محاضرات في القانون الدولي الخاص

المرحلة الرابعة

أ.د. اكرم فاضل سعيد

كلية الحقوق/ جامعة النهرين

كتاب الدكتور عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الاجانب، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢، محاضرات المرحلة الرابعة لطلبة كلية الحقوق جامعة النهرين

الفصل التمهيدي

المدخل لدراسة القانون الدولي الخاص

إن دراسة أحكام قانون الجنسية والمواطن ومركز الاجانب في نطاق القانون الدولي الخاص، تقتضي قبل البدء بدراسة هذه الاحكام، أعطاء فكرة عن هذا القانون وذل بتعريفه وبين طبيعته القانونية ومصادره والخصائص العامة التي يتميز بها عن القوانين الأخرى. ولا ريب أن هذا المدخل له أهمية واضحة في فهم أحكام قانون الجنسية والمواطن ومركز الاجانب. وسنبحث هذا الفصل بتوزيعه إلى المباحث الاربعة الآتية:

المبحث الأول – التعريف بالقانون الدولي الخاص واختلاف الفقه في تسميته.

المبحث الثاني – طبيعة القانون الدولي الخاص.

المبحث الثالث – مصادر القانون الدولي الخاص.

المبحث الرابع – الخصائص العامة للقانون الدولي الخاص.

المبحث الأول

التعريف بالقانون الدولي الخاص واختلاف الفقه في تسميته

يعد تعريف القانون الدولي الخاص من المسائل التي كانت محل خلاف في الفقه، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم اتفاق هذا الفقه على المواضيع التي يضمها هذا الفرع من القانون، بحجة عدم وجود ترابط بين مواضيع القانون الدولي

الخاص، فكل موضوع يمكن أن يدرس بمفرده على شكل مادة علمية مستقلة[١].
واستناداً لهذا الاختلاف انقسم الفقه إلى الاتجاهين الآتيين:

الاتجاه الأول – وهو الذي يعرف القانون الدولي الخاص بمعناه الضيق. والذي يقصره على تنازع القوانين ويعرفه بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في تحديد النظام القانوني الذي يحكم العلاقات الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي، وأخذت بهذا الاتجاه الدول الانجلو امريكية والتي اضافت إليه الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية. واستناداً لهذا الاتجاه يعرف القانون الدولي الخاص، بأنه ذلك الفرع من القانون الذي يبحث في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية وذلك بشأن علاقة خاصة ذات عنصر أجنبي[٢].

الاتجاه الثاني – وهو الذي يعرف القانون الدولي الخاص بمعناه الواسع. والذي لا يقتصر على التعريف بمعناه الضيق فحسب، وإنما يضيف إليه الجنسية والموطن ومركز الاجانب. واستناداً إلى ذلك يعرف القانون الدولي الخاص بالمعنى الواسع بأنه ذلك الفرع من القانون الذي ينظم أحكامه المشرع الوطني والذي يحكم علاقات الأفراد الدولية الخاصة ويبحث في التوزيع الدولي للأفراد على أساس الجنسية والموطن وتحديد مركز الاجانب في دولة ما ويهتم بمسائل تنازع القوانين من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق عليها وتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم.

وأخذت بهذا الاتجاه غالبية الدول ومنها فرنسا ومن سار على نهجها من التشريعات العربية كما في مصر والعراق ولبنان.

---

[١] أستاذنا الدكتور ممدوح عبدالكريم حافظ – القانون الدولي الخاص وفق القانونيين العراقي والمقارن – ط١ – بغداد ١٩٧٣ – ص٨.

[٢] Cheshire and Norths, Private International Law, London, ١٠th ed, ١٩٧٩, P.٥.
R.H. GRAVESON, Conflicet of Laws ٧th ed, London, ١٩٧٤, P.٤.

ويسوغ الفقه[1] تأييده للمعنى الواسع، بأن جمع مواضيع القانون الدولي الخاص في دراسة واحدة، أمرٌ يحتمه المنطق؛ لأن هذه المواضيع يؤثر بعضها بالآخر، فدراسة الجنسية تعد مقدمة ضرورية لدراسة مركز الاجانب ولتحديد الاختصاص التشريعي في تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، كذلك فإن دراسة مركز الاجانب تعد مسألة أولية لأعمال أحكام تنازع القوانين وتحديد القانون الذي سيحكم الحقوق التي يتمتع بها الاجنبي. فضلاً عن ذلك فإن الموطن يعد ضابطاً في تعيين القانون الواجب التطبيق في بعض الدول. ولهذه الاعتبارات فإن التعريف بالمعنى الواسع للقانون الدولي الخاص هو السائد في الجامعات وتأخذ به غالبية دول العالم.

وإذا كان تعريف القانون الدولي الخاص محل خلاف في الفقه القانوني، فإن الخلاف ظهر أيضاً في تسمية الاصطلاح الذي يطلق على هذا القانون. أول تسمية أطلقت هي القانون الدولي الخاص ((Private International Law)).

وانتقدت هذه التسمية بحجة أن اصطلاح القانون الدولي الخاص أسم على غير مسمى وأن هذا القانون ليس دولياً وليس خاصاً، وأن هذا الاصطلاح لا ينطبق على مواضيع القانون الدولي الخاص المتعددة.

واستخدم اصطلاح ((تنازع القوانين Conflict of Law)) وانتقد هذا الاصطلاح بوصفه تسمية غير دقيقة؛ لأنه ليس هناك في الواقع تنازع بين القوانين بالمعنى الحقيقي؛ لأن التنازع يفترض المساواة بين القوانين المختلفة من حيث السيادة ومثل هذه المساواة غير موجودة.

وأطلق عليه أيضاً قانون ((المجاملة الدولية Comity)) وهذه التسمية أيضاً غير دقيقة؛ لأنها توحي بانعدام الصفة الالزامية لأحكام القانون الدولي الخاص.

---

[1] د. عزالدين عبدالله – القانون الدولي الخاص – ج١ – ط١١ – القاهرة ١٩٨٦ – ص٤٧. د. فؤاد عبدالمنعم رياض – مبادئ القانون الدولي الخاص في القانونيين اللبناني والمصري – الجزء الأول – بيروت ١٩٦٩ – ص١١. د. ممدوح عبدالكريم حافظ – المرجع السابق – ص٨.

واستناداً لهذه الانتقادات، أطلق عليه بـــــــ((تزاحم القوانين))، أو ((تسابق القوانين))، واستبعد[١] الفقه مسألة تنازع القانين؛ لأن التنازع مجرد مفاضلة يجريها المشرع الوطني في ذهنه وبأسلوب صامت من أجل اختيار القانون الأنسب لحكم القضية التي ثار بصددها النزاع.

وبالرغم من الاختلاف في التسميات التي أطلقت، فإن تسمية القانون الدولي الخاص، هي التسمية الشائعة والمنتشرة في أكثر دول العالم، وذلك لإضفاء صفة ((الدولية))، وصفة ((الخاص)) على المعاملات التي يقوم بتنظيمها، تمييزاً عن العلاقات العامة التي ينظمها القانون الدولي العام.

المبحث الثاني

طبيعة القانون الدولي الخاص

نقصد بطبيعة القانون الدولي الخاص، بيان أي فرع من فروع القانون يدخل هذا القانون، هل يدخل ضمن القانون العام أم القانون الخاص أم إنه قانوناً قائماً بذاته، ولا ريب أن ضابط التمييز بين القانون العام والخاص، هو لتحديد طبيعة العلاقة التي يحكمها القانون، فإذا كان يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم فإنه يكون خاصاً، أما إذا كان يحكم علاقات الأفراد مع الدولة فإنه يكون عاماً.

واختلف الفقه في تحديد بيان طبيعة القانون الدولي الخاص إلى الاتجاهات الاربعة الآتية:

الاتجاه الأول – أن القانون الدولي الخاص، قانون دولي من القانون العام.

يرى جانب من الفقه[٢] أن القانون الدولي الخاص، هو قانون دولي بحق؛ لأنه ينظم العلاقات الدولية بصورة غير مباشرة وهو يسعى إلى تحديد سلطان قانون

---

[١] للمزيد من التفصيل راجع د. سعيد يوسف البستاني – القانون الدولي الخاص – تطور وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدولية – طبع الحلبي – ٢٠٠٤ – ط١ – بيروت – ص٥١.

[٢] راجع أستاذنا الدكتور ممدوح عبدالكريم – المرجع السابق – ص٢٥. وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه كلية القانون/ جامعة بغداد، إذ جعلت القانون الدولي الخاص، ضمن القانون الدولي العام.

كل دولة من الدول. فالقانون الدولي الخاص ينظم العلاقات القانونية الدولية الخاصة للأفراد والتي قد تكون الدولة طرفاً في هذه العلاقات وذلك حمايةً لمصالح مواطنيها في الدول الاجنبية. ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى القرار الذي أصدرته محكمة العدل الدولية الدائمة التابعة إلى عصبة الامم والذ يتعلق بالقضية الخاصة بمراسيم الجنسية في تونس ومراكش عام ١٩٢٣ والذي جاء فيه: ((إن الدولة وهي ترفع إلى محكمة دولية منازعة متعلقة بالقانون الدولي الخاص، إنما تستعمل حقها في المطالبة باحترام القانون الدولي في الأشخاص التابعين لها))[١].

ويستندون كذلك إلى أن أكثر موضوعات القانون الدولي الخاص ترجع إلى القانون العام، فالجنسية تعد من أنظمة القانون العام، لمساسها بتكوين الدولة، وكذلك تحديد مركز الاجانب؛ لأن تحديد هذه الحقوق يعد جزءاً من السياسة العامة في الدولة وتخضع لاعتبارات سياسية وكذلك الامر في تنازع القوانين والاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، إذ تتعلق هذه الأمور بسيادة الدولة.

الاتجاه الثاني – أن القانون الدولي الخاص، هو قانون خاص.

أنكر هذا الاتجاه من الفقه[٢] أن يكون القانون الدولي الخاص، قانون دولي وينتسب إلى القانون العام، وذهبوا إلى أنه فرع من فروع القانون الخاص. فهو قانون وطني بكل معنى الكلمة وأن معظم مصادره هي مصادر وطنية بسبب عدم وجود سلطة تشريعية تعلو سلطة الدول.

فالقانون الدولي الخاص ينظم علاقات الأفراد الدولية الخاصة عبر الحدود، وأن المستفيد من تنظيم هذه العلاقات، هم الأفراد، فهذا القانون هو قانون وطني سواء بالنظر إلى مصادره أم بالنظر إلى العلاقات التي يحكمها. وهذا ما جعل لكل دولة

---

[١] راجع تفصيل هذه القضية عند د. عزالدين عبدالله – المرجع السابق – ص٨٧.

[٢] راجع تفاصيل ذلك د. عزالدين عبدالله – ص٧٣، د. ممدوح عبدالكريم – المرجع السابق – ص٢٧.

قانونها الخاص، كالقانون الدولي الخاص[1] العراقي والانجليزي والفرنسي والتونسي.

وهذا الاتجاه يؤيده غالبية الفقه؛ لأن غاية ما يهدف إليه هو تنظيم علاقات الأفراد الخاصة عبر الحدود، لا سيما مواضيع تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، فهذه المواضيع لا يمكن أن تؤثر على سيادة الدولة لأن القانون في هذه المواضيع حسب تعبير الأستاذ الفرنسي باتيفول ((Batifol)) يطبق بواسطة الدول وليس عليها. فضلاً عن ذلك أن المشرع الوطني هو الذي يحدد حالات انطباق القانون الاجنبي. واقترح هذا الاتجاه فصل موضوعي الجنسية ومركز الاجانب عن القانون الدولي الخاص ودراستها بوصفها جزءاً من القانون العام أو دراستها في مادة مستقلة.

الاتجاه الثالث – القانون الدولي الخاص قانون مختلط.

يرى هذا الاتجاه أنه من الصعوبة إلحاق الاحكام المنظمة لموضوعات القانون الدولي الخاص وبصورة تامة لأي من القانونيين العام أم الخاص، وذلك لعدم وجود ترابط بين هذه المواضيع، فضلاً عن ذلك من الصعوبة إسباغ الصفة الدولية عليها وتجاهل أصل هذا القانون بوصفه قانوناً وطنياً. وهذا الامر أدى إلى التسليم بالصيغة المختلطة للقانون الدولي الخاص[2]، فهو قانون عام لأن هذا القانون ينظم الجنسية ومركز الاجانب وهي من صميم القانون العام، وهو قانون خاص لأن معظم قواعد هذا القانون تنسب إلى القانون الخاص كما في تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي الدولي.

الاتجاه الرابع – القانون الدولي الخاص قانون قائم بذاته.

يذهب جانب من الفقه إلى أن القانون الدولي الخاص، هو فرع مستقل قائماً بذاته، وهو قانون خاص له كيانه وطبيعته فلا يعد فرعاً من القانون الخاص أو القانون

---

[1] راجع المواد (٣٣-١٠) من القانون المدني العراقي. صدر القانون الدولي الخاص التونسي في ١٩٩٨/١١/٢٧ وهو يتكون من (٧٦) مادة.

[2] د. غالب علي الداودي والدكتور حسن محمد الهداوي – القانون الدولي الخاص – ج١ – طبع بغداد – ط٢ – ١٩٧٨ – ص١٧.

العام، وإنما هو قانون قائم بذاته سواءً كان ذلك من ناحية مصادره أم من طبيعة قواعده. فبعض قواعده هي قواعد موضوعية تفصل بالنزاع أو الموضوع مباشرةً، كما في قواعد الجنسية وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، والبعض الآخر هي قواعد إسناد، أي قواعد وطنية لا تعطي الحل المباشر للنزاع وإنما ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على المراكز القانونية ذات العنصر الاجنبي.

وشبه الأستاذ الانجليزي ((Cheshire)) هذه القواعد بمكتب استعلامات السكك الحديدية الذي يلجأ إليه المسافر لمعرفة القطار الذي سينقله إلى وجهته. ونعتقد أن الاتجاه الثالث المختلط هو الراجح؛ لأنه اتجاه توفيقي يجمع بين القانون الخاص والقانون العام، غير انه أقرب إلى القانون الخاص؛ لأن معظم قواعد هذا القانون تنسب إلى القانون الخاص كما في تنازع القوانين وقواعد الاختصاص القضائي، وهي حجر الزاوية في هذا القانون، مما جعل جانب من الفقه ينتقد تسمية القانون الدولي الخاص وفضل استبدالها بتسميات أخرى هي ((تنازع القوانين))، أو ((تزاحم القوانين))..

المبحث الثالث

مصادر القانون الدولي الخاص

تعد مصادر القانون الدولي الخاص من أكثر مصادر فروع القانون تعقيداً؛ وذلك بسبب الطبيعة الخاصة لهذا القانون واختلاف هذه المصادر من دولة إلى أخرى بوصفها قواعد وطنية، ولذلك اتسعت هذه المصادر وتعددت وكانت مجالاً لاختلاف الفقه فيها. ونتفق مع الأستاذ الدكتور[1] عزالدين عبدالله بأنه لا توجد ضرورة لبحث تقسيم مصادر القانون الدولي الخاص، إذ اختلفت وجهات النظر فيها، وأبرز هذه التقسيمات هو تقسيمها إلى مصادر وطنية وهي التشريع والعرف والقضاء والفقه، ومصادر دولية وهي الاتفاقيات والأعراف الدولية والقضاء والفقه والمبادئ العامة الاكثر شيوعاً في القانون الدولي الخاص. وسنبحث دراسة هذه المصادر وحسب اهميتها وعلى النحو الآتي:

---

[1] د. عزالدين عبدالله – المرجع السابق – ص٦٧.

أولاً – التشريع Legislation

التشريع مصدر وطني، يعد المصدر الأول لكافة فروع القانون في كافة قوانين دول العالم، ومنها القانون الدولي الخاص. والتشريع واضح وسهل التطبيق بالنسبة للمحاكم. وقد صدرت تشريعات عراقية متعددة، تظهر بوضوح مدى عناية المشرع العراقي في وضع مجموعة من القوانين تنظم أحكام التشريع في القانون الدولي الخاص. ومن أبرز هذه القوانين قانون الجنسية العراقية رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٤ ثم أُلغي هذا القانون وحل محله قانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٣. وأُلغي هذا القانون بصدور قانون الجنسي العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦، وتدخل المشرع العراقي أيضاً في المسائل التي تنظم مركز الاجانب، فشرع عدة قوانين آخرها قانون الاقامة رقم (١٨) لسنة ١٩٧٨. ونظم القانون المدني العراقي[١] رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الاحكام التي تتعلق بتنازع القوانين، وتعيين مدى اختصاص المحاكم العراقية في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي.

ثانياً – الاتفاقيات الدولية International Agreement

هي اتفاق شخصين أو أكثر من أشخاص القانون العام على أحداث آثار قانونية معينة. والدولة هي الشخص الرئيس للقانون الدولي العام، ومع ذلك فإن هناك أشخاص من غير الدول كالمنظمات الدولية، يمنحهم القانون الدولي العام صفة الأشخاص الدولية[٢]. والاتفاقيات الدولية بهذا المعنى تعد من مصادر القانون الدولي وتقف مع التشريع في القانون الداخلي لوضوحها وسهولتها، فضلاً عن ذلك أن قضايا القانون الدولي الخاص تعد ذات علاقة بمصالح الدول وإن كانت تتعلق بمصالح الأفراد.

---

[١] راجع المواد من ١٠–٣٣ من القانون المدني العراقي.

[٢] وتجدر الاشارة إلى أن الفقه، يستخدم عبير مرادف للاتفاقية، كالمعاهدة والبروتوكول والتصريح المشترك والعهد والميثاق والنظام، غير أن الاحكام التي تنظم هذه التسميات المختلفة، هي تسميات واحدة وأكدت على ذلك المادة الثانية من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. للمزيد من التفصيل راجع أستاذنا الدكتور عصام العطية – القانون الدولي العام – ط٧ – بغداد ٢٠٠٨ – ص١٠٥.

وأنكر جانب من الفقه اعتبار الاتفاقيات الدولية مصدراً دولياً للقانون الدولي الخاص؛ لأنها تعد جزءاً من المصادر الوطنية وهي لا تصبح ملزمة إلا إذا أقرتها السلطة التشريعية، شأنها في ذلك شأن النصوص والقواعد الوطنية. ويرى جانب آخر بعدم إنكار الصفة الدولية للقواعد التي جاءت بها الاتفاقيات الدولية؛ لأن هذه الاتفاقيات تعبر عن إرادة الدول.

ونتفق مع جانب من الفقه[1] إلى أن الاتفاقيات الدولية من الناحية الواقيعة لا سيما في العراق لا تأخذ صفة الالزام؛ لأن الامر يحتاج فيها إلى التصديق على الاحكام التي نصت عليها ويكون ذلك بقانون، يستلزم نشره في الجريدة الرسمية، ولذلك فهي مصدر مختلط في آنٍ واحد دولي وداخلي وليست مصدراً منفرداً. وإذا حدث تعارض بين أحكام الاتفاقية الدولية والتشريع الوطني في الدولة، ففي هذه الحالة يجب التمييز بين ما إذا كانت المعاهدة لاحقة للقانون، فإنها تعد بمثابة قانون داخلي وتعد ناسخة ضمناً للقانون السابق، بشرط اتخاذ الاجراءات التي تؤدي إلى رفع الخلاف بينهما وأن لا تتعارض مع أحكام الدستور[2].

أما إذا كانت الاتفاقية الدولية سابقة للقانون، وعدم وجود نص يقضي بأفضلية الاتفاقية أو حالة وجود نص قانون يقضي بأفضلية الاتفاقية ففي هذه الحالة تكون الافضلية للاتفاقية وهذا الحكم يمكن أن نستنتجه من المادة (٢٩) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها:

((لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في العراق)). فهذا النص اعتبر الاتفاقيات الدولية من المصادر الرسمية الملزمة وبذلك فإن الدولة لا تستطيع أن تتنصل من التزاماتها الدولية بالاستناد إلى قانونها الوطني، وهو ما يعبر عنه بـــــــ((سمو الاتفاقية

---

[1] د. غالب علي الداودي و د. حسن الهداوي – المرجع السابق – ص٢٥.

[2] راجع المادة (١٣) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

الدولية))[١]. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاردنية إلى: ((أن الاتفاقية الدولية هي أعلى مرتبة من القانون المحلي وأولى بالتطبيق))[٢].

ثالثاً – العرف الدولي Custom

يرى غالبية الفقه[٣] بأن اصطلاح العرف الدولي هو العرف الوطني أو الداخلي، ذلك أن القانون الدولي الخاص، هو قانون وطني ويعد العرف مصدراً للقانون عند غياب التشريع. والعرف بهذا المعنى هو مجموعة القواعد الثابتة التي درج الأفراد على العمل بها زمناً طويلاً مع الاعتقاد بإلزامها خشية الجزاء الذي وقع عليهم عند مخالفتها[٤].

وإذا كان غالبية الفقه، ينكر وجود عرف دولي بوصفه مصدراً للقانون الدولي الخاص، فإن هناك جانب من الفقه يرى بوجود عرف دولي وهو ملزم للجماعات الدولية في تنظيم مسائل القانون الدولي الخاص، غير أن هذه القواعد تتسم بقلتها وعدم انضباطها مما يجعل الكشف عنها رجع إلى القضاء، ومن هذه القواعد الاحكام التي تنظم الجنسية، إذ يوجد عرف دولي ملزم للدولة بالتقيد بوجوب توافر رابطة حقيقية بين الفرد والدولة بمنح الجنسية.

وإذا كان العرف قد أحتل دوراً كبيراً في القانون الدولي الخاص، إذ أن الكثير من قواعده تطورت عن العرف سواء ما صيغ منها في نصوص تشريعية أم بقي منها في صورة قواعد عرفية[٥]، كما في قاعدة خضوع شكل العقد لمحل إبرامه وقاعدة

---

[١] د. أحمد عبدالكريم سلامة – علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً – ط١ – المنصورة ١٩٩٦ – ص١٤٥.

[٢] رقم القرار ٩١/٧٦٨- ص١٢٣٦- سنة ١٩٩٢ الاجتهاد القضائي الاردني ٢٠٠٠- ص١٦.

[٣] للمزيد من التفصيل راجع د. فؤاد عبدالمنعم رياض – مبادئ القانون الدولي الخاص – طبع بيروت – ١٩٦٩ – ص٢٨.

[٤] راجع مؤلفنا شرح أحكام قانون الاثبات المدني – طبع دار الثقافة – الاردن – ط٢ – ٢٠٠٥ – ص٣٢.

[٥] د. فؤاد عبدالمنعم رياض و د. سلامة راشد – الوسيط في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي – طبع دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٧ – ص٤٣.

خضوع الأهلية لقانون الجنسية وقاعدة خضوع الميراث للقانون الشخصي للمتوفي، فإن دور العرف سواء كان وطنياً أم دولياً فإنه من الناحية الواقعية قلت أهميته وذلك لأن غالبية الدول، قد نظمت أحكام العرف في نصوص تشريعية، ولذلك ضعف دور العرف وقلت أهميته في تنظيم مشاكل المجتمع الدولي المعاصر وحل التشريع في تنظيمها.

رابعاً – احكام القضاء Court's Decision

وهي الاحكام التي تصدر من المحاكم وأصبحت تشكل اتجاهاً واضحاً في تحديد القانون الذي يحكم علاقة معينة من علاقات الأفراد ذات العنصر الاجنبي[١]. وتختلف أحكام القضاء من ناحية الالزام تبعاً للنظام القانوني السائد في كل دولة، فالأصل أن هذه الاحكام في الدول اللاتينية والدول العربية ومنها العراق ليس لها قوة الالزام وأن لها دوراً تفسيرياً بالرغم من أن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المدنية العراقي النافذ، جعلت منها واجبة الاتباع في بعض الأحيان، غير أن هذا الامر ظل مجرد طموح ولم يصل إلى حد الالزام.

وخلافاً للنظام السائد في انكلترا وأمريكا، فإن للأحكام القضائية والتي يطلق عليها بالسوابق القضائية لها قوة ملزمة للمحاكم، وتجدر الاشارة إلى أن القضاء الوطني عند فصله في القضايا ذات الطابع الدولي، لا يقتصر على الاستعانة بما استقر عليه قضاء دولته فحسب، وإنما يستطيع أن يسترشد بالقواعد التي تطبقها المحاكم الاجنبية ولا سيما في الدول التي يكون قانونها الدولي الخاص الوطني قد استمد أحكامه منها، إذ يمكن للقاضي الوطني أن يرجع إلى الاحكام التي تصدرها المحاكم الدولية فيما يطرح عليها من مسائل تنازع القوانين أو يرجع إلى أحكام محكمة التحكيم الدولية.

خامساً – المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص

The Principle rule of Private International law

---

[١] د. عكاشة محمد عبد العال – احكام القانون الدولي الخاص اللبناني – الجزء الأول – تنازع القوانين – طبع الدار الجامعية – بيروت – ١٩٩٨ – ص٧٢.

وهي مجموعة القواعد التي اكتسبت طابعاً عالمياً بسبب طبيعتها المشتركة وتحررها من الخصوصيات الوطنية عند وضعها للحلول المقنعة والمنطقية في تنازع القوانين[١]. فهي قواعد عقلانية مستمدة من العقل والمنطق والعدالة. ومن هذه المبادئ بعض الأُسس المتبعة في نظرية التكييف والاحالة والدفع بالنظام العام والغش نحو القانون، فهذه المبادئ بسبب استقرارها وشيوعها وأن لم تصل إلى مرتبة القواعد العرفية الدولية الملزمة، غير أن لها أصولاً عامة مشتركة بين الدول بحيث يمكن للقاضي أن يرجع إليها في تنازع القوانين. وهذا الأمر هو الذي دعا المشرع العراقي بوجوب الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص، فنصت المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي بأنه: ((يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً)). فهذا النص ألزم القاضي بالرجوع إلى المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص عند غياب النص التشريعي أو العرف.

وهذا ما نصت عليه المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري بشأن المادة (٢٤) والتي تطابق المادة (٣٠) العراقية وجاء فيها بأن:

((للقاضي أن يرجع أولاً إلى العرف أن وجدت قاعدة عرفية، فإن لم يجد عرفاً طبق مبادئ القانون الدولي الخاص... ذلك أن هذه المبادئ لها من سمات الدقة والوضوح، مما يجعلها تفضل مبادئ القانون الطبيعي (قواعد العدالة) بسبب تخصصها في ناحية معينة من نواحي القانون))[٢].

سادساً – أراء الفقهاء Juristic Opinions

آراء الفقهاء، هي مجموعة الحلول الاجتهادية التي يعرضها الفقهاء في مؤلفاتهم، بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم علاقات الأفراد المشوبة بعنصر

---

[١] في هذا المعنى: د. هشام علي صادق – تنازع القوانين في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري – طبع الاسكندرية ١٩٧٤ – ص٤٢. د. فؤاد ديب – القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين – ط٦ – جامعة دمشق ١٩٩٧ – ص١٢٣.

[٢] مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – ج١ – ص٣٠٧ وما بعدها.

أجنبي[1]. وبالرغم من أن آراء الفقهاء ليست لها قوة ملزمة، فإنها لا تزال مصدراً تفسيرياً للقانون الدولي الخاص ولها الدور الواضح في إعانة القضاء وسد النقص في التشريع عندما لا يستوعب جميع مستحدثات الفكر القانوني، فكثيراً ما يأخذ المشرع بعد المفاضلة بين آراء الفقهاء في مسألة معينة ويجعل منها قاعدة قانونية، فضلاً عن ذلك أن القاضي يستعين بآراء الفقهاء عند استخلاصه للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص.

المبحث الرابع

الخصائص العامة للقانون الدولي الخاص

يتميز القانون الدولي الخاص بوصفه فرعاً من فروع القانون، بخصائص عامة يتصف بها هذا القانون، وهي على النحو الآتي:

أولاً – الخاصية الالزامية لقواعد القانون الدولي الخاص

يتصف القانون الدولي الخاص بأنه قانون ملزم؛ لأن قواعده تتضمن الجزاء المادي ويتم تنفيذها طبقاً للقوانين والاجراءات السائدة في كل دولة. ولا خلاف في الفقه بشأن توافر صفة الالزام في الاحكام التي تنظم القانون الدولي الخاص؛ لأن تلك القواعد تنظم مسائل تتصل بالمصلحة العامة وبسيادة الدول.

ثانياً – إنه قانون حديث النشأة

يتميز القانون الدولي الخاص عن غيره من فروع القانون بأنه قانون حديث النشأة نسبياً؛ لأن هذا القانون لم يتطور مفهومه قبل الثورة الفرنسية وذلك بسبب التطرف في الأخذ بفكرة السيادة المطلقة من قبل الدول.

ثالثاً – إن قواعده في الأصل هي قواعد وطنية

القانون الدولي الخاص قانون وطني يحكم العلاقات الخاصة الدولية للأفراد والتي تتصل بأكثر من دولة واحدة، بسبب موضوعها أو مكان انعقادها أو جنسية اشخاصها، فقواعده وطنية يتكفل مشرع كل دولة بوضعها ودون أن يخضع في ذلك لسيادة دولة أخرى، ولذلك فإن القانون الدولي الخاص يختلف عن القانون

---

[1] د. محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – ط١ – مؤسسة الثقافة الجامعية – الاسكندرية – ١٩٧٨ – ص٥٨.

الدولي العام، إذ أن هذا الأخير سلطته تكون فوق الدول وتعني قواعده بالدول والمنظمات الدولية وتحدد اختصاصات والتزامات كل دولة منها، أما قواعد القانون الدولي الخاص، فلا شأن لها بالدول أو بغيرها من أشخاص القانون الدولي[١]، وإنما قواعده وطنية من وضع المشرع الوطني.

رابعاً – الأصل إنه قانون مختلط

الأصل أن القانون الدولي الخاص حسب الرأي الراجح، يعد قانوناً مختلطاً فهو قانون عام وقانون خاص غير أن قواعده اقرب إلى القانون الخاص؛ لأن معظم قواعد هذا القانون، تنسب إلى القانون الخاص حسب التفصيل الذي بيناه عند بحث طبيعة القانون الدولي الخاص.

خامساً – الأصل أن قواعده قواعد إسناد وإحالة

وقواعد الإسناد هي قواعد وطنية ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق ولا تعطي الحل المباشر المفصل في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وهي بذلك تختلف عن القواعد الموضوعية التي تعطي الحل المباشر للنزاع. ومثال ذلك إذا توفي انجليزي متوطن في العراق وحددت قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص العراقي، بتطبيق القانون الانجليزي بوصفه قانوناً وطنياً مختصاً في توزيع التركة في هذه القضية المشوبة بعنصر أجنبي، فإن النزاع لا يتم حسمه بتطبيق قواعد القانون العراقي، وإنما يتم حسمه بتطبيق قواعد القانون الانجليزي الموضوعية المتعلقة بالميراث التي أحالت قواعد الاسناد في القانون الدولي الخاص الموضوع إليه[٢].

سادساً – إنه قانون يتسم في الاصل بعدم وجود ترابط بين مواضيعه

يتميز القانون الدولي الخاص بعدم وجود ترابط بين قواعده بصورة مستقلة، ذلك أن مواضيعه متوزعة في قوانين مختلفة في الاصل كالقانون المدني وقانون الجنسية وقانون إقامة الاجانب، فهذه الاحكام لا يسوغ إيرادها في مجموعة مستقلة.

---

[١] أستاذنا د. عصام العطية – المرجع السابق – ص٢٢.

[٢] د. عزالدين عبدالله – المرجع السابق – ص٧٤.

****

المبحث الرابع

جنسية الأشخاص المعنوية وأُسس تحديدها

الشخص المعنوي، فكرة تقوم على الافتراض القانوني أو الاعتباري، وذلك بإعطاء الشخصية القانونية للشخص غير الطبيعي استناداً لحكم القانون لكي يستطيع أن يتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق شأنه في ذلك كالشخص الطبيعي.

ودرج الفقه على تقسيم الأشخاص المعنوية إلى أشخاص معنوية تابعة للقانون الخاص وأشخاص معنوية تابعة للقانون العام، كالدولة والتي تعد الشخص المعنوي الأكبر ولا تحتاج إلى نص دستوري لإنشائها لأن الدستور غالباً ما يأتي بعد نشوء الدولة[1]. ولا ندخل في تفاصيل التمييز بين الأشخاص المعنوية العامة والاشخاص المعنوية الخاصة؛ لأن الذي يهمنا هو تحديد جنسية الأشخاص المعنوية التابعة للقانون الخاص من شركات ومنقولات تقر تشريعات الدول بجنسيتها كالسفن والطائرات. واستناداً لما تقدم سندرس هذا المبحث بتوزيعه إلى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول – تحديد الطبيعة القانونية لجنسية الشخص المعنوي.

المطلب الثاني – أُسس تحديد جنسية الشركات.

المطلب الثالث – أُسس تحديد جنسية السفن والطائرات.

المطلب الأول

تحديد الطبيعة القانونية لجنسية الشخص المعنوي

---

[1] لقد حددت المادة (٤٧) من القانون الحديث الأشخاص المعنوية العامة والاشخاص المعنوية الخاصة:

((أ-الدولة. ب-الادارات والمنشآت العامة التي يمنحها القانوني شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة بالشروط التي يحددها. ج-المحافظات والبلديات والقرى التي يمنحها القانون شخصية معنوية. د-الطوائف الدينية. ه-الاوقاف. و-الشركات التجارية والمدنية. ز-الجمعيات. ح- كل مجموعة من الأشخاص أو الاموال يمنحها القانون شخصية معنوية)).

نقصد بتحديد الطبيعة القانونية لجنسية الشخص المعنوي، بيان مدى تمتع الشخص المعنوي باكتساب الجنسية، وهذه المسألة كانت محل خلاف في الفقه وذهبوا إلى الاتجاهين الآتيين:

الاتجاه الأول – وهو الذي ينكر جنسية الشخص المعنوي.

ذهب جانب من الفقه إلى رفض أعطاء الجنسية للشخص المعنوي؛ لأن هذه الجنسية تعد ضرباً من المجاز وحيلة افتراضية[1] واستندوا إلى الحجج الآتية:

أولاً – أن فكرة الجنسية تقوم على اعتبارات قانونية وسياسية واجتماعية وروحية بين الشخص والدولة، وهذه الاعتبارات لا يمكن تصور توافرها في الشخص المعنوي لأن عبارة عن فكرة مجردة من المشاعر الإنسانية.

ثانياً – إن وظيفة احكام الجنسية تقتضي قصرها على الأشخاص الطبيعيين وعدم منحها للأشخاص المعنوية؛ لأن الجنسية هي أداة لتحديد عنصر السكان في الدولة والذي يقتصر على الأشخاص الطبيعيين فقط ولا يمكن أن يدخل الشخص المعنوي ضمن تعداد السكان.

ثالثاً – عدم تمتع الشخص المعنوي بالحقوق الملازمة للشخص الطبيعي، كحق الانتخاب والترشيح وتقلد الوظائف العامة وعدم تحمله لبعض الالتزامات ذات الطابع السياسي، كالخدمة العسكرية، فالعلاقة بين الشخص المعنوي والدولة هي علاقة ((تبعية)) لا مجال لتقريبها من فكرة الشخص الطبيعي؛ ذلك أن الجنسية بمعناها الواقعي لا يمكن أن تمنح إلا للشخص الطبيعي ودون الشخص المعنوي.

الاتجاه الثاني – وهو الذي يذهب إلى ضرورة الاعتراف بالشخص المعنوي ومنحه الجنسية أسوةً بالشخص الطبيعي.

يذهب غالبية الفقه[1] بأحقية تمتع الشخص المعنوي بالجنسية ومن هؤلاء الأستاذ (هريو) واستندوا إلى المسوغات الآتية:

---

[1] للمزيد من التفصيل راجع د. أحمد عبدالكريم سلامة – المبسوط في شرح نظام الجنسية – طبع دار النهضة العربية – القاهرة– ١٩٩٩ – ص٥.

د. ابراهيم أحمد ابراهيم – المرجع السابق – ص٤٣.

أولاً – الشخص المعنوي مثل الشخص الطبيعي وليس من الضروري أن يتمتع بالحقوق السياسية حتى يكتسب الجنسية؛ لأن هناك من لا يتمتع بالحقوق السياسية من الأشخاص الطبيعيين ومع ذلك تثبت له الجنسية، كالأولاد الصغار، فالجنسية هي تبعية الشخص للدولة، وهذه التبعية موجودة بين الدولة و الشخص المعنوي أيضاً.

ثانياً – إن وظيفة أحكام الجنسية لا تقتصر على الشخص الطبيعي وإنما تشمل أيضاً الشخص المعنوي، وأن عدم شموله بإحصائيات السكان لا يغير من الامر شيئاً؛ ذلك أن قوة الدولة تقاس في الوقت الحاضر بمتانة اقتصادها وقدرته في مواجهة التحديات وليس بكثرة السكان العددية ولذلك لا يستطيع أحد أن ينكر الدور الحيوي الذي يقوم فيه الشخص المعنوي في دعم الاقتصاد الوطني.

ثالثاً – إن الاعتراف بجنسية الشخص المعنوي يؤدي إلى حل مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكمه.

رابعاً – إن الاعتراف بجنسية الشخص المعنوي يؤدي إلى حل مشكلة مدى تمتع الشخص المعنوي الاجنبي بالحقوق اللازمة له في الدولة والتي يطلق عليها بالمركز القانوني للأجانب.

واستناداً لما تقدم فإن مظاهر الحياة الحديثة وضروراتها الاقتصادية والاجتماعية، تستلزم الاعتراف بجنسية الشخص المعنوي وذلك انسجاماً مع ما استقرت عليه الاتفاقيات الدولية وأخذت به غالبية تشريعات دول العالم.

المطلب الثاني

أُسس تحديد جنسية الشركات

---

(١) د. محمد كمال فهمي – المرجع السابق – ص٣١٠، د. أحمد عبدالكريم سلامة – المبسوط – المرجع السابق – ص٤٦، د. طلال ياسين العيس – المرجع السابق – ص١٦٣.

اختلفت تشريعات الدول[1] في تحديد المعايير والأُسس التي أخذت بها في منح جنسية الشركات، وهذا الاختلاف يرجع إلى حرية الدول الواسعة في تحديد هذه المعايير طبقاً لمصالحها، بالرغم من أن الاصل في هذه الشركات أنها تهدف إلى تحقيق الربح المادي وليس لها أغراض سياسية. وسنبحث هذه المعايير أو الأُسس وحسب التفصيل الآتي:

أولاً – معيار تأسيس الشركة.

ومقتضى هذا المعيار أن الشركة تحمل جنسية الدولة التي تأسست فيها، بوصفها المكان التي اعطيت فيه الموافقات والوثائق الخاصة بتكوين الشركة، فهي دولة الميلاد بالنسبة للشركة، ويسوغ هذا المعيار على أساس أن قانون هذه الدولة هو الذي يمنح الشركة شخصيتها القانونية. وبما أن التصرف القانوني يخضع لقاعدة قانون الدولة التي تم فيها إبرام هذا التصرف، فإن الشركة يجب أن تحمل جنسية الدولة التي تكونت أو تأسست فيها.

وبالرغم من أن هذا المعيار يتسم بسهولة تطبيقه لأنه معيار مادي ومحدد ولا يتغير وأخذت به تشريعات دول متعددة منها الولايات المتحدة وانجلترا وأخذت به المادة (٣٢) من قانون الشركات العراقي رقم ٣١ لسنة ١٩٥٧ الملغى في تأسيس الشركات المساهمة فقط. وسار المشرع العراقي على نفس النهج في قانون الشركات لعام ١٩٩٧.

وانتقد هذا المعيار ذلك أن قاعدة خضوع التصرف القانوني لمحل بلد إبرامه تحكم شكل التصرف القانوني ودون شروطه الموضوعية، فضلاً عن ذلك أن هذا المعيار يجعل تحديد جنسية الشركة في يد الأفراد وفي ذلك مساس بحق الدولة في تحديد الأشخاص المنتمين إليها. وعليه لا يمكن اعتماد هذا المعيار في منحه الجنسية للشركات.

ثانياً – معيار النشاط الرئيسي للشركة.

---

[1] للمزيد من التفصيل راجع د. عزالدين عبدالله – المرجع السابق – ص٧٥٣، د. ابراهيم أحمد ابراهيم – المرجع السابق – ص٤٣، د. طلال ياسين العيس – المرجع السابق – ص١٧٠.

ويطلق على هذا المعيار أيضاً بمحل الاستغلال، ويعني أن الجنسية تعطى للشركة استناداً لجنسية الدولة التي تزاول الشركة نشاطها الرئيسي فيها ودون الأخذ بمحل الاعتبار بمحل تأسيسها، وأساس الأخذ بهذا المعيار يرجع إلى أن الدولة التي تمارس فيها الشركة نشاطها هي التي ترتبط مصالحها بهذا النشاط وهي اكثر الدولة صلة بهذه الشركة، مما يسوغ لها التمتع بجنسية هذه الدولة.

وانتقد هذا المعيار على أساس أن الشركة الواحدة، قد تزاول نشاطها في عدة دول ويصعب في هذه الحالة تحديد محل النشاط الرئيسي لها كما في شركات التنقيب عن البترول، إذ يكون لها عدة مراكز تزاول فيه نشاطها ويكون في نفس الاهمية، إذ لا يمكن تفضيل أحد هذه المراكز على الآخر في تحديد جنسية هذه الشركات[1].

ثالثاً – معيار مركز الادارة الرئيسي للشركة.

واستناداً لهذا المعيار تعطى الجنسية للشركة من الدولة التي يكون فيها مركز ادارتها الرئيسي أو الحقيقي التي تمارس فيه الشركة نشاطها. وانتقد هذا المعيار لأن هناك صعوبة قد تثار في حالة إدارة الشركة في أكثر من دولة، وفي هذه الحالة لا يمكن تحديد جنسية هذه الشركة، فضلاً عن ذلك أن الأخذ بهذا المعيار من شأنه أن يتيح الفرصة لتحايل الأفراد، إذ قد يعمدون إلى اتخاذ مركز إدارة الشركة في دولة لا توجد بينها رابطة حقيقية، تمنعها من التمتع بجنسية تلك الدولة. وقد أخذت المادة (٢٨٩) من قانون الشركات التجارية رقم (٣١) لسنة ١٩٥٧ (المعدل) (الملغى):

- **المادة التاسعة والثمانون بعد المائتين:**

يقصد بالشركة في هذا الكتاب – كل شركة مؤسسة خارج العراق أُسست أو تؤسس محلاً لعملها في العراق بواسطة فرع أو وكيل.

ويقصد بالوكيل أيضاً – الوكيل بالعمولة والوكيل الموزع لحسابه الخاص والوكيل الموزع لحساب الشركة وجميع الوكالات الأخرى المماثلة.

---

[1] د. محمد الروبي – المرجع السابق – ص٨٥.

ولكي تعتبر الشركة مؤسسة في العراق وعراقية الجنسية، يجب أن يكون مركزها الرئيس في العراق[1].

رابعاً – معيار محل رأسمال الشركة.

وتعطى الجنسية للشركة استناداً لهذا المعيار لجنسية الدولة التي يتكون فيها رأسمال هذه الشركة. وانتقد هذا المعيار على أساس أن الشركة قد يكون لها رأسمال في دول مختلفة، مما يتعذر تحديد الدولة التي يعتبر رأسمال الشركة قد تكون فيها.

د. غالب علي الداودي، د. حسن محمد الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول (الجنسية، الموطن، مركز الاجانب واحكامه في القانون العراقي)، بغداد، مكتبة السنهوري، ص١٤٨، يقول:

"معيار محل رأس المال: ووفق هذا المعيار تكون جنسية الشركة من جنسية البلد الذي يتكن فيه رأسمالها وتصدر اسهمها وسنداتها للتداول. وقد انتقد هذا المعيار أيضاً على اساس أن الشركة قد تصدر اسهمها وسنداتها للتداول في عدة بلدان مختلفة مما يتعذر تعيين البلد الذي يعتبر أن رأسمالها قد تكون فيه بغية تعيين جنسية الشركة".

خامساً – معيار الرقابة والاشراف على الشركة.

وطبقاً لهذا المعيار يجب التمييز بين التبعية السياسية والتبعية القانونية للشركة بضابط الاشراف والرقابة. والتبعية السياسية تحدد بموجبها الجنسية على اساس الرقابة والاشراف. أما التبعية القانونية فيكون فيها النظام القانوني للشركة خاضعاً للقانون الذي يوجد فيه مركز ادارتها الرئيسي. وبالنسبة للتبعية السياسية تكون جنسية الشركة من جنسية الأشخاص الوطنيين الذين يديرونها، أما إذا كانوا أجانب

---

[1] وتجدر الاشارة إلى أن المادة (٤٩) من القانون المدني العراقي أخذت بهذا المعيار بالنسبة للتبعية القانونية للشركة فجاء في هذه المادة: ((١-يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الاجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي الفعلي)).

فتكون جنسيتها أجنبية ويبقى نظامها القانوني خاضعاً لقانون الدولة التي يوجد فيه مركز ادارتها الرئيسي.

وانتقد هذا المعيار على اساس أن للشركة كيان معنوي آخر مستقل عن كيان الأشخاص الذين يتولون الادارة عليها ويملكون رأسمالها[١].

واستناداً لما تقدم نعتقد أن الرأي الراجح هو الأخذ بمركز إدارة الشركة الرئيسي في الأوقات الاعتيادية والأخذ بمعيار الرقابة والاشراف في زمن الحروب لتحديد جنسية الشركات الاجنبية التابعة للدولة المعادية لحماية المصالح الاقتصادية الوطنية.

المطلب الثالث

أُسس تحديد جنسية السفن والطائرات

للسفن والطائرات أهمية كبيرة على صعيد العلاقات الدولية الخاصة والتجارة الدولية سواء في زمن السلم أو الحرب مما يحتم تحديد تبعية جنسيتها لدولة معينة؛ لأن عدم تحديد ذلك سوف يؤدي إلى اضطراب في العلاقات الدولية العامة والخاصة على حدٍ سواء، ولذلك ذهب غالبية الفقه[٢] على تأييد إطلاق اصطلاح الجنسية على تبعية السفن والطائرات لدولة معينة. وأكدت على ذلك التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية.

ويترتب على تمتع السفن والطائرات بجنسية دولة معينة النتائج الآتية:

---

[١] د. غالب علي الداودي، ود. حسن الهداوي – المرجع السابق – ص١٤٨.

د. ابراهيم أحمد ابراهيم – المرجع السابق – ص٤٨ – التبعية القانونية: النظام القانوني الذي يوجد فيه مركز ادارتها الرئيسي – التبعية السياسية: النظام القانوني للأشخاص الذين يديرونه.

[٢] د. شمس الدين الوكيل – المرجع السابق – ص٤٤١، د. محمد الروبي – المرجع السابق – ص١١٤، د. طلال ياسين العيس – المرجع السابق – ص١٧٩.

وتجدر الاشارة إلى أن فكرة الجنسية التي تمنح للسفن والطائرات وهي من المنقولات تشبه فكرة جنسية الأشخاص المعنوية، سوى أن الشخص المعنوي يكون طرفاً في الحق، أما السفن والطائرات فإنها تكون هي محلاً للحق.

أولاً – إن الامتيازات البحرية غالباً ما تعطى للسفن الوطنية، كحق الملاحة الساحلية لنقل الامتعة والركاب، وينطبق ذلك على الملاحة الجوية بالنسبة للنقل الداخلي داخل مدن وولايات الدولة.

ثانياً – تخضع السفن والطائرات لقانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها، ولذلك فإن للسفن والطائرات حق طلب حماية الدولة التي تتمتع بجنسيتها في كل الظروف.

ثالثاً – لجنسية السفن والطائرات أهمية تظهر عند تطبيق أحكام القانون الدولي العام، ذلك أن الاجراءات التي يمكن أن تتخذها الدولة ضد سفن وطائرات الاعداء، يجب أن تتم طبقاً لأحكام هذا القانون.

رابعاً – ولجنسية السفن والطائرات أهمية تظهر من الناحية المالية، ذلك أن الضرائب والرسوم التي تجبى من السفن الاجنبية هي غير الضرائب والرسوم التي تجبى من السفن الوطنية.

خامساً – ولتحديد جنسية السفن والطائرات أهمية عند تطبيق أحكام القانون الجنائي الوطني، وكيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على الجرائم التي ترتكب داخل السفن والطائرات، فضلاً عن ذلك فإنه عن طريق تحديد هذه الجنسية يتم تحديد القضاء المختص الذي ينظر في هذه الجرائم[1].

سادساً – ولتحديد جنسية السفن والطائرات أهمية كبيرة في تحديد جنسية الاطفال الذين يولدون على ظهر هذه السفينة والطائرات، فطبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص فإن ولادة طفل على ظهر سفينة أو طائرة عامة، يعد وكأنه ولد في داخل إقليم الدولة التي تتمتع السفينة أو الطائرة بجنسيتها، وذلك بصرف النظر عن مكان وجود السفينة أو الطائرة لأنهما يعدان جزءاً متنقلاً من إقليم هذه الدولة. أما إذا ولد الطفل في سفينة أو طائرة حربية أو خاصة أثناء وجوده في مياه أو أجواء إقليمية

---

[1] د. فؤاد عبدالمنعم رياض – مبادئ الجنسية في القانون المصري المقارن – ط٢ – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٢ – ص٢٤٧.

أجنبية، فإنه لا يعد مولوداً في اقليم الدولة التي تتمتع السفينة أو الطائرة بجنسيتها، وإنما في اقليم الدولة صاحبة المياه أو الأجواء[١].

ولما كانت الدولة حرة في تنظيم جنسيتها لاتي تفرضها وتمنحها، فقد اختلفت أُسس منح جنسية السفن والطائرات من دولة إلى أخرى، فبالنسبة إلى السفن فإن بعض الدول أخذت بمعيار السفينة التي تم بناؤها في الدولة مانحة الجنسية. وبعضها تمنح الجنسية إذا كانت ملكيتها أو بعضها تعود للفرد الوطني في الدولة[٢].

وأخذت التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية بما جرى عليه العرف الدولي وذلك بأن تحديد جنسية السفن والطائرات يرتبط بتسجيلها وجوداً وعدماً، فهي تحمل جنسية الدولة التي تم تسجيلها فيها. ومتى تم تسجيلها فإنها تحمل علم هذه الدولة وتخضع لسيادتها وتتولى رقابتها وحمايتها. ونصت المادة (١٧) من اتفاقية الطيران المدني الموقعة في شيكاغو بتاريخ ١٩٤٤/١٢/٧ والتي صادق العراق عليها بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٤٧ والتي جاء فيها: ((إن الطائرات تتمتع بجنسية الدولة التي تسجل في سجلاتها الخاصة بوسائط النقل)).

ونصت المادة (١٩) من هذه الاتفاقية على شطب الطائرة من السجل وسحب الجنسية العراقية عنها إذا فقد مالكها الجنسية العراقية أو انتقلت ملكيتها إلى أجنبي.

****

المبحث الأول

---

[١] د. غالب الداودي، و د. حسن الهداوي – المرجع السابق – ص١٤٨.

[٢] وتجدر الاشارة إلى أن قانون التجارة البحرية العثماني والذي صدر في عام ١٢٨٠ه والذي لا يزال نافذاً في المسائل البحرية لم ينظم هذه الاحكام غير أن المادة الثانية من مشروع قانون التجارة البحرية العراقي نصت بأنه: ((يجوز أن يمتلك العراقيون سفناً أجنبية وأن يرفعوا العلم العراقي عليها ومنحها الجنسية العراقية بشرط أن تكون مملوكة للعراقيين))، ومشروع قانون التجارة البحرية العراقي قدم في الثمانينات من القرن الماضي ليكون بديلاً عن قانون التجارة العثمانية، غير أن هذا المشروع لم ير النور لحد الآن وذلك بسبب الظروف التي مر بها العراق وحالت دون إصداره. للمزيد من التفصيل راجع: د. طلال ياسين العيس – المرجع السابق – ص١٨٢.

ماهية الموطن بوجه عام

إن دراسة ماهية الموطن بوجه عام، تستلزم التعرض لتعريفه وبيان أركانه وكذلك بيان أنواعه وتمييزه عن غيره من الاصطلاحات القانونية الأخرى، فضلاً عن ذلك أن التشريعات التي نظمت أحكام الموطن قد اختلفت في تصويره.

وسندرس ماهية الموطن في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول – تعريف الموطن وبيان أركانه.

المطلب الثاني – أنواع الموطن وتمييزه عن غيره من الاصطلاحات القانونية الأخرى.

المطلب الثالث – تصوير الموطن في القوانين المقارنة والقانون العراقي.

المطلب الأول

تعريف الموطن وبيان أركانه

سندرس هذا المطلب بتوزيعه إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تعريف الموطن

الموطن بصورة عامة هو المكان الذي يرتبط فيه الشخص بإقليم دولة معينة ويقيم فيه على وجه الاعتياد وتتركز فيه مصالحه. ويعد الموطن في النظام الانجلو سكوني مرادفاً إلى وطن الشخص الدائم[1].

وبالرغم من أن القانون الدولي الخاص، استمد فكرة الموطن من أحكام الموطن في القانون الوطني أو الداخلي، غير أن هناك فروقاً بينهما وهي على النحو الآتي:

أولاً – الموطن في القانون الداخلي هو صلة بين الشخص ومكان معين بالذات في اقليم الدولة (دولة معينة). أما الموطن في القانون الدولي الخاص فهو صلة بين الشخص وأكثر من مكان في العالم بحيث يتبع كل مكان دولة أجنبية عن الأخرى.

ثانياً – يتحدد الموطن في القانون الداخلي في حالة تحدده بمكان معين ذي صلة وثيقة بحالة الشخص، وينظم حكمه بموجب القانون الداخلي (قانون الاحوال المدنية

---

[1] استاذنا الدكتور ممدوح عبدالكريم حافظ – المرجع السابق – ص٢٤٧.

رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٢ (المادة التاسعة والثلاثون منه)، بينما يتحدد الموطن في القانون الدولي الخاص بموجب قانون الدول الاجنبية التي يوجد الفرد بإقليم دولة معينة يقيم فيها الشخص بنية الاستقرار أو العمل فيها، سواءً كانت هذه الدولة تمتع بجنسيتها أو لا تتمتع بجنسيتها.

ثالثاً – الموطن في القانون الداخلي يعد من أنظمة القانون الخاص ويخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني وهو أحد عناصر حالة الشخص الثلاثة وهي الحرية وحالته العائلية وحالة التوطن، أما الموطن في القانون الدولي الخاص، فإنه يخضع لاعتبارات السيادة الاقليمية للدولة. وإذا كان القانون الدولي العام يعترف بحق كل أجنبي في التوطن على إقليم دولة غير دولته، فإن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً إنما تمتلك الدولة تنظيم إقامة الاجانب وتوطنهم على اقليمها استناداً لاعتبارات السيادة وتحقيق مصالحها. وهذا يجعل قياس الموطن في القانون الدولي الخاص يقترب من فكرة الجنسية بوصفها من أنظمة القانون العام[١].

وبالرغم من هذه الفوارق بينهما، فإن غالبية تشريعات دول العالم لم تنظم احكام الموطن في العلاقات القانونية الدولية الخاصة بالأفراد؛ لأنها أخذت بفكرة الجنسية بدلاً من الموطن في العلاقات القانونية الداخلية وطبقت الاحكام الخاصة بالموطن في العلاقات القانونية الداخلية على أحكام الموطن في الحياة القانونية الدولية الخاصة للأفراد خلافاً للدول الانكلو أمريكية التي احتفظ فيها الموطن بمكانته في تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ودون أن تؤثر عليه الجنسية.

وتجدر الاشارة أن المشرع العراقي عرف الموطن في المادة (٤٣) من القانون المدني بأنه: ((المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً بصفة دائمة أو مؤقتة. ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد)). ولم يعرف الموطن في القانون الدولي الخاص لأن المشرع العراقي يأخذ بضباط الجنسية في تنازع القوانين.

الفرع الثاني

---

[١] د. أحمد عبدالكريم سلامة – القانون الدولي الخاص – ط١ – طبع دار النهضة العربية – ٢٠٠٨ – ص٤٨٣. وعرفت المادة ١٠٢ من القانون المدني الفرنسي بأنه: ((مكان عمل الشخص الرئيسي الذي يتعلق بممارسة حقوقه المدنية فيه)).

أركان الموطن في القانون الدولي الخاص

الموطن في القانون الدولي الخاص، هو المكان الذي يقيم فيه الشخص في اقليم دولة معينة في العالم بنية البقاء، وتترتب عليه آثار قانونية في الحياة الدولية الخاصة. ويطلق عليه جانب من الفقه بـــــــ((الموطن الدولي))[١].

واستناداً لهذا التعريف يجب أن يتوفر في الموطن الركنين الآتيين:

الركن الأول: الركن المادي

زهو عنصر سكن الشخص أو الاقامة الاعتيادية في دولة معينة، وان فكرة الاقامة لا تحتم أن يكون للشخص سكن خاص في البلد الذي يعتبر موطنه، إذ افترض المشرع وتسهيلاً لإثبات الموطن على أن الشخص الذي يسكن في اقليم دولة معينة، فإن هذه الدولة تكون موطنه وأن مدة أو طول إقامة الشخص في الدولة لا تفيد بالضرورة بأن هذه الدولة هي موطنه[٢].

الركن الثاني: الركن المعنوي

وهو نية بقاء الشخص في اقليم الدولة لمدة غير محدودة. أي أن الشخص يسكن في هذه الدولة بنية البقاء وحتى إذا تركها لفترة قصيرة ولسبب عارض، فإنه سوف يعود إلى نفس المكان، ويجب أن تكون نية الاقامة قد حصلت بإرادة الشخص نفسه، ودون أن تكون مفروضة عليه.

وإذا توافر الركن المادي والمعنوي للموطن، كان المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة هو موطنه. ويترتب على تحليل أركان الموطن الأثرين الآتيين:

---

[١] د. غالب علي الداوي، و د. حسن الهداوي – المرجع السابق – ص١٧٧. ونتفق مع الأستاذ الدكتور عزالدين عبدالله – القانون الدولي الخاص المصري – جـ١ – الجنسية والموطن وتمتع الاجانب بالحقوق – ط٣ – جامعة القاهرة – ١٩٥٤ – ص٣٠٤ بأن اصطلاح (الموطن الدولي) غير دقيق؛ لأنه يوحي بوجود فكرة دولية موحدة أو مفهوم مشترك للموطن وهو ما لم يصل إليه بعد تطور القانون الدولي، إذ أن لكل دولة فكرتها في الموطن.

[٢] د. فؤاد عبدالمنعم رياض – دروس في القانون الدولي الخاص – الجنسية – الموطن – مركز الاجانب – طبع دار النهضة العربية – ١٩٨٥ – ص٢٧٢.

الأثر الأول: إن جوهر الموطن هو الاقامة الاعتيادية والنية، وهذين الامرين يتوقف توافرهما على ارادة الشخص. فالفرد لا يجبر على البقاء أو الاستقرار في مكان معين، فالموطن يجب أن يكون بإرادة حرة واختيار سليم ودون عوائق، فالسجناء الذين يسجنون في دولة معينة، والطلبة الدارسون والمرضى الذين يقيمون في دول أخرى لأسباب صحية، لا يستطيعون الحصول على موطن بمفهوم القانون الدولي الخاص، ومهما كانت مدة إقامتهم، وذلك لعدم وجود إرادة حرة بالاختيار.

الأثر الثاني: إن استقرار الاقامة في مكان معين يدل على نية الشخص الذي يمكن الاستدلال عليها من الظروف المادية[١]، فشراء دار سكن أو قطعة أرض في مقبرة أو تأسيس مشروع صناعي وإشراك أولاده فيه، كلها قرائن يستدل فيها على أن المكان الذي يقيم فيه الشخص ضمن هذه الظروف، هو موطنه.

المطلب الثاني

أنواع الموطن وتمييزه عن غيره من الاصطلاحات القانونية الأخرى

سنتناول دراسة هذا المطلب بتوزيعه إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

أنواع الموطن

للموطن أنواع مختلفة، تختلف باختلاف طبيعته القانونية وطرق اكتسابه، وهذه الانواع لا تقتصر على الموطن الداخلي أو الموطن في القانون الدولي الخاص، وإنما هي[٢] متعددة وحسب التفصيل الآتي:

أولاً – الموطن الأصلي:

---

[١] د. أحمد عبدالكريم سلامة – المرجع السابق – ص٤٧٧. وانظر كذلك د. جابر جاد عبد الرحمن – القانون الدولي الخاص العربي – الجزء الثاني – (الموطن الدولي ومركز الاجانب في البلاد العربية) – طبع معهد البحوث والدراسات العربية – ١٩٦٨ – ص٩.

[٢] للمزيد من التفصيل راجع د. جابر جاد – القانون الدولي الخاص – المرجع السابق – ص٢٠٩.

وهو أول موطن يثبت للشخص بالولادة، والأصل أن الموطن الاصلي ثابت لا يتغير، فهو يفرض على الإنسان منذ ولادته بحكم القانون ولا يثبت بإرادة الشخص، غير أن الموطن لا يفترض فيه أن يكون هو البلد الذي ولد فيه الشخص فعلاً، بل يجوز أن يولد هذا الشخص في اقليم دولة أجنبية ويثبت له موطن اصلي بالولادة في دولة أخرى كما هو الحال في القانون الانجليزي.

ولا توجد إشارة للموطن الاصلي في القانون العراقي، وإنما تطرق إلى الاحكام الخاصة بالموطن الداخلي.

ثانياً – الموطن المكتسب:

يقصد بالموطن المكتسب، الموطن الذي يكتسبه الشخص بصورة لاحقة بعد ميلاده بإرادته واختياره، ويطلق عليه بالموطن الاختياري. والاصل حرية الشخص في اختيار موطنه، غير أنه يشترط لتطبيق ذلك، أن يكون الشخص كامل الأهلية، لكي يستطيع اكتساب موطن اختياري، وذلك بالانتقال إلى مكان آخر، غير موطنه الاصلي، لغرض الاقامة فيه باستمرار، ويتم اكتساب الموطن الاختياري في القانون العراقي بإرادة الشخص عندما ينتقل إليه بعد بلوغه سن الرشد ويقيم فيه إقامة معتادة بصورة دائمة أو مؤقتة، طبقاً لأحكام المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي.

ثالثاً – الموطن القانوني:

إن هذا الموطن يتقرر بحكم القانون وبنص صريح لاعتبارات خاصة أو لأسباب تتعلق بنقص الأهلية، كما في موطن الصغير والمحجور عليه والمفقود[١]. ويطلق عليه بالموطن الحكمي أو الالزامي، وقد نصت عليه المادة (٤٣) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: ((١-موطن المفقودين والقصر وغيرهم من المحجوزين هو موطن من ينوب عنهم قانوناً)). ولما كان الموطن القانوني يفرضه

---

[١] وتجدر الاشارة إلى أن القانون الفرنسي يعد موطن الزوج هو موطن الزوجة فإذا تزوجت امرأة أجنبية من رجل متوطن في فرنسا فإنها تكتسب موطناً لها بحكم القانون. وكذلك الأمر بالنسبة للخادم، فإنه يكتسب موطن سيده. للمزيد من التفصيل راجع د. محمد كمال فهمي – أصول القانون الدولي الخاص – القاهرة – ١٩٥٥ – ص٢٠٦.

القانون حكماً وبنص صريح، فلا يجوز للتابع تغييره بإرادته إلا إذا زال السبب الذي فرض من أجله.

رابعاً – الموطن الفعلي أو الحقيقي:

وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادةً باستمرار وبنية البقاء فيه ويختاره الشخص بإرادته الحرة، ويكتسبه بالإقامة الدائمة أو المؤقتة طبقاً لأحكام المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي.

خامساً – الموطن العام:

وهو المكان الذي يقيم فيه الشخص على وجه الاستمرار ويعد مقراً قانونياً له ويباشر فيه جميع اعماله ومعاملاته بوجه عام.

سادساً – الموطن الخاص:

إن الموطن الخاص هو المكان الذي يتخذه الشخص لبعض أعماله على وجه التحديد والتخصيص ويكون مصدره القانون أو العقد، كما في الموطن التجاري والموطن المختار. ونصت المادة (٤٤) من القانون المدني العراقي على إنه: ((يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً له بالنسبة إلى إدارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة)). وكذلك نصت المادة (٤٥) من هذا القانون على إنه: ((١–يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين. ٢–والموطن المختار لتنفيذ عمل قانوني، يكون هو الموطن بالنسبة لكل ما يتعلق بهذا العمل، بما في ذلك إجراءات التنفيذ إلا إذا نص صراحة على قصر الموطن هذا على أعمال دون أخرى. ٣– ولا يجوز إثبات الموطن المختار إلا بالكتابة)).

سابعاً – موطن الشخص المعنوي:

وهذا الموطن مستقل ومتميز عن الموطن العام للأشخاص الذين أنشأوا الشخص المعنوي. وغالباً ما ينص القانون على اعتبار مركز الادارة الرئيسي للشخص المعنوي موطناً له. وهذا ما أخذ به المشرع العراقي في الفقرة السادسة من المادة (٤٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: ((ويعتبر موطن الشخص المعنوي المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. والشركات التي يكون مركزها

الرئيسي في الخارج ولها أعمال في العراق، يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي، المكان الذي فيه إدارة أعمالها في العراق..))[1].

ثامناً – الموطن المأذون:

وهو أن يحصل الشخص على أذن رسمي من الجهات الادارية في السماح له بالتوطن في دولة معينة، وتشترط مثل هذا الأذن بعض الدول ومنها فرنسا[2] ومصر. ونصت المادة السادسة من قانون الجنسية المصرية رقم ٨٣ لسنة ١٩٥٨ بأنه: ((يجوز بقرار من وزير الداخلية منح الجنسية المصرية، لكل أجنبي توافرت فيه شروط المادة السابقة إذا كان قد حصل على أذن من وزير الداخلية بالتوطن في الجمهورية المصرية، بقصد التجنس وأقام فيها فعلاً مدة خمس سنوات متتاليات بعد هذا الأذن. ويبطل هذا الأذن إذا انقضت تلك المدة ولم يطلب التجنس خلال الأشهر التالية)).

وبالرغم من أن المشرع العراقي لم يسر إلى شرط وجود الأذن بالتوطن، غير إنه اشترط في قانون إقامة الاجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨، أن يحصل الاجنبي على الاقامة المشروعة، إذ نصت المادة (٢٢) من هذا القانون على إنه: ((تعتبر المدة التي يمضيها الاجنبي في العراق بدون وثيقة إقامة أو بدون تجديدها في الموعد المقرر، إقامة غير مشروعة))، واستناداً لأحكام هذه المادة يترتب على انعدام المشروعية أو الحصول على وثيقة الاقامة، عدم إمكان حصول الشخص على دليل يثبت فيه توطنه.

---

[1] نصت المادة (٣٨) من قانون المرافعات المدنية النافذ على أن الدعوى في المسائل المتعلقة بالأشخاص المعنوية، ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها، مركز إدارتها الرئيسي، أي موطنها.

[2] وتجدر الاشارة إلى أن المادة (١٣) من قانون الجنسية الفرنسي الصادر في ١٠/آب/١٩٧٦، اشترطت الحصول على الاذن بالتوطن. ثم بعد ذلك طبق القانون الفرنسي على جميع الاجانب المتوطنين في فرنسا. راجع د. أبو العلا علي أبو العلا – القانون الدولي الخاص – الموطن – طبع دار النهضة العربية – دون سنة طبع – ص٢٨. وانظر بيار ماير وفانسان هوزيه – المرجع السابق – ث٧٨٤.

****

المبحث الثاني

القيود الواردة على سلطة الدولة في تنظيم مركز الاجانب

إذا كان التنظيم الدولي المعاصر، قد أعطى للدولة سلطة واسعة في تحديد مركز الاجانب، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما تتقيد بالتزامات دولية وإنسانية والقيود التي تفرضها العدالة والعرف الدولي، فضلاً عن القيود التي تفرضها الاتفاقيات الدولية التي أبرمتها الدولة في هذا الشأن. وسنوضح هذه القيود في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول – قيود العرف الدولي (قيد التزام الحد الادنى في معاملة الاجانب).

المطلب الثاني – القيود التي تفرضها الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول

قيود العرف الدولي ((قيد التزام الحد الأدنى في معاملة الاجانب))

استقر العرف الدولي على أعطاء الدولة حداً أدنى من الحقوق للأجانب، لا تستقيم الحياة بدونها، فلا يجوز للدولة أن تحرمهم من هذا الحد. ويرجع الأساس في فرض هذا القيد إلى ضرورات الحياة الدولية[١] التي يقتضيها التعامل الدولي والذي يقضي بأن هناك حداً أدنى من الحقوق والرخص القانونية، يجب الاعتراف به للأجانب ولا يجوز أن تنزل عنه وإلا تعرضت لتحمل تبعة المسؤولية الدولية[٢]. غير أن الامر يدق في الكشف عن ضابط لتحديد الحقوق التي تتضمن الحد الادنى في معاملة الاجانب، فالمشكلة لا تزال نسبية وتتعلق بتطور الإنسانية ورقيها[٣]، إذ من الصعوبة إيراد تعداد لهذه الحقوق. ويمكن الاستفادة في هذا المجال من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أصدرته الجمعية العامة في ١٩٤٨/١٢/١٠ والذي أورد ذكراً للحقوق التي يجب عدم إنكارها على الفرد والاجانب ولا يجوز

---

[١] د. شمس الدين الوكيل – المرجع السابق – ص٣٤٤.

[٢] د. أحمد عبدالكريم سلامة – المرجع السابق – ص٥١٧.

[٣] د. هشام علي صادق – مركز الاجانب – المجلد الثاني – منشأة المعارف – الاسكندرية – ١٩٧٧ – ص١٩.

للدول أن تتنصل عن تقريرها للأفراد بوصفهم كذلك ودون تفريق بين الوطنيين أو الاجانب.

ومن الحقوق التي نص عليها الاعلان العالمي الحق في الاعتراف بالشخصية القانونية للفرد في كل مكان[١]. ويترتب على إقرار الحد الادنى لمعاملة الاجانب استناداً لمبادئ العرف الدولي الأثران الآتيان:

الأثر الأول : إن عمل الدول بالاعتراف بحق الحد الادنى، لا يعد منشأ، بل هو ذا أثر كاشف، ذلك أن هذه الحقوق أوجدها القانون الدولي ومنح الاختصاص بتنظيمها على الدول الاعضاء في الجماعة الدولية دون غيرها.

الأثر الثاني: إن اخلال أية دولة بقيد الحد الادنى، يعد عملاً غير مشروع، ويعرض الدولة للمسؤولية الدولية، ذلك أن مبادئ القانون الدولي تحث الدول على تحسين معاملة الاجانب فيما يزيد على ذلك الحد[٢].

المطلب الثاني

القيود التي تفرضها الاتفاقيات الدولية

ونقصد بهذه القيود، الالتزامات التي ترتبط بها الدولة مع دولة أخرى أو أكثر بشأن منح رعايا هذه الدول حقوق تجاوز نطاق الحد الادنى لحقوق الاجانب، وتتقيد الدولة بهذه الالتزامات طبقاً لإرادتها ومصالحها الوطنية[٣]. فإذا عقدت الدولة مع غيرها اتفاقية ثنائية أو جماعية، فيجب على كل دولة احترام، ما تعهدت به في تلك الاتفاقية؛ لأن أي تجاوز أو خرق لهذه الاتفاقية التي اعترفت بموجبها طبقاً لاتفاق دولي، قد يعرضها لتحمل تبعة المسؤولية الدولية.

وغالباً ما تنطوي الاتفاقيات الدولية على تقرير قواعد مهمة في تحسين المركز القانوني للأجانب، فكثيراً ما تلجأ الدول إلى ابرام اتفاقيات التوطن التي يستطيع

---

[١] راجع المادة السابعة من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان.

[٢] د. أحمد عبدالكريم سلامة – المرجع السابق – ص٥١٩.

[٣] د. أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٢٩٨، د. أحمد عبدالكريم سلامة – القانون الدولي الخاص – المرجع السابق – ص٥١٩.

بمقتضاها رعايا الدول من الاقامة الدائمة على اقليم دولة أخرى بقصد ممارسة مختلف الانشطة الاقتصادية والمهنية.

ومن هنا فإنه يجب على الدولة مراعاة هذه الاتفاقيات الدولية التي التزمت بها؛ لأنها وافقت بإرادتها على منح حقوق معينة لأفراد من دولة أخرى، وأن إخلالها بالالتزامات الواردة فيها يعطي الحق للمتضرر المطالبة بالتعويض، وهذا الامر يعد من الأمور البديهية؛ لأن التشريعات الوطنية تلزم الأفراد بالتعويض، فمن باب أولى على الدول أن تحترم التزاماتها.

- قانون تصديق الاتفاق بين الجمهورية العراقية والجمهورية التركية وملحقها بشأن الاملاك والحقوق العقارية رقم (٥٣) لسنة ١٩٨٤.
- اتفاق بين حكومة الجمهورية العراقية وحكومة جمهورية بلغاريا الشعبية بشأن تبادل قطع أراضي في بغداد وصوفيا لإقامة بناية للسفارة ومجمع سكني. المصادق عليه بالقانون رقم (١٤٦) لسنة ١٩٨٠.
- قانون تمليك المواطنين العرب اموالاً غير منقولة في العراق رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٨.
- قانون تمليك الكويتي اموالاً غير منقولة في العراق رقم (١٩) لسنة ١٩٥٣.
- قانون تمليك رعايا دول الجامعة العربية والامارات العربية اموالاً غير منقولة في العراق رقم (٥) لسنة ١٩٥٥.

المبحث الثالث

الوسائل القانونية لتحسين مستوى المركز القانوني للأجنبي

إن الاعتراف بالشخصية القانونية الاجنبية، لم يعد مجرد مبدأ، تعترف به الانظمة الوطنية اختياراً وإنما أصبح تعبيراً عن قاعدة دولية تلتزم بها الدول عند تنظيم مركز الاجانب في تشريعاتها الوطنية، ولذلك تلجأ الدول إلى تحسين نطاق الحقوق التي يتمتع بها الاجانب على إقليمها وذلك استجابة لمصالحها الأساسية ورغبةً من هذه الدول في تحقيق التعايش المشترك بين الامم. وتلجأ الدول في سبيل تحسين حقوق الاجانب على إقليمها الوطني ورفع الحد الادنى المقرر لهم إلى عدة وسائل قانونية وهي على النحو الآتي:

أولاً – الأخذ بنظام شرط المعاملة بالمثل.

يعد شرط نظام المعاملة بالمثل من الوسائل القانونية والفنية المهمة في تحسين المركز القانونية للأجانب، وهو يعد من أكثر الوسائل شيوعاً[١]. واستناداً لهذا النظام يجب أن تعامل الدولة الاجنبية على إقليمها بنفس المعاملة التي يلقاها هذا الاجنبي في الدولة التي ينتمي إليها، فالأجنبي يتمتع بالحقوق والامتيازات ذاتها التي يتمتع بها الوطني في الدولة التي يتبعها ذلك الاجنبي. وتسعى الدول من هذا النظام إلى تحقيق المساواة بين الاجانب المقيمين داخل إقليمها ومواطنيها المقيمين في الخارج[٢]. ويستند هذا النظام إلى فكرة العدالة من خلال التطابق في الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الدول.

ونظام شرط المعاملة بالمثل لا يمكن التمسك به لدى الدول إلا بإتخاذ إحدى الوسائل القانونية الآتية:

١- التشريع الداخلي

يعد التشريع الداخلي مصدراً من مصادر المعاملة بالمثل، وعن طريق هذه الوسيلة، تعترف الدولة للأجنبي على اقليمها بالحقوق أو الرخص القانونية ذاتها التي يعترف بها تشريع الدولة التي ينتمي إليها، ذلك الاجنبي لرعايا الدولة المذكورة. وقد نص المشرع العراقي على هذا النظام في الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من القانون المدني والتي جاء فيها: ((اختلاف الجنسية غير مانع من الإرث

---

[١] د. عزالدين عبدالله – المرجع السابق – ص٦١٣، د. أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٣٠٢.

د. أحمد عبدالكريم سلامة – المرجع السابق – ص٥٢٠.

[٢] د. هشام خالد – القانون القضائي الخاص الدولي – طبع دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – ٢٠٠١ – ص٤٦٦.

في الاموال المنقولة والعقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الاجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه))[١].

٢- الاتفاقيات الدولية

ويطلق على هذا الشرط الذي مصدره الاتفاقية الدولية بـــــــ((التعامل الدبلوماسي))، وبموجبه تتعهد الدول المتعاقدة في الاتفاقية بمنح نفس الحقوق لرعايا بعضهم البعض. ولا ريب أن التعامل الدبلوماسي، يعد وسيلة فاعلة لتنظيم حقوق الاجانب في الدولة، إذ يصعب على أي من الدولتين المتعاقدتين الافلات من تنفيذ تعهداتها بمقتضى الاتفاقية الدولية وإلا تعرضت للمسؤولية الدولية[٢].

٣- الواقع العملي

يستند الواقع العملي إلى العرف وبمقتضاه تقوم الدولة بمعاملة الاجانب بنفس المعاملة الفعلية التي يتمتع بها مواطنوها على اقليم تلك الدولة وبصرف النظر عما إذا كان أساس تمتعهم مدون في تشريع تلك الدول أو في اتفاقية مرتبطة بها. ويتم الاستدلال على المعاملة الفعلية بالمثل باستقرار موقف سلطات تلك الدول تجاه الوطنيين.

وهذا الامر لا يخلو من صعوبة، ولذلك فإن هذه الوسيلة لا تسود في الغالب إلا بين الدول المتجاورة التي يوجد فيها روابط مشتركة في اللغة والعادات والتقاليد.

ثانياً – شرط الدولة الأولى بالرعاية

وبمقتضى هذا الشرط تتعهد الدولة الملتزمة به بموجب اتفاقية دولية، بمنح المنتمين إلى الدول الأخرى في الاتفاقية أفضل معاملة يلقاها الاجانب على أرضها حالاً أو مستقبلاً، وبذلك تكفل الدولة المتعاقدة خير معاملة لوطنيها[٣]. ويتداخل شرط الدولة الأولى بالرعاية مع شرط المعاملة بالمثل، غير إنه في أحيان أخرى يستقل عنه،

---

[١] نصت المادة الأولى من قانون تملك الاجنبي للعقار رقم (٣٨) لسنة ١٩٦١ العراقي بأنه ((يعامل الاجنبي في حق الملكية وفي المعاملات التصرفية التي ترد على العقار بما يعامل به العراقي في بلد الاجنبي وفقاً لقاعدة المعاملة بالمثل)).

[٢] د. حفيظة السيد الحداد – المرجع السابق – ص٤٠٩.

[٣] د. حفيظة السيد الحداد – المرجع السابق – ص٣٩٧.

كما لو تتعهد دولة معينة بإرادتها المنفردة بأن تمنح رعايا دولة أخرى أفضل معاملة، تمنحها للأجانب المتواجدين على إقليمها[١]. ويرجع الاصل التاريخي لهذا الشرط إلى نظام الامتيازات الاجنبية، إذ كانت الدول الغربية تتسابق في الحصول على أفضل المراكز القانونية أو لرعاياها في الدول الشرقية[٢].

ثالثاً – شرط تشبيه الاجانب بالوطنيين

يعد شرط تشبيه الاجانب بالوطنيين من أفضل الوسائل الفنية القانونية في مجال تحسين المركز القانوني للأجانب المقيمين في اقليم الدولة. وبمقتضى هذا الشرط تتعهد الدول بأن تساوي في التمتع بالحقوق بين الاجانب ورعايا الدول الأخرى بالوطنيين. وإذا كان في الغالب أن يرد هذا الشرط ضمن اتفاقية دولية أو يأخذ صورة شرط المعاملة بالمثل، غير أنه أحياناً قد يأتي خراج أي اتفاقية، وينص على المشرع بإرادته المنفردة وذلك بأن يقرر معاملة جميع الاجانب معاملة الوطنيين.

ويشهد الواقع العملي ذلك لاسيما في الدول المتقدمة، إذ تلجأ إلى اجتذاب النوابغ العلمية من دول العالم الثالث لاسيما أساتذة الجامعات الذين لا يجدون في بلدانهم الأصلية مناخاً خصباً للبحث العلمي، فتمنحهم تلك الدول حقوقاً لا تمنحها للأجانب العاديين[٣].

الفصل الثالث

حق الاجنبي في الدخول لإقليم الدولة وممارسة الحقوق العامة والخاصة فيه

---

[١] د. أحمد عبدالكريم سلامة – المرجع السابق – ص٥٢٢.

[٢] د. أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٣٠١، د. محمد الروبي – مركز الاجانب – المرجع السابق – ص١٤٥.

[٣] للمزيد من التفصيل راجع د. عبدالمنعم زمزم – مركز الاجانب في القانون الدولي والقانون المصري المقارن – دار النهضة العربية – القاهرة – ط٢ – ٢٠٠٥ – ص٦١. وانظر كذلك د. طلعت محمد دويدار – المرجع السابق – ص٢٢.

كفلت التشريعات والاتفاقيات الدولية حرية التنقل واعتبرته من الحقوق الأساسية للإنسان وأجازت له كذلك الحق في مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده[1]، وذلك طبقاً لمقتضيات التعامل الدولي. وعند استعراض واقع التشريعات العربية المتعلقة بتنظيم المركز القانوني للأجنبي ومنها التشريع العراقي، نجد إنها تفتقر إلى وجود تنظيم قانوني محدد ينظم جميع حقوق الاجانب والتزاماتهم وإنما يتوزع تنظيم هذه الحقوق في نصوص تشريعية متعددة ومختلفة، وتنطوي أحكام هذه النصوص على الاعتراف الضمني للأجنبي ببعض الحقوق الذي يجعل بعضها الاجنبي على قدم المساواة مع الاجنبي والبعض الآخر يمنع الاجنبي من التمتع ببعض هذه الحقوق، وهذا ما يضفي الطابع السلبي على هذه التشريعات بصورة عامة. فضلاً عن ذلك أن هذه التشريعات تعتمد على نظام شرط المعاملة بالمثل أو تأخذ بشروط أخرى في تقرير كثير من الحقوق سواءً في نطاق الحقوق العامة أم الخاصة.

واستناداً لما تقدم سنوضح هذه الحقوق في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول – حق الاجنبي في الدخول لإقليم الدولة والخروج منه.

المبحث الثاني – حق الاجنبي في ممارسة الحقوق العامة.

المبحث الثالث – حق الاجنبي في ممارسة الحقوق الخاصة.

المبحث الأول

حق الاجنبي في الدخول لإقليم الدولة والخروج منه

تحتم ضرورات التعامل الدولي، اعتراف كل دولة للأجانب، بحق الدخول إلى اقليمها والخروج منه، غير أن للدولة سلطة واسعة في تنظيم هذا الحق، طبقاً لضرورات الأمن التي تحتم على الدولة عدم قبول الأشخاص غير المرغوب فيهم لأسباب سياسية وصحية وأخلاقية أو اقتصادية.

وسنوضح تنظيم هذا الحق في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول – حق الاجنبي في الدخول لإقليم الدولة.

المطلب الثاني – إقامة الاجنبي في اقليم الدولة.

---

[1] راجع المادة (١٣) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان.

المطلب الثالث – حق الاجنبي في الخروج من إقليم الدولة.

المطلب الأول

حق الاجنبي في الدخول لإقليم الدولة

يقصد بدخول الاجانب، السماح لهم في الاقامة في اقليم الدولة، أو مجرد المرور منها. ولا توجد قواعد ملزمة تسري على جميع الدول في تنظيم هذا الحق للأجانب، إذ إن للدولة سلطة واسعة في هذا المجال، غير أن هذه السلطة مقيدة بعدم السماح لها بأن تقرر منعاً عاماً بمقتضاه تحرم جميع الاجانب من الدخول إلى اقليمها وإلا اعتبرت مخالفة للأصول التي تفرضها قواعد القانون الدولي[١].

ولمراقبة دخول الاجانب، اشترطت غالبية تشريعات الدول المختلفة للدخول إليها أن يحصل الاجنبي[٢] على الوثائق الآتية:

أولاً – جواز السفر

إن الدول حالياً لا تسمح للأجانب بالدخول إلى اقليمها إلا بعد التحقق من حصولهم على جواز سفر، وهو وثيقة رسمية صادرة عن السلطات المختصة في الدولة التي ينتمي إليها حامله، وتتحدد بمقتضاه شخصية حامل الجواز وجنسيته وموطنه وتاريخ ولادته ومهنته، فضلاً عن أية علامة مميزة له. وهذه الوثيقة معترف بها دولياً، إذ إنها تعد بمثابة بطاقة شخصية ذات صلاحية دولية[٣].

ثانياً – تأشيرات الدخول

---

[١] د. فؤاد عبدالمنعم رياض – الوسيط في القانون الدولي الخاص – طبع دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٨٨ – ص٥٠٣.

[٢] للمزيد من التفصيل راجع د. محمد جلال حسن عبدالله – قبول الاجنبي في اقليم الدولة – اطروحة دكتوراه في القانون الخاص/ كلية القانون/ جامعة الموصل ٢٠٠٦ – ص١٣٨.

[٣] عرفت المادة الأولى من قانون جوازات السفر العراقي رقم (٣٢) لسنة ١٩٩٩ جواز السفر بأنه: ((المستند الذي تصدره الدولة لأفراد تبعتها للسفر إلى خارج العراق، أو العودة إليه وتبين فيه جنسيتهم وهويتهم، ويتضمن الالتماس إلى سلطات الدولة والسلطات الاجنبية، أبداء المساعدة لحامله وشموله بالرعاية والحماية)).

إن حصول الشخص على جواز سفر صحيح لا يكفي لتمكنه من دخول دولة أخرى إلا بعد التأشير على جواز سفره، بما يفيد موافقة السلطات المختصة فيها على دخوله، ويطلق على هذه التأشيرة بسمة الدخول ((Visa)). وتأشيرة الدخول هي إذن صادر من سلطات الدولة بالموافقة على أراضيها[١]. وهناك حالات يعفى فيها الاجانب من الحصول على سمة الدخول لإقليم الدولة وهذه الاستثناءات هي الاعفاء من وثيقة السفر ومن سمات الدخول وإعفاء أفراد البعثات الاجنبية[٢].

ويعد دخول الاجنبي غير مشروع، إذا لم يحصل على جواز السفر أو سمة الدخول ويمنع من الدخول إلى اقليم الدولة، فضلاً عن ذلك أن الاجنبي إذا دخل من المنافذ غير الرسمية، فإنه يعد متسللاً وداخلاً إلى العراق بصورة غير مشروعة[٣].

المطلب الثاني

إقامة الاجنبي في اقليم الدولة

أن قبول الاجنبي في اقليم الدولة، يقتضي عادةً السماح له بالإقامة فيها. والاقامة هي الترخيص للأجنبي بالبقاء في اقليم الدولة والسماح له بممارسة نشاطه

---

[١] عرف المشرع العراقي في الفقرة السابعة من المادة الأولى من قانون إقامة الاجانب رقم ١١٨ لسنة ١٩٧٨ سمة الدخول بأنها: ((الموافقة على دخول الاجنبي إلى أراضي جمهورية العراق، وتؤشر في جواز سفره من القنصل العراقي أو من يقوم مقامه، أو أية جهة ترى مصالح جمهورية العراق في الخارج أو من يخوله الوزير)). وحددت المادة الرابعة من هذا القانون أنواع سمات الدخول إلى العراق.

[٢] راجع قرار وزارة الخارجية العراقية رقم ٧٢٠٤٦/٤/٨ في ٢٠٠٤/٦/٢٩، والقرار ٧٢٢١٠/٤/٨ في ٢٠٠٤/٧/٨ واستناداً إلى هذين القرارين تم استثناء رعايا الدول التحالف من سمة الدخول وهي ((الولايات المتحدة الامريكية، المملكة المتحدة، هولندا، بولندا، اوكرانيا، استراليا، ايطاليا، البرتغال، كوريا الجنوبية، اليابان)).

[٣] راجع الفقرة الأولى من المادة (٢٤) من قانون الاقامة العراقي النافذ. وتجدر الاشارة إلى أن اللاجئ يستثنى من أحكام قانون إقامة الاجانب وهو كل من ينتمي إلى اقليم دولة لأسباب سياسية أو عسكرية فلا تترتب عليه مسؤولية إذا دخل العراق دون جواز سفر.

الاقتصادي والاجتماعي، طوال مدة الاقامة المرخص بها[١]. وعرفت الفقرة (التاسعة) من المادة (الأولى) من قانون اقامة الاجانب رقم (٧٦) لسنة ٢٠١٧ العراقي النافذ الترخيص بالإقامة بأنه: ((الوثيقة التي تتضمن الأذن للأجنبي بالإقامة في العراق وصادرة من سلطة عراقية مختصة)).

وبالرغم من أن الترخيص بالإقامة يعد في الاصل أمراً شخصياً، إذ لا يمتد أثره إلا على الشخص الذي حصل عليه، فلا ينصرف إلى الزوجة والاولاد القصر، غير أن المشرع العراقي نص في المادة (٢٧) من قانون اقامة الاجانب على أنه: ((يمنح للأجنبي الذي إذن له بالإقامة، وثيقة واحدة له ولأولاده القصر الذين يعيشون معه))[٢].

ومنح المشرع العراقي حق الاقامة العارضة للأجنبي، لمدة لا تزيد على سبعة أيام، استناداً لسمة مرور صالحة لهذا الغرض من تأريخ الدخول. وذلك عند مروره بأراضي الجمهورية متجهاً إلى دولة أخرى أو مجاورة للعراق[٣].

وتتفق غالبية التشريعات على أن لإقامة ثلاث صور[٤] وهي على النحو الاتي:

أولاً – الاقامة المؤقتة

وهي التي تمنح للأجانب الذين لا تربطهم بأفراد الدولة روابط قوية، كما في حالة الاجانب المستحقين للإقامة العادية والخاصة، فهذه الاقامة لا تقترن بنية الاستقرار في اقليم الدولة[٥].

---

[١] د. أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٣٠٥، د. صالح عبد الزهرة – المرجع السابق – ص١٤٠.

[٢] وتجدر الاشارة إلى أن الواقع العملي، يلزم الزوجة والاولاد القصر بالحصول على جوازات مستقلة خاصة بهم. وعليه لابد من حصولهم على تراخيص الاقامة بصورة مستقلة عن ذويهم.

[٣] الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون إقامة الاجانب العراقي.

[٤] للمزيد من التفصيل راجع د. محمد جلال – المرجع السابق – ص٢٦٣.

[٥] د. فؤاد عبدالمنعم رياض – المرجع السابق – ص٤٨٠، د. شمس الدين الوكيل – المرجع السابق – ص١٩٠.

ثانياً – الاقامة العادية

وهي التي تمنح لغالبية الاجانب الذين يفدون إلى اقليم الدولة بقصد العمل أو الدراسة أو السياحة أو الزيارة ونظم المشرع العراقي هذه الحالات في قانون الاقامة النافذ[١].

ثالثاً – الاقامة الخاصة

وهذه الاقامة تمنح لفئة خاصة خولها المشرع بإقامة متميزة، نظراً لعمق الصلة التي تربطهم بين الجماعة الوطنية مادياً ومعنوياً وخول المشرع وزير الداخلية منح هذه الاقامة إلى الفئات الآتية:

١- الاجانب الذين ولدوا في الجمهورية العراقية واستمروا على إقامتهم فيها.

٢- الاجانب الذين استمروا في إقامتهم في الجمهورية العراقية خمس عشرة سنة فأكثر.

٣- الاجانب الذين مضت على اقامتهم في العراق ثلاث سنوات فأكثر وإذا كانوا يقومون بأعمال وخدمات علمية أو ثقافية أو فنية للبلاد.

٤- الاجانب الذين قضوا في الجمهورية مدة لا تقل عن ست سنوات استناداً إلى عقد استخدام مع الحكومة، ثم رغبوا في الاقامة بعد انتهاء عقودهم[٢].

ولما كانت إجراءات الدخول لا تكفي لتفادي الخطر الذي يمكن أن ينشأ عند الاقامة، لذلك فإن المقيم يخضع لإجراءات تكون أشد من إجراءات الدخول، وتختلف هذه الاجراءات بحسب ما إذا كان الاجنبي عابراً أو مقيماً، وكذلك تختلف باختلاف الجنسيات والظروف، ذلك أن القانون العراقي فرض بعض القيود لغرض ضبط حركات الاجنبي وتصرفاته لكي لا يضر بالصالح العام، فألزم تسجيل وصوله خلال مدة معينة، ولغرض تشجيع السياحة، فقد اعفي السياح والزوار من تأشير وصولهم واكتفى بتأشير جواز السفر.

وهناك إجراءات تترتب على مخالفة الاجنبي للواجبات المنصوص عليها في قانون اقامة الاجانب العراقي[١].

---

[١] راجع المادة الرابعة من قانون إقامة الاجانب العراقي النافذ.

[٢] راجع الفقرة الأولى والثانية من المادة (١٢) من قانون إقامة الاجانب العراقي النافذ.

المطلب الثالث

حق الاجنبي في الخروج من اقليم الدولة

الأصل أن للأجنبي حق الخروج اختياراً، وذلك بالسماح له بمغادرة اقليم الدولة بحرية وفي أي وقت يرغب فيه. وهذا ما يطلق عليه بالخروج الاختياري، ونص عليه الاعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة (١٢) منه، إذ جاء فيها بأنه: ((يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده، كما يحق له العودة إليها. وحق الاجنبي بالخروج لم يعد مطلقاً وإنما هو مقيد بالشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون حاملاً جواز سفر نافذ وصادر من سلطة مختصة في بلده أو أي سلطة معترف بها أو أن يكون حاملاً وثيقة تقوم مقام الجواز.

(م ٤٥ من قانون اقامة الاجانب رقم ٧٦ لسنة ٢٠١٧م)

الشرط الثاني: أن يحصل على سمة مغادرة ومؤشرة في جواز سفره.

الشرط الثالث: أن يسلك الاجنبي عند خروجه من اقليم الدولة أحد الطرق المشروعة.

الشرط الرابع: أن لا يكون هناك مانع من خروجه، وذلك بأن تتأكد السلطات المختصة من براءة ذمته والوفاء بالتزاماته القانونية والمالية[٢].

وقد تكره الدولة الاجنبي على مغادرة اقليمها استناداً للضرورات الامنية أو لغرض الحفاظ على علاقاتها في المجتمع الدولي ويطلق على هذا الاخراج بـــــــ((الاخراج الاجباري)) والذي يتخذ الصور الثلاثة الآتية:

١- **اخراج الاجنبي** (بينما يدعى في القضاء بـــــــ"التسفير"")

ويكون ذلك بإعادة الاجنبي الذي يدخل اقليم الدولة بصورة غير مشروعة، إلى خارج الحدود وبقرار من السلطة المختصة[٣]. فالإخراج يقتصر على الاجنبي ولا يجوز اخراج الوطني الذي يحمل الجنسية العراقية، خارج العراق.

---

[١] راجع المادة (٢٤) من قانون اقامة الاجانب والتي تضمنت على خمس فقرات نصت فيها على العقوبات المقررة والتي تتفاوت تبعاً لنوع المخالفة التي يرتكبها الاجنبي.

[٢] راجع المادتين الثالثة والثامنة من قانون إقامة الأجانب العراقي النافذ.

[٣] الفقرة العاشرة من المادة الأولى من قانون إقامة الأجانب العراقي النافذ.

٢- إبعاد الاجنبي

هو طلب السلطة المختصة من أجنبي مقيم في اقليم دولة بصورة مشروعة بالخروج منه[١]. وعرفه جانب من الفقه بأنه: ((إنهاء تفرضه الدولة بحق الاجنبي في الاقامة أو الوجود على اقليمها لأسباب تمليها الظروف الأمنية للدولة))[٢]. فالإبعاد هو مغادرة الاجنبي لإقليم الدولة دون رضاه، وأجازت مقتضيات التعامل الدولي الحق للدولة في رفض قبول أي شخص، إذا كان وجوده يهدد أمن وسلامة تلك الدولة.

أ. تحديد مكان إقامة من صدر بشأنه قرار بالإبعاد أو الافراج، المادتان ٢٨ و ٢٩ من قانون اقامة الاجانب.

ب. وله أيضاً حق طلب مهلة لا تزيد على (٦٠) ستين يوماً لتصفية مصالحه في العراق (المادة ٣٤).

٣- تسليم المجرمين

هو عقد بين الدولة طالبة التسليم والدولة المطلوب منها التسليم[٣]، وذلك بأن تقوم الدولة بإنهاء إقامة الاجنبي وتسليمه جبراً إلى الدولة التي تطلبه. أما لمحاكمته على جريمة ارتكبها، أو تنفيذاً لحكم سبق وأن صدر بحقه. ووقع العراق العديد من الاتفاقيات الدولية بصدد تسليم المجرمين ومنها اتفاقية الرياض للتعاون القضائي لعام ١٩٨٣ والتي استثنت عدم جواز التسليم في الجرائم ذات الصبغة السياسية أو العسكرية[٤].

المبحث الثاني

حق الاجنبي في ممارسة الحقوق العامة

---

[١] الفقرة التاسعة من المادة الأولى من قانون إقامة الأجانب العراقي النافذ.

[٢] د. أحمد مسلم – المرجع السابق – ص٣١٧.

[٣] د. جابر الراوي – المرجع السابق – ص١٣٠.

[٤] راجع الفقرة (أ،و ب) من المادة (٤١) من اتفاقية الرياض العربية لعام ١٩٨٣.

إن الدولة وقد سمحت للأجنبي بالإقامة على أراضيها، ينبغي عليها أن تعترف له بالحق في التمتع بقدر من الحقوق اللازمة بوصفها ضرورية لحياة الاجنبي[١] في اقليمها ولاستمرار بقائه فيها، فاحترام الكيان الإنساني للأجنبي يوجب الاعتراف له بالحرية الشخصية ويحق له الانتفاع بالمرافق العامة لاسيما مرفق القضاء بوصفه مرفقاً حيوياً.

وسنوزع هذا المبحث في المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول – حق الاجنبي في ممارسة الحقوق الشخصية.

المطلب الثاني – حق الاجنبي في ممارسة الحقوق السياسية والانتفاع بالمرافق العامة.

المطلب الثالث – حق الاجنبي في التقاضي.

المطلب الأول

حق الاجنبي في ممارسة الحقوق الشخصية

ومقتضى هذا الحق هو أن يمارس الاجنبي حقوقه المتعلقة بالحرية الشخصية وذلك بالاعتراف له بكافة الحقوق والحريات الأساسية التي تستلزمها شخصيته. ويتمتع الشخص بهذه الحريات ليس في دولته فحسب، وإنما حتى لو وجد في اقليم غير دولته. ولذلك لا تعد موافقة الدولة على ممارسة هذه الحريات منحة، منها للأجنبي، بل هي ثابتة له بوصفها تدخل في نطاق الحد الأدنى لتمتع الاجنبي بالحقوق التي يكفلها له القانون الدولي[٢]، والتي تتطلبها الشخصية الإنسانية، وهذه الحريات هي حرية التنقل، وحرية النشاط الفكري، وحرية الاجتماع وغيرها من الحقوق، غير أن حرية الاجنبي في الاجتماع ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة، بما يفرضه دستور الدولة وتشريعاتها من أحكام.

وكذلك الأمر في ممارسة الحرية الدينية، فإنه يرد عليها قيد النظام العام والآداب العامة. ونقصد بالحرية الدينية أن يكون للإنسان حق الاختيار في اعتناق الدين أو

---

[١] د. فؤاد عبدالمنعم رياض – المرجع السابق – ص٣٤٥.

[٢] د. سعيد يوسف البستاني – المركز القانوني للأجانب والعرب – طبع منشورات الحلبي – بيروت – ٢٠٠٤ – ص٢٣٠.

المعتقد الذي يعتقد به وبما يؤدي إليه ويستقر عليه ضميره وأن يكون حراً في ممارسة شعائره الدينية أو معتقداته في السر والعلانية[١].

المطلب الثاني

حق الاجنبي في ممارسة الحقوق السياسية والانتفاع بالمرافق العامة

يختلف حق الاجنبي في ممارسته للحقوق السياسية والمساهمة في حكومة الدولة، عن مركز حق الوطني، ذلك أن هذه الحقوق تعد من مظاهر حقوق المواطنة وحقاً من حقوق السيادة وليس للأجنبي مصلحة في هذه الحقوق، فليس له أن ينتخب ولا يحق له الترشيح والتعيين في وظائف الدولة[٢]. وتتفق تشريعات الدول على حرمان الاجنبي من ممارسة هذه الحقوق بنصوص صريحة. أما انتفاع الاجنبي بالمرافق العامة وهي كل نشاط تقوم به الدولة بقصد إشباع حاجة ذات نفع عام، كالشوارع ومياه الشرب والكهرباء والبريد والنقل العام وغيرها من المرافق التي تقدم الخدمات الصحية والاجتماعية، وذهب جانب من الفقه[٣] إلى أن الاستفادة من هذه المرافق يجب أن تكون قاصرة على الوطنيين دون الاجانب؛ لأنها تنشأ من واردات الدولة التي تحصل عليها من جباية الضرائب على المواطنين.

وذهب اتجاه آخر من الفقه[٤]إلى أن الاصل هو مساواة الاجنبي بالوطني في التمتع بالمرافق العامة؛ لأنها تهدف إلى إرضاء حاجة الفرد وتحترم صفته الإنسانية في

---

[١] راجع المادة (١٨) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ونصت المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق بأن: ((العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون)).

ونصت المادة (٤٢) من هذا الدستور على أنه:((لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة)).

[٢] تنص المادة (٢٠) من دستور جمهورية العراق بأنه: ((للمواطنين رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح)).

[٣] للمزيد من التفصيل راجع د. عبده جميل غصوب – المرجع السابق – ص٧٨٠.

[٤] د. شمس الدين الوكيل – المرجع السابق – ص٤١١.

المجتمع العالمي. ويذهب الاتجاه الحديث إلى انتفاع الاجنبي بالمرافق العامة حتى بالنسبة للتعليم والتي تقضي الضرورة أحياناً أن لا يستفيد منها إلا الوطني.

المطلب الثالث

حق الاجنبي في التقاضي

يذهب غالبية الفقه[١] إلى أن حق التقاضي امام محاكم الدولة، يدخل في مضمون الحد الادنى للحقوق التي ينبغي الاعتراف بها للأجانب، بمقتضى العرف الدولي وإلا ترتبت المسؤولية الدولية عليها لإنكارها العدالة. وهذا ما أكدت عليه المادة (الثامنة) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان والتي جاء فيها: ((لكل إنسان أن يلجأ إلى المحاكم المختصة)).

ونصت المادة العاشرة من الاعلان على أنه: ((لكل إنسان على قدم المساواة في أن تنظر قضيته أمام محكمة نزيهة نظراً عادلاً)).

وتجدر الاشارة إلى أن الاعتراف بحق الاجانب في اللجوء إلى القضاء لم يكن معروفاً في المجتمعات القديمة، فقد كان مرفق القضاء امتيازاً للوطنيين فقط، ثم بعد ذلك تغيرت الاوضاع وأصبحت كل دولة متحضرة تلتزم بأن تعترف للأجانب المقيمين داخل اقليمها بحق التقاضي أمام محاكمها[٢]. وعليه لا يجوز قصر التقاضي على الوطنيين فقط، وإنما يجب مساواة الجميع دون تمييز، ذلك أن حسن توزيع العدالة في اقليم الدولة، أمر يخل بالأمن والسكينة في المجتمع فلا يجوز قصره على الوطنيين؛ لأن القضاء مرفق عام، يجب أن يتاح للجميع حق مراجعته[٣].

قانون تنظيم احوال الاجانب في العراق رقم ١٧٧ لسنة ١٩٧٤

المادة الأولى:

---

[١] للمزيد من التفصيل راجع د. هشام علي صادق – المرجع السابق – ص٧٨.

[٢] د. عبده جميل غصوب – المرجع السابق – ص٧٨١.

[٣] نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من دستور جمهورية العراق النافذ على أن : ((التقاضي حق مضمون ومكفول للجميع)).

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بكلتا العقوبتين كل من ساعد أجنبياً مقيماً بصورة غير مشروعة على مزاولة عمل في العراق.

المادة الثاني:

لا يقبل الاجنبي المقيم بصورة غير شرعية في المدارس والمعاهد والجامعات العراقية.

المادة الثالثة:

أ. لا يجوز لأية جهة رسمية أن تبرم عقد زواج الاجنبي بصورة غير مشروعة في العراق.

ب. يعاقب كل شخص أو جهة رسمية أُبرمت زواج الاجنبي المقيم بصورة غير مشروعة في العراق بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بكلتا العقوبتين.

المادة الرابعة:

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات أو بغرامة لا تقل عن خمسمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار أو بكلتا العقوبتين كل من أهمل في تطبيق احكام قانون اقامة الاجانب رقم (٣٦) لسنة ١٩٦١ وتعديلاته.

المادة الخامسة:

ينفذ هذا القانون من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

المبحث الثالث

حق الاجنبي في ممارسة الحقوق الخاصة

عند استعراض الاحكام التي تنظم تنازع القوانين في التشريع العراقي، يتضح أن الاجانب، يتمتعون بجميع الحقوق الخاصة التي يتمتع بها العراقيون، وباستثناء الحقوق التي حرموا منها بنص خاص. وسنوضح هذه الحقوق وحسب التفصيل الآتي:

أولاً – الاعتراف للأجنبي بالشخصية القانونية.

إن الاعتراف للأجنبي بالشخصية القانونية، يجعله يتمتع بالقدرة على إبرام التصرفات القانونية، إذ أن الحقوق الخاصة لا تثبت إلا لمن تتوفر فيه بمقتضى القانون، الأهلية القانونية والتي تكون سبباً لكسب الملكية، فضلاً عن حقه في تكوين الأسرة وتنظيم الاحوال الشخصية والحق في العمل، وجميع هذه الحقوق تنشأ بمقتضى أحكام القانون الخاص بفروعه المختلفة، كالقانون المدني والتجاري[1].

ثانياً – حق الاجنبي في الحياة العائلية.

إن الحقوق العائلية كالزواج وتكوين الأسرة، يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية القانونية، وهي من الحقوق الطبيعية وأن إنكارها يعد بمثابة إنكار للشخصية القانونية. ولا يوجد في القوانين العراقية ما يحول دون تمتع الاجانب بحق تكوين أسرة وما يترتب على ذلك من حق في الزواج والبنوة والطلاق، باستثناء ما يقرره النظام العام بعدم جواز زواج أجنبي غير مسلم من امرأة مسلمة سواء كانت أجنبية أم عراقية وذلك لمخالفة هذا الزواج للنظام العام في العراق.

ثالثاً – حق الاجنبي في الوصية والميراث

الاصل أن الاجنبي لا يجوز له تلقي حق الارث من مورثه إذا كان مختلفاً عنه في الديانة، إذ لا توارث بين مسلم أو مسيحي أو يهودي، غير أن المادة (٢٢) من القانون المدني العراقي نصت على أن اختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الاجانب إلا من كان قانون دولته يورث العراقي منه، مع مراعاة حكم المادة (٧١) من قانون الاحوال الشخصية والتي تقضي بأن الوصية تصح في المنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به بشرط المعاملة بالمثل، وهذا يعني أن الوصية في غير المنقول أي العقار، تكون باطلة في اختلاف الدين أو الجنسية.

رابعاً – حق الاجنبي في التملك

---

[1] د. سعيد يوسف البستاني – المرجع السابق – ص ٢٣٠.

الاصل أن الاجنبي حر في تملك ما يشاء من المنقولات المادية، غير أن حق الدولة في المحافظة على كيانها الاقتصادي والاجتماعي، يستلزم الحد من حق الاجنبي في تملك بعض أنواع من المنقولات والعقارات ذات الأهمية الاقتصادية الخاصة، إذ يذهب كثير من الدول إلى حرمان الاجنبي من تملك السفن والطائرات والعقارات[1]. وتستخدم غالبية الدول في هذا المجال شرط نظام المعاملة بالمثل في حالة السماح للأجنبي بتملك هذه الاموال.

قوانين تمليك الاجانب في العراق

- قانون تملك الكويتيين أموالاً غير منقولة في العراق رقم (١٩) لسنة ١٩٥٣.
- قانون تمليك رعايا الجامعة العربية والامارات العربية اموالاً غير منقولة في العراق رقم ٥ لسنة ١٩٥٥.
- قانون تمتع الفلسطيني بحقوق عقارية رقم (؟؟؟؟؟؟؟؟) لسنة ١٩٨٠.
- قانون تمليك المواطنين العرب اموالاً غير منقولة في العراق رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٨.
- قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (٢٠٤) لسنة ٢٠٠١ (قرار تمتع الفلسطينيين بحقوق مساوية لحقوق العراقيين).
- قانون تملك الاجنبي العقار في العراق رقم (٣٨) لسنة ١٩٦١.

القرار ١٦١٠ في ١٩٨٢/١٢/٢٣

(١) تمنع العراقية المتزوجة من غير العراقي من نقل ملكية اموالها المنقولة وغير المنقولة إلى زوجها غير العراقي أو إجراء أي تصرف قانوني يؤدي بالنتيجة إلى نقل تلك الاموال أو جزء منها إلى الزوج المذكور،

---

[1] نصت المادة (١٨) من الدستور العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠، بأن التملك العقاري محظور على غير العراقيين إلا ما استثنى بقانون. وأكد دستور جمهورية العراق النافذ على هذا الحظر فنصت الفقرة الثالثة (أ) من المادة (٢٣) بأن: ((للعراقي الحق في التملك في أي مكان في العراق، ولا يجوز لغيره تملك غير المنقول إلا ما استثنى بقانون)).

وتعتبر تصرفاته الصادرة خلافاً لأحكام هذا القرار باطلة ولا يعتد بها قانوناً.

(٢) تؤول ممتلكات الزوجة العراقية واموالها إلى ورثتها الشرعيين عند وفاتها، ويحرم الزوج غير العراقي من حقه في الشركة.

(٣) تعتبر الاموال المتنازع عليها بين الزوجة العراقية وزوجها غير العراقي، في حالة الطلاق أو الفراق، أو المتنازع عليها بين ورثة الزوجة وزوجها غير العراقي، في حالة الوفاة، ملكاً للزوجة، مالم يثبت قانوناً ملكيتها للزوج، مع مراعاة ما ورد في الفقرة (١) من هذا القرار.

(٤) تتولى الزوجة العراقية حضانة اولادها ورعايتهم إلى حين بلوغهم سن الرشد، في حالة الطلاق أو الفراق من زوجها غير العراقي، إذا أبدت الزوجة رغبتها في ذلك أمام القضاء.

(٥) ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أو تسري احكامه على التصرفات والوقائع القانونية الصادرة قبل تاريخ نفاذه، ولا يعمل بأي نص قانوني أو قرار قضائي يتعارض مع احكامه، فيما عدا القرارات التي اكتسبت درجة البتات قبل التاريخ المذكور.

خامساً – حق الاجنبي في العمل وممارسة النشاط الاقتصادي.

الاصل أن للأجانب حق ممارسة العمل شأنهم في ذلك شأن العراقيين، غير أن هذا الحق مقيد بحصولهم على ترخيص، يصدر من وزارة العمل تسمح لهم في العمل في العراق، فضلاً عن ذلك أن هناك مهن معينة، منع القانون ممارستها لغير العراقيين، كالطباعة أو التصوير وفي مجال النشاط التجاري منع القانون التجار الاجانب من الانتماء إلى إحدى غرف التجارة[١].

سادساً – حق الاجنبي في ممارسة المحاماة

الاصل أنه لا يحق للمحامين الاجانب المرافعة أمام القضاء العراقي؛ لأن قانون المحاماة رقم ٧١ لسنة ١٩٦٩ المعدل اشترط فيمن يمارس مهنة المحاماة أن يكون

---

[١] راجع المادة السابعة من قانون الغرف التجارية والاتحاد العام للغرف التجارة العراقية رقم ٤٥ لسنة ١٩٧٣.

اسمه مسجلاً في جدول المحاماة، غير أن المادة الثالثة من هذا القانون أجازت لإحدى نقابات المحامين في الدول العربية، الترافع امام المحاكم العراقية بإذن من نقيب المحامين وموافقة وزارة العدل. أما الاجنبي فلا يجوز له الترافع في العراق إلا بالاشتراك والتعاون مع محامٍ مسجل في جدول المحاماة وبعد الحصول على إذن من نقيب المحامين.

تم الكتاب بعون من الله وفضله

ونشير اخيراً إلى ما ذكره الامام الشافعي (رض) بعد تأليفه كتابه:

((لابد أن يوجد في كتبي الخطأ، لقوله تعالى : ((وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ اللّهِ لَوَجَدُواْ فِيهِ اخْتِلاَفًا كَثِيراً))، سورة النساء – الآية الكريمة (٨٢).

نكرر الاشارة مرة اخرى ان هذه المحاضرات المقررة لطلبة المرحلة الرابعة معتمدة على كتاب الدكتور عباس العبودي، شرح احكام قانون الجنسية العراقية رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦ والموطن ومركز الاجانب، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢، محاضرات المرحلة الرابعة لطلبة كلية الحقوق جامعة النهرين