

القانون الدولي الخاص (الكتاب الأول) محاضرة رقم (٦)

الله أكبر



قسم القانون

م.م/ محمود أبو الغيط

اكتساب الموطن

- هو حصول الشخص علي الموطن أما أصلياً بالولادة أو اكتسابه لاحقاً بإرادة الشخص أو إلزامياً بحكم القانون

اكتساب الموطن بالولادة بصورة
أصلية

اكتساب الموطن بصورة لاحقة
بعد الولادة بصورة اختيارية

اكتساب الموطن بعد الميلاد
بحكم القانون

اكتساب الموطن بالولادة بصورة أصلية

• يسمى بالموطن الأصلي ويتحدد على أساس النسب أو الميلاد - فكل فرد يثبت له موطناً منذ ولادته فالشخص يكتسب بميلاده موطن أبيه أو أمه - فإذا لم تثبت نسبته إلى الأب أو كان مجهول الأبوين (كالقبط) فموطنه يكون بمكان العثور عليه - والموطن ليس بالضرورة يكون محل أو مكان الولادة.

فالموطن الأصلي يحظى بأهمية كبيرة في التشريع الإنجليزي فلا يمكن فقدانها مطلقاً - أما القانون الفرنسي فالموطن خلاله هو الموطن المكتسب للشخص عندما يبلغ

• بينما المشرع العراقي تعرض لاكتساب الموطن بصفة عامة إذ يكتسب الموطن بصورة اختيارية بالإقامة المشروعة الدائمة أو المؤقتة

اكتساب الموطن بصورة لاحقة بعد الولادة بصورة اختيارية

- هو الموطن المكتسب بإرادة الشخص ويطلق عليه (الموطن الاختياري) ويشترط لاكتسابه توافر العنصر المادي والمعنوي وأن يتم بإرادة الشخص بعد بلوغه سن الرشد ولا يشترط فيه حصول الشخص على جنسية إقليم الدولة التي يتوطن فيها
- ولقد أجاز القانون العراقي تعدد الموطن – **فلا يوجد ما يمنع من اكتساب الشخص موطن اختياري في العراق بشرط دخوله للعراق بصورة غير مشروعة وبلوغه سن الرشد وتقديم طلب للإقامة –** ويمنح لمدة سنة أو أكثر قابلة للتجديد – **ولا يؤدي لاكتساب الموطن فقدان الموطن الأصلي .**

اكتساب الموطن بعد الميلاد بحكم القانون

- هو الموطن الذي ينشأ بقوة القانون وتبعاً للغير (كالموطن الذي يكتسبه الصغير والمحجور عليه أو المفقود تبعاً للأب أو الوصي أو الولي أو القيم) ويطلق عليه الموطن الإلزامي أو الحكمي – وهو استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن يختار الشخص موطنه بإرادته .

فقد الموطن

- هو زوال الموطن عن الشخص سواء كان أصلياً أم مكتسباً أما بإرادة الشخص أو بحكم القانون وعدم الاعتراف به لاعتبارات ترجع لإرادة الشخص نفسه أو لنقص أهليته أو علي سبيل العقوبة .

١- فقدان الموطن بإرادة الشخص

٢- فقدان الموطن بحكم القانون

٣- فقدان الموطن على سبيل العقوبة

فقدان الموطن بإرادة الشخص

إن أغلب التشريعات – **أجازت** للشخص **كامل الأهلية** أن يغير أو ينقل موطنه إلى آخر **بإرادته الحرة** فيحصل على موطن مختار جديد – فثبتت ذلك فإنه يفقد الموطن القديم ويحصل على الموطن الجديد .

القانون الإنجليزي : فإن الشخص لا يفقد موطنه الأصلي بمجرد تركه طبقاً لنظرية أحياء الموطن .

القانون الفرنسي : فإن الشخص لكي يفقد موطنه يجب أن يكون قد اكتسب موطناً في الخارج فعلاً باختياره ودون أن يكون مجبراً على الإقامة فيه .

القانون العراقي : يأخذ بقاعدة تعدد الموطن – فيجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد – فلا يؤدي مجرد الترك واكتساب موطن آخر لفقدان الموطن – ما لم يثبت أن الشخص لا يرغب بالعودة للعراق وأنه نقل محل إقامته الاعتيادية لدولة أخرى بنية الاستقرار والتوطن فيها فبذلك يفقد موطنه بإرادته .

فقدان الموطن بحكم القانون

- هو فقدان الشخص لموطنه بحكم القانون دون الحاجة لـ اتخاذ أي إجراء من قبله – وذلك لنقص أهليته –
- يفقد الصغير موطنه إذا **فقده** وليه أو وصيه .
- **في القانون الفرنسي** : قد يفقد الشخص موطنه لاعتبارات خاصة كما في حالة الزوجة والخادم إلا إذا اتضح أن التغيير كان بسبب الغش فلا يجوز الاعتراف بتغيير الموطن لا الغش يفسد كل شيء .
- **في القانون الإنجليزي** : إذا فقد الولي أو القيم موطنه فإن الصغير والمحجور عليه يفقد موطنه تبعاً لذلك

فقدان الموطن على سبيل العقوبة

- ويكون في حالة إذا صدر قرار بإبعاد الأجنبي إلى خارج إقليم الدولة – فإذا نفذ هذا القرار فإنه يفقد موطنه لأنه لا يستطيع العودة إليه والإقامة فيه مرة أخرى إلا إذا سمحت له سلطات الدولة .
- لقد استقرت المبادئ الدستورية على عدم جواز نفي الوطنيين إلى الخارج على سبيل العقوبة – وحتى إذا تم النفي لأسباب تتعلق بالأمن العام والآداب فإن الشخص يجب أن لا يفقد موطنه .
- -بالنسبة للأجانب يجوز أبعادهم وطردهم من إقليم الدولة إذا خالفوا القوانين أو إذا أخلوا بالأمن بسبب وجود مانع يتعلق بالصحة العامة أو الآداب العامة أو بسبب كونه متهماً أو محكوماً عليه خارج العراق بجريمة فيجوز تسليمة من أجل ذلك بعد صدور حكم قضائي نافذ يقضي بإبعاده – فإذا حكم بإبعاده فإنه يفقد موطنه في البلد الذي صدر فيه قرار الإبعاد .

استرداد الموطن

- هو استرجاع الشخص لموطنه الذي فقدته وذلك بترك الموطن الثاني والإقامة في الموطن الأصلي على وجه الدوام والاستقرار بشرط أن تتوافر لديه نية البقاء فيه على وجه الاستمرار .

حالات استرداد الموطن

- ١- حالة استرداد الوطني لجنسيته العراقية - فإنه يسترد موطنه في العراق بمجرد عودته وأقامته فيه ولا يُعدّ ذلك اكتساباً لموطن اختياري بل استرداد لموطن سابق .
- ٢- حالة إذا سمح للأجنبي الذي فقد موطنه في العراق بالعودة إليه - فإنه يسترد موطنه من جديد في العراق بشرط دخوله بصورة مشروعة .
- ٣- حالة إذا استرد الممثل القانوني للقاصر والمحجور عليه والمفقود موطنه - فلهم الحق باسترداد موطنهم إذا اختاره ممثلهم القانوني من جديد

مشكلة انعدام الموطن وتعددده

مشكلة انعدام الموطن

- **انعدام الموطن** هو عدم حصول الشخص على أي موطن بصورة مطلقة وذلك بأن تتخلى جميع قوانين الدول عن اعتباره متوطناً فيها ويطلق عليه (**التنازع السلبي في الموطن**).
- **سبب هذه المشكلة:** يرجع لاستقلال النظم القانونية للدول المختلفة في تحديدها لمفهوم الموطن . مما ينشأ عنه مشكلات بشأن تحديد الاختصاص القضائي للمحكمة للشخص الذي ليس له موطن .
- **الوسائل القانونية لحل هذه المشكلة تتمثل في :** - اللجوء لمكان وجود الشخص أو مكان سكناه - وفي حال استحالة ذلك يتم الاستعانة بضابط الجنسية بديلاً عن الموطن

مشكلة تعدد الموطن

- وتتكون عندما يكون للشخص أكثر من موطن طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص - أي توطن الشخص في أكثر من دولة طبقاً لأحكام قانون كل منهما ويطلق عليه (**التنازع الإيجابي في الموطن**).
- **أسباب المشكلة :** هي نتاج اختلاف الدول في تحديدها لمفهوم الوطن - فإذا ولد شخص في دولة تأخذ بالمفهوم **الحكمي للموطن** (يكون موطنه الأصلي بها) ثم **يقيم إقامة عادية بنية البقاء** في دولة أخرى تأخذ بالمفهوم الواقعي للموطن فإنه يصبح مزدوج **الموطن أو متعدد الموطن**
- **الأمور التي تثيرها مشكلة تعدد الموطن :** القانون الواجب التطبيق - **تحديد المحكمة المختصة التي تفصل في النزاع**
- وذلك بسبب تعدد موطن الشخص - وفي هذا الصدد هناك عدد من الافتراضات هي :

(١) - إذا كانت دولة القاضي من بين الدول التي يتوطن بها الشخص : **في تلك الحالة** تطبق المحكمة قانونها الوطني وتقدمه على غيره باعتبار أن الشخص متوطناً في دولتها ولا تأخذ بما يرد به قوانين الدول الأخرى.

(٢) - إذا لم تكن دولة القاضي من بين الدول التي يتوطن بها الشخص : **في تلك الحالة** تكون دولة القاضي مجرد حكم ولا تستطيع أن تطبق قانونها الوطني لأن فيه اعتداء على سيادة الدول - **الراجع فقهاً** (هو أن تأخذ المحكمة بفكرة الواقعية وتطبيق أو تفضيل قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن الذي يرتبط به الشخص أكثر من سواه وتتركز بها مصالحه .

(٣) - إذا كان التنازع في الموطن أمام محكمة دولية : **في تلك الحالة تطبق المحكمة أحكام المعاهدات التي تعقدها الدول لتجنب حدوث التعدد في الموطن (كما في الاتفاقية التي عقدت بين فرنسا وإيطاليا عام ١٩٣٠ والتي اعتبرت بموجبها موطن القاصر هو موطن ممثله القانوني وموطن الزوجة هو موطن زوجها إلا في حالة الانفصال القضائي أو الفعلي)**

الرأي الراجع فقهاً : إذا حدث تنازع بين موطن قانوني وموطن اختياري فإن علي المحكمة تفضيل الموطن القانوني - **أما التنازع بين موطن عام أو خاص يتم تفضيل العام** - أما التنازع بين موطنين قانونيين فيجب أن تعتبر المحكمة الشخص متوطناً في الدولة التي يقيم فيها ممثلة القانوني - أما التنازع بين موطنين اختياريين فيتم تفضيل محل الإقامة الفعلية .

مشكلة إثبات الموطن

إثبات الموطن : هو إقامة الشخص الدليل أمام القضاء لإثبات واقعة توطنه أو اكتسابه أو تغييره أو فقدته وذلك طبقاً للوسائل القانونية المقبولة التي يحددها قانون الدولة التي يدعي الانتماء إليها .

- الدول الانجلو أمريكية : تسعى لإثبات الموطن في القانون الدولي الخاص – نظرا لأهمية الموطن البالغة في تنظيم الحياة القانونية الداخلية والدولية للأفراد على حد سواء – والفرد الذي يعجز عن إثبات توطنه أو فقدانه أو اكتسابه سوف يفقد حقه في الإثبات ويخسر دعواه – وإثبات الموطن يكون عن طريق إثبات ركنيه وهما الركن المادي (الإقامة) والركن المعنوي (نية البقاء).

طرق إثبات الركن المادي للموطن

- إن إثبات الركن المادي للموطن بوصفه واقعة مادية يكون بكافة طرق الاثبات – ويقع عبء إثبات الموطن على من يدعي .
فطرق إثبات الركن المادي للموطن هي :

إثبات الركن المادي للموطن بالوقائع

• أولاً :

إثبات الركن المادي للموطن بالقرائن

• ثانياً :

أولاً : إثبات الركن المادي للموطن بالوقائع

- **الوقائع** : هي الظروف أو الأدلة المادية التي يمكن عن طريقها إثبات الموطن – ويطلق عليها في إنجلترا (الدليل الظرفي) - وهي (الإقامة الفعلية).

- فالإقامة الفعلية : تعد واقعة مادية محسوسة يمكن عن طريقها إثبات إقامة الشخص الفعلية.

فوجود منزل للشخص وسكن عائلته أو محل أعماله ومركز ثروته ودفع الضرائب في دولة معينة (يكفي لإثبات إقامته في هذه الدولة)

لقد اعتبر القضاء الفرنسي أن موطن الشخص هو المكان الذي أقام فيه سنوات طويلة ومارس فيه مهنته ودفع الضرائب التي ترتبت عليه وولد هو وأولاده فيه – وأيضا مزاولة الشخص للتجارة أو الصناعة في المكان نفسه يعد دليلاً على توطنه فيه .

ثانياً : إثبات الركن المادي للموطن بالقرائن

- **تُعدّ القرائن** من أقوى الوسائل أو الأدلة التي يمكن إثبات الموطن عن طريقها – عند عدم قيام الدليل الصريح الذي يثبت أن الشخص كان مقيماً في دولة معينة.
- **القرائن : هي استنباط أمر غير ثابت (مجهول) من أمر ثابت معلوم على أساس أنه يغلب في الواقع أن يتحقق الأمر المجهول إذا تحقق المعلوم .**
- **فالقرينة دليل استنتاجي لا يرد الإثبات بها على ذات الواقعة المراد إثباتها مباشرة بل ينصب على واقعة أخرى متصلة بها اتصالاً وثيقاً – لو ثبتت لأمكن بواسطتها استنباط الواقعة المطلوب إثباتها**
- **وعلى الرغم من كون القرائن من الأدلة القوية في إثبات الموطن إلا أنها تتصف بالخطورة نظراً لاستنباطها من قبل المشرع أو القاضي – إذ تصبح القرائن القانونية ملزمة للقاضي والخصوم .**

طرق إثبات الركن المعنوي للموطن

- هو يعد من الامر التي تتسم بالصعوبة لكون الإثبات ينصب فيه على النية - وهي من الأمور النفسية التي يتعذر على القاضي التأكد منها على نحو جازم وقاطع - إذ تتطلب قيامه ببذل مجهود ذهني في تكوين اعتقاده - لكون استنباط يقوم على الاحتمال والترحيح - وقد يخطئ القاضي لذا يجب أن يكون حذرا بدرجة عالية - فيستطيع الاستعانة بالوقائع المادية لاستنتاج توافر نية إقامة الشخص المدعي بالإقامة (كشراء دار للسكن) فتعد من الدلائل الكافية لإثبات أن هذه الدولة موطناً لذلك الشخص .

- القضاء اللبناني اعتبر قيام الشخص بإنشاء فرع لمؤسسة صناعية في فرنسا بينما مركزها في لبنان يعد دليلاً على توافر نية توطن الشخص في لبنان بالرغم من نزوحه عنه .

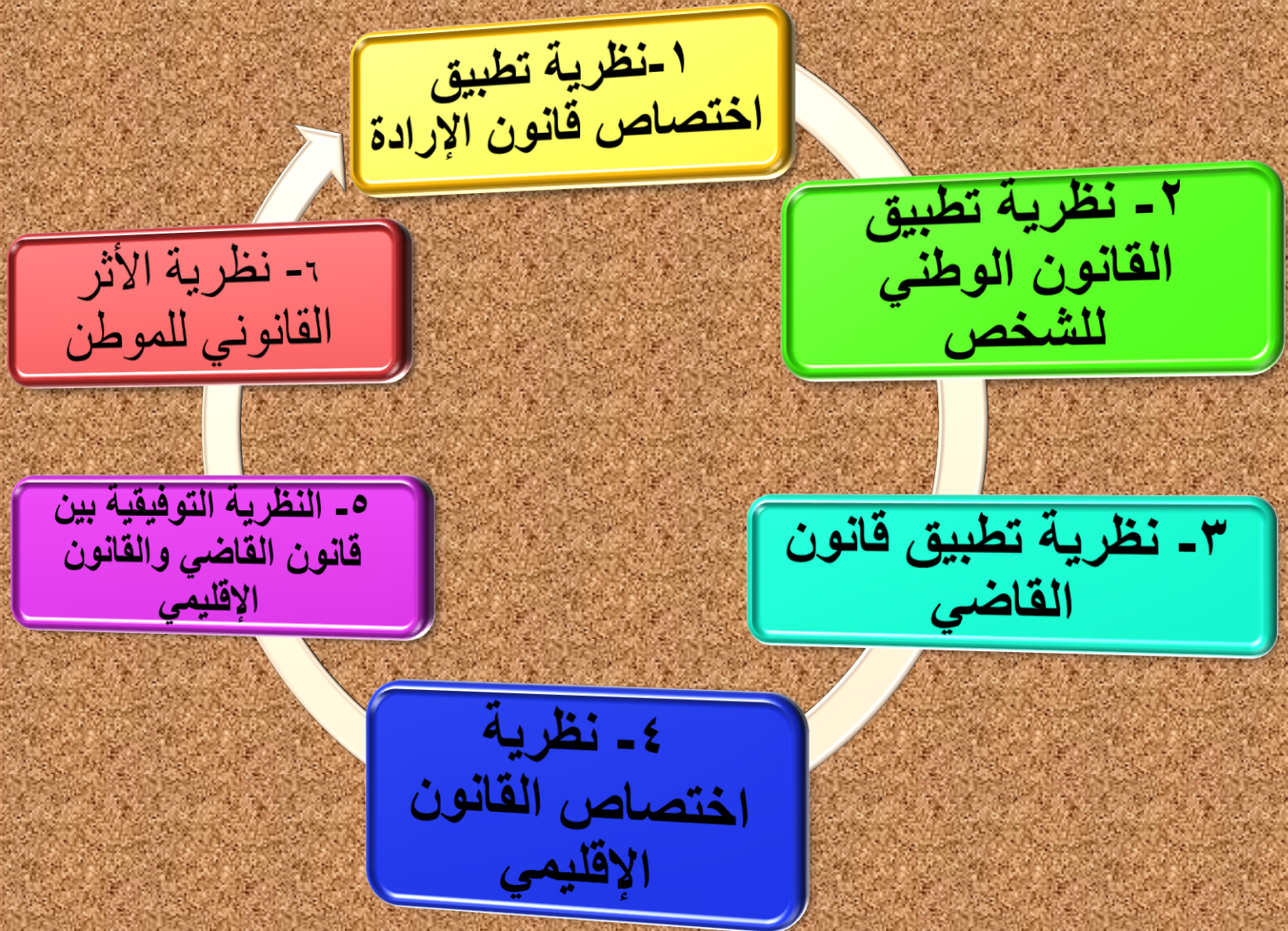
أحكام إثبات الموطن في القانون العراقي

- المشرع العراقي لم ينظم أحكام الموطن في نطاق القانون الدولي الخاص – **لأنه يأخذ بضابط الجنسية** – فأهمية الموطن لها دور في الإثبات لاندماجه مع محل الإقامة المعتادة الامر الذي يستلزم ضرورة إثبات الموطن أو اكتسابه أو تغييره أو فقدته من جانب الشخص الذي يرغب في الحصول على الجنسية العراقية .
- **فإثبات الموطن في القانون العراقي يحتل دوراً كبيراً في قانون الجنسية العراقية** – إذ أن المشرع يجعل الإقامة المعتادة لمدة معينة في إقليم الدولة من الشروط الأساسية لمنح واسترداد وفقد الجنسية .

مشكلة تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الموطن

- إن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الموطن يُعدّ ضرورياً من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عندما تكون المسائل مشوبة بعنصر أجنبي ويكون الموطن فيها من ضوابط الإسناد - وأيضاً عندما يكون الموطن هو الذي يحدد المحكمة التي تنظر في هذا النزاع
- ولقد ظهرت عدة نظريات في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم الموطن في القانون الدولي الخاص .

النظريات التي تحدد القانون الواجب التطبيق التي تحكم الموطن في القانون الدولي الخاص



١- نظرية تطبيق اختصاص قانون الإرادة

مفاد النظرية: أن الموطن يقوم على إرادة الشخص وأن هذه الإرادة تكون كافية لتحديد الموطن بشرط صحة الإرادة قانوناً دون مانع أو معوق لها .

أدلة النظرية : أن الشخص يتوطن أو يقيم في الدولة التي يرغب فيها ولا يجبر على الإقامة أو التوطن في إقليم معين ، بينما التوطن الاضطراري لا يؤدي لوجود موطن لهم .

الانتقادات الموجهة للنظرية :

١- أن إرادة الشخص ليست محل اعتبار لان آثار ثبوت الموطن تتعلق غالباً بسيادة الدولة ولا تترك لإرادة الفرد وحده .

٢- صعوبة إثبات الإرادة لأنها غالباً ما تكون غير صحيحة مما يؤدي للتحايل

٣- أن الأطفال وناقصي الأهلية لا يستطيعون الإعلان عن إرادتهم في اختيار الموطن لان إرادتهم ناقصة .

٢- نظرية تطبيق القانون الوطني للشخص

مفاد النظرية: إعطاء الاختصاص بتحديد مفهوم الموطن وتقرير وجوده من عدمه لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص المتنازع في موطنه

أدلة النظرية : الأخذ بالقانون الشخصي إما أن يكون قانون الجنسية أو قانون الموطن الأصلي (فإذا كان المتوطن عراقياً في فرنسا فالقانون العراقي هو الذي يحدد مفهوم الموطن لأنه قانون جنسيته – أما إذا كان المتوطن انجليزياً متوطن في فرنسا فالقانون الإنجليزي لا يطبق بل القانون الفرنسي لان القانون الإنجليزي يأخذ بضابط الموطن .

الانتقادات التي وجهت للنظرية

١- أنها أهملت حالة عديم الجنسية الذي لا يمكن تحديد موطنه لأنه لا يحمل أي جنسية .

٢- ستؤدي النظرية لحلقة مفرغة في الدول التي تعتبر القانون الوطني هو قانون موطن الشخص كالقانون الإنجليزي مما سيؤدي لإعطاء الاختصاص بتحديد موطن الشخص لقانون الموطن ذاته

٣- نظرية تطبيق قانون القاضي

مفاد النظرية : يخضع تحديد الموطن إلى قانون المحكمة التي تنظر النزاع المعروض عليها

أدلة النظرية : أن المحكمة هي التي تفصل في أمر موطن الشخص – إذ أن تحديد الموطن من الأمور التي تتعلق بالتكييف للواقعة والذي يخضع في أمور تنازع القوانين لقانون المحكمة فإن محكمة موطن الشخص هي التي تفصل في النزاع .

الانتقادات التي وجهت للنظرية

أن تحديد مفهوم الموطن للتكييف أمر لا يمكن أن يتعلق به بأي حال من الأحوال

٤- نظرية اختصاص القانون الإقليمي

● **مفاد النظرية :** أن تحديد الموطن يجب ان يكون طبقاً لأحكام القانون الإقليمي الذي يدعي الشخص أنه متوطن فيه إذا ادعى شخص أن له موطناً في دولة معينة كان قانون تلك الدولة وليس القانون الشخصي أو قانون الإرادة أو قانون القاضي هو صاحب الاختصاص في تحديد وجود موطن لذلك الشخص من عدمه على اعتبار أن الجنسية والموطن هما من الضوابط والأسس التي يستند عليها القانون الدولي الخاص - فكما أن الجنسية أداة لتوزيع الأشخاص دولياً فإن تحديد الموطن يجب أن يترك لقانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته .

● **الانتقادات التي وجهت للنظرية :**

أن تشبيه الموطن بالجنسية واعتباره من مسائل القانون العام هو تشبيه خاطئ فالجنسية فكرة سياسية ترتبط بالقانون العام أما الموطن فهو فكرة واقعية ترتبط بالقانون الخاص

٥- النظرية التوفيقية بين قانون القاضي والقانون الإقليمي

● مفاد النظرية:

أن المحكمة إذا رأت أن الشخص المدعي غير متوطن في بلد القاضي فإن المحكمة تترك قانونها الوطني وتطبق قانون الدولة المطلوب الفصل في اعتبار الشخص متوطناً فيها – تعد من أفضل النظريات لكون الموطن بها – عبارة عن رابطة بين شخص ودولة ويتأثر بالاعتبارات السياسية .

● الانتقادات الموجهة للنظرية :

أنها تتضمن مزيجاً من الاتجاه نحو تطبيق القانون الإقليمي من جانب والاتجاه نحو تطبيق قانون القاضي من جانب آخر

٦- نظرية الأثر القانوني للمواطن

- تقوم على أن تحديد المواطن يجب أن يتم وفقاً لقانون الدولة الذي يحكم آثاره القانونية – وتعد النظرية الراجحة – لان القانون الذي يرتب الأثر القانوني للمواطن هو الذي يجب الرجوع إليه لبيان الشروط الواجب توافرها لوجوده

• موقف المشرع العراقي من النظريات

- لم يوضح القانون العراقي القانون الواجب التطبيق الذي يحكم المواطن في القانون الدولي الخاص – وإنما اكتفى بما ورد بالقانون المدني – عبر وضع تصويره الخاص في مجال القانون الداخلي وأخذ بالتصوير الواقعي – وأجاز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد