المفاضلة بين الجنسية والموطن ودورها في قواعد الإسناد

المدرس المساعد
ختام عبد الحسن
المعهد التقني / النجف الاشرف

المفاضلة بين الجنسية والموطن ودورها في قواعد الاسناد

المدرس المساعد
ختام عبد الحسن
المعهد التقني / النجف الاشرف

المقدمة :

يقصد بقواعد الاسناد هي تلك القواعد التي تبين القانون المختص عند تنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص ومعلوم ان هذا القانون في حقيقته لايهتم الابتنازع القوانين ذات العنصر الاجنبي فأذا حصل نزاع في مسألة تنظيم عقد بين شخصين عراقيين وفي العراق لاتثور مسألة التنازع لان القانون العراقي هو القانون الذي يحكم النزاع لانهم وطنيين لاأجنبي فيهم أما اذا حصل نزاع في مسألة أرثية مثلا لشخص اجنبي توفي في العراق أو منازعات العمل الحاصلة بين العامل العراقي ورب العمل لدولة اجنبية فهل يطبق عليه قانون الدولة الذي يحمل جنسيتها أم قانون الموطن الذي أقام فيه وهو القانون العراقي ؟

فيظهر لدينا معيارين ((الجنسية ٠ الموطن)) فمن يمكن الركون اليه أو يتم تفضيل احدهما على الاخر ؟

سؤال كهذا يقتضينا ابتدائا التطرق الى مدلول كل منهما على حدة ومن ثم استباط معيار المفاضلة بينهما على ضوءالفكر القانوني المعاصر ففكرة الموطن - وهي اسبق من الجنسية -

تقوم على ارتباط الشخص بمكان او بلد معين واهميته لاتقتصر في مجال العلاقات الداخلية من حيث اعتباره المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقاته مع غيره أنمايشمل أيضا نطاق العلاقات الخاصة الدولية التي تخضع لاحكام القانون الدولي الخاص٠

ولتحديد فكرة الموطن حيويه من الوجهة العملية في القانون ذلك لأن الافراد لايشترط استقرارهم في البلد الذي ولدوا فيه دائما انما قد يرحلون الى بلد أخر بفعل عوامل عديدة منها طلب المعرفة أو قصد التجارة أو قضاء المصالح وقد يطيب له المقام٠

فيستقر في البلد الذي رحل اليه ومثل هذا الاستقرار يفرز بين الشخص وأهل البلد الذي حل فيه علاقات مدنية وتجارية أو اجتماعية فلا بد من الاعتراف بها وعلى

هذا فيعتبر هذا الموطن في رآي جانب من القانون المقارن والفقه يشمله قانونه مادام قد أقام فيه ولم تحصل عنده نية الرجوع الى بلده الآصلي ولهذا الاتجاه اهميته اذ قد يعد شرطا لاكتساب الجنسية او زوالها ذلك لأن واقعة الاستقرار والتوطن خلال فترة معينة قد تعد شرطا لازما للتجنس بجنسيه ذلك البلد الذي حل فيه ٠

أما مدلول الجنسية فيقوم على الصفة التي يكون بها الشخص مرتبطا بالبلد الذي حمل جنسيته وفقا لقواعد قانونية معينه بحيث تنشأ للاشخاص حقا على البلد في حمايتهم ورعاية مصالحهم وحقوقهم بجانب ماتنشيء عليه من واجبات ٠

أهميـــــــة البحـــــــــث :

للجنسية والموطن الاهمية البالغة في تنظيم العلاقات القانونية الدولية للافراد، تقوم اولاهما على ارتباط الفرد بدولته وتقوم ثانيهما على ارتباط الفرد بأقليم دولة وعليهما تقوم حلول مشكلة تنازع القوانين ٠

فرضيـــــــــــة البحث :

نحاول في هذا البحث تسليط الضوء على ضابط ((الجنسية)) و ((الموطن)) واذا ماحصل تنازع في قواعد الاسناد فأيهما يفضل هل قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها أصلا أم قانون موطن الدولة الاخرى التي حل بها٠وهذا يقتضي تقسيم البحث الى ثلاث مباحث ، يتناول الاول تحديد مفهوم الجنسية ، والمبحث الثاني يختص بتحديد مفهوم الموطن ، أما المبحث الثالث فسوف نخصصه للمفاضلة بين الضابطين ودوره في قواعد الاسناد٠

التمهيد :

مفهوم قواعد الاسناد

من المعروف أن وظيفة القاضي ، أنما هي تطبيق أحكاتم القانون على النزاع المعروض أمامه وهذه الوظيفة يقوم بها القاضي الوطني سواء في المنازعات الوطنية (أي التي تحصل بين المواطنين في النطاق الداخلي) أو في المنازعات المشوبة بعنصر أجنبي (أي التي تحصل في علاقة قانونية يشوبها عنصر أجنبي * في نطاق القانون الدولي الخاص)٠

وفي كل دولة يقوم المشرع الوطني بتنظيم العلاقة الخاصة ذات الطابع الدولي من خلال ((قواعد الاسناد)) التي ترشد القاضي في أختيار القانون الواجب التطبيق

فقواعد الاسناد هي قواعد وطنية تشير الى القانون الواجب التطبيق على العلاقة المطروحة عن طريق ضابط الاسناد ((الجنسية ، الموطن ، محل وقوع الفعل)) ٠ وأختيار القانون الأنسب عند تزاحم القوانين المتصلة بالعلاقة المطروحة ، وقبل

الخوض في تفاصيل البحث يقتضي الامر تحديد أهمية قواعد الاسناد وخصائصها وعناصرها وذلك في ثلاث فقرات وعلى النحو الآتي :-

اولا : أهمية قواعد الاسناد

تؤدي قواعد الاسناد دور مهم في أرشاد القاضي الوطني ذلك لأنها تتضمن خطاب مباشر توجه الى أختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة المشوبه بعنصر أجنبي(١).

ثانيا- خصائص قاعدة الاسناد:

تتمتع قواعد الاسناد بخصائص فهي :

(١) قاعدة الاسناد قاعدة مرشدة

أي أنها تشير الى القانون الواجب التطبيق فمثلا قاعدة الاسناد التي تقتضي بأخضاع الميراث لقانون جنسية المورث وقت الوفاة ينحصر دورها في تحديد مبداء عام (أن الميراث يخضع لقانون جنسية المتوفي) وعند هذا الحد ينتهي دور القاعدة فأذا حدد جنسية المورث وقت وفاته كأن يكون عراقي أو سوري أو غير ذلك كان على القاضي أن يرجع الى احكام الميراث قانون جنسيته وهذا القانون يتكفل بدوره بأعطاء حل للمسألة ٠

وعلى هذا :

فأن قاعدة الاسناد لاتتكفل بحسم المسألة المطروحة بل ينحصر دورها في الارشاد الى القانون وهذا القانون هو الذي يحسم المسألة بشكل نهائي ٠

(٢) قاعدة الاسناد مزدوجة الجانب

وذلك لأن قاعدة الاسناد قد تشير الى تطبيق قانون القاضي كما قد تشير الى تطبيق قانون أجنبي حسب معطيات المسألة المطروحة مما يستوجب حل تنازع القوانين من خلال قواعد الاسناد ذلك لأن قواعد الاسناد اذا أقتصرت على ايجاد حل للنزاع في الحالات التي يكون فيها القانون الوطني هو الواجب التطبيق تصبح عديمة الفائدة لذا فهي مزدوجة الجانب فهي تشير الى تطبيق قانون القاضي تارة ، وقانون أجنبي تارة أخرى ٠

(٣) قاعدة الاسناد قاعدة محايدة

ويعني ذلك أن قاعدة الاسناد تشير الى أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة المشوبه بعنصر أجنبي بغض النظر عن مضمون هذا القانون أي سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني أم قانون أخر أجنبي ٠ (٢)

ثالثا- عناصر قاعدة الاسناد

تتكون قاعدة الاسناد من ثلاث عناصر هي :

١- موضوع قاعدة الاسناد :

موضوع قاعدة الاسناد يعني الفكرة القانونية المسندة كما في أخضاع الأهلية لقانون الجنسية ، وأخضاع الأموال لقانون موقعها٠

٢- ضابط الاسناد :

ويقصد به المعيار الذي يعول عليه المشرع بوصفه مرشدا الى القانون الواجب التطبيق على الفكرة المسندة فهو أداة الوصل بين موضوع القاعدة والقانون المسند اليه مثاله الجنسية بالنسبة لأهلية الشخص ، والموقع بالنسبة للأموال ٠

ويتحدد ضابط الاسناد عن طريق أحد عناصر المسألة القانونية محل الاسناد : اطرافها أو موضوعها أو مصدرها ويستمد من العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العلاقة القانونية ذات الطبيعة الدولية وضوابط الاسناد هي ((الجنسية ، الموطن ، ومحل وقوع الفعل))٠

(٣) القانون المسند اليه :

والقانون المسند اليه هو ذلك القانون الذي يحكم الفكرة المسندة ، مثلا الأهلية يحكمها قانون جنسية الشخص ، فأن قانون الجنسية يكون هو المسند اليه المختص بحكم العلاقة ٠(٣)

المبحث الأول

مفهوم الجنسية

تحديد مفهوم الجنسية تقتضي البدء بتعريف الجنسية وتحديد أركانها ومن ثم بيان الأنظمة السائدة في الدول حول الأخذ بمبدأ وحدة الجنسية أو تعدد الجنسية وما يترتب عليه من أثر،

وذلك من خلال مطلبين وعلى النحو الآتي :-

المطلب الأول / تعريف الجنسية واركانها

أن التوزيع الجغرافي للأفراد في معظم دول العالم يتم عن طريق نظام ((الجنسية)) فالجنسية هي الطابع الذي تطبع به الدول شخصيتها ومعالمها وكيانها على سكانها ، وتخضع الجنسية في تنظيمها الى القانون الداخلي لكل دولة وتمتع الدولة بهذا الصدد بحرية واسعة فلها أن تختار ماياناسبها من الاسس التي تبني عليها جنسيتها.

ولقد أهتم الفقهاء في البحث عن الاساس الذي تستند عليه الدولة في وضع أحكام الجنسية ووجد أن هناك أتجاهين بهذا الصدد ، فالأتجاه الأول يرى أن الجنسية هي صلة تستند الى فكرة النفع التبادلي بين الفرد والدولة ، فالفرد تتحدد رغبته بالأنتماء الى الدولة على أساس شعوره بقوتها وحاجته الى حمايتها فهو يخضع لها بوصفها وحدة سياسية قادرة على توفير الحماية ، والدولة عندما تمنع جنسيتها فأنها تستمد سلطتها من قدرتها على فرض الطاعة وكفالة الحماية لرعاياها في مقابل فرض تكاليف وواجبات على الافراد٠ وهذا الأتجاه يغلب في الدول الانجلو أمريكية ٠

أما الأتجاه الثاني فيرى أن الجنسية تقوم على أساس صلة روحية تربط الفرد بالدولة ويفترض توافر الرغبة لدى الفرد في الانتماء الى وحدة سياسية معينة لأنه يرتبط بها بأواصر روحية معينة ويغلب هذا الأتجاه في أوربا (٤) والراجح أن

الأتجاهين يجب الأخذ بهما في تعريف الجنسية لأنها تنطوي على هذين المعنين النفع التبادلي والصلة الروحية ٠

فالجنسية أذن هي رابطة قانونية سياسية تربط شخص بدولة من الدول وتترتب عليها حقوق والتزامات متبادلة بينهما (٥)٠

وهناك من يعرفها بأنها علاقة سياسية وقانونية بين الفرد والدولة (٦)٠

وهناك من يعرف الجنسية بانها تبعية قانونية وسياسية تحددها الدولة فتضفي بها الصفة الوطنية على الفرد (٧)٠

واذا حللنا التعاريف السابقة وجد أن الجنسية فيها عناصر ثلاثة هي :-

١-وجود شخص : فالشخص سواء كان حقيقي (الانسان) أم معنوي (شركات والجمعيات والمؤسسات) فهو يتمتع بالجنسية وهناك بعض الأشياء ايضا لها جنسية كالطائرات والسفن ٠ الا أنه ثم فارق بين جنسية الشخص الحقيقي والمعنوي والاشياء فبالنسبة للشخص الحقيقي فهو يتمتع بالجنسية لوجود علاقة سياسية أما بالنسبة للأشخاص المعنوية والأشياء فلا يمكن تصور وجود علاقة مشابهة لتلك التي تربط الفرد بالدولة واذ مامنحت الجنسية فذلك لتحديد الحقوق التي يمكن أن تتمتع بها أو بيان القانون الذي يحكم تكوينها ونشاطها وكذلك لتمكين سلطات الدولة من اخضاعها لرقابتها (٨)٠

٢- وجود دولة : لابد من وجود دولة قانونية سياسية ذات شخصية دولية لكي تعطي جنسية خاصة بها ولا يشترط في الدولة أن تكون كبيرة أو صغيرة مركبة أم بسيطة المهم أن مانح الجنسية هو الدولة وهذه الأخيرة هي الشخص القانوني الوحيد من بين أشخاص القانون الدولي العام تملك هذا الحق وبالتالي لايحق لهيئة أو لأمه أو غيرها حق منح الجنسية٠

واذا كان لابد من وجود دولة لاعطاء الجنسية فانه لايشترط أن تكون هذه الدولة كاملة السيادة بمعنى أن الدولة اذا كانت ناقصة السيادة (كأن تكون تمت الانتداب أو الوصايا أو الحماية) فأن ذلك لايجردها من حقها في منح الجنسية لأن المهم في الامر هو أن تكون الدولة ذات شخصية دولية وأن كانت ناقصة السيادة ٠

٣- وجود علاقة قانونية وسياسية : فلابد من وجود رابطة قانونية وسياسية بين الشخص والدولة أي ان الجنسية رابطة جوهر قيامها الشعور بالولاء والاساس بالأنتماء تجاه دولة معينة (٩)٠

وتلعب الجنسية –كضابط اسناد – دورا مهما في القانون الدولي الخاص على الرغم من انها تهم النظام الداخلي لكل دولة في تحديد رعاياها أزاء غيرها من الدول فموجب الجنسية يمكن تحديد من هو المواطن والذي يتمتع بجنسية الدولة التي ينتمي اليها ومن هو الاجنبي ذلك الشخص الذي لايتمتع بحق حمل جنسية الدولة التي يقيم فيها وبالتالي نجد أن المواطن يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات بخلاف الاجنبي (١٠)٠

كما أن للجنسية الأهمية البالغة في تقديم حلول مشكلة تنازع القوانين لأنها تنظم العلاقات القانونية الدولية للافراد والقائمة على أرتباط الفرد بدولته ، ولأن المواطن يرتبط بالدولة قانونيا وسياسيا برابطة الجنسية فلهم مراكز قانونية تختلف عن المركز القانوني للأجانب (١١)٠

المطلب الثاني – الأنظمة السائدة في الجنسية

أنطلاقا من مبدأ سيادة الدولة على أقليمها فأن الدولة هي وحدها القادرة على منح الجنسية لرعاياها لرسم ركن الشعب ولايشاركها في هذا التحديد غيرها من الدول.

وتختلف الدولة في تبني ((مبدأ وحدة الجنسية)) أو ((مبدأ تعدد الجنسيات)) في منح الجنسية فهناك طائفة من الدول تأخذ بمبداء وحدة الجنسية ولاتسمح لرعاياها في حملة أكثر من جنسية وذلك لاعتبارات تحددها الدولة نفسها ، في حين أن هناك طائفة أخرى من الدول تعمل بمبداء تعدد الجنسيات وتسمح لرعاياها بحمل أكثر من جنسية وتعد ذلك حقا من حقوق الانسان ٠

وايا كان من الأمر فأن تبني هذا المبدأ أو ذلك لايثور أي مشكلة لكن الامر يبدو شائكا متى ماوصل الفرد الى ظاهرة التنازع سواء كان هذا التنازع ايجابيا أم سلبيا ٠

فالتنازع الايجابي – أو احيانا يسمى بـ ((أزدواج الجنسية)) معناه أن الشخص يحمل جنسيتان أو أكثر في نفس الوقت أي تتحقق هذه الظاهرة في الحالة التي ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أو أكثر أن شخصا ما يتمتع بتابعيتها ، كما لوولد شخص لأب تأخذ دولته بحق الدم على أقليم دولة تأخذ بحق الاقليم في بناء الجنسية الاصلية فيحصل بذلك على جنسيتين ويسمى ذلك بأزدواج الجنسية (١٢) وينجم من ذلك مشاكل عدة ابرزها :-

١- رابطة الجنسية تقوم على الشعور بالولاء والاحساس بالانتماء تجاه دولة معينه وهذا الانتماء يقوم على أساس معنوي هو الحب والارتباط يصل الى حد التضحية بالنفس وهو اساس لايتصور أن يتجزء بين أكثر من دولة ٠

٢- أن التوزيع الجغرافي للأفراد في معظم دول العالم يتم عن طريق نظام الجنسية وهذا التوزيع يرتبط بمدأ سيادة الدولة وبالتالي اذا الشخص متعدد الجنسيات فأن من شأن ذلك أن يمس بمبدأ السيادة الخاص بسلامة توزيع الافراد في المجتمع الدولي (١٣)٠

٣- أن تمتع الشخص بالصفة الوطنية (الجنسية) يترتب عليه تمتعه بالحقوق وتحمله التزامات وبالتالي ان كان للشخص أكثر من جنسية ففي أي دولة يؤدي دفع الضرائب ، وخدمة العلم خاصة اذما نشبت الحرب بين الدولتين التي يتمتع الفرد بجنسيتها٠

٤- قد يترتب على تعدد الجنسية وقوع مصادمة بين الدول التي يحمل الشخص جنسية كل منها في آن واحد ، والمعروف أن لكل دولة الحق في شمول رعاياها في

الخارج بحمايتها ولعل ذلك من شأنه قيام تنازع بين هذه الدول فيما يتعلق ببسط حمايتها الدبلوماسية عليه ٠

٥- صعوبة أختيار القانون الواجب التطبيق على الشخص المتعدد الجنسيات فيما اذا كان القانون هو قانون الجنسية هنا يبدو الامر شائكا على عاتق القاضي فكيف يتخير أحدى هذه الجنسيات خاصة اذا كان قانون احدى هذه الجنسيات يثبت حق والأخر ينفي حق ٠(١٤)

هذا مايتعلق بالتنازع الايجابي ، أما التنازع السلبي أو مايسمى ب(أنعدام الجنسية) فيحصل عندما تتخلى قوانين جميع الدول عن شخص معين ولايعتبر من وطني ايه دولة فيقع في حالة اللاجنسية كما لو ولد طفل لأبوين تأخذ دولتهما بحق الاقليم على أرض دولة تأخذ بحق الدم ٠(١٥)

وينجم من أنعدام الجنسية مشاكل عدة أبرزها :-

١- لما كان انعدام الجنسية يجعل الشخص من غير الوطنيين فهذا يعني أنه أصبح أجنبي ليس فقط في مواجهة دولة بعينها وأنما في مواجهة سائر الدول بلا استثناء كما أن الشخص الذي يحمل صفة الاجنبي يمتلك جنسية محددة لكنه أجنبي فقط أتجاه الدولة التي يقيم فيها ومع ذلك فأن هذا الاخير يتمتع بقدر من الحقوق بخلاف عديم الجنسية٠

٢- معظم الدول تعول على الجنسية كضابط اسناد لتحديد القانون الشخصي وحيال عديم الجنسية كيف يستطيع القاضي المعروض امامه النزاع أن يختار القانون الواجب التطبيق لحسمه ٠(١٦)

المبحث الثاني

مفهـوم الموطـن

تحديد مفهوم الموطن يقتضي البدء بتعريف المواطن وتحديد أركانه ومن ثم بيان الأنظمة السائدة في الدول حول تصويره وما يترتب عليه من اثر ، وذلك من خلال مطلبين وعلى النحو الاتي :

المطلب الأول : التعريف بالموطن وأركانـــــــه

أن التوزيع الجغرافي للافراد في العالم يتم عن طريق أخر غير الجنسية الا وهو الموطن ، ولكل دولة أقليم خاص بها يقطنه شعبها وان كان هذا الأقليم خاص اصلا بشعبها الا أن الحياة الاجتماعية الدولية أقتضت أن تسلم الدولة بأمكان وجود افراد من غير شعبها على أقليمها ٠ وبالتالي فأن كل شخص يتصل بمكان معين ويستقر فيه بحكم صلاته العائلية أو بحكم عمله ومصالحه أو بحكم العادة ، فأن هذا الاستقرار المكاني لازم لتنظيم العلاقات القانونية لذلك فأن القانون يعتد به ويخلق منه فكرة قانونية تسمى (الموطن)

فالموطن هو المكان الذي يستقر فيه الشخص ويتخذ منه مركز المصالحة ، أو هو رابطة قانونية بين الفرد ومكان معين (١٧)

والحاجة القانونية تقتضي تقرير مقر قانوني للفرد حتى يتسير تنظيم الحياة القانونية ولذلك فأن القانون يعتد بتلك الحالة الواقعية ويجعل منها فكرة قانونية هي الموطن ٠

وللموطن ركنين أو عنصرين اساسين هما :-

١ـ العنصر أو الركن المادي :

ويقصد به أقامة الشخص أقامة فعلية في أقليم دولة معينة على سبيل الاستقرار وهذا الاستقرار وهذه الاقامة لاتتطلب بالضرورة أن يكون لهذا الشخص مقر ثابت في جهة من جهات الأقليم اذ يمكن اعتبار الشخص مقيما في أقليم الدولة على سبيل الاستقرار ولو لم يتخذ له مكانا معينا يقيم فيه طالما انه يقيم داخل حدود الاقليم ٠

٢ـ العنصر أو الركن المعنوي :

لايكفي العنصر المادي وحده لاعتبار الشخص متوطنا في أقليم دولة معينة مهما طالت تلك الاقامة اذلابد أن تتوافر لدى الشخص نية أتخاذ هذا الاقليم مقر دائما له أي نية البقاء في أقليم الدولة لمدة غير محدودة وهذا لايمنع الشخص انتقال منه والاقامة في أقليم دولة اخرى وبصفة مؤقته أو عارضة فيعتبر موطنه البلد الذي يقيم بصفة مستمرة وبنية البقاء فيه وليس البلد الذي أقام فيه بصفة عارضة أو مؤقته (١٨)

ويلعب الموطن أهمية كبيرة في مجال القانون الدولي الخاص ففي مجال الجنسية يعد شرطا اساسيا سواء لاكتساب الجنسية أو زوالها ذلك أن واقعة الاستقرار والتوطن في أقليم الدولة خلال فترة معينة تعد شرطا لازما للتجنس كما أن للموطن دورا حاسما في مركز الاجانب لان المشرع غالبا مايقيم تفرقة اساسية بين الاجانب المتوطنين في الدولة والاجانب غير المتوطنين بها فهو يمنح المتوطنين عادة حقوقا أكثر من الحقوق التي يتمتع بها الاجانب غير المتوطنين في الدولة بالاضافة الى دوره في مجال تنازع الاختصاص القضائي حيث أن معظم التشريعات المعاصرة تتفق على تقرير اختصاص محاكم الدولة بالدعاوى المرفوعة على الاشخاص المتوطنين بها ٠

واخيرا يلعب الموطن دور في مجال تنازع القوانين بوصفه احد ضوابط الاسناد كما في مسائل الحالة والاهلية (١٩)

المطلب الثاني : الانظمة السائدة في تصوير الموطن

أختلفت التشريعات في تصوير الموطن وذهبوا بشأن ذلك الى أتجاهين فالاتجاه الاول يقوم على التصوير الحكمي للموطن أي يعرف الموطن على اساس انه رابطة بين الشخص ودولة معينه وهو سائد في الدول الانجلو أمريكية بشكل خاص ، بالأضافة الى بعض النظم في القارة الأوربية ففي القانون الأنكليزي يعرف الموطن ((موطن الشخص هو القطر الذي يعتبره القانون الانكليزي مقره الدائم)) ، أما القانون الامريكي فيعرف الموطن بأنه ((المكان الذي يتوافر فيه للشخص رابطة ثابته لاغراض قانونية)) والمقر الدائم يتكون من عنصرين احدهما مادي وهو الأقامةى والأخر معنوي هو نية البقاء أو الاستمرار سواء أخذت هذه النية صورة ايجابية هي

نية الأقامة الدائمة في القطر أو الأقامة غير محدودة المدة في القطر ام اتخذت صورة سلبية هي عدم توافر النية الحاضرة في مغادرة القطر نهائيا أو لمدة غير محدودة(٢٠)

ويترتب على التصوير الحكمي للموطن نتائج عدة :

١- أن لكل شخص موطن منذ ولادته (الموطن الاصلي) وهو بالنسبة للولد الشرعي موطن أبيه أما الولد غير الشرعي فهو موطن الأم ويبقى الموطن الاصلي ملاصق للشخص ولايفقده الا اذا اكتسب موطن جديد (موطن أختياري) ٠

٢- أن لايكون للشخص أكثر من موطن لأن الموطن لايتعدد لأن تعدده يتنافى مع الفكرة القانونية في ضرورة أن يكون لكل شخص موطنا الا وهي تحديد النظام القانوني الذي يخصع له الشخص ٠

٣- أن القانون الانكليزي هو الذي يحكم الموطن ولامجال لتطبيق القانون الاجنبي بينما قانون القاضي هو الذي يحكم الموطن في ضوء احكام القانون الامريكي(٢١)

وتتجه بعض الانظمة السائدة في دول القارة الاوربية الى تصوير الموطن تصوير حكميا أو أفتراضيا ومن هذه الأنظمة (النظام الفرنسي)) الذي يعرف موطن الشخص بأنه ((هو المحل الذي يوجد فيه مركزه الرئيسي)) ، وكذلك النظام الايطالي الذي عرف الموطن (يكون موطن الشخص هو المكان الذي أتخذ فيه المركز الرئيسي لأشغاله ومصالحه) وقد حاكى هذا التقنين تقنينات أخرى كالتقنين المدني البلجيكي والهوالندي (٢٢)

أما الاتجاه الثاني فيقوم على تصوير الموطن تصويرا واقعيا يقوم على أساس فكرة واقعية تستندج الى أن موطن الشخص لابد وأن يكون مكانا يقيم فيه الفرد عادة ، فتحقق العنصر المادي يكفي لوحده لاعتبار المكان الذي يقيم فيه موطناله دون حاجة للبحث عن العنصر المعنوي وهو نيه الاستقرار والبقاء٠

وهذا الاتجاه سائد في التشريعات الجرمانية والتشريع الالماني والسويسري والذي يعرف الموطن (هو المكان الذي يقيم فيه الشخص بنية الاستقرار)٠(٢٣)

وكذلك الحال في معظم التشريعات العربية ومنها القانون السعودي والقانون اللبناني والقانون العراقي والذي يعرف الموطن (هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة أو مؤقته ويجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد) ٠ (٢٤)

والقانون المصري الذي يعرف الموطن (هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة)(٢٥)

ويترتب على التصوير الواقعي للموطن نتائج عدة :

١- أمكان تعدد الموطن أي أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد اذا أتخذ هذا الشخص لنفسه مقرا في مكانين أو أكثر يعد كل منهما موطنا لهذا الشخص مادامت النية تستخلص من مجرد مظهر الاقامة وهو قابل للتعدد٠

٢- أمكان بقاء الشخص من غير موطن له وذلك في الحالة التي لاتتوافر له الاقامة في مكان معين ، مثال ذلك عديمي الجنسية الذي لاتقبلهم أي دولة وترفض أقامتهم في اقليمها ٠(٢٦)

المبحث الثالث

المفاضلة بين ضوابط الاسناد ((الجنسية والموطن))

للموطن دور هام أذ يشترك مع الجنسية في توزيع الافراد دوليا ، ويمتد الى معالجة مشاكل تنازع القوانين وللموطن دور يختلف أرتفاعا وانخفاضا حسب مناهضة فكرة الجنسية له وغلبه أيهما على الأخر ، الأمر الذي يختلف في البلاد اللاتينية عنه في البلاد الأنجلو أمريكية ٠

لذا فقد أختلفت مواقف التشريعات في مدى الأخذ بقانون الجنسية أو بقانون الموطن عند تنازع القوانين وأن تبني الدول لاحد هذين المبداء ين يتوقف على الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية لكل دولة وبخاصة ما اذا كانت دولة مصدرة أو مستوردة للسكان ٠

وسوف نتقسم هذا المبحث الى مطلبين أثنين يتناول الاول ، قواعد التنازع الخاضعة للجنسية ، أما المطلب الثاني فأنه يتناول قواعد التنازع الخاضعة للموطن ٠

المطلب الأول : قواعد الأسناد الخاضعة للجنسية

يتباين موقف التشريعات من تنظيم قواعد التنازع ، فهناك الكثير من التشريعات قننت بعض قواعد التنازع بصورة وضعية جاهزة يرجع اليها القاضي الوطني وأن كان من الطبيعي ان تتباين هذه القواعد من دولة لأخرى ٠ في بعض الحالات غير أن ذلك لاينفي أن ثمة بعض قواعد التنازع لها صفة العمومية والعالمية عند غالبية التشريعات ٠ خاصة تلك القواعد الخاضعة لضابط الجنسية ولعل أبرز تلك القواعد هي :-

١- الحالة المدنية ((الأسم /السن / اللقب / الأهلية)) فتخضع لقانون الجنسية كما في القانون العراقي والمصري ومعظم التشريعات العربية ، وكذلك تأخذ به سويسرا وفرنسا وايطاليا والمانيا ٠

٢- الشروط الموضوعية في عقد الزواج ، فتطبق قانون جنسية الزوجين وعند اختلاف جنسية الزوجين تعمل بعض التشريعات على تطبيق قانون جنسية كل من الزوجين تطبيقا جامعا (أي استيفاء شروط القانونين معا في كل واحد منهما)) وهو ما أخذ به القانون الاسباني ، والقانون السويدي ، بينما ترى تشريعات أخرى تطبيق قانون جنسية الزوجين تطبيقا موزعا ((أي يكفي لأنعقاد الزواج صحيحا أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الاخذ بنظر الاعتبار مايقرره قانون الزوج الاخر ٠(٢٧)

٣- أثار الزواج (المتعلقة بالشؤون الشخصية للزوجين كواجب الاخلاص والمطاوعة ، والمتعلقة بالشؤون المالية (المهر- النفقة) فينطبق عليها قانون جنسية

الزوج وهو ما تبنته معظم التشريعات العربية (القانون العراقي والاردني والمصري والليبي)، بينما أخذت تشريعات اخرى بقانون الجنسية المشتركة للزوجين كما في القانون اليوناني))٠

٤- النسب : تخضع بعض التشريعات النسب لقانون جنسية الأب ومنها التشريعات العربية (٢٨)٠

بينما تخضع بعض التشريعات ثبوت البنوة الشرعية لقانون جنسية الأم واذا كانت الأم مجهولة فيطبق قانون جنسية الطفل ٠

٥- الولاية والحضانة والوصاية والقوامة التي غايتها حماية المحجورين والغائبين فأنها تخضع لقانون الشخص الذي يجب حمايته وهو ماأخذت به معظم التشريعات العربية ٠(٢٩)

٦- الميراث والوصية : فأنهما يخضعان لقانون جنسية المتوفي وهو ما أخذت به معظم التشريعات العربية ، في حين نجد أن تشريعات أخرى تميز بين نوع اموال التركة فأن كانت منقولا تخضع لقانون أخر مقام للمتوفي أما اذا كان عقارا فيحكمه قانون موقع العقار ، وهو ما أخذ به القانون الفرنسي ٠(٣٠)

ومما تقدم يتضح أن التشريعات التي تكرس قانون جنسية الفرد هي تشريعات ذات صبغه دينية تميل الى تطبيق قوانينها على رعاياها أينما كانوا وحيثما ذهبوا ولهم بذلك مبررات :

١-أن القوانين التي تضعها كل دولة من الدول أنما تأتي انعكاسا للقيم السائدة فيما يكون من الطبيعي أن تتبعهم هذه القوانين أينما كانوا٠

٢- أن تطبيق قانون الجنسية يكون أكثر ثباتا ودواما من قانون الموطن الذي يتسم بسهولة تغييره ، أضافة الى ذلك أن تحديد جنسية الشخص يكون أكثر بيسير من الموطن وذلك نظرا لصعوبة التثبت من العنصر المعنوي الممثل في نية الاستقرار أو الاقامة باعتباره لازما لوجود الموطن (٣١)

ويرى الباحث أن تطبيق قانون الجنسية على الاحوال الشخصية أمر له مايبرره اذ أن سهولة تغيير الموطن وصعوبة تحديده يرتبان نتيجة خطيرة هي عدم ثبات القانون الذي يحكم الاحوال الشخصية للفرد وصعوبة التعرف عليه لذلك يفضل أعطاء الاختصاص لقانون الجنسية وبه يتحقق الاستقرار في العلاقات العائلية ٠

المطلب الثاني : قواعد الاسناد الخاضعة للموطن

تبدو أهمية الموطن ودوره في تنازع القوانين حيث يبرز الموطن كظرف من ظروف الأسناد تعتد به بعض التشريعات في تعيين القانون المختص بمواد الاحوال الشخصية وهذا هو مذهب التشريعات الانجلو امريكية وغيرها ، كما يعتد بالموطن في الحقوق العينية والملكية والمعاملات المالية ٠

وأن كان من الطبيعي ان تتباين هذه القواعد من دولة لأخرى في بعض الاحيان ٠ غير أن ذلك لاينفي ثمة بعض قواعد التنازع الخاصة بالموطن لعل صفة العمومية عند غالبية التشريعات ٠

ولعل ابرز تلك القواعد الخاضعة للموطن هي :-

١- الأمـــــــوال : فأذا كانت هذه الاموال ذات طبيعة عقارية فأنها تخضع لقانون موقعها وهو ما اخذ به القانون الفرنسي والقوانين العربية كالقانون العراقي والاردني والكويتي والاماراتي ٠ فيسري قانون الموقع بكل التصرفات الواقعة على العقار سواء كانت تتعلق بالحيازة أو الملكية او الحقوق العينية الاخرى٠

أما اذا كانت هذه الاموال منقولة فينطبق عليها قانون الموقع ايضاً ولكن وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية او الحقوق العينية الاخرى ، وذلك لأن المنقول يتسم بأمكانية نقله بعكس العقار (٣٢)

٢- الالتزامات التعاقدية : وهي الالتزامات التي يكون مصدرها العقد فأذا لم يحدد اطرافه صراحة أو ضمناً القانون الواجب التطبيق على العقد يطبق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين وهو ما اخذ به القانون المصري ومعظم التشريعات العربية وكذلك القانون الفرنسي (٣٢)

٣-الالتزامات غير التعاقدية : وهي الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار (المسؤولية التقصرية) أو الفعل المادي النافع (الاثراء بلا سبب) ، حيث يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشيء للا لتزام ، وهو مسلك القانون الفرنسي والقانون المصري والعراقي والاردني (٣٤)

٤- أنتقال الدين : ويحكمه قانون موطن المدين ، وهو ما أخذ به القانون الكويتي (٣٥)ومعظم التشريعات العربية كالقانون المصري والاردني والاماراتي والعراقي (٣٦)

٥-الحيازة والملكية والحقوق العينية : تخضع لقانون موقعها المال الذي ترد عليه هذه الحقوق ويعتبر ذلك من المبادىء السائدة في القانون الدولي الخاص وتأخذ به معظم تشريعات العالم (٣٧)٠

ومما تقدم يتضح أن التشريعات التي تكرس قانون الموطن تبرر ذلك لماتراه من أهمية لمكان أقامة الشخص أو موطنه أو تواجد موقع الاموال ، ففي تطبيق الموطن فائدة بالنسبة للمهاجر الذي يكون من السهل عليه بحكم معيشته في الدول الاجنبية أن يتعرف على القانون المحلي لهذه الدولة ، كما أن الغير الذي يتعامل مع المهاجر في دولة أجنبية يجد طمأنينة في أن يتعامل مع شخص يخضع لقانون محل أقامته بدلا من أن يتعامل معه وهو يخضع لقانون جنسيته الذي يحتاج منه بحثا للتعرف على أحكامه وقواعده (٣٨).

الخلاصـــــــــــــــــــــــة

لقد توصلنا خلال بحثنا لموضوع المفاضلة بين ضوابط الاسناد (الجنسية والموطن) ودورهما في قواعد الاسناد الى النتائج التالية :-

١- توزيع الافراد دوليا يتم أما عن طريق أرتباط الفرد بدولته (الجنسية) أو بأرتباط الفرد بأقليم دولة (الموطن) وكلاهما يعد ضابط أسناد تشير اليه قواعد

الاسناد وعليها تقوم حلول مشكلة تنازع القوانين ، غير أن التنازع لايعني التناضل بين القوانين بل يعني التفاضل ، أي المفاضلة بين القوانين وأختيار الأنسب بينهما سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن من خلال أختيار القانون الأكثر ارتباطا بالعنصر الاساسي في العلاقة المطروحة للنزاع ٠

٢- لقانون الجنسية وقانون الموطن أهمية بالغة ولا يقل احدهما عن الأخر من حيث الاهمية وبالتالي يجب الجمع بين القانونين والاخذ بأيهما اكثر أتصالا بالمسألة فأن كانت المسألة تتعلق بالاحوال الشخصية يفضل تطبيق قانون الجنسية وان كانت المسألة تتعلق بالاموال يطبق قانون موقع المال والمسائل الخاصة بالتصرفات المالية تخضع لقانون الارادة ومسائل الشكلية تخضع لقانون بلد الموطن وهكذا ٠

٣- تباينت مواقف التشريعات بين الاخذ بقانون الجنسية أو بقانون الموطن ولكل منهما وجه نظره الخاصة ، فالتشريعات التي تعتمد على قانون الجنسية ترى أن تطبيق قانون الجنسية يتسم بالثبات والدوام في الاغلب مقارنه بالموطن مما يقلل من حالات الغش نحو القانون كما أن قانون الجنسية يأتي أنعكاسا للقيم السائدة في الدولة التي ينتمي اليها الشخص بجنسيته ٠

وبالتالي فقانون الجنسية هو الأنسب للتطبيق ، بينما نجد أن التشريعات التي تفضل قانون الموطن ترى في تطبيق قانون الموطن على الشخص المستقر في دوله معينة يجعل ارتباطه بها أشد وأقوى من ارتباطه بالدوله التي يحمل جنسيتها فكان من الطبيعي أن يكون قانون المقام هو القانون الاكثر ملائمة في التطبيق ٠

هوامش البحث :

(١) د٠حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ٠ الاردن ، ١٩٧٧،ص٤٩ ٠

(٢)د٠عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٤ ص١٥.

(٣) د٠ محمد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع ٠ الاردن ،٢٠٠٢، ص٥٧ ٠

(٤) د٠ شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الاجانب ، ط٢، منشاءة المعارف ، مصر ١٩٦٠،ص٣٢ ٠

(٥)د٠ غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، مطابع جامعة الموصل (حقوق الطبع محفوظة لوزارة العليم العالي والبحث العلمي) ١٩٨٢ ،ص١٢ ٠

(٦) د٠ جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، ط١، المطبعة العالمية ، ١٩٥٨ ص١٣ ٠

(٧)د٠ شمس الدين الوكيل ، مرجع سابق ، ص ٣٦ ٠

(٨) د٠ حسن الهداوي ، الجنسية ومركز الاجانب ، مطبعة الارشاد – بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ١٥ ٠

(٩) د ٠ عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية ومركز الاجانب في تشريعات الدول العربية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٧ ، ص ٢١ ٠

(١٠) د٠ صالح عبد الزهرة حسون ، حقوق الاجانب في القانون العراقي ، ط١ ، دار الأفاق الجديدة ، ١٩٨٢، ص ٨ ٠

(١١) د٠ غالب الداودي / مرجع سابق ، ص ١٣ ٠

(١٢) د٠ غالب الداودي ، د٠ حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ، ساعدت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي على طبعه ، ١٩٨٠ ، ص ١٥٥ ٠

(١٣)د٠ عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية ومركز الاجانب ، مرجع سابق ، ص٤٩٦ ٠

(١٤) د٠ عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية ومركز الاجانب ، مرجع سابق ، ص ٤٧١

(١٥) د٠ غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص١٠٨ ٠
(١٦) د٠ عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية ومركز الاجانب ، مرجع سابق ، ص٥١٨
(١٧) د٠ احمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٦، ص٢٧٨ ٠
(١٨) د٠ جابر ابراهيم الراوي ، مبادىء القانون الدولي الخاص ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص٢٧ ٠
(١٩) د٠ هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ط١ ، الدار الجامعية –بيروت ، ١٩٨١ ص٧٩ ٠
(٢٠) د٠ عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ، ط٦ ، مطبعة جامعة عين الشمس ، ١٩٦٢ ، ص ٤١٧ ٠
(٢١) د٠ هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص ١٠٤ ٠
(٢٢) د٠ هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص ٤١٧ ٠
(٢٣) د٠ جابر ابراهيم الراوي ، مرجع سابق ، ص ٣٤ ٠
(٢٤) د٠ غالب الداودي ، د٠ حسن الهداوي ، مرجع سابق ، ص ١٨٠ ٠
(٢٥) د٠ عز الدين عبد الله ، مرجع سابق ، ص٤٢٥ ٠
(٢٦) د٠ جابر ابراهيم الراوي ، مرجع سابق ، ص٣٣ ٠
(٢٧) د٠ حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص١٠٥ ٠
(٢٨) د٠ محمد وليد المصري ، مرجع سابق ، ص١٤٩ ٠
(٢٩) د٠ عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص٦٤٢ ٠
(٣٠) د٠ سعيد يوسف البستاني ، القانون الدولي الخاص ، ط١ ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص٧٥ ٠
(٣١) د٠ عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص٦٥٤ ٠
(٣٢) د٠ محمد وليد المصري ، مرجع سابق ، ص ١٧٥ ٠
(٣٣) د٠ هشام علي صادق ، مرجع سابق ، ص ٨٤ ٠
(٣٤) د٠ حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، مرجع سابق ، ص١٦١ ٠
(٣٥) د٠ ماجد الحلواني ، القانون الدولي الخاص ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٤ ، ص ٤٥٦ ٠
(٣٦) د٠ عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص ٦٤٥ ٠
(٣٧) د٠ محمد وليد المصري ، مرجع سابق ، ص ١٧٥ ٠
(٣٨) د٠ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين ، مرجع سابق ، ص٦٥٥ ٠

قائمة المصادر والمراجع

١-د٠ أحمد مسلم ، القانون الدولي الخاص ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ١٩٥٦ ٠
٢-د٠ جابر ابراهيم الراوي ، مبادىء القانون الدولي الخاص ، مطبعة المعارف ، بغداد ،ط٢، ١٩٧٦ ٠
٣-د٠ جابر جاد عبد الرحمن ، القانون الدولي الخاص العربي ، المطبعة العالمية ، ١٩٥٨ ٠
٤-د٠ حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ،(تنازع القوانين في القانون الاردني)، دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن١٩٩٧ ٠
٥-د٠حسن الهداوي ، الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي مطبعة الارشاد –بغداد - ١٩٧٢ ٠
٦-د٠ سعيد يوسف لبستاني ، القانون الدولي الخاص ،ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،٢٠٠٤ ٠
٧-د٠ شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الاجانب ،ط٢، منشأة المعارف ، مصر ١٩٦٠ ٠
٨-د٠ صالح عبد الزهرة الحسون ،حقوق الاجانب في القانون العراقي ، ط١، دار الافاق الجديدة ،١٩٨١ ٠
٩-د٠ عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، ج١،ط٦،مطبعة جامعة عين الشمس ،١٩٦٢ ٠
١٠- د٠ عكاشة محمد عبد العال ، الجنسية ومركز الاجانب في تشريعات الدول العربية ، الدار الجامعية – بيروت ،١٩٨٧ ٠
١١- د٠ عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٤ ٠
١٢- د٠ غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر – جامعة الموصل ، ١٩٨٢ ٠
١٣- د٠ غالب علي الداودي ، د٠ حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ، ساعدت وزارة التعليم

العالي والبحث العلمي على طبعه ، ١٩٨٠ .
١٤- د. محمد وليد المصري ، الوجبز في شرح القانون الدولي الخاص ، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الاردن٢٠٠٢ .
١٥- د. ماجد العلواني ، القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٧٤ .
١٦- د. هشام علي صادق ، دراسات في القانون الدولي الخاص ، ط١، الدار الجامعية – بيروت ، ١٩٨١ .