حسن الجلي

القانون الدولي الخاص
نظريات ومبادئ

1994

مقدمة

أهمية القانون الدولي الخاص

ينقسم العالم إلى دول مختلفة ويعيش بكل دولة زيادة عن رعاياها عدد من الأجانب رعايا الدول الأخرى وهم أثناء إقامتهم بتلك الدول يمارسون مختلف أنواع المعاملات وما انفكت تلك المعاملات تستمرّ وتتضخم بسبب تقدم الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية وتطور وسائل النقل تطورات عجيبة.

ومن الطبيعي أن تقوم تلك المعاملات بين الوطنيين والأجانب فتشتبك بذلك المصالح وتتعقد وتنشأ حولها مختلف أنواع الخصومات والمنازعات.

وقد اصطلح على تعريف هذا النوع من المعاملات بالعلاقات ذات العنصر الأجنبي أو العلاقات ذات الطرف الأجنبي لأنه، إما أن ينشأ سببها في تونس من أجنبي أو من تونسي في الخارج أو أن يكون أحد طرفي العلاقة أو كلاهما أجنبيا كما لو تزوج تونسي بألمانية أو تزوج أجنبي بأجنبية في تونس أو باع تونسي عقارا أو منقولا يوجد في الخارج إلى غير ذلك من صور العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

والعلاقات ذات العنصر الأجنبي لا يمكن إخضاعها للقواعد القانونية التي تخضع لها العلاقات الوطنية البحتة بصفة مطلقة إذ أنه لا يمكن إخضام علاقة زوجية وقعت بين أجنبيين في تونس لاحكام مجلة الأحوال الشخصية المستمدة من أحكام وأصول الشريعة الاسلامية(1) سواء من

---

(1) أنظر المذكرة الصادرة عن وزارة العدل في 3 أوت 1956 بمناسبة إصدار مجلة الاحوال الشخصية وقد جاء فيها «... أننا أخذنا نصوصها من مناهل الشريعة الفياضة ومختلف مصادرها بدون تقيد بمذهب دون مذهب وبرأي طائفة من الفقهاء دون أخرى».

حيث صحة عقد الزواج أو نسب الأولاد أو الميراث أو غير ذلك من النتائج الناشئة عن الزواج إذ لا يخفى ما في ذلك من التعريض بالحقوق وإشاعة الفوضى والاضطراب بين الافراد.

ولذلك كان من الضروري إيجاد قواعد قانونية لمعالجة مختلف المشاكل وشتى المنازعات الناشئة عن العلاقات والروابط القانونية ذات العنصر الأجنبي وهذه القواعد هي التي يهتم ويعنى بها القانون الدولي الخاص(2) .

1) موضوع ال

2) تعريف الق

3) مصادر الق

---

(2) أنظر الأمر المؤرخ في 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الاحوال الشخصية للأجانب المنقح بأمر 24 جوان 1957 والقانون المؤرخ في 27 سبتمبر 1957.

الكتاب الأول

1) موضوع القانون الدولي الخاص

2) تعريف القانون الدولي الخاص

3) مصادر القانون الدولي الخاص

الباب الأول

موضوع القانون الدولي الخاص

1 ـ التركيز المكاني للأفراد بدولة معينة اقتضى نشوء روابط قانونية لا مندوحة لكل دولة من اعتبارها وتنظيمها تأمينا لمصالح الأفراد وعلاقاتهم التي تستوجب استنباط تشريعات وقواعد قانونية تحكمها وتنظمها .

وهذه الروابط تتنوع إلى ثلاثة أنواع(1) :

أ ـ الجنسية.

ب ـ الموطن.

ت ـ الإقامة.

ولكل نوع من هذه الروابط صبغته الخاصة.

الجنسية

الجنسية هي رابطة سياسية ذلك أن القاعدة أن الدولة هي وحدها التي تمنح الجنسية وهي لا تسند إلا جنسية واحدة إذ أن الدولة هي الجماعة التي لها دون غيرها حق توزيع الافراد دوليا والوسيلة التي يمكن اعتمادها في ذلك التوزيع هي الجنسية التي لا تعدو في الواقع أن تكون نظاما «مؤسسة» INSTUTITION تضع به الدولة طابعها على الافراد الذين يكونونها(2) .

الموطن

الموطن له صبغة مزدوجة سياسية وقانونية ذلك أن الصلة التي تربط الفرد بالدولة اقتضتها تركيز الفرد لمصالحه المادية بإقليم دولة معينة بينما الجنسية هي رابطة روحية(3) .

الإقامة

الإقامة هي رابطة إدارية بحتة فالدولة وهي لا تستطيع أن تعيش بمعزل

---

(1) راجع نيبوابيه الطبعة الثانية 1949 ص ـ 10.

(2) أنظر فيما بعد الكتاب الثاني المتعلق بالنظرية العامة للجنسية.

(3) أنظر فيما بعد الكتاب الثالث المتعلق بالموطن تعريفه، أركانه ودوره في القانون الدولي الخاص.

عن المجتمع الدولي لابد لها من اتخاذ إجراءات قانونية لتنظيم إقامة الأفراد الأجانب المقيمين بترابها ولو لم تكن لهم مصالح مادية بها(1) .

وباختلاف هذه الروابط تختلف التشريعات التي تحدد تبعية الاشخاص للنظم القانونية الخاصة بكل بلاد وتنظيم مركز الأجانب لمعرفة القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الأجنبي التي تعتبر موضوعا للقانون الدولي الخاص إذ لا يمكن للدولة أن تطبق قانونها الوطني عليها لما ينتج عنه من ظلم وجور وإهدار لحقوق الغير بل لا بدّ لها من تطبيق نظام قانوني خاص على تلك العلاقات ومن هنا يبرز دور القانون الدولي الخاص طالما أنه يحدد القانون الواجب تطبيقه على العلاقة ذات العنصر الأجنبي التي دوما ما تتسبب في نشوب نزاعات بين قوانين يلاد مختلفة أو بين اختصاص هيآت قضائية في بلاد مختلفة(2) .

(1) أنظر نيبوابيه المصدر السابق وانظر كذلك فيما بعد الباب الثاني المتعلق بمركز الأجانب.
(2) أنظر باتيبول طبعة 1949 وطبعة 1981 فقرة عدد 7.

الباب الثاني
تنازع القوانين

2 ـ **العنصر الأجنبي** في العلاقة القانونية هو الذي يفتح المجال لمعرفة مبادىء القانون الدولي الخاص التي تحدد كيفية تطبيق الأحكام المتعلقة سواء منها بقوانين الموضوع أو بقوانين المرافعات (1) كلما كان هناك تزاحم بين القوانين فالتنازع بين القوانين يمثل أهم أجزاء القانون الدولي الخاص(2) فبالنسبة للموضوع يجب للفصل بين تنازع القوانين التي نرجع إلى سيادات دول مختلفة الرجوع إلى أحد قانون هذه الدول التي لها صلة بالعلاقة ذات العنصر الأجنبي وعملية اختيار هذا القانون الواجب التطبيق يقوم بها المشرع نفسه في دولة القاضي المعروض عليه النزاع (3).

3 ـ **وهكذا يتضح** أن النزاع ليس بين القوانين وإنما هو في الحقيقة عملية تفضيل قانون على آخر يقوم به مشرع دولة القاضي استنادا لقواعد الإسناد لفصل موضوع النزاع تأمينا لحقوق ومصالح الأجانب الموجودين على ترابها (4) وهذا ما جعل التنازع بين قوانين الولايات المكونة للدولة الاتحادية كالولايات المتحدة الامريكية أو الولايات المكونة لدولة سويسرا لا يدخل في نطاق القانون الدولي الخاص بل يشمله القانون الداخلي للدولة الاتحادية وهو ما عبّر عنه محمد الشرفي بالتنازع الزماني (5) فالتشريع الوطني إذا هو الذي يحدد القواعد التي يجب على القاضي اعتمادها سواء منها المتعلقة بالمسائل الأولية كالجنسية أو مركز الأجانب أو قواعد الإسناد التي تشير إلى القوانين الاجنبية التي يجب عليه تطبيقها للبت في موضوع النزاع(6).

---

(1) أنظر باتيبول طبعة 1949 وطبعة 1981 رقم 12.
(2) أنظر محمد الشرفي في كتابه مدخل لدراسة القانون تحت عنوان تنازع القوانين، طبعة دار ساراس للنشر، مركز الدراسات والبحوث والنشر بجامعة الحقوق والاقتصاد والتصرف تونس 3.
(3) أنظر أمر 12 جويلية 1956 السابق الذكر المتعلق بتنازع القوانين.
(4) أنظر المصدر السابق.
(5) أنظر محمد الشرفي في كتابع مدخل لدراسة القانون السابق ذكره تحت عنوان تنازع القوانين.
(6) أنظر أمر 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الاحوال الشخصية للاجانب.

الباب الثالث
تنازع الاختصاص القضائي

4 ـ **بالنسبة للاجراءات** التي تتبع عند نظر موضوع العلاقة ذات العنصر الأجنبي أجمع الفقهاء على التسليم باختصاص القضاء الوطني في كل دولة كلّما ثار تنازع حول الاختصاص القضائي أي بتطبيق الإجراءات المدنية الجاري بها العمل لدى المحاكم الوطنية تنفيذا لما أشار به المشرع الوطني في هذا المجال(1) إذ أن مسائل الاختصاص القضائي هي مسائل مادية فالقانون الداخلي هو الذي يحدد اختصاص كل محكمة وأهليتها لتنظر في النزاع(2) دون حاجة إلى اتخاذ محاكم خاصة داخلية أو محاكم خاصة دولية لهذه المنازعات عدا بعض الاستثناءات كالحصانة القضائية أو الديبلوماسية هذا إذا كان موضوع النزاع مدنيا أو تجاريا أما إذا تعلق النزاع بعلاقة تدخل في نطاق القانون العام كالقانون الإداري أو الدستوري أو المالي أو قانون العقوبات فإن الدولة لا تسمح بتطبيق قانون أجنبي على تلك المنازعات لمساسها بسيادتها وكيانها(3).

5 ـ **هذا وينتج** عن تنازع الاختصاص القضائي أن تنفيذ الاحكام الاجنبية في إقليم وتراب دولة معينة يتوقف على مراجعة المحاكم الوطنية لتلك الاحكام لإكسائها الصبغة التنفيذية كلما رأت أنها تتوفر فيها الشروط القانونية التي اقتضتها التشريعات الوطنية لصحة الحكم الأجنبي(4) ذلك أن الحكم الاجنبي لا يمكن أن ينتج مفعوله وتمتد آثاره إلى خارج حدود الدولة التي أصدرته المحاكم التابعة لها لما فيه من مساس بسيادة الدولة المراد تنفيذ الحكم بترابها.

6 ـ **فالتشريع الوطني** هو الذي يحدد عند تنازع الاختصاص السلطة القضائية الوطنية التي يجب عليها البت في موضوع النزاع المعروض عليها دون أية سلطة قضائية أجنبية(5).

---

(1) أنظر الفصل 2 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
وانظر كذلك علي المزغني في كتابه القانون الدولي الخاص باللغة الفرنسية، طبعة ساراس مركز الدراسات والبحوث والنشر بجامعة الحقوق تونس 3.
(2) أنظر قرار محكمة التعقيب عدد 15820 الصادر بتاريخ 8 جوان 1987 والذي جاء به «حيث اقتضى

الفصل 2 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بفقرته الرابعة أنه إذا كانت الدعوى مقدمة ضد أجنبي يقيم خارج التراب التونسي فالمحاكم التونسية لها أهلية النظر في شأنها إذا أبرم العقد بتونس.
وحيث أن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم التونسية الوارد حصرها بالفصل 2 مرافعات مدنية وتجارية التي من بينها صورة قضية الحال تتعلق بالنظام العام وعلى المحكمة أن تقضي بها تلقائيا ولا عمل على كل اتفاق يخالفها.
أنظر كذلك القرار التعقيبي عدد 3035 المؤرخ في 7 ماي 1964 الذي نص على ان «قواعد الاختصاص للمحاكم التونسية ورد بتعدادها الفصل 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية وعلى المحكمة أن تقضي بها تلقائيا لتعلقها بالنظام العام وسيادة البلاد ولا عمل على كل اتفاق يخالفها».
(3) أنظر باتيفول ص 4 رقم 4 الطبعة السابعة لسنة 1981.
(4) أنظر مجلة المرافعات المدنية والتجارية الفصول من 316 إلى 321 .
(5) أنظر الفصل 2 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.
وانظر كذلك القرار التعقيبي عدد 2668 الصادر بتاريخ 20 فيفري 1964 والذي نص على أن الاختصاص الحكمي يهم النظام العام ومرتبط بسيادة البلاد وكل إتفاق يخالفه يكون باطلا بطلانا مطلقا.
(5) مكرر أنظر القرار التعقيبي عدد 6488 المؤرخ في 5/2/1952 والذي ينص على أن القواعد العامة المنظمة لكيفية الإجراءات وتنفيذ الأحكام لها ضبغة النظام العام لتعلقها بالترتيب العدلي منشور المجلة القضاء والتشريع لسنة 1962 عدد 1 عدد خاص للشيخ المرحوم محمد القلعي.

الباب الرابع

تعريف القانون الدولي الخاص

7 ـ القانون الدولي الخاص هو فرع من القانون الداخلي يحدد تبعية الاشخاص للنظم القانونية إذ يعيّن جنسية الاشخاص التابعين للدولة وينظم مركز الأجانب فيها ويضبط قواعد الإسناد التي تشير إلى القوانين التي يجب اعتمادها كلما كان هناك تنازع بين القوانين(1) أو تنازع حول الاختصاص القضائي وقد أثار هذا التعريف جدلا كبيرا بين الفقهاء فنيبوابيه يرى أن هذا القانون ليس له صفة دولية طالما أن مصادره وطنية بينما يرى بالتيفول أنه رغم أن كل دولة تضع بتشريعاتها قواعده فإن ذلك لا يغيّر من صفته الدولية ويرى آخرون أن القانون الدولي الخاص يحتفظ بصفته الدولية لمساس موضوعاته بسيادات دول أخرى(2).

---

(1) أنظر أمر 1956 ـ وانظر الفصل 2 مرافعات مدنية وتجارية.
(2) راجع في هذا المجال نيبوابيه وباتيفول.

الباب الخامس

مصادر القانون الدولي الخاص

مصادر القانون الدولي الخاص تتنوع إلى نوعين :

8 - أولا : مصادر داخلية أو وطنية وهي التشريعات التي تشتمل على جملة من القواعد والمبادىء التي تضعها الدولة لفض مختلف نزاعات القانون الدولي الخاص، فالتشريع الداخلي أو الوطني هو المصدر الأول للقانون الدولي الخاص(1).

9 - ثانيا : مصادر دولية وهي القواعد والمبادىء التي تشترك جملة من الدول في وضعها كالمعاهدات(2) لتعيين الحلول المناسبة كلما كانت هناك علاقة ذات عنصر أجنبي نشأ عنها تنازع بين القوانين أو تنازع حول الاختصاص القضائي.

هذا ويندرج ضمن التشريع الداخلي أو الوطني(3) العرف.

---

(1) أنظر أمر 12 جويلية 1956، المصدر السابق.
(2) أنظر نيوايبه طبعة 1949.
(3) أنظر المصدر السابق.

الباب السادس
العـــرف

10 ـ العرف هو القاعدة التي تمالأت أجيال متعاقبة في مجتمع معيّن على اعتمادها للحكم في مسائل معينة كلما لم يرد بشأنها نصّ تشريعي حتى أصبحت لها صفة الإلزامية، فالقواعد العرفية هي ممارسات تبنتها مجتمعات بالنظر لفائدتها بحيث انتهى قبولها بوجه عام في النهاية إلى قواعد قانونية تنطوي على التزامات معينة، إذ أنها تمثل اعترافا بحقيقة تاريخية أصبحت بفضل الممارسة والموافقة العامة والاعتقاد الراسخ بوجوب اتباعها التزاما عاما.

وللعرف كمصدر للقانون الدولي الخاص مكمل للتشريع الداخلي أهمية كبرى في مادة تنازع القوانين التي ما تنفك تتنوع وتتوسع سواء بالنسبة لتكوين قواعد تنازع القوانين أو تطويرها أو تفسيرها.

كذلك الامر بالنسبة لمركز الأجانب فالعرف هو المصدر لكثير من القواعد التي تحدد مركز الأجانب من ذلك أن العرف هو الذي يقضي بعدم جواز طرد الدولة للاجانب المقيمين بترابها أو حرمانهم حرمانا مطلقا من التعامل داخل ترابها.

أما في مادة الجنسية فليس للعرف أي دور إذ يستقل مثلما رأينا سابقا كل مشرع بتنظيمها لمساسها بسيادة الدولة وسياستها الشخصية(1).

11 ـ هذا وقد نص جيرهارد فان غلان الفقيه الامريكي على أن العرف يمثل في الواقع عملية بطيئة إذ كثيرا ما تطلب تحول العرف في بعض الاحيان إلى قانون ملزم مئات السنين من الممارسة مما أدى إلى الاستعاضة عنه بالمعاهدات كمصدر للقانون وقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن القاعدة العرفية كانت تتلاشى وتصبح بالية لدى بلوغها ذلك المركز المرموق أي أن بطء تحول الممارسة إلى قاعدة قانون تقليدي لا يسمح للقانون بمسايرة بمسايرة

(1) أنظر نيبوابيه ص 25 رقم 15 طبعة 1949.

وانظر كذلك القرار التعقيبي عدد 4623 مدني الصادر بتاريخ 2 مارس 1967 الذي نشر بمجلة المرافعات المدنية والتجارية بتعليق بلقاسم الشابي وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب سابقا والذي ينص على أن «لا يلتجأ لفقه القضاء أو لقواعد العرف اذا كان هناك نص قانوني ينطبق على النزاع المعروض على المحكمة.

(2) أنظر نيبوابيه المصدر السابق وكذلك النظرية العامة للجنسية في هذا الكتاب.

النواحي المتغيرة في العلاقات التي ينظمها القانون وكانت نتيجة ذلك أن القاعدة العرفية ما انفك يقع انتهاكها بالنظر لما بها من نقائص(1) وهذا ما ذهب إليه كذلك محمد الشرفي في العرض المعمق الذي أورده حول العرف وتعريفه وأنواعه ودوره كمصدر مكمل أو ثانوي للقانون(2) إذ نصّ على «**أن السرعة والعرف لا يجتمعان ولا يمكن أن يلتقيا على وتيرة واحدة فالعرف هو بالتعريف بطيء السير متأني الهوينا لا تجد فيه السرعة مكانًا ولا إليه سبيلا والتطور السريع يتأتي عندما يجتمع كل من البحث الفقهي والجرأة الفقهية القضائيةأما القول بأن تحديد هذه المفاهيم ينبغي أن يترك للعرف فإنه يؤدي بصاحبه إلى إقامة حاجز قانوني يعرقل كلا من مجهودات الفقهاء الخلاقةوالمحاكم المبدعة وبالتالي إلى تعطيل التطور وتكبيل التقدم**».

12 ـ هذا ولا بد من الإشارة كذلك إلى أنه يجب التعامل مع العرف بكل ذكاء وحذر ذلك أن العرف يختلف من دولة إلى أخرى وحتى في مجتمع واحد يختلف من جهة إلى أخرى مما يؤدي أحيانا إلى تناقض القواعد العرفية وهذا ما حذّر منه الفقيه إبن قيّم الجوزية إذ نص على أنه «إذا جاءك رجل من غير اقليمك يستفتيك فلا تجره على عرف بلدك وسلْه عن عرف بلده فاجره عليه وافته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك قالوا فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين.

هذا هو محض الفقه ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأموالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل(3).

---

(1) أنظر جيرهارد قان غلان في كتابه القانون بين الأمم، طبعة دار الآفاق الجديدة، بيروت نقله إلى العربية عبّاس الحمد.

(2) أنظر محمد الشرفي في كتابه مدخل لدراسة القانون المصدر السابق ذكره تحت عنوان العرف.

(3) أنظر كتاب أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ص 89 تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، الجزء الثالث.

الباب السابع
المصادر الدولية
المعاهدات

13 ـ المعاهدة هي اتفاق بين دولتين أو أكثر على تقييد حريتها في التشريع للعلاقات ذات العنصر الاجنبي تأمينا لمصالحها المشتركة.

والمعاهدة يمكن أن تبرم بين دولتين فهي معاهدة ثنائية مثل الاتفاقيات القضائية المتعلقة بتنفيذ الاحكام وتسليم المجرمين، ويمكن أن تتم بين مجموعة من الدول مثل اتفاقية لاهاي المبرمة سنة 1930 المتعلقة بالجنسية(1) أو الاتفاقيات المتعلقة ببعض المبادىء التي يجب اعتمادها لإقامة الأجانب(2) . وهي المعاهدات الجماعية.

فالمعاهدة الثنائية شبيهة من الناحية القياسية بعقود الافراد وهي تبرم عادة بين دولتين فقط ترغبان في تنمية أو تنظيم المصالح أو القضايا التي تهمهما وحدهما فحسب أي لا تهم غيرهما.

أما المعاهدات الجماعية أو المعاهدات المتعددة الأطراف هي التي يتفاوض بشأن إبرامها عدد من الدول أي أكثر من دولتين وبعض هذه الاتفاقيات لا يخلق مبادىء أو قواعد جديدة في القانون الدولي بل يشكل نصا موسعا لمعاهدة ثنائية كالاحلاف العسكرية حلف شمال الأطلسي أو السياسية كالكمنولث الانقليزي أو الاقتصادية كالمجموعة الأوروبية أو الاجتماعية كالفرنكوفونية إلى غير ذلك من الأحلاف لكن هناك معاهدات جماعية تعتبر صانعة للقوانين كالمعاهدات المبرمة عن طريق الأمم المتحدة مثل الاعلان العالمي لحقوق الإنسان ولاتفاقية لاهاي المتعلقة بالجنسية وكاتفاقية من لا وطن لهم أو اتفاقية فيانا المتعلقة بالحصانات الديبلوماسية وقد عرفها مقرر لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة بأنها هي «اتفاق دولي تتضمنه وثيقة رسمية واحدة معقودة بين كيانات تابعة للقانون الدولي وتملك شخصية دولية وقدرة على صنع القوانين وغايتها خلق حقوق وواجبات أو إقامة علاقات يحكمها القانون الدولي»(2).

---

(1) سنتعرض لأهم المبادىء الواردة باتفاقية لاهاي عند درسنا للنظرية العامة للجنسية في الكتاب الثاني

(2) أنظر الكتاب الرابع في مركز الأجانب والاتفاقيات المبرمة في هذا الشان.

(2) مكرر أنظر جيرهارد فان غلان في كتابه القانون بين الامم والجزء الثاني تعريب توفيق زهدي. طبعة دار الآفاق الجديدة

العلاقة بين القانون الداخلي والمعاهدة

14 ـ تعتبر العاهدة ملزمة للدولة إزاء غيرها من الدول بمجرّد التصديق عليها(1) غير أن المشرع بما له من السلطة على القانون الداخلي قد يحدث أن يصدر تشريعا يتعارض مع احكام المعاهدة وقد اتجه الفقهاء الى التفرقة بين ما إذا كان التعارض حاصلا مع قانون سابق للمعاهدة أو مع قانون لاحق للمعاهدة. فإذا كانت المعاهدة لاحقة للتشريع تعتبر ناسخة له وتعطى الأولوية للمعاهدة وتطبق المعاهدة دون حاجة إلى تعديل القانون بما يتفق ويتماشى مع أحكامها. واختلف الفقهاء حول أساس الأولوية التي تعطى للمعاهدة فذهب البعض إلى أن المعاهدة تتمتع بقوة أكبر من قوة التشريع الداخلي لما لها من الصبغة الدولية وذهب البعض الآخر إلى أن المعاهدة تعتبر ناسخة للقانون السابق ومعدلة له، أما إذا كان التشريع الذي يتضمن أحكاما مخالفة لاحقا للمعاهدة أي صادرا بعدها فهو أما ان ينص على احترام المعاهدة وفي هذه الحالة لا يسري التشريع الجديد على المسائل التي تضمنتها المعاهدة التي تبقى لها قوتها وحرمتها مهما تعارضت أحكامها مع التشريع الجديد.

15 ـ أما إذا لم يتضمن التشريع الجديد الإشارة إلى المعاهدات يرى الفقهاء أن إرادة المشرع لم تتجه إلى المساس باحكامها ولذلك يجب احترامها رغم صدور تشريع جديد تتعارض أحكامه معها(2) يبقى أن التشريع الجديد قد ينص أحيانا على أن أحكامه تسري وتطبق بالرغم من نصوص أية معاهدة سابقة(3) ففي هذه الحالة يجب تطبيق التشريع الجديد ذلك أن القاضي لا يملك مخالفة المشرع حتى ولو تضمن الدستور نصا يقضي بسمو المعاهدات على التشريع الداخلي إذ ليس للقضاء رقابة دستورية القوانين كما هو الحال في تونس وفي بعض الدول الأخرى(4) . أما الدستور التونسي فقد جسم في فصله 32 هذا الموضوع إذ نص صراحة على أن «**المعاهدات لا تعد نافذة المفعول الا بعد المصادقة عليها والمعاهدات المصادق عليها بصفة قانونية أقوى نفوذا من القوانين**» أي بقطع النظر عن هذه القوانين سواء كانت سابقة أو لاحقة. والمصادقة لا تقع إلا بمقتضى قانون طبق الفصل 33 من الدستور(4) .

---

(1) أنظر نيبوابيه المصدر السابق.

(2) أنظر باتيبول.

(3) أنظر مثلا الدستور الفرنسي.

(3) مكرر أنظر قرار محكمة التعقيب عدد 27971/الصادر بتاريخ غرة جوان 1988. وتعليق محمد الشرفي عليه في كتابه مدخل لدراسة القانون.

(4) أنظر محمد الشرفي في كتابه مدخل لدراسة القانون وكذلك علي المزغني في كتابه القانون الدولي الخاص. المصدر السابق.

الباب الثامن
مصادر مكملة

16 ـ أولا فقه القضاء

إجتهادات القضاء الوطني أو الدولي يمكن أن يلتجىء إليها القضاة عند غياب النص في القانون أو غياب المعاهدات لكن على سبيل الاسترشاد والاستئناس باعتبارها مصدرا مكملا للقانون الدولي الخاص والمقصود بالقضاء الدولي هو اجتهاد المحاكم الاجنبية أو الدولية على نحو الاحكام التي أصدرتها محكمة العدل الدولية سواء بصفة أصلية أو عرضية في علاقات ذات عنصر أجنبي مثل التي أقرت بمقتضاها حرية الدول في وضع القواعد المتعلقة باكتساب جنسيتها أو فقدانها وكذلك حريتها في سن قواعد تنازع القوانين.

17 ـ ثانيا : آراء الفقهاء علماء القانون

كذلك يمكن للقضاة للوصول إلى أحسن الحلول الاسترشاد بآراء واتجاهات فقهاء القانون الذين اهتدوا في الكثير من الاحيان إلى وضع الكثير من القواعد والتفاسير والحلول المناسبة لمسائل القانون الدولي الخاص.

الكتاب الثاني

النظرية العامة للجنسية

الجنسية بوجه عام

تمهيد

18 ـ يحسن بنا قبل دراسة الجنسية في القانون التونسي أن نمهد بدراسة المبادىء العامة التي تحكم الجنسية على العموم. ذلك لأنه، وإن كانت الجنسية واقعة في نطاق القانون الداخلي، إلا أنها بمثابة نقطة يلتقي فيها النظام الداخلي (ordre interne) بالنظام الدولي (ordre international) مما نتج عن ذلك نشوء مبادىء لا مندوحة لكل مشرع من الرجوع إليها والوقوف عندها كلما أراد وضع تشريع يتعلق بالجنسية.

وتلك المبادىء هي من التشابك بحيث يصح أن نطلق عليها النظرية العامة للجنسية.

وإذن سندرس فيما يلي النظرية العامة للجنسية مخصصين لها الكتاب الثاني ثم ندرس الجنسية في القانون التونسي في الكتابالثالث.

الباب الأول

تعريف الجنسية وأركانها

أ ـ تعريف الجنسية :

19 ـ وضع فقهاء القانون تعاريف متعددة للجنسية، فمنهم من عرفها بأنها: انتساب الشخص بصفة قانونية للشعب المكون للدولة،(1) ومنهم من عرفها بأنها «الرابطة السياسية والقانونية التي تنشئها الدولة بوصفها شخصا دوليا فتجعل الفرد عضوا في الدولة»(2).

ومهما تعددت التعاريف، فهي لا تعدو أن تكون اختلافات لفظية لا تأثير لها على المعنى المتحد المستخلص من تلك التعاريف لحقيقة الجنسية التي هي عبارة عن الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة.

والمعنى الإصطلاحي للكلمة العربية (الجنسية) لا يدل على ما يشعر به مدلولها اللغوي من وجود صلة بين الجنس والجنسية لاتحادهما في الاشتقاق اللغوي. ذلك أن صلة الفرد بالجنس لا تسمى جنسية طالما لم تكن للجنس دولة.

20 ـ كما لا يدل على المدلول اللغوي للكلمة الفرنسية (Nationalité) فالصلة بين الفرد والامة لا تسمى جنسية إذ(Nation)المشتقة من كلمة يمكن أن تتكون دولة مع اختلاف الاجناس واللغات على نحو ما يوجد بالولايات المتحدة الامريكية والاتحاد السويسري. ومرد هذا اللبس يرجع إلى أن الفقهاء كانوا يستعملون كلمة أمة بمعنى دولة(3).

وقد انتقد أحد الفقهاء الفرنسيين هذا الإصطلاح لإفادته لغة الانتساب للأمة(4).

---

(1) راجع باتيفول في كتابه القانون الدولي .
(2) انظر ـ ليريبور بيجونيار ص 58.
(3) أنظر نيبوابيه ص 70. القانون الدولي الخاص.
(4) أنظر نيبوابيه. المصدر السابق.

21 ـ **والأمة عرفها** ـ ارنست رينان ـ بقوله : «إن الأمة هي الإرادة المجتمعة بالبقاء معا مرتبطين بذكريات الماضي نفسها وبآمال المستقبل نفسها»(1).

ووجود الأمة لا يستلزم وجود دولة. فأمة بولندة وأمة لتوانية، وأمة التشيك، لم تكن لها دولة إلا بعد الحرب العالمية الأولى. فبرزت دولة بولندة وليتوانيه ودولة تشيكوسلوفاكيا وقبل تكوين هذه الدول لم تكن لافراد تلك الامم جنسية خاصة، وإنما كانت لهم جنسية الدول الحاكمة التي كانت تمارس السلطات السياسية والقانونية ببلادهم.

22 ـ **أما الدولة**، فتستلزم وجود حكومة تمارس سلطاتها بمنطقة ترابية محددة على شعب معين(2).

فالروابط التي تربط الفرد بدولة معينة أو بجنس معين ليست إلا روابط أدبية وأجتماعية لا يمكن أن تكون أساسا لحقوق وواجبات مضبوطة بين الفرد والدولة. ولذلك عبر أحد الفقهاء الفرنسيين عن الروابط التي تربط الفرد بالأمة أو بالجنس بجنسية الواقع وعن الروابط التي تربط الفرد بالدولة بجنسية القانون(3).

ب ـ أركان الجنسية :

23 ـ **لما كانت** الجنسية عبارة عن الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة(4)، غدا من الضروري التعرف على الركنين الأساسيين اللذين يتوقف على توافرهما وجود تلك الرابطة من الناحية القانونية، وهذان الركنان هما الدولة التي تعطى الجنسية، والافراد الذين يتلقونها :

أولا ـ الدولة :

24 ـ **القاعدة أن الدولة** وحدها هي التي تمنح الجنسية، وهي التي لا تسند الا جنسية واحدة. ذلك ان الدولة هي الجماعة التي لها دون غيرها حق توزيع الافراد توزيعا دوليا. والوسيلة التي يمكن اعتمادها في ذلك التوزيع هي الجنسية التي لا تعدو في الواقع أن تكون نظاما (Institution) تضبع به الدولة طابعها على الافراد الذين يكونونها.

(1) أنظر باتيفول المرجع السابق ص 62.
(1) مكرر وللأمة مفهوم ديني أنظر محمد الطالبي في كتابه دراسات في تاريخ افريقيا وفي الحضارة الإسلامية في العصر الوسيط، منشورات الجامعة التونسية ص 76.
(2) أنظر باتيفول نفس المرجع ص 67.
(3) أنظر باتيفول نفس المرجع ص 67.
(4) أنظر القرار التعقيبي عدد 1390، المؤرخ في 23 ديسمبر 1963.

وينبني على ذلك أن الدولة التي تمنح جنسيتها لافراد شعبها هي الدولة التي لها الشخصية الدولية أو الدولة ذات السيادة. ولا يشترط أن تكون السيادة تامة حتى تكون للدولة جنسية.

فالدول الموضوعة تحت نظام الحماية أو الانتداب أو الوصاية لها جنسيتها لاحتفاظها بشخصيتها الدولية(1). وعلى خلاف ذلك الأقاليم المستعمرة أو التي وقع ضمها لدولة أخرى والتي ليست لها الشخصية الدولية فلا تكون لافرادها الا جنسية الدولة التي يعتبر الإقليم تابعا لها.

أما اتحادات الدول فلا تكون لها الا جنسية واحدة هي جنسية الدولة الاتحادية ولو كانت متركبة من عدة دويلات على نحو ما يوجد بالولايات المتحدة الامريكية والاتحاد السويسري.

فإذا لم تنشأ دولة اتحادية تبقى كل دولة محتفظة بسيادتها وشخصيتها الدولية وينسب شعبها إليها مثلما احتفظت الدول المنخرطة في الكومينويلث البريطاني بسيادتها واستقلالها بجنسيتها الخاصة بها.

25 ـ **وطالما كانت الجنسية وسيلة لتوزيع الافراد توزيعا دوليا**، فإن ذلك يثير التساؤل عن موقف الدولة إزاء غيرها من الدول وموقفها إزاء الافراد وهو ما سنبينه فيما يلي :

أولا ـ موقف الدولة إزاء غيرها من الدول أو مبدا حرية الدولة في مادة الجنسية :

26 ـ **لا شك أن الدولة هي التي تتولى وحدها تحديد عنصر سكانها**، ولذلك كان من المعقول أن تعتبر الجنسية التي هي الأداة الوحيدة لهذا التحديد موضوعا من علائق الدولة واختصاصها، وهذا ما يعبر عنه بميدا حرية الدولة في مادة الجنسية، وهو مبدا أقره فقهاء القانون الدولي، كما أقرته محكمة العدل الدولية فيما عرض عليها من مسائل لها تعلق بالجنسية. من ذلك أن قررت هذه المحكمة مثلا أنه «يحق للدولة بصفة عامة أن تحدد الاشخاص الذين تعتبرهم من وطنييها».

وليس من شك في أن هذا المبدا ـ أي مبدا حرية الدولة في مادة الجنسية ـ أقرب إلى المعقول، لأن الجنسية في الواقع من المسائل التي لها صلة وثيقة بكيان الدولة، ومن ثم كان من الضروري أن تمنح الدولة حق ضبطها وصيانتها حسبما تمليه عليها مصالحها.

---

(1) أنظر باتيفول نفس المرجع، ص 67.

(1) مكرر أنظر قرار محكمة التعقيب عدد 1390 المؤرخ في 23 ديسمبر 1963 المنشور بمجلة القضاء والتشريع السنة السادسة عد 2 ص 50.

27 ـ لكن من الواضح أن حرية الدولة في مادة الجنسية ليست مطلقة، بل تعتورها قيود بعضها اتفاقي، وبعضها غير اتفاقي، ذلك أنه من الجائز أن تحدّ الدولة من حريتها في هذا الميدان كما لو تعاقدت دولة مع أخرى على أن يتمتع رعايا الأولى بجنسيتها رغم ميلادهم فوق إقليم الثانية. فلا شك أن حرية الدولة بهذا التعاقد تصبح مقيدة بقاعدة من قواعد القانون الدولي وهي القاعدة التي تقضي باحترام الاتفاقيات الدولية. كذلك قد ترد على حرية الدولة في مادة الجنسية قيود غير اتفاقية وتلك القيود هي التي يمليها على العموم القانون الدولي الطبيعي، والقانون الدولي الوضعي.

ثانيا ـ موقف الدولة إزاء الافراد :

28 ـ **أسلفنا أن الدولة** هي التي تمنح الجنسية وان الفرد هو الذي يتلقاها، فهل يعني هذا أن إرادة الدولة تعمل وحـ ـا دون ان تأخذ بعين الاعتبار إرادة الفرد؟

الجواب : إن إرادة الدولة لا تعمل وحدها في هذا المجال، بل لا بد أن يكون لإرادة الفرد وزنها أيضا، وليس أدل على ذلك من القول بأنه لو لم يكن لإرادة الفرد وزن لما أمكن له أن يستبدل بجنسيته غيرها، ولكانت الجنسية خضوعا دائما للدولة، بل ولأمكن للدولة دائما وبدون أدنى قيد أن تنزع من الفرد جنسيته أو أن تفرض عليه بدون أي شرط وقصر إرادته جنسية جديدة.

ثالثا ـ الأفراد :

29 ـ **إن الطرف الآخر** لرابطة الجنسية هو دون شك الفرد، وبعبارة أخرى هو الشخص الطبيعي، ولا مناص لنا من التساؤل هنا عن حكم الشخص الاعتباري، هل يعتبر طرفا في رابطة الجنسية أم لا؟

لقد استقر رأي الفقهاء في بادىء الأمر على ان الشخص الاعتباري ـ على غرار الشخص الطبيعي ـ طرف في رابطة الجنسية. لكن لم تكد تضع الحرب العالمية الأولى أوزارها حتى أثير الجدال من جديد حول جنسية الاشخاص الاعتباريين، وكان ذلك أثر مسألة وضع الحراسة على أموال الاعداء في فرنسا، حيث لوحظ أن هذه الاموال المملوكة لاشخاص اعتبارية بمكن أن تفلت من الحراسة لمجرد التسليم لها بالجنسية الفرنسية بناء على أن مركزها الرئيسي في فرنسا. وإزاء ذلك أنكر بعض الفقهاء الجنسية على

الاشخاص الاعتباريين، محتجا بأن الجنسية، وإن كانت من حيث صوغها رابطة سياسية وقانونية، إلا أنها في الواقع تقوم على علاقة روحية تستقر في النفس والجسم. وذلك أمر لا يتحقق في الشخص الاعتباري.

ومهما يكن من أمر، فقد أضحى اليوم مفهوم الجنسية لا ينطبق على الشخص الطبيعي فقط، بل وقع التوسع فيه فأصبح يطلق على الشخص المعنوي كالشركات والجمعيات، وكذلك على الاشياء كالبواخر والطائرات وغيرها، على الرغم من ان رابطة الجنسية تقوم على الشعور بالولاء نحو الدولة. والذي يبرر هذا التوسع في مفهوم الجنسية هو المحافظة على مصالح الدول والافراد إذ من الضروري التمييز مثلا بين الشركات الوطنية والشركات الاجنبية، والتعرف على تبعية الأشياء لدولة معينة سواء وقت الحرب أو زمن السلم(1).

وعلى الرغم من هذا التوسع، فيمكن القول بأن جنسية الاشخاص المعنويين والاشياء ليست جنسية بالمعنى الفني الدقيق لهذا الاصطلاح وإنما هي في الحقيقة وصف يفيد نوعا من التبعية(2) للدولة. وسنفرد لهذا الموضوع فصلا خاصا في آخر الكتاب الثاني.

---

(1) أنظر محاضرة الأستاذ.

(2) انظر باتيفول - المرجع نفسه ص 62

الباب الثاني

الأساس القانوني لرابطة الجنسية

30 ـ اختلف الفقهاء حول صبغة الأساس القانوني لرابطة الجنسية. فذهب فريق إلى أنه عقد تبادلي بين الفرد والدولة يلتزم بمقتضاه الفرد بالدفاع عن الدولة واحترام قوانينها، لقاء ما تقدمه له الدولة من الحماية والرعاية وما تعترف له به من الحقوق المدنية والسياسية(1).

ويبدو أن هذا الرأي يرتكز في الواقع على نظرية العقد الاجتماعي للفيلسوف الفرنسي ـ جان جاك روسو ـ ، وهي نظرية لم تقم الأدلة على صحتها من الوجهة العملية، إذ أن علاقة الفرد بالدول ليست علاقة تعاقدية بالمعنى الفني الدقيق لهذه الكلمة(2).

وذهب فريق ثان إلى أنه عقد يشترك في وضعه الافراد على غرار عقود الشركات والجمعيات التي يشتركون في تكوينها، فينتج عن ذلك العقد وجود الدولة التي يمكن تشبيهها بالشركة أو الجمعية فيكون اعضاؤها افراد الشعب المكون للدولة والجنسية هي صفة العضوية في الدولة.

31 ـ غير أن الرأي السائد حاليا أن الجنسية نظام قانوني تشرعه الدولة لتعيين افراد رعاياها، فتضبط قواعده، وتحدد مبادئه، بما يحفظ كيانها ويضمن تحقيق مصالحها العليا، وليست له أية صبغة تعاقدية إذ ليس للافراد أي دخل في تقرير ما يتضمنه من القواعد ووضع ما يشتمل عليه من المبادىء(3).

وعلى الرغم من ان الدول، عند تشريعها لقواعد الجنسية، تعطي لحد ما شيئا من الاعتبار لإرادة الافراد، كالقواعد المتعلقة باكتساب الجنسية عن طريق التجنس أو فقدها بوسيلة الاعراض، لكن ليس بصفة شخصية، إذ تنظيم قواعد الجنسية ينظر فيه لمصلحة عموم الافراد لا لمصلحة الفرد الشخصية. ومن ثمة لا يكون لإرادة الفرد أي دور تعاقدي في تنظيم قواعد الجنسية(4).

---

(1) راجع باتيفول المرجع السابق ص 69 ـ 70.
(2) انظر كتاب القانون الدولي الخاص لمؤلفه (فايس).
(3) راجع بيجونيار .
(4) راجع باتيفول نفس المرجع ص 70.
(4) مكرر راجع القرار التعقيبي عدد 1390 السابق ذكره.

الباب الثالث

مركز الجنسية من مختلف فروع القانون والاختصاص بوضع قواعدها

أ ـ مركز الجنسية من مختلف فروع القانون :

32 ـ لقد تضمن دستور الثورة الفرنسية قواعد الجنسية، وحذا حذوه كثير من دساتير الدول الأخرى. فكان لهذا الوضع ان حمل الفقهاء على القول ردحا من الزمن بأن الجنسية من أنظمة القانون العام.

لكن حدث، عند وضع القانون المدني الفرنسي، ان عالج المشرع ببعض فصوله، قواعد الجنسية، فاستخلص الفقهاء من هذا الوضع الجديد أن الجنسية أصبحت من أنظمة القانون الخاص. وبذلك راح الكثير من فقهاء القانون الخاص يعالجون مسائل الجنسية في مؤلفاتهم. وعلى العكس من ذلك أهملها شراح القانون العام. وظل الحال كذلك حتى أصدرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب الفرنسية قرارا، أعلنت فيه أن القواعد المتعلقة باكتساب أو فقد الجنسية تعتبر من القانون العام(1). وقد كان لهذا القرارالتعقيبي أثره في توجيه المشرع الفرنسي، إذ أنه عمد، لما عنت له فكرة سن تشريع جديد للجنسية، إلى وضع تشريع مستقل هو القانون المؤرخ في 10 أوت 1927. وبذلك سقط برهان القائلين بان الجنسية من أنظمة القانون الخاص استنادا إلى موضعها في القانون المدني الفرنسي. وقد حرص المشرع الفرنسي بعد ذلك على أن تكون مسائل الجنسية ضمن تشريع مستقل، لما أعاد النظر فيها بعد الحرب العالمية الثانية، إذ أنه أصدر قانونا جديدا للجنسية هو قانون 19 أكتوبر 1945. وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه «وإن كانت الجنسية قد عدت أول الأمر مجرد عنصر من عناصر الحالة، إلا أنها انتهت بعدما أصدرته محكمة التعقيب من أحكام فذة بعد الحرب العالمية الأولى إلى أن تصير نظاما مستقلا من أنظمة القانون العام رغم موضعه من القانون المدني».

33 ـ **أما في تونس** فقد أدمجت قواعد الجنسية بادىء الأمر بدستور عهد الآمان الصادر في 26 أفريل 1861، مثلما يستفاد من فصوله 92 و94

---

(1) أنظر دالوز سنة 1921 الجزء الأول ص 1 مع تعليق الاستاذ كولان.

و106، لكن المشرع التونسي لم يلبث بعد استقلال البلاد أن أصدر قانونا مستقلا بالجنسية بعنوان «مجلة الجنسية» كما سنبينه في موضعه.

ومهما يكن من أمر، فإن الجنسية بطبيعتها، أي بوصفها رابطة قانونية بين الفرد والدولة، تدخل في نطاق القانون العام. وعلى هذا الإساس درج قضاؤنا التونسي مثلما يستخلص من قرار محكمة التعقيب رقم 1390 الصادر في 23 ديسمبر 1963(1).

ب ـ الاختصاص بوضع قواعد الجنسية :

34 ـ على الرغم من أن قانون الجنسية يعتبر من التشريعات الداخلية للدولة، فإنه يمس بصفة مباشرة القانون الدولي، لانه أداة لتوزيع الافراد بين مختلف الدول، ولذلك تتنوع مصادر قانون الجنسية الى نوعين: مصادر وطنية داخلية، ومصادر دولية.

وقد أقر القانون الدولي الخاص مبدأ حرية الدول في تعيين رعاياها بمقتضى تشريعاتها الداخلية التي تضعها لتحقيق هذه الغاية، حسبما يستفاد ذلك من صريح الفصل الأول من اتفاقية لاهاي المؤرخة في 12 افريل 1930 المتعلقة بمسائل الجنسية والذي ينص على أن «لكل دولة الحق في تحديد رعاياها بتشريعها الداخلي...».

ويبرر مبدا حرية الدول في وضع التشريعات المتعلقة بالجنسية الخاصة بها بما لقواعد الجنسية من المساس بسيادة الدولة والتأثير على كيانها. إذ أنها تقوم على اعتبارات سياسية خطرة لا يمكن لغير الدولة المعنية بالامر تقديرها(2).

ولذلك تنفرد كل دولة بتنظيم قواعد الجنسية ووضع مبادئها بما يتفق مع مصالحها ويحقق حاجياتها، وليس لأية هيأة دولية أو لهيأة الأمم المتحدة الحق في مشاركة الدولة في وضعها لتلك القواعد أو تنظيمها لتلك المبادىء.

---

(1) أنظر مجلة القضاء والتشريع عدد 2 لسنة 64 ص 50.
(2) تضع بعض الدول القواعد المتعلقة بالجنسية ضمن دستورها مثل اسبانيا وسويسرا.

الباب الرابع
المبادىء المثالية للجنسية

تمهيد :

35 ـ ان استقلال كل دولة بوضع قواعد الجنسية الخاصة بها وتنظيم تشريعاتها في هذه المادة، كثيرا ما أوجد حالات انعدام الجنسية أو ازدواجها التي ما انفكت تدخل الفوضى والاضطراب في المجتمعات الدولية، وهو ما دعا الكثير من الدول الى التعاون فيما بينها على إقرار مبادىء أصولية، وقواعد أساسية لاتقاء تلك الحالات واجتناب حصولها أو التخفيف من وطأتها عند وقوعها، لضمان مصالح الافراد والمجتمعات. وقد افضت تلك الجهود إلى إبرام اتفاقية لاهاي في 12 افريل 1930 في شأن تنازع القوانين ومسائل الجنسية، وإلى تضمين بعض المبادىء المتعلقة بوثيقة الاعلان عن حقوق الانسان في عام 1948.

وقد جاء في مقدمة اتفاقية لاهاي ما يلي :

«انه من الصالح العام للجماعة الدولية قبول اعضائها بأنه يجب أن تكون لكل شخص جنسية والا تكون له الا جنسية واحدة».

«وإن المثل الأعلى الذي يجب أن تنشده الانسانية في هذا الميدان هو الغاء جميع حالات انعدام الجنسية وحالات ازدواجها».

كما جاء بالفصل 15 من وثيقة الاعلان عن حقوق الانسان ما يلي:

«إن لكل شخص الحق في جنسية واحدة ولا يجوز حرمانه من تغييرها أو تجريده منها بطريقة تحكمية».

وبذلك تقررت الأصول والمبادىء المثالية التي يجب أن يتضمنها كل تنظيم قانوني لقواعد الجنسية.

وتلك المبادىء يمكن حصرها في أربعة وهي :

المبدأ الأول ـ لكل شخص الحق في التمتع بالجنسية :

36 ـ **ان انعدام الجنسية**، بالنسبة للشخص، يشكل ظاهرة خطيرة في المجتمعات الدولية. ذلك أن الجنسية تترتب عنها آثار هامة منها تمتع رعايا دولة معينة بحماية دولتهم في الخارج. وتطبيق قانونهم الشخصي عليهم لقاء

تحملهم بالتكاليف العامة المفروضة عليهم من طرف دولتهم والتي يعبرون بالاضطلاع بها عن مدى شعورهم بالولاء نحو الدولة المنتمين إليها.

فإذا كان الشخص عديم الجنسية، فإنه لا يلقي الحماية من أية دولة، ويصعب تعيين قانونه الشخصي، ويتعذر على الدولة التي يعيش على ترابها تحميله بالتكاليف التي يتحمل بها رعاياها، كالخدمة العسكرية وغيرها من الواجبات الوطنية. ولذلك يصعب أن يكون لعديم الجنسية شعور الوطني نحو الدولة التي يستفيد من خيراتها دون ان يتحمل بالتكاليف العامة التي يتحملها رعاياها(1). وهذا ما يجعل الدول تحذر الوقوع في مثل هذه الحالات فتعمل على احترام مبدا حق كل شخص في التمتع بالجنسية لاجتناب الوقوع في تلك الظاهرة الخطيرة.

المبدأ الثاني ـ منع ازدواج الجنسية :

37 ـ وكما أنه يجب أن يكونلكل شخص جنسية، كذلك يجب ألا تكون له إلا جنسية واحدة حتى لا يفضى الأمر إلى الوقوع في ظاهرة تعدد الجنسيات، لما ينشأ عنها من المشاكل التي يصعب حلها زيادة عما يثور من التنازع سواء بين الدول أو القوانين وما ينجر عنها من مختلف الالتزامات التي يستحيل على متعدد الجنسيات الوفاء بها.

وهذا ما يجعل الدول كذلك تعمل على اتقاء الوقوع في تلك الظاهرة الخطيرة.

المبدأ الثالث ـ احترام إرادة الشخص في تغيير جنسيته :

38 ـ قد يقوى ارتباط أحد رعايا دولة معينة بدولة أخرى بسبب إقامته على ترابها مثلا، أو ارتباط مصالحه المالية أو الاجتماعية بها. فيجب في هذه الحالة أن يسمح له بالخروج من جنسية دولته الأصلية التي ضعف ارتباطه بها للدخول في جنسية الدولة التي توطدت صلاته بها، احتراما لأرادة الافراد التي أخذ اتجاه معظم الدل في العصر الحديث إلى اعتبارها، ونبذ مبدإ الولاء الدائم الذي كان يسود المجتمعات في العصور الماضية. إذ لم يعد لأية دولة الادعاء بحق الولاء الدائم على رعاياها(2) على الرغم من تشدد بعض الدول بفرض وجوب الحصول على إذن مسبق منها للسماح لرعاياها بالخروج من جنسيتها واستبدالها بجنسية دولة أخرى.

---

(1) أنظر باتيفول المرجع السابق ص 78 وبيجرنيار ص 64.

(1) مكرر أنظر اتفاقية من لا وطن لهم التي سنتعرض لها عند درسنا لمركز الأجانب والمنشورة مع النصوص في آخر هذا الكتاب.

(2) أنظر باتيفول المرجع السابق ص 71 .

المبدأ الرابع - عدم جواز تجريد الشخص من جنسيته :

39 - تنص بعض الدول في تشريعاتها المتعلقة بالجنسية على امكانية تجريد الشخص من جنسيته كوسيلة للعقاب كلما قام بعمل من الاعمال التي توجب معاقبته بذلك.

وكثيرا ما أفضى ذلك العقاب إلى حالات انعدام الجنسية التي ما انفكت تبعث الاضطراب وتشيع الفوضى في المجتمعات الدولية بسبب ما ينشأ عنها من الآثار السيئة. ولذلك اتجهت الدول إلى نبذ تلك الوسيلة الزجرية لاتقاء الوقوع في حالات انعدام الجنسية.

هذه هي المبادىء المثالية التي تعمل كل الدول على اعتبارها واحترامها عند تشريعها لقواعد الجنسية، دون أن تكون ملزمة بها التزاما قانونيا، عدا ما تفرضه عليها التزاماتها الأدبية نحو المجتمعات الدولية.

الباب الخامس
أسس الجنسية

تمهيد :

40 ـ يقوم التنظيم القانوني لقواعد الجنسية في مختلف الدول على اعتبار أسس عامة، جرى العرف الدولي على الاعتداد بها، لكن مع شيء من الاختلاف تقتضيه الاعتبارات الواقعية، أو الاجتماعية، أو السياسية لكل دولة، فالدولة القليلة السكان تتساهل في منح جنسيتها، بينما تتشدد في ذلك الدول التي تشكو كثرة السكان. ومنشأ هذا الاختلاف هو مبدا حرية الدول في تنظيم مسائل الجنسية الخاصة بها، وعدم وجود اتفاقيات دولية تضبط الأسس العامة التي يجب أن يقوم عليها كل تنظيم قانوني لقواعد الجنسية.

غير أنه جرى عمل معظم الدول على اعتبار الأسس الفنية العامة الآتية :

الأساس الأول ـ النسب أو حق الدم :

41 ـ تسند للمولود جنسية أبيه بموجب نسبه إليه. اعتمادا على أصله العائلي، أي صلة الدم (Jus sanguinis) لما في ذلك من الروابط الروحية والعائلية التي من شأنها أن تولد عنده الشعور بالوفاء نحو الدولة التي ينتمي إليها آباؤه، إذ أنه يستمد منهم لغتهم وتقاليدهم وعاداتهم ومعتقداتهم الدينية.

ويمكن أن تسند له جنسية أمه في بعض الحالات، كما لو لم يثبت نسبه لأبيه، أو كان الأب مجهول الجنسية أو عديمها، وذلك لاتقاء الوقوع في حالات انعدام الجنسية.

الأساس الثاني ـ الولادة على التراب أو حق الإقليم :

42 ـ ويمكن أن تسند للمولود جنسية الدولة التي ولد على ترابها اعتمادا على صلة التراب، (Jus soli) إذ أن الولادة على التراب والوسط الذي سيعيش ويربى فيه المولود من شأنهما أن يولدا وينميا فيه الشعور بالولاء نحو الدولة التي ولد على ترابها، ويفضيان به حتما إلى الاندماج في مجتمعها اندماجا كاملا.

على أن بعض الدول لا تكتفي بالولادة المجردة على التراب فتشترط أن تكون ولادة الأب فقط أو ولادة الأب والجد معا قد وقعت على ترابها أيضا، وهو ما يسمى (بالميلاد المضاعف) (Double naissance) أو أن تشترط إقامة الأب على ترابها، إلى غير ذلك من الاسباب التي تختلف باختلاف مصلحة كل دولة.

ولا شك أن عدة عوامل، ككثافة السكان ونقصهم، تلعب دورا هاما في تكييف التنظيم الفني لقواعد الجنسية حسب مصلحة كل دولة التي تستقل بوضع التشاريع القانونية للجنسية الخاصة بها ولا يحد من حريتها إلا ما تقتضيه الاتفاقيات الدولية،، على نحو ما جاء بالفصل 12 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الذي حجر فرض جنسية الدولة على ابناء الممثلين الديبلوماسيين الاجانب الذين يولدون على ترابها، أو ما يقتضيه القانون الدولي الطبيعي من منح جنسيتها لمن يولد فوق إقليمها من أبوين مجهولين.

42 مكرر وتجدر الملاحظة هنا إلى ما أثاره الفقهاء من المفاضلة بين هذين الأساسين : حق الدم، وحق الإقليم أو التراب.

43 ـ فقد استند المؤيدون لحق الدم إلى حجج نجملها فيما يلي:

1) **حجة عنصرية** : ومفادها أن الجماعة التي تكوّن عنصر السكان في الدولة تربط بينها عوامل مختلفة، أهمها اللغة والدين والتاريخ. ولذلك وجب أن تكون العبرة في الجنسية هي ارتباط الشخص بتلك الجماعة التي تؤلف بينها تلك العوامل المختلفة، وعلى هذا الأساس تضبط جنسية الشخص حسب الجماعة التي انحدر منها، لا حسب الجماعة التي ولد فوق إقليمها.

2) **حجة سياسية** : وخلاصتها أن الدولة التي تفتح حدودها للاجانب لا يلبث الضعف أن يدب في جسمها، ومن ثمة تحتم عليها، حفظا لكيانها وسلامتها، أن تحقق تجانسا بين سكانها، وذلك أمر لا يتوافر إلا إذا اعتمدت الدولة رابطة الدم التي تربط الابن بأبيه فتكون تلك الرابطة أساسا لمنح الجنسية الى الفرد. وفضلا عن ذلك فإن الجنسية بوصفها رابطة روحية تصاحب الشخص أنّى حل وتلازمه ملازمة ظله، بحيث لا يفصمها انتقاله إلى أرض دولة أخرى، وطالما كان الحال كذلك، أي أن الفرد يحتفظ بجنسيته حتى خارج دولته، فإن ذلك يحقق للدولة ازدياد نفوذها في الخارج عن طريق تكوين جماعات ينتسبون إليها.

44 ـ أما المؤيدون لحق الإقليم فقد استدلوا بالحجج التالية :

1) **حجة عنصرية** : ومفادها أن الفرد لا يتأثر فقط بالجماعة التي ينتسب إليها، بل كذلك يتأثر بالوسط الذي ينشأ فيه إلى درجة أنه يستمد

منه عاداته وتقاليده ويتسم بطابعه. وعلى ذلك قد تكون صلة الفرد بالدولة التي يلد فوق اقليمها، أقوى من صلته بالدولة التي ينتمي إليها بأصله العائلي فتسند له جنسية الدولة التي ولد بها دون جنسية الدولة التي ينتمي إليها والده.

1) **حجة سياسية** : ومدار هذه الحجة أن الدولة لو تركت الاجانب يستقرون باقليمها في حربة مع الاحتفاظ بجنسية دولتهم، لتكونت على مر السنين جماعات من الأجانب قد يصبح وجودها خطرا على الدولة من الوجهة السياسية. ولذلك تحتم على الدولة ان تزيل عنهم صفة الاجنبية بمنحهم جنسيتها استنادا الى مبدإ حق الإقليم. وأبرز مثل لذلك الولايات المتحدة الامريكية التي تضم ما يربو على مائتين وخمسين مليون من السكان انحدر أغلبهم من المهاجرين الاروبيين المختلفي الجنسيات، فلو لم يقع إدماج هؤلاء المهاجرين بفضل حق الاقليم لصارت الولايات المتحدة تضم اليوم عددا من الاجانب أكثر من المواطنين.

3) **حجة من كثافة السكان** : وخلاصتها ان من البلدان ما يعد مصدّرا للافراد، أي أن مواطنيه ينزحون عنه إلى بلد آخر، طلبا للرزق، مثل إيطاليا وبولونيا، ومن البلدان ما يعد مستوردا للافراد أي بلادا تقل فيها كثافة السكان وتحتاج إلى زيادة عددهم مثل فرنسا، وليس من شك في أن مصلحة هذا النوع الثاني من البلدان يستلزم أن تمنح الدولة جنسيتها لمن يولد فوق إقليمها استنادا إلى حق الإقليم.

45 ـ ومهما يكن من أمر هذه المفاضلة، فإن التاريخ يحدثنا بأن كلا من المبدأين الأساسيين ساد في زمان ما أو في مكان ما. ففي أيام الرومان واليونان، كانت السيادة لحق الدم، وفي العهد الاقطاعي صارت السيادة لحق الاقليم، وفي القرن الثامن عشر الذي داهمنا بمفكريه العظام أولئك الذين ثاروا على النظام الاقطاعي، وحرروا الانسان من ربقة التبعية للاقليم، صارت المنزلة الأولى لحق الدم، ثم لم يلبث حق الاقليم ان ساد من جديد في القرن التاسع عشر بامريكا حيث افضت الحركات الاستقلالية بها إلى انفصالها وتركز كل دولة منها في شكل دولة جمهورية.

46 ـ وإذا ما استعرضنا اليوم تشاريع مختلف الدول في هذا الميدان، استطعنا القول بأن تشاريع القارة الاروبية، على العموم، تجعل الأولوية لحق الدم، ولا تأخذ بحق الإقليم إلا في نطاق ضيق جدا. والامر بخلاف ذلك في الدول الانقلوساكسونية حيث نجد السيادة في تشريعاتها لحق الإقليم مع تطبيق محدود لحق الدم.

وسوف نرى، فيما بعد، أن تشريعنا التونسي قد جمع بين الأساسين مع جعل الأولوية لحق الدم. وتشريعنا، إذ يعلى من شأن مبدا حق الدم، فذلك لأن بلادنا ليست بلدا مستوردا للافراد، ولا غرو فإن سكانه في ازدياد مطرد.

الأساس الثالث ـ الزواج :

47 ـ تكتسب الجنسية بموجب الزواج بأن تمنح الدولة جنسيتها للمرأة الاجنبية التي تتزوج أحد افراد رهاياها، وتختلف النظم القانونية في اعتبار الزواج المختلط سببا لاكتساب الجنسية باختلاف مصالح الدول وتباين نظرتها لهذا الموضوع، فمنها من يعتبر مبدا وحدة الجنسية في العائلة لتوثيق الروابط بين افراد الاسرة ونشر الروح الوطنية بين أعضاء العائلة، بينما ترى دول أخرى ان حق المرأة لا يقل عن حق الرجل في التصرف في جنسيتها بالاحتفاظ بها أو تغيرها عندما تقتضي مصلحتها ذلك، تنفيذا لمبدا المساواة بين الرجل والمرأة متأثرة في ذلك بالمبادىء الجديدة التي أوجدتها الحركة النسائية في العالم والمنادية بتحقيق المساواة بين الجنسين.

وهكذا تختلف قوانين الجنسية في هذا الموضوع اختلافا كبيرا، وكثيرا ما تسبب ذلك الاختلاف في التنازع بين مختلف تلك القوانين فتصبح للمرأة جنسيتان كما لو كان قانون جنسيتها ينص على احتفاظها بجنسيتها، بينما قانون زوجها يكسبها جنسيته بصفة تلقائية.

48 ـ أما المشرع التونسي، فقد وقف موقفا وسطا من هذا الاختلاف، للتوفيق بين مبدا وحدة الجنسية في العائلة ومبدا المساواة بين الجنسين، مع مراعاة عدة اعتبارات لاتقاء الوقوع في حالات انعدام الجنسية أو ازدواجها، لما نص على ان المرأة الاجنبية التي تتزوج بتونسي تكتسب الجنسية التونسية إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها. أما إذا كان قانونها الوطني ينص على أنها تحتفظ بجنسيتها فلا تكتسب جنسية زوجها التونسي إلا بطلب منها(1).

الأساس الرابع ـ التجنس :

49 التجنس سبب من الاسباب التي يمكن بمقتضاها للشخص اكتساب جنسية دولة معينة لا تربطه بها أية صلة. ويمتاز التجنس بأنه منحة تمنحها الدولة بطلب من الفرد، وأغلب التشاريع تعتبر التجنس منحة،

(1) راجع الفصلين 13 ـ 14 من مجلة الجنسية .

ويظهرذلك مثلا في تشريعنا التونسي إذ نجد الفصل 19 من مجلة الجنسية ينص على أنه «تمنح الجنسية التونسية بأمر».

والدولة، إذ تمنح التجنس لاجنبي، تحقق في الغالب مصالحها التي قد تستلزم زيادة ثروتها في السكان كيفا وكما. فالزيادة من حيث الكيف ترمي إلى إدخال الاجانب ذوي الكفاءات الخاصة التي تحتاج لها الدولة في عداد الوطنيين بمنحهم جنسية الدولة. وها هو ذا الفصل 21 من مجلتنا ينص على أنه «يجوز منح التجنس دون توافر الشروط القانونية للأجنبي الذي أدى لتونس خدمات جليلة أو الذي يكون في تجنسه بالجنسية التونسية فائدة عظمى لتونس». أما الزيادة من حيث الكم فهي تهدف إل إدخال الاجانب أيا كانت كفايتهم في عداد الوطنيين بغية زيادة كثافة السكان بها.

على أن التجنس لا يقع من تلقاء نفسه، بل لا بد للفرد من طلبه، كما أنه لا يمكن فرضه على الشخص، بمعنى أنه لا يمكن لأية دولة أن تفرض جنسيتها على فرد عن طريق التجنس دون رضاه، وبعبارة أخرى فإن التجنس إرادي يتم بتراضي الطرفين.

شروطه :

50 ـ وللتجنس شروط تختلف من دولة إلى أخرى تبعا لتباين مصالحها، وأهم هذه الشروط على العموم هي :

1) الإقامة : تشترط لكي تمنح الدولة جنسيتها عن طريق التجنس أن يكون الشخص مقيما فوق إقليمها، وتختلف مدة الإقامة باختلاف الدول، فهي سنة في بعض بلدان امريكا الجنوبية، وعشر سنوات في البلدان المصدرة للافراد.

وتعتبر مدة الإقامة بمثابة فترة تجربة تستوثق في نهايتها الدولة من أن الاجنبي قد اندمج في جماعتها.

2) أن يكون طالب التجنس ذا أهلية : وهذا الشرط طبيعي، لأن التجنس كما أسلفنا، عمل إرادى.

هذا وكثيرا ما تنص التشريعات، بجانب شرطي الاقامة والأهلية على شروط أخرى منها ان لا يكون طالب التجنس عالة على غيره. صحيح العقل والبدن، وحسن السلوك، مثل ما يقتضيه الفصل 23 من مجلتنا، والفصل 70 من قانون الجنسية الفرنسي لسنة 1945.

---

(1) أنظر الكتاب الثالث في مركز الأجانب.

51 ـ والجدير بالملاحظة أن السلطة أو الهيئة المختصة بمنح التجنس تختلف باختلاف الدول، فهي في بعض الدول السلطة التشريعية، كما هو الحال في بلجيكا وهولاندا ولوكسمبورج، وهي في البعض الآخر السلطة القضائية، كما هو الحال في الولايات المتحدة الامريكية حيث يقدم طالب التجنس طلبه إلى المحكمة المختصة التي تنظر فيه إذا كانت الشروط القانونية متوافرة ثم تحكم بالتجنس، وهي أخيرا في بعض الدول السلطة التنفيذية، كما هي الحال في تونس وفرنسا ومصر.

آثـــاره :

52 ـ إن الآثار الناتجة عن التجنس تختلف كذلك باختلاف الدول. وهذه الآثار تنحصر، على العموم، في ان المتجنس يكتسب صفة الوطنية، فيصبح شبيها بالمواطن يتمتع بما يتمتع به المواطن من الحقوق، ويتحمل بما يتحمل به المواطن من الالتزامات.

على ان هناك من الدول ما لا تقر بتشريعاتها التسوية بين المتجنس والمواطن، فتحرم المتجنس من بعض الحقوق كحق الانتخاب والترشح لمدة معينة بعد التجنس، وحق ممارسة الوظيفة العمومية لمدة معينة كذلك. ومن هذه التشاريع القانون المصري لسنة 1950 (المادة 10) والقانون الفرنسي لسنة 1945 (الفصل 81) والمجلة التونسية لسنة 1963 (الفصل 26).

كما يلاحظ أن بعض التشريعات تحتاط نحو المتجنس فتتخذ طريقا يمكنها من حرمانه من ميزة التجنس أما جزاء له، لانه تمكن مثلا من اكتساب الجنسية عن طريق الغش والزور، أو أنه قام باعمال ضد مصالح الدولة التي تجنس بجنسيتها، أو ارتكب فعلة توصف بجناية أو جنحة. ومثال هذه التشريعات التشريع التونسي (الفصلان 32 ـ 33 من مجلة الجنسية) والتشريع المصري (المادة 14 من قانون 1950).

كذلك من آثار التجنس أن جنسية المتجنس تنسحب على زوجته (في الغالب) وأولاده القصر، مثل حكم المادتين 8 ـ 12 ـ من القانون المصري الصادر سنة 1950، وحكم الفصل 25 من مجلتنا للجنسية الخاص بالقصر فقط.

الباب السادس

في تنازع الجنسيات

القسم الأول

في ظاهرتي إزدواج الجنسية وانعدامها

53 ـ أوضحنا فيما تقدم الأسس التي ترتكز عليها الجنسية، وأشرنا إلى أن الدول تأخذ من هذه الأسس المختلفة ما يتلاءم مع مصالحها، وذلك نتيجة لما لها في هذا الميدان من حرية واستقلال، وفعلا فقد تأخذ دولة بحق الدم، وأخرى بحق التراب، وقد تجمع بينهما ثالثة. كذلك قد تقر دولة بأن الزوجة تكتسب جنسية زوجها، في حين لا تأخذ بذلك دولة أخرى، وقد تسلم دولة بأن تجنس الزوج يؤثر في جنسية الزوجة، وقد لا تسلم بذلك دولة أخرى، إلى غير ذلك من الصور المختلفة التي لا يدخلها الخصر.

54 ـ وإزاء مثل هذه الحالات إذن لا بد أن تنتج ظاهرتان :

أولاهما : أن يجد الفرد نفسه متمتعا بأكثر من جنسية، كما لو ولد من أب يتمتع بجنسية دولة تأخذ بحق الدم، فوق إقليم دولة تأخذ بحق التراب، فتكون له بدون شك جنسيتان: جنسية الدولة التابع لها أبوه، وجنسية الدولة التي ولد فوق إقليمها، فهذه الظاهرة اصطلح الفقهاء على تسميتها بازدواج الجنسية (Cumul de nationalites).

ثانيهما : أن يجد الفرد نفسه بلا جنسية، لأن الدول جميعا تتخلى عنه وفقا لقوانينها، كما ولد فوق إقليم دولة لا تأخذ بحق التراب وكان أبواه مجهولي الجنسية، وهذه الظاهرة يطلق عليها «إنعدام الجنسية» (Apatridie).

المشاكل الناشئة عن الظاهرتين :

55 ـ تنشأ عن ظاهرتي انعدام الجنسية وازدواجها، مشاكل عديدة ما انفكت تثير الاضطراب في التوزيع الدولي للافراد، وتتسبب في اعقد المشاكل وأدق الصعوبات في القانون الدولي الخاص.

56 ـ فبالنسبة لعديم الجنسية يتعذر تعيين ما له من الحقوق وما عليه من الواجبات، سواء نحو الدولة أو الافراد، إذ ان مركزه يختلف عن مركز الاجانب العاديين ما دام لا ينتمي إلى دولة معينة فيجوز لكل دولة إبعاده

ويجوز لكل دولة أن ترفض قبوله. كما يتعذر تعيين قانونه الشخصي في الاحوال التي توجب التعرف على القانون الشخصي الذي يجب إخضاعه إليه.

57 ـ كذلك الامر بالنسبة لمتعدد الجنسية إذ يفضي به الامر إلى تحمل التكاليف التي تفرضها عليه كل الدول التي ينتمي إليها. ولا شك أنه يستحيل عليه الوفاء بكل الالتزامات كالخدمة العسكرية سيما زمن قيام الحرب بين الدول التي ينتسب إليها، زيادة عما ينشأ عن ذلك من الصعوبات التي تقوم أمام الدول، سواء في تعيين القانون الشخصي الذي يجب تطبيقه على متعدد الجنسية أو في معرفة ما إذا كان من الممكن لكل الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية أن تمنحه حمايتها الديبلوماسية مثل رعاياها الموجودين خارج ترابها.

على أن هاتين الظاهرتين ينتج عنهما حتما تنازع في الجنسية: تنازع إيجابي في حالة التعدد أو الازدواج، وتنازع سلبي في حالة الانعدام.

جهود الدول لاتقاء الوقوع في حالات انعدام الجنسية وازدواجها:

58 ـ ما انفكت الدول تبذل جهودا كبيرة، سواء فردية أو جماعية، لاتقاء الوقوع في حالات انعدام الجنسية وازدواجها، وللتخفيف من حدة المشاكل الناشئة عن تلك الظاهرتين. وقد انتهت جهودها إلى وضع قواعد في تشريعاتها الوضعية لاتقاء تلك الحالات، كما أفضت مساعيها الجماعية إلى إبرام اتفاقيات أهمها اتفاقية لاهاي لسنة 1930 التي عالجت مسائل الجنسية وتنازع القوانين بوضع قواعد أصولية أصبحت معتمدة في تشاريع الكثير من الدول.

وسائل اتقاء انعدام الجنسية :

59 تتبع الدول عند وضعها لتشريعات الجنسية قواعد تتقي بها الوقوع في حالات انعدام الجنسية، من ذلك أنها تمنح الشخص جنسية الدولة التي ولد على ترابها إذا كان مجهول الابوين(1). أو لم يثبت نسبه لأبيه، أو ولد لأب مجهول الجنسية أو عديمها(2). وتجتنب التجريد من الجنسية كوسيلة للعقاب إلا في حدود ضيقة جدا تفرضها المصلحة الوطنية للدولة، كما تقصر استرداد الجنسية أو سحبها على الحالات التي يمكن فيها لمن يستهدف ذلك من الافراد إلى الرجوع إلى جنسيته السابقة، كما تعلق فقد الجنسية الأولى

(1) راجع الفصل 14 من اتفاقية لاهاي.
(2) راجع الفصل 15 من اتفاقية لاهاي.

على اكتساب الجنسية الجديدة في صورة التجنس(1). وبالنسبة للمرأة إذا كان قانونها الوطني يفقدها جنسيتها بسبب زواجها من أجنبي فإن هذا الأثر يعلق على اكتسابها لجنسية زوجها، وإذا فكت عصمتها فإنها لا تسترد جنسيتها السابقة إلا إذا طلبتها(2). كذلك لا تفقد الزوجة والأولاد القصر جنسيتهم بتغيير الزوج لجنسيته عن طريق التجنس إلا إذا كان قانون الدولة الجديدة يمنحهم جنسيته(3).

بهذه القواعد التي تقررها الدول بصفة فردية، والمبادىء التي تقتضيها المعاهدات والاتفاقيات الجماعية، يمكن التقليل من حالات انعدام الجنسية، إذا القضاء على هذه الظاهرة بصفة نهائية متعذر، طالما كانت الدول مطلقة الحرية في وضع النظم القانونية لقواعد الجنسية الخاصة بها ولا هدف لها إلا تحقيق ما تمليه عليها مصالحها الوطنية.

وسائل اتقاء إزدواج الجنسية :

60 ـ كذلك تجتهد الدول في وضع قواعد واتباع مبادىء تتقي بها حالات ازدواج الجنسية، من ذلك أنها تعلق اكتساب جنسية جديدة على زوال الجنسية السابقة في صورة التجنس. غير أن هذا المبدأ كثيرا ما أفضى إلى انعدام الجنسية عندما يفقد طالب التجنس جنسيته السابقة ويمنع من الدخول في الجنسية الجديدة، لذلك لم يعلق القانون التونسي في صورة التجنس منح الجنسية التونسية على زوال الجنسية السابقة لطالب التجنس(4). كذلك تسعى بعض الدول الى اعطاء الخيار لمن يهمه الامر كزوجة المتجنس وأولاده القصر بين طلب اكتساب جنسية الزوج الجديدة وبين الاعراض عنها، وكالمرأة الاجنبية التي تتزوج بوطني بين الاحتفاظ بجنسيتها وبين طلب اكتساب جنسية زوجها.

61 ـ هذا، ويرى أغلب الفقهاء ان أحسن طريقة يمكن اتباعها لاتقاء حالات ازدواج الجنسية هي توحيد الأسس التي تبنى عليها التشريعات القانونية لقواعد الجنسية وترتيبها بحسب الأهمية. غير ان ذلك متعذر طالما كانت كل دولة حرة في وضع تشريعات الجنسية طبقا لما تفرضه عليها مصالحها الوطنية، وما دامت لا توجد اتفاقيات دولية تلتزم كل الدول باتباعها والخضوع لاحكامها.

(1) راجع الفصل 7 من إتفاقية لاهاي.
(2) راجع الفصول 8ـ9ـ11 من اتفاقية لاهاي.
(3) راجع الفصل 13 من اتفاقية لاهاي.
(4) أنظر الفصول المتعلقة باكتساب الجنسية التونسية عن طريق التجنس.

الباب السابع
في فض المشاكل الناشئة عن التنازع السلبي

62 ـ أسلفنا أن ظاهرة انعدام الجنسية تتسبب في قيام صعوبات تعاني منها الدول والافراد على السواء، فعديم الجنسية يجوز لكل دولة أبعاده، كما يجوز لكل دولة الامتناع عن قبوله. كذلك تتحرج الدولة التي يقيم على ترابها عديم الجنسية في كيفية معاملته ما دام لا يتمتع بحصانة أية دولة أجنبية. وقد اضطرت الدول إلى أن تنشىء، برعاية عصبة الأمم، جواز سفر خاص بعديمي الجنسية يعرف «بجواز نانسن»، كما يتعذر التعرف على القانون الشخصي لعديم الجنسية الذي يجب إخضاعه إليه في مسائل الاحوال الشخصية.

ولفض المشاكل الناشئة عن التنازع السلبي للجنسية، ذهب الفقهاء مذاهب شتى، فمنهم من يرى أنه يجب أن يطبق على عديم الجنسية قانون آخر جنسية كان يتمتع بها.

وذهب فريق آخر إلى القول بتطبيق قانون الدولة التي ولد على ترابها.

غير أن أغلب الفقهاء يرون الاعتداد بقانون الموطن، أي قانون الدولة التي توطن بها عديم الجنسية، وان تعذر ذلك وجب تطبيق قانون محل الإقامة، وإن تعذر التعرف على محل الإقامة بكون الإسناد لقانون القاضي(1) .

الباب الثامن
في فض المشاكل الناشئة عن التنازع الإيجابي

63 ـ يتسبب كذلك ازدواج الجنسية، مثلما أشرنا إلى ذلك سابقا، في إثارة مشاكل عديدة منها وضع الشخص إزاء التزامات متعددة يستحيل عليه الوفاء بها في وقت واحد، كالخدمة العسكرية في كل الدول التي ينتسب إليها زمن قيام الحرب بينها. زيادة عن تزاحم الدول التي ينتمي إليها في أن تضفي عليه حمايتها الديبلوماسية التي تمنحها لرعاياها الموجودين خارج ترابها، وصعوبة اختيار القانون الشخصي الذي يجب تطبيقه عليه من بين القوانين التي تتبع الجنسيات المتعددة التي يتمتع بها وينتسب إليها.

---

(1) راجع باتيفول المرجع السابق ص 84.

(1) مكرر راجع اتفاقية من لا وطن لهم المنشورة في آخر هذا الكتاب.

ومتعدد الجنسية لا تمكن معاملته على أساس كل الجنسيات التي يتمتع بها، إذ يجب اختيار أو ترجيح إحدى الجنسيات لاعتمادها في معاملته(1)، ومناط البحث في هذا الموضوع هو التعرف على المبادىء التي يجب اعتمادها ليبنى عليها الاختيار أو الترجيح. وقد وضعت اتفاقية لاهاي لسنة 1930 بعض المبادىء الأساسية لمعالجة تنازع الجنسيات.

64 ـ وقد اجمع الفقهاء على التمييز بين ما إذا كانت دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، وبين ما إذا لم تكن جنسية دولة القاضي ضمن الجنسيات المتنازعة. فإذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، فإنه يجب على القاضي اعتماد جنسية دولته واعتبار متعدد الجنسية وطنيا ومعاملته على هذا الأساس دون سواه، وهو ما يمليه عليه احترامه لقوانين بلاده التي يستمد منها سلطته(2). وقد أخذت محكمة التعقيب التونسية بهذا الرأي في قرارها عدد 1390 المؤرخ في 23_12_1963(3).

وهذا الحل بتماشى مع ما اقتضاه الفصل الثالث من اتفاقية لاهاي الذي ينص على أنه «مع مراعاة أحكام هذه الاتفاقية فإن الشخص الذي له جنسيتان أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة ينتمي إليها كأحد رعاياها». على أنه يرد على هذه القاعدة قيد جاء به الفصل 4 من اتفاقية لاهاي يحد من حرية الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية في اعتباره من طرف كل منها كأحد رعاياها وهو أنه لا يمكن لدولة أن تبسط حمايتها الديبلوماسية على أحد رعاياها ضد دولة يكون ذلك الشخص أحد رعاياها أيضا.

65 ـ أما إذا لم تكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، فقد اختلف الفقهاء حول أساس الاختيار، فذهب البعض إلى احترام إرادة متعدد الجنسية واعتماد آخر جنسية اكتسبها. وذهب فريق إلى ترجيح الجنسية الأولى، احتراما لحق الدولة المكتسب. ويرى فريق آخر اختيار جنسية القانون الاشبه بقانون دولة القاضي.

غير أن الرأي الغالب في الفقه الدولي هو اعتماد الجنسية الواقعية، وهي جنسية الدولة التي يها مقر متعدد الجنسية الاعتيادي أو الأصلي. أو جنسية الدولة التي يستنتج من ظروفه أنه يبدو أكثر تبعية لها في الواقع. وهذا ما اقتضاه الفصل الخامس من اتفاقية لاهاي الذي ينص على أنه «يجب أن يعامل اقتضاه الفصل الخامس من اتفاقية لاهاي الذي ينص على أنه «يجب

---

(1) راجع الفقرة الأولى من الفصل 5 من اتفاقية لاهاي.
(2) راجع باتيفول المرجع السابق ص 70.
(3) يراجع نص القرار بمجلة القضاء والتشريع عدد 2 لشهر فيفري 1964 ص 50.

أن يعامل الشخص المكتسب لعدة جنسيات من طرف الدولة غير التي ينتمي إليها معاملة من ليست له إلا جنسية واحدة، ويمكن لهذه الدولة مع مراعاة قوانينها المنطبقة في مادة الاحوال الشخصية والاتفاقيات المصادق عليها، ان تقر لهذا الشخص على إقليمها من بين الجنسيات المتحصل عليها، أما جنسية الدولة التي بها مقره الاعتيادي والأصلي، أو جنسية الدولة التي يستنتج من ظروفه أنه يبدو أكثر تبعية لها في الواقع».

66 ـ وقد أقرت محكمة لاهاي هذا المبدأ، أي مبدأ الجنسية الواقعية، (Nationalité effective) في حكم أصدرته في 3 ماي 1912 في قضية كانيفارو (Canavero) التي تتلخص وقائعها في ان رافائل كانفيروولد في بيرو، لاب ايطالي، ومن ثمة فهو يعتبر إيطاليا وفقا للقانون الإيطالي الذي يأخذ بحق الدم، ويعتبر بيروئيا وفقا لقانون بيرو الذي يأخذ بحق الاقليم. أرادت الحكومة البيروئية ان تحيي ضريبة من كانافيرو باعتباره بيروئيا، لكنه رفض دفعها معتلا بأنه إيطالي، واستعان بالحكومة الإيطالية، فنشب عن ذلك نزاع بين الحكومة الإيطالية والحكومة البيروئية قضت فيه محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي باعتبار أن كانافيرو بيروئي لانه «من الناحية الواقعية باشر في بيرو أكثر من مناسبة حقوق المواطن البيروئي».

67 ـ ومن الواضح ان تطبيق مبدا الجنسية الواقعية يستلزم أن تكون الجنسيات موضوع التنازع ثابتة أو مكتسبة اكتسابا صحيحا وفقا لقانون كل منها. وعلى هذا الأساس فإذا كان للشخص جنسيتان، وكانت احداهما لم تكتسب اكتسابا صحيحا اعتبر التنازع غير قائم، واعترف للشخص بالجنسية الثابتة له قانونا. من ذلك ما قضت به المحاكم البلجيكية في قضية الاميرة دي بوفرمان (Princesse de Bouffremont) التي تتلخص وقائعها في ان هذه الاميرة فرنسية الجنسية، ومتزوجة بفرنسي ثم أرادت الطلاق من زوجها للتزوج بأمير روماني اسمه (Bibesco) ولما كان قانونها الوطني يحجر وقتئذ الطلاق، تجنست بجنسية احدى الولايات الالمانية، فعرض هذا التنازع بين الجنسية الفرنسية والجنسية الالمانية أمام المحاكم البلجيكية التي رفضت تطبيق مبدا الجنسية الواقعية بعلة ان الجنسية اللاحقة، أي الجنسية الالمانية، لم يتم كسبها صحيحا لأن الزوجة ناقصة الأهلية حسب قانونها الشخصي، وكان من الواجب أن تحصل على إذن من زوجها لكسب جنسية جديدة.

وحيئنذ كان اختيار القاضي وترجيحه لاحدى الجنسيات لا يعدو أن

يكون فصلا في مسألة واقعية». والملاحظ أن محكمة التعقيب الفرنسية اعتمدت هذا الرأي في قرارها الصادر في 21 جوان 1922(1).

BIBLIOTHEQUE FACULTE DE DROIT SOUSSE

الباب الثامن

أهمية الجنسية في القانون الدولي الخاص

68 ـ تضبط قواعد القانون الدولي الخاص التي تضعها الدول الحقوق التي يتمتع بها الأجانب ببلادها وكيفية ممارستهم لتلك الحقوق. ولا يمكن التعرف على مدى تمتع الاجنبي سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا بحق معين أو على عدم تمتعه ببعض الحقوق إلا إذا ثبتت صفته «الاجنبية» أي عدم انتمائه لجنسية الدولة المقيم بها. ومن هنا تظهر أهمية قواعد الجنسية في التمييز بين الوطنيين والأجانب لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على النزاع القائم حول العلاقة ذات العنصر الأجنبي.

69 ـ وقد اعتمدت الكثير من التشاريع على الجنسية في تعيين القانون الذي يجب تطبيقه في مسائل الاحوال الشخصية. وقد أخذ المشرع التونسي بهذا المبدا في الفصلين، الأول والرابع من الأمر المؤرخ في 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الاحوال الشخصية للاجانب. فاقتضى الفصل الأول «ان الاجانب خاضعون فيما يخص أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني». كما اقتضى الفصل الرابع أنه «إذا كانت النازلة بين متقاضيين خاضعين لحالتين شخصيتين مختلفتين فإن القانون المنطبق لفصل النزاع يعين حسب الشروط التالية :

1 ـ يرفع في حالة الاشخاص وأهليتهم في الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي لكل من الطرفين.

2 ـ وفي حقوق الازواج وواجباتهم المتبادلة وفي نظام الاموال بين الأزواج وفي الطلاق والتطليق والتفريق إلى القانون الشخصي للزوج وقت عقد الزواج.

3 ـ وفي أداء النفقة إلى القانون الشخصي للمدين به،

4 ـ وفي الوصايا والقيامة والحجر والترشيد إلى القانون الشخصي للقاصر أو المحجوز عليه.

---

(1) أنظر باتيفول المرجع نفسه ص 92.

(2) أنظر دراسة أمر 12 جويلية 1956 في الكتاب الخامس تنازع القوانين، الوارد فيما بعد ومقصد المشرع من تعبيره مرة بالقانون الوطني وأخرى بالقانون الشخصي للأجنبي.

5 ـ وفي البنوة وتصحيح النسب والاقرار بالابوة وانظارها إلى القانون الشخصي للأب.

6 ـ وفي التبني إلى القانون الشخصي للمتبني والمتبنّى.

7 ـ وفي آثار التبني إلى القانون الشخصي للمتبني.

8 ـ وفي المواريث والهبات والوصايا وغير ذلك من التصرفات بسبب الموت إلى القانون الشخصي للمورث والواهب والموصي.

9 ـ وفي الغيبة واعتبار المفقود ميتا إلى القانون الشخصي للغائب والمفقود المعتبر ميتا .

ولا بدّ من الإشارة هنا إلى أن فقه القضاء التونسي درج على احترام مبدإ النظام العام وذلك بتطبيق قانون الحالة الشخصية للزوجة التونسية في صورة نشوب نزاع بينها وبين زوجها الأجنبي(1).

ولا شك أن في كلا الفصلين لا يمكن تحديد القانون الشخصي الواجب التطبيق إلا بعد التعرف على جنسية الاجنبي، ومن ثمة استمدت الجنسية أهميتها في القانون الدولي الخاص.

---

(1) أنظر مثلا قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 51196 المؤرخ في 7ـ11ـ1959 وفيما يلي بعض ما ورد فيه من مستندات.

... وحيث وجدت المحكمة نفسها، مع الاحتفاظ بما سبق بيانه وآخذة بعين الاعتبار الجدال القائم في هذه القضية، تجاه زوجين يخضع كل واحد منهما لقانون يختلف عن قانون الآخر في مادة الاحوال الشخصية.

وحيث يصطدم تطبيق القانون الإيطالي الذي لا يسمح بالطلاق في قضية الحال بما يمليه النظام العام التونسي الذي جاء بعدم حرمان المرأة التونسية من التمتع بإحدى حقوقها الاساسية المعترف بها لها من طرف المشرع التونسي. ولذا وجب تطبيق القانون التونسي عوضا عن القانون الإيطالي الذي يقع تطبيقه عادة...

الكتاب الثالث

الجنسية في التشريع التونسي

نظـرة عامـة

لمحة تاريخية :

70 ـ إن فكرة الجنسية بمفهومها الحالي لم تكن معروفة لدى الامم قديما، إذ لم يتكامل المفهوم الذي أصبح لها الآن إلا خلال القرن الماضي. وما ورد ببعض الشرائع القديمة لا يدل بنفس التحديد على المفهوم الذي أقرته لها الآن التشاريع الحديثة.

ففي الشرع الروماني كان يوجد الرعايا الرومانيون وكان كل من ليس رومانيا يطلق عليه اسم برباراي أجنبي(1).

71 ـ أما التشريع الاسلامي فقد ميز بين دار الاسلام وشمولها ورعايتها للمسلمين وغير المسلمين المقيمين بها إقامة دائمة، وبين دار الحرب. وبذلك ظل الرباط المتين الذي يربط بين المسلمين عامة حاجزا قويا حال دون تبلور «فكرة الجنسية» بمعناها الحديث. وقد بقيت البلاد التونسية، بوصفها دولة إسلامية، تقيم وزنا لذلك الرباط في ميدان (الجنسية).

وهكذا مثلا استطاع المؤرخ التونسي عبد الرحمان ابن خلدون ان يتقلد وظائف عمومية بدول مختلفة دون ان تمنعه جنسيته من الاضطلاع بتلك الوظائف(2). وكذلك تمكن حديثا، أي حوالي منتصف القرن التاسع عشر، الوزير خير الدين ـ القوقازي الأصل ـ ان يتبوأ منصب وزير أول بالبلاد التونسية ثم وزير الشؤون الخارجية بتركيا(3).

---

(1) محاضرات الاستاذ باز ـ مجلة القضاء والتشريع.
(1) مكرر أنظر فيما بعد إقامة الأجانب في التشريع الإسلامي.
(2) أنظر كتاب التعريف.
(3) أنظر القانون الدولي الخاص التونسي للاستاذ جان بي مرلان(Jambu-Merlin).

72 ـ وما ان برزت فكرة الجنسية بمعناها الحديث إلى حيز الوجود، وظهرت ضرورتها الاجتماعية، باعتبارها أداة صالحة لتحديد صفة العضوية في المجتمعات البشرية لتمييز الوطنيين اعضاء دولة ما عن اعضاء دولة أخرى، واعتنقتها عدة أمم متحضرة، حتى أخذ بها الدستور التونسي لسنة 1861 الذي يمثل أولى المراحل التاريخية التي مر بها التنظيم القانوني لمسائل «الجنسية».

وفعلا فقد أقر هذا الدستور في فصوله 92ـ94ـ106 ـ المبادىء التالية :

أولا : نص الفصل 92 على أن التونسي إذا انتقل لوطن آخر على أي وجه وبأي سبب، طالت مدة مغيبه أو قصرت، حسب من أهل الوطن المنتقل إليه أو لم يحسب، ثم رجع لمملكة تونس حسب من رعاياها كما كان».

وقد أخذ هذا الفصل بالمبدإ الذي كان يسود ميدان الجنسية في ذلك العصر وهو مبدإ الولاء الدائم.

ثانيا : اقتضى الفصل 94 أن «غير المسلم من رعيتنا إذا انتقل لدين آخر لا يخرجه تنقله من الحماية التونسية ورعايتها».

ثالثا : كما اقتضى الفصل 106 أن «جميع رعايا الدول الاحباب لا يقع لهم التعرض في أحوال أديانهم وواجباتها ولا يجبر أحدهم على تبديل دينه ولا يمنع من الانتقال لغير دينه إن شاء **وانتقاله لغير دينه لا يخرجه من جنسيته ولا يمنعه من رعايتها**».

73 ـ والملاحظ أن هذين الفصلين ارتكزا على مبدإ حرية الاعتقاد حتى لا يكون لها تأثير على «الجنسية». غير أنه لم يلبث بعد ردح قصير من الزمن إن وقف العمل بذلك الدستور لاسباب سياسية لا سبيل لذكرها بدون خروج عن موضوع هذه الدراسة وعقبه في ميدان التنظيم القانوني لقواعد الجنسية الامر الفرنسي الصادر في 28 فيفري 1899 الذي خول للمواطنين التونسيين التجنس بالجنسية الفرنسية. ولا شك أن هذا المبدأ يناقض ما جاء به الفصل 92 من عهد الأمان الذي سبق أن أشرنا إلى أنه يقرر مبدإ الولاء الدائم.

74 ـ وتلاه أمر صدر في 19 جوان 1914 جاء بحالتين جديدتين إذ اقتضى :

أولا : يعد تونسيا كل شخص ساكن بالإيالة التونسية ولم يكن متمتعا بصفة الوطنية الفرانسوية أو لم يكن من رعايا الدولة الفرنساوية أو دولة

أجنبية بمقتضى المعاهدات والاتفاقات المنعقدة مع الدولة التونسية.

ثانيا : بعد تونسيا كل شخص ولد بالإيالة التونسية أو خارجها من أب تونسي أو عند عدم معرفة الأب من أم تونسية قبل أو بعد إجراء العمل بهذا الأمر وهو ساكن بالإيالة أو خارجها.

وبالتأمل من هذا الأمر يظهر بوضوح ان «فكرة الجنسية» أخذت تتبلور شيئا فشيئا. ذلك أنه يستخلص منه أنه يمنح الجنسية نتيجة «لصلة الدم» (Jus sangiunis) أو «صلة الاقليم» (Jus soli) فالشخص يصبح تونسيا على معنى هذا الأمر إذا ولد لأب تونسي أو ولد بالتراب التونسي.

75 ـ ثم صدر في 8 نوفمبر 1921 أمر تضمن فصلين نص أولها على أنه «يعد تونسيا باستثناء مواطني ورعايا الدولة الحامية الذين هم من غير رعايانا كل شخص ولد بتراب مملكتنا من أبوين ولد أحدهما بتراب مملكتنا أيضا مع مراعاة أحكام الاتفاقيات والمعاهدات التي تربط الحكومة التونسية». واقتضى ثانيهما نسخ الاحكام المخالفة له الواردة بالامر المؤرخ في 19 جوان 1914 المشار إليه آنفا.

تلك هي النصوص التي كانت تنظم قواعد الجنسية التونسية، وهي بلا شك نصوص مقتضبة لا تتناول موضوع الجنسية مثلما نشاهده اليوم في معظم القوانين الاجنبية الحديثة. وحتى هذه النصوص على ما فيها من عيوب ونقائص كثيرا ما وقع تناولها من طرف المحاكم الفرنسية بما لا يتماشى مع مصالح تونس(1). ولا مع مقتضيات القانون(2) .

76 ـ لذلك لم تكد تحرز بلادنا على استقلالها الداخلي غداة إبرام اتفاقيات 3 جوان 1955، حتى بادر المشرع بإصدار تشريع جديد للجنسية في السادس والعشرين من جانفي 1956. لكن هذا التشريع لم يدم طويلا على الرغم مما كان يمتاز به من أحكام عصرية، ومما كان يتضمنه من

---

(1) أنظر علي المزغني في كتابه القانون الدولي الخاص ـ طبعة.

(2) أنظر تعليق محمد ابن سلامة الرئيس الأول لمحكمة التعقيب سابقا حول أحكام القانون الفرنسي المؤرخ في 7 مارس 1925 والذي أصبح منطبقا في تونس بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 5 ماي 1930 وقد أشار إلى أن الفصل السابع يقرر ان الشركات المحدودة المسؤولية المحدثة بالبلاد التونسية طبق القانون الفرنسي المشار إليه سابقا والتي عينت مركزعا الاجتماعي الرسمي بالإيالة **تونسية الجنسية** وهذه الأحكام تهم النظام العام وتأويل المحاكم الفرنسية لهذه النصوص تمشيا مع نظرية العميد فكتور بشموت Victor Bismuth التي لا تعترف لها بالجنسية التونسية بدعوى أن القانون التونسي يجهل فكرة الذات المعنوية إلى آخر ما جاء بهذه الدراسة التي نشرتها مجلة القضاء التونسي التي تصدر عن ودادية الحكام التونسيين سنة 1950 ص 38.

مبادىء كان لها الأثر في سد الثلمات التي كانت توجد بتشريعنا القديم. على أن هذا التشريع تجاوزته الاحداث، إذ لم تكد تدخل تونس في مرحلة الاستقلال الداخلي، ومر عليه بضعة أشهر حتى تحقق الاستقلال التام بإبرام بروتوكول 20 مارس 1956. وقد كان لهذا الاستقلال أثره الواضح في إزالة الاغلال التي كانت تقيد أيدي المشرع التونسي في مادة الجنسية. ذلك أنه عند وضعه لذلك التشريع لم يكن حرا بالمعنى الكامل، بل كان مقيدا باتفاقيات 3 جوان 1955 التي كانت تملي عليه الاحكام التي ينبغي له أن يتخذها في مادة الجنسية(1).

يضاف إلى ذلك أن هذا التشريع الجديد كان يتعرض في كثير من أحكامه إلى مسائل تتناقض مع تشاريعنا العامة، فهو مثلا يقرر أحكاما للولد غير الشرعي، في حين أن هذه المسألة تتنافى مع التشريع الإسلامي عامة ومجلة الاحوال الشخصية على الخصوص. كذلك فهو يقرر سنا للرشد لا يتماشى مع سن الرشد الذي أوردته مجلة الاحوال الشخصية...

لذلك بادر المشرع بالغائه وتعويضه بقانون آخر جديد أصدره في الثامن والعشرين من فيفري سنة 1963. وسندرس فيما يلي هذا التشريع الجديد متبعين في بحثنا ترتيب الابواب والاقسام التي وردت به.

---

(1) أنظر علي المزغني في كتابة القانون الدولي الخاص، المرجع السابق.

الباب الأول

في الجنسية التونسية الأصلية

تمهيد :

77 ـ إن الجنسية الأصلية هي التي تثبت للفرد منذ الميلاد، وهي تعرف أيضا بالجنسية المفروضة، إذ لا خيار للفرد بشأنها. وقد بنى المشرع الجنسية التونسية الأصلية على الأساسين المعروفين، وهما حق الدم وحق الإقليم، جاعلا للأول نصيبا أوفر. ذلك أنه قصر الجنسية التونسية الأصلية المبنية على حق الدم على حالة الميلاد من أب تونسي، وجمع بين حق الدم وحق التراب بالنسبة للمولود من أم تونسية، فاقتضى بجانب الميلاد من أم تونسية اعتبارا إقليميا حتى يتمتع المولود بالجنسية التونسية وذلك إذا كان أبوه أجنبيا. كما أضفى الجنسية التونسية الأصلية على المولود من أم تونسية بدون اعتبار لحق التراب، إذا كان من أب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية، ثم جعل في النهاية من حق الإقليم أساسا كافيا لفرض الجنسية التونسية في حالات ثلاثة. وستتولى تفصيل ما أجملنا فيما يلي:

الباب الثاني

إسناد الجنسيه التونسية بموجب النسب «حق الدم»

78 ـ ينص الفصل السادس من مجلة الجنسية على أنه يكون تونسيا :

1 ـ من ولد لأب تونسي،

2 ـ من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية.

3 ـ من ولد بتونس من أم تونسية وأب أجنبي،

وظاهر من هذا النص أن الجنسية تسند بموجب النسب في حالتين:

فالحالة الأولى تقرر جنسية أصلية بصفة مطلقة إذا كان النسب للأب.

أما الحالة الثانية فإنها تقرر جنسية أصلية لكن في صور معينة وبشروط مضبوطة إذا كان النسب للأم.

الحالة الأولى ـ الانتساب للأب :

79 ـ فبالنسبة للانتساب للأب، تنص الفقرة الأولى من الفصل السادس المذكور على أنه «يكون تونسيا من وبد لأب تونسي، ويتضح من هذا النص أن الولد يعتبر تونسيا مهما كانت جنسية الأم أي حتى ولو كانت الأم أجنبية. وتغلب جنسية الأب التونسية على جنسية الأم مبناه اعتبار الأب في الأسرة الذي يغلب دوره في تكوين عقلية الولد بالتربية.

63 ـ هذا ويشترط لاعتبار الولد تونسيا شرطان أساسيان :

الشرط الأول ـ ثبوت النسب :

يجب أن يثبت نسب المولود لأبيه على مقتضى القانون التونسي، ولا يتوقف إثبات النسب على قيام زوجية صحيحة، ذلك أن الفصل 22 من مجلة الاحوال الشخصية اقتضى أنه «يبطل الزواج الفاسد وجوبا بدون طلاق ولا يترتب على مجرد العقد أي أثر ويترتب على الدخول الآثار التالية فقط».

أ ـ استحقاق المرأة المهر المسمى أو تعيين مهر لها من طرف الحاكم.

ب ـ ثبوت النسب :

ج ـ وجوب العدة على الزوجة وتبتدىء هذه العدة من يوم التفريق.

د ـ حرمة المصاهرة.

80 ـ كما لا يشترط لاثبات النسب انبرام عقد الزواج طبقا للصيغ القانونية التي اقتضاها الفصل 31 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في غرة أوت 1957 والذي ينص على أن يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة، وأن يبرم عقد زواج التونسيين بالخارج أمام الاعوان الديبلوماسيين أو القنصليين التونسيين، أو يبرم العقد طبق قوانين البلاد التي يتم فيها».

ذلك أن الفصل 36 مكرر من قانون الحالة المدنية المذكور اقتضى أنه «لا ينجر عن الزواج المصرح بابطاله بمقتضى أحكام الفصل السابق الذي ينص على بطلان عقد الزواج المبرم خلافا للصيغ القانونية التي اقتضاها الفصل 31 الآنف الذكر إلا النتائج التالية :

1 ـ ثبوت النسب

2 ـ وجوب العدة على الزوجة وتبتدىء هذه العدة من تاريخ صدور الحكم.

3 ـ موانع الزواج الناتجة عن المصاهرة،

والنسب يثبت حسبما اقتضاه الفصل 28 من مجلة الاحوال الشخصية بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة شاهدين من أهل الثقة فأكثر.

81 ـ وللنسب أثر رجعي إذ أنه يرجع، إلى تاريخ الميلاد ولو لم يتم إثباته إلا بعد تاريخ الولادة، وهو ما اقتضاه الفصل 11 من مجلة الجنسية إذ ينص على أنه «يعتبر الولد الذي هو تونسي عملا بأحكام هذا الباب تونسيا منذ ولادته ولو أن الشروط المطلوبة قانونا لاسناذ الجنسية التونسية لم يثبت توفرها إلا بعد الولادة»

الشرط الثاني ـ تمتع الأب بالجنسية التونسية :

82 ـ يجب أن يكون الأب وقت ولادة الطفل متمتعا بالجنسية التونسية، إذ العبرة بجنسية الأب وقت ولادة الطفل، ولا ينظرإلى الجنسية التي كان يتمتع بها الأب مدة الحمل. كما أن الولد يكتسب جنسية أبيه التونسية ولو توفي الأب قبل الولادة، إذ أن الوفاة لا تمنع من إسناد الجنسية التونسية للطفل طالما كان الأب يتمتع بالجنسية التونسية عند الوفاة.

هذا ولا يشترط في جنسية الأب أن تكون جنسية أصلية أو مكتسبة عن طريق التجنس أو بفضل القانون، إذ يكفي أن يكون الأب متمتعا بالجنسية التونسية وقت ولادة الطفل حتى تسند للولد جنسية أبيه.

الحالة الثانية ـ الانتساب للأم :

83 ـ تنص الفقرتان الثانية والثالثة من الفصل السادس الآنف الذكر على ما يلي :

1) من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية.

2) من ولد بتونس من أم تونسية وأب أجنبي.

ويتضح من هاتين الفقرتين أن المشرع يقرر في هذه الحالة جنسية أصلية بموجب الانتساب للأم في صورتين مختلفتين:

الصورة الأولى ـ من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية :

84 ـ في هذه الصورة حالتان، فالأولى هي حالة من ولد لأم تونسية وأب مجهول، ففي هذه الحالة تقرر للمولود سواء ولد بتونس أو خارجها الجنسية التونسية الأصلية بموجب انتسابه لأم تتمتع بالجنسية التونسية وقت ولادته. وإذا ما ثبت نسبه لأبيه فيما بعد فإنه يكتسب بدون شك جنسية أبيه منذ ولادته دون الاخلال بالحقوق التي اكتسبها الغير عن حسن نية بناء على جنسيته التونسية حسبما اقتضى ذلك الفصل 11 من مجلة الجنسية.

85 ـ أما الحالة الثانية فهي حالة من ولد من أم تونسية وأب مجهول الجنسية أو عديمها. في هذه الحالة تقرر كذلك للمولود سواء ولد بتونس أو خارجها الجنسية التونسية الأصلية بموجب انتسابه لأم تتمتع وقت ولادته وذلك لحماية الطفل من الوقوع في حالة انعدام الجنسية، غير أنه إذا ما اتضح فيما بعد أن الأب عديم الجنسية أو مجهولها ينتسب لدولة معينة فإن الطفل يكتسب بدون شك جنسية أبيه وتزول عنه الجنسية التونسية المستمدة من انتسابه لأمه لكن بدون الإخلال بالحقوق التي اكتسبها الغير عن حسن نية بناء على جنسيته التونسية تطبيقا للفصل 11 المذكور.

الصورة الثانية ـ من ولد بتونس من أم تونسية وأب أجنبي :

86 ـ كذلك تقرر للمولود الجنسية التونسية الأصلية بصفة نهائية بموجب انتسابه لأم تتمتع وقت ولادته بالجنسية التونسية وبموجب ولادته بالتراب التونسي. ففي هذه الصورة لم يكتف المشرع بانتساب المولود لأم تونسية بل فرض تعزيز حق الدم بحق الإقليم أي بموجب الولادة بتونس.

87 ـ وقد حدد الفصل الخامس مدلول عبارة (بتونس) كما يلي : «إن عبارة (بتونس) الواردة بهذا القانون مدلولها كامل التراب التونسي والمياه الإقليمية التونسية والسفن والبواخر والطائرات التونسية».

88 ـ وفي كل الصور التي تقرر فيها الجنسية التونسية الأصلية للمولود سواء بموجب انتسابه للأم بصفة مستقلة أو كان ذلك معززا بموجب الولادة بتونس فإن إثبات النسب للأم لا يعدو أن يكون إثباتا

لواقعة مادية وهي واقعة الميلاد وتعيينا للمولود والأم وهي تثبت بكل وسائل الاثبات العادية.

89 ـ وقد راعى المشرع في إسناد الجنسية التونسية الأصلية، في هذه الصورة، إن ابن المرأة التونسية المولود بتونس لأب أجنبي، محمول على العيش بتونس مع أمه وأهلها، وانه سيربى ويترعرع في البيئة التونسية والوسط التونسي، وكل ذلك سيكون له اعمق الأثر في نفسه التي ستصطبغ بصبغة البلاد وتجعل ولاءه نحو الدولة أمرا لا شك فيه(1).

الباب الثالث

إسناد الجنسية التونسية بموجب الولادة بتونس «حق الإقليم»

90 ـ تسند الجنسية التونسية بموجب الولادة بتونس في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : يقتضي الفصل السابع أنه «يكون تونسيا من ولد بتونس وكان أبوه وجده مولودين بها أيضا لكن له الحق في الاعراض عن الجنسية التونسية خلال العام السابق عن سن الرشد ما لم يولد بعد إجراء العمل بهذا القانون ويحرر من تابعيته لتونس ابتداء من تارسخ تصريحه بالاعراض عن الجنسية التونسية طبق أحكام الفصل 39 من هذا القانون».

ويفقد حق الاعراض عن الجنسية التونسية التونسي المحجور للصغر الذي يتطوع بالعمل في الجيش أو الذي يشارك في عمليات التجنيد بدون سابقية التمسك بالحق المذكور.

ولا تنسحب أحكام هذا الفصل على ابناء أعوان السلك الديبلوماسي أو القنصلي».

يقرر هذا الفصل للمولود الجنسية التونسية الأصلية بموجب الولادة بتونس بتوافر شرطين :

الشرط الأول ـ الولادة بتونس :

91 ـ يشترط في المولود أن تقع ولادته بتونس، وقد سبق أن أشرنا إلى أن الفصل الخامس حدد مدلول عبارة بتونس كما يلي : «عبارة (بتونس) الواردة بهذا القانون مدلولها كامل التراب التونسي والمياه الإقليمية التونسية والسفن والبواخر والطائرات التونسية». وعلى هذا الأساس يعتبر من ولد بسفينة أو باخرة أو طائرة تونسية كأنه ولد بالتراب التونسي. وإثبات الولادة واقعة مادية تثبت بكل وسائل الاثبات العيادية.

---

(1) راجع الندوة الصحفية للسيد كاتب الدولة للعدل المنشور نصها في آخر الكتاب.

ولا يكفي حصول الحمل في تونس، إذ لا بد من واقعة الولادة ذاتها، وأن يكون ثابت النسب لأبيه طبقا لقانون الحالة الشخصية التابع لجنسية الأب وقت الولادة، وهو الأصل في البنوة عند صيغة التعميم.

الشرط الثاني - ولادة الأب والجد بتونس :

92 ـ كذلك يجب أن يكون كل من الأب والجد قد ولد أيضا بتونس، بصرف النظر عن الجنسية التي يتمتع بها كل منهما، إذ العبرة بتحقق ميلاد الأب والجد بتونس مثل ولادة الطفل.

وإثبات الولادة لا يعدو أن يكون إثباتا لواعقة مادية تثبت ببطاقات الحالة المدنية للولادة أو بشهادات الشهود أو غير ذلك من وسائل الإثبات العادية. أما إثبات نسب الأب للجد فإنه يتم طبقا لقانون الحالة الشخصية التابع لجنسية الجد وقت ولادة الأب.

فإذا توافر الشرطان المذكوران تسند للمولود الجنسية التونسية الأصلية بموجب الولادة بتونس، لكن مع حق الاعراض عنها بالنسبة لمن ولد قبل إجراء العمل بهذه المجلة خلال العام السابق عن سن الرشد.

93 ـ هذا والمرسوم الصادر بإعادة تنظيم مجلة الجنسية التونسية لم يبين تاريخ ابتداء العمل به، لذلك لا مندوحة من الرجوع إلى قواعد القانون العام الواردة بأمر 27 جانفي 1883 المنقح بأمر 13 سبتمبر 1956 والقاضية بأن القوانين الجديدة تدخل حيز التطبيق بتونس العاصمة بعد مضي يوم كامل من تاريخ نشرها بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وبعد مضي يوم كامل على بلوغه لمركز الولاية بالنسبة لداخل البلاد التونسية. وبناء على ذلك يتحتم الرجوع لتاريخ نشر المرسوم بالرائد الرسمي بالنسبة لتونس العاصمة ولتاريخ بلوغه لمراكز الولايات بالنسبة لداخل الجمهورية التونسية لمعرفة ابتداء جريان العمل بالمجلة.

94 ـ أما سن الرشد فقد حدده الفصل الرابع كما يلي : «يعتبر رشيدا في نظر هذا القانون كل شخص بلغ من العمر عشرين عاما كاملة» وهذا التحديد مطابق لتحديد سن الرشد الوارد بالفصل 153 من مجلة الاحوال الشخصية. فإذا ولد الطفل بعد ابتداء العمل بالمجلة فإنه يعتبر تونسيا بصورة نهائية وبدون أن يكون له حق الاعراض عن جنسيته التونسية.

أما إذا ولد قبل ابتداء العمل بالمجلة فله حق الاعراض عن الجنسية خلال العام السابق عن بلوغه سن الرشد. ولا يفقد حق الاعراض قبل بلوغه سن الرشد إلا إذا تطوع بالخدمة في الجيش التونسي أو شارك في عمليات التجنيد

بحضوره أمام لجان المراجعة بدون أن يتمسك بذلك الحق الذي خوله له القانون، إذ أن ذلك يعتبر قرينة على عدم رغبته في التمسك بذلك الحق ومظهرا يمثل شعوره بالولاء نحو الدولة التونسية التي تطوع بالخدمة في جيشها أو شارك في عمليات التجنيد بحضوره بمحض اختياره أمام لجان المراجعة.

95 ـ لكن إذا أراد الاعراض عن الجنسية التونسية، فإنه يجب عليه أن يقدم تصريحا في ذلك يحرر طبق أحكام الفصل 39 الذي سيأتي الكلام عليه عند دراسة الاجراءات الادارية. وفي هذه الصورة فإنه يحرر من تابعيته لتونس ابتداء من تاريخ صدور الأمر(10) تطبيقا للفصل 30 الذي سيأتي الكلام عليه فيما بعد عند دراسة فقد الجنسية التونسية وإسقاطها وسحبها.

96 ـ هذا وان مقتضيات الفصل السابع المذكور لا تنطبق في أية حالة من الحالات على ابناء السلك الديبلوماسي والقنصلي المعتمدين بتونس، إذ لا يكونون تونسيين ولو ولدوا بتونس لأب ولد بها أيضا. وهذه القاعدة لا تنطبق الا على الاعضاء العاملين من السلك الديبلوماسي أو القنصلي. أما القناصل الشرفيون الذين لا تكون لهم جنسية الدولة التي يمثلونها فلا تنطبق عليهم هذه القاعدة. وهذا ما يتفق مع حكم الفقرة الأولى من الفصل 12 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 إذ تنص على ان «الاحكام التي بمقتضاها تمنح دولة جنسيتها بسبب الولادة فوق إقليمها لا تسري قانونا على من يولد من ابناء الاشخاص الذين يتمتعون بحصانة ديبلوماسية فوق ذلك الأقليم»(1).

97 ـ وهكذا يظهر أن المشرع لا يتساهل في إسناد الجنسية التونسية لابناء الاجانب بموجب الولادة بتونس، بل وضع شروطا ثقيلة لا تتوافر إلا في الابناء التاعبين للجيل الثالث، أي بعد أن تقوم قرينة قوية بناء على أن أب المولود وجده للأب قد عاشا بالبلاد التونسية، وترعرعا وربيا فيها، تدل على أن الطفل سيربى بلا شك بها وسيقيم بترابها أيضا، وحينئذ تكون قرينة الادماج لها من القوة ما يبرر اسناد الجنسية التونسية بموجب الولادة بتونس، وهذا الادماج القانوني يقر الادماج الذي تم بصفة واقعية(2).

---

(1) راجع الكتاب الثالث المتعلق بمركز الأجانب.
(1) مكرر هكذا نقح بالقانون عدد 79 لسنة 1975 المؤرخ في 14 نوفمبر 1975.
(2) راجع الندوة الصحفية لوزير العدل المنشورة في آخر الكتاب.

الحالة الثانية :

98 ـ يقتضي الفصل الثامن أنه «يكون تونسيا من ولد بتونس من أبوين عديمي الجنسية مقيمين بتونس منذ خمسة أعوام على الأقل».

تسند للمولود بمقتضى هذا الفصل الجنسية التونسية الأصلية بموجب الولادة بتونس عند توافر أربعة شروط :

الشرط الأول ـ الولادة بتونس :

99 ـ يجب أن تكون ولادة الطفل قد تمت بالفعل بالاقليم البري أو البحري أو الهوائي لتونس على معنى الفصل الخامس من المجلة الذي حدد المدلول من كلمة «تونس» كما أشرنا إليه آنفا.

وتطبيقا لهذا الفصل يعتبر الطفل الذي ولد بسفينة أو باخرة أو طائرة تونسية أو ولد بالمياه الاقليمية التونسية كأنه ولد على التراب التونسي. وحادثة الميلاد واقعة مادية تثبت بكل وسائل الاثبات العادية.

الشرط الثاني ـ ثبوت نسب المولود لأبويه :

100 ـ كذلك يجب أن يثبت نسب المولود لأبويه. فبالنسبة لأمه يجب أن يثبت نسبه لها بصفة واقعية. وإثبات ذلك أمر يخضع لكل وسائل الاثبات العادية. أما بالنسبة لأبيه فإنه يجب أن يثبت بصفة قانونية، وإلا فإنه يكون مجهول الأب متى تعذر الاثبات وبذلك يتعطل تطبيق هذا النص ويأخذ حكم صورة أخرى.

الشرط الثالث ـ انعدام جنسية الأبوين :

101 ـ يجب ان يكون كل من الأبوين عديم الجنسية. فإذا كان لاحدهما أي للأب أو للأم، جنسية معينة امتنع تطبيق النص ويأخذ الطفل حكم صورة أخرى. ولا يلزم أن يكون انعدام الجنسية بالنسبة للأبوين معاصرا لميلادهما أو طارئا عليهما بعد وقوع ولادتهما، إذ العبرة أن يكون كل منهما عديم الجنسية وقت ولادة الطفل.

الشرط الرابع ـ إقامة الأبوين مدة خمسة أعوام على الأقل بتونس :

102 ـ يجب ان يكون كل من الأب والأم قد جعل إقامته العادية بتونس

منذ مدة خمسة أعوام على الأقل عند ولادة الطفل، ويلزم أن تكون الإقامة فعلية وبصفة متوالية، حسبما يفهم من النص، إذ لا يكفي أن تبلغ مثلا مجموع المدد التي قضاها الأبوان بتونس مدة خمسة أعوام.

على أن الغياب المؤقت لا يقطع الإقامة ما دامت البلاد التونسية مركزا لهما ولاقامتهما العادية.

فإذا توافرت الشروط الأربعة المشار إليها آنفا تسند للمولود الجنسية التونسية الاصلية بموجب الولادة بتونس، وذلك لانتفاء وقوع المولود في حالة انعدام الجنسية، تمشيا مع ما اقتضاه الفصل 15 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الذي ينص على انه «إذا كانت دولة من الدول لا تسند جنسيتها قانونا بسبب الولادة فوق اقليمها جاز لمن ولد بها من أبوين عديمي الجنسية ومجهولي الجنسية أن يحصل على جنسية تلك الدولة. وقانون هذه الدولة هو الذي يتولى ضبط الشروط التي يتوقف عليها في مثل هذه الحالات اكتساب جنسيتها».

الحالة الثالثة :

103 ـ ينص الفصل التاسع على أنه «يكون تونسيا من ولد بتونس من أبوين مجهولين غير أنه اذا ما ثبت نسبه لاجنبي قبل بلوغه سن الرشد وصارت جنسيته جنسية ذلك الاجنبي بمقتضى القانون الوطني لهذا الأخير فإنه يعتبر كان لم يكن قط تونسيا».

كما يقتضي الفصل العاشر «أن المولود المعثور عليه بتونس يعتبر ولد بتونس إلى أن يثبت ما يخالف ذلك».

يتوقف إسناد الجنسية التونسية الأصلية بموجب الولادة في تونس في هذه الحالة على توافر شرطين وهما :

الشرط الأول ـ ولادة الطفل بتونس :

104 ـ يجب أن يكون المولود قد ولد حقيقة أو تقديرا بتونس إذ لا يشترط أن تكون ولادته قد تمت بصفة فعلية بالاقليم البري أو الهوائي أو المائي لتونس.

فالمولود المعثور عليه بتونس يكفي وقوع العثور عليه حقيقة بتونس حتى يفترض أنه ولد بها إلى ان يثبت ما يخالف ذلك (الفصل 10).

إلا أنه إذا ما ثبت أنه ولد بالخارج فيما بعد فإنه تزول عنه الجنسية التونسية منذ ميلاده، لكن دون الاضرار بالحقوق التي اكتسبها الغير عن حسن نية وبناء على جنسيته التونسية.

الشرط الثاني - أن يكون المولود مجهول الأبوين :

105 - يشترط أن يكون المولود مجهول الأبوين، أي الأب والأم معا، فإذا كان احدهما مجهولا فقط امتنع بدون شك تطبيق النص، وعدم التعرف على الام أمر واقعي، أما عدم معرفة الأب فإنه يعتبر امرا قانونيا بقطع النظر عن الواقع، إذ يعتبر المولود مجهول الأب طالما لم يثبت نسبه إليه بصفة قانونية ولو كان معروفا في الواقع.

وقد راعى المشرع في هذه الحالة أيضا اتقاء الوقوع في حالة انعدام الجنسية فأعطى لحق الاقليم قوة خاصة فرض بمقتضاه الجنسية التونسية الاصلية بموجب الولادة بتونس، لكن هذه الجنسية مؤقتة إذ تزول بثبوت نسب المولود لاحد أبويه أو كليهما حسبما اقتضته الفقرة الثانية من الفصل 9 المذكور التي نصت على أنه «إذا ما ثبت نسبه - أي المولود الاجنبي - قبل بلوغه سن الرشد وصارت جنسيته جنسية ذلك الأجنبي بمقتضى القانون الوطني لهذا الأخير فإنه يعتبر كان لم يكن قط تونسيا».

الباب الرابع

في اكتساب الجنسية التونسية

في اكتسابها بفضل القانون

106 ـ تكتسب الجنسية التونسية بفضل القانون في ثلاث حالات :

الحالة الأولى ـ الجنسية التونسية المكتسبة بحق الدم :

ينص الفصل 12 على أنه «يصبح تونسيا من ولد خارج تونس من أم تونسية وأب أجنبي على أن يطالب بهذه الصفة بمقتضى تصريح خلال العام السابق عن سن الرشد(1).

أما قبل بلوغ سن التاسعة عشرة فيصبح تونسيا بمجرد تصريح مشترك من أمه وأبيه.

ويكتسب المعني بالأمر الجنسية التونسية من تاريخ تسجيل التصريح مع مراعاة الاحكام المسطرة بالفصلين 15 و41 من هذا القانون».

ظاهر من هذا النص أن الجنسية التونسية تكتسب بفضل القانون في هذه الحالة بتوافر أربعة شروط :

الشرط الأول : أن يكون الطفل قد ولد خارج تونس أي خارج البلاد التونسية.

الشرط الثاني : أن يكون الطفل قد ولد خارج البلاد التونسية من أم تحمل وقت ولادته الجنسية التونسية سواء كانت جنسية أصلية أو مكتسبة عن طريق التجنس أو بفضل القانون إذ العبرة بجنسية الأم وقت ولادة الطفل.

الشرط الثالث : أن يكون الأب أجنبيا، أي أنه يتمتع بجنسية غير الجنسية التونسية فإذا كان عديم الجنسية أو مجهولها فإنه يتعذر تطبيق النص.

---

(1) أنظر القانون عدد 62 لسنة 1993 المؤرخ في 23 جوان 1993 الذي نقّح هذا الفصل.

وتستلزم الصفة الاجنبية للأب ثبوت نسب المولود لأبيه أما إذا كان الأب غير معروف قانونا ولو كان معروفا في الواقع فان الطفل يأخذ حكم صورة أخرى.

أما قبل بلوغ سن التاسعة عشرة فالطفل لا يصبح تونسيا إلا بموافقة كل من الأم والأب أي بمقتضى تصريح مشترك صادر منهما وهكذا غلّب المشرع في هذه الحالة جنسية الأم على جنسية الأب لكن بشرط موافقة الأب على ذلك.

الشرط الرابع : أن يطالب من ولد خارج تونس من أم تونسية وأب أجنبي بالجنسية التونسية خلال العام السابق عن سن الرشد بمقتضى تصريح يحرر طبق أحكام الفصل 39 الذي سيأتي الكلام عليه عند دراسة الاجراءات الإدارية.

107 ـ وقد أبقى المشرع حرية الاختيار للشخص، فعلق اكتساب الجنسية التونسية في هذه الحالة على إظهار الفرد رغبته في الحصول عليها خلال العام السابق عن سن الرشد المبين بقانون الجنسية التونسية المراد اكتسابها، على أن طلب الفرد لا يكفي وحده لحصوله على الجنسية التونسية إذ جعل المشرع قبول أو رفض المطلب خاضعا لتقدير رئيس الجمهورية حسبما اقتضاه الفصل 15 الذي نص على أنه «يجوز لرئيس الجمهورية في الصورة المنصوص عليها بالفصلين 12 و14 أن يعارض بأمر في اكتساب الجنسية التونسية وهذا الأمر يجب أن يصدر في أجل أقصاه عامان من تاريخ التصريح المنصوص عليه بالفصلين 12 و14 أو من اليوم الذي يصير فيه الحكم العدلي القاضي بالصحة غير قابل للتعقيب إذا وقع رفض تسجيل الطلب وفقا لاحكام الفصل 41 من هذا القانون...».

فإذا صدرت معارضة من رئيس الجمهورية خلال الأجل المشار إليه آنفا فإن صاحب المطلب يعتبر كأنه لم يكتب الجنسية التونسية (الفقرة الأخيرة من الفصل 15) لكن دون الإخلال بالحقوق التي اكتسبها الغير عن حسن نية وعلى قاعدة جنسيته التونسية.

أما إذا وافق رئيس الجمهورية على منح الشخص الجنسية التونسية، فإن صاحب الطلب يصبح تونسيا من تاريخ تسجيل طلبه بوزارة العدل

حسبما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من الفصل 12 المذكور.

الحالة الثانية ـ الجنسية التونسية المكتسبة بالزواج المختلط:

108 ـ ينص الفصل 13 على أنه «تصبح تونسية منذ تاريخ عقد زواجها المرأة الأجنبية التي تتزوج بتونسي إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية متى تزوجت بأجنبي».

كما ينص الفصل 14 على أنه «يمكن للمرأة الاجنبية المتزوجة بتونسي والتي بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الأصلية رغم تزوجها بأجنبي أن تطلب الجنسية التونسية بتصريح يقع طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 39 من هذا القانون وذلك إذا كان الزوجان مقيمين بتونس منذ عامين على الأقل.

وهي تكتسب الجنسية التونسية من تاريخ تسجيل التصريح مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها بالفصلين 15 و41 من هذا القانون».

109 ـ يتضح من هذين النصين أن المرأة الاجنبية تكتسب الجنسية التونسية بموجب الزواج من تونسي في صورتين أما باختيارها إذا كانت بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الأصلية أو بفضل القانون إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية.

الصورة الأولى : لتكتسب المرأة الاجنبية الجنسية التونسية بموجب تزوجها من تونسي إذا كانت بمقتضى قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها الأصلية لا بد من توافر الشروط التالية :

الشرط الأول : أن تكون صفة التونسية للرجل ثابتة وصفة الاجنبية للمرأة ثابتة وقت انعقاد الزواج. فإذا لم تكن للرجل الجنسية التونسية وقت الزواج فلا تكتسب المرأة الاجنبية الجنسية التونسية بموجب الزواج.

أما المرأة فيكفي أن تكون غير متمتعة بالجنسية التونسية سواء كانت لها جنسية معينة أو عديمة الجنسية لتكتسب الجنسية التونسية بالزواج.

الشرط الثاني : أن يكون عقد الزواج قد تم بإحدى الصيغ المقبولة في نظر القانون التونسي أو في نظر قانون البلاد التي انعقد فبها، حسبما نص على ذلك الفصل 29، أي أن يكون عقد الزواج صحيحا. وعقد الزواج يكون صحيحا في نظر القانون التونسي إذا تم إبرامه بالبلاد التونسية وفقا لما اقتضاه الفصل 31 من قانون الحالة المدنية المؤرخ في غرة أوت 1957

والذي ينص على أنه «يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدين من أهل الثقة.

ويبرم عقد زواج التونسيين بالخارج أمام الاعوان الديبلوماسيين أو القنصليين التونسيين أو يبرم العقد طبق قوانين البلاد التي يتم فيها».

كما اقتضى الفصل 2 من القانون عدد 71 لسنة 1958 المؤرخ في 4 جويلية 1958 المتمم لقانون الحالة المدنية ان عقود الزواج المحررة بالحجة العادلة بين المسلمين وغيرهم من الأجانب قبل تاريخ غرة أوت 1957 تعد صحيحة. فإذا لم يبرم عقد الزواج بين التونسي والاجنبية على ضوء ما تقرر آنفا عد لاغيا على معنى الفصل 36 من قانون الحالة المدنية المذكور سواء كان الحكم المصرح ببطلان الزواج صادرا عن محكمة تونسية أو أجنبية. وتعتبر المرأة في هذه الحالة كأنها لم تكتسب الجنسية التونسية حسبما نص على ذلك الفصل 16 الذي يقتضي أنه «في الصور المنصوص عليها بالفصلين 13 و14 تعتبر المرأة كأنها لم تكتسب الجنسية التونسية إذا صدر الحكم ببطلان زواجها عن محكمة تونسية وكان حكمها غير قابل للتعقيب أو عن محكمة اجنبية وأصبح قابلا للتنفيذ بتونس».

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاحكام الاجنبية يجوز الإذن بتنفيذها طبقا لما اقتضاه الفصل 286 وما بعده من مجلة المرافعات المدنية والتجارية(1). غير أنه إذا كانت صحة الاعمال السابقة عن الحكم الصادر ببطلان الزواج متوقفة على اكتساب الجنسية التونسية فلا يمكن الطعن في صحة الاعمال المذكورة بناء على أنها لم تكن تونسية (الفصل 17).

الشرط الثالث : أن يكون الزوجان مقيمين بتونس، أي بالإقليم البري أو المائي أو الهوائي للبلاد التونسية على معنى الفصل 5 الذي أوضح المدلول من عبارة بتونس. وإقامتهما يجب أن تكون منذ عامين على الأقل من تاريخ عقد الزواج إقامة عادية مطابقة للقانون(2) متواصلة بدون انقطاع حسبما يفهم ذلك من التعبير الوارد بالنص.

على أن الغياب المؤقت لا يعتبر قاطعا للاقامة ما دام الاقليم التونسي مركزا لاقامتهما وأعمالهما كل ذلك للتأكد من أن الزواج لم يقع الالتجاء إليه كوسيلة لاكتساب الجنسية التونسية بغية التحايل على القانون أو لقضاء مصالح شخصية(3).

---

(1) أنظر الفقرة عدد فيما يلي.
(2) أنظر شرحنا لمعنى الإقامة المطابقة للقانون تحت رقم 101.
(3) أنظر التحايل على القانون في كتاب تنازع القوانين فيما بعد.

الشرط الرابع : أن تعبر الزوجة عن رغبتها في اكتساب الجنسية التونسية بمقتضى تصريح يحرر طبق الشروط المنصوص عليها بالفصل 39 الذي سيأتي الكلام عليه عند دراسة الاجراءات الإدارية.

110 ـ هذا ولا يكفي توافر كل الشروط المتقدمة لاكتساب الزوجة الجنسية التونسية إذ خول المشرع في الفصل 16 لرئيس الجمهورية المعارضة في اكتساب الجنسية التونسية بمقتضى أمر يجب أن يصدر في أجل أقصاه عامان من تاريخ التصريح الذي بمقتضاه وقع طلب اكتساب الجنسية التونسية أو من اليوم الذي يصير فيه الحكم العدلي القاضي بالصحة غير قابل للتعقيب إذا وقع رفض تسجيل الطلب وفقا لاحكام الفصل 41 الذي سيأتي الكلام عليه عند دراسة الإجراءات الإدارية.

فإذا صدرت معارضة من رئيس الجمهورية في الأجل المشار إليه آنفا تعتبر الزوجة كان لم تإكتسب الجنسية التونسية غير أنه إذا كانت صحة الاعمال القانونية السابقة عن الامر الصادر بالمعارضة متوقفة على اكتساب الزوجة الجنسية التونسية فلا يمكن الطعن في صحة الاعمال المذكورة بناء على أنها لم تكن تونسية (الفصل 17).

وهكذا يظهر ان اكتساب المرأة الاجنبية لجنسية زوجها التونسي في هذه الصورة أشبه بالتجنس من حيث احتفاظ الدولة بسلطتها التقديرية، وذلك لمنع غير المرغوب فيهن من اكتساب الجنسية التونسية.

الصورة الثانية : تكتسب المرأة الاجنبية الجنسية التونسية بموجب تزوجها من تونسي إذا كان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية متى تزوجت بأجنبي.

111 ـ أعفى المشرّع، في هذه الصورة، المرأة الاجنبية من شرطي الإقامة والمطالبة باكتساب الجنسية التونسية، وأسند لها الجنسية التونسية بقوة القانون من تاريخ عقد زواجها اجتنابا لحالة تكون فيها عديمة الجنسية.

أما الشرطان الآخران فلا بد من توافرهما إذ يلزم إثبات صفة التونسية للرجل وصفة الاجنبية للمرأة وانبرام عقد الزواج بإحدى الصيغ المقبولة في نظر القانون التونسي أو في نظر قانون البلاد التي انعقد فيه، ولذلك تعتبر المرأة كأنها لم تكتسب الجنسية التونسية إذا صدر الحكم ببطلان زواجها عن محكمة تونسية وكان حكمها غير قابل للتعقيب أو عن محكمة أجنبية

وأصبح حكمها قابلا للتنفيذ بتونس (الفصل 16). لكن إذا كانت صحة الاعمال القانونية السابقة عن الحكم الصادر ببطلان الزواج متوقفة على اكتساب المرأة الجنسية التونسية فلا يمكن الطعن في صحة الاعمال المذكورة بناء على أنها لم تكن تونسية (الفصل 17).

الحالة الثانية ـ الجنسية التونسية المكتسبة بالتبني :

ينص الفصل 18 على أن «الأجنبي المحجور للصغر المتبني من طرف تونسي يكتسب الجنسية التونسية من تاريخ صدور الحكم بالتبني وذلك بشرط أن لا يكون متزوجا».

112 ـ تكتسب الجنسية التونسية في هذه الحالة بتوافر الشروط التالية :

الشرط الأول : ثبوت صفة الاجنبية للمتبنى «بالفتح» أي أن يكون غير تونسي سواء كانت له جنسية معيّنة أو عديم الجنسية.

الشرط الثاني : أن يكون المتبنى (بالفتح) محجورا عليه للصغر، ويعتبر محجورا للصغر من لم يبلغ سن الرشد وهي عشرون سنة كاملة حسبما اقتضى ذلك الفصل 153 من مجلة الاحوال الشخصية، وهو ما يتفق مع الفصل 12 من القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني الذي ينص على أنه «ينبغي أن يكون المتبنى طفلا قاصرا ذكرا أو أنثى».

الشرط الثالث : أن يكون المتبنى (بالفتح) غير متزوج.

فإذا توافرت كل الشروط المتقدمة يكتسب الاجنبي المتبنى الجنسية التونسية من تاريخ صدور الحُكم بالتبني.

وتجدر الملاحظة هنا إلى أن التشريع التونسي أجاز في القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 التبني وقد خول عجز الفصل 10 منه «للتونسي أن يتبنى اجنبيا».

وهكذا يظهر أن الفصل 18 من مجلة الجنسية جاء مكملا للاحكام الواردة بقانون التبني.

الباب الخامس
في اكتساب الجنسية التونسية عن طريق التجنس

113 ـ ان اكتساب الجنسية التونسية عن طرق التجنس هو عبارة عن

منح الدولة الجنسية التونسية لشخص لا تربطه بها أية صلة قانونية عدا إقامته على التراب التونسي. وعلى هذا الأساس تملك الدولة سلطة تقديرية واسعة لتتخذ بمحض اختيارها قرارها في قبول أو رفض طلب التجنس.

لذلك أسند الفصل 45 لرئيس الدولة السلطة المطلقة في منح الجنسية التونسية المطلوبة أو رفض منحها أو إرجاء النظر في شأن طلبها.

114 ـ ونظرا لأهمية الآثار التي تنشأ عن التجنس فرض المشرع في الفصلين 20 و23 توافر شروط معينة لاكتساب الجنسية التونسية عن طريق التجنس، إذ نص الفصل 20 على أنه «لا يمكن منح الاجنبى الجنسية التونسية بطريق التجنس إلا إذا اثبت أنه اعتاد الإقامة بتونس منذ خمسة أعوام سابقة عن تقديم طلبه وذلك مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بالفصل 21 القابل».

كما نص الفصل 23 على أنه «لا يمكن منح أحد الجنسية التونسية إلا إذا:

1 ـ كان رشيدا.

2 ـ وثبت أن له معرفة باللغة العربية تتناسب ومركزه الاجتماعي.

3 ـ وكان سليم العقل .

4 ـ وتبين من حالته الصحية أنه لا يكون عالة على المجتمع أو خطرا عليه.

5 ـ وكان حسن السيرة والاخلاق ولم تسبق محاكمته بالسجن لمدة تتجاوز العام ولم يقع محو العقاب بموجب استرداد الحقوق ويمكن عدم اعتبار المحاكمات الصادرة بالخارج».

115 ـ ويتضح من هذين النصين أن الاجنبي لا يمكنه أن يكتسب الجنسية التونسية عن طرق التجنس إلا بتوافر الشروط الآتية:

الشرط الأول : أن يكون الأجنبي قد اعتاد الإقامة بتونس منذ خمسة أعوام عن تقديم طلبه.

116 ـ والإقامة يجب أن تكون مطابقة للقانون وفقا لما اقتضاه القانون عدد 7 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968 المتعلق بحالة الأجانب في البلاد التونسية المنشور مع النصوص في آخر هذا الكتاب(2).

117 ـ كما يلزم أن تكون الإقامة خلال خمس سنوات متوالية. على أن

الغياب المؤقت لا يعتبر قاطعا للاقامة ما دام الاجنبي قد اتخذ البلاد التونسية مركزا لاقامته وأعماله. لكن إذا صدر في شأنه قرار طرد أو قرار بالاقامة الجبرية، فلا تحسب مدة الاقامة إلا إذا رفع ذلك القرار أو أبطل بطريقة قانونية، إذ أن الإقامة بتونس طيلة مدة القرار المشار إليه لا يقع اعتبارها في حساب مدة الإقامة (الفصل 22).

118 - ولا يشترط أن يقدم طلب التجنس إثر انتهاء مدة الخمسة أعوام مباشرة إذ يكفي ثبوت إقامة الاجنبي طيلة المدة المذكورة في فترة سابقة عن طلب التجنس.

ولا شك أن إقامة الاجنبي خلال المدة المشار بالبلاد التونسية من شأنها أن تجعله متشبعا بالبيئة التونسية ومتهيئا للاندماج في المجتمع التونسي بصفة نهائية.

الشرط الثاني : أن يكون طالب التجنس بالغا سن الرشد وفقا لاحكام قانون الجنسية التونسية، أي الفصل الرابع منه.

الشرط الثالث : إن يثبت أن الأجنبي له معرفة باللغة العربية تتناسب ومركزه الاجتماعي حتى يسهل اندماجه في المجتمع التونسي.

الشرط الرابع : أن يكون سليم العقل.

ويقصد بسلامة العقل، ألا يكون الشخص مجنونا أو معتوها. أما السفيه ولو كانت تصرفاته المالية معيبة ومستهدفا للحجر عليه فلا يعتبر غير سليم العقل.

الشرط الخامس : أن يتبين من حالة طالب التجنس الصحية أنه لا يكون عالة على المجتمع أو خطرا عليه. ومعنى ذلك أنه ينبغي أن تكون له وسيلة مشروعة للكسب. كذلك يلزم ألا يكون مصابا بمرض عقلي أو جسماني يجعله خطرا على المجتمع أو عالة عليه.

الشرط السادس : أن يكون حسن السيرة والاخلاق ولم تسبق محاكمته بالسجن مدة تتجاوز العام ولم يقع محو العقاب بموجب استرداد الحقوق ويمكن اعتبار المحاكمات الصادرة بالخارج وذلك لمنع غير المرغوب فيهم من اكتساب الجنسية التونسية كذوي السوابق وغيرهم ممن اشتهروا بسوء السلوك وانحطاط الأخلاق.

هذه هي الشروط التي يجب أن تتوافر في طالب التجنس فإذا اختل شرط

منها فلا يمكن منح الاجنبي الجنسية التونسية.

119 ـ وتجدر الملاحظة إلى أن هناك حالات يمكن فيها منح الاجنبي الجنسية التونسية عن طريق التجنس ولو لم يتوافر شرط الإقامة وتلك الحالات ورد بها الفصل 21 الذي نص على أنه «يمكن أن يتجنس بالجنسية التونسية بدون شرط الإقامة المنصوص عليه بالفصل المتقدم:

1 ـ الشخص الذي يثبت أن جنسيته الأصلية كانت الجنسية التونسية.

2 ـ الأجنبي المتزوج بتونسية إذا كان الزوجان مقيمين بتونس حين تقديم المطلب.

3 ـ الاجنبي الذي أدى لتونس خدمات جليلة أو الذي يكون في تجنسه بالجنسية التونسية فائدة عظمى لتونس وفي هذه الصورة يمنح التجنس على ضوء تقرير معلل يحرره وزير العدل».

وقد اعتبر المشرع أن في الصورتين الأوليتين قرينة قوية تدل على أن طالب التجنس سيندمج في المجتمع التونسي. وفعلا فالأجنبي في الصورة الأولى أصله تونسي، وفي الصورة الثانية متزوج بتونسية ومقيم بتونس :

أما في الصورة الثالثة فقد رأى المشرع ما ينجر من الفوائد للبلاد عن منح الجنسية التونسية لذوي الكفاءات أمثال الاطباء والمهندسين والفنيين وغيرهم.

120 ـ وحينئذ إذا توافرت كل الشروط المذكورة أو اختل منها شرط الاقامة وكان من يهمه الأمر من بين الاشخاص الذين عينهم الفصل 21 المشار إليه آنفا فإنه يمكن أن يمنح الاجنبي الجنسية التونسية.

وفي هذه الحالة على وزير العدل أن يأذن عند اتصاله بمطلب التجنس الذي يجب أن يكون محررا طبق أحكام الفصل 39 الذي سيأتي الكلام عليه عند دراسة الاجراءات الادارية باجراء بحث في ظرف ستة أشهر من تاريخ ورود المطلب.

وبعد انتهاء البحث لوزير العدل أن يرفض المطلب إذا تبين له أن الشروط القانونية غير متوافرة، ويعلل رفضه ويعلم به الطالب.

أما إذا كان المطلب مقبولا، فإنه يعرضه على رئيس الجمهورية الذي له أن يمنح التجنس المطلوب أو يرفضه أو يقرر إرجاء النظر في شأنه مع تعليقه على مضي أجل أو توافر شروط يشترطها. فإذا انقضى الأجل أو

تحققت الشروط فللراغب في التجنس أن يقدم طلبا جديدا عند الاقتضاء.

ومقررات رئيس الجمهورية غير معللة، إلا أن وزير العدل يتولى اعلام من يهمه الامر بمضمونها (الفصول 42_43_44_45).

121 ـ هذا ولم يعلق المشرع اكتساب الاجنبي للجنسية التونسية على فقده لجنسيته الاصلية، لتلافي حالة انعدام الجنسية التي ربما يقع فيها لما ترفض الدولة منحه الجنسية التونسية بعد أن يكون قد فقد فعلا جنسيته الاصلية. غير ان عدم اشتراط حصول الاجنبي على إذن من دولته الأصلية بالخروج من جنسيتها، وإن كان لا يحول دون الوقوع في حالات انعدام الجنسية، إلا أنه يمكن أن يترتب عليه تعدد جنسية الاجنبي لما يحصل على الجنسية التونسية دون أن يكون قد فقد جنسيته الاصلية.

الباب السادس
في اثار اكتسابها

122 ـ يترتب على اكتساب الاجنبي الجنسية التونسية الآثار التالية:

1 ـ الشخص الذى يكتسب الجنسية التونسية يتمتع ابتداء من تاريخ اكتسابه لها بجميع الحقوق التي يتمتع بها التونسي (الفصل 24).

2 ـ يمكن لكل شخص اكتسب الجنسية التونسية أن يطلب الإذن بإبدال لقبه واسمه بأمر (الفصل الأول من القانون عدد 20 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964).

3 ـ يصبح المحجور للصغر وجوبا تونسيا بنفس العنوان الذي اكتسب بمقتضاه أبوه أو أمه الأرملة الجنسية التونسية وذلك بشرط أن لا يكون متزوجا وأن لا ينص أمر التجنس على خلاف ذلك (الفصل 25). وهو ما يتفق مع ما اقتضاه الفصل 13 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930 الذي ينص على أن «تجنس الآباء يكسب ابناءهم القصر جنسية الدولة التي منح قانونها التجنس ويمكن لقانون تلك الدولة ان يضبط الشروط التي يتوقف عليها في هذه الحالة اكتساب الجنسية وفي صورة ما إذا كان قانون دولة يقصر آثار التجنس على الآباء دون ابنائهم القصر فإن هؤلاء الابناء يحتفظون بجنسيتهم».

123 ـ هذا ولا بد من أن يبقى الاجنبي المتجنس بالجنسية التونسية

مدة خمسة أعوام ابتداء من تاريخ التجنس تحت التحاجير التالية (الفصل 26):

1 ـ لا يمكن أن تسند إليه وظيفة أو نيابة بالانتخاب تستلزم مباشرتها صفة التونسي.

2 ـ لا يمكن أن يكون ناخبا إذا كانت صفة التونسي لازمة للترسيم بالقائمات الانتخابية.

3 ـ لا يمكن أن يشغل وظيفا شاغرا في الاطارات التونسية.

وهكذا لا يمكن للأجنبي الذي يكتسب الجنسية التونسية أن يتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها التونسيون قبل انقضاء مدة خمسة أعوام على اكتسابه الجنسية التونسية، لاختبار مشاعره نحو الوطن التونسي والتأكد من ولائه للدولة التونسية. لذلك سمح الفصل 27 برفع كل أو بعض التحاجير المشار إليها آنفا كلما كان ولاؤه للدولة التونسية لا ريب فيه، وذلك على ضوء تقرير معلل يحرره وزير العدل (الفصل 27).

الباب السابع
في فقدان الجنسية التونسية وإسقاطها وسحبها

في فقدان الجنسية التونسية

124 ـ تفقد الجنسية التونسية في ثلاث حالات :

الحالة الأولى : يفقد الجنسية التونسية التونسي الذي يكتسب عمدا واختيارا جنسية اجنبية سواء بالتجنس أو بمفعول القانون (الفصل 30).

الحالة الثانية : يفقد الجنسية التونسية التونسي الذي يولد تونسيا بموجب أحكام الفقرة الأولى من الفصل 7 ويعرض بمقتضى الشروط القانونية عن الجنسية التونسية (الفصلان 7 و30)(1) .

الحالة الثالثة : يفقد الجنسية التونسية التونسي الذي يباشر عملا بمصلحة عمومية تابعة لدولة اجنبية أو في جيش اجنبي ويحتفظ بذلك العمل بعد مضي شهر من تاريخ صدور الإذن له من الحكومة التونسية بالتخلي عنه إلا إذا ثبت أنه تعذر عليه ذلك ففي هذه الحالة لا يجري أجل الشهر إلا من يوم زوال المانع الفصل 32(2) .

ففي هذه الحالة يفقد التونسي جنسيته التونسية وان لم يكتسب جنسية أجنبية. ذلك أن العمل بمصلحة عمومية تابعة لدولة أجنبية أو في جيش أجنبي يجعل سذج العقول عرضة لمختلف التأثيرات الاجنبية، ومراعاة لمصلحته منحه المشرع أجلا مناسبا سواء لتصفية حساباته أو للبحث عن عمل آخر. كما احتاط لحالات القوة القاهرة فجعل سريان مفعول ذلك الأجل يتوقف على زوال المانع. فإذا مضى الأجل وامتنع من التخلي عدّ امتناعه قرينة على ضعف شعوره بالولاء نحو الدولة التونسية.

---

(1) راجع منشور السيد كاتب الدولة للعدل عدد 1106 دى المؤرخ في 16 ماي 1963 المنشور في آخر هذا الكتاب.

(2) نقح الفصل 32 بالقانون عدد 81 لسنة 1984 المؤرخ في 30 ، 1984 الذي اختصر أجل الانذار وجعله شهرا عوضا عن ستة أشهر.

النتائج الناشئة عن فقدان الجنسية التونسية :

125 - يترتب على فقدان الجنسية التونسية النتائج التالية :

1) يتحرر التونسي في الحالات الثلاثة المتقدمة من تابعيته لتونس ابتداء من تاريخ صدور الامر القاضي بفقدانه الجنسية التونسية (الفصول 7 و30 و32).

2) في الحالتين الأوليتين يتحتم على التونسي الذي يكتسب بمحض اختياره جنسية اجنبية أو يعرض عن الجنسية التونسية أن يبارح التراب التونسي (الفصل 30). القديم غير أن هذا الفصل نقّح بمقتضى القانون 79 لسنة 1975 المؤرخ في 14 نوفمبر 1975 ولم يعد يفرض مبارحة التراب التونسي(1) على من اكتسب جنسية أجنبية أو أعرض عن الجنسية التونسية.

3) فقدان الجنسية التونسية في الحالة الأولى يمكن أن ينسحب مفعوله على الابناء المحجورين للصغر غير المتزوجين وعلى الزوجة بشرط أن تكون لهم جنسية أخرى إلا أنه لا يمكن أن يشمل الأولاد المحجورين للصغر إذا لم يشمل الزوجة. فإذا كان القانون الوطني للمرأة بجردها من جنسيتها إذا تزوجت بأجنبي أو تزوجت بتونسي ثم فقد هذا الأخير جنسيته فإن مفعول الفقدان لا ينسحب عليها ولا على أولادها منه المحجورين للصغر.

أما إذا كانت بموجب قانونها الوطني تحتفظ بجنسيتها رغم تزوجها بأجنبي واختارت جنسية زوجها التونسي ثم فقد زوجها جنسيته التونسية لاكتسابه بمحض اختياره جنسية أجنبية فلا شك أن مفعول الفقدان ينسحب عليها ما دام في إمكانها استرداد جنسيتها الأصلية. وقد راعى المشرع في هذه الحالة تلافي الوقوع في حالة انعدام الجنسية.

الباب الثامن
في إسقاط الجنسية التونسية

126 - إن التجريد من الجنسية كوسيلة عقاب كثيرا ما أثار انتقادات فقهاء القانون الذين نادوا بضرورة استبدال هذه العقوبة بغيرها من العقوبات التي لا تؤدي إلى الإخلال بنظام التوزيع الدولي للافراد، لذلك نرى المشرع التونسي، وإن أجاز التجريد من الجنسية التونسية باسقاطها كوسيلة

(1) أنظر تعليق وزير العدل بالندوة الصحفية على هذا الفصل المنشورة مع النصوص في آخر هذا الكتاب وهويستروح منه حصول هذا التنقيح.

عقاب، غير أنه قصر تسليطه على الذين دخلوا حديثا في الجنسية التونسية، ولم تمض مدة طويلة على دخولهم فيها، وفي حالات الضرورة التي يثبت فيها انعدام الشعور الذي تقوم عليه رابطة الجنسية عند الشخص بالولاء نحو الدولة التونسية التي يتمتع بجنسيتها إذ نص الفصل 33 على أنه «يمكن بأمر إسقاط الجنسية التونسية ممن اكتسبها:

1) إذا صدر عليه حكم لارتكابه فعلة توصف بجناية أو جنحة ضد أمن الدولة الداخلي أو الخارجي.

2) إذا قام لفائدة دولة اجنبية باعمال تتنافى وصفة التونسي وتضر بمصالح تونس.

3) إذا صدر عليه الحكم بتونس أو بالخارج من أجل فعلة توصف حسب القانون التونسي بجناية وترتب عليها عقاب بالسجن مدة لا تقل عن خمس سنوات.

4) إذا صدر عليه الحكم من أجل امتناعه عن أداء الواجب الذي يفرضه عليه قانون التجنيد غير أنه لا يستوجب الشخص الاسقاط إلا إذا كانت تلك الأفعال المنسوب ارتكابها وقعت خلال العشرة أعوام الموالية لتاريخ اكتسابه الجنسية التونسية ولم تمض مدة خمسة أعوام على اقترافه لها.

127 ـ ويستنتج مما تقدم ما يلي :

1) اسقاط الجنسية التونسية لا يمكن أن يشمل إلا الذين اكتسبوا الجنسية التونسية سواء بفضل القانون أو بموجب التجنس (الفقرة الأولى من الفصل 33).

2) إسقاط الجنسية التونسية لا يكون إلا عند توافر سبب من الاسباب المعينة بالفقرة الثانية من الفصل 33.

3) إسقاط الجنسية التونسية لا يستوجبه الشخص إلا خلال العشرة أعوام الموالية لتاريخ اكتسابه الجنسية التونسية (الفقرة الأولى من الفصل 34).

4) لا يتسلط الاسقاط إلا خلال الخمسة أعوام الموالية لاقتراف الفعل الموجب للاسقاط (الفقرة الثانية من الفصل 34).

128 ـ ولما كان الاسقاط وسيلة عقاب، فإن مفعوله لا يتعدى الشخص المراد عقابه عملا بمبدإ شخصية العقاب. غير أن المشرع خرق هذه القاعدة

لاتقاء الوقوع في حالات انعدام الجنسية لما نص بالفصل 35 على ما يأتي :

«يمكن بأمر أن يشمل الاسقاط الأولاد المحجورين للصغر غير المتزوجين والزوجة بشرط أن يكونوا قد احتفظوا بجنسيتهم الاجنبيـة إلا أنـه لا يمكن أن يشمل الأولاد المحجورين للصغر إذا لم يشمل الزوجة».

وهكذا يظهر أن هذا الاجراء قصر على الحالات التي يمكن فيهـا للشخص الرجوع لجنسيته الأولى.

الباب التاسع

في سحب الجنسية التونسية

129 ـ سحب الجنسية التونسية هو إجـراء خـاص يسلـط على الافـراد الذين اكتسبوا حديثا الجنسية التونسية عن طـريق التجنس، ويترتب عليـه زوال جنسيتهم المكتسبة إذا تبين بعد صدور الأمر بالتجنيس عـدم تـوافـر الشروط القانونية للتجنس بالجنسية التونسيـة، (الفصـل 36) أو ظهـر أن حصول الاجنبي على الجنسية التونسية كان نتيجـة تصريحـه بـما يخـالف الواقع أو استعمل خزعبلات أو تعمد تقديم ورقـة تتضمن كـذبـا أو خطـا للتحصيل على الجنسية التونسية (الفصل 37).

وفي كلتا الصورتين نص الفصـلان 36 و37 على جواز الرجوع في أمـر منح الجنسية التونسية في بحر أجل قدره عامان من تـاريـخ نشر الامـر في الصـورة الأولى (الفصـل 36). ومن تـاريـخ اكتشـاف الغش أو التـدليس بالنسبة للصورة الثانيـة (الفصـل 37) غير أن صحة الاعمال القـانـونيـة الصادرة عن الشخص قبل صدور الامـر بـالسحب إذا كـانت تتـوقف على اكتسـاب الشخص الجنسيـة التـونسيـة فـلا يمكن على معنى الفصـل 38 الخدش فيها باعتبار أن ذلك الشخص لم يكن مكتسبا لهـا إذ أن أثـرهـا لا يمتد إلى الماضي.

130 ـ والقانون، وإن لم ينص على امتداد مفعول السحب لافراد عائلـة المتجنس، إلا إنه يظهر أن لا مـانـع يحـول دون ذلك طـالمـا كـان اكتسـاب الجنسية التونسية مبنيا على عدم توافر الشروط القانونية أو على استعـمال الغش أو التدليس لكن مع اعتبار ما يلزم لاتقاء الوقـوع في حـالات انعـدام الجنسية.

الباب العاشر

في الإجراءات الإدارية

في التصريح بالجنسية التونسية

131 ـ يشتمل العنوان الثاني المتعلق بالاجراءات الإدارية على الشروط التي يجب توافرها في التصاريح الرامية سواء إلى طلب الجنسية التونسية أو الاعراض عنها. فكل تصريح حسب الفصل 39 يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

1) أن يحرر بكاغذ متنبر في نظيرين،

2) أن يعين به الشخص مقرا مختارا،

3) أن يكون ممضى ومعرفا بامضاء صاحبه إن لم يكن محررا بواسطة مأمور عمومي،

5) أن يقدم إلى وزارة العدل أو أن يوجه إليها بمكتوب مضمون الوصول مع الاعلام بالبلوغ.

132 ـ واقتضى الفصل 40 أن يسجل بوزارة العدل كل تصريح حرر طبقا للشروط المتقدمة الواردة بالفصل 39 المذكور. وتطبيقا للفصل 41 يرفض وزير العدل تسجيل كل تصريح لم تتوافر في صاحبه الشروط القانونية المشار إليها آنفا، ويعلم من يهمه الامر بالرفض وأسبابه، وله في هاته الحالة أن يرفع أمره إلى المحكمة الابتدائية التي تبت في صحة التصريح أو بطلانه ويجب إدخال النيابة العمومية في القضية وعليها أن تقدم طلبات معللة في الموضوع.

الباب الحادي عشر

في الأوامر في مادة الجنسية

133 ـ اقتضى الفصل 46 أنه في صورة فقدان الشخص الجنسية التونسية عملا بالفصلين 31 و32 أو باسقاطها أو بسحبها عنه أو بمعارضة الحكومة في اكتسابه لها فإن وزير العدل يعلمه بالقرار المراد اتخاذه ويكون الاعلام أما لذاته أو لمحل إقامته وان لم يعرف له محل إقامة فإن الاعلام ينشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وله في ظرف شهر من تاريخ نشره بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية إن تعذرت معرفة مقره أن يوجه لوزير العدل ما لديه من الأوراق والتقارير ولا يجوز اتخاذ القرار إلا بعد مضي الأجل المشار إليه.

134 ـ كما اقتضى الفصل 47 أن تنشر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الأوامر الصدرة بالتجنس بالجنسية التونسية أو بفقدانها أو بإسقاطها أو بسحبها أو بمعارضة الحكومة في اكتسابها ويجرى العمل بها من تاريخ امضائها. ولضمان حقوق الغير فإن ذلك لا يمس بصحة الاعمال القانونية الصادرة عن المعني بالأمر وبالحقوق التي اكتسبها الغير قبل تاريخ النشر. على قاعدة ان المعني بالأمر كان اجنبيا في صورة التجنس أو على قاعدة الجنسية التونسية فيما عدا ذلك من الصور.

الباب الثاني عشر
النزاعات المتعلقة بالجنسية
في اختصاص المحاكم العدلية

135 ـ أسلفنا ان كل دولة تستقل بتنظيم مسائل الجنسية الخاصة بها وتقرير القواعد والتشريعات اللازمة لانشاء الرابطة القانونية التي تربط رعاياها بها.

فقانون كل دولة هو الذي يحدد حالات كسب جنسيتها وحالات فقدها، ومن ثمة كان الادعاء بكسب أو فقد جنسية دولة معينة يخضع لاقامة الدليل على صحته، طبقا لاحكام الجنسية المدعى كسبها أو فقدها، نظرا لما للجنسية من الأهمية في تعيين الافراد التابعين للدولة وما يترتب عنها من الآثار القانونية المتنوعة.

136 ـ والخلاف حول الجنسية، قد ينشب بين الفرد والدولة، أو بين الافراد فيما بينهم، وهو في كلتا الصورتين يهم الدولة طالما كان مناط النزاع نسبة شخص لها أو نفي نسبته عنها. ولذلك كان الاحتجاج بالجنسية التونسية أو بصفة الأجنبي يهم النظام العام وعلى الحاكم أن يثيره من تلقاء نفسه طبقا لما اقتضاه الفصل 49.

137 ـ ولما كانت الجنسية تتصل بكل فروع القانون، كان من المفيد أن تختص بالنظر فيها المحاكم المكلفة بفض النزاعات القائمة بين الافراد أو بين الافراد والدولة وهي السلطة القضائية بمحاكمها العادية والإدارية. وعلى هذا الإساس اقتضى الفصل 48 أن «تختص المحاكم الابتدائية وحدها بالنظر في النزاعات المتعلقة بالجنسية التونسية وتنظر فيها بجلستها المدنية وتكون أحكامها قابلة للاستئناف...» لكن مع شيء من التوسع لما جعل نظر تلك المحاكم لا يقتصر على النزاعات التي تقوم بين الافراد فقط، بل يشمل النزاعات التي تنشب بين الافراد والدولة أيضا حسبما يستفاد ذلك من صيغة التعميم الواردة بالفصل المذكور.

138 ـ أما من حيث مرجع النظر الترابي، فقد اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 48 المشار إليه آنفا أن الدعوى ترفع «لدى المحكمة المقيم بدائرتها الشخص المتنازع في جنسيته أو المحكمة التي بدائرتها محل إقامة المدعي إذا لم يكن للشخص المذكور محل إقامة بتونس».

وظاهر من هذا النص أن المحكمة الابتدائية التي بدائرتها محل إقامة الشخص المتنازع في جنسيته هي التي ترفع لها الدعوى حتى لو كانت الدولة طرفا في النزاع. وهذا يعتبر استثناء من الفصل 32 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية. إلا أنه في الصورة التي لا يكون فيها للشخص المتنازع في جنسيته محل إقامة بتراب الجمهورية التونسية فإن الدعوى ترفع في هذه الحالة للمحكمة لتي بدائرتها مقر إقامة المدعي.

النزاعات المتعلقة بالجنسية التونسية مسألة أولية :

139 ـ إن النزاعات المتعلقة بالجنسية قد تعرض بصفة أصلية، وسيأتي الكلام عليها عند دراسة الاجراءات لدى المحاكم، وقد تعرض تبعا لنزاع أصلي وفي هذه الحالة فإنه يتحتم الفصل فيها أولا حتى يتسنى البت في موضوع الخصام الأصلي.

والقانون التونسي افترض في الفصلين 49 و50 لهذه الحالة صورتين :

الصورة الأولى :

140 ـ اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 49 ان الاحتجاج بالجنسية التونسية أو بصفة الاجنبي «بالنسبة لغير المحاكم الابتدائية والاستئنافية المنتصبة للنظر مدنيا مسألة أولية توجب على المحاكم توقيف النظر إلى أن يتم فصل النزاع طبق الاجراءات الواردة بالفصل 51 وما بعده».

والمفهوم من هذا النص أنه إذا إثيرت مسألة الجنسية أثناء نزاع أصلي مطروح على نظر محكمة ناحية أو مجلس عرف أو محكمة أخرى غير المحاكم الابتدائية أو الاستئنافية المنتصبة للنظر مدنيا يجب على تلك المحاكم في هذه الصورة توقيف النظر في النزاع الأصلي، وليس لها البت فيه مطلقا ما لم يقع فصل مسألة الجنسية أولا من طرف المحاكم المختصة. وهو ما يتفق مع مقتضيات الفصل 11 من القانون التونسي للمرافعات الجنائية الذي ينص على أنه «يجوز للمحاكم الأهلية أن تحكم طبق قواعد القانون المدني

في دعاوي المعارضة المدنية التي تقام أثناء قضية جزائية ويلزم تقديم فصلها وذلك على شرط أن يكون لتلك المحاكم حق النظر مدنيا في الدعاوي المذكورة وإلا وجب عليها تأخير النظر إلى أن يقع فصل المسائل المتحتم النظر فيها أولا من محكمة أخرى لم تقتض نصوص قانونية خاصة خلاف ذلك».

الصورة الثانية :

141 ـ والأمر يختلف عن ذلك في الصورة الثانية التي تعرض فيها المسألة الأولية أمام محكمة زجرية إذ نص الفصل 50 على أنه «إذا أثير لدى محكمة زجرية احتجاج بالجنسية التونسية أو بصفة الأجنبي، فعلى هاته المحكمة أن تضرب أجلا قدره ثلاثون يوما قصد القيام بقضية لدى المحكمة المختصة للشخص الذي أثار ذلك الاحتجاج وللنيابة العمومية إذا كان المتمسك بالجنسية التونسية محرزا على شهادة فيها سلمت له طبق الفصل 63 وما بعده من هذا القانون.

وتوقف المحكمة الزجرية النظر إلى أن يقع البت في مسألة الجنسية أو إلى انتهاء الأجل المضروب في صورة عدم القيام بقضية».

142 ـ وواضح من هذا النص أنه إذا مضى الأجل المضروب من طرف المحكمة الزجرية ولم يقع القيام بقضية سواء من طرف الشخص الذي أثار ذلك الاحتجاج أو من طرف النيابة العمومية فإن المحكمة تستأنف النظر في القضية إذ أنه مهما بلغ الاحتجاج بالمسألة الأولية من الأهمية فإن ذلك لا يمكن أن يحول دون تمكين الهيأة الاجتماعية من ممارسة حقها في استقصاء الجرائم وتتبع المجرمين وتوقيع العقوبات عليهم متى ثبتت إدانتهم. وهو ما يتلاءم مع مقتضيات الفصل 132 من القانون التونسي للمرافعات الجنائية الذى نص على أنه «إذا كان بالنازلة ما يقتضي التمسك بوجه معارضة يلزم فصله قبل أصل القضية ولم يظهر أن القصد منها مجرد المماطلة بل كانت مؤثرة تأثيرا محسوسا على التتبع، فالمجلس يوقف النظر في هذا التتبع إلى فصل المسألة الموقوف عليها بالحكم البات كما هو صريح الفصل 11 إلا أنه يضرب أجل للقائم بالحق الشخصي أو المظنون فيه ليتمكن من عرض المسألة للحكم وان لم يفعل لا يتوقف النظر في التتبع

وعلى المجلس أن لا يوقف فصل التهمة إذا كانت تتعلق بأفعال من قبيل العنف والعصيان».

143 ـ جاء هذا الفصل متمما للفصل 11 الآنف الذكر، إذ نص على الشروط التي ينبغي توافرها حتى تضطر المحكمة الزجرية عند المعارضة بالمسائل الفرعية إلى توقيف النظر في القضية ريثما يصدر قرار المحكمة أو السلطة التي لها النظر في هاته المعارضة :

أولا : يلزم أن تكون وسيلة المعارضة من الأهمية بمكان وان لا يظهر منها أنه وقع التمسك بها على سبيل المماطلة فقط. أو أن الوسيلة المذكورة ليس لها من القصد سوى تعطيل سير التتبع فإن الحاكم يجري نظره في هذه الصورة مع ذكر مستنده في الحكم الذي يصدره.

ومن الواضح أن هذا الفصل أبقى للمحكمة حرية تقدير أهمية وسائل المعارضة نظرا لكثرتها واختلاف أنواعها وتعدد صورها.

ثانيا : يلزم أن تؤثر المعارضة مباشرة على التتبع تأثيرا معتبرا. والأمر الذي أراده القانون هو أن تبلغ هاته الوسبلة عند ثبوت صحتها حدا يصبح معه من الممكن إزالة ما تلبس به من الصبغة الجناحية، وهذا الشرط يحمل على الظن في الغالب أن الحق الواقع التمسك به إنما هو حق شخصي للمظنون فيه، وأن الافعال المحتج بها إنما هي سابقة عن الجريمة ولا يتكون منها أحد أركان الجنحة(1).

144 ـ فمجرد التمسك بالجنسية التونسية أو بصفة الاجنبي لا يكفي وحده لتوقف المحكمة النظر في النزاع الأصلي إلى وقوع البت في وسيلة المعارضة ممن له النظر، بل يُجب على المحكمة التأمل من جدية المعارضة ومدى تأثيرها على موضوع القضية المعروضة عليها، فإذا تبين أن ربح الوقت والمماطلة هو المقصود من المعارضة فإنها تلغيها وتواصل النظر كان لم يقع التمسك بها بالمرة. غير أنه يجب عليها التنصيص بحكمها على موجب رفضها توقيف النظر حتى لا يكون حكمها مستهدفا للنقض أما إذا ظهر أن المعارضة لها صفة جدية أو كان لها تأثير معتبر على موضوع النزاع فإنه يجب على المحكمة ان توقف النظر وتضرب أجلا لمن يهمه الأمر، وهذا من شأنه أن يثير التساؤل عما إذا كان للمحكمة الزجرية عند استئنافها للنظر

---

(1) أنظر كتاب شرح قانون المرافعات الجنائية لمؤلفه جان دوبلا صفحة 84 وما بعدها (النسخة العربية) ترجمة محمد بن عمار الورتتاني وكيل الدولة العام بمحكمة التعقيب سابقا.

بعد فوات الأجل المضروب من طرفها أن تبت في القضية المعروضة عليها بدون التفات لما أثير من المعارضات، وتلغى المسألة الأولية، أم أنها تكون مجبورة على النظر فيها وعلى تقديم فصلها قبل البت في الموضوع الأصلي. وإذا افترضنا أنه من الجائز أن تنظر فيها وفصلت بالفعل في مسألة الجنسية باعتبارها مسألة أولية فهل يكون للحكم الصادر في ذلك قوة اتصال القضاء المطلقة أو النسبية؟

والجواب عن ذلك أنه يعسر في التطبيق على المحكمة الزجرية أن تبت في موضوع النزاع الأصلي المعروض عليها دون التفات لما أثير من المعارضات، وبالتالي قبل فصل المسألة الأولية. ذلك أنه يتعذر عليها جمع العناصر الكافية لتقرير الإدانة من عدمها، كما في صورة تمسك تونسي ارتكب جريمة خارج البلاد التونسية بجنسيته الاجنبية أمام المحكمة الزجرية التي أرادت تتبعه على معنى الفصل الثاني من قانون المرافعات الجنائية، أو كما في صورة تمسك أجنبي بالجنسية التونسية بعد أن صدر حكم بإبعاده عن البلاد التونسية ثم رجع إليها، إذ لا شك أنه في كلتا الصورتين يتعذر على المحكمة الزجرية البت في القضية واعتبار أن المسألة الأولية كان لم يقع التمسك بها بالمرة دون أن تكون قد أهدرت حقوق الدفاع ودون أن يكون حكمها مستهدفا للنقض.

ولذلك فإنه يجب عليها أولا الفصل في المسألة الأولية، غير أنه لا يمكن أن يكون للحكم في مسألة الجنسية في هذه الحالة الا قوة اتصال القضاء النسبية على معنى الفصل 481 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على أن «ما أناطه القانون من النفوذ باحكام المجالس التي لا رجوع فيها لا يتعلق إلا بما قضي به المجلس ولا يتمسك به إلا في خصوص موضوعه أو ما كان نتيجة ضرورية منه ولا يكون ذلك إلا بالشروط الآتية :

أولها : أن يكون موضوع الطلب واحدا.

ثانيها : أن يكون سبب الدعوى واحدا.

ثالثها : أن تكون الدعوى بين نفس الخصوم الصادر بينهم الحكم وبعين الصفة السابقة في الطالب والمطلوب والورثة ومن أنجر له حق من الخصوم يعتبرون كالخصوم انفسهم إلا إذا كان هناك تدليس أو تواطىء».

145 ـ ذلك أن الحكم الصادر من المحكمة الزجرية في مسألة الجنسية، ولئن كان يحدد مركز الشخص منها بصفة نهائية في نطاق النزاع الأصلي

المعروض عليها، غير أنه لما كان ذلك الحكم صادرا من محكمة لم تكن مختصة بالنظر في مسائل الجنسية ولم يتأت لها النظر فيها الا بصفة عرضية واضطرارية فمن المعقول أن يكون لحكمها قوة اتصال القضاء النسبية على خلاف ما أعطاع الفصل 57 الذي سيأتي الكلام عليه فيما بعد للاحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائيةوالاستئنافية المنتصبة للنظر مدنيا من قوة اتصال القضاء المطلقة نظرا لاختصاصها بالنظر في مسائل الجنسية التي لا تبت فيها الا بعد بذل العناية البالغة في استيعاب جميع الظروف والملابسات المتعلقة بشأنها.

الباب الثالث عشر

في الإجراءات لدى المحاكم العدلية

146 ـ تعرضت الفصول 51ـ52ـ53ـ54ـ55 إلى بيان الاجراءات المتعلقة باختصاص المحاكم العدلية في النزاعات التي تثار حول المسائل المتعلقة بالجنسية.

هذه النزاعات أما أن تقوم بين الفرد والادارة حول قرار إداري يرى من تضرر منه أنه مشوب بعيب يستوجب الغاءه أو يطلب التعويض عن الضرر الذي ربما يكون قد لحقه بسببه فالمحكمة الإدارية في هذه الحالة تتولى النظر في النزاع .

2) وأما أن يقوم الخلاف حول الجنسية تبعا لنزاع أصلي وفي هذه الحالة يتحتم الفصل فيه أولا حتى يتسنى البت في موضوع الخصام الأصلي وقد شرحنا هذا الموضوع بغاية الاطناب والتفصيل سابقا.

3) وأخيرا قد تعرض النزاعات المتعلقة بالجنسية بصفة أصلية دون أن يكون هناك نزاع، وذلك بأن يقدم الفرد دعوى إلى القضاء يطلب فيها استصدار حكم يقرر له أو ينفي عنه جنسيته التونسية. وقد نص الفصل 51 على أن «لكل شخص الحق في القيام لدى المحكمة الابتدائية بدعوى يقصد منها أصلا ومباشرة التحصيل على حكم بثبوت جنسيته التونسية أو نفيها عنه».

147 ـ وقد وضع هذا الفصل حدا لخلاف كثيرا ما احتدم بين فقهاء القانون حول جواز رفع هذه الدعوى. ذلك أن جنسية فرد ما إذا كانت محل خلاف، فمن مصلحة ذلك الفرد المطالبة باستصدار حكم يثبت له جنسيته المتمسك بها. أما إذا لم تكن الجنسية محل نزاع فليست هنام مصلحة للفرد في مطالبة المحكمة بالتحصيل على حكم يثبت له جنسيته.

وذهب الفقيه نيبوابيه(1) إلى عدم جواز رفع هذه الدعوى لعدم توافر شرط المصلحة بناء على القاعدة القائلة «بأن لا دعوى مع عدم وجود مصلحة Pas D'interet, pas d'action) أو حتى لا تؤول الدعوى إلى استفتاء

(1) راجع نيبوابيه ص 24/50 ـ 1933 ـ I

مجادلة، وليس من وظيفة المحاكم الافتاء أو الادلاء برأيها في المجادلات النظرية.

أما الفقيه باتيفول(1)، فإنه يرى أن هناك مصلحة أدبية، ولكل شخص مصلحة أدبية حقيقية في التحصيل على حكم يثبت جنسيته من دون أن يكون لهذا الحكم صبغة الفتوى أو الاشتشارة بل تكون له حجية الاحكام التي لها قوة ما اتصل به القضاء.

148 ـ ولما كانت الغاية من دعوى الجنسية تقرير تبعية الشخص للدولة التونسية أو نفيها عنه، كان من اللازم أن تكون النيابة العمومية طرفا في القضية. وهذا ما نص عليه عجز الفصل 51 المذكور إذ اقتضى «أن يكون وكيل الجمهورية لدى المحكمة الابتدائية وجوبا طرفا في القضية بصرف النظر عن حق كل ذي مصلحة في التداخل». وهو ما اقتضاه الفصل 54 الذي ينص على أنه «إذا كانت الدولة طرفا في نازلة لدى المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف المنتصبتين للنظر مدنيا وأثيرت فيها عرضيا مسألة تهم الجنسية فلا يمكن أن تنوب الدولة فيما يخص النزاع المتعلق بالجنسية إلا النيابة العمومية».

وهذا ما أوجبه كذلك الفصل 55 الذي ينص على أنه «إذا أثيرت بصفة عرضية أمام المحكمة الابتدائية أو محكمة الاستئناف المنتصبتين للنظر مدنيا بين أشخاص غير عموميين مسألة تهم الجنسية فالنيابة العمومية يجب إدخالها في القضية في جميع الصور وعليها تقديم ملحوظات معللة».

149 ـ أما الفصول 51ـ52ـ53 ـ فقد تعرضت إلى صور القيام بدعوى الجنسية. والذي يستفاد منها أن لوكيل الجمهورية وحده الصفة للقيام أما من تلقاء نفسه حسبما اقتضى ذلك الفصل 52 الذي ينص على أن «لوكيل الجمهورية وحده الصفة للقيام على كل شخص بدعوى يقصد منها أصلا ومباشرة التحصيل على حكم بثبوت جنسيته التونسية أو بنفيها عنه بصرف النظر عن حق كل ذي مصلحة في التداخل»، أو أن يتولى القيام حسبما جاء بالفصل 53 «إذا طلبت منه ذلك إدارة عمومية أو أي شخص قد تمسك بدفع يتعلق بالجنسية التونسية أمام محكمة أوقفت النظر عملا بالفصل 49 أعلاه والصادر منه الطلب يجب إدخاله في القضية كما يجب عليه عند عدم حصوله على الاعانة العدلية أن يؤمن المقدار الكافي من المال الذي يعينه له

(1) أنظر باتيفول، المصدر السابق.

وكيل الجمهورية لتطرح منه عند الاقتضاء مصاريف القضية والغرامة التي يمكن أن يحكم بها عليه».

150 ـ فالشخص الذي يهمه الأمر يكون طرفا أصليا، إذا قام بدعوى يقصد منها أصلا ومباشرة التحصيل على حكم بثبوت الجنسية التونسية أو نفيها عنه (الفصل 51). ويكون طرفا متداخلا إذا كان قيامه بمناسبة دفع يتعلق بالجنسية التونسية أمام محكمة أوقفت النظر عملا بالفصل 49، إذ في هذه الحالة لا يمكن له القيام إلا بواسطة وكيل الجمهورية وبعد استيفائه الشروط التي جاء بها الفصل 53.

151 ـ أما النيابة العمومية، فإنها تكون طرفا أصليا، سواء وقع القيام مباشرة أو قامت من تلقاء نفسها (الفصل 52) أو بطلب من إدارة عمومية أو بطلب من شخص تمسك بدفع يتعلق بالجنسية التونسية أمام محكمة أوقفت النظر عملا بالفصل 49 حسبما سبق ذكره آنفا (الفصل 53).

وتكون طرفا متداخلا إذا أثيرت بصفة عرضية أمام المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية المنتصبتين للنظر مدنيا في قضية كانت فيها الدولة طرفا أصليا أو في نزاع بين أشخاص غير عموميين مسألة تهم الجنسية (الفصلان 54 و55).

152 ـ وفي جميع الحالات أوجب الفصل 56 أن تودع بوزارة العدل نسخة من الشكاية في كل الدعاوي التي يكون موضوعها، سواء بصفة أصلية أو بصفة عرضية، نزاعا في الجنسية، وعلى المحكمة أن تتثبت من وقوع ذلك الإيداع بالفعل إذ كل دعوى غير مرفوقة بما يؤيد وقوع ذلك الإيداع لا تقبل. كما اقتضى نفس الفصل المذكور ألا يصدر حكم في الأصل قبل مضي ثلاثين يوما من تاريخ وقوع الإيداع المشار إليه. ولا شك أن ذلك الأجل من شأنه أن يمكن المصالح المعينة بوزارة العدل «مصلحة الجنسية» من جمع الوثائق والأوراق اللازمة لتكوين الملف وإبداء وجهة نظرها التي ستكون أساسا لطلبات وملحوظات ممثل النيابة العمومية.

153 ـ كذلك الامر بالنسبة للقيام بطرق الطعن، فإنه يجب اتباع نفس تلك الاجراءات من وجوب إيداع نسخة من عريضة الاستئناف أو التعقيب وانتظار مضي أجل الثلاثين يوما قبل صدور قرار في الأصل حسبما نص على ذلك الفصل 56 المذكور(*).

154 - وفي نهاية هذا الباب حدد الفصل 57 مدى حجية الاحكام الصادرة في مادة الجنسية إذ اقتضى أن «الاحكام الصادرة في مادة الجنسية من المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف المنتصبة للنظر مدنيا حسب الشروط المشار إليها بالفصول السابقة لها قوة ما اتصل به القضاء بالنسبة لكافة الخصوم خلافا لما اقتضاه الفصل 481 من مجلة الالتزامات والعقود.

155 - وقد وضع هذا الفصل حدا لخلاف كثيرا ما احتدم بين فقهاء القانون(1). ذلك أن بعضهم يرى أن الاحكام الصادرة في أي مادة أخرى، وبذلك تختلف في كثير أو قليل عن بقية الاحكام الصادرة في مادة الجنسية لا تكون لها الا قوة اتصال القضاء النسبية.

وذهب البعض الآخر إلى أن الحكم الذي يصدر في مادة الجنسية يجب أن تتقرر به جنسية الفرد بصفة نهائية تحول دون إثارة أي نزاع في ثبوتها له أو نفيها عنه فيما بعد خلافا لما كان صدر به الحكم سابقا حتى لا تختلف الاحكام بشأنها فتضطرب حالة الاشخاص اضطرابا من شأنه إحداث آثار قانونية سيئة(2).

156 - وقد شايع المشرع التونسي هذا الرأي إذ أعطى بمقتضى الفصل 57 المشار إليه آنفا الاحكام الصادرة في مادة الجنسية قوة اتصال القضاء المطلقة لكنه جعل ذلك يتوقف على توافر شروط معينة :

1) أن يكون الحكم صادرا من المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بالجنسية وهي المحاكم الابتدائية أو المحاكم الاستئنافية المنتصبة للنظر مدنيا (الفصل 48).

2) أن تكون النيابة العمومية ممثلة في كل النزاعات المتعلقة بالجنسية (الفصول 51_52_53_54_55).

3) إيداع نسخة من عريضة الدعوى بكتابة وزارة العدل (الفصل 56).

4) انتظار مضي أجل الثلاثين يوما قبل صدور أي حكم في الاصل من تاريخ إيداع نسخة من عريضة الدعوى (الفصل 56).

ولا شك أن بتوافر الشروط المشار إليها قد هيأ المشرع الاسباب والظروف التي من شأنها أن تجعل احتمال وقوع الخطا في الاحكام الصادرة في مادة الجنسية ضعيفا جدا.

(1) راجع كتاب الاستاذ فاليري ص 101.
(2) كذلك قرر المشرع الفرنسي في قانون 1945.

157 ـ هذا وأوجب الفصل 56 «على كتاب المحاكم أن يوجهوا إلى وزير العدل نسخة مجردة من الاحكام الصادرة في النزاعات المتعلقة بالجنسية وذلك في ظرف شهرين من تاريخ صدورها»، حتى تستكمل المصلحة المعنية بوزارة العدل (مصلحة الجنسية) جمع كل الوثائق المتعلقة بالقضية للرجوع إليها والاحتجاج بها كلما كان الأمر يقتضي ذلك.

أما إذا تطور الخلاف حول الجنسية إلى نزاع بين دولتين أو أكثر فإن المحاكم العدلية تصبح من دون شك غير ذات نظر في الموضوع الذي يجب أن يعالج من طرف السلطة التنفيذية باعتبار ان النظر في ذلك من اعمال السيادة تطبيقا لمبدا تفريق السلط(1).

(1) راجع باتيفول ص 174

الباب الرابع عشر
في إثبات الجنسية

158 ـ تقوم طريقة الإثبات في مادة الجنسية على القواعد العامة المقررة في وسائل الإثبات من أن البينة على المدعي وأن المدعي عليه يعتبر مدعيا في الدفع. فكل شخص يدعي أنه تونسي الجنسية سواء قام بدعوى أصلية لإثبات جنسيته التونسية أو نفيها عنه أو تمسك بمعارضة تتعلق بالجنسية أثناء نشر قضية يجب عليه إقامة الدليل على صحة ما يدعيه.

«في مادة الجنسية عبء الإثبات على من يدعي أنه تونسي أو غير تونسي سواء بطريق القيام بدعوى أصلية أو بطريق الدفع أثناء نشر قضية.

ويكون هذا العبء على من ينازع شخصا في جنسيته التونسية بنفس الطرق وكانت لذلك الشخص شهادة فيها سلمت له طبق أحكام الفصل 63 وما بعده من هذا القانون». (الفصل 59).

159 ـ وظاهر من هذا الفصل أن الشخص لا يعفى من تحمل عبء الإثبات إلا إذا نوزع في جنسيته التونسية من طرف الغير لكن بشرط أن يكون بيده شهادة تثبت جنسيته التونسية سلمت له من وزارة العدل أو من أحد الممثلين الديبلوماسيين لتونس بالخارج طبق أحكام الفصول 63ـ64ـ65 ـ التي سيأتي الكلام عليها فيما بعد عند دراسة الباب الرابع. ففي هذه الصورة عبء الإثبات يحمل على الغير إذ أن شهادة الجنسية تعتبر قرينة في جانب من يملكها، وهي قابلة للدحض بإقامة الدليل المعاكس. فالغير الذي ينازع شخصا في جنسيته التونسية وكانت لذلك الشخص شهادة فيها يجب عليه أن يقيم الدليل على إثبات خلاف ما جاء بها وإن ما تضمنته يخالف الحقيقة والواقع إذ أن تلك الشهادة معتمدة إلى أن يثبت ما يخالفها. (الفصل 64)(1).

160 ـ ووسائل الإثبات تختلف باختلاف الموضوع المراد إثباته، وموضوع الإثبات في مادة الجنسية يختلف باختلاف حالتين :

---

(1) راجع القرار التعقيبي عدد 1390 الصادر في 23 ديسمبر 1963 بمجلة القضاء والتشريع عدد 2 لشهر فيفري 1964 ص 50.

1) فموضوع الإثبات أما أن ينشأ عن واقعة قانونية فهذه الواقعة لا بد لإثباتها من الإدلاء بالوثائق القانونية التي انشأتها وكونتها، والمحكمة لا تملك سلطة تقديرية واسعة في شأنها إذ وسائل إثباتها تكاد تكون محدودة ومعينة. فإثبات اكتساب الجنسية بفضل القانون بالنسبة لمن ولد خارج تونس من أم تونسية وأب أجنبي أو بالنسبة للمرأة الاجنبية المتزوجة بتونسي يتوقف في الحالة الأولى على الادلاء بما يثبت الجنسية التونسية للأم وإثبات نسب المولود لها ووقوع تسجيل التصريح المتعلق بطلب الجنسية التونسية (الفصل 12).

ويتوقف الإثبات في الحالة الثانية على الادلاء بما يثبت وقوع الزواج وانبرامه طبقا للصيغ المقبولة في نظر القانون التونسي أو في نظر قانون البلاد المنعقد فيه وان قانونها الوطني يجردها من جنسيتها الأصلية. (الفصول 13_14_29).

161 ـ كذلك الامر بالنسبة لاكتساب الجنسية التونسية عن طريق التجنس، فإثبات ذلك يتوقف على الادلاء بالأمر الصادر في التجنس أو بنسخة منه مطابقة للأصل (الفصلان 19 و62).

فالشخص إذا وجد في إحدى الحالات المعينة بقانون الجنسية كالتمسك باكتساب الجنسية التونسية بفضل القانون أو عن طريق التجنس يجب عليه الادلاء بالوثائق الرسمية التي أوجب القانون إثبات وجودها ومصدرها بمقتضاها، إذ نص الفصل 60 على أنه «يثبت وقوع التصريح قصد طلب الجنسية التونسية أو الاعراض عنها بتقديم نظير من ذلك التصريح مسجل بوزارة العدل».

كما اقتضى الفصل 61 على أنه «يثبت عدم وقوع الاعراض عن الجنسية التونسية بتقديم شهادة يسلمها وزير العدل لكل من يطلبها تشهد أن التصريح بالاعراض لم يقدم أو أنه رفض تسجيله».

162 ـ أما فقدان الجنسية التونسية أو إسقاطها أو سحبها أو معارضة الحكومة في اكتسابها فإنه يثبت على النحو المقرر لاكتسابها عن طريق التجنس حسبما اقتضى ذلك الفصل 62 :

«كل أمر صادر بالتجنس بالجنسية التونسية أو بفقدانها أو بإسقاطها أو بسحبها أو بمعارضة الحكومة في اكتسابها يقع إثباته بالادلاء أما بنسخة منه مطابقة للأصل أو بعدد الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الذي أدرج به.

ومتى تعذر الادلاء بتلك الوثائق فإنه يمكن الاستعاضة عنها بشهادة يسلمها لكل من يطلبها وزير العدل وتشهد بوجود ذلك الأمر».

2) أما إذا كان موضوع الاثبات ناشئا عن واقعة مادية، فإثبات هذه الواقعة يخضع لكل وسائل الاثبات العادية التي تملك المحكمة سلطة تقديرية واسعة في شأنها. فالجنسية التونسية إذا كانت مسندة بموجب النسب، كأن يولد الشخص لأب تونسي أو ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية أو ولد بتونس من أم تونسية وأب أجنبي، فإثباتها يرتبط بإثبات النسب من جهة وبإثبات الجنسية التونسية للأب أو للأم من جهة أخرى. وإثبات النسب يخضع للقواعد المقررة بالكتاب السادس من مجلة الاحوال الشخصية.

163 ـ أما إثبات الجنسية التونسية للأب أو للأم. فإنه يتوقف على الإدلاء بالوثائق الرسمية التي اقتضاها القانون إذا كان مصدرها الاكتساب بفضل القانون أو عن طريق التجنس. غير أنه إذا كان مصدرها الميلاد على التراب التونسي فهي واقعة مادية تثبت بكل وسائل الإثبات كبطاقات الحالة المدنية وغيرها من الوثائق الرسمية فإذا لم توجد أو تبين عدم صحتها يجوز الاستناد إلى كل طرق الاثبات. على ان الفصل التاسع اعتبر ولادة من ولد بتونس لأبوين مجهولين قرينة على أنه من ذوي الجنسية التونسية. كما اعتبر الفصل 10 المولود المعثور عليه بالتراب التونسي قرينة على ولادته بها. وفي كلتا الصورتين تكون تلك القرينة ناهضة طالما لم يقم الدليل على إثبات ما يخالفها.

164 ـ وهكذا يظهر أنه لا صعوبة بالنسبة للقانون التونسي في إثبات الجنسية التونسية المسندة بموجب النسب إذ إثباتها يتوقف على إثبات نسب الفرد لوالد تونسي: أب أو أم : طبقا لما جاء بالفصل 6 الذي ينص على أنه يكون تونسيا :

1) من ولد لأب تونسي.

2) من ولد من أم تونسية وأب مجهول أو لا جنسية له أو مجهول الجنسية.

3) من ولد بتونس من أم تونسية وأب أجنبي.

أما إذا كانت الجنسية المبنية على أساس النسب ترجع إلى جنسية قديمة أو إلى توطن الافراد وأصولهم بالبلاد منذ عهود بعيدة فإن إثباتها يستلزم

لا محالة تتبع سلسلة من الاجيال الماضية، وهو يكاد يكون مستحيلا ولذلك اعتبر الفقهاء والمشرعون في كثير من البلاد، لتذليل هذه الصعوبة، الحالة الظاهرة(état apparent)، وهي مستمدة من مبدإ الحيازة باسم الشخص، ومظهره، وشهرته ومعاملته، إذ كلها عناصر تشكل قرينة تدل على حيازته لحالة الوطني وتمتعه بجنسية الدولة وهي قابلة للدحض بإثبات ما يخالفها. وقد أقر المشرع الفرنسي حيازة الحالة الظاهرة بقانون الجنسية الصادر في عام 1945.

إثبات الجنسية الاجنبية :

165 ـ لم تتضمن المجلة التونسية للجنسية نصا يقتضي الاستناد إلى أدلة معينة وطرق مضبوطة لاثبات الجنسية الاجنبية، ولذلك فإن للمحاكم سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن، فلها أن تعتمد كل الطرق والوسائل التي من شأنها اقناعها بالجنسية الاجنبية المتمسك بها. إذ أن النظر في موضوع الجنسية الاجنبية يعتبر متعلقا بمسألة واقعية لا قانونية(1).

166 ـ وقد أخذت محكمة التعقيب بهذا الرأي في قرارها عدد 1390 الصادر في 23 ديسمبر 1963(2) إذ جاء بمستنداته ما يلي :

«إن للقاضي تقدير الحجج والوثائق المدلى بها لإثبات الجنسية الاجنبية دون أن تملك محكمة التعقيب حق الرقابة عليه في شأن ذلك ما دام تعليله تعليلا قانونيا يؤدي للنتيجة التي انتهى إليها بحكمه».

---

(1) أنظر باتيفول ص 170 .

(2) راجع مجلة القضاء والتشريع عدد 2 لشهر فيفري 1964 ص 50.

الباب الخامس عشر

في التصريح بالجنسية التونسية

167 ـ تعتبر شهادة الجنسية التونسية من أهم وسائل الإثبات في مادة الجنسية إذ أنها تقوم قرينة في جانب من يملكها على تمتعه بالجنسية التونسية. غير أنه يجوز الغاؤها أو العدول عنها إذا ما قام الدليل على عكسها حسبما اقتضى ذلك عجز الفصل 64 الذي ينص على أن «تكون تلك الشهادة معتمدة إلى أن يثبت ما يخالفها». ونظرا لما لتلك الشهادة من الأهمية عين الفصل 63 الجهات التي تختص باعطاء تلك الشهادة إذ جاء به ما يلي :

لوزير العدل وحده الصفة لتسليم شهادة الجنسية التونسية لكل من يطلبها ويثبت أنه تونسي الجنسية غير أن الممثلين الديبلوماسيين والقنصليين لتونس بالخارج وكذلك حكام النواحي المقيم بدائرتهم الطالب باستثناء حاكم ناحية تونس مؤهلون لتسليم الشهادة المذكورة وذلك في صورة ثبوت الجنسية طبقا لاحكام الفصول 6 إلى 10 بدخول الغاية من هذه المجلة(1).

168 ـ فالجهات المختصة باعطاء تلك الشهادة معينة على وجه التحديد، إذ ليس لغير وزير العدل والممثلين الديبلوماسيين لتونس بالخارج وحكام النواحي اعطاء تلك الشهادة، ولا يمكن لتلك الجهات اعطاء الشهادة المذكورة الا بعد ان يثبت لهم طالبها أنه يتمتع بالجنسية التونسية وإثبات التمتع بالجنسية التونسية في هذه الحالة يتم بكل الوسائل كبطاقات الحالة المدنية أو بينة في ثبوت الجنسية من المعتمدية التابع لها مقر من يطالب بالحصول على تلك الشهادة.

169 ـ وللبينة في ثبوت الجنسية أهمية كبرى من الوجهة العملية إذ أن المعتمديات لا تسلمها لمن يطلبها إلا بعد استيفاء ابحاث مدققة بواسطة اعوانها ومساعديها كشيخ الفريق ومحرك القسم في الاوساط التي عاش وترعرع فيها من يهمه أمر تلك الوثيقة على أن يبين بالشهادة النص القانوني المنطبق إذ أنه يختلف باختلاف مصدر الجنسية وتنوع سببها. كما

---

(1) نقّح هذا الفصل بالقانون عدد 12 لسنة 1971 المؤرخ في 8 مارس 1971.

يبين بها الوثائق التي وقع الاستناد إليها في إثبات الجنسية التونسية والمقدمة من طالب تلك الشهادة حسبما اقتضى ذلك الفصل 64 الذي ينص على أنه «يبين بشهادة الجنسية النص من هذا القانون الذي يكون المعني بالأمر بمقتضاه تونسي الجنسية كما تذكر بها الوثائق التي مكنت من إثبات ذلك وتكون تلك الشهادة معتمدة إلى أن يثبت ما يخالفها».

170 ـ لكن إذا رفضت الجهات المختصة تسليم الشهادة المذكورة أو سكتت مدة شهر من تاريخ تقديم المطلب فيمكن لمن يهمه الامر القيام بدعوى لدى المحكمة الابتدائية ذات النظر للمطالبة باستصدار حكم يثبت له جنسيته التونسية طبقا للاجراءات الواردة بالفصل 48 وما بعده. وهذا ما اقتضاه الفصل 65 الذي ينص على أنه «إذا رفض وزير العدل أو الممثلون الديبلوماسيونأو القنصليون لتونس بالخارج أو حكام النواحي تسليم شهادة بالجنسية فللمعني بالأمر أن يرفع دعواه للمحكمة الابتدائية المختصة طبق الفصل 48 وما بعده من هذا القانون.

وسكوت السلط المشار إليها بالفقرة السابقة مدة شهر من تاريخ الطلب يعتبر رفضا».

171 ـ وهكذا يظهر أن الشهادة بالجنسية التونسية لا تمنح ولا تنشىء الجنسية وإنما تقرر حالة واقعية يمكن للقضاء الفصل فيها كلما أثير النزاع في شأنها.

الباب السادس عشر

في جنسية الاشخاص الاعتباريين

تمهيد :

172 ـ أسلفنا في الكتاب الأول أن الجنسية هي عبارة عن الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة، وأنه من الصالح أن تكون لكل شخص جنسية حتى يمكن التعرف على القانون الشخصي الذي يجب اخضاعه إليه وتحديد ما له من الحقوق وما عليه من الواجبات إزاء الدولة التي ينتمي إليها. وبينا أنه وقع تجوزا التوسع في مفهوم الجنسية الذي أصبح لا يقتصر على الاشخاص الطبيعيين فقط بل يشمل أيضا الأشخاص الاعتباريين كالجمعيات والشركات، والاشياء كالبواخر والقوارب والطائرات للتمييز بين الشركات الوطنية والاجنبية والتعرف على تبعية الاشياء لدولة معينة(1).

مبنى جنسية الاشخاص الاعتباريين :

173 ـ يختلف الأساس الذي تقوم عليه جنسية الشخص الطبيعي عن الأساس الذي تقوم عليه جنسية الشخص الاعتباري ذلك أن الشخص الاعتباري، وإن كان لا يمكن اعتباره فرداً ينتمي للشعب المكون للدولة، إلا أن تطور التعامل الاقتصادي في العالم وازدهار النشاط الدولي في هذا الميدان جعل الاشخاص الاعتباريين من جمعيات وشركات ومؤسسات ركنا أساسيا في حياة الدول الاقتصادية. وفي هذا ما يبرر إسناد جنسية دولة معينة للشخص الاعتباري على الرغم ما يوجد من الفوارق والاختلاف بين طبيعة الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري

---

(1) أنظر جنسية الشركات والتطور التاريخي الذي مرّت منه في محاضرة إميل إتيان الاستاذ بجامعة الحقوق اللبنانية التي ألقاها في تونس سنة 1962 والمنشورة بمجلة القضاء والتشريع، جوان 1962

إختلاف الفقهاء حول مبنى جنسية الشخص الاعتباري :

174 ـ اختلف الفقهاء حول ضبط المبادىء الاصولية والقواعد الأساسية لتحديد جنسية الشركات بصفة خاصة والشخص الاعتباري بصفة عامة.

فذهب فريق إلى منح الشركة جنسية الدولة التي تم تأسيسها فيها فتستمد بذلك شخصيتها القانونية من قانون الدولة التى انشئت تحت مفعوله.

ويرى فريق ثان منح الشركة جنسية الدولة التي بها المركز الرئيسي لادارة الشركة بقطع النظر عن مركز استغلالها أو مكان تأسيسها.

غير ان الرأي السائد الآن عند غالب فقهاء القانون هو منح الشركة جنسية الدولة التي بها المركز الحقيقي والفعلي لادارة الشركة مع تعزيزها بفكرة الرقابة(1).

أما بالنسبة للجمعيات والمنشآت العامة فإنها تمنح جنسية الدولة التي نشأت في ظل قوانينها.

جنسية الشخص الاعتباري في القانون التونسي :

175 ـ وضع المشرع النصوص التالية لتحديد جنسية الشخص الاعتبارى :

1 ـ جنسية الشركات :

ينص الفصل الثالث من المرسوم عدد 14 لسنة 1961 المؤرخ في 31 أوت 1961 المتعلق ببيان شروط مباشرة بعض أنواع من النشاط التجاري على ما يأتي :

إن الأشخاص المعنويين تكون لهم الجنسية التونسية إذا توفرت فيهم جملة الشروط الآتية :

1) أن يقع تأسيسهم طبق القوانين الجاري بها العمل وأن يكون مقرهم الرئيسي بالبلاد التونسية.

2) أن يشتمل رأس مالهم لحد خمسين في المائة على الأقل على أسهم رسمية يمسكها أشخاص ماديون أو معنويون تونسيون،

3) أن يتألف مجلس الادارة أو المجلس المكلف بالتصرف أو الرقابة من أغلبية أشخاص ماديين لهم الجنسية التونسية.

(1) أنظر ما قبل تحت رقم 11 من هذا الكتاب .

(1) مكرر أنظر الفصل 18 من المجلة التجارية الذي ينص على أن مقر الشركة يقع بمركزها الرئيسي ومكان هذا المركز هو المحل الكائنة فيه الإدارة الفعلية للشركة»

4) أن يقوم بالادارة العامة أو التصرف أشخاص ماديون لهم الجنسية التونسية».

ويتضح من هذا النص أن المشرع، ولئن اعتمد المقر الرئيسي، لفكرة الرقابة أهمية كبرى لمنح الشركة الجنسية التونسية.

2 ـ جنسية الجمعيات :

176 ـ اقتضى الفصل السادس عشر من القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 7 نوفمبر 1959 المتعلق بالجمعيات ما يأتي :

«تعرف الجمعيات الاجنبية مهما كانت صبغتها بالمنظمات التي لها نفس مميزات الجمعيات ولها مقر اجتماعي بالبلاد التونسية وتشرف على تسييرها هيأة مديرة يتركب نصفها على الأقل من الأجانب».

الظاهر من هذا النص، بمقتضى مفهوم المخالفة، أن الجمعيات الاجنبية لا تكون لها الجنسية التونسية إلا إذا كان لها مقر اجتماعي بتونس وتشرف على تسييرها هيأة مديرة يتركب أكثر من نصفخا من أشخاص يتمتعون بالجنسية التونسية.

3 ـ جنسية السفن

177 ـ اقتضى الفصل الأول تحت عنوان جنسية السفن من القانون عدد 59 لسنة 1976 المؤرخ في 11 جوان 1976 والمتعلق بالمصادقة على مجلة التنظيم الإداري للملاحة البحرية أنه «تعتبر تونسية السفن والمراكب على اختلاف حمولاتها والمصنوعة بالبلاد التونسية أو المعلن عن مشروعية انتزاعها من العدو والمصادرة من أجل مخالفة القوانين التونسية، وتعتبر مصنوعة في تونس السفن والمراكب من سائر الجنسيات إذا غرقت على السواحل التونسية ثم :

أ) أعلن أنها لقطة بحرية وتم اقتناؤها بنسبة الثلث على الأقل من طرف أشخاص ماديين أو معنويين تونسيين.

ب) وقع إصلاحها في البلاد التونسية وبلغ الاصلاح ضعف ثمن الشراء.

ج) كان ميناء انتمائها بالبلاد التونسية.

كما اقتضى الفصل الثاني أنه «للسفن والمراكب المصنوعة خارج البلاد

التونسية أن تكتسب الجنسية التونسية بشرط :

1) أن تكون ملكيتها راجعة بنسبة 51٪ على الأقل الى أشخاص ماديين أو معنويين تونسيين .

2) أن تسدد مسبقا المعاليم القمرقية الجاري بها العمل.

3) أن يكون ميناء انتمائها بالبلاد التونسية.

كما نصّ الفصل الخامس على الشروط التي يجب توافرها لاكتساب الجنسية التونسية بالنسبة للسفن والمراكب المصنوعة خارج البلاد التونسية والمتجهة لاغراض ترفيهية.

انظر قانون عدد 58 لسنة 98

4 ـ جنسية الطائرات :

178 ـ ينص الفصل الخامس من القانون عدد 76 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 المتعلق بالملاحة الجوية على ما يأتي :

«تمنح الجنسية التونسية لكل طائرة يقع تسجيلها حسب المقتضيات التي تصدر تنفيذا لهذا القانون وحسب النصوص الصادرة لتطبيقه».

كما تنص الفقرة الثانية من الأمر عدد 201 لسنة 1959 المؤرخ في 4 جويلية 1959 المتعلق بتنظيم الملاحة الجوية على ما يأتي :

«يقع تسجيل :

1) طائرات الدولة باستثناء الطائرات العسكرية .

2) الطائرات الخاصة التي على ملك أشخاص تونسيين لهم مسؤولياتهم المادية أو الأدبية وبقدر واحد وخمسين في المائة على الأقل فيما عدا حالة استثناء خاص يخوله كاتب الدولة للصناعة والنقل».

الكتاب الرابع

الباب الأول

النظرية العامة لمركز الأجانب

179 ـ مركز الأجانب هو نظام خاص يشتمل على جملة القواعد التي يضعها المشرع الوطني وهو يمارس سيادته على ترابه لبيان الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها الأجنبي.

180 ـ والأجنبي هو كل من ليس عضوا في الشعب المكوّن للدولة بمعنى أنه لا يتمتع بجنسية الدولة التي يوجد على ترابها سواء كانت له جنسية أجنبية أم عديم الجنسية(1) ذلك أن كل قوانين الجنسية تقتصر على تحديد وتعريف الوطني أما تعريف الاجنبي فيؤخذ من مفهوم المخالفة وعلى ذلك فالاجنبي هو كل من ليس وطنيا.

وباستقراء تشريعات الدول نرى أنها لا تسوي في المركز القانوني بين الاجنبي والوطني من حيث التمتع بالحقوق العامة والخاصة (2)



(1) أنظر قانون عدد 68 لسنة المؤرخ في 8 مارس 1968 تعريف الاجنبي.
(2) أنظر باتيفول الذي يرى أن الأجانب يدخلون ضمن الجماعة الفرنسية بوجردهم المادي في فرنسا وبتركيز مصالحهم على ترابها.

الباب الثاني

حرية الدولة في تنظيم مركز الأجانب

181 - تتمتع الدولة بحرية واسعة في تنظيم مركز الأجانب بترابها وبيان ما يتمتعون به من حقوق غير أن هذه الحرية ليست مطلقة إذ لا يجوز للدولة وهي تمارس سيادتها على ترابها أن تحرم الأجانب من قدر معين من الحقو(1) إذ تتقيد حريتها في ذلك بما يفرضه العرف الدولي من جهة وبما تتعهد به في اتفاقاتها الدولية من جهة أخرى(2) وإلا اعتبرت خارجة عن دائرة المجتمع الدولي في العالم المتمدن ذلك أن النظرة إلى الاجنبي الآن ومركزه في الدولة مختلف عما كانت عليه في العصور السابقة.

والدول إذا احترمت حدا أدنى من الحقوق للاجانب تصبح في حل في تحديد سياستها في هذا الشأن بناء على اعتبارات أمنية أو اجتماعية ككثافة السكان أو اقتصادية كالحاجة إلى اليد العاملة أو الحاجة للاستثمار أو سياسية كنوع علاقاتها مع الدول الأخرى وهذا ما جعل أن أغلب الدول تضع الوطني في وضع ممتاز عن الأجنبي(3).

---

(1) أنظر نيبوابيه المصدر الصابق

(2) أنظر وثيقة الاعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(3) أنظر مثلا قانون 12 ماي 1964 المتعلق بالأراضي الفلاحية الذي لا يسمح للأجنبي بتملك الأراضي الفلاحية.

الباب الثالث

سياسة الدول في تنظيم مركز الأجانب

182 ـ يستفاد من مختلف النظم الموجودة ببلاد العالم أن هناك طرقا متعددة وأساليب متنوعة تتوخاها الدول في تنظيم مركز الأجانب الموجودين على ترابها إذ أن تحديد مركز الاجنبي له أهمية كبرى في القانون الدولي الخاص فهو يفتح المجال لمعرفة القانون الواجب التطبيق عند قيام تنازع حول العلاقة ذات العنصر الاجنبي وهذه الطرق تتنوع إلى نوعين :

أولا : التسوية بين المواطنين والاجانب في الحقوق والواجبات مع بعض الاستثناءات بالنسبة للوظيفة العمومية والخدمة العسكرية والأداءات المالية.

ثانيا : إعطاء الأجانب حقوقا بقدر ما تعطيه دولهم من الحقوق بالنسبة للمقيمين على ترابها من غير رعاياها بمقتضى معاهدات.

ثالثا : إعطاء الأجانب حقوقا بقدر ما تعطيه دولهم فعلا من الحقوق لرعايا المقيمين على ترابها وهو ما يعرف بنظام المعاملة بالمثل تأمينا لحقوق رعاياها بالخارج لقاء ما يتمتع به الأجانب لديها من حقوق وهو تبادل فعلي دون ما حاجة إلى معاهدات(1).

رابعا : إعطاء رعايا دولة اجنبية أفضل مركز قانوني لرعايا دولة اجنبية أخرى سواء بالنسبة لمجموع الحقوق أو لحق معيّن أو حقوق معينة وهو ما يعرف بشرط الدولة الاكثر رعاية.

وشرط الدولة الأكثر رعاية يمكن أن يتقرر دون تبادل بالمثل(2) وهو ينطوي على خطورة بالغة بالنسبة للدولة التي تلتزم به.

183 ـ على أن التبادل بين الدول يقوم في أغلب البلاد على أسس مختلفة تختلف من دولة إلى أخرى اعتبارا لما للدول من حرية في تنظيم مركز الأجانب وبيان ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات وهذه الحقوق تتنوع إلى حقوق سياسية وحقوق عامةوحقوق خاصة نستعرضها فيما يلي

---

(1) أنظر نيبوابيه المصدر السابق وتقسيمه وتفريعه للتبادل والمعاملة بالمثل .

(2) أنظر رعايا الدولة الفرنسية ودول المجموعة الأوروبية يدخلون إلى تونس بمجرد الادلاء ببطاقة التعريف دون جواز السفر تشجيعا للاستثمار والسياحة.

أولا : الحقوق السياسية

184 ـ الحقوق السياسية هي الحقوق التي تمنحها الدولة لافراد رعاياها باعتبارهم أعضاء في جماعتها السياسية وتطلق الحقوق السياسية على حق الانتخاب والنيابة وتكوين الاحزاب السياسية والاشتراك فيها وتولي الوظائف العامة التي تتعلق بالسلطة والحكم والادارة لذلك تجمع تشريعات الدول على حرمان الأجانب من التمتع بهذه الحقوق ما عدا بعض الاستثناءات تتعلق بالوظائف العامة كلما احتاجت الدولة إلى الاستعانة بخبرة الاجانب في بعض الوظائف الفنية وينجر عن الحقوق السياسية تكليف الوطني ببعض التكاليف السياسية مثل الخدمة العسكرية التي لا يمكن حمل الأجنبي على القيام بها إذ تنبثق عن ولاء الوطني لدولته وعلاقته الروحية بها فضلا عما في ذلك من التعريض بالمصالح العليا للدولة الموجود على ترابها وما يثيره كذلك من المشاكل مع الدولة التي ينتمي إليها(1).

أما الأجنبي عديم الجنسية فتتجه الدول الآن إلى فرض الخدمة العسكرية عليه إذ ليس هناك أية دولة يمكنها الاحتجاج على هذا التكليف كما أنه لا يمكن أن يستفيد عديم الجنسية من وضعيته الشاذة(2) بالدولة التي يقيم فيها منتفعا بالمرافق العامة مثل مواطنيها بدون مقابل.

ثانيا : الحقوق العامة

185 ـ مضى الزمن الذي كان ينظر فيه إلى الاجنبي باحتقار واستنقاص إذ أصبحت الدولة تلتزم في العصر الحديث بحماية الأجنبي المقيم على أرضها وإعطائه جميع الحقوق العامة التي تقرها لمواطنيها عدا بعض القيود التي ترد على هذه الحقوق تقتضيها حرية الدولة ومصلحتها في تنظيم دخول الاجانب إليها وإقامتهم بها كالمراقبة البوليسية والصحية وسياستها في تنظيم الهجرة إليها حماية لاقتصادها واليد العاملة بها فالتشريع الوطني هو وحده الذي يحدد الحقوق التي يمكن أن يتمتع بها الأجنبي إستنادا للمبادىء العامة التي يجري عليها التعامل بين الدول(3).

186 ـ والحقوق العامة التي يمكن أن يتمتع بها الاجنبي نجملها فيما يلي :

---

(1) أنظر باتيبول ، طبعة 1981 ص 209 فقرة 184.
(2) أنظر باتيبول المصدر السابق.
(3) أنظر باتيبول المصدر السابق.

1) احترام شخصية الاجنبي وحريته الفردية وهذا المبدإ مستمد من الاعلان العالمي لحقوق الانسان فحرمة النفس وحرمة المسكن وحرمة المال مضمونة في المجتمعات الحديثة للأجنبي كما للوطني على حد سواء دون نظر إلى جنسيته وحتى إذا كان عديم الجنسية فهناك اتفاقيات دولية منحت بمقتضاها لعديم الجنسية الكثير من الحقوق التي يتمتع بها الوطني(1).

2) الحق في الدخول إلى تراب دولة أجنبية والإقامة به

للاجنبي الحق في الدخول إلى تراب دولة أجنبية والإقامة به والانتقال داخله من مكان إلى مكان آخر إذ لا يجوز للدولة أن توصد أبوابها في وجه الأجانب بصفة عامة وتمنعهم من الدخول إلى ترابها غير أن لها الحق في تنظيم دخولهم بوضع سياسة لرعاية الامن والصحة والأخلاق وتحديد وضبط الهجرة إليها اعتبارا لكثافة السكان وحالتها الاقتصادية واحتياجاتها لليد العاملة فيها، لذلك تستلزم الدول للدخول إليها أو الخروج منها أن يكون الشخص حاملا لجواز سفر رسمي صادر عن الجهات الرسمية متضمن لتأشيرة دخول من الدولة الذاهب إليها(2).

إبعاد الأجانب

187 ـ إذا كان للأجنبي الحق في الدخول إلى تراب دولة اجنبية والانتقال داخله من مكان إلى آخر للدولة سلطة واسعة في أبعاده كلما رأت في وجوده على ترابها خطرا يهدد أمنها أو يمس بسلامة نظامها وكيانها كالجوسسة والتآمر(3). ولو كانوا ممثلين سياسيين والابعاد قاصر على الاجانب إذ لا

---

(1) أنظر اتفاقية من لا وطن لهم. مع النصوص في آخر هذا الكتاب.

(2) لم يكن لنظام جوازات السفر والتأشيرات أهمية رسمية قبل الحرب العالمية الأولى وتتجه الدول الآن إلى التخفيف من حدة هذا النظام سيما بعد قيام وحدات إقليمية وأسواقا اقتصادية مشتركة .

(2) مكرر كانت هناك وثيقة سفر شبيهة بجواز السفر الآن فرضها عضد الدولة في القرن الرابع الهجري أنظر أدم ميتز في كتابه الحضارة الإسلامية في القرن الرابع الهجري طبعة الدار التونسية للنشر، تعريب محمد عبد الهادي أبو ريد.

(3) وشبيها بهذا النظام كان معمولا به في الدولة الإسلامية ما أورده ابن جرير الطبري في كتابه تاريخ الأمم والملوك في أحداث سنة 91 هجرية أن خالد بن عبد الله القسري والي مكة من قبل الوليد بن عبد الملك حاء في إحدى خطبه قوله : أعلموا أنه بلغني أن قوما من أهل الخلاف يغـمون عليكم ويفيمون في بلادكم فإياكم أن تنزلوا ممن تعلمون أنه زائغ عن الجماعة فإني لا أجد أحدا منهم في منزل أحد منكم إلا هدمت منزله فانظروا من تنزلون منازلكم وعليكم بالجماعة والطاعة فإن الفرقة هي البلاء العظيم.

يجوز للدولة إبعاد رعاياها إر في حالات استثنائية كتطبيق عقوبة النفي التي إستبعدتها جلّ الدول في العصر الحديث على نحو ما فعل المشرع التونسي في القانون عدد 34 لسنة 1964 المؤرخ في 2 جويلية 1964 الذي بمقتضاه ألغي الفصل 12 من المجلة الجنائية.

وسلطة الدولة في الابعاد وهو من أعمال السيادة سلطة تقديرية واسعة لا تحدها إلا بعض القيود التي اقتضاها العرف الدولي لاعتبارات انسانية، من ذلك.

1) إبعاد الاجنبي إجراء استثنائي لا تلتجىء إليه الدول إلا لاسباب خطيرة ومشروعة.

2) الابعاد إجراء يتخذ بصفة فردية إذ لا يتناول الجماعات إلا في حالات استثنائية محدودة عند نشوب حرب أو حدوث اضطرابات خطيرة داخل الدولة.

3) الابعاد يجب أن يتم بصفة سليمة إذ لا يجوز أن ينفذ قرار الابعاد بصفة مهينة أو منافية للانسانية وإن تعطى الاجنبي مهلة لتصفية إقامته.

4) الابعاد يجب ألا ينحرف عن الغاية منه بأن يكون وسيلة مستترة لاخفاء تسليم اللاجئين السياسيين إلى دولهم الأصلية.

كما ترد على سلطة الدولة في إبعاد الأجانب قيود أخرى تقتضيها التزاماتها التي تعهدت بها في الاتفاقيات التي تكون قد أبرمتها مع غيرها من الدول كتسليم المجرمين الأجانب(1) لمحاكمتهم أو تنفيذ العقاب المحكوم به عليهم والتسليم مقصور على الأجانب إذ لا تسلّم الدولة عادة رعاياها.

3) الحريات العامة

188 - الأجنبي المقيم على تراب دولة معينة لا يجوز حرمانه من الحريات العامة كحرية الفكر وحرية الكتابة وحرية القول وحرية الاجتماع إلا إذا كان في ذلك مساس بالمصالح العليا للدولة أو التعريض بكيانها ونظمها الأساسية كما يتمتع الاجنبي بحرية المعتقد وحرية القيام بطقوسه الدينية **طالما اقتصر على مجرد الممارسة لحريته العقائدية دون القيام باعمال دعائية أو تبشيرية.**

(1) أنظر مثلا الاتفاقيات القضائية التي أبرمتها الحكومة التونسية مع غيرها من الدول في هذا المجال.

4) المرافق العامة

189 ـ استفادة الأجنبي من المرافق العامة أصبحت ضرورة تمليها الحياة الاجتماعية والتضامن الدولي فالامن العام والتقاضي والمرافق الصحية والتعليم والمواصلات والخدمات الاجتماعية كانت مقصورة على الوطنيين أما في العصر الحديث فقد أصبحت مفتوحة أمام الأجانب لما في حرمانهم منها من المنافاة مع المبادىء الانسانية عدا ما تقتضيه ضرورة التضامن الوطني واحتياجات الدولة(1).

5) التكاليف العامة

190 ـ إنتفاع الأجنبي بالمرافق والخدمات العامة تفرض عليه على نحو ما يفرض على كل السكان تكاليف عامة منها :

1) تسخير الاشخاص بما فيهم الأجانب ضد الكوارث الطبيعية كالفيضانات والحرائق وتعبئة أموال السكان منقولة كانت أو غير منقولة لمواجهة الكوارث.

2) تفرض على الاجنبي كما تفرض على كل المقيمين بالدولة أداء الضرائب(2).

3) لا تمنع صفة الأجنبي من نزع ملكيته للمصلحة العامة بشرط أن يكون ذلك مقابل تعويض غالبا ما تقدره المحاكم.

ثالثا : الحقوق الخاصة

191 ـ تمتع الأجنبي بالحقوق الخاصة ضرورة تمليها الحياة الاجتماعية إذ لا يمكن للشخص أن يعيش دون ممارسة نشاط يمكنه من العيش في كنف الروابط المالية والعائلية كإبرام العقود بأنواعها ومباشرة الاتجار والتملك بالشراء أو الميراث أو التقادم أو بالفكر كالملكية الفنية والصناعية والأدبية وتكوين حياة عائلية من زواج وطلاق واللجوء إلى القضاء وترد على هذه الحقوق بعض القيود التي تفرضها الدولة حماية لكيانها وسيادتها أو اقتصادها فملكية الأجانب للمنقولات تخضع لبعض القيود كملكية الأسهم

(1) أنظر بالتيفول، المصدر السابق
(2) » » »

والسندات في بعض المؤسسات وكملكية الطائرات والسفن والبواخر كذلك الأمر بالنسبة للعقارات الفلاحية مثلما فعل المشرع التونسي الذي حجّر بمقتضى قانون صادر في 12 ماي 1964 ملكية الأراضي الفلاحية على الأجانب(1).

192 - والشخص الاعتباري كالشركات الاجنبية يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي مع اعتبار الفروق بين طبيعة الشخص الاعتباري والشخص الطبيعي ويفرض على الشخص الاعتباري التكاليف العامة كأداء الضرائب ونزع الملكية ووضع مكاسبه تحت الحراسة إلى غير ذلك من التكاليف لقاء ما يتمتع به من الحقوق(2).

(1) أنظر القانون المؤرخ في 12 ماي 1964
(2) أنظر الكتاب الثاني فيما يتعلق بجنسية الأشخاص الاعتبارية.

الباب الرابع

الحقوق الديبلوماسية للأجانب

193 ـ الحقوق الاستثنائية التي تمنح للممثلين السياسيين تتجاوز الحد الأدنى من الحقوق التي تمنح للأجانب ذلك أن الممثلين السياسيين وهم يمثلون دولا أجنبية مستقلة لا يمكن لهم القيام بمهمتهم على أكمل وجه إلا إذا منحوا حقوقا وحصانات تخرجهم عن نطاق سيادة الدولة الممثلين لديها وتجعلهم غير خاضعين لسلطانها بناء على سيادتها الترابية(1) وهذه الحصانة لا تشمل الممثلين السياسيين وحدهم بل تتعداهم إلى رئيس الدولة وأتباعه أثناء وجوده بتراب دولة أجنبية احتراما لسيادة دولته غير أن هذه الحصانات تسقط عن رئيس الدولةملكا أو رئيس جمهورية إذا وجد في دولة هي في حالة حرب مع دولته أو كان مسافرا بحالة تنكر.

كما تمتد هذه الامتيازات إلى أعضاء بعثات الامم المتحدة والهيئات الدولية.

194 ـ والامتيازات التي يتمتع بها القائم بأعمال التمثيل السياسي تشمل زوجته وأفراد عائلته الذين يقيمون معه في السفارة وكذلك مساعديه من مستشاري السفارة وكتابها وكذلك موظفيها من خدم وسواق لكن بشرط الا يكونوا من رعايا الدولة المعتمد لديها فهؤلاء لا يتمتعون بأي امتياز إلا بقدر ما تعترف لهم به دولة الإقامة(2).

195 ـ على أن هذه الامتيازات لا يتمتع بها الا في الدولة التي يباشر فيها القائم بأعمال التمثيل السياسي مهامه حتى يتمكن من القيام بأعماله غير خاضع لسلطانها وبعيدا عن أي مؤثر فيها(3).

---

(1) كذلك كان يتمتع السفراء الذين بعثهم هارون الرشيد إلى شارلمان أو الذين استقبلهم موفدين من قبل هذا الأخير بحقوق شخصية وحرمة ذاتية كذلك كان يستقبل إبراهيم ابن الأغلب لسفراء شارلمان أنظر بروكلمان في كتابع تاريخ الشعوب الإسلامية ترجمة نبيه أمين فارس ومنير البعلبكي طبعة دار العلم للملايين.
كما وجه عبد الرحمن الثاني الأمير الأموي بالاندلس شاعره يحي الغزال كسفير لدانمارك ليفاوض زعيم النورمانديين، أنظر المصدر السابق.
(2) أنظر اتفاقية فيانا الفصل 71 .
(3) أنظر اتفاقية الحصانة الديبلوماسية المنشورة مع النصوص في آخر هذا الكتاب.

الباب الخامس

الحصانة الديبلوماسية

يمكن إجمال الحصانات الديبلوماسية فيما يلي :

أولا : الحرمة الشخصية والمسكن

196 ـ يتعين على دولة الإقامة حماية شخص الممثل الديبلوماسي من كل اعتداء حسبما اقتضى ذلك الفصل 29 من اتفاقية فيانا وقد تضمنت الكثير من التشريعات نصوصا تقضي بتشديد العقاب على من يعتدي على الممثل السياسي ولو بالقذف أو الثلب بشرط الا يتسبب بعمله أو بخطئه في الاعتداء عليه كأن يشترك في ثورة أو نزاع فيضطر خصومه إلى مقابلة عمله بمثله كما يشترط أن تكون العلاقات قائمة بين دولته والدولة المعتمد لديها وأن تكون هذه الدولة معترفة بدولته وبصفته السياسية.

197 ـ ولمسكن الممثل الديبلوماسي(1) حرمة تحول دون دخول رجال السلطة إليه أو إجراء أي عمل رسمي به من تحقيق أو تفتيش إلا بترخيص مسبق في ذلك(2) غير أنه لا يجوز للممثل السياسي بناء على ما يتمتع به مسكنه من الحرمة أن يحمي المجرمين أو يسمح بإيوائهم بداره ويرفض تسليمهم للسلطات المحلية إذ أن منزله لا يخرج عن كونه جزءا من تراب دولة الإقامة خلافا لما ذهب إليه بعض الفقهاء في هذا الشأن(3).

إذ أن حرمة المسكن حق استثنائي لا يمكن التوسع فيه إلا بقدر ما ييسر على الممثل السياسي القيام بمهام وظيفه.

ثانيا : الحصانة القضائية

198 ـ يتمتع الممثل الديبلوماسي بالحصانة القضائية فيما يتعلق بالقضاء المدني والجبائي والإداري للدولة المعتمد لديها(4) فالممثل

---

(1) أنظر اتفاقية فيانا الفصل 71 .
(2) أنظر إتفاقية الحصانة الديبلوماسية المنشورة مع النصوص في آخر هذا الكتاب.
(3) أنظر اتفاقية فيانا.
(4) " " "
(5) أنظر قرارات محاكم الاستئناف ومحكمة التعقيب الفرنسية الصادرة في هذا الشأن.

الديبلوماسي لا يخضع للقضاء المدني في البلد الذي يؤدي فيه وظيفه فإذا استدان فلا يمكن لدائنيه أن يقاضوه أمام القضاء المحلي غير هذا الاعفاء لا يعفيه من مقاضاته أمام محاكم دولته وقد استثنت إتفاقية لاهاي المتعلقة بشأن الحصانات الديبلوماسية من هذه الحصانة الحالات التالية :

3) الدعاوي العينية العقارية ما لم يكن مباشرته لها نيابة عن دولته.

1) الدعاوي المتعلقة بشؤون الإرث والتركات.

2) الدعاوي المتعلقة بأي نشاط مهني أو تجاري بمارسه خارج وظائفه الرسمية كما يتمتع الممثل السياسي من الاعفاء من أداء الشهادة أمام محاكم الدولة المعتمد لديها(1) هذا وقد أوصى قرار الأمم المتحدة بشأن النظر في الدعاوي المدنية الدولة المعتمدة بالتنازل عن الحصانة القضائية لافراد بعثتها الديبلوماسية بشأن الدعاوي المدنية. كذلك يعفى الممثل الديبلوماسي من القضاء الجنائي فلا يمكن اتخاذ أي إجراء جزائي ضده بسبب أعمال ارتكبها خلال ممارسته لوظائفه أو حتى قبل ممارسته لها غير أن هذا لا يعفيه من محاكمته من طرف محاكم دولته إذ يمكن للدولة المعتمد لديها أن تطلب محاكمته وتوقيع العقاب عليه ولا تستطيع دولته أن ترفض ذلك وإلا اعتبرت مشجعة لمثليها على ارتكاب الجرائم ولدولة الإقامة أن تتخذ ما تراه لازما من الاجراءات كمحاصرة دار السفارة برجال الشرطة وإجراء مراقبة شديدة عليها حتى تمنع الممثل الديبلوماسي من الاستمرار في ارتكاب جرائم من شأنها التعريض بالأمن العام أو الإخلال بالنظام.

199 - هذا ويمكن للدولة المعتمد أن تتنازل عن الحصانة القضائية التي يتمتع بها ممثلوها لكن على شرط أن يكون هذا التنازل صريحا في جميع الاحوال حسبما نصت على شروط وتفاصيل ذلك اتفاقية لاهاي بشأن العلاقات الديبلوماسية والتي ننشرها مع النصوص في هذا الكتاب.

ثالثا : الإعفاء من الضرائب

200 - يعفى الممثل الديبلوماسي من جميع الرسوم والضرائب الشخصية أو العينية والقومية والإقليمية أو البلدية باستثناء:

1) الرسوم والضرائب المفروضة على الاموال العقارية الخاصة بالممثل الديبلوماسي والكائنة بإقليم الدولة المعتمد لديها ما لم تكن حيازته لها بالنيابة عن دولته أو استخدامها في أغراض البعثة.

---

(1) أنظر قرار الامم المتحدة الصادر في أفريل 1961.

(1) مكرر أنظر قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 56369 المؤرخ في 28 نوفمبر 1963.

2) الضرائب التي تدخل أمثالها في ثمن الأموال والخدمات.

3) الضرائب التي تفرضها الدولة المعتمد لديها على الشركات.

4) الضرائب المفروضة على الدخل الخاص الناشىء في الدولة المعتمد لديها والضرائب المفروضة على رؤوس الاموال المستثمرة في المشاريع التجارية القائمة في تلك الدولة.

5) رسوم خدمات معينة كرسم التسجيل والتوثيق والرهن العقاري وتمتد الاعفاءات الجبائية إلى افراد أسرة المبعوث الديبلوماسي من أهل بيته إن لم يكونوا من مواطني الدولة المعتمد لديها(1).

هذا ويجب على جميع المتمتعين بالامتيازات والحصانات مع عدم الإخلال بها احترام قوانين الدولة المعتمد لديها وأنظمتها وعدم التدخل في شؤونها الداخلية(2).

رابعا : الامتيازات المخولة للقوات الحربية الاجنبية

201 ـ الامتيازات والحصانات التي يتمتع بها أفراد الجيوش والسفن والطائرات الحربية الأجنبية أثناء إقامتها بإقليم دولة معينة تحددها الاتفاقيات التي تبرمها الدولة التي رضيت بقبولها مع الدولة التابعة لها تلك القوات فتخرجها بالنسبة لميدان القضاء عن اختصاص محاكمها المحلية وذلك لتمكين الدولة الاجنبية من السيطرة على قواتها المسلحة.

201 مكرر ـ القناصل الشرفيون

خلافا للقناصل المحترفين الذين يعينون دائما من رعايا الدولة المرسلة فإن القناصل الشرفيين يعينون من رعايا الدولة المضيفة ويتمتع القناصل الشرفيون بامتيازات وحصانات القناصل المحترفين مع وفود بعض

---

(1) أنظر اتفاقية فيانا بشأن الحصانات الديبلوماسية

(2) أنظر الفصل 41 من المصدر السابق.

(3) أنظر اتفاقية فيانا، المصدر السابق.

الكتاب الخامس

الباب الأول

مركز الأجانب في التشريع التونسي

202 ـ بعد أن استعرضنا القواعد الأساسية والمبادىء العامة لمركز الأجانب وبيّنا الحقوق العامة والخاصة والاستثنائية التي يتمتعون بها والقيود التي ترد على ممارستهم لتلك الحقوق نستعرض الآن أهم المبادىء التي تحكم المركز القانوني للأجنبي الواردة بالتشريع التونسي والتي ضبطها القانون عدد 68 المؤرخ في 7 مارس 1968 المتعلق بمركز الاجانب في تونس والأمر عدد 128 المؤرخ في 28 جوان 1968 المتعلق بتراتيب دخول وإقامة الأجانب بالبلاد التونسية والتي نجملها فيما يلي :

أولا : حق الاجنبي في الدخول إلى البلاد التونسية

203 ـ يشترط لدخول الأجنبي(1) إلى البلاد التونسية أن يكون حاملا لجواز سفر(2) رسمي ساري المفعول أو وثيقة مماثلة صادرة عن السلطات المختصة تسمح لصاحبها بالرجوع إلى البلاد التي أصدرتها كما يشترط حصوله على إذن بالدخول أو العبور «تأشيرة» مسلمة له من السلطات التونسية في الخارج وأن يكون دخوله عبر نقط العبور والمرور سواء كانت برية أو جوية أو بحرية وهي الأماكن التي تنظم فيها الرقابة على الجوازات والامتعة.

204 ـ ويعفى من تأشيرة الدخول إلى البلاد التونسية الاجانب الذين تكون دولهم أبرمت مع الدولة التونسية اتفاقيات بشأن الغاء هذه التأشيرة وباستثناء من اتخذت بشأنهم قرارات طرد من التراب التونسي أو رفضت مطالبهم في الحصول على بطاقات إقامة أو منعوا من الإقامة بالبلاد التونسية إقامة سابقة.

ويعفى من التأشيرة :

205 ـ 1) الأجانب أثناء وجودهم على ظهر باخرة في طريقها إلى الخارج طالما لم يبارحوا الباخرة.

---

(1) عرف الفصل الأول من القانون عدد 68ـ7 المؤرخ في 8 مارس 1968 الاجنبي بأنه «يعتبر أجنبيا على معنى هذا القانون كل الاشخاص الذين ليست لهم الجنسية التونسية سواء كانت لهم جنسية أجنبية أو عديمي الجنسية.

(2) أنظر تعريب جواز السفر وشكله في المصدر السابق.

2) الأجانب المارون عبر الجو التونسي على شرط أن لا يغادروا المطار أثناء توقف الطائرة.

ثالثا : إقامة الأجانب

تتنوع إقامة الأجانب إلى :

1) إقامة مؤقتة

206 ـ الإقامة المؤقتة هي إقامة الأجنبي بالتراب التونسي لمدة تتجاوز الثلاثة أشهر أو ستة أشهر متقطعة في بحر سنة واحدة وهذه الإقامة تتوقف على حصوله على تأشيرة أو بطاقة إقامة مؤقتة ولا يمكن أن تتجاوز العام الواحد إلا بترخيص صريح من وزير الداخلية وهذا الترخيص الاستثنائي جاء به الفصل 17 من الأمر التطبيقي للقانون المتعلق بإقامة الأجانب عدد 128 المؤرخ في 7 مارس 1968 الذي خول للسلطات التونسية منح الاجنبي أو صنف من الأجانب تأشيرة إقامة مؤقتة لمدة عامين قابلة للتجديد مساعدة لبعض الاجانب الفنيين المتعاقدين مع الحكومة التونسية إذ أن أغلب العقود المبرمة مع مثل هذا الصنف صالحة لمدة عامين وقد عدّل هذا الأمر بمقتضى الامر عدد 716 الصادر بتاريخ 20 أفريل 1992 أصبح بموجبه الترخيص يمنح للأجنبي لمدة خمسة أعوام قابلة للتجديد إذا كان من بين المستثمرين المستقرين بتونس منذ سنة على الأقل وذلك تشجيعا للمستثمرين الأجانب.

هذا ويمكن لسلط الامن سحب بطاقة الإقامة المؤقتة من أي أجنبي إذا صدرت منه أعمال تمس بالأمن العام أو زالت الاسباب التي من أجلها تحصل على بطاقة إقامة.

هذا ويجب على الاجنبي المقيم مؤقتا أن يغادر البلاد التونسية عند انتهاء صلوحية بطاقة إقامته ما لم يتحصل على تجديدها.

2) إقامة عادية أو خاصة

207 ـ يمكن منح تأشيرة وبطاقة الإقامة العادية :

1) للأجانب المولودين بتونس والذين أقاموا بها بدون انقطاع إلى تاريخ صدور هذا القانون.

2) للأجانب المقيمين بتونس بصورة قانونية منذ خمس سنوات بدون انقطاع إلى تاريخ صدور هذا القانون.

3) للأجنبيات المتزوجات من تونسيين.

4) للاجانب الذين لهم ابناء تونسيون.

5) للأجانب الذين قدموا للبلاد التونسية خدمات جليلة مثل العلماء ورجال الأدب والفن والصناعة والاقتصاد.

ومدة صلوحية البطاقة العادية سنتان ويمكن تجديدها ويفقد الأجنبي حق الاقامة العادية إذا تغيب عن البلاد التونسية أكثر من ستة أشهر دون أن يتحصل على تأشيرة رجوع كما يمكن لسلط الامن أن تسحب بطاقة الإقامة العادية من أي أجنبي إذا زالت الاسباب التي من أجلها تحصل عليها.

3) الطـــرد

208 ـ يمكن لوزير الداخلية إتخاذ قرار بطرد كل أجنبي يشكل وجوده بالتراب التونسي خطرا عليها وعبارة هذا النص عامة مرنة تتسع لكل مبررات الابعاد إذ لا توجد أسباب محددة فعلا لابعاد الأجانب.

هذا وقد تعرضت النصوص التي سبق ذكرها والتي تهم إقامة الأجانب وتنقلهم وجولانهم ومراقبتهم والاعلام عن إيوائهم إلى جملة الإجراءات التي تتعلق ببطاقات الإقامة وأنواع التأشيرات وبطاقات التعريف الخاصة بالسلك الديبلوماسي وبطاقات التعريف الخاصة بالسلك الإداري والفني إلى غير ذلك من الاجراءات التي تحكم إقامة الاجنبي بالبلاد التونسية.

الباب الثاني

اللاجئون السياسيون

209 ـ أبدت معظم الدول الديمقراطية في العصر الحديث استعدادا لمنح اللجوء السياسي للافراد الذين يقنعون السلطات المضيفة بأنهم في الواقع هدف لاضطهاد سياسي أو عنصري ومتى منح اللجوء السياسي ترفض السلطات المضيفة جميع الطلبات التي تتقدم بها حكومة اللاجىء السياسي لتسليمه إليها بحجة إرتكابه مخالفة سياسية ذلك أنه من الصعب توخي الدقة التامة في وضع تعريف يمكن تطبيقه في مجال الاحكام التي تنظم تسليم اللاجئين السياسيين إذ إن عبارات «**اللاجىء السياسي**» و «**السياسي الهارب**» هي عبارات مرنة مطاطة الاستعمال لا تحدد بالضبط معنى «**المخالف السياسي**» أو «**المخالفة السياسية**»(1) هذا وقد ضبطت اتفاقية جناف المؤرخة في 26 جويلية 1951 والتي صادقت عليها الحكومة التونسية الاحكام والحقوق التي يمتاز بها اللاجىء السياسي عن بقية الأجانب وتمشيا مع سياسة الدول الديمقراطية في العصر الحديث منحت الحكومة التونسية اللجوء السياسي لمحمد صلاح الدين وزير خارجية مصر سابقا إثر إنقلاب الضباط الاحرار ومحمد فاضل الجمالي رئيس الحكومة ووزير خارجية العراق سابقا إثر الانقلاب الذي اطاح بالملك فيصل ونوري السعيد وللرئيس المختار ولد دادة رئيس جمهورية موريطانيا إثر الانقلال الذي أطاح بنظامه.

---

(1) راجع كتاب القانون بين الامم، جريرهارد فان غلان ترجمة العباس العمر، طبعة دار الآفاق الحديث، بيروت، الجزء الأول.

الكتاب السادس

البـــاب الأول

مركز الأجانب في التشريع الإسلامي

210 ـ سبق التشريع الاسلامي جل التشاريع القديمة والحديثة في مجال الاحكام التي تتعلق بحقوق الأجانب ذلك أن الأجانب كانوا في عهد الاغريق والرومان وأوائل العصور الوسطى محل احتقار وازدراء يعاملون بأشد أنواع القسوة فالاجنبي هو وماله غنيمة ويحل قتله واسترقاقه والاستيلاء على عياله وافراد أسرته فوضع التشريع الاسلامي جملة من المبادىء والاحكام استمدها من القرآن وسنة رسوله ﷺ(1) منح بمقتضاها للاجنبي شخصية قانونية أصبح يتمتع بموجبها **بحقوق انسانية** كالحريات العامة وحرية الدين وممارسة طقوسه الدينية والتمتع بالمرافق العامة وحق التقاضي وحقوق مدنية كالزواج والطلاق والعمل والاتجار وحقوق سياسية وأهمها حق الانتخاب والترشح وحق تولي الوظائف العامة التي لا تزال الدول في ظل المبادىء الحديثة تحرمها على الاجنبي.

والأجنبي في ظل التشريع الإسلامي :

211 ـ **أولا** : أجنبي مسلم فهذا الاجنبي له جميع الحقوق الانسانية والمدنية والسياسية فهذه الحقوق مكفولة للمسلم الهندي أو الصيني أو الحبشي أو الرومي إذ بالاسلام أصبح له ما لنا وعليه ما علينا وقد قال الرسول ﷺ «الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي ولا أبيض على أسود ولا لأحمر على أصفر كلكم لآدم وآدم من تراب».

212 ـ **ثانيا** : أجنبي غير مسلم يهوديا كان أو مسيحيا يريد الإقامة بدار الاسلام **ودار الإسلام هي دولة يقام فيها حكم الإسلام** فلأي مسلم في دار الإسلام أن يؤمن هذا الأجنبي بأن يعطيه العهد والأمان بذمة الله وذمة رسوله ولهذا يسمى هذا الأجنبي «**ذمي**» ولهذا الذمي في دار الاسلام جميع حقوق المواطن من حيث الإقامة الدائمة والتمتع بالمرافق العامة والمحافظة على شخصه وعياله وماله وممارسة شعائر دينه وذكر آدم ميتز

---

(1) أنظر خطبة الرسول ﷺ لما بلغ المدينة إذ جاء فيها قوله «إن يهود بني عوف امة مع المؤمنين لليهود دينهم وللمسلمين دينهم مواليهم وأنفسهم إلا من ظلم وأثم فإنه لا يوتغ ـ لا يهلك ـ إلا نفسه وأهل بيته أنظر السيرة لابن هشام، طبعة دار الجيل، بيروت وانظر كذلك تعليق محمد الطالبي على هذه الخطبة في كتابه دراسات في تاريخ افريقية، المطبعة الرسمية منشورات الجامعة التونسية.

أن الحكومة الإسلامية لم تكن تتدخل في الشعائر الدينية لأهل الذمة بل كان يبلغ من بعض الخلفاء أن يحضر مواكبهم وأعيادهم ويأمر بصيانتهم(1) وفي مقابل ذلك يشارك في النفقات العامة وهو ما يسمى **بالجزية** وأصل الأمان مستمد من قول الرسول ﷺ «المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم»(2) وقوله ﷺ «من آذى ذميا فأنا خصمه ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة»(3) .

213 ـ والجزية هي مشاركة ومساهمة الاجنبي الذمي بقدر من المال يتفق مع ثروته وكسبه لقاء ما يتمتع به من المرافق العامة فإذا طعن في السن، أو انقطع كسبه ينفق عليه وعلى عياله من بيت مال المسلمين ذلك أن الجزية ليس المقصود منها الحيلولة دون الاجنبي والإقامة في دار الاسلام وقد أورد ابن جرير الطبري في أحداث سنة 91 هجرية أن أحد الولاة أراد أن يحول بين الذمي والاسلام حتى لا تنقص أموال الدولة فأجابه الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه بقولته المشهورة «ضع الجزية عن من أسلم فإن الله بعث محمدا هاديا ولم يبعثه جابيا» ذلك أن الجزية حسبما ذكر الماوردي في كتابه الاحكام السلطانية ان اسمها مشتق من الجزاء إذ أنها جزاء على امانتنا لهم لأخذها منهم رفقا.

وقد بيّن حقيقتها وشروط عقدها فليراجع كتابه في هذا الشأن، كما ذكر آدم ميتز أن أهل الذمة بحكم ما كانوا يتمتعون به من تسامح المسلمين معهم وحمايتهم لهم يدفعون الجزية كل واحد منهم بحسب مقدرته(5) وأما ما ذكره بعض الفقهاء من وجوب إخضاع الذميين إلى لباس أو زي خاص يميزهم من المسلمين فليس له أساس من القرآن أو السنة وإنما اقتضته اسباب اجتماعية أو سياسية أو زمانية مؤقتة(6).

214 ـ **ثالثا** : أجنبي مستأمن هو الاجنبي الذي ينتمي إلى دار الحرب فهو حربي لا يسمح له الدخول لدار الإسلام إلا بأمان كما يسمح له بالاقامة فيها لفترة حددها الفقهاء بأقل من سنة فإذا تجاوز هذه الفترة أصبح ذميا على مذهب الامام أبي حنيفة وعليه في هذه الحالة دفع الجزية.

---

(1) أنظر آدم ميتز في كتابه الحضارة الاسلامية في القرن الرابع الهجري نقله إلى العربية محمد عبد الهادي أبو ريدة، طبعة الدار التونسية للنشر والمؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، الجزء الأل.
(2) أنظر كتاب الاحكام السلطانية طبعة دار الكتاب العربي.
(3) أنظر الجامع الصغير لابن حجر العسقلاني ج 3 ص 291.
(4) أنظر كتاب الاحكام السلطانية المصدر السابق.
(5) أنظر كتاب آدم ميتز ، المرجع السابق
(6) أنظر مقدمة كتاب أحكام أهل الذمة لابن قيم الجوزية لصاحبها محمد حميد الدين حيدر أبادي، طبعة دار العلم للملايين، تحقيق صبحي الصالح.
(7) أنظر كتاب أحكام أهل الذمة المصدر السابق.

الكتاب السابع

الباب الأول

الموطن

215 ـ رأينا قيما سبق أن الدولة إذا منحت جنسيتها لفرد من الافراد تصبح وطنا له أما إذا منحته رخصة إقامة بترابها فتصبح موطنا له على ما سنرى فيما يلي ذلك أن الجنسية تفيد انتساب الفرد لدولة معينة انتسابا معنويا يتجسم في ولائه لوطنه ولو غادره وهاجره إلى الخارج بينما التوطن يفيد انتساب الفرد للدولة انتسابا ماديا مبنيا على ما ركزه من المصالح المادية التي تستلزم الاستقرار والإقامة بها لرعايتها والمحافظة عليها ولذلك فمجرد وجود الفرد بتراب دولة معينة لا يتحقق معه التوطن إذ لابد من تركيز مقره أو مصالحه المادية والإقامة لرعايتها والمحافظة عليها مما يؤخذ منه قرينه على نية الاستقرار بها وهكذا يستنتج أن التوطن له ركنان ركن الوجود المادي على تراب الدولة وركن الوجود المعنوي وهو نيّة الاستقرار بها.

216 ـ والتوطن يختلف عن الإقامة إذ أن الاقامة لا تنصب إلا على جزء معيّن من تراب الدولة مثلما رأينا عند درسنا لمركز الأجانب وإقامتهم بينما التوطن يشمل كامل تراب الدولة.

الباب الثاني

أهمية الموطن في القانون الدولي الخاص

217 ـ الموطن له أهمية في القانون الدولي الخاص وأهميته تنافس أهمية الجنسية ذلك أن بعض الدول كانجلترا والولايات المتحدة الامريكية وأمريكا اللاتينية تعتمد في تعيين القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الاجنبي وخاصة ما يتعلق منها بمسائل الاحوال الشخصية على قانون موطن الشخص كما أن للموطن أهميته في تنظيم قواعد الجنسية سواء بالنسبة لكسبها أو فقدها أو استردادها مثلما مرّ بنا ذلك في كتاب الجنسية كما ان للموطن أهميته الخاصة بالنسبة لجل الدول التي تعتمده أساسا لتعيين الاختصاص القضائي لمحاكمها.

كما تبرز أهمية الموطن أو التوطن في تنظيم القواعد القانونية لمركز الأجانب على نحو ما مرّ بنا في الكتاب الثالث المتعلق بمركز الأجانب ذلك أن المشرع يخص الأجانب المتوطنين بمعاملة أفضل من معاملته للأجانب غير المقيمين بالنسبة لحقوقهم والتزاماتهم إزاء الدولة.

الباب الثالث

أنواع الموطن وطرق تحديده

218 ـ هذا وليس للموطن في التشريع التونسي أحكام خاصة في مجال تنازع القوانين والعلاقات ذات العنصر الاجنبي إذ اقتصر في شتى النصوص الواردة سواء بمجلة المرافعات المدنية والتجارية أو مجلة الالتزامات والعقود أو المجلة التجارية أو المجلة الانتخابية على تحديد المقصود بالموطن معتدا في ذلك بالتصوير المادي كقاعدة عامة والتصوير الحكمي في بعض الحالات كالموطن التجاري أو الموطن المختار أو موطن القاصر هذا وقد نشب خلاف بين الفقهاء حول اختيار القواعد القانونية لتحديد الموطن لكن الرأي الغالب يقضي بتطبيق قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع لتحديد الموطن إذ أنه يدخل ضمن التكييف، والتكييف يخضع لقانون دولة القاضي حسبما سنرى ذلك في الكتاب المتعلق بتنازع القوانين.

الكتاب الثامن

الباب الأول

تنازع القوانين

219 ـ بيّنا في مقدمة هذا الكتاب تحت عنوان «تنازع القوانين» أن العلاقة ذات العنصر الاجنبي تفتح مجال البحث لمعرفة مبادى القانون الدولي الخاص التي تحدد كيفية تطبيق القوانين المتعلقة سواءا منها بقوانين الموضوع أو بقوانين المرافعات(1) كلما كان هناك تزاحم بين القوانين ذلك أن العلاقة ذات العنصر الاجنبي أما أن ينشأ سببها في دولة أجنبية كما لو أبرم تونسي العقد في فرنسا أو وقع الفعل الضار في تونس من أجنبي أو من تونسي في الخارج أو أن يكون أحد طرفي العلاقة أو كلاهما أجنبيا كما لو تزوج تونسي بألمانية أو تزوج أجنبي بأجنبية في تونس أو باع تونسي عقارا أو منقولا في الخارج فالعنصر الأجنبي يتطرق إلى العلاقة سواء بالنسبة لاشخاصها أو موضوعها أو مكانها وبذلك تصبح لها علاقة بأكثر من قانون دولة واحدة بحكم المركز القانوني لموضوع النزاع.

220 ـ وعملية حل مشاكل تنازع القوانين يتم بوضع المشرع الوطني قواعد ترشد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق وهي ما اصطلح على تسميته بقواعد الاسناد وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذه القواعد ومدى انتمائها إلى القانون العام أو القانون الخاص(2) وجل فقهاء القانون ساندوا الرأي الذي ذهب إلى أن قواعد الاسناد ما دامت تعالج علاقات القانون الخاص مثل الروابط التعاقدية ومسائل الزواج والطلاق والميراث والهبة والوصايا وغيرها فهي تنتمي إلى القانون الخاص(3).

---

(1) أنظر باتيبول، طبعة 1949.

(2) راجع في هذا المجال لربور ابيجونيار وباتيبول.

(2)مكرر أنظر محمد الشرفي في هذا المجال والذي نسمي هذا النوع من التنازع، التنازع المكاني للقوانين في كتابه مدخل لدراسة القانون ـ المرجع السابق ـ

(3) أنظر أمر 12 جويلية 1956 المنقح بالأمر في 24 جوان 1957 ثم بالقانون المؤرخ في 27 سبتمبر 1957.

221 ـ كما ثار خلاف أيضا حول طبيعة قواعد الإسناد هل أنها تعالج تنازع القوانين الدولي أو تنازع الداخلي للقوانين وقد ذهب الفقهاء إلى أن قواعد الإسناد لا تعالج إلا التنازع الدولي للقوانين أما التنازع الداخلي فلا يدخل ضمن القانون الدولي الخاص إذ لا يتصور أن يستبعد القاضي تطبيق أحد القوانين الداخلية في دولته باسم النظام العام كما هو الشأن بالنسبة للتنازع الدولي(1).

(1) أنظر باتيبول ولربور بيجو نيار، المصدر السابق.

الباب الثاني

مصادر قواعد الإسناد

أولا : المصدر الوطني

222 ـ تتمتع الدول بحريات واسعة في وضع القواعد التي ترشد القاضي المعروض عليه النزاع إلى أحد القوانين المتنازعة والتي ترجع إلى سيادات دول مختلفة لتطبيقه على موضوع النزاع.

فالنزاع في الحقيقة ليس بين القوانين **المتزاحمة** وإنما هو تفضيل واختيار قانون على آخر يقوم به المشرع في دولة القاضي تأمينا لحقوق ومصالح الأجانب الموجودين على ترابها(1) فالتشريع الوطني هو المصدر الأول لقواعد الإسناد وهذا ما جعل المشرع التونسي يضمن تلك القواعد في نصوص تشريعية شتى أهمها الأمر الصادر في 12 جويلية 1956 المنقح بأمر 24 جوان 1957 والقانون المؤرخ في 27 سبتمبر 1957 والذي سنتولى درسه بصورة غير مباشرة فيما بعد.

ثانيا : المصدر العرفي

223 ـ على الرغم من تصدي جل التشاريع الوطنية لوضع نظم لتقنين قواعد الإسناد فإن العرف ما انفك يقوم بدور هام سواء لسدّ فراغ تشريعي أو تفسير نصوص قانونية غامضة(2) ومن هنا كان العرف مصدرا من المصادر المكملة لقواعد القانون الدولي الخاص إذ «انبثقت عنه قواعد قانونية كانت وليدة عادات وأعراف عدد صغير من الدول وهي ممارسات تبنتها دول أخرى بالنظر لفائدتها انتهى قبولها يوجه في النهاية إلى قواعد جديدة في القانون تنطوى على التزامات معينة(3).

224 ـ هذا وقد أظهر تطور القانون الدولي نقائص العرف كمصدر مكمل للقانون أدى في آخر الأمر إلى الاستعاظة عنه بالمعاهدات كمصدر

---

(1) أنظر أمر 12 جويلية 1956 المرجع السابق المصدر السابق.
(2) أنظر الفصلين 543 ـ و544 من مجلة الالتزامات والعقود.
(3) أنظر جيرهارد فان علان في كتابع القانون بين الأمم ترجمة عباس العمر.

رئيسي للقانون الدولي عدا البلاد التي لم تقنن قواعد الإسناد واكتفت بالعرف أو فقه القضاء(1).

ثالثا : فقه القضاء

225 ـ لم تتول بعض الدول تقنين قواعد اةسناد بتشريعها الوطني واكتفت باعتماد فقه القضاء أي أحكام محاكم الاستئناف وقرارات محكمة النقض التي تتولى باجتهادها اعتمادا على العرف أو ما جرى به عمل المحاكم في تفسير أو تأويل النصوص القانونية خلق واستنباط قواعد الإسناد مثلما هو الحال في فرنسا وقد توصل فقه القضاء في الكثير من البلاد إلى حلول مختلفة في مادة تنازع القوانين وبذلك يمكن القول أن فقه القضاء يشكل كلما كان هناك فراغ تشريعي مصدرا من المصادر الأساسية لقواعد الإسناد(2).

رابعا : المعاهدات

226 ـ أخذت المعاهدات سواء كانت ثنائية أو جماعية في العصر الحديث مركزا هاما في مادة القانون الدولي الخاص بما تضمنته من قواعد وأحكام ترمي إلى وضع أو توحيد القواعد الموضوعية المتعلقة بتنازع القوانين ولعل أوضح مظهر لهذه الظاهرة يبرز في الاتفاقيات المبرمة في مجال النقل البحري أو البري أو الجوي وكذلك الاتفاقيات الجماعية التي تتعلق بعديمي الجنسية أو التي تتعلق بمركز الأجانب وخاصة منها الاتفاقيات الديبلوماسية على نحو ما رأينا سابقا.

ومن هنا كانت المعاهدات مصدرا من مصادر قواعد الإسناد لحل مشاكل تنازع القوانين(3) وقد أثار هذا الموضوع جدلا بين فقهاء القانون حول طبيعة قواعد الإسناد الواردة بالمعاهدات ومدى انتمائها للقانون الدولي أو القانون الداخلي أو أن لها صبغة مزدوجة وقد تولد عن هذا الجدل خلاف حول قدرة القضاء على تفسير المعاهدات فذهب فريق إلى أن في تفسير القضاء للمعاهدات إحراجا لدولته لاحتمال توريطها في مسؤوليات دولية

(1) أنظر المراجع التي أشرنا إليها عند دراستنا للعرف في مقدمة هذا الكتاب مثل محمد الشرفي وحرهارد فان غلان وابن القيم الجوزية.
(2) أنظر باتيبول ونيبوايه.
(3) أنظر نيبوايه.

أحيانا وذهب فريق آخر إلى أن تفسير المعاهدات يعتبر من أعمال السيادة لا تقوم به إلا الدولة ولذلك يجب على القضاء أن يوقف الفصل في النزاع المعروض عليه ريثما تبت الدولة في الموضوع(1) وفي هذه الحالة يرى بعض فقهاء القانون أن في حرمان القضاء من تفسير المعاهدات لهذه الاسباب على وجاهتها تعطيلا لفصل القضايا وإهدارا لمصالح الخصوم ويرى الفقيه باتيبول أن القضايا من هذا النوع المطروقة أمام القضاء وإن كانت تتعلق بمصالح خاصة إلا أنها تمس بالضرورة بالنظام العام الدولي هذا وقد سبق أن بينا حكم تعارض المعاهدة مع أحكام التشريع الوطني الداخلي وبسطنا آراء الفقهاء في هذا الموضوع فليرجع إليه في مقدمة هذا الكتاب.

---

(1) أنظر باتيبول.

الباب الثالث

القواعد العامة لتنازع القوانين

التكييف

227 ـ التكييف هو تحليل العلاقة ذات العنصر الاجنبي وتحديد موضوعها لاعطائها الوصف القانوني لمعرفة القانون الواجب التطبيق(1) فأهلية الشخص تخضع لقانون جنسيته وشكل التصرف يخضع لقانون محل إبرامه ويختلف مفهوم الأهلية ومفهوم الشكل من قانون إلى آخر فالقانون الهولندي يعتبر أن القواعد المنظمة لشكل الوصية التي يجب أن تكتب كلها بخط الموصي من الأهلية في حين يعتبر قانون آخر مثل القانون التونسي هذا الموضوع متعلقا بالشكل الخارجي.

ولإجراء عملية التكييف باعتباره مسألة أولية ينبني عليها معرفة القانون الواجب التطبيق.

والرأي السائد الآن هو إخضاع التكييف لقانون القاضي أي قانون المحكمة المختصة بنظر الدعوى سواءا كان التنازع حول التكييف وقد نشأ بين قانون دولة القاضي والقانون الاجنبي أو بين قانونين اجنبيين(2) ذلك أن قواعد القانون الدولي الخاص ذات صبغة وطنية وعلى ذلك فالقاضي يجب عليه الرجوع إلى تشريعه الوطني في مسائل التكييف.

---

(1) أنظر باتيبول.

(2) أنظر لربور بيجونيار وباتيبول.

الباب الرابع

الإحالة (1)

228 ـ رأينا فيما سبق أن التكييف يرمي إلى تحليل العلاقة ذات العنصر الاجنبي لاعطائها الوصف القانوني الدقيق لمعرفة القانون الواجب التطبيق فإذا نص التشريع الوطني على إخضاع شكل التصرف لمحل إبرامه والأهلية لقانون الجنسية فيتعين الرجوع إلى قانون محل إبرام التصرف بالنسبة للعقد وقانون الجنسية بالنسبة للأهلية(2) هذا إذا اتفق كل من القانون الوطني والقانون الأجنبي على التكييف والوصف أما إذا نشأ نزاع لاختلاف القانونين بشأن قاعدة الإسناد التي يتضمنها كل منهما يثور التساؤل هل يرجع القاضي الى القانون الاجنبي دون نظر إلى ما تضمنته قاعدة الإسناد الواردة به والتي توجب الاحالة إلى قانون آخر مثل قانون القاضي أو غيره أم أنه يرفض الاحالة ويطبق أحكام القواعد الموضوعية الواردة بالقانون الاجنبي على موضوع النزاع عملا بقواعد الإسناد الواردة بتشريعه الوطني دون اعتداد بما أشار إليه القانون الأجنبي من إحالة إلى قانون آخر وقد أورد الفقهاء مثالا على ذلك تنازعا يتعلق بأهلية أنجليزي متوطن في فرنسا فالقانون الفرنسي يقضي بتطبيق القانون الانجليزي اعتمادا على قانون الجنسية الانجليزي بينما تشير قواعد التنازع الواردة بالقانون الانجليزي إلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون الموطن(3) وهنا يقوم المشكل هل على القاضي أن يطبق على النزاع الاحكام الموضوعية الواردة بالقانون الاجنبي أم عليه أن يطبق ما أشار إليه القانون الاجنبي في قواعد الإسناد الواردة به قانونا آخر(4) كقانون القاضي وهو ما يسمى بالإحالة من الدرجة الأولى أو لغير قانون القاضي وهو ما يسمى بالإحالة من الدرجة الثانية.

---

(1) أنظر نظرية الأصالة ووضعها بالنسبة للقانون التونسي في كتاب علي المزغني القانون الدولي الخاص الذي سبقت الإشارة إليه.

(2) أنظر لربور بيجونيار وباتيبول.

(3) أنظر نيبوابيه.

(4) أنظر كتاب الموطن الذي بينا به اعتماد البلاد الانجليزية والامريكية على الموطن في مسائل الاحوال الشخصية باعتباره يقوم مقام الجنسية.

229 ـ ذهب فقهاء القانون في هذا الموضوع مذاهب شتى فالفقهاء الذين يرفضون الإحالة يرون أنها تفضي إلى حلقة مفرغة ويؤدي إلى سلسلة من الاحالات لا نهاية لها مما يتسبب في تعطيل القضاء ويحول دون فصل القضية وبالتالي يضر بمصالح الافراد ويعرض حقوقهم للتلاشي كما لو أحالت قواعد الإسناد الاجنبية على قانون القاضي الذي يرجع الأمر إلى قانون اجنبي غير أن الرأي السائد والذي نرجحه هو رأي العلامة لربور بيجونيار الذي ذهب إلى أن القاضي المختص يتعين عليه في هذه الحالة أن يستند إلى قاعدة الإسناد الواردة بالقانون الأجنبي عملا بما أشار إليه تشريعه الوطني في قواعد الإسناد التي يجب عليه أن يذعن إليها(1) والتي من نتائجها أن يطبق ما أشار إليه القانون الاجنبي من إحالة إلى قانون القاضي أو غيره ذلك أن قواعد الإسناد الوطنية إنما وضعت لصالح الافراد في الدولة الاجنبية المقيمين بها(2) تحقيقا للعدالة بمعزل عن كل الاعتبارات الوطنية التي يتمسك بها بعض القضاة لاختيار وتفضيل قانونهم الوطني دون غيره أو لاعتبارات عملية كصعوبة فهم القانون الاجنبي والتعرف على أصوله ومبادئه الأساسية ومقاصد تشريعه(3).

---

(1) أنظر لربور بيجونيار.
(2) أنظر باتيبول.
(3) أنظر باتيبول.

الباب الخامس

رقابة محكمة النقض على تطبيق القانون الأجنبي

230 ـ رأينا فيما سبق أن اتجاه غالب الفقهاء يميل إلى قبول الإحالة تنفيذا لمبادىء القانون الدولي الخاص المتعلقة بقواعد الإسناد لكنهم اختلفوا كذلك حول مدى خضوع الاحكام الصادرة بتطبيق القانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض فذهب بعضهم إلى قصر رقابة محكمة النقض على الاحكام التي لم تحسن تطبيق قواعد الإسناد دون أن تتجاوز رقابتها إلى رقابة المحاكم في تفسيرها للقانون الاجنبي بموجب قاعدة الإسناد ذلك أن تفسير القانون الأجنبي يعد من تحليل الوقائع وتقديرها ولذلك لا يخضع لرقابتها وهذا الرأي تبنته محكمة النقض في فرنسا وعلى الرغم من شذوذه فقد برر فقهاء القانون في فرنسا مثل بالتيفول ولربور بيجونيار هذا الموقف بمبررات نظرية ترجع إلى مهمة محكمة النقض التي تنحصر في رقابتها على حسن تطبيق القوانين الوطنية وبمبررات عملية تتمثل في صعوبة فهم القوانين الأجنبية واستيعاب مقاصد مشرعيها وهو ما يخرج عن أنظارها(1) والرأي السائد الآن والذي نرجحه هو إخضاع الاحكام الصادرة لتطبيق قواعد الإسناد أو تفسير القانون الأجنبي إلى رقابة محكمة النقض التي من مهمتها السهر على حسن تطبيق القوانين وتوحيد الحلول القضائية بين كل المحاكم الوطنية.

---

(1) أنظر باتيفول ولربور بيجونيار.

الباب السادس

النظام العام

231 ـ مبدأ النظام العام هو استثناء من المبادىء العامة للقانون الدولي الخاص المتعلقة بقواعد الإستناد ذلك أن قواعد الإستناد تشير على القاضي المعروض عليه النزاع بتطبيق القانون الاجنبي وقواعد القانون الاجنبي لا تتفق أحيانا مع مع الأسس الجوهرية للمجتمع والمبادىء الأساسية لدولة القاضي فالاجنبي الذي يبيح له قانونه الشخصي تعدد الزوجات لا يرخص له في تونس إبرام عقد زواج بثانية إذ يتعارض ذلك مع الأسس الجوهرية للتشريع الذي لا يسمح بتعدد الزوجات كما يحدث أحيانا أن يتعمد الخصوم إلى الغش والتحايل لابعاد القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد للافلات من أحكامه ولذلك يقوم النظام العام بدور هام في مجال تنازع القوانين إذ يستبعد القاضي بموجبه تطبيق قانون أجنبي أشارت به قاعدة الإسناد لمخالفته للمبادىء الأساسية السائدة في دولته(1) كما يساعده على حماية قواعد القانون الدولي الخاص من سعي الخصوم عن طريق الغش والتحايل إلى تطبيق أحكام قانون غير مختص بحكم النزاع(2).

تعريف النظام العام

232 ـ لم يصل فقهاء القانون إلى الآن إلى وضع تعريف دقيق ومحدد للنظام العام بل تركوه أمرا نسبيا بين كل الدول موكولا لتشريعها الوطني أو لاجتهاد محاكمها إذ يختلف مفهوم النظام العام من دولة إلى أخرى فما يعتبر مخالفا للنظام العام في دولة لا يعتبر كذلك في دولة أخرى(3) وهذا ما جعل القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال(4) وبذلك يستقر تعريف النظام العام بأنه المبدا الذي يسمح للقاضي أن يطبق على جميع

---

(1) أنظر باتيفول ولربور بيجونيار.

(2) هناك فرق بين النظام العام الداخلي المتعلق بالامن وبمؤسسات الدولة إذ أنه يهم علاقة المواطنين بالدولة إذ لا يمكن لهم أن يخالفوا أحكامه وقواعده وبين النظام العام المتعلق بتنزع القوانين الذي يتعلق بنزاع بين فرد ودولة أجنبية.

(3) مفهوم النظام العام على النحو أعلاه جاء به الفقيه الألماني سافيني Savigny .

(4) أنظر لربور بيجونيار، المصدر السابق.

النزاعات المعروضة عليه الاحكام التي يرى فيها ضرورة متحتمة لاستبعاد قانون أجنبي تتعارض أحكامه مع المبادىء إساسية للمجتمع والمصالح العليا للدولة وعلى الرغم من أن سلطة القاضي في هذا المجال هي سلطة تقديرية اجتهادية إلا أن في تطبيقه لمبدا النظام العام تعطيلا لقاعدة الإسناد الوارد بها تشريعه الوطني وهو أمر لا يمكن الالتجاء إليه الا في حالات دقيقة معينة ومن هذه الناحية فهي مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض(1).

الآثار المترتبة على النظام العام

يترتب على النظام العام أثران : أثر سلبي وأثر إيجابي.

233 ـ 1) **الأثر السلبي** : يحصل باستبعاد تطبيق القانون الاجنبي، فالاجنبي المتزوج لا يستطيع إبرام عقد زواج في بلد لا يبيح تعدد الزوجات كتونس أو فرنسا أو بلجيكا ولو أن قانونه الشخصي الذي ينطبق في مسائل الزواج يبيح له ذلك.

234 ـ وقد ثار خلاف جانبي في هذه الحالة حول ما إذا كان من المتحتم استبعاد أحكام القانون الاجنبي كلية أم يقتصر على خصوص الاحكام التي تتعارض مع مبادىء النظام العام وتعددت آراء الفقهاء في هذا المجال غير أن الرأي السائد هو تفضيل استبعاد القانون الاجنبي كلية وتطبيق قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع وهو ما يسمى بالأمر السلبي لنظام العام حتى لا يقع القاضي في تناقض بين الاعتراف بعقد زواج أبرم حسب الصيغ القانونية في دولته كفرنسا ثم الحكم بآثار هذا الزواج الذي يعتبر باطلا في بلد الزوجين اللذين يمنع قانون بلدهما زواجهما لاختلاف الدين(2).

235 ـ **الأثر الإيجابي** : يحصل بتطبيق قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع ومن البديهي أن الأثر الإيجابي يحصل بعد الأثر السلبي أي يستبعد القاضي تطبيق القانون الأجنبي ثم يطبق قانون دولته.

236 ـ **الآثار الانعكاسية للنظام العام والحقوق المكتسبة** : تمتد آثار النظام العام إلى البلاد الأجنبية وهو ما يسمى بالأثر الانعكاسي مثل الزواج

---

(1) أنظر قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد 56468 المؤرخ في 25 ديسمبر 1963 والمنشور لمجلة القضاء والتشريع مجموعة 1963 وقد جاء به أنه لا يمكن الاحتجاج بالنظام العام إلا عند تنازع القانون التونسي وقانون أجنبي أما تنازع قانونين أجنبيين فهو يخضع للفصل الرابع من أمر 12 جويلية 1956.
(2) أنظر باتيبول ولربور بيجوليار.

الذي تم في بلجيكا بين زوجين بولنديين يحظر قانون جنسيتهما المشترك زواجهما لاختلافهما في الدين وهذا المنع يخالف النظام العام في بلجيكيا فهذا الزواج يمكن أن يقع إقراره في فرنسا التي تقر نفس النظام العام البلجيكي بالنسبة لهذا الزواج فأثر انعكاس النظام العام البلجيكي امتد إلى فرنسا(1) باعتباره حقا مكتسبا لقيام الزواج صحيحا في البلد الذي تم فيه «بلجيكيا» وهو ما يعتبر صحيحا كذلك في البلد الآخر الذي يتفق نظامه العام معه في فرنسا.

(1) أنظر باتيفول ولربور بيجونيار.

جنسيتهما المشترك
عام في بلجيكيا فهذا
ام العام البلجيكي
امتد إلى فرنسا(1)
تم فيه «بلجيكيا»
امه العام معه في

الباب السابع

التحايل على القانون

237 ـ التحايل على القانون هو تعمد الخصوم عن طريق الغش والتحايل لاستبعاد القانون المختص الذي أشارت به قاعدة الإسناد للتهرب والإفلات من تطبيق أحكامه عليهم بتغيير قاعدة الارتباط(1) ذلك أن الروابط التي تربط فردا ما بدولة معينة متعددة ومتنوعة لكن أسهلها للتغيير هي رابطة الجنسية أو الموطن فإذا كان قانون الجنسية لا يسمح للزوج بالطلاق فيعمد إلى تغيير جنسيته إلى بلد يستطيع أن يتمتع فيه بحق يخوله تشريعه بالطلاق.

238 ـ كذلك الأمر إذا كان قانون دولة معينة يستلزم إجراءات شديدة لعقد زواج أو إبرام هبة أو وصية أو تكوين شركة فيغير الطرفان موطنهما إلى بلد آخر لا توجد فيه مثل هذه الاجراءات الشديدة(2) تهربا من أحكام القانون المختص الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد.

239 ـ وقد أعطى الفقهاء مثالا لصورة تطبيقية من صور التحايل تتمثل في آن إمرأة بلجيكية تزوجت من الأمير الفرنسي «دربو جرمون»واكتسبت الجنسية الفرنسية بمفعول القانون الفرنسي غير أنها لما أرادت الطلاق اصطدمت بالقانون الفرنسي الذي لا يسمح بالطلاق في ذلك التاريخ فتجنست بالجنسية الالمانية التي تسمح بالطلاق وتحصلت بالفعل على حكم بالطلاق وتزوجت من الأمير الروماني «بيسيكو» واستقرت معه في في فرنسا فقام زوجها السابق بقضية لدى المحاكم الفرنسية في طلب إبطال الزواج الثاني بناء على تجنس الزوجة بالجنسية الالمانية كان يرمي إلى التحايل على القانون الفرنسي الذي تشير قواعد الإستناد الواردة به إلى

---

(1) أنظر التحايل على القانون في الفقه الإسلامي تعريفه وأنواعه في كتاب أعلام الموقعين لابن قيم الجوزيه، الجزء الثالث، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، وقد عرّفها بقوله «هي سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه بحيث لا يتفطن له الا بنوع من الذكاء والفطنة» وهي محجرة شرعا بقوله ﷺ «لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود فتستحلون محارم الله بأدنى الحيل» أنظر فتاوى ابن تيمية ج 3 ص 191 طبعة دار المعرفة ـ بيروت.

(2) وهنا يظهر أن رابطة الموطن أسهل في التغيير من رابطة الجنسية وهو ما جعل عدد من الدول تعتمد رابطة الجنسية في ميدان الأحوال الشخصية وتفضله على الموطن.

(3) أنظر باتيفول.

تطبيق القانون البلجيكي وهو يمنع كذلك الطلاق فقررت المحكمة إبطال الزواج الثاني وإبقاء الزواج الأول قائما(3) بناء على أن تعمّد الزوجة الفرنسية تغيير رابطة الجنسية كان المقصود منه التحايل للتهرب من أحكام القانون الفرنسي.

240 - وقد اختلف الفقهاء حول مدى تطبيق نظرية التحايل على القانون فمنهم من عارضها بناء على أن الشخص إذا غير رابطة تربطه بدولة5135 معينة كالجنسية أو الموطن أو محل إبرام العقد أو الديانة إنما يكون قد مارس حقا مشروعا ولا تمكن مؤاخذته لنية الغش التي يصعب على القضاء الكشف عنها(1) وبالتالي إثابتها ومن الفقهاء من دعا إلى تطبيق نظرية التحايل(2) تطبيقا لمبدإ النظام العام إذ في تغيير رابطة الجنسية أو الموطن أو غيرها من الروابط خرق لقاعدة الإسناد الوارد بها التشريع الوطني وهو ما يمس بالمبادىء الأساسية لدولة القاضي المعروض عليه النزاع.

241 - ومن الفقهاء من بنى تطبيق نظرية التحايل على الاعتساف في استعمال الحق إذ أن تغيير الرابطة ولئن كان مرخصا فيه للفرد غسر أنه لا يمكن له ممارسته بهدف التحايل على القانون.

وعلى هذا الرأي ذهب جل فقهاء القانون إلى تطبيق نظرية التحايل حماية لمصالح الغير وتحقيقا للعدالة بقطع النظر عما إذا كان المقصود من التحايل التهرب من أحكام القانون الوطني أو الأجنبي مع اختلاف في التحاليل والجزئيات. هذا ويجب قصر تطبيق نظرية التحايل على استبعاد النتيجة الحاصلة منه دون أن تتجاوزه إلى آثار الزواج الثاني التي تبقى نافذة المفعول في المثال السابق.

---

(1) باتيفول.
(2) نيبوايه.

الباب الثامن

القانون الواجب التطبيق عند تعدد الجنسيات أو انعدام الجنسية

242 ـ على الرغم من أن جل البلاد الاوروبية والشرقية تعتد بالجنسية كقاعدة للاستناد مثلما رأينا سابقا فإن الموطن يبقى له دوره وأهميته في مجال تنازع القوانين خاصة في مادة الاحوال الشخصية عند تعدد الجنسيات أو إنعدامها.

243 ـ **تعدد الجنسيات** : فإذا كان الطرف الأجنبي في النزاع المعروض على القاضي له أكثر من جنسية فإذا كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات فيجب اعتماد جنسية دولة القاضي(1) أما إذا لم تكن جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات فيتجه اعتماد الناحية السياسية في هذه الحالة لفض النزاع بين الجنسيات واختيار إحدى الجنسيات لتطبيق قانون الاحوال الشخصية التابع لها(2) وهذا ما ذهب إليه الفقيه نيبوابيه عندما احتدم الخلاف بين الفقهاء حول هذا الموضوع غير أن الرأي السائد هو تطبيق قانون الجنسية التي تربط الفرد بجنسية معينة أكثر من غيرها(3).

244 ـ **إنعدام الجنسية** : أما إذا كان الطرف الاجنبي في النزاع المعروض على القاضي والمتعلق بالاحوال الشخصية عديم الجنسية أولم يستطع اثبات جنسيته فقد اتفق فقهاء القانون على وجوب تطبيق قانون الموطن وهذا ما يتماشى مع الحل الذي ذهبت إليه الاتفاقية الصادرة عن الامم المتحدة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بمن لا وطن لهم إذ عرفت في فصلها الأول من لا وطن له بقولها «**إن عبارة من لا وطن له تطلق في سياق هذه الاتفاقية على الشخص الذي تعتبره كل دولة غير تابع لها عملا بما يقتضيه قانونها الخاص**» كما نصت الفقرة الأولى من الفصل الثاني عشر من هذه الاتفاقية على أن «**ينطبق في خصوص قانون الأحوال الشخصية لكل من لا وطن له قانون البلد الذي به محل سكناه أو في صورة عدم وجود محل سكنى فقانون البلد الذي يقيم به**»(4).

---

(1) أنظر باتيفول.
(2) راجع نيبوابيه.
(3) أنظر باتيفول.
(4) أنظر اتفاقية من لا وطن له التي نثبتها مع النصوص في آخر هذا الكتاب.

الكتاب التاسع

الباب الأول

القواعد العامة لتنازع القوانين في التشريع التونسي

245 ـ أرسى المشرع التونسي بالأمر المؤرخ في 12 جويلية 1956 المنقّح بأمر 24 جوان 1957 وبالقانون المؤرخ في 27 سبتمبر 1957 جملة من المبادىء والقواعد العامة لفض مشاكل تنازع القوانين كلما كانت هناك علاقة ذات عنصر اجنبي وسنتولى فيما يلي بطريقة غير مباشرة درس هذه المبادىء والقواعد الواردة به، وتجدر الإشارة أولا إلى أن هذا الامر عبّر مرة بالقانون الشخصي وأخرى بالقانون الوطني ومهما اختلف تعبيره فلا ينصرف وقد استبعد قانون الموطن إلا إلى قانون الجنسية(1).

246 ـ نصّ الفصل الأول على أن «**الأجانب خاضعون فيما يخص أحوالهم الشخصية لقانونهم الوطني**» ويستنتج من هذا الفصل أنه يتجه التفريق بين حالة الفرد من حيث ارتباطه بالدولة برابطة الجنسية أو برابطة الموطن، وبين حالته الشخصية من حيث صفاته الطبيعية والعائلية التي يتميّز بها عن غيره ككونه ذكرا أو أنثى متزوجا أو مطلقا له أهلية كاملة أو مقيدة إلى غير ذلك من الحالات التي تترتب عليها آثار قانونية هي مناط البحث عن الحلول اللازمة لها لمعرفة القانون الواجب التطبيق كلما كانت هناك علاقة ذات عنصر أجنبي وقد أخضع هذا الفصل الحالات التي تطرأ على الفرد إلى قانونه الوطني أي قانون جنسيته وهذه الاحوال عددها الفصل الثاني بقوله:

«تشتمل الأحوال الشخصية على النزاعات المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم وبالزواج ونظام الاموال بين الأزواج وحقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والاقرار بالأبوّة وإنكارها والعلاقات بين الأصل والفروع وواجب النفقة بين الأقارب وغيرهم وتصحيح النسب والتبني والوصايا والقيامة والحجر والغيبة واعتبار المفقود ميتا».

---

(1) أنظر في هذا المجال علي المزغني في كتابه القانون الدولي الخاص. المصدر السابق.

وتدل صيغة هذا النصّ أن المشرع عندما عبّر عن تعداده للحالات المذكورة بعبارة تشتمل الاحوال الشخصية أنه عدد جملة منها مما يدخل ضمن مدلول **الاحوال الشخصية** على سبيل الذكر لا على سبيل الحصر إذ يستفاد منه إمكانية إضافة مسائل أخرى للاحوال الشخصية كالخطبة والحضانة وغيرها.

247 ـ كما أورد الفصل الرابع الجديد حسب الامر المؤرخ في 24 جوان 1957 لجميع الفقرات الواردة به عبارة القانون الشخصي والمقصود بلقانون الشخصي هو قانون الجنسية كقاعدة للإسناد وهكذا انضم المشرع التونسي إلى الدول التي تعتد بالجنسية لمعرفة القانون الواجب التطبيق خلافا لما ذهبت إليه دول أخرى كانجلترا والولايات المتحدة الامريكية وغيرها التي أخضعت مسائل الاحوال الشخصية لقانون الموطن ذلك أن الخلاف بين فقهاء القانون مازال قائما حول اختيار قانون الموطن أو تفضيل قانون الجنسية(1) ولكل حججه في الاعتداد بأحد المذهبين، والرأي السائد في البلاد الأروبية وبعض البلاد الشرقية هو الاعتداد بقاعدة الجنسية باعتبارها أكثر استقرارا من قاعدة الموطن الذي يسهل على الفرد تغييره أكثر من الجنسية كما يصعب على القضاء التحقق من انتمائه إلى وطن دولة معينة.

248 ـ ويستخلص مما ورد بالأمر المشار إليه أنه جاء استثناءا من التشريع الوطني المتعلق ايسائل الاحوال الشخصية إذ أخضع مسائل الاحوال الشخصية للاجانب إلى قانونهم الشخصي أي قانون جنسيتهم واختلاف جنسية أطراف العلاقة جعلت المشرع ينص على قاعدة إسناد معينة لكل حالة من الحالات الواردة به.

---

(1) أنظر بالتيفول الذي تعرض لجملة الآراء ومذاهب المدارس الفقهية المختلفة حول هذا الموضوع.

الباب الثاني

الـــــزواج

249 ـ الزواج يعتبر منعقدا صحيحا ولو اختلفت جنسية الزوجين إذا أبرم طبقا للشروط الموضوعية المقررة في قانون كل من الزوجين(1) ما لم يتعارض مع النظام العام كزواج مسلمة بغير مسلم(2) أو زواج مبني على تعدد الزوجات أو زواج مسلم بماجوسية فيعتبر باطلا ولو قد تم وقفا للشكل المقرر في البلد الذي أبرم فيه وتطبيق مبدا النظام العام في هذه الحالة يطرح تساؤلا هل من الواجب على القاضي التونسي أن يتمسك بالنظام العام بالنسبة للزواج المبني على تعدد الزوجات والمحجر بتشريعه الوطني(3) أم أنه يترك الأمر خاضعا لاحكام الشريعة الإسلامية التي تسمح بشروط معينة(4) بتعدد الزوجات بالنسبة للمسلمين الذين لا يمنع تشريعهم الوطني تعدد الزوجات والرأي الذي أرجحه هو أنه يجب على القاضي التونسي أن يتمسك في هذه الحالة بمبادىء النظام العام ويستبعد كل الحالات التي تتعارض مع الاحكام الأساسية والمبادىء الجوهرية التي يؤمن بها المجتمع التونسي كذلك الأمر بالنسبة لكل الحالات التي عددها الأمر المشار إليه .

---

(1) أنظر باتيبول ولربور بيجونيار ونيبوابيه.
(2) أنظر الفصل من مجلة الأحوال الشخصية.
(3) « « « « «
(4) أنظر الآية وإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة.

الباب الثالث

اختلاف القانون الشخصي لكل من الزوجين

250 ـ نصت الفقرة الأولى الجديدة من الأمر المشار إليه على أنه «إذا كانت النازلة بين متقاضين خاضعين لحالتين شخصيتين مختلفتين فإن القانون المنطبق يعين حسب الشروط التالية :

«يرجع في حالة الاشخاص وأهليتهم **وفي الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي لكلّ من الطرفين**» يتضح من هذا النصّ أن المقصود من الشروط الأصلية للزواج هي الشروط الموضوعية لصحة الزواج التي يجب أن تتوفر سواء بالنسبة للزوجة أو بالنسبة للزوج فإذا اتفق قانون كل منهما بتوفر الشروط الموضوعية لصحة الزواج فإنه لا إشكال في هذه الحالة(1) إذ يطبق قانون جنسيتهما المتحد في هذه الحالة أما إذا اختلف قانون كل منهما فقد اختلف الفقهاء حول ما إذا كان من الصالح جمع كل من قانون الزوج والزوجة ثم تطبيقهما على كل من الزوج والزوجة أم يقتصر على تطبيق أحكام كل قانون على الطرف الذي ينتمي إليه والرأي السائد يميل إلى تطبيق القانون الشخصي لكل من الزوج والزوجة(2) حماية لوحدة العائلة التي يجب مراعاتها والمحافظة عليها هذا وير نيبوابيه أنه طالما أصبحت قوانين الجنسية تسمح للزوجة بالاحتفاظ بجنسيتها وأمام تفاقم الزواج المختلط فإنه يستحسن تطبيق جنسية موطنهما المشترك حتى لا يطبق مثلا إلا القانون الفرنسي في هذه الحالة(3).

---

(1) راجع باتيفول

(2) راجع باتيفول نيبوابيه لربوبيجنيار وعلي هشام صادق في كتابه تنازع القوانين، المرجع السابق.

(3) أنظر نيبوابيه.

(2 مكرر) إن جمع القانونين ربما يؤدي إلى تطبيق القانون الأكثر تشددا.

الباب الرابع

الآثار المترتبة على الزواج

251 ـ خلافا للفقرة السابقة التي جعلت قاعدة الإستناد هي القانون الشخصي لكل من الزوج والزوجة بالنسبة للشروط الموضوعية لصحة الزواج فإن الفقرة الثانية التي نصت على أنه «في حقوق الأزواج وواجباتهم المتبادلة وفي نظام الأموال بين الأزواج وفي الطلاق والتطليق والتفريق إلى القانون الشخصي للزوج وقت عقد الزواج، آثر بمقتضاها المشرع التونسي بالنسبة للآثار الناشئة عن الزواج تطبيق قانون واحد وهو القانون الشخصي للزوج وقت عقد الزواج تمشيا مع الإتجاه الغالب للفقهاء(1) كذلك الأمر بالنسبة للواجبات المتبادلة بين الزوجين ونظام الأموال(2) والطلاق والتطليق والتفريق.

252 ـ أما بالنسبة للنفقة فالمشرع التونسي لم يرتبها كأثر من آثار الزواج إذ عبر بصفة عامة وجعلها تشمل نفقة الأقارب ولذلك أخضعها للقانون الشخصي للمدين بها سواء كانت أثرا من آثار الزواج أو أثرا من آثار الطلاق أو أثرا من آثار صلة القرابة(3) وصيغة التعميم التي جاء بها النص تجعلنا نميل إلى تطبيق القانون الشخصي للمدين بها حتى ولو كانت بصفة وقتية(4).

---

(1) أنظر نيبوايه ولوسرون ولربور بيجونيار.

(2) نظام الاموال يختلف من بلد إلى آخر أما بالنسبة للتشريع الإسلامي فليس هناك نظام خاص إذ المرأة لها شخصيتها القانونية فتستطيع البيع والشراء والاتجار وغير ذلك من التصرفات.

(3) أنظر الفقرة الثالثة من أمر 1956 .

(4) أنظر باتيبول.

الباب الخامس
الأهلية

253 ـ كذلك أخضع المشرع التونسي أهلية الأجانب بصفة عامة إلى قانونهم الشخصي أي قانون جنسيتهم باعتبارها من الحالة الشخصية سواء أكانت أهلية وجوب أو أهلية أداء أو أهلية مطلقة أو أهلية مقيدة ولم يستثن على غرار ما قامت به التشاريع الأخرى كالتشريع المصري الحالة التي يتمسك بها الاجنبي بعدم أهليته غشا وتدليسا للاضرار بمصالح الوطنيين الذين يجهلون قانون أهلية الاجانب ومن ثمة يتعرضون لالغاء معاملاتهم وقد نشأت عن مثل هذه الحالة في فرنسا نظرية أطلق عليها نظرية الصالح الوطني لالغاء تطبيق القانون الاجنبي المتعلق بالأهلية وقد أخذت بها المحاكم الفرنسية في قضية «ليزاردي»((Lizardi)(1) المكسيكي الجنسية الذي اشترى جواهر ثمينة من فرنسي ثم رام إلغاء عقد شرائه باعتباره قاصرا لا يتمتع بأهليته فحكمت المحكمة الفرنسية بأن الفرنسي الذي يتعامل وهو حسن النية مع أجنبي فاقدًا للأهلية لا يمكن أن يتحمل نتائج عدم أهليته لانه لا يستطيع معرفة قوانين الامم المختلفة(2) وتسبب هذا الحكم في نشوب خلافات كبيرة بين الفقهاء فمنهم من بررها بالصالح الوطني ومنهم من بررها بتطبيق النظام العام طالما أن تطبيق القانون الأجنبي يضر بمصالح الوطنيين ولا يخفى ما في هذا التمحل من ضعف إذ ليس هناك تعارض مع المبادىء الأساسية للقانون الوطني ومنهم من بررها بنظرية الاثراء بدون سبب إلى غير ذلك من الآراء الفقهية التي يمكن الرجوع إليها في مضانها وخاصة دراسات الفقهين باتيبول ونيبوابيه ولعل المشرع المصري أحسن صنعا عندما أورد سابقا في الفصل الحادي عشر من القانون المدني استثناءا لاستبعاد تطبيق القانون الاجنبي في مثل هذه الحالات إذ نص به على ما يلي: «ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتتسرب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته»(3) وعلى كل حال فسكوت المشرع التونسي عن مثل هذه الحالة يستروح منه أنه ترك المجال مفتوحا أمام اجتهادات القضاء.

---

(1) راجع باتيفول ونيبوابيه.
(2) » » » »
(3) راجع هشام علي صادق في كتابه تنازع القوانين، المرجع السابق.

الباب السادس
الوصيّـــة

254 ـ أشارت الفقرة الثانية من الأمر المشار إليه إلى أن قاعدة الإسناد بالنسبة للوصية هي قانون جنسية الموصي وقت الوفاة وسكنت عما إذا كان من اللازم البحث عن جنسية الموصي وقت الإيصاء أي إبرام الوصية كما أنها لم تتعرض إلى الشروط التي يجب توافرها لشكل الوصية عند إبرامها من طرف الموصي، وهل يجب إخضاع الشكل إلى قانون جنسية الموصي أو قانون بلد الإبرام غير أنه بالتأمل من صيغة هذه الفقرة يتضح أن المشرع عين قاعدة الإسناد سواء بالنسبة لتاريخ إبرام الوصية أو شكلها أو أهلية الموصي إلى قانون جنسية الموصي وقت الوفاة باعتبار أن الوصية هي تصرف حسبما عبرت عن ذلك هذه الفقرة مضاف إلى ما بعد الموت أي أنه لا يكون ناجزا إلا بعد الوفاة وهو تعبير أوسع مما جاء في تعريف الوصية بمجلة الاحوال الشخصية في فصلها 171 إذ عرفت الوصية «بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان عينا أو منفعة» وسكتت عن بقية التصرفات الأخرى التي تأخذ حكم الوصية كقسمة التركة بين الورثة وغيرها من التصرفات كما أنها سكتت عن الأهلية باعتبار أن الوصية هي تصرف غير لازم إذ يمكن الرجوع فيها حسبما اتفق على ذلك جل الفقهاء وحسبما ورد بذلك الفصل 177 من مجلة الاحوال الشخصية زيادة عن ان الأهلية تتعلق بالموضوع أي أنها من موضوع الوصية الذي يجب إخضاعه لقانون جنسية الموصي عند الوفاة. وبهذا يكون المشرع قد حسم هذا الموضوع وجعل القانون الذي يسري على الوصية وسائر التصرفات المضافة لما بعد الوت هو قانون جنسية الموصي وقت الوفاة باعتبار أن الوصية لا تنتج آثارها الا بعد الوفاة.

255 ـ هذا ويرد استثناء على القانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية بالنسبة لحقوق الغير التي يجب الرجوع فيها إلى القانون العقاري «كمجلة الحقوق العينية» وما تقتضيه من إشهار التصرفات التي من شأنها إنشاء حق عيني أو التصريح به أو تعديله أو انقضاؤه أو جعله غير قابل للتوفيت إلى آخر ما اقتضاه الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية محافظة على حقوق الغير المرسمة بالسجل العقاري(1) كما أنه يجب استبعاد تطبيق

(1) أنظر الفصل 373 من مجلة الحقوق العينية

(1) مكرر أنظر قانون الاحوال الشخصية الصادر سنة 1959 بالعراق والذي ينص على أن الوصية تصح بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرطي المعاملة بالمثل «المادة 70».

القانون الأجنبي كلما تعارضت أحكامه مع مبادىء انتظام العام كما لو تجاوزت الوصية المقدار المنصوص عليه بأحكام التشريع الإسلامي التي لا تجيز الوصية بأكثر من الثلث غير أنه لا يجب التشدد في تطبيق مبادىء النظام العام في مثل هذه الحالة محافظة على العلاقات الدولية للافراد(1) حتى ولو تعلق الامر بالمسلمين فلا يجب استبعاد قانون جنسيتهم نظرا لما اصبحت عليه قوانين الاحوال الشخصية في البلاد اةسلامية من الاختلاف كمنع تعدد الزوجات في تونس ونظام الإرث الذي يسوي بين الذكر والأنثى في الميراث في تركيا(2).

وقد أورد محمد الطالبي الرأي الوجيه الذي ذهب إليه المفكر الهندي خودة بخشر الذي يرى أن القواعد القرآنية التي تهم قانون العائلة والميراث كانت متأثرة بوضع المجتمع العربي المعاصر لها وهو وضع إذا ما قارناها به وجدنا أنها تمثل رقيا عظيما وبناء على هذا ينبغي ألا تعتبر تلك القواعد في حد ذاتها ذا قيمة خالدة لا تتغير وإن اتجاهها نحو رفع الجور وتقويمه أجدر بالاعتبار من محتواها الإيجابي ويترتب على عذا أنه لا شيء يمنع المسلمين اليوم في عالم تقدمت أوضاعه وتحسنت أن يتابعوا السير إلى الأمام في الطريق التي سنها الرسول ﷺ(3).

---

(1) أنظر هشام علي صادق المرجع السابق كتابه تنازع القوانين، طبعة منشأة المعارف، الاسكندرية.
(2) راجع نظام الإرث في تركيا.
(2) مكرر أنظر قانون الاحوال الشخصية بالمغرب وبالعراق بالنسبة لتعدد الزوجات.
(3) أنظر كتاب محمد الطالبي دراسات في تاريخ إفريقية، منشورات الجامعة التونسية ط، المطبعة الرسمية، ص 41.

الباب السابع
الميـــــراث

256 ـ اختلفت آراء الفقهاء حول ما إذا كان الميراث يعتبر من الأحوال الشخصية أو من متعلقات الحقوق المالية عقارا كان أو منقولا لكن الرأي السائد الآن في فرنسا هو إخضاع ميراث العقار إلى قانون موقعة لاسباب تتعلق بسيادة الدولة الموجود بترابها العقار أما المنقول فإنه يخضع لقانون موطن المتوفى لاسباب اقتصادية واجتماعية وسياسية(1) أما مشرع أمر 1956 فقد حسم هذا الموضوع واعتبر ان الميراث من مسائل الاحوال الشخصية سواء تعلق بعقار أو منقول وأخضعه لقانون جنسية المورث وترك المجال مفتوحا أمام اجتهدات القضاء لاستبعاد القانون الاجنبي كلما تعارضت احكامه مع مبادىء النظام العام في دولة القاضي المعروض عليه النزاع كما لو أن القانون الاجنبي يمنع الميراث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو يجيز الميراث لمن قتل المورث أو يجيز التوارث بين مسلم(2) وغير مسلم غير أنه لا يجب التشدد في تطبيق مبدإ النظام العام بالنسبة لتحديد أنصبة الورثة(3) حتى بين المسلمين(4) وقد جاء في حكم محكمة القاهرة الابتدائية في 29 نوفمبر 1952 «ان مجرد الاختلاف في الانصبة ما بين القانون الاجنبي والقانون المصري لا يجعل الأول مخالفا للنظام العام في الجمهورية وان القول بتطبيق القانون المصري في هذه الحالة من شأنه هدم قاعدة الاسناد الواردة في المادة 17 مدني».

257 ـ **التركات الشاغرة** : كذلك اختلف الفقهاء حول أيلولة التركة الشاغرة كما لو توفي شخص وتبين من قانون جنسيته ان لا وارث له أو أن ورثته تنازلوا عن حقوقهم في التركة هل ان التركة تؤول في هذه الحالة إلى دولة القاضي أم إلى الدولة التي ينتمي إليها المورث بجنسيته ذهب الفقيه نيبوابيه إلى ان هذا الموضوع يرجع الى تحليل القاضي للقضية المعروضة عليه وتكييفه لها وطالما كانت المسألة مسألة تكييف فإنه يرجع فيها إلى قانون دولة القاضي(5) .

(1) أنظر نيبوابيه ص 573 وما بعدها طبعة 1949.
(2) راجع كتاب أصول الفتيا، المرجع السابق.
(3) أنظر هشام علي صادق
(4) أنظر القانون التركي
(4) مكرر أنظر قانون الاحوال الشخصية الصادر عام 1959 بالعراق والذي ينص على أن الوصية للاجنبي لا تمضي إلا في المنقول وبذلك يكون قدر العقار وما عسى أن يترتب عليه من الحقوق التابعة للغير.
(5) أنظر نيبوابيه.

258 ـ وهكذا يتضح مما سبق أن أمر 1956 على الرغم من أنه آثر الصمت عن حالات واتسم بالغموض في حالات أخرى غير أنه يبقى من بين التشاريع التي حسمت بدون تردد موضوع قاعدة الاسناد، إذ أخضعتها للقانون الشخصي أي إلى قانون جنسية الاجنبي لفض مشاكل تنازع القوانين.

الكتاب العاشر

الباب الأول

القواعد العامة لتنازع القوانين في التشريع الإسلامي

259 - وضع التشريع الإسلامي جملة من القواعد وإن لم تكن تعريفاتها حسب المصطلحات الحديثة للقانون الدولي الخاص غير أنها تشير إلى المبادىء العامة التي يعتمد عليها في فض النزاعات المتعلقة بالاجانب المقيمين بتراب الدولة الاسلامية مثل أهل الذمة والمستأمنين الذين كنا درسنا وضعهم المادي والقانوني في الكتاب الرابع المتعلق بمركز الأجانب وقد ميزت تلك المبادىء بين القوانين التي يجب تطبيقها على الاجانب والقوانين التي تتعارض مع المبادىء الأساسية للمجتمع الاسلامي وهو ما ما اصطلح على تسميته في العصر الحديث بمبدإ النظام العام وفعلا ذهب جل الفقهاء الى التمييز بين قوانين المعاملات وحتى هذه استثنوا منها ما يمس بموضوع المعاملة إن كان محرما في التشريع الإسلامي كالربا وبيع الخنزير وبيع الخمر وبين القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق ونظام الإرث وغيرها من الاحوال التي تمس بالمبادىء والمعتقدات الدينية.

وقد ورد في كتاب أصول الفتيا في الفقه على مذهب الامام مالك لصاحبه محمد بن حارث الخشني(1) تحت عنوان الحكم فيما بين أهل الذمة ما يلي :

«الحكم فيما بين أهل الذمة على الحكم «بالفتح» واجب فيما تطالعوا فيه من بيع وشراء ورهن وغصب.

ولا فيما لهم فيه شريعة مثل الحدود والزنا والطلاق والخمر فلا يحكم بينهم الا ان يتراضوا جميعا.

فإن تراضوا كان الحكم «بالفتح» بالخيار إن شاء حكم وإن شاء ردهم إلى أهل دينهم أما إذا حكم على رضاهم فلا يحكم الا بحكم الاسلام(2) .

260 - ويرى بعض الفقهاء أن النبي ﷺ حكم برجم يهوديين زنيا عملا بالتوراة أي انه طبق عليهما القانون الاجنبي(3).

---

(1) أنظر كتاب أصول الفتيا في الفقه على مذهب الامام تحقيق الشيخ محمد المجدوب والدكتور محمد أبو الاجفان والدكتور عثمان بطيخ، طبعة الدار العربية للكتاب.

(2) أنظر التعليق في المرجع السابق.

(3) أنظر كتاب احكام أهل الذمة لابن القيم الجوزية . طبعة دار العلم للملايين.

كما جاء في نفس كتاب أصول الفتيا تحت عنوان «باب احكام أهل الذمة» الحكم على الذمي عند النزاع قال محمد أصل مذهب مالك وجميع الرواة من أصحابه إذا كانت خصومة بين مسلم وذمي ان الحكم بينهما حكم الاسلام وإن كانا ذميين حكم بينهما الحكم بحكم الاسلام في باب التظالم مثل الغصب والتعدي ومجري الحقوق.

وإن تخاصما في غير ذلك مما يوجبونه بديانتهم ويدعونه في شرائعهم لم ينظر بينهم وردوا إلى أهل دينهم الا ان يتراضوا بالحكم بينهم فيحكم بينهم بحكم الاسلام(1). عملا بقوله تعالى : «فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين(2).

261 ـ ويتضح مما سبق أن التشريع الإسلامي ميّز بين حالتين إثنتين حالة قيام الخصام بين ذميين ففي هذه الحالة يحكم بحكم الاسلام في باب التظالم مثل الغصب والتعدي وإنكار الحقوق ويردون إلى احكام أهل دينهم إن كان موضوع الخصام يتعلق بأمور لهم فيها شريعة مثل الحدود والزناء والطلاق والخمر الا ان يتراضوا بحكم «الحكم» فلا يحكم في هذه الحالة إلا بحكم الإسلام.

أما إذا كان الخصام بين مسلم وذمي فالحكم لا يكون الا بحكم الاسلام تحقيقا لما اصطلح على تسميته في العصر الحديث،بمبدإ اقليمية القوانين وسريانها على كل من يقيم بإقليم الدولة(3).

262 ـ هذا وأشار الماوردي في كتابه الاحكام السلطانية إلى أنه تجوز ولاية الكافر للقضاء بين أهل دينه على رأي الامام أبي حنيفة مضيفا الى ان هذا وان كان عرف الولاة بتقليده جاريا فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس بتقليد حكم وقضاء وإذا امتنعوا من تحاكمهم إليه لم يجبروا عليه وكان حكم الإسلام عليهم أنفذ(4).

وأورد آدم متين في كتابه الحضارة الاسلامية في القرن الرابع الهجري أنه ولى قضاء مصر خير بن نعيم فكان يقضي في المسجد بين المسلمين ثم يجلس على باب المسجد بعد العصر على المعارج فيقضي بين النصارى(5).

---

(1) أنظر التعليق بالمرجع السابق.
(2) سورة المائدة.
(3) كشف الأسرار في شرح أصول البزدوي عبد المنعم رياض في كتابه القانون الدولي الخاص.
(4) أنظر كتاب الاحكام السلطانية، طبعة دار الكتاب العربي تحقيق خالد العلمي .
(5) أنظر الحضارة الاسلامية في القرن الرابع الهجري لادم ميتز، طبعة الدار التونسية للنشر، الجزء الأول.

في هذا الكتاب

(1) عرض لموضوع القانون الدولي الخاص.

(2) عرض للنظرية العامة للجنسية.

(3) عرض للجنسية في التشريع التونسي.

(4) عرض للنظرية العامة لمركز الأجانب.

(5) عرض لمركز الأجانب في التشريع التونسي.

(6) عرض لمركز الأجانب في التشريع الإسلامي.

(7) عرض للنظرية العامة للموطن.

(8) عرض للمبادئ العامة لتنازع القوانين.

(9) عرض للقواعد العامة لتنازع القوانين
في التشريع التونسي.

(10) عرض للقواعد العامة لتنازع القوانين
في التشريع الإسلامي.

الثمن: 15.000 د