كلية المأمون الجامعة

محاضرات

القانون الدولي الخاص

المرحلة الرابعة

الجنسية

الموطن

مركز الاجانب

التنازع الدولي للقوانين

تنازع الاختصاص القضائي

تنفيذ الأحكام الأجنبية

المحاضرة الأولى

مفردات المنهج لدراسة مادة القانون الدولي الخاص

١- مقدمة .

٢- الجنسية .

٣- الموطن .

٤- مركز الأجانب .

٥- التنازع الدولي للقوانين .

٦- تنازع الاختصاص القضائي الدولي .

٧- تنفيذ الأحكام الأجنبية .

المصادر المنهجية والمساعدة (د. عبد الرسول عبد الرضا ،الكتاب المنهجي المعتمد بكلية المأمون ، د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية ، الجزء الأول والثاني ، د. علي غالب الداوودي ،إضافة للقوانين العراقية النافذة، المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وقانون الجنسية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ وقانون إقامة الأجانب رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ وقانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ المعدل) والاتفاقيات الدولية ذات الصلة .

المحاضرة الثانية

مفهوم القانون الدولي الخاص

١- التعريف بالقانون الدولي الخاص .

٢- العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص .

٣- الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص .

٤- مصادر القانون الدولي الخاص .

٥- الخصائص العامة للقانون الدولي الخاص .

أولاً : تعريف القانون الدولي الخاص:

لم يتطور مفهوم القانون الدولي الخاص إلا بعد الثورة الفرنسية عام ١٨٦٩ بسبب الأخذ بمبدأ السيادة المطلقة للدولة ، وكان الظهور الأول له في هولندا عام ١٨٣٤ ، الا ان الفقه اختلف في وضع تعريف متفق عليه للقانون الدولي الخاص نظرا لطبيعة موضوعاته فضلا عن اختلاف مصادر احكامه ، لذلك نجد هناك ثلاث اتجاهات قانونية لتعريفه وسنبين ذلك على النحو التالي :

الاتجاه الاول : وهو الذي يعرف القانون الدولي الخاص بمعناه الضيق والذي يقصره على تنازع القوانين ، ويعرفه بأنه هو ذلك الفرع من القانون الذي يعنى ببيان القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات الابعاد الدولية الخاصة . وتأخذ بهذا الاتجاه كل من المانيا وايطاليا .

الاتجاه الثاني : وهو الذي يعرف القانون الدولي الخاص بمعنى اوسع من الاتجاه الاول حيث يضم اليه تنازع الاختصاص القضائي الى جانب تنازع القوانين ويعرفه بأنه هو ذلك الفرع الذي يعني ببيان القانون الواجب التطبيق وتعيين المحكمة المختصة في العلاقات ذات الابعاد الدولية الخاصة .ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه الانكلوسكسوني ، وتأخذ بهذا الاتجاه كل من امريكا وبريطانيا.

الاتجاه الثالث : هو الاتجاه الذي يعرفه بنطاق اوسع من الاتجاهين الاول والثاني ، فيعرفه بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يعني ببيان جنسية الاشخاص بالنسبة للدول وموطنهم وحالتهم القانونية عبر الحدود وبيان القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة في العلاقات الدولية الخاصة . ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه اللاتيني واخذت به الدول العربية ومنها العراق .

لذلك نجد ان هذا القانون ومن خلال ما ورد من تعاريف يختص بدراسة كل من الجنسية والموطن و مركز الاجانب و تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الذي يتضمن تنفيذ الاحكام الاجنبية .

وعليه يمكن تعريفه بأنه مجموعة من القواعد القانونية الوطنية التي تحكم العلاقات الدولية الخاصة للأفراد وتبحث في التوزيع الدولي لهم على اساس الجنسية والموطن لتحديد مراكز الاجانب وتحديد القانون الواجب التطبيق وتعيين الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي .

ثانياً : العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص

- لبيان العلاقة بين موضوعات القانون الدولي الخاص نجد ان هناك اتجاهين **الاول** يذهب الي تقليل العلاقة بين الموضوعات نظرا لاختلاف القواعد التي تحكم كل منها ، فالقواعد التي تحكم الجنسية والموطن ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي تتصل بالقانون العام وتوصف بأنها قواعد موضوعية تضع حلول فورية ومباشرة لكل موضوع ، في حين نجد ان قواعد تنازع القوانين هي من صميم القانون الخاص وتوصف بانها قواعد اسناد كونها لا تقدم حلولا فورية ومباشرة وانما تقدم احكاما توجيهية لأنها ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق على المسألة المعروضة امامه ، ولذلك يفضل هذا الاتجاه دراسة بعض من هذه المواضيع ضمن نطاق القانون الدولي الخاص .
- اما الاتجاه الثاني فأنه يذهب بل يؤكد وجود علاقة مباشرة بين تلك الموضوعات على اعتبار ان كل موضوع يمهد للأخر وان جميع القواعد التي تحكم تنتمي الى فصيلة واحدة من القوانين وهو القانون العام ، لذلك نجد ان الجنسية تعد السبب الاول لوجود بقية مواضيع القانون الدولي الخاص ، ولولا وجودها تصبح تحت حكم قانون واحد ومن ثم فان اختفائها يؤدي الى عدم وجود القانون الدولي الخاص.
- لان الجنسية تميز بين الوطني و الاجنبي وهذا يجعلنا امام ظهور موضوع الموطن كونها تميز عن طريق الموطن بين الاجنبي المتوطن وغير المتوطن ، كما ان وجودها مع وجود الموطن يؤدي الى بيان الحالة القانونية للأجنبي لتحديد ما يتمتع به من حقوق وما يقع على عاتقه من التزامات ، وان استعمال الاجنبي لهذه الحقوق يطرح موضوعا اخر و هو تنازع القوانين الذي يؤدي الى طرح موضوع اخر وهو تنازع المحاكم و اليات تنفيذ ما يصدر منها من احكام على المستوى الدولي ، ولذلك ومن خلال ما تقدم تبين لنا بأن موضوع الجنسية كان سببا ترتبت عليه بقية الموضوعات وان غياب موضوع الجنسية يعني غياب باقي الموضوعات .

ثالثاً : الطبيعة القانونية للقانون الدولي الخاص

لبيان طبيعة هذا الفرع من القانون لابد ان تطرح التساؤلات التالية :

الاول هل ان القانون الدولي الخاص هو فرع من فروع القانون " أي هل هو قانون بالمعنى الفني لكلمة "قانون"؟

والثاني هل انه قانون داخلي ام قانون دولي ؟

والثالث هل انه قانون عام ام قانون خاص ؟ ولذلك لابد من الاجابة على تلك التساؤلات قبل بيان طبيعة هذا القانون .

للإجابة على السؤل الاول فأن قواعده هي قواعد قانونية عامة مجرد تتصف بصفة الالزام لأنه يترتب على من يخالفها جزاء قانوني ولذلك ينطبق عليه وصف القانون .

اما الاجابة على السؤال الثاني فان الفقه ينقسم على اتجاهين **الاول** ينكر عليه الصفة الدولية ويصفه بالقانون الداخلي لان نطاق تطبيقه ومصادره تختلف عن نطاق تطبيق القانون الدولي العام ومصادره، كون الاول يحكم العلاقات التي يكون اطرفها أفرادا والثاني يحكم العلاقات التي يكون اطرافها دولا او اشخاص القانون الدولي العام كالمنظمات على سبيل المثال ، ومصادر الاول داخلية ، اما مصادر الثاني تكون دولية كالاتفاقيات او الاعراف الدولية .

اما الاتجاه **الثاني** فانه يعترف للقانون الدولي الخاص بالصفة الدولية من ناحية القواعد التي يتضمنها على الرغم من ان مصادرها داخلية كالتشريع والاعراف الداخلية ، الا ان نطاق تطبيقها له ابعاد دولية كونها لا تحكم العلاقات الوطنية وانما تحكم العلاقات ذات الابعاد الدولية الخاصة ، ومثال ذلك فان قواعد الجنسية تحكم العلاقة بين الفرد والدولة وبسببها تتدخل الدولة التي ينتمي اليها لحمايته دبلوماسيا في حالة اذا اصابه ضررا في الخارج ، فضلا عن انها تكون مسؤولة عن الاختصاص القضائي الدولي ، حيث وضعت لتحكم العلاقات بين الافراد التابعين لدولٍ مختلفة ، وان مركز الاجانب يتأثر بالعلاقات الدولية ، فعندما تكون العلاقات الدولية جيدة فإنها تنعكس على وضع الاجانب فيها وكذلك الحال بالنسبة للموطن ، ولذلك يذهب البعض الى القول بأن قواعد القانون الدولي الخاص هي قواعد داخلية من حيث المصدر ولاكن آثارها دولية من حيث نطاق تطبيقها.

وفي ضوء ما تقدم يتبين لنا بأن القانون الدولي الخاص هو قانون داخلي المصدر ودولي التطبيق .

أما الإجابة على السؤال الثالث فإن الفقه اتجه الى مذهبين أيضا **المذهب الأول** يلحقه بالقانون الخاص كون موضوعاته تتعلق بالعلاقات التي يكون أطرافها أفرادا ، فالجنسية مثلاً علاقة بين فرد ودولة وآثارها تنعكس على العلاقات الدولية الخاصة كما إنها تبين الى جانب الحقوق العامة الحقوق الخاصة للأفراد الذين ينتمون اليها ، وكذلك القانون الواجب التطبيق على المسائل التي هي من صميم القانون الخاص ، وينطبق ذلك على الموطن ومركز الأجانب ، أما تنازع القوانين فهو موضوع اختلاف بين الأنظمة القانونية الخاصة التي تحكم العلاقات التي يكون أحد أطرافها أفرادا وبنفس المضمون بالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي الدولي .

اما **المذهب الثاني** فهناك جانب من الفقه يلحقون موضوعات القانون الدولي الخاص تحت مظلة القانون العام على اعتبار الجنسية هي علاقة بين فرد ودولة وهذه العلاقة ترتبط بسيادة تلك الدولة كونها تحدد الحالة السياسية للأفراد الى جانب تحديد حالتهم المدنية ، وهذه المسائل تعتبر من صميم القانون العام ، وهكذا بالنسبة للموطن ، أما مركز الأجانب فإن قواعده يستأثر بها المشرع الوطني على اعتبار إنها مسألة تتعلق بسيادة الدولة فيما يتعلق بحركة الأجانب عبر حدودها من حيث دخولهم وإقامتهم وخروجهم منها لحماية أمن الدولة وسلامتها ،لذلك فإنها من الامور التي يختص بها القانون العام .

أما موضوع تنازع القوانين فإن هذا القانون يبين نطاق تطبيق القوانين الوطنية والأجنبية على العلاقات الدولية الخاصة ، لذلك هو من أبحاث القانون العام ، أما تنازع الاختصاص القضائي فهو أيضا يعنى ببيان نطاق اختصاص المحاكم الوطنية والأجنبية في العلاقات الدولية الخاصة ، وهذا يعني إنه أيضا من أبحاث القانون العام ، على اعتبار إن الاختصاصين التشريعي والقضائي هما من مظاهر سيادة الدولة .

ونخلص القول من خلال ما تقدم بأن مواضيع القانون الدولي الخاص بعضها ينتمي للقانون العام (كالجنسية والموطن ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي) الا ان اثارها تحرك تطبيق قوانين خاصة ، وبعضها تنتمي للقانون الخاص مثل تنازع القوانين الا ان اثارها يمكن ان تحرك قوانين عامة ، فهو قانون وطني يتضمن مواضيع مختلطة بين العام والخاص .

رابعاً : مصادر القانون الدولي الخاص

يتميز القانون الدولي الخاص بأنه يستمد احكامه من مصادر متنوعة بعضها دولية كالمعاهدات والاعراف الدولية واحكام القضاء الدولي ، والبعض الاخر مصادر وطنية كالتشريع والعرف والقضاء ، في حين نجد ان بعض الفقه يقسم تلك المصادر الى مصادر مكتوبة وغير مكتوبة والبعض الاخر يقسم تلك المصادر الى اساسية واخرى تفسيرية ،ولذلك سوف نبين عن تلك المصادر على النحو التالي :

١. **التشريع** : هو مجموعة القواعد القانونية المكتوبة التي وضعت من قبل السلطة المختصة في الدولة ، وهو مصدر حديث في مواضيع القانون الدولي الخاص وله دور حيوي ورئيسي بحيث ادى ظهوره الى قلة تأثير باقي المصادر الاخرى لهذا القانون ، والتشريع هو المصدر الاول لكافة فروع القانون وفي كافة القوانين الدولية ومنها القانون الدولي الخاص ، ونجد ذلك الدور للتشريع في الدستور وقوانين الجنسية الملغية والنافذ رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ وقانون اقامة الاجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ ، والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي نظم احكام تنازع القانون وتحديد اختصاص المحاكم العراقية في المنازعات المشوبة بعنصر اجنبي وقانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨ المعدل .

٢.**العرف** : وهو مجموعة القواعد الثابتة التي استقر الافراد على العمل بها وقتا طويلا وشاع الاعتقاد بإلزامها كونها تقترن بجزاء لمن يخالفها ، والعرف الدولي هو مصدر من مصادر القانون الدولي الخاص الا ن هذا المصدر قد ضعف دوره وقلت اهميته في تنظيم مشاكل كل المجتمع الدولي المعاصر بفعل اتساع دور التشريع والمعاهدات الدولية .

٣. **القضاء** : وهي مجموعة الاحكام القضائية التي تصدر من المحاكم الوطنية و الدولية ولها دور واضح في تحديد القانون الذي يحكم علاقة الافراد ذات الطابع لدولي . والقضاء مصدر له تأثير مساعد ومعاون واحتياطي في موضوعات القانون الدولي الخاص عدا الجنسية التي ينعدم فيها دوره بسبب دور التشريع لتنظيم احكامها ، في حين يعتبر المصدر الرسمي للقانون في بريطانيا ويمكن للقاضي الوطني ان يرجع للأحكام التي تصدر من المحاكم الدولية لحل مسائل تنازع القوانين التي تطرح امامه او يرجع الى احكام محكمة التحكيم الدولية .

٤.**المعاهدات الدولية** : وهي اتفاق شخصين او اكثر من اشخاص القانون الدولي العام على إحداث آثار قانونية معينة ، او كما عرفتها اتفاقية فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ فهي " اتفاق مكتوب بين دولتين او اكثر ، تهدف الى ترتيب او إحداث اثر قانوني معين في موضوع دولي " م / ٢ / أ . و للمعاهدات دور متساوي في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص كون الدولة تحتاج المعاهدات لتنظيم شؤون جميع موضوعات هذا القانون ، ولها تأثير مباشر في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي والموطن ومركز الاجانب ، في حين يكون تأثيرها غير مباشر على الجنسية اي يكون لها تأثير ولكن عن طريق التشريع عندما يسجل احكام الاتفاقية المتعلقة بالجنسية كاتفاقية سيداو لعام ١٩٧٩ التي تقضي على اشكال التمييز ضد المرأة ، وظهر هذا التأثير في احكام قانون الجنسية العراقي النافذ والتي تتعلق بالمرأة .

اما التأثير المباشر فقد كان واضحا في موضوع تنازع الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الاحكام الاجنبية كاتفاقية الرياض لعام ١٩٨٣ واتفاقية فينا للعلاقات القنصلية لعام ١٩٦٣ (التي تتضمن بعض الامتيازات و الاعفاءات للمبعوث القنصلي) وغيرها .

فالمعاهدة بعد مصادقتها من قبل الجهة المختصة بالدولة ونشرها بالجريدة الرسمية تعد بمنزلة القانون الداخلي وتكون نافذة وملزمة للأفراد والدولة ، وفي حالة اذا كانت المعاهدة لاحقة على القانون تعتبر قانون جديد وتطبق احكامها وفقا لقاعدة (القانون الجديد ينسخ القانون القديم بقدر ما يرفع التعارض بينهما) ، واذا كانت سابقة على القانون فوفقا للمادة (٢٩) مدني عراقي التي نصت على (لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص على خلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق) واذا لم يوجد نص صريح يقضي بأفضلية او اولوية المعاهدة على النص التشريعي يذهب بعضهم الى تطبيق المعاهدة واهمال النص لأنها اسمى منه كونها تعكس ارادة دولتين او اكثر في حين ان التشريع يعكس ارادة دولة واحدة ، وهناك اتجاه يذهب الى تطبيق حكم النص في القانون كون القاضي ملزم او يأتمر بأوامر مشرعه الوطني في حين ان المعاهدة تكون ملزمة للدولة .

٥. **المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص** : وهي مجموعة القواعد التي استقر العمل بها واصبحت اكثر شيوعا وانتشارا في نطاق علاقات القانون الدولي الخاص واكتسبت طابعا عالميا بسبب طبيعتها المشتركة وتحررها من الخصوصيات الوطنية كونها تضع حلولا مقنعة ومنطقية

في تنازع القوانين ، ومن هذه المبادئ الجنسية الفعلية التي يعتمد قانونها بالنسبة لمزدوج الجنسية ، كذلك بعض الاسس المتبعة في نظرية التكييف والإحالة والدفع بالنظام العام والغش نحو القانون ، وعلى الرغم من انها لم تصل الى مرتبة القواعد العرفية الدولية الملزمة فان لها اصول عامة مشتركة بين الدول ولذلك يمكن للقاضي ان يرجع لها في تنازع القوانين ، مما جعل المشرع العراقي يوجب الرجوع اليها من خلال نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي " يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من احوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا " ، لذلك نجد ان القاضي ملزم بالرجوع الى هذه المبادئ عند غياب النص التشريعي او العرف .

خامساً : الخصائص العامة للقانون الدولي الخاص

يتميز القانون الدولي الخاص بوصفه أحد فروع القانون بمجموعة من الخصائص العامة والتي سنبينها على النحو الآتي :

١- يتصف القانون الدولي الخاص بقواعد قانونية ملزمة كونها تتضمن جزاء مادي وهي تنظم مسائل تتصل بالمصلحة العامة وبسيادة الدولة ، ويتم تنفيذها طبقا للقوانين والإجراءات السائدة في كل دولة ، ويتفق الفقه على إن الأحكام التي تنظم القانون الدولي الخاص يتوافر فيها صفة الإلزام .

٢- يعتبر قانون حديث النشأة نسبياً لأن مفهومه لم يتطور قبل الثورة الفرنسية بسبب الأخذ بفكرة السيادة المطلقة من قبل الدول ، ويعود ظهوره الى عام ١٨٣٤م .

٣- قواعده وطنية من وضع المشرع الوطني في كل دولة ولا يخضع لسيادة دولة اخرى ، وهذا ما يميزه عن القانون الدولي العام الذي تكون سلطته فوق الدول .

٤- الأصل إنه قانون مختلط فهو قانون عام وقانون خاص إلا إن قواعده أقرب الى القانون الخاص كما أسلفنا .

٥- قواعده قواعد إسناد وإحالة كونها قواعد وطنية لا تعطي الحل المباشر وإنما ترشد القاضي للقانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي أو ذات الطابع الدولي .

٦- يتميز هذا القانون بعدم الترابط بين قواعده بصورة مستقلة لأن مواضيعه تتوزع في قوانين مختلفة منها على سبيل المثال القانون المدني وقانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب .

المحاضرة الثالثة : مفهوم وأحكام الجنسية

من الناحية التاريخية لم تكن الجنسية هي التي تحدد انتماءات الأفراد للدولة كما عليه الآن ، وإنما كان الانتماء على أساس الدين والمكان الذي يعيشون فيه هؤلاء الافراد ، وبعد أن استقرت فكرة الدولة ظهر مفهوم الجنسية المعروف بانتماء الفرد الى دولة معينة ، وكان ذلك في اواخر القرن الثامن عشر وتحديداً بعد الثورة الفرنسية عندما صدرت قوانينها التي تمنح الحق في التمتع بجنسيتها للوطنيين دون الأجانب ، وكان أول ظهور لمفهوم الجنسية بمعناها الحديث في عام ١٨٣٥م ، أما قبل هذا التاريخ فكانت وحدة الدين هي التي تجمع الأفراد باعتباره معيارا لتحديد الصفة الوطنية لهم ، وايضا كان انتماء الأفراد للتراب الوطني له أهمية في تحديد هذه الصفة من خلال الاقامة او التوطن في اقليم معين لمجموعة معينة من هؤلاء الافراد قبل ظهور فكرة الجنسية التي ارتبطت بفكرة الدولة .

اما من الناحية القانونية فقد ارتبطت الجنسية في نشوئها بقانون الجنسية العثمانية عندما كان العراق جزءا من الامبراطورية العثمانية حتى قيام الحرب العالمية الاولى عام ١٩١٤. ١٩١٨ ، وصدر اول قانون للجنسية في العراق هو القانون العثماني في ١٩ / ١/ ١٨٦٩ كونه تابع للدولة العثمانية ، والذي كان متأثرا الى حد ما بالقانون الفرنسي ، وبعد ان تفككت الدولة العثمانية الى دول متعددة على وفق معاهدة لوزان عام ١٩٢٣ التي اعترفت باستقلال العراق في ٦ / ٨ / ١٩٢٤ صدر قانون الجنسية العراقي رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ الذي كان تنفيذه باثر رجعي اي من تاريخ تنفيذ معاهدة لوزان على العراق واشارت لذلك المادة (٢١) منه ، ثم الغي هذا القانون وصدر القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ الذي ظل نافذا لغاية عام ٢٠٠٦ على الرغم من صدور قانون الجنسية العراقية والمعلومات المدنية رقم (٤٦) لسنة ١٩٩٠ الا انه لم ينفذ منذ صدوره و اخيرا صدر قانون الجنسية العراقية النافذ رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ الذي كان صدوره لتوحيد احكام الجنسية من خلال استحداث احكاما جديدة تراعي كافة الاعتبارات الانسانية

والاجتماعية التي تتلاءم مع المعايير الدولية ولأهمية هذا الموضوع سوف نبين عن مفهوم الجنسية واساسها القانوني وسلطة الدولة في تنظيمها فضلا عن دراسة أنوع ومشكلات الجنسية وعلى النحو الاتي :

١- تعريف الجنسية .

٢- أنواع الجنسية وأسس تعيينها .

٣- فقد الجنسية واستردادها .

٤- مشكلات الجنسية .

أولا : تعريف الجنسية (أركان – طبيعة – أساس – وظائف)

أورد الفقه عدة تعريفات للجنسية وجميعها تؤكد على الرغم من اختلاف صياغتها على إنها " رابطة قانونية سياسية وروحية بين الفرد والدولة تترتب عليها مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة " ، وهناك جانب من الفقه يؤكد على الجانب القانوني ، فقد عرفها الاستاذ الفرنسي باتيفول بأنها " الأداة التي يتم على اساسها التوزيع القانوني بين سائر الدول ، وهي الوسيلة التي تحدد ركن الشعب في الدولة ".

وعرفتها محكمة العدل الدولية في عام ١٩٥٥ بأنها " علاقة قانونية تقوم في أساسها على رابطة أصلية وعلى تضامن فعلي في المعيشة والمصالح والمشاعر ".

ولذلك فإن الاتجاه الذي يعتمد على الجانب القانوني يعتبر الجنسية فكرة متصلة بالقانون الخاص دون العام وليست رابطة سياسية بين الفرد والدولة ، في حين إن الاتجاه الذي يذهب بتغليب الجانب السياسي يعتبر ان الجنسية فكرة متصلة بالقانون العام ، وسبب هذا الخلاف يرجع للطبيعة القانونية للجنسية .

وفي ضوء ما تقدم لم نجد تعريفا تشريعيا للجنسية ولذلك فإن المعنى التقليدي المعتمد لدى جميع الفقه والذي يأخذ بكل جوانب الجنسية هو التعريف الاتي "علاقة قانونية وسياسية واجتماعية وروحية بين الفرد والدولة يترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة " واخذ به القضاء في

كثير من الدول . فهي علاقة قانونية كون القانون ينظم احكام نشأتها ووسائل اكتسابها وفقدها ويبين الاثار المترتبة عليها ، وهي علاقة سياسية كون تنظيمها السياسي يقوم على اساس الولاء السياسي للفرد تجاه دولته التي ينتمي اليها ، وهي علاقة اجتماعية كونها تمنح الفرد الشعور بالانتماء للجماعة والعيش معهم ، وروحية لأنها ليست علاقة مادية تقتضي وجود الفرد داخل الدولة او خارجها ، وإنما علاقة معنوية بين الفرد والدولة قوامها الولاء والتضحية لدى الفرد تجاه دولته وتقديم ما يمكنه من عطاء لها .

١- أركان الجنسية

للجنسية ثلاثة اركان يجب توافرها لقيام الجنسية وهذه الاركان تتوزع وفقا لما ورد من تعريفات فإنها تتوزع بين الدولة المانحة للجنسية والفرد المتلقي لها الى جانب العلاقة القانونية والسياسية التي يترتب عليها الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهما وسنبين ذلك على النحو التالي:

أ . الفرد : بعد ان تحرر الانسان من العبودية و اصبح يمتلك شخصيته القانونية التي يترتب عليها التمتع بما له من حقوق ويتحمل ما يقع عليه من التزامات ، وكان من اهم هذه الحقوق هو ان يكون له انتماء سياسي لدولة معينة تضمن حمايته تجاه الافراد والدول ، وهذا الحق اصبح من الحقوق الاساسية للإنسان واكدته المادة (١٥) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨التي نصت ((ان يكون لكل انسان الحق في الجنسية)). و اذا كان هذا الحق يتمتع به الانسان الطبيعي فان هذا الحق (حمل الجنسية) بالنسبة للشخص المعنوي كان محل خلاف بين الفقه وذلك في اتجاهين الاول انكر حق الشخص المعنوي في حمل الجنسية كونه يفتقر لبعض خصائص هذا الحق كالولاء السياسي والانتماء الروحي وان الشخص المعنوي لا يدخل ضمن التعداد السكاني للدولة ، والثاني يعترف للشخص المعنوي بحق حمل الجنسية اسوةً بالشخص الطبيعي وهو الرأي الراجح واخذت به الهيئات الدولية بل اقرته ، وكذلك الامر بالنسبة لجنسية الاشياء ولذلك فان مفهوم الجنسية لا ينطبق فقط على الشخص الطبيعي الذي يعتبر احد اركان الجنسية ، وانما يشمل الشخص المعنوي كالشركات والجمعيات والاشياء كالبواخر والطائرات.

ب. الدولة : تتمتع الدولة دون سائر اشخاص القانون الدولي العام بحق منح الجنسية للأفراد الذين ينتمون اليها ، وهي تملك هذا الحق بما لها من شخصية دولية ، ولا يؤثر صغر مساحة

الدولة او قلة عدد سكانها وتبعيتها ونقص سيادتها على هذا الحق ، وتكون الدولة مختصة بمنح وتنظيم الجنسية، ولا يجوز لأي جهة او هيئة عليا ان تمنح الجنسية كالأمم المتحدة مثلا التي تعتبر اعلى من الدولة ، ولا ينطبق عليها وصف الدولة ، وكذلك الحال بالنسبة لدول الاتحاد الاوربي فإن لكل دولة داخل الاتحاد جنسيتها الخاصة بها كونها تمتلك شخصيتها القانونية والدولية ، على الرغم من وجود محاولات مستمرة لتوحيد جنسية دول الاتحاد الاوربي ، وهكذا الحال بالنسبة للدول الاتحادية التي تنظم سلطة دولة واحدة كالولايات المتحدة الامريكية ، بحيث لا يمكن لهذه الولايات داخل الولاية الاتحادية ان تمنح جنسية وانما تمنح جنسية واحدة لجميع الولايات داخل الاتحاد ، وهي جنسية الولايات المتحدة الامريكية التي تسري على جميع الولايات ، وكذلك لا يشترط ان تكون الدولة تامة السيادة او معترف بها من قبل دولٍ اخرى لكي تمارس سلطتها في منح جنسية خاصة ، بمعنى يجوز للدولة ان تكون ناقصة السيادة او تحت الحماية او الوصاية او الانتداب ، فيجوز لها ان تصدر جنسية خاصة بها طالما تحتفظ بشخصيتها الدولية ، كما في العراق الذي كان تحت الانتداب البريطاني واصدر اول قانون للجنسية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤و كذلك سوريا عندما كانت خاضعة للانتداب الفرنسي واصدرت اول قانون عام ١٩٢٥، اما اذا فقدت الدولة شخصيتها القانونية بشكل كلي كما هو الحال بالنسبة للدول المستعمرة او التي تم انضمامها الى دول اخرى فان افرادها لا تثبت لهم جنسية خاصة بهم وانما يكونون تابعين للدول التي استعمرت اقاليمهم او دولتهم التي فقدت سيادتها بالكامل .

جـ . علاقة قانونية سياسية :

لا شك ان العلاقة القانونية هي الرابطة التي تكون بين الفرد والدولة وتحكمها قاعدة قانونية ، لذلك عندما نقول ان الجنسية رابطة قانونية بمعنى ان القانون هو الذي ينظم احكام فرض الجنسية ومنحها وفقدانها واستردادها وما يترتب عليها من اثار ، وهذه الاثار قد تكون فردية او جماعية .

وبطبيعة الحال فان هذه العلاقة القانونية يترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة بين كل من الفرد و الدولة ، لذلك فان الفرد الذي يتمتع بالجنسية يحصل على الصفة الوطنية وغيره تكون صفته اجنبية ، والدولة تمنح الامتيازات لمن يحمل الصفة الوطنية ، ولذلك تصبح العلاقة قانونية سياسية بينهما لكي يتمتع بجنسيتها ، والفرد له دور مهم في هذه العلاقة او الرابطة القانونية

السياسية التي تربطه بدولته لان استقلال الدولة واستمرارها يعتمد اساسا على الشعب المكون لها ، باعتبار الفرد جزءا منه وله دور في تكوين الدولة وبقائها .

٢- الطبيعة القانونية للجنسية

لقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للجنسية ، فهناك نظرتين او اتجاهين تبين لنا تلك الطبيعة وسوف نبين لهما على النحو التالي :

الاتجاه الأول : ذهب هذا الاتجاه الى وصف الجنسية بأنها عقد تبادلي بين الفرد والدولة ، والعلاقة بينهما هي علاقة عقدية ، وأساس هذا الوصف هو نظرية العقد الاجتماعي للفقيه الفرنسي جان جاك روسو ، وهذا العقد يستلزم وجود ارادتين هما ارادة الفرد وارادة الدولة (إيجاب وقبول) تتجه كل من الارادتين الى إحداث أثر قانوني وهو صدور الجنسية ، إلا إن الواقع هذه النظرية أو هذا الاتجاه لا يستند على أساس قانوني سليم وتعرض للانتقاد بسبب إن الدولة تعبر عن إرادتها أولا ووفق ما تضعه من شروط لكسب جنسيتها بصيغة ايجاب عام موجه الى الجمهور ، وارادة الفرد تكون برغبته في الحصول على الجنسية فيكون قبولا منه ، وهذا الايجاب والقبول يظهر بصورة مختلفة وبحسب نوع الجنسية ، فإذا كانت الجنسية أصلية يكون إيجاب الدولة عام موجه للجميع ، وفي اطار الجنسية المكتسبة أحيانا تكون إرادة الفرد في قبول الايجاب صريحة في إطار الجنسية المكتسبة كما هو الحال في التجنس ، وتكون ضمنية كما في الحاق الزوجة بجنسية الزوج بفعل الزواج المختلط أحياناً أخرى ، في حين تكون الإرادة مفترضة في إطار الجنسية الأصلية ، أي تفرض الدولة جنسيتها على الفرد بحكم القانون دون اعتبار لإرادته كونها تثبت للمولود منذ ولادته .

وكذلك الحال عندما تقوم بتجريد الفرد من جنسيته المكتسبة (اللاحقة) بالتجنس لأي سبب من الاسباب المحددة قانوناً دون الرجوع لإرادته ، أي ان إرادة الدولة تغلب على إرادة الفرد في مثل تلك الحالة ، في حين لو كانت الجنسية عقد بين الطرفين لا يجوز لإحداهما الرجوع عن العقد أو تعديله أو إنهائه بإرادة منفردة .

وقد وجه انتقاد الى اصحاب الاتجاه الاول مفاده ان تشبيه الجنسية بالعقد حيلة قانونية ، حيث انها لا تستند الى اساس قانوني سليم ، اذ ان الجنسية في هذه الحالة لا تتضمن متطلبات العقد

من اهمها توافر الاهلية في اطار الجنسية الاصلية ، حيث تمنح الجنسية لفاقد الاهلية وناقصها ، وكذلك ليست لها ذات الاهمية في اطار الجنسية المكتسبة كألحاق الزوجة بجنسية زوجها تلقائياً بسبب الزواج المختلط ، فضلاً عن ان من متطلبات العقد التوازن والتكافؤ بين طرفي العقد إذ لا وجود له بين الفرد والدولة

و يوجد رأي فقهي آخر يذهب الى تشبيه الجنسية بالشركة ، يعتبر فيها الوطنيين هم أعضاء في هذه الشركة ، وهذا الرأي لا يقوم على أساس قانوني سليم ، لان علاقة الجنسية تخضع كما مرَّ بنا لأحكام قواعد القانون العام ، في حين إن علاقة الشركة تخضع في أكثر الأحيان لقواعد القانون الخاص .

الاتجاه الثاني : ذهب هذا الاتجاه الى وصف الجنسية بعلاقة قانونية بين الفرد والدولة ، والدولة هي التي تكون مختصة بوضع قانون ينظم حالات فرض الجنسية ومنحها وفقدها واستردادها ، وفقا لمصالحها السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، في حين ان إرادة الفرد لا تظهر إلا بصورة محدودة وتحديدا في إطار الجنسية المكتسبة عند تقديم الفرد طلبا للجهة المختصة في الدولة للحصول على جنسيتها ، وهذا هو الرأي الراجح لدى أغلب الفقه . لذلك فإن الجنسية هي علاقة قانونية تنظم بقانون يصدر بإرادة الدولة يحدد شروط فرضها ومنحها وفقدها واستردادها.

٣- أساس الجنسية

لبيان أساس الجنسية هناك اتجاهين : **الاول** يمثله الفقه الانكلوسكسوني الذي يذهب الى ان اساس الجنسية هي المنفعة المتبادلة بين طرفيها ، لان الفرد تكون له بموجب الجنسية حقوق وحماية له في داخل الدولة وخارجها ، والدولة لها بموجب جنسيتها الحق في ممارسة ولايتها وسيادتها على من يحمل جنسيتها في الداخل والخارج مما يضمن لها السيطرة المادية والقانونية على مواطنيها .

والثاني يمثل الفقه اللاتيني الذي يذهب الى قيام الجنسية على اساس روحي فيصفها بأنها رابطة روحية قوامها الولاء السياسي و الانتماء الروحي بين الفرد والدولة .

وحقيقة الامر ان الجنسية كما يذهب بعض الفقه تقوم على اساسين الاول مادي (نفعي) والثاني معنوي (روحي) لا يمكن الفصل بينهما ، لان احدهما يقوم على الاخر ، وهو ما اكدته محكمة العدل الدولية في قضية نوتباوم عام ١٩٥٥، باعتبارها قاعدة عامة من قواعد القانون الدولي السارية على جميع الدول ، والتي تتلخص بأن تكون صلة حقيقية وفعالة بين الفرد والدولة لكي تمنح تلك الدولة جنسيتها للأفراد .

٤- وظائف الجنسية

للجنسية وظيفتان الاولى داخلية عندما يكون الفرد داخل الدولة التي يحمل جنسيتها والثانية دولية في حالة اذا كان الفرد خارج دولته ، ولذلك لابد من عرض تلك الوظيفتين :

١ـــ الوظيفـــة الداخليـــة: تـــؤدي الجنســـية وظـــائف داخليـــة تتمثـــل بمـــا يـــأتي :

أ. الحقوق والالتزامات : تعتبر الجنسية معيار لتمييز الوطنين عن الاجانب ، وتميز ايضا بين الوطنيين الاصليين عن الطارئين (المتجنسين) لتحديد ما يتمتعون به من حقوق وما يقع عليهم من التزامات ، فالدولة توفر للوطنيين حقوق والتزامات اوفر من التي تمنحها للأجانب ، وتمنحها بشكل فوري ومباشر للوطنيين الاصليين ، وتعلق هذا المنح على مضي مدة معينة بالنسبة للوطنيين المتجنسين وعليه فأن الجنسية تؤدي وظيفة داخلية كما هو شأن جميع دول العالم.

ب . النظام القانوني : تعتمد الجنسية في اكثر دول العالم معيارا لتحديد الاختصاص القانوني في مسائل الحالة الشخصية للأفراد ، وتعد عنصر من عناصر الحالة الشخصية ، كونها تصل بين حالة الشخص واهليته وزواجه وطلاقه ونسبه وميراثه والنظام القانوني لدولة جنسيته ، ولذلك فإنها تؤدي وظيفة داخلية لها ابعاد دولية لها تأثير على المركز القانوني للفرد في العلاقات ذات البعد الدولي او المشوبة بعنصر اجنبي ، وعليه تعتبر الجنسية معيار عالمي لأنها تعتمد لدى اغلب الدول لتحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية ، في حين تعتمد بعض الدول الموطن بوصفه معيارا في هذا المجال منها بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية ، وايضا اعتماد الجنسية لتحديد النظام القانوني الداخلي للشخص المعنوي اذا تم منحه جنسية دولة مركز الادارة الرئيس.

٢. الوظيفة الدولية : و تتمثل هذه الوظيفة بما يأتي :

١. قبول الدولة دخول مواطنيها في حالة ابعادهم من دولة اجنبية او عودتهم بعد انتهاء اقامتهم في الخارج ، وكذلك تلتزم بعدم ابعاد موطنيها عن اراضيها وخاصة الاصليين كونهم يحملون جنسية الدولة ويتمتع بحق القرار على اراضيها الوطنية.

٢. تلتزم كل دولة بحماية مواطنيها دبلوماسيا في حالة اذا لحقهم ضرر دون ارادتهم ، ولم يستطيعوا الحصول على حقوقهم ، من خلال الاجراءات القضائية الداخلية في دولة اقامتهم

المحاضرة الرابعة : سلطة الدولة في تنظيم الجنسية

من الثابت ان لكل دول الحق في تنظيم احكام الجنسية التي تصدر عنها، ولا يجوز لأي دولة اخرى او اي جهة دولية ان تتدخل في شؤنها التنظيمية مثلما لها الحق في تحديد شعبها المكون لها من خلال الجنسية ، وهذا الحق تم قراره من قبل محكمة العدل الدولية في عام ١٩٢٣ بشأن النزاع الفرنسي الانكليزي حول اصدار فرنسا مراسيم الجنسية في تونس ومراكش ، والذي بموجبه تعتبر مسائل الجنسية ضمن المجال الخاص لكل دولة ، واقرتها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠بخصوص تنظيم الجنسية ، وباعتبار الجنسية لها مساس بسيادة الدولة ومصالحها ولا يمكن لغيرها النظر في تقديرها ، لذلك يعتبر الحق او الحرية للدولة في تنظيم امور الجنسية التي تصدرها من قواعد القانون الدولي العام ، ولكن هذه الحرية لسلطة الدولة في امور جنسيتها ليست مطلقة وانما مقيدة بقيود بعضها مقررة لمصلحة الدولة كالاتفاقيات والاعراف الدولية وبعضها الاخر لمصلحة الافراد وهي المبادئ العامة المثالية المستقرة في امور الجنسية ، لذلك لابد لكل دولة ان تلتزم بهذه القيود في تنظيم احكام الجنسية من خلال قوانينها الوطنية ، وسوف نبحث في هذه القيود وفقا لما يأتي :

اولاً : القيود المقررة لمصلحة الدول :

وهذه القيود تكون على نوعين الاول القيود العرفية والثاني القيود الاتفاقية.

١. **القيود العرفية** : وهي مجموعة عن بعض القواعد التي صدرت عن بعض المواقف التي تتبعها الدول وتسمى بالسوابق ،وليصبح هذا السلوك قاعدة دولية معترف بها لدى تلك لدول .

ومن هذه القواعد العرفية حرية الفرد في اختيار الجنسية وحق التغيير وعدم جواز تجريده من جنسيته دون سبب ، وهناك العديد من الاعراف الدولية التي تم اقرارها في الاتفاقيات الدولية كما في اتفاقية فيننا للعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١ واتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ التي اشارت الى ضرورة احترام القواعد المستقر عليها العرف الدولي بشؤون الجنسية .

٢. **القيود الاتفاقية** : وهي القيود التي يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية التي تنعقد بين الدول والتي اصبحت قواعد قانونية مسجلة منها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ التي اعطت الحق لكل دولة ان تصدر جنسيتها لتحديد ابناء شعبها ، وترتب التزاما على باقي الدول بعدم التعدي على حدود البشرية المقررة بقوانين الجنسية لدى الدول الاخرى ، لذلك فأن ارتباط الدولة باتفاقيات عامة او خاصة بشان الجنسية يعد قيدا على حريتها في تنظيم امور جنسيتها ، ومن هذه الاتفاقيات فيينا لعام ١٩٦١ وبموجب المادة الثانية منها التي لا تسمح بمنح الجنسية لأطفال الدبلوماسي من قبل الدولة المعين فيها وهذه الاتفاقية صادق عليها العراق بقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٦٣، وهناك اتفاقيات اخرى تهدف الى تلافي ظاهرتين دولتين هما انعدام الجنسية وازدواجها ، كاتفاقية الجامعة العربية لسنة ١٩٥٢واتفاقية جنسية النساء المتزوجات لعام ١٩٥٧ واتفاقية القضاء على جميع اشكال التميز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ و اتفاقية الامم المتحدة بشأن عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤ ، فجميعها تعتبر قيود على كل دولة في تنظيم احكام جنسيتها ، لذلك فان عدم الالتزام بهذه القيود يؤدي خلق حالة الفوضى في المجتمع الدولي ، وهذا ما لا يقره القانون الدولي ، وعادة تقابله الدولة بشرط المعاملة بالمثل في علاقاتها الدولية .

٢ثانياً : القيود المقررة لمصلحة الافراد

وردت هذه القيود في المادة (١٥) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان عام ١٩٤٨ والتي نصت على ان :

١. لكل فرد حق التمتع بجنسية ما .

٢. لا يجوز حرمان اي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته .

لذلك نجد بان النص اعلاه يتضمن فرض ثلاثة قيود على الدول مقررة لمصلحة الافراد وهي تمثل المبادئ المثالية التي تلتزم بها جميع الدول ، وسنبين عنها على النحو الاتي :

١. حق الانسان في جنسيته : وبموجب هذا المبدأ فان الاصل ان يكون لكل انسان جنسية ، ويحصل عليها منذ لحظة ولادته وفقا لقانون جنسية دولته ، والدولة لا تمنح جنسيتها لشخص ما لم تكون بينها وبينه رابطة فعلية كرابطة الموطن ومحل الميلاد ومقر اعماله لكي يتم التطابق بين الجنسية القانونية والواقع وهو ما يسمى بمبدأ الواقعية في الجنسية الا ان هناك بعض الاشخاص يقع في حالة انعدام الجنسية او اللاجنسية كالبدو الرحل والمسقطة عنهم الجنسية والغجر ، وهذه الظاهرة ترجع لعدة اسباب ، منها اختلاف اسس فرض الجنسية الاصلية ومنح الجنسية المكتسبة بين الدول ، فأسباب فرض الجنسية الأصلية المفضية للانعدام تتمثل في ولادة طفل في دولة تأخذ بأساس حق الدم من أب تابع لدولة تأخذ بأساس حق الإقليم ، ففي ظل هذا الفرض سوف لا يحصل المولود على جنسية الأب لأنه مولود خارج اقليم دولة الأب ولا على جنسية مكان الميلاد لأن قانون مكان الميلاد لا يأخذ بحق الإقليم فينعدم الولود للأساسين وبأثر ذلك ينعدم للجنسية ، اما الانعدام نتيجة اسباب منح الجنسية فيتمثل بزواج امرأة من دولة تجردها جنسيتها الوطنية ان تزوجت بأجنبي دون ان يلحقها قانون دولة جنسية الزوج بجنسيته فتقع بفعل ذلك في حالة الانعدام ، فضلا عن تجريد او اسقاط الجنسية عن الفرد في بعض الدول ، ونجد ان الفقه يدعو الى مكافحة تلك الظاهرة بوسائل متعددة ، وذهبت الى ذلك اغلب التشريعات التي تفرض الجنسية على كل من يولد من ابوين مجهولين كالتشريع السعودي والمصري، واشارت الى ذلك كل من اتفاقيه لاهاي ١٩٣٠ لتفادي ظاهرة اللاجنسية و اتفاقية فينا لعام ١٩٦١ و اتفاقية الجامعة العربية لعام ١٩٥٢ لتقليل حالات اللاجنسية كونه ظاهرة غير طبيعية و تتعارض مع الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، وتعد من مشاكل الجنسية.

وقد نص المشرع العراق في قانون الجنسية النافذ في المادة ٣(/ب) على حالة المولود لأبوين مجهولين وكذلك اللقيط حيث فرض الجنسية العراقية على كل من وجد في الوضعين اعلاه .

٢. حق الانسان في جنسية واحدة : الاصل ان يحصل كل انسان على جنسية واحدة يرتبط من خلالها بعلاقة مع الدولة يتجسد فيها ولائه لتلك الدولة ،الا ان هناك اشخاص يحصلون على اكثر من جنسية يصطلح عليهم بمزدوجي او متعددي الجنسية وهذه الظاهرة تقع لعدة اسباب منها اختلاف اسس فرض الجنسية الاصلية كأن يولد الشخص لأب يتمتع بجنسية دولة تأخذ بحق الدم في دولة تأخذ بحق الاقليم مما يفضي الى حصوله على جنسيتين منذ الميلاد ، او

يحصل على الجنسية على اساس حق الدم المنحدر من الاب و الام كما في القانون العراقي النافذ م/ ٣/أ وكذلك المصري والتونسي .

اما اسباب الازدواج في منح الجنسية المكتسبة فيحصل عندما تتزوج المرأة من اجنبي وتدخل في جنسية زوجها مع احتفاظها بجنسيتها وفقا لقوانين دولتها ، لذلك نجد ان الفقه يتجه لتلافي حصول هذه الظاهرة من خلال عدة وسائل كونها ظاهرة غير طبيعية و غير مرغوب فيها لدى المجتمع الدولي ، كون الشخص لا يمكن ان يكون مواطنا صالحا لأكثر من دولة لتعارض مصالح تلك الدول ، وهناك عدة اتفاقيات دولية عقدت بهذا الشأن لتلافي تلك الظاهرة و منها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ و اتفاقية جنسية النساء لعام ١٩٥٧ ، واخذ بذلك المشرع العراقي في قانون الجنسية السابق رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٣.

وتجدر الاشارة الى ان قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ وبموجب المادة (١/١٠) التي تسمح للعراقي الذي يكتسب الجنسية الاجنبية ان يحتفظ بجنسيته العراقية ما لم يعلن تخليه تحريريا عنها مما يفضي الى تحقق ظاهرة ازدواج الجنسية .

٣. حق الانسان في تغيير جنسيته والاحتفاظ بها :

ولاشك ان مضمون هذا الحق هو السماح للفرد بتغيير جنسيته الى جنسية دولة اخرى بعد ان كانت فكرة الولاء الدائم للدولة سائدة آنذاك والتي لم يعد لها وجود في مجتمعنا المعاصر ، ولذلك لا تستطيع الدولة ان تجبر الفرد على البقاء في جنسيتها اذا كان لا يشعر بالولاء والارتباط بها . وهذا الحق اكد عليه الاعلان العالمي لحقوق الانسان و اشارت له الاتفاقيات الدولية ، الا انه ليس مطلقا للفرد و انما مقيد بعدم هروبه من اداء الالتزامات العامة تجاه دولته و هذا القيد اشارت له المادة ١٦ من قانون الجنسية العراقي النافذ ، و هي الالتزامات المالية او القانونية التي تفرضها عليه الدولة ، في حين ان بعض الدول تشترط عليه اداء الخدمة العسكرية.

ومثلما اعترفت اكثر التشريعات والمواثيق الدولية بحق التغيير قد اعترفت للفرد بحق الاحتفاظ بجنسيته ولا يجوز للدولة تجريده من الجنسية دون مبرر قانوني .

ومقابل ذلك يجوز للدولة اجبار الفرد على التخلي عن الجنسيات المتعددة التي يحملها ويحتفظ بإحداها فمثل هذا الاجبار لا يتعارض مع مبدأ الاحتفاظ طالما كان وسيلة لتفادي حالة ازدواج الجنسية .

الاتجاهات الجديدة في قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦

استطاع المشرع العراقي معالجة الكثير من مشكلات قوانين الجنسية السابقة و القرارات التعسفية التي اتخذت في مسائل الجنسية في تلك القوانين ، وسوف نبين عن تلك الاتجاهات على النحو الاتي :

١. اعطى الجنسية العراقية لكل شخص عراقي منذ لحظة ولادته ، وسهل اجراءات الحصول عليها لتقليل حالة عدم الجنسية ، والغى كافة النصوص المتعلقة بأسقاط الجنسية العراقية مهما كانت الاسباب ، واعتبر عراقيا كل من ولد في العراق من ابوين مجهولين واشارت لذلك المواد ٢و٣و١٨ وكذلك الأسباب الموجبة من قانون الجنسية العراقي النافذ .

٢. تم الغاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٦٦) لسنة ١٩٨٠ بموجب المادة ١٧ من القانون النافذ واعاد الجنسية العراقية لكل عراقي اسقطت عنه بموجب القرار اعلاه و جميع القرارات الجائرة الصادرة بهذا الخصوص .

٣ . اخذ المشرع العراقي بالاتجاه الحديث الذي شهده العراق في مجال الحقوق و الحريات وذلك من خلال المادة ١٢ من القانون النافذ والتي اعطت الحرية والاستقلال للمرأة العراقية المتزوجة من غير العراقي و اكتسبت جنسية زوجها فأنها لا تفقد جنسيتها العراقية ما لم تتخلى عنها تحريريا .

٤ . انسجاماً مع المادة (١٠٠) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ التي نصت على " يحضر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار اداري من الطعن " وهذا يعني انه خضع لسلطة وزير الداخلية لرقابة القضاء بحيث ينظر في الدعاوي الناشئة عن مسائل الجنسية من قبل المحاكم المختصة ، واشارت لذلك المادتين ١٨ و ١٩ من قانون الجنسية النافذ .

٥ . ساوى المشرع العراقي بين الاب و الام في فرض الجنسية العراقية الاصلية للمولود على اساس حق الدم المنحدر من الاب والام وهو ما نصت عليه المادة ٣ / أ التي تضمنت " يعتبر عراقيا من ولد لأب عراقي او لأم عراقية " و هذا الاتجاه اخذت به اغلب التشريعات ، و هذا الاتجاه لم يأخذ به المشرع العراقي بالقانون الملغي الا بصورة استثنائية وبشرط وجود حق الاقليم معه (م / ٤ / ٢) ، الا ان الاتجاه الحديث للمشرع العراقي في القانون النافذ جاء انسجاما مع المادة ٩ / ب من معاهدة الامم المتحدة لعام ١٩٧٩ التي تنادي بالقضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة وذلك بمنحها الحق اسوة بالرجل فيما يتعلق بجنسية اطفالها .

٦ . تميز المشرع العراقي على اغلب التشريعات من خلال المادة (٦) من القانون النافذ بوضع شروط موحدة لمن يرغب التجنس بالجنسية العراقية تسري على جميع الاجانب بما فيهم العرب من خلال لفظ (غير العراقي) الذي ورد في المادة (٥) منه و التي تشمل الجميع عرب واجانب، بينما كان القانون الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ يستثني العرب من شرط الاقامة .

٧ . ايضا ساوى المشرع العراقي بين الرجل و المرأة في تأثر جنسيتها بالزواج المختلط ، بحيث اعطى لغير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الحق في اكتساب الجنسية العراقية بشرط الاقامة لمدة (٥) سنوات ؛ اي نصف مدة الاقامة في التجنس العادي وهي ١٠ سنوات، كذلك استخدم المشرع العراقي لفظ (غير العراقية) لتشمل العربية و الاجنبية على حد سواء على عكس القانون الملغي الذي استخدم مصطلح العربي و العربية للتمييز بين مصطلح الاجنبي و الاجنبية وهو ما اشارت له المادة (١١) من القانون النافذ و التي اجازت للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي ان تكتسب الجنسية العراقية .

٨ . اورد المشرع العراقي في المادة ١٠ / ٣ قيد للشخص الذي يفقد جنسيته بإرادته له الحق باستردادها لمرة واحدة بحيث لا يحق له استردادها مرة اخرى لاستقرار الصلة القانونية الروحية بين الفرد و الدولة .

المحاضرة الخامسة

انواع الجنسية واسس تعيينها

تختلف اسس تعيين احكام الجنسية من دولة الى اخرى ، وسبب هذا الاختلاف هو امتلاك الدولة حريتها في تنظيم مسائل الجنسية الخاصة بها ، وكذلك عدم وجود اتفاقية دولية موحدة لتحديد الاسس العامة التي يجب ان تستند عليها الدولة في تنظيمها لأحكام الجنسية على الرغم من وجود بعض القيود الدولية الاتفاقية التي اشرنا لها سلفا ، وهذه الاسس تختلف بحسب الجنسية التي تكون على اربعة انواع ثلاثة منها تفرض او تمنح للأشخاص الطبيعية وهي جنسية التأسيس التي يحصل عليها الافراد عند بداية تأسيس الدولة ، والثانية الجنسية الاصلية او الميلاد التي اساسها الاصل الوطني للمولود او الطبيعة الوطنية لمكان الميلاد و الثالثة الجنسية المكتسبة لتي تقوم على اسس متعددة بحسب طريقة اكتسابها ، والنوع الرابع هي جنسية الاشخاص المعنوية و هي تختلف عن اسس تحديد الجنسية للأفراد الطبيعية ، و للإحاطة بهذا الموضوع لابد ان نبين تلك الاحكام من خلال الفقرات الآتية :

اولاً : اسس تعيين جنسية التأسيس

وهي الجنسية التي تفرض او تختار عند تأسيس الدولة او تبدل السيادة على الاقليم ، كما في حالة انفصال الدول العربية و منها العراق عن الامبراطورية العثمانية على وفق معاهدة لوزان في عام ١٩٢٣ . وتعتبر هذه المعاهدة السند القانوني لجنسية التأسيس في الدول العربية ومنها جنسية التأسيس العراقية . وتعتبر جنسية التأسيس أول جنسية عراقية ارتبطت بقيام الدولة العراقية و نظمت الاحكام التي تحدد الاشخاص الذين تفرض عليهم هذه الجنسية ، و هي جنسية وقتية ومهمه جدا في بداية نشوء الدولة ، وتقل هذه الاهمية بمضي المدة لأن احكامها انتقالية طبقت خلال فترة انتقال معينة ، وهي فترة تكوين الدولة العراقية .

وعلى الرغم من انها وقتية و انتقالية الا انها تعد الاساس القانوني الذي بنيت عليه احكام الجنسية العراقية لاحقا ، و نجد ان المادة (٢) من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ أشارت على اعتماد جنسية التأسيس كونها نصت على " يعتبر عراقي الجنسية كل من حصل على الجنسية العراقية بموجب احكام قانون الجنسية العراقية رقم٤٢ لسنة ١٩٢٤" ، و هذا

القانون هو اول قانون نظم احكام الجنسية العراقية ويفرض جنسية التأسيس على اساس سكن العثماني في العراق و توظف العثماني في الحكومة العراقية ، وبموجبه ايضا سمح المشرع العراقي باختيار جنسية التأسيس على اساس ولادة العثماني في العراق و ان لم يكن ساكنا فيه عادة ، و هي اسس او شروط فرض و منح هذه الجنسية و التي سوف نبين تفاصيلها على النحو الآتي :

١. اسس فرض جنسية التأسيس العراقية

تفرض هذه الجنسية على اساسين الاول سكن العثماني في العراق عادة و الثاني توظف العثماني في الحكومة العراقية حتى لو لم يكن ساكن في العراق عادة .

