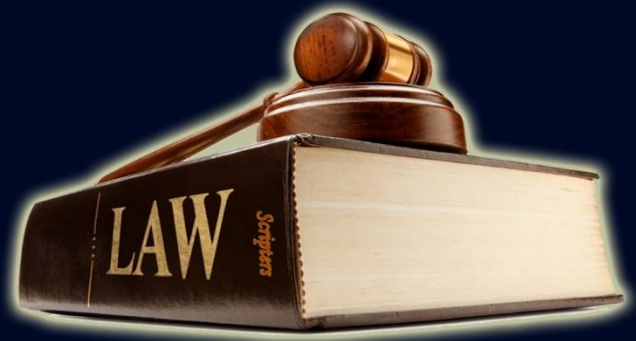
القانون الدولي الخاص

في التشريع اليمني والتشريعات الدولية



تأليف/

الدكتور مبارك علوي محمد لزنم

أستاذ القانون الدولي

رئيس قسم القانون الدولي - كلية الشرطة حضرموت

٢٠٢١م

القانون الدولي الخاص
في التشريع اليمني والتشريعات الدولية

الدكتور مبارك علوي محمد لزنم
أستاذ القانون الدولي
رئيس قسم القانون الدولي - كلية الشرطة حضرموت

العنوان :القانون الدولي الخاص

في التشريع اليمني والتشريعات الدولية

المؤلف الدكتور /مبارك علوي محمد لزنم

المقاس: ٢٥ × ١٧.٦

عدد الصفحات: ٢٢٥

الصف والتصميم والإخراج

مركز القلم للتدقيق اللغوي والترجمة والطباعة

٠٠٩٦٧-٧٧٠٨٣٠٤٩٩

جميع حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

الطبعة الأولى

٢٠٢١م

فهرس المحتويات

مقدمـــــــــة ٥

الفصـل الأول: مفهـوم ومصـادر القـانون الـدولي الخـاص..... ٦

المبحـــث الأول: تعريـــف القـــانون الـــدولي الخـــاص وتطـــوره ... ٧

المطلـــــب الأول: تعريـــــف القـــــانون الـــــدولي الخـــــاص... ٧

المطلـــب الثـــاني: نشـــأة وتطـــور القـــانون الـــدولي الخـــاص... ١٠

المبحـث الثـاني: مصـادر القـانون الـدولي الخـاص وموضـوعاته... ١٢

المطلـــــب الأول: مصـــــادر القـــــانون الـــــدولي الخـــــاص... ١٢

المطلـــب الثـــاني: موضـــوعات القـــانون الـــدولي الخـــاص... ٣٢

الفصل الثـــاني: الجنســـية في القـــانون الـــدولي الخـــاص... ٣٦

المبحـث الأول: ماهيـة الجنسـية، ونشـأتها، وأركانهـا وقيـود ممارسـتها... ٣٧

المطلـب الأول: ماهيـة الجنسـية ونشـأتها..... ٣٧

المطلـــب الثـــاني: أركـــان الجنســـية..... ٤١

المطلـب الثالـث: قيـود ممارسـة الدولـة لتنظـيم الجنسـية..... ٤٥

المبحث الثاني: الجنسية وطـرق اكتسـابها وتعـددها وسـحبها واسـترادادها. ٥٥

المطلـــــب الأول: طـــــرق اكتســـــاب الجنســـــية ٥٥

المطلـب الثـاني: تعـدد الجنسـيات وسـحبها واسـترادادها..... ٧٩

المطلـــب الثالـــث: الجنســـية في الدولـــة الإســـلامية الأولى..... ٩٤

الفصل الثالث: أحكام تنازع القوانين..... ٩٨
المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين وتطورها وتكييف إسنادها ٩٩
المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين وتطورها ٩٩
المطلب الثاني: نظريات تنازع القوانين ١٠٧
المطلب الثالث: التكييف والإسناد والاحالة ١١٤
المبحث الثاني: قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية ١٢٩
المطلب الأول: مفهوم الأحوال الشخصية. ١٢٩
المطلب الثاني: حالة الشخص الطبيعي والقانون الواجب التطبيق. ... ١٣٠
المطلب الثالث: القانون الواجب تطبيقه على الشخص الاعتباري. ... ١٣٤
المطلب الرابع: الأسرة وتنازع القوانين الدولية الخاص ١٣٩
المطلب الخامس: الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى
ما بعد الوفاة ١٦٤
المبحث الثالث: قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال العينية
والتصرفات والوقائع القانونية. ١٦٧
المطلب الأول: قواعد الإسناد الخاصة بالأموال المادية. ١٦٧
المطلب الثاني: قواعد الإسناد الخاصة الأموال المعنوية. ١٧٢
المطلب الثالث: قواعد الإسناد الخاصة بالتصرفات والوقائع القانونية. ١٧٨
الفصل الرابع: الموطن ومركز الأجنبي والاختصاص القضائي الدولي..... ١٨٤

المبحث الأول: الموطن ومركز الأجانب..... ١٨٥
المطلب الأول:مفهوم الموطن..... ١٨٥
المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن الموطن.... ١٨٧
المطلب الثالث: مركز الأجانب..... ١٨٩
المبحث الثالث: الأختصاص القضائي..... ١٩٧
المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي
وعلاقته بالاختصاص التشريعي..... ١٩٧
المطلب الثاني: قواعد الاختصاص القضائي..... ٢٠١

المقدمة

الحمدالله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على إمام الأنبياء والمرسلين، وسيد الخلق أجمعين، محمد خاتم النبيين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أمابعد:

يُعد القانون الدولي الخاص بمثابة قانون داخلي عابر للحدود بشموله على عنصر أجنبي وأُطلِق عليه أيضاً عند البعض بالقوانين الدولية الخاصة، أو تنازع القوانين؛ كون التشريعات الدولية قد أفردت مساحات من قوانينها ما يحكم العلاقة الدولية الخاصة بعد أنّ أصبح العالم كبلدٍ واحدٍ متشابكِ المصالح المادية والروحية، ويحتل القانون الدولي الخاص أهمية بالغة الدقة في مسألة ضوابط الإسناد عند تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة، ومسألة دور القاضي في تطبيق القانون الأجنبي وفقاً لتلك القواعد، والتي بالضرورة يجب عدم تعارضها مع النظام العام، والشريعة الإسلامية، والمبادئ السائدة بين الأمم، وقد أوضحنا القانون الدولي الخاص اليمني مع توضيح ما تضمنته بعض التشريعات المقارنة في الموضوعات الخمسة للقانون الدولي الخاص، والتي محورها الجنسية والمركز الأجنبي وتنازع القوانين والاختصاص القضائي.

الفصل الأول

مفهوم ومصادر القانون الدولي الخاص

المبحث الأول: تعريف القانون الدولي الخاص وتطوره

المطلب الأول: تعريف القانون الدولي الخاص

المطلب الثاني: نشأة وتطور القانون الدولي الخاص

المبحث الثاني: مصادر القانون الدولي الخاص وموضوعاته

المطلب الأول مصادر القانون الدولي الخاص

المطلب الثاني: موضوعات القانون الدولي الخاص

المبحث الأول

تعريف القانون الدولي الخاص ونشأته

المطلب الأول:

تعريف القانون الدولي الخاص

اختلف الشراح حول تعريف القانون الدولي الخاص بسبب تنوع موضوعاته ومصادره، وكذلك بسبب حداثته، وتنازع القوانين، وقواعد الإسناد الواجب التطبيق، والتنازع القضائي عندما يكون أحد طرفي النزاع عنصر أجنبي، وسنذكر بعض التعاريف فيما يلي:

القانون الدولي الخاص يُعَّرف بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تعين القانون الواجب تطبيقه في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، [١] ويُعَّرف بأنه: ذلك الفرع من فروع القانون الذي يعني بتنظيم علاقات الأفراد ذات الطابع الدولي [٢] ويحدد نطاق سريان القانون الوطني من حيث المكان، وُيعَّرف القانون الدولي الخاص بأنه: ذلك الفرع من القانون الذي ينظم العلاقات المدنية الواسعة الدولية [٣] انطلاقاً من السمات العامة للقانون الدولي الخاص والمتفق عليها تقريباً في أغلب الدول[٤].

---

(١) الجنسية ومركز الأجانب، د. شمس الدين الوكيل، ص٥٩، ١٩٦٠م، الإسكندرية.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، د/ سامية راشد، ج١، ص١٧، ١٩٧١م. القاهرة.

(٣) محاضرات موجزة في القانون الدولي الخاص ، د/ سعيد محمد هيثم، ص٩، ١٩٨٨م. عدن.

(٤) أحكام القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٠، ٢٠١٠م.

وكذلك يُعَّرف بأنه مجموعة القواعد التي تبين القانون الواجب التطبيق الاتباع من بين القوانين المختلفة الجنسية التي تتنازع فيما بينها حكم علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي[١]

ويمكن القول بأنَّ القانون الدولي الخاص: مجمل المبادئ والقواعد القانونية التي يجب اتباعها في حسم تنازع القوانين الدولية الخاصة عند تعارضها؛ لحماية منافع الأفراد الوطنيين والأجانب لديمومة سير العدالة العابرة للحدود بموجب الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والقانون والفقه الداخلي .

ومن خلال التعاريف يظهر لنا خصائص القانون الدولي الخاص:

١- القانون الدولي الخاص تجده في الدساتير الوطنية والتشريعات المنبثقة عنه لنظم الجنسية والمعاهدات والأعراف والفقه الدولي بهذا الشأن.

٢- يحكم العلاقات بين أفراد الدولة الواحدة، مثل عقد زواج بين يمني ويمنية في إيطاليا، وكذلك العلاقات المتعددة بين أفراد ينتمون إلى دول متعددة.

٣- إنَّهُ عابر الحدود لسير العدالة وغير منتهلك للسيادة بموجب الاتفاقيات المبرمة، وقواعده متفرقة في قوانين مختلفة في القانون المدني وقانون المرافعات، وقانون الإقامة للأجانب وغيرها.

٤- قواعده ملزمة؛ كونها الغالب تتضمن الجزاء المادي.

---

(١) القانون الدولي الخاص، أ د. حامد زكي، ص١٦، مكتبة نوري، ط١، ١٩٣٦م، القاهرة.

٥- الرجوع إلى معرفة ما اذا كانت العلاقة القانونية وطنية في جميع عناصرها أو لا، فإذا كانت وطنية في جميع عناصرها ليس هذا موضوعنا، أمَا اذا كانت أحد عناصرها أجنبي هذا ما يهم دراستنا.

٦- فمتى كانت العلاقة القانونية أجنبية في أحد عناصرها فانه يحصل التردد في تطبيق القانون الوطني، لانه قد تظهر له قوانين تنازعة .

٧- فإذا كان القانون الوطني هو الذي سيطبق في النهاية فليس هناك أي أشكال، لأن الأصل في القوانين السيادة وعندما يكون متعلق بالشريعة الإسلامية وعالميتها فذلك متعلق بالنظام العام الذي لا يمكن تجاوزه .

المطلب الثاني

نشأة القانون الدولي الخاص وتطوره

على الرغم أن مصطلح الجنسية حديث العهد في الاستعمال إذ هذا المصطلح ظهر في أوسط القرن الثامن عشر فإن فكرة الجنسية ولدت مع وجود الدولة، ومع نشوء الدولة الإسلامية نشأت رابطة الجنسية على أسس راقية، ولم تكتشف البشرية أرقى منها فقد أصبح أساس هذه التبعية يقوم على الإيمان بالإسلام عقيدة وفكراً وسلوكاً تذوب فيه كل أشكال التبعية الأخرى، عرقية كانت أم قبلية أم قومية، فكل من آمن بالإسلام، وهاجر إلى مجتمع المدينة، وجاهد مع المسلمين أصبح فرداً من شعب الدولة ،واستوعبت فئات أخرى من أتباع ديانات أخرى من اليهود والنصارى فجُعِلو في عداد المواطنين ضمن مواثيق وعهود[1] باعتبار أن الدين الإسلامي مبني على الشمول والعالمية.

وفي روما كانت صفة المواطن تُكتسب بطريق الأصل العائلي، وهو أسبق الأسس لكسب الجنسية في المدن القديمة، كما عرفت روما التجنس وكسب الجنسية بالقانون اللاحق للميلاد كطريق لكسب الجنسية[2] وقد أُطلِق على القانون الدولي الخاص في بداية ظهوره قانون الحدود، والبعض أطلق عليه الحدود المكانية، وآخرين قانون النظم واقترح البعض الآخر تسميته قواعد الاعتراف بالحقوق خارج نطاق الإقليم،

---

(١) الجنسية في الشريعة الإسلامية ص٢٧-٢٨، رحيَّل غرايبة، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ٢٠٠١م.

(٢) أصول القانون الدولي الخاص، محمد كمال فهمي، ص٧٢، ط٢، ١٩٨٢م، الإسكندرية.

وأُطلِق عليه قواعد تنازع القوانين، والواقع أن الأمر إنما يرجع إلى اختيار القانون المناسب لحكم العلاقة القانونية [١] الخاصة التي تتضمن عنصر أجنبي تتعدى حدود الدولة الواحدة، وهو خاص؛ لأنه يحكم علاقات خاصة فيما بين الأفراد والأشخاص الاعتبارية [٢].

(١) القانون الدولي الخاص، د/ عزالدين عبدالله ج١، ص٩٢، ١٩٧٧م.

(٢) أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن، أ.د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٣،مركز عبادي للدراسات والنشر، ٢٠١٠م، اليمن صنعاء.

المبحث الثاني

مصادر القانون الدولي الخاص وموضوعاته

المطلب الأول

مصادر القانون الدولي الخاص

مصادر القانون الدولي الخاص هي المناهل التي يستمد منها القانون الدولي الخاص أحكامه، ويتفاوت تأثيرها بين موضوعات القانون الدولي الخاص، فبعض المصادر تكون درجة تأثيرها عالية في بعض المواضيع دون البعض الآخر، والراجح فقهاً أن تلك المصادر تنقسم إلى نوعين: مصادر داخلية أو وطنية: تتمثل في التشريع والعرف الوطني والقضاء الوطني.

ومصادر دولية: تتمثل في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، والقضاء الدولي، والعرف الدولي، أو قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة.

فقواعد القانون الدولي الخاص رغم اعتبارها داخلية إلا أنها تنظم علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي، مما يستلزم اعتماد هذا القانون في بعض أحكامه على مصادر دولية بالإضافة إلى المصادر الوطنية.[١]

ويمكن تحديد مصادر القانون الدولي الخاص الأساسية للقانون اليمني بأنها التشريع، والاتفاقيات الدولية، ومبادئ القانون الدولي الخاص، والعرف.[٢]

---

(١) القانون الدولي الخاص- النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية، غالب الداودي،ص٣٥، مرجع سابق.

(٢) أحكام القانون الدولي الخاص، أ.دعبدالحكيم محسن عطروش، ص ٣١، ٢٠١٠م، اليمن ،عدن.

أولاً: المصادر الداخلية أو الوطنية.

١-التشريع: يُعَّرف التشريع بأنَّه: مجموعة القواعد القانونية المكتوبة والموضوعة من قبل السلطة المختصة بالتشريع، وفي الدستور اليمني يعتبر مجلس النواب هو الهيئة التشريعية للدولة في سن القوانين. [١] ويعتبر القانون المدني المصدر الأساسي للقانون الدولي الخاص لمعظم التشريعات العربية والأجنبية، في موضوعات القانون الدولي الخاص، ويلعب هذا المصدر دوراً حيوياً ورئيساً في موضوع الجنسية؛ ذلك لأنها تحدد ركناً من أركان الدولة ألا وهو الشعب، فهي مسألة تتعلق بسيادة الدولة؛ لذا نجد أنَّ جميع دول العالم نظمت أحكام الجنسية عن طريق التشريع سواءً في الدستور، أو قانون الجنسية، فالمشرع الوطني يستأثر بوضع قواعد القانون الدولي الخاص دون النظر إلى أي قيد دولي في تنظيم موضوعات القوانين وتنازع الاختصاص، فالجنسية مثلاً تتصل اتصالاً وثيقاً مباشراً بكيان الدولة ولا يسمح للمصادر الأخرى بأن تلعب دوراً في تنظيمها، ويبقى التشريع هو المصدر الرئيس لها.[٢]

وفي الجمهورية اليمنية وبموجب دستورها المادة (٤٤) ينظم القانون الجنسية، ولا يجوز إسقاطها عن يمني إطلاقاً ممن اكتسبها إلا وفقاً للقانون، [٣]، والتشريع اليمني رقم "٦" لعام ١٩٩٠م وتعديلاته بشأن الجنسية اليمنية.

---

(١) المادة "٦٢" من الدستور اليمني لسنة ١٩٩٠م، الجريدة الرسمية لسنة ١٩٩٠م العدد "

(٢) االقانون الدولي الخاص، الجنسية، المواطن، مركز الأجانب وإحكامه في القانون العراقي،د. غالب الداودي ،ود. حسن الهداوي، ص١٩، مرجع سابق.

(٣) الدستور اليمني ١٩٩٠م، المادة ٤٤.

والجدير بالذكر أن هذا الأخير هو نفس قانون الجنسية فيما كان يسمى بالجمهورية العربية اليمنية " سابقاً" رقم "٢" لسنة ١٩٧٥م، وكان في جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية "سابقاً" قانون رقم "٤" لعام ١٩٦٨م بشأن الجنسية اليمنية الجنوبية وتلاه قانون رقم "١٠" لعام ١٩٧٠م بشأن الجنسية اليمنية المعدل بالقانون رقم "٤" ١٩٧١م وقانون رقم "١" لعام ١٩٨١م بشأن الجنسية اليمنية [١]. وينظم القانون المدني اليمني أحكام التنازع[٢].

وبموجب المادة "٢٣" " القانون اليمني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين وذلك لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها" [٣]

أي خضوع التكييف هنا لقانون القاضي، وذلك ما أكدته المادة "٣٥" " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة في الجمهورية"

وموضوع الأحوال الشخصية والحالة المدنية، والأهلية، تشير المادة "٢٤" من القانون المدني " يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم ومع

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، أ.د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٣٥، مرجع سابق.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤ " لسنة٢٠٠٢م ، رقم "١٤" من المواد ٢٣-٣٥،

(٣) المادة "٢٣" القانون المدني اليمني ، مرجع سابق.

ذلك فإنه بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في الجمهورية وتترتب آثارها فيها إذا كان نقص أهلية الطرف الأجنبي الراجع إلى قانون بلده فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبنيه، وكان كامل الأهلية حسب القانون اليمني فإنه لا يؤبه بنقص أهليته ويرجع في نظام الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات وغيرها إلى قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ومع ذلك فإذا باشرت نشاطها الرئيس في الجمهورية فإن القانون اليمني هو الذي يسري" [١] . وموضوع الزواج وانحلاله والنفقة أوجب القانون المدني اليمني الرجوع لقانون الأحوال الشخصية عند الترافع ما نصه " يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة" [٢] .أما الولاية والوصاية والقوامة وحماية القصر فقد أختص القانون المدني اليمني بذلك في المادة "٢٦" ما نصه " يرجع في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية القصر والمحجوزين والغائبين إلى القانون اليمني" [٣]. ونص القانون المدني اليمني بأن المواريث والوصايا والتصرفات المتعلقة لما بعد الموت " يرجع في المواريث والوصية وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون الأحوال الشخصية اليمني" [٤].

---

(١) القانون المدني اليمني رقم ١٤" لسنة ٢٠٠٢م ، المادة "٢٤".

(٢) القانون المدني اليمني المادة " ٢٥" لسنة ٢٠٠٢م، رقم "١٤".

(٣) القانون المدني اليمني، رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٦".

(٤) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٧".

كذلك فيما يخص الملكية والحقوق العينية أوجب القانون المدني خضوعها لقانون الموقع بحسب المادة "٢٨" " الحيازة والملكية والانتفاع والحقوق العينية الأخرى"[١] .وفيما يخص التصرفات القانونية ورد في القانون المدني المادة "٢٩" ما نصه " يرجع في الآثار على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطناً، وإذا اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم العقد مالم يتفق المتعاقدان على قانون آخر، أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر، وذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال عقار فإنه يطبق قانون المال " العقار" [٢].

وإخضاع العقود لقانون الإرادة" وشكل القعود لبلد الإبرام في المادة "٣٠" من القانون المدني ما نصه " يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه، أو القانون الذي يحكم موضوعها، أو قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانونهما المشترك [٣].

وفي حال الالتزامات غير التعاقدية التي تمت في الخارج إلى القانون اليمني " بموجب المادة " ٣١ " يرجع في ضمان ما ينشأ عن فعل تعاقدي، أو في غرامته إذا وقع في الخارج إلى القانون اليمني، [٤] وفيما يخص الاختصاص القضائي نصت المادة "٣٢"

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٨".

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٩".

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٠".

(٤) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣١".

من القانون اليمني " يرجع في قواعد الاختصاص والمسائل المتعلقة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى،"[١] وفيما يخص الاتفاقات الدولية فقد نص القانون اليمني في المادة "٣٣" " يرجع إلى القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً، مالم يتعارض أي من ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية[٢].

وفيما يخص تعدد وتراكم والجنسيات، أو مفتقديها فقد ورد في القانون اليمني المادة "٤٣" " يعين القاضي قانون الجنسية الواجب تطبيقه، وفي حالة الشخص الذي لا تُعرف جنسيته، أو تكون جنسيات في وقت واحد، ومع ذلك إذا كانت إحدى الجنسيات المتعددة هي الجنسية اليمنية فإن القانون اليمني وحدة هو الذي يطبق " [٣].

وفيما يخص مركز الأجنبي عند تطبيق القانون الأجنبي فقد أورد القانون اليمني في المادة "٣٥" ما نصه " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعين تطبيقه طبقاً للنصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، أو الآداب العامة في الجمهورية" [٤]، ومن القوانين اليمنية ذات العلاقة منها: القانون رقم "٤٧" لسنة ١٩٩١م [٥] ،بشأن دخول وإقامة الأجانب والمتضمن تسجيل الأجانب وتراخيص

---

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٢".

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٣".

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٤".

(٤) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسن ٢٠٠٢م، المادة ٣٥" .

(٥) القانون اليمني رقم "٢٢" لسنة ١٩٩١م وتعديلاته. بشأن دخول الأجانب، الجريدة الرسمية ١٩٩٤م، العدد" "٢" .

الإقامة والابعاد والإعفاءات وغيرها، وقانون الخدمة المدنية رقم "١٩" لسنة ١٩٩١م، وخاصة فيما يتعلق بالتعاقد من غير اليمنيين[١] ،والقانون التجاري اليمني فيما يتعلق بأهلية المرأة عند مزاولتها الأنشطة التجارية[٢]، وكذلك النشاط التجاري للأجانب والشركات الأجنبية [٣] .وقانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" لسنة ٢٠٠٢م فقد أورد الاختصاص القضائي الدولي في المادة"٧٨" " تختص المحاكم اليمنية بالدعاوي المرفوعة على اليمني ولو لم يكن له موطن، أو محل إقامة في اليمن فيما عدا الدعاوي المتعلقة بعقار واقع في الخارج" [٤].وفيما يخص الاختصاص لمركز الأجنبي نصت المادة "٧٩" تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن، أو محل إقامة في اليمن عدا الدعاوي المتعلقة في الخارج [٥]

وفيما يتعلق بالأجنبي الذي ليس له موطن تنص المادة "٨٠" تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوي المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك في الحالات الآتية:

---

(١) قانون الخدمة المدنية رقم "١٩" لسنة ١٩٩١م ، فيما يخص التعاقد مع غير اليمنيين في المواد،٣٥"-٣٧" .

(٢) القانون التجاري اليمني رقم "٢٢" لسنة ١٩٩١م،وتعديلاته،المواد "٢٦-٢٧" فيما يتعلق بمزاولة المرأة النشاط التجاري.

(٣) القانون التجاري اليمني رقم "٢٢" لسنة ١٩٩١م وتعديلاته، المواد "٢٨-٢٩".

(٤) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" لسنة ٢٠٠٢م المادة" ٧٨"، الجريدة الرسمية ١٥/ ١٠/ ٢٠٠٢م العدد"١٩"

(٥) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم" ٤٠" لسنة ٢٠٠٢م، المادة ٧٩"، الجريدة الرسمية ١٥/ ١٠/ ٢٠٠٢م، ١٥/ ١٠/ ٢٠٠٢م، العدد"١٩".

١-إذا كان موطن مختار في اليمن.

٢- إذا كانت الدعوى تتعلق بمال موجود في اليمن، أو كانت متعلقة بالتزام نشأ، أو كان واجباً تنفيذه في اليمن، أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر في اليمن.

٣- إذا كانت الدعوى تتعلق بطلب نفقة للأم أو الزوجة أو للصغير، إذا كانوا مقيمين في اليمن.

٤- إذا كانت الدعوى بشأن نسب الصغير، أو الولاية على نفسه متى كان مقيماً في اليمن.

٥- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان القانون اليمني هو الواجب التطبيق في الدعوى.

٦- إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركات، وكانت التركة قد بدأ تقسيمها في اليمن، أو كان المورث يمنياً، أو كانت أموال التركة كلها أو بعضها في اليمن.

٧- إذا كان لأحد المدعى عليهم أو محل إقامة في اليمن[١].

وفيما يتعلق بالدعوى نصت المادة(٨١) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني " تختص المحاكم اليمنية بالفصل في الدعوى، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقاً للمواد السابقة إذا قبل المدعي عليه ولايتها صراحة أو ضمناً" [٢].

---

(١) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" المادة "٨٠"

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٨٣" الجريدة الرسمية ١٥/ ١٠/ ٢٠٠٢م، العدد"١٩"

وبموجب المادة (٨٣) تختص المحاكم اليمنية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في اليمن، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.

وفي المادة (٨٤) إذا وقعت الدعوى أمام المحاكم اليمنية وهي غير مختصة بنظرها ولم يحضر المدعي عليه تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها[١]

وفي الدستور العراقي المادة (١٨) " الجنسية العراقية حق لكل عراقي وهي أساس مواطنته، والعراقي من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية، وينظم ذلك بقانون، ويحظر إسقاط الجنسية العراقية بالولادة لأي سبب من الأسباب، [٢]، وقانون الجنسية العراقي النافذ الصادر في ٧/ ٣/ ٢٠٠٦م.

وفي الدستور التونسي لسنة ٢٠١٤م ما نصه" يحجر سحب الجنسية التونسية من أي مواطن، أو تغريبه، أو تسليمه، أو منعه من العودة إلى وطنه [٣]

وقد قام المشرّع التونسي بتنظيم أحكام الجنسية بموجب مجلة الجنسية التونسية الصادرة في ٢٨ شوال ١٩٦٣م وتعديلاتها.

وفي الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢م على أن " الجنسية الأردنية تحدد بقانون" وقد قام المشرع الأردني بتنظيم الأحكام المتعلقة بموجب القانون رقم (٦) لسنة ١٩٥٤م وتعديلاته.

---

(١) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٨٥" الجريدة الرسمية ١٥/ ١٠/ ٢٠٠٢م، العدد "١٩" .

(٢) الدستور العراقي لسنة ٢٠١٥م المادة "١٨".

(٣) الدستور التونسي لسنة ٢٠١٤م، المادة"٢٥"

المادة (٣) يعتبر أردني الجنسية:

١-كل من حصل على الجنسية الأردنية، أو جواز سفر أردني بمقتضى الجنسية الأردنية لسنة ١٩٢٨م، وتعديلاته والقانون رقم (٦) ١٩٥٤م وهذا القانون.

٢- كل من كان يحمل الجنسية الفلسطينية من غير اليهود قبل تاريخ ١٥/ ٥/ ١٩٤٨م، ويقيم عادة في المملكة الأردنية الهاشمية خلال المدة الواقعة ما بين ٢٠/ ١٢/ ١٩٤٩م لغاية ١٦/ ١٢/ ١٩٥٤م.

٣- كل من ولد لأب متمتع بالجنسية الأردنية.

٤- من ولد في المملكة الأردنية الهاشمية من أم تحمل الجنسية الأردنية، وأب مجهول، أو لا جنسية له، أو لم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً.

٥- من ولد في المملكة الأردنية الهاشمية من والدين مجهولين، ويعتبر اللقيط في المملكة مولوداً فيها مالم يثبت العكس.

٦- جميع أفراد بدو الشمال الواردة في الفقرة (ي) من قانون الانتخاب المؤقت رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠م، والذين كانوا يقيمون إقامة فعلية في الأراضي التي ضُمت إلى المملكة سنة ١٩٣٠م[1].

ونظم قانون الأردن المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦م تنازع القوانين في (١٩) مادة

(١) قانون الجنسة الأردني رقم"٦" لسنة ١٩٥٤م وتعديلاته، المادة "٣" الجريدة الرسمية الأردنية ١٦/ ٢/ ١٩٥٤م عدد"١١٧١".

من(١١-٢٩)، والقانون المدني السوري في ثلاثين مادة من المادة (١١-٣٠)، والقانون المدني المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٤٨م في (١٨) مادة من(١٠-٢٨).

وفي القانون الأساسي الفلسطيني لعام ٢٠٠٥م، فقد أدخل المجلس التشريعي نص المادة (٧) ونصت بأن:" الجنسية الفلسطينية تنظم بقانون"، وتظل السلطة الفلسطينية ناقصة السيادة حتى يتم تحرير كامل التراب الوطني الفلسطيني وجميع المقدسات وتطهيرها من دنس العدو الصهيوني المحتل.

وبالرغم من أنه تمّ إعداد مشروع قانون فلسطيني للجنسية منذ عام ١٩٩٥م، إلا أنه لم يقر باتفاقيات أوسلوا فيها من القيود ما يكبل السلطة الفلسطينية.

والمعمول به حالياً في شأن الجنسية الفلسطينية هو ما جاء في أحكام مراسيم الجنسية الموحدة "١٩٢٥-١٩٤١م" السارية في قطاع غزة، وقانون الجنسية الأردني لسنة ١٩٥٤م وتعديلاته الساري في الضفة الغربية، مع مراعاة بعض الظروف والمستجدات على الساحة الفلسطينية [١]

وفي الدستور السوداني لعام ٢٠٠٥م المادة (٧/ ٢) لكل مولود من أم أو أب سوداني حق لا ينتقص في التمتع بالجنسية والمواطنة السودانية[٢].

وفي قانون الجنسية العُمانية المادة (١): يعتبر عمانياً بحكم القانون:

١- من ولد في عُمان أو خارجها من أب عماني.

---

(١) تقرير حول الجنسية الفلسطينية، معتز قفيشه، ١٩١٧م- ٢٠٠٠م، منشورات الهيئة الفلسطينية لحقوق المواطن، رام الله.

(٢) الدستور السوداني لسنة ٢٠٠٥م المادة "٧/ ٢"

٢- من ولد في عمان أو خارجها من أم عمانية، وكان مجهول الأب إذا لم تثبت بنوته لأب شرعاً، أو كان أبوه عمانياً وأصبح فاقد الجنسية.

٣- من ولد في عُمان من والدين مجهولين.

٤- من ولد في عُمان وجعل منها إقامته العادية، وكان أبوه قد ولد فيها على أن لا يكون أبوه وقت ولادة الابن فاقد الجنسية واستمر كذلك.

٢-العرف: فالعرف يتولد وينشأ تدريجياً بصورة اختيارية وتلقائية في ضمير الجماعة؛ لتنظيم ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية التي لم يعالجها المشرع، ولذلك فإن قواعده غير مكتوبة بل مستقرة في أذهان الناس الذين يتواترون باطراد على اتباعها جيل بعد جيل [1]،عما يرتضيه الجماعة من قواعد والشعور باحترامها.

ورغم أن العرف ما يزال يحل مكان التشريع في أغلب الدول عند غياب النص في القانون المكتوب إلا أن القواعد التي استقرت في القانون الدولي الخاص عن طريقه ليست كثيرة، نذكر منها قاعدة (خضوع الميراث المنقول لقانون المتوفي)، وقاعدة (خضوع شكل العقد لقانون بلد إبرامه)، وقاعدة (خضوع الأهلية لقانون الجنسية). فهذه القواعد التي نجدها في تشريعات الدول المختلفة كان أصلها عرفاً (٢).

من المتفق عليه فقهياً أن العرف هو أقدم المصادر، ويعرف بأنه: مجموعة القواعد التـي استقر العمل بها باستمرار، وشاع الاعتقاد بإلزامها من قبل الناس، وقد ضعُف

---

(١) مبادئ أصول القانون، د. عبدالرحمن البزار، ص١٠٩، مطبعة العاني، ١٩٥٤م، بغداد

(٢) القانون الدولي الخاص، د/ غالب علي الداودي، د/ حسن الهداوي، ج٢،ص٢١-٢٢، ١٩٩٤م العراق.

وتضاءل دور العرف في الوقت الحاضر بفعل تعاظم دور التشريع والمعاهدات، ودور العرف منعدم في مجال الجنسية، ولكن في المقابل كان له دور رئيس ودور مؤثر في بعض موضوعات القانون الدولي الخاص، خاصة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، وكان للعرف دور مكمّل للتشريع في موضوع الموطن، ومركز الأجانب.

ويذهب البعض إلى أن هناك أعرافاً دولية تتعلق بالقانون الدولي الخاص، ومنها الحد الأدنى لحقوق الأجنبي، أو لما يتمتع به من مركز خاص كرؤساء الدول، ورجال السلك الدبلوماسي. (١)

٣- القضاء الداخلي: مجموعة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الوطني والدولي التي استقر العمل بها في التعامل مع مسائل القانون الدولي الخاص، وينعدم تأثير هذا المصدر في إطار الجنسية، ويكون له تأثير مساعد واحتياطي في باقي موضوعات القانون الدولي الخاص، وتمثل المحاكم قرارات المتواترة مواقفاً تهتدي به المحاكم فيما يعرض عليها من قضايا مماثلة، فيقضي بما توحي به قواعد العدالة. (٢)

ويعد القضاء مصدراً تفسيرياً وطنياً، ولكن رغم ذلك يعد هذا المصدر في بريطانيا من المصادر الرسمية والرئيسة للقانون، ومن الجدير بالذكر لعب القضاء وعلى مرِّ التاريخ دوراً متميزاً في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص.

---

(١) تنازع القوانين من حيث المكان وأحكام القانون اليمني د. عبد المنعم رياض ، ود. سامية راشد، ص١٩٩١،٢٥م،

(٢) حقوق الدول الخاصة، عبدالقادر آفندي، ص١٤، ١٩٢٣م، بغداد.

وإذا رجعنا إلى أحكام محكمة العدل الدولية، ومحاكم التحكيم المختلط سنجد العديد من الأحكام التي كانت تعد بمثابة إضافة لأحكام القانون الدولي الخاص في مختلف موضوعاته، فحُكم محكمةِ العدل الدولية عام ١٩٥٥م في قضية نوتبوم (ومبدأ حماية الدولة لرعاياها) كان له تأثير في موضوع الجنسية عن طريق التشريع، وكذلك حُكم محكمةِ العدل الدولية الدائمة في عام ١٩٢٣م حول مراسيم الجنسية في تونس ومراكش كان له انعكاس في آليات منح الجنسية، وكذلك فإن حُكم محكمةِ العدل الدولية الدائمة في عام ١٩٢٦م ضد بوليفيا بشأن نزع ملكية أجنبي بدون تعويض كان له تأثير في موضوع مركز الأجانب.

أما بالنسبة إلى المصادر الدولية للقانون الدولي الخاص:

١- المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية:

تُعرف المعاهدة بأنها: اتفاق بين دولتين، أو أكثر؛ من أجل إيجاد حل لمسألة معينة[١]، ومن هذه المعاهدات: اتفاقية لاهاي الخاصة بالإجراءات المدنية المؤرخة في مارس ١٩٥٤م، والاتفاقية الخاصة بالطلاق والانفصال القانوني المؤرخة في ١/ ٦/ ١٩٧٠م، والاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالأحكام الأجنبية في المسائل المدنية والتجارية ١/ ٢/ ١٩٧١م، والاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على البيع الدولي للبضائع ١٥/ ٦/ ١٩٥٥م، [٢] والاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص،د. فؤاد عبدالمنعم ، ود سامية راشد،ج١،ص ٢٠، ١٩٧١م، القاهرة.

(٢) تاريخ النفاذ ١/ ٥/ ١٩٩٢م.

الوكالة ١٤/ ٣/ ١٩٨٦م، والاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب تطبيقه على إرث ممتلكات الأشخاص المتوفين١/ ٨/ ١٩٨٩م، وكان لعصبة الأمم اسهامات في تقنين القانون الدولي الخاص منها اتفاقية الكمبيالة والسند الأذني ١٩٣٠م، واتفاقية الشيك ١٩٣١م، واتفاقية التحكيم الخاص في عام ١٩٢٣م، واتفاقية تنفيذ أحكام المحكمين عام ١٩٢٧م، وحلت منظمة الأمم المتحدة محل العصبة، وحملت بعدها عبء العمل على عقد الاتفاقيات منها: اتفاقية وضع الأشخاص عديمي الجنسية ٢٨/ ٩/ ١٩٥٤م، وأصبحت نافذة في ٦//٦/ ١٩٦٠م، واتفاقية جنسية المرأة المتزوجة ٢٩/ ١/ ١٩٥٧م، وأصبحت نافذة في ١١/ ٨/ ١٩٥٨م، واتفاقية التحكيم التجاري الدولي ٢١/ ٤/ ١٩٦١م، واتفاقية جنيف بشأن حماية حقوق المؤلف عام ١٩٥٢م، واتفاقية نيويورك المطالبة بالنفقة في الخارج ٢٠/ ٦/ ١٩٥٦م، واتفاقية تنفيذ الأحكام التي أقرها مجلس جامعة الدول العربية ١٤/ ٩/ ١٩٥٢م، وتم التوقيع عليها من قبل اليمن، والأردن، والعراق، ومصر، والسعودية، ولبنان، والكويت.

واتفاقية الرياض العربية بشأن التعاون القضائي ٦/ ٤/ ١٩٨٣م، واتفاقية عمّان العربية للتحكيم التجاري الدولي ١٤/ ٤/ ١٩٨٧م، واتفاقية الجنسية التي أقرها مجلس الجامعة العربية ٥/ ٤/ ١٩٥٤م، وتعتبر المعاهدات أهم مصدر للقانون الدولي الخاص ويظهر دورها في كونها تهدف إلى وضع حلٍّ للصعوبات الناتجة عن اختلاف القوانين بين الدول، وإذا كان الأصل أن تقسم المعاهدات إلى معاهدات جماعية وثنائية، فإنه يمكن في مجال القانون الدولي الخاص، وبالنظر إلى موضوع المعاهدة إيجاد

تقسيم آخر وهو: معاهدات موحدة لقواعد التنازع، ومعاهدات موحدة للقواعد الموضوعية، ففي النوع الأول هدف المعاهدة يقتصر فقط على توحيد ضوابط الإسناد في القانون الداخلي بين الدول المتعاهدة، أما في النوع الثاني فلا يقتصر فيه واضعو المعاهدة على توحيد ضوابط الإسناد بل اللجوء إلى توحيد القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع مباشرة.

أشار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان إلى أن لكل فرد حق التمتع بجنسية ما، ولا يجوز تعسفاً حرمانه من جنسيته، ومن حقه تغيير جنسيه. (١)

وتمتاز المعاهدات بأن لها دوراً متساوياً في جميع موضوعات القانون الدولي الخاص؛ لأن الدولة تحتاج للمعاهدات لتنظيم شؤون موضوعات القانون الدولي الخاص، ولكن تأثير المعاهدات يكون مباشراً في بعض الموضوعات مثل: تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، والموطن، ومركز الأجانب، في حين يكون تأثيرها غير مباشر على الجنسية؛ أي أن الاتفاقيات الدولية تؤثر بالفعل في أحكام الجنسية، ولكن عن طريق التشريع، فالتشريع يسجل أحكام الاتفاقية المتعلقة بالجنسية، مثال ذلك اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩م المعروفة باتفاقية "سيدو"، وقد كان لها تأثير في أحكام الجنسية المتعلقة بالمرأة في العديد من الدول العربية.

---

(١) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ١٩٤٨م، المادة ١٥.

وتنص تشريعات معظم الدول أولوية المعاهدات على التشريع فقد تعرض التشريع اليمني للأولوية.

المعاهدات على التشريع في المادة (٣٣) من القانون المدني اليمني مالم تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا النص في محله إذ يعطي القضاء وسيلة مرنة يلجأ إليها لحكم مسائل التنازع [١] ، والقانون الدولي الخاص الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٦١م، والقانون المدني المصري المادة (٢٣).

٢- القضاء الدولي: عندما تأسست محكمة العدل الدولية الدائمة التابعة لعصبة الأمم عام ١٩٢٠م، بتت في كثير من القضايا المتعلقة بالقانون الدولي الخاص حتى قيام الحرب العالمية الثانية، ومن أهم أحكامها نزع ملكية المصانع الألمانية دون تعويض، إذ قضى الحكم بأن نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل إجراء مخالف لقواعد القانون الدولي [٢]. وحكمها الصادر في ٧/ ٢/ ١٩٢٣م في النزاع بين فرنسا وإنجلترا حول المراسيم التي أصدرتها الحكومة الفرنسية بشأن الجنسية في تونس ومراكش، وقررت مبدأ استقلال الدول بشأن الجنسية (لكل دولة الحرية التامة في تنظيم جنسيتها ولا يقيدها في ذلك اتجاه الدول الأخرى إلا ما تفرضه المعاهدات) [٣] ، وعندما نتكلم عن

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني ولقانون المقارن، أ.د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٤٥، مرجع سابق.

(٢) حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي ٢٥/ ٥/ ١٩٢٦م.بتحريم نزع ملكية الأجنبي دون تعويض عادل.

(٣) محكمة العدل الدولية الدائمة ١٩٢٠م، وقرارها الصادر سنة ١٩٢٣م.، في نظر النزاع بين إنجلترا وفرنسا بعد صدور قرار الجنسية من سلطات الحماية الفرنسية في تونس ومراكش.

القضاء الدولي فعادة ما نشير إلى أحكام محكمة العدل الدائمة في إطار عصبة الأمم سابقاً، ومحكمة العدل الدولية حالياً في إطار منظمة الأمم المتحدة، والحقيقة أن أحكام هاتين المحكمتين والمتعلقة بمواضيع القانون الدولي الخاص محدودة ونادرة لسببين:

أولهما أن محكمة العدل الدولية لا تنظر إلا في القضايا التي تكون بين الدول، ولا شأن لها بنزاعات الأفراد، وإن كان يمكن لها بصفة استثنائية وبطريقة غير مباشرة أن تفصل في بعض القضايا المتعلقة بالأفراد، وذلك في حالة "الحماية الدبلوماسية".

أما السبب الثاني فيرجع إلى طريقة اللجوء إلى محكمة العدل، إذ لا يمكن لهذه الأخيرة أن تنظر في النزاعات من تلقاء نفسها، وبالتالي لا يتقرر اختصاصها إلا إذا تم رفع النزاع من طرف الدول.

غير أن هذين السببين لم يمنعا محكمة العدل الدولية من إصدار بعض الأحكام التي تندرج ضمن مسائل القانون الدولي الخاص، حيث أنه ليس للدول أن تنزع الملكية دون تعويض، ولو تعلق الأمر بأجانب ما نصه (نزع ملكية أموال الأجانب بدون تعويض عادل عمل مخالف لقواعد القانون الدولي) [1]

وجاء في دستور محكمة العدل الدولية ١٩٤٥م، التي ظهرت عوضاً عن محكمة العدل الدولية الدائمة، أن أحكام محكمة العدل الدولية لا تنهض كمصادر دائمة

---

(١) محكمة العدل الدولية ١٩٢٠م، في حكمها الصادر ٢٥/ ٣/ ١٩٢٦م في النزاع بين بولونيا وألمانيا، حول نزع ملكية المصانع الألمانية من قبل الحكومة البولونية دون تعويض، وصدر الحكم أعلاه.

مستقلة ملزمة، ويرجع لحكم القاضي كمصدر تفسيري للاسترشاد [١]، بآراء كبار أساتذة القانون الدولي والمشتغلين في حقل القضايا الدولية في العالم، وكثيراً ما يسترشد بها القاضي الوطني في القضايا ذات طابع دولي فيستعين بها لمعرفة مبادئ القانون الدولي الخاص التي لم يجد بشأنها قاعدة قانونية تشريعية أو عرفية .[٢]

ونقول هنا فيما يخص الدول العربية والإسلامية التي جعلت دساتيرها منبثقة من مبادئ الشريعة الإسلامية فالأصل عالميتها زماناً ومكاناً ويمكن قبول الاسترشاد بمبادئ العدالة الدولية التي لا تتعارض معها.

٣- **العرف الدولي أو قواعد القانون الدولي الخاص غير المكتوبة**: يقصد بهذا المصدر تلك القواعد التي سارت الدول على اتباعها والعمل بها، وقد كان للعرف دور كبير فيما مضى خاصةً في مجال تنازع القوانين، فقاعدة خضوع القرار لقانون موقعه مستقر عليها منذ وقت طويل، ونفس الشيء بالنسبة لقاعدة خضوع الفعل الضار لقانون المكان الذي نشأ فيه الفعل هذا، ويلاحظ أنه وإن كان للعرف دور كبير في مجال تنازع القوانين فإنه بالمقابل يتضاءل دوره كثيراً في باقي المواضيع الأخرى: كالجنسية، ومركز الأجانب؛ لارتباط هذه المواضيع بسيادة الدولة، والحقيقة أن العرف الدولي فقد الكثير من أهميته حالياً أمام تزايد حركة التقنين والتشريع.

