گۆڤاری زانستی زانکۆی جیهان-سلێمانی، بەرگی(1) ژمارە (1)
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

الموطن الدولي ضابط للاسناد لإعمال قواعد التنازع

دراسة تحليلية وصفية مقارنة

أ.م.د.محمد جلال حسن

قسم القانون – جامعة السليمانية، قسم القانون–جامعة جيهان –السليمانية– العراق

المستخلص:

وفقا للتطور الحالي لقواعد القانون الدولي الخاص، وضرورة الربط مابين الفرد و بقعة من بقاع الارض برباط قانوني كموطن، حتى يتيسر تنظيم الحياة القانونية له، بأعتبارها حالة واقعية تتجاوب مع الحاجة القانونية، الا ان المشرعين وهم يضعون احكام الموطن كضابط للاسناد، لم يلتزموا تصويرا موحدا في ذلك .واذاأنتقلنا الى الحياة القانونية الدولية للافراد، وجدنا الافراد موزعين توزيعا دوليا فيما بين الدول برابطة سياسية وقانونية تربط الفرد بالدولة. ففكرة الموطن كضابط للاسناد لاعمال قواعد التنازع في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي، اي في العلاقات القانونية في الحياة القانونية الدولية للافراد، تقوم عليها حلول مشكلة تنازع القوانين .

وعليه بينا ماهية الموطن اولا ثم القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي كضابط للاسناد لاعمال قواعده، وذلك للاحاطة بموضوع البحث، حيث تناولنا احكام الموطن ضمن الاتجاهين الفقهيين (الانكلوسكسوني واللاتيني) فالاول، ياخذ بالموطن كظرف اسناد اساسي (اصلي) في مسائل الاحوال الشخصية، وبذلك يتميز فيه بطابع خاص، والاتجاه الثاني، الذي يعده ظرف اسناد احتياطي، لكون اعتمادها على الجنسية كظرف اسناد اساسي (اصلي) لحل مسائل الاحوال الشخصية، ومدى المفاضلة بينهما، وهذا ما ادى الى عدم معالجة احكام الموطن الدولي، باحكام خاصة . وكذلك تم تناول مسألة مكان الموطن في النظام القانوني ونطاقه في تحديد القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة، وكيفية حل مشكلة، تنازع الموطن، بنوعيه السلبي والايجابي، لكون احكامه مقسمة بين القانون المدني والقانون الدولي الخاص، ودوره في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي وفي نطاق العقود الدولية .

بوختە

بە بی بیشکە وتنی ئیستای یاسای نیودە ولە تی تایبە ت، وبیویتی بیوە ندی لە نیوان تاك وبارجە یك لە زە ویە کانی ئە رز بە بیوە ندیکی یاسایی، وە ك نیشتمان و جی نیشتە بون، تاکو زیانیك یاسایی بو ریك خریت، بە لام یاسا دانە رە کان، کاتیك بنە ماکانی جی نیشتە بونیان ریك ئە خست یك نە بون لە سە ر یە ك بنە ما، و لە روی زیانی نیودە ولە تی تاکە کان ، ودابە شکردنیان، وجارە سە رکردنی ململانی یاساکان، دە بیت، بە بی بیروکە ی جی نیشتە بون، وە ك بنە مایکی یاسایی، بو جارە سرکردنی ململانی یاساکان .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

بويه له سه رتا وه ، رونكردنه وه يك مان دا له سه ر بيناسه ي جي نيشته بون، و ئه و ياسايه ى كه بى ده ست نيشان ئه كريت، وله رووى لايه ني ئه نكلو سكسوني ولاتيني، وهه ر وه ها دست نيشانكردني دادكا بو جاره سه ركردني كيشه ي ململاني له نيوانياندا، له روي نيكه تيف و بوزه تيفه وه ، له به ر ئه وه ى بناماكاني دابه ش كراون له نيوان ياساي بارى شارتاني وياساي نيوده وله تي تايبه تدا، و هه ر وه ها رولي بو ده ست نيشانكردني ياساي به ر برس بو جي به جيكردني له سه ر ئه و بيوه نديانه ى كه ره كه زيكى بيكانه ى تيدايه، وله ئاستي كريبه ستى نيو ده وله تى .

Abstract

According to Ttorahala to the rules of private international law and the need to link between the individual and part of the globe in the bond of a legal as a home ,so as to facilitate the organization of legal life to him , as a realistic caes repond to the legal need , butthe law mackersthay are putting the provisions of the homeasan officer for the award, they did not keep the depiction united in oaz so we moved to the international legal life of individuals found distributors internationally distributed among the states political and legal links Association of the individual state . The idea of the home as an officer for theaward for acts of conflict rules in a foreign element vestings of legal relations in the international legal life of individuals , the underlying problem of conflict of lawssolutions .

Accordingly, we show what the hom first and then the law ,which is determind by the international home of an officer to assign to business rules , so as to surround the subject of the search , where we dealt with the provisionof habitat within the directions , Fighien (Alankulosksona and Latin) . The former takes Balmutn circumstanceasign a key (Genuine) in personal status matters , and thus characterized by a special character , the second direction being prepared by circumstance to assign reserves, to the fact that dependence on sexual circum stance assign a Key (Genuine) to resolve the personal status matters , and this is what led to the failure to address the provisionsof international private home tightly .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

المقدمة

لكي ينجم عن اية علاقة قانونية اثر في الواقع، ينبغي ان يكون لهذه العلاقة اطراف تشكل احد عناصرها الاساسية، ولتحديد القانون الذي يحكم هذه العلاقة ، يجب العودة الى عناصرها، وبيانها للوصول الى القانون الواجب التطبيق عن طريق ضابط الاسناد لإعمال قواعد التنازع، وعليه سوف نبين مقدمة البحث من خلال النقاط التالية :

اولا : مشكلة الدراسة :

ان الاستناد الى ضابط الموطن لتحديد القانون الواجب التطبيق بصفة مطلقة غير ممكن، فهو نسبي يرجع الى عوامل وظروف كل علاقة معروضة على القضاء المختص للنظر فيها مع الاخذ بالاعتبار منهج الدولة المتبع في مدى تعلقه بالنظام العام فيها من عدمه .

فمثلا في القوانين العربية و منها العراق، اسندت مسائل الاحوال الشخصية الى قانون الجنسية باعتباره القانون الافضل والاسلم لحل هذه العلاقات باعتبارها مستمدة من الشريعة الاسلامية، لذا فاعتماد ضابط الموطن غالبا قد يؤدي الى تطبيق قوانين غير اسلامية على المسلمين، لذا يفضل اعتماد ضابط الجنسية لحل هذه المسائل باعتباره الاوثق صلة بطبيعة هذه العلاقات في هذه الدول التي تتبع الشريعة الاسلامية .

وكذلك فان القانون العراقي لم يول ضابط الموطن الاهمية الكبيرة كما في ضابط الجنسية في مسألة تحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم، لان القانون العراقي لايشترط لمقضاة الاجنبي امام المحاكم العراقية ان يجعل موطنه او اقامته العادية في العراق، بل يكفي وجوده فيه لكي يخضع لاختصاصها، حتى وان كان موطنه في الخارج، وكذلك ان المشرع العراقي استخدم عبارة محل الاقامة للدلالة على الموطن احيانا، واستخدم عبارة الموطن لوحدها احيانا اخرى، مما يدل على ان المشرع قد وقع في ازدواجية استخدام هذه العبارات للدلالة على الموطن، لان الموطن يقتضي فيه توافر ركنيه (المادي والمعنوي) لقيامه، بخلاف محل الاقامة الذي يتوافر فيه الركن المادي، والمتمثل بالوجود المادي للشخص دون حاجة الى توافر الركن المعنوي فيه، حيث قدم المشرع العراقي الركن المادي للموطن على الركن المعنوي، وذلك بالاشارة في تعريفه له بالوجود المادي للشخص فيه دون نية البقاء الذي يتمثل بالركن المعنوي للموطن . .

والموطن كظرف اسناد، فإنه يستأثر المشرع الوطني بوضع اسسه لعدم وجود قواعد دولية ملزمة له، فان اسس تحديده واثاره قد اختلفت فيما بين التشريعات المقارنة من حيث وصفه وتحليله بشكل واضح .

فالمشرع العراقي لم ينظم احكام الموطن الاصلي والموطن الدولي، مما ادى الى تطبيق احكام الموطن الداخلي على الدولي عن طريق القياس، الا ان القياس قد يؤدي الى اختلافات في النتائج، وبالتالي قد يغير من تحديد القانون الواجب التطبيق، كذلك اعتبر الاصل في الموطن انه مكتسب.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

ثانيا : اهمية موضوع الدراسة واسباب اختياره :

للموطن اهميته في تشريعات الدول، ومن ضمنها التشريع العراقي، كضابط اسناد احتياطي، ومدى علاقته بالجنسية، وذلك ان فكرة الموطن تندمج بمحل الاقامة المعتادة، طبقا لاحكام قانون اقامة الاجانب في العراق . ويعد ضابط اسناد بوصفه اساسا للعلاقات القانونية الدولية الخاصة في تشريعات العديد من الدول، سواء كان ضابطا اصليا ام احتياطيا لاعمال قواعدالتنازع، وهوملازم لفكرة الجنسية في تنظيم قضايا وعلاقات القانون الدولي الخاص، فالموطن لايزال يحتفظ بمكانته في ذلك، خاصةفي الدول الانكلوسكسونية، ومنهاانكلترا واميركا وكندا ، وذلك بسبب تزايد الهجرة الى هذه الدول، مما جعل للموطن دورا متميزا يفوق في اهميته الجنسية، فضلا عن اسبقيته في الظهور من ضابط الجنسية .

فاعتبار الموطن كضابط اسناد احتياطي في حالات معينة، يفيد في ان قاعدة الاسناد لاتترك فراغا في مشكلة التنازع، اذ انها تجعل الاختصاص بالنسبة للمسألة المعروضة على القاضي اما لقانونه او للقانون الاجنبي او لقانون اخر .

فالموطن يعد القاسم المشترك كضابط للاسناد لتحديد وتعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية المشوبة بعنصر اجنبي والمعروضة امام القاضي المختص للنظر فيها، اضافة لتحديد المحكمة المختصة لحل النزاع، فهو كالجنسية يعد اداة لتوزيع الافراد جغرافيا على اقاليم الدول. فالعراق لم ينظم احكام الموطن بصورة متكاملة، وبحاجة الى اعادة النظرفي احكامه من قبل المشرع، كما ان التوسع الحاصل في العلاقات الدولية ودور الاستثمارات الاجنبية والتجارة الدولية وما تبعتها من استحداث بشأن العلاقات القانونية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة (الالكترونية)، اضافة لحالات الهجرة الجماعية للافراد وطلبات اللجوء في دول العالم يوجب على هذه التشريعات اعادة النظر في شأن احكام الموطن على كافة الاصعدة (الداخلي والدولي) وبالتالي وضع قواعد اسناد خاصة بتنظيم الموطن الدولي لعدم كفاية قواعد الاسناد التقليدية لاعمال قواعد التنازع وعجزها عن تنظيم هذه التطورات الحديثة، بما يضمن الحماية الفضلى لحقوق الافراد، خاصة بالنسبة للتشريع العراقي الذي لايخلو من العجز التشريعي في تلبية متطلبات الافراد، والتي بحاجة ماسة للمعالجة في الوقت الراهن.

ثالثا : منهج الدراسة :

اتبعنا في الكتابة المنهج التحليلي والوصفي والمقارن، وذلك بتحليل الفكرة المعروضةوالآراء والنصوص والاحكام ومقارنتها فيما بين النصوص العراقية والمصرية واللبنانية والفرنسية والانكليزية والاميركية قدر تعلقها بالموضوع، مع بيان الدليل والحجة فيما نقول، او نقترح البديل مع السند .

كما تمت الاستعانة بآراء الفقه وشراح القانون الدولي الخاص في هذا الصدد، مع بيان موقف القضاء من المسألة المعروضة، وذلك باستعراض بعض القرارات القضائية في هذا الصدد.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

المبحث الأول

ماهية الموطن

ان فكرة الموطن و مفهومه ليست واحدة في تشريعات الدول المختلفة و ذلك لتمتع المشرع الوطني في هذه الدول بسلطة واسعة في تنظيم احكامه و كذلك بسبب اختلاف اسس تعيينه و صوره.

وكما هو معلوم ان الانسان له حرية التنقل والاقامة اينما يشاء، وهذا مانصت عليه (م 13) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 بأنه : (لكل انسان حق التنقل الحر و له ان يجعل محل اقامة في أية دولة يختارها...)[1].

لذلك نجد في كل دولة قسمين من السكان وطنيين واجانب بحيث يعد اقليم الدولة وطناً للوطنيين و موطناً دولياً للأجانب وبهذا عد الموطن اساساً لتوزيع الأفراد دولياً الى جانب عامل الجنسية. وانطلاقاً لهذه الأهمية للموطن فإن القواعد القانونية التي تنظم احكامه في تشريعات الدول،قد اقرت في مجال العلاقات الخاصة الدولية، بأن لكل شخص الحق في موطن معين تتركز فيه مصالحه.

ونظراً لذلك، فأن دراسة ماهية الموطن بوجه عام تستلزم تعريفه من خلال بيان مفهومه والتوقف عند مزاياه وعيوبه ومن ثم معرفة طبيعته القانونيةومكانه في النظام القانوني .ولما تقدم فأنه ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الأول لمفهوم الموطن، فيما نتناول في المطلب الثاني مكان الموطن في النظام القانوني وطبيعته القانونية.

المطلب الأول

مفهوم الموطن

نبحث في هذا المطلبمفهوم الموطن، وبيان اركانه (عناصره) و اسس تعيينه ومزاياه وعيوبه، بوصفه فكرة تفيد ارتباط الشخص بمكان معين، وذلك من خلال النقاط الآتية :

اولا : تعريف الموطن

[1]– نص الدستور العراقي النافذ لعام 2005 في (م44) منه على : (اولا: للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه . ثانيا : لايجوز نفي العراقي او ابعاده او حرمانه من العودة الى الوطن.)

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

ان التنظيم القانوني لحقوق الشخص و التزاماته يقتضي تركيز الفرد في مكان معين، ويعد بذلك موطناً فعلياً له ومكاناً للوفاء بالتزاماته تجاه الغير.فقد يرتبط الفرد روحياً و سياسياً بدولة ويستقر و يعمل في دولة اخرى، فتكون له جنسية الدولة الاولى و تكون الثانية موطناً له، فبعض الاشخاص في تنقل دائم بين اقاليم الدول المختلفة لأغراض تجارية وثقافية و سياسية، وقد يؤدي بهم الامر الى التوطن والاستقرار في اقليم دولة غير دولتهم الاصلية التي يتمتعون بجنسيتها، لأن تمتعهم بجنسية دولة معينة قد لايعني بقاءهم في اقليم تلك الدولة مدى الحياة[2]. بل يكون لهم حق مغادرته الى اقليم دولة اخرى لغرض الاستقرار فيه بصورة عرضية أو دائمة او مؤقتة[3].

فالموطن في القانون الخاص يقصد به: (المكان الذي يباشر منه الشخص اعماله و نشاطه القانوني ويخاطبه الغير فيه بالنسبة لكل مايتعلق بهذا النشاط .)[4].وعليه فالموطن هو المكان المعين الذي تكون للشخص صلة به بحكم استقراره فيه أو بحكم اتخاذه مركزاً لأعماله ومصالحه وصلاته العائلية،وقد اختلف الفقهاء حول تعريف الموطن الدولي إذ عرفه الفقيه (سافيني) بأنه :(المحل الذي يختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً وليكون مركزاً لصلاته القانونية و لأعماله)[5].

وعرفه الفقيه (ستوري) بأنه :(الجهة التي اتخذها الإنسان مأوى له بصفة حقيقية وثابتة و مستمرة و جعل فيه مركز اشغاله و اذا غاب عنه كان عنده نية العودة اليه)، وعرفه الفقيه (دايسي) بأنه: (الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص، ولكنه يجوزان يكون في بعض الاحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء أكان مقيماً فعلاً ام لا)[6].

وهكذا فأن الافراد الذين يتمتعون بجنسية دولة معينة ويتوطنون في اقليم دولة اخرى يهتم القانون الدولي الخاص بموضوع تحديد موطنهم لحل مشاكل تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي لتعيين القانون الواجب تطبيقه على تصرفاتهم القانونية أو أحوالهم الشخصية و المحكمة المختصة في ذلك، فالقانون يعتد بصلة الموطن ويرتب عليها الآثار القانونية في المنازعات الخاصة بالنسبة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، عندما يعطى الاختصاص التشريعي او القضائي لقانون أو لمحكمة الموطن[7].

---

[2]– د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006 والموطن ومركز الاجانب، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص 213.

[3]– د. حسن الهداوي ، د.غالب الداوودي، النظرية العامة للموطن والمركزالقانوني للاجانب واحكامهما في القانون العراقي، ط1، جامعة بغداد، 1976، ص206.

[4]– اشار اليه د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص456.

[5]– اشار اليه د. عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في اوربا وفي مصر، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1924، ص82.

[6]– اشار اليه د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، منشأة المعارف، ط 2منقحة ومزيدة، الاسكندرية، 1976، ص699.

[7]– كما هو الحال بالنسبة للقانون الانكليزي والامريكي والدانماركي الذي يخضع الاحوال الشخصية دائما لقانون الموطن. ينظر :د. عبد الحميد ابو هيف، مصدر سابق، ص82.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

فالاستقرار المكاني (الموطن) يعد ظرف اسناد ضروري و مهم لتنظيم العلاقات القانونية ولذلك يعتد به القانون و يجعل منه حالة واقعية مبنية على اساس ارتباط الفرد بأقليم دولة ولاتقل اهميته في الحياة القانونية الدولية الخاصة عن اهمية الجنسية كرابطة بين الفرد و الدولة، حيث يؤدي ايضاً الى حل مشكل تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائي[8].

وعليه يكون التمييز فيما بين الجنسية والموطن باعتبارهما ضابط للاسناد لاعمال قواعد التنازع يكمن في :

ان التنظيم القانوني يقتضي تركيز الفرد في مكان معين يعتبر موطناً فعلياً له أو يعتبر متوطناً فيه ولو لم يكن مقيماً فيه بالفعل، ويكون لمحاكمه عليه اختصاص ضمن دائرة الاختصاص الاقليمي، بحيث يمكن مخاطبته فيه بالنسبة لكل ما يتعلق بشؤونه القانونية و يعتبر مكاناً للوفاء بالتزاماته تجاه الغير والاستيفاء بماله من حقوق على الغير .

فالموطن حالة واقعية في الاصل و فكرة قانونية لها اهميتها في التنظيم القانوني من حيث توزيع الافراد دولياً على اساس غير الجنسية، ويمتد دوره الى ايجاد حلول للمشاكل التي تثار في نطاق موضوعات القانون الدولي الخاص في الجنسية الى المركز القانوني الاجانب في الدولة وتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي[9]،لأنه رابطة قانونية بين الشخص و الدولة ومقر للشخصية القانونية يباشر فيه الشخص اعماله الاعتيادية.

ولكن هذا لايعني ضرورة انحصار النشاط القانوني للشخص في مكان معين، لأن الاصل ان للشخص الحرية الكاملة في ان يباشر تصرفاته القانونية في اي مكان يشاء ولو لم يكن هذا المكان هو موطنه أو محل اقامته، فلا يشترط لصحة التصرفات القانونية ان تتم دائماً في موطن الشخص أو في محل اقامته . وينبغي ملاحظة ان التوطن امر خاص اصلا بالشخص الاجنبي في صلته بالدولة التي يروم التوطن فيها، بينما صلة الوطني بدولته اوثق من ان تقتصرعلى الارتباط المكاني بها، وحتى مع تحققه فيها، فهي وطنا له، لامجرد موطن [10] . ولذلك قلما تحدث مشكلة في امر توطن الشخص الوطني في دولته، بينما كثيرا ما يعرض امر تحديد محل اقامة الاجنبي فيها الى وجود الاذونات الخاصة بالاقامة[11].

ويختلف مفهوم الموطن الدولي عن مفهوم الموطن الداخلي فبالرغم من ان القانون الدولي الخاص، قد استمد فكرة الموطن من احكام الموطن في القانون الوطني و الداخلي غير ان هناك اختلافاً بينهما و على النحو الآتي:

[8]– د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1986، ص198.
[9]– د. جابر جاد عبد الرحمن، القانون الدولي الخاص، ج1، ط1، بلا دار نشر، بغداد، 1949، ص210.
[10]– د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1954، ص282 .
[11]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص160.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

1- **الموطن الدولي** : هو رابطة قانونية مابين شخص و دولة معينة اي(اقليم دولة) وهو اساس لتوزيع الافراد دولياً شأنه في ذلك شأن الجنسية.

ويتحدد الموطن في الحياة القانونية الدولية بأقليم دولة معينة كما لو اريد تحديد موطن شخص من حيث وجوده في العراق ام في تركيا او سوريا، وفي هذه الحالة يعتبر الموطن الدولي هو: اقليم دولة معينة يقيم فيه الشخص بنية البقاء سواء كان يتمتع بجنسيتها ام لا، وبذلك ترتب عليه آثار قانونية في الحياة القانونية الدولية الخاصة (القانون الدولي الخاص) فهو يخضع لإعتبارات السيادة الاقليمية للدولة.

واذا كان القانون الدولي العام يعترف بحق الاجانب في التوطن على اقليم دولة غير دولته، فإن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً، وانما تمتلك الدولة حق تنظيم اقامة الاجانب وتوطنهم على اقاليمها استثناءاً لإعتبارات السيادة وتحقيق مصالحها[12].

وهذا يجعل فكرة الموطن في القانون الدولي الخاص تقترب من فكرة الجنسية بوصفها من انظمة القانون العام[13].

2- : **الموطن الداخلي:** هو رابطة قانونية ما بين الشخص و مكان معين في اقليم الدولة ويتحدد في الحياة القانونية الداخلية بمكان معين (بالذات) من اقليم الدولة ويترتب عليه اثاراً قانونية في الحياة القانونية الداخلية كما لو اريد تحديد موطن شخص في السليمانية ضمن اقليم كوردستان أوفي بغداد أوالموصل ضمن اقليم جمهورية العراق.وبهذا يعد الموطن في القانون الداخلي من انظمة القانون الخاص و يخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني.([14])

وجدير بالذكران: هناك فرق بين الموطن الدوليومحل الاقامة الذي هو مكان يقيم فيه الشخص مدة من الزمن بصورة دائمة أو مؤقتة، والذي يتحدد بالوجود المادي للشخص في مكان معين من اقليم الدولة، بأعتباره موطنا داخليا. ومما تجدر الاشارة اليه هو ان فكرة الجنسية قد حلت في الدول اللاتينية والدول التي سلكت منحاها، محل فكرة الموطن[15]، لذلك لم ينظم المشرع في هذه الدول احكام الموطن في العلاقات القانونية الدولية الخاصة بالأشخاص، لأنه أخذ بفكرة الجنسية فيها(كأصل) بدلاً من فكرة الموطن في العلاقات القانونية الداخلية.

فالقانون الذي ينظم الاقامة في العراق هو قانون اقامة الاجانب رقم(118) لسنة (1978) المعدل، وان هذا القانون لاينظم الاذن بالتوطن في العراق، وانما ينظم دخول الاجانب الى العراق واقامتهم فيه وخروجهم منه، وضمان

[12]- كما هو الحال في العراق، فقد نظم المشرع احكام توطن الاجنبي في العراق بقانون اقامة الاجانب في العراق رقم (118) لسنة 1978 المعدل .

[13]- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص483.

[14]- تنظر المواد (42 – 45) مدني عراقي ذي الرقم (40) لسنة 1951 .

[15]- كالعراق ومصر والاردن وسوريا وفرنسا وايطاليا وهولندا والمانيا واسبانيا واليونان والمكسيك والبرتغال، ينظر: د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص174.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

رقابة الدولة على اوضاعهم تحت مايسمى بضبطية الاجانب، حيث نص على الشروط الواجب توافرها في شخص الاجنبي عند دخوله الى العراق واقامته فيه وخروجه منه[16].

وعليه لم يضع المشرع في هذه الدول مبادئ و أسس خاصة بالموطن الدولي لهذه العلاقات وانما نظم احكام خاصة بالموطن في العلاقات القانونية الداخلية ووضع مبادئ واسس خاصة بها وطبقها على احكام الموطن في الحياة القانونية الدولية الخاصة للأشخاص عن طريق القياس، وبذلك اصبحت هذه الاحكام موجهة اصلاً للحياة القانونية الداخلية، وقد عمد الشراح والقضاء الى إعمالها على الحياة القانونية الدولية الخاصة للأشخاص خلافاً للدول الانكلوأمريكية التي احتفظ الموطن بمكانته من تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ودون ان تؤمر عليه احكام الجنسية[17].

ويحتم علينا التعريف بالموطن، ان نشير الى ان المشرع العراقي[18]عرف الموطن بأنه : (المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقتة و يجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واحد) الا انه لم يبين الموطن كضابط الجنسية في حل مسائل تنازع القوانين، وكذلك الحال بالنسبة لقانون اقامة الاجانب العراقي النافذ لم يورد المشرع ضمن نصوصه اي تعريف للموطن أو لمفهوم الاقامة.وكذلك فان المشرع المصري عرف الموطن بانه: (1.المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. 2. ويجوز ان يكون للشخص في وقت واحد اكثر من موطن، كما يجوز ان يكون له موطن ما.)[19]وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي عرفه بانه: (مكان عمل الشخص الرئيسي الذي يتعلق بممارسة حقوقه المدنية)[20]. وكذلك بينه الاتجاه الانكلوسكوني، حيث عرفه المشرع الانجليزي بانه : (المكان الذي يوجد فيه المقر الدائم الرئيسي لأعمال الشخص) ([21])

وبهذا يتبين لناانه : لايوجد تعريف للموطن وفقا لمفهوم القانون الدولي الخاص، وانما هو معرف وفقا للتشريع الداخلي للدول، والذي اختلفت النظم القانونية بشأن تحديد مفهومه، وفقا للاتجاه الذي يعتمده الفقه القانوني في هذه الدول من انكلوسكسوني ولاتيني، فالتعريفات الواردة بشان الموطن وتقسيماته تتجه نحو اظهار العلاقة الدقيقة بين الشخص ومكان معين يقيم فيه، دون تحديد الاطار القانوني لهذا المكان، ودون اعتباره برابطة قانونية صراحة، فضلا عن قيام هذه العلاقة على مرتكزات محددة تتعلق بمركز نشاط الشخص وصلاته وعلاقاته الاجتماعية والاسرية، والطبيعة القانونية لها . لذا فان التعريفات المبينة في ثنايا البحث لاتجمع بين كافة هذه العوامل دفعة واحدة، بل يعتمد كل تعريف على جزء منها دون غيرها.

---

[16]– د. غالب الداوودي، النظرية العامة، مصدر سابق، ص180.

[17]– د. عباس العبودي، مصدر سابق ، ص216.

[18]– المادة (42) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 .

[19]– المادة (40) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .

[20]– المادة (102) من القانون المدني الفرنسي، الصادر في عام 1804 .

[21]- اشار اليه د. عبد الحميد ابو هيف، مصدر ابق، ص 86.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

وعليه يمكن بيان الموطن بصفة عامة بأنه : رابطة قانونية مادية ومعنوية بين الشخص و مكان معين من اقليم الدولة التي يقيم فيه. وبذلك يستدل على انه، تعبير عن الوجود المادي للشخص في اي مكان معين من العالم والمقترن بنية الاستقرار فيه على وجه الدوام.

واستنادا للصفة العامة هذه : يمكن تعريف الموطن بأنه :(رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين يقيم فيه بصفة دائمة أو مؤقتة وبنية البقاء .) و ذلك استجابة لمقتضيات تسيير تنظيم الحياة القانونية، حيث ان الموطن ماهو الا حالة واقعية تعكس ضرورة قانونية، الا وهي ضرورة الارتباط مابين الفرد وبقعة معينة من بقاع الارض برابط قانوني تمثله الدولة وفقا لسيادتها، ناجمة عن العلاقة الوطيدة بين الشخص ومكان الاقامة، ومزاولة نشاطه فيه على وجه ثابت ومستمر، وبذلك يرتب القانون على ذلك آثاراً قانونية معينة.

وجدير بالذكر انه هناك تصور بأنه يفضل قول، ان الموطن هو علاقة مابين الفرد والدولة وليس برابطة، فهو أختلاف حول توضيح وتوسيع مفهوم هذه العبارة .

لذا نرى انه يفضل القول في تعريف الموطن بأنه رابطة قانونية وليس علاقة قانونية مابين الفرد والاقليم، لأن الروابط القانونية تنشأ بين الأشخاص وبين مكان الاقامة، بأعتبار ان الرابطة ترتب على الألتزام احترام العهد والوفاء به، فهي علاقة نفعية تحكمها أعتبارات قانونية وأجتماعية تحددها وتنظمها الدولة وفقا لمبدأ السيادة، فهي اوسع نطاقا من العلاقة، لأنها تندمج في ذات الفرد، وتؤدي الى أندماج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة، وبموجبه يخضع الفرد لقوانينها وبدورها تمنحه من الحقوق وان كانت حقوق شخصية، لكونها صفة فردية تخص الشخص المقيم، أنطلاقا من شخصيته القانونية، وعليه فضلنا القول بالرابطة بدلا من العلاقة، ولان المشرع العراقي عرفه بالمكان الذي يقيم فيه الشخص، دون الاشارة الى العلاقة، كذلك فان (م69) من القانون المدني العراقي عد الحق الشخصي، بانه رابطة قانونية مابين شخصين . لذا نرتأي بأن الصواب بالقول في تعريف الموطن بأنه رابطة وليس بعلاقة مابين فرد ومكان معين من اقليم الدولة، كرابطة الدم وهي اقوى من العلاقة، لاتنقطع لأي سبب كان، فهي الأنسب في التعبير بين المعنى الأصلي والمعنى المراد في المجاز والكناية، وبذلك نساير ماذهباليه جانب من الفقه بأنه رابطة .([22])

ثانيا : اركان الموطن

بينا فيما سبق ان الموطن الدولي : يتمثلبأقليم دولة يكون للشخص صلة به بحكم استقراره الواقعي فيه بنية البقاء أو بحكم اتخاذه المركز الرئيسي لإعماله سواء اكانت تلك الدولة هي التي يتمتع بجنسيتها أم لا .

[22]- د. حسن الهداوي و د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، ج1، مصدر سابق، ص 218. فالرابطة في اللغة تعني : الربط والرباط ما ربط به وشده، أي شددته، وهي العلاقة والوصلة بين شيئين . والعلاقة مايعلق به الشيء، وهي اتصال او تفاعل بين شخصين او شيئين، والرابطة هي العلاقة الوثيقة بين الاشخاص والاشياء وتاتي بمعنى الاتصال بين الاشخاص انفسهم ، فهي أمتن من العلاقة . لمزيد من التفصيل في ذلك ينظر : محمد بن مكرم بن علي بن منظور ، معجم لسان العرب، باب الراء والباء، دار ، بيروت 1956، ص 492 – 601. كذلك ينظر : الامام مجدالدين أبي طاهر محمد بن عمر الشيرازي الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، ، معجم اللغة العربية، في بيان معنى العلاقة والرابطة .، فصل الراء والباء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005، ص 547 وص 555.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

واذا حللنا التعريف المتقدم للموطن الدولي نجده يتكون من ركنين هما: (الركن المادي) و(الركن المعنوي)، ويتجسد الركن المادي بالإقامة المعتادة في مكان (اقليم) معين وان كانت ابتداءاً للتوطن وثم يستقر فيه، والركن الثاني (الركن المعنوي) يتجسد في نية البقاء في هذا المكان لمدة غير محدودة .

الركن الأول : الركن المادي :

يتمثل هذا الركن في الوجود المادي للشخص في ذلك المكان، اي الاقامة في اقليم دولة معينة، ولكن هذه الاقامة لاتعتبر موطناً له، لأن فكرة الموطن لاتحتم ان يكون للشخص مأوى أو مسكن خاص في البلد الذي يعتبر موطنه[23].فعنصر مسكن الشخص أو الإقامة الإعتيادية في دولة معينة يمثل الركن المادي للموطن، اذ افترض المشرع وتسهيلاً لإثبات الموطن على ان الشخص الذي يسكن في اقليم دولة معينة فإن هذه الدولة تكون موطنه، وعلى الرغم من ان طول او قصر مدة الاقامة في اقليم الدولة لاتفيد بالضرورة بأن هذه الدولة هي مقره الثابت أو محل سكن معين له في جزء معين من اجزاء هذا الاقليم، فمن الممكن ان يكون متنقلاًاليهكالبدوا والرحل، وطالما يكون موجوداً داخل حدود تلك الدولة[24]، وحيث تعد صفة الاستقرار من الامور الواقعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع[25].

اما فيما يتعلق بطول مدة الاقامة واعتباره دليلا على التوطن فهناك رأيان : يذهب الأول : الى القول بأن طول المدة أو الزمن الذي يستمره الوجود المادي للشخص على اقليم الدولة يعد قرينة [26]كافية على نية الإستقرار[27].

ويذهب الرأي الثاني : الى ان طول مدة اقامة الشخص على أقليم الدولة[28] لايعني بالضرورة ان هذه الدولة هي موطنه، وان عد افتراضاً هكذا، ذلك لأنه دليل قابل لإثبات العكس، بحيث يمكن ان تكون مدة الاقامة قصيرة جداً و مع ذلك يمكن اعتبارها دليلاً على التوطن اذاً فمن الممكن اعتبار الاقامة القصيرة جداً دليلاً على التوطن[29]. كما

---

[23]– د. غالب الداوودي، النظرية العامة، مصدر سابق، ص11.

[24]– د. فؤاد عبد المنعم رياض، دروس في القانون الدولي الخاص، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص272.

[25]– د. عوض احمد الزعبي، المدخل الى علم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 2001، ص421.

[26]– عرف المشرع العراقي القرينة القانونية في المادة (98) من قانون الاثبات ذي الرقم (107) لسنة 1979على انها:(استباط المشرع امرا غير ثابت من امر ثابت.) وكذلك عرف القرينة القضائية في المادة (102) منه على انها:(استنباط القاضي امر غير ثابت من امر ثابت لديه في الدعاوى.) وايضا اشار المشرع في المادة (100) من هذا القانون الى انه : (يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي مالم ينص القانون على غير ذلك .)

[27]– د. احمد مسلم، مصدر سابق، ص279.

[28]– حيث حكمت غرفة اللوردات البريطانية سنة (1885) في قضية (ليشنس) لتمتعه ببعض الحقوق، والتي تتلخص وقائعها بأنه : كان موطنه الاصلي اسكتلندا، ثم التحق بالجيش البريطاني، وخدم خارج البلاد سنين عدة، وبعد تسريحه من الخدمة، قضى حياته متنقلا بين الفنادق والشقق المفروشة في انكلترا، لحين وفاته في احداها، وعلى اثره حكمت المحكمة ان هذا الشخص لم يكتسب موطنا في انجلترا، وان موطنه لايزال في اسكتلندا، بأعتبار ان اقامة الشخص مدة طويلة في بلاد ما لاتجعل له موطنا فيها مادام لم يتخذ منها موطنا . د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص215.

[29]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص163.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

في حالة الشخص الذي ينتقل للإقامة في مكان آخر صحبة افراد عائلته، الا انه يترك هذا الموطن الجديد الذي اقام فيه ساعات معينة و يرجع الى موطنه الاصلي لحضوره لمراسيم خاصة لتوديعه وصدفة يموت اثناء ذلك، فهنا يمكن اعتبار المكان الجديد الذي توطن فيه واتخذه مكاناً لإقامته، موطناً له بغض النظر عن مدة اقامته القصيرة فيه،وذلك بإعتبار ان الركن المادي هنا تحقق في وجوده المادي في الموطن الجديد الذي توطن فيه واتخذه مكاناً لاقامته، موطناً له بغض النظر عن مدة اقامته القصيرة فيه،لأنه متصفاً هنا بصفة الاستقرار، و يبقى هنا مدى توافر الركن المعنوي لاتمامه.