أ. سكن العثماني في العراق عادة :

نصت المادة (٣) من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ الملغي على انه " كل من كان في اليوم السادس من اب ١٩٢٤ من الجنسية العثمانية وساكنا عادة في العراق تزول عنه الجنسية العثمانية و يعد حائزا على الجنسية العراقية ابتداءً من التاريخ المذكور " ... ولذلك تعد هذه المادة الاساس القانوني لأحكام الجنسية العراقية ، واكد ذلك قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي في المادة الثانية منه ، و اشار لذلك و فق المادة الثانية قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ، و عليه من خلال الاحكام اعلاه فأن جنسية التأسيس تفرض على اساس توافر الشرطين الآتيين :

الشرط الاول : ان يكون الشخص عثماني الجنسية في ٦ / اب / ١٩٢٤و هو تاريخ نفاذ معاهدة لوزان على العراق التي خولت الدولة وفقا للمادة ٣٠ منها بتحديد وطنييها ضمن حدودها الاقليمية بحسب قانونها المحلي بحيث لم يشمل الاشخاص الاجانب الاخرين ، و الاشخاص الذين يحق لهم الحصول على الجنسية العثمانية تم تحديدهم على وفق المادة (٩) من قانون الجنسية العثمانية لسنه ١٨٦٩ التي نصت على انه " يعتبر كل شخص مقيم في الديار العثمانية عثمانيا و يعامل كذلك الى ان تثبت جنسيته الاجنبية بصفة رسمية " . وقد اقر ديوان التدوين القانوني ج / ٨٩ في ٢٥ / ١١/ ١٩٣٩ الاعتماد على تحديد صفة الشخص العثمانية على وثائق تحريرية كوصولات الضريبة وعقود العمل و سندات الطابو وغيرها .

الشرط الثاني : ان يكون الشخص العثماني ساكنا في العراق عادة حيث اشارت المادة (٢/ ٥) من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ على " كل من كان محل اقامته في العراق منذ يوم ٢٣ / اب / ١٩٢١ و لغاية ٦ / اب / ١٩٢٤ و العثماني الذي غادر العراق قبل هذه المدة لا يستفيد من هذه المادة " .

ولذلك عند توفر هذين الشرطين لكل شخص تثبت له جنسية التأسيس العراقية بحكم القانون دون الحاجة الى تقديم طلب او صدور موافقة سواء كان ذكرا ام انثى بالغا ام قاصرا .

ب . توظف العثماني في الحكومة العراقية

وفقاً للمادة (٨ / ج) من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ الملغي والتي نصت على " يعتبر عراقيا كل من كان يوم ٦ / اب / ١٩٢٤ من الجنسية العثمانية اذا كان مستخدما في الحكومة العراقية كموظف عراقي في ذلك التاريخ او قبله ، وان لم يكن سكناه قد بلغت المدة الواردة في الفقرة (هـ) من المادة الثانية " ، ومن خلال النص اعلاه فأن شروط الحصول على جنسية التأسيس العراقية هي ما يلي :

الشرط الاول : ان يكون عثماني الجنسية في ٦ / اب / ١٩٢٤ و هو تاريخ نفاذ معاهدة لوزان لعام ١٩٢٣ في العراق .

الشرط الثاني : ان يكون الشخص العثماني ساكنا في العراق عادة دون ان يشترط امتداد السكن من ٢٣ / اب / ١٩٢١ ولغاية ٦ / اب / ١٩٢٤وانما يمكن ان يكون ساكن بعد عام ١٩٢١ وان لم تبلغ اقامته يوم ٦ / اب عام ١٩٢٤ .

الشرط الثالث / ان يكون العثماني الساكن في العراق موظف في الحكومة العراقية من يوم ٢٣ / اب / ١٩٢١ ولغاية ٦ / اب / ١٩٢٤ .

وعند توافر الشروط اعلاه فان جنسية التأسيس العراقية تفرض للشخص بحكم القانون دون الحاجة الى تقديم طلب و الحصول على موافقة .

٢ . اسس اختيار جنسية التأسيس

لبيان هذه الاسس لابد من الاشارة لنص المادة (٧) من قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ الملغي التي جاء فيها " من بلغ سن الرشد من تبعية الدولة العثمانية و لم يكن ساكنا في العراق عادة الا انه مولود فيه ، له ان يقدم في ١٧/ تموز / ١٩٢٧ و قبله بيانا خطيا يختار فيه الجنسية العراقية وعند ذلك يصبح عراقيا اذا وافقت الحكومة العراقية على ذلك وكان بينها وبين حكومة الدولة التي يسكنها ذلك الشخص اتفاق في هذا الخصوص ان كان وجود اتفاق من هذا القبيل " .

وعليه يتبين من خلال النص اعلاه ان المشرع العراقي سمح للشخص العثماني الذي ولد في العراق و اقام في الخارج بأن يختار جنسية التأسيس العراقية في حالة توافر الشروط الاتية :

الشرط الاول / ان يكون الشخص عثماني الجنسية عند تقديمه طلب اختيار جنسية التأسيس العراقية .

الشرط الثاني / ان يكون بالغ سن الرشد في ١٧/ تموز / ١٩٢٧ او قبله وهذا التاريخ هو اخر يوم لتقديم الطلب .

الشرط الثالث / ان لا يكون الشخص العثماني ساكنا في العراق ، لأنه اذا كان ساكنا في العراق للمدة من ٢٣/ اب / ١٩٢١ تفرض عليه جنسية التأسيس بحسب المادة (٣) من قانون الجنسية العراقي الاول لسنه ١٩٢٤ .

الشرط الرابع / ان يكون الشخص العثماني مولودا على اقليم العراق ، ولم يشترط النص اقامته في العراق حين تقديم الطلب ، كما لا يشترط النص عدم حمله جنسية اجنبية اخرى و هذا يعني يمكن ان تتحقق ظاهرة ازدواج الجنسية .

الشرط الخامس / ان يقدم الشخص طلب الحصول على الجنسية العراقية في موعد اقصاه ١٧ / تموز / ١٩٢٧.

الشرط السادس / حصول موافقة السلطة المختصة على طلبه كونها تمتلك سلطة تقديرية في قبول و رفض الطلب ، ويمكن ان يستفاد مقدم الطلب من اي اتفاقية معقودة بين العراق و الدولة

التي يسكن فيها مقدم الطلب ، على ان تكون الاتفاقية مصادق عليها من السلطة المختصة في العراق لكي تكون ملزمة ، الا اننا لم نجد من دراستنا بأن العراق قد وقع على اتفاقية من هذا النوع مع اي دولة خلال فترة نفاذ القانون اعلاه .

ثانياً : اسس تعيين الجنسية الاصلية

وهي الجنسية التي تفرض على الشخص فور الميلاد على اساس حق الدم او حق الاقليم او الحقين معا او بسبب تبدل السيادة على الاقليم . و يطلق عليها جنسية الميلاد بسبب اصلها الوطني او الجنسية المفروضة بسبب فرضها من قبل المشرع للمحافظة على استمراريتها حتى لا ينتهي السكان ، كما سميت بالجنسية الاصلية كونها تتعلق بأصل الشخص العائلي . وتثبت للشخص بحكم القانون دون الحاجة الى تقديم طلب او حصوله على موافقة ، وسوف نبين اسس تعيينها وفق التفصيل الاتي :

١. فرض الجنسية الاصلية على اساس تبدل السيادة في الاقليم :

هناك حالات لم ينص عليها المشرع في قانون الجنسية السابق فيستدركها في القانون اللاحق ، و من هذه الحالات هي حالة العثماني البالغ سن الرشد و الساكن في العراق عادة ، وكذلك العثماني غير البالغ سن الرشد الفاقد الابوين او الاب وحده ، لذلك نجد ان المشرع اشار في المادة (٣) من قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي للحالات اعلاه لتأكيد مشروعية الجنسية الممنوحة بموجب قانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ و التي نصت على " ١. من كان عثماني الجنسية و بالغا سن الرشد و ساكن في العراق عادة ، تزول عنه جنسيته العثمانية، ويعتبر عراقي الجنسية ابتداءً من اليوم السادس من اب / ١٩٢٤ ، ويعتبر ولده الصغير عراقي الجنسية ايضا تبعا له . ٢. من كان في التاريخ المذكور بالفقرة السابقة غير بالغ سن الرشد و فاقد الابوين او الاب وحده ، تزول عنه الجنسية العثمانية و يعتبر عراقي الجنسية ابتداءً من التاريخ المذكور" .

وفي ضوء ما تقدم من الاحكام التي وردت في المادة اعلاه تفرض الجنسية العراقية الاصلية على هذا الاساس في الحالتين الاتيتين :

أ. تفرض الجنسية العراقية الاصلية على كل عثماني بالغ سن الرشد و ساكن في العراق عادة ، وهذه الشروط نص عليها المشرع العراقي في المادة (٣) من قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ جاءت لمن لم يحصل على جنسية التأسيس بصرف النظر عن الاسباب ، و هي نفس الشروط التي استلزمتها المادة (٣) من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤، على ان يكون العثماني بالغا سن الرشد و يلحق الولد الصغير بأبيه الذي تفرض عليه الجنسية حتى لا يبقى عديم الجنسية .

ب . تفرض الجنسية العراقية الاصلية على كل عثماني لم يبلغ سن الرشد في ٦/ اب /١٩٢٤ و فاقد الابوين او الاب وحده ، و هو ما اشارت له الفقرة الثانية من المادة (٣) من قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣. اما العثماني الصغير فاقد الام وحدها دون الاب لا تنطبق عليه احكام هذه الفقرة ، لذلك نجد المشرع العراقي اشار في المادة الثانية من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ على انه " يعتبر عراقي الجنسية كل من حصل على الجنسية العراقية بموجب احكام قانون الجنسية العراقي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ الملغي و قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ " ، اراد به التأكيد على صحة و مشروعية الجنسية العراقية ، التي حصل عليها الاشخاص بموجب القوانين العراقية السابقة سواء كانت جنسية التأسيس او الجنسية الاصلية او المكتسبة .

٢. فرض الجنسية الاصلية على اساس حق الدم

حق الدم هو حق الفرد في الحصول على جنسية الدولة التي ينتمي اليها ابويه بصرف النظر عن مكان ولادته . وتسمى هذه الجنسية لدى بعض الفقه (بجنسية الميلاد او النسب) لان اساسها هو الاصل العائلي الذي ينحدر منه الابن ، وبعضهم الاخر يسميها (جنسية الام او البنوة) ، وهناك من يطلق عليها بالجنسية الاصلية كونها تنتقل بشكل آلي لكل من يولد لوطنيي الدولة عبر الاجيال بشكل متتابع ليحفظ استقرارها من الاصول الى الفروع لوحدة الاصل . والسؤال الذي يمكن اثارته هنا من الذي ينقل الجنسية من هؤلاء الوطنيين الاب ام الام ام كلاهما ؟

و للإجابة على ذلك ... نجد ان اغلب التشريعات في دول العالم تأخذ بحق الدم المنحدر من الاب ، و لم يكن للام دور في نقل الجنسية للأبن إلا بصفة استثنائية وهي حالة أن يكون الاب

مجهولا او عديم الجنسية ، وهذا الحكم اخذت به غالبية التشريعات العربية ومنها قوانين الجنسية العراقية السابقة ، اذ نصت الفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي على انه " يعتبر عراقيا من ولد في العراق وخارجه لأب متمتع بالجنسية العراقية " . وهذا يعني ان المشرع اشترط ان يكون الاب عراقيا ونسب الولد ثابتا لأبيه ، واخذ بحق الدم المنحدر من الاب بصورة اساسية ولم يأخذ بحق الدم من الام الا بصفة استثنائية ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة اعلاه و التي جاء فيها "يعتبر عراقيا من ولد في العراق من ام عراقية و اب مجهول او لا جنسية له " .

إلا ان اغلب التشريعات اتجهت حديثا الى المساواة بين الاب و الام في منح الجنسية للابن و منها القانون العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ ، فقد نصت المادة (٣ / أ) على انه " يعتبر عراقي من ولد لاب عراقي او لأم عراقية " ، وهذا يعني ان المشرع العراقي وفقا لهذا النص احدث تغييرات جوهرية في منح الجنسية الاصلية من خلال المساواة بين الاب و الام لحصول الابن على الجنسية العراقية دون ان يضع شروطا كالتي اوردها في القانون الملغي و منها ان يكون المولود من ام عراقية تمت ولادته في العراق وان يكون الاب مجهول او عديم الجنسية ، لذلك فأن تلك الشروط قد الغيت بموجب نص المادة (٣/ أ) من القانون النافذ ، على الرغم من ان هذا الاتجاه الحديث للمشرع العراقي قد اثار انتقادات شديدة على اعتبار دور الاب اقوى من دور الام و هذه التسوية تؤدي الى التعارض مع احكام الشريعة الاسلامية التي ترفض تلك المساواة استنادا لقوله تعالى في الآية (٥) من سورة الاحزاب " ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله " ، الا انه اخذ بهذا الاتجاه الحديث استجابة للتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية التي ظهرت بعد ٢٠٠٣ ، وأخذ بنفس الاتجاه المشرع المصري بالقانون رقم (١٥٤) لسنة ٢٠٠٤ ، كذلك فأن هذا الاتجاه يتطابق مع المادة (٢) من اتفاقية لاهاي ١٩٣٠ التي منحت الطفل جنسية مكان الميلاد اذا تعذر عليه الحصول على جنسية والديه ، وايضا ينسجم مع المادة (١٥) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان التي تفرض لكل انسان جنسية لمنع وقوعه في حالة اللاجنسية ، اذ يفترض ان يولد الانسان بجنسية واحدة هي اما جنسية الاب او الام او مكان الميلاد و بالمقابل يمنع هذا الحل ازدواج الجنسية كونه يفترض احدى الجنسيات اعلاه .

لذلك نجد ان المشرع العراقي اعطى هذا الحق للمولود من ام عراقية بحيث تثبت له الجنسية العراقية الاصلية على اساس حق الدم من الام بشرط ان تكون الام عراقية وقت ولادة الابن سواء كانت جنسيتها اصلية ام مكتسبة لان العبرة ان تكون الام عراقية وقت ولادة الابن بصرف النظر عن مكان ولادته سواء كانت خارج ام داخل العراق ، وان يكون الابن ثابت النسب الى امه وقت الولادة ، و اثبات النسب في القانون العراقي هو قانون دولة الاب بحسب المادة ١٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، اما وسائل اثبات النسب في القانون العراقي فهي مأخوذة من احكام الشريعة الاسلامية والتي نص عليها قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في المواد (٥١ ، ٥٢ ، ٥٣) و هي ثلاثة ادلة (الفراش و الاقرار و الشهادة): الا ان المشرع العراقي قيد هذا الحق بالنسبة للام بأن يكون الاب مجهولا او عديم الجنسية و قد نصت المادة (٤) من قانون الجنسية النافذ على ان " للوزير ان يعتبر من ولد خارج العراق من ام عراقية و اب مجهول او لا جنسية له عراقي الجنسية اذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد الا اذا احالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط ان يكون مقيما في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية " ، ومن خلال هذا النص تبين بأن حق الدم المنحدر من الام هو حق اصيل طبقا للقانون العراقي ، الا ان المشرع العراقي لم ينص على ضرورة اقامة الام في العراق مما يتطلب تدخلا تشريعيا لمعالجة تلك الحالة ضمانا لمصلحة المولود منها.

٣. فرض الجنسية الاصلية على اساس حق الاقليم

يقصد بحق الاقليم ان الدولة تفرض جنسيتها على كل من يولد داخل حدودها الاقليمية الوطنية بغض النظر عن جنسية والديه فهذا الاساس يطبع جنسية الانسان بطبيعة مكان الميلاد ، فأن كان هذا المكان وطنياً بالنسبة للدولة فالمولود وطني وان كانت اصوله أجنبية ، وان كان المكان أجنبي فالمولود أجنبي وان كانت اصوله وطنية ، فهو الصلة او العلاقة بين الفرد والدولة التي ولد فيها بغض النظر عن جنسية والديه سواء كانوا وطنيين ام اجانب ، فالدولة تفرض جنسيتها على كل من ولد داخل حدودها الاقليمية الوطنية ، ويطلق على هذه الجنسية (جنسية الاقليم) او (جنسية الارض) نسبة الى الارض التي ولد فيها .وقد تمنح الجنسية على اساس حق الاقليم

المجرد (المطلق)،او على اساس استثناء من الاصل ؛ اي بشكل نسبي ويطلق عليه حق الاقليم المقيد (النســبي) .

أ. حق الاقليم المجرد(المطلق)

على الرغم من ان غالبية التشريعات تفرض جنسيتها الاصلية على اساس حق الدم ومنها العراقي ، الا انها قد تفرض جنسيتها الاصلية على اساس حق الاقليم وحده لدوافع انسانية تلافيا لحالة انعدام الجنسية ، ، واخذت بهذا الاساس بصفة أصلية غالبية دول الانكلوسكسوني ومنها بريطانيا و امريكا وكندا واستراليا ، وبعض دول امريكا اللاتينية كالأرجنتين و البرازيل ، ويستثنى من ذلك ابناء الدبلوماسيين في تلك الدول التي تأخذ بحق الاقليم المطلق التزاما بما ورد في المادة (١٢) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ .

ب. حق الاقليم المقيد(النسبي)

وقد اخذ به بشكل نسبي وقيده ببعض الشروط التي سوف نبينها لاحقا ، كما في حالة اللقيط والمولود من ابوين مجهولين ، لذلك نجد أن المشرع العراقي قد اخذ بهذا الاستثناء طبقا لأحكام القوانين السابقة واللاحقة وفرض الجنسية العراقية الاصلية على اساس حق الاقليم وحده في حالة المولود من ابوين مجهولين وساوى اللقيط مع حالة فاقد الابوين، ونجد ذلك من خلال نص المادة (٤) من قانون الجنسية العراقي الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ و التي جاء فيها " يعتبر عراقيا من ولد في العراق من والدين مجهولين . ويعتبر اللقيط الذي يعثر عليه في العراق مولودا فيه ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك " وجاء المشرع العراقي بنفس النص في قانون الجنسية العراقي النافذ وذلك في المادة (٣ / ب) منه. وعلى ذلك يجب ان نفرق بين حالتين وهي حالة جنسية مجهول الأبوين وبين حالة إذا كان الأب عديم الجنسية .

الحالة الأولى : جنسية مجهول الأبوين : يكون المولود من أبوين مجهولين مقطوع الصلة روحياً مع دولة معينة .عدا دولة الميلاد ، وعلى ذلك اعتمدت كثير من الدول بفرض جنسيتها على مجهول الابوين ومنها التشريع العراقي بقانون ٤٣ لسنة ١٩٦٣في المادة ٣/٤ وبالمثل اخذ قانون الجنسية النافذ في المادة ٣/ب ، وقد جاء القانون العراقي انسجاماً مع الاتفاقية الدولية لحقوق الانسان التي اكدت على وجوب ان يعيش الانسان بجنسية فور الميلاد، وهذا يضمن

للأفراد المجهولين للأبوين ارتباط معلوم بدولة معينة ، كما يمكن الدولة بالسيطرة على هؤلاء الأفراد .

الحالة الثانية : حالة الأب عديم الجنسية : في هذا الفرض قد يتحقق للمولود نسب معلوم من جانب احادي ، ولما كانت بعض التشريعات تعول على حق الدم المنحدر من الأب في فرض جنسيتها ، فأننا نلاحظ ان مجهولية الأب أو انعدام جنسيته يطرح مسألة الدم البديل في تحديد جنسية المولود فأخذت معظم التشريعات بالدم المنحدر من الأم وقيدت ذلك على حق الإقليم ؛ أي حصول الولادة على اقليم الدولة الوطني ؛ أي انها لم تكتفي بالصفة الوطنية للأم (حق الدم)،انما أضافت له شرطاً آخر ، وهو تحقق واقعة الميلاد في الاقليم (حق الاقليم) ، وبذلك يعتبر دور الأم في هذه الحالة دوراً ثانوياً في نقل الجنسية الى ابنائها ، ولقد اخذت غالبية التشريعات بأساس حق الدم و الاقليم معا في فرض الجنسية ، لان كل من الاساسين يعزز الاخر لاسيما في تشريعات الدول التي تعد حق الدم المنحدر من الام حقا ثانويا و لابد بتعزيزه بحق الاقليم . واخذت به اغلب التشريعات العربية عدا مصر وتونس والجزائر والعراق حيث ساوى القانون بين الأب والأم في نقل الجنسية للأبناء. لذلك فقد جاء في المادة (٢/٤) من قانون الجنسية الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ ((يعتبر عراقيا من ولد في العراق من ام عراقية واب مجهول او لا جنسية له)) الا ان قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ الغى هذه المادة واعتبر حق الدم المنحدر من الام حقا اساسيا وليس ثانويا اذا ساوى بين حق الدم المنحدر من الام و حق الدم المنحدر من الاب في الدرجة كما اوضحها سلفا .

ومن خلال قراءة النص اعلاه نجد المشرع العراقي أكد على توافر الشرطين التاليين :

الاول / ان يكون الابن المولود مجهول الوالدين معا او لقيطا : اما اذا كان احدهم معلوما لا تنطبق عليه هذه الحالة و المقصود بمجهولية الوالدين عدم معرفة والديه سواء كانوا من العراقيين ام من الاجانب ، ويلحق بحكمة اللقيط وهو المولود الذي يطرحه اهله بعد ولادته خوفا من الفقر او فرارا من تهمة الزنا .

الثاني / ان يولد اللقيط او مجهول الوالدين معا في العراق حقيقة او حكما : بمعنى يجب ان تكون عن طريق الاب او الام ، لذلك نجد ان المشرع العراقي عالج هذه الحالة و امتثل للتوجه

العالمي لاعتبارات انسانية لتلافي حالة انعدام الجنسية ، فضلا عن ذلك اخذ بأحكام المادة (١٥) من اتفاقية لاهي لعام ١٩٣٠ التي اكدت على ان يكون للطفل المجهول الابوين جنسية دولة الميلاد .

ثالثاً : اسس تعيين الجنسية المكتسبة

الجنسية المكتسبة هي الجنسية التي تمنحها الدولة للفرد بعد الميلاد بناء على طلبه وموافقة السلطة المختصة فيها عند توافر شروط محددة قانونيا اهمها الاقامة والاهلية ، ويطلق عليها بالجنسية اللاحقة لأنها تأتي بصورة لاحقة على جنسية اسبق منها وهي الجنسية الاصلية وعادة يحصل عليها الفرد بعد الولادة ، ويطلق عليها بالجنسية الطارئة او الثانوية ، وسميت بالمكتسبة او الممنوحة لأنها تكتسب وتمنح بموجب شروط معينة ولا تفرض بحكم القانون ، وسميت بالجنسية المختارة كون الفرد هو الذي يختارها بإرادته ، وكل هذه التوصيفات تميزها عن جنسية الميلاد و هي الجنسية الاصلية .

اما حالات اكتساب هذه الجنسية فإنها تختلف من دولة الى اخرى على الرغم من ان فكرة منحها تعتمد على اساس اندماج الفرد مع سكان الدولة التي يقيم فيها و يرغب الحصول على جنسيتها ، لذلك سوف نبين حالات اكتسابها وفقا للتشريع العراقي ، الا ان هناك حالات لم يأخذ بها المشرع العراقي في منح هذه الجنسية سوف نلقي الضوء عنها الى جانب بيان اهم الاثار القانونية التي تترتب على اكتساب هذه الجنسية وكالاتي:

١. اكتساب الجنسية عن طريق المعاهدات الدولية بسبب تبدل السيادة على الاقليم

غالبا ما يتم الحصول على الجنسية المكتسبة عن طريق الاتفاقيات الدولية في حالتين :

الاولى / اكتساب الجنسية بسبب تبدل السيادة على الاقليم بالضم و الانفصال ، وتتحقق هذه الحالة بسببين الاول بالانفصال الذي يعني خروج جزء من اقليم الدولة والحاقه بدولة اخرى او تأسيس دولة جديدة كانفصال اقليم البنغال من الباكستان في عام ١٩٧١ وتشكيل او تأسيس دولة

بنغلاديش . والثاني الضم الذي يعني الحاق جزء من اقليم دولة بدولة اخرى نتيجة الحرب او التقسيم كإلحاق اقليم الزاس واللورين بألمانيا عام ١٨٧٠ و الحاق إندونيسيا بإقليم تيمور عام ١٩٧٥.

وتبدل السيادة بموجب السببين اعلاه يؤثر في جنسية اهالي الاقليم المنفصل و المضموم ، ولا يشمل الاشخاص الاجانب المقيمين على هذا الاقليم كونهم يحملون جنسية دولة اخرى ، اما بخصوص تحديد جنسية اهالي الاقليم هناك اتجاهين الاول يعطي لأهالي الاقليم المنفصلة او المضمومة مدة معينة للاختيار بين قبول جنسية الدولة الجديدة او رفضها ، والذي يرفضها عليه مغادرتها خلال مدة معينة و اخذت بهذا الاتجاه معاهدة فرساي لعام ١٩١٩ ، والاتفاق التركي الفرنسي عام ١٩٣٧ بشأن الاختيار بين الجنسية التركية و السورية واللبنانية ، وكذلك معاهدة انقرة عام ١٩٣٩ بين فرنسا و تركيا بشأن اهالي الاسكندرية ، وقد كثر الاخذ بهذا الاتجاه كونه يحقق منفعة لأهالي الاقليم المنفصل او المضموم فيمنح حرية الاختيار ومنفعة الدولة الضامة بإلحاقها لأهالي الاقليم المنفصلة و المضمومة بجنسيتها .

اما بالنسبة لتحديد الية اكتساب الزوجة لجنسية زوجها في حالة الضم و الانفصال نجد ان بعض الفقه يذهب الى الحاق الزوجة بجنسية زوجها بالتبعية دون اعطائها حق الرفض او القبول بصورة مستقلة عن جنسية زوجها ، و البعض الاخر يذهب الى منحها حق الرفض و القبول بصورة مستقلة عن موقف زوجها ، وتكون مستقلة في امور جنسيتها و هو الرأي او الاتجاه الراجح .اما الية حصول الاولاد الصغار على جنسية الاب في حالتي الضم والانفصال ايضا ذهب بعض الفقه الى منحهم حق الرفض و القبول بصورة مستقلة عن رفض وقبول الاب، والبعض الاخر ذهب الى عدم اعطائهم هذا الحق إلا عند بلوغهم سن الرشد و هو الرأي والاتجاه الغالب .

اما الاتجاه الثاني في اطار مصير جنسية اهالي الاقليم المنفصل او المضموم فيذهب الى الحاق الاقليم خالي من السكان لصعوبة اندماجهم بشعب الدولة الجديد وقد اتبع هذا الاتجاه بين تركيا و اليونان بعد الحرب العالمية الاولى .

الثانية / اكتساب الجنسية بطريق الاتفاقيات الدولية ويتمثل بسبب تبدل السيادة على اهالي الاقليم.

هذه الحالة تختلف عن حالة تبدل السيادة في الاقليم كون السيادة على الاقليم تتغير وتتغير تبعا لذلك جنسية اهالي الاقليم الذين لهم الحق في قبول او رفض جنسية الدولة الجديدة خلال مدة معينة في حين حالة تبدل السيادة على اهالي الاقليم لا تتغير السيادة على الاقليم وانما على السكان فقط ويلحقون بجنسية الدولة الجديدة دون ارادتهم ، وهذا يعني ان تغيير الجنسية في حالة تبدل السيادة على الاقليم تتم بإرادة دولة واحدة في حين تبدل السيادة على اهالي الاقليم تتم بإرادة دولتين وقد اخذت بهذه الحالة اتفاقية نيوليا التي عقدت بين بلغاريا و اليونان عام ١٩١٤ و الاتفاقية التي عقدت بين بلغاريا و الدولة العثمانية عام ١٩١٣. ولم يسبق للمشرع العراقي بأنه اخذ بموضوع تبادل السكان بالضم و الانفصال بوصفه سببا لتغيير الجنسية بعد استقلاله ، وتجدر الاشارة بأن اقليم كردستان في العراق حاول الانفصال عن العراق ليكون دولة مستقلة من خلال الاستفتاء الذي اجراه في ٢٥/ ايلول / ٢٠١٧ الذي رفضت حكومة العراق الاتحادية شرعية هذا الاستفتاء ، فضلا عن انه لم يحظى بدعم دولي.

٢. حالات اكتساب الجنسية في القانون العراقي :

من الحالات التي تؤدي الي اكتساب الجنسية العراقية هي (التجنس و الزواج المختلط والتبعية) وسوف نبينها وفق التفصيل الاتي :

<u>اولاً : حالات اكتساب الجنسية بالتجنس :</u>

التجنس هو حصول الفرد على جنسية اخرى بناء على طلبة وموافقة الجهة المختصة في الدولة المانحة عند توافر شروط قانونية معينة منها شروط موضوعية واخرى شكلية. والشروط الموضوعية هي شرط الاهلية وهي بلوغ سن الرشد (١٨سنة) بحسب المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي وشرط الاقامة لتي لا تقل عن ١٠ سنوات متتالية وسابقة على تقديم الطلب ، لذلك نجد ان المشرع العراقي اشترط وبحسب المادة (٦/ أ) من قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ بأن يقدم طالب التجنس طلبا الى السلطة المختصة بمنح هذه الجنسية ، و اشترط بحسب لفقرة (ب) لنفس المادة اعلاه بأن يكون طالب التجنس مقيما في العراق بصورة

مشروعة ، لأن التجنس يقوم على اساس فكرة اندماج الفرد في الجماعة الوطنية كما اسلفنا ، والاندماج لا يتحقق ما لم يتحقق شرط الاقامة ، وهناك شروط اخرى يقتضيها امن المجتمع في الدولة .

١. وهي ان يكون طالب التجنس حسن السيرة و السلوك
٢. أن يمتلك وسيلة مشروعة للعيش حتى لا يكون عالة على المجتمع .
٣. أن يكون طالب التجنس سالما من الامراض الانتقالية .

وهذه الشروط جعلت المشرع العراقي يتميز عن باقي التشريعات كونها شروط موحدة تسري على جميع من يرغب الحصول على الجنسية العراقية من العرب والاجانب دون استثناء ولم يأخذ بما يسمى بالتجنس فوق العادة ، او التجنس الخاص او التجنس الاستثنائي الذي تأخذ به بعض التشريعات و منها القانون الكويتي رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ المعدل و المصري و القطري و اللبناني و المغربي و الفرنسي . اما الشروط الشكلية و هي الاجراءات التي يجب على طالب التجنس إتباعها بعد حصوله على موافقة منحه الجنسية عن طريق التجنس ، ومنها شرط نشر قرار التجنس في الجريدة الرسمية و ادائه اليمين القانونية الذي اشارت له المادة (٨) من قانون الجنسية العراقي النافذ ، وان يحصل على شهادة التجنس بعد دفعه الرسوم القانونية المحددة على منح الجنسية . و في ضوء احكام الجنسية العراقي رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ فان الجنسية تكتسب او يتم التجنس الاعتيادي في الحالات الاتية :

الحالة الاولى : اكتساب الجنسية العراقية بالولادة خارج العراق من ام عراقية و اب مجهول او لا جنسية له :

لقد جاء في المادة (٤) من القانون اعلاه " للوزير ان يعتبر من ولد خارج العراق من ام عراقية و اب مجهول او لا جنسية له عراقي الجنسية اذا اختارها خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد الا اذا حالت الظروف الصعبة دون ذلك بشرط ان يكون مقيما في العراق وقت تقديمه طلب الحصول على الجنسية العراقية " ، وهي نفس مضمون المادة (٥) من قانون الجنسية العراقية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي مع اضافة عبارة (إلا اذا حالت الظروف دون ذلك) ، ومن خلال

قراءة النص نجد ان المشرع العراقي حدد الشروط التالية لاكتساب الجنسية العراقية للمولود من أم عراقية خارج العراق ومن أب مجهول أو لا جنسية له:

١- أن تكون الأم متمتعة بالجنسية العراقية حين ولادة الطفل سواء كانت جنسيتها أصلية أم مكتسبة .

٢- أن يكون الأب مجهول أو لا جنسية له لحظة ولادة الطفل ويعتبر الاب مجهول اذا لم يتم اثبات نسب الطفل اليه شرعاً .

٣- أن تحصل ولادة الطفل خارج العراق في دولة عربية أو أجنبية لاسيما اذا كانت الدولة المولود فيها لا تمنح الجنسية على أساس حق الاقليم .

٤- أن يقيم الشخص عند بلوغه سن الرشد في العراق قبل تقديمه طلب اختيار الجنسية ، ولم يحدد المشرع العراقي مدة معينة للإقامة مما يعني أنه ترك الامر لتقدير السلطة المختصة بذلك.

٥- أن يقدم الشخص طلباً باختيار جنسية امه العراقية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد فإذا لم يقدمها خلال المدة المحددة سوف يحرم من الحصول على الجنسية العراقية ، ويمكن تمديد المدة لظروف استثنائية تحول دون تقديم الطلب تمنعه من العودة والإقامة خلال المدة المحددة كانقطاع طرق المواصلات أو غلق الحدود وما شابه ذلك .

٦- موافقة وزير الداخلية على طلب منحه الجنسية العراقية ، وقرار الوزير يخضع لرقابة القضاء ويحق لطالب التجنس الاعتراض عليه أمام محكمة القضاء الإداري (كما ورد في المادتين ١٩و٢٠) من قانون الجنسية النافذ ، وكان مجلس قيادة الثورة المنحل يمنع المحاكم من النظر في دعاوى الجنسية ، وإن قانون الجنسية الملغي وفقاً للمادة (٥) منه كان يشترط أن لا يكون طالب التجنس قد اكتسب جنسية دولة أجنبية في حين أن القانون النافذ سمح لطالب التجنس الذي حصل على جنسية أجنبية أن يحتفظ بجنسيته العراقية وفقاً للمادة العاشرة منه .

الحالة الثانية : اكتساب الجنسية العراقية بالولادة المضاعفة

الولادة المضاعفة هي ولادة الابن وأبيه الأجنبي في إقليم الدولة ، ولم يؤخذ بجنسية الأب وإنما يؤخذ بنظر الاعتبار أن يكون مولوداً على إقليم الدولة ، وهو ما نصت عليه المادة (٥) من

قانون الجنسية النافذ والتي جاء فيها " للوزير أن يعتبر عراقياً من ولد في العراق وبلغ سن الرشد فيه من أب غير عراقي مولود فيه أيضاً وكان مقيماً فيه بصورة معتادة عند ولادة ولده ، بشرط أن يقدم الولد طلباً بمنحه الجنسية العراقية " . وهذا يعني أن المشرع العراقي قد حدد شروط لاكتساب الجنسية العراقية بالولادة المضاعفة التي كانت تعتبر من حالات الجنسية المفروضة أو الأصلية وفقاً للمادة (٨/ب) من قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ الملغي في حين أن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ اعتبرها من حالات الجنسية المختارة او المكتسبة ، وهي الحالة التي أُقرها القانون النافذ الا أنه استبدل لفظ الأجنبي بـ (الاب غير العراقي) ليساوي بين الأجنبي والعربي في الدرجة ، وحدد شروط اكتسابها على النحو الآتي :

١- أن تكون الولادة المضاعفة في العراق (ولادة الابن وأبيه) وهي ولادة جيلين متعاقبين في اسرة واحدة لتأكيد جدية الولاء والاندماج بالوسط الوطني للمجتمع العراقي ، وصفة الأجنبي تقتصر على الأب ولا تشمل الام .

٢- أن يكون الولد شرعياً لأثبات نسبه لأبيه الأجنبي طبقاً لأحكام القانون العراقي ، لان ذلك من النظام العام .

٣- أن يبلغ الولد سن الرشد في العراق ، وهذا ما أشارت له المادة (١/ج) من قانون الجنسية النافذ .

٤- أن يكون الأب مقيماً في العراق عادة حين ولادة ابنه ، والمقصود بالإقامة الاعتيادية هي الاستقرار والبقاء في العراق .

٥- تقديم الولد طلب للحصول على الجنسية بعد بلوغه سن الرشد، الا ان المشرع لم يحدد مدة معينة لتقديم الطلب بعكس القانون الملغي الذي حددها بسنتين بعد بلوغه سن الرشد ونعتقد بأن تقييدها أفضل من اطلاقها .

٦- موافقة وزير الداخلية على منحه الجنسية العراقية في حالة توافر الشروط المحددة وفق القانون ، وله حق الاعتراض على قرار الوزير أمام القضاء الإداري كما أسلفنا .

الحالة الثالثة : اكتساب الجنسية العراقية لغير العراقي بالتجنس

لقد أجاز المشرع العراقي حالة تجنس غير العراقي الذي يرغب الحصول على الجنسية العراقية اذا توافرت فيه شروط نصت عليها المادة (٦) من قانون الجنسية النافذ ، وهذه الشروط تسري على الجميع العربي والأجنبي معاً وبدون استثناء كما أسلفنا ، وسنبين عنها وفق التفصيل الآتي :

١- أن يكون طالب التجنس غير عراقي وهو الأجنبي الذي لا يتمتع بالجنسية العراقية سواء كان عربياً أم أجنبياً ، لأن قوانين الجنسية العراقية السابقة تميز بين الاجنبي والعربي وتجعل العربي مساوياً للعراقي كما ورد في قانون الجنسية العراقية للعرب رقم (٥) لسنة ١٩٧٥المعدل بقرار مجلس قيادة الثورة رقم (١٢) لعام ١٩٩٧ ، والذي أجاز لوزير الداخلية ان يمنح الجنسية

العراقية لكل عربي يطلبها اذا كان بالغاً سن الرشد دون التقييد بشرط الإقامة الذي يعتبر شرطاً مهماً من شروط التجنس .

٢- أن يكون غير العراقي بالغاً سن الرشد بموجب القوانين العراقية التي تمت الاشارة لها سلفاً .

٣- أن يكون دخل العراق بصورة مشروعة طبقاً لأحكام قانون إقامة الأجانب العراقي رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ ، وحاملاً جواز سفر نافذ المفعول وحائزاً على سمة دخول التي تمنح من قبل القنصليات العراقية في الخارج ويكون دخوله من أحد المنافذ الرسمية المحددة قانوناً ، واستثنت المادة (٦/ب) المولودون في العراق والمقيمون فيه والحاصلون على دفتر الأحوال المدنية ولم يحصلوا على شهادة الجنسية العراقية .

٤- أن يكون قد أقام في العراق بصورة مشروعة مدة لا تقل عن عشر سنوات متتالية على تقديم الطلب وهي فترة ريبة للتأكد من مدى اندماجه مع المجتمع العراقي وصدق ولائه للعراق .

٥- أن تكون له وسيلة جلية للعيش وذلك لاعتماده على مصدر رزق مشروع حتى لا يصبح عبئاً وعاله على الدولة العراقية بعد اكتسابه الجنسية .

٦- أن يكون حسن السيرة والسلوك والسمعة وغير محكوم بجناية مخلة بالشرف .

٧- أن يكون سالماً من الأمراض الانتقالية وهي الأمراض المعدية التي تكون خطراً على الصحة العامة .

٨- أن يقدم طلباً تحريرياً الى وزير الداخلية وإن تحصل الموافقة على التجنس وأن لا يكون من الفلسطينيين لضمان عودتهم الى وطنهم ، كذلك منع المشرع العراقي اتباع سياسة التوطين السكاني المخلة بالتركيبة السكانية في العراق .

ثانياً : اكتساب الجنسية العراقية بالزواج المختلط

الزواج المختلط هو الزواج الذي يكون فيه الزوجين مختلفي الجنسية عند إبرام عقد زواجهما، أي لا يكون الزوجين من جنسية واحدة . وقد أورد المشرع العراقي أحكاماً لغرض اكتساب الجنسية العراقية لغير العراقي المتزوج من امرأة عراقية وكذلك لغير العراقية المتزوجة من عراقي وسنبين ذلك على التفصيل الآتي :

١- حالة اكتساب الجنسية العراقية لغير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الجنسية : لقد أخذ المشرع العراقي في قانون الجنسية النافذ بالاتجاه الحديث الذي أخذت به العديد من التشريعات وهو المساواة بين الرجل والمرأة في الحصول على الجنسية عن طريق الزواج ، وذلك من خلال اخضاعهما لنفس الشروط القانونية اللازمة لاكتساب الجنسية ، ولذلك أشار في المادة (٧) من قانون الجنسية النافذ على اكتساب الجنسية العراقية لغير العراقي بالتجنس اذا كان متزوجاً من عراقية عند توافر الشروط الآتية :

أ – يجب أن تتوفر في الشخص غير العراقي المتزوج من امرأة عراقية الشروط التي نصت عليها المادة (٦) والتي سبق أن بيناها في حالة اكتساب الجنسية لغير العراقي بالتجنس على أساس الإقامة الطويلة المشروعة .

ب – أن يكون غير العراقي متزوجاً من عراقية طبقاً لأحكام القوانين العراقية .

ج – أن يقيم غير العراقي مدة لا تقل عن خمس سنوات مع استمرار الرابطة الزوجية لتسهيل دخوله في الجنسية العراقية لاستقرار اسرته .

د – أن يقدم غير العراقي طلباً بالتجنس وأن تحصل عليه موافقة وزير الداخلية .

هـ – أن لا يكون غير العراقي فلسطينياً .... فضلاً عن ذلك لم يشترط المشرع العراقي على الزوج الأجنبي تخليه عن جنسيته الأصلية .

٢- حالة اكتساب المرأة غير العراقية (الأجنبية) المتزوجة من عراقي الجنسية

إن تأثير الزواج المختلط في جنسية الزوجة يختلف بين اتجاهين الاتجاه التقليدي الذي يكون تأثيره مطلق على جنسية الزوجة فتلحق بجنسية زوجها تلقائياً وبحكم القانون بمجرد الزواج وليس لإرادة الزوجة أي دور في اكتساب جنسية الزوج ، والاتجاه الحديث الذي يذهب بالتأثير النسبي على جنسية الزوجة ، بحيث لا تلحق بجنسية زوجها بمجرد الزواج وإنما يتوقف ذلك على إرادتها في الاختيار بين البقاء على جنسيتها القديمة أو الدخول في جنسية زوجها .

لذلك وفي ضوء ما تقدم سنبين موقف الفقه والتشريع من الزواج المختلط على وفق الاتجاهين أعلاه وعلى النحو الآتي :

الاتجاه الأول : وهو الاتجاه التقليدي الذي يهدف الى تحقيق مبدأ وحدة الجنسية في العائلة من خلال الحاق الزوجة بجنسية زوجها بحكم القانون لتقليص العنصر الأجنبي فيها ووحدة ولائها الى جانب تقليص مشاكل تنازع الاختصاصين التشريعي والقضائي خاصة عندما تكون الجنسية هي ضابط اسناد في قضايا الأحوال الشخصية، وقد أخذ بذلك المشرع العراقي بحسب المادة (١٧) من قانون الجنسية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ الملغي والتي جاء فيها (اذا تزوجت أجنبية من عراقي تكتسب الجنسية العراقية بالتبعية) ، الا أنه عدل عن هذا الموقف في قانون الجنسية النافذ ، بحيث أعطى لها حرية التعبير عن ارادتها في اختيار الجنسية وسنبين ذلك لاحقاً .

الاتجاه الثاني : وهو الاتجاه الحديث الذي يذهب الى استقلالية الجنسية في العائلة واعطاء الحرية للمرأة في أمر جنسيتها وعدم الحاقها بجنسية زوجها تلقائياً بمجرد عقد الزواج وإنما يكون ذلك بإرادتها ولا يجوز فرض جنسية زوجها عليها ، وهذا الاتجاه ينسجم مع المعاهدات والمواثيق الدولية التي تنادي بمساواة المرأة في المركز القانوني للرجل وعدم الحاقها بجنسية زوجها ، ونجد أن أغلب التشريعات قد امتثلت للمبادئ والمعايير الشائعة ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ المادة (٥) منها والتي أكدت على إن تجنس الزوج في أثناء الزواج لا يؤثر في تغيير جنسية الزوجة الا اذ قبلت الالتحاق بجنسية زوجها الجديدة ، والى ذات المعنى ذهبت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩ (سيداو) والتي نصت المادة (٩) منها على أن (تمنح الدول الأطراف المرأة حقوق مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ

بها ....) وقد صادق العراق على هذه الاتفاقية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٦ ، وكذلك أشارت المادة ١٦ من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ ، فضلاً عن ان أغلب التشريعات أخذت بهذا الاتجاه الذي يؤكد على حرية واستقلالية المرأة في جنسيتها ومنها على سبيل المثال وليس الحصر التشريع الفرنسي لعام ١٩٧٣ والمصري لعام ١٩٧٥ والأردني لعام ١٩٨٧ والسوري لعام ١٩٦٩ وغيرها من التشريعات الاخرى .

أما المشرع العراقي فقد عبّر عن امتثاله وتفاعله مع تلك المعايير والمبادئ الدولية التي شاع انتشارها في أغلب دول العالم من خلال المادة ١٢/ أ من قانون الجنسية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي والتي نصت على أنه (اذا تزوجت المرأة الأجنبية من عراقي تكتسب الجنسية العراقية من تاريخ موافقة الوزير ولها ان ترجع عنها خلال ثلاث سنوات من تاريخ وفاة زوجها أو طلاقها أو فسخ النكاح . وتفقد جنسيتها من تاريخ تقديمها طلباً بذلك) .

ولم يخرج المشرع العراقي عن الأخذ بهذا الاتجاه الحديث في قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في منح الجنسية للمرأة الأجنبية المتزوجة من عراقي ، لذلك أشار في نص المادة (١١) على (للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الآتية :

أ- تقديم طلب الى الوزير .

ب- مضي مدة خمس سنوات على زواجها وإقامتها في العراق .

ج- استمرار قيام الرابطة الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب . ويستثنى من ذلك من كانت مطلقة أو توفى عنها زوجها وكان لها من مطلقها أو زوجها المتوفي ولد) . وبهذه الاحكام نجد أن المشرع العراقي اعترف بحرية المرأة غير العراقية واستقلاليتها في أمور جنسيتها ، في حين أن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٨٠لسنة ١٩٨٠ لم يعترف بإرادة المرأة الأجنبية المتزوجة من عراقي في حرية الاختيار بين جنسيتها الأصلية والجنسية العراقية إنما تجبر على المغادرة بعد مضي مدة (٥) سنوات اذا لم تختار الدخول بالجنسية العراقية خلال ٦ أشهر من انقضاء تلك المدة وهذا تغيير واضح لمخالفة المعايير الدولية .

ثالثاً : اكتساب الجنسية العراقية بالتبعية

وهي حالة منح الجنسية العراقية لأولاد المتجنس القاصرين الذين لم يبلغوا سن الرشد جنسية الأب بشرط إقامتهم معه في العراق ضماناً لوحدة جنسية العائلة واستمراراً لرعاية الأب لأولاده القاصرين.

أما موقف التشريعات فإنها اختلفت في وضع الشروط المطلوبة لمنح الجنسية بالتبعية ، فبعضها يمنح الأولاد غير البالغين سن الرشد جنسية والدهم حكماً وبقوة القانون كما هو الحال في قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي على وفق المادة ١٣/١ التي نصت على (اذا اكتسب أجنبي الجنسية العراقية يصبح أولاده الصغار عراقيين) ولم يشترط المشرع في هذا القانون شروط اخرى سوى أن يكون القاصر ثابت النسب لأبيه طبقاً لأحكام القانون العراقي ، والبعض الآخر من التشريعات يشترط إقامة القاصر في إقليم دولة أبيه التي منحته الجنسية المكتسبة وهو ما ورد في نص المادة ١٤/١ من قانون الجنسية النافذ والتي جاء فيها (اذا اكتسب غير العراقي الجنسية العراقية يصبح أولاده غير البالغين سن الرشد عراقيين بشرط أن يكونوا مقيمين معه في العراق) ، عليه ومن خلال قراءة النص أعلاه فإن منح الجنسية المكتسبة للأولاد الصغار يتطلب توافر الشروط الآتية :

١- أن يكتسب الأب غير العراقي الجنسية العراقية طبقاً لأحكام قانون الجنسية العراقي النافذ ، وإن الأولاد يتبعون أبيهم في اكتساب الجنسية العراقية دون أن تكون الأم مقصودة في ذلك حتى وإن كانت الأم الأجنبية اكتسبت الجنسية العراقية لا يجوز لهم أن يكتسبوا الجنسية العراقية تبعاً لأمهم وإنما من حقهم الحصول عليها طبقاً لأحكام المادة ٣/١ من قانون الجنسية النافذ الذي يعتبر عراقياً من ولد لأب عراقي أو أم عراقية .

٢- أن يكون الولد دون سن الرشد بمعنى دون سن الثامنة عشر ، أما الأولاد البالغين فإن غالبية التشريعات تقرر عدم تأثرهم بجنسية الأب ويمكنهم اكتسابها عن طريق التجنس م/ ٦/١ .

٣- أن يكون الولد القاصر ثابت النسب لأبيه طبقاً لأحكام القانون العراقي .

٤- أن يكون الولد القاصر مقيماً مع أبيه في العراق ، وهذا الشرط لم يشترطه المشرع العراقي في المادة ١٣/١ من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي ، والحكمة من ذلك للتأكد من رغبة الولد القاصر بالاندماج في المجتمع العراقي .

٢- الحالات التي لم يأخذ بها المشرع العراقي في منح الجنسية المكتسبة

توجد حالات لم يأخذ بها المشرع العراقي في منح الجنسية المكتسبة والتي تتمثل بالآتي :

أ- اكتساب الجنسية بالمعاهدات الدولية بسبب تبدل السيادة على الإقليم وهي الحالة التي تم التعرض لها سلفاً وان المشرع العراقي لم يأخذ بموضوع تبادل السكان بالانفصال والضم باعتباره سبباً في تغيير الجنسية بعد استقلاله وحتى يومنا هذا .

ب- اكتساب الجنسية عن طريق التبني : التبني هو ادعاء رجل أو امرأة بنبوة ولد معروف النسب أو مجهول وإعطائه النسب وحقوق البنوة من حيث الارث والحرمة . لذلك نجد أن التشريعات اختلفت في منح الجنسية بالتبني فبعضها اجازته بوصفه سبباً من أسباب اكتساب الجنسية ومنها القانون السويدي والتونسي والتركي ، والبعض الآخر منها لم تنظم أحكام التبني كالولايات المتحدة وهولندا وبلجيكا وسويسرا ومنها معظم الدول العربية كالأردن والعراق وسوريا ، وبعضها الآخر لم تأخذ به بوصفه أصلاً وإنما اجازته استثناءً كقانون الجنسية الفرنسي لعام ١٩٤٥ .

ولابد أن نبين أن سبب سكوت التشريعات العربية عن الأخذ بنظام التبني كسبب من أسباب اكتساب الجنسية وإحالة هذا الموضوع للقواعد العامة هو إن أغلب الدول الاسلامية ومنها العراق لا تعترف بالتبني لأنه لا يثبت به النسب ولذلك لا يُعد سبب من أسباب الميراث التي أساسها القرابة ، فضلاً عن ذلك فإن الشريعة الاسلامية حرّمت التبني لقوله تعالى «ادعوهم لآبائهم هو أقسط عن الله» كما مرّ بنا في هذه الدراسة ، وكذلك استناداً لقوله تعالى «وما جعل ادعيائكم ابناءكم ، ذلكم قولكم بأفواهكم واللهُ يقول الحقّ وهو يهدي السبيل» ، ولذلك لا تنتقل الجنسية من المتبني الى المتبنى على أساس التبني كسبب لاكتسابها .

وهناك حالة في التشريع العراقي تسمى (الضم) والتي نظم أحكامها قانون رعاية الأحداث رقم ٨٦ لسنة ١٩٨٣ في المواد من (٣٩-٤٦) والتي اجاز بموجبها للزوجين الذين مضى على زواجهما سبع سنوات ولم ينجبا طفل أن يتقدما بطلب الى محكمة الأحداث يطلبون فيه ضم طفل صغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب لا يزيد عمره على تسع سنين وبقرار يصدر من المحكمة بضم الصغير اليهم بصورة مؤقتة مدتها ستة أشهر على أن يتعهدا بالإيصاء اليه بحصة أقل

وارث ، على أن لا تتجاوز ثلث التركة وهي وصية واجبة لا يجوز الرجوع عنها ، واذا ظهر والد المضموم وأثبت بنوته أمام المحكمة يصدر قرار بإلغاء الضم وإعادته الى والده، ومع ذلك فإن الضم لا يؤدي الى اكتساب الجنسية بالتبعية ويمكن للطفل فقط اكتساب الجنسية العراقية عن طريق حق الاقليم بحسب المادة ٣/٢ من قانون الجنسية النافذ على أساس مجهول الأبوين ، لذلك نجد أن المشرع العراقي لم يأخذ بالقانون السابق والنافذ بالتبني بوصفه أساس لمنح الجنسية المكتسبة.

ج- اكتساب الجنسية بالمهاجرة : تعني انتقال الاشخاص من دولة الى اخرى بنية الإقامة الدائمة أو المؤقتة للحصول على أفضل فرص للحياة والحرية والأمن الشخصي ، والهجرة تتم لأسباب مختلفة منها الخوف من الاضطهاد السياسي أو الحروب الأهلية والطائفية أو لأسباب اقتصادية أو اجتماعية أو فكرية أو بسبب الكوارث الطبيعية كالزلزال والفيضانات والوباء .

والمهاجرة نوعان الأول كل من يغادر أراضي دولته بنية الإقامة الدائمة وعدم العودة للحصول على جنسية الدولة التي يقيم فيها ، والثاني كل من ترك دولته بنية الإقامة المؤقتة والعودة لدولته بعد زوال الظروف التي أجبرته على الهجرة، وهذا النوع من الهجرة هو شأن أغلب العراقيين الذين عادوا الى بلدهم بعد سقوط النظام السابق . وغالبية الدول لم تأخذ بالمهاجرة بوصفها سبباً مباشراً لاكتساب الجنسية باستثناء الدول المستوردة للسكان تسمح بتشجيع الهجرة اليها ، وأما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فإنه لم يأخذ بهذا السبب بوصفه أساساً في اكتساب الجنسية العراقية لا في القوانين السابقة ولا في القانون النافذ .

د- اكتساب الجنسية على أساس الاغتراب : المغترب هو كل شخص ينتمي بأصله الى الأمة العربية ولا يقيم في دولة عربية ولا يحمل جنسية دولة عربية ، وهذه الحالة نظم أحكامها المشرع العراقي في المادة (١٧) من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي ، الا انه لم يكرر تنظيمها في القانون النافذ كونها تشمل ضمنا في حالات التجنس العادي ، التي أشارت لشروطها المادة (٦) من القانون النافذ التي تسري على العرب والأجانب على حدٍ سواء.

هـ- اكتساب الجنسية على اساس اداء خدمة نافعة للبلد : لم يأخذ قانون الجنسية النافذ بهذه الحالة وانما اختزلها المشرع العراقي ضمن حالات المادة(٦) وتسري عليها الشروط العامة

للتجنس ، وقد نظم القانون السابق الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ هذه الحالة واعتبرها مبنية على مبدأ الكفاءة لا على الولاء .

و_ اكتساب الجنسية العراقية على اساس الانتماء الى الأمة العربية : لم يأخذ قانون الجنسية النافذ بهذه الحالة وانما ساوى بين العربي والأجنبي في اكتساب الجنسية العراقية ضمن المادة (٦) من قانون الجنسية ، بخلاف القانون السابق الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الذي كان يمنح الجنسية للعربي الذي ينتمي بأصوله لأحدى الدول العربية بشروط اخف من شروط تجنس الأجنبي

الآثار القانونية التي تترتب على اكتساب الجنسية العراقية

لاشك إن غير العراقي الذي اكتسب الجنسية العراقية يصبح من وطنيها وله أن يتمتع بالحقوق والامتيازات المقررة لكافة الوطنيين ، ويلزم بأداء ما يقع عليهم من التزامات ، وهناك اختلاف بين تشريعات الدول في التعامل مع الشخص الوطني الجديد ، فبعضها يساوي بينه وبين الوطني الأصلي من حيث الحقوق والواجبات ، والبعض الآخر لا يساويه الا بعد التحقق من مدى ولائه واندماجه مع مجتمع الدولة المانحة له الجنسية ، ولذلك فإن المشرع العراقي يرتب على مكتسب الجنسية العراقية آثاراً قانونية فردية تتعلق بشخص مكتسب الجنسية ، وآثاراً جماعية تتعلق بأسرة المتجنس بمعنى أن هذه الآثار تمتد الى زوجته وأولاده الصغار ، وسنبين تلك الآثار وفق التفصيل الآتي :

أولاً : الآثار الفردية

هناك جملة آثار قانونية تترتب لمكتسب الجنسية يمكن ايجازها بما يأتي :

١- انقطاع الرابطة القانونية والسياسية والروحية بين المتجنس ودولته الأصلية بحسب المواد (١١و١٢و١٨) من قانون الجنسية العراقي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي الذي يمنع الجمع بين الجنسية المكتسبة والأصلية ، في حين أن قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ أجاز الجمع بينهما من خلال السماح للعراقي الذي اكتسب جنسية دولة أجنبية بالاحتفاظ بجنسيته العراقية باختياره ، وهذا ما أشارت له المواد (١٠و١٢) من القانون أعلاه .

٢- يتمتع مكتسب الجنسية بحسب المادة ٩/١ من القانون النافذ بجملة من الحقوق المدنية دون السياسية ويلتزم بجملة من الالتزامات على الرغم من أنها لم تكن بمستوى المواطن الأصلي ، ومقابل ذلك يحرم المتجنس من بعض الحقوق حرماناً مؤقتاً ، كما ذهبت غالبية التشريعات الى أن مكتسب الجنسية يُحرم من ممارسة بعض الحقوق لمدة معينة من الزمن يصطلح عليها بفترة (الريبة الثانية) للتأكد من قابلية المتجنس لممارسة هذه الحقوق ومدى ولائه للدولة ، وبعد انقضائها يحق له التمتع بما حُرم منه دون اتخاذ أي إجراء قانوني ، وأخذ بذلك قانون الجنسية الملغي بحسب المادة (١٠) منه التي تضمنت منع مكتسب الجنسية من التمتع بالحقوق الخاصة بالعراقيين على وجه العموم لمدة خمس سنوات من تاريخ حصوله على الجنسية العراقية ، وأيضاً لا يجوز له الانتخاب أو تعيينه عضواً في هيئة نيابية قبل انقضاء مدة عشرة سنوات واستثنى من هذا القيد بعض أفراد الأمة العربية ، فضلاً عن ذلك فإن قانون الجنسية العراقي النافذ أكد على هذا المنع المؤقت وفقاً للفقرة الثانية من المادة التاسعة والتي جاء فيها «لا يجوز لغير العراقي الذي يحصل على الجنسية العراقية بطريق التجنس وفقاً لأحكام المواد (٤،٥،٦،٧،١١) من هذا القانون أن يكون وزيراً أو عضواً في هيئة برلمانية قبل مضي عشر سنوات على تاريخ اكتسابه الجنسية العراقية» . ولا يميز هذا النص بين أفراد الأمة العربية وغيرهم من الأجانب الذين اكتسبوا الجنسية العراقية .

٣- حرمان مكتسب الجنسية العراقية من التمتع ببعض الحقوق والامتيازات حرماناً مطلقاً ومنها حرمانه من تولي منصب رئيس الجمهورية ونائبه ، ونص على ذلك في الفقرة الثالثة من نفس المادة «لا يجوز لغير العراقي الذي يحصل على الجنسية العراقية وفقاً لأحكام المواد (٤،٦،٧،١١) من هذا القانون أن يشغل منصب رئيس جمهورية العراق ونائبه» ، لخطورة هذه الوظائف والمناصب على كيان الدولة مما يتطلب استبعاد تمتع المتجنس بها مهما طالت مدة إقامته في مجتمع الدولة ، ولا يمكن مساواة الوطني الأصلي مع الوطني المتجنس أو (الطارئ) كما يطلق عليه بعض الفقه في مثل تلك المناصب .

ثانياً : الآثار الجماعية

الآثار الجماعية لاكتساب الجنسية تعني امتداد الآثار القانونية الى اسرة المتجنس وهم الزوجة والأولاد . وهذا يعني ان من الآثار القانونية التي تترتب على أولاده غير البالغين لسن الرشد يلحقون بجنسية والدهم كما مرّ بنا بمناسبة الكلام عن حالة اكتساب الجنسية بالتبعية .

أما بالنسبة للآثار القانونية التي تترتب على الزوجة نجد أن المشرع العراقي قد أعطى الزوجة الحرية في اختيار جنسية زوجها أو تبقى على جنسيتها الأصلية وهذا الحكم نص عليه المشرع العراقي في القانونين الملغي والنافذ ، بحيث لا توجد حالة تأثر الزوجة بجنسية زوجها وإنما تكتسب الجنسية طبقاً لأحكام المادة (١١) من القانون النافذ ولا تلحق الزوجة بجنسية زوجها تلقائياً بحكم القانون ، وسارت على هذا الاتجاه غالبية التشريعات العربية كقانون الجنسية المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ المادة ٦ منه وكذلك التشريعات الأوربية الحديثة .

المحاضرة السادسة

فقدان الجنسية واستردادها

اولاً: . فقدان الجنسية

فقدان الجنسية يعني زوال جنسية الشخص وانقطاع الرابطة القانونية بينه و بين دولته التي ينتمي اليها بهذه الجنسية ، والفقد وفقا لأحكام قانون الجنسية العراقي النافذ ثلاث حالات ، اما يحصل بإرادته ويطلق عليه (بالفقد الارادي أو الاختياري) واما بفقدها بعمل دون ارادته يصدر من الدولة على سبيل العقوبة يطلق عليه (الفقد اللاإرادي) ، ويفقدها ايضا تبعا لغيره كفقد الاولاد والزوجة لجنسيتهم ويطلق عليه (فقد الجنسية بالتبعية) ، ويترتب على ذلك الفقدان بكل انواعه اثارا قانونية على الشخص الذي فقد جنسيته ، وسنبين ذلك على النحو الاتي :

١. الفقدان الارادي (الاختياري) للجنسية : الاتجاه الحديث لأغلب التشريعات ذهبت الى احترام ارادة الشخص لممارسة حقه في تغيير جنسيته و اكتسابه جنسية دولة اخرى . يرى في ذلك مصلحة له بعد ان كانت ارادة الدولة بحكم الرابطة القانونية بينه وبينها لا تسمح له بالتعبير عن ارادته في الخروج عن سيادة تلك الدولة . و لذلك كانت بعض التشريعات تؤكد ضرورة فقدان

مكتسب الجنسية الاجنبية لجنسيته الوطنية ، وهو ما نصت عليه م/ ١١ من قانون الجنسية الملغي رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ التي جاء فيها (كل عراقي اكتسب جنسية اجنبية في دولة اجنبية باختياره يفقد الجنسية العراقية) .

في حين ان بعض التشريعات اشترطت حصول موافقة تحريرية من الدولة تسمح له بموجبها الخروج من جنسيتها وهو ما جاء بالمادة ١٥ من قانون الجنسية الاردني رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ و التي نصت على " كل اردني يتخلى عن جنسيته الاردنية ويتجنس بجنسية دولة اجنبية بعد الحصول على موافقة مجلس الوزراء " ، وهذا هو شأن المشرع المصري كما جاء بالمادة (١٠) من قانون الجنسية المصري النافذ رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ .

ونجد ان القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٣ الملغي قد حدد حالات الفقدان وهي :

١- اكتساب العراقي لجنسية اجنبية في الخارج باختياره المادة (١/١١).
٢- عودة المتجنس بالجنسية العراقية الى جنسيته الأصلية اذا كان خارج العراق المادة (١٨).
٣- عودة المتجنسة بالجنسية العراقية الى جنسيتها اذا انتهت علاقتها الزوجية بوفاة زوجها او طلاقها او فسخ عقد النكاح المادة (١/١٢).
٤- التحاق الزوجة العراقية بجنسية زوجها الاجنبي المادة (١/١٢).

ونلاحظ ان القانون الملغي اعلاه قد راعى ظاهرة عدم ازدواج الجنسية .

اما موقف المشرع العراقي في قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ فأنه أجاز للعراقي ان يفقد جنسيته العراقية وسمح له بالاحتفاظ بها وهو ما ينسجم مع احكام الدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ والذي اجاز تعدد الجنسية ، في حين ان هذا التعدد يعتبر من ابرز المشاكل القانونية في مجال الجنسية ، خاصة في حالة التمتع بالحقوق واداء الواجبات .لذلك وفي ضوء ما تقدم يتبين لنا بأن حالات الفقد الارادي (الاختياري) وفقا للقانون العراقي النافذ هي :

الشرط الاول : ان يكتسب عراقياً مواطناً اصلياً او طارئاً الجنسية الاجنبية سواء داخل العراق او خارجه سواء كانت جنسية دولة اجنبية ام عربية . ويفقد الشخص جنسيته العراقية في حالة اكتساب جنسية دولة اجنبية بإرادته ويتخلى عن جنسيته العراقية .... وهذه الحالة نصت عليها

المادة (١/١٠) والتي جاء فيه " يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية اجنبية بجنسيته العراقية ما لم يعلن تحريريا عن تخليه عن الجنسية العراقية " .

ومن خلال النص يتبين ايضا بأنه لا يجوز الفقدان قبل الاكتساب لان ذلك يؤدي وقوع الشخص في حالة اللاجنسية ، فضلا عن ذلك يكون الاكتساب باختياره و ليس فرضا عليه ودون ارادته .

كما تفقد المرأة العراقية المتزوجة من اجنبي جنسيتها العراقية عند اكتسابها جنسية زوجها الاجنبي و تخليها عن جنسيتها العراقية وهو ما نصت عليه المادة ١٢ من قانون الجنسية والتي جاء فيها " اذا تزوجت المرأة العراقية من غير العراقي واكتسبت جنسية زوجها، فأنها لا تفقد جنسيتها العراقية ما لم تعلن تحريريا تخليها عن الجنسية العراقية " ، و هذا يعني من خلال النص اعلاه بأن العراقية المتزوجة من اجنبي تفقد جنسيتها العراقية في حالة زواجها زواجا صحيحا من شخص غير عراقي (عربي او اجنبي) واكتسبت فعلا جنسية زوجها واعلنت برغبتها وارادتها بتقديمها طلب تحريري للجهة المختصة بشؤون الجنسية ترغب فيه التخلي عن جنسيتها العراقية ، وعندما تحصل الموافقة تكون قد فقدت جنسيتها بإرادتها ، وهذا ما ينسجم مع الاتجاه العالمي على وفق ما جاء بالمادة (٥) من الاعلان العالمي لعام ١٩٦٧ الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة للقضاء على التمييز بين الرجل و المرأة.

الشرط الثاني : ان يعلن تحريرياً تخليه عن الجنسية العراقية ، وهذا يعني ان يقدم طلباً يصرح به التنازل والانسحاب عن الجنسية العراقية الى الممثليات العراقية في الخارج ؛ اي يجب ان يكون الطلب تحريرياً. وبعد تحقق الاكتساب يتم الاعلان برغبته تحريريا التخلي عن جنسيته العراقية، و تجدر الاشارة بأن المادة ١٦ من قانون الجنسية النافذ نصت على عدم ابراء ذمة العراقي الذي تزول عنه الجنسية العراقية من الالتزامات المترتبة عليه من قبل زوال الجنسية وانقطاع الرابطة القانونية بينه و بين دولته التي ينتمي اليها.

الشرط الثالث : موافقة وزير الداخلية على طلب التخلي بعد احالته اليه من الخارج ويفقد العراقي جنسيته من تاريخ موافقة وزير الداخلية على الطلب ، ويعامل معاملة الأجنبي.

٢. الفقد غير الارادي للجنسية (الاجباري) : وهو اجراء تتخذه الدولة بإرادتها على سبيل العقوبة بنزع جنسية الشخص دون ارادته ، مستندة بذلك على اعتبارات تجعل الشخص لا يستحق حمل الجنسية العراقية ، و الفقدان غير الارادي يتم بطريقتين هما السحب والاسقاط ولابد من التميز بينهما و معرفة موقف المشرع العراقي .

أ- **السحب** : هو اجراء اداري تتخذه الدولة المتمثلة بالسلطة التنفيذية المختصة بشؤون الجنسية يقضي بتجريد شخص او مجموعة اشخاص من جنسيتهم الوطنية ، بسبب قيامهم بعمل يعبر عن ضعف الولاء للدولة ، وهو اجراء يوجه للوطنيين الاصليين والطارئين على راي البعض في حين يذهب بعضهم على قصر هذا الاجراء على الوطنيين الطارئين فقط ، وهذا الاجراء يتم وفقا لنصوص تشريعية محددة وردت في القانون على سبيل الحصر نظراً لخطورة التي ينطوي عليها السحب .

حالات السحب وفق قانون الجنسية ٤٣ لسنة ١٩٦٣ العراقي الملغي

لقد حدد القانون السابق حالات سحب الجنسية بأربع حالات وهي :

١- سحب الجنسية العراقية من الأجنبي الذي اكتسبها اذا قام او حاول القيام بعمل يعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها المادة (١٩).

٢- سحب الجنسية العراقية عن العراقي اذا قبل دخول الخدمة العسكرية لأحدى الدول الأجنبية دون اذن سابق يصدر من وزير الدفاع المادة (١/٢٠).

٣- سحب الجنسية العراقية عن العراقي اذا عمل لمصلحة دولة او حكومة اجنبية او جهة معادية في الخارج او قبل في الخارج وظيفة لدى حكومة أجنبية او أحدى الهيئات الأجنبية أو الدولية وابى أن يتركها على الرغم من الامر الصادر لديه من الوزير المادة (٢/٢٠).

٤- سحب الجنسية عن العراقي في الخارج اذا قام بصورة معتادة وانضم الى هياة اجنبية من اغراضها العمل على تقويض النظام الاجتماعي او الاقتصادي في الدولة بأي وسيلة من الوسائل المادة (٣/٢٠).

٥- وهذه الحالة لم ينظمها المشرع بالإمكان استنتاجها وهي حالة سحب الجنسية العراقية من مكتسب الجنسية العراقية اذا حصل عليها بطريق الغش والتزوير.

ب- الاسقاط : هو اجراء اداري تتخذه الدولة المتمثلة بالسلطة التنفيذية المختصة بشؤون الجنسية يحمل طابع العقاب ويشمل الوطني الاصلي والمواطن الطارئ (مكتسب الجنسية) ، والاسقاط اجراء تحكمي لا يستند الى نصوص قانونية كما في السحب و انما يصدر لاعتبارات سياسية ، فالأسقاط لا يستند على نصوص تشريعية محددة مسبقاً على سبيل الحصر كما في السحب انما يستند على قرارات ادارية تمليها اعتبارات سياسية .

اما موقف المشرع العراقي الحالي من حالتي السحب والاسقاط فقد نصت المادة (١٥) من قانون الجنسية النافذ على انه " للوزير سحب الجنسية العراقية من غير العراقي التي اكتسبها اذا ثبت قيامه أو حاول القيام بعمل يعد خطرا على امن الدولة وسلامتها ، او قدم معلومات خاطئة عنه او عن عائلته عند تقديم الطلب اثر صدور حكم قضائي بحقه مكتسب لدرجة الثبات " . واستنادا لنص المادة اعلاه فأن حالات سحب الجنسية هي ما يأتي : .

الحالة الاولى : . حالة قيام الفرد بأفعال تعد خطرا على امن الدولة وسلامتها .

الحالة الثانية : . حالة حصول الشخص على الجنسية العراقية بسبب تقديمه معلومات خاطئة عنه وعن عائلته في مثل تلك الحالات تسحب جنسية الشخص المكتسبة من المواطن الطارئ و ليس المواطن الاصلي بقرار من وزير الداخلية بالنسبة للحالة الاولى ؛ لأنه اصبح غير جديرا بحمل الجنسية العراقية الممنوحة له ، والحالة الثانية يصدر فيها قرار قضائي بات بحق مكتسب الجنسية اذا قدم فعلا معلومات خاطئة عنه وعن عائلته وتسحب منه الجنسية بقرار صادر ايضا من وزير الداخلية ، وتجدر الاشارة بأن قرارات الوزير تخضع لرقابة القضاء بحسب المادتين ١٩ و ٢٠ من قانون الجنسية النافذ .

اما حالة اسقاط الجنسية يوجد خلاف فقهي في مدى مشروعية اسقاط الجنسية باتجاهين **الاول** يذهب الى وجود قواعد دولية تقيد الدولة في اسقاط جنسية مواطنيها احتراما للقواعد الدولية و الاعتبارات الانسانية ، **والثاني** يذهب الى رفض تقييد الدولة في اسقاط جنسية مواطنيها ، وقد صدر بهذا الخصوص قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٦٦) لسنة ١٩٨٠ الذي تم بموجبه اسقاط الجنسية العراقية عن كل عراقي يقوم بأعمال تعد خطرا على اهداف الحزب والثورة ، الا

ان المشرع العراقي الغى هذا القرار بموجب المادة (١٧) من قانون الجنسية النافذ وأعاد الجنسية العراقية لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب القرار اعلاه وجميع القرارات الصادرة بهذا الخصوص بما فيها من أسقطت عنه لأسباب سياسية او عنصرية او طائفية الذين اشارت لهم المادة (١٨) من قانون الجنسية النافذ تنفيذا للفقرة الثالثة من المادة (١٨/ ثالثا / أ /) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ التي حظرت اسقاط الجنسية العراقية عن كل عراقي بالولادة لأي سبب من الاسباب .

٣. فقدان الجنسية بالتبعية : . المقصود بفقدان الجنسية بالتبعية هو ان الشخص الذي فقد جنسيته يفقدها تبعا له اولاده غير البالغين لسن الرشد و زوجته .

لذلك نجد ان اغلب التشريعات تأخذ بفقدان الجنسية بالتبعية ، الا ان جانب من الفقه يرى بأن سحب او اسقاط الجنسية طبقا للمعايير القانونية يعد جزاءً فيه معنى العقوبة ، ولذلك يجب ان يكون شخصيا ولا يسري الا على الشخص الذي فقد الجنسية وحده دون ان يكون اثر ذلك على افراد عائلته بصرف النظر عن اسباب السحب او الاسقاط . وعليه سنبين حالتين لفقد الجنسية بالتبعية في القانون النافذ وهي : .

الحالة الاولى : . فقد الاولاد غير البالغين سن الرشد جنسيتهم العراقية تبعا للأب :

نصت المادة (١٤/ ٢) من قانون الجنسية النافذ على انه " اذا فقد عراقي الجنسية العراقية ، يفقدها تبعا لذلك اولاده غير البالغين سن الرشد ، ويجوز لهم ان يستردوا الجنسية العراقية بناء على طلبهم اذا عادوا الى العراق او أقاموا فيه سنة واحدة ، ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم . ولا يستفيد من حكم هذا البند اولاد العراقيين الذين زالت عنهم الجنسية العراقية بموجب احكام القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ والقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٥١ " .

لذلك تبين لنا من خلال قراءة النص بأن الاولاد غير بالغي سن الرشد يفقدون جنسيتهم العراقية تبعا لفقدان والدهم لجنسيته بشرط ان يفقد الاب جنسيته سواء كانت اصلية ام مكتسبة ، ونجد بأن المشرع العراقي اكد على فقدان الصغير جنسيته تبعا لفقدان الاب و ليس الام لان الاب هو الملزم بالنفقة على اولاده الصغار بحكم المادتين (٥٩ ، ٦٠) من قانون الاحوال

الشخصية العراقي النافذ رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل اللتان اشار فيهما المشرع الى الزام الاب بالأنفاق على الصغير دون الام .

وان يكون الاولاد ثابتي النسب لأبيهم العراقي واذا لم يثبت نسبهم الى ابيهم فيمكن ان يستفادوا من نص المادة (٣ / ب) من قانون الجنسية النافذ ، وكذلك يجب ان يكون الفقدان للصغار بعد اكتساب جنسية اخرى حتى لا يصبحوا عديمي الجنسية ، اما اذا كان الاولاد بالغي سن الرشد فلا تتأثر جنسيتهم العراقية بعد فقد والدهم جنسيته الا في حالة ابطال معاملة تجنس الاب بسبب الغش والتزوير لان الغش يفسد كل شيء فيفقدها الصغار و الكبار تبعا لذلك .

الحالة الثانية : . فقد الزوجة جنسيتها تبعا لفقدان جنسية زوجها: وهذه الحالة تكاد تكون محدودة بسبب الاتفاقيات الدولية التي تنادي بحقوق المرأة واستقلالها عن جنسية زوجها ، الا انها يمكن ان تفقدها في حالة ابطال معاملة تجنس زوجها بسبب الغش و التزوير كما مر ذكره فأنها تفقدها تبعا لزوجها . وطبقا لأحكام المادة (١٢) من قانون الجنسية النافذ نجد ان المرأة العراقية لا تفقد جنسيتها العراقية بسبب زواجها من اجنبي واكتسابها جنسيته الا اذا اعلنت تحريريا تخليها عن الجنسية العراقية .

ثالثاً : . الاثار القانونية التي تترتب على فقد الجنسية

يترتب على فقد الجنسية مجموعة من الاثار القانونية بعضها فردية تترتب على الشخص الذي فقد جنسيته ، و البعض الاخر اثار جماعية تترتب على افراد عائلته ، الا ان هذه الاثار تختلف بين دولة و اخرى ، وسوف نبين عن ذلك وفقا لما يأتي :

١. الاثار الفردية

يصبح فاقد الجنسية العراقية أجنبي على دولته التي فقد جنسيتها ويخضع لأحكام قانون اقامة الاجنبي بحيث يعامل معاملة الاجانب في حالة دخوله و اقامته وخروجه من اقليم الدولة بسبب انقطاع العلاقة القانونية بينه و بين تلك الدولة ، ويحرم من التمتع بالحقوق والالتزامات الناشئة عن تلك العلاقة داخل الدولة وخارجها ولا يتمتع بالحماية الدبلوماسية في الخارج و يرقن قيده في سجل الاحوال المدنية فضلا عن عدم براءة ذمته من الالتزامات المالية المترتبة عليه من قبل زوال الجنسية العراقية عنه طبقا لأحكام المادة (١٦) من قانون الجنسية النافذ .

٢. الاثار الجماعية

وفقا لأحكام قانون الجنسية النافذ فأن الزوجة في ظل الا تجاه الحديث للتشريعات لا تتأثر بفقد زوجها الجنسية سواء كان الفقدان ارادي ام غير ارادي لأنها تملك الحرية باستقلال جنسيتها و لها الحق بالاحتفاظ بها او تخليها عنها تحريريا وليس كما كانت تفقدها تبعا له في ظل الاتجاه التقليدي للتشريعات ، اما بالنسبة للأولاد غير البالغين (القاصرين) يفقدون جنسيتهم تبعا لجنسية والدهم ، لان الاب هو المسؤول عن الانفاق والاشراف على رعايتهم خاصة عندما يفقد جنسيته العراقية ويغادر خارج العراق ، فأن جنسيتهم تزول عنهم تبعا لوالدهم ، ولا يشمل فقد الام لجنسيتها زوال جنسية اولادها الصغار كما اوضحنا سلفا .

المحاضرة الثامنة

ثانياً : استرداد الجنسية

على الرغم من اختلاف تشريعات الدول حول موضوع استرداد الجنسية الا انها حاولت تبسيط تلك الاجراءات لعودة الفرد الى جنسية دولته التي فقدها ، ليعود مرة اخرى للصفة الوطنية التي كان عليها في دولته التي ينتمي اليها ويحمل جنسيها ، بمعنى عودة لاحقة لجنسية سابقة ، او استئناف الرابطة القانونية بينه وبين دولته مرة اخرى ، وموضوع استرداد الجنسية اشارت له العديد من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية الجنسية الاوربية لسنة ١٩٩٧ التي اكدت على كل دولة طرف بهذه المعاهدة تسهيل اجراءات استرداد جنسية الاشخاص وفقاً لقوانينها الداخلية ، وقد تكون العودة للجنسية في حالات معينة بقوة القانون ، وحالات اخرى تحتاج الى موافقة الجهة المختصة في الدولة ، ولذلك فان حالات استرداد الجنسية وفقا لأحكام قانون الجنسية النافذ تحصل بطريقين الاول بإرادة الشخص يصطلح عليه بالاسترداد ، والثاني بأمر خارج عن إرادته يصطلح عليه بالرد ، وعليه سوف نبين تلك الحالات على النحو الآتي :

أولاً :- حالة استرداد العراقي لجنسيته بعد فقدها بإرادته : بعض التشريعات لم تضع شروط لاسترداد الوطني الى جنسيته ، والبعض الآخر منها تضع شروطاً لاسترداد الجنسية أهمها شرط العودة والإقامة ، ومن هذه التشريعات قانون الجنسية العراقي رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ ، حيث جاء في المادة (١١) منه " اذا عاد الشخص الذي فقد جنسيته العراقية بطريقة مشروعة وأقام فيه

سنة واحدة ، يجوز أن يعتبر بعد انقضائها مكتسباً الجنسية العراقية اعتباراً من تاريخ عودته اذا قدم طلباً لاستعادة الجنسية العراقية قبل انتهاء المدة المذكورة " .

وهذا يعني ان من فقد الجنسية بسبب اكتساب جنسية اجنبية ان يعود الى العراق بصورة مشروعة ويقيم فيه سنة واحدة ، وان يقدم طلبا لوزارة الداخلية ويحصل على موافقة الوزير على طلب الاسترداد ، اما قانون الجنسية النافذ فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة (١٠) "للعراقي الذي تخلى عن جنسيته الواقعية ان يستردها اذا عاد الى العراق بطريقة مشروعة وأقام فيه ما لا يقل عن سنة واحدة ، وللوزير ان يعتبر بعد انقضائها مكتسبا للجنسية العراقية من تاريخ عودته ، اذا قدم طلبا لاسترداد الجنسية العراقية قبل انتهاء المدة المذكورة ٠ ولا يستفيد من هذا الحق الا مرة واحدة "

واستنادا لأحكام هذه المادة فان الشروط الواجب توافرها لاسترداد العراقي جنسيته هي كل من فقد جنسيته العراقية بإرادته واكتسب جنسية دولة اجنبية ، بحيث لا تشمل من فقدها بغير ارادته اي على سبيل العقوبة ، وان يعود للعراق بطريقة مشروعة ، بمعنى لا يشمل بذلك من عاد متسللا من الحدود بطريقة غير مشروعة ، ويقيم فيه بعد عودته مدة سنة واحدة لبيان مدى ولائه للعراق مره اخرى وانقطاع صلته بالدولة الاجنبية ، وان يقدم طلبا لوزير الداخلية لاسترداد جنسيته العراقية قبل انتهاء المدة القانونية لأقامته في العراق على ان تحصل موافقة الوزير على طلب الاسترداد ، وهذا الحق لا يستفيد منه إلا مرة واحدة .

ثانياً :- حاله استرداد المرأة لجنسيتها العراقية التي فقدتها بسبب اكتسابها جنسية زوجها الاجنبي

ورد في المادة (١٣) من قانون الجنسية النافذ اذا اعلنت المرأة العراقية عن جنسيتها العراقية وفقا لأحكام البند الثالث من المادة (١٠) من هذا القانون لها حق استرداد جنسيتها بشروط وهذه الشروط ان تكون المرأة العراقية قد فقدت جنسيتها فعلا بسبب تخليها تحريريا عنها واكتسبت جنسية زوجها الاجنبي ، وان يكتسب زوجها الاجنبي الجنسية العراقية او تكون قد تزوجت من شخص يتمتع بالجنسية العراقية ، وان العلاقة الزوجية انتهت بينهما بالانحلال بوفاته او بطلاقهما او بفسخ عقد الزواج فاذا لم تنتهي العلاقة الزوجية بينها لهذه الاسباب لا تستطيع

الرجوع الى جنسيتها ، ومن ثم يتم تقديمها طلبا الى وزير الداخلية تطلب فيه استرداد جنسيتها على ان تكون موجودة في العراق عند تقديمها الطلب وبعد انتهاء العلاقة الزوجية وهو ما اشارت له المادة ٢/١٣.

ثالثاً :- حاله استرداد الصغير جنسيته التي فقدها بالتبعية

هذه الحالة ورد النص عليها في المادة (١٤/ثانيا) من قانون الجنسية النافذ والتي جاء فيها "اذا فقد عراقي الجنسية العراقية يفقدها تبعا لذلك اولاده غير البالغين سن الرشد. ويجوز لهم ان يستردوا الجنسية العراقية بناء على طلبهم اذا عادو الى العراق واقاموا فيه سنه واحدة . ويعتبرون عراقيين من تاريخ عودتهم . ولا يستفيد من حكم هذا البند اولاد العراقيين الذين زالت عنهم الجنسية العراقية بموجب احكام القانون رقم (١) لسنه ١٩٥٠ والقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٥١" ، لذلك فان الاسترداد طبقا لأحكام المادة اعلاه يتم بحكم القانون وهو حق وليس منحه من الدولة . بحيث يسترد الصغير جنسيته اذا توافرت فيه الشروط الاتية :-

الاول :- ان يفقد الصغير العراقي الذي لم يبلغ سن الرشد ذكراً كان أم انثى جنسيته العراقية تبعا لأبيه الذي فقد الجنسية العراقية .

الثاني :- ان يقيم الصغير في العراق لمدة سنة واحدة .

الثالث :- ان يقدم طلبا الى وزير الداخلية يعلن فيه عن رغبته باسترداد جنسيته العراقية التي فقدها بسبب فقد ابيه الجنسية العراقية بالتبعية .

واستثنى المشرع العراقي من شرط الاسترداد العراقيين الذين زالت عنهم الجنسية بموجب القانون رقم (١) لسنة ١٩٥٠ وهو القانون الخاص بأسقاط الجنسية عن بعض اليهود الذين يظهر من تصرفاتهم عدم ولائهم للعراق ، واستثنى من الاسترداد ايضا اولاد اليهود العراقيين الذين زالت عنهم الجنسية العراقية بموجب القانون (١٢) لسنة ١٩٥١ والذي يتم بموجب مراقبة وادرة اموال اليهود المسقطة عنهم الجنسية.

رابعاً :- حاله رد الجنسية العراقية لمن اسقطت عنهم بموجب قرار مجلس قياده الثورة الملغي رقم (٦٦٦) لسنة ١٩٨٠.

هذه الحالة نصت عليها المادة (١٧) من قانون الجنسية العراقية النافذ والذي جاء فيها " يلغى قرار مجلس قياده الثورة المنحل رقم (٦٦٦) لسنه ١٩٨٠ وتعاد الجنسية العراقية لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية بموجب القرار المذكور وجميع القرارات الجائرة الصادرة عن مجلس قيادة الثورة المنحل بهذا الخصوص " ، وطبقا لما ورد في النص فان هذه الحالة تعد من الاتجاهات الحديثة الخاصة للمشرع العراقي ولذلك فان لرد الجنسية يجب توافر الشرطين الآتيين :-

الاول :- ان يكون هناك عراقي كان يحمل الجنسية العراقية قبل صدور قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٦٦) لسنه ١٩٨٠ سواء كانت جنسية اصلية ام مكتسبة.

الثاني :- ان تسقط الجنسية العراقية تطبيقا لأحكام القرار رقم (٦٦٦).

فاذا توافر هذين الشرطين فان الجنسية العراقية ترد لمن اسقطت عنه ، لان حالة الاسقاط هذه تستند الى القانون . ويسترد الجنسية بحكم القانون دون حاجة الى اي اجراء رسمي عند توافر الشرطين اعلاه .

خامساً :- حالة استرداد الجنسية العراقية لمن أسقطت عنه لأسباب سياسية وعنصرية أو طائفية:

هذه الحالة اشارت لها المادة (١٨) من قانون الجنسية العراقي النافذ والتي جاء فيها " اولا : لكل عراقي اسقطت عنه الجنسية العراقية لأسباب سياسية او عنصرية او طائفية ان يستردها بتقديم طلب بذلك . وفي حالة وفاته يحق لأولاده الذين فقدوا الجنسية العراقية – تبعا لوالدهم او والدتهم – ان يتقدموا بطلب لاسترداد الجنسية العراقية "، وعند تطبيق المادة اعلاه يجب توافر الشرطين الآتيين :

الاول : ان يكون هناك عراقي كان يحمل الجنسية العراقية (اصلية أم مكتسبة) اسقطت عنه لأسباب سياسية او عنصرية او طائفية .

الثاني : تقديم طلب لوزير الداخلية يبين فيه كيفية اسقاط الجنسية عنه وتاريخ اسقاطها ، وفي حالة وفاته سمح المشرع العرقي لأولاده الذين فقدوا جنسيتهم العراقية تبعا له او لامهم ان يتقدموا بطلب استردادها .

وعند توافر هذين الشرطين يسترد جنسيته العراقية تلقائيا وبحكم القانون ، الا ان المشرع العراقي استثنى بموجب الفقرة الثانية من المادة (١٨) اولاد العراقيين اليهود الذين زالت عنهم الجنسية وهذا الاستثناء اشار له المشرع سلفا في المادة (١٤) وكان يجدر به عدم تكراره في هذه المادة مما يؤشر عليه عيبا من عيوب الصياغة القانونية .

الآثار القانونية لاسترداد الجنسية العراقية

يترتب على استرداد الجنسية العراقية اثاراً فردية وجماعية سنبين عنها على النحو الاتي :

اولاً : الآثار الفردية

لاشك ان الشخص الذي استرد جنسيته يعود الى نفس الحالة التي كان عليها قبل فقد جنسيته العراقية ، فاذا كانت جنسيته المفقودة (أصلية) فأنه يستردها اصلية ويتمتع بكافة الحقوق الناشئة عن الجنسية الاصلية ، واذ كانت (مكتسبة) فأنه يستردها مكتسبة وتتمتع بكافة الحقوق الناشئة عن الجنسية المكتسبة ، على الرغم من مطالبة بعض الفقه بوضع مسترد الجنسية المكتسبة بفترة (ريبة) بعد استرداد جنسية قبل ان يتمتع بكافة الحقوق العامة و التي منها الحقوق السياسية وكذلك الحقوق الخاصة التي كانت مقررة له قبل الفقدان .

ثانياً : الآثار الجماعية

وهي الآثار القانونية التي تترتب للزوجة والاولاد الصغار على استرداد جنسيتهم التي سنبين تفاصليها وكالاتي :

١. اثر استرداد جنسية الزوجة : طبقا لأحكام قانون الجنسية العراقي النافذ فأن الزوجة لا تتأثر بفقد واسترداد جنسية زوجها ، بسبب استقلالية جنسيتها عنه ، حيث إن المشرع العراقي ذهب ابعد من ذلك كونه اعطى للمرأة العراقية المتزوجة من شخص اجنبي لها الحق باكتساب جنسية زوجها مع احتفاظها بجنسيتها العراقية ، بحيث لا تفقدها الا في حالة تخليها تحريريا عنها كما ورد تفصيل ذلك وفقا لأحكام المادة (١٢) من القانون النافذ ، والى جانب ذلك اعطاها الحق في استرداد جنسيتها العراقية طبقا لأحكام المادة (١٣) منه حسب التفضيل الذي تم التعرض له سلفا.

٢. اثر استرداد الجنسية على الاولاد الصغار : اذا استرد الشخص جنسيته العراقية فأن اولاده الصغار يستردونها تبعا له وبنفس الصفة التي كان يتمتعون بها قبل فقدها (اصلية ام مكتسبة) طبقا للقانون النافذ ويتمتعون بكافة الحقوق الناشئة عن ذلك كونهم فقدوها دون ارادتهم ، في حين نجد ان القانون الملغي (٤٣) لسنة ١٩٦٣ بحسب المادة (١٣) كان يلحق الاولاد الصغار بالجنسية العراقية بصفة متجنس في حال استرداد والدهم العراقي جنسيته العراقية حتى لو كانت الجنسية التي فقدوها اصلية بينما والدهم يستردها بنفس الصفة التي فقدها .

اما حالة استرداد الصغار لجنسيتهم التي فقدوها تبعا لامهم فإن هذه الحالة فيها خلاف فقهي حيث ذهب جانب منهم الى ان المرأة التي تسترد جنسيتها التي فقدتها بالزواج المختلط بعد انحلال الرابطة الزوجية يلحق بها صغارها الذين هم دون سن الرشد ويعطى لهم حق الاختيار عند بلوغهم سن الرشد لاختيار جنسية ابيهم ، في حين ذهب جانب اخر الى ان الصغار يبقون في جنسية ابيهم ولا يستردون جنسية الام بالتبعية اذا استردت جنسيتها وهذا هو الرأي الراجح بحيث يبقى الصغار على جنسية والدهم الى حين بلوغهم سن الرشد ، ويكون لهم حق الاختيار للجنسية التي يرغبونها ، ولهم حق اكتساب جنسية امهم طبقا لأحكام المادة (١/٣) من قانون الجنسية العراقي النافذ .

المحاضرة التاسعة

رابعاً : جنسية الأشخاص المعنوية وأسس تعيينها

لابد أن نفرق بين أسس تعيين جنسية الشخص المعنوي وأسس تعيين جنسية بعض الأنواع الخاصة من المنقولات كالسفن والطائرات والأقمار الصناعية حسب التفصيل الآتي :

١- أسس تعيين جنسية الشخص المعنوي

لابد لنا أن نتعرف على معنى الشخص المعنوي وأنواعه ، لذلك فإن الشخص المعنوي وفقاً للمادة ٤٧ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ هو كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية معنوية ، وأنواع الشخص المعنوي وفقاً للمادة أعلاه أشخاص معنوية تابعة للقانون الخاص كالشركات والمنقولات ، وأشخاص معنوية تابعة للقانون العام كالدولة والإدارات والمنشآت العامة والمحافظات والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية ، بحيث تصبح متمتعة بالشخصية القانونية التي تمكنها من ممارسة الحقوق وأداء الالتزامات شأنه في ذلك شأن الشخص الطبيعي ، وتتمتع أيضاً بكيان مستقل عن الأشخاص والأموال المكونة لها ، وللشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة وأهلية للتقاضي ووجود افتراضي او اعتباري وإرادة الشخص المعنوي تمثل إرادة المؤسسين له ، بحيث تحل إرادة الشخص المعنوي محل إرادة المكونين له في تكوين العلاقات القانونية وآثارها ، أما الأشخاص المعنوية التابعة للقانون الدولي العام إنها محكومة بالاتفاقيات التي أنشأت لهذا الغرض ومنها منظمة الأمم المتحدة فليس لها جنسية كالأشخاص المعنوية الخاصة التي أشرنا لها .

وقد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للشخص المعنوي من حيث الاعتراف له بحمل الجنسية وذلك في اتجاهين الأول أنكر بعض الفقهاء حق الشخص المعنوي في التمتع بالجنسية كونه يفتقر للخصائص والمقومات المتوفرة في الشخص الطبيعي ، والثاني اعترف البعض الآخر من الفقهاء بحق الشخص المعنوي في حمل أو التمتع بالجنسية لضرورات عملية قانونية كارتباطه بالدولة ، واخضاعه لنظامها القانوني الذي يحدد حقوقه والتزاماته عندما يمارس نشاطه خارج دولته ، ولذلك فإن الاعتراف له بالجنسية يؤدي الى حل مشكلة تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكمه ، ويؤدي كذلك الى حل مشكلة تحديد مركزه القانوني في الدولة لبيان ما يتمتع به من حقوق وما عليه من التزامات وهو ما يطلق عليه في أمور الجنسية بالمركز القانوني للأجانب ، لذلك لابد من الاعتراف له بذلك انسجاماً مع ما أخذت به أغلب التشريعات العربية والدولية .

٢- أسس تحديد جنسية الشركات في القانون الخاص

اختلفت التشريعات الدولية في تحديد المعايير والاسس التي أخذت بها في منح جنسية الشركات ، والسبب في ذلك هو أن لكل دولة الحرية في تحديد تلك المعايير طبقاً لمصالحها ، على الرغم من ان الشركات تهدف أصلاً الى تحقيق الربح المادي وليس لها أغراضاً سياسية ، ولذلك سوف نبين عن تلك المعايير وعلى النحو الآتي :

أ- **معيار محل تأسيس الشركة :**

بموجب هذا المعيار فإن الشركة تحمل جنسية الدولة التي تأسست فيها باعتبارها دولة الميلاد التي منحتها جميع الموافقات والوثائق الخاصة بتأسيسها ، وعلى أساس قانون دولة التأسيس تمنح الشركة الشخصية القانونية . وأخذت بهذا المعيار عدّة دول منها الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين والاتحاد السوفيتي وانكلترا كونه معيار مادي ومحدد ولا يتغير ، ولذلك أخذ به المشرّع العراقي بموجب المادة (٣٢) من قانون الشركات رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الملغي في تأسيس الشركات المساهمة ، وذهب بذات المعنى قانون الشركة رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ الملغي أيضاً ولم يأخذ بهذا الاتجاه قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ بصورة منفردة ، وسنرى ذلك لاحقاً .

الا إن هذا المعيار وجهت له انتقادات كونه يفضي الى ازدواج جنسية الشركة في حالة تأسيسها بدولة تأخذ بأساس مقر التأسيس وتتخذ لها مركز ادارة في دولة تأخذ بأساس مركز الادارة فهنا سوف تأخذ جنسية الدولتين ، ويفضي أيضاً الى انعدام الجنسية اذا تأسست في دولة لا تأخذ بأساس مقر التأسيس وتتخذ لها مركز ادارة في دولة لا تأخذ بأساس مركز الادارة لمنحها الجنسية ، ومن الانتقادات الاخرى التي وجهت لهذا المعيار هو خضوع التصرف لبلد الابرام الذي يحكم شكل التصرف دون شروطه الموضوعية مما يسهل اخفاء جنسية الشركة الحقيقية اذا تأسست في بلد والقائمون على ادارتها في بلد آخر ، في حين أن الشركة تتكون من شروط شكلية وموضوعية ، ولذلك لا يمكن اعتماد هذا المعيار في منح الجنسية للشركات .

ب – معيار مزاولة النشاط الرئيسي للشركة :

الجنسية تمنح للشركة بموجب هذا المعيار على أساس أنها تزاول نشاطها الرئيسي في تلك الدولة دون الأخذ بنظر الاعتبار بمحل تأسيسها ، بوصفه المكان الذي يمثل مركز الثقل الاقتصادي للشركة ، الا ان هذا المعيار انتقد أيضاً على اساس إن الشركة الواحدة يمكن أن تزاول نشاطها في دولٍ عديدة ، كما في شركات تنقيب البترول ، وشركات الطيران ، مما يؤدي الى صعوبة تحديد محل النشاط الرئيسي لتحديد جنسية الشركة لأنه لا يمكن تفضيل مركز على آخر في تحديد الجنسية ، وقد أخذت بعض الدول بهذا الأساس أو المعيار ومنها بلجيكا وهولندا وسويسرا وإسبانيا والنمسا، ويعتقد بعض الفقه انها أخذت بهذا المعيار بصفة تكميلية ، بمعنى انها اشركت معه معياراً آخر ونحن نؤيد هذا الاعتقاد لأنه من الصعب تحديد جنسية الشركة التي تزاول نشاطها في عدّة دول.

وتجدر الاشارة بأن هذا المعيار اعتمدته بعض التشريعات كونه أساساً لتحديد التبعية القانونية للشركة كالتشريع المصري والأردني وكذلك العراقي .

ج- معيار مركز الادارة الرئيسي للشركة

وفقاً لهذا المعيار تمنح الجنسية للشركة من الدولة التي يكون فيها مركز ادارتها الرئيسي التي تمارس فيه نشاطها ، بمعنى ان يكون المركز الفعلي للشركة في تلك الدولة وتكون فيها جمعيتها العامة ومجلس ادارتها وتمارس فيها جميع اختصاصاتها ونشاطها ، الا إن هذا المعيار انتقد أيضاً كونه يفضي الى حالتي ازدواج جنسية الشركة وانعدامها ، وبنفس الوقت يصلح هذا المعيار لتحديد التبعية السياسية للشركة (جنسيتها) وكذلك التبعية القانونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على النظام الداخلي للشركة وتحديد المحكمة المختصة في الدولة التي تعتمد جنسية الشركة ، وأخذت به المانيا وفرنسا ومصر وكذلك العراق في القانون الملغي في المادة (٢٨٩) التي جاء فيها « إن كل شركة أجنبية مؤسسة خارج العراق تعتبر أجنبية » ، في حين أن قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ أخذ بهذا المعيار مع معيار محل التأسيس لتحديد جنسية جميع أنواع الشركات وذلك بحسب المادة ١٣ منه .

وتجدر الاشارة بأنه اعتمد المعيار ذاته لتحديد التبعية القانونية للشركة كما أسلفنا بحسب المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠لسنة ١٩٥١ لتحديد القانون الواجب التطبيق ، وهذا يعني أن الشركة تعتبر عراقية الجنسية اذا كان محل تأسيسها ومركز ادارتها الرئيسي في العراق ، وهذا هو شأن أغلب الدول التي اتبعت معيار محل التأسيس مع معيار مركز الادارة لتحديد جنسية جميع الشركات .

د- معيار محل رأس المال :

بموجب هذا المعيار تحصل الشركة على جنسية الدولة التي طرحت فيها رأس مالها للتداول من خلال اصدارها الأسهم والسندات للتداول ، وانتقد هذا المعيار على اعتبار إن الشركة قد يكون لها رأسمال في دولة اخرى ، لذلك يتعذر تحديد جنسية الشركة بموجبه ، فضلاً عن ذلك لم يعتمد هذا المعيار بصورة منفردة في أكثر دول العالم وإنما يستعمل الى جانب معيار آخر كمركز الادارة الرئيسي ومحل التأسيس .

هـ - معيار دولة الرقابة والاشراف على الشركة

وهذا المعيار يميز أو يفرق بين التبعية السياسية والتبعية القانونية للشركة من خلال ضابط الإشراف والرقابة . والتبعية السياسية يتم بموجبها تحديد جنسية الشركة على أساس الرقابة والاشراف فإذا كانت جنسية الشركاء الذين يملكون رأس مالها ويديروها ويراقبوها وطنية فالشركة تعد وطنية، واذا كانت أجنبية فالشركة أجنبية ، أما التبعية القانونية فيكون فيها النظام القانوني للشركة خاضعاً لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي .

وقد استعمل هذا المعيار أبان الحرب العالمية الاولى في فرنسا لمواجهة الشركات التي كان يملك رأسمالها وادارتها ورقابتها الرعايا الالمان واستعملته أيضاً أثناء الحرب العالمية الثانية ، بمعنى إنها عطلت استعمال معيار مركز الادارة الرئيسي أثناء الحرب واعتمدت معياراً ابتكرته وهو معيار الرقابة والاشراف الذي اعتمدته اليابان والدنمارك وهولندا ، كذلك مصر في عام

١٩٣٩ و١٩٤٨ أثناء العدوان الثلاثي عليها في مواجهة شركات رعايا الأعداء عام ١٩٥٦ واعتمدت هذا الاساس أو المعيار معاهدات الصلح بعد الحرب العالمية الثانية .

وانتقد هذا المعيار على أساس أن للشركة كيان معنوي آخر مستقل عن كيان الأشخاص الذين يتولون الادارة عليها ويملكون رأسمالها ، الا إنه استعمل بصفة استثنائية في تحديد جنسية الشركات في وقت الحرب بالنسبة للدول المعادية ، أما في وقت السلم فيعتمد معيار مركز الادارة الرئيس وهو المعيار الذي يعتمد في جميع الظروف لتحديد التبعية القانونية للشركة لتحديد القانون الواجب التطبيق على نظامها الداخلي . كما يمكن استعمال معيار الرقابة والاشراف في وقت السلم لمواجهة الشركات متعددة الجنسيات وهي في الأصل شركة واحدة تمارس نشاطها في عدّة دول ، أي ممتدة عبر الحدود وتحمل كل منها جنسية البلد الذي تكون فيه ، وهي في الحقيقة رغم تعدد جنسياتها تخضع لنظام قانوني داخلي واحد هو نظام جنسية الشركة الأم ، لذلك وفقاً لهذا المعيار يتم التخلص من تعدد الجنسيات من خلال التعامل مع النظام القانوني لجنسية الشركة الأم ولا عبرة ببقية الجنسيات حتى وان كانت تحمل من بين تلك الجنسيات الجنسية الوطنية .

وتجدر الاشارة بأن الشركة التي تمتلك عدة فروع لتوسيع نشاطها فإن الفرع يندمج مع الشركة الأم ، وهذا يعني إن جنسية الفرع هي جنسية الشركة الأم ومثال ذلك شركة زين للاتصالات لها مجموعة فروع في العراق الا إن مركز ادارتها في الخارج .

أما الشركة الوليدة على الرغم من أنها تملك شخصية مستقلة من حيث مواردها وجنسيتها الا أنها تخضع للنظام الداخلي للشركة الأم، وهي من الشركات المتعددة الجنسيات التي يمكن تحديد جنسيتها على أساس معيار الرقابة والاشراف .

٣- اسس تعين جنسية الجمعيات :

الجمعيات هي مجموعة من الأفراد تستهدف غرض انساني معين ، ويكون لها شخصية قانونية معنوية بحسب قانون دولة تأسيسها .

والتبعية القانونية للجمعية يتم تحديده عن طريق معيار مركز الادارة الرئيسي كونه يحكم النظام الداخلي للجمعية بحسب المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي ، أما التبعية السياسية

فقد اختلف الفقه في تحديد جنسية الجمعية من خلال عدّة اتجاهات منها يذهب لتطبيق أسس ومعايير تحديد جنسية الشركة على الجمعية ، ومنها يذهب الى اعتماد معيار الرقابة والاشراف لتحديد تبعيتها السياسية (الجنسية) ، وآخر يذهب الى اعتماد محل التأسيس لتحديد جنسية الجمعية وهو الرأي الراجح كون الجمعية تأخذ جنسية دولة تأسيسها ، فإذا كان مؤسسيها وطنيون فهي وطنية واذا كانوا غير ذلك فهي أجنبية .

والمشرّع العراقي نظم أحكام جنسية الجمعيات بموجب قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠ ، على الرغم من أنه لم ينص صراحة على اساس تمتع الجمعية بالجنسية العراقية ، الا أنه ضمناً وبحسب المادة ٦/١ والمادة ٧/٢ يتم اعتماد محل التأسيس ومركز الادارة الرئيس لمنح الجمعية الجنسية العراقية لأن المفهوم المخالف للمادتين أعلاه يعني أن الجمعية أجنبية اذا كان محل تأسيسها في خارج العراق .

٤-اسس تعين جنسية المؤسسة :

المؤسسة هي عبارة عن مجموعة من الأموال الغرض منها تحقيق هدف معين يتعلق بالجوانب الفنية أو الانسانية أو الرياضية أو الاجتماعية وتتمتع بالشخصية القانونية المعنوية . وهي كالجمعية لا تهدف الى تحقيق الربح المادي في أكثر الاحيان وانما تختلف عنها كونها مجموعة من الأموال وليس من الأشخاص كما هو الحال في الجمعية ، لذلك فإن اسس تحديد جنسية المؤسسة تختلف عن اسس تحديد جنسية الجمعية ، وهناك اتجاهان لتحديد جنسية المؤسسة **الأول** يذهب الى اعتماد محل مزاولة النشاط ، **والثاني** يذهب الى اعتماد محل التأسيس وهو الاتجاه الراجح وبموجبه تأخذ المؤسسة جنسية بلد تأسيسها ، وقد نظم القانون المدني وفقاً للمادة (٤٩) من أحكام التبعية القانونية للأشخاص المعنوية الأجنبية بشكل عام ومنها المؤسسات، ولم ينظم أحكام تبعيتها السياسية (الجنسية) ، في حين نظم أحكام جنسية المؤسسات ضمناً أمر سلطة الاتلاف رقم ٤٥ لسنة ٢٠٠٣ من خلال المفهوم المخالف للمادة (١/٢٣) تُعد كل منظمة

أو مؤسسة مسجلة داخل العراق ومركز ادارتها فيه عراقية أي أن هذا الأمر أخذ بأساس محل التأسيس ومركز الادارة الرئيس .

٥- أسس تحديد جنسية السفن والطائرات والأقمار الصناعية

يتميز هذا الموضوع بأهمية كبيرة على مستوى العلاقات الدولية الخاصة والتجارة الدولية في زمن السلم أو الحرب مما يتطلب تحديد تبعية جنسية كل من السفن والطائرات والأقمار الصناعية للتخلص من حالات الاضطراب في العلاقات الدولية الخاصة ، لذلك ذهب غالبية الفقه على تأكيد تبعية جنسية المنقولات أعلاه لدولة معينة ، وأكد على ذلك تشريعات الدول والاتفاقيات الدولية وسوف نبين عن أسس تحديد جنسيتها وما يترتب من نتائج على تمتع كل نوع من المنقولات أعلاه بجنسية دولة معينة وكما يأتي :

أ. اسس تعيين جنسية السفن

اختلفت الدول في الاسس التي اعتمدتها في منح الجنسية للسفينة ، ولذلك فأن بعضها اعتمد في منح الجنسية على اساس مكان بناء السفينة مثل بريطانيا ، و بعضها الاخر اعتمد على اساس ملكية السفينة كلها او بعضها من الوطنيين فتمنح الدولة جنسيتها لتلك السفن واخذت بهذا الاساس كل من تركيا والسعودية والعراق ، كما اعتمد بعضهم الاخر على اساس جنسية طاقم السفينة ومنها فرنسا ، لذلك فأن الاساس المتبع في العراق هو الميناء الذي يعد مكانا لتسجيلها، ومنحها الجنسية العراقية ويرقن قيدها في حالة انتقال ملكيتها الى اجنبي وتفقد جنسيتها العراقية . وللجنسية اهمية خاصة كونها تميز بين السفينة الوطنية والاجنبية ، وعلى أثر ذلك تنطوي جملة من الفوائد للسفينة والركاب وكذلك الغير ، فالسفن الوطنية تتمتع بالامتيازات و الحماية القانونية و الاعفاء من الرسوم اكثر مما تتمتع بها السفن الاجنبية ، وعلى مستوى القوانين فان القانون الجنائي العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٨) منه التي تضمنت احكاما تخضع بموجبها السفينة الحربية لقانون دولة جنسيتها وقضائها في الحالات التي ترتكب على متنها جرائم سواء كانت السفينة في البحر الاقليمي الوطني ام البحر الاقليمي الاجنبي ام في أعالي البحار لأنها تمثل سيادة الدولة الممتدة عبر الحدود ، واستثنى المشرع العراقي من هذا الاختصاص السفن والطائرات الاجنبية الا اذا كان الجاني او المجني عليه عراقيا او طلبت

السفينة او الطائرة المساعدة من السلطات العراقية او توقفت في ميناء او مطار عراقي . اما اذا كانت السفينة حربية فإنها تخضع لقانون دولة جنسيتها وقضائها في الحالات التي ترتكب على متنها جرائم اثناء وجودها في البحر الاقليمي لدولتها او في اعالي البحار ، و اذا دخلت البحر الاقليمي الاجنبي فإنها تخضع لقانون دولة الجنسية و هو ما اشارت له المادة (٧) من القانون اعلاه والتي جاء فيها " تخضع السفن و الطائرات العراقية لاختصاص الجمهورية العراق الاقليمي اينما وجدت " وقد جاء هذا النص مطلقا بحيث يشمل السفن والطائرات الحربية وغير الحربية .

أما على مستوى القانون الدولي الخاص ... فأن الولادات التي تحصل على متن السفينة الحربية العامة في البحر الاقليمي ام الاجنبي ام اعالي البحار فإنها تعتبر حاصلة حكما على اقليم دولة السفينة ومن ثم يتم تحديد جنسية المولود بحسب الاسس المعتمدة في تلك الدولة فاذا كان الاب او الام من دولة تأخذ بأساس حق الدم المنحدر من الاب و الام فان المولود يأخذ جنسية دولة السفينة ، واذا كان الاب من دولة تأخذ بأساس حق الاقليم والسفينة تابعة لدولة تأخذ بأساس حق الدم فالمولود يكون عديم الجنسية ، أما اذا كانت السفينة خاصة وغير حربية فتطبق السفينة احكام السفينة العامة وفق التفاصيل اعلاه اذا حصلت الولادة على متنها اثناء وجودها في البحر الاقليمي الوطني التابع لدولة السفينة وفي اعالي البحار ، اما اذا حصلت الولادة في البحر الاقليمي الاجنبي و كانت دولة السفينة تأخذ بأساس حق الدم عن الاب او الام وكان احدهما من وطنييها فالمولود يأخذ جنسية الدولة الاجنبية ، ويأخذ جنسية تلك الدولة اذا كانت دولة البحر الاقليمي تأخذ بحق الاقليم ، اما اذا حصلت الولادة من اب يأخذ قانونه بحق الاقليم على متن سفينة في البحر الاقليمي للدولة تأخذ بحق الدم فالمولود يكون عديم الجنسية او لا جنسية له .

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن كل دولة حرة في وضع تنظيم جنسيتها في حالات فرضها ومنحها ، ولذلك اختلفت اسس منح جنسية السفن من دولة الى اخرى ، ونجد ان بعض الدول اخذت بمعيار مكان بناء السفينة في الدولة مانحة الجنسية وهو المعيار الذي يعتمد في جمهورية العراق كما اسلفنا ، والبعض الاخر من الدول تمنح الجنسية اذا كانت ملكيتها أو بعضها تعود للفرد الوطني في الدولة ، وبعضهم الاخر يعتمد على جنسية طاقم السفينة كأساس في منح الجنسية للسفينة.

