



جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

مدى فعالية اعتماد ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج دراسة مقارنة

إعداد

أسيل إحسان يعقوب خضر

إشراف

د. أمجد حسان

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص،
من كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين.

مدى فعالية اعتماد ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج
دراسة مقارنة

إعداد

أسيل إحسان يعقوب خضر

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2025/01/20م، وأجيزت:


التوقيع

التوقيع

التوقيع

د. أمجد حسان
المشرف الرئيسي
د. وليد عبيات
الممتحن الخارجي
د. شادي جبارين
الممتحن الداخلي

الإهداء

إلى الذي زين إسمي بأجمل الألقاب، إلى من دعمني بلا حدود وأعطاني بلا مقابل، إلى من علمني أن الدنيا كفاح وسلاحها العلم والمعرفة، إلى من غرس في روحي مكارم الأخلاق، إلى النور الذي أنار دربي والسراج الذي لا ينطفئ نوره بقلبي أبداً، إلى من بذل الغالي والنفيس واستمدت منه قوتي واعتزازي وفخري بذاتي (والدي العزيز حفظه الله)

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها وسهلت لي الشدائد بدعائها، إلى من أفضلها على نفسي، إلى من وضعتني على طريق الحياة، إلى التي زودتني بالحب والحنان، إلى من بها أعلو وبها ارتكز، إلى الألسنة العظيمة إلى القلب المحب المعطاء (والدتي الحبيبة حفظها الله)

إلى خير أيامي وصفوتها، إلى من مدت لي أيديهم في ضعفي وأمنو بقدرتي، إلى من شددت عضدي بهم فكانوا لي ينباع أرتوي منها، إلى ضعلي الثابت وأمان أيامي (أخي وأخواتي الغاليين)

إلى من يشاركني رحلة الحياة، إلى رفيق دربي وأيامي، إلى من راهن على نجاحي واقفا خلفي مثل ظلي، إلى من كان ولا زال معطاءً كريماً داعماً وسنداً لا يميل (زوجي الغالي)

إلى الراحل والباقي في قلوبنا وبأيماننا وليالينا، إلى الغائب الحاضر في عقولنا، إلى الروح الطيبة الحنونة (خالتي رحمك الله)

لكل من كان عوناً وسنداً في هذا الطريق، للأصدقاء والأوفياء ورفقاء السنين وأصحاب الشدائد والأزمات، إلى من أفضاني بمشاعره ونصائحه المخلصة إليكم عائلتي.

إليكم أهدي عملي البسيط إلى من حبهم يعلو فوق كل حب وإلى من أناروا لي طريق العلم وساندوني ووفروا لي سبل الحب والسعادة والنجاح.

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي ما تم جهد إلا بعونه، وما ختم سعي إلا بفضله وتوفيقه الحمد لله حبا وشكراً وأمتاناً على

البدء و الختام

(وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ أشكر الله عز وجل، الذي هداني لهذا العمل، فالحمد لله والشكر

على فضله ونعمه.

والشكر الجزيل وعظيم الامتنان والتقدير لأستاذي المشرف الدكتور أمجد حسان على ما قدمه لي من

عون وما بذله من جهد في الإرشاد والنصح والتوجيه والتصحيح، جزاه الله عني وعن طلبة خير

الجزاء، وأدامه شعلة ضياء ونبع عطاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لأساتذتي الكرام في كليتنا الغالية ولكل من مد لي يد العون والدعم

والتشجيع في رسالتي هذه


الإقرار

أنا الموقعة أدناه مقدمة الرسالة التي تحمل عنوان:

مدى فعالية اعتماد ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج دراسة مقارنة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه
حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة أو لقب علمي
أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالبة: أسيل أمال لعصبه نصر

التوقيع: 

التاريخ: 2020/1/10

فهرس المحتويات

ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	فهرس المحتويات
ط	الملخص
1	المقدمة
3	أهمية الدراسة
3	أهداف الدراسة
3	نطاق الدراسة
3	مشكلة الدراسة
4	أسئلة الدراسة
4	مصطلحات الدراسة
5	منهج الدراسة
5	الدراسات السابقة
7	الفصل الأول: الجنسية، ودورها الوظيفي في حل منازعات تكوين الزواج
9	المبحث الأول: ماهية الجنسية
10	المطلب الأول: تحديد مكانة الجنسية في النظام القانوني
10	الفرع الأول: دور الجنسية والآثار المترتبة على الصعيد المحلي والدولي
11	الفرع الثاني: الجنسية ومفاهيم أخرى
14	الفرع الثالث: حقيقة الجنسية ما بين القانون الدولي العام والخاص
15	المطلب الثاني: مفهوم الجنسية
15	الفرع الأول: تعريف الجنسية

19	الفرع الثاني: أساس الجنسية وأركانها.....
22	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للجنسية.....
23	الفرع الأول: الجنسية رابطة تعاقدية.....
24	الفرع الثاني: الجنسية رابطة تنظيمية.....
25	المبحث الثاني: الدور الوظيفي لضابط الجنسية بحل منازعات تكوين الزواج.....
26	المطلب الأول: الخطبة.....
26	الفرع الأول: السند القانوني للخطبة.....
28	الفرع الثاني: شروط الخطبة وآثارها.....
30	المطلب الثاني: الشروط الموضوعية للزواج.....
31	الفرع الأول: اتجاه التشريعات في إسناد الشروط الموضوعية.....
34	الفرع الثاني: إشكالية التعامل مع اختلاف جنسية الزوجين.....
38	الفرع الثالث: الإستثناء المقرر لمصلحة القانون الوطني.....
41	المطلب الثالث: الشروط الشكلية للزواج.....
41	الفرع الأول: مفهوم الشروط الشكلية.....
42	الفرع الثاني: الضوابط التي تحكم الشروط الشكلية.....
47	الفصل الثاني: الدور الوظيفي للجنسية في آثار وانتهاء الزواج، والنسب والتركات.....
48	المبحث الأول: دور الجنسية في آثار الزواج وإنتهائه.....
48	المطلب الأول: الجنسية ودورها في آثار الزواج.....
49	الفرع الأول: مضمون ضابط الجنسية بآثار الزواج.....
55	الفرع الثاني: مدى إرتباط بعض المسائل بفكرة آثار الزواج.....
58	المطلب الثاني: الجنسية كضابط إسناد بخصوص إنتهاء الزواج.....
59	الفرع الأول: الجنسية ودورها في انتهاء الزواج.....
64	الفرع الثاني: آثار انتهاء الزواج.....

68	المبحث الثاني: الجنسية ودورها في النسب والآثار المترتبة عليه.....
68	المطلب الأول: الجنسية ودورها في النسب.....
69	الفرع الأول: البنوة.....
74	الفرع الثاني: التبني.....
75	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على النسب.....
75	الفرع الأول: الولاية والحضانة.....
77	الفرع الثاني: النفقة بين الأقارب.....
80	المبحث الثالث: الجنسية ضابط إسناد بالتركات والوصية.....
81	المطلب الأول: دور الجنسية في الميراث.....
82	الفرع الأول: المسائل الداخلة في نطاق قانون جنسية المتوفي.....
85	الفرع الثاني: التركة الشاغرة.....
87	المطلب الثاني: دور الجنسية في الوصية، والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.....
88	الفرع الأول: الشروط الموضوعية.....
90	الفرع الثاني: شكل الوصية وشروطها.....
92	الخاتمة.....
92	أولاً: النتائج.....
94	ثانياً: التوصيات.....
95	المراجع العلمية.....
b	Abstract

مدى فعالية اعتماد ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج دراسة مقارنة

إعداد

أسيل إحسان يعقوب خضر

إشراف

د. أمجد حسان

الملخص

تناولت الدراسة مدى فعالية ضابط الجنسية في حال منازعات الزواج، حيث شكل موضوع الدراسة أهمية بحثية قانونية، حيث يعتبر الزواج مجالاً واسعاً لتنازع القوانين بسبب تفرع العلاقات واتصالها بأكثر من نظام قانوني، وذلك بسبب الانفتاح والتعاون الدولي والاقتصادي بين الدول، والهجرة وانتقال الأشخاص من دولة إلى أخرى واستقرارهم فيها، مما يؤدي إلى خلق منازعات حول الضابط الواجب التطبيق على منازعات الزواج.

ويثير الزواج عدداً من المشاكل المتعلقة بتنازع القوانين، لأنه قد يحصل على أرض الدولة التي ينتمي إليها أحد الزوجين، أو يقع على إقليم دولة لا تمت للمتزاوجين بأي رابط سياسي، أو تنتج آثاره على أرض دولة أخرى وقد تتحل الرابطة الزوجية وتنتهي على أرض إقليم دولة أخرى، والذي يزيد المسألة تعقيداً هو تباين وتعدد القوانين الشخصية في الدولة الواحدة وذلك بسبب تعدد الطوائف الدينية فيها.

وسيتبين من الدراسة أن ضابط الجنسية يتميز بالثبات والدوام والاستقرار، ويقلل من حالات الغش نحو القانون، وأن تحديد جنسية الشخص بالنسبة للقاضي سهل لأنه يعتمد على العنصر المادي، وأن قانون الجنسية أي ضابط الجنسية يعبر عن سيادة الدولة، إذ سيادة الدولة ليست إقليمية إنما هي شخصية، تتصرف إلى الأشخاص الذين ينتمون بجنسيتهم إلى هذه الدولة، ومن مصلحة الدول المصدرة لسكانها

تطبيق قانون الجنسية حتى تتمكن من تطبيق قانونها الوطني على أفراد دولتها المقيمين في الخارج. وبناء على ذلك سنلاحظ أن معظم الدول اعتمدت على ضابط الجنسية لفعاليتها في حل تلك المنازعات.

وعليه ولفهم ضابط الجنسية ومدى فعاليتها في حل منازعات الزواج، كان لا بد من معرفة مفهوم وأهمية وأساس الجنسية وأركانها وطبيعتها القانونية. ومن ثم بيان دور ضابط الجنسية فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية من خلال تحليل نصوص قانون المشروع المدني الفلسطيني من أجل الوقوف على حقيقة الموضوع ومقارنة هذه النصوص بالقانون المدني الأردني والمصري والتونسي، وتحليلها من خلال معرفة أوجه الشبه والاختلاف بين هذه القوانين.

الكلمات المفتاحية: الجنسية، نزاعات الزواج، تعارض القوانين، الحالة الشخصية، التحليل القانوني المقارن، القانون المدني الفلسطيني.

المقدمة

الجنسية ذات أهمية كبيرة على الصعيد المجتمعي الداخلي والدولي، حيث ارتبطت فكرتها بفكرة الدولة كتنظيم قانوني وسياسي، وذلك بسبب انقسام العالم لوحدات إقليمية متمثلة كل وحدة بسيادتها وكيانها المستقل، ولما كانت الجنسية أداة لتوزيع الأفراد وتحديد الدولة لسيادتها الشخصية، وبفضل الجنسية يتحدد عنصر من عناصرها وهو الشعب ويعتبر من أهم أركان الجنسية للتمييز بين الوطني والأجنبي، ومن يحق له بالتمتع بالحقوق المدنية والسياسية، لذا فإن للجنسية دورا وظيفيا مزدوجا في المجتمع الداخلي والدولي.

وتعتبر الجنسية أيضا بمثابة مسألة أولية لتحديد القانون الواجب التطبيق في بعض العلاقات ذات البعد الدولي المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، حيث أنه حصل تحول في الدور الوظيفي للجنسية، إذ لم يعد دورها مقتصرًا على التفريق بين الوطني والأجنبي، بل أمتد لحل المشاكل المتعلقة بتحديد الضوابط التي تحدد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.

الزواج سنة من سنن الله تعالى، وهو الطريقة التي اختارها الله لتكاثر البشر وتتاسلهم، فعقد الزواج من العقود المقدسة، وهو ذو أهمية كبيرة في مادة الأحوال الشخصية، حيث يثير الجدل والنزاع بين عديد من الدول العربية وذلك بسبب اختلاف فكرة الزواج بشروطه وشكل انعقاده واثاره وانحلاله من دولة لأخرى.

فالزواج ميثاق ترابط رضائي شرعي يتم بمجرد توافق الايجاب مع القبول بين الرجل والمرأة، وتوافر كافة الشروط الموضوعية والشكلية، وعقد الزواج يهدف إلى تكوين أسرة قائمة على المحبة والرحمة والمودة، ويفيد حل الاستمتاع والانجاب بين الرجل والمرأة ويجعل منهما أساس أسرة مثالية، ويترتب على كلا الزوجين حقوق وواجبات متبادلة يجب الالتزام بها وتنفيذها، فإذا انعقد الزواج بكافة شروطه الموضوعية والشكلية كانت له عدة خصائص ورتب عديدة من الآثار الشخصية والمالية.

يعتبر الزواج مجالاً متسعاً لتنازع القوانين بسبب تفرع العلاقات واتصالها بأكثر من نظام قانوني، وذلك بسبب الانفتاح والتعاون الدولي والاقتصادي بين الدول، والهجرة وانتقال الأشخاص من دولة إلى أخرى واستقرارهم فيها، إذ يعتبر ذلك سبباً قوياً في نشوء روابط قانونية بين الأفراد فيصير نشاط الفرد لا يقتصر على الدولة التي ينتمي إليها جنسيته بل يمتد إلى دول أخرى، فالزواج لا يكون فقط ضمن أفراد الدولة الواحدة إنما يتشعب ويتفرع بين أفراد الدول المختلفة، ويدعى الزواج في تلك الحالة بالزواج المختلط، وعليه فإن الزواج المختلط هو حقيقة لا يمكن نكرانها أو تجاهلها، ولم يعد مفاجئاً زواج فلسطيني من أردنية أو زواج فلسطينية من تونسي أو العكس. فالزواج المختلط هو الزواج الذي يكون بين شخصين أحدهما وطني والآخر أجنبي.

وبناء على ذلك يثير الزواج عدداً من المشاكل المتعلقة بتنازع القوانين بسبب اختلاف الضابط المعتمد في حل منازعات الزواج إذ ستواجه القاضي صعوبة في تكييف المنازعات، لأنه قد يحصل الزواج على الدولة التي ينتمي إليها أحد الزوجين، أو يقع على إقليم دولة لا تمت للزوجين بأي رابطة سياسي، أو ينتج الزواج اثره على أراضي دولة أخرى وقد تتحل الرابطة الزوجية وتنتهي على أراضي إقليم دولة أخرى، والذي يزيد المسألة تعقيداً هو اختلاف القوانين وقواعد الإسناد والضوابط المعتمدة في حل منازعات الزواج، فهناك من الدول من تعتمد على ضابط الجنسية أي قانون كل من الزوجين أي جنسيتهما، وأخرى تعتمد على مقر الزوجة أو مكان انعقاد الزواج.

لذا يغدو موضوع ضابط الجنسية في الزواج ذا أهمية في مواضيع القانون الدولي الخاص وتدارسه امر مهم للغاية، حيث سعت الدول لتنظيمه ووضع أسس لحل مشكلاته ومنازعاته والآثار الناتجة عنه.

أهمية الدراسة

تتدرج أهمية هذه الدراسة في إطارها النظري والعملي، فالأهمية النظرية تهدف في بيان ضابط الإسناد (الجنسية) في حل المنازعات المتعلقة بالخطبة والزواج من ناحية انعقاده بشروطه الموضوعية والشكلية واثار الزواج وانحلاله، أما الأهمية العملية فتهدف ببيان مدى ملائمة وفعالية هذا الضابط في حل تلك المنازعات، والاشكاليات الناتجة من تطبيق ضابط الجنسية.

أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة لمعرفة مدى ملائمة قاعدة الإسناد (ضابط الجنسية) المتعلقة بالزواج وبكافة شروطه الموضوعية والشكلية وأثار انتهائه، وكذلك تحقيقاً للأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع هذا البحث، فإن هذا الموضوع محل الدراسة مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنزاعات القانونية المعاشة على أرض الواقع. كما إن هذه الدراسة تفتقر للدراسات السابقة المتعلقة باعتماد ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج.

نطاق الدراسة

ينحصر نطاق هذه الدراسة في بيان مدى فعالية ضابط الجنسية بحل منازعات الزواج، وذلك ضمن حدود مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، والقانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، مقارنة مع مجلة القانون الدولي الخاص التونسي رقم 97 لسنة 1998

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في مدى فعالية ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج، بداية من الخطبة وانعقاد الزواج وانحلاله واثاره بعد انحلاله في حال وجود عنصر أجنبي، ومدى فعالية هذا الضابط باعتباره حلاً مناسباً ملائماً لمنازعات الزواج، أو عدم ملائمته ومناسبته لحل تلك المنازعات، فما مدى فعالية دور ضابط الجنسية في حل مشكلات الزواج؟

أسئلة الدراسة

- ما المقصود بضابط الجنسية لحل منازعات الزواج؟
- ما مدى فعالية دور ضابط الجنسية في حل مشكلات الزواج؟
- ما هي أسباب وبواعث المشرع بإسناد مشكلات الزواج لضابط الجنسية؟
- ما مدى توافق المشرع باختيار ضابط الجنسية لحل منازعات الزواج مقارنة مع القوانين الأخرى؟
- هل نظم المشرع قاعدة إسناد لموضوع الخطبة التي تسبق الزواج أم تركها دون تنظيم؟
- ما مدى ملائمة ضابط الجنسية في عقد الزواج بشروطه الموضوعية والشكلية وآثاره وانحلاله؟
- ما مدى فعالية ضابط الجنسية الواجب التطبيق على انتهاء الزواج وآثاره من نسب وحضانة ونفقة؟

مصطلحات الدراسة

ضابط الإسناد: هو المعيار المحدد تشريعياً لإرشاد القاضي الوطني المعروض عليه النزاع ذو الطابع الأجنبي إلى القانون الواجب التطبيق، بمعنى آخر هو الوسيلة التي يحدد بموجبها القانون الواجب التطبيق أحكامه، واستبعاد غيره من القوانين المزمحه.

الجنسية: رابطة قانونية وسياسية بين فرد ودولة معينة من شأنها أن تدخل هذا الفرد في عداد السكان المكونين لها، وبالتالي تنشئ هذه الرابطة حقوقاً والتزامات متبادلة بينهما.

المنازعات القانونية: تتراحم أو تفاضل قانونيين (أو أكثر) لدولتين (أو أكثر) بشأن حكم علاقة أو وضع قانوني له صلة بأكثر من دولة واحدة

الزواج: هو ميثاق وترابط رضائي شرعي يتم بمجرد توافق الإيجاب مع القبول بين الرجل والمرأة

منهج الدراسة

ستعتمد الباحثة في هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن، وذلك من خلال تحليل المادة العلمية ومناقشة الأدلة والأحكام في مشروع القانون المدني الفلسطيني مقارنة مع القانون المدني الأردني والمدني المصري، ومجلة القانون الدولي الخاص التونسي في طبيعة قاعدة الإسناد (ضابط الجنسية) الواجب تطبيقها على موضوع الزواج منذ لحظة انعقاده حتى نهايته.

الدراسات السابقة

هناك عدد من الدراسات تناولت موضوع القانون الواجب التطبيق على الزواج من انعقاده وحتى انحلاله، والاثار المترتبة عليه، ولكن لم يتطرق أحد بشكل خاص لموضوع اعتماد ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج، إنما كان بشكل عام، ومن أهم تلك الدراسات:

دراسة أمين (2016). ضوابط تطبيق قانون الجنسية في نطاق تنازع القوانين. حاولت هذه الدراسة إبراز مضمون مصطلح الجنسية ودورها في تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية، وإبراز الدور الوظيفي لقانون الجنسية فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، واعتمدت هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي أساساً، في حين امتازت دراستي بالحديث عن دور ضابط الجنسية بشكل خاص فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، واعتمدت المنهج الوصفي والمقارن.

دراسة بو سعادة (2015). القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط. تناولت هذه الدراسة الإطار العام للقانون الواجب التطبيق على الزواج. وهدفت الوقوف على الاحكام الموضوعية المتعلقة بالزواج المختلط، ومعرفة القانون الواجب التطبيق على هذا الزواج. وعرضت الحلول القانونية المتعلقة بتنازع القوانين وذلك بالرجوع الى قواعد الإسناد الوطنية، ومن ثم التوصل إلى إدراك الحل النهائي للنزاعات المتعلقة بالزواج المختلط في القانون الجزائري، واتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي. في حين جاءت دراستي متخصصة بالحديث عن مدى فعالية ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج من خلال

مناقشة الأدلة والأحكام في مشروع القانون المدني الفلسطيني مقارنتها مع القانون المدني الأردني و المصري والتونسي وتهدف دراستي إلى معرفة مدى ملائمة وفعالية ضابط الجنسية في حل تلك المنازعات، والإشكاليات الناتجة من تطبيق ضابط الجنسية.

دراسة براهيم (2017). القانون الواجب التطبيق على النسب بالتشريع الجزائري (2017-2018). حيث تناولت هذه الدراسة الإطار العام للقانون الواجب التطبيق على النسب بوصفه أثراً من آثار الزواج، واتبعت هذه الدراسة المنهج الوصفي خلال التطرق إلى بعض المفاهيم كتعريف النسب والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية وبيان موقف المشرع الجزائري، وعلى اثر ذلك خصصت الباحثة الفصل الثاني من البحث بعنوان دور ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب، وفي المبحث الثاني تناولت الباحثة الإشكاليات التي يثيرها ضابط الجنسية بخصوص مسألة النسب. في حين امتازت دراستي بكونها تكلمت عن مدى دور الجنسية في حل المنازعات التي قد تنشأ عن النسب من خلال تحليل نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني ومقارنتها بنصوص القانون المدني الأردني والمصري والتونسي.

الفصل الأول

الجنسية، ودورها الوظيفي في حل منازعات تكوين الزواج

تعد الجنسية عنصرا مهما من عناصر الانتساب السياسي والاجتماعي والروحي والنفسي والقانوني لارتباط الفرد و دخوله في عضوية دولته. وعلى الرغم من عدم معرفة المجتمعات القديمة أو البدائية لفكرة الجنسية إلا أنها عرفت منذ القدم، وتطورت بتطور الحياة الاجتماعية بداية من الأسرة ثم تمددها وتحولها إلى قبائل، ومن ثم تعددت القبائل وشكلت ما يعرف بالأمة، بيد أن فكرتها حديثة لم تظهر وتتبلور بصورة واضحة إلا في أواخر القرن الثامن عشر، حينما نشأت الدولة الحديثة ذات السيادة المستقلة في أوروبا الغربية (الداودي، 2011).

فعندما يقال إن هذا الشخص فلسطيني أو أردني أو مصري ففي هذا دلالة على انتماء هؤلاء الأشخاص لدولتهم، ويتم اكتسابهم لهذه الصفة أي الجنسية من خلال أحكام القوانين الداخلية لكل دولة.

وطبيعة الإنسان أنه كائن حي واجتماعي، لا يقبل الوحدة والعزلة عن العالم الخارجي، وهذا يؤدي إلى دخوله مع الآخرين في الكثير من العلاقات والتعاملات الشخصية والمالية ذات طابع وطني أو دولي، فيثير هذا التعامل بعض المنازعات التي يحتم على القاضي فصل النزاع وإيجاد الحل المناسب، وفقا لما تقضيته قواعد العدالة والإنصاف.

وحيث يعرض النزاع على القاضي فإن أول خطوة لحلّه هي تحديد جنسية أطراف النزاع، فإذا كانوا من أصحاب الولاء السياسي الواحد لنفس الدولة يكون الحل وفقا لقانون دولة القاضي، وإذا اختلفوا فيما بينهم بالنسبة للولاء السياسي يكون الحل هنا وفقا لقواعد الإسناد وما تواترت عليه أعراف ومبادئ القانون الدولي الخاص. وبناء على ما سبق فإن الجنسية تعتبر عنصرا مهما لتمييز من هو الوطني ومن هو الأجنبي، ومن الداخل في عداد الشعب واعتباره ركنا من أركان الدولة، ومن يكون خارجها، ومن يتمتع بالحقوق السياسية والمدنية، ومن المحروم منها، فهي مسألة مهمة وأولية لتحديد ما القانون

الواجب التطبيق في بعض العلاقات ذات البعد الدولي، والمتعلق بمسائل الأحوال الشخصية. (الكسواني،

(2010)

ونظرا لأهمية الجنسية ودورها الوظيفي في حل منازعات تكوين الزواج، فإن من الأولوية وضع قواعد

وضوابط قانونية لها. وعلى هذا الأساس سوف تتناول الباحثة في هذا الفصل مسألتين: الأولى ماهية

الجنسية بمفهومها وطبيعتها القانونية، والثانية دور الجنسية في حل منازعات تكوين الزواج.

المبحث الأول: ماهية الجنسية

بدأ ظهور مفهوم الجنسية في القرن الثامن عشر، فهي فكرة حديثة نسبياً قياساً مع بقية موضوعات القانون الدولي الخاص، ويرجع تاريخ ظهورها إلى عام 1835 (عبد الرحمن، 1958)، فتعني انتساب الشخص إلى دولة معينة انتساباً سياسياً واجتماعياً وقانونياً وروحياً، ولم تكن الجنسية بوصفها انتماء الشخص إلى دولة معينة واضحاً قديماً.

فقديماً اتجه الإنسان لإنشاء الأسرة، وهي عبارة عن جماعة من الناس تجمعهم وحدة الأصل واللغة والعادات والتقاليد والعقيدة، فكانوا قديماً على شكل مجموعات تجمعهم وحدة الدين واللغة والعادات ثم بتجمع الأسر وتعددتها انشأت ما يسمى بالقبائل التي كان بدورها ساعدت على تكوين الأمة (صادق، د.ت)، وهي "جماعة من الناس تتحدر من أصل واحد، وتتحدد في اللغة والعقائد وتتشترك في العادات والتقاليد وتتطلع إلى أمان وآمال مشتركة". (عكاشة، 2002، صفحة 30) حيث كانت الأسرة من ثم القبيلة ومن بعدها الأمة هي المعيار لتحديد انتماء الشخص لها قبل ظهور مفهوم الجنسية الحالي.

إن أصدق تعبير عن الصورة الاجتماعية هي تبعية الفرد إلى أمته واندماجه في مجتمعها، إلا أن هذه الصورة لم تدم طويلاً إذ طرأ عليها تغيرات ولم يكتب لها البقاء بسبب الغزوات والفتوحات التي كان يقوم بها أمراء الإقطاع في العصور الوسطى، طمعاً في توسيع رقعة بلادهم والسيطرة على أكبر عدد من السكان رغم اختلاف أجناسهم وطبيعتهم، وبناء على ذلك أصبحت الجنسية مجرد رابطة تبيعية يخضع بها الفرد لسيطرة حاكم الإقليم. (صادق، د.ت)؛ (سيد، 2017) وبعد قيام الثورة الفرنسية كان لا بد من تغيير هذه الأفكار والمناداة بحق الشعوب في تقرير مصيرها، ومن أهم آثار هذه الثورة ظهور مبدأ القوميات الذي نادى به الفقيه الإيطالي (مانشيني) في منتصف القرن التاسع عشر، حيث منح هذا المبدأ كل أمة الحق في تكوين دولة، وعلى الرغم من الصدى الكبير الذي رافق مبدأ القوميات إلا أنه لم يتم تطبيقه بشكل مطلق، وذلك بسبب اختلاط واختلاف الأجناس، وصعوبة تحديد معالم كل أمة على

حده، ووجود ظروف اقتصادية وسياسية وجغرافية أحاطت بتكوين الدولة، فمثلا نجد دولة تضم أكثر من أمة، ووجود أمة واحدة تتفرق إلى عدة دول (صادق، د.ت)، فكان هذا سببا في عدم تطبيق مبدأ القوميات بشكل مطلق.

وبناء على ما سبق نلاحظ أن فكرة الجنسية قد تطورت وانتقلت من ارتباط الفرد برابطة الأسرة أو القبيلة أو الأمة إلى رابطة انتماء الفرد لحاكم الإقليم الذي يتواجد فيه، حتى وصلت لما عليه اليوم بوصفها رابطة تعبر عن انتماء الفرد إلى الدولة سياسيا وقانونيا.

المطلب الأول: تحديد مكانة الجنسية في النظام القانوني

للجنسية أهمية كبيرة على الصعيد المحلي والدولي، فهي تلعب دورا مهما سواء كان للأفراد أو الدولة، فعلى الصعيد المحلي تعتبر السبب الوحيد للفصل والتمييز بين الوطني والأجنبي، ولها أهمية كبيرة في تحديد الحقوق وطريقة اكتسابها والواجبات التي تفرض على الأشخاص، فأما على الصعيد الدولي فتلعب دورا مهما في ترتيب الحقوق واشتراط الالتزامات المتبادلة بين الدول، وتخول لها الحقوق لمواجهة الدول الأخرى، ويترتب على هذا الدور الذي تلعبه الجنسية على الصعيد المحلي والدولي آثار قانونية لا بد من بيانها:

الفرع الأول: دور الجنسية والآثار المترتبة على الصعيد المحلي والدولي.

على الصعيد المحلي وعند اكتساب الفرد الصفة الوطنية وتمتعة بالجنسية فإنها تميزه عن غيره، ولهذا التمييز آثار قانونية منها تمتع الفرد الوطني بحقوق لا يتمتع بها الأجنبي ولا تمنح له، ومن هذه الحقوق الاستقرار الدائم في دولته وعدم إبعاده ونفيه عنها، كما يتمتع الوطني بحقوق أساسية كحق الترشيح والاشتراك في الحكم، وحق الانتخاب والتصويت، وتولي المناصب العليا والعامة. وفي مقابل هذه الحقوق يفرض على الوطني واجبات والتزامات دون الأجنبي كالخدمة العسكرية ودفع الضرائب العامة.

وعلى الصعيد المحلي تعدّ الجنسية معيارا لحل المشاكل في مجال تنازع الاختصاص القضائي لتحديد المحكمة الوطنية المختصة لحل النزاع المتضمن عنصرا أجنبيا، وتشكل الجنسية ضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تنشأ، إذ استندت معظم الدول العربية إليها لحل النزاعات الناشئة عن الأحوال الشخصية كالأهلية والزواج (الكسواني، 2010؛ صادق، د.ت).

أن أهمية الجنسية وآثارها القانونية لا تنتهي وتتحصر فقط في الصعيد المحلي، إنما تمتد لتشمل أيضا الصعيد الدولي، إذ تعد الجنسية وسيلة الدولة القانونية لحماية أفرادها ورعاياها في المجتمع الدولي، بحماية تسمى الحماية الدبلوماسية عن طريق ممثلها الدبلوماسيين في الخارج، وهي تخول الدول حق التصدي لحماية أفرادها والدفاع عن حقوقهم إذا تعرضوا لضرر داخل الدولة الأجنبية (النمر، 2006)، فالدولة ومن خلال الجنسية تتمتع بحقين أولهما التدخل الدبلوماسي لحماية وتعويض أفرادها، وثانيهما اللجوء للقضاء الدولي مطالبةً مخاصمة الدولة التي أضرت بمواطنيها، ومطالبة القضاء الدولي بإلزام الدولة التي أضرت بجبر الضرر والتعويض لأفرادها المتمتعين بجنسيتها (الكسواني، 2010).

وفي مقابل هذه الحقوق التي تتمتع بها الدولة بموجب الجنسية، فإن الجنسية وبذات الوقت تقرض التزامات على الدولة نفسها أمام الدول الأخرى ومن "هذه الالتزامات مراعاة الحد الأدنى المقرر دوليا في تعاملها مع رعايا ومواطني الدول الأخرى وفقا للاعراف والمبادئ الدولية، وإلا انعقدت مسؤوليتها الدولية" (صادق، الحماية الدولية للمال الاجنبي، 1991).

الفرع الثاني: الجنسية ومفاهيم أخرى

وبعد معرفة التأصيل التاريخي وأهمية الجنسية فلا بد أن نفرق بين المفاهيم التالية وعلاقتها بالجنسية:

أولاً: القومية

يقصد بالقومية تلك الرابطة الاجتماعية والسياسية التي تعني انتماء الشخص إلى أمة معينة وولاء لها وبالتالي فهي ذات مدلول اجتماعي ومدلول سياسي" (طالب، 1973، صفحة 169)، فهي رابطة تعبر

عن الانتماء المعنوي والروحي بعكس الجنسية ذات انتماء واقعي وفعلي، فالقومية لا تعطي أي حقوق ولا تفرض أياً من الالتزامات على الافراد، إنما هي رابطة للتطورات الفكرية والاجتماعية والاقتصادية في مجتمع معين، بعكس الجنسية باعتبارها أداة للتوزيع الجغرافي على اقليم معين وأداة لحماية افرادها وتوفير الأمن والأمان، تعطي الحقوق وتفرض الالتزامات (الكسواني، 2010).

ثانياً: الأمة

يقصد بالأمة هي تلك الرابطة بين الفرد وجماعة معينة يتحدثون في اللغة والعادات والتقاليد والدين، وهي ظاهرة طبيعية اجتماعية تشكلت بداية من الأسر ثم القبائل ثم تعددت وتجمعت فتحولت إلى الأمة، بخلاف الجنسية التي تمنح للفرد حين ولادته وخروجه للحياة. والجنسية تفيد الانتماء إلى دولة معينة وليس الانتماء إلى أمة معينة، و الانتماء إلى أمة معينة ما هو إلا تعبير عن علاقة اجتماعية تجمع افرادها في اللغة والتاريخ والعادات والتقاليد والآمال. بينما الجنسية رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة (حسن،، 1994)، فالجنسية تنظم بموجب القانون وتفرض حقوقاً وواجبات على الأفراد تتمثل بالحماية والأمن والأمان.

فالأمة عكس الجنسية لا تصلح إلا للافراد الطبيعيين ولا تصلح للشخص الاعتباري، وأن الأمة لا ترقى بأن تفرض الحقوق والالتزامات على الأفراد مثل الجنسية إنما تفرض واجبات أخلاقية معنوية على الفرد لعدم المساس بمقدورات أمته الحضارية والتاريخية (الكسواني، 2010).

ثالثاً: الجنس (العرق البشري)

على الرغم من اختلاف الدلالة حديثاً بين المصطلحين الجنسية والجنس، إلا أنهما يشتركان في الأصل المعتمد في الدلالة على جماعة معينة في إطار معين من الزمان والمكان، فإذا دلت كلمة الجنس على العرق البشري لمجموعة من الأفراد ينتمون إلى أصل واحد، فإن الجنسية تدل أيضاً على مجموعة من الناس ينتمون إلى فضاء واحد وهو الدولة.

ونتيجة لاختلاط الأجناس بسبب الحروب والغزوات والفتوحات، وتعددتها في مكان واحد، وآثارها والاعتماد عليها لا يخلق انسجاما بين هؤلاء الأفراد لأنه أساسا لتكوين الجماعات فقط، لذا رفض الفكر الحديث أن يكون الجنس أساسا لتكوين الدولة.

رابعاً: العقيدة

وأما عن علاقة الجنسية بالعقيدة، فقد كانت العقيدة أساسا في تكوين الروابط الاجتماعية وقيام الجماعات البشرية، فاشترك مجموعة من الأفراد في عقيدة معينة كقيل بأن يخلق بينهم روابط وتوجهات تجعل منهم جسما أساسيا قوامه هذه العقيدة، يميزه عن غيره من الذين لا يعتقدون بعقيدتهم، "وهذا ما نجده في الأمة الإسلامية في فترة من الزمن حين قسمت العالم إلى دارين دار الإسلام ودار الكفر (الحرب)" (أبراهيم، 1997). على أن مصطلح الأمة الإسلامية الذي يجمع بين أفراد هذه الشريعة الغراء، ومع كل الاحترام والتقدير لهذه التسمية إلا أننا نرى أنها لا تشير إلى أي مدلول قانوني أو سياسي معين وإن كانت طموحا وأملا نتمنى جميعا الوصول إليه وتحقيقه لما فيه من منعة ورفعة لشأن العرب والمسلمين جميعا، ومع ذلك فإن ارتباط كل المسلمين بمفهوم الأمة الإسلامية لم ينهض بعد ليكون بمثابة رابطة أساسية أو قانونية تعطي الأفراد حقا أو تلزمهم بواجبات (صادق، د.ت؛ الكسواني، 2010).

ومع قيام الثورة الفرنسية تلاشى مفهوم الجنسية المبني على أساس الدين (صادق، 1991) وغدا رابطة أساسية قانونية ينتمي الفرد بمقتضاها إلى دولة معينة. ومع أن مفهوم علمانية الدولة الذي كرسته الثورة الفرنسية واخذت به معظم الشعوب والدول في العالم إلا أن الدولة الصهيونية ما تزال تعتمد الديانة اليهودية مفهوما للجنسية.

خامساً: المواطنة.

الفرع الثالث: حقيقة الجنسية ما بين القانون الدولي العام والخاص

اختلف فقهاء القانون في تحديد ماهية الجنسية فهل هي علاقة نابعة من منطلق اجتماعي أم سياسي أم قانوني بين الفرد ودولته؟، أم كان الاختلاف في حقيقتها، وهل تتبع من القانون العام أم القانون الخاص؟ ألحق فريق من أهل القانون الجنسية بالقانون العام لأنها عبارة عن رابطة ساسية بين الفرد والدولة، والأفراد ركن من الدولة وأساس قيامها، والجنسية هي النظام الذي يتحدد به عنصر الفرد بالدولة. (عكاشة، 2002).

وألحق الفريق الآخر الجنسية بالقانون الخاص ويرى أنها أدنى إلى القانون الخاص من القانون العام لأنها تدخل ضمن الحالة القانونية والشخصية للفرد، وأن الجنسية هي التي تحدد حقوق الفرد وواجباته تجاه الدولة، وتحدد النظام القانوني أي صفتهم القانونية، ويستند هذا الفريق على أن الجنسية تتبع من القانون الخاص بقوله إن الجنسية عنصر من عناصر الحالة الشخصية للفرد وهي من أهم العناصر أيضاً، فلا بد من إلحاقها بالقانون الخاص لأنها تبنى على البنوة والزواج. كما أن الدولة لا تعطي الفرد الجنسية رغماً عنه، ولا تتغافل إرادة الشخص بالحصول عليها أو فقدانها، وأن أغلب التشريعات تعتد بالجنسية كضابط بمسائل الأحوال الشخصية منها الأهلية والزواج وغيرها (عكاشة، 2002).

وبرأيي فإن ارتباط الجنسية وإلحاقها بالقانون الخاص أفضل وأشمل للجنسية كما بينا سابقاً.

وبناء على ما سبق سوف تتناول الباحثة في هذا المبحث مسألتين الأولى مفهوم الجنسية، والمسألة الأخرى الطبيعة القانونية للجنسية.

المطلب الثاني: مفهوم الجنسية

أثار مفهوم الجنسية وطبيعتها ما بين سياسي وقانوني واجتماعي وروحي خلافا كبيرا بين الفقهاء، فاختلف الفقهاء في تحديدهم لمفهوم ذي سلامة ودقة للجنسية. ولإيضاح مفهوم الجنسية وكل ما يتعلق بها من مصطلحات فقهية وبيان اتجاهات الفقهاء حول مفهومها سأتناولها فرعين: الأول أعرف فيه الجنسية، و الثاني أوضح فيه أساس الجنسية وأركانها.

الفرع الأول: تعريف الجنسية

أولاً: تعريف الجنسية لغة: الجنسية مصدر صناعي من جنس: صفة تلحق بالشخص من جهة انتسابه لشعب أو أمة أو وطن ما (عمر، 2008م).

ثانياً: أما اصطلاحاً: فتعني انتساب الفرد للدولة، وعلى الرغم من اختلاف الدلالة الحديثة بين المصطلحين لفكرة الجنسية فالجنس الواحد قد يتوزع على عدة جنسيات وفي الوقت نفسه تضم الجنسية الواحدة أجناساً متعددة إلا إنهما يشتركان في الأصل المعتمد على الدلالة على جماعة معينة في إطار معين من الزمان والمكان (أمين، 2016).

ورغم اشتراكهما بنفس الدلالة إلا أن الجنس يخلو من أي معنى قانوني ومع "تطور الفكر الانساني عبر التاريخ فقد انتهى النظر للجنسية بوصفها رابطة سياسية وقانونية ينتمي الفرد بمقتضاها إلى دولة معينة" (صادق، د.ت، صفحة 38).

أما تعريف الجنسية الفلسطيني، فنلاحظ أنه قديماً ومنذ توالي الحروب على فلسطين لم يكن هناك تعريف واضح للجنسية في فلسطين وذلك بسبب الانتدابات والحروب التي توالى على فلسطين، فأصبح الفرد الفلسطيني عديم الجنسية بالمعنى القانوني وليس بمعنى الهوية الوطنية، وبناء على ذلك فقط طالبت المادة (7) من صك الانتداب على فلسطين، الصادر بموافقة عصبة الأمم المتحدة في عام 1921،

بريطانيا بإصدار قانون لتنظيم الجنسية الفلسطينية وصدر هذا القانون عام 1925، وحيث منحت الجنسية لكل الفلسطينيين (سليمان، 2022).

وعليه لم يتفق فقهاء القانون في تحديد مفهوم موحد لفكرة الجنسية، فظهر عدة آراء لهم حول مفهومها على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: ذهب هذا الاتجاه بتعريف الجنسية بالنظر إلى أطرافها دون تحديد الصفة القائمة عليها، فالجنسية رابط بين الدولة والفرد، عرفها الاستاذ نعم سيوفي بأنها " الرابطة التي تربط شخصا بالدولة" (سيوفي، 1966، صفحة 109). وعرفها أيضا الأستاذ أميل تيان بأنها " الرابطة التي تربط شخصا بالدولة باعتبارها عضوا في الجماعة(السكان) التي هي أحد عناصرها المكونين لها" (ذيب، 1994، صفحة 47). وعرفها فاليري بقوله " الرابطة التي تصل الفرد بالدولة" (سلامة، 2008، صفحة 23). وهي أيضا " الرابطة التي تربط الأشخاص القانونية، الفردية أو الجماعية بنظام قانوني لدولة يخضعون لنظامها" (سلامة، 2008، صفحة 23).

وبناء على المفاهيم السابقة نلاحظ أن الفقهاء في هذا الاتجاه عرفوا الجنسية بالنظر إلى أطرافها دون النظر إلى الصفة الساسية والقانونية والاجتماعية والروحية فتم إغفال تلك الصفات التي توضح ارتباط الفرد بدولته إما ارتباطا ساسيا أو قانونيا أو اجتماعيا، حيث تلعب هذه الروابط دورا كبيرا في الجنسية.

وينتقد هذا الاتجاه بأن تحديد الجنسية بالرابطة بين الفرد والدولة، توهي من النظرة الأولى بأنها عبارة عن تصرف اتفاقي يقوم على توافق إرادتين الفرد والدولة بالإيجاب والقبول بينهما للحصول على الجنسية تقفان على قدم المساواة، فهذا لا يتفق مع المفهوم الفني للجنسية وهذا يخالف الواقع، وإن كان لإرادة الشخص الفردية دور في الجنسية فإنه لا يعدو أن يكون مجرد قبول الفرد لجنسية الدولة، وسوف نرى أن هذا الرأي الذي يرى أن الجنسية رابطة تعاقدية بين الفرد والدولة قد هجر (سلامة، 2008، الصفحات 27-28).

أما الإتجاه الثاني: فذهب إلى تعريف الجنسية من المنظور القانوني وإغفال منظورها السياسي، فعرفها الأستاذ الفرنسي سافاتييه بأنها " الرابطة القانونية التي تربط الإنسان بدولة ذات سيادة يعد قانونا رعية لها" (ذيب، 1994، صفحة 47) حيث اشترط هنا أن تصدر الجنسية عن دولة ذات سيادة. وعرفها الفقيه باتيفول بانها" الانتماء القانوني للشخص إلى الشعب المكون للدولة" (سلامة، 2008، صفحة 24).

كما عرفها الأستاذ الدكتور عبد الحميد أبو الهيف بأنها " صلة قانونية بين الدولة أو أمة أو شخص معين وهي منشئة لحقوق وواجبات معينة" (ابو الهيف، 1927، صفحة 97).

وعرفها الأستاذ الدكتور عبد المنعم رياض بأنها " العلاقة القانونية التي تربط شخصاً بالدولة" (رياض، 1943، صفحة 23) وعرفها أيضا الدكتور فؤاد عبد المنعم رياض بأنها " علاقة قانونية بين الفرد والدولة يصير الفرد بمقتضاها عضواً في شعب الدولة" (عبد المنعم، 1984، صفحة 10).

"أما محكمة العدل الدولية فعرفتھا بأنها علاقة قانونية تقوم على أساس روابط اجتماعية واقعية بالتضامن والمصالح والمشاعر إلى جانب حقوق وواجبات متبادلة، ويمكن أن يقال إنها التعبير القانوني عن كون الفرد الذي تسبغ عليه إما مباشرة بواسطة القانون وإما نتيجة لإجراء من السلطات هو في الواقع أوثق ارتباطاً بسكان الدولة التي تمنحه جنسيتها منه بأي دولة أخرى" (سيد، 2017، صفحة 183).

أما الإتجاه الثالث: فعرف الجنسية من منظور سياسي وأهمل منظورها القانوني.

فرأى الفقيه الفرنسي نيبوايه بأنها "الرابطة السياسية التي يصير الفرد بمقتضاها جزءاً من العناصر التكوينية الدائمة لدولة ما" (سيد، 2017، صفحة 23). وعرفها الفقيه الفرنسي بيللو بأنها " التبعية السياسية التي تربط فردا بدولة معينة" (ذيب، 1994، صفحة 47).

وينتقد هذا الإتجاه بإغفاله المنظور القانوني والاجتماعي الذي يلعب دورا كبيرا في الجنسية وبالرغم من إبرازه المنظور السياسي، ويعاب أيضا عليه باعتبارها رابطة توحى من النظرة الأولى أنها تصرف اتفاقي بين الفرد والدولة للحصول على الجنسية، كما أشرنا سابقا.

أما الإتجاه الرابع: فعرفها من منظور سياسي وقانوني معاً، وحاول الفقهاء "الجمع بين المعنيين القانوني والسياسي في الجنسية، مقدرًا هذا الاتجاه أن الجنسية كما تتصل في تكوين الدولة وبقائها، فإنها تتصل أيضا بالفرد ومركزه القانوني، ومعاملته من حيث التمتع بالحقوق والتحمل للإلتزامات في الدولة أو في خارجها، فالجانبان السياسي و القانوني في تعريف الجنسية، متضايقان لا يفترقان" (سلامة، 2008، صفحة 24).

وبناء على ذلك عرفها الأستاذ الفرنسي بول لاكارد بأنها "التبعية القانونية والسياسية لشخص إلى السكان المكونين للدولة" (ذيب، 1994، صفحة 45). وعرفها الفقيه الفرنسي لريبو بيجونير بأنها "صفة بالشخص تقوم على رابطة سياسية وقانونية بينه وبين الدولة وهو عنصر من عناصر تكوينها" (سلامة، 2008، صفحة 24).

وعرفها الأستاذ الدكتور عز الدين عبدالله بأنها "رابطة ساسية وقانونية بين الفرد والدولة" (عبدالله ، 1968، صفحة 106). وأيضاً عرفها الأستاذ الدكتور شمس الدين الوكيل "بأنها تبعية قانونية سياسية تضع الدولة قواعدها ويكتسب الفرد بموجبها الصفة الوطنية في هذه الدولة" (الوكيل ، 1968، صفحة 13).

وعرفها الأستاذ الدكتور محمد عزيز شكري بأنها " الرابطة السياسية والقانونية بين الفرد والدولة التي من شأنها أن تنشئ حقوقاً والتزامات متبادلة" (شكري، 1972، صفحة 10).

نستخلص مما تقدم تعريفاً للجنسية اتفق عليه كثير من الفقهاء، لذا نفضل تعريف الجنسية بأنها "نظام قانوني يكفل التوزيع الدولي للأفراد من مختلف دول العالم وتحديد عنصر الشعب في كل دولة وفقاً لجنسيتها" (الوكيل ، 1968، صفحة 40) فإن هي " رابطة ساسية قانونية بين الفرد والدولة تحدد ركن الشعب في الدولة وتعطي الفرد حقوقاً وامتيازات وتفرض عليه التزامات وواجبات تجاه الدولة" (الكسواني، 2010، صفحة 23).

ومن خلال هذا التعريف نصل إلى أن الجنسية ذات رابطتين قانونية وساسية، فالرابطة الأولى ترتب على الشخص منذ لحظة حصوله عليها حقوقاً وامتيازات، وتفرض عليه التزامات متبادلة بينه وبين الدولة، والأخيرة الرابطة السياسية لأنها أداه التوزيع الجغرافي للأفراد على إقليم معين بين الدول وتجعل الفرد أحد أعضاء الدولة.

وأخيراً نلاحظ أن اختلاف الفقهاء في تحديد مفهوم الجنسية لم يكن اختلافاً جوهرياً، إنما كان اختلافاً حول توضيح مفهومها وتوسيعه ليصبح رابطة أو علاقة تبعية بين الدولة والفرد ولهذه العلاقة أو الرابطة أثارها ونتائجها التي تنعكس على الفرد والدولة وبالتالي تكون العلاقة بينهم علاقة نفعية تبادلية.

الفرع الثاني: أساس الجنسية وأركانها

أولاً: أهمية تحديد أساس الجنسية

حاول الفقهاء البحث في الأساس الذي تقوم عليه الجنسية وانقسموا في ذلك إلى قسمين، قسم استند إلى العلاقة المادية بين الفرد والدولة والمنفعة المشتركة بينهما، فالفرد ينتمي إلى الدولة رغبةً في الحماية والشعور بالأمن والأمان وتمتعا بالحقوق والامتيازات التي تمنحها الدولة له، والدولة أيضاً تمنح جنسيتها لهذا الفرد لشعورها بانتمائه إليها وفرض سيطرتها وحمايتها له ولغيره من رعاياها.

أما القسم الثاني فاستند في منح الجنسية إلى الصلة الروحية والشعور القومي اللذين يربطان الفرد بالدولة، وعلى هذا النحو يستند هذا القسم " إلى الواقع التاريخي في انتماء الفرد إلى الجماعة، والذي

تمثل في تبعيته للأسرة والقبيلة ثم الأمة، وأخيراً تبعيته للدولة بوصفها التعبير السياسي عن الأمة وفقاً لمبدأ القوميات" (الوكيل ، 1960، الصفحات 33-34).

بيد أنه من الصعب الأخذ بقسمٍ دون آخر من هذين القسمين، ذلك أن رابطة الجنسية تجمع بين هذين القسمين معاً مادياً وروحياً أي يقوم أساس الجنسية على النفع التبادلي والصلة الروحية.

ثانياً أركان الجنسية

عطا على أركان الجنسية وتحليل مفهومها كما بينا سابقاً، فإنها تقوم على ثلاثة أركان لا بد من شرحها، وهي: الدولة والفرد ورابطة قانونية ساسية بين طرفيها الدولة والفرد.

1. الدولة

تمتلك الدولة وحدها حق منح الجنسية للأفراد، وحتى تتمكن الدولة من منح الجنسية لا بد أن تتمتع بشخصية قانونية وسياسية. فالدولة عبارة عن " مجموعة متجانسة من الأفراد تعيش على وجه الدوام في إقليم معين وتخضع لسلطة عامة منظمة" (غالي، 1975، صفحة 21). "أي هي الوحدة السياسية التي تتمتع بالشخصية القانونية والدولية وبصفة الدولة بآن واحد" (ذيب، 1994، صفحة 48).

وتحليلاً للتعريف السابق فإن الدولة تقوم على ثلاثه أركان هي: الإقليم وهو بقعه محدودة من الأرض يعيش عليها مجموعة من الأفراد هم الشعب، والشعب هو مجموعة من الأشخاص هم رعايا الدولة، والتنظيم السياسي هو وجود هيئة حاكمة يخضع لحكمها الأفراد.

وبناء على ما سبق، ولأن الدولة هي الجهة الوحيدة المخولة بمنح الجنسية وتوزيع الأفراد توزيعاً جغرافياً، فإنه لا يجوز لأي شخص من أشخاص القانون الدولي العام منح الجنسية حتى وإن كانت منزلتها أعلى من الدولة في المجتمع الدولي مثل المنظمات والهيئات المحلية والدولية كالأمم المتحدة وجامعة الدول العربية. وحتى وإن كانت من الدول المركبة لا يجوز لها أن تمنح إلا جنسية واحدة مثل

الولايات المتحدة الأمريكية، ولا يشترط حتى تمنح الدولة الجنسية أن تكون مستقلة استقلالاً تاماً، فيحق لها منح الجنسية حتى لو كانت ناقصة السيادة كونها خاضعة تحت احتلال أو انتداب أو حتى تحت حماية ووصاية دولة أخرى مثل الدولة الفلسطينية حيث يتم اعتبار جنسية الشخص الفلسطيني ناقصة، ولا يهم إن كانت الدولة المانحة للجنسية كبيرة أو صغيرة مساحةً أو عدد سكانها قليل أو كثير، يكفي أن تتمتع بالشخصية القانونية والسياسية أي تكون ذات شخصية دولية.

2. الفرد

الركن الثاني من أركان الجنسية أي الشخص الطبيعي هو كل بني آدم حر متمتع بالشخصية القانونية والجنسية بمعنى لا يكون عبداً لأن العبيد وعلى الرغم من كونهم من بني آدم إلا أنهم لا يتمتعون بالشخصية القانونية، وبسبب انقراض فكرة العبيد والرق أمكن لكل إنسان أن يكون طرفاً بالجنسية، لأن الإنسان أصبح من أشخاص القانون بسبب تمتعه بالشخصية القانونية وبالجنسية.

ولا يشترط أن يكون الشخص متمتعاً بالأهلية الكاملة حتى يحصل على الجنسية فيمكن أن يكون فاقداً للأهلية أو أن أهليته منقوصة، إذا يكفي أن يكون متمتعاً بالشخصية القانونية.

وبالقول إن الجنسية هي عبارة عن رابطة سياسية قانونية بين الفرد ودول معينه يصبح الفرد بموجبها أحد سكانها المكونين لها فهذا يعني أن الجنسية لا تمنح إلا للأشخاص الطبيعيين الذين يكونون عنصر الشعب في الدولة، وأيضاً هذه الرابطة بين الفرد والدولة تقوم على علاقة روحية فلا يمكن إلا أن تتحقق في الشخص الطبيعي دون الحكمي.

وعلى الرغم من ذلك تمنح الجنسية حتماً للأشخاص المعنوية ولبعض الأشياء كالسفن والطائرات، إلا أن هذه الجنسية الممنوحة لهم لا تصل لمفهوم جنسية الأفراد (الداودي، 2011)، إنما هي نوع من المجاز الحقوقي لجأ إليه المشرع بهدف ربط الشخص الاعتباري والشئ بدولة معينة من أجل إخضاعه لقوانينها والمحافظة على مصلحتها، ولتحديد الحقوق التي يتمتع بها والالتزامات التي تفرض عليه (ذيب،

1994). ومع ذلك فإن الجنسية الممنوحة للشخص الطبيعي تختلف عن الممنوحة للشخصية المعنوية من حيث شروطها ومضمونها وأثارها.

3. رابطة قانونية وساسية

حتى تمنح الجنسية للفرد ويتمتع بها لا بد من وجود رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة، تنشئها الدولة عن طريق التشريع وتحدد شروط اكتساب الجنسية وفقدانها، فيتمتع الفرد باللحظة التي تثبت له الجنسية بعدد من الحقوق الخاصة التي لا يتمتع بها الأجنبي كحق الإقامة الدائمة وعدم نفيه، وحق الانتخاب والتصويت، وتولي المناصب العليا والوظائف العامة في الدولة، وتفرض عليه التزامات وواجبات لا تفرضها على الشخص الاجنبي كالخدمة العسكرية والضرائب العامة، ومقابل ذلك يجب على الدولة حماية مواطنيها وتقديم الأمن والأمان والدفاع عن مصالحهم المشروعة والمطالبة بجبر الضرر اذا تعرضوا لضرر سواء داخل الدولة أو خارجها.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للجنسية

تركت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للجنسية خلافاً كبيراً لدى فقهاء القانون، فمنهم من يرى أن الجنسية عبارة عن رابطة تعاقدية بين الفرد والدولة تنشئ بينهم حقوقاً وواجبات متبادلة، وآخر يرى أن الجنسية عبارة عن رابطة وأداة تنظيمية بيد الدولة ومن خلال هذه الرابطة تقوم بتحديد الشروط اكتسابها وفقدانها.

ولإيضاح الطبيعة القانونية للجنسية واختلاف الفقهاء حولها سنتناولها في فرعين: الأول الجنسية رابطة تعاقدية، والفرع الثاني الجنسية رابطة وأداة تنظيمية.

الفرع الأول: الجنسية رابطة تعاقدية

ذهب الفقه قديماً بالنظر للرابطة الجنسية على أنها رابطة تعاقدية تقوم على أساس عقد تبادلي بين الفرد والدولة، فظهر هذا الإتجاه في فرنسا على يد الفقيه فايس (صادق، 1991). وبناء على هذا الرأي وبما أن الطبيعة القانونية للجنسية تعاقدية تنشأ عن عقد تبادلي بين الدولة والفرد المنتمي لها، وترتب حقوقاً والتزامات متبادلة بين طرفي العقد، فلا يمكن لهذه الرابطة أن تنشأ إلا بوجود إرادتين متقابلتين متبادلتين هما إرادة الدولة وإرادة الفرد.

وتصريح الدولة عن إرادتها تصريحاً عاماً يشكل نوعاً من الإيجاب العام الموجه إلى كل شخص توفرت فيه كل الشروط اللازمة التي حددتها الدولة من خلال قوانينها لكسب جنسيتها، وهذا يحدث فيما يتعلق بالجنسية الأصلية، أو تظهر إرادة الدولة بصورة تعبير خاص (إيجاباً خاصاً) يوجه إلى شخص معين بالذات وهذا يحدث فيما يتعلق بالجنسية الطارئة (التجنس) (صادق، د.ت؛ الكسواني، 2010).

أما إرادة الفرد، فيكون تعبيره عنها تعبيراً صريحاً أو ضمناً، فالتعبير الصريح يكون عندما يقدم الفرد طلباً إلى الدولة يعبر فيه عن رغبته في اكتساب جنسيتها كما هو الحال في الجنسية الطارئة (التجنس)، والتعبير الضمني المتمثل بالجنسية الأصلية التي يكتسبها الفرد بناء على حق الدم أو حق الإقليم أو الحقين معاً، دون أن يبين رفضه في اكتسابها أو تغييرها (الكسواني، 2010؛ الداودي، 2011).

وقد تكون إرادة الفرد أيضاً مفترضة كما هو الشأن بالنسبة لمن يكتسب جنسية دولة معينة فور الميلاد.
(صادق، د.ت)

وأخيراً وخلاصة لما سبق، فإن الجنسية بناء على هذا الرأي هي رابطة تعاقدية بين الدولة والفرد تنشأ من خلال التعبير الصريح والضمني عن إرادتهما، فهي عقد تبادلي بين الدولة والفرد ينشئ حقوقاً والتزامات متبادلة في مواجهة بعضهما بعضاً، حيث تلزم الدولة بتوفير الأمن والأمان والحماية الداخلية والخارجية وتوفير حقوق سياسية ومدنية للفرد كحق التصويت وتولي الوظائف العامة، وفي المقابل

يتوجب على الفرد الالتزام والخضوع لقوانينها وسلطتها وأداء ما تفرضه عليه الدولة من أعباء كالخدمة العسكرية والضرائب، ويلتزم أيضا بمنحها شعور الانتماء والولاء والاحترام.

وقد تم انتقاد هذه الرابطة التعاقدية بسبب أنها تفتقر إلى الأساس القانوني الصحيح في الجنسية المفروضة بحكم القانون على الفرد بمجرد ولادته، فالدولة هنا تفرض جنسيتها على الفرد دون الاعتراف بإرادته، فالقول بأن إرادة الطفل هنا مفترضة ما هي إلا حيلة لإخفاء انعدام هذه الإرادة، وفي الحقيقة فإن إرادة الدولة تحل محل إرادة الطفل، وهذا يتنافى مع فكرة توافق إرادتين حرتين على إنشاء رابطة قانونية تعاقدية لأن الجنسية التي تفرض في هذه الحالات على الفرد لا تقوم على أي تراض ولا تستجيب لفكرة العقد لانعدام إرادته فيها. (الداودي، 2011).

فالدولة أيضا عند تنظيم أحكام الجنسية وطرق فرضها ومنحها وسحبها لا تستجيب لإرادة الفرد، بل تستجيب لظروفها الخاصة وما تمليه عليها مصالحها العليا.

الفرع الثاني: الجنسية رابطة تنظيمية

بعد الانتقادات التي وجهت للجنسية بأنها رابطة تعاقدية، ظهر رأي آخر يرى أن الجنسية رابطة وأداة تنظيمية تستخدمها الدولة لوضع القواعد القانونية المنظمة لاكتسابها أو فقدانها، فهي أداة تستخدمها الدولة لتحديد أفراد شعبها وتوزيع سكانها داخلها، وبيان من هو الوطني ومن هو الاجنبي، فالدولة ومن خلال تنظيمها للجنسية تستطيع تنظيم المركز القانوني لكل فرد، وتحديد الواجبات الملقاة على عاتقها دستوريا، وتستطيع أيضا تحديد من هو المكلف بأداء التكاليف والأعباء المفروضة قانونيا.

وبناء على ما سبق تنفرد الدولة وحدها في وضع قواعد الجنسية وتحديد أساسها وطرق فرضها ومنحها وسحبها، آخذة ما تمليه عليها مصالحها العليا، فليس للجنسية أي صفة تعاقدية، فهي نظام قانوني تنظيمي، تقوم الدولة بإنشائها ووضع قواعدها، ويكون دور الفرد في هذه العلاقة التنظيمية محدودا على الدخول طرفا فيها، إذا توافرت فيه الشروط القانونية المطلوبة كالتجنس. وهذا أيضا من رأي فأن اعتبار الجنسية رابطة تنظيمية بين الفرد والدولة أقرب وأشمل من اعتبارها رابطة تعاقدية.

المبحث الثاني: الدور الوظيفي لضابط الجنسية بحل منازعات تكوين الزواج

تقاليد الزواج منتشرة في كل بقاع الأرض، وهي عادة اجتماعية مقدسة لدى الجميع يمارسونها ضمن عاداتهم وتقاليدهم وطقوسهم الدينية، ومما لا شك فيه أن القوانين جاءت لتنظيم الزواج من خلال ما يسمى بالعقود.

فبعض المجتمعات قسمت العقود الزوجية بناء على الخلفية الدينية، فمثلا نجد ان المجتمع الإسلامي يعقد الزواج عن طريق مأذون يصيغ لهم العقود، ويتم توثيقها في المحاكم، بينما المجتمع المسيحي يعقد الزواج في الكنسية. وبناء على ذلك تختلف الأنظمة القانونية في نظرتها للرابطة الزوجية من دولة إلى أخرى اختلافا كبيرا، ففي بعض النظم كالدول الإسلامية تسمح بتعدد الرابطة الزوجية وانحلالها بالإرادة المنفردة، على خلاف النظم في الدول المسيحية التي لا تقبل انحلال الرابطة الزوجية إلا لأسباب محددة.

فالزواج هو علاقه يجمع فيها المرء مع زوجه تحت إطار قانوني أو ديني معترف به أمام المأ، وهو عقد رضائي بين المرأة والرجل، يجوز الارتباط بينهما ويحل الاستمتاع والانجاب ويرتب حقوقا وواجبات متبادلة بينهما، ويكون قائما على المودة والمحبة والرحمة.

يشكل الزواج مجالا خصبا لتنازع القوانين وذلك بسبب تفرع العلاقات الزوجية واتصالها بأكثر من نظام قانوني، لأنه قد لا يكون بين افراد الدولة الواحدة، بل ايضا بين افراد الدول المختلفة، ويسبب هذا التفرع عددا من المشكلات المتعلقة بتنازع القوانين، ولذا وبسبب أهمية الزواج فقد حرص المشرع على تنظيمه بقواعد إسناد خاصة تشمل الجوانب المختلفة التي تحيط بالعلاقة الزوجية منذ انعقادها حتى نهايتها، وقد كان هناك تباين بين التشريعات المقارنة في قواعد الإسناد التي تنظم عقد الزواج، وكان لا بد من بيان موقف المشرع الفلسطيني بدايةً ومقارنته مع موقف المشرع التونسي والاردني والمصري،

وبيان أوجه التشابه والاختلاف بين التشريعات المقارنة، ودور ضابط الجنسية في حل منازعات تكوين الزواج.

في هذا المبحث سوف نتناول الباحثة ثلاث مسائل الأولى الخطبة، والمسألة الثانية الشروط الموضوعية، والمسألة الثالثة الشروط الشكلية.

المطلب الأول: الخطبة

يبدأ الزواج عموماً بمقدمة تسمى الخطبة، التي هي وعد متبادل بالزواج في المستقبل بين رجل وامرأة (الكردي، 2005)، وهي مرحلة أولية أو فترة تحضيرية تسبق انعقاد الزواج، ومن المعروف أن الزواج لا يتم مرة واحدة إنما تسبقه عدة مقدمات لحين انعقاده، ولكلا الطرفين كامل الحرية في الاستمرار نحو انعقاده، وتكوين الأثر القائم عليه، أو العدول في أي وقت، وليس هناك أي إكراه على الزواج.

الفرع الأول: السند القانوني للخطبة

تكفلت بعض القوانين بتنظيم أحكام الخطبة والقوانين الواجب تطبيقها عليها، وتحديد شروطها الموضوعية والشكلية، كالقانون الكويتي الذي خص الخطبة بالمادة الخامسة والثلاثين من قانون رقم (5) لسنة 1961 التي تقول: "تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة لكل الخاطبين، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ". (قانون رقم (5)، 1961م، المادة (35) لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي).

وهذا على خلاف المشرع الفلسطيني حيث لم يتعرض هذا المشرع لبيان أحكام الخطبة، ولم يحدد السند القانوني الواجب التطبيق، وكذلك خلو المشروع المدني الفلسطيني من الإشارة لأحكام الخطبة، حيث لم

تتضمن قواعد الإسناد المنصوص عليها في هذا المشروع المواد (14-38) نصا يبين الأحكام الواجبة التطبيق على الخطبة، وبناء على ذلك يجب علينا التوجه إلى القواعد العامة لتحديد أحكامها، فتنص المادة الخامسة والثلاثون من المشروع المدني الفلسطيني على " تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص في حالات تنازع القوانين فيما لم يرد بشأنها نص في المواد السابقة من هذا الفصل " (مشروع قانون المدني الفلسطيني رقم (4)، 2012، المادة (35)).

إن السند القانوني الذي يطبق على الخطبة لا يطبق على الزواج على سبيل القياس، وبالتالي تنطبق على الخطبة كل من المواد (17،18،19). ومقارنةً مع مجلة القانون الدولي الخاص التونسي فإن المشرع التونسي أيضا لم ينص على الأحكام الواجبة التطبيق على الخطبة صراحةً، "ولما كانت الخطبة قابلة لأن تكون موضوعا لعلاقة دولية خاصة فلا بد من إدراجها ضمن فئة من فئات التصنيف القانوني ليتسنى حل ما قد ينشأ حول الوضعيات القانونية التي تتولد عنها من تنازع القوانين" (بن موسى، 2003، صفحة 405).

وبناء على ما سبق فإن عدم نص المشرع على الأحكام الواجبة التطبيق على الخطبة، باعتبارها وعدا بالزواج أو مقدمة من مقدمات الزواج التي لا ترتب أثرا، لكن وإن كانت الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج، ولا تقيد أحدا من الخاطبين إلا أنها تنشئ علاقات بين الخطيبين وهذه العلاقات بعد نشوؤها وثبوتها فلا يمكن إسقاط إي أثر قانوني مترتب عليها.

ونلاحظ أيضا أن المشرع الأردني التزم الصمت، ولم ينص على الأحكام الواجبة التطبيق على الخطبة وتركها للقواعد العامة بنص المادة الخامسة والعشرين (القانون المدني الاردني رقم 43، 1976م، المادة 25)، وأيضا المشرع المصري بنص المادة الرابعة والعشرين (القانون المدني المصري رقم 131، 1948، المادة 24)، وعليه فإن ما يطبق على الزواج يطبق قياساً على الخطبة في شروطها الموضوعية والشكلية.

لذا يجب على المشرع النص صراحة على الاحكام الواجبة التطبيق على الخطبة، وذلك لتفادي عدم الإجابة عن أي نزاع قد ينشأ حول الوضعيات القانونية التي تنشأ من تنازع القوانين حول موضوع معين من مواضع الخطبة.

"وعليه وبسبب اعتبار الخطبة من روابط الاسرة تعد من مسائل الأحوال الشخصية التي يحكمها القانون الشخصي في خصوص شروطها الموضوعية وقانون محل الإبرام فيما يتعلق بالمحل". (عكاشه، 2010، صفحة 710).

الفرع الثاني: شروط الخطبة وآثارها

أولا الشروط الموضوعية والشكلية للخطبة

فيما يرتبط بالشروط الموضوعية للخطبة كتحديد من تحل بينهما الخطبة أو عدم خطبة زوجة الغير أو معتدته (الكردى، 2005)، فتخضع هذه الشروط بالقياس على انعقاد الزواج بالرجوع الى نص المادة (17) من المشروع المدني الفلسطيني، لقانون كل من الزوجين أي قانون جنسية الخاطب والمخطوبة. وأيضا القانون الاردني بنص المادة (13) "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين"، والمصري بنص المادة (12) " يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين" المشروع المدني الفلسطيني، المادة (17)؛ القانون المدني الاردني، المادة (13)؛ مدني مصري، المادة (12)). القانون التونسي في نص المادة (45) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي " تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة (45)، 1998).

وبناء عليه نرى اجماعا بين القوانين السابقة على الضابط المطبق على الشروط الموضوعية في الخطبة هو قانون كل من الخاطب والمخطوبة. وذلك قياسا على القانون الواجب التطبيق على الشروط

الموضوعية للزواج كتوافر الأهلية والرضا، وبأن تكون المخطوبة محلاً لانعقاد الخطوبة، وألا تكون محرمة على من يريد التقدم لخطبتها.

أما من حيث الشروط الشكلية لصحة الخطبة كإشهار الخطوبة ومراسيم الاحتفال والإعلان عنها، فتخضع لقانون البلد الذي تمت فيه الخطبة أو قانون كل من الزوجين حسب الأصل (الكسواني ع.، 2010) تخضع هذه الشروط بالقياس على انعقاد الزواج بالرجوع، لنص المادة (17) من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث نص صراحة المشرع الفلسطيني على القانون المنطبق، وكذلك المشرع الأردني في نص المادة (13)، بينما المصري لم ينص صراحة على الشروط الشكلية وتركها للقاعدة العامة التي تحكم التصرفات بوجه عام (الكردي، 2005)، وذلك بحسب قاعدة الإسناد المشار إليها بنص المادة (20) من القانون المدني المصري، فتكون الخطبة صحيحة شكلاً إذا تمت بالشكل المقرر في بلد وقوعها، أو وفقاً لقانون جنسية الخاطب والمخطوبة/ أو لقانون موطن الخطيبين، أو وفقاً لقانون جنسيتها المشتركة.

أما في تونس فإن المشرع التونسي نظر لشكل الخطبة، قياساً على شروط انعقاد الزواج، فأعطى الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو لمكان إبرام الزواج، حيث نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص بنص المادة (46): " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 46، 1998).

ثانياً: الآثار المترتبة على الخطبة

أما الآثار التي تترتب على الخطبة سواء الآثار الشرعية كالفسخ وعدم الإتمام والعدول عنها، أو الآثار المالية كالهديا (الكسواني ع.، 2010) وغيرها، فتخضع لقانون الخاطب وقت الخطبة وفقاً لنص المادة (1/18) من المشروع المدني الفلسطيني حيث " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال". وتقابل هذه

المادة كل من المادة (14) من القانون المدني الاردني والمادة(13) من المدني المصري (المشروع المدني الفلسطيني، المادة (18/1)؛ القانون المدني الاردني، المادة (14)؛ مدني مصري، المادة 13).

وأما في تونس فإن المشرع التونسي بالنسبة لآثار الخطبة قياسا على الزواج فأعطى اختصاص آثار الزواج بشقيها الشخصي والمالي للقانون الشخصي المشترك بمتن المادة السابعة والاربعين والمادة الثامنة والاربعين من مجلة القانون الدولي الخاص، حيث نصت على " تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقرر مشترك لهما وإلاّ فقانون المحكمة" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 47، 1998).

ولبيان الدور الوظيفي لضابط الجنسية في حل منازعات الزواج لا بد من البحث في دور هذا الضابط بالشروط الموضوعية ثم بالشروط الشكلية.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية للزواج

إن تصنيف الشروط الموضوعية والشكلية للزواج يعتبر مسألة تكبير تخضع بتقديرها لقانون القاضي طبقاً للمبادئ التي تحكم عملية التكبير، والشروط الموضوعية تخضع لقانون غير القانون الذي تخضع له الشروط الشكلية، وعليه فإن قوانين الأحوال الشخصية العربية والشريعة الإسلامية لم تميز بين الشروط الشكلية والموضوعية المتعلقة بالزواج، بل ميزت أركان العقد وشروطه، فلم تحدد بشكل خاص ما هو شرط موضوعي او شكلي، بخلاف قواعد الإسناد التي تميز بين موضوع الزواج وشكله، وهذا يؤدي إلى اختلاف الدول في تحديد مضمون هذه الشروط واستبعاد بعضها بسبب معارضتها مع النظام العام، فنلاحظ وجود تصادم بين التشريعات العربية، فمثلا يمنع القانون التونسي إبرام الزواج المتعدد إي تعدد الزوجات سواء على المواطنين او الأجانب مسلمين او غير مسلمين (بن موسى، 2003) بالرغم من أن القانون الوطني يسمح بذلك.

فالشروط الموضوعية هي الشروط الجوهرية الأساسية التي لا تقوم الرابطة الزوجية بدونها (المصري، 2002)، ويؤدي تخلفها الى انتفاء الزواج، أو وجوده مع بقاءه قابلاً للإبطال، وهي تتعلق عموماً بأركان عقد الزواج من تراض ومحل وسبب (سلامة، 2008).

وحتى ينعقد الزواج لا بد من توافر عدة شروط أولاً الشروط التي ترتبط بأطراف العقد كالرضا والاهلية، وشروط مرتبطة بنفاذ العقد، وهي وجود ولاية لمن يقوم بإنشاء العقد وحضور شهود، وشروط مرتبطة بصحة العقد كعدم وجود أي عيب من عيوب الإرادة، وشروط مرتبطة بلزوم العقد كالمهر والكفاءة، وشروط مرتبطة بانتفاء موانع الزواج أي صلاحية المرأة أن تكون محلاً للعقد، وغير محرمة على من تنوي الزواج به سواء قرابة رضاع أو مصاهرة أو دموية أو وجودها في فترة العدة، أو اختلاف الدين فكل هذا من الشروط السلبية لعقد الزواج. وبذلك يتوقف الزواج على وجود الشروط الموضوعية، وينعدم في حالة انعدامها، في الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الزواج (عرموش، 1998).

الفرع الأول: اتجاه التشريعات في إسناد الشروط الموضوعية

تختلف التشريعات في إسناد الشروط الموضوعية لصحة الزواج، فهناك ثلاثة اتجاهات تحدد ذلك: **الاتجاه الأول:** يرى بإخضاع هذه الشروط لقانون موطن الزوجين، أخذ بهذا الحكم القانون الإنجليزي والدول الإسكندنافية (دربه، 2011)، ويرى أنصار هذا الاتجاه أن تطبيق قانون الموطن يحقق مصلحة الفرد وغير الذين يتعاملون معه في موطنه، لأن هؤلاء على علم بالقانون المطبق في مكان إقامتهم، بينما يجهلون تفاصيل قانون جنسية الاجنبي (المصري، 2002)، ويساعد المهاجرين على التأقلم والانصهار في المجتمع الذي يقيمون فيه.

يعد الموطن المركز القانوني للشخص، والمحل الذي يباشر فيه حقوقه وتصرفاته القانونية، وكذلك استقرار الفرد في دولة غير الدولة التي يحمل جنسيتها يكون ارتباطه فيها أشد وأقوى، ومن مصلحة

الدول المستوردة للسكان تطبيق قانون الموطن على كل المقيمين فوق إقليم دولة وطنيين كانوا أم أجنب لت تحقيق كل ما أشرنا إليه سابقا.

وبرأي أن هذا الاتجاه بعيد كل البعد عن تحقيق الثبات والاستقرار، لأن الموطن يسهل تغييره خلال مرور الزمن، فقد يؤدي أحيانا إلى وجود حالات الغش والتحايل على القانون.

أما الاتجاه الثاني: فيسند الشروط الموضوعية لقانون محل إبرام عقد الزواج دون التمييز بين شكل وموضوع الزواج وقد أخذ به القانون الأمريكي وبعض دول أمريكا اللاتينية.

وأرى أن تطبيق قانون محل إبرام عقد الزواج دون التمييز بين شكل وموضوع الزواج قد يؤدي إلى عدم حماية الرابط الزوجية.

ويسند الاتجاه الثالث: الشروط الموضوعية إلى ضابط الجنسية، أي لقانون كل من الزوجين، وأخذت به فرنسا وإيطاليا.

وسار في هذا الاتجاه معظم التشريعات العربية، التي إجازت لهذا الاتجاه بصورة واضحة باعتبارها تشريعات ذات صبغة دينية تميل إلى تطبيق قوانينها على الأحوال الشخصية لرعاياها أينما كانوا وحيثما ذهبوا (عكاشه، 2010).

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن قانون الجنسية يتميز بالدوام والثبات والاستقرار، ويقلل من حالات الغش نحو القانون بخلاف الموطن الذي يسهل تغييره من حين إلى آخر، ويكون قلقا من حيث التحايل والغش نحو القانون.

كم أن تحديد جنسية الشخص تعتبر أكثر سهولة على القاضي لأنه يعتمد على العنصر المادي، بخلاف الموطن الذي يثير صعوبات عند تحديده لصعوبة التثبت من العنصر المعنوي المتمثل في نية الاستقرار والإقامة.

ذلك أن قانون الجنسية يعبر عن سيادة الدولة، إذ سيادة الدولة ليست اقليمية وإنما أيضا هي شخصية، تتصرف إلى الأشخاص الذين ينتمون بجنسيتهم إلى هذه الدولة، ومن مصلحة الدول المصدرة لسكانها تطبيق قانون الجنسية حتى تتمكن من تطبيق قانونها الوطني على أفراد دولتها المقيمين في الخارج.

وبهذا فإن تطبيق قانون الجنسية على الشروط الموضوعية هو الأفضل من كل النواحي.

وطبقا للاتجاه الثالث: يتضح لنا أن المشرع الفلسطيني ومن خلال نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012 يتبنى ضابط الجنسية بتطبيقها على الشروط الموضوعية، ونرى أن المشرع أحسن صنعا لتبنيه ضابط الجنسية، وذلك لوضع فلسطين باعتبارها من الدول المصدرة لسكانها وكثرة الفلسطينيين المقيمين في الخارج، وبناء عليه سيتم تطبيق القانون الفلسطيني على الفلسطينيين أينما وجدوا، سواء داخل فلسطين أو خارجها.

وعليه تخضع أكثر القوانين الشروط الموضوعية إلى قانون جنسية الزوجين (المشاقبي، 2006)، حيث إن المشرع الفلسطيني قد نص صراحة على اختصاص قانون جنسية الزوجين لحكم الشروط الموضوعية المتعلقة بعقد الزواج في نص المادة (1/17) من المشروع المدني الفلسطيني: "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج إلى قانون كل من الزوجين". ومثيل لهذا الاتجاه القانون الأردني في نص المادة (1/13)، والقانون المدني المصري بنص المادة (12)¹ ومقارنة مع القانون التونسي في نص المادة (45) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي "تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 45، 1998). وعلية فإن القاعدة في الشروط الموضوعية لعقد الزواج هي إخضاعها إلى القانون الشخصي (أمين، 2016).

¹ أنظر نص المادة (1/17) من المشروع المدني الفلسطيني، ويقابلها المادة (1/13) مدني أردني، والمادة (12) مدني مصري.

إذ إنَّ تطبيق القانون الشخصي لا يثير إي إشكالية إذا كان الزوجان من جنسية واحدة، لأنه في هذه الحالة يحكم الزواج قانون واحد، فإذا عرض نزاع على قاض فلسطيني متعلق بصحة الزواج القائم بين زوجين أردنيين فيطبق القاضي القانون الاردني بأعتبره قانون الجنسية المشتركة.

الفرع الثاني: إشكالية التعامل مع اختلاف جنسية الزوجين

تظهر هذه الاشكالية عند اختلاف جنسية الزوجين واختلاف الشروط الموضوعية المنصوص عليها في قانون كل من الزوجين، إذ يحكم في هذه الحالة الزواج قانونان، بالتالي يجد القاضي نفسه أمام قانونين مختلفين تماما، ومثال على ذلك إذا كان أحد الزوجين فلسطينيا والآخر المانيا فأبي من القانونين نطبق قانون الزوج أم الزوجة أم قانون الزوج والزوجة معا، وعليه عولجت هذه الأشكالية بطرح القضاء والفقهاء اتجاهين بارزين هما: التطبيق الجامع والتطبيق الموزع.

أولاً: التطبيق الجامع

ذهب هذا الاتجاه لتطبيق قانون كل من الزوجين تطبيقاً جامعاً، فلا يكون الزواج صحيحاً إلا إذا كان كذلك وفقاً لقانونين معا (عكاشة، 2002)، ويعني هذا أن تتوفر في الزوج الموضوعية التي يتطلبها قانون دولته، وأيضاً الشروط الموضوعية اللازمة لصحة الزواج التي يستلزمها قانون الدولة التي تنتمي إليها الزوجة، ويجب أن تتوفر في الزوجة الشروط التي يستلزمها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج (بو سعادة، 2015)، إي يجب جمع وتوحيد أحكام كل من القانونين وتطبيقهما على كل من الزوج والزوجة، لحماية الرابطة الزوجية ذاتها ومنع قيامها صحيحة في نظر قانون دولة احد الزوجين وغير صحيحة في نظر قانون الزوج الاخر (الدين، 2007) وبعبارة أخرى يؤدي هذا الاتجاه علمياً إلى تطبيق القانون الأشد للاعتراف بصحة الزواج (المصري، 2002)، وأن تطبيق القانون الأكثر تشدداً يؤدي إلى تقليل انعقاد الزواج المختلط، ولناخذ مثال الزواج المعقود بين إسباني وفرنسية مطلقة:

القانون الإسباني يمنع الزواج من مطلقة فهو أشد صرامة من القانون الفرنسي، وعليه يؤدي التطبيق الجامع للقوانين الى تقرير بطلان الزواج (المصري، 2002). وهذا يؤدي إلى تعارض مع مبدأ حياد قاعدة الإسناد وعدم احترام قانون كل من الزوج والزوجة.

وإزاء هذا الوضع، ولصعوبة التطبيق الجامع على الشروط الموضوعية في حالة اختلاف جنسية الزوجين فقد اتجه القضاء والفقهاء بالتطبيق الموزع لقانون كل من الزوجين، وعلى أثر ذلك ذهب معظم الفقهاء إلى وجوب تطبيق قانون الزوجين تطبيقاً موزعاً.

ثانياً: التطبيق الموزع

يقصد به البحث في شروط صحة الزواج من الناحية الموضوعية من جهة الزوج في قانونه، ومن جهة الزوجة في قانونها، وبالتالي يعتبر الزواج صحيحاً إذا أوفى الزوج بالشروط الموضوعية وفقاً لقانونه والزوج وفقاً لقانونها. مثال ذلك إذا كنا بصدد زواج فلسطيني من تونسية، فإنه يكفي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون الفلسطيني وحده، وأن تتوفر في الزوجة التونسية الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون التونسي وحده.

تبرير أنصار هذا الاتجاه أن القانون الوطني في كل دولة وضع ليحمي مصالح أفرادها فقط دون سواهم، ولا يرمي إلى حماية الأسرة أو العلاقة الزوجية ذاتها (سلامة، 2008)، وبناء على ذلك يتوجب على القاضي الأخذ به عند تطبيق قانون كل من الزوجين.

وعلى الرغم من تفضيل ورجاحه الاتجاه الموزع إلا أنه لا يتم تطبيقه بصورة مطلقة، ولا بد من التمييز بين نوعين من الشروط الموضوعية الإيجابية والسلبية، حيث إن الشروط الموضوعية الإيجابية كصحة الرضا وسن الزواج، يكفي فيها التطبيق الموزع، بخلاف الشروط الموضوعية السلبية أو ما يطلق عليها الفقهاء بموانع الزواج، كالقراة من درجة معينة، أو الاشتراك في جريمة الزنا، أو الاختلاف في الدين، أو ارتباط المرأه بزواج قائم لم ينحل (الكردي، 2005)، ولذلك يجب تطبيق الشروط الموضوعية

السلبية تطبيقا جامعا لقانون كل من الزوجين، وبناء عليه يكفي أن يتوفر في أحد القانونين مانع واحد من موانع الزواج لكي لا ينعقد الزواج صحيحا.

ومما يؤكد ما سبق: تقول المذكرات الايضاحية للمشروع المدني الفلسطيني إنه: "إذا كان كل من الزوجين ينتمي إلى جنسية مختلفة فإن الفقه الحديث يأخذ بمبدأ التطبيق الموزع لقانون الزوجين، وهذا يعني أنه يكفي لانعقاد الزواج صحيحا أن يتوافر في كل من الزوجين الشروط التي يتطلبها قانونه فقط دون الاعتداد بتلك التي يقضي بها قانون الزوج الآخر، أما ما يرد بخصوص موانع الزواج فلا بد من التطبيق الجامع للقانونين، لأن الموانع تتصل بجوهر الزواج ذاته، وإذا تحققت في أحد الزوجين فإنها حتما تمس الآخر، فهي تتعلق بالزواج كوحدة لا تتجزأ، لذلك يتعين تطبيق قانون الزوج وقانون الزوجة بخصوص موانع الزواج. ومن أمثلة موانع الزواج القرابة من درجة معينة والتعدد" (ابو ملح و قدارة، 2003، صفحة 17).

وفي هذا المعنى أكدت محكمة بداية حقوق عمان في الأردن أنه: "وحيث تجد المحكمة أن المادة (13) من القانون المدني والمتعلق بقواعد الإسناد أنه يرجع إلى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين".¹

ومفاد هذه المادة أنه يجب تطبيق قانون الزوجين تطبيقا موزعا كل شخص يطبق عليه قانونه دون قانون الآخر، لكن في سياق هذا الحكم، الزوجة مسلمة من أصول أردنية، والزوج مسيحي من أصول عراقية، وهنا يوجد مانع من موانع الزواج هو اختلاف الدين أي المانع الديني الذي يتصل بجوهر الزواج ذاته، فانها المانع يحيط بالزوج والزوجة معنا، حتى لو كان هذا المانع قائم لدى احدهما، وبناء على ذلك لا بد من تطبيق قانون الزوجين تطبيقا جامعا لوجود مانع من موانع الزواج. وبالرجوع إلى

¹ أنظر لحكم محكمة بداية عمان رقم رقم 3531 لسنة 2022. "وحيث تجد المحكمة أن المادة (13) من القانون المدني والمتعلق بقواعد الإسناد أنه يرجع إلى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين" وحيث أن المدعى عليها كما هو ثابت من البيانات المقدمة في الدعوى هي مسلمة الديانة فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الأحوال الشخصية وبالرجوع إلى نصوص قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بعقد الزواج وحيث أن المادة (30) وفي فقرتها الرابعة نصت على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم وحيث أنه إذا وقع العقد باطلا لا يعد حكما أصلا ولا يرتب أثرا من نفقة أو نسب أو عدة أو إرث فتكون دعوى المدعي في محلها ومستأهلة الحكم بها"

نصوص قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بعقد الزواج وحيث أن المادة (30) وفي فقرتها الرابعة نصت على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم، وحيث أنه إذا وقع العقد باطلا لا يعد حكما أصلا، ولا يرتب أثرا من نفقة أو نسب أو عدة أو إرث فتكون دعوى المدعي في محلها ومستأهلة الحكم بها¹.

وبناء على ما سبق يلاحظ أن موقف المشرع الفلسطيني من القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج، من خلال نص المادة (1/17) المشروع المدني الفلسطيني "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين" (المشروع المدني الفلسطيني، المادة (17)) وعليه يقضي المشرع خضوع الشروط الموضوعية لعقد الزواج وفقا للتطبيق الموزع.

أما موانع الزواج فتخضع للتطبيق الجامع نظرا لخطورتها، وهذا ما أكدت عليه المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني على ذلك كما ذكرنا سابقا.

ومثيل لهذا الاتجاه، القانون المدني الأردني بنص المادة (1/13)، والقانون المدني المصري بنص المادة (12) (القانون المدني الاردني، المادة (13)؛ مدني مصري، المادة (12)؛ مدني قطري، المادة (13))، وبناء على ذلك فإن القوانين السابقة لم تنص صراحة على التطبيق الجامع أو الموزع للشروط الموضوعية إنما تركته للفقهاء والقضاء.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة، نجد أن القانون التونسي نص صراحة على التطبيق الموزع بنص المادة (45) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بالقول: " تخضع الشروط الأصلية للزواج للقانون الشخصي للزوجين كل على حدة" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 45، 1998). "

وبتقريب كل زوج بتطبيق القانون الذي تعينه جنسيته عند إبرام الزواج (أي التطبيق الموزع) يكون المشرع التونسي قد أجاب صراحة عن السؤال الذي كان قد أثار جدلا فقهيًا واسعًا بصدده كيفية تطبيق القانون الشخصي للزوجين على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو اختلفت جنسية كل من الزوجين."

¹ أنظر لحكم محكمة بداية عمان رقم رقم 3531 لسنة 2022.

(لطيف، 2021، صفحة 1285). لكن ما مصير التطبيق الجامع على الشروط الموضوعية السلبية للزواج عند المشرع التونسي؟ " إنه أثر عدم النص على التطبيق الجامع عند تحقق الشروط الموضوعية السلبية (موانع الزواج) لانتفاء الحاجة إليه، على اعتبار أن القاضي الوطني مكلف باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي، ومنع الزواج عند تحقق هذه الشروط (الموانع) لمخالفته النظام العام في دولته" (لطيف، 2021، صفحة 1287)

الفرع الثالث: الإستثناء المقرر لمصلحة القانون الوطني

بناء على ما سبق، فإذا كانت القاعدة العامة تخضع الشروط الموضوعية للزواج لقانون جنسية كل من الزوجين، أن معظم التشريعات العربية وردت استثناء على قاعدة إخضاع الشروط الموضوعية لقانون جنسية كل من الزوجين، وتقضي هذه القاعدة تطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج، باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية.

هذا ما أكدت عليه المادة العشرون من مشروع القانون المدني الفلسطيني: " يسري القانون الفلسطيني في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً وقت انعقاد الزواج، فيما عدا شريطة الأهلية للزواج"

ويقابل هذه المادة كل من القانون المدني الأردني في المادة الخامسة عشرة، والقانون المصري في المادة الرابعة عشرة¹.

ومن خلال تطبيق المادة العشرين نلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد جعل نطاق تطبيقها على نص المادة الثامنة عشرة والتاسعة عشرة بقوله في المادتين السابقتين، أي أنه أغفل ذكر المادة السابعة عشرة المتعلقة بالشروط الموضوعية بهذا الاستثناء، ولعل نية واضع هذا النص تتجه حقيقة إلى جعل الاستثناء حقيقة شاملاً للأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة (دواس، 2013)، بدليل أنه أشار في

¹ أنظر نص المادة (20) من المشروع المدني الفلسطيني، ويقابلها المادة (15) مدني اردني، والمادة(14) مدني مصري، سبق ذكرهم.

هذا النص إلى عدم استثناء شرط الأهلية للزواج، والذي هو حقيقة من الشروط الموضوعية لصحة الزواج (دواس، 2013).

وعليه، وإن أغفل المشرع الفلسطيني شمل المادة السابعة عشرة إلا أنه يوحي أن هذا الاستثناء يطبق على كل الشروط الموضوعية عدا شرط الاهلية، واشترط عدم تطبيقه على شرط الأهلية يؤدي الى تطبيق نص المادة العشرين على باقي الشروط الموضوعية، أي اختصاص القانون الفلسطيني وحده إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً.

نأخذ مثال على ذلك: إذا تزوج فلسطيني بالمانية، وثار نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق أمام القاضي الفلسطيني، فهنا، وبوجود الطرف الفلسطيني تخضع الشروط الموضوعية للقانون الفلسطيني وحده باستثناء أهلية الزوجة الألمانية التي تخضع لقانون جنسيتها اي القانون الألماني.

وبناء على ما سبق، فما هي الحكمة والسبب من هذا الاستثناء، تقول المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني إن: " السبب في هذا الاستثناء هو تلافي ما يترتب على قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج من اعتبار زواج الفلسطيني المسلم صحيحاً وفقاً للقانون الفلسطيني، وباطلاً وفقاً لقانون جنسية الزوج الأجنبية، وقد وجد أنه من الملائم تطبيق نفس القاعدة لآثار الزواج وانقضائه وتحقيقاً لتجانس في القانون الذي يحكم نظام الأسرة" (ابو ملوح و قدارة، 2003، الصفحات 27-28). لقد تقرر هذا الاستثناء لحماية الزواج، ومواجهة بعض الحالات التي يكون فيها الزواج صحيحاً وفق القانون الفلسطيني، وباطلاً وفق القانون الاجنبي.

وقد سار في هذا الاتجاه المشرع الأردني بنص المادة الخامسة عشرة، والمشرع المصري بنص المادة الرابعة عشرة، وفي هذا السياق قررت محكمة النقض المصرية أنه: " لما كان المطعون ضده الثاني مصري الجنسية، فإن القانون المصري يكون هو الواجب التطبيق في شأن الشروط الموضوعية

لصحة زواجه بالمطعون ضدها الاولى السعودية الجنسية طبقا لنص المادتين 12،14 من القانون المدني¹.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة نلاحظ أن المشرع التونسي لم ينص صراحة على هذا الاستثناء للشروط الموضوعية، ولكنه يستبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام في تونس، مثال على ذلك: يمنع الزوج الأجنبي المسلم التعدد بزوجة ثانية بتونس، طالما أن الشروط الموضوعية للزواج تخضع لقانون الزوجة الوطنية، على الرغم أن قانونه يسمح بالتعدد، فنلاحظ هنا يتم استبعاد تطبيق القانون الأجنبي لمخالفة النظام العام في تونس، وأن القاضي الوطني مكلف باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

أرى أن عدم نص المشرع التونسي على ذلك الاستثناء بسبب اعتماده على القاضي الوطني المكلف باستبعاد إي قانون يخالف النظام العام في تونس. وعليه فإن هذا الاستثناء المقرر لصالح الفرد الوطني يترتب عليه أثر خضوع روابط الأحوال الشخصية الدولية لقانون دولة الفرد الذي يشمل هذا الاستثناء، فيؤدي إلى تطبيق قانونه الوطني واستبعاد القانون الآخر كما أوضحنا في الفقرة السابقة.

ولهذا، تم توجيه النقد لهذا الامتياز لأنه يكرس الرغبة الوطنية، ويرفض مزاحمة القانون الأجنبي، ومشاركته للقانون الوطني، وهذا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص، ومبادئ العدالة والمساواة التي كرستها المواثيق الدولية.

ولكن رغم هذا الانتقاد نرى أن هذا الاستثناء المقرر لصالح القانون الوطني متى كان أحد الزوجين وطنيا هو استثناء له ما يبرره رغم ما قد يمكن أن يشوبه من عيوب، إذ إن حالة الأشخاص يجب أن تبقى خاضعة للقانون الشخصي باعتباره أكثر ملائمة للتطبيق من غيره في مثل هذه الروابط الدولية المختلطة (مسعودي، 2012).

¹ انظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني - الطعن رقم 15 - لسنة 38 قضائية - تاريخ الجلسة 19-10-1998 - مكتب فني 49 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 611. وانظ أيضا دواس، امين رجا، مرجع سابق ص 129 - 130.

المطلب الثالث: الشروط الشكلية للزواج

هي تلك الأحوال الواجبة لإبراز إرادة الزوجين للعالم الخارجي، عن طريق المراسيم وإعلان الزواج، فالشروط الشكلية هي عبارة عن كل الإجراءات والقواعد التي تتصل بالزواج من خلال طريقة تحريره وإعلانه، فلا بد من شرح مفهوم الشروط الشكلية والضوابط التي تحكم الشروط الشكلية.

الفرع الأول: مفهوم الشروط الشكلية

يدخل في الشروط الشكلية للزواج كل ما يتعلق بالمراسيم والأوضاع الاجتماعية والدينية لإشهاره وإعلانه وإظهاره في المجتمع عن طرق الاحتفال به من أشكال العلنية والإشهار بأوضاع خارجية مألوفة (الداودي غ.، 2010)، فالشروط الشكلية هي الطرق اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي كإشهاره وتحرير عقده وإثباته (الهداوي ، 1997).

وليس من السهل تحديد ما هو شرط موضوعي أو شكلي للشروط اللازمة لعقد الزواج، لأن هذه الشروط تعد من مسائل التكيف التي تخضع لقانون القاضي، ويعود السبب في ذلك إلى أن لكل نظام قانوني فكرته المستقلة فيما يتعلق بالزواج.

فالشروط الشكلية تختلف من دولة لأخرى، فمثلا معظم الدول المسيحية تعتبر إشهار الزواج بالشكل الديني شرطا شكليا، وبعضها يعتبره شرطا موضوعيا كالقانون اليوناني والإسباني. أما الدول الإسلامية فتشترط الشكل المدني للزواج، وليس الشكل الديني، إذ لا تشترط لإتمام الزواج إحترام طقوس معينة، أو حضور رجال دين ليقوموا بالطقوس والتلفظ بعبارات دينية لإتمامه، فلا تعتبر هذه الأمور من الشروط الشكلية، ولا يؤدي تخلفها إلى بطلان الزواج.

ومما يعد من الشروط الشكلية للزواج شرط الشهادة على الزواج في الشريعة الإسلامية، وشرط إعلان الزواج قبل حصوله بمدة معينة ينتهي فيها حق الاعتراض على الزواج، وشرط إبرام الزواج أمام جهة أو موظف " مأذون" له ذلك، وتحرير وثيقة رسمية الخ... (سلامة، 2008).

الفرع الثاني: الضوابط التي تحكم الشروط الشكلية

تعطي معظم القوانين خصوصية الشكل إلى قانون البلد الذي تم إبرام الزواج فيه، أو إلى قانون كل من الزوجين. وقد أخذ بذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني في الفقرة الثانية من المادة السابعة عشرة بقولها: "أما من حيث الشكل فيعد الزواج ما بين أجنبيين أو بين أجنبي وفلسطيني صحيحاً إذا عقد وفقاً لقانون البلد الذي تم فيه أو قانون كل من الزوجين" (المشروع المدني الفلسطيني، المادة (2/17)). ومفاد هذه المادة هو أنه لو كان أحد الزوجين فلسطينياً وعقد زواجه في ألمانيا وفقاً للشكل المقرر في القانون الألماني الذي تم فيه الزواج، فيعتبر هنا العقد صحيحاً من الناحية الشكلية، لأن المشرع لم يشترط اتباع الشكل المقرر في مشروع القانون المدني الفلسطيني، إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً. كما يعتبر الزواج صحيحاً من الناحية الشكلية.

وبناء على ما سبق، فإن شكل التصرف القانوني يخضع بحسب الأصل إلى قانون البلد الذي تم فيه، وبالتالي فإن الشروط الشكلية للزواج تخضع كأصل عام أيضاً إلى قانون البلد الذي انعقد فيه هذا الزواج، حيث يرجع إلى هذا البلد لبيان فيما إذا كان الزواج قد توافرت له شروط صحته من الناحية الشكلية إذا كان هذا البلد يقرر اخراج الزواج بشكل أو وسيلة معينة كالتسجيل المدني، أو التوثيق من المراجع المختصة (الكسواني ع، 2010).

لقد أخذ المشرع الفلسطيني بهذه القاعدة العامة التي تسند شكل التصرف إلى قانون دولة الإبرام في نص المادة الثامنة والعشرين من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وفيه: " تخضع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، أو لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك" (المشروع المدني الفلسطيني، المادة (28))

وتوضيحا لما سبق فإن زواج أجنبيين في فلسطين أحدهما الماني الجنسية والآخر جزائري الجنسية، وتم إبرام عقد الزواج في فلسطين، فيعد الزواج من الناحية الشكلية صحيحاً إذا روعي فيه الشكل الواجب اتباعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ويعد أيضا من باب التسهيل على الزوجين اعتبار عقد قرانهما صحيحا من حيث الشكل اذا ما روعيت في إبرامه أيضا الأوضاع التي يقررها قانون كل من الزوجين (دواس، 2013)، فوجود هذا النص يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على الزواج من حيث الشكل والموضوع، أي يكون القانون الذي يحكم الشروط بشقيها الموضوعي والشكلي قانونا واحدا وليس متعددا. فزواج المانيين في فلسطين أمام القنصل الألماني وفقا للقانون الألماني يعدّ صحيحا لمراعاته الشكل المنصوص عليه في قانون جنسيتها، ويعتبر أيضا صحيحا لو تم الزواج وفقا للشكل المطلوب في القانون الفلسطيني وذلك لتنظيمه حسب قانون بلد إبرام التصرف.

وقد سار في هذا الاتجاه المشرع الأردني بمتن المادة الثالثة عشرة في الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني التي تقول: "أما من حيث الشكل فيعد الزواج ما بين أجنبيين أو بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لقانون البلد الذي تم فيه أو قانون كل من الزوجين (القانون المدني الاردني، المادة (2/13))." وكما أكدت محكمة تمييز الحقوق الأردنية في حكمها على أن القاعدة السائدة في القانون الدولي الخاص تعتبر الزواج صحيحا إذا أبرم وفقا للشكل المقرر في قانون الدولة التي تم فيها العقد حتى لو لم يتفق مع الشكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي اليها الزواج"¹.

فلو كان أحد الزوجين أردنيا أو فلسطيني الجنسية، وأرادا إبرام عقد زواج في الخارج، يتم العمل بالقاعدة التي تم ذكرها سابقا، فوجود طرف أردني أو فلسطيني في عقد الزواج هذا لا يجعله خاضعا بشكل كلي للقانون الأردني أو الفلسطيني، وذلك عملا بنص المادة الخامسة عشرة من القانون المدني الأردني، والمادة العشرين من مشروع القانون المدني الفلسطيني، ولأن النص في المادة (2/17) من مشروع القانون المدني الفلسطيني والمادة (2/13) من القانون الأردني، لم تشترطا في حال ما إذا كان أحد الزوجين فلسطينيا/ أردنيا اتباع الشكل المقرر في القانون الفلسطيني/ الأردني (الهداوي ، 1997).

¹ أنظر الحكم محكمة تمييزية نكح في حق الزوج الاردني، رقم 157، لسنة 1975،
<https://qistas.com/ar/decs/info/427298/2?sw=%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC%20%D8%A8%D8%A7%D9%84%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%20%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%88%D9%84%D9%8A%20%D8%A7%D9%84%D8%AE%D8%A7%D8%B5&stype=1&ex=&vmode=1>

وتحليلاً لما سبق نلاحظ أن كلا من المشرع الفلسطيني و الأردني قد أوقع نفسه في تناقض، لأن المادة التي تتعلق بالشروط الشكلية نصت على ضابطين اثنين هما قانون البلد الذي تم فيه الزواج، وقانون كل من الزوجين ولم يشترط تطبيق القانون الفلسطيني / الأردني اذا كان أحد طرفي الزواج فلسطينيا/ أردنيا، وكان التناقض بالاستثناء الذي جاء به المشرع الفلسطيني بنص المادة العشرين/ والأردني بنص المادة الخامسة والعشرين، الذي يعطي الاختصاص للقانون الفلسطيني/ الأردني إذا كان أحد الزوجين فلسطينيا /أردنيا وقت عقد الزواج. ولحل هذا التناقض " نرى أن الاستثناء هو القاعدة العامة، ويستثنى من المبدأ العام شكل الزواج اذ يجوز إتباع الشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه" (الهداوي ، 1997).

أما في تونس فإن المشرع التونسي بالنسبة لشكل الزواج فقد أعطى الاختصاص لقانون الجنسية المشتركة للزوجين، أو لمكان إبرام الزواج، حيث نصت المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص بنص المادة (46): " تخضع الشروط الشكلية للزواج للقانون الشخصي المشترك أو لقانون مكان إبرام الزواج"(القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 46، 1998).ولقد جعل المشرع التونسي قاعدة مكان الإبرام قاعدة احتياطية في حال عدم اتحاد جنسية العاقدین (رحاوي، 2016). أي أن القاعدة العامة هي القانون الشخصي المشترك للزوجين، وفي حال اختلاف الجنسية نذهب للقاعدة الاحتياطية ألا وهي مكان إبرام الزواج. وهذا بخلاف المشرع الفلسطيني حيث إن التعدد بالضوابط جاء على سبيل التخيير بين مكان الإبرام أو قانون كل من الزوجين.

"ولكن هذا لا يمنع الموثق التونسي من استبعاد كل شرط مخالف للنظام العام التونسي، ولا دون الاستجابة لكل شرط يقتضيه النظام العام التونسي، أو القواعد الأساسية المنظمة لمرفق الحالة المدنية أو مهنة الإشهاد كضرورة التعريف بالطرفين وحضورهما شخصيا أمام الموثق، ووجوب تحرير عقد الزواج بتونس أمام عدلي إشهاد، أو ضابط الحالة المدنية،ولو كان القانون الشخصي يخول إبرامه أمام غير هؤلاء كالمحامين وغيرهم من الموثقين غير الرسميين" (بن موسى، 2003، صفحة 416).

وبمقارنة القانون المصري بالقوانين السابقة نجد أن المشرع المصري لم يضمن نصاً خاصاً يحكم الزواج من حيث الشكل بخلاف المشرع الفلسطيني، والأردني، والتونسي فقد جاءوا بقاعدة صريحة تحكم شكل الزواج، وفي هذه الحالة يتم الرجوع للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية بصفة عامة (الكردى، 2005).

وبحسب الأصل إلى قانون البلد الذي تم فيه التصرف، والمنصوص عليها بنص المادة عشرين من القانون المدني المصري: "العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، أو لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك" (القانون المدني المصري، المادة (20)). فقد أخضع المشرع الشروط الشكلية لأربعة قوانين هي:

- قانون بلد إبرام
- القانون الذي يحكم موضوع الزواج
- قانون موطن الطرفين
- قانونهما الوطني المشترك

وحقيقةً إن قانون بلد إبرام الزواج يكون عادة قانون موطن الطرفين فغالباً ما يعقد الأطراف عقد زواجهم في موطنهم، وأن القانون الذي يحكم موضوع الزواج هو على الأقل القانون المصري أي قانون جنسية الطرفين، وفي هذه الحالة ينعدم الخيار إذا اتحدت القوانين ببعضها بعضاً.

وبناء على المادة عشرين من القانون المدني المصري لا بد أن نفرق بين الحالات الآتية: أولاً زواج المصريين في الخارج، يكون زواجا صحيحا من حيث الشكل إذا أبرم وفقا للإجراءات التي يستلزمها القانون المحلي، أي قانون الدول التي يتم إبرام الزواج فيها. فإذا كان طرفا عقد الزواج مسلمين فيتم إبرامه في الشكل الذي يستلزمه القانون المحلي في حال إذا كان شكلاً مدنياً، لأن الزواج في الشريعة الإسلامية لم يتطلب شكلاً دينياً معيناً، فإذا تم الزواج وفقاً للشكل الديني للقانون المحلي يكون باطلاً،

ولكن لو كانوا غير مسلمين يكون زواج المصريين بالخارج وفقا للقانون المحلي، أي قانون محل إبرام يكون الزواج صحيحا سواء كان مدنيا أو دينيا.

ويكون الزواج صحيحا من حيث الشكل للمصريين إذ تم إبرام الزواج وفقا للشكل الذي يتطلبه القانون المصري أي قانون جنسيتهم المشتركة. ويكون الزواج أيضا صحيحا إذا أبرم وفقا للشكل المقرر في قانون الدولة التي يقيمون فيها، حيث إن هذا الأخير يتطابق مع قانون محل إبرام الزواج.

أما زواج الأجانب في مصر فيكون صحيحا من حيث الشكل إذا تم وفقا للإجراءات التي يستلزمها القانون المصري، على اعتباره قانون بلد الإبرام، فيكون اما بالشكل الإسلامي، أو الشكل المدني الرسمي. ويجوز إبرام زواجهم بالشكل المقرر في القانون المصري، إذا كانوا يقيمون في مصر.

وأخيرا يجوز إبرام زواج الأجانب في مصر بالشكل في بلدانهم، لدى المعتمد الدبلوماسي أو القنصلي لدولهم في مصر، طالما كان مسموح لهم وفق قانون دولتهم وغير محظور في القانون المصري (سلامة، 2008).

يتضح أن القوانين التي تحكم شكل عقد الزواج على سبيل التخيير في القانون المصري أكثر منها في القانون الفلسطيني والأردني والتونسي.

وبناء على ما سبق فإن كل القوانين التي تم ذكرها سابقا استندت لقانون الجنسية باعتباره خيارا يطبق على شكل الزواج، فنرى أن ضابط الجنسية يلعب دورا مهما في الإستناد إليه في كافة القوانين، لكون هذا الضابط أكثر استقرارا وثباتا وعدالة في إثبات الحقوق.

الفصل الثاني

الدور الوظيفي للجنسية في آثار وانتهاء الزواج، والنسب والتركات

كما بينا سابقا أن الزواج يشكل مجالا خصبا لتنازع القوانين، وذلك بسبب تفرّع العلاقات الزوجية واتصالها بأكثر من نظام قانوني. وبيننا أيضا دور الجنسية في الشروط الموضوعية والشكلية للزواج، ومدى ارتباط الجنسية بمسائل الزواج.

وعليه فإن عقد الزواج الصحيح يترتب آثارا منها الشخصي، ومنها المالي، وقد تصدم الحياة الزوجية خلال استمرارها بمعوقات مما يؤدي لاستحاله استمرار هذا الزواج، فليجأ الزوجان لحل الرابطة الزوجية أو قد ينتهي الزواج طبيعيا بوفاة أحد الطرفين وهذا لا يسبب أي مشكلة، ولكن يمكن أن ينتهي عقد الزواج بسبب تخلف أي شرط من شروط صحة الزواج، حيث يؤدي ذلك إلى بطلان العقد، أو ينتهي بإرادة أحد الزوجين المنفردة، أو عن طريق حكم قضائي بالتفريق بين الزوجين، أو بالانفصال الجسماني.

فعند انتهاء الزواج فإنه يترتب آثارا كالنفقة بأنواعها، وحضانة الأولاد، ومسائل التدابير المستعجلة.

حيث تلعب الجنسية دورا كبيرا في النسب والآثار المترتبة عليه من ولاية وحضانة والنفقات بين الأقارب وبالإضافة لدور الجنسية ومدى ارتباطها في التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالميراث والوصية.

فما دور الجنسية في هذه المسائل؟ وما مدى الارتباط الفعلي بين الجنسية ومسائل النسب والتركات؟

وعلى هذا الأساس سوف تتناول الباحثة في هذا الفصل ثلاث مسائل: الأولى في المبحث الأول، وهي دور الجنسية فيما يخص آثار الزواج وانتهائه، والأخرى في المبحث الثاني، وهي الجنسية ودورها في النسب والآثار المترتبة عليه، أما المسألة الأخيرة فهي المبحث الثالث الذي يتناول الجنسية كضابط إسناد في التركات.

المبحث الأول: دور الجنسية في آثار الزواج وإنتهائه

متى استوفى العقد شروطه الموضوعية والشكلية انعقد عقد الزواج صحيحاً نافذاً، ومتى كان العقد صحيحاً فإنه يترتب عليه آثاراً قانونية عدة، تتمثل في الحقوق والواجبات لكلا الزوجين، وقد تكون هذه الآثار ذات صبغة شخصية بحتة، أو ذات صبغة مالية. إضافة إلى ذلك فقد تصدم الحياة الزوجية خلال استمرارها بعدة معوقات مما يؤدي لاستحالة البقاء في هذا الزواج، فيلجأ الزوجان لحل الرابطة الزوجية.

ولبيان الدور الوظيفي لضابط الجنسية في آثار الزواج وإنتهائه، لا بد من البحث في دور هذا الضابط ومعرفة آثاره وأبعاده.

وفي هذا المبحث سوف نتناول الباحثة مسألتين الأولى: الجنسية ودورها في آثار الزواج، والثانية: الجنسية كضابط إسناد بخصوص انتهاء الزواج.

المطلب الأول: الجنسية ودورها في آثار الزواج

ينعقد عقد الزواج بمجرد اقتران الإيجاب مع القبول وتوافر كافة الشروط، وعقد الزواج كسائر العقود تترتب عليه آثار قانونية ذات صبغة شخصية ومالية.

يقصد بآثار الزواج مجموعة من الحقوق والالتزامات سواء أكانت شخصية الطابع أم مالية، وهي تنشأ لكلا الزوجين نتيجة الزواج، الذي هو عقد حقوق والتزامات متبادلة لكلا الزوجين، كحق الزوج على زوجته بالطاعة، وحقها عليه بالعدل وطيب العشرة (الكسواني ع.، 2010). وتعتبر أيضاً آثار الزواج كل ما يترتب من حقوق والتزامات على طرفي العلاقة الزوجية، ويتمثل منها ما هو متعلق بالأشخاص، ومنها ما يتعلق بالأموال. فما هي الآثار الشخصية والمالية؟

الفرع الأول: مضمون ضابط الجنسية بآثار الزواج

يقصد بآثار الزواج الشخصية تلك المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجين المتبادلة كالمساكنة، والوفاء، والمساعدة، والاسم الزوجي في بعض الدول (المصري، 2002) وتشمل أيضا حق العشرة، وحق الزوج بالطاعة والقرار في منزل الزوجية، ورعاية شؤون المنزل، والحق بالقوامة والتوجيه، ومعاملة الزوجة معاملة حسنة، وعدم إلحاق الضرر بها بالفعل أو القول أو إيذائها في مالها أو بدنها، وحقها بالعدل إذا تعددت زوجاته. وهناك آثار تشمل العائلة أيضا كعلاقة الأولاد بالوالدين، والبنوة الشرعية، والحضانة والتربية، وإثبات البنوة وإقرارها والسلطة الأبوية.

وكما ينتج الزواج آثارا شخصية متعلقة بكلا الزوجين، فإنه ينتج أيضا آثارا مالية، أي تتعلق بالذمة المالية للزوجين والأموال التي يمتلكها، "وبناء عليه يجب تحديد المركز القانوني لتلك الذمة والأموال التي يمتلكها إبي من الزوجين في أثناء وبعد الزواج من حيث ملكيتها، وإدارتها، والانتفاع بها" (الدين، 2007).

عرف النظام المالي المشترك بين الزوجين لدى الدول الغربية إنه نظام ينظم في النظم القانونية الأجنبية دون الشريعة الإسلامية، بما يعرف بالمشاركة المالية للزوج، ويذهب هذا النظام إذا كان هناك استقلال في الذمة المالية للزوجين قبل الزواج، وبمجرد إبرام الزواج وقيام الرابطة الزوجية يكون لهذا الزواج أثر على استقلال الذمة المالية وينشأ نظام مالي جديد بين الزوجين. وبخلاف الشريعة الإسلامية لا يترتب على انعقاد الزواج أي أثر على استقلال الذمة المالية للزوجين، وعليه يحتفظ كل زوج بحقه وحرية في التملك وإدارة أمواله والانتفاع بها والتصرف بها، فذمة كل زوج تبقى منفصلة عن ذمة الزوج الآخر (سلامة، 2008).

يثار هنا تساؤل: هل أثرت التفرقة بين آثار الزواج الشخصية والمالية على موقف التشريعات الوطنية من حيث تحديد القانون الذي تخضع له آثار الزواج؟

نعم أثرت هذه التفرقة على موقف التشريعات فمنهم من انتهج مذهب وحدانية القانون المطبق على كل آثار الزواج دون التفرقة بين اثاره الشخصية والمالية، ومنهم من اعتمد مذهب ازدواجية القانون المطبق على آثار الزواج الجديد " كالقانون الدولي الخاص النمساوي حيث أخضع الآثار الشخصية للقانون الوطني المشترك للزوجين بينما جعل الآثار المالية خصوصاً النظام المالي للزوجين من اختصاص الذي يختاره الأطراف، وقد أخذ أيضاً بحل قريب من هذا المذهب القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 والقانون الدولي الخاص البيروني لعام 1984 والسويسري لعام، 1987 وهو الحل المستقر في فرنسا" (سلامة، 2008). فهناك ضابط إسناد مختص بالآثار الشخصية وآخر مختص بالآثار المالية.

وقد أخذت بمذهب الوحدانية العديد من التشريعات العربية، ومنها مشروع القانون المدني الفلسطيني، والقانون المدني الأردني، والقانون المدني المصري، ومجلة القانون الدولي التونسي.

تعطي معظم القوانين خصوصية لآثار الزواج بما في ذلك آثاره بالنسبة للمال، لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وقد أخذ بذلك مشروع القانون المدني الفلسطيني في المادة الثامنة عشرة بقولها: "1- يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال. 2- إذا اتحدت جنسية الزوجين بعد الزواج يطبق قانون جنسيتهما على آثار الزواج"¹.

ومفاد المادة الثامنة عشرة من مشروع القانون المدني الفلسطيني إذا انعقد زواج بين فلسطيني وألمانية، ورفعت دعوى بشأن آثار الزواج أمام قاض فلسطيني، فيطبق القاضي قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، أي نبحث في القانون الفلسطيني عن الحل المتعلق بالخلاف الذي وقع بشأن أي أثر من آثار الزواج.²

¹ انظر نص المادة (1/18) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، سبق ذكره. وتقابلها المادة (1/14) مدني اردني، والمادة (1/13) مدني مصري، سبق ذكرهما.
² وقد سار في هذا الاتجاه المشرع الأردني بمقتضى المادة الرابعة عشرة من القانون المدني الأردني، وأيضاً المشرع المصري بمقتضى المادة الثالثة عشر من القانون المدني المصري. بقولها " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال".

وفي مصر قررت محكمة النقض المصرية بحكمها أن " المنازعات المتعلقة بالنظام المالي بين الزوجين هي من مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم فكل ما اتصل بهذا النظام من قواعد خاصة بتقرير حقوق للزوجين، ومدى هذه الحقوق وماهيتها والمواعيد الخاصة ببقائها وسقوطها يخضع لقواعد الإسناد الواردة في المادة (13) من القانون المدني المصري"¹.

ونلاحظ من خلال قراءة نص المادة الثامنة عشرة من مشروع القانون المدني الفلسطيني أن المشرع وضع ضابطي أسناد، على سبيل التدرج وليس التخيير، هما جنسية الزوجين إذا اتحدت بعد الزواج، فإذا لم تتحد فنطبق جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وبذلك فإن المشرع الفلسطيني قد خطا خطوة إلى الأمام عن نظيره في الدول العربية بأعماده تطبيق قانون جنسية الزوجين المشتركة على آثار الزواج، في حين تضمن النصان الأردني والمصري ضابطا واحدا لإسناد آثار الزواج هو جنسية الزوج وقت الزواج.

وعليه تم ضبط وقت الاعتداد بقانون جنسية الزوج، فحدد بوقت إبرام الزواج، والعلّة من ذلك حماية توقعات الزوجة بشأن القانون الذي يحكم آثار زواجها، وأن الحقوق وواجبات الزوجين تحددت وقت انعقاد الزواج، إذ ليس من العدل أن تتغير وتتبدل هذه الحقوق، خوفا من قيام الزوج بتغيير جنسيته ليهرب من أي عبء قد يقع عليه، لذا حتى لو غير الزوج جنسيته بعد الزواج، فإن ذلك لا يغير حقيقة القانون المطبق على آثار الزواج، لأنه القانون المعروف للزوجة منذ انعقاد الزواج.

وبناء على ما سبق فإن علّة المشرع في إخضاع آثار الزواج لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج، دون الزوجة لصعوبة إخضاع آثار الزواج إلى القانونين معا، لأنه يؤدي إلى تطبيق أحدهما على الآخر عند اختلاف بينهما، من باب الحرص على العائلة وديمومتها، ولأن الزوج هو رب الأسرة تقع عليه حمايتها وتوفير احتياجاتها وتحمل أعبائها. وفي هذا المعنى، تقول المذكرات الإيضاحية لمشروع

¹ انظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني - الطعن رقم 45- لسنة 29 قضائية- تاريخ الجلسة 26-6-1963- مكتب في 14- رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 913

القانون المدني الفلسطيني إنه: " من العسير تطبيق قانون كل من الزوجين على آثار الزواج، وفي ذات الوقت إذ لم يتنس تطبيق أيهما عند الاختلاف إلا بمخالفة الآخر، لذلك ورد في الفقرة الأولى حكم تطبيق قانون الزوج وقت انعقاد الزواج على آثار الزواج على أساس أنه رب العائلة" (ابو ملحوح و قدارة، 2003، صفحة 26).

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة نجد أن المشرع التونسي أعطى اختصاص آثار الزواج بشقيها الشخصي والمالي للقانون الشخصي المشترك بمتن المادة السابعة والاربعين والمادة الثامنة والاربعين من مجلة القانون الدولي الخاص، حيث نصت على " تخضع واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك، وإذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقرر مشترك لهما وإلا فقانون المحكمة" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 47، 1998). و"يخضع النظام المالي للزوجية للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة عند انعقاد الزواج، وعند اختلاف الجنسية يخضع النظام المالي للزوجية لقانون أول مقرر مشترك لهما إن وجد وإلا فللقانون مكان إبرام عقد الزواج".

اخضع المشرع التونسي الآثار الشخصية أي واجبات الزوجين للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة، وفي حال اختلاف جنسية الزوجين تخضع لقانون آخر مقرر مشترك لهما، وأن لم يكن لديهم مقرر مشترك نطبق قانون المحكمة المتعده بالنزاع إي (قانون القاضي)، ومن الواضح أن هذه القاعدة تضع ثلاثة ضوابط إسناد على سبيل التدرج وليس التخيير، فهي تخضع واجبات الزوجين لضابط إسناد أصلي ألا وهو القانون الشخصي المشترك، أي قانون جنسية الزوجين المشتركة، ولضابطين احتياطيين أولا المقر المشترك للزوجين في حالة اختلاف الجنسية، وثانيا إذا لا توجد جنسية مشتركة، وآخر مقرر مشترك نطبق قانون المحكمة. وكذلك الأمر بالنسبة للآثار المالية إي النظام المالي فقد أخضعها للقانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة، إي لقانون الدولة التي كانا

يحملان جنسيتها عند انعقاد الزواج كضابط إسناد إصلي، أما في حال اختلاف الجنسية فيخضع لقانون أول مقر مشترك كضابط إسناد إحتياطي، وإذا لم يوجد فنطبق قانون إبرام عقد الزواج.

وبناء على ما سبق فإن علة المشرع التونسي من إخضاع آثار الزواج للقانون الشخصي المشترك هي المساواة بين الزوج والزوجة، وتحقيقاً للعدل بينهما. فالمشرع التونسي كان بخلاف المشرعين في القوانين السابقة التي أعطت الاختصاص لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج.

وبناء على ما سبق فإذا كانت القاعدة العامة تخضع آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، إلا أن معظم التشريعات العربية وردت استثناء على قاعدة آثار الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وتقضي هذه القاعدة تطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية.

وهذا ما اكدت عليه المادة العشرون من قانون المشروع المدني الفلسطيني: " يسري القانون الفلسطيني في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً وقت انعقاد الزواج، فيما عدا شريطة الأهلية للزواج" ويقابل هذه المادة كل من القانون المدني الاردني في المادة الخامسة عشرة والقانون المصري في المادة الرابعة عشرة 1.

وبناء على ما سبق فإن هذا الاستثناء المقرر لمصلحة الشخص الفلسطيني لا يفيد، ويفقد قيمته إذا كان الزوج هو الطرف الفلسطيني، لأنه وفي هذه الحال سيطبق القانون الفلسطيني بموجب نص المادة الثامنة عشرة من مشروع القانون المدني الفلسطيني، غير أنه يمكن لهذا الاستثناء أن يشكل أثراً أكثر فعالية إذا كانت الزوجة هي الطرف الفلسطيني، وبالرغم من حيث الأصل إذا كانت الزوجة فلسطينية والزوج أجنبي فإن القانون الفلسطيني لا يطبق على آثار الزواج وفقاً لنص المادة الثامنة عشرة، على اعتبار أن الزوج هو رب العائلة، وله القوامة ولكن يطبق القانون الفلسطيني بموجب نص المادة العشرين إذا كانت

¹ أنظر نص المادة (20) من المشروع المدني الفلسطيني، ويقابلها المادة (15) مدني اردني، والمادة(14) مدني مصري، سبق ذكرهم.

الزوجة فلسطينية فينقلب هنا المعيار، ويتم الاعتراف بقانون جنسية الزوجة وقت انعقاد الزواج. وحذا
حذو هذا الاتجاه أيضا المشرعان الأردني والمصري.

وفي هذا السياق قررت محكمة النقض المصرية على أنه " وإن نص القانون المدني في المادة 13 على أنه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على جميع الآثار التي يرتبها عقد الزواج، بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال" إلا أنه استثنى من هذه الحالة ما إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج، فنصت المادة 14 على سريان القانون المصري وحده في هذه الحالة فيما عدا شرط الأهلية، مما مفاده أن الحضانة باعتبارها من الآثار المترتبة على الزواج يسري عليها القانون المصري وحده إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده"¹.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة، نلاحظ أن المشرع التونسي لم ينص صراحة على هذا الاستثناء بالنسبة لآثار الزواج، إذ لم يضع نصاً خاصاً لمقتضى مصلحة الفرد الوطني، وذلك لأنه "لا يجوز إقرار إمتياز الجنسية التونسية كلما تعلق الأمر بطرف تونسي في النزاع المعروض على القاضي، لأن ذلك يؤول لنفي فلسفة وقواعد القانون الدولي الخاص بوصفه قانوناً علائقياً بين الشعوب، طالما أن اعتماد الامتياز يؤول لإقصاء واضح لإمكانية تطبيق القانون الأجنبي الذي تضعه قاعدة الإسناد على قدم المساواة مع القانون الوطني في مرحلة احتمال تطبيق أحد القانونين، كذلك يعتبر تكريس امتياز الجنسية خلط بين الإختصاص القضائي والإختصاص التشريعي لا بد من التفريق بينهما، وإلا فإن تعهد القاضي الوطني بالنظر في النزاع سيؤول لتطبيق قانونه (بن موسى، 2003). ولأن مثل هذا الامتياز يؤدي تكريس الرغبة الوطنية، ورفض مزاحمة القانون الأجنبي ومشاركته للقانون الوطني، وهذا يتعارض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون الدولي الخاص، ومبادئ العدالة.

¹ انظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني - الطعن رقم 11 - لسنة 64 قضائية - تاريخ الجلسة - 28-6-1999 - مكتب فني 50 - رقم الجزء 1 - رقم الصفحة 422.

الفرع الثاني: مدى إرتباط بعض المسائل بفكرة آثار الزواج

في تحديد ما يعد من آثار الزواج يعد من مسائل التكيف التي تخضع لقانون القاضي، يثار هنا التساؤل حول طبيعة بعض الآثار ذات الطابع المختلط التي يمكن أن تندرج تحت أكثر من قاعدة تتازع، مثل الحق في النفقة وأهلية الزوجة بعد الزواج، والنظام المالي بين الزوجين، فما مدى إدراج وتعلق هذه المسائل بفكرة آثار الزواج أو عدمها.

أولا مسألة النفقة

يقصد بالنفقة الزوجية هي التي تجب بمقتضى عقد الزواج الصحيح وما في حكمة، وعلى إي من الزوجين قبل الآخر، خصوصا التزام الزوج بالإنفاق على زوجته أثناء قيام العلاقة الزوجية مقابل إقرار الزوجة في منزل الزوجية ورعاية شؤونه (سلامة، 2008). فالنفقة الزوجية العادية لا تثير خلافا لأنها تعد من آثار الزواج، وتخضع لقانون جنسية الزوج.

أما النفقة التي تثير خلافا فهي النفقة الوقتية، فهل تعتبر من آثار الزواج، وتخضع لقانون جنسية الزوج أم تخضع لقانون آخر. لأنه يقصد بها " النفقة التي تطالب بها الزوجة أثناء رفع دعوى ترتبط بإنشاء رابطة زوجية أو إنهائها، وذلك بهدف إصدار حكم وقتي لمواجهة حاجة الزوجة العاجلة في ضرورات المعيشة إذا ما هجرها زوجها، أو امتنع عن الإنفاق عنها، حتى لا يترتب على بقاء القضاء إضرار بها، ولكن ليس من شأن هذا الحكم التأثير في جوهر النزاع" (الكسواني ع، 2010). فمنهم من اعتبر النفقة الوقتية أثرا من آثار الزواج ومنهم من اعتبرها من موضوع دعوى التطلق وآخرون عدّوها من الإجراءات الوقتية.

بناء على ما سبق تقول المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني أن: " النفقة الوقتية التي يطالب بها الأقارب بصفة عاجلة حتى يتم الفصل في الدعوى، فالنفقة تخضع لقانون القاضي، إما لأنها من الإجراءات الوقتية أو كونها تتعلق بالنظام العام" (ابو ملوح و قداة، 2003) بهذا المعنى فإن النفقة

الوقتية التي تطلبها الزوجة عند رفع إنهاء الزواج تعد مسألة إجرائية، وتخضع بالتالي لقانون القاضي" (دواس، 2013).

واعتبرها المشرع الأردني بمثابة إجراء من إجراءات التقاضي التي يلجأ إليها للمحافظة على نظام السلامة العامة، والأمن الاجتماعي العام في الدولة التي أخضعتها لقانون القاضي الناظر فيها، فلذلك لا تعتبر النفقة الوقتية من آثار الزواج، وقد أخرجها المشرع من إطار تطبيق نص المادة الرابعة عشرة من القانون المدني الأردني. (الكسواني ع.، 2010؛ المصري، 2002).

أما في مصر فذهب معظم الفقهاء إلى أن النفقة الوقتية من الإجراءات الوقتية التي يطلب إلى القاضي اتخاذها لاعتبارات تتعلق بعوز الخصم، أو تتعلق بإجراء مستعجل يتصل بالسلام العام والأمن المدني الذي يجب توافره لكل من يوجد على إقليم دولة القاضي (الدين، 2007).

أما في تونس فقد أعتبرها المشرع من المسائل والإجراءات الوقتية ذات صبغة تحفظية، وتخضع كلها للقانون التونسي أي قانون القاضي، باعتبارها من إجراءات الأمن المدني (بن موسى، 2003).

وبناء على ما سبق نلاحظ إجماع القوانين السابقة على أن النفقة الوقتية تخضع لقانون القاضي باعتبارها من الإجراءات الوقتية، ولا تخضع لآثار الزواج، ولا لمواضيع دعوى التطليق، وذلك من أجل سلامة الأمن الوطني والسلامة العام.

ثانياً مسألة أهلية الزوجة

تخضع أهلية الشخص لقانون جنسيته أي القانون الشخصي سواء كان ذكراً أو أنثى، لكن هل تنقص أهلية المرأة بسبب زواجها، وبالتالي تحتاج إلى إذن زوجها لقيامها بعدد من التصرفات القانونية، وإذا كان الزواج ينقص من أهلية الزوجة فهل يعتبر هذا النقصان أثراً من آثار الزواج؟

الواقع أن الشريعة الإسلامية أقرت للمرأة المتزوجة أهلية كاملة لا يعترىها النقصان ولا تتأثر بالزواج، وأن المشرع الفلسطيني لم يرتب نقصاً لأهلية المرأة المتزوجة نتيجة زواجها، ولاحقاً تبقى الزوجة الفلسطينية أو الزوجة الأجنبية المتزوجة بفلسطيني كاملة الأهلية.

ولعموم الفائدة، وبالنسبة لبعض القوانين التي تفرض قيوداً على حرية المرأة بعد زواجها، تؤدي إلى نقصان أهليتها، يعتبر هذا النقصان الذي يلزم الزوجة الحصول على إذن زوجها من أجل القيام بتصرف قانوني معين من قبيل الآثار المترتبة على الزواج، وبالتالي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وسبب هذا النقصان هو الزواج ويزول بزواله. وبناء على ما سبق نقرر أن الفقه الراجح أن الفقهاء كانوا قد فرقوا بين نقص أهلية المرأة المتزوجة نقصاناً عاماً أو خاصاً، فإذا كان النقصان عاماً اعتبروه أثراً من آثار الزواج، وإذا كان خاصاً رأوا وجوب خضوعه للقانون الذي يحكم التصرف ذاته (الوكيل، 1962؛ عبدالله، 1977؛ منصور، 1955).

ثالثاً: مسألة النظام المالي للزوجين

اسلفنا سابقاً أن النظام المالي للزوجين غير معترف به في الشريعة الإسلامية من أجل حماية الزوجة وشخصيتها من الزوج، وهو نظام هجين من نوعه، لذا لا يوجد له تنظيم في تشريعنا الفلسطيني. ويقصد بالنظام المالي "مجموعة القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين، والتي بمقتضاها يتم بيان حقوق وواجبات كل منهما وإدارتها والانتفاع بها، ومن حيث الديون التي تتم قبل الزواج وفي أثنائه وبعد انحلال عقده وتسوية حقوق كل من الزوجين بعد انتهاء الزوجية" (صادق و الحداد، 1999).

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على المسائل، فقد حسم المشرع هذه المسائل وأسندها لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد العقد، ويثار هذا التساؤل هنا حول إمكانية إبرام العقود بين الزوجين كعقود البيع والتملك والهبات والشركات، وإذا كانت هناك إمكانية فما القانون الواجب عليها؟ وهل يتم اعتبارها أثراً

من آثار الزواج، وبالتالي ينطبق عليها قانون جنسية الزوج؟ أم تخضع للقاعدة العامة وينطبق عليها قانون الإرادة؟

لقد اعترفت النظم القانونية بجواز وصحة إبرام العقود بين الأزواج، ليس فقط احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، وحرية الاتفاقات، بل كذلك باعتبار تلك العقود من أدوات إدارة وتنمية الأسرة (سلامة، 2008).

أما القانون المطبق على العقود بين الزوجين فقط انقسم الفقه إلى قسمين: منهم من رأى تطبيق القاعدة العامة التي تحكم كافة العقود وهو قانون الإرادة، أما الرأى الأخر فيرى أن هذه العقود لا تخرج عن فكرة النظام المالي، وبالتالي نطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد العقد، ويبرر هذا الاتجاه موقفه الذي نؤيده أن الهدف من وضع بعض القيود على فكرة العقود بين الزوجين لا يتعلق بحماية العقد وأطرافه وإقامة التوازن بينهم، إنما من أجل حماية نظام الزواج بذاته، وبالتالي لا بد من خضوع هذه العقود لنفس القانون الذي يحمي كافة الآثار الناشئة عن الزواج، كون هذا القانون هو القادر على حماية الزواج والعمل على ضمان ديمومته واستقراره (الكسواني ع.، 2010).

المطلب الثاني: الجنسية كضابط إسناد بخصوص إنتهاء الزواج

عقد الزواج من العقود ذات الأهمية الكبيرة في مادة الأحوال الشخصية، يرجع للأسس الدينية والخلقية والاجتماعية التي شكلت عاملاً كبيراً في إنشائه، وقد أدى ذلك لاختلاف التشريعات في جواز حل الرابطة الزوجية أو عدم جوازها.

قد تصدم الحياة الزوجية خلال استمرارها بعدة معوقات، مما يؤدي لاستحالة البقاء في هذا الزواج، فيلجأ الزوجان لحل الرابطة الزوجية، وإذا نشأ عقد الزواج بتلاقي الإيجاب والقبول، والاتفاق على الشروط الموضوعية والشكلية، فإنه ينقضي وينحل بالطلاق، أو بالتطليق، أو بالبطان، أو بالانفصال

الجسماني (الداودي غ.، 2010)

وقد ينتهي الزواج طبيعاً بوفاة أحد الطرفين، وهذا لا يثير مشكلة، وقد ينتهي بسبب تخلف أي شرط من شروط صحة الزواج، مما يؤدي إلى بطلان عقد الزواج، وقد ينتهي الزواج بالإرادة المنفردة بالطلاق من قبل الزوج، أو بحكم قضائي بالتفريق بين الزوجين أي (التطليق) الذي يكون بناء على طلب الزوج أو الزوجة كما هو الحال بالنسبة للشريعة الإسلامية، أو قد ينتهي بالانفصال الجسماني وهذا تقره بعض الدول الغربية والديانة المسيحية التي لا تسمح بالطلاق.

الفرع الأول: الجنسية ودورها في انتهاء الزواج

فرق المشرع الفلسطيني بين الطلاق والتطليق، فأسند الطلاق لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق.

ولأن الطلاق لفظي يقع من الزوج وينشأ لحظة التلفظ به، ثم بعد وقوعه يتم تثبيته بالمحكمة لذلك أسنده المشرع الفلسطيني لقانون دولة الزوج وقت الطلاق، أما التطليق فيكون بحكم قضائي لإنهاء الرابطة الزوجية بقرار قضائي بناء على طلب من الزوج أو الزوجة، أسنده المشرع لقانون دولة الزوج وقت انعقاد العقد وكذلك بالنسبة للفسخ والانفصال الجسدي.

أخذ المشرع بذلك، بنص المادة التاسعة عشرة من مشروع القانون الفلسطيني التي تقول: "يسري على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، و يسري على التطليق القضائي، والفسخ، والانفصال، قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج" (مشروع المدني الفلسطيني، المادة (19)).

ما يؤخذ على هذا النص أنه يقضي بتطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، وقد يؤدي الأخذ بهذا الاتجاه إلى الإضرار بالحقوق المكتسبة للزوجة التي كانت على علم بها عندما ارتبطت بالزوج، كأن يكون قانون جنسية الزوج وقت عقد الزواج لا يجيز إيقاع الزواج، فتغيير الزوج لجنسيته

بعد الزواج يترتب عليه نقل الاختصاص إلى قانون الجنسية الجديد، الذي قد يكون أكثر يسرا للطلاق، فيستطيع إيقاع الطلاق والتخلص من زوجته (المشافي، 2006).

ولتفادي تغيير الزوج لجنسيته، والحفاظ على الحقوق المكتسبة للزوجة وتحقيقا للعدالة، كان من الأفضل أن ينص المشرع الفلسطيني على إخضاع انتهاء الزواج بالطلاق وفقا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج وليس وقت الطلاق، فكان المشرع الفلسطيني موقفا من جهة إخضاع التطلاق لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج.

وسار في هذا الاتجاه المشرع الأردني بنص المادة الرابعة عشرة الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني في شطرها الأول بالنسبة للطلاق، وبخلاف المشرع الفلسطيني فقد أخضع المشرع الأردني التطلاق والانفصال في الشطر الثاني من المادة لقانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى، فنصت المادة الرابعة عشرة الفقرة الثانية على " أما الطلاق فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق. ويسري على التطلاق والانفصال على قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى" (القانون المدني الأردني، المادة (2/14)) ويقابلها أيضا بذات النص الفقرة الثانية من المادة الثالثة عشرة من القانون المدني المصري (القانون المدني المصري، المادة (2/13)).

إن إسناد انقضاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق (في فلسطين والأردن ومصر) أو وقت رفع الدعوى بالنسبة للتطبيق والفسخ والانفصال (في الأردن ومصر) يؤثر على توقعات الأطراف في عقد الزواج، لأنه لا يكون معروفا للزوجين وقت إبرام الزواج (دواس، 2013)، فقد قررت محكمة النقض المصرية أن "عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يخص الطلاق أو التطلاق حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص"¹.

¹ أنظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني - الطعن رقم 106 - لسنة 62 قضائية - تاريخ الجلسة 25-5-1993 - مكتب فني 44 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 528.

وتعليقا على هذا القرار فإنه صحيح، لأنه إذا كان عقد الزواج يكسب أيا من الزوجين حقا مستقرا وبناء على هذا الحق المستقر فإنه يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه فإن ذلك يؤثر على توقعات الزوجين، ويؤدي إلى تطبيق قانون آخر غير معروف وقد يؤثر سلبا على حقوق الزوجين.

وقررت أيضا أنه " ليس للزوجة قانون التحدي بحق مكتسب في أن تطلب التطليق وفقا لأحكام القانون الذي أبرم عقد الزواج تحت سلطانه ذلك لأن عقد الزواج لا يكسب أيا فيما يخص الطلاق أو التطليق حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه، مما يكون من شأنه سريان قانون آخر في هذا الخصوص، وقد أيد المشرع المصري هذا النظر فيما سنه من قواعد لتتازع القوانين وذلك بما قرره في المادة 13 من القانون المدني".¹

وبناء على ما سبق يؤخذ المأخذ نفسه الذي وجه للمشرع الفلسطيني، وكان من الأفضل للمشرعين المصري والأردني أن يخضعا الطلاق والتطليق لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وذلك أفضل للزوجه حفاظا على حقوقها (الداودي غ.، 2010) ولتكون على معرفة بقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، وقد يلجأ الزوج أحيانا لتغيير جنسيته من أجل ايقاع الزواج. وبمقارنة القانون الفلسطيني مع القوانين السابقة نلاحظ أن المشرع الفلسطيني كان موافقا بإخضاع التطليق لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج للأسباب التي ذكرناها سابقا.

أما المشرع التونسي - وبخلاف القوانين السابقة- فقد أسند انتهاء الزواج للقانون الشخصي المشترك للزوجين بموجب نص المادة التاسعة والأربعين من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، حيث نصت على أن " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقرر مشترك للزوجين إن وجد وإلا تطبق المحكمة قانونها. وينظم القانون التونسي الوسائل الوقتية أثناء سير الدعوى". (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 49، 1998).

¹ أنظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني- الطعن رقم 1- لسنة 23 قضائية- تاريخ الجلسة 22-5-1954- مكتب فيني 5- رقم الجزء 3- رقم الصفحة 687.

لعل أفضل قانون يمكن أن يخضع له انتهاء الزواج هو القانون الذي تكون الزوجة على علم وبصيرة به، ولا ينقض مبدأ المساواة بين الطرفين، ولذلك أخضع المشرع التونسي انتهاء الزواج للقانون الشخصي المشترك، والعلة هنا من إخضاع انتهاء الزواج للقانون الشخصي المشترك هي من أجل المساواة بين الزوج والزوجة وتحقيقاً للعدل بينهما، فكان المشرع التونسي أكثر توفيقاً في قانونه من القوانين السابقة. في حين أخضع انتهاء الزواج لضابط إسناد أصلي ألا وهو القانون الشخصي المشترك الذي يطبق عند إقامة الدعوى، أي قانون الدولة التي يحمل الزوجان جنسيتها وقت رفع الدعوى إن كانا من جنسية واحدة، ولضابطي إسناد احتياطيين على سبيل التدرج وليس التخيير عند اختلاف الجنسية يطبق قانون آخر مقر مشترك للزوجين، وإذا لم يكن للزوجين جنسية مشتركة ولا مقر مشترك فتطبق المحكمة قانونها أي قانون القاضي.

ونلاحظ مما سبق أن المشرع التونسي لم يذكر من صيغ انحلال الزواج إلا الطلاق والتفريق الجسدي، وغفل عن ذكر التطلق بخلاف القوانين المقارنة السابقة، وذلك بسبب وجود خلط بين المفاهيم في مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، فالطلاق يعني حل الرابطة الزوجية بحكم قضائي، والتطلق يعني حل الرابطة الزوجية بإرادة أحد الزوجين، وهذا غير معترف به في القانون التونسي، ولا بآثاره إذا تم في تونس، ولو بين أجنبيين، لتعارضه مع النظام العام الدولي الخاص التونسي، وهكذا يمكن لنا أن نقول إن لطلاق مفهوماً خاصاً في القانون التونسي وهو حل الرابطة الزوجية بحكم قضائي، إذ هو الصيغة الوحيدة المعترف بها لحل عقدة الزواج بغير موت أحد الزوجين (بن موسى، 2003). بخلاف القوانين السابقة والشريعة الإسلامية التي تعطي الطلاق معنى آخر وهو حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة.

أما ما يتعلق بإجراءات الطلاق والتطلق والانفصال، وكذلك الإجراءات الوقئية والتحفظية التي تهدف للمحافظة على مصالح الزوجين، فتخضع لقانون القاضي عند المشرع الفلسطيني والأردني والمصري، فقد أخرجوا إجراءات الطلاق والتطلق والانفصال الجسماني، وكذلك الإجراءات الوقئية والتحفظية من إعمال قانون الجنسية للزوج وأخضعوها لقانون القاضي، وذلك طبقاً لنص المادة الثلاثين من مشروع

القانون المدني الفلسطيني التي تقول: "يسري قانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات على قواعد الاختصاص وإجراءات التقاضي" (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (30)). وتقابلها أيضا بنفس المعنى المادة الثالثة والعشرون من القانون المدني الأردني، والمادة الواحدة والعشرون من القانون المدني المصري (القانون المدني الأردني، المادة (23)؛ القانون المدني المصري، المادة (21)).

أما الإجراءات الوقتية والتحفظية، فقد أخضعها المشرع التونسي للقاضي في أثناء السير بالدعوى، وذلك حسب نص المادة التاسعة والأربعين من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي " (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 49، 1998).

وبناء على ما سبق فإن الأصل في القاعدة العامة ان تخضع انتهاء الزواج لقانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أو وقت انعقاد الزواج بالنسبة للتطبيق والفسخ والانفصال، إلا أن المادة العشرين أوردت استثناء على الأصل حين نصت على: "يسري القانون الفلسطيني في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً وقت انعقاد الزواج، فيما عدا شريطة الأهلية للزواج"¹، وتقضي هذه القاعدة تطبيق القانون الوطني وحده إذا كان أحد الزوجين وطنياً وقت انعقاد الزواج، باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة لقانون الجنسية.

لذا يكون لهذا الاستثناء معنى في الحالة التي يكون فيها الزوج فلسطينياً وقت انعقاد الزواج، ثم غير جنسيته بعد ذلك، فهنا يخضع الطلاق للقانون الفلسطيني، بوصفه قانون أحد الزوجين (وهو الزوج) وقت الزواج، بدلاً من خضوعه للقاعدة الأصلية. وكذلك في الحالة التي تكون فيها الزوجة فلسطينية وقت الزواج، سواء غيرت جنسيتها أم لم تغيرها، ففي هذه الحالة لن يطبق قانون الزوج وقت الطلاق لوجود استثناء مقرر لمصلحة الفرد الوطني، وهذا الاستثناء جاء لمصلحة الزوجة هنا.²

¹ ويقابل هذه المادة من القانون المدني الأردني المادة الخامسة عشرة ومن القانون المصري المادة الرابعة عشرة.

² وكذلك الأمر بالنسبة للزوج الأردني والمصري أيضا فيخضع الطلاق لقانون أحد الزوجين وهو الزوج وذلك طبقاً للاستثناء المنصوص عليه في المواد التي تم الإشارة إليها سابقاً.

وكذلك الأمر بالنسبة للتطليق والفسخ والإنفصال وقت رفع الدعوى في الأردن/ مصر، إذ يطبق القانون الأردني/ المصري طبقا للاستثناء الذي ينص على تطبيق القانون الوطني إذا كان أحد الزوجين أردنيا/ مصرياً وقت انعقاد الزواج، حتى لو غير الزوج جنسيته.

أما التطليق والفسخ والإنفصال في فلسطين فإن هذا الاستثناء المقرر لمصلحة الشخص الفلسطيني لا يفيد، ويفقد قيمته إذا كان الزوج هو الطرف الفلسطيني، لأنه وفي هذه الحالة يطبق القانون الفلسطيني بموجب نص المادة التاسعة عشرة، في الفقرة الثانية من مشروع القانون المدني الفلسطيني، غير أنه يمكن لهذا الاستثناء أن يشكل أثراً أكثر فعالية إذا كانت الزوجة هي الطرف الفلسطيني، وبالرغم من حيث الأصل إذا كانت الزوجة فلسطينية، والزوج أجنبياً، فإن القانون الفلسطيني لا يطبق على التطليق القضائي والفسخ والإنفصال وفقاً لنص المادة التاسعة عشرة، وإنما يطبق القانون الفلسطيني بموجب نص المادة العشرين إذا كانت الزوجة فلسطينية فيقلب هنا المعيار، ويتم تطبيق القانون الفلسطيني طبقاً لهذا الاستثناء بصفة قانون أحد الزوجين وهو الزوجة هنا وقت الزواج.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة نلاحظ أن المشرع التونسي لم ينص صراحة على هذا الاستثناء بالنسبة لانتهاء الزواج، إذ لم يضع نصاً خاصاً لمقتضى مصلحة الفرد الوطني.

الفرع الثاني: آثار انتهاء الزواج

بينما فيما سبق دور الجنسية في انتهاء الزواج، والاستثناء المقرر لمصلحة الفرد الوطني، وعند انتهاء الزواج تظهر المسائل العديدة التي تدخل ضمن آثار انتهاء الزواج كالنفقة بأنواعها، وحضانة الأولاد، ومسألة التدابير المستعجلة، فهل تعتبر هذه المسائل ضمن القانون المطبق على انتهاء الزواج أو يطبق عليها قانون آخر، كما في التوضيح الآتي:

أولاً: الآثار المتعلقة بالعلاقات الشخصية بين الزوجين

تدخل النفقة العادية للمطوقة (نفقة العدة ونفقة المتعة)¹، وكذلك التعويض الذي تستحقه المرأة نتيجة الضرر الذي لحق بها من خطأ الزوج الآخر، وحق المرأة بالاحتفاظ باسم زوجها بعد انتهاء الزواج، في نطاق قانون جنسية الزوج وقت الطلاق أو التطلق، وذلك بوصفه من آثار انتهاء الرابطة الزوجية. أما الانفصال الجسماني فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزوج هو الذي يحكم نفقة الزوجة بشروطها ومقدارها، وتحديد فترة الانفصال، وإمكان تحول هذا الانفصال إلى طلاق، وإمكانية الزوجة المنفصلة أن تحمل اسم زوجها خلال فترة الانفصال. هذا بالنسبة للقانون الفلسطيني، أما بالنسبة للقانونين الأردني والمصري، فيطبق على الانفصال الجسماني قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى (سلامة، 2008؛ عكاشة، 2002). ونصت مجلة القانون الدولي الخاص التونسي صراحة على القانون الواجب التطبيق على النفقة بنص المادة الواحدة والخمسين وسيتم توضيحها لاحقاً.

أما الآثار المتعلقة بالعلاقات المالية بين الزوجين فإنها تخرج عن الفكرة المسندة الخاصة بالطلاق، ويطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، لأنها تدخل في مضمون الفكرة المسندة المتعلقة بالآثار المالية للزواج (عكاشة، 2010).

أما الآثار التي تتعلق بحالة كل طرف بعد انتهاء الزواج، فهي تخرج عن أعمال قاعدة الإسناد الخاصة بانتهاء الزواج، على اعتبار أن كلاً من الزوجين أصبح مستقلاً عن الآخر، وبالتالي تخضع للقانون الوطني لكل طرف على حدة، من حيث تحديد حالته، وما يتصل بها من مراكز قانونية. فقانون الدولة التي تنتمي إليها المرأة المطلقة هو الذي يحدد أهليتها، وفترة العدة، وإذا كان من حقها أن تسترد اسمها السابق قبل الزواج من عدمه، وإمكانية زواجها من رجل آخر وشروط ذلك. (سلامة، 2008؛ الكردي، 2005).

¹ المقصود بنفقة العدة: العدة لغة: اسم مصدر من عَدَّ يُعَدُّ، عَدًّا، وهي مأخوذة من العَدَد والإحصاء؛ لاشتغالها عليه من الأقراء والأشهر. وشرعاً: اسم لمدة معينة تنربصها المرأة؛ تعيداً لله عز وجل، أو تفجّعاً على زوج، أو تأكداً من براءة رحم. والعدة من آثار الطلاق، أو الوفاة. أما نفق المتعة: فالمتعة هي: اسم لمال يدفعه الرجل لمطلقة التي فارقتها، بسبب إحاشه إياها بفرقة لا يد لها فيها غالباً.

ثانياً: حضانة الأولاد

تعتبر الحضانة من أهم النتائج المترتبة على انتهاء الزواج، ولا تثار مسألة الحضانة إلا عند انتهاء الحياة الزوجية، وانهدام الحياة المشتركة بالطلاق أو التطلق، فيحدث التساؤل هنا حول القانون الواجب تطبيقه على حضانة الأولاد، ومن سيتولى رعايتهم، بعد انتهاء الرابطة الزوجية؟ وبخاصة إذا اختلفت جنسية الزوجين أو الطفل واختلفت وجهات النظر بشأن حلها.

ذهب البعض إلى إخضاع الحضانة للقانون الواجب التطبيق على آثار التطلق، لأن مشكلة الحضانة لا تنشأ إلا بسبب انتهاء رابط الزوجية، ويطبق عليها قانون جنسية الزوج وقت الطلاق، أو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للتطلق والانفصال (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (19)).

وذهب بعض آخر إلى إخضاع الحضانة للقانون الواجب التطبيق على آثار الزواج على اعتبار أن الولد ناتج عن العلاقة الزوجية، وبالتالي يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج (رياض و راشد، 1994). وذهب فريق ثالث إلى إخضاع الحضانة للقانون الذي يحكم النسب لأنها أثر من آثار النسب أي يطبق قانون دولة الأب (سلامة، 2008).

وبخلاف الآراء السابقة، هناك حل آخر هو تطبيق القانون الأصلح لحماية الطفل، وتأمين رعايته، حيث ينحصر البحث عن ذلك القانون من بين كل من القانون الواجب التطبيق على آثار التطلق (انتهاء الزواج) وهو في فلسطين قانون جنسية الأب وقت الطلاق، أو قانون جنسية الأب وقت انعقاد الزواج بالنسبة للتطلق و الانفصال. والقانون الشخصي للطفل أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسية. (سلامة، 2008؛ الكردي، 2005).

ثالثاً: التدابير المستعجلة

للمحافظة على مصالح كل من الزوجين، وقبل انتهاء الحياة الزوجية، والفصل في الدعوى، هناك عدة تدابير مستعجلة كالإذن للزوجة بالإقامة في منزل معين يتفق عليه الزوجان أو يعينه القاضي، والأمر بتسليم الزوجة المتطلبات الضرورية اللازمة للحياة اليومية، وتكليف أحد الزوجين بالحضانة المؤقتة، وتقرير النفقة الوقتية للمطلقة وأولادها لحين الفصل في مسألة حضانتهم، فهذه التدابير لا بد من الفصل فيها، واتخاذ القرار لحين الفصل في الدعوى المرفوعة.

ويطراً في هذا المجال تساؤل بشأن القانون الواجب التطبيق على التدابير المستعجلة فهل تدخل في نطاق القانون المطبق على الطلاق والتطليق أو الانفصال أم تدخل في نطاق قانون القاضي؟.

وقد تباينت الآراء حول إخضاع تلك التدابير، فمنهم من ذهب إلى إخضاعها للقانون المختص بانتهاء الرابطة الزوجية لاعتبارها وثيقة الصلة به، بل ومكملة لموضوع دعوى التطليق والانفصال. ومنهم من ذهب إلى خضوعها للقانون المختص الذي ترفع أمامه الدعوى بشأنها (الكردي، 2005). وذلك لأنه أيسر في التطبيق للقاضي لمعرفة وإمامه بقانونه، ولا اعتبارات الأمن والسلام العام في بلد القاضي (سلامة، 2008).

المبحث الثاني: الجنسية ودورها في النسب والآثار المترتبة عليه

يترتب على الزواج آثار قانونية تنتج من نشوء الأولاد في الأسرة، مما يقتضي إدراك ما لهم من حقوق كالحضانة والرضاعة والنفقة، والتربية، والتهديب، وإدارة شؤون حياتهم، إلى غير ذلك من الأمور التي تستوجب معرفة القانون الذي يحكم النزاع الذي قد ينشأ بسببها.

نتيجة لما سبق قد تنشأ بخصوص النسب مسألتان يتعلق إحداها بثبوت النسب، والأخرى بالآثار المترتبة عليه، كالولاية والحضانة والنفقة، حيث ترتبط هاتان المسألتان ارتباطاً وثيقاً ببعضهما بعضاً لا يمكن الفصل بينهما، طالما كل منهما يوحى بتنظيم وضبط العائلة وحمايتها، فلا بد من إخضاعها للقانون الذي يكفل هذه الحماية ويحقق هذا الهدف، ولا يتحقق هذا الهدف إلا بتطبيق قانون الجنسية على هذه الأمور، لكن أي قانون يمكن تطبيقه؟ هل هو قانون الزوج أم قانون الزوجة أم قانون الأولاد وفي أي وقت يحدد قانون الجنسية هذا؟ ذلك ما سنتناوله بالبحث،

سوف تتناول الباحثة مسألتين الأولى الجنسية ودورها في النسب، والثانية الآثار المترتبة على النسب

المطلب الأول: الجنسية ودورها في النسب

تتضمن علاقة الوالدين بالأولاد البنوة والتبني والحضانة، فالبنوة تعبير عن علاقة ثلاثية تربط الابن بالأب والأم، قد تكون علاقة شرعية صحيحة أو غير شرعية، حيث لم ينص المشرع الفلسطيني على القانون الواجب التطبيق على النسب، وقد قصر المشرع معالجته للحالة المدنية (الشخصية) للفرد على الزواج، وما يترتب عليه من نتائج وحقوق والتزامات محيلاً علاقة النسب بين الآباء والأبناء، وما يترتب عليها من حقوق وواجبات إلى قانون الأحوال الشخصية.

وبناء على ذلك فقد اعتبر الفقه والقضاء في معظم الدول أن الأبوة والبنوة والاعتراف بها أو انكارها، وكذلك الحضانة، ونفقة الأقارب، وكافة الدعاوي المتعلقة بها من قبيل الحالة المدنية (الشخصية) للفرد، مما يجب إخضاعها للقانون الشخصي للفرد أي قانون جنسيته.

وعلى الرغم من تنظيم هذه المسائل في قانون الأحوال الشخصية، إلا أنه لا يمكن اعتبارها قاعدة إسناد بإطار القانون الدولي الخاص، ذلك لأن قواعد الإسناد التي تضمنتها في مشروع القانون المدني الفلسطيني جاءت خالية من قاعدة إسناد خاصة بمسائل النسب على الرغم من أهميتها (الكسواني ع، 2010).

بيد ان عدم نص المشرع الفلسطيني على أحكام خاصة لحكم مسألة النسب والآثار المترتبة عليها، لا يمنع من تعيين القانون الواجب عليها، وذلك من خلال الاستناد إلى المبدأ المكرس في المادة (35) من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث نصت: "تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص في حالات تنازع القوانين فيما لم يرد بشأنها نص في المواد السابقة من هذا الفصل". والبحث في القانون المقارن، أو في آراء فقه القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الناتجة عن النسب، كمسألة البنوة، وتصحيح النسب والتبني، والحضانة، والولاية على النفس، ونفقة الأقارب وفق ما يلي بالبنوة والتبني. حيث سار المشرع الأردني والمصري في ذلك الاتجاه.

وبمقارنة القانون التونسي مع القوانين السابقة نجد أنه نص صراحة على القانون الواجب التطبيق على إثبات البنوة وشروط التبني بنص المادة (52) و (53) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي "القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 52، 53، 1998).

الفرع الأول: البنوة

البنوة علاقة تربط الأب مع الأم ذات ثلاثية الأطراف، قد تكون ناتجة عن علاقة زوجية شرعية صحيحة، أو غير شرعية لا يعترف ويقر بها المشرع، وقد تكون مصطنعه.

أولا البنوة الشرعية

يقصد بالبنوة الشرعية نسبة الولد الذي جاء بالطريق الشرعي - أي نتيجة لعقد زواج - إلى أبويه، كما هو معلوم جزء من الحالة (الكردى، 2005). ومن ثم فهي تخضع وفقا لنص المادة الخامسة عشرة من

مشروع القانون المدني الفلسطيني لقانون جنسية الشخص. ولكن الذي يثير التساؤل هنا قانون جنسية من؟ الأب أو الأم أو الأبن؟

وللإجابة على هذا التساؤل، من القانونيين من منح الاختصاص لقانون جنسية الأب وقت النزاع، لأن الجنسية أثر من آثار الزواج، وثبوتها يتصل بمصلحة الأسرة، ومنهم من أسند الاختصاص لقانون جنسية الابن وقت النزاع، مبررين ذلك بأن البنوة تتصل بمصلحة الولد. والرأي السائد فقها وقضاء وتشريعاً يخضع البنوة للقانون الشخصي للأب، وهذا ما أخذت به التشريعات العربية، ونصت عليه صراحة كما في القانون العراقي (الهداوي ، 1997؛ المشاقي، 2006).

لم يضع المشرع الفلسطيني نصاً يحدد بموجبه القانون المختص بالنسب، والآثار المترتبة عليه، وهذا لم يحل دون تحديد القانون المختص، لأن النسب أثر من آثار الزواج، والبنوة الشرعية كذلك من آثار الزواج، لذا منح الاختصاص فيها لقانون جنسية الأب وقت عقد الزواج أي قانون الأب. وسار في هذا الاتجاه أيضاً المشرعان الأردني والمصري.

فالمسائل الخاصة المتعلقة بثبوت النسب كالاقرار بالبنوة، وإنكارها، وإثباتها، والحالات التي تسمح فيها سماع دعوى النسب يرجع فيها لقانون الأب وقت عقد الزواج، ويرجع أيضاً إلى هذا القانون في حال تحديد الشروط والأحكام اللازمة لقبول الإقرار بالنسب وصحته، كصدور الإقرار من شخص كامل الأهلية، وإلا لزم استحصال الإذن من المحكمة المختصة بالإقرار، وأن يصدق على الإقرار من الولد المقر بنسبه إن كان لا زال على قيد الحياة، واتباع ما ينص عليه القانون من أحكام التصديق على الإقرار إذا كان الولد توفي قبل التصديق. (الهداوي ، 1997).

وبناء على ما سبق فإن تطبيق قانون جنسية الأب على البنوة الشرعية يستبعد وفقاً لنص المادة (20) إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً، حيث يطبق القانون الفلسطيني حصراً على البنوة، أي يعطي الاختصاص للقانون الفلسطيني وحده دون غيره من القوانين إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً، أي بمعنى آخر، إذا كان

الزوج ألمانيا والزوجة فلسطينية يسري القانون الفلسطيني وحده على البنوة. ولا اعتبارات التوافق مع النظام العام بحيث لا يكون في جنسية الأب ما يتنافى مع الآداب والنظام العام داخل الدولة كالاقرار بالولد الحرام الناتج عن علاقة غير شرعية في دولة لا تعترف وتقر بهذا الولد.

ثانيا البنوة غير الشرعية

البنوة غير الشرعية أي الطبيعة، وهي انتساب الولد إلى أبوين لا تقوم بينهما علاقة شرعية عن طريق الزواج. (المصري، 2002) حيث لا يعترف قانون المشروع المدني الفلسطيني، ولا الشرعية الإسلامية بهذا النوع من البنوة، ولا نجد هذه البنوة لا بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وذلك بخلاف عدد من الأنظمة القانونية الأجنبية التي تقر وتعترف بالبنوة غير الشرعية، وترتب عليها عدد من الآثار كالإرث والنفقة والنسب.

تختلف البنوة غير الشرعية عن البنوة الشرعية، إذ تقتصر غير الشرعية على الانتماء إلى أحد الوالدين دون الآخر، في حين أن البنوة الشرعية ينتمي فيها الفرد إلى الأب و الأم معا نتيجة لأنها ثمرة لعلاقة الزوجية (الكسواني ع.، 2010).

نلاحظ أن مشروع القانون المدني الفلسطيني، والقانون المدني الأردني وكذلك المصري لم يضع قاعدة إسناد خاصة بالنسب عموما، ومنه النسب غير الشرعي، لأن هذه المسألة تخضع لاجتهادات الفقه والقضاء مسترشدا في ذلك بالقانون المقارن ومبادئ القانون الدولي الخاص.

وهناك اختلاف في الفقه والقضاء في تحديد القانون الواجب التطبيق على البنوة غير الشرعية، حيث يذهب اتجاه إلى تطبيق قانون جنسية الولد، وحجتهم في ذلك سببان: السبب الأول لحماية الولد، وإثبات مدى حقه في النفقة اللازمة لمواصلة حياته (أمين، 2016)، وإيجاد من يرعاه ويمارس عليه السلطة الأبوية، وهو ما يعني أن الأمر متعلق بحمايته (عكاشة، 2002)، والسبب الثاني أن البنوة الطبيعية تنص بحالة الولد، والقاعدة أن القانون الواجب التطبيق على حالة الشخص هو قانون جنسيته (الدين، 2007).

وذهب اتجاه آخر إلى تغليب تطبيق قانون جنسية الوالد، ومبررهم في ذلك أنه لما كان المقصود من البنية هو ربط الولد بوالده قانونياً، وترتيب بعض الالتزامات على عاتق الوالد لمصلحة الولد بناء على هذه الرابطة، فمن الطبيعي أن يتم ذلك وفقاً لقانون الوالد لا قانون الولد، أضف إلى ذلك إذا كانت رعاية مصلحة الولد واجبة، فإنه من الأوجب والأفضل رعاية مصالح العائلة التي يريد الولد الانتماء إليها، وإن قيل بأن المسألة تتعلق بحالة الولد، فهي أيضاً تتعلق بحالة الوالد الأمر الذي يستوجب تطبيق قانونه (عكاشة، 2002).

بناء على ما سبق نظمت قوانين بعض الدول البنية غير الشرعية، ومنحت الاختصاص فيها لقانون الجنسية، وأجاز بعضها تصحيح النسب غير الشرعي عن طريق الزواج اللاحق بالأم، فيصبح الولد غير الشرعي شرعياً، ولكن مثل هذا النظام لا يمكن الأخذ به في فلسطين لمخالفته للنظام العام والشرعية الإسلامية، وهذا يعني لو عرضت دعوى إثبات نسب أمام القاضي، وهذا النسب ناتج عن علاقة غير شرعية، وقضت قواعد الإسناد الفلسطينية بالعودة إلى قانون الجنسية رافع الدعوى وكان قانونه يسمح بتصحيح النسب، فإننا في هذه الحال لا نستطيع تطبيق قواعد القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة نجد أنه نص صراحة على القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب، أو المنازعة بالنسب بنص المادة (52) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي حيث نصت على " يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين: - القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره. - القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره. وتخضع المنازعة في البنية للقانون الذي نشأت بمقتضاه". دون التفرقة بين البنية الشرعية أو البنية غير الشرعية (الطبيعية) لعدة أسباب منها:

أولاً: أن إعداد قواعد إسناد موحدة لحل تنازع القوانين حول بنوة الطفل لا تتعارض بشكل كامل مع وجود قواعد في القانون الداخلي تميز بين النسب الشرعي والنسب غير الشرعي، وتتعترف بكليهما أو بأحدهما فقط، لأن قواعد القانون الدولي الخاص لا تطبق إلا على العلاقات القانونية الخاصة ذات

العنصر الأجنبي، وغالبا ما يكون باقي أطراف هذه العلاقة من الأجانب، وفي حال تطبيق القانون الأجنبي يدفع القاضي بالنظام العام لإقصاء أحكام القانون الأجنبي (بن موسى، 2003).

ثانيا: الانتقاع على الحياة الدولية الذي ميز مجلة القانون الدولي الخاص، واستدعي هذا الانتقاع ضرورة الاعتراف بالأوضاع التي نشأت صحيحة بالخارج، ولا تتعارض مع النظام العام الدولي الخاص التونسي، ونعتقد أن قواعد القانون الأجنبي التي تتضمن الاعتراف بالابن الطبيعي لا تتعارض مع النظام العام الدولي الخاص التونسي، بل ومع النظام العام الداخلي، وذلك بعد أن خولت أحكام القانون عدد 77 لسنة 1998 إثبات البنوة الطبيعية، ورتبت على ثبوتها بعض الحقوق للابن الطبيعي، وبالتالي يمكن تطبيق تلك القواعد القانونية الأجنبية إذا عينتها قاعدة الإسناد (بن موسى، 2003).

حيث أعطى القانون التونسي الاختصاص في إثبات بنوة الأطفال مجهولي النسب للقانون الأفضل، فيما أن يطبق القانون الشخصي للطفل أو مقره، أو القانون الشخصي للمطلوب (الأب أو الأم) أو مقره.

بينما أخضعت المنازعة بالبنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه، فالمنازعة في البنوة أو نفيها يخص الأبناء معلومي النسب، لأنهم نتجوا عن علاقة شرعية صحيحة، ونسبوا من تاريخ الولادة لأبائهم، أو وقع إثبات بنوتهم وفق أحكام الفقرة الأولى من المادة (52)، حيث أخضعها المشرع للقانون الذي نشأت بمقتضاه، أي للقانون الذي يحكم آثار الزواج إذا كانت البنوة المتنازع فيها شرعية، بإعتبار النسب أثرا من آثار الزواج، وهذا القانون هو القانون الشخصي المشترك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة، أو قانون آخر مقر مشترك لهما زمن ولادة الطفل وعند إنعدام القانون المشترك يطبق قانون المحكمة، حيث نصت المادة (52) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على: "يطبق القاضي القانون الأفضل لإثبات بنوة الطفل من بين القانون الشخصي للمطلوب أو قانون مقره - القانون الشخصي للطفل أو قانون مقره، وتخضع المنازعة في البنوة للقانون الذي نشأت بمقتضاه" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 52، 1998).

الفرع الثاني: التبني

التبني هو اتفاق أو تصرف قانوني بمقتضاه يتخذ الشخص ولد غيره المعروف أو المجهول نسبه، كولده، ونسبته اليه، وإعطائه كل حقوق الولد الشرعي، رغم عدم وجود صلة دم بينهما (سلامة، 2008). وهو نظام معروف في البلدان الغربية يتم خلق علاقة بنوه بينهم، حيث لا علاقة حقيقة من ناحيه رابطة الدم.

إلا إن هذا النظام مرفوض وغير معترف به في الشريعة الإسلامية، لأنه حرّم بنصوص قرآنيه، وفي بعض الدول العربية غير معترف به، ويعتبر من المحرمات، ولا يوجد مكان للحديث عن قاعدة إسناد خاصة تنطبق على التبني، في القانون الفلسطيني والأردني والمصري.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة نجد أن المشرع التونسي وضع قاعدة إسناد خاصة بالتبني، حيث نص عليها صراحة في مجلة القانون الخاص الدولي التونسي بنص المادة (53) التي تقول: "تخضع شروط التبني لقانون المتبني والمتبني كل فيما يتعلّق به. تخضع آثار التبني للقانون الشخصي للمتبني. إذا قام بالتبني زوجان من جنسية مختلفة فإن آثار التبني ينظّمها قانون مقرّهما المشترك. وتخضع الكفالة لنفس الأحكام" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 46، 1998). حيث أخضع المشرع أحكام الكفالة لنفس أحكام التبني، بيد أن أهم فارق بين التبني والكفالة لا تؤثر على نسب الطفل على العكس من التبني.

وبناء على ما سبق تخضع الشروط الموضوعية للتبني للقانون الشخصي للمتبني والمتبني كل فيما يتعلق به، ويتم تطبيقهما تطبيقاً توزيعياً، أما الشروط الشكلية فهي تخضع لقانون البلد الذي تم فيه التبني، وبالنسبة لآثار التبني فهي تخضع للقانون الشخصي للمتبني، وإذا قام بالتبني زوجان من جنسية واحدة، فإن آثاره في هذه الحالة ينظّمها قانون مقرهما المشترك (بن موسى، 2003).

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على النسب

الأسرة عبارة عن وحدة اجتماعية، أساسها مجموعة من الأفراد، تنجم عن علاقة النسب المتمثلة بالعلاقة بين الآباء والأبناء العديد من الآثار تؤثر في حقوق الشخص وواجباته، ومن تلك الآثار ذات طابع شخصي كالولاية والحضانة، ومنها ذات طابع مالي كالنفقة بين الأقارب فما القانون الواجب تطبيقه عليها؟ وما دور الجنسية في الآثار المترتبة على النسب؟

الفرع الأول: الولاية والحضانة

تخضع الولاية على النفس، والحضانة، لقانون جنسية الأب كونها أثرا من آثار الزواج، ويعين قانون جنسية الأب صاحب الحق بالولاية والحضانة، ومدى مدتها، والسلطة الأبوية، وحق التربية (المصري، 2002؛ المشاقي، 2006؛ الهداوي، 1997). حيث لم يضع مشروع القانون المدني الفلسطيني قاعدة إسناد خاصة بالولاية على النفس والحضانة كونها أثرا من آثار الزواج، وتخضع للقاعدة التي تخص آثار الزواج.

ومما يؤكد ما سبق: تقول المذكرات الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني: "أما الولاية على النفس فهي تعد من آثار النسب أو من آثار الزواج، وهي في كلا الحالتين تخضع لقانون جنسية الأب" (ابو ملوح و قدارة، 2003). وهذا ما يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تعتبر الحضانة أثرا من آثار النسب (الكسواني ع.، 2010).

وإذا كان أحد الزوجيين فلسطينيا، يطبق مشروع القانون المدني الفلسطيني وحدة ولاية على النفس والحضانة عملا بأحكام المادة (20) من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ومثيل لهذا النص المادة (15) من القانون المدني الأردني، والمادة (14) من القانون المدني المصري¹. أكدت ذلك محكمة

¹ أنظر نص المادة (20) من المشروع المدني الفلسطيني، ويقابلها المادة (15) مدني اردني، والمادة(14) مدني مصري، سبق ذكرهم.

النقض المصرية حيث تقول: " الحضانة باعتبارها من الآثار المترتبة على الزواج يسري عليها القانون المصري وحدة إذا كان أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاده"¹.

أما الولاية على أموال الصغير، وكيفية إدارتها والتصرف فيها، فتخضع لقانون جنسية الصغير، حيث نصت المادة (22) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على: " يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والمحجورين والغائبين والمفقودين قانون دولة الشخص الذي تجب حمايته (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (22))".

والمقصود بالولاية في هذه المادة هي الولاية على المال، فهذا النوع من الولاية يخضع للقانون الشخصي الذي تجب حمايته أي لقانون جنسية الصغير. وسار في هذا الاتجاه القانون المدني الأردني بنص المادة (17)، والقانون المدني المصري بنص المادة (16) (القانون المدني الأردني، المادة (17)؛ مدني مصري، المادة (16))؛ إلا أن المشروع الفلسطيني تميّز بإضافته إلى النص (عديمي الأهلية والمفقودين) بخلاف المشرعين الأردني والمصري.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة نجد أن المشرع التونسي وضع قاعدة إسناد خاصة بحضانة الطفل، وأعطى الاختصاص للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية، أي للقانون الشخصي المشترك للأبوين أو آخر مقر مشترك بينهما، أو قانون المحكمة عند عدم وجود قانون مشترك يجمع بينهما، سواء على أساس اتحاد الجنسية أو وحدة المقر، أو أعطى الاختصاص للقانون الشخصي للطفل أي لقانون الدولة التي يحمل جنسيتها عند النظر في حضانة الطفل، مع إعطاء حق الأفضلية بين القانونين، وتقدير أفضلية هذا القانون يخضع لقاضي الأصل (بن موسى، 2003).

¹ انظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني - الطعن رقم 11 - لسنة 64 قضائية - تاريخ الجلسة 28-6-1999 - مكتب فني 50 - رقم الجزء 2 - رقم الصفحة 912.

والقانون الأفضل للطفل هو القانون الذي يحقق بإقامته أفضل وسائل الراحة النفسية والعقلية والجسدية. حيث نصت المادة (50) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي على: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية، أو القانون الشخصي للطفل أو قانون مقرّه. ويطبّق القاضي القانون الأفضل للطفل" (مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة (50)).

الفرع الثاني: النفقة بين الأقارب

تعتبر النفقة بين الأقارب أثراً من الآثار المترتبة على النسب، وهي من الأحوال الشخصية، فلا تجب النفقة في الشريعة الإسلامية إلا لسببين هما الزوجية والقرابة، فالنفقة الزوجية أساسها الحقوق المالية للزوجة، أما نفقة الأقارب فغايتها وصل ما أمر الله به حتى لا تنقطع الروابط الطبيعية، وصلات الدم بين الأصول والفروع، أو بين الحواشي من ذوى الأرحام (الدين، 2007).

ولأن نفقة الأقارب أثر من آثار النسب، لذا كان من المفروض خضوعها تبعاً للأصل العام لقانون جنسية الأب، ولكن المشرع الفلسطيني انتقى قانوناً آخر يسرى على هذا النوع من النفقة وهو قانون المدين بها، حيث ورد في المادة (21) أنه "يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون دولة المطالب بها (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (21))."

وأخذ بمثل هذا الاتجاه القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، وهذا النص مطابق تماماً للمادة (16) مدني أردني والمادة (15) مدني مصري. (القانون المدني الأردني، المادة (16)؛ القانون المدني المصري، المادة (15)).

واضح من النص أن المشرع قد قطع خلاف حول القانون الواجب التطبيق على نفقة الأقارب، هل هو قانون من يطلب منه الإنفاق؟ أم قانون المستحق للنفقة إي المدين بالنفقة؟، ولقد أخذ بقانون المدين بالنفقة، وذلك لأن دين النفقة التزام بعنق المدين بها، ومن حق هذا الأخير أن يكون على علم مقدماً

بحدود التزاماته المحتملة، علاوة على أن هذه هي نفس القاعدة التي تطبق بشأن النفقة التي تترتب في حق الزوج بالنسبة لزوجته (الدين، 2007).

ولعل دافع المشرع الفلسطيني من ذلك إسناد نفقة الأقارب باعتبارها أثراً من آثار النسب لقانون المدين بها، وليس لقانون جنسية الأب، هو للتفريق بين النفقتين، وتمييز هذه النفقة عن النفقة الزوجية باعتبارها أثراً من آثار الزواج، وتخضع لقانون جنسية الزوج وقت الزواج.

وبناء على ما سبق يستبعد من مضمون نفقة الأقارب النفقة الزوجية التي رأينا أنها تعتبر أثراً من آثار الزواج، وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج، أو للقانون الفلسطيني إذا كان أحد الزوجين فلسطينياً وقت الزواج، ويستبعد أيضاً النفقة التي تطالب بها المطلقة لأنها تعتبر من قبيل آثار الطلاق والتطليق والانفصال الجسدي.

كما يستبعد من مضمون نفقة الأقارب النفقة المستعجلة أو الوقتية، لأنها تخضع لقانون القاضي، وتعتبر من قبيل الاجراءات القضائية التي تخضع لقانون القاضي الناظر فيها.

أما القانون التونسي فقد حدد الاختصاص بشأن النفقة للقانون الشخصي للدائن بها، أو لقانون مقره، أو لقانون المدين بها أو لقانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن بين القوانين الأربعة، وتقدير أفضلية هذا القانون تخضع لاجتهاد القاضي. حيث نص عليها في المادة (51) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي أنه "تخضع النفقة للقانون الشخصي للدائن أو لقانون مقره أو القانون الشخصي للمدين أو لقانون مقره. ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن. إلا أن نفقة الزوجين ينظمها القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحلّ الرابطة الزوجية" (القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 51، 1998).

والملاحظ من النص أن المشرع قد منح الأفضلية للدائن في اختيار القانون المنطبق باعتباره الطرف الضعيف في الالتزام، ولأن دينه يكتسي صبغة معاشية وحياتية متأكدة (بن موسى، 2003).

ولقد استثنى المشرع التونسي نفقة الزوجين، وأخضعها للقانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بحل الرابطة الزوجية، وميرر هذا الاستثناء أن نفقة الزوجين بعد انحلال الزواج تعد أثرا من آثار الطلاق، كنفقة العدة بالنسبة للزوجة، وبالتالي فإن القانون الذي وقع بمقتضاه التصريح بالطلاق هو القانون الأدر على تنظيم آثاره (بن موسى، 2003).

المبحث الثالث: الجنسية ضابط إسناد بالتركات والوصية

تحدثت فيما سبق عن دور الجنسية وأثرها في حل منازعات تكوين الزواج، وما يندرج من آثار للزواج وانتهائه.

وفي هذا المبحث سأوضح دور الجنسية في التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، كالميراث والوصية. بوفاة الإنسان الذي تنتقل تركته إلى من يخلفه، ويعرف فقهاء المذهب الحنفي هذه التركة بأنها " ما يتركه الميت من أموال مطلقاً. وهي تنقسم إلى قسمين بسبب الخلافة على المال، فقد يكون سببها القانون ويطلق عليه الإرث (الميراث القانوني)، وقد يكون مصدرها تصرف قانوني أو اتفاقي ويطلق عليه الوصية (الدين، 2007).

هذه التصرفات لا ينشأ أثرها إلا بعد الوفاة. حيث اختلفت النظم القانونية والفقهاء حول طبيعة هذه التصرفات، فمنهم من قال إن التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت تعتبر من قبيل الأحوال الشخصية للفرد، وهي من صفات الحالة، وأساسها الاعتبار الشخصي، ويطبق عليها قانون جنسية الشخص وقت وفاته. ومنهم من قال إن هذه التصرفات تتعلق بمسائل الأموال، وتقضي إخضاعها لقانون موقع المال.

لذا فإن المطالع لنص المادة (23)، و المادة (24) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، يرى أن المشرع الفلسطيني يدعم أصحاب الرأي الذي يقول بخضوع الميراث والوصية وكافة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت إلى قانون جنسية المتوفي، فحسم المشرع النزاع حول هذه التصرفات بإخضاعها لمصلحة قانون جنسية المتوفي، فلا يطبق على أي من هذه التصرفات قانون جنسية الوارث أو الموصي له مثلاً، أو قانون موقع المال الموروث أو الموصى به. وبهذا يكون المشرع قد وحد القانون الذي يطبق على تركة المتوفي، دون التمييز بين أنواع هذه الأموال سواء كانت أموالاً منقولة أو عقارات.

وهذا التوحيد هو هدف يسعى إلى تحقيقه إي مشروع يطمح للوصول إلى الغاية المتمثلة في تحقيق وحدة القانون الواجب التطبيق على مسألة معينة من مسائل القانون عموماً، والقانون الدولي خصوصاً (الكسواني ع.، 2010).

وبناء على ما سبق سوف توضح الباحثة دور الجنسية في كل من الميراث في (المطلب الأول)، ثم الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الجنسية في الميراث

الميراث هو التركة التي خلفها الميت وورثها غيره، فالميت مورث، وذلك الغير وارث، والتركة موروثه. وبهذا فإن الإرث سبب من أسباب نقل الملكية، به تنتقل الأموال والحقوق المالية من المورث بعد موته إلى ورثته بطرق الخلافة، بحكم المشرع بعد إيفاء الحقوق المتعلقة بتركة الميت، وإذا تحققت أسباب الميراث وشروطه وانتفت موانعه (الدين، 2007).

وكما بيّنا سابقاً فإن النظم القانونية تختلف في كيفية لطبيعة أولولة التركة من المورث إلى الورثة بسبب الموت، وبيناً أن المشرع الفلسطيني اعتبر الميراث مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، فقوامها الاعتبار الشخصي، وصله القرابة بين المورث ومن ستؤول إليه تركته، فالمصلحة العائلية، وتنظيم الأسرة، وكفالة التضامن بين أفرادها هو الذي يهيمن على أولولة التركة. والأمر يتصل بخلافة أسرية أكثر منها ملكية مجردة للأموال. حيث إن درجة القرابة هي الفيصل في تقرير مبدأ التوارث ذاته، وفي تعيين من هو الوارث، وشروط توريثه ومرتبته ونصيبه (سلامة، 2008).

ولقد نهج مثل هذا النهج المشرع الأردني والمصري والتونسي باعتبار الميراث مسألة من مسائل الأحوال الشخصية.

وعليه فإن القانون الذي يطبق على الميراث هو القانون الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية إي القانون الشخصي للمورث، وهو قانون جنسية المورث وقت وفاته.

الفرع الأول: المسائل الداخلة في نطاق قانون جنسية المتوفي

ليس كل ما يتعلق بالميراث يدخل ضمن فكرته، مثل المسائل الإجرائية الخاصة به، التي تخضع كأصل عام لقانون القاضي المتخذة أمامه هذه الإجراءات، بالتالي لا ينطبق عليها قانون جنسية المتوفي وقت الوفاة، حيث ينطبق هذا القانون على المسائل الموضوعية.

وطبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (23) التي تقول: "يسري على الميراث قانون دولة المورث وقت موته" (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة 23) فهذا يعني أن القانون الواجب تطبيقه على مسائل الميراث هو قانون جنسية المورث المتوفي وقت وفاته. وعلى هذا الأساس يبين هذا القانون المسائل الموضوعية التي تدخل ضمن فكرة الميراث. مثل: متى تتحقق وفاة المورث الفعلية والحكمية؟ إي تحقق واقعة وفاة المورث، وثبوت حياة الوارث، ومن هم الورثة؟ وما مقدار أنصبتهم من الميراث؟ وما موانع الإرث كالقتل واختلاف الدين أو حالات الحجب؟ وما إذا كان الجنين المستكين يرث أو لا يرث، ومعرفة أهلية الوارث إذا كان حراً في قبول الإرث وتنازله عنه، وهل هي علاقة إجبارية كما هو في الشريعة الإسلامية التي تعتبر الإرث إجبارياً، ويثبت بحكم القانون، ولا يجوز رفضه، وتحتم على الوارث قبول الميراث باعتباره خلفاً خاصاً للمورث، وهل يتحمل الوارث ديون المورث من أمواله الخاصة أم مما آل إليه من المورث فقط؟ وإن التركة لا تحقق إلا بعد سداد الديون (الكسواني ع، 2010؛ المصري، 2002؛ المشاقي، 2006؛ سلامة، 2008؛ بن موسى، 2003).

كل هذه المسائل تخضع لقانون جنسية المورث وقت الوفاة. حيث إن الفقرة الأولى من المادة (23) تمثل نصاً عاماً في خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفي دون التفريق إذا كان المتوفي فلسطينياً أو أجنبياً، ولا فرق إذا كانت المال منقولاً أو عقاراً في الداخل أو الخارج. وهذا ما أخذ به المشرع الأردني بنص المادة (18) والمشرع المصري بنص المادة (17). (القانون المدني الأردني، المادة (18)؛ القانون المدني المصري، المادة (17)) وفق ذلك تنص المادة (1/23) من المشروع المدني الفلسطيني في شقها

الآخر على أن " لا يرث الأجنبي من الفلسطيني، إذا كان قانون دولة الأجنبي لا يورث الفلسطيني" (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (1/23)). ويتضح من هذا النص أن المشرع اشترط المعاملة بالمثل كي يرث الأجنبي في فلسطين.

وبمقارنة القانون التونسي بالقوانين السابقة نلاحظ أن المشرع التونسي بنص المادة (54) وضع ثلاثة من ضوابط الإسناد جاءت على سبيل الترتيب وليس التخيير. حيث قالت: " يخضع الميراث للقانون الداخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته، أو لقانون دولة آخر مقرر له، أو لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً" (مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 54). فجاء حرف العطف أو على سبيل الترتيب أي أن مسائل الميراث تخضع للقانون الشخصي للمورث، أي قانون الدولة التي كان يحمل جنسيتها، أو قانون الدولة التي كانت له آخر مقر إذا لم تكن له جنسية، وأخيراً إذا لم يكن للمورث قانون شخصي، فإن الميراث يخضع لقانون الدولة التي ترك فيها أملاكاً (بن موسى، 2003).

وكما يلاحظ فإننا حدّدنا وحصرنا المسائل الداخلة في فكرة الميراث مثل شروط استحقاقه وتحديد انصبته، وغيرها، ولاحظنا أن قانون المورث يحكم كل المسائل التي عرضناها سابقاً، وإن اختصاص القانون الشخصي للمورث لا يمتد للمسائل المتعلقة بالمركز القانوني للأموال التي آلت إلى الورثة، حيث تعتبر من المسائل التي تخرج عن إطار الفكرة المسندة للميراث، التي تدخل ضمن فكرة الأموال، ويطبق عليها قانون موقع المال، الذي يسري من ناحية على تنظيم حالة الشيوخ بجوانبها المختلفة، وعلى التصفية وانتقال المال والحياسة ووضع اليد على المنقولات والعقارات من ناحية أخرى. حيث نصت المادة (26) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه: " يسري على الحياسة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار فيما يختص به". وهذا ما أخذ به المشرع الأردني بنص المادة (19) من القانون المدني الأردني، والمشرع المصري بنص المادة (18) من القانون المدني المصري. و المشرع التونسي بنص المادة (58) من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي حيث نصت على " الحوز

والملكية وغيرها من الحقوق العينية ينظمها قانون مكان وجود المال" (مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة 58).

ولذا قررت محكمة النقض المصرية أن "قاعدة خضوع العقار لقانون موقع العقار وفقا للمادة 18 من القانون المدني، إنما تتصرف إلى الأحكام المتعلقة بحيازته، وما يمكن أن يكتسب فيه من الحقوق العينية وطبيعة هذه الحقوق، ونطاق كل منها، وطرق اكتسابها وانقضائها، وغيرها من الأحكام الخاصة بنظام الأموال في الدولة، ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة في التركة.¹

وبناء على ما سبق فإن نص المادة (23) من مشروع القانون المدني الفلسطيني تشكل قاعدة إسناد عامة فيما يتعلق بالإرث، لكن هذه القاعدة تخضع للاستثناء الوارد في نص المادة (31) من القانون نفسه، حيث نصت على أنه "لا تسري أحكام المواد السابقة من هذا الفصل إذا وجد نص على خلافها في قانون خاص أو في اتفاقية دولية نافذة في فلسطين" (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (31)). فإذا وجد نص خاص فإنه في هذه الحالة يتقدم بالتطبيق على نص المادة (23).

والحقيقة أن هناك نصا خاصا هو قانون الشركات للأجانب وغير المسلمين رقم (8) لسنة 1941، النافذ في الأردن، والمطبق في الضفة الغربية بموجب القانون رقم (8) لسنة 1958، حيث تضمن نصوصا في مجال الإرث.

فالمادة (4/أ) تتطابق من حيث المبدأ مع ما جاء في النص العام أي نص المادة (23) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، من حيث إسناد الإرث إلى قانون جنسية المتوفي للأموال المنقولة وغير المنقولة، ولكن هذه المادة لم تبيّن وقت هذا القانون هل هو وقت وفاة المورث أم غير ذلك؟ كما أن اقتصار تطبيقها على الأموال المنقولة فقط، وهذا بخلاف النص العام الذي يطبق على الإرث في المال

¹ جمهورية مصر العربية، النقض المدني، الطعن رقم 8، لسنة 35 قضائية، تاريخ الجلسة 26-7-1967، مكتب فني 18، رقم الجزء 3، رقم الصفحة 1493

المنقول وغير المنقول. وبناء على ما سبق، وعلى الظاهر من المادة (4/أ) أن المقصود بقانون الجنسية هو وقت الوفاة لأنه الوقت الذي تثبت به الحالة (دواس، 2013).

غير أن المادة التاسعة من قانون تركات الأجانب وغير المسلمين تعطي الاختصاص في ميراث الأموال غير المنقولة (العقار) الموجودة في فلسطين للقانون الفلسطيني، مما يوجب في هذه الحالة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

ولكن الذي يثير التساؤل حول الأموال غير المنقولة الموجود في الخارج، ماذا يطبق عليها؟

ولأن المادة التاسعة من قانون التركات جاءت واضحة كل الوضوح، وتطبق فقط على أرث الأموال غير المنقولة الواقعة داخل فلسطين، فإنه يمكن القول إن الإرث في الأموال غير المنقولة الموجودة في الخارج تخضع لقانون جنسية المتوفي قياساً على المادة (4/أ) من القانون ذاته التي تخضع الأموال المنقولة خارج فلسطين لقانون جنسية المتوفي (دواس، 2013). وهذا ما أخذ به المشرع الأردني أيضاً.

الفرع الثاني: التركة الشاغرة

هي التركة التي لا وارث لها. والتي يتركها المتوفى، كأن يترك أموالاً وأموالاً لا وارث لها، أو لها وارث ولكنه تنازل عن حقه في هذا الميراث. وقد يتساءل متسائل هنا، لمن تؤول هذه الأموال والأموال، هل تترك هكذا دون وارث؟ أم تكون من حق الدولة التي يحمل جنسيتها المتوفى، على اعتبارها أنها وارث من لا وارث له؟

وعليه، ولتجنب هذه التساؤلات، فقد نص المشرع الفلسطيني صراحة على أيلولة أعيان التركة الشاغرة الموجودة فوق إقليم دولة القاضي لهذه الدولة، حيث نصت المادة (2/23) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على "تؤول إلى الدولة الحقوق المالية للأجنبي الذي لا وارث له الموجودة على إقليمها، ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك" (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (23)). فإذا توفي أجنبي

ليس له وارث تاركا أموالا في فلسطين، وكان قانون جنسيته يقضي بأيلولة التركة الشاغرة لقانون دولة المتوفي، فلا يطبق هذا القانون، وعليه تؤول إلى الدولة الحقوق المالية للأجنبي الذي لا وارث له الموجودة على إقليمها.

كما يمتد تطبيق هذا القانون عندما تكون هذه الأعيان موجودة فوق إقليم دولة أخرى غير دولة القاضي، والدولة التي يحمل المتوفى جنسيته. وتبريرا لذلك تقول المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني إنه "ورد في الفقرة الثانية أن حقوق الأجنبي المالية الذي يموت ولا وارث له تؤول إلى الدولة التي مات وهو على إقليمها، ولا عبرة بما ورد في قانون دولته، حتى لو صرح قانون دولته بخلاف ذلك. ويرد ذلك إلى أن حق الدولة على التركة الشاغرة مستمد من سيادتها على الإقليم فتؤول التركة إلى الدولة التي توجد بها (دواس، 2013).

أما المشرع الأردني فقط عبر عن اتجاهه في نص المادة (181) من قانون الأحوال الشخصية رقم 61 لسنة 1976، الفقرة (ج) حيث نصت " إذا لم يوجد وارث للميت ممن ذكر ترد تركته المنقولة وغير المنقولة إلى وزارة الأوقاف" (قانون الأحوال الشخصية رقم (61)، المادة (181) فقره (ج)، 1976). وعليه فإذا توفي أجنبي ولم يكن له وارث وترك أموالا في الأردن، وكان قانون جنسيته يستوجب إعطاء التركة الشاغرة لدولة المتوفي، فلا مجال لتطبيق هذا القانون وعليه تؤول هذه الأموال لبيت المال في الأردن أي وزارة الأوقاف.

ويعود السبب بأيلولة التركة لوزارة الأوقاف باعتبار حق الدولة بالتركة الشاغرة على أنه حق مستمد من سيادتها على إقليمها، وليس باعتبار الدولة الأردنية وارثة.

وفي ذات الاتجاه سار المشرع المصري في نص المادة (4) من قانون المواريث رقم 44 لسنة 1943، على أنه "إذا لم يوجد أحد من هؤلاء (أي الورثة ومن في حكمهم)، آلت التركة أو ما بقي منها إلى الخزانة العامة"¹.

أما في تونس فقصت أحكام القانون الداخلي في الفقرة الأخيرة من الفصل(87) من مجلة الأحوال الشخصية على أنه " إذا لم يوجد ورثة آلت التركة أو ما بقي منها إلى صندوق الدولة"، باعتبار تلك الأموال الشاغرة (مالا سائبا) واستلاء دولة أجنبية على مال يقع في تونس ولو كان سائبا يتعارض مع النظام العام، لأن حق الدولة في اكتساب المكاسب التي لا مالك لها، والموجودة داخل إقليمها وجه من أوجه ممارسة سيادتها على ذلك الأقليم (بن موسى، 2003).

المطلب الثاني: دور الجنسية في الوصية، والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت

الوصية هي وسيلة أو أداة يحدد بموجبها الموصي مصير بعض أو كل أمواله، بعد وفاته على نحو مختلف عما كان القانون سينظمها إذا مات من غير وصية (الكردي، 2005).

وبموجب الوصية ينتقل الموصي إلى الموصى له على وجه التبرع، وتحديد ماهية أو طبيعة التصرف التبرعي، المضاف أثره إلى ما بعد الموت، وهي مسألة ينهض بها القاضي من تلقاء نفسه طبقا لأحكام قانونه، دون التقيد بالوصف الذي يخلعه الموصى على التصرف (سلامة، 2008).

وتعرف الوصية وفقا لأحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني في نص المادة (1051) " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، يؤدي إلى كسب الموصى له المال الموصى به (دواس، 2013). أما التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، فتشمل نوعين من التصرفات هما: تصرف مريض مرض الموت حيث نصت المادة (1053) على " تسري على الوصية في مرض الموت قواعد الإثبات

¹ أنظر نص المادة (4) من قانون المواريث رقم (77) لسنة 1943. وأيضا أكد المشرع على ذات الحكم بنص المادة الأولى من القانون رقم 71 لسنة 1962، بشأن التركات والتي جاء بها، "تؤول إلى الدولة ملكية التركات الشاغرة الكائنة والتي يخلفها المتوفون من غير وارث أيا كانت جنسيتهم...".

والاحتجاج بها على الورثة". والتصرف الآخر هو تصرف الشخص لأحد ورثته مع احتفاظه بحيازة العين التي تصرف بها، وبالانتفاع بها مدى حياته، حيث نصت المادة (1054) " إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأي طريقة كانت حياز العين التي تصرف بها، وبحقه بالانتفاع بها مدى الحياة، عد التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقدّم دليل عكس ذلك".

حيث أضع المشرع الفلسطيني الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، لقانون واحد ولكنه ميّز بين شروطها الموضوعية والشكلية. وبناء على ما سبق ستوضح الباحثة الشروط الموضوعية والشكلية للوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

أخضعت المادة (1/24) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الشروط الموضوعية لصحة الوصية والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، لقانون جنسية الموصي وقت موته، أو من صدر منه التصرف وقت موته، حيث ورد فيها: " يسري على الأحكام الموضوعية للوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون دولة المتصرف وقت موته" (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (1/24)).

يتضح من هذا النص أن المشرع أخضع الشروط الموضوعية للوصية، للقانون الذي يحكم الميراث، وهو قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، وهذا يعني أن قانون جنسية الموصي يحكم المسائل المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالميراث، ولكون الوصية هي تصرف إرادي، فهي تخضع للقواعد التي تحكم التصرف الإرادي (الهداوي ، 1997).

وبناء على ما سبق فإن قانون جنسية الموصي وقت الوفاة هو الذي يحدد من تجوز له الوصية، ويحكم حريته في الإيصال من حيث الحد المسموح به في حال وجود ورثة، أو في عدم وجود ورثة، ويحدد إذا كانت هذه الوصية ضرورية للورثة أم لا، وأهلية الموصي له في قبول الوصية وردها، ورضا الموصي والمحل والسبب في الوصية.

سار في هذا الاتجاه المشرع الأردني والمشرع التونسي والمشرع المصري، حيث قررت محكمة النقض المصرية في حكمها أن "الشروط الموضوعية للوصية موضوع النزاع سواء ما تعلق منها بحق الإيضاء أو القدر الذي تنفذ فيه الوصية يخضع للقانون اليوناني وهو قانون الموصي وقت موته"¹

ومن الشروط الموضوعية أيضا أهلية الموصي، وأهلية المتصرف في التصرفات التي تأخذ حكم الوصية، فالمقصود بأهلية الموصي هو أهلية الأداة، حيث تباينت وجهات النظر في القانون الذي تخضع له أهلية الموصي وأهلية المتصرف، فهل تخضع هذه الأهلية لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة؟ أم تخضع للقاعدة العامة لقانون الجنسية وقت إجراء التصرف؟

فالنسبة للوصية يجب إخضاع جميع شروطها الموضوعية بما في ذلك أهلية الموصي، وعيوب الرضا لقانون جنسية الموصي وقت الوفاة لا وقت الإيضاء، وإن كانت الوصية تصرفا إراديا إلا أنه يمكن للموصي الرجوع عنها قبل وفاته، وأيضا لأن نص المادة (1/24) من مشروع القانون المدني الفلسطيني جاء عاما مطلقا، ولو أراد المشرع استثناء واستبعاد بعض الشروط من الخضوع لقانون الجنسية وقت الوفاة لنص عليه صراحة، كما نص صراحة على الإثثناء المتعلق بشكل الوصية.

أما بالنسبة لأهلية المتصرف في التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت التي تأخذ حكم الوصية، فإنها تخضع لقانون جنسية المتصرف وقت التصرف، أي أن أهليته تخضع للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة (1/15) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، لأن المتصرف لم يكن يقصد وقت التصرف كون تصرفه مضافا إلى ما بعد الموت.

كل ما تقدم يتعلق بحدود القدر الجائز به بالنسبة للمال المنقول، أما بالنسبة للمال غير المنقول إي العقار إذا كان موجودا في فلسطين فيطبق على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يجوز أن يتجاوز القدر

¹ أنظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني، الطعن رقم 59، لسنة 39 قضائية، تاريخ الجلسة 12-2-1975، مكتب فني 26، رقم الجزء 1، رقم الصفحة 364.

الموصي به عن الثلث، وأما الأموال غير المنقولة الموجودة في الخارج فيطبق عليها كما قررنا بشأن الإرث، للقانون الذي تخضه له وصية المال المنقول، أي لقانون جنسية الموصي (دواس، 2013).

الفرع الثاني: شكل الوصية وشروطها

تختلف الشروط الشكلية من حيث تنظيمها من قانون لآخر، فبعض القوانين لا تشترط شكلاً معيناً للوصية والبعض الآخر يشترط أن تتم الوصية بالعبارة أو بالكتابة أو بمجرد الإشاره أو بالتسجيل.

فالشروط الشكلية في الوصية هي إظهار الإرادة إلى العالم الخارجي، حيث نص المشرع الفلسطيني على شكل الوصية، وأفردها في نص خاص من الفقرة الثانية من المادة (24) من مشروع القانون المدني الفلسطيني حيث أبحاث الرجوع في شكل الوصية إلى قانون دولة المتصرف، أو الدولة التي تم فيها التصرف، بقولها: "يسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون دولة المتصرف أو الدولة التي تم فيها التصرف" (مشروع القانون المدني الفلسطيني، المادة (2/24)).

وسار في مثل هذا الاتجاه نص المادة (2/18) من القانون المدني الأردني الذي يقول: "يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت"، ومثيل لها نص المادة (2/17) من القانون المدني المصري، و مجلة القانون الدولي الخاص التونسي بنص المادة (55) الذي يقول: "ويخضع شكل الوصية للقانون الشخصي للموصي أو لقانون المكان الذي حررت فيه". (القانون المدني الأردني، المادة (2/18)؛ من القانون المدني المصري، المادة (2/17)؛ مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة (55)). (القانون المدني الأردني، المادة (2/18)؛ القانون المدني المصري، المادة (2/17)؛ مجلة القانون الدولي الخاص التونسي، المادة (55)).

يتبين من النصوص السابقة أن الوصية تكون صحيحة من حيث الشكل، إذا اتخذ عند إجرائها الشكل المقرر لها في قانون دولة المتصرف، أو الموصي، أو قانون بلد إجرائها، ونلاحظ أن المشرع

الفلسطيني نص فقط على تطبيق قانون دولة المتصرف دون تقييد بوقت التصرف، كما فعل المشرعان الأردني والمصري، ولكن وبحسب المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني فإنه: " لكي تكون الوصية وكافة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت صحيحة من الناحية الشكلية يجب أن يراعى الشكل الذي نص عليه قانون محل الإبرام، أو قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء" (دواس، 2013). وبناء على ذلك يمكن تفسير النص أن المأخوذ به هو قانون جنسية المتصرف وقت التصرف.

أما المشرع التونسي فاعتبر الوصية صحيحة سواء وفق القانون الشخصي للموصي، أو وفق قانون الدولة التي حررت بها وقت تحرير الوصية، أو وقت وفاة الموصي على حد سواء (بن موسى، 2003).

وعليه فإن التعدد في ضوابط الإسناد في النصوص السابقة جاء على سبيل التخيير وليس التدرج، وذلك من أجل التسهيل والتيسير على الموصي، وفي هذا السياق قررت محكمة النقض المصرية " أن قاعدة المحل بحكم شكل التصرف ليست قاعدة إلزامية في التشريع المصري، بل هي رخصة للموصي، ابتغى منها التيسير عليه، وترك الخيرة له، فيجوز له أن يتخذ الوصية إما بالشكل المقرر في قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وإما بالشكل المقرر في البلد الذي تتم فيه الوصية."¹

¹ أنظر، جمهورية مصر العربية، النقض المدني رقم 87، لسنة 57 قضائية، تاريخ الجلسة 18-4-1989، مكتب فني رقم 40، رقم الجزء 2، رقم

الخاتمة

من خلال ما سبق دراسته حول هذا الموضوع، وتتبع مواد القانونية وتفسيراتها، وتعليقات الدارسين حولها، يجدر بنا أن نقف على أهم النتائج التي خلصت إليها دراسة "مدى فعالية اعتماد ضابط الجنسية في حل منازعات الزواج"، والتوصيات التي توصي بها الباحثة حول الدور الوظيفي لضابط الجنسية في الزواج، وما مدى فعاليته في حل تلك المشكلات.

أولاً: النتائج

1. تعتبر الجنسية عنصراً مهماً من عناصر الانتساب السياسي والاجتماعي والروحي والنفسي والقانوني لإرتباط الفرد، ودخوله في عضوية دولته.
2. حقيقة الجنسية هي أقرب إلى القانون الخاص، لأن الجنسية عنصر من عناصر الحالة الشخصية للفرد، وهي من أهم العناصر أيضاً، فلا بد من إلحاقها بالقانون الخاص لأنها تبنى على البنية والزواج.
3. إن المشرع الفلسطيني لم يحدد السند القانوني الواجب التطبيق على الخطبة، وبناء على ذلك يجب علينا التوجه إلى القواعد العامة لتحديد القانون المنطبق على الخطبة، وقد أكد هذا التوجه المشرع الأردني والمصري والتونسي.
4. لم ينص المشرع التونسي على الاستثناء لحماية الفرد الوطني من الخضوع للقوانين الأجنبية، بالنسبة للشروط الموضوعية، ولكنه استبعد تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام في تونس.
5. لم يضمن المشرع المصري نصاً خاصاً يحكم الزواج من حيث الشكل، بخلاف التشريعات الأخرى كالمشرع الفلسطيني والأردني والتونسي، وبناء على ذلك وفي هذه الحال يتم الرجوع للقواعد العامة التي تحكم التصرفات القانونية بصفة عامة.

6. أخذ المشرع الفلسطيني بمذهب الوحدة المطبق على الآثار الشخصية المالية للزوج حيث يطبق قانون جنسية الزوج على الآثار الشخصية والمالية. وقد سار في هذا الاتجاه أيضا المشرع الأردني والمصري والتونسي.
7. علة المشرع بإخضاع آثار الزواج لقانون واحد وهو قانون جنسية الزوج، دون الزوجة، نتاج لصعوبة إخضاع آثار الزواج إلى القانونين معا لأنه يؤدي إلى تطبيق أحدهما على الآخر عند حدوث اختلاف بينهما، ومن باب الحرص على العائلة وديمومتها لأن الزوج هو رب الأسرة، تقع عليه حماية هذه الأسرة، وتوفير احتياجاتها، وتحمل أعبائها.
8. تخضع النفقة الوقتية لقانون القاضي باعتبارها من الإجراءات الوقتية، ولا تخضع لآثار الزواج، ولا لمواضيع دعوى التطلق، وذلك من أجل سلامة الأمن الوطني والسلام العام.
9. موقف المشرع التونسي بالنسبة للقانون المطبق على الطلاق كان مختلفا عن القوانين السابقة حيث أخضع إنتهاء الزواج للقانون الشخصي المشترك فالعلة هنا من إخضاع إنتهاء الزواج للقانون الشخصي المشترك هي من أجل المساواة بين الزوج والزوجة وتحقيقا للعدل بينهما، فكان المشرع التونسي أكثر توفيقا من غيره من مشرعي القوانين السابقة.
10. معظم التشريعات العربية لم تنص على قاعدة إسناد صريحة تنظم موضوع علاقة الوالدين بالأولاد مثل المشرع الفلسطيني والأردني والمصري، إذ ترك المشرع تنظيمها للقواعد العامة، بخلاف المشرع التونسي الذي نظمها، ونص صراحة على القانون الواجب التطبيق على إثبات النسب أو المنازعة بالنسب.
11. أن النفقة بين الأقارب تم النص عليها وإخضاعها للقانون المدين بها، بالنسبة للمشرع الفلسطيني والأردني والمصري، أما بالنسبة للقانون التونسي فقد حدد الاختصاص بشأن النفقة للقانون الشخصي للدائن بها، أو لقانون مقره، أو لقانون المدين بها، أو لقانون مقره، ويطبق القاضي القانون الأفضل للدائن من بين القوانين الأربعة.

12. يخضع المشرع الفلسطيني التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، وسائر القوانين العربية كالأردني والمصري والتونسي إلى قانون الجنسية، وترتيبها تحت مظلة الأحوال الشخصية، نلاحظ دولا أخرى تصنفها ضمن نطاق الأحوال العينية.

ثانيا: التوصيات

1. نوصي دعوة الباحثين لتناول هذا الموضوع والبحث في جزئياته وتفصيلاته المختلفة.
2. نوصي توسيع دائرة المقارنات بين تشريعات الدول المختلفة، سواء تلك التي تنتمي إلى إطار واحد أو بيئة مشتركة أو علاقات مميزة.
3. نوصي العمل على صياغة تشريعات دقيقة في القضايا التي لم تغطيها هذه القوانين فلسطينا أولا، وعربيا ثانيا حتى لا تبقى هذه القضايا محل خلاف بين المشرعين والفقهاء.

المراجع العلمية

- إبراهيم، إبراهيم. (1997). القانون الدولي الخاص، الجنسية ومركز الأجنبي. القاهرة- مصر: دار النهضة العربية.
- أبو العلا. (2006). النظام القانوني للجنسية المصرية وفقا لأحكام القانون رقم 154 لسنة 2004. القاهرة- مصر: دار النهضة العربية.
- ابو الهيف، عبد الحميد. (1927). القانون الدولي الخاص في أوروبا ومصر (الإصدار 2). مصر: مطبعة الاعتماد.
- ابو ملح، موسى، و خليل قداة. (2003). المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، السلطة الوطنية الفلسطينية. ديوان الفتوى والتشريع مشروع تطوير الاطر القانونية.
- أمين، مجات محمد. (2016). ضوابط تطبيق قانون الجنسية في نطاق تنازع القوانين. رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر.
- براهمي، فضة. (2017). القانون الواجب التطبيق على النسب بالتشريع الجزائري. رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر.
- بن موسى، مبروك. (2003). شرح المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص. الشرقية- تونس: المغاربية للطباعة والنشر والإشهار.
- بو سعادة، فريدة. (2015). القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط. رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر.
- الداودي، غالب علي. (2010). القانون الدولي الخاص تنازع القوانين- تنازع الاختصاص القضائي الدولي- تنفيذ الاحكام الاجنبية- دراسة مقارنة. عمان- الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الداودي، غالب. (2011). القانون الدولي الخاص الجنسية، دراسة مقارنة (الإصدار 1). عمان- الاردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- دربه، أمين. (2011). تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة. الجزائر: جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، دفاثر الساسية والقانون.

دواس، امين رجا،. (2013). *تنازع القوانين في فلسطين: دراسة مقارنة في ضوء احكام القضاء،* (الإصدار 2). عمان-الاردن: دار الشروق للنشر والتوزيع.

الدين، صلاح، الدين. (2007). *تنازع القوانين في مشكلات ابرام الزواج(دراسة مقارنة بالشرعية* *الاسلامية).* مصر- الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

ذيب، فؤاد. (1994). *القانون الدولي الخاص (الإصدار 5).* دمشق- سوريا: منشورات جامعة دمشق.

رحاوى، آمنه. (2016). *الحق في الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين، دراسة مقارنة.* مجلة القانون *الدولي والتنمية، 5.*

رياض، عبد المنعم. (1943). *القانون الدولي الخاص (الإصدار 2).* القاهرة - مصر: دار النهضة *العربية.*

رياض، فؤاد عبد المنعم، و د.سامية راشد. (1994). *تنازع القوانين والأختصاص القضائي الدولي* *واثار الحكام الأجنبية.* القاهرة- مصر: دار النهضة العربية.

سلامة، أحمد عبد الكريم. (2008). *القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب* *والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية (الإصدار 1).* القاهرة- مصر: دار النهضة *العربية.*

سليمان، جابر. (2022). *حقوق الجنسية والمواطنة للفلسطينيين في المشرق العربي مع التركيز على* *لبنان.* المركز الفلسطيني لبحاث السياسات.

سيد، أحمد عبدالله. (2017). *إطالة الجنسية في الففة الإسلامي والقانون الدولي الخاص.* مجلة العلوم *القانونية والاقتصادية.*

سيوفي، نعوم. (1966). *الحقوق الدولية الخاصة، آمالي ومحاضرات لطلاب السنة الرابعة.* كلية *الحقوق، جامعة حلب.*

شكري، محمد عزيز. (1972). *الجنسية العربية السورية (الإصدار 2).* دمشق- سوريا: دار الفكر.

صادق، هشام علي. (1991). *الحماية الدولية للمال الاجنبي (الإصدار 1).* الإسكندرية- مصر: منشأة *المعارف بالإسكندرية.*

صادق، هشام علي، و حفيظة السيد الحداد. (1999). *القانون الدولي الخاص.* الاسكندرية- مصر: دار *الفكر العربي.*

- صادق، هشام علي. (د.ت). *الجنسية والمواطن ومركز الأجنبي: المجلد الأول في الجنسية والمواطن*. القاهرة: منشأة المعارف، الاسكندرية.
- طالب، أبو صوفي. (1973). *القومية العربية، ضمن كتاب المجتمع العربي والقضية الفلسطينية*. بيروت- لبنان: دار النهضة العربية.
- عبد الرحمن، جابر. (1958). *القانون الدولي الخاص العربي، الجنسية، جامعة الدول العربية*. القاهرة- مصر: مطبوعات معهد الدراسات العربية.
- عبد المنعم، فؤاد. (1984). *الموجز في الجنسية ومركز الأجنبي*. القاهرة- مصر: دار النهضة العربية.
- عبدالله، عز الدين. (1968). *القانون الدولي الخاص (الإصدار 2، المجلد 1)*. القاهرة- مصر: مطبعة جامعة عين شمس.
- عبدالله، عز الدين. (1977). *القانون الدولي الخاص (الإصدار 6)*. القاهرة- مصر: دار النهضة العربية.
- عرموش، ممدوح. (1998). *القانون الدولي الخاص والمقارن (الإصدار 1)*. عمان - الاردن: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- عكاشة، عبد العال. (2002). *الوسيط في أحكام الجنسية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى*. بيروت- لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
- عكاشه، عبد العال. (2010). *تنازع القوانين (دراسة مقارنة)*. مصر - الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- عمر، أحمد مختار عبد الحميد. (2008م). *معجم اللغة العربية المعاصر (الإصدار 1)*. عالم الكتب، الطبعة الأولى.
- غالي، كمال. (1975). *مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية (الإصدار 4)*. دمشق- سوريا: مطبعة جامعة دمشق.
- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976م، المنشور في العدد 2645 من الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، المنشور بتاريخ 1 آب لسنة 1976م
- القانون المدني الكويتي رقم (5) لسنة 1961.

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المنشور في العدد 108، من الوقائع المصرية الرسمية، الصادر ب 1948/7/29.

قانون رقم (5) لسنة 1961م، لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي

الكردي، جمال محمود. (2005). *تنازع القوانين*. مصر - الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

الكسواني، عامر محمد. (2010). *تنازع القوانين (الإصدار 1)*. الاردن - عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الكسواني، عامر. (2010). *موسوعة القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن ومركز الأجانب (الإصدار 1)*. عمان - الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

لطيف، عدنان باقي. (2021). *فكرة تقنين مبادئ القانون الدولي الخاص - القانون الدولي الخاص التونسي أنموذجاً*. المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسة، 5(2).

مجلة القانون الدولي الخاص التونسي لسنة 1998، نص المادة (45) المنشور في العدد 97، بتاريخ 27 نوفمبر 1998.

المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني.

مسعودي، يوسف. (2012).، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواج. *مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، 1*.

المشاققي، حسين. (2006). *الميسر في قواعد الاسناد وتنازع القوانين في القانون الدولي الخاص وتنفيذ الاحكام الاجنبية*. نابلس - فلسطين: المكتبة الجامعية.

مشروع القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، المنشور في العدد الممتاز من الوقائع الفلسطينية، الصادر ب 2012-6-26.

المصري، محمد وليد. (2002). *الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (الإصدار 1)*. عمان - الاردن: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع.

منصور، مصطفى منصور. (1955). *حلاصة دروس في القانون الدولي الخاص*. الاسكندرية - مصر: جامعة الاسكندرية.

النمر، أبو العلا. (2006). النظام القانوني للجنسية المصرية وفقا لأحكام القانون رقم 154 لسنة 2004. القاهرة- مصر: دار النهضة العربية.

الهداوي، حسن. (1997). القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، المبادئ العامة وال طول الوضعية في القانون الاردني، دراسة مقارنة. مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الاردن.

هداوي، حسن،. (1994). الجنسية في القانون الأردني (الإصدار 1). عمان- الأردن: دار المجدلاوي.

الوكيل، شمس الدين. (1960). الجنسية ومركز الأجانب (الإصدار 2). الإسكندرية، مصر: منشأه المعارف.

الوكيل، شمس الدين. (1962). دروس في القانون الدولي الخاص. جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، الاسكندرية- مصر.

الوكيل، شمس الدين. (1968). الموجز في الجنسية ومركز الأجانب (الإصدار 2). الإسكندرية، مصر: منشأه المعارف.



An-Najah National University
Faculty of Graduate Studies

**THE EFFECTIVENESS OF NATIONALITY AS A
CRITERION IN THE RESOLUTION OF MARRIAGE
DISPUTES: A COMPARATIVE ANALYSIS**

By
Aseel Khadr

Supervisor
Dr. Amjad Hassan

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree
of Master of Private Law, Faculty of Graduate Studies,
An-Najah National University, Nablus, Palestine.**

2025

THE EFFECTIVENESS OF NATIONALITY AS A CRITERION IN THE RESOLUTION OF MARRIAGE DISPUTES: A COMPARATIVE ANALYSIS

By
Aseel Khadr
Supervisor
Dr. Amjad Hassan

Abstract

This study examines the efficacy of nationality as a criterion in the context of marriage disputes, underscoring the legal research significance of this topic. Marriage represents a complex domain for conflicts of laws, primarily due to the intricate nature of interpersonal relationships and their association with multiple legal systems. This complexity is further exacerbated by international and economic interdependence, as well as the migration and relocation of individuals across national borders, which can result in disputes regarding the appropriate legal framework applicable to marriage-related conflicts.

Marriage presents numerous challenges concerning conflicts of laws, as it may take place within the jurisdiction of the state to which one of the spouses is affiliated, in a state that lacks any political connection to the couple, or its effects may manifest in a different jurisdiction altogether. Additionally, the dissolution of the marital bond may occur within yet another state. This complexity is further exacerbated by the diversity and multiplicity of personal laws within a single state, which arise from the existence of various religious sects.

The present study will demonstrate that nationality, as a criterion, is characterized by stability, permanence, and consistency, thereby minimizing instances of legal fraud. For judges, determining an individual's nationality is a straightforward process, as it is based on a tangible element. Nationality law, or the criterion of nationality, embodies the sovereignty of the state; this sovereignty is not only territorial but also personal, extending to individuals who are affiliated with that state by virtue of their nationality. It is in the interest of countries that export their populations to implement nationality law, enabling them to enforce their national regulations on citizens residing abroad. Consequently, it will be observed that the majority of countries have relied on nationality as a criterion due to its efficacy in resolving such disputes.

In order to comprehend the criterion of nationality and its efficacy in addressing marriage disputes, it is imperative to understand the concept, significance, foundation, components, and legal characteristics of nationality. Following this, the function of nationality as a criterion in relation to personal status issues will be elucidated through an analysis of the provisions of the Palestinian Civil Code. This analysis aims to clarify the realities of the situation and to facilitate a comparative examination of these provisions alongside the civil laws of Jordan, Egypt, and Tunisia, thereby identifying the similarities and differences among these legal frameworks.

Keywords: Nationality, Marriage disputes, Conflict of laws, Personal status, Comparative legal analysis, Palestinian Civil Code