كما ان هذا الوجود المادي كركن للموطن، يختلف عن محل وجود الشخص، على اساس ان الوجود المادي حقيقة تتطلب استقرار الشخص مقاماً أو عملاً في اقليم دولة معينة ولو لم يوجد فيه فعلاً بصورة دائمة أو في وقت من الاوقات، بينما محل وجود الشخص هو الجهة التي يوجد فيها فعلاً في وقت من الاوقات على غير استقرار وبدون نية البقاء[30]. وعلى سبيل المثال، اقامة شخص في اقليم دولة معينة كتركيا أو ايران لمدة شهر لغرض الاصطياف أو المعالجة أو الدراسة لمدة سنة أو اكثر. فلولا هذا الفرق بين الموطن و بين محل وجود الشخص لكان الموطن يفقد منقبل الفرد، بمجرد مغادرته لأي سبب من الاسباب ولو بصورة مؤقتة.ومع ان العنصر المادي للموطن يتمثل في الوجود المادي للشخص على اقليم الدولة، وجوداً متصفاً بصفة الاستقرار والاعتياد، ولو تخللتها فترات غيبة منقطعة [31]، لانه لاجدال فيه على حق الانسان وحريته في التنقل.

وهنا نقول ايضا : ان اهمية استمرار الاقامة تكمن في كونه من الوقائع التي يمكن ان يستدل منها على نية الاستقرار حيث لابد للشخص الذي يجعل من مكان ما موطنا له ويباشر فيه اعماله ويجعله مقراً لصلاته وروابطه العائلية والاجتماعية، ان يستمر على الاقامة فيه أو ان تتوفر في اقامته من السمات والمظاهر مايدل على قابليتها للأستمرار، وان تخللتها فترات انقطاع متقاربة أو متباعدة، وإلا فلا يمكن للاقامة ان تفي بالغرض باعتبارها العنصر المادي المكون للموطن، ذلك لأنه لولم تتم الاقامة بالاستمرار لاصبح من الصعب التفرقة بين الموطن وبين محل الاقامة العرضية .اذاً فان للشخص ان ينتقل منمكان الى آخر دون ان يفقد موطنه الاصلي، مادامت إقامته فيه مستمرة وبنية العودة اليه، وهذا يعني ان الركن المادي للموطن لايتحقق بمحل الوجود للشخص أو بالإقامة العرضية، مالم يقترن بالاقامة الاعتيادية لمدة غير محددة،وان الشخص اذا اكتسب موطناً فأنه يستمر عليه، الى ان يتغير ذلك الموطن بالفعل[32].

---

[30]– د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص 175.

[31]– د. هشام خالد، توطن المدعي عليه الاجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2012، ص74.كذلك ينظر:د. جابر ابراهيم الراوي، مباديء القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامها في القانون العراقي والمقارن، مطبعة دار السلام، بغداد، 1972، ص27.

[32]– لابد ان ننوه ان هناك نوعا من انواع الموطن، وهو الموطن الحكمي الذي لايتوافر فيه العنصر المادي المتمثل بالاقامة، لان القانون يعده موطنا ولو لم يقم فيه الشخص عادة، والذي يتم تحديده حكميا (بموجب نص القانون) لا واقعيا، وهو موطن خاص بعديمي الاهلية وناقصيها، بسبب صغر السن وبالمحجور عليهم بسبب عوارض الاهلية، وبالمفقودين والغائبين، وهؤلاء موطنهم حكمي الزامي بموجب القانون، ويكون

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

الركن الثاني: الركن المعنوي

ويتمثل بنية بقاء الشخص في اقليم الدولة لمدة غير محدودة اي ان الشخص يسكن في اقليم الدولة بنية البقاء وحتى اذا تركه لفترة معينة أو لسبب عارض فإنه سوف يعود اليه[33].

فلا يكفي لعد الشخص متوطناً في دولة معينة بمجرد اقامته على اقليم تلك الدولة بل لابد من توافر هذه النية لديه بعد قيام وجوده المادي فيه وان تخللتها فترات انقطاع.لأن نية البقاء هذه لاتعني ضرورة وجود الشخص في موطنه على وجه الدوام، ففترات الغياب المؤقت عنه لاتؤثر فيه ويبقى محتفظاً به على الرغم من تركه له بعض الوقت طالما كانت لديه نية العودة اليه، كما ان طول مدة الاقامة في اقليم دولة معينة لايكون دليلاً أو سبباً لقيام الموطن مالم يقترن بنية البقاء فيه مدة غير محدودةٍ ، بينما قد تعتبر الاقامة لمدة عدة اشهر أو سنة واحدة أو اكثر كافية لبقاء الموطن اذا توفرت عند التوطن نية البقاء مدة غير محدودة على وجه الاستقرار[34].

فنية البقاء هذه، هي التي تكشف عن طبيعة الوجود المادي للشخص في المكان الذي يقيم فيه من حيث انه هل هو وجود مادي مؤقت لمدة محدودة أم وجود مادي مستمر لمدة غير محدودة بنية البقاء والتوطن[35].فالسواحوالمرضى وطلاب العلم والمستثمرون، لايعدون متوطنين في اقليم الدولة التي هم فيه مهما طالت مدة اقامتهم هذه، طالما كانت لديهم نية العودة الى البلد الذي اتخذوه موطناً دائماً لهم بنية البقاء.فضرورة نية البقاء في قيام الموطن لاتعني ان يلازم الشخص موطنه على وجه الدوام، لأن فترات الغياب المؤقتة لاتؤدي الى فقدانه[36].فلا يكفي اذاً لقيام الموطن الدولي أن يقيم الشخص مدة طويلة أو قصيرة في مكان معين، بل لابد من ان يقترن ذلك بنية البقاء في ذلك المكان لمدة غير محدودة .اي لابد من ان يتوفر الركن المعنوي الى جانب الوجود المادي في مكان معين، لكي يعد ذلك المكان موطنا بالمعنى المطلوب، وهذه النية قد تكون صريحة أو ضمنية، وتستخلص من واقع حال الشخص أو من تصريحه القانوني، بالرغم من انه نرى: بأن الاقامة تعد قرينة على نية البقاء، وكلما طالت مدة

موطنهم هو موطن من ينوب عنهم قانونا في مباشرة التصرفات القانونية، من ولي ووصي او قيم . تنظر الفقرة (1/م43) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

[33]– د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص218.

[34]–د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، ج1، مطبعة الارشاد، بغداد، 1973، ص176.

[35]– د. عزالدين عبد الله، مصدر سابق، ص548.

[36]– كما لو انتقل شخص صحبة عائلته الى اقليم كوردستان قادما من سوريا، وتملك بيتا فيه، وباشر عمله فيه ايضا، ثم غادر الاقليم (المكان الجديد) بعد عدة ايام من انتقاله اليه مسافرا الى بلده الاول (سوريا) وذلك لتصفية بعض الامور العالقة له هناك، واثناء عودته توفي هناك في حادث معين، فهنا المكان الجديد (اقليم كوردستان) الذي لم يستقر فيه، سوى يوم واحد او بضعة ايام، يعد موطنا له، لكونه قد قصد الاقامة فيه بنية البقاء لمدة غير محدودة، وبنية ترك موطنه الاول (سوريا)، ومن جهة اخرى قد يقيم احدهم لمدة (15) سنة في دولة ما دون ان تكون لديه نية البقاء والاستقرار فيه، فهنا لايكتسب موطنا فيها، وقد(ذهب القضاء الفرنسي الى ان الاجنبي الذي اقام معظم حياته في فرنسا، وترك وصية تتضمن بإعلان رغبته في ان يدفن بعد وفاته في بلاده (مصر)، لايعد متوطنا في فرنسا، لان اقامته هذه تفتقر الى نية البقاء فيها) . اشار اليه : د. ممدوح عبد الكريم، مصدر سابق، ص164 .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

الاقامة قويت القرينة، الا انها قرينة غير قاطعة وقابلة لاثبات العكس، لأن الزمن بحد ذاته لايمكن ان يؤخذ كدليل على التوطن.

ولكن السؤال هو : كيف يمكن اثبات هذه النية؟وفي اي وقت يجب ان تحدد نية البقاء؟اي الحالة الواقعية للشخص والمستمدة من افعاله و تصرفاته دون الاقوال و الكلمات . **وللاجابة** نقول كما اشرنا سابقا :تستخلص هذه النية من افعال و وقائع يستدل منها على الاقامة الفعلية بنية البقاء دون الاخذ بنظر الاعتبار المدة التي استغرقتها هذه النية[37].

اما بالنسبة لجواب الشق الثاني من السؤال: فأن تحديد وقت النية يختلف بأختلافالاحوال،ولاسيماما تعلق منها بكون الشخص حياً أو ميتاً، فإذا كان التحري خاصاً بتحديد نية توطن شخص متوفي، فيجب الرجوع الى تأريخه وتقصي سيرة حياته وسماع شهادات الآخرين، ولايجوز اهمال أية حقيقة مهما كانت بسيطة لغرض التوصل الى الاثبات. أما في حالة حياة الشخص، فان الاهتمام يجب ان يكون مركزاً على الحالة الواقعية لتفكير الانسان حتى يتم التوصل لنيته على وجه الدقة (واقع الحال) وذلك اما بالتعبير الصريح او الضمني عن ذلك .لذا يشترط في نية الاقامة ان تكون بأرادة حرة واختيار سليم دون ان تكون مفروضة عليه، وبخلافه فان شرط الارادة ينعدم او يشوبه عيب، وبذلك لايعد المقيم متوطناً لأنتفاء شرط الارادة و الاختيار في توفر نية الاقامة.

ومن الامثلة البارزة التي ينتفي معها دور الارادة في اختيار محل الاقامة وبالتالي انتفاء معنى التوطن هي :

1- المسجون أو الاسير أو المنفي، فهؤلاء لايعدون متوطنيين في تلك البلدان التي هم فيها متى طالت مدة اقامته في البلد الذي اسر او سجن أو نفى اليه . ويبقى هنا محتفظاً بوطنه الاصلي الذي كان يقيم فيه قبل الاسر او السجن...الخ.
2- الهارب من وجه العدالة و المدين الهارب من الدائنيين مادام لديه نية العودة الى موطنه الاصلي.
3- اللاجئ والمهاجر الذي دفعته الظروف الخاصة به الى ترك موطنه الاصلي رغماً عن ارادته.
4- المريض الذي يقيم في دولة اخرى لأسباب صحية خارجة عن ارادته.

[37]- ويمكن ادراج بعض الامثلة حول تحديد نية الشخص بالتوطن ب(التجنس او الاستثمار او تأسيس مشروع صناعي او شراء وتملك عقار او الزواج او ممارسة الحقوق السياسية او التصريح القانوني ...) وهذا ما اعتمده القضاء اللبناني . ينظر في تفصيل ذلك : د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص، وفقا للتشريع والاجتهاد في لبنان، بلا دار نشر، بيروت، 1961، ص34. وقد اشار الفقيه (دايسي) الى ان : (المحاكم لم تترك عملا من اعمال الانسان اثناء حياته الا واتخذت منه بقدر قيمته دليلا على توطنه .) اشار اليه : د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص236. وكذلك فمن القرارات القضائية التي تؤكد ان نية البقاء تستخلص من الوقائع، قرار محكمة النقض المدني المصري، الصادر في 1969/5/27 والذي جاء فيه : (وتقدير عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها في الموطن، يعد من الامور الواقعية التي يقررها قاضي الموضوع .) اشار اليه : د. توفيق حسن فرج ، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1984، ص184.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

5- العاملين في السلك الدبلوماسي و المقيمين في الدول التي ينتدبون اليها ويقدم خدماته لدولته في دولة اخرى وكذلك الذي يقدم خدماته للقطاع الخاص والتي تكون اقامته في تلك البلدان بسبب اداء خدمة لأنه لولا هذه الخدمات لما بقي في اقليم تلك الدولة[38].

6-

الا انه في هذه الفروق اذا زالت الاسباب التي نوهنا عنها واصبح يتمتع بفرصة العودة الى بلده الاصلي وبارادة حرة مختارة، لكنه فضل البقاء في المكان الذي اقام فيه (مضطراً) في حينه، عند ذلك يعد هذا المكان موطنه الذي اختاره بأرادته[39]، الا انه نرى بانه يمكن عد هذا المكان الذي يقيم فيه هؤلاء موطنا قانونيا (حكميا) لهم، لانه لايزول الا بزوال السبب الذي من اجله فرض عليهم ([40]) .واخيراً يترتب على تحليل اركان الموطن الاثرين الآتيين :

الأثر الاول: ان جوهر الموطن هو الاقامة الاعتيادية و النية، وهذين الامرين يتوقف توافرها على ارادة الشخص الحرة و الاختيار السليم، دون اجبار.

الاثر الثاني: ان استقرار الاقامة في مكان معين، يدل على نية الشخصفي البقاء والتوطن، الذي يمكن الاستدلال عليه من الظروف المادية للشخص (واقع حال الشخص).

ثالثا : اسس تعيين الموطن

لم تلتزم الدول، ومنها العراق، مفهوما موحدا وعاما لفكرة الموطن، حيث اختلفت في تصويرها له[41]وذلك بسبب الاختلاف في التوارث القانوني فيما بينها واختلافها لضرورات الحياة القانونية ومدى الحاجة اليها، هذا بالرغم من ان فكرة الموطن هي اساسا لاتخرج عن كونها تعبيرعن فكرة واقعية تحولت الى فكرة قانونية استجابة لمقتضيات تنظيم الحياة القانونية، الا انه لابد من اساس يعتمد عليه في تعيين اساس هذه الفكرة .

وعليه فقد وجد اتجاهان اساسيان في شأن تصوير فكرة الموطن في تشريعات الدول المختلفة، وهما :

الاتجاه الاول : التصوير الحكمي (الافتراضي) للموطن

---

[38]- د. ممدوح عبدالكريم حافظ، مصدر سابق، ص166.

[39]- لابد ان ننوه الى انه، لايلزم ان تكون نية الشخص ايجابية دائما، بل يكفي ان تكون هذه النية سلبية . فالنية الايجابية : هي نية الاقامة الدائمة او غير محدودة المدة . والنية السلبية : هي النية التي لاتتوفر فيها الرغبة الحاضرة في المغادرة نهائيا، او لمدة غير محدودة، بل يكفي ان يكون الشخص مقيما بأقليم دولة معينة دون ان تكون لديه النية الحاضرة لتركه، بمعنى لاينوي الاستقرار الدائم في اقليم تلك الدولة. ينظر: د.عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص548.

[40]- تنظر (م43) من القانون المدني العراقي .

[41]- على سبيل المثال في لبنان لا توجد اية نصوص قانونية لتحديد عناصر الاقامة المعتادة ، فتحل احكام المحاكم فيها محل هذا النقص، وفي المملكة العربية السعودية لاتوجد اية نصوص تنظيمية للموطن، فيصار الى تطبيق القواعد العامة ، وفي المملكة المتحدة (انكلترا) تتعدد اسس تعيين الموطن فيها، اما العراق فقد حدد عناصر الاقامة المعتاد بنصوص قانونية . ينظر : د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص وفقا للتشريع والاجتهاد في لبنان، بلا دار نشر، بيروت، 1961، ص 21 ومابعدها . كذلك ينظر : د. حسن محمد الهداوي و د .غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد، 1982، ص 182.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

ووفقا لهذا التصوير يعد موطن الشخص في المكان الذي يوجد فيه المقر الدائم والرئيسي لأعماله، وهذا ما اخذ به الاتجاه الانكلوسكسوني، وبصورة خاصة المشرع الانكليزي، حيث تقوم فكرة الموطن لديهم اصلا على التصوير الحكمي، فمن الممكن ان يكون موطن الشخص في بلد دون ان يكون هذا البلد هو مقره، والاعتداد بالبلد في تعيين الموطن يتفق والدور الذي يلعبه الموطن في القانون الدولي الخاص الانكليزي، لانه ليس من الضروري في هذه الحالة ان يتحدد بمكان معين في هذا البلد[42]. فهذا التجاه يعطي اهمية بالغة للموطن في العلاقات القانونية على الصعيدين الداخلي والدولي، وهو لايهتم بالواقع، بأعتباران العبرة هي بالمركز الرئيسي لاعمال الشخص والذي يعده القانون موطنا حكميا له، لذا فقد يكون المقر الرئيسي للاعمال هذه منفصلا عن محل الاقامة[43]، لذا فان التصوير الحكمي هذا تترتب عليه نتيجتان :

1- يكون لكل شخص موطن محدد، على اساس مركزه االرئيسي الدائم لاعماله .

2- يكون لكل شخص موطن واحد فقط، على اعتبار ان المركز الرئيسي الدائم لأعمالالشخص، هو واحد فقط، لان التصوير الحكمي يتميز بالوحدة ويبتعد عن التعدد، لكون الموطن هو المعيار الذي يعين النظام القانوني لحكم علاقات وتصرفات الاشخاص، وبالتالي يسهل من مهمة القضاء في تسوية المنازعات المتعلقة بالموطن[44].

الاتجاه الثاني : التصوير الواقعي للموطن

ووفقا لهذا التصوير يعد موطن الشخص، المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وبذلك يتبين ان هذا التصوير يقوم على نظرة مادية واقعية، تستند على الركن المادي للموطن، وهوعنصر الاقامة الاعتيادية، سواء كانت دائمة ام مؤقتة . وهذا ما اخذ به الاتجاه اللاتيني، ومنها التشريع العراقي، حيث تقوم فكرة الموطن فيها اصلا على التصوير الواقعي، ويترتب عليه نتيجتان :

1- امكانية تعدد الموطن، ويكون ذلك عندما تتوفر للشخص اقامة عادية في اكثر من دولة ويعتبر حينذاك متوطنا في اكثر من دولة، مما يؤدي ذلك الى تعدد موطنه وحصول التنازع الايجابي فيالموطن[45].

2- وكذلك يترتب على التصوير الواقعي امكان انعدام الموطن، بمعنى امكان بقاء بعض الاشخاص بلا موطن، طالما ليست لهم اقامة عادية في مكان معين باقليم دولة معينة[46]، ويكون ذلك عندما تتخلف عن الشخص الاقامة العادية في وقت ما، في أي جهة من اقليم أية دولة، وبذلك يصبح الشخص بلا موطن .

وعليه فان اتجاه المشرع العراقي هوالاخذ بالتصوير الواقعي مستند للمادة(42) من القانون المدني ومتأثرابالقانون المدني المصري،وبأحكام الشريعة الاسلامية. فلكي يكتسب الشخص موطنا عاما في العراق، يجب ان

---

[42]- د . عزالدين عبد الله، مصدر سابق، ص540 .

[43]- د. عبد الحميد ابو هيف، مصدر سابق، ص 84.

[44]- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق ، ص165.

[45]-كما لو كان للشخص زوجتان، تقيم احداهما في اقليم كوردستان العراق والثانية في تركيا، وكانت اقامته الاعتيادية معهما متساوية نسبيا خلال السنة .

[46]- كالبدو والرحل والغجر الذين يرتحلون من مكان لآخر دون ان يكون لهم قرار في بقعة مكانية (جغرافية) معينة، ينظر : د . حسن الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق ، ص 181.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

يجعل اقامته العادية فيه[47]. فبالرغم من هذه النتائج الا انه ترتبت عدة فوائد على تعدد الموطن في هذا التصوير (الواقعي)، الا وهي:

1- انه ينسجم مع الواقع وحياة الافراد العملية، لانه يسهل الامر على القضاء، في تطبيق قانون الموطن .
2- يسهل الامر على الدائن في مخاطبة مدينه في الموطن الاقرب له للمطالبة بحقه.

الا انه من جهة ثانية نلاحظ انه تترتب على هذا التصوير (الواقعي) مثلمة، الا وهي:

- انهاتؤدي الى ازدواجية، لاتنسجم مع مبدأ ضرورة تركيز الشخص في مكان معين لمقتضيات تحديد النظام القانوني الذي يخضع له، من حيث القانون الواجب التطبيق[48].

وبتبين لنا من هذين الاساسين لتحديد الموطن انه، يتجسد الاختلاف في مدى الربط بين واقع الاقامة وقيام الموطن ومدى الربط بينه وبين المحل الرئيسي الدائم لعمل الشخص، اضافة الى مدى تغليب العنصر المادي للموطن على العنصر المعنوي، او العكس في ذلك ضمن التشريعات المقارنة .

فلا شك ان المشرع عندما يصوغ احكام الموطن ضمن نظامه القانوني فأنه يعتمد الاساس الذي يراه محققا لاهداف نظامه القانوني، وفق سماته وخصوصياته، وبصفة خاصة بالنسبة للنظام الانكلوسكسوني الذي يعطي اهمية خاصة لفكرة الموطن كضابط اسناد رئيسي .

رابعا : مزايا وعيوب الموطن

بعد تعريف الموطن وبيان اركانه واسسه، لابد من ان نبين اهم مزاياه و عيوبه، من خلال نقطتين والتي توصلنا اليها، ومن ثم بيان نوع من المفاضلة بينه وبين نظام الجنسية كضابطي اسناد .

1- مزايا الموطن :

أ -ان الدول التي تأخذ بنظام الموطن تطبق قانونها على جميع القاطنين في اقليمها، لذلك يطلق على هذا القانون بقانون الموطن، وهو بذلك يفيد الدولة المركبة أو الاتحادية أو التي تتكون من عدة نظم قانونية مستقلة ([49])، كبريطانيا وكندا و امريكا والمانيا، باعتباره يطبق على كافة الاقاليم التابعة لها ، وتطبيق هذا القانون ينتج عنه آثار تتمثل بحد ذاتها مزايا نظام الموطن.

ب-ان تطبيق قانون الموطن أسهل للمحاكم الوطنية من قانون الجنسية لأن قانون الموطن، غالباً هو قانون المحكمة التي تنظر النزاع، في حين ان معرفة قانون الجنسية تثير مشكلة اثباته ومعرفته وكيفية تطبيقه و هو في الغالب بلغة اجنبية.

---

[47]- ينظر تعريف المشرع العراقي للموطن ضمن (م42) من القانون المدني العراقي، سابق الذكر، فهذه المادة تسمح بفكرة تعدد الموطن بالنسبة للشخص الواحد.

[48]- د. شمس الدين الوكيل، القانون الدولي الخاص، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية ، 1961، ص 560 .

[49]- ويمكن ان نضيف العراق كدولة فدرالية متددة الاقاليم، للاستفادة من الموطن كضابط اسناد اساسي لحل تنازع القوانين في بعض المسائل، كما في مسائل الاحوال الشخصية والخاصة بالاجانب المقيمين في العراق .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

ج- ان تطبيق قانون الموطن فيه فائدة للناس، الذين يتعاملون مع غيرهم في ذلك المكان المقيمين فيه لأنهم يعرفون ابتداءاً انهم جميعاً يخضعون لقانون واحد. وهو قانون موطن الاقامة (محل الاقامة)، وبذلك فان تطبيق قانون الموطن على المتوطنين كافة يؤدي الى وحدة المشاعر عند الناس عموماً، فلا فرق بين وطني وأجنبي لخضوعهم الى قانون واحد.

2- عيوب الموطن :

أ -قد يبعد نظام الموطن عن الحقيقة في بعض الاحوال بسبب تعدد صور الموطن، كالقول (الموطن الاصلي، الموطن الخاص، الموطن العام).

ب-قد تكون مدة السكن مهما طالت غير كافية لتحديد الموطن ولاسيما عندما يخالط السكن بعض الامور الطارئة التي تؤدي الى انتهاء السكن كالابعاد واللجوء و الهروب...الخ.

ج -ان اثبات الموطن يعتمد على النية، واثبات النية ليس بالامر اليسير، والذي قد يعتمد على الحقائق التي قد لاتكون مجدية في اثبات الموطن.([50])

د - كثير من الدول نظمت احكام الموطن في قانونها الداخلي للحياة القانونية الوطنية (الداخلية) دون ان تنظمه على الصعيد الدولي، ويكون تطبيق احكام الموطن الداخلي على المستوى الدولي عن طريق القياس، وينتج عن ذلك الكثير من الاختلافات، لأن القياس يكون مع الفارق و لاسيما في القضايا الخاصة بموطني الزوجة وبقية التابعين.

هـ -ان تطبيق قانون الموطن قد يؤدي الى حرمان الشخص من المزايا التي يتمتع بها وفقاً لقانون الجنسية.([51])

وعليه وفقا لهذه المزايا والعيوب يتبين لنا ان المفاضلة بين نظام الموطن والجنسية بأعتبارهما ضابطي اسناد يكمن فيما يلي :

اولا : الأحوال الشخصية تعنى بالمسائل المتعلقة بالأشخاص و يطبق عليها القانون الشخصي وقد اختلف الفقهاء والتشريعات في ضابط الإسناد الخاص بالقانون الشخصي فانقسموا إلى فريقين:

احدهما يدعو لإسناد الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية والآخر يدعو لإسنادها إلى قانون الموطن.([52])

ولكل منهما حجج اعتمد عليها:

1- بالنسبة للجنسية :

[50]- د. حسن الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص 210.
[51]- د. ممدوح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 168.
[52]- د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص 222. كذلك ينظر : د. احمد مسلم، مصدر سابق، ص 289.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

ا–فأنها تضمن الاستقرار للقانون المطبق ولا يشكل صعوبة في تحديده، بخلاف الموطن الذي يمكن تغييره بسهولة على خلاف الجنسية. وإضافة إلى ذلك فان التغيير المستمر للموطن من شانه خلق صعوبات في تحديده وذلك نادر الوقوع بالنسبة للجنسية.

إذن فضرورة استقرار الأحوال الشخصية وثباتها يقتضي إسنادها لقانون الجنسية باعتبارها عنصر دائم ومتميز للفرد وليس من السهل تغييرها، بينما علاقة الموطن مؤقتة وخاضعة لإرادة الشخص وتغييرها محتمل.

ب– ان رعايا الدولة هم كيانها، وأحد أركانها الأساسية متمثلة بشعبها، لذا فالدولة تضع قوانين الأحوال الشخصية لهم وحدهم دون الأجانب وهذه القوانين يجب أن تتبعهم لأي مكان كان وفقا لقانونهم الشخصي (الجنسية).([53])

ج– الجنسية عبارة عن رابطة روحية بين الأفراد والدولة وهي أهم من رابطة الموطن المادية المؤقتة لذا فالأخذ بها كضابط إسناد ينمي الشعور القومي في نفوس رعايا الدولة ويجعلهم مرتبطين بوطنهم رغم بعدهم عنه.

د– إن سفارات الدولة وقنصلياتها توفر الحماية القانونية لرعاياها في الخارج، فيبرمون تصرفاتهم وفقا لقانون جنسيتهم، بخلاف فيما اذا اندمجوا مع سكان موطنهم الجديد وطبقت عليهم قوانينه، فتنقطع صلتهم بوطنهم الاصلي، حفاظا على الرابطة الروحية بينهم وبين وطنهم.([54])

– ومن صعوبات تطبيق قانون الجنسية هي :

حالات تعدد وانعدام وتغيير الجنسية (التنازع الايجابي والسلبي في الجنسيات)

حيث ميز المشرع العراقي في (م33) من القانون المدني بين فرضين:

الأول: عندما تكون كل الجنسيات التي تثبت للشخص أجنبية اوجب تطبيق ق. الجنسية الفعلية للشخص وهي الجنسية التي يرتبط بها أكثر من غيرها بالإقامة في إقليم دولتها، أو اتخاذ إقليمها موطنا لممارسة جميع نشاطاته...

وقد أيد معظم الفقه ([55])هذا الحل على أساس أن مسالة تعدد الجنسيات هي مسالة واقع وليس قانون.الثاني: عندما توجد الجنسية العراقية بين الجنسيات التي تثبت للشخص فعلى القاضي تطبيق القانون العراقي

وقد أخذت بهذا الحل القوانين العربية، واتفاقية لاهاي لعام 1930، الخاصة ببعض مسائل تنازع القوانين في الجنسية(م3) منها .

[53]- د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص 574.
[54]- د. فؤاد عبد المنعم رياض، مصدر سابق، ص 284.
[55]- د.حسن محمد الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص187 . د. جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص120 . د. ممدوح عبد الكريم، مصدر سابق، ص179 . د. شمس الدين الوكيل ، مصدرسابق، ص562 . هشام علي صادق، مصدر سابق، ص716 . د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص265 . د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص557 . د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص203 . د.ادمون نعيم، مصدر سابق، ص191.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على الشخص عديم الجنسية(حالة التنازع السلبي) ، فقد اختلف الفقه حول تعيينه، فأسندته البعض من التشريعات، لقانون الموطن ([56])، غير أن المشرع العراقي، مثله مثل القوانين العربية الأخرى، ترك هذا التحديد للسلطة التقديرية للقاضي في م2/33منه .

أما بالنسبة لتغيير الشخص لجنسيته بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء، فهل يؤخذ بقانون الجنسية القديمة أم الجديدة؟

في هذه الحالة فان المشرع العراقي كما في غالبية التشريعات العربية، عالج هذه المسألة، بإيراد قواعد إسناد خاصة بكل حالة على حدة، لمعالجها، حيث اخذ بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج(م2/19) واسند انحلال الزواج والانفصال الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق او رفع الدعوى(م3/19)، لكن اسند الشروط الموضوعية للزواج، إلى قانونكل من الزوجين وقت العقد، وللقانون العراقي إذا كان احد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج، باستثناء شرط الأهلية، والشروط الشكلية للزواج، حيث تخرج عن القاعدة العامة في القانون العراقي، اما بالنسبة للمسائل الاخرى فانها، تبقى خاضعة للقاعدة العامة فيه، أي القانون العراقي، وهو قانون الجنسية (م5/19) مدني .

حيث اسند النسب لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل (م4/19)، ومسائل النفقة لقانون الجنسية (المدين)(م21) مدني، ومسائل الميراث والوصية والهبة... لقانون الموصي او المورث او الواهب (م22 و23) مدني، وكذلك الالتزامات التعاقدية لقانون الارادة اصلا (م25) والالتزامات غير التعاقدية لقانون محل نشوء الالتزام (م27) مدني والاموال لقانون موقع المال (م 24) مدني .

2- امابالنسبة للموطن فانه :

ا-إن مصلحة الأسرة تقتضي توحيد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية بأعتباره قانون موطنهم، وموطن الأسرة أسهل توحيدا من جنسيتها.

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

ج-يعتبر قانون الموطن في الغالب هو قانون القاضي الذي ينظر النزاع، فتطبيقه أسهل مقارنة مع قانون الجنسية، الذي يعد في الغالب أجنبيا، وقد يخطئ القاضي في تفسيره وتحديده له، كما أن الرأي الراجح مستقر فقها

[56]- كالمشرع الجزائري في (م22/3) مدني على انه : (... في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة).

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

وقضاء على اعتماد قانون الموطن ([57])، فيما يخص عديمي الجنسية إضافة لصعوبة تحديد قانون الجنسية الواجب التطبيق في حالة تعددها([58]).

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

وبعد بيان هذه المفاضلة يمكن إن نقيم المسألة بالقول انه :

ان الاستناد إلى احد القانونين(الجنسية او الموطن) بصفة مطلقة غير ممكن، فالامر نسبي يرجع إلى عوامل وظروف تاريخية واجتماعية واقتصادية، تؤثر فيه وفقا لكل دولة.

فمثلا انجلترا تأخذ بقانون الموطن نتيجة تأثرها باعتبارات تاريخية واجتماعية تتمثل فيما ورثته من تقاليد منذ العهد الإقطاعي، وهي تميز بين موطن الأجنبي وموطن المواطن الذي يسمى الموطن الأصلي(الموطن الأم) وبالتالي تقترب من مفهوم الجنسية الذي يصعب إسقاطه عن المواطن الإنجليزي ولو غير محل إقامته إلى الخارج.

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

من خلال كل ما سبق نجد أن الاستناد إلى قانون. الجنسية أو الموطن في الأحوال الشخصية بصفة مطلقة، غير ممكن فهو أمر نسبي، راجع لظروف كل دولة على حدة ، والعراق، كغيره من الدول العربية الإسلامية، اعتمد على الجنسية كضابط إسناد في الأحوال الشخصية وافرد نصوص خاصة، بالأحوال العينية والتصرفات الإرادية والالتزامات غير التعاقدية، لكون أن طوائف الإسناد متعددة، وقد أوردها المشرع تباعا، تحت عنوان " تنازع القوانين من حيث المكان".

وكنا نفضل ان يعتمد المشرع، في حالات خاصة، بمسائل الاحوال الشخصية للاجانب، على الموطن، كضابط للاسناد، لمعالجة تنازع القوانين، وتحديد القانون واجب التطبيق فيها، بأعتباره يكون القانون الاوثق صلة بالعلاقة القانونية المطروحة، والاكثر تحقيقا للعدالة، باعتبار وجود اليقين القانوني لدى الاطراف بتطبيقه مع الشعور بالمساوات، وبالتالي استقرار المعاملات داخل اقليم الدولة، وايضا يكون ايسر للمحكمة .

[57]- د.حسن محمد الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص 181، د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص452. كذلك ينظر : د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص 168.
[58]- تنظر المادة (33) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

وكذلك يمكن ان ننوه، ان المشرع، قد عبر، ضمنيا، عن قانون الجنسية، بتعبيرات مختلفة ضمن قواعد الاسناد وحسب هذه القواعد، كالقول (القانون الوطني، القانون الذي ينتمي إليه الزوج، قانون المدين بالنفقة، قانون الاب، قانون الشخص الذي تجب حمايته، قانون الموصي أو من صدر منه التصرف) .

المطلب الثاني

موضع الموطن في النظام القانوني وطبيعته القانونية

تساءل الفقه منذ أمد بعيد حول ما اذا كان للموطن الداخلي مفهوم يختلف عن المفهوم السائد للموطن في مجال القانون الدولي الخاص وعلى هذا النحو يكون المقصود، هو التساؤل عن ما اذا كان للموطن في مجال العلاقات الخاصة الدولية تصوير يختلف عن تصويره في القانون الداخلي، أم ان مفهوم الموطن، هو مفهوم واحد، في كل من المجالين، وفي ذات السياق طبيعته القانونية، وعليه انقسم فقه القانون الدولي الخاص الى اتجاهين:**الاول**: يأخذ بالتصوير المزدوج للموطن و **الثاني**: يأخذ بالتصوير الموحد للموطن .

أولاً: التصوير المزدوج للموطن:

يذهب اصحاب هذا الاتجاه[59]الى القول : بأن تصوير فكرة الموطن في القانون الداخلي يختلف بالضرورة عن تصوير هذه الفكرة في القانون الدولي الخاص. فالموطن في مجال القانون الدولي الخاص يفيد ارتباط الشخص بأقليم دولة معينة وليست الارتباط بمكان معين بالذات داخل هذه الدولة كما هو مؤدى هذه الفكرة في القانون الداخلي وذلك لأتصال تصوير الموطن في القانون الدولي بفكرة السيادة الاقليمية .وعليه لابد هنا من التأكد من مكان تواجد الشخص في اقليم الدولة، مثلا هل هو في مدينة السليمانية ام في مدينة دهوك ام اربيل او بغداد لغرض تعيين موطنه على صعيد العلاقات القانونية الداخلية، وهنا يتبين لنا ان هذا التصوير يتفق والدورالذي تبناه الاتجاهالانكلوسكسوني لظرف الموطن من حيث عده ضابطا للاسناد في مسائل تنازع القوانين المتعلقة بالاشخاص، لأن مفهوم الموطن في القانون الدولي الخاص لديهم يتجسد في الرابطة التي تربط الشخص باقليم دولة معينة او باقليم محدد ضمن اقاليم الدولة هذه، على اعتبار ان التنازع الاقليمي هنا يكون بين الشرائع الداخلية السائدة في هذه الدولة وهو بذلك يتعلق

[59]– د. عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق، ج1، مطبعة النقيض الاهلية، بغداد،1941، ص406، كذلك ينظر : د. فؤاد ديب، مصدر سابق، ص177 .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

بالقانون الدولي الخاص[60].اذا : ان اصحاب هذا الاتجاه يرون: طبيعة الموطن لاتخرج من كونه واقعة يترتب على حدوثها نشوء علاقة قانونية بين الفرد والسلطة التي تمارس اختصاصاتها على الاقليم الذي يقيم فيه هذا الفرد، فهم ينظرون الى الموطن بأعتباره مبدءاً قانونياً استخدم لغرض انشاء هذه العلاقة،وبما ان هذه العلاقة تتأثر بالأعتبارات السياسية العامة في الدولة، حيث تخضع لأعتبارات السيادة الاقليمية.

فالدولة من خلال سلطاتها المختصة تقوم بوضع القواعد الخاصة بتنظيمها، من حيث اكتسابه أو فقدانه أو استرداده أو غيرذلك من الامور المتصلة به[61]، كمنع الاجنبي من الدخول الى اقليمها أو انهاء اقامته فيه أو ابعاده، لذا فالموطن عندهم يعد علاقة من علاقات القانون العام المتصلة بسيادة الدولة[62].

ثانياً: التصوير الموحد للموطن

يختلف الامر في الدول اللاتينية ومن نحا نحوها من الدول مثل العراق ومصر، حيثتحتل فكرة الجنسية موقع الصدراة كضابط للإسناد في مواد تنازع القوانين، وعليه يوضع تصوير موحد للموطن سواء في مجال القانون الداخلي أو في اطار القانون الدولي الخاص، ولعل السبب الرئيسي في استقرار التصوير الموحد للموطن على هذا النحو، في هذه الدول، هو ان تشريعاتها، قد اكتفت بالتصدي لمفهوم فكرة الموطن في العلاقات الداخلية وسكتت عن اعطاء اي مفهوم خاص لهذه الفكرة في مجال العلاقات الخاصة الدولية، ولهذا اتجه الفقه والقضاء الغالب الى الاخذ بتصوير الموطن كما حددته نصوص القانون المدني و إعماله في مجال القانون الدولي الخاص[63].

ويؤكد الفقه على سلامة النظرة الموحدة لمفهوم الموطن سواء في مجال القانون الداخلي أو في مجال القانون الدولي الخاص.

ويرفض هذا الاتجاه تصوير الموطن في اطار العلاقات الخاصة على اساس انه رابطة بين الشخص واقليم دولة معينة، مما يستتبع القول بخضوع هذه الرابطة لاعتبارات السيادة الاقليمية، ذلك ان الموطن في القانون الدولي الخاص، ليس محل رابطة قانونية بين الفرد والدولة ترتب عليها حقوق وتكاليف كرابطة الجنسية مثلاً، اذا لايزال الموطن محتفظاً بوصفه كحالة واقعية، يرتب عليها القانون اثاراً معينة[64].

---

[60]– هذا الامر يؤدي بنا الى الإحالة الداخلية (التفويض) لحل مشكلة التنازع في هذه الدول التي تتعدد فيها الشرائع بتعدد الاقاليم ... (م31/2) مدني عراقي . لمزيد من التفصيل ينظر :د. حسن محمد الهداوي ود. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص 217. كذلك ينظر د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص716.

[61]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص179.

[62]– ان الاتجاه الانكلوسكسوني اعتمد هذا الاتجاه، كأنجلترا واميركا وكندا .د.محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص261.

[63]– د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط1، 1972، ص 715.

[64]– د.محمد كمال فهمي، دروس في القانون الدولي الخاص، الدارالمصرية للكتاب، القاهرة، بلاسنة طبع، ص206.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

حيث يترتب على اختلاف العلاقات القانونية التي يحكمها الموطن، اختلاف في تحديد طبيعته القانونية.وعليه يذهب الرأي الراجح في الفقه[65] الى ان الموطن يعد في الاصل من انظمة القانون الخاص، وهو مانؤيده، ذلك ان الموطن هو رابطة او صلة بين شخص ومكان معين بالذات من اقليم الدولة، تتركز فيه حقوقه و واجباته، وقد استند اصحاب هذا الرأي الى موضوع القواعد المنظمة له والى الاثار والنتائج المترتبة على ثبوته، حيث اعتمدوا على وجود القواعد الخاصة بتنظيم الموطن في القانون المدني[66]، مما يستدل منه على رغبة المشرع بإلحاقه بالقانون الخاص، اضافة الى اعتباره عنصراً من عناصر الحالة الشخصية للفرد والتي تترتب على ثبوته حقوق و التزامات متعلقة بالقانون الخاص[67].وبهذا فان مكانه في النظام القانوني يكون ضمن القانون الخاص .

وبقى ان نسأل عن طبيعة الموطن القانونية في العلاقات القانونية الداخلية (الشق الثاني من عنوان المطلب) وخصوصاً الطبيعة القانونية للموطن العام اي (الموطن المدني)؟

حيث نقصد بالطبيعة القانونية للموطن في هذا المجال، من حيث كونه مجرد علاقة مكانية ام كونه علاقة ضمن القانون العام الاكثر ارتباطا وتأثرا بالاعتبارات السياسية والسيادية، حيث يعد الموطن قاسماً مشتركاً بين القانون المدني و القانون الدولي الخاص، ويظهر دوره واهميته الكبيرة في مجال العلاقات القانونية للأفراد[68].

فالموطن في الحياة القانونية الداخلية يدخل في معظم صوره في القانون العام، كالموطن الانتخابي والموطن المالي، وان كانت فكرة الموطن واحدة في الاصل، الا أنها تتعدد بتعدد تصويرها، اذ يصور المشرع الموطن ويضع الاحكام المنظمة له حسب مايقتضيه كل فرع من فروع القانون.وعليه: فالموطن العام (الموطن المدني)يذهب الرأي الراجح فيه الى عده من مسائل القانون الخاص.

ونرى ان القانون العام و القانون الخاص لايستقل احدهما عن الاخرى بالموطن، وان الموطن في جوهره واحد وان كان يختلف تصويره حسب مختلف فروع القانون، فبالرغم من الاختلاف بين الموطن في القانون الداخلي والقانون الدولي الخاص بشأن تحديد طبيعته، فإن هذا الواقع لايعني ان كل منهما مستقل عن الآخر في فكرته عن الموطن. فلاتزال هذه الفكرة واحدة، اذ يتخذ الموطن في القانون الدولي الخاص، المفهوم ذاته، المتعارف عليه في القانون الداخلي، بحيث يكون للشخص الأجنبي، موطن في الدولة التي يقيم على اقليمها، اذا كانت اقامته بنية الدوام والبقاء.

---

[65]– د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص557. د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص212. د. احمد عبدالكريم سلامة، مصدر سابق، ص 483 . د. غالب الداوودي، النظرية العامة، مصدر سابق، ص196.د. جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص118. د. احمد مسلم، مصدر سابق، ص283.

[66]– نظمت المواد من (45–42) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 احكام الموطن الداخلي فقط . لمزيد من التفصيل تنظر هذه المواد مع ملاحظة نص المادة (69) مدني عراقي بانسبة للحقوق والالتزامات المترتبة عن هذه الرابطة .

[67]– د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص483.

[68]– د. محمد كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الاجانب وتنازع القوانين، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969، ص262 .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

المبحث الثاني

القانون الذي يتحدد به الموطن الدوليونطاقه لإعمال قواعد التنازع

ان فكرة الموطن تعد الاداة الضامنة كالجنسية لحل التنازع، وذلك بإعمال قواعده، للعمل بنسبية مبدأ اقليمية القوانين، والتخفيف من حدته، لإيجاد الاستقرار للمراكز القانونية للافراد. وعليه لابد هنا من بيان القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي، لغرض التمكن من إعمال قواعد تنازع القوانين، ومن ثم بيان نطاقه لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، اضافة للمحكمة المختصة، ومن ثم إمكانية حل مشكلة تنازع الموطن، وهذا ما سنبينه من خلالمطلبين، نخصصالاول، للقانون الذي يتحددبه الموطن الدولي، والثاني لنطاق الموطن في تحديد القانون واجب التطبيق وحل مشكلة التنازع فيه.

المطلب الاول

القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي لإعمال قواعد التنازع

الموطن يعد من ظروف الإسناد والذي بموجبه يتم تحديد القانون واجب التطبيق ومن ثم لتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع المعروض، وبما أنه تعددت النظريات التي قيلت بصدد تعيين القانون الذي يتحدد به الموطن الدولي، فتثار هنا مسألة تنازع قوانين أكثر من دولة على حكم المسالة المعروضة وفقاً لقانون الموطن،مع العلم أنه قد يكون هذا التنازع سلبياً في حالة الشخص عديم الموطن، وقد يكون تنازعاً إيجابياً له كما في حالة الشخص الذي يكون له أكثر من موطن، بمعنى (متعدد الموطن)،وكما بينا فيما سبق بإختلاف التشريعات وحسب النظام القانوني الذي إتبعته(أنكلوسكسوني أو لاتيني)حول تصوير فكرة الموطن، وما يترتب على تحديده من ثبوت الإختصاص التشريعي لقانون معين دون قانون آخر، وكذلك الحال بالنسبة لثبوت الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم في هذه الدول، والتي أدت هذه الإنقسامات بالفقه إلى إتجاهات مختلفة في تعيين القانون الذي يتحدد بها الموطن الدولي، مما تبنت عدة نظريات في ذلك، وكالآتي:

1. نظرية الإرادة :

بموجب هذه النظرية فإن الموطن يتحدد بموجب الإرادة الفردية للشخص دون القانون، أي بمعني أن الموطن يتم تعيينه بموجب الإرادة الصريحة للفرد الذي يدعي توطنه في دولة ما، والتي يشترط في هذه الإرادة أن تكون واضحة وصحيحة قانوناً، ومعبرة عن إرادة من صدرت عنه ذات أهلية كاملة، وأن لا تخالف هذه الإرادة النظام العام للبلد الذي يدعي الشخص توطنه فيه.وإذا كانت الإرادة المعبرة عنها غير صريحة (ضمنية)، فالقاضي هنا يمكن له أن

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

يستخلص هذه الإرادة من ظروف وأحوال الشخص، فالموطن وفقاً لهذه النظرية يتحدد وفقاً لإرادة الشخص وحدها و لا يظهر دور القانون، إلا بإعتباره كاشفاً عن هذه الإرادة، ومقرراً لما يترتب عليها من آثار[69].

إلا أنه، أخذت على هذه النظرية، في أن إثبات آثارها، تتعلق بسيادة الدولة، كتطبيق قانون معين أو إنعقاد الإختصاص لمحكمة دولة معينة، هذه الأمور تنظم بقانون، والمشرع هو من يشرع القوانين ويعدلها ويلغيها ولا تترك لإرادة الأفراد، ومن جهة ثانية، يثار التساؤل، حول بيان دور الإرادة في حالة الأشخاص عديمي أو ناقصي الإرادة،أو عندما يتعذر الوصول والإستدلال، للإرادة الضمنية للشخصمما يصعب إثباتهاوإفتراضها، لذا فقد هجر الفقه والقضاء هذه النظرية[70].

2. نظرية القانون الشخصي :

بموجب هذه النظرية، يتم تحديد الموطن، وفقاً لقانون الشخصي للفرد، وحسب النظام القانوني المتبع في هذه الدولة يكون القانون أما قانون الجنسية (كالعراق وفرنسا) أو قانون الموطن (كإنكلترا)[71].وتستند هذه النظرية على أساس أن الموطن هو عنصر في حالة الشخص ومن ثم فهو يتحدد وفقاً للقانون الذي يحكم الحالة والتي تخضع لقانون دولة الشخص[72].إلا أن هذه النظرية تترك آثاراً تتعلق بسيادة الدولة، كتعيين المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق، فلا يمكن والحالة هذه، أن يترك هذا التعيين، لقانون دولة أجنبية، ليحكم فيما إذا كان الشخص متوطناً في هذه الدولة أم خارجها. وأيضاً أن هذه النظرية لم تصلح لتحديد الموطن بصورة دقيقة ووافية، لإهمالها حالة عديم الجنسية الذي لا يمكن تحديد موطنه عند التنازع، وكذلك تؤدي هذه النظرية إلى حلقة مفرغة، كما في حالة إعتبار القانون الشخصي لإنكليزي متوطن في العراق هو قانون الجنسية، ولمعرفة هذا الموطن، يجب الرجوع إلى قانون الجنسية وفقاً لقواعد الإسناد العراقية، فإنه والحالة هذه، سوف يسند مسألة تحديد موطنه إلى قانون دولة الجنسية، وهي إنكلترا، إلا أن القانون الأخير، سوف يحيل الأمر إلى قانون الموطن الذي يقيم فيه هذا الشخص،وهو العراق، إي بمعنى أن قانون الجنسية، يحيلنا من جديد إلى قانون الموطن [73]، وهكذا دواليك.وعليه فإن هذه النظرية تترك آثاراً تتعلق بسيادة الدولة، لأنها تترك المسألة لقانون دولة أجنبية ليحكم فيما إذا كان الشخص متوطناً في إقليم الدولة أو في الخارج.

3. نظرية قانون القاضي :

---

[69]– د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركزالاجانب، مصدر سابق، ص756.

[70]– د. غالب الداوودي و د. عدنان السرحان، الموطن الدولي في التشريع الاردني والمقارن، بحث منشور في مجلة دراسات، عمادة البحث العلمي، الجامعة الاردنية، المجلد 24، علوم الشريعة والقانون، العدد(2)، ك1/177، ص253.

[71]– د. غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص212.

[72]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص184.

[73]– د. جابرجاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص232.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

وفقاً لهذه النظرية فإن تحديد الموطن يكون وفقاً لقانون القاضي المعروض عليه النزاع، على اساس أن الموطن هو علاقة قانونية بين الشخص والدولة، وإن مسألة تعيينه وتحديده يعد من مسائل التكييف لهذه العلاقة[74]، والتكييف غالباً يخضع لقانون القاضي[75]. فموضوع البت، فياي نزاع يثار بشأن موطن الشخص، يخضع لسلطة المحكمة التي تنظر النزاع وتحدده وفقاً لقانونه الوطني، فلو أثيرت مسألة تحديد وتعيين الموطن أمام قاضي الموضوع لتطبيق قاعدة من قواعد التنازع وفقاً لقاعدة الإسناد الخاصة بهذا النزاع، فإن تحديد الموطن وتعيينه يكون بحد ذاته هو تحديد لهذه القاعدة وشرطاً لتطبيقها، ويعد أمراً يجب أن يخضع لقانون القاضي لتعلقه بمبدأ سيادة الدولة[76]. وبالرغم من التأييد الغالب لهذه النظرية من قبل غالبية التشريعات[77]، إلا أنها أنتقدت، لأنها تؤدي إلى بعض النتائج غير المنطقية، خاصة عندما يكون الشخص المراد تحديد موطنه، في غير دولة القاضي، وكذلك بالنسبة لمسألة معرفة، فيما إذا كان الشخص، متوطن في بلد معين من عدمه، لا يمكن أن يعد هذا الأمر من مساءل التكييف أصلاً بأية حال من الأحوال[78]، لأن التكييف هو المفهوم القانوني لفكرة من الأفكار القانونية، وتحديد الطبيعة القانونية لهذه الفكرة تكون محكومة بقانون القاضي،فالتكييف يتعلق بمضمون الفكرة المسندة في المقام الأول، بينما الموطن لا يعد فكرة مسندة، وإنما يعد ضابطاً للإسناد كالجنسية، وظيفته تحديد وتعيين القانون واجب التطبيق على النزاع، إضافة لتحديد المحكمة المختصة للنظر في العلاقة القانونية المعروضة. وعليه فهنا يكون المرجع في ذلك هو قانون القاضي، فالعرف الدولي اعتمد مبدأً عاماً يقضي بأن الدولة لا تستطيع أن تفرض بقانونها عد شخصا ما متوطناً في دولة أجنبية شأنه في ذلك شأن الجنسية، إذ لا تستطيع الدولة أن تفرض على دولة أخرى، بعد شخص ما تابعاً لها في الجنسية[79]. إذاً لا يجوز العمل بخلاف هذه القاعدة العامة.

4. نظرية القانون الإقليمي :

يحدد الموطن في هذه النظرية وفقاً للقانون الإقليمي، أي بمعنى قانون الإقليم الذي يدعي الشخص أنه متوطن فيه[80]. حيث تقوم على أساس أن ما يترتب على توطن الشخص من حقوق وإلتزامات يعطي الحق للدولة التي طرف في هذه العلاقة القانونية، فيتحدد الموطن باعتباره أكثر صلةً بهذه العلاقة من غيرها من الدول[81]، وبهذا فإنه يعطي القانون الإقليمي إختصاصاً مطلقاً في شأن الموطن[82]. فالموطن كالجنسية، أداة لتوزيع الأفراد دولياً، وأن

---

[74]– د. حسن الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص213.

[75]– المادة (17/1) من القانون المدني العراقي .

[76]– د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص222.

[77]– كالتشريع العراقي والمصري والاردني والفرنسي . د. غالب الداوودي، النظرية العامة، مصدر سابق، ص214.

[78]– د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص270.

[79]– د. هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، مصدر سابق، ط2، ص765.

[80]– د. حسن الهداوي و د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص،ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد،1986، ص214.

[81]– د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص 561.

[82]– اخذ مجمع القانون الدولي بهذه النظرية، حيث قرر في دورة انعقاده في كامبرج عام 1931 بأنه : لايمكن لشخص من الاشخاص ان يدعي بانه له موطنا في دولة معينة، اذا لم يكن قانون تلك الدولة يعترف له بذلك .) مشاراليه لدى : د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص 186.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

بيان من يتبعون الدولة من عدمه، هو أمر متروك للدولة وحدها، بصرف النظر عن مصالح الدول الأخرى، فهذا الحق يترك لقانون تلك الدولة.ومن جهة أخرى فإن الدولة لا تستطيع أن تفرض بقانونها اعتبار شخصا ما متوطناً في دولة أخرى[83]. وقد انتقدتهذه النظرية فيما تثيره من مشكلة تنازع القوانين بشأن الموطن، فيما لو ادعى شخص توطنه في أكثر من دولة، مما يستوجب تداخل أكثر من قانون وتعدده في حل التنازع[84].

5. **النظرية التوفيقية :**

يتحدد الموطن بموجب هذه النظرية وفقاً لنظريتين وبالتتابع، حيث يحدد الموطن وفقاً لقانون القاضي والقانون الإقليمي معاً، بحيث يتم تحديد الموطن بتطبيق قانون القاضي المرفوع أمامه النزاع أولاً لمعرفة ما إذا كان للشخص موطن في بلد القاضي أم لا.فإذا اتضح أنه غير متوطن في بلد القاضي، ترك القاضي قانونه الوطني وطبق قانون الدولة المطلوب الفصل في هذا النزاع، على اعتبار أن الشخص متوطن فيها، فيتحدد الموطن حينذاك، وفقاً لقانون تلك الدولة، باعتباره القانون الإقليمي[85].أي بمعنى يتم تطبيق قانون القاضي أولاً، لمعرفة فيما إذا كان الشخص متوطناً في بلد القاضي أم لا ؟ فإذا تبين أنه متوطن فيه فهنا يحسم الموضوع ويتم تحديد الموطن، أما إذا تبين العكس، فإنه يترك القاضي قانونه الوطني، ويطبق قانون الدولة التي يدعي الشخص توطنه فيه.فهذا الإتجاه يوفق بين بعض الإتجاهات السابقة، ولا يتنافى مع فكرة السيادة في الوقت نفسه، لأنه يضبطمبدأ تطبيق القانون الإقليمي ولا يهدر سيادة قانون القاضي عندما يلزم القاضي بتطبيق قانونه الوطني أولاً[86].ويتبين لنا بأن الميزة الأساسية لهذه النظرية بأنها تقدم عنصر ترجيحي، فيما لو تنازعت القوانين الإقليمية، الواجبة التطبيق بشأن تحديد الموطن، ألا وهو، ضرورة تطبيق قانون القاضي أولاً، وترجيح القانون الإقليمي لدولة القاضي على غيره من القوانين المتنازعة، وإن كانت هذه الميزة، تنحصر في الفرض الذي يراد فيه، معرفة فيما إذا كان الشخص، متوطناً في دولة القاضي من دونه.والجدير بالذكر أنه لم تسلم هذه النظرية أيضاً من الإنتقاد، على إعتبار، أن التصدي ، لوضع مبدأ عام، في شأن تصوير الموطن و تحديده ، قد أصبح أمراً محالاً، بسبب تنوع الفروض، وتجاهل البعض الآخر له، والتي تثار فيها فكرة الموطن، في مجال تنازع القوانين، وإعمال قواعده[87].

---

[83]– د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص552.

[84]– د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص270.

[85]– د. جابر جاد عبدالرحمن، مصدر سابق، ص235.

[86]– د. حسن الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص230.

[87]– اذا اثيرت فكرة الموطن لتطبيق قاعدة من قواعد التنازع في قانون اجنبي، فان الموطن يتحدد وفقا لاحكام ذلك القانون، ويغفل الفرض الذي تثار فيه فكرة الموطن بصدد تطبيق قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي، حيث يجب تحديد مفهوم هذه الفكرة وفقا للاحكام الموضوعية في هذا القانون، والثابت انه اذا اشارت احدى قواعد الاسناد في الدولة بتطبيق قانون الموطن، وجب الرجوع الى قانون هذه الدولة ذاتها لتحديد مفهوم الموطن، وذلك بمايمليه المنطق . د.هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الاجانب، ط2، مصدر سابق، ص770.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

وبالرغم من ذلك، فقد أخذت بهذا الإتجاه، قوانين بعض الدول([88])، وتبنته مؤتمرات دولية [(89)].وعدت هذه النظرية، الراجحة، بإعتبار أن الموطن، ما هو إلا، رابطة قانونية بين شخص ودولة، ويتأثر بالإعتبارات السياسية والسيادة الإقليمية، التي تستأثر به الدولة، وبذلك يحدد قانون كل دولة، الأشخاص المتوطنين في إقليمها، وإمكانية تنظيم قبول الأشخاص على إقليمها[(90)].

المطلب الثاني

نطاق الموطن في تحديد القانون واجب التطبيق وحل مشكل تنازعالموطن

سوف نبين هنا مسألتين هامتين بشأن، تحديد القانون واجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع وكيفية حل مشكلة التنازع في الموطن، فيما اذا كان تنازعا، ايجابيا ام سلبيا، وذلك من خلال نقطتين، وكالآتي :

اولا :نطاق الموطن في تحديد القانون واجب التطبيق

ان المبدأ الاساسي لتطبيق قانون الموطن باعتباره القانون الشخصي حسب النظام الانكلوسكسوني، يتم تطبيقه على مسائل الاحوال الشخصية وحالة الشخص واهليته للقيام بالتصرفات القانونية [(91)].

وقد نظمت احكامه في مجال العلاقات الخاصة الدولية، وحددت نصوصه تشريعيا بقواعد لاكتسابه وفقده واسترداده، فضلا عن اعتماد الدول الآخذة بنظام الموطن في تبني مجموعة افكار(2)، كفكرة تشدد القضاء في اثبات تغيير الموطن الاصلي، وفكرة الدولالمتحضرة لاكتساب وفقد الموطن الاصلي، وفكرة احياء الموطن الاصلي . اما بالنسبة للبلدان المعتمدة لقانون الجنسية (حسب النظام اللاتيني) في هذا الشأن فلم تنظم هكذا افكار، الا انه هذه الدول لا تستغني عن تطبيق فكرة الموطن لحل مسائل تنازع القوانين بصفة استثنائية في هذا الخصوص. وعليه لولاحظنا المشرع العراقي، فانه اعتمد قانون الجنسية اصلاً لأعمال قواعد تنازع القوانين دون قانون الموطن الا استثناءاً(كضابط اسناد احتياطي)(3)، وان المشرع لم يعتمد مبدءا عاما في حل مشكلة التنازع، وان كان متغيرا، وانما عالج كل حالة على حدة، فقد نص على انه : (يسري في شأن الاهلية قانون الدولة التي ينتمي اليها الشخص

88- كمبدأ عام في العراق ومصر استنادا لقدم وجود نص في قانون خاص او معاهدة نافذة فيها، وكذلك وفقالمباديء القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا . تنظر (م29 وم30) مدني عراقي، و(م23وم24) مدني مصري .

89- كمجموعة (بوستامنتي) الخاصة بالقانون الدولي الخاص بين دول امريكا لعام 1938، د. حسن الهداوي ود.غالب الداوودي، مصدر سابق، ص215.

90- د. جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص72.

91- د. جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص121.

2- وعلى رأس هذه الدول انجلترا . ينظر : د.غالب الداوودي، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص177.

3- تنظر (م25) مدني عراقي والتي تقابله (م19) مدني مصري .

4- تنظر (م2/18) مدني عراقي والتي تقابله (م11) مدني مصري .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

بجنسيته)(4). ونص في شأن الشروط الموضوعية لصحة الزواج في (م1/19) مدني، الى انه:(يسري في شأن صحة الشروط الموضوعية للزواج... قانون كل من الزوجين)، ونفس الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي نص على هذا الامر في (م12) مدني .

لذا نرى بانه لابد من تفعيل احكام قانون الموطن لدى المشرع العراقي، بالنص على تنظيم احكام الموطن الاصلي والموطن الدولي، والغاء فكرة الدمج فيما بين الموطن ومحل الاقامة، وعدم حصر حق الاجنبي في دخوله واقامته في الاقليم العراقي، وثم خروجه منه، وفق احكام قانون اقامة الاجانب في العراق بمعنى منحه ثلاثة حقوق فقط وفقا لهذا القانون دون الاشارة للحقوق الاخرى، تاركا اياها الى القوانين الخاصة بها، لذا لابد من اضافة الحقوق الاخرى اليه ايضا، بأعتباره قانون خاص بإقامة الاجانب في العراق، ولانه اساسا قد اعتمد المشرع على الموطن، كضابط اسناد احتياطي، لحل مسألة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وكذلك، لان العراق، حاليا قد اصبح دولة فدرالية، مكونة من عدة اقاليم، ذات نظم قانونية محلية متعددة، فتعدد القوانين في العراق، بتعدد الاقاليم، يضع القاضي المعروض امامه النزاع والمتعلق بتوطن الشخص في احد الاقاليم العراقية، امام مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق واعمال قواعد التنازع عندما تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الشخصي[92]. والسؤال هنا: اي قانون سوف يطبق في ظل تعدد الانظمة القانونية؟ بالرغم من ان المشرع العراقي قد نظم حالة تعدد الشرائع بتعدد الاقاليم فيما لو تقرر ان قانونا اجنبيا هو الواجب التطبيق وذلك بتفويض قانون تلك الدولة ليقرر تطبيق اي من هذه القوانين المعروضة[93]. وفي ظل ذلك تكمن اهمية الموطن لتعيين وتحديد القانون الواجب التطبيق، فتحديد قاعدة الاسناد وارتباطها بالقانون الذي يحكم العلاقة القانونية، فانه يمكن لمجموعة قوانين ان تتفاضل وتتزاحم في ذلك، حيث يمكن ان نرجع في شان هذا التنازع الى القانون الشخصي لاحد اطراف العلاقة او نرجع الى قانون الموطن المشترك لهما او لمحل ابرام التصرف القانوني او محل تنفيذه او تطبيق قانون القاضي الذي ينظر النزاع. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا : اي من هذه القوانين يكون هو الواجب التطبيق؟ فمسألة اعمال قواعد التنازع لغرض تحديد هذا القانون الواجب التطبيق في حكم التصرفات القانونية (كالعقد) تعد من المسائل القانونية وما يترتب عليه من آثار، فأن التشريعات الوطنية قد نصت على ذلك في هذا الشأن، فقد نص المشرع العراقي على انه : (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان على غير ذلك او يتبين من الظروف ان قانونا آخر يراد تطبيقه.)[94]فالملاحظ من هذا النص، ان المشرع قد اورد من خلال قاعدة الاسناد ضابطا اصليا وهو قانون الارادة باعتباره القانون المختارمن قبل اطراف العلاقة القانونية وضابطين آخرين للاسناد (كضابط احتياطي)، الاول وهو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين بشرط اشتراك او اتحاد المتعاقدين في الموطن،والثاني هو قانون محل ابرام العقد اذا اختلفا المتعاقدين من حيث

[92]– ان القانون الشخصي حدد في العراق بقانون جنسية الشخص بموجب قاعدة الاسناد العراقية . تنظر : (م18/1) مكرر من القانون المدني العراقي كذلك (م11/1) مدني مصري .

[93]– المادة (31/2) من القانون المدني العراقي وتقابله (م26) مدني مصري .

[94]–المادة (25/1) مكرر من القانون المدني العراقي.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

الموطن . لذا على قاضي الموضوع في هذا الامر، عندما يبحث عن القانون الواجب التطبيق على النزاع، فلابد، ان يتجه اولا الى القانون المختار من قبل الاطراف بأعتباره قانون ارادتهم(اصحاب العلاقة القانونية) سواء اكانت صريحة ام ضمنية، وبخلافه يتجه الى قانون الموطن المشترك لهما، ثم قانون محل الابرام، اذا لم يتوصل الى ضابطي الاسناد الاصلي(الاساسي) والاحتياطي(الاول) . فضابط الاسناد وحسب هذا النص جاء متدرجا حسب القوة القانونية له. فهنا نرى ان حكمة المشرع تكمن في ضابط الاسناد الاحتياطي (وهو هنا الموطن) لغرض تطبيقه في حالة غياب ضابط الاسناد الاصلي (قانون الارادة) باعتباره انسب الحلول القانونية من الناحية العملية لغرض تطبيق القانون المسند اليه، وبأعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع وفقا لتطبيق قاعدة الاسناد الاحتياطية كأستثناء على الاصل، وكذلك لانصراف ارادة الأطراف الى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين بافتراض كونه انسب القوانين في هذه الحالة للتطبيق وعلمهما بهذا القانون وبوجود اليقين القانوني لديهما بتطبيقه، مما يؤدي في النهاية لترسيخ الثقة واستقرار المعاملات .

وفيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية سواء تم ابرامها او تنفيذها عبر قنوات اتصال الكترونية، مخترقة الحواجز الاقليمية بين الدول، الأمر الذي يجعلها مجالا خصبا لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، فغالبية الأنظمة القانونية تتطلب لإختصاص محاكمها بالنزاع المعروض عليها، لابد من وجود علاقة وصلة بين هذا العقد وبين القانون واجب التطبيق إضافة لمحاكم هذه الدولة .([95]) فاللجوء الى المحاكم التقليدية استنادا للضوابط العامة في القانون لتحديد الاختصاص القضائي، يعقد الاختصاص لمحكمة موطن او محل إقامة المدعي عليه، بأعتبارها من القواعد المستقرة عليها في القوانين الوطنية والدولية إضافة للأتفاقيات الدولية.([96])

حيث أعتمدت العديد من الدول مبدأ الولاية العامة للمحاكم الوطنية . ([97])بأعتبار ان الشخص من رعايا الدولة او متوطنا فيها او على الأقل مقيما او موجودا بأراضيها او خضع بأختياره لقضائها .

وعليه فبالنسبة للموطن كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني، فهنا إما على القاضي الوصول الى هذا القانون بخصوص العقد الألكتروني، وذلك بربطه بالقانون الأكثر أرتباطا والأوثق صلة وفقا لضوابط جامدة محددة سلفا من قبل المشرع، كضابط الموطن المشترك .([98])

اوقد يأخذ القاضي بالإسناد المرن(الأداء المميز) . ([99]) وهو ما نؤيده.

---

[95]- تنظر المادتين (14 و 15) من القانون المدني العراقي .

[96]- وهذا مانصت عليه (م5) من إتفاقية بروكسل لعام 1988 بشأن القانون واجب التطبيق على تبادل وانتقال العقود والتي تتيح الفرصة للمستخدم في اللجوء الى محكمة الدولة التي يقيم فيها (المستخدم) او الى محكمة دولة إقامة المورد .

[97]- تنص (م29) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 بأنه : (تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني بنص خاص.) وتقابله المادتين (29 و30) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ذي الرقم (13) لسنة 1986 المعدل ، والمادة (42) مرافعات مدنية فرنسي لعام 1985..

[98]- تنظر (م25) مدني عراقي وتقابله (م20) مدني مصري .

[99]- فألتزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المورد بتوريد الخدمة، يعد اداءا مميزا . ينظر : د. عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الاختصاص في العقد الألكتروني، دراسة مقارنة، المطبعة الوطنية، مراكش، ط1، 2010، ص240.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

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

فإذا كان العقد الواحد ينتج عنه عدة ألتزامات، فإن احد هذه الألتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره وبالتالي الأسناد اليه في تحديد قانون العقد، والذي يستند لتحليل أقتصادي وقانوني في ذات الوقت، وتمييز المتعاقدين (دائنا ومدينا) او ان أحد الاطراف مبرما للعقد والآخر عميل او مستهلك .

وعليه يكون القانون واجب التطبيق على العقد الألكتروني، هو قانون الدولة التي يوجد بها المدين حقيقة، سواء كان موطنه او محل وجوده او مقر عمله الدائم . ([100]) ولايمكن الإدعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول في الوسائل الألكترونية للأتصالات، لأن مستخدموه والقائمون على خدماتها، يعدون أساسا اشخاص طبيعيون لهم روابط قانونية معينة مع الدولة من جنسية وموطن ومقار اعمال فعلية وحقيقية، إضافة الى ان هذه الوسائل المستخدمة للأتصالات تتمركز في أقليم دولة محدة .وبالنسبة لحل تنازع الاختصاص القضائي الدولي وإعمال قواعد التنازع تجاهها، حيث تعمد الدول عادة الى وضع قواعد خاصة بالاختصاص القضائي، تحدد بموجبها اختصاص محاكمها في المنازعات ذات الطابع الدولي والتي تستند هذه القواعد اساسا على ضوابط محددة تكمن في ضابط موطن المدعى عليه او محل اقامته[101].

فالموطن هنا، يعد اداةفعالة، لتحديد الاختصاص القضائي، وإعمال قواعد التنازع بصورة عامة، فهو ضابط عام، لايقتصر على نوع معين من المنازعات، ومبني على فكرة قانونية واقعية، وهو ضابط مزدوج، من حيث انه يعد ضابطا شخصيا، من جهة النظام الانكلوسكسوني، وضابطا اقليميا، من جهة الاتجاه اللاتيني، لانه قد اقام على فكرة وجود الصلة بين الشخص واقليم دولة معينة.وكما هو معلوم لدى الفقه القانوني، ان الاصل، هو براءة ذمة الافراد[102] في التعاملات، والبينة على من ادعى واليمين على من انكر[103] وان محاكم الدولة عندما تصدر الاحكام القانونية

---

[100]- حيث تنص (م21/اولا) من قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونية العراقي ذي الرقم (78) لسنة 2012 على انه : (يحدد المستندات الألكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يحدد محل الاقامة مقرا للعامل مالم يكن الموقع والمرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك . ثانيا : اذا كان للموقع او المرسل اليه اكثر من مقر عمل فيحدد المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال او التسلم، وعند تعذر التحديد يحدد مقر العامل الرئيس هو مكان الإرسال او التسلم) . ولمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد الفاضل كامل، التعاقد بالبيع الألكتروني وضوابط الأختصاص التقليدية، بحث منشور بمجلة المقال، العدد (4-3)، بلا مكان طبع، ص134. كذلك د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الألكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2009، ص270.

[101]– د. محمد وليد المصري، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 319.

[102]– تنظر المادة (6) من قانون الاثبات العراقي ذي الرقم (107) لسنة 1979 المعدل .

[103]–المادة (7) من قانون الاثبات العراقي السالف الذكر .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

تكون هي الاقدر على الزام المدعى عليه بتنفيذ الحكم الصادر، نظرا لتواجده في اقليمها[104] وهذا ما لايمكن اعتماده على ضابط جنسية المدعى عليه[105].

وكذلك الأمر بالنسبة، لمسألة الحكم الصادرمن محكمة هذه الدولة وتنفيذ في اقليم دولة اخرى، وفقا لنصوص قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية[106].وعليه نلاحظ ان المشرع العراقي[107] قد نص على اهمية الموطنتجاه تحديد الاختصاص القضائي وتنفيذ احكام المحاكم الأجنبية في العراق. وكذلك عد المشرع ان مجردوجود الاجنبي في العراق يكون سببا كافيا لسريان الاختصاص القضائي العراقي دون اشتراط توطنه في العراق[108]. وكذلك نص المشرع على حالة تعدد المدعى عليهم، ففي هذه الحالة، ان مجرد اقامة او توطن احدهما في اقليم الدولة يكون كافيا لعقد ولاية القضاء العراقي بالتبعية للمدعى عليه الذي له موطن او محل اقامة في العراق[109].

واستنادا لمبدأ وحدة الخصومة وترابطها والاحكام التي تقضي ذلك وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، فان جدوى وجود هذه الاحكام الخاصة بتنظيم الموطن الدولي كضابط للاسناد هو لغرض اعمال قواعد التنازع(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي)، وقد اتجه الفقه والقضاء[110]فيغالبية الدول التي تعتمد نظام الجنسية كضابط للاسناد في مسائل الاحوال الشخصية[111]، على اعمال الاحكام الخاصة بالموطن الداخلي في مجال العلاقات القانوية الدولية الخاصة بالافراد والتي شرعت هذه الاحكام في الاصل لإعمالها على العلاقات القانونية الداخلية، وليست الدولية.

وعليه فأن احكام الموطن الداخلي والخاصة بالحياة القانونية الداخلية للافراد تطبق عن طريق القياس على الحياة القانونية الدولية للافراد، بمعنى (تطبق على الموطن الدولي) في هذه الدول التي لم تنظم احكام الموطن الدولي.لذا نرى انه، ليس من الصواباعتماد القياسفي تطبيق احكام الموطن الداخلي على الموطن الدولي في تنازع القواني نضمن احكام القانون الدولي الخاص، وذلك لاختلاف احكام وطبيعة وآثار الموطن الداخلي عن الموطن الدولي، ولابد على المشرع وضع نصوص خاصة لحكم العلاقات القانونية الدولية للافراد لتلافي النقص الحاصل في التنظيم القانوني

---

[104]– المادة (105) من قانون الاثبات العراقي ذي الرقم (107) لسنة 1979 المعدل .

[105]– د. حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص180.

[106]– تنظر احكام قانون تنفيذ احكام المحاكم الاجنبية في العراق رقم (30) لسنة 1928.

[107]– تنظر المواد (14 و 15 و 16) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951. والملاحظ على حكم المادة (15) مدني عراقي انه جاء مطلقا، حيث لم يفرق بين كون الاجنبي الموجود في العراق، شخصا طبيعيا ام معنويا لكي ينعقد الاختصاص القضائي للمحاكم العراقية .

[108]– تنظر المادتين (3) من قانون التنظيم القضائي في العراق رقم 160 لسنة 1979. والمادتين (22 و29) من قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم (83) لسنة المعدل 1969.

[109]– تنظر المادة (37) من قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم (83) لسنة 1969 المعدل .

[110]– هذا ما اكده الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية في عام 1956 بالاستناد الى المادة (40/1) من القانون المدني المصري، والتي عرفت بموجبها الموطن الداخلي والذي يطبق ايضا في تحديد الاختصاص القضائي الدولي فيها.اشار اليه : د. هشام خالد، توطن المدعي عليه الاجنبي كضابط للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم العربية، مصدر سابق، ص 48. كذلك بالنسبة للمشرع العراقي، انظر (م42) من القانون المدني .

[111]– د. غالب الداوودي، النظرية العامة للجنسية، مصدر سابق، ص288. د. عز الدين عبدالله، مصدر سابق، ص570.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

للموطن بصورة عامة، والتي بدورها تؤدي الى استقرار المعاملات والعلاقات القانونية المشوبة بعنصر اجنبي خارج حدود اقليم الدولة ايضا، والذي تترتب عليه تسهيل مهمة القضاء الوطني للنظر في هذه العلاقات القانونية عند نشوب النزاع وتلبية متطلبات القانون الدولي الخاص، باعتبارالموطن ضابطا للاسناد لإعمال قواعد تنازع القوانين، وما له من دور في تطوير هذه القواعد.

فالاسلوب المعتمد حسب التطور الحاصل في مسائل تنازع القوانين، يقوم على اساس اختيار افضل القوانين المتزاحمة، والمفاضلة بينها لاختيار الانسب قانونا لحكم العلاقة القانونية المتضمنة عنصرا اجنبيا، استنادا لقواعد قانونية وضعها المشرع الوطني،تسند وتحدد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة المعروضة على القاضي.ففكرة الموطنتعد الاداة الضامنة، كالجنسية لحل التنازع،وذلكبإعمال قواعده للعمل بنسبية مبدأ اقليمية القوانين، والتخفيفمن حدته، لإيجاد الاستقرار للمراكز القانونية للافراد[112].

الا انه بعدان زاحمت قواعد قانون الجنسية لقواعد قانون الموطن في حكم بعض مسائل المعاملات المدنية،انقسم الفقهالقانوني للدوليالخاص، الى نظامين في ذلك[113]، واتجهت الدول الى هذين الاتجاهين، وحسب مصالحها واعتباراتها وفقا لمبدأ سيادة الدولة.وعليه فانه نرى : بان المنطق القانونييحتم علينا الى ان ننوه الى مسألة تم التطرق اليها سابقا، يحتم الاشارة اليها ثانية، بأنه لاتوجدحقيقة مطلقة للمفاضلة بين نظامي قانون الموطن والجنسية، فلكل منهما مزاياه وعيوبه[114].ويتوقف الاخذ باحد النظامين دون الاخر، على ظروف الافراد ومصالحهم، وكذلك الدول ومصالحها، قياسا لمصلحة مواطنيها، تجاه الاجانب، وبذلك تتجنب مشكلة تعدد القوانين الاجنبية الواجبة التطبيق فيها، وبذلك تطبق الدول قوانينها على كافة القاطنين فيها على السواء، وبذلك تستقر الثقة في المعاملات على الصعيدين الوطني والدولي، وبالتالي التكريس النسبي لمبدأ اقليمية القوانين .

ثانيا : تنازع الموطن

ان احكام الموطن تختلف من دولة لاخرى من حيث كسبه وفقده واسترداده، وهذا من شأنه امكان تحقق حالة انعدام الموطن اي بمعنى عدم اعتبار الفرد متوطنا في اي دولة، وحالة تعدد الموطن، بمعنى اعتبار الفرد متوطن في اكثر من دولة وحسب قانون كل دولة منها .

فهاتين الحالتين، يعبر عنهما، بتنازع الموطن السلبي، في الاولى، وتنازع الموطن الايجابي، في الثانية، والتي سوف نبينهما من خلال النقطتين الآتيتين :

---

[112] – د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، ج2، ط6، جامعة دمشق، 1998، ص50. وكذلك ينظر :د.حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص181.

[113] – النظام الانكلوسكسوني الذي اخذ ت به دول امريكا وغالبية دول اوربا، والنظام اللاتيني الذي اخذ ت به الدول العربية ومنها العراق وبعض الدول الاوربية كفرنسا وايطاليا. ينظر : د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص21.

[114] – راجع ص17– 23 من البحث بخصوص مزايا وعيوب الموطن وحسب كل نظام قانوني .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

1- التنازع السلبي للموطن :

وهي حالة الشخص الذي لايعد متوطنا في اقليم اية دولة، فهو بلا موطن، وفي الحقيقة ان هذه التسمية هي لفظ مجازي واسم على غير مسمى، فواقع الحال يبين لنا انه لايوجد اصلا اي تنازع في الموطن هنا(بين قوانين الدول التي يتوطن فيها الشخص) حيث انه تتخلى قوانين كافة الدول عن اعتبار الشخص متوطنا في اية منها، واصبح الشخص عديم الموطن[115].ونظرا لما يترتب على هذه الحالة من صعوبات ومشاكل قانونية بشأن تصرفات هذا الشخص، الذي يدعي توطنه في دولة ما، وما يقتضي ذلك، من إعمال قواعد الاسناد، بتطبيق قانون الموطن، لحكم العلاقة القانونية هذه، اضافة الى تحديد الاختصاص القضائي الدولي، على الموطن، فأنه ولابد والحالة هذه، من ايجاد حلول معتمدة، لمعالجة هذا الامر . حيث يذهب غالبية الفقه[116] في هذه الحالة، الى إحلال، محل الاقامة، محل الموطن، باعتباره ضابط اسناد احتياطي، وقد اعتمدته بعض نصوص التشريعات[117]، وكذلك تبنته اتفاقيات دولية[118].

اضافة الى القضاء[119].وجدير بالذكر انه، من الممكن في فرض، قد يحدث، وان لايكون للشخص (عديم الموطن) محل اقامة معينة في أية دولة، وان قاعدة التنازع، لاتتضمن ضابطا احتياطيا آخر، لحل هذا التنازع السلبي. فهنا والحالة هذه، يمكن تطبيق قانون القاضي، المعروض عليه النزاع، باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي في هذا الشأن[120]، ولكونه من المبادي الاكثر شيوعا، وملائمة في القانون الدولي الخاص[121].

---

[115]- د. محمد عبد المنعم رياض بك، مباديء القانون الدولي الخاص، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1943، ص385.

[116]- د. عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج1،ط11، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، بلا سنة طبع، ص 575. د. حسن الهداويو د.غالب الداوودي، مصدر سابق، ص227. د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص737. د. جابرجاد، مصدر سابق، 256. د. جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص217. د. محمد عبد المنعم رياض، مصدر سابق، ص389.

[117]- كالتشريع العراقي في (م 45) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1950، والتشريع المصري في (م 43) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، والتشريع الفرنسي في (م 105) من القانون المدني الفرنسي لعام 2012 .

[118]- حيث اعتمدت لجنة الخبراء في عصبة الامم المتحدة والخاصة ببحث وتقنين القانون الدولي بمشروعين لتنظيم احكام الموطن باتفاق دولي وذلك بشأن توحيد قواعد واحكام الموطن في العالم، وكذلك وضع قواعد لحل تنازع الموطن السلبي، بحيث لايبقى شخص دون موطن . لمزيد من التفصيل ينظر : د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص576.

[119]- حكم محكمة استئناف الاسكندرية – دائرة الاحوال الشخصية للاجانب في 26/ ديسمبر / 1957، وذلك بتأكيد المحكمة في حكمها بشأن تركة متوفي (عديم الموطن) فيقتضي تطبيق قانون محل الاقامة، اشار اليه : د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ط2، ص789.

[120]- حيث نص المشرع العراقي في المادة (41) من قانون الاثبات ذي الرقم (107) لسنة 1979 المعدل على انه :(اذا لم يكن للمدعي عليه موطن ولاسكن في العراق، فتقام الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي او سكنه، فان لم يكن للمدعي موطن ولاسكن في العراق، فتقام الدعوى في محاكم بغداد.) ونلاحظ ان هذا النص قد جاء مطلقا تجاه الوطني والاجنبي على السواء وباعتباره مبداء، قد وسع من السلطة التقديرية للقاضي المختص والاجتهاد فيه ومستندا لنص المواد (1و3 و4) من قانون الاثبات المشار اليه : وذلك من توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى واتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه وتبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولايؤدي الى التفريط باصل الحق المتنازع فيه .

[121]- تنص (م30) من القانون المدني العراقي على انه : (يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في شأن تنازع القوانين، مباديء القانون الدولي الخاص الاكثر شيوعا).

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

وبالرغم من هذا الحل، فقد ذهب البعض من الفقه[122]، الى انه، وهذه الحالة يجب تعليق تطبيق قانون القاضي، على شرط ان يكون على علاقة وصلة وثيقة بالعلاقة القانونية المعروضة عليه، وبخلافه لابد من تطبيق قانون آخر، اكثر ملائمة لطبيعة هذه العلاقة المعروضة، بشأن هذا التنازع السلبي، بأعتبار ان هذا الحل المنطقي، يتماشى مع حكمة التشريع، وان المشرع يخضع العلاقات الخاصة الدولية لاكثر القوانين ملاءمة لطبيعة هذه العلاقات، فأن تعذر إعمال هذا القانون، فيطبق القانون الاقرب له، بأعتباره اكثر ارتباطا بهذه العلاقة، واعتبار هذا الحل، من المباديء الشائعة في العلاقات الخاصة الدولية.ونحن بدورنا، نرى ان ماذهب اليه هذا الاتجاه ، يقيد من السلطة التقديرية للقاضي المعروض امامه النزاع، لانه عندما يتعذر إعمال قواعد التنازع، لعدم تضمنه ضابط اسناد احتياطي، فالقاضي هنا صاحب الاختصاص الاحتياطي، وفقا لمباديء القانون الدولي الخاص، والحالة هذه يلجأ الى الاجتهاد بالبحث عن القانون الاكثر صلة وعلاقة بهذه العلاقة القانونية المعروضة عليه، كمبدأ عام يعتمده، بأعتباره الاكثر شيوعا في نطاق العلاقات الخاصة الدولية مالم يتعارض والنظام العام في دولته، وبخلافه فانه يمكن ان نقع في حلقة مفرغة، دون العثور على هذا القانون لغرض تطبيقه، ان لم نوسع من سلطته التقديرية هذه.

2- التنازع الايجابي للموطن

وهي حالة الشخص الذي يتوطن في اقليم اكثر من دولة واحدة في آن واحد . حيث يتوافر هذا التنازع بتوطن الشخص في عدة دول وفقا لقانون كل منها، وهذه الحالة تثير عدة مشاكل قانونية، عندما تقضي قواعد التنازع لغرض اعمالها بتطبيق قانون الموطن، وكذلك عندما يتعين الاختصاص القضائي الدولي على الموطن.

اذ يثار التساؤل حول اي موطن يمكن ان يعتد به[123]. وللإجابة نقول انه لفض التنازع الايجابي هذا للموطن، لابد من التفرقة فيما اذا كان هذا النزاع معروضا امام محكمة احدى الدول التي تتنازع قوانينها على توطن الشخص بها (اي ذات علاقة بها)، ام كان النزاع معروضا اما محكمة دولة اخرى (ثالثة) لاعلاقة لها بالنزاع (اي ليست طرفا فيها)، اوعرض النزاع امام محكمة دولية، او هيئة تحكيم دولية[124].

وللاجابة نقول : اذا كان النزاع معروضا امام محكمةاحدى الدول ذات العلاقة بالنزاع المعروض، فيطبق القاضي هنا، قانونه الوطني، بأعتبار ان الشخص متوطنا بدولته، بصرف النظر عما تقضي به قوانين الدول الاخرى[125]، وعلى ذلك لو كان للشخص، موطن (محل اقامة) في العراق، وفقالاحكام القانون العراقي، وموطن ثاني في دولة المانيا، وفقا لاحكام القانون الالماني، وعرض النزاع على القاضي العراقي، فهنا يعتبر الشخص هذا، متوطنا (مقيما) في العراق، بصرف النظر عما يقضي به القانون الالماني، وكما لو عرض هذا النزاع على القاضي الالماني،

[122]- د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ط2، ص789. د. فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، جامعة دمشق، 1998، ص238.
[123]- د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص 576.
[124]- د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الداوودي، مصدر سابق، ص229.
[125]- جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص 257.

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

لأعتبر بدوره، الشخص هذا متوطنا في المانيا، بصرف النظر عما يقضي به القانون العراقي، وذلك يمكن القول، قياسا لماورد في نص المواد (م33) و (م42 – 45) مدني عراقي المذكورة سابقا، ونص (م41) من قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969، اضافة لنص (م1/19) عقوبات عراقي، رقم 111 لسنة 1965([126]).

اما اذا كان النزاع معروضا امام محكمة دولة ثالثة، ليست طرفا في النزاع، وليس لها علاقة بهذا النزاع، او كان النزاع، معروضا امام محكمة دولية، او هيئة تحكيم دولية، فهنا القاضي يأخذ دور المحكم لحل هذا النزاع، ولايمكن له ان يطبق قانونه الوطني.

كما لايمكنه ان يرجح قانونا على آخر بصورة اعتباطية، تحسبا لعدم المساس بسيادة هذه الدول المتنازعة([127]). وفي هذه الاحوال يتجه الفقه الغالب([128]) الى حلول معينة، وحسب الفروض المطروحة لنوع التنازع (صورته)، وكما يلي :

أ- **اذا كان التنازع بين موطن ارادي وموطن قانوني** : وتكون تلك الصورة عندما يكون لشخص موطن ارادي (اختياري) في اقليم دولة معينة وفقا لقانونها (معتبرا كامل الاهلية فيها) وموطن آخر (قانوني) في ذات الوقت في اقليم دولة اخرى، ووفقا لقانون هذه الدولة الثانية (معتبرا ناقص الاهلية)، فهنا يعتمد الموطن القانوني، ويقدم بذلك على الموطن الارادي (الاختياري)، وعلة ذلك يدخل في ان الموطن القانوني هذا قد قرر لحماية ناقص الاهلية([129]).

ب- **اذا كان التنازع بين موطنين قانونيين:** وتتمثل هذه الصورة، بأن يكون للشخص موطن قانوني في دولة معينة وحسب قانونها، وكذلك له موطن قانوني آخر في ذات الوقت في دولة ثانية، وحسب قانونها ايضا، فهنا يعتبر الشخص هذا متوطنا في الدولة التي يقيم فيها اقامة فعلية([130]). الا ان الامر يدق فيما لو ان هذا الشخص يقيم اقامة فعلية في غير هاتين الدولتين اللتين له في كل منهما موطن قانوني، حيث يذهب شراح هذا القانون([131]). الى ان القاضي الذي ينظر هذا التنازع يفضل الموطن الاقرب الى فكرة الموطن في قانونه هو، بأعتباره الاوثق صلة وعلاقة بهذه العلاقة القانونية المعروضة امامه وباعتبارها الاكثر شيوعا([132]).

---

[126]- حيث تنص (م41) مرافعات على انه : (اذا لم يكن للمدعي عليه موطن ولاسكن في العراق، فتقام الدعوى في المحكمة التي يقع في دائرتها، موطن المدعي او سكنه ن فإن لم يكن للمدعي موطن ولا سكن في العراق، فتقام الدعوى في محاكم مدينة بغداد .) وكذلك تنص (م1/19) عقوبات عراقي على انه : (المواطن : هو احد رعايا جمهورية العراق، ويعتبر في حكم المواطن من لاجنسية له، اذا كان مقيما في الجمهورية .)

[127]– د. هشام علي صادق، مصدر سابق، ص741.

[128]– د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص258. د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص576. د. جابر ابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص263. د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص 394. د. حفيظة السيد الحداد، مصدر سابق، ص 457. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، مصدر سابق، ص 296. د. فؤاد ديب، مصدر سابق، 242.

[129]– د. حسن الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص230.

[130]– د. محمدعبد المنعم رياض، مصدر سابق، ص394

[131]– د. عزالدين عبدالله، مصدر سابق، ص 579. د. محمد كمال فهمي، مصدر سابق، ص 397. د. احمد مسلم، مصدر سابق، ص 382. د. حسن الهداوي و د. غالب الداوودي، مصدر سابق، ص 237. د. عمر سيد وشاحي، مصدر سابق، ص 263. د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص 311.

[132]– تنظر (م30) (مكرر) من القانون المدني العراقي، وتقابله (م24) مدني مصري .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

ت- **اذا كان التنازع بين موطنين اختياريين (ارادیین)**:وتكون هذه الصورة عندما يكون للشخص موطنين اختياريين، تم اختيارهما بارادته الكاملة في دولتين مختلفتين وحسب قانون كل منهما، حيث يقوم القاضي هنا بفض التنازع على اساس الاقامة الفعلية للشخص، بمعنى ان القاضي يفضل هنا الموطن الثابت في الدولة التي يعيش بها الشخص فعلا وبصورة حقيقية، بمعنى ياخذ بالموطن القانوني الذي يقيم فيه الشخص عادة، وان تبين، بانه لايقيم في احدى هاتين الدولتين، اللتين له بكل منها موطن، وانه يقيم في دولة اخرى، وبصورة فعلية، هنا يفضل القاضي، الموطن الاقرب، في تصويره الى فكرة الموطن في قانونه[133].

ث- **اذا كان التنازع بين موطن عام وموطن خاص:** وهذه الصور تكون في حالة ان يكون للشخص موطن عام في دولة بموجب قانونها، وموطن آخر خاص في دولة ثانية في ذات الوقت وبموجب قانونها ايضا، فهنا يفضل القاضي الموطن العام ويقدمه على الموطن الخاص، بأعتبار ان الموطن العام : هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة على وجه الاستمرار، وبنية البقاء، ويعتبر مقرا قانونيا له يباشر فيه جميع اعماله ومعاملاته بوجه عام، والى جانب هذا الموطن العام قد يكون للشخص موطن خاص بالنسبة لبعض اعماله على وجه التحديد والتخصيص، وفقا لقاعدة ان لكل شخص موطن عام(شامل) والى جانب موطنه العام يكون له موطن خاص. فالموطن الخاص هنا لايستند الى التصوير الواقعي، حيث يكون مصدره القانون او العقد، وله صوره الخاصة به، كموطن الاعمال او المهنة او الحرفة وكذلك من صوره الموطن المختار الذي يعد استثناءا عليه، والصورة الاخيرة هو موطن القاصر المأذون بالتجارة[134]. لذا في هذه الحالة يعتمد الموطن العام لحل هذا التنازع الذي يستند الى التصوير الواقعي في تحديده . وفضلا عن هذه الحلول الفقهية المعتمدة في فقه القانون الدولي الخاص بأعتبارها قواعد اسنادية عامة ضابطة لإعمال قواعد التنازع وحلها، فأنه يمكن وضع بعض الحلول الاخرى ابتداءا وذلك من خلال اتفاقيات ومعاهدات دولية تعقده الدولفيما بينها لهذا الغرض (كالاتفاق على قواعد مشتركة تطبق في الدول الاعضاء او الاتفاق على قواعد موحدة تحدد قانون اية دول منها هو الواجب التطبيق بشأن هذا التنازع)، وتكون هذه القواعد بمثابة قانون اتفاقي، و قدتستهدف التجنب من وقوع هذا التعدد في الموطن[135].

الخاتمة

بعد ان انهينا البحث، بحمد الله وشكره، فقد توصلنا الى بعض الاستنتاجات والتوصيات :

اولا : الاستنتاجات :

1- مما لاجدال فيه ان للموطن الدولي اهمية بالغة كضابط للاسناد في تعيين القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع المعروض امامها، وبصورة خاصة عند عدم تمتع احد اطراف النزاع بجنسية دولة معينة، وتعلق هذا النزاع بمسائل احواله الشخصية مع الاختلاف فيما بين الموطن الداخلي والدولي.

---

[133]- د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، 259.

[134]- د. جابرابراهيم الراوي، مصدر سابق، ص201

[135]- كالاتفاقية الدولية التي عقدت بين فرنسا وبلجيكا عام 1931 بشأن انشاء موطن مشترك لمواطني الدولتين، خاص بالمسائل المالية، والذي حدد بمحل الاقامة المعتادة، وكذلك بالنسبة للمعاهدة الدولية التي عقدت بين فرنسا وايطاليا عام =1930، وحددت بموجبها القواعد الخاصة بالموطن المشترك بين مواطني الدولتين، والذي حدد هذا الموطن بالمكان الذي يوجد فيه المركز الرئيسي لاعمال الشخص، وموطن ناقصي الاهلية يكون موطن ممثلهم القانوني، وموطن التابع هو موطن المتبوع . اشار اليها د. جابر جاد عبد الرحمن، مصدر سابق، 258 . وفي هذا الصدد لاحظ ايضا المادة (43)من القانون المدني العراقي .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

فبالنسبة للموطن الداخلي (محل الاقامة المعتادة) والذي يتمثل بالركن المادي للموطن دون ركنه المعنوي المتمثل (بنية البقاء والاستقرارفي اقليم الدولة) وماله من دور تجاه الاختصاص التشريعي والقضائي الدولي من خلال اعمال قواعد تنازع القوانين، والموطن الدولي الذي تتوافر فيه هذين الركنين (المادي والمعنوي) في آن واحد، فهنا يتبين ان المشرع العراقي يخلط فيما بينهما، والذي دمج فكرة الموطن بمحل الاقامة المعتادة، وقدم الركن المادي للموطن على الركن المعنوي فيه وفقا لما اورده المشرع في تعريفه للموطن في المادة (42) من القانون المدني العراقي، وكذلك عدم تنظيمه لاحكام الموطن الدولي، واعتماده القياس في تطبيقه لاحكام الموطن الداخلي على الموطن الدولي عندما يثار نزاع بهذا الخصوص في علاقة قانونية مشوبة بعنصر اجنبي على الصعيد الدولي، وكذلك عدم تنظيمه لاحكام الموطن الاصلي، لانه يستند على التصوير الواقعي للموطن كاساس لتعيينه، معتمدا على الموطن الاختياري (المكتسب) في هذا الشأن بأعتباره الاصل في ذلك.

2- لايوجد تعريف للموطن وفقا لمفهوم القانون الدولي الخاص، وانما عرف وفقا للتشريع الداخلي للدول، والذي اختلفت النظم القانونية بشأن تحديد مفهومه، وفقا للاتجاه الذي يعتمده الفقه القانوني في هذه الدول من انكلوسكسوني ولاتيني، فالتعريفات الواردة بشان الموطن وتقسيماته تتجه نحو اظهار العلاقة الدقيقة بين الشخص ومكان معين يقيم فيه، دون تحديد الاطار القانوني لهذا المكان، فضلا عن قيام هذه العلاقة على مرتكزات محددة تتعلق بمركز نشاط الشخص وصلاته وروابطه الاجتماعية والاسرية، والطبيعة القانونية لها . لذا فان التعريفات المبينة في ثنايا البحث لاتجمع بين كافة هذه العوامل دفعة واحدة، بل يعتمد كل تعريف على جزء منها دون غيرها .

3- ان السياسة التشريعية للدول والانظمة القانونية المتبعة فيها، ادت الى اختلاف الاسس المعتمدة لتعيين الموطن، مستهدفة بذلك الى نتائج خاصة مترتبة على هذا التصوير، سواء كان تصويرا حكميا ام واقعيا، غافلين خطورة النتائج المترتبة، خاصة فيما يترتب على التصوير الواقعي من نتائج من حيث انعدام وتعدد الموطن، وهذا التقسيم في اسس تعيين الموطن، هو خاضع لاعتبارات سياسية واجتماعية واقتصادية .

4- لاتوجدحقيقة مطلقة للمفاضلة بين نظامي قانون الموطن والجنسية، فلكل منهما مزاياه وعيوبه، ويتوقف الاخذ باحد النظامين دون الاخر، على ظروف الافراد ومصالحهم، وكذلك الدول ومصالحها، قياسا لمصلحة مواطنيها، تجاه الاجانب، وبذلك تتجنب مشكلة تعدد القوانين الاجنبية الواجبة التطبيق فيها، وبذلك تطبق الدول قوانينها (اقليميا)على كافة القاطنين فيها على السواء، وبذلك تستقر الثقة في المعاملات على الصعيدين الوطني والدولي، وبالتالي التكريس النسبي لمبدأ اقليمية القوانين .

5- اذا اثيرت فكرة الموطن لتطبيق قاعدة من قواعد التنازع في قانون اجنبي، فان الموطن يتحدد وفقا لاحكام ذلك القانون، ويغفل الفرض الذي تثار فيه فكرة الموطن بصدد تطبيق قاعدة من قواعد التنازع في قانون القاضي، حيث يجب تحديد مفهوم هذه الفكرة وفقا للاحكام الموضوعية في هذا القانون، والثابت انه اذا اشارت احدى قواعد الاسناد في الدولة بتطبيق قانون الموطن، وجب الرجوع الى قانون هذه الدولة ذاتها لتحديد مفهوم الموطن، وذلك بمايمليه المنطق .

6- يكون القانون واجب التطبيق على العقد الألكتروني، هو قانون الدولة التي يوجد بها المدين حقيقة، سواء كان موطنه او محل وجوده او مقر عمله الدائم، وبالنسبة لحل تنازع الاختصاص القضائي الدولي وإعمال قواعد التنازع تجاهها، حيث تعمد الدول عادة الى وضع قواعد خاصة بالاختصاص القضائي، تحدد بموجبها اختصاص محاكمها في المنازعات ذات الطابع الدولي والتي تستند هذه القواعد اساسا على ضوابط محددة تكمن في ضابط موطن المدعى عليه او محل اقامته

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

7- لم يشير المشرع العراقي لطبيعة العقد الالكتروني، هل يتسم بالطبيعة الوطنية ام الدولية، بالرغم من غلبة المرتكزات الدولية عليه، مما يثير مسألة تنازع القوانين وتنازع الأختصاص القضائي الدولي، والذي يطرح صعوبات جمة تتعلق بقانون الإرادة، وأخرى تكمن في القانون المعين من قبل قاضي الموضوع وفقا لقواعد الإسناد الموضوعية، ولكن دون التسليم بعدم ملائمة تطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الألكترونية، بل لتكون حافزا لطرح الأفكار والحلول الملائمة تجاه مايثيره هذا التطور من نزاعات .

ثانيا : التوصيات :

1- توجيه المشرع العراقي نحو الاتجاه الصحيح الذي يجب ان يأخذ به في تحديد توطن المستثمر الاجنبي في العراق كبلد يشجع الاستثمار الاجنبي، وخاصة اقليم كوردستان، بأعتماد معيار الإقامة المعتادة، والمستندة على التصوير الواقعي، وبالنسبة لتوطن، العامل الاجنبي، الذي يروم مزاولة العمل في العراق، ان يكون مستندا للتصوير الحكمي، المتمثل، بمركز أعماله الرئيسي، بأعتبارهموطنا ماذونا به (اي يشترط الاذن)، ووفقا للقوانين المرعية، حماية للعمالة الوطنية من منافسة الايدي العاملة الاجنبية .

2- ضرورة وضع قاعدة قانونية من قبل المشرع العراقي، يتم بموجبها تحديد القانون المحلي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي تشير قاعدة الاسناد الى اخضاعها لقانون الموطن لاعمال قواعد التنازع، بعد ان اصبح العراق دولة فدرالية يحتمل معها تعدد القوانين المحلية وذلك بالنص على انه : يتم تطبيق قانون الموطن الحقيقي الفعلي للشخص، على العلاقة القانونية المعروضة، وبالاستناد الى واقع حال الشخص، مع مراعات الاحكام الخاصة، التي تستثني البعض من هذه العلاقات منها .وتفعيل دور قانون دولة القاضي في حال تعطل قواعد الإسناد في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الألكتروني، بكافة صوره ومجالاته .

3- نهيب بالمشرع العراقي، بالنص على تمتع المحاكم العراقية بالاختصاص القضائي الدولي، كلما وجد للمدعي عليه الاجنبي، موطن، او محل اقامة معتادة في العراق، وليس مجرد تواجده في العراق، ليكون اكثر دقة في معالجة المسألة المعروضة، ودون الاعتماد على القياس، لمعالجة هذا الامر . وذلك بالنص على انه :(تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية (العامة والخاصة) وتختص بالفصل في كافة المنازعات ذات العنصر الأجنبيإلا ما استثني بنص خاص.))

4- لابد من تفعيل احكام قانون الموطن لدى المشرع العراقي وتطويرها، بالنص على تنظيم احكام الموطن الاصلي والموطن الدولي، ضمن نصوص القانون المدني العراقي، وقانون المرافعات المدنية، سدا للنقص التشريعي في هذا الجانب، والغاء فكرة الدمج فيما بين الموطن ومحل الاقامة، وعدم حصر حق الاجنبي في دخوله واقامته في الاقليم العراقي، وثم خروجه منه، وفق احكام قانون إقامة الاجانب في العراق والاشارة للحقوق الاخرى فيه، دون تركها للقوانين الخاصة بها، بأعتباره قانون خاص باقامة الاجانب في العراق، ولانه اساسا قد اعتمد المشرع على الموطن، كضابط اسناد احتياطي، لحل مسألة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي، وكذلك، لان العراق، حاليا قد اصبح دولة فدرالية، مكونة من عدة اقاليم، ذات نظم قانونية محلية متعددة، فتعدد القوانين في العراق، بتعدد الاقاليم، يضع القاضي المعروض امامه النزاع والمتعلق بتوطن الشخص في احد الاقاليم العراقية، امام مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق واعمال قواعد التنازع ومشكلة الاختصاص القضائي، عندما تشير قاعدة الاسناد الى تطبيق القانون الشخصي.

5- نوصي المشرع العراقيبتحديد الطبيعة القانونية للعقود الألكترونية، لغرض تحديد الأختصاص القضائي والقانون واجب التطبيق عليه، وذلك بصياغة شروط القانون واجب التطبيق على العقد الألكتروني وفقا لقواعد محددة على المستوى الوطني والدولي، والحرص على فعالية إرادة ذوي الشأن في حماية مصالحهم العقدية على النطاق الدولي

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

في ميدان التجارة الألكترونية . وتفعيل دور القاضي الوطني في تعديل شروط العقد، منعا لإستغلال الحاجة، ودفعا للغش والتحايل على القانون، مع الأخذ في الإعتبار حماية فكرة النظام العام في ضوء منهج تنازع القوانين .

6- يتعين ان تبقى القواعد القانونية التقليدية، وخاصة قواعد الإسناد، هي الأساس في تنظيم القواعد الدولية في مجال تنظيم نظرية القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، مع مراعاة مباديء القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعا .

قائمة المصادر

اولا : الكتب

1- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،2008.
2- د. احمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1954.
3- د. ادمون نعيم، القانون الدولي الخاص، وفقا للتشريع والاجتهاد في لبنان، بلا دار نشر، بيروت،1961.
4- د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية، السكندرية، 1984.
5- د.جابر إبراهيم الراوي، مبادىء القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي المقارن، مطبعة دار السلام، بغداد،1972.
6- د.جابر جاد عبدالرحمن، القانون الدولي الخاص، ج1،ط1، بلا دار النشر، بغداد،1949.
7- د.حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص،ج1، مطبعة الإرشاد،بغداد،1973.
8- د.حسن محمد الهداوي، و د.غالب الداودي، القانون الدولي الخاص، ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1986.
9- د.حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2008.
10- د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الألكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009 .
11- د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة (2006)،الموطن ومركز الأجانب،مكتبة السنهوري، بغداد،2012.
12- د.عبد الحميد ابو هيف، القانون الدولي الخاص في اوربا وفي مصر، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1942.
13- د.عبد الحميد عمر وشاحي، القانون الدولي الخاص في العراق،ج1، مطبعة النقيض الأهلية، بغداد، 1941.
14- د. عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الأختصاص في العقد الألكتروني، دراسة مقارنة، المطبعة الوطنية، مراكش، 2010 .
15- د.عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، ج1، ط11، مطابع الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر.
16- د.عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص،ج1،دار النهضة العربية، القاهرة،1986.
17- د. عوض أحمد الزعبي، المدخل لعلم القانون، دار وائل للنشر، عمان، 2001.
18- د.غالب الداودي، القانون الدولي الخاص،ج1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،بغداد،1986.
19- د.غالب علي الداودي، النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي،ط1،جامعة بغداد،1976.
20- د.فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص، ج2، ط6، جامعة دمشق، 1998.
21- د. فؤاد عبدالمنعم رياض، دروس في القانون الدولي الخاص، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
22- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط1، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973 .

ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print) PP:101-142
Doi: http://dx.doi.org/10.25098/1.1.1110 June/2017

23- د.محمد عبد المنعم رياض بك، مبادىء القانون الدولي الخاص، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1943.

24- د.محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وتنازع القوانين، منشأة المعارف، الأسكندرية، 1969.

25- د.محمد كمال فهمي، دروس في القانون الدولي الخاص، الدار المصرية للكتاب، القاهرة، بلا سنة نشر.

26- د.محمد وليد المصري، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

27- د.هشام خالد، توطن المدعي عليه الأجنبي كظابط للإختصاصات القضائية الدولية للمحاكم العربية، دراسة فقهية قضائية، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2012.

28- د.هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، منشاة المعارف، الأسكندرية، ط1976 2.

29- د.هشام علي صادق، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، ط1، منشأة المعارف، الأسكندرية،1972.

ثانيا :البحوث :

30-عبد الفاضل كامل، التعاقد بالبيع الألكتروني وضوابط الأختصاص التقليدية، بحث منشور، مجلة المقال، العدد (4-3)، بلامكان طبع، 2011 .

ثالثا : الأتفاقيات الدولية :

31- أتفاقية بروكسل بشأن القانون واجب التطبيق على تبادل العقود والتي تتيح الفرصة للمستخدم في اللجوء الى محكمة الدولة التي يقيم فيها او الى محكمة دولة المورد لعام 1988.

ثالثا : الدساتير والقوانين :

اولا : العراقية :

32- الدستور العراقي الدائم لعام (2005) .

33- قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية العراقي رقم(30) لسنة(1928).

34- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) المعدل.

35- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل .

36- قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.

37- قانون إقامة الأجانب العراقي رقم (118) لسنة (1978) المعدل.

38- قانون التنظيم القضائي في العراق رقم(160) لسنة (1979) المعدل .

39- قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل .

40- قانون التوقيع الألكتروني والمعاملات الألكترونية رقم (78) لسنة 2012.

رابعا : القوانين المقارنة (الاجنبية)

41- القانون المدني الفرنسي، لسنة 1804 .

42- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948).

43- قانون المرافعات المدنية الفرنسي لسنة 1985.

44- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ذي الرقم (13) لسنة (1986) المعدل .

خامسا : المعاجم اللغوية :

44- محمد بن مكرم بن علي بن منظور، معجم لسان العرب، دار بيروت، لبنان 1956.

45- الامام مجدالدين أبي طاهر محمد بن عمر الشيرازي الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، ، معجم اللغة العربية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 8، 2005 .