Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

دور الموطن في حل اشكالات تنازع الاختصاص

تاريخ استلام البحث٢٠٢٥/٧/١٣
تاريخ قبول البحث٢٠٢٥/٧/٢٠

م.م. رويد هشام صالح(*)

الملخص

يعد الموطن محكاً فعالاً في حل منازعات القانون الدولي الخاص، وذلك نظراً لدوره المزدوج, فهو بمثابة محك او معيار مساعد لحل أشكال تنازع القوانين، ويكون ذلك من خلال عمله بشكل مباشر أو غير مباشر في تحديد القانون الواجب تطبيقه على الجهة المتنازع معها، وضابطاً للقضاء الذي على أساسه تحكم المحكمة المختصة للفصل في المنازعات، إلا أن محكمة المدعى عليه قد تخالف القاعدة وينتقل الاختصاص إلى محكمة المدعي. تعتبر مسألة تنظيم أحكام إثبات الموطن مسألة حساسة، إذ ان أغلب التشريعات، بما فيها التشريع العراقي، ينظمها القانون الداخلي في كيفية إثبات الموطن، رغم الاختلاف الكبير في هذه الاحكام, لذلك ينشأ حالة من تنازع الاختصاص في التعامل مع هذا الموضوع .ونحاول من خلال الدراسة بيان موقف المشرع العراقي والمقارن في مسألة تنظم الموطن وطبيعة الاشكاليات التي تظهر في تنازع الاختصاص في التعامل مع الموضوع .

الكلمات المفتاحية: الموطن,تنازع القوانين , تنازع الاختصاص,القانون الدولي.

المقدمة

يعد القانون الدولي الخاص من اكثر القوانين تغيرا وتطورا في العصر الحالي وهذا نظرا لتزايد تنقل الاشخاص بين الدول المختلفة، وهذا ما يؤدي إلى تزاحم قوانين الدول في حالة نشوء نزاع بين الاشخاص اذ يكون من الضروري تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة للفصل فيه، وهذا ما استوجب تحديد ضوابط تحكم هذه العلاقات بين الدول.

من ابرز هذه الضوابط ضابط الموطن الذي اتفقت عليه اغلب التشريعات واختلفت في توظيفه كل دولة حسب قانونها ويأخذ بعدا آخر في القانون الدولي الدولي غير الذي يأخذه في القانون الداخلي على الرغم من عدم وجود فرق في تعريف الموطن بين التشريع الداخلي والقانون الدولي الخاص، الا انه في التشريع الداخلي يتم تعريفه بناءا على جزء محدد من الاقليم اي مكان محدد داخل الدولة، اما في القانون الدولي الخاص فيعرف بكامل اقليم الدولة وليس بجزء من اقليمها وهو " المكان التابع لدولة معينة والذي يقيم فيه الشخص باستمرار وبنية البقاء"

(*) الجامعة المستنصرية /كلية القانون rouid.salih@uomustansiriyah.edu.iq

مجلّة نصف سنوية محكّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

[١] ويظهر البعد القانوني للموطن والمتمثلة في الربطة القانونية بين الشخص ومكان معين ويشترط لقيام هذه الرابطة عنصرية العنصر المادي وهو القامة والعنصر المعنوي المتمثل في نية الاستقرار.

وتكمن اهمية الدراسة في تبيان قيمة المواطن في القانون الدولي بحيث يعتبر من جهة كضابط لمنح الاختصاص القضائي ومن جهة اخرى ضابط اسناد لحل اشكالات تنازع القوانين .

تعود دوافع اختيار هذا الموضوع لسببين اولهما شخصي والثاني موضوعي:

اما الدافع الشخصي يتمثل في القدرات العقلية التي تتماشى والموضوع وامكانية السيطرة عليه خلال مراحل اعداد البحث وتنفيذه، وايضا موضوعية البحث التي تتفق والصفات الشخصية جعلني قادر على القيام بالبحث في هذا الموضوع.

اما الدافع الموضوعي فهو دافع علمي يتلخص في ما يطرحه الموضوع من اشكالات قانونية احاول طرحها ومناقشتها والاجابة عليها، والتي تشكل سببا قويا وباعثا كافيا لاختيار الموضوع. فضلا عن تطور توظيف هذا الضابط .

ومن خلال هذا يمكننا طرح الاشكالية الأتية:

ما هو دور الموطن في حل اشكالات تنازع الاختصاص ؟

وقد تم اعتماد المنهج التحليلي الذي يتلاءم مع دراستنا لما يتوفر عليه من مزايا، حيث بواسطته نستطيع القيام بعملية تحليل ودراسة افكار النصوص القانونية ، وفهم فحواها وادراك نقائصها ومزاياها، بالإضافة إلى المنهج المقارن الذي يعتبر ضروريا في دراستنا، على اعتبار القيام بعرض ومقارنة بعض النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع لبعض تشريعات العديد من الدول والمنظمات الدولية والاقليمية .

وكأي بحث علمي لا يخلو من بعض الصعوبات، غير اني عملت جاهدا على تجاوزها، ومن الصعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة ندرة المراجع التي تناولت الموضوع وخاصة المراجع العراقية منها.

ولقد تناولنا الموضوع من خلال تمهيد مبحثين وخاتمة ,تناولنا في التمهيد المفاهيم الواردة في العنوان,اما في المبحث الاول فقد تطرقنا الى تنازع الموطن من خلال مطلبين الاول اثبات الموطن والثاني حول القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي ,وفي المبحث الثاني تطرقنا الى موقف المشرع العراقي والمقارن في مسألة الموطن وقد جاءت الخاتمة ملخصة لنتائج البحث والتوصيات المقدمة

تمهيد

مفاهيم البحث

سنتطرق في هذا التمهيد الى بيان مفهوم الموطن في الاصطلاح القانوني فضلا عن بيان معنى الاختصاص في اللغة والاصلاح القانوني .

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

المطلب الاول

مفهوم الموطن

لـدى مطالعتنا لآراء الفقهاء بخصوص الكـلام عن مفهوم الموطن نجد أن هناك اتجاهين تبيـن مجمل تلك الآراء الاول هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء لمـدة غير محـدودة ، والثانـي يعتبر الموطن هو مقـر ادارة الأعمال التي تتركـز فيه الصلة العائليـة والمهنية للشخص [٢]، وعليـه وفقا لما تقدم يمكن تعريـف الموطن بأنه " المكان الذي يقيـم فيه الشخص عادةوتتركز فيه مصالحه ".

والموطن وفقاللقانون الداخلي (الوطني) يعني تحديد مكان معين في إقليم دولة معينة يرتب اثارا ٍقانونية في حياة الشخص الداخليـة (كالحرية والحالـة العائلية وحالة التوطن) ،ولذلك يعد الموطن مـن انظمة القانون الخـاص ،أما الموطن وفقـاءللقانون الدولي الخـاص يعني صلة قانونية بيـن شخص وأي مكان معين في العالم يرتب اثارا ٍقانونية في الحياة الدولية الخاصة كون المكان يخضع لاعتبارات السيادة الاقليمية للدولة والتي تهتم بتنظيم إقامة الأجانـب وتوطنهم ، لذللـك يقترب من الجنسـية باعتبارهـا من أنظمة انظمة القانون العام .

أما بخصوص أحكام الموطن فـإن أغلب التشـريعات في دول العالم لم نجد تنظيماً لأحكام الموطن في العلاقات الدوليـة الخاصـة بالأفراد ،والسبب في ذللـك كونها تأخذ بضابط الجنسية وليس بضابط الموطن [٣] ، في حيـن أن دول الانكلوسكسـوني تعتمد الموطن كضابط أساسي في تنظيـم العلاقات الخاصة الدولية للأفراد دون أن تؤثر عليه الجنسية ،لذلك فإن المشرع العراقي لم يضع تعريفاً للموطن في القانون الدولي الخاص كونه يأخذ بضابط الجنسية في تنازع القوانين، وإنما أورد تعريفه في أحكام القانون المدني بحسب المادة ٤٢ منه والتي نصت على إن الموطن " هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عـادةً بصفة دائمة أو مؤقتة ويجوز أن يكون للشخص أكثر مـن موطن واحد " وهو ذات المعنى الذي تضمنته المادة ١/٤٠ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ،في حين أن المشرع الفرنسي عرّف الموطن بحسب لمادة ١٠٢ من القانون المدني الفرنسي رقم ١٨٠٤ على أنه "مكان عمل الشخص الرئيسي الذي يتعلق بممارسة حقوقه المدنية فيه " .

المطلب الثاني

مفهوم الاختصاص في اللغة والاصطلاح

الفرع الأول

تعريف الاختصاص في اللغة

كلمـة الاختصاص في اللغة مأخوذة من (خـص): يقال خصصه واختصه افرد به دون غيره واختص فـلان بالأمر وتخصص له اذا انفرد بهن وخص غيره واختصه ببره، ويقال فلان مخص بفلان اي خاص به وله بـه خصيـة ...، وخصه بالشيء خصوصا، وخصوصية [٤].

ومنه قولـه تعالى: {يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَنْ يَشَـاءُ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْـلِ الْعَظِيمِ} [٥] وقوله تعالى: {وَاتَّقُوا فِتْنَةً لَا تُصِيبَنَّ الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْكُمْ خَاصَّةً وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ}[٦] .

مجلّة نصف سنوية محكّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

الفرع الثاني

تعريف الاختصاص في القانون

الاختصاص عبارة عن الصلاحية التي يمنحها قانون اصول المحاكمات الجزائية لمحكمة من المحاكم للفصل في القضايا من حيث شخص المتهم حدثا ام بالغا ، مدنيا ام عسكريا ام من رجال الامن وقت وقوع الجريمة ويسمى اختصاصا نوعيا او من حيث مكان الجريمة او محل اقامة المتهم ويسمى اختصاصا مكانيا[٧] .

ويمكننا تعريف الاختصاص بانه السلطة التي يمنحها القانون إلى جهاز قضائي معين للنظر في الدعوى الجزائية او هدف اعتراف يقرر فيه المشرع بأن محكمة معينة هي اكثر اهلية او صلاحية للفصل في جريمة ما، او محاكمة للمشتكي عليه، فاذا اضفى القانون إلى احدى المحاكم هذه الصلاحية او الاهلية قيل عنها انها محكمة مختصة وذات اختصاص او ذات ولاية[٨]

والاختصاص ايضا هو تخويل ولي الامر او نائبه لجهة قضائية سلطة قضاء الحكم في قضايا عامة او خاصة ومعينة وفي حدود زمان ومكان معينين او هو قدر ما لجهة قضائية او محكمة من ولاية في فصل نزاع من النزاعات [٩] .

المبحث الاول

تنازع الموطن

من اهم المشاكل التي تثار عند التعرض لبحث موضوع التنازع في الموطن بالقانون الدولي الخاص هي: مشكلة اثبات الموطن ابتداء، وكذلك بيان القانون الواجب التطبيق في شأن تحديد الموطن، وتختلف التشريعات في تنظيمات احكام الموطن من حيث اكتسابه، وفقده، وقد ادى هذا الاختلاف إلى امكان تحقق حالتين هما: انعدام الموطن وازدواج (تعدد) الموطن ، لذا سنحاول الخوض في هذه المواضيع بمطلبين : نرى في الاول: مسألة اثبات وجود الموطن من عدمه، والثاني: نبحث فيه الضوابط والمعايير التي يتم من خلالها تحديد القانون الذي بموجبه تعيين الموطن، وكما يأتي:

المطلب الاول

اثبات الموطن

يقصد بأثبات الموطن: اقامة الدليل بالطرق القانونية المقبولة التي يحددها قانون الدولة، التي يدعي الانتماء اليها امام القضاء على اكتساب الموطن ، او فقده، او استرداده، وغالبا ما يتم اثبات الموطن بأثبات ركنية المادة والمعنوي وبصدد الاحكام الموضوعية الخاصة بالأثبات ، يتم الرجوع إلى القانون الذي يحكم الحالة القانونية المعروضة، لذا سنحاول في الفرع الاول: بيان طرق اثبات الركن المادي ، وفي الثاني: نرى فيه طرق اثبات الركن المعنوي، وكما يأتي:

الفرع الاول

اثبات الركن المادي

يتمثل الركن المادي للموطن وفقا للتصوير الواقعي، بالإقامة المعتادة للشخص في مكان معين يقيم فيه عادة بصفة دائمة او مؤقتة ، وذلك بموجب المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي المعدل، والاقامة المعتادة هي واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات، بموجب

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

المادة (٧٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ النافذ، التي نصت على ان " يجوز الاثبات بالشهادة في الوقائع المادية " ، اي يمكن اثباته بالشهادة والقرائن ، مثال ذلك: التزامه بدفع الضريبة في ذلك البلد، او اداء الخدمة العسكرية، او انشاء مصنع او متجر فيه، او يتخذ هذا المكان مركزا لأعماله، او التوظيف فيه، لذا يمكن الاستدلال بالطرق التالية لإثبات الموطن [١٠] :

اولا: يتضح من النص اعلاه انه يمكن اثبات الركن المادي للموطن عن طريق الوقائع المادية، التي يجوز اثباتها بكل طرق الاثبات ، ومن ابرزها واقعة الاقامة المعتادة، واي واقعة مادية ملموسة يمكن عن طريقها اثبات الاقامة الفعلية للشخص في دولة معينة .

ثانيا: يستدل على واقعة الاقامة الفعلية عن طريق وجود منزل للشخص معد للسكن في دولة معينة، او امتلاك الشخص لمصنع او محل تجاري.

ثالثا: تظهر اهمية اثبات الاقامة الفعلية في ظل القانون المدني العراقي، لأنه ادمج فكرة الموطن في الاقامة المعتادة ، وكذلك جعل الموطن المشترك للمتعاقدين ، احد ضوابط الاسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وفقا للمادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، على الرغم من كونه ضابط اسناد احتياطيا .

رابعا: المشرع العراقي عد الموطن احد الضوابط التي تحدد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية، وفقا للمادة (١/١٥) من القانون المدني العراقي، التي يعقد بموجبها الاختصاص للمحاكم العراقية بنظر المنازعات المتعلقة بالعلاقات الدولية الخاصة، بمجرد وجود الاجنبي في العراق.

خامسا: ان امكانية اثبات الركن المادي للموطن، وفقا للقواعد العامة في قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، تفيدها النصوص الخاصة الواردة في قانون اقامة الاجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ النافذ ، وذلك لان هذا القانون الزم الاجنبي الراغب في الاقامة في العراق بالحصول على وثيقة اقامة، وهي وثيقة رسمية تعد بمثابة قرينة قاطعة غير قابلة لاثبات العكس على توطن الاجنبي في العراق.

الفرع الثاني

اثبات الركن المعنوي

يتمثل الركن المعنوي للموطن وفقا للتصوير الواقعي بنية البقاء، وهذه النية مسألة كامنة في اعماق النفس، لذلك يواجه القاضي صعوبة في اثباتها وذلك لان الاثبات فيه ينصب على النية وهي مسألة نفسية تكمن في ضمير الانسان لايمكن استجلاها وبيانها، الا اذا اقترنت بسلوك او تصرف تدلل على النية اين تتجه، لذا ليس من السهل على القاضي التأكد منها على نحو جازم لان استنباط النية يقوم على الاحتمال والترجيح، الا انه يمكن التعرف عليها عن طريق نفس الوقائع المادية المستعملة في اثبات الركن المادي مثال ذلك :امتلاك الشخص لدار سكن في الدولة او ممارسته لحقوقه السياسية او تجنس الشخص بجنسية الدولة، او شراء الشخص

مجلّة نصف سنوية محكّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

مقبرة في هذا البلد، تدل على نيته بالبقاء لمدة غير محـددة قد تمتد ليوم وفاتـه، او يرى البعض ان وجود الشخص في بلد معين يعد قرينة على توطئة فيه إلى ان يثبت العكس [١١].

وعلى الرغم من اهمية الوقائـع المادية، والسندات الرسمية في اثبات الركن المعنوي للموطـن فان العمل بها يتقيد في ظل قانون اقامة الاجانب العراقي النافذ، وذلـك لان اثبات موطن الاجنبي في العراق لايتـم الا عن طريـق الاقامة المعتادة المشروعة له في العراق، بموجب وثيقة الاقامة الرسمية عن سلطة عراقية مختصة، اما ما يتعلق باثبات الموطن الخاص، اذ يتم اثباته عن طريق اقامة الدليل على مباشرة التجارة او الحرفة او اقليم معين، اما موطن القاصر فيتم اثباته عن طريق اثبات موطن نائبه استنادا للمادة (٤٣) من القانون المدني العراقي اما الموطن المختار فيتم اثباتـه عن طريق الكتابـة فقط، فقد نصت عليه المادة (٣/٤٥) من نفس القانـون وهناك بعض الحـالات التي تتنافى مع الاقامة الفعلية، كالاقامة في بلد معين بالنسبة للمسجونين ، والاسرى والهاربين من تنفيـذ عقوبة جنائية، والموظفين في عمل مؤقت كالسـفراء والقناصـل، وطلاب العلم والمرضى، هؤلاء جميعا لايعدون متوطنين في تلك البلاد التي يقيمون فيها.

المطلب الثاني

القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي

ان فكـرة الموطن يختلـف تصويرها من دولة إلى اخرى لذلـك من الأهمية ان نبين القانون الواجـب اختصاصـه بتحديـد موطن هذا الشخص، ويدعي قانون الدولة التي يقيم فيها الشخـص الاختصاص بتحديد هـذا القانون كما قد يتمسـك القاضي المطروح عليه النزاع بضرورة تطبيق احكام قانون دولته لتعيين الموطن المتصل بالنزاع، ويثار تسـاؤل: اي من هذه القوانين يؤخذ به في تحديد الموطن...؟ وانقسـم الفقه في ذلك إلى عدة نظريات: لذا سنقسـم هذا الطلب على ستة فروع، وكما ياتي [١٢]:

الفرع الأول

تطبيق قانون الارادة

بما ان الموطن يقوم على ارادة الشخص، فأنها تكون كافية لتحديد الموطن وتعيينه ولكن تشترط هذه النظرية ان تكون الارادة صحيحـة قانونا وان لا يكون هناك مانـع قانوني ضد هذه الارادة، كما يفتـرض بالإرادة ان تكون صريحة فيها وان لم تكن صريحة فقد تكـون هناك تصرفات ، ووقائع خارجية تعبر عنها، هذه النظرية تعبر عن استقرار الشخص في مكان معين مـن اقتران ذلـك بنية البقـاء في هذا المكان، وجعله مركزا للإعمال، وبما ان ارادة الشخص هي التي تحدد مكان اسـتقراره، لذلك يمكن القول بـأن هذه الارادة هي التي يجب الرجوع اليها لتحديد الموطن، الذي يكون من صنع الارادة وحدها اما القانون فان دوره لا يعدو ان يكون كاشفا عن تلك الارادة ومقررا لما يترتب عليها من اثار.

اولا: شـروط النظرية : تشترط هذه النظرية لإمكان الاخذ بهذه الارادة شرطين هما:

١.ان تكون هـذه الارادة صحيحـة قانونا، بمعنى اخر: ان يكون الشخص اهـلا للتعبير عن

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

ارادته، ومن ثم فـإرادة القاصر، والمحجور عليه، لا يمكن ان يتعد بها.

٢.ان لا تكون هذه الارادة ملغاة بحكم القانون ، يعني ان لا يعطـل القانون الارادة بنـص مانع يتعلـق بالنظام العام، فـاذا وجد مثل هذا النص تكون هذه الارادة ملغـاة بحكم القانون، ولا يعتد بها في مثل هذه الحالة .

ثانيا: نقد النظرية: وجهت لهـذه النظرية انتقادات من الفقه، وكما يأتي:

١.اذا كان من الثابـت ان تحديد الموطن قد يتوقف على ارادة الشخص في بعض الفروض، الا انه يترتب على ثبوت الموطن آثار هامة تتعلق غالبا بسيادة الدولة.

٢.ان القـول بأن تحديد الموطـن يتوقف على ارادة الشخـص، هو قـول يتضمن اهدارا لمصالح الدولة التي اسـتقر فيها هذا الشخص، واتخذ من اقليمها محلا لإقامته .

٣.ان ارادة الشخص ان لم تكـن صريحة ، فانـه يصعب اثباتها، ومن ثـم فان تحديد الموطن بناء على هذه الارادة يجر وراءه الشك والغموض.

٤.ان تخويـل الارادة الحرية الكاملة في اختيار القانون الذي يتحدد الموطن وفقا لإحكامه قد يؤدي إلى الغش والتحايل، وهو امر تبدو خطورته بصفة خاصة في مسـائل الاحوال الشخصية التي قد يتخذ المشرع من الموطن ضابطا للأسناد في شأنها .

٥.ان الارادة قـد لا يكـون لها اي دور في تحديد الموطن، كما هو الشـأن بالنسبة للموطن القانوني، او الحكمي، مثال ذلـك: موطن عدم الاهلية، او موطن المحجور عليه .

الفرع الثاني

تطبيق القانون الشخصي

ان الموطن عنصر من عناصر الحالة، ومن ثم جزء من الاحوال الشخصية فيخضع للقانون الذي تخضع له هذه الاخيرة، ويتحدد الموطن وفقا للقانون الذي يحكمها، وهو قانون دولة الشخص في الدولة التي تجعل القانون الشخصي هو قانون الجنسية، فمثلا اذا كان المتوطن عراقيا في فرنسـا فان القانون العراقي هو الذي يحدد مفهوم الموطن، لأنه قانون جنسيته اما اذا كان المتوطن انجليزيا متوطنا في فرنسا فان القانون الانجليزي لا يطبق، بـل القانـون الفرنسي لان القانون الانجليزي يأخذ بقانون الموطن ، ووجهت لهذه النظرية انتقادات من الفقه، وكما يأتي [١٣]:

اولا: ان هـذه النظرية اهملت حالـة عديم الجنسية في الدولة التي تأخذ بقانون الموطن في تحديـد قانونه الشخصي، الـذي لا يمكن تحديد موطنه عند التنازع لأنه لا يحمل جنسية اية دولة.

ثانيا: لا يتصور القول باعتبـار الموطن من مسائل الاحوال الشخصية مادامت هذه المسائل تخضع لقانون الموطن، والقول بغير ذلك سيؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة لأنه لا يتوقع ان يرجع إلى الموطن للكشـف عن القانون الـذي يحكم المسـائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، في الوقت الذي يعتبر هو جزءا من هذه المسائل، كما هو الحال في القانون الانجليزي، لان الاخذ بقانون الشخص سيؤدي إلى اعطاء الاختصاص بتحديد موطن الشخص لقانون الموطن ذاته.

ثالثا: ان امكانية الاعتداد بالقانون الشخصي

مجلّة نصف سنوية محكّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

في تحديد الموطن تنحصر في الدولـــ التي تخضع المسائل المتعلقة بالأشخاص قانون الجنسية، حيث يترتب على القول باعتبار الموطن من بين هذه المسائل، وجوب الرجوع إلى قانون جنسية الشخص في تحديد موطنه .

الفرع الثالث

تطبيق قانون القاضي

يتحدد الموطن وفقا لهذه النظرية حسب احكام قانون القاضي المطروح عليه النزاع، اذ يعتبرون مسألة تعيين الموطن متعلقة بالتكييف، وهذه العملية (التكييف) تخضع لقانون فالموطن يعبر عن علاقة بين الفرد ودولة معينة، وهذه العلاقة تمس سيادة الدولة، ومن ثم يجب ان تخضع لسلطانها الممثل في قانونها، وتحديد الموطن في عرف المنادين بهذه النظرية يعد من مسائل التكييف، ومن المعلوم ان التكييف يخضع لقانون القاضي، وهذا يتسم بالبساطة، ويتفق مع الميل الطبيعي للقضاة نحو تطبيق قانونهم، ووجهت لهذه النظرية الانتقادات من قبل جانب من الفقه، حول تطبيق قانون القاضي في هذه النظرية استنادا إلى نظرية التكييف، ويرى ان تحديد الموطن لا يعد مسألة تكييف، وفقا للمعنى الفني المقصود في مجال القانون الدولي الخاص، والتكييف في هذا المجال يتعلق بمضمون الفكرة المسندة [١٤] .

الفرع الرابع

تطبيق القانون الاقليمي

إن تحديد الموطن يجب ان يكون خاضعا لقانون الدولة التي يدعي الشخص بالتوطن فيها دون قوانين سائر الدولة الاخرى، وتقرر النظرية أن الجنسية والموطن هما نقطتا الارتكاز اللتان يقوم عليهما القانون الدولي الخاص، ويذهب أصحاب هذه النظرية بأن الاخذ بها يتوقف على العمل بنظرية الاحالة ، فاذا كان القانون الوطني يأخذ بها فان المحكمة سوف ترجع اليها، واذا لم يأخذ بها فان المحكمة تنتهي عند حكم القانون الوطني فقط، وجهت لهذه النظرية انتقادات في الفقه، وكما يأتي:

اولا: ان تشبيه الموطن بالجنسية أمر محل نظر، ولذلك لان الجنسية رابطة من روابط القانون العام تفيد تبعية الفرد سياسيا إلى دولة معينة ، بينما الموطن لايزال محتفظا بوصفه كحال واقعية .

ثانيا: أنه يجعل تحديد الموطن يتوقف على أرادة الشخص، ويكفي ان يدعي الشخص اتخاذه موطنا في دولة معينة لتطبيق قانون هذه الدولة، ومن شأن هذا التفسير تصوير الموطن على انه تصرف ارادي يتوقف على ارادة صاحب الشأن، وهو استنتاج غير سليم لان الأثر القانوني غير مترتب على الفعل الارادي في ذاته ، وانما يترتب على أعتراف القانون به .

ثالثا: يؤدي إلى صعوبات عملية بالغة في تحديد الموطن، وذلك في حالة حدوث نزاع حوله وادعى شخص توطنه في اقليم دولة معينة، في حين ادعى الخصم توطن هذا الشخص بإقليم دولة اخرى ، وكان قانون كل من الدولتين يعدالشخص متوطنا بإقليم دولته (تعدد الموطن) .

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

الفرع الخامس

تطبيق القانون الذي يترتب على الموطن الاثر القانوني

أن تحديد الموطن يجب أن يتم وفقا لقانون الدولة الذي رتب على الموطن آثاره القانونية وذلك لان أستخدام فكرة الموطن لتنظيم مسالة قانونية معينة يستلزم الرجوع إلى القانون الذي استخدم هذه الفكرة، بمعنى آخر: انه يجب اخضاع فكرة الموطن في ذاتها لنفس القانون الذي يحكم آثارها القانونية، ووجهت للنظرية الانتقادات للاسباب الآتية :

اولا: ان تحديد الموطن يجب ان يسبق بيان الآثار المترتبة عليه، بمعنى آخر: أن تحديد القانون يأتي في المرتبة الاولى، وتحديد الاثار ياتي في المرتبة الثانية فكيف يمكن الاعتماد في تحديد القانون الواجب التطبيق على الآثار القانونية التي تترتب على ثبوت الموطن وفقا لقانون معين [١٥].

ثانيا: ان الاثار القانونية التي قد تترتب على تحديد الموطن تختلف من قانون إلى اخر.

الفرع السادس

التوفيق بين قانون القاضي والقانون الاقليمي

يجب تطبيق قانون القاضي اولا لمعرفة ما اذا كان للشخص موطن في بلد القاضي ام لا واذا تبين انه متوطن بها انتهى الامر عند هذا الحد، اما اذا ثبت انه غير متوطن بها، فانه يجب الرجوع في هذه الحالة إلى القانون الاقليمي (قانون الدولة التي يدعي الشخص توطنه او فقدان توطنه في اقليمها)، ووجهت لها الانتقادات للاسباب الآتية:

اولا: النظرية التوفيقية ليس لها في الحقيقة من التوفيق الا الاسم، وذلك لان قانون القاضي انما ينطبق باعتباره احد القوانين المدعى اكتساب موطن تحت ظله وبالتالي فانه يجمع بين صفتين متلازمتين هما: صفته كقانون القاضي وصفته كقانون الدولة التي يدعي اكتساب موطن على اقليمها ، اي القانون الاقليمي.

ثانيا: النظرية التوفيقية تغفل الفرض الذي يثار فيه فكرة الموطن بصدد تطبيق قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي، اذ يجب ان يتحدد مفهوم هذه الفكرة وفقا للاحكام الموضوعية في هذا القانون .

المبحث الثاني

الموطن في التشريع العراقي والدولي الخاص

سنتطرق في هذا المبحث الى بيان موقف المشرع العراقي في مسألة الموطن وطبيعة الاشكاليات الواردة فيه فضلا عن بيان موقف المشرع المقارن العربي والاجنبي في هذه المسألة .

المطلب الاول

الموطن في التشريع العراقي

الفرع الاول

أحكام أثبات الموطن في القانون المدني

المشرع العراقي لم يشر إلى مسألة اثبات الموطن، غير ان اهمية الموطن تظهر بوضوح في

مجلّة نصف سنوية محكّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

هذا القانون لاسيما في الجنسية، اذ دمج المشرع فكرة الموطن[١٥]، بمحل الاقامة المعتادة طبقا للمادة (٤٢) من القانون المدني، اذ عرفت الموطن بأنه (المكان الذي يقيم فيه الشخص بصفة دائمة او مؤقتة ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واحد). والاقامة هي الركن المادي للموطن وتعد من شروط استرداد الجنسية واكتسابها او فقدها، والاقامة العادية هي التوطن. وجاء في قرار لمحكمة المواد الشخصية [١٧] والذي جاء فيه: ((ليس من اختصاص محكمة المواد الشخصية ابطال حجة اعتناق الاسلام الصادرة من مرجعها المختص، لان القانون العراقي... وجاء في القرار بأن القانون الانجليزي صريح بأن اهلية البريطاني الجنسية للزواج تقرر حسب قانون الموطن. وقد نص على هذه القاعدة كثير من قرارات المحاكم البريطانية والكتب المعتبرة في القانون البريطانية الذي حضر المحكمة على اعتباره خبيراً بالقانون الانجليزي وذلك بمذكرته التحريرية المربوطة نصا وترجمتها مع اوراق الدعوى وفي افادته الشفهية التي قامت المحكمة بترجمتها وادخالها بمحضر الضبط المباشرة)).

وتظهر أهمية الموطن في الأثبات أيضا عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي ، اذ يعطي المشرع الاختصاص لقانون الموطن بوصفه البلد الذي توطن فيه فعلاً أو عد أنه متوطن فيه، حتى ولو لم يقم فيه فعلا، ولذلك اخذ المشرع بنظر الاعتبار بقانون الموطن المشترك للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، ونصت الفقرة الاولى من المادة (٢٥) من القانون المدني بأنه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا) ويسوغ الاخذ بالموطن المشترك بانه أكثر استجابة لحاجات الاطراف المتعاقدة، لانهم اكثر الماما بأحكامه من اي قانون اخر [١٨] وكذلك تظهر اهمية الموطن في الاثبات في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، اذ نصت المادة (١٥) من القانون المدني بأن الاجنبي يقاضي امام المحاكم العراقية اذا وجد في العراق.

الفرع الثاني

أحكام أثبات الموطن في قانون الجنسية العراقية

تبدو اهمية اثبات الموطن في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦، عند اكتساب او فقد او استرداد الجنسية، اذ ان المشرع كثيرا ما يجعل الاقامة المعتادة لمدة معينة في اقليم الدولة من الشروط الاساسية لمنح واسترداد وفقد الجنسية.

ونستعرض الاحكام التي وردت في قانون الجنسية العراقية وحسب التفصيل الآتي:

١.نصت المادة الثانية /ب من قانون الجنسية على ما يأتي (ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولودا فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك).

٢.اشترطت المادة الرابعة من قانون الجنسية على الشخص الذي ولد خارج العراق من ام عراقية واب مجهول لكي يحصل على الجنسية العراقية ان يكون مقيما في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية .

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

٣.اشترطت المادة الخامسة من قانون الجنسية العراقية للشخص الذي ولد في العراق ومن اب غير عراقي ان يكون مقيما فيه بصورة معتادة لكي يمنح الجنسية العراقية .

٤.نصت المادة/ السادسة/ب لكي يقبل تجنس غير العراقي ان يكون مقيما فيه عند تقديم الطلب التجنس .

٥.الزمت المادة السابعة من قانون الجنسية غير العراقي بأن يقيم في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية سابقة على تقديم الطلب، لكي يقبل الوزير المختص تجنسه .

٦.نصت المادة (١١) من قانون الجنسية لكي تحصل المرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي على الجنسية العراقية ان تمضي مدة خمس سنوات على زواجها واقامتها في العراق.

٧.ولكي تسترد المرأة العراقية جنسيتها التي فقدتها باختيارها يجب ان تكون موجودة في العراق عند تقديمها الطلب طبقا للمادة (١٤) من قانون الجنسية العراقية .

٨.ونصت المادة (١٤) من قانون الجنسية بأنه اذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية، يصبح اولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط ان يكونوا مقيمين معه في العراق. وكذلك الامر في حالة فقدان الجنسية .

الفرع الثالث

أحكام أثبات الموطن في قانون اقامة الإجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨

الاقامة، هي الترخيص للأجنبي بالبقاء في اقليم دولة معينة وطبقا للمصلحة العامة لها وذلك في ممارسة نشاطه الاقتصادي والاجتماعي، خلال مدة الاقامة المرخص له فيها والتي تختلف باختلاف الغرض من الدخول إلى اقليم تلك الدولة [١٩] وعرفتها المادة السابعة من قانون اقامة الاجانب بانها الوثيقة التي تتضمن الاذن للأجنبي بالإقامة في العراق وتكون صادرة من سلطة عراقية مختصة ونصت المادة (٢٢) من هذا القانون على انه (تعتبر المدة التي يمضيها الاجنبي في العراق بدون وثيقة اقامة او بدون تجديدها في الموعد المقرر ، لإقامة غير مشروعة) .

وأستنادا لهذه القيود التي اوردها قانون اقامة الاجانب، لا يمكن للأجنبي اثبات توطنه في العراق الا عن طريق حصوله على وثيقة الاقامة، ذلك ان الركن المادي الذي يستند اليه الموطن في القانون العراقي، لا يمكن اثباته الا عن طريق الاقامة العادية المشروعة ويترتب على انعدام المشروعية او الحصول على وثيقة الاقامة، عدم امكان حصول الشخص على دليل يثبت فيه توطنه، وعليه لا يمكن اثبات الموطن بكافة طرق الاثبات كالشهادة والقرائن ، كما هو الحال في القانون الانجليزي، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى التخفيف من قيود وثيقة الاقامة واعادة النظر في طرق اثبات الموطن وذلك بأن يكون اثباته بكافة طرق الاثبات بشرط ان يكون دخول الشخص إلى العراق بصورة مشروعة، لان الموطن واقعة مادية واثباتها يكون بكل طرق الاثبات[٢٠].

مجلَّة نصف سنوية محكَّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

المطلب الثاني

الموطن في التشريع المقارن

اذا كان لابد لكل شخص من جنسية تفيد أنتسابه السياسي والقانوني لدولة معينة فانه لابد ان يكون لكل شخص موطنا يفيد انتسابه الاقليمي والقانوني لدولة معينة، وهذه الدولة قد تكون ذات الدولة التي يتمتع الفرد بجنسيتها، وقد تكون دولة اخرى يتواجد عليها كأجنبي، وعلى الرغم من ان الموطن كان قد وجد في نطاق القانون الداخلي, الا ان الحاجة الملحة اليه في نطاق العلاقات الخاصة الدولية اضطر الدول إلى توسيع مفهومه ليشمل تلاك العلاقات ايضا.

لذا يحتل الموطن في مجال العلاقات الخاصة الدولية اهمية كبيرة لعل من اهمها الاشتراك في توزيع الأفراد توزيعاً دولياً كما هو الحال في الجنسية، والذي يقوم على توافر رابطة بين الفرد واقليم دولة معينة .

فضلاً عن اعتماده كأساس لمعالجة مشاكل القانون الدولي الخاصة بالجنسية والمركز القانوني للأجنبي وتنازع القوانين فهو ضابط اسناد هام لتحديد القانون واجب التطبيق شأنه في ذلك شأن الجنسية بكل ما يتعلق بحالة الافراد واهليتهم .

علاوة على دوره في القواعد التي تحكم تنازع الاختصاص القضائي الدولي، فرغم اهمية دوره في مجال العلاقات الداخلية كونه يحدد الاختصاص المكاني للدعوى إلاأن هذه الأهمية تزداد في مجال العلاقات القانونية الدولية الخاصة.

وكمثال على ذلك فأن تحديد الاختصاص المكاني لمحاكم الكرادة لتوطن المدعى عليه فيها لا يقارن في اهميته الدفع بعدم اختصاص القضاء العراقي عموما والمستند إلى توطن المدعى عليه في امريكا مثلا وعدم وجود موطن او محل اقامة له في العراق، عدا عن الصعوبات العملية الكبيرة التي سيواجهها المدعي في اضطراره لرفع دعواه امام محكمة دولة اخرى وما يستتبعه ذلك من احتمال اختلاف مركزه القانوني في الدعوى نتيجة لاختلاف القانون واجب التطبيق عليه، سواء كان ذلك لاختلاف القضاء المختص في نظر الدعوى او لتغير ضابط الاسناد الذي يمكن ان يشير بتطبيق احكام قانون القاضي[٢١].

وعلى الرغم من أن غالبية الدول تأخذ بنظام الجنسية في تحديد القانون واجب التطبيق عند تنازع القوانين، ومنها التشريع العراقي الا ان ذلك لا يقلل من ضرورة اعتماد الموطن في نطاق القانون الدولي الخاص وفي حالات كثيرة نظرا لتداخل مشكلات الموطن في القانون الداخلي مع مثيلاتها في القانون الدولي الخاص، لاسيما مع غياب التنظيم الدولي لتلك المشكلات، ولأهمية دوره هذا فلابد من بيانها في ابرز هذه الموضوعات والتي هي:

الفرع الاول

دور الموطن في مجال الجنسية

يلعب الموطن دورا هاما في قضايا الجنسية فابتداءا ان اكتساب الجنسية لا يتم عادة بدون الاقامة لفترة طويلة وبنية البقاء، لذلك فان غالبية التشريعات تشترط الاقامة لفترة تحددها الدول عادة لاكتساب جنسيتها وبما يتناسب مع سياستها في قبول تجنس الاجانب بها من عدمه

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

وهي تتشدد او تتساهل في ضوء هذه السياسة فتضع من الشروط والضوابط ما يتناسب مع اهمية الاقامة في اقليمها لمنح جنسيتها.

فقطر مثلا تشترط الاقامة لمدة (٢٥) سنة للحصول على الجنسية القطرية[٢٢]، نظرا لحصة الفرد القطري العالية من اجمالي الناتج المحلي للنفط وعدم رغبتها في تغيير تركيبتها السكانية[٢٣].

وكذا الحال في البحرين حيث تشترط الفقرة (١-أ) من المادة (٦) من قانون الجنسية البحرينية الاقامة لمدة(٢٥) سنة في الاقل لمنح الجنسية البحرينية او(١٥) سنة متتالية على الاقل ان كان عربيا اضافة الى الشروط الاخرى المطلوبة للتجنس[٢٤].

في حين تتساهل بعض الدول في الاقامة المطلوبة والتي هي التوطن والتي هي التوطن لمنح جنسيتها لأغراض استثمارية بحتة، مثل قبرص (٣-٦ اشهر) ودومنيكا (٤ اشهر) ومالطا (١٢ شهر) ودول اخرى[٢٥].

كما وقد يكون للموطن دورا هاما في سحب الجنسية او اسقاطها في بعض التشريعات، وذلك عند ترك الشخص لموطنه وتوطنه في بلد آخر لفترة طويلة بنية عدم العودة[٢٦].

ناهيك عما للموطن من دور هام وكبير في تلافي المشكلات الخاصة بالجنسية ففي حالات انعدام الجسمية يتم تطبيق قانون موطن الشخص او حتى محل اقامته بكل ما يتعلق بحالته واهليته واحواله الشخصية[٢٧] عموما وذلك في الحالات التي تشير قاعدة الاسناد في دولة القاضي باختصاص قانون جنسيته، كما هو الحال بالنسبة للبدو والغجر والفلسطينيين حيث تضطر المحكمة لتطبيق قانون الموطن لانعدام جنسية مثل هذه الفئات وهو ما يعتمده بالحالة الدولية لعديمي الجنسية لسنة ١٩٥٤ والتي دخلت حيز النفاذ سنة ١٩٦٠[٢٨].

اما دوره عند تعدد الجنسية فيكون لموطن الشخص اهمية كبيرة لتقرير جنسيته الفعلية حيث يعد دليلا حاسما على ان جنسية ذلك الموطن هي الجنسية الفعلية له، لأنها تتفق مع واقع الامور لوجود رابطة فعلية بين هذا الشخص ومثل هذا الموطن ، لأنه يوضح رغبته في اتخاذه مقرا لمصالحه وروابطه العائلية واشتراكه في الحياة العامة لتلك الدولة خاصة في الاحوال التي لا تكون فيها جنسية القاضي من بين الجنسيات المتعددة التي يحملها مثل هذا الشخص .

الفرع الثاني

دور الموطن في تحديد المركز القانوني للأجنبي

مما لاشك فيه فأن الدول اضطرت بفعل تزايد حاجات التجارة الدولية للسماح للرعايا الاجانب بالدخول والاقامة فيها بل لا يكاد يخلو نظام قانوني وطني من بيان الاحكام الخاصة بدخول الاجانب وتنظيم اقامتهم فيه تلك الاقامة التي تتخذ صورة الموطن الو محل اقامة الشخص واستقراره[٢٩].

ويتجلى هذا الدور للموطن في اختلاف المركز القانوني للأجنبي المتوطن عن غير المتوطن حيث تمنح الدولة عادة حقوقا وامتيازات خاصة للأجانب المتوطنين على اقليمها تفوق تلك

مجلّة نصف سنوية محكّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

الممنوحة للأجانب الذين يمرون بإقليمها مرورا عابرا طارئا كحالات المرور (الترانزيت)، وذلك لان توطن الاجنبي في اقليم دولة ما يفيد اندماجه في الجماعة الوطنية لتلك الدولة ورغبته في العيش بينهم لوجود روابط مشتركة بينه وبينهم لأسباب اقتصادية او اجتماعية او لأية اسباب اخرى، في ذات الوقت فان مثل هذه الدول تفرض على الاجانب المتوطنين التزامات تكون اكبر عادة من تلك المفروضة على غيرهم ممن يكون وجودهم طارئة وبما يتناسب مع مركزهم القانوني فيها، كالزامهم بدفع ضرائب خاصة وبصفهم من المستفيدين من الاقامة في دولتها [٣٠].

الفرع الثالث

دور الموطن في تنازع الاختصاص القضائي الدولي

يفوق دور الموطن في هذا المجال اهميته في المجالات السابقة ذلك ان جميع التشريعات القانونية الوطنية كانت قد جرت على تقرير اختصاص محاكم موطن المدعى عليه للنظر في الدعاوى المرفوعة ضده [٣١].

وحقيقة فان دور الموطن كضابط للاختصاص القضائي الدولي يفوق في اهميته دوره في نطاق الاختصاص القضائي الداخلي ذلك انه سيكون مبررا لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية عند انعدام وجود موطن للمدعى عليه في اي دولة اخرى تلافيا لأنكار العدالة.

وقد اصرت عدة قرارات عن القضاء الفرنسي اعطي فيها الاختصاص للمحاكم الفرنسية للنظر في دعاوى الطلاق للأجانب اذا كان الزوجان مقيمان في فرنسا ويرغبان في انهاء العلاقة الزوجية بينهما ويعتد بقرارات الطلاق الصادرة عنه كقضاء مختص عند رغبة اي منهما في الزواج ثانية [٣٢].

وأخيراً فأن للموطن اهميته الكبيرة في تنفيذ الاحكام الاجنبية حيث ان غالبية التشريعات تشترط ان يكون الحكم الاجنبي صادرا عن محكمة مختصة، لذا فان توطن الاجنبي في اقليم دولة ما شرطا اساسيا لإمكان تنفيذ الحكم عليه في تلك الدولة.

الفرع الرابع

دور الموطن في تنازع القوانين

لاشك أن للموطن دوراً كبيراً في تنازع القوانين حيث اعتمد لفترة طويلة كضابط اسناد هام في المسائل المتعلقة بحالة الشخص واهليته ، تمتد لمدرسة الاحوال الايطالية التي ظهرت في القرن الثاني عشر والثالث عشر الميلادي كما اعتمدته المدرسة الفرنسية القديمة، وأستمر له هذا الدور الى ان ظهرت الجنسية في منتصف القرن الثامن عشر فتم اعتمادها كضابط للأسناد في المسائل المتعلقة بالأشخاص من الدول الاوربية ومن سار على نهجها من الدول الاخرى لسهولتها كالدول العربية ومن بينها مصر والعراق.

الا ان ذلك لم ينه دور الموطن فقد ظلت الدول الانجلو اميريكية مخلصة لهذا المعيار كضابط اسناد هام بكل ما يتعلق بحالة الاشخاص واهليتهم في تنازع القوانين.

علما بأن هنالك اتجاها حاليا يدعو الى ضرورة العودة الى الموطن في عدد من الدول

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

الاسكندنافية ودولـــ امريكا اللاتينية، بلـــ ان الدول الاوربية التي كانت رائدة في استبدال الموطن معتمدة على ضابط الجنسـية ابتدأت هي الاخرى بتغليب ضابط الموطن حينما يكون الموطن انسب للمتعاقدين لأنه يؤمن عنصر الامـان القانوني اكثر من تأمينه للعدالة[٣٣]. كما ان الدول الاوربية عموما اعتمدت الموطن بما يتناسـب مع وضعها الجديـد. وهذا ما دعا بعـض الفقه الى القول بأن اتجاه الدول الى التكتلات الدولية الكبيرة كالوحدة الممكنة بين الدول الاوربية او العربية او الافريقية سيكون كفيلا بزعزعة الدور الذي تلعبه الجنسية في الوقت الحالي كضابط اسناد في مسائل الحالة والاهلية والعودة الى الموطن لأنه يعد حلا بديهيا لا مفـر من اللواء اليه في حالات التنازع الاقليمي بين الشـرائع المتعددة داخل الدولـة الواحدة كما هو الحال في الدول المركبة[٣٤].

وبغض النظـر عما تـم ذكره فانه يبقى للموطن دوراً لا يمكن اغفاله حتى في الدول التي تأخذ بالجنسية كضابط اسناد في مسائل الحالـة والاهلية، كما تم الاشـارة اليه فهو المعين على تحديد القانون واجـب التطبيق عند انعدام الجنسية وازدواجها بل ان الاسناد لقانون الموطن يبـدو لازما في الاحوال التي يتعذر فيها الوصول الى مضمون قانون الجنسية او عند استبعاد هذا القانون استبعادا كليا باسم النظام العام في دولة القاضي[٣٥].

وقد جرى القضاء الفرنسي مثلا على تطبيق قانون الموطن المشـترك للزوجين بالنسـبة للروابـط العائلية عند اختلافهما في الجنسـية بل انه يمكن تطبيق قانون الموطن حتى عند اتحاد الجنسـية فقاعدة التنازع الـواردة في المادة (٣١٠) مـن القانون المدني الفرنسي تفسح المجال لتطبيق هذا القانون في الطلاق اذا كان الزوجان الاجنبيـان فقد اتفقا على الطلاق رغم ان فرنسـا مـن الدول التي تأخذ في الطـلاق اذا كان الزوجان الاجنبيان قد اتفقا على الطرق رغم ان فرنسـا من الاول التي تأخذ بضابط الجنسـية وقرر ذات القضاء اخضاع التركة في المنقول لقانون موطن المتوفي[٣٦].

فضلا عن ذلك لما ذكر فان الاخذ بالموطن كضابط للأسناد في حالة الاشخاص واهليتهم قد يعتد به في الدول التي تأخذ بالجنسية عند اخذها بالإحالة حيث قد تقبل بإحالة قانون الجنسية الى قانون الموطن .

بل وقد يعتد بالموطن كضابط للأسـناد في الدول التي تأخذ بضابط الجنسية خارج نطاق المسائل المتعلقة بالأشخاص في بعض التشريعات كما هو الحال في كل من القانون المدني العراقي والمصري الذين يأخذان بالموطن المشترك للمتعاقديـن في الالتزامـات التعاقدية في الحالات التي لم يحدد فيها القانون واجب التطبيق على العقد صراحة او ضمنا وتطبيق موطن المدين المفلس عند اشهار افلاسه[٣٧].

مجلّة نصف سنوية محكّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

الخاتمة

اولا: الاستنتاجات

١.ان تنظيم احكام اثبات الموطن في القانون الدولي الخاص ، تعد من المسائل الدقيقة ، وتزداد دقتها في غالبية تشريعات الدول التي لا تأخذ بالموطن وانما تأخذ بضابط الجنسية في تعيين القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين غير ان الموطن لا يزال يحتل دورا في الدول الانجلوسكونية وعلى أرسها انجلترا والولايات المتحدة الامريكى

٢.على الرغم من اعتماد الغالبية العظمى من الدول على الجنسية كضابط اسناد في تحديد حالات الاشخاص واهليتهم ,الا ان الموطن كمفهوم تطور بفعل تطور العلاقات القانونية الدولية الخاصة وازدياد حركة الاشخاص في المجتمعات بفعل المتغيرات الدولية وازدياد حركة الهجرة والعمالة الاجنبية واختلاف مفهوم السيادة في ضوء العولمة وزيادة حركة التجارة الدولية المنتجة بدورها لزيادة كبيرة في حركة الاشخاص عبر الحدود متابعة لاعمالهم التجارية.

٣.أن المشرع العراقي دمج فكرة الموطن بمحل الإقامة المعتادة بحسب المادة ٤٢ من القانون المدني العراقي لأن لقانون العراقي من القوانين التي لا تأخذ بالموطن وإنما تأخذ بالجنسية .

٤.ان التشريع العراقي لا يزال يطبق احكام الموطن الداخلي على قضايا الموطن في القانون الدولي الخاص على الرغم من الاختلاف الكبير في هذه الاحكام ، فضلاً عن ذلك ان احكام الموطن الداخلي قاصرة عن استيعاب كل المنازعات التي تنشأ عن قضايا القانون الدولي الخاص.

التوصيات

١.ندعو المشرع العراقي إلى التخفيف من قيود وثيقة الاقامة واعادة النظر في طرق اثبات الموطن وذلك بأن يكون اثباته بكافة طرق الاثبات بشرط ان يكون دخول الشخص إلى العراق بصورة مشروعة، لان الموطن واقعة مادية واثباتها يكون بكل طرق الاثبات .

٢.ضرورة ان يصار الى استنفار الجهود الدولية من اجل وضع قواعد قانونية دولية عامة تنظم موضوعات الموطن الدولي من خلال عقد اتفاقيات دولية سواءا كانت عالمية او اقليمية,لان التشريعات الوطنية الحالية اثبتت عجزها لحد الان عن استيعاب الحركة السريعة لتطور المجتمع الانساني في مجال العلاقات القانونية الدولية الخاصة.

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

الهوامش

(١) عامر محمود الكسـوانى: موسـوعة القانـون الدولي الخاص ، الجنسـية والموطن ومركز الاجانـب، دار الثقافة، عمان الاردن، الطبعة الاولى ، ٢٠١٠، ص٢٧٧.

(٢) لمعرفـة المزيد مـن التفاصيل ينظر : ممـدوح عبد الكريم حافظ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ط١، بغداد ١٩٧٣ ، ص ٢٤٧ .

(٣) عباس زبون العبودي, إثبات الموطن في القانون الدولي الخاص. مجلة العلوم القانونية،مج. ٢٥، ع. ٢، ٢٠١٠, ص ١٩٨ .

(٤) محمد بن مكرم ابن منظور, لسـان العرب، بيروت، دار صادر، ط١، عـام ٢٠٠٠م ، ص:٢٣٣، الحسـين احمد بن فارس بن زكريا, معجم مقياس اللغة، تحقيق: عبد السـلام محمد هارون ، بـيروت، دار الجيل: عام ١٤٢٠م، ج٥، ص:٤١٥، محمد بن ابي بكر عبـد القادر الرازي, مختار الصحـاح، ، مكتبة لبنان، بيروت، تحقيق: محمود خاطر، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م .

(٥) سورة آل عمران : ٧٤.

(٦) سورة الانفال: ٢٥.

(٧) عبـد الرحمن بن محمـد ابراهيـم العنقري، تنـازع الاختصاص القضائي، دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون، بحث ماجسـتير مقدم الى جامعة نايـف العربية للعلوم الامنية، كلية الدراسات العليا،٢٠٠٤: ٤٣

(٨) محمـد صبحي نجم، الوجيز في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، دار الثقافة, ٢٠٠٠، ص٢٩٨.

(٩) سـعود بن سـعد الدريب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشـريعة الاسلامية ونظام السلطة القضائية، ط١، مطابع حنفية، الرياض، ١٩٩٠، ص:٤٣٨.

(١٠) نصـت المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي على ان « ١. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشـترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فاذا اختلفا يسري قانـون الدولة التي تم فيها العقد، هذا مـا لم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه « .

(١١) حسن محمد الهداوي، الجنسية ومركز الاجانب واحكامها في القانون العراقي، مصدر سابق، ص٩٨.

(١٢) عـوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقيـة وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسـائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة الصباح، العراق، بغداد، ٢٠٠٧، ص٢٢.

(١٣) هاشم خالد، توطن المدعى عليه الاجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ط١، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٠٤.

(١٤) جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص العربي، مصدر سابق، ص٢٤٨.

(١٥) عبد الرسـول عبد الرضا الاسـدي، القانون الدولي الخاص، الجنسـية والموطن ومركز الاجانب والتنازع الدولي للقوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط١، مكتبة السنهوري، العراق، بغداد، ٢٠١٣، ص٩٤.

(١٦) وتجـدر الاشـارة إلى ان هنـاك فارقا بين الموطـن والاقامة، الموطـن يكون مطبوعا بطابـع الدوام والاسـتقرار، اما الاقامة فهـي مطبوعة بطابع التوقيت وتنصب على جزء معين من اقليم ، ينظر: جابـر ابراهيم الراوي، مبـادئ القانون الدولي الخاص في الموطـن ومركـز الاجانب واحكامهـا في القانـون العراقي والمقارن,ط٢,بغداد,١٩٧٦، ص٢٨.

(١٧) رقـم القـرار ١٣٢ ش ١٩٥١ في ١٩٥٢/٤/٢ والمنشـور في مجلـة الاحكام القضائية العـدد الاول/ المجلد الاول/ مايس ١٩٥٣ وتشـكلت هذه المحكمة برئاسـة الاسـتاذ عبد الرحمن البزاز .

(١٨) منير عبد المجيد, تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية, طبع الاسكندرية – ١٩٩٢، ص١٠١.

(١٩) في هذا المعنى راجع : احمد مسـلم، المركز القانوني للأجانب، ط ١, القاهـرة، ١٩٥٢، ص٣٠٥، وينظر كذلك : صالح عبد الزهرة الحسـون ,حقـوق الاجانب في القانـون العراقي، ط١, بغداد، ١٩٨١، ص١٤.

مجلَّة نصف سنوية محكَّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

(٢٠) وتجدر الاشارة إلى ان اثبات موطن الصغير والمحجور عليه والمفقود يتم عن طريق الممثل القانوني لهم طبقا لاحكام المادة (٤٣) من القانون المدني .

(٢١) هاشم علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٨١، ص٧٦.

(٢٢) قانون الجنسية القطري، الميزان، البوابة القانونية القطرية، التشريعات ، قانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠٠٥ بشأن الجنسية القطرية، منشور على الموقع : www. page. almeezan.qa.law .

(٢٣) دراسة معدة من زهرة بابار المدير المساعد للأبحاث في جامعة جورجتاون قطر بعنوان ثمن الانتماء، من تقرير موقع اربين بزنز حول طرق الحصول على الجنسية القطرية منشور على الموقع : arabic.arabianbusiness.com .

(٢٤) قانون الجنسية البحرينية لعام ١٩٦٣- هيئة التشريع والافتاء القانوني منشور على الموقع: www.legalaffairs.gov. bh.legislations .

(٢٥) للتفصيل انظر الموقع : www.citizenshiipinveest. com .

(٢٦) المادة (٢٣) من قانون الجنسية المصرية رقم (٨٣) لسنة ١٩٥٨ والتي تنص على انه (يجوز بقرار من رئيس الجمهورية لأسباب هامة يقدرها اسقاط جنسية الجمهورية عن كل شخص ممتع بها يكون قد غادر الجمهورية بقصد عدم العودة اذا جاوزت غيبته في الخارج ستة اشهر وذلك بعد اخطاره بالعودة اذا لم يرد او رد بأسباب غير مقنعة خلال ثلاثة اشهر من تاريخ اخطاره فاذا امتنع عن تسلم الاخطار او لم يعرف له محل اقامة اعبر النشر في ذلك بالجريدة الرسمية بمثابة الاخطار).

(٢٧) للتفصيل انظر د. عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الاجانب في القانون الدولي والقانون المصري، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ٢٠١٦ ، ص٣٠٦ وما بعدها .

(٢٨) نفس المصدر ، ص٤٨٨.

(٢٩) احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ,دار النهضة العربية,ط١,القاهرة,٢٠٠٨ ، ص٤٨١.

(٣٠) هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي، المصدر السابق، ص٧٩.

(٣١)بيار ماير ؛ فانسان هوزيه ,القانون الدولي الخاص؛ ترجمة علي محمود مقلد, بيروت : مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع,ط١,بيروت,لبنان,٢٠١٤، ص٢٥.

(٣٢) بيار ماير ؛ فانسان هوزيه ,القانون الدولي الخاص؛مصدر سابق، ص٢٥.

(٣٣) هاشم صادق، دراسات في القانون الدولي، المصدر السابق، ص١٠٠ وما بعدها .

(٣٤) رأي الدكتور احمد القشيري المشار اليه في كتاب د. هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص٨٢-٨٣.

(٣٥) عبد المنعم زمزم ، الجنسية ومركز الاجانب في القانون الدولي والقانون المصري ،مصدر السابق ، ص٣٢٣ وما بعدها .

(٣٦) بيار ماير وفانسان هوزيه ، المصدر السابق ، ص٢٣و ٢٥.

(٣٧) المادة ٢٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

قائمة المصادروالمراجع

١.احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومعاملة الاجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية ,دار النهضة العربية,ط١,القاهرة,٢٠٠٨ .

٢.احمد مسلم، المركز القانوني للأجانب، ط ١, القاهرة، ١٩٥٢، ص٣٠٥، وينظر كذلك : صالح عبد الزهرة الحسون ,حقوق الاجانب في

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

القانون العراقي، ط١, بغداد، ١٩٨١.

٣.بيار ماير ؛ فانسان هوزيه ,القانون الدولي الخاص؛ ترجمة علي محمود مقلد, بيروت : مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،ط١,بيروت,لبنان,٢٠١٤.

٤.جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامها في القانون العراقي والمقارن,ط٢,بغداد,١٩٧٦.

٥.الحسين احمد بن فارس بن زكريا, معجم مقياس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون ، بيروت، دار الجيل: عام ١٤٢٠م، ج٥، ص:٤١٥، محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي, مختار الصحاح، ، مكتبة لبنان، بيروت، تحقيق: محمود خاطر، ١٤١٥هـ-١٩٩٥م .

٦.سعود بن سعد الدريب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الاسلامية ونظام السلطة القضائية، ط١، مطابع حنفية، الرياض، ١٩٩٠.

٧.عامر محمود الكسواني: موسوعة القانون الدولي الخاص ، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، دار الثقافة، عمان الاردن، الطبعة الاولى ، ٢٠١٠.

٨.عباس زبون العبودي, إثبات الموطن في القانون الدولي الخاص. مجلة العلوم القانونية،مج. ٢٥، ع.٢، ٢٠١٠.

٩.عبد الرحمن بن محمد ابراهيم العنقري، تنازع الاختصاص القضائي، دراسة تطبيقية مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون، بحث ماجستير مقدم الى جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، كلية الدراسات العليا،٢٠٠٤.

١٠.عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الاجانب والتنازع الدولي للقوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ط١، مكتبة السنهوري، العراق، بغداد، ٢٠١٣.

١١.عبد المنعم زمزم، الجنسية ومركز الاجانب في القانون الدولي والقانون المصري، مطبعة جامعة القاهرة ، القاهرة ٢٠١٦

١٢.عوني محمد الفخري، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العراقية وتنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة في القانون الدولي الخاص، ط١، مكتبة الصباح، العراق، بغداد، ٢٠٠٧.

١٣.محمد بن مكرم ابن منظور, لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط١، عام ٢٠٠٠م .

١٤.محمد صبحي نجم، الوجيز في قانون اصول المحاكمات الجزائية الاردني، دار الثقافة, ٢٠٠٠

مجلَّة نصف سنوية محكَّمة تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة ـ بغداد
رقم إيداع مجلة دراسات قانونية
في دار الكتب والوثائق ٦٨٢ لسنة ١٩٩٩
رقم الإيداع الدولي ISSN 2223-8190

١٥.ممدوح عبد الكريم حافظ القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ط١، بغداد ١٩٧٣ .

١٦.منير عبد المجيد, تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية, طبع الاسكندرية – ١٩٩٢.

١٧.هاشم خالد، توطن المدعى عليه الاجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، ط١، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، ٢٠٠٣.

١٨.هاشم علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٨١.

Semi-annual Quarterly journal issued by Department of law Studies In Bayt Al-Hikma
No.of deposit at Library and Archives(694)1999
ISSN.2223-8190
Info@baytalhikma.iq

The role of the domicile in resolving conflict of jurisdiction problems

Assist.Lect. ruwayed Husham(*)

Abstract

The domicile is considered an effective touchstone in resolving private international law disputes, due to its dual role. It serves as an auxiliary touchstone or standard for resolving forms of conflict of laws. This is done through its work, directly or indirectly, in determining the law that must be applied to the party in dispute, and as a judicial officer that On its basis, the competent court rules to settle disputes. However, the defendant's court may violate the rule and jurisdiction is transferred to the plaintiff's court. The issue of regulating the provisions for proving domicile is considered a sensitive issue, as most legislation, including Iraqi legislation, is regulated by internal law regarding how to prove domicile, despite the great differences in these provisions. Therefore, a situation of conflict of jurisdiction arises in dealing with this issue. We are trying through the study. Explaining the position of the Iraqi and comparative legislator on the issue of regulating the domicile and the nature of the problems that arise in the conflict of jurisdiction in dealing with the subject.

Keywords: domicile, conflict of laws, conflict of jurisdiction, international law.

(*)Al-Mustansiriyah University/College of Law