

مجلة الملاحق القضائي

العدد 16

أبريل 1986

- المحاماة وفضائلها
- تعقيب على رد : اتجاهات في العمل القضائي الاستعجالي للرئيس الاول
- جنسية الشركة في القانون المغربي
- القضاء الشعبي : تدخل وفد الامارات العربية المتحدة
- حقوق الطفل في القانون المغربي (تتمة)
- اكتساب الاجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية
- قانون بفرض الضريبة على القيمة المضافة

المحاضرة وفضائلها

للاستاذ أحمد مجيد بنجلون
الوكيل العام للملك لدى المجلس الأعلى سابقا (1)

الحمد لله رب العالمين

والصلاة والسلام على خير المرسلين وأشرف المخلوقين.

والنصر والتمكين لمولانا أمير المؤمنين حامي الملة والدين والساھر اليقظ على حقوق وحرّيات المواطنين ، والمدافع الامين على حوزة الوطن في حدوده الحقّة ومحرر الصحراء الابية وضامن انطلاقاتنا الميمونة.

أيها السادة :

لا أدري هل الموضوع يستحق أو يتطلب التحليل والدراسة والتفسير ، ولا أدري هل هناك مشكل لا بالنسبة للمحامي أثناء مزاولته لمهمته فحسب ، ولكن كذلك بالنسبة لعلاقاته مع زبنائه أو مع القاضي نفسه .

ولا أدري هل المادة تحتوي من المشاكل أو التعقيد على ما يستحق البحث والتنقيب ويفرض الاجتهاد وامتحان المواقف .

الا أنني أعلم جيدا أنه يخيم على العلاقات بين القضاء والمتقاضين والمحامين جو خاص تطبعه الحيرة ، ويهيمن عليه الاشتمزاز ، ويعطي لمن لهم علاقة والمام بميدان القضاء نظرة غير مرضية ، على هذا النشاط الحيوي من حياتنا الاجتماعية .

وقد يمكن أن يقال ان السر في ذلك يرجع الى السرعة في الاحكام التي

(1) المحاضرة التي القاها فضيلته بالمعهد الوطني للدراسات القضائية ، في اطار ضيوف المعهد .

تصدرها الهيئات الحاكمة تلك السرعة التي يفرضها الضغط المستمر على المحاكم من جراء تكاثر القضايا وتعداد النوازل .

وقد يمكن ان يقال كذلك ان الامر يرجع الى التجربة التي يتوفر عليها بعض قضاتنا الشبان .

وقد يمكن أن يؤكد الخ .

وكل هذه الملاحظات تجد لحقيقتها مبررات ولوجودها أمثلة وحالات ، ولوجاهتها اصنافا من الاسباب وألوانا من العلل والادلة والذرائع .

الا أنه من الملاحظ ان كل هذه العيوب يمكن أن توجد لها حلول ، وأنها أصبحت في الواقع أقل وطأة مما كانت عليه ، وأنها كيفما كان الحال ، لا تؤثر الا بقدر ما تضعف يقظة المسؤولين ، وينقص حذر المراقبين .

كما أنه من الملاحظ ان هذه العلل ، رغم تأثيرها ، لا يمكنها ان تفسر جميع ما يشكو منه المتقاضون وما يواخذ به القاضي وما ينعت به الاطار القضائي بصفة عامة .

ذلك ما أدى بي الى استفسار الاوضاع ، وامتحان الاحداث اليومية ومحاولة استئصال الحقيقة على ضوء ما يلاحظ ، واستنادا الى ما يعطي ويؤخذ وجنوحا الى ما هو قيمي بأن يعين على الفهم والادراك ، واستنتاج السبب المعقول والمعنى الحقيقي للأحداث والمدلول .

لقد تصفحت عددا لا يستهان به من الشكايات ، واطلعت على كثير من النوازل والحالات ، واستنطقت الملفات ، واستمعت الى من اشتكى واستغاث، فتيقنت في آخر المطاف ان أحد الاسباب لهذه الحالة ، وليس أقلها أهمية، هو ما توجد عليه العلاقات بين بعض المحامين وزبنائهم من ترددي وعدم التفاهم ، والروابط بين المدافع والقاضي من عدم الانسجام والتلاحم .

وإذا كان الكل يعلم ولو بصفة سطحية من هو القاضي ، وما هي واجباته، وما هي المحاكم وصعوبة تسييرها ، وما هو القضاء وشرف مزاولته، فقد يظهر

من المفيد القاء نظرة ولو عابرة على المحامي ومهنته والمحاماة وفضائلها ، والدفاع في مقوماته ، والترافع أمام القضاء ، من زاوية خاصة هي زاوية ذلك المساعد الثمين للقاضي الذي ينعته القانون بلقب المحامي .

لقد اعترفت الدول المتحضرة منذ قرون بجدوى مبدأ حرية الدفاع ، واعتبرته أفيد مقوم للتوازن الذي يجب أن يعم كل مجتمع يثوق الى الاستمرار والاستقرار .

كما فرض المفهوم الصحيح للعدالة وللتقاضي حقيقتين لا مناص منهما وهما :

1) أنه لا يمكن للمحامي ، بالمدلول الصحيح للكلمة ، أن يمارس مهمته السامية الا أمام محكمة قادرة على أن تحكم أي ان تتداول بكل اتزان وموضوعية ، أن تقوم بتنفيذ أحكامها بكيفية مرضية.

2) وأنه يجب أن يتوفر المحامي على كل الامكانيات اللازمة لعرضه أمام القضاء كل ما يؤمن بأنه مفيد للدفاع عن الشخص الذي يمثله .

وقد عرفت هيئات المحامين عبر تاريخها الحافل كيف تحقق في كل وقت وحين ، الوسائل الضرورية التي تمكنها من بسط آرائها بكل حرية ، ومزاولة دفاعها بكل شغف ، وممارسته دون خوف ولا وجل ولا تملق ولا خجل .

وقد عرفت تلك الحقبة النيرة من تاريخ المحاماة رجالا أكفاء أعطوا لمهنة المحامي مدلولها الحقيقي، وعبروا عن آرائهم بكل شجاعة واقدام . وهكذا سجل التاريخ بمداد الفخر بعض المواقف التي تعتبر تعبيراً صادقا عن اعتزاز المحامين بمأموريتهم ، وتشبثهم بمبدأ حرية التعبير الذي يكون مما لاشك فيه أهم ذخيرة يكتنزها المدافع .

ومن ذلك تلك الجملة التاريخية التي فاه بها المحامي بييري لدى احدى المحاكم وهو يدافع على الجنرال كمبرون : «ليس من الكرامة أن يلتقط مسؤول في ساحة الوغى المجروحين لينقلهم الى المشنقة عن طريق المحاكم» .

ومن ذلك كذلك تلك الجملة الخالدة التي وجهها المحامي «دوسي دو نزارد» الى أحد المحامين العاملين قائله: «انني أومن بأنه يمكن الذهاب من مقعدي الى مقعدك دون أن يكون ذلك صعبا ، ومن مقعدك الى مقعدي دون أن يكون ذلك نزولا» .

ومن ذلك أخيرا تلك الصيحة التي وجهها النقيب سونو الى إحدى المحاكم مؤكدا «اخلعوا عذا بذلتنا والبسونا بذلة المستخدمين ولكنني أخشى ألا تجدوا بذلة تصلح لقامتنا» .

وهذا ما يدل على أن هيئة المحامين توفرت عبر تاريخها على أوفر قسط من الحرية ، وقد يرجع السبب في ذلك الى أمرين اثنين :

فأولهما هو أن المحامين الذين ينتمون في معظمهم عادة الى طبقة البورجوازية فضلوا اللجوء الى الجراءة عوض الحذر والى الشجاعة والاقدام استنادا الى ميولهم الخلقية وتكوينهم القانوني .

وثانيهما هو أنه كان من الممكن أن تؤدي هذه الجراءة الى أن يجعل منهم مجرد شهداء لولا أن القضاء جعل من بين أهدافه المقدسة المحافظة على حريتهم . وهكذا لوحظ أن أصعب رؤساء المحاكم وأكثرهم تشبها بالمباديء القانونية وحرصا على تطبيقها لم يلجأوا الا في حالات نادرة الى النصوص القانونية التي تمنحهم حق معاقبة المحامي عند خروجه عن ميدان اللياقة ، وتطبيقها بصرامة .

وقد نتج عن هذا التيار تقاليد راسخة فرضت حرية المحامي في تدخلاته أمام القضاء .

وهذا بالفعل ما عرفه تطور المحاماة بالمغرب حيث خصص المشرع المغربي منذ الاستقلال لهذه المهنة ما لا يقل على ثلاثة نصوص قانونية أدخل بعضها على البعض تعديلات مفيدة : وهي ظهير 18 مايو 1959 والمرسوم الملكي الصادر يوم 19 دجنبر 1968 وظهير 8 نونبر 1979 .

وقد عرف المغرب كما عرف غيره من أقطار العالم الاسلامي ما يسمى الآن

مهنة المحاماة تحت اسم «الوكالة على الخصام» . وعرف الفقهاء الوكالة العامة بأنها انابة شخص غيره في حق له يتصرف فيه كتصرفه بدون أن يقيد الانابة بما بعد الموت أو هي النيابة فيما يتعين فيه المباشرة .

والوكالة جائزة باجماع المسلمين لانها مبنية على التعاون والتعاقد ، فلم ينقل عن أحد القول بمنعها . وقد استدل على جوازها بقوله تعالى : «فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة فلينظر ايها أركى طعاما فلياتكم برزق منه .»

وفي التوكيل في الخصومة ، قال الامام أصبغ : يقبل الحاكم الوكالة ولا يردّها ، وان لم يجعل له فيها الاقرار والانكار وانما جعل له المدافعة .

وقد اشترط العلماء في التوكيل في الخصومة أن لا يكون معروفا باللدن لقوله صلى الله عليه وسلم : أبغض الرجال الى الله الآلد الخصم .

وقال الونشريسي : من ثبت لده في الخصام وتصديه للجور والدعاوي الباطلة والتحايل على أكل أموال الناس بالباطل يجب منعه من التوكيل والضرب على يده ، ولا يترك لما أراد لما في تركه من وجود الفساد . وما زال القضاة والحكام يفعلون ذلك لمن هذه شينته وهو الصواب الذي لاشك فيه ولا ارتياب .

وقال ابن لبابة : والذي ذهب اليه الناس في الحديث والقديم قبول وكلاء الخصومة الامن ظهر منه تشعيب ولدد . لذلك يجب على القاضي ابعاده وأن لا يقبل منه توكيلا على أحد .

وقال في العمل المطلق :

وفي القديم والحديث عملا
من ظهر التشعيب منه واللدن
على قبول الوكلاء ماحلا
لم يقبلوا توكيله على أحد

وليس لصيغة التوكيل لفظ محظوظ بل تصح بكل ما يدل عليها كقوله «وكلتك أو أنت وكيل عني أو تصرف عني وكما تصح باللفظ تصح بالاشارة من الاخرس أو الممنوع من الكلام لسبب من الاسباب . اما من جهة التوكيل

فانه يشترط أن يقتصر بالصيغة ما يدل على قبوله للتوكيل وعلمه بما وكل عليه نصا أو عرفا ، أو لقرينة حالية أو داخلا تحت عموم .

والوكيل مرتبط بصيغة التوكيل. فهو مقيد اذا كانت مقيدة بشيء ومفوض اذا كانت مفوضة ومطلقة . فقد نص الشيخ التاودي في شرح الزقائنية على أنه اذا وكل الموكل وكيله على الخصومة عند قاض معين فليس له أن يخاصم عند غيره الا اذا كان مفوضا فانه يخاصم من شاء عند من شاء متى شاء .

ثم ان التوكيل في الخصومة هل يتجدد أم يبقى مستمرا انطلاقا من العقد الاول ؟ ان هذه المسألة نص عليها العلامة المكناسي في مجالسه فقال الذي استمر عليه عمل القضاة ان توكيل الخصومة يحتاج الى تجديد اذا جاوز ستة أشهر ، ولم يتصل الخصام . اما اذا كان خصامه متصلا ينسخه طول زمان .

وفي العمل المطلق : جددوا وكالة الخصام ، ان سكت الوكيل نصف عام ، بخلاف وكالة المفوضة فانها لا تحتاج الى تجديد .

والوكيل جائز مطلقا لمن شاء سواء كان طالبا أو مطلوبا ، وفي الوكالة بالخصومة لا يصح للموكل أن يعزل وكيله ولا يصح للوكيل أن يعزل نفسه . بعد أن يحضر مع الخصم ثلاث جلسات . ولا فرق في الحالة هذه بين أن يكون التوكيل في مقابل عرض وجه الاجازة أو لا يكون .

لقد أصبح من المؤكد أن المحامي يتوفر على ميدان للعمل فسيح يصل فيه ويجول ، ويتكلم بدون قيد ، ويتهم دون تردد ، ويستعمل كل امكاناته لاكتشاف الوسيلة الصالحة لخلاص منوبه أو تبرئة ذمته ، وكأنه الموسيقي الماهر الذي يسحر آفته وعبقريته للاهتداء الى النغمة التي تؤثر على أذان القضاء ورجاله .

الا أن حريته ليست مطلقة ، ومبادراته ليست منعدمة الحدود .

بل أن هنال نصوصا قانونية تنسق ميدان مجهوده وتحذره من كل مبالغة عقيمة ومجابهة رخيصة وعناد سلبي .

وهذا أمر طبيعي بالنسبة لبلد قرر بصفة نهائية أن يجعل من المبادئ الديمقراطية أسس لنظامه لبدأ المساواة مدلوله الحقيقي كما أنه يمنح لمبدأ الحرية مفهومه الايجابي الذي يقول بأن حرية الفرد تجد حدودها عند حرية غيره .

وإذا كان المحامي في حاجة الى أفسح مجال قصد العرض والكلام ومحاولة الاقتناع ، فان هذا ليس معناه أنه يمكنه أن يمارس هذا الحق على حساب حقوق غيره .

وفي هذا الاطار حدد المشرع حق المحامي في تناول الكلام لدى المحاكم . وأول نص تشريعي صدر في هذا الميدان بالمغرب هو الفصل 57 من ظهير 15 نونبر 1958 المكون لقانون الصحافة ذلك الفصل الذي يؤكد : «لاتقام اية دعوى للفضف أو الشتم والسب ، ولا على نشر بيان صحيح صادر عن حسن نية حول المرافعات القضائية ، ولا عن الخطب الملقاة أو المكتوبات المدلى بها لدى المحاكم . غير أن القضاة المحالة عليهم القضية ، والمحولة اليهم البت في جوهرها يمكنهم أن يأمرؤا بحذف الخطب المتناولة للشتم والسب أو الفضف ، وأن يحكموا على من يجب عليه الحكم بأداء تعويضات . ويمكن أيضا للقضاة أن يصدرؤا في نفس الحالات أوامر للمحامين أو أن يوقفؤهم عن وظائفهم ان ادعا الامر الى ذلك .

ولا يجوز أن تتعدى مدة هذا التوقيف شهرا أو ثلاثة أشهر فيما اذا تكررت المخالفات خلال السنة . غير أن ما تضمنه الفضف وكان خارجا عن صميم القضية يمكن أن يفتح مجالا اما لاقامة دعوى عمومية واما لاقامة دعوى مدنية أو ما يدلي لديها من مقالات أو ملاحظات مكتوبة .

لكن لهذه الحرية حدود ولها شروط تطبيق تتعلق بها أو بالمحاكم التي يمكن مزاولتها لديها .

أ - حدود عدم المسؤولية .

ينص الفصل 57 المذكور أعلاه على أنه لا يمكن متابعة من فاه بتصريح لدى محكمة أو أدلى بمكتوب من أجل الفضف أو السب أو المس بالكرامة .

فيستنتج من هذا أنه يمكن أن يتابع المعني بالأمر من أجل أعمال اتصفت بوصف قانوني آخر ، ولقد سبق لمحكمة النقض والابرام الفرنسية أن حكمت بتاريخ 16 يبراير 1839 على أنه يمكن متابعة من أدلى بمكتوب يحتوي على وشاية كاذبة .

ثم أنه اذا لم يمكن متابعة المخالف للقاعدة جنائيا يبقى للمحكمة الحق في اتخاذ الاجراءات التأديبية التي ينص عليها الفصل 57 .

وزيادة على هذا فإنه يمكن لاطراف الدعوى متابعة التذف اذا احتفظت المحكمة لهم بحقهم في ذلك .

وأخيرا فإنه يمكن للمتضرر تقديم شكاية أو مطالبة بتعويض مدني اذا كان الامر يتعلق بما هو خارج عن موضوع الدعوى .

ولو لم تحتفظ المحكمة للمتضرر بحقه في ذلك .

ب - شروط تطبيق هذه القاعدة .

ويظهر من المفيد أن نحدد من هم الاشخاص الذين يمكنهم أن يتمتعوا بقاعدة عدم المسؤولية وما هي التصريحات والمكتوبات التي تنطبق عليها هذه القاعدة ؟ وما هو حد تقرير المحكمة ؟

1) الاشخاص المتمتعون بهذا الحق .

لا يشير الفصل 57 الى أحد معين بل يكتفي بالاشارة الى من يهمهم الامر .

فيستخلص من هذا طبقا لما جاء في اجتهاد المحاكم ان عدم المسؤولية ينتفع به الخصوم في الدعوى كيفما كانت حيثياتهم .

وكذا من يدافع عنهم من محامين ونواب في الحالات الخاصة التي يحددها القانون .

فلا يتمتع بها من هو أجنبي عن الدعوى .



ولا يمكن أن يقال بأن القضاة وخصوصا قضاة النيابة العامة يتمتعون بهذه القاعدة ، فهؤلاء لهم طبعاً نفس الحصانة ولكنها تجد مبررها في سبب يهيم طبيعياً مهنتهم ، والمهمة الخاصة التي يخولها القانون لهم ، فلقد صرحت محكمة النقض والابرام بتاريخ 2 يبرابر 1900 على أنه لقضاة النيابة تحت مراقبة السلطات التي يخولها القانون ذلك أن يقولوا أو يكتبوا كل ما يعتقدون أنه واجب لادائهم للمهمة المنوطة بهم ، وذلك استناداً على ضميرهم .

ويظهر أنه يجب اعتبار نفس المبدأ بالنسبة للتقارير أو المحاضر المكتوبة التي يقوم بانجازها عموم القضاة أو ضباط الشرطة القضائية أثناء قيامهم بمهامهم .

وقد سبق للغرفة الجنائية بمحكمة النقض والابرام الفرنسية أن قررت بأن الشهود لا يمتنعون بقاعدة عدم المسؤولية التي يتمتع بها الخصوم، وذلك بقرار مؤرخ في ثالث عشر دجنبر 1883 ، الا أن اجتهاد نفس المحكمة أدى بعد ذلك الى التصريح بأن الشهود يمتنعون بحصانة لا تجد مبررها في نفس المبدأ وانما تستند على طبيعياً ماموريتهم وعلى الحصانة التي يخولها القانون للدلاء بشهادتهم ، ويطبق نفس المبدأ على الخبراء والموظفين والمكلفين باجراءات التفليس .

(2) ما هي التصريحات والمكتوبات التي تنطبق عليها قاعدة عدم المسؤولية ؟

التصريحات :

يؤكد اجتهاد المحاكم ان المقصود من كلمة «تصريحات» هو كل ما يتفوه به لدى المحكمة ، بحيث يجب أن يعطي لهذه الكلمة معناها الاوسع ، فهي تعني المرافعات والملاحظات وكذا التعليقات أو الكلمات التي ينطق بها سواء صدرت من الخصوم أو من يدافع عنهم إذا تكلم كل منهم حسب دوره .

لكن القاعدة لا تنطبق بأي حال من الاحوال على الكلام الذي يصدر عن الاطراف أو من ينوب عنهم أثناء مرافعات غيرهم ، أو على تقديم مطلب

النيابة العامة . وفي الحقيقة فان هذه المقاطعة في الكلام التي صدر منهم ، تخضع لقواعد نظام الجلسة الذي يحدده القانون بكيفية صريحة ، ولا علاقة لها بمبدأ المسؤولية ، لكن اذا صدر هذا الايقاف لاصلاح غلط أو لبيان واقع أو نقطة لها أهمية بالنسبة للدعوى ، من الممكن أن تطبق في حق صاحبه قاعدة المسؤولية ، (هذا ما كتبه بعض فقهاء القانون ، مثل لوبوانوفان وفالين).

ثم ان القاعدة لا تهتم الا بالتصريحات لدى المحكمة ، وقبل أن يصدر حكم في النازلة ، فيستخلص من هذا ان المتابعة ممكنة اذا صدرت التصريحات خارج الجلسة أو بالجلسة أثناء مغادرة القضاة لها لمدولة مثلا ، أو بعد صدور الحكم ، ولو كانت هيئة المحكمة لازالت بالجلسة .

المكتوبات :

يقصد بها كل ما يدلي به كتابة من مقالات وملاحظات ومطبوعات يرمى من ورائها الى تعزيز المطالب الاساسية .

فاذا قدم مكتوب للمحكمة ووزعت نسخ منه فان القاعدة تطبق حتى على ما سبق توزيعه على شرط أن لا يكون ذلك مخالفا لسرية بعض المكتوبات كمحاضر الشرطة المدني .

لكن يجب أن يدلي بالمكتوب للقاضي لتعزيز موقف طرف في دعوى .

فلقد سبق للمحاكم أن قررت أنه لا يتمتع بالحصانة السابقة مكتوب لم يدفع للقضاء وانما عثر عليه صدفه أحد ممثلي النيابة العامة (قرار محكمة النقض والابرام بفرنسا بتاريخ 12 شتنبر 1929) .

كما لا يتمتع بها مقال نشرته جريدة وزعت مجانا قصد دعاية لا علاقة لها بشؤون القضاء وسعيها وراء هدف لا علاقة له بانارة العدالة .

وفي هذه الحالة أمكنت حتى متابعة المحامي الذي وزع المقال وذلك من أجل القذف (قرار محكمة النقض والابرام الفرنسية بتاريخ 29 أكتوبر 1920) .

ثم أنه لا يكفي أن يدفع المكتوب للمحكمة بل يجب أن يسلم إليها قبل صدور حكمها وبعد تقييد المقال لديها .

فلقد صدر قرار عن محكمة النقض والابرام يقضي بأنه لا يتمتع بالحصانة مكتوب نشر قبل تقييد (قرار بتاريخ 18 فبراير 1819) أو بعد صدور حكم ، ولو لم يكتس هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به وإنما لم يصدر ضده أي طلب مراجعة (قرار 25 يونيو 1931 وقرار بتاريخ 16 مارس 1974). وتطبق القاعدة حتى على مكتوب وزع على قضاة ليسوا هم المكلفين بالفصل في القضية .

3) حدود تقدير المحكمة :

سبق لعدة أحكام أن قررت في الماضي أن القاضي حر في تقدير هل أدلى لديه بمكتوب أو بتصريح ، وكان يعتقد أن تقديرهم هذا لا يخضع بتاتا لمحكمة النقض والابرام ، (قرار محكمة النقض والابرام المؤرخ في 12 شتنبر 1829) لكن اجتهاد محكمة النقض والابرام الاخير تغير بعض الشيء وصارت هذه المحكمة تعتبر أن تحديد الواقع هو يخضع لمراقبتها ، وان التقدير يجب أن يراقب من طرفها بكل حرية .

ج - ما هي المحاكم التي لديها قاعدة عدم المسؤولية :

عندما نص الفصل 57 على أن قاعدة عدم المسؤولية تهم التصريحات والمكتوبات المدلى بها لدى المحاكم فلاشك أنه قصد بكلمة «المحاكم» جميع الهيئات التي تصدر عنها أحكام كيفما كان نوعها وكيفما كانت صفتها ، فتطبق القاعدة لدى المحاكم العادية ولدى المحاكم الاستئنافية ، كما أنه يعمل بها لدى الاعضاء الذين حولتهم محكمة مهمة التحقيق أو البحث في قضية .

ولقد ترددت المحاكم في وجوب تطبيق هذه القاعدة أو عدمه لدى غرفة الاتهام وقاضي التحقيق . وقررت باديء الامر ان القاعدة لا يمكن تطبيقها لديهما معللة موقفها بكون القانون لا يفرض عليهما ذلك لانهما غير مختصين بهذا لكونهما ليسا بمحكمتي الموضوع .

لكن هذا التفسير لم يؤثر بصفة قطعية وفي الاخير اتخذت المحاكم عكس الاجتهاد ، مؤكدة أن حق الدفاع يجب أن يتمتع بأكمل حرية ممكنة اعتبارا للحقوق الطبيعية للفرد، ومجيبه عن التعليل السابق بأن القيود لا تستنتج ، وأنه يجب أن يصرح بها القانون ، وتوجد حالة أخرى لا يمكن فيها اتخاذ أي إجراء اداري ضد من قدم تصريحاً أو مكتوباً يحتوي على قذف أو سب أو مس بالكرامة وهي الحالة الآتية :

ينص الفصل 57 على ان المحكمة المكلفة بالفصل في الاصل يمكنها عند الفصل في النازلة أن تتخذ بعض الاجراءات ، فاذا أدلى في قضيته بما يحتوي على العيوب المشار اليها اعلاه ولم ينظر في أصل النازلة لتنازل المدعي مثلاً عن دعواه، لا يمكن للمحكمة أن تتخذ أي إجراء، ورغم ذلك فان من أدلى بالتصريح أو المكتوب المشبوه فيه يبقى عديم المسؤولية .

2) كيف يعاقب من تجاوز الحد في ممارسة حق الدفاع

رأينا أن كل من ادلى بتصريح أو مكتوب لدى أي محكمة غير مسؤول عما يحتوي عليه مكتوبه أو تصريحه من سب وقذف ومس بكرامة القضاة . الا أن هذا ليس معناه أنه يمكن لمن شاء أن يصرح بما شاء وأن يستهزيء بالمحكمة أو يسوده الطيش وعدم اللياقة .

ولذلك نص الفصل 57 على أنه يمكن للقضاة المكلفين بالفصل في أصل النازلة ساعة فصلهم فيها ان يأمروا بالغاء التصريحات المشبوه فيها وأن يحكموا على من يهمله الامر بتعويض مدني ، كما يمكنهم كذلك أن يقدموا ملاحظات للمحامين وأن يوقفهم لمدة معينة عن عملهم ان اقتضى الحال .

فمن الملاحظ أن الفصل 57 يسمح للقاضي بالغاء التصريحات المدلى بها لديه ، فهل معنى هذا أنه لا يمكنه أن يلغي المكتوبات ؟ يظهر أن المقصود من كلمة تصريحات في هذه النقطة كل ما أدلى به لدى القاضي كتابياً أو شفاهياً دون استثناء .

ثم أن بعض الكتاب يتساءلون هل يمكن للقاضي أن يلغي مكتوباً بمجرد



ما يحتوي على سب أو قذف ؟ يستخلص من اجتهاد المحاكم انها تحتفظ بنفسها بحرية التقدير وانها تحتفظ بما أدلى به لديها ولو كان يحتوي على بعض المبالغات على شرط أن تكون فيه فائدة للدفاع. وفي الحقيقة فان المحاكم تجتهد بكل تمعن ولا تلغى الا ما فيه مبالغة ، وفي بعض الاحيان تكتفي بالغاء بعض الفقرة من مكتوب محتفظة بباقيه .

ويعترف العمل لجميع المحاكم باتخاذ الاجراءات السالفة الذكر كيفما كان نوعها ما عدا اذا لم تكن مختصة بالنظر في الاصل . غير أن هذا ليس معناه أنه يجب أن تنظر المحكمة في الاصل لتأمر بالالغاء الذي تقتضيه .

ويظهر أن مقصود المشرع من عبارة «عند نظر المحكمة في الاصل» هو ساعة اصدار المحكمة حكما تتخلى به عن القضية ، ولو ولم تفصل الا في نقطة ثانوية كما حكمت بذلك محكمة باريز بتاريخ 21 يونيو سنة 1904 .

أما طلب الالغاء فيمكنه أن يصدر اما عن الطرفين أو عن شخص أجنبي يعتبر أن ما أدلى به يمس بكرامته أو عن النيابة العامة .

ولقد حدد المشرع بالنسبة للمحامين اجراءات ادارية يمكن للمحكمة أن تتخذها ضدهم اذا ما ظهر لها أنهم أدلوا بتصريح أو مكتوب يحتوي على قذف أو سب أو مس بالكرامة ، فيمكن للمحكمة أن تقدم لهم ملاحظات كما يمكنها أن توقفهم عن عملهم لمدة لا تتعدى شهرا أو ثلاثة أشهر اذا كانوا في حالة العود الى مخالفة من هذا النوع داخل السنة ، لكن هذا ليس معناه أن المحاكم لا يمكنها أن تتخذ ضد المحامين الا هذه الاجراءات بل يمكنها كذلك أن تأمر بالغاء مكتوباتهم وتصريحاتهم ، وأن تحكم عليهم بتعويض مدني ان ظهرت لها صلاحية في ذلك .

3) حدود عدم المسؤولية في حالة التصريح أو الكتابة بما هو أجنبي عن الدعوى .

يقرر الفصل 57 قاعدة عدم المسؤولية لفائدة كل تصريح أو مكتوب أدلى

به لدى المحكمة يحتوي على قذف أو سب أو مس بالكرامة ، ولقد بينا أعلاه حدود هذه المسؤولية .

لكن الفقرة الاخيرة منه تحدث استثناء لهذه القاعدة ، وذلك فيما يهيم القذف فقط فتؤكد أن القذف حول واقع أجنبي عن الدعوى يمكنه أن يكون سببا في اثاره الدعوى المدنية أو الجنائية ضد صاحبه .

الا أن هذه الفقرة تميز بين حالتين :

أولا - حالة طلب المتابعة من طرف الخصوم .

ثانيا - حالة طلب المتابعة من طرف أجنبي .

فاما فيما يهيم الخصوم فلا يمكنهم أن يقوموا بمتابعة جنائية كانت أو مدنية الا بعد أن تحتفظ لهم محكمة الموضوع بحقهم في ذلك ، ويجب على محكمة طلب منها أن تحتفظ بحق من هذا النوع أن تفضل في الطلب المتقدم اليها معللة حكمها من هذا القبيل تعليلا يبين هل القذف يوجد فيما أدلى به ليبيها من مكتوب أو تصريح وهل هو يتعلق بواقع أجنبي عن الدعوى ، ومن حق محكمة النقض والابرام أن تراقب صلاحية هذا الحكم وأن تثبت في قيمة تعليقاته .

واما ما يخص الاجنبي عن دعوى معينة والذي أدلى ضده بمناسبة هذه الدعوى بما يمكنه أن يعتبر قذفا فله الحق في تقديم دعواه ضد صاحب المكتوب أو التصريح دون حاجة الى تقديم طلب الى المحكمة قصد الاحتفاظ بحقه في ذلك .

ويمكنه ذلك ولو سبق للنياية العامة أو ل احد أطراف الدعوى أن طالب بالغاء سبب النزاع من الملف ولبت المحكمة هذا الطلب .

لكن بقي هناك مشكل ، فالفقرة الاخيرة من الفصل 57 تؤكد أنه يكون الحق للخصوم في تقديم دعوى مدنية أو جنائية اذا أدلى بما فيه قذف يعد أن تحتفظ لهما المحكمة بحقهم في ذلك . ويكون الحق في سائر الاحوال

للإجنبي عن الدعوى في تقديم دعوى مدنية مقابل ما صدر من قذف ضده أثناء جريان الدعوى .

فهل معنى هذا أنه لا حق للإجنبي في تقديم دعوى جنائية ضد خصمه ؟

يكاد لفظ الفصل 57 يؤدي إلى هذه النتيجة الغربية إلا أن المحاكم اعتباراً لفداسة حق الدفاع وتأكيداً للحرية المطلقة التي يجب أن يتمتع بها صرحت دون التباس غير ما مرة أن المقصود من الدعوى المدنية هنا هو الدعوى المدنية والجنائية معاً ، وذلك منذ أكثر من قرن (محكمة النقض والابرام بفرنسا قرار مؤرخ في 7 نونبر 1834 وقرار مؤرخ في 5 يوليوز 1851) وهذه أكثر حجة على ما يمكنه رجال القضاء من احترام لحقوق الدفاع معبرين بذلك عن شعورهم نحو كرامة الفرد وكيان المجتمع .

هذه نظرة وجيزة عن الجهود الجبارة التي يقوم بها المشرع وتساعد عليها المحاكم كي يبقى المدافع متمتعاً بحرية كاملة في الدفاع عن حقوقه لأحد لها إلا اللياقة ، ولا حاجز لها إلا احترام حقوق غيره .

وجاء بعد ذلك قانون المسطرة الجنائية الصادر بمقتضى ظهير 10 فبراير 1959 فنص في فصله 343 على ما يلي :

«إذا ارتكبت أثناء الجلسة جريمة لها مخالفة ضبطية ، أمر رئيس المحكمة بتحرير محضر في شأنها واستنطق مرتكبيها والشهود . وبعد الاستماع إلى ملتزمات النيابة العامة تطبق الهيئة القضائية حيناً العقوبات المقررة في القانون . ولا يمكن الطعن في هذا الحكم بأية وسيلة من وسائل الطعن» .

ثم حدد نفس القانون في فصليه 344 و 345 المسطرة التي يجب اتباعها إذا كانت الجريمة المرتكبة تكون جنحة تأديبية أو جنائية .

وهن الممكن أن نتساءل : هل يوجد تناقض بين ما يقره قانون الصحافة وبين ما يفرضه قانون المسطرة الجنائية . إلا أنه إذا أمعنا النظر في مقتضيات القانونين نجد أن أحدهما وهو قانون المسطرة يكمل قانون الصحافة : فهذا

الاخير يهتم بجرائم الصحافة العادية المرتكبة أثناء جلسات الاحكام سواء ارتكبت من طرف المحامين أو غيرهم .

وجاء ظهير 11 رمضان 1394 موافق 28 شتنبر 1974 الذي صادق على نص قانون المسطرة المدنية ، فميز فيما يتعلق بعلاقات المحامي مع القاضي أثناء الجلسات بين حالتين :

أما فيما يتعلق بجلسات المحاكم الابتدائية ، فقد نص الفصل 44 من القانون على ما يلي :

«إذا صدرت خطب تتضمن سبا أو اهانة أو قذفا من أحد الوكلاء الذين لهم بحكم مهنتهم حق التمثيل أمام القضاء ، حرر القاضي محضرا وبعثه الى النيابة ، فاذا تعلق الامر بمحامي بعث الى نقيب الهيئة».

وأما فيما يتعلق بجلسات محاكم الاستئناف أو المجلس الاعلى فقد نص الفصل 341 على ما يلي :

«إذا صدرت من المحامي أقوال تتضمن سبا أو اهانة أو قذفا أمكن لمحكمة الاستئناف أن تطبق عليه بقرار مستقل العقوبات التأديبية بالانذار والتوبيخ وحتى الحرمان المؤقت من مزاولة المهنة لمدة لا تتجاوز شهرين ، أو ستة أشهر في حالة العود في نفس السنة».

ونص الفصل 347 على ما يلي :

«تعاقب الجرائم التي ترتكب في احدى جلسات المجلس الاعلى طبق للشروط المنصوص عليها في قانون المسطرة الجنائية وتطبق أمام المجلس الاعلى مقتضيات الفصل «341» من نفس القانون أي الفصل الآنف الذكر .

وإذا ما أمعنا النظر في جميع الفصول المتعلقة بحرية المحامي لدى القضاء ، يمكن اشارة ثلاث ملاحظات :

1) قد يمكن أن تتساءل عن السبب الذي حدا بالمشرع الى التمييز بين المسطرة التي يجب اتباعها لدى المحاكم الابتدائية وبين المسطرة التي يتعين

احترامها لدى المحاكم الاستئنافية اذا سبق لنا أن رأينا أنه ، بينما يجب على المحاكم الابتدائية أن تحرر محضرا لما ارتكبه المحامي وأن تحيله على نقيب الهيئة ، فان المحاكم الاستئنافية تبث بنفسها في الجريمة المرتكبة ولا تحيلها على النقيب .

وقد أعطيت بالفعل عدة تأويلات لهذا التمييز ، حتى ذهب البعض الى أغرب تحليل حيث أكدوا أن ذلك يكون تعبيرا صريحا عن احتراز المشرع وتشككه في قيمة بعض القضاة الذين يخافون تسرعهم ويخشى عدم تجربتهم.

الا أن الحقيقة بخلاف ذلك ، حيث تتجلى بوضوح من النصوص التشريعية نفسها : ذلك أنه اذا قرر المشرع احالة المحامي والجريمة المرتكبة على نقيب المحامين ، فان هذا معناه أنه يجب على النقيب أن يتخذ قرارا يمكن للاطراف وخصوصا للنيابة العامة أن تطعن فيه لدى محكمة الاستئناف، كما ينص على ذلك صراحة الفصل 118 من ظهير 8 نونبر 1979 المكون لنظام المحاماة . وهكذا يتجلى أن القول الفصل النهائي يكون لمحكمة الاستئناف ، وهذا بالضبط ما جعل المشرع في فصله 341 يعطي الاختصاص لمحكمة الاستئناف في الجرائم المفترفة أمامها. ففي هذه الحالة كان جليا أنه لا فائدة في احالة القضية على النقيب مادام الامر سيرجع حتما وفي آخر المطاف الى محكمة الاستئناف نفسها ، تلك المحكمة التي ارتكبت المخالفة في احدى جلساتها .

2) لقد غلب الظن وتأكد للبعض أن القواعد التي جاءت بها فصول قانون المسطرة المدنية هي أفيد للمحامين وأكثر ضمانا لحقوقهم وحررياتهم ، مادام الفصل 44 لا يسمح بمتابعة المحامي الا لدى الهيئة التي ينتمي اليها .

على اننا نعتقد عكس ذلك ، نؤمن بأن النصوص الجديدة هي أكثر وطأة على المحامين من سابقتها .

وأن مقارنة خاطفة بين الفصل 57 من قانون الصحافة وبين الفصل 341 من قانون المسطرة المدنية لتعطي أفنع دليل على ذلك . فبينما كان الفصل 57

يُلص على أنه لا يجوز أن تتعدى مدة توقيف محام شهرا ، أو ثلاثة أشهر ، فيما اذا تكرر المخالفات خلال السنة ، فان الفصل 341 من قانون المسطرة المدنية نص على أن مدة التوقيف عن مزاولة المهنة يجب الا تتجاوز شهرين ، أو ستة أشهر في حالة العود في نفس السنة . ومن هذا يتجلى أن العقوبة أصبحت ضعف ما كانت عليه . وقد يمكن أن نتساءل عن سبب ذلك .

من الممكن أن نكتشف أو نستنبط عدة أسباب . الا أنه يظهر أن السبب الحقيقي مرده الى ما لوحظ منذ بضع سنوات من المبالغات في التغيير لدى المحاكم من طرف بعض المحامين ، كما أنه يمكن أن يكون السر فيه هو التردد المستمر الذي يطبع القضاة عندما يكونون ملزمين بالنظر في هذا النوع من القضايا . وقد سبق لنا أن رأينا أن القضاء يجعل من بين عوامل شرفه واعتزازه أن يدافع عن المحامي وأن يعطيه أفسح المجال وأكثر الامكانيات لمزاولة مهنته .

ويغلب على الظن أن تردده هذا يرجع الى تقاليد القضاء الراسخة التي تفرض على القاضي أن يحترم ما أمكن أحد مساعديه الاكثرين أهمية وهو المحامي .

3) أما الملاحظة الثالثة فتتعلق بالفرق الموجود بين مقتضيات الفصل 57 لقانون الصحافة وبين مقتضيات الفصل 341 من قانون المسطرة المدنية .

وقد سمعت بعضهم يؤكد ان الثاني ألغى الاول . الا أنني عندما تصفحت جميع ما صدر من تشريع لم أجد ما يببر هذا التأويل . ولذلك سأبقى مومنا بأن الفصل 341 لا يلغي الفصل 57 الا ما هو مخالف لمقتضياته ، وأن باقي الفصل 57 يبقى ساري المفعول .

وفي رأيي أن في ذلك من الفائدة ما لا يحتاج الى تعليل أو تبرير ، ولو كان ذلك لشيء ، الا لان الطبيعة ترفض الفراغ ولانه لا يمكن حذف قاعدة مفيدة دون تعويضها بغيرها .

بقي أن نشير الى احدى القواعد الثمينة التي تطبع علاقات المحامي بالقضاء .

فمن المباديء الاساسية التي لا تقبل الجدل أنه اذا كان المحامي يتوثر على أوفر الضمانات لمزاولة مهمته ولحريته في الكلام ، فان هذا لا يعفيه من الاتزان والتشبيث بالعلاقة الطيبة مع القضاء ومخاطبته اياه باللهجة التي تفرضها قواعد الآداب ومباديء الاخلاق .

وفي هذا يكمن سر السبب في جميع القواعد التي سبق بسطها والتي تنظم حرية المحامي الذي لا يمكنه بدون هذه الحرية أن يمارس مهنته المقعدة .

لكل هذا يظهر من الطبيعي ومن المنطق ، بل ومن الواقع أن نعتبر أن حرية الكلام والتعبير لدى القضاء تكون الذخيرة الاساسية التي وفرها عبر القرون المحامي لنفسه ، وذلك قصد مزاولته لمهمته في اطار ينبذ الخوف والتردد وفي جو تهيمن عليه الطمأنينة من جهة ، والاحترام المتبادل بين القضاء والدفاع من جهة أخرى .

الا أنه من الطبيعي كذلك أن نؤكد أن المحامي يتوفر على ضمانات أخرى تستمد عناصرها من أحد المباديء السامية التي أقرها المشرع منذ عابر الازمان والتي تتلخص فيما يسمى بحقوق الدفاع .

ولقد أعطى المشرع المغربي لهذا المبدأ أبعادا كثيرة وحدودا فسيحة لكونه نظر اليه النظرة التي يختص بها أفراد الامة أي نظرة المسؤول نحو من عهدوا اليه بصيانة حقوقهم والذود عن كرامتهم وكيانهم .

وقد سبق لي أن حاولت الاقتراب من مبدأ حقوق الدفاع بكل الحذر اللازم ولكن كذلك بكل الرغبة الاكيدة في البحث والتنقيب وذلك في كتاب سميته طبعاً «حقوق الدفاع» ، ليس من الممكن ، في عجلة مثل هذه ، أن أحاول ولو تلخيصه .

الا أنه من الثابت أن التشريع المغربي أعطى لهذا المبدأ معناه الحقيقي فوفر لحمايته جميع الوسائل الضرورية والزم القضاء والادارة والمتقاضين باحترامه احتراماً شاملاً لا يقبل أي استثناء ، وفرض الغاء وابطال كل اجراء وكل قرار يمس به ولو بكيفية سطحية أو غير مباشرة .

ومبدأ حقوق الدفاع هذا يفرض أن يتوفر المدافع على نفس الضمانات التي يتوفر عليها هو نفسه ، بحيث أدت فكرة حقوق الدفاع المقدسة الى تقوية أوضاع المحامي وصيانة حرياته ، وضمنان ممارسته لمهنته بكيفية تستمد روحها من تلك الروح التي عالج بها المشرع الضمانات المخولة للدفاع بصفة عامة .

وهكذا نجد ظهير 17 ذي الحجة 1399 موافق 8 نونبر 1979 يخص المحامي باحتكار تمثيل الاطراف لدى المحاكم ، فينص في الفصل 32 على أنه لا يحق لاي كان مزاوله مهنة المحاماة والتمتع بامتيازاتها وتحمل اعبائها الا للمحامين وحدهم .

ويزيد الفصل 33 فينص على أنه لا يؤهل لتمثيل الاطراف أو مؤازرتهم أمام المحاكم المغربية الا المحامون المقيدون بجدول احدى نقابات المملكة .

ويضيف الى ذلك الفصل الرابع والثلاثون ما نصه :

«تقدم وجوبا بواسطة محام المقالات والمذكرات الدفاعية وبوجه عام كل المستنتجات في جميع القضايا باستثناء القضايا الجنائية ، كلما كانت المسطرة كتابية بمقتضى القانون الخ» .

وأخيرا يضيف الفصل 36 أن المحامي يمارس نشاطه بمجموع تراب المملكة أمام المحاكم والهيئات التي تكتسي قراراتها الصفة القضائية ، والمجالس التأديبية لادارات الدولة والجماعات والمؤسسات العمومية وكذا أمام الادارات العمومية ، والهيئات المهنية .

أما فيما يهم القضايا الجنائية ، فان قانون المسطرة الجنائية يؤكد حق الدفاع في جميع مراحل المتابعات الجنائية . فعند حضور المتهم أمام قاضي التحقيق ينبه هذا الاخير الى أنه حر بأن لا يدلي بأي تصريح وان من حقه أن يختار لنفسه محاميا . وفي حالة عدم اختياره لمحامي أو اذا رغب في ذلك فان قاضي التحقيق يعين له من يدافع عنه : هذا ما ينص عليه

الفصل 127 من قانون المسطرة . وينص الفصل 129 من نفس القانون أنه يجوز للمتهم المعتقل أن يتصل بمحاميه بكل حرية بعد مثوله للمرة الاولى أمام قاضي التحقيق . ولا يمكن مطلقا الحيولة دون هذا الاتصال .

وينص الفصل 130 على أنه يمكن لصاحب الحق المدني بدوره أن ينصب محاميا عنه وذلك عند مثوله للمرة الاولى .

ويؤكد الفصل 132 أنه لا يجوز أن يستنطق المتهم أو صاحب الحق المدني الا بمحضر محاميهما الذين يجب ان يستدعيا قبل موعد الاستنطاق بيومين كاملين على الاقل . ويجب أن يوضع الملف تحت تصرف محامي الاطراف في اليوم السابق لكل استنطاق على الاقل .

ويزيد الفصل 202 على أن المحامين يحاطون علما بجميع الاوامر القضائية التي تصدر في النازلة .

ويفرض الفصل 310 حق استعانة المتهم بمحام في أية مرحلة كانت من مراحل الدعوى .

ويترتب بطلان اجراءات المسطرة عن عدم احترام جميع هذه النصوص . فمن كل هذا يتجلى بوضوح أن المحامي يحتكر قانونيا حق الترافع لدى القضاة وحق التمثيل لدى جميع الهيئات ادارية كانت أم قضائية .

وهذا الحق يمارسه المحامي استنادا الى قواعد مثينة وفي اطار من العمل يجعل منه المساعد اليقظ لجميع الهيئات التي يجب عليها أن تعمل طبقا لما تفرضه القوانين وتسنة المبادئ العامة للتشريع .

ولا أبلغ في هذا الباب مما يفرضه الفصل 192 من المسطرة الجنائية حيث ينص على أنه يترتب بطلان كل مسطرة عن خرق المقتضيات الجوهرية للقواعد المسطرية وقد أقر اجتهاد المجلس الاعلى أنه يقصد بالمقتضيات الجوهرية ، المقتضيات التي لها علاقة بحقوق الدفاع . وبهذا المعنى أكدت في ما قبل أن المحامي يكون المراقب الامين لما عساه أن يصدر من مساس

بالقواعد التي تضمن حقوق الدفاع بالمعنى الواسع للكلمة أي سواء تعلق الدفاع بالقضايا المثارة لدى القضاء أو القضايا المثارة لدى الإدارة والهيئات . وقد أقيمت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على إلغاء عدة مقررات إدارية لمجرد عدم احترام حق من حقوق الدفاع كعدم استدعاء المحامي أو عدم إعطاء المهلة الكافية للمتابع قصد تهيبه دفاعه أو عدم استدعاء المتابع بصفة قانونية أو عدم الاستماع إليه ، وكل هذا فضلا عن قرارات الإلغاء التي استندت على جوهر القضايا وفحوى النزاعات .

وقد كان من الممكن أن تتوسع في هذا الباب بشيء من الإسهاب لولا ضيق الوقت .

إلا أنه يظهر من المفيد أن نتصدى إلى قاعدة أساسية فرضها اجتهاد المحاكم وذلك لما تكتسبه من أهمية . فقد أكد اجتهاد المحاكم غير ما مرة أنه لا يرتكب أي خطأ يبرر متابعة المحامي الذي يقوم بمهمته ولو تسبب بذلك في ضرر الغير مادام نشاطه يبرره الدفاع عن الحقوق المشروعة لموكله . فالممارسة العادية للمهنة تكون في الحقيقة ممارسة حق والقيام بواجب لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن ينقلب إلى خطأ .

وهكذا حكم أنه إذا كانت كل وشاية ظهر بعد القيام بها أنها كاذبة تؤدي عادة إلى متابعة من قام بها وإلى الحكم عليه بتعويض لمن تضرر منها، فإن الوشاية لا تسمح بأية متابعة إذا تحقق أن الواشي أقدم على عمله استنادا إلى سبب معقول ، وأن الخطأ الذي ارتكبه يستحق العذر بسبب الظروف التي اقتترب فيها : وهكذا رفضت المحاكم متابعة محام من أجل الوشاية الكاذبة لكونه أبلغ النيابة العامة معلومات من شأنها أن تبرئ ساحة موكله ، ولكن من شأنها كذلك أن تدين شخصا آخر ، وتحقق بعد ذلك أن المعلومات التي أبلغها للنياية العامة كانت غير صحيحة .

بهذا حكمت محكمة بريف يوم 6 أبريل 1938 . وقد أكدت المحكمة أنها لو أدانت المحامي لكانت ادانتها هذه مساسا صريحا بممارسة حقوق الدفاع .

وهكذا نرى أن صيانة حقوق الدفاع تعتبر واجبا مقدسا ولو أدى الى مواقف غير المواقف التي تتخذ عادة تجاه بعض المشاكل .

لقد كان من الممكن أن نستعرض جميع الحقوق المادية التي يضمنها القانون للمحامي ، والقواعد التي يوفرها اياه بمناسبة ممارسته لمهنته .

ولكن هذا لا يهمنا بقدر ما نهتم بعلاقته مع القضاء من جهة ومع زبائنه من جهة ثانية . واننا لنعتمد جازمين أن تمسك المحامي بالمبادئ التي سبق لنا أن حددنا فحواها لهو أحسن وسيلة للحفاظ على علاقات طيبة سواء مع القضاء أو مع الموكليين .

فهل سبب الحالة التي توجد عليها هذه العلاقات يرجع الى عدم احترام المبادئ ، أم الى أسباب أخرى تهم القاضي أو الموكل ؟ ذلك ما سنحاول اكتشاف حقيقته .

(1) علاقات المحامي مع القضاء

ان التقاليد المعهودة تفرض على المحامي أن يكون المساعد الامين والمعين المخلص للقاضي الذي يحتم عليه دوره محاولة استئصال الحقائق وخدمة الانصاف والسهر على العدالة .

فهذا وذلك يجب أن يعمل في جو من التآزر والاحترام لان كلا منهما ملزم بأن يكون شاعرا بمسؤوليته ، مقدر امانته ، عالما بحدود امكانياته وتصرفاته .

الا ان تزايد السكان الذي عرفه المغرب منذ الاستقلال وتكاثر العلاقات الذي يترتب عنه أدى الى زيادة غير مرتقبة في القضايا المعروضة على المحاكم ، في حين أن عدد المحامين ازداد بشكل غريب ، في الوقت الذي لم تعرف فيه أطر القضاء نفس الزيادة .

وهكذا أصبح القاضي في محنة لا يمكن تجاهلها لا من حيث تراكم القضايا وتكاثرها فحسب ، ولكن من حيث تصرفات أقلية من المحامين الذين

ضعف تشبثهم بالمبادئ بقدر ما كثر عددهم دون أن يوفر لهم مجهودهم العمل الضروري ولولا لشيء إلا لسد حاجياتهم ، لان الزبناء لا يلجأون الا الى المحامي الكفء الماهر .

هذا بالضبط أحد الاسباب الرئيسية التي أعطت لهيأة المحاماة بالمغرب مظهرها خاصا جعل الناس يشتمون من تصرفات بعضهم .

وإذا كان هؤلاء يكونون أقلية ضعيفة ، فهم يسيئون بأعمالهم الى كافة أعضاء المهنة حيث يصبح على المواطنين التمييز بين النافع والضار .

وعلى سبيل المثال :

– فقد يتهم بعض المحامين من طرف اخوانهم في المهنة ، أنهم يستعملون الوسائل لجلب القضايا لمكاتبهم وذلك ما حدا بالمشرع الى أن يؤكد في الفصل 126 من ظهير 8 نونبر 1979 أنه يعاقب كل شخص قام بسمرة الزبناء أو جلبهم الى مكتب محام وذلك بصرف النظر عن العقوبات التأديبية بالنسبة للمحامي الذي ثبت عليه ذلك بصفته فاعلا أصليا أو مشاركا .

ويؤكد أصحاب الرأي أنه لولا بروز هذه الظاهرة المؤلمة بكيفية مزعجة ولولا تفشيها لما كان المشرع في حاجة الى معاقبتها .

– ومن الناس من يزعم أن بعض المحامين يعتقدون ان اللجوء الى عدم اللياقة لدى القضاء يعطيهم ميزة خاصة في أعين زبائنهم . فلا يترددون في التظاهر بمواقف ليست مشرفة لا لهم ولا لزبائنهم . وقد يكون هذا هو السبب الذي دفع المشرع الى تعديل الفصل 57 من قانون الصحافة وتغييره بمقتضيات الفصل 345 من قانون المسطرة المدنية كما سبق تبيينه .

– ومن المشتكين من يزعمون بأن من بين المحامين من لا يتردد في ايهام موكله بعدم نزاهة القاضي الذي حكم في قضيته . الخ

انها ملاحظات خطيرة ولكنها وبالاسف حالات كثر الكلام والتعليق حولها .



ولكنها والحمد لله حالات ومواقف تهم بعض المحامين ولا تهم الاغلبية الساحقة التي تمتاز بموضوعيتها ، وعلو أخلاقها ، ومتانة كفاءتها ، وأخلاصها لمهنتها ، وسهرها على شرفها وكرامتها .

وفي هذا تكمن أسباب تفاؤلنا ودوافع إيماننا في مستقبل تتغلب فيه المهنة الشريفة على تلك الاقلية التي لا تتردد في محاولة المس بقيمتها .

(2) علاقات المحامي مع زبائنه

من المعلوم أن المحاماة أمانة ، وإن المحامي مؤتمن على حقوق زبائنه ، وإن هذه الصفة تفرض عليه التحلي بالأخلاق الاسلامية والفضائل المهنية والخصال التي تجلب الاطمئنان .

إلا ان الحقائق اليومية تؤدي الى الاعتقاد بأنه يوجد من بين المحامين جزء قليل يدفعهم حبهم للربح السهل والاثراء السريع الى نوع من عدم الاعتناء بحقوق موكلهم أو تساهلهم في الدفاع عن مواقفهم . ومعظم الشكايات توجه لبعض المحامين تهما يمكن تلخيصها فيما يلي :

– بعض المحامين لا يتردد في إبرام اتفاقيات مع زبائنهم تحولهم نسبة مئوية من نتيجة القضية التي كلفوا بها . ويقع هذا كثيرا في القضايا المتعلقة بحوادث السير . وهذا ما دفع المشرع الى أن ينص في الفصل الخمسين من القانون السالف الذكر على أنه يمنع على المحامي أن يفتني بطريق التحلي حقوقا متنازعا فيها أو أن يستنيد بأي وجه كان من القضايا التي يرافع من أجلها أمام القضاء .

– ومنهم من لا يتردد في رفض ارجاع الوثائق الى أصحابها أو التحلي عن القضايا التي قرر أصحابها تكليف غيره بها وذلك بدريعة أنه لم يتوصل بكامل القدر الذي اتفق عليه مع موكله ، وهو يقصد بذلك في الحقيقة ارغام موكله على ان يترك النازلة بين يديه . ولأجل هذا نص المشرع في الفصل 47 من القانون المشار اليه انه لا يحق للمحامي أبدا أن يحتفظ لديه بالملف المسلم

من طرف زبونه ولو في حالة عدم ادائه ما وجب له ، مالم يرخص له النقيب في ذلك .

- ومنهم من يضيعون حقوق موكلهم بسبب لامبالاتهم . وأغرب ما لوحظ من هذه الحالات هي حالة محام قدم مقالا بالطن لى المجلس الاعلى ونسي أن يوقع مقاله فأدى ذلك الى قرار صرح بالتشطيب على المقال .

وقد كان من الممكن أن أصيف الى هذه اللائحة حالات وأصنافا أخرى . الا أنني اعتقد أنه فيما ذكرته كفاية لبلوغ المقصود وهو اكتشاف الاسباب التي تفسر الجو المرضي الذي توجد عليه العلاقات بين المحامي وبين موكله .

ان مهنة المحامي مهنة شريفة كما انها مهنة تتطلب اليقظة والحذر وتقتضي المرونة والاخلاق الانسانية . وقد أهتم المشرع بالمحامي ووضعينه حيث جعل منه عضوا كاملا من أعضاء الهيئة القضائية كما ينص على ذلك الفصل الاول من الظهير المشار اليه .

ان أغلبية أفراد هيئة الدفاع مثسبتون بما يفرضه عليهم القانون من واجبات وما يخولهم من ضمانات خلقية ومادية. وفي هذا يكمن سر الثقة التي تمتعهم بها امتنا الشغوفة ويمنحهم اياها أعضاء الهيئة القضائية دون استثناء .

وانني لمؤمن بأن المستقبل يدعو الى التفاوض، لايماني بفعالية الهيئة التي خول لها القانون مراقبة المحامين ولايماني كذلك بأن التكوين الذي حصل عليه اخواننا المحامون سيعتلب لا محالة على الشهوات وكل وسائل الاغراء .

وقد لوحظ أن مجالس هيئات المحامين لا تتردد في مواخذة من ثبت تلاعبهم ، بينما تفضل بعض محاكم الاستئناف التخفيف من وطأة القرارات الصادرة عن هذه المجالس . واذا كان من الطبيعي أن يظهر القضاة بشيء من العطف والشفقة على أعضاء هيئة خصوها دائما بتقديرهم وتشجيعهم ، فانه يظهر أيضا أنه يجب عليهم كذلك أن يقدرُوا مجهودات هذه المجالس وأن يساعدها على تنظيف صفوفها .

ان القضاء وهو ينتمي الى نفس العائلة التي ينتمي اليها المحامي
لمستعد ومصمم على مساعدة المحامي على أدائه لرسالته وسيبقى على كامل
الاستعداد . وألمي أن ترجع المياه الى مجاريها بصفة شاملة وأن يعود الجو
الى ما يجب أن يكون عليه أي جو تسوده العلاقات الحميدة والطمأنينة
المثمرة والجنوح الى الفضائل وأخلاق الاسلام الحنيف .

مجلة الملاحق القضائي

العدد 16

أبريل 1986

- المحاماة وفضائلها
- تعقيب على رد : اتجاهات في العمل القضائي الاستعجالي للرئيس الاول
- جنسية الشركة في القانون المغربي
- القضاء الشعبي : تدخل وفد الامارات العربية المتحدة
- حقوق الطفل في القانون المغربي (تتمة)
- اكتساب الاجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية
- قانون بفرض الضريبة على القيمة المضافة

p-80 → p. 128

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والأستنساخ
رقم 0074 F1
تاريخ 2013/10/02
جديدة

جندية الشركة في القانون المغربي

السيد أحمد زوڭاغي
أستاذ مساعد في كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية بالرباط

مقدمة تمهيدية

يترتب على تحديد صفة الشركة ، وبيان ما اذا كانت وطنية أم أجنبية ، آثار عديدة ، غاية في الاهمية ، تتجلى على الخصوص ، فيما يلي :

(1) يترتب على وصف الشركة بأنها مغربية امكان مطالبتها بالحماية الدبلوماسية للدولة المغربية في الخارج ، واستفادة الشركة من المقتضيات التشريعية المقررة في قوانين الدول التي أبرمت مع المغرب اتفاقيات دولية لا يقتصر سريانها على الاشخاص الذاتيين ، بل تشمل الاشخاص المعنوية أيضا ، ومنها الشركات ، بصفة خاصة .

(2) ان الشركات التي يوجد مركز ادارتها الرئيسي بالمغرب تعتبر خاضعة لاحكام القانون المغربي ، وهذا من شأنه تيسير مهمة القاضي ، سواء كان مغربيا أو أجنبيا ، في تحديد القانون الواجب التطبيق ، عندما تثار .

أمامه أي مشكلة من مشاكل تنازع القوانين .

* ملخص رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، تقدم بها الكاتب ، تحت نفس العنوان ، الكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط ، أمام اللجنة المكونة من السادة : الاستاذ الدكتور علي سلمان العبيدي ، رئيسا ومشرفا ، الاستاذ الدكتور شكري أحمد السباعي ، عضوا ، والاستاذ الدكتور محمد الوكيل عضوا ، وذلك يوم الجمعة 7 يونيو 1985 .

(3) عن ما يتبين ان مركز الشركة مقام بالمغرب ، فان المحاكم الابتدائية التي يوجد بدائرة نفوذها مركز الشركة هي التي تختص بالنظر في المنازعات التي تكون الشركة طرفا فيها .
ومن جهة أخرى فان :

«أهمية بيان مركز الشركة تبرز في أنه يساعد ذوي العلاقة على تعيين المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات التي تكون الشركة طرف فيها . ويساعد المحكمة على تعيين المحل الذي تبلغ فيه الشركة بالأوراق القضائية ، اذ لا بد أن يكون للشركة مركز ادارة يذكر في العقد التأسيسي من أجل ان ترسل اليه رسائلها وتبليغاتها» (1)

(4) بمقتضى المادة الثالثة من المحق الاول لظهير 31 مارس 1919 بمثابة قانون التجارة البحرية ، لكي تعتبر السفينة مغربية ، يحق لها رفع العلم المغربي ، أن تكون ثلاثة أرباع رأس مالها على الاقل ملكا لمواطنين مغاربة ، وأن يكون ميناء قيدها بالمغرب ، واذا كانت السفينة مملوكة لشركة مساهمة أو توصية ، فان المادة الثالثة المذكورة تعتبر الشرط السابق متوفرا: «اذا كانت أغلبية أعضاء مجلس الادارة ، وكان رئيس المجلس ، أو المدير ، أو المتصرف لتلك الشركات مغربيا» (2)

(5) ان أهمية التمييز بين الشركة المغربية والشركة الاجنبية برزت في المغرب ، على وجه الخصوص ، بعد الاعلان عن نظام المغربية ، بدءا من السنين الاولى للاستقلال الى عام 1973 ، حيث أصبحت كثير من الانشطة الاقتصادية متوقفة على توفر الصفة المغربية فيمن يريد ممارستها ، سواء كان شخصا ذاتيا أو شخصا معنويا .

(1) الدكتور علي سلمان العبيدي ، دراسات في القانون التجاري المغربي ، مطبعة الامنية ، الرباط ، 1966 ، ص 261 .

(2) أنظر : أحمد ينسالم ، جنسية السفن والطائرات في القانون المغربي ، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط ، السلسلة الفرنسية ، عدد 23 ، الرباط 1971 ، ص 34 ، مع مقدمة للاستاذ دوكرو يشير فيها الى أن السفينة التي ليست لها جنسية تعتبر سفينة للقرصنة وينظر اليها من قبل كل الدول على انها عائدة للاعداء .

ومعنى هذا ان نطاق التمتع بالحقوق ، في ظل الاحكام الحالية المقررة في التشريع المغربي ، بات محصورا بالشركة التي يصدق عليها وصف «شركة مغربية» حسب المفهوم أو المفاهيم التي اضحى التشريع المغربي يأخذ بها بالنسبة لكل ميدان من ميادين التمتع بالحقوق بالنسبة للشركات .

غير أن السؤال المركزي الذي يثار في هذا الخصوص يقتضي بيان متى تعتبر الشركة مغربية ومتى تعد أجنبية ، فيحق لها اذا كانت مغربية ، أن تستفيد من المزايا الآتفة الذكر وغيرها .

ذلك أن المسألة تحتاج الى ايجاد صيغة واضحة ومحددة ، تتبين عن طريقها نوع الرابطة التي تجمع الشركة بالدولة ، وعلى ضوءها نحدد المقصود بالشركة الوطنية قصد تمييزها عن الشركة الاجنبية .

ذلك أن المسألة تحتاج الى ايجاد صيغة واضحة ومحددة ، تتبين عن الرابطة التي تجمع الشركة بالدولة ، فان هذه الصيغة اصطدمت بمعارضة شديدة من قبل بعض الاتجاهات الفقهية التي مانعت في تشبيه الاشخاص المعنوية بالاشخاص الحقيقيين ، وتمديد مفهوم الجنسية الى الاشخاص المعنوية ، بوجه عام .

علينا اذن ، أن نعرض في البداية ، لمناقشة امكانية اطلاق مفهوم على الرابطة التي تجمع الشركة بالدولة ، ثم نتطرق ، بعد ذلك للمعايير التي تحدد بموجبها جنسية الشركات في المغرب .

باب تمهيدي

مناقشة مفهوم الجنسية بالنسبة للشركات

لدراسة المناقشة التي دارت حول تطبيق مفهوم الجنسية على الشركات، يتعين الامام بالاطروحات التي يقوم بها اتجاهان فقيهان ، احدهما يعارض في تطبيق مفهوم الجنسية على الاشخاص المعنوية ، والثاني لا يرى جناحا في ذلك .

الفصل الاول

الاتجاه المعارض على تطبيق مفهوم الجنسية على الشركات

يرتد الاتجاه الرافض لتطبيق مفهوم الجنسية على الشركات ، الى تيارين ، أحدهما يستند الى طبيعة الشخصية المعنوية نفسها ، والثاني يركز على الطبيعة الخاصة لرابطة الجنسية .

المبحث الاول

انكار مفهوم الجنسية على الشركات استنادا الى طبيعة الشخصية المعنوية

من المؤكد أن التيار الرافض لتمديد مفهوم الجنسية الى الاشخاص المعنوية ، استنادا الى طبيعة الشخصية المعنوية ، يعتبر امتدادا للاتجاه المنكر لوجود الشخصية المعنوية ذاتها ، أي للاتجاه القائل ان فكرة الشخصية المعنوية ما هي الا مجاز ، أو افتراض ، أو بدعة قانونية ، لا يجوز التوسع في مداها وترتيب نتائج ليست قابلة لان تتولد عنها .

ولقد كان المنطق لدى من ينكرون فكرة الجنسية على الشركات ، استنادا الى طبيعة الشخصية المعنوية ، هو الشخصية المعنوية نفسها ، ذلك أن منطق تحليلهم لطبيعة الشخصية الاعتبارية أدى بهم الى رفض الاعتراف أيضا بالآثار التي يمكن أن تترتب على الشخصية الحكيمة ، ومنها الجنسية ، بصفة خاصة .

ويعتقد انصار هذا الاتجاه ، دعما لوجهة نظرهم ، أن اسناد الجنسية للاشخاص المعنوية معناه الخروج عن الغرض المحدود الذي صورت من أجله فكرة الشخصية المعنوية . وبعبارة أخرى أن تصوير الشخصية المعنوية كان الهدف منه وحسب تيسير مهام التجمعات القانونية لتحقيق الغايات

والاغراض التي ينشدها الافراد المكونون للتجمع القانوني . وهذا التصوير محدود بالغايات المراد تحقيقها ، فلا يجوز بالتالي التوسع في هذا التصوير وتمديده بشكل يؤدي الى تجاوز نطاقه ، عن طريق منح الجنسية أو غيرها من الآثار التي تنحرف بالتجمع القانوني عن غرضه المحدود أو تؤدي الى تجاوز الغاية منه (3)

ومن جهة ثانية ، يرى أنصار الاتجاه المنكر لتطبيق مفهوم الجنسية على الشركات ، استنادا الى طبيعة الشخصية المعنوية ، ان الاعتراف بوجود أشخاص معنوية ، ومنها الشركات ، بصفة خاصة ، لا فائدة منه ولا ضرورة تدعو اليه ، بل أنه يخالف الحقائق الواقعية المألوفة ، بدليل ان الاشخاص المعنوية ليس من شأن وجودها أو عدمها أن يزيد أو ينقص من تعداد الشعب في الدولة ، فاذا كان يبلغ ، مثلا ، عشرين مليوناً ، وكان عدد الشركات الموجودة في الدولة يصل الى مليوني شركة ، فان عدد شعب الدولة ينحصر دوماً في عشرين مليوناً من الافراد لا غير (4)

وأخيراً ، يرى أنصار هذا الاتجاه ان اسناد الجنسية للشركات انما كان نتيجة الخلط بين فكرة الجنسية وفكرة الموطن ، وذلك باللجوء الى طريقة القياس :

(3) عزالدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، الجزء الاول في الجنسية والموطن وتمتع الاجانب بالحقوق ، الطبعة الثامنة ، القاهرة 1968 ، فقرة 213 ص 723 . جابر ابراهيم الراوي . مبادئ ، القانون الدولي الخاص ، في الموطن ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي ، بغداد 1976 ص 279 ، أحمد مسلم ، القانون الدولي الخاص . الجزء الاول : في الجنسية ومركز الاجانب ، القاهرة 1956 ، ص 400 .

(4) نيبويبي ، هل هناك حقاً جنسية للشركات ؟ باريس 1928 ، ص 3 ، رهلاند . مشكل الاشخاص المعنوية في القانون الدولي الخاص ، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي ، 1933 ، ج 3 ، ص 397

* J. P. Niboyet, Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés, Paris, 1928, p3 extrait de la Revue critique de droit international privé, 1927, pp402-407; Curt Ruhland, le problème des personnes morales en droit international privé. Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye, 1933, t : III, p. 397.



«وهما مفهومان ، وان كانا متقاربين ، الا أنهما مختلفان .
«ذلك ان الشخصية المعنوية والحقوق المرتبطة بها ، ليست شيئاً آخر
سوى حقوق مكتسبة على وجه صحيح ، وليس لأي حق من هذه الحقوق
الاصل الخاص بالجنسية» . (5)

المبحث الثاني

انكار مفهوم الجنسية على الشركات اسنادا الى طبيعة رابطة الجنسية

يستند أغلب الفقهاء الذين ينكرون تمتع الشركات بالجنسية ، الى
مجموعة من الحجج المستمدة من الطبيعة الخاصة التي تتميز بها رابطة
الجنسية .

(أ) فهم يرون أن رابطة الجنسية تتضمن من الخصائص ما يجعلها قاصرة
على الشخص الطبيعي ، فلا تمتد الى غيره من الاشخاص المعنوية ، كالشركات ،
أو الاشياء ، كالسفن ، والطائرات ، والاقمار الاصطناعية ، والافلام
السينمائية .

ذلك أن رابطة الجنسية ، بطبيعتها سياسية وقانونية بين الفرد
والدولة .

فهي رابطة سياسية ، بمعنى انها تتولد عنها حقوق والتزامات ذات
طابع سياسي ، أي ذات طابع عام ، تتكفل بتحديدتها نصوص تشريعية
داخلية ، تندرج في اطار ما اصطلح على تسميته بالقانون العام .

وهذه الحقوق والالتزامات العامة لا يتصور سريانها أو التمتع بها
الا بالنسبة للاشخاص الطبيعيين ، مثل حق الترشيح للهيئات التمثيلية ،

(5) أنطوان بيلي ، عن الاشخاص المعنوية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة سيراي ،
باريس 1914 ، فقرة 82 ص 123 .**

** Antoine Pillet, des personnes morales en droit international privé,
Librairies Sirey, Paris 1914, n = 82 p. 23.

وحق تقلد الوظائف العمومية ، ومثل الالتزام بأداء الخدمة العسكرية وبذل الدم في سبيل الوطن (6)

ومن ناحية ثانية ، تتميز رابطة الجنسية بأنها علاقة قانونية ،

بين الفرد والدولة التي ينتمي اليها بجنسيته . ومن هذه الناحية ، تعتبر الجنسية وسيلة تضبط بها الدولة احد أهم اركانها الاساسية ، المتمثل في السكان ، ومعلوم ان عنصر السكان يتشكل فقط من الاشخاص الطبيعيين الذي يمثلون حقيقة الدولة . (7)

(ب) ويضيف انصار الاتجاه الرافض لتطبيق مفهوم الجنسية على الشركات ، استنادا الى طبيعة رابطة الجنسية ، حجة أخرى مفادها أن الجنسية ، بالنسبة للشخص الطبيعي ، رابطة حقيقية وليست رابطة مفتعلة ، ذلك انها تقوم بناء على أسس سوسيوولوجية ، ونفسية ، وروحية ، وتاريخية ، تشكل عناصر الارتباط بين فرد وامة معينة ، تتعلق بها عواطفه ومشاعره . (8)

(6) راجع أرمنجون ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، الطبعة - الثالثة ، هالوز ، باريس 1958 ، فقرة 179 - ص 438 *

P. Arminjon, Précis de droit international privé t : II, 3é éd - Dalloz, Paris 1958, n = 179 p. 438.

(7) نيبوايي ، المرجع السابق ، ص 5 ، روني سفاتييه - وضعية الاشخاص المعنوية في القانون الدولي الخاص من خلال مختلف مراسيم القوانين الفرنسية لسنة 1939 ، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، 1939 ، ص 418 - فرانسوا ليشير - جنسية الاشخاص المعنوية ، المجلة القانونية والسياسية : استقلال وتعاون ، 1971 - ص 755 *

* René Savatier, sa condition, en droit international privé, des personnes morales dans les divers décrets-lois Français de 1939, Revue critique de droit international privé, 1939 p. 418; François Luchaire, la nationalité des personnes morales, Revue juridique et politique; Indépendance et coopération, 1971 p. 755.

(8) عزالدين عبد الله ، المرجع السابق ، فقرة 123 - أحمد مسلم - المرجع السابق فقرة 386 ، ص 400 ، جابر ابراهيم الراوي ، المرجع السابق ؛ ص 278 ؛ شمس الدين الوكيل ، الجنسية ومركز الاجانب ، القاهرة 1959 ، فقرة 199 ؛ ص 634 ؛ فؤاد عبد المنعم رياض ، الوسيط في القانون الدولي الخاص الجزء الاول : النظرية العامة والجنسية ومركز الاجانب ، القاهرة 1962 ، فقرة 516 ص 618 .

(ج) ويبدلي انصار الاتجاه المعارض على اطلاق فكرة الجنسية على الاشخاص المعنوية ، استنادا الى طبيعة رابطة الجنسية ، حجة ثالثة بمقتضاها لا تنطبق المبادئ المقررة بالنسبة لجنسية الافراد على الاشخاص المعنوية .

وبعبارة أخرى لا يستساغ عقلا أن تمنح الاشخاص المعنوية الجنسية بطريقة من الطرق التي تسند بمقتضاها للاشخاص الحقيقيين ، فلا رابطة الدم ، مثلا ، ولا رابطة الاقليم ، تشكل سببا من أسباب كسب الجنسية بالنسبة للاشخاص الحكيمية . (9)

(د) وبناء على ما تقدم ، يستخلص انصار الاتجاه المنكر لجنسية الشركات ، استنادا الى طبيعة رابطة الجنسية ، أن الجنسية «المزعومة» للشركات انما يقص منها «النظام القانوني» ، الذي تخضع له الشركة ، وقد تم التعبير ، خطأ ، بلفظة «جنسية» .

لقد كان من الضروري ، في نظر انصار هذا الاتجاه ، اجتناب كلمة جنسية لانها تؤدي الى اللبس والغموض ولا تساعد على بيان المقصود من هذه اللفظة عند اطلاقها وربط الشركات بها . والقول بغير ذلك يؤدي الى جعل أي موضوع قانوني تنتسب ، عن طريق الجنسية ، لدولة معينة ، ما دام أن هذا الموضوع ، أو المال ، أو الشيء ، يخضع لقانون معين ، فيصبح من الجائز ، اذا سايرنا الطريقة السابقة المنتقدة ، أن نتحدث عن جنسية الدين للتعبير عن القانون الذي يخضع له في حوالته ، ورهنه ، وانقضائه ، وهو قانون موطن المدين . (10)

(9) روهلاند ، المرجع السابق ، ص 398 ، انظر أيضا ليون مزو ؛ في جنسية الشركات؛ جريدة القانون الدولي 1928 ، ص 38 ، لوسوارن وبيردان ، قانون التجارة الدولية ؛ مكتبة سبراي ، باريس 1969 ، فقرة 241 ص 258 ، وهما يوردان أحكامهما رفض فيها القضاء الفرنسي قبول دعاوي تتعلق باعلان الجنسية اقامتها بعض الشركات . *

* Léon Mazeaud, de la nationalité des sociétés, Journal du droit international (clunet) 1928, p. 38; Y. Lousouarn et J. D. Bredin, droit du commerce international, Lib. Sirey, Paris 1969, n° 241 p. 258.

(10) نياوي ، المرجع السابق ، ص 4 ، محمد كمال فهمي ؛ أصول القانون الدولي ؛ الخاص ، الاسكندرية 1955 ، فقرة 217 ص 249 .

كما يصبح جائزا الحديث عن جنسية السيارة للاشارة الى الدولة التي سجلت فيها . . . الخ .

وتجدر الاشارة الى أن انصار الاتجاه الرافض لمفهوم جنسية الشركات، بناء على الطبيعة الخاصة لرابطة الجنسية ، لم يقتصروا على اتخاذ موقف نقدي سالب ازاء مفهوم جنسية الشركات ، بل اتجهت عنايتهم كذلك الى البحث عن صيغة محددة ، تعبر بدقة ووضوح عن مضمون أوماهية الرابطة التي تجمع الشركة بالدولة .

وفي هذا الاطار ، تدرج مساهمة نيبويي واتباعه ، لاجلاء الغموض عن مفهوم جنسية الشركة ، وبيان طبيعة المشاكل التي تثيرها الشركات، سواء على صعيد تنازع القوانين أو في ميدان التمتع بالحقوق .

وفي نظر انصار هذا الاتجاه ، وعلى رأسهم نيبويي (11) ، لا تخرج المشاكل التي تثيرها الشركات عن نوعين .

النوع الاول ، يخص ميدان تنازع القوانين ، أي تحديد القانون الذي تخضع له الشركة في حياتها القانونية ، من حيث التأسيس ، والتسيير ، والانحلال ، والتصفيّة .

أما النوع الثاني ، فيتعلق بميدان التمتع بالحقوق ، أي بيان .

ما اذا كانت الشركة وطنية ، فتمتع عندئذ بكل الحقوق المعترف بها للوطنيين ، أو ما اذا كانت أجنبية ، فتمتنع على الاستفادة من الحقوق المخولة للاجانب .

ويطلق انصار الاتجاه على النوع الاول ، الخاص بتنازع القوانين :

(11) بالاضافة الى مقال نيبويي ، السابق الذكر ، راجع مؤلفه : كتاب القانون الدولي الخاص الفرنسي ، الجزء الثاني ، التمتع بالحقوق ، مكتبة سيراي ؛ باريس 1938 ؛
فقرة 750 ص 255 ، دروس في القانون الدولي الخاص ، باريس 1948 ، فقرة 351 ص 314*
* J. P. Niboyet, traité de droit international privé Français, t : II, Jouissance des droits, Lib. Sirey, Paris 1938, n° 750 p. 255; Cours de droit international, Paris 1948, n° 351 P. 314.

«الحالة القانونية» ، أو «النظام القانوني» للشركة ، ويعتمد في نطاقه على المعيار القانوني أو التقليدي ، المستند الى مكان مركز الشركة ، بمعنى أن الشركة ، بالنسبة لما يتعلق بنظامها القانوني ، أو حالتها القانونية ، تخضع للقانون الجاري به العمل في البلاد التي يوجد فيها مركز الادارة الرئيسي للشركة ، فهو الذي يحكم تأسيسها ، وادارتها ، وانقضاءها ، وتصفيتها. (12)

أما النوع الثاني من المشاكل التي تثيرها الشركات ، الخاص بميدان التمتع بالحقوق ، فيسميه انصار هذا الاتجاه : «الحالة السياسية» أو «الخضوع» أو «التبعية السياسية» . ويعتمد في نطاقها على معيار المراقبة ، لبيان الصفة الوطنية والاجنبية للشركة من ناحية التمتع بالحقوق، أي تحديد ما اذا كان يجوز للشركة الاستفادة من الحقوق القاصر التمتع بها على الوطنيين ، اذا كانت الشركة خاضعة لاشرافهم ومراقبتهم، أو ما اذا كان نطاق الحقوق التي يسمح لها بالتمتع بها ينحصر بما هو معترف به للجانب ، اذا تبين ان الشركة تخضع لرقابة أشخاص أجنب . (13)

ومن ثم ، فان مفهوم جنسية الشركة ، في نطاق هذا التصور لا يتعلق بعلاقة واحدة على أساسها تتم تسوية كل المشاكل التي يمكن أن تثار في مضمار الشركات ، بل بعلاقتين أو برابطتي خضوع تجعلان الشركة ترتبط بدولة معينة .

الرابعة الاولى ، ويستعان بها في ميدان تنازع القوانين ، وهذه هي رابطة التبعية القانونية ، أو الحالة القانونية ، أو النظام القانوني ، الذي يتم تحديده بناء على قاعدة الاسناد المقررة لحل تنازع القوانين ، والتي هي

(12) هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول للوضعية المقررة في التشريع المصري ، الطبعة الثالثة ، الاسكندرية 1974 ، فقرة 111 ص 411 .

(13) هشام صادق ، المرجع السابق ، فقرة 111 ص 412 هامش رقم 2 ، عزالدين عبد الله المرجع السابق ، الجزء الثاني : تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين ، الطبعة السادسة ، القاهرة 1968 ، فقرة 80 ص 209 ، جابر جاد عبد الرحمان ؛ تنازع القوانين ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1970 فقرة 110 ص 291 .

تقتضي ، بالنسبة لفرنسا ومصر والعراق والمغرب ، بالاحالة على معيار مركز الشركة . أما الثانية ، فهي رابطة الخضوع السياسي ، أو التبعية السياسية يعتمد في الكشف عنها على معيار المراقبة الهادف الى التعرف على الاشخاص الحقيقيين المالكين لرأس المال ، أو القائمين على ادارة الشركة وتسييرها ، فان كانوا من الوطنيين فان الشركة تعد ذات تبعية سياسية وطنية ، وان كانوا أجنب ، كانت الشركة أجنبية يقتصر مجال تمتعها بالحقوق على ما هو مخول للاجانب فقط . (14)

وعلى الرغم من أن مساهمة الاتجاه السابق كانت قيمة وهامة ، فان الفقه التقليدي يعتبر انها لم تستطع القضاء نهائيا على مفهوم الجنسية بالنسبة للشركات ، كما انها لم تؤثر على المعيار التقليدي المستند الى مكان مركز الشركة .

الفصل الثاني

الاتجاه التقليدي والحفاظة على مفهوم جنسية الشركات لحل مشكلتي تنازع القوانين والتمتع بالحقوق

رغم كل الانتقادات الموجهة نحو تمديد مفهوم الجنسية الى الشركات ، وعلى الرغم من كل المحاولات التي بذلت لصياغة مفهوم جديد يعبر عن الرابطة القائمة بين الدولة والشركة ، فان الفقه التقليدي لم يبر في الانتقادات المتقدمة سببا كافيا للعدول عن مفهوم الجنسية وتطبيقه على الشركات ، بل أن الفقه التقليدي رد بحجج أخرى على انتقادات منكري جنسية الشركات .

(14) راجع : هشام صادق ، الجنسية والموطن ومركز الاجانب ، المجلد الثاني : مركز الاجانب ، الاسكندرية 1977 ، فقرة 412 ص 383 ، محمد كمال فهمي . المرجع السابق ، فقرة 217 ص 250 ، أحمد مسلم ، المرجع السابق ؛ فقرة 388 ؛ صفحة 401 .

المبحث الاول الرد على انتقادات منكري جنسية الشركات

انبرى كثير من الباحثين للرد على حجج منكري جنسية الشركات ، فأدلوها بحجج أخرى ، سواء بالنسبة لما تعلق بالشخصية المعنوية أو فيما يخص طبيعة رابطة الجنسية .

أولا : الرد على الحجج المتعلقة بالشخصية المعنوية : يرى الفقه التقليدي ان الحجة المستندة الى ان الشخصية المعنوية ما هي الا مجاز أو افتراض أو بدعة قانونية ، تصدق أيضا على الشخصية الممنوحة للفرد ، فهي بدورها مجرد تصوير قانوني ، أراد المشرع من خلاله ترتيب بعض النتائج بالنسبة للفرد أيضا .

بمعنى ان الشخصية التي يتمتع بها الشخص الطبيعي تعتبر ، في حقيقتها تصورا قانونيا صاغه المشرع ، واستنادا اليه اعتبر الفرد متمتعا بشخصية قانونية تجعله طرفا في الحق ، وبالتالي ، فان الانسان ، في عالم اليوم ، وبعد الغاء نظام الرق دوليا ، لم يعد من الجائز أن يكون محلا للحق أو موضوعا للتداول .

ولو رجعنا الى الماضي ، لوجدنا أن القانون كان يقضي ، في بعض الاحيان ، بتجريد الشخص الطبيعي من شخصيته ، عن طريق ما كان يسمى الموت المدني ، الذي الغي في فرنسا بمقتضى قانون 31 ماي 1854 . فمن الطبيعي القول اذن ان الموت المدني كان يعتبر بمثابة جزاء بمقتضاه يجرّد الفرد من الشخصية التي أكسبه القانون أيها من قبل .

وعلى هذا الاساس ، يجب الا تخلط بين الشخصية الذاتية والكائن الذاتي الذي تنطبق عليه ، وكذلك الشأن بين الشخصية القانونية والتجمع القانوني الذي يلتحق بالشخصية الاعتبارية ، بناء على افتراض قانوني ، وتحقيقا لغايات معينة .

وعلاوة على ذلك ، يقول الاتجاه التقليدي ، لما نقتصر على انكار الشخصية المعنوية على الشركات ونقول انها مجرد افتراض قانوني ، والحال ان القانون مليء بالتصورات والافتراضات في مجالات متعددة :

أليست الدولة نفسها شخصية معنوية ؟ أليس تحديد سن الرشد مجرد افتراض ؟ . . . الخ (15)

ثانيا : الرد على الحجج المتعلقة برابطة الجنسية : ان الحجج التي أثارها انصار الاتجاه الرافض لتسديد مفهوم الجنسية الى الشركات ، المستندة الى طبيعة رابطة الجنسية ، لم تكن مقنعة للفقه التقليدي الذي لم ير ضيرا في اعتبار الشركات تتمتع بالجنسية على جميع الافراد .

وهكذا ، يقول أنصار الاتجاه التقليدي ، ان الحجة المستندة الى الطابع السياسي لرابطة الجنسية ، تعتبر مصادرة على المطلوب ، فالمسألة ترجع الى التعريف المعطى للجنسية ، وهذا التعريف يمكن أن يؤخذ بمعنى واسع ، فيصبح شاملا الاشخاص الذاتيين والمعنويين على حد سواء .

ومن جهة أخرى ، اذا قيل أن رابطة الجنسية تترتب عليها حقوق والتزامات ذات طابع سياسي ، فان ذلك ليس شرطا جوهريا أو نتيجة حتمية لرابطة الجنسية ، فمثلا يعتبر الاطفال ، عديمو التمييز ، متمتعين بجنسية الدولة ، رغم أنهم لا يمارسون الحقوق السياسية التي يحق للمواطنين البالغين السن القانونية المحددة أن يباشروها ، ولا يخضعون للالتزامات التي تقع على عاتق كل من بلغ السن التي يعينها القانون لذلك .

(15) راجع : شكري أحمد السباعي ، الشركات في التشريع المغربي والمقارن ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء 1975 ، ص 75 هامش رقم 119 ، مازو ؛ المرجع السابق ، ص 35 ، أرنست ازاى ، في الجنسية ؛ مجموعة محاضرات أكاديمية لاهي للقانون الدولي 1924 ، الجزء الرابع ، ص 435 ، موريس ترافير ؛ جنسية الشركات التجارية ، المجموعة السابقة 1930 ، الجزء الثالث ، ص 23 فقرة 32 *

* Ernst Izay, de la nationalité, Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye, t : IV, p. 435, Maurice Travers, la nationalité des sociétés de commerce, Ibid, 1930, t: III, p. 23 n° 32.

وثفس الحُكم ينسحب أيضا على الاشخاص المحكوم عليهم بالتجريد من الحقوق الوطنية ، فانهم يظلون مواطنين تابعين للدولة ، وحاملين لجنسيتها، رغم أنهم ممنوعين من ممارسة حقوق المواطنة . (16)

تنتج وبناء عليه ، يرى الاتجاه التقليدي أن علاقة الجنسية ، اذا كانت تنتج عنها ، بالنسبة للشخص الذاتي ، حقوق والتزامات ذات طابع سياسي، فان ذلك انما هو فرق في النتيجة والاثر ، لا في الطبيعة والمضمون - ومن ثم، فهو لا يشكل سببا كافيا للعدول على مفهوم الجنسية بالنسبة للاشخاص المعنوية ، بوجه عام ، والشركات ، بوجه خاص ، لا بل ان عنصر الولاة ليس غريبا عن الشركات التي تمثل قوة جماعية لا يستهان بها ، اذا نظرنا الى الاهداف التي تسعى اليها والتاثير الذي تخلفه بالنسبة للاقتصاد الوطني .

المبحث الثاني

تحديد المقصود من مفهوم جنسية الشركات

لاحظنا أن مفهوم جنسية الشركات كان موضع نقاش حاد بين اتجاهاين فقهيين ، احدهما يعتبر هذا المفهوم قاصرا عن استيعاب الرابطة التي تجمع الشركة بالدولة ، والثاني لا يرى غضاضة في تطبيق مفهوم الجنسية على الشركات ، تعبيرا عن ارتباط الشركة بدولة معينة ، وخضوعها لقوانينها ، وتمتعها بحمايتها ، سواء داخل الدولة أو خارجها .

(16) راجع : ترافير ، المصدر السابق فقرة 27 ص 20 ، مازو ، المرجع السابق ؛ ص 37 ، ازاى ، المرجع السابق ، ص 435 ؛ يول دوفيشر ؛ الحماية الدبلوماسية للاشخاص المعنوية ، مجموعة محاضرات أكاديمية لاعامى للقانون الدولي ، 1961 ، الجزء الاول ، ص 434 *

* Paul de Visscher, la protection diplomatique des personnes morales, Recueil des cours de l'Académie de droit international, la Haye 1961, t : I, p. 434.

ونحن نعتقد أن الاجتهادات التي تجسمها انصار الاتجاه المنكر لتطبيق مفهوم الجنسية على الشركات لا محيد عن الاعتراف بانها كانت قيمة ، وجزيلة ، وبناءة ، وكان من نتيجتها تحديد مفهوم جنسية الشركة ، هذا المفهوم الذي نتصوره على أنه :

«بمقتضاها تعتبر الشركة مندمجة في الاقتصاد الوطني للدولة المرتبطة بها ، فتخضع لسيادتها وتتمتع بحمايتها .»

فمتى تعتبر الشركة مرتبطة بدولة معينة ؟ ومتى تعد مندمجة في اقتصادها الوطني ؟ ومتى يكون للشركة الاستفادة ، حقا وعدلا ، من المزايا المعترف بها للوطنيين ؟

في تصويرنا ، ان الشركة كما تعتبر مندمجة ، حقا وفعلا ، في الاقتصاد الوطني للدولة ، يتعين ان تتوفر فيها ثلاثة عناصر أساسية ، تتمثل فيما يلي :

أولا : أن يكون مركز الادارة الرئيسي للشركة داخل الدولة .

ثانيا : أن تخضع الشركة لاشرف ومراقبة عناصر وطنية .

ثالثا : أن يكون مركز الاستغلال أو النشاط داخل اقليم الدولة .

فهل يقتضي المشرع المغربي توافر هذه الشروط الثلاثة ، مجتمعة ، لاعتبار الشركة مغربية ، فتخضع للقانون المغربي ، وتتمتع بالمزايا والامتيازات الجزيلة ، التي تكفلها قوانين تشجيع الاستثمارات في مختلف القطاعات ، وهل ان الشركة التي تعتبر «مغربية» تساهم في تنشيط الاقتصاد الوطني ، وتوفر الشغل والسلع داخل السوق المغربية ؟

ذلك ما سنعرف الاجابة عنه من خلال البابين التاليين :

الباب الاول : تحديد جنسية الشركة بناء على معيار ومركز الادارة الرئيسي للشركة (التبعية القانونية) .

الباب الثاني : تحديد جنسية الشركة بمقتضى معيار المراقبة (التبعية السياسية) .

الباب الاول

تحديد جنسية الشركة بناء على معيار مركز الادارة الرئيسي (التبعية القانونية)

تقسيم

سنقتصر ، في دراسة معيار مركز الادارة الرئيسي، على دورين أساسيين
يُضطلع بهما ، وهما تحديد جنسية الشركة (الفصل الاول) وتغيير جنسية
الشركة (الفصل الثاني)

الفصل الاول

تحديد جنسية الشركة

تمهيد

يعتبر معيار مركز الادارة الرئيسي من أقدم المعايير المعتمد عليها ، في
الانظمة اللاتينية ، بوجه عام ، لتحديد جنسية الشركة .

ورغم أن نطاق تطبيق معيار مركز الادارة الرئيسي يتفاوت ضيقاً
واتساعاً ، حسبما اذا تعلق الامر بظروف استثنائية ، كحالات الحرب
والعداء ، التي يلجأ فيها الى معيار المراقبة ، أو تعلق الامر بظروف عادية ،
فان الثابت الذي لا جدال فيه هو أن معيار مركز الادارة الرئيسي يعتبر
القاعدة العامة في تحديد جنسية الشركة .

وفي جميع الاحوال والظروف ، يعتبر معيار مركز الادارة الرئيسي الضابط الممول عليه دوما للكشف عن التبعية القانونية للشركة . وبمقتضى معيار مركز الادارة الرئيسي تكتسب الشركة جنسية الدولة التي يوجد فيها مركز الشركة (17) أو مركز الادارة الرئيسي . (18) أو المقر الرئيسي (19) .

وكلها تعبيرات تختلف من حيث الصياغة ، ولكن مدلولها واحد ، في جميع الاحوال ، فالمقصود هو المكان الذي توجد فيه الجهة الرئيسية للشركة ، تلك الجهة التي تصدر عنها التعليمات ، وتأتي منها الاوامر الى مختلف الهيئات والاجهزة التابعة للشركة . (20)

وقد سار معيار مركز الادارة الرئيسي ، منذ القديم ، في كثير من دول

(17) ونحن نفضل هذه العبارة على تلك التي يستعملها المشرع المغربي ، مثلا ، في المادة 522 من قانون المسطرة المدنية « ... المركز الاجتماعي ... » ويسايره في ذلك كثير من الباحثين المغربي ، أنظر على سبيل المثال ، شكري أحمد السباعي المرجع السابق ، ص 85 - محمد الوكيل ، وضعية الاجانب في ظل ظهيري 2 مارس 1973 المتعلقين باسترجاع الاراضي ومغربة بعض الانشطة الاقتصادية ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الرباط 1976 ، ص 153 - ويستعمل الاستاذ موسى عبود ، دروس في القانون الدولي الخاص المغربي ، مطبوعة على الالة الراقنة ، ص 145 عبارة « المركز الاشتراكي » وهاتان العبارتان ترجمة للعبارة الفرنسية *Siège social* رغم كلمة *Social* مستمدة من كلمة *Société* - التي تعني الشركة ، والا فكيف نترجم عبارتي *(Raison sociale)* (*Parts Sociales*) اذا سايرنا الترجمة السابقة ؟

(18) وهي التسمية التي يطلقها القانون المدني المصري ، في الفقرة الثانية من المادة الحادية عشرة منه ، وهي تسمية موفقة لانها تعبر عن حقيقة المقصود . انظر في ذلك : عزالدين عبد الله ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص 728 هامش رقم 2

(19) وهو التعبير الذي يستعمله المجلس الاعلى ، في بعض الاحيان ، انظر قرار الغرفة الادارية ، رقم 162 ، بتاريخ 3 غشت 1979 ، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد ، العددان 13 - 14 ، السنة 1983 ، ص 141 ؛ وقرار رقم 118 ؛ بتاريخ 15 مارس 1978 ، مجلة القضاء والقانون السنة الثامنة عشرة ، يوليو 1979 عدد 129 ص 76 ، وقارن حكم المجلس الاعلى ، رقم 280 ، بتاريخ 11 يونيو 1969 ؛ مجلة قضاء المجلس الاعلى ، العدد 8 ، السنة الاولى ، ماي 1969 ص 45 .

(20) محكمة مونبليي ، 3 ماي 1926 ، مجموعة سيراى 1926 ، الجزء الثاني ص 75 جريدة القصر ، 1926 ، الجزء الثاني ص 153 ، دالوز الاسبوعي ، 1926 ص 328 .



العالم (21) ، كما حظى بمكانة هامة لدى المشرع المغربي ، سواء في نطاق
منازع القوانين ، أو في ميدان التمتع بالحقوق .

فقد نصت المادة السابعة من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية
المدنية للفرنسيين (22) والاجانب بالمغرب على ما يلي :

«تحدد جنسية الشركة بمقتضى قانون البلاد التي أقيم فيها بدون
احتيال ، المركز القانوني للشركة».

غير ان تغيير هذه المادة كان محل جدل عنيف بين اتجاهاين فقهيين ،
علينا أن نعرض لكل منهما ، أولا ، قبل التعرف على موقف القضاء .

المبحث الاول

موقف الفقه من المادة السابعة

من الظهير

أولا : الاتجاه الاول :

يمثل هذا الاتجاه مینار ، وهو يقول ، بصفة خاصة :

«ان المادة السابعة من ظهير الوضعية المدنية لم تصرح بان جنسية

(21) منها فرنسا ، منذ صدور حكم محكمة النقض ، 20 يونيو 1970 ، سيراى 1870
الجزء الاول ص 373 ، والمانيا ، وسويسرا ، وايطاليا ؛ وهولندا ؛ والنامسا . كما
أخذ به معهد القانون الدولي ، في دورته المنعقدة بمدينة هامبورغ ، بتاريخ 7 ديسمبر
1891 ، كما أن المعيار الذي أشارت اليه المادتان 18 و 19 من مدونة بيستامنت ،
المؤرخة بـ 20 فبراير 1928 والجاري بها العمل في بعض دول أمريكا اللاتينية ،
كذلك أخذ به مؤتمر التجارة الدولية المنعقد في باريس سنة 1916 .

(22) وتجدر الإشارة الى أن المجلس الاعلى تصدى للتمييز الذي كان قائما بين الفرنسيين
وبين غيرهم من الاجانب ، فاعتبر الجميع على قدم المساواة من ناحية الوضعية المدنية
بالمغرب ، أنظر القرار الصادر بتاريخ 28 يونيو 1960 ، المجلة المغربية للقانون ،
1961 ص 23 ، وقرار 5 أبريل 1961 ، مجلة المحاكم المغربية 1961 ، ص 68 .

الشركة هي جنسية المكان الذي يوجد فيه مركزها ، بل اعلنت ان جنسية الشركة تحدد بمقتضى القانون الجاري به العمل في المكان الذي أقيم فيه مركز الشركة» (23)

ومن ثم ، فان المادة السابعة من الظهير ، في رأي مینار ، ليست هي المجال الذي يمكن أن نبحث في نطاقه عن معيار جنسية الشركة بالنسبة للتشريع المغربي ، فهي لم تخصص لهذه المسألة ، وانما وضعت لحل مشكل آخر هو مشكل تنازع القوانين في ميدان الشركات فالمادة السابعة اقتضت على وضع حل للتنازع بين القوانين ، وذلك بالاحالة على قانون البلاد التي أقيم على أرضها مركز الشركة .

وإذا أمعنا النظر في الفقرة السابقة التي كتبها مینار ، فاننا نتوصل الى مجموعة من الاستنتاجات المنطقية التي حاول مینار أن يعبر عنها .

فاذا وضعنا نص المادة السابعة من الظهير في سياقه التاريخي ، لوجدنا أن مشكلة جنسية الشركات ، في مطلع القرن العشرين ، كانت لما تزال محل معركة حامية الوطيس ، في الفقه والقضاء ، ولاسيما في فرنسا ، مما دفع المشرع هناك الى الاحجام مرارا عن صياغة قاعدة تشريعية تحدد بموجبها جنسية الشركة .

ومن جهة ثانية ، وكما لاحظ مینار ، فان المادة السابعة من الظهير لم تصرح بان جنسية الشركة تحدد استنادا الى المكان أو البلاد التي يوجد فيها مركز الشركة ، بمعنى انها لم تقرر أن الشركة التي يوجد مركزها في دولة معينة تكتسب جنسية تلك الدولة ، اذ أن القول بمثل هذا الاستنتاج يتضمن مخالفة واضحة للقواعد المقررة في القانون الدولي ، والتي بمقتضاها

(23) الفونس مینار ، في جنسية الشركات بمنطقة النّقْد الفرنسي وبمنطقة طنجة ، مجموعة التشريع والقضاء المغربيين ، بونان 1932 ، ص 11 وما بعدها .

تعتبر الجنسية أمرا يتعلق بالسيادة الوطنية لكل دولة ، وان كل دولة حرة في وضع المعايير التي تلائمها لمنح الجنسية أو رفضها . (24)

وعلى هذا الاساس ، نعتقد أن تحليل مبنار للمادة السابعة من الظهير كان تحليلا منطقيا وسليما :

«فهو أقرب الى المفهوم الحرفي للنص ، والى روح التسامح التي تسيطر على ظهير الوضعية المدنية للاجانب» (25).

ومن ثم ، نقرر أن المادة السابعة من الظهير لم تتضمن قاعدة مباشرة تبين المعيار الذي نحدد بمقتضاه جنسية الشركة في المغرب ، ولكن تحتوي قاعدة اسناد يعين بموجبها القانون الذي يخضع له النظام القانوني أو الحالة القانونية للشركة . (26)

ثانيا : الاتجاه الثاني :

ومع ذلك ، فان الاتجاه الثاني ، السائد الى يومنا هذا لم يقبل بهذا التحليل المنطقي السليم ، واعتبر المادة السابعة من الظهير صريحة في ان جنسية الشركة تحدد بناء على معيار مركز الادارة الرئيسي . وبالتالي يجب

(24) في هذا المعنى ، راجع حكم محكمة الاستئناف بمكناس ، رقم 467 ، بتاريخ 5 أبريل 1977 مجلة القضاء والقانون ، عدد 128 ، يوليو 1978 ص 225 ، مؤيد بحكم المجلس الاعلى ، رقم 705 ، بتاريخ 13 أبريل 1983 ، مجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 32 السنة الثامنة ، أكتوبر 1983 ص 27 ، وانظر هشام صادق ، المرجع السابق المجلد الثاني ، فقرة 415 ص 400 .

(25) موسى عيود ، المرجع السابق ص 146 ، انظر أيضا : جال لاتشا ، تنازع القوانين في ميدان الشركات التجارية بالمغرب ، المكتبة العامة للقانون والقضاء ، باريس 1960 ص 65 - ناصر بنجلون التويحي ، المغربية : حصيلة سياسية رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط 1972 ص 63 .

(26) أنظر الدكتور علي سلمان العبيدي ، المرجع السابق ص 262 .

الرجوع ، في نظر أنصار الاتجاه الثاني ، الى المكان الذي يوجد به مركز الشركة لاسناد جنسية ذلك المكان أو البلاد للشركة .(27)

وفي تقديرنا ، يعتبر التفسير الذي توصل اليه الاتجاه الثاني تجاوز للمادة السابعة من الظهير ، وتحميلا لها لما لاطاقة لها به ، ذلك أن المادة السابعة كانت ، في حقيقة الامر ، تخص الشركات الاجنبية التي كانت تمارس نشاطها في المغرب وتستثمر فيه أموالها ، وقد وضعت للارشاد عن القانون الذي تخضع له الشركة ، فهي بهذه المثابة قاعدة اسناد تعتمد على معيار مركز الشركة لحل النزاع بين القوانين في مضمار الشركات .

وهكذا ، يتضح أن المادة السابعة من الظهير لا علاقة لها بجنسية الشركة أو بالمعيار الذي تحدد بموجبه تلك الجنسية ، وذلك لان البحث عن معيار جنسية الشركة يجب أن يتم ، لا في نطاق النصوص المتعلقة بتنازع القوانين ، كما هو الشأن بالنسبة لظهير الوضعية المدنية ، كقاعدة عامة ، بل يتعين التنقيب عن ذلك المعيار في صلب النصوص الموضوعية للقانون الداخلي ، كالقانون المدني أو القانون التجاري أو غيرها .

المبحث الثاني

موقف الاجتهاد القضائي

لقد كان أول حكم أصدره القضاء ، خلال عهد الحماية الفرنسية على المغرب ، يتعلق بجنسية الشركات ، هو الحكم الشهير الصادر على محكمة

(27) شكري أحمد السباعي ، المرجع السابق ، ص 85 ، محمد الوكيل ؛ المرجع السابق ص 163 ، نيبوايي ، كتاب القانون الدولي الخاص الفرنسي ، الجزء الثاني ص 261 هامش رقم ، 1 ، أوجين أوديني ، القانون الدولي الخاص في التشريع الفرنسي المغربي ؛ المجلة الجزائرية ، 1920 ص 1 ايفون ابيطيول ، تغيير جنسية الشركات ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، الرباط 1960 ص 15 هامش رقم 4 بونان ، لمحة عن جنسية الشركات المؤسسة في المغرب ، مجلة المحاكم المغربية ، عدد 307 بتاريخ 8 مارس 1928 .



الاستئناف بالرباط يوم 7 مارس 1923 (28) ، وقد جاء فيه ، بوجه خاص ،
ما يلي :

«حيث أن جنسية الشركة تتبع وحسب البلاد التي توجد فيها مؤسستها
الرئيسية . . . »

«بناء على ذلك ، حيث ثبت من الوقائع ، أنه بتاريخ 28 يونيو 1912 ،
وبمدينة مرسيليا ، قام فيكتور كاي وفكتور رويس ، فأسسا بينهما شركة ،
بمقتضى عقد عرفي ، تحت عنوان «فكتور كاي وشريكه» وهي شركة تضامن
ترمي الى احداث واستغلال مطحنة في المغرب . . . »

وحيث لم تثر المنازعة في أن الشركة المذكورة كانت تتوفر بمدينة
الرباط وحدها على مركز ادارتها ومركز استغلالها ، ومن ثم على مؤسستها
الوحيدة. »

«وحيث أن لها هذه الصفة ، وعلى الرغم من أن عقد الشركة أبرم في
فرنسا ، فان شركة فيكتور كاي وشريكه ، التي يوجد مركز ادارتها الرئيسي
استغلالها بالمغرب ، لا تخضع الا لمقتضيات الشهر وأحكام التسيير
الخاصة بتشريع هذا البلد الاخير. »

ان الملاحظة الاساسية التي تخرج بها من هذا الحكم ، تتعلق بالمعيار
المستند اليه من قبل المحكمة لتحديد جنسية الشركة في المغرب . فقد صرحت
المحكمة ، كما رأينا ، أن :

«جنسية الشركة تتبع وحسب البلاد التي توجد فيها مؤسستها
الرئيسية. »

(28) قرار رقم 208 ، بين شركة فيكتور كاي وشريكه وبين حراسة الاموال الالمانية
النمساوية ، مجلة المحاكم المغربية ، عدد 94 ، بتاريخ 20 شتنبر 1923 ص 1 - مجموعة
قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1923 - 1924 الجزء الثاني ص 246 - جريدة
الشركات 1924 ص 514 .

فاعتبرت أن المعيار المعول عليه هو معيار مركز الشركة ، أو مركز الادارة الرئيسي ، المؤسسة الرئيسية .

وعندي أن النقطة المركزية التي يتعين التأكيد عليها ، في هذا المقام ، هي أن محكمة استئناف الرباط ، كما يتضح من نص الحكم ، لم تستند ، في اللجوء الى معيار مركز الشركة ، لا الى المادة السابعة من ظهير الوضعية المدنية للاجانب بالمغرب الى غيرها ، بل سارت على هدي ما استقر عليه القضاء الفرنسي ، من جهة ، وحاولت نقل هذه القاعدة العرفية القضائية الى المغرب وتركيز دعائمها في بلادنا ، من جهة ثانية ، مما يؤيد وجهة نظر الاتجاه الاول القاضي بان المادة السابعة من الظهير انما تقر قاعدة اسناد لحل تنازع القوانين في مضممار الشركات ، واستنادا الى أنها هي نفسها تحيل صراحة على القانون الجاري به العمل أو القضاء السائد في البلاد التي يوجد فيها مركز الشركة الحقيقي والجدى ، لاستفسارهما عن المعيار المعمول به لحل التنازع المذكور .

وإذا كانت المحكمة لم تشر ، في قرارها الى أن المدعي عليها ، «شركة مغربية» ، فالظاهر أن هذه الإشارة لم تكن في حاجة اليها اعتبارا لان المحكمة قررت أن المعيار المعتمد لتحديد جنسية الشركة هو معيار مركز الادارة الرئيسي ، واكتفت بالقول أن الشركة :

« تتوفر على مؤسستها الوحيدة بمدينة الرباط »

بالاضافة الى التأكيد على أن :

«الامبراطورية الشريفة ، الخاضعة لحماية فرنسا تعتبر ، بدون منازع ، بلدا أجنبيا» .

ومهما يكن ، فان المحكمة نفسها ، وغيرها من محاكم الحماية سرعان ما تداركت هذا الاغفال ، في الاحكام الصادرة عنها فيما بعد (29) .

ويتضح مما تقدم ، أن المحاكم ، على عهد الحماية ، استقرت على أن المعيار الذي يستند اليه لتحديد جنسية الشركة ، هو معيار مركز الادارة الرئيسي وبمقتضاه تعتبر الشركات مغربية ، اذا كان مركزها مقاما في المغرب .

ونتيجة لذلك ، فان الشركة المغربية ، بناء على معيار مركز الادارة الرئيسي تخضع لاحكام القانون المغربي في كل ما يتعلق بتكوينها وتسييرها ، وانحلالها وتصفيتهما .

اما الشركة الاجنبية ، فانها تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارتها الرئيسي ، طبقا لما تقضي به المادة السابعة من ظهير الوضعية المدنية للاجانب بالمغرب .

ومع ذلك ، اذا كانت الشركة تمارس نشاطها ، كلاً أو بعضاً ، داخل المغرب فانها تلتزم بالخضوع لمقتضيات القانون المغربي ، خاصة بالنسبة

(29) محكمة الاستئناف بالرباط 8 ديسمبر 1931 مجلة المحاكم المغربية عدد 491 ، بتاريخ 23 أبريل 1932 - تقرير موسار بشأن قرار محكمة استئناف الرباط ، 7 فبراير 1922 مجلة المحاكم المغربية عدد 23 ، بتاريخ 9 مارس 1922 وتعليق يونان - المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء 19 يناير 1933 مجلة المحاكم المغربية ، عدد 25 فبراير 1933 ص 57 - المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء ، 16 مارس 1936 ، مجلة المحاكم المغربية ، عدد 18 أبريل 1936 ص 116 - محكمة استئناف الرباط 14 يناير 1937 مجلة المحاكم المغربية عدد 717 بتاريخ 27 فبراير 1937 مجلس الدولة الفرنسي 28 أبريل 1939 مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط 1939 ص 94 مجموعة سيراي 1940 الجزء الثالث ، ص 108 انظر التعليق على هذا الحكم : محمدالعربي بنعثمان المهنة البنكية في المغرب ، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق كلية العلوم الاجتماعية الرباط 1981 ص 56 .

للتصرفات التي يمتد أثرها الى الغير والتي قد يكون من شأنها الحاق الضرر به ، كما هو الشأن بالنسبة للتقادم (30) .

وكم يكون من المستحسن لو عممت المحاكم المغربية ، في الآونة الراهنة، المبدأ السابق ، وقررت خضوع الشركة التي رغم عدم وجود مركزها في المغرب، تمارس فيه نشاطها كله أو بعضه ، لمقتضيات القانون المغربي .

ذلك أن تعميم هذا المبدأ من شأنه توفير الحماية للغير ، هذه الحماية التي لا تنحصر طبعاً بميدان التقادم وحده ، بل تشمل كل المجالات التي يمكن أن يدخل فيها الغير طرفاً مع الشركة ، باعتباره متعاملاً ، أو مستفيداً ، أو دائناً . هذا الى أن تعميم المبدأ السابق يتطابق الى حد كبير مع المباديء العامة ، بل ومع ما اشترطته المادة السابعة من ظهير الوضعية المدنية ، التي فرضت أن يكون مركز الشركة حقيقياً وجدياً لا سورياً أو احتيالياً .

الفصل الثاني

تغيير جنسية الشركة

المبحث الاول

مبدأ تغيير جنسية الشركة

يرى بعض المفكرين ، في ألمانيا وفرنسا والمغرب ، عدم جواز ، نقل مركز الشركة بصورة اختيارية ، من بلاد الى أخرى ، والا فان الشركة تعتبر منحلة، وتخضع للتصفية .

(30) محكمة الاستئناف بالرباط ، 15 نونبر 1938 ، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط ، الجزء التاسع ، 1937 - 1938 ص 613 ، وقرب هذا الحكم مما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 11 من التقنين المدني المصري ، التي ورد فيها « ومع ذلك ، اذا باشرت « الاشخاص الاعتبارية » نشاطها في مصر ، فان القانون المصري هو الذي يسري » وقد علق عليها علي البارودي ، بقوله : « فكأن الشركة يطبق عليها القانون المصري ... اذا باشرت نشاطها الرئيسي في مصر ولو كان موطنها بالخارج » القانون التجاري ، الاسكندرية 1975 ص 178 .

أذ يتعين ، في نظر هذا الاتجاه ، لنقل مركز الشركة من دولة الى دولة ثانية ، حل الشركة في البلاد التي أقيم فيها مركز الادارة الرئيسي ، والقيام بتأسيس شركة جديدة متميزة تماما عن الشركة الاصلية ، في البلاد المراد نقل مركز الشركة اليها ، وذلك طبقا لما يقضي به قانون الدولة الجديدة ، بحيث تنقطع الصلة بين دولة مركز الادارة القديم وبين الشركة التي كانت تابعة لها (31).

ويمثل هذا الاتجاه ، في المغرب ، الاستاذ دوكرو ، الذي ظل يدافع سنوات عديدة عن مبدأ صحة النقل الدولي لمركز الادارة الرئيسي للاشخاص المعنوية ، بوجه عام ، في نطاق التشريع المغربي (32) ، ولكنه عدل عن دفاعه السابق وأخذ بوجهة النظر القاضية بعدم جواز تغيير جنسية الشركة ، عن طريق نقل مركز الادارة الرئيسي الى الخارج (33) .

وإذا كان الفقه القائل في فرنسا والمانيا ، بعدم جواز نقل مركز الشركة من دولة الى أخرى ، يستند في الدفاع عن رأيه الى طبيعة الشخصية المعنوية. بحيث مجرد مجاز أو افتراض أسبغ على الشركة من قبل القانون الذي تأسست

(31) راجع ذلك : روعلان ، المصدر السابق ص 430 ترافير ، المرجع السابق ، فقرة 152 ص 106 ، نيبوايي ، كتاب القانون الدولي الخاص ، فقرة 303 لوتاسور ؛ في تغيير جنسية شركات المساهمة ، جريدة الشركات ، 1914 ، 3211 هاديل ولاكارد ؛ كتاب القانوني التجاري ، الجزء الاول ، المجلد الثاني ، باريس 1980 ؛ فقرة 419 ؛ ص 63 جان بيرو تغيير جنسية شركة المساهمة ، جريدة القانون الدولي ، 1926 ، ص 563 هامش رقم 5 .

G. Levasseur, Du changement de la nationalité des sociétés anonymes, Journal des sociétés, 1914 p. 321; Hamel et G. Lagarde, traité de droit commercial, t : I, vol 2, 2è édition, Paris 1980; Jean Perroud, changement de la nationalité d'une société anonyme, Journal du droit international, 1926 p. 563 note 5.

(32) الشركات في المغرب ، منطقة الحماية الفرنسية ومنطقة طنجة ، باريس 1950 ، فقرة 226 ، ص 140 .

(33) دوكرو ، القانون الدولي الخاص ، الرباط 1963 ، فقرة 434 ص 330 ؛ الشركات في القانون المغربي ، الطبعة الثالثة ، الرباط 1978 .

في ظله ، يمحي ويزول عند تخرج الشركة من نفوذ القانون المذكور (34) فان
دوكرو يستند الى أساس آخر ، يتمثل فيما نصت عليه المادة الاولى من
ظهير 14 نونبر 1959 التي قضت بما يلي :

«يمنع نقل مركز ادارة الاشخاص المعنوية المقامة في المغرب الى
الخارج . . . الا اذا كان هناك ترخيص من وزير المالية» .

ومع تقديرنا لهذا الرأي ، نعتقد أن الاستاذ دوكرو تسرع في استنتاجه
السابق المبني على ما نصت عليه المادة الاولى من ظهير 14 نونبر 1959
المتعلق بنقل مركز ادارة الاشخاص المعنوية المغربية الى الخارج ، وذلك بالنظر
للاعتبارات التالية :

أولا : كآني بالاستاذ دوكرو ويريد أن يقول ان المادة الاولى من ظهير
14 نونبر 1959 الغت ، بصورة ضمنية ، مقنضيات المادتين 31 من قانون
24 يوليوز 1967 المتعلق بشركات الاموال (35) . وقانون 7 مارس 1925
المتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة (36) اللتان تشترطان لتغيير
جنسية الشركة اتفاق كل الشركاء على وجه الاجماع ، مع أن الالغاء الضمني
يقترض وجود تعارض بين نصين تشريعيين يوجب ترجيح النص اللاحق
والعمل به دون النص السابق المتعارض معه .

وإذا أمعنا النظر في النصين المتقدمين وجدنا أن لا تعارض بينهما ، وان

(34) للمزيد من التفاصيل ، انظر ، لوسوارن وبرودان ، المرجع السابق ، فقرة 273
ص 292 ، لوسوارن وبوريل ، القانون الدولي الخاص ، سلسلة دالوز الوجيز ؛ باريس
1978 فقرة 709 ص 804 ؛ باتيفول ، تغيير جنسية الشركات ، أعمال اللجنة الفرنسية
لل قانون الدولي الخاص ، 66 - 1969 ، دالوز ، باريس 1970 ص 68 *
* Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, Droit international privé, Coll. Précis
Dalloz, Paris 1978, n° 709 p. 804; H. Batiffol, changement de nationalité
des sociétés, Travaux du Comité français de droit international privé, 1966 -
1969, Dalloz Paris 1970, p. 68.

(35) الصادر الامر بتطبيقه في المغرب بمقتضى ظهير 11 غشت 1922 .

(36) الصادر الامر بتطبيقه في بلادنا ، بموجب ظهير فاتح شنتبر 1926 .



التحليل المنطقي السليم يقتضي تكييف ما ورد بالمادة الاولى من ظهير 14
نونبر 1959 على أنه يتضمن شرطا تكميليا يضاف الى ما تقرر في المادتين
31 من قانون 1867 وقانون 1925 .

وهذا ما أشار اليه الاستاذ شكري أحمد السباعي بقوله :
«ولا يجوز . . . نقل مركز الشركة (فضلا عن الرخصة التي يتطلبها ظهير
14 نونبر 1959) وتغيير جنسيتها . . . الا باجماع الشركة» (37) .

ثانيا : يلاحظ ان تحليل الاستاذ دوکرو لمتنصيات المادة الاولى من
ظهير 14 نونبر 1959 يوسع من نطاق النص ويعطيه بعدا أوسع مما ينطوي
عليه في الحقيقة ، فالمادة الاولى المذكورة انما تتعلق بميدان الصرف الدولي
وتحويل الارباح ورؤوس الاموال الى الخارج ، ضمن الحدود المسموح ، وتحت
مراقبة الهيئات المالية المختصة . فلو كان المشرع يهدف الى الحظر أو المنع
لما اختار ، في عرض الاسباب الوارد في مطلع الظهير ، لفظة المراقبة التي
اعتبرها كافية للدلالة على قصده ومراده ، ولا استعمل كلمة «حظر» أو «منع» .

ثالثا : ان التحليل الذي سار في دوکرو مع أحكام قانونية ورد عليها
النص في بعض الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب ، مثل الاتفاقية
المغربية الفرنسية المتعلقة بتفادي الازدواج الضريبي ، الموقع عليها بتاريخ
29 ماي 1970 (38) ، فقد أشار وزير المالية والاقتصاد الفرنسي ، في اجابته
عن سؤال لاهد النواب بمجلس الشيوخ ، يوم 19 ماي 1972 ، الى أن الاتفاقية
المذكورة لا تؤثر لها على تطبيق أحكام التشريع الفرنسي الواجب تطبيقها
على نقل مركز الشركة من المغرب الى فرنسا (39) .

(37) الشركات في القانون المغربي والمقارن ، ص 462 .
(38) مصادق عليها بمقتضى قانون رقم 71 - 20 بتاريخ 11 يناير 1972 ، الجريدة
الرسمية عدد 3092 ، بتاريخ 2 فبراير 1972 ص 126 .
(39) راجع نص السؤال والجواب عنه في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية ،
بتاريخ 12 ماي 1972 ، ص 1701 ، وفي المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص 1972
ص 511 .

وبناء على ذلك ، نعتقد ان التحليل المنطقي السليم يقتضي اعطاء مقتضيات المادة الاولى من ظهير 14 نونبر 1959 نطاقها المحدود ، والتصريح بكونها تمثل وحسب شرطا تكميليا يضاف الى ما تقرر بالنصوص التشريعية المتعلقة بموضوع تغيير جنسية الشركات في المغرب ، اذا توفرت شروط تطبيقها حق للشركة تغيير الجنسية عن طريق نقل مركز الادارة الرئيسي الى الخارج .

المبحث الثاني

شروط تغيير جنسية الشركة

اذا راجعنا التشريع المغربي ، لمعرفة شروط تغيير جنسية الشركة ، وجدنا الاحكام متفرقة في نصوص مختلفة ، بالاضافة الى أن المشرع المغربي اقتصر على الاشارة الى الاحكام الخاصة بتغيير جنسية شركات المساهمة والمسؤولية المحدودة ، واغفل معالجة هذا الامر بالنسبة لاناواع الاخرى . سنعرض ، في البداية للاحكام العامة المتعلقة بتغيير جنسية الشركات ، بوجه عام ، ثم نتطرق ، بعد ذلك ، للاحكام الخاصة التي أشار اليها المشرع المغربي بالنسبة لشركات المساهمة والمسؤولية المحدودة .

الفرع الاول

الاحكام العامة المتعلقة بتغيير

جنسية الشركات

يفيد تغيير جنسية الشركة ، عن طريق نقل مركز الادارة الرئيسي الى الخارج ، تحلل الشركة من نفوذ القانون المغربي وخضوعها لقانون اجنبي ، فتصبح مستقلة بالحماية الدبلوماسية للدولة التي أصبحت تابعة لها .

ومثل هذه النتيجة ، تقتضي اتخاذ بعض الاجراءات الاحتياطية قبل أن تنفذ الشركة من سيطرة القانون المغربي ، وتتملص من التزاماتها نحو الدولة المغربية وواجباتها تجاه الأشخاص الذين تعاملوا معها بوصفها شركة مغربية.

وهذا يعني أن الشركة يتعين عليها ، قبل نقل مركز ادارتها الرئيسي الى الخارج ، ان تنقيد ببعض الشروط الموضوعية والشكلية التي من شأنها أن تثبت وفاء الشركة بالتزاماتها نحو الدولة المغربية وازاء الاغيار .

ويمكن تقسيم الشروط التي يقتضيها المشرع المغربي ، في هذا المجال، لتغيير جنسية الشركات ، بوجه عام ، الى نوعين :

شروط موضوعية ، وشروط شكلية .

أولا : الشروط الموضوعية :

– 1 – أول شرط موضوعي يبرز في هذا الصدد ، يستهدف حماية الغير وتفادي الاضرار بهم نتيجة نقل مركز الشركة الى الخارج .

وبعبارة أوضح ، ان النقل الذي لا يقصد منه سوى التهرب من التزامات الشركة نحو المتعاملين معها ، يعتبر باطلا وديم الاثر في نظر القانون المغربي، فيؤدي الى الاستمرار في اعتبار الشركة مغربية ، تسرى عليها مقتضيات القانون المغربي ، بما فيها ، طبعا ، الاحكام الجنائية المقررة ضد الشركة بوصفها شخصا معنويا ، بالاضافة الى الجزاءاتالعقابية التي تطال الاشخاص الطبيعيين الذين لجأوا الى الاحتيال أو النصب للتهرب من الاحكام والفروض المقررة في هذا المضمار ، أضرارا بمن تعاملوا مع الشركة واطمأنوا الى التعامل معها .

– 2 – نظرا لان تغيير جنسية الشركة ، عن طريق نقل مركز الادارة الرئيسي الى الخارج ، يشكل تدبيرا جوهريا وخطيرا في حياة الشركة ، فمن الضروري أن يتم برضى كل الشركاء ، وعلى وجه الاجماع ، والا فان الاتفاقات التي تقع بهذا الخصوص رغم اعتراض أحد الشركاء تعد باطلة ولا أثر لها

بالنسبة للشريك المتعرض ، فيترتب على ذلك وجوب حل الشركة وانسحاب الشريك المعارض ، وضرورة إعادة تأسيس شركة جديدة بين الراغبين في نقل مركز الشركات الى الخارج (40) .

3 - وأخيرا يشترط أن يكون نقل مركز الشركة الى الخارج حقيقيا وجديا ، ليس يقصد منه غير ذر الرماد في الاعين واخراج الشركة ، بطريقة احتيالية مزيفة ، من دائرة نفوذ للقانون الذي يتعين أن تخضع له طبقا للمقاييس والقواعد المعمول بها في هذا الاطار ، وذلك وفقا للقاعدة القاضية بأن الغش يفسد التصرفات (41) .

1 - اعتبار للاهمية البالغة والخطيرة التي يكتسبها النقل الدولي لمركز الادارة الرئيسي الى الخارج ، فمن اللازم الاعلان عن هذا الاجراء ، بواسطة طرق الشهر والاعلان المقررة في التشريع المغربي. وذلك بمنح الغير مهلة كافية للاطلاع على التدابير المراد اتخاذه حتى يتسنى لكل من يهمه الامر مواجهة الشركة ومطالبتها بما يمكن أن يكون له من حقوق عليها .

وما لم تراخ اجراءات الشهر المقررة في هذا الصدد ، فان النقل الدولي لمركز الشركة يعتبر باطلا ولا يعتد به ، وذلك طبقا لما نصت عليه المادتان 38 و 39 من القانون التجاري المغربي .

2 - من أهم الشروط الشكلية على الاطلاق ، الشرط القاضي بضرورة الحصول على رخصة من وزارة المالية لاجراء النقل الدولي لمركز الشركة . وهذا الشرط هو الذي أشارت اليه المادة الاولى من ظهير 14 نونبر 1959 ، وبمقتضاها :

(40) وذلك تطبيقا للمادة 1056 من قانون الالتزامات والعقود المغربي ، انظر الاستاذ علي سلمان العبيدي ، المرجع السابق ، ص 354 - 362 ،
شكري أحمد السباعي ، المرجع السابق ، ص 136 وما تلاها .
(41) أنظر في هذا المعنى : محكمة السين المدنية ، 20 يناير 1923 ، جريدة القانون الدولي 1926 ص 121 ، نقض فرنسي ، عرائض 17 يوليو 1935 ، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ، 1936 ص 767 ، محكمة السين المدنية 22 دجنبر 1938 ، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص 1939 ص 269 .

«يحظر نقل مركز ادارة الاشخاص المعنوية الى الخارج ، باستثناء ما اذا كانت هناك رخصة من وزير المالية» .

ويبدو أن السبب في اشتراط صدور الرخصة عن وزير المالية دون غيره يعود الى أن موضوع نقل مركز الشركة الى الخارج يرتبط ارتباطا شديدا بميدان اختصاص وزارة المالية ، اعتبارا لانه يتعلق بالصراف الدولي ، وحماية العملة المغربية ، وابتغاء التيقن من وفاء الشركة بكل التزاماتها نحو الدولة المغربية .

ونظرا لكون الترخيص بنقل مركز الشركة من المغرب الى الخارج منوط بهيئة ادارية ، فهو يعتبر قرارا اداريا ، وبهذه المثابة ، يجوز التظلم منه عن طريق الطعن فيه من أجل الشطط في استعمال السلطة لدى الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى (42) .

الفرع الثاني

الاحكام الخاصة بتغيير جنسية شركات المساهمة والمسؤولية المحدودة

اذا كان المشرع المغربي ، كالقانون الفرنسي ، قد أهمل جمع وتفصيل الاحكام المتعلقة بتغيير جنسية الشركات ، بصفة عامة ، فانه عرض ، بصورة مباشرة وواضحة ، لمشكلة تغيير الجنسية بالنسبة لكل من شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة .

(42) أنظر بهذا المعنى مجموعة من الاحكام الصادرة عن الغرفة الادارية بالمجلس الاعلى ، تتعلق بالطعن للشطط في استعمال السلطة ضد قرارات لوزير المالية تتعلق برخص تصدير أموال الى الخارج : قرار 31 ماي 1969 ، قرارات المجلس الاعلى ، للغرفة الادارية ، مجموعة صادرة عن كتابة الدولة لدى الوزير المكلفة بالشؤون الادارية 1966 - 1970 الطبعة الاولى الرباط 1983 ص 145 ، وقرار 9 يناير 1969 المجموعة السابقة ، ص 167 ، وقرار 30 يناير 1970 نفس المجموعة ص 221 ، حكم 20 أبريل 1969 نفس المجموعة ، ص 223 .

بيد أن المشرع المغربي ، من ناحية ثانية غفل عن الإشارة الى امكانية تغيير الجنسية بالنسبة لشركات التضامن ، والتوصية البسيطة ، والتوصية بالاسهم .

الا ان الانواع الثلاثة التي لم يعرض المشرع لامر تغيير جنسيتها ، تسري عليها الاحكام العامة التي أشرنا اليها في الفرع السابق . ولا يمكننا تخطي هذا الحد أو تجاوز الاستنتاج المتقدم، فتخضع الانواع المذكورة لاحكام قياسية تقارن بالاحكام التشريعية المنصوص عليها ، وذلك لان أي استنتاج من هذا القبيل يعتبر حتما تحكما لا سند له ولا أساس من القانون بالاضافة الى أن خطورة مشكل تغيير جنسية شركات التضامن ، والتوصية البسيطة والتوصية بالسهم يقتضي ، دون أدنى شك ، تدخلا تشريعيًا صريحًا لوضع أحكام خاصة ، فلا ينفع اراءه الاجتهاد ولا يجدي معه الجدل الفقهي في شيء .

وهكذا ، نصت المادة 31 من قانون 24 يوليوز 1967 ، بالنسبة لشركات المساهمة على ما يلي :

«لا يجوز للجمعية العمومية الاستثنائية تغيير جنسية الشركة» .

كما نصت المادة 31 من قانون 7 مارس 1925 ، بالنسبة لشركات ذات المسؤولية المحدودة على ما يلي :

(لا يجوز لشركاء ان يغيروا الشركة الا بالاجماع).

ويتضح من النصين السابقين ، أن المادة 31 من قانون 7 مارس 1925 كانت أكثر وضوحا من المادة 31 من قانون 24 يوليوز 1967 بل أن النص المتعلق بشركات المساهمة قد يدفع الى الاعتقاد بعدم جواز تغيير الجنسية اطلاقا ، أي ولو كان هناك اجماع ، علاوة على أن الاجماع يكاد يكون مستحيل التحقق بين كل المساهمين ، فتبقى الامكانية الوحيدة هي حل الشركة وتأسيس أخرى (43) .

(43) راجع : لوسوارن ، وضعية الاشخاص المعنوية في القانون الدولي الخاص ، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي 1959 ، ص 493 دوكرو الشركات في المغرب طبعة 1950 ، فقرة 227 ص 140 .

غير أن أيا من الفقهاء لم يقل بذلك ، واتفقت الاغلبية على جواز تغيير جنسية شركة المساهمة ، ولكن بشرط اتفاق المساهمين على ذلك ، وعلى وجه الاجماع .

ذلك أن تغيير جنسية شركة المساهمة يعتبر من القضايا المصيرية في حياة الشركة ، فيجب أن يستشار فيه كل مساهم على حدة ، ليعبر عن رأيه بحرية وفي وضوح ، بعيدا عن تأثير أي أغلبية ، مطلقة كانت أم نسبية ، إذ أن التغيير في جنسية الشركة يقوم مقام الزيادة في أعباء المساهمين ، كتحويل شركة مساهمة الى شركة تضامن ، وبالتالي يتعين أن يعرف فيه رأي كل من يعنيه الامر .

وتجدر الاشارة الى أن الحكم الوارد بالمادتين 31 من قانون 1967 وقانون 1925 ، يعتبر قاعدة أمره ، تتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التملص من احكامها ، وكل اتفاق من هذا القبيل يعد باطلا وعديم الاثر .

كما تجدر الاشارة الى عدم جواز الاتفاق مسبقا على مخالفة الحكم السابق ، عن طريق التنصيص ، مقدما ، في الانظمة الاساسية للشركة ، على مخالفة هذا الحكم أو تحويل الاختصاص بتغيير جنسية الشركة الى أي جهاز أو جمعية من جمعيات شركة المساهمة .

ونعتقد أن الحظر السابق ، المنصوص عليه في المادتين المتقدمتين ، لا ينحصر وحسب بالتغيير الصريح أو المباشر لجنسية الشركة ، بل يشمل أيضا على الصور التي تؤدي الى ازالة الجنسية المغربية عن الشركة واخضاعها لنفوذ قانون أجنبي آخر ، كما هو الشأن بالنسبة للاندماج بين شركة مغربية وشركة أجنبية يتتبع نقل أصول وخصوم الشركة المغربية الى ذمة الشركة الاجنبية ، ذلك ان الاندماج المسموح به ، طبقا للمادة 46 من القانون التجاري

المغربي ، هو الذي ينعقد حوله اتفاق الشركاء بالاجماع ، وما لم يكن كذلك فإنه يعتبر باطلا وعديم الاثر (44) .

الباب الثاني

تحديد جنسية الشركة بناء على معيار المراقبة (التبعية السياسية)

تمهيد

يعود الأخذ بمعيار المراقبة ، في المغرب ، الى بداية عهد الحماية الفرنسية (45) علاوة على أن القضاء كان يأخذه بعين الاعتبار كما يتضح من حكم محكمة الاستئناف بالرباط ، الصادر بتاريخ 7 مارس 1923 ، المشار إليه آنفا .

غير أن الاعتماد على معيار المراقبة ، في نطاق التشريع المغربي ، سوف يتخذ وجهة أخرى ، ويتسع نطاقه فيمتد تطبيقه الى كثير من الميادين

(44) بالنسبة للتطور الذي عرفه القانون الفرنسي في ميدان تغيير جنسية الشركات راجع المادتين 153 و 154 من قانون 24 يوليوز 1966 ، وانظر جان مارك بيشوف ملاحظات حول صحة النقل الدولي لمركز الشركة ، أبحاث مهداة الى باستيان ، قانون الشركات ، الجزء الاول ، باريس 1974 ص 23 وما تلاها .

(45) أنظر في هذا الصدد : ظهير 29 شتنبر 1914 ، الجريدة الرسمية ، عدد 102 ص 766 - ظهير 3 يوليوز 1920 ج.ر. ، عدد 402 ص 1921 ظهير 21 نونبر 1923 ، ج.ر. ، عدد 585 ص 19 - ظهير 20 يونيو 1921 ، ج.ر. ، عدد 453 ص 119 - ظهير 27 غشت 1921 ج.ر. عدد 464 ص 1423 - وانظر محمد حسن الجبر ، القانون التجاري السعودي ، جامعة الملك سعود ، الرياض 1982 ، ص 178 ؛ حيث أورد نص المادة 14 من نظام الشركات السعودي ، الصادر سنة 1385 هـ (1965م) التي تتخذ مركزها الرئيسي في المملكة تعتبر سعودية الجنسية ، ولكن هذه الجنسية لا تستتبع بالضرورة تمتع الشركة بالحقوق المقصورة على السعوديين .

والانشطة ، كضابط لتحديد التبعية السياسية للشركة ، ابتداء من حصول المغرب على الاستقلال ، الى أن يبلغ أوجه عند صدور قوانين المغربية ، سنة 1973 .

الفصل الاول

قيمة ونطاق معيار المراقبة

سنعرض ، أولا ، للدفاع التي أدلى بها لفائدة معيار المراقبة والانتقادات التي وجهت اليه ، ثم نتطرق لدور معيار المراقبة .

المبحث الاول

تقييم معيار المراقبة

أولا : مزايا معيار المراقبة :

تتبين مزايا معيار المراقبة عند مقارنته ، بصفة خاصة ، بمعيار مركز الادارة الرئيسي . وبالفعل ، كان لظروف الحرب العالمية الاولى دور كبير في الكشف عن عيوب معيار مركز الادارة الرئيسي ، وبيان المخاطر التي تنجم عن الاعتماد عليه ، خاصة بالنسبة لميدان التمتع بالحقوق .

فلقد تبين أن الاجانب ، أو رعايا الدول المعادية امتنع عليهم التمتع بالحقوق ، ومع ذلك يمكنهم الاستفادة منها ، بناء على معيار مركز الشركة ، اذا لجأوا الى الاشتراك فيما بينهم أو فيما بينهم وبين رعايا دولة حليفة أو محايدة ، وتأسيس شركة تعتبر وطنية بمقتضى معيار مركز الادارة الرئيسي .

ومن هذه الناحية ، كان لمعيار المراقبة فضل كبير في العمل على افضال مثل هذه المحاولات ، إذ ان الاعتماد على معيار المراقبة ترتب عليه صرف النظر عن هيكل الشركة والنفاز مباشرة الى حقيقة وماهية الاشخاص الطبيعيين

الذين يحتجبون خلف الشخصية المعنوية للشركة ، فان كانوا من رعايا دولة معادية ، خضعت الشركة للقيود المفروضة في مواجهة رعايا الاعداء ، ومنها اجراءات الحراسة ، والتصفية وحظر التعامل .

ومن جهة ثانية ، تبدو فائدة معيار المراقبة في كونه يجعل أبناء البلاد يستأثرون بالاستفادة من الحقوق والامتيازات التي يضمنها لهم القانون الوطني جزءا وفاق لولااتهم للدولة ، وكمقابل للالتزامات والاعباء التي يتحملون بها ويتجسمونها في سبيل وطنهم .

ومن جهة ثالثة ، يتيح الاخذ بمعيار المراقبة جعل الثروات الوطنية ومناقد الاقتصاد الوطني بين ايدي الوطنيين ، مما ينشأ عنه العمل على ابعاد السيطرة الاجنبية .

وأخيرا يذهب أنصار معيار المراقبة الى أن الشخص المعنوي ما هو الا مجموعة من الاشخاص الطبيعيين ، تربطهم التزامات متبادلة ومنافع مشتركة ، فليست له جنسية أخرى غير جنسية الافراد الذين يكونونه (46).

ثانيا : نقد معيار المراقبة .

يمكن تلخيص الانتقادات الموجهة لمعيار المراقبة فيما يلي :

1) - يترتب على الاخذ بمعيار المراقبة المساس بالاستقرار والطمأنينة ان بالنسبة للشركة ، أو بالنسبة للغير .

ومعنى هذا اننا اذا ربطنا جنسية الشركة بجنسية الاشخاص الذين يؤلفونها فان ذلك يؤدي الى وجوب تغيير جنسية الشركة كلما تغيرت الهيئة التي تملك أو تسيطر الشركة ، ومن ثم اجبار الشركات على تغيير نظامها القانوني لينسجم مع أحكام ومقتضيات القانون الذي أصبحت خاضعة له ، نتيجة تغيير الاشخاص الذين تتألف منهم الشركة .

(46) للمزيد من التفاصيل ، راجع : عزالدين عبد الله ، المرجع السابق ، الجزء الاول ؛ فترة 215 ص 735 ، نيبوايي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني فقرة 761 ص 268 ؛ بيبير لوى لوكا ، ملاحظات تتعلق بتحديد جنسية الشركات المصنف الدوري ، 1953 الجزء الاول رقم 1104 .

وإذا اعتمدنا معيار المراقبة ، فان الاغيار سيلقون مشقة كبيرة في التعرف على جنسية الشركة ، والقانون الذي تخضع له ، وهذا من شأنه عرقلة التعامل .

(2) - ان الاعتماد على معيار المراقبة ، كضابط لتحديد جنسية الشركة معناه جعل ارادة المؤسسين أو الشركاء مصدرا للجنسية ، عن طريق لجوء هؤلاء الى اخضاع الشركة لقانون الدولة الذي يرونه ملائما لمصالحهم وغاياتهم ، الامر الذي يترتب عليه ان تزول عن الجنسية صفتها التنظيمية الاصلية ، فتصبح في متناول الافراد . وهذا أمر لا يستسيغه المنطق والعدل في شيء .

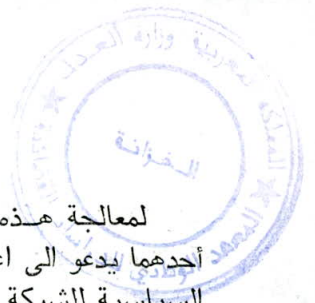
(3) - لو رجعنا الى الظروف التاريخية التي نشأ فيها معيار المراقبة ، لوجدنا بان أصله يعود الى اعتبارات سياسية واستراتيجية اقتضتها ظروف الحرب العالمية الاولى، وتهافت الدول المتحاربة على كل الوسائل والسبل التي تمكنها من التصييق على بعضها . ومن ثمة ، فان معيار المراقبة لم يتمخض عن اعتبارات قانونية ، أو منطقية دفعت الى التسليم به والافتناع بنجاعته .

(4) - اذا فرضنا أن من السهل التعرف على الشركاء ، خاصة في نطاق شركات الاشخاص ، فان هذه المعرفة تغدو عسيرة ، وقد تصبح مستحيلة بالنسبة لشركات الاموال ، ولاسيما في شركات المساهمة التي يتوزع رأس المال فيها الى أسهم ، بل يزداد الامر تعقيدا عندما تكون الاسهم لحاملها .

المبحث الثاني

نطاق معيار المراقبة

هل يعتبر معيار المراقبة معيارا عاما ، يمكن الاستناد اليه في كل آن وحين لتعيين تبعية الشركة ، أم أن دوره محصور بالحالات الاستثنائية التي قد تفتضي اللجوء اليه ؟



لمعالجة هذه المسألة ، انقسم الرأي ، في فرنسا ، الى اتجاهين ، أحدهما يدعو الى اعتبار مفهوم المراقبة قاعدة عامة يعتمد عليها لتحديد التبعية السياسية للشركة ، في كل الاحوال والظروف ، والثاني يقترح اعتبار ضابط المراقبة معيارا احتياطيا يتعين تقييد الاخذ به ، الا اذا كانت هناك حالات استثنائية كظروف الحرب والعداء ، أو اذا تقرر ذلك بمقتضى نص تشريعي صريح .

وقبل معالجة كل الرأيين السابقين ، نشير الى أن الاتجاهين معا يتفقان على أن مجال أعمال مفهوم المراقبة ينحصر بميدان التمتع بالحقوق ، بمعنى أن المعيار المعول عليه ، في نطاق تنازع البوانين ، هو دوما وأبدا معيار مركز الادارة الرئيسي .

الفـرع الاول

الاتجاه الداعي الى تعميم معيار

المراقبة

يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي نيبوايي ، الذي يعتبر أيضا من أشد المتحمسين لمعيار المراقبة والداعين الى تعميمه والاخذ به وحده لتحديد التبعية السياسية للشركة .

والحقيقة أن تعميم الاخذ بمعيار المراقبة لا يخلو من مزايا ومحاسن لا سبيل الى انكارها ، وأهمها يكمن في أن التعميم يوفر استقرار أوسع مما يتمخض عن استعمال معيار المراقبة على سبيل الاستثناء أو الاحتياط ، اذ عندما يغدو معيار الرقابة معيارا عاما فلن نكون بحاجة الى التساؤل ، في كل مناسبة ، عن الدولة التي ترتبط بها الشركة أو الاقتصاد الذي تندمج فيه .

وبالإضافة الى ذلك ، يمكن أن يستجيب تعميم معيار المراقبة للناحية العاطفية ، وذلك حينما يحظر على الشركة التي يوجد بها مركزها في فرنسا ، أن تتمتع بالحقوق المعترف بها للفرنسيين ، لأنها تكون في الحقيقة خاضعة لمراقبة أشخاص أجنبي (47) .

ويبدو أن النقد الاساسي الموجه لتعميم معيار المراقبة ينحصر في كون هذا المعيار لا يحقق الاستقرار المتطلب في المعاملات ، نظرا لارتباطه بالظروف الواقعية المحيطة بكل حالة ، والتي تقتضي التعرف ابتداء على عناصر المراقبة .

ولكن الانتقاد السابق لا يعتبر صحيحا تماما الا بالنسبة لميدان تنازع القوانين أي اننا اذا اردنا اعتماد ضابط المراقبة لتحديد التبعية القانونية للشركة ، أي تعيين القانون الواجب تطبيقه على نظامها القانوني ، فان ذلك يؤدي الى الاخلال بالاستقرار والمس بالثبات والطمأنينة في المعاملات .

وقد رأينا قبل ، أن الاتجاه الداهي الى تعميم معيار المراقبة قد تنبه الى هذه المسألة وأعلن أن المعيار الواجب اتباعه في مجال استعمال الحقوق أي تنازع القوانين ، هو معيار مركز الشركة .

ومهما يكن ، وبغض النظر عن مختلف المآخذ والردود ، فان معيار المراقبة شهد ، في الآونة الراهنة ، انتشارا واسعا في معظم دول العالم ، ومنها المغرب (48) .

(47) لوسوارن ، المحاضرة السابقة ، ص 473 ، أنظر أيضا شمس الدين الوكيل الجنسية ومركز الاجانب ، فقرة 202 ، ص 651 .

(48) هشام صادق ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، فقرة 420 ص 430 ؛ حيث يشير الى أن الدول الاوربية الغربية علقت حمايتها الدبلوماسية لفائدة الاشخاص على جنسية رأس المال المستثمر ، كما يشير الى جمهورية مدغشقر التي جعلت عنصر المراقبة معيارا عاما ومستقبلا لتحديد جنسية الشركة .

الفرع الثاني

الاتجاه الداعي الى تقييد

الاخذ بمعيار المراقبة

ينتمي لهذا المذهب جمهور عريض من الفقهاء الفرنسيين (49) .
وقد عبر لوسوارن عن رأي هذا الاتجاه بقوله :

«من الجائز اذن أن نستنتج ، سواء في نطاق الفقه أو القضاء ، أن مركز الشركة يظل بامتياز معيار تحديد جنسية الشركات ، وان معيار المراقبة لا يتجاوز نطاقا محددًا ، يتم رسمه وتعيينه ، عموما ، وبمقتضى القانون» (50) .

وهكذا ، يعتقد أنصار هذا الاتجاه أن مركز الشركة ينبغي أن يظل القاعدة العامة في تحديد جنسية الشركة ، وان معيار المراقبة يجب أن يقتصر على شغل مرتبة الاستثناء ، فلا يرجع اليه الا اذا كانت هناك ظروف استثنائية تبرره ، أو اذا كان هناك نص تشريعي صريح .

ويستند أنصار هذا الاتجاه ، لدعم رأيهم ، الى حجج ومستندات مختلفة منها أن المناط في ميدان التمتع بالحقوق هو كون الشركة تندمج في الاقتصاد استنادا الى مركز ادارتها الرئيسي ، وبعبارة أخرى ، أن الشركة التي يوجد مركزها في اقليم دولة معينة تساهم في دعم اقتصاد تلك الدولة

(49) باتيفول ولاكارد ، المرجع السابق ، فقرة 197 ص 260 ، هاميل ولاكارد ؛ المرجع السابق ، فقرة 420 ص 65 ، لوربور بيجونيير ولوسوارن ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، سلسلة دالوز الوجيز ، الطبعة التاسعة ، باريس 1970 فقرة 259 ص 168 ؛ فريريا ، تعليق في المصنف الدوري 1954 ، الجزء الثاني ، 7898 .
(50) لوسوارن ، المحاضرة السابقة ، المنشورة في مجموعة أكاديمية لاهاي ، ص 474 ؛ انظر أيضا لوسوارن وبرودان ، المرجع السابق ، فقرة 260 ص 277 ، لوسوارن وبوريل المرجع السابق ، فقرة 712 ص 810 .



والعمل على انعاشه والنهوض به . ومن ثم ، لا يجوز حرمان مثل هذه الشركة من الحقوق المعترف بها للوطنيين ، ولو كانت تتألف من أشخاص أجنبى أو كانت تخضع لمراقبة هيئات أجنبية ، ما دامت تلك الحقوق اقتصادية بحتة ولا علاقة لها بالاعتبارات العامة السياسية .

ويضيف أنصار هذا الاتجاه ، ردا على الاتجاه الداعي لتعميم معيار المراقبة أن هذا المعيار الأخير يتضمن تجاهلا لفكرة الشخصية المعنوية التي تجعل للشركة كيانا مستقلا عن الشركاء أو الأشخاص المكونين للشخص المعنوي .

بل ذهب بعض أنصار الاتجاه المناهض بالحد من الأخذ بمعيار المراقبة الى القول : ان القضاء الفرنسي لم يتخل عن معيار مركز الشركة حتى أثناء فترة الحرب ، كل ما في الامر أنه استعان بفكرة المراقبة لتبرير الاجراءات الاستثنائية المتخذة تجاه الشركات التي كانت خاضعة لاشراف وتوجيه رعايا الدول المعادية بصرف النظر عن جنسية هذه الشركات ، أي ولو كانت وطنية يوجد مركز ادارتها الرئيسي بفرنسا ، فكأن تمتع الأشخاص الطبيعيين المعينين على الشركة بجنسية دولة معادية هو السبب الدافع الى اتخاذ اجراءات استثنائية في مواجهة تلك الشركات ، واخضاع أموالها لنظام الحراسة بوصفها أموالا خاضعة لاشراف وهيمنة رعايا الاعداء ، وليس اعتبارا لان الشركة تحمل جنسية دولة معادية (51) .

ويرى فريق من أنصار هذا الاتجاه أن اتخاذ اجراءات أعداء ، ولو كانت وطنية ، بناء على مكان مركز الشركة ، لهو أمر يدعو للغرابة أو الاندهاش مادام :

«ان حرمان الشركة من الحقوق المعترف بها للوطنيين لا يستتبع بالضرورة اعتبارها شركة أجنبية ، اذ ان من بين رعايا الدولة أشخاص لا يستفيدون من جميع الحقوق المعترف بها للوطنيين ، كما هو الشأن بالنسبة للمتجنس

(51) هشام صادق ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، فقرة 420 ص 424 .

خلال الفترة التي يخضع فيها لقيود الاهلية ، أو الاشخاص المحرومين من الحقوق الوطنية ، وهم رغم ذلك يتمتعون بجنسية الدولة» (52) .

ومع تقديرنا لرأي جمهور الفقه الداعي الى التقصير في أعمال نظام المراقبة وقصره على حالات الاستثناء أو النص الصريح ، فاننا نعتقد أن الحجج التي أدلى بها لا تستعصي على المناقشة والتمحيص .

فالحجة الاولى ، المستندة الى أن الشركة ، على رغم تأليفها من عناصر أجنبية تساهم في دعم الاقتصاد الوطني للدولة التي يوجد فيها مركز الشركة تجرد في تقديرنا ، حجة سطحية تكنفي بظاهر الحال وتغض الطرف عن جوهر الامر .

ذلك أن التجربة التي عاشتها فرنسا نفسها ، خلال الحرب العالمية الاولى أبانت عن وجود مشروعات اقتصادية تعمل ، لا على دعم الاقتصاد الفرنسي ، بل على تخريبه وتدميره ، ومن ثم تشكيل جبهة داخلية تسند الجهود الحربية لدول المحور ، عن طريق امداد هذه الاخيرة بالمؤن وتحويل مردودها وأرباحها اليها .

أما الحجة الثانية ، المرتكزة على كون مفهوم المراقبة يتضمن تجاهلا لفكرة الشخصية المعنوية للشركة ، فما أيسر الرد عليها . فلقد قررت محكمة النقض الفرنسية صرف النظر عن الشخصية الاعتبارية للشركة والنفاذ مباشرة الى هوية الاشخاص الحقيقيين الذين يهيمنون على الشركة وذلك بمقتضى حكم 25 يوليوز 1933 ، حيث صرحت بما يلي :

«إذا كانت الشركات تعتبر ، بناء على افتراض من القانون الخاص ، متمتعة بشخصية متميزة عن شخصية الشركاء المكونين لها . وإذا كانت ، لاجل حاجات التجارة القانونية ، تمنح لهذه الشخصية المصطنعة جنسية

(52) فؤاد عبد المنعم رياض ، المرجع السابق ، فقرة 532 ص 639 . هشام صادق ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، فقرة 420 ص 424 .

تحدد استنادا الى مكان مركز الشركة ، فان هذا التصور لا يمكن نقله ، دون تحفظ ، الى ميدان القانون العام ، والسماح للشركات التي من هذا القبيل بالمطالبة بكل الامتيازات المرتبطة بالصفة الوطنية» (53) .

وبالتالي فقد « شهد شاهد من أهلها » (54).

وبنا على كل ما تقدم، نعتقد بوجاهة الرأي الذي سار عليه الاتجاه الداعي الى تعميم نظام المراقبة ، وجعله القاعدة العامة في تحديد التبعية السياسية للشركة ، فيصبح التمتع بالحقوق مرتبطا بخضوع الشركة لمراقبة عناصر وطنية ، سواء من حيث مصدر رؤوس الاموال ، أو الادارة والتسيير .

هذا وان القاء نظرة على مضامين التشريعات الحديثة ، ومنها القانون الفرنسي ، والمصري والعراقي ، والسعودي ، تدبّر أن كثيرا من الانشطة والميادين الاقتصادية والمالية ، والتجارية والمهنية تقتضي أن يكون الاشراف والتوجيه بأيدي عناصر وأشخاص وطنيين .

والمشروع المغربي ، بدوره ، لم يتخل عن مسايرة هذا الاتجاه بدءا من السنين الاولى للاستقلال الى غاية صدور النصوص التشريعية المتعلقة بنظام المغربية .

وعلى سبيل المثال ، نشير في هذا المقام ، الى النصوص التشريعية التالية :

1 - 15 نونبر 1958 بمثابة قانون الصحافة الذي تشترط المادة 12 منه توفر الجنسية المغربية في جميع أرباب الصحف ، والشركاء ، والمساهمين ومقاضي الاموال والمساهمين الآخرين في الحياة المالية للنشرات المطبوعة بالمغرب . كما أن المادة 27 من الظهير المذكور تعتبر كل جريدة أو

(53) مجموعة مبراي 1935 ، الجزء الاول ، ص 41 وتعليق نيبوايي .

(54) قرآن كريم ، سورة يوسف ، الآية رقم 26 .

نشرة ، أو دورية كيفما كانت لغتها ، تحدث ، أو تصدر كلاً أو بعضاً بواسطة أهوال أجنبية أو يديرها أجنبي ، بمثابة صحافة أجنبية يتعين عليها الحصول على ترخيص من الحكومة المغربية (55) .

2 - عرفت المهن الحرة اعتماداً كبيراً من قبل المشرع المغربي على معيار المراقبة ، كما في الطب ، والهندسة ، والمحاماة (56) .

3 - في الميدان العقاري أصبح :

«الاجانب يتمتعون ، في الوقت الحاضر ، بالحق في تملك العقارات غير الفلاحية أينما وجدت والعقارات الفلاحية اذا كانت واقعة كلها داخل الدوائر الحضرية» (57) .

4 - ظهير 2 مارس 1973 المتعلق بممارسة بعض الاعمال الذي حصر تعاطي الانشطة الوارد عليها النص في مرسوم 8 ماي 1973 بالاشخاص الذاتيين المغاربة والاشخاص المعنويين ، العموميين أو الخصوصيين ، الذين يتمتعون بالجنسية المغربية (58) .

وقد حددت المادة الثانية من ظهير 2 مارس 1973 المتعلق بممارسة بعض الاعمال مفهوم الشركة المغربية كما يلي :

(55) للمزيد من التفاصيل راجع ببيير جوزي مولار ، النظام القانوني للصحافة بالمغرب ، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط عدد 17 الرباط وباريس 1963 .

(56) للمزيد من التفاصيل ، راجع : عمر عزيان ، المهن الحرة في المغرب ، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالرباط ، عدد 30 ، طنجة 1930 ص 101 109 .

(57) موسى عبود ، دروس القانون الدولي الخاص المغربي ، ص 142 .

(58) ويلحق بهذا الظهير : ظهير 4 أبريل 1974 المتعلق بأنشطة توزيع مواد الهيدروكربور المصفاة ، وظهير 6 ماي 1982 الأمر بتنفيذ القانون المتعلق بتنظيم صناعة العربات ذات المحرك ، ومرسوم 31 ديسمبر 1979 المحدد لشروط وطرق الاستفادة من منح الانتاج والاستغلال السينمائي ، وأخيراً الفصل الثالث من الملحق الأول لظهير 31 مارس 1919 بمثابة قانون التجارة البحرية .

«تعتبر شركات مغربية ، لاجل تطبيق ظهيرنا الشريف هذا ، الشركات الموجودة مقرها بالمغرب ، والمتوفرة فيها ، بالإضافة الى ذلك ، أحد المقاييس الآتية :

1 - «أن تكون شركات للمساهمة يملك نصف رأس مالها على الاقل أشخاص معنويون مغاربة يجري عليهم القانون العام أو خاضعون للقانون الخاص ، أو أشخاص ذاتيون مغاربة ، وتكون أغلبية أعضاء مجلسها الاداري، ورئيس هذا المجلس وعند الاقتضاء المتصرف المنتدب ، أشخاصا ذاتيين مغاربة .

2 - «أن تكون شركات مدنية أو ذات مسؤولية محدودة أو شركات تضامن يكون جميع الشركاء فيها أشخاصا ذاتيين مغاربة .

3 - «أن تكون شركات توصية ، بشرط أن يكون جميع الشركاء المتضامنين فيها أشخاصا ذاتيين مغاربة وأن يملكوا أكثر من نصف رأس مالها» (59) .

5 - قانون تشجيع الاستثمارات حيث قرر المشرع المغربي :

أ - ان الشركة تعتبر مغربية : «إذا كان رأس مالها مملوكا برمته لأشخاص ذاتيين مغاربة» (60) أو إذا كان رأس مال المشروع مملوكا لأشخاص ذاتيين أو معنويين مغاربة (61) .

(59) للمزيد من التفاصيل راجع الرسالة المشار اليها في الهامش الاول من هذا البحث الصفحات من 240 الى 284 .

(60) راجع المادة الثانية من ظهير 13 غشت 1973 المتعلق بتشجيع الاستثمارات في ميدان الصناعة التقليدية .

(61) أنظر المادة الثانية من قانون 7 فبراير 1983 المتعلق بتشجيع الاستثمارات البحرية والمادة الثانية أيضا من ظهير 13 غشت 1973 المحدد لاجراءات تشجيع الاستثمارات المنجمية .

* خاتمة *

ان المعايير الرئيسية التي يأخذ بها المشرع المغربي ، لتحديد جنسية الشركة ، تنحصر أساسا ، في معيارين اثنين ، أولهما معيار مركز الادارة الرئيسي ، لبيان التبعية القانونية أو النظام القانوني الذي تخضع له الشركة وثانيهما معيار المراقبة ، بمختلف صورته الشائعة ، كضابط تعين بمقتضاه الحقوق التي يمكن للشركة التمتع بها ، حسبما اذا كانت وطنية أم أجنبية . أما غير ذلك من المعايير فلم يحظ باهتمام كبير من طرف المشرع المغربي ، فهو اقتصر على ميدان الاتفاقيات الدولية ، بالنسبة لمعيار مكان تأسيس الشركة ، كما قصر نطاق معيار مركز الاستغلال أو محل النشاط على الميدان الضريبي ، وفي جزء محدود منه ، هو ميدان الضريبة على الارباح المهنية التي تسرى على الشركات .

* المراجع *

أولا : باللغة العربية :

- **امحمد أحمد بن عبود** : مركز الاجانب في مراكش
دراسة قانونية لوضعية الاجانب في المغرب
قبل عهد الحماية وخلالها
الطبعة الثانية ، تطوان 1980
- **علي الخفيف** : الشركة في الفقه الاسلامي
معهد الدراسات العربية العالية
القاهرة : 1962
- **غالب علي الداودي** : القانون الدولي الخاص
الجنسية والمركز القانوني للاجانب وأحكامهما في القانون العراقي
جامعة الموصل 1981 - 1982
- **هشام علي صادق** : تحديد جنسية الاشخاص الاعتبارية واثره على
ضمان الاستثمارات في مصر
مجلة البحوث والدراسات العربية
العدد السابع ، يونيه 1976 ، ص 107
- **علي سلمان العبيدي** : دراسات في القانون التجاري المغربي ،
مطبعة الامنية - الرباط 1966

- * Acquaviva : La condition civile des étrangers au Maroc
Librairie Sirey, Paris 1937.
- * P. Arminjon : La nationalité des personnes morales
Revue de droit international et de législation comparée, 1902 p. 381.
- * H. Batiffol : La nationalité des sociétés
Revue critique de droit international privé
1946 p. 51
- * Mohamed Bennouna : Marocanisation et investissement étranger au Maroc
Revue juridique, politique et économique du Maroc, n° 4 - juin 1978 p. 297
- * René Cassin : La nationalité des sociétés en France
Travaux du Comité français de droit international privé, 1934 p. 85.
- * Paul Cauvy : Les Sociétés en droit international
Répertoire de la Pradelle et J.P. Niboyet droit international t : x, Sirey, Paris 1931, V° Sociétés.
- * Paul Decroux : Les société en droit marocain.
Ed. La Porte, Rabat, Sidi. médicis, Paris, 1978
- * Noureddine El-AOUFI : La Marocanisation et le développement de la Bourgeoisie
Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieurs en sciences économiques
Rabat 1979
- * Jean La Modièrez : Les dahirs marocains du 2 mars 1973
Portant reprise des terres et marocanisation de certaines activités économiques et le droit international-Journal du droit international (CLUNET)
1974 p. 402
- * Yvon Loussouran : Jurisclasseur de droit international,
Dalloz, fascicule 564A 1971, V° Nationalité.
- * Marcel Morand : Les personnes morales dans le droit coutumier berbère-Alger 1931.

P. 136 → P. 148

المملكة المغربية
المركز الوطني للتوثيق
مصلحة الطباعة والاستنساخ

رقم 1007472 تاريخ 20/10/03
جريدة



القضاء الشعبي في قانون العمل الاتحادي لجان التوفيق والتحكيم في منازعات العمل الجماعية

نبذة تاريخية :

عرف مجتمع دولة الامارات العربية المتحدة عبر تاريخه الطويل صور من القضاء الشعبي تراوحت بين ما يعرف بالقضاء العرفي وبين القضاء الشعبي بمعناه الدقيق . فالى جانب المحاكم الرسمية كانت هناك مجالس الصلح التي تنظر في القضايا المدنية والجنائية والمنازعات العائلية ، أي أنها كانت تقوم بدور محاكم القانون العام .

وهذه المجالس تشكل من وجهاء الحي أو القرية وعقلائها ممن يتصفون بصفات التدين والخلق والامانة والمشهود لهم بالكفاءة والنزاهة ، وتحظى قراراتها وأحكامها بالاحترام وتتمتع بالقوة التنفيذية ، بل أن بعض طوائف المجتمع كانت تحتكم الى نظرائها للفصل فيما ينشأ بينها من منازعات أو خصومات اذا تعلق النزاع أو الخصومة بمهنتها كطوائف التجار والبحارة والربابنة وأصحاب السفن والمجهزين . ولم يكن هناك قانون أو تشريع ينظم القواعد الموضوعية أو الاجرائية بل كانت المنازعات والخصومات تسوى حسب الاعراف والتقاليد المرعية آنذاك .

ولما كانت مهنة الغرض - قبل تدفق النفط - يحترفها الغالبية العظمى من أبناء المنطقة وكان عائدها يشكل المصدر الرئيسي للدخل . فان أثرها لم يقتصر على مجرد تنظيم قواعدها وآدابها وطريقة تشغيل العمال وتحديد

الاجور وكيفية دفعها ونظام العمل على السفينة وتسوية المنازعات بل أن أثرها امتد الى التركيب الاجتماعي للمجتمع فهناك طائفة النواخذة والربابنة والمجهزين وملاك السفن والبحارة والطواويس وعند نشوب أي خلاف أو منازعة بين أفراد هذه الطوائف فان الفصل فيها كان من اختصاص هيئة تضم العارفين بأسرار المهنة وأصولها اصطلح الاهالي على تسميتها «بأهل الصنف» (4) .

واعضاء هيئة أهل الصنف يعتبرون قضاة شعبيين وفق التعريف الذي أوردناه والشروط التي أشرنا اليها . فهم أفراد عاديين من جمهور المهنة يزاولون مهنة القضاء على غير وجه الاحتراف وليسوا موظفين عموميين فهم أصحاب مهن وحرف .

وعملهم يعتبر عملا قضائيا اذ كانوا يستمعون الى أقوال أطراف النزاع متيحين لكل طرف فرصة ابداء دفوعه ودفاعه بكل حرية وبالصورة التي يراها مناسبة وذلك قبل اصدار القرار أو الحكم في موضوع النزاع ، وكانت أحكام الهيئة فاصلة في الدعوى منهيبة للخصومة ونهائية لا تقبل الطعن ولا الاعتراض .

وقد اختلفت معظم صور هذا القضاء الشعبي ، اما كنتيجة للتطور الاجتماعي الذي لحق بالمجتمع كما حدث «لمجالس الصلح» أو لاختفاء المهنة ذاتها مثلما حدث لهيئة «أهل الصنف» أو لتطور التنظيم القضائي واسناد نظر هذه المنازعات الى القضاء العادي كما في «محاكم التجار» .

وخلال الخمسينات من هذا القرن ندفق النقط وكان من نتيجته تغيير نمط الحياة واختفاء بعض الانظمة الاجتماعية وظهور أنظمة أخرى تتفق وتتلائم مع طبيعة المرحلة النفطية وتوافد اعداد كبيرة من العمال العرب والاجانب للعمل في القطاعين الحكومي والاهلي ، ودعت الحاجة الى اصدار التشريعات المختلفة لمواجهة متطلبات هذه المرحلة ، فعلى مستوى العمل في

(4) د. عبد الفتح عبد الباقى ، قانون العمل الكويتي ص 12 مطبوعات جامعة الكويت .

المشروعات الخاصة «القطاع الاهلي» صدر في امارة أبوظبي قانون العمل المحلي لسنة 1966 وظل معمولاً به حتى صدور القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1980 في شأن تنظيم علاقات العمل (5) .

وفي الثاني من ديسمبر عام 1971 أعلن عن قيام دولة الامارات العربية المتحدة وكان لقيام هذه الدولة اثر على التنظيم السياسي لمجتمع الامارات فبعد أن كانت امارات متفرقة أصبحت امارات متحدة وبعد أن كان مجتمع تسوده الانظمة القبلية والعشائرية أصبح مجتمع تحكمه مؤسسات دستورية يعرف كل مواطن ووافد ما له من حقوق وما عليه من واجبات ، واقتضت طبيعة هذه المرحلة اصدار تشريعات اتحادية لتحل محل التشريعات المحلية شيئاً فشيئاً ، فقد اقتضت ضرورات التنمية وتنفيذ الخطط الاقتصادية والاجتماعية التي أعدتها الدولة اعداد تشريع لتنظيم العلاقة بين العامل وصاحب العمل على أحدث الاسس واحكم المبادئ، وكان أن خرج الى حيز الوجود قانون العمل الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 في 21 أبريل 1980 . وأبرز ملامح تشريع العمل الجديد ، تحقيق المساواة الكاملة بين العامل المواطن والعامل الاجنبي وشمولية التشريع ليغطي جميع الامارات في الدولة خلافاً للتشريعات السابقة والتي كان يقتصر تطبيقها على بعض الامارات دون

(5) عدلت بعض احكام قانون العمل المحلي بالقوانين الآتية :

- القانون رقم 13 لسنة 1969

- القانون رقم 2 لسنة 1973

- القانون رقم 1 لسنة 1979

- الغي نهائياً بموجب القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 1980 .

ويلاحظ على القانون المحلي أنه أورد مبدأ المساعدة الشعبية في مرقق القضاء فنص في المادة 29 منه على تشكيل لجنة التوفيق للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين صاحب العمل وعماله فأوجب على مدير دائرة العمل احوالة النزاع الى لجنة التوفيق للبت فيه اذا لم يحل النزاع ودياً ولم تفلح وساطته في انتهائه وتؤلف لجنة التوفيق من رئيس دائم يعينه الحاكم « حاكم الامارة » ومن عضو يختاره أصحاب العمل وعضو يختاره العمال . ويعتبر قرار اللجنة توصية للطرفين بشأن تسوية النزاع ، ويكون ملزماً لهما إذا وافقا على ذلك كتابة قبل اجتماعها للنظر فيه .

البعض الآخر والتزامه بأحدث المبادئ التي تضمنتها أحكام الاتفاقيات والتوصيات الدولية والتي تتمشى مع روح العصر .

مراحل حل منازعات العمل الجماعية ودور القاضي الشعبي فيها (6) .

أصدر قانون العمل الاتحادي في فصله التاسع (المواد 154 - 165) قواعد حل وحسم منازعات العمل الجماعية التي قد تتور بين صاحب العمل وعماله فقرر مراحل ثلاث متتالية لحلها وحسمها وهي مرحلة التسوية الودية والوساطة ومرحلة لجان التوفيق ، وأخيرا مرحلة لجنة التحكيم العليا فان خابت الاولى طرقت الثانية وان خابت هي الاخرى طرقت الثالثة والاخيرة ، ولا يجوز تقديم احدها على الاخرى .

والتزاما بالمنهج وبالغرض عن الدراسة فاننا سنحاول اظهار مبدأ المساهمة الشعبية في مرفق القضاء عن طريق اللقاء الضوء على القاضي الشعبي وابراز دوره في كل مرحلة من هذه المراحل .

أولا : - مرحلة التسوية الودية والوساطة :

تقتصر هذه المرحلة على أطراف النزاع وحدهم (صاحب العمل والعمال أو العمال) فكل منهم يبدي رأيه ومطالبه بغية الوصول الى حل مرضي للطرفين دون تدخل من طرف خارجي ، فهي بمثابة مرحلة مفاوضة وقد تنتهي الى حل لموضوع النزاع .

وإذا لم تسفر المفاوضات عن ايجاد حل لموضوع النزاع ، فانه يجوز لدائرة العمل المختصة سوء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي

(6) عرفت المادة 154 من قانون العمل الاتحادي منازعات العمل الجماعية بقولها «منازعات» العمل الجماعية هي كل خلاف بين صاحب العمل وعماله يتصل بموضوعه بمصلحة مشتركة لجميع العمال أو لفريق منهم في منشأة أو مهنة أو حرفة معينة أو في قطاع معين .

النزاع الوساطة لحل النزاع وديا ، ولكن هذه الوساطة لا تتأتى الا باتّباع الخطوات المنصوص عليها في المادة 155 من القانون ، الا أنه يجوز لصاحب العمل ان كان شاكيا تقديم شكواه الى دائرة العمل مباشرة لتتولى الوساطة دون اجراء المناوضة . أما اذا لم تؤد وساطة دائرة العمل الى حل للنزاع خلال عشرة أيام من تاريخ اتصالها بالواقعة محل النزاع وجب عليها إحالته الى لجنة التوفيق المختصة للبحث فيه مع أخطار الطرفين كتابةً بذلك (7) .

ويلاحظ أن القانون أسند مهمة الوساطة الودية لدائرة العمل دون أن يحدد شخص الوسيط الممثل للدائرة . ونرى أنه لا يمنع أن يكون الوسيط مدير المكتب أو أحد الموظفين فيه على أنه يجب ألا يكون الوسيط عضواً في لجنة التوفيق وطبيعة هذه المرحلة لا تتطلب معاونة القضاء ولا تسمح بظهور القاضي الشعبي فهي مرحلة مفاوضات وتسويات ودية ووساطات هدفها وأد النزاع في مهده وعدم توسيع نطاقه بقدر الامكان .

(7) تنص المادة 155 على أنه اذا وقع نزاع بين واحد أو أكثر من أصحاب العمل وجميع عمالهم أو فريق منهم وفشل الطرفان في تسويته وديا وجب عليهما اتباع الخطوات التالية :

- (1) يقدم العمال شكواهم أو طلبهم كتابة الى صاحب العمل ويرسلون في الوقت ذاته صورة منها الى دائرة العمل .
- (2) يجيب صاحب العمل كتابة على شكوى العمال أو طلبهم خلال سبعة أيام من أيام العمل اعتباراً من تاريخ تسلمه الشكوى ويرسل في الوقت ذاته نسخة من رده الى دائرة العمل .
- (3) اذا لم يرد صاحب العمل على الشكوى خلال المهلة أو لم يؤد رده الى تسوية النزاع تولت دائرة العمل المختصة سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد جانبي النزاع الوساطة لحل النزاع وديا .
- (4) اذا كان الشاكي هو صاحب العمل قدم شكواه الى دائرة العمل مباشرة لتتولى الوساطة لحل النزاع وديا .

أما المادة 156 فقد جاء نصها على النحو التالي « اذا لم تؤد وساطة دائرة العمل المختصة الى حل للنزاع خلال عشرة أيام من تاريخ اتصالها بالواقعة محل النزاع وجب عليها إحالة النزاع الى لجنة التوفيق للبحث فيه مع اخطار الطرفين كتابةً بذلك » .

وتؤوفي دائرة العمل ممثلة بأحد موظفيها مهمة الوساطة في هذه المرحلة لا يعني أن هذا الموظف أصبح قاضيا شعبيا ، لانه لم يتولى هذه المهمة الا بصفته موظفا في الدائرة وهذه الصفة تنفي عنه وصف القاضي الشعبي اضافة الى أن الوساطة لا تعتبر عملا قضائيا .

ثانيا : - مرحلة لجان التوفيق :

اذا لم تتوصل المفاوضات ولم تفلح جهود الوساطة في ايجاد حل للنزاع توجب عندئذ احالته الى جهة أخرى كي تفصل فيه وفقا للقواعد الموضوعية والاجراءات الشكلية المنصوص عليها بعد أن تستمع لاقوال طرفي النزاع وتتيح لكل طرف فيه فرصة ابداء فعله ودفاعه وهذه الجهة هي لجان التوفيق (8) .

1 - تشكيل لجنة التوفيق :

تشكل في دائرة عمل «لجنة توفيق» من ثلاث أعضاء برئاسة مدير ادارة علاقات العمل أو مدير مكتب العمل الواقع في دائرة اختصاصات مقر العمل للعمال وعضوية صاحب العمل طرف النزاع أو ممثله ، ومندوب عن العمال يتم اختياره بالتشاور مع رئيس اللجنة على أن ترأس مدير ادارة علاقات العمل يكون واجبا في حالتين :

أ) اذا وقع مقر العمل لاطراف النزاع في اختصاص أكثر من دائرة عمل.

(8) تنص المادة 157 من قانون العمل على أنه « تشكل في كل دائرة للعمل لجنة تسمى لجنة التوفيق ويصدر بهذا التشكيل قرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية » وقد صدر القرار الوزاري رقم 1/48 لسنة 1980 بشأن تشكيل لجان التوفيق لتسوية المنازعات الجماعية .
ويقصد بدائرة العمل الفروع التابعة لوزارة العمل المختصة بشؤون العمل في الامارات .

(ب) إذا زاد عدد العمال أطراف النزاع على خمسمائة عامل ولو وقع مقر العمل لهؤلاء العمال في دائرة عمل واحدة . (م3 من القرار الوزاري رقم 1/48 لسنة 1980) .

(2) اختصاصات لجنة التوفيق :

حدد القانون اختصاص لجنة التوفيق بنظر وحسم منازعات العمل الجماعية التي قد تثور بين صاحب العمل وعماله ، وعرف منازعة العمل الجماعية بأنها كل خلاف بين صاحب عمل وعماله يتصل موضوعه بمصلحة مشتركة لجميع العمال أو لفريق منهم في منشأة أو مهنة أو حرفة معينة أو في قطاع مهني معين . (راجع هامش ص .)

ووفقا للتعريف السابق فان المنازعة لا تقتصر على تلك التي تقوم بشأن شروط العمل ، بل تشمل تلك التي تقوم بسبب العمل أيضا . فالتعريف جاء على نحو يسمح باحتواء صور كثيرة من المنازعات متى ما كان الخلاف أو النزاع يتعلق بمصلحة مشتركة لجميع العمال أو لفريق منهم .

وللجنة في سبيل أداء عملها حق الاطلاع على الاوراق والمستندات والسجلات وسائر الادلة ، ولها الزام حائزها بتقديمها ودخول المنشأة لاجراء التحقيق المطلوب واتخاذ ما تراه من اجراءات للفصل في النزاع ، ولها أن تستعين برأي من تختاره من أهل الخبرة أو من أصحاب الاعمال ولرئيسها استدعاء من يراه من العمال أطراف النزاع ومناقشته أمام اللجنة في موضوع النزاع وفي هذه الحالة يجب تدوين أقواله في محضر اللجنة .

إذا لم تؤد وساطة دائرة العمل الى ايجاد حل للنزاع وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ اتصالها بالواقعة محل النزاع وجب عليها احالته الى لجنة التوفيق للبحث فيه وعليها اخطار الطرفين بذلك كتابة ، وعلى كل من طرفي النزاع تتبعه أمام اللجنة حتى يفصل فيه . وتصدر اللجنة قرارها بأغلبية الآراء خلال أسبوعين من تاريخ احالة النزاع اليها . ويكون هذا القرار ملزما

للطرفين اذا وافقا عليه كتابة أمام اللجنة اما اذا لم تتم الموافقة عليه فانه يجوز لاحد الطرفين أو لكليهما الاعتراض عليه والظعن فيه أمام لجنة التحكيم العليا . وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدور القرار ، فاذا لم يظعن فيه خلال الميعاد المحدد فانه يصبح نهائيا واجب التنفيذ . (م 158) .

(3) قواعد وإجراءات التقاضي أمام لجنة التوفيق (9) .

تعقد اللجنة جلساتها في مكتب العمل الذي يقع في مقر عمل طرفي النزاع ، الا اذا ترأسها مدير ادارة علاقات العمل فعندئذ تعقد الجلسات بمقر وزارة العدل والشؤون الاجتماعية في العاصمة أو ربي بحسب الاحوال ، ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحا الا بحضور جميع أعضائها .

يعين رئيس لجنة التوفيق جلسة لنظر النزاع لا يجاوز ميعادها أربعة أيام من تاريخ وصول قرار دائرة العمل المختصة باحالة النزاع الى اللجنة ، ويخطر به طرفا النزاع قبل الجلسة بثلاثة أيام على الاقل .

ولا يجوز الاستعانة بمحام أمام لجنة التوفيق . وهذا الحكم ليس له ما يبرره ، فاذا كانت مرحلة التسوية الودية والوساطة لا تتطلب الاستعانة بمحام بالنظر الى طبيعتها ، فان وجود محام في هذه المرحلة قد يكون من العوامل الايجابية للوصول الى اتفاق لان الطرف المتنازع يكون أكثر ثقة في التنازل عن طلب من طلباته اذا أقره محاميه على ذلك أو نصحه به (10) .

(9) تنص المادة 1/162 من القانون على أنه « يصدر قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العمل والشؤون الاجتماعية بعد استطلاع رأي وزير العدل بتنظيم إجراءات التقاضي وغير ذلك من القواعد اللازمة لحسن سير العمل أمام لجان التوفيق ولجنة التحكيم العليا لحل منازعات العمل الجماعية » .
وحتى تاريخه لم يصدر القرار فهو مجرد مشروع وبلاستفسار عن سبب تأخير صدوره من مصدر مسؤول في وزارة العمل لم نتلق منه رد مقنع أو سبب معقول .

(10) أنظر د. محمد عبد الخالق عمر ، قانون العمل الليبي ، ص 713 الطبعة الاولى 1970.

تصدر اللجنة قرارها في النزاع خلال أسبوعين من تاريخ حالته اليها بأغلبية آراء أعضائها ويكون قرارها ملزما للطرفين اذا وافقا عليه وفي هذه الحالة يحزر محضرا بالمسائل التي تم الاتفاق عليها وينص فيه على مدة سريان الاتفاق على ألا تقل عن سنتين ، ويكون المحضر من أربع نسخ يوقع عليها رئيس اللجنة وطرفا النزاع وتوضع الصيغة التنفيذية عليه بأمر من قاضي المحكمة المختصة التي تقع في دائرة لجنة التدقيق التي تفصل في النزاع.

ويسلم لكل طرف من طرفي النزاع نسخة من المحضر وتحفظ النسخة الثالثة لدى اللجنة وترسل الرابعة الى دائرة العمل لتقييدها بسجل خاص ، ولكل من ذوي الشأن أن يطلب من دائرة العمل الحصول على صورة أو مستخرج من المحضر المشار اليه .

وعلى اللجنة في جميع الاحوال سواء أصدرت قرارها في شأن النزاع جزئيا أو كليا أن ترفع تقريرا لدائرة العمل المختصة بنتيجة عملها ، على أن يشتمل التقرير على الوقائع التي أدت الى نشوب النزاع والملابسات والظروف التي اكتنفته والمقترحات التي قدمتها اللجنة للطرفين بغية التوفيق بينهما.

دور القاضي الشعبي في لجان التحقيق

ان تشكيل لجنة التوفيق على النحو السالف عرضه فيه قضاء على مبدأ المساهمة الشعبية في مرفق القضاء ، فلا رئيسها ولا عضويتها يمكن اعتبارها قضاة شعبيين لانتقاء شروط القاضي الشعبي عنهم ، فالاول موظف عمومي يترأس اللجنة بصفته هذه أما العضوين الآخرين فهما طرفا النزاع وخصمين فيه ، ولا يمكن للشخص أن يكون خصما وحكما في آن واحد ، لانه من شروط القاضي الشعبي الحيدة والاستقلال ، وهذا ما لا يمكن توافره في شخصين متخاصمين حتى ولو كان احدهما مندوبا عن العمال ، اذ تبقى المطلحة الشخصية والجماعية لمن يمثلهم قائمة .

وكان الاولي بالمشروع الاتحادي وهو يقرر الاخذ بمبدأ المساهمة الشعبية



في مرفق القضاء تنبى ما نحي اليه المشرع الطبياني في المادة 29 فقرة «ب» من قانون العمل المحلي لسنة 1966 .

ثالثا : - مرحلة لجنة التحكيم العليا : ..

لاي من طرفي النزاع أن يطعن في قرار لجنة التوفيق خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره وتنظر لجنة التحكيم العليا الطعون المرفوعة اليها وفق القواعد المنصوص عليها في قانون العمل والقوانين السارية والمقارنة (11) .

ولما كانت مرحلة لجنة التحكيم هي المرحلة الاخيرة من مراحل حل المنازعة فان القرارات الصادرة عن لجنة التحكيم تعتبر نهائية وباتة في جميع الخلافات التي ترفع اليها من أصحاب الشأن ، وبالتالي فلا يجوز الطعن فيها بأي وجه من الوجوه .

1) تشكيل لجنة التحكيم العليا :

تتألف لجنة التحكيم العليا من ثلاثة أعضاء ، وزير العمل والشؤون الاجتماعية رئيسا ويحل محله وكيل أو مدير عام الوزارة عند غيابه أو قيام مانع لديه ، وقاضي من المحكمة الاتحادية العليا يعين بقرار من وزير العدل بناء على ترشيح الجمعية العمومية للحكمة ، وأحد ذوي الخبرة في محيط العمل والمشهود لهم بالحيد ، يعين بقرار من وزير العمل . ويجوز تعيين عضوين احتياطيين من بين فئتين العضوين الاصليين ليحلا محلهما في حالة غيابهما أو قيام مانع لديهما . ويؤدي العضو الشعبي الاصلي والاحتياطي القسم أمام وزير العمل والشؤون الاجتماعية بأن يؤديا مهمتهما دون خشية أو محاباه .

ويكون تعيين الاعضاء الاصليين والاحتياطيين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد .

(11) تنص المادة 164 من القانون على أنه « تطبق اللجان المنصوص عليها في هذا الباب أحكام هذا القانون والقوانين السارية وأحكام الشريعة الاسلامية وما لا يتعارض معها من قواعد العرف ومبادئ العدالة والقانون الطبيعي والقانون المقارن.

2) اختصاصات لجنة التحكيم العليا : -

تختص لجنة التحكيم العليا بنظر القرارات الصادر من لجان التوفيق والمطعون فيها من قبل ذوي الشأن ، ولها في سبيل عملها الاطلاع على الاوراق والمستندات والسجلات وسائر الادلة والزام حائزها بتقديمها ودخول المنشأة لاجراء التحقيق المطلوب واتخاذ ما تراه من اجراءات للفصل في النزاع . ولها أن تقرر سماع من ترى من الشهود بعد تحليفهم اليمين القانونية وان تندب من تراه من أهل الخبرة ، ولها معاينة أماكن العمل .

وللجنة توقيع الجزاءات المقررة في القوانين المطبقة في الامارة التي يقع فيها مقر عمل أطراف النزاع والمتعلقة بتخلف أحد الخصوم عن ايداع المستندات والمذكرات المؤيدة لدفاعه أو تخلف الشاهد دون عذر مقبول عن الحضور أو ائقاعه عن الحضور أو أداء اليمين أو الاجابة وعلى العموم فان للجنة التحكيم العليا كافة اختصاصات لجان التوفيق اضافة الى ما تنفرد بها من اخصاصات .

3) قواعد واجراءات التقاضي أمام لجنة التحكيم العليا :

تعقد لجنة التحكيم العليا جلساتها في مقر دائرة العمل التي تقع في دائرتها مقر العمل لاطراف النزاع أو في أي مكان تراه للجنة مناسباً ، ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً الا بحضور جميع أعضائها . ويقدم الطعن الى اللجنة بصحيفة موقعة من الطاعن ومشملة على أسباب الطعن ويرفق بها المستندات المؤيدة له وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار المطعون فيه ، وتتولى امانة سر اللجنة أخطار المطعون ضده بصورة من صحيفة الطعن في ميعاد لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ تقديمها ، وعلى المطعون ضده ايداع أمانة سر اللجنة مذكرة بدفاعه مشفوعة بالمستندات المؤيدة له وذلك خلال أسبوعين من تاريخ اخطاره بصورة صحيفة الطعن .

يحدد رئيس لجنة التحكيم العليا جلسة لنظر الطعن خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول ملف النزاع الى لجنة التحكيم ، ويخطر أعضاء اللجنة

وطرفا النزاع بميعاد الجلسة بكتاب مسجل أو بأي طريقة مناسبة يحددها رئيس اللجنة وذلك قبل تاريخ انعقاد الجلسة بثلاثة أيام على الأقل . وتفضل اللجنة في النزاع المطروح أمامها خلال شهر من تاريخ أول جلسة .

تصدر اللجنة قراراتها بأغلبية آراء أعضائها ويكون قرارها مسببا ويعتبر نهائيا وملزما لطرفي النزاع وتنفذ بالتعاون مع الجهات المختصة في كل امارة ولا يجوز اثارة ذات النزاع الذي فصل فيه مرة أخرى بين نفس الخصوم قبل مرور سنتين على الاقل من تاريخ صدور القرار ، الا اذا اقتضت ظروف اقتصادية أو اجتماعية اعادة طرحه (م 163) .

دور القاضي الشعبي في لجنة التحكيم :

خطا المشرع في هذه المرحلة خطوة واسعة نحو تحقيق مبدأ المساهمة الشعبية في مرفق القضاء ، سواء من حيث اختيار العنصر الشعبي في تشكيل اللجنة أو من حيث ابراز وتأکید دوره في العمل المناط باللجنة .

فتشكل لجنة التحكيم فريد في نوعه ففيه العنصر الاداري والقضائي والشعبي ولكل عنصر خبرته ودرايته في مجال اختصاصه ولاشك أن هذا تشكيل يؤثر وبشكل ايجابي على القرار الصادر من اللجنة في موضوع المنازعة .

فرئيس اللجنة اقدر من غيره على ابراز وجهة نظر الوزارة في المنازعة على النحو الذي يقتضيه الصالح العام للدولة ، ووجود قاضي دولة يوفر ضمانة التطبيق السليم للقانون وبيان حكمه في المنازعة وبالتالي توحيد القضاء في منازعات العمل الجماعية أما العنصر الشعبي فبحكم ما يتمتع به من خبرة ودراية في محيط العمل فانه في وضع يمكنه من ابداء القواعد والاعراف والعادات التي تحكم أصول المهنة والتي قد يكون بقية الاعضاء على غير المام بها .

فالعنصر الشعبي في لجنة التحكيم العليا يمثل صورة واضحة للقاضي

الشعبي بشروطه التي أشرنا إليها ، فهو شخص عادي عين في هذه الوظيفة لا بصفته موظفا عموميا وانما بصفته مواطن عادي من بين جمهور المتقاضين وباعتباره فردا منهم .

وهو يقوم بالفصل في المنازعة بوصفه قاضيا فله دور بارز ومباشر في تحقيق الواقعة محل النزاع وتقديرها ووزن أدلتها وتكييفها القانوني ، يشترك في العمل القضائي كقاضي وقائع وقانون فليس في نصوص القانون ما يقصر عمله على فحص الوقائع ووزن الأدلة دون بحث القانون بل أن النصوص تقرر المساواة التامة بين أعضاء اللجنة دون تفرقة في بحث جميع مسائل الواقع والقانون على السواء فهو يسهم وبشكل مباشر في تكوين العمل القضائي ذاته ولا يغير من صفته قاضيا شعبيا اشتراكه مع عناصر أخرى فالعبرة بحقيقة وطبيعة العمل الذي يؤديه القاضي الشعبي . إضافة الى ما سبق فان هذا العنصر الشعبي يقوم بعمله الذي يزاوله ويرتزق منه وجلوسه للفصل في المنازعة ما هو الا عمل وقتى يعود بعد انتهائه لعمله . وعدم اشتراط القانون لشرط التخصص القانوني في العنصر الشعبي والاكتفاء بشرط الخبرة والتجربة في محيط العمل يؤكد من صفته كقاضي شعبي .

حقوق الطفل في
القانون المغربي

القسم الرابع
حقوق الطفل في قانون
الاحوال الشخصية

بقلم الاستاذ : صقلي حسيني

الحقوق الناشئة عن «الحالة الشخصية» للفرد تتضمنها أبواب ثلاثة :

- أولهما : يشتمل على «حقوقه الشخصية» وهي الحقوق المتعلقة بالشخصية الانسانية الطبيعية والقانونية ومنها الحق قي الاسم والنسب والمواطنن .

- والباب الثاني : ويشتمل على «الحقوق الشخصية غير المالية» أو ما يعرف بالحقوق الاسرية ، وهي تنشأ بطبيعتها من علاقة القرابة أو النسب التي تربط بيت أفراد الاسرة ، بعضهم البعض ، وتخضع في نشوئها وتقريرها وحمايتها للقواعد المنظمة لهذه العلاقة .

- والباب الثالث : يشتمل على «الحقوق الاسرية المالية» وهي الحقوق التي تقترب للشخص بناء على العلاقة التي تربطه بأسرته ، كحقه في الارث أو في النفقة .

وتجمل هذه الفصول بصورة أكثر ترابطا في نطاق الحقوق الناشئة عن «الحالة الشخصية للطفل» على النحو التالي :

- وحقوق تتعلق بشخصيته .

- وحقوقه الاسرية المالية منها وغير المالية .

وتتميز «حقوق الشخصية» بأن موضعها «حالة» يجب أن يتصف بها الطفل هو أن هذه الحالة مرتبطة بوجوده وتطوره على نحو ما رأينا من أن يكون للطفل اسم ونسب وموطن وجنسية الخ

أما الحقوق الاسرية غير المالية ، فموضعها «رعاية» أو ما يطلق عليها بالولاية ، سواء كانت على نفس الطفل أو على ماله .

أما الحقوق الاسرية المالية فموضعها «مال» يستحق للطفل بناء على الحقوق السالفة الذكر .

وعلى الرغم من الفصل بين الحقوق المذكورة ، الا أنها تتميز بتداخلها ، بعضها البعض ونشوءها من بعضها البعض بحيث تعتبر تركيبة متكاملة تتشكل منها «الحالة الشخصية» للطفل .

«فالحالة الشخصية» للطفل ، تتطلب رعاية واجبة أو رعاية مسؤولة تتبلور فيما يعرف بالولاية على نفس الطفل أو ماله ، وهذه بدورها تتطلب لادائها مالا ، يتجسد فيه آخر الامر حق الطفل قبل وليه المسؤول عن ولايته عليه ، وكذا يتكامل الجانبان المادي والمعنوي على حالة الطفل الشخصية وحقوقه الاسرية بنوعيتها سالف الذكر .

وقد سبق أن تناولنا عددا من الحقوق الملازمة لشخصية الطفل ، ولذلك سنكتفي في هذا القسم ، وفي الابواب القادمة بتناول حق الطفل في ثبوت نسبه (1) * ثم الحقوق الاسرية للطفل من جوانبها الموضوعية ، وأخيرا عن حقوق الولاية بنوعيتها النفس والمال .

الباب الاول : ثبوت نسب الطفل .

الحقوق الملازمة لشخصية الانسان ، بدءا بميلاده ، هي كما عرفنا ، حقه في النسب والاسم والجنسية والموطن . . . ولا يوجد شخص الا وله هذه الحقوق التي تتقرر بوجوده باعتبارها من الحقوق التي تولد معه والتي تنشأ بمقتضاها حقوقه الاسرية كالنفقة والحضانة والمالية كالارث فضلا عن حقوقه المتعلقة بالولاية على نفسه وماله خلال السنوات التي يكون فيها قاصرا الى أن يبلغ سن الرشد .

(1) سبق أن تكلمنا عن هذا الحق ولاهيمته ودقته ارتائنا معالجته مرة أخرى حتى هذا القسم حتى تكتمل الفائدة ويتحقق أكبر نفع ممكن.

وقد بدأنا في تعداد هذه الحقوق ، بالحق في النسب ، باعتباره حقا أساسيا وأصليا ولانه - أي حق النسب - يجيب على أول سؤال يوجه عين الطفل : ابن من ؟ . . ومن أبوه ؟ . . فإذا ما ثبت نسبه ثبتت له سائر الحقوق الأخرى ، بصورة تلقائية وشرعية ومنها الامم والموطن(1)، أما إذا لم يثبت نسب الطفل أو لم يعلم له نسب ، فإن هذه الحقوق تنقرر للطفل ولكن على أساس آخر غير أساس ثبوت النسب ، فثبتت له جنسيته مثلا على أساس المكان الذي ولد فيه الطفل أو عثر عليه فيه ، أما حقوقه الاسرية وغيرها من الحقوق الخاصة كالحضانة والنفقة ، فتنحول من حقوق خاصة الى حق اجتماعي عام ، تتولى الدولة ، تقريره للطفل المجهول نسبه ، عن طريق المؤسسات التي تنشأ تحت اشرافها لهذا الغرض وسنعالج في هذا الباب الفصول التالية :

الفصل الاول : قواعد حماية الطفل في ثبوت نسبه .

وضعت الشريعة الاسلامية ، قواعد محددة لحماية حق الطفل في ثبوت نسبه وثبوته من أبويه ، وقد فرقت هذه القواعد بين حالات أربع :

الحالة الاولى : أن يكون الطفل مولودا على فراش الزوجية الصحيحة

وفي هذه الحالة تعتبر واقعة الميلاد قرينة على صحة نسب الطفل من والديه يعزرها تبليغ ضابط الحالة المدنية بهذه الواقعة واثبات اسم الطفل واسم والديه وغير ذلك من البيانات التي يعتبر التبليغ بها ، بمثابة اقرار ضمنى ببنوة الطفل .

وفي هذا الصدد أشارت الفقرة الاولى من الفصل 83 من المدونة الى أن البنوة الشرعية هي التي يتبع الولد فيها أباه في الدين والنسب ويبنى عليها الميراث وينتج عنها موانع الزواج، ويترتب عليها حقوق وواجبات أبوية وبنوية .

(2) ودراسة النسب وردت في الباب الاول من الكتاب الثالث من المدونة تحت عنوان « الولادة ونتائجها » .

الحالة الثانية : أن يكون الطفل مولودا من زواج فاسد .

متى ثبت نسب الطفل الذي يولد نتيجة لنكاح فاسد ترتب عليه جميع نتائج القرابة فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والاراث (فصل 88م.أ.ش.).

الحالة الثالثة : أن يكون الطفل مولودا ننتيجة وطىء عن شبهة .

وذلك بالتقاء الرجل بالمرأة اعتقاد منها بشرعية دخول احدهما بالآخر ثم يتبين عكس ذلك . . . ففي هذه الحالة يسري حكم الفصل 88 أعلاه ويثبت نسب الطفل من أبيه متى دعااه الاب وتمسك به .

الحالة الرابعة : أن يكون الطفل مولودا لاب أو لابوين غير معلومين .

بغض النظر عن شرعية أو عدم شرعية العلاقة التي ولد نتيجة لها ، ويعتبر الطفل في هذه الحالة مجهول النسب ، وتتولى الجهات المسؤولة تسميته وايوائه ورعايته وتحديد البيانات الخاصة به بسجلات الحالة المدنية وبالكيفية التي سبق ايضاحها في الفصول السابقة .

الفصل الثاني : انكار نسب الطفل والمنازعة فيه .

يثبت نسب الطفل تلقائيا في الحالتين الاولى والثانية بناء على واقعة الميلاد على فراش الزوجية الصحيحة أو الفاسدة دون توقف على اقرار الاب صراحة بذلك بخلاف الحالة الثالثة ، اذا كان الطفل مولودا من زوجية مشبوهة أي نتيجة علاقة مشبوهة ، فان نسب الطفل ، لا يثبت تلقائيا ، الا اذا أقربه الوالد صراحة أو ادعى بنوة الطفل وثبوتها منه ، عملا بالقاعدة العامة الواردة بالفصل (89) من المدونة .

ولا حاجة بنا الى القول بان الطفل مجهول الابوين ، يظل مجهول النسب مالم يقر ببنوته من أب معلوم ...

ويختلف الحكم في شرعية النسب في حالة انكاره أو المنازعة في ثبوته باختلاف الحالات الاربع .

فإذا كان الطفل مولودا على فراش زوجية صحيحة ، ثم أنكر الزوج النسب منه ونوزع في هذا الإنكار ، فانه يشترط لصدور الإنكار أو حصول المنازعة في النسب شرطان :

الشرط الأول : أن يصدر الإنكار فور ولادة الطفل ، أو فور علم الاببواقعة الميلاد ، حسب الاحوال وأن يقيم الدليل ، على الوقت الذي عبر فيه عن انكاره أو منازعته .

الشرط الثاني : أنه نظرا لان المنازعة النسب في نسب الطفل منه ، ينطوي على اتهام زوجته ، بأنه ولد نتيجة لعلاقة غير شرعية مع شخص آخر ومن ثم ينطوي على اتهامها بالزنا ، فقد قررت قواعد الشريعة الاسلامية اتباع اجراء «الملاعنة» أو «للعان» أي أن يلاعن كل منهما الآخر هو يتهمها بالزنا وهي تتهمه بالقتل وذلك تطبيقا لنص الآية الكريمة (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم ، فشهداة أحدهم أربع شهادات باطلة انه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن لعنة الله عليها ان كان من الصادقين) .

ونظرا لان اجراء «الملاعنة» لم يعد متبعا بكثرة ولاكثر من سبب ، فان الاجراء البديل،في حالة انكار الزوج لنسب الطفل منه،هو اقامة دعوى الزنا على زوجته وعليه في هذه الحالة أن يتحمل عبء الاثبات ومسؤوليته في حالة عجزه وما يترتب على ذلك من اتهامه بالقتل في حق زوجته .

فإذا أنكر الزوج نسب الطفل ، ونازعت الزوجة أو ورثتها أو أي ذي شأن في هذا الإنكار ، استوجب ذلك اقامة دعوى النسب ضد الزوج وعندئذ يشترط لسماع الدعوى :

1 - أن يكون الطفل قد ولد لسنة أو أقل من تاريخ عقد الزواج مع ثبوت تلاقي الزوجة والزوجة أي دخوله بها حقيقة أو حكما .

2 - في حالة انتهاء العلاقة الزوجية بالطلاق أو بوفاة الزوج ، يشترط أن يكون الطفل قد ولد لسنة أو أقل من تاريخ الطلاق أو الوفاة .

3 - وفي حالة غيبة الزوج أن يكون الطفل قد ولد لسنة أو أقل من تاريخ غيبته .

ولقد نص الفصل 84 من المدونة على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنة ، في حين أن الفصل 86 فرق بين :

1 - ولد الزوجة من زواج فاسد بعد الدخول ، اذا ولد لستة أشهر فأكثر من تاريخ الدخول ، فيثبت نسبه الى الزوج حسب الفصل 87 .

2 - وبين كل من ولد بعد فراق ، فلا يثبت نسبه الا اذا جاءت به خلال سنة من تاريخ الفراق مع مراعاة ما ورد بالفصل 76 من المدونة .

أما الفصل 76 المذكور فإضافة الى كونه كرس نفس القواعد والآجال فلقد أضاف حالة الوفاة بقوله : (أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة).

فاذا استوفت الدعوى شروط قبولها وسماعها ، فإن الاسس التي يجب أن تبني المحكمة قضاءها عليها تتلخص في اثنين :

الاساس الاول : التحقق من أن الطفل ولد على فراش الزوجية الصحيحة ولذلك يجب التحقق من أن الزوج تم صحيحا شرعيا بين زوجين ، يتمتعان بأهمية الزواج وليس محرمين وأن العقد استوفى شروط انعقاده وصحته السخ

الاساس الثاني : التحقق من مدة الحمل ، بحيث لا تقل عن ستة أشهر ، من تاريخ عقد الزواج ، وتعتبر ولادة الطفل بعد حمله لمدة لا تقل عن الحد الأدنى المذكور من تاريخ العقد ، قرينة على ثبوت الطفل من أبيه .

وقد تحددت مدة الحمل في حدها الأدنى بستة أشهر لورود ذكرها بالقرآن الكريم في قوله تعالى : (ووصينا الانسان بوالديه ، حملته أمه كرها ووضعته

كُرْمَا ، وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (1) ثُمَّ قَوْلُهُ تَعَالَى فِي آيَةٍ أُخْرَى :
(وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ وَهَنًا عَلًى وَهَنًا وَفِصَالَهُ فِي عَامَيْنِ) (2).

أَيُّ أَنَّ مَدَّةَ حَمْلِ الْوَلَدِ وَفِصَالَهُ (أَيُّ إِرْضَاعِهِ إِلَى أَنَّ يَفْطَمَ وَيُنْفَصَلَ عَنِ
ثَدْيِ أُمِّهِ) ثَلَاثُونَ شَهْرًا كَمَا نَصَّتْ عَلَى ذَلِكَ الْآيَةُ الْأُولَى وَمَدَّةُ فِصَالِهِ وَحَدُّهَا
كَمَا نَصَّتْ عَلَيْهَا الْآيَةُ الثَّانِيَّةُ هِيَ عَامَانِ أَيُّ 24 شَهْرًا وَبِذَلِكَ يَكُونُ الْحَدُّ الْإِدْنَى
لِمَدَّةِ الْحَمْلِ هُوَ سِتَّةُ أَشْهُرٍ .

هَذَا وَلَا يُعْتَدُ بِالْحَدِّ الْإِقْصَى لِمَدَّةِ الْحَمْلِ إِذَا فِي حَالَةِ وِلَادَةِ الْوَلَدِ بَعْدَ
انْتِهَاءِ الزَّوْجِ بِالطَّلَاقِ أَوْ وَفَاةِ الزَّوْجِ وَكَذَلِكَ فِي حَالَةِ غِيْبَةِ الزَّوْجِ وَقَدْ يَحْدُدُ
بِسَنَةِ أَخْذِهَا بِمَا تَعَارَفَ عَلَيْهِ أَهْلُ الْخَبْرَةِ فِي هَذَا الشَّأْنِ حَيْثُ تَعْتَبَرُ وِلَادَةُ
الْوَلَدِ خَلَالَ هَذِهِ الْمَدَّةِ ، قَرِيْنَةُ عَلَى ثَبُوتِ نَسَبِهِ مِنْ أَبِيهِ إِذَا كَانَتْ وِلَادَتُهُ
بَعْدَهَا ، فَلَا تَقْبَلُ دَعْوَى النِّسْبِ ، عَلَى الْآبِ إِذَا أَنْكَرَهُ .

أَمَّا إِذَا أَمَّرَ الْآبُ بِنَسْبِ الْوَلَدِ (فِي حَالَاتِ الطَّلَاقِ ، وَوَفَاةِ ، الْغِيْبَةِ ...) :
أَخَذَ بِإِقْرَارِهِ تَغْلِيْبًا لِمَصْلَحَةِ الْوَلَدِ ، وَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْ بِطَلْبِ نَفْيِ النِّسْبِ
عَلِمَهُ بِأَنَّ الْحَمْلَ الَّذِي ظَهَرَ بِزَوْجَتِهِ لَيْسَ مِنْهُ أَوْ بِأَنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَضَعَتْهُ لَيْسَ
مِنْهُ اللَّهْمُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عِذْرٌ فِي تَأْخِيرِ الطَّلْبِ بِذَلِكَ .

وَالسَّكُوتُ عَنِ التَّصْرِيْحِ بِنَفْيِ النِّسْبِ مَبْطُلٌ لِأَنَّهُ دَلِيلُ الرِّضَى بِالسَّكُوتِ
عَنْهُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الْخَطِيْرُ ، وَلِذَلِكَ كَانَ مَسْقُطًا لِحَقِّهِ فِي نَفْيِ النِّسْبِ
فِيَتَعَيَّنُ عَلَى هَذَا الزَّوْجِ أَنْ يَصْرَحَ بِنَفْيِ النِّسْبِ أَيَّامَ التَّهْنِئَةِ بِالْوَضْعِ إِنْ كَانَ
حَاضِرًا أَوْ أَيَّامَ ظَهْوَرِ الْحَمْلِ عِنْدَ عِلْمِهِ بِهِ : فَإِذَا قَبِلَ التَّهْنِئَةَ بِالْمَوْلُودِ أَوْ سَكَتَ
عَنْهَا لِغَيْرِ عِذْرٍ ، فَالْمَوْلُودُ لَاحِقٌ بِنَسَبِهِ قِطْعًا ، لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ ضَمْنِيًّا بِهِ . وَكَذَلِكَ
إِذَا اعْتَرَفَ بِهِ ثُمَّ نَفَاهُ ، فَالْوَلَدُ لَاحِقٌ بِهِ شَرْعًا .

وَإِذَا تَحَقَّقَ أَحَدُ الشَّرْطَيْنِ ، فَالْحَمْلُ أَوْ الْوَلَدُ لَاحِقٌ شَرْعًا بِنَسْبِ الزَّوْجِ .

(1) سُورَةُ الْإِحْقَاقِ .

(2) سُورَةُ لُقْمَانَ .

قال الغرناطي في تحفة الحكام :

وساكت الحمل والحمل بين
يحد مطلقا ولا يلتعن
ومثله الواطيء بعد الرؤيوة
ويلحق الولد حد القربة

قال الشيخ خليل : «وان وطيء أو أخر بعد علمه بوضع أو حمل بلا عذر امتنع» أي طلبه الحكم بنفي النسب ، لوجود الوطاء أو التأخير المبطل له ، فعلى الزوج الذي يعلم بأن الحمل الظاهر أو الولد الذي وضعته الزوجة ليس منه ، أن يعجل بطلب الحكم بنفي السبب عن ذكر في حدود الامكان العادي وأن يبتعد عن بيت الزوجية ، فاذا أخر الطلب بلا عذر أو بقى يعاشر الزوجة كما كان من قبل ، فان المحكمة تقضي برفض الطلب .

أما اذا أقر الاب بنسب الطفل وبأن الحمل الظاهر بزوجه ناشيء منه وأمكن قوله عادة وشرعا ، وادعت الزوجة أنه من غيره ، فان دعوها غير مقبولة شرعا ويكون الحمل لاحقا بنسب الزوج لان النسب نسبه وهو المسؤول عنه ، وحيث أمكن أن يكون الحمل منه عادة وشرعا وأقربه الزوج أيضا فلاحق للزوجة في شأن نسبه بالنفي ولا بالاثبات ، أما في حالة تقارر الزوجين بأن الحمل من الغير ، وامكن عادة وشرعا لحوقه بنسب الزوج فانه لا حق به ، ولا يعمل بتقاررها حوله ، لانه شخص ثالث فلا يتوجه اليه مفعول اقرارها المذكور ، وانما يقبل من الزوج نفيه عن نسبه ، اذا عضد قوله باللعان الشرعي وقد اعتمده الشيخ التسولي في شرحه على التحفة عند قولها : الزوج ان طلق من بعد البناء ... الخ .

ومن الاهمية بمكان الكلام عن الحالة التي يظهر فيها الحمل بالخطبية قبل الاشهاد بالزوجية أو وضعها الحمل لدون ستة أشهر من تاريخ الاشهاد ، حيث صار عقد الزواج رضائيا وشكليا ، فانه لا يعتبر صحيحا الا بعد الاشهاد به أمام عدلين منتصبين كما نصت عليه الفقرة الاولى بالفصل 5 وأكدته الفقرة الاولى بالفصل الواحد والاربعين من مدونة الاحوال الشخصية وما دام الاشهاد لم يحصل فالمرأة تسمى خطيبة حسب مقتضيات المدونة.



فاذا ظهر حمل بها قبل الاشهاد بالعقد ، أو وضعته لدون سنة أشهر من تاريخ الاشهاد به فان الاجتهاد الفقهي متجه الى الحاق الحمل أو الولد بالخطيب اذا تم الايجاب والقبول منهما وثبتت الخلوة بينهما وفشا ذلك عند الاقتراب والجيران ولم ينف الخطيب الحمل عن نسبه باللعان .

والعلة في ذلك هي أن العقد الرضائي قد تحقق بين الخطيبين وخصوصا عندما تتوالى الخلوات بينهما وتطول العشرة ، فكل ذلك دليل ، على أنهم زوجان في الواقع لانهما يتعاشران معاشرة الأزواج ، ويؤخران الاشهاد بالعقد الى أن يهيا بيت الزوجية ، وعقد الزواج يتحقق بشهرته عند الجيران والاقارب .

ولاجل تحقيق العقد الرضائي بين الطرفين ، كان الحمل الظاهر بالمرأة هو للفراش اذا أمكن عادة وشرعا أن يكون من صاحبه حفظا لنسب الحمل وصيانة لاعتبار أمه . وبمعطيات هذا الاجتهاد تصان كرامة كثير من النساء في الواقع وتحفظ أنساب كثير من الاولاد الذين يوجدون في هذه الوضعية المنتشرة اليوم ، ويقضي على نوايا كثير من المتعالمين الذين يريدون انهاء العقد الرضائي بارادتهم المنفردة ، مع التخلص من تبعية الاحمال لهم في النسب والجنسية والنفقة وسائر تكاليف الاب لفائدة ولده بحجة عدم وجود العقد الشكلي . فالنتيجة اذن أن تأخير الاشهاد بعقد الزواج لا يمنع من الحاق الحمل بالزواج حسب العقد الرضائي القائم بينه وبين أم الولد (1) .

ويؤيد ذلك أن مدار النسب الشرعي على الامكان وأن الشرع متشوق للحوق النسب للولد انما يكتفي فيه بمجرد وجود الشبهة بدليل أنه لو كان الزواج فاسدا باتفاق الفقهاء لوجود المانع الشرعي منه وحملت منه الزوجة فالحمل لاحق بنسبه ، عملا بالقاعدة التي تنص على أنه «مهما دريء الحد عن الوطء لحق به الولد الناتج عن وطئه» ونظمها ابن عاصم بقوله :

(1) وهذا ما ذهب اليه أساتذنا الجليل الفقيه مولاي أحمد الغازي الحسيني في بحث منشور له بمجلة القضاء والقانون .

(وحيث درء الحد يلحق الولد : في كل ما من النكاح قد فسد) وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 بالفصل 37 من المدونة . وأكثر من هذا أنه لو اعترف الزوج بأنه تزوج وهو يعلم بتحقيق المانع الشرعي من الزواج ، كالرضاع مثلا فإنه يعاقب على سوء قصده الذي ثبت بمقتضى إقراره ويلحق به الحمل إذا لم يثبت بالبينة إقراره بسوء قصده قبل الزواج ، ففي هذه الحالة يلحق به الحمل لأنه لو رجع عن اعترافه المذكور ، لكان رجوعه مقبولا منه وسقطت عنه العقوبة ، ومن قواعد الفقه «كل حد ثبت بالاقترار وسقط بالرجوع عنه فالنسب ثابت» .

وإذا ثبت بالشهود أن الزوج المذكور اعترف لديهم قبل الزواج بأنه عالم بالمانع الشرعي منه وأنه تحدها وتزوج فإن ما سماه زواجا يعتبر في نظر الشرع زنى محصنا ولا يقبل منه رجوعه عن اعترافه الثابت عليه آنذاك فيعاقب عليه ولا يلحق به الولد ولا يعتبر ، العقد شبهة له في هذه الحالة .

يضاف إلى ذلك دليلا آخر وهو أن المرأة الخالية من الزوج إذا غلط فيها رجل وظنها زوجته واتصل بها بهذه النية ثم حملت منه ، فإن هذا الحمل لاحق به شرعا كما ورد في الفصل 87 من المدونة ، ولأن استناد الواطئ للعقد في اعتقاده يعتبر كعقد في الواقع وتكون هذه الموطوءة في حالها استبرائها من وطء الشبهة مثل الزوجة في حالة اعتدادها من فراق الزوج ، كما أنها تحرم بذلك الوطء على أصول الواطئ وفصوله .

وإذا كان النسب ثابتا لمن ذكر دون حاجة إلى الاعتراف به من الأب فبالإحرى أن يثبت للعمل الظاهر بعد تحقق العقد الرضائي بين الخطيبين وإمكان كونه من الزوج ، ولا يمنع منه مجرد فقدان شكلية العقد التي تأخر الزوج بتنفيذها . قال العلامة المحقق سيدي محمد الجواد الصقلي الحسيني رحمه الله عليه في حاشيته على المدونة : «قولها الفصل 87 الخالية الخ يزداد عقب هذا الفصل ، فصل آخر يكون نصه ما يلي :

(الفصل 87 مكرر) إذا ظهر حمل بالخطيبة قبل الإشهاد بالعقد أو وضعت الحمل بعد الإشهاد لأقل من ستة أشهر فالحكم بالقوق بالخطيب بشروط

أربعة ، وهي اذا أمكن اتصال الخطيب بالخطيبة وتوفرت الخطبة على الايجاب والقبول وفشا بينهما ولم ينف ذلك الحمل أو الولد بلعان والا فلا لحوق . أما بالنسبة للطفل اللقيط ، فالتخلي عنه أو تركه أو القاؤه ينتهي به أن يصبح بدون ولي ، وعندئذ يكون الامام (الدولة بمؤسساتها المختلفة) ولي من لا ولي له .

ولقد رأينا أن القاعدة الشرعية تقضي بالحاق ولد الزنا بأمه وفي هذه الحالة يستوي العلم وعدم العلم باسم الاب ، فيما يتعلق بنسب الطفل وكذلك رأينا كيف أجاز القانون قيد الاطفال اللقطاء بسجلات الحالة المدنية وغير ذلك من الاجراءات التي تلي التبليغ عن العثور على الطفل

وعلى ذلك ، فليس ثمة سبيل الا أن تتولى الدولة رعاية اللقيط تاركة أمر ثبوت نسبه الى أن يتقدم من يدعي أبوته له ، ليقر بهذا النسب

وبالفعل قد يدعي رجل أنه أب لولد يعينه ، ويعترف بأنه ازداد على فراشه الشرعي ، فهذا الادعاء اقرار بأن الولد ابن صلبه ذكرا كان أو أنثى ، ويسمى هذا الاقرار بالاستلحاق ، وقد أجمع الفقهاء على ثبوت النسب للولد به ودليل ثبوت النسب به الاستحسان .

والاستلحاق نوعان : الاول استلحاق الولد المنفي فراشه .

وصورته هي أن تثبت زوجية المستلحق - كسرا - بأم الولد - وبعد أن يظهر الحمل على فراش الزوجية أو يزداد فوقه ، ينفيه الزوج باللعان ، ولولا هذا اللعان لكان الولد منه شرعا ، ثم يعترف الملاحن بأن الولد ولده وأنه انما لاعن فيه لتدليس وقع عليه ، ففي هذا النوع يصير الولد الملاحن فيه ولدا للزوج بمجرد ثبوت هذا الاستلحاق .

والثاني استلحاقه الولد المجهول فراشه .

وصورته أن لا تثبت الزوجية بين المستلحق - كسرا - وبين أم الولد ، اما لكون الناس لا يعرفون أم الولد واما لكونهم يعرفونها ولكنهم لم يعلموا أو يسمعوها أنها تزوجت بالمستلحق - كسرا - .

والمشهور من هذا النوع أن الولد ينسب الى من استلحقه على شرط
امكان هذا الاستلحاق عقلا وعادة وشرعا (1) .

ولا يشترط في المستلحق - كسرا - أن يكون صحيحا ، فيقبل استلحاقه
حتى في حالة المرض المخوف .

كما في الفقرة الاولى بالفصل 92 من المدونة بل ولو كان في حالة
التفليس وسواء كان له ولد أو لم يكن ، كما أنه لا يشترط تصديق الولد
لمستلحقه على المشهور وكان الولد صغيرا أو كبيرا ولو مات من قبل ، وكذلك
لا يشترط موافقة أم الولد على الاستلحاق المذكور .

والاستلحاق الذي يعتبر وسيلة ثبوتية للنسب هو الاستلحاق الصادر
من الاب ، فاذا اعترفت امرأة بأن الولد الفلاني هو ابنها فيلغي هذا الاعتراف ،
قال ابن رشد : (في نوازل سحنون لا خلاف أعلمه أن المرأة لا يجوز لها
استلحاق (2) .

وكذلك اذا كان الولد في كفالة رجل ثم توفي كافله فادعى أبو الكافل أن
الوالد المكفول ولد ابنه المتوفى فيلغي هذا الادعاء لان كافله لما لم يستلحقه
بنفسه فيفترض فيه شرعا أنه نفاه عن نفسه ، وهذا محل اتفاق بدليل قول
سحنون (وما علمت فيه خلافا) . وما ينسب للفقهاء أشهب من أنه صحيح
استلحاق الجد لحفيده بقوله : «أب هذا الحفيد هو ابني» فلو قال الجد : «هذا
الحفيد ولد ابني» فقوله ملغي باتفاق الفقهاء بقبول الاشارة في هذا الصدد ،

(1) الدليل العادي : كان يستلحق الرجل ولدا من بلد بعيد وثبت أن المستلحق لم يدخل
ذلك البلد قط .

- الدليل العقلي : كان المستلحق - كسرا - أصغر سنا من المستلحق ،
- وأما الشرعي فمثل أن يستلحق الرجل ولدا لا نسب له وهو الذي ثبت أنه نشأ
من علاقة لا شرعية وانتشر ذلك عند الناس .

(2) ولا يتنافى هذا مع ما ذكره ابن سحنون في نوازله من أن ولد اللعين إذا توفي وترك
بناتا ثم استلحقها المملعن فهي لاحقة به ويورث النصف من تركته ولده الذي كان قد
لاعن فيه لان استلحاقه لبنت الميت الذي لاعن فيه يعتبر استلحاقا لابنيها بعد موته
وهو معمول به بدليل قول المدونة « للمملعن أن يستلحق ولده الذي لاعن فيه ،
بعد موته

الى أنه اذا رجح المستلحق - كسر - عن استلحاقه، فان أثر الرجوع يختص به فينهي استلحاقه ، فلا يكون وارثا في الولد المستلحق - فتحا - ولا يسري أثر الرجوع على الولد المستلحق ولا لفروع المستلحق الرابع أيضا .

الباب الثاني : حقوق الطفل في الرعاية الاسرية .

تتقرر للطفل حقوق على أسرته (أبيه وأمه أو من يليهما في درجة القرابة) كحقه في الرضاع وفي الحضانة ثم في النفقة فالارث .

وسنعالج هذه المواضيع (1) وفقا للفصول التالية :

الفصل الاول : حق الطفل في الرضاعة .

الفصل الثاني : حق الطفل في الحضانة .

الفصل الثالث : حق الطفل في النفقة .

الفصل الرابع : حق الطفل في الارث .

الفصل الاول - حق الطفل في الرضاع : عندما يكون الطفل جنينا في بطن أمه ، يتناول غذاءه تلقائيا بالطريقة التي خلقها الله سبحانه وتعالى في الام وأعداها لادائها وانما يلتزم الاب خلال هذه الفترة بالعناية بالام من الناحيتين الصحية والغذائية ، كما تلتزم الام بالعناية بنفسها حرصا على حياة الجنين ووقاية له ولها من أي خطر تتعرض له .

أما اذا كان الزوجان منفصلين بالطلاق أو بدونه فيلتزم الاب بالاتفاق على زوجته أو مطلقته خلال فترة الحمل ويمتد هذا الالتزام في حالة الطلاق الى أن تضع الام حملها ، مما يدل على أن الالتزام بالنفقة خلال هذه الفترة، يتضمن حق الجنين فيما يجب له من التغذية التي تتم عن طريق الام بالصورة

(1) وهذه الحقوق تخضع جميعها لقواعد الولاية على النفس التي تتم برعاية الطفل في جسده وروحه وعقله وبتوفير ما يتطلب نموه الجسدي والروحي والعقلي من الوسائل المادية والمعنوية الى أن يصبح قادرا على رعاية نفسه بنفسه .

سألفة الذكر ، فاذا ما وضعت الام مولودها ، بدأ طور جديد ، من أطوار نموه وتغذيته وهو طور الرضاعة ، حيث تلتزم الام بارضاع (1) طفلها على نفقة أبيه .

وهذا ما أكده الفصل 112 من المدونة (أجرة رضاع الولد على المكلف بنفقته).

أما الام ، فلا تستحق أجرة الرضاع حال قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي (الفصل 113 من المدونة) .

وفي حالة انقسام رابطة الزوجية ، فيلتزم الاب بنفقة الرضاعة تنفيذا لقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ، فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) .

وأشار الفصل 114 الى أن المتبرعة أحق بالارضاع من الام طالبة للاجرة ، اذا كان الاب ضعيفا ، لكن يكون الارضاع في بيت الام. وفي جميع الاحوال ، فللرضاعة آثار شرعية ، اذا قامت بأدائها امرأة غير أم الطفل ، خلال الحولين الاولين من عمره ، فتصبح هذه المرأة أما للطفل بالرضاعة كما يصبح زوجها أبا له بالرضاعة وأولادها أخوة له بالرضاعة كذلك ، ويصبح كل من هؤلاء محرما بالنسبة للطفل. وغير ذلك من الآثار الشرعية التي لا يتسع المجال لذكرها .

الفصل الثاني : حق الطفل في الحضانة .

الحضانة تعني حفظ الولد مما قد يضره قدر المستطاع والقيام بتربيته ومصالحه (فصل 97 من المدونة) .

وحضانة الطفل جزء من الولاية على نفسه ، تختص بها الام تحت اشراف الاب وولايته خلال قيام الزوجية اما في حالة انتهاء الزوجية بالانفصال أو بوفاة أحد الزوجين أو كليهما ، فتختص بها الام حال حياتها

(1) تنفيذا لقوله عز وجل (... والوالدات يرضعن أولادهن ..)

أو من تكون له الحضانة بعدها من محارم الطفل من اقارب أمه ثم أبيه ،
تبعاً لدرجة قرابته منه ، وذلك الى أن يصل الى سن معينة على نحو ما
سنتناوله تفصيلاً .

ولقد درج الفقهاء على أن يقتصروا شروحهم للحضانة وشروطها ومدتها
على حالة قيام نزاع بين الزوجين أو انتهاء الزوجية وذلك بصدد تعيين
صاحب الحق في الحضانة ومدتها والشروط اللازم توافرها فيه لكي تسند
اليه .

ويجب أن يفرق في هذا الصدد بين الحضانة خلال قيام الزوجية
وبينها عند انتهاء الزوجية .

فالحضانة خلال قيام الزوجية ، تكون من واجبات الابوين (طبقاً
لمقتضيات الفقرة 1 من الفصل 99 من المدونة) ، تتخصص بها الام ويشترك
فيها الاب ، حيث لا يقتضي ذلك ، تحديد أية شروط أو مدة لها ، نظراً لأنها
تدخل ضمن عناصر الرعاية التي يجب أن يؤديها الوالدان للطفل تحت ولاية
الاب واشرافه .

أما إذا قام نزاع بين الزوجين أو انتهت العلاقة بالطلاق أو بوفاة أحد
الزوجين ، أو إذا عارض الزوج في صلاحية زوجته لاحتضان طفلها ، تعين
عندئذ البحث في نقاط أربع :

الأولى - فيمن تكون له الحضانة ، ابتداءً من أم الطفل ومن يليها في
هذا الحق ؟

الثانية - ما هي الشروط الواجب توافرها في شخص الحاضنة أو
الحاضن ؟

الثالثة - مدة الحضانة ؟

الرابعة - الاجر المستحق للحاضنة عن حضانتها للطفل .

أولاً = فيمن يتعين للحضانة ، كحق واجب عليه .

الاصل أن حضانة الطفل تتعين لأمه ، وفي حالة عدم وجودها أو عدم صلاحيتها ، فتسند الحضانة إلى قريبة الطفل من جهة الأم بالأولوية على قريبتها من جهة الأب وان كانت من نفس درجة قرابتها وهكذا تتقدم أم الأم وان علت ثم أخت الأم الشقيقة ، ثم التي للام ثم للأب على أم الأب ثم جدة الأب من أمه أو أبيه وان علت .

فان لم توجد واحدة من هؤلاء ، انتقلت الحضانة لأخت المحضون ثم عمته ثم عمة الأب ثم خالة الأب ثم ابنة الأخ ثم ابنة الأخت .

فاذا لم يوجد للطفل حاضنة من النساء من قرابة أمه أو من قرابة أبيه على الترتيب الذي سلف بيانه ، فتسند الحضانة لأخ المحضون ثم الجد من قبل الأب ثم ابن الأخ ثم العم ثم ابنة (1) . (فقرة 1 من الفصل 99 .

وتشير الفقرة الثانية من الفصل 99 إلى أن الوصي مقدم على سائر العصابات في المحضون الذكر، وفي الأنثى حال صغرهما مطلقاً، وفي حالة كبرها ان كان محرماً أو كان أميناً متزوجاً .

ثانياً - الشروط الواجب توافرها في شخص الحاضن أو الحاضنة .

تكلم الفصل 98 من المدونة عن هذه الشروط ولخصها في خمس هي :

- 1 - العقل .
- 2 - البلوغ .
- 3 - الاستقامة .
- 4 - القدرة على التربية المحضون وصيانته صحة وخلقا .
- 5 - والسلامة من كل مرض معد أو مانع من قيام الحاضن بالواجب .

(1) ويقدم في الجميع الشقيق ثم الذي للام ثم الذي للأب كما يراعى في هذا الترتيب ان كان الأول مستحقاً للحضانة وإلا انتقلت إلى الذي يليه وكذلك إن سقطت حضانته أو كان معدوماً . (الفصل 100 من المدونة)
إضافة إلى أنه في حالة تساوي مستحقي الحضانة في الرتبة فللقاضي حق اختيار الأصلح (الفصل 101) .

مع الإشارة الى أن الفقهاء أضافوا شرطا سادسا هو أن تكون غير متزوجة بشخص أجنبي عن الطفل ، فيجوز اسناد الحضانة لغير المتزوجة ، كما يجوز اسنادها لمن تكون متزوجة بقريب محرم للصغير كعمه أو خاله وعلى العكس من ذلك اذا كانت متزوجة بابن عمه أو ابن خاله لان كليهما لا يعتبر محرما بالنسبة للطفل .

وبالفعل لقد تكلم الفصل 105 عن هذه الحالة وان خارج الشروط الخمس الواردة بالفصل 98 ، حيث أكد أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه يسقط حضانتها ما لم تكن وصيا أو مرضعا لم يقبل غيرها -

ثالثا - مدة الحضانة .

تعتبر مدة الحضانة من أكثر المسائل جدلا بين الفقهاء ، ويرجع ذلك أساسا الى ما تقتضيه حضانة الطفل من ضمن الى الحاضنة وخاصة اذا كانت الام وكانت منفصلة عن أب الطفل وتقيم في مكان غير المكان الذي يقيم فيه، ثم ما تطرحه هذه الحضانة من مشاكل عقب انتهائها .

وتعتبر رؤية الطفل وتنظيم زيارته ، من أهم المسائل التي تثير النزاع بين الزوجين ، المنفصلين .

ولقد نص الفصل 102 من م.أ.ش. وبصفة صريحة على أن الحضانة تمتد حتى تدخل الانثى ويبلغ الذكر .

فالحضانة اذن تستمر الى أن يبلغ الطفل ، وبالنسبة للانثى الى أن يدخل بها زوجها (1) .

ولقد أشارت المدونة الى حالات سقوط الحضانة، أولها ما أورده الفصل 105 من أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه يسقط حضانتها .

(1) كما قال الناظم في النفقات : ففي الذكور للبلوغ يتصل .

ثم الفصل 106 الذي أكد على أن سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالدخول يسقط حضانته .

كذلك اذا استوطنت الحاضنة ببلدة أخرى يعسر فيها على أب المحضون أو وليه مراقبة المحضون والقيام بواجباته (الفصل 107 من المدونة (1) .

ولم يفت المشرع أن يؤكد على أن للاب ولغيره من أولياء المحضون حق العناية بشؤونه في التأديب والتوجيه لاماكن الدراسة ، لكن لا يبيت الا عند حاضنته (2) (الفصل 109 من المدونة) .

وان كان الولد محضونا لاحد الوالدين ، فلا يمنع الآخر من زيارته وتعهده أحواله واذا طلب نقله اليه للزيارة فله ذلك على الاقل مرة في كل أسبوع (الفصل 111) .

رابعا : أجرة الحضانة .

تقع أجرة الحضانة ومصاريفها على المكلف بنفقة المحضون ويوضح الفصل 103 بأنها غير أجرة الرضاعة والنفقة .

ولا تستحق الام أجرة الحضانة أثناء قيام الزوجية أو في عدة الطلاق الرجعي (الفصل 104) .

الفصل الثالث : نفقة الطفل.

يستحق الطفل على أبيه ، نفقة معيشته وتغذيته وكسوته وإيوائه وكل ما يتطلبه نموه وتربيته وتعليمه وسائر الشؤون المتعلقة برعايته ، وفي ذلك ذهب الفصل 127 بقوله (يجب للاولاد ... النفقة وما يتبعها من المؤونة والكسوة والسكنى والتعليم للاولاد)

(1) ولقد نص الفصل 110 (على أن الحضانة تعود لمستحقها اذا ارتفع عنه العذر غير الاختياري الذي منعه منها) .

(2) إلا اذا رأى القاضي مصلحة المحضون في غير ذلك .

أما الفصل 126 فأوجب الانفاق على الاولاد الصغار والعاجزين عن الكسب بحيث تستمر النفقة على الانثى الى أن تجبنفقتها على الزوج، وعلى الذكرحتى يبلغ قادرا على الكسب ، ما لم يكن طالبا يتابع دراسته فتستمر نفقته حتى ينهيها أو يبلغ الواحدة والعشرين من عمره .

وتجدر الاشارة الى أن الاب قد يعجز عن الانفاق والقيام بواجبه التلقائي نحو أسرته ، عندئذ تجب التفرقة بين كل من الحالات التالية :

- أن يكون الاب فقيرا لا مال له ، ولكنه قادر على العمل والكسب ولم يكن للطفل مال خاص ينفق على نفسه منه ، ففي هذه الحالة ، تجوز استدانة النفقة اللازمة للطفل وتعتبر ديناً على أبيه يجب عليه أدأؤه عند ميسرته (1). كما على الام أن تدفع نفقة ابنها اذا كانت موسرة (الفصل 129) .

وقد يكون فقيرا لا مال له ، وفي الوقت نفسه ، عاجزا عن الكسب والعمل، عندئذ تسقط عنه نفقة الطفل .

ويلتزم بها من يلي الاب في استحقاق الارث من الطفل وعموما تجب نفقة الطفل عملا بما أورده الفصل 132 (يجب سد رمق المضطر على من عنده فضل).

الفصل الرابع : حق الطفل في الارث .

لن نتطرق بتفصيل الى أحكام الارث كما هو وارد في مدونة الاحوال الشخصية ، فالذي يعيننا هنا هو حق الطفل في الارث ، وهذا يتطلب معرفة حالات من يرث ومن لا يرث من الاطفال .

وأول ملاحظة ، أنه ليس من الضروري أن يرث الطفل في القانون المغربي على أنه ابن للمتوفى ، بل يرث بصفته قريبا لهذا المتوفى كذلك . واذا كانت القرابة من أسباب الارث الشرعية ، فهي لا تكتسب بتعهد أو بوصية لانه ليس للموروث اسقاط صفة الوارث عن هذا الاخير كما أنه ليس للوارث التنازل عن حصته للغير .

(1) ويقضي بنفقة الاولاد من تاريخ الامتناع (الفصل 130) .

وإذا كان القانون المغربي ، يتطلب في استحقاق الارث تحقق موت الموروث حقيقة أو حكما (1) . وجود الوارث عند وقوع هذا الموت ، فانه يشترط كذلك أن تتحقق حياة المولود بصراخ أو رضاع ، بحيث اذا مات الرجل وترك زوجته حاملا ، فان تركته لا يفصل فيها عند حدوث الوفاة ، بل يقع انتظار الولادة باعتبار أن جنس المولود قد يؤثر في توزيع التركة .

لكن هذه ليست هي الصورة الوحيدة للارث، فقد يرث الولد باعتباره ابنا أو ابن ابن أو أبا شقيقا أو أخ لاب أو ابن الاخ (وهؤلاء ورثة بالتعصيب فقط) أو ابن عم أو أخ لام (وهذان وارثان بالفرض والتعصيب فقط) ومتى كان لفظ الولد يطلق على الذكر والانثى كما تقضي بذلك مدونة الاحوال الشخصية ، فان هذا الولد قد يرث باعتباره بنتا للمتوفى أو بنت ابن أو أختا شقيقة أو أختا لاب .

غير أن ازدياد المولود ميتا ، لا يشكل الحالة الوحيدة التي ينتمى فيها الارث في التشريع المغربي ، حيث قد لا يقع الارث في عدة حالات :

فقد مر معنا أن البنوة غير الشرعية ملغاة بالنسبة للاب ، فلا يترتب عليها نسب ولا توارث ، لكننا لاحظنا أن مثل هذه البنوة تعد شرعية بالنسبة للام حيث يرث هذا الولد لانه ولدها ، كذلك لاحظنا أن الدين الاسلامي الذي هو مصدر أحكام مدونة الاحوال الشخصية قد منع التبني العادي حتى لا ينتج عن ذلك توارث بين شخصين لا توجد بينهما أسباب الارث الشرعية .

ولم يأخذ المشرع المغربي بنظام التوارث بين المسلم وغير المسلم لاعتبارات تتعلق بمفهوم النظام العام الذي يستمد أحكامه في هذا الصدد من الدين الاسلامي الذي يحرم هذا التوارث ، وعلى هذا الاساس ، اذا كان الطفل ينحدر من أب مغربي مسلم وأم أجنبية تنتمي الى ديانة أخرى غير الاسلام ، وماتت هذه الام ، فان الطفل شأنه شأن أبيه لا يمكنه أن يأخذ من تركته أمه شيئا في المغرب .

(1) تراجع مقتضيات الفصول 220 من نفس المدونة .



أما إذا تم الزواج المختلط بصورة عكسية ، كأن ينحدر نتيجة ذلك طفل من أم مغربية مسلمة وأب مغربي أو أجنبي غير مسلم ، فالملاحظ أن مثل هذا الزواج لا يعتد به في المغرب ، ولا يمكن أن تترتب عليه آثار لمخالفته فكرة النظام العام المستمدة من مقتضيات الشريعة الإسلامية (1) . ولو تم بصورة صحيحة في دولة أجنبية . فإذا ماتت الام المغربية المسلمة كما في مثالنا ، فان أولادها ، الذين يتبعون آباهم في دينهم الذي هو غير الاسلام ، لا يحق لهم أن يرثوا شيئاً من تركتها في المغرب بناء على القاعدة القائلة بعدم جواز التوارث بين المسلم وغير المسلم .

وتلحق بالارث مسألة الوصية باعتبارها تصرف في ثلث مال الوصي ، يلزم بموت هذا الاخير لفائدة أي شخص آخر من غير الورثة . ومن الافيد الاشارة الى أن مدونة الاحوال الشخصية قد أخذت في هذا المجال بما يعرف بالوصية الواجبة ، حيث يسمح للولاد الذين مات أبوهم قبل جدهم أو مع هذا الجد بأن يأخذوا من التركة النصيب الذي كان سيؤول لوالدهم لو كان حيا عند وفاة الجد على أن يتجاوز ذلك ثلث التركة (2) . وأخيرا اذا كان التبني العادي لا ينتج عنه أي أثر فيما يخص النسب والارث ، فان تبني الجزا أو الوصية الذي يعرف بالتنزيل منزلة الولد قد يرتب حقوقا للطفل المتبني على نحو ما رأيناه.(3) مادام أنه بإمكان الشخص الذي كلفه أن ينزله منزلة ولده ، كأن يقول فلان وارث مع ولدي أو أولادي أو ألقوه بميراثي أو ورثوه في مالي ، وفي هذه الحالة يأخذ الطفل المكفول نصيبا في تركة من كلفه في حدود الثلث .

الباب الثالث : حماية الطفل في قواعد الولاية على النفس .

رأينا أن الولاية على النفس تعني رعاية الطفل في جسده وروحه وعقله بتوفير كل ما يتطلب نموه الجسدي والروحي والعقلي من وسائل مادية وأخرى

- (1) الفقرة 5 من الفصل 29 من مدونة الاحوال الشخصية .
- (2) تراجع أحكام هذه المسألة في الفصل 266 وما بعده من المدونة .
- (3) تراجع أحكام التنزيل في الفصل 213 من نفس المدونة .

معنوية ، الى أن يصبح قادرا على رعاية نفسه بنفسه والى أن يتولى شؤونه الشخصية دون مساعدة أحد وهذه الرعاية تشتمل على حضانة الطفل وارضاعه وتغذيته وكسوته وايوائه وتربيته ... قبل أن يتولى زمام أمره وحده ، وتعتبر الرعاية بصورتها المذكورة ، شركة بين الزوجين الاب والام ، لكنها تتردد في جملتها الى اشراف وسلطة واحدة للاب ، باعتباراه الوالي الطبيعي والشرعي على الطفل .

وهكذا نص الفصل 148 من المدونة : (صاحب الولاية المعين في الشرع هو الاب) .

وأضاف الفصل 149 : (للاب الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله، حتى تكتمل أهليته وهو ملزم بالقيام بها) .

فهذه الولاية «تتعقد للاب تلقائيا» على نفس الطفل وماله في آن واحد، مالم يكن الاب قد اختار وصيا آخر على مال ابنه أو عين القاضي مقدما حيث ينفصل كل من نوعي الولاية أحدهما عن الآخر حيث ما تعلق منها جمال الطفل خضع لاحكام الوصية والتقديم الواردة ابتداء من الباب الرابع الى العاشر من الكتاب الرابع من المدونة وعلى نحو ما سنوضحه لاحقا .

الباب الرابع : حماية الطفل في قواعد الولاية على المال .

الاصل أن ولايتي النفس والمال ، تجتمعان في يد الاب وهذا ما يستفاد من الفصل 149 (للاب الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله).

وقد يكون الاب فقيرا معسرا والطفل ذو مال توصي به عن طريق التبرع أو كأن يوصي له به ، ففي هذه الحالة وخشية من ضياع هذا المال وحماية له قرر الفصل 150 من المدونة : (اذا كان الاب فقيرا ، فللقاضي منعه من أخذ مال ولده وان خشي تفويته له وضع عليه مشرفا) .

الا أن الاب قد يعين وصيا لولده القاصر ، وهنا تنفصل الولايتان ، فتبقى للاب الولاية على الطفل ، وتؤول الولاية على المال .

وهذا ما أجازته الفصل 151 من المدونة :

- 1 - يجوز للاب أن يقيم وصيا لولده القاصر أو الحمل (1) ،
- 2 - تعرض الوصاية بمجرد وفاة الاب على القاضي لتثبيتها .

وإذا لم يكن للقاصر أو الحمل وصي ، فالقاضي يعين مقدما يسهر على أموالهما شريطة أن يكون ذا أهلية كاملة وحازما ضابطا أميناً غير محكوم عليه في جريمة السرقة أو إساءة الائتمان أو التزوير أو في جريمة من الجرائم المخلة بالأخلاق .

كذلك لا يجوز أن يكون مقدما ، المحكوم بإفلاسه الى أن يرد اليه اعتباره ومن كان بينه وبين المتقدم عليه نزاع قضائي أو خلاف عائلي (الفصول 152 ، 153 و 154) .

وبمجرد تحمل الوصي أو المقدم أعباء الوصاية أو التقديم يقوي بالأجراءات التالية :

- احصاء مال القاصر بأشهاد عدلين يعينهما القاضي لذلك .
- الاحتفاظ بالمنقول بعد تقويمه أو بيعه بما فيه مصلحة .
- تحديد النفقة السنوية للقاصر بصفة شرعية ولمن تجب نفقته عليه وكذلك تحديد أجره الوصي أو المقدم بالمعروف ان طالب بها .
- الإيداع باسم القاصر في خزانة الدولة كل ما يحصله من نقوده وما يرى القاضي لزوما لايدعه من المستندات والوثائق والحلي وغيرها ولا يسحب منها شيء الا بأذن القاضي .
- تحديد مدخولاته الناتجة عن ادارة أمواله .
- اجراء القسمة أو المخارجة عند الاقتضاء .

(1) وله أن يرجع عن ايضائه .



- تقديم حساب سنوي مؤيد بالحجج والمستندات على يد عدلين ومحاسبين يعينهم القاضي ويحرر العدلان بذلك رسماً يسجلانه بالكتاب المعد لذلك الذي يحال بعد ذلك الى القاضي لمراجعته وتسجيله بكتاب المحكمة الخاص بالمحاجير ثم يعاد الكتاب الى الوصي أو المقدم . (الفصل 157).

ولقد أورد الفصل 158 مجموعة من التصرفات ، لا يجوز للوصي ولا للمقدم أن يباشرها الا باذن القاضي وهي :

1 - التصرف في عقار القاصر أو المهم من امواله بالبيع والشراء أو الشركة أو الاقتراض أو الرهن أو القسمة أو المخرجة أو أي نوع من أنواع التصرفات المرتبة لحق عيني أو المنقولة لاصل أو ما يؤدي الى تفويته .

2 - استثمار أموال القاصر أو اقتراضها لنفسه .

3 - اكرأه للغير عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات .

4 - اكرأ عقار القاصر لمدة تمتد الى سنة بعد بلوغه سن الرشد .

5 - قبول التبرعات المقيدة بشرط أو برفضها .

6 - انفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم الا اذا كانت النفقة محكوما بها حكماً مبرماً .

7 - تنفيذ الالتزامات الشرعية أو القانونية التي تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكون قد صدر بها حكم نهائي .

8 - الصلح والتحكيم .

9 - رفع الدعاوي الا ما يكون في تأخيرها ضرر على القاصر أو ضياع حقه .

10 - التنازل عن الدعاوي هو اسقاط حقه في طرق المراجعة القانونية.

11 - استئجار أموال القاصر لنفسه أو اجارها لزوجته أو لأمه أو لابيه أو لآخيه أو لصهره أو لمن يكون الوصية أو المقدم نائباً عنه .

12 - ما يصرف في تزويج القاصر .

وبالنسبة للتصرف في عقار القاصر بالبيع والشراء فمر معنا أن القاضي لا يأذن في البيع إلا بعد أن يثبت لديه بحجة شرعية أن الضرورة تدعو للبيع وأن هذا العقار هو الأولى من البيع من غيره ، وأن يتم ذلك بالمزاد العلني وعدم وجود زائد على الثمن الذي أعطي فيه وكون هذا الثمن نقدا وحالا (الفصل 159) .

أما **الشراء** فيأذن به القاضي متى ثبت لديه أن شراء ذلك العقار فيصه مصلحة للقاصر (الفصل 160) .

وليس للوصي أو المقدم أن يشتري من أموال القاصر لنفسه إلا ما كانت فيه مصلحة ظاهرة للقاصر (الفصل 161) .

وفي هذه الحالة وجب تعيين من يقوم مقام القاصر ليقبل عنه ويحافظ عن مصلحة مع الوصي أو المقدم المتعاقد معه (الفصل 162) .

وتنتهي مهمة الوصي أو المقدم في الاحوال الآتية :

- 1 - بموت القاصر أو موت الوصي أو المقدم أو فقدهما .
 - 2 - ببلوغه سن الرشد إلا إذا بلغه سفيها أو مجنونا وحكم القاضي باستمرار التحجير عليه .
 - 3 - بانتهاء العمل الذي أقيم الوصي أو المقدم مباشرته أو انقضاء المدة الذي تحدد بها تعيين الوصي المؤقت أو المقدم المؤقت .
 - 4 - بقبول عذره في التخلي عن مهمته .
 - 5 - بزوال أهليته أو بعزله (الفصل 164) .
- وبصدد العزل فمن الافيد الاشارة الى أن الوصي أو المقدم ، يعزل بحكم من القاضي بسبب من الاسباب التالية :

- 1 - إذا فقد شرط من الشروط المنصوص عليها في الفصل 153 أو طرأ عليه مانع من الموانع المنصوص عليها في الفصل 154 من هذا القانون (1) .
- 2 - إذا ثبت لدى القاضي أن في أعمال الوصي أو المقدم أو في أعمالهما ما يهدد مصلحة القاصر أو ظهرت في حسابهما ريبة تخل بالأمانة (الفصل 167) .

ويؤكد الفصل 169 على أنه في حالة إخلال الوصي أو المقدم بواجب من الواجبات المفروضة عليه بمقتضى هذا القانون فإنه يعد مسؤولاً في ماله عما يلحق القاصر من ضرر بسبب تقصيره وضامناً له .

كذلك كل من انتهت وصايته أو تقديمه وامتنع دون عذر مقبول من تسليم أموال القاصر لمن حل محله أو للقاصر بعد رشده ، ضمن ما تلف منها (الفصل 170) .

هذا وإذا توفي الوصي أو المقدم فقد أوقع تحجيرهما ، فعلى الورثة أو من يقوم مقام الحاجر أن يسلموا أموال القاصر المعينة وأن يؤدوا ما ترتب في ذمة الحاجر من ماله (فقرة 2 من الفصل 168) .

وهكذا وبعد اطلالة على مختلف القوانين ، ومحاولة التطرق لآبوابها المتناثرة والغوص في معاني فصولها العميقة ... نكون قد أشرفنا على اتمام هذا البحث ... ولاشك أنها جولة أفادتنا بالشيء الكثير خصوصاً وأن التنقل فيها تم بين مختلف محطات القانون وأسلاكه الشائكة غادرناها وحال لساننا يريد أن يقول :

إن تناثر النصوص لا يعني انفصال بعضها عن البعض ، فكل منها يكمل الآخر ويلتقي عند غرض مقدس واحد هو حماية جيل كامل من الأطفال وهو يحبو في موكب الحياة ويستعد لياخذ دوره ومكانه بين الاجيال المتعاقبة.

(1) فالفصل 153 يشترط في المقدم أن يكون ذا أهلية كاملة حازماً ضابطاً أميناً .
وأما الفصل 154 فيضيف بأن لا يكون محكوماً في جرائم السرقة ...
خلاف عائلي .
أو المخلة بالأخلاق أو بالافلاس أو أن يكون بينه وبين القاصر نزاع قضائي أو

كما أن تفسير هذه النصوص وتطبيقها يجب أن يتوافر له أكبر قدر من المرونة ، التي تتحقق بها مصلحة الطفل وحماية حقوقه .

وأخيرا فان تعدد هذه النصوص يتطلب رفع أي تعارض أو تناقض بينها والتنسيق بين مدلولاتها معنى ومبنى حتى تتوفر لدينا مجموعات من التفسيرات والتطبيقات الموحدة تتكون منها سوابق وأعراف تشريعية وقضائية واجتماعية في معالجة مشاكل الطفولة وحمايتها في مجال العلاقات المختلفة للطفل بأسرته وبمجتمعه الكبير

فاللهم اني أسألك خير المسألة وخير الدعاء وخير النجاح وخير العمل وخير الثواب وأسألك عملا متقبلا وعملا نجيعا وسعيًا مشكورا .

ربنا أنزلنا منزلا مباركا وأنت خير المنزلين في مقام القرب والحب والمشاهدة والرضاء .

وسلام على المرسلين والحمد لله رب العالمين .

ملحق خاص ببعض اجتهادات المجلس الاعلى في الموضوع

- تبليغ النيابة العامة بملفات قضايا القاصرين اجراء وضع لفائدة هؤلاء، فلا يجوز الاحتجاج بعدم احترامه من طرف الخصم في الدعوى .
- لا يكون الاذن بالتقاضي ضروريا اذا كان في تأخير اقامة الدعوى ضرر على المحجور . القرار عدد 324 بتاريخ 7 يوليوز 1974 (غرفة مدنية) .
- لا يجوز تعجيز القاصر ومن في حكمه .
- ويجب الاحتفاظ بالحق للمحجور الى أن يبلغ سن الرشد للدفاع عن نفسه والادلاء بما يفيدده .
- وتكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما قضت للمدعين بالاستحقاق دون الاحتفاظ بحق المحجور في الدفاع عن نفسه عند بلوغه سن الرشد. القرار عدد 64 بتاريخ 5 يناير 1971 (غرفة شرعية) .
- لا يعتبر ما يصدر عن المصاب بالجنون والقاصر خطأ بالمعنى الذي يرمي اليه الفصلين 78 و 88 من ق.ل.ع. لانتفاء ما يوجب عليهما فعل شيء أو تركه نظرا لكونهما في حالة لا يصبح معها التكليف. قرار عدد 240 (غرفة مدنية) بتاريخ 15 يونيو 1966 .

- لم تركز المحكمة حكمها على أساس قانوني عندما ارتكزت على خطأ الطفل في حين أنه ورد في حكمها أنه يبلغ من العمر خمس سنوات وفي حين أنها لم تنتبه الى مسألة عدم التمييز بالنسبة لهذا الطفل طبقاً للفصل 77 من ظهير العقود والالتزامات (قرار رقم 240 ، غرفة مدنية بتاريخ 13 مايو 1970).

- ان مناط مسؤولية الضحية هو الخطأ، وما دام الضحية طفلاً غير مميز لا يتصور صدور أي خطأ منه وحتى على فرض قيام الضحية بأعمال ساهمت في وقوع الاصطدام فانها لا توصف بكونها خطأ بالمعنى القانوني يقتضي تحميله مسؤولية الحادث (قرار عدد : 17 (الملف المدني 35211) بتاريخ 12 يناير 1977).

- لا يصح التقاضي الا من له الصفة والاهلية والمصلحة لاثبات حقوقه ويثير القاضي ذلك تلقائياً (قرار رقم 117 بتاريخ 2 مارس 1976).

- للقاصر أهلية اقامة دعوى النفقة ضد وليه لانها من باب جلب المنفعة التي له حق اكتسابها بدون مساعدة الاب أو الوصي أو المقدم ، يفقد الولي في هذه الحالة صفة الولاية الشرعية لانه لا يجوز أن تكون له في أن واحد صفة المدعي المطالب بالنفقة وصفة المدعى عليه المطالب بهذه النفقة (القرار رقم 344 (ملف اجتماعي عدد : 73741) بتاريخ 26 شتنبر 1979).

- ان الحدث الذي لا يبلغ عمره 16 سنة لا يمكن أن يتخذ في شأنه في قضايا الجنايات والجنح الا تدبير أو أكثر من تدابير الحماية والتهديب المنصوص عليها في الفصل 516 من ق.م.ج (قرار رقم 429 س بتاريخ 12 مارس 1970).

- ان الحدث الذي لا يبلغ عمره 16 سنة لا يمكن أن يتخذ في شأنه في قضايا الجنايات أو الجنح الا تدبير أو أكثر من تدابير الحماية أو التهديب المنصوص عليها في الفصل 516 من ق.م.ج وبصفة استثنائية يجوز لمحكمة الحكم نظراً للظروف وشخصية المجرم الحدث أن تعوض في حق الاحداث الذين تتجاوز سنهم الثانية عشرة بموجب مقرر تعلل أسبابه خصيصاً في

هذه الحالة التدابير المقررة قانونا أو تتممها بغرامة أو عقوبة سجن وذلك اذا ما رأيت ضرورة اتخاذ مثل هذا الاجراء ولهذا يتعرض للبطلان الحكم القاضي بالسجن على حدث لم يبلغ 16 سنة دون الاتيان بتعليل خاص لتوقيع تلك العقوبة بدل تدابير الحماية أو التهذيب (قرار عدد 452 س 12 بتاريخ 20 فبراير 1969) .

- تكون المحكمة قد بررت حكمها وبنته على أساس حين استخلصت موجب التطبيق بخطأ من الزوجة من الوقائع التي ثبتت لديها والمتعلقة بامتناع الزوجة من انجاب الاولاد مع زوجها بدون عذر ومن كون هذه الاعمال التي تكتسي صبغة سبب في حقه تشكل خرقا خطيرا ومتكرر للواجبات والالتزامات الزوجية يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية (القرار رقم 32 الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 10 نوفمبر 1971 في الملف المدني رقم 27147) .

- ان الشهادة المعتبرة شرعا هي التي تشهد بتحريك الحمل وحياته ، أما التي تشهد بأن المرأة حامل من أربعة أشهر وأن حملها رافد فلا يعتد بها (القرار عدد 7 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 19 رمضان 1391 في الملف الاجتماعي رقم 35087) .

- يحق للزوج أن ينفي نسب الحمل بمجرد علمه به ، أما اذا سكت بعد علمه فلا يحق له ذلك . (القرار عدد : 115 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 22 ماي 1972 في الملف الاجتماعي رقم 37584) .

- من شروط قبول نفي الحمل أن يقع معجلا .

اذا علم الزوج بالحمل وسكت فلا يسمع قوله بنفي النسب ولا يمكن من اللعان.تكون المحكمة على صواب حين لم تعتبر معنى الحمل من المطلق الذي أجاب عن المقال ادعت فيه مفارقتة الحمل ولم ينفي فيه النسب الا في المرافعة التالية التي جرت بعد نحو خمسة أشهر (القرار 56 (عرة شرعية) بتاريخ 29 دجنبر 1970) .

– في نفقة الاب على الابن تراعي أموال الابن فلا يلزم الاب بالنفقة الا في حدود ما لم تف به أموال الابن .

● يتعرض الحكم الذي لم يراعي أن المنحة التي يتقاضاها الولد من الادارة تعتبر مال من أمواله، (القرار عدد 69 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 4 صفر 1391 في الملف الاجتماعي رقم 66 333) .

– اذا استوطنت الحاضنة ببلد يعسر فيه على الولي مراقبة المحضون أمكن أن يطلب اسقاط الحضانة عنها .

مسألة عسر أو يسر المراقبة مسألة واقح يستقل بتقديرها قضاة الموضوع (قرار عدد 150 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 26 يونيو 1972) .

● تراعي مصلحة المحضون في مبيته عند الحاضنة ، كما أن تقدير هذه المصلحة يرجع الى قضاة الموضوع (قرار عدد : 146 الصادر عن الغرفة الاجتماعية بتاريخ 26 يونيو 1972) .

– اذا استوطنت الحاضنة بلده أخرى يعسر فيها على الاب أو الولي مراقبة أحوال المحضون والقيام بواجباته سقطت الحضانة .

● واذا كان الاب أو الولي هو الذي انتقل الى بلدة أخرى فلا يحق له أن يتدرع بالعسر الذئ نتج عن انتقاله لاسقاط الحضانة (قرار رقم 1 الصادر بتاريخ 21_1_1980 في الملف الاجتماعي رقم 76572) .

– ينعقد الزواج بالايجاب والقبول «الفصل 4» من مدونة الاحوال الشخصية ، وأن عدم توافر شروط صحة الزواج المنصوص عليها في الفصل 5 لا يتنافى مع ثبوت ركن العقد الذي يترتب عليه في حالة عدم توافر شروط صحته – آثار النكاح الفاسد التي من جملتها وجوب النفقة قبل الحكم بفسخه وبثبوت نسب الولد وأن المحكمة قد قدرت قيمة البينة المثبتة لركن العقد وقضت تبعا لذلك بالنفقة الواجبة قبل فسخ الزواج الذي كان عليها أن تصرح

به من تلقاء نفسها. (القرار رقم 74 الصادر بتاريخ 12 مارس 1973 في الملف الاجتماعي رقم 37192) .

- في حالة عدم معرفة تاريخ حدوث السفه فان التحجير لا يسري مفعوله الا من تاريخ الحكم به (القرار عدد 114 الصادر عن الغرفة الادارية بتاريخ 2 يونيه 1972) .

لا يسقط حق الحضانة لتعاطي الحاضنة حق التجارة ان الفصل 98 من المدونة قد حدد شروط الاهلية للحضانة على سبيل الحصر ولا ينص على أن تعاطي الحاضنة للتجارة يعتبر من الموانع للحضانة ان الكتاب الثالث من المدونة الذي وردت في بابه الثالث التي تطبق فيما يتعلق بالحضانة لايشمل فصلا يحيل على الراجح أو المشهور أو ما به العمل من مذهب الامام مالك فيما لم يشمله الكتاب المذكور خلافا لما هو الشأن بالنسبة لباقي كتب المدونة (القرار 327 الصادر بتاريخ 22_9_80 في الملف الاجتماعي عدد : 83 177) .

نفقة الاب على الابن تراعي أموال الابن فلا يلزم الاب بالنص الا في حدود ما لم تف به أموال الابن .

يتعرض الحكم الذي لم يراع أن المنحة التي يتقاضاها الولد من الادارة تعتبر مالا من أمواله. (القرار الصادر في الملف الاجتماعي رقم 33366 بتاريخ 4 صفر 1391) .

المراجع

النصوص :

- دساتير دجنبر 1962 يوليوز 1970 و مارس 1972 .
- الظهير الشريف بمثابة قانون الصادر بتاريخ 11-11-1937 المحدد لطبيعة الكتاتيب وبرنامجها .
- الظهير الشريف الصادر بـ 8 أبريل 1941 وظهير 18 مارس 1943 الخاص برياض الاطفال .
- مظهر الشريف الصادر بتاريخ 13 نونبر 1963 والذي نص على اجبارية التعليم .
- الظهير الشريف الصادر بـ 13 يوليوز 1926 ، وظهير 2 يوليوز 1947 وظهير 6-2-1963 المنظمة لبعض ميادين الشغل .
- ظهير 21 صفر الخير عام 1978 / 6 شتنبر 1958 الخاص بأحكام الجنسية .
- ظهير 12 عشت 1913 الخاص بالوضعية المدنية للفرنسيين الاجانب .
- الظهير الشريف بتاريخ 24 شوال 1333/ 4 شتنبر 1915 المنظم للحالة المدنية وكذلك ظهير 18 جمادى 1 ، 1369 / 8 مارس 1950 .
- الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 73/560 / بتاريخ 25 صفر 1397 . (15 فبراير 1977) المتعلق باحداث بطاقة التعريف الوطنية .

- الظهير الشريف الصادر بتاريخ 19 مارس 1977 الخاص بتكوين الجماعات المحلية .

- الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1/58/876 الصادر في 3 جمادى الثانية 1378 / 15 نونبر 1958 الذي يضبط تأسيس لاجمعيات حسبما وقع تغييره بمقتضى الظهير الشريف المغير بمثابة قانون رقم 73-284 المؤرخ بـ 6 ربيع الاول 1393/ 10 أبريل 1973 .

- الظهير الشريف رقم 190 - 57 - 1 المؤرخ بـ 22 محرم 1377 موافق 19 غشت 1957 باحداث مدونة الاحوال الشخصية .

- مجموعة المناشير المتعلقة بمحاكم قضاة الاحوال الشخصية والميراث والعقار من سنة 57 الى 1959 صادر عن وزارة العدل .

- قانون الالتزامات والعقود الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) ظهير المسطرة المدنية الصادر في رمضان 1331 (12 غشت 1913) .

- مجموعة القانون الجنائي الصادر بظهير شريف رقم 1-59-413 .

- قانون المسطرة الجنائية المؤرخ في 10 فبراير 1959 .

- الظهير الشريف رقم 1-74-448 الصادر في 28 شنبور 1974 والمتضمن لاجراءات انتقالية تطبق مع قانون 10 فبراير 1959 .

- ظهير 24 أبريل 1973 الخاص بالاعمال الفلاحية .

- الظهير الشريف المؤرخ في 24 دجنبر 1960 الخاص بنظام مستخدمى المؤسسات المعدنية .

- ظهير 6-2-1963 الخاص بضحايا حوادث الشغل وذوي حقوقهم .

- الظهير الشريف رقم 1-74-339 بتاريخ 15-5-1974 المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة .

المراسيم والقرارات

- مرسوم رقم 267-278 مؤرخ في 28 ذي القعدة 1395/31 أكتوبر 1978 يعير بمقتضاه الظهير الصادر 24 شوال 1333/4 شتنبر 1915 المؤسس للحالة المدنية .
- مرسوم رقم 296-263 بتحديد وجوب الحالة المدنية في كل ازدياد ووفاة والمؤرخ في 4-12-63 .
- مرسوم رقم 538-273 بتاريخ فاتح ربيع الثاني 1397 (21 مارس 1967) المحدد لمدة صلاحية بطاقة التعريف الوطنية .
- المرسوم الملكي رقم 66-137 بتاريخ 20 صفر 1986 الموافق لـ 9 يونيو 1966 بمثابة قانون يتعلق باحداث وتنظيم الخدمة العسكرية .
- القرار الوزاري الصادر في 13 أبريل 1950 بشأن تطبيق الظهير الشريف الصادر بتاريخ 8 مارس 1950 .
- القرار الوزاري الصادر في 3-8-1948 بشأن تطبيق ظهير 2 يوليوز 1948 .

المؤلفات

- شرح قانون الالتزامات والعقود الجزء الاول وزارة العدل .
- شرح القانون الجنائي وزارة العدل .
- تشريعات حماية الطفولة : حسني نصار .
- الشخصية القانونية للقاصر في القانون المغربي ذ. موسى عبود (بالفرنسية) =
- القانون الاداري المغربي ، ذ. القادري .
- الروابط العائلية : ذ. السعدية بلخير .

- دليل العون الدبلوماسي والقنصلي في شؤون العدل :
- جمعية الاعمال الاجتماعية لقضاة وزارة العدل .
- دليل القانون التجاري عن المعهد الوطني للدراسات القضائية .
- دليل القانون الاجتماعي عن المعهد الوطني للدراسات القضائية .
- دليل حوادث الشغل عن المعهد الوطني للدراسات القضائية .
- المسؤولية المدنية في حوادث السير دراسة مقتضبة ذ. ادريس الضحاك .
- دليل القاضي في العمل القضائي : ذ. عمر بوحموش.
- شؤون القاصرين : ذ. الدقيوق .
- شرح ق.ز.ع.م. ذ. مامون الكزبري .

المجلات

- نشرات اخبارية صادرة عن منظمة الامومة والطفولة وعن الامم المتحدة بمناسبة «السنة الدولية للطفل» .
- المجلة المغربية لحقوق الانسان عدد : 2 فبراير سنة 1982 .
- مجلة الدراسات النفسية والتربوية عدد : 1 سنة 1982 .
- المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد . النصف الاول من سنة 1979 .
- أعمال ندوة الطفل : التربية والتغيير الاجتماعي الصادر عن منشورات جامعة محمد الخامس .
- نشرة اخبارية صادرة عن وزارة التربية الوطنية وتكوين الاطر شتنبر، أكتوبر ، نونبر ، 1979 .
- نشرة احصائية بمؤسسات ومصالح رعاية الطفولة عن وزارة الاعلام والشبيبة والرياضة .



- مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب أعداد 2 ، 3 و 4 السنة الثانية شتنبر 1982 .

- مجلة العدالة الصادرة عن مركز البحوث القانونية في وزارة العدل بالجمهورية العراقية اعداد سنة 1979 .

- مجلة القضاء والتشريع عن وزارة العدل بالجمهورية التونسية عدد : 7 سنة 21 يونيو 79 وعدد 3 ، 4 و 5 من سنة أبريل ماي ومارس 1981 .

- اجتهادات المجلس الاعلى في المادة الجنائية .

- مجلة القضاة والقانون عدد : 128 .

- مجلة المحاماة عدد : 14 .

P. 195 → P. 233

اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها في التشريعات العربية

الدكتور حسن محمد الهداوي
أستاذ القانون الدولي الخاص

قد تختلف جنسية الزوجين اذا انعقد الزواج بين شخصين من جنسيتين مختلفتين وقت انعقاد الزواج ، وقد يطرأ هذا الاختلاف بعد انعقاده كما لو كانا من جنسية واحدة عند انعقاده ، الا ان احدهما اكتسب جنسية جديدة في أثناء قيام الرابطة الزوجية .

ويطلق على مثل هذه الحالة بالزواج المختلط ولا فرق في ذلك ان كان الزواج المختلط نتيجة زواج الوطنية من أجنبي أو نتيجة زواج الاجنبية من وطني ، ويثير مثل هذا الزواج التساؤل عما اذا كان له أثر في جنسية الزوجة أم انها تبقى على جنسيتها .

ان تحديد اثر الزواج المختلط في جنسية الزوجة يستلزم دراسة مفصلة لكل صورة من هاتين الصورتين ، تتناول الاولى اثر الزواج المختلط في جنسية الوطنية المتزوجة من أجنبي ، وتعالج الاخرى اثر الزواج المختلط في جنسية الاجنبية المتزوجة من وطني .

لاشك ان الصورة الاولى الخاصة باثر الزواج في جنسية الوطنية المتزوجة من أجنبي تخرج عن نطاق بحثنا لان أمر دخولها أو عدم دخولها في جنسية زوجها وشروط ذلك انما يقررها قانون دولة الزوج لا قانونها الوطني . وليس في وسع قانونها الا الاحتفاظ لها بجنسيتها أو ازالة هذه الجنسية عنها بسبب الزواج . وغني عن البيان ان مثل ذلك لا يدخل في موضوع كسب الجنسية وانما يدخل في موضوع زوال الجنسية . والتطرق اليه يخرجنا عن نطاق بحثنا والذي يتحدد (كما هو واضح من العنوان) . في الصورة الثانية وهي التي يتم فيها زواج الاجنبية من وطني ، حيث يلزمنا ان نعالج فيه حكم الزواج المختلط (سواء كان ملازما للزواج أو لا حقا له) في جنسية المرأة

الاجنبية المتزوجة من وطني ونقصد به العربي بصورة عامة لمعرفة ما اذا كانت جنسية المرأة الاجنبية المتزوجة من أحد ابناء الدول العربية تتغير بهذا الزواج أو أنها تبقى على جنسيتها . وليس أمامها ان ارادت الانضمام الى جنسية الزوج الا استيفاء شروط التجنس التي يقرها قانون الزوج .

أثارت هذه المسألة خلافا عند الفقهاء وتنوعت بشأنها المناحي التشريعية من دولة الى أخرى ومن زمن الى آخر داخل الدولة الواحدة . حتى ان بعض الدول قد فرقت في الحكم في اثر الزواج المختلط على جنسية الزوجة بين اختلاف الجنستين المعاصر للزواج عن اللاحق له . ودار هذا الخلاف بين مبدئين وحدة الجنسية في العائلة واستقلالها .

ذهب البعض الى الاخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة وبمقتضاه تدخل الاجنبية في جنسية زوجها الوطني بقوة القانون وبمجرد الزواج ولا حاجة الى اتخاذ أي اجراء شكلي كتقديم طلب أو ضرورة الإقامة أو الحصول على موافقة السلطة . . . الخ .

ويستهدف انصار هذا المبدأ اكثر نفوس الوطنيين وتحقيق الوفاق والتجانس بين افراد العائلة الواحدة واخضاع روابط الاسرة الواحدة ، في الدولة التي تتخذ من الجنسية ضابطا للاسناد في مسائل الاحوال الشخصية لقانون واحد .

ويدعو آخرون الى التمسك بمبدأ استقلال المرأة في جنسيتها وعدم اخضاع جنسيتها لروابط الزواج وهي تبقى محتفظة بجنسيتها على الرغم من الزواج . ويعزز انصار هذا الرأي وجهة نظرهم بفكرة المساواة بين الرجل والمرأة التي توجب عدم فرض جنسية زوجها عليها بلا ارادتها. ويرون أن مصلحة الدولة توجب اعطاء فرصة للسلطات المختصة لمراقبة سلوك المرأة وأهدافها ليتها على منع من فيهن خطر على المصالح الوطنية سياسيا كان أو اقتصاديا أو اخلاقيا من الانخراط في الجنسية الوطنية تحت ستار الرابطة الزوجية .

وتأخذ أكثر الدول العربية في وقتنا الحاضر من هذين المبدئين مسلكا وسطا من شأنه أن الزواج المختلط قد يكسب المرأة جنسية زوجها اذا ما اقترن

ببعض الشروط والقيود التي يتطلبها قانون جنسية الزوج . فمنها ما يشترط موافقة المرأة الاجنبية على الدخول في جنسية زوجها، فلا تفرض عليها جنسية زوجها بمجرد الزواج ، ولها ان شاءت الدخول في جنسيته ان تعلن عن رغبتها في الدخول في هذه الجنسية بصورة صريحة أو ضمنية عن طريق تمكينها من رد الجنسية الممنوحة بالزواج وتقرير الاحتفاظ بجنسيتها . وبذلك يتوافر احترام ارادة المرأة . والتشريعات التي تأخذ بهذا الاتجاه تختلف من حيث تقييد أو عدم تقييد دولة الزوج برغبة الزوجة فبعضها تلزم دولة الزوج بطلب المرأة في الانتساب الى جنسيتها فلا يكون للسطة حق الاعتراض على انتمائها لهذه الجنسية ، والبعض الآخر يخول الجهة المختصة سلطة تقديرية في منح الجنسية أو منعها عن الاجنبية التي تتزوج من أحد الوطنيين وهذا ما يمكن الدولة من فرض قسط من الرقابة على العناصر الاجنبية التي تكتسب الصفة الوطنية ويعطيها الفرصة لبدء ارادتها بقبول دخول الاجنبية في جنسية زوجها الوطني أو عدم قبولها . لتحول دون انضمام الاجنبيات غير الصالحات الى المجتمع الوطني . وبذلك يتوافر احترام ارادة الدولة . ولا تقنع دول أخرى بذلك وتستلزم تحقق شروط اضافية أخرى شبيهة بشروط التجنس كالاتامة فترة معينة والتخلي عن الجنسية الاصلية . . . الخ . غير أن غالبية الدول التي تتجه هذا الاتجاه تأخذ بعين الاعتبار العلاقة الزوجية فتعامل الزوجة معاملة خاصة تميزها عن الاجنبي الراغب بالتجنس بجنسيتها فتخفف من قسوة الشروط التي يتطلبها التجنس، فتعفيها فعلا من شرط بلوغ سن الرشد وكمال الاهلية المدنية العامة ، وتكتفي بالاهلية اللازمة للزواج ، أو تختصر مدة الاقامة بالنسبة اليها . . . الخ .

وهكذا تتنوع تشريعات الدول العربية كتشريعات الدول الاخرى وتختلف الاتجاهات من دولة الى أخرى ومن زمن لآخر داخل الدولة الواحدة ، مما يجعل من العسير اخضاعها لتقسيمات دقيقة محكمة . وقد مر تشريع الجنسية في بعض هذه الدول بتطور ملموس بشأن جنسية المرأة المتزوجة من وطني فانقل من مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة الى مبدأ استقلالها حسبما تتطلبه ظروف الدولة ومصالحها الخاصة . وقد ميزت قوانين بعض هذه الدول وفرقت

في الحكم بين الاجنبية التي تتزوج من وطني وقت انعقاد الزواج والاجنبية التي يكتسب زوجها الجنسية الوطنية في اثناء الزواج .

وفي ضوء ما تقدم فانه من المفيد أن نقسم الكلام في موضوع اكتساب المرأة لجنسية زوجها العربي الى فصلين:نتناول في أولهما الحكم حينما يكون اختلاف الجنسية معاصرا للزواج . ونعرض في ثانيهما الحكم حينما يكون اختلاف الجنسيين لاحقا للزواج والذي ينجم عن اكتساب الزوج لجنسية احدى الدول العربية في أثناء قيام الزوجية .

أ و لا

اختلاف الجنسيين المعاصر للزواج

اختلفت السياسة التشريعية في الكويت والدول العربية بخصوص جنسية المرأة الاجنبية المتزوجة من احد الوطنيين . فقد أخذت بعض الدول العربية بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة على اطلاقه ، فقضت تشريعاتها بأن الزوجة تدخل في جنسية زوجها الوطني كنتيجة قانونية حتمية للزواج دون أن يكون للدولة سلطة منع دخولها في جنسيتها ولا يكون للمرأة حق التعبير عن رغبتها في اكتساب جنسية زوجها أو عدم اكتسابها ومثال ذلك :

(1) قانون الجنسية البحرينية عدد 11 لسنة 1963

فقد جاء في الفقرة الاولى من المادة السابعة من هذا القانون ما يلي :
« اذا تزوجت امرأة بحريني بعد تاريخ العمل بهذا القانون أو قبل ذلك اصحت بحرينية» ومازال النص معمولاً به .

(2) قانون الجنسية التونسية

واتبع هذا المبدأ قانون الجنسية التونسية بالنسبة لبعض الاجنبيات المتزوجات تونسيين وهن اللواتي يفقدن قانونهن جنسيتها بزواجهن من



أجنبي . وهذا ما نظمته الفصل الثالث عشر من قانون عدد 6 لسنة 1963 اذ جاء فيه ما يلي: «تصبح تونسية منذ تاريخ عقد زواجها المرأة الاجنبية التي تتزوج بتونسي اذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الاصلية متى تزوجت بأجنبي» .

(3) قانون الجنسية العراقية رقم 42 لسنة 1924

فالمادة السابعة عشرة منه قبل تعديلها كانت تقضي بأن زوجة العراقي عراقية ، وقد خرج عن هذا الاتجاه المشرع العراقي من 1941/2/5 حيث تم تعديل النص واخضع دخول المرأة الاجنبية المتزوجة من عراقي لموافقة وزير الداخلية . وبالطبع أن تغيير النص لا يعدم الاثار التي تترتب على النص القديم أثناء العمل به ، وبناء على ذلك فان الاجنبية التي تم زواجها من عراقي قبل تعديل 1941/2/5 هي عراقية بحكم القانون .

(4) قانون جنسية المملكة العربية السعودية رقم 4 تاريخ 1374/1/25 هـ .

فقد جاء في المادة السابعة عشرة منه ما يلي: «تكتسب المرأة الاجنبية بالزواج جنسية زوجها السعودي» .

(5) قانون الجنسية السورية رقم 16/س لعام 1925

فالمادة الخامسة منه تقضي «ان المرأة الاجنبية التي تتزوج من سوري تصبح سورية» وقد خرج المشرع عن هذا المبدأ في الفقرة الاولى من المادة التاسعة من قانون رقم 98 لسنة 1951 فيما يخص الاجنبية غير العربية فقط . اما بخصوص المرأة العربية فقد استمر على اتباع مبدأ وحدة الجنسية بشأنها حيث تدخلها الفقرة الثانية من المادة التاسعة من هذا القانون بالجنسية السورية بمجرد زواجها من احد السوريين ، وقد بقي المشرع السوري ينتهج مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة بالنسبة للاجنبية العربية المتزوجة من سوري فيترتب على الزواج دخولها في الجنسية السورية بصورة حتمية

دون ما حاجة لطلب أو موافقة السلطة الى أن صدر القانون رقم 82 لعام 1958 حيث لم يعد - وفقاً لهذا القانون - للزواج اثر مباشر في جنسية المرأة العربية المتزوجة من سوري وانما لها - ان ارادت ذلك - أن تطلب الدخول في الجنسية السورية على أن تقرن رغبتها بموافقة المراجع المختصة .

وبالطبع ان تخلي المشرع السوري عن مبدأ تبعية المرأة الاجنبية في جنسيتها لجنسية زوجها السوري لا يعدم أثار الاحكام السابقة . فالمراكز القانونية التي تكونت في عهد القانون القديم تحكم بموجبه لا بمقتضى القانون الجديد . وينبغي على ذلك أن النساء غير العربيات المتزوجات بسوري قبل نفاذ قانون رقم 98 لسنة 1951 وكذلك العربيات المتزوجات من سوري قبل نفاذ القانون رقم 82 لعام 1958 أصبحن سوريات بمجرد زواجهن من سوري من تاريخ الزواج ويحكم القانون .

(6) وكذلك قانون الجنسية المصرية

فقد أخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة في قانون 1926 حيث الحق الاجنبية التي تتزوج من مصري بجنسيته وبمجرد الزواج واستمر كذلك الى أن صدر قانون الجنسية لعام 1950 فقد نظمت المادة التاسعة من هذا القانون اثر الزواج على جنسية الاجنبية بشكل آخر ينطلق من رغبة صاحبة الشأن وموافقة وزير الداخلية .

(7) ونحا ذات النهج باديء ذي بدء القانون اللبناني

فالمادة الخامسة من قرار رقم 15 الصادر في 19 كانون الثاني سنة 1925 قد أخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة فرتب على زواجها أثراً مباشراً في جنسيتها اذ الحقها بزوجها اللبناني وادخلها في الجنسية اللبنانية واستمر الحال كذلك الى عام 1960 حيث خفف المشرع من حدة مبدأ وحدة الجنسية في العائلة فعلق دخولها في الجنسية اللبنانية على طلبها .

فتشريعات الدول السالفة الذكر قد أخذت باديء ذي بدء بمبدأ وحدة

الجنسية في العائلة فكانت الاجنبية المتزوجة من أحد أبناء أية دولة من هذه الدول تدخل في جنسية زوجها بقوة القانون مادام الزواج قد تحقق مدة نفاذ قانون دولة الزوج الذي يأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة . وليس في مقدور المرأة التخلص من الجنسية المفروضة عليها بالزواج . ومن شأن هذا الاتجاه التشريعي أنه يقيد ارادة الزوجة ويحرمها حرية التعبير عن رغبتها . ولهذا تتجه تشريعات عربية أخرى الى شكل آخر ينطلق من مبدأ احترام ارادة المرأة فهي أن تأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة - اذ يترتب على الزواج دخول الزوجة في جنسية زوجها دون حاجة الى تقديم طلب من صاحبة الشأن ودون حاجة الى موافقة المراجع المختصة . ولا تملك الدولة رفض دخولها في هذه الجنسية - الا انها في الوقت ذاته تمكن الزوجة في رفض الجنسية المفروضة عليها بمجرد الزواج ، وبهذا وفر المشرع المجال لاحترام رغبة المرأة .

ومن هذا المنطلق ابندأ التشريع الكويتي عند صدور مرسوم 15 السنة 1959 حيث تبني مبدأ وحدة الجنسية في العائلة بفرض الجنسية على الاجنبية المتزوجة من كويتي مع افساح المجال لها بالتخلي عن هذه الجنسية وذلك في المادة الثامنة من هذا المرسوم اذ جاء فيها : «المرأة الاجنبية التي تتزوج من كويتي تصبح كويتية الا اذا أعلنت رغبتها في الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية خلال سنة من تاريخ الزواج ، وتسري هذه السنة من تاريخ نشر هذا القانون بالنسبة للمرأة الاجنبية التي تزوجت من كويتي قبل العمل بهذا القانون» . الا أنه عدل عن هذا النص سنة 1966 اذ نظم قانون رقم 70 لسنة 1966 أثر الزواج على جنسية المرأة الاجنبية المتزوجة من كويتي بشكل آخر ينطلق من رغبة الاجنبية وموافقة السلطة والذي سنأتي على دراسته في مجاله . ومما يجدر الاشارة اليه ان التنظيم الجديد لا يشمل النساء الاجنبيات اللواتي تزوجن قبل نفاذ قانون رقم 70 لسنة 1966 اذ أصبح بتوافر شروط النص القديم من الجنسية الكويتية .

ويقابل المادة الثامنة من القانون الكويتي قبل تعديلها ويطباقها في الحكم المادة السابعة من قانون الجنسية الاردنية رقم 7 لسنة 1963 التي اعتبرت

زوجة الاردني أردنية وجوزت لها في الوقت ذاته رفض هذه الجنسية باعلان رغبتها في الاحتفاظ بجنسيتها خلال سنتين من تاريخ اقامتها في المملكة الاردنية الهاشمية .

ويتضح من النص الكويتي القديم والنص الاردني بأنهما قد أخذوا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة ، فقد اتجه كل منهما الى ادخال الاجنبية في جنسية زوجها الوطني بمجرد الزواج وبقوة القانون مع فسخ المجال لارادتها أن ترفض الدخول في جنسية الزوج .

ثم تذهب تشريعات عربية أخرى الى التخفيف من حدة مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة فهي لا تنص على دخول الاجنبية في جنسية زوجها بمجرد الزواج كما هو عليه الحال في ظل النصين المذكورين أعلاه - الكويتي قديم والاردني - بل تجعل الامر معلقا على رغبتها الصريحة وذلك احتراماً لارادة هذه المرأة .

ومتى ما صدر مثل هذا التعبير فان دخولها في جنسية الزوج يتم بقوة القانون دون أن يكون للدولة الحق في رفض هذا الدخول . وهكذا هو التشريع اللبناني وتشريع دولة الامارات العربية ، فالمادة الخامسة من قانون الجنسية اللبنانية بعد تعديلها في 11 كانون الثاني سنة 1960 قضت «ان المرأة الاجنبية التي تقترن بلبناني تصبح لبنانية بعد مرور سنة على تاريخ التسجيل في قلم النفوس بناء على طلبها» . وكذلك المادة الثانية من قانون دولة الامارات جعلت «المرأة الاجنبية المتزوجة من مواطن في الدولة تكتسب جنسية زوجها اذا رغبت في ذلك شريطة ان تعلن وزير الداخلية برغبتها في ذلك وأن تنقضى ثلاث سنوات على هذا الاعلان تستمر خلالها الزوجية قائمة وان تتنازل عن جنسيتها الاصلية» .

وقد شاء المشرع في هذا المنحى التشريعي - في كلتا الحالتين المذكورتين - أن يخفف من مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة عن طريق توفير المجال لاحترام ارادة المرأة بمنحها أما حق رفض جنسية الزوج المفروضة عليها بالزواج ، كما هو مقرر في النصين الكويتي قديم والاردني ، أو تمكينها من

اعلان رغبتها في اكتساب جنسية زوجها بصورة صريحة ، كما أوجب ذلك النص اللبناني ونص دولة الامارات .

ومع ما يمتاز به مثل هذا الاتجاه التشريعي من تقدم باستجابته لفكرة مثالية في الجنسية وهي عدم فرض الجنسية على شخص خلافا لرغبته الا أنه لا يخلو من العيوب ، فيؤخذ عليه أنه يهمل ارادة الدولة ولا يعتد بها لانه لا يخولها حق الاعتراض على دخول المرأة في جنسيتها ولا يوفر لها قسطا من الرقابة على العناصر الاجنبية التي تكتسب الصفة الوطنية عن طريق الزواج. وشل سلطة الدولة بهذا الشكل يؤدي الى انخراط زوجات غير مرغوب فيهن - لاسباب سياسية أو اخلاقية - في جنسية الدولة . ويعيب هذا الاتجاه أيضا بأن بعض التشريعات لم يحتم توفر شروط معينة ، كاستمرار الزوجية والاقامة لفترة معينة يتحقق فيها اندماج الاجنبية في المجتمع الوطني. ويتأكد منها أن زواجها مقصود لذاته ولا يستخدم كوسيلة لتحقيق مأرب .

ودفعا لمثل هذه المخاطر نتجه تشريعات بعض الدول الى اعطاء الدولة سلطة تقديرية في منح جنسيتها للاجنبية المتزوجة من أحد الوطنيين أو منعها عنها . وتعليق الاكتساب على تحقق شرط يستفاد منه جدية الزواج كاستمرار الزوجية مدة معينة يحددها القانون . ومن هذه التشريعات التشريع الكويتي ، فقد عدل القانون رقم 70 لسنة 1966 في 10/7/1966 حكم المادة الثامنة من المرسوم الاميري رقم 15 سنة 1959 منظما اثر الزواج على جنسية المرأة الاجنبية المتزوجة من كويتي بشكل آخر ينطلق من رغبة المرأة وموافقة الجهة المختصة فأصبحت صيغة النص الجديد بالشكل الآتي :

«لا يترتب على زواج المرأة الاجنبية من الكويتي أن تصبح كويتية الا اذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة خمس سنوات من تاريخ اعلان رغبتها .

ويجوز لوزير الداخلية الاعفاء من كل هذه المدة أو بعضها كما يجوز له خلال هذه المدة أن يقرر حرمان المرأة الاجنبية من كسب الجنسية الكويتية بطريق التبعية لزوجها» .

وبهذا التعديل ومن تاريخه ، اختلفت السياسة التشريعية عما كانت عليه سابقا ، فلم تعد المرأة الاجنبية تكتسب الجنسية بقوة القانون بمجرد الزواج - كما كان عليه النص القديم - ولم يكتف النص الجديد بمجرد الطلب بل أوجب القانون ان تستمر الزوجة فترة معينة بعد اعلان (رغبتها) في الدخول في جنسية الزوج ثم ان تقترن رغبتها بموافقة السلطة صراحة أو ضمنا .

ومن مراجعة التشريعات العربية نجد قوانين كثير من هذه الدول قد اتخذ موقفا كهذا ، مثال ذلك :

(1) قانون الجنسية التونسية عدد 6 سنة 1963 :

لقد فرق هذا القانون في الحكم بين الزوجات الاجنبيات المتزوجات من تونسيين من حيث ما اذا كان قانون الاجنبية يفقدها جنسيتها بزواجها من اجنبي أم لا يفقدها جنسيتها . فالحالة الاولى - كما سبق بيانه - يحكمها الفصل الثالث عشر حيث يدخلها في الجنسية التونسية بمجرد الزواج ، أي أنه أخذ بالنسبة اليها بمبدأ وحدة الجنسية . أما الحالة الاخرى وهي التي تعيننا هنا فيحكمها الفصل الرابع عشر والخامس عشر حيث اشترط تقديم الطلب والاقامة لفترة معينة في تونس ثم موافقة السلطة وهذا واضح من نصوص الفصلين اذ جاء فيهما ما يلي :

الفصل (14) يمكن للمرأة الاجنبية المتزوجة بتونسي والتي بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الاصلية رغم تزوجها باجنبي ان تطلب الجنسية التونسية بتصريح يقع طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 39 من هذه المجلة وذلك اذا كان الزوجان مقيمين بتونس عامين على الاقل .

الفصل (15) يجوز لرئيس الجمهورية في الصورة المنصوص عليها بالفصلين 12 و 14 ان يعارض بأمر اكتساب الجنسية . وهذا الامر يجب أن يصدر في أجل أقصاه عامان من تاريخ التصريح .

(2) قانون الجنسية الجزائرية رقم 63 - 96 الصادر بتاريخ 27 مارس 1962
اذ جاء في المادة 12 منه ما مضمونه :

إذا تزوجت المرأة الأجنبية جزائري تكتسب الجنسية الجزائرية بمجرد الزواج ويتعين عليها أن تعبر صراحة قبل الزواج أنها تتخلى عن جنسيتها الأصلية ، ويوجه الطلب الى وزارة العدل التي لها رفضه . فإذا لم يرفض في خلال مدة ستة أشهر اكتسبت الجنسية الجزائرية ورتبت آثارها من تاريخ الزواج ، بشرط أن لا يكون الزواج قد أبطل ولم يحل في تاريخ حصولها على الجنسية الصريح أو الضمني .

(3) قانون الجنسية العراقية رقم 43 سنة 1963 المادة 12 منه بعد تعديلها
بقانون رقم 147 - 1968 أصبحت بالشكل كالاتي :

أ - إذا تزوجت المرأة الأجنبية من عراقي تكتسب الجنسية العراقية من تاريخ موافقة الوزير .

ب - إذا كانت المرأة الأجنبية غير عربية فلا يحق لها أن تقدم طلب اكتساب جنسية زوجها العراقي الا بعد مضي مدة ثلاث سنوات على الزواج واقامتها في العراق المدة المذكورة وبشروط استمرار قيام الزوجية حتى تقديم الطلب ويستثنى من ذلك من يتوفى عنها زوجها وكان لها منه ولد .

وواضح من هذا النص أن المشرع قد فرق بين العربية وغير العربية . اذ جوز للاولى تقديم طلب الانتماء الى الجنسية العراقية في أي وقت تشاء في أثناء قيام الزوجين أوجب على غير العربية شروط أخرى فلم يسمح لها أن تقدم طلب اكتساب جنسية زوجها الا بعد مضي مدة ثلاث سنوات والاقامة في العراق لمدة ثلاث سنوات على الاقل أيضا .

(4) قانون الجنسية السورية. رقم 276 تاريخ 24 تشرين الثاني سنة 1969:

فرق هذا القانون أيضا بين الزوجة الأجنبية من حيث أصلها فخص العربية في المادة 19 والتي تكتفي بالطلب وموافقة الوزير .

أما غير العربية فأخضعها السى المادة (8) والتي تشترط اضافة على المادة 19 استمرار الزوجية والاقامة في القطر لفترة معينة . وهذا واضح في النصين الآتيين :

(1) المادة 19 «المرأة العربية التي تتمتع بجنسية بلد عربي أو من أصل سوري أو كانت تتمتع بالجنسية العربية السورية وتتزوج من مواطن عربي سوري تصبح عربية سورية بمجرد ابداء رغبتها بطلب خطي وبقرار من الوزير» .

أما غير العربية فقد اخضعتها المادة 9 من القانون الى الفقرة الاولى من المادة الثامنة الخاصة بزوجة المتجنس والتي تقتضي ما يلي :

(2) المادة 8 «تمنح الجنسية لزوجة الاجنبي المكتسب للجنسية ضمن الشروط التالية :

- أ - ان تقدم طلبا بذلك الى الوزارة .
- ب - ان تستمر الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الطلب .
- ج - ان تكون مقيمة في القطر بصورة مشروعة خلال المدة المذكورة في الفقرة (ب) السابقة .
- د - ان يصدر قرار من الوزير باكتسابها الجنسية .

(5) قانون الجنسية السورية سنة 1957 :

المادة التاسعة «يجوز لوزير الداخلية أن يعطي شهادة التجنس بالجنسية السودانية لاية امرأة أجنبية تقدم طلبا بالشكل المقرر وتثبت للوزير انها :

- أ - زوجة السوداني .
- ب - اقامت بالسودان مع زوجها باستمرار لمدة سنة على الاقل قبل تاريخ طلبها مباشرة .

ج - تنازلت بطريقة صحيحة وفعالة وفقا لقوانين الدولة التي كانت تتمتع بجنسيتها عن جنسية تلك الدولة وتجردت منها» .

(6) قانون الجنسية الليبية سنة 1959 والمعدل بقانون رقم 7 لسنة 1963 :

المادة السابعة «للاجنبية المتزوجة من ليبي الحق أن تصبح ليبية اذا أخطرت وزير الخارجية بذلك وبشروط أن تفقد جنسيتها الاجنبية - على أن يجوز لوزير الخارجية حرمانها من الدخول في الجنسية بقرار مسبب - كما يجوز سحب الجنسية الليبية منها اذا لم تستمر الزوجية مدة سنتين على الاقل» .

(7) قانون الجنسية المصرية رقم 82 سنة 1958 المعدل بقانون رقم 282 سنة 1959م (13) :

المرأة الاجنبية التي تتزوج من شخص يتمتع بجنسية جمهورية مصر العربية لا تدخل في الجنسية المذكورة الا اذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية واستمرت الزوجية قائمة مدة سنتين من تاريخ الاعلان.

(8) قانون الجنسية المغربية رقم 250 سنة 1950 :

المادة (10) «ان المرأة الاجنبية المتزوجة من مغربي يجوز لها بعد مرور سنتين على لاقل على اقامة العائلة في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن ترفع الى وزير العدل تصريحات لاكتساب الجنسية المغربية وتعتبر هذه الجنسية مكتسبة من طرفها اذا لم يبلغها وزير العدل معارضته في ذلك داخل أجل ستة أشهر تلي تاريخ ايداع التصريح ، ويجري مفعولها من تاريخ عقد الزواج غير ان العقود التي سبق للمعنية بالامر ان ابرمتها طبقا لقانونها الوطني قبل موافقة وزير العدل الصريحة أو الضمنية تبقى صحيحة» .

ان المرأة الاجنبية التي تزوجت من مغربي قبل تاريخ اجراء العمل بهذا القانون يسوغ لها أن تكتسب الجنسية المغربية بنفس الشروط المنصوص

عليها في الفقرة الاولى أعلاه اذا كان زوجها بالمغربي لم يفسخ ولم ينحل قبل امضاء التصريح .

(9) قانون الجنسية اليمينية الجنوبية رقم 4 لعام 1968 :

(7) «للأجنبية التي تتزوج من يمني جنوبي الحق في أن تتمتع بالجنسية اليمينية الجنوبية اذا أخطرت وزير الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية وبشترط أن يستمر الزواج قائما لمدة سنتين من تاريخ الاخطار وان تتنازل عن جنسيتها الاجنبية ، على أنه يجوز لوزير الداخلية قبل فوات المدة المشار اليها حرمانها من الدخول في الجنسية بقرار مسبب» .

ومن قراءة هذه النصوص يتضح لنا ان تشريعات هذه الدول قد ابتعدت في موقعها عن مبدأ وحدة الجنسية في العائلة واقتربت من استقلالها فهي لم تفرض الجنسية على الاجنبية المتزوجة من وطني بمجرد انعقاد الزواج وكأثر فوري له، بل أنها تفسح المجال لارادتها أن تلعب دورا في كسبها، ويكون ذلك اما بتعليق كسب الجنسية المعروضة على طلبها، أو بتمكينها من رد الجنسية المنوحة لها بالزواج ، وفي الوقت ذاته تفسح المجال لارادة الدولة بالاعتراف لها بحق قبول انخراط الاجنبية المتزوجة من وطني في جنسيتها أو رفضها . وبهذا اقتربت هذه التشريعات من التجنس، ولكنها انطلقا من فكرة فتح الباب لجمع شمل الزوجين في جنسية واحدة ، تعامل الزوجة معاملة خاصة وذلك بتخفيف شروط التجنس العادي أو اعفائها من بعضها . وقد اختلفت هذه المعاملة من دولة لاخرى وفقا للسياسة التي تسير عليها كل دولة من هذه الدول . ومن هنا اختلفت شروط اكتساب المرأة الاجنبية لجنسية زوجها سعة وضيقا من دولة الى أخرى . فبالاضافة الى الشروط العامة المنصوص عليها في هذه القوانين كافة . فقد انفردت بعضها بشروط اضافية لم تستلزمها قوانين الدول الاخرى وهذا ما سنفصله أدناه .

شروط دخول المرأة الاجنبية في جنسية زوجها العربي :

بالرجوع الى نصوص الدول العربية المشار اليها أعلاه يتضح أنها جميعا اشتركت في وجوب توافر الشروط التالية :

- 1 - الزواج .
- 2 - ارادة المرأة .
- 3 - استمرار الزوجية .
- 4 - موافقة السلطة وان بعضها اشترط الى جانب ذلك أن تفقد المرأة جنسيتها الاصلية .
- 5 - الاقامة .

لنأخذ الان كل شرط من هذه الشروط بصورة منفردة لمعرفة مدى الاخذ به من قبل كل قانون من هذه القوانين .

1 - الزواج :

يشترط لاكتساب الاجنبية لجنسية زوجها العربي أن يكون زواجها من الوطني قد انعقد صحيحا من حيث الموضوع والشكل وفقا للقانون المختص ، لان الزواج الباطل لا يعتد به ولا يكون سببا لاكتساب المرأة لجنسية زوجها.

وتعتبر قوانين أكثر الدول الزواج صحيحا من حيث الشكل اذا روعي فيه الشكل المقرر في قانون البلد الذي جرى فيه ، أو اذا روعيت فيه الشكلية المقررة في قانون كل من الزوجين . اما من حيث الموضوع فان أكثر قوانين الدول العربية تعطي الاختصاص في ذلك الى قانون كل من الزوجين اذا كانا من جنسيتين أجنبيتين ولكنها تفرد بالحكم قانونها الوطني وترفض مشاركة القانون الاجنبي له كلما كان أحد أطراف العلاقة وطنيا . فلو وجد مثل هذا النص في قانوني كل من الزوجين وتعارضت أحكام هذين القانونين فأى منهما يؤخذ بعين الاعتبار لتحكيم صحة الزواج أو بطلانه ؟

لما كانت الشريعة الاسلامية صاحبة الولاية العامة في الاحوال الشخصية في البلدان العربية فان اعطاء الاختصاص لقانون الزوج أو لقانون الزوجة لمعرفة صحة الزواج من بطلانه لا يغير من الحكم بشيء وبالتالي لا تنهض أية صعوبة . والصعوبة لا تثور الا اذا كانت احدى الدولتين قد خرجت بقواعدها عن أحكام الشريعة كما لو اعتبرت زواج المسلمة بغير المسلم صحيحا ففي مثل هذه الحالة تتضارب الاحكام وتختلف الاثار فيما لو أعطينا الاختصاص لهذا القانون أو لذلك . ويكون من المفيد توضيح أي القانونين يعتبر مختصا لحكم الشروط الموضوعية للزواج ؟

للإجابة على مثل هذا السؤال نقول :

مادام المطلوب في صحة الزواج هو التحقق من استيفاء الشروط اللازمة لدخول المرأة في جنسية الزوج ، لذا فان الزوجية التي تؤهل لذلك هي التي نتعقد صحيحة وفقا لاحكام قانون الدولة التي ينتسب اليها الزوج .

وينبني على ذلك أنه متى ما كان عقد الزواج يعتبر صحيحا من وجهة نظر قانون الزوج فانه يكون في مقدور المرأة الاستفادة من النص الذي يدخلها في جنسية زوجها . ولا يحول دون ذلك فيما لو كان الزواج من وجهة نظر قانون الزوجة يعتبر باطلا .

والزواج الباطل من وجهة نظر قانون الزوجة لا يحول دون دخولها في جنسية زوجها الا في حالة ما اذا كان قانون الجنسية لدولة الزوج يشترط تحقيق انسجام تشريعي بينه وبين قوانين الدول الاخرى على نحو يؤدي الى الغاء ظاهرة ازدواج الجنسية أو انعدامها . كما لو كان قانون الزوج يستلزم لدخول المرأة في جنسيته أن يفقدها قانونها جنسيتها بالزواج وفي نفس الوقت يشترط قانونها لازالة الجنسية عنها ضرورة ارتباطها برابطة زوجية صحيحة . يتعين في هذه الحالة أن يكون انعقاد الزواج صحيحا وفقا لقانون كل من الزوجين لان صحة الزواج من وجهة نظر احدهما دون الآخر غير نافعة لاكتساب المرأة لجنسية زوجها .

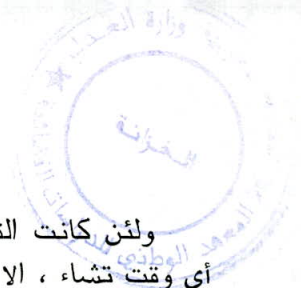
2 - رغبة المرأة في اكتساب جنسية الزوج :

استجابت التشريعات العربية المتقدمة الى الفكرة المثالية في تنظيم الجنسية الداعية الى ضرورة الاعتداد بارادة المرأة وعدم فرض جنسية عليها خلافا لرغبتها ، لذا استلتمت أن يصدر عن الزوجة الاجنبية تعبير ارادي صريح تكشف به عن رغبتها في اكتساب جنسية زوجها وهذا يستدل من صيغ النصوص التالية :

جاء في النص الكويتي - لا يترتب على زواج الاجنبية من الكويتي أن تصبح كويتية الا اذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية. فيفهم من هذا النص أنه قد علق كسب الجنسية على طلب الزوجة الاجنبية ونحت ذات المنحى القوانين الآتية : قانون كل من : دولة الامارات (اذا رغبت) السوري (ان تقدم طلبا بذلك) والعراقي (ان تقدم طلب اكتساب جنسية زوجها) والمصري (الا اذا أعلنت وزير الداخلية برغبتها) والليبي (اذا أخطرت وزير الداخلية بذلك) والقانون التونسي بصدد المرأة الاجنبية التي لم يفقدها قانونها جنسيتها الاصلية بالزواج اذ أوجب عليها أن تطلب الجنسية التونسية بتصريح (....).

فهذه العبارات جميعها تدل دلالة واضحة على أن مشرعي هذه الدول قد علقوا كسب المرأة الاجنبية لجنسية زوجها الوطني على ابداء رغبتها في ذلك .

وبصورة عامة لم تشترط أكثر هذه القوانين ابداء الرغبة فور انعقاد الزواج ولم تحدد لذلك فترة زمنية .. لهذا فان للزوجة أن تفصح عن رغبتها في الدخول في جنسية زوجها في أي وقت تشاء . ومن أمثلة ذلك القانون الكويتي وقانون دولة الامارات وقانون الجمهورية الليبية وقانون جمهورية مصر العربية وقانون المملكة المغربية وقانون جمهورية اليمن الجنوبية الشعبية وقانون الجمهورية العربية السورية وقانون الجمهورية العراقية بشأن المرأة الاجنبية العربية . وقانون الجنسية التونسية .



ولئن كانت القاعدة العامة هي فسح المجال للمرأة في تقديم الطلب في أي وقت نشاء ، الا أن هناك قوانين حددت وقتا معيناً يقدم خلاله الطلب مثل القانون العراقي بالنسبة للاجنبية غير العربية اذ لم يجيز تقديم الطلب الا بعد مضي ثلاث سنوات على الزواج وأريد تجنب المحاذير التي تنجم عن التعجل في ادخالها في جنسية زوجها .

وكذلك القانون الجزائري فقد اشترط ان تعلن المرأة ، قبل الزواج الى وزير العدل الجزائري بأنها تتخلى عن جنسيتها الاصلية وللأخير رفض الطلب خلال مدة ستة أشهر .

ومع أن النص الجزائري قد أوجب على المرأة أن تقدم طلب التخلي عن جنسيتها في وقت يسبق الزواج، الا اننا نعتقد أن مثل هذا الطلب يحمل على معنى اعلان رغبتها في كسب جنسية زوجها الجزائري ، فالتنازل عن جنسيتها ينطوي على رغبة مزدوجة تتضمن تخلياً عن جنسيتها الاصلية والرغبة في كسب جنسية زوجها . وتفسير كهذا يفرضه روح النص . اذ لو كان لهذا النص مدلول واحد وهو تقديم طلب بالتخلي عن جنسيتها الاصلية لا غير لالزمها والحالة هذه تقديم الطلب الى الجهة المختصة قانوناً في دولتها لانها هي دون غيرها تملك حق قبول أو رفض هذا التنازل . أما دولة الزواج – وهنا الجزائر – فلا تملك الا قبول طلب انتماء المرأة لجنسيتها أو رفضه ومن أجل هذا أوجب القانون على المرأة الاجنبية أن تتوجه بطلبها للسلطات الجزائرية .

ولم يتطلب مشروعو الدول العربية بلوغ الاجنبية سن الرشد وقت اعلان رغبتها في كسب جنسية زوجها كما هو مشروط بالنسبة للجنس . ولهذا يذهب أكثر الشراح الى أن تمتع المرأة بالاهلية اللازمة لانعقاد الزواج يكفي لاعتبار الطلب المقدم من قبلها مقبولاً لهذا الغرض . وهذا ما نص عليه صراحة في القانون الجزائري اذ جاء فيه :

Cette déclaration peut-être sans autorisation même si la femme est mineure



3 - استمرار الزوجية :

تستلزم قوانين أكثر الدول العربية استمرار قيام الزوجية لفترة معينة حتى تستطيع الأجنبية بعد مضيها أن تحصل على جنسية زوجها أو أن تتقدم بالطلب للحصول عليها . وشرط كهذا يستدل منه على جدية العلاقة الزوجية وقابليتها للدوام . ويعطي الجهة المختصة الفرصة الكافية للتعرف على هوية المرأة والاستيثاق من جدية الزواج حتى يتسنى لها انتقاء الحالات التي يتخذ فيها الزواج مجرد حيلة للانضمام الى المجتمع الوطني للزواج للقيام بنشاط سياسي أو اجتماعي لا يتفق ومصلحة البلاد .

وتحديد مدة الإقامة هذه يختلف من دولة الى دولة تبعاً لحاجة الدولة وعدم حاجتها للسكان، ووفقاً لمدى تعصبها العنصري، لهذا نجد بعضها يقصر هذه المدة والبعض الآخر يفضل اطالتها . ويتبين من تقصي قوانين هذه الدول ان المدة تتراوح من سنة الى خمس سنوات . فالقانون الكويتي قد أطال هذه المدة فاشتراط مضي خمس سنوات تبدأ لا من تاريخ الزواج بل من تاريخ اعلان المرأة لرغبتها في الحصول على جنسية زوجها الكويتي . ولهذا فالأمة السابقة لتقديم الطلب لا يعتد بها ولا يعول عليها مهما طال أمدها . وان شرط دوام الزوجية مدة خمس سنوات من تاريخ اعلان المرأة لرغبتها في كسب جنسية زوجها قد أظهر المشرع الكويتي أكثر تشدداً في دخول الأجنبية في جنسية زوجها من مشرعي الدول العربية الأخرى . ويبدو أن المشرع قد أدرك ذلك ، فيفسر للسلطة امكانية التخفيف من قسوة هذا الشرط فأجاز النص لوزير الداخلية أن يعنى الأجنبية المتزوجة من كويتي من كل هذه المدة أو بعضها على سبيل الاستثناء مراعاة لارتباط المرأة وظروفها. واشتراط قانون دولة الامارات العربية استمرار الزوجية مدة ثلاث سنوات تبدأ كما في القانون الكويتي من يوم اعلان المرأة وزير الداخلية في رغبتها في اكتساب جنسية دولة الامارات .

واكتفى القانون الجزائري ببقاء الزوجية قائمة الى حين اكتساب الأجنبية لجنسية زوجها والذي يتم اما بقبول دولة الزوج بصورة صريحة .

أو بصورة ضمنية وذلك بانتهاء مدة ستة شهور على الزواج دون أن يصدر قرار برفضها . وهذا يعني ان المدة اللازمة لاستمرارية الزواج بمقتضى هذا القانون لا تتعدى الستة شهور .

ولم يجز القانون العراقي للاجنبية غير العربية المتزوجة من عراقي تقديم طلب للحصول على جنسية زوجها الا بعد مضي ثلاث سنوات على الزواج . أي أنه قد اشترط استمرار الزوجية مدة ثلاث سنوات قبل تقديم الطلب لا بعده . في حين أعفى العربية من شرط استمرارية الزواج ، ففي مقدورهما تقديم الطلب في أي وقت نشاء في أثناء قيام الزوجية .

ويلتقي القانون السوري مع القانون العراقي في تمييز الزوجة العربية عن غير العربية باعفائه العربية من هذا الشرط بينما أخضع غير العربية المتزوجة من سوري لشرط استمرارية الزواج لفترة معينة حددها القانون بسنتين ، تلحق بتقديم الطلب ، بينما العراقي استلزام مضيها قبل تقديم الطلب .

وكما هو واضح بأن القانون العراقي والسوري باعفائهما الزوجة العربية من شرط استمرارية الزوجية فترة معينة قد استجابا الى الفكرة العربية وما تحتمه من تسهيل بين أبناء هذه الامة وكان يجدر بمشرعي الدول العربية أن يحذوا حذوهم . ومن الملاحظ أن الاتجاه العام للدول العربية يذهب الى أبعد من ذلك ويتمثل هذا في المادة الثانية في اتفاقية جامعة الدول العربية ، التي لم تدخل حيز التنفيذ حين تقرر ادخال المرأة العربية في جنسية زوجها بمجرد الزواج اذ نصت بأن «تكتسب المرأة العربية بالزواج جنسية زوجها وتسقط عنها جنسيتها ، ما لم تطلب لزوجة الاحتفاظ بجنسيتها في عقد الزواج أو اعلان لاحق خلال ستة أشهر من عقد الزواج» .

والقانون الليبي مع أنه يدخل الاجنبية في جنسية زوجها الليبي اذا أخطرت وزير الخارجية بذلك ومن تاريخ الاخطار. الا اننا نعتقد بأنه استلزم أيضا استمرار الزوجية مدة معينة وهي سنتان بعد دخولها في الجنسية

الليبية . وسندنا في هذا هو أن النص قد جوز سحب الجنسية منها اذا لم تستمر الزوجية مدة سنتين على الاقل .

وهذا يفيد أن فترة استمرارية الزواج قد حددت بسنتين بعد اكتساب الجنسية ، وانتهاء الزوجية قبل السنتين يمكن الدولة من سحب الجنسية الليبية عنها . وبهذا يختلف مسلك المشرع الليبي عن مشرعي الدول الاخرى . فهو يتجه الى جعل شرط استمرارية الزواج شرطا لاحقا للدخول في الجنسية وعدم استكماله يمكن الدولة ، اذا أرادت ذلك ، من سحب الجنسية عنها ، لذا وهو في الحقيقة شرط للحسب لا للاكتساب .

واشترط القانون السوداني استمرار الزوجية لمدة سنة على الاقل قبل تقديم الطلب مباشرة .

وجعلت قوانين كل من جمهورية مصر العربية والمملكة المغربية وجمهورية اليمن الجنوبية الشعبية المدة اللازمة لاستمرار الزوجية سنتين يبدأ حسابها وفقا لقانون جمهورية مصر العربية وجمهورية اليمن الجنوبية الشعبية من تاريخ اعلان الاجنبية رغبتها في الحصول على جنسية زوجها ، في حين حدد قانون المملكة المغربية ابتداءها من تاريخ اقامة العائلة في المغرب . ومن شأن هذا أن ييسر على الدولة مراقبة المرأة للتأكد من ولائها وصلاحياتها للدخول في الجنسية الوطنية . وهذا ما سنعود اليه في الشرط اللاحق .

يتبين من النصوص المتقدمة - ما عدا النص الليبي - انها قيدت حق اكتساب المرأة الاجنبية لجنسية زوجها بشرط استمرار الزوجية للفترة المحددة في كل قانون . وواضح من هذا الشرط ان حق المرأة هذا ينتهي بانتهاء الزوجية مهما كان سبب انتهاء الزوجية وفاة الزوج أو الطلاق . ومن هنا تظهر قسوة هذا الشرط ، فالدة المشتربة ، كما هي مقررة في بعض القوانين طويلة وان العمل بها بهذا الشكل من شأنه أن يؤدي الى حرمان المرأة الاجنبية المتوفى عنها زوجها من الحصول على جنسيته - لانقضاء شرط دوام الزوجية - ولا فرق في هذا ان كانت قدمت الطلب ومن ثم توفى زوجها قبل انقضاء المدة المقررة، أو انها لم تتقدم به أصلا في أثناء حياة الزوج ، ولم تفكر في ذلك الا بعد

وفاته . كما لو كانت اما لابناء وطنيين واعتزمت الاستقرار معهم في بلدهم والانساب الى جنسيتهم .

ولهذا ولغرض التخفيف من قسوة هذا الشرط باسعاف بعض النساء الاجنبيات اللواتي فقدن أزواجهن قبل أن يدخلن في جنسيته ينبغي ايراد حكم تستثنى بموجبه من شرط استمرار الزوجة الاجنبية التي توفي عنها زوجها الوطني وكان لها منه ولد كما هو معمول به في القانون العراقي اذ استثنى النص من شرط استمرار الزوجية (من يتوفي عنها زوجها وكان لها منه ولد) .

الإقامة :

لا تكتفي قوانين بعض الدول بدوام العلاقة الزوجية للفترة المحددة قانونا لتمكن الاجنبية من الحصول على جنسية زوجها الوطني ، بل تستلزم اضافة الى ذلك اقامة الزوجة في اقليم دولة الزوج لفترة معينة تحدد وفق تقدير مشرع كل دولة ، ويعتبر مثل هذا الشرط منطقيا ومكملا لشرط استمرارية الزواج ، ويحتمه الدور الايجابي الذي أعطى للسلطة المختصة في منح أو منع الجنسية عن الاجنبية المتزوجة من وطني ، لانه يؤمن من ناحية درجة مقبولة من اندماج المرأة في مجتمع تلك الدولة ، ومن ناحية أخرى ييسر للدولة مراقبة المرأة عن كثب لمعرفة ميولها واتجاهاتها للتوثق من صلاحيتها للاندماج في عداد وطنيها .

ولهذا فاننا نعتقد أن الاكتفاء بشرط استمرار الزواج دون اقتران هذا الشرط بضرورة قضاء كل المدة أو بعضها في دولة الزوج يفوت الغرض الذي من أجله قد وضع هذا الشرط .

ويتبين من تفصي قوانين الدول العربية ان بعضها استجاب لهذا الاعتبار، فاشتراط اقامة الزوجة في اقليم دولة الزوج فترة معينة . من ذلك القانون العراقي بالنسبة للاجنبية غير العربية اذا استلزم اقامتها في العراق لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات . القانون السوري بالنسبة لغير العربية قد حدد

مدة الإقامة بستنتين . والقانون المغربي تطلب بصورة مطلقة سواء أكانت المرأة عربية أم غير عربية ، إقامة العائلة لمدة سنتين .

وقصر القانون السوداني هذه المدة فاكتفى إقامة المرأة مع زوجها في السودان لمدة سنة قبل طلبها مباشرة . وهذا يعني أنها لو نقلت محل إقامتها خارج السودان قبل تقديم الطلب فإن إقامتها السابقة على نقل محل الإقامة لا يعتد بها ، وعليها ان أرادت تقديم الطلب أن تقيم بصورة مجددة للمدة المحددة قبل تقديم الطلب مباشرة .

وانتهاج بعض القوانين سياسة معينة تتميز فيها المرأة العربية عن غير العربية لها ما يبررها ذلك لان العربية تنتمي الى الجماعة العربية وهي تنفق في مشاعرها وامانيها القومية مع شعب دولة الزوج . لذا لا خوف من التعجيل في السماح لها بتقديم الطلب للانتماء الى جنسية زوجها في أي وقت تشاء .

4 - فقد المرأة لجنسيتها الاصلية :

تتجه تشريعات بعض الدول الى تحقيق غاية مثالية من تنظيم الجنسية وهي انقاء ظاهرة ازدواج الجنسية في المرأة والتي يمكن أن تظهر من اكتسابها جنسية زوجها مع بقائها محتفظة بجنسيتها الاصلية .

فلتحاشي مثل هذه الظاهرة تعلق بعض التشريعات اكتساب المرأة لجنسية زوجها على شرط تنازلها عن جنسيتها الاصلية .

ومع ما يتميز به هذا الاتجاه في محاربة ظاهرة ازدواج الجنسية . الا أن التمسك به قد يكون وبالاً على المرأة في حالة ما اذا تعسفت دولتها وامتنعت عن أن تلبي طلبها في السماح لها بالتخلي عن جنسيتها لانه في مثل هذه الحالة يتعذر عليها الدخول في جنسية زوجها .

ومن التشريعات العربية التي تستلزم تخلي المرأة عن جنسيتها الاصلية حتى تكتسب جنسية زوجها الوطني هي قانون دولة الامارات العربية والقانون الجزائري والقانون السوداني وقانون اليمن الجنوبية الشعبية في حين لم تأخذ بهذا الشرط قوانين الدول الاخرى .

5 - موافقة السلطة :

تترك أكثر الدول عادة لنفسها سلطة تقديرية حتى يتيسر لها في ضوء سياستها المرسومة - قبول ضم الاجنبية المتزوجة من وطني الى جنسيتها أو عدم قبولها - وليس ثمة من شك في أنه في الدول التي يعلق فيها اكتساب المرأة لجنسية زوجها على موافقة السلطة بأن استكمال ما تطلبه القانون من الشروط الاربعة المتقدمة لا يمكن المرأة من الانضمام الى جنسية زوجها ، وانما لا بد من أن تقتزن هذه الشروط بموافقة السلطة المختصة لدولة الزوج وبالصورة التي يتطلبها قانونها . وهذه الموافقة قد تكون صريحة على صورة قرار يصدر من الجهة المختصة يتضمن الموافقة على منح المرأة الاجنبية جنسية زوجها الوطني ، وقد تكون الموافقة ضمنية وتتم بعدم اعتراض الدولة على رغبة الزوجة في الدخول في جنسيتها . ولو القينا نظرة على نصوص قوانين الدول العربية التي تستلزم موافقة الجهة المختصة نجد بعضها يدخل المرأة في جنسية الزوج بمجرد سكوت السلطة المختصة وعدم رفضها طلب الزوجة ، فسكوت السلطة وعدم رفضها الطلب يحمل على معنى قبول ضمني لها ، ونجد تشريعات أخرى توجب لدخول الاجنبية في جنسية زوجها أن يصدر منها قبول صريح . وهناك قوانين أخرى تعتمد الطريقتين مثال ذلك القانون الكويتي اذ يمكن أن تظهر موافقة الدولة بصورة صريحة عندما يستعمل وزير الداخلية سلطته في اعفاء المرأة المتزوجة من كويتي من انهاء الخمس سنوات التي اشترط القانون مضيها بعد تقديم الطلب ويقرر قطع هذه المدة بالموافقة على منح هذه المرأة الجنسية الكويتية ، فمتى ما اتخذ الوزير قرار الاعفاء من جميع هذه المدة أو من بعضها ومنح الجنسية لهذه الاجنبية فيكون قد وافق بصورة صريحة على ذلك . وقد تكون الموافقة بموجب هذا القانون ضمنية أيضا وهي تتم بسكوت وزير الداخلية طوال مدة الخمس سنوات اللاحقة لاعلان رغبة المرأة في الدخول في جنسية زوجها ، لانه لو أراد حرمانها منها. لتعين عليه اتخاذ اجراء بذلك خلال المدة التي حوله فيها القانون اتخاذ مثل هذا الاجراء . أما وأنه سكت طوالها فيفسر سكوته بعدم ممانعته بدخولها في الجنسية الكويتية .

ويُتجه القانون الجزائري الى ادخال المرأة الاجنبية في جنسية زوجها الجزائري متى ما أعلنت رغبتها في ذلك دون حاجة لاتخاذ اجراءات من قبل السلطة . الا ان القانون اجاز لوزير العدل أن يرفض دخولها في هذه الجنسية خلال مدة ستة شهور من اعلان تخليها عن جنسيتها . فسكوت الوزير وعدم اتخاذه خلال المدة المحددة أي اجراء لمنع دخولها في الجنسية الجزائرية يحمل على معنى قبول ضمنى له . ويشابه النص المغربي النص الجزائري ويطابقه في الحكم اذ خول السلطة المختصة ان تحرم الاجنبية المتزوجة من مغربي من الانضمام الى الجنسية المغربية خلال فترة ستة أشهر أيضا . فسكوتها أو عدم اتخاذاها قرارا يرفض دخولها في الجنسية المغربية ما هو الا قبول ضمنى .

واتبع ذات الطريقة قانون جمهورية اليمن الجنوبية الشعبية بتحويله وزير الداخلية حرمان الاجنبية من الدخول في هذه الجنسية خلال مدة سنتين من تاريخ اخطار وزير الداخلية برغبتها في كسب هذه الجنسية .

ويستفاد من النص المصري بأن «المرأة الاجنبية المتزوجة من وطني تدخل في جنسية زوجها اذا مضت السنتان دون أن يصدر قرار من السلطة يقضي بحرمان المرأة من الدخول في الجنسية» . فسكوت السلطة وعدم اتخاذاها أي اجراء بحرمان المرأة من الدخول في هذه الجنسية ما هو الا دليل على موافقة السلطة على انتمائها لهذه الجنسية .

ويتفق النص الليبي مع النص الجزائري في أنه يدخل الاجنبية المتزوجة من ليبي في الجنسية الليبية اذا ما أعلنت رغبتها في ذلك ولم تتخذ السلطة قرارا بحرمانها منها . ويختلف النص الليبي عن الجزائري ونصوص الدول الاخرى التي نحت ذات المنحى في أنه لم يحدد فترة زمنية يمارس فيها وزير الداخلية سلطته بحرمان الزوجة من الدخول في الجنسية الليبية . وبناء على ذلك فان في مقدور وزير الداخلية أن يحرمها منها في أي وقت يشاء وبهذا فان مثل هذا القرار هو اقرار لسحب الجنسية المكتسبة منه لرفض الدخول فيها .

ولو تركنا النص الليبي لانه ينفرد في حكم خاص فاننا نفهم من نصوص الدول العربية المتقدمة الذكر أن الدولة تعبر عن موافقتها في دخول المرأة في جنسية زوجها بصورة ضمنية وذلك بسكوتها وعدم اتخاذها أي إجراء من شأنه أن يحرم المرأة من اكتساب جنسية زوجها .

والى جانب هذا الاتجاه هناك جانب آخر من الدول العربية تستلزم قوانينها لدخول الاجنبية في جنسية زوجها الوطني ان يصدر اجراء ايجابي تعلن فيه الدولة موافقتها الصريحة على قبول دخول الاجنبية في جنسية زوجها الوطني مثل ذلك القانون العراقي والقانون السوري .

ويبدو أن أكثر القوانين التي تستلزم الموافقة الصريحة تفتقد للقيود الزمني للبت بالطلب مما يجعل صدور مثل هذا القرار هنا بمشيئة لاسلطة التي تستطيع ارجاء البت فيه لامد غير محدود . ولتفادي ذلك لابد من تحديد فترة زمنية تلزم الدولة خلالها اجابة الطلب . وواضح مما تقدم أنه في الحالات التي يستلزم فيها القانون موافقة السلطة يصبح دخول المرأة الاجنبية في جنسية زوجها مقرونا بارادة الدولة والتي تمارس هذا الحق باصدار قرار الموافقة . ولكنها قد تمتنع عن اصدار مثل هذا القرار وتلزم السكوت . أو ترفض الطلب مقدرة عدم جدارة وبالتالي عدم استحقاق المرأة للحصول على الصفة الوطنية . أو انها (أي السلطة) قد تتعسف في استعمال سلطتها هذه فتحرم المرأة من الدخول في جنسية زوجها . فهل يكون في هذه الحالة في مقدور المرأة الطعن بقرار السلطة أو ان قرارها نهائي غير قابل للاعتراض ؟

من استعراض النصوص العربية نجد أن قانونين فقط هما قانون الجنسية المصرية العربية وقانون الجنسية لجمهورية اليمن الجنوبية الشعبية قد أوجبا تسببب قرار السلطة القاضي بحرمان المرأة من الدخول في جنسية زوجها الوطني . ويستفاد من هذا أن هذين القانونين قد جوزا الطعن بالقرار اذا اثبتت صاحبة الشأن عدم صحة السبب الذي استند اليه للاعتراض على دخولها في جنسية زوجها . أما قوانين الدول الاخرى فلم تلزم السلطة تسببب قرار الرفض فيكون اكتساب المرأة لجنسية زوجها أمرا جوازيا لتقدير السلطة وبالتالي لا تملك المرأة حق الطعن في قرار الرفض .

تاريخ اكتساب المرأة الجنسية زوجها :

تدخل المرأة الاجنبية في جنسية زوجها العربي باستكمال الشروط المنصوص عليها في قانون جنسية زوجها ومن ذلك التاريخ . ولا يكون للدخول في الجنسية أي أثر في الماضي ما لم ينص في القانون على غير ذلك. ولهذا فان هذا التاريخ يختلف باختلاف الشروط المطلوبة وباختلاف ما اذا كان القانون يعطي للاكتساب أثرا رجعيًا أم لا . وهذا ما سنبينه فيما يأتي :

تدخل المرأة المتزوجة من كويتي في الجنسية الكويتية في اليوم التالي لانقضاء الخمس سنوات اللاحقة لاعلان رغبتها في اكتساب الجنسية وهذا اذا لم يمارس وزير الداخلية سلطته في اعفائها من كل هذه المدة أو من بعضها. واذا مارس الوزير هذه السلطة واتخذ قرارا بمنحها الجنسية الكويتية فيكون اكتسابها لها من استكمال آخر شرط وهو موافقة الوزير .

وتكسب المرأة الاجنبية جنسية زوجها من تاريخ الزواج حسب قانون كل من المملكة الاردنية الهاشمية والمملكة العربية السعودية لانهما قد أخذتا بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة بفرضهما الجنسية على المرأة بمجرد الزواج، وكذلك وفقا لقانون كل من الجمهورية التونسية وجمهورية الجزائر الشعبية والمملكة المغربية فان الاجنبية تدخل في جنسية زوجها من تاريخ الزواج لان هذه القوانين قضت بأن المرأة تدخل في جنسية زوجها عند استكمال الشروط ولكن بأثر رجعي يرد الى تاريخ الزواج . ثم انتماء الاجنبية الى جنسية زوجها في القانون العراقي والسوري والسوداني ابتداء من اليوم الذي يصدر فيه قرار من السلطة المختصة بالموافقة على ذلك . تعتبر الاجنبية في جنسية زوجها من اليوم التالي لانقضاء السنتين على اعلان جنسيتها في اكتساب جنسية زوجها بموجب قانون كل من جمهورية مصر العربية وجمهورية اليمن الجنوبية الشعبية .

ويستفاد من القانون اللبناني أن الاجنبية تكتسب جنسية زوجها اللبناني من اليوم التالي لانقضاء مدة السنة على تاريخ تسجيل الزواج في قلم النفوس .

وأخيرا فان الاجنبية المتزوجة من ليبي تحصل على جنسية زوجها من تاريخ اخطارها وزير الداخلية برغبتها في ذلك .

ثانيا

اختلاف الجنسيين اللاحق للزواج

وقد يطرأ اختلاف الجنسيين بصورة لاحقة وفي اثناء قيام الزوجية بسبب تغيير أحد الزوجين لجنسيته ويكون هذا التغيير اما من جانب المرأة باكتسابها جنسية احدى الدول العربية مع بقاء زوجها على جنسيته . لا فرق في هذا ان كانت عربية أو غير عربية . أو يكون التغيير من جانب الزوج باكتسابه جنسية احدى الدول العربية مع بقاء زوجته على الجنسية التي كانت عليها عند انعقاد الزواج .

تدخل الصورة الاولى تحت موضوع زواج المرأة من احد الاجانب وهي تخرج عن نطاق بحثنا لانها تبحث في موضوع أسباب فقد المرأة لجنسيتها بزواجها من أجنبي .

أما الثانية التي يكتسب فيها الزوج جنسية احدى الدول العربية فهي التي تعيننا هنا لانه بحصوله على جنسية دولة عربية بصورة لاحقة قد أصبح ومن تاريخ حصوله على هذه الجنسية من مواطني تلك الدولة ومتمزوجا من أجنبية ويعرض عندئذ هذا التساؤل . هل تتأثر جنسية المرأة بكسب الزوج لهذه الجنسية فتدخل في جنسيته الجديدة ؟ أو لا تأثير لهذا التجنس على جنسيتها ؟

تختلف الاتجاهات التشريعية في هذا الصدد من دولة الى أخرى وفق سياسة كل دولة نحو وحدة الجنسية في الاسرة أو استقلالها ومدى الاخذ في الاول منهما أو الآخر . وبيان من تقضي تشريعات الجنسية للدول العربية أن غالبية هذه الدول سلك في كلتا الحالتين مسلكا موحدًا فجعل فكرة التبعية العائلية في الزواج المختلط اللاحق تعمل كما تعمل في الزواج المختلط المعاصر.

ويُتضح هذا إما من عدم تشريع نص خاص يعالج اثر التجنس على جنسية الزوجة ، فخلو القانون من مثل هذا النص يعتبر أن نية المشرع انصرفت الى تبنيه سياسة موحدة لصورتى الزواج المختلط باعمال النص الخاص بالزواج. وقد تظهر نية المشرع صراحة ومن تشريع نص خاص بهذا الموضوع يطابق في الحكم النص المنظم لجنسية المرأة التي تتزوج من وطني .

وما نحن ندرج أولا تشريعات الدول العربية التي خلت تشريعاتها من نص يعالج فيه موضوع جنسية المرأة التي تتجنس زوجها بجنسية عربية مع الاشارة الى رقم المادة المنظمة لجنسية المرأة المتزوجة من وطني - والتي سبق أن ادرج مضمونها في الزواج المختلط المعاصر - للرجوع اليها وتطبيقها على حالة المرأة التي اكتسب زوجها جنسية عربية . بعد ذلك ننتقل الى تشريعات الدول التي خصص فيها الزواج المعاصر بنص واللاحق منه بنص آخر مطابق في الحكم، واذا ما انتهينا من هذا وذلك نعود بعد ذلك الى تشريعات الدول العربية التي فرقت في الحكم بين الزواج المعاصر واللاحق .

وتفصيل ذلك كما يأتي :

ان التشريعات التي خلت من نص خاص يعالج اثر التجنس على جنسية المرأة وبالتالي يطبق فيها النص الخاص بالخروج المعاصر هي (1) قانون الجنسية الاردنية رقم 7 لسنة 1963 (المادة الخاصة بالزواج 8) (2) قانون الجنسية التونسية عدد 6 لسنة 1963 (م 14) . (3) قانون الجنسية الجزائرية رقم 63 - 9 - 19 (م 12). (4) قانون الجنسية السوداني لسنة 1957 (م 9). (5) قانون الجنسية العراقية رقم 43 لسنة 1963 (م 12). (6) قانون الجنسية المغربية رقم 250 - 58 لسنة 1958 (م 10) .

أما التشريعات التي خصت الزواج اللاحق بنص خاص لا يختلف في الحكم عن النص الخاص - بالزواج المعاصر هي الآتي :

1 - **قانون الجنسية البحرينية عدد 11 لسنة 1963** اذ جاء في الفقرة الرابعة من المادة السادسة منه ما يأتي «اذا منح شخص الجنسية البحرينية

بموجب هذه المادة اعتبرت زوجته وأولاده القاصرون بحرينيين بالتجنس ابتداء من التاريخ الذي منحت فيه تلك الجنسية» هذا النص يطابق في الحكم نص المادة السابعة التي فرضت الجنسية البحرينية على المرأة المتزوجة من بحريني بمجرد الزواج .

2 - قانون الجنسية السورية رقم 276 سنة 1969 مع أن هذا القانون قد خص زوجة المتجنس بالجنسية السورية في الفقرة الاولى من المادة الثامنة والمتزوجة من سوري بالمادة التاسعة الا أنه في النتيجة اخضعها لحكم واحد وهو ما ورد في الفقرة الاولى من المادة الثامنة ، ذلك لانه في المادة التاسعة أحال الى الفقرة الاولى من المادة الثامنة بقوله «المرأة الاجنبية التي تتزوج من شخص يتمتع بالجنسية لا تكتسبها الا ضمن الشروط والاحكام المنصوص عليها في الفقرة الاولى من المادة الثامنة» .

أما المرأة العربية المتزوجة من سوري أو من أجنبي اكتسب الجنسية السورية في أثناء الزواج - فقد اخضعها القانون الى المادتين الثامنة عشرة والتاسعة عشرة من هذا القانون - وقد عالجت الاولى منها دخول العربية التي تنجس زوجها بالجنسية السورية حيث استلزمت ابداء الرغبة من قبل المرأة بالتوقيع على طلب الزوج أو بطلب منفرد وموافقة السلطة ، وهذا لا يختلف في شيء عما جاء في المادة 19 من هذا القانون الخاصة بالعربية التي تتزوج من سوري اذ اشترطت أيضا - كما سبق بيانه - رغبة المرأة وموافقة السلطة .

3 - قانون الجنسية المصرية رقم 82 لسنة 1958 عالج جنسية المرأة التي اكتسب زوجها الجنسية المصرية بالتجنس بالمادة (12) . أما جنسية المرأة التي تتزوج بشخص يتمتع بالجنسية المصرية فقد نظمها المادة (13) وهما لا يختلفان في شيء لانه اشترط في كلا النصين اعلان الرغبة واستمرار الزوجية مدة سنتين من تاريخ الاعلان وعدم معارضة الوزير باكتسابها للجنسية المصرية .

والآن وبعد عرض التشريعات التي اتبعت سياسة موحدة لدخول المرأة الاجنبية في جنسية زوجها الوطني أصلا أو لاحقا ننقل الى تلك التشريعات التي اختلف الحكم فيها في هاتين الحالتين .

وهذه القوانين هي: القانون الكويتي ودولة الامارات والسعودية والليبي والبناني وجمهورية اليمن الجنوبية .

(1) قانون الجنسية الكويتية رقم 15 لسنة 1959 :

افرد القانون الكويتي نصا خاصا نظام بهوجه دخول الاجنبية التي يكتسب زوجها الجنسية الكويتية في جنسية زوجها وهو المادة السابعة من القانون . حيث تقضي بأن :

«يترتب على كسب الاجنبي للجنسية الكويتية وفقا لاحكام المادتين 4 ، 5 (الخاصتين بالتجنس العادي والاستثنائي) أن تصبح زوجته كويتية، ما لم تقرر خلال سنة من تاريخ علمها بدخول زوجها في الجنسية الكويتية انها ترغب في الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية» .

وأصبح واضح من هذا النص أنه يرتب على تجنس الاجنبي بالجنسية الكويتية أن تدخل زوجته في هذه الجنسية كأثر مباشر للتجنس، ولها أن ترفض الجنسية الكويتية وتقرر الاحتفاظ بجنسيتها خلال مدة حددها القانون بسنة تبدأ من تاريخ علمها بتجنس زوجها بالجنسية الكويتية . في حين لو رجعا الى المادة الثامنة الخاصة بالمرأة الاجنبية المتزوجة من كويتي لوجدنا أنها لا تدخل المرأة في الجنسية الكويتية بقوة القانون ، بل انها تستلزم لذلك تحقيق شروط وهي أولا : أن تعبر المرأة عن رغبتها في الدخول في جنسية زوجها ومثل هذا الشرط لم تتطلبه المادة السابعة . ثانيا: ان تستمر الزوجية مدة خمس سنوات بعد اعلان الطلب بالانضمام للجنسية الكويتية . في حين أن المادة السابعة تدخل زوجة المتجنس بالجنسية الكويتية من اللحظة التي يدخل فيها الزوج في هذه الجنسية . ثالثا : موافقة الدولة ، والدولة لها عند

العمل بالمادة الثامنة سلطة تقديرية في منح الجنسية أو منعها عن الاجنبية المتزوجة من كويتي ، في حين لم تخولها المادة السابعة مثل هذه السلطة ، لان دخول المرأة بمقتضى هذا النص يتم بقوة القانون .

من هذا العرض يتبين مدى التفاوت في المعاملة بين زوجة المتجنس وزوجة الكويتي. فقد كان المشرع بالنسبة لدخول الاولى أكثر تساهلاً وتسامحاً بينما ظهر بالنسبة للثانية (زوجة الكويتي) أكثر شدة وصرامة اذ في مقدور وزير الداخلية اذا ما استعمل سلطاته ان يحول دون دخول زوجة الكويتي في جنسيته بينما ليس في مقدوره منع زوجة المتجنس في الانضمام للجنسية الكويتية .

ومما يجدر الاشارة اليه أن المشرع الكويتي لم يقيم مثل هذه التفرقة - في الابتداء - وانما نهج منهجا موحدا عند وضع قانون رقم 15 سنة 1959 فقد تبنى بكلتا الحالتين مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة بجعله زوجة الكويتي كويتية لا فرق في ذلك ان كان زوجها كويتيا عند الزواج أو كان اجنبيا ودخل الجنسية الكويتية بعده . ولم يخرج عن هذا المبدأ بشأن المرأة الاجنبية المتزوجة من كويتي الا في قانون رقم 70 سنة 1966 حيث عدل المادة الثامنة فأخضع دخول المرأة الاجنبية المتزوجة من كويتي (عند الزواج) الى موافقة السلطة المختصة بينما أبقي نص المادة السابعة على ما كانت عليه ، مقررمة مبدأ وحدة الجنسية بين الزوجين ، ولا ندري ما اذا كان ذلك قد حصل عن قصد أو بلا قصد .

قد يكون المشرع نسي حالة زوجة المتجنس وهي بالطبع نادرة بالنسبة للحالة الاساسية (حالة زواج الوطني من اجنبية) ، فعالج الاصل دون أن يسترعى انتباهه تلك الحالات النادرة التي يكون المتجنس فيها بالجنسية الكويتية متزوجا حتى يعالج موضوع دخول زوجته معه .

وربما كان المشرع يقصد هذه التفرقة في الحكم ، لان تجنس الاجنبي بالجنسية الكويتية يستلزم اجراء تحقيق كامل للاحاطة بشكل دقيق بكل



المعلومات اللازمة عن هوية المتجنس وعن نشاطه وسلوكه ومعارفه وارتباطاته بما في ذلك ارتباطاته العائلية ، زوجته وأفراد أسرته ، وتحقيق كهذا يكشف لياقة المرأة في الدخول في الجنسية الكويتية أو عدم لياقتها وحتى ما لاح للسلطة بأن هناك محذورا في دخول الجنسية الكويتية ، استطاعت منعها من دخولها عن طريق رفض طلب تجنس الزوج .

ومهما كانت الاسباب فالنتيجة التي لا يمكن نكرانها أن زوجة المتجنس قد أصبحت في وضع أفضل من زوجة الكويتي أصلا ، فالثانية لا تكتسب الجنسية بمجرد الزواج بينما الاولى تدخل في - الجنسية الكويتية من اللحظة التي يدخل زوجها فيها في الجنسية الكويتية ، ما لم تقرر في خلال سنة من تاريخ علمها بدخول زوجها في الجنسية الكويتية انها ترغب في الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية . «وكان الاجدر بالمشرع ان يورد تعبيراً أدل على عدم رغبتها في الدخول بالجنسية الكويتية ويقول (ان تعلن بعدم رغبتها بالدخول بالجنسية الكويتية) ذلك لان اعلان رغبتها في الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية - كما ورد في النص لا يعني دائما وأبدا عدم رغبتها بالدخول بالجنسية الكويتية . فقد ترغب في اكتساب الجنسية الكويتية والاحتفاظ بجنسيتها في آن واحد ، لا سيما وان السياسة التشريعية التي تبناها المشرع الكويتي في التجنس لا تعلق كسب الجنسية الكويتية على فقد الشخص لجنسيته الاولى .

(2) قانون جنسية دولة الامارات العربية رقم 17 لسنة 1972

جاء في مادته العاشرة ما يلي : «تعتبر زوجة المواطن بالتجنس مواطنة بالتجنس اذا تخلت عن جنسيتها الاصلية ...» ولم يشترط هذا النص أكثر من تخليها عن جنسيتها الاصلية وهي بمجرد فقدها جنسيتها تعتبر مواطنة بالتجنس . بينما أوجبت المادة الثالثة لدخول الاجنبية المتزوجة من مواطن في الدولة أن تعلن رغبتها وأن تنقضي ثلاث سنوات على هذا الاعلان تستمر خلالها الزوجية وان تتنازل عن جنسيتها الاصلية .

(3) قانون جنسية اليمن الجنوبية عام 1968

المادة السادسة منه الخاصة بزوجة المتجنس بهذه الجنسية قضت بان «لا يترتب على كسب الاجنبي الجنسية اليمنية الجنوبية أن تصبح زوجته جنوبية ما لم تقرر برغبتها في كسب هذه الجنسية ، ويعلن وزير الداخلية بذلك وشرط ان يستمر الزواج قائما مدة سنتين من تاريخ الاعلان». وبهذا النص اكتمل المشروع بتحقيق ما يلي لاكتساب هذه الجنسية :

(1) زواج (2) الرغبة (3) استمرار الزوجية لمدة سنتين ابتداء من تاريخ اعلان الرغبة . في حين لو رجعنا الى المادة السابعة من هذا القانون والتي تعالج موضوع اكتساب الاجنبية المتزوجة يمينا جنوبيا بجنسية زوجها لوجدنا انها تستلزم اضافة الى ما تقدم من الشروط المقررة في المادة السادسة ما يلي :

(1) تنازل المرأة عن جنسيتها الاجنبية (2) الا يصدر خلال سنتين قرار يحرم المرأة من الدخول في هذه الجنسية وبهذا أصبحت زوجة المتجنس بمركز أفضل ، لان القيود التي يتطلبها القانون لانتمائها لجنسية الزوج أسهل بكثير من تلك التي فرضها القانون على المتزوجة من يمينا جنوبي . لان الدخول في هذه رهن ارادتها ولا تملك (كما في الزواج) الجهة المختصة اتخاذ قرار يحرمها من الدخول في جنسية زوجها .

(4) قانون الجنسية العربية السعودية عام 1374 هـ .

قد أفرد نصا خاصا بالاجنبية المتزوجة من سعودي (م 14)، وآخر بزوجة المتجنس بالجنسية السعودية وهو المادة (16). وتبنى في كلتا الحالتين مبدأ وحدة الجنسية في العائلة الواحدة فجعل للتجنس كما جعل للزواج المختلط المعاصر أثرا مباشرا في جنسية الزوجية ، حيث يدخلها في جنسية زوجها السعودي . ولم يختلف النصاب الا في نقطة واحدة وهي أن المادة (16) قد حولت زوجة المتجنس بالجنسية السعودية أن تقرر خلال سنة من دخول زوجها في الجنسية العربية السعودية رغبتها في الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية .

ونعتقد بأن مراعاة المشرع السعودي للأجنبية التي يتجنس زوجها بالجنسية العربية السعودية لها ما يبررها في هذا المقام . ذلك لأن الأجنبية التي يتجنس زوجها بجنسية أجنبية تد لا يكون في مقدورها منع الزوج من التجنس لتنفادى دخولها في الجنسية الجديدة التي لا ترغب في الانتساب إليها . لهذا ومراعاة لارادة المرأة في كسب جنسية الزوج منحها القانون السعودي حق الاحتفاظ بجنسيتها الاصلية خلال سنة من دخول زوجها الجنسية السعودية .

وعدم منح مثل هذا الحق للأجنبية التي تتزوج من سعودي ابتداء لا يعد مصادرة لارادتها إذ - على ما نعتقد - أنه افترض في ان موافقتها بالزواج من وطني تتضمن تعبيراً ارادياً مزدوجاً فهي تفيد رغبتها في الزواج وتفيد بالوقت ذاته رغبتها في كسب جنسية الزوج لأنها من الاول على بيئة في تغيير جنسيتها بقوة القانون بمجرد الزواج ، وقد ارتضت ذلك فكأنها قد ارتضت الانتقال من جنسيتها الى جنسية زوجها .

(5) قانون الجنسية الليبية لسنة 1954

ورد في المادة السادسة منه ما يلي :

«يجوز ان يدرج في طلب التجنس اسم زوجة الطالب وأولاده الذين لم يبلغوا سن الرشد ويصبح هؤلاء ليبيين بادراجهم في مرسوم التجنس.....» .
ونستخلص من هذا النص أن زوجة المتجنس بالجنسية الليبية لا تدخل في هذه الجنسية الا في : -

(1) درج اسمها «الزوجة» في طلب التجنس أي ان تنضم الى زوجها في طلب التجنس .

2 - درج اسمها في مرسوم التجنس ، أي أن توافق السلطة على منحها الجنسية . وفي مقدور السلطة رفض الطلب - بالامتناع عن درج اسمها في مرسوم التجنس - دون التزام بتسبب قرار الرفض . في حين أوجبت المادة

السابعة ، التي تناولها البحث في الزواج المختلط المعاصر ، تسبب قرار الرفض .

(6) قانون الجنسية اللبنانية المعدل بقانون 11 كانون الثاني سنة 1960

نصت المادة الرابعة من هذا القانون على : «ان المقتربة بأجنبي اتخذ التابعة اللبنانية والمرشدين من أولاد الاجنبي المتخذ التابعة المذكورة ، يمكنهم اذا طلبوا أن يحصلوا على التابعة اللبنانية بدون شرط الاقامة ، سواء أكان ذلك بالقرار الذي يمنح هذه التابعة للزوج أو للاب أو للام أو بقرار خاص».

ومن تحليل هذا النص يبدو لنا أنه يلزم تقديم الطلب من الاجنبية المقتربة بأجنبي اكتسب الجنسية اللبنانية . ثم موافقة السلطة على ضم هذه المرأة للجنسية اللبنانية بالقرار الذي يمنح هذه الجنسية للزوج أو بقرار خاص . وان المرأة تدخل في الجنسية اللبنانية من يوم صدور القرار من الجهة المختصة. وتتمتع الدولة بسلطة تقديرية في قبول طلب المرأة أو رفضه. وبهذا يختلف هذا النص عن نص المادة الخامسة المتعلقة بدخول المرأة الاجنبية التي تتقترن بلبناني في جنسية زوجها ، إذ بمقتضاها تدخل الاجنبية في جنسية زوجها بعد مرور سنة على تسجيل الزواج في قلم النفوس بناء على طلبها وبقوة القانون ولا يتوقف على صدور قرار من السلطة .

خاتمة :

يمكن أن نخلص من الدراسة المقارنة في القانون الوضعي للدول العربية في مسألة اثر الزواج على جنسية الاجنبية المتزوجة من أحد أبناء دولة من هذه الدول ، بأن جميع هذه الدول تفتح الباب لادخال الاجنبية في جنسية زوجها الوطني وان اختلف هذا الباب سعة أو ضيقا تبعا للسياسة التشريعية التي تنتهجها كل دولة في هذا الصدد . ويبدو لنا أنه من المتعذر أن نقسم تشريعات هذه الدول الى تقسيمات دقيقة ليضم كل قسم مجموعة من قوانين

هذه الدول ، ذلك لان الاتجاه التشريعي قد يختلف في الدولة الواحدة في الزواج المختلط المعاصر منه عن اللاحق . وبهذا يتعدى تصنيفها بصورة دقيقة ومع ذلك تستطيع توزيع التشريعات العربية على وجه التقريب كآتي :

الاولى : تكتسب الجنسية فيها بمجرد الزواج ومن هذه القوانين هي الآتي :

(1) قانون الجنسية البحرينية (2) قانون الجنسية التونسية فيما يتعلق بالاجنبية التي يفقدها قانونها جنسيتها بمجرد زواجها من أجنبي .
(3) قانون الجنسية العربية السعودية .

الثانية : تدخل الاجنبية بجنسية زوجها بمجرد الزواج ولها أن ترفض الدخول في جنسيته ونهج هذا المنهج القانون الاردني .

الثالثة : تدخل الاجنبية بجنسية زوجها بمجرد اعلان رغبتها في ذلك من غير أن يكون للدولة سلطة في رفضها ويدخل في هذا التقسيم كل من (1) قانون دولة الامارات العربية (2) القانون اللبناني (3) قانون الجنسية الليبية .

الرابعة : وهي التي تستلزم اقتران رغبة المرأة بموافقة السلطة مع استيفاء شروط أخرى مثل (1) قانون الجنسية الكويتي (2) قانون الجنسية التونسية بما يتعلق بالاجنبية التي لا يفقدها قانونها جنسيتها بالزواج من أجنبي (3) قانون الجنسية الجزائري (4) قانون الجنسية العراقية وقانون الجنسية المغربية وقانون جنسية اليمن الجنوبية الشعبية .

وكان على مشرعي الدول العربية ان ينسقوا سياستهم التشريعية في مسألة دخول الاجنبية في جنسية زوجها ويحذون حذو دول كثيرة سبقتها في هذا المضمار شوطا كبيرا . واذا كانت نظرة هذه الدول وتقديراتها لظاهرة الزواج بالاجنبيات وهي غير متقاربة تحول دون تقريب وجهات النظر ، فانه مما يؤسف له حقا أن لا تلتقي وجهات النظر في رسم سياسة موحدة فيما يخص المرأة العربية أو على الاقل أن تلتقي في تبين فكرة التمييز بين

العربية وغير العربية . وكنا نطمح أن تميز هذه القوانين المرأة العربية - نظرا لما بينها وبين الجماعة العربية من روابط وثيقة فهي تنحدر وأياهم من أصل واحد ويجمعها بهم وحدة اللغة والشعور المشترك وترتبط وأياهم بآمال وأمان قومية واحدة - بحكم خاص ليسهل عليها الانتماء الى جنسية زوجها، ويشجع على الزواج المختلط بين أبناء هذه الامة لان انتشار مثل هذا الزواج يحقق ويزيد من الترابط والتلاحم بينهم ويزيد منه .

كل هذا يملئ على هذه الدول أن تترجم فكرة الوحدة العربية بتطبيقات عملية تخفف بمقتضاها من وطأة الحدود التي تفصل وتباعد بين ابناء هذه الامة .

وقد يكون من الافضل أن يتم التنسيق بين هذه الدول عن طريق جامعة الدول العربية باحياء الجهود الموحدة التي سبق وان بذلتها في اتفاقية 1954 التي لم تدخل بعد حيز التنفيذ لعدم التصديق عليها .

أملين أن تأخذ مثل هذه الدراسات طريقها الى النور ، فلقد كثر الحديث عن الرغبة في تحقيق الوحدة العربية حتى أصبح شبه ممجوج ما لم يقترن بالافعال الجادة الحاسمة ، وفي هذا المجال بعضها ، فهل ننتقل من الاقوال الى الافعال في الامور الجدية ولو مرة واحدة .

المراجع

- 1 - د . ابراهيم عبد الباقي الجنسية في قوانين دول المغرب العربي الكبير عام 1971 - معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة .
- 2 - د . جابر جاد عبد الرحمن مجموعة قوانين الجنسية في الدول العربية 1970 - معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة .
- 3 - د . حسن الهداوي الجنسية ومركز الاجانب وأحكامهما في القانون الكويتي . مطبوعات وكالة المطبوعات - 1972 .
- 4 - د . حسن الهداوي الجنسية ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي . طبعة عام 1972 بغداد - مطبعة الارشاد .
- 5 - د . ماجد الحلواني القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي . مطبوعات جامعة الكويت - 1974 .
- 6 - د . محمد عزيز شكري الجنسية العربية السورية طبعة عام 1970 دار الفكر بدمشق .
- 7 - د . عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص الجزء الاول طبعة تاسعة 1972 دار النهضة العربية - القاهرة .
- 8 - د . فؤاد عبد المنعم رياض الجنسية ومركز الاجانب وتنازع الاختصاص القضائي الدولي طبعة عام 1966 دار النهضة العربية القاهرة .
- 9 - د . شمس الدين الوكيل الجنسية ومركز الاجانب منشأة المعارف الاسكندرية 1960 .