الهجرة غير المشروعة في القانون المصري

دراسة في إطار فقه القانون الدولي الخاص

مقدم دكتور. أحمد رشاد سلام (●)

(●) عضو هيئة التدريس ومدرس القانون الدولي الخاص، كلية الشرطة- أكاديمية الشرطة- القاهرة.

مقدمه

الهجرة بصفة عامة ظاهرة من الظواهر القديمة بالمجتمعات المختلفة، تعتمد في أساسها على العنصر البشرى، ولها الفضل في بناء الكثير من الدول والمجتمعات في عالمنا هذا، كما أن لها دورا محوريا هاما في دعم الإثراء الحضاري والتواصل الاجتماعي والثقافي بين كافة الحضارات والمجتمعات، إضافة إلى إسهامها وبشكل مؤثر في الجوانب السياسية والاقتصادية في كافة المجتمعات بمختلف طوائفها وأعراقها وجنسياتها... كما سيرد ذكره في هذا البحث.

وقد اهتمت أعداد كثيرة من الدول خاصة في الحقبة التاريخية السابقة [١] بدراسة مسألة الهجرة عامة وأسبابها وتداعياتها المختلفة على أراضيها، وشددت في ذات الوقت الاهتمام بدراسة الهجرة غير المشروعة نظرا لما أفرزته ظاهرة العولمة من إذابة الحواجز بين الدول.... مع الوضع في الاعتبار أن كل دولة لها مطلق السيادة والحرية في التصرف والتعامل مع كافة الموجودين على أراضيها... مراعية في ذلك الاتفاقيات والمواثيق المختلفة والمرتبطة بحقوق الإنسان، لاسيما حقه في التنقل الأمن بين بلاد العالم المختلفة، وكذلك المواثيق والقوانين المنظمة لإقامة الأفراد الوافدين على أراضي تلك الدولة.

وهذا ليس بالأمر الغريب.... حيث يشهد العالم الآن بمختلف دوله العديد من موجات الهجرة.... من أي دولة من دوله وإلى أي دولة.

لذا نجد أن الغالبية العظمى من الدول قد سعت إلى إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية، الإقليمية والدولية... لتنظيم تلك الظاهرة وكذلك الحد منها ومن أضرارها.... كما سيرد ذكره تباعا.

---

(١) تعتبر الهجرة من أوروبا إلى الولايات المتحدة الأمريكية في القرن السادس عشر هي من الهجرات الممتدة المعروفة.

وإيمانا من دول المجتمع بأسره بأهمية وجود منظومة معلنة ومتعارف عليها لتلك المسألة الجديرة بالدراسة، لوضع أسس وثوابت تعمل على الموازنة والملائمة بين مصالح الإنسان المهاجر والأطراف الأخرى "الدول المهاجر إليها وشعبها"..... انطلاقا من أن حق الإنسان في أي دولة نامية أو متقدمة، من العالم الثالث أو من العالم الأول هو كل لا يتجزأ، بغض النظر عن جنسيته أو ديانته، من هذا المنطلق قمنا بإعداد تلك الدراسة المتواضعة لعلها تنير للباحث السبيل وتساعد ولو بالقليل في الحد من تلك الظاهرة وتحجيم آثارها... إيمانا منا بالحق الطبيعي في الهجرة الشرعية، وتلافيا لأي أضرار قد تحدث نتيجة قيام العديد من ضعاف النفوس –وهم من يطلق عليهم المتاجرون وسماسرة الاتجار بالبشر– وبمساعدة أي من المسئولين يتم تسهيل دخول هؤلاء الأفراد، الذين لا أقول غير مرغوب في دخولهم في أراضي تلك البلاد... ولكن أقول لا تتوافر فيهم الشروط الشرعية بشقيها الشكلي والقانوني، المقررة بمعرفة سلطات تلك الدولة، بغض النظر عن كينونتها واسمها... لأننا نحاول –والله المستعان– من خلال هذا البحث أن نقف على عدد من الحلول أو التوصيات التي من شأنها أن تكون نورا وسبيلا للحد مما يسمي الهجرة الوافدة بطريقة غير شرعية وتقليص خطره.

لذا فإننا من خلال هذا البحث سوف نلقي الضوء على:

١. تعريف الهجرة بصفة عامة وأنواعها وتعريف الهجرة غير المشروعة، والفرق بينها وبين الاتجار بالبشر، ومخاطرها الظاهرة والكامنة.

٢. القانون الواجب التطبيق على الأفعال الصادرة من المهاجر بطريقة مشروعة.

٣. مقترحات وتوصيات الباحث.

٤. خاتمة.

٥. مراجع.

المبحث الأول

الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر

بين التجريم وآليات المواجهة

المطلب الأول

تعريف الهجرة وأنواعها

أولا: **تعريف الهجرة بصفة عامة**:

١. لفظ الهجرة في اللغة العربية:

اشتق لفظ الهجرة من الفعل هجر [١] أي تباعد. وكلمة هاجر تعنى ترك وطنه وانتقل من مكان إلى غيره.

والهجر ضد الوصل "هجرت الشيء هجرا" أي تركته وأغفلته، والهجرة هي انتقال الناس من موطن إلى أخر [٢] ولم يكن العرب قديما يعرفون الأوطان بالحدود السياسية المعروفة لدينا اليوم، إلا أن ذلك لم يكن يعني أبدا عدم وجود مفهوم للوطن، فقد كان الوطن عندهم يعنى ببساطة محل الإنسان [٣] أو المكان الذي استوطن فيه مع عشيرته.

---

(١) راجع مختار الصحاح، الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، الطبعة الخامسة، المطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٣٩.

(٢) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، دار التحرير للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٠.

(٣) مختار الصحاح، المرجع السابق.

٢. لفظ الهجرة في اللغة الإنجليزية:

بالكشف عن المعني في القواميس نجد الآتي:

1. Immigrate (V.), Immigrant (N.), Immigration (N.).

يهاجر– مهاجر– هجرة: وتعنى الشخص أو الأشخاص المهاجرين الذين يقدمون إلى بلد أجنبي بقصد اتخاذها مقرا دائما [١].

2. Migrate (V.), Migrant (N.), Migration (N.) Transmigration

يهاجر– مهاجر– هجرة: وتعني الشخص أو الأشخاص الذين يهاجرون من بلد أو مكان إلى بلد أو مكان آخر دوريا أو موسميا أو بقصد العمل [٢].

ومما سبق يتضح أن الفرق بين المصطلح الأول Migration والثاني Immigration هو أن الأول Migration لا يعني الإقامة الدائمة، أما الثاني Immigration فهو يعني الهجرة الوافدة، أي القادمة بغرض الإقامة بصفة دائمة.

وعلى الرغم من ذلك فأن هناك من يرى [٣] أن كلمة Migration تعنى جميع حركات التنقل التي تحدث داخل حدود دولة معينة، بينما إذا تعدت الهجرة حدود الدولة أطلق عليها Emigration

---

([1]) Oxford Advanced Leavner's Dictionaty, Oxford University, Press, 4th edition, UK, 1999.

([2]) Oxford Dictionary, Previous reference.

(٣) راجع د. محمد البربري: الهجرة الوافدة من منظور أمني "دراسة تطبيقية على جهورية السودان" رسالة لنيل درجة الدكتوراه في علوم الشرطة– كلية الدراسات العليا– أكاديمية الشرطة– القاهرة ١٩٩٢، ص ٥.

للهجرة الصادرة أو الخارجة من الدولة، أما الهجرة الوافدة من الخارج فيطلق عليها Immigration [١].

ومع كامل احترامنا لوجاهة ذلك الفرق، نرى أنه قد تحدث هجرة من الريف إلى المدن ولكن داخل حدود الدولة الواحدة، إلا إنها تكون بغرض الإقامة الدائمة، لذلك فإننا نرى الاقتصار على التفرقة بين الإقامة بصفة دائمة Immigration والإقامة لسبب Migration، حيث تنتهي العلة بانتهاء وانتفاء السبب.

٣. لفظ الهجرة في القانون:

يعرف فقهاء القانون الدولي الهجرة [٢] إنها مغادرة الفرد لإقليم دولته نهائيا إلى إقليم دولة أخرى، ومن هذا التعريف نجد أن فقه القانون الدولي قد اعتد بنية المهاجر... وعلى ذلك فإذا ترك الإقليم ونيته العودة إليه بعد أي مدة –طويلة كانت أو قصيرة– فلا يعتبر ذلك من وجهة نظر هذا الفقه هجرة.

تعريف أخر: الهجرة هي انتقال الأفراد من دولة لأخرى للإقامة الدائمة، على أن يتم اتخاذ الموطن الجديد مقرا وسكنا مستديما [٣].

---

(١) للمزيد عن تلك التفرقة راجع:

Immigration and Emigration by Jayatilake p, w. 1995.

(٢) راجع د. على صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، ص ١٨٦ وما بعدها.

(٣) راجع د. صلاح نامق: الهجرة والتضخم السكاني والتنمية الاقتصادية في جهورية مصر العربية، ص ١٣٠.

وقد أقر كل من التشريع والفقه الحق في الهجرة باعتباره حق من حقوق الإنسان "الحرية في التنقل".. حيث يرى الفقيه Sealle أن الإنسان ولد حرا دون قيود، فلا ينبغي أن توضع أمامه العراقيل التي تحول دون تحركه وانتقاله من مكان لآخر سواء كان داخل دولته أو خارجها.

ثانيا: الهجرة غير المشروعة:

هناك جانب من الفقه يطلق عليها الهجرة السرية، نظرا لأن كلا من الدولة المهاجر منها والأخرى المهاجر إليها لا علم لهما بتلك التحركات، إضافة إلى عدم إتباع ذلك المهاجر للقواعد المتبعة في قوانين الدولة المهاجر إليها. وتلك النوعية من الهجرة تضم جميع العمال المغادرين بنية العمل ولم يصرحوا بذلك [١]، وكذلك جميع الأشخاص الداخلين والقادمين إلى تلك الدولة دون إذن مسبق أو جواز سفر، أو الذين تم دخولهم من مكان غير شرعي.

وقد شغلت حركة الهجرة غير المشروعة اهتمامات الحكومات في العديد من البلاد في مختلف القارات في الفترة الأخيرة، باعتبارها إحدى المشكلات التي طفت على سطح المجتمع الدولي بشدة في الفترة الأخيرة [٢].

---

(١) حيث نجد أن العديد من المصريين يحصلون على تأشيرة عمرة أو حج ثم عقب ذلك يحصلون على عمل ويقيمون هناك مخالفين غرض الإذن الذي حصلوا عليه، كما حدث ذلك أيضا من عدد من المصريين في العراق وليبيا، راجع في ذلك د. محمد منصور حسين سيف: الهجرة الخارجية والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية الآداب، عين شمس، يناير ١٩٨٦، ص ٥٠.

(٢) ظهرت الهجرة غير المشروعة بحلول العقد الرابع من القرن العشرين نتيجة قيام الدول بتطبيق نظام التأشيرات Visa– حيث اتجهت الدول والتي كانت تسمح من قبل بالدخول لأي راغب إلى تقييد ذلك وفرضت من السبل ما به التحكم في الداخلين والنازحين إلى أراضيها.

١. معنى الهجرة غير المشروعة:

نظرا لأن أساس موضوع الدراسة هو المخاطر بنوعيها الظاهرة والكامنة على الأمن الوطني نتيجة الهجرة غير المشروعة، فإننا سوف نستعرض بالتفصيل معنى الهجرة غير المشروعة، ولكنا سوف نستعرضها من كافة وجهات النظر، لذا سوف نعرفها من وجهة نظر الدولة الأم للمهاجر، ومن جانب الدولة المستقبلة على النحو التالي.

أ. الهجرة غير المشروعة من وجهة نظر الدولة المصدرة- الدولة الأم للمهاجر [١]، فتلك الدولة تنظر للمهاجر غير الشرعي حتى لو كان من رعاياها على إنه قد خرج من إقليمها من غير المنافذ الشرعية للبلاد، أو خرج من منفذ شرعي ولكن باستخدام مستندات مزورة أو بطريقة احتيالية.

ب. الهجرة غير المشروعة من وجهة نظر الدولة المستقبلة [٢]. فتلك الدولة تنظر للمهاجر غير الشرعي لكونه قد تواجد على أرضها دون موافقتها أيا كان البلد القادم منها "بلده الأم أو دولة أخرى" أيا كانت وسيلة خروجه من تلك الدولة ووسيلة وصوله إلى أراضيها "سواء خرج من منفذ شرعي ووصل إلى منفذ شرعي أو خرج من منفذ غير شرعي ووصل إلى منفذ غير شرعي" كذلك أيا كانت مستنداته "أصلية أم مزورة".

---

(١) ينصب نظر دولة المهاجر على طريقة خروجه منها كمعيار للتأثيم أيا كان منفذ خروجه "شرعي– غير شرعي" ولكن بمستند مزور.

(٢) أما الدولة المستقبلة فأن معيار التأثيم لديها ينصب على وجوده على أرضها دون إذن مسبق.

ومناط التأثيم هو عدم حصول ذلك الشخص على موافقة تلك الدولة [١]، حيث يستوي في تلك الحالة دخوله بطريق سليم وحصوله على كافة الموافقات لفترة معينة ثم عقب ذلك يرفض المغادرة عقب انتهاء تلك الموافقة، أو دخوله بطريق غير سليم ثم قام بتقنين وضعه عقب ذلك، حيث يتزوج ذلك المهاجر للحصول على إقامة شرعية.

ج. تعريف الفقه للهجرة غير المشروعة:

لم يتفق الفقه على وضع تعريف دولي محدد يحيط كافة الجوانب المتصلة بالهجرة غير المشروعة– حيث أن كل دولة نظرت إلى ذلك التعريف هي وفقاءها طبقا لاحتياجاتهم ومصلحتهم الوطنية... حيث نجد أن:

رأى (١): نادي هذا الرأي بأن الهجرة غير المشروعة هي [٢] الدخول والخروج غير القانوني، من وإلى إقليم أية دولة، من قبل أفراد أو جماعات من غير الأماكن المحددة لذلك، ودون التقيد بالضوابط والشروط التي تفرضها كل دولة في مجال تنقل الأفراد.

---

(١) يدعم ذلك أن الولايات المتحدة الأمريكية تطلق لفظ Aliems على المهاجر غير الشرعي– وهو مصطلح يعني الغرباء بغض النظر عن كيفية وجوده على أرضها.

للمزيد راجع:

- Aliens Civil Rights in the united states of America.
- Aliens Civil Rights in Europe "Cuncil of Europe Publishing", 2006.

(٢) يعيب هذا الرأي إغفاله للخروج القانوني من المنافذ الرسمية لدولة "المعبر وهي الدولة الوسيطة ويطلق على ذلك النوع من الهجرة– الهجرة غير المباشرة" حيث يضطر المهاجر إلى دخول دولة وسيطة بين الدولة القادم منها للعبور للدولة المهاجر إليها.

رأى (٢): نادي أصحاب ذلك الرأي بأن الهجرة غير المشروعة هي الانتقال من الوطن الأم إلى الوطن المهاجر إليه للإقامة بصفة مستمرة فيه– بطرق مخالفة للقواعد المنظمة للهجرة بين الدول طبقا لأحكام القوانين الدولية والداخلية [١].

رأى (٣): نادي أصحاب ذلك الرأي بأن الهجرة غير المشروعة هي خروج المواطن من إقليم الدولة من غير المنافذ الشرعية المخصصة لذلك، أو من منفذ شرعي باستخدام وثيقة سفر مزورة [٢].

د. وتعريف الباحث للهجرة غير المشروعة:

ومما سبق نستطيع أن نعرف الهجرة غير المشروعة بأنها: "خروج الشخص من إقليم دولته أو دولة أخرى بطريقة شرعية أو غير شرعية قاصدا دخول دولة أخرى؛ دونما الحصول على موافقتها؛ أو بالحصول على موافقتها لفترة ما أو لغرض ما؛ واستمراره على إقليمها بغرض الإقامة الدائمة عقب انتهاء فترة السماح، أو دخوله إلى إقليم تلك الدولة "المستقبلية" من منفذ غير شرعي حاملا مستندات غير حقيقية، مخالفا بذلك لوائحها ونظمها الداخلية والقواعد المتعارف عليها دوليا".

٢. الهجرة غير المشروعة وما يترتب عليها:

سبق وعرضنا بالتفصيل للآراء التي قيلت بصدد إيجاد تعريف للهجرة غير المشروعة والمحاولات التي بذلت لوضع تعريف محدد لها، ثم عرضنا لرأينا في تعريف الهجرة غير المشروعة. وسوف نشير الآن

---

(١) راجع د. طارق خضر: قرارات الإبعاد للأجانب والرقابة القضائية عليها، مجلة مركز بحوث الشرطة، ص ٣٢، القاهرة ٢٠٠٣، ويعيب هذا الرأي قصره التعريف على المقيم بصفة مستمرة –وفق نظر الدولة المستقبلة– كما سبق وأشرنا في المتن مناط التأثيم هو عدم سبق الحصول على موافقتها أو الدخول والتواجد على إقليمها دون علمها.

(٢) راجع د. طارق خضر، المرجع السابق، ص ٣١.

التي عدد من المصطلحات تنتج عن تلك النوعية من الهجرة وهى من وجهة نظرنا مرتبطة بها... على النحو الآتي:

أ. الإبعاد [١] Expulsion: هو قرار تصدره السلطات العامة في الدولة لأسباب تتعلق بسلامتها وأمنها الداخلي أو الخارجي– تطلب بمقتضاه من الأجنبي مغادرة إقليمها خلال مدة محددة وإلا تعرض للجزاء والإخراج بالقوة، إلا أن لدولة المبعد التدخل لحمايته في حالة تعسف الدولة الأخرى في إبعاده، وذلك بالطرق الدبلوماسية [٢].

والأصل في الإبعاد أنه عمل فردى يقع على فرد أو عدة أفراد معينين– غير أن الدولة لها أن تقوم بما يسمي بالإبعاد الجماعي Expulsion en masse وذلك في حالة نشوب حرب أو حدوث اضطراب داخل الدولة [٣].

ب. الترحيل: يعنى إخراج الأجانب جبرا عن طريق الإبعاد –وقد نتج الترحيل من الواقع العملي للهجرة غير المشروعة– حيث تمارسه الإدارة يوميا لمواجهة حالات دخول الأجانب بطريقة غير قانونية أو بقائهم في الدولة دون ترخيص شرعي للإقامة نتيجة تخلفهم

---

(١) لابد لنا أن نوضح أن من حق الدولة إبعاد أي أجنبي ترى أن بقائه في إقليمها يشكل خطرا وتهديدا لسلامتها، وهذا من منطق سيادتها على إقليمها، راجع في ذلك د. جابر جاد عبد الرحمن إبعاد الأجانب، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص ١٤، سنة ١٩٤٧، كذلك د. عز الدين عبد الله– القانون الدولي الخاص– طبعة ١٩٦٠، ص ٥٦٧، د. حسني درويش– إبعاد الأجانب بين سيادة الدولة وموجبات الأمن– مجلة الفكر الشرطي– الإمارات العربية– المجلد الثالث– العدد الأول يونيو ١٩٩٤، ص ٢٣٧، د. قدري الشهاوى– أعمال الشرطة ومسئوليتها إداريا وجنائيا، منشأة المعارف الإسكندرية، ص ٤٢٨ سنة ١٩٦٩.

(٢) راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، مركز الأجانب طبعة ١٩٩٥، ص ٩٧.

(٣) للدولة الحق في إبعاد الأجنبي حتى لو لم يرتكب أي جريمة، وقد لجأت بعض الدول إلى الإبعاد الجماعي في الظروف الاستثنائية مثل لجوء تركيا إلى إبعاد اليونانيين عند حربها مع اليونان سنة ١٨٩٧ وإبعادها للإيطاليين عند قيام الحرب مع اليونان ١٩١٢ وإبعاد مصر لليهود عند قيام الحرب مع إسرائيل سنة ١٩٦٧.

للمزيد راجع د. مصطفى العدوى، مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، طبعة ٢٠٠٩، ص ٢٥٥.

عقب انتهاء مدة الإقامة الممنوحة لهم دون تجديد، ولا يفوتنا الإشارة إلى أنه في دولة فرنسا يوجد ما يسمي بنظام الاقتياد للحدود لمواجهة ظاهرة الهجرة غير المشروعة La Recondiute à La Frontière.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية المصرية الفارق بين الإجرائيين السابقين، حيث قالت إن ترحيل الأجنبي من البلاد لعدم وجود إقامة قانونية لا يعد إبعادا مما عناه القانون؛ استنادا إلى إقامة ثابتة ومعينة والذي يتطلب الأمر فيه صدور قرار من وزير الداخلية، فالترحيل إجراء مادي لا يصل فيه الأمر إلى أن يكون إبعادا ولا يمكن الاستعاضة عن ترحيل الأجنبي بإصدار قرار بإبعاده؛ لأن هذا الإجراء في حالة دراستنا "الإقامة غير المشروعة– أو الدخول غير المشروع" يعد إجراء غير ذي نفع [١]، وبناء على ما سلف ذكره نستطيع القول بأن الإبعاد يختلف عن الترحيل في عدد من النقاط سوف نوجزها على النحو الآتي:

ج. أوجه الاختلاف بين الإبعاد والترحيل:

١. من حيث السبب: الإبعاد يواجه الأجنبي الذي دخل إلى البلاد بطريق مشروع ولكن حدثت ظروف عقب حصوله على الإقامة بها فصار وجوده خطرا على النظام العام، مما يستوجب مغادرته للبلاد على الفور؛ أما الترحيل فهو الإجراء الخاص بدراستنا "أي: يواجه كل أجنبي تواجد على أرض البلد بصفة غير مشروعة".

(١) من الجدير بالذكر إنه من العسير الحصول على بيانات وإحصاءات رسمية لعدد الأجانب المرحلين والمبعدين.

٢. من حيث الشكل والسلطة المصدرة: يصدر قرار الإبعاد بقرار من وزير الداخلية فقط ولابد وأن يكون مكتوبا، وهو لا يكون عشوائيا إنما وفق قواعد وإجراءات محددة [١]– أما قرار الترحيل فهو بناء على أمر رئيس مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية ومن اختصاصه دونما أي إجراءات شكلية.

٣. من حيث الهدف: يهدف الإبعاد إلى الحد من التهديد الذي يشكله وجود الأجنبي والمقيم بصفة قانونية على أرض الدولة ضد نظامها وأمنها العام، في حين أن الترحيل يكون نتيجة مخالفة الأجنبي للقواعد المتعلقة بنظام الدولة "قواعد الدخول والإقامة والعمل"– ومن هذا المنطلق يعتبر الإبعاد كإجراء هو أشد خطورة من الترحيل.... لما سبق ذكره.

٤. من حيث الأثر: إذا حدث وأبعد أي شخص– فلا يسمح له بالدخول مرة أخرى إلا بإذن وزير الداخلية، أما من تم ترحيله فليس هناك ما يحول قانونا دون عودته مرة أخرى شريطة استيفائه لقواعد الدولة القادم إليها [٢].

د. الفرق بين الترحيل والتكليف بالسفر:

ويثور التساؤل عن الفرق بين الترحيل والتكليف بالسفر في حالة الأجنبي التواجد على أراضي البلاد... حيث نجد الآتي:

---

(١) راجع نص المادة ٢٨ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠ والخاصة بسلطة وزير الداخلية في تحديد إجراءات صدور وتنفيذ قرار الإبعاد.

(٢) من الجدير بالذكر أن جمهورية مصر العربية قد أصدرت عام ٢٠٠٥ القانون رقم ٨٨ لتنظيم عملية ترحيل الأجانب.

١. من حيث التعريف: التكليف؛ بالسفر هو ذلك الأمر الصادر من مدير مصلحة الجوازات التي أحد الأجانب المتواجدين على أراضي البلاد بضرورة مغادرتها وذلك لانتهاء الغرض من بقائه [١]، وفى التكليف بالسفر يتم منح الأجنبي مهلة لتدبير السفر اختياريا، تتراوح من أسبوع لأسبوعين، على أن هناك مكنة لذلك الأجنبي للطعن في قرار تكليفه بالسفر [٢].

٢. من حيث الغرض: نجد أن التكليف بالسفر يتعامل مع الأجنبي الذي تم رفض إعطائه إقامة على الرغم من طلبه لها من السلطات المختصة بالبلد التي دخلها بطريقة شرعية، وعلى الرغم من ذلك تم رفض طلبه وتم إخطاره بأن عليه أن يغادر إقليم ذلك البلد طواعية في خلال مدة معينة، أما الترحيل فإنه –كما أشرنا سلفا– يتعامل مع كل من دخل البلاد بطريقة غير شرعية أو لم يحصل على ترخيص شرعي بالإقامة ولم يغادر البلاد في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ رفض إعطائه الإذن بالإقامة.

٣. من حيث التعامل مع الأجنبي: بالدراسة ومن التعريف المسبق يتضح لنا جليا أن التكليف بالسفر يمنح فيه هذا الأجنبي مدة خمسة عشر يوما كمهلة لمغادرة البلاد طواعية، أما في الترحيل [٣] فيتم إخراجه جبرا عن تلك البلد نتيجة تواجده غير المشروع أو تهديده

---

(١) راجع في ذلك د. نعيم عطية: المنع من السفر، دار النهضة العربية ١٩٩١، وكذلك لواء د. قدري الشهاوي: الموسوعة الشرطية القانونية، عالم الكتب ١٩٧٧، ص ٨٣١.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٢٠٧ ش جلسة ٢٩/ ٦/ ١٩٥٤– مجموعة السنة الثامنة– وكذلك الدعوى رقم ٥٦٣ س ٦ جلسة ١٣/ ٥/ ١٩٥٤– مجموعة السنة الثامنة ص ١٤٣١– أحكام مشار إليها عن د. مصطفى العدوى "مركز الأجانب في القانون المصري المقارن" سنة ٢٠٠٩، ص ٢٦٣.

(٣) يقابل الترحيل ما يسمي الاقتياد للحدود في القانون الفرنسي.

لأمن تلك البلد. وكما سبق فإن المكلف بالسفر أمامه مهلة أسبوعين لمغادرة أراضي تلك البلد طواعية، أما الترحيل فإن المهلة مفتوحة "أي: تتجدد تلقائيا لحين انتهاء إجراءات ترحيله دون حد أقصى"، ولا يفوتنا الإشارة إلى أنه بانتهاء المدة المحددة للمكلف بالسفر "الأسبوعين طواعية" ولم يتم مغادرة ذلك المكلف بالسفر– يتم إدراجه تلقائيا ضمن الحالات المقررة لترحيل الأجانب، وذلك لعدم مشروعية وجوده رغم سبق إخطاره بذلك وعدم التزامه بتنفيذ أوامر تلك الدولة.

كذلك لا يفوتنا التأكيد على أن القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٥ والمعدل للقانون ٨٩ لسنه ١٩٦٠ قد أضاف المادة ٣١ مكرر والتي تنص على أحقية مدير مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية في الأمر بترحيل الأجنبي [١] من غير ذوي الإقامة الخاصة، وبناء على ذلك يجدر بنا أن نوضح في إشارة سريعة لأصحاب الإقامة الخاصة، وهم طبقا للمادة ١٨ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠:

١. الأجانب الذين ولدوا على الأراضي المصرية قبل نشر القانون ٧٤ لسنة ١٩٥٢ ولم تنقطع إقامتهم حتى بدء العمل بالقانون ٨٩ لسنة ١٩٦٠.

٢. الأجانب الذين دخلوا البلاد بطريق مشروع ومضت عشرون سنة على إقامتهم القانونية شريطة أن تكون سابقة لنشر القانون ٧٤ لسنة ١٩٥٢.

---

(١) هناك عدد من الحالات لمدير مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية أن يأمر بترحيل كل من:

أ. دخل البلاد بطريقة غير مشروعة أو عدم قيامه بتجديد تصريح الإقامة عقب انتهائه.

ب. مخالفة غرض الإقامة "سياحة ثم يستخدم تلك التأشيرة ويعمل بالبلد".

ج. عدم مغادرة البلاد عقب ١٥ يوم من تاريخ انتهاء الإقامة أو من تاريخ إعلانه برفض تجدد الإقامة، ففي تلك الحالة يجوز لمدير مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية أن يحدد إقامته في مكان معين، بالإضافة إلى منحه مهلة للسفر على أن يتم تجديدها تلقائيا لحين إتمام إجراءات ترحيله، راجع في ذلك الجريدة الرسمية بتاريخ ٧/ ٥/ ٢٠٠٥، العدد (١٨).

٣. الأجانب الذين مضى على إقامتهم بالبلاد أكثر من خمس سنوات كانت تتجدد بانتظام حتى تاريخ تقديم طلب الحصول على الإقامة، في حالة قيامهم بأعمال مفيدة للاقتصاد القومي أو قيامهم بخدمات علمية أو ثقافية أو فنية للبلاد، وهذه الأعمال تعين بقرار من وزير الداخلية.

٤. العلماء ورجال الأدب والفن والصناعة والاقتصاد وغيرهم ممن يؤدون خدمات جليلة لبلاد، على أن يصدر قرار بشأنهم من وزير الداخلية، ويرخص لهؤلاء إقامة لمدة عشر سنوات تجدد عند الطلب، ما لم يكونوا في إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة ٢٦ من القانون [١].

ويجمع الفقه على أن إقامة هؤلاء هي إقامة من قبيل الإقامة الدائمة [٢]. لأن تجديدها يتم بقوة القانون دون أن تكون للإدارة سلطة تقديرية في ذلك الشأن [١]، ونجد أن المشرع الفرنسي قد تبنى

---

(١) تتضمن تلك المادة النص على أنه: لا يجوز إبعاد الأجنبي من ذوى الإقامة الخاصة، إلا إذا كان في وجوده ما يهدد أمن الدولة أو سلامتها في الداخل أو في الخارج أو الاقتصاد القومي أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو السكينة العامة أو كان عالة على الدولة بعد عرض الأمر على اللجنة المشار إليها في المادة ٢٩ من القانون وموافقتها. وتتكون تلك اللجنة من:

١. مساعد أول وزير الداخلية للأمن "رئيسا".
٢. رئيس إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لوزارة الداخلية "عضوا".
٣. مدير عام مصلحة الجوازات والهجرة والجنسية "عضوا".
٤. مدير الإدارة القنصلية بوزارة الخارجية "عضوا".
٥. مندوب من مصلحة الأمن العام "عضوا".

- وتنعقد تلك اللجنة بناء على طلب رئيسها ويشترط لصحة انعقادها حضور الرئيس وثلاثة أعضاء على الأقل وتصدر القرارات بأغلبية الأعضاء وفي حالة التساوي يرجح الرأي الذي يؤيده الرئيس.

(٢) تفرق الدول عادة بين أنواع الإقامة التي تمنحها للأجانب طبقا لرغبتهم ومصالحها وعلاقتها بدولهم كالآتي:

أ. المرور Passage ولا تحتاج إلى إقامة وتكتفي الدولة بالتأكد من أن هذا الشخص غير ممنوع من دخول الدولة الراغب في المرور عن طريقها.

نفس المبدأ في المادة ٢٥ من المرسوم بقانون ٢٦٥٨ لسنة ١٩٤٥، حيث أجاز ترحيل ذوى الإقامة الخاصة في حالة الضرورة القصوى للحفاظ على سلامة الدولة [٢].

٣. الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر

أولا: في التعريف بالاتجار بالبشر وصوره كطريقة للهجرة غير المشروعة:

ويثار تساؤل حول علاقة الهجرة غير المشروعة بالعصابات المنظمة للمتاجرة بالبشر [٣] والتي تستغل رغبة أعداد كبيرة من البشر في الهجرة سعيا لهدف أفضل خارج أوطانهم، ونتيجة لقلة القنوات

ب. الحالة العارضة Temporaire وفيها تحدد الدولة حدا أقصي لمدة الإقامة وغالبا ما تكون للسياحة أو للزيارة أو العلاج.

ج. الإقامة المستمرة وهي التي تتشابه مع موضوع الدراسة من الناحية الشرعية.

للمزيد راجع د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٩١ وما بعدها.

(١) راجع في ذلك أمهات الكتب وأساتذتنا الأجلاء: د. عز الدين عبد الله– القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٤٩٥، د. هشام صادق– الجنسية والوطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، ص ٢٢١، د. فؤاد رياض– الوسيط في القانون الدولي الخاص، ص ٤٧٦، د. أحمد قسمت الجداوي، ط ٢، ١٩٩٢، ص ١٣١.

(٢) للمزيد راجع د. مصطفى العدوى، مرجع سابق، ص ٢٧١، حيث ذكر سيادته بالشرح تلك الطوائف.

(٣) بحلول الألفية الثالثة وعقب التزايد الشديد لمعدلات الهجرة الدولية غير الشرعية والتي تتولاها جماعات إجرامية على درجة عالية من التنظيم صدر في نفس العام (٢٠٠٠م) اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية في "باليرمو– دولة إيطالية" والبرتوكول المكمل لها حول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو... وقد كان ذلك نتائج قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٥٣/ ١١١ والمؤرخ في ٩/ ١٢/ ١٩٩٨ –حيث قررت فيه إنشاء لجنة دولية مفتوحة العضوية لوضع اتفاقية دولية شاملة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ووضع صك دولي يتناول تهريب المهاجرين ونقلهم على نحو غير مشروع– بما في ذلك طريق البحر وقد وقعت مصر على تلك الاتفاقية والبرتوكول المكمل لها أيضا، وذلك توطئة ليصبحا قانونا من قوانينها الداخلية وفقا لنص المادة ١٥١، ١٥٢ من الدستور وستكون في حالة التصديق ملزمة قانونا بوضع تشريعات خاصة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية وعمليات الهجرة الدولية غير الشرعية– وقد كان عام ١٩٩٣ هو بداية لتوجيه نظر العالم تجاه ما يعرف بالاتجار بالبشر عندما ارتطمت سفينة الشحن Golden Venture بالشاطئ وكانت تحمل على متنها ٢٦٠ مواطنا صينيا لا يحملون وثائق سفرهم، وقد أسفر الحادث عن غرق عشرة أشخاص عندما حاولوا الوصول للشاطئ سباحة وتوالت الأحداث عقب ذلك.

- راجع في ذلك د. هالة غالب– المواجهة الدولية لجرائم تهريب المهاجرين– بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية– المجلد الحادي والخمسون– العدد الأول– مارس ٢٠٠٨، ص ١٠٤.
- كذلك لواء د. فتحي عيد– مكافحة تهريب البشر– مجلة الأمن والحياة– العدد ٢٤٦، فبراير سنة ٢٠٠٣، ص ٥٨.

الشرعية المفتوحة أمام الهجرة الشرعية يسعى هؤلاء وراء وهم يروجه هؤلاء السماسرة أو تجار البشر [١]، والذين يسيئون استغلال حاجة هؤلاء الناس الملحة للسفر إلى الخارج فلا يحترمون مطلقا أمن وحقوق هؤلاء المهاجرين الأساسية [٢]... وحيث أن محور الدراسة هو الهجرة غير المشروعة... فسوف نلقى الظلال على تعريف كل من تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر والفارق بينهم:

أ. **المقصود بالاتجار بالبشر**: يقصد به استدراج الأشخاص من خلال التهديد أو القوة أو الغش والخداع لأغراض الاستغلال في أعمال السخرة أو الرق، ودائما أبدا يتم استخدام هؤلاء في الأعمال التي تتطلب مجهودا بدنيا شديدا مقارنة بالأعمال الأخرى التي يقوم بها الوطني، إضافة إلى اتجاه أصحاب رؤوس الأموال إلى إخفائهم للاستفادة من انخفاض أجورهم، ولا يفوتنا الإشارة إلى أن الاتجار بالبشر قد يكون داخل النطاق الإقليمي [٣] للدولة نفسها طالما توافرت عناصره، وهو المنتشر حاليا في صورة زواج القاصرات وأطفال الشوارع، وتعتبر أوروبا الشرقية وأسيا أكثر المناطق تأثرا بتلك التجارة– وتعتبر دولة تايلاند أعلى دولة منبع أو مصب أو ترانزيت".

---

(١) تعتبر عصابات المافيا الإيطالية والياكوزا اليابانية والثلاثيات الصينية من أهم العصابات وأشهرها على الصعيد العالمي للاتجار في البشر، راجع في ذلك. د. فتحي عيد، مرجع سابق، ص ٥٩ وما بعدها.

(٢) حيث تنتهك حقوقهم فيتم سرقتهم وضربهم وفي بعض الأحيان اغتصاب النساء منهن وقتلهن، زيادة على المعاملة القاسية التي يتعرض لها هؤلاء المهاجرون.

راجع في ذلك www.hrw.org/ar/news/2009/12/21

(٣) راجع في ذلك "التداعيات الأمنية للهجرة غير الشرعية وطرق مواجهتها" دراسة قام بها مركز بحوث الشرطة بأكاديمية الشرطة، الإصدار الرابع عشر، يوليو ٢٠٠٧، ص ٢٥.

ب. المقصود بتهريب المهاجرين: بداية وجود كلمة تهريب بالمصطلح تعني انتهاك قوانين الهجرة إلى تلك الدولة، ومن ثم فالمصطلح يعني "الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص الأجانب إلى دولة أخرى غير دولته للحصول على منفعة".

وكما سبق وأشرنا نتيجة لعدم شرعية الدخول يتعرض هؤلاء المهاجرون وهم الضحايا للاستغلال الجسدي والنفسي، ولا يتمتعون بأي حق قانوني ولا بأي نوع من أنواع الرعاية "الصحية أو الاجتماعية أو غيرها" فبالتالي يفقدون (١) سيطرتهم على حياتهم ومصيرهم.

ج. أوجه الاختلاف بين الاتجار بالبشر وبين تهريب المهاجرين:

أنه في الأولى ليس لهذا الشخص المتاجر به أية حرية، أما في الثانية فللمهاجر الحرية في الاختيار عقب عبوره للحدود، وعلى الرغم من قيامنا بالتفرقة بين المصطلحين كما سبق.... إلا إننا نرى أن المصطلح الأعم هو الاتجار بالبشر (٢) حيث أننا نرى أنه يشمل ما هو معروف بتهريب المهاجرين؛ لاتحادهما في الغرض وهو استغلال حاجة هؤلاء الأشخاص للمادة وتسخيرهم في أعمال غالبا ما تكون غير شرعية وضد القانون، نتيجة لحاجتهم الشديدة

لتحسين أوضاعهم خارج أوطانهم سعيا وراء وهم الثراء (٣).

---

(١) راجع في ذلك هبة فاطمة مرايف: "الاتجار بالبشر" الشكل المعاصر لتجارة الرقيق، مجلة السياسة الدولية، العدد ١٦٥، يوليو ٢٠٠٦، ص ٨٥.

(٢) إننا إذ نري أن عنصر الاستمرار في الاستغلال هو الذي يميز بين الاتجار في البشر وتهريب المهاجرين. حيث يستمر في الأولى بكافة صوره والتي تمثل امتهانا للإنسان الذي كرمه المولى عز وجل– أما الثانية فإن الدور الإجرامي ينتهي بانتهاء تهريب المهاجرين وتسهيل خروجهم من دولة إلى أخرى.

(٣) حيث نجد أن العديد من العصابات في أوربا الغربية قد استغلت حاجة المرحلين واللاجئين، مثل ما حدث للاجئات إقليم كوسوفو بيوجوسلافيا حيث أجبروهن على العمل في الدعارة، ومن الجدير بالذكر أن النساء تمثل نسبة ٨٠– ٩٠% من قيمة

وبعض الدول تفرق في المعاملة بين أنواع من المهاجرين غير الشرعيين، فنجد أن دولة اليمن على سبيل المثال ترحب بذلك، حيث تسهل دخول الصوماليين وتعطيهم الحق في اللجوء على الرغم من عدم شرعية وصولهم إلى أراضيها، أما دون تلك الجنسية فالعكس هو الصحيح، حيث يتم معاملة المهاجر غير الشرعي الذي من أي جنسية أخرى كمهاجر غير شرعي؛ إلا إذا حصل هذا المهاجر على مساعدة المفوضية السامية لشئون اللاجئين، فإذا أقرته تمتع بالحماية كلاجئي فلا تعترضه الحكومة "فلا تعتقله أو ترحله"، ولكن يكون في مرتبة ثانية من ملتمسي اللجوء [١].

ويعمل المجتمع الدولي [٢] بكافة هيئاته ومؤسساته على مكافحة ظاهرة "الاتجار بالبشر" بكافة صورها "دولي– إقليمي"، لقناعة المجتمع الدولي بأنها لا تعدو أن تكون عبودية من نوع جديد [٣]،

المتاجرة بهن عبر الحدود الدولية –أما باقي النساء فيتم استغلالهم في الأعمال الخاصة بالخدمة المنزلية وغيرها من العمالة مقابل أجور زهيدة– وبالنسبة للرجال فكما أشرنا بالمتن فيتم الاستعانة بهم في الأعمال الشاقة القذرة التي يأبى أن يقوم بها الوطنيين– ولا يفوتنا الإشارة إلى أن فئة الأطفال والقصر يجبروا أيضا على ممارسا الفحشاء وأعمال الشحاذة وقد يصل الأمر إلى حد المتاجرة بأعضائهم البشرية.

- راجع للمزيد، الدراسة السابقة المعدة بمعرفة مركز بحوث الشرطة بأكاديمية الشرطة، ص ٢٥.

(١) راجع في ذلك:

Human Rights watch تقرير www.hrw.org/ar/news/2009/12/21

(٢) عرف بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وحظر ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون بالبشر وخاصة النساء والأطفال الاتجار بالبشر على إنه تجنيد أشخاص أو تنقيلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص أخر لغرض الاستغلال. ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، أو السخرة أو الخدمة قسرا أو الاسترقاق أو الممارسات الشبيهة بالرق أو الاستعباد أو إزالة الأعضاء. وقد عرف قانون دولة البحرين الاتجار بالبشر على أنها تجنيد شخص ونقله أو تنقيله أو إيواؤه واستقباله بغرض إساءة الاستغلال وذلك عن طريق الإكراه أو التهديد أو الحيلة أو باستغلال الوظيفة أو النقود، أو بإساءة استعمال سلطة ما على ذلك الشخص أو بأية وسيلة أخرى غير مشروعة سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة.

(٣) عرفت المادة الأول من الاتفاقية الخاصة بالرق لسنة ١٩٢٦ والتي دخلت حيز النفاذ في مارس ١٩٢٧ الرق بقولها إنه حالة أو وضع أي شخص تمارس عليه السلطات الناجمة من حق الملكية كلها أو بعضها وتشمل تجارة الرقيق جميع الأفعال التي ينطوي عليها أسر شخص ما أو احتجازه أو التخلي عنه للغير على قصد تحويله إلى رقيق، وقد رفض ديننا الحنيف ظاهرة الرق وقضي عليها

ارتد إليها المجتمع من خلال صورة الاتجار في الأشخاص، حيث يستخدم المتاجرون بالبشر كافة صور الإكراه، من عنف وتهديد وإجبار ضد الأشخاص محل الجريمة سواء كانوا رجال أو نساء أو أطفال [١]، لإجبار هؤلاء الضحايا على العمل ضد إرادتهم وحريتهم في الحركة والتنقل، ومكان وموعد العمل والأجر، وتعتبر المرأة هي الأكثر تعرضا لممارسات الاتجار في البشر، حيث تمثل ٨٠% من ضحايا تجارة الرقيق في العالم، وخاصة الاستغلال الجنسي.

د. عنصر الإكراه كفارق رئيسي بين الهجرة غير المشروعة والاتجار بالبشر:

نجد أن المادة ٣ من اتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة قد حددت فارقا أساسا بين هاتين النقطتين يتمثل في عنصر الإكراه، حيث أن الهجرة غير المشروعة دائما وأبدا تكون طواعية وبرغبة الفرد، أما إذا كان الشخص متاجرا به، فهنا يتوافر عنصر الإكراه كما سبق توضيحه، حيث يقوم التاجر باستغلال ذلك الشخص في البلد المهاجر إليه لممارسة عمل غير مشروع، أو أن يقوم باستغلاله في عمل شاق مع عدم إعطائه المقابل المتعارف عليه [٢].

وأصبح عدم التميز بين البشر هو الأساس في التعامل، ومن الجدير بالذكر أن تجارة البشر تدر أموالا طائلة للعاملين بها حيث تأتي بعد تجارة المخدرات والسلاح.

(١) عقوبة الاتجار بالأطفال تتمثل في القانون المصري بالسجن المشدد بمدة لا يقل عن خمسة سنوات وغرامة لا تقل عن ٥٠ ألف جنيه ولا تتجاوز ٢٠٠ ألف جنيه، وقد أنشئ بوزارة الداخلية المصرية جهاز أمني يختص بحماية ورعاية الأحداث لمراقبة المخالفين من أصحاب الأعمال بغرض مراجهة أي مخالفة ضد الأطفال والاتجار بهم، كما تم التنسيق مع وزارة الاتصالات لإجراء التأمين على شبكة الانترنت لمواجهة جرائم الاستغلال الجنسى للاطفال.

راجع في ذلك الدراسة المقدمة تحت عنوان حركة سوزان مبارك للدفاع عن حقوق الإنسان.

(٢) على الرغم من وجود الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم والموقعة ١٩٩٠، والتي تهدف إلى توفير المعايير الدنيا التي تطبق على العمال المهاجرين وأسرهم بغض النظر عن وضع هجرتهم، انطلاقا من أن الدول الموقعة على تلك الاتفاقية قد رأت أن المهاجرين غير الشرعيين يستغلون ويتعرضون لانتهاكات جسيمة ضد حقوق الإنسان. إلا أن أيا من الدول

صور الاتجار بالبشر [١]: ونحن في سبيل دراستنا سوف نجتهد لتقسيم الاتجار بالبشر من ناحيتين:

١. **الناحية المكانية**: وفي دراستنا نحن نركز على تلك الظاهرة على الصعيد الدولي، وهى الصورة الغالبة والتي يسعي المجتمع الدولي لمواجهتها. ولكن لا يفوتنا الإشارة إلى أن الاتجار بالبشر يحدث أيضا على النطاق الإقليمي، وهى الصورة المتمثلة في أطفال الشوارع وعمالة الأطفال والزواج المبكر للقاصرات كما سبق ذكره.

٢. **من ناحية الغرض**: غالبا كما سبق وأشرنا أن تكون تلك التجارة لغرض غير مشروع يتمثل في ممارسة الدعارة، حيث يجبر هؤلاء التجار ضحاياهم تحت ستار المساعدة المادية على ممارسة الجنس بمقابل، والصورة الثانية وهى استغلال هؤلاء الضحايا في الأعمال الخطرة والقذرة التي لا يقوم بها غيرهم من المواطنين.

الأوروبية لم يصدق على تلك الاتفاقية في حين صدق عليها ١٩ بلدا من دول الجنوب حتى عام ١٩٩٨، كذلك سعت حكومة دولة الإمارات الشقيقة إلى استضافة ما يسمى بعملية "كولومبو" من خلال اجتماع لـ ٢٢ من وزراء عمل الدول الأسيوية بشأن مناقشة انتهاكات حقوق هؤلاء العمال، وفي ١٨ ديسمبر وهو اليوم العالمي للمهاجرين دعت منظمة "هيومن ريتس ووتش" إلى تنفيذ عدد من الإصلاحات لحماية حقوق العمالة الوافدة.

للمزيد راجع www.hrw.org/ar/news2008/01/17

(١) من الجدير بالذكر أن العديد من المواثيق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية قد تصدت لظاهرة الاتجار لتنافيها مع كرامة الإنسان بداية من الاتفاق الدول المعقود في ١٨ مايو سنة ١٩٠٤ لتجريم الاتجار بالرقيق الأبيض والمعدل بروتوكول الجمعية العامة للأمم المتحدة في ٣ ديسمبر ١٩٨٤ حتى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التميز ضد المرأة عام ٢٠٠٤ واتفاقية مكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية ٢٠٠٧ واتفاقية جينيف للقانون للدولي الإنساني ومن الواجب الإشارة إلى أن جهورية مصر العربية قد قامت بالانضمام العديد من الاتفاقيات والتي من شأنها مكافحة الاتجار بالبشر من سنوات طويلة وقبل تحويلها لظاهرة عالمية، حيث انضمت إلى الاتفاقية الدولية لمناهضة الرق ١٩٢٦ واتفاقية مكافحة السخرة والعمل القسري ١٩٣٠ واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود "بالبرمو– ٢٠٠٠"– كما أن المشرع المصري قد أدرج العديد من التشريعات التي توفر الحماية للأشخاص المتعرضين للجرائم المندرجة تحت مفهوم الاتجار بالبشر "قانون مكافحة الدعارة– تنظيم دخول وإقامة الأجانب وإصدار تصاريح العمل لهم وقانون المحال العامة– مقاهي الإنترنت– وكذلك القانون الذي يوفر حماية للأطفال دون الثانية عشر عاما".

ثانيا: أشكال الهجرة غير المشروعة [١]

ومما سبق نستطيع أن نقول أن هناك العديد من الجرائم التي تندرج تحت تلك الجريمة، حيث نعتبرها المصطلح الرئيسي، والمسمى الواسع للعديد من الجرائم التي حددها بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين وتلك الجرائم هي:

١. **جريمة التهريب**: وهي تتكون من ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي، أما الركن المادي وهو المتمثل في الدخول غير المشروع إلى دولة أخرى من شخص لا يحمل جنسيتها ولا يملك تصريح مسبق من تلك الدولة للإقامة بها.

وأما الركن المعنوي فهو اشترط البرتوكول أن ترتكب الجريمة عمدا، وهى تعني علم الشخص أنه يدخل حدود دولة أخرى لا ينتمي إليها وغير مقيم بها إقامة دائمة، وأن تتجه إرادته إلى ارتكاب ذلك الفعل، وعلى ذلك فإذا توهم الشخص بأنه يحمل جنسية الدولة– أو إذا جنحت سفينة بركابها إلى شاطئ دولة لا ينتمون إليها. فإن هذا لا يعتبر جريمة تهريب، هذا بالإضافة إلى أن الهدف لابد أن

---

(١) حدد البرتوكول جرائم تهريب المهاجرين وأركانها وشروطها كما ورد بالمتن، ويهدف البرتوكول إلى إلزام الدول الأطراف باتخاذ كافة ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم مثل هذه الأفعال كما يهدف إلى:

أ. منع وقوع الجرائم الواردة به والمتعلقة بجرائم تهريب المهاجرين أو تسهيل تهريبهم أو المساعدة أو الاشتراك في ذلك.

ب. التحري من تلك الجرائم وجمع المعلومات عنها وملاحقة مرتكبيها شريطة أن تكون ذات طابع عبر وطني وتقوم بها جماعة إجرامية منظمة.

ج. حماية حقوق الأشخاص الذين كانوا هدفا لتلك الجرائم "المهاجرون" وبناء عليه فقد قرر البروتوكول عدم جواز ملاحقة المهاجرين الذين كانوا هدفا لسلوك التهريب جنائيا.

يكون الحصول على فائدة سواء كانت مالية أو معنوية [١]. ومن الجدير بالذكر أن المهاجر هنا، حتى لو توافرت فيه أركان الجريمة، لا يعد مسئولا جنائيا ولكن يسأل من قام بتهريبه [٢].

أ. **جريمة تسهيل تهريب المهاجرين**: ويرتكبها كل من يقدم مساعدة من شأنها تسهيل عملية التهريب وقد حصرها البروتوكول في صورتين (أ) إعداد وثيقة سفر مزورة، (ب) المساعدة في الحصول على وثيقة مزورة أو حيازتها. وذلك هو الركن المادي.

أما الركن المعنوي فيتمثل في العلم والمساعدة للحصول على وثيقة سفر مزورة، وأن تتجه الإرادة لارتكاب ذلك السلوك الإجرامي، إضافة إلى أنه لابد أن يكون هناك هدف وهو الحصول على منفعة سواء كانت مالية أو مادية أو معنونة، وسواء كانت قد حصل عليها أم لا، وسواء كانت تلك المنفعة لنفسه أو لغيره من الأشخاص المرتبطين بفعله، وأيا كان نوع المنفعة "مشروعة– غير مشروعة".

ب. **جريمة التمكين من الإقامة غير المشروعة** [٣]: نجد أن البروتوكول قد جرم أيضا الأعمال التي من شأنها تمكين شخص ليس مواطنا أو مقيما دائما في الدولة المعنية،

---

(١) وذلك يعني بأن الشخص الذي دخل بطريق غير مشروع لينضم إلى أسرته المقيمة هناك يعتبر مهاجرا غير شرعي.

(٢) نحن نرى أن ذلك قصور في أحكام البروتوكول فيجب أن يسأل أيضا المهاجر جنائيا عن فعله، إلا في حالة ما إذا كان مكرها على الهرب إلى تلك البلد تحت ضغط ما.

(٣) تنقسم الإقامة إلى ثلاثة أنواع: أ– خاصة ويكون تجديدها وجوبيا دون مجال لتقدير السلطة التنفيذية، ب– عادية وتجديدها جوازي للإدارة، ج– مؤقتة وهي مطلقة للإدارة ممثلة في مدير الجوازات لتجديدها ومنحها. وللوطني فقط حق الإقامة، أما بالنسبة للأجنبي فإن محكمة القضاء الإداري المصرية قد قررت: بأن إقامة الأجنبي متروكة للدولة طبقا لسلطتها وسيادتها على إقليمها وحقها في الحفاظ على كيانها ورعاية مصالحها: وعلى ذلك فإن الأجنبي لا يتمتع بحق الإقامة إلا إذا كان القانون يرتب له هذا الحق.

راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٣١٩ لسنة ٣٥ ق جلسة ٢٦/ ٦/ ١٩٩٤، وكذلك الطعن رقم ٥٥٥ لسنة ٧ ق ٢/ ٢/ ١٩٦٤ والطعن رقم ٣٥٢٤ لسنة ٢٠ ق ٢٠/ ٦/ ١٩٨٤.

وقد اشترط البروتوكول أن يكون الفعل المادي منصبا على تمكين شخص من البقاء داخل دولة غير دولته بطريقة غير مشروعة ودون الاعتداد بالشروط التي تستوجبها تلك الدولة، وعليه فإذا تمكن أي شخص من الإقامة بوسيلة مشروعة، فإن الجريمة لا تنطبق –ومن الجدير بالذكر أن التجريم هنا ينصب على حالات الإقامة غير المشروعة داخل الدولة [١]– أما الركن المعنوي فهو المتمثل في علم الجاني بأن تلك الأعمال غير المشروعة هي سبب استمرار الإقامة في تلك الدولة، مع العلم بمخالفة إقامته للشروط الداخلية المقررة من تلك الدولة للإقامة المشروعة.

ومن الجدير بالذكر أن البروتوكول قد عاقب أيضا على الشروع في كل من الجرائم السابقة، ويكفى لكي يكون الشخص مستحقا للعقاب قيامه بعمل يؤدى مباشرة إلى ارتكاب أي من تلك الجرائم حتى ولو لم تتحقق النتيجة الإجرامية بالفعل، كما عاقب البروتوكول أيضا على الاشتراك في تلك الجرائم السابق ذكرها، حيث حدد صورة الاشتراك المجرم كطرف متواطئ، سواء كان بالاتفاق أو المساعدة أو التحريض [٢]، إلا أن البروتوكول قد استلزم في حالة تسهيل تهريب المهاجرين فقط أن يكون التجريم فيها طبقا لمفاهيم النظام القانوني للدولة "حالة الحصول على جواز سفر مزور".

---

(١) سواء كان السبب أن هذا الشخص ليس من موطني تلك الدولة– أو انتهت مدة إقامته بها حتى لو كان قد دخلها بطريقة مشروعة.

(٢) وهي تلك الحالات التي يعاقب عليها قانون العقوبات المصري سواء كان الاشتراك بالاتفاق أو المساعدة أو التحريض، على أنه يشترط أن يكون الاشتراط سابقا لارتكاب الجريمة أو معاصرا لها "أعمال المساعدة".

العقوبة المترتبة: إمعانا من المجتمع الدولي في التصدي لتلك الظاهرة– نجد أن البروتوكول في المادة ٦/ ٣ قد نص على عدد من الظروف المشددة للعقاب في الجرائم السابقة من خلال مجموعتين:

أ. **المجموعة الأولي**: وهي التي تعرض حياة المهاجرين للخطر– حيث تشدد العقوبة على كل من يقوم بتهريب المهاجرين أو يساعد في تهريبهم أو في إقامتهم بطريقة غير شرعية، على نحو يعرض حياتهم للخطر (١).

ب. **المجموعة الثانية**: وهى التي تنطوي على المعاملة اللاإنسانية وعلى استغلال هؤلاء المهاجرين، فإذا انطوت جريمة تهريب المهاجرين على معاملة لا إنسانية لهم أو كان الهدف من التهريب هو استغلال هؤلاء المهاجرين "تجارة رقيق أبيض" واستغلال حاجتهن الشديدة للمال، فإن ذلك يعد ظرفا مشددا للعقاب (٢). على أن يراعي رفع العقوبة إلى أقصى حد لها إذا كان القائم على ذلك الأمر إلى أمر ذلك الطفل أو عائل تلك الأسرة.

ثالثا: المهاجر غير الشرعي

١. تعريف المهاجر غير الشرعي والتفرقة بينه وبين ما يتشابه:

(١) أشار تقرير الأمم المتحدة في المؤتمر التاسع لمنع الجريمة– القاهرة سنة ١٩٩٥– أن المنظمات الإجرامية تحاول تهريب، ما يصل إلى مليون شخص سنويا، وإن هذه التجارة تدر ربحا سنويا في حدود ٣,٥ بليون دولار.

(٢) قامت الحكومة المصرية ممثلة في المجلس القومي للمرأة بتقديم مقترح لمشروع يحارب كافة أشكال الاتجار بالنساء. كما قامت بالتعاون مع الـ USAID لتمويل مشروع لمناهضة الاتجار بالأطفال. وكذلك تم إبرام اتفاق مع السفارة السويسرية وهيئة "ترو يزوم" يهدف إلى مناهضة الاتجار بالأطفال في مصر ومواجهة ظاهرة الزواج المبكر ورصد ظاهرة خدم المنازل.

راجع التقرير السنوي الأول للجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار في الأفراد، سبتمبر ٢٠٠٨.

سبق وأوضحنا تعريف وأنواع الهجرة، وعلى الرغم من أن الهجرة قد تكون داخلية داخل القطر الواحد "من الريف إلى الحضر"، إلا أننا في بحثنا هذا قد ركزنا على مفهوم الهجرة الدولية، أي خارج حدود القطر أو الدولة، وعلى ذلك فإننا سوف نشير الآن إلى تعريف المهاجر والفرق بينه وبين الوطني والمواطن والرعية والتابعين، ثم تنتقل إلى عديم الجنسية ومتعددها من حيث اعتباره مهاجرا غير شرعي، ثم نبين حقوق المهاجر والفرق بينه وبين اللاجئ [١] ..... على النحو الآتي:

أ. **تعريف المهاجر**: هو ذلك الشخص الذي قام بتغيير مكان إقامته إلى مكان أخر بنية الاستقرار به واتخاذه موطنا جديدا له، سواء كان ذلك برغبته أو بدونها؛ لتحقيق أهداف اقتصادية أو اجتماعية أو ذاتية، وهذا يعنى دائما الخروج من الدولة التي يحمل جنسيتها. أو دولة أخرى كان مقيما بها لغرض ما، ثم توجه إلى دولة ثالثة بغرض اتخاذها من وقت دخوله إليها موطنا جديدا له.

ب. **تعريف الوطني** National: هو كل من ينتمي إلى جنسية دولة ما.

ج. **تعريف المواطن** Citoyen: هو ذلك الوطني الذي يتمتع بكافة الحقوق السياسية في الدولة.

د. **تعريف الرعية** Sujet: هو الوطني الذي لا تثبت له الحقوق السياسية.

---

(١) للمزيد راجع:

Immigration and Asylum law and policy in Europe by Brouwer, Evelien renate, 2008.

هـ. **تعريف التابعين** Ressortisents: وهم أهالي الدولة المحمية أو التي تحت الانتداب في علاقاتها بالدولة الحامية وصاحبة السيادة.

و. **تعريف الجنسية** Nationality: هي الرابطة القانونية والسياسية التي بمقتضاها يندمج الفرد في عنصر السكان بوصفه من العناصر المكونة للدولة.

وعلى ذلك، ومن التعريفات السابقة نستطيع أن نقول أن المهاجر شخص أجنبي [١] عن الدولة التي يدخلها بنية الإقامة بها بصفة دائمة.

ز. **تعريف الأجنبي** [٢]: هو من لا يكون وطنيا ولا يتمتع بجنسية تلك الدولة، وعلى ذلك فإن معيار الجنسية هو الذي يحدد ما إذا كان هذا الشخص مهاجرا أم لا... بالنظر إلى المفهوم الواسع للهجرة، وصفة الأجنبية نسبية على حسب المكان والزمان [٣]... وعليه فلابد للنظر إلى جنسية الشخص في اللحظة التي يثور فيها التساؤل حول تمتعه بحق من الحقوق أو تحمله بالتزام ما.

---

(١) نجد أن تعريف الأجنبي قديما قد اختلف من عصر إلى آخر، حيث عرف الرومان الأجانب بأنهم Hostes أي أعداء، أما الإغريق فقد أطلقوا عليهم تعبير Peregrini، أما كل من كان يعيش خارج الإمبراطورية الرومانية فقد أطلق الأجنبي مصطلح "البرابرة– Barbares". ويعد المصريون هم أول من فهم بوضوح ضرورة قيام علاقات اقتصادية وقانونية مع الأجانب رغم النظرة السابقة العدائية حيث أبرم رمسيس الثاني ١٢٨٠ قبل الميلاد– معاهدة مع ملك الحيتيين تعد هي الأولى في تاريخ البشرية وتعتبر هي كنز العلاقات الدولية في العالم القديم، حيث بلورت ورسمت طريق التعاون في المستقبل ونظمت طريق تسليم اللاجئين السياسيين.

راجع في ذلك: د. محمد عبد الرحيم محمد، "مركز الأجانب في مصر، دراسة تاريخية"، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ٢٠٠٩، ص ١٥ وما بعدها.

(٢) تعتبر الأجنبية صفة سلبية تقابل صفة الوطنية، فيكفي أن تتحدد إحداها حتى تتحدد الأخرى..... راجع في ذلك الاتجاه د. أحمد مسلم، القانون الدولي الخاص، ج ١، طبعة ١٩٥٦، ص ١٨٤.

(٣) لابد من مراعاة الوقت أثناء السؤال عن جنسية شخص ما.. حيث أن المصري قد لا يعتبر كذلك إذا فقد جنسيته حيث يصبح أجنبيا... كذلك فإن الشخص الإنجليزي يعتبر أجنبيا بالنسبة إلى مصر ولكنه ليس كذلك في إنجلترا.

ومن المعلوم أن الأجنبي لا يتمتع بعدد من الحقوق القاصرة على الوطني، مثل "الانتخاب وتولى الوظائف العامة"، وكذلك لا يلزم ببعض التزامات الوطني مثل أداء الخدمة العسكرية حيث لا يلتزم بها الأجنبي، كما أن حماية الوطني تمتد ولو كانت خارج حدود دولته حيث تحميه الدولة بالطرق الدبلوماسية، وأخيرا. فإن الوطني لا يجوز إبعاده [١] أما إبعاد الأجنبي فيجوز.

٢. حالة عديم الجنسية:

عديم الجنسية هو من لا يتمتع بجنسية أي دولة [٢]. وعليه فهو بلا أدنى شك أجنبي لكافة دون العالم وفى تلك النقطة يجدر بنا الإشارة إلى أن الصفة الأجنبية لعديم الجنسية ليست نسبية تبعا للمكان والدولة والوقت... كما سبق ذكره، وإنما هي صفة مطلقة مكانا "أي: بالنسبة لكافة دول

---

(١) راجع كلا من: نص المادة ٥٨ من الدستور المصري والمادة الأولي من القانون ١٢٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن التزام الوطني بأداء الخدمة العسكرية في حالة إتمامه ١٨ عاما، وكذلك المادة ٥١ من الدستور المصري بشأن عدم جواز إبعاد أي مواطن عن البلاد أو منعه من العودة إليها.

(٢) لابد لنا من التفرقة بين الحالات التي تؤدى إلى أن يصبح الفرد عديم الجنسية وهي:

أ. زوال الجنسية: وهو ذلك العمل الفردي المتمثل في إبداء الفرد لرغبته في الحصول على جنسية دولة أجنبية وتخليه عن الجنسية التي يحملها –وفى ذلك لابد من موافقة الدولة– على أنه لابد من الإشارة أنه لا يترتب على زوال الجنسية أن يصبح الفرد عديم الجنسية لارتباطها باكتساب الفرد لجنسية جديدة.

ب. التجريد من الجنسية وهو ذلك الإجراء الذي تزيل به الدولة الصفة الوطنية عن الفرد سواء كان وطنيا أصيلا أو ذا جنسية طارئة، في حالة ثبوت عدم ولائه وجدارته للاستمرار في عضوية شعبها. وهذا الإجراء له طريقتين لتنفيذه. تتمثل الأولي في السحب وهي للوطني الطارئ والثانية في الإسقاط للوطني الأصيل أو ذا الجنسية المكتسبة، على أنه يترتب على السحب امتداده إلى كل التابعين لهذا الشخص، أما الإسقاط فنظرا لخطورته فهو قاصر على الشخص فقط دون تابعيه. وبناء على أي من الاعتبارين السابقين يصبح الفرد بلا وطن ولا حماية. وقد قيد المشرع المصري من حالات التجريد من الجنسية تماشيا مع الحماية المقررة للفرد في حقه في أن تكون له جنسية، وجعل قرار التجريد من اختصاص رئيس مجلس الوزراء.

- راجع في ذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة، فكرة القانون الدولي الخاص في الفقه الإسلامي المقارن، دار النهضة، ص ٩٦.
- د. أحمد قسمت الجداوي: حرية الدولة في مجال الجنسية طبعة ١٩٧٩، ص ١٣٠ وما بعدها.
- د. فؤاد رياض: أصول الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري والمقارن، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩١، دار النهضة ص ٩٦ وما بعدها.

العالم" ولكنها نسبية زمانا "حيث أنه من الممكن لعديم الجنسية أن يكون قد تمتع بجنسية دولة ما في الماضي ثم فقدها لأي سبب وصار عديم الجنسية" [١].

٣. حالة متعدد الجنسيات [٢]:

ومتعدد الجنسيات هو من يحمل أكثر من جنسية... وعليه فهو لا يعد أجنبيا بالنسبة إلى كل دولة يحمل جنسيها بل يعتبر وطنيا في كل منهما. حيث لا يمكن اعتباره أجنبيا في دولة يحمل جنسيتها لمجرد تمتعه بجنسية دولة أخرى... وقد أخذت جمهورية مصر العربية بمبدأ تغليب الجنسية المصرية عما عداها في حالة التعامل مع متعدد الجنسيات، وهو ما ورد بالنص الصريح في المادة ٢٥ مدني مصري، حيث يطبق القانون المصري على الرغم من كون ذلك الفرد حاصلا على أكثر من جنسية؛ شريطة أن لا تكون الجنسية الأخرى التي يحملها جنسية دولة معادية [٣]. وعلى الرغم من حمل متعدد الجنسيات لأكثر من جنسية، إلا أنه قد يعد أجنبيا عن إحدى تلك الدول في حالة ما إذا كان لا يحمل جنسيتها، ووجه المشكلة هنا يتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن اتفاقية

---

(١) حيث أنه في تلك الحالة لم يكن أجنبيا بالنسبة للدولة التي كان يحمل جنسيتها– كما أنه في حالة ما إذا اكتسب جنسية دولة ما في تاريخ لاحق فلا يعتبر أجنبيا في ذلك التاريخ بالنسبة لتلك الدولة التي اكتسب جنسيتها.

راجع في ذلك الاتجاه د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص– مركز الأجانب– طبعة ١٩٩٥– بدون دار نشر، ص ١٧.

(٢) يعبر عنه أيضا بازدواج الجنسية وهو قد يأخذ إحدى صورتين، أما الصورة الأولى تكون معاصرة للميلاد مثل أن يولد في دولة تأخذ بحق الإقليم وأبوه ينتمي لدولة تأخذ بحق الدم، كذلك في حالة الزواج المختلط قد تتراكم الجنسية إذا ولد في إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم لأب تأخذ دولته بحق الدم من الأب ولأم تأخذ دولتها بحق الدم من الأم، فيكتسب ثلاثة جنسيات، أما الصورة الثانية فهو التعدد اللاحق للميلاد، حيث فيكتسب جنسية جديدة دون فقدان لجنسيته السابقة كحالة "التجنس– الزواج المختلط"، راجع في ذلك د. أحمد قسمت الجداوي، مرجع سابق، ص ٩٧، كذلك د .بدر الدين شوقي، العلاقات الخاصة الدولية، ٢٠٠٧، ص ٢٧٦.

(٣) راجع د. هشام صاد، الجنسية والوطن ومركز الأجانب، المجلد الثاني، طبعة ١٩٩٧، ص ٦.

لاهاي سنة ١٩٣٠ في المادة السادسة قد أعطت متعدد الجنسية المعاصر للميلاد حق اختيار جنسية إحدى الدول التي يحمل جنسيتها، ولا يكون لأي منها الاعتراض طالما يقيم خارج إقليمها [١].

٤. هل يعتبر اللاجئ مهاجر غير شرعي [٢]:

لابد بداية من تعريف اللجوء، وهو يعني انتقال الفرد لدولة ما طالبا حمايته من اضطهاد السلطات في دولته بسبب دينه أو عرقه أو معتقداته السياسية.

تعريف أخر: هو نظام قانوني لحماية الأجنبي الذي لا يتمتع بحماية دولته الأصلية ولا يستطيع أو لا يرغب في العودة إليها، لأسباب ترجع إلى وجود خلاف سياسي حاد بينه وبين حكومة تلك الدولة، أفضي إلى تمزق أو انفصام العلاقة العادية التي تربط بين الفرد وحكومته [٣].

ولكن يجدر بنا الإشارة إلى أن اتفاقية ١٩٥١ وبروتوكول ١٩٦٧ الخاصين بمركز اللاجئين قد حظرا فرض جزاءات بسبب الدخول أو الوجود غير الشرعي على اللاجئين، حيث نجد أن نص المادة ٣٣ من القانون الدولي يحظر طرد أو رد هؤلاء اللاجئين– إلى بلد يخشي فيها تعرض اللاجئ للاضطهاد [٤]، كما أن نفس المادة تحدد الأشخاص أو المجموعات التي لا تشملهم الاتفاقية.

---

(١) راجع د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، ١٩٩٢، ص ١٠٥.

(٢) اللجوء في اللغة يعني الخروج والانفراد، لجأ من القوم أي خرج عن زمرتهم وتحصن منهم، وألجأ إلى الشيء أي اضطر إليه، واللاجئ هو الذي هرب من بلدة لأمر سياسي أو غيره، ويعرف قاموس Oxford اللاجئ بأنه الشخص الذي اضطر إلى الهرب عن خطر ما "فيضان– حرب– اضطهاد سياسي".

(٣) راجع المستشار د. برهان أمر الله، النظرية العامة لحق الملجأ في القانون الدولي المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.

(٤) قال الحق تعالى: في سورة التوبة، الآية ٦: بسم الله الرحمن الرحيم **(وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ)**. صدق الله العظيم– التوبة ٦.

وهذا يوضح مدى ما يتمتع به اللاجئ [١] من الحماية، عكس المهاجر، والذي تمتلك الدولة طبقا لقوانينها أن تحاسبه بالطريقة التي تراها طبقا لقواعدها ونظمها الداخلية.

أ. الفرق بين المهاجر واللاجئ:

* كما أنه لابد من عدم الخلط بين المهاجر الاقتصادي واللاجئ، حيث أن الأول هو الذي يترك بلده لأسباب اقتصادية محضة بغرض تحسين مستواه المعيشي، فهذا ليس له الحق في الاستفادة من الحماية الدولية مثل اللاجئ [٢]، كما إنه –ومن التعريف السابق لكل من المهاجر واللاجئ– نستطيع أن نستنتج أن علاقة الأول بدولته تظل علاقة طبيعية، عكس الآخر الذي قد لا يستطيع العودة في أي وقت إلى بلدته أو قد لا يستطيع إطلاقا، كذلك فإن عنصر الاختيار يتوافر لدى المهاجر، أما اللاجئ فإن الظروف والأحوال قد تفرض عليه اللجوء لبلد ما قد لا يحب في الأحوال العادية لو خير في الأمر أن يتواجد على أراضيها [٣].

---

(١) نجد أن هناك العديد من الاتفاقيات والمعاهدات والإعلانات الدولية التي تنطوي على أحكام تهم المهاجرين واللاجئين وضمان حمايتهم– حيث نجد أن اتفاقية جينيف الرابعة لسنة ١٩٤٩– بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب وتهدف إلى حماية ضحايا الحرب من المدنيين، وتتعرض للاجئين والمهجرين جبرا وضمان حمايتهم– كما أن المادة ٧٣ من البروتوكول الإضافي لسنة ١٩٧٧ تنص على أن اللاجئين والمشردين دون مأوى يعتبرون أشخاصا محميين طبقا للباب الأول والثالث من اتفاقية جينيف الرابعة.

راجع www.unhcr.org موقع المفوضين السامين للأمم المتحدة للاجئين، كما أن هناك أيضا إعلان الأمم المتحدة لسنة ١٩٦٧ بشأن الملجأ الإقليمي– حيث صدق على ذلك الإعلان ١٣٩ دولة ومن جانب جامعة الدول العربية نجد أن هناك الاتفاقية العربية لتنظيم أوضاع اللاجئين في الدول العربية سنة ١٩٩٤، وهي لم تدخل حيز النفاذ حتى الآن لعدم تصديق أية دولة عربية عليها.

(٢) راجع دليل القانون الدولي للاجئين رقم ٢/ ٢٠٠١، ص ١٣٠.

(٣) عرف القانون الدولي، الملجأ، بأنه حماية قانونية ذات طابع مؤقت تمنحها دولة تسمي دولة الملجأ سواء في داخل إقليمها المادي أو في أماكن معينة تقع خارجه، مثل "السفارات والقنصليات" لأجنبي تتوافر فيه الصفة اللاجئ –كما حددها القانون الدولي– وذلك في مواجهة أعمال دولة أخرى تسمي بالدولة الأصلية، وتتوقف طبيعة الأساس القانوني لهذه الحماية على نوع المكان الذي تمنح به.

راجع د. على صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص ١٦١.

ولكن تبقي نقطة غاية في الأهمية وهى التي تفصل بينهما، وتتمثل في أن هشاشة وضع المهاجر في بلد المهجر في حالة كونه "غير شرعي" لا تتيح له الحماية أو المطالبة بحقوقه، في حين أن المواثيق والاتفاقيات الدولية والإقليمية. تساند وتساعد وتؤيد اللاجئ في اللجوء إلى دولة غير دولته وله كامل الحقوق التي كان يتمتع بها في بلده، –كذلك لا يفوتنا التأكيد على الطابع المؤقت للجوء في حين أن الهجرة بشقيها الشرعي وغير الشرعي قد تأخذ صفة الدوام.

ب. الحماية الدولية للاجئ:

نجد أن اتفاقية سنة ١٩٥١ والاتفاقية الإفريقية سنة ١٩٦٩ وإعلان كارتجانا سنة ١٩٨٤ بين دول أمريكا الجنوبية؛ قد شددت على أن للاجئ كامل الحماية من البلد اللاجئ إليه حتى أن:

أ. يتم إعادته طواعية إلى وطنه الأصلي وهذا هو الحل الأمثل.

ب. يتم توطين اللاجئ في الدولة اللاجئ إليها كلما كان ذلك ممكنا طبقا لموافقة تلك الدولة المقيم على أرضها.

ج. والحل الأخير وهو أن يتم توطين اللاجئ في بلد غير بلده الأصلي أو البلد التي لجأ إليها "بلد ثالث"..... وهذا من أبعد الحلول.

المطلب الثاني

المخاطر الظاهرة والكامنة على الأمن الوطني للهجرة غير المشروعة

أولا: الآثار السلبية والإيجابية للهجرة غير المشروعة:

باتت قضية الهجرة غير المشروعة مشكلة رئيسية تؤرق الدول المستقبلة لهؤلاء المهاجرين [١]، وتعتبر القارة الأوروبية هي الوجهة الأولى للمهاجرين غير الشرعيين من دول شمال إفريقيا والقارة الأمريكية، وهى الملاذ لسكان المكسيك وكندا وآسيا، كذلك أصبحت بلاد الخليج العربي هدفا للعديد من المهاجرين غير الشرعيين مما جعل العديد يوصف تلك الظاهرة في بلاد الخليج العربي على إنها غزو [٢].

وقد أرجع العلماء السبب الرئيسي المتزايد للهجرة غير المشروعة إلى تفكك دولة الاتحاد السوفيتي، وفي المقابل نجد أن دولة مثل إيطاليا استقبلت في الآونة الأخيرة العديد من الإيطاليين الذين سبق لهم الهجرة منها إلى أمريكا وغيرها من الدول الأخرى، كما أنه من الجدير بالذكر أنه نظرا لأحداث ١١ سبتمبر قد تم تضييق وتقليل الفرص أمام العرب للهجرة إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك لأسباب أمنية [٣].

وفي إطار تناولنا للمخاطر الظاهرة والكامنة على الأمن الوطني للهجرة غير المشروعة سوف نلقي الضوء على الآثار السلبية والإيجابية على البلد المستقبل لتلك النوعية من الهجرة، مع إشارة لتلك المخاطر على البلد المصدر لهؤلاء المهاجرين على النحو التالي:

١. الآثار السلبية:

(١) أفاد التقرير السنوي للمنظمة الدولية للهجرة الصادر في ٢٣/ ٦/ ٢٠٠٥ بأن نسبة المهاجرين آنذاك تقدر بـ ٢,٩% من إجمالي سكان الكرة الأرضية وقد كان في الماضي يمثل ٢% فقط من مجموع سكان العالم– راجع في ذلك مجلة السياسية الدولية، د. سعيد الصديفى، المجلد ٤٢، العدد ١٦٨ إبريل ٢٠٠٧ مقال بعنوان "الهجرة العالمية وحقوق المواطن".

(٢) تجاوز نصيب الهجرة بين مجموع السكان ٣٥% وفى بعض الحالات تجاوزت النسبة ٨٠% وهو أمر استثنائي، راجع في ذلك محمد الأمين فارس، آثار العولمة على الهجرة في البلدان العربية، ص ٥.

(٣) راجع في ذلك د. يحي الصرابي، مرجع سابق، ص ٢٤٦ وما بعدها.

نظرا لزيادة حجم الهجرة غير المشروعة في الفترة الأخيرة، والتي تقوم عليها منظمات إجرامية اتخذت منها وسيلة للربح والثراء، حيث تصل أرباح تلك المنظمات إلى ٣,٥ مليار دولار، وهى نوع من التجارة الرابحة جدا تأتي في المرتبة الثالثة عقب تجارة المخدرات والسلاح... وتهدف تلك المنظمات إلى تهريب ما يصل إلى مليون شخص سنويا [١]. وليس هناك مجال للشك في أن زيادة أعداد المهاجرين غير الشرعيين في أي بلد تعد ظاهرة لها انعكاساتها وتأثيراتها على الجواب المختلفة للحياة، سواء في المجتمع الإقليمي أو على الصعيد الدولي، كما تؤثر تلك الظاهرة في قاطرة التنمية التي تتبناها أي دولة، مما ينعكس بالسلب على كافة جوانب الحياة في تلك البلد من النواحي الاقتصادية والاجتماعية والصحية والأمنية [٢]، وسوف نتناول بالشرح كل نقطة على حدة على النحو التالي:

أ. الأثر الاقتصادي:

بداية لابد وأن نشير إلى أن الناحية الاقتصادية تتأثر بها كل من بلد المهاجر الأصلية والبلد المستقبلة له حيث تتأثر موازين المدفوعات فيهما جميعا [٣] نتيجة لتلك الهجرة [١].

---

(١) وقعت مصر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبرتوكولين المكملين لها ٢٠٠٥.

(٢) من الجدير بالذكر أنه نظرا لعدم دقة الإحصاءات بشأن الحجم المحدد لتلك الظاهرة المجرمة قانونا وشرعا إلا أننا نؤكد على عدم وجود منطقة جغرافية في العالم بمنأى عنها، وهذا ما أكده تقرير مكتب الأمم المتحدة للمخدرات والجريمة سنة ٢٠٠٦، ويرجع ذلك إلى الفقر والجهل وانعدام الفرص، وعليه فقد قامت الحكومة المصرية بتشكيل لجنة في ١٥/ ٧/ ٢٠٠٧ لمكافحة ومنع الاتجار بالبشر لمحاربة تلك الجريمة عبر الوطنية وتأثيرها على المجتمع المستقبل لها.

للمزيد راجع تقرير اللجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار في الأفراد، ٩/ ٢٠٠٨.

(٣) بلغت تحويلات المهاجرين إلى أوطانهم عام ٢٠٠٥ نحو ٢٠٠ مليار دولار، هذا بخلاف التحويلات غير الرسمية والتي ترجح أن تكون ضعف هذا المبلغ، وينعكس ذلك على انتشال أسرة ذلك المهاجر من الفقر. وتعتبر دول الهند والمكسيك والفلبين والمغرب وتركيا ولبنان وروسيا وبنجلاديش يمثلون الصدارة من حيث التحويلات من مهاجريها، وفى المقابل تعتبر الولايات المتحدة أول دولة يتم التحويل منها ثم المملكة العربية السعودية بمقدار ٢٨، ١٥ مليار دولار على التوالي، راجع في ذلك: "التنمية وتحديات التمويل" ٢١/ ٣/ ٢٠٠٤ http://www.news.bbc.co.uk.

أما الجانب السلبي في الشق الاقتصادي والذي ينعكس على الدولة المستقبلة للمهاجرين غير الشرعيين والمصدرة لهم فهو يتمثل في كل من الآتي:

١. يزاحم هؤلاء المهاجرين غير الشرعيين الأيدي العاملة في الدولة المستقبلة لهم خاصة في شركات القطاع الخاص، حيث يلجأ إليهم أصحاب الأعمال لتدني أجورهم، فينعكس ذلك بدوره على العمالة هي الدولة المضيفة [٢].. ما ينتج عنه انتشارا للبطالة وما يستتبعها من زيادة معدلات السرقة والنهب والعنف.

٢. زيادة الطلب على المواد الغذائية مما يستتبع ارتفاع أسعارها، ويقابلها في الجانب الآخر انخفاض في مستوى معيشة الفرد وثبات في الدخل.

٣. التأثير السلبي الشديد على الدولة المهاجر منها ذلك الفرد، خاصة إذا كان من ذوى المهارة [٣] والخبرة أو كان أحد العقول المفكرة، وما يستتبعه ذلك من خسارة على اقتصاديات تلك الدولة لعدم إمكان الاستفادة منه استفادة قصوى نظير ما أنفقته تلك الدولة عليه، وعلى العكس تماما نجد أن الدول المستقبلة لتلك العمالة قد استفادت من

---

(١) حيث أنه لا مجال للشك بأن تحويلات دخول العاملين في البلد العربية النفطية إلى بلادهم الأصلية أصبحت خلال فترة السبعينيات من أهم موارد ومقومات موازين المدفوعات في تلك الدول، راجع في ذلك د. نادر فرجاني، الهجرة إلى النفط، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى ١٩٨٣، ص ٨٥.

(٢) نتيجة الاعتماد الشديد على تلك النوعية من العمالة في العديد من الدول ظهر الأثر السلبي لذلك على عدم تنمية الموارد البشرية في تلك الدول– كذلك زادت البطالة في الدول المستقبلة للهجرة الغير شرعية نظير إصرار المهاجرين على الاستمرار في سوق العمل لتحقيق مكاسبهم وطموحاتهم المادية وعلى أمل الحصول على الإقامة، راجع أي ذلك التداعيات الأمنية للهجرة الغير شرعية وطرق مواجهتها؛ مرجع سبق ذكره، ص ٤٨.

(٣) راجع في ذلك د. مني قاسم: تخطيط هجرة العمالة المصرية من التخصصات النادرة، الهيئة العامة للكتاب ١٩٨٧ ص ١٩ وما بعدها.

تلك العمالة وتمكنت بفضلها من تحقيق قدر كبير من الاستغلال لإمكاناتهم وخبراتهم، الأمر الذي يترتب عليه نجاح في اقتصادها وزيادة في دخلها القومي [١].

٤. زيادة معدلات التضخم في دولة المهاجر الأصلية، حيث يتم إنفاق معظم التحويلات منه على الاستهلاك التفاخري، والذي لا يعود بالنفع على التنمية أو على المشروعات [٢]، ومن الجدير بالذكر أن ٧٦% من تحويلات المهاجرين في العالم تذهب إلى الدول النامية، وهى تحويلات من ١٩٢ مليون مهاجر أي ما يمثل ٣% من إجمالي سكان العالم وفقا لتقديرات البنك الدولي [٣].

٥. على الرغم من أن الهجرة قد تساعد على القضاء على البطالة في دولة المهاجر الأصلية، إلا إنها لم تقض عليها في مقابل لا يوجد تخطيط لتعويض العجز المحلي بدولة المهاجر، ذلك العجز الذي حدث من جراء تلك الهجرة.

٦. وفى النهاية نقول: أنه في حالة الهجرة المؤقتة "عقد عمل محدد المدة أيا كانت" تحدث عودة هؤلاء المهاجرين في الرأسمال البشري الموجود في البلاد [٤].

---

(١) وعلي الرغم من ذلك لا تعترف تلك الدول بالفضل لهؤلاء المهاجرين غير الشرعيين رغم عظيم الاستفادة من خبراتهم، ولا تسعي أيضا إلى دمج هؤلاء المهاجرين إلى المجتمع الذين يعيشون فيه، راجع في ذلك التداعيات الأمنية للهجرة غير الشرعية وطرق مواجهتها، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨.

(٢) راجع في ذلك

J.S. Birks and C.A. Sinclair, Egypt: A frustrated Labor Exporter

دراسة قام بها هذان العالمان موجودة بكتاب "هجرة الكفاءات العلمية من مصر"، د. سنيه عبد الوهاب صالح، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠، ص ٦٦.

(٣) راجع في ذلك جريدة المصري اليوم، العدد ٢٠٥٧ السنة السادسة ص ١٨، يوم ٣٠/ ١/ ٢٠١٠، وتلك الدراسة أجريت بمعرفة مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار، برئاسة مجلس الوزراء، بجمهورية مصر العربية.

(٤) راجع في ذلك، دراسة جورج تايبينوس، موجودة بكتاب "هجرة الكفاءات العلمية من مصر"، مرجع سابق، ص ٦٢.

٧. أما بالنسبة للعامل نفسه، فإنه نتيجة نقص العمالة ترتفع الأجور.... مما يعود دون شك بالنفع على العامل نفسه، كما أنه في المقابل قد يقع العامل فريسة للاستغلال والابتزاز ويضطر للعمل مقابل مبالغ زهيدة.

٨. كما أنه قد ينتج عن زيادة أعداد الهاجرين –وخاصة إلى الدول النفطية– ما قد يعبئ رد الفعل الوطني في تلك البلاد أمام الحكومات، للتقليص والحد من تمكين هؤلاء من مزاحمة المواطنين في مواردهم، وهو ما حدث بالفعل الآن حيث اتجهت العديد من حكومات البلاد النفطية إلى "توطين مواطنيها" في العديد من الوظائف العليا.

ب. الأثر الاقتصادي باعتبارها جريمة منظمة [١]:

سبق وأوضحنا تعريف الهجرة غير المشروعة والمهاجر والجرائم الناتجة عن دخول أراضي دولة ما بدون إذن مسبق منها، وسلطة تلك الدولة تجاه هؤلاء المهاجرين، كما أوضحنا أن هناك عصابات منظمة، أو بالأدق منظمات، يقوم بنائها التنظيمي على تصدير وتهريب هؤلاء المهاجرين– لما ثبت بالفعل من العائد الضخم الناتج عن تلك التجارة.... وبناء على كل ما سبق فإننا نستطيع أن نوصف الهجرة غير المشروعة "فردية– جماعية" من الغالب أن تكون لتلك المنظمات يد بها... أيا

(١) تعتبر الجريمة المنظمة الغير وطنية ذات آثار سلبية كبيرة قد تصل إلى حد التدمير على الدول والمجتمعات، وذلك يتوقف على درجة تطور تلك الدولة الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي من ناحية، ومدى تماسك وصلابة مؤسساتها وأجهزتها التنفيذية والتشريعية والأمنية من ناحية أخرى، لإعاقة ذلك النوع من الجرائم لعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والثقافية زيادة على ما تشكله من خطر وتهديد مباشر للأمن الإقليمي والعالمي.
راجع في ذلك د. السيد احمد مرجان، الانعكاسات السلبية للجريمة المنظمة في ضوء الدستورية وأحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٥، ص ١٠– ١١. كذلك راجع د. سناء خليل، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، المجلة الجنائية القومية، العدد الخامس، ص ٩٤.

كانت المساعدة المقدمة حتى لو كانت بتسهيل عملية الدخول أو بتسهيل إعطاء المهاجر جواز سفر مزور أو إذن إقامة مزور... أو غير ذلك كما سبق أن أوضحنا... لذا فإننا سوف نشير عقب كل نقطة من الآثار السلبية إلى الأثر المترتب باعتبار الهجرة غير المشروعة جريمة منظمة... وهذا على الوجه التالي:

تقوم جماعات الجريمة المنظمة بتهديد الاقتصاد الإقليمي والعالمي عن طريق التدخل خاصة في الدول التي تمر بمراحل تحول اقتصادها إلى اقتصاد السوق، حيث تتدخل بشكل إيجابي يتمثل في قيامها بغسل أموالها المتحصلة من تجارتها غير المشروعة– حيث لا يتم دفع ضرائب على تلك الأموال، مما يؤدى إلى حرمان تلك الدولة من موارد مالية إضافية كان من الممكن توظيفها في مشروعات عامة واستثمارية [١]. إضافة إلى التأثير السلبي لضخ تلك الأموال على الأنظمة المالية والمصرفية وعلى استقرار أسعار الصرف [٢].

ج. الأثر الاجتماعي:

١. تؤدى الهجرة عموما إلى تغيير في التركيبة الاجتماعية لكل من دول المهجر ودول المصدر كنتيجة لما يسمي بالانتقاء الهجري Immigration Choisie، حيث يترتب على الهجرة انتقال العناصر الشابة من المجتمع وبصفة خاصة الذكور إلى دول المهجر– مما

---

(١) راجع د. شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة في القانون المقارن، دار النهضة، ص ٦، سنة ٢٠٠٨.

(٢) راجع د. حسنين توفيق، الجريمة المنظمة، دراسة مفهومها وأنماطها وآثارها بمواجهتها مجلة الفكر الشرطي، الإمارات العربية المتحدة، العدد ٤ ص ١٤٩، كذلك د. سعيد اللاوندى. "الأطلسي العالمي لعمليات غسيل الأموال". جريدة الأهرام المصرية ١٩/ ٩/ ١٩٩٨.

حيث كشفت الإحصاءات عن أن ٣٢٠ مليار، دولار يتم غسلها سنويا بواسطة الدوائر البنكية الدولية– ونظرا لفخامة المبالغ من قبل تلك الجماعات فإن الدول النامية على الأخص تتأثر بذلك وتتعرقل عملية التنمية.

يوثر بالسلب على التركيبة الاجتماعية للمجتمع "المهاجر منه والآخر المهاجر إليه"..... إلا إننا نجد أن عامل نقص الخصوبة في البلدان الاشتراكية قلل الهجرة من تلك البلاد إلى حد ما [١].

٢. تساعد الهجرة إلى حد كبير في تغيير الخريطة السكانية للمنطقة؛ وذلك لضخامة عدد المهاجرين بالنسبة للسكان الأصليين، حيث يظهر ذلك جليا في البلاد النفطية. فمعظم الوافدين من الهند وباكستان.

٣. أثبتت التجربة ازدواجية الولاء عند المهاجرين [٢]، حيث أن الهجرات المؤقتة في نظر السكان الأصليين هي هجرات للاستثمار والرزق وقطف الثمار من أمام الوطنيين.. مما ينتج عنه مضاعفات اجتماعية وسياسية خطيرة.

٤. من الطبيعي أن يتم التعامل في الدول المستقبلة للمهاجر بنظام مختلف عما يتم التعامل به مع الوطني.. مما ينتج عنه الشعور بالضيق والاضطهاد نتيجة تلك التفرقة في المعاملة، بغض النظر عن خبرة ومؤهلات وكفاءة ذلك المهاجر.

٥. تزايد معدلات الأمية نتيجة عدم كفاية الخدمات التعليمية والصحية لتغطية احتياجات السكان الأصلين إضافة إلى السكان المهاجرين، مما ينتج عنه تدهور للمستوى السلوكي للأفراد وانتشار العديد من الجرائم الغير أخلاقية "تسول– دعارة.... غيرها من الجرائم".

---

(١) راجع في الفرق بين الهجرة والخصوبة، د. يحيي الصرابى، ص ٣٥، مرجع سابق.

(٢) راجع منير خوري: "الآثار الاجتماعية والثقافية للهجرة الإقليمية"، المؤتمر الخاص بالهجرة الدولية والعالم العربي، بيروت، ١٩٨١.

٦. ارتفاع مستوى الأسعار في الوحدات السكنية في أماكن التجمعات [١]، مما ينتج عنه قيام أسرة كاملة بالسكن في غرفة واحدة وما يترتب على ذلك جرائم خلقية وسلوكية "زنا محارم– خدش حياء" مما يؤثر بالسلب على بناء المجتمع.

٧. ضعف الكيان الاجتماعي للسكان نتيجة زيادة معدلات الزواج [٢] وارتفاع معدلات الطلاق.

د. الأثر الأمني [٣]:

نظرا لكون الأمن في أي دولة من دول العالم هو محور عملية التنمية وما يستتبع ذلك من نجاحها أو إخفاقها، وهو ما يعنى وجود خلل في المنظومة الأمنية، وانطلاقا من تفشي عمليات الإجرام المنظم الذي تعتبر الهجرة غير المشروعة أحد أهم ركائزه وغاياته... لذا سوف نعرض لمدى تأثير ظاهرة الهجرة غير المشروعة سلبا على الناحية الأمنية في الدولة المضيفة لتلك الهجرة الوافدة.

١. يعتبر المهاجر غير الشرعي فريسة سهلة ولينة للاستغلال، سواء كان في عمل مشروع [١] "عدم إعطائه المقابل الموازي للعمل المبذول" أو غير مشروع حيث يقع فريسة

---

(١) حيث يتركز المهاجرون غالبا في إحياء معينة مما يوجد نسيج عرقي– ديني به شيء من التعصب ومع الوقت يقوى ويصعب التصدي له من الدولة المستقبلة.

(٢) حيث يسعي المهاجر غير الشرعي بشتى الطرق بمجرد وصوله إلى الدولة المستقبلة عن أي طريق شرعي يضمن له الوجود بطريقة آمنه داخل تلك الدولة.

(٣) نظرا لما تمثله عملية الهجرة الغير شرعية من زيادة أعداد الأجانب الوافدين داخل أي دولة، وما يترتب عليه من زعزعة الاستقرار بها مما يؤدى إلى ارتفاع معدلات قوائم العنف، الأمر الذي دفع دول الاتحاد الأوربي إلى تبني فكره إنشاء وحدة حدود خاصة لحماية الدول الأوروبية من تلك الظاهرة. راجع في ذلك د. هالة غالب، "المواجهة الدولية لجرائم تهريب المجرمين" بحث منشور بالمجلة الجنائية القومية، المجلد ٥١، العدد ١، مارس ٢٠٠٨، ص ١٠٦.

للاستغلال والابتزاز ويكون من السهولة الزج به في أعمال إجرامية، سواء كانت في دولة العبور أو دولة المهجر نتيجة إقامته غير المشروعة [٢].

٢. يترتب على ظاهرة الهجرة غير المشروعة "انتشار مكاتب الوهم"، والمقصود بها مكاتب إلحاق العمالة بالخارج [٣] التي تغرر بضحاياها الراغبين في السفر، حيث يتم إنشاء مكاتب مؤقتة لغرض جمع مبالغ من الضحايا ثم تنتهي تلك المكاتب من عملها بمجرد تحقيق هدفها. ومن الناحية الأخرى يتم إغراء هؤلاء الضحايا من خلال التوقيع على عقود وهمية وبأجور مجزية، ثم يفاجأ الراغبون في العمل بالخارج عقب وصولهم إلى عكس ما تم التعاقد معهم عليه.

٣. يثير هؤلاء الوافدون والمهاجرون الكثير من القلاقل والمظاهرات، وهو ما حدث بالفعل حيث شهدت أكثر من دولة خليجية مظاهرات واعتصامات من قبل هؤلاء الوافدين، إذا لم يتم التجاوب مع مطالبهم مما يؤثر على الأمن والممتلكات العامة، كذلك

---

(١) يعتبر المهاجر غير الشرعي عرضة للإجراءات البوليسية في الدولة المتواجد عليها، حيث يتم التعامل معه على أنه مجرم، فضلا عما يحرم منه من أحكام الضمان الاجتماعي أو توفير للرعاية الصحية أو التعليمية له أو لأبنائه، راجع د. هالة غالب، المرجع السابق، ص ١٠٧.

(٢) من الجرائم التي تفرزها الهجرة غير المشروعة؛ تورط العديد من المهاجرين في جرائم تزوير في محررات رسمية وتهريب أسلحة ومخدرات ونصب وتزييف عملة.

(٣) تنبهت جمهورية مصر العربية لذلك الخطر حيث نظمت قانون الهجرة ورعاية المصريين في الخارج (١١ لسنة ١٩٨٣)، وكذلك حاربت قيام عمل تلك المكاتب، حيث تم تنظيم عملها في ضوء قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، وكذلك نظمت القواعد التشريعية المصرية حظر مزاولة عمليات إلحاق المصريين في الخارج، إلا بعد الحصول على إذن من وزارة القوى العاملة والهجرة، وذلك بغرض وضع هذا النشاط تحت إشراف الجهة الإدارية، على أن تقوم الشركة المأذون لها بمزاولة النشاط بعملها لفترة محددة يجوز تجديدها بمعرفة جهة الإدارة راجع في ذلك د. طارق حسين محمود– دور الشرطة في حماية التنقل مع التطبيق على المنع من السفر– رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٨.

قد يعمد هؤلاء المهاجرون إلى إثارة القلاقل بغرض تدويل قضاياهم لتعديل أوضاع معينة خاصة بمعيشتهم أو بنظام عملهم أو بأجورهم.

٤. قد يساعد هؤلاء المهاجرون الدول المعادية للدولة المستقبلة لهم بإفشائهم لأسرار تلك الدولة نتيجة انعدام انتمائهم لها ورغبتهم في الانتقام نتيجة استغلالهم في العمل على أراضيها [١].

٢. الآثار الإيجابية للهجرة غير المشروعة:

بداية لا نستطيع أن ننكر الدور الفعال للهجرة بصفة عامة في التواصل وبين الشعوب ونشر الثقافات ودعم الإثراء الحضاري المتبادل، والتفاعل الاقتصادي والاجتماعي والثقافي بين كافة المجتمعات البشرية. وقد شجع الدين الإسلامي على الهجرة الشرعية في حالة ما إذا رغب الفرد في حياة أفضل أو بحثا عن ملاذ من أي مضايقات قد يتعرض لها، والحق في الهجرة كما أوضحنا بشقها الشرعي حق كفله الدستور في كافة بلاد العالم ونصت عليه المواثيق والمعاهدات كحق أساسي من حقوق الإنسان، وعلى الرغم من عدم شرعية تواجد [٢] العديد من المهاجرين على أراضي دول غير دولهم الأصلية وما يستتبعه ذلك من أضرار على الدولة المضيفة وسكانها، إلا أننا

---

(١) قد تهدف الجماعات المنظمة من ذلك استغلالهم في عمليات التجسس حيث يستخدمون البغي كوسيلة لمعرفة أسرار الشعوب وخاصة كل ما يتعلق بالأمن القومي، وخير مثال فضيحة الجنس والأمن القومي في بريطانيا سنة ١٩٦٣، والتي أدت إلى تسرب العديد من الأسرار العسكرية البريطانية لروسيا الاتحادية.

راجع في ذلك د. محمد نيازي حتاتة: الموسوعة العالمية للانحرافات الجنسية، ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) وقد أوضح السيد كوفي عنان الأمين العام للأمم المتحدة أمام البرلمان الأوربي بأن الهجرة هي من أكبر التحديات التي سيواجهها الاتحاد الأوربي في الفترة المقبلة وإذا أحسن المجتمع الأوربي إدارتها فإن الهجرة ستزيد من ثراء وقوة هذا المجتمع، إما إذا أخفق ولم يحسن استغلالها وإدارتها فتكون النتيجة شيوع الانقسامات الداخلية. راجع في ذلك www.un.org.

من الدراسة لا نستطيع أن ننكر أن للهجرة غير المشروعة جانب آخر مضيء للدولة المستقبلة لهؤلاء المهاجرين، وكذلك الدولة المرسلة لهم، وذلك على النحو التالي:

١. تساعد الهجرة غير المشروعة الاقتصاد في الدولة المستقبلة عن طريق سد فراغ الوظائف ذات الراتب المنخفض.

٢. تساعد في رفع معيشة الأفراد الموجودين بطريقة غير شرعية على أراضيها– حيث أوضحنا أن الباعث الرئيسي لعملية الهجرة غير المشروعة هو البحث عن مستوى أعلى للدخول.

٣. تخلق الهجرة غير المشروعة مستويات عدة للتسوق، حيث توجد خيارات متعددة للمتسوق مما يساعد على ازدهار العملية الاقتصادية.

٤. يقوم المهاجر غير الشرعي بدفع ضرائب المبيعات والعقارات في حالة تملكه لها أي الدولة المستقبلة له، وهذا يعوض عدم دفعه للعديد من الضرائب الأخرى لعدم إدراجه في كشوف ودفاتر تلك البلد كدافع للضرائب.

٥. يقوم هؤلاء المهاجرون غير الشرعيين بتاجر وحدات منزلية بأماكن يصعب توطين المواطنين بها، مما يساعد على أعمارها، على الرغم من تكوينهم لمجموعات قد يكون من الصعب السيطرة عليها مستقبلا نظرا لعددهم ودرايتهم وحدهم بمداخل ومخارج تلك الأماكن.

٦. يفتح العديد من الهاجرين غير الشرعيين حسابات في بنوك تلك الدولة مما يعود بالنفع على اقتصادها. كذلك يدفع هؤلاء المهاجرون العمولات وما شابهها أثناء شرائهم لاحتياجاتهم من الوكالات والوسطاء.

٧. يعمل المهاجر غير الشرعي ويكلف بمهام لا يقبلها الوطني مما يساعد في دفع عجلة التنمية بالبلد المستقبل له، حيث تمكنت العديد من الدولة الأوروبية والولايات المتحدة بفضل العمالة الماهرة الوافدة إليها من تحقيق قدر كبير من الاستغلال الاقتصادي للموارد المتاحة لديها بتلك النوعية من العمالة، مما انعكس على مستوى الحياة والرفاهية بها.

٨. تستفيد دولة المهاجر غير الشرعي من الهجرة نظرا لقيامه بتحويل مدخراته إلى أسرته، مما يساعد في دفع عجلة التنمية الاقتصادية وتحسين مستوى المعيشة لكثير من الأسر في تلك البلد، وهذا ما أعلن عنه البنك الدولي سنة ٢٠٠٤.

٩. يقوم المهاجر غير الشرعي عقب عودته لبلده الأصلي باستثمار جزء من مدخراته بهدف تحسين مستوى حياته ومستوى حياة أسرته.

٣. الأمن الديموجرافي كوسيلة للحد من مخاطر ظاهرة الهجرة غير المشروعة:

مما لا شك فيه أنه على الرغم مما سبق أن عرضناه لمفهوم الهجرة غير المشروعة ومخاطرها على الدولة المهاجر منها والدولة الوافد إليها وفى بعض الأحيان دولة المهجر، إلا إننا لا نستطيع أن ننكر أن لها

جانبا إيجابيا يتمثل في استفادة الكثير من الدول من تلك العمالة، بل وتشجع العديد من الدول ومحاولتها استقطاب أعداد من تلك العمالة الوافدة لما لها من أياد بيضاء على دفع عملية التنمية في تلك الدول، على الرغم مما تضيفه تلك العمالة من عبء على كاهل تلك الدولة عامة وعلى جهاز الأمن بها خاصة.

ونتيجة الحاجة الأساسية للمجتمعات للأمن والأمان لانعكاس ذلك على المجتمع الإقليمي والدولي وما يستتبعه من استمرار قاطرة التنمية؛ ظهر على السطح ما يسمي بالأمن الديموجرافي كوسيلة لمساندة المفهوم العادي والمتعارف عليه لمصطلح الأمن [١]، والذي اتضح أنه لم يعد وحده كافيا للتعامل مع مصادر التهديد والهدايا المعاصرة التي أفرزتها ظاهرة العولمة.

المقصود بالأمن بصفة عامة: يعني مصطلح الأمن التصرفات التي تقوم بها الدولة لمواجهة المصادر التي تهددها، وكلمة أمن هي عكس كلمة خوف... بما يدعونا إلى أن نقول بأن الأمن يعنى انعدام الشعور بالخوف والخطر [٢]، وقد ذكر "روبرت ماكنار" وزير الدفاع الأمريكي. أن الأمن يعني التنمية.

---

(١) أفرزت ظاهرة العولمة وإذابة الحدود بين الدول العديد من الجرائم الجديدة التي أشرنا لها في المتن، حيث لم يعد التهديد بها واضح مثل الجرائم التقليدية العادية، كما أن مواجهة تلك الجرائم لم تعد للقوة العسكرية فقط، مما استتبع ذلك ضرورة توافر طريقة جديدة للتصدي لتلك الجرائم، وذلك لعدم استطاعة أي من دول العالم في العقد الحالي أن يغلق حدود دولته أمام الانفتاح العالمي في الوقت الحالي.

راجع في ذلك للمزيد د. جميلة ناصر عبد الله: التخطيط الاستراتيجي في الأجهزة الأمنية كمدخل لتعزيز سياسات الأمن الديمرجرافي في دولة الإمارات العربية، مع دراسة ميدانية على إدارة الجنسية والإقامة لوزارة الداخلية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٨، ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) راجع د. شريف المنياوي: "الأمن الوطني المعاصر"، الطبعة الأولي، مكتبة الظاهر، القاهرة، ١٩٩٧، ص ١٥.

التعريف الذي نؤيده: نحن نؤيد التعريف بأن الأمن [١] هو استخدام كل الوسائل التي تتيح الحفاظ على النظام العام في البلد. وعلى الرغم من قناعتنا الشديدة بأن النظام العام مصطلح مرن؛ إلا أننا نرى أنه يتماشى مع سيادة الدولة للحفاظ على الأمن العام والآداب العامة والصحة العامة والسكينة العامة، لأن هذا هو دور الشرطة الرئيسي لكون الأمن متصل بكل من البعد السياسي والاقتصادي والاجتماعي والبيئي والمعنوي [٢].

المقصود بالأمن الديموجرافي: يقصد بالأمن الديموجرافي "مجموع السياسات العامة والخطط المتعلقة بالحفاظ على المواطنين والوافدين وحماية حقوقهم، والحد من الجريمة بكافة أشكالها وصيانة الحريات الدينية وحماية الملكيات الخاصة داخل الدولة، في إطار من المساواة والعدالة الاجتماعية، من خلال استخدام وسائل لا تعتمد على القوة فقط بل تستخدم البحوث الاجتماعية وعلوم الإدارة كأداة لها [٣].

والفكرة الأساسية للأمن الديموجرافي هي تضافر جهود الأفراد والمجتمع المدني بجانب الأجهزة الأمنية المعنية في تحمل جزء من المسئولية الأمنية، للحد من ظاهرة الجريمة [٤] وتحقيق الأمن الديموجرافي [١].

---

(١) كان الفراعنة أول من وضع الاستراتيجية السليمة للأمن القومي في بدايته والتي تلخصت في "الاقتصاد– العدالة– القوة العسكرية للحفاظ على حدودها".

(٢) في هذا الاتجاه راجع د. جميلة ناصر عبد الله، رسالة دكتوراه، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤.

(٣) نقلا عن د.. جميلة ناصر عبد الله، المرجع السابق، ص ٢٩، حيث يظهر من التعرف إن الأمن الديموجرافي يعتمد على استراتيجية أمنية تقوم على التكامل بين القوى البشرية والتصدي للهجوم الأجنبي للعمالة، وبخاصة مع اتساع النشاط الاقتصادي والتجاري والذي نتج عنه ارتفاع مستوى الجريمة وطرق ارتكابها.

(٤) هناك دول مثل ماليزيا وإيطاليا تجند حكوماتها فرقا من المواطنين للرقابة على المهاجرين، أما في تايلاند فإنها تقصر حق المهاجر على التواجد في مكان العمل صباحا والمنزل ليلا مع حظر السفر إلى أماكن أخرى داخل تايلاند. راجع في ذلك www.hw.org/ar/news2009.

الجهود المبذولة لمواجهة الهجرة غير المشروعة:

أولا: على المستوى الوطني:

١. تضافر الجهود القومية لمكافحة شبكات تهريب الهاجرين ومن ثم الاتجار في البشر، قناعة بخطورة الهجرة غير المشروعة على الدول المصدرة والدول المستقبلة.

٢. العمل على تقنين أوضاع المهاجرين هجرة غير شرعية قدر الإمكان، وفق أنظمة الدولة المستقبلة ومصالحها.

٣. توفير الفرص والإمكانيات، والتي تهيئ لكل من اللاجئ والمهاجر غير الشرعي إمكانية العودة إلى وطنه الأصلي، وذلك عن طريق توسيع دائرة الاتفاقيات الثنائية والإقليمية للوصول إلى أفضل الحلول والأطر التي تساعد على الموازنة بين حق ورغبة المهاجر غير الشرعي وبين سيادة الدولة المستقبلة على أراضيها وصيانتها لمصالحها.

٤. التوسع في الاتفاقيات الثنائية لتوسيع فرص الهجرة الشرعية من خلال المكاتب والقنصليات المنتشرة في أنحاء المعمورة، وإزالة العقبات قدر الإمكان أمام رغبة المهاجرين في التنقل بين بلدهم الأصلي والبلدان المضيفة [٢].... مما يؤدى إلى عدم الهجرة الدائمة للعقول والتخصصات النادرة.

---

(١) راجع نماذج دول اليابان وفرنسا والمملكة المتحدة والولايات المتحدة في تطبيق الأمن الديموجرافي من خلال تضافر جهود المجتمع المدني بجانب المؤسسة الشرطية.

د. جميلة ناصر عبد الله، مرجع سابق، ص ٣١ وما بعدها.

(٢) وقد طالعتنا صحيفة "المصري اليوم" بالقاهرة في العدد ٢٠٥٧ الصادر في ٣٠/ ١/ ٢٠١٠ في الصفحة الأولي، تشجيع الرئيس الليبي معمر القذافي لليبيين للهجرة والزواج من أوروبيات ليحصلوا على الجنسية.

٥. الاهتمام بالعمالة والتخصصات ومحاولة استقطابهم للبقاء في بلادهم، وذلك بزيادة المرتبات أو بتوفير البدائل التي تجعلهم قانعين بوجودهم في بلادهم، حيث أسفر البحث على أن أساس الهجرة بشقيها "الشرعي وغير الشرعي" هو البحث عن مستوى معيشة أفضل.

٦. نشر ثقافة التوعية والتحذير من الجري وراء الوهم المتمثل في شركات إلحاق العمالة أو السماسرة، والعمل على الحد من الترخيص لتلك الشركات.

٧. مداومة فحص المهاجرين الممنوعين من الدخول لبلاد والوافدين الجدد والمهاجرين المحتجزين بما يتفق والمعايير الدولية، وكذلك فحص الأطفال القادمين وغير المصحوبين بكبار؛ لضمان عدم استغلالهم جسديا.. ثم إعادتهم إلى بلادهم مع المحافظة على الحد الأدنى من حقوقهم طبقا للمواثيق والمعاهدات التي أقرها القانون الدول في هذا الشأن.

٨. يجب مداومة الحملات الأمنية على المناطق التي يتواجد بها مثل هؤلاء باستمرار وفي أوقات مختلفة، وترحيل هؤلاء خارج الأراضي الإقليمية لتلك الدولة.

٩. تفعيل مفهوم الأمن الديموجرافي عن طريق إشراك المواطنين ومنظمات المجتمع المدني في حماية الحدود تحت إشراف الشرطة؛ لضمان الحماية الكاملة لتلك الحدود وللأهالي أيضا.

١٠. تغليظ عقوبة كل من يسهل لأي من المهاجرين غير الشرعيين التواجد على أرض الدولة أيا كانت طريقة مساعدته لذلك المهاجر، ومراجعة التشريعات الوطنية دائما ذات الصلة بالموضوع، والحرص على توافقها والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن.

١١. العمل قدما ودائما على تبادل الخبرات الأمنية، وعلى إثقال القائمين على ذلك تدريبيا وفنيا وعلميا، بما يضمن التعرف على مختلف الخبرات والحلول لمجابهة تلك الظاهرة.

١٢. الحرص الدائم على المشاركة في المؤتمرات الإقليمية والدولية ذات الصلة بهذا المجال والعمل على تنفيذ التدابير الوقائية الصادرة في هذا الشأن، ووضع التوصيات المنبثقة عن تلك المؤتمرات موضع دراسة وتنفيذ.

١٣. العمل على تنفيذ المعايير والمقاييس الدولية الخاصة بتأمين المنافذ ومكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو.

١٤. تفعيل دور جهاز الشرطة بكل دولة على حدة من خلال أجهزتها المختلفة "مصلحة جوازات السفر والهجرة والجنسية، وإدارة تصاريح العمل وأداة شرطة السياحة، وإدارة الأموال العامة" كل فيما يخصه لمراقبة عمليات الخروج والدخول وتصاريح الإقامة والعمل، ونوع التأشيرات ومدتها وكذلك متابعة مكاتب السفريات والسياحة ومدى احترامها للتعليمات والقوانين.

١٥. مخاطبة الجهات المعنية في كل دولة "وزارات الداخلية- الدفاع- الخارجية- القوى العاملة والهجرة- الإعلام- التضامن الاجتماعي- السياحة- العدل- التعليم" لاقتراح

التدابير والإجراءات التشريعية والتنفيذية اللازمة، ومتابعة إجراءات تنفيذها وإعداد تقرير نصف سنوي حول الجهود الوطنية المبذولة للتصدي لتلك الظاهرة.

١٦. ممارسة المقترحات اللازمة لمساعدة ضحايا تلك الجريمة وحمايتهم، والبرامج اللازمة لإعادة دمجهم طواعية في مجتمعهم مرة أخرى، بالإضافة إلى تكثيف الحملات الإعلامية وتفعيل دور منظمات المجتمع المدني للحد من تلك الظاهرة قد الإمكان.

ثانيا: على المستوى الدولي

١. تفعيل التعاون بين الدول لوقف تلك الظاهرة، والعمل قدما نحو وضع استراتيجية لمجابهتها والحد منها.

٢. تغليظ عقوبة مهربي وتجار البشر، ومن ناحية أخرى تبني سياسة تعمل على وضع قواعد للهجرة، والتوسع التدريجي في إيجاد قنوات شرعية لها بما يتوائم والسياسية الداخلية لكل دولة.

٣. تفعيل دور اللجنة العالمية للهجرة الدولية؛ للعمل على وضع ورسم سياسات أفضل لإدارة الهجرة بما يلائم ويوازن بين مصالح كل من الدولة القادم منها والدولة المهاجر إليها، والحفاظ بالدرجة الأولي على تأمين حقوق الإنسان للمهاجر، على اعتباره حلا لمشاكل كثيرة في البلد القادم إليها المهاجرون.

٤. العمل قدما على رسم استراتيجية واسعة وخصبة تسمح بإدماج المهاجرين في المجتمعات التي وفدوا إليها، لكي لا يشكلوا عبئا عليها أو يعملوا على زعزعة استقرارها.

على أن يراعى في ذلك مصلحة الدولة وسيادتها على أرضها في المقام الأول، وفي حالة ما إذا قبلت يتم وضع هؤلاء المهاجرين تحت قرة اختبار تحددها الدولة، فإذا ثبت خلالها ولائهم واندماجهم مع غالبية السكان تتخذ الدولة عقب ذلك إجراءات تقنين أوضاعهم.

٥. نشر سياسة عدم التعامل مع المهاجر على أنه عالة على المجتمع، وإنما هو إنسان مؤد يريد المكسب والثراء بمقابل أداء عمل، وذلك لضمان ولائه إلى حد ما لتلك الدولة، وهذا ما أكد عليه الحوار الرفيع المستوى الذي جاء تتويجا لسنوات من الأعمال التحضيرية كما قالت رئيسته [١] المنتخبة في ١٥ سبتمبر ٢٠٠٦:

أ. الهجرة الدولية تمثل ظاهرة متنامية، ومكونا رئيسيا من مكونات التنمية في كل من البلدان النامية والمتقدمة النمو.

ب. الهجرة الدولية يمكن أن تشكل قوة إيجابية لتحقيق التنمية في البلدان الأصلية وبلدان المهجر، على شرط أن تدعم بمجموعة مناسبة من السياسات.

ج. من الممكن تعزيز التعاون الدولي بشأن الهجرة الدولية على الصعيد الثنائي والصعيدين الإقليمي والعالمي. وقد شدد الحوار، أن الهجرة ما كانت أبدا بديلا عن التنمية، ومن أجل ذلك يجب الحرص على توفير فرص العمل الكريمة في كل من البلد الأصلي وبلد المهجر.

---

(١) راجع كلمة السيدة/ نانسي باكير– الأمين العام المساعد للشئون الاجتماعية بجامعة الدول العربية، أمام جلسة الاستماع الإقليمية حول الهجرة لبحر المتوسط والشرق الأوسط، اللجنة العالمية للهجرة الدولية، القاهرة ١٣– ١٤ سبتمبر ٢٠٠٤م.

د. وفي شأن الاستفادة من تحويلات المهاجرين المالية دعا الحوار إلى خفض تكاليف التحويلات المالية لكي يتم الاستفادة منها إلى أقصى حد.

٦. وقد قامت اللجنة العالمية للهجرة الدولية بالعمل على تنظيم حوار حول الهجرة بين الحكومات والمنظمات الدولية والمجتمع المدني والقطاع الخاص وكافة الأطراف الأخرى المهتمة بشئون الهجرة، على أن تقوم تلك اللجنة بتحليل النقص الموجود في مناهج معالجة الهجرة في الوقت الحالي، وتقدم توصياتها للمجتمع الدولي حول كيفية تعزيز الإدارة الوطنية والإقليمية والعالمية للهجرة الدولية [١] وكيفية العمل على تقليل سلبياتها وتعظيم فوائدها، وقد قدمت اللجة تقريرها إلى سكرتير عام الأمم المتحدة في ٥/ ١٠/ ٢٠٠٥، وقد أفرز التقرير ستة مبادئ كالآتي:

١. يجب أن يكون باستطاعة الأفراد الهجرة طواعية وليس بسبب الحاجة، وأن يتم ذلك بأسلوب آمن وقانوني وذلك تقديرا للحاجة إليهم ولمهاراتهم– وهذا أمر شرعي، لأن معظم دول الاتحاد الأوروبي في حاجة إلى الهجرة لتناقص سكانها فيأتي هذا الدور الإيجابي للهجرة لتجديد تلك المجتمعات لبنيانها السكاني، وقد أكدت ذلك الدراسة التي قامت بها الأمم المتحدة عام ٢٠٠٠، والتي أوضحت أن الدول الأوروبية تحتاج إلى توازن ديموجرافي نتيجة شيخوخة سكانها، وذلك عن طريق استقدام ٩٤٩ ألف مهاجر سنويا للحفاظ على سكانها، أو مليون ونصف

(١) للمزيد عن أعمال اللجنة العالمية للهجرة الدولي راجع:

www.gcim.org/en/fenal report.html.

مليون مهاجر للمحافظة على نسبة السكان الذين هم في سن العمل. أما بالنسبة لتراجع عدد السكان فنجد أن ١٠ ملايين فرنسي من أصل ٥٥ مليون قد تجاوزوا الستين سيصبحون ١٥ مليون عام ٢٠٠٢ دونما زيادة في عدد السكان الإجمالي، أما في إيطاليا وألمانيا فإن التعداد السكاني يتجه نحو الهبوط، حيث سيصل العدد في ألمانيا إلى ٦٠ مليون عام ٢٠٢٠ من أصل ٧٩ مليون الآن، في المقابل نجد أن ألمانيا في الوقت الحالي تستثني المهاجرين ذوي الكفاءات من أي قيود على الهجرة حيث سمحت لعدد ١٠٠,٠٠٠ مبرمج هندي للهجرة إليها لتعويض العجز في هذا القطاع، وهو ما انتهجته أيضا الولايات المتحدة الأمريكية [١].

٢. لابد دائما من الاعتراف بدور المهاجرين الهام في تحقيق التنمية والنمو الاقتصادي وخفض مستوى الفقر وتقدير هذا الدور، كما أن الدول لابد وأن تضع الهجرة كجزء لا يتجزأ من استراتيجيتها [٢].

٣. تفعيل التعاون الدولي بين الدول للحد من تلك الظاهرة، والسماح بدخول المهاجرين الذين يعودون لأوطانهم [١]، وفى نفس الوقت الاحترام الكامل لحقوق المهاجرين واللاجئين.

---

(١) راجع دراسة مركز بحوث الشرطة بأكاديمية الشرطة، ص ٩٨، ١١٨ مرجع سبق ذكره.

(٢) راجع ما نشر بصحيفة المصري اليوم بالقاهرة في العدد الصادر رقم ٢٠٥٧ يوم ٣٠/ ١/ ٢٠١٠.

٤. العمل دائما على إدماج المهاجرين القانونيين والدين أمضوا فترة طويلة في المجتمعات التي استوطنوا بها، مما يعمل على تقوية نسيج المجتمع ويعود بالإيجاب على الكافة.

٥. على المهاجرين معرفة حقوقهم والتزاماتهم القانونية والعمل على تنفيذ إطار حقوق الإنسان الذي يسبغ الحماية على المهاجرين الدوليين.

٦. يجب تعزيز سياسات الهجرة لتصبح أكثر اتساقا، وكذلك تعزيز الإمكانيات على المستوى الوطني، من خلال توثيق التعاون على المستوى الإقليمي وتنظيم حوار ومشاورات أكثر فاعلية بين الحكومات والمنظمات الدولية.

وقد ذكرت السيدة/ نانسي باكير، الأمين العام المساعد للشئون الاجتماعية بجامعة الدول العربية [٢]، أنه على الرغم دور الهجرة المتعاظم والتي سبق ذكره ورغم الجهود المبذولة على الصعيدين الإقليمي والدولي، إلا أنه نظرا لما حدث في ١١ سبتمبر وتبعاته الأمنية والعولمة ونتائجها من زيادة البطالة وغلاء المعيشة، كل ذلك ساعد على الرغبة في الهجرة وعلى تفاقم الهجرة غير المشروعة.

---

(١) هناك بعض الدول مثل روسيا وألمانيا والسويد والدنمارك تنص قوانينها على فقدان المهاجر لجنسيته الأصلية بمجرد الهجرة، وذلك بغرض الحد من ظاهرة التسرب، إلا أننا ضد ذلك تماما، وكذلك التشريعات الدولية التي تحمي حقوق الإنسان وتنقله– راجع في ذلك د. يحيي الصرابى، مرجع سابق، ص ٣٥ وما بعدها.

(٢) راجع كلمة السيدة نانسي باكير مرجع سابق.

"حيث أوصى المؤتمر بضرورة إعطاء الأولوية للسياسات والبرامج والمشروعات الهادفة إلى تفعيل الإدارة التنموية للهجرة والتكامل الإقليمي، والتمكين المادي والفني لإحكام إدارة الهجرة والحد من عوامل الطرد، ودعا المؤتمر إلى احترام حقوق الإنسان وتصحيح صورة المهاجر في بلدان الاستقبال".

كذلك عملت الهجرة الانتقائية وما نتج عنها من هجرة الكفاءات نظير الإغراءات والتسهيلات مقابل لا شيء إلى حد ما في بلادهم، وقد أفرز ذلك عدد من الإيجابيات كالآتي:

أ. إنشاء وزارات للهجرة في العديد من الدول، كذاك توسعت تلك الدول في إنشاء مراصد للهجرة [١] بها قاعدة بيانات عن حركة تلك الظاهرة، وقامت هذه البلاد بعقد العديد من الاجتماعات والمؤتمرات تعكس رغبة تلك الدول في إحكام السيطرة على تلك الظاهرة وتعظيم فوائدها.

ب. على الصعيد الإقليمي نجد أن جامعة الدول العربية قد أعطت أولوية للأنشطة المعنية بالهجرة، حيث عقدت العديد من المؤتمرات بالتعاون مع منظمة الهجرة الدولية، وهو ما أثمر عن خطة عمل إقليمية لمعالجة الهجرة وتفعيل مساهمتها في التنمية والتكامل الإقليمي العربي، كما أنشأت الجامعة المرصد العربي للهجرة، كذلك مؤتمر ديترويت الذي أسفر عن حوار عميق ومتشعب حول مختلف أبعاد الهجرة والتنمية، وكذلك الحوار العربي الأمريكي، وقد أكدت السيدة/ باكير أن التجربة الدولية قد أفرزت النتائج الآتية [٢]:

١. أن التباين بين الدول يفرز استمرار عوامل الجذب والطرد، حيث ستستمر هجرة الأفراد للرزق وللحياة الأفضل.

---

(١) أنشئت الولايات المتحدة الأمريكية سجل وقاعدة بيانات لضحايا الجرائم المرتكبة من المهاجرين غير الشرعيين، وقد أطلق على هذا النظام اسم "Victims of Voiac illegal Alien Crime" راجع في ذلك www.voiac.org.

(٢) راجع كلمة السيدة نانسي باكير، المرجع السابق.

٢. أكد الواقع أن التعاون الإقليمي هو أكثر مجالات التعاون عمقا وإنجازا للأهداف التنموية، حيث أصبحت الآن الإقليمية والعولمة وجهان لمصير إنساني مشترك؛ يحول الميزات النسبية إلى ميزات تنافسية على مستوى أقاليم العالم.

* وقد خلصت السيدة/ باكير... إلى التساؤل: كيف نغلق الحدود أمام حرية الإنسان في التنقل رغم ما ذكر من إيجابيات وسلبيات للهجرة– كيف نبرر سياسات الغلق المطلق للحدود؟ وكيف نبرر إزاحة موضوع الهجرة وحراك العمل من أجندة تحرير التجارة وعناصر الاقتصاد؟

ثالثا: المقترحات المقدمة من الباحث بشأن مجابهة ظاهرة الهجرة غير المشروعة:

نظرا لما تمثله الهجرة بشقيها المشروع وغير المشروع من أهمية في الآونة الأخيرة، لما لها من دور متعاظم وفعال في عملية التنمية في الدولة المستقبلة لها، الأمر الذي بات معه الحديث يكثر حول كيفية إيجاد السبيل نحو زيادة القنوات الشرعية التي تتيح استقبال أكبر عدد من هؤلاء المهاجرين، ولكن طبقا لقواعد ونظم الدولة القادمين إليها.

وانطلاقا من حق الإنسان في التنقل بحرية بين مختلف بلدان العالم شريطة احترام متطلبات تلك الدول، وما ينبغي على تلك الدول في هذه الحالة من السماع له بالدخول والإقامة، انطلاقا من ذلك أتقدم بعدد من المقترحات التي تؤكد علي الدور الإيجابي للهجرة المشروعة، وفي نفس الوقت تعالج الثغرات التي تترك المجال مفتوحا أمام ظاهرة الهجرة الشرعية، وتعمل على مكافحة ضعاف النفوس الذين يكونون عصابات تعمد إلى استغلال الحاجة الماسة لذلك المهاجر إلى المال، فيتعرض

لابتزازه واستغلاله أسوأ استغلال مقارنة بأقرانه الذين تمكنوا من للتواجد في تلك البلاد بصورة طبيعية وطبقا لمتطلبات تلك الدولة.

١. نظرا لما أفرزه واقع مواجهة تلك الجريمة من نقص شديد في التشريعات ذات الطابع الوطني، الأمر الذي ثبت معه ضعف تلك التشريعات في التصدي لتلك التنظيمات وما تمتلكه من قوة ونفوذ.... لذا فإننا إذ ننادى بضرورة تضمين التشريعات المحلية نصوصا تواجه تلك الظاهرة وما يترتب عليها من إخلال بالنظام العام للدولة المستقبلة، وفى نفس الوقت تكون متماشية مع احترام حقوق الإنسان، مع عدم قصر التجريم على ظاهرة الهجرة غير المشروعة خارج الدولة، وإنما تضمين التشريع ما يتبع تلك الظاهرة من توابع متمثلة في عمالة الأطفال والزواج المبكر وأطفال الشوارع وخدم المنازل، وتغليظ العقوبة في حالة تورط منظمة إجرامية دولية أو قيام عائل الأسرة بها.

٢. ضرورة التعاون الدولي بين الدول عن طريق إبرام المعاهدات الثنائية والمتعددة الأطراف، التي تتيح لأعضائها الاتحاد لمواجهة تلك الظاهرة، وكذلك تبادل الخبرات [١] وعقد الندوات والمشاركة في المؤتمرات التي من شأنها مساعدة أعضائها غلى التعرف على أخطاء ونجاحات الآخرين تجاه مواجهة تلك الظاهرة [٢].

---

(١) وقد نامت جهورية مصر العربية بالفعل بإرسال وفد مصري من خلال برنامج international visitor لمدة ثلاثة أسابيع لمدارسة التجربة الأمريكية في مكافحة الاتجار بالبشر والاستفادة من خبراتها. راجع التقرير السنوي الأولي للجنة التنسيقية الوطنية لمكافحة وضع الاتجار في الأفراد.

(٢) اشتركت مصر في كل من منتدى فينا الخاص بالمبادرة العالمية لمكافحة الاتجار في الأفراد وكذلك مؤتمر منظمة الأمن والتعاون الأوربي حول الاتجار في الأطفال، فينا ١٣– ١٥ فبراير سنة ٢٠٠٨ و٢٦– ٢٧ مايو ٢٠٠٨ على التوالي.

٣. العمل على توحيد العقوبة لمواجهة تلك الجريمة ومرتكبيها، وعلى الرغم من قناعتنا بأن هذا المقترح ليس سهل التطبيق... إلا أن تلك الظاهرة غير المشروعة قد تنتشر في البلاد صاحبة التشريع الأقل في العقوبة عن غيرها. وقد قامت الحكومة المصرية بتقديم مشروع قانون للبرلمان بشأن عقاب القائمين على الاتجار بالبشر إلى المؤبد وغرامة لا تتجاوز ٥٠٠ ألف جنيه مصري على جميع الأطراف المتورطة في تلك الجريمة، ونص المشروع على عدم عقاب الضحية.

٤. وعلى الصعيد الأمني... لابد من التعاون بين أجهزة الشرطة المضطلعة بمواجهة تلك الجريمة وتبادل المعلومات والخبرات، وإبرام اتفاقيات ومعاهدات أمنية تتضمن آلية لتبادل تسليم المتهمين، كذلك الحرص دوما على استخدام أحدث وسائل التكنولوجيا لإحكام الرقابة على الحدود بالأقمار الصناعية.

٥. وعلى الجانب القضائي.... إبرام المعاهدات والاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، والتي تشمل كافة أوجه التعاون من ضبط الجريمة والتحفظ على الأشياء المستخدمة ونقل المحكوم عليهم والاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها، كذلك تفعيل الإنابة القضائية والتي تعني تفويض اختصاصات السلطة القضائية في دولة ما إلى سلطة مناظرة لها في دولة أخرى؛ من أجل إجراء من إجراءات التحقيق "تفتيش، قبض، استجواب، فحص" على أن يتم كل ذلك باسم الدولة الأجنبية ولحسابها وبمقتضي اتفاقيات صريحة في هذا الشأن.

٦. استخدام أحدث التقنيات في عملية التحقيق الجنائي بتطبيق "الفيديو كونفرانس" كخطوة على طريق استخدام التحكيم الإلكتروني، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية أكثر دولة استخداما لهذه التقنية، حيث يوجد بها ٩٤ نيابة من النيابات الفيدرالية الأمريكية مجهزة بهذه التقنية، كما استخدمتها كندا وأستراليا ونيوزيلندا وإيطاليا، ونحن نؤكد على استخدام تلك التقنية خاصة في الدول التي تفتقر إلى وجود اتفاقية تسليم مجرمين، وقد توسعت دولة إيطاليا في استخدام ذلك النظام حيث قامت باستخدامه في محاكمة المتهمين وهم بسجونهم عن بعد وذلك تفاديا لتكاليف النقل وحماية أكثر للجانب الأمني لتفادى هروب المجرمين الخطرين.

٧. الاهتمام بتشجع البحوث والدراسات العلمية والتي تهدف دائما لتحديث كافة المعلومات المتعلقة بكافة جوانب الهجرة بنوعيها "شرعية– غير شرعية" باعتبارها ظاهرة اجتماعية متكررة ومهمة تحتاج إليها المجتمعات وقوى العمل الإنتاجي ولا يمكن الاستغناء عنها.

٨. الاهتمام بالشباب وتوعيته بمفهوم الهجرة كحق شرعي له قد يؤدى به إلى الهلاك إذا ما أسئ استخدامه.. لذا نقترح إضافة تلك المادة ضمن مواد دراسة الشباب في مرحلة الجامعة أيا كان نوع تخصص الطالب... حيث يتم توعية الطالب الجامعي بكل أبعادها.

٩. الاهتمام بالحدود والعمل على تعزيز نقاط الحراسة عليها، وزيادة نقاط التفتيش بها، والاهتمام بمواطني بلدان الدولة الواقعة على الحدود وتفعيل مشاركتهم الأمنية في حماية حدود بلادهم.

١٠. ضرورة الاهتمام بتطبيق المعايير الدولية الخاصة بأمن الموانئ سواء كانت بحرية ISP CODE أو جوية ICAO، مع زيادة التركيز على الموانئ البحرية، والتي أثبت الواقع العملي استخدام عصابات تهريب البشر للبحر أكثر من أي طريق أخر لتهريب المهاجرين، وتحديد النطاق المكاني للميناء من خلال قرارات تصدر من الجهات المختصة في كل دولة باعتباره دائرة جمركية ومنفذا شرعيا للدخول والخروج، وزيادة الدوريات الأمنية باللنشات لتأمين المسطح المائي لحدود الدولة ومنافذها، وكذلك التفتيش المستمر للمناطق المعتبرة كمهبط للطائرات، والتدقيق أثناء الفحص الأمني للبضائع باستخدام الأشعة السينية وأجهزة الفيروسكوب والكلاب المدربة، إضافة للتفتيش اليدوي.

١١. الشفافية التامة في التعامل بين الدولة، والذي يعنى وضع تلك الظاهرة نصب أعين المسئولين والمختصين أثناء إبرامهم لاتفاقيات التعاون الأمني لمجابهة تلك الظاهرة "ثنائية كانت أو جماعية"، وعدم النظر لها على أنها فكرة دامت لفترة انقضت، مع التوسع قدر الإمكان في تقنين أوضاع المهاجرين غير الشرعيين طبقا لما تسمح به قواعد كل دولة على حدة.

١٢. التعديل التشريعي الدائم لمجابهة توابع تلك الظاهرة والقائمين عليها، والعمل قدر الإمكان على رصد منابع ومصادر الهجرة غير المشروعة ومواجهتها، وتبني تعريف موحد للمصطلحات الفنية والقانونية والأمنية ذات الصلة بالموضوع، بما يحقق المعادلة اللازمة لتحقيق التوازن بين مقتضيات السيادة الوطنية ومتطلبات التعاون الدولي في مجال مكافحة الجريمة، حيث نجد أن كلا من دول بريطانيا وإيطاليا واليونان وألمانيا قد شددت العقاب؛ عندما يكون المتهم منتميا إلى جماعة منظمة تهدف إلى تهريب المهاجرين، في حين أن العقاب المعتاد لتلك الجريمة هو السجن من عامين إلى ١٥ عام.

١٣. تنظيم سياسة الهجرة واللجوء السياسي وتقييد عدد المهاجرين طبقا للاحتياجات في كل دولة على حدة، والسماح بدخول هؤلاء المهاجرين بشكل شرعي، وإقناع الرأي العام بفوائد الهجرة، والعمل على وضع برنامج شامل لدمج المهاجرين في المجتمع الجديد، وعدم التركيز دائما عليهم باعتبارهم إرهابيين أو أنهم سبب ارتفاع معدل الجريمة والعنف.

١٤. تفعيل مفهوم الأمن الديمرجرافي عن طريق حث رجال الأعمال ومؤسسات المجتمع المدني على الاهتمام بالشباب والعمل على توفير فرص مناسبة للعمل وبمرتبات تتناسب ومؤهلاتهم وفى نفس الوقت تحقق لهم رفع مستوى المعيشة.

١٥. الاهتمام بالتعليم عامة والتعليم المهني خاصة وربطه بسوق العمل المحلي والخارجي، على أن تتولى وزارة والقوى العاملة والهجرة التنسيق مع الجهات المعنية لإعداد العمالة

المناسبة لسوق العمل الأوروبي، عن طريق معرفة متطلبات تلك الدول من الخبرات اللازمة للعمل بها.

١٦. وضع وكالات توظيف العمال في كل من دولة الإرسال ودولة الاستقبال تحت المراقبة والملاحظة الأمنية الشديدة؛ لضمان تطبيق الحد الأدنى من المعايير المطبقة على وكالات توظيف العمال من ناحية، ومن الناحية الأخرى ضمان حقوق ذلك المستخدم أو المهاجر حتى لا يتعرض للابتزاز، مع الوضع في الاعتبار ضرورة مقاضاة الأشخاص الذين يسيئون للمهاجرين بواسطة نظام العدالة الجنائية.

١٧. إعادة تأهيل ضحايا الاتجار في البشر عن طريق المؤسسات والوزارات المنوط بها هذا الدور؛ لضمان حسن اندماجهم في مجتمعهم مرة أخرى عقب تبصيرهم بخطئهم وتوفير فرصة عمل مناسبة لهم، والنظر إليهم على أنهم ضحايا لابد من تعويضهم وإعادتهم لبلادهم على نفقة الدولة إذا كانوا أجانب.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على الأفعال الصادرة

من المهاجر بطريقة غير مشروعة

المطلب الأول

تنازع القوانين بشأن الأفعال الصادرة من المهاجر بطريقة غير مشروعة

مقدمة:

تثير ظاهرة الهجرة غير المشروعة مسألة القانون الواجب التطبيق على الأفعال الصادرة من المهاجر غير الشرعي– وهي كما أوضحنا سلفا قد تكون نتيجة تواجده بالبلد عقب انتهاء فترة إقامته المشروعة أو تواجده بعد أن دخل إليها بطريقة غير مشروعة، عن طريق التسلل من الحدود أو غير ذلك كما أشرنا في الصفحات السابقة بالتفصيل.

وهذا يجعلنا أمام ظاهرة تتنازع فيها القوانين لحسم ذلك الخلاف، مما يعنى إننا لابد وأن نشير إلى أنه في حالات الهجرة داخل حدود الدولة الواحدة لا تثار تلك المشكلة، حيث أن السبيل الوحيد لإعمال قواعد التنازع هو وجود العنصر الأجنبي [١]، وعليه فإننا سوف نوضح بأن قاعدة التنازع يتم إعمالها فقط في حالة ما إذا كان البلد القادم منها المهاجر بطريقة غير مشروعة تتمتع بوصف دولة

---

(١) يضم إقليم كل دولة عادة رعايا تلك الدولة بالإضافة إلى أجانب لا ينتسبون إليها ولا تربطهم بها سوى رابطة الإقامة– وتقرير من يعتبر من سكان الدولة ومن رعاياها ومن يعتبر أجنبيا هو من صميم الاختصاص الوطني لكل دولة، حيث تضع عن طريق قانون الجنسية الشروط والصفات التي تتطلبها لاعتبار الشخص متمتع بجنسيتها وأحكام وطرق اكتساب وفقد وإسقاط تلك الجنسية.

راجع في ذلك د. على صادق أبو هيف: "القانون الدولي العام"، منشأة المعارف بدون سنة نشر، ص ١١٣.

[١] طبقا للقواعد المقررة في القانون الدولي العام، ثم نشير أيضا إلى أن التنازع لا يقوم بين قانون دولة وقانون دولة أخرى لم تعترف بها الدولة الموجود على أرضها هنا المهاجر، على النحو الآتي:

أولا: الصفة الدولية لتنازع القوانين

١. قاعدة التنازع لا يتم إعمالها إلا بين الدول التي [٢] تتمتع بهذا الوصف طبقا لقواعد القانون الدولي العام:

بداية نود أن نشير إلى أن الفقه التقليدي كان يعترف للدول قد بأنها هي أشخاص القانون الدولي العام، ولكن مع تزايد وتطور دور المنظمات ومباشرتها لدور ملموس على الصعيد الدولي، ومساهمتها في تكوين قواعد النظام القانوني الدولي، تم الاعتراف لها بجانب الدول [٣] بالشخصية القانونية الدولية [٤].

---

(١) عرف القانون الدولي العام الدولة بأنها "مجموعة من الأفراد يقيمون بصفة دائمة في إقليم معين وتسيطر عليهم هيئة حاكمة ذات سيادة".

راجع د. على صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص ١٠٩.

(٢) بداية نشير إنه لإعمال قاعدة التنازع لابد من وجود العنصر الأجنبي وهو الأساس الذي ينبني عليه عدم التلازم بين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق، وهو الأساس في تطبيق قاعدة التنازع.

راجع في ذلك د. أحمد رشاد سلام: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، في مصر، طبعة ٢٠١٠، ص ١٥ ما بعدها.

(٣) اختلفت الآراء حول الاعتراف لدولة الفاتيكان بالشخصية القانونية الدولية، فيرى جانب من الفقه أن اتفاقية "لاتران– فبراير سنة ١٩٢٩" تعتبر بمثابة الأساس في الاعتراف لتلك الدولة بالشخصية القانونية الدولية، ولكن على الصعيد الآخر نجد أن جانب أخر من الفقه يرى عكس ذلك تماما ويستند في تبرير رأيه إلى عدم وجود العديد من مظاهر السيادة الداخلية في تلك الدولة وكذلك محدودية المظاهر الخارجية. للتفصيل راجع د. إبراهيم العناني، القانون الدولي العام، ط ١٩٩٠، ص ١١٧.

(٤) أجمع فقه القانون الدولي العام أن هناك شرطان أساسيان لثبوت الشخصية القانونية الدولية لوحدة معينة هما:

أ. القدرة على التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات التي يقرها النظام القانوني الدولي.

ب. القدرة على التعبير عن إرادة ذاتية في ميدان العلاقات الدولية وفي إنشاء قواعد القانون الدولي.

للتفصيل راجع د. إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص ١١١.

ولا يفوتنا أن نذكر أنه على الرغم من أنه قد يتوافر لوحدة معينة الشخصية القانونية الدولية، إلا أنه لابد من عنصر قانوني تستطيع به الك الوحدة أن تشارك في تكوين القواعد القانونية الدولية، وبالتالي تكون شخصا من أشخاص القانون الدولي وهذا هو ما سوف نشرحه كالآتي:

أ. الاعتراف Recognition كسبب أساسي لتمتع الدولة بالشخصية القانونية الدولية:

بداية نود أن نشير إلى أننا سوف نقصر الحديث على الدولة دون المنظمة الدولية، حيث أن المهاجر بطريقة غير مشروعة سيكون قادما من دولة وليس من منظمة دولية. والاعتراف بالدولة يعنى التسليم من جانب الدول القائمة بوجود تلك الدولة وقبولها كعضو في الجماعة الدولية، وهو إجراء مستقل عن نشأة الدولة، فعلى الرغم من أنه قد يتوافر للدولة كافة المقومات من شعب وإقليم [١] وسلطة حاكمة [٢] إلا إنه في علاقاتها مع غيرها من الدول لابد وأن يكون هناك اعتراف بتلك الدولة من قبل المجتمع الدولي، وهذا ما يعرف باسم الاعتراف المنشئ [٣].

---

(١) لا يفوتنا أن نشير أنه لا يلزم في الإقليم أن يكون متصل الأجزاء "بريطانيا– اليابان" كذلك لا يشترط مساحة معينة لإقليم الدولة "إمارة موناكو" ولكن لابد أن تكون المساحة واضحة المعالم والحدود وغير متنازع عليها.

(٢) هناك نوعان من السيادة هما القانونية والفعلية، ولابد لنا من أن نميز بين السيادة ذاتها كوضع قانوني وبين ممارستها في مختلف مظاهرها كمركز فعلى، فأما القانونية فهي تتمثل في الدول الواقعة تحت الحماية أو المشمولة بالوصاية، حيث تحتفظ تلك البلاد بسيادتها القانونية على الرغم من تولى دولة الولاية عليها كل مظاهر السيادة، وعلى الرغم من ذلك تتمتع بوصف الدولة وبالشخصية الدولية بما يتبعها من حقوق؛ إلا إنها لا تمارس تلك الحقوق حيث أن نضجها السياسي لم يكتمل، في حين أن السيادة الفعلية تعني الانفراد بممارسة كافة الحقوق والواجبات السياسية ومستقلة في شئونها الخاصة داخليا وخارجيا.

راجع في ذلك د. على صادق أبو هيف– مرجع سابق، ص ١١٧ وما بعدها.

(٣) راجع في ذلك د. حامد سلطان، د. عائشة راتب، د. صلاح الدين عامر، القانون الدولي العام، الطبعة الأول ١٩٧٨، دار النهضة العربية، ص ٩٢.

إلا أن بعض الفقه قد قال أن الاعتراف ضروري لإثبات وجود الدولة دون أن ينشئها [١]، وهذا هو ما أخذت به الدول الأمريكية في ميثاق بوجوتا للتسوية السلمية للمنازعات ١٩٤٨، حيث نصت المادة التاسعة منه "على أن وجود الدولة السياسي مستقل عن اعتراف الدول الأخرى بها".

.... رأى الباحث: إننا إذ نرى أنه على الرغم من أن المقومات قد تتوافر لإنشاء الدولة، وبالتالي اكتسابها للشخصية القانونية، عن طريق الإعلان عن إرادتها الذاتية والقدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الدولية في مجال إنشاء قواعد القانون الدولي، إلا إننا من أنصار الفقه المنادى بضرورة اعتراف [٢] باقي دول المجتمع الدولي بهذه الدولة [٣]، حيث أن الدول القائمة قد لا ترغب في التعامل معها، فالاعتراف يتضمن الشقين في آن واحد، وهما إثبات وإنشاء وجودها على الصعيد الدولي [٤].

ولابد لنا من الإشارة إلى أن عدم الاعتراف بالدولة الجديدة لا يحول دون تمتعها بالشخصية الدولية وبالحقوق المترتبة على هذه الشخصية، إنما يعوق ذلك ممارستها لسيادتها في الخارج ولا يسمح لها بالدخول في علاقات سياسية مع الدول التي لم تعترف بها.

---

(١) راجع في ذلك د. محمد حافظ غانم، مبادئ القانون الدولي العام، ص ٢٥٠.

(٢) لا يخضع الاعتراف لأي قاعدة شكلية فقد يكون صريحا بالنص عليه في معاهدة أو إعلانه في وثيقة دبلوماسية وقد يكون ضمنيا بدخول الدول في علاقات مع الدولة الجديدة من تبادل المبعوثين دبلوماسيين أو إبرام معاهدات معها أو دعوتها لحضور المؤتمرات باعتبارها دولة مستقلة، ويأخذ الاعتراف إحدى صورتين، هما الاعتراف القانوني والاعتراف بالواقع، والفرق بينهما يمكن في المجال الدبلوماسي عنه في المجال القانوني.

للمزيد راجع أمهات الكتب: د. على صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص ١٦٩ وما بعدها، د. إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها، د. حامد سلطان، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها.

(٣) أقر مجمع القانون الدولي في اجتماعه في بروكسل سنة ١٩٣٦ بأن الاعتراف بالدولة يعني الإقرار وليس الإنشاء.

(٤) راجع في هذا الاتجاه د. إبراهيم العناني، حيث يرى سيادته أن الاعتراف يحمل بين طياته الطابع السياسي والقانوني معا، انظر ص ١٢١ من المرجع السابق للتفصيل.

ب. انقضاء الشخصية الدولية:

أوضحنا سلفا أن القانون الدولي هو المرجع في تحديد قيام الدولة طبقا لتوافر العناصر والتي سبق شرحها، وهو أيضا المختص بتحديد متى تنقضي الشخصية الدولية، وكما سبق فعلى الرغم من أن الشخصية القانونية الدولية تثبت للدول والمنظمات الدولية، إلا أننا نؤكد عل أن محل البحث هو الهجرة غير المشروعة وبالتالي المهاجر بطريقة غير مشروعة، وعليه فإن نقطة التركيز هي الدولة.

وتنقضي الشخصية القانونية للدولة بفقدها عنصر أو أكثر من عناصر وجودها الثلاث..

١. الإقليم: كأن يهلك إقليم الدولة كلها نتيجة حادث طبيعي "زلزال أو طوفان".

٢. الشعب: كأن يتشتت السكان جميعهم، وهو ما حدث لدولة اليهود التي كانت قائمة في فلسطين حتى عام ١٣٥م حيث شتت على أثر ثورة قام بها الإمبراطور أدريان الروماني.

٣. السلطة: وهو الغالب حيث تفقد سيادتها واستقلالها بضمها طواعية أو كرها لدولة أخرى، ولا أنه قد تطرأ على إحدى تلك العناصر تغيرات لا تؤثر على الوجود المادي للدولة أو على الوجود القانوني لها [١].

ولكن في حالة دخول الدولة في عضوية اتحاد من النوع الذي تفنى فيه الشخصية الدولية للأعضاء مثل الاتحاد الفعلي أو الحقيقي "الفدرالي أو المركزي" تنقضي الشخصية الدولية [١] من تاريخ

---

(١) مثل قيام ثورة أو انقلاب، أو نقص أو زيادة في إقليم الدولة، كذلك لا تؤثر زيادة العدد المقيم على الإقليم على وجود الدولة.

الإعلان ويعتبر في نفس الوقت بمثابة إعلان شخصية دولية جديدة [٢]. ويترتب على ذلك زوال المعاهدات التي أبرمتها تلك الدولة ولا تلتزم بها الدولة التي ضمتها إليها، إلا إذا كانت ترتب حقوقا على الإقليم ذاته، أما الديون فهي تنتقل إلى الدولة التي ضمتها إليها وكذلك الأملاك، إضافة إلى سريان تشريع الدولة الضامة ونظامها السياسي والإداري والقضائي والمالي على الدولة المضمومة، ويفقد رعايا تلك الدولة جنسيتهم ويكتسبون رعوية الدولة التي ضموا إليها.

٢. قاعدة التنازع لا يتم إعمالها إلا بين قوانين الدول المعترف بها:

سبق وأشرنا إلى أن الاعتراف هو الأساس ليس لإنشاء الدولة ولكن لقيامها على صعيد المجتمع الدولي، حيث أن الدولة الغير معترف بها من الدول الأخرى لا تعد عضوا من وجهة نظر تلك الدولة في الجماعة الدولية [٣].

---

(١) هذا ما حدث في ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٨ بين مصر وسوريا، حيث تم إعلان اندماجهم في دولة واحدة تحمل اسم الجمهورية العربية المتحدة وعليه انقضت الشخصية الدولية لكل منهما في هذا التاريخ وأعلن ميلاد شخصية دولية جديدة.

(٢) هذا يؤكد ما سبق الإشارة إليه بأن الاعتراف هو سبب قيام الشخصية الدولية، راجع رأينا السابق، ص ٦٠.

(٣) قبل قيام علاقات بين مصر وإسرائيل كان لا يتصور قيام التنازع بين قانون جهورية مصر العربية والقانون الإسرائيلي، حيث كانت مصر لا تعترف بالوجود الإسرائيلي وعليه كانت الشخصية الدولية لإسرائيل تنعدم بالنسبة لمصر، راجع في ذلك د. شمس الوكيل، القانون الدولي الخاص، دروس ملقاة على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، الإسكندرية عام ٦٢، ١٩٦٣، ص ١٣.

أ. الفرق بين عدم الاعتراف بالدولة وعدم الاعتراف بالحكومة [١]:

أثيرت تلك النقطة في فقه القانون الدولي الخاص بمناسبة القوانين الصادرة عن حكومة روسيا السوفيتية عقب الثورة البلشفية سنة ١٩١٧، حيث لم تعترف كثير من دول العالم بحكومة الثورة لصدورها من سلطة غير معترف بها [٢] مثل فرنسا وبلجيكا ومصر وإنجلترا، إلا أنه على الصعيد الأخر نجد أن القضاء الألماني والنمساوي– قد طبق القانون السوفيتي الصادر عن الحكومة الجديدة، على اعتبار أنه القانون المعمول به بالفعل في هذا الوقت في روسيا، وقد نحا الفقه في إنجلترا وأمريكا إلى ذلك. ويترتب على عدم الاعتراف بالحكومة الجديدة قطع العلاقات الرسمية فقط بين الدولة التي تغيرت حكومتها وبين الدولة التي ترفض الاعتراف. ولا يؤثر في شخصيتها الدولية ولا في عضويتها في جماعة الدول، حيث لا تؤثر التغيرات الداخلية في مركز الدولة الخارجي. ويكفى للاعتراف بالحكومة الجديدة أن يثبت إنها تقوم بشئون الحكم فعلا داخل الدولة وفى قدرتها ونيتها الوفاء بالتزاماتها الدولية.

إلا أن للدول أن تمتنع عن الاعتراف أو أن تؤجله إذا اتضح لها أن الحكومة الجديدة وصلت للسلطة عن طريق الإرهاب، وأنها غير جديرة على الوفاء بتعهداتها الدولية.

---

(١) لابد لنا أن نشير إلى أن الاعتراف بالحكومة مثل الاعتراف بالدولة من حيث الشكل لا يخضع لصورة معينة– حيث قد يكون صريحا أو ضمنيا، راجع ص ٦٠.

(٢) راجع في ذلك د. هشام صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، ص ٦٦.

... **الاتجاه في الفقه الحديث**:

يؤيد الفقه الحديث وجهة النظر سالفة الذكر، وهى الاعتراف بالقانون الصادر عن الحكومة الجديدة حيث أنه هو المعمول به بالفعل في تلك الدولة، ويستند في تبرير ذلك إلى أن عدم الاعتراف بالحكومة أو السلطة القائمة في دولة ما ما هي إلا مسائلة سياسية لا أثر لها على العلاقات الخاصة بالأفراد، فضلا عن أن الامتناع عن تطبيق القوانين الصادرة من السلطة الجديدة قد يغرى بتطبيق القوانين القديمة، وهو ما يتنافى مع المحكمة الأساسية في قاعدة الإسناد، والتي تشير إلى أن يكون القانون الذي تشير إليه تلك القاعدة هو القانون السائد بالفعل في الدولة الأجنبية [١]، ونحن من جانبنا نؤيد ذلك الرأي لما به من المنطق والصحة.

ب. مركز الفرد في القانون الدولي:

على الرغم من أن الفقه يكاد أن يجمع على أن الفرد هو محل اهتمام خاص للقانون الدولي، إلا أن ذلك لم يتأت باتفاق بين هؤلاء الفقهاء حول اعتبار الفرد له الشخصية القانونية الدولية بكل ما تحمله من مزايا وحقوق وواجبات [٢]. حيث ترمي أحكام القانون الدولي إلى حماية الفرد من تعسف المجتمع البشري الذي هو عضو فيه، أو إلى حماية هذا المجتمع من بعض تصرفات الفرد التي قد تضر صالح الجماعة.

---

(١) راجع في ذلك د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ١٤.

(٢) راجع رسالة د. عائشة راتب

L'individu et le droit international public.

القاهرة سنة ١٩٥٩، مرجع مشار إليه عند د. إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص ١٣٣. وحقوق الفرد التي يحميها القانون الدولي هي تلك الحقوق الطبيعية الأساسية المتصلة بشخصه كآدمي ويستوي فيها جميع بني الإنسان، وهي غير الحقوق المدنية والسياسية التي يكفلها لكل فرد تشريعه الداخلي، والذي يختلف من بلد لأخر.

١. الفرد ليس من أشخاص القانون الدولي:

أ. الآراء التي قيلت في هذا الصدد:

الرأي الأول: فقه مدرسة ثنائية القانون:

لا يعترف الفقه التقليدي للفرد بالشخصية القانونية الدولية، ويقرر أصحاب ذلك الرأي بأن القانون الدولي لا ينظم سوى العلاقات بين الأشخاص القانونية الدولية، ويبرر ذلك الجانب من الفقه رأيه بالآتي:

إن الفرد في فقه القانون الدولي يعامل كموضع Objet وليس كشخص Sujet، وما يقرره القانون الدولي للأفراد من مزايا وفوائد يعتبر من خلال حقوق الدول التابع لها هؤلاء الأشخاص قانونا. وقد أكدوا على رأيهم بأن الفرد لا يملك إرادة ذاتية في مجال إنشاء قواعد القانون الدولي وهو ما ينتفي في حالا الأفراد.

الرأي الثاني: فقه المدرسة الموضوعية:

يختلف فقه هذه المدرسة مع ما سبق ذكره، حيث يقرر أن الأفراد وحدهم هم أشخاص القانون الدولي، ويرى أن المبادئ القانونية لا تستمد مصادرها من الإرادة المجردة للدولة والمعبر عنها في المعاهدات. إنما تستمد من العلاقات الدولية الموجودة وهي مبادئ مفروضة على الدول دون أن تقيد إرادتها.

وفقهاء هذا الرأي يؤكدون على وجهة نظرهم بقولهم "إن النظام القانوني أيا كان داخليا أو دوليا هو الذي تستمد فيه القاعدة القانونية من الواقع الاجتماعي وليس من خلق الدولة، وهو الذي يحدد اختصاصات الممثلين القانونيين، والممثل القانوني هو الفرد أيا كان "محاكما أو محكوما".

إلا أن هذا الرأي منتقد؛ لأن الاعتراف للفرد بالشخصية الدولية أمر غير مفيد، وخطير، ويثير القلاقل والفوضى في نطاق العلاقات الدولية، ويؤدى إلى فعالية أقل في الدفاع عن الفرد وحقوقه [١].

رأي الباحث:

ونحن من جانبنا نؤيد... أن أساس الحماية للفرد تأتي من خلال الدولة التي يحمل جنسيتها، ونقصر حماية القانون الدولي العام على علاقات الدول بعضها بعض وبالمنظمات الدولية، أما حماية الفرد على الصعيد الدولي فهي منظمة من خلال فقه وقواعد القانون الدول الخاص [٢].

وما يؤكد قولنا أنه على الرغم من أن المادة الرابعة من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والصادر عن الأمم المتحدة أي ١٦ ديسمبر ١٩٦٦، والذي نص في فقرته الأولى على أنه "في حالة

---

(١) اهتم القانون الدولي منذ بداية عهده بالفرد، وكفل له حماية خاصة من كافة مظاهر التمييز في المعاملة وتستند تلك الحماية إلى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الأقليات واللاجئين وحماية جرحى وأسرى الحروب، وحماية شعوب الأقاليم التي كانت خاضعة للانتداب في عهد عصبة الأمم والأقاليم الخاضعة للوصاية في عهد الأمم المتحدة بالإضافة إلى كفالة حقوق سكان الأقاليم التي يطرأ عليها تغير في السيادة في اختيار الجنسية التي يحملونها، بالإضافة إلى المبادئ الأساسية التي ينادى بها وهي حق الشعوب في تقرير مصيرها وحظر التمييز العنصري، وقد ظهر هذا جليا في المادة (١) والخاصة بأهداف الأمم المتحدة والمادة (٧٣) الخاصة بالجمعية العامة والمادة (٦٢) الخاصة بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والمادة (٧٦) الخاصة بنظام الوصاية الدولية.

للمزيد راجع د. إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

(٢) راجع في هذا الاتجاه رسالة د. إبراهيم العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، كذلك راجع د. محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، ص ٤٠٠ وما بعدها.

الطوارئ العامة يجوز للدول الأطراف في تلك الاتفاقية التحلل من التزاماتها".– إلا أن الفقرة الثانية من نفس المادة قررت "عدم جواز تحلل أي فرد من التزاماته، المتعلقة بحق الإنسان في الحياة واحترام آدميته وعدم جواز استرقاقه أو استبعاده تحت أي ظرف من الظروف، وعدم جواز سجن أي إنسان على أساس عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدي فقط، واحترام مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، واحترام الشخصية القانونية لكل فرد، وحق الفرد في حرية الفكر والضمير والديانة، وقد أكدت ذلك أيضا المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف الأربعة والصادر سنة ١٩٤٩" [١]. وكذلك اتفاقية مكافحة جريمة إبادة الجنس البشرى والصادرة في ٩ ديسمبر ١٩٤٨ [٢].

وقد أثير تساؤل حول إمكانية التفرقة بين حقوق الإنسان ذات الطابع الفردي وحقوقه ذات الطابع الجماعي.

ب. تقسيم الحقوق طبقا لأنواعها:

النوع الأول: الحقوق ذات الطابع الفردي:

تعتبر الحقوق ذات الطابع الفردي هي حق الإنسان في الحياة وحرية الفكر، وهي التي تخصه شخصيا.

---

(١) راجع نصوص اتفاقية جنيف بهذا الشأن.

(٢) أكدت تلك الاتفاقية على أن أي فعل يرمي إلى إبادة الجنس البشري سواء تم ارتكابه في زمن السلم أو والحرب –يعد جريمة في نظر القانون الدولي– وقد أكدت ذلك محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري عن مسألة التحفظات على الاتفاقية حيث قررت

Les Principes qui sont a la, base de la convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les etats meme en dehors de tout lien conventionnel, «C. I. J, Rec 1951, P. 15 et s.».

النوع الثاني: الحقوق ذات الطابع الجماعي:

وهي الحقوق الاقتصادية الاجتماعية والمتعلقة بالجماعة ككل، إلا أن الرأي الغالب يرى أنه من الخطأ التقسيم والتفرقة بين حقوق الإنسان [١].

وقد أكد ذلك البند ١٣ من إعلان طهران الذي تم إقراره بالإجماع في مؤتمر حقوق الإنسان بطهران سنة ١٩٦٨، حيث أشار ذلك البند إلي أن حقوق الإنسان وحرياته وحدة واحدة لا تقبل التقسيم. كما أنه من الصعوبة وضع فاصل بين الحقوق المدنية والسياسية من جهة والاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة أخرى، وقد أكدت على ذلك ديباجة العهدين الدوليين لحقوق الإنسان الصادرين عن الأمم المتحدة سنة ١٩٦٦، وأكدته أيضا الجمعية العامة للأمم المتحدة أثناء مناقشتها لمشروع هذين العهدين.

وقد حرصت الوثائق الدولية [٢] والجماعة الدولية من خلال الأمم المتحدة على الاهتمام وكفالة احترام الحياة الإنسانية كحق طبيعي وأساسي لكل إنسان دون خلاف، وقررت أن لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة وفي سلامة شخصه، وأنه حق يحميه القانون [٣]. لذلك عملت منظمة الأمم

---

(١) تم رفض مبدأ التقسيم أو الفصل بين حقوق الإنسان سواء المتعلقة بالطابع الفردي أو الجماعي؛ لأن هذا يعني وجود تعارض بين الصنفين من الحقوق، في حين أن المنظمات والاتفاقيات تقرر أن كافة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية في مرتبة واحدة من حيث الحماية والدعم. راجع في ذلك:

U. N, Human Rights, Acomplication of international instruments. New York, 1978.

(٢) انظر في ذلك المادة الثالثة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة ٦ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة الثانية من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة الأولى من الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان والمادة الرابعة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

(٣) يقصد بالقانون هنا القانون الداخلي لكل دولة. مما يؤكد ارتباط القوانين بنوعيها داخلية وخارجية "دولية" لحماية الحق في الحياة وتجريم المساس بهذا الحق "فرديا كان أو جماعيا"، كالقتل أو الإبادة الجماعية على التوالي.

المتحدة على حماية هذا الحق وإحاطته بضمانات مختلفة، واعتبرت سلب حياة الإنسان في بعض الظروف جريمة دولية، كما نصت الوثائق الدولية على عدم جواز الاسترقاق أو الاتجار بالرقيق.

كما ركزت الوثائق الدولية على إبراز حق الإنسان في أن يكون له شخصية متميزة من خلال الاعتراف له بحق التمتع بجنسية ما، وعدم حرمانه تعسفيا من تلك الجنسية أو إنكار حقه في تغييرها [١]، وقد ترتب على ذلك أن للإنسان الحرية الكاملة في الحركة داخل أو خارج إقليم دولته، وكذلك له مطلق الحرية في اختيار محل إقامته، إلا أن القيد الوحيد هنا هو أن تكون تلك الإقامة قانونية، وعليه يحرم من هذا الحق من تواجد داخل إقليم إحدى الدول بطريقة مخالفة للنظم الإدارية والقانونية الخاصة بطريقة دخول تلك الدولة والإقامة عليها.

٢. حكم التعارض بين التشريع الداخلي والمعاهدة [٢]:

ويثور التساؤل عن حكم التعارض بين التشريع الداخلي والمعاهدات المقرر نفاذها في شأن ما، والإجابة عن هذا السؤال تعتمد على تحديد مركز المعاهدة بالنسبة للتشريع الداخلي– هل يعلو حكم المعاهدة على التشريع بوصفها تعبيرا عن الإرادة المشتركة للدول المتعاهدة؟ أم أن حكمها يعتبر في نفس مرتبة التشريع؟

وقد انقسم الفقه للإجابة إلى رأيين علي النحو التالي:

---

(١) راجع المادة ٦، ١٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة ١٦ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

(٢) تعتبر المعاهدة تعبيرا عن الإدارة المشتركة للدول المتعاهدة؛ أما التشريع الداخلي فهو نابع من إرادة الدولة المنفردة.

الرأي الأول:

اعتبر أصحاب ذلك الرأي أن المعاهدة أسمى من التشريع الداخلي، وهو ما يؤدي إلي تفضيل حكم المعاهدة على التشريع سواء كان سابقا أو لاحقا على نفاذها [١].

الرأي الثاني:

وهو يرى أن التزام الدولة بتطبيق حكم المعاهدة لا يعني سمو حكمها على حكم التشريع في نطاق القانون الداخلي، والقاضي الوطني عند تطبيقه لمعاهدة التزمت دولته بتنفيذها إنما يقوم بذلك باعتبارها جزء من القانون الداخلي للدولة، إذا استوفت الشروط اللازمة لنفاذها داخل الإقليم [٢].

إلا أنه في بعض الحالات قد يتدخل الدستور بنص ما يفضل به حكم المعاهدات على القانون الداخلي، وعلى القاضي في تلك الحالة تفضيل المعاهدة وحكمها حتى ولو تعارض مع تشريع لاحق أو سابق لنفاذها [٣].

وفي حالة حدوث تعارض بين التشريع اللاحق على نفاذ المعاهدة وبين أحكام الاتفاق الدولي فإن هذا لا يعني تعطيل أحكام المعاهدة، إنما يقتصر سريان التشريع على الحالات التي لا تدخل في مجال تطبيق المعاهدة.

---

(١) يري أنصار مدرسة وحدة القانون سمو أحكام القانون الداخلي استنادا إلى فكرة سيادة الدولة.

(٢) راجع د. فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج ١، ص ٨٢.

(٣) وهذا يعتمد على رقابة القضاء على دستورية القوانين، وهو أمر غير معمول به في فرنسا على الرغم من وجود نص المادة (٥٥) من دستور ١٩٥٨، والتي تفضل المعاهدة على القانون بشرط أن يطبقها الطرف الآخر، ويشترط الفقه الفرنسي لإمكان تعطيل التشريع اللاحق على المعاهدة أن يكون هناك تعارض صريح وأن ينص على تعطيل حكم المعاهدة.

ومن جهة أخرى يمكن القول بأن الحكم الوارد في المعاهدة هو حكم خاص بحالة معينة بالذات. ولما كانت القاعدة المتبعة هي أن الحكم العام يقيد بالحكم الخاص فيما يرد التخصيص بشأنه، حتى ولو كان التشريع المتضمن للحكم العام لاحقا على القاعدة المتضمنة حكما خاصا، وعليه فإن حكم التشريع اللاحق "وهو حكم عام" لا يعطل بالضرورة أحكام المعاهدة النافذة في الدولة على اعتبار أن هذه الأخيرة تتضمن حكما خاصا بالدول المتعاهدة.

المادة ٢٣ مدني مصري:

لا تسرى أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في مصر.

ومن منطلق نص المادة يكون المشرع المصري قد غلب حكم المعاهدة على النص التشريعي، سواء كان التشريع المتعارض سابقا أو لاحقا على المعاهدة.

ولا تعطل المعاهدة إلا بتشريع خاص لاحق ينص صراحة على تعطيل العمل بأحكامها أو ينظم من جديد الحالة التي وضعت المعاهدة لمواجهتها [١]. ومن الجدير بالذكر أن دستور جمهورية مصر العربية الحالي ينص على أن "المعاهدات يكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقا للأوضاع المقررة" [٢]. في حين أن القضاء الألماني لا يعترف بالمعاهدة إلا إذا صدر بها قانون، وإلا لا تلتزم بها السلطات الداخلية، وللقاضي أن يتجاهلها ويتبع ما هو في قانون دولته.

---

(١) راجع في ذلك د. محمد كمال فهمي، مرجع سابق، "والذي يرى أن إلغاء المعاهدة يكون بمجرد صدور قانون خاص لاحق لتنظيم الحالة التي وضعت المعاهدة لمواجهتها". مرجع سابق، ص ٤٨، أما د. فؤاد رياض فهو يرى أن إلغاء المعاهدة لا يكون إلا عن طريق نفس السلطة التي وضعتها، مرجع سابق، ص ٨٤.

(٢) راجع رأى د. على صادق أبو هيف في ذلك، ص ٥٧١، المرجع السابق.

ثانيا: القانون المصري وتطبيق قانون الجنسية على ما يتعلق بمواد الأحوال الشخصية [١]

درج المشرع المصري على تطبيق قانون الجنسية [٢] في المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية، في حين استخدمت دول أخرى مثل إنجلترا وأمريكا قانون الموطن لحكم تلك النوعية من المسائل، وتقتصر الأحوال الشخصية على القوانين التي يكون محل الاعتبار فيها هو الشخص، والتي تنظم مسائل وثيقة الصلة بحياته. وليس هناك أدنى شك من أن ما يدخل في ميدان الأحوال الشخصية هو مسألة تكييف تختلف من دولة إلى أخرى بحسب حاجاتها وظروفها [٣].

وحيث أن مناط البحث هو الأفعال الناتجة عن المهاجر بطريقة غير مشروعة، لذا فإننا سوف نشير إلى الأحوال التي يقوم بها ذلك المهاجر في الدولة المستقبلة..... باعتباره سوف يقيم بها إقامة دائمة... حيث أن ذلك أساس الهجرة غير المشروعة كما سبق ذكره في وريقات البحث، ثم سوف

---

(١) هناك رأى يرى استخدام مصطلح "المسائل المتعلقة بالأشخاص" بدلا من الأحوال الشخصية، ولكن في نفس الوقت يري اتجاه أخر من الفقه أن مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح واسع يجوز أن تضاف إليه مسائل أخرى بجانب ما ذكرته المادة ١٣ من قانون النظام القضائي الملغي، والتي أوردت أن مسائل الأحوال الشخصية تشمل حالة الأشخاص وأهليتهم، والخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهم والمهر والطلاق والتطليق والتفريق، والبنوة والإقرار بالأبوة وإنكارها، والمواريث والوصايا، والنسب والتبني والولاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة، وغيرها من التصرفات المضافة لما بعد الموت.

راجع في ذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٣٩٠، ود. شمس الوكيل للرأي الأخر، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٢) يرى د: عز الدين عبد الله: أن المشرع المصري قد أصاب في الأخذ بالقانون الشخصي "الجنسية" لحل منازعات الأحوال الشخصية، لأنه إذا أخذ بقانون الموطن فإن ذلك يعني أن كافة الأجانب بمصر سيخضعون في مواد الأحوال الشخصية للقانون المصري وهو أمر صعب قبوله، راجع ذلك ص ١٦٩ من المرجع السابق.

(٣) راجع في ذلك د. عز الدين عبد الله– ص ١٦٢ والذي يشير إلى أن هناك دول تقصر الأحوال الشخصية على نقاط معينة ودول أخرى تتوسع فيها.

نستعرض عقب ذلك لما يبدر من ذلك المهاجر من أفعال قد تكون ضارة في الدولة المستقبلة له وذلك على النحو التالي:

١. المفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن والآراء التي قيلت بهذا الصدد:

رأي أول: أكد أنصار الجنسية [١]: بأن قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته هو أولى القوانين بحكم المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وللتحقق من انتماء الشخص إلى دولة معينة أمر ليس بالعسير، وذلك خلافا للموطن لسهولة تغييره، وبناء على ذلك يعتد بعنصر الجنسية استنادا إلى كونه أكثر استقرارا، كما أنه يقلل من فرصة التغيير الإرادي لضابط الإسناد بنية الغش نحو القانون [٢].

رأي ثان: وعلى الصعيد الأخر يري أنصار الموطن [٣]: أن قانون الدولة التي يتوطن بها الفرد هي ذلك الوقت هو أكثر القوانين ملائمة لحكم تلك النوعية من المسائل، حيث أن استقرار الشخص في مكان معين يجعل ارتباطه به أقوى من ارتباطه بالدولة الذي ينتمي إليها بجنسيته.

---

(١) يتسم ضابط الجنسية بثلاث خصائص تميزه وهي (أ) ضابط شخصي وغير إقليمي، حيث يعتد بالشخص دون الإقليم، (ب) ضابط قانوني– حيث ينتمي إلى فكرة الجنسية "انتماء الفرد للدولة"، (ج) ضابط عام، حيث إنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات دون غيرها.

راجع في ذلك د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٤٥ وكذلك د. صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص ٥٣.

(٢) إننا لا نسئ الظن بالمهاجر بطريقة غير مشروعة، ولكنه في أي وقت بالفعل قد يقوم بتغيير محل إقامته من مكان إلى آخر بنية التوطن به كما سبق وأن ذكرنا في الصفحات السابقة نتيجة أي سبب قد يطرأ.

(٣) يتسم ضابط الموطن بثلاث خصائص تميزه وهي (أ) أنه ضابط شخصي وإقليمي حيث أنه مبني على الصلة التي بين الشخص وإقليم الدولة، (ب) أنه ضابط قانوني "لأنه مبني على فكرة قانونية– محل الإقامة"، (ج) أنه ضابط عام لأنه لا يقتصر على طائفة معينة من المنازعات.

راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٦٤٦، د. صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص ٣٦.

رأي الباحث: الاعتداد بقانون الجنسية للأفراد الموجودين على أراضي الدولة المضيفة في كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية.

إلا أننا مع سابق العرض للرأيين تجاه الفاضلة بين قانون الجنسية وقانون الموطن، نؤيد الرأي الذي يأخذ بقانون الجنسية الخاص بذلك الفرد كقانون مطبق على كافة المواد المتعلقة بالأحوال الشخصية فقط، لما فيه من استقرار للمعاملات وعدم التعارض بين السيادات. مع الوضع في الاعتبار كل دولة ونشأتها وسياستها التشريعية وأهدافها [١] وأعداد الأجانب الموجودين على أراضيها، حيث أن التي تكثر منها الهجرة قد تكون مصلحتها الأخذ بقانون الجنسية، ولضمان عدم اندماج أفراد شعبها بشكل كامل في مجتمعات الدول التي استقروا بها؛ للإبقاء على الرابطة التي بينها وبين رعاياها في الدول المستقبلة لهم "المهجر".

أما على الصعيد الأخير فنجد أن الأخذ بقانون الموطن هو الأفضل للدول التي تزداد إليها الهجرة، حتى يتسنى تطبيق قانونها على كافة الأجانب المستقرين بأرضها، ولتحقيق التجانس القانوني داخل أراضيها [٢].

أ. القانون الواجب التطبيق علي متعدد الجنسيات:

سبق وأشرنا إلى ما يعتد به المشرع المصري تجاه اعتبار ضابط الجنسية هو ضابط الإسناد المعترف به والمطبق على مسائل الأحوال الشخصية [٣].

---

(١) راجع رأي د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٢) راجع في ذلك د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، مرجع سابق، ص ٢٤٠، ٢٤١.

(٣) راجع نص المادة ١١ مدني مصري "الحالة المدنية للأشخاص يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

ولكن قد يحدث أن يحمل الشخص أكثر من جنسية أو لا يحمل أي جنسية "معدوم الجنسية" أو غير معلوم له جنسية محددة.... فما هو القانون الواجب التطبيق في ذلك الوضع.

١. حالة تعدد الجنسيات:

مما لا شك فيه بناء على ما سبق ذكره "الاعتداد بقانون الجنسية" أنه لابد من للرجوع إلى "قانون الدولة" لمعرفة إذا كان هذا الشخص يحمل جنسيتها أم لا.

٢. حالة ما إذا كانت جنسية دولة القاضي بين الجنسيات المتعددة:

ففي تلك الحالة يتم تطبيق قانون جنسية دولة القاضي في النزاع المعروض أمامه، دون التقيد والاعتداد بالجنسيات الأخرى التي يحملها الشخص [١].

المادة (٢٥) مدني مصري:

نص المشرع المصري في المادة (٢٥) مدني على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فإن القانون المصري هو الواجب التطبيق.

---

(١) أشار الفقيه "Makarov" إلى نقد تلك النظرية حيث أفاد أنه: ١– في حالة وجود معاهدة بين كل من الدولة التي طرح النزاع أمام محاكمها ودولة أخرى من الدول المتراكمة جنسيتها على ذلك الشخص، بإعمال أحكام تلك المعاهدة، ولو أدى ذلك إلى معاملة متعددة الجنسية معاملة الأجانب. ٢– حالة ما إذا كانت إحدى الجنسيات المتراكمة جنسية دولة معادية فيتم معاملة الوطني متعدد الجنسية معاملة رعايا الأعداء.

راجع ذلك عند د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٣٩٩ هامش (١).

وقد ألزم المشرع المصري القاضي في حالة التعدد وتواجد الجنسية المصرية ضمن تلك الجنسيات المتعددة، باعتبار القانون المصري هو قانون جنسية الشخص دون سائر قوانين الجنسيات الأخرى، وفى غير تلك الحالة لم يقيد المشرع القاضي بضوابط معينة.

وعلى ذلك فإذا كان قانون دولة القاضي أحد القوانين المتراكمة؛ فإنه يكون في تلك الحالة هو القانون الواجب التطبيق على الواقعة والحاكم لكافة عناصرها، وكما سبق أن ذكرنا يكون هو القانون الحاكم للأحوال الشخصية. وعليه فيحكم ذلك القانون الحالة من بداية الشخصية حتى نهايتها، وعليه فيحدد تاريخ الميلاد والجنس والاسم [١] وأثر الزواج أو التبني، مع الوضع في الاعتبار أن القانون المصري –بفرض أنه أحد القوانين المتراكمة على متعدد الجنسية– قد اختص بعض عناصر الحالة وروابط الأسرة بقواعد إسناد مستقلة حدد فيها وقت الاعتداد بقانون الجنسية.. وعلى ذلك فإن القاضي يعتبر قانون الجنسية لمتعدد الجنسيات هو قانون الجنسية الفعلية، أما بالنسبة لمن لا تعرف لهم جنسية فيكون قانون موطنه أو محل إقامته إن لم يكن له موطن، وغالبا ما يكون قانون الموطن هو قانون القاضي [٢].

٣. حالة ما إذا لم تكن جنسية القاضي من بين الجنسيات المتعددة:

(١) هناك اتجاه في إخضاع الاسم للقانون الإقليمي نظرا لتعلقه بقواعد الأمن المدني إلا أنه من الأرجح بقائه تحت مظلة القانون الشخصي لتعلق الاسم بشخصية الإنسان، فلابد أن يتسم بالاستقرار وعليه فإننا نؤيد خضوعه للقانون الشخصي.... راجع في ذلك:

Batiffol, Droit International .Privé, op, P. 27.

راجع في ذلك: Weiss, Trité élêm. De droit int. privé

مرجع مشار إليه عند د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٤٠٠.

(٢) يقصد بالجنسية الفعلية– الجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها، ويري د. عز الدين عبد الله– أن القاضي بتنازع الجنسيات الإيجابي والسلبي.

انظر المرجع السالف الذكر، ص ١٧٠ وكذلك هامش ٣ من نفس الصفحة لمعرفة الحال في القوانين المختلفة.

في حالة ما إذا لم تكن جنسية القاضي بين الجنسيات المتراكمة على الشخص متعدد الجنسية، اختلفت الآراء تجاه تلك النقطة.

حيث رأى البعض أن على القاضي في دولة الغير "الدولة الثالثة" عدم التصدي لتلك المسألة وتركها للجهود الدبلوماسية، ولكن اتفاقية لاهاي ٥٠ سنة ١٩٣٠ قررت أنه في الدولة الغير يعامل الشخص متعدد الجنسية وكأنه لا وتمتع إلا بجنسية واحدة.

أ. الآراء التي قيلت بصدد ذلك:

الرأي الأول: الجنسية الأكثر تماشيا مع دولة القاضي:

ذهب أنصار ذلك الرأي إلى الأخذ بقانون الجنسية الأكثر اتفاقا مع أحكام جنسية دولة القاضي، فإذا كان قانون الجنسية في دولة القاضي يأخذ بحق الدم، فعلى القاضي أن يعتد بالجنسية التي تقوم على حكم مماثل دون الاعتداد بالجنسيات الأخرى التي تأخذ بحكم مخالف، إلا أن هذا الرأي قد انتقد من الأساس لكون دولة القاضي غريبة من الأصل عن النزاع وليست ضمن الجنسيات المتعددة، وعليه فلا داعي للتقيد بأحكام الجنسية في دولة القاضي.

الرأي الثاني: الاختيار بين الجنسيات:

يرى أصحاب ذلك الرأي ترك الخيار لصاحب الشأن لاختيار الجنسية التي يريد أن يعامل على أساسها، وقد تأثر أصحاب ذلك الرأي بنظرية تكافؤ السيادات والتي تستند إلى صعوبة إنكار جنسية أي دولة أجنبية.

إلا أن هذا الرأي قد انتقد لتجاهله الأساس القانوني لرابطة الجنسية في كونها علاقة بين الفرد والدولة، فلا يعقل الاعتداد بإرادة الفرد وتجاهل الدولة التي هي الأساس في ذلك، كما أن الدول نادرا ما تقبل التخلي عن جنسيتها من جانب متعدد الجنسية دونما قيد، خاصة إذا كان مقيما بإقليمها [١]. كما أضاف المعارضون لذلك الرأي أن الفرد في تلك الحالة "خصم وحكم"، حيث تم تنصيبه قاضيا في تحديده بنفسه للقانون الواجب التطبيق على حالته، وهو ما لا يجوز لتعارض مصالح الخصوم وفتح الطريق أمامهم للغش والتحايل، إضافة إلى أن الفرد نفسه قد تلحقه الوفاة دون أن يفصح عن اختياره لأي من الجنسيات، وفى تلك الحالة يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق على تركته.

الرأي الثالث: الاعتداد بالجنسية الأولى:

يرى أنصاره الاعتداد بالجنسية الأولى التي اكتسبها الفرد باعتبار أن للشخص حقا مكتسبا فيها لا يمكن إهداره، ما دام اكتسابه للجنسية الجديدة لم يؤد إلى فقد الجنسية الأولى.

---

(١) منحت م٦ من اتفاقية لاهاي سنة ١٩٣٠ متعدد الجنسية المعاصر للميلاد حق اختيار جنسية إحدى الدول التي يحمل جنسيتها، وليس لأي دولة الاعتراض على هذا الاختيار مادام الشخص مقيم خارج إقليمها.
راجع د. بدر الدين شوقي، مرجع سابق، ص ٢٧٩ هامش (١).

إلا أن هذا الرأي قد انتقد لأن الشخص قد لا يرغب في التعامل على هذا الأساس انطلاقا من أن فكرة الحق تعطى للفرد الحرية في عدم التعامل على نحو يتعارض ورغبته –كما أن هذا الرأي يعنى أن هناك جنسيات أخرى "سابقة– لاحقة".

الرأي الرابع: الاعتداد بالجنسية الفعلية [١]:

يرى أنصاره الأخذ بأحدث جنسية اكتسبها الفرد لكونها الأصدق في التعبير عن رغباته، وهى الأكثر اتساقا مع مصالح الفرد وحالته في ذلك الوقت [٢]، كما إنها تعتبر الجنسية الفعلية في ذلك الوقت وتحترم حرية الإرادة لدخول الفرد في تلك الجنسية بناء على طلبه، ولا بأس في ذلك الوقت من الاستعانة بعامل الموطن كعامل مساعد ومؤكد لارتباط مصالحه وروابطه العائلية، واختلاطه في الحياة مع أفراد مجتمع تلك الدولة، ورغبته في الارتباط والاندماج بها، وتلك المسألة تخضع لتقدير محكمة الموضوع.

إلا أن هذا الرأي قد انتقد أيضا لإغفاله أن الفرد قد تثبت له جنسيتان مفروضتان عليه في آن واحد، مثل حالات التعدد المعاصر للميلاد، بلا توجد جنسية أولى وجنسية أخيرة.

٢. المشرع المصري والمادة ٢٥ مدني:

أقر المشرع المصري تلك النظرية، حيث أعطى القاضي حق تعيين القانون الواجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة وفي آن واحد.

---

(١) أيدت محكمة العدل الدولية إعمال فكرة الجنسية الفعلية في إحدى القضايا، راجع في ذلك د. إبراهيم أحمد إبراهيم، "تلافى ازدواج الجنسية بين الأصول والتطبيق في مصر"، ص ٥٢.

(٢) أكدت تلك النظرية محكمة العدل الدولية في حكمها في ٦ أبريل سنة ١٩٥٥ راجع رد وتعليق د. أحمد القشيري على ذلك الحكم... حيث أكد سيادته ارتباط النظرية بالأساس الاجتماعي للجنسية.

الرد على نص المادة [١]:

يرى جانب من الفقه أن ظاهر المادة يعطي الشعور بأن المشرع المصري قد اعتنق إطلاق حرية القاضي في تعيين الجنسية التي سيعامل الشخص متعدد الجنسيات على أساسها، إلا أن الرد على ذلك قد ورد بالمذكرة الإيضاحية التي أكدت أنه على الرغم من حرية القاضي في تحديد القانون على ذلك الشخص إلا أن يده مقيدة بمعيار الجنسية الفعلية، حيث أوردت المذكرة الإيضاحية أنه يعتد في حالة التنازع الإيجابي –متى كانت الجنسية المصرية غير داخلة في النزاع– بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها. حيث تكون جنسية الدولة التي يتوطن بها الشخص وتوجد بها مصالحه المالية وروابطه الأسرية، أو هي الدولة التي زاول في إقليمها حقوقه العامة أو السياسية، وأدى بها الخدمة العسكرية، ولغتها هي اللغة التي يتخاطب بها، ولا يفوتنا الإشارة إلى أن اختيار القاضي لإحدى الجنسيات المتعددة هو فقط للتعويل عليها ولا يلغى باقي الجنسيات [٢].

---

(١) راجع في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١، ص ٣١٠، ٣١١، ولا يفوتنا الإشارة إلى إقرار القضاء الفرنسي الحديث لمبدأ الجنسية الفعلية كأساس للتفصيل بين الجنسيات المتعددة الأجنبية التي يحملها الشخص.

Batiffol et lagarde, op, P. 82.

(٢) راجع د. بدر الدين شوقي، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

٣. مدى رقابة محكمة النقض على سلامة المعيار الذي استندت إليه المحاكم للترجيح بين الجنسيات المتنازعة:

أثير ذلك التساؤل حول مدى دور محكمة النقض في الرقابة على صحة المعيار في حالة القانون الواجب التطبيق والمختار من قبل القاضي للتطبيق على الأجنبي المتعدد الجنسية؛ وليس إحداها قانون ذلك القاضي.

وللإجابة على ذلك نجد أن صراحة النص "نص المادة ٢٥ مدني مصري" تجزم بعدم وجود دور رقابي لمحكمة النقض حيال ذلك؛ لصراحة النص في الاعتداد بالجنسية الفعلية كجنسية وضابط إسناد لمواجهة مثل تلك الحالات.

إلا أن هناك رأى [١] يرى أنه على الرغم من صراحة النص، إلا أن ذلك لا يعني أكثر من "فراغ يتعين إلا تفلت الحلول التي تقررها محاكم الموضوع في شأنه من رقابة محكمة النقض".

رأى الباحث:

وعلى الرغم من الرأي المتقدم، إلا أننا نسلم بالمبدأ القائل "لا اجتهاد مع صريح النص". وعليه فإن المشرع في الأعمال التحضيرية إذا كان ينوى أن يكون هناك دور معقب عليه من قبل محكمة النقض لكان قد نص عليه. وعليه فإننا من أنصار عدم الاجتهاد مع صريح النص، أي عدم أعمال أي

---

(١) راجع رأى د. هشام صادق في ذلك، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

دور لمحكمة النقض على قيام القاضي بإعمال الجنسية الفعلية كضابط إسناد في حالة عرض نزاع أمامه به أجنبي متعدد الجنسيات [١].

٤. القانون الواجب التطبيق على الشخص الذي تعذر معرفة جنسيته أو منعدم الجنسية:

سبق وأشرنا إلى الحالات المختلفة لمتعددي الجنسية، سواء كان بإحدى الجنسيات "جنسية القاضي" أم لا، إلا أنه قد يعرض على القاضي حالة ما قد يصعب عليه فيها إثبات رباط الجنسية الفعلية لذلك الشخص، وعليه سوف نتناول تلك النقطة بالشرح كالآتي:

انقسم الفقه تجاه حل تلك النقطة إلى عدد من الاتجاهات.

الاتجاهات التي قيلت في هذا الشأن والرد عليها:

الاتجاه الأول: الاعتداد بأخر جنسية كان يحملها الشخص:

يذهب أنصار ذلك الرأي إلى الاعتداد بآخر جنسية كان يحملها ذلك الشخص باعتباره أقرب القوانين له.

ولكن هذا الرأي قد انتقد على أساس الإبقاء على رابطة قد انتهت بالفعل [١]، ولا يواجه ذلك الحل مشكلة الانعدام المعاصر للميلاد.

---

(١) تحل الصعوبات الناشئة عن تعدد الجنسيات للفرد الاتفاقيات الدولية سواء كانت جماعية مثل اتفاقية لاهاي سنة ١٩٣٠ بشأن التنازع في الجنسيات والاتفاقية الأوروبية ٦ مايو سنة ١٩٦٣ بشأن الحد من حالات التعدد في الجنسية وحول التزامات الخدمة العسكرية أو ثنائية مثل الاتفاقيات الدولية والتي تعقد بين دولتين بقصد الازدواج الضريبي وحل مشكلات الشركات متعددة الجنسيات.

راجع د. بدر شوقي، مرجع سابق، ص ٢٨١.

الاتجاه الثاني: **تطبيق قانون القاضي**:

يرى أنصار ذلك الرأي أنه:

إذا تبين أن الشخص الذي أثير النزاع بسببه معدوم الجنسية أو من الصعوبة إثبات جنسيته، ففي تلك الحالة تكون قانون القاضي هو الذي يعتد به والواجب التطبيق.

إلا أن هذا الرأي قد انتقد أيضا لعدم ملاءمته لطبيعة المسألة المطروحة.

الاتجاه الثالث: **تطبيق قانون الموطن المتواجد عليه هذا الشخص**:

يرى جانب من الفقه أنه إذا تبين أن الشخص الذي أثير النزاع حول أهليته أو حول أي شيء يتعلق بالمعاملات الشخصية منعدم الجنسية، ففي هذه الحالة ينظر إلى معيار شبيه بالجنسية الفعلية المطبق على متعدد الجنسية، أي يتم النظر إلى قانون الدولة التي يرتبط بها هذا الشخص بالفعل أكثر من غيرها واتخذها موطنا له وينوى الاستقرار فيها، وعليه يكون قانون الدولة المتواجد على أرضها هو الواجب التطبيق [٢].

وقد أخذ بذلك الرأي القضاء الفرنسي، حيث طبق قانون الموطن على مواد الأحوال الشخصية في حالة انعدام الجنسية، وإذا لم تتوافر الشروط اللازمة لتوطن الفرد في دولة ما فيطبق القاضي قانون الدولة التي يقيم فيها الشخص عادة [٣]، وعلى ذلك فإن قانون القاضي يعتبر هو الواجب التطبيق في حالة ما إذا لم يكن للشخص موطن معين– وهو ما أكده المشرع المصري عندما أعطى للقاضي الصلاحية [٤] لوضع قاعدة إسناد احتياطية عند تعذر إعمال القاعدة الأصلية التي يتضمنها التشريع

---

(١) راجع د. فؤاد رياض، الوسيط في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

(٢) راجع في ذلك Batiffol.

(٣) وقد أخذت بذلك اتفاقية جنيف ٢٨ يوليو ١٩٥١ وأقرته أيضا بالنسبة للاجئين الحاملين لجنسية دولة معينة.

(٤) راجع نص المادة ٢٥ مدني مصري.

في هذه الحالة [١]. وتجدر الإشارة إلى أن تحديد القانون الشخصي لعديم الجنسية لا يعنى الاعتراف له بجنسية الدولة التي اخترنا قانونها؛ لأن هذا القانون وسائر قوانين الجنسية في البلاد الأخرى لم تدخله في عداد المواطنين بها أصلا [٢].

ويرى جانب من الفقه [٣] أنه في حالة تعذر تطبيق قانون جنسية الموصي أو المورث، وعند استحالة الرجوع إلى أي من معيار الوطن أو محل الإقامة يطبق القاضي قانون جنسية الموصي له أو الوارث أو قانون موطنهما فيما لو كان من معدومي الجنسية، أما في حالة انعدام الموطن أو محل الإقامة بالنسبة للموصي له أو الوارث، فيمكن تطبيق قانون موقع الأموال بدلا من التطبيق الجامد لقانون القاضي.

رأي الباحث: تطبيق قانون القاضي:

وعلى الرغم مما لهذا الرأي من وجاهة– إلا أننا نرى تطبيق قانون القاضي في الحالة الأولى والثانية "تعذر تطبيق قانون جنسية الموصي أو المورث واستحالة الرجوع إلى معيار الموطن أو محل الإقامة وحالة انعدام الموطن، أي أننا من أنصار تطبيق قانون القاضي.

---

(١) وعليه يعتبر قانون الموطن هو المطبق في حالة منازعات الأحوال الشخصية بالنسبة لعديمي الجنسية أو ممن تعذر تحديد جنسية لهم، أما إذا لم يكن لعديم الجنسية موطن فيطبق في تلك الحالة قانون الدولة التي يقيم فيها ذلك الشخص وهو الاتجاه الفقهي الراجع.

- راجع في ذلك حيثيات أحكام محكمة استئناف الإسكندرية في دائرة الأحوال الشخصية للأجانب الصادر في ٢٦ ديسمبر ١٩٥٧ و٢٧ يونيو ١٩٦٢ غير منشوران، حيث تم تطبيق قانون الموطن في الحكم الأول بشأن تركة شخص عديم الجنسية، وفى الحكم الثاني بشأن وصية مبرمة من أجنبي عديم الجنسية، وذلك عقب تعذر إعمال نص المادة ١٧ مدني مصري والخاصة بالميراث والوصية والتصرفات المضافة لما بعد الموت.

راجع الحكمين والتعليق عند د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٤٠٧ هامش (٢).

(٢) راجع في ذلك د. بدر شوقي، مرجع سابق، ص ٢٨٨.

(٣) راجع في ذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٤٠٧.

ثالثا: حالة الشخص الطبيعي [١]

معني مصطلح الحالة:

ينصرف اصطلاح الحالة بالمعنى العام إلى كل من الحالة السياسية والحالة المدنية.

أما معنى الأولى: فهي مركز الشخص من الدولة "الجنسية" Status Civitatis.

ومعنى الثانية: هو مركز الشخص من أسرته Status Familiae. وهى محل البحث حيث أنه من الممكن أن تثور مشكلة تنازع القوانين في حالة قيام الشخص المهاجر بطريقة غير مشروعة بالزواج من مواطنة تحمل جنسية دولة الاستقبال.

وقد أخضع المشرع المصري الحالة المدنية في المادة ١١/ ١ مدني مصري لقانون الجنسية، حيث نصت تلك المادة على أن "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

وفى موضوع البحث لا يعد الأمر بتلك البساطة، كما سبق وذكرنا سلفا، حيث أنه قد تختلف جنسية [٢] كل من طرفي العلاقة سواء بالنسبة لنشأة الزواج أو آثاره، ومن هذا المنطلق وضع المشرع لكل مسألة قاعدة إسناد مستقلة على النحو الجاري عرضه كالآتي:

---

(١) مناط بحثنا هو حالة المهاجر بطريقة غير مشروعة؛ أي إننا سوف نقصر البحث على الشخص الطبيعي فقط، ويقصد بحالة الشخص الطبيعي "الصفات التي تحدد المركز القانوني للشخص"، وقد عرفها مشروع القانون المدني بأنها "الصفات التي تحدد مركز الشخص من أسرته ومن دولته وهي صفات تقوم على أسس من الواقع مثل السن ونوع الجنس والصحة، أو على أسس من القانون مثل الزواج والحجر والجنسية". راجع في ذلك د. إبراهيم احمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٨٣، وكذلك مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١، ص ٢٤٢.

(٢) يرى رجال الفقه بأن ما يجرى على الصعيد العالمي حاليا هو تنازع الجنسيات وليس تنازع القوانين في الجنسية وهو تنازع لا يحل بقواعد الإسناد بل بوسائل أخرى، ألا وهي تفضيل جنسية القاضي طالما كانت بين الجنسيات المتنازعة، والأخذ بالجنسية الفعلية في حالة التنازع الإيجابي، وبالموطن في حالة التنازع السلبي– راجع ذلك د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ١٩٥.

١. **الأهلية**: Capacity- Comptent

الأهلية هي تلك الصفة التي تلحق بالشخص ويتحدد على أساسها مركزه بالنسبة لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، والأهلية قد تكون:

- **أهلية الوجوب**: وهى صلاحية الشخص لكي يكتسب حقا أو يتحمل بالتزام، وهى تخضع للقانون الإقليمي وليس للقانون الشخصى.
- **أهلية الأداء**: وهى قدرة الشخص على ممارسة التصرفات القانونية، وهى لازمة لمباشرة التصرفات القانونية وصدور التصرف الإرادي منه، وهى التي يسرى عليها حكم المادة ١١/ ١ مدني مصري كما ذكر صراحة في الأعمال التحضيرية للقانون المدني بمذكرة المشروع التمهيدي.

وتثبت الأولى بالميلاد [١] وبالتالي كل شخص يتمتع بها، أما بالنسبة للثانية فإنه يجوز في حالة ثبوت أهلية الوجوب دون الأداء، أن يباشر أحد الأشخاص التصرف القانوني بدلا منه وهو الولي أو الوصي.

وقد أورد المشرع قاعدتين للإسناد بصدد الأهلية، تتعلق الأولى بالأهلية عامة والثانية بحماية ناقصي الأهلية، على النحو الذي سنعرضه:

المادة ١١ مدني مصري:

تنص المادة على أن أهلية الأشخاص يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم وسوف نتناول بالعرض التفرقة بين نوعي الأهلية السابق ذكرهما "الأداء والوجوب".

أ. **أهلية الوجوب أو الأهلية الخاصة** Capacité de Jouissance:

---

(١) اعترف القانون في المادة (٢٩) مدني مصري، بحقوق الحمل المستكن وعليه فإن القانون اعترف للجنين بالشخصية القانونية، راجع د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة ١٩٧٤.

سبق وأشرنا إلى أن أهلية الوجوب تعنى صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات، وهى تثبت للشخص منذ ميلاده كما سبق وذكرنا، إلا أن الأجنبي قد يكون محروما منها تبعا لإقليم تلك الدولة [١]، باعتبار أن لكل دولة الحق في تنظيم تمتع الأجانب بالحقوق في إقليمها دونما الاعتداد بقانون جنسية الشخص [٢]، وعليه فإن حكم المادة (١١) لا ينصرف إلى أهلية الوجوب.

وهناك رأى يرى أن أهلية الوجوب تخضع مثل أهلية الأداء لقانون جنسية الشخص، إلا أن هذا الرأي به الكثيرة من العوار، حيث إنها لا تخضع لقانون واحد [٣].

وبناء على ذلك فإنه لابد من الرجوع أولا للقواعد الخاصة بمدى تمتع الأجانب بالحقوق، وهي مسألة أولية لازمة للبت في مشكلة التنازع، بحيث إذا حرم الأجنبي من التمتع بحق معين في مصر فلم يعد هناك بد من إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بهذا الحق أصلا.

---

(١) يحظر القانون تملك الأجانب للأراضي الزراعية في مصر وفقا للقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٢– كما قيد القانون رقم ٦٥ لسنة ١٩٨٨ من حق تملك الأجانب للعقارات المبنية والأراضي الفضاء.

(٢) يراعى النظر إلى قانون الجنسية عند انعقاد التصرف وتخرج أهلية الوجوب من مضمون الفكرة المسندة.

(٣) يختلف ذلك القانون بحسب الفكرة المسندة التي يندرج تحتها الحق الذي يراد معرفة تمتع الشخص به أم لا. الوصية يحكمها قانون جنسية الموصي وقت الوفاة، والميراث يخضع لقانون جنسية المورث، والتملك يخضع لقانون موقع المال.

ب. أهلية الأداء Capacité d'exercice:

وهى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية، وهي المقصودة بنص المادة (١١)، وهي تخضع لقانون جنسية الشخص.

وقد قسم الفقه أهلية الأداء إلى نوعين كالآتي:

النوع الأول: أهلية الأداء العامة [١] Capacité générale:

وتهدف إلى حماية الشخص عديم الأهلية ذاته، ومناطها التمييز، وتنصرف إلى كافة الأعمال القانونية، وتخضع لقانون جنسية الشخص [٢]، حيث يبين متى تكون تلك التصرفات باطلة ومتى تكون قابلة للإبطال، وكيفية تصحيحها، ومن الذي له الحق في طلب إبطالها أو تصحيحها، ومتى يجوز له ذلك، كما يحدد قانون الجنسية أيضا عوارض الأهلية وأهلية الشخص التجارية [٣].

النوع الثاني: أهلية الأداء الخاصة Capacite Speciale:

ومحورها اعتبارات أخرى غير التمييز، وغالبا ما تتحدد بصرف النظر عن الحالة، وتنصرف إلى بعض الأعمال القانونية، وغايتها حماية شخص آخر غير من يصيبه عدم الأهلية، أو حماية مصلحة

---

(١) مثل عدم السماح للطبيب من تلقي تبرعا من المريض أثناء مرض الموت، ومنع عمال القضاء من شراء الحق المتنازع فيه إذا كان يدخل نطاق المحكمة اختصاصهم مادة ٤٧١ مدني، وتقييد تصرفات المريض مرض الموت طبقا للمادة ٤٧٧ مدني.

(٢) لا يعتد في مصر بنقص الأهلية المترتب على حكم جنائي أجنبي لعدم امتداد القوانين الجنائية، أما إذا كان الحكم غير جنائي ولكنه أجنبي أيضا فإن ذلك يتوقف على قيمة الحكم الأجنبي في مصر.

راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٣) وهى تشمل تحديد سن الرشد، ومتى يكون الشخص رشيدا أو ناقص الأهلية أو عديمها، والتصرفات التي يمتنع على ناقص الأهلية القيام بها والوضع القانوني لتلك التصرفات.

جماعية، وهى تخضع للقانون الذي يحكم العلاقة، فإذا كانت العلاقة خاضعة للقانون المصري كما لو كانت متعلقة بعقار في مصر، خضعت الأهلية الخاصة للقانون المصري حتى لو كانت الأهلية العامة للشخص خاضعة لقانون أجنبي [١].

عدم الأهلية الخاصة Incapacite's speciales:

وهي تقتصر على المنع من مباشرة تصرف معين بالذات دون غيره [٢]، وتخضع للقانون الذي يحكم العلاقة ولا تخضع لقانون الجنسية، أما في حالة تعلق المنع بأموال فينطبق قانون موقع المال ولو اختلف عن قانون جنسية الممنوع من التصرف.

٢. الاستثناء على قانون الجنسية:

وقد أورد المشرع المصري ذلك في الجزء الثاني من المادة ١١ مدني مصري، حيث أشار إلى "أن التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب أثارها فيها– إذا كان أحد طرفيها أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه؛ فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته" [٣].

---

(١) راجع في ذلك د. عز الذين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

(٢) نصت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني تعليقا على المادة (١١) من أن ينصرف اصطلاح الجنسية إلى أهلية الأداء وحدها.

(٣) حصر المشرع المصري الاستثناء كما ورد في نص المادة في المتن في ثلاث حالات كالآتي:

أ. أن تكون العلاقة مالية وعليه لا ينطبق هذا الاستثناء على مسائل الأحوال الشخصية.

ب. أن يعقد التصرف في جمهورية مصر العربية وتترتب أثاره فيها بغض النظر عن جنسية المتعاملين "مصريين أو أجانب".

ج. أن يكون المتعاقد الأجنبي ناقص الأهلية لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأخر تبينه.

راجع في ذلك د. فؤاد رياض، د. سامية راشد، مرجع سابق، ص ٢٣١، كذلك د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٤٠٦ وما بعدها.

وقد أصاب المشرع المصري بذلك الهدف لتأمين سلامة المعاملات؛ لأنه من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملما بالقواعد المتعلقة بأهليته، خاصة إذا كان مظهره لا يدع محلا للشك في كمال هذه الأهلية [١]، وعليه فإن أثر هذا الاستثناء ينحصر في استبعاد نقص الأهلية، ويعتبر الشخص في حكم كامل الأهلية ما لم يكن هناك سبب أخر يؤدى إلى نقص أهليته، خلافا للسبب الخاص الذي لابسه الخفاء [٢].

أ. حماية ناقصي الأهلية:

اعتبرت المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغي النظم الخاصة بحماية غير كاملي الأهلية من مسائل الأحوال الشخصية، وبالرغم من إلغاء تلك المادة فإن الوضع لم يختلف لكون النظم الخاصة بحماية

في حين يرى رأى في الفقه المصري إضافة نقطة أخرى وهى أن يكون المتعاقد الأجنبي الناقص الأهلية وفقا لقانونه الشخصي أهلا لمباشرة التصرف الذي يعيبه هذا النقص وفقا للقانون المصري.

راجع في مبررات ذلك د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢١١.

(١) راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ٣٤٣، وبناء على ذلك فإذا كان هناك أجنبي في إقليم الدولة يبدو إنه كامل الأهلية وهذا ما دفع الكافة للتعامل معه؛ فيجب ألا يضار الكافة من أن قانون جنسية هذا الشخص يقرر إنه ما زال ناقص الأهلية مما يعطيه الحق في إبطال ما أبرمه من تصرفات.

راجع في ذلك قضية Lizardi المكسيكي الجنسية وحكم محكمة النقض الفرنسية في تلك القضية بتاريخ ١٦ يناير ١٨٦١، مشار إلى تلك القضية في كافة مؤلفات القانون الدولي الخاص وكذلك في "Dalloz" ١٨٦١- ج ١، ص ١٩٣.

حيث قررت المحكمة الحماية للمتعاقد الوطني من الضرر الذي يعود عليه في فكرة المصلحة الوطنية L'intérêt national، وهي تعني الامتناع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبي في الأهلية في العلاقات المالية متى كان تطبيقها يضر بصالح المتعاقد الوطني، إلا أن بعض الفقه قرر أن أساس ذلك هو إعمال النظام العام، وقال آخرون بأن أساس ذلك هو فكرة الإثراء بلا سبب.

راجع في الرد على تلك الحجج د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٠٨ وما بعدها.

(٢) عندما قدم مشروع القانون المدني للبرلمان كانت المادة ١١ تقول "فإن الأجنبي يعتبر كامل الأهلية". إلا أن مجلس الشيوخ قد عدل ذلك استنادا إلى أنه قد تكون الشخص ناقص الأهلية لسبب أخر.

راجع في ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ١، ص ٢٤٥، كذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٥٩٨.

غير كاملي الأهلية من "ولاية [١]– وصاية– قوامة" تعد من المسائل اللصيقة بالأشخاص، والتي تخضع لقانون الجنسية باعتباره القانون الشخصي.

ب. نص المادة ١٦ مدني مصري:

يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجوزين والغائبين، قانون الشخص الذي تجب حمايته.

وعلى ذلك نجد أن المشرع أخضع النظم الخاصة بحماية غير كاملي الأهلية لقانون جنسية ناقص أو عديم الأهلية [٢]؛ لأنها مقررة لصالحه هو وليست امتيازا لصالح القائم بالحماية، وفى ذلك مساواة مع القاعدة التي تحكم الأهلية بصفة عامة وتهدف إلى حماية ناقص الأهلية من الناحية المالية، لعدم قدرته على مباشرة التصرفات القانونية بمفرده [٣]، وقد انتفع المشرع المصري في صياغته لتلك المادة بالمادة ٢٠ مدني إيطالي.

ويجدر بنا الإشارة إلى أن حماية الأبناء تخضع لقانون جنسية الأبوين لاعتبارها أثرا من آثار السلطة الأبوية [٤]، وذلك لأنه بالبلاد اللاتينية لا يفرقون بين الولاية على النفس والولاية على المال، حيث تم ضمهما جميعا للسلطة الأبوية التي تخضع للقانون الشخصي للأب، إلا أن البلاد الأنجلو أمريكية

---

(١) يرى جانب من الفقه المصري أن المقصود بالولاية هنا هي الولاية على المال دون النفس.
راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢) قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم وهو نفسه القانون الذي يحكم أهليتهم، وعليه فإذا غير الشخص جنسيته واصبح ناقص الأهلية وفقا للقانون الجديد؛ فإن هذا القانون هو الذي يعين النظام الخاص بحمايته.
راجع في ذلك د. محمد كمال فهمي، مرجع سابق، فقرة ٣٥٠.

(٣) يلاحظ أن أساس الحماية هنا تنصب على المال "ولاية على المال" وليست ولاية على النفس.

(٤) راجع في ذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٦٠٩، هامش (١).

تفرق في أحكام الولاية بين ما يتعلق بشخص القاصر وما يتعلق بما له، حيث تخضع الأولي لقانون موطن الأب مع تطبيق قانون القاضي في بعض المسائل، والثانية تخضع لقانون موقع المال [١].

وبناء على ذلك فإن قانون جنسية الشخص هو الذي يبين نظام الحماية سواء كان نظام الولاية أو الوصاية أو القوامة أم غير ذلك، كما يبين من يجوز تعيينه وليا أو وصيا أو قيما وسلطات أي منهم، وما يجوز له إجرائه من تصرفات نيابة من ناقصي الأهلية وما لا يجوز، وحكم تجاوز الوصي أو الولي أو القيم في تصرفاته.

ولكن يلاحظ أنه إذا امتنع شخص عن قبول الوصاية أو القوامة فيرجع في ذلك الامتناع وأسبابه إلى قانون جنسية هذا الشخص، إعمالا للمادة ١٠٠٢/ ٢ من قانون المرافعات، وبذلك يكون المشرع المصري قد خالف ما جرى به العمل مع نظيره الفرنسي، والذي يرجع في أسباب امتناع الوصي عن قبول الوصاية لبلد ناقص الأهلية باعتبار تعلق المصلحة به [٢].

إلا أن المادة ١٠٠٢/ ١ من قانون المرافعات قد قررت بأنه إذا كان "القاصر أو المطلوب الحجر عليه أجنبيا تعين المحكمة وصيا"، أو قيما الشخص الذي يقضى بتعينه قانون بلد القاصر أو المحجور عليه؛ ما لم تحل أسباب مشروعة دون ذلك، ويجوز أن يكون الوصي من غير أسرة القاصر أو المطلوب الحجر عليه، ويفضل الأشخاص الذين ينتمون إلى جنسيته.

---

(١) راجع في ذلك د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢١٧.

(٢) راجع في ذلك للمزيد عن الأوضاع في عدد من الدول الأوروبية والولايات المتحدة.

- Immigrants and Minorities «Semate House Library Internet».

ومما تقدم تخلص إلى أنه في حالة وجود أسباب تحول دون تعيين الوصي أو القيم فإن المحكمة تكون حرة في اختياره ولو كان من غير أسرته.

رابعا: الزواج

مقدمة:

تعريف الزواج:

الزوجية سنة من سنن الله في الخلق والتكوين، وشرعها الله تعالى لاستمرار الحياة. ويعرف الزواج في الفقه الإسلامي بأنه "عقد يفيد ملك المتعة قصدا أي يستمتع كل من الزوجين بالآخر [١].

ويختلف نظام الزواج من دولة إلى أخرى [٢]، كما أنه يمر بعدة مراحل منذ التمهيد له بالخطبة، ثم نشأته وآثاره، وبطلانه والآثار المترتبة على هذا البطلان وأسباب انقضائه.

ونحن إذ نعرض للهجرة غير المشروعة وآثارها، فالزواج أمر طبيعي، إذ قد يرغب المهاجر "ذكرا كان أم أنثي"، بالزواج للاستقرار وتكوين أسرة في بلد الاستقبال، وعليه فإننا سوف نعرض لتلك العلاقة والآثار المترتبة عليها والقانون الواجب التطبيق على النحو التالي:

---

(١) نقلا من د. صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

(٢) نحن سوف نركز على النقطة محل الدراسة وهي المتعلقة بتنازع القوانين، حيث أن المشرع قد اختص كل مرحلة من مراحله بقاعدة إسناد وقانون القاضي هو الذي يقوم بتكييف النزاع إذا كان يتعلق بمسألة زواج أم لا، كذلك قد يكيف قانون دولة ما علاقة معينة باعتبارها علاقة زوجية في حين يعتبرها قانون أخر علاقة غير مشروعة لاختلاف تنظيم تشريعات الدول للزواج "نظام الزواج في الشريعة الإسلامية يسمح بالتعدد ويسمح للرجل بإنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة، أما في الغرب فالحال مختلف".

أولا: الخطبة:

هي تلك المرحلة التمهيدية الانتقالية التي تفصل بين التفكير في الزواج وبين الإقدام عليه وإبرامه، وهى تثير مشكلة في تكييفها من حيث شروطها الشكلية والموضوعية، وعلى أن المادة ١٣ من قانون نظام القضاء الملغي كانت تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، إلا أن المشرع لم يحدد القانون الواجب التطبيق عليها.

١. المشرع المصري وتكييف الخطبة:

اعتبر المشرع المصري الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية –كما سبق ذكره– وانقسم الفقه تجاه التكييف إلى وجوب قياس آثار الخطبة على أثار الزواج، وإخضاعها لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة. استنادا إلى كونها عقدا يرتب وعدا بالزواج ويلزم طرفيه بعدم الارتباط بزواج آخر، ويرتب التعويض في حالة العدول وكذلك رد الهدايا.

إلا أنه مع وجاهة ذلك التبرير، فإن ما سبق ذكره ينتفي وقواعد النظام العام في مصر لما يتضمنه من إكراه على الزواج. وهو ما دفع البعض إلى القول بضرورة تطبيق القانون المصري على آثار الخطية واستبعاد القانون الأجنبي، بالنسبة لالتزام الخاطب برد الهدايا فأن ذلك استنادا لفكرة الإثراء بلا سبب، وعليه فهو يخضع للقانون المحلى [١].

---

(١) راجع د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٤٨٠.

أما بالنسبة للعدول فإنه في حالة اقترانه بخطأ تقصيري فيخضع لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، انطلاقا من كونه التزاما غير تعاقدي [١].

٢. نشأة الزواج [٢]:

الزواج هو ارتباط الرجل والمرأة برباط شرعي قانوني وله من الطقوس والإجراءات ما يجب إتباعه واحترامه. والزواج في القانون الدولي الخاص تحكمه المواد التي تحدد ضابط الإسناد الذي يحكم العلاقة بين زوجين مختلفي الجنسية... لذا فإن هناك شروطا شكلية وشروطا موضوعية لابد من توافرها لكي ينتج الزواج أثاره القانونية بشكل صحيح. وسوف نعرض أولا للشروط الشكلية للزواج Condition de form [٣] ونعقبها بالشروط الموضوعية Condition de fond [٤] والقانون الواجب التطبيق على كل منهما على النحو التالي:

---

(١) قررت محكمة النقض المصرية أنه إذا اقترن بالعدول عن الخطبة ضرر لحق بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية.

راجع د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٤١٩.

(٢) لم يميز فقهاء الشريعة الإسلامية بين الشروط الموضوعية والشكلية مثلما فعل فقهاء القانون المدني وإنما قسموا شروط الزواج إلى قسمين (١) شروط شرعية وهى تتمثل في شروط انعقاد وصحة ونفاذ ولزوم، (٢) شروط وضعية وتتمثل في قيام مأذون بتوثيق العقد وبلوغ الزوجين سن معينة وهي السادسة عشر لزوجة والثامنة عشر للزوج.

راجع د. صلاح جمال، ص ٢٩٥ وما بعدها.

(٣) الشروط الشكلية، هي اللازمة لإبرام الزواج وتكوينه وتتصل بالمظهر الخارجي الذي يتم فيه الزواج وبها يتجسد أمام الغير، وقد ترك المشرع القواعد العامة بشأن التصرفات القانونية لكي تحدد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للشروط الشكلية لعقد الزواج.

راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم تنازع الشرائع، ص ٧٦٨.

(٤) الشروط الموضوعية وهي الشروط اللازمة لقيام رابطة الزوجية والتي يؤدى تخلفها إلى انتقاء الزواج أو أن يكون قابلا للبطلان وهي تتعلق بأركان عقد الزواج من تراض ومحل وسبب.

راجع د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ٧٨٢.

أ. شكل الزواج وضوابطه:

الشكل هو الإجراء المتبع لإظهار الإرادة.

ولتحديد الشكل اللازم فلابد من الرجوع إلى قانون القاضي، حيث أن المراسم الدينية في بعض الدول تعتبر شرطا موضوعيا في حين تعتبر شرطا شكليا في العلاقات التي لا تستلزم شكلا معينا لصحة الزواج [١].

وقد كان نص المادة ٢٨/ ٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني ينص على صحة شكل الزواج إذا تم وفق أوضاع البلد الذي تم فيه، أو روعي في شكل الزواج الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين، إلا أن تلك المادة قد تم حذفها واكتفى بالقواعد العامة الواردة في المادة ٢٠ مدني والخاصة بشكل التصرفات بصفة عامة [٢]، حيث نصت المادة على أن "العقود بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذي يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".

ونظرا لتعدد ضوابط الإسناد الخاصة بشكل الزواج، فإننا سوف نعرض لكل نقطة على حدة على النحو التالي:

الضابط الأول: **ضابط بلد الإبرام** Locus regit actium:

---

(١) راجع د. إبراهيم أحمد، حيث يضيف سيادته أن إثبات الزواج أو إشهار. أو علانيته تخضع للقانون الذي يحكم شكل الزواج، ص ٤٣٣.

(٢) راجع في ذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٤٨١– إلا أن هناك جانب من الفقه يرى أن نص المادة ٢٠ مدني موجه أصلا إلى شكل العقود في نطاق المعاملات المالية ولا شأن له الزواج، راجع في ذلك د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

إذا تم الزواج وفقا للشروط الشكلية المحددة في القانون المحلى للدولة التي انعقد على أرضها الزواج اعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره.

وعلى ذلك؛ وإذا أخدنا "جمهورية مصر العربية" كمثال؛ فإن هناك أشكال متعددة، منها الشكل الرسمي لزواج المسلمين المصريين والشكل الآخر الخاص بزواج غيرهم، سواء كانوا مصريين غير مسلمين أو أجانب ولو كانوا مسلمين [١]، حيث يجب توثيق عقودهم بموثقين، ومكاتب التوثيق هي المختصة بتوثيق عقود زواج الأجانب، والشكل الرسمي لإبرام زواج الأجانب في مصر يكون بإبرام الزواج لدى الموثق، وهذا ينحصر دوره في توثيق زواج المصريين غير المسلمين متحدي الطائفة والملة، وليس للموثق توثيق عقود الأجانب غير المسلمين ولو كانوا ينتمون لملة الموثق.

ولا يفوتنا الإشارة إلى أنه في حالة إبرام زواج المسلمين في الخارج فهو يكون صحيحا طالما قد تم في الشكل المحلي لبلد الإبرام أيا كان شكله "رسميا أو عرفيا"، إلا أنه في حالة ما إذا كان الشكل دينيا بحتا فلا يجوز ذلك [٢].

---

(١) هناك كذلك وطبقا للشكل العرفي الإسلامي، أن الأجانب يستطيعون إبرام زواجهم في مصر طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية بمجرد الإيجاب والقبول وحضور شاهدين، إلا أنه على الرغم من صحته فإنه يتضمن مخاطرة، وذلك لأنه لا يجوز سماع دعوى الزوجية عند الإنكار إلا إذا كان الزواج ثابت بوثيقة رسمية.

راجع د. هشام صادق، مرجع سابق، وكذلك حكم محكمة استئناف القاهرة ١٦ أبريل ١٩٥٨، ص ٤٨٣ هامش (٢).

(٢) راجع د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٤٨٤ والذي يرى أنه في حالة ما إذا كان الشكل المحلي في الخارج مدنيا وليس به شهادة شهود وبه العلانية فإنه يعتبر صحيحا ويتوافق مع نص المادة (٢٠) مدني مصري.

الضابط الثاني: **ضابط قانون الموطن المشترك للزوجين**:

في حالة اتحاد موطن الزوجين يجوز إبرام الزواج طبقا للشكل المقرر في قانون الموطن المشترك للزوجية [١]، وعلى ذلك في حالة توطن الأجانب بمصر فإنه يجوز لهم إبرام الزواج طبقا للشكل المقرر في القانون المصري.

الضابط الثالث: **ضابط قانون الجنسية المشتركة للزوجين**:

نظرا لكون الشكل المحلي ليس إلزاميا لإبرام الزواج في الشكل الصحيح لوجود أكثر من خيار يجوز للأجانب الأخذ به. فإنه في حالة ما إذا أمكن لهم تحقيق الشكل المتطلب في قانون جنسيتهم المشتركة فإن الزواج ينعقد في تلك الحالة صحيحا. وتلك النقطة من السهولة إذا كانا متحدين في الجنسية، أما في حالة اختلاف الجنسية، فيتعين في تلك الحالة إبرام الزواج في الشكل المقرر طبقا لقانون جنسية الزوج مرة ثم في قانون جنسية الزوجة مرة أخرى [٢]، على أن يتولى الممثلون الدبلوماسيون إبرام زواج رعايا دولهم وفقا لقوانينها.

أما إذا كان أحد الزوجين مصريا والطرف الأخر أجنبيا ومكان انعقاد الزواج هو جمهورية مصر العربية، فلابد من الخضوع للشكل المقرر في القانون المصري دون الشكل المقرر في قانون جنسية الطرف الآخر حتى لو أجاز ذلك قانون جنسية الأجنبي.

---

(١) عادة ما يكون قانون موطن الزوجين هو قانون جنسيتهم أو قانون محل إبرام الزواج.

(٢) هذا شريطة أن يكون الزواج داخل في اختصاص الممثل الدبلوماسي أو القنصلي "مرة في سفارة الزوج ومرة أخرى في سفارة الزوجة"، راجع د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

ب. الشروط الموضوعية للزواج والفروض المطروحة في هذا الشأن:

نحن بصدد زواج مختلط بين أجنبيين أو أحدهما على الأقل أجنبي. وقد حسم المشرع المصري تلك المسألة بنصه في المادة ١٢ مدني على أن يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج لقانون كل من الزوجين، وعلة ذلك أن العلاقة قد تكون صحيحة في قانون دولة أحد الأطراف وباطلة في دولة الطرف الآخر، ويثور التساؤل في نطاق الفروض الثلاثة الآتية [١]:

الفرض الأول: **وحدة جنسية الطرفين**: وفى تلك النقطة لا تظهر أية صعوبة في إعمال القانون الواجب التطبيق، حيث سيتم تطبيق قانون الدولة التي ينتميان إليها بجنسيتهما.

الفرض الثاني: انعدام أو عدم معرفة جنسية الطرفين: وفى تلك الحالة يتم إعمال قانون الموطن أو قانون محل إقامتهما العادية على مسائل أحوالهما الشخصية.

الفرض الثالث: **اختلاف جنسية الطرفين**: وهنا تظهر الصعوبة وهى النقطة التي يثيرها البحث. فقد انقسم الفقه تجاهها إلى قسمين كالآتي:

رأي أول: **التطبيق الجامع للقانون** Application Cumulative:

ويعنى ذلك وجوب التطبيق لقواعد كل من الزوج والزوجة وإلا اعتبر الزواج غير صحيح، واستند أنصار ذلك الرأي إلى أن قانون كل واحد من الطرفين لا يهدف إلى حماية مواطنه فقط؛ بل يهدف

---

(١) راجع د. صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص ٤٠٢ وما بعدها.

إلى حماية رابطة الزوجية ذاتها، وعليه فيجب أن تخضع تلك الرابطة للقانونين، إلا أن هذا الرأي قد انتقد خاصة وأن نتيجته في الحقيقة هي تطبيق القانون الأشد في أحكامه [١].

رأي ثان: **التطبيق الموزع لقانون الزوجين** Application Distributive:

وأصحاب هذا الرأي يرون أنه يكفى لصحة الزواج أن يتوفر في كل طرف على حدة الشروط الموضوعية التي سيتطلبها قانون دولته، دون تطلب استيفاء الشروط التي يقررها قانون الطرف الآخر، فإذا كنا بصدد علاقة بين أسباني وهندية، فإنه يكفى أن يتوافر في الزوج ما يشترطه القانون الأسباني وحده، وفى الزوجة ما يشترطه القانون الهندي وحده [٢]، وقد برر أصحاب ذلك الرأي موقفهم بأن كل قانون يحمي مواطني الدولة تكون الآخرين فلا محل لتطبيقه عليهم.

إلا أن هذا يدفعنا إلى التفرقة بين نوعين من الشروط الموضوعية هما [٣]:

ج. **الشروط الموضوعية الإيجابية**: مثل سن الزواج وصحة الرضا، وهذه يكفى فيها التطبيق الموزع، أي يكفى بلوغ كل من الزوجين من الزواج في قانونه، وأن يكون رضائه صحيحا وفقا لقانونه أيضا.

النوع: **الأولى**: **الشروط الموضوعية السلبية**:

وهى المتمثلة في موانع الزواج مثل القرابة لدرجة معينة أو ارتباط المرأة بزواج ولم يدخل الزوج عليها بعد، وفي تلك لابد من الرجوع إلى فكرة التطبيق الجامع لقانون كل من الزوجين [١].

---

(١) راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٢) راجع د. فؤاد رياض، مرجع سابق، ص ٢٠٢، وكذلك د. احمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٧٠٧.

(٣) راجع د. صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص ٤٠٥.

وعلة ذلك أن وجود المانع في قانون أحد الزوجين دون قانون الآخر يعنى السماح بقيام رابطة الزوجية في نظر القانون الذي لم يتضمن المانع، وهذا غير مقبول؛ لأن تلك الموانع ترمى إلى منع قيام علاقة غير مشروعة، وبالتالي تحمي كامل المجتمع، وعليه فإنه يكفى أن يتضمن أحد القانونين النص على مانع من موانع الزواج لكي ينعقد الزواج صحيحا [٢].

النوع الثاني: الشروط الموضوعية للزواج والنظام العام [٣]:

يعتبر قانون الأسرة المجال الخصب لإعمال استثناء النظام العام؛ لكونه يقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية، كذلك تنظم قانون الأسرة مجموعة قوانين آمرة، ومن هذا المنطلق قد تصطدم الأفكار التي يقوم عليها تنظيم تلك المسائل في الدول الإسلامية مع نظيرتها في الدول الغربية، وذلك لاختلاف الثقافات والعادات والدين، وعليه يلجأ القاضي للنظام العام لاستبعاد القانون الواجب التطبيق. ويتعارض مع النظام العام في مصر كل نص في القانون الأجنبي يخالف القاعدة التي تجيز زواج المسلم بغير مسلمة سواء كانت "مسيحية أو يهودية"، كذلك يتعارض أيضا مع النظام [٤] العام زواج المسلمة بغير المسلم لاصطدامه بقاعدة من قواعد التشريع الإسلامي مستمدة من الكتاب العظيم (**لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ**) [٥]. بل إنه إذا أسلمت المرأة ولم يسلم زوجها فرق

---

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية في جلسة أول أبريل ١٩٥٤ منشور في مجلد أحكام المكتب الفني س ٥ ص ٧٤٧.

(٢) راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٢٣٣ ود. شمس الوكيل، مرجع سابق، ص ١١٨، ود. فؤاد رياض، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

(٣) راجع في ذلك د. صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص ٤٠٦ وما بعدها.

(٤) راجع د. فؤاد رياض– مرجع سابق، ص ٢٠٨.

(٥) سورة الممتحنة، الآية ١٠.

بينهما [١]. وعلى ذلك فإذا عقد الزواج في دولة أجنبية بين مسلمة وغير مسلم، كان ذلك زواجا باطلا لمخالفته شرطا من الشروط الموضوعية لصحة الزواج في قوانين الدول الإسلامية. كذلك يعد مخالفا للنظام العام القانون الذي يبيح زواج المحارم، أو الزواج بين المسلمين في فترة العدة، وكما يعد مخالفا للنظام العام القانون الذي يحظر على المسلم الزواج مرة ثانية حماية لحق المسلم.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في شأن عقد العمل [٢]

مقدمة:

يعتبر العمل في دولة المهجر هو الهدف الأسمى للمهاجر بطريقة غير مشروعة، وعلى الرغم من قيام رب العمل في تلك الدولة باستغلال المهاجر استغلالا كبيرا، حيث يتم الدفع به للقيام بالأعمال التي لا يقبلها مواطنو تلك الدولة، وغالبا ما يسهل رب العمل إقامة ذلك العامل ويعمل على إخفائه من أجل تسخيره للعمل معه، دون وجود لعقد عمل يحفظ حقوق الطرفين، لاسيما المهاجر، لذا فإننا سوف نتناول تلك النقطة بالشرح على النحو التالي:

إذا مكث المهاجر في دولة المهجر –غض النظر عن طريقة دخوله– فترة طويلة، فإن الدولة تمكنه من إيجاد وسيلة لكسب رزقه وتكفل له الحق في العمل، وإلا أصبح عالة على الدولة. ومن الجدير

---

(١) راجع د. صلاح الدين جمال، مرجع سابق، ص ٤٠٨.

(٢) يحظر القانون في الولايات المتحدة الأمريكية "رب العمل" عن قبول العمالة المهاجرة بطريقة غير شرعية– ألا عقب فحص أوراقهم والتأكد من وجود إقامة شرعية في الولايات المتحدة، أما إذا كان قد دخل البلاد بفيزا سياحية أو ما شابه فهو محظور من العمل. ويعاقب رب العمل بعقوبة جنائية ومدنية نتيجة مخالفة تشريع الهجرة والجنسية المعمول به ١٩٠٣ والمعدل في ١٩٨٦.

راجع في ذلك:

Business Law, «Principies and Practices by Goldman, Sigmund».

بالذكر أن الدول تفسح المجال للأجانب لممارسة عدد من الأنشطة التجارية والاقتصادية وفى نفس الوقت تحظر عليهم تولى وممارسة أعمال معينة [١].

وقد ثار الخلاف في فقه القانون الدولي الخاص حول القانون الواجب التطبيق على عقد العمل، حيث اختلفت الآراء على إخضاع عقد العمل لقانون موطن المتعاقدين أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اشتركوا في الجنسية، أما الرأي الثالث فيرى تطبيق قانون مقر المشروع أو المركز الرئيسي لإدارة العمل [٢].

وقد أخذ الفقه على تلك الآراء تجاهلها قيام مشرعي الدول بتنظيم عقود العمل بقواعد آمرة تهدف إلى حماية العمال وتعويضهم، وهى قواعد مطبقة على كافة العمال الممارسين لأعمالهم في الدولة، غض النظر عن مكان انعقاد العقد أو مكان مركز الأعمال، وهذا ما دفع المشرع الفرنسي والمصري لإخضاع عقد العمل لقانون دولة التنفيذ؛ لما لها من مصلحة في تطبيق قانونها ولتعلق الأمر بالحماية الآمرة المطلوبة للطبقة العاملة [٣].

---

(١) حيث لا يجوز للأجنبي رئاسة الدولة أو تولى الوظائف الهامة، كذلك يحظر على الأجانب تولى الوظائف العامة والتي هي أصلا من حق الوطنيين فقط، كما أن الدولة تحظر على الأجنبي ممارسة المهن المتصلة بحياة المجتمع، مثل المحاماة أو الطب أو الصيدلة، ويمنع من الاشتراك في الصناعات التي تمس كيان الدولة وأمنها مثل بناء السفن والطائرات والصناعات الحربية.

راجع في ذلك للمزيد د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

(٢) أصدرت محكمة النقض حكما في ٥ إبريل ١٩٦٧ قررت فيه أنه يسرى على العقود التي يبرمها أصحاب الأعمال، مع عمالهم ومستخدميهم قانون الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال، فإذا كانت الإدارة في الخارج والفرع المصري هو المبرم للعقد طبق القانون المصري، ويسود هذا الفكر في الفقه الألماني باعتبار أن مركز الأعمال هو مكان تنفيذ العمل.

راجع د. هشام صادق، ص ٦٩٢.

(٣) راجع في ذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٦٩٣، حيث يشير أن المادة ١٩ مدني مصري تخضع الجانب التنظيمي لعقد العمل لقانون دولة التنفيذ، وذلك لتعلق ذلك الجزء بالأمن المدني، أما الجانب غير التنظيمي فهو يخضع لقانون الإرادة، وذلك عملا بالقاعدة العامة وهي الخاصة بالالتزامات التعاقدية، ويشير أن المشرع المصري بحذفه للمادة ٤٤ من مشروع القانون المدني قد عمد إلى

وقد أخضعت أيضا محكمة النقض المصرية الحكم في دعوى التعويض من الإنهاء التعسفي للعقد غير المحدد المدة أيضا لقانون الدولة التي يوجد بها مركز إدارة الأعمال [١].

ويرى جانب من الفقه في حالة عدم اتفاق المتعاهدين على قانون يحكم العقد أن يتم تطبيق قانون الإرادة [٢]، مع الأخذ بقانون مركز العمل أو محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه، كقرينة يبنى عليها في تعيين القانون الواجب التطبيق.

إلا أن هناك جانب آخر من الفقه يرى أنه في حالة عدم وجود نص أن يطبق قانون الإرادة على العقد، فاذا تعذر وجود إرادة صريحة أو ضمنية تعين تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فإذا لم يوجد يطبق قانون محل إبرام عقد العمل، ويرى أنصار ذلك الرأي أن قرينة محل تنفيذ العقد بدلا من محل الإبرام مخالفة لحكم نص المادة ١٩ مدني، حيث لا يترك للقاضي حرية اختيار ضابط الإسناد في حالا تخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين [٣]، كل هذا مع وجوب تطبيق القواعد التنظيمية المقررة في قانون دولة محل التنفيذ، نظرا لتعلق هذه القواعد بالأمن المدني في إقليم الدولة، فتكون بالتالي فورية التطبيق ويتعين إعمالها أيا كان الوضع في القانون الواجب التطبيق على العقد.

أولا: القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا كان تنفيذ العمل مكان غير محدد:

ترك المسألة للاجتهاد لعدم وجود قاعدة إسناد مزدوجة تطبق على عقد العمل في الخارج، وينادى سيادته تطبيق قانون دولة التنفيذ على كلا الجانبين التنظيمي والغير تنظيمي.

(١) راجع د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٥٥٩.

(٢) راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٥٣.

(٣) راجع د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٥٩.

وقد تم الرد على ذلك التساؤل بأنه في حالة تعدد أماكن التنفيذ وهو ما قد يستعمله رب العمل حيث يسخر العامل المهاجر بطريقة غير مشروعة ويستغله في العمل في أكثر من مكان... فإن الحل في ذلك يكون بالعودة إلى قانون مركز المشروع الذي يرتبط به العامل ويتلقى منه تعليماته، ويعتبر قانون مركز المشروع في هذا الصدد بمثابة مكان التنفيذ، ويعتبر العمل المؤدي في الخارج امتدادا للعمل المؤدي في مقر المشروع، وينطبق ذلك على عمال النقل الدولي. وينطبق هذا الحل أيضا في حالة عدم خضوع المكان لسلطان أية دولة أو تعذر تحديد الدولة التابع لها. ويتمشى هذا الحل مع المذهب الموضوعي الذي يعتد بالطريقة الواقعية لتركيز علاقة العمل [١].

١. هل يجوز تعويض المهاجر بطريقة غير مشروعة عن إصابة العمل؟

بداية نود أن نشير إلى أن دعوى التعويض عن إصابة العمل ليست من دعاوى المسئولية التقصيرية؛ وذلك لأن الأولى تقوم على عاتق صاحب العمل ولو لم يكن هناك ثمة خطأ من جانبه، أما الثانية فهي تقوم على أساس الخطأ الثابت أو المفترض. وقد اختلفت الآراء تجاه إمكانية تعويض العامل إلى اتجاهين.

---

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية المؤيد لذلك الرأي الصادر في ٥ إبريل سنة ١٩٦٧ ص ٧٩٨ نقض مدني: "حيث اسند عقد العمل إلى قانون مركز الأعمال، على عمل أبرم بين شركة الخطوط الجوية العالمية وأحد طياريها، حيث تثبت من وقائع الدعوى أن العقد كان يجرى تنفيذه في أكثر من دولة وبصورة جزئية في مصر، وطبقت المحكمة القانون الأمريكي بوصفه قانون الجهة الموجود بها المركز الرئيسي".

كذلك راجع حكم محكمة استئناف باريس في ٤ يوليو سنة ١٩٧٥.

الاتجاه الأول: يرى أنصاره إخضاع المسئولية عن إصابات العمل وأمراض المهنة لقانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ عقد العمل، على اعتبارها مسئولية عقدية تخضع للقانون الحاكم لعقد العمل نفسه [١].

الاتجاه الثاني: يرفض أصحاب هذا الرأي إخضاع التعويض من الإصابة لنفس القانون الحاكم للعقد، ويستند أصحاب هذا الاتجاه رأيهم إلى أن المسئولية في تلك الحالة تخضع لقانون مكان وقوع الحادث [٢].

وقد نادي رأى من الفقه في مصر [٣] بإخضاع المسئولية الناتجة عن إصابة العمل لقانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العمل، ويبرر هذا الفقه وجهة نظره إلى الوحدة المتطلبة لحلول التنازع في شأن علاقات العمل بوجه عام، فالأفضل هو توحيد الجميع تحت مظلة قانون دولة التنفيذ، وهو ما يستجيب للقواعد الآمرة لقانون دولة التنفيذ، وهي صاحبة المصلحة الجادة والمشروعة في تطبيق قانونها لحماية العاملين على إقليمها.

---

(١) أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي– حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها في ٢٦ مايو ١٩٢١ في قضية Sirey، وكذلك حكم محكمة باريس في ٩ مارس ١٩٦١ و٩ أكتوبر سنة ١٩٦٢ وحكم محكمة السين في ١١ فبراير سنة ١٩٦٤ وحكم محكمة باريس في ٣ مارس ١٩٦٥.

راجع تلك الأحكام عند د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٧٠١، هـ ١.

(٢) مكان حدوث الخطأ أو حدوث الحادث.

(٣) راجع رأى د. هشام صادق، مرجح سابق، ص.

الحال في الدول ذات النظام التأمين الإجباري:

أثير التساؤل حول تلك النقطة، كما هو الحال في مصر وفرنسا، حيث يتم دفع أقساط التأمين بمعرفة رب العمل للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية [١] والتي بدورها تعوض العامل المصاب.

ولا يفوتنا الإشارة إلى أن حق العامل في الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية على صاحب العمل؛ للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لم تغطها مزايا تأمين إصابات العمل فيها لو كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ جسيم من جانب رب العمل، وكذا حقه في الرجوع بهذه الدعوى أيضا على المسئول عن الحادث من الغير للمطالبة بالتعويض الكامل عن الضرر الذي لحق به، وله الجمع بين التعويضين عن نفس الضرر، وهى مسألة يرجع في شأنها لقانون دولة تنفيذ العمل. فإذا كان قانون دولة تنفيذ العمل لا يسمح للعامل المصاب برفع دعوى المسئولية التقصيرية على رب العمل أو الغير في الحالتين المتقدمتين فيتم رفض الدعوى، أما إذا كان يجيز رفع دعوى المسئولية التقصيرية رغم سبق تعويض العامل المصاب جزافيا فيتم في تلك الحالة قبول الدعوى [٢]. وإذا تم الفصل في تلك المسألة الأولية طبقا لقانون دولة تنفيذ العمل؛ فإن دعوى المسئولية التقصيرية تخضع بعد ذلك لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام وفقا للمادة ٢١ مدني مصري.

---

(١) من المعروف أن تلك الهيئة هي شخص عام ويترتب على ذلك استخدام أسلوب القانون العام باعتبار تلك الهيئة سلطة عامة، ويضفي على التعويض عن إصابات العمل طابع القانون العام وفي ذات الوقت يخرجه من دائرة التنازع إلى تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان تحديد نطاق تطبيق قواعد القانون العام في دولته، وفى حالة خلو قواعد القانون العام الوطنية من قواعد تسرى على النزاع لا يبحث عن قانون أجنبي وإنما عليه أن يتخلى عن النزاع.

راجع د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٤٨.

(٢) يؤيد القضاء المصري ذلك، راجع حكم محكمة النقض المصرية في ٢٥ يونيو ١٩٦٤.

٢. هل تخضع المسئولية عن الإنهاء المبتسر لعقد العمل- لقانون العقد أن لفكرة التعسف في استعمال الحق؟

أثير التساؤل حول تلك النقطة، فقد رأى البعض أن دعوى التعويض من الإنهاء المبتسر أو التعسفي، للعقد المحدد المدة قبل الأجل المحدد لانتهائه؛ بالإرادة المنفردة للمتعاقد الآخر؛ في غير أحوال الفسخ أو الأعذار المبرر أو استحالة التنفيذ، فمسئولية المتعاقد هنا هي مسئولية عقدية وتخضع بالتالي لقانون العقد، أي قانون دولة تنفيذ العمل.

أما إذا كانت دعوى التعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل غير المحدد المدة، فيرى الفقه في مصر وفرنسا اعتبار دعوى التعويض في تلك الحالة من تطبيقات فكرة التعسف في استعمال الحق [١].

ونظرا لأن التعسف في استعمال الحق في كل من مصر وفرنسا يعتبر من تطبيقات الخطأ التقصيري؛ فتخضع بناء على ذلك دعوى التعويض عن الإنهاء التعسفي لعقد العمل لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، بوصفه القانون المختص في شأن دعاوى المسئولية التقصيرية.

وقد نادي رأى في الفقه المصري بإخضاع دعوى التعويض عن الإنهاء التعسفي للعقد لقانون الدولة التي يجرى فيها تنفيذ العمل، بوصفه القانون الواجب التطبيق في شأن كافة علاقات العمل، وهذا الحل يكفل وحدة القانون المطبق في هذا الشأن، بالإضافة إلى استجابته للاعتبارات الآمرة التي يقوم عليها مبدآ تطبيق قانون دولة التنفيذ بالنسبة لعلاقات العمل. وفى إعمال ذلك الرأي لا يوجد تنافى مع النظر إلى تلك الدعوى على أساس إنها من دعاوى المسئولية التقصيرية، حيث أن قانون دولة

---

(١) راجع في ذلك د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية؛ منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص ٢٧١ وما بعدها.

التنفيذ هو القانون السائد في المكان الذي تم فيه إنهاء العمل بالفعل، وهو قانون وقوع الفعل المنشئ للالتزام طبقا للمادة ٢١ مدني مصري.

٣. علاقة العمل وتطبيق القانون الأصلح:

حرص المشرعون في مختلف الدول على تأكيد حمايتهم للعامل، وذلك عن طريق تطبيق القانون الأكثر صلاحية له، وهو ما يعنى بطلان أي نص يتضمن تحقيق حد أدني للعامل [١]. حيث أن الأصل هو الإنفاق على تطبيق قانون مخالف طالما أن هذا القانون به ضمانات وحقوق للعامل أزيد من سلفه، وهو ما يعنى أنه يعتد بالقانون الأصلح حتى في المسائل الآمرة المتعلقة بتنظيم العمل، وخاصة في مدة استخدام رب العمل للعامل، وهو في بحثنا "المهاجر بطريقة غير مشروعة".

وقد اعتد القضاء المصري والفرنسي والإيطالي والألماني بفكرة القانون الأكثر فائدة للعامل [٢]، انطلاقا من كون الصفة الآمرة لقواعد قانون العمل صفة نسبية وليست مطلقة– نظرا لاستناد التشريعات الداخلية على الأخذ بفكرة الوضع الأكثر صلاحية للعامل، وهو ما يجب أن يعمم وألا يتغير على الصعيد الدولي. على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن سلطان الإرادة له دور كبير في مخالفة القواعد القانونية في عقد العمل على الرغم من صفتها الآمرة– طالما كانت أصلح للعامل.

---

(١) يري بعض الفقه أن الاعتداد بالقانون الأكثر صلاحية على اعتباره شرطا تعاقديا وذلك لكونه ليس هو القانون الحاكم للعقد أصلا أو هو الذي يخضع العقد لحكمه، وعليه فإن إدماجه في العقد يجعله بمنزلة الشروط التعاقدية ويأخذ حكمها. والإدماج قد يكون إما طبقا لمبدأ سلطان الإرادة أو الإحالة على أن الإدماج لا يستلزم وجود أية رابطة بين القانون وعلاقة العمل.

راجع مبررات هذا الرأي عند د. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٢) يرى الفقه الفرنسي أن القاعدة الدولية "المعاهدة" لا تشكل إلا حدا أدنى من الحماية الاجتماعية، وعليه فيعتمد بالقوانين الوطنية "التشريع" التي تنطوي على مزايا أو ضمانات تزيد على الحد الأدنى من الحماية، وهو ما نصت عليه المادة ١٩ من دستور منظمة العمل الدولية. كما أكدت معاهدة روما في المادة ١١٩ مبدأ المساواة بين الرجال والإناث القائمين على ذات العمل داخل دول المجموعة الأوربية، وأن هذا لا يحول دون اقتضاء أي مزايا أخرى تم الاتفاق عليها بين العامل ورب العمل.

المقصود بالقانون الأكثر صلاحية للعامل:

يعتد في تحديد القانون الأكثر صلاحية للعامل بالنص المراد تطبيقه في خصوصية النزاع وليس بالقانون المتفق عليه في مجموعه، على أن ينظر في ذلك بالنسبة للعامل نظرة موضوعية بحتة ولا يعول على التقدير الشخصي للعامل.

مثال: تعويض الأقدمية الذي يفرضه القانون الإيطالي على رب العمل عند التنبيه بالاستغناء لا نظير له في القانون الأمريكي. فلذا يفضل القانون الإيطالي على الأمريكي.

مثال: تحديد مهلة الإنهاء بالنسبة للعقد في مكان التنفيذ، ما هي إلا قاعدة آمرة، ومن ثم فلا تصح مخالفتها إلا إذا كانت المخالفة أصلح للعامل.

وعلى ذلك لا يصح الاتفاق على تطبيق قانون يغض النظر عن تلك المهلة؛ إلا إذا كان الإنهاء صادرا من العامل استنادا إلى مصلحته، وعليه فلا يصح الاتفاق على قانون يحدد مهلة أطول للإنهاء أكثر من قانون مكان التنفيذ إلا بالنسبة للإنهاء الصادر من رب العمل. كما أنه إذا كان قانون مكان تنفيذ العقد يقرر إجازة سنوية للعامل أصلح مما اتفق على تطبيقه؛ متى كان هذا القانون الأخير يجيز للعامل التنازل عن حقه في الإجازة مقابل زيادة أجره [١].

---

(١) نقلا من د. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص ١٧٨ وما بعدها.

أما إذا تضمن القانون المتفق على تطبيقه أحكاما في صالح العامل وأخرى في غير صالحه، فإنه يتم الاستبعاد الكلى لهذا القانون، حيث لا يجوز تطبيق ما يحقق مصلحته واستبعاد ما لا يحققها؛ لأن ذلك يعنى الإخلال بتوازن الالتزامات [١].

وعلى الجانب الأخر يؤكد جانب من الفقه أن النصوص الأكثر صلاحية يجب أن تكون قد تضمنها العقد صراحة، على أن يكون رب العمل على بينة منها ولا يجب أن يفاجأ بها.

حالة عدم اختيار الأطراف قانونا أصلح للعامل:

أجابت محكمة النقض الفرنسية على ذلك التساؤل في حكميها الصادرين في ٦ نوفمبر ١٩٨٥ و٢٨ فبراير ١٩٨٦ بأنه [٢]:

في حالة عدم اختيار الأطراف قانونا أكثر صلاحية للعامل فإن القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي المبرم بين عامل فرنسي ورب عمل أجنبي هو قانون مكان التنفيذ، حتى ولو كان هذا القانون أقل صلاحية من القانون الفرنسي.

وقد انتقد الفقه [٣] هذا الحكم لما به من إجحاف في حماية المتعاقد الضعيف "العامل"، حيث يعطى لرب العمل –وهو الطرف القوى– القدرة على اختيار قانون مكان التنفيذ الذي هو أقل حماية

---

(١) هناك رأى يرى أن القانون الأصلح للعامل هو قانون نسبي، حيث سيتغير به العامل الذي اشترطه وحده دون سائر العاملين الآخرين.

راجع د. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) راجع د. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص ١٨٧.

(٣) راجع:

Dr. Fosto, Pocar, La Protection de lo Partie faible en droit inter prive

للعامل، لكي يتجنب اختيار القانون الأصلح، ويرى ذلك الفقه أن الحل الصحيح هو في البحث عن القانون الأكثر صلاحية للعامل عند انتفاء اختيار هذا القانون بمعرفة الأطراف.

رأى الباحث:

إلا إننا مع عظيم احترامنا للرأي المتقدم، نرى إنه في حالة بحثنا يجب أن لا ينص على ذلك، لأن رب العمل قد يلجأ إلى العديد من الأساليب وينتهز الفرص لتشغيل العمالة المهاجرة والاستفادة منها بكل السبل والطرق الأصلح له دون الاعتداد بذلك العامل المهاجر [١].

كما أن العامل المهاجر أساس إقدامه على الهجرة هو الثراء السريع، ومن ثم فهو يوافق على العمل بمجرد وصوله إلى دولة الاستقبال دون حتى الدراية بلغتها وليس قوانينها، لذا فإننا لا نؤيد [٢] هذا الرأي، ونعتد بالأصلح أيا كان في نطاق فلك قانون كل من جنسية رب العمل وجنسية العامل ومكان الإبرام ومكان التنفيذ [٣]، على اعتبار أن مكان التنفيذ قد يكون غير مكان إبرام العقد..".

كما سبق توضيحه في الوريقات السابقة.

---

(١) تطبيقا لفكرة القانون الأصلح قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٣١/ ٥/ ١٩٧٢ استبعاد قانون مكان التنفيذ "القانون السنغالي" على أساس أن القانون الفرنسي هو الأكثر صلاحية للعامل من حيث احتساب مهلة الإنهاء السابقة على الفصل.

راجع د. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٢) يؤيد رأينا نص المادة ٢٤ مدني مصري والتي تنص على أنه "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص" وهى مصدر احتياطي خص به المشرع قواعد تنازع القوانين ولم يرد ذكره بالنسبة لبقية موضوعات القانون الدولي الخاص ذاته.

(٣) يرى جانب من الفقه من يؤيدون قانون مكان التنفيذ– وجوب تطبيق قانون مكان الإبرام في حالة ما إذا كان قانون مكان التنفيذ غير مساير للمدنية "اختلاف ذلك القانون والعادات السارية في المجتمع الحديث".

ومما سبق نستطيع أن نخلص إلى إنه: على الرغم من أن مخالفة القواعد الآمرة في التشريع أو قوانين البوليس تؤدى إلى بطلان الاتفاق، إلا أن قواعد العمل الآمرة تتميز عن غيرها بجواز الاتفاق على مخالفتها طالما كانت أكثر فائدة للعامل كما سبق ذكره.

٤. عمالة الأطفال:

تمثل مسألة الأطفال Child Employment مشكلة كبيرة في وقتنا الحالي في كافة المجتمعات، وهي تهدد حقوق الطفل المنصوص عليها في المعاهدات والمواثيق بشكل مباشر. وتكثر تلك الظاهرة في المجتمعات الأقل دخلا [١]، وعلى الرغم من أن عمالة الأطفال ترتبط مع ظاهرة التسرب من التعليم، إلا إنها أيضا ترتبط بظاهرة الانفجار السكاني في المجتمعات الفقيرة والأقل ثقافة، حيث تنتشر ظاهرة كثرة الإنجاب مما يدفع عائل الأسرة إلى استخدام أطفاله في مهن متباينة مشروعة وغير مشروعة [٢]، كما إنها ترتبط بظاهرة الهجرة محل البحث رغبة في الرزق.

---

(١) تشير منظمة هيومان رايتس ووتش Human Rights Watch بوجود حوالي ٢٥٠ مليون طفل يتراوح عمرهن بين (٥–١٤) سنة يعملون في الدول النامية منهم ١٢٠ مليون يعملون دواما كاملا يوميا. ومن تلك النسبة يوجد فقط ٦٠% في أسيا وحدها ٣٢% في أفريقيا و٧% في أمريكا اللاتينية.

راجع في ذلك:

Human Rights Watch Children Labor issues, on: Its website: http://hrw.org/childrerlor.htm

(٢) أثبتت ذلك الدراسات التخصصية وأوردته تقارير منظمة العمل الدولية الصادرة عام ٢٠٠٦.

راجع في ذلك: د. إبراهيم الغزاوي– المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص– رسالة دكتوراه سنة ٢٠٠٧، ص ٤٤.

وعلى الرغم من أن عمالة الأطفال مسألة غير مرغوبة من قبل المجتمعات المختلفة، إلا إنها معترف بها ومنظمة قانونا [١] حتى في أكثر الدول تمدينا وثراءا [٢].

وتزداد ظاهرة عمالة الأطفال خلال فترة الحروب لغياب العائل وضيق الحال، وكذلك تلعب ظاهرة العولمة دورا بالغا في تفاقم ظاهرة عمالة الأطفال والنساء، خاصة في الدول الفقيرة، حيث تتجه أنظار الشركات المتعددة الجنسيات إليهم مستندة إلى حاجتهم إلى المال وسوء حالتهم الاجتماعية، مما يجعلهم يقبلون الشروط المفروضة من قبل تلك الشركات للعمل.

وضع الطفل العامل بمصر:

نجد أن المشرع المصري قد أحاط الطفل العامل بضمانات لحمايته أثناء عمله بما لا يؤثر بالسلب على مستقبله. وقد ظهر ذلك جليا في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والذي حدد سن الطفل وظروف العمل على سبيل التحديد.

---

(١) على الرغم من وجود القانون ١٢ لسنة ١٩٩٦ والذي يحظر عمل الأطفال في مصر– إلا أن الواقع يكشف عن وجود انتهاك لحقوق الأطفال حيث يصل عدد الأطفال العاملين في بعض التقديرات إلى ثلاثة مليون طفل عامل والكثير منهم يعمل في ظروف عمل خطره خاصة العاملين في مجال الزراعة، إضافة إلى تدنى الأجور وعدم وجود إجازات، وقد حدد المشرع المصري سن ١٤ عامل ص لعمل الأطفال، ووضع في قانون العمل الموحد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ أسس متميزة لتنظيم عمل أطفل والحفاظ عليه أثناء أدائه لعمله.
راجع في ذلك د. إبراهيم الغزاوي، مرجع سابق، ص ٤٥ هـ.

(٢) في كندا يسمح القانون بعمل الطفل في سن ١٥ عاما ولكنه يحدد نوعية تلك الأعمال، ويحيط عمل الطفل بسياج وضمانات صحية ونفسية حتى لا يضار الطفل من جراء عمله في مستقبله أو تعليمه أو صحته، أما في الهند فالوضع مأسوي حيث يعمل ٤٤ مليون طفل في قطاعات العمل المختلفة.
راجع في ذلك د. إبراهيم الغزاوي، مرجع سابق، ص ٤٥.

إلا أن قانون التأمين الاجتماعي المصري ٧٩ لسنة ١٩٧٥ قد استثني من هو أقل من ١٨ سنة من الاستفادة من أحكام هذا القانون، على عكس القانون السابق رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ حيث لم ينص على هذا الشرط [١].

قانون العمل الموحد المصري ١٢ لسنة ٢٠٠٣:

عدل المشرع المصري بهذا القانون كلا من المادتين ٤٤ من قانون العمل ١٣٧ لسنة ١٩٨١ والمادة ١٢٤/ ١ عمل قديم ٩١ لسنة ١٩٥٩ والتي نصت على:

حظر تشغيل أو تدريب الصبية قبل بلوغهن ١٢ سنة كاملة [٢].، حيث رفع المشرع المصري سن الطفل للعمل إلى ١٤ عاما. وقد شجع القانون أرباب العمل بتشغيل الأطفال تحت الـ (١٨) عاما على الرغم من استثنائه للطفل من الخضوع لأحكام التأمينات الخاصة بالعامل. لما يمثله الأمن من عبء مالي على رب العمل، على أن يسرى عليهم تأمين إصابة العمل ولا يسرى عليهم التأمين ضد العجز والوفاة [٣]..

وقد تناول القانون المذكور ضوابط وضمانات عمل الأطفال في المواد من (٩٨، ٩٩، ١٠٠).

---

(١) هذا لا يمنع من تطبيق أحكام التأمين الاجتماعي الشامل الواردة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٠ كفرد في المجتمع، حيث تقر المادة الرابعة من هذا القانون بخضوع الفئات التي لا تخضع لأحكام قوانين التأمين الاجتماعي والتأمين والمعاشات إلى هذا القانون.

راجع في ذلك د. جلال محمد إبراهيم، شرح قانون التأمينات الاجتماعية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٠٠ بدون دار نشر.

(٢) لا يفوتنا أن نذكر إنه يجوز للمحافظ المختص عقب موافقة وزير التعليم الترخيص بتشغيل الأطفال من ١٢– ١٤ عاما في أعمال موسمية لا تضر بصحتهم أو بدراستهم.

(٣) نحن نرى أن في ذلك شيء من العوار– فلابد أن يتضمن قانون التأمين الاجتماعي تحت مظلته كافة أنواع الحماية للطفل، وذلك لأنه في الأغلب الأعم ما يتم الدفع بهؤلاء الفتية في عدد من الأعمال الخطرة أو أعمال عادية، ولكن لصغر عمره وعدم تميزه وعدم إدراكه الكافي قد يتعامل معها دون اتخاذ الحرص اللازم مما ينتج عنه مضاعفات لا يحمد عقباها.

م٩٨: وهى الخاصة بالسن القانونية والمسموح فيها بتشغيل الطفل ١٤ عاما وهى متعلقة بالنظام العام.

م٩٩: وهي الخاصة بحظر تشغيل الأطفال من الإناث أو الذكور قبيل بلوغ سن إتمام التعليم الأساسي أو سن الـ (١٤) عاما أيهما أكبر.

م١٠٠، ١٠١: وهى الخاصة بحظر تشغيل الطفل مدة تزيد عن ٦ ساعات يوميا، ومنع تشغيله أيام الراحة الأسبوعية والعطلات الرسمية، وتحظر تشغيله ساعات إضافية، وعدم تشغيله من الساعة ٧م إلى ٧ص [١]..

عمالة الأطفال وعقد التدرج المهني:

يعتبر عقد التدرج المهني هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه رب العمل باستخدام عامل شاب، ليعلمه بصورة أصولية مهنة أو صناعة معينة خلال فترة زمنية محددة، يلتزم فيها المتدرب بالعمل تحت إشراف صاحب العمل.

المادة ١٤١ عمل مصري من القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣:

حددت تلك المادة العامل المتدرج بأنه من يلتحق لدى صاحب العمل بقصد تعلم مهنة أو صنعة. وإن كان ذلك لا يعد عقد عمل بمعناه الحرفي، إلا إنه يخضع لأحكام قانون العمل فيما يتجاوز إطار عقود العمل الفردية، وعليه يطبق قانون العمل على هذا العقد ولو لم ينص على ذلك صراحة.

ب. هل يجوز للطفل إبرام عقد عمل؟؟

(١) أحالت المادة ١٠٠ من قانون العمل الموحد ١٢ لسنة ٢٠٠٣ إلى وزير القوى العاملة لإصدار قرار ببيان تشغيل الأطفال وقد صدر بالفعل القرار رقم ١١٨ لسنة ٢٠٠٣ من وزير القوى العاملة في هذا الشأن.

يجوز للطفل إبرام عقد العمل طبقا للقانون الذي يعطيه أهلية الأداء لذلك، وفى إطار حدود التشغيل المتعلقة بالسن والمسموح قانونا.

وعليه فإن الطفل القاصر يجوز له إبرام عقد العمل، وكذا عقد التدرج المهني، بحيث يكون هذا التصرف صحيحا دونما إجازة من وليه أو نائبه القانوني [١].

أ. عقد العمل:

المادة ٦٢ من القانون المصري للولاية على المال تنص على أن للقاصر إبرام عقد العمل الفردي وفقا لأحكام هذا القانون. وقد أعطي ذلك النص المحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة الصغير القاصر وحفاظا على مستقبله [٢]، ولابد لنا من أن نوضح أن سلطة المحكمة هنا هي إنهاء العقد وليس إبطاله، حيث أن العقد من البداية انعقد صحيحا.

ب. عقد التدرج المهني:

أما في ذلك العقد فالحال مختلف.

المادة ٩٩ من القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣ تحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغ سن التعليم الأساسي أو أربع عشرة سنة أيهما أكبر، وفى ذلك يتفق هذا القانون مع المادة ٦١/ ١ من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ حيث يسمح القانون بإبرام عقد التدرج المهني لمن يبلغ سن ١٢ عاما، وعليه فمن هو

---

(١) راجع في ذلك د. السيد عيد نايل، شرح قانون العمل الجديد، ص ١٢٨.

(٢) يرى البعض إن إعطاء المحكمة سلطة إنهاء العقد تقابل إعطاء القاصر سلطة إبرام العقد منفردا.

راجع في ذلك د. حسام الاهوانى، "أهلية الطفل للتعاقد والتفرقة بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء"، ص ١٤.

أقل من ذلك وقام بالتعاقد يعتبر تعاقده باطلا والبطلان هنا مطلق لعدم توافر أهلية الوجوب إلى جانب أهلية الأداء [١].

ج. هل يجوز للطفل التصرف في العائد الذي يتحصل عليه نتيجة عقدي العمل والتدرج:

بداية لابد لنا من التفرقة بين النفقة الشخصية اليومية والمال المحصل نتيجة عمل الطفل... على النحو الآتي:

١. النفقة الشخصية:

يتيح القانون للطفل عامة مقدارا معينا من التصرفات طبقا لمرحلته العمرية [٢]، ومن هذا المنطلق فإن الطفل عامة يجوز له التصرف في ماله والمخصص لنفقته الشخصية وهو تصرف جائز.

٢. المال المتحصل من عمل الطفل:

تلازما مع حق الطفل في إبرام عقد العمل.... فإنه من المنطقي أن يكون للطفل التعامل كيفما يشاء في الأجر المتحصل من هذا العمل. وقد نصت المادة ٦٩ من قانون الطفل والمادة ٤٦ من قانون العمل الجديد على تسليم الطفل أجره، وله الحرية في التصرف فيه بجميع أشكال التصرف دون إذن المحكمة أو النائب القانوني له [٣].

٥. الطفلة الأنثى والتجارة:

---

(١) راجع د. السيد عيد نايل، مرجع سابق، ص ١٢٨ وكذلك د. حسام الأهوانى، مرجع سابق، ص ٦– ٨.

(٢) راجع للمزيد د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ١٩٥٢، دار النشر للجامعات المصرية، ٢٧٢.

(٣) راجع د. إبراهيم الغزاوي، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

قد تضطر ظروف الأسر وخاصة في النقطة موضوع البحث "الهجرة غير المشروعة" إلى التبكير بتزويج الفتيات اضطرارا؛ نظرا لطبيعة الحال أو رغما عنهم من طريق قيام رب العمل بتشغيلهم للاستفادة منهم.

ويثور التساؤل حول صحة هذا الوضع، فهل على الأنثى دون الثامنة عشرة في حالة ما إذا تزوجت أن تستأذن زوجها لممارسة الأنشطة التجارية؟؟.

الموقف طبقا لقانون العمل في مصر وقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩:

حظر قانون الطفل على الأنثى لأقل من ثمانية عشر عاما مزاولة أية أعمال تجارية، كما أن المادة ١١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩– أكدت على ذلك أيضا، إلا في حالة تصريح المحكمة المختصة لها في حدود معينة بمزاولة التجارة، باعتبار أنها مازالت قاصرا.

المشرع المصري:

نصت المادة ١/١٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن ينظم أهلية المرأة المتزوجة لمزاولة التجارة قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها.

وعليه– فلابد من الرجوع التي قانون جنسية المرأة لتحديد أهليتها للتجارة، وما إذا كانت تحتاج إلى إذن من زوجها لمزاولة التجارة أم مزاولتها مباشرة، والعبرة وفقا لصريح النص السابق هو الرجوع إلى قانون الزوجة، وهذا ما يحدث في أحوال الهجرة محل بحثنا، حيث في كثير من الأحيان قد تختلف جنسية الأسرة "زوج– زوجة".

حالة عدم حصول الزوجة على إذن زوجها:

في حالة ما إذا لم تحصل الزوجة على إذن زوجها لمباشرة حقوقها، سواء رفض الزوج إعطاء زوجته الإذن أو تجاهل الرد. فأن المادة ٨٩٤ من القانون ٢٦ لسنة ١٩٥١ والخاصة بإضافة كتاب رابع إلى قانون المرافعات قد أعطت تلك الزوجة أن تنذر الزوج لمدة ٢٤ ساعة، ثم تطلب من رئيس المحكمة الابتدائية التابع ها موطن الزوج الفصل في قرار مزاولتها للتجارة.... على أن يكون قرار رئيس المحكمة في تلك الحالة على وجه السرعة وغير قابل للطعن [١].

الوضع في الشريعة الإسلامية:

لا يفوتنا الإشارة إلي أن شريعتنا الغراء قد أعطت للمرأة المتزوجة الحق في مباشرة التجارة، وذلك عكس العديد من التشريعات التي اتجهت إلى الحد من أهلية المرأة المتزوجة وتعليقها على موافقة الزوج[٢].

(١) راجع في ذلك د. فؤاد رياض– خالد الترجمان، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

(٢) راجع في ذلك د. فؤاد رياض– خالد الترجمان، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

المطلب الثالث

القانون الواجب التطبيق

على الفعل الضار الصادر

من المهاجر بطريقة غير المشروعة

أولا: **القاعدة العامة**: **تطبيق القانون المحلي على الالتزامات غير التعاقدية** [١].

Obligations Extra- Contractuelles:

أخذ الفقه في الفترة من القرن الثالث عشر حتى القرن الثامن عشر يتجه إلى إسناد وإخضاع العمل الضار إلى قانون محل وقوع الجريمة[٢]، إلا أنه بحلول منتصف القرن التاسع عشر ظهر فقه ينادى بإخضاع ذلك العمل الضار إلى قانون القاضي[٣]، وذللي لأن القواعد التي تحكم العمل الضار هي قواعد آمرة، وعلى القاضي أن يتقيد بما يرد في قانونه غض النظر عما يرد في قانون محل وقوع العمل.

---

(١) سيتم التركيز من الواقعة القانونية وقصرها على العمل المادي بالمقابلة للتصرف القانوني بمعنى العمل الإرادي، على اعتبار إن الواقعة القانونية مصدرا للالتزام أيا كانت عملا غير مشروع، وهو المتمثل في الفعل الضار ((المسئولية التقصيرية أو عمل مشروع الإثراء بلا سبب ولا يمتد ذلك إلى الالتزامات التي يكون مصدرها المباشر هو القانون وذلك لقيامه بتقريرها وتعيين الملتزم بها)) راجع في ذلك د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٣٥، ٤٤٧.

(٢) نادي فقهاء نظرية الأحوال بإخضاع العمل الضار المادي لقانون محل وقوعه.

Lex Loci deliciti commissi.

وأخذ بتلك النظرية كل من الفقهاء بارتول، دمولان، دارجنترية وفقهاء المدرسة الهولندية وفقهاء القرن الثامن عشر، وقد تجاوبت تلك النظرية مع النزعة الإقليمية لهؤلاء الفقهاء.

(٣) أيد تلك النظرية، سافيتي.

إلا أن الفقه اللاتيني ينحو تجاه إخضاع العمل الضار إلى قانون محل وقوعه، لأن موضوع العلاقة القانونية الناتجة عن ذلك، وهي الالتزام بالتعويض [١]، لا يمكن إسنادها بالنظر إلى موضوعها ولا أشخاصها، وإنما تستند إلى مصدرها وهو الفعل الضار ذاته، ومحل وقوع هذا العمل هو النقطة التي يتركز عليها الإسناد إلى قانون هذا المحل، خاصة وأن القانون يرتب الأثر القانوني على العمل المادي دون دخل لإرادة مرتكبيه، وذلك لتحقيق الموازنة بين حقوق الفرد وحقوق الآخرين [٢].

ويؤيد أنصار إخضاع الفعل الضار للقانون المحلي– أن العمل الضار يدخل في نطاق قواعد الأمن المدني للدولة التي وقع على إقليمها.

إلا أن ذلك يوجب علينا الإشارة إلى أن اختصاص القانون المحلي بحكم العمل الضار ليس اختصاصا مطلقا؛ ،لأن رجال الفقه اعترفوا بفكرة النظام العام [٣]، وهو ما يترتب عليه أعمال قانون

---

(١) يرى الفقيه بارتان إخضاع حكم الفعل الضار للقانون المحلي Loi Locale.

(٢) راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٣٦.

(٣) يلعب النظام العام دورا محوريا هاما في مجال تنازع القوانين كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي وتثبيت القانون الإقليمي، وفكرة النظام العام مرنة تختلف باستخدامها في النطاق الدولي عنها في الداخلي، وقد ظهر الدور الحديث لتلك الفكرة في القرن التاسع عشر على يد الفقيه الألماني سافيتي. للمزيد راجع هشام صادق – مرجع سابق، ص ٢٩٧. وما بعدها.

القاضي كما هو الحال في فرنسا [١]، كما أنه قد يكون محددا بمعرفة المشرع مثل الحال في ألمانيا ومصر واليابان [٢]، وهو مختلف من دولة إلى أخرى.

وعلى ذلك نجد أن كل التشريعات تصوغ قاعدة الإسناد في صورة تجعل الاختصاص معقودا أصلا لقانون محل وقع الفعل، ومقيدا استثناء بقانون القاضي على أساس النظام العام ((وذلك طبقا لقانون كل دولة على حدة)).

(١) اتخذ عدد من الشراح الفرنسيين المادة (٣ فقرة ١ مدني فرنسي) والتي تقضي بإخضاع العمل الضار لقانون محل وقوعه دليلا على إقليمية القانون، باعتبار أن قواعد المسئولية التقصيرية جزء من قوانين البوليس، وتسري قواعد تلك المسئولية على الأعمال التي ترتكب في فرنسا فقط ولا تسري على الأعمال التي تقع خارج فرنسا. أما المؤيدون لتطبيق قانون القاضي فقد فسروا تلك القاعدة على أن القاضي الفرنسي ملزم بتطبيق قواعد البوليس والأمن الواردة في القانون الفرنسي وألا يطبق غيرها – وقد خلطوا في ذلك بين إقليمية القانون وتعلق القانون بالنظام العام. وهذا ما جعل العديد من النقاد يعتبر تطبيق القانون المحلي استنادا إلى أن قواعد المسئولية التقصيرية، من قواعد الأمن المدني يجعل الأخذ بهذا القانون قاعدة، أما الاستثناء فهو فكرة النظام العام. راجع د. هشام صادق، ص ٤٣٦.

(٢) نجد أن المادة ١١ من القانون البولوني سنة ١٩٢٦ والمادة ٢٥/ ٢ من القانون الإيطالي ينصان على الاختصاص لقانون محل وقوع الفعل دون قيد، أما المادة ١٢ من قانون الإصدار الألماني فلا تطالب الألماني في حالة المسئولية عن عمل غير مشروع بأكثر مما هو وارد في القانون الألماني، كذلك المادة ١/٢١ مدني مصري تخضع الالتزام الغير تعاقدي لقانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، إلا أن الفقرة الثانية من ذات المادة قد أوردت قيدا مفاده أنه لا تسري أحكام تلك الفقرة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر إذا كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه، وكذلك المادة ١١ من القانون الياباني والتي تعقد الاختصاص عن الفعل الضار لقانون محل وقوعه، وتستثني حالة ما إذا كان الفعل مشروعا وفق القانون الياباني وتقيد حقوق المضرور بما هو مقرر في القانون الياباني.

المادة ٢١ مدني مصري [١]:

ف١: يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

ف٢: على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار – لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في مصر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.

استثناء: بالنسبة للأفعال الضارة لا يسرى هذا الحكم على الوقائع التي تحدث في الخارج والمشروعة في مصر، وأن عدت غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه، وذلك أن وصف المشروعية سواء تم إلحاقه أو نفيه فهو أمر يتعلق بالنظام العام.

القاعدة والاستثناء [٢]: ومما تقدم يتضح أن القاعدة العامة في القانون المصري هي إخضاع الفعل الضار للقانون المحلي.

أما الاستثناء فهو المتمثل في اعتبار الفعل الضار غير مشروع في مصر، أي أن يكون الفعل في مجمله خطأ يستوجب المسئولية التقصيرية طبقا للقانون المصري باعتباره قانون القاضي، فإذا تحقق القاضي من توافر هذا الشرط طبق القانون المحلي في شأن باقي أحكام المسئولية التقصيرية.

---

(١) بالإضافة إلى ذلك نجد أن الفقه المصري في بعض الفروض قد أخضع الالتزام غير التعاقدي لنفس القانون الحاكم للرابطة الأصلية، خاصة في الفروض التي يرتبط فيها المضرور ومرتكب الفعل الضار بعلاقة سابقة، حيث ورد في نص المادة ١٢/ ٢ أن المسئولية من انقضاء الزواج نتيجة خطأ أحد الزوجين تخضع لقانون جنسية الزوج. كذلك المادة ١/١٣ تخضع المسئولية عن الالتزامات المتبادلة بين الزوجين لقانون جنسية الزوج وقت الزواج ولو كان أساسها هو الفعل الضار، وذلك لتعلق الأمر بآثار الزواج أكثر من اتصاله بالمسئولية التقصيرية. وقد أصاب المشرع المصري في ذلك لارتباط المسئولية في تلك الحالات بالقانون الذي يحكم العلاقة الأصلية أكثر من ارتباطها بالقانون المحلي.

(٢) وقد استهدى المشرع في حكم الفقرة الأولى بالقوانين البولوني والإيطالي والياباني واستمد حكم الفقرة الثانية من القانون الياباني. راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

كيفية تحديد القانون المحلي [١]:

القانون المحلي هو قانون محل وقوع الفعل المنشئ للالتزام، وهو يثير الكثير من الصعوبات في حالة تعيينه، حيث قد يقع الفعل الضار ومكوناته من خطأ Wrong يقع في مكان وضرر Injury يتحقق في مكان أخر.

مثال: اعتدي مهاجر بطريقة غير مشروعة على سائحة في دولة المهجر ((فرنسا)) تحمل الجنسية الكندية.

مثال أخر: أرسل شخص وهو في دولة ما خطابا يتضمن سب وقذف في حق شخص آخر وأرسله بالبريد إلى دولة هذا الأخير.

كذلك تثور صعوبة تحديد القانون المحلي بالنسبة لحوادث الملاحة الجوية والبحرية.

فما هو الحل في تلك الحالة... هل يعتد بقانون مكان وقوع الخطأ أم بمكان تحقق الضرر.

١. اختلاف معيار الاعتداد في أكثر من دولة:

ونظرا لأن موضوع الدراسة هو ما قد يقع من المهاجر بطريقة غير مشروعة من فعل ضار في دولة المهجر أو دولة الاستقبال، لذا فإننا سوف نركز على المسئولية المترتبة على الفعل الضار فقط على النحو الآتي:

---

(١) راجع التطور التاريخي لتطبيق القانون المحلي، د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٦، ٧ وما بعدها.

بداية نود الإشارة إلى أن المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني [١] لم تتعرض لحسم الخلاف المستحكم في الفقه فيما يتعلق بتعيين البلد الذي وقعت فيه الحادثة المنشئة للالتزام، عند تعدد عناصر هذه الحادثة، بل ترك ذلك لاجتهاد القضاء.

وقد انقسم الخلاف إلى رأيين كالآتي [٢]:

الولايات المتحدة الأمريكية والاعتداد بمكان تحقق الضرر:

يعتد الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية بمكان تحقق الضرر، حيث يحكم قانون ذلك المكان المسئولية التقصيرية، وأساس ذلك أن المسئولية لا تكتمل إلا باجتماع عناصرها، وعلى ذلك يعتد بمكان آخر عنصر يتوافر فيه ذلك وهو مكان وقوع الضرر [٣].

المشروع الفرنسي والاعتداد بمكان وقوع الخطأ:

أما الفقه الفرنسي فقد ذهب إلى الاعتداد بقانون محل وقوع الخطأ كقانون حاكم للمسئولية التقصيرية، وذلك استنادا إلي أنه هو المعيار السليم الذي يجب تركيز الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع فيه [٤]، انطلاقا من كون قواعد المسئولية التقصيرية تهدف أساسا إلى وقاية المجتمع من العمل غير المشروع، وأن مكان وقوع الضرر قد يصعب تحديده لأنه قد يكون مكانا عارضا في

---