ب . اسس تعيين جنسية الطائرات

اعتمد المشرع العراقي الاحكام التي نظمتها اتفاقية الطيران المدني التي تم توقيعها في شيكاغو عام ١٩٤٤ المصادق عليها بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٤٧ ، و التي اشارت المادة ١٧ منها الى منح الطائرة جنسية الدولة التي سجلت في سجلاتها الخاصة بوسائط النقل ، وتركت الاتفاقية الية وشروط تسجيلها للقوانين الداخلية لكل دولة وفقا للمادة ١٩ من الاتفاقية اعلاه ، وتزول عنها الجنسية اذا فقد مالكها جنسيته الوطنية او اذا تم شطب الطائرة من السجلات بسبب انتقال ملكيتها الى اجنبي ، وتظهر اهمية جنسية الطائرة بشكل خاص وفقا للقانون الجنائي العراقي النافذ الذي نظم احكام هذا الاختصاص بحسب المادتين (٧ ، ٨) كما اسلفنا واشارت لتلك الاحكام اتفاقية طوكيو لعام ١٩٦٣ التي صادق عليها العراق بقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٨٠ و التي تقضي باختصاص دولة التسجيل على الافعال الجرمية التي تحصل على متن الطائرة و قانون دولة اخرى اذا امتدت اثار الجريمة لتلك الدولة و مست امنها او خرقت انظمة الطيران فيها .

وتظهر تلك الاهمية ايضا في اطار القانون الدولي الخاص عندما تتعلق بجنسية المولود على متنها ، فتسري عليها احكام جنسية المولود على متن السفينة كما اسلفنا ، فضلا عن ذلك يتم التمييز بين اذا كانت الطائرة عامة ام خاصة و اذا تمت الولادة على متنها في الاقليم الجوي الوطني او في الاقليم الجوي الاجنبي او في الفضاء الجوي الحر .

جـ . اسس تعيين جنسية الاقمار الاصطناعية

لا شك ان المجال الذي تتحرك فيه الاقمار الاصطناعية يختلف عن المجالات التي تتحرك فيها السفن والطائرات ، لأنها تتحرك في الفضاء الحر الذي لا يخضع لسيادة دولة معينة ، وانما تكون له سيادة مشتركة مثلما عليه الحال في مجال اعالي البحار ، وهو يمثل تراثا مشتركا للإنسانية ، في حين ان السفن و الطائرات تتحرك في اكثر من مجال ، كالمجال الاقليمي الوطني والاجنبي و المجال الحر وكل مجال يتحرك فيه هذا النوع من المنقولات الخاصة يخضع لأحكام تختلف عن الاحكام التي تنظم المجالات الاخرى لا سيما في الامور التي تتعلق بالجنسية والولادة او الافعال الجرمية التي تحصل على متن كل منها وفق التفصيل الذي بيناه

سابقا ، لذلك فأن الاقمار الاصطناعية تأخذ جنسية الدولة التي اطلقتها في اكثر الاحيان و ان لم تكن هي التي انشأته ، فأن الولادات و الجرائم التي تحصل على متن القمر تخضع لقانون دولة اطلاقه ان كانت تأخذ بحق الدم او الاقليم او الحقين معا لفرض جنسيتها .

أما المعاملات المدنية التجارية التي تحصل على متن السفن والطائرات فإن هذه المعاملات تخضع لقواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع ، فالحقوق الشخصية (المعاملات المالية) التي تدخل ضمن مفهوم العقد الدولي تخضع لقانون الارادة الصريحة او الضمنية ايا كانت المنطقة الجوية او البحرية التي تمر بها السفينة او الطائرة ، وفي ظل غياب الارادة فإنها تخضع لقانون جنسية السفينة او الطائرة بوصفه قانون محل الابرام مع اختلاف موطن اطراف المعاملة وهذا هو موقف التشريعات العربية ، اما المعاملات المتعلقة بالأموال العقارية او المنقولة فأنها تخضع لقانون موقعها اي موقع العقار او المنقول ، اما مسائل الاحول الشخصية فإنها تخضع لقانون جنسية الزوج او الزوجين معا او موطنهما المشترك فيما يتعلق بالزواج والطلاق او لقانون المدين بالنفقة في مسائل النفقة (الزوج والاب) ، في حين الاتجاه الإنكلوسكوني يخضع هذه الاحوال لقانون موطن الزوجية او موطن الاب او المدين بالنفقة ، وسنبين تفاصيل ذلك لاحقا .

المحاضرة التاسعة

إشكاليات الجنسية :

نظرا لاختلاف التشريعات بين الدول في مجال الجنسية بسبب تعيين اسس فرضها ومنحها وفقدها واستردادها ، باعتبار ان الاصل لكل دولة الحرية في تنظيم شؤون جنسيتها بما يلائم ظروفها ومصالحها العامة ، على الرغم من وجود بعض القيود التي تفرض على تلك الحريات هناك مجموعة من المشاكل العملية تفضي الى ظهور ظاهرتي (انعدام الجنسية) التي يصطلح عليها بعض الفقه بالتنازع السلبي ، على الرغم من عدم وجود نزاع بين الدول حول هذا الشخص عديم الجنسية ، الا ان البعض الاخر من الفقه يذكر بأن مركزه القانوني (سلبي) لتخلي جميع الدول عنه كونه لا ينتمي لأي منها لذلك يواجه مشكلة القانون الذي يخضع له عديم الجنسية ، و (تعدد الجنسية) التي يصطلح عليها بالتنازع الايجابي ، ويحصل هذا التنازع بنوعية (السلبي و الايجابي) نتيجة لاختلاف قوانين تلك الدول في وضع اسس فرض ومنح الجنسية ، فضلا عن

مشكلتي اثبات الجنسية وتحديد الاختصاص القضائي في المنازعات التي تنشأ عن ذلك ، وفي ضوء ما تقدم سوف نبين في هذه الدراسة تلك الاشكاليات وعلى النحو الاتي :

اولا : مشكلة تعدد الجنسية (التنازع الايجابي)

للكلام عن مشكلة تعدد الجنسية او التنازع الايجابي للجنسيات يقتضي معرفة اسباب التعدد ومن ثم معرفة الحلول المعتمدة في حل تلك المشكلة وفقا لما يأتي :

١- تُعد ظاهرة تعدد الجنسيات من اهم الظواهر التي تثير الكثير من المشاكل في الحياة العملية للفرد والدولة لما يترتب عليها من نتائج خطيرة ، منها ما يتمتع به من حقوق وما يقع على عاتقه من التزامات تجاه الدولة التي يحمل جنسيتها ، وتعدد الجنسية يعني ان يكتسب الشخص جنسية دولتين او اكثر ويُعد من رعايا كل دولة يحمل جنسيتها ، ويطلق على من يحمل جنسيتين بأنه (مزدوج الجنسية) ، ومن يحمل اكثر من جنسيتين (متعدد الجنسية) ، وهذا التعدد يظهر نتيجة اختلاف الاسس المعتمدة لكل دولة في فرض ومنح جنسيتها ، وهذا الاختلاف يؤدي الى تعدد الجنسية تارة والى انعدام الجنسية تارة اخرى ، وتعدد الجنسية يتعارض مع ما تهدف له الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ التي تهدف بالقضاء على ظاهرتي تعدد وانعدام الجنسية ، لذلك نجد جميع فقهاء القانون الدولي الخاص يذهبون الى الحد من تلك الظاهرة لما لها من اثار مقلقة للمراكز القانونية للأشخاص امام الجهات الادارية والقضائية وللنظام القانوني الذي يخضع له ، خاصة في مجال تنازع القوانين وفي مجالات اخرى كالولاء والميراث والزواج ودفع الضرائب واداء الخدمة العسكرية ، مما يؤدي الى تراكم التزامات الشخص متعدد الجنسية لاسيما عندما تكون الدولتين التي يحمل جنسيتها الشخص في حالة حرب[١]، لان حالة التعدد تعطي الدولة التي يحمل جنسيتها الشرعية بحق السيادة عليه باعتباره من مواطنيها وهو الحكم الذي اعطته اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ بموجب المادة (٣) التي جاء فيها " اذا كان

---

(١) لقد واجه المدعو تومي كواكيتا الذي يحمل الجنسية الامريكية واليابانية الادانة بتهمة الخيانة العظمى من قبل المحكمة العليا في الولايات المتحدة سنة ١٩٥٤ لمحاربته في صفوف الجيش الياباني ضد الجيش الامريكي بالرغم من كونه امريكي ولم تعتد المحكمة بالجنسية اليابانية ، الا ان البروتوكول الخاص بالالتزامات العسكرية الملحق باتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ وبحسب مادته الاولى الى جانب اتفاقية مجلس أوربا لعام ١٩٦٢ اوجب على متعدد الجنسية اداء الخدمة العسكرية لحساب الدولة التي يقيم فيها ويرتبط معها ارتباط فعلي ، وهذا يعني ان اداءه للخدمة العسكرية يكون مبرئ للذمة في مواجهة بقية الدول التي يحمل جنسيتها ، لذلك حسمت بعض الدول خلافتها في هذه المسالة كما حصل في قضية كارلييه بين فرنسا و بلجيكا ١٨٦٠ .

الشخص يحمل جنسية دولتين او اكثر فإنه يمكن لكل دولة من هذه الدول ان تعده من مواطنيها " ، أما اسباب تعدد الجنسية فهي لا تختلف عن اسباب حالة انعدام الجنسية ، وهذا يعني ان التعدد يحصل منذ ولادة الشخص ، وايضا يحصل التعدد في وقت لاحق على ولادته وتجدر الاشارة بأن بعض التشريعات لم تنظم حالة تعدد الجنسية للحد من هذه الظاهرة ومنها قانون الجنسية الملغي رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ بحسب لمواد (١١ ، ١٢ ، ١٨) منه ، حيث أكد المشرع على فقد الشخص لجنسيته في حالة اكتسابه جنسية دولة اخرى ، الا ان المشرع العراقي عدل عن ذلك وسمح بتعدد الجنسية من خلال تأكيده على عدم فقدان العراقي جنسيته العراقية في حالة اكتسابه جنسية دولة اجنبية اخرى باختياره بحسب المواد (١٠ ، ١٢) سالفتي الذكر من قانون الجنسية النافذ رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ ، وأساس ذلك المادة (١٨/ رابعا) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ التي جاء فيها " يجوز تعدد الجنسية للعراقي ، وعلى من يتولى منصبا سياديا او أمنيا رفيعا التخلي عن أية جنسية أخرى مكتسبة ، وينظم ذلك بقانون " ، ولم يتحقق الشطر الثاني من هذه المادة كون الذين يحملون اكثر من جنسية لا زالوا يشغلون المناصب السيادية والامنية ، ولم يصدر قانون يحدد تلك المناصب ويلزم مزدوجي او متعددي الجنسية التخلي عن جنسيتهم الاجنبية في حالة توليه اي منصب سيادي وامني رفيع في الدولة العراقية وكذلك لم يتم تحديد تلك المناصب حتى يومنا هذا.

٢- الحلول المعتمدة في تحديد القانون الذي يحكم متعدد الجنسية (التنازع الايجابي للجنسيات):
لا شك ان مشكلة تعدد الجنسية تظهر عندما يحصل تنازع بين قانون دولتين او كثر يمكن تطبيقه على حل مشكلة متعدد الجنسية ، وخاصة في مسائل الاحوال الشخصية ، لذلك سوف نبين اهم الوسائل المعتمدة والتي استقر عليها الفقه والاخذ بها من قبل القضاء لحل مشكلة تنازع الجنسيات و كالاتي :

أ-الاتجاه نحو اعتماد اختيار الشخص. بحسب هذا الاتجاه يكون للشخص الحق في اختيار احد الجنسيات التي يحملها على ان يكون هذا الشخص بالغاً عاقلاً حراً في الارادة وهذا الاتجاه يحترم حرية الشخص ورغبته وهو ما اكدته اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ في المادة (٦) منها التي اعطت حرية الاختيار لمزدوج الجنسية إلا ان هذا الاتجاه انتقد لأنه يترك الجنسية لتحكم الفرد وهي من

نظم القانون العام ومسألة تتعلق بالسيادة لرغبة الافراد وهذا لا ينطبق مع المنطق السليم فكيف تترك الدولة تحديد وطنيها لإرادتهم .

ب–الاتجاه نحو الحل بالطرق الدبلوماسية : بحسب هذا الاتجاه يتم تحديد جنسية احدى الدول التي يحمل الشخص جنسيتها بواسطة المفاوضات والاتفاقيات وهذا الاتجاه وان كان يحترم السيادة للدول لكنه ينطوي على الاطالة والتعقيد وهو يستخدم لحل النزاعات السياسية في الاغلب.

ج–الاتجاه نحو اعتماد القانون الاقرب لقانون القاضي : وحسب هذا الاتجاه يمكن للقاضي ان يختار الجنسية الاقرب لقانونه ، وينتقد هذا الاتجاه حيث انه يجعل من قانون قاضي النزاع نموذجا للقوانين مما يخل بمبدأ تكافؤ السيادات.

د–الاتجاه نحو ترجيح الجنسية السابقة في الاكتساب : ترجح هذه الجنسية احترام الحقوق المكتسبة التي نشأت في ظلها وهي تمثل الجنسية الاقدم في الاكتساب، ويؤخذ على هذا الاتجاه اهماله رغبة الشخص واختياره الذي تعكسه الجنسية اللاحقة.

هـ–الاتجاه نحو ترجيح جنسية دولة الموطن : بموجب هذا الاتجاه يتم اعتماد الدولة المتوطن فيها الشخص ، ويؤخذ عليه ان الشخص المزدوج الجنسية قد يقطن خارج الدولة التي يحمل جنسيتها ، فدولة موطنه ليست من بين دول الجنسيات التي يحملها.

و–الاتجاه نحو ترجيح الجنسية اللاحقة في الاكتساب : تعتمد هذه الجنسية لأنها تعبر عن احترام ارادة الشخص وحريته في امر جنسيته وحقه في تغيرها ، وقد اخذ على هذا الاتجاه ان دولة الجنسية اللاحقة لا تمثل مركز صلاته ومصالحه ولا يرتبط بها برابطة قوية.

ي–الاتجاه نحو اعتماد الجنسية الفعلية او النوعية : وتسمى ايضاً الجنسية المهيمنة او الغالبة ، وهي التي يرتبط بها الشخص اكثر من غيرها وتتركز فيها اغلب اعماله وصلاته وتسود حياته القانونية ومارس بها اكثر حقوقه المدنية والسياسية ويستدل عليها من خلال جملة وقائع وظروف منها اداء الخدمة العسكرية ودفع الضرائب والإقامة فيها وممارسة حق الانتخاب والترشيح وتملك العقارات والتوظيف والزواج وتكوين عائلة واللغة الرسمية وسائر الخدمات ، و نجد ان المحاكم الدولية تأخذ بفكرة الجنسية الفعلية عندما تعرض عليها المنازعات للأشخاص الذين يحملون اكثر

من جنسية ، لذلك نجد ان القضاء الدولي قد استجاب لهذا الاتجاه من خلال عدة قضايا عرضت على المحاكم الدولية ومنها محكمة العدل الدولية بحسب المادة (٣) من نظامها الاساسي ، وكذلك محكمة التحكيم الدولي في لاهاي ، كذلك المحاكم الدولية الاخرى في امريكا وبريطانيا ، وقد اخذت اغلب التشريعات بهذا الاتجاه ومنها التشريع العراقي في المادة (١/٣٣) من القانون المدني التي نصت " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد " ، واعتمدت ذلك اغلب التشريعات العربية والاجنبية .

ووفقا لما تقدم نلخص القول الى نتيجة هي اعتماد مبدأ الجنسية الفعلية في ظل ظهور نزاع يتعلق بشخص مزدوج او متعدد الجنسية مطروح أمام القضاء الدولي او الوطني لدولة ليس لها علاقة بهذا النزاع كونها الجنسية التي تحقق أهداف القواعد القانونية التي وضعت من اجل ذلك، فضلا عن ذلك فإن هذا المبدأ (الجنسية الفعلية) يحقق الامن القانوني لحماية الافراد ومصالحهم.

ثانياً :التنازع السلبي للجنسيات (انعدام الجنسية)

لا شك ان عديم الجنسية هو الشخص الذي لا ينتمي الى دولة معينة و لا يحمل جنسية اي دولة ، فهو اجنبي امام جميع الدول ، ويواجه مشكلة في تحديد القانون الذي يحدد حقوقه والتزاماته ، والقانون الواجب التطبيق على حالته الشخصية في الدول التي تعتمد الجنسية ضابطا لتحديد هذا القانون ، ولذلك سوف نبحث عن اسباب انعدام الجنسية والوسائل الفقهية والدولية التي تعالج تلك الظاهرة .

١. اسباب انعدام الجنسية : انعدام الجنسية يحصل لسببين الاول منذ ولادة الشخص والثاني قد يحصل في وقت لاحق على ولادة الشخص اي بعد تمتعه بجنسية معينة منذ ولادته ، وسنبين ذلك من خلال الفقرتين الاتيتين :

أ :- انعدام الجنسية منذ الولادة

إن سبب انعدام الجنسية في هذه الحالة يعود الى اختلاف الاسس القانونية المعتمدة بين الدول في منح الجنسية ، لأن بعض التشريعات تأخذ بحق (الإقليم) باعتباره ضابطاً أساسياً في فرض الجنسية ، وبعضها الآخر يأخذ بحق (الدم) ، بحيث يؤدي هذا الاختلاف الى انعدام الجنسية في

حالة ولادة طفل لأبوين تأخذ دولتهما بحق الإقليم على أرض دولة تأخذ بحق الدم فيصبح الطفل في هذه الحالة عديم الجنسية منذ ولادته ، ولا يحصل على جنسية الدولة المولود على إقليمها ، وكذلك لن يحصل على جنسية أبويه ، وأيضاً يحصل الانعدام في حالة ضم مولود غير شرعي في أغلب قوانين الدول الاسلامية ومنها القانون العراقي .

ب :- انعدام الجنسية بعد الولادة

في هذه الحالة يحصل انعدام الجنسية في وقت لاحق على ولادة الشخص وبعد تمتعه بجنسية الدولة التي حصلت فيها ولادته ، ومن ثم يفقد هذه الجنسية بأحد أسباب الفقدان التي سبق بيانها دون أن يكتسب جنسية دولة أخرى ، وكذلك عندما تقوم الدولة بإسقاط جنسيتها عن أحد رعاياها أو يتم سحب جنسيتها من أحد الذين اكتسب تلك الجنسية بطريق التجنس ولم يتمكن من استردادها ، وايضاً يحصل الانعدام في حالة الزواج المختلط الذي يكون سبباً في فقد الزوجة جنسيتها عندما تتزوج من زوج اجنبي ولم تكتسب جنسيته فتصبح عديمة الجنسية ، وقد يحصل الانعدام نتيجة حالة التجنس عندما يطلب شخص او زوجته أو أولاده الصغار الأذن لهم بتغيير جنسيتهم الأصلية لغرض الحصول على جنسية دولة اخرى ويصدر قرار الدولة بفقدان جنسيتهم الأصلية قبل اكتسابهم جنسية الدولة الأجنبية ، فيصبح في هذه الحالة كم منهم عديم الجنسية ، ويحصل الانعدام أيضاً في حالة ترك الشخص لدولته لأسباب سياسية أو أمنية أو اقتصادية أو طائفية ويقيم في دولة أجنبية مدة طويلة من الزمن دون أن يكتسب جنسية تلك الدولة ، وهذا ما حصل لكثير من الأشخاص الذين هاجروا من دولتهم الأصلية الى دولٍ كثيرة ولم تمنحهم هذه الدول جنسيتها .

ثانياً :- وسائل حل مشكلة انعدام الجنسية

لقد حاول كل من الفقه والقانون الوطني والدولي ايجاد الحلول المناسبة التي تعالج مشكلة انعدام الجنسية والحد منها ، فضلاً عن تذليل الصعوبات التي تواجه عديم الجنسية في مختلف شؤون حياته ، وسنبين تفاصيل تلك الحلول مع بيان موقف التشريعات منها وعلى النحو الآتي:-

١- اكتساب عديم الجنسية جنسية الدولة المقيم فيها على أساس فكرة التقادم المكسب التي وردت في القانون المدني متى أقام عديم الجنسية مدة خمس سنوات في دولة معينة فإنه يكتسب جنسية تلك الدولة وهذه الفكرة تتعارض مع سلطة الدولة في تنظيم شؤون جنسيتها ولا يمكن الزامها بذلك

٢- اعتماد قانون القاضي بديلاً عن قانون الجنسية .

٣- وهناك من اعتمد قانون جنسية آخر دولة كان الشخص يحمل جنسيتها ، واعتمدت هذا الحل اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ في المادة (٦) اذا لم يسبق حمله لجنسية ، يعتمد قانون مكان ميلاده.

٤- تعليق العمل بزوال الجنسية عن الشخص الذي يرغب في اكتساب جنسية دولة أجنبية ودخوله فيها فعلاً ، وكذلك بالنسبة للمرأة المتزوجة من أجنبي ، وأخذت بذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ في المادتين (٨ و٩) ، حيث منعت هذه الاتفاقية الدول من تجريد جنسيتها عن أحد رعاياها لمجرد تقديمه طلب الأذن بالتجنس لجنسية دولة أجنبية ، وعلقت الأمر على تجنيسه فعلاً بجنسية تلك الدولة ، والمرأة التي تتزوج من أجنبي وكذلك التي يتجنس زوجها بجنسية أجنبية ، فإنهما لا يفقدان جنسيتهما إلا اذا تم دخولهن في جنسية الزوج . ونصت المادة (١٣) من الاتفاقية أعلاه على ضرورة احتفاظ الأولاد الصغار للتجنس بجنسيتهم الأصلية اذا كان قانون جنسية الدولة التي تجنس بها الأب بجنسيتها لا يمنحهم هذه الجنسية تبعاً له ..... وقد أمتثل المشرّع العراقي بقانون الجنسية النافذ للمعايير الدولية أعلاه كما سبق بيانه في المواد (١٠،١٢،١٤) من قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ تلافياً للوقوع في حالة اللاجنسية .

٥- منح الجنسية الى مجهول الأبوين واللقيط الذي يولد على إقليم الدولة حماية له من الوقوع في حالة اللاجنسية ، وأخذت بذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ في المواد (١٤و١٥) ، حيث نظمت حالة اللقيط ومجهول الأب أو المولود لأبوين عديمي الجنسية ، فأوجبت منحهما جنسية الدولة التي حدثت فيها واقعة الميلاد ، وقد أخذ بهذا الحل المشرّع العراقي أيضاً في المادة (٣/ ب) .

٦- عدم اسقاط الجنسية عن المواطن ، وقد ورد ذلك في الدستور العراقي بحسب المادة (١٨/ ثالثاً / أ) والتي مرَّ بيانها ، حيث ورد فيها "يحظر اسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لأي سبب من الأسباب ...." .

٧- الحل الذي كان أكثر استقراراً على مستوى الفقه والقضاء والتشريع هو اعتماد فكرة الجنسية (الفعلية) المعتمدة بالنسبة للشخص متعدد الجنسيات ، وهذا يعني اعتماد المكان الفعلي للشخص عديم الجنسية ، وجنسية مكان تلك الدولة تعتبر الجنسية المفترضة للشخص عديم الجنسية وقانونها هو القانون الذي يجب تطبيقهُ على تحديد حقوقه والتزاماته ونظامه القانوني المتعلق بحالته الشخصية ، وهو الحل الذي اعتمدته اتفاقية جنيف لعام ١٩٥١ ، وأيضاً اعتمدته اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٤ بشأن وضع عديمي الجنسية حيث أكدت المادة (١/١٢) منها على أنه "تخضع الاحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون موطنه أو لقانون بلد إقامته إن لم يكن له موطن " ، وهو ما أخذ به المشرّع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ١/٣٣ والتي جاء فيها " تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد " ، وأيضاً أشارت لذات المعنى المادة (١/١٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي جاء فيها " المواطن هو أحد رعايا جمهورية العراق ويعتبر في حكم المواطن من لا جنسية له اذا كان مقيماً في الجمهورية " .

وفي ضوء ما تقدم نبين من جميع ما ذكر من حلول جميعها تمثل وسائل لمعالجة ظاهرة انعدام الجنسية في المجتمعات الدولية ، وعلى الرغم من أنها خففت من تلك الظاهرة إلا أنها لا تزال موجودة في بعض الدول ، كذلك نجد بأن المشرّع العراقي قد أخذ بجميع الحلول الفقهية والدولية لمنع وقوع الشخص في حالة اللاجنسية .

ثالثاً : مشكلة تحديد الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية

من المشاكل التي اثارت اهتمام الفقه والقضاء هو مشكلة تحديد الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية ، ويمكن تعريف الاختصاص القضائي بأنه " السلطة او الصلاحية التي

منحها المشرع للقضاء او الادارة للنظر في المنازعات الناشئة عن الجنسية بين الدولة و الفرد ، سواء تعلق النزاع بكسب الجنسية او فقدها او ردها " .

لذلك تحرص أغلب التشريعات لتحديد هذا الاختصاص لأهميته في تحديد المركز القانوني للفرد وتمييزه عن الاجانب ، كون الجنسية تُعد الضابط الوحيد لتحديد عنصر السكان في الدولة . الا ان تلك التشريعات اختلفت في منح هذا الاختصاص للنظر في منازعات الجنسية و ذلك على النحو الاتي : .

١ـ بعض التشريعات تعهد هذا الاختصاص الى الجهات الادارية باعتباره عملا من أعمال السيادة ، ومثال ذلك التشريع الكويتي عندما قضت محكمة التمييز الكويتية بقرارها الذي جاء فيه " الامور المتعلقة بالجنسية تعتبر في دولة الكويت من المسائل المتصلة بالسياسة العليا ، و ان ما يصدر عن الحكومة في شأنها من أعمال يعتبر من أعمال السيادة التي تخرج عن نطاق القضاء " وهذا القرار جاء تطبيقا للمادة الاولى من قانون الجنسية الكويتي رقم (٢٠) لسنة ١٩٨١ [٢] .

٢ ـ اغلب التشريعات في الجنسية ذهبت الى رفض الاتجاه الذي يعد الجنسية من أعمال السيادة ولا يحق للقضاء النظر فيها ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بقرار الطعن رقم (١٨) لسنة ١٨ ق في ٢٥ / ١٠ / ١٩٥٠ الذي جاء فيه " الجنسية المصرية مقررة بحكم القانون متى توافرت شروطها وليس من اطلاقات الحكومة حتى يصح القول بأن الفصل فيها هو فصل في أمر من الامور المتعلقة بسيادة الدولة ، فاذا نازعت وزارة الداخلية شخصا في جنسيته ، كان له ان يلجأ الى المحاكم لتقضي له بثبوت جنسيته " لذلك الدولة حينما تصدر تشريعا ما لا تنزل عن سيادتها كونه منبعث عنها ويتعين احترامه وتنفيذه ، ومن واجب المحاكم تطبيقه ، و ليس في ذلك مساس بسيادة الدولة ، وكل ما يصدر من الحكومة من قرارات تنفيذية لهذا التشريع يندرج في أعمال الحكومة العادية و لا يعتبر من المتعلقة بالسياسة العليا للدولة [٣].

([٢]) د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٧٤ .

([٣]) قرار محكمة القضاء الاداري المصري في ٢ / ١٢ / ١٩٥٠ ، مشار اليه لدى د .عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ١٧٥ .

وفي ضوء ما تقدم كان لابد لنا من تسليط الضوء على موضوع تحديد الاختصاص القضائي في منازعات الجنسية في القوانين العراقية لمعرفة موقف المشرع العراقي من الاتجاهين اعلاه ومن ثم نتعرض بشيء من الايجاز لبيان حجية الاحكام الصادرة في المنازعات الجنسية وفقاً للآتي :

اولاً : ـ تحديد الاختصاص القضائي في القانون العراقي

يتطلب تحديد هذا الاختصاص تسليط الضوء على موقف المشرع العراقي في قوانين الجنسية السابقة ومن ثم بيان موقفه في قانون الجنسية النافذ رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ ، وعليه فإن موقفه في القوانين السابقة يمكن إيجازه بما يأتي :

١ ـ لدى مطالعتنا الجنسية لقانون الجنسية رقم (٤٢) لسنة ١٩٢٤ الملغي وهو أول قانون نظم أحكام الجنسية العراقية بعد نفاذ معاهدة لوزان لسنة ١٩٢٣ ، لم يرد فيه اي نص صريح يثبت بموجبه الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية للفصل في منازعات الجنسية ، وكان لوزير الداخلية سلطة مطلقة في قبول ورفض طلب التجنس .

٢. ايضا لم يرد نص صريح في قانون الجنسية رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣ الملغي يتم بموجبه تحديد اختصاص الاختصاص القضائي للنظر في منازعات الجنسية ، وهذا السكوت يفسر بثبوت الاختصاص للمحاكم المدنية في النظر بمنازعات الجنسية والوقوف على وسائل اثباتها استنادا الى ولايته العامة في الدولة واصدار قرارات ملزمة فيها ، أو الرجوع للقواعد العامة في حالة عدم وجود نص قانوني كما جاء في المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية النافذ رقم ٦٨ لسنة ١٩٦٩ التي نصت على ان " ولاية المحاكم المدنية تسري على جميع الاشخاص الطبيعية و المعنوية بما في ذلك الحكومة ، وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثنى بنص خاص " [٤]، وهذا يعني ان قضايا ومنازعات الجنسية لا تخرج من ولاية القضاء العامة وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في قرارها رقم ١٩٤٨ / حقوقية / ٦٥ الصادرة في ٩ / ٥ / ١٩٦٦ الى " ان إعطاء الجنسية العراقية او الامتناع عن منحها او اسقاطها عن العراقي لا يُعد من أعمال السيادة بل هو قرار اداري يخضع لولاية القضاء " ، الا ان القضاء

([٤]) تجدر الاشارة بأن المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٦٩ كرر فيها المشرع العراقي المضمون نفسه حيث نصت على " ان ولاية لقضاء تسري على جميع الاشخاص الطبيعية و المعنوية والخاصة الا ما استثني منها بنص خاص " .

العراقي لم يثبت على موقفه هذا وتراجع عن اصدار هكذا أحكام ولم يقبل النظر فيها واعتبرها من أعمال السيادة [٥]، وبقي مترددا بين قبول الاختصاص واعتبار منازعات الجنسية ضمن ولايته ، وبين عدم قبوله وظل بهذا الغموض الى ان صدر قرار لمجلس قيادة الثورة الملغي رقم ٤١٣ لسنة ١٩٧٥ الذي مُنع بموجبه القضاء من النظر في دعاوى منازعات الجنسية العراقية ، بحسب التفصيل الذي تم بيانه سلفا ، ووفقا لهذا القرار اصبحت الاحكام المتعلقة بمنازعات الجنسية غير خاضعة لرقابة القضاء باستثناء بعض حالات الاعتراض على قرارات وزير الداخلية لدى رئيس الجمهورية والتي تعتبر قرارته فيها قطعية ، وهذا يعني تجريد الافراد من احد الضمانات المهمة للتقاضي ، في حين ان غالبية التشريعات كما اسلفنا اعتبرت منازعات الجنسية ليس من أعمال سيادة الدولة وانما من أعمال الادارة للحكومة ، كونها لا تمس السيادة والجنسية مقررة بحكم القانون الذي يصدر من الدولة لمن تتوافر فيه شروط فرضها او منحها او فقدانها او استردادها .

أما موقف المشرع العراقي بعد صدور قانون الجنسية النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ كان مختلفا عن موقفه في القوانين السابقة والتي منعت المحاكم من النظر في دعاوى منازعات الجنسية ، حيث أعطى للسلطة القضائية بوصفها صاحبة الاختصاص الاصلي سلطة النظر في دعاوى منازعات الجنسية والفصل في كافة المنازعات المدنية والجزائية ، وسوف نبين عن ذلك وفق التفصيل الاتي :

١. بعد عام ٢٠٠٣ وهو عام سقوط النظام العراقي السابق صدر قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ والغيت جميع النصوص القانونية التي تمنع المحاكم العراقية من النظر في دعاوى الجنسية كما مر بنا في هذه الدراسة [٦].

٢ . صدر قانون الجنسية العراقي النافذ رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ و الذي تضمن بالمواد (١٩ ، ٢٠، ٢١) سالفة الذكر نصوصا قانونية صريحة تمنح السلطة القضائية في جمهورية العراق صلاحية ممارسة ولايتها القضائية العامة من خلال النظر في منازعات الجنسية .

---

(٥) قرار محكمة التمييز العراقية رقم (٣٥) حقوقية ثانية ٧٥ الصادر في ٢٢ / ١ / ١٩٧٠.

(٦) نصت المادة (١١ / ز) من قانون ادارة الدولة لعام ٢٠٠٤ على ان " المحاكم تنظر في كل المنازعات التي تنشأ عن تطبيق الاحكام الخاصة بالجنسية " .

٣ . وفقا لأحكام قانون الجنسية النافذ تم الغاء القيد المفروض على السلطة القضائية من قبل مجلس قيادة الثورة المنحل بموجب قراره رقم ٤١٣ لسنة ١٩٧٥ ، الذي منع المحاكم العراقية من النظر في دعاوى الجنسية ، واصبحت المحكمة المختصة في نظر تلك الدعاوى هي محكمة (القضاء الاداري) ويجوز الطعن بقراراتها لدى المحكمة الاتحادية ويلغى كل نص يتعارض واحكام هذا القانون [٧].

٤. اخضاع سلطة الوزير لرقابة القضاء بعد ان كان يطعن بقرارته أمام رئيس الجمهورية فقط وتكون قراراته قطعية ، وهذا الاجراء ينسجم مع مضمون المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ التي تمنع الحصانة على اي عمل او قرار اداري من الطعن ضمانا لحق التقاضي .

٥. يعتبر القضاء الاداري حديث النشأة في العراق كونه نشأ بموجب القانون رقم (١٤٠) لسنة ١٩٧٧ ، و يختص في نظر النزاعات (مدنية أم ادارية) الخاصة بدوائر القطاع العام ولا يسمح للأفراد بالتقاضي امامه ، وهذا يعني ان المشرع العراقي قد سحب الاختصاص من المحاكم المدنية التي تعتبر صاحبة الولاية العامة في نظر جميع المنازعات المدنية والتي من ضمنها دعاوى الجنسية ، على الرغم من ان محكمة القضاء الاداري ترتبط اداريا مع وزارة العدل العراقية وهذا يتعارض مع المادة (٨٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ . التي جعلت السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها وتصدر أحكامها وفقا للقانون ، ولذلك فأن ربط هذه المحكمة بمجلس القضاء الاعلى امر جدير بالتأييد في التشريع العراقي .

٦. يتم إقامة دعوى تسمى (دعوى الالغاء) أمام القضاء الاداري لإلغاء القرارات غير المشروعة المتعلقة بالجنسية التي تصدر خلاف ما يقضي به القانون وتسمى (دعوى تجاوز السلطة).

وتجدر الاشارة بأن محكمة القضاء الاداري شكلت بموجب مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ بحسب المادة (٧ / ٢) من قانون التعديل الثاني رقم (١٠٦) لسنة ١٩٨٩ التي جاء فيها " تشكل محكمة تسمى محكمة القضاء الاداري في مجلس شورى الدولة " .

([٧]) انظر القرار رقم ٤ / اتحادية / تمييز ٢٠٠٧ الصادر في ٢٦ / ٤ / ٢٠٠٧ ، و القرار رقم ٢٦ / اتحادية / تمييز ٢٠٠٨ الصادر في ٢٠ / ٧ / ٢٠٠٨ ، وكذلك القرار رقم ٢ / اتحادية / تمييز ٢٠٠٩ الصادر في ٢٥ / ١ / ٢٠٠٩ .

وبناء على ما ورد اعلاه نجد ان المشرع العراقي قد سلك منهجا جديدا في تحديد الاختصاص القضائي للنظر في الدعاوى الناشئة عن الجنسية التي لا تدخل في نطاق أعمال سيادة الدولة وانما من أعمال ادارة الحكومة وجميع قراراتها المتعلقة بمنازعات الجنسية تخضع لرقابة القضاء .

المحاضرة العاشرة

ثانياً : مشكلة اثبات الجنسية

طالما إن الجنسية تحدد المركز القانوني للفرد في الدولة وكذلك المجتمع الدولي باعتبارها رابطة قانونية وسياسية وروحية بينه و بين الدولة التي ينتمي اليها ، فلا بد له من إثبات جنسيته التي يحملها ، ولذلك فان إثبات الجنسية يعني التزام الفرد بإقامة الدليل على ثبوت تمتعه بالجنسية او نفيها عنه طبقا لأحكام قانون الجنسية بإحدى وسائل الاثبات المحددة قانونا ، دون المسائل الاجرائية التي يسري عليها قانون المحكمة المرفوع أمامها النزاع ، وإقامة الدليل في إثبات الجنسية أو نفيها تميزت في تنظيم أحكامه بعض التشريعات منها قانون الجنسية الكويتي رقم (١٥) لسنة ١٩٥٩ ، وقانون الجنسية المغربي لسنة ١٩٥٨ ، وكذلك التونسي لسنة ١٩٤٥ لذلك يمكن إثبات الجنسية او نفيها أمام الادارة بوصف الجنسية من أعمال السيادة التي ليس للقضاء حق الفصل فيها ، وكان هذا الاتجاه قبل عام ٢٠٠٦ للمشرع العراقي من خلال قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٤١٣) لسنة ١٩٧٥ وأُلغي هذا القرار بموجب المادة (١١/ ز) من قانون إدارة الدولة للمرحلة الانتقالية ، الذي تم بموجبه منع المحاكم العراقية من النظر في الدعاوى الناشئة في تطبيق أحكام قانون الجنسية العراقية ، الا ان المشرع العراقي عدل عن ذلك بعد عام ٢٠٠٣ وتحديداً في قانون الجنسية العراقي النافذ رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ حيث جاء باتجاه جديد أعطى من خلاله للمحاكم العراقية صلاحية الفصل في المنازعات الناشئة عن الجنسية وأجاز الطعن بقرارات محكمة القضاء الاداري لدى المحكمة الاتحادية العليا [٨]، وقد كرس هذا الاتجاه الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ بحسب المادة (١٨ / ٦) التي نصت على " تنظم أحكام الجنسية بقانون وينظر في الدعاوى الناشئة عنها من قبل المحاكم المختصة " ، وحظر تضمين

(٨) ينظر المواد (١٩و٢٠) من قانون الجنسية النافذ رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ .

أي قانون تحصين أي قرار من الطعن فيه أمام القضاء [٩]، بحيث الغي التشريع السابق الذي يمنع المحاكم من النظر فيها ويجوز الاعتراض فقط على قرارات وزير الداخلية لدى رئيس الجمهورية وتكون قراراته فيها قطعية ، الا انه لم ينظم أحكام إثبات الجنسية في القانون السابق و النافذ ، مما يتطلب الرجوع للقواعد العامة التي تنظم أحكام الاثبات بشكل عام، وتحديد الاحكام التي نص عليها قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ، لمعرفة محل الاثبات ومن يقع عليه عبء الاثبات في موضوع الجنسية على الرغم من انها قواعد قاصرة عن استيعاب أحكام إثبات الجنسية [١٠]، في حين ان أغلب التشريعات العربية نظمت أحكام إثبات الجنسية كما أشرنا سلفا ، بحيث نجد في قانون الجنسية المصري رقم (٢٦) لسنة ١٩٧٥ ان عبء اثبات الجنسية او نفيها يقع على عاتق الشخص المتنازع في جنسيته في حالتي إثباتها أو نفيها وإثبات الصفة الاجنبية. وتجدر الاشارة بأن محل الاثبات في الجنسية هو الامر الذي يجب على المدعي إثباته كي يحصل على حقه في ثبوت جنسية وطنية له او نفيها عنه للتخلص عن الالتزامات التي تفرض عليه بموجب الجنسية ، ومحل الاثبات في الجنسية كما هو في الحق الشخصي او العيني يتم تحديده من خلال عنصرين هما (عنصر الواقع) كونه يمثل مصدر الحق المدعي به و(عنصر القانون) وهو القاعدة القانونية التي تقر هذا الحق ، ومحل الاثبات في الجنسية يرد على مصدر نشوء الحق فيها او زواله اي يرد على الواقعة التي يرتب عليها القانون أثراً بوصفها مصدرا لنشوء الحق ، والكشف عن هذه الواقعة القانونية يكون بالرجوع للقانون الواجب التطبيق على اثبات الجنسية ، والواقعة التي يقدمها المدعي للإثبات تتعدد بتعدد أسباب التمتع بالجنسية وفقدها واستردادها ، فاذا كانت تلك الجنسية مبينة على حق الدم من ناحية الاب أم من ناحية الام فإن محل الاثبات ينصب على واقعة (الميلاد) من أب وطني أم من أًم وطنية ، أما اذا كانت الجنسية الاصلية مبنية على حق الاقليم كما هو الحال في الجنسية التي تثبت لمجهول الابوين او اللقيط فإن محل الاثبات هو واقعة الميلاد على اقليم الدولة ، ويكون محل الاثبات بشأن فقد الجنسية او اسقاطها او استردادها هو الواقعة القانونية المتمثلة (بالقرار) الذي سحبت بموجبه الجنسية عن الشخص او ، وهكذا بالنسبة لمحل الاثبات في حالة استرداد الجنسية ،

([٩]) نصت المادة (١٠٠) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على انه " يحظر النص في القوانين على تحصين اي عمل او قرار اداري من الطعن فيه امام القضاء " .

([١٠]) نصت المادة (٢٢/ ٢) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٩٧ على ان " تعتبر من قبل السندات الرسمية ، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع واحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك " .

لذلك فإن محل الاثبات ينصب على الصفة الوطنية كما ينصب على الصفة الاجنبية ، اي يكون محل الاثبات في الحالتين هو إقامة الدليل في الواقعة القانونية التي تكسب الفرد الجنسية او تجرده منها.

أما طرق إثبات الجنسية فهناك طريقان هما ما يلي :

١. الطريق المباشر : هذا الطريق يصلح لإثبات الجنسية المكتسبة ، حيث يكون الدليل هو توافر شروط منح الجنسية من خلال اثبات إقامة الشخص للمدة المطلوبة لمنح الجنسية وحصوله على وثيقة الاقامة او إثبات زواج الاجنبية من وطني للحصول على جنسية زوجها من خلال تقديم وثيقة الزواج .

٢. الطريق غير المباشر : هذا الطريق يصلح لإثبات الجنسية الاصلية من خلال اثبات الاساس الذي فرضت عليه ، فحينما تفرض على أساس حق الدم فعلى الشخص ان يثبت جنسيته من خلال إثبات جنسية الاصول التي انحدر منها وهذا يثبت بشكل غير مباشر جنسية الشخص ، وهذا الطريق يثير كثير من الصعوبات في اثبات الجنسية ، لذلك يتوجب على المدعي بالجنسية الوطنية ان يثبت بأن والده وطني ووالد والده كذلك نزولا مع تسلسل الاجيال السالفة ، وهذا الامر ليس سهلا ويصبح من الصعب على المدعي إثباته كلما تقدم الزمان مما دعا بعض القوانين الوضعية الى النص صراحة على قرينة (الجنسية الظاهرة) أو (الحالة الظاهرة) أي ظهور الشخص في تلك الحالة بمظهر وطني بحيث تعتبر الحالة الظاهرة قرينة قانونية للشخص المدعي ثبوت الجنسية له ، وهذه الحالة أشار لها المشرع الفرنسي بحسب المادة (١٤٣) من قانون الجنسية الفرنسي ، واخذت بها أغلب التشريعات العربية ومنها المشرع المصري ، حيث اعتمد القضاء المصري الجنسية الظاهرة (حيازة الحالة) وسيلة من وسائل إثبات الجنسية المصرية وجعل منها قرينة قانونية يؤخذ بها لإثبات الجنسية المبنية على اساس حق الدم وحق الاقليم وقد أجمع شراح القانون الدولي الخاص على ذلك وقالوا ان عناصر الحالة ثلاثة تحدث معا فعلها ، ولا يحدث الواحد منها اثراً وهذه العناصر هي (الاسم والشهرة والمعاملة) .

وفي ضوء ما تقدم تبين لنا بأنه يمكن إثبات الجنسية العراقية للتمتع بالحقوق و الامتيازات التي توفرها هذه الجنسية ومنها حق التوظيف في أحد دوائر الدولة أو حق التملك او الانتخاب

او الترشيح وغيرها من الحقوق الأخرى ، كذلك يمكن إثبات نفيها للاستفادة من الحماية الدبلوماسية التي توفرها له الدولة التي يدعي إنه منسوب اليها والتخلص من بعض الالتزامات كما اسلفنا .

أما أدلة الاثبات المعتمدة في إثبات الجنسية ونفيها فهي الادلة الكتابية والقرائن وبعض التشريعات تأخذ بالشهادة كما اوردناه كونها ادلة موضوعية محايدة لموضوع اثبات الجنسية و نفيها كونها رابطة قانونية والدولة هي التي تنظم احكام هذه الرابطة لتحديد المركز القانوني للفرد ، أما الادلة الاخرى كالإقرار واليمين والاستجواب والمعاينة والخبرة فهي أدلة شخصية منحازة لا يجوز ان يصنع الانسان دليلا لنفسه ، لذلك تعتبر أدلة مستبعدة في إثبات الجنسية ونفيها . والمقصود بالأدلة الكتابية في إثبات الجنسية هي السندات الرسمية المتمثلة ب(شهادة الجنسية ، القرار الاداري الصادر بشأن الجنسية ، والاحكام القضائية ، وشهادة الميلاد ، وجواز السفر ، ودفتر الخدمة العسكرية ، وهوية الاحوال المدنية) ، أما المقصود بالقرائن فهي استنباط أمر غير ثابت أي مجهول من أمر ثابت معلوم على اساس انه يغلب في الواقع ان يتحقق الامر الاول اذا تحقق الامر الثاني ، والقرنية حينما يستنبطها المشرع يطلق عليها (قرنية قانونية) ومثال ذلك تنظيم شهادة الجنسية تعتبر قرينة قانونية على ثبوت الجنسية لمن يدعيها [١١]، وهي قرينة بسيطة وغير قاطعة لأنه يجوز نقضها بإثبات العكس واذا استنبطها القاضي فأنها تعد قرنية قضائية واشار لذلك قانون الاثبات العراقي في المادة (١٠٢ /٢) والتي بموجبها أجاز للقاضي استنباط كل قرنية لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة ، واخيرا نأمل من المشرع العراقي ان يتبنى تنظيم أحكام إثبات الجنسية بشيء من التفضيل لبيان من يقع عليه عبء الاثبات وادلة الاثبات المعتمدة في مسائل الجنسية.

ثانياً : حجية الاحكام الصادرة في منازعات الجنسية

حجية الاحكام تعني قوة الاحكام القضائية التي تصدرها المحاكم القضائية بعد نظر النزاع المعروض أمامها ، وتعد هذه الاحكام قرينة قانونية قاطعة لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة ، والمشرع العراقي اطلق عليها تسمية (حجية الاحكام التي حازت درجة البتات)

([١١]) نصت الفقرة ثانيا من المادة (٩٨) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٩٧ على انه "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن اي دليل اخر من ادلة الاثبات ".

والمشرع المصري سماها (حجية الامر المقضي) أما المشرع السوري فأطلق عليها (حجية الاحكام التي حازت الدرجة القطعية) وهكذا سماها المشرع الاردني ، أما المشرع اللبناني فقد اطلق عليها ب (حجية القضية المحكوم فيها).

أما المشرع العراقي فإنه لم ينظم حجية الاحكام الصادرة في منازعات الجنسية لافي قوانين الجنسية الملغية ولافي قانون الجنسية النافذ ، لذلك فإنها تخضع للقواعد العامة التي تقضي بالحجية المطلقة للأحكام الصادرة في منازعات الجنسية [١٢]، وهذا يعني إن أحكام الجنسية لها حجية مطلقة وليس نسبية بالصفة الوطنية للشخص ولا يمكن إقامة دعوى اخرى لأنكار الصفة الوطنية لنفس السبب الذي اقيمت عليه الدعوى الاولى ، وقد ذهب أغلب التشريعات بهذا الاتجاه ومنها التشريع الفرنسي والسوري والمصري وهذه التشريعات نصت صراحة على الحجية المطلقة للأحكام التي تصدر عن مسائل الجنسية ، وهكذا استقر عليها العمل في القضاء المقارن، ومثال ذلك قررت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم (٤) لسنة ٤٩ ق (احوال شخصية) جلسة ٢٨ / ٦ / ١٩٨٣ ، فقد قررت فيه "....الاحكام التي تصدر في مسائل الجنسية تعتبر حجة على الكافة " ، وكذلك قرار لمحكمة بداية بيروت المدنية الصادر بتاريخ ٩/ ١١/ ١٩٦٢ ، حيث قررت فيه " ان الاحكام الصادرة في مادة الجنسية تتمتع بالحجية المطلقة اذا كانت الدولة ممثلة بالدعوى " .

ولذلك فإن ثبوت الصفة الوطنية على أساس الولادة من أب وطني لا يمكن إقامة دعوى اخرى عليه لإنكار صفته الوطنية على الأساس نفسه . تجدر الاشارة بأن المشرع العراقي في قانون الجنسية النافذ لم يفرض أي عقوبة مالية أو مدنية على من استعمل طرق احتيالية لإثبات الجنسية العراقية وانما يعاقب بسحب الجنسية منه بحسب المدة (١٥) سالفة الذكر ، في حين ان قانون الجنسية الملغي تضمن عقوبة الغرامة او الحبس لمن يدلي بشهادات او بيانات كاذبة تتعلق بصفقة الوطنية او عن عائلته لإثبات الجنسية العراقية [١٣] .

([١٢]) نصت المادة (١٠٥) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ على ان " للأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا " .

([١٣]) المصدر نفسه ، ص ١٥٨ .

وفي ضوء ما تقدم يتبين لنا بأن حجية الأحكام القضائية الصادرة بمنازعات الجنسية وفقا لقانون الاثبات العراقي تكون أحكام باتة ومطلقة ولا يجوز قبول أي دليل ينقض حجيتها ، فكان ينبغي على المشرع العراقي أن يُضمن قانون الجنسية النافذ نص قانوني يعتبر فيه جميع الأحكام القضائية التي تصدر في منازعات الجنسية لها حجة مطلقة على الكافة وتكتسب حجية الشيء المقضي فيه وتنشر في احدى الصحف المحلية للدولة .

المحاضرة الحادية عشرة

تعريف الموطن وانواع الموطن ودوره والاشكاليات المترتبة على ذلك

معنى الموطن: وضع الفقه والتشريع مفهوما للموطن ،وعليه سنبين موقف الفقه والتشريع بصدد ذلك.

ا- موقف الفقه : الموطن استنادا لمفهوم الفقه هو الحيز الجغرافي او المنطقة الاقليمية التي يقصد الشخص ان يتخذها مقاما او مقرا للعمل ، وهذا يعني ان الموطن يظهر بمظهرين ، الاول المكان الذي يقيم فيه الشخص بنية البقاء لمدة غير محدودة ،والثاني مقر ادارة الاعمال وفيه تتركز صلاته العائلية والمهنية والتجارية .

ب-موقف التشريع : تتوزع التشريعات في بيان معنى الموطن الى مجموعتين الاولى تحدد معنى الموطن بمقر الاعمال ومنها القانون الفرنسي والقانون الايطالي ، اما المجموعة الثانية من التشريعات فقد حددت معنى الموطن بمحل الاقامة ومنها القانون العراقي الذي حدد الموطن في المادة ٤٢ من القانون المدني التي نصت (الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقتة ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن).

عناصر الموطن

من خلال تعريف الموطن يظهر لنا انه يقوم على ركنين او عنصرين هما عنصر مادي وعنصر معنوي:

أ-العنصر المادي: ويتمثل هذا العنصر بالوجود المادي للشخص الذي يتخذه بوصفه حيزاً جغرافياً معينا في وقت ما بحيث يكون له صلة مادية به فاذا غاب عنه كان له نية العودة اليه ؛

اي لا ينتفي هذا العنصر اذا انقطع الشخص عنه لفترة معينة طالما كانت له نية العودة اليه ويختلف هذا العنصر عن وجود الشخص بصفة عارضة في مكان ما فهذا الوجود لا يصلح لتكوين العنصر المادي للموطن.

ب–العنصر المعنوي : ويتمثل هذا العنصر بنية البقاء لمدة غير محدودة في المكان الذي اتخذه الشخص للإقامة ، فهذا العنصر يكشف عن طبيعة العنصر المادي فيما اذا كان عبارة عن مجرد محل اقامة او موطن فاذا اقترن العنصر المادي بالعنصر المعنوي نكون امام موطن اما اذا لم يتحقق الاقتران نكون امام محل اقامة بغض النظر عن طول او قصر مدة الاقامة .

اسس تعين الموطن

تنقسم الدول في اساس تعين الموطن الى مجموعتين الاولى تحدد الموطن على اساس محل الاقامة والثانية على اساس مقر الاعمال او مركز الادارة الرئيسي ،وعلى النحو الآتي:

١–تعيين الموطن عن طريق محل الاقامة (التصوير الواقعي)

يقوم هذا الاساس على تصوير واقعي للموطن فهو يعتمد الواقع العملي في تقييم الموطن ، فالدولة التي فيها محل اقامة الشخص تعد دولة موطنه ، وقد اخذ المشرع العراقي بهذا التصور ، ويترتب على هذا التصور نتيجتان الاولى تتمثل بإمكانية تعدد الموطن لإمكانية تعدد محل الاقامة ، والثانية تتمثل بإمكانية انعدام الموطن لإمكانية انعدام محل الاقامة .

٢–تعيين الموطن عن طريق مقر الاعمال (التصوير الحكمي)

حسب هذا الاساس يتعين الموطن في الدولة التي يوجد فيها للشخص مقر ادارة رئيس ويطوي هذا الاساس على تصوير حكمي افتراضي للموطن اذ يفترض القانون حكما بان لكل شخص موطن في الدولة التي يوجد فيها مقر اعماله ، فيكون لكل شخص مقر اعمال واخذ بهذا الاتجاه القانون الفرنسي والامريكي والبريطاني ، ويترتب على هذا الاساس نتيجتان الاولى هو عدم امكانية تعدد الموطن لان مقر الاعمال واحد لا يتعدد والثانية عدم امكانية انعدام الموطن وذلك لعدم امكانية انعدام مقر الاعمال لان القانون يفترض موطنا لكل شخص .

انواع الموطن

هناك عدة تقسيمات للموطن يتنوع الموطن بتنوعها :

١- انواع الموطن من حيث دوره في العلاقات القانونية

يقسم الموطن بحسب هذا الدور إلى موطن داخلي وموطن دولي الأول هو علاقة بين فرد ومكان معين في إقليم الدولة ويلعب دوره في العلاقات القانونية الداخلية (الوطنية) اي في اطار احكام القانون التجاري والمدني والاحوال الشخصية وقانون المرافعات ،اما الموطن الدولي علاقة بين فرد وإقليم الدولة التي اتخذ فيها محل للإقامة أو العمل ويلعب دورا مهما في اطار العلاقات ذات البعد الدولي اي المشوبة بعنصر أجنبي كالمعاملات المالية أو مسائل الاحوال الشخصية التي تحصل ما بين اطراف من جنسيات مختلفة أو من جنسية واحدة بمناسبة مال أو عمل خارج دولة جنسيتهم ومثال ذلك مواطن عراقي متوطن في الاردن يعد موطنه في الاردن موطن دولي بالنسبة للعراق وفي تنظيم احكام هذا الموطن تطبق القواعد الدولية ذات الصلة بالموطن ومما لاشك فيه ان كل من له موطن داخلي في دولته له موطن دولي عند مغادرته دولته حيث سيأخذ موطنه الداخلي الطبيعة الدولية نسبة للدولة الأجنبية المغادر إليها إذا لم يفقده باكتساب غيره. مثال ذلك العراقيون في سوريا وليس بالضرورة ان كل من له موطن دولي له موطن داخلي مثل البدو الرحل.

٢- انواع الموطن من حيث سند نشوه

ينشا الموطن اما بحكم القانون أو بحكم الارادة ويكون النوع الأول على مظهرين الأول أصلي، والثاني حكمي قانوني، الموطن الأصلي يثبت للصغير فور ميلاده ويقابل مفهوم الجنسية الأصلية وقد اخذ بمفهوم هذا الموطن القانون الانكليزي، والفرنسي، والأمريكي ولم يأخذ به القانون المصري، والعراقي. اما الموطن الحكمي فهو الموطن الذي يفترضه القانون لشخص تبعا للغير ويسمى بالموطن القانوني الالزامي لان القانون يفترضه على سبيل الالزام مثل موطن القاصر يكون موطن من ينوب عنه وموطن الخادم موطن المخدوم وموطن الزوجة موطن زوجها وإلى هذا المعنى أشارت المادة (٤٣) من القانون المدني العراقي . اما الموطن الاختياري فهو الذي ينشأ بناء على ارادة ورغبة الشخص

هذا النوع الثاني الذي يقوم على إرادة الشخص لتغير أسباب نشوء الموطن فبعد ان كانت أسباب الموطن للإرادية في النوع الاول يتكفل القانون بتحديده في حين تكون ارادية في النوع الثاني .

٣- انواع الموطن بحسب حجم الأعمال التي تمارس فيه

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

اولا .موطن الأعمال أو الموطن التجاري أو الحرفي بحسب المادة (٤٤) مدني وهو المكان الذي يتخذه الشخص لتنفيذ اعمال متعلقة بمهنة او تجارة او صنعة.

ثانيا .الموطن المختار وهو مكان يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يثبت الا بالكتابة بحسب المادة (٤٥) مدني:

ثالثا. موطن القاصر المأذون وهو المكان الذي يتخذ منه القاصر مكاناً له لمزاولة التجارة المأذون له ممارستها فيعد القاصر كامل الاهلية في حدود الاذن ويكون له موطن خاص في المكان الذي يمارس فيه العمل التجاري المؤذن له به وموطن عام وهو موطن قانوني حكمي وهو موطن من ينوب عنه قانونا المادة(٢/٤٣) مدني .

موطن الأشخاص المعنوية

ومقابل تمتع الشخص الطبيعي بحق التوطن كذلك يتمتع الشخص المعنوي بهذا الحق إذ يكون له موطن في المكان الذي يوجد فيه مركز ادارته الرئيس وهو ما أشارت له المادة

(٦/٤٨) من القانون المدني العراقي والتي نصت على أن يكون (... وله موطن ويعتبر موطنه المكان الذي وجد فيه مركز ادارته والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق يعتبر مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي المكان الذي فيه ادارة أعمالها في العراق)، كما يمكن ان يكون للشخص المعنوي موطن خاص في الدولة التي يمارس فيها نشاطه فإذا اريد اختصام الشخص المعنوي عن ذلك النشاط فيمكن مخاطبته في موطنه العام والخاص اما إذا اريد اختصامه في غير هذا النشاط فيتم مخاطبته في موطنه العام وهو مكان مركز الادارة الرئيس للشخص الذي يمثله كالشركة الام بالنسبة للفرع في حين يذهب بعضهم الى الاستدلال بالمادة (٤٩) مدني.(ومع ذلك فاذا باشر الشخص المعنوي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري) وهذا يعني بعدم وجود مانع من اختيار الخصم بين مقاضاة الشخص المعنوي امام القضاء الاجنبي بوصفه قضاء مركز الادارة الرئيسي للشركة الام وبين مقاضاته امام القضاء العراقي بوصفه القضاء الذي تقع في دائرة اختصاصه نشاطات الفرع .

ثانياً:- دور الموطن واشكالياته

نبين دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص ومن ثم نبين اشكاليات الموطن

١-دور الموطن في موضوعات القانون الدولي الخاص

أ-دور الموطن في الجنسية

يؤدي الموطن ادواراً متعددة في موضوع الجنسية فهو يؤثر فيها من جانب انه يشكل أحد شروط منحها إذ تعد الإقامة قرينة على التوطن، ،وكما يؤثر الموطن في اكتساب الجنسية فهو يؤثر في فقدانها فانقطاع إقامة المتجنس لمدة خمس سنوات يفضي إلى زوال الجنسية عنه كما في لبنان ومصر ولم يوجد حكم مماثل في قانون الجنسية العراقية الملغى والنافذ وكان من المفترض ان تنظم هذه الحالة حتى يميز بين الذين يحملون الجنسية العراقية ويرغبون في الاستمرار عليها واولئك الذين لا يعبرون من خلال حملهم للجنسية العراقية عن رابطة جدية وفعلية.

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

ب–دور الموطن في تنازع القوانين

يعتمد الموطن كأحد الضوابط لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل العقود الدولية إذ يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في المسائل التي تتعلق بالالتزامات العقدية ومنها الامتناع عن تنفيذ العقد أو التأخر في تنفيذه وقد اخذ بهذا الحكم المشرع العراقي في المادة (١/٢٥) من القانون المدني التي نصت على أن (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تتم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف ان قانون آخر يراد تطبيقه)[١٤] كما يعتمد الموطن كضابط حل لتنازع القوانين في مسائل الاحوال الشخصية في الدول الانكلوامريكية فضلا عن انه المعيار البديل عن ضابط الجنسية بالنسبة لعديم الجنسية في تلك المسائل في قوانين الدول اللاتينية كما في العراق .

ج–دور الموطن في تنازع الاختصاص القضائي الدولي

يعد الموطن أحد اهم الضوابط الإقليمية المكانية لتحديد الاختصاص القضائي الدولي الأصلي للمحاكم الوطنية فموطن المدعي أو المدعى عليه يحدد على ضوؤه الاختصاص لمحاكم دولة الموطن وقد اخذ بهذا الحكم المشرع العراقي في المادة (١٥) من القانون المدني

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

التي نصت على أن (يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية: (أ. إذا وجد في العراق. ب. ...)

كما يفيد الموطن في تمكين المحكمة من تبليغ المدعي أو المدعى عليه إذا كان لأي منهم موطن معلوم سواء اكان موطن عام (محل إقامة) أم موطن خاص (موطن مختار) وقد اتجه القضاء في مصر إلى ان تسليم الأوراق المطلوب اعلانها يكون إلى الشخص المقصود تبليغه أو في موطنه ويجوز تسليمها في موطنه المختار في الاحوال التي بينها القانون اما إذا كان موطنه في الخارج فيسلم الاعلان إلى النيابة العامة وعلى الأخيرة ارسال نسخه منه لوزارة الخارجية لغرض تبليغها للمقصود بها بالطرق الدبلوماسية وإذا لم يكن له موطن معلوم وجب ان تشتمل ورقة التبليغ على آخر موطن كان له في مصر أو في الخارج[١٥].

د–دور الموطن في مركز الأجانب

يؤدي الموطن دورا للتميز بين الأجنبي المتوطن وغير المتوطن من حيث إن حقوق الأول اوفر من الثاني فيما يتعلق بممارسة المهن والإقامة وفي ظل عدم حصول الشخص على إذن التوطن الذي يعني ان اقامته غير المشروعة ومن ثَمَّ لا يتمتع بحق العمل وممارسة المهن ولا تعتمد اقامته لاكتساب موطن ومن ثَمَّ تؤهل لاكتساب جنسية دولة الإقامة .

٢:- إشكاليات الموطن

تتمثل هذه الإشكاليات بالتغيرات التي تطرا على الموطن وألية تحديد الموطن وكذلك تحديد القانون الذي يتعين في ضوئه الموطن وسنبحث ذلك من خلال أربعة فروع.

التغيير في الموطن

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

ا: فقدان الموطن

---

[١٥]– قرار محكمة الطعن المصرية رقم ٤٢٧٢ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/٦/٥ وإلى نفس المعنى قرارها رقم ٢٠٥٥ لسنة ٥٦ ق في ١٩٩٣/١٢/٨ وقرارها رقم ١٠٠٤ لسنة ق ٥٦ في ١٩٩٢/٢/١٠ أشار إليها ابراهيم سيد احمد – مبادى محكمة النقض في الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري – الطبعة الأولى – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية ٢٠٠٠ ص٢٢٣ – ٢٢٤.

يحصل فقدان الموطن بطريقتين الأول فقدان ارادي والثاني فقدان لاإرادي.

١- الفقدان بإرادة الشخص.

فهذا الفقدان يفضي إلى تغيير موطن الشخص ويشترط ان يكون الشخص بالغاً عاقلاً حر الارادة فلا يتحقق الفقدان وتغير الموطن إذا كان الشخص بالغاً (مجنوناً) أو بالغ عاقل ولكنه ليس حر الارادة ذلك لان المجنون ومن في حكمه والمسجون أو الراقد في المستشفى والهارب من وجه العدالة أو من الدائنين لا يستطيع اي منهم تغيير موطنه بصورة مستقلة ويحصل تغيير الموطن بالإرادة عن طريق نقل الشخص محل إقامته أو مقر أعماله من دولة إلى أخرى مع انصراف نيته للبقاء لمدة غير محددة في الثانية وعدم العودة إلى الأولى .

مما تجدير الإشارة إليه ان القانون البريطاني اخذ بفكرة احياء الموطن والتي تعني عودة الموطن الأصلي للشخص في الفترة الواقعة بين فقدانه للموطن الاختياري السابق وقبل اكتسابه الموطن الاختياري اللاحق وهذه الفكرة تأتي في اطار فلسفة التشريعات التي أخذت بالتصوير الحكمي والتي تفترض ان يكون لكل شخص موطن ولا يمكن ان يعيش شخص بأكثر من موطن ومن دون موطن وإذا وجد من ظروف تفضي به إلى الانعدام فالقانون يفترض له الموطن الأصلي الذي كان عليه قبل فقدانه له باكتساب غيره حتى لا يقع في حالة انعدام الموطن وهو موقف القانون البريطاني كما لاحظنا[١٦]

٢- الفقدان بحكم القانون

وهو فقدان اللاإرادي لان الارادة ليس لها دور فيه وهو يقع بسببين الأول فقدان بالتبعية، والثاني فقدان على سبيل العقوبة، فالفقدان على السبب الأول يحصل في ظل وجود علاقة تبعية ما بين شخصين كتبعية الصغير ومن في حكمه للولي أو القيم وتبعية الزوجة للزوج أو الخادم للمخدوم فالفقدان هنا يحصل بحكم القانون بالنسبة للتابع في ظل تغيير المتبوع لموطنه فاكتساب المتبوع بإرادته لموطن وفقدانه لموطن قديم يكون فقدان بالإرادة بالنسبة للمتبوع وفقدان بالتبعية

---

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

بالنسبة للتابع اما إذا كان المتبوع قد فقد موطنه بإرادته في وقت انتهت فيه التبعية فيكون الفقدان الارادي بالنسبة للمتبوع وبالنسبة للتابع، فالأخير لم يعد تابع بعد ان زالت أسباب التبعية.

اما الفقدان على السبب الثاني فيحصل في حالتين الأولى إذا تم ابعاد الأجنبي عن اراضي الدولة التي يتوطن فيها لأي سبب من الأسباب كما لو فقد أحد شروط منح سمة الدخول أو اخل بالأمن أو النظام العام فيقع نتيجة الأبعاد فقدان لا ارادي اما الحالة الثانية فتحصل بسبب تجريد الوطني من جنسيته والذي يستتبع ابعاده من اراضي الدولة .

ب: استرداد الموطن

ويحصل بنفس الالية التي حصل بها الفقدان فإذا تم فقدان ارادي فيتم الاسترداد عن طريق الارادة وذلك بإعادة محل الإقامة أو مقر العمل للدولة التي كان الشخص يتوطن فيها مع انصراف نية البقاء فيها لمدة غير محددة، ومن الجدير بالذكر ان الاسترداد في القانون البريطاني يحصل آلية احياء الموطن التي لاحظناها مقدما، اما القانون الفرنسي فالاسترداد يكون في ظله عن طريق استرداد الشخص آخر موطن كان له. اما إذا تم الفقدان بشكل لاارادي فيحصل استردادا لاإراديا مثلما حصل الفقدان بهذه الالية كما لو استمرت علاقة التبعية ما بين التابع والمتبوع وكذلك إذا حصل الفقدان على سبيل العقوبة بشكل لاإرادي فيتم الاسترداد بالألية نفسها وهي السماح للأجنبي بالعودة للدولة التي كان يتوطن فيها أو اعادة الجنسية للوطني الذي كان يحملها فتحمل هذه الاعادة ضمنا اعادة الموطن.

المحاضرة الثانية عشرة

تنازع الموطن

ويحصل التنازع في حالة تعدد الموطن او انعدامه، وحل التنازع يختلف بين الوضعين فهناك حلول في حالة تعدد الموطن وحلول في ظل انعدامه واشكالية التنازع في الوضعين وحلولها تصادف القوانين التي أخذت بالتصوير الواقعي في الغالب كما لاحظنا، في حين لا توجد هناك فرص لظهورها في الغالب في ظل القوانين التي أخذت بالتصوير الحكمي للموطن لان التصوير الأخير يفترض ان لكل شخص موطن، وبالتالي لا يمكن ان يتعدد الموطن أو ينعدم، وعليه سنتابع حلول اشكالية التعدد والانعدام على النحو الاتي.

أولاً: تعدد الموطن

ويفضي هذا التعدد إلى ظاهرة يصطلح عليها (التنازع الايجابي في الموطن) وتحديد الموطن يختلف في ظل عرض النزاع المتعلق بالشخص متعدد الموطن أمام القضاء الوطني عنه في ظل عرض النزاع المتعلق به أمام قضاء لا علاقة له بالنزاع ففي الوضع الأول تحديد الموطن يكون بحسب قانون قاضي النزاع فإذا اتخذ الشخص في دولة القاضي موطنا فالعبرة به وهو حل يقترب من حل التنازع الايجابي في الجنسية إذا كانت إحدى الجنسيات جنسية قاضي النزاع، اما الحل في الوضع الثاني فيكون باعتماد الموطن القانوني إذا تنازع مع موطن اختياري واعتماد الموطن الذي يقيم فيه الشخص فعلا إذا حصل تنازع ما بين موطنين قانونيين أو اختياريين.

وقد اوردت آليات تحديد الموطن بعض الاتفاقيات الدولية منها الاتفاقية ما بين فرنسا وبلجيكا لعام ١٩٣١ والاتفاقية ما بين فرنسا وايطاليا لعام ١٩٣٠.

ثانياً: انعدام الموطن

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

الفرع الثالث

القانون الذي يعين الموطن

إن ضبط موطن الشخص يحقق المزايا والدور الذي تكلمنا عنه انفا وللوصول إلى هذا الوضع يتطلب معرفة القانون الذي به نصل إلى ضبط الموطن وقد طرح الفقه في هذا السياق جملة اتجاهات هي:

أولاً: قانون الارادة

وبحسب هذا الاتجاه فان القانون الذي يتعين به الموطن يكون من صنع ارادة الاطراف فيكون القانون المختار من قبلهم هو المختص بتحديد الموطن، وحتى يصح اختيارهم فلابد من وجود ارادة صحيحة أي غير مشوبة بعيوب الرضا ومنها الاكراه كما يقتضي ان تكون الارادة كاملة أي صادرة من شخص كامل الاهلية فلا يعتد باختيار عديم الاهلية أو ناقصها، ويستوي بعد ذلك ان يكون الاختيار صريح أو ضمني، وهذا يعني ان الاطراف إذا اختاروا قانوناً يأخذ بالتصوير الحكمي أو يأخذ بالتصوير الواقعي فان الموطن يكون بحسب ما يقرره القانون الذي اختارته ارادة الاطراف فيكون الموطن مكان مقر الأعمال إذا كان اختيار مكان يقر بهذا المفهوم والحال ينسحب إذا وقعت ارادة الاطراف على اختيار قانون يقر بمحل الإقامة، وينتقد هذا التوجه من نواح عدة اهمها ان الموطن مثل الجنسية مسالة تتعلق بسيادة الدولة ولا يمكن ان يترك أمر تحديدها لإرادة الأفراد فضلاً عن ذلك ان الارادة ينبغي ان تحكم بالقانون وليس ان تحكم الارادة القانون.

ثانياً: القانون الشخصي

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

ثالثاً: القانون الإقليمي

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

رابعاً: قانون قاضي النزاع

بحسب هذا الاتجاه ان تحديد الموطن يكون من اختصاص قاضي النزاع بوصف الموطن علاقة قانونية وان تكييفها مسالة تتعلق بالسيادة فهو الذي يحدد معنى الموطن فإذا كان يأخذ بالتصوير الواقعي فيعتد بالموطن في المكان الذي يقيم فيه الشخص وإذا كان يأخذ بالتصوير الحكمي فيعتد بالموطن في المكان الذي يوجد فيه المقر الرئيس لأعمال الشخص، وقد اعتمد هذا التوجه القانون الأمريكي، ويؤخذ على هذا الراي انه يفترض للشخص موطنا قد لا يعكس وضعه الواقعي فهو يستوطن فعلا في دولة بينما قانون قاضي النزاع يفترض موطنه في دولة أخرى وقد لا يفترض له ذلك، مما سيترتب على ذلك اما انعدام الموطن (التنازع السلبي في الموطن) واما تعدد الموطن (التنازع الايجابي في الموطن)، وهو حل يقود إلى إشكاليات اعقد من مشكلة تحديد القانون والمشكلة لا تزال بمثلها.

خامساً: الاتجاه التوفيقي

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

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

المحاضرة الثالثة عشر

مركز الأجانب

يعد هذا الموضوع من نتائج موضوع الجنسية وهو الموضوع الثالث من موضوعات القانون الدولي الخاص، كما انه يأتي نتيجة حتمية لموضوع الجنسية فالأخيرة تميز الوطني عن الاجنبي مما يطرح ذلك المركز القانوني للأخير في الجانب الاجرائي (اليات وشروط الدخول والاقامة والخروج) والجانب الموضوعي (حقوق الاجنبي والتزاماته) وهذه الأسباب والنتائج تطرح التساؤلات الآتية:

من هو الأجنبي؟ وما المقصود بمركز الأجانب؟ وما هي حقوق والتزامات الأجنبي؟ وهل يمكن أن يتفوق الأجنبي على الوطني في الحقوق للإجابة عن هذه التساؤلات سنبين للموضوع من خلال المحاور التالية . وفي هذه المحاضرة سنتناول بيان معنى الاجنبي واليات دخوله واقامته وخروجه ونترك ما تبقى للمحاضرة القادمة وعلى النحو الاتي :

اولا : معنى الاجنبي

يظهر تتبع البعد التاريخي بان الشعوب القديمة انكرت على الاجنبي اي حقوق فلم تعترف له بحق التمتع بالشخصية القانونية ،فهو لم يكن طرف في الحقوق انما كان يتعامل معه باعتباره محلاً لها لأنه غريب عن الجماعة التي دخل عليها، . وكان يعامل معاملة غير انساني وهذا الوضع كان في الحضارة الصينية والرومانية وغيرها من الحضارات ، وبعد تطور الحياة المدنية للشعوب و ضعف دور الاقطاع في الحياة السياسية والاقتصادية تحسن وضع الأجنبي، كما استطاعت الشعوب في عدة بلدان ان تحد من سلطات الملك وقيدتها وكان ذلك تحت تأثير افكار بعض الفلاسفة ومنهم جان جاك روسو ولوك ومنتسكيو وما طرحوه عن سلطات الحكام وحقوق

وحريات المحكومين في ضوء نظرية العقد الاجتماعي التي طرحها روسو، وقد اثمرت هذه الجهود لصالح حقوق الانسان بغض النظر عن جنسه او قوميته أو انتمائه السياسي (جنسيته) وقد تكررت هذه الاوضاع في عدة بلدان، فتوزع بأثرها مفهوم لحقوق الانسان وحرياته فسجل على شكل وثائق منها وثيقة الحقوق في بريطانيا او اعلانات ومنها إعلان حقوق الانسان والموطن الفرنسي لعام ١٧٨٩ في فرنسا واعلان حقوق الانسان الأمريكي لعام ١٧٨٧، كما تطورت تلك المفاهيم إلى ان وصلت إلى ماهي عليه في الوقت الحاضر[١٧]، حيث اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٩٤٨/١٢/١٠ الاعلان العالمي لحقوق الانسان[١٨]، الذي حدد اهم حقوق الانسان وحرياته عبر ثلاثون مادة يمكن ان نعتبر ان هذه الحقوق بانها تمثل الحد الأدنى من الحقوق للوطنيين والأجانب، ولغرض تفعيل هذا الاعلان فقد اقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حضر ابادة الجنس البشري لعام ١٩٤٨[١٩]، كما اقرت فيما بعد العهديين الدوليين الأول للحقوق المدنية والسياسية والثاني للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[٢٠]،

وبعد ان اعترف للأجنبي بالشخصية القانونية فقد ظهر معنى الاجنبي وعرف بانه كل شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة التي يقيم فيها أو يمارس على إقليمها نشاطه أي أن كل شخص لا يحمل جنسية دولة ما يعد أجنبي عنها لذا يمكن اعتبار كل شخص بمجرد

---

[١٧] - لذا اتصفت حقوق الانسان في هذه المرحلة بعدة مواصفات وهي :
١- جميع حقوق الانسان عالمية، وغير قابلة للتجزئة، ومترابطة، ومتشابكة، ويعزز بعضها البعض، وان يعامل وفقها الانسان اينما كان معاملة عادلة ومنصفة.
٢- احترام مبدا المساواة في الحقوق وتقرير المصير، وتعزيز احترامها وحمايتها، بدون تمييز، ومسؤولية جميع الدول على تحقيقها.
٣- ان السلام والامن والتنمية وحقوق الانسان هي عناصر مترابطة ويعزز بعضها البعض.
٤- ضرورة تواصل جميع الدول والمنظمات الإقليمية والمنظمات غير الحكومية والهيئات الدينية وسائل الاعلام على الصعيد الدولي لتعزيز الحوار وتوسيع افاق التفاهم بين الحضارات والثقافات والاديان.

[١٨] – المواد (١، ٢، ٦، ٧) من الاعلان إشارة بشكل واضح وجلي إلى احترام ورعاية حقوق الانسان.

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

[٢٠] – وقد صادق العراق على العهدين بقانون رقم ١٩٣ لسنة ١٩٧٠ منشور في الوقائع العراقية العدد ١٩٢٧ في ١٩٧٠/١/٧.

تجاوزه الحدود أجنبي إمام جميع دول العالم سواء كان تجاوز الحدود للمرور أو الإقامة، سواء بشكل مشروع أم بشكل غير مشروع.

والأجنبي يظهر بمظهرين الأول يصطلح عليه الأجنبي بشكل نسبي وهو كل شخص يحمل جنسية دولة ما فيكون وطني نسبة للدولة الأخيرة وأجنبي بالنسبة لغيرها وتظهر الصفة الأجنبية له عند حركته عبر الحدود أما الثاني فيصطلح عليه الأجنبي بشكل مطلق وهذا الاصطلاح ينصرف لعديم الجنسية فهو أجنبي أمام جميع الدول لأنه لا يحمل جنسية أي منها بموجب قوانينها الداخلية[٢١].

وفي اطار موقف التشريع فنجد ان قانون الاقامة رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧ النافذ عرف الاجنبي في المادة (١/ثانيا) التي نصت على ان (لأجنبي : كل من لا يحمل جنسية جمهورية العراق) [٢٢] كما ان هذا القانون حدد سريانه على الشخص الطبيعي والمعنوي بموجب المادة (١) منه كما عرف المشرع العراقي الاجنبي ايضا في قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة (١/ط) التي نصت على ان (هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي...)[٢٣] والمادة (٢/١) التي نصت على أن (الأجنبي غير العراقي)[٢٤] في حين عرف الاجنبي بطريقة سلبية في قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٦ في المادة (٥/١) التي نصت على ان ((العراقي هو الشخص الذي يتمتع بالجنسية العراقية))، والمفهوم المخالف للنص يعني ان الأجنبي كل من لا يحمل الجنسية العراقية أي الأجنبي هو غير الوطني، فالتعريف الأخير للأجنبي جاء بمفهوم المخالفة من خلال تعريف الوطني وهذا يعني ان الأجنبي يمكن ان يعرف بشكل ايجابي عندما ينص عليه بصفته الأجنبية في التشريع ويمكن ان يعرف بشكل سلبي عندما يعرف الوطني ويفهم خلاف معناه الأجنبي.

---

[٢١] – الماد (١/١) من اتفاقية الامم المتحدة بشان عديم الجنسية لعام ١٩٥٤.

[٢٢] - كما كان هذا موقف المشرع العراقي في قانون الإقامة رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ المعدل من المادة (٦/١) ضمن هذا الاتجاه حيث عرف الأجنبي بطريقة ايجابية على أنه (كل من لا يتمتع بالجنسية العراقية)

[٢٣] – إلى المعنى نفسه ذهبت المادة (١٥٤) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.

[٢٤] – إلى نفس المعنى ذهبت المادة (١٥٤) من قانون التسجيل العقاري المعدل رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ والمادة (٩/١) من قانون الاحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ والمادة (١) من قانون الاحصاء رقم ٢١ لسنة ١٩٧٢.

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

ويكون الاجنبي محكوم بمجوعة من القواعد القانونية تحدد ما للأجنبي من حقوق[٢٥]، وما عليه من واجبات إمام الدولة التي يوجد على أراضيها والدولة والتي لا يرتبط بها بواسطة الجنسية انما بواسطة الإقامة أو الموطن وهذه الحقوق والالتزامات الأصل أنها اقل ما يكون عليها الوطني والاستثناء يمكن أن يتفوق فيها الأجنبي على الوطني وخاصة في مجال الحقوق ويعلل البعض على عدم جواز تفوق الأجنبي على الوطني بالقول أن المساواة بينهما هي أقصى ما يمنح للأجنبي بل يجدون فيه تجاوز هذا القدر من الحقوق تجاوزا على مركز الوطني ومساسا بكرامته

وهذه القواعد يضعها المشرع الوطني في كل دولة وهي تنظم آلية دخول وإقامة الأجانب وخروجهم كما تعنى ببيان ما لهم من حقوق وعليهم من التزامات وعلى المشرع في كل دولة ان يراعي عند وضع هذه القواعد ما استقر عليه العرف الدولي من مبادئ وما ارتبطت به الدولة من اتفاقيات أي أن مشرع القواعد القانونية ذات الصلة بالأجنبي عليه ان يحترم القواعد الاتفاقية (الاتفاقيات والمعاهدات) المصادق عليها من قبل دولته والقواعد العرفية وهي احترام الحد الادنى من الحقوق للأجنبي. وأي تجاوز من قبل المشرع على هذه القواعد الاتفاقية أو العرفية يحرك المسؤولية الدولية لدولته ومصدر هذه القواعد اما الممارسات الدولية او الاتفاقيات الدولية او الاعراف

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

١- المعاملة بالمثل الثابتة دبلوماسيا: وهي التي تنظم من خلال الاتفاقيات الدولية فالأخيرة تكون المصدر الذي ينظم ممارسة الأجانب للحقوق على اراضي الدول الاعضاء في الاتفاقية

[٢٥]- لذا اصطلح البعض على موضوع مركز الأجانب بالتمتع بالحقوق والتي توصف بانها مسالة يغلب عليها الطابع السياسي مقابل استعمال الحقوق التي يغلب عليها الطابع القانوني انظر بهذا المعنى د. عصام الدين القصبي – القانون الدولي الخاص – مطبعة جامعه المنصورة ٢٠٠٨ – ٢٠٠٩ ص٧٥.

ونذكر منها على سبيل المثال، اتفاقية انتقال الايدي العاملة في الدول الاعضاء لمجلس الوحدة المصادق عليها العراق بقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٠[٢٦].

٢- المعاملة بالمثل الثابتة تشريعيا: وهي التي ينظمها التشريع الوطني للدولة فيكون الأخير مصدر ممارسة الأجنبي للحقوق على اراضي الدولة.

٣- المعاملة بالمثل الثابتة واقعيا: وهي التي لم تنظم الية ممارسة الحقوق بموجبها نصوص اتفاقية دولية او نصوص تشريعية وطنية، انما استقر التعامل بها ومثلت ممارسة تاريخية استقرت على شكل عرف شائع يسمح لرعايا دولتين او أكثر لممارسة نوع من الحقوق.

اما المعاملة بالمثل من ناحية الموضوع فهي على ثلاث فئات أيضا هي:

١- مساواة الأجانب بالوطنيين في المعاملة والحقوق: وفيها يجد الأجنبي معاملة مساوية لمعاملة الوطني وهو افضل ما يمكن ان يصل إليه وضع الأجنبي، ويمكن ان تكون المساواة عامة كما يمكن ان تكون خاصة بنوع من الحقوق[٢٧].

٢- مساواة الأجانب بالوطنيين في حقوق معينة: كما لو سمح للعراقي بتملك العقار في سوريا بمساحة معينة وضمن موقع معين، فسيسمح للسورين في العراق بالتملك بنفس القدر والالية.

٣- مساواة الأجانب والوطنيين في معاملة معينة: كما لو سمح للعراقي للمطالبة بالتعويض على أثر إصابته بضرر في دولة من جراء ممارستها لعمل من أعمال السيادة حيث سيعامل رعايا تلك الدولة في العراق بنفس معاملة العراقي[٢٨].

ثانيا:- اليات دخول الاجنبي واقامته وخروجه

كل شخص داخل الحدود الوطنية لدولته يحتفظ بصفته الوطنية وان حركته خارج هذه الحدود تضيف له صفة ثانية ألا وهي صفة الأجنبي وعبور الاجنبي عبر الحدود يتطلب اجراءات بعضها تتعلق بدخوله الى اراضي الدولة والتي يستتبعها اقامته وتنتهي بخروجه وعليه سنبين كل منها على النحو الاتي:-

---

[٢٦]- د. صالح عبد الزهرة الحسون. مصدر سابق ، ص٩٢ وما بعدها.

[٢٧]- د. حسن الهداوي ود .غالب الداودي – مصدر سابق – ص٢٤٢

[٢٨]- المصدر نفسه – ص٢٤٢

١-الدخول

ويقوم دخول الأجنبي إلى اراضي دولة غير دولته على أساس حرية الانسان في التنقل والذي نظمته العديد من المواثيق[٢٩] الدولية والقوانين الداخلية[٣٠]، وهو يعني العبور من دولة إلى أخرى بموجب سمة دخول مؤشرة في جواز سفره أو وثيقة تقوم مقامه تمنح من الدول أو المنظمات تخول حاملها حق الدخول خلال مدة والإقامة وتتطلب هذه السمة شروط موضوعية وأخرى شكلية في الدولة الوافد إليها

أولاً: الشروط الموضوعية:

يشترط لدخول الاجنبي اراضي جمهورية العراق و الخروج منها ما يأتي :-

اولا : ان يكون لديه جواز او وثيقة سفر نافذتين مدة لا تقل عن (٦) سته اشهر و صالحتين لدخول جمهورية العراق او الخروج منها .

ثانيا : ان يكون حائزا على سمه دخول نافذة المفعول عند دخوله مؤشرة في جواز سفره او وثيقة سفره بختم الدخول عند قدومه الى جمهورية العراق و بختم الخروج عند مغادرته لها .

ثالثا : ثبوت خلوه من الامراض السارية و المعدية و العوز المناعي المكتسب على وفق القانون.

رابعا : ان يسلك في دخوله وخروجه من و الى اراضي جمهورية العراق المنافذ الحدودية الرسمية و بعد التأشير على جواز او وثيقة سفره بختم الدخول عند قدومه الى جمهورية العراق و بختم الخروج عند مغادرته لها .

وقد نظمت هذه الشروط المادة (٣) من قانون إقامة الأجانب رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧

---

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

[٣٠] – ومنها الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ وقد أكد القضاء الاداري في فرنسا على حرية الذهاب وكذلك الدستور الأمريكي كما ذهبت إلى هذا المعنى سائر الدساتير العربية ينظر بهذا المعنى عيسى تركي خلف الجبوري – المصدر السابق – ص٨٤ نقلا عن د. حمدي عمر علي – سلطة القاضي الاداري في توجيه او أمر الادارة – دار النهضة العربية – ٢٠٠٣ ص١٧١ كما ذهب دستور العراق لعام ٢٠٠٥ في المادة (١٣)

ثانياً: الشروط الشكلية

إن يملئ ويوقع استمارة مرفق بها تصورين للشخص وقد نظم المشرع العراقي هذا الشرط في نفس المادة من القانون اعلاه:

وحيث ان الاجنبي لا يمكن ان يدخل العراق الا اذا حصل على سمة الدخول فقد وفر المشرع العراقي له انواع من سمات الدخول حسب المركز القانوني الذي يدخل بها الاجنبي وقد نظمتها المادة (٧) من قانون الاقامة هذه السمات وهي :

أ. سمة اعتيادية : تخول حاملها دخول اراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٦٠) ستين يوما من تاريخ منحها و الاقامة فيها المدة المذكورة

ب. سمة المرور : تخول حاملها دخول اراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٣٠) ثلاثين يوما من تاريخ منحها و الاقامة فيها مدة لا تزيد على (٧) سبعة ايام

ج. سمة المرور بدون توقف : تخول حاملها المرور عبر اراضي جمهورية العراق خلال (٣) ثلاثة ايام تحت اشراف السلطات المختصة بدون توقف ولمرة واحدة خلال (٣٠) ثلاثين يوما من تاريخ منحها .

د. سمة الزيارة : تخول حاملها دخول اراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٩٠) تسعين يوما من تاريخ منحها والاقامة فيها مدة (٣٠) ثلاثين يوما و لايحق لصاحبها العمل في أي مكان في جمهورية العراق سواء باجر او بدون اجر

هـ . سمة سياحية : تمنح لزيارة المناطق السياحية و الدينية و تخول حاملها دخول اراضي جمهورية العراق مرة واحدة خلال (٦٠) ستين يوما من تاريخ منحها و الاقامة فيها مدة (٣٠) ثلاثين يوما و تكون بكفالة المؤسسات و الهيئات و الشركات العاملة في مجال السياحة و لا يحق لحاملها العمل في أي مكان سواء كان باجر او بدون اجر و لا تشترط الكفالة اذا كانت السياحة بصورة فردية او عائلية.

و. سمة خاصة : تمنح بقرار من وزير الداخلية بالتنسيق مع وزير الخارجية لاعتبارات تتعلق بالمجاملات الدولية و يخول حاملها البقاء في جمهورية العراق مدة (٣٠) ثلاثين يوما من تاريخ دخوله .

ز. السمة الاضطرارية : تمنح من ضابط الاقامة للأجنبي الذي يصل الى اراضي جمهورية العراق قاصدا دخولها و لم يكن حائزا على سمة الدخول على ان يبلغ المدير العام مباشرة .

ح. سمة دخول سريعة : على ان تمنح خلال يوم واحد .

ط. السمة السياسية : ينظم منحها بتعليمات يصدرها وزير الخارجية بالتنسيق مع وزير الداخلية عملا بمبدأ المقابلة بالمثل

ي. السمة الدبلوماسية : و تمنح للأشخاص الذين يحملون جوازات سفر دبلوماسية على وفق تعليمات يصدرها وزير الخارجية بالتنسيق مع وزير الداخلية

ك. سمة الخدمة : تمنح للأشخاص الذين يحملون جوازات سفر خدمة على وفق تعليمات يصدرها وزير الخارجية بالتنسيق مع وزير الداخلية او من يخوله

ثانيا : للمدير العام او من يخوله و السفير منح سمة دخول لسفرة واحدة او متعددة السفرات تخول حاملها دخول اراضي جمهورية العراق خلال (٣) ثلاثة اشهر من تاريخ اصدارها ولعدة سفرات قابلة للتمديد عملا بمبدأ المعاملة بالمثل و تصدر على وفق تعليمات يصدرها الوزير و كما يلي :

أ. سمة دخول متعددة السفرات لمدة (٣) ثلاثة اشهر

ب. سمة دخول متعددة السفرات لمدة (٦) ستة اشهر

ج. سمة دخول متعددة السفرات لمدة (١) سنة واحدة.

٢-الإقامة

إن المقصود الرئيس في الغالب من الدخول هو الإقامة وتكون مثبتة بسمة الدخول وهي التي تضفي على الإقامة الصفة الشرعية وتميز بين الأجنبي المتوطن بشكل مشروع والأجنبي المتوطن بشكل غير مشروع، والإقامة قرينة على التوطن بحسب مفهوم قانون الإقامة في العراق وفي الوقت الحاضر تتشدد الدول بإجراءات الإقامة وهو على نوعين إقامة مؤقتة وإقامة دائمية. وقد نظمها المشرع في المادة (٩) من قانون الاقامة النافذ

وسبق ان استثنى المشرع العراقي في قانون الإقامة سابقا المواطن العربي والمواطن المغترب واللاجئين من الحصول على إذن بالإقامة وفي الوقت الحاضر الزمهم بالحصول على إذن بالإقامة.

٣-الخروج

مهما بلغت مدة إقامة الأجنبي فان لم يكتسب جنسية دولة الإقامة فهو سيسير حتما إلى مصير معلوم الا وهو الخروج وهو يحصل أما طوعا أو جبرا ويصطلح على الخروج جبرا بالأبعاد حيث يسري بحق الأجنبي الذي دخل العراق بصورة مشروعة وفقد شرط من شروط سمة الدخول الواردة في المادة (٣) السالفة الذكر ويتميز الأبعاد عن الاخراج لان الأخير يسري بحق من دخل العراق بصورة غير مشروعة كما يصطلح على الأبعاد بالطرد والإبعاد يقتصر على الأجانب ولا يسري على الوطنيين .وقد عرفت المادة (٢) من قانون الاقامة النافذ الاخراج بانه اعادة الاجنبي الذي دخل اراضي جمهورية العراق بصورة غير مشروعة الى خارج العراق بقرار من السلطة المختصة .كما عرفت نفس المادة الابعاد بانه طلب السلطة المختصة في الدولة من اجنبي مقيم في جمهورية العراق بصورة مشروعة الخروج منها .

المحاضرة الرابعة عشر

حقوق الأجنبي والتزاماته

الاصل ان يتفوق الوطني على الأجنبي في الحقوق والالتزامات، ولكن مقابل ذلك تتحقق المساواة بينهما في حقوق والتزامات من طبيعة معينة، ويمكن ان يتفوق الأجنبي على الوطني في حقوق والتزامات من طبيعة أخرى وفي كل الاحوال هناك حد ادنى من الحقوق للأجنبي يقتضي ان يتمتع بها كما ان عليه التزامات تتناسب معها، وعلية ستتمحور محاضرتنا في محورين وهي: حقوق الاجنبي محور والتزامات الاجنبي محور ثان .

اولا:- حقوق الأجنبي

يتطلب الاحاطة بهذا الموضوع بيان الحقوق التي يستأثر بها الوطنيين بشكل مطلق والحقوق التي يستأثر بها بشكل نسبي والحقوق التي يتساوى فيها الوطني والأجنبي، وفي ضوء ذلك لنا ان نتسأل هل بالإمكان تفوق الأجنبي على الوطني في الحقوق؟ وما هو مقدار هذه الحقوق؟ وبذلك سنتناول الموضوع من خلال اربع فقرات وهي :

أولاً: تمييز الوطني عن الأجنبي

إن الحقوق التي يتميز فيها الوطني هي الحقوق العامة، فهذه الحقوق تكون محجوزة للوطنيين، ومن الحقوق العامة حق تولي الوظائف والمناصب العليا في الدولة وحق الترشيح والانتخاب والانتفاع ببعض المرافق كمرفق التعليم حيث يعد التعليم الابتدائي مجاني والزامي بحسب قانون التعليم الالزامي رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٦ والمعدل بقانون رقم ١١٦ سنة ١٩٨٧[٣١] وبالمقابل جعل دستور العراق لعام ٢٠٠٥ التعليم مجاني في جميع المراحل فنصت المادة (٢/٣٤) على ((التعليم المجاني حق لجميع العراقيين في مختلف المراحل)).

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

١- شرط المعاملة بالمثل.

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

٣- عدم وجود مانع أداري أو عسكري في التملك.

٤- أن لا يكون قرب الحدود بما لا يقل عن ٣٠ كيلو متر.

٥- أن لا يكون ارض زراعية أو أميرية.

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

ومثلما أبيح للشخص الطبيعي التملك العقاري أبيح للشخص المعنوي هذا الحق ومنها الشركات ولكن بشروط حددتها المادة (١٥٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١[٣٢] كما اتاحت المادة (١٥٢) من نفس القانون للدول الأجنبية وممثلها بالتملك العقاري وهي:

١- أن تكون الشركة مصادق على تسجيلها في العراق.

٢- أن يسمح لها نظامها الداخلي (عقد التأسيس) بالتملك العقاري.

٣- أن يوافق وزير الداخلية على تسجيل تملك العقار.

٤- أن يكون العقار داخل حدود المدن والقصبات

وقد استمر جواز التملك العقاري للأجانب حتى عام ١٩٩٤ حيث صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٤ وبموجبه أوقف العمل بجميع القوانين والقرارات التي تبيح التملك العقاري لغير العراقيين[٣٣].

واستمر الوضع هكذا حتى بعد صدور دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ حيث نظمت المادة (١/٣/٢٣) إحكام التملك العقاري حيث نصت على (للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول ألا ما استثني بقانون) وهذا النص يعني ان التملك العقاري من قبل الأجانب يقتضي ان ينظم بقانون ولم يصدر لحد ألان مثل هكذا قانون إلاّ أن قانون الاستثمار لعام ٢٠٠٦ في المادة (١٠) أباح للمستثمر الأجنبي الاحتفاظ بالأرض وقد تم تعديل النص باتجاه جواز السماح له بالتملك[٣٤].

ثانياً: المساواة بين الوطني والأجنبي

وتتضمن جميع الحقوق التي تفرضها المساواة في الصفة الإنسانية ومنها الحق في الحياة والحرية والكرامة والزواج والعقيدة والرأي والأمن الشخصي ومواجهة الإخطار ودفع الأضرار فهذه

---

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

[٣٣]- منشور في الوقائع العراقية العدد ٣٥٠١ في ١٩٩٤/١٤/٣

[٣٤]- بموجب قانون التعديل رقم ٢ لسنة ٢٠١٠ منشور في الوقائع العراقية العدد ٤١٤٣ في ٢٠١٠/٤/٨

الحقوق والالتزامات تتفوق فيها الصفة الإنسانية على الخصوصيات الوطنية والقومية فلا يراعى فيها جنسية الشخص إنما صفته الإنسانية وأكد على ذلك قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام ١٩٨٥ السالف الذكر، وان تلك الحقوق هو ما يصطلح عليها بالحد الادنى، وهذا يعني ان الوطني والأجنبي أمام تلك الحقوق سواء

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

ثالثاً: تفوق الأجنبي على الوطني

ذهب اتجاه إلى القول بان الأصل هو إمكانية مساواة الأجنبي مع الوطني في بعض الحقوق مع إمكانية تفوقه في البعض الاخر وذلك في حالتين.

الحالة الأولى: إذا وجد الأجنبي في دولة لا تراعي احترام الحد الادنى من الحقوق بالنسبة لوطنييها فهنا عليها ان تراعي ذلك الحد بالنسبة للأجانب وهو ما يفضي إلى تفوقه لاحترام الحد الأدنى لحقوقه رغم عدم مراعاتها للوطني. ومن المعروف ان الحد الادنى يمثل اقل ما يمكن منحه للإنسان من حقوق ومنها حقه في الحياة والحرية والامن الشخصي وحقه في تكوين الاسرة وحرية المعتقد والرأي وقد اكد عليها الاعلان العالمي للحقوق الانسان وكافة المواثيق الدولية ذات الصلة باحترام حقوق الانسان

الحالة الثانية: إذا كانت الدولة في حاجة للتنمية الاقتصادية واجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية فتلجا للاستثمار كمنفذ لتغذية اقتصادها الوطني وتطويره فتمنح المستثمرين الأجانب امتيازات وحقوق يتفوقون فيها على الوطنيين لغرض جذبهم للاستثمار داخل حدودها الإقليمية وقد ذهبت اغلب تشريعات الاستثمار في هذا الاتجاه ونذكر منها على سبيل المثال قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ١ لسنة ١٩٩٧[٣٥] كما ذهب المشرع العراقي في قانون الاستثمار الجديد في المادة (١٠) والمادة (٢٧) إلى توفير وضع أفضل للمستثمر الأجنبي

[٣٥] – للمزيد انظر د. سامي عبد الباقي ابو صالح – الاطار القانوني للاستثمارات الأجنبية في مصر – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٣ ص٣٠

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

١- حقوق يستأثر بها الوطني بشكل مطلق، وهي الحقوق السياسية كحق الانتخاب والترشيح وممارسة هذه الحقوق من خلال تولي المناصب العليا في الدولة.

٢- حقوق يستأثر بها الوطني بشكل نسبي، وهي الحقوق المقررة اصلا للوطني وبإمكان الأجنبي ممارستها ولكن استثناءً، ومنها حق التملك العقاري، والتوظف في دوائر الدولة لضرورة، كما لو كان الأجنبي يتمتع بخبرات علميا تفتقر لها الدولة وكانت الدولة بحاجة إلى التنمية وتطوير بنيتها التحتية.

٣- حقوق يتساوى فيها الوطني والأجنبي، وهي تمثل الحد الادنى من حقوق الانسان، على التفصيل الذي اوردناه في الصفحات المتقدمة.

٤- حقوق يتفوق فيها الأجنبي على الوطني، وهي محدودة جدا وتكون الدولة أمام هذا التعامل مع الأجنبي عندما تكون بحاجة لتنمية اقتصادها الوطني عن طريق توفير امتيازات للأجانب للاستثمار على أراضيها برؤوس أموال أجنبية لما لأخير من دور مؤثر في هذا المجال.

ثانياً:- التزامات الأجنبي

يقتضي ان تتناسب تكاليف الاجنبي مع حقوقه ، لذا فهي اقل من تلك المقررة للوطني ومن بين التكاليف المقررة على الوطني دون الاجنبي هي الخدمة العسكرية الالزامية، فهي تكليف يقتصر على الوطنيين دون الأجانب وقد اعتمد المشرع العراقي هذا المبدأ قبل عام ٢٠٠٣ حيث كان يفرض الخدمة الالزامية على كل عراقي اتم التاسعة عشرة من العمر وفق لقانون الخدمة العسكرية رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٩ .

مقابل ذلك يقع على عاتق الأجنبي تكليف مالي وعنده يستوي الوطني والاجنبي يتمثل بدفع الضرائب والرسوم ، لان العبرة فيه وجود نشاط تجاري او مالي ينجم عنه دخل او منفعة او الحصول على خدمة على اراضي الدولة فيفرض هذا التكليف بغض النظر عن جنسية المستفيد،

وهو تكليف تواجه به اغلب الدول الوطنيين والأجانب، وقد نظم المشرع العراقي احكام ضريبة الدخل في قانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٥٩[٣٦] وضريبة العقار وضريبة التركات.

ويمكن ان يتمتع الأجنبي بإعفاء من بعض الضرائب أو كلها إذا وجد نص في قانون خاص أو اتفاقية يقضي بذلك، وقد اعفى المشرع العراقي المستثمر الأجنبي من دفع الضرائب والرسوم لمدة عشر سنوات تبدا من تاريخ النشاط الاستثماري[٣٧].

كما يمكن ان يواجه الأجنبي تكليف آخر يتمثل بنزع ملكية امواله العقارية من قبل الدولة لأغراض المنفعة العامة لقاء تعويض عادل[٣٨] عن طريق نظام الاستملاك، وقد نظم المشرع العراقي احكام الاستملاك في قانون رقم ٥٤ لسنة ١٩٧٠ المعدل بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ والذي تم تعديله لاحقا بقانون ٢٠ لسنة ١٩٩٤ وأخيراً بقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨ وقد أكدت جميع هذه القوانين على مبدا ان يكون الاستملاك لأغراض المنفعة العامة ولقاء تعويض عادل، كما أكد دستور العراق لعام ٢٠٠٥ هذه الاحكام من خلال المادة (٢/٢٣) التي نصت على (لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون)، كما يمكن ان يواجه الأجنبي بتكليف آخر الا وهو الاستيلاء أي أن تستولي الدولة على عقار عائد لأجنبي لدرء خطر معين كما لو سكن الجيش في دار أجنبي لمساعدة المنكوبين من جراء فيضان او زلزال، وهذا التكليف يحقق التضامن الاجتماعي بين جميع المقيمين على اراضي الدولة من وطنيين وأجانب.

---

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

[٣٧] – المادة (١/١٥) من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل

[٣٨] – هناك بعض السوابق القضائية والاتفاقيات الدولية تقر مبدا التعويض مقابل نزع الملكية لأغراض المنفعة العامة ويدخل التأميم ضمن هذا المفهوم للمزيد انظر د. هشام علي صادق – الحماية الدولية للمال الأجنبي دار الفكر الجامعي – الازرايطة – الاسكندرية – ٢٠٠٢ – ص٦٠

ووفقاً لما تقدم ان اغلب التكاليف يتساوى امامها الوطني والأجنبي باستثناء الخدمة العسكرية الالزامية حيث تقتصر على الوطنيين فقط.

في نهاية المحاضرة يمكن ان نخلص الى ما يلي :

١- لا يمكن ان يستوى المركز القانوني للأجنبي وللوطني .
٢- تحسين وضع الاجنبي داخل حدود الدولة ينعكس على وطنييها في الخارج .
٣- الدول التي تحرص على حماية واحترام حقوق الانسان هي التي يلقى مواطنيها معالمة كريمة في العالم .

القانون الدولي الخاص

الفصل الثاني

التنازع الدولي للقوانين

المحاضرة الأولى

التعريف بتنازع القوانين

تنازع القوانين يعني تزاحم واختلاف قانون دولتين او اكثر بمناسبة علاقة قانونية تنتمي بعنصر او اكثر من عناصرها بهذه الدول وعلى نحو ينتهي التنازع الى اما ان يتوزع الاختصاص التشريعي بين القوانين المتنازعة او ينحصر بأحدها بحسب طبيعة العلاقة المثار بشأنها التنازع .

مقومات تنازع القوانين

تظهر مسألة تنازع القوانين بتوفر بعض المقومات بعضها يتعلق بالعلاقة القانونية موضوع التنازع والاخرى تتعلق بالقوانين المتنازعة وهي :

اولاً- الصفة الاجنبية للعلاقة القانونية : ان اتصال العلاقة القانونية بقانون دولتين او اكثر هي التي تحرك مسألة التنازع ، حيث ان أي علاقة قانونية تتكون من ثلاثة عناصر هي :

١- عنصر الأشخاص وهم اطراف العلاقة ، واطراف العلاقة تتغير صفتهم بحسب طبيعة العلاقة ، ففي عقد البيع اطراف العلاقة البائع والمشتري ، وفي الدين الدائن والمدين ، وفي الميراث الوارث والموروث ، وفي النزاع المدعي والمدعى عليه ، وهكذا .

٢- عنصر الموضوع وهو محل العلاقة ، ويختلف أيضاً بحسب طبيعة العلاقة ، فيكون المبيع في عقد البيع ، والتركة في الميراث والمأجور في عقد الإيجار والزوجة في عقد الزواج ...وهكذا.

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

فإذا اتصلت العلاقة القانونية بجميع عناصرها بدولة واحدة فأنها تكون علاقة وطنية ومن ثم تخضع لحكم القانون الوطني ، اما اذا اتصلت العلاقة بقانون دولتين او اكثر عن طريق عناصرها فسيتنازع تلك العلاقة اكثر من قانون دولة وبذلك نكون امام مسألة يتنازعها اكثر من قانون وهذا هو موضوع التنازع ، فيكفي ان تتصف العلاقة بالصفة الاجنبية من خلال اتصال عنصر واحد من عناصرها او اكثر ، كما لو باع عراقي الى فرنسي عقار كائن في العراق وابرم العقد بالعراق فهنا نكون امام علاقة تتصف بالصفة الاجنبية والصفة الاجنبية دخلت لتلك العلاقة من خلال عنصر الاشخاص والمتمثل بجنسية المشتري الفرنسية دون عنصر الموضوع والسبب ، كما يمكن ان تتخلل الصفة الاجنبية للعلاقة بجميع عناصرها كما لو تزوج مصري من فرنسية في المانيا واثير بشأن تلك العلاقة طلاق امام قاضي عراقي ، فهنا دخلت الصفة الاجنبية للعلاقة وفقاً للقانون العراقي من جميع عناصرها ، وهما اطراف العلاقة (الزوج والزوجة) حيث ان كلاهما اجنبي ، وعنصر الموضوع الصفة الاجنبية للزوجة الفرنسية (محل العلاقة) بالنسبة للقانون العراقي ، وعنصر السبب وهو ابرام العقد في دولة اجنبية وهي المانيا ، وبذلك توصف تلك العلاقات سواء دخل العنصر الاجنبي بعنصر واحد او اكثر بانها علاقات ذات صفة اجنبية.

ثانياً– الصفة الخاصة للعلاقة القانونية : لا تكفي الصفة الدولية للعلاقة لتحريك مسألة التنازع بل لا بد ان تتصف العلاقة بالصفة الخاصة ؛ أي ان تكون متعلقة بالقانون الخاص لا القانون العام والمتمثلة بالعلاقات ذات الصلة بالقانون المدني او القانون التجاري او قانون الاحوال الشخصية ، وهذا يعني ان تنازع القوانين يحصل في القوانين الخاصة ولا يحصل في القوانين العامة ، لأن القوانين الخاصة وضعت لحماية المصالح الخاصة بالأفراد ، اما القوانين العامة تهدف الى حماية سيادة الدولة والحقوق المتعلقة بها وبالتالي لا يسمح ان تزاحمها قوانين أجنبية.

ثالثاً– مرونة المشرع الوطني ازاء القانون الاجنبي : ان التنازع بين القوانين يفترض كحد ادنى وجود قانونين صادرين عن دولتين مستقلتين كل منهما عن الآخر ، ويمكن ان يكون القانونين اجنبيين او احدهما اجنبي والاخر وطني ، كأن يتنازع قانون اجنبي مع القانون العراقي وعلى المشرع الوطني ان يبدي مرونة وذلك بالسماح للقاضي بتطبيق قوانين اجنبية ، وهذا السماح يظهر من خلال قيام المشرع الوطني في كل دولة بسن قواعد اسناد (قواعد تنازع القوانين) فهذه القواعد تحمل معنى الاجازة او السماح التشريعي للقاضي الوطني بتطبيق القانون الاجنبي ، وان السماح من قبل المشرع للقاضي بتطبيق القانون الاجنبي يعني ذلك عدم التلازم بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي .

رابعاً– اختلاف القوانين في المسائل الثانوية : ان سبب ظهور مسألة التنازع بين القوانين هو ناتج عن الاختلاف بين الدول في سن القواعد القانونية فكل دولة تستقل في وضع القوانين التي تناسبها ، وهذا يقودنا الى ان غياب الاختلاف بين القوانين للدول يؤدي الى غياب مسألة التنازع بينها ، ويقتضي ان يكون الاختلاف بين القوانين في المسائل الثانوية كسن البلوغ وشروط الزواج الموضوعية والشكلية واسباب الطلاق وشروط الميراث والوصية ويجب ان لا يبلغ هذا الاختلاف الى حد المسائل الجوهرية كالتعامل في تركة انسان على قيد الحياة او المطالبة بالدين المتحصل من لعب القمار او زواج كتابي من مسلمة فهذه المسائل جوهرية لا يمكن ان يحدث نزاع بشأنها ، بل يحدث تنافر بينها ، ويحصل التنافر عندما يتقاطع القانون الواجب التطبيق في الحكم مع قانون قاضي النزاع حيث ينفر قانون قاضي النزاع القانون الواجب التطبيق عبر آلية يصطلح عليها بالنظام العام ، والخلاصة ان الاختلاف في المسائل الثانوية هو اختلاف في القوانين المفسرة او المكملة للإرادة فهي التي تحرك التنازع ، بينما الاختلاف في المسائل الجوهرية يعني

اختلاف في مسائل متعلقة بالقواعد القانونية الآمرة وهي لا تقبل التنازع بل يطبقها القاضي تطبيقا فورياً وتسمى بالقواعد ذات التطبيق الضروري وهي قواعد موضوعية تضع حلول مباشرة للنزاع .

خامساً- الصفة الدولية للتنازع : التنازع بين القوانين يكون بين قوانين دول مستقلة بعضها عن البعض الآخر ؛ أي ان يمثل كل قانون سيادة تشريعية للدولة ، وهذا يعني ان تكون القوانين المتنازعة صادرة بين دول تتمتع كل منها بالشخصية الدولية وفق قواعد القانون الدولي العام ، وبذلك يخرج من مفهوم التنازع بين قوانين دويلات تابعة لدولة واحدة تتعدد فيها القوانين تعدداً إقليمياً مثل امريكا او تعدد شخصي مثل مصر ولبنان فهذا التنازع يأخذ وصف التنازع الداخلي ، ولما كان التنازع بين القوانين هو تنازع بين قوانين دول فهل يجب ان تكون الدولة معترف بها حتى يقبل تنازع قانونها ، ذهب الفقه بذلك الى اتجاهين ، الاول يذهب الى ان التنازع بين القوانين يجب ان يكون تنازع بين قوانين دول معترف بها ؛ أي لكي يطبق القاضي القانون الاجنبي يجب ان تكون دولته تعترف بالدولة التي سيطبق قانونها ، اما التجاه الثاني وهو الاتجاه الراجح يذهب الى ان عدم الاعتراف بالدولة لا يمنع من تطبيق قانونها من قبل قاض النزاع لأن حل تنازع القوانين يستهدف تنظيم تطبيق قانون الدول الاطراف في النزاع لا تنظيم العلاقة بين الدول ، فالاعتراف اجراء سياسي لا تأثير له في مجال تنازع القوانين ، كما انه يحقق الحماية للحقوق المكتسبة للأفراد وبعكس ذلك يعني ضياع تلك الحقوق .

المحاضرة الثانية

قواعد حل تنازع القوانين

ان اتصاف العلاقة بالصفة الدولية لاتصال عناصرها بأكثر من قانون يفضي الى تداخل اختصاص كل منها في حكمها مما يطرح ذلك التنازع ،ومن ثم ضرورة البحث عن وسيلة او طريقة لحل التنازع ، وصولا الى تناسق تطبيق تلك القوانين ، وعلى نحو عادل ،وتوجد وسيلتين لحل التنازع ومن ثم تحقيق التناسق في تطبيق القوانين، وهما القواعد الموضوعية وقواعد تنازع القوانين(قواعد الاسناد)،مما يقتضي بحث كل منهما من خلال مبحثين كالاتي.

المبحث الأول

القواعد الموضوعية

وهذه القواعد تقضي بالحل المباشر و الفوري للتنازع لذا يصطلح عليها بقواعد التطبيق الفوري و المباشر وتتمثل هذه القواعد في الغالب بقواعد الامن المدني و البوليس، كما يصطلح عليها بقواعد القانون الدولي الخاص المادي، وقد كان اول من ابتكر هذه القواعد الفقيه فرانكسكاكيس، وتمتاز بانها قواعد حل مباشر للنزاع ومفردة الجانب أي انها تقرر اختصاص قانون دولة ما بصورة مباشرة، وتجد مصدرها في الاتفاقيات الدولية كالقواعد المتعلقة بالنقل الجوي و البحري و تلك المتعلقة بالأوراق التجارية ومنها الشيكات ،ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية وارشو لعام ١٩٣٠ ولعام ١٩٣١، كما يمكن ان يكون مصدر هذه القواعد احكام القضاء الوطني، كموقف القضاء الفرنسي من جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الدولية حيث تقر هذه القاعدة بصفة شرط التحكيم في مثل هذه العقود، وكذلك شرط الدفع بسعر الذهب اذا ورد في عقد دولي وبطلانه اذا ورد في عقد داخلي.

المبحث الثاني

قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد)

ان قواعد الاسناد اصطلاح فقهي، والاسم العلمي لها على مستوى التشريع قواعد القانون الدولي الخاص ،حيث اعتمد المشرع العراقي هذا الاصطلاح في المادة (١/٣١) من القانون المدني التي نصت على (اذا تقرر ان قانون اجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منها القواعد الموضوعية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص) كما ذهبت الى نفس المعنى باقي التشريعات العربية كما يصطلح عليها بعض الفقهاء بقواعد تنازع القوانين.

وتعرف هذه القواعد بانها تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني في كل دولة مهمتها او وظيفتها اسناد علاقة قانونية ذات عنصر اجنبي لأكثر القوانين ملائمة لها ،وتنتهي مهمتها بالإسناد لتبدا مهمة القانون المسند له الاختصاص، لذا تسمى بقواعد الاسناد بالنظر لمهمتا الاسنادية ، كما تسمى بقواعد تنازع القوانين لأنها تفض التنازع، وقد استعمل الاصطلاح الاخير

من قبل اتفاقية واشطن لعام ١٩٦٥ لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدولة ورعايا دولة اخرى في المادة (٤٢) منها.

وشبه الفقيه الفرنسي ارمنجون مهمة او وظيفة قواعد الاسناد بمكاتب الاستعلامات في محطات القطار مهمتها توجيه المسافر لرصيف القطار.

المطلب الثاني

عناصر تنازع القوانين (قواعد الإسناد)

تتكون قاعدة الاسناد من ثلاثة عناصر هي فكرة الاسناد وضابط الاسناد و القانون المسند اليه. ففكرة الاسناد هي العلاقة او المسائلة موضوع التنازع ويكشف عن طبيعتها من خلال آلية التكييف فالأخير يصنف العلاقات على شكل افكار مسندة تتمثل بالأهلية و الزواج و الطلاق و النفقة و الميراث و الوصية و التصرفات المالية المتعلقة بعقار ام منقول بالعقد و الحيازة او أي سبب لكسب الحق فيها وكذلك التصرفات العقدية وغير العقدية، و ضابط الاسناد فهو الوسيلة التي تصل فكرة الاسناد بالقانون المسند اليه وهذا الضابط يستمد وجوده وطبيعته من مركز ثقل العلاقة ولما كانت العلاقة تتكون من ثلاثة عناصر وهي الاشخاص و الموضوع و السبب فاذا كان مركزها العنصر الاول فان الضابط ستكون طبيعته شخصية أي تستمد من الشخص ويظهر الضابط بمظهر الجنسية او الموطن حسب الدولة فتحسب العلاقة من مسائل الاحوال الشخصية كالزواج والاهلية اما اذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثاني من العلاقة فستكون من مسائل الاحوال العينية و الضابط سيكون اقليمي أي يستمد من الاقليم طبيعته ويتمثل بموقع المال اما اذا كان مركز ثقل العلاقة العنصر الثالث فستكون العلاقة على احد الاوصاف ، الثلاثة وهي اما ان تكون ١- علاقة عقدية ٢- علاقة غير عقدية ٣- علاقة يغلب عليها الطابع الشكلي ، فان كانت من الوصف الاول فالضابط سيستمد طبيعته من العقد حيث ان العقد مبني على تلاقي ارادة طرفين فان الضابط يكون ارادي (ضابط الارادة) اما اذا كانت من الوصف الثاني فالضابط يأخذ طبيعته من المكان الذي تركزت فيه العلاقة كالفعل النافع و الضار فيكون الضابط محل حدوث الفعل اما اذا كانت على الوضع الثالث فيستمد الضابط وجوده من مكان نشوء التصرف المرتبط بالشكل وهنا يتمثل في الغالب بمحل نشوء التصرف.

وبناء على ذلك تكون المسائل التي يحصل في نطاقها التنازع على خمسة فئات هي :

١- مسائل الاحوال الشخصية

٢- مسائل الاحوال العينية.

٣- مسائل العقود

٤- مسائل الغير عقدية

٥- مسائل الشكل.

اما القانون المسند له الاختصاص ، وهو العنصر الثالث من عناصر تكوين قاعدة الاسناد ،هو القانون الواجب التطبيق في العلاقة و الذي يعبر عن حاصل جمع فكرة الاسناد مع ضابط الاسناد ويأخذ القانون طبيعته من الضابط فان كان الضابط مستمد وجوده من اطراف العلاقة فالضابط شخصي ويأخذ القانون تطبيق الوصف فيكون شخصي كما هو الحال بالنسبة لفكرة الاسناد الخاصة بالأهلية يكون فيها الضابط شخصي وهو ضابط الجنسية على مستوى الدول و العراق فيكون القانون شخصي قانون الجنسية وهكذا بالنسبة للضابط الاقليمي المتعلق بالتصرف بعقار وهو موقع العقار حيث يكون القانون المسند اليه قانون اقليمي وهو قانون موقع المال اما بالنسبة للضابط المستمد من العقود وهو ضابط الارادة فيكون القانون فيه قانون الارادة وهكذا بالنسبة للتصرف غير العقدي وكذلك المتعلق بالشكل.

ويمكن ان نسوق بعض الامثلة على العناصر اعلاه كالاتي

فكرة الاسناد	ضابط الاسناد	القانون المسند اليه
الاهلية	الجنسية	القانون الشخصي

	الموطن	(قانون الجنسية)
الطلاق	جنسية او موطن الزوج	القانون الشخصي قانون الجنسية او الموطن
التصرف بمال	موقع المال	قانون اقليمي (قانون موقع المال)
الفعل الضار	محل حدوث الفعل	قانون اقليمي
العقود	الارادة	قانون الارادة

وبذلك تكون وبحسب التقسيم المتقدم القوانين شخصية وتحكم جميع مسائل الاحوال الشخصية، واقليمية وتحكم جميع المسائل العينية وقوانين تقف بين القوانين اعلاه ويمثلها قانون الارادة.

المطلب الثالث

خصائص قواعد تنازع القوانين (قواعد الإسناد)

بعد التعرف على التطور التاريخي لهذه القواعد ثم العناصر التي تتشكل منها واخيرا عمل القواعد فنستنتج ان تلك القواعد فضلا عن اتصافها بالخصائص العامة للقواعد القانونية لها خصائص ذاتية وهي .

١- انها قواعد حل غير مباشرة بمعنى انها لا تحل التنازع انما وظيفتها تنحصر بإسناد العلاقة ذات البعد الدولي لقانون دولة ما دون ان تطبق على النزاع فهي تقوم بنقل النزاع المتعلقة بالعلاقة لحساب قانون ما ،وتنتهي مهمتها لتبدا مهمة القانون الاخير (حكم العلاقة) وحسب النزاع لذا اصطلح عليها بقواعد الاسناد، لهذا السبب يوصفها البعض بانها قواعد صماء لاتقدم حل للنزاع بشكل مباشر ، وهي بذلك تتميز عن القواعد الموضوعية بوصف الاخيرة قواعد حل مباشر .

٢- انها قواعد مزدوجة الجانب على راي الغالبية فهي يمكن ان تعطي الاختصاص في الحكم والحسم للقانون الوطني وممكن ان يكون ذلك لحساب قانون اجنبي فهي قواعد لا تقرر ابتداء لم يكون الاختصاص ولا يعرف القانون المختص بموجبها الا بعد التكييف بحسب طبيعة العلاقة مثال ذلك اهلية الشخص تحكم بقانون جنسية الاخير فيكون القانون عراقي اذا كان الشخص عراقي ويكون قانون اجنبي اذا كان الشخص اجنبي وبذلك تتميز عن القواعد الموضوعية بوصفها مفردة الجانب وتوصف قواعد الاسناد من هذه الناحية بانها قواعد محايدة أي لا تنحاز ابدا لقانون معين .

٤- انها قواعد وطنية المصدر أي يستأثر المشرع الوطني في كل دولة بوضعها وتراعى فيها الخصوصيات الوطنية في كل دولة مع مراعاة القواعد و المعايير الدولية وبذلك تختلف عن القواعد الموضوعية حيث ان الاخيرة ممكن ان تكون ذات مصدر وطني(التشريع) او دولي (معاهدات او قرارات القضاء الدولي).

المبحث الثالث

تطبيق قواعد تنازع القوانين(قواعد الاسناد)

بعد ان تبين ان قواعد حل التنازع يمكن ان تأخذ وصف القواعد الموضوعية ذات الحلول المباشرة ، ويمكن ان تأخذ وصف قواعد الاسناد ذات الحلول غير المباشرة فلا توجد ثمة صعوبات تعترض تطبيق القواعد من النوع الاول الا ان هناك جملة صعوبات تعترض تطبيق القواعد من النوع الثاني، لذا سنركز في دراستنا على تطبيق قواعد الاسناد من حيث اساس التطبيق و الاشكاليات التي تعترض ذلك التطبيق واخيرا نطاق التطبيق وذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو الاتي :

المطلب الأول

أساس تطبيق القواعد

يظهر التطور التاريخي لقواعد الاسناد ان الفكرة السائدة قديما عن اساس تطبيق هذه القواعد هو المجاملة الدولية التي قالت بها المدرسة الهولندية الا ان التطور في هذا المجال افرز فكرة اخرى مفادها ان تطبيق هذه القواعد يقوم على اساس ملزم يجد ابعاده في القانون الداخلي و القانون الدولي وهذا يعني ان القاضي الوطني عندما يطبق قواعد الاسناد ومن ثم القانون الذي تشير اليه يكون مدفوع بدوافع موضوعية لا شخصية يقررها المشرع كما افرز التطور فكرة اخرى تبين. اساس هذه القواعد وتتمثل بالعدالة و الملائمة أي ان القاضي يطبق قواعد الاسناد بهدف تطبيق اكثر القوانين ملائمة وعدالة للعلاقة ونعتقد ان قواعد الاسناد تبدا بأساس ملزم يتمثل بوضعها من قبل المشرع الوطني في كل دولة يراعى في وضعها مبدا العدالة و الملائمة عند تطبيقها فكل علاقة لها قانون يحكمها يكون هو الاكثر ملائمة وعدالة لها والقاضي ملزم بتطبيقها لأنها تمثل اوامر تشريعية يمكن وصفها بانها ترخيص تشريعي للقاضي في تطبيق قوانين اجنبية على اراضي وطنية.

المطلب الثاني

اشكاليات تطبيق القواعد

ان اسناد العلاقة ذات البعد الدولي لقانون دولة ما لا يتم بصورة مباشرة انما بعد اجراء عملية فنية اولية عليها يتوقف اختيار قاعدة اسناد دون غيرها يصطلح عليها بالتكييف او التصنيف ومن خلالها يتم تصنيف العلاقة ضمن احد الافكار المسندة تمهيدا لأسندها، ولا يعني الاسناد تطبيق القانون المسند اليه الاختصاص فالأسناد بمثابة عرض الاختصاص التشريعي لقانون ما وعلى الاخير ان يختار بين قبوله او رفضه لذلك الاختصاص فاذا قبل الاختصاص يطبق اما اذا لم يقبله يمكن ان تعترض القاضي اشكالية من طبيعة اخرى يصطلح عليها بالإحالة ،كما يمكن ان تواجه القاضي اشكالية تتعلق بتوزيع الاختصاص التشريعي بين عدة شرائع . وعليه سنعرض للموضوع من خلال ثلاثة فروع سنبين في الاول التكييف وفي الثاني الاحالة وفي الثالث التفويض .

الفرع الأول

التكييف

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

اولا :-معنى التكييف

للتكيف نوعان تكييف اولي وتكييف ثانوي.

الاول : يعني عملية فنية اولية سابقة على الاسناد وتفيد تحديد طبيعة العلاقة القانونية ذات العنصر الاجنبي لغرض اعطائها الوصف القانوني لاحد الافكار المسندة تمهيدا لإسنادها للقانون الواجب التطبيق، فهو يعني توصيف العلاقات القانونية للكشف عن طبيعتها ومن ثم اختيار قاعدة الاسناد الملائمة لها ، وبهذا المعنى يعد التكييف البداية لأعمال قواعد الاسناد فان تم التكييف بالشكل الصحيح فينسحب ذلك على الاسناد واي خطأ في التكييف ينصرف الى الاسناد وهذا يعني ان التوصيف الخاطئ للعلاقة يترتب عليه اختيار خاطئ للفكرة المسندة ومن ثم قاعدة الاسناد وبعده يصبح تطبيق القاعدة مشوب بخطأ يخضع لرقابة المحاكم العليا لان اعمال القواعد مسالة قانونية.

الثاني :اما التكييف الثانوي فهو عملية فنية لاحقه على عملية الاسناد يجريها قاضي النزاع بموجب القانون المختص بحكم النزاع الغرض منها البحث عن القواعد الموضوعية في القانون الذي سيحكم النزاع والملائمة للعلاقة مثال ذلك الطعن بأهلية فرنسي مقيم في العراق امام قاضي النزاع العراقي يقوم الاخير بتكييف الطعن بحسب القانون العراقي اما تحديد ما يعد من عوارض الاهلية كالعته والسفه تكون بموجب القانون الاخير أي ان القاضي العراقي سيضع الطعن في خانة قاعدة الاسناد الخاصة بالأهلية وبعدها يراجع القانون الفرنسي المشار اليه من قبل القاعدة لاختيار القاعدة الموضوعية المناسبة لتفاصيل الجزئية للطعن .

ثانيا: القانون الواجب التطبيق في التكييف

اذا كان التكييف الاولي عملية اولية سابقة على الاسناد فالسؤال ما هو النظام القانوني الواجب التطبيق في عملية التكييف بشكل مباشر وفي التكييف الثانوي بشكل غير مباشر ، هل يجد اساسه في القانون الذي سيحكم النزاع ام في قانون القاضي للإجابة عن ذلك نعرض للموضوع من خلال ثلاثة محاور وهي :

١ – خضوع التكييف للقانون المقارن

وبحسب هذا الاتجاه فان التكييف يخضع لقواعد القانون المقارن أي ان القاضي يقوم بتوصيف العلاقة في ضوء مفاهيم عالمية بمعزل عن المفاهيم الوطنية الواردة في قانونه فالقاضي سوف لا يتردد في تكييف أي علاقة وان لم يجد لها تنظيم في قانونه الداخلي طالما ان لها وجود بحسب المفاهيم العالمية الواردة في القانون المقارن مثال ذلك على القاضي الاوربي ان يكيف الزواج الثاني بوصفه نوع من انواع الزواج و المهر شرط من شروط الزواج بحسب هذا الاتجاه انه اراد توحيد اوصاف العلاقات القانونية في ظل اختلاف القوانين بين الدول الا ان سعيه كان يقوم على مثل عليا لا تجد لها حظ من التطبيق ذلك لان قواعد القانون المقارن لم تكتمل بعد فهي في مرحلة التطور والتكوين فكيف نعتمد في الحكم على قواعد لم تكتمل.

٢– خضوع التكييف للقانون الذي يحكم النزاع.

بحسب هذا الاتجاه فان القانون الذي تستند اليه الاختصاص قواعد اسناد قاضي النزاع هو المختص في حكم التكييف ويبرر اصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم بالقول ان اسناد العلاقة لقانون ما يقتضي ان يكون اسناد اجمالي للعلاقة فيحكمها القانون بشكل كامل من الناحية الفنية (التكييف) ومن الناحية الموضوعية حكم النزاع المتعلقة بالعلاقة وان تجزئة حكم العلاقة وتوزيعها بين قانون القاضي و القانون الذي يحكم النزاع يفضي الى تعدد اوصاف العلاقة القانونية بتعدد القوانين ومن ثم تعدد الحلول و بعدها تطبيق قانون غير مختص او تطبيق القانون المختص خارج النطاق الذي قرره مشرعه فهو تطبيق قانون رغم عن ارادة مشرعه وهذا سيفوت الغرض من قواعد الاسناد التي مهمتها ربط العلاقة بالقانون الذي يتلاءم معها ويحقق العدالة لأطرافها، ويؤخذ على هذا الاتجاه انه يجعل عملية الاسناد سابقة على التكييف في حين ان التكييف سابق على الاسناد حيث يعطي الاختصاص لقانون ما لحكم التكييف قبل ان يتقرر اختصاصه ذلك

لان اختصاصه يتوقف على التكييف ولا يمكن ان يطبق الا بعد اجراء عملية التكييف فإسناد عملية التكييف في الاهلية لقانون الجنسية فيه مصادرة على المطلوب ذلك لان معرفة قانون الجنسية يتوقف على تكييف المسالة بوصفها اهلية. واذا كان هذا القانون لا يصلح للتكييف الاولي فانه ممكن ان يصلح كما لاحظنا للتكييف الثانوي ولكن لا يعمل به الابعد اجراء التكييف الاولي ،مثال ذلك تكييف مسالة من المسائل المتعلقة بالأموال بوصفها من الاموال العينية يكون بحسب قانون قاضي النزاع الا ان تحديد طبيعة كون المال عقار ام منقول يكون بحسب قانون موقع المال بوصفه المختص بحكم النزاع فالأخير مختص بالتكييف الثانوي لتحديد كون المال عقار ام منقول وهو هنا تكييف لاحق على الاسناد السابق عليه واللاحق على التكييف الاولي.

٣- خضوع التكييف لقانون القاضي

بحسب هذا الاتجاه يكون تحديد طبيعة العلاقة بموجب قواعد قانون قاضي النزاع أي ان القاضي ينظر للعلاقة من خلال المفاهيم الوطنية الوارد في قانونه الداخلي فهو يطبق الافكار و المبادئ والقواعد في القانون الاخير عند عملية التكييف ويبرر اصحاب هذا الراي بالقول ان اسناد الاختصاص في علاقة ما من قبل قاضي النزاع بموجب قواعد اسناده هو تنازل عن حكم المسائل الموضوعية في العلاقة اما المسائل الفنية المتمثلة بالتكييف فتبقى محكومة بموجب قانون القاضي فتحديد المسالة على انها اهلية يكون بحسب الوصف الذي يحدده قانون القاضي.

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

اما الفقيه دارنجتريه فبرر فكرة قانون القاضي بالقول ميل القاضي الوطني لتطبيق قانونه كما ذهب الفقيه موري الى ان التكييف ما هو الا تفسير لقاعدة من قواعد الاسناد حيث ان هذه القواعد وطنية فيقتضي ان يكون التفسير بموجب قانون القاضي الوطني.

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

ورغم الحجج و المبررات التي تنطوي عليها هذه النظرية الا انها لم تسلم من النقد فقد قيل انهالا تفيد التيقن والتأكد من القانون الواجب التطبيق الا بعد اثارة النزاع امام القضاء وهذا يعني ان العلاقة اذا لم يثار بشأنها النزاع فلا تتم عملية التكييف ومن ثم لا يعرف قانونها. أي عدم اثارة النزاع معناها غياب التكييف ومن ثم معرفة القانون الحاكم لها واثارة النزاع تفضي للتكييف ثم معرفة القانون الواجب التطبيق وحيث ان العلاقات في كثير من الاحيان لا يثار بشأنها النزاع لذا ستكون مجهولة القانون طالما لم تجري عملية التكييف كما ان التكييف بموجب قاضي النزاع قد يفضي الى ان اسناد علاقة لقانون لم يقرر مشرعه ان يطبق على تلك العلاقة.

ورغم الانتقادات وغيرها الا ان هذا الاتجاه حاز على شيوع وذيوع عالمي وحظي بتطبيق على مستوى القضاء فقد اخذت بهذا الاتجاه اغلب التشريعات الاجنبية والعربية ومنها التشريع العراقي في المادة (١/١٧) التي نصت على (القانون العراقي هو المرجع لتكييف العلاقات القانونية عندما يتطلب منه تحديد نوع العلاقة التي تتنازع بشأنها القوانين لمعرفة القانون الواجب التطبيق من بينها.

الفرع الثاني

الإحـالــة

ظهرت فكرة الاحالة امام القضاء البريطاني الا انها تطورت واصبحت نظرية بمناسبة قضية فوركو التي عرضت امام القضاء الفرنسي والتي تتلخص وقائعها بان شخص يدعى فوركو كان قد ولد بصورة غير شرعية من اصل بافاري وتوطن في فرنسا وتكونت لديه ثروة منقولة فيها الا انه رغم طول اقامته لم يكتسب موطن قانوني فيها، وعند وفاته عن عمر ٦٣ عاما طالب اقاربه من الحواشي باستحقاقات ارثية في تركته امام القضاء الفرنسي، كما ادعت الحكومة الفرنسية باحقيتها في اموال التركة بوصفها وارثه من لا وارث له، وبحسب قواعد الاسناد الفرنسية يكون الاختصاص في حكم التركة لحساب القانون البافاري بوصفه قانون موطن المتوفي الاخير ،الا

ان قواعد اسناد القانون البافاري ترجع الاختصاص لحساب القانون الفرنسي بوصفه قانون موقع التركة وفي هذه المناسبة قبل القضاء الفرنسي برجوع الاختصاص اليه فطبق القانون الفرنسي و في ضوء ذلك قرر القضاء في عام ١٨٧٨. رد دعوى حواشي (فوركو) واقر بعائدية الاموال لحساب الحكومة الفرنسية وعلى اثر هذا القرار ظهرت وتبلورت فكرة الاحالة وبناء على ما تقدم و للإحاطة بالإحالة لابد من استعراض مفهومها ومن ثم التنظيم القانوني لها.

اولا- مفهوم الاحالة

يقتضي بيان مفهوم الاحالة تتبع التعريف بها ومن ثم نطاق عمل الاحالة واخيرا التنظيم القانوني لها :

١- تعريف الاحالة

بدءً ان الاحالة لا تظهر في ظل تشابه قواعد الاسناد بين الدول وهذا يعني اذا كانت قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع تقر نفس الحكم الذي تقرره قواعد اسناد القانون المسند له الاختصاص فستكون النتيجة هي تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص كما هو الحال في قواعد الاسناد العراقية وفي بقية التشريعات العربية أي ان الدول المتقاربة حضاريا تطرح قواعد اسناد متشابه ومن ثم لا تظهر فيها مسالة الاحالة وهذا يعني ان هناك شروط يستلزم تظهر توافرها لظهور الاحالة هي:

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

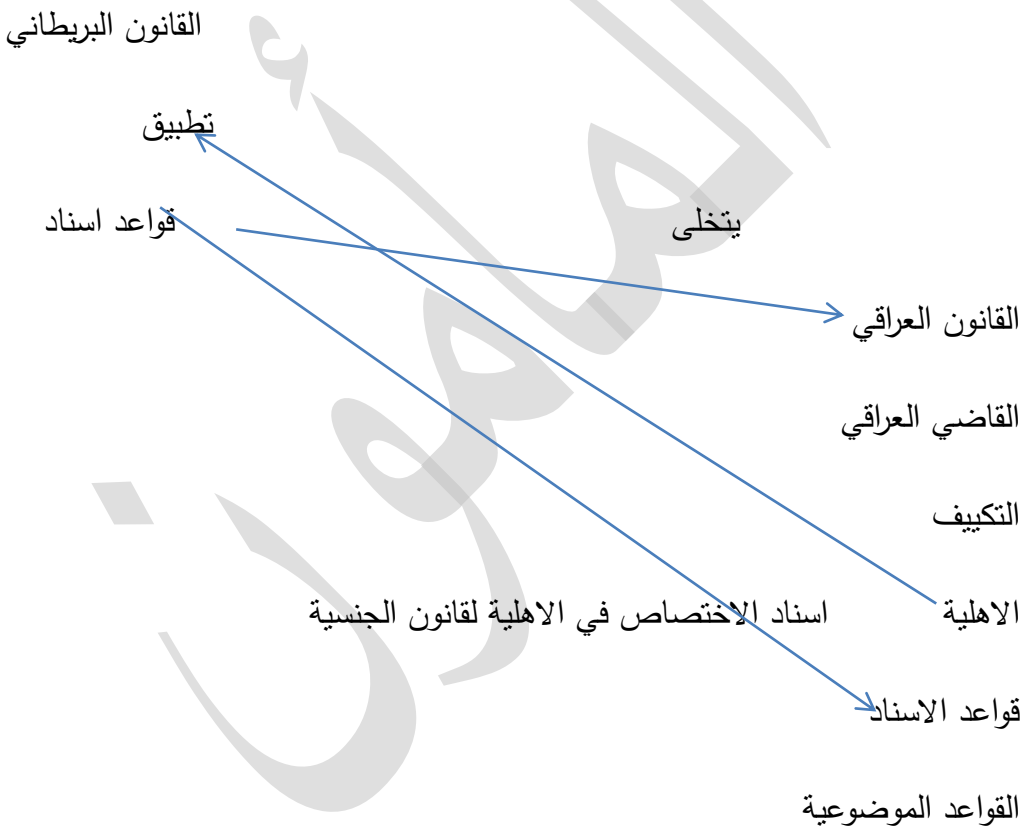
٢- اعتماد حكم قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص قبل تطبيق قواعده الموضوعية.

٣- تخلي قواعد اسناد القانون المسند اليه الاختصاص لحساب دولة قانون قاضي النزاع او لحساب قانون اخر.

٤- قبول قانون قاضي النزاع او القانون الاجنبي للاختصاص المتخلى عنه من قبل قواعد الاسناد في القانون المسند له الاختصاص.

ويمكن بيان الاحالة عبر مخطط في ضوء المثال ادناه.

تحديد اهلية مواطن بريطاني متوطن في العراق امام القضاء العراقي.



(قبول الاحالة تطبيق القواعد الموضوعية)

بحسب المخطط اعلاه نجد ان عملية الاحالة تبدا بتخلي القانون المسند اليه الاختصاص وهو القانون البريطاني عن الاختصاص لحساب قانون القاضي وهو هنا القانون العراقي مع قبول الاخير للاختصاص وتطبيق قواعده الموضوعية.

في ضوء ما تقدم علينا ان نعرف الاحالة بانها تخلي القانون المسند اليه بموجب قواعد اسناده عن الاختصاص المسند اليه من قواعد اسناد قانون القاضي لحساب القانون الاخير او لحساب قانون اجنبي اخر.

وبحسب قضية فوركو نجد انها استجمعت شروط الاحالة المتقدمة وهو اختلاف قواعد الاسناد في القانون الفرنسي عنها في القانون البافاري ورجوع الاختصاص لحساب القانون الفرنسي بحسب قواعد الاسناد البافاري وقبول القاضي الفرنسي هذا الرجوع وتطبيق قانونه.

ثانيا- نطاق عمل الاحالة

يمكن ان نحدد النطاق من ناحيتين الاولى بيان المسائل التي تظهر فيها الاحالة ومن ثم انواع الاحالة.

١- موضوع الاحالة

يمكن ان تظهر الاحالة في جميع مسائل تنازع القوانين الا انها في الغالب تعمل في مسائل الاحوال الشخصية لأسباب عدة منها ان باقي المسائل في الغالب تطرح قواعد اسناد متشابه بين الدول وهذا يعني غياب الشرط الاول من شروط عمل الاحالة حيث نجد مثلا مسائل الاموال تخضع في جميع الدول لقانون موقعها وكذلك مسائل الفعل الضار و النافع لدى اغلب الدول تخضع لقانون محل حدوث الفعل كما ان العقود تخضع لقانون الارادة في الغالب ولا تجد فكرة الاحالة في هذا المجالات اعلاه مبداً واسعا بينما نجد ان مسائل الاحوال الشخصية تمثل مجال خصب يزدهر فيه عمل الاحالة ذلك لان قواعد الاسناد تختلف بين الدول في تقرر القانون المختص فيها فنجد القانون العراقي تقرر قواعد اسناده في مسائل الاحوال الشخصية الاختصاص لقانون الجنسية بينما القانون البريطاني تقرر قواعد اسناده الاختصاص لقانون الموطن في اغلب مسائل الاحوال الشخصية .

٢-انواع الاحالة

من خلال ما تقدم يمكن ان تظهر الاحالة بنوعين الاول تكون فيه احالة بسيطة يصطلح عليها بالإحالة من الدرجة الاولى كما تسمى بالرجوع لان الاختصاص فيها يرجع من القانون المسند

اليه الى قانون القاضي الساند كما يصطلح عليها بالدائرية لان الاختصاص فيها دائر بين القانونين اعلاه وفيها يتخلى القانون المسند له الاختصاص عنه لحساب قانون قاضي النزاع مع قبول الاخير للاختصاص المتخلي عنه اما النوع الثاني فتكون فيه الاحالة مركبة يصطلح عليها بالإحالة من الدرجة الثانية او المتعددة وفيها يتخلى القانون المسند له الاختصاص لحساب قانون اجنبي ويمكن ان يتخلى الاخير عن الاختصاص بموجب قواعد اسناده لحساب قانون اخر وهكذا نجد الاختصاص ينتقل عبر قواعد اسناد عدة دول لهذا يصطلح عليها بالإحالة المتعدد لتعدد قواعد الاسناد الناقل للاختصاص فيها.

وقد اخذت في البداية اغلب القوانين بالإحالة البسيطة الا انها في ما بعد قبلت الاخذ بالإحالة المركبة كما سيرد في حينها.

ثالثا– التنظيم القانوني للإحالة.

لم تكن نظرية الاحالة محل اتفاق الفقه ومن ثم القضاء و التشريع لذا نجد هنا انقسام حول هذه النظرية بين مؤيد ومعارض.

١–الاتجاه المؤيد للإحالة

يذهب هذا الاتجاه الى مناصرة الاحالة ويدافع هذا الاتجاه عن وجهة نظرة من خلال عدد مبررات تتمثل

١– المبررات العلمية : تتمثل في ان اسناد قاضي النزاع الاختصاص في علاقة ما الى قانون دولة معينة يوصف بانه عرض للاختصاص على القانون الاخير وله ان يقبل بهذا العرض كما له ان يرفضه وفي حالة رفض الاختصاص لحساب قانون قاضي النزاع او أي قانون اخر فما على قاضي النزاع الا ان يطبق القانون الذي احيل اليه الاختصاص وكذلك اذا رجع الاختصاص لقانون القاضي فعلى الاخير ان يطبق قانونه طالما حاز على ثقة القانون المسند اليه الاختصاص كما يجب على القاضي ان لا يتمسك بتطبيق القانون الاجنبي المسند له الاختصاص اكثر من تمسك الاخير بتطبيق نفسه فضلا عن ذلك ان عودة الاختصاص لقانون القاضي فيه توسيع لنطاق تطبيق الاخير وفرص اخرى لهذا التطبيق وهذا يصب بمصلحة قانون القاضي كما ان اصدار القاضي حكما وفقا للقانون المحال اليه الاختصاص (قانونه او قانون

اخر) يعطي للحكم القمة العملية في التنفيذ أي سيجد الحكم نفاذ خارج دولة قاضي النزاع وخاص على اراضي الدولة التي اسند الى قانونها الاختصاص ابتداءً وهذا يعني اذا اغفل القاضي او اهمل احالة القانون المسند اليه الاختصاص سيتعرض الحكم الصادر منه لعقبات امام تنفيذه في الخارج مثال ذلك اذا اسند القاضي العراقي الاختصاص في مسالة طلاق بريطاني توطن في العراق لحساب القانون البريطاني واصدر حكما بالطلاق بموجب القانون الاخير فان مثل هذا الحكم سوف لا يجد له اعتراف في بريطانيا لأنه صدر بموجب قانون غير مختص بحسب القانون البريطاني لان القانون المختص هو القانون العراقي بوصفه قانون موطن الزوج البريطاني وهو المختص بحسب قواعد الاسناد البريطانية ان مثل هكذا نتائج ستكون ضارة بمصلحة الاطراف لان حكم الطلاق سوف لا ينهي العلاقة الزوجية بحسب القانون المراد الاحتجاج بحكم الطلاق بموجبه امام القانون البريطاني وهذا يعني ايضا ان الزوج في بريطانيا لا يستطيع ان يتزوج لان القانون البريطاني يحضر تعدد الزوجات ولا يعترف بطلاقه لأنه جاء مقرر بموجب قانون غير مختص وفقا للمنظور البريطاني.

٢- المبررات القانونية :

تتمثل في ان قانون كل دولة يتكون من نوعين من القواعد هما قواعد الاسناد و القواعد الموضوعية فاذا استند قاضي النزاع الاختصاص في علاقة لقانون ما فان هذا الاسناد يكون اجمالي لحساب القانون المسند له الاختصاص أي لقواعده بنوعيها الاسناد و الموضوعية وعلى قاضي النزاع ان يبدا باستشارة قواعد الاسناد فاذا قبلت الاختصاص طبق القانون واذا رفضها لحساب قانون القاضي او قانون اخر فعلى قاضي النزاع ان يأخذ بما احال به القانون المسند له الاختصاص وعبر عن ارادة مشرعه وبخلاف ذلك يعني تطبيقه في مجالات لم يقصد المشرع الاجنبي ان يطبق فيها هذا القانون كما ان الغرض من قاعدة الاسناد وهو تطبيق القانون الاكثر ملائمة وعدالة للعلاقة. فتطبق قانون اجنبي بخلاف ما تقرره قواعد اسناده معناه تطبيق لقانون خارج نطاق عرضه واختصاصه وللمبررات اعلاه فقد اخذ القضاء الفرنسي بالإحالة من الدرجة الاولي وبعدها من الدرجة الثانية كما اخذ القانون الدولي الخاص الالماني بالإحالة بنوعيها كما كان ذلك موقف بعض القوانين الاوربية.

٢- الاتجاه المعارض للإحالة

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

١- المبررات العملية

ان القول بان اسناد الاختصاص الى قانون ما بمثابة عرض للاختصاص يرد على ذلك لان وظيفة قاعدة الاسناد هو الاسناد وتقرر الاختصاص لقانون سواء كان القانون الاخير يقبل الاختصاص ام يرفضه فضلا عن ان القاضي عليه ان يطبق القانون المسند اليه الاختصاص وليس له اكثر من ذلك وهو استشارة قواعد اسناده وبذلك على القاضي ان يتقيد بالوظيفة الطبيعية لقواعد الاسناد والتي تتمثل بنقل الاختصاص لقانون ما ولا يجوز له تجاوز ذلك الغرض.

٢- المبررات القانونية

ان القول بأسناد قاضي النزاع للاختصاص لقانون ما يكون اسناد اجمالي لذلك القانون يفترض ان يقابل قانون قاضي النزاع رجوع اجمالي وهذا يعني اذا كان القاضي يسند بموجب قواعد اسناده للقانون المسند له الاختصاص فيفترض تطبيق اجمالي لقانون القاضي أي تطبق قواعد اسناده قبل القواعد الموضوعية وهذا يقودنا الى الدخول في حلقة مفرغة يتعذر الخروج منها فضلا عن ذلك ان تطبيق قواعد الاسناد في القانون المسند له لاختصاص معناه خضوع قاضي النزاع لأوامر المشرع الاجنبي التي تعبر عنها هذه القواعد ويفترض ان يعمل بأوامر مشرعه التي تعبر عنها قواعد اسناد قانونه كما ان العلاقة ذات البعد الدولي يطبق عليها قواعد اسناد وطنية لان وظيفة الاخير اسناد العلاقة لقانون دولة معينة وان العلاقة الدولية بعد اسنادها الى قانون ما تصبح وطنية بالنسبة لهذا القانون و القاضي يطبق عليها القواعد الموضوعية لأنها متخصصة لحكم العلاقات الوطنية، وهذا يعني ان على القاضي ان لا يطبق قواعد الاسناد الاجنبية لأنها متخصصة لحكم العلاقات الدولية وحيث ان العلاقة اصبحت وطنية بعد الاسناد فلا يجوز للقاضي استعمال قواعد الاسناد فيها وانما العودة الى القواعد الموضوعية في القانون المسند له الاختصاص.

كما ان القول بان الاحالة تفضي الى وجود احكام تنال النفاذ عبر الحدود قول مردود يرد على ذلك ،ليس بالضرورة ان الحكم الذي يصدر بالاستجابة لإحالة القانون الاجنبي سينفذ من دولة القانون الاخير انما يمكن ان ينفذ في دولة اخرى لا يمنع قانونها تنفيذه.

و امام هذه الحجج لم تأخذ الكثير من القوانين و منها العربية بالإحالة.

اما على مستوى التشريع العراقي فقد كان المشرع يأخذ بالإحالة في قانون الاحوال الشخصية للأجانب لعام ١٩٣١ كما طبق القضاء العراقي فكرة الاحالة في احد القضايا و التي تتلخص وقائعها بزواج بنت بريطانية تبلغ من العمر ١٢ سنة طعنت والدتها بصحة هذا الزواج امام القضاء العراقي فعند تطبيق قواعد الاسناد العراقية وجد انها تسند الاختصاص في الاهلية للقانون البريطاني بوصفه قانون الجنسية وبرجوع القضاء العراقي الى قواعد الاسناد البريطانية وجد انها ترجع الاختصاص لحساب القانون العراقي وهنا اخذ القضاء العراقي ربما احالة قواعد الاسناد البريطانية وطبق القانون العراقي([٦]).

وبعد صدور القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تم حضر العمل بالإحالة في المادة (١/٣١) التي نصت على(اذا تقرر ان قانون اجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما تطبق منه قواعده الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص)

الا ان المشرع العراقي اخذ بالإحالة بصورة استثنائية في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ من المادة (٣/٤٨) التي اكدت على الرجوع في اهلية الملتزم بموجب الحوالة الى قانون الدول التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته او أي قانون اخر يحيل اليه هذا القانون.

الفـرع الثـالـث

التــفــويــض

ان التشريعات التي لم تعتمد الاحالة او تلك التي اعتمدتها ،بعضها اخذ بالية يصطلح عليها بالإحالة الداخلية (التفويض) وهي تقابل الاحالة الدولية الخارجية بالمعنى المتقدم وهذه الاحالة تحصل بمناسبة اسناد قواعد اسناد قاضي النزاع الاختصاص الى قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا او اقليميا وتعدد منه الشرائع تعددا شخصيا. في قوانين الدول التي تتعدد

فيها الطوائف مثل القانون اللبناني والمصري اما القوانين الذي تتعدد فيها الشرائع تعدد اقليميا فهي التي تتعدد بعدد اقاليم الدولة ومثال ذلك الولايات المتحدة الامريكية وسويسرا فالأسناد الى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع تتولى تعيين الشريعة الواجبة التطبيق قواعد حل التنازع الداخلي في ذلك القانون وقد اشار المشرع العراقي الى ذلك في المادة (٢/٣١) مدني التي نصت (اذا كان هذا القانون الاجنبي هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فان قانون هذه الدولة هو الذي يقرر اية شريعة من هذه يجب تطبيقها) كما اشارت الى ذلك باقي التشريعات العربية.

وفي ضوء ما تقدم سنعرض للموضوع من خلال التعريف بالتفويض ومن ثم التطبيقات العملية للتفويض وذلك من خلال محورين:

اولا : التعريف بالتفويض

اذا كانت الاحالة معناها تخلي القانون المسند له الاختصاص بموجب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع لحساب الاخير او لحساب قانون اخر مع قبول الاخير للاختصاص المتخلى عنه من الاول فان التفويض لا يعني تخلي القانون المسند له الاختصاص انما قيامه وبتركيز الاختصاص في احد الشرائع المتعددة فيه بموجب قواعد اسناده الداخلية (قواعد حل التنازع الداخلي) وفي حدود هذا يعني التفويض هو تخويل او توكيل قانون قاضي النزاع القانون الواجب التطبيق لتعيين أي شريعة هي الواجبة التطبيق فيه ،وهذا يعني ايضا ان قواعد اسناد قاضي النزاع تسند الاختصاص، وتفوض امر تخصيصه للقانون المسند اليه في نفس الوقت والتفويض يقوم على مبررات منها عدم كفاية قواعد الاسناد في دولة قاضي النزاع على حصر الاختصاص بالشريعة الواجبة التطبيق لذا فان التفويض يساعد قاضي النزاع على الاستدلال عليها عبر قواعد الاسناد الداخلي في القانون المسند له الاختصاص.

ونستنتج مما تقدم ان الاسناد و التفويض يبدا بموجب قواعد اسناد دولية في قانون قاضي النزاع الى قواعد اسناد داخلية في القانون المسند له الاختصاص وفي ضوء ذلك يعرف التفويض بانه تخويل قاضي النزاع قواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص بتركيز الاختصاص المسند اليه في احد شرائعه المتعددة تعددا شخصيا او اقليميا.

ثانيا– التطبيقات العملية للتفويض

يحصل التفويض عندما يتم الاسناد الى قانون دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع تعددا اقليميا او دولة بسيطة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا وهذا يعني ان التفويض لا يظهر اذا تم الاسناد الى دولة لا تتعدد فيها الشرائع على النحو المتقدم، فالتفويض يبدا مع الاسناد في وقت واحد وقاضي النزاع يجري ثلاثة عمليات في وقت واحد وهي الاسناد و التفويض و التركيز ، اسناد وتفويض بموجب قواعد اسناده وتركيز بموجب قواعد اسناد القانون المسند اليه الاختصاص وبذلك يبدا التفويض عبر قواعد اسناد دولية في قانون قاضي النزاع لينتهي عبر قواعد اسناد داخلية في القانون المسند له الاختصاص الاول يقوم بالأسناد و التفويض و الثاني يقوم بتركيز الاختصاص في احد شرائعه الداخلية.

وفي ضوء ذلك اثار الفقه عدة تساؤلات وخاصة في ضوء موقف التشريع العراقي وباقي التشريعات العربية تتمثل بالاتي:

اولا: هل يعمل بالتفويض في ظل التعدد الشخصي ام الاقليمي.

ثانيا :- هل يتحتم الرجوع لقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند اليه الاختصاص ايا كان ضابط الاسناد الذي تم بموجبه الاسناد أي سواء كان ضابط شخصي (الجنسية) ام ضابط اقليمي الموطن موقع المال ام ضابط معنوي (الارادة).

ثالثا: اذا لم توجد قواعد اسناد داخلية في القانون المسند له الاختصاص او وجدت الا انها تتخلى عن الاختصاص خارج محيط قانونها الى قانون اجنبي.

اجاب الفقه عن السؤال الاول بالعمل بالتفويض سواء اكان الاسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا ام اقليميا ذلك لان موقف المشرع العراقي وباقي التشريعات العربية نصت على العمل بالتفويض بشكل مطلق من خلال عبارة قانون دولة تتعدد فيها الشرائع فهو لم يحدد طبيعة التعدد مما يقتضي ان يصار الى اعمال النص على طلاقه (لان المطلق يجري على اطلاقه)

اما السؤال الثاني

فقد اتجه الفقه في متجهين ، الاول يذهب الى التفرقة في الحكم بحسب نوع ضابط الاسناد الذي تم بواسطته اسناد العلاقة لقانون الدولة المتعددة الشرائع فاذا تم الاسناد عن طريق ضابط

الجنسية فقاضي النزاع ملزم بمراجعة قواعد الاسناد الداخلية في قانون الجنسية وذلك لعدم كفاية هذا الضابط في تحديد وحصر وتركيز الاختصاص في احد الشرائع فهذا الضابط يصلح لمهمة الاسناد الاجمالي للاختصاص وقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند اليه تقوم بتخصيص الاختصاص وحصره وتركيزه في احد شرائع قانون الجنسية مثال ذلك زواج مواطنين امريكيين في العراق ، امام قاضي عراقي ، فحسب قواعد الاسناد العرقية يكون الاختصاص في شروط الموضوعية لهذا الزواج لقانون جنسية الزوجين المادة (١/١٩) مدني وهو هنا القانون الامريكي وحيث ان القانون الاخير موزع بين عدة قوانين ولايات، فهذا يعني ان الجنسية لا تفيد بتحديد احد هذه القوانين، مما يكشف ذلك عن عدم كفايتها الذاتية للحل وحاجتها لمعاونة قواعد اخرى وهذا ما نجده في قواعد الاسناد الداخلية في القانون الامريكي الذي بواسطتها القاضي العراقي سيستدل على قانون احد الولايات في داخل القانون الامريكي وكما هو موضح في المخطط ادناه أي ان ضابط الجنسية الذي تم بموجبه الاسناد عبر قواعد الاسناد العراقية وترشده بحصر الاختصاص في احد الشرائع الامريكية قواعد الاسناد الداخلية في القانون الامريكي.

زواج مواطنين من الجنسية الامريكية امام القاضي العراقي

اذا كانا مقيما على اراضي واشنطن فيتركز الاختصاص في قانونها وينسحب نفس الحكم اذا كانا مقيما في ولاية اخرى.

القانون العراقي

قاضي عراقي

التكييف

قواعد الاسناد

القواعد الموضوعية

القانون الامريكي

قواعد اسناد داخلية

تركيز الاختصاص

القواعد الموضوعية

قانون ولاية نيويورك

قانون ولاية واشنطن

قانون ولاية شكاغو

اما اذا تم الاسناد بواسطة احد الضوابط المكانية (الموطن) محل الابرام محل التنفيذ موقع المال او بواسطة ضابط معنوي (الارادة الصريحة) فيجد هذا الاتجاه الكفاية الذاتية لهذا الضابط على حصر وتركيز الاختصاص في احد الشرائع في القانون المسند له الاختصاص، ومن ثم لا يلزم هنا القاضي و لا يحتاج للعودة لقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص ذلك لان الضابط ذاته يستدل من خلاله على الشريعة الواجبة التطبيق ومثال ذلك عقد ابرام بين المانيين في العراق موطنهما المشترك في مقاطعة بون اثير النزاع بمناسبة الاخلال بالتزامات العقدية الناشئة عن العقد امام القاضي العراقي هنا يقوم القاضي بإسناد الاختصاص لقانون مقاطعة بون مباشرة لان موطن المتعاقدين في هذا المكان بحسب قاعدة الاسناد العراقية المادة (١/٢٥) مدني كذلك يكون نفس الحكم اذا كان موقع المال في احد المقاطعات الالمانية حيث يطبق القاضي العراقي قانون المقاطعة التي يكون فيها موقع المال وكذلك اذا كانت الشريعة متفق عليها بين المتعاقدين هي شريعة مقاطعة معينة.

الاتجاه الثاني يذهب الى وحدة الحل والزام قاضي النزاع بالرجوع لقواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص أيا كان ضابط الاسناد و الذي تم بموجبه الاسناد أي سواء تم الاسناد بواسطة الجنسية ام الموطن ام موقع المال ام محل الابرام ام الارادة فالية التفويض تكون واحدة وهي الرجوع لقواعد الاسناد الداخلية في قانون الجنسية او قانون الموطن او قانون موقع المال ذلك لان مهمة قواعد الاسناد الدولية الواردة في قانون القاضي هي الاسناد الاجمالي بين قانون دولة وقانون دولة اخرى وليس من مهمتها حصر وتركيز الاختصاص في احد الشرائع انما هذه هي مهمة قواعد الاسناد الداخلية في القانون المسند له الاختصاص، وان تجاهلها من قبل

قاضي النزاع فيه تجاوز على القانون المسند له الاختصاص وخروج عن وظيفة قواعد الاسناد الدولية واهمال وظيفة قواعد الاسناد الداخلية.

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

اما اذا كانت قواعد الاسناد الداخلية ترفض الاختصاص المسند قانونها لحساب قانون اخر فهنا تحصل احالة وهي مرفوض العمل بها في ظل موقف المشرع العراقي وباقي التشريعات العربية.

نطاق تطبيق قواعد تنازع القوانين

تعمل قواعد تنازع القوانين (قواعد الاسناد) في العلاقات ذات البعد الدولي والواقعة في محيط القانون الخاص ، وهي تظهر بأشكال متنوعة يمكن تصنيفها الى الاتي.

١- علاقات مسائل الاحوال الشخصية

٢- علاقات مسائل الاحوال العينية

٣- علاقات مسائل الالتزامات العقدية

٤- علاقات مسائل الالتزامات غير العقدية

٥- علاقات مسائل الشكل

وسنعرض كل مسألة على حدة

اولاً– مسائل الاحوال الشخصية

تتعلق هذه المسائل بالحالة القانونية للشخص وهي العناصر الواقعية التي تميز الانسان عن غيره وتحدد علاقاته بأسرته ودولته ، فهي تبين المركز القانوني للشخص في المجتمع.

وتتعلق هذه القوانين في مسائل الاحوال الشخصية مثل اهلية الشخص والزواج والطلاق والنفقة والحضانة والنسب والميراث والوصية ، والقانون الواجب التطبيق على تلك المسائل يختلف باختلاف الانظمة القانونية التي تتبناها الدول فالدول التي تأخذ بالنظام الانكلسكسوني تقرر الاختصاص لقانون الموطن ، والموطن هو مقر مركز الاعمال بحسب التصوير الواقعي ومحل الاقامة بحسب التصوير الواقعي ، وقانون الموطن له ما يبرره كونه يحقق مصلحة للفرد والغير والدولة ، فالفرد سيعلم مسبقاً القانون الذي يحكمه وهو قانون المكان الذي يقيم فيه او يتخذه مركزاً لأعماله ، كما انه يحقق مصلحة للغير لسهولة العلم بالقانون الذي سيطبق على الشخص كون ان الموطن قائم على واقعة مادية يسهل التعرف عليها ، كما ان تطبيق قانون الموطن يحقق وحدة القانون الواجب التطبيق على علاقات الاحوال الشخصية التي اطرافها وطنيين واجانب فالقاضي سيطبق قانون واحد وهو قانون الموطن .

اما الاتجاه الثاني والذي تمثله اكثرية الدول وهي التي تأخذ بالنظام اللاتيني مثل فرنسا والدول العربية ومنها العراق ، اذ تخضع علاقات الاحوال الشخصية لقانون الجنسية ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها ان قانون الجنسية هو قانون الوسط الاجتماعي للفرد الذي يعكس اخلاقه وتقاليده وعاداته ، وهذا القانون سيكون اقرب قانون للشخص من اي قانون اخر ، حيث ان قانون الجنسية سيحكم الفرد في داخل دولته وفي خارجها كونه لا يتغير ويتصف قانون الجنسية بصفة الاستمرار طالما ان الشخص متمتع بجنسية دولة ما ، كما ان رابطة الجنسية تتصف بالاستقرار لصعوبة تغيرها لأنها تحتاج الى اجراءات فنية ، كما ان الجنسية يسهل اثباتها لأنها تقوم على وثائق مادية ، في حين ان الموطن يسهل تغييره بمجرد تغيير الشخص محل اقامته او مقر مركز اعماله، كما يصعب اثباته من ناحية اخرى

، ولذلك يرجح هذا التجاه اعتماد قانون الجنسية بوصعه القانون الواجب التطبيق في مسائل الاحوال الشخصية.

اشكاليات تطبيق قانون الجنسية

تثير مسألة تطبيق قانون الجنسية صعوبات وتتمثل هذه الصعوبات في تعدد الجنسية وانعدامها وتغييرها ، عليه سنعرض لتلك الصعوبات ونبين الاتجاهات الفقهية والتشريعات الدولية في وضع الحلول لها .

اولاً– تعدد الجنسية .

ان تعدد الجنسية تثير مسألة تطبيق القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي وهل القاضي يطبق قانونه ام قانون جنسية اخرى .

هناك فرضين : الاول اذا كان احد اطراف النزاع في علاقة مسائل الاحوال الشخصية امام القاضي العراقي يحمل الجنسية العراقية من بين تلك الجنسيات المتعددة فهنا يطبق القاضي قانون جنسيته وهو القانون العراقي على كل مسألة من مسائل الاحوال الشخصية كالطلاق والزواج والنفقة والوصية والميراث وقد اكد المشرع العراقي هذا الحكم في المادة ٢/٢٣ من القانون المدني التي نصت على ان " في حالة الاشخاص الذين تثبت لهم بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة للدول الاجنبية جنسية تلك الدول فالمحكمة تطبق القانون العراقي وحدة" ، كما اشارت الى ذلك قانون الجنسية النافذ في المادة ٢/١٠ التي نصت على ان "تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة اجنبية".

الفرض الثاني اذا لم تكن جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة بالنسبة للشخص الذي يكون طرفاً في العلاقة القانونية في مسائل الاحوال الشخصية فهنا لا يملك القاضي حق ترجيح احد الجنسيات على الاخرى استنادا لمبدأ تكافؤ السيادة للدول ، وهنا يرجح القاضي الجنسية الفعلية للشخص من بين الجنسيات المتعددة ويستدل القاضي على الجنسية الفعلية من ظروف الحال كالزواج واداء الخدمة العسكرية ودفع الضرائب واللغة التي يتكلم بها وغيرها من الظروف وقد اخذ المشرع العراقي بهذا الحل في المادة ١/٣٣من القانون

المدني التي نصت على ان "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الاشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية او تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد "

ثانياً- انعدام الجنسية.

انعدام الجنسية يعني غياب اي رابطة قانونية للشخص اتجاه دولة معينة ، وعليه فأن نظامه القانوني مجهول ، ووضع الفقه حلول بالنسبة لحالة الانعدام تتمثل في اعتماد ضابط اسناد احتياطي بديل عن ضابط الاسناد الاصلي ((الجنسية)) وهو الموطن ؛ أي انه الضابط البديل عند انعدام ضابط الجنسية ، واذا لم يكن للشخص موطن معلوم فيصار الى اعتماد محل الاقامة وعند انعدام محل الاقامة يطبق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي ، وهذه الصيغ تطبق على سبيل التدرج وقد اخذ المشرع العراقي في هذا الحل في المادة ١/٣٣ المذكورة انفاً.

ثالثاً- تغيير الجنسية.

مثل ما يحصل تعدد الجنسيات وانعدامها قد يحصل تغييرها بفعل فقدان الجنسية واكتساب جنسية دولة اخرى ، مما تثير مسألة تغيير الجنسية مشاكل تتعلق بالوقائع القانونية التي تمت في ظل الجنسية السابقة فهل تبقى تلك العلاقات محكومة بالجنسية الحالية او الجنسية السابقة تسمى هذه الحالة بالتنازع المتحرك ، وبالرجوع الى قواعد الاسناد في القانون المدني العراقي كما في قاعدة الاسناد الخاصة بالطلاق الواردة في المادة ٣/١٩ والتي تنص " يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى" من نص المادة يتبن ان القاضي العراقي يطبق قانون الزوج وقت الطلاق او عند رفع الدعوى، فلو ان عراقي يتزوج عراقية ثم يسافر الى بريطانيا ويكتسب الجنسية البريطانية ويتخلى عن جنسيته العراقية فلو طلق زوجته امام القضاء العراقي فأن القاضي العراقي يطبق القانون البريطاني لأن الزوج جنسيته وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى هي الجنسية البريطانية .

اما بالنسبة للزواج وخاصة في الشروط الموضوعية فقد اعتمد المشرع قانون جنسية الزوجين وقت الزواج فلا يتغير اختصاص هذا القانون بفعل تغير الجنسية (م١/١٩) من القانون المدني العراقي.

واعتمد بالنسبة لآثار الزواج قانون جنسية الزوج وقت الزواج (م٢/١٩)مدني عراقي .

واعتمد بالنسبة للوصية قانون جنسية الموصي وقت الوفاة (م٢٣)مدني.

وانتقال ملكية التركة وترتب اثار الميراث اعتمد قانون جنسية المورث وقت وفاته (م٢٢) مدني .

اما بالنسبة للأهلية لم بضبط المشرع العراقي وقت العمل بقانون الجنسية ، ويرى الفقه اختلاف وقت العمل بقانون الجنسية بالنسبة لحكم الاهلية بين فرضين الفرض الاول اذا كانت الاهلية شرط من شروط اجراء التصرف او وجوب الحق فيطبق قانون الجنسية وقت اجراء التصرف او وجوب الحق ، وان اي تغير بالجنسية لا يؤثر على صحة التصرف طالما تم التصرف من شخص كامل الاهلية ، اما الفرض الثاني اذا تعامل مع الاهلية كصفة في الشخص فتخضع هنا لقانون الجنسية وقت الاحتجاج بتلك الصفة .

كما لم يحدد المشرع العراقي وقت العمل بقانون الجنسية بالنسبة لآثار البنوة و الولاية والوصاية والقوامة والنفقة .

ثانيا – الأهلية :

لتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية يجب ان نفرق بين اهلية الوجوب وبين اهلية الاداء ، فالقانون الواجب التطبيق على اهلية الوجوب يكون بحسب العلاقة التي يكون الشخص طرفا فيها وعلى النحو الآتي :

١– اهلية الوارث في الميراث تخضع للقانون الشخصي للمورث
٢– اهلية الموصى له في المال الموصى به تخضع للقانون الشخصي للموصي
٣– اهلية الاجنبي في تملك العقار تخضع لقانون تلك الدولة
٤– اهلية مباشرة حق التقاضي تخضع لقانون المحكمة المقام امامها الدعوى

وهكذا نجد ان القانون الذي يحكم اهلية الوجوب ليس واحدا انما متعدد بحسب طبيعة العلاقة.

اما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على اهلية الاداء هو قانون واحد وهو القانون الشخصي للشخص اي قانون جنسية الشخص في الدول التي تتبنى الاتجاه اللاتيني وقانون الموطن بالنسبة للدول التي تتبنى الاتجاه الانكلوسكسوني ، وقد اخذ المشرع العراقي في المادة ١/١٨ من القانون المدني بقانون الجنسية بالنسبة للأهلية والتي نصت تلك المادة على ان "الاهلية تسري عليها قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته" .

ماهي الاستثناءات التي ترد على قاعدة الاسناد بالنسبة للأهلية

الأصل تخضع الاهلية للقانون الشخصي (قانون الجنسية) المادة ١/١٨ مدني ، إلا ان هذا الاصل ترد عليه استثناءات يتعطل بموجبها قانون جنسية الشخص في حكم الاهلية وتنحصر هذه الاستثناءات بالأحوال الآتية:

١- تحديد سن الرشد بوصفه شرط من شروط التجنس حيث يكون تحديد السن بحسب قانون الدولة التي يرغب الشخص بالحصول على جنسيتها عن طريق التجنس ، ويبرر هذا الرأي على أن طالب التجنس هو مواطن بالمآل ومن ثم فأنه سوف يخرج من الولاية التشريعية لقانون الجنسية السابق.
٢- تحديد اهلية الملتزم بموجب الكمبيالة اذا وضع توقيعه عليها في دولة تعده كامل الأهلية فيكون التزامه صحيح وان كان قانون الجنسية يعده ناقص الاهلية .
٣- ان سن ممارسة الاعمال التجارية واحد بالنسبة للوطنيين والاجانب على حد سواء ،وتبرير ذلك هو حماية الثقة بالأسواق التجارية ومعاملة الجميع بشكل واحد.
٤- كما يتعطل قانون الجنسية في حكم الاهلية اذا تحقق مانع من موانع تطبيقه وهي النظام العام والغش نحو القانون والمصلحة الوطنية .

ثالثاً – الزواج .

يسبق عقد الزواج مرحلة تسمى الخطبة ولم ينظم المشرع العراقي قواعد الاسناد الخاصة بالخطبة كما هو شأن المشرع الكويتي . يمر عقد الزواج في ثلاثة مراحل وهي مرحلة نشؤه ومرحلة اثاره ومرحلة انتهائه ، وعليه سنبين القانون الواجب التطبيق على تلك المراحل .

١- نشوء الزواج : ينعق الزواج بشروط شكلية واخرى موضوعية ، فما هو القانون الذي يحكم هذه الشروط هل هو قانون واحد أم قانونين .

ان مسألة تحديد معنى الشروط وهل هي شكلية او موضوعية مسألة تكييف تدخل في اختصاص قانون قاضي النزاع حسب المادة ١/١٧ من القانون المدني العراقي ، واستقر الفقه الراجح على التفرقة بين الشروط الشكلية والموضوعية في عقد الزواج بالنسبة للقانون الواجب التطبيق عليهما :

أ- القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية : تنقسم هذه الشروط الى شروط انعقاد وهي اتحاد مجلس الايجاب والقبول وكل ما يتعلق بالتراضي ، وشروط الصحة والتي تتضمن صلاحية المرأة للزواج ؛ أي ان تكون غير محرمة على الرجل ، كما تشمل على شروط النفاذ وهي سلطة ابرام عقد الزواج اصالة او نيابة ، وشروط لزوم وهو مايتعلق بالمهر، تخضع هذه الشروط الموضوعية في قوانين الدول الانجلوسكسونية الى قانون الموطن ، بينما تخضع تلك الشروط لقانون جنسية الزوجين في دول الاتجاه اللاتيني ، اما في الدول العربية ومنها العراق يطبق على الشروط الموضوعية قانون الجنسية المشتركة للزوجين ، اما في حالة اختلاف جنسية الزوجين لم ينظم التشريع هذه الحالة في حل تنازع القوانين ، إلا ان الفقه وضع حلول لهذه المسألة تتوزع تلك الحلول على اتجاهين : الاتجاه الاول يذهب الى تطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقاً جامعاً ؛ اي يجب ان تتوفر في كل زوج الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون كل من الزوجين معاً ، اما التجاه الثاني فيذهب الى تطبيق قانون كل زوج بصورة مستقلة عن قانون الزوج الآخر ؛ اي يطبق على الزوج قانون جنسيته لحكم الشروط الموضوعية للزواج ، وكذلك الزوجة يطبق عليها قانون جنسيتها دون ان تطبق على الزوج الآخر ،فهو تطبيق لقانون الجنسية لكل واحد منهم بصورة موزعة ، وقد تبنى القضاء الاتجاه

الثاني ن لأن الاتجاه الاول يفضي الى تطبيق القانون الاشد ، بينما الاتجاه الثاني يسها اجراء عقد الزواج.

ب-القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية . يعني بالشكلية هي الصيغة التي يفرغ فيها عقد الزواج وهذه الصيغة تأخذ مظاهر متعددة ، فقد تكون على شكل حضور شهود او اجراء مراسيم دينية او توثيق العقد ، تخضع هذه الشروط في تشريعات الدول الاجنبية لقانون محل ابرامها ، اما في اطار التشريعات العربية فنجد القانون المدني المصري يعطي الاختصاص لأكثر من قانون ن كقانون الموطن المشترك ووقانون الجنسية المشتركة وقانون محل الابرام والقانون الذي يحكم النزاع كما ورد في المادة ٢٠ منه ، اما بالنسبة للمشرع العراقي فقد حدد الاختصاص في هذه الشروط لأحد القانونين وهما قانون محل الابرام او قانون جنسية كل من الزوجين حسب المادة ١٩ /١ من القانون المدني التي نصت على ان ".....اما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين اجنبيين او ما بين اجنبي وعراقي اذا عقد وفقاً للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه او اذا رعويت فيه الاشكال التي قررها قانون كل من الزوجين .فالزواج بين عراقي وعراقية في فرنسا يخضع بحسب قواعد الاسناد الفرنسية للقانون العراقي فيما يتعلق بالشروط الموضوعية ، اما من جانب الشروط الشكلية فالزوج يعد صحيحا اذا استوفى شروطه الشكلية في بلد الابرام(القانون الفرنسي) او الشكلية المقررة في القانون العراقي اذا ابرم العقد عن طريق توثيقه امام القنصل العراقي في فرنسا. اما لو كان احد اطراف عقد الزواج عراقي والاخر الماني فالعقد يعد صحيح اذا استوفى الاشكال المقررة في القانونين ويقتضي هنا على الزوجين توثيق العقد امام القنصل العراق وامام القنصل الالماني في فرنسا .

٢- اثار الزواج .

تترتب على عقد الزواج الصحيح اثار شخصية واخرى مالية .

أ- الآثار الشخصية: ومن هذه الاثار :

- النفقة: واستحقاق المهر تخضع هذه الاثار لقانون جنسية الزوج وقت الزواج بحسب نص المادة ١/١٩ من القانون المدني العراقي.

- البنوة :تخضع لقانون جنسية الاب بحسب نص المادة ٤/١٩ ولم يحدد المشرع العراقي وقت الاعتداد بقانون جنسية الاب فهناك رأي يعتد بجنسية الاب وقت الزواج على اعتبار البنوة اثر من اثار الزواج ومنهم من اخضعها لقانون جنسية الاب وقت ميلاد الابن بوصفه الوقت الذي تحقق فيه وجود الولد .

ب-الآثار المالية : يقصد بالآثار المالية ما يتعلق بالأموال العائدة للزوجين والتي تدخل في مفهوم النظام المالي للزوجين الذي اخذت به التشريعات الاوربية ، وهي تشمل الاموال المنقولة والعقارية وتخضع تلك الاموال لقانون موقعها .

٣-انتهاء الزواج : قد ينتهي الزواج بأمر طبيعي بالوفاة وقد ينتهي بالطلاق او التطليق او الانفصال ، فما هو القانون الواجب التطبيق على الطلاق ؟ بعض التشريعات اخضعت الطلاق لقانون موطن الزوجية المشترك ، اما بالنسبة للدول العربية ومنها العراق فقد اخضع الطلاق لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى وهو ما نصت عليه المادة ٣/١٩ مدني عراقي "يسري في الطلاق والتفريق والانفصال لقانون الزوج وقت الطلاق او وقت رفع الدعوى "

وعليه يمكن ان نبين قواعد الاسناد الخاصة بالزواج في القانون العراقي وعلى النحو الآتي.

١- الشروط الموضوعية لعقد الزواج ..... تخضع لقانون الجنسية المشتركة للزوجين
٢- الشروط الشكلية لعقد الزواج.....تخضع لقانون محل الابرام وقانون جنسية كل من الزوجين
٣- آثار الزواج .....قانون جنسية الزوج وقت الزواج
٤- انتهاء الزواج .....قانون جنسية الزوج وقت الطلاق او وقت اقامة الدعوى
٥- البنوة.....قانون جنسية الاب وقت الميلاد

هذه هي قواعد الاسناد بالنبة لمسائل الاحوال الشخصية في القانون العراقي ، ونلاحظ ان هذه القواعد تتعطل لو كان احد اطراف العلاقة عراقي الجنسية ويطبق القانون العراقي وهو ما أكدته المادة ٥/١٩ مدني التي نصت "لا تسري احكام الفقرات السابقة في هذه المادة اذا كان احد الطرفين عراقي" ويستثنى من هذه الحالة مسألتين هما.

أ- الأهلية إذ تبقى خاضعة لقانون جنسية الشخص حسب المادة ١/١٨مدني عراقي

ب–الشكلية اذ تخضع لقانون محل الابرام او قانون كل من الزوجين حسب المادة ١/١٩ مدني عراقي.

٤–النفقة :ترتب النفقة اما بسبب الزواج او بسبب القرابة وتخضع النفقة بشكل عام الى قانون جنسية المدين بها حسب نص المادة ٢١ من القانون المدني والتي نصت "الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها" ويختلف المدين بها حسب طبيعة العلاقة وسبب الدين

- نفقة الزوجة: تخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج كون الزوج هو الشخص المدين بالنفقة الزوجية اما النفقة المؤقتة فتخضع لقانون المحكمة المقامة امامها الدعوى.
- نفقة عدة الطلاق: تخضع لقانون جنسية الزوج وقت استحقاق النفقة.
- نفقة الابناء على الاب : تخضع لقانون جنسية الأب وقت الميلاد .
- نفقة الأب على الأبناء: تخضع لقانون جنسية الأبن وقت استحقاقها ؛ اي وقت صدور الحكم.

٥–القانون الواجب التطبيق في قضايا المواريث والوصايا.

تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه القضايا يختلف باختلاف الدول ، فهناك دول تحسب المواريث والوصايا من مسائل الاحوال العينية مثل بريطانيا وامريكا ومن ثم تحدد الاختصاص حسب القانون الاقليمي اذا كان المال عقار يكون القانون المختص قانون موقع العقار ، اما اذا كان المال منقول فيكون القانون المختص هو قانون موطن المتوفي ، وقد ذهبت جميع الدول العربية ومنها العراق الى معاملة مسائل المواريث والوصايا على انها من مسائل الاحوال الشخصية ، وقد ميز القانون في الحكم بين المسائل الشخصية للمواريث والوصايا

- كشروط الاستحقاق وموانعه وتحديد الانصبة حيث اخضعها لقانون جنسية المورث والموصي
- اما المسائل المالية فتعامل القانون معها معاملة واحدة سواء كانت عقارية او منقولة فأخضعها لقانون موقعها بالنسبة لانتقال التركة من الخلف الى السلف بحسب نص المادة ٢٤ من القانون المدني العراقي التي نصت "المسائل

الخاصة بالملكية والحيازة والحقوق العينية الاخرى وبنوع خاص طرق انتقالها هذه الحقوق بالعقد والميراث والوصية وغيرها يسري قانون الموقع"

- اهلية الوارث والموصى له يسري عليها قانون المورث وقت موته بحسب المادة ٢٢مدني "قضايا المواريث يسري عليها قانون المورث وقت موته" والسبب في ذلك ان المورث واحد لا يتعدد مقابل الورثة ويسري على الوصية قانون الموصي وقت موته بنص المادة ٢٣ مدني التي نصت "قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته" اما اهلية الموصى له بالقبول فيسي عليها قانون جنسيته وقت صدور القبول لا وقت موت الموصي ، اما شكل الوصية فيخضع لقانون محل ابرامها إلا اذا كانت تتعلق بعقار كائن في العراق فيجب ان تستوفي الشكلية المطلوبة بموجب القانون العراقي ، اما ما يتعلق بالمال الموصى به فتخضع لقانون موقعها حسب المادة ٢٤ مدني .

ويرد على قاعدة خضوع الميراث لقانون الجنسية المورث قيدين الاول نظمته المادة ١/٢٢ مدني التي نصت "اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات غير ان العراقي لا يرثه من الاجانب الا من كان قانون دولته يورث العراقي منه" والقيد الثاني نظمته المادة ٢/٢٢ مدني التي نصت " الاجنبي الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية وان صرح قانون دولته بخلاف ذلك"

الا انه تم تعطيل هذه المواد القانونية والقرارات التي تسمح بتملك الاجنبي العقار في العراق بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٣ في ١٩٩٤باي سبب كان .

مسائل الاحوال العينية

تتضمن الاحوال العينية المسائل التي يكون موضوعها اموال ، والاموال اما ان تكون اموال مادية او اموال معنوية ، وتحديد طبيعة الاموال يخضع لقانون القاضي المعروض امامه النزاع .وعليه سنبين طبيعة الاموال والقانون الواجب التطبيق عليها.

اولاً _ الاموال المادية

تنقسم الاموال المادية الى اموال عقارية واخرى منقولة :

١- الاموال العقارية :العقار هو كل سيئ له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله او تحويله بدون احداث ضرر يصيبه، فهو له استقرار بالأرض لا يقبل الانفكاك دون ضرر. ويكون القانون الواجب التطبيق هو قانون موقع العقار في جميع التصرفات القانونية التي ترد على العقار كالعقود والوصية وانتقال الاموال العقارية الى الورثة .

وسبب خضوع العقار لقانون الدولة التي يقع فيها هو نابع من مبررات سياسية واخرى عملية فمن المبررات السياسية ان العقار يشكل جزء من اقليم الدولة وبالتالي لا يمكن ان تخضع الاموال العقارية لقانون دولة اجنبية لأنها تمس سيادة تلك الدول ، وعليه يكون الاختصاص التشريعي لقانون موقع العقار ، وتتعطل ما دونه جميع القوانين الاخرى كقانون جنسية الاطراف او قانون موطنهم او قانون محل ابرام العقد او تنفيذ العقد او قانون قاض النزاع ، ومثال على ذلك لو باع شخص فرنسي عقاره الكائن في العراق الى شخص الماني وتم ابرام العقد في مصر ثم اثير نزاع امام القضاء الاردني ، فأن جميع القوانين المفترضة في هذا المثال تتعطل وينحصر الاختصاص للقضاء العراقي بسبب ان العقار كائن في العراق.

اما المبررات العملية فتتمثل بأن قانون موقع العقار يعد اقرب قانون في العالم لحكم العقار مما يسهل ذلك على محكمة موقع العقار اجراءات الكشف والمعاينة لغرض الوصول الى الحكم العادل للنزاع المتعلق بالعقار .

٢- الاموال المنقولة : يقصد بالمنقول هو كل مال يمكن نقله من مكان الى آخر دون احداث تلف يلحقه ، واخضع المشرع العراقي الاموال المنقولة لقانون موقعها بنص المادة ٢/١٧ من القانون المدني .

اما بالنسبة للمنقولات كالسفن والطائرات والمركبات والبضائع المشحونة ، تخضع السفن والطائرات لقانون بلد تسجيلها اي قانون جنسيتها ، وتخضع المركبات لقانون بلد تسجيلها اما اذا كانت غير مسجلة فتخضع لقانون محل وجودها الفعلي .

اما البضائع المشحونة فهناك اتجاه يخضعها لقانون الدولة المرسلة اليها تلك البضائع واتجاه ثاني يخضعها لقانون الدولة المصدرة منها واتجاه ثالث يخضعها لقانون بالد تسجيل واسطة

النقل التي تقوم بعملية نقلها فإذا كانت الواسطة غير مسجلة فتخضع لقانون الدولة المرسلة اليها . اما في حالة حجز تلك البضائع في ميناء فتخضع لقانون دولة الميناء .

القانون العراقي لم ينظم هذه الحالة بصورة صريحة بنص المادة ٢٤ مدني وبذلك يمكن لقاضي النزاع الركون الى نص المادة ٣٠ والتي تؤكد على اتباع مبادئ القانون الدولي الاكثر شيوعاً.

ثانياً- الاموال المعنوية : الاموال المعنوية اما ان تكون على شكل حقوق تجارية او حقوق فكرية او حقوق شخصية.

١- الحقوق التجارية : وتشمل جميع الحقوق المتعلقة بالأعمال التجارية والتي تتركز في محال التجارة إذ تتكون المحال التجارية من عناصر مادية واخرى معنوية ، فالعناصر المادية هي البضائع المعروضة في المحل التجاري والمخازن فتخضع العناصر المادية لقانون مكان وجودها لأنها تأخذ حكم الاموال المادية ، اما العناصر المعنوية والتي تتمثل بالزبائن فتخضع لقانون المركز الرئيسي للمحل التجاري ، وفي حالة ان تتوزع تلك العناصر بين الدول فيكون الاختصاص لمركز الادارة الرئيسي للمحل التجاري.
هناك موضوعات اخرى تتعلق بالحقوق التجارية مثل العلامات التجارية تخضع لقانون بلد استعمالها اي للقانون الذي وضعت فيه العلامة التجارية للاستعمال ، وتخضع الموديلات لقانون بلد تسجيلها اي البلد الذي منح الحق في استعمالها للتاجر.

٢- الحقوق الفكرية : اختلف الفقه في تحديد طبيعة الحقوق الفكرية الى ثلاث اتجاهات الاول يصفها بانها حقوق ملكية الا انه انتقد على اساس ان حق الملكية حق قاصر على المالك ومؤبد في حين الحقوق الفكرية ومنها حق المؤلف غير قاصر على الاخير كما له اجلا ينتهي بحلوله ، اما التجاه الثاني فيصفها بأنها حقوق شخصية كالحق في الاسم والشرف والكرامة فهي لا تكون محل للتعاقد وتمتاز بالخصوصية وانتقد هذا الرأي على اساس ان حق المؤلف لا يكون إلا اذا كان يعرض للناس كما انه قابل للتعامل به بعكس الحقوق الشخصية ، وذهب اتجاه ثالث وهو الراجح الى ان الحقوق الفكرية لها جانبين جانب شخصي وجانب مالي بموجب الجانب الاول يكون من حق المؤلف الدفاع

عن انتاجه الفكري وبموجب الثاني يستطيع المؤلف استثمار انتاجه الذهني عن طريق بيعه .

اما بشأن القانون الواجب التطبيق في هذه الحقوق فقد اختلف الفقه بين عدة اتجاهات يذهب الاول الى تطبيق القانون الشخصي للمؤلف (قانون الجنسية) اما التجاه الثاني فيذهب الى تطبيق قانون الدولة الذي طلبت فيه الحماية لحقوق المؤلف ، وذهب الاتجاه الثالث الى تطبيق قانون بلد الاصل وهو القانون الذي ظهر فيه الانتاج الفكري لأول مرة ويسمى ببلد النشر او العرض او التمثيل وقد اخذت التشريعات العربية ومنها العراق بالاتجاه الاخير ، وقد تم اخيرا تعديل القانون الخاص بحماية حق المؤلف بموجب الامر الاداري الصادر عن سلطة الاتلاف المؤقت رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٤ اذ ينص القانون على ان "تسري احكام هذا القانون على كل مصنفات المؤلفين العراقيين والاجانب التي تنشر او تمثل او تعرض لأول مرة في بلد اجنبي وتشمل الحماية حق المؤلف والحقوق المجاورة بموجب هذا القانون والاجانب سواء كانا اشخاص طبيعية او معنوية على اساس لا يقل عما هو مناسب ان يتمتع للمواطنين العراقيين فيما يتعلق بالحماية والتمتع بحقوق الملكية الفكرية الاخرى او اية مزايا تستمد من هذه الحقوق "

٣- الحقوق الشخصية : وتتمثل هذه الحقوق بالديون الثابتة بالذمة او الموثقة على شكل اوراق مالية ، ولكل وحد منها حكم بالنسبة للقانون الواجب التطبيق عليها .

أ- الديون الثابتة بالذمة : اذا كان مصدر هذه الديون العقد فهنا تخضع لقانون الارادة الضمنية او الصريحة ، اما اذا لم يوجد اتفاق فتخضع لقانون الموطن المشترك واذا اختلف الموطن تخضع لقانون محل الابرام وهو ما نصت عليه المادة ١/٢٥ من القانون المدني العراقي ز

اما اذا كان مصدر الديون التزامات غير عقدية (افعال ضارة او نافعة) فتخضع لقانون الدولة التي حصل فيها الفعل مصدر الالتزام باليون وهو ما نصت عليه المادة ١/٢٧ من القانون المدني العراقي .

ب-الديون الثابتة في اوراق مالية : فهي اما:

- اوراق لحاملها :وتأخذ هذه الديون حكم المنقول بعد ان تحرر على شكل اوراق لحاملها وتعامل معاملة المنقول وتخضع لقانون موقعها الفعلي بحسب نص المادة ٢٤ مدني عراقي.
- اوراق اسمية : وهي الاسهم والسندات الاسمية وتخضع لقانون مقر المؤسسة التي اصدرتها.
- اوراق أذنية : كالكمبيالة والسند والشيك ويخضع شكلها لقانون بلد تنظيمها اما تظهيرها فيخضع لقانون بلد التظهير اما انتقال الحق فيخضع لقانون بلد الوفاء بها ، علما ان القواعد القانونية التي تنظم التداول بالأوراق سواء كانت تجارية او مالية هي قواعد موضوعية ذات تطبيق فوري .

المطلب الثالث

مسائل الالتزامات العقدية

ان تحديد قاعدة الاسناد الخاصة بهذه المسائل و التي في ضوئها يتقرر القانون الواجب التطبيق بشان هذه المسائل يقتضي التطرق الى التطور التاريخي للقاعدة ومن ثم شروط اعمالها واخيرا موقف القانون المقارن والعراقي منها وذلك من خلال خمسة فروع:-

شروط اعمال قاعدة الاسناد

لاعمال قاعدة الاسناد ويقتضي ان تتوافر جملة شروط في عنصر الاسناد (العلاقة العقدية) موضوع قانون الارادة و القانون المسند اليه (قانون الارادة) وهذا ما يتطلب عرض لشروط كل منهما من خلال محورين :

اولا:-شروط العلاقة العقدية (فكرة الاسناد)

لا تتمكن ارادة الاطراف من التحرك لاختيار قانون العقد في جميع الاحوال انما حركتها تقيد بشروط يقتضي توافرها في العلاقة وهي :

١- ان تتصف العلاقة بالصفة الدولية و تكون العلاقة ذات بعد دولي عندما تتخللها الصفة الاجنبية من خلال احد عناصرها الثلاثة (الاشخاص ، الموضوع ، السبب) اوان تكون العلاقة لها قابلية تحريك اموال عبر الحدود مثل (علاقات الاستثمار) على الوصف الذي تناولناه في شروط التنازع وبذلك تخرج العلاقات الوطنية من مجال قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات العقدية فاذا اخل عراقي بتنفيذ التزام عقدي اتجاه مواطن فرنسي فيجوز هنا ان يتفق الطرفين مقدما على قانون دولة ما لحكم النزاع المثار بشان هذا الاخلال او حكم شروط العقد . اما اذا كان الطرفان عراقيين فليس امامهما فرصة الاتفاق على غير القانون العراقي لان العقد يكون وطنيا.

٢- ان تكون العلاقات متصفة بالصفة المالية أي متعلقة بحقوق شخصية مثال ذلك جميع العقود التي ترتب حقوق شخصية كالوكالة والنيابية و الوديعة و القرض و البيع بالنسبة للاثار الشخصية التي يرتبها وبذلك تخرج من نطاق القاعدة العلاقات المتعلقة بالاموال العقارية والمنقولة والتي يترتب عليها حقوق عينية وكذلك العلاقات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية ومنها الزواج الوصية و التبني و الاهلية وكذلك عقود العمل ذلك لان المشرع في كل دولة ينظم العقود الاخيرة بقواعد امرة حماية لمصلحة الطرف الضعيف وهو العامل من حيث تحديد الحد الادنى من الاجور و الحد الاقصى من ساعات العمل وظروف العمل و سن العامل وجنسية

،حيث تخضع هذه العقود لقانون بلد تنفيذ العقد وبذلك فجميع هذه العلاقات تخرج عن قاعدة الاسناد الخاصة بالالتزامات العقدية.

٣- ان تكون المسائل المتعلقة بالعلاقة المتصفة بالصفة الدولية المالية من قبيل القواعد المفسرة لا الامرة ذلك لان لقواعد الامرة في العلاقة لا يجوز الاتفاق على خلافها ومنح الاختصاص في العلاقة لقانون اخر غير قانونها الطبيعي . فعقد بيع العقار لا يجوز الاتفاق فيه على قانون اخر غير قانون موقع العقار في ما يتعلق بالأثر الناقل للملكية او المنشئ للحق العيني في العقار لان تلك الاثار من قبيل القواعد الامرة ولكن يجوز الاتفاق على قانون غير قانون موقع العقار فيما يتعلق بالقواعد المفسرة و التي تتمثل بالجزاء المترتب على عدم تنفيذ البائع لالتزامه بالتسجيل او المشتري بدفع الثمن والية تنفيذ الالتزام او مواعيد التنفيذ فهي مسائل تدخل ضمن مفهوم الحقوق الشخصية لا العينية وتتضمن معنى القيام بعمل او الامتناع عن عمل او تسليم شيء وهذا ينسحب على باقي العقود والعلاقات.

ثانيا:-شروط قانون الارادة (القانون المسند له الاختصاص)

حتى يتكامل دور الارادة في اختيار قانون العقد لا يكفي ان تكون العلاقة العقدية دولية مالية متعلقة بقواعد مفسرة انما يضاف الى ذلك ان تتوافر جملة من شروط في القانون المختار الذي يحكم العلاقة تتمثل في

أ- ان يكون قانون الارادة ذات صلة بالعقد من خلال جنسية احد طرفيه او موطنهم او محل ابرام العقد او تنفيذه او موقع المال وقد لا يتصل العقد بالقانون من خلال الصلات اعلاه انما يتحقق اتصاله بالقانون بوصفه معني بتنظيم الشروط النموذجية للعقد.

مثال ذلك عقد توريد ابرم في الاردن بين شركة عراقية ومورد فرنسي على ان يورد الاخير للشركة كمية من الحبوب من استراليا فهنا يمكن للطرفين الاتفاق على احد القوانين بوصفه قانون الارادة وهو اما القانون الفرنسي بوصفه قانون المورد او القانون العراقي بوصفه قانون المستورد او القانون الاسترالي بوصفه قانون موقع المال او القانون الاردني بوصفه قانون محل ابرام العقد كما يمكن الاتفاق على القانون البريطاني رغم انه ليس بقانون جنسية احد الطرفين او موطنهم او

محل ابرام العقد او تنفيذ او قانون موقع المال الا انه القانون الاكثر شهرة بتنظيم الشروط النموذجية لعقود توريد الحبوب.

ب- ان يكون قانون الارادة غير مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع فاذا كان كذلك فيستبعد وان كان مختار من قبل الاطراف ويكون تقييم مخالفة قانون الارادة للنظام العام وقت تطبيقه لا وقت الاتفاق عليه فاذا كان القانون المتفق عليه (قانون الارادة) لحظة الاتفاق مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع، الا انه اصبح موافق له عند تطبيقه فيعمل به لأنه الوقت المطلوب لتحقق شرط مطابقة قانون الارادة للنظام العام في دولة قاضي النزاع.

الفرع الثالث

اعمال قاعدة الاسناد

ان اعمال القاعدة يكون عندما يعرض على قاضي النزاع دعوى متعلقة بعقد دولي مالي فعلى القاضي هنا ان يقوم بإسناد العقد الى قانون الارادة الصريحة اذا وجد اتفاق يقضي بتسوية أي منازعة بشان العقد بموجب قانون دولة ما اما اذا لم يوجد اتفاق صريح فعلى القاضي ان يتحرى عن اتجاه الارادة الضمنية الى قانون دولة ما وهو يتحقق من ذلك من خلال جملة ظروف او وقائع محيطة بالعقود تكشف عن الرغبة الضمنية للأطراف بإخضاع العقد لقانون الدولة التي ترتبط به هذه الوقائع او الظروف ومنها اللغة التي حرر بها العقد او محكمة الدولة التي اتفق على الخضوع لولايتها او ابرام العقد فيها او قصد تنفيذه فيها فهذه الظروف و الوقائع عبارة عن قرائن تؤشر على ان هناك ارادة ضمنية اتجهت لتطبيق قانون الدولة التي تعلقت بها .اما اذا لم توجد ارادة صريحة او تكشف الظروف او الوقائع عن الارادة الضمنية وقد اجاز جانب من الفقه اعتماد قانون الارادة في نطاق عقود العمل . فقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي وكذلك القضاء الفرنسي و البريطاني الى ضرورة البحث عن الارادة المفترضة والتي يستخلصها القاضي من خلال ما يصطلح عليه بعنصر الاداء المميز الذي يكشف عن قانون الدولة الاكثر صلة بالعقد مثال ذلك يعتبر قانون دولة الاستثمار هو الاكثر صلة بالعقد ومن ثم فهو قانون العقد ويعبر عن عنصر الاداء المميز في ظل عدم اتفاق اطراف العقد على قانون دولة معينة صراحة او ضمنا

الا ان جانب من الفقه ينتقد ما يصطلح عليه بالإرادة المفترضة لأنها من صنع الوهم و الخيال وحسب وجهة نظرهم فالإرادة اما ان تكون صريحة او ضمنية وليس اكثر من ذلك وكما ذكرنا لابد ان يكون القانون المتفق عليه صراحة او ضمنا على صلة جدية موضوعية بالعقد من خلال كونه قانون جنسية احد الطرفين او موطنه او محل ابرام العقد او محل تنفيذه او موقع المال.

الفرع الرابع

نطاق تطبيق قاعدة الاسناد

يطبق قانون الارادة بموجب قواعد اسناد دولة قاضي النزاع على شروط تكوين العقد واثاره على الراي الراجح في الفقه وهناك من يرى ان نطاق تطبيقه يمتد الى اثار العقد دون شروط تكوينه ونعتقد ان فكرة الالتزامات العقدية تتكون من شروط العقد واثاره كما يدخل ضمن هذا النطاق الارادة من حيث كونها الارادة الظاهرة ام الباطنة وكذلك مدى اعتبار السكوت قبولا وحالات التعبير عن الارادة وكذلك وجود المحل وصحته ووجود السبب، كما يشمل نطاق قانون الارادة اوصاف الالتزام الشرط و الاجل وتعدد الملتزمين وحالات الضمان كما يطبق على اسباب انتهاء الالتزام بالإبراء او الوفاء والمقاصة وخاصة الاتفاقية منها.

ويخرج عن اختصاص قانون الارادة الرضا وعيوبه لأنه يلحق بمسائل الاهلية ومن ثم تخضع لقانون الجنسية وكذلك شكل التصرف يخضع لقانون محل الابرام في الغالب.

ومشروعية السبب و المحل تخضع لتقدير قاضي النزاع لأنها متعلقة بالنظام العام وتعد من قواعد الامن المدني والقواعد ذات التطبيق الفوري والمباشر.

الفرع الخامس

موقف القانون المقارن والعراقي

ذهب المشرع العراقي في المادة(١/٢٥) من القانون المدني التي نصت على (يسري على الالتزامات العقدية قانون الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا واذا اختلفا يسري قانون محل ابرام العقد كل ذلك ما لم يتفق المتعاقدين او تبين الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه)

وهذا يعني ان على القاضي العراقي عندما يطبق قاعدة الاسناد الخاصة بقانون الارادة ان يبدا بتطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بقانون الارادة أي ان يبدا بتطبيق قانون الارادة الصريحة او الضمنية اذا وجد أي منهما وفي حالة غيابهما فيصار الى اعتماد قانون موطنهم المشترك وفي ظل اختلاف الموطن يصار الى الخيار الاخير وهو قانون محل الابرام[٣] وهذا يعني ان امام قاضي النزاع العراقي ثلاثة خيارات الاول يتمثل بقانون الارادة الصريحة او الضمنية و الثاني قانون الموطن المشترك للمتعاقدين و الثالث قانون محل ابرام العقد ويستعمل القاضي الخيار الثاني في ظل عدم تحقق الخيار الاول ولا يستعمل الخيار الثالث الا اذا لم يتحقق الخيار الثاني أي انه يطبق الخيارات على سبيل التدرج لا التخيير.

ويمتد كما لاحظنا حكم قانون الارادة الى جميع المسائل المتعلقة بالحقوق الشخصية واثارها من حيث نشؤها وانتقالها وانتهائها ولا يمتد لحكم عواض الاهلية والشكلية حيث يكون الاختصاص في الاولى للقانون الشخصي (الاهلية) و في الثانية لقانون محل الابرام(الشكلية)

المطلب الرابع

مسائل الالتزامات غير العقدية

كما بينا سابقا ان الالتزامات (الحقوق الشخصية) وهي الاثار الشخصية للعلاقات تنشا اما بمناسبة العقود فيصطلح على تسميتها بالتزامات العقدية نسبة للعقود المتعلقة بها او بمناسبة علاقة غير عقدية فيصطلح عليها بالالتزامات غير العقدية بسبب انها تعقد خارج اطار العقود ويترتب بمناسبتها التزامات وتكون على نوعين الاولى التزامات تترتب بمناسبة افعال نافعة والثانية تترتب بمناسبة افعال ضارة وبناء على ذلك سنبحث لكل منهما من حيث المقصود بهما

ومن ثم القانون الواجب التطبيق بمناسبتهما أي قاعدة الاسناد الحاكمة لهما وتأصيلها التاريخي ومبرراتها على مستوى القانون المقارن والعراقي وذلك من خلال فرعين

الفرع الاول

المقصود بالالتزامات الغير التعاقدية

كما ذكرنا ان هذه المسائل تحصل بمناسبة افعال نافعة واخرى ضارة ففي اطار الافعال الاولى يصطلح على الاثر المترتب عليها بالأثراء بلا سبب او الكسب بلا سبب ، وعناصره فعل الاثراء وفعل الافتقار والعلاقة السببية بينهما كما لو دفع شخص لآخر مبلغ من المال ضنا منه انه دائنا له فالأول يسمى بالمفتقر والثاني بالمثري ولا يثير هذا الموضوع الا الاشكاليات التي يثيرها الفعل الضار على مستوى تحديد القانون الواجب التطبيق اذ تخضع علاقة الاثراء وان تفرقة عناصرها لقانون المكان الذي حصل فيه فعل الاثراء بوصفه الاساس القانوني للالتزام غير العقدي، فاذا سحب المفتقر شيك على بنك في العراق لحساب الشخص الذي اثرى وسلمه له في الاردن فان فعل الاثراء بحسب هذا الفرض يكون قد حصل في الاردن ومن ثم القانون الواجب التطبيق يكون القانون الاردني اما في اطار الافعال الثانية فيصطلح على الاثر المترتب عليها بالمسؤولية التقصيرية والتي اساسها العمل غير مشروع الذي هو احد مصادر الالتزام وتترتب بمناسبته المسؤولية المدنية التقصيرية لأنها تقع من جراء تقصير من قبل مرتكب الفعل والذي باثره تنشا علاقة ما بين مرتكب الفعل الضار و المضرور ويقتضي لترتيب مسؤولية الاول تحقق ثلاثة عناصر هي الخطأ من جانبه، و الضرر المترتبة كنتيجة له، و العلاقة السببية بينهما ،و اذا تخلف أي منهما فلا تتحقق المسؤولية التقصيرية والذي يعنينا هنا هو تحديد القانون الذي يستأثر بالاختصاص في حكم الافعال المرتبة للمسؤولية التقصيرية ،وهذه الافعال نعني بها الاعمال غير المشروعة (الضارة) التي تترتب عن علاقة ذات عنصر اجنبي أي تقع من وطنيين على اجانب او بالعكس او من اجانب في الحدود الوطنية لدولة ما، مثل حوادث السيارات.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق في الالتزامات الغير عقدية

بعد ان عرفنا مبدئياً القانون الواجب التطبيق في الالتزام المترتب عن الفعل النافع ، فان الامر لا يكون بمثل هذه السهولة في اطار الفعل الضار(العمل غير المشروع) ولأجل الاحاطة بالموضوع فلابد من عرض الآراء التي تناولت تحديد القانون الواجب التطبيق في الموضوع الاخير ، والتي اخذت عدة توجهات فقهية في هذه المسالة سنعرضها من خلال خمسة محاور على النحو الاتي :-

اولا:-نظرية قانون الارادة

بموجب هذه النظرية يخضع الفعل الضار لقانون الارادة الصريحة أي للقانون المتفق عليه بين المضرور و فاعل الضرر وقد انتقدت هذه النظرية على اساس ان الارادة لم تتحرك ابتداءا لتحقيق العلاقة فكيف تساهم في تحديد قانون العلاقة لحكم افعال او حوادث حصلت خارج ارادة اطرافها، ويرد على ذلك بإمكانية الاتفاق على القانون بعد حدوث الفعل الضار .

ثانيا :-نظرية القانون الشخصي

وبموجب هذه النظرية يصار الى اعتماد القانون الشخصي قانون الجنسية او الموطن وهو القانون الشخصي للمضرور على راي البعض او القانون الشخصي لفاعل الضرر على راي البعض الاخر.

وينتقد هذا الاتجاه على وصف ان مسائل الالتزامات الغير العقدية ليست من الاحوال الشخصية ومن ثم لا يكون الاختصاص فيها للقانون الشخصي فهي ترتكز على اسس اقليمية محكومة بمبدأ الاقليمية وهذا يتعلق بالأفعال وهو خارج نطاق القانون الشخصي المتعلق بالأشخاص.

ثالثا:-نظرية قانون القاضي

وبحسب هذه النظرية تخضع الالتزامات المترتبة على الافعال الضارة لقانون قاضي النزاع وذلك لأنه القانون الاقرب للحكم في النزاع وينتقد هذا الاتجاه لان فيه عودة لمبدا الاقليمية المطلقة.

رابعا:- نظرية قانون العلاقة الاصيلة

وبموجب هذه النظرية يخضع الفعل الضار المرتب للالتزامات غير العقدية لقانون العلاقة الاصلية التي يرتبط بها الفعل الضار . ففي الاضرار بأموال الغير في علاقة ما يخضع لقانون موقع المال، وتجاوز الحدود الشرعية في التأديب بحق الزوجة من قبل الزوج يخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج لان ذلك حصل بمناسبة علاقة الزواج بوصفه اثر من اثاره ،و الافعال الضارة من قبل مزدوج الجنسية تخضع لقانون جنسية القاضي اذا كانت من بين الجنسيات المتعددة جنسية القاضي، ويؤخذ على هذا الراي ان الفعل الضار قد يرتبط بعدة علاقات الامر الذي يصعب معه تحديد العلاقة الاصلية ومن ثم القانون الحاكم لها.

خامسا:-نظرية القانون المحلي

و المقصود بها خضوع الافعال الضارة لقانون محل حدوثها أي قانون الدولة التي حدثت فيها افعال الضارة ،ويقوم هذا التوجيه على ان هذه الافعال تشكل خرقا لقواعد سلوك الافراد في المجتمع الذي حدثت فيه كما ان هذه القواعد تعد من قواعد الامن المدني ومتعلقة بالنظام العام ،ومن ثم توصف بانها قواعد امرة لا يجوز ان يستبدل الاختصاص فيها لقانون اخر غير قانونها وهو قانون محل حدوث الفعل الضار كما انه المكان الذي اختلت فيه مصالح الافراد، فضلا عن ان قانون هذا المكان يوصف بانه القانون الذي يستأثر جغرافيا بالاختصاص في الافعال، وهو الاقرب لها من أي قانون اخر ،كما انه الاقدر على تقدير الاضرار وتحديد مقدار التعويض الملائم ومن ثم ضمان تحقيق عدالة الاحكام فيها وضمان تنفيذها على المستوى الدولي بعد اصدارها، واخيراً ضمان تحقيق عدالة الاحكام فيهاو ضمان تنفيذها على المستوى الدولي بعد اصدارها.

ولأجل الاحاطة بهذا القانون فلابد من بيان معناه ومن ثم نطاق تطبيقه و المسائل التي يحكمها على مستوى القانونين المقارن والعراقي.

١-نطاق تطبيق القانون المحلي

يطبق هذا القانون على الافعال الضار التي ترتكب على اقليم الدولة البري و البحري والجوي ولا يمتد ليطبق على افعال ترتكب خارج هذه الحدود لأنه محدود بها وينتهي تطبيقه عندها ليبدا تطبيق قانون اخر على افعال ضارة ترتبت في منطقة نفوذه، فهو مثالا يطبق على التصادم بين

السفن الذي يحصل في البحر الاقليمي الوطني ايا كانت جنسية السفن وكذلك حوادث الطائرات التي تقع في الاقليم الجوي الخاضعة لولاية الدولة.

٢ – المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق القانون المحلي

وتشمل هذه المسائل عناصر الفعل الضار وهي الخطأ و الضرر لعلاقة السببية ،ومقدار التعويض الملائم للضرر، كما يمتد ليشمل اهلية فاعل الضرر للمسالة أي هل يتحملها مباشرة اذا كان بالغ عاقل ام بصورة غير مباشر اذا كان قاصر ليتحملها من ينوب عنه لان الاهلية هنا توصف بانها اهلية وجوب لا اهلية اداء ،كما ان قواعدها متعلقة بالأمن المدني وحماية المجتمع كما تدخل في اختصاص هذا القانون اسباب المسؤولية كالفعل الشخصي او فعل الغير لعمل ،واسباب دفع المسؤولية ومنها تدخل الغير و القوة القاهرة و الحادث المفاجئ ومدى مساهمة المضرور في احداث الضرر مثال ذلك عبوره من غير الاماكن المخصصة للعبور او دخوله في منطقة خطرة رغم وجود اشارات تدل على الخطر كما يمتد هذا القانون ليحكم اسباب اقامة دعوى المسؤولية وتقادم الدعوى ومواعيدها.

٣–صعوبات تطبيق القانون المحلي

يعترض قاضي النزاع وهو في سبيل تطبيق القانون المحلي جملة من الصعوبات تأخذ، مظهرين الاول، يتمثل بتوزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول تتمثل في ارتكاب الخطأ في دولة، وترتب الضرر في دولة اخرى، فهنا هل يخضع الفعل الضار لقانون دولة ارتكاب الخطأ ام قانون دولة حدوث الضرر اختلف الفقه في ذلك بين عدة اتجاهات.

الاتجاه الاول يذهب الى تطبيق قانون ارتكاب الخطأ ذلك لأنه اساس المسؤولية المدنية، وما الضرر الا نتيجة له ،كما ان القانون يرمي الى مسالة من ارتكاب الافعال الضارة والتي يعد الخطأ اساس وجودها.

الاتجاه الثاني يذهب الى تطبيق قانون محل حدوث الضرر ذلك لان قواعد المسؤولية المدنية لا تستهدف فقط معاقبة المخطئ بقدر ما تستهدف تعويض المتضرر من الفعل الضار، ومن ثم فان مكان حدوث الضرر هو المكان الذي يختل فيه توازن المصالح لذا يقتضي تدخل قانون هذا المكان لإعادة توازن هذه المصالح الى نصابها الصحيح.

الاتجاه الاخير يقضي بالخيار للمتضررين بين قانون محل حدوث الخطأ او محل ترتب الضرر وهذا الاتجاه هو الاكثر عدالة لأنه يفضي الى تطبيق القانون الاصلح للمتضرر الطرف الضعيف في العلاقة وقد اخذت بهذا الاتجاه بعض التشريعات الاجنبية.

وبالرجوع الى احكام التشريعات العربية في هذه المسالة ومنها المادة (٢١) مدني مصري و المادة (٢٢) مدني اردني يقابلها (١/٢٧) عراقي فأنها لم تتضمن صراحة على الية معينة لتحديد القانون الواجب التطبيق في ظل توزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول ،وهذا يعني ان المشرع ترك فرصة الاجتهاد للقضاء لتطبيق القانون الاصلح للمتضررين وهو قانون محل حدوث الفعل الضار (الخطأ) وقد اكدت ذلك المادة (١/٢٧) مدني عراقي والتي نصت على ان (الالتزامات غير التعاقدية يسري عليها قانون الدولة التي حدثت فيها الواقعة المنشئة للالتزام)

اما الصعوبات في مظهرها **الثاني** فتتمثل في حدوث الفعل الضار في منطقة لا تخضع لسيادة دولة معينة مثال ذلك تصادم سفينتان في اعالي البحار او طائرتان في الفضاء الجوي الحر ،فهاتين المنطقتين لا تخضعان لسيادة دولة معينة انما السيادة عليها مشتركة لجميع دول العالم وقد طرح في هذا المقام اتجاهين الاول يذهب الى اعتماد جنسية السفينة او الطائرة المسببة للضرر ،في حين ذهب اتجاه اخر الى اخضاع الفعل الضار في هذه المناسبة لقانون قاضي النزاع بوصفه صاحب الاختصاص الاحتياطي، ونحن نفضل الراي الثاني علما ان المشرع العراقي لم ينظم احكام مثل هكذا حالة ويمكن اعتماد الراي الثاني من قبل القضاء العراقي لتعذر التوصل الى القانون الواجب التطبيق لغياب اسبابه في منطقة تنتهي فيها السيادة اضافة الى ان القاضي ستكون له سلطة تقديرية للبحث عن القانون الاصلح للمضرور بين قانون السفينة التي تسبب الضرر وقانون السفينة التي ترتب عليها الضرر وهو ما يعكس نفس الية بحث توزع عناصر الفعل الضار بين عدة دول .

ومن الجدير بالذكر ان وجود اتفاقية تحدد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يصار الى اعمالها مثل اتفاقية بروكسيل للعام١٩١٠ بخصوص التصادم البحري والتي صادقت عليها مصر.

ويعتمد القضاء الانكليزي مبدا القانون البحري العام في تصادم السفن في اعالي البحار اذا كان هو جهة عرض النزاع و المقصود بهذا القانون مجموعة عادات واعراف بحرية .

ويشترط تطبيق قانون محل حدوث الفعل الضار من قبل قاضي النزاع على اراضي دولته ان يكون الفعل غير مشروع ايضا بموجب قانون دولة الاخير أي هنا يطبق القانون الواجب التطبيق و قانون قاضي النزاع تطبيقا جامعا فعدم مشروعة الفعل (الفعل الضار) يجب ان تتحقق وفق قانونين واشترطت بعض القوانين كذلك ان لا يكون التعويض عن الفعل الضار بموجب مكان ارتكابه اكثر مما يتطلبه قانون قاضي النزاع وهذا موقف القانون الدولي الخاص الالماني ويقترب منه موقف القضاء البريطاني و الفرنسي اما على مستوى التشريعات العربية ومنها العراق فيشترط ان يكون عدم المشروعية مقررة بموجب قانون محل حدوث الفعل و القانون العراقي اما اذا كان الفعل غير مشروع بموجب القانون الاول دون الثاني فلا يطبق هنا القانون الاول لان تطبيقه متوقف على اقرار عدم المشروعية من الثاني وهذا ما اكدته المادة (٢١) مصري و المادة (٢٢) مدني اردني وكذلك موقف المشرع العراقي في المادة (٢/٢٧) و التي نصت على ان (على انه لا تسري احكام الفقرة السابقة فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة من العمل غير المشروع على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في العراق وان عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه)

المطلب الخامس

مسائل الشكل

سنعرض للموضوع من خلال بيان معنى الشكل ونطاق قانون الشكل واخيرا موقف القانونين العراقي و المقارن وذلك من خلال ثلاثة مطالب.

الفرع الاول

معنى الشكل

الشكل هو المظهر الخارجي للتعبير عن الارادة ،فالأخيرة تتحرك باتجاه احداث اثر قانوني بصيغ فنية ،مادية او معنوية، تأخذ مظاهر متنوعة تتمثل بمظهر الشهادة او التوثيق او المراسيم الدينية و في ضوء ذلك يتوزع الشكل من حيث تأثيره في التصرفات الى شكل للأثبات وشكل للانعقاد واذا كان الشكل الثاني يخضع للقانون الذي يحكم موضوع الحق او العقد بوصفه ركن يتوقف وجود الحق او العقد على وجوده .فالسؤال ما هو القانون الذي يحكم الشكل للأثبات هل يخضع لقانون جنسية الطرفين ام لقانون قاضي النزاع ام لقانون محل اجراء التصرف استقر الفقه منذ عهد مدرسة الاحوال الايطالية القديمة ان التصرف يخضع لقانون محل الابرام في شقيه الموضوعي و الشكلي وفيما بعد تم الفصل بين الشقين حيث اخضع الشق الموضوعي لقانون الارادة و الشق الشكلي لقانون محل الابرام ومنذ ذلك الحين شاعت وانتشرت قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل حيث اخضعت التصرف في الشكل لقانون محل ابرامه وانتقلت الى التشريعات الوطنية الاجنبية و العربية كما اعتمدها المشرع العراقي في المادة (٢٦) من القانون المدني.

وتنطوي قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل على مبررين

الاول : التسهيل و التيسير على الافراد بأجراء تصرفات صحيحة اينما كانوا خاصة وان الزامهم باستيفاء الشكلية المقررة في قانون اخر مثل قانون جنسيتهم قد يتعذر عليهم استيفائه اذا منع قانون محل الابرام تلك الشكلية مما يفضي ذلك الى ارتباك المعاملات وعدم استقرارها على المستوى الدولي.

الثاني : منح الثقة و الاطمئنان للأفراد في قدرة ارادتهم على الارتباط بعلاقات خارج محيط دولهم لسهولة احاطتهم علما بالشكل المطلوب في قانون محل الابرام اكثر من أي قانون اخر..

الفرع الثاني

نطاق تطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل

تسري قاعدة الاسناد و الخاصة بالشكل في نطاق الشكل المطلوب للأثبات ويخرج من نطاق تطبيقها الاشكال ادناه:

١- الاشكال المتممة للأهلية : وهي تلك الاشكال المتعلقة بأهلية مباشرة التصرفات كحصول القاصر على اذن من المحكمة بفتح محل تجاري حيث تخضع شروط منح الاذن هنا الى قانون جنسية القاصر لانه القانون المتكفل بحماية ارادته وكذلك حصول الوصي على اذن من المحكمة لادارة اموال من هو تحت وصايته تخضع لقانون جنسية الصغير لأنه المقصود بالحماية اما تقديم الاذن في الحالتين اعلاه تخضع لقانون قاضي النزاع، لأنها من المسائل الاجرائية الفنية .

٢- اجراءات العلانية : فهي صيغ فنية تتعلق بإشهار التصرفات المتعلقة بالأموال فهنا تخضع لقانون موقع المال المتعلقة به علانية التصرفات وذلك لحماية الغير الذي يتعامل مع مالك المال، كإجراءات تسجيل التصرفات المتعلقة بعقار في الدائرة المختصة.

٣- الاجراءات القضائية تخضع لقانون المحكمة المقام امامها الدعوى المتعلقة بها تلك الاجراءات فهنا تشمل اجراءات المرافعات و التنفيذ وبعض مسائل الاثبات.

الفرع الثالث

موقف القانون العراقي و المقارن

اعتمدت اغلب التشريعات قاعدة خضوع شكل التصرفات لقانون محل الابرام وقد سجلت هذه القاعدة جميع التشريعات العربية ومنها التشريع المصري في المادة(٢٠)مدني حيث اخضع شكل التصرفات لاحد القوانين الاتية :

١- قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين

٢- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين

٣- قانون الذي يحكم الموضوع

٤- قانون محل الابرام .

وهذا هو موقف المشرع الاردني و الليبي علما ان التشريعات العربية اعلاه جعلت قاعدة الاسناد الخاصة بالشكل قاعدة اختيارية في حين جعل منها المشرع العراقي قاعدة الزامية حيث الزم الافراد بالخضوع في شكل تصرفاتهم الى قانون محل الابرام حصراً بموجب المادة (٢٦) مدني منه التي نصت على (تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها) وهذا يعني ان ليس هناك من خيار اخر امام الافراد لاستيفاء شكلية العقود في حين سجل المشرع العراقي في المادة (١/١٩)مدني والتي سبق التطرق لها في مسائل الزواج الخيار للزوجين بين استيفاء شكلية العقد بموجب احد القانونين وهما قانون جنسية الزوجين او قانون محل الابرام.

ومن الجدير بالذكر يخضع اثبات التصرفات لنفس القانون الذي يحكم شكلها وذلك لوجود صلة وثيقة ما بين الشكل والاثبات لان كلاهما صيغ فنيه تتعلق بالتصرف وقد اعتمد المشرع العراقي هذا الحل في المادة(١/١٣) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل و التي نصت على(يسري في شان ادلة الاثبات قانون الدولة التي تم فيها التصرف القانوني)

المبحث الرابع

حالات تعطيل قواعد تنازع القوانين

بعد ان استعرضنا نطاق تطبيق قواعد الاسناد ومن ثم تطبيق القانون المسند اليه قد تقع حالات يتعطل فيها اعمال قواعد الاسناد ومن ثم يمتنع معها تطبيق القانون المسند اليه الاختصاص مما يطرح ذلك التساؤل عن طبيعة وآلية ظهور هذه الحالات، ومن ثم اثارها ان الاجابة عن ذلك تتطلب استعراض كل حالة من الحالات التي تتعطل معها قاعدة الاسناد والتي تتمثل بالنظام العام و الغش نحو القانون و المصلحة الوطنية وسنعرض لتعريف ونطاق كل منهما و الاثر المترتب من خلال ثلاثة مطالب سنبحث في الاول النظام العام وفي الثاني للغش نحو القانون وفي الثالث المصلحة الوطنية .

المطلب الاول

النظام العام

النظام العام فكرة مرنة قابلة للتغير و التطور باختلاف الزمان و المكان فما يعد من النظام العام في العراق اليوم لا يعد كذلك في المستقبل ،وما يعد من النظام العام في فرنسا لا يعد كذلك في العراق ، وتظهر فرص الاحتجاج بالنظام العام على درجة كبيرة بين الدول المتباعدة حضاريا ويخف ظهوره بين الدول المتقاربة حضاريا ويعود سبب ذلك الى اختلاف الموروث الثقافي و القانوني بين الدول المتباعدة حضاريا ويعبر عن ذلك الفقيه سافيني بما يصطلح عليه بغياب الاشتراك القانوني بين هذه الدول وهو ما يسمح بفرص ظهور النظام العام، وبحسب هذا التفسير هناك حد ادنى من الاشتراك القانوني بين الدول متى ما تصدع هذا الحد سيسمح ذلك بالتنافر بين القوانين رغم ان مسالة الاختلاف بين القوانين تسمح بالتنازع طالما كان الاختلاف بين القوانين في المسائل الثانوية اما اذا بلغ مبلغ الاختلاف في المسائل الجوهرية فان ذلك يعني التنافر، ومن ثم ظهور فكرة النظام العام أي حصول فجوة بين القانون الاجنبي وقانون قاضي النزاع ولم تضع تشريعات اغلب الدول تعريف محدد للمقصود بالنظام العام وذلك لانه فكرة مرنة كما ذكرنا في حين وضع الفقه تعريفات متعددة اهمها ان النظام العام مجموعة من القيم و العادات و التقاليد التي تشكل النظام الاجتماعي الاقتصادي و السياسي للدولة ويعد من الاصول التي يرتكز عليها المجتمع.

وتقف وراء الدفع بالنظام العام من قبل قاضي النزاع قبل القانون الاجنبي الذي اشارت الى تطبيقه قواعد الاسناد الوطنية في دولة قاضي النزاع اسباب فنية واقتصادية واجتماعية ودينية فمن ناحية الاسباب الفنية (التقنية) قد يشترط قانون قاضي النزاع لنفاذ الرهن الحيازي قبل الراهن للاحتجاج به من قبل المرتهن نزع حيازته من يد الراهن كما هو عليه موقف القانون العراقي في حين لا يشترط ذلك قانون موقع المال الذي اشارت الى تطبيقه قواعد اسناد قاضي النزاع كما هو عليه الحال في موقف القانون الامريكي اما من ناحية الاسباب الاقتصادية فتتمثل في اعتماد القانون الواجب التطبيق اسباب للدين لا يجوزها قانون قاضي النزاع كما لو كان القانون الاجنبي يعترف بالديون المترتبة على القمار و الرهان في حين تعد هذه الاسباب مخالفة للنظام العام لقانون قاضي النزاع كما هو عليه الحال في المادة(١/١٣٢) من القانون المدني العراقي التي

نصت على (يكون العقد باطلا اذا التزم المتعاقدون بدون سبب او لسبب ممنوع قانونا او مخالف لنظام العام او الآداب) واوردت المادة (٢/١٣٠)مدني ما يعد من النظام العام على سبيل المثال كما كان هذا موقف المشرع الاردني في المادة(١٦٣)مدني ،و لم تحدد المادة (٣١)من القانون المدني العراقي ايضا المقصود من النظام العام حيث نصت على (لا يجوز تطبيق احكام قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او الآداب في العراق) والى نفس المعنى ذهبت المادة (٢٨)مدني مصري والمادة (٢٩)مدني اردني والمادة (٢٨)مدني ليبي.

اما من ناحية الاسباب الاجتماعية فتتمثل في وجود حضر في القانون الاجنبي الواجب التطبيق يجعل اختلاف اللون مثلا مانع من الزواج او الميراث علما ان مثل هكذا حضر غير موجود من الناحية الفعلية في أي قانون لوجود اتفاقيات ومواثيق تؤكد المساواة بين الناس بغض النظر عن اعتبارات الجنس او اللون) المادة (٢) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨.

اما من الناحية الدينية فقد يبيح القانون الاجنبي الواجب التطبيق الزواج بين مختلفي الدين كما لو سمح بزواج المسيحي من المسلمة في حين يحضر مثل هكذا زواج في دولة قاضي النزاع وهو موقف اغلب الدول التي تسود مبادئ الشريعة الاسلامية الاحكام المتعلقة بالزواج ومنها العراق.

ومن الجدير بالذكر ان النظام العام وسيلة للدفاع عن المجتمع وهذا هو الدور الحمائي للنظام العام وهو لذلك يوصف بانه صمام الامان الذي من خلاله يسيطر على القوانين الاجنبية فيسمح بمرور الصالحة والملائمة للنظام العام لدولة قاضي النزاع ويطرح ما دون ذلك، وفي هذه الاطار ظهر للنظام العام مفهومان هما النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي يعمل الاول على الحد من اجراء تصرفات تمثل خروج على القواعد الامرة في اطار العلاقات الوطنية اما الثاني يمنع تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق عن طريق استبعاده في اطار العلاقات ذات البعد الدولي ويذهب البعض الى عدم الاعتراف بهذه التفرقة ويرى ان النظام العام واحد مع اختلاف دوره في محيط القانون الداخلي عنه في محيط تنازع القوانين على التفاصيل اعلاه ولا يوجد نظام عام دولي لان ذلك يعني وجود سلطة عليا فوق الدول تقرر ما يعتبر ضمن هذا المعنى فالحال ان لكل دولة نظام قانوني من خلاله يمكن ان يستشف عن وجد النظام العام الان دوره يختلف

كما قلنا حسب طبيعة العلاقة ففي اطار العلاقات الوطنية يكون دور النظام العام اشد .اما في اطار العلاقات ذات البعد الدولي يكون اخف لتشجيع حركة الاشخاص و الاموال عبر الحدود، وهو ما يطرح نشوء علاقات ممتدة العناصر بين اكثر من دولة وحصول التنازع ما بين هذه القوانين فالمرونة في تطبيق مفاهيم النظام العام في ظل التنازع تحقق حالة من التعايش بين الانظمة القانونية فالاتفاق بين الاطراف على سن بلوغ اقل او اكثر مما هو عليه قانونيا يعد باطل طالما انه يخالف قاعدة امرة في القانون الداخلي الا ان تقرير القانون الاجنبي سن اقل او اكثر مما هو مقرر في دولة قاضي النزاع لا يعد مخالف للنظام العام فهذا يكشف عن اختلاف دور النظام العام في الوضعين.

كما ان دور النظام العام كمانع لتطبيق القانون الاجنبي يظهر وقت تطبيق الاخير لان في هذا الوقت سيعرف القاضي مدى انسجام القانون الاجنبي مع النظام العام في دولته.

واذا كان النظام العام يمنع تطبيق القوانين الاجنبية على العلاقات ذات البعد الدولي لمخالفة هذه القوانين للنظام العام في دولة قاضي النزاع .فالسؤال هل يكون للنظام العام نفس الدور في القوانين الحاكمة في علاقات تنشا خارج محيط دولة قاضي النزاع مثال ذلك اذا كان القانون الفرنسي يمنع تطبيق قانون جنسية الزوجين الذي يبيح تعدد الزوجات فهل يعترف القانون اعلاه بالزواج بأكثر من واحدة اذا تم خارج فرنسا واريد الاحتجاج بإثاره في فرنسا.

اجاب الفقه الغالب عن ذلك بالتفرقة بين نشوء الحق واثاره فاذا كان النظام العام لقانون القاضي يمنع نشوء الحق على اراضيه فليس هناك ما يمنع من الاعتراف بإثاره اذا ما نشا خارج دولة قاضي النزاع فبحسب المثال السابق سيعترف القضاء الفرنسي باثار الزواج الثاني والتي تتمثل بالبنوة والتوارث رغم انه لا يعترف بها ابتداء اذا نشأت في فرنسا وهو ما يصطلح عليه بتلطيف مفعول النظام العام او الاثر المخفف للنظام العام رغم انه لا يعترف للزوج بوحدة السكن مع الزوجة الثانية ،ومقابل ذلك هناك بعض الحقوق لا يعترف لا بنشؤها ولا بأثارها ان تمت خارج محيط دولة قاضي النزاع مثال ذلك عدم اعتراف القضاء الفرنسي مثلا بحق ملكية منقول اكتسب عن طريق المصادرة بدون تعويض اذا كان قد اكتسب في دولة تجيز نشؤه فلا يعترف بمثل هذا الحق في فرنسا ولا بإثاره رغم انه نشا خارج فرنسا .

كما لا يمنع تطبيق النظام العام بوصفه مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي وان كانت تشير الى تطبيقه اتفاقية دولية ما بين دولة القاضي ودولة القانون الاجنبي لان عقد الاتفاقية ما بين الدولتين ليس معناه ان دولة القاضي تقر جميع قوانين الدولة الاجنبية انما يكون لها تحتفظ ضمني على القوانين المخالفة لنظامها العام.

ومن خلال متابعة اعمال النظام العام يظهر ان هناك اثران يترتبان على اعماله الاول سلبي و الثاني ايجابي سنعرض لهما من خلال فرعين:-

الفرع الاول

الاثر السلبي

ويتمثل باستبعاد القانون الاجنبي وعلى وجه التحديد منع تطبيق القواعد الموضوعية التي تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع واستبقاء ما دون ذلك، ويصطلح على ذلك بالأثر الاستبعادي للنظام العام لأنه يعبر عن استبعاد تطبيق القانون الاجنبي وهذا الاستبعاد اما ان يكون جزئي او كلي. فالاستبعاد الجزئي يتمثل في الحالة التي يقر فيها القانون الواجب التطبيق بالدين مع فوائده في حين ان الفوائد الربوية تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي سوف يستبعد احكام الفائدة في القانون الاجنبي دون الاحكام المتعلقة بالدين هذا يعني ان القاضي قد استبعد جزئيا القانون الاجنبي.

اما الاستبعاد الكلي فيتمثل في الحالة التي تكون فيها نصوص القانون الاجنبي في العلاقة موضوع النزاع لا تقبل التجزئة كما لو كان القانون الاجنبي الواجب التطبيق يجوز الزواج بين رجل مسيحي وامراة مسلمة في حين يعد ذلك مخالف للنظام العام لدولة قاضي النزاع فالقاضي هنا سوف يستبعد كليا القانون الاجنبي فلا يعترف بالأخير لا بما يقر للزواج من شروط وليس هناك من اعتراف بعد ذلك بقواعد تقر بالأثار.

ويذهب جانب من الفقه الالماني الى عدم اقرار الاستبعاد الجزئي ولا الكلي انما الامتناع عن تطبيق القواعد الموضوعية المخالفة للنظام العام لدولة قاضي النزاع و القيام بتحويرها على نحو يجعلها اكثر انسجاما وملائمة مع النظام العام واذا لم تكون تلك القواعد قابلة للتحوير فيصار الى اعتماد ما يقترب منها في الحكم وقد انتقد ذلك الراي لأنه يجعل القاضي الوطني بمنزلة

مشرع القانون الاجنبي بل انه يوسع صلاحيته على نحو يجعل له سلطة تحكمية . في حين يذهب راي اخر الى القول ايضا بعدم الاستبعاد و البقاء في اطار القانون الاجنبي عن طريق ما يسمى بوجود قواعد احتياطية تعمل مكان القواعد الاصلية فاذا تم اسناد الاختصاص بواسطة الجنسية الى القانون الاجنبي اذا كان ذلك مخالف للنظام العام لدولة القاضي فيصار الى اعتماد ضابط الموطن من ثم قانون الموطن كقاعدة احتياطية بدلا من قانون الجنسية القاعدة الاصلية.

الفرع الثاني

الاثر الايجابي

ويتمثل بحلول قواعد قاضي النزاع محل القواعد المستبعدة من القانون الاجنبي وهذا الاثر يصطلح عليه بالأثر الحلول ،أي ان يعبر عن حلول قانون محل قانون اخر سدا للفراغ التشريعي الذي يخلفه الاثر السلبي (الاستبعادي)

يتمثل بإحلال قانون القاضي محل القانون الاجنبي وتعتمد طبيعة هذا الاثر على طبيعة الاثر الاستبعادي فاذا حصل الاثر الثاني بصورة كلية سينسحب على الاثر الحلولي بصورة كلية واذا تم بصورة جزئية يكون الاثر الحلول بصورة جزئية أي ان الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول كلي لأحكام قانون القاضي و الاستبعاد الجزئي لأحكام القانون الاجنبي يقابله حلول جزئي لأحكام قانون القاضي ، مثال الحلول الكلي اذا كان القانون الواجب التطبيق يقر بيع التركات المستقبلية او الزواج بين المحارم يستبعد هنا كليا اذا كان مخالف للنظام العام للدولة قاضي النزاع ويحل قاضي النزاع محل القانون المستبعد كليا قانونه الوطني ، اما الحلول الجزئي فيتحقق عندما يقرر القانون الواجب التطبيق بعض شروط للزواج تتعارض مع النظام العام لدولة قاضي النزاع كما لو كان يبيح للزوجة بان تشترط على الزوج بعدم الزواج الثاني فهنا سوف يستبعد القانون الاول جزئيا فيطبق القانون الاجنبي على الشروط الموافقة لقانونه القاضي ويستبعد الشرط المتقدم ويحل القاضي محله احكام قانونه وهنا سوف يطبق القانون الاجنبي جزئيا في شروط كما يطبق قانون القاضي جزئيا في عدم الاعتراف بشروط اخرى أي ان القانونين سيطبقان جزئيا.

المطلب الثاني

الغش نحو القانون

اذا كان النظام العام يمنع تطبيق القانون الاجنبي الواجب التطبيق بحسب قواعد اسناد قانون قاضي النزاع وذلك لغياب الحد الادنى من الاشتراك القانوني ما بين قانون القاضي والقانون الاجنبي فان الغش نحو القانون يسمح بتطبيق القانون الاجنبي المختص اصلا ويمنع تطبيق القانون المصطنع له الاختصاص، ولأجل بيان هذا المانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي فلابد من بيان معنى الغش نحو القانون ثم نطاقه وشروط تطبيقه واخيرا اثره وذلك من خلال اربعة فروع:-

الفرع الاول

معنى الغش نحو القانون

لا يقتصر الغش نحو القانون على محيط القانون الدولي الخاص بل له امتداد على مستوى القانون الداخلي، ويحصل عندما يعمد اطراف العلاقة الى تبديل الوصف القانوني للعلاقة فينقلوا احكامها من نطاق قانون الى نطاق قانون اخر ضمن السيادة التشريعية للدولة الواحدة كما لو كان قانون الدولة يمنع بيع مال معين فيعمد الاطراف الى تبديل العلاقة من وصف البيع الى الايجار الطويل. اما الغش نحو القانون في اطار القانون الدولي الخاص فيحصل عندما يعمد اطراف علاقة ما الى تغيير ارادي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغير على نحو ينقل الاختصاص في العلاقة من محيط قانون دولة الى محيط قانون دولة اخرى للخروج من احكام القانون الاول والاستفادة من التسهيل في احكام القانون الثاني كما لو اراد شخص الطلاق وكان قانون جنسيته يحضر الطلاق فيلجا الزوج لتغيير جنسيته عن طريق اكتساب جنسية دولة تسمح له بالطلاق فيكون بذلك قد قام بتغير ضابط الجنسية بإرادته بقصد نقل الاختصاص في الطلاق من قانون يحضره الى قانون يبيحه أي انه تخلص من قانون يتشدد بشان الطلاق ودخل في نطاق قانون يخفف من اجراءات الطلاق فهو بذلك لم يغير الجنسية لذات التغيير أي لتغير بيئته الاجتماعية انما لتبديل الاختصاص في العلاقة وقد نشأت فكرة الغش نحو القانون بمناسبة قضية (دي بفرمونت) التي تتلخص وقائعها في ان امرأة من الجنسية البلجيكية تزوجت برجل من

الجنسية الفرنسية واكتسبت بفعل الزواج جنسية الزوج الفرنسية وعندما ارادت الطلاق لم تستطيع لان قانون الزوج يمنع الطلاق في ذلك الوقت مما اضطرت الى اكتساب الجنسية الالمانية بقصد الاستفادة من اباحة الطلاق الواردة في القانون الالماني و الافلات من الحضر الموجود في القانون الفرنسي.

الفرع الثاني

نطاق تطبيق الغش نحو القانون

ذهب جانب من الفقه الى قصر اعمال هذا المانع ضمن نطاق مسائل الاحوال الشخصية وهي الطلاق و الزواج ذلك لان اغلب ضوابط هذه المسائل قابلة للتغير بينما ذهب جانب اخر الى اعمال هذا المانع في جميع مسائل تنازع القوانين أي في مجال الزوج و العقود والفعل الضار و النافع ونعتقد ان الغش نحو القانون يعتمد كمانع في نطاق المسائل التي تكون ضوابط الاسناد قابلة للتغير فيها مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول اما اذا كانت الضوابط غير قابلة للتغير مثل موقع العقار محل الابرام فلا تعمل فكرة الغش في هذا النطاق.

وهناك فرض يثير تساؤل الفقه يتمثل حول العمل بالغش كمانع ، و هل يكون اذا وجه نحو قانون قاضي النزاع فقط ام يمكن ان يعمل به سواء كان موجه نحو قانون قاضي النزاع ام القانون الاجنبي؟ الاتجاه الراجح يذهب الى التوسيع من نطاق العمل بهذا المانع سواء كان الغش مرتكب اتجاه قانون القاضي ام قانون دولة اخرى ذلك لان قاضي النزاع لا يحمي فقط قوانينه من الغش انما هو مكلف بحماية كل قانون ترتكب في مواجهته حالة الغش، ويقوم هذا الاتجاه على مبرر وهو تحقيق التعاون الدولي بين الدول في المجال التشريعي و القضائي اضافة الى ان ذلك يضمن تحقيق العدالة ومحاربة الغش اينما كان لان الغش يفسد كل شيء وعدم تمكين مرتكب الغش للاستفادة منه، ومحاربة التطبيق الانتقائي للقانون.

ومن الجدير بالذكر ان فكرة الغش نحو القانون لم تكن محل اتفاق الفقه فقد توزع الفقه بين مؤيد ومعارض لها.

فالاتجاه الاول يذهب الى تاييد الفكرة مبرر ذلك بعدة مبررات تتمثل:

١- ان الفكرة تقوم على القصد وحيث ان الاخير يتعلق بالنية لهذا فهي مسالة وجدانية يصعب على القاضي ان يستدل على وجودها لأنها مسالة داخلية اضافة الى ان ذلك يسمح بوجود سلطة تحكمية للقاضي في الاستدلال على وجود قصد الغش.

٢- ان المشرع في جميع دول العالم يسمح للإفراد بتغيير ضوابط الاسناد وهذا يعني ان تغيير الضوابط مسالة مشروعة فكيف يؤخذ الافراد عن افعال اباح المشرع ممارستها.

اما الاتجاه الثاني فيذهب الى معارضة هذه الفكرة مستند في ذلك على عدة مبررات هي :

أ- ان القول بان الغش يقوم على القصد والنية وهي مسالة وان كانت صعب التحري عنها الا انها ليست بالمستحيلة فالقاضي في المسائل الجزائية يتحرى عن القصد الجنائي فلا يمنع ذلك من تحريه عن قصد الغش في مسائل القانون الدولي الخاص و القول باستعمال القاضي سلطة تحكمية للوصول للقصد يرد عليه لان تحري النية مسالة قانون تخضع لرقابة المحاكم العليا.

ب- ان عدم محاربة الغش نحو القانون يعد مكافاة للأغنياء على حساب الفقراء لانهم يستطيعون الانتقال بأنفسهم واموالهم بين الدول فتكون فرص ممارسة الغش بالنسبة لهم اوفر .

ج- ان اباحة المشرع للإفراد حق تغيير ضوابط الاسناد مقيد بشرط ان تكون موجه لغرض مشروع والحال ان الغش نحو القانون فيه استعمال وسيلة مشروعية لتحقيق نتيجة او غاية غير مشروعة وبذلك تطبع عدم مشروعية الغاية الوسيلة.

رغم ما تقدم من حجج المعارضين فقد نالت حجج المؤيدين القبول حيث اخذ بالغش نحو القانون القضاء الفرنسي و الانكليزي والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧.

كما يمكن اعتمادها على مستوى التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي استنادا الى المادة (٣٠) من القانون المدني التي نصت على(يتبع في كل مالم يرد بشأنه نص خاص من احوال تنازع القوانين السابقة مبادئ القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا)والى نفس المعنى ذهبت باقي التشريعات العربية ونذكر منها على سبيل المثال المادة(٢٥)مدني اردني .

الفرع الثالث

اركان الغش نحو القانون

تتمثل هذه الاركان بالركن المادي والمعنوي و القانوني وسنعرض لهما من خلال ثلاثة محاور .

اولا :-الركن المادي

ويتمثل بالتغيير الارادي الفعلي لضابط من ضوابط الاسناد القابلة للتغيير مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول فتغيير الجنسية يكون عن طريق فقدان الجنسية السابقة واكتسابه الجنسية اللاحقة أي يقتضي ان يتخلى عن الاولى اذا كان قانونها يشترط ذلك عند اكتسابه للثانية كما هو الحال بالنسبة لموقف المشرع العراقي في المادة (١/١٠) من قانون الجنسية النافذ وكذلك الحال اذا اراد الشخص ان يغير الموطن فيفترض ان ينقل محل اقامته من دولة الى اخرى مع انصراف نيته الى البقاء في الثانية لأجل غير محدود وينسحب نفس الحال بالنسبة للمنقول وهذا يعني بحسب تعبير البعض ان تكون وسيلة الغش فعالة أي تكون منتجة لأثارها فمجرد تقديم طلب لاكتساب الجنسية لا يفيد تغييرها وكذلك الحال في ظل اكتسابها مع الاحتفاظ بالجنسية السابقة عليها.

ثانيا :-الركن المعنوي

ويتمثل بقصد الغش وهذا يستنتجه القاضي من خلال الظروف المحيطة بأطراف العلاقة ففي حالة الطلاق مثلا اذا كان الزوجين في حالة خلافات مستمرة اذا اكتسب الزوج جنسية دولة تبيح الطلاق وباشر بالطلاق فنكون هنا امام قرينة وجود خلافات سابقة على الطلاق نستدل منها على وجود نية الغش ،أي اذا كان تغيير الجنسية وكذلك الموطن وموقع المنقول غير مقصود لذاته وانما القصد الرئيس هو تغيير الاختصاص القانوني على نحو يفضي الى انتقاله من نطاق قانون دولة الى نطاق قانون دولة اخرى وما تغيير ضابط الاسناد الا وسيلة فهنا يتحقق قصد الغش كما هو الحال في المثال المتقدم اما اذا كان تغيير ضابط الاسناد الجنسية بحسب المثال المتقدم قصد لذاته وذلك اذا كان الزوج يرغب بتغيير بيئته الاجتماعية وما نقل الاختصاص القانوني الا نتيجة له فلا تكون هنا امام قرينة وجود قصد الغش.

ثالثا:- الركن القانوني

ان يكون التغيير الارادي لضوابط الاسناد بقصد نقل الاختصاص من احكام القواعد الامرة لقانون دولة الى قانون دولة اخرى أي ان يكون التحايل والغش موجه للقواعد الامرة في القانون المختص اصلا اما اذا كانت هذه القواعد مفسرة فلا نكون امام حالة غش ذلك لان القواعد الاخيرة تسمح بالاتفاق على ما يخالفها وبذلك يتحقق الغش عند ملاحظة خروج ارادي للإفراد من محيط قانون اكثر تشددا بقواعده الامرة بقصد الدخول في محيط قانون اكثر تساهلا في حكم العلاقة.

الفرع الرابع : اثر الغش نحو القانون

ما ان الغش يفسد كل شيء فالسؤال الذي يثار هنا اذا عمد الافراد الى تغيير ضوابط الاسناد (الجنسية الموطن موقع المنقول) على نحو مصطنع أي لغرض نقل الاختصاص من القانون المختص اصلا (صاحب الاختصاص الطبيعي) الى قانون اخر (صاحب الاختصاص المصطنع المفتعل) فما هو الاثر المترتب على ذلك هل ان الغش يعطل الوسيلة التي توسل بها الافراد للوصول لنقل الاختصاص ام يعطل النتيجة والغاية التي توصلوا لها وهي نقل الاختصاص القانوني من قانون الى اخر.

يذهب الفقه في هذا الاطار للإجابة عن السؤال في اتجاهين الاول يؤكد تعطيل الوسيلة والنتيجة أي اذا غير الشخص جنسيته من دولة تحضر تعدد الزوجات الى جنسية دولة تبيح التعدد فبحسب هذا الاتجاه على قاضي النزاع ان لا يعترف بالوسيلة وهي الجنسية الجديدة وقانون الجنسية الجديد لان الغش يفسد كل شيء ولا يترتب عليه أي اثر ومن ثم معاملة الشخص القائم بالغش على اساس جنسيته السابقة ومن ثم لا يتمكن الشخص هنا من مباشرة حق الزواج باكثر من زوجة .

اما الاتجاه الثاني فيذهب الى تعطيل النتيجة التي قصدها الافراد دون الوسيلة فاذا غير الشخص جنسيته من دولة تحضر الطلاق باكتساب جنسية دولة تبيحه فهنا يعتد فقط بجنسيته الجديدة في حين يعطل الاختصاص القانوني المصطنع لقانون الجنسية الجديد ويبقى الاختصاص للقانون القديم.

مثال ذلك اكتساب فرنسي الجنسية الالمانية لغرض الاستفادة من حق معين يحضره قانون الجنسية الفرنسي ويبيحه قانون الجنسية الالماني فهنا يعترف للشخص بجنسيته الالمانية في حين لا يطبق عليه القانون الالماني ومن ثم لا يجوز ممارسة الحق الحق لانه سيستمر يخضع للقانون الفرنسي.

وهنا قاضي النزاع سيكون امامه قانونين القانون الفرنسي صاحب الاختصاص الطبيعي والقانوني الالماني صاحب الاختصاص المصطنع المفتعل فيعطل الثاني ويفعل الاول مع اعترافه بالجنسية الالمانية الجديدة . و الاتجاه الثاني هو الارجح لان الغش يتطرق الى النتيجة التي قصدها الافراد ودون الوسيلة طالما حصلت بشكل قانوني مثال ذلك اكتساب جنسية دولة ما بحسب شروط قانونها.

المادة المعروضة اعلاه هي مدخل الى المحاضرة المرفوعة بواسطة استاذ(ة) المادة . وقد تبدو لك غير متكاملة . حيث يضع استاذ المادة في بعض الاحيان فقط الجزء الاول من المحاضرة من اجل الاطلاع على ما ستقوم بتحميله لاحقا . في نظام التعليم الالكتروني نوفر هذه الخدمة لكي نبقيك على اطلاع حول محتوى الملف الذي ستقوم بتحميله .

روابط داخلية

المطلب الثالث

المصلحة الوطنية

ظهرت المصلحة الوطنية بوصفها مانع من موانع تطبيق قانون الجنسية بشان الاهلية بمناسبة قضية ليزردى التي عرضت امام القضاء الفرنسي عام ١٧٨٤ و التي تتلخص وقائعها في ان شاب من الجنسية المكسيكية كان قد اشترى مجموعة مجوهرات من تاجر فرنسي ترتبه بذمته بعض الديون اثر هذه الصفقة وعندما طالبه التاجر الفرنسي بها دفع الشاب المكسيكي بانه قاصر بحسب القانون المكسيكي لأنه لم يبلغ سن الرشد وهو اكمال ٢٥ سنة بموجب القانون المكسيكي الا انه كان كامل الاهلية بحسب القانون الفرنسي وفي هذه المناسبة ذهب القضاء

الفرنسي الى رد دفع الشاب المكسيكي وعطل تطبيق قانون جنسيته طالما انه كان كامل الاهلية بحسب القانون الفرنسي والزمه بمستحقات الصفقة وما ترتبه من اثار أي انه اقر بصحة ونفاذ العقد في مواجهة الشاب المكسيكي.

في ضوء ما تقدم لابد من الاحاطة بالتعريف بالمصلحة الوطنية ومن ثم شروطها على مستوى القانون المقارن واخيرا اثارها وسنعرض للموضوع من خلال ثلاثة مطالب

الفرع الاول

التعريف بالمصلحة الوطنية

تعرف المصلحة الوطنية بانها مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي لا بسبب يتعلق به او باطراف العلاقة انما يتعلق بسلامة المعاملات التي تجرى في الحدود الوطنية فهي تمنع تطبيق قانون الجنسية في الاهلية حماية لاستقرار المعاملات في الاسواق التجارية والحيلولة دون مفاجاة المتعاقد حسن النية بحكم في قانون يجهله وهذا يعني ان المصلحة الوطنية تعطل قانون الجنسية في حكم الاهلية ويطبق بدلا عنه قانون قاضي النزاع.

الفرع الثاني

شروط العمل بالمصلحة الوطنية

لقد اعتمدت المصلحة الوطنية بوصفها مانع على مستوى التشريعات الاجنبية والعربية وكذلك اعتمدها المشرع العراقي في المادة (٢/١٨) مدني والتي نصت على (اما بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في العراق وتترتب اثارها فيه اذا كان احد المتعاقدين اجنبي ناقص الاهلية وكان نقص اهليته يرجع الى سبب خفي يصعب على المتعاقد الاخر تبينه بسهولة فالعقد يعتبر صحيح)

من خلال هذا النص يقتضي لاعمال هذا المانع توافر شروط هي :

١- ان يكون التصرف مالي كحوالة او بيع او قرض وبذلك تخرج من نطاق الاحتجاج بالمصلحة الوطنية مسائل الاحوال الشخصية كما يجب ان يعقد التصرف في العراق وتترتب اثاره

فيه فاذا عقد في الخارج وترتبت اثاره في العراق او بالعكس لا يصار الى اعتماد هذا المانع علما ان قانون التجارة الملغى والنافذ لم يشترط ذلك فيكتفي بحسب المادة (٣/٤٨)تجاري نافذ لصحة الكمبيالة انه يوضع الساحب توقيعه عليها في العراق وان كانت لحساب شخص في الخارج طالما ان الموقع يعد كامل الاهلية بحسب القانون العراقي وان كان ناقص الأهلية بحسب قانون جنسيته.

٢- ان يكون احد الطرفين اجنبي ناقص الاهلية بحسب قانون جنسيته وكامل الاهلية بحسب القانون العراقي اما اذا كان ناقص الاهلية بحسب القانونين فلا مجال للاحتجاج بالمصلحة الوطنية والحال نفس اذا كان المتعاقدين تابعين لدولة واحدة كما هو الحال اذا كانا فرنسيين حيث لا يمكن ان يحتج المتعاقد الفرنسي بالمصلحة الوطنية قبل المتعاقد الفرنسي ناقص الاهلية لافتراض علمه بقانونه الوطني

اما الطرف الاخر فيمكن ان يكون وطني او اجنبي على راي الاغلبية في حين يشترط البعض في كامل الاهلية للاحتجاج بهذا المانع ان يكون وطني طالما ان هذا المانع جاء لحماية الوطنيين من تدخل القوانين الاجنبية في المعاملات التي يجروها مع الاجانب ونعتقد ان بإمكان المتعاقد الوطني والاجنبي الاحتجاج بهذا المانع طالما ان المعاملة تجر في الحدود الوطنية للدولة . فالمصلحة الوطنية وظيفتها منع تطبيق قانون الجنسية الذي يفضي الى اضطراب المعاملات التي تجري في الحدود الوطنية سواء كانوا اطرافها وطنيين واجانب ام فقط اجانب فهي ابعد من ان تقوم بحماية الوطنيين

٣- ان يكون نقص اهلية الاجنبي يعود للسبب خفي لا يستطيع المتعاقد الاخر تبينه بسهولة فان كان نقص الاهلية ظاهر كما تشير ذلك المظاهر الجسدية فلا مجال للاحتجاج بالمصلحة الوطنية اما اذا كانت المظاهر الجسدية تشير الى البلوغ واكتمال الاهلية في حين الشخص لم يبلغها من الناحية القانونية فيمكن هنا الاحتجاج بالمصلحة الوطنية.

وقد نظمت الكثير من التشريعات العربية والاجنبية احكام المصلحة الوطنية نذكر منها على سبيل المثال المادة (١١) مدني مصري والمادة (١٢)مدني اردني.

الفرع الثالث

اثار المصلحة الوطنية

١- منع تطبيق قانون الجنسية بشان اهلية الاجنبي ناقص الاهلية

٢- معاملته معاملة كامل الاهلية طالما انه كان كذلك بموجب قانون قاضي النزاع

٣- يعتبر العقد الصادر عنه نافذ ويلزم به

٤- يطبق بدلا من قانون جنسية ناقص الاهلية قانون قاضي النزاع طالما انه اصبح كامل الاهلية بموجب الاخير .

المبحث الخامس

تطبيق القاضي للقانون الاجنبي

عند استعمال قاضي النزاع لقواعد الاسناد الوطنية والتي بدورها تمنح الاختصاص لقانون (القانون الوطني او القانون الاجنبي) وفي الفرض الذي يتحدد فيه الاختصاص لحساب القانون الاجنبي تثار في هذا الاطار عدة تساؤلات تتمثل : ١- ما هي طبيعة القانون الاجنبي أي هل يطبق بوصفه قانون؟ ٢- ما هو الحل اذا تعذر التوصل للقانون الاجنبي ٣- واذا تم التوصل للقانون الاجنبي ما هي الصعوبات التي تتعرض تطبيقه هذه التساؤلات وما يتفرع عنها سوف نحاول الاجابة عليها تباعا من خلال ثلاثة مباحث.

المطلب الاول

طبيعة القانون الاجنبي

القانون الاجنبي هو مجموعة القواعد القانونية المطبقة خارج دولة قاضي لنزاع على اراضي دولة اجنبية سواء كانت قواعد مدونة (التشريع) ام غير مدونة (العرف ، القضاء)

واذا كان القاضي يسند الاختصاص بموجب قواعد اسناده الى قانون اجنبي فهل يطبق هذا القانون من تلقاء نفسه ام بناء على طلب الاطراف وهل تقع عليه مهمة البحث عنه لأثبات مضمونه ام عبء الاثبات ينتقل الى الاطراف ان الاجابة عن هذا السؤال تقتضي تحديد طبيعة القانون الاجنبي.

ولقد توزع الفقه في هذا الاطار الى اتجاهين سنعرض لهما من خلال مطلبين.

الفرع الاول

معاملة القانون معاملة الواقع

يعامل القانون الاجنبي عند تطبيقه على ارض دولة قاضي النزاع معاملة الواقعة أي ان القانون الذي اسند اليه الاختصاص يفقد عند عبوره الحدود الى دولة قاضي النزاع الصفة القانونية و الالزامية وبذلك فان المحكمة لا تطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسها انما بناءً على طلب الخصوم كما ان البحث عنه والتحري واثباته يقع على عاتق الخصوم لا المحكمة وقد اتجه القضاء الانكليزي الى ذلك كما كان موقف قانون اصول المحاكمات اللبناني الذي اكد على ان لا تطلب البينة على القانون اللبناني انما تطلب على لقانون الاجنبي و الى نفس المعنى ذهبت محكمة النقض المصرية عام ١٩٥٥ حيث اكدت على ان القانون الاجنبي لا يعد ان يكون مجرد واقعة يتطلب اقامة البينة عليها ويتجه الى هذا المتجه اغلب القوانين التي تأخذ بالسوابق القضائية.

الفرع الثاني

معاملة القانون بوصفه قانون

ويتوزع الى اتجاهين ايضا الاول يؤكد على ان القانون الاجنبي بعد ان تشير اليه قواعد الاسناد الوطنية يندمج في الاخيرة فيصبح جزء منها ويأخذ طبيعتها وبما انها وطنية فيضحى القانون الاجنبي يفعل الاندماج بها وطني حيث تستقبله بعد ان تكون فارغة المضمون احكام القانون

الاجنبي وبذلك يعامل القانون الاجنبي معاملة القانون الوطني الاتجاه الثاني يذهب الى عدم صحة نظرية الاندماج ويؤكد على معاملة القانون الاجنبي معاملة قانون ولكن تبقى له صفة القانون الاجنبي فقواعد الاسناد تشير الى القانون الاجنبي ويطبق القاضي الاخير بصفته قانون وتبقى له الصفة الاجنبية ونعتقد ان الراي الاخير هو الارجح ذلك لان الفرق بين القانون الوطني والاجنبي يبقى حتى في ظل تطبيق الاخير ذلك لاختلاف السيادة التشريعية التي يصدر عنها كل منهما .

ومع ذلك فان الاتجاهين الفرعين الاول و الثاني ينتهيان الى ان المحكمة تطبق القانون الاجنبي من تلقاء نفسها كما ان من واجبها البحث عنه واثباته.

وقد اتجه المشرع العراقي الى الاتجاه الاخير وهذا ما يظهر من خلال قراءة نصوص المواد التي اشارت الى قواعد الاسناد وهي المادة (١/١٨) و (١/١٩) و(٣٠) مدني حيث اوردت عبارة يسري ويرجع ويتبع وهذا يعني ان الذي يسري او يتم الرجوع اليه او يتبع هو القانون الذي اشار اليه قواعد الاسناد.

واذا كان القانون الاجنبي مجموعة قواعد قانونية ملزمة تطبق عبر الحدود صادرة عن سيادة تشريعية لدولة اجنبية فما هي طبيعة الاوامر الصادرة من منظمة دولية بالنسبة لأعضائها؟ او القوانين الصادرة عن الدولة المضمومة بالنسبة للدولة الضامة؟ وكذلك قوانين الدولة الغير معترف بها ازاء الدول الاخرى؟ اجاب الفقه عن التساؤل الاول في اتجاهين الاول يذهب الى وصفها بالقوانين الوطنية طالما كانت الدولة عضو في المنظمة الدولية مشبه اياها بالمعاهدات بعد تصديقها . اما الاتجاه الثاني فيذهب الى وصفها بالقوانين الاجنبية لان شخص المنظمة مستقلة عن الشخصية الدولية للأعضاء وهذا هو الراي الراجح اما اجابة عن السؤال الثاني فقد توزع بصدده الفقه على اتجاهين الاول يذهب الى وصف قوانين الدولة المضمومة بالقوانين الاجنبية حتى بعد الضم في حين يذهب الاتجاه الثاني وهو الراجح الى وصفها بالقوانين الوطنية لان اقرار الدولة الضامة لها يعطيها هذا الوصف اما السؤال الثالث فيتجه بشان الفقه في اتجاهين الاول يعاملها معاملة القوانين الاجنبية والاتجاه والثاني ينكر عليها طبيعة القوانين.

المطلب الثاني

وسائل التوصل للقانون الاجنبي

بعد التثبت من القانون الاجنبي وغياب مانع يحول دون تطبيقه فاذا تم التعامل معه على وصف القانون فيقتضي ان يحضر امام قاضي النزاع من خلال نوعين من الوسائل هي اولا الوسائل الاصلية وتتمثل في:

١- الوثائق التحريرية الرسمية التي تتضمن نصوصه و المصدقة من قبل وزارة الخارجية في دولة القانون ودولة قاضي النزاع.

٢- نصوص القانون الاجنبي المرسلة من قبل القنصليات والسفارات التابعة لدولة القانون الاجنبي و التي تعمل على رعاية مصالحها في دولة قاضي النزاع.

ثانيا : الوسائل الاحتياطية التفسيرية

١- افادة المختصين في القانون الدولي الخاص وهي لا تنهض دليل كامل على وجود القانون الاجنبي انما هي قرينة بسيطة لابد من ان تعززها قرائن اخرى .

٢- دراسات القانون المقارن تشكل مع القرينة اعلاه دليل كامل يمكن بها استكمال قاضي النزاع قناعته على وجود القانون الاجنبي.

المطلب الثالث

اشكاليات تطبيق القانون الاجنبي

تعترض القاضي وهو في سبيل تطبيق القانون الاجنبي اشكاليات تتمثل بما ياتي

١- اعمال القانون الاجنبي

٢- تفسير القانون الاجنبي

٣- الرقابة على تطبيق القانون الاجنبي

٤- تغير القانون الاجنبي

سنعرض لهما من خلال اربعة فروع

الفرع الاول

اعمال القانون الاجنبي

عند اعمال قاضي النزاع للقانون الاجنبي قد يواجه صعوبات تختلف بحسب طبيعة القانون اذا كان مدون او غير مدون

فاذا كان القانون مدون تكون الصعوبات على نوعين الاولى فنية مادية تتمثل في الترجمة اذا كان القانون الاجنبي قانون دولة تختلف في لغتها عن لغة دولة قاضي النزاع لما ينطوي على الترجمة من صعوبة عدم دقتها وقد تفضي الى اعطاء معاني لنصوص القانون لم يقصد مشرع القانون الاجنبي ان تكون عليها انما قصد منها غرض اخر وفي ذلك خروج القاضي عن حدود ارادة مشرع القانون الاجنبي.

اما النوع الثاني فتكون الصعوبات قانونية تتمثل في مدى موافقة القانون الاجنبي لدستور دولته اذا كانت الاخير تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين وكذلك مدى استيفاء القانون الاجنبي الاجراءات اصداره والتي تتمثل بالتصديق و الاصدار والنشر

اما اذا كان القانون غير مدون فان الصعوبات تختلف باختلاف مصدره فاذا كان مصدره العرف فالصعوبة تتمثل في معرفة وقت ظهور واستقراره و الحال ينسحب على العادة اما اذا كان مصدره القضاء فيفترض من القاضي ان يتعرف فيما اذا كانت احكام القضاء مصدر رسمي كما هو الحال في بريطانيا او مصدر تفسيري كما هو الحال في العراق.

ومقابل ذلك قد يواجه القاضي صعوبات تتمثل في تعذر التوصل للقانون الاجنبي رغم بحث المحكمة او الافراد عن القانون، فالسؤال ما هو البديل عن القانون الاجنبي لقد ذهبت في هذا الاطار عدة اتجاهات الاول يذهب الى رفض الطلب ويؤخذ عليه انه يؤدي الى انكار العدالة وترك النزاع في فراغ تشريعي و الثاني يؤكد تطبيق المبادئ العامة للأمم المتمدنة ويؤخذ عليه ان تلك المبادئ يصعب ضبطها في حين يذهب الاتجاه الثالث الى تطبيق القانون الاقرب لقانون قاضي النزاع في حين يذهب الاتجاه الرابع الى تطبيق القاضي قانونه الوطني بوصفه صاحب

الاختصاص الاحتياطي وقد اكدت هذا المعنى قوانين الدول العربية ومنها القانون العراقي في المادة (٢/١) من القانون المدني التي نصت على (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)

ويذهب الراي الراجح الى ان اعتماد قاضي النزاع لقانونه يحقق فرص اكبر للعدالة.

الفرع الثاني

تفسير القانون الاجنبي

عند التوصل الى نصوص القانون الاجنبي يصادف القاضي وهو في سبيل تطبيق القانون الغموض في بعض نصوصه مما يستدعي ذلك تفسيرها لرفع الغموض الذي يكتنفها وصولا الى الفهم السليم للحكم الذي يتضمنها من اجل تحقيق العدالة ،السؤال الذي يثار هنا وفق أي مفاهيم يفسر القانون الاجنبي من قبل قاضي النزاع هل وفقا للمفاهيم الوطنية الواردة في قانونه ام وفقا للمفاهيم و الافكار والمبادئ السائدة في دولة القانون الاجنبي، يذهب البعض الى ان قاضي النزاع يعمل الاساليب و الوسائل المتبعة لتفسير القانون الوطني في تفسير القانون الاجنبي في حين يذهب البعض الاخر على ان قاضي النزاع يعتمد على الاساليب و الوسائل المتبعة للتفسير و الواردة في دولة القانون الاجنبي لان الاخير من بيئة فيقتضي تفسيره بحسب مفاهيم دولته ،فالأعمال التحضيرية التي سبقت صدور القانون والعوامل التاريخية و الحاجات الاجتماعية الاقتصادية و الظروف السياسية السائدة جميعها وقت صدوره تلعب دورا كبيرا في تشكيله بمجموعها فهي اساليب للبحث عن المقاصد الحقيقية للنصوص في ظل الغموض الذي يكتنفها ،ونعتقد ان الاتجاه الاخير هو الصحيح وذلك لأنه ينظر للقانون الاجنبي من منظور مفاهيم دولة اصداره وهي جملة ظروف واعتبارات سبقت وتزامنت مع صدوره.

الفرع الثالث

الرقابة على تطبيق القانون الاجنبي

من الثابت ان هناك شروط شكلية واخرى موضوعية بحسب دستور دولة القانون الاجنبي ان يستوفيها كل قانون لنفاذه في مواجهة المقصود من يقصده بخطابه من الناحية الزمانية و المكانية، السؤال هنا هل تكون من مهمة قاضي النزاع التأكد من استيفاء القانون الاجنبي للشروط اعلاه لتطبيقه لقد ذهب الاتجاه الغالب الى الاقرار بمسؤولية قاضي النزاع بمراقبة الدستورية الشكلية للقانون الاجنبي أي يقتضي حتى يطبق القانون الاجنبي ان يكون قد استوفى اجراءات اصداره من حيث التصديق و الاصدار و النشر و القاضي يتابع الاجراءات بحسب دستور دولة القانون الاجنبي .

اما الدستورية الموضوعية للقانون الاجنبي فتختلف فيها مسؤولية القاضي بين فرضين الاول اذا كانت دولة القانون الاجنبي تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فما على قاضي النزاع الا ان يراقب دستورية ذلك القانون أي يتأكد فيما اذا كان القانون الاجنبي صدر مخالف لدستور دولته فاذا تبين له موافقة القانون الاجنبي لدستور دولته طبقه و الا فلا اما اذا كانت دولة القانون الاجنبي لا تأخذ بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين فلا يجوز لقاضي النزاع ان يراقب دستورية القانون الاجنبي وان يقوم بتطبيقه اذا استوفى دستوريته الشكلية وان لم يستوفي دستوريته الموضوعية ونعتقد ان على القاضي في هذه الحالة ان يرفض تطبيق القانون الاجنبي اذا اظهرت له دلائل تشير بمخالة القانون الاجنبي لدستور دولته لان القانون الاخير بمثابة العدم ولا يصلح للتطبيق بل قد يكون فيه اضرار بمصلحة اطراف النزاع.

وتتجه اغلب الدول العربية الى الاقرار بمبدأ الرقابة الدستورية على القوانين ومنها الدستور المصري لعام ١٩٧١ وكذلك الحال بالنسبة للدستور العراقي الدائم لعام ٢٠٠٥ حيث اقر بمبدأ الرقابة الدستورية للمحكمة الاتحادية العليا بحسب المادة (١/٩٣) من الدستور وهذا يعني ان القاضي العراقي يراقب الدستورية الشكلية وكذلك الموضوعية للقوانين المصرية اذا كانت هي الواجبة التطبيق بحسب قواعد الاسناد العراقية العكس هو الصحيح.

الفرع الرابع

تغير القانون الاجنبي

ان من بين الاشكاليات التي تطرح امام قاضي النزاع هي تغيير القانون الاجنبي ويأخذ هذا التغيير احد الاحتمالين الاول التغيير بفعل ارادة الافراد و الثاني التغيير بفعل ارادة المشرع .

التغيير الاول يأخذ مظهرين الاول التغير بقصد الغش وبفعل ذلك نكون امام مانع من موانع تطبيق القانون الاجنبي سبق ان تطرقنا اليه في المبحث الثاني من الفصل الرابع، اما الثاني فيكون تغيير مقصود لذاته وفي هذه الحالة نكون امام ما يصطلح عليه بالتنازع المتحرك (المتغير) مثال ذلك كما لو تزوج عراقي من عراقية وبعدها اكتسب الزوج الجنسية الفرنسية ولما كانت اثار الزواج تخضع بحسب قواعد الاسناد العراقية لقانون جنسية الزوج وقت الزواج فهل يطبق القانون العراقي ام القانون الفرنسي من قبل القاضي العراقي اذا كان قاضي النزاع لقد اجاب الفقه عن ذلك في اتجاهين الاتجاه الاول يذهب الى اعتماد فكرة الحقوق المكتسبة وبموجب تلك الفكرة تخضع اثار الزواج للقانون العراقي بوصفه قانون الدولة الذي بموجبه تكاملت عناصر الحق بالنسبة للأثار سواء كانت اثارها ماضية ام مستمرة في حين يذهب الاتجاه الثاني الى اعتماد مبدا الاثر الفوري او المباشر حيث يفرق في الحكم بين الاثار الماضية الفورية الحدوث ومنها الطاعة و الاخلاص وحسن المعاشرة و النفقة فتخضع للقانون السابق على تغيير الجنسية وهو هنا القانون العراقي اما الاثار المستقبلية فتخضع للقانون السائد وقت حدوثها ومن هذه الاثار المهر و المؤجل اذا استحق وقت سيادة قانون الجنسية الاحق.

وكذلك الحال بالنسبة للنظام المالي للزوجين كما ذهبت باقي الاتجاهات الى نفس معنى الاتجاه الثاني علما ان اغلب التشريعات العربية نصت على ضبط وقت العمل بالقوانين ومنها قانون الجنسية.

اما التغيير بفعل ارادة المشرع فيكون على وضعين الاول التغيير في القانون الاجنبي و الثاني التغيير في قاعدة الاسناد في دولة القانون الاجنبي ويمكن ان يحل الاشكال في الحالين بنفس الية حل التغير بإرادة الشخص في الوضع السابق أي يطبق القانون القديم او القانون الذي تشير اليه قاعدة الاسناد القديمة بالنسبة للعلاقات التي تكونت في ظلهما وكذلك ما وقع من اثار ماضية استندا لمبدا الحقوق المكتسبة ويطبق القانون الجديد او القانون المشار اليه من قاعدة الاسناد الجديدة بالنسبة للعلاقات التي تكونت في ظلهما واثارها المستقبلية استنادا لمبدا سريان القانون باثر فوري ومباشر ويصطلح على التغير في قاعدة الاسناد و تغير القانون بإثرهما

بالتنازع الانتقالي ومثال ذلك تغيير قاعدة الاسناد الالمانية في عام ١٩٠٠ بخصوص مسائل الاحوال الشخصية فبعد ان كانت تقرر الاختصاص فيها لقانون الموطن اخضع الاختصاص بحسب قانون الاسناد الجديد لحساب قانون الجنسية.

الفصل الخامس

تنازع الاختصاص القضائي الدولي

أن امتداد العلاقات القانونية بين الأفراد عبر الحدود يفرز جملة أوضاع منها حق الأفراد بالتمتع بالحقوق ، واستعمالها ، وأخيرا الحماية القضائية لها عند أثارة نزاع بين أطرافها.

وإذا كان التمتع بالحقوق عن طريق الجنسية أو الموطن، فان استعمال هذه الحقوق يثير موضوع التنازع الدولي بين القوانين ذات الصلة بهذه الحقوق ، كما أن هذا الاستعمال ترافقه ضمانات تتمثل بالحماية القضائية لهذه الحقوق والذي بأثرها يطرح تنازع آخر يصطلح علية بتنازع الاختصاص القضائي الدولي ،الذي يمثل الجانب الإجرائي لمشكلة تنازع القوانين ومثلما توجد قواعد حلول تنازع القوانين توجد قواعد لحلول التنازع بين المحاكم ، كما أن تلك القواعد تمارس من خلالها المحكمة صلاحيتها في تسوية النزاع ، مما يثر ذلك التساؤل عن أنواع الاختصاص القضائي الدولي، وطبيعة القواعد والإجراءات المتبعة في كل منهم ، ولأجل الإحاطة بالموضوع سنبحث ذلك من خلال بيان التنازع في نطاق الاختصاص القضائي العام المباشر و من ثم التنازع في نطاق لاختصاص القضائي العام الغير المباشر.

المبحث الاول

التنازع في نطاق الاختصاص القضائي العام المباشر

أن الاختصاص القضائي بوجه عام هو الصلاحية التي تملكها المحكمة للنظر في موضوع معين بالنسبة لباقي محاكم الدول الأخرى و يصطلح على اختصاصها في هذه الحالة بالاختصاص العام الدولي المباشر، إضافة إلى أنها تملك مقابل ذلك اختصاص قضائي خاص داخلي في أطار المنازعات التي تنشا بأثر العلاقات الوطنية التي تنتمي بجميع عناصرها لدولة المحكمة الناضرة في النزاع ،أي أن محاكم دوله ما أذا اختصت في نظر منازعة (دعوى) معينة من الناحية الدولية ، فإنها ستختص من الناحية الداخلية اختصاصا قضائيا خاص ، وإذا لم ينعقد اختصاصها الدولي فسوف لا ينعقد اختصاصها الداخلي ، ويتحرك الاختصاص القضائي الدولي بمناسبة المنازعات القضائية التي موضوعها علاقات ممتدة بعناصرها على أكثر من دولة ، أما أذا كانت عناصر هذه العلاقات مركزه في محيط دولة واحدة فيطرح تنازع من طبيعة أخرى ألا وهو تنازع الاختصاص القضائي الداخلي .للإحاطة بالموضوع فسنعرض له من خلال فرعين.

المطلب الأول

التعريف بالاختصاص القضائي الدولي المباشر

يعرف هذا الاختصاص بأنه الصلاحية القضائية التي تملكها محاكم دولة ما بالنسبة لمحاكم باقي الدول في تسوية منازعة أو النظر في دعوى موضوعها علاقة ذات بعد دولي ، وتنظم ممارسة هذه الصلاحية عبر قواعد موضوعية تضطلع بتسوية النزاع بشكل مباشر ،وتكون هذه القواعد وطنية المصدر وتستند إلى معايير في ضوؤها يتحدد مساحة ما تملكه المحاكم الوطنية من صلاحية من الناحية الدولية ، والقيود التي تحد من مباشرتها لهذه الصلاحية ، كما أن المحاكم الوطنية في سبيل تطبيق هذه القواعد تقوم بأعمال القانون الوطني على الإجراءات القضائية وبموجب هذا ألا عمال يستوي أطراف الدعوى أمام المحاكم سواء أكانوا وطنيين أم أجانب أم فقط أجانب ،لان قاضي النزاع سيطبق قانونه الوطني على الإجراءات القضائية بغض النظر عن صفة المتنازعين وطبيعة المنازعة طالما انعقد الاختصاص للمحكمة بموجب المعايير المعتمدة في قانون القاضي ، ودون وجود موانع أو قيود تحد من مباشرة للاختصاص علما أن التنازع في أطار الاختصاص القضائي العام المباشر اصطلح عليه البعض بتنازع الاختصاص

القضائي وهناك من اصطلح عليه بالصلاحية الدولية للمحاكم الوطنية كما اسماه البعض بالإجراءات المدنية التجارية الدولية .

ومن الجدير بالذكر أن القواعد الموضوعية (قواعد الاختصاص القضائي الدولي) هي التي تحدد إجراءات مباشرة الاختصاص القضائي الدولي ،وهي قواعد ذات مصدر وطني فلا توجد قواعد دولية تعمل في هذا المجال أي أن المشرع الوطني يستأثر في تحديد الاختصاص القضائي لمحاكمه الوطنية دون أن يملك صلاحية تحديد نطاق اختصاص المحاكم الأجنبية في اغلب الحالات ،وهذا الاختصاص الاستئثاري للمشرع الوطني في رسم حدود ولاية محاكمة وطنية نابع من أن الاختصاص القضائي مظهر من مظاهر سيادة الدولة فتحرص على رسم حدوده عبر قواعد وطنية . والأصل أن هذه القواعد مفردة الجانب لا نها تبين حدود الاختصاص الدولي القضائي للمحاكم الوطنية دون الأجنبية، وبمقارنتها بقواعد تنازع القوانين نجد أن الأخيرة مزدوجة الجانب فهي تبين نطاق تطبيق القانون الوطني وكذلك نطاق تطبيق القانون الأجنبي. إضافة إلى ذلك أن عمل القواعد الموضوعية لا يتقاطع مع عمل قواعد تنازع القوانين لان لكل منها نطاق ووظيفة، وهذا يعني استقلال عمل تلك القواعد ومن ثم عدم تداخل مجالات انطباقها ،هذا هو الأصل، ومن ثم استقلال وعدم تداخل الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي.