

مسلك: القانون

S3

فوج: A.B.D

جامعة ابن زهر

كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية أكادير

www.fsjes-agadir.info

محاضرات في: في القانون الدولي الخاص

من إعداد الدكتور

عبد الرحيم رضاكي

www.fsjes-agadir.info

الموسم الجامعي: 2011/2012

محاضرات في القانون الدولي الخاص

قضايا تطرح في إطار القانون الدولي الخاص

وتكريس مبدأ شخصية القوانين

لأنك أن القاضي عندما يبت في نزاع لا يتدخل في حثيرة القانون الدولي الخاص، أي ذلك النزاع الذي لا يتخلله العنصر الأجنبي كما هو الحال عندما تطلب امرأة فرنسية الطلاق من زوجها المغربي، فلا شك أنه يطبق القانون الملائم للقضية كالمطروحة دونما أن تعارضه أية مشكلة، بخلاف العلاقة التي يتخللها العنصر الأجنبي من جانب الأطراف أو العمل أو السبب، حيث يواجه القاضي نوعين من المشاكل أولهما أي قانون سيطبق هل سيطبق قانونه الوطني أم قانون النزاع ثم هل هو صاحب الاختصاص؟ ونظرا لخصوصية القانون الدولي الخاص فهناك من وصفه في كونه مستتق صيق يمكنه علماء غريب الأطوار بدرسون قضايا غامضة مستعملين تعبيرات ومفاهيم تصعب على الفهم.

ويعالج القانون الدولي الخاص مجموعة من القضايا والتي تهم الأهلية والأحوال الشخصية والعودة التجارية الدولية والأموال العقارية والمنقولة والمسؤولية التقصيرية

قضايا تطرح في إطار القانون الدولي الخاص

أولا: الأهلية

عند قراءة الفصل 3 من قانون الالتزامات والعقود نجد أنه ينص على أن الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية وكل شخص أهل للالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك وفي نفس السياق ينص الفصل 3 من مظهر الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب المؤرخ 12 غشت 1913 وكذلك الفصل 12 من مدونة التجارة ليتضح إذن من جماع هذه الفصول أن الأهلية المغربية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية سواء كان هذا الأخير مغربي أم أجنبي.

وفي هذا الصدد يقول قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 28 فبراير 1979 (على أن أهلية الفرنسي الذي تزوج في إطار نظام الأموال المشتركة في بيع العقار يعتبر ضمن الأموال المشتركة ينظمها قانون الزوجين لأحوال الشخصية وليس للقانون المغربي).

هذا وحتى يمارس الأجنبي الغير البالغ سن الرشد التجارة بحسب القانون المغربي وإن كان بحسب قانون جنسيته يعتبر راشدا، يتعين عليه أخذ الإذن من رئيس المحكمة التي ينوي ممارسة التجارة بدائلتها وتقيده في السجل التجاري.

ثانيا : مادة الأحوال الشخصية

لم يعرف المشرع المغربي ما المقصود بالأحوال الشخصية وإن ورد هذا الاصطلاح في عدة نصوص متفرقة نذكر من بينها المادة الرابعة من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب لسنة 12 غشت 1913 والفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود والباب الثالث من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية والملاحظ أن مفهوم الأحوال الشخصية ترعرع ونشأ في المدرسة الإيطالية ثم المدرسة الهولندية والمدرسة الفرنسية، هذا وبشكل عام يشمل اصطلاح الأحوال الشخصية على الزواج و انحلاله .

أ / الزواج

يطرح الزواج في القانون الدولي الخاص مسألة تحديد ما يعد من الشروط الشكلية أو الموضوعية لهذا الأخير ذلك أن الدول التي ترى في الزواج نظاما دينيا، فهي تنص على الشعائر الدينية على أنها من موضوعه في حين تعتبر هذه الأخيرة من الشروط الشكلية بالنسبة للدول التي ترى في الزواج نظاما مدنيا ولذلك فمأل عقد الزواج يختلف بحسب ما كنا أمام زواج ديني أم مدني ذلك أن عدم مراعاة الشعائر الدينية في هذا الأخير لن يؤدي إلى بطلانه.

في هذا الإطار، اعتبرت استئنافية الربط بتاريخ 13 أبريل 1955 بأنه ينبغي على المحاكم المغربية عندما تكون بصدد تطبيق قانون أجنبي، أن تكيف العلاقة محل النزاع وفق نفس القانون وأن إبرام الزواج الديني لا يعد شرطا شكليا بل جوهريا وأساسيا لصحته ، وفي هذا الصدد نقول هذه المحكمة (رغم أنه بموجب أي لمادة 11 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين، يجوز لهؤلاء أن يتزوجوا حسب الشكل الذي يقرره قانونهم الوطني أو حسب الشكل الذي يقرره قانونهم الوطني أو حسب شكل الحالة المدنية، فإن هذا الحق يقتصر على الشروط الشكلية، وفي هذا الصدد، فإن الشعائر الدينية للزواج وفقا للقانون الإسباني والذي يجب أن يؤخذ وصفه وحده بعين الاعتبار ليست شرطا شكليا بل شرط جوهريا. ولايهم إن كانت الزوجة إيطالية قبل زواجها. فصحة الروابط الزوجية تتطلب حتما احترام القانون الوطني لكل من الزوجين. ولا يترتب عن عدم مراعاة الشكل الديني انعدام الزوج بل هو بشكل حالة من حالات البطلان)

وبهذا، يكون القضاء المغربي قد تثبت بحرفية المادة 11 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب المتعلقة بشكل الزواج بالمغرب حيث لا يترك لهؤلاء الخيار عندما يكونون ملزمين بالزواج وفق

قانونهم الوطني، أما مسألة الزواج المدني المخولة لهم في المغرب، فلا يمكن أن تتم ما لم ينص قانونهم الوطني على ذلك.

ب/ الطلاق والزواج

ينتضي الزواج بالطلاق أو التطلق أو الوفاة كما ينتهي غير ما يسمى بالانفصال الجسماني ذلك أن العلاقة الزوجية تظل قائمة لكن دون معاشرة مشتركة بين الزوجين لفترة معينة، وتقتضي حالة الانفصال إما بإنهاء فترتها وإما بالرجوع إلى الحياة المشتركة. والملاحظ، أن حالة الانفصال الجسماني تجهلها الشريعة الإسلامية ويؤثر التساؤل حول موقف القضاء المغربي من نظام الفصل الجسماني وهل هذا الأخير يعتبر مخصصاً للبث في النزاع الذي يكون موضوعه الفصل الجسماني.

في هذا السياق، استبعد قضاء الحماية اختصاصه للنظر في طلب الانفصال الجسماني تاركاً ذلك إلى المحاكم الدينية التي كان يعهد إليها النظر في قضايا الفصل الجسماني. وفي هذا الصدد تقول محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 20 مارس 1952 ما يلي (وحيث إنه لا يوجد أي سبب مأخوذ من الاختصاص التشريعي يمنع أن يطبق على الطرف المتخاصمين قانونهما الوطني تطبيقاً سليماً كاملاً مادام هذا القانون يعتبر مختصاً في الجوهر بصرف النظر عن العنصر الطقسي الذي يدخل في الزواج .

و ضمن نفس الإطار، تقول المحكمة الابتدائية بالبيضاء بتاريخ 18 يناير 1950 (وحيث أن المادة 9 من ظهير 12 غشت 1913 تنص على أن للأجانب الحق في أن يطلقوا التطلق أو الانفصال الجسماني طبقاً للشروط المحددة بمقتضى قانونهم الوطني وأن المادة 80 من القانون المدني الإسباني نصت من جهةها على أن طلبات بطلان الزواج والفصل الجسماني يرجع الاختصاص فيها إلى المحاكم المسيحية إذا تعلق الأمر بالزواج الكنسي واستناداً إلى مقتضيات القانونية من ظهير المسطرة المدنية لا يجوز للمحاكم المغربية أن تنظر في دعوى انفصال الروابط الدينية التي تربط بين زوجين تزوجا أمام كنيسة تلك الدعوى التي لو أحيلت على المحاكم المدنية الإسبانية لصالح المحاكم الكنسية) غير أن القضاء المغربي الحالي لم يساير التوجه الذي سار عليه قضاء الحماية حيث اعتبر في أحد أحكامه أن المحاكم الكنسية لا وجود لها قانونياً بالمغرب وبأن المحاكم التي لها الولاية العامة يمكنها في هذه الحالة أن تبث في قضايا الفصل الجسماني قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 5 . 7 . 1967

في قضية بث فيها القضاء المغربي ويتعلق الأمر بمواطن فرنسي التمس من القضاء طلاق زوجته بسبب سوء معاملتها له وكثرة سفرها ولمحاولة عزله عن قاريه، لكن القضاء الابتدائي والاستئنافي رفضا الإستجابة لطلبه وقام هذا الأخير بالتمسك في حكم استئنافية الرباط لاستبعاد الاستماع إلى شهادة الخادمة التي تشغل عنده. وفي هذا الإطار، استجاب للمجلس الأعلى لطلب المدعى معتبراً أن محكمة الاستئناف لم

استبعدت الإستماع إلى شهادة الخادمة تكون بذلك قد خرقت مقتضيات ظهير الوضعية المدنية للأجانب وكذلك الفصل 245 من القانون الفرنسيين ليحيل بذلك القضية على محكمة الاستئناف بالرباط لتتظر من جديد في القضية.

وفي نفس الإطار طلبت زوجة فرنسية من لرئيس المحكمة بأن يأذن لها بإجراء تحفظي على أموال الزوج أثناء سريان دعوى التطلق وبعد أن رفض هذا الأخير طلب الزوجة بعل أن الحجز التحفظي العام لا يدخل ضمن الإجراءات التحفظية التي يسمح بها الفصل 242 من القانون المدني الفرنسي والفصل 425 من ظهير المسطرة المدنية استجاب استئنافي الرباط لطلب الزوجة القاضي بإجراء حجز تحفظي على أموال الزوج وذلك اعتمادا على الفصل 420 من قانون المسطرة المدنية بسبب أن المسألة تخضع للقانون المحلي. وفي قضية طلبت زوجة فرنسية بالطلاق من زوجها ليجردها ولأسوء معاملته وبعد أن رفضت المحكمة الاستجابية للطالبة قررت استئنافي الرباط الحكم بالطلاق واركتزت في تعليلها على الشهادة الكتابية المدلاة من لدن الشهود وفحواها أن الزوج يدخل متأخرا في الليل وهو في حالة سكر علاوة على أنه يقوم بضرب زوجته ولا يقوم بنفقة ولديه.

في قضية تتعلق بزوجة فرنسية تلتمس من المحكمة الحكم لها بالطلاق من زوجها لتغيير وقع في سيرته حيث تقول بأنها قامت كل ما بوسعها لكي يسترجع زوجها هذه السيرة وأنه بتاريخ فاتح أكتوبر 1965 وجه الزوج لها رسالة يعبر فيها عن ضعف شعوره نحوها حيث وردت في الرسالة عبارة يقول فيها لا يكفيني بأن أقول لك أنني لم أعد أحبك واعلمي أنني لم أحبك أبدا كما كتب لها رسالة أخرى بتاريخ 4 أكتوبر 1965 يقول فيها لم تبق أية رغبة في معرفتك كما أن المدعي في رده عن ادعاءات الطالبة اعتبر بأنه في تاريخ 2 أكتوبر 1965 تلقى رسالة من زوجته تصرح فيها بأنها تكرهه ولا تفكر أن تخضع من جديد إلى تكاليف الزوجية وعلى ضوء ما قاله المدعى عليه اعتبر المجلس الأعلى للقضاء أسلوب هاتين الرسالتين فيه إهانة خطيرة نحو الزوج وقرر النطق بالتطلق.

وفي قضية أخرى وبعد أن اتفق الزوجان على الطلاق استجاب القضاء المغربي لطلب الزوجين معتمدا على الفصل 229 من القانون المدني الفرنسي الذي يأذن لكل من الزوجين بالطلاق عن طريق الاتفاق وفي قضية أخرى بعد إبطال رسم الإرثاء المقام من طرف الزوجة المتزوجة من مواطن روسي لاجئي في المغرب ومقيد بهذه الصفة بالمكتب المغربي لحماية اللاجئين ومن لا جنسية لهم من طرف القضاء الابتدائي لجأت هذه الأخيرة إلى القضاء الاستئنافي لطلب إلغاء هذا الإبطال

وبالرجوع إلى الفصل 12 من اتفاقية جنيف المؤرخة في 28 يونيو 1951 فإن اللاجئ يطبق في حقه قانون الأحوال الشخصية الذي اعتبره موطنه له بعد مغادرته لوطنه الأصلي فالقانون الواجب التطبيق على اللاجئين هو قانون الأحوال الشخصية والميراث المغربي لذلك قررت محكمة الاستئناف بصحة رسم الارائة المقامة من طرف الزوجة وأعطت الزوج الثمن من تركة الزوج والنصف للزوجة والباقي قسم فيما بينهما

ثالثا: قضايا العقار

يخضع النزاع المتعلق بالعقار الذي يدخل في إطار القانون الدولي الخاص في ضوء التشريع المغربي لمحكمة الموقع الذي يوجد فيه العقار وكما هو معلوم، فقد ترد على العقار مجموعة من الحقوق العينية الأصلية كما قد ترد عليه مجموعة من الحقوق العينية التبعية كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي الحيازي هذا وقد تعترض القاضي بعض المشاكل بخصوص النزاع الذي ينظر فيه والذي له علاقة العقار من ذلك أي قانون سيطبق على هذا الأخير أمام وجود ما يعرف بقانون الموقع وقانون العقد والقانون الشخصي في هذا السياق، وفي قضية تعرف بقضية مونجو والتي يمكن تلخيص حيثياتها في كون فرنسا يدعى مونجو باع بموجب عقد عرفي محرر في فاتح ماي 1924 للسيد كراف وهو من جنسية سويسرية عقارات محفظة بوجدة، فرفع ورثة مونجو دعوى ضد السيد كراف أمام المحكمة الابتدائية للمطالبة بإبطال عقد البيع نظرا لوجود غبن يزيد على 7 من أصل 12، في هذا الإطار، رفض القضاء الابتدائي الطلب المقدم من لدن الورثة اعتمادا على المادة 17 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب وذلك بحلة أن التشريع المغربي لا يتضمن دعوى الغبن الذي يزيد على 7 من أصل 12

واستئنفت ورثة مونجو هذا الحكم، لكن محكمة الاستئناف رفضت طلب هؤلاء ولما وصلت القضية إلى محكمة النقض الفرنسية أيدت الحكم بقرارها الصادر في 29 يونيو 1931 مرتكزة في تعليلها على قانون الموقع وهو القانون المغربي والذي يجهل هذا النوع من الدعاوى.

وضمن نفس الإطار، ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 9 أكتوبر 1954 والذي نقضت من خلاله حكم استئنافية الرباط الذي ركز على المادة 17 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب لتطبيقه على النزاع الذي يجمع بين مؤجر أرض زراعية و مستأجرها بهدف استغلالها. معللة قرارها في كون المادة 13 المتعلقة بقانون الالتزامات ولعقود هي التي ينبغي أن تطبق عوض المادة 17 والتي على ضوءها تخضع الأموال المنقولة والعقارية للقانون المحلي.

هذا ولقد وجه الفقه انتقادا لادعا للحكم الذي أصدره القضاء في قضية مونجو والذي ركز على قانون موقع العقار حيث اعتبر هذا الفقه عيوب الرضا ومن ضمنها الغبن من توابع الأهلية وتخضع بالتالي للقانون

الوطني للأطراف وذلك تطبيقاً للمادة 3 م.ظ.و.م.أ. كما أنه وفي نفس السياق، يذهب الأستاذ بول دوكرو حيث يقول (على أنه وبالنظر إلى أولوية القانون الوطني في المغرب حيث يتعين إسناد عيوب الرضا إلى الأهلية ومن ثم للقانون الشخصي والتي تتمثل مهمته الأولى في ضمان حماية الرضا

وعلى ضوء ما تقدم فإن الفقه المذكور وسع من نطاق القانون الشخصي حيث نظر إلى عيوب الرضا على أنها تدخل في فئة الأهلية وتخضع بالتالي للقانون الشخصي. والواقع، أن موقف الفقه هذا يشكل وسيلة لتنفيذ سياسة معينة وأداة للتعبير عن الاختيارات السياسية على حد قول الأستاذ ديربيز

والجدير بالملاحظة، أن بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية تقرر إخضاع العقود الواردة على العقار للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة حتى ولم يكن هو قانون موقع العقار ومن ذلك القانون الألماني المادة (28) واتفاقية الدولي الخاص بالسويسري الجديد المادة (19) واتفاقية روما المبرمة في 19 يونيو 1980 فيما بين دول السوق الأوروبية المشتركة بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية المادة (4)

وفي قضية أخرى اعتبرت فيه استثنائية الرباط بتاريخ 12 يونيو 1950 ولاستبعاد تطبيق القانون المغربي في نزاع ينصب على العقار بأنه إذا كان المبدأ أن القانون المحلي ينظم في المغرب طرق نقل الحقوق العينية ونظام الحيازة والملكية الفصل 17 القانون المنظم للوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين والفصل 11 من ظهير الالتزامات والعقود فإن نفوذه يتوقف بمجرد ما يتعلق بالأهلية وبالأحوال الشخصية بالمعنى الحقيقي .

رابعاً: قضايا المنقول:

يخضع النزاع المرتبط بالمنقول في إطار القانون الدولي الخاص إلى القانون المغربي سواء أكان هذا الأخير ملموساً أم غير ملموس وليس من الصعب تعيين موقع المنقولات العينية ويطرح السؤال حول الصعوبات التي ترتبط بتحديد طبيعة الديون الإنفاقية هل تعتبر من فئة الأموال وتخضع من ثم لقانون الموقع أم تعتبر من فئة العقود وتخضع لقانون الإرادة. في هذا السياق، ميزت محكمة الاستئناف بالرباط وهي تنظر في تحديد طبيعة الدين محل النزاع بين المنقولات الحسية التي أخضعها للمادة 17 م.ظ.و.م.أ. والمنقولات غير الحسية والتي أخضعها لقانون العقد وقد عقب بعض الفقه على موقف استثنائية الرباط هذا لكونه يحدث خلطاً ما بين نظام الأموال ونظام العقود فإذا كان من الصعوبة إقامة مثل هذا التمييز وخصوصاً بالنسبة للديون الواردة على الأموال فإن الأمر ليس بتلك الصعوبة بالنسبة لبعض المنقولات غير الحسية كما أنه من المبالغة القول بأن المنقولات الحسية هي التي يسهل تحديد موقع لها لأن هناك من المنقولات غير الحسية

التي يكون بالإمكان توطينها، ليقترح هذا الفقه إخضاع مسألة الديون إلى قانون موطن المدين أو لقانون مكان الوفاء .

خامسا: العقود التجارية الدولية

كرست العديد من التشريعات الوطنية مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية كالتشريع المدني الاسباني لسنة 1974 المادة 10 والتشريع المدني المصري المادة 19 والاتفاقيات الدولية كاتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية والتي نصت في مادتها 2 "يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده الأطراف المتعاقدة مبدأ سلطان الإرادة" وضمن نفس الإطار يسير القانون المغربي حيث تنص المادة 13 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب على ما يلي:

(تعين الشروط الجوهرية للعقود واثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا للخضوع له وفي حالة سكوت الطرفين إذا لم يتبين القانون الواجب تطبيقه لا من طبيعة العقد ولا من وضعية المتعاقدين ولا من موقع الأموال، تمسك القاضي بقانون موطنهما المشترك، فإذا لم يكن لهما موطن مشترك ولا قانون وطني مشترك فبقانون مكان إبرام العقد)

يشكل مبدأ سلطان الإرادة عنصرا جوهريا في العقود التجارية الدولية وضعه المشرع المغربي لضمان حقوق الأجانب وتجنبيهم مقتضيات القانون المحلي. هذا، ولقد تثبت القضاء المغربي بمضمون المادة 3 في أكثر من قرار فهاهي محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 28 مارس 1928 تقول: "لا يمكن، في ميدان العقود، أن نتصور بأن يكون التشريع السائد في عهد الحماية أقل امتيازاً بالنسبة للأوروبيين المقيمين بالمغرب، من القانون الذي وضعه نظام الامتيازات، والذي في إطاره كان هؤلاء يتمتعون بتشريعات كاملة". وفي قرار صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 17 ماي 1930 تمسكت فيه بمبدأ احترام إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم العقدية. كما أن نفس المحكمة، تثبتت بهذا المبدأ على الرغم من مخالفته للنظام العام حيث اعتبرت هذه الأخيرة بأنه عند إدا وضع الطرفان العقد تحت حكم القانون البرتغالي بشأن التقادم والذي تحدد مدته في عشرين سنة، وجب إعمال هذا القانون حتى وإن كان يخالف القاعدة الواردة في المادة 375 من ق ل ع التي تحدد أمد التقادم.

الواقع، أنه إذا كانت مسألة إخضاع الأحوال الشخصية للقانون الشخصي أمرا مقبولا ويمكن أن نستثغفه، فلاشك أن العقد الدولي بالمفهوم الحديث لا تتدخل فيه فقط الجنسية كعنصر أجنبي بل تتحكم فيها

اعتبارات أخرى كتعلقه بمصالح التجارة الدولية. وهذا يظهر التحكيم كأحد الآليات المهمة لحل النزاعات ذات طابع تجاري.

سادسا: القضايا التي تطرح في إطار المسؤولية التقصيرية

تخضع الإلتزامات المترتبة عن المسؤولية التقصيرية في إطار القانون الدولي الخاص إلى قانون البلد الذي وقع فيه الضرر لاحتية الفعل الجرمي أو شبه جرمي وهو القانون المغربي وهو ما اشارت إليه المادة 16 من ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب على ما يلي: "إن الإلتزامات الناشئة عن جريمة فوق تراب منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب تخضع لتشريع المنطقة المذكورة".

ولاشك أن إخضاع هذه المسؤولية لقانون البلد الذي وقع فيه الضرر كرسه المدرسة الإيطالية وتوارثها المدرسة الفرنسية والمدرسة الهولندية في القرن السابع عشر وقرنه مانشني في القرن التاسع عشر الذي اعتبر استنادا إلى فكرته المؤسسة على المكان الجغرافي للربط القانونية أي أن الإلتزامات غير الإرادية لاسيما المسؤولية عن الفعل الضرر تخضع لقانون محل ارتكاب الفعل الضار.

ومن بين الحالات التي تطرح بعض المشاكل في إطار القانون الدولي الخاص، تلك الحالة التي يتعرض فيها الغير إلى الضرر نتيجة فعل ارتكبه المؤمن في حقه. حيث يؤثر التساؤل حول أي قانون سيطر على المتضرر المطالب بالتعويض.

نقسم الفقه في الجواب عن هذا السؤال ؟ فمنه من أخضع الدعوى المباشرة لقانون موطن المؤمن أي المغر الاجتماعي لشركة التأمين وذلك اعتبارا للطبيعة القانونية لتلك الدعوى، والتي تعطي الإمتياز للمتضرر على مبلغ التعويض المستحق للمؤمن فضلا على إحداثها آثار تشبه آثار التنفيذ الجبري بالنسبة لهذا الأخير ويتعلق هذان الأمران بنبين على المؤمن ومنه من ذهب إلى القول بأن الدعوى المباشرة ماهي إلا نزاع من آثار عقد التأمين المبرم بين المسؤول وشركات التأمين ولذلك فهي تخضع للقانون الذي ينظم آثار هذا العقد سواء كان قانون الإرادة أم قانون مكان التنفيذ.

تعرض هذا الاتجاه الفقهي إلى النقد، ذلك أن إخضاع الدعوى المباشرة إلى قانون موطن المؤمن يؤدي إلى اختلاف القانون الواجب التطبيق باختلاف موطن المتدين المؤمن كما أنه يصعب إحصائه في حالة تعدد مواطن هذا الأخير كما أن القول بتطبيق قانون العقد على تلك الدعوى فيه تجاهل مطلق للأساس القانوني للدعوى المباشرة ذلك أن هذه الدعوى إن كانت تستند على عقد التأمين إلا أن نصوص قانون هو مرجعها الحقيقي.

وعلى ضوء هذا الإنتقاد، ظهر اتجاه آخر والذي أخضع هذه الدعوى إلى قانون محل الدولة التي وقع فيها الضرر للمتضرر هذا وقد تبنى القضاء هذا الطرح الفقهي من ذلك القضاء الفرنسي والبلجيكي.

هذا وإذا كان الرأي الفقهي الغالب يرجع الإختصاص إلى قانون موقع حصول الضرر إلا أنه اختلف حول الأساس القانوني لهذا الإختصاص، فهناك من يرى بأن الدعوى المباشرة تعد من أهم تطبيقات المسؤولية التقصيرية في المطالبة بالتعويض وهناك من يرى بأن قبول الدعوى المباشرة وتنظيم أحكامها وفقا لقانون مكان وقوع الفعل الضار يرجع إلى اعتبارها من قوانين الأمن والبوليس.

تكريس مبدأ شخصية القوانين

كان مبدأ الاحترام المطلق لشخصية القوانين من بين أهم الحجج التي استند عليها فقه الحماية لتبرير مفهوم التكيف وفقا لقانون النزاع وعدم الأخذ بالقاعدة العامة المعمول بها في القانون الدولي الخاص المقارن، باعتبار أن مبدأ شخصية القوانين هو تقليد عريق في المغرب وفي البلاد الإسلامية عموما.

فقد عرف مبدأ شخصية القوانين منذ عهد الدولة الإسلامية، وقبل أي قانون وضعي، وطبق عمليا في مادة الأحوال الشخصية. ففي داخل الدولة الإسلامية تمتع الأجانب غير المسلمين في هذا الشأن بامتياز تشريعي وقضائي خول لهم حق التقاضي أمام قاض من ديانتهم وحق الخضوع لقانون البلد الذي ينتمون إليه، في حين كانت الشريعة الإسلامية إقليمية في ميادين أخرى (كالميدان المالي والعقاري والجنائي)، حيث أخضع غير المسلمين من الأجانب لأحكامها على ذات النحو الذي خضع لها المسلمون في هذه الميادين.

ولما خضع المغرب على غرار أغلب الدول الإسلامية، للاستعمار الأجنبي تكرر هذا التقليد، أي مبدأ شخصية القوانين في إطار نظام تنازع القوانين، كان ذلك بموجب الإصلاحات التي أدخلت إلى المغرب على المستوى التشريعي أو على الصعيد القضائي، حيث أنشئت محاكم جديدة اختلفت باختلاف المناطق التي خضعت للحماية. وصدرت عدة نصوص تنظم الوضعية المدنية للأجانب، من ذلك الظهير المؤرخ في فاتح يونيو 1914 حول الوضعية المدنية للأسبانيين والأجانب بمنطقة الحماية الإسبانية، وقانون 15 يناير 1924 المتعلق بالوضعية المدنية للأجانب بمنطقة طنجة، وأخيرا ظهير 12 غشت 1913 حول الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمنطقة الفرنسية، الذي مدد تطبيقه بقانون التوحيد المؤرخ في 26 يناير 1965 إلى كل مناطق المغرب ومازال العمل به جاريا إلى حدود اليوم، وذلك فهو يشكل عماد القانون الدولي الخاص المغربي.

عموما، حيث أنجزت هذه القوانين في قطيعة تامة مع المجتمع المغربي والنظام القانوني المغربي وهذا لاعتبار أساسي وهو أن وضع ظهير 1913 كان موجها أساسا لحماية حقوق الأجانب المقيمين

بالمغرب، ولاسيما ضمان الاحترام المطلق لقانونهم الوطني في مادة الأحوال الشخصية وإلى حد ما في مادة العقود.

ولقد أضفى كل من الفقه والقضاء في عهد الحماية طابعاً قديماً على مبدأ الاحترام المطلق للقوانين الأجنبية الذي لم يكن محلاً للجدال وهذا يظهر، في الواقع أن شخصية القوانين إذا كانت قد تركزت في ظهير 12 غشت 1913 فإن تركزها كان أكثر جلاء في فكر الفقه والقضاء السائد آنذاك والذان أعدا حلولاً بشأن أليات تنازع القوانين تخالف ما هو سائد في القانون الخاص المقارن، فقد استبعد مفهوم التكيف وفقاً لقانون القاضي، لأن الأخذ به كان سيؤدي إلى إنكار وتجاهل مبدأ الاحترام المطلق للقانون الأجنبي للأحوال الشخصية، والحال يقول الأستاذ لبريس أن القانون الدولي الخاص المغربي يجعل؟... من القانون الوطني شيئاً روحياً ومقدساً.

هذا إلا أن المستجدات الواردة في مدونة الأسرة الجديدة مقارنة بالمقتضيات الواردة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من شأنها أن تخفض مزاعم فقهاء عهد الحماية بأن قانون الأحوال الشخصية المغربي ذو طابع عقائدي ويتضمن حالات تمييز تجعله غير ممكن التطبيق على الأجانب غير المسلمين، فإخضاع الأسرة غير المسلمة للقانون الإسلامي كان يؤدي في إطار مدونة الأحوال الشخصية إلى تغيير جذري في العلاقة الزوجية على صعيد الزواج أو إنهائه مادام الزوج كان يتمتع في إطار هذه المدونة بامتيازات وسلطات واسعة ترجح كفته في العلاقة الزوجية وتضع المرأة في وضعية تمييزية. أما مدونة الأسرة تحقق مبدأ المساواة في رعاية الأسرة وفي الحقوق والواجبات بين الزوج والزوجة. إلى جانب جعلها الطلاق تحت مراقبة القضاء يمارسه كل من الزوج والزوجة حسب الشروط الشرعية واعتمد.

أولاً: وجود قانون مغربي في ميدان الأحوال الشخصية:

بالإضافة إلى تراجع مبدأ الاحترام المطلق لشخصية القوانين الذي استند عليه الفقه المغربي اليوم لتبرير تأييده لمفهوم التكيف طبقاً لقانون القاضي يعتمد هذا الفقه في هذا الصدد أيضاً على توفر القاضي المغربي على قانون ممكن التطبيق في مجال الأحوال الشخصية. فالمرحوم باحنيني، بمناسبة افتتاحه للسنة القضائية 1967-1986، يقول في خطابه أن : 'ما يسمى بالوصف في اصطلاح القانون الدولي الخاص موكل على القضاء المحلي يعمل فيه برأيه ويجري فيه على مقتضى قانونه.

وقد عبر أساتذة القانون الدولي الخاص على ذات الرأي كالأستاذ مولاي ارشيد عبد الرزاق ومحمد الوكيل وجان ديبري، بل الأستاذ المسعودي العياشي يقول هذا الإطار: لكن هذا الاعتراض الأخير - أي عدم وجود قانون القاضي في مجال الأحوال الشخصية - أصبح في الوقت الراهن غير مقبول لأن القاضي

المغربي اليوم أصبح-خلافا لما كانت عليه الأمور خلال الحماية-يتوفر على قانون ممكن التطبيق على الصعيد الدولي في ميدان الأحوال الشخصية.

هذا وقد صدر قرار آخر عن المجلس الأعلى تاريخ 11 يناير 1982 فسره جانب من الفقه المغربي على أنه: تكريس، بصورة ضمنية غير مباشرة، للاتجاه الحديث الذي أصبح مسلما به، على الصعيد الدولي، القاضي بأن التكليف يسري عليه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع، فهو قد اعتبر لجوء أحد الزوجين إلى هيئة دينية للمطالبة بالإعلان عن الفقرة بين الزوجين، تمهيدا للتضريح بالطلاق من قبل المحكمة المختصة، مجرد إجراء من الإجراءات الشكلية الذي يخضع لقانون القاضي، هذا على الرغم من أن القانون الإسباني الذي ثبت له الاختصاص في هذه النزالة، انطلاقا من الجنسية المشتركة بين الزوجين، يعتبر تدخل الهيئة الدينية في تقرير قسم عرى الزوجية شرطا من الشروط الجوهرية، حتى بعد تعديل أحكام الطلاق في إسبانيا، سنة 1978، خاصة، وعلى وجه التحديد، إذا كان للزوجان يعتنقان الديانة المسيحية، وينتسبان للمذهب الكاثوليكي.⁹

ثانيا: الطبيعة الخاصة لقانون الأحوال الشخصية بالمغرب: قانون ديني ومزدوج وغير مقنن.

ارتكز فقهاء عهد الحماية لتبرير مفهوم التكليف وفقا لقانون النزاع، بالإضافة إلى مبدأ الاحترام المطلق للقوانين الشخصية الأجنبية، إلى قانون الأحوال الشخصية بالمغرب قانونا غير موحد وغير مقنن وذو طابع ديني.

بل أكثر مما سبق، ذهب فقهاء عهد الحماية إلى أن التكليف وفقا لقانون القاضي من شأنه أن يؤدي إلى تحريف المؤسسات الأجنبية وإلى تطبيق قانون أجنبي ناقص ومعرف، والحال أن القانون الأجنبي للأحوال الشخصية-يقول بول دو كرو- يتعين أن يبقى سليما، وليس من المقبول أن يسمح للقانون المغربي بالتدخل عن طريق التكليف لتحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية في ميدان الأحوال الشخصية، لذلك فقد كان يديهها ألا يكون في مقدور القاضي المخاطرة بتطبيق قانون محرف على الأجانب بحجة القيام بعملية التصنيف وفق قاعدة الإسناد الواردة في قانون القاضي.

ثالثا: تراجع مبدأ الاحترام المطلق لشخصية القوانين

كانت القوانين الشخصية الأجنبية تتمتع إبان عهد الحماية بحصانة شبه تامة، وهذا بعد من الأسباب التي اعتمد عليها الفقه السائد إذ ذاك لتبرير عدم الأخذ بالاتجاه الراجح في القانون الولي الخاص المقارن والذي يقضي بإخضاع التكليف لقانون القاضي. لكن بعد حصول البلاد على الاستقلال حدثت تغيرات على القواعد والحلول التي كانت سائدة خلال الحماية في ميدان تنازع القوانين لاسيما بالنسبة للأحوال الشخصية،

ذلك أن المشرع والقضاء قاما بتدخلات عديدة عبرت من خلالها عن التوجهات الجديدة للقانون المولي الخاص المغربي وعن أهدافه الحالية.

حيث أصدر المشرع ظهير 24 أبريل 1959 الذي أسند فيه إلى المحاكم الشرعية اختصاص البت في قضايا الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب المسلمين، كما أصدر ظهير 4 مارس 1960 حول الزواج المختلط بين المغاربة والأجانب. واتجه المغرب، إلى تبني ضوابط ومعايير ساهمت، في الواقع، في خرق القاعدة التقليدية التي تخضع الأحوال الشخصية للقانون الوطني من (ض.و.م.أ) والتضييق بالتالي من نطاق تطبيق القوانين الأجنبية، حيث أن ثمة اتفاقيات ثنائية أبرمها المغرب مع دول أوروبية، في مجال حالة وأهلية الأشخاص والتعاون القضائي مجال الأسرة، كرست ضابط الموطن أو الإقامة كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية المغربية الفرنسية المؤرخة المغربية الفرنسية في العاشر من غشت 1981 والتي تأخذ بضابط الموطن.

ومن القرارات التي كرسها، أيضا، نظريات فقهاء عهد الحماية بشأن التكيف القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 20 يناير 1982 في قضية تتعلق بأهلية شخص أجنبي. فقد نقض المجلس الأعلى بمقتضى هذا القرار قرار محكمة الاستئناف التي قضت بإبطال عقد البيع المتنازع بشأنه، وذلك بالاستناد إلى المادة 54 من ق.ل.ع المتعلق بإبطال العقد المبرم تحت وطأة المرض وغيره من الحالات المشابهة مصرحة: "بأن المشرع المغربي استنادا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حث على إبطال الاتفاق الذي قد تكون فيه حرية أحد الأطراف محدودة في إطار ضيق إلى درجة أنه لو كان له التصرف الطبيعي في ظروف عادية لما أعطاه رضاه على فحوى العقد وشروطه". وهذا يعني أن محكمة الاستئناف اعتبرت عيوب الرضا من الأمور التي تدخل في ركن الرضا وتدخل تبعا لذلك في نطاق قانون العقد. غير أن المجلس الأعلى عندما رفعت إليه القضية نقض القرار، ولكن بالاستناد إلى تعليقات أخرى مفادها أن المرض الذي يعتبر أن أحد عيوب الرضا في التشريع المغربي هو من الأمور التي تتصل بركن الأهلية وليس بركن الرضا ومن ثم فهو يخضع للقانون الوطني للشخص عملا بمقتضىات المادة 3 من قانون الالتزامات والعقود وهو في هذه القضية القانون الفرنسي.

رابعاً: الاستثناء: اختصاص القانون الذي تعينه المعاهدة

إن استئثار كل دولة بوضع قواعد تنازع القوانين، وما قد يترتب على ذلك من اختلاف تلك القواعد وعدم انسجامها دفع بالدول إلى البحث عن طريقة لتفادي هذه المساوئ، فكان سبيلها هم إبرام معاهدات فيما بينهما لتنظيم بعض مشاكل التنازع تنظيمًا يكفل مصالحها المشتركة ويخدم نمو العلاقات الدولية الخاصة للأفراد. وهذه المعاهدات نوعان: معاهدات جماعية أو متعددة الأطراف أي تلك التي تجمع بين ثلاث دول فأكثر ومعاهدات ثنائية أي التي تجمع بين دولتين.

فالمعاهدات من النوع الأول تغطي أهمية عن أعمال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي انعقد لأول مرة عام 1883 وتحتل عتبة توحيد قواعد التنازع، ومن بين هذه الاتفاقيات الثلاث المبرمة في 12 يونيو 1902 الخاصة بالزواج والطلاق والانفصال الجسماني للحجر والوصاية، والاتفاقيات الثلاث المبرمة بتاريخ 17 يونيو 1905 المتعلقة بآثار الزواج وحماية غير كاملتي الأختية والمواريث والوصاية، كما أبرمت اتفاقية في 15 أبريل عام 1907 بشأن القانون ولجب التطبيق على نقل الملكية في حالة البيع الدولي للأشياء الثابتة المنقولة واتفاقية 24 أكتوبر 1956 حول القانون الواجب التطبيق على التزامات النفقة والأطفال وغيرها من الاتفاقيات التي تجت من أعمال هذا المؤتمر، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المغرب قد أعلن عن إنضمامه إلى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في 26 يونيو 1993.

وفضلا عن اتفاقية لاهاي هناك اتفاقيات أخرى سعت إلى نفس الغرض وهو توحيد قواعد الإنشاد، ويتعلق الأمر بالمعاهدات التي شغضت عن أعمال الدول أعضاء الاتحاد الأمريكي، وذلك التي أبرمت في إطار الدول أعضاء الاتحاد الإسكتنافي، وفي إطار الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي، وفي إطار الدول العربية.

أما المعاهدات من النوع الثاني فهي المعاهدات ثنائية التي تهدف إلى تحقيق نفس الغرض وتعالج مسألة تقتصر أهميتها على الدولتين المتعاقبتين، ومن هذه الاتفاقيات نذكر الاتفاقية المغربية الفرنسية المبرمة في 10 غشت 1981 حول الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي، كما أبرم المغرب لاتفاقيات أخرى من هذا النوع مع العديد من الدول الأجنبية (الأوربية والعربية) منها ما هو مصداق عليه ومنها ما هو موقع عليه فقط، كما أبرم المغرب العديد من الاتفاقيات المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام وقرارات التحكيم الأجنبي.

www.fsjes-agadir.info

التحكيم الدولي

كآلية قانونية لتفادي إشكالية تنازع القوانين

في التشريع المغربي

مقدمة:

يعتبر موضوع التحكيم من المواضيع التي شغلت كثيرا بالسلطات العمومية، وتناولها العديد من رجال القانون وأصدرت بشأنها مجموعة من الأحكام القضائية، بحيث تجاوز مضمون التحكيم الوطنية الحدود الجغرافية و تعلقه بالتجارة.

لا ولحماية وحل النزاعات المتعلقة بالتجارة و غيرها، انتشرت لدول حاجتها في غياب قانون موحد للتجارة الدولية إلى قضاء بديل يخرج عن القضاء الكلاسيكي ، تلعب فيه إدارة الأطراف دورا محوريا في تكوينه يساعد على جلب الإستثمار، ويعمل على تنمية التجارة الدولية . وهذا القضاء هو التحكيم. ومن المعلوم أن المغرب انخرط في المنظمة العالمية للتجارة الحرة، إلا أنه لم يكن موقفه واضحا بشأن التحكيم الدولي إلى أن شغل قانون رقم 08/05.

www.fsjes-agadir.info

المطلب الأول : مفهوم التحكيم الدولي وأطرافه :

الفرع الأول : مفهوم التحكيم الدولي :

لم يعرف المشرع المغربي ما المقصود بالتحكيم الدولي كما أنه لم يميز بين شرط التحكيم وعند التحكيم وهو نفس المنهج الذي سارت عليه محكمة بازل في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 17 فبراير 2002 بإدائه "في المادة الدولية ، ليس هناك تمييز بين شرط التحكيم وعند التحكيم ، وأن اتفاق التحكيم يحل محله . وبالرجوع إلى الفصل 40 - 327 يعتبر دوليا" التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارية الدولية و الذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج .

ويعتبر التحكيم دوليا إذا :

كان لأطراف التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بنود مختلفة أو كان أحد الأمكنة التالي بياتيسا واقع خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف .

مكان التحكيم عندما يكون منصوبا عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الاتفاق

كن مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقات التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة الوثيقة أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن الموضوع اتفاق التحكيم بهم أكثر من بك واحد .

لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة الثانية من هذا الفصل يطبق ما يلي :

إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي ترضيها جملة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها ، إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتبارية أخذ هذا الفصل من الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ 1985 و من القانون الفرنسي الفصل 1492 في د د والملاحظ أن الفصل 40-327 ينص على أن التحكيم الدولي يوجد عند اتفاق الأطراف صراحة على أن الموضوع اتفاق التحكيم بهم أكثر من بك واحد " يكون أعطى لاتفاق الأطراف دورا كبيرا في تحديد ما إذا كان هناك تحكيم دولي من عدمه عوض أن يقوم القضاء بعملية التكييف .

المشرع المغربي بأخذ بالطابع الاقتصادي إلى جانب الحالات التي وردت في الفصل 40-327 من ق م م يكون قد استبعد اشكالا حقيقيا دول ما المقصود بمصالح التجارة الدولية هي المصالح التجارية التي تتجاوز الحدود الجغرافية لأكثر من دولة أم الدولة الواحدة حيث لا يهم مثلا حسب قراءة الفصل 1492 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية بل يكف أن تكون مصالح التجارة الدولية تجمع مواطنا فرنسيا وأخر في دولة أخرى بل يكفي أن تكون العنبة التجارية تهم مصالح التجارة الدولية ولو تعلق الأمر بمواطنين فرنسيين يعيشان في فرنسا في حين للتريع المغربي، يعتبر دوليا ليس فقط التحكيم الدولي يتعلق بمصالح لتجار الدولية بل الذي يكون.

الفرع الثاني، أطراف التحكيم.

أولا: بالنسبة للشخص الطبيعي.

تخضع الأهلية في إبرام العقد لتي تدخل في حظيرة القانون الدولي للخاص إلى القانون الوطني وبالرجوع إلى المادة 5 من الفقرة الأولى من اتفاقيات نيويورك لسنة 1958 نجدها تخضع أهلية أطراف التحكيم إلى قانون الأحوال الشخصية كما أنها تدخل رفض الاعتراف بتنفيذ مقرر التحكيم متى كان أطراف التحكيم بمقتضى القانون الوطني ناقصي الأهلية.

هذا وليس المحكم كالقاضي لكي يطبق القانون بالنظر للقواعد الوطنية للارتباط ولهذا السبب هناك من الفخر من اقتراح تطبيق قواعد النزاع المرتبط بمقر هيئة التحكيم ولم يسلّم هذا الاتجاه من نقد لكون المقرر المختار بحسب قواعد النزاع قد يعطي لأحد الأطراف الحق في إبرام اتفاق التحكيم على الرغم من أن قانونه الوطني يعتبره ناقص الأهلية.

لا ينبغي أن يسري على المتعاقدين حسن النية، ولا تثير الأهلية في إبرام اتفاق التحكيم أي إشكال بالنسبة للشخص الكامل الأهلية، يعكس ناقص الأهلية حيث نجد حسب قراءة مضمون الفصول 7 و 11 من قانون اتفاق التحكيم غير أن لابد والوصي والمقدم الذي يدير أعمال القاصد أو ناقص الأهلية لا يمكن إبرام اتفاق التحكيم إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المختص.

ثانيا: بالنسبة للشخص المعنوي.

تخضع أهلية الشخص المعنوي لقانون البلد الذي يوجد فيه المقر الرئيسي للشركة ولهذا السبب يتعين القاضي المغربي اعتماد هذا القانون لتقدير مدى أهلية هذا الشخص لإبرام اتفاق التحكيم.

وفيما يتعلق بقوانين دول الكومنويلث فهي تخضع الأهلية للقانون المؤسس لهذه الشركات.

المطلب الثاني : مبدأ الاختصاص وسرية إجراءات التحكيم

الفرع الأول : مبدأ الاختصاص

يشهد التحكيم الدولي تطورا ملحوظا لكن ليست كل التشريعات الوطنية لها رؤية واحدة و موحدة حول التحكيم. فمبدأ الاختصاص المنصوص عليه مثلا في القانون الفرنسي و القانون المغربي ليس له نفس المفهوم في التشريع الإسباني . في هذا الإطار ينص الفصل 22 من قانون التحكيم الإسباني في فقرته الأولى حول " إمكانية " الحكام لأن يقرروا في اختصاصهم .

وينص الفصل 327¹ من القانون المسطرة المدنية المغربية على أن الهيئة التحكيمية، قبل النظر في الموضوع أن تثبت ، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف في صحة أو حدود اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم و ذلك بأمر غير قابل للطعن إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع و في نفس الوقت "... و ينص الفصل 327 على أنه عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية عملا باتفاق التحكيم على نظر إحدى المحاكم ، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم.

إذا كان النزاع لم يعرض على الهيئة التحكيمية، وجب كذلك على لمحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا..."

لنتضح إذن من خلال استقراء الفصول المذكورة في التشريع المغربي والفرنسي أن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم جاء واضحا ويعطي لهذه الهيئة حق الأولوية على القضاء ويمنع بالتالي الأطراف من اللجوء إلى هذا الأخير للبت في صحة اتفاق التحكيم ما لم يكن هذا الأخير باطلا.

الفرع الثاني : سرية إجراءات التحكيم

تعتبر سرية إجراءات التحكيم مبدأ جوهريا بالنسبة للتحكيم الداخلي والدولي لكن هل هذه السرية توجد في حالة عدم تضمينها في العقد الذي يبنه الأطراف.

¹ وهو نفس التعريف الذي أعطاه المشرع الفرنسي (الفصل 1458 من ق م م)

بالرجوع إلى الفصل 22-327 من قانون المسطرة المدنية المغربية نجد نص على سرية المداولات وهو ما ينص عليه الفصل 1496 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية وبحسب محكمة الاستئناف بباريس تعتبر سرية التحكيم نتيجة لطبيعة الخاصة.

وأمام سكوت القانون الألماني ، فهناك من الفقهاء من يعتبر ضرورة التنصيص عليه.

وتأخذ سرية التحكيم عدوة مظاهر يمكن حصرها في سرية المناقشات والإجراءات والمداولات وعدم تسليم الوثائق إلى الغير وحكم التحكيم.

نرى وإن كان المبدأ أهو سرية التحكيم إلا أنه من الأفيد الإشارة إلى ذلك في العقد الذي يبرمه الأطراف حتى يكون حجة اتجاه الطرف الذي قام مثلا بنشر حكم التحكيم حيث لا يؤدي ذلك إلى بطلان الحكم بل إلى مطالبة هذا الأخير بالتعويض للطرف الآخر . أمل بخصوص إفشاء سرية التحكيم من إجراءات وحكم التحكيم إلى غير ذلك من طرف المحكم أو المحكمين، فيطبق عليه القانون الجنائي.

المطلب الثالث : الأعراف التجارية الدولية Jeanchristophe pommer²

الفهرج الأول: الأعراف التجارية الدولية

عرف Jeanchristophe pommer التجارة الدولية في كونها قواعد قانونية تتصف بالشمولية نتجت عن المبادئ العامة المسلم بها كونيا و تلك التي انبثقت أيضا عن مقررات التحكيم المنشورة وعرفها " أيضا في كونها قواعد قانونية تبلورت داخل قطاعات مختلفة أكسبتها قيمة عرفية "

و ليست للفقهاء نظرة واحدة حول الأعراف التجارية فهناك⁴ من يرى فيها نظاما مستقلا يتكون من قواعد خاصة بالتجارة الدولية قادر على تنظيم المصالحات التي تعرفها التجارة الدولية و النزاعات المترتبة عنها .

ويذهب أصحاب هذا الرأي للقول بأن النظم القانونية للدولة لا تتلائم ومسألة تنظيم العلاقات القانونية الناتجة عن المصالحات التي تعرفها التجارة الدولية .

2 Jaen -christophe pommer principe d'autonomie et loi du control en droit internationale paris 1992p295

3 Iden p 296

4 CFBgoldman frontieres et les mercotria archives de philosophie du droit 1964 p 177

أما الاتجاه الثاني والذي يتزعمه الفقيه الفرنسي⁵ لا يرى في الأعراف التجارية نظاماً قانونياً و ذلك لسببين أولهما عدم وجود مجموعة دولية موحدة وثانيهما غياب تولد سلطة و beugun موحدة و مستقلة على النظام للقانونية المناهضة يسير في نفس الاتجاه السيد⁶

والذي يعتبر أنه يحسب اصطلاح النظرية القانونية نفقتر الأعراف التجارية إلى كل تماسك مطلق coherence absogue توصفها بالنظام القانوني و الواقع نرى أ، الأعراف التجارية لها قيمتها القانونية و يصعب عملياً إنكارها والقول بأنها لا تشكل نظاماً قانونياً، ونساعد في هذا الاتجاه⁷ ما قاله أحد الفقهاء الهنديين (في الأعمال التجارية الدولية يجب أن تحصف العادات التي ألفها الأطراف والقبولة من طرفيها بالأولوية وذلك أن ما يعتبر ضرورياً في مادة التجارة الدولية ليس عدد الحقوق المرتبطة بالنظم القانونية الوطنية والدولية والأعراف والعادات....

المطلب الرابع : الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم

بالرجوع إلى الفصل 7 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري نجد بأن شكل اتفاق التحكيم لا يختلف عن ما هو منصوص عليه في الفترة 2 من الفصل الثاني من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي تشترط أن يرد اتفاق التحكيم كتابة غير أن الممارسين الخبراء في العالم المال حظوا استحالة تحرير وثيقة ومكتوبة في بعض الحالات وهو ما حدا بهذه اللجنة إلى تعديل الفصل 7 بتاريخ 2006 حتى يواكب الواقع الذي تعرفه العقود الدولية .

وعلى ضوء هذا التعديل وضعت اللجنة الأممية طريقتين لمعالجة الشكل الذي يتعين أن يكون عليه اتفاق التحكيم الطريقة الأولى : إقرارها بالكتابة لتحرير اتفاق التحكيم مكرسة بذلك ما نصت عليه الفقر الثانية من الفصل الثاني من اتفاقية نيويورك .

الطريقة الثانية : تعريفها الاتفاقية التحكيم من دون إخضاعها لشكل معين و هي بذلك أي للجنة خبراء الدول بأن تأخذ الطريقة التي تراها مناسبة .

وتجدر الملاحظة أن اللجنة المذكورة أصدرت في الدورة 39 بتاريخ 2006 توصية متعلقة بتغيير الفقرة الثانية من الفصل 2 و الفقرة الأولى من الفصل الخامس من اتفاقية نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 و تحت هذه التوصية على اعتماد التعديل الذي طرأ على الفصل 7 من القانون النموذجي بتاريخ 2006 .

والمشرع المغربي لم يعلن عن موقفه بشأن الشكل الذي سيأخذه اتفاق التحكيم ذي البعد الدولي أهـي الكتابة أو ماذا؟ .

ومن خلال قراءة الفصل 47-327 و الذي ينص على أنه يثبت وجود الحكم التحطيمي بالإدلاء بأصله مرفقا باتفاق التحكيم أو نسخ من هاتين الوثيقتين تتوفر فيها شروط الصحة المطلوبة .

يتضح أن المشرع المغربي لم يخضع اتفاق التحكيم لشكل معين كالكتابة و التي من دونها يعتبر اتفاق التحكيم كأن لم يكن ، وهاما يؤدي بنا إلى القول بأنه يكفي أن نتصرف إرادة الأطراف لحل النزاع بواسطة التحكيم للقول بوجود اتفاق التحكيم و يقول :⁸ هل القانون الفرنسي للتحكيم الدولي يدين الشكلية بهذا الأخذ بتطبيق الصارم لمبدأ الرضائية بالنسبة لاتفاق التحكيم .

الفرع الأول : صحة شروط بواسطة الإحالة

في هذا الإطار اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قضية تعرف باسم pro export

بأنه في مادة التحكيم الدولي يكون شرط التحكيم المحال على الوثيقة التي تتضمنه صحيحا عندما يعلم التحكيم الدولي بذلك الشخص المعنى بهذا الاتفاق لحظة إبرام العقد ، حيث يعتبر سكوته قبولا من طرفه ، و لهذا السبب خالف القرار القاضي بإبعاد اختصاص هيئة التحكيم مقتضيات المادة 1492 من قانون المسطرة المدنية حيث يظهر من الواقع اتفاق التحكيم عن طريق الإحالة.

ولهذا فقبول الشخص المعنى باتفاق التحكيم للعقد الرئيسي الذي تتضمن الإحالة بجعله يلتزم بهذا الاتفاق شريطة أن يعلم بالوثيقة التي يشير إليها هذا العقد.

ويحسب الفصل الثالث من العمل الموحد لتنظيم ملائمة قانون الأعمال في إفريقيا " يجب أن يكون اتفاق التحكيم في الشغل الكتابة أو بأي وسيلة يمكن إثباتها على وثيقة تتضمنها " وفي تعليقه على هذا الفصل

يرى Yves Guyon⁹ ما معناه أن هذا الأخير يعالج مسألتين: المسألة الأولى ضرورة أن يكون صياغة اتفاق التحكيم كتابة المسألة الثانية: اعتماد مبدأ الرضا للقول بوجود اتفاق التحكيم و هو حل ليبرالي لا ينسجم و مضمون اتفاقية نيويورك لسنة 1959 و الاتفاقية الأوروبية لجنيف بتاريخ 21 أبريل 1961 واللذين يلزمان الكتابة و ينص الفصل 313 من ق م م " يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة ، إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بمحضر يحرر أما الهيئة التحكيمية المختارة .

يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في الوثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتليكس أو برفقيات أو أي وسيلة أخرى من الوسائل الاتصال أو التي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده أو حتى يتبادل مذكرات الطلب الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق التحكيم دون أن ينازعه الطرف الأخرى في ذلك .

وبعد حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شروطا تحكيميا إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد وهذا ينور التساؤل الآتي هل الكتابة المشار إليها في هذا الفصل تشمل حتى التحكيم للدولي؟

نرى بأن هذا الفصل يطبق فقط على التحكيم الداخلي كما أننا نرى بأن الكتابة مطلوبة فقط في شرط التحكيم و مستثناة من الإحالة المتضمنة في العقد الرئيسي بحيث يكفي أن يكون الأطراف على علم بهذه الإحالة

الباب الثاني: الأحكام العامة المتعلقة بالجنسية المغربية

إن دراسة الجنسية ، في ضوء التشريع المغربي، تقتضي في البداية تحديد مفهوم وبيان طبيعتها القانونية (الفصل الأول) ومن ثم إبراز أهم الأحكام التي تقتضي إسنادها واكتسابها وزوالها، هذا بالإضافة إلى تحديد مقتضيات القانونية التي تحكم المنازعات القضائية المتعلقة بها.

الفصل الأول: تحديد مفهوم الجنسية وبيان طبيعتها القانونية

إذا كانت الجنسية هي من أهم المؤسسات القانونية التي تستطيع الدولة من خلالها أن تميز بين الوطنيين والأجانب، فهل نستطيع تحديد مفهومها وخصائصها وموقعها من القوانين العامة والخاصة، وإلى أي مدى يمكن لهذا المفهوم أن يكشف لنا عن بيان طبيعتها القانونية.

المبحث الأول: تحديد مفهوم الجنسية وبيان خصائصها.

من أجل أن نحدد مفهوم الجنسية، يجب أن نكشف عن مدلوله اللغوي والواقعي والقانوني، وذلك حتى يتسنى لنا بيان أهم الخصائص التي تمتاز هذه المؤسسة القانونية .

المطلب الأول: التحديد اللغوي والواقعي والقانوني للجنسية.

لقد درج الفقه في تحديد مفهوم الجنسية، اللجوء في هذا التحديد إلى الاشتقاق اللغوي والواقعي، قبل اللجوء إلى التحديد القانوني لهذا المفهوم.

الفقرة الأولى: التحديد اللغوي والواقعي لمفهوم الجنسية.

إن مفهوم الجنسية من حيث اشتقاقه اللغوي أثار خلافا فقهيًا بيننا، ذلك لأن البعض يرى بأن تعبير "الجنسية" إذا أمكن اشتقاقه من مصطلح "الجنس الذي يفيد السلالة، أو النوع أو العرق، فهو تعبير غير سليم، وذلك من عدة نواحي.

فمن ناحية أولى، أنه تعبير قد ينصرف مدلوله إلى عدة معاني، غالبًا ما تكون غير محددة أو غير دقيقة، ومن ثم، فإنه يمكن أن يدل على الجنس البشري أو الحيواني، أو يدل على ما يفيد، جنس

الذكور وجنس الإناث، أو غيرها من الدلالات التي من الممكن أن لا يدل استعمالها على ما يمكن أن يؤديه هذا التعبير من المعاني القانونية، في إطار القانون الدولي الخاص.

ومن ناحية ثانية، أننا إذا سلمنا، بأن عبارة "الجنسية" مشتقة من مصطلح "الجنس" فإنه يصعب القبول بوجود دولة، يتكون شعبها من جنس أو عرق واحد، وذلك لعدة اعتبارات أبرزها، أنه ليس من السهل الجزم، بأن شعبا معينا، ينتمي في جميع عناصره إلى عرق أو جنس معين، وذلك لوقوع التداخل بين الشعوب المختلفة التي تعذر معها القول بوجود جماعة معينة، لازالت تحتفظ بدماء نقية، نظرا لما عرفته هذه الشعوب من اختلاط بين أفرادها بسبب الهجرة أو الحروب أو المبادلات التجارية.

ومن جهة أخرى إن التسليم باتخاذ " الجنس " كمعيار لمنح الجنسية، فيه إشارة إلى الاستعلاء والتسامي العنصري، ومن ثم فإن الأخذ بهذا المعيار قد يؤدي إلى الكراهية والحروب، وهذا ما قامت عليه فكرة الشعب الجرمانى التي أدت إلى قيام الحرب العالمية الثانية، بقيادة هتلر في ألمانيا.

أما البعض الآخر من الفقه، يرى بأن "الجنسية" إذا أمكن اشتقاقها من الكلمة الفرنسية Nationalité ، فهو بدوره اشتقاق غير سليم، ولتوضيح هذه الإشكالية، يجب أن نؤكد بأن "الجنسية" لا ترتبط بالأمّة كظاهرة اجتماعية وإنما ترتبط بالدولة كظاهرة سياسية، ولذلك فإن الذي يقوم بمنحها أو تنظيم أحكامها هي الدولة، وليس الأمّة. وهذا ما جعل من هؤلاء جميعا، أن يعتبروا بأن "الجنسية" بمعنى الأمّة يفيد فقط، الانتماء الواقعي للشخص، باعتباره يندمج فيها بناء على روابط روحية، وحضارية أو لغوية، ومن ثم فإنها في هذه الحالة لا تعبر على ما يفيد المعنى القانون لها، بقدر ما تعبر عن المعنى العنصري ليس إلا.

ومن جانب آخر، إن مصطلح Nationalité إذا كان ينطبق على ما يفيد معناه الحقيقي، في اللغة الفرنسية، فإنه لا يؤدي نفس المعنى، في اللغة العربية وعلى هذا الأساس، حاول الكثير من الفقه العربي، أن يبحث عن البديل، إلا أنه لم يصل إلى أي نتيجة سليمة، على اعتبار أنه لا يمكن أن نضفي الصفة القانونية على مجرد تعبير مادي أو لغوي فقط.

ونحن نرى بأن "الجنسية" بمعناها الواقعي، أو الاجتماعي، إذا كانت تقتضي الانتساب، إلى شعب أو أمّة ما، فإنه لا يجب أن نأخذ بها، في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك من ناحيتين:

من ناحية أولى: أن هناك من الأشياء المادية، ما قد يحمل جنسية معينة كالسفن والطائرات، ولكن لا يمكن القول معها، بأنها تنتمي إلى شعب أو أمة معينة على اعتبار أن جنسيتها، ليست صفة تندمج في ذاتها، وإنما هي وصف قانوني لها تكتسبه من أشخاصها، أو من المالكين لها.

ومن ناحية ثانية: أن التاريخ علمنا، بأن كثيرا من رعايا السلطان، كانوا ينتسبون، أو ينتمون إلى فرنسا أو بريطانيا، ولكنهم لم يكونوا يحملون جنسيتها، وهذا شأن المحميين الذين كانوا يقدمون الخدمات لهذه الدول، مقابل حمايتهم من عدم أداء الضرائب، أو الخدمة العسكرية للدولة التي هم من رعاياها، بل وأن هؤلاء المحميين، لم يكونوا يخضعون إلى القضاء الشرعي، في حالة ارتكابهم للجرائم الخطرة، وهذه الظاهرة لم يكن ينفرد بها المغرب وحده، وإنما كانت ظاهرة سائدة، في جميع المناطق العربية التي أصبحت فيما بعد، تحت الحماية الفرنسية والانتداب البريطاني.

الفقرة الثانية: التحديد القانوني لمفهوم الجنسية

اختلف الفقه في التحديد القانوني لمفهوم الجنسية اختلافا بينا وذلك بسبب اختلاف وجهات نظرهم، حول ما إذا أمكن اعتبار هذا المفهوم طبيعة مزدوجة قانونية وسياسية في آن واحد، أو ذات طبيعة قانونية محضة.

فالفقه الذي ينظر إلى مفهوم الجنسية بالمنظور الأول: يعتبر بأن الجنسية هي "رابطة قانونية، وسياسية تفيد اندماج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة". أو هي "رابطة قانونية وسياسية" تنشئها الدولة بقرار منها فتجعل الفرد تابعا لها.

يتضح من هذين التعريفين، بأن الفقه الذي أخذ فيهما بالازدواجية القانونية والسياسية لمفهوم الجنسية، لم يكن موفقا، فيما ذهب إليه، وذلك لعدة اعتبارات نذكر منها، بأن الإقامة أحيانا، هي في حد ذاتها تعتبر رابطة قانونية، وسياسية تربط الأجنبي بالدولة التي يقيم فيها، رغم أنه لا يشكل عنصرا، من الشعب المكون لها.

ومن جهة أخرى أن جميع الشعوب التي كانت مستعمرة، كانوا يرتبطون بالدول الاستعمارية بروابط قانونية وسياسية، رغم أنهم لم يكونوا من شعوب هذه الدول وهذا ما كان ينطبق أيضا على المحميين الذين كانوا يتشكلون من رعايا السلطان، ومع ذلك فهم لم تكن تربطهم بهذا السلطان، أي رابطة قانونية أو سياسية.

ويستفاد من هذه الانتقادات بأن فكرة "الرابطة" التي تضمنتها المفاهيم التي نحن بصددتها تقود إلى اعتبار الجنسية ذات طبيعة وذلك بالشكل الذي ترتبه مختلف العقود التي لا تنشأ، إلا باتفاق، أو توافق إرادة هؤلاء وهذا ما يرفضه الفقه الذي يعتبر، بأن الجنسية صفة تندمج في ذات منشؤها القانون. وليس الاتفاق وإلا فإنه يجب التسليم بأن الدولة نفسها قد نشأت نتيجة تلك الروابط وهذا ما تم رفضه، مع رفض معالم نظرية العقد الاجتماعي التي تزامن ظهورها مع انتشار المذهب الفردي الحر، في أوروبا خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر.

وتأسيسا على هذا الانتقاد، فإننا نرفض فكرة "الرابطة" التي غالبا ما تقوم على أساس التصرف الذي ينعدم بين الفرد، والدولة، بخصوص تحديد مفهوم الجنسية، وذلك لاندماج أحدهما في الآخر، إلا في بعض الحالات التي تقتضي التخلي عن هذه الجنسية، أو التجريد منها، وإلا فإنه يجب أن يحل الاستثناء محل الأصل في الأحكام، وهذا ما لا يمكن القبول به.

وهذا ما جعل الفقه الآخر، أن يعرف الجنسية من منظور قانوني فقط، فأكد بأنها هي: "الانتماء القانوني لشخص معين تجاه الشعب المكون لدولة معينة، أو أنها هي: "رابطة قانونية تجمع الفرد بدولة ذات سيادة هو قانون من رعاياها". أو هي "علاقة قانونية بين الفرد والدولة، يصير الفرد بمقتضاها عضوا في شعب الدولة".

يستفاد من هذه المفاهيم أيضا، بأنها تفتقد إلى الدقة، رغم قيمتها العلمية التي لا تنكر، ذلك لأن دلالة "الانتماء القانوني" قد تفيد فقط الانتماء الواقعي، أو الاجتماعي للشخص الذي ظل يشكل جزءا من الشعب المكون للدولة وهذا ما لا ينطبق على المفهوم القانوني للجنسية.

ومن جهة أخرى أن الجنسية، لا ينسحب مفهومها على الأشخاص الطبيعية فقط، وإنما ينسحب أيضا على الأشخاص الاعتبارية، وهذا ما لم يوضحه الفقه في هذه التعاريف، على اعتبار أنه استعمل مصطلح "الفرد" دون مصطلح "الشخص".

وأخيرا، يتبين من المفاهيم المذكورة، بأن الجنسية مشروطة بكون الفرد، يجب أن ينتمي إلى دولة ذات سيادة، في حين أن هذه السيادة قد تكون قائمة، ولكن بعض الظروف السياسية التي تمر بها الدولة، هي التي جعلت منها، أن تكون ناقصة السيادة، كما كان الأمر في الدولة المستعمرة، أو في الدول التي نالت استقلالها، ولكن الدول الاستعمارية، لم تكن تعترف بهذا الاستقلال، فهل هذا هو

السبب الذي جعل من المغرب أن ينصرف عن تصدير قانون ينظم "الجنسية المغربية" في فترة الاستعمار الأوربي.

قبل الإجابة عن هذا السؤال، سنحاول أن نعرف الجنسية من وجهة نظرنا، ومن ثم، نعتبر بأنها هي "حق الشخص، في اعتباره عنصرا من عناصر الشعب الذي تتكون منه الدولة، ذلك استنادا إلى الرابطة الدموية أو الترابية، أو بناء على نص قانوني تصدره السلطة الشرعية القائمة في هذه الدولة، فمن خلال هذا التعريف يتبين لنا مدى الآثار المترتبة على الجنسية باعتبارها حقا قانونيا، سواء بالنسبة للشخص أو الدولة.

فبالنسبة للآثار المترتبة على الجنسية باعتبارها حقا قانونيا للشخص فتتصرف، بصفة خاصة، إلى ما يفيد تمتع هذا الشخص، بإضفاء صفة الدولة عليه، وذلك من أجل تحديد مركزه القانوني داخل هذه الدولة من جهة، وتحديد هويته الدولية من جهة أخرى وهذا ما يخوله التمتع بالحماية الدبلوماسية على الصعيدين الداخلي والدولي، وذلك بغض النظر عن طبيعته، ما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا، ومن ثم التمتع بكل الحقوق الوطنية، كالحق في الإقامة ومباشرة الحقوق السياسية، والحق في ممارسة الوظائف، والمهنة الحرة، وحق ممارسة التجارة والامتلاك دون تدخل الدولة.

وهذا يعني بأن هناك تلازما بين الشخصية القانونية التي يتمتع بها كل فرد، وبين جنسيته، أو بعبارة أخرى، أن الجنسية هي مظهر من مظاهر الشخصية القانونية للفرد، سواء فيما يتعلق بكيانه الذاتي كشخص طبيعي، أو بكيانه القانوني كشخص معنوي.

أما بالنسبة للآثار المترتبة على الجنسية، باعتبارها حقا للدولة، فذلك ما يتمثل في أفراد هذه الأخيرة، وحدها بمنح الجنسية دون غيرها من المنظمات الدولية، أو الجمعيات، أو ما شابه ذلك من الكيانات القانونية الأخرى، التي لا تعتبر دولا، في نظر القانون الدولي.

ويترتب على هذه الآثار، مبدأين أساسيين، أصبحت الدول تأخذ بهما، بشكل إلزامي، يتمثل أحدهما، في حرية الدولة، في إسناد جنسيتها، لكل من يتمتع بتلك الشروط المنصوص عليها، في الفصلين السادس والسابع من ظهير 6 شتنبر 1958 المعدل بالقانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 23 مارس 2007 وثانيهما يتمثل، في مبدأ احترام أحقية الإنسان، في هذه الجنسية أو التجنيس.

الإنسان، وأقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 نوفمبر 1966 ودخل حيز التطبيق في 23 مارس 1976، حيث تقضي هذه الفقرة بأنه لكل طفل الحق في اكتساب جنسية ما".

أما بالنسبة للمعاهدات الدولية المبرمة بشأن توحيد قواعد القانون الدولي الخاص، فقد أكدت اتفاقية لاهاي المذكورة أنفا في ديباجاتها الأولى على: "أن من المصلحة العامة للجماعة الدولية العمل على تسليم كافة أعضائها بأن لكل فرد يجب أن تكون له جنسية، وألا تكون له إلا جنسية واحدة، وأن المثل الأعلى الذي يجب أن نتجه إليه الإنسانية في هذا الخصوص، هو القضاء على حالات انعدام الجنسية وتعددتها".

ويفهم من هذه النصوص، بأن الاستفادة من الحماية الدبلوماسية، أو غيرها من الحقوق التي تترتب على الجنسية الأصلية، أو المكتسبة، يجب أن يمتد نطاقها أيضا حتى إلى عديمي الجنسية أو إلى من لا أب لهم باعتبار أن الجنسية أصبحت حقا من حقوق الإنسان الأساسية، يستطيع أي واحد من هؤلاء أن يتمتع بها، وهذا ما أكدته المشرع المغربي، عندما لم يميز بين الأبناء الشرعيين، وغير الشرعيين، في التمتع بالجنسية المغربية الأصلية.

كما يفهم من هذه النصوص، بأنه لا يجوز، لأي دولة، أن تجرد رعاياها من جنسيتهم، ولو كان ذلك بناء على طلبهم، إلا ما ورد بشأنه نص خاص، كما في حالة ارتكاب الجرائم التي تمس بأمن الدولة الخارجية، المنصوص عليها في القانون الجنائي المغربي.

وهذا ما نص عليه الميثاق الدولي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 السابق ذكره. وهو أنه "لا يجوز أن يحرم أحد تعسفيا من جنسيته"، وطبقا لهذا المبدأ، لا يجوز أن يحرم أي شخص من الحق في تغيير جنسيته أيضا إلا إذا ترتب عن هذا التغيير، بقاءه بدون جنسية.

المطلب الثاني: خصائص الجنسية وتنظيمها القانوني:

إذا أمكن القول، بأن الجنسية لا تربط بالأمة كظاهرة اجتماعية، انطلاقا من اعتبارها ترتبط بالدولة كظاهرة سياسية، فما هي الخصائص التي يمكن أن تميزها في إطار هذا الارتباط، وبماذا يمتاز تنظيمها القانوني -

يمكن أن نستخلص من التعريف المشار إليه، في المطلب السابق، بأن الجنسية كمؤسسة قانونية، تمتاز بخاصيتين أساسيتين، يمكن حصر إحداهما في كون أنها صفة تندمج في ذات الفرد الذي يتمتع بها، ويمكن حصر ثانيتهما، في كون أنها أداة توزيع الأفراد بين الدول.

الخاصية الأولى: الجنسية صفة تندمج في ذات الفرد

ومعنى هذه الميزة أن الشخص الذي يحصل على جنسية الدولة التي ينتمي إليها، كجنسية أصلية، أو مكتسبة، يصبح متمتعاً بهذه الجنسية، باعتبارها صفة تندمج في ذاته، بصفة مطلقة، بحيث لا يمكن لأحدهما رفع هذه الصفة عن الآخر، إلا بنص في القانون، وهذا ما يفسر بأنها تنتقل من السلف إلى الخلف، وذلك رغماً عن الدولة والفرد معاً، لتلازمهما من حيث الوجود والعدم.

كما يفهم من هذه الميزة، بأن الجنسية هي صفة فردية تخص الشخص الذي يتمتع بها فقط وذلك انطلاقاً من شخصيته القانونية التي تخول له هذه الجنسية كفرد وليس كجماعة وهذا ما توضحه الفصول المتعلقة بالآثار المترتبة عن اكتساب الجنسية بحكم القانون أو التجنس، ذلك لأن هذه الفصول، توضح بأن الفرد في حالة تمتعه بهذه الجنسية لا يستفيد بها، إلا بصفته فرداً، لا بصفته جماعاً، لأنه هو وحده الذي يتمتع بالشخصية القانونية، ومن ثم فإن قواعد قانون الجنسية، تخاطبه بهذه الصفة سواء تعلق الأمر بسحب وثيقة هذه الجنسية أو استرجاعها، أو التخلي عنها، أو التجريد منها، إلا ما قرره القانون بنص خاص.

وترتباً على هذه النتيجة، أصرت المواثيق الدولية على وجوب أن يكون لكل فرد للحق في الجنسية، وذلك لمحاولة التضييق من نطاق ما يصطلح عليه، بعديمي الجنسية من جهة، ووجوب التسليم بقيام التزامات متبادلة بين الفرد والدولة بخصوص الشعور بالدفاع عن الوطن، وأداء الخدمة العسكرية، والضرائب بالنسبة للفرد، وتقديم الحماية الدبلوماسية لهذا الفرد وتمتعته بممارسة كل حقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية بالنسبة للدولة من جهة أخرى.

يمكن أن نستخلص من التعريف المشار إليه، في المطلب السابق، بأن الجنسية كمؤسسة قانونية، تمثل خاصيتين أساسيتين، يمكن حصر إحداهما، في كون أنها صفة تنتمح في ذات الفرد الذي يتمتع بها، ويمكن حصر ثانيهما، في كون أنها أداة توزيع الأفراد بين الدول.

الخاصية الأولى: الجنسية صفة تنتمح في ذات الفرد

ومعنى هذه الميزة أن الشخص الذي يحصل على جنسية الدولة التي ينتمي إليها، كجنسية أصلية، أو مكتسبة، يصبح متمتعاً بهذه الجنسية، باعتبارها صفة تنتمح في ذاته، بصفة مطلقة، بحيث لا يمكن لأحدهما رفع هذه الصفة عن الآخر، إلا بنص في القانون، وهذا ما يفسر بأنها تنتقل من السلف إلى الخلف، وذلك رغماً عن الدولة والفرد معاً، لتلازمهما من حيث الوجود والعدم.

كما يفهم من هذه الميزة، بأن الجنسية هي صفة فردية تخص الشخص الذي يتمتع بها فقط وذلك انطلاقاً من شخصيته القانونية التي تخول له هذه الجنسية كفرد وليس كجماعة وهذا ما توضحه الفصول المتعلقة بالآثار المترتبة عن اكتساب الجنسية بحكم القانون أو التجنيس، ذلك لأن هذه الفصول، توضح بأن الفرد في حالة تمتعه بهذه الجنسية لا يستفيد بها، إلا بصفته فرداً، لا بصفته جمعاً، لأنه هو وحده الذي يتمتع بالشخصية القانونية، ومن ثم فإن قواعد قانون الجنسية، تخاطبه بهذه الصفة سواء تعلق الأمر بسحب وثيقة هذه الجنسية أو استرجاعها، أو التخلي عنها، أو التجريد منها، إلا ما قرره القانون بنص خاص.

وترتبطاً على هذه النتيجة، أصرت المواثيق الدولية على وجوب أن يكون لكل فرد الحق في الجنسية، وذلك لمحاولة التضييق من نطاق ما يصطلح عليه، بعديمي الجنسية من جهة، ووجوب التسليم بقيام التزامات متبادلة بين الفرد والدولة بخصوص الشعور بالدفاع عن الوطن، وأداء الخدمة العسكرية، والضرائب بالنسبة للفرد، وتقديم الحماية الدبلوماسية لهذا الفرد وتمتعته بممارسة كل حقوقه المدنية والسياسية والاقتصادية بالنسبة للدولة من جهة أخرى.

إن هذه الميزة هي التي جعلتنا أن نؤكد في كل مرة، بأن الجنسية لا ترتبط بالأمّة كظاهرة اجتماعية، وإنما ترتبط بالدولة كظاهرة سياسية، وهذا يعني أمرين أساسيين:

الأول: ويفيد بأن الدولة، لا يمكن أن تقوم بتنظيم الجنسية، إلا إذا كانت تتمتع بالشخصية القانونية الدولية، وهذا ما جعل من الفقه أن يجمع على أن الدول التي تتكون منها الفدرالية، لا تستطيع أن تختص بهذا التنظيم، لانعدام تمتعها بهذه الشخصية، وذلك مهما كان حجم هذه الدول، أو رقعتها الجغرافية، أو عدد سكانها. وذلك على عكس الدول التي تتمتع بهذه الشخصية، فإن من حقها أن تنظم الجنسية، حتى ولو كانت أقل حجماً، أو أضيق رقعة، أو أقل السكان عدداً، كإمارة موناكو جنوب فرنسا ودولة الفاتكان، في قلب روما بإيطاليا، وليكسمبورج في البلاد المنخفضة.

ويبدو، أن الاعتراف، أو عدم الاعتراف بهذه الشخصية الدولية للدول، لا تؤثر على هذه الأخيرة في تنظيم جنسيتها، ما دام أنها تتوفر فيها أركان قيامها، وهي الإقليم، والشعب والسيادة أو النظام السياسي.

وينبغي على هذا التمييز، أنه لا يشترط في التنظيم الذي نحن بصدده، وجوب الاعتراف بالحكومة القائمة، في الدولة التي تختص بهذا التنظيم، لأن عدم الاعتراف بهذه الحكومة لا يؤثر في ثبوت الشخصية الدولية، للدولة التي تنتمي إليها هذه لحكومة غير المعترف بها بعد.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار، بأن الجنسية، تختص الدولة بتنظيم أحكامها، فإن هذا التنظيم لا تقوم به من أجل أن تضيف على نفسها، وصفا يميزها بين الدول، وإنما من أجل أن تعتبره أداة لتحديد الهوية الدولية للأفراد الذين يتكون منهم عنصر الشعب الذي يعتبر أحد الأركان الأساسية لقيامها فقط.

الأمر الثاني/ ويفيد بأن تنظيم الجنسية، إذا كان يرتبط بسيادة الدولة التي لها وحدها حق هذا التنظيم، فإن هذه السيادة، لا ينحصر نطاقها في الإقليم فقط، وإنما يمتد إلى خارج هذا الإقليم، وذلك من من خلال أفرادها الذين لا يخضعون، إلا إلى قانون الدولة التي يتمتعون بجنسيتها باعتبارها مظهراً من مظاهر سيادة هذه الدولة، أو من خلال بعض الأشياء المادية التي تتجسد فيها هذه السيادة كالسفن والطائرات.

وإذا كان الأمر بهذا الشكل فإنه يجب استبعاد هذه السفن والطائرات، من إضفاء صفة الجنسية عليها، باعتبارها صفة لا تندمج، في ذاتها بالشكل الذي تندمج فيه بالنسبة للفرد كما سبق بيانه، وذلك إما لانعدام الشعور، بالانتماء إلى الدولة لديها، أو لأنها لا يصدق عليها وصف الشخص الاعتباري.

والذي يؤكد هذا المعنى، هو أن الفرد، عندما تتعدم لديه الجنسية يظل يتمتع بحالته المدنية، في حين أن السفن والطائرات، إذا انعدمت جنسياتها تتعدم لديها هذه الحالة، وذلك بسبب ما تؤول إليه، وهو أنها تصبح غير صالحة للملاحة، أو أنها أصبحت من سفن أو طائرات القرصنة التي تخول لكل دولة السيطرة عليها.

ومن جانب آخر، أن الجنسية إذا كانت تشكل الأداة الوحيدة للتمييز بين المواطنين والأجانب، انطلاقاً من هويتهم الوطنية أو الدولية التي تحددها لهم هذه المؤسسة القانونية، فإن الذي يميز السفن والطائرات، هو علم الدولة التي قيدت في سجلاتها، وليس جنسياتها.

ولكن إذا كانت الجنسية، بمقتضى هذه الميزة التي نحن بصدددها، هي أداة للتمييز بين الوطنيين والأجانب، فالى أي حد يمكن الأخذ بهذا المقتضى، بالنسبة للأشخاص الاعتبارية كالشركات أو المؤسسات الاقتصادية والاجتماعية .

في الجواب على هذا السؤال، نجد هناك رأيين فقهيين، أحدهما ينكر، أن تكون للأشخاص الاعتبارية جنسية، وذلك انطلاقاً من كون هذه الأخيرة، هي شعور بالولاء أو الانتماء إلى الدولة، والذي "يستند إلى مسألة من لحم ودم، لا يخص إلا البشر، وليس سائر الكائنات القانونية التي تدخل في إطارها هذه الأشخاص الاعتبارية.

وفريق آخر يعترف بالجنسية للأشخاص الاعتبارية، وذلك تأسيساً على أن هذه المؤسسة القانونية عندما تقوم الدولة بتنظيمها، إنما تسعى من خلال هذا التنظيم إلى سبغ صفتها على كل شخص يستفيد من أحكامها، وذلك بغض النظر عن طبيعته ما إذا كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، بل وذهب البعض إلى القول بأن الأشخاص الاعتبارية ليست أعضاء في شعب الدولة ، حتى يدخلون في عدادها. وإنما هي تمثل قوتها الاقتصادية التي لا سبيل إلى تدعيمها، إلا بانتماء الأشخاص الاعتبارية للدولة وتدعيمها بجنسياتها.

وبالمقارنة بين هذين الرأيين، فنحن نرجح الأول على الثاني، وذلك من ناحيتين:

الأولى: وتتمثل في كون الجنسية هي حق من حقوق الإنسان التي لا تلازم إلا الأفراد الذين لهم الحق في اكتسابها أو التخلي عنها، أو تغييرها، وهذا ما لا يصدق على الأشخاص الاعتبارية التي ليس من حقها أن تكتسب هذه الجنسية بنفس الشروط التي يكتسبها به هؤلاء الأفراد.

والثانية: تتمثل في كون الأشخاص الاعتبارية تكتسب جنسيتها من جنسية المؤسسين لها، أو من جنسية الدولة التي يتواجد فيها مركزها القانوني، وذلك بغض النظر عن كونها مستقلة عن هؤلاء المؤسسين، أو أنها خاضعة في تصرفاتها إلى قانون هذا المركز أو غيره من القوانين.

الفقرة الثانية: تنظيم الجنسية

أن تنظيم الجنسية من طرف كل دولة، يقتضي مراعاة نقطتين أساسيتين، تتعلق إحداهما بتنظيمه (أولاً)، وتتعلق ثانيهما بالمشكلات التي يمكن أن يثيرها هذا التنظيم.

أولاً: تنظيم الجنسية:

إن تنظيم الجنسية، ظل يثير خلافاً فقهيًا، بخصوص موقع هذا التنظيم من فروع القانون المختلفة من جهة ومراعاة قواعده، وخصوصياته من جهة أخرى.

1/موقع تنظيم الجنسية من فروع القانون:

فبالنسبة لموقع تنظيم الجنسية، وقع بشأنه خلاف فقهي، ما إذا أمكن اعتبار هذا التنظيم يخضع في تنظيره إلى فروع القانون العام أو إلى فروع القانون الخاص.

فالفقه الذي يرى بوجود صلة بين الجنسية، وفروع القانون العام، يعتبر بأن هذه الصلة يعكسها القانون الدستوري، والقانون الإداري. فالقانون الدستوري هو القانون الأول، والأساسي الذي يضع القواعد العامة للجنسية، باعتبار أنه هو وحده الذي ينظم عنصر الشعب، ومن ثم فهو وحده الذي يقرر حق الدولة في تنظيم هذه المؤسسة القانونية وفق قوانينها الداخلية أو المعاهدات الدولية المنظمة لها.

ويعتمد هذا الرأي في بيان الصلة بين الجنسية والقانون الدستوري، في كون هذا القانون الأخير هو الذي يميز بين الوطنيين والأجانب من خلال بيان الحقوق المخولة لهؤلاء الوطنيين دون من هم

ليسوا كذلك، كحق الانتخابات والترشيح، وحق تولي الوظائف وحق الحصول على حماية الدولة، والتضامن في أداء التكاليف العامة، والقيام بالخدمة العسكرية والدفاع عن الوطن.

أما بالنسبة لصلة الجنسية بالقانون الإداري، فقد حصرها هذا الرأي الفقهي في اختصاص إحدى أجهزة السلطة التنفيذية في تلقي التصريحات أو الطلبات المتعلقة باكتساب الجنسية بحكم القانون أو بالتجنيس، والبت فيها بالقبول أو الرفض، هذا بالإضافة إلى الحق الذي أعطى لها الموافقة أو الرفض في طلبات التخلي عن الجنسية أو التجريد منها.

وهذا ما أخذ به المشرع المغربي في ظهير 6 شتبر 1958 والمعدل بالقانون رقم 07.62 في الفصل 25 من هذا الظهير، والذي أكدت عليه مجموعة من القوانين أو المراسيم اللاحقة على صدوره كالقانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية والمرسوم المتعلق باختصاصات وتنظيم وزارة العدل حيث يقضي هذا المرسوم في المادة الثالثة منه بأنه: يناف بمديرية الشؤون المدنية المهام التالية:

السهر على إعداد القرارات التي تدخل ضمن الاختصاصات القانونية لوزارة العدل في مجال الجنسية، والحالة المدنية والقاصرين وفاقد الأهلية.

ومما يعزز هذا التوجه الفقهي، أن منازعات الجنسية يختص بها القضاء الإداري سواء تعلق الأمر بالطعن في القرارات الصادرة عن وزير العدل، بخصوص الاختصاصات المخولة له بمقتضى الفصول 25، 26، 27، من ظهير 6 شتبر 1958، أو بالمنازعات المعروضة على هذا القضاء حول المسائل الأولية اللازمة للفصل في الدعاوى الأصلية، أو في الدعاوى التي بمقتضاها يطلب أصحاب المصالح إثبات الجنسية أو نفيها عنهم.

ولكن إذا أخذنا بعين الاعتبار هذا التوجه الفقهي الذي نحن بصدد، فإننا نرفضه من عدة نواحي، الناحية الأولى، أنه ليس من الممكن التسليم بأن الجنسية يقع تنظيمها في إطار فروع القانون العام، انطلاقاً من كون هذه الفروع أشارت إلى بعض قواعدها، أو الأحكام المرتبطة بها، لأن مثل هذه القوانين تمتاز، بأنها تضع القواعد العامة لكل القوانين، وذلك بغض النظر عن طبيعتها ما إذا كانت من فروع القانون العام، أو من فروع القانون الخاص، وليس لقانون الجنسية فقط.

الناحية الثانية: إن التمييز بين فروع القانون العام، والقانون الخاص هو تمييز شكلي، ليس إلا، ومن ثم فهو ليس له أي تأثير على طبيعة الموضوع الذي يمتاز به كل قانون، تقوم الدولة بتصديره،

في نطاق محدد، هذا بالإضافة إلى أنه يستحيل إنكار العلاقة القائمة بين مختلف القوانين، ذلك إما مراعاة لإخضاعها إلى نفس المسطرة، أو تكون موضوعها يتكرر بحسب موقعه، أو أهميته من هذه القوانين.

وعلى هذا الأساس، فإننا إذا أخذنا بعين الاعتبار، بأن الدستور هو القانون الأسمى، في كل دولة، فإنه من الطبيعي، أن يثير إلى الحقوق التي تضمنها الدولة لكل أفراد الشعب الذي يشكل أحد أركانها الأساسية في مختلف المجالات والتي من بين هذه الحقوق، الحق في الجنسية التي يقتضي تنظيمها، ووجوب تصدير قانون محدد يبين أحكامها العامة، هذا القانون هو قانون الجنسية.

ولكن رغم كل هذه الانتقادات، فقد أصر بعض الفقه الآخر على أن يعتبر بأن الجنسية هي فرع من فروع القانون الخاص، وذلك نظرا لما له من صلة بهذه الفروع وبصفة خاصة، ما يتعلق بالقانون الجنائي، ومدونة الأسرة.

فبالنسبة للقانون الجنائي يعتبر هذا الفقه بأنه يأخذ الجنسية بعين الاعتبار، في كثير من الحالات وبصفة خاصة، في الحالات التي تتعلق بتسليم المجرمين، ذلك لأن الدولة كيفما كانت ترفض، أن تسلم مواطنيها لدولة أخرى من أجل متابعتهم، في القضايا التي تعتبرها جرائم ارتكبتها هؤلاء في حقها.

ومن جانب آخر، أصبح من المسلم به، في إطار الاتفاقيات الدولية، عدم تسليم المجرمين إلى الدولة التي يحملون جنسيتها في الجرائم السياسية المرتكبة ضدها، إلا في إطار الاتفاقات المبرمة بين هذه الدول.

وفي نفس السياق يؤكد أنصار هذا الاتجاه بأن الجنسية تلعب دورا أساسيا في نطاق القانون الجنائي، وبصفة خاصة، في جرائم أمن الدولة المرتبطة بالخيانة أو التجسس، ذلك لأن هذه الجرائم في بعض الحالات تعتمد فيها المتابعة، على تحديد جنسية الشخص الذي ارتكبها ما إذا كان وطنيا أو أجنبيا، وذلك إما لتحديد العقوبة، أو إمكانية تجريده من هذه الجنسية، وهذا ما سار عليه المشرع المغربي في المجموعة الجنائية، وفي ظهير 6 شتنبر 1958.

أما بالنسبة لمدونة الأسرة، فيبدو بأن هناك تداخل واضح بين هذه المدونة وقانون الجنسية، وهذا التداخل تؤكد عليه المادة الثانية من هذه المدونة، والفصل الثالث من الظهير المذكور.

ومن تطبيقات هذا التداخل أن الجنسية الأصلية المؤسسة على الرابطة الدموية من جهة الأب، لا يمكن أن تقوم إلا بناء على صحة النسب، الذي تحدده أحكام قواعده، قانون الأسرة أو الأحوال الشخصية.

وفيما يخص الجنسية المكتسبة، فإن معظم القوانين، تشير بأن الزوجة، لا يمكن أن تكتسب جنسية زوجها، إلا إذا كان هذا الزواج صحيحا وفق ما تقضي به نفس القوانين المنظمة لأحكام الأسرة.

وفي اعتقادنا أنه بالرغم من هذه العلاقة بين قوانين الجنسية، وغيرها من فرع القانون الخاص، إلا أن هذه القوانين، لا تعني بأن تنظيمها يفسر بأنه فرع من هذه الفروع، وذلك لنفس الانتقادات التي سبق بيانها.

ومن جهة أخرى أن هذا الترابط، فيه إشارة إلى إحالة بعضها على البعض الآخر وذلك لتأكيد التمييز بين الوطنيين والأجانب، في حالة تطبيقها، فقط. أما طبيعة التنظيم فيبقى مستقلا بالنسبة لمختلف القوانين، وهذا ما يدعو إلى القول، بأن قانون الجنسية ليس هو لا فرع من فروع القانون الخاص، ولا من فروع القانون العام، وذلك لما سيجتهد من ذاتية وطبيعية خاصة تميزها بالخصائص التي سبق بيانها في بداية هذه الفقرة.

2/ مراعاة القواعد المتبعة في تنظيم الجنسية:

لقد حصر الفقه القواعد التي يجب مراعاتها عند تنظيم الجنسية، في ثلاثة أنواع رئيسية ترتبط إحداها بالواقعية وثانيها بالمصلحة الوطنية وثالثها بحقوق الإنسان.

القاعدة الأولى: مراعاة الواقعية

إذا سلمنا، بمبدأ حرية كل دولة، في تنظيم جنسيتها، فإن هذا المبدأ من الصعب أن يجد الأساس الذي يقوم عليه، دون أن يصطدم مع إرادات الدول الأخرى، التي قد تعارض أو توافق على النتائج التي ينتهي إليها هذا التنظيم، وهذا ما يؤكد، بأن هذا التوافق هو الذي يكون أساس أو مصدر تنظيم كل دولة لجنسيتها، دون أي تدخل من طرف البعض ضد البعض الآخر.

ومن هذا المنطلق، جاء تأصيل المادة الأولى من اتفاقية 12 أبريل 1930 التي نصت على أن لكل دولة أن تحدد بمقتضى تشريعها من هم مواطنوها، وهذا التشريع يجب أن ترتضيه الدولة الأخرى.

ويفهم من هذه المادة بأنه لا يمكن أن تتحدد قواعد تنظيم الجنسية بين الدول المتعاقدة، دون مراعاة حق الدول الأخرى، في هذا التنظيم الأمر الذي يجعل من هذه المؤسسة القانونية، أداة تنازع للقوانين من جهة، ومن جهة أخرى، إنه لا بد أن يكون هناك توافق بين الدول المختلفة، في عدم المساس بأي تنظيم للجنسية، بالنسبة لتنظيم آخر، من خلال فض بعض الشروط التي قد تمس بطريق غير مباشر بنظام الجنسية لدولة أخرى، كمنع التخلي عنها، في حالة وجود رغبة لدى الأفراد، في هذا التخلي، أو التجريد منها مراعاة، ما إذا كان هذا التجريد الذي وقع في حقه يبقى عديم الجنسية.

وهذا التوافق هو الذي دفع بالفقه الراجع، إلى المناداة بوجوب الأخذ بمبدأ الواقعية عند تنظيم الجنسية من طرف أي دولة، والواقعية هنا تفيد، بأن الدولة، لا بد أن تراعي، في هذا التنظيم، مدى اندماج الفرد المراد تجنيسه، بعناصر السكان، أم عدم اندماجه، وهذا ما عبر عليه بعض الفقه بضرورة تحقق التطابق بين جنسية القانون Nationalité de droit و جنية الواقع Nationalité de fait عند منح الجنسية. وهذا ما عبرت عليه محكمة العدل الدولية، في إحدى القرارات التي صدرتها بقولها. "إن الجنسية هي على ما جرى عليه عمل الدول، وقرارات التحكيم، والأحكام القضائية والأراء الفقهية، الرابطة للقانونية التي تقوم على الواقع الاجتماعي للانتماء وعلى تضامن واقعي في المعيشة، والمصالح والمشاعر، وبساندها تبادل في الحقوق والواجبات، إنها التعبير القانوني، عن الفرد الذي منحت له، سواء عن طريق القانون مباشرة أو عن طريق قرار السلطات، يكون في الواقع مرتبطا بشعب الدولة التي منحتة الجنسية أكثر من ارتباطه بشعب أية دولة أخرى".

وأضافت نفس المحكمة، بأن ممارسة الحماية الدبلوماسية التي تستتبعها الجنسية يصعب الاعتراف بها للدولة نحو مواطنيها "أما لم تكن الجنسية ترجمة بالمعنى القانوني لارتباط الفرد بالدولة التي نجعله من أحد مواطنيها".

ولعل مبدأ الواقعية، يجد أساسه في مواجهة الدولة التي يمكن أن تدخل في نزاع مع بعضها البعض، في حالة الاحتجاج المتعلق بالحماية الدبلوماسية، أو المعاملة الدولية، لمن يحمل أكثر من جنسية.

ويبدو، مبدأ الواقعية واضحاً، في تنظيم الجنسية، في كل ما يتعلق بموضوع هذه الجنسية، سواء تعلق الأمر بمنحها أو اكتسابها أو التخلي عنها أو التجريد منها، وذلك وفق شروط تجد أساسها في هذا المبدأ، وليس في شيء آخر.

وبعبارة أخرى، أن تنظيم الجنسية لا تعتمد فيه الدولة، على منظوماتها القانونية لتحديد موضوعه، كالحالة المدنية، أو قانون الأسرة، أو غيرها من القوانين، وإنما تعتمد فيه على اعتبارات خاصة، تتعلق بالولادة أو الإقامة، أو الاندماج في عنصر الشعب، وهي كلها اعتبارات تجد أساسها في الواقع وليس في القانون.

ولتوضيح هذا المفهوم، نجد بأن الدولة عندما تؤسس جنسيتها على الرابطة الدموية، فإنها تلجأ إلى واقع الصفة القائمة للشخص المولود، وذلك بناء على ما لهذه الصفة من اندماج في ذات الدولة، وليس بناء على وصف طارئ عليه بعد ولادته، كالاسم والجنس أو العرق أو الدين. وهذا ما ينطبق أيضاً، على الجنسية المؤسسة على الرابطة الثرابية، على اعتبار أن الأصل، في تأصيل، في هذه الجنسية يقوم على الواقع الذي يعبر على إضفاء صفة الجنسية الأصلية، على من وجد على التراب الوطني مجهول الأبوين، وذلك بالرغم من الجنسية الحقيقة لهذين الأبوين ما إذا كانا فعلاً من جنسية المولود منهما، أو من جنسية أخرى.

ونجد نفس المبدأ تأخذ به الدولة، في حالة جنسيتها بالاكتساب، وذلك لأنها غالباً ما تشترط مجموعة من الشروط التي تجد أساسها في الواقع أكثر من القانون، كشرط الولادة المضاعفة، أو الإقامة الاعتيادية والمنظمة بالنسبة لكل من المولود من أبوين أجنيين أو الزوجة الأجنبية التي تزيد اكتساب جنسية زوجها، أو الاندماج الكلي في الشعب الذي يريد المتجنس، أن يكتسب جنسية أفراد.

ونفس الأمر يمكن أن ينطبق على التخلي أو التجريد من الجنسية، فبالنسبة للتخلي تنطلق الدولة عند تنظيم أحكامه من منطلقات واقعية أكثر مما هي منطلقات إرادية أو قانونية، ذلك لأن الشخص

الذي يريد أن يتخلى عن جنسيته، يعتبر أو يفترض فيه بأن صلته انقطعت مع الدولة التي يحمل جنسيتها، وذلك بسبب الانتماء الفعلي للدولة التي يرغب في جنسيتها أو سبق أن تجنس بها.

أما بالنسبة للتجريد، فيقوم على أساس أن الشخص الذي يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في الفصل 22 من ظهير الجنسية، لا يريد أن يندمج في ذات الدولة التي أصبح يحمل جنسيتها بطريق الاكتساب أو التجنيس، ومن ثم، فإن الدولة، في هذا الوضع القانوني أعطت إمكانية اللجوء إلى هذا التجريد، وذلك لوضع حد لهذا الاكتساب.

ويمكن أن تخلص من هذه القاعدة إلى القول بأن الانتماء الواقعي لأي شخص إلى دولة معينة لا يعبر عن جنسية هذا الشخص بقدر ما هو يراعى عند تنظيم جنسية الدولة التي يتمتع بها فقط وهذا ما سبق أن بيناه في المطالب السابقة.

القاعدة الثانية: مراعاة المصلحة الوطنية

وينصرف مفهوم المصلحة الوطنية هنا، إلى كل ما يتعلق بالأمن، والاقتصاد والتكاثر الطبيعي للسكان، فبالنسبة للمصلحة المتعلقة بالأمن، لا يمكن للدولة أن تسمح عند تنظيم جنسيتها بالتمتع بهذه الجنسية لأشخاص ممن هم يشكلون خطراً على مصالحها العليا. كما لا يمكن أن تسمح بنفس التنظيم إذا كان لا يتلاءم مع الزيادة السكانية التي تخطط لها الدولة من جهة أو يساهم في الرفع من عدد العاطلين أو الفقراء في شعبها من جهة أخرى.

القاعدة الثالثة: مراعاة حقوق الإنسان

وهذه القاعدة تجد أساسها، في إحدى أهم خصائص الجنسية التي تقتضي، بأنها هي صفة تندمج في ذات الفرد، وإذا أخذنا بعين الاعتبار هذا الاندماج، فإن الجنسية أصبحت تعتبر بكونها من أهم حقوق الإنسان وعلى هذا الأساس فيجب مراعاة هذا الاعتبار عند تنظيم أحكامها، وهذا ما جعل المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن تقضي بأن لكل فرد الحق في التمتع بالجنسية ومن ثم، فإن لا يجوز حرمانه منها، أو الإنكار عليه حق تغييرها.

ومن هذا المنطلق يمنع على أي دولة عند تنظيم جنسيتها أن تحرم رعاياها من جنسائهم من جهة أو تمنعهم من تغييرها من جهة أخرى، فمن حيث منعها من رفع صفة الجنسية عليهم يندمجون

فيها اندماجا كلياً، وهذا ما يفسر، بأنه في حالة تجريدهم منها لابد من مراعاة ما إذا كان هذا التجريد يؤثر أو لا يؤثر، في الحيلولة دون أن يصبحوا عديمي الجنسية.

أما من حيث عدم منعهم من تغييرها، فذلك ما يترأى، في اعتراف الدولة باللجوء إلى هذا الحق، في بعض الحالات، وهذا النهج اتبعته معظم الدولة، في الوقت الحاضر، وذلك اقتداء بما نصت عليه المادة 15 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ويعتبر المشرع المغربي من بين الدول التي تعترف بهذا الحق في الفصل 19 من ظهير 6 شتنبر 1958.

ولكن إذا كان هذا الحق قائماً، فإن الفقه يعتبر بأنه لا يجب الأخذ به على وجه الإطلاق، ذلك لأن الشخص الذي يتمسك به بهذه الصورة، قد يؤدي به إلى فقدان جنسيته، فيصبح عديمها، وهذا ما جعل من بعض التشريعات، أن تشدد في التخلي عن جنسية أفراد شعبها، وذلك تأسيساً على ما نصت عليه المادة 12 من اتفاقية لاهاي لسنة 1930، حيث تقتضي هذه المادة "...بأن المثل الأعلى الذي يجب أن تتجه إليه الإنسانية، في هذا الشأن هو محو حالات انعدام الجنسية، وحالات ازدواجها جميعاً.

ثانياً: المشكلات التي يثيرها تنظيم الجنسية

إن أهم المشكلات التي يثيرها تنظيم الجنسية، في كل دولة، هي مشكلة التعدد، ومشكلة الحرمان منها أو وضع حد لهذا التعدد، من جهة، ومعاملة منتهى الجنسية من جهة أخرى.

1/ مشكلة تعدد الجنسيات

تكمن مشكلة تعدد الجنسية في كون هذا التعدد، ظل يتعارض مع الميزة التي تقتضي بأن الجنسية صفة فردية، تخص الفرد دون الجماعة من جهة، وكون هذا التعارض أصبح يتنافى مع مبدأ وحدة الجنسية الذي يفيد إنتماء كل شخص إلى وطن معين، وذلك للحيلولة، دون عرقلة تحديد المركز القانوني لهذا الفرد عندما يستدعى الأمر تطبيق القانون على مختلف تصرفاته في نطاق ما يعرف باختراع القوانين من جهة أخرى، ولكن ما هو أساس هذه المشكلة وهل يمكن القضاء عليه.

في توضيح الجواب على هذا السؤال يمكن القول، بأن أساس مشكلة تعدد الجنسيات يرتبط بمجموعة من الأسباب، منها ما يرتبط بالجنسية الأصلية، ومنها ما يرتبط بالجنسية المكتسبة بحكم القانون أو الزواج أو التجنس.

فيخصوص ما يرتبط بالجنسية الأصلية، فإن تعدد الجنسية يتم بطريق الميلاد، في ثلاث حالات، الأولى وهي الحالة التي يولد فيها الشخص من أب له جنسية مزدوجة في إقليم دولة أخرى تعدد بالجنسية الأصلية بالميلاد على إقليمها، حيث يصبح هذا الشخص المولود في هذه الحالة يتمتع بثلاث جنسيات أصلية الأوليين منهما أصبح يتمتع بهما تأسيسا على الرابطة الدموية، والثالثة تأسيسا على الرابطة الترابية.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي يولد فيها الشخص من أبوين مختلفين، فإذا كان هذان الأبوان يسمح قانونهما بفرض الجنسية على مولودهما، فإن هذا المولود يصبح متمتعاً بجنسيتين أصليتين، إحداهما تأسيساً على الرابطة الدموية من جهة الأب والثانية تأسيساً على نفس الرابطة من جهة الأم.

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي يولد فيها الشخص من أب يتمتع بجنسيتين أو أكثر، بحيث يصبح هذا الشخص يتمتع بنفس التعدد الذي انتقل عليها من أبيه، أو من أمه إذا كان قانونها يسمح بهذا الانتقال.

أما بخصوص ما يرتبط بالجنسية المكتسبة أو بالزواج، فإن الجنسية قد تتعدد بحسب الحالات، فإذا كان الأمر يتعلق بالجنسية المكتسبة، فإن المولود الذي ولد فوق إقليم دولة أخرى، قد يصبح متمتعاً بثلاث جنسيات أو أكثر، اثنين أو ثلاثة من جهة أبيه الذي اكتسب الجنسية في هذا الإقليم، ورابعة أو خامسة من جهة أمه إذا كانت هذه الأم تتمتع بجنسيتين أو جنسية واحدة، وكان قانون إحدى الجنسيين أو هما معا يسمح بانتقالها إلى أبنائها تأسيساً على الرابطة الدموية من جهتها، ويشارك في هذه الحالة كل من الجنسية المكتسبة بحكم القانون أو بالتجنس.

أما إذا كان الأمر يتعلق بالجنسية المكتسبة بالزواج، فيفترض الفقه، بأن الزوجة هي التي تتعدد جنسيتها، لا الزوج، في هذا الوضع القانوني، ذلك لأن بعض القوانين تسمح للزوجة الأجنبية بأن تتمتع بجنسية زوجها مباشرة بعد إبرام عقد الزواج بينهما بشكل صحيح، فإذا كانت لهذه الزوجة جنسية أو جنسيتين، وكان قانون إحداهما لا يسمح لها بالتخلي عن جنسيتها الأصلية، بعد حصول هذا الزواج الذي بمقتضاه نكتسب جنسية زوجها، فإنها تصبح، وهي تتمتع بأكثر من جنسية، وهذا ما جعل من بعض التشريعات أن لا تتبنى هذه القاعدة، إلا بشروط صارمة، كما فعل المشرع المغربي في الفصل العاشر من ظهير 6 شتمبر 1958.

ويرى بعض الفقه، بأن الجنسية قد تتعدد أيضا بسبب الضم الإقليمي l'annexion territoriale الذي يتحقق بضم دولة لإقليم دولة أخرى، حيث يصبح سكان هذا الإقليم المضموم لهم جنسيتين إحداهما للدولة الضامة، والأخرى للإقليم المضموم أو المتنازل عليه، وإن كنا. نحن نستبعد في الوقت الحاضر هذا الافتراض الذي كان سائدا ما قبل الحربين العالميتين.

وانطلاقا من مظاهر تعدد الجنسية، وخطورتها على السياسة السكانية للدول، فإن هناك دعوة فقهية تنادي بوجوب الحد من هذا التعدد، وهذا ما نهجه المشرع المغربي عند إقدامه على تعديل ظهير 6 شتمبر 1958، بمقتضى القانون رقم 62.06 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.80 بتاريخ 23 مارس 007، حيث حاول من خلال هذا التعديل أن يعطي الأولوية للجنسية المؤسسة على الرابطة الدموية دون الرابطة الترابية التي يبدو منها، بأنه منحها على سبيل الاستثناء فقط، كما يبدو ذلك واضحا من نص الفصل السابع. ومن جهة أخرى حاول أن يشدد في الشروط التي تقتضي اكتساب الجنسية المغربية بحكم القانون أو بطريق التجنيس..

وفي إطار هذا النهج، فإننا إذا رجعنا إلى المواثيق الدولية، نجد بأن هناك دعوة إلى الحد من تعدد الجنسية، وكان من بينها ما نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1930 في مادتها الخامسة عشرة والتي أكدت، بأن الكل شخص الحق في أن تكون له جنسية، وأن لا تكون له إلا جنسية واحدة.

وقد عزز هذا النهج البروتوكول المتعلق باكتساب الجنسية، والملحق باتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية المبرمة في 18 أبريل 1981، حيث نصت المادة الثانية من هذا البروتوكول بأن أعضاء البعثة (الدبلوماسية) الذين ليس لهم جنسية الدول المعتمدين لديها، وكذلك أعضاء عائلاتهم الذين يشكلون الأسرة لا يكتسبون جنسية تلك الدولة بقوة القانون. وفي هذه المادة إشارة واضحة إلى أن أعضاء البعثة الدبلوماسية، لا يمكن لهم أن يكتسبوا جنسية الدول المعتمدين لديها مهما طالّت مدة إقامتهم، في هذه الدول وهم يمارسون عملهم الدبلوماسي

وفي نفس السياق، أكدت المادة الحادية عشرة من البروتوكول المتعلق باكتساب الجنسية، والملحق باتفاقية للعلاقات القنصلية المبرمة في 24 أبريل 1963 بأن: "أعضاء البعثة القنصلية الذين ليست لهم جنسية دولة الإقامة وكذا أعضاء عائلاتهم الذين يعيشون تحت كفالتهم، لا يكتسبون جنسية تلك الدولة بقوة القانون.

وموازاة مع ما جاء في هذين البروتوكولين، حرصت المادة الأولى من الاتفاقية المتعلقة بحقوق المرأة، والتي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 29 يناير 1957، على أن إشهار الزواج أو انحلاله بين الوطنيين، والأجانب وكذلك تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج، لا يؤثر من تلقاء نفسه على جنسية المرأة.

وجاءت المادة التاسعة من اتفاقية القضاء على أشكال الميز العنصري ضد المرأة، والتي أصدرتها نفس الجمعية بتاريخ 18 دجنبر 1979 مؤكدة ما سبق بيانه حيث أعلنت، أن الزواج من أجنبي، أو تغيير الزوج لجنسيته، لا يغير بطريقة آلية جنسية المرأة، ولا يجبرها، على اكتساب جنسية زوجها.

وعلى هدى هذه الاتفاقات الدولية، قررت بعض التشريعات المقارنة، محاربة تعدد الجنسية، وذلك عن طريق التنصيص، على عدم السماح باكتساب جنسية جديدة إلا بعد التخلي عن الجنسية السابقة، أو منح الاختيار لمن تتعدد لديه عدة جنسيات للإبقاء على إحداها فقط، وقد فضل المشرع المغربي اللجوء إلى هذا الطريق الأخير دون الطريق الأول.

2/ انعكاسات تعدد الجنسية على الآثار المترتبة عليها:

يمكن حصر المشاكل المترتبة عن تعدد الجنسية في أمرين يتعلق أحدهما بالآثار المترتبة عن الالتزامات المتبادلة بين الدولة والحالة التي يتمتع فيها الشخص بأكثر من جنسية، بخصوص الحماية الدبلوماسية، والخدمة العسكرية من جهة والحقوق والواجبات التي تدخل في نطاق هذه الآثار من جهة أخرى، ويتعلق ثانيهما بالقوانين الواجب تطبيقها عند حدوث التنازع بين هذه الجنسيات.

الأمر الأول: إشكالية معاملة متعددي الجنسية بخصوص الآثار المترتبة على هذه الجنسيات

إن من أهم الآثار المترتبة على الجنسية الأصلية أو المكتسبة مسألة الخدمة العسكرية، والحماية الدبلوماسية، وما يستتبع هذه الآثار من التمتع بالحقوق الوطنية، والاقتصادية والسياسية، للشخص الذي أصبح يحمل جنسية دولة معينة أو أكثر.

فإذا أخذنا بعين الاعتبار، الخدمة العسكرية، فإن مسألة الالتزام بأدائها بالنسبة لمختلف الدول التي يحمل الشخص جنسيته، قد تثير صعوبة، في القيام بهذا الأداء، ولذلك، فنحن نعتقد، بأنه يجب

إعفاء هذا الشخص من أداء هذه الخدمة لدى الدول التي يحمل جنسيتها إذا ما أثبت بأنه قد أداها في إحدى هذه الدول على اعتبار أنه لا ينبغي تحميله أكثر مما يلزم. وفي هذا الصدد، يجب أن نراعي الأسبقية في إشعاره بهذه الخدمة من جهة، ومراعاة الأولوية في اكتساب جنسية من جهة أخرى.

أما في الوضع الذي تدخل فيه الدول التي يحمل هذا الشخص جنسيتها الحرب فيما بينها فيبدو واضحا أنه يجب تجنب تجنيده، في هذه الحرب، وذلك، حتى لا يعامل معاملة الأعداء، من إحدى الدول من جهة، أو يحاكم من منظور ارتكابه لجريمة الخيانة أو التجسس من جهة أخرى.

أما إذا خذنا بعين الاعتبار، الحماية الدبلوماسية، ففي اعتقادنا أن هذا الموضوع لا يجب أن يثير أي إشكالية، وذلك لكون أن كل الدول التي يحمل الشخص جنسيتها، يمكن أن تمارس هذه الحماية لمصلحته، ومن ثم، رفع دعوى المطالبة بالتعويض نيابة عنه ضد أي دولة أخرى ألحقت ضررا بحقوقه من غير الدول التي ينتمي إليها بجنسيته. وهذا يعني أنه في حالة قيام بعضها دون غيرها من الدول التي يحمل جنسيتها، فإن ذلك لا يدعو إلى إلزام هذه الدول بالقيام بهذه الحماية كأثر من آثار التمتع بجنسياتها المتعددة، وإلا فإن هذا الواجب ينبغي أن تقوم به الدولة التي يعيش في كنفها من الناحية الواقعية، أو التي ظل يتمتع بجنسيتها قبل غيرها من الدول التي اكتسب جنسيتها، فيما بعد، وذلك حتى لا يبقى بدون حماية.

وبعبارة أوضح، أنه يجب ربط الآثار المتعلقة بالخدمة العسكرية، والحماية الدبلوماسية بالآثار الأخرى التي يمكن حصرها، في التمتع بالحقوق السياسية والاقتصادية والاجتماعية للشخص الذي يتمتع بأكثر من جنسية، ذلك أن هذا الشخص، يجب أن يؤدي الخدمة العسكرية أو يحظى بالحماية الدبلوماسية، من الدول التي يمارس فيها نشاطه السياسي، أو المدني، دون غيرها من الدول التي لا يمارس فيها هذه الأنشطة رغم تمتعه بجنسيتها، وذلك حتى يمكن تجنب ما يعرف بالمعاملة الدولية لمتعددي الجنسية.

ويترتب على هذا التوضيح، أنه لا يمكن أن يطبق القاضي المعروض عليه النزاع بخصوص التصرفات التي يقوم بها، في إطار ما يعرف بتنازع القوانين، إلا قانون الدولة التي يمارس فيها الأنشطة المذكورة، سواء فيما يتعلق بأحواله الشخصية، أو تصرفاته القانونية الأخرى التي يخضعها قانون جنسيته إلى تبعته، في هذا التطبيق، لا إلى قانون دولة أخرى يحمل جنسيتها، وهو ينتمي إليها من الناحية الشكلية، أو الرمزية فقط. وإلا، فإن ذلك سيصبح متنافيا مع أهدافه الشخصية أو طموحاته

السياسية أو رغباته الاجتماعية أو تجلياته الاقتصادية. وهذا ما يطلق عليه الفقه والقضاء بالجنسية الواقعية.

الأمر الثاني: إشكالية تطبيق القانون المرتبط بعدة جنسيات

لقد ميز الفقه، بخصوص هذه الإشكالية بين الشخص الذي يرفع نزاعه أمام قضاء إحدى الدول التي يحمل جنسيتها، والشخص الذي يرفع بهذا النزاع أمام قضاء غير هذه الدول.

فما هو متعلق بالافتراض الأول، فإن الفقه ظل يرجح تطبيق قانون جنسية الدولة التي يرفع بنزاعه أمام محاكمها، ذلك لأنه في هذا الافتراض، يجب أن يعامل في حل هذا النزاع معاملة الوطني، لا معاملة الأجنبي، على اعتبار أن الدولة في هذه الحالة تعتبره دائما هو من إحدى مواطنيها، وذلك بغض النظر عما إذا كان هذا الشخص له جنسية أجنبية، أو لم تكن له. ومن ثم، فإن الدول الأخرى التي يحمل جنسيتها، لا يمكن أن تدفع بتطبيق قانون جنسيتها، دون قانون الدولة التي أصبح يتقاضى أمام محاكمها.

وهذا الحل في نظرنا أكثر واقعية، على اعتبار أن القانون الذي أصبح يطبق هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة التي أصبح يتمتع بجنسيتها، ومن ثم، فإنه لا يمكن أن يختار تطبيق قانون دولة أخرى هي بدورها تحمل جنسيتها، أمام محاكم ليست تابعة لسيادة هذه الدولة، إلا إذا أصبحت المحكمة، المرفوع أمامها النزاع، غير مختصة في موضوع هذا النزاع.

ومن جهة أخرى، أن هذا الشخص، عندما اكتسب جنسية مجموعة من الدول، فإنه كان مدفوعا في ذلك إلى تحقيق بعض المصالح الخاصة. ومن بين هذه المصالح رفع نزاعاته، أمام محاكمها، وذلك مراعاة منه، تحقيق هدف معين، وهذا الهدف هو تطبيق قانون الدولة التي يحمل جنسيتها، والتي اختار أن يرفع نزاعه أمام محاكمها، لا باعتباره أجنبيا بالنسبة لها لما يحمله من جنسيات متعددة، وإنما باعتباره من إحدى مواطنيها.

أما ما هو متعلق بالافتراض الثاني الذي يرفع الشخص بمقتضاه نزاعه أمام محكمة لا ينتمي إليها بإحدى جنسياته المتعددة، فإن الفقه ظل يرجح تطبيق قانون إحدى الدول التي يحمل جنسيتها، متى كان يرتبط بها، واقعا على الدوام، أو له صلة بها تأسيسا على مصالحه الخاصة أو العامة.

وفي اعتقادنا، أنه تجنباً لأي خلاف فقهي حول موضوع تنازعه مجموعة من السيادات الدولية، بشأن القانون الواجب التطبيق عند عرض نزاع لشخص أصبح يتمتع بعدة جنسيات، يجب تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها بقانون أحواله الشخصية. إلا إذا اختار قانون إحدى الدول الأخرى التي ينتمي إليها بجنسيته دون ديانته، فإن هذا لاختيار عندئذ هو الذي يحسم في المنازع القائم بين جنسياته المختلفة، ونحن نرى بهذا الرأي لاعتبارين اثنين :

الأول: ويتمثل، في كون الشخص الذي يحمل عدة جنسيات، أنه لا بد من مراعاة قانون الدولة التي ينتمي إليها بدينه كأساس لتكوين أسرته، وهذه الأسرة هي أساس استمرار وجوده، من ناحية الحفاظ على حالته المدنية واسمه العائلي، ومن ثم، فإن قانون هذه الدولة هو الذي يجب أن يطبق - حتى من الناحية التاريخية على تصرفاته في حالة حدوث منازع بين القوانين، إلا ما هو مرتبط ببعض الاستثناءات المتعلقة بقانون الدولة التي يوجد فيها العقار، محل التصرف، أو قانون دولة القاضي إذا كان قانون دوله جنسية الشخص يخالف النظام العام في هذه الدولة، أو قانون الموطن لعدمي الجنسية، كما نفضل ذلك.

الثاني: إن أي شخص، تختزل مصالحه في ثرواته، وهذه الثروات غالبا ما يجب النظر إلى مآلها، بعد وفاته، والتي لا يجب تقسيمها بين الورثة، إلا بناء على قانون أحواله الشخصية، الذي - في اعتقادنا - أنه يجب أن يرجح على غيره من قوانين الدول التي يحمل جنسيتها.

وإذا كان هذا الشخص يحمل عدة جنسيات، تشترك في نفس قانون أحواله الشخصية، فيجب مراعاة قانون أقدم جنسياته التي أصبح يتمتع بها، وذلك مراعاة للتدرج، في اكتساب هذه الجنسيات، لا مراعاة لأحدثها، كما نصت على ذلك بعض التشريعات.

المبحث الثاني. الطبيعة القانونية للجنسية

لقد وقع خلاف حول تحديد طبيعة الجنسية، ما إذا كانت هذه الطبيعة تنضوي تحت رابطة تعاقدية، بين الفرد والدولة أو هي رابطة قانونية

المطلب الأول : الجنسية رابطة عقدية

ارتبطت النظرية القائلة باعتبار الجنسية رابطة عقدية بفترة ازدهار الفكر اللبرالي الذي كان ينظر إلى الإرادة الفردية نظره قدسية، ومقتضى هذه النظرية هو أن الجنسية تنشأ بسبب وجود موافق بين إرادتي الدولة، والفرد، وذلك بهدف حصول هذا الأمر على حماية قانونية، أو دبلوماسية، سواء في الداخل أو الخارج، مقابل ما يتعهد به إزاء الدولة التي تعاقدها معها ببذل كل جهده في تمويلها، بالضرائب أو الموت في سبيلها في حالة الاعتداء عليها.

وكانت هذه النظرية تجد أساسها في نظرية العقد الاجتماعي التي كانت سائدة في القرن الثامن عشر، بحيث يمكن للدولة، وفق هذا التصور من القيام بإصدار قواعد قانونية ننظم ما تقتضيه إرادتها فيما يتعلق بطريق منح الجنسية، أو إسنادها أو طريقة موافقتها على الطلب الذي يتقدم به الشخص الراغب في اكتسابها عن طريق التجنيس، وفي نفس الوقت تقوم بتنظيم الجانب المتعلق بالأفراد الذين يعلنون عن إرادتهم في اكتساب هذه الجنسية، سواء في صورة صريحة أو ضمنية كما في الحالة التي يتوفر فيها هؤلاء على الأهلية الكاملة، أو في صورة مفترضة، كما هو الحال بالنسبة للأطفال عديمي التمييز. ولكن هذه النظرية أصبحت مهجورة في نظر البعض وذلك لسببين .

السبب الأول: ويتمثل في كون توافق إرادتي الدولة والفرد، لا وجود له من الناحية العملية في ما يخص الجنسية الأصلية على اعتبار أن الفرد في هذه الحالة تفرض عليه الدولة جنسيتها فرضاً، بمجرد قيام الرابطة الدموية أو الترابية.

السبب الثاني: إن الاستجابة إلى رغبة الفرد، في حاله طلبه للحصول على الجنسية، تتوقف في جمع الأحوال على السلطة التقديرية للجهة المختصة في الدولة بمنح هذه الجنسية أو رفضها، بل ويمكن لهذه السلطة أن تنزع الجنسية ممن سبق أن منحها له.

ونحن نرى بأن الدولة إذا كان من حقها أن تستقل وحدها، بتنظيم الأحكام العامة للجنسية، فإن هذا الحق ليس مطلقاً، ولذلك فإن الشروط التي تضعها لقبول أو عدم قبول اكتساب جنسيتها هو نوع من الإيجاب في التعبير عن الإرادة إزاء كل فرد تتوفر فيه هذه الشروط. وبالمقابل فإن لهؤلاء الأفراد الحرية الكاملة في طلب أو عدم طلب الجنسية من الدولة التي يريد هؤلاء اكتساب جنسيتها، لأن المبادئ العامة تقضي بعدم فرض الدولة جنسيتها على غير رعاياها.

وهذا يعني بأن النظرية القائلة باعتبار الجنسية رابطته عقدية لا تزال قائمة، وبصفه خاصة ما يتعلق بالأحكام المنظمة للتجنيس، دون الأحكام المنظمة أو المتعلقة بالجنسية الأصلية، أو الجنسية المكتسبة بحكم القانون، بدليل أنه يمكن لكل من الطرفين المتعاقدين، وهما الدولة والفرد، أن ينهي العقد القائم بينهما بزوال الجنسية، أو بسحبها من جانب واحد، ولهذا السبب فليس هناك ما يمنع من أن تكون الجنسية رابطة عقدية وقانونية في وقت واحد.

المطلب الثاني : الجنسية رابطة قانونية

يذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن الجنسية تدخل في نطاق انفراد الدولة بتنظيم إحدى مكوناتها الأساسية، وهو مكون الشعب على اعتبار أنها هي الوسيلة الوحيدة للتمييز بين السكان الوطنيين وبين الأجانب، ولكن هؤلاء اختلفوا في طبيعة تكييف هذا التنظيم ما إذا كان يلزم أن يخضع إلى القانون الخاص، أم إلى القانون العام، وذلك بالشكل الذي وقع فيه الخلاف حول تكييف القانون الدولي الخاص، كما سبق القول بذلك في الباب الأول من هذه الدراسة.

فالفريق الذي ينظر إلى الجنسية بمنظور اعتبارها رابطة قانونية، فهو يخضع أحكامها إلى قواعد القانون الخاص، وذلك استنادا إلى كون هذه الأحكام

تتعلق كلها بالحالة المدنية للفرد، أو أن الآثار المترتبة عنها تتصل بنطاق هذه القواعد على أساس أن تحديد جنسية الشخص هو الذي يسهل من التعرف على القانون الواجب تطبيقه في مجال الأحوال الشخصية.

أما الفريق الذي ينظر إلى الجنسية من منظور اعتبارها رابطة تنظيمية، وذلك استنادا إلى الطبيعة الازدواجية في هذه الرابطة من كونها رابطة قانونية، وسياسة في وقت واحد، فهو يخضع أحكامها إلى قواعد القانون العام، لا إلى القانون الخاص. على أساس أن التمييز بين هذين القانونين يقوم على وجود الدولة طرفا في الرابطة القانونية. ومن ثم فإن ما يترتب على هذا التمييز، هو الذي يجعل من هذه الدولة أن تملك الحق في تنظيم القواعد المنظمة للجنسية، وهي التي تشكل المصدر الوحيد لمنحها أو إسنادها، بل وحتى في الحالة التي تكون فيها خصما، أو مدعى عليه في قضايا هذه الجنسية تكون ممثلة بهيئة النيابة العامة.

وقد أيد القضاء المغربي هذا الموقف الفقهي، عندما اعتبر بأن الجنسية مظهر من مظاهر السادة الدولية، وأن تصريح القضاء بانتساب شخص ما إلى جنسية بلد آخر، يكون مساسا بسيادة ذلك البلد الذي يختص وحده بالاعتراف بجنسيته لذلك الشخص أو إنكارها عليه.

وفي نظرنا أن ما ذهب إليه كل من الاتجاهين السابقين يجب انتقاده، على اعتبار أن الجنسية هي من إحدى موضوعات القانون الدولي الخاص الذي سبق وأن رأينا، بأنه قانون يتميز بأن له ذاته خاصة ومستقلة عن القانون الداخلي الخاص، وعن القانون العام، ومن ثم فإنه لا يمكن القول بأن الجنسية هي من إحدى هذين القانونين لإضفاء الصبغة القانونية عليها.

ومن جهة أخرى، إن الدولة أصبحت في الوقت الحاضر، تهتم بتنظيم جميع أحكام قواعد القانون، سواء كانت خاصة، أو عامة. ولذلك فليس هناك ما يمنع من انفراد الدولة بتنظيم هذه الأحكام، في نطاق قواعد الجنسية، ولكن من غير أن نقول بأن هذه الجنسية هي رابطة قانونية، أو سياسية وذلك انطلاقا من اعتبارها مظهرا من مظاهر سيادة الدولة، أما مسألة التمييز بين الوطنيين والأجانب فهي مسألة غالبا ما ترتبط بالمصالح العليا لكل بلد في جميع المجالات، وذلك بهدف مواجهة الأخطار التي قد تتعرض لها في كيانها السياسي أو القانوني.

وبناء على هذه الانتقادات، فإننا نؤيد ما كنا قد ذهبنا إليه في المطنب الأول من هذا المبحث، من كون الجنسية ذات طبيعة مزدوجة، وذلك من حيث وجوب اعتبارها رابطة عقدية وقانونية في نفس الوقت.

فهي رابطة عقدية، لأن الفرد في بعض الحالات هو الذي يعرض على الدولة إيجابه باكتساب جنسيته أو التخلي عنها.

وهي رابطة قانونية، لأن الدولة وحدها هي التي تتكفل بتنظيم الأحكام المتعلقة بها، سواء في حالة إسنادها كجنسية أصلية، أو في حالة سحبها، أو منعها، أو فقدانها، أو استرجاعها كجنسية مكتسبة.

الفصل الثاني: المقتضيات القانونية التي تحكم قواعد إسناد الجنسية المغربية أو زواؤها

نقتضي دراسة هذا الفصل، أن نشير إلى أهم المصادر الأصلية لقانون الجنسية المغربي، مع بيان ما إذا أمكن تحديد نطاق تطبيقه من حيث الزمان، والمكان (الفرع الأول) وإلى أي حد يمكن أن

نسلم مع المشرع المغربي بمدى سلامة الكيفية التي تتم بها طريقة اكتساب الجنسية المغربية (الفرع الثاني) وما هي الظروف، أو الدواعي التي تساعد على زوالها أو إثباتها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مصادر قانون الجنسية المغربية ونطاق تطبيق مقتضياته.

إن الجنسية المغربية، التي تم تنظيم أحكامها، بمقتضى ظهير 6 شتنبر 1958 تميزت بأنها مرت بعدة مراحل، كانت لها انعكاسات خاصة على أهم مصادرها التاريخية والقانونية، فما هي خصوصيات هذه المصادر (المبحث الأول) وكيف نستطيع أن نفسر تطبيق المقتضيات القانونية المتعلقة بالظهير المذكور في الزمان والمكان (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مصادر قانون الجنسية المغربي

لقانون الجنسية المغربي نوعين من المصادر/ مصادر تاريخية (المطلب الأول)، وأخرى قانونية (المطلب الثاني) فما هي خصوصيات كل من هذين المصدرين؟.

المطلب الأول: المصادر التاريخية لقانون الجنسية المغربية.

إن موضوع الجنسية هو من المواضيع الحديثة التي دخلت إلى المغرب مع دخول الاستعمار الفرنسي، غير أن مسألة التمييز بين الأجانب، وبين رعايا السلطان كانت تمتد إلى ما قبل الحماية الفرنسية، حيث ثبت في المعاهدات التي كان يبرمها المغرب، مع الدول الأوروبية مدى أهمية هذا التمييز سواء بالنسبة للأوربيين، أو بالنسبة للمغاربة.

فبالنسبة للأوربيين، فهم كانوا يتوخون من هذا التمييز القضاء على فكرة المسلم والذمي، والمستأمن، وإحلال محلها التقسيم الإقليمي للعالم الإسلامي، وذلك تمهيدا للسيطرة على أقاليم هذا العالم، وبصفة خاصة في شمال إفريقيا، فظهر لذلك التمييز بين التونسيين، والجزائريين، والمغاربة.

ومن منظور هذا التفكير، أخذت بوادر تنظيم الجنسية تظهر إلى الوجود من خلال استعمال مصطلح رعايا السلطان في مختلف الوثائق، أو المعاهدات التي كان يبرمها المغرب مع الدول الأجنبية، وذلك للتأكيد على جنسية هؤلاء ما إذا كانوا مغاربة أو غير مغاربة، وقد زاد من أهمية هذا التمييز استفحال خطورة الامتيازات الأجنبية في المغرب، قبل الحماية الفرنسية، ذلك لأن هذه

الامتيازات كانت تمنح للمغاربة المحميين، والأجانب حقوقا قد تفوق الحقوق التي كان يتمتع بها رعايا السلطان كحق الحماية الدبلوماسية، وحق التقاضي أمام المحاكم القنصلية.

ولهذا السبب كان بعض المغاربة المسلمين واليهود، يسافرون إلى الدول الأوروبية لأجل أن يتجنسوا بجنسيتها، وذلك بهدف التمتع بالامتيازات الأجنبية بعد عودتهم إلى المغرب، فظهرت لذلك بوادر تنظيم الجنسية في هذا البلد ولأول مرة من خلال عرض هذه المسألة على مؤتمر مدريد 1880 ، والذي نص في مادته الخامسة عشر على أن "كل رعية مغربي يتجنس بجنسية أجنبية، في الخارج ، يتعين عليه بعد قضاء مدة مساوية للمدة اللازمة للحصول على الجنسية الأجنبية، أن يختار بين الخضوع لقوانين المملكة المغربية، وبين مغادرة التراب الوطني ما لم يثبت أن التجنيس المذكور، قد تم الحصول عليه بعد موافقة السلطان وتضيف هذه المادة بأن التجنيس المحصل عليه إلى غاية هذا التاريخ- أي تاريخ إبرام المؤتمر - من قبل رعايا المغاربة وطبقا للقواعد المعمول بها في كل دولة يعتبر التجنيس صحيحا، وتترتب عليه كل آثاره دون أي قيد.

يستفاد من هذه المادة بأن المغرب حاول أن يمارس ضغوطا على الدول الأجنبية من خلال إثارة انتباهها إلى تنظيم أحكام الجنسية للتحكم في التمييز بين الوطنيين والأجانب، وذلك إما لأهداف سياسية أو أمنية أو اقتصادية، أو اجتماعية.

كما يستفاد من هذه المادة، حرية الدولة المغربية في منح جنسيتها للرعايا المغاربة دون تدخل الدول الأجنبية، وذلك طبقا للمبدأ الذي كان سائدا آنذاك، وهو أنه لا يحق لأي شخص أن يتجنس بجنسية دولة أجنبية إلا بإذن حكومته، وهذا يعني أن المغرب كان حريصا على أن الجنسية المغربية، لا يمكن فقدها بمجرد التجنيس بجنسية أجنبية، إلا بموافقة الحكومة المغربية، وفي هذا التأكيد ما يفيد تشجيع المغاربة على العدول عن الجنسية الأجنبية بمجرد العودة إلى بلادهم وهذا المبدأ لا زال يحفظ به الظهير الحالي المنظم للجنسية المغربية إلى الآن.

ومع أهميه هذه المعاهدة في التتبع على أهم المبادئ التي تقضي اكتساب الجنسية المغربية، أو فقدها فإن هذه المبادئ ظلت حبرا على ورق، وذلك بسبب تمسك الدول الأجنبية بوجوب عدم السماح للرعايا التي منحت لهم جنسيتها بالتخلي عنها إلا إذا تم ذلك بمقتضى نص في القانون، وهذا ما جعل المغرب أن ينصرف عن تنظيم موضوع الجنسية خلال فترة الحماية الفرنسية الممتدة ما بين

1912-1956، فما هو السبب في هذا الفراغ التشريعي؟ وهل كان القضاء كافيا لحل جميع القضايا التي كانت متعلقة بالجنسية المغربية خلال هذه الفترة؟.

أولاً: أسباب الفراغ التشريعي المتعلقة بتنظيم الجنسية المغربية خلال فترة الحماية.

إن الأسباب التي ساهمت في الفراغ التشريعي الحاصل بخصوص عدم تنظيم الجنسية المغربية في فترة الحماية، منها ما يرجع إلى ظروف الاستعمار ومنها ما يرجع إلى الوضع الاجتماعي الذي كان سائدا في المقرب خلال هذه الفترة.

1- فبالنسبة للأسباب التي ترجع إلى ظروف الاستعمار، فكانت ترتبط أساسا بتقسيم المغرب إلى عدة مناطق استعمارية مستقلة تشريعيا عن بعضها البعض، بحيث أن الدول الأوروبية التي كانت تسيطر على هذه المناطق تسعى دائما إلى الحفاظ على نفس الإمتيازات التي كانت للأوروبيين قبل فترة الحماية والتي أكد عليها مؤتمر الجزيرة الخضراء سنة 1906 بصفة صريحة.

ومن جهة أخرى، أن الدول الأوروبية حاولت أن تفرض سيادتها على الدول المحمية ليس من الناحية السياسية، أو العسكرية فقط، وإنما أيضا حتى من الناحية التشريعية، حتى تستطيع أن تشجع الأجانب، على الإستقرار في المغرب لتسهيل استغلاله اقتصاديا وبشريا. وهذا ما نلمسه في المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 29 أبريل 1920، والذي يقضي بأنه يمكن للأجنبي من غير رعايا السلطان أن يتجنس بالجنسية الفرنسية، إذا كان بالغاً سن الرشد، متى أقام في المغرب، أو فرنسا، أو الجزائر، أو تونس ثلاث سنوات، على أن تكون إقامته الأخيرة في المغرب، ولكن إذا قدم خدمات جليلة لفرنسا يكفي منه إقامة مدة سنة واحدة.

وفي 8 نوفمبر 1921 أصدرت فرنسا مرسوما آخر، خاصا بتنظيم أحكام الجنسية الفرنسية الأصلية في المغرب، حيث ورد في هذا المرسوم بأنه يعتبر فرنسيا، كل من ولد في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب من أبوين أحدهما تابع كأجنبي للمحاكم الفرنسية في المغرب، ومولود فيه، ويثبت نسب المولود وفقا للقانون الفرنسي أو لقانون أبويه قبل بلوغه سن الرشد.

وقد تزامن صدور هذا المرسوم مع صدور ظهير مغربي في نفس التاريخ، ينص في فصله الفريد بأنه يعتبر مغربيا- مع استثناء الفرنسيين الوطنيين، والمواطنين، والتابعين لفرنسا من غير المغاربة كل من. ولد في المغرب من أبوين أجنبيين، ولد أحدهما في المغرب.

ويلاحظ من خلال هذه القوانين المتعارضة ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: إنه من الناحية المبدئية لا يحق لفرنسا أن تعتبر كل مولود أجنبي في المغرب فرنسيا بقوة القانون، رغم أن هذا الأخير كان له كيان دولي، ويتمتع بالسيادة إلا ما كان مقيدا بمعاهدة الحماية، وهذا يعني أن فرنسا كانت تخالف المبادئ العامة التي كانت سائدة في القانون الدولي آنذاك، فيما يخص عدم تقديم التشريع الوطني على التشريع الأجنبي المتعارض معه، وذلك بالرغم من أن دستور فرنسا كان يقضى آنذاك بأن القوانين الفرنسية يقف تطبيقها عند حدود الأراضي الفرنسية، ومع ذلك فإنه يستفاد من المرسوم الفرنسي المذكور أي مرسوم 0192 بأنه لم يعط أي اعتبار لقواعد القانون الدولي العام، أو الخاص، ولا لالتزامات فرنسا في معاهدة الحماية، وإنما كان يهدف إلى تحقيق أغراض استعمارية فقط.

الملاحظة الثانية: إن مضمون الظهير المغربي أصبح مصاندا من قبل ما نص عليه المرسوم الفرنسي الذي تزامن صدوره مع هذا الظهير، حول نفس الموضوع. وتبين هذه المصادرة من خلال استعمال القانونين الفرنسي والمغربي لمصطلح واحد وهو مصطلح الأجنبي، أو الأجانب" ذلك أننا إذا اعتبرنا بأن هذا المصطلح ينصرف مفهومه في المرسوم الفرنسي إلى غير الفرنسيين المولودين في المغرب، أو المقيمين فوق ترابه، فهذا يعني أن الأمر كان يتعلق أيضا برعايا السلطان، وليس بالأوربيين أو الأمريكيين فقط.

ومن جهة أخرى، أن الظهير المغربي، عندما استعمل نفس المصطلح فإنه حسب بعض الفقه المغربي، كان يخدم مصالح فرنسا، على اعتبار أنه لم يبق من الأجانب في المغرب الذين نص عليهم المرسوم الفرنسي سوى الأمريكيين الذين كانوا لا يخضعون إلى القضاء الفرنسي بسبب عدم تنازلهم عن الامتيازات التي حافظت على خضوع هؤلاء إلى القضاء القنصلي الأمريكي، أو الفرنسيين أنفسهم.

والذي يبدو لنا من جميع هذه النصوص، أنها لم توضح بدقة مفهوم "رعايا السلطان" وذلك نظرا لما كان يطرحه هذا المفهوم من مشاكل بخصوص ما كان يتعلق بمصير جنسية المرأة المغربية المتزوجة بفرنسي، أو بفرنسية متزوجة بمغربي، وهذا ما جعل فرنسا أن تستغل هذا النقص، فتمنح جنسيتها للأولى، ولو بغير إذن الحكومة المغربية، دون العكس بالنسبة للثانية.

2 / أما بالنسبة للأسباب التي ترجع إلى الوضع الاجتماعي الذي كان سائدا في المغرب خلال فترة الحماية، فقد ربطها الفرنسيون بكون المغاربة كانوا يتكونون من فئتين اجتماعيتين، وهما المسلمون واليهود، بحيث كان هؤلاء يخضعون إلى أحوالهم الشخصية التي كانت تقوم على أساس ديني خاص، ولذلك فإن تنظيم الجنسية في تشريع حديث بالنسبة لهؤلاء من شأنه أن يفتح باب اكتساب الجنسية المغربية، أمام أسفاه لا ينتهيون إلى إحدى الطائفتين لعدم وجود قانون خاص للأحوال الشخصية صالح يطبق عليهم، وهذا ما جعل رأي المحاكم الفرنسية أن يستقر بخصوص هذا الموضوع على أن الجنسية المغربية لا يمكن أن تستند على أساس الرابطة الإقليمية وحدها، كما لا يمكن أن تكتسب بالتجنيس.

غير إن هذا التبرير لم يجد قبولا لدى الفقه المغربي على اعتبار أن التنظيم التشريعي لموضوع الجنسية في المغرب، خلال فترة الاستعمار كان سيعزز من قيمته القانونية في مواجهة المراسيم التي كانت الدول الأجنبية تريد أن تنال من سيادة الدولة المغربية، وذلك من خلال جعل إسناد الجنسية الفرنسية إلى الأجانب انطلاقا من الرابطة الدموية، أو الترابية المغربية، وهذا مالا يستطيعه أي منطق قانوني.

ثانيا: دور القضاء في حل المشاكل العالقة بموضوع الجنسية خطر فترة الحماية.

بالمقارنة بين الأسباب السابقة تبين لنا بأن الفراغ التشريعي الذي شهده موضوع الجنسية في عهد الاستعمار، جر إلى عدة مشاكل تم عرضها على القضاء العصري في المغرب، وبصفة خاصة ما يتعلق بتنازع الجنسيين المغربية والفرنسية، ولكن بالرغم من العيوب التي صاحبت اجتهاد هذه المحاكم بسبب ترجيحها للقانون الفرنسي على القانون المغربي، فإن هذا الاجتهاد خدم الجنسية المغربية من خلال القواعد الآتية:

1/ قاعدة إسناد الجنسية المغربية بناء على النسب، أو بناء على الرابطة الدموية، حيث ظل القضاء العصري في المغرب يؤكد بأن كل شخص مزداد سواء في المغرب، أو في أية دولة أجنبية من أب مغربي يجب أن يعتبر مغربيا.

ب/ قاعدة إسناد الجنسية المغربية الأصلية بناء على الرابطة الإقليمية، وقد أكد هذه القاعدة أيضا القضاء العصري عندما كان يقضي بأنه يجب أن يعتبر مغربيا كل مسلم أو يهودي مزداد في المغرب من أبوين لم تثبت لهما جنسية أجنبية، ولا محل ازدياد في بلاد أجنبية.

ج. قاعدة عدم فقدان الجنسية المغربية الا بمغادرة المغرب، مع قصد عدم الرجوع إليه، أو استنادا على إذن من الحكومة المغربية.

ومع كل هذا، ورغم القيمة العملية التي لا تنكر لهذه الأحكام القضائية، فإنها قد أبطأت بمقتضى الظهير الصادر بتاريخ 5 شتنبر 1959 المتعلق بتنظيم الأحكام العامة للجنسية المغربية.

المطلب الثاني: المصادر التشريعية لقواعد قانون الجنسية المغربي

إن قانون الجنسية المغربي مقتبس على العموم من الناحية الشكلية من قانون الجنسية الفرنسي الصادر بتاريخ 19 أكتوبر 1945، ولكن من الناحية الموضوعية تأثر كثيرا ببعض القوانين العربية، مثل قانون تونس، ومصر، ولبنان.

وبالرجوع إلى هذا القانون نجد بأنه ينص في الفترة الأولى من الفصل الأول على أن مقتضيات القانونية المتعلقة بالجنسية، يتم تحديدها بناء على نوعين من المصادر، أحدهما يتعلق بالقانون الداخلي، وثانيهما يتعلق بالمعاهدات الدولية، فماذا يقصد بهذين المصدرين؟ وما هو الحكم في حالة تعارضهما؟.

إذا أخذنا الشق الأول من السؤال، نجد المشرع المغربي يقصد بالقانون الداخلي كل قاعدة قانونية، لها علاقة بتنظيم قواعد الجنسية، سواء وردت هذه القاعدة في القانون المدني، أو في القانون الجنائي، أو في الأحوال الشخصية، وفي نفس ظهير الجنسية المغربية، على اعتبار أن هذه القوانين تثير في بعض الحالات إلى الأحكام المنظمة للجنسية، فيما يخص إحدى المجالات التي تختص بتنظيمها، وذلك بهدف توحيد قواعد التشريع بين مختلف الفروع القانونية.

أما المعاهدات الدولية، فيقصد بها المشرع المغربي تلك الاتفاقات التي أبرمها مع الدول الأجنبية بخصوص توحيد أحكام الجنسية، وذلك تجنباً لأي نزاع حول هذا الموضوع وقد أشرنا

إلى كثير من هذه الاتفاقات بمناسبة دراسته مصدر القانون الدولي الخاص في الباب الأول من هذه الدراسة.

ومن أهم ما يمكن استخلاصه من الفصل الأول من ظهير الجنسية بأن هذا الفصل يتضمن قاعدة أساسية بخصوص الجواب على السؤال الثاني المتعلق بالحل الواجب إتباعه في حالة تعارض المصدرين، حيث يؤكد الفصل المذكور، وجوب ترجيح أحكام المعاهدات على القانون الداخلي وذلك بغض النظر عما إذا كانت هذه المعاهدات لاحقة أو سابقة عليه، ولكن متى توفرت الشروط الآتية:

✓ الشرط الأول: صدور المعاهدات في شكل ظهير يتضمن تقييد المحاكم بتنفيذ بنودها.

✓ الشرط الثاني: أن ينشر الظهير بطريقة قانونية في الجريدة الرسمية للمملكة.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق قانون الجنسية المغربي

يقصد بنطاق تطبيق قانون الجنسية المغربي مدى سريان أحكام هذا القانون على الأشخاص الذين يتمتعون بالجنسية المغربية، كجنسية أصلية، أو إمكانية سريانها على الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروط اكتساب هذه الجنسية، وذلك ابتداء من تاريخ محدد (المطلب الأول)، أو في مكان محدد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق تطبيق قانون الجنسية المغربي في الزمان

إن سريان أحكام قانون الجنسية المغربي، من حيث الزمان، نص عليها الفصل الثاني من ظهير 6 شتنبر 1958، حيث أورد هذا النص نوعين من الحالات التي يمكن أن تسري عليها هذه الأحكام وهي:

الحالة الأولى: الحالة المتعلقة بشان الجنسية المغربية كجنسية أصلية

تنص على هذه الحالة الفقرة الأولى من الفصل المذكور، حيث تقضي بأنه: تطبق المقتضيات الجديدة بشأن إسناد الجنسية المغربية كجنسية أصلية على الأشخاص المولودين (يلاحظ بأن المشرع المغربي أغفل عن استبدال عبارة المزدادين بعبارة المولودين التي أخذ بها عند تعديل صياغة الفصلين السادس والسابع من ظهير 6 شتنبر 1958) قبل تاريخ العمل بها،

فيما إذا كانوا في التاريخ المذكور لم يبلغوا بعد سن الرشد، حيث يستفاد من هذه الفقرة بأن المشرع المغربي اشترط شرطين لإمكانية سريان أحكام ظهير الجنسية المغربية على الأشخاص المولودين قبل تاريخ العمل بهذا الظهير .

الشرط الأول: الازدياد في المغرب: وينصرف مفهوم هذا الشرط إلى الأشخاص المولودين في المغرب من أم مغربية، وأب لا جنسية له، أو من أبوين مجهولين مغاربة أصلاً، وقد لجأ المشرع المغربي إلى هذا الشرط، لأن المغرب خلال فترة الاستعمار عرف نوعاً من الاختلاط في السكان نتيجة زواجهم من مناطق كثيرة، من الدول العربية، أو من دول المغرب العربي، أو من البلدان الأوروبية، وكان يصعب التمييز بين هؤلاء، وبين الرعايا المغربية الأصليين، ولذلك فقد اعتبر المشرع المغربي أبناء هؤلاء المولودين في المغرب مغاربة بالولادة متى كان أباهم مجهولي الجنسية، أو أبناء غير شرعيين، أو لقطاء، وذلك بهدف التقليل من حدة المشاكل التي سيطرحها موضوع الجنسية بعد الاستقلال.

وبلاحظ من قانون الجنسية المغربي في هذه الحالة أن تطبيقه تم بأثر رجعي لا بأثر فوري، وذلك حماية لهؤلاء الأشخاص الذين تم ذكرهم قبل قليل، وهذا يعني أنه من باب تحصيل الحاصل بأن الأشخاص المولودين خلال فاتح أكتوبر، الذي هو تاريخ تطبيق أحكام ظهير 6 شتنبر 1958 أو بعده يكتسبون الجنسية المغربية بقوة القانون.

الشرط الثاني: وجوب سريان أحكام قانون الجنسية المغربية على الأشخاص المذكورين، متى كانوا غير بالغين لسن الرشد القانوني: ومعنى هذا الشرط أن الأشخاص المولودين من أباء مجهولي الجنسية، أو من أباء مغاربة مجهولين، أن لا يكونوا قد بلغوا إلى حدود فاتح أكتوبر من سنة 1958، ما يعرف بسن الرشد القانوني، أما إذا كان هؤلاء قد بلغوا سن الرشد القانوني، فإن الجنسية المغربية لا تسند إليهم كجنسية أصلية، وإنما يمكن أن يطلبوا اكتسابها متى توفرت فيهم شروط محددة ينص عليها نفس الظهير المذكور في فصله الحادي عشر.

وتجب الإشارة هنا، إلى أن المشرع المغربي، اعتبر المفعول الرجعي لسريان أحكام الجنسية تنحصر فقط، في إسناد هذه الجنسية كجنسية أصلية إلى الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط السابقة، أما بالنسبة لصحة الأفعال المبرمة، أو الحقوق المكتسبة من طرف الغير بناء

على هذه الأفعال فتبقى خاضعة لأحكام القوانين السابقة، والتي كانت مقبولة داخليا في تنظيم مادة الجنسية، تلك القواعد التي كانت تعطي مثلا لهؤلاء الأولاد صفة أشخاص بدون جنسية، ومن ثم فهم يخضعون في أمور الأحوال الشخصية، أو الأهلية إلى مقتضيات الفصل الخامس من الظهير المتعلق بالوضع المدنية للفرنسيين والأجانب ذلك الفصل الذي يخضع الأشخاص المذكورين إلى القانون المدني الفرنسي.

الحالة الثانية: الحالة المتعلقة بشأن الجنسية المكتسبة

تنص على هذه الحالة، الفقرة الثانية من الفصل الثاني من ظهير الجنسية المذكور، وتقضى هذه الفقرة بأنه يجري على طرق اكتساب الجنسية المغربية، أو فقدتها القانون المعمول به في تاريخ حدوث الوقائع، أو التصرفات الناجم عنها الاكتساب أو فقدان.

ويفهم من هذه الفقرة بأنه خلافا لسريان أحكام الجنسية الأصلية على الأشخاص المذكورين في الحالة الأولى بأثر رجعي، فإن الأشخاص الذين يرغبون في اكتساب الجنسية المغربية، أو فقدتها تسري عليهم أحكام الظهير المذكور بأثر فوري لا بأثر رجعي، ومن ثم فإنهم يخضعون إلى هذه الأحكام وفق ما يلي

1/ إذا كان الأمر يتعلق بالجنسية المكتسبة فإن شروط اكتسابها تخضع إلى القانون الجاري به العمل، وقت تحقق الوقائع، أو التصرفات التي يترتب عليها هذا الاكتساب الذي ينظم أحكامه الباب الثالث من نفس الظهير، لا قانون آخر.

2/ أما إذا كان الأمر يتعلق بفقد الجنسية المغربية، فإن هذا الفقد يخضع إلى أحكام المادة 19 من الظهير المذكور.

وفي كلا الوضعين، فإن المشرع المغربي اشترط لصحة سريان الأحكام المذكورة أنفاً، والمتعلقة باكتساب الجنسية المغربية أو فقدتها، أن تتم بمقتضى مرسوم، فلا بد من إتباع هذه الشكليات،

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الجنسية المغربي من حيث المكان

إن قانون الجنسية المغربي، يخضع في تطبيقه من حيث المكان إلى أحكام الفصل الخامس من هذا القانون، أو إلى أحكام الفقرة الأخيرة من الفصل 45 من نفس القانون.

فبالنسبة للفصل الخامس، يقتضي بأنه يفهم من عبارة "في المغرب" في منطوق هذا القانون مجموع التراب المغربي، والمياه الإقليمية المغربية، والسفن والطائرات ذات الجنسية المغربية".

فهذا الفصل يقتضي شيئين أساسيين يتمثل أحدهما في وجوب إقرار الجنسية المغربية الأصلية للراعي المغربي الذين تربطهم بالدولة المغربية الرابطة الدموية، أو الترابية، ومن ثم، فإنه يمكن لأي شخص أن يثبت جنسيته على هذه الروابط، باعتبارها روابط واقعية واجتماعية وقانونية في نفس الوقت، وذلك طبقا للمبدأ القائل بأنه كل من ولد في المغرب من أب مغربي يعد مغربيا، أو كل مزداد في المغرب من أم مغربية، وأب لا جنسية له، أو من أباء مجهولين "للقطاع" فوق التراب المغربي يعتبر مغربيا، وفي هذا إشارة إلى أن هؤلاء نقر لهم الدولة المغربية بالجنسية الأصلية، سواء تمت ولادتهم داخل الحدود المغربية، أو خارج هذه الحدود، إذا ما تمت هذه الولادة فوق سفينة أو طائرة مغربية.

أما الشيء الثاني: فيتمثل في ما يشترطه المشرع المغربي، في حالة اكتساب الجنسية المغربية بحكم القانون، أو بالتجنيس أن يكون من يهمة الأمر مزدادا في المغرب، أو مقيما فوق ترابه لمدة لا تقل عن خمس سنوات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

أما بالنسبة للفقرة الأخيرة من الفصل 45 من نفس القانون فإن المشرع المغربي، يسمح في هذه الفقرة لكل شخص أصله من المنطقة المجاورة للحدود المغربية وجعل محل سكناه (موطنه) أو إقامته فوق التراب المغربي، أن يصرح، باختياره الجنسية المغربية. غير أن اكتساب هذه الجنسية مرهون بتوفر شرطين:

يتمثل أحدهما في وجوب عدم تحقق أية معارضة من طرف وزير العدل، وذلك طبقا لأحكام الفصلين 26 و 27 من قانون الجنسية المغربي، بينما الشرط الثاني فيتمثل في وجوب حدوث التصريح بهذا الإكتساب داخل أجل لا يتعدى سنة من تاريخ نشر المرسوم المتعلق بتحديد المراد بالمناطق المجاورة للحدود