---

(١) محكمة العدل الدولية ١٩٤٥م، المادة ٣٨، الفقرة ٤.

(٢) القانون الدولي الخاص، عز الدين عبدالله، ج١،ط٤، ١٩٧٢م، القاهرة.

أخيراً فإن القانون الدولي الخاص المسؤول عن الفضّ في نزاعات الأفراد التي يكون بها عنصر أجنبي، يتمحور حول أربعة موضوعات وهي: جنسية المواطنين وهو ركن أساسي من سيادة الدولة، ومركز الأجانب الذي يحدد ماهية حقوق كل من المواطنين والأجانب، وتنازع القوانين، وقد مرَّ هذا الموضوع بطورين من التطوير سواءً في المدارس القديمة أو الحديثة، وآخر موضوعات القانون الدولي الخاص هو موضوع تنازع المحاكم وتنفيذ القانون الأجنبي الذي يُستند فيه إلى قاعدة الإسناد، وبموجب معاهدات واتفاقيات دولية عديدة ضرورة مراعاة الدول لما يفرضه العرف الدولي من حد أدنى من المعاملة والرعاية للأجانب في إقليمها عندما تحدد مركز الأجانب في قوانينها[1]

(١) معاهدة لوزان لسنة ١٩٢٣م.

المطلب الثاني

موضوعات وخصائص القانون الدولي الخاص

أولاً/ موضوعات القانون الدولي الخاص

١-تنازع القوانين.

فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحدة، سواء أكانت مدنية أم تجارية. أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة. لأنه تتنازع على حكمها قوانين عدة دول تتصل بها عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية. فإذا طبق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، قد يؤدي ذلك إلى الاضرار بأطراف العلاقة وأنتفاء العدالة [١]

٢- تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

فالحياة الخاصة الوطنية المحضة للأفراد تخضع لاختصاص المحاكم الوطنية وحدها؛ لأن المقرر أن جميع العلاقات القانونية التي تنشأ في الدولة بين المواطنين تختص المحاكم الوطنية برؤية أي نزاع يثور بسببها، سواءً أكانت مدنية أم تجارية أو أحولاً شخصية ،[٢]

---

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص، د. مرتضى نصر الله، ص٦، ١٩٦٢م، العراق.

(٢) القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن،د. ممدوح عبدالكريم حافظ ، ص٨، مطبعة الحكومة، ١٩٧٢م، بغداد.

كزواج يتم بين يمني ويمنية في اليمن، أو كبيع على مال موجود في اليمن بعقد بيع يتم بين يمني ويمنية في اليمن، فهذه العلاقات القانونية وطنية محضة وتختص بها المحاكم اليمنية لحسم النزاع القائم حولها، وعلاقات قانونية يشوبها عنصر أجنبي بسبب نشاط الفرد خارج حدود دولته ودخوله في علاقات مع أشخاص لا ينتمون إلى جنسية واحدة، كزواج يتم بين يمني وانجليزية في ألمانيا، أو كبيع يقع على مال منقول موجود في إنجلترا بين يمني وألماني ويتم البيع في فرنسا، وهذا ما يسمى تنازع قوانين مشوبة بعنصر أجنبي

والسبب الرئيس لنشوء هذه العلاقات هو أزدياد إتصال أفراد الشعوب، وتوفر أسباب الاتصال الحديثة، وانفتاحها على علاقات ثقافية واقتصادية وسياحية جيدة مما يستلزم البحث عن المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشب بشأن هذه العلاقات بين محاكم دول متعددة التي تتصل بها العلاقة بعنصر أجنبي، وهذا ما يطلق عليه (تنازع الاختصاص القضائي الدولي) [1]

٣-الجنسية.

وتعرف الجنسية بأنها رابطة سياسية وقانونية بين الشخص الوطني ودولته، فالانتساب لعنصر الشعب يتم برابطة (الجنسية)؛ إذ تتكفل الدولة في قانونها للجنسية ببيان حالات فرضها وكسبها وفقدانها واستردادها، وتوزيع الأفراد جغرافياً

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص، مرتضى نصر الله، ص٧، مرجع سابق.

في العالم استناداً لظرف الجنسية يفرز وطنيين وأجانب يختلفون من ناحية مدى ما يتمتعون به من حقوق وما يتحملون به من أعباء عامة، ومدى الحقوق التي يتمتع بها الأجانب ومركزهم القانوني

٤- الموطن.

فالموطن يعتبر أداة لتوزيع الأفراد جغرافياً في العالم ويرد ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص؛ لاتصاله المباشر بموضوع الأجانب بأعتباره من العوامل الرئيسة لتعيين نوع الحقوق التي يتمتع به الأجنبي في دولة الإقامة، فهوبذلك نقطة الابتداء لدراسة المركز القانوني للأجانب.

٥- المركز القانوني للأجانب.

يظهر هنا موضوع تنازع القوانين من حيث الحقوق التي يتمتع بها، والبحث عن القانون الذي يبيح له التمتع بهذه الحقوق، فالحكم القضائي الصادر من محكمة دولة أجنبية يكون مشوباً بصفة الأجنبية ويطلب تنفيذه من دولة أخرى غير دولة المحكمة التي أصدرت الحكم، في حين لا تكون الدولة المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم ملزمة بقبول ذلك مالم توجد معاهدة بذلك ، [1] وتلك المواضيع هي محور القانون الدولي الخاص وما يتعلق بها وستناول هذه المواضيع بإيجاز ما أمكن.

ثانياً/ خصائص القانون الدولي الخاص

١ – القانون الدولي الخاص ممزوج بين الدولية والخصوصية. فالدولة بما لها من سيادة

(١) القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن د ممدوح عبدالكريم حافظ، ص٩، مطبعة الحكومة، ١٩٧٢م، بغداد.

هي التي تضع هذه القواعد على هيئة نصوص تشريعية تطبقها المحاكم. وعند وضعها هذه القواعد تتمتع الدولة بكل حرية في تحديد أحوال تطبيق القوانين الأجنبية.

٢- القانون الدولي الخاص ينظم علائق خاصة بين الأفراد بعضهم وبعض، خصوصاً عند اختلاف جنسياتهم وهذه المسائل تهم دولاً أجنبية عدة، اذ قد تؤثر في سيادة قوانينها على رعاياها الموجودين في الخارج.

٣ - القانون الدولي الخاص يوفق بين الحقوق المكتسبة وإقليمية القوانين والنظر في اختيار القانون الواجب التطبيق لاعتبارات العدالة فحسب دون التأثر بالعواطف الوطنية أو بالمؤثرات الأخرى(١).

٤- إنه لا يحكم العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون إلى دول متعددة وجنسيات مختلفة فحسب، بل يحكم العلاقات الخاصة بين أفراد ينتمون إلى دولة واحدة أيضاً، كعقد زواج يبرم بين يمني ويمنية في أمريكاء.

٥-له مصادر متعددة ومختلفة تتسع لتشمل ثلاثة أنواع هي: مصادر وطنية (التشريع والعرف والقضاء والمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص)، ومصادر دولية (الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والأعراف الدولية والقضاء الدولي)، ومصادر علمية(الفقه الداخلي والدولي).

---

(١) القانون الدولي الخاص، أ د/ حامد زكي ص٨٣-٨٤، مرجع سابق.

الفصل الثاني

الجنسية في القانون الدولي الخاص

المبحث الأول ماهية الجنسية، ونشأتها، وأركانها وقيود ممارستها

المطلب الأول: ماهية الجنسية ونشأتها

المطلب الثاني: أركان الجنسية

المطلب الثالث: قيود ممارسة الدولة لتنظيم الجنسية

المبحث الثاني: الجنسية وطرق اكتسابها وتعددها وسحبها واستردادها

المطلب الأول: طرق اكتساب الجنسية

المطلب الثاني: تعدد الجنسيات وسحبها واستردادها

المطلب الثالث: الجنسية في الدولة الإسلامية الأولى

المبحث الأول

ماهية الجنسية ونشأتها وأركانها وقيود ممارستها

المطلب الأول

مفهوم الجنسية

١-تعريف الجنسية:

هي "Nationalite" وتعني في لغة العرب : الضرب من كل شئ، ومن الناس، والجمع أجناس، وجنوس، ومنها المجانسة والتجنس [١].

وفي الاصطلاح القانوني الجنسية: هي أحد الخصائص التي تميز المواطن عن غيره من المواطنين، وهي عنصر من عناصر الشخصية المعترف بها قانوناً[٢]

وتعرف بأنها: رابطة قانونية وسياسية تفيد الانتماء النفسي للفرد إلى دولة معينة.

ولا تختلف الفكرة في الشريعة الإسلامية من حيث وجود رابطة روحية تربط أفراد الشعب بالدولة الإسلامية، وإن اختلف أساس وجود هذه الرابطة والآثار المترتبة عليها[٣]، والبعض عرف الجنسية بأنها: الرابطة العقدية التي تربط الدولة بكل فرد من أفرادها[٤] ، وآخرون عرف الجنسية بأنها: التبعية الحقوقية لشخص ما، أو الانتماء القانوني لشخص ما إلى السكان المكوَّنَينِ للدولة.

---

(١) المعجم الوسيط، د. إبراهيم أنيس وآخرين، ص١٨٧، مجمع اللغة العربية.

(٢) النظرية العامة للقانون،د. سمير عبد السيد، ص٧٧٢، منشأة المعارف، الإسكندرية.

(٣) مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن،أ د. محمد عبدالله محمد المؤيد، ص٢، المتفوق للطباعة والنشر،٢٠١١م، صنعاء اليمن.

(٤) موجز الحقوق الدولية الخاصة، سامي الميداني، ص٩٢.

ويمكن لنا أن نُعرِّف الجنسية بأنها: الحيز الذي يمثل مدى الانتماء الروحي، والسياسي، والقانوني، والمعنوي، بين الفرد والدولة والذي يملي حقوق وواجبات على كلٍّ منهما، والاحتفاظ بالحد الأدنى من الحقوق للأجانب بموجب المعاهدات ذات العلاقة.

٢- نشأة الجنسية وتطورها :

كانت الجنسية ضرباً من التبعية الإقطاعية في العصور الوسطى بين قطاع العاملين في الإقليم مع الإقطاعي الكبير الذي يحكم الإقليم في عصر الإقطاع الذي كان يسود أوروبا، وقسماً كبيراً من العالم [١] ، وفكرة الجنسية مع وجود الدولة، وهو مصطلح حديث العهد، كما عرفت روما التجنس وكسب الجنسية وصفة المواطن عن طريق الأصل العائلي، وكسب الجنسية اللاحق للميلاد قانوناً [٢].

ونشأت رابطة جديدة بين الفرد والدولة الإسلامية قامت على أسس جديدة راقية، وأساسها يقوم على الإيمان بالإسلام عقيدةٍ وفكرٍ تذوب فيه كلِّ أشكالِ التبعية الأخرى، بل أن الدولة الإسلامية الناشئة لم تهمل الديانات المخالفة، مثل اليهود والنصارى، فجُعلوا في عداد المواطنين، ضمن روابط وعهود وخير شاهد ما عُـرِفَ بميثاقِ المدينة.

ويتمتع الوطنيون بحقوق أوسع من الأجانب، وفي ذات الوقت يتحملون باعباء

---

(١) فقه الجنسيات ، دراسة مقارنة في الشريعة والقانون، د/ أحمد حمد أحمد، ص٢٩، ١٩٨٥م، الدوحة.

(٢) أصول القانون الدولي الخاص، د/ محمد كمال فهمي، ص٧٢، الإسكندرية.

أشد، والحقوق السياسية قاصرة على الوطنيين دون الأجانب، ونصيب الوطني أوفر في الحقوق العامة فلا يجوز أبعاده عن إقليم دولته. [١]

٣-الجنسية اليمنية:

في المادة(٤٤) من الدستور ينظم القانون الجنسية اليمنية، ولا يجوز إسقاطها عن يمني إطلاقاً، ولا يجوز سحبها ممن أكتسبها إلا وفقاً للقانون .[٢]

وكون الجنسية غالباً تثبت عند الميلاد(الجنسية الأصلية)، ولا مجال للركون إلى إرادة الفرد كونها تنظيمية بين الدولة والفرد، وتقوم بإنشائها وسن قواعد تنظيمها كونها وثيقة الصلة بكيان الدولة، فهي ركن الشعب وفق مصالحها العلياء[٣]، ويترتب على ذلك انتماء الأشخاص وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية إلى دار الإسلام أن ينعم أهل هذه الدولة، من المسلمين وغير المسلمين، بالعصمة في أنفسهم وأموالهم، فهم جميعاً آمنون بأمان الإسلام، فالمسلمون بسبب إسلامهم، والذميون بسبب عقد الذمة، وتلك أرقى مما وصلت إليه الدولة الحديثة وفقاً للرابطة القانونية. [٤]

وقد حرص المشرع اليمني على صون هذه القيم في المادة السادسة من الدستور، حيث تؤكد الدولة العمل بميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وميثاق جامعة الدول العربية، وقواعد القانون الدولي المعترف بها بصورة عامة [٥]

---

(١) القانون الدولي الخاص، أ د. أحمد عبد الحميد عشوش، ص٣،

(٢) الدستور اليمني الصادر ١٩٩٠م، المادة (٤٤)، مرجع سابق.

(٣) القانون الدولي الخاص،د. أحمد دعشوش، ص١٦،

(٤) القانون الدولي الخاص، مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن،أ د. محمد المؤيد ص ١١.

(٥) الدستور اليمني الصادر ١٩٩٠م، المادة السادسة، ص١، الجريدة الرسمية، وزارة الشؤون القانونية،

وقد أثار مفهوم فكرة الجنسية وطبيعتها جدلاً في الفقه، واكبه حركة تشريعية مستمرة، انعكست أفكارها على تشريعات الجنسية القائمة، ومصالحها المتجددة وتقوم الجنسية على رابطة الشعور الوطني بين الفرد والدولة مثل وحدة التاريخ واللغة والمصالح المصيرية [1]

(١) القانون الدولي الخاص،أ د.أحمد دعشوش ص٧.

المطلب الثاني

أركان الجنسية

الركن الأول: الدولة.

والمقصود بالدولة: أشخاص بصفة دائمة ومستقلة لإقليم واحد بظل سلطة واحدة تضمن حرية الجميع، وتنظيم شؤونهم [١] ، والدولة شخص اعتباري من أشخاص القانون العام، لها شخصيتها الدولية المعترف بها[٢]، والدولة وحدها القادرة على منح الجنسية، وهي التي تتمتع بالشخصية الدولية، فالجماعة لا يحق لها أن تصدر الجنسية، والاعتراف بالدولة لا يؤثر في وجود الدولة وحقها في تحديد ركن الشعب فيها، ولا يجوز للدولة أن تَمنح أكثر من جنسية واحدة، ولو كانت اتحادية، ومن حقِّها الانفراد في تنظيم جنسيتها، سواءً كانت هذه الدولة صغيرة أو كبيرة ، ولا يجوز للمنظمات الدولية منح الجنسية مهما كبرت مثل منظمة الأمم المتحدة، لأن هذا الحق لا يثبت إلا للدول المتمتعة بالشخصية الدولية [٣].

والجنسية الاتحادية هي التي يُعتَـرف بها وحدها كما هو الحال في الإمارات العربية المتحدة، والولايات المتحدة الأمريكية، وجمهوريات الاتحاد الروسي، وكذلك اليمن الاتحادي، فالجنسية الاتحادية هي التي يُعتَرف بها، ولا يجوز للدولة أن تمنح أكثر من

---

(١) القانون الدولي العام، د. عصام العطية، ص٩٣، دار الحكمة، ط١٩٩٨،١م، العراق.

(٢) الجنسية وأحكامها، حسن الهداوي،ص١٣ ،دار المجدلاوي،١٩٩٣م، الأردن.

(٣) الجنسية والمواطن ومركز الجانب،د. هشام علي صادق،ص٤٤-٤٦، منشأة المعارف، ١٩٧٧م، الإسكندرية.

جنسية واحدة، ولو كانت دولة اتحادية، ولكل دولة الحق في منح جنسية خاصة بها، ولو كانت صغيرة المساحة وقليلة السكان [١]

الركن الثاني: الأشخاص.

وتشمل الإنسان كشخص طبيعي، والشخص المعنوي، أو الاعتباري والأشياء، ويُعد الفرد الركن الثاني في رابطة الجنسية، إذ تهدف إلى تحديد الركن الأساسي للدولة، وهو ركن الشعب المكون من مجموعة الأفراد المنتسبين إليها، الذين يتألف منهم شعب الدولة وبالتالي، هم وحدهم الذين يمكن أن تلحقهم الجنسية[٢]، وتشمل الإنسان كشخص طبيعي ويكفي ثبوت الشخصية القانونية له، ولا يشترط توافر القدرة الإرادية، فهي تثبت للطفل غير المميَّز، وللمجنون على الرغم كونهما فاقدّيْ الإرادة[٣] ، والشخص المعنوي بصفته الفردية كطرف في رابطة الجنسية [٤]، والفرد هو الوحدة في تكوين الشعب، وليست الجماعة أو العائلة، ولا تتمتع بشخصية مستقلة، ولا يجوز من الوجهة القانونية إضفاء جنسية عليها[٥].

والشخص الاعتباري مثل الشركات، والجمعيات، والمصارف لتمييزها بين دولة وأخرى من أجل الأغراض الحقوقية وتنازع القوانين، والأشياء، كالسفن والطائرات

---

(١) الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، د/ هشام علي صادق، ج١، ص٤٤، ١٩٧٧م، الإسكندرية.

(٢) الجنسية في القانون الأردني وقوانين الدول العربية،د. رضوان إبراهيم عبيدات، ص٢١، رسالة ماجستير، ١٩٨٤م، الأردن.

(٣) الوجيز في القانون الدولي الخاص، صوفي أبو طالب،صج١، ص٨٠، ١٩٧٢م، بيروت.

(٤) الوجيز في القانون الدولي الخاص، سامية راشد وآخرون،ج١،ص٤٦، دار النهضة، ١٩٩٦م، القاهرة.

(٥) أحكام القانون الدولي الخاص ،حامد سلطان، ص٣٣،دار النهضة، ١٩٨٦م، القاهرة.

نظراً لأهميتها وبموجب اتفاقية جنيف لتنظيم البحار ١٩٥٨م ، كون السفينة مسجلة في تلك الدولة، تعتبر صالحة للملاحة البحرية، وأنها قد أستوفت الضمانات ووسائل الأمن الضرورية كافّة، وذلك بعهدة دولة العّلم ومسؤليتها.

وفي ذلك فائدة عالمية وقت السلم والحرب، إذ أن ذلك يحدد هويتها باعتبارها تابعة لدولة صديقة أو عدوة، أو محائدة ، وكذلك في حالة تنازع القوانين. (١)

الركن الثالث: ترتيب حقوق والتزامات متبادلة" العلاقة المتبادلة"

والعلاقة المتبادلة تعكس فكرة ارتباط قانوني بين شخصين مستقلين، (٢) ولكن فقد اختلف الفقه حول تلك الرابطة.

هناك من يرى أنَّها علاقة ملزمة بين الفرد والدولة، إذ أن الجنسية عقد ثنائي الطرف، ومتبادل بين الفرد والدولة، كالتزام الدفاع عن الوطن في الداخل والخارج، ومنحه حقوقاً مدنية وسياسية، والتزام المواطن بالمقابل باحترام القوانين والأنظمة، والمساهمة في التكاليف العامة، وأساس هذه النظرية " العقد الاجتماعي" إذ أقام " روسو" أساس الدولة أو المجتمع على عقد تنازل فيه الأفراد عن حريتهم الطبيعية لقاء حصولهم على الحماية والرعاية (٣).

ويرى جانب آخر من الفقه أن رابطة الجنسية تنتج عن عقد، لا يقوم بين الأفراد والدولة، بل بين الأفراد المكونين للدولة، وهو يشبه إلى حد بعيد عقد الشركة

---

(١) مبادئ القانون الدولي العام،محمد حافظ غانم ص٣٤،

(٢) الجنسية وأحكامها،حسن الهداوي، ص١٧، مرجع سابق.

(٣) القانون الدولي العام، د. عصام العطية، ص١٠١، مرجع سابق.

المساهمة، فالدولة ماهي إلا شركة، وأن رعاياها هم أعضاء فيها، فالفرد عضواً في الدولة وأن اختلفت من حيث الهدف، إلا أنها تتفق معها في الشكل العام، ولمواطني الدولة حقوق والتزامات كما للمساهمين في الشركة.

أن الجنسية رابطة قانونية بين الفرد والدولة، وترتكز على اعتبارات سياسية واجتماعية، فإنه ينتج من ذلك ترتيب حقوق والتزامات على كل طرف، فمن يحصل على الجنسية يحصل على صفة المواطنة وحده له حق ممارسة الحريات الأساسية، وحق التمتع بالحماية الدَّبلوماسيَّة لشخصه وأمواله، وفي حالة وجوده في دولة أجنبية، كما يتحمل بعض التكاليف كالخدمة العسكرية، والالتزامات المالية واحترام القوانين. [1]

(١) القانون الدولي الخاص، غالب الداودي،ص ٦٢،دار الحرية،١٩٧٦م، العراق.

المطلب الثالث

قيود ممارسة الدولة لتنظيم الجنسية

يجب على الدولة عند ممارسة حق تنظيم الجنسية، عدم تجاهل المبادئ الدولية لتنظيم الجنسية، أو القيود الدولية لتنظيم الجنسية، والمعاهدات الدولية [١]

منها " لكل دولة الحق في أن تحدد بمقتضى تشريع يصدر منها من هم رعاياها، [٢] وقبل ذلك فالجنسية في القانون الدولي الإسلامي يخضع لمبادئ الشريعة الإسلامية منها، عدم تعارض أي قيد مع النصوص القطعية، على أساس العقيدة العالمية التي لا تقبل الحواجز

اولاً/القيود المقررة لمصلحة الأفراد.

إذا كانت الجنسية علاقة تنظيمية بين الفرد والدولة، تُنشِئُ الأخيرة بإرادتها المركز القانوني للوطني، ليشغله كل من تتوافر فيه الشروط المقررة، كما تستطيع تعديل هذه الشروط حسبما تقضي بذلك مصلحتها العليا، وينحصر دور الفرد في الدخول إلى هذا المركز القانوني إذا ما تحققت فيه الشروط، فإن ذلك لا ينفي أهمية الجنسية بالنسبة للأفراد، كما لا يقتضي إهدار إرادة الفرد في مادة الجنسية، بل يتعين إفساح المجال لها في تنظيم قواعد الجنسية على الوجه الذي تراه محققاً لمصالحها، [٣] والجنسية حق للفرد متى حقق الشروط، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق الذي يخوله حق العيش الكريم

---

(١) القانون الدولي الخاص، أ د. أحمد دعشوش، ص٣٠، مرجع سابق.

(٢) معاهدة لاهاي ١٢/ ٤/ ١٩٣٠م والخاصة بتنازع القوانين.

(٣) القانون الدولي الخاص، أ د. محمد عبدالله محمد المؤيد،ص ٢٦، مرجع سابق.

بحرية تامة تكفل له حرية التملك والتنقل وحقوقه الإنسانية كافة [١]، لذلك اتجه الفقه الدولي مؤيداً بمجهودات الهيئات الدولية، إلى تقرير مبدأ ضرورة الجنسية بالنسبة للفرد، وقد توجت هذه الجهود بإصدار وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان – في شكل توصية – من الجمعية

العامة للأمم المتحدة سنة ١٩٤٨م، وسجلت المادة (١٥) منها على "أن لكل فرد الحق في جنسية واحدة، ولا يجوز حرمانه من تغييرها، أو تجريده منها بطريقة تحكمية،[٢] ويجب أن يكون لكل فرد في المجتمع البشري جنسية منذ ولادته جنسية معينة، [٣] وبذلك تساوي حق الفرد في الجنسية مع باقي حقوق الإنسان مثل الحق في الحياة، والحق في الحرية، والحق في المساواة أمام القانون وغيرها من الحقوق الأساسية، وهو ما دعا بعض الفقهاء إلى القول بأن حق الفرد في الجنسية من الحقوق المقررة في القانون الطبيعي، ويتعين على القوانين الوضعية تقنينها، وتنظيمها باعتبارها إحدى الحريات العامة، وهو حرية الجنسية، ومع ذلك فإن حرية الفرد في الجنسية ليست لها صفة الإلزام بالنسبة للدول، فهي لا تعدو أن تكون قواعد مثالية استرشادية عند سن قوانين الجنسية دون أن تكون الدولة مجبرة على احترامها، لذلك أن إعلان حقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لا يعدو أن يكون توصية لا تحمل إلا قيمة أدبية.

---

(١) الجنسية في الشريعة الإسلامية، د. رحيّل غرايبة، ص٣٠، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، ٢٠١١م، بيروت.

(٢) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر١٩٤٨م، المادة ١٥.

(٣) القانون الدولي الخاص، في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية، مسلم ج١، ص ٩٦،

ثانياً/ حق الفرد في الجنسية:

إذا سلمنا أن للفرد الحق في الجنسية، فإن هذا الحق يظل يستمد شروط اكتسابه من القانون الداخلي الذي تسنه كل دولة، كما أسلفنا فإن الجنسية علاقة تنظيمية بين الفرد والدولة، تستأثر بوضع شروطها، ويقتصر دور الفرد في اكتسابها عندما يتوافر بشأنه شروطها، ولكن ليس له الحق في إنشائها، فإذا ما ثبتت الجنسية للفرد، فإنه يعترف له بالتمسك بها والدفاع عنها، وكثيراً ما تعني القوانين بكفالة تقديم الوسائل القضائية للفرد للدفاع عن حقه في الجنسية.

وهناك قيود متعارف عليها غير اتفاقية [١]، ومع التسليم للفرد بالحق الذاتي في الجنسية، فإن هذا الحق يظل مقيداً بمبدأ عدم جواز تمتع الفرد بأكثر من جنسية، لما في ذلك من إخلال بسلامة توزيع الأفراد بين الدول المختلفة، وصعوبة تحديد القانون الذي يحكم العلاقات التي طرفها شخص متعدد الجنسيات، فضلاً عن أن السماح بتعدد الجنسيات، يهدم فكرة الولاء للدولة وهي الأساس الذي تبني عليه الجنسية. وضرورة وحدة الجنسية: أي أنْ لا يحمل الفرد الواحد أكثر من جنسية واحدة، بمعنى أن لا ينتسب انتساباً كاملاً إلا إلى دولة واحدة [٢]

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص، أبو طالب، ج١، ص٨٧ مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص في القانون الدولي وفي الشريعة الإسلامية،د. أحمد مسلم، ج١،ص٩٦، مرجع سابق.

ثالثاً/ - عدم جواز فرض الجنسية على الفرد بطريقة تحكمية:

قد تكتسب الجنسية بطريقة أصلية، وهي الجنسية التي تفرض على الشخص بقوة القانون فور ميلاده ودون اعتداد بإرادته، وهي تؤسس إما على حق الدم الأصلي أو الثانوي، وإما على حق الإقليم على النحو الذي سوف نعرض له، وإلى جانب ذلك قد تكون هناك أسباب طارئة لكسب الجنسية تتوافر، أو تكتمل في تاريخ لاحق على الميلاد، وتسمى الجنسية في هذه الحالة بالجنسية المكتسبة أو الطارئة، ويختلف دور إرادة الفرد فيها، فقد تتوقف على طلب من الراغب فيها، مع منح الدولة سلطة تقديرية في منحها أو منعها، ومثال ذلك التجنس، وقد تعرض على الشخص ويترك له حرية طلبها من عدمه، وقد يحدد له فترة يظهر فيها التعبير عن إرادته في اكتسابها، أو يمنح الجنسية مع تخويله حق ردها خلال فترة معينة، وكذلك الصور المختلفة لاكتساب الزوجة الأجنبية للجنسية نتيجة زواجها من وطني، وإن إباحة الخروج من الجنسية مبدأ دولي حديث ومن جهة ثانية فإنّ الفقه الدولي ينكر فرض الجنسية على الكبار [1] وإذا كانت الجنسية الأصلية تفرضها الدولة دون اعتداد بإرادة الفرد لحداثة ميلاده وغياب إرادته، بيد أنه يظل على الدولة مراعاة أسباب كسب الجنسية الأصلية المألوفة بين الدول، والتي تؤسس إما على حق الدم، وإما على حق الإقليم، دون انحراف منها عن مبادئ كسب الجنسية المعترف بها بين

(١) القانون الدولي الخاص في القانون الدولي والشريعة الإسلامية، د.أحمد مسلم، ج١،ص٩٩، مرجع سابق.

الدول، كذلك لما كانت أسس اكتساب الجنسية الأصلية يضعها المشرع الـوطني في كل دولة، الأمر الذي قد يؤدي إلى ميلاد شخص متعدد الجنسية، فـإن علـى المشرع أن يترك لهذا الشخص عند اكتمال أهليته الحق في التعبير عن إرادته واحترامها لدفع هذا التعدد، أما بالنسبة للجنسية المكتسبة، فإنه من المستقر وجوب إفساح المجال للفرد للتعبير عن إرادته، فلا تفرض عليه الجنسية الطارئة دون أن يعلن عن رغبته فيطلبها أو ردها عند فرضها، وعندما تتقدم إرادة الدولة على إرادة الفرد، مبدأ الولاء الدائم الذي راج قديماً في بعـض الـدول وبـصفة خاصة بريطانيا، تطور الفكر القانوني نحو السماح للفرد بتغيير جنسيته، غدت الجنسية تتأسس على فكرة الولاء السياسي الناجم عن التوطن (وهو حـال الدول الانجلوسكسونية)، أو الناجم عن الاندماج الروحي والتناسل عن شـخص يحمل جنسية الدولة (وهو حال الدول العربية وغالبية القارة الأوروبية).

والاعتراف للفرد بالحق في تغيير جنسيته، يقيده ما تضعه الدولـة مـن نصوص للاستيثاق من وفائه بالتزاماته، وأداء للأعباء العامة المفروضـة علـى الوطنيين مثل الخدمة العسكرية، وقد تضمنت المادة (١٥) من الإعلان العـالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨م النص على حق الفرد في تغيير جنسيته عندما قررت"... ولا يجوز حرمانه (أي الفرد) من حقه في تغيير جنسيته، وبطبيعة الحال، فإن الخروج من جنسية الدولة، لا يؤدي إلـى اكتـساب جنسية الدولة الجديدة، إلا إذا توافر في الشخص الشروط التي تـضعها الدولـة لاكتساب جنسيتها.

حملت هذه القاعدة الفقرة الأخيرة من المادة (١٥) من وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حيث نصت"... لا يجوز تجريده منها بطريقة تحكمية.." ومفاد ذلك، أن من حق كل فرد، ألا يحرم من الجنسية بطريقة تعسفية، فلا يحق للدولة – في الأصل – أن تجرد الفرد من جنسيته ـــ إسقاطاً أو سحباً ـــ بطريقة تعسفية، لأن الجنسية عنصر هام من عناصر حالته المدنية يمس شخصيته القانونية، كما أن الأفراد موزعون توزيعاً بين مختلف دول العائلة الدولية، لذلك فإن تجريده من جنسيته يمس مصلحة جوهرية للفرد في أن يظل يتبع دولة معينة، وإذا كانت القوانين الوضعية لا تزال تعترف للدولة بالحق في تجريد الشخص من جنسيته على سبيل العقوبة، فإن غالبية الفقه لا ينظر نظرة ارتياح لإسقاط الجنسية، ويدعو إلى التضييق من ممارسة الدولة لهذا الحق وحصر لها في أضيق نطاق، ووضع الضوابط التي تحول دون انحراف الدولة في استعماله، ومع ذلك فإن التجاء الدولة إلى إسقاط الجنسية يكون مبرراً عندما يعوزها جزاء آخر، وفي الحالات التي يهدم فيها الجرم الأساس الجوهري للجنسية، ومثال ذلك ارتكاب جريمة الخيانة العظمى التي تكشف عن عدم الولاء للوطن، وفي الحالات التي يكون الشخص قد اكتسب فيها الجنسية بطريق الغش، كما يصرح الفقه بإمكان التجريد من الجنسية تفادياً لظاهرة تعدد الجنسيات، مثل حالات اكتساب الزوجة الوطنية جنسية زوجها الأجنبي، واكتساب الأولاد القصر جنسية أبيهم المتجنس بجنسية أجنبية، ومع ذلك تبيح القوانين لهاتين الطائفتين استرداد جنسيتهم السابقة بعد انقضاء رابطة الزوجية، أو بلوغ القاصر

سن الرشد، بعد أن يفصحوا عن إرادتهم ورغبتهم في ذلك، ولا ريب أنه في مثل هذه الصور تنتفي فكرة تعسف الدولة في تجريد الشخص من جنسيته.

رابعاً/القيود المقررة لمصلحة الدول الأخرى.

إن كانت الجنسية تهم النظام الداخلي في الدولة، باعتبارها النظام القانوني الذي يتحدد به ركن الشعب، وبالتالي تسهم في تأسيس كيان الدولة، الأمر الذي ترك معه لكل دولة حرية بناء شعبها وإضفاء الصفة الوطنية، وهو ما انعقد عليه إجماع الفقه، وأعلته الهيئات العلمية الدولية، واستجابت له محكمة العدل الدولية الدائمة فيما قدمته من فتاوى استشارية، على النحو الذي عرضنا له.

بيد أنه – ومن جانب آخر – فإن الجنسية تهم النظام الدولي، ذلك أنها أداة توزيع الأفراد توزيعاً دولياً، وإطلاق حريتها في هذا المجال قد يقود إلى تعارض في المصالح الأساسية لمختلف الدول، واضطراب في توزيع الجنسيات، وآثار تتعلق بتعدد الجنسيات وانعدامها. ومن ثم، فإن إطلاق هذه الحرية يثير منازعات بين الدول، وهو ما دعا إلى بعض التقييد من حرية الدولة في هذا المجال، تواتر الشرح على تقسيمها إلى قيود اتفاقية وغير اتفاقية.

١- القيود الاتفاقية.

لا ريب أنه يجوز للدولة أن تحد من حريتها في تنظيم الجنسية بما تبرمه من اتفاقيات دولية، فتغدو حريتها مقيدة في هذا المجال بقاعدة من قواعد القانون الدولي، التي تقضي باحترامها تعهداتها أو اتفاقياتها الدولية، فإذا ما أبرمت الدولة(أ) اتفاقاً دولياً

مع الدولة (ب)، يقضي بأن يتمتع رعايا الدولة (أ) بجنسيتها رغم ميلادهم على إقليم الدولة (ب)، فإنه يتعين على كلا الدولتين إعمال هذا الاتفاق وإنفاذه، وهذا المعنى صاغته المادة الأولى من اتفاقية لاهاي المبرمة في ١٣ مارس ١٩٣٠م، في شأن تنازع القوانين في الجنسية، والتي أعدها مؤتمر تقنين القانون الدولي، وأوردت أن حرية الدولة في مسائل الجنسية تتقيد بالاتفاقيات الدولية، والعرف الدولي، والمبادئ المعترف بها عادة في مادة الجنسية.

كما أكد ذات المعنى الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الدائمة، حيث قررت بأن الاختصاص التشريعي لكل دولة في تنظيم الجنسية، يحد من إطلاقه كافة الارتباطات الدولية التي تتعهد بها في مواجهة غيرها من الدول، وقد استجابت غالبية قوانين الجنسية للخضوع لهذا القيد مقررة العمل بأحكام جميع المعاهدات، والاتفاقات الدولية الخاصة بالجنسية التي أبرمتها مع الدول الأجنبية، ولو خالفت أحكام قانون الجنسية فيها.

٢- القيود غير الاتفاقية.

يتضح الأمر بالنسبة للقيود غير الاتفاقية، على خلاف الحال بالنسبة للقيود الاتفاقية التي يرجع الإلزام فيها إلى إرادة الدول، فإن كان هناك ثمة قيود غير اتفاقية، فما هو مصدرها؟

اتجه جانب من الفقه إلى القول، بأن حرية الدولة في تنظيم جنسيتها لا يرد على قيد إلا ما يمليه القانون الطبيعي، ولا يخفى أن قواعد القانون الدولي الطبيعي لا تحمل

معنى الإلزام، كما أنه رغم التسليم بها، فإن مضمونها وتحديده مازال أمر غير متفق عليه، وجلها أمور تتعلق – عموماً- بمشكلة القانون الدولي العام.

واتجه جانب آخر من الفقه، إلى القول بأن حرية الدولة في تنظيم جنسيتها، مقيدة – ليس فقط – بقواعد القانون الدولي الطبيعي، إنما أيضاً بقواعد القانون الدولي الوضعي، وسلموا بأن هذه القواعد الأخيرة ما زالت محدودة، وساقوا عدة أعراف دولية تتضمن مبادئ معترف بها في الحياة الدولية، أطلقوا عليه الحد الأدنى لمبادئ القانون الدولي المعترف بها في مادة الجنسية على الدولة واجب مراعاتها وتضمينها وتشريعاتها، وهذه النظرة هي التي جملتها اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في الجنسية التي أعدها مؤتمر تقنين القانون الدولي في ١٣ مارس ١٩٣٠م، والتي قضت بأن حرية الدولة في جنسيتها مقيدة بالاتفاقات الدولية، والعرف الدولي، ومبادئ القانون الدولي المعترف بها في مادة الجنسية.

بيد أن تقضي هذه المبادئ لا يكشف إلا على القليل منها، الأمر الذي دعا بعض الفقهاء إلى القول بأنه من المتعذر إقامة نظرية عامة في الجنسية تصدق على جميع الدول، ويرتاح المشرع في كل دولة للاستجابة إليها.

ومن الأمثلة التي استقر عليها الرأي، تلك الخاصة بعدم جواز إخضاع أبناء ممثلي البعثات الدبلوماسية الأجنبية لقاعدة كسب الجنسية على أساس حق الإقليم، وكذلك عدم جواز قيام الدولة بفرض جنسيتها على رعايا دولة أخرى لم يتوطنوا فيها، أو لم يولدوا على إقليمها، وأيضاً لا يحق للدولة فرض جنسيتها خلافاً للأسس

المتعارف عليها، وهما حق الدم وحق الإقليم، فلا يجوز لها فرض جنسيتها على رعايا دولة أخرى بدعوى انتمائهم إلى ذات الجنس أو الدين أو اللغة السائدة فيها، فيحظر على المانيا – مثلاً – فرض جنسيتها على أبناء سويسرا المتحدثين بالألمانية، فضلاً عن ذلك لا يحق للدولة أن تدخل فرداً في جنسية دولة أخرى، خلافاً لما يقضي به تشريع الدولة الأخيرة، ومثال ذلك إذا نص تشريع دولة على دخول المرأة في جنسية زوجها الأجنبي عند الزواج منه، كذلك استقر الرأي على صورة الاعتداد بإرادة الفرد عند منح الجنسية المكتسبة أو الطارئة (اللاحقة).

وكذا وجوب مراعاة مبادئ حسن النية في علاقات الدولة مع الدول الأخرى عند وضع قواعد الجنسية، فلا يجوز للدولة المتحاربة – مثلاً – أن تسقط الجنسية عن بعض رعاياها، كي تمكنهم الإفلات من معاملتهم معاملة الأعداء في الدول الأخرى.

خلاصة القول، وتأسيساً على كل ما تقدم، يمكننا القول، بأنه إذا كانت الدولة تتمتع بحرية تنظيم جنسيتها، بيد أن هذه الحرية غير طليقة، إنما يحد منها ويقيدها ما تبرمه الدولة من اتفاقات دولية، وما يحمله القانون الدولي الطبيعي والقانون الدولي الوضعي من قواعد ومبادئ، وإن كانت هذه القيود لا تزال محدودة.

المبحث الثاني

الجنسية، وطرق اكتسابها، وتعددها، وسحبها واستردادها

المطلب الأول

طرق اكتساب الجنسية

تقف الجنسية كشق الرحى بين النظامين الداخلي والدولي، تخضع في تنظيمها وتتأثر بالنظام الداخلي، وتتقيد وتؤثر في النظام الدولي، والجنسية بوصفها نظام قانوني يحدد ركن الشعب في الدولة، فإنها تخضع من حيث تنظيمها فرضاً، واكتساباً،وتجريداً ، وعودة إليها بسلطان المشرع الوطني مستهدفاً في ذلك بمصالحه الوطنية، وإنفاداً لمبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية، ويتقيد في ذلك وبقدر محدود بقواعد القانون الدولي [١]، وهو قانون يتعدى الحدود الإقليمية للدولة دون أن يرقى إلى تنظيم علاقات أشخاص القانون الدولي، وهو ما يسمى القانون الدولي الخاص ولنا أن نعرض كيفية اكتسابها فيما يأتي

أولاً /مفهوم الجنسية الأصلية:

هي تلك الجنسية التي تَثبت للإنسان لحظة الولادة للمرة الأولى استناداً لحق شرعي[٢] وسميت أصلية لأنها تلحق الشخص عند اتصاله بالحياة [٣]، بصرف النظر عن أساس منحها، فقد يكون بناءً على حق الدم، الإقليم كأحد الأسس من قبل

---

(١) القانون الدولي الخاص،أ د.أحمد دعشوش، ص٤٠، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص، ممدوح عبدالكريم حافظ،ص٥٢، دار الحرية، ١٩٧٧م، العراق.

(٣) الجنسية ومركز الأجانب، د. عبدالمنعم زمزم، ص١٨٩، دار النهضة، ٢٠١١م،القاهرة.

الدولة لمنح جنسيتها للأفراد لها، [١] وهي تثبت للفرد استناداً إلى رابطة البنوة، ولا عبرة لمكان الولادة سواءً كانت قد حصلت في دولة الفرد أو خارجها [٢]

وقد أطلق عليها البعض هذا الوصف حملاً على أنه جنسية الأصل العائلي؛ أي جنسية النسب أو الأصل الإقليمي، والبعض يطلق عليها الجنسية المفروضة، حملاً على أن الطفل ليس له إرادة في إختيارها وأن الدولة هي التي تمنحها لحظة ميلاده [٣].

وكان مدلول الدم قاصراً على نسب الولد لأبيه، إلا أنه صار يتسع لنسبه لأمه عند تخلف النسب للوالد، كما لو كان الأب مجهولاً، أو لم يثبت نسب المولود له قانوناً أو عديم الجنسية أو مجهولها، حيث تمنح الدولة هذه الجنسية على وجه الإستثناء ولمبررات إنسانية [٤]

واتجه جانب من الفقه في تعريف الجنسية الأصلية إلى القول، بأنها انتساب الفرد قانوناً للشعب المكون للدولة [٥]. وهناك أساسان لاكتساب الجنسية الأصلية هما حقُّ الدم وحقُّ الإقليم.

---

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامها في في القانون العراقي، د. جابر إبراهيم الراوي، ص١٤٢، ١٩٧٦م .

(٢) شرح قانون الجنسية، قصي محمد العيون ، ص٥٧،دار الثقافة للنشر،٢٠٠٩م، الأردن.

(٣) القانون الدولي الخاص وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن، أ د. محمد عبدالله المؤيد،ص٥٦، مرجع سابق.

(٤) الجنسية والقومية في تشريعات الدول العربية،د. سعيد البستاني، ص٥٧، منشورات الحلبي،ط١،٢٠٠٣م، بيروت.

(٥) القانون الدولي الخاص، أ د. أحمد دعشوش،ص٦، مرجع سابق.

أولاً/ حقُّ الدم [١]

أي أن الفرد يستحقّ الجنسية بسبب الأصل العائلي، وفي الغالب تثبت للفرد بسبب البُنُوة الشرعية، وليس مهماً مكان الولادة، وتُمنح له لحظة الولادة، والسبب الحقيقي لمنح هذه الجنسية أنّ الفرد يبقى متعلقاً بأرض آبائه وأجداده، ويفترض فيه الولاء لدولة الأب، وهذه الجنسية تنتقل من جيل إلى جيل، وهذا ما عليه حال منح الجنسية في غالب البلدان الحاضرة، والنسبة العظمى من الشعوب تحصل على الجنسيّة بهذا الحقّ [٢] ومقتضى هذا المعيار هو الأقدم استخداماً من الناحية التاريخية، وقد تناولته مختلف التشريعات [٣]

جنسية الميلاد، أو الجنسية الأصلية لليمنيون.

بموجب التشريع اليمني لقانون الجنسية لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته، مادة"٢" اليمنيون هم: المتوطنون في اليمن، الذين مضت على إقامتهم العادية فيه خمسون سنة ميلادية على الأقل عند نفاذ هذا القانون، وتعتبر إقامة الأصول مكملة لإقامة الفروع والزوجة متى كانت لديهم نية التوطن[٤]. يتطلب ثبوتها طبقاً لنص المادة الثانية من

---

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص، د. عبدالمنعم رياض، ص٣٢، مكتبة النهضة ، ١٩٤٣م، القاهرة.

(٢) الجنسية في الشريعة الإسلامية، رحيّل غرايبة، ص٨٠، الشبكة العربية للأبحاث،

(٣) على سبيل المثال: قانون الجنسية اللبناني الصادر سنة ١٩٢٥م المادة "١" يعد لبنانياً كل شخص مولود من اب لبناني، وفي القانون السوري المرسوم التشريعي رقم"٦٧" لسنة ١٩٦١م المادة "٣" يعتبر عربياً سورياً حكماً: "أ" من ولد في القطر أو خارجه من والد سوري. من ولد في القطر من أم عربية سورية ولم تثبت نسبته إلى أبيه قانوناً ، وأيضاً قانون الجنسية المصري لسنة ١٩٧٥م المادة "٢/ ١" يكون مصري من ولد لأب مصري.

(٤) قانون الجنسية اليمني لعام ١٩٩٠م وتعديلاته المادة " الثانية" بعد اندماج شطري اليمن في دولة الوحدة اليمنية بعد سلسلة من قوانين الجنسية في الجمهوريتين ففي جمهورية اليمن الجنوبية الشعبية صدر قانون ١٩٦٨م

تشريع الجنسية اليمنية هذه الضوابط:

١-الانتساب إلى أب يحمل الجنسية اليمنية ويذهب المقنن اليمني- في تأسيس الجنسية الأصلية- كما هو شأن غيره من مقنني الدولة العريقة الحريصة على تحقيق وحدة التجانس بين أفراد شعبها على أساس ما يقال له (حق الدم).

٢- التوطن في اليمن مدة خمسون سنة ميلادية والاستقرار فيه قبل عام١٩٤٠م.

٣-المحافظة على الإقامة في اليمن حتى أغسطس ١٩٩٠م ومقتضى هذا الشرط أن يكون قاطني الإقليم اليمني قد بدأ توطنه قبل ٢٦/ ٨/ ١٩٤٠م

٤- انتساب الولد إلى الأب اليمني قانوناً[١]

وفي شقها الثاني " المادة الثانية" يقصد بالزوجة ذات الأصل الأجنبي بشكل ثانوي، والأولاد ممن تتوفر في شأنهم شروط كسب الجنسية اليمنية بوصفها جنسية الأساس بقوة القانون في الجنسية، ولم يخرج تشريع الجنسية اليمني من مبدأ القانون الدولي الذي يستلزم من الدولة أن تعتد بإرادة الفرد لدى إدخاله في جنسيتها في نص المادة الثانية [٢]

ثم الغي بقانون الجنسية ١٩٧٠م وورد في المادة "الخامسة" تحت بند الجنسية بالميلاد: يعتبر يمنياً بحكم الميلاد" كل شخص اب يمني ولد في اليمن الطبيعية أو خارجها قبل أو بعد التاريخ المحدد. ثم صدرت قوانين أخرى في الشطرين أخرها قانون جنسية الوحدة وتعديلاته.

(١) القانون الدولي الخاص" أحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن" أ د. محمد المؤيد، ص٦١-٦٣، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص، مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن، أ د. محمد المؤيد،ص٧٢-٧٣.

جنسية التأسيس المصرية ترجع إلى ٥/ ١١/ ١٩١٤م وقد عالج المشرع المصري مشكلة تأسيس الجنسية المصرية بعدة قوانين متعاقبة بدأت عام ١٩٢٦م، وانتهت بقانون ١٩٧٥م، فبالنسبة للحالة التي استحدثها قانون ١٩٥٦م، فالعبرة بحالة الأولاد في ١٨ سبتمبر سنة ١٩٥٠م، فمن ولد منهم قبل هذا التاريخ الأخير، أكتسب جنسية التأسيس المصرية تبعاً لأبيه، أما من ولد منهم بعد هذا التاريخ فإنه يكتسب الجنسية المصرية بناء على حق الدم [١] ويكتسب الأولاد القصر جنسية أبيهم، سواءً في ذلك جنسية التأسيس التي ثبتت بقوة القانون، أم بناءً على طلب على أن يحدد سن الراشد طبقاً لأحكام القانون المصري [٢].

والجنسية الأصلية المصرية أساسها على حق الدم " الدم الأصلي" بموجب القانون لسنة ١٩٧٥م الفقرة الثانية من القانون " بقولها يكون مصرياً " من ولد لأب مصري"[٣]، وتقرر هذه الفقرة ثبوت جنسية الأب لولده. ويتم ذلك بقوة القانون فور الولادة، ويطلب تمتع الأب بالجنسية المصرية وقت الولادة ، وثبوت النسب للولد.

وفي التشريع اليمني للجنسية المادة "٣" لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته.

١/ أ- من ولد لأب أو أم يتمتع أي منهما بالجنسية اليمنية داخل أو خارج الجمهورية.

---

(١) القانون الدولي الخاص، أ د. أحمد دعشوش،ص٨٢، مرجع سابق.

(٢) قانون الجنسية المصري ١٩٥٠م، المادة"٢٣" وقانون ١٩٧٥م، المادة"٢٣" وقانون ١٩٥٦م، المادة "٢٧".

(٣) القانون المصري رقم ٢٦، لسنة ١٩٧٥م، المادة الثانية، الفقرة الأولى.

ومؤدى ذلك أنه يعد حاملاً للجنسية الأصلية من يولد لأب دخل في هذه الجنسية دخولاً لاحقاً على مولده، وليس لحق الدم بمعنى الميلاد لأب من أصل وطني، فالمقنن لم يفرق هنا خلافاً لما هو مقرر في بعض التشريعات، بين ما إذا كان الأب من الوطنيين الأصلاء، أو الدخلاء، والعبرة أن الأب حائزاً للصفة اليمنية وثبوت النسب قانوناً، وعند قيام نزاع بشأنه وكان الولد أجنبياً التساؤل عما إذا كان القانون اليمني أو القانون الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد اليمنية بالنسب الشرعي من تنازع القوانين [1] تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن، إذا كانت الدعوى بشأن نسب الصغير، أو الولاية على نفسه متى كان مقيماً في اليمن، وإذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان القانون اليمنى هو الواجب التطبيق في الدعوى.

إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركات وكانت التركة قد بدأ في تقسيمها في اليمن أو كان المورث يمنياً، أو كانت أموال التركة كلها، أو بعضها في اليمن [2]، وعند ثبوت شرط النسب يثبت وصف له الجنسية الأصلية، حتى وأن حصل عليها في تاريخ لاحق للميلاد.

ذلك أن لثبوت النسب أثراً رجعياً، وهو أمر يتقدَّم في درجة أهميتة والعمل على اتقاء ظاهرة إزدواج الجنسية، ويبدو أن المقنن اليمني أخذ بحق الدم، وقد راعى عدم

---

(١) القانون الدولي الخاص، " مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن ، أ د. محمد عبدالله المؤيد، ص٧٦.

(٢) قانون المرافعات اليمني، رقم"٤" سنة ٢٠٠٢م المادة "٨٠"

الاعتداد بمكان ميلاد الولد، فكل من يولد لأب حامل للجنسية اليمنية يعد يمنياً، سواءً وقع الميلاد داخل اليمن أو خارجه [1]

ب- يكون لمن ولد لأم يمنية، وأب أجنبي قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يعلن الوزير برغبته في التمتع بالجنسية اليمنية خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ سريان هذا القانون، ويعتبر يمنياً بصدور قرار من الوزير، أو بإنقضاء مدة سنة من تاريخ الإعلان، دون صدور قرار مسبب بالرفض.

ج- يترتب على تمتع من ولد لأم يمنية وأب أجنبي من زواج شرعي قبل تاريخ العمل بالقانون بالجنسية اليمنية وفقاً لأحكام الفقرة "ب" من هذه المادة تمتع أولاد القصر فقط بهذه الجنسية بطريق التبعية.

د- يكون لمن ثبت له جنسية أجنبية إلى جانب الجنسية اليمنية إعمالاً للفقرة "أ" من هذه المادة إعلان الوزير برغبته في التخلي عن الجنسية اليمنية خلال سنة من بلوغه سن الرشد، ويكون إعلان هذه الرغبة بالنسبة للقاصر من الأب أو الأم، وفي حالة عدم وجودهما فيكون الإعلان ممن يتولى القوامة، وتحدد اللائحة التنفيذية الإجراءات التي تتبع في تنفيذ أحكام هذه الفقرة.

٢- ولد في اليمن من والدين مجهولين، ويعتبر المولود الذي يُعثر عليه في اليمن مولوداً فيها، مالم يقم الدليل على خلاف ذلك.

---

(١) القانون الدولي الخاص، أ د. محمد عبدالله المؤيد،ص

٣- من كان يحمل الجنسية اليمنية من المغتربين حين مغادرته أراضي الوطن، ولم يتخلَ عن هذه الجنسية وفقاً للقانون، وبناءً على طلب صريح منه، ولو اكتسب جنسية البلاد التي يقطنها بمفروض قوانينها [١].

والجنسية الأصلية في قانون الجنسية الجزائري المادة (٦) يعتبر جزائري الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية [٢]، وفي القانون الجنسية السوداني لعام ١٩٩٤م المادة "٤" يكون الشخص سودانياً بالميلاد إذا توفرت فيه الشروط الآتية:- (أ) إذا كان قد حصل على جنسية سوداني بالميلاد، (ب) (أولاً): أن يكون قد ولد في السودان أو أن يكون والده قد ولد في السودان، (ثانياً): أن يكون عند سريان هذا القانون مقيماً بالسودان، وكان هو أو أصوله من جهة الأب مقيمين به منذ أول يناير سنة ١٩٥٦، "ج" (أولاً): إذا كان الشخص ووالده غير مولودين في السودان، فيجوز لذلك الشخص متى استوفى مقتضيات الفقرة "ب" (ثانياً)، أن يتقدم بطلب للوزير لمنحه الجنسية السودانية بالميلاد. "٢" يكون الشخص المولود بعد سريان هذا القانون سودانياً بالميلاد وقت ميلاده. "٣" يكون الشخص الذي يولد لأبوين سودانيين بالتجنس سودانياً بالميلاد إذا، كان الأبوان قد حصلا على الجنسية السودانية بالتجنس قبل ميلاده.

---

(١) المادة الثالثة من قانون الجنسية رقم"٦" لسنة ١٩٩٠م والمعدلة بقانون رقم"٢٥" لسنة ٢٠١٠م، المنشور في الجريدة الرسمية لسنة ٢٠١٠م. العدد"٢٢"ط٣، وزارة الشؤون القانونية، ٢٠١٢، ص٢-٣.اليمن.

(٢) قانون الجنسية الجزائري لعام ١٩٧٠م وتعديلاته، المادة "٦".

والمادة (٥) يعتبر سودانياً بالميلاد، حتى يثبت العكس، الشخص القاصر الذي وجد أو يوجد مهجوراً من والدين مجهولين.

ثانياً/حق الإقليم:

ويقصد بالإقليم لغايات منح الجنسية المعنى المتعارف عليه لدى فقهاء القانون الدولي العام، ويشمل على العناصر الثلاثة الإقليم البري، والبحري، والجوي [١].

والجنسية الأصلية تُمنح إلى كلّ من يولد فوق إقليم الدولة، والأرض، والهواء، والماء، بغضّ النظر عن جنسية الأب أو الأبوين [٢]، ويكمن مبرر منح الجنسية بناءً على حق الإقليم في أن الفرد إنما يدين بالولاء للدولة التي تم ميلاده فيها، وفي الغالب تكون تلك الدولة هي موطن الوليد وكذا موطن

اكتساب الجنسية اليمنية بناءً على حق الإقليم:

وإقليم الدولة يشمل جميع أراضيها، ويتحدد إقليم الدولة بالقواعد المقررة في القانون الدولي العام، ويمثل أرض الدولة ومياهها الإقليمية فضلاً عن الفضاء الجوي، ويشمل الأشياء التي تحمل علم الدولة مثل السفن، والطائرات وما فوقها والمياه والأنهار.

وقد اعتدت مجلة الجنسية التونسية بالميلاد بإقليم الدولة كأساس قائم بذاته للجنسية، وليس كوسيلة لمنع انعدام الجنسية، وذلك في حالة تعاقب ثلاثة أجيال

---

(١) دروس في القانون الدولي الخاص، د. حفيظة السيد الحداد ، ود. هشام علي صادق، ص ١٥٨، الدار الجامعية، ٢٠٠٠م.

(٢) الجنسية والمواطن ومركز الأجانب، د. هشام علي صادق، ج١،ص١٠٠-١٠٧، منشأة المعارف، ١٩٧٧م،

بإقليم الدولة، فنصت في المادة السابعة بأنه: "يكون تونسياً من ولد بتونس، وكان أبوه وجده مولودين بها أيضاً" [١]، وبموجب الفقر(٢) من المادة (٣) من القانون رقم (٦) للجنسية اليمنية ١٩٩٠م وتعديلاته من " ولد في اليمن من والدين مجهولين ويعتبر الذي يعثر عليه في اليمن مولوداً فيها مالم يقم الدليل على خلاف ذلك [٢].واعتد المقنن اليمني في منح الجنسية اليمنية بوصف كونها أصلية، ويقتضي إعمال شرطين الأول وقوع ميلاد اللقيط فيما يعتبر طبقاً لأحكام القانون الدولي لإقليماً يمنياً، فإذا ما نُقِضت هذه القرينة لا تعتد الدولة في منح جنسيتها بحق الإقليم، والثاني أن يكون مجهول الأبوين، فإذا زال عنه هذا الوصف بمعرفة أبويه، أو بمعرفة أمه أيما كان الوقت الذي يزول فيه هذا الوصف زوال الجنسية اليمنية عنه إلا أن يتبين (أباه أو أمه) الذي زال عنه الوصف، الجهالة كان يمني الجنسية وقت ميلاده [٣].

ذلك لأن الفرد لا يتأثر بالجماعة التي ينتمي بأصله غالباً، بل بالوسط الذي يولد وينشأ فيه باعتبار الجنسية ظاهرة اجتماعية بالدرجة الأولى، وكذلك لو تركت الدول الأجانب دون أن تصهرهم في مجتمعها سيشكلون مع مرور الزمن خطراً عليها من الناحية السياسية، وهذا ما دفع بعض الدول الأخذ بضابط الوطن في تنازع القوانين،

---

(١) مجلة الجنسية التونسية لسنة ١٩٦٣م وتعديلاتها، المادة السابعة.

(٢) الفقرة"٢" من المادة الثالثة المعدلة بقانون رقم"٢٥" لسنة ٢٠١٠م، وزارة الشؤون القانونية، الجريدة الرسمية، لسنة ٢٠١٠م، العدد"٢٢"، الجمهورية اليمنية.

(٣) أحكام تنظيم علاقة الرعوية،دراسة تحليلة انتقادية لتشريع الرعوية اليمنية أ د. عنايت عبدالحميد ثابت، ص٦٩،٧٠،

وبعض الدول تأخذ بحق الإقليم والدم معاً حسب ما تفتضيه مصلحة الدول، والرابطة الواقعية بين المولود والدولة [١] ، ويندر أن توجد دولة تبني جنسيتها على حق الدم وحده ودون حق الإقليم أو على حق الإقليم وحده دون حق الدم، فمعظم الدول تغلب أحد الحقين على الآخر فتجعله أساس منح جنسيتها، وتبنى جنسيتها بجانب ذلك بصورة استثنائية على الحق الآخر، وبعض الدول تجمع الحقين معاً مثل: المكسيك، والبرتغال، وإسبانيا، تجمع بين حقي الدم والإقليم، وتبني جنسيتها بصورة أساسية لكل من يولد في إقليمها بناءً على حق الدم واعتمد المشرع المصري في ثبوت الجنسية الأصلية في قوانين الجنسية المصرية المتعاقبة منذ قانون ١٩٢٩م، وحتى الآن على حق الدم بصفة أساسية، وعلى حق الإقليم بصفة ثانوية في حال جهالة الأبوين [٢] وطن والديه [٣] ،وقد تمنح الجنسية الأصلية على أساس حق الإقليم وحده لمبررات إنسانية، الهدف منها عدم الوقوع في حالة انعدام الجنسية، وتتعامل بحق الإقليم بعض الدول في الوقت الحاضر، مثل: بريطانيا وبعض دول أمريكا اللاتينية، والولايات المتحدة الأمريكية، وتميل إلى الأخذ بهذا الأساس الدول التي تشجع الهجرة إليها، وتعليل ذلك يُردّ إلى أساس اجتماعي، وذلك أنّ الطفل يتأثر بالمجتمع

---

(١) القانون الدولي الخاص "مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والقانون المقارن، أ د. محمد المؤيد، ص١٠١.

(٢) القانون الدولي الخاص، أ د. أحمد دعشوش ص ٩١، مرجع سابق.

(٣) موقف القانون الأردني من جنسية أبناء الأم، رشا الصباغ، ص٥٧، رسالة ماجستير، ٢٠٠٩م، جامعة الشرق الارسط.

الذي ولد ونشأ فيه، ويحنّ دائماً إليه، وحق الدولة في بناء جنسيتها على حق الإقليم حق مطلق، لا يقيده سوى ما استقر عليه العرف الدولي، الذي يقضي بعدم جواز فرض الجنسية بناءً على حق الإقليم على أولاد الممثلين السياسيين المتمتعين بالحصانة الدَّبلوماسيَّة [١]

ثالثاً/اكتساب الجنسية في وقت لاحق للميلاد:

وتسمى الجنسية الطارئة أو المكتسبة، وهي التي تلحق بالفرد في تاريخ لاحق على الميلاد ومن غير أن تستند إلى وقت الميلاد [٢]، وإرادة الفرد لها الدور الإيجابي في اكتساب الجنسية المكتسبة، مع إعطائه الحق في رفضها إذا ما أراد ذلك [٣]، لأنها تكتسب ولا تفرض[٤] ،ومبررات منح هذه الجنسية هي التجنس والزواج المختلط.

التجنس:

ويعرف بأنه: طريقة لكسب الجنسية بمنحها من الدول حسب تقديرها المطلق للأجنبي، الذي يطلبها بعد استيفاء الشروط قانوناً، وأنه دخول في جنسية الدولة بناءً على طلب، وموافقة الدولة [٥] ،وقد تكون بتخلي الفرد عن جنسيته الأصلية واكتسابه

---

(١) القانون الدولي الخاص،أ د. أحمد دعشوش، ص٨٩-٩٠، مرجع سابق.

(٢) الوسيط في أحكام الجنسية، عكاشة محمد عبدالعال، ص٤٥٣،منشأة المعارف، ٢٠٠٢م، الإسكندرية.

(٣)الوجيز في القانون الدولي الخاص والتشريع المصري، فؤاد رياض،ص٩٥، ط١، النهضة العربية، ١٩٩٤م القاهرة.

(٤) الجنسية ومركز الأجانب، عبدالمنعم زمزم، ص١١٣،دار النهضة، ط١، ٢٠١١م، القاهرة.

(٥) الجنسية ومركز الأجانب في القانون الدولي المقارن، د. محمد الروبي،ص٣٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٥م.

جنسية أخرى [١] ،والتجنس اكتساب جنسية بحسب نظم الجنسية لكل دولة بعد تقديم ولائه للدولة ويتم منحها بحكم القانون.

وقد أخذ التشريع اليمني بالتجنس كمبرر يكتسب الأجنبي الجنسية بموجب التشريع اليمني للجنسية ١٩٩٠م وتعديلاته [٢] وفقاً للشروط المطلوبة قانوناً بناءً على طلبه وقد وضحت المادة الرابعة الأسباب التي بموجبها يكتسب الجنسية .

المادة "٤"/ "ب" من ولد في اليمن لأبوين أجنبيين، وأقام فيها حتى بلوغه سن الرشد، وكان ملماً باللغة العربية، سليم العقل غير، مصاب بعاهة تجعله عالة على المجتمع، وكان محمود السيرة والسمعة، ولم يسبق الحكم بعقوبة جنائية، أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالنظام العام، والآداب العامة، إلا إذا رُدَّ إليه اعتباره، وبشرط أن يقدم طلباً للدخول الجنسية اليمنية خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد[٣]، وسنشرح طرق كسب الجنسية بالتجنس فيما يلي:

اولاً/ الميلاد في اليمن المقترن بالتوطن بها.

١-أن يكون محمود السيرة والسمعة، ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية، أو بعقوبة

---

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص، جابر الراوي،ص٣٢، ١٩٧٦م، العراق.

(٢) هذا القانون للجمهورية اليمنية لسنة ١٩٩٠م، وتعديلاته وكان في جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية قانون الجنسية لسنة ١٩٨٥م وفي الجمهورية العربية اليمنية قانون ١٩٧٥م وبعد قيام دولة الوحدة نحن أمام هذا القانون ١٩٩٠م. وتعديلات.

(٣) قانون الجنسية اليمني لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته، المادة "٤" الفقرة "ب"

مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالنظام العام والآداب العامة، إلا إذا كان قد رُدَّ إليه اعتباره.

٢-أن يقدم طلب خلال سنة من بلوغه سن الرشد.

٣- الإلمام باللغة العربية.

٤- التوطن في اليمن حتى بلوغه سن الرشد.

ومعظم التشريعات العربية والأجنبية أخذت بالتجنس، والذي بموجبه يمنح الأجنبي الجنسية لمن توفرت لديه الشروط بحسب قانون كل دولة.

وقد نصت المادة الرابعة من قانون الجنسية الأردني على أنه:" يحق لكل عربي يقيم عادة في المملكة الأردنية الهاشمية مدة لا تقل عن خمس عشر سنة متتالية أن يحصل على الجنسية الأردنية، إذا تخلى عن جنسيته الأصلية بإقرار خطي، وكانت قوانين بلاده تجيز له ذلك وبشرط[1]

١-أن يكون حسن السيرة والسلوك، وغير محكوم عليه بأية جريمة ماسة بالشرف والأخلاق.

٢- أن يكون له وسيلة مشروعة للكسب.

٣- أن يكون سليم العقل غير مصاب بعاهة تجعله عالة على الجميع.

٤-أن يقسم يمين الولاء والإخلاص لجلالة الملك أمام قاضي الصلح" ،والعربي من يحمل جنسية إحدى دول الجامعة العربية، وهذا يعني أنه لا عبرة لنوع الجنسية التي

(١) قانون الجنسية الأردني رقم(٦) لسنة١٩٥٤م، المادة الرابعة ، وقد اشترط المشرع على طالب التجنس نفس الشروط التي اشترطها التشريع اليمني مع أضافة قسم الولاء وكذلك دولة العراق الشقيق.

يحملها، أصلية أم مكتسبة وإنما ينبغي أن ينتسب في أصله لأب عربي [١]

وبموجب قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) لسنة ٢٠٠٦م المادة (٦) (ب): بأن يُقدِّم طالب التجنس طلباً إلى السلطة المختصة بمنح هذه الجنسية "ب" من هذه المادة بأن يكون طالب التجنس مقيماً في العراق بصورة مشروعة [٢]

وذلك أن التجنس يقوم في الأساس على فكرة اندماج الفرد في الجماعة الوطنية، وشروط أمن الدولة وأمن المجتمع.

ثانياً/ اكتساب الجنسية اليمنية بالميلاد المضاعف:

الولادة المضاعفة هي ولادة الابن وأبيه الأجنبي في إقليم الدولة، وبموجب الفقرة (ج) المادة (٤) من تشريع الجنسية اليمنية بأنه "يجوز بقرار جمهوري بناءً على عرض الوزير منحه الجنسية اليمنية في كل الحالات التالية":

الفقرة (ج) المادة (٤) من ولد في اليمن لأب أجنبي ولد أيضاً فيه"

ومن الواضح هنا أن المشرع بنى الجنسية على هذا السبب بأساس حق الإقليم بالولادة المضاعفة، ولكنها هنا للأجنبي وتمنح له في تاريخ لاحق للميلاد.

ويشترط للدخول في الجنسية اليمنية بناءً على هذا النص ما يلي:

١- ميلاد كل من الأب والابن، ذلك أن ميلاد جيلين متعاقبين في الإقليم اليمني لجديراً بالشعور الوطني والولاء، وبالتالي هذا يبرر استحقاقه للجنسية.

---

(١) الجنسية في القانون الأردني وقوانين الدول العربية، رضوان عبيدات، ص٩٥، مرجع سابق.

(٢) قانون الجنسية العراقي لسنة ٢٠٠٦م، المادة "٦".

٢ – صدور قرار من رئيس الجمهورية بمنح الجنسية، بناءً على عرض وزير الداخلية.

٣– تقديم طلب الجنسية إلى الوزير المختص، مرفق بالوثائق" الثبوتية" المنصوص عليها في اللائحة، ويستلزم بلوغه سن الرشد.

ثالثاً/ الانتماء إلى الأصل اليمني كأساس لاكتساب الجنسية اليمنية:

وقد نصت على ذلك المادة (٤) فقرة (ه) من ينتمي إلى الأصل اليمني متى تقدم طلب الحصول على الجنسية اليمنية بعد خمس سنوات من جعل إقامته فيها، بشرط ثبوت إقامة جده لأبيه في اليمن، وتنازله عن اتصافه بأية جنسية أخرى عند منحه الجنسية" [1] وتتضح الشروط من المادة أعلاه على النحو التالي:

١ –الانتماء إلى الأصل اليمني.

ويبدو أن تشريع الجنسية اليمنية قد استمد هذه الفكرة من تشريع الجنسية المصري سنة ١٩٥٨م، والذي اعتدَّ بفكرة الأصل كأساس لمنح الجنسية المصرية، وقد أوضحت المذكرة التفسيرية لهذا التشريع الانتماء للأصل بأنه الانتماء إلى مجموعة السكان الأصلاء [2]

٢– ثبوت إقامة الجد الأقرب للأب في اليمن.

٣– تنازل طالب الجنسية اليمنية عن جنسيته الأجنبية.

---

(١) الفقرة "ه" من قانون الجنسية اليمني لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته.

(٢) الدولي الخاص" مبادئ وأحكام الجنسية في القانون اليمني والمقارن" أ.د/ محمد المؤيد، ص١١٦، مرجع سابق.

٤- أن يتقدم طالب الجنسية بطلب للدخول في الجنسية اليمنية في أي وقت بعد بلوغه سن الرشد.

٥- إقامته العادية في اليمن بطريقة مشروعة.

٦- صدور قرار جمهوري بناءً على عرض الوزير بمنحه الجنسية.

رابعاً: اسداء خدمة جليلة للدولة أو للأمة العربية:

وذلك ما نصت عليه المادة (٤) فقرة (د) من يكون قد أدى للدولة، أو للأمة العربية خدمة جليلة" [1] وبموجب هذا النص يجوز لرئيس الجمهورية منح الجنسية اليمنية للأجنبي الذي أدى خدمة جليلة للدولة اليمنية، وترك المشرع ماهية هذه الخدمات وتقديرها لرئيس الجمهورية ودون شروط.

خامساً: التوطن في اليمن لمدة عشر سنين:

وذلك ما أوجبته المادة " الخامسة" من تشريع الجنسية اليمنية " يجوز بقرار جمهوري بناءً على عرض الوزير منح الجنسية اليمنية للعربي، وللأجنبي المسلم الذي لا تنطبق عليه أحكام المادة السابقة، وذلك متى توافرت في شأنه الشروط الآتية: -

١-أن يكون بالغ سن الرشد.

٢- أن يكون حسن السلوك، محمود السيرة، ولم يسبق الحكم عليه بعقوبة جنائية، أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالنظام العام والآداب العامة مالم يكن قد رد إليه اعتباره.

---

(١) قانون الجنسية اليمني لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته، المادة "٤" فقرة " د".

٤- أن يكون له وسيلة مشروعة لكسب العيش.

٥- أن يكون ملماً باللغة العربية.

٦- أن يكون ذو كفاءة تحتاج إليها البلاد، ويجوز في هذه الحالة إعفاءه من شرط الإلمام باللغة العربية[١].

سادساً: التوطن مدة خمس سنوات (التوطن المخفض):

وذلك ما نصت عليه المادة " السادسة" "تخفض المدة المنصوص عليها في البند(٢) من المادة السابقة إلى خمس سنوات متتاليات بالنسبة إلى الأجنبي الذي يحصل على إذن من الوزير بالتوطن في اليمن، بقصد التجنس لضرورات ملحة، ويشترط إقامته هذه المدة فعلاً في اليمن بعد الإذن، وتقديمه طلب التجنس خلال الثلاثة شهور التالية لانقضاء المدة، وإذا مات – المأذون له - قبل منحه الجنسية اليمنية جاز لزوجته، ولأولاده القصر الذين كانوا معه وقت صدور الإذن واستمروا مقيمين معه إلى وقت وفاته أن ينتفعوا بالإقامة، وبالمدة التي يكون المتوفي قد أقامها في اليمن[٢]

وبحسب المادة أعلاه تتضح الشروط الآتية:

١-أن توجد ضرورات ملحة للتجنس بالجنسية اليمنية.

٢-أن تتوفر فيه شروط المادة الخامسة من جدارة وأهليه ونحوه.

٣- الحصول على الإذن بالتوطن الفعلي في اليمن.

---

(١) قانون الجنسية اليمني لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته- "عندما نقول وتعديلات يشمل جميع التعديلات ".

(٢) قانون الجنسية اليمني لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته، المادة "٦"

٤- تقديم طلب الدخول في الجنسية خلال ثلاثة شهور عقب انتهاء مدة التوطن.

وكان يتعين على المقنن اليمني أن يقرر" إذا مات المأذون له قبل منحه الجنسية اليمنية جاز لزوجته وأولاده الذين كان بمقدورهم الدخول في هذه الجنسية بناءً على علاقة التبعية العائلية أن ينتفعوا بالإذن الصادر له. [١]

سابعاً: التبعية العائلية لليمني:

وبموجب المادة (٩) لا تكسب زوجة المتجنس الجنسية اليمنية بطريقة التبعية لزوجها إلا إذا طلبت ذلك، ونشر طلبها في إحدى الصحف المحلية، واستمرت الزوجية قائمة لمدة أربع سنوات من تاريخ هذا لطلب، ولم يعترض الوزير على ذلك خلال المدة المذكورة.

أما الأولاد القصر للمتجنس فيكتسبون الجنسية اليمنية التبعية لأبيهم إذا كانت إقامتهم العادية مع أبيهم في اليمن، ولهم أن يقرروا اختيار جنسيتهم الأصلية خلال السنة التالية لبلوغهم سن الرشد، شريطة الإيفاء بما خسرته الدولة عليهم من نفقات في سبيل نشأتهم وتعليهم [٢]، وبشرط الدخول في الجنسية بناءً على علاقة البنوة- قيام علاقة بنوة صحيحة قانوناً - المبنية على صلة النسب، وانطواء علاقة البنوة على التبعية العائلية بين الوالد وولده، وقيام وصف القصر بالولد، إقامة الولد في كنف والده في اليمن [٣]، وإذا ما توافرت الشروط آنفة الذكر فإن أولئك الأولاد يدخلون في جنسية

(١) القانون الدولي الخاص، أ د. محمد المؤيد، ص١٣٢، مرجع سابق.

(٢) قانون الجنسية اليمني لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته، المادة التاسعة.

(٣) القانون الدولي الخاص، أ د. محمد المؤيد،ص١٥٦، مرجع سابق.

دولة والدهم فور دخول والدهم فيها وبهذا فالمقنن يجسد مبدأ وحدة الجنسية في الأسرة على إطلاقاً. [١]

ثامناً: الزواج المختلط: والمقصود بالزواج المختلط الذي تم ليس من جنسية واحدة، ويقصد به حالة تغيير الزوج جنسيته بعد الزواج [٢] ومن المبادئ المسلم بها أن آثار الأحكام والأوامر والسندات الرسمية الأجنبية هي إقليمية، وتقتصر على الدولة التي تمت فيها وذلك عملاً بمبدأ سيادة الدولة على إقليمها، وعند الاحتجاج بالأثر يجب أن يكون صحيحاً وفقاً للقانون [٣]

والمادة (١٠) المرأة اليمنية التي تتزوج من أجنبي مسلم تحتفظ بالجنسية اليمنية إلا إذا رغبت في التخلي عن جنسيتها، وأثبتت هذه الرغبة عند الزواج ، أو أثناء قيام الزوجية وكان قانون بلد زوجها يدخلها في جنسيته [٤]، وبموجب المادة (١٠) مكرر [٥] لقانون الجنسية اليمني ١٩٩٠م وتعديلاته:"

١-"يجب على كل يمني يرغب الزواج من أجنبية أن يبلغ وزير الداخلية بذلك[٦].

---

(١) المادة "١٠" من قانون الجنسية اليمني ١٩٩٠م وتعديلاته، وهذه المادة مضافة بموجب القانون رقم"٢٥" لسنة ٢٠١٠م.

(٢) تأثير الزوج على جنسية المراة المتزوجة،د. غالب الداودي، مجلة الحقوق، مجلد١٩، العدد٤،ص١٧٣.

(٣) تنازع القوانين ، د. حسن الهداوي،ص ٢٦٢،مرجع سابق.

(٤) قانون الجنسية اليمني ١٩٩٠ موتعديلاته، المادة"١٠"

(٥) قانون الجنسية اليمني ١٩٩٠مم وتعديلاته، المادة "١٠" مكرر.

(٦) يتم الإعلان بطلب عبر مصلحة الجوازات أو أحد فروعها أو عبر السفارات أو القنصليات اليمنية في الخارج مرفقاً به:جميع الوثايق مصدقة من الجهات ذات العلاقة، صورة عقد الزواج، صورة الجواز معمدة،

٢- يجب على كل يمنية ترغب الزواج من أجنبي أن تتقدم بطلب الحصول على إذن من الوزير وفقاً للشروط، والضوابط التي تبينها اللائحة التنفيذية، على أن تراعى حالات الزواج لليمنيين الحاملين للجنسية الأجنبية"، ونلحظ هنا أن الإرادة هي الفيصل بأن تلحق الزوجة بجنسية زوجها، أو الاحتفاظ بجنسيتها، ولا يحق الحاق الضرر بها، بل ترك لها حرية الاختيار بين الجنسية الجديدة والقديمة مع مراعاة مادة (١١) المرأة الأجنبية التي تتزوج شرعاً من يمني تدخل في جنسيته متى توافرت الشروط الآتية":

أ – تقديم طلب بذلك للوزير.

ب – مرور أربع سنوات على الأقل من تاريخ الزواج.

ج- ألا يعترض الوزير بقرار مسبب خلال مدة الأربع السنوات المذكورة على دخولها في الجنسية اليمنية، ويحق للزوج تقديم اعتراضه في هذا الخصوص إلى الوزير خلال المدة ذاتها[١].

وقد حرصت التشريعات في مختلف الدول على الاهتمام بمبدأ وحدة الجنسية، وذلك تحقيقاً لمبدأ وحدة الجنسية في العائلة، وتقليص العنصر الأجنبي في العائلة، ووحدة ولائها فضلاً عن ذلك تقليص تنازع الاختصاص القضائي والتشريعي [٢]، وقد اعتمد هذا الاتجاه من قبل بعض الاتفاقيات كما في المادة (٢) من اتفاقية الجامعة

(١) قانون الجنسية اليمني لعام ١٩٩٠م وتعديلاته.

(٢) الموجز في الجنسية، د. شمس الدين الوكيل، ص١١٤، مرجع سابق.

العربية لعام ١٩٥٤م والتشريعات الوطنية [١]

وقد أوصت لجنة المجلس الاقتصادي والاجتماعي في جامعة الدول العربية ضرورة إعداد اتفاقية بخصوص جنسية المرأة المتزوجة، يراعى فيها عدم تأثير تغيير الزوج لجنسيته في جنسية الزوجة، وقد تمّ عقد اتفاقية بهذا الخصوص تمثلت بـ(اتفاقية لاهاي) لعام ١٩٥٧م، واعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها(١٠٤٠)، حيث أكدت المادة (١) من الاتفاقية " أن إلا يوثر الارتباط بالزواج بين رعاياها، وأي أجنبي، أو حلّهُ أو تغيير جنسية الزوج خلال الزواج على جنسية الزوجة بصورة آلية، وإلى نفس المعنى ذهبت اتفاقيات أخرى، منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩م " سيداو(نصت المادة التاسعة) تمنح الدول الأطراف المرأة حقوق مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها، أو تغييرها أو الاحتفاظ بها تضمن بوجه خاص أن لا يترتب على الزواج من أجنبي، أو تغيير الزوج بجنسيته أثناء الزواج أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن لا تصبح بلا جنسية ،أو أن تفرض عليها جنسية زوجها" [٢] ،وقد صادق اليمن ومعظم الدول على هذه الاتفاقية، وكذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر لعام ١٩٤٨م [٣]، وقد أجاز التشريع

---

(١) جنسية المرأة المتزوجة في محيط الأسرة، في القانون المصري والفرنسي- والسوداني، مصطفى عبدالرحمن عبدالحكيم،ص٤٠،مكتبة النصر، القاهرة.

(٢) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام ١٩٧٩م، المادة "٩".

(٣) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر ١٩٤٨م، حقوق الإنسان الإساسية والدور الأمني لحمايتها، عقيد ركن د. مبارك علوي لزنم ، ص ، ٢٠١٩م، الهاشمية للطباعة، حضرموت.

اليمني للجنسية الأخذ بإرادة الزوجة بالاحتفاظ بجنسيتها الوطنية، أو اللحاق بجنسية زوجها.

وفقاً للمواد (١٠) و (١١) آنفة الذكر، وكذلك في المادة (١٢) لا يترتب على تجنس اليمني بجنسية أجنبية متى أذن له في ذلك أن تفقد زوجته اليمنية الجنسية اليمنية إلا إذا أعلنت رغبتها في اكتساب جنسية زوجها الجديدة.

وفي المادة (١٣) المرأة التي اكتسبت الجنسية اليمنية بطريق التبعية لزوجها استناداً (١١) من هذا القانون، لا تفقد هذه الجنسية لمجرد انتهاء الزوجية[1]

ونلاحظ رغم أن المشرّع اليمني قد حاول الحفاظ على الاتفاقيات الدولية لموضوع الجنسية، وعدم تجاوز الشريعة الإسلامية، ويؤخذ عليه بأنه شتت كثير من المواضيع في مواد عدة والأجدر حصرها، ونظمها كما هو الحال عند المشرع العراقي والأردني والسوداني، على سبيل المثال نرى المشرّع العراقي في قانون الجنسية سجل ما يخص موضوع حرية المرأة في اختيار الجنسية في المواد (١١) و(١٢) فقط.

المادة (١١)، للمرأة غير العراقية المتزوجة من عراقي أن تكتسب الجنسية العراقية بالشروط الآتية:

أ-تقديم طلب إلى الوزير مضى مدة "٥" سنوات على زواجها وإقامتها في العراق.

ب- استمرار قيام الزوجية حتى تاريخ تقديم الطلب، ويستثنى من ذلك من كانت مطلقة أو توفى عنها زوجها، وكان لها من مطلقها أو زوجها المتوفي ولد".

---

(١) قانون الجنسية اليمني لعام ١٩٩٠م، وتعديلاته، المواد، ١٠، ١١، ١٢، ١٣، .

مادة (١٢)" إذا تزوجت المرأة العراقية من غير العراقي واكتسبت جنسية زوجها، فإنها لا تفقد جنسيتها العراقية مالم تعلم تحريراً تخليها عن الجنسية العراقية" [١]

(١) قانون الجنسية العراقي رقم" ٢٦" لسنة ٢٠٠٦م وتعديلاته، المواد "١١" "١٢".

المطلب الثاني

تعدد الجنسيات وسحبها واستردادها

أولاً: تعدد الجنسيات:

ويقصد بتعدد الجنسيات تمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في ذات الوقت، ويترتب [١] على تراكم أو تعدد الجنسيات، أو ازدواج الجنسية، أو التنازع الإيجابي للجنسيات مسميات لمعنى واحد، يفيد تمتع الشخص بأكثر من جنسية نتيجة أسس تنظيم الجنسية في تشريعات الدول المختلفة، ويكون الفرد وطنياً في أكثر من دولة [٢]، وهنا تثور مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في الدولة التي تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد، وقواعد الجنسية قواعد عامّة، إقليمية التطبيق، ترفض أيّ فكرة للتزاحم، فالمشرع الوطني ينفرد بتحديد شروط اكتساب جنسيته أو شروط زوالها، واكتساب الفرد لجنسية دولته يمنع مسبقاً كلّ بحث في توافر جنسية أخرى [٣]، وتبعاً لذلك إذا وجد القاضي أن أحد الزوجين متعدّد الجنسيات، ومن جنسياته جنسية دولة القاضي، فإنه يطبق قانون جنسية القاضي [٤]، ولتعيين قانون الجنسية الواجب تطبيقه في حالة الشخص متعدد الجنسيات، إذا كانت إحدى جنسياته هي الجنسية

---

(١) المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، د. أحمد ضاعن السمدان، ص١٧، مجلة الحقوق، العدد الأول، رقم ٢،

(٢) القانون الدولي الخاص السعودي، الجنسية- المواطن- مركز الأجانب- تنازع الاختصاص- تنازع القوانين، د. طلعت محمد دويدار،ص٧٩، منشأة المعارف، ١٤١٨ه، الإسكندرية.

(٣) الوسيط في القانون الدولي الخاص،د. سامي بديع منصور، ص٢٧٤، دار العلوم للنشر،١٩٩٤م، بيروت.

(٤) القانون الدولي الخاص، د. حسن الهدّاوي، ص٨٧، مرجع سابق.

اليمنية، يتم ذلك على أساس أنه يحمل الجنسية اليمنية دون الاعتداد بالجنسيات الأخرى، ويكون القانون اليمني وحده هو الواجب التطبيق أما في حالة الشخص الذي لا تعرف جنسيته، أو تكون له جنسيات متعددة في وقت واحد ليس من ضمنها الجنسية اليمنية، فعلى القاضي تعيين الجنسية الواجب تطبيقه في حالة الشخص الذي لا تعرف جنسيته، أو تكون له جنسيات متعددة [١]

ثانياً: سحب الجنسية:

١-مفهوم سحب الجنسية.

سحب الجنسية: هو إجراء تتخذه الدولة على سبيل العقوبة، وذلك بنزع الجنسية بخلاف إرادة الفرد استناداً لمبررات تجعل من هذا الفرد غير جدير بحملها [٢] ،والجنسية حقاً من حقوق الإنسان ينبغي أن تثبت له من لحظة الميلاد [٣] ، ونزعها عن الشخص جبراً بمقتضى قرار من الدولة نتيجة لسلوك أتاه، أو لفعلٍ اقترفه نُصَّ عليه في القانون[٤] حسبما تمليه عليها لاعتبارات أمن الدولة وسلامة الوطن، خصوصاً فيمن اكتسبها في اليمن بالتجنس، ولا يجوز سحبها من اليمني إطلاقاً بموجب الدستور، ولا تسحب عن المتجنس إلا بقانون وفقاً لمنظور الدولة الفلسفي

(١) القانون المدني اليمني، المادة "٣٤" لسنة ٢٠٠٢م.

(٢) قانون الجنسية العراقي، د.عباس العبودي، ص١٢١،دار السنهوري،ط١، ٢٠١٥م، بيروت.

(٣) الجنسية في القانون المقارن، جمال محمود الكردي، ص٧١، دار الجامعة الجديدة ، ط٣،٢٠١٣م، الإسكندرية.

(٤)الوسيط في أحكام الجنسية، عبد العال عكاشة،ص٧٢٩، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٢م.

والاجتماعي والسياسي والثقافي، مقيدة ببعض المبادئ الدولية [١]، ولكل دولة الحق في وضع الأحكام والشروط التي تتطلبها لاعتبار الشخص متمتعاً بجنسيتها، والأحكام الخاصة باكتسابها، والحالات التي تسحب فيها وغير ذلك من القواعد [٢].

٢-حظر سحب الجنسية من حيث المبدأ:

تميزت بعض التشريعات بحظر سحب الجنسية من حيث المبدأ، منهم على سبيل المثال المشرّع اليمني، والعراقي بالحظر المطلق سحب الجنسية من مواطنيها دون من اكتسبها بالتجنس، حيث نرى المشرّع اليمني حظر ذلك في الدستور، المادة (٤٤) من الدستور اليمني " ينظم القانون الجنسية اليمنية، ولا يجوز إسقاطها عن اليمني إطلاقاً، ولا يجوز سحبها ممن اكتسبها إلا وفقاً للقانون" [٣]، وفي المادة (٧) الفقرة (١) من مشروع الدستور الاتحادي "الجنسية أساس المواطنة، وهي حق لكل من ولد لأب يمني، أو لأم يمنية، وإسقاطها محظور"، وينظم القانون حالات اكتساب الجنسية اليمنية وسحبها" [٤] ، وفي قانون الجنسية العراقي رقم (٢٦) المادة (١٠) سحب الجنسية العراقية من غير العراقي التي اكتسبها، أي المتجنس فقط دون الوطني"[٥]، وفي دستور دولة الكويت الصادر ١٩٦٢م المادة (٢٧) " الجنسية الكويتية يحددها

---

(١) مثل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٩م، واتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠م.

(٢) القانون الدولي العام، د. صادق علي أبو هيف، ص١١٢، منشأة المعارف، ١٩٩٣م، الإسكندرية.

(٣) الدستور اليمني المادة "٤٤".

(٤) مسودة الدستور الاتحادي، المادة "٧"، من ثمرات مخرجات الحوار الوطني ٢٠١٥م.

(٥) قانون الجنسية العراقي،رقم "٢٦" ، ٢٠٠٦م، المادة "١٠" وذلك ترجمة للمادة "١٨" / "أ" من الدستور العراقي.

القانون، ولا يجوز إسقاط الجنسية، أو سحبها إلا في حدود القانون" [١] ، وفي النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، ودستور دولة قطر فقد اكتفيا ببيان أن أحكام الجنسية يحددها القانون [٢] ، وفي دستور مملكة البحرين نصَّ على أن " الجنسية البحرينية يحددها القانون، ولا يجوز إسقاطها عمن يتمتع بها إلا في حالة الخيانة العظمى، والأحوال التي يحددها القانون [٣] ، وفي دستور دولة الإمارات العربية المتحدة بين أنه لا يجوز إسقاط الجنسية عن المواطن، أو سحبها منه إلا في الحالات الاستثنائية التي نصَّ عليها القانون [٤]، وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان " لا يجوز تعسفاً، حرمان أي شخص من جنسيته ولا من حقه في تغيير جنسيته [٥] ، وعدم "التعسف" Arbitrary" الذي ورد في الإعلانات العالمية والاتفاقيات الإقليمية، يقتضي بالضرورة في الضمانات ألا يبنى الحرمان على التمييز بين الأفراد لأسباب تتعلق بالجنس، أو الدين أو العرق أو الطائفة أو اللون أو الرأي السياسي، وأن يكون شخصياً لا يتعدى من صدر في حقه إلى غيره من أبنائه أو زوجته، ويكون مسبباً وقابلاً للطعن فيه أمام جهة قضائية مستقلة ومحايدة، وتتوافق هذه المبادئ مع اتفاقية

---

(١) الدستور الكويتي لعام ١٩٦٢م المادة "٢٧"

(٢) النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية،المادة "٣٥" الصادر ١٤١٢ه والدستور الدائم لدولة قطر ٢٠٠٤م والمعمول به ٢٠٠٥م المادة "٤١" .

(٣) دستور دولة البحرين لسنة ٢٠٠٢م، وتعديلاته، المادة "١٧" .

(٤) دستور دولة الإمارات العربية المتحدة لعام ١٩٧١م، المادة "٨".

(٥) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة "١٥" حقوق الإنسان الإساسية والدور الأمني لحمايتها، د. مبارك علوي لزنم، ص١٣٠، مطابع الهاشمية، حضرموت.

الأمم المتحدة لخفض حالات انعدام الجنسية ١٩٦١م [١] ، وتشترط الاتفاقيات الدولية شرط ألا يصبح عديم الجنسية "ذلك الشخص الذي لا يعتبر مواطناً لأية دولة وفقاً لقانونها".

وجاء في الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان المادة (١) فقرة(أ) "أن البشر جميعاً أمة واحدة، جمعت بينهم العبودية لله، والبنوة لآدم عليه السلام، وجميع الناس متساوون في أصل الكرامة الإنسانية، وفي أصل التكليف والمسؤولية دون تمييز بينهم بسبب العرق، أو اللون أو الجنس، أو اللغة أو الجنس، أو المعتقد الديني أو الانتماء السياسي، أو الوضع لاجتماعي، أو غير ذلك من الاعتبارات وإن العقيدة الصحيحة هي الضمان لنمو هذه الكرامة على طريق تكامل الإنسان" [٢]

٣- مبررات سحب الجنسية.

يتم سحب الجنسية بإرادة الدولة، وذلك على سبيل العقوبة لقيام الفرد بعمل من الأعمال التي يمنع القيام بها، إذ أنها تعكس ضعف ولائه، وانتمائه الوطني تجاه دولته، وهذا ما يتم بالسحب والإسقاط، ويبرر هذا الأمر الطابع التنظيمي للجنسية، وحرية الدولة في منحها وفقاً لأحكام تنظيمها بموجب التشريعات، مع ضرورة مراعاة عدم جواز إزالة الجنسية عن الفرد بصورة تحكمية تفادياً لظاهرة انعدام الجنسية [٣].

---

(١) اتفاقية الأمم المتحدة بشأن خفض حالات انعدام الجنسية،١٩٦١م

(٢) حقوق الإنسان الإساسية والدور الأمني لحمايتها، عقيد ركن د. مبارك علوي لزنم، ص١٥٥، مطابع الهاشمية، حضرموت.

(٣) العلاقات الخاصة الدولية، الجنسية- المواطن- مركز الأجانب،د. بدر الدين عبدالمنعم شوقي،٢٠١٤م، العراق.

وبموجب التشريع اليمني للجنسية لسنة ١٩٩٠م وتعديلاته، المادة (١٧) الجنسية اليمنية لا يجوز سحبها ممن اكتسبها إلا وفقاً للأحكام المبينة في القانون.

مادة "١٨" يجوز بقرار جمهوري بناءً على عرض الوزير سحب الجنسية اليمنية ممن اكتسبها، وذلك خلال الخمس السنوات التالية لهذا الاكتساب، متى توافرت حالة من الحالات الآتية:

أ-إذا حكم عليه بعقوبة جنائية، أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالنظام العام والآداب العامة، ولم يكن قد رُدَّ إليه اعتباره.

وهنا قرر المشرع أن ارتكاب هذه الجرائم في الفترة التالية على دخوله في الجنسية الوطنية بمثابة فترة تجربة، وتبين عدم صلاحيته للإنظام المجتمعي الوطني، وتقتضي الضرورة الحماية من هذا الفرد الغير صالح بسحب الجنسية.

ب- إذا انقطع عن الإقامة في اليمن مدة سنتين متتاليتين، وكان ذلك الانقطاع بدون عذر يقبله الوزير.

بالنسبة للفقرة الآنفة الذكر أجاز المشرع اليمني سحب الجنسية من الوطني المذكور إذا انقطع عن الإقامة في اليمن لمدة سنتين بدون عذر يقبله الوزير، مع الأخذ بحسن النية والمبررات القوية لذلك، والسلطة التقديرية هنا لوزير الداخلية.

ج- إذا كان اكتساب الجنسية اليمنية بناءً على أقوال، أو وقائع غير صحيحة، وفي هذه الحالة يكون سحب هذه الجنسية المذكورة في أي وقت متى ثبت ذلك.

إذا تبين في أي وقت أن الوطني الذي دخل في الجنسية اليمنية ابتداءً من تاريخ لاحق على الميلاد قد دخل بناءً على أقوال كاذبة، أو مستندات مزورة، أو وقائع غير صحيحة، فإنه يجب إزالة كل الآثار المترتبة على الغش والتحايل، ومن ثم أيضاً سحب الجنسية اليمنية، وهو ما جعل المقنن يعتد بها، ولو مضى على ذلك أكثر من خمس سنوات، وقرار السحب من رئيس الدولة بناءً على عرض وزير الداخلية مبيناً الأسباب، والأصل في السحب، أن يكون آثاره فردية تصيب فقط [1] من سحبت منه الجنسية إلا إذا نص على ذلك قرار السحب، وهو إجراء مقتضاه نزع الجنسية عن الوطني الطارئ إذا ثبت عدم جدارته بها.

د- إذا توافرت الدلائل لدى الجهات المختصة على قيامه بالترويج، لمبادئ من شأنها تقويض النظام السياسي، أو الاجتماعي في البلاد، أو على انتمائه إلى هيئة سياسية أجنبية، أو بمحاولة القيام بأي عمل يعد خطر على أمن الدولة وسلامة الوطن.

وبموجب الفقرة السابقة في حال الإقدام على ذلك الجرم يجوز لرئيس الجمهورية سحب الجنسية، كون تلك الأعمال بعيدة كل البعد عن الولاء الوطني، والروحي، وتشكل خطراً جسيم، وفاعله غير جدير بالجنسية التي منحت له.

---

(١) وذلك ما نصت عليه المادة "٢١" من تشريع الجنسية اليمني "يترتب على سحب الجنسية اليمنية ممن أكتسبها زوال هذه الجنسية عن الشخص وحده إلا إذا نص السحب على زوالها أيضاً عمن إكتسبها معه بطريقة التبعية.

ه- إذا دخل في جنسية أجنبية بدون الحصول على الإذن المنصوص عليه في المادة (٢٢) من هذا القانون[١]، ويبرر ذلك زهد الوطني في الجنسية الوطنية، وعدم رغبته في الجماعة الوطنية والولاء الوطني[٢].

وقد يكون سحب الجنسية من الوطني الطارئ وجوبي دون التقيد بزمن محدد بحسب المادة "١٩" [٣] ،وذلك لعدم الولاء للجماعة اليمنية من خلال دخوله في الخدمة العسكرية في دولة أجنبية، كون الخدمة العسكرية في الأساس معيار الولاء الوطني إلا إذا كان ذلك لغرض تعليمي، أو تدريبي مرخص من جهة الدولة، وكذلك الوظائف التي قد تسبب تهديداً لأمن الدولة، ومصالحها العليا، ومن يشارك في تقديم المشورات لاحتلال أي جزء من الأراضي اليمنية، والعمل مع من تراه اليمن

(١) المادة "١٨" من قانون الجنسية اليمني. وتقول المادة"٢٢" مع مراعاة الأحوال التي يدخل فيها اليمني في جنسية أجنبية بطريق التبعية طبقاً لأحكام هذا القانون لا يجوز لمن يحمل الجنسية اليمنية أن يتجنس بجنسية أجنبية قبل الحصول على إذن إذن من الوزير. وإذا دخل يمني في جنسية أجنبية على خلاف أحكام الفقرة السابقة فإنه يظل معاملاً على أساس أنه يحمل الجنسية اليمنية من جميع الوجوه.

(٢) القانون الدولي الخاص، أ د. محمد المؤيد،ص ٢٠١، مرجع سابق.

(٣) تقول المادة "١٩" تشريع الجنسية اليمني يجوز بقرار جمهوري بناءً على عرض الوزير سحب الجنسية ممن إكتسبها وذلك إذ توافر سبب من الأسباب الآتية: "أ" إذا قبل دخول الخدمة العسكرية لإحدى الدول الأجنبية دون ترخيص سابق من الجهات اليمنية المختصة. "ب" إذ عمل لمصلحة دولة أو حكومة أجنبية وهي في حالة حرب على اليمن أو كانت العلاقات اليمنية قد قطعت معها. "ج" إذا قبل العمل في الخارج" وظيفة" لدى حكومة أجنبية أو هيئة دولية أو أجنبية وبقي فيها بالرغم من الأمر الصادر إليه من حكومة اليمن بتركها. "د" إذا صدر حكم نهائي بإدانته في جرائم تمس ولائه للبلاد أو تتضمن خيانته لها.

عدواً لليمن وفي حالة حرب، أو كانت العلاقات السياسية مقطوعة مع تلك الدولة، وأن لم تكن هناك عمليات حربية وبالتالي تسحب عنه الجنسية منه عقاباً.

ونلحظ أن التشريع اليمني للجنسية قد ربط صلاحيات المنح والسحب للجنسية الطارئة من صلاحيات رئاسة الجمهورية بعد عرض وزير الداخلية بموجب المواد (١٨) و(١٩) السابقة الذكر، وموضوع سحب الجنسية في المادة (١٩) في حال تحقق الأسباب فلا قيد زمني لسحبها؛ نظراً لتهديد المصالح العليا للدولة.

وفي قانون الجنسية الأردني مبررات سحب الجنسية بحسب المادة (١٩) قيام أو، محاولة القيام بأي عمل يعد خطراً على أمن الأردن، وسلامة أراضيه أو مواطنيه [١] ، وتتشابه التشريعات في تلك المبررات لسحب الجنسية، ووفقاً لمبررات سحب الجنسية التونسية بأنه: " إذا ظهر بعد صدور الأمر بالتجنس أن الشخص لا تتوفر فيه الشروط القانونية للتجنس بالجنسية التونسية، فإنه يجوز الرجوع في ذلك الأمر في أجل قدره عامان بداية من يوم النشر"، وفي المملكة العربية السعودية من نظام الجنسية المادة (٢٩) على أنه " لا يحق لغير جلالة الملك إسقاط الجنسية عن السعودي لا ينطبق عليه الأحكام المدرجة في المادة (١٣) من هذا لنظام [٢] ، وفي التشريع القطري من قانون الجنسية المادة (١٥) " يجوز بناءً على اقتراح وزير الداخلية سحب الجنسية القطرية من المتجنس بها لدواعي المصلحة العامة، اذا وجدت مبررات قوية تقتضي

(١) قانون الجنسية الأردني ١٩٥٤م . المادة "١٨" الفقرة "١" وقد فصل المبررات في المادة "١٨".

(٢) نظام الجنسية السعودي رقم "٤" لعام ١٣٧٤ه ، جاءت حالات إسقاطها وسحبها عن المواطن في المادة "١٣" وحالات سحب الجنسية عن المتجنس السعودي في المادة "٢١"

ذلك" [١] ، وتسحب الجنسية عن الكويتي المتجنس في المادة (١٣) " إذا توافرت الدلائل لدى الجهات المختصة على قيامه بالترويج لمبادئ من شأنها تقويض النظام الاقتصادي، أو الاجتماعي في البلاد" [٢]، وفي قانون جنسية مملكة البحرين لعام ١٩٦٣م، وتعديلاته المادة (١٠) حالة إسقاط الجنسية عن المواطن " إذا تسبب في الإضرار بمصالح المملكة، أو تصرف تصرفاً يناقض واجب الولاء لها [٣]. وفي قانون الجنسية الإماراتي المادة (١٦) تقرر سحب الجنسية عن المواطن المتجنس إذا أتى عملاً يُعد خطراً على أمن الدولة وسلامتها، أو شرع في ذلك" [٤].

وفي قانون الجنسية السوداني لعام ١٩٩٤م المادة (١٠) يجوز لرئيس الجمهورية أن يقرر إسقاط الجنسية السودانية عن أي سوداني بالميلاد من ذوي الأهلية، يكون قد بلغ سن الرشد، إذا ثبت أنه:

(أ) قدم إقراراً بالتنازل عن جنسيته السودانية، على أنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يرفض الإقرار إذا كان قدم أثناء أي حرب يكون السودان مشتركاً فيها أو

---

(١) قانون الجنسية القطري رقم "١٥" لعام ٢٠٠٦م، المادة "١٥" وحالات إسقاط الجنسية وسحبها في المادتين "١١" و"١٢".

(٢) قانون الجنسية الكويتي رقم "١٥" لسنة ١٩٥٩م المادة "١٣"

(٣) قانون الجنسية البحريني لعام ١٩٦٣م وتعديلاته، المادة "١٠" الفقرة "ج" .

(٤) أحكام الجنسية القانون الاتحادي الإماراتي رقم "١٧" لسنة ١٩٧٢م، المادة "١٦"

(ب) التحق بخدمة أية دولة أجنبية، أو استمر في تلك الخدمة مخالفاً بذلك أي حكم صريح، في أي قانون يجرم ذلك، وبموجب المادة (١١) يجوز لرئيس الجمهورية أن يقرر سحب الجنسية السودانية بالتجنس [١]

ثالثاً: إسترداد الجنسية.

يسترد الجنسية اليمنية من فقدها نتيجة اكتساب جنسية أجنبية في تاريخ لاحق للميلاد فور تقديم طلب بذلك، وفي هذا الحالة استرداد الجنسية اليمنية هو استرداد وجوبي بقوة القانون للجنسية بحسب المادة (٢٠) [٢] ، وبحسب المادة (١٥) لليمني الذي يتجنس بجنسية أجنبية، وكان قد تخلى عن جنسيته الأصلية أن يسترد الجنسية اليمنية إذا طلب ذلك كتابياً" ، وبحسب المادة (١٤) "للمرأة اليمنية التي فقدت جنسيتها بمقتضى المادتان (١٠) و(١٢) من القانون أن تستردها دون أن تنتهي

---

(١) قانون الجنسية السوداني لعام ١٩٩٤م، وتعديلاته المادتين "١٠" و"١١" والأخيرة بينت حالات سحب الجنسية عن المتجنس:اذا ثبت أنه: "أ" قد حصل على الجنسية السودانية بالتجنس بطريقة الغش أو بتقديم بيانات كاذبة أو بلإخفاء أية واقعة مادية. "ب" أثناء أي حرب، يكون السودان مشتركاً فيها أو كان مشتركاً فيها، قد تاجر مع العدو أو اتصل به أو مع شخص ينتمي إلى أية دولة معادية أو اتصل إلى معاونة العدو في الحرب أو كان ذا صله بتلك المعاملة."ج" قد أدين في السودان بجريمة التجسس لصالح أي دولة أجنبية، "د" قد أخطر بفعل أو قول خارج السودان عدم ولائه أو كراهيته للسودان،"ه" أدين في السودان بجريمة تنطوي على عدم ولائه وكراهيته للسودان،"و" قبل إنقضاء خمس سنوات من تاريخ تجنسه حكم عليه في أي بلد بالسجن لمدة لا تقل عن سنة في جريمة تتعلق بسلوك أخلاقي مشين.

(٢) تنص المادة "٢٠" " لا تسري أحكام المواد "١٨" و"١٩" في شأن من يتمتع بالجنسية اليمنية إستناداً إلى أحكام المواد "٢" و"٣" و"١٤" و"١٥".

العلاقة الزوجية إذا دعت الضرورة لإقامتها في الجمهورية، على أن يتضمن طلب الاسترداد بياناً بتلك الضرورات.

ونلاحظ أن التشريع اليمني تميز بحظر سحب الجنسية عن اليمني الأصلي، وبالتالي فله حرية مطلقة بالعودة إليها دون التقيد بزمن محدد، ومن اكتسبها بالتجنس فلا يفقدها إلا في حال رأت الحكومة أن من اكتسبها غير جدير بها، وبالتالي كان لزاماً سحبها بموجب القانون، وذلك ما يتفق مع الشريعة الإسلامية.

رابعاً/أسباب انعدام الجنسية والحد من انعدامها

من هذه الأسباب سياسات الأقصاء في بعض التشريعات التمييزية التي تستهدف فئات معينة كأقلية دينية أو أثنية على سبيل المثال أو تلك التي تمنع المرأة من منح الجنسية لأطفالها أو اختلاف التشريعات بين دولة وأخرى أو وجود قوانين معقدة أو حصول نزاع بين دولة وأخرى مما يؤدي إلى نزوح مجموعات وإسقاط جنسيتها أو وقوع ما يشبه فراغ قانوني ينتج عنه لاحقاً انعدام الجنسية وغيرها من الأسباب.

مما جعل الاتفاقيات تتوالى للحد من ذلك منها اتفاقية الحد من انعدام الجنسية لعام ١٩٦١م، كما تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٩٥م استنتاجات الهيئة التنفيذية (١) . لمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. وفي العام ٢٠٠٦م تبنت الجمعية العامة في قرارها ١٣٧/ ٦١ استنتاج الهيئة التنفيذية رقم ١٠٦ الذي حدد

(١) تبنى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٥٢/ ٥٠ استنتاجات لمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين رقم ٧٨.

مسؤولية المفوضية بأربع مجالات تتضمن تحديد، ومنع، وخفض حالات انعدام الجنسية، وحماية عديمي الجنسية وفي عام ٢٠١٠م، أصدرت مفوضية شؤون اللاجئين مذكرة استراتيجية (١)

بشأن التدابير التي تتخذها للتصدي لحالات انعدام الجنسية. وتطرح هذه المذكرة إطاراً للعمل يرمي إلى التصدي لحالات انعدام الجنسية، حيث تُبرز المسائل الرئيسية التي ينبغي تناولها على المستوى الميداني والتي قد تثبت فائدتها للشركاء من الحكومات وهيئات الأمم المتحدة والمجتمع المدني، فضلاً عن المنظمات الإقليمية. ونص الميثاق العربي لحقوق الإنسان (٢٠٠٤م) على أنه:

١- لكل شخص الحق في التمتع بجنسية ولا يجوز إسقاطها عن شخص بشكل تعسفي أو غير قانوني،

٢- للدول الأطراف أن تتخذ الإجراءات التي تراها مناسبة وبما يتفق مع تشريعاتها الداخلية الخاصة بالجنسية في تمكين الأطفال من اكتساب جنسية الأم مع مراعاة مصلحة الطفل في كل الأحوال(٢)

وتلزم اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بأن:

١- تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو

---

(١) مذكرة استراتيجية لمعالجة انعدام الجنسية، مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، مارس/ آذار ٢٠١٠م.

(٢) الميثاق العربي لحقوق الإنسان، المادة ٢٩، القمة العربية السادسة عشرة، ٢٣مايو/ أيار ٢٠٠٤م، تونس.

على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج،

٢- تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهم [١]

وتلزم الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الدول بأن تكفل " حق كل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الاثني، في المساواة أمام القانون، لا سما بصدد التمتع بالحقوق بما في ذلك الحق في الجنسية" [٢].

وتتعهد الدول الأطراف بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية (باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الرأي سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النسب، أو غير ذلك من الأسباب[٣].

لقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق كل فرد في التمتع بجنسية وعلى أنه " لا يجوز حرمان أي شخص تعسفاً من جنسيته، أو إنكار حقه في تغييرها[٤]

---

(١) اتفاقية القضاء على التمييز العنصري ضد المرأة ، المادة ٩، الجمعية العامة للأمم المتحدة، ١٩٨١م.

(٢) الاتفاقية الدولية للقضاء على التمييز العنصري، المادة ٥ الجمعية العامة للأمم المتحدة، ١٩٦٩م.

(٣) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المادة ٢، ٢٣مارس/ آذار ١٩٧٩م " تاريخ النفاذ "الجمعية العامة للأمم المتحدة.

(٤) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المادة ١٥، الصادر ديسمبر/ كانون الأول ١٩٤٨م، الجمعية العامة للأمم المتحدة.

وبموجب المادة (٢٤) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، يجب أن يسجل كل طفل فور ولادته وأن يعطى إسما، وأكدت اتفاقية حقوق الطفل ١٩٨٩م،المادة (٧) على حق الطفل في اكتساب جنسية.

ونصت الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ١٩٦٩م على الحق في الجنسية بموجب المادة (٢٠) منها والاتفاقية الأوربية بشأن الجنسية ١٩٩٧م.

ونص الميثاق الإفريقي لحقوق ورعاية الطفل ١٩٩٠م، " كل طفل الحق منذ مولده أن يكون له اسم، ويسجل فور ولادته والحق لكل طفل في اكتساب جنسية.

يتضح مما سبق بإن جميع التشريعات والاتفاقيات الدولية قد حرصت على عدم الحرمان من الجنسية تعسفاً.

المطلب الثالث

الجنسية في الدولة الإسلامية الأولى

أولاً : الجنسية التأسيسية:

بدأت الدولة الإسلامية الناشئة تكتمل، وتأخذ أبعادها التنظيمية بعد أن اكتملت أركانها باجتماع القيادة، والشعب على الإقليم المختار، وهو المدينة المنورة، وهذه هي الأركان الأساسية لأي دولة، قديمة كانت أو حديثة [١]، ومن ثَمَّ باشر الرسول الكريم _صلى الله عليه وسلم_ باعتباره السلطة السياسية الحاكمة، الخطوات التأسيسية للدولة الوليدة، فكانت الخطوة الأولى بناءً المسجد [٢] ،الذي يُعدّ، الجامعة النبوية الأولى، إلى جانب كونه مكاناً للعبادة وتأدية الصلاة، والمقرّ الرسمي للقيادة، الذي يجتمع فيه المسلمون مع قيادتهم للتباحث في كل أمور الدولة السياسية والعسكرية والروحية، وأصدر الرسول القائد _صلى الله عليه وسلم_ الميثاق الدستوري المنظم لشعب المجتمع المدني، وتحديد معالم المواطنة(الجنسية) التي تنظّم علاقة التابعيّة بين الفرد والدولة.

وتحديد صفة المواطنة الرئيسة، والتي تمثّل الشرط الرئيس لاكتساب الجنسية التأسيسية، وذلك في المادة الأولى من الوثيقة "هذا كتاب محمد النبي(رسول الله) بين المؤمنين والمسلمين من قريش وأهل يثرب، ومَن تَبعَهُم فلَحِقَ بهم وجاهد معهم"

---

(١) الجنسية في الدولة الإسلامية ، رحيّل غرايبة، ص٣٧، الشبكة العربية للأبحاث.

(٢) السيرة النبوية لابن هشام، أبو محمد عبدالملك بن هشام،القسم ١،ص٤٩٦،دار الفكر، ١٩٧٥م، دمشق.

وشعب المدينة شعب متميَّز مستقل بتبعيته، وأنظمته، وحقوقه، وواجباته "إنهم أمة واحدة من دون الناس" وأنّه مَنْ تَبعَنا من يهود، فإنّ له النصرَ والأسوة غيرَ مظلومين، ولا مُتناصر عليهم لليهود دينهم، وللمسلمين دينهم [١]، وذلك شريطة الالتزام بشروط المواطنة، بأن يتبعوا القيادة الحاكمة المتمثلة بالنبي صلى الله عليه وسلم.

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَواْ وَّنَصَرُوٓاْ أُوْلَٰٓئِكَ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمۡ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيۡءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْۚ وَإِنِ ٱسۡتَنصَرُوكُمۡ فِي ٱلدِّينِ فَعَلَيۡكُمُ ٱلنَّصۡرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوۡمِۭ بَيۡنَكُمۡ وَبَيۡنَهُم مِّيثَٰقٞۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ ٧٢ ﴾ [٢]

أطلق الفقه الإسلامي على الإقليم مصطلح دار الإسلام تمييزاً له عن الأقاليم الأخرى كدار الحرب، ودار العهد والأمان، وللأرض ثقلها قديماً وحديثاً حتى يكون الانتماء إليها لمنح الجنسية، لمن يولد، أو يقيم على أرضها، وهي من وراء ذلك ركن من أركان الدولة، وسبب رئيس من أسباب الحروب، والثقل في الإسلام للدين "رابطة الدين" فالجنسية حق لمن يقول لا إله الا الله محمد رسول الله أياً كانت أرضه [٣] ، كون الإسلام قد حكم قارات العالم، وسادت عالميته ردحاً من الزمن، ومع أن تعبير الجنسية لم يرد في كتب الفقه الإسلامي، ولم يستعمله رجال السياسة الشرعية، فإن مدلول الجنسية العملي كان موجوداً بحقيقته وأركانه.

---

(١)السيرة النبوية لابن هشام، أبو محمد عبدالملك بن هشام، القسم١، ص٥٠١، مرجع سابق.

(٢) سورة الانفال الآية ٧٢.

(٣) القانون الدولي العام وعالمية الإسلام، عقيد ركن د. مبارك علوي لزنم، ص ١٥٢،

مدلول الجنسية في دار الإسلام.

عرّفها السرخسي بأنها " اسم للموضع الذي يكون تحت يد المسلمين، وعلامة ذلك أن يأمن المسلمون فيه[١]

وهي ثلاثة أقسام.

أ-قسم يسكنه المسلمون. ب- قسم فتحوه وأقرُّ أهله عليه بجزْية. ج- قسم كانوا يسكنونه ، ثم غلب عليه الكفّار، وهناك أقوال صريحة للشافعية أنّ ما حُكم بأنه دار إسلام لا يصير بعد ذلك دار كفر مطلقاً [٢]، بمعنى أن كل إقليم امتدت إليه يد الإسلام وأصبح تحت سيطرة دولة الإسلام في يوم من الأيام، فهو من إقليم دار الإسلام، ولا يتحول إلى دار كفر، ولو وقع تحت سيطرة غير المسلمين [٣]، ولا يعد الحكم القائم بعد ذلك إلا مغتصباً يتعين الجهاد من أجله وتحريره، فميراث الإسلام في فلسطين اغتصبتها الصهيونية المجرمة، ولنا ميراث في القوقاز والقرم والأندلس وغيرها[٤]، ونؤيد حسم أبى حنيفة بمعيار الأمن والخوف، ومعناه أن يتحقق الأمان للمسلمين على الإطلاق فهي دار الإسلام[٥] ، حيث يرى أبو حنيفة أنه إذا وجد مسلمون آمنون، وكانت متاخمة لديار إسلامية، فهي دار إسلام، فإذا انتفى الأمان،

---

(١) المبسوط، شمس الدين السرخسي،ج١٠،ص٦٢،دار المعرفة،ط٢، بيروت.

(٢) تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي، ج٤، ص١٦١، ١٨٢٨م، القاهرة.

(٣) الجنسية في الشريعة الإسلامية، خليل غرايبة، ص ٣٤، مرجع سابق.

(٤) أركان الشريعة الإسلامية، المستشار د. علي جريشة، ص٣٢،

(٥) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي "الملقب بملك العلماء"،ج٧، ص١٣١

دار الكتاب العربي، ط٢، ١٩٨٢م، القاهرة.

وانتفت المتاخمة، وسيطرت أحكام غير الأحكام الإسلامية فهي دار حرب.

وتقسيم العالم إلى دار الإسلام، ودار عهد وأمان، أي يعمَّ السلام بين المسلمين وغيرهم، وقياساً على ذلك الميثاق الأممي، التي ارتضت الدول لنفسها التوقيع عليه، فهو بمثابة عهد دولي بين الأمم للسلام، بشرط أن تسود العدالة الدولية، وانهاء الهيمنة والاحتلال.

الفصل الثالث

أحكام تنازع القوانين

المبحث الأول: مفهوم تنازع القوانين وتطورها وتكييف إسنادها .

المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين وتطورها .

المطلب الثاني: نظريات تنازع القوانين .

المطلب الثالث: التكييف والإسناد والاحالة .

المبحث الثاني: قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية .

المطلب الأول: مفهوم الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: حالة الشخص الطبيعي والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الثالث: حالة الشخص الاعتباري والقانون الواجب التطبيق.

المطلب الرابع: الأسرة وتنازع القوانين الدولية الخاص .

المطلب الخامس: الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الوفاة .

المبحث الثالث: قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال العينية والتصرفات والوقائع القانونية.

المطلب الأول: قواعد الإسناد الخاصة بالأموال المادية.

المطلب الثاني: قواعد الإسناد الخاصة الأموال المعنوية.

المطلب الثالث: قواعد الإسناد الخاصة بالتصرفات والوقائع القانونية.

المبحث الأول

مفهوم تنازع القوانين وتطورها وتكييف إسنادها

المطلب الأول: مفهوم تنازع القوانين وتطورها :

أولاً : تعريف التنازع.

١-التنازع بين القوانين يعني: اتصال علاقة خاصة بعنصر أو أكثر من عناصرها بأكثر من قانون واحد، كقانون جنسية أطراف العلاقة، وقانون موطنهم، ومحل حصول العقد، وقانون موقع المال، وقانون محل التنفيذ، وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى [١].

٢- يعرف تنازع القوانين بأنه : تزاحم قانونين متعارضين أو أكثر لدولتين، أو أكثر بشأن حكم علاقة قانونية معينة أجنبية [٢]، ويمكن تعريف تنازع القوانين: أي تنازع القوانين الدولية الخاصة المتضمنة أطراف العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي.

٣- مظاهر تطور تنازع القوانين.

من المعلوم أن أحكام تنازع القوانين، ومظاهر تطورها مع تطور المجتمعات، والوسائل المختلفة للإتصالات، والمواصلات، وشتاء العلوم، وتشابك العلاقات الاجتماعية، والاقتصادية والسياسية بين اليمنيين، وغيرهم من المجتمعات مما دفع

---

(١) القانون الدولي الخاص" تنازع القوانين" د. حسن الهداوي،ص١٣، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧م، الأردن.

(٢) تنازع القوانين د/ جابر جاد عبدالرحمن، ص ٥، ١٩٦٩م.

المشرع اليمني لنهج مسلك تنازع القوانين وفقاً للمعايير الموحدة للتعامل الدولي الخاص في عالم تسوده قيم إنسانية مشتركة.

فالعلاقات القانونية الوطنية المحضة يحكمها القانون الوطني وحدة، سواءً أكانت مدنية، أم تجارية.

أما العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فلا يمكن تطبيق القانون الوطني عليها مباشرة؛ لأنه تتنازع على حكمها قوانين عدة دول تتصل بها عنصر من عناصرها بسبب الصفة الأجنبية، فإذا طبق القانون الوطني مباشرة على النزاع المشوب بعنصر أجنبي، قد يؤدي ذلك إلى الإضرار بأطراف العلاقة وانتفاء العدالة [١]، ولدفع هذه الأضرار، وتمكيناً لهذه العلاقة من أن تشق طريقها في ثقة، يبذل فقه القانون الدولي الخاص جهده في وضع قواعد قانونية تحل هذا التنازع باختيار قانون العلاقة القانونية ليحكمها [٢].

٢- أمثلة وضوابط.

سنطرح أمثلة للتوضيح: إذا تزوج يمني من يمنية، أو استأجر يمني من آخر عقاراً، أو تعاقدت شركة تجزئة يمنية، مع شركة جملة يمنية، فإن العلاقة التي تنشأ عن هذه المعاملات تخضع للقانون الداخلي اليمني، ففي المثل الأول تخضع العلاقة- وهي الزواج- لقانون الأحوال الشخصية اليمني، أي للشريعة الإسلامية بحسب المادة

(١) مبادئ القانون الدولي الخاص، د. مرتضى نصر الله، ص٦، ١٩٦٢م، العراق.

(٢) القانون الدولي الخاص " تنازع القوانين" د. حسن الهداوي ص ٨.

(٢٥) يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة [١]، وفي المثل الثاني يخضع الإيجار للقانون المدني اليمني، وفي المثل الثالث يخضع البيع للقانون التجاري اليمني.

ولكن إذا افترضنا في المثل الأول أن الزواج تم بين يمني وبريطانية، وفي المثل الثاني أن عقد الإيجار تم في المانيا، أو أن العقار في المانيا، وفي المثل الثالث أن شركة الجملة كانت إيطالية، فإن العلاقة التي تنشأ في هذه الأمثلة مشتملة على عنصر أجنبي، ويقتضي الحال أن نبحث عن قانوناً غير القانون اليمني، ففي المثل الأول يجب أن نعرف ما إذا كانت الزوجة البريطانية صالحة للزواج طبقاً للقانون البريطاني، وهل هناك ما يحول دون هذا الزواج طبقاً للقانون البريطاني، وليس في قانون الأحوال الشخصية اليمني نص يحدد شروط الزواج المختلط، سوى شروط عقد الزواج بشكل عام والمحددة بشاهدين عدلين مسلمين، والمهر والولاية على المرأة وقيد وثيقة الزواج لدى الجهة المختصة،

وموافقة وزير الداخلية وبأن الزواج الذي لم يستوفي أركانه وشرائطه باطل [٢] ، وبحسب المادة (٢٥) يرجع في الزواج، والطلاق، والفسخ، والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة [٣]، والجدير بالذكر بأن القضايا المرتبطة

---

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٥".

(٢) المادة "٣٠" من القانون المدني اليمني الصادر سنة

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٥".

بتعاليم الشريعة الإسلامية لا يمكن تطبيقها على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن، كما لا يمكن تطبيق القانون الأجنبي في اليمن إذا جاء مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، والآداب العامة، والنظام العام، وشريعة الإسلام تلحق المسلم أينما كان ويخضع لها دون غيرها [١] وفي المثل الثاني يقتضي الأمر أن نبحث عن صحة عقد الإيجار طبقاً للقانون المدني الألماني، وصحة عقد البيع في المثال الثالث، وهنا نلحظ أن القانون اليمني تزاحمه قوانين أخرى، ولا بد من فض التنازع بإسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة، والمشرع في أي دولة من الدول يقتصر دوره على تحديد اختصاص، أو عدم اختصاص سلطته، أو محاكمه، سواءً أكان هذا القانون هو القانون الوطني، أم كان قانوناً أجنبياً، وإذا كانت الأموال موجودة خارج اليمن فإن قانون موقع المال هو الذي يحكم هذه العلاقة بحسب المشرع اليمني، وفيما يتعلق التنازع في الدعاوى الخاصة بالحقوق المالية، تنقسم الحقوق المالية إلى حقوق شخصية، وحقوق عينية، فالحقوق الشخصية هي ما تتعلق بذمة الغير دون أن تحدد بمال معين، ويقابلها بالنسبة للغير الديون، أو التعهدات، أو الالتزامات المتعلقة بالذمة، والحقوق العينية هي ما كان للإنسان من حقوق في مال بعينه عقار، أو منقول وتنقسم إلى أصلية وتبعية:

الأصلية، وتشمل حق الملكية، وما يتفرع عنه من حقوق مثل حق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق الاستغلال، وكذا حقوق الارتفاق.

---

(١) القانون الدولي الخاص ، عبد الحميد وشاحي، ص١٢٤، ١٩٤٠م، العراق.

التبعية: هي الحقوق التي تنشأ لضمان حق تتعلق بالذمة، وتزول بزوال الحق الذي تضمنه وقد تزول بنفسها، كحق الرهن وحق الامتياز، وقد حدد المشرع اليمني هذه القضايا، وأرجعها إلى القانون الواجب التطبيق على النحو التالي:

١ .في الحيازة والملكية والانتفاع والحقوق العينية الأخرى إذا كان المال غير منقول (عقار)، فيرجع في ذلك إلى قانون موقع المال المادة (٢٨) من القانون اليمني "[١]

٢. في الحيازة والملكية والانتفاع والحقوق العينية الأخرى، إذا كان المال منقولاً، فيرجع فيه إلى قانون المكان الذي يوجد به المال المنقول، وقت تحقق سبب الحيازة، أو الملكية، أو الانتفاع، أو أي حق عيني آخر، أو سبب فقدها (المادة ٢٨ مدني).

٣. في الآثار المترتبة على العقود، باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول (عقار)، والتي يطبق عليها قانون موقع العقار، فيرجع فيها إلى (قانون الموطن المشترك للمتعاقدين)، إذا كانوا من موطن واحد، قانون البلد الذي تم فيه العقد، إذا لم يكونوا من موطن واحد بشرط أن لا يكونا قد اتفقا على قانون آخر، أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر، القانون المتفق عليه بين الطرفين. المادة (٢٩) من القانون المدني اليمني " يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنا، وإذا اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد

---

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م المادة "٢٨" "يرجع في الحيازة والملكية والانتفاع والحقوق العينية الأخرى إلى قانون موقع المال إذا كان غير منقول "عقار" وإلى قانون المكان الذي يوجد به المال المنقول وقت تحقيق سبب الحيازة أو الملكية أو الانتفاع أو أي حق عيني آخر أو سبب فقدها"

الذي تم فيه العقد، مالم يتفق المتعاقدان على قانون آخر، أو يتبين من ظروف الحال أنهما اتفقا على ذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول "عقار" فإنه يطبق قانون موقع المال "العقار" [١].

٤- في شكل العقود يرجع فيها إلى قانون البلد الذي تمت فيه، والقانون الذي يحكم موضوعها قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانونهما المشترك. المادة (٣٠) من القانون المدني" يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه، أو القانون الذي يحكم موضوعها، أو قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانونهما [٢]. بهذا الخصوص، ونرى بأن المشرع اليمني قد سلك نفس المسلك الذي سلكه العديد من المشرعين العرب، وذلك لاعتبارات سياسية واقتصادية، حيث نجد القانون اليمني، والقانون السوري، والقانون المصري، والقانون الجزائري، والقانون العراقي أوردوا أحكام تنازع القوانين ضمن الأحكام العامة للقانون المدني، والقانون الدولي الخاص الكويتي، والمجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، وقد حددت تلك القوانين طوائف الإسناد الأساسية والأشخاص والأموال والتصرفات، والوقائع القانونية.

وضوابط الإسناد المعروفة الأساسية بقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي، والقانون المحلي بوصفه قانون محل الإبرام، أو قانون موقع المال، وأخذت بقانون الإرادة فيما يخص التصرفات القانونية [٣] ، ومعظم القوانين العربية تأثرت في تنظيم

---

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٩".

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٠".

(٣) القانون الدولي الخاص الجزائري، د/ نسرين شريفي ص٥، دار بلقيس للنشر، ٢٠١٣م، الجزائر.

أحكام تنازع القوانين بالقانون المصري، والذي استقى بدوره كثيراً من النظام القانوني الفرنسي ونظريته المتكاملة لأحكام تنازع القوانين.

٥- الشريعة الإسلامية وتنازع القوانين.

ظهرت الشريعة الإسلامية في القرن السابع الميلادي، واستمرت في تطورها حتى القرن الثالث عشر بفضل اجتهاد المجتهدين، حيث ساهموا إلى حد كبير في وضع قواعد المعاملات حتى تجاري هذه القواعد ظروف الزمان والمكان، وذلك عن طريق شرحهم لأحكام الحديث والإجماع والقياس [١] ، وفقهاء المسلمين قد قسموا سكان الكرة الأرضية إلى دارين، أولاهما: دار السلام أو الإسلام، حيث تنطبق أحكام الشريعة الإسلامية الغراء. وثانيهما: دار الحرب، وهي ماعدا ذلك من ديار، والتي لا تطبق فيها أحكام الشريعة الإسلامية، ودار الحرب ويشمل من لا يخضون لها، ومع ذلك فليس هناك ما يمنع من احتمالات دخول غير المسلمين إلى دار السلام، والدخول في معاملات يومية، سواءً مع بعض المسلمين، أو مع بعضهم البعض، مع بقائهم على دينهم، وهم إما أن يكونوا مستأمنين لأخذهم الأمان من السلطان في دولة الإسلام لمدة سنة، فإذا مضت السنة دون المغادرة أخذ حكم، ويسمى "معاهداً" تعصم نفسه وماله، وهو على أي حال ما يمكن اعتباره نواة لنظام الإقامات التي

(١) القانون الدولي الخاص المصري، د/ حامد زكي، ص١٦٥.

تمنح من الدولة للراعايا الأجانب في العصر الحديث[١]؛ ولذا لا يمكن أن يتصور تنازع قوانينها مع الشريعة الإسلامية، ولم يسمح بتطبيقها في دولة الإسلام، كون القرآن والسنة مهيمن على غيرها من قوانين البشر.

وقوله تعالى :﴿ وَأَنِ ٱحۡكُم بَيۡنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعۡ أَهۡوَآءَهُمۡ وَٱحۡذَرۡهُمۡ أَن يَفۡتِنُوكَ عَنۢ بَعۡضِ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ إِلَيۡكَۖ فَإِن تَوَلَّوۡاْ فَٱعۡلَمۡ أَنَّمَا يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُصِيبَهُم بِبَعۡضِ ذُنُوبِهِمۡۗ وَإِنَّ كَثِيرٗا مِّنَ ٱلنَّاسِ لَفَٰسِقُونَ ﴿٤٩﴾ ﴾ [٢] ، وتمتد سيادة الشريعة الإسلامية فتشمل المسلم في دار الحرب طبقاً لما تقتضيه شخصية القوانين ، وعند اختلاف ملة المتخاصمين غير المسلمين، أما إذا كانا من ملة واحدة فيرى الحنفية أن على القاضي المسلم أمام النزاع أن يطبق شريعتهم [٣] ، والشريعة الإسلامية لا تقسم المجتمع بحسب انتمائهم الإقليمي إلى وطنيين وأجانب، بل تقسمهم بحسب انتمائهم الديني إلى مسلمين وغير مسلمين [٤]، ولم يعرف موضوع تنازع القوانين بالشكل الحالي في الشريعة الإسلامية، كونها صالحة لكل زمان ومكان وشمولية التطبيق على كل نزاع يرفع إلى القاضي المسلم.

---

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، د/ سالم حماد الدحدوح، ص٢٦، ٢٠٠٦م، فلسطين.

(٢) سورة المائدة الآية ٤٩.

(٣) مبادئ القانون الدولي الخاص، د. فؤاد عبدالمنعم رياض، ص٢٩٦، دار النهضة العربية، ١٩٦٩م، الرياض.

(٤) أحكام القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٦١، مرجع سابق.

المطلب الثاني

نظريات التنازع

لم تظهر قواعد تنازع القوانين مرة واحدة وبصورة فجائية، بل ظهرت بصورة تدريجية ولها أصل تاريخي، ويمكننا أن نلتمس هذا التدرج في العرض الآتي:

في زمن الدولة الرومانية تم إصدار قانونين هما: القانون المدني المختص بالتطبيق على الرومانيين أبناء البلد، وقانون خاص للتطبيق على الأجانب[1]، سُمّي قانون الشعوب، فلا مجال للقول هنا إنه من الممكن أن ينشأ تنازع بين القوانين، حيث إن كلا القانونين قوانين داخلية، ولكي يكون هناك نزاع يجب أن يكون التنازع بين القوانين تنازعاً بين قوانين دول مختلفة، وبعد فترة تم السماح في روما للأجانب بأن يخضعوا لقوانين بلادهم بالنسبة للعلاقات العائلية ومسائل الميراث، وهنا فُتِح باب التنازع بين القانون الروماني وقوانين الأجانب، وظهرت فكرة شخصية القوانين.

واستمر نظام شخصية القوانين سائداً حتى العصور الوسطى، حيث ظهر ما يقابله ويغايره، وهو الإقليمية المطلقة، حيث تمسّك كل حاكم بإقليمه، وفرض سلطته وقوانينه عليه، ما منع تطبيق أي قوانين أجنبية حتى على الأجانب في تلك الدولة.

وظهرت عدة مدارس ناقشت وطورت من موضوع تنازع القوانين حتى وصل إلينا في وقتنا الحالي، وقد مرّت نظرية تنازع القوانين بطورين من التطور، إذ كانت هناك

---

(١) أصول التنازع الدولي للقوانين، د. أحمد عبدالكريم سلامة،ص١٧٨، دار النهضة، ٢٠٠٨م، القاهرة.

مدارس قديمة ومدارس حديثة، وظهرت المدارس القديمة في إيطاليا وفرنسا وهولندا كالآتي:

١- نظرية الأحوال الإيطالية.

نظرية تنازع القوانين قديمة النشأة نسبياً حيث يرجعها البعض إلى أواخر القرن الثاني عشر، وبداية القرن الثالث عشر في ظل نشاط اقتصادي، وتجاري كبير في شمال إيطاليا، فقد كانت تشكل جمهورية مستقلة لها قانونها الخاص بها الذي يعرف باسم الأحوال " بجانب القانون الروماني الذي يعتبر تشريعاً عاماً، وظهرت فكرة التنازع بين القانونين بين قانون الأحوال والقانون الروماني.

وبرز الفقيه "أكيرس" Accurse " في حاشية وضعت عام ١٢٢٨م على نص ورد في مجموعة ستنيان يعرف بقانون جميع الشعوب " التزام جميع الشعوب التي تخضع لحكمهم باعتناق العقيدة الكاثوليكية"، كي يظل الفرد الروماني خاضعاً لهذا القانون الذي يتبعه خارج الإقليم [١].

في القرن التاسع جاء الفقيه الإيطالي " مانشيني" الذي كان ينادي بمبدأ شخصية القوانين، وأخضع المال إلى قانون موقعه استثناء على قاعدة القوانين، وأساس هذا الاستثناء هو أن القوانين التي تحكم الملكية العقارية تتعلق بالنظام العام [٢] التي يبرر

(١) إحكام القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٦٣، مرجع سابق.

(٢) تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الاجنبية، د.سامية راشد، ود.فؤاد عبدالمنعم رياض، ص٣٠٠،دار النهضة،١٩٩٤م، القاهرة

اعمالها تطبيق قانون الموقع على فكرة الأموال عموماً، والأموال العقارية خصوصاً [١]، ومجال الأحوال الشخصية ليشمل المواريث والنظم المالية، كما أخضعت هذه النظرية الجرائم أكانت مدنية أو جنائية [٢]. وتوسع فقهاء تلك المدرسة في تلك القاعدة فجعلوها لا تقتصر على الناحية الشكلية للعقد فقط، بل أخضعوا الشروط الشكلية والموضوعية للعقد لقانون البلد التي تم إبرام العقد فيه، وظلت هذه النظرية يُعمل بها لمدة طويلة.

٢-النظرية الهولندية وفكرة المجاملة الدولية: تقوم النظرية الهولندية على مبدأ الإقليمية المطلقة، ومبدأ المجاملة الدولية، وقد أنكر واضعوا هذه النظرية الصفة الإلزامية لقواعد تنازع القوانين كون قانون الدولة محصوراً في حدودها.

. مبدأ الإقليمية المطلقة: بموجب هذا القانون تسري قوانين الإقليم وحدها دون غيرها ضمن هذا الإقليم؛ لأنه لا سيادة للقوانين إلا داخل حدود إقليم الدولة التي أصدرتها، وبالتالي فإن أي تطبيق لأي قانون أجنبي داخل إقليم معين يعد تعدياً على هذا الإقليم، وقد كان الهولنديون متأثرين في هذا المبدأ بالأوضاع السياسية التي كانت تمر بها بلادهم في مواجهة الاحتلال الإسباني.

---

(١) تنازع القوانين، د. جمال محمود الكردي،ص٤٢٣،دار النهضة، ٢٠٠٥م، القاهرة.

(٢) أصول في التنازع الدولي، للقوانين،د. أحمد عبدالكريم سلامة،ص ، دار النهضة، ٢٠٠٨م، القاهرة.

مبدأ المجاملة الدولية: بعد أن أدرك الفقهاء الهولنديون بقسوة مبدأ الإقليمية المطلقة وتأثيره على مصالح الأشخاص، وكذلك المصلحة والمنفعة المشتركة والمتبادلة بين الدول، ولجأوا لمبدأ المجاملة الدولية، وهو قائم على تحقيق المنفعة المتبادلة بين الدول وبعضها، ويكون ذلك بشكل ينسجم مع اعتبارات السيادة الوطنية، وكان تطبيق القانون الأجنبي لديهم نابعاً من متطلبات السيادة الوطنية واعتباراتها الأساسية، ويجب أن يسري مفهوم المجاملة بالمقابلة بالمثل.

اقتصرت فكرة المجاملة الدولية بين الدول، وأن المشرع الوطني غير ملزم بتطبيق القانون الأجنبي، لأن إلزامه بذلك لا يتوافق مع السيادة بسبب القوة المطلقة لقانون الدولة التي شرعته، ويخضع له كل من يتوطن في إقليمها، ولكن الدولة بسبب المجاملة تعترف بقوانين الدول الأخرى مالم يؤدي ذلك إلى الاخلال بسيادتها [1]، وبعد انتهاء حقبة المدارس القديمة، ظهرت مدارس حديثة منذ القرن التاسع عشر، وهي: المدرسة الإيطالية الحديثة، والمدرسة الألمانية، والمدرسة الفرنسية الحديثة.

وفي تلك النظرية لا يتعين القانون الشخصي بقانون الموطن، كما ذهبت إلى ذلك بعض النظريات السابقة، بل يتحدد بالقانون الوطني للشخص الذي يخضعه موضوع النزاع؛ لأن القانون الوطني أكثر تكيفاً مع تقاليد الشعب وأخلاقه وحاجته من ناحية، وأكثر استقراراً وثباتاً من قانون الموطن الذي ينقصه الثبات من ناحية أخرى، وإذا كان القانون الشخصي مختصاً بحل تنازع القوانين بصورة اعتيادية، فلا يعني أن

(١) القانون الدولي الخاص "تنازع القوانين "،أ د.غالب الداودي، ص ٨٢، دار الثقافة للنشر، ٢٠١١م، الأردن.

اختصاص هذا القانون شامل لا استثناء فيه، بل على العكس من ذلك هناك استثناءات على القاعدة فرضتها ضرورة الدفاع عن مصلحة المجتمع وحاجات التجارة، فيستثنى من تطبيق القانون الشخصي المسائل الآتية: القوانين التي تعبر عن النظام العام، والتي يتفق أطراف العلاقة على اختيارها.

٣-النظرية الألمانية.

وتسمى نظرية التركيز المكاني، ومن أهم النظريات التي أكدت قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، إذ اعتمدت على تحليل الروابط القانونية، وإخضاعها لقانون المكان [١] ، واتجاه الأطراف العلاقة إلى تطبيق القانون السائد الذي تتركز العلاقة فيه [٢] ، كان للنظرية الألمانية دور فعّال في طرح حلول حقيقية وفعالة لتنازع القوانين، حيث إنها لا تعول على تقسيم القوانين إلى عينية وشخصية، ولا على نظرية الأحوال نفسها، فقد ذهب "سافيني"، وهو مؤسس تلك النظرية، إلى أن كل الدول تهدف لتحقيق العدالة، ولا يمكن تحقيقها إلا في التعاون فيما بينها، وقد طرح سافيني معياراً جديداً كلياً يعتمد فيه على ثلاثة عوامل هي: القانون الطبيعي، والمركز القانوني للعلاقة القانونية، والخضوع الإرادي، ويكون مقر الشخص موطنه، ومقر الأموال مكان تواجدها، ومقر الالتزامات مكان تنفيذها، ومقر الأفعال الضارة مكان حدوثها [٣]،

---

(١) تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الاحكام الأجنبية، سامية راشد، فؤاد عبدالمنعم رياض،دار النهضة، ١٩٩٤م، القاهرة.

(٢) تنازع القوانين، هشام علي صادق، ص٩٥٧، مرجع سابق.

(٣) الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د.أحمد عبدالكريم سلامة ٢٣٩ ومابعدها، دار النهضة،٢٠٠٨م، القاهرة.

فالقواعد التي تحكم الشخص يعطي فيها الاختصاص إلى المركز القانوني للشخص، وهو قانون موطنه، فقانون الموطن هو الذي يحدد حالة الشخص هل هو رشيد أم قاصر؟ أما العلاقات التي يرتبط بها الشخص فإن تركيزها يتم بمقتضى طبيعة العلاقات القانونية، فالالتزامات التعاقدية تخضع لمكان تنفيذها، والالتزامات الناشئة عن الأفعال تخضع لمكان وقوع الفعل، والعلاقة التي يكون موضوعها شيئاً منقولاً أو عقاراً، فتخضع لمكان موقع الشيء، وأخيراً فإن في مقدور أطراف العلاقة اختيار مركز العلاقة القانونية بإرادتهم واختيارهم.

٤- المدرسة الفرنسية الحديثة.

تأسست هذه المدرسة في فرنسا نهاية القرن التاسع عشر، وقد أنشأها الفقيه بيليه، وهو يرفض أن يجعل من شخصية أو من إقليمية القوانين قاعدة لحل التنازع.

انتهجت نظرية الأحوال الفرنسية الطريقة التي سارت بها المدرسة الإيطالية، باعتبار مبدأ الإقليمية كأصل عام لحل مسائل التنازع، ومبدأ الشخصية كاستثناء، بحيث قسم الأحوال إلى عينية وشخصية، أخضع الأولى إلى مكان وجود العقار، والثانية لمكان الموطن، وأخضع المنقول لمكان الموطن [١]، والقانون السائد في الإقليم هو الذي يحكم كلَّ الأموال الكائنة فيه، وكل الأشخاص المتوطنين في رحابه [٢] ، ويرى بيليه أن حل التنازع يكون عن طريق الكشف عن الغرض الاجتماعي الذي

(١) أصول القانون الدولي الخاص ، د. أحمد عبدالكريم سلامة، ص ٢٠٠، مرجع سابق.

(٢) تنازع القوانين، د. هشام علي، منشأة المعارف، ١٩٩٣م، ص٧٩٤، الإسكندرية.

يسعى إليه القانون، فلكل قانون غرض اجتماعي يرمي إلى تحقيقه، وهو حماية الفرد أو المجتمع، وبيليه يرى أنه إذا كان الهدف من القانون هو الحماية الفردية، أو العائلية فينبغي تطبيق القانون الشخصي، أما إذا كان الهدف من القانون حماية المجتمع فيتم بذلك تطبيق القانون المحلي على جميع العلاقات القانونية داخل الدولة، وقد لا يكون من السهل معرفة وتحديد مَن أراد القانون حمايته مباشرة، فنلجأ عندئذٍ لوسيلة تقوم على معرفة من يضره عدم تطبيق القانون أكثر من غيره.

المطلب الثالث

التكييف والإسناد والإحالة

أولاً تعريف التكييف:

التكييف يُقصد به: تحديد الوصف الصحيح لموضوع النزاع؛ كي يتم إسناده لقانون معين [١]، وعرَّف التكييف الدكتور أحمد سلامة بأنه: تحليل المسألة القانونية المطروحة أمام القاضي لتبيان طبيعتها، وخصائصها، وإعطائها الوصف القانوني الملائم لإدراجها في طائفة من الطوائف القانونية التي خصها المشرع بقاعدة إسناد تمهيداً لتطبيق قانون معين [٢]؛ أي تحديد طبيعة المسألة التي تتنازعها القوانين، لوضعها في نطاق طائفة من النظم القانونية، لكي يسند حكمها إلى قانون معين، لذا فالتكييف عملية لازمة لابد أن يقوم بها القاضي [٣] ، فالتكييف عملية أولية لتحديد قواعد الإسناد التي ستحل مشكلة التنازع.

ثانياً: نشأة التكييف.

كان للفقيه الألماني kahn الدور الأبرز في ظهوره سنة ١٨٩٧م [٤] إلا أنّ الفقيه الفرنسي Bartn قد بلور هذه النظرية من خلال تحليله لبعض أحكام القضاء

---

(١) القانون الدولي الخاص، د/ جابر جاد عبدالرحمن، ج٢، ط٢، ١٩٤٧م، العراق.

(٢) الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د/ أحمد عبدالكريم سلامة، ص٣٦٧، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، مصر.

(٣) مبادئ وأحكام القانون الإداري، د/ علي بدير، وآخرون، ص٤٧٥، مديرية الكتب، ١٩٩٣م، بغداد.

(٤) الأصول في تنازع القوانين، د/ أحمد عبدالكريم سلامة،ص٣٧٧.

الفرنسي، بحيث استنتج أنّ القاضي الفرنسي قام بالتكييف قبل إسناد حل النزاع إلى قانون ما، كما أنه أخضع التكييف للقانون الفرنسي من خلال قضية" " وصية الهولندي"[١] ،وقضت المحاكم الفرنسية بأنّ النّزاع متعلق بشكل الوصية، فالقانون الواجب التطبيق هو قانون المحل، أي الفرنسي والذي يجيز المحرّر العرفي [٢] ومحل التكييف عند فريق من الفقهاء ينصب على عنصر القانون، والذي يتمثل في العنصر القانوني، كمطالبة زوجة المالطي [٣] بنصيبها وفقاً للقاعدة الموضوعية الواردة في القانون المالطي، فيقوم القاضي على بناء ذلك بتكييف القاعدة القانونية الموضوعية،

---

(١) هذه القضية تتلخص في الأتي: أن شخصاً هولندياً حرر وصية في فرنسا وفقاً للشكل العرفي الذي يجيزه القانون الفرنسي، أي بخطّ يده. فثار نزاع بعد وفاته بين ورثته بشأن صحة هذه الوصية أمام القضاء الفرنسي، على أساس أنّ القانون الهولندي في المادة ٩٩٢، من القانون المدني يمنع على الهولنديين تحرير وصاياهم في غير الشكل الرسمي حتى ولو كانوا خارج هولندا. وبالتالي فالقانون الهولندي يعتبر المسألة متعلقة بالأهلية، لأن الهدف من اشتراط الرسمية هو حماية إرادة الموصي، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الموصي أي القانون الهولندي.

(٢) القانون الدولي الخاص، د/ هشام صادق، د/ حفيظة السيد، د/ عكاشة عبدالعال،ص٥١-٥٢، ٢٠٠٦م ، الإسكندرية.

(٣) وتتلخص هذه الواقعة في الاتي : تزوج مالطيان في جزيرة مالطا، موطنهم الأوّل ، ثمّ هاجرا إلى الجزائر التي كانت آنذاك مستعمرة فرنسية خاضعة للقانون والقضاء الفرنسيين، وتملك الزوج بعض العقارات. وعند وفاته طالبت زوجته بحقها في الميراث وفقاً لما هو معترف به في القانون= = المالطي بما يعرف باسم " ربع الزوج الفقير" فرفض باقي الورثة ذلك، فقامت الزوجة برفع القضية أمام القضاء الفرنسي معتمدة على القانون المالطي أينما كان نظام الأموال يدخل في طائفة الأحوال الشخصية، والتي يطبق عليها قانون الجنسية المالطي. لكن القضاء الفرنسي رفض طلبات الزوجة باعتبار أنّ فكرة الميراث في القانون الفرنسي من الأحوال العينية تخضع لقانون العقار، فيطبق القانون الفرنسي الذي لا يعترف للزوجة بهذا الحق.

ويرى فريق آخر من الفقهاء بأن التكييف ينصب على عنصر الواقع وليس القانون، فهو إعطاء المركز الواقعي المتنازع بشأنه الطابع القانوني الذي يدخله في طائفة من طوائف الإسناد في قانون القاضي، أما الفريق الثالث فهو يرى بأن التكييف ينصب على العنصرين معاً، القانوني والواقعي[١] في موضوع النزاع؛ لأن قواعد تنازع القوانين "قواعد الإسناد" لاتضع الحلول لكل مسألة من المسائل، بل إنها تبين القانون الذي يحكم، مثلاً تقضي قواعد الإسناد بأن شكل التصرف خاضع لقانون بلد تحريره، وأن الأهلية تخضع لقانون الجنسية في القانون اليمني ونص القانون المدني اليمني بحسب المادة (٢٤) يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم [٢] في معظم التشريعات، ومنها القانون المدني المصري، والقانون العراقي، والقانون التونسي ، والجزائري، والفرنسي وكثير من الدول، وقضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته [٣] ، فالقاضي يكيف العلاقات القانونية، والنظام القانوني الذي تدخل في نطاقه العلاقة القانونية، وتحديد معنى الواقعة، أو الفعل المادي الذي يرتب القانون عليه أثراً قانونياً يسهم في التوصل إلى الحل الدقيق [٤] فيما يخص مختلف النزاعات، مدنية، أم جنائية، أم إدارية [٥]، وهنا يتم تحديد الوصف القانوني"

---

(١) الأصول في تنازع القوانين، د/ أحمد عبالكريم سلامة، ص٣٧١-٣٧٧.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م المادة "٢٤"

(٣) القانون الدولي الخاص، " تنازع القوانين" د. حسن الهداوي، ص٥١، مرجع سابق

(٤) نظرية العقد، د/ سليمان مرقس، ص ٢٨-٢٩، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦م، القاهرة.

(٥) مبادئ وأحكام القانون الإداري، د/ علي محمد بدير وآخرون، ص٤٧٥، مديرية الكتب للطباعة والنشر، ١٩٩٣م، العراق.

التكييف" تمهيداً لتطبيق الحكم الموضوعي في القانون المدني، أو الجنائي، ومثاله فيما يخص العقد لابد من أن يكيف هذا العقد ما إذا كان عقد بيع، أم إيجار، ويطبق بعدها الأحكام الموضوعية [١] التي خصص لها مشرعه قاعدة إسناد ومثال العلاقات القانونية: الزواج، الطلاق، العقد، الفعل الضار، الوصية، الأهلية وغيرها.

ويتم رد هذه الوقائع إلى إحدى الفئات القانونية التي خصص المشرع لكل منها قاعدة إسناد تحدد القانون الواجب التطبيق، فلو أن قاعدة الإسناد في مسألة الأهلية تشير إلى تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، فوفقاً لهذا الرأي يجب أن يكون المعنى المقصود من الأهلية متحدداً في ضوء القانون المقارن ، إذ أن قواعد الإسناد إنما تهدف إلى سد حاجة المعاملات الدولية، ومن ثم فإن ماتنظم هذه القواعد يجب أن يعطي معنى عالمياً[٢]، ونلحظ أن عالمية القوانين من الصعوبة بمكان ألا في عالمية الإسلام، كونها أصل القوانين للبشرية لمن شاء أن يستظل بعالمية خلودها زماناً ومكاناً [٣] ،وهناك نظريات في هذا السياق ونكتفي بنظرية " بارتان" " الرجوع في التكييف لقانون القاضي" وبموجب هذه النظرية يتم الرجوع إلى المفاهيم والأفكار القانونية في قانون القاضي نفسه لأجل تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع، ورده إلى إحدى الطوائف القانونية التي خصص المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة

---

(١) تنازع القوانين،د/ عكاشة محمد عبدالعال،ص٨٩.

(٢) تنازع القوانين، د/ حسن الهداوي، الدار الدولية، ص٥٤، ٢٠٠١م ، الأردن.

(٣) القانون الدولي العام وعالمية الإسلام، د/ مبارك علوي محمد لزنم، ص١١، مركز القلم للتدقيق اللغوي والترجمة والطباعة، حضرموت، اليمن.

إسناد مستقلة، والتنازل عن جزء من سيادة قانونه لصالح تطبيق القانون الأجنبي ينحصر في حدود تطبيق قاعدة الإسناد لأجل تحديد القانون المختص، وهو من اختصاص المشرع ، ومن ثم فالتكييف لا يعدو أن يكون تفسيراً لقاعدة الإسناد [١]، ولم يكترث الفقه الحديث المتبني لهذه النظرية بفكرة السيادة تلبية لحاجة المعاملات الدولية، وهذه النظرية – وفقاً لقانون القاضي– تتوافق مع غالبية التشريعات، منها القانون اليمني، حيث نصت المادة (٢٣) " القانون اليمني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين، وذلك لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها" [٢] وأغلب التشريعات العربية أخذت بذلك منها القانون المدني السوري المادة (١١) ، والقانون الكويتي رقم(٥) لسنة ١٩٦١م المادة (٣١) ، والقانون المدني الليبي المادة (١٠)، وأخذ بها القضاء في كثير من الأحكام [٣] ، ولكن لابد من الإشارة هنا أن الفقيه " بارتان" لم يسلّم بما تقول به هذه النظرية في جميع الفروض، بل استثنى من ذلك التكييف الذي يخص "الأموال" فيما إذا كانت عقاراً، أو منقولاً، فأخضع تكييفها لقانون موقعها، وليس لقانون القاضي مستنداً على فكرة حماية الثروة الوطنية في الدولة [٤]، وهذا الاستثناء أخذت به معظم التشريعات، منها التشريع اليمني والعراقي والمصري والسوداني والأردني.

---

(١) القانون الدولي الخاص، د/ سامي بديع منصور،ص٩١، الدارالجامعية،بيروت.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م ، المادة "٢٣".

(٣) القانون الدولي الخاص، د/ جابر جاد عبدالرحمن،ج١،ص٥٣٩،مرجع سابق.

(٤) تنازع القوانين، د/ حسن الهداوي، ص٦٢، مرجع سابق.

يتضح مما سبق أن قواعد الإسناد قواعد محايدة تحل تنازع القوانين مثلاً الأهلية تخضع لقانون الجنسية، وشكل العقد لبلد الإبرام " قاعدة الشكل العقد، والتصرف القانوني يخضع لبلد الإبرام، أو قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، أو القانون الذي يحكم الموضوع، هنا القاضي مخير بين أكثر من قانون، وفي الأصل أن القاضي يختار القانون الذي يقول أن الشكل صحيح" وآثار الزواج لقانون الزوج، وموضوع العقد يخضع لقانون الإرادة، والمسوؤلية التقصيرية تخضع للعقد، المنشئ للالتزام والإجراءات تخضع لقانون القاضي، والاشهار والعلنية تخضع لقانون موقع المال" الحيازة والحقوق العينية"، وبعد عملية التكييف تأتي عملية الإسناد والإحالة للقانون الواجب التطبيق.

ثالثاً: الإسناد وأقسام قاعدة الإسناد:

١- تعريف الإسناد.

تخضع قواعد الإسناد القانونية لنوعاً خاص من القواعد يطلق عليها قواعد الإسناد، ولا شأن لها بموضوع تلك القواعد المشتملة على عنصر أجنبي.

ويعرف الإسناد بالقواعد القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع المشتمل على عنصر أجنبي [١]

٢- أقسام قاعدة الإسناد.

من خلال قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص اليمني بحسب المادة (٢٤) مدني، والتي تنص على أنه " يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون

(١) القانون الدولي الخاص، د/ هشام صادق/ د/ حفيظة السيد، د/ عكاشة عبدالعال، ص٥.

جنسيتهم" يتضح لنا أنها تتكون من قسمين: القسم الأول ويسمى (الفكرة المسندة)، والقسم الثاني ويسمى (ضابط إسنادها)، وبعض الكتُّاب يرى قسماً ثالث، وهو القانون المسند إليه.

أ- الفكرة المسندة.

وتعني المعيار القانوني لضابط الإسناد من خلال مجموعة من الحالات، أو العلاقات القانونية المتقاربة التي تخضعها قاعدة الإسناد إلى القانون المختص [١]، والفكرة المسندة في قواعد الإسناد في اليمن على سبيل المثال، فكرة الأهلية الواردة في المادة (٢٤)، وفكرة الالتزام غير التعاقدية بموجب نص المادة (٣١)، وفكرة شكل العقود بموجب نص المادة (٣٠)، وقد سبق الإشارة إلى ذلك لحالات.

والحالات أو العلاقات القانونية المشتملة على عنصر أجنبي ليس لها حصر، لهذا نلاحظ أن كل مشرع يتكفل بتصنيف هذه الحالات، أو العلاقات إلى فئات أو طوائف مختلفة تندرج كل منها تحت فكرة مشتركة، تسمى بالفكرة المسندة، ومن الأمثلة على ذلك فكرة الميراث الوارد في المادة (٢٧) في القانون المدني اليمني، فهي تشمل على مختلف الأوضاع التي تتعلق بالخلافة على المال بسبب الوفاة، مثل شروط استحقاق الإرث، وتحديد صفة الوارث والأنصبة وكيفية توزيعها، وأسباب الحجب والحرمان والقدر الجائز الإيصاء [٢]

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٧٨، مرجع سابق.

(٢) أحكام القانون الدولي الخاص د/ عبدالحكيم محسن عطروش،نفس المرجع.

يتضح مما سبق سهولة الكشف عن القانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية عن طريق ضابط الإسناد.

ب-ضابط الإسناد: هو الكاشف للرابطة، أو الواسطة التي تربط بين الفكرة المسندة، وقانون دولة معينة [١]، ولا بد لضابط الإسناد أن يكون ذا صله بأحد عناصر العلاقة القانونية ، فقد يتعلق بالعنصر الشخصي كضابط الجنسية، وقد يتعلق بعنصر الموضوع كضابط موقع المال، كما قد يتعلق بعنصر الواقعة الناشئة، كضابط محل إبرام التصرف.

وقد تتضمن قاعدة الإسناد ضابط واحد يرشد إلى تطبيق قانون واحد على سبيل المثال المادة (٢٤) مدني يمني " يرجع الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم"[٢].

وقد تضمن قاعدة الإسناد على عدة ضوابط للإسناد ترشد إلى تطبيق عدة قوانين على الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على قانون آخر، أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر.

ويجرى المقنن اليمني على إخضاع كل فكرة مسندة إلى ضابط خاص يرشد إلى قانون معين واجب التطبيق، مثلاً يسند فكرة الأهلية لضابط الإسناد الجنسية في المادة

---

(١) أصول القانون الدولي الخاص، د/ محمد كمال فهمي، ص ٣٣٣ ، ١٩٨٢م، الإسكندرية.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤"لسنة ٢٠٠٢م المادة "٢٤"" تنازع القوانين"

(٢٤)، ويسند فكرة العقود لضابط الإسناد هو قانون الإرادة في المادة (٢٩) من القانون المدني اليمني، كما يسند فكرة شكل العقود لضابط الإسناد، وهو بلد الإبرام، وهنا يتضح عدة ضوابط للإسناد وهي: قانون إرادة المتعاقدين الصريحة، أو الضمنية، وقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، قانون البلد الذي تم فيه العقد أن اختلف موطن كل المتعاقدين، وقد تتضمن قاعدة الإسناد أحياناً ضابط إسناد مزدوج، يرشد إلى تطبيق قانونين معاً، وذلك ما قصده المشرع المصري في المادة (١٢) من القانون المدني المصري والتي تنص على ذلك " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين" ، أي ضابط ذلك الجنسية الذي يرشد إلى تطبيق قانونين معاً في آن واحد هما قانون دولة الزوج، وقانون دولة الزوجة، وبموجب المادة (٣٠) من القانون المدني اليمني قد تتضمن قاعدة الإسناد ضوابط عدة للإسناد، ترشد إلى تطبيق عدة قوانين على وجه التخيير، حيث نصت المادة (٣٠) على ما يلي:

"يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه، أو القانون الذي يحكم موضوعها، أو قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانونهما المشترك .

ج- القانون المسند إليه: وهو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، والذي يتوصل إليه القاضي بفضل ضابط الإسناد، وهناك ضوابط قانونية التي يتصدى لها المشرع لتنظيمها، مثل الجنسية والموطن، وضوابط الإسناد الثابتة، مثل موقع العقار، ومحل وقوع الفعل الضار، أو النافع، إرادة المتعاقدين، أما الضوابط المتغيرة فهي قابلة

للتغيير كالجنسية والموطن ومحل المنقول، فقد يقوم الشخص بتغيير جنسيته بحيث يتخلى عن جنسيته القديمة، ويكتسب جنسيته الجديدة ويفقد القديمة، وقد يقوم الشخص بتغيير موطنه فيفقد موطنه القديم، ويكتسب موطناً جديداً، وقد يكون المنقول في دولة معينة فيتم نقله إلى دولة أخرى [١]

رابعاً: الإحالة ودرجاتها.

١-تعريف الإحالة.

يقصد بالإحالة: تلك النظرية التي تقوم بوجوب تطبيق قاعدة الإسناد في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، طبقاً لقاعدة الإسناد في القانون الوطني، مادامت هاتان القاعدتان في القانون مختلفتين من حيث الحكم، وكان التنازع سلبياً بينهما [٢].

وقد انقسم الفقه إلى فريقين البعض منهم يؤيد للأخذ بالإحالة، ويرى بأنها تؤدي إلى توحيد الحلول، وضمان تنفيذ الأحكام الأجنبية، وتحقق التعايش المشترك والتنسيق بين النظم القانونية المختلفة [٣]، وعند إشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي فيجب تطبيق هذا القانون ككل لا يتجزأ في قواعده الخاصة بالتنازع، وفي قواعده الموضوعية [٤] ، والقول بإعمال قواعده الموضوعية دون قواعد إسناده رغم

(١) أحكام القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص ٨١، مرجع سابق.

(٢) تنازع القوانين، جابر جاد عبدالرحمن، دار النهضة، ١٩٧٠م، مصر.

(٣) تنازع القوانين، د/ هشام علي صادق، ص١٨٠-١٨١، مرجع سابق.

(٤) الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د/ أحمد عبدالكريم سلامة، ص٤٤٣،مرجع سابق.

رفض هذه الأخيرة الاختصاص، وهو ما يتضمن إهدار لإرادة المشرع الأجنبي[١]، وسد الطريق أمام الأطراف في المنازعة إلى الغش، نحو القانون والقبول بالإحالة يؤدي إلى حل النزاع على اختيار المحكمة[٢].

ويرى آخرون وهم الرافضون للأخذ بالإحالة معتمدين على مجموعة من المبررات، أهمها هو أن قاعدة الإسناد هي قاعدة وطنية يستمد من خلالها القاضي الوطني سلطته من قانونه، وليس من القانون الأجنبي، وبذلك فلا داعي للأخذ بالإحالة بناءً على ما تقرره قواعد الإسناد في قانون أجنبي[٣]، لأن التنازع لها وظيفة سياسية، هي الفصل بين السيادات التشريعية في الدول التي على صلة بالمسألة محل النزاع [٤]، في الأساس عندنا

نوعين من القواعد داخليه تنطبق على النزاع، وقواعد إسناد تشير للقانون الواجب التطبيق على النزاع، أي قانون يحوي على نوعي القواعد الموضوعية، وقواعد إسناد في حال وجود عنصر أجنبي، أو تنازع قوانين، ونرجع للقواعد الموضوعية لما يكون النزاع داخلي، ولقواعد الإسناد في حال العنصر الأجنبي وتنازع قوانين، وعند ثبوت الاختصاص لقانون القاضي في العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي، فإنه لا يوجد

---

(١) الموجز في القانون الدولي الخاص، د/ حفيظة السيد الحداد، ص١٥٤، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧م، لبنان.

(٢) الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د/ أحمد عبدالكريم سلامة، ص٤٤٤، مرجع سابق.

(٣) تنازع القوانين، د/ عكاشة عبدالعال، ص١٩٤، دار الجامعة الجديدة،٢٠٠٧م، الاسكندرية.

(٤) التنازع الدولي للقوانين، د/ أحمد عبدالكريم سلامة، ص٤٤٤،دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، مصر.

أي إشكال، ويبقى أمام القاضي تطبيق قانونه في موضوع النزاع [١] ، ومن الأمثلة على ذلك " التنازع الإيجابي" أن يثور نزاع متعلق بأهلية متوطن يمني في إنجلترا، فوفقاً لقاعدة الإسناد الإنجليزية، يكون القانون الإنجليزي هو المختص بوصفه قانون موطنه، بينما يكون القاضي اليمني هو المختص وفقاً لقاعدة الإسناد اليمنية بوصفه قانون جنسيته، وكذلك عند اتحاد قواعد الإسناد في الدولة الأجنبية، ودولة القاضي [٢] ومن الأمثلة على ذلك أن يعرض على القاضي اليمني نزاع يتعلق بأهلية مواطن مصري، ففي هذه الحالة سيطبق القاضي اليمني القانون المصري باعتباره قانون جنسية الشخص، بحسب ما تقتضي به قاعدة الإسناد في القانون اليمني، وبما أن قاعدة الإسناد في القانون المصري تقضي أيضا بتطبيق قانون الجنسية، فإن القاضي اليمني يطبق القواعد الموضوعية في القانون المصري مباشرة [٣]

٢- درجات الإحالة.

أ-الإحالة إلى قانون دولة القاضي.

قواعد التنازع في القانون الأجنبي المسند إليه النزاع حل هذا النزاع، وتحيله إلى قانون القاضي، وقد يحقق المصالح الوطنية وتيسيراً على القضاة حيث سيطبق القاضي قانونه الوطني، ويتجنب مخالفة النظام العام، وعند البحث عن المشاكل التي قد

(١) تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، د/ ماهر إبراهيم السداوي، ص٧٠، ط٤.

(٢) تنازع القوانين، د/ هشام علي صادق، ص١٦٦، مرجع سابق

(٣) أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش،ص ٩١، مرجع سابق.

تواجهه [١] والأخذ بقاعدة الإسناد التي يتضمنها القانون الأجنبي [٢]، وينسجم ذلك مع المقنن اليمني حيث نظرته إلى إقليمية تنازع القوانين، فالقاضي اليمني عندما يعرض عليه نزاع مشتمل على عنصر أجنبي، عليه أولاً مخاطبة قاعدة الإسناد الأجنبية التي أشارت إليه قاعدة الإسناد اليمنية، فإذا أشارت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق القانون اليمني، ففي هذا الفرض يقبل المقنن اليمني هذه الإحالة، وعليه تطبيق القواعد الموضوعية في قانونه التي تعطي الحل المباشر " الدرجة الأولى" للنزاع المطروح أمامه، أما إذا أشارت قاعدة الإسناد الأجنبية إلى تطبيق قانون دولة أجنبية أخرى، فعلى القاضي أن يرفض هذا القانون الأجنبي برمته، ويعود إلى تطبيق القانون الأجنبي المختص بمقتضى قاعدة الإسناد، فيطبق القواعد الموضوعية [٣]، ونلحظ أن المقنن اليمني لم ينص صراحة في القانون المدني اليمني رقم "١٤" لعام ٢٠٠٢م على قبول، أو رفض الإحالة، وأخذ بها ضمناً متى ما كانت من الدرجة الأولى، ومن التشريعات العربية التي تنص على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة [٤]، ولم تكن الإحالة محل تنظيم تشريعي، ولم تتح للقضاء الجزائري فرصة التعرض لهذه المسألة، وكان الرأي لدى

---

(١) تنازع القوانين في دولة الإمارات العربية المتحدة، د/ عكاشة محمد عبدالعال، ص ١٥٥ ، ١٩٩٧م، دبي.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم، د/ سامية راشد، ج١، ص١٥٠، ١٩٧١م، مصر.

(٣) أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن،د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص١٠٢-١٠٣.

(٤) القانون الاتحادي رقم "٥" لسنة ١٩٨٥م، وتعديلاته،المادة "٢٦" ١- إذا تقرر أن قانوناً أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص ٢- على أنه يطبق قانون دولة الإمارات العربية المتحدة إذا أحالت على قواعده نصوص القانون الدولي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق.

الكثير من الشرّاح في الجزائر هو وجوب استبعاد الإحالة، وعلى الأقل في مجال الأحوال الشخصية على اعتبار أن قانون الأسرة الجزائري يجد مصدره في الشريعة الإسلامية، وهو ما يؤدي في حالة الأخذ بالإحالة إلى احتمال تطبيق الكثير من أحكام في الشريعة الإسلامية، على غير المسلمين، وهو في ذلك مساس بمعتقداتهم [١]،

ونلحظ هنا الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى، حيث قرر صراحة المشرع الجزائري في المادة "٢٣" تطبيق القانون الجزائري متى أحالت إليه قواعد التنازع الأجنبية، وهذا يعني القبول بالإحالة من الدرجة الأولى[٢]، ومن التشريعات الأوربية التي تأخذ بالإحالة نذكر على سبيل المثال القانون الدولي الخاص التشيكي بقبول الإحالة في حدود الحكم العادل [٣]، وفي القانون الألماني نص على قبولها بما لا يتعارض مع روح قاعدة الإسناد الألمانية" [٤].

---

(١) مقياس القانون الدولي الخاص، د/ عصمان جمال، ص٢١، ٢٠١٥م، الجزائر.

(٢) القانون المدني الجزائري، لسنة ٢٠٠٥م، المادة "٢٣" مكرر.

(٣) القانون الدولي الخاص اتشيكي رقم" ٩٧" لس١٩٦٣ة م، والمعدل بقانون رقم "٥٨٩" لسنة ٢٠٠٣م المادة "٣٥" " إذا كان القانون الواجب التطبيق بمقتضى هذا القانون هو قانون أجنبي تحيل نصوصه إلى القانون التشيكي أو إلى قانون دولة أخرى، فإن هذه الإحالة يمكن أن تقبل متى كان قبولها يتلاءم مع الحكم العادل والمقبول في العلاقة المعنية

(٤) القانون الدولي الخاص الألماني الصادر سنة ١٩٨٦م، المادة "٤" الفقرة"١" إذا تم تعيين قانون دولة أجنبية فإنه يجب أن تطبق قواعد الإسناد المعنية الموجودة في قانون هذهالدولة بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع روح قاعدة الإسناد الألمانية. ويجب أن تطبق القواعد الداخلية الألمانية " الألمانية" إذا أحالت قواعد الإسناد الأجنبية إلى القانون الألماني.

ب- الإحالة إلى القانون الأجنبي.

أي ليس إلى قانون القاضي، ولكن إلى قانون أجنبي آخر، وردَّ الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية ثالثة، ومن التشريعات العربية التي قد نصت على عدم الأخذ بالإحالة صراحة منها القانون المدني المصري [١] والقانون المدني السوري نصت المادة (٢٩) "إذا تقرر أنّ قانوناً أجنبياً هو واجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدَّولي الخاص، والمقصود بالأحكام الداخلية في القانون الأجنبي واجب التطبيق، هو الأحكام المادية المتعلقة بموضوع النزاع، أما القواعد التي تتعلق بالقانون الدَّولي، فيُقصد بها قواعد الإسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق [٢].

(١) القانون المدني المصري، رقم "١٣١" المادة "٢٧" لسنة ١٩٤٨م.

(٢) القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد ديب، ص٥٢، ٢٠١٨م، سوريا.

المبحث الثاني

قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال الشخصية.

المطلب الأول

مفهوم الأحوال الشخصية.

عرَّف الفقه الأحوال الشخصية بأنها: المسائل المتعلقة بالشخصية القانونية، والمركز القانوني للإنسان في أسرته ومجتمعه [١]، ويقصد بالعلاقة القانونية بأنها: كل علاقة بين شخصين على الأقل تكون محكومة بقاعدة قانونية معينة، وتتألف من ثلاثة عناصر وهي : الأشخاص، الموضوع، والواقعة القانونية [٢]، أي القوانين التي يكون محل الاعتبار فيها هو الشخص، والتي تنظم مسائل وثيقة ولصيقة[٣] بحياة الأشخاص [٤]، والمسائل المتعلقة بالأشخاص اصطلاح " الأحوال الشخصية"، وعلى المسائل المتعلقة بالأموال اصطلاح الأحوال العينية، وفي القانون اليمني والمصري " الأحوال الشخصية" هي: الحالة، والأهلية، ونظام الأسرة، والمواريث، والوصايا، والهبة.

---

(١) القانون الدولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي،د/ ماجد الحلواني، ص ٣٥٣، ١٩٦٤م، الكويت.

(٢) أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش،ص١٧.

(٣) بدأً من اسمه بعد الولادة وما يعترضه في مسيرة حياته من زواج وطلاق والموت والميراث، والوصايا والغيبه وغيرها ومايترتب عليها من آثار

(٤) القانون الدولي الخاص، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، ص٣٨٠.

المطلب الثاني

حالة الشخص الطبيعي، والقانون الواجب التطبيق.

١- **المقصود بحالة الشخص الطبيعي**، أي وضعه القانوني، أو بتعبير أدق هي: الصفات التي تحدد مركزه القانوني [١] من أسرته ومن دولته، وجاء في المادة "٢٤" من القانون المدني اليمني بأنه يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم [٢].

٢- القانون الواجب التطبيق لمتعدد الجنسيات

يقصد بالشخص متعدد الجنسيات: هو الشخص الذي تثبت له في وقت واحد جنسية أكثر من دولة، وقد تكون دولة القاضي من ضمنها [٣] ،بصرف النظر عن أسباب تعدد الجنسية ووسائل معالجتها، فإن اعتماد الجنسية كضابط لتحديد الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، وتقرير الاختصاص لقانون الجنسية لحكمها[٤] ، وأن الحالة السياسية أو العامة، والتي تعني تبعية الفرد للدولة تبعية سياسية، أي الجنسية ليست موضوعاً لتنازع القوانين، ولا تخصها قواعد

---

(١) القانون الدولي الخاص، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، ص ٣٨٣.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، "قواعد تنازع القوانين".

(٣) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص١٤٨. مرجع سابق.

(٤) إشكالات التنازع في مسائل الأحوال الشخصية وارتباطها بالجنسية كضابط إسناد، د/ نوارة حسين، ص٣٥، الجزائر.

الإسناد، إنما تنازع الجنسيات وليس تنازع قوانين الجنسية، ولا يتم حله بقواعد الإسناد بل بوسائل أخرى، ألا وهي تفضيل القاضي جنسيته متى كانت من بين الجنسيات المتنازعة، والأخذ بالجنسية الفعلية في حال التنازع الإيجابي، وبالموطن في حال التنازع السلبي، ومجال تطبيق القانون الذي يحكم الشخص الطبيعي قانون الجنسية من بدايتها إلى نهايتها، وفي هذا الخصوص إلى أن المقنن اليمني تطرق إلى مسائل أخرى تدخل في مضمون فكرة الحالة، مثل الزواج والطلاق،

والفسخ والنفقات، والولاية والوصاية والقوامة، والميراث والوصية، وقد خصها المقنن بقواعد إسناد مستقلة حدد فيها وقت الاعتداد بالقانون اليمني مخالفاً في ذلك الاتجاه السائد في تشريعات الدول العربية التي تطبق في ذلك قانون الجنسية [١]

وقد عالج المقنن الصعوبات التي تعترض التوصل إلى القانون الأجنبي، وهو يترك للقاضي مهمة تحديد جنسية الشخص متى يكون متعدد الجنسيات، حيث نصت معظم التشريعات الاعتداد بقانون القاضي في حال كانت جنسية القاضي من بين تلك الجنسيات، فيطبق القانون اليمني بموجب القانون المدني اليمني المادة (٣٤) "إذا كانت إحدى الجنسيات المتعددة هي الجنسية اليمنية، فإن القانون اليمني وحده هو الذي يطبق [٢] ، والقانون الدولي الخاص التونسي بالقول: "إذا كان المعني بالأمر

(١) أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص١٤٦-٢٤٧.

(٢) القانون المدني اليمني رقم"١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٤" " قواعد تنازع القوانين".

حاملاً لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية" [١]، ونص القانون المدني المصري في المادة "٢٥" "على "أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية جنسية تلك الدول، فالقانون المصري هو الذي يجب تطبيقه" [٢]، ويكاد يكون نفس المعنى في معظم التشريعات منها على سبيل المثال القانون الأردني المادة "٢٤" [٣]

والقانون القطري المادة (٣٥) [٤]، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م، والقانون المدني السوري المادة (٢٧)، والقانون الجزائري أوجب على القاضي أن يأخذ بالجنسية الجزائرية فيما لو ثار نزاع يتعلق بشخص يتمتع بعدة جنسيات، ومن بينها الجنسية الجزائرية [٥]

القانون الواجب تطبيقه لعديمي الجنسية

وقد عرفت الاتفاقية الدولية عديم الجنسية بأنه: الشخص الذي لا تعتبره أية دولة مواطناً فيها بمقتضى تشريعها، وأوجب الفقه إلى الأخذ بفكرة الجنسية الواقعية التي يتصل بها من الناحية الفعلية، والتي يرتبط بها مركز أعماله، أو محل إقامته فيكون ذلك

---

(١) مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، الصادرسنة ١٩٩٨م، المادة ٣٩" الفصل "٣٩".

(٢) القانون المدني المصري رقم" ١٣١" لسنة ١٩٤٨م، النافذ في ١/ / ١/ ١٩٤٩م، المادة "٢٥" الفقرة"٢"

(٣) القانون الأردني رقم "٤٣" لسنة ١٩٧٦م، المادة ٢٤".

(٤) القانون المدني القطري رقم"٢٢" لسنة ٢٠٠٤م.

(٥) القانون المدني الجزائري المعدل ٢٠٠٥م المادة "٢٢"

موطنه[١]، وقد نص القانون المدني اليمني بموجب المادة (٣٤) " يعين القاضي قانون الجنسية الواجب تطبيقه في حاله الشخص الذي لا تُعرف جنسيته" [٢].

وأوردت الاتفاقية الدولية السابقة الذكر الحل لعديمي الجنسية في المادة "١٢" " تخضع الأحوال الشخصية لعديم الجنسية لقانون بلد موطنه، أو لقانون بلد إقامته إذا لم يكن له موطن".

ونلحظ هنا فيما لو ثار نزاع يخص شخصاً لا يتمتع بأية جنسية فطبقاً لمعظم القوانين منها القانون اليمني، يطبق قانون محل الإقامة الواقعية عملاً باتفاقية نيويورك المؤرخة في ٢٨ سبتمبر ١٩٥٤م وسعت قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة تفويض[٣].

(١) المادة ٣٩"من الاتفاقية الدولية بشأن عديمي الجنسية لسنة ١٩٥٤م، والنافذة في ٦/ ٦/ ١٩٦٠م.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٤".

(٣) قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٣٢٧٤ لعام ١٩٧٤م و ٣٦/ ٣١ لعام ١٩٧٦م.

المطلب الثالث

القانون الواجب تطبيقه على الشخص الاعتباري

"الشخص الاعتباري هو تشخيص قانوني لمجموعة من الأشخاص، أو الأموال تكون له شخصية مؤسسية مستقلة [١] ، يقصد بالشخص الاعتباري التركيب العضوي للشخص من حيث نشأته، وأجهزة نشاطه، وكيفية انقضائه [٢]، وتنص المادة (٢٤) من القانون المدني اليمني بأنه " يرجع في نظام الأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات وغيرها إلى قانون الدولة التي اتخذت فيها مركز إدارتها الرئيس الفعلي، ومع ذلك فإن باشرت نشاطها الرئيس في الجمهورية، فإن القانون اليمني هو يسري" [٣].

وضابط الإسناد للمركز الرئيس يقصد به: المكان الذي فيه النشاط التوجيهي للشخص الاعتباري، وهو عادة المكان الذي يجتمع فيه مجلس الإدارة والجمعية العامة، وتوجد فيه مكاتبها [٤]، ويكون مركز الإدارة فعلياً، فقد يتخذ الشخص الاعتباري مركزاً للإدارة لا يعبر عن الرابطة الحقيقة بين الشخص الاعتباري والدولة، وذلك رغبة في التخلص من القيود التي يفرضها قانون الدولة التي يرتبط بها فعلاً، وقد حرص المشرع على تلافي هذا الوضع باشتراط أن يكون مركز الإدارة

---

(١) الوسيط في شرح أحكام الجنسية،د/ عبداغفور محمد خليل، مطبعة رمسيس، القاهرة.

(٢) مذكرات في القانون الدولي الخاص ،د/ منصور مصطفى منصور،ص١٩٧، ١٩٥٧م، القاهرة.

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م المادة "٢٤".

(٤) القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحكيم عطروش، ص١٥٥، مرجع سابق.

فعلياً [١] ،وبموجب المادة "٢٥" من القانون المدني اليمني وضع استثناء مهم على خضوع الشخص الاعتباري الأجنبي لقانون مركز الإدارة الفعلي ما نصه " فإذا باشرت نشاطها الرئيس في الجمهورية، فإن القانون اليمني الذي يسري"، وهنا سد الطريق في وجه احتمالات التحايل على القانون اليمني، ففي هذه الحالة يخضع الشخص الاعتباري لأحكام القانون اليمني بالرغم من عدم وجود مركز إدارته في اليمن، يكفي أن يكون نشاطه الرئيس في اليمن[٢] ،وكل ما يتعلق بتكوينه وإدارته وبالتصرف المنشئ له، وطريقة تعديل هذا التصرف وما يترتب على ذلك من أثر قانوني على التعديل، وبكيفية انقضائه، أما المعاملات المالية التي يباشرها الشخص الاعتباري فلا تدخل في مضمون فكرة نظامه القانوني، وبالتالي لا تخضع لقانون مركز إدارته الرئيس الفعلي، بل تخضع هذه المعاملات لقواعد الإسناد الأخرى وفقاً لطبيعة المعاملات، فإذا ارتبط الشخص الاعتباري بعقد من العقود مثلاً فإن المرجع في بيان القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في المادة "٢٩" من القانون المدني اليمني [٣]

الأهلية، والنظم الخاصة بحماية غير كاملي الأهلية.

١- الأهلية: تعد الأهلية من الصفات التي تلحق بالشخص، فيكون أهلاً لكسب الحقوق، وتحمُّل الالتزامات، وقادراً على إبرام التصرفات القانونية بنفسه، ولكن قد

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض،د/ سامية راشد، ص١٦، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني مقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص١٥١، مرجع سابق.

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٩".

يكون في بعض الحالات غير قادر على القيام بذلك، مما يترتب عليه وجود نظم خاصة بحماية غير كاملي الأهلية [١]

٢-**ضابط الإسناد:** ضابط الإسناد الأهلية قانون الجنسية في معظم التشريعات العربية منها القانون المصري في المادة (١٢) ، والقانون الكويتي رقم (١) لسنة ١٩٦١م، والقانون الدولي الخاص التونسي المادة (٤٠) ، والقانون المدني الأردني المادة (٣٣)، والقانون المدني اليمني تنص المادة (٢٤) "ترجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم"، وذلك نتيجة طبيعية لاعتبار الأهلية من الأحوال الشخصية، وأساس ذلك أن الغرض من أحكام الأهلية، هو حماية الشخص نفسه، والعبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق، فالأهلية من شروط صحة التصرف القانوني [٢]

٣- حماية غير كاملي الأهلية.

والغاية حماية عديم الأهلية من حيث السن وكافة التصرفات القانونية [٣]، وهناك استثناء عند المشرع اليمني على القاعدة العامة التي يقررها في شأن إخضاع الأهلية لقانون الجنسية، استثناء لصالح القانون اليمني المادة (٢٤) مدني ما نصه "ومع ذلك

---

(١)القانون الدولي الخاص في القانون اليمني المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص١٥٧، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص، منصور مصطفى منصور، ص٢٤٧-، مرجع سابق.

(٣) تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي،د/ ماهرإبراهيم السداوي، ص٢١١، ١٩٨٨م، صنعاء

فإنه بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في الجمهورية، وتترتب آثارها فيها إذا كان نقص أهلية الطرف الأجنبي أُرجِع إلى قانون بلده فيه خفاء، لا يسهل على الطرف الآخر تبيينه، وكان كامل الأهلية بحسب القانون اليمني، فإنه لا يؤبه بنقص أهليته"[١]

ومعظم التشريعات منها القانون المصري المادة (١٦)، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي المادة (١٦) "تخضع النظم الموضوعية لعديمي الأهلية وناقصيها لقانون الشخص الذي تجب حمايته، والعبرة في هذه المسائل للقانون الشخصي، وهو الجنسية على اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية [٢] ، ومن ثم من المنطقي إخضاع النظم الخاصة بعديمي الأهلية، أو ناقصيها لذات القانون.

ولكن القانون المدني اليمني يخضعها للقانون اليمني في المادة (٢٦) بقولها" "يرجع في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية، والقوامة، وغيرها من النظم الموضوعية لحماية القصر، والمحجورين، والغائبين إلى القانون اليمني" [٣] ، ولعله من الأنسب لو أن المقنن اليمني سلك مسلك مشرعي بعض الدول العربية وأخضع المادة (٢٦) لقانون جنسية الشخص الواجبة حمايته، لأن الحماية مقررة لتمكين عديمي الأهلية، أو ناقصيها وسد عجزهم [٤].

---

(١) القانون لمدني اليمني، رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٤".

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، د/ عكاشة عبدالعال، ص١٤٤، مرجع سابق.

(٣) القانون المدني اليمني رقم"١٤" لسنة ٢٠٠٢م" المادة "٢٦"

(٤) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والمقارن، ص١٦٤، مرجع سابق.

والفكرة المسندة بموجب المادة (٢٦) [١] . مدني يمني من تثبت له الولاية، ومن يصلح لأن يكون وصياً، أو قيماً أو، وكيلاً عن الغائب، ومدى سلطة هؤلاء في إبرام التصرفات المختلفة عن المشمول بالحماية في مسائل الأموال، أما النفس تخرج من مضمون الفكرة المسندة كونها ترجع إلى الرابطة الزوجية والنسب [٢].

يتضح مما سبق أن الحماية لغير كاملي الأهلية لا تخضع لقانون جنسيته، بل للقانون اليمني، وذلك يطلق عليه إقليمية القوانين عند المشرع اليمني، ونؤيد هذا المسلك كونه منبثق من الشريعة الإسلامية، والتي تهيمن على كل الشرائع، وقد بيَّنت المادة (٣٢) من القانون المدني اليمني ما نصه "يرجع في قواعد الاختصاص، والمسائل المتعلقة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى" [٣]

(١) يرجع في المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية القصر والمحجورين والغائبين إلى القانون اليمني.

(٢) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص١٦٥.

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٢" تنازع قوانين.

المطلب الرابع

الأسرة وتنازع القوانين

أولاً: الأسرة اللبنة الأولى لكل مجتمع

تولي القوانين الدولية الخاصة اهتماماً بالغ الدقة بالأحوال الشخصية، كونها مرتبطة بالنظام العام، الذي يميزها عن باقي المجالات لاعتبارات عقائدية، ونظم وقوانين مختلف الدول، وتنازع القوانين يدفع الدول إلى بذل جهود كبيرة في مجال القوانين الدولية الخاصة، وقواعد إسنادها لحكم الزواج وآثاره، ويدخل في هذا الإطار الزواج، والشروط الموضوعية والشكلية لصحته، وآثاره الشخصية والمالية، وانتهاء الزواج والحضانة والنفقة، والنسب وغير ذلك، وبموجب نص المادة (٢٥) من القانون المدني اليمني ما نصه "يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون للأحوال الشخصية عند المرافعة" [١]. والزواج في الشريعة الإسلامية رابطة يمكن أن تتعدد ويمكن أن تنحل بإرادة الزوج وبموجب قانون الأحوال الشخصية اليمني وتعديلاته عرف الزواج في المادة (٦) ما نصه" ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعاً وغايته تحصين الفروج وإنشاء أسرة قوامها حسن العشرة[٢] .وفي الدول التي تأثرت بتعاليم الديانة المسيحية تكون زواجاً الرابطة بين الرجل والمرأة مدى الحياة والتي لا تنحل ولا تتعدد [٣] ،وعند تنازع القوانين لابد

---

(١) القانون المدني اليمني رقم ((١٤)) لسنة ٢٠٠٢م، المادة ((٢٥)) تنازع قوانين.

(٢) قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم ((٢٧)) لسنة ١٩٩٨م، المادة ((٦)).

(٣) القانون الدولي الخاص، د/ عزالدين عبدالله،ج٢، ص١٤٩، القاهرة.

للقاضي الوطني من الأخذ بالمعنى العام والواسع للشرائع والنظم وان اختلفت في تفصيلاتها لمعنى الزواج كونها لا تختلف من حيث الجوهر في حل العشرة وتكوين الأسرة. ومعظم التشريعات والأجنبية والعربية تأخذ بالمعيار الشخصي وهو قانون الجنسية. على سبيل المثال القانون المدني الفرنسي يعترف فقط بالزواج الأحادي، أي لا يجيز نظام تعدد الزوجات وذلك عندما نص في المادة (١٤٧) على " لا يمكن عقد زواج ثان قبل انحلال الأول، فإذا ما طرح على القاضي نظام للزواج مخالف له يعترف مثلاً بتعدد الزوجات، فعليه أن يتوسع في مفهوم الزواج عنده ليشمل هذا النظام الغريب عنه [١]

ثانياً-القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج.

رابطة الزواج من أهم الروابط بين الرجل والمرأة، وتكون العشرة حلال بينهما، ودوام تلك الرابطة، فلا بد من التزامات وشروط ومسألة ما يعتبر من الشروط الموضوعية، أو الشكلية تعتمد على التكييف، وقانون القاضي الآتي:

١-الشروط الموضوعية للزواج.

وتعرَف الشروط الموضوعية على أنّها: تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، وإذا تخلف شرط من هذه الشروط يترتب على هذه العلاقة البطلان [٢] ، ويقصد بها كذلك الشروط الّتي يتوقف وجود الزواج على وجودها، وينعدم في حالة انعدامها[٣]،

(١) التبني في الإسلام وأثرة على العلاقات الخاصة الدولية، ص٢٩٩، ٢٠٠م.

(٢) القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن،د/ ممدوح عبدالكريم حافظ، ص٨٩، ١٩٩٨م، الأردن.

(٣) القانون الدولي الخاص، المادئ والحلول د/ حسن الهداوي، ص١٠٣، ٢٠٠٥م، الأردن.

والعبرة هنا وقت إبرام الزواج باعتباره الوقت الذي يتعين توافر تلك الشروط اللازمة لانعقاده [١]، وتتضمن الشروط الموضوعية في معظم القوانين العربية الرضى الأهلية والصداق وشهود ووليّ، وخلوّ الزوجين من الموانع الشرعيّة، والقانون المدني اليمني أورد في المادة (٢٥) ما نصه "يرجع في الزواج والطلاق والفسخ إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة"، وتأخذ معظم التشريعات فيما يتعلق بالشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون الجنسية [٢]، أما القانون الذي يسري على الشروط الموضوعية لعقد الزواج فهناك ثلاثة اتجاهات تحدّد ذلك وهي [٣]، **الاتجاه الأول**: نادى بإخضاع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وأخذت به الدول العربية والقانون الألماني، وأيضاً اتفاقية لاهاي المؤرخة ١٩٠٢م، الخاصة بتنازع القوانين في مادة الزواج المادة الأولى منها، أما بخصوص المشرع المصري، فقد أخضع هذه الشروط لقانون جنسية الزوجين في المادة "١٢/ ١" ما نصه "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل

الزوجين"، وهو نفس الحكم الذي نص عليه القانون المدني الفلسطيني في المادة (١٧/ ١) [٤]، وهذا مسلك العديد من التشريعات في العالم، ولعلَّ من بينها القانون المدني السويسري في المادة "٥٠" الصادر سنة ١٩٨١م،

---

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود/ سامية راشد، ص٢٣، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص، عبدالحكيم عطروش، ص١٦٧، مرجع سابق.

(٣) القانون الدولي الخاص الجزائري، زروتي الطيب، ص، ٢٠٠م، الجزائر.

(٤) القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، د/ حسن الهداوي، ص١٥٦، مرجع سابق.

والقانون الألماني المادة "١٣"[١]، وطبق القضاء الفرنسي- قانون الجنسية المشتركة للزوجين في حالة إبرام زواج مدني بفرنسا بين أجانب يحملون نفس الجنسية، أمّا بالنسبة للمشرع التونسي، فقد أخضع الشروط الموضوعية للزواج للقانون الشخصي- للزوجين كلاً على حده، وذلك في الفصل (٤٥) من الباب الثالث المتعلق بحقوق العائلة، وسمّى هذه الشروط بالشروط الأصلية [٢]. **والاتجاه الثاني**، يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين، وأخذ بهذا الحكم كلاً من القانون الإنجليزي، والدول الإسكندنافية. **والاتجاه الثالث**، يسندها لقانون محل إبرام عقد الزواج، دون التمييز بين الشكل وموضوع الزواج، وهذا الحكم معتمد من قبل القانون الأمريكي، وبعض دول أمريكا اللاتينية، بينما في القانون المدني اليمني المادة (٢٥) بقولها "يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة" [٣]، وتكييف هذه الشروط عند المرافعة مرجعة للقانون اليمني، وهو الواجب التطبيق، وليس ثمة صعوبة لخضوع الشروط الموضوعية لقانون الجنسية في حال اتحاد جنسيتهما، وتظهر الصعوبة في حال اختلاف الجنسية، فهل نبحث في صلاحية الشروط الموضوعية لهما معا ؟ أم يستلزم استيفاء الشروط الموضوعية لجنسية الزوج؟ وقد واجهوا الشراح هذه المعضلة بما يسمى بالتطبيق الجامع والتطبيق الموزع.

---

(١) الأصول في التنازع الدولي للقوانين، د/ أحمد عبدالكريم سلامة، ص٧٧٣، دار النهضة، ٢٠٠٨م، القاهرة.

(٢) المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص،الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨م.

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م المادة "٢٥" تنازع قوانين.

التطبيق الجامع: بمعنى لابد من توافر الشروط الموضوعية لصحة الزواج في كل زوج، وفقاً للقانونين معاً، ولكن بمجرد تخلف شرط موضوعي في كلا القانونين يجعل العلاقة مستحيلة [١]

التطبيق الموزع: ويكفي هنا استيفاء كل زوج على حده لهذه الشروط الموضوعية، ليكون صحيحا وفقاً لقانونه الوطني، أي تطبيق قانون كل من الزوجين موزعاً[٢] ، والقانون المدني وفقاً للمادة (٢٤) "يرجع في الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم" [٣]

ب-الاستثناء الوارد على تطبيق القانون الشخصي.

يمكن الاستثناء من تطبيق القانون الشخصي لصالح القانون اليمني في حالتين:

الأولى: إذا كان أحد الطرفين يمنياً، فيتعين تطبيق القانون اليمني على الشروط الموضوعية لصحة الزواج عدا شرط الأهلية بالنسبة للأجنبي، حيث سيطبق في شأنها قانون الجنسية استناداً إلى نص المادة (٢٤) ، والتي تشير بالرجوع للحالة المدنية للأشخاص، وأهليتهم إلى قانون جنسيتهم [٤] ، **والثانية:** إذا كان القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام، من المعروف أن الشريعة الإسلامية تبيح للمسلم الزواج من غير المسلمة دون قيد مادامت كتابية" مسيحية أو يهودية" أما بالنسبة للمسلمة فإن

---

(١) تنازع القوانين، د/ غالب علي الداودي، ص١٦٦، مرجع سابق.

(٢) تنازع القوانين، د/ غالب الداودي، ١٦٧، مرجع سابق.

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٤" تنازع القوانين.

(٤) القانون الدولي الخاص، عبدالحكيم عطروش، ١٧٤، مرجع سابق.

الإسلام يحرمها من الزواج بغير المسلم، ولا مجال لقاعدة الإسناد فيما يتعارض مع الشريعة الإسلامية، ويتعين استبعاد القانون الأجنبي لمخالفته ذلك مثال لذلك حكمت محكمة القاهرة في ٦/ ١٠/ ١٩٥٣م ببطلان زواج سيدة تركية مسلمة الديانة من بريطاني الجنسية مسيحي الجنسية [١]، ومعروف إن الشريعة تبيح للمسلم الزواج إلى أربع زوجات لقوله تعالى: (...ما طاب لكم من النساء)[٢]

ونلحظ أن المشرع اليمني قد سعى للتوفيق بين مواقف الشريعة الإسلامية، واحترام القوانين والاتفاقيات الدولية التي لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.

٢-الشروط الشكلية للزواج.

والمقصود بالشروط الشكلية: هي الطرق اللازمة لإظهار الزواج، والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي، كإشهاره وتحرير عقده وإثباته [٣]

أقرّت بعض المعاهدات، وكذلك القوانين الداخلية، اختصاص البعثات الديبلوماسية والقنصلية المعتمدة في الدول المستضيفة بإبرام عقود الزواج رعايا دولهم في الدول المعتمدين فيها، وذلك بموجب اتفاقية لاهاي المنعقدة سنة ١٤ مارس ١٩٧٨م، المتعلقة بإبرام الزواج والاعتراف بصحته، واتفاقية فيينا المنعقدة في ٢٤ أبريل ١٩٦٣م، الّتي أعطت صفة ضابط الحالة المدنية لرجال السلك الديبلوماسي

(١) القانون الدولي الخاص، عزالدين عبدالله، ص٢٦٤، ١٩٧٧، القاهرة.

(٢) سورة النساء الإية "٣".

(٣) تنازع القوانين المبادئ العامة، حسن الهداوي، ص١٠٩، ١٩٩٧م.

والقنصلي، ونجد المادة (٣٠) من القانون المدني اليمني ما نصه "يرجع في شكل العقود إلى قانون البلد الذي تمت فيه، أو القانون الذي يحكم موضوعها، أو قانون موطن المتعاقدين المشترك، أو قانونهما المشترك" [١].

ونجد المادة (٩٥) من قانون الحالة المدنية للجزائريين، والجانب يعتبر صحيحاً إذا حرّر طبقاً لمكان الإبرام"، وهنا منح المشرع للمواطنين الجزائريين الحق في الاختيار بين قانونهم الوطني، وقانون المحل لإجراء تصرفاتهم القانونية [٢] ، وفي المادة (١٤) من القانون المدني القطري، ما نصه "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج، كالتوثيق والمراسيم الدينية، إلى قانون البلد الذي تمّ فيه الزواج، أو لقانون جنسية كل من الزوجين، أو قانون موطنهما المشترك".

وفي القانون الكويتي رقم "٥" ١٩٦١م، المادة (٣٧) ما نصه "يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج كالتوثيق، والمراسيم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج، أو قانون جنسية كل من الزوجين"، وتكييف هذه الشروط يخضع لقانون القاضي المعروض أمامه النزاع، وذلك ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي "بارتان Bartin" بقوله" بأن التكييف مرتبط بفكرة السيادة".

وفيما يتعلق بتكييف هذه الشروط من موضوعية، أو شكلية هي مسألة يختلف حولها من قاضٍ لآخر، من حيث أنّ كل قاضي يكيف النزاع المطروح أمامه وفقاً

---

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٠" "تنازع قوانين"

(٢) تطبيق قانون المحل على شكل التصرق،د/ نادية فضل، ص١٧٠، دار هومة، ٢٠٠٦م، الجزائر.

لقانونه، واختلاف التكييف على النحو السابق، يؤدي إلى اختلاف قاعدة الإسناد المختارة من جانب كل قاضي [١]، في تحديد المسألة الّتي تتنازعها القوانين لوضعها في طائفة من النظم القانونية [٢]، ولكن عند تباين هذه النظم القانونية، فيما يخص إبرام الزواج في شكله الديني، مما نتج عنه تضارب في الحلول، فإذا كيّف الشرط الديني على أساس أنّه شرط موضوعي، مثل دولة اليونان وبلغاريا، فيخضع للقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية، وإذا كيّف على أساس أنّه من الشروط الشكلية، فيسري عليه القانون الذي يحكم التصرفات، وقاعدة الإسناد اليمني وضابطها في شكل الزواج وفقاً للمادة (٣٠) [٣] .سالفة الذكر من القانون المدني اليمني من حيث الشكل يمكن إخضاعها لقانون الدولة التي تم إبرام فيها العقد، أو القانون الذي يحكم موضوع الزواج، أو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو للقانون الوطني المشترك للزوجين.

ثالثاً: قواعد التنازع التي تحكم آثار الزواج:

من المعروف أن عقد الزواج له آثار شخصية وأخرى مالية فيما يلي:

١- الآثار الشخصية للزواج.

وهذه الآثار هي مجموعة من الحقوق والواجبات الملقاة على عاتق الزوجين، من

---

(١) المدخل للقانون الدولي الخاص العربي، د/ هشام خالد، ص٢٩٧، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣م، الإسكندرية.

(٢) مذكرات في القانون الدولي، د/ علي علي سليمان، ص٤٣.

(٣) القانون المدني اليمني رقم"١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٠" تنازع القوانين".

حسن المعاشرة، والعدل وثبوت النسب والإخلاص [١]، ومن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين المنصوص عليها في القوانين الدولية الخاصة منها، قانون الأحوال الشخصية اليمني، وقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، وقانون الأسرة الجزائري" المحافظة على الروابط الزوجية، وواجبات الحياة المشتركة المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والتعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم، زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف [٢] ، وذهب الفقه المصري إلى عدّ النفقة من الآثار الشخصية للزواج [٣] ، وهي واجب حتى لو كانت الزوجة غنية فالنفقة ليست نظاماً، وإنما واجب وحق شخصي على الزوج [٤]

وبموجب القانون المدني اليمني المادة (٢٣) عند تكييف مسألة النفقة، فهي تخضع لقانون القاضي، وقانون الأحوال الشخصية اليمني، ونجدها في معظم التشريعات منها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، وأشارت المادة (١٧) بقولها "القانون العراقي هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها" [٥]،

---

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، د/ سامية راشد، ص٢٦٥، مرجع سابق.

(٢) قانون الأسرة الجزائري، المادة "٣٦".

(٣) القانون الدولي الخاص،د/ حسن الهداوي، ص١١٠م، ١٩٨٢م، العراق.

(٤) القانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره " دكتوراه" أحمد محمود الفضلي،ص ١٣١، ١٩٩٩مم، جامعة الموصل.

(٥) القانون المدني العراق رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١م، المادة"١٧"

وتضمن القانون المدني اليمني نفس النص المادة (٢٣)، وسوى كانت النفقة من الآثار الشخصية، أم المالية ما

يهمنا هنا معرفة القانون الواجب التطبيق، والكثير من القوانين أخذت بوحدة القانون الواجب التطبيق على آثار الزواج الشخصية والمالية، ومن هذه القوانين القانون المدني اليمني المادة (٢٥) [١] بقولها "يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة" كما نصَّ القانون الكويتي في المادة (٢٣) بقولها "يرجع في الآثار التي يرتبها الزواج، كحل العشرة والطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ويرجع كذلك إلى هذا القانون الأثر الذي يرتبه الزواج بالنسبة إلى المال [٢]، والمادة (١٣/ ١) من القانون المصري، والمادة (١٤/ ١) من القانون السوري والمادة (١٩/ ٢) من القانون المدني العراقي، ما نصه "ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال [٣]، والقانون البولندي المادة (١٧) بقولها " تخضع العلاقات الشخصية والمالية بين الزوجين لقانونهما الوطني، فإذا لم يكن لهما قانون وطني مشترك طبق قانون موطنهما، وإذا لم يكن لهما موطن في دولة واحدة طبق القانون البولندي[٤]، والقانون الإسباني في المادة

(١) القانون المدني اليمني رقم"١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة ٢٥" تنازع القوانين"

(٢) القانون الدولي الخاص الكويتيرقم"٥" لسنة ١٩٦١م، المادة ٣٩"

(٣) القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١م، المادة "١٩/ ٢"

(٤) القانون البولندي لسنة ١٩٦١م، المادة "١"

(٩/ ٢،٣) الآثار الشخصية والمالية تخضع للقانون الوطني المشترك للزوجين، فإن اختلفا جنسية، طبق قانون جنسية الزوج [١]

ويتضح مما تقدم العبرة بقانون الجنسية وقت الزواج، ومن ثم فلا يؤثر تغيير جنسية الزوج على القانون الذي يحكم نفقة الزوجة، ويقسم علماء الشريعة آثار الزواج إلى:

آثار شخصية بحته، كحل الاستمتاع، وحسن المعاشرة بين الزوجين، ووجوب الطاعة على الزوجة، ووجوب العدل على الزوج عند تعدد زوجاته، وآثار مالية، كوجوب المهر والنفقة على الزوج، والتوارث بين الزوجين، في حين نجد في الشرائع الأجنبية خاصة في التشريع الفرنسي تجعل الآثار الشخصية كالإخلاص المتبادل والمعاشرة والمعونة المتبادلة والآثار المالية تنصب على الرهن القانوني للزوجة على أموال زوجها، وعلى نظام الزوجية المالي والعقود المالية الأخرى.

٢-الآثار المالية للزواج.

القاعدة العامة للأموال في الإسلام، هي انفصال الذمم الماليّة للزّوجين والنظام المالي للزّوجين، إمّا يكون اتفاقي أو قانوني.

على سبيل المثال أورد القانون المدني الفرنسي النظام المالي، أو القانوني للزوجين من أجل مصلحة الأسرة عن طريق عقد توثيقي مصادق عليه من طرف محكمة محلّ إقامة الزوجين، طبقاً للمادة (١٣٩٧) من القانون الفرنسي، ويتمّ الاتفاق على النظام المختار كتابة قبل شهر الزواج، ولكنّه لا ينتج آثاره إلاّ بعد انعقاد الزواج[٢] ، إما الشريعة

---

(١) القانون الاسباني لعام ١٩٧٤م، المادة "٩/ ٢،٣".

(٢) مذكرات في القانون الدولي، د/ علي علي سليمان، ص٧٥، مرجع سابق.

الإسلامية، لا يرتب عقد الزواج وفقاً لأحكامها آثار مالية بحته، كون الذمة المالية مستقلة لكل من الزوجين استقلالاً تاماً، وهذا هو النظام المقرر في الدول العربية والإسلامية [١].

رابعاً: القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية للزواج.

ليس هناك إجماع دولي يحكم الآثار الشخصية للزواج، حيث يرى البعض بإخضاعها لقانون الجنسية المشتركة للزوجين كاليونان، واتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ ١٧ يوليو ١٩٠٥م الخاصة بتنازع القوانين، فيما يتعلّق بآثار الزواج من حقوق وواجبات خاصة بالزوجين في المادة الأولى من هذه الاتفاقية [٢].

أما المشرع اليمني يخضع آثار الزواج للقانون الذي يحكم الزواج من حيث انعقاده وانتهاؤه، [٣] ، حيث تنص المادة (٢٥) مدني ما نصه "يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة" [٤]

أمّا القانون التونسي، فقد أخضع الآثار الشخصية للزواج لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، وفي حالة اختلافهما في الجنسية يطبق قانون الموطن المشترك، أو قانون القاضي، وذلك ما نصّ عليه في الفصل (٤٧) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

---

(١) القانون الدولي الخاص الجزائري،د/ زروتي الطيب، ص١٦٤، مرجع سابق.

(٢) القانون القانون الدولي الخاص،د/ زروتي الطيب، ص ١٥٩،مرجع سابق.

(٣) أحكام القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحكيم عطروش، ص١٧٩، مرجع سابق.

(٤) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٥" تنازع القوانين".

خامساً/ القانون الواجب التطبيق على الآثار المالية للزواج

بموجب اتفاقية لاهاي ١٩٧٨م، يخضع النظام المالي للزوجين فيما يتعلق بالمنقولات لقانون الإرادة كأصل، وفي حالة عدمه لقانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت إبرام الزواج، أو لقانون الدولة الّتي فيها للزوجين إقامة معتادة، أو لقانون الموطن المشترك للزوجين المستقبلي بعد الزواج، غير أنّه فيما يتعلّق بالحقوق العينية الواردة على العقارات أو الأموال العقارية، فالقانون الواجب التطبيق عليها هو قانون موقعها [١]

أمّا بالنسبة للتشريع اليمني لم ينص صراحة على ذلك كون لكل من الزوجين شخصية مستقلة، ووفقاً للشريعة الإسلامية، وبموجب المادة (٢٥) من االقانون المدني اليمني عند المرافعة وذلك مرهون بموافقة الزوجين، فإذا لم يوافقا عليه، وكانت جنسيتهما مشتركة يتعين الرجوع إلى قانون جنسيتهما المشتركة لتحديد نظام الأموال بين الزوجين، أما إذا اختلفت جنسيتها فيتعين تطبيق القانون اليمني حتى لا نعطي قانون أحد الزوجين أفضليه على قانون الآخر[٢] ، وحقوق الزوجين في الشريعة الإسلامية متبادلة، والنفقة المقررة لحق الزوجة تعد من القواعد التي درج الفقه على تسميتها بالقواعد ذات التطبيق المباشر، والتي تخرج عن قواعد الإسناد التقليدي،

---

(١) اتفاقية لاهاي المتعلقة بالنظام المالي للزوجين المنعقدةبتاريخ ١٤مارس ١٩٧٨م، أدخلت حيز النفاذ ١سيتمبر ١٩٩٢م.

(٢) القانون الدولي الخاص، د/ عبدالحطيم عطروش ، ١٨٨، مرجع سابق.

وتسلك معظم الدول العربية نفس هذا الاتجاه، حيث تخضع آثار الزواج المالية لقانون جنسية الزوج وقت إبرامه الزواج، ومن الأمثلة على ذلك القانون المدني المصري، حيث تنص المادة (١٣/ أ) "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال"، أمّا في التشريع التونسي، فالقانون الواجب التطبيق على النظام المالي للزوجين هو قانون الجنسية المشتركة للزوجين، إذا كانا من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج، وعند عدم اتحادهما في الجنسية فيسري قانون أوّل موطن مشترك لهما إن وجد وإلاّ يطبق قانون مكان إبرام عقد الزواج [١]، أمّا المشرع الجزائري فقد أخضع الآثار المالية والشخصية في المادة (١٢/ ١) من القانون المدني، لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج بنصّها على ما يلي: "يسري قانون الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية الّتي يرتَّبها عقد الزواج" [٢]، وبموجب هذه المادة فقد أخضعت النفقة لقانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج على أساس أن النفقة من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي، تترتب كنتيجة مباشرة للزواج، وهذا ما ذهب إليه الفقه الجزائري [٣]، ويخضع القانون القطري آثار الزواج الشخصية والمالية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وإذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج يطبق

(١) المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص

(٢) القانون المدني الجزائري رقم "٥-١٠" المعدل ٢٠٠٥م، الجريدة الرسمية رقم "٤٤".

(٣) القانون الدولي الخاص الجزائري،د/ أعراب بلقاسم، ص٢٥٢، مرجع سابق.

قانون جنسيتهما المشتركة على آثار الزواج [١]، وهذا الرأي معمول لدى الفقه المصري [٢]، ونصَّ القانون الكويتي على "أن النفقة من آثار الزواج، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وتنص المادة (٣٩/ ١) على مايلي: " يرجع في الآثار التي يرتبها الزواج، كحل المعاشرة، والطاعة، والمهر، والنفقة والعدّة إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج" [٣]، وذهبت بعض الدول الأوروبية إلى اعتبار النظام المالي للزوجين داخلاً ضمن روابط الأسرة، وبالتالي يخضع لقانون الجنسية كالقانون الألماني [٤]،

أمّا القضاء الفرنسي بعد دخول اتفاقية لاهاي حيز النفاذ، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على النفقة، أصبحت تخضع لقانون الدائن بالنفقة، والمبدأ المستقر لدى القضاء الفرنسي، وهو إخضاع النظام المالي للزوجين لقانون الإرادة الضمنية، وفي حال عدم الاتفاق، فيخضع إمّا لقانون الجنسية المشتركة، أو لقانون الموطن المشترك، أو لقانون مكان إبرام الزواج على أساس قرينة قانونية، هي افتراض قانون إرادتهما [٥]، أي القانون المختار الذي يتفق الطرفان على تطبيقه، ونلاحظ مما سبق تقارب القوانين

---

(١) القانون المدني القطري، المادة "١٦".

(٢) تنازع القوانين، / د صلاح الدين جمال الدين،ص،. التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست، ٢٠٠٦م، مصر

(٣) القانون الكويتي الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، ١٩٦١م. المادة ٣٩/ ١.

(٤) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ود/ سامية راشد، ص٢٦٦، مرجع سابق.

(٥) إبراهيم أحمد إبراهيم ص ٢٤٠.مرجع سابق.

الدولية الخاصة على النظام المالي لآثار الزواج، وتميزت القوانين الدولية الخاصة في الدول العربية والإسلامية باستقلال الذمة المالية لكل من الزوجين إلاّ ما كان عن طيب نفس، أو اتفاق بالتراضي، والمبدأ العام إذ لا ترتب الشريعة الإسلامية أي أثر مالي على ما يملكه الزوجان من أموال، أمّا لدى الغرب فقد عني المشرعون بذلك عناية كبيرة ، وأن مسألة النفقة على الزوجة والأقارب من النظام العام، وهي مباشرة التطبيق، ويطبق بشأنها مبدأ إقليمية القوانين، ويمكن سريان القانون اليمني عند المرافعة والمخول بذلك قواعد قانون الأحوال الشخصية؛ كونه المنظم للأسرة مثلاً، والأضرار بالزوجة والتهرب من النفقة وفقدان الإخلاص وغيرها.

سادساً: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج وآثاره.

من المعروف أن الزواج قد ينتهي بشكل طبيعي كالوفاة، أو رضائي كالطلاق من قبل الزوج، أو بالتفريق القضائي كما هو معروف في الشريعة الإسلامية، وسنعرض القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والآثار المترتبة على ذلك على النحو التالي.

١-القانون الواجب التطبيق لمسالة انحلال الزواج.

يختلف مفهوم مسألة انحلال الزواج باختلاف النظم والتشريعات، بحيث ترى الشريعة الإسلامية بأنّ الزواج ميثاقاً غليظاً، وبالمقابل ليس رابطة أبدية عند حدوث دواعي التفريق وانتهاء الزواج بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الزوجين، أو بحكم قضائي، والقانون الإسلامي المستمد من القرآن والسنة يجيز إنتهاء الزواج، والعلاقة

بيد الزوج وله أن ينهي الزواج بإرادته المنفردة بالطلاق، وفك الرابطة الزوجية دون تدخل أي سلطة أخرى. وكذلك ما يعرف بالتطليق، أي يصدر حكم قضائي عن المحكمة بناءً على دعوى ترفع من أحد الزوجين، أو كلاهما معاً استناداً إلى سبب من الأسباب الّتي تجعل استحالة استمرار الحياة الزوجية بينهما[١] ، ولا بد من التمييز بين بطلان الزواج، والطلاق حيث يترتب على لأخير آثار قانونية والتزامات، مثل النفقة وغيرها[٢] ، وبعض الدول الغربية لديها ما يسمّى بالانفصال الجسماني، أو التفريق البدني، ويستمر فترة لكي يعود الزوجان إلى ما كانا من قبل، وقد يتحوّل هذا الانفصال إلى انحلال الزواج بصفة نهائية [٣] وهي محاولة الإبقاء على الرابطة الزوجية، وبعض التشريعات مسألة الانفصال الجسماني على أنّه إجراء وحيد لتراخي الرابطة الزوجية تدريجياً إلى أن تنقضي نهائياً بوفاة أحد الزوجين، وهذا حكم التشريعات الّتي تحظر الطلاق [٤] ، مثل البرازيل وأمريكا الجنوبية وإيرلندا، والتي تأخذ بمبدأ تحريم الطلاق، ومنع انحلال الزواج مهما كانت الأسباب [٥] ،أمّا الدول الّتي كانت تسمى الدول الاشتراكية ينتهي الزواج بتقديم أي من الزوجين طلباً إلى المحكمة المختصة بشأن إنها رابطة الزواج، وتنصُّ معظم التشريعات بأنه: يسري على الطلاق قانون

(١) دروس في تنازع القوانين، د/ هشام علي صادق، الدار الجامغية،ص٢٨٢، ٢٠٠٣م، الإسكندرية.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الخاص الغربي، د/ موسى عبود، ص٢٥٢، الدار البيضاء.

(٣) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم ود/ سامية راشد، ص٢٧٥، مرجع سابق.

(٤) محمد كمال فهمي، ص٥٤٧، مرجع سابق.

(٥) الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د/ العربي بلحاج، ج١، ص٢١٢، ٢٠٠٤م، الجزائر.

الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى [١] ، وهذا المسلك تميزت به بعض القوانين العربية، مثل القانون الدولي الخاص الكويتي ، رقم (٥) لسنة ١٩٦١م، المادة (٤٠) بقولها "يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء وقبل الطلاق، أوقبل رفع الدعوى بالتطليق، أو بالانفصال فإن لم توجد الجنسية المشركة يسري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج" [٢]، وقد أخضع القانون الكويتي لعدة ضوابط بحسب المادة أعلاه والضابط الأخير، هو إسناد احتياطي في حالة تخلف الجنسية المشتركة للزوجين، وهذا الإسناد لكل أنواع الطلاق، والانفصال الجسماني لقانون واحد، والقانون المدني المصري المادة (١٣/ ٢)، بقولها "أمّا الطلاق فيسري عليه قانون الدولة الّتي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق ، ويسري على التطلبق والانفصال الجسماني قانون الدولة الّتي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى [٣]، والقانون الدولي الخاص التونسي الفصل (٤٩) من المجلة التونسية، الفقرة "١" بقولها: "الطلاق والتفريق الجسدي ينظمها القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المطبق، هو قانون آخر مقر

(١) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني ،د/ عبدالحكيم عطروش، ص١٨٠، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص الكويتي رقم "٥" لسنة ١٩٦١م، المادة "٤٠".

(٣) القانون المدني المصري، المادة "١٣/ ٢"

مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبّق المحكمة قانونها" [١]، وهنا القانون التونسي أخضع تلك المسألة لقانون الجنسية المشتركة، وفي حالة اختلاف الجنسية يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون آخر موطن مشترك للزوجين ، وحالة عدمه يكون قانون القاضي هو المختص للنظر في مسألة انحلال الزواج، والقانون الجزائري أسند مسألة انحلال الزواج لقانون جنسية الزواج وقت رفع الدعوى دون تمييز بين الطلاق بإرادة الزوج، والتطليق الذي يتمّ بناءً على طلب الزوجة والانفصال الجسماني، ووحّد المشرع الجزائري ضابط الإسناد الخاص بانحلال الزواج بطرقه المختلفة؛ بحيث لا يمكن الاعتداد بالطلاق الصادر عن الزوج بإرادته المنفردة إلاّ عن حكم صادر من المحكمة، وذلك بموجب المادة "٤٩" من قانون الأسرة الجزائري، بقولها "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم"[٢] ، وتشير اتفاقية لاهاي المتعلقة بتنازع القوانين في مجال التطليق والانفصال الجثماني، في المادة "١" بقولها "لا تقبل دعوى التطليق إلاّ إذا اتفق قانون جنسية الزوجين، وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى على إجازة التطليق، وكذلك الحال بالنسبة لدعول الانفصال" [٣]، وهذه الاتفاقية السالفة الذكر لاتسمح بالتطليق وفقاًللأسباب التي يحدّدها قانون جنسية

(١) المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، الفصل "٤٩" الفقرة "١".

(٢) محاضرات في قانون الأسرة، نشوار الجيلالي، ٢٠٠٥م، الجزائر.

(٣) اتفاقية لاهاي المتعلقة بتازع القوانين في مجال التطليق والانفصال، المبرمة بتاريخ ١٢ يونيو ١٩٠٢م، المادة "١".

الأطراف إلاّ إذا كان قانون القاضي يسمح بالتطليق حسبما نصّت عليه المادة (٢) بقولها: "لا يحكم بالتطليق إلاّ إذا توافرت أسبابه المبررة له طبقاً لقانون جنسية الزوجين، ولقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، كذلك نفس الأمر بالنسبة لدعوى الانفصال، ونصت المادة الثامنة إلى "خضوع الطلاق والانفصال الجسماني لقانون آخر جنسية مشتركة بين الزوجين في حالة إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة [١] ، وفي القانون الفرنسي المادة (٣١٠)، والّتي مفادها: "يطبق القانون الفرنسي فيما يتعلّق بالطلاق والتطليق والانفصال الجسماني في الحالات التالية:

إذا كان كل من أحد الزوجين يتمتعان بالجنسية الفرنسية.

إذا كان موطن كل من الزوجين بفرنسا، حين لا يعترف أي قانون أجنبي باختصاصه، وتكون المحاكم الفرنسية مختصة، ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقانون الفرنسي والتفريق الجسماني"[٢].

أمّا القانون المدني اليمني المادة (٢٥) التي سبق ذكرها "يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية عند المرافعة [٣] ،وكما هو ملاحظ القانون اليمني هو الذي يجب تطبيقه عند المرافعة بموافقة الزوجين، فإن لم

(١) المادة "٢" والمادة "٨" من اتفاقية لاهاي المتعلقة بتنازع القوانين.مرجع سابق.

(٢) القانون الفرنسي رقم ٦١٧-٧٥" لسنة ١٩٧٥م، المادة "٣١٠".

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م ، المادة "٢٥" والمادة "٤٠" من القانون الدولي الخاص الكويتي.

يتفقا على ذلك تعين إخضاع الطلاق والفسخ لقانون جنسيتهما المشتركة إن اتحدت جنستهما، أما إذا اختلفت جنسية كل منهما تعين عندئذ تطبيق القانون اليمني، حيث نصَّ القانون المدني اليمني المادة (٣٢) مايلي: "يرجع في قواعد الاختصاص والمسائل الخاصة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى [١]، ويحكم القانون الواجب التطبيق الآثار المترتبة على انتهاء الزواج، فهو الذي يحدد النفقة المستحقة ومدتها وتقديرها، ويبين تقدير التعويض إذا كان لأي منهما الحق في ذلك، ويمكن إسناده لقانون القاضي، كون حل الرابطة الزوجية تمسّ النظام العام، وكون الشريعة الإسلامية المهيمنة على كل الشرائع.

٢- القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية.

هناك اتجاه فقهي على اعتبار النفقة عموماً بأنها من اختصاص القاضي بوصفه قانوناً، والأمن المدني لتعلّقها عموماً بالنظام العام [٢] بصفة استثنائية، وإخضاع الإجراءات الوقتية للقانون الّذي يسري على انحلال الزواج، من أجل المحافظة على الحدّ الأدنى مؤقتاً لمعيشة المطلقة [٣]، ويمكن لرئيس المحكمة السماع لأقوال الزوجين في طلب التفريق، أو التطليق بالإجراءات التحفظية، أو الوقتية الّتي يراها بوجة خاص تقدير النفقة والحفاظ على مصالح الأولاد والزوجين معاً، والقانون الدولي

---

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٢"

(٢) مذكرات في القانون الدولي، د/ علي علي سليمان، ص٧٣، مرجع سابق.

(٣) محمد المبروك اللافي، ص١٤١،

الخاص التونسي، فقد أخضعت الإجراءات الوقتية لقانون القاضي أثنا سير الدعوى[١]، وقد أسندها القانون المدني المصري لقانون القاضي في المادة (٢٢) بقولها "يسري على قواعد الاختصاص، وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات الوقتية قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى، أو تباشر فيه الإجراءات"، ونصت المادة (٣٤) مرافعات مصري على أنّه "تختص محاكم الجمهورية بالأمر بالإجراءات الوقتية، والتحفظية الّتي تنفذ في الجمهورية، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية" [٢]، أمّا القانون المدني اليمني المادة (٢٥) "يرجع في الزواج والطلاق والفسخ والنفقات إلى القانون اليمني للأحوال الشخصية"، ونفس القانون المادة (٢٣) "يرجع في قواعد الاختصاص والمسائل المتعلقة بالإجراءات القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى" [٣]، ونصَّ القانون الكويتي في المادة (٢٢) بقولها "تختص المحاكم الكويتية بالإجراءات الوقتية والتحفظية الّتي تنفذ في الكويت، ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية" [٤]

٣- القانون الواجب التطبيق على الحضانة.

مسألة انفصال الزوجين لأسبابها المتعددة والآثار الّتي قد ينجم عنها مرحلة الحضانة، أو الولاية، وبموجب القانون المدني اليمني المادة (٢٦) "يرجع في المسائل

(١) المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، الفصل "٤٩" الفقرة "٢"

(٢) القانون المدني المصري المادة "٢٢" وقانون المرفعات المصري المادة "٣٤".

(٣) القانون المدني اليمني رقم"١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المواد "٢٥" و"٣٢" تنازع القوانين.

(٤) القانون الكويتي المدني الصادر ١٩٦١م، المادة "٢١".

الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية القصر، والمحجورين والغائبين إلى القانون اليمني [١]

أثر النظام العام على القانون الواجب التطبيق في شأن الزواج وانحلاله.

النظام العام: عرّفه الفقيه " كابيتان "Capitant "بأنه: مجموعة النظم والقواعد الوثيقة الصلة ببلد ما، والّتي يتعيّن تطبيق قضائها دون أي قانون أجنبي. وعرّفه الفقيه "نيبويه Nipoyet" بأنه: عبارة عن معاينة يتبين من خلالها التعادل بين النظم المختلفة للدول.

ويمكن لنا إن نعرف النظام العام بأنه: هيمنة قانون دولة القاضي على غيره من القوانين الدولية الخاصة لأسباب جوهرية، دينية، سياسية، اجتماعية.

وما يسند هذا التعريف ما نصَّ عليه القانون الدولي الخاص اليمني في المادة (٣٥) بقولها: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي تعيّن تطبيقه إذا كانت هذه الأحكام تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، أو الآداب العامة في الجمهورية" [٢]

ومعيار النظام العام من المسائل المهمة في الفكر القانوني، وظهرت لأول مرّة في القانون، وصاحب هذه الفكرة الفقيه الإيطالي "بارتول BartoI" ، والتي أسماها بفقه الأحوال، حيث فرّقت تلك النظرية بين الأحوال المستهجنة والأحوال

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م المادة "٢٦" تنازع قوانين.

(٢) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني، مقارن، د/ عبدالحكيم عطروش،ص١٩٢، مرجع سابق.

المستحسنة والأخيرة تتبع الشخص خارج إقليم دولته [١] ، والقانون الدولي الخاص اليمني، وإعمال النظام العام في مسائل انتهاء رابطة الزوجية، فقد لا تبرر بشكلها المعروف كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي، كما هو الحال في القوانين الدولية الخاصة العربية والإسلامية؛ ذلك لأن قاعدة الإسناد اليمنية الخاصة بانتهاء الزواج مادة (٢٥) تعطي إمكانية تطبيق القانون اليمني بموافقة الطرفين، وتعطي إمكانية تطبيق قانون جنسيتهما المشتركة إن ارادا ذلك [٢]، وتكمن رؤية النظام العام بما يقوم عليه الكيان السياسي من معتقدات اجتماعية تتعلّق بالمساواة أمام القانون، أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد اقتصادية [٣]

وتظهر فكرة النظام العام في التشريعات العربية فيما إذا كان القانون الأجنبي يتنافى مع أحكام الشريعة الإسلامية، والّتي لها الهيمنة والسبق والتطبيق دون منازع، ففي القانون الجزائري نصت المادة (٢٤) بقولها: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي، إذا كان مخالفاً للنظام العام، أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون [٤]، والقانون الكويتي نجد أنه لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت أحكامه مخالفة للنظام العام، أو الآداب في الكويت، ويتعيّن في هذه الحالة

(١) القانون د/ أعراب بلقاسم ،ص٥٠، مرجع سابق

(٢) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والمقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص١٩٢، مرجع سابق.

(٣) القانون الدولي الخاص ، / د حسن الهداوي، ص١٨٤، مرجع سابق.

(٤) القانون المدني الجزائري، المادة "٢٤".

تطبيق القانون الكويتي" [1]، وتضمّن القانون المصري والعراقي والأردني والإماراتي والليبي على هذا المعنى الآنف الذكر، وعلى القاضي أن ينظر في ملائمة القانون الأجنبي بمعيار المجتمع الذي يعيش فيه، وعلى هذا الأساس، فالقوانين ذات التطبيق المباشر يتم تطبيقها دون المرور بمرحلة التنازع، بخلاف ما هو عليه الحال في الدفع بالنظام العام هنا يستبعد القانون الأجنبي لمخالفته القواعد الجوهرية لحماية السياسة التشريعية لدولة القاضي.

(١) القانون الخاص بالعلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، لعام ١٩٦١م، المادة "٧٣".

المطلب الخامس

الميراث والتصرفات المضافة لما بعد الموت

كما هو معروف الخلافة بسبب الموت نوعان، خلافة إجبارية وهي تثبت بحكم القانون، ويطلق عليها الميراث، وأخرى اختيارية وهي تثبت بإرادة الموصي، ويطلق عليها الوصية [١]، وسنعرض موضوع الميراث والوصية فيما يلي:

أولاً: الميراث .

ويُعرّف الميراث بأنه: الخلافة بسبب الموت بحكم القانون [٢] ، وهذه الأموال قد تكون منقولة، أو عقارات، ومعظم التشريعات العربية تخضع الميراث للجنسية وللقانون الشخصي على سبيل المثال، القانون السوري المادة (١٨) ، والقانون الأردني المادة (١٨) ، والقانون المصري المادة (١٧) ، والمادة (١٦) في القانون الجزائري، وبعض الدول تعتبر الميراث من مسائل الأحوال العينية التي تخضع لقانون موقع المال منقولاً كان، أم عقاراً كما هو الشأن في أمريكا الجنوبية [٣] ، والعبرة بموضوع وموقع التركة، وليس بصاحبها، عقارات أو منقولات، ويحكمها قانون موقعها [٤]

وهناك من يفرق بين العقار والمنقول، فالأول يطبق عليه قانون موقع العقار استناداً لفكرة حماية الثروة الوطنية في الدولة الّتي تقع فيها الأموال، ومن ثم ارتباطها بالنظام العام تحقيقاً لمبدأ استقرار المعاملات، والتوافق مع الاختصاص القضائي، وإعمال

---

(١) محاضرات في القانون الدولي الخاص،عبدالكريم بلعيور، ص٢٨، جامعة الجزائر، ٢٠٠٧م-٢٠٠٨م.

(٢) الوجيز في القانون الدولي الخاص ، د/ فؤاد عبدالمنعم ، د/ سامية راشد، ص٩٤، مرجع سابق.

(٣) القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، ١٩٤، مرجع سابق.

(٤) تنازع القوانين، د/ محمود جمال الكردي، ص٣٩٢،

قانون المكان الذي يتواجد بها العقار يفتح المجال أمام تعدد القانون المختص بتعدد الدول التي يتواجد بها العقار [١]

أمّا بالنسبة للمنقول يطبق عليه قانون موطن المتوفي مثلما هو الحال في بعض الدول، ومنها بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، وأخذت بعض الدول مثل النمسا والمجر ورومانيا بقاعدة إخضاع الميراث في المنقول لقانون جنسية المتوفي، وبعض الأنظمة يعد الميراث من مسائل الأحوال الشخصية، كألمانيا واليونان وسائر قوانين الدول العربية منها القانون اليمني والجزائري.

وقد أثير الخلاف حول مسألة تعارض أحكام القانون الأجنبي، مع أحكام الشريعة الإسلامية، بشأن تحديد نصيب الذكر والأنثى في التركة، حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بوجوب استبعاد القانون الأجنبي؛ لتعارضه مع فكرة النظام العام.

ثانياً: الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الوصية هي: تصرف إرادي في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ينقل بمقتضاها الموصي إلى الموصى له على وجه التبرع، ملكية كل أو بعض أمواله، أو أي حق من حقوقه المالية، وفي القانون المدني اليمني المادة (٢٧) ، فقد تم إخضاعها لقانون الأحوال الشخصية، وفي القانون الجزائري المعدل ٢٠٠٥م "يسري على الميراث والوصية جنسية الموصي وقت وفاته، بينما بعض الدول تدخلها ضمن الأحوال

---

(١) القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، د/ غالب الداودي، ص٢٨٢، مرجع سابق.

العينية إلى قانون موقع العقار، إذا كان محل الوصية عقاراً، وإلى قانون موطن الموصي وقت وفاته إذا كان محل الوصية منقولاً".

المبحث الثالث

قواعد الإسناد الخاصة بالأحوال العينية، والتصرفات والوقائع القانونية

المطلب الأول

قواعد الإسناد الخاصة بالأموال المادية

المقصود بالأموال المادية: هي الأموال المحسوسة من عقارات ومنقولات [١]، ومن الناحية القانونية يعّد المال كل شيء يمكن تقويمه بالمال [٢]، ويختلف تبعاً لوصفه فيما إذا كان المال عقاراً، أو منقولاً من حيث القانون الواجب التطبيق، وسنوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على العقار.

عرّف العقار القانون المدني الأردني بأنه: " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف، أو تغيير هيئته، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"[٣].

أمّا القانون الواجب التطبيق على العقار، فالغالب لدى الفقه يجمع على خضوعه لقانون موقعه، وتعد تلك القاعدة من القواعد المستقرة في القوانين الدولية الخاصة، ويعتبر إخضاع التكييف لقانون الدولة التي يوجد بها المال هو استثناء من القاعدة

---

(١) تنازع القوانين، د/ جمال محمود الكردي، ٤٢٢، دار النهضة، ٢٠٠٥م، القاهرة.

(٢) تنازع القوانين، د/ جمال محمود الكردي، ص٤٢١، مرجع سابق.

(٣) القانون المدني الأردني ، المادة "٥٨".

العامة التي تقضي تكييفه لقانون القاضي وفقاً لنظرية الفقيه "بأرتن" ، وهو أمر أخذت به التشريعات المقارنة لهذه الاعتبارات واستقرار المعاملات والطمأنينة في اكتساب الحقوق العينية [١]. ونصّ مشروع القانون المدني الفلسطيني المادة (٢٧) ، والذي يوجب خضوع المال لمكان وجوده وقت إبرام التصرف، وتعّد قاعدة خضوع الأموال العقارية لقانون موقعها من القواعد الأساسية في فقه القانون الدولي الخاص، حتى إن رسوخ هذه القاعدة قد دفع البعض القول بأنها أصبحت عرفاً دولياً [٢] من عهد فقه الأحوال الإيطالي القديم، الذي لم يتردد في إخضاع الحقوق على الشيء لموقعه [٣]، والفقه الفرنسي أخضع كل ما يتعلق بالعقار لقانون موقعه في كل النواحي، من حيث أهلية التعاقد، وشكله وشروطه الموضوعية، ومن المنطقي خضوع الأموال لقانون موقعها.

موقف القانون اليمني والتشريعات المقارنة من القانون الواجب التطبيق على العقار

نصّت المادة (٢٨) من القانون المدني اليمني بأنه "يرجع في الحيازة والملكية والانتفاع والحقوق العينية الأخرى إلى قانون موقع المال إذا كان غير منقول (عقار) وإلى قانون المكان الذي يوجد به المنقول وقت تحقق سبب الحيازة، أو الملكية أو الانتفاع أو أي حق عيني آخر، أو سبب فقدها" [٤]، وفي القانون المدني الأردني المادة (١٩) إشارة إلى

---

(١) تنازع القوانين ،د/ هشام علي صادق، ص١٢٠-١٢٨،.

(٢) تنازع القوانين ،جمال محمود الكردي ،٤٢٣. مرجع سابق.

(٣) تنازع القوانين د/ هشام علي صادق، ص٧٩٤، مرجع سابق.

(٤) القانون المدني اليمني رقم"١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٨" تنازع القوانين"

أنه "يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيما يخص بالعقار [١]، وتضمن مشروع القانون المدني الفلسطيني نفس المضمون المادة (٢٦)، وفي القانون التونسي في المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص الفصل (٥٨) ما نصه "الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال [٢] ، وهو ما أوجبته اتفاقية الرياض للتعاون القضائي الدولي لعام ١٩٨٣م، وتعتبر اليمن طرفاً في هذه الاتفاقية.

يتضح مما سبق الأموال العقارية تعّد لصيقة بالسيادة للدولة، واعتبار العقار الواقع في ارضها جزء من إقليمها، وهذا مبرر كافي لسريان قانون الدولة عليه لسلامة المعاملات، وتوحيد الحلول، وحماية الغير، والمسؤولية عن الاعباء المترتبة عليه، وهناك يكاد يكون اجماعاً على ذلك.

ثانياً/ المنقول المادي والقانون الواجب التطبيق.

١- **تعريف المنقول المادي:** يعرّف القانون المدني العراقي المدني المنقول ما نصه: "المنقول كل شيء يمكن نقله، وتحويله دون تلف فيشمل النقود، والعروض، والحيوانات والمكيلات، والموزنات، وغير ذلك من الأشياء المنقولة [٣] ، وتعد السفن البحرية والطائرات من الأشياء المنقولة، ونظراً لوجودها في غالب الأحيان في أعالي البحار، أو في الطبقات التي تعلوه، فقد جرى العمل على عدم الاعتداد بمكان

---

(١) القانون المدني الأردني المادة "١٩".

(٢) المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، الفصل "٥٨"

(٣) القانون المدني العراقي رقم "٤٠" لسنة ١٩٥١م، المادة " ٦٢/ ٢"

وجودها الفعلي، واعتبارها موجودة بالمكان الذي سجلت فيه، وبالتالي فهي تخضع لقانون هذا المكان، وهو ما يعرف بقانون العلم [١]، أو قانون قاضي النزاع .

٢- القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي في القانون اليمني، والتشريعات المقارنة

أمّا بخصوص القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي من حيث المبدأ، تعدّ قاعدة خضوع المال لقانون موقعه، وقرر القانون المدني اليمني في المادة (٢٨) "إخضاع المنقول إلى قانون موقع المال وقت تحقيق سبب الحيازة، أو الملكية أو الانتفاع، أو أي حق عيني آخر، أو سبب فقدها [٢] ، وفي القانون المدني الأردني في المادة (١٩) "يسري بالنسبة إلى المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة، أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، أو فقدها[٣]، ومجلة القانون الدولي الخاص التونسية الفصل (٥٨) ما نصه "الحوز والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال [٤] ، والقانون الكويتي في المادة "٥٢" ومشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة (٢٦) " ... ويسري على المنقول قانون الدولة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب تلك

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص ٢٠٩، مرجع سابق.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٨".

(٣) القانون المدني الأردني المادة "١٩".

(٤) مجلة القانون الدولي الخاص التونسية المادة "٨٥" الفصل "٦٠".

الحقوق، أو فقدها فإذا تغير موقعه فيطبق قانون الموقع الجديد". ويبين قانون موقع المال أسباب اكتساب الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنها، وكذا طرق انتقالها وانقضائها، ومن هذه الأسباب مايخضع بشكل كامل لقانون موقع المال كالحيازة والشفعة، ومنها ما يخضع لقانون آخر، فالميراث والوصية يخضعان في بعض الدول، كمصر لقانون الجنسية، وفي اليمن للقانون اليمني، والعقود يسري عليها قانون إرادة المتعاقدين في المنقول، والعقود المتعلقة بعقار يسري عليها قانون موقعها[١] ، فالعقود ذات العنصر الأجنبي تخضع لما يسمى بقانون الإرادة، والذي يكون للأطراف حرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وتكييف مسألة العقد أمر يستمدها القاضي من الخائص الذاتية للرابط العقدية [٢]، والقواعد الموضوعية في القانون المختار، وهو مبدأ أقرته اتفاقية روما[٣]

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٢١١، مرجع سابق.

(٢) القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، د/ هشام علي صادق، ص٦٣،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

(٣) اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠م، المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، المادة "٣/ ١".

المطلب الثاني

قواعد الإسناد الخاصة الأموال المعنوية

أولاً: تعريف الأموال المعنوية، عرفتها منظمة التجارة العالمية بأنها: الحقوق التي تعطى للبشر على منتجاتهم الذهنية، وهي حق الشخص في نتاج ذهنه الإبداعي[١] هي تلك الأشياء التي لا تقع تحت الحس، ومع ذلك تصلح أن تكون محلاً للحق العيني[٢] ، كحق المؤلف وحق المخترع، وحق صاحب النموذج الصناعي والاسم التجاري.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على الأموال المعنوية

المشرع اليمني لم يتطرق إلى الأموال المعنوية، والفكرية والأدبية والفنية، التي صارت من المسائل الهامة التي يجب التطرق لها في قواعد الإسناد اليمنية، وقد أشارت المادة (٣٣) في ذلك بقولها... "وإذا لم يوجد نصّ في قوانين الجمهورية اليمنية يحكم مسألة تنازع القوانين المعروضة على القضاء، فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً، مالم يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية[٣] ، وصدر القانون اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٤م[٤]، الذي يعترف بحق المؤلف لغير اليمني، إذا كان

---

(١) حقوق الملكية الفكرية ، د/ ناصر محمد عبدالله سلطان، ص٢٠، مكتبة الجامعة، ٢٠٠٩م، الشارقة.

(٢) د/ جمال محمود الكردي، ص٤٤٢، مرجع سابق.

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٣" تنازع القوانين"

(٤) قانون الحق الفكري اليمني، رقم "١٩" لسنة ١٩٩٤م.

قانون بلده يعامل اليمنيين بالمثل، أو بناءً على الاتفاقيات الدولية التي تكون الجمهورية طرفاً فيها.

كما أعطى الحماية القانونية للرسوم والنماذج الصناعية للأجانب المقيمون في اليمن، ويستطيع كل أجنبي له مشروع انتاجي أو خدماتي في اليمن أن يطلب تسجيل علامته الصناعية والتجارية، وحق الاختراع والاكتشاف، وغيرها شرط عدم التعرض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، كما أوضحت ذلك المادة (٣٣) السالفة الذكر، أمّا القانون الكويتي

المادة (٥٧) ما نصه "يسري على الملكية الأدبية قانون بلد النشر الأول، أو قانون بلد الإخراج الأول" ، وفي التالية لها (٥٨) بأنه "يسري على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، والعلامات التجارية والاسم التجاري قانون موقعها، ويعتبر موقع براءة الاختراع البلد الذي منحها، وموقع الرسم والنموذج الصناعي لقانون البلد الذي أودع، أو سجل فيه، وموقع العلامة التجارية بلد منشأة الاستغلال، وموقع الاسم التجاري بلد المركز الرئيس للمحل التجاري" [١].

ثالثاً: القانون واجب التطبيق على حق المؤلف.

حق المؤلف مجموعة المزايا الأدبية والمالية التي تثبت للكاتب، أو الفنان أو العالم [٢]،

---

(١) القانون الكويتي بشأن تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، رقم "٥" لسنة ١٩٦١م، المادتين ٥٧ – ٥٨"

(٢) محاضرات في القانون المدني ، د/ عبدالمنعم فرج الصدة، ص١٥، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٦٧م، مصر.

يعني جميع أعماله التي له سلطة عليها سواءً كانت شفوية، أم كتابية، أم فنية مثبتة قانوناً، وذلك ما يمكنه من المطالبة بحماية هذا الحق، وبموجب اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الأدبية والفنية ١٨٨٦م، وتعديلاتها والتي كان آخرها عام ١٩٧٩م، والتي تنصّ على أنه "بغض النظر عن الحقوق المالية للمؤلف، بل وحتى بعد انتقال هذه الحقوق، فإن المؤلف يحتفظ بالحق في المطالبة بنسبة المصنف إليه، وبالاعتراض على أي تحريف أو تشويه، أو أي تعديل آخر لهذا المصنف، أو أي مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بشرفه وبسمعته [١]، ونصّت المادة الأولى من واتفاقية جنيف العالمية لحقوق المؤلف لسنة ١٩٥٢م، بقولها: " تتعهد كل دولة من الدول المتعاقدة بأن تتخذ كل التدابير اللازمة؛ لضمان حماية كافية وفعالة لحقوق المؤلفين، وغيرهم من أصحاب تلك الحقوق" ، وتعديل باريس ١٩٧١م في المادة (٤) لتشمل حقوق المؤلف، وتباينت آراء الفقهاء بشأن القانون واجب التطبيق على حق المؤلف، ونؤيد ما تضمنه القانون الكويتي كما أوضحنا سابقاً. وما ذهب إليه البعض من خضوع حق المؤلف للقانون السائد في الدولة التي تم نشر المصنف فيها للمرة الأولى، أو مكان الإخراج الأول[٢]، وذلك يرجع إلى عدة اعبارات أهمها، أن النشر هو الذي يظهر قيمة

(١) اتفاقية بيرن لحماية المصنفات الادبية والفنية لسنة ١٨٨٦م المادة ٦/ ٢/ ١" وتعديلاتها والتي آخرها سنة ١٩٧٩م،

(٢) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢١٢، مرجع سابق.

الانتاج الأدبي أو الفني[١]، وفي المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص[٢] القانون الواجب التطبيق على حقوق الملكية الفكرية المنبثقة عن العمل للقانون الذي يحكم عقد العمل، وهذا يطبق على حق المؤلف، وفي القانون المدني الأردني أشار إلى القوانين الخاصة، وقانون حماية المؤلف الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م، والمعدل بالقانون رقم (٥٢) ٢٠٠١م، والذي أخضع مصنفات المؤلفين الأردنيين للقانون الأردني، سواءً تم نشره في المملكة أم خارجها، أما بالنسبة للمؤلفين غير الأردنيين فقد أخضعها للقانون الأردني إذا تم النشر في المملكة الأردنية، وإذا تم النشر خارج المملكة فتخضع إلى ما تقضي به الاتفاقيات الدولية، ومبدأ المعاملة بالمثل، وهذا نهج معظم التشريعات العربية منها اليمن، ويمكن الاسترشاد بالمادة (٣٣) من القانون المدني اليمني، أما القانون الواجب التطبيق للعقود التي يبرمها المؤلف مع الآخرين لاستغلال مصنفه مالياً، فيتم الرجوع إلى القاعدة الخاصة لمعظم التشريعات وهي قانون الإرادة.

رابعاً: القانون واجب التطبيق على الملكية الصناعية.

إن براءة الاختراع تخول المخترع الحق الاستئثاري بفكرته الابتكارية، والتمتع بحق استغلالها[٣] ، وبذلك فإن قانون الدولة المانحة للبراءة هو أجدر القوانين بالتطبيق بعد

---

(١) الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، د/ محمد وليد المصري، ص٨٢، دار الثقافة، ٢٠١١م .

(٢) المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص الفصل "٦٩"

(٣) جمال محمود الكردي، ص٤٤٦، مرجع سابق.

إجراءات التسجيل والإيداع بموجب قوانين الدولة المانحة، ومن الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الملكية الصناعية، اتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية التي أبرمت في ٢٠/ مارس ١٨٨٣م، وآخر تعديلاتها ١٩٣٤م، ونصت المادة الأولى من الاتفاقية بأنه: تشمل حماية الملكية الصناعية براءات الاختراع، ونماذج المنفعة والرسوم الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية والاسم التجاري [١] .

خامساً/ القانون الواجب التطبيق على العلامة التجارية

عرّفت اتفاقية التربيس العلامة التجارية بأنها: كل علامة تكون قادرة على تمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها منشأة أخرى، وتدخل في عداد العلامة التجارية الكلمات التي تشتمل على أسماء شخصية والحروف والأرقام والأشكال ومجموعة الألوان أو أي مزيج منها، وهي تصلح جميعها للتسجيل كعلامة تجارية[٢] العلامة التجارية تعني: اشارة مميزة يتم استخدامها بأسم الشخص على منتجاته أو خدماته وبضائعة. والأسماء والعلامات التجارية وسيلة لحماية المشروع الذي تدل عليه [٣] لتمييز مشروع معين ويحكم ذلك الأسبقية في استعمالها. وبموجب اتفاقية معاهدة مدريد[٤] المادة (١) نصت على أنه " يجوز لرعايا كل من الدول

(١) اتفاقية باريس التي أبرمت في ٢٠ مارس ١٩٨٨م المادة "١" واخر تعديلات هذه الاتفاقية ١٩٣٤م.

(٢) اتفاقية "تربس" الجوانب الدولية لحماية الملكية الفكرية المادة ١٥/ ١"

(٣) تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون المقارن واليمني ، د/ ماهر إبراهيم السداوي، ص٢٥٠ ، ١٩٨٨م.

(٤) معاهدة مدريد عقدت في ١٤/ ٤/ ١٨٩١م وعدلت في بروكسل ١٩٠٠م، وواشنطن ١٩١١م، ولاهاي ١٩٢٥م، ولندن ١٩٣٤م.

المتعاقدة أن يكفلوا الحماية في جميع الدول الأخرى بالنسبة لعلاماتهم التجارية أو الصناعية المسجلة في بلدها الأصلي، وذلك بإيداع العلامات المذكوره بالمكتب الدولي لحماية الملكية الصناعية في برن بواسطة المصلحة المختصه في بلد العلامة الأصلي".

ويرى الفقه أن العلامات والأسماء التجارية يحكمها القانون السائد في الدولة التي يوجد فيها المشروع المعني والذي تدل عليه العلامة التجارية أو الاسم [١] . بمعنى قانون الدولة التي استعملت فيها العلامة التجارية لأول مرة. وأخذ بذلك القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١م، وقانون العلامات التجارية الفيدرالي الأمريكي لسنة ١٩٤٦م والقانون البلجيكي والقانون السويسري والقانون الهولندي. وقد أشار القانون المدني اليمني إلى اتباع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص وعدم التعرض مع النظام العام للدولة ومبادئ الشريعة الإسلامية، بموجب المادة (٣٣) أنه " ... وإذا لم يوجد نص في قوانين الجمهورية يحكم

مسألة تنازع القوانين المعروضة على القضاء، فيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعارف عليها دولياً، مالم يتعارض أي من ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية"[٢]

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢١٣، مرجع سابق.

(٢) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣٣" تنازع قوانين.

المطلب الثالث

قواعد الإسناد الخاصة بالالتزامات

ونحن بصدد معرفة الالتزامات يتوجب هنا عرض الالتزمات التعاقدية، والالتزامات غير التعاقدية فيما يلي:

أولاً: الالتزامات التعاقدية والقانون الواجب التطبيق .

الالتزمات التعاقدية هنا المتضمنة التصرفات المالية دون الأحوال الشخصية التي سبق الإشارة إليها، ولا تشمل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، ونظراً لأهمية الالتزامات التعاقدية نجد القانون المدني اليمني قد بين ضابط الإسناد الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية في مادته (٢٩) منه بأنه: "يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على قانون آخر، أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر، وذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول(عقار) ، فإنه يطبق قانون موقع المال "العقار" [1] ، والمعيار القانوني للعقد الدولي حين يتضمن عنصر أجنبي، ويخضع هذا العقد الدولي لقانون إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق الصريحة، أو

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٩" تنازع القوانين" .

بإرداتها الضمنية التي تستفاد من الظروف المحيطة بالتعاقد [١]، وهذا مسلك معظم التشريعات، مثل القانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١م، بشأن تنظيم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي، والمادة (١٩/ ١) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م ، والقانون الذي يحكم شكل العقد في المادة (٣٠) من القانون المدني اليمني ضوابط عدة أهمها ضابط بلد الإبرام، وتخضع الأهلية لقانون الجنسية وفقاً للقانون المدني اليمني المادة (٢٤)، وإخضاع المحل والسبب لقانون العقد، ولا يتصور بداهة أن يقضي بصحة العقد في دولة القاضي إذا كان يقوم على سبب غير مشروع[٢] ، وفي القانون المدني الجزائري المادة (١٨) على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقة بالمتعاقدين أو بالعقد .

وفي حالة عدم إمكان ذلك قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."[٣]

وقاعدة خضوع العقد من حيث موضوعه لقانون إرادة المتعاقدين دون الشكل،

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٢٢، مرجع سابق.

(٢) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٢٥.

(٣) القانون المدني الجزائري، الصادر في ٢٦/ سبتمبر لسنة ١٩٧٥م، المادة "١٨".

وهكذا ظهر مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص [١]

ثانياً: الالتزامات غير التعاقدية.

يقصد بالالتزامات غير التعاقدية الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار(المسؤولية التقصيرية) ، أو الالتزامات الناجمة عن الفعل النافع (الإثراء بلا سبب) [٢] ، تنص المادة (٣١) من القانون المدني اليمني بأنه: يرجع في ضمان ما ينشأ عن فعل غير تعاقدي، أو غرامته إذا وقع في الخارج إلى القانون اليمني" [٣] ، ومعظم التشريعات تخضع الالتزامات غير التعاقدية إلى قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام[٤] ، كمصر ينص القانون المدني المصري في المادة (٢١/ ١) بأنه "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام [٥]

والقانون الكويتي رقم (٥) لسنة ١٩٦١م بشأن تنظيم العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي المادة "٦٦"، والقانون المدني الأردني المادة (٢٢)، كلها نصت أن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد وذلك نتيجة منطقية لتطبيق مبدأ الإقليمية، فالعمل الذي يقع في الإقليم إنما ينعكس أثره على

---

(١) القانون الدولي الخاص الجزائري، د/ أعراب بلقاسم،ج١، ص٣٠٤،دار هومه،٢٠٠٤م، الجزائر.

(٢) أحكام القانون الدولي الخاص اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٣٣، مرجع سابق.

(٣) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٣١" تنازع القوانين".

(٤) الوجيز في تنازع القوانين، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض . د/ سامية راشد، ص١٦١، مرجع سابق.

(٥) القانون المدني المصري رقم "١٣١" لسنة ١٩٤٨م. المادة "٢١/ ١"

مجتمع هذه الدولة، وقانونها جدير بالتطبيق على الأعمال المادية التي تقع على إقليمها، وتنص المادة (٢٠/ ١) من القانون الجزائري على ما يلي: "يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"[١] ، ولا فرق هنا بين الفعل النافع أو الضار إلا أنّ الفقرة (٢) من المادة (٢٠) مدني جزائري تنص على أنّه : "فيما يتعلق بالإلتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج، وتكون مشروعة في البلد الذي وقعت فيه" [٢]. وتنص المادة (٢١/ ٢) من القانون المدني المصري على نفس المضمون.

ويرى الفقه الفرنسي بأنّ القانون الذي يحكم المسؤولية التقصيرية هو قانون محل وقوع الخطأ لاعتبارين أساسيين ، أوّلهما أنّ قواعد المسؤولية التقصيرية تعد من الأمن المدني، حيث تهدف إلى تأمين المجتمع من الأفعال غير المشروعة [٣]

أركان المسؤولية التقصيرية

١– ركن الخطأ، وما يتعلق بعنصرية المادي والمعنوي "الإدراك"، فهو يبين ما إذا كان الفعل يعد غير مشروع، أم أنه ارتكب في ظروف ترفع عنه وصف الخطأ، كما لو ارتكب في حالة دفاع شرعي، أو حالة ضرورة قصوى، ويحكم القانون المحلي عنصر الإدراك، أو أهلية المساءلة، وهو الركن المعنوي، فهو يحدد ما إذا كان الإدراك ركناً في

(١) القانون المدني الجزائري ١٩٧٥م، المادة "٢٠/ ١"

(٢) القانون المدني الجزائري، ١٩٧٥م، المادة "٢٠"٢".

(٣) الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، د/ محمد وليد المصري ص ٢٠٢—٢٠٤، مرجع سابق.

الخطأ من عدمه [١]

٢- حدوث الضرر: يحدد قانون محل الفعل الضار ركن الضرر، فيبين الأضرار التي يتعين التعويض عنها.

٣- العلاقة السببية : يحدد القانون الرابطة السببية بين الخطأ والضرر، كما يبين أسباب دفع المسئولية.

وبالنسبة للفعل النافع: تحديد شروط الإثراء بلا سبب، وكذلك تحديد ما يعتبر افتقاراً وما يعتبر إثراء، وتقرير جزاء الإثراء، ويحكم القانون المحلي شروط رد مادفع دون حق، ويحدد ما يجب رده سواء اقتصر الالتزام بالرد على دفع، أم امتد إلى ثماره وفوائده [٢].

ونلاحظ أن القانون المقارن كفيل بمعالجة تنازع القوانين فيما تقدم، وكذلك المادة (٢٣) مدني يمني في تكييف العلاقات عند التنازع القانون اليمني هو المرجع في التكييف، وبالتالي حرص المقنن اليمني في تلك المسألة التي وردت في المادة (٣١) بالرجوع إلى القانون اليمني، وليس لقانون محل الفعل كما هو في معظم التشريعات، وكذلك المادة (٣٢) أنه "يرجع في قواعد الاختصاص، والمسائل المتعلقة بالإجراءات

(١) أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٣٤، مرجع سابق.

(٢)أحكام تنازع القوانين في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٣٦، مرجع سابق.

القضائية إلى قانون البلد الذي ترفع فيه الدعوى" [١] ، ومن منظور كفالة تطبيق القانون اليمني في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، أو الإثراء بلا سبب المقررة في بلد وقوع الفعل الضار، أو النافع أعمالاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار"لحماية المجتمع المسلم وهيمنة الشريعة الإسلامية على غيرها من الشرائع، خصوصاً عندما يكون الفعل مشروع في قانون المحل، وغير مشروع في القانون اليمني، وبالتالي فلا مجال لضياع العدالة.

(١) القانون المدني اليمني رقم "١٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٢٣- ٣١-٣٢" تنازع القوانين.

الفصل الرابع

الموطن ومركز الأجنبي والاختصاص القضائي الدولي

المبحث الأول: الموطن ومركز الأجانب

المطلب الأول:مفهوم الموطن

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في شأن الموطن

المطلب الثالث: مركز الأجانب

المبحث الثالث: الأختصاص القضائي

المطلب الأول: مفهوم الاختصاص القضائي الدولي وعلاقته بالاختصاص التشريعي

المطلب الثاني: قواعد الاختصاص القضائي

المبحث الأول

المواطن ومركز الأجانب

المطلب الأول

الموطن

مفهوم الموطن: ذهب فقهاء القانون الدولي الخاص إلى تعريف الموطن، بأنه القطر، أو الإقليم الذي يستقر فيه الشخص بصفة دائمة"، ويُعرَّف الموطن بأنه: المكان الذي يفترض وجود الشخص فيه بصفة دائمة، والذي إذا غادره فيغادره بنية الرجوع إليه[١] ، وعرَّف الموطن القانون الفرنسي بأنه: المكان الذي يقع فيه مركز الأعمال الرئيس للشخص ،[٢] وفي القانون المدني الإيطالي، عُرِّف الموطن بأنه: المكان الذي يتخذ فيه الشخص المركز الرئيس لأشغاله ومصالحه"[٣]، وعَرَّف القانون المصري، والأسباني، والألماني، والبرتغالي الموطن بأنه: المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، أو يقيم فيه بصفة دائمة".

وعَرَّف الموطن فقهاء الشريعة بأنه: وطن الإنسان في بلدته، أو أي بلدة أخرى اتخذه داراً، وتوطن بها، مع أهله، وولده، وليس من قصده الارتحال عنها [٤]

يتضح من التعاريف السابقة أن الموطن، يجب توافر العنصر المادي، ويتمثل في الإقامة الفعلية، وكذا العنصر المعنوي، ويتمثل في توافر البقاء والاستمرار، كأصل

---

(١) الجنسية والموطن ومركز الأجانب، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ص٢٧٤، مكتبة النهضة، ١٩٥٩م، القاهرة.

(٢) القانون المدني الفرنسي المادة "١٠٢"

(٣) القانون الإيطالي المادة "٤٣".

(٤) بدائع الصنائع ، للكاساني، ج١، ص١٠٣.

عام لا يزول نهائياً، بل يبقى حتى ولو اكتسب الشخص موطناً لاحقاً إذ تظل الأحوال الشخصية له خاضعة لقانون موطنه الأصلي.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الموطن.

تعددت الآراء الفقهية فيما يتعلق بتعيين الموطن في تحديد القانون الواجب التطبيق[١]، وسنعرض هذه الآراء فيمايلي:

١- **قانون الإرادة:** ينبغي أن يُعولُ عليها في تحديد القانون الواجب التطبيق، بشأن تعيين الموطن، من خلال استجواب صاحبها لمعرفة موطنه، ولا يترك تحديد الموطن لإرادة الفرد المطلقة، لأمور متعلقة بالسيادة، وتطبيق قانون المحاكم المختصة[٢]، والمشرع كثيراً ما يحدد موطن الأشخاص بغض النظر عن إرادتهم، وتبرز الصعوبات من حيث أنه ومن السهل على الأفراد، تغيير موطنهم بتغيير مصالحهم في الدعوى مما يستتبع تغيير القوانين واجب التطبيق عليهم والاختصاص القضائي [٣].

٢- **قانون الجنسية:** يرى أصحاب هذا الرأي بأن القانون الذي يحكم مسألة الموطن، قانون الجنسية، وهو قانون الحالة، وهو قانون دولة الشخص [٤]، ويؤخذ على هذا الرأي عدة مأخذ أهمها: أن الموطن لايمكن إدراجه ضمن الأحوال الشخصية باعتباره رابطة سياسية بين فرد وإقليم معين.

٣- **تطبيق قانون القاضي:** يرى هذا الفريق ضرورة تطبيق قانون القاضي الذي ينظر

---

(١) القانون الخاص المصري، د/ حامد زكي، ص٥٩٨، ١٩٣٦م.

(٢) القانون الدولي الخاص، د/ عز الدين عبدالله ، ص٣٢٠، وما بعدها، ١٩٨٦م.

(٣) د/ هشام علي صادق، ص ٤٩٣، مرجع سابق.

(٤) د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، ص٢٧٧، مرجع سابق.

إلى النزاع باعتبار أن مسألة التكييف، هي من المسائل التي تخضع لقانون القاضي، حتى لو كان ذلك لازماً لتحديد القانون واجب التطبيق[١].

(١) د/ جابر جاد عبدالرحمن ص ٣١، .

المطلب الثالث

المركز القانوني للأجانب

إنّ المحاكم الوطنية تميّز في تعاملها بين الوطني والقانون الأجنبي، عندما يتم تطبيقه يكون على أساس المجاملة الدولية [١]، وساد في البلاد الأنجلوسكسونية الرأي القائل بأن تطبيق القانون الأجنبي راجع إلى كونه قد أكسب الفرد حقًا، لذا فيجب احترام هذا الحق في الدول الأخرى [٢]، ويرى الفقيه الفرنسي" BatiffoI " بأنّ القانون الأجنبي يطبق باعتباره عنصر من عناصر الواقع ذلك أنّه يرى بأنّ لكل قاعدة قانونية عنصران:

١- عنصر عقلي، وهو مضمون القاعدة وكونها عامة ومجردة.

٢- عنصر الإلتزام.

وتحتفظ بعنصريها في البلد الذي نشأت فيه، أمّا إذا طبقت في بلد آخر فهي تفقد عنصر الإلتزام، فيتعامل معها القاضي الوطني كواقعة لا كقانون [٣] ، بينما يرى الفقه الإيطالي أنّ الأجنبي يندمج اندماجاً مادياً وكلياً في القانون الوطني، بحيث يصبح جزءًا منه بالتالي القاضي بتطبيقه، والبحث عن مضمونه، وأنّ وجه الإلزام فيه راجع إلى قاعدة الإسناد الوطنية، وجواز الاستعانة بالخبرة الشفوية، أو المكتوبة كوسيلة

---

(١) القانون الدولي الخاص الجزائري، د/ أعراب بلقاسم، ص ١٣٩،مرجع سابق.

(٢) مذكرات في القانون الدولي الخاص، د/ علي علي سليمان، ص ١٣٤-١٣٥، مرجع سابق.

(٣) القانون الدولي الخاص، د/ هشام صادق، ود/ عكاشة محمد عبدالعال ،د/ حفيظة السيد الحداد، ص١٤٢، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٦م، الإسكندرية.

لإثبات مضمون القانون الأجنبي، ويكون للقاضي تقدير قابلية الدليل ليكون وسيلة صحيحة للإثبات، والمبادئ العامة، أو المبادئ السائدة في الأمم المتمدنة [١]؛ لذا يتجه الفقه والقضاء في أغلب دول العالم إلى تطبيق قانون القاضي، وذلك لاعتبارات عملية على أساس أنّه حل احتياطي، وهو ما أخذ به المشرّع اليمني، فقد نصت المادة (٤٩٥) مرافعات مايلي : "السندات الرسمية القابلة للتنفيذ المحررة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد[٢]، ويميل المشرّع اليمني لموقف الدول التي تبيح تنفيذ الأحكام الأجنبية بعد فحصها بمعرفة القضاء الوطني، ومنحها الأمر بالتنفيذ [٣] ، والمحكمة المختصة التي يقدم إليها الأمر بالتنفيذ، هي المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها، بغض النظر عما إذا كان الحكم الأجنبي قد صدر من محكمة ابتدائية، أو محكمة استئناف، وأياً كانت قيمة الحق الصادر به الحكم المراد تنفيذه [٤] ، حيث نصت المادة (٤٩٢) من قانون المرافعات اليمني ما يلي: " يكون تنفيذ السند التنفيذي الأجنبي في اليمن وفقاً لأحكام هذا القانون بناءً على

(١) القانون الدولي الخاص، د/ هشام صادق، د/ عكاشة محمد عبدالعال، د/ حفيظة السيد الحداد، ص ١٤٣-١٤٩، مرجع سابق.

(٢) قانون المرافعات اليمني رقم "٤٠" لسنة ٢٠٠٢م، المادة"٤٩٥"..

(٣) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٣٢٦، مرجع سابق.

(٤) أصول القانون الدولي الخاص، د/ محمد كمال فهمي، ص٦٨٦، ١٩٨٢م، الإسكندرية.

طلب يرفع إلى المحكمة المختصة بالتنفيذ"[١]، والمادة (٢٩٦) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) ما نصه: "الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط في قانون ذلك البلد[٢] ، ونصت المادة (٣٢) من اتفاقية الرياض للتعاون القضائي" مايلي: "تقتصر مهمة الهيئة القضائية في الدولة المطلوب تنفيذ الحكم لديها التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في الاتفاقية دون التعرض لفحص الموضوع"[٣]، وفي النظام القضائي اليمني الذي ترفع أمامه دعوى، أو طلب الأمر بالتنفيذ أن يرجع الحكم الأجنبي، ويعيد النظر فيه من حيث اتفاقه مع العدالة، وتقدير سلامته الإجرائية والموضوعية [٤]، وفي القانون المدني الجزائري المادة (٢٣) مكرر على أنه إذا تعذّر إثبات القانون الأجنبي، فإنّه يتم تطبيق القانون الجزائري".

ولاتقل أهمية تقرير القواعد الكفيلة بتنفيذ الأحكام الأجنبية عن أهمية تقرير القواعد اللازمة لفض تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي. فإذا لم يتم تنفيذ الحكم الصادر في الدعوى، انهارت جميع مراحلها وذلك منافياً للعدالة التي يطمح لتحقيقها الخصم الكاسب للنزاع وأصبح وكأنه لم يخض أي إجراء من إجراءاته.

---

(١) قانون المرافعات اليمني والتنفيذ رقم"٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة، "٤٩٢".

(٢) قانون المرافعات المصري، رقم "١٣" لسنة ١٩٦٨م، المادة "٢٩٦".

(٣) اتفاقية الرياض العربية بشأن التعاون القضائي لسنة ١٩٨٣م.

(٤) النظرية العامة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون اليمني، د/ محمد عبدالله المؤيد، ص١٨٥، ٢٠٠٥م، صنعاء.

فغاية الفرد في النهاية تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته. ويهدف القانون الدولي الخاص تحقيق العدالة للأفراد، بإسنادها إلى أوثق القوانين اتصالاً بها،والمحاكم الجديره بنظره فلا بد أن يهتم كذلك بقرير القواعد اللازمة للاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها[١].

شروط تنفيذ الأحكام الأجنبية في التشريع اليمني

لكي تكون للحكم الأجنبي قوته التنفيذية في الجمهورية اليمنية، يتطلب المقنن اليمني أن تتوافر في الحكم عدة شروط أوردها في المادة (٤٩٤) بفقراتها الست من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م[٢].

وقد نصت هذه المادة مايلي: " يشترط لتنفيذ السند الأجنبي مايلي:

١- ألا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، أو الآداب العامة، أو قواعد النظام العام في اليمن.

٢- أن المحاكم اليمنية غير مختصة الذي صدر فيه السند التنفيذي الأجنبي، وأن المحكمة الأجنبية الذي أصدرته مختصة به طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها.

٣- أن يكون التنفيذ بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ السندات التنفيذية معاملة بالمثل.

---

(١) الوسيط في القانون الدولي الخاص، أ. د/ عبدالمنعم زمزم، ص٢٩، الثقافة العربية، ٢٠١٥م، القاهرة.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠"لسنة ٢٠٠٢م، المادة"٤٩٤".

٤- أن يكون السند التنفيذي صادراً من محكمة، أو هيئة قضائية مختصة، وأن يكون الحكم أو الأمر حائزاً لقوة الأمر المقضي به وفقاً لقانون ذلك البلد الأجنبي.

٥- أن يكون الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور، ومثلوا أمام تلك المحكمة تمثيلاً صحيحاً.

٦- ألا يتعارض السند التنفيذي مع حكم أجنبي سبق صدوره من المحاكم اليمنية.

ويشترط عدم مخالفة الحكم الأجنبي النظام العام، أو الآداب العامة بموجب الفقرة"١" من المادة (٤٩٤) من قانون المرافعات، والتنفيذ المدني اليمني رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢م بأنه: "يشترط لتنفيذ السند التنفيذي الأجنبي بألا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، أو الآداب العامة، أو قواعد النظام العام في اليمن".

وهذا نهج معظم الدول العربية، منها الجزائر حيث تنص المادة (٢٤) من القانون المدني الجزائري على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي المختص إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر[١]، بالتالي يمكن للقاضي أن يستبعد تطبيق القانون الأجنبي بالاستناد إلى فكرة النظام العام.

ويكون للقاضي سلطة تقديرية في اعتبار مسألة ما من النظام العام، بالتالي يراقب بشأنها مدى تطابق القانون الأجنبي مع القانون الوطني، فإذا ما قدّر بأن أحكام

(١) القانون المدني الجزائري المادة "٢٤".

القانون الأجنبي تخالف النظام العام في قانونه استبعدها، ليس لتقديره الشخصي، إنّما يعتمد على المبادئ الجوهرية والمعتقدات السائدة في دولته بشكل موضوعي، لأنّه مخوّل بحماية المصالح العليا للمجتمع.

استبعاد تطبيق القانون الأجنبي للغش نحو القانون الواجب التطبيق

يُعرَّف الغش نحو القانون، على أنّه القيام بأعمال من شأنها تغيير ضابط الإسناد بهدف التهرب من تطبيق قانون ما.

على سبيل المثال تصدي القضاء الفرنسي لقضية السيدة de Beoaffermont البجيكية، التي تزوّجت من أمير فرنسي، فأصبحت فرنسية الجنسية، فلما أرادت الطلاق سنة ١٨٧٤م، لم يسمحح لها القانون الفرنسي كونه يحرم الطلاق[١] ، وتوجهت إلى ألمانيا سنة ١٨٧٥م، ونالت الجنسية الألمانية، وحصلت على التطليق، ثمّ تزوجت من الأمير الروماني Bibesco ، وأقامت معه في فرنسا، فطعن زوجها الأوّل في صحة الزواج الثاني، على أساس أنّ الطلاق باطل ؛ لأنّه تمّ الحكم به بناءً على واقعة التجنس بالجنسية الألمانية التي تمت غشًا نحو القانون، وبالتالي يبقى الزواج الأوّل قائمًا، فحكمت محكمة النقض الفرنسية سنة ١٨٧٨م، لصالحه على أساس أنّ الهدف من تغيير الجنسية كان التحايل على القانون .

(١) القانون الدولي الخاص، د/ هشام صادق، د/ عكاشة محمد عبدالعال، د/ حفيظة السيد، ص٢١٢-٢١٣، مرجع سابق.

شروط الدفع بالغش نحو القانون

١- أن يقوم الشخص بتغيير ضابط الإسناد –كمثل الحالة المذكورة أعلاه- تغييرًا ماديًا بشكل إرادي عن طريق تغيير الجنسية، الموطن، أو موقع المنقول [١].

٢ – أن يكون تغييراً فعلياً وليس صورياً، وأن يكون هذا التغيير مشروعاً، لأنه في الحالة التي يكون فيها التغيير بوسيلة غير مشروعة تهدف إلى غاية أو نتيجة، ففي هذه الحالة يمكننا إعمال جزاءات أخرى من خلالها نتلافى نتائج الغش المقترف، ومن ثم فالخطورة بالدفع بالغش نحو القانون تكمن في الارتكان إلى وسيلة مشروعة يراد بها الوصول إلى نتائج غير مشروعة، وفي الدول العربية الإسلامية لو غير الشخص غير المسلم دينه واعتنق الإسلام لا يعتبر إنه يشكل غشاً نحو القانون؛ لأن ذلك يتعلق بالنظام العام، وقس على ذلك، ولا يجوز بعد ذلك الخروج منه وإلا اعتُبِر الشخص مرتداً مرتكباً لخيانة عظماء، فإذا ما تلفظ الشخص "لا إله إلا الله محمد رسول الله" بغض النظر عما يخفيه في ضميره ودوافعه لاعتناقه الإسلام.

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَىٰ إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا ﴾ [٢]، ففي أحد أحكامها قضت محكمة التمييز العراقية بتاريخ ٣١/ ١٢/ ١٩٥١م، بشأن إشهار فتاة إنجليزية إسلامها، عندما رفعت أمها دعوى لإلغاء إشهار إسلام بنتها، فقد رفضت

(١)القانون الدولي الخاص الجزائري، ج١، تنازع القوانين، د/ أعراب بلقاسم، ص١٨٩، مرجع سابق.

(٢) سورة النساء الآية ٩٤.

المحكمة البت في المسألة، لأنها تتعلق بالسرائر، وأن الإسلام جاء رحمة للعالمين، ومن ثم تم رد الدعوى [١].

٣ – وجود نية الغش على القانون، واعتبار أن وجود نية الغش هي ركن جوهري، للدفع نحو القانون، يشكل إخلالاً بقاعدة التنازع، وأن الهدف من وراء ذلك كان أصلاً الإفلات والهروب والتحائل على القانون الواجب التطبيق، وهو الباعث الدافع لذلك[٢].

يتضح مما سبق أنه تم تغيير ضابط الإسناد بوسيلة مشروعة، إلا أنّه لا يشفع لصاحبه لسؤ النية، حيث لا يتم نفاذ القانون الذي رتب النتيجة، وتبقى الوسيلة التي تم التحائل بها صحيحة منتجة لبقية آثارها، وبطلان النتيجة وعدم نفاذها، ويختلف الحال إذا كانت الوسيلة غير مشروعة، فلا مجال هنا للدفع بالغش نحو القانون، بل مخالفة النظام العام.

(١) القانون الدولي الخاص،- تنازع القوانين، د/ حسن الهداوي ، ص ٢٠١، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص- تنازع القوانين- حسن الهداوي، ص٢٠٣، مرجع سابق.

المبحث الثالث

الاختصاص القضائي

المطلب الأول:

مفهوم الاختصاص القضائي الدولي ، وعلاقته بالاختصاص التشريعي

أولاً: تعريف الاختصاص القضائي الدولي: عرّفه الدكتور عطروش بأنه: الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص للمحاكم اليمنية بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي[١] ، ويعبر عنه بعض الفقهاء باصطلاح الاختصاص العام لمحاكم الدولة، وذلك تمييزاً له عن الاختصاص الخاص، أو الداخلي[٢] ، والبعض أطلق على الاختصاص القضائي بأنه: مجموعة القواعد المحددة لاختصاص القاضي الوطني في المنازعات الدولية. ويصح أن يطلق على الاختصاص القضائي الدولي اسم قانون المرافعات الدولي أو قانون الاختصاص القضائي الدولي باعتباره من الفروع الأساسية للقانون الدولي الخاص [٣].

إذا ثار نزاع بين يمنيين على الإقليم اليمني انعقد الاختصاص بنظر هذا النزاع للمحاكم اليمنية دون تزاحم أو منافسة من محاكم أي دولة أخرى، بالتالي لا يتصور

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم محسن عطروش، ص٢٥٢، مرجع سابق.

(٢) القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، ص٢٧، مرجع سابق.

(٣) الوسيط في القانون الدولي الخاص، أ. د/ عبدالمنعم زمزم، ص٢٥، دار الثقافة العربية، ٢٠١٥م، القاهرة.

ترشيح محاكم أخرى غير المحاكم اليمنية .ويختلف الحال إذا تسللت الصفة الأجنبية إلى أحد العناصر، وهو التساؤل المتعلق بتنازع الاختصاص القضائي الدولي. إن اتصال العلاقة بإقليم أكثر من دولة لا يرشح قانون كل دولة لحكم العلاقة فحسب، وإنما يرشح في ذات الوقت محاكمها لنظر النزاع. فإذا جزائري من مغربية وتم إبرام الزواج في تونس، فإن إي نزاع بمناسبة هذا الزواج يرتب أثراً مزدوجاً قوامه ترشيح قوانين الدول الثلاث لحكم النزاع وترشيح محاكمها أيضاً للاختصاص بنظر النزاع، لننتهي إلى القانون الواجب التطبيق وماهي المحكمة المختصة.

فكما يثور تنازع بين القوانين المتصلة بأي نزاع قانوني، يثور كذلك تنازع في الاختصاص القضائي بهذا النزاع. ولا يفض هذا التنازع الأخير إلا بتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً لقواعد خاصة يحرص مشرع كل دولة على تقريرها وبعبارة مساوية تعيين نصيب الدولة من المنازعات التي ينتجها المجتمع الدولي للأفراد [١] . وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد نظم حلول التنازع القضائي الدولي في المواد من ٧٨ -٨٤ في قواعد الاختصاص القضائي الدولي في المرافعات والتنفيذ المدني اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م. إذ بمجرد معرفة المحكمة المختصه سيتحدد في الوقت ذاته القانون الذي يحكم النزاع [٢].

(١) الوسيط في القانون الدولي الخاص، أ. د/ عبدالمنعم زمزم، ص٢٥- ٢٦، مرجع سابق.

(٢) مبادئ تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد، ص١٢.

ثانياً: علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالاختصاص التشريعي

الاختصاص القضائي، والاختصاص التشريعي يستند إلى الفكرة المسندة، وضابط الإسناد، ومن الأمثلة على الفكرة المسندة الزواج، الالتزامات العقدية، وغير ذلك من الفكر المسندة الواردة في قواعد تنازع القوانين اليمنية، وقواعد الاختصاص القضائي الدولي، ومن الأمثلة على ضوابط الإسناد التي تدخل في تكوين كل قاعدتي تنازع القوانين، والاختصاص القضائي ضابط الجنسية، ضابط الموطن، ضابط محل إبرام العقد، وغير ذلك من الضوابط، والدولة هي التي تحدد سلطان القانون، انطلاقاً من مبدأ سيادة القانون على إقليمها، والاحتفاظ بالصفة الوطنية لقواعد الاختصاص القضائي والتشريعي[١]، وهناك بعض نقاط الاختلاف بينهما، وهي أن الاختصاص القضائي يتسم بالطابع السياسي، وحالات الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية، والاختصاص التشريعي يحدد حالات تطبيق القانون الوطني وبيان القانون الواجب التطبيق على المنازعة الدولية دون النظر إلى كون هذا القانون وطنياً أو أجنبياً[٢] ، وقواعد الاختصاص القضائي بإجماع الفقه موضوعية، وقواعد الاختصاص التشريعي تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع دون موضوعه، والاختصاص التشريعي جالب للاختصاص القضائي، ومحاكم موضوع النزاع هي أولى بتطبيق

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٢٥٦، مرجع سابق.

(٢) مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، د/ أحمد قسمت الجداوي، ص٤٦، دار النهضة، ١٩٧٢م، القاهرة.

القانون وكفالة احترامه [١]، والقانون اليمني نصَّ صراحة في المادة (٨٠/ ٥) على أنه: "تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن، إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان القانون اليمني هو الواجب التطبيق في الدعوى"[٢] ، ونص قانون قانون المرافعات المصري الصادر ١٩٦٨م، المادة (٣٠/ ٧) بالنسبة لاختصاص المحاكم المصرية في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان القانون المصري هو واجب التطبيق، ويشير الفقه إلى العديد من الحالات التي يكون فيها قانون القاضي واجب التطبيق مباشرة دون أن ينازعه في ذلك أي قانون أجنبي، ومن الأمثلة على ذلك[٣] **الزواج الأعرج،** وهو عقد زواج في دولة معينة، واعتبر صحيحاً طبقاً لقوانينها، ولكنه غير صحيح طبقاً للقانون الوطني للزوجين، فزواج المسلمة من مصري غير مسلم أمام الموثق الفرنسي صحيح حسب قانونه، بينما هو غير صحيح حسب القانون المصري، الذي مستمد من مبادئ الإسلام بعدم زواج المسلمة من غير المسلم، وحالات تطبيق القانون الوطني إعمالاً لفكرة النظام العام وحالات الأحوال الشخصية.

---

(١) مبادئ الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، د/ أحمد قسمت الجداوي، ص٥٤، مرجع سابق.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤" لسنة ٢٠٠٢م، المادة "٨٠/ ٥" قواعد الاختصاص القضائي الدولي.

(٣) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص ٢٦٠، مرجع سابق.

المطلب الثاني

قواعد الاختصاص القضائي

المبدأ العام السائد في فقه القانون الدولي الخاص الأصل ولاية القضاء في الدولة ورسم حدود هذه الولاية يقوم على أسس إقليمية تربط ما بين المنازعة وولاية القضاء، مأخذها موطن المدعى عليه أو محل اقامته أو موقع المال أو محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه [١] . وسنشرح ذلك بايجاز فيما يلي:

أولاً: القواعد التي تقوم سيادة الدولة الإقليمية أو الشخصية :

وتعني تلك القواعد المبنية على الجنسية والموطن.

١/ **جنسية المدعى عليه اليمني:** حيث نصت المادة (٧٨) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني على أنه: "تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى المرفوعة على اليمني، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في اليمن، فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج" [٢]. ونصَّ قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨م، في المادة (٢٨) بأنه: "تختص المحاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية [٣]، وأخذ القانون السعودي بمثل هذا النص في المادة (٢٤) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، ولائحته التنفيذية الصادر

---

(١) مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي وآثار الأحكام الأجنبية، د/ محمود مصيلحي، ص١٣، ٢٠٠٠م، جامعة الأزهر.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" الصادر سنة ٢٠٠٢م، المادة ٧٨.

(٣) قانون المرافعات المصري، رقم "١٣" الصادر سنة ١٩٦٨م، المادة "٢٨".

بالمرسوم الملكي رقم (م/ ١٢) سنة ١٤٢١ه، وقانون المرافعات الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠م في المادة (٢٣) والمادة (٢٠) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم (١١) لسنة ١٩٩٢م، ونصت المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١م على أنه: " تختص المحاكم في فلسطين بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي تقام على الفلسطيني، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في فلسطين، وذلك كله فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج" [١]

الجدير بالذكر أن اختصاص المحاكم الوطنية بنظر الدعاوى ورد عاماً يشمل كقاعدة عامة كافة الدعاوى، سواءً أكانت في مسائل الأحوال الشخصية، أو الأحوال العينية [٢]، عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار خارج إقليمها، كون المحكمة الكائن بها العقار أقدر على الفصل فيها لما تتطلبه هذه الدعاوى من إجراءات معقدة .

إن حكم المادة (٢٨) من قانون المرافعات المصري هو حكم عام بحسب الرأي الراجح، أي يشمل جميع الدعاوى، سواءً ما يتعلق فيها بالأحوال الشخصية، أم الأحوال العينية، وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج، ذلك أن الأمر يتعلق بضوابط عامة ومجردة، تتعلق بالاختصاص المبني على مركز أطراف

---

(١) قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم"٢" لسنة ٢٠٠١م، المادة "٢٧".

(٢) القانون الدولي الخاص، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، ص ١٦٣، مرجع سابق.

الدعوى، طبيعيين كانوا، أم معنويين [١]، ويتفق ذلك مع المادة (١٥) من القانون المدني الفرنسي، والتي تسري على جميع الأشخاص معنويين كانوا أم طبيعيين.

وتنص المادة (٤١) من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، ولو لم يكن مقيماً بالجزائر بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين"، وتشير المادة (٢٤) من نفس القانون على أنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، ولو كان مع أجنبي" [٢]

٢- موطن المدعى عليه أو محل إقامته.

أشار قانون المرافعات اليمني والتنفيذ في المادة (٧٩) ما نصه: "تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن، أو محل إقامة في اليمن، وذلك فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار في الخارج [٣]، ولتحديد ما إذا كان للأجنبي، أو محل إقامتة في اليمن، فإنه يرجع إلى أحكام القانون اليمني بوصفه المرجع في التكييف[٤]، ومن التشريعات التي تأخذ باختصاص محكمة موطن المدعى عليه، أو محل إقامته، قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني رقم (١٢) الصادر سنة

---

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، د/ سالم حماد الدحدوح،ج٢، ص٢٢٨،ط٨، ٢٠٠٦م، فلسطين.

(٢) قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري، المواد ١٤-٤٢.

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، رقم "٤٠" الصادر ٢٠٠٢م، المادة "٧٩".

(٤) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، ص٢٦٦-٢٦٧، مرجع سابق.

١٩٧١م، المادة (١٤)، وقانون المرافعات المصري المادة (٢٩) بأنه: "تختص محاكم الجمهورية بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن، أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"[١]، وقانون المرافعات الكويتي الصادر سنة ١٩٨٠م المادة (٢٣)، وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي الصادر ١٩٩٢م، المادة (٢٠).

٣- موقع المال

بموجب المادة (٧٨) تختص المحاكم اليمنية بالدعاوى المرفوعة على اليمني، ولو لم يكن له موطن، أو محل إقامة في اليمن فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار واقع في الخارج"، والمادة (٧٩) تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن، أو محل إقامة في اليمن فيما عدا الدعاوى المتعلقة بعقار في الخارج احترام للسيادة الإقليمية التي يوجد بها العقار، وسلطة المحكمة الفعلية الكائن العقار في إقليمها قادرة على تنفيذه"[٢]، ونصت المادة (٢٨/ ٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١م[٣] على أنه: "تختص المحاكم بنظر الدعاوى المدنية والتجارية، التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن، أو محل إقامة في فلسطين في الأحوال التالية: ٢- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال في فلسطين ... يتضح من هذا النص، أن المحاكم الفلسطينية ينعقد لها

---

(١) قانون المرافعات المصري رقم "١٣" لسنة ١٩٦٨م، المادة"٢٩".

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" المواد "٧٨-٧٩" الاختصاص القضائي.

(٣) أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم "٢" لسنة ٢٠٠١م، المادة "٢٨/ ٢".

الاختصاص بجميع الدعاوى المتعلقة بمال موجود في فلسطين، ويستوي أن يتعلق بعلاقة قانونية ذات طابع مالي، أم طابع شخصي.

ثانياً: اختصاص المحاكم اليمنية في مجال الأحوال الشخصية

١ – اختصاص المحاكم اليمنية بالدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال المدنية بشكل عام

حيث نصت المادة (٨٠/ ٥) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني على ما يلي: "تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وكان القانون اليمني هو الواجب التطبيق في الدعوى" [١]

وقد رأى المقنن اليمني أن المحاكم اليمنية ستكون أقدر على تطبيق القانون اليمني خاصة أن المدعي يمني الجنسية أو أجنبي متوطن بها، هذا فضلاً على أنه من المرغوب فيه أن تكفل محاكم الدولة تطبيق قانونها كلما استطاعت إلى ذلك سبيلاً [٢] ، ومعظم التشريعات أخذت بهذا المسلك، الجدير بالذكر أن الاختصاص للمحاكم اليمنية ينعقد حتى إذا كان المدعى عليه شخصاً اعتبارياً بموجب المادة (٣٦) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني على أنه: "موطن الشركات والجمعيات والمؤسسات القائمة، أو التي في دور التصفية هو مركز إدارتها الرئيس، ويعتبر مقر فرعها موطناً لها في المسائل المتعلقة به.

---

(١) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، رقم "٤٠" المادة "٨٠".

(٢) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٢٧٤، مرجع سابق.

ونصت المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(٢) لسنة ٢٠٠١م ما يلي : " تختص المحاكم في فلسطين بنظر الدعاوي المدنية والتجارية ... التي تقام على الأجنبي الذي له موطن، أو محل إقامة في فلسطين، وذلك كله فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج" ، وهو ذات الحكم الذي تبناه القانون اليمني، والقانون المصري، والبحريني، والكويتي، والإماراتي، والسعودي، وسبق الإشارة لذلك.

يستوي في ذلك، أن يكون للأجنبي موطناً عاماً أو خاصاً أو مختاراً، بالقدر المتعلق بهذا الموطن[1]

٢ – اختصاص المحاكم اليمنية بالدعاوى المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية المقيدة بنوع الدعوى، وتشمل الدعاوى المتعلقة بالمعارضة، ودعاوى فسخ الزواج، ودعاوى النفقات، ودعاوى نسب الصغير، والولاية على نفسه، ودعاوى الولاية على المال، ودعاوى التركات، وسنبين في الآتي:

أ – الدعاوى المتعلقة بمعارضة عقد الزواج المراد إبرامه في اليمن

وفقاً لقواعد تنازع القوانين، ومسألة اختصاص المحاكم اليمنية بنظر المنازعات التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن، إذا كانت الدعوى متعلقة بمعارضة في عقد زواج يراد إبرامه في اليمن لم يتم التطرق لهذه المسألة، ويمكن الأخذ بما تطرقت له معظم التشريعات العربية، منها قانون المرافعات المصري حيث نصت

(١) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد رياض د/ سامية راشد، ص٣٦٤، مرجع سابق.

المادة (٣٠/ ٣) ما نصه: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى معارضة في عقد الزواج يراد إبرامه لدى موثق مصري"[١] ، يتضح من هذا النص أن هذا الاعتراض يتعلق بطبيعة الحال على شروط موضوعية، كما لو كان أحد الطرفين عديم الأهلية، أو قام لديه مانع من موانع الزواج، فلو لم تختص المحاكم المصرية بنظر دعاوى المعارضة في عقد الزواج المراد إبرامه أمام الموثق المصري، لأدى ذلك إلى تعطيل إبرام هذا العقد، إلى أن يتم الفصل في تلك المعارضة من محكمة أجنبية [٢]

ب- الدعاوى المتعلقة بفسخ الزواج.

وأن لم نجد توضيح لذلكم الاختصاص للمحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المتعلقة بفسخ الزواج، فيعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكفل ذلك، والاسترشاد بنهج التشريعات العربية التي تطرقت لهذا الاختصاص، منها قانون المرافعات المصري المادة(٣٠/ ٤) ،والتي نصت على أنه: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج، أو التطليق أو بالانفصال، وكانت مرفوعة من زوجة فقدت جنسية الجمهورية بالزواج متى كان لها موطن في الجمهورية، أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الجمهورية على زوجها

(١) قانون المرافعات رقم "١٣" سنة ١٩٦٨، المادة ٣٠/ ٣".

(٢) الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي الدولي، صلاح محمد عثمان، ص٥٩.

الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته، وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ، أو التطليق، أو الانفصال، أو كان قد أبعد عن الجمهورية"[١]، وتضمت هذا المعنى التشريعات العربية، منها قانون المرافعات الشرعية السعودي المادة (٢٧) ، وقانون المرفعات البحريني الصادر ١٩٧١م المادة (١٥/ ٤)، وقانون المرافعات الكويتي رقم (٣٨) لسنة ١٩٨٠م، المادة (٤٢/ ٤).

ونلاحظ ضرورة مراعاة وحماية الزوجة مما قد يلحق بها من ضرر نتيجة هجر زوجها لها، أو نقل موطنه إلى الخارج، بعد تحقق سبب دعوى الفسخ، أو التطليق، أو الانفصال.

ج- دعوى النفقات

نصَّت المادة (٣٠) من قانون المرافعات المصري على اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي ترفع على أجنبي له موطن، ولا محل إقامة في مصر، طالما كانت هذه الدعوى متعلقة بنفقة الأم، أو الزوجة حال وجود إقامة، أو موطن لهما في مصر، أو دعاوى النفقة على الصغير المقيم في مصر[٢]، ولعل أساس اختصاص المحاكم المصرية في هذه الدعاوى ينبني على مراعاة حالة الدائن المدعي المطالب بالنفقه، وأورد قانون المرافعات والتنفيذ اليمني نصّاً مشابه لذلك في المادة (٨٠) فيما يلي: " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن، إذا كانت

(١) قانون المرافعات المصري رقم "١٣" لسنة ١٩٦٨م، المادة" ٣٠/ ٤" .

(٢) قانون المرافعات المصري رقم "١٣" لسنة ١٩٦٨م، المادة "١٣".

الدعوى تتعلق بطلب نفقة للأم، أو للزوجة، أو للصغير إذا كانوا مقيمين في اليمن"[١]، وعقد الاختصاص للمحاكم اليمنية بهذه الدعاوى كون طالب النفقة هو الخصم الضعيف الذي يستحق الرعاية، وتسيهلاً له في سعيه لسد حاجات المعيشة [٢]، وتعد من مسائل الأحوال الشخصية، إذ أنها إما أن تكون للزوجة، أو نفقة للأقارب، ومن القوانين العربية التي تأخذ بهذا الاختصاص، قانون المرافعات الكويتي رقم (٣٨) لعام ١٩٨٠م في المادة "٢٤/ ٥" ، وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي في المادة (٢١/ ٥) ، وقانون المرافعات البحريني رقم (١٢) لسنة ١٩٧١م المادة (١٥/ ٥)[٣] .

د- دعاوى نسب الصغير والولاية على نفسه

ورد نص المادة (٨٠/ ٤) من قانون المرافعات اليمني بأنه: "تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن وذلك ... إذا كانت الدعوى بشأن نسب الصغير، أو الولاية على نفسه متى كان مقيماً في اليمن"[٤]، العبرة هنا بمحمل إقامة الشخص المراد إثبات نسبه، أو إنكاره (٥)، وينعقد الاختصاص للمحاكم اليمنية عندما تكون الدعاوى متعلقة بنسب الصغير، ولابد أن يكون مقيماً في اليمن سواءً كان يمنياً أو أجنبياً، وأن ترفع الدعوى باسمه أو لمصلحته.

---

(١) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" لسن ٢٠٠٢م، المادة "٨٠/ ٣". الاختصاص القضائي.

(٢) القانون الدولي الخاص، د/ محمد عبدالله المؤيد، ص٤٣، مرجع سابق.

(٣) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٢٧٩، مرجع سابق.

(٤) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" لسنة ٢٠٠٢م، المادة ٨٠/ ٤" الاختصاص القضائي.

(٥) الوجيز في القانون الدولي الخاص، د/ فؤاد عبدالمنعم رياض، د/ سامية راشد ،ص ٣٨٤، مرجع سابق.

وهذا نهج معظم التشريعات العربية إلا أن المشرع الكويتي، والإماراتي يشترطا توطن الصغير وليس إقامته. والمشرع المصري جعل المحاكم المصرية تختص بنظر جميع دعاوى الولاية على النفس إذا كان الصغير مقيماً في مصر، ولا يشترط توطنه، وذلك حماية للصغير .أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة على المال، فتكون المحاكم المصرية مختصه بنظرها متى ما كان القاصر، أو المطلوب الحجر عليه، أو مساعدته قضائياً

موطن، أو محل إقامته في مصر، أو إذا كان بها آخر موطن، أو محل إقامته للغائب [١]، وتضمنت معظم التشريعات العربية نفس المضمون، ولم يتطرق قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م إلى اختصاص المحاكم اليمنية في دعاوى الولاية على المال، ويمكن للقاضي اليمني الاسترشاد بما نصت عليه التشريعات العربية، وما يفرضه حسن العدالة عند الخصومة.

ه- الاختصاص القضائي في دعاوى التركات.

بموجب نص المادة (٨٠/ ٦) من قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م على أنه: " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن ... إذا كانت الدعوى متعلقة بالتركة قد بدأ في تقسيمها في اليمن، أو كان المورث يمنياً، أو كانت أموال التركة كلها، أو بعضها في اليمن" [٢]،

---

(١) الضوابط الشخصية للاختصاص القضائي، د/ صلاح الدين جمال الدين، د/ ص٩٢-٩٣،دار الفكر العربي الجامعي، ٢٠٠٤م.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، رقم "٤٠" المادة ٨٠/ ٦" .

ويتضح من هذا النص أن المحاكم اليمنية تختص بمسائل الإرث، وبالدعاوى المتعلقة بالتركات في الحالات الثلاث الآتية:

١- أن تكون التركة قد بدأ تقسيمها في اليمن.

٢- أن يكون المورث يمنياً.

٣- إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في اليمن.

ويستوي أن يكون المال الموجود في اليمن عقاراً، أم منقولاً، ولا يشترط بجانب ذلك أي شرط آخر، مثل كون المورث يمني الجنسية، أو كون آخر موطن له في اليمن كما يشمل الدعاوى التي لا تتعلق بالإرث، وإنما هي مسائل المالية المتعلقة بالتركة، مثل الدعوى التي يرفعها دائن التركة، والدعوى التي قد يرفعها أصحاب الحقوق العينية اتبعية في أموال

التركة[1].وأخذت بهذا معظم التشريعات منها على سبيل المثال قانون الإجراءات المدنية الإمارتي رقم (١١) ١٩٩٢م المادة (٢١/ ٢)، وقانون المرافعات المصري لسنة ١٩٦٨م المادة (٢٥)، والمادة (٢٧) فقرة (ه) من نظام المرافعات الشرعية السعودي، وقانون المرافعات الكويتي رقم (٣٨) لعام ١٩٨٠م المادة (٢٥).

ثالثاً: الضوابط الموضوعية للاختصاص القضائي "السبب، العلاقة، موضوعها"

١ – الدعاوى المتعلقة بإفلاس أشهر في اليمن.

٢- الدعاوى المتعلقة بالتزام نشأ، أو نفذ، أو كان واجباً نفيذه في اليمن "الالتزامات العقدية والالتزامات غير العقدية".

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٢٨٣، مرجع سابق.

٣ – الدعاوى المتعلقة بمال موجود في اليمن.

وذلك بموجب المادة (٨٠/ ٢) من قانون المرافعات، والتنفيذ اليمني رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م على أنه: " تختص محاكم الجمهورية اليمنية بنظر الدعاوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن، إذا كانت الدعوى متعلقة بإفلاس أشهر في اليمن" [١]

رابعاً: الضوابط المبنية على فن الخصومة، وحسن العدالة في الاختصاص القضائي الدولي.

وتشمل الدعاوى في حالة تعدد المدعى عليهم، ودعاوى الطلبات العارضة والمرتبطة، ودعاوى الاجراءات الوقتية والتحفظية **وسنوضح ذلك باختصار.**

١ – الاختصاص بالدعوى في حالة تعدد المدعى عليهم، وقد بين ذلك قانون المرافعات والتنفيذ اليمني في المادة (٨٠) ما نصه: " تختص المحاكم اليمنية بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي الذي ليس له موطن في اليمن إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في اليمن"[٢]

ويذهب الفقه المصري في حال تعدد المدعى عليهم، وكان أحدهم مصرياً اختصت المحاكم المصرية بالدعوى المرفوعة عليهم[٣] ، ويتحدد معنى تعدد المدعى عليهم وفقاً للقانون اليمني باعتباره قانون القاضي، ومن التشريعات التي نصت على اختصاص

---

(١) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، رقم "٤٠" المادة "٨٠/ ٢" الاختصاص القضائي.

(٢) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم "٤٠" المادة "٨٠" ، الاختصاص القضائي.

(٣) الاختصاص القضائي، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، ص١٩٠-١٩١، مرجع سابق.

المحاكم الوطنية بالدعاوى التي ليست بذاتها في اختصاصها على أساس تعدد المدعى عليهم، ومن الأمثلة على ذلك قانون المرافعات المصري الصادر سنة ١٩٦٨م، حيث نصت المادة (٣٠/ ٩) ما يلي: " تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية ... إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية" [١] ، وذلك ما تضمنته معظم التشريعات العربية[٢] لحسن سير العدالة، ومنع التضارب في الأحكام في ذات الموضوع، من المطالبة بالحق عبر محكمة واحدة، وبإجراءات واحدة حتى لا يضطر إلى رفع دعوى على كل مدعى عليه.

٢ – الاختصاص في المسائل الأولية، والطلبات العارضة والمرتبطة.

نصَّ قانون المرافعات والتنفيذ اليمني رقم (٤٠) في المادة (٨٢) على أنه: " تختص المحاكم اليمنية بالفصل في المسائل الأولية، والطلبات العارضة المرتبطة بالطلبات الأصلية، إذا كانت مختصة بها"[٣] ، والمسائل الأولية التي تثار أثنا نظر منازعات الأحوال الشخصية " مسألة جنسية الخصم" ، أو الدفع ببطلان عقد زواج في دعوى

---

(١) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٢٩٣، مرجع سابق.

(٢) منها : نظام المرافعات الشرعية السعودي الصادر عام ١٤٢١ه–٢٠٠٠م، المادة "٢٦/ ج"، والمادة "٢١/ ٧" من قانون الإجراءات الإماراتي رقم "١١ رقم "٣٨" لسنة ١٩٩٢م، والقانون المرافعات الكويتي رقم "٣٨" لسنة ١٩٨٠م، المادة "٢٤/ ٩".

(٣) قانون المرافعات والتنفيذ المدني، رقم "٤٠" سنة ٢٠٠٢م، المادة "٨٢" الاختصاص القضائي.

متعلقة بميراث، والطلب العارض هو ادعاء يبديه أحد طرفي الخصومة القائمة ممن هو خارجها على أن تكون مرتبطة بالدعوى المنظورة، ويقوم الاختصاص بنظر المسائل الأولية والطلبات العارضة على أساس تمكين القضاء من أداء وظيفته، ومراعاة حسن أداء العدالة [١] ، ومعظم التشريعات العربية قد نصت على أنه متى ثبت الاختصاص بدعوى لمحاكم الدولة، اختصت هذه المحاكم بالنظر في المسائل الأولية، وفي الطلبات العارضة والمرتبطة التي تبدو أثنا نظرها، حيث نصت المادة (٣٣) من قانون المرافعات المصري على أنه: "إذا رفعت لمحاكم الجمهورية دعوى داخلة في اختصاصها تكون هذه المحاكم مختصة بالفصل في المسائل الأولية، والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، كما تختص بالفصل في كل طلب يرتبط بهذه الدعوى، ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها" [٢].

٣ – الاختصاص بالإجراءات الوقتية والتحفظية.

ويقصد بها: تلك التدابير التي يتخذها القاضي للنظر في الحالات المستعجلة بصورة وقتية، حتى يصدر الحكم في الدعوى الأصلية، أما الإجراءات التحفظية فيقصد بها التدابير التي تتخذ من أجل مال أو حق [٣]، ونصت المادة (٨٣) من قانون المرافعات

---

(١) القانون الدولي الخاص د/ عز الدين عبدالله ، ص ٧٣٢، مرجع سابق .أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، د/ عبدالحكيم عطروش، ص٢٩٤، مرجع سابق

(٢) قانون المرافعات المصري الصادر سنة ١٩٦٨م، المادة "٣٣".

(٣) نظام المرافعات الشرعية السعودي ، المادة "٢٩" سنة ٢٠٠٠م.

والتنفيذ اليمني على أنه: " تختص المحاكم اليمنية بالإجراءات الوقتية والتحفظية، التي تنفذ في اليمن ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية" [١] ، ومن الإجراءات التحفظية الأمر بمعالجة بضائع سريعة التلف، أو بيعها لحين الفصل في دعوى الوفاء بالثمن، وكذلك الأموال اللازمة للمحافظة على أموال التركة لحين تعيين الورثة الشرعيين، والموصى لهم من قبل المحكمة المختصة بدعوى الميراث [٢]، ولا عبره تكون المحاكم اليمنية مختصة بالدعوى الأصلية التي يتعلق بها ذلكم الإجراء الوقتي، أو التحفظي من عدمه، المهم أن المراد تنفيذه في اليمن، ونصت معظم التشريعات على اختصاص الدولة بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ، ولو كانت غير مختص بالدعوى الأصلية ومن هذه القوانين على سبيل المثال مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٢٧) الفصل (٨). [٣]، وذلك لحماية تلك الحقوق وصيانتها.

٤- الحصانة القضائية.

تمنح الحصانة القضائية، كأصل عام للدول الأجنبية، والمنظمات الدولية، وممثليهم كرؤساء الدول، ورؤساء الحكومات، والوزارات طالما يتمتعون بصفتهم التمثيلية لدولة ما، أو منظمة دولية ما، ورؤساء البعثات الأجنبية، والوزراء المفوضون

---

(١) قانون المرافعات والتنفيذ اليمني، رقم "٤٠" المادة" ٨٣" .

(٢) أحكام القانون الدولي الخاص في القانون اليمني والقانون المقارن، ص٢٩٦، مرجع سابق.

(٣) الفصل "٨" من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم "٢٧" لسنة ١٩٩٧م، والمادة "٣٤" من قانون المرافعات المصري، والقانون الإماراتي رقم "١١" لسنة ١٩٩٢م، المادة "٢٣" والقانون الكويتي رقم "٥" ١٩٦١م،المادة"٢١". وقانون المرافعات البحريني المادة "١٩".

والمستشارون، والسكرتارية، والملحقون دبلوماسياً، وتنصرف هذه الحماية طيلة فترة عمله دون الفترة اللاحقة على زوالها[١] ، وبموجب اتفاقية فيينا الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية المبرمة عام ١٩٦١م على استبعاد الحصانة القضائية بشأن الدعاوى العينية العقارية، ودعاوى الإرث، والتي يدخل فيها الممثل الدبلوماسي بوصفه منفذاً أو وارثاً أو موصى له بالأصالة عن نفسه، لا بالنيابة عن الدولة المعتمدة، وكلك الدعاوى المتعلقة بأي مهنة أو نشاط حر، أو تجاري يمارسه في الدولة المعتمد لديها خارج وظائف رسمية[٢]

وهذا ما أشارت إليه اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية المبرمة في عام ١٩٦٣م، المادة (٤٣/ ٢) فيما يلي : " أن الحصانة القضائية، لا تشمل الدعاوى الناشئة عن عقد مبرم بمعرفة عضو، أو موظف قنصلي، ولو لم يكن هذا التعاقد صراحة، أو ضمناً بصفته ممثلاً للدول المعتمدة، أو الدعاوى المرفوعة بمعرفة طرف ثالث عن ضرر ناشئ عن حادث في الدولة المعتمد لديها سببه مركب أو سفينة أو طائرة"[٣]

وتلك الحصانة لا تتعلق بالنظام العام، ولا تعني الإعفاء الكامل عن المسؤولية القانونية، والمحاكم اليمنية باعتبارها الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في الدعاوى،

---

(١) القانون الدولي الخاص في ظل التشريعات المطبقة في فلسطين، د/ سالم حماد الدحدوح، ص ٢٦٢، مرجع سابق.

(٢) اتفاقية فيينا الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية لعام ١٩٦١م، المادة "٣١".

(٣) اتفاقية فيينا الخاصة بالعلاقات القنصلية، المبرمة عام ١٩٦٣م، المادة "٤٣/ ٢".

وتملك صلاحية الحصانة، ونطاقها في القضايا المثارة أمامها، وبما أن الحصانة لمصلحة من يتمتع بها، ولا تتعلق بالنظام العام بمعنى، أن له أن يقبل الحضور أمام المحكمة باختياره في القضايا المدنية التي يكون طرفاً فيها، وليس له امتيازات في هذا السياق، ولا تشمل هذه الحصانة على ما من شأنه أن يقوض ولاية القضاء اليمني في منازعات التي تدخل ضمن الاختصاص القضائي للمحاكم اليمنية، وذلك أمر يتعارض مع السيادة واستقلالية القضاء، ولايجوز استغلال هذه الحصانة للمساس بأمن الدولة، أو الاعتداء على الأشخاص، فلا حصانة لمنتهكي الكليات، فذلك محال إطلاقاً، وللنائب العام والمحاكم التدخل عند الاقتضاء، ولم تكن الحصانة إلا لتسهيل مهام المشمولين بها، وليس التمترس خلفها للعبث بأرواح الناس، وإلحاق الضرر بهم دون مساءلة أو تعويض، وما يؤيد ذلك اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول، وممتلكاتها من الولاية القضائية بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (٣٨/ ٥٩) المؤرخ في ٢/ يناير ٢٠٠٤م [١]، في المواد من (١٠-١٧) من الاتفاقية وهي: ١- المعاملات التجارية ٢- عقود العمل ٣- الأضرار التي تلحق بالأشخاص أو الممتلكات ٤- الملكية وحيازة الممتلكات واستعمالها ٥- الملكية الفكرية ٦- السفن التي تملكها أو تشغلها الدولة ٧- اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة مع شخص اعتباري، يقضي بعرض الخلافات المتعلقة بمعاملة تجارية على التحكيم.

(١) اتفاقية الأمم المتحدة الحصانات الدول وممتلكاتها رقم "٣٨/ ٥٩، المؤرخ في ٢/ يناير ٢٠٠٤م.

٧- اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة مع شخص اعتباري يقضي بعرض الخلافات المتعلقة بمعاملة تجارية.

وهذه المبادئ التي تعزز سيادة القانون في المعاملات بين الدول والأشخاص الطبيعيين، أو الاعتباريين مما جعل معظم الدول تطبق الحصانة النسبية، منها دول الاتحاد الأوروبي، والقانون الفرنسي الصادر ١٩٤٦م، والتشريع الأمريكي الصادر ١٩٧٦م، والتشريع التشيكي بشأن القانون الدولي الخاص لعام ١٩٦٣م، ومن التشريعات العربية مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م في المادة (٢٠) ما نصه: " لاعمل لحصانة التقاضي إذا كان النشاط المعني تجارياً، أو يتعلق بخدمات مدنية، وحصل ذلك النشاط بالبلاد التونسية، أو نتج آثاره مباشرة"، وفي المادة (٢١) من نفس القانون ما نصه: "لا تنتفع الدولة الأجنبية والذوات المعنوية العمومية بحصانة التقاضي إذا قبلت صراحة التقاضي لدى المحاكم التونسية[1]

أسباب انتهاء الحصانة القضائية:

أولاً: انقضاء الصفة، كزوال صفة الدولة لفقدانها شخصيتها الدولية، سواءً نتيجة الضم، أو الانضمام، ومن هنا تنحصر الحصانة القضائية على الدولة الضامة، أو الاتحاد الذي انضمت إليه، وكذلك بالنسبة لرئيس الدولة عند تنازله عن الحكم بالعزل، أو لانقضاء فترة حكمه، وكذلك بالنسبة للبعثات الدبلوماسية والقنصلية،

(١) مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم "٢٧" لسنة ١٩٩٨م، المواد "٢٠-٢١".

مع مراعاة أن الحصانة القضائية، تنصرف إلى حماية الأشخاص، وليس تصرفاتهم، تمكيناً لهم لأداء مهامهم.

ثانياً: التنازل عن الحصانة القضائية: الرأي الراجح لدى الفقهاء إلى القول بوجوب موافقة الدولة التي بعثت به، أو التي يمثلها كون الحصانة منحت للصفة الدولية، وليس لاعتبارات شخصية خاصة به، وهذا ما تضمنته اتفاقيات فيينا.

والحمدالله رب العالمين

المؤلف في سطور

عقيد ركن د. مبارك علوي محمد لزنم

تاريخ الميلاد: ١٩٦٨م اليمن – محافظة شبوة

الحالة الاجتماعية: متزوج

التلفون: ٠٠٩٦٧٧٣٣٢٢٦٠٦٩ – ٠٠٩٦٧٧١٧١١٧٨٤٧

المؤهلات العلمية:

- دكتوراه في الفقه وأصوله (المقارن) – جامعة القران الكريم تأصيل العلوم – جمهورية السودان.
- ماجستير في إدارة الموارد البشرية – جامعة ولير الدولية – مصر العربية.
- ماجستير في العلوم العسكرية – كلية القيادة والأركان – أم درمان – جمهورية السودان.
- ماجستير في الفقه وأصوله (مقارن) – جامعة القران الكريم تأصيل العلوم– جمهورية السودان.
- ليسانس (بكلاريوس) شريعة وقانون – كلية الشريعة والقانون - اليمن.
- دبلوم في علوم الشرطة – كلية الشرطة اليمن - صنعاء.
- أكثر من أربعة عشر دبلوم في مجالات متعددة في مجال الإدارة والتنمية البشرية.
- دورات خارجية في جمهورية لبنان– إدارة أزمات والحد من النزاعات.
- محاضر في مجال الشريعة والقانون وحقوق الإنسان.
- أستاذ القانون الدولي المساعد – كلية الشرطة حضرموت.
- تقلد العديد من المناصب في اليمن – م شبوه منها مساعد لمدير الأمن.
- العمل الحالي كبير معلمي كلية الشرطة إقليم حضرموت.