروعية يجب أن تكون في العراق[٢].

فإذا وقع فعل غير مشروع خارج العراق فلغرض تطبيق القانون الأجنبي يجب أن يكون الفعل غير قانوني. في العراق أيضاً، فإن كان مشروعاً في العراق فلا يمكن تطبيق القانون الأجنبي حتى وإن كان الفعل غير مشروع في الدولة التي وقع فيها الفعل، مثل تعرض الزوجة المهاجرة غير القانونية للتأديب في دولة ما تعتبر ذلك فعلاً غير مشروع يستوجب التعويض فإن القاضي العراقي إذا عرض عليه النزاع لا يطبق ذلك القانون الأجنبي إذا كان تأديب هذه الزوجة في الحدود المسموح بها.

ونعتقد أن اشتراط عدم مشروعية الفعل في الدولة الأجنبية والدولة المرفوع أمامها النزاع هو شرط أساسي لغرض تطبيق القانون الأجنبي باعتبار ذلك من النظام العام، وإن تطبيق هذا القانون لا ينتهك

---

(١) المادة (٢١) من قانون المدني المصري، المادة (٢٢) من قانون المدني السوري.

(٢) الفقرة (٢) من المادة (٢٧) من القانون المدني العرقي.

النظام العام لهذه الدولة، وإذا كان قانون دولة أجنبية من شأنه أن ينتهك النظام العام لهذه المنطقة، فلا ينطبق هذا القانون.والصعوبة الأخرى تتمثل إن الفعل المؤذي يقع في أكثر من دولة. فأي قانون يطبق على هذا النزاع فنجد أن معظم التشريعات ومنها القانون العراقي لم يضع حلاً لهذا الموضوع فظهرت عدة اتجاهات في الفقه.

الاتجاه الأول هو قانون الدولة التي وقع فيها الخطأ.

والاتجاه الثاني هو قانون وقوع الضرر. وهذا يعني أن القانون الواجب التطبيق سيكون هو القانون الخاص بالدولة التي وقع فيها الضرر..

الاتجاه الثالث يشير إلى تطبيق القانون المختار من قبل المتضرر أي القوانين فيه مصلحة، ونعتقد أن هذا الرأي هو الأقرب للعدالة باعتبار أن القانون وضع لحماية المتضرر وبالتالي اختيار القانون في مصلحة المتضرر فيه تحقيق لغاية المشرع.

وكان الأجدر التشريع العراقي الأخذ بذلك القانون ولا يترك الأمر لاجتهاد القضاء.

الفرع الثاني

"القانون الواجب التطبيق عل الفعل النافع"

بعد أن بحثنا وينطبق القانون على الفعل الضار. تطبيق على الفعل النافع، فمن يثري على حساب غيره عليه أن يرد إلى ذلك الشخص قيمة هذا الإثراء مثل سداد دين الغير[١]، فإذا قام شخص مهاجر غير قانوني بتسديد دين لشخص آخر يحمل جنسية دولة أخرى، فأي قانون يطبق على النزاع؟ فنجد كما هو الحال بالفعل الضار فاكثر التشريعات ذهبت لتطبيق قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المؤدي إلى نشوء الالتزام أي فعل الإثراء[٢].

والصعوبات التي أثيرت بالنسبة للفعل الضار تثار بالنسبة للفعل النافع ومنها إذا وقع الفعل النافع في إقليم أكثر من دولة مثل قيام المهاجر غير القانوني بسحب صك في دولة ويكون واجب الدفع في دولة أخرى فأي قانون يطبق هنا، الرأي الحالي هو تطبيق قانون البلد الذي وقعت فيه الواقعة. واقعة الأثراء باعتبار أن ذلك الإثراء هو السبب المنشأ للالتزام.

---

(١) د. حسن الهداوي، غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، بغداد، ١٩٨٨، ص٦٨.

(٢) المادة (٦٧) من القانون المدني الكويتي لسنة ١٩٦١ والمادة (١/٢١) ص١٩٦٥ من القانون المدني المصري والمادة (١/٢٧) من القانون المدني العراقي.

ونعتقد أن ترك الأمر للشخص المدعي (المفتقر) في اختيار القانون الواجب التطبيق هو الرأي الأقرب للعدالة باعتبار أن ذلك الشخص هو المتضرر، وعلى المشرع ومنه المشرع العراقي النص على ذلك صراحة حتى لا يترك الأمر لاجتهاد القضاء.

الخاتمة

بعد أن استعرضنا وضع المهاجر غير القانوني عند إقامته في دولة المهجر ودخوله في منازعات قانونية يتحتم بها معرفة القانون الواجب التطبيق ووجوباً لابد من التفرقة بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية، ففي الأحوال الشخصية يختلف القانون الواجب التطبيق فانعقاد الزواج يطبق قانون جنسية الزوجين، ولكن لم يحدد القانون هل هو تطبيق جامع أو موزع وكان الأحرى تحديد ذلك دون ترك الموضوع لاجتهاد والقضاء بالنسبة للشروط الموضوعية أما الشروط الشكلية فينطبق قانون الدولة التي انعقد بها عقد الزواج.

أما فيما يتعلق بآثار الزواج فالآثار غير المالية مثل الطاعة وحسن المعاشرة فيطبق قانون جنسية الزوج وقت الزواج، أما الآثار المتعلقة بالبنوة فمعظم التشريعات تذهب إلى تطبيق قانون جنسية الزوج لكن لم يحدد الوقت لذلك.

أما الآثار المالية فيطبق قانون جنسية الزوج وقت الزواج ما عدا إذا حصل نزاع حول عقار فيطبق قانون موقع العقار.

وبالنسبة لحالات انتهاء حالة الزوج للمهاجر غير القانوني فنجد أن بعض التشريعات تطبق قانون الموطن، وتطبق معظمها قانون الجنسية. أي قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق أو وقت تقديم دعوى الطلاق، وينطبق عليه نفس الشيء. للميراث أو الوصية لكن التشريعات اشترطت تطبيق القانون الأجنبي هو تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، وذلك في مسائل الأحوال الشخصية. كما في ما يتعلق بالملكية لابد من التفرقة بين الأموال المادية والمعنوية، فالأموال المادية مثل المنازعات المتعلقة بعقار أو منقول فيطبق قانون موقع العقار مع ظهور صعوبة تطبيق القانون في حالة وجود عقار أو المنقول على حدود الدولتين، أو وقوعه في دولة لا تخضع لسيادة معينة، ولابد من التصدي لذلك من قبل المشرع.

أما الأموال المعنوية مثل الحقوق التجارية أو الشخصية أو الفكرية. فلا توجد قواعد محددة لحكم تلك الحقوق والأمر متروك لاجتهاد الفقه والقضاء وبالتالي لابد من وضع قواعد محددة لحكم تلك الحقوق.

وأخيراً تم بحث الالتزامات العقدية للمهاجر غير القانوني وغير العقدية فالالتزامات العقدية نجد أن معظم التشريعات أجمعت لحكم قانون الإدارة أي القانون الذي اتفق عليه الأفراد فإذا لم يوجد اتفاق فينطبق قانون الموطن المشترك في حالة اتحاد الموطن، أما إذا اختلفا في الموطن فيطبق محل الإبرام .

أما الالتزامات غير العقدية مثل الفعل الضار والنافع فظهرت عدة اتجاهات بالتشريعات الحديثة منها تطبيق قانون الإرادة واتجاه آخر تطبيق قانون القاضي واتجاه يشير إلى قانون موقع نشوء الفعل الذي ترتب عليه الالتزام وهو سائد في أغلب التشريعات. رغم الصعوبات التي تعترض تطبيقه مثل وقوع الفعل بين أكثر من دولة أو وقوعه في دولة غير خاضعة لسيادة وترك الأمر لاجتهاد والقضاء والفقه.

وأخيرا توصلنا أن المهاجر غير القانوني على الرغم من مخالفته شروط دخول إقليم الدولة وقوانين الإقامة إلا أنه يعامل نفس معاملة الأجنبي القانوني إلا أنه يحتاج إلى رعاية أكبر ومعالجة المشاكل والثغرات القانونية في تشريعات الدولة بالنسبة للعلاقات التي يدخل بها أثناء وجوده داخل دولة المهجر وتتمثل الحلول بما يأتي:-

١- لابد من معالجة وتحديد إن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الزواج إذا ما أخذ في الاعتبار قانون جنسية الزوجين هو القانون الواجب التطبيق. الموزع لها أم جامع.

٢- لابد للتشريعات من معالجة بعض صعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأمور المتعلقة بعقار أو منقول إذا توزعت بإقليم أكثر من دولة أو وقوعه في إقليم لا تخضع لسيادة دولة معينة، وكذلك الحال يطبق بالنسبة للالتزامات غير العقدية المتعلق بالفعل الضار والنافع.

٣- لابد من وضع تشريع محدد بالنسبة للحقوق غير المالية (المعنوية) كالحقوق التجارية أو الفكرية أو الشخصية ولا يترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء.

وأخيرا عسى أتمنى أن أكون قد وفقت في البحث في هذا الموضوع والله ولي التوفيق..

فهرست المصادر

١. د. أحمد رشاد سلام، الهجرة غير الشرعية في القانون المصري، دراسة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠١١

٢. د. أحمد عبد الكريم سلامة، أصول المرافعات المدنية الدولية، ١٩٨٤.

٣. د. إسلام محمد رضوان الحديدي، ضوابط الهجرة غير الشرعية في القانون الدولي الخاص، مركز الدراسات العربية، ط١، القاهرة، ٢٠٢٠.

٤. د. حسن الهداوي، غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج٢، بغداد، ١٩٨٨.

٥. د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.

٦. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخامس، ج٢، تنازع القوانين ، ط٩، الهيئة المصرية للكتاب، ١٩٨٦.

٧. د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.

٨. د. محمد حمود مساعد أبو غانم، جريمة التهريب المنظم للهجرة غير الشرعية مع دراسة تطبيقية على الجمهورية اليمنية، دار النهضة العربية، ٢٠١٤.

٩. د. محمد السيد عرفة، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٧.

١٠. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، ج١، مطابع الأرز، عمان – الأردن، ١٩٩٨.

١١. د. هشام علي صادق، دروس في تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

١٢. د. هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٣. Battiffol, H,et lagarde (P), droit intreation prive, tomcal, 7eme ed. Paris, 1983.

القوانين

١. القانون المدني العراقي

٢. القانون المدني المصري

٣. القانون المدني الكويتي

Sources Index

1. Dr. Ahmed Rashad Salam, Illegal Immigration in Egyptian Law, A Study in Private International Law, Dar Al Nahda Al Arabiya, 1st ed., 2011

2. Dr. Ahmed Abdel Karim Salama, Principles of International Civil Procedure, 1984.

3. Dr. Islam Muhammad Radwan Al-Hadidi, Controls on Illegal Immigration in Private International Law, Center for Arab Studies, 1st ed., Cairo, 2020.

4. Dr. Hassan Al-Haddawi, Ghaleb Al-Dawudi, Private International Law, Vol. 2, Baghdad, 1988.

5. Dr. Abdul Rasool Abdul Redha Al-Asadi, Private International Law, Al-Sanhouri Library, Baghdad, 2013.

6. Ezz El-Din Abdullah, International Law, Vol. 2, Conflict of Laws, 9th ed., Egyptian Book Authority, 1986.

7. Dr. Okasha Muhammad Abd Al-Aal, Private International Law, University House, Beirut, 1995.

8. Dr. Muhammad Hamoud Musaed Abu Ghanem, The Crime of Organized Smuggling of Illegal Immigration with an Applied Study on the Republic of Yemen, Dar Al Nahda Al Arabiya, 2014.

9. Dr. Muhammad Al Sayed Arafa, Nationality and the Status of Foreigners, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, 2017.

10. Dr. Mamdouh Abdel Karim Hafez, Jordanian and Comparative Private International Law, Part 1, Al Arz Printing Press, Amman - Jordan, 1998.

11. Dr. Hisham Ali Sadiq, Lessons in Conflict of Laws, University Publications House, Alexandria, 2003.

12. Dr. Hisham Ali Sadiq, Private International Law, Conflict of Laws, Book Two, University Publications House, Alexandria, 2004.

13. Battiffol, H,et lagarde (P), Droit intreation prive, tomcal, 7th ed. Paris, 1983.

Laws

1. Iraqi Civil Law

2. Egyptian Civil Law

3. Kuwaiti Civil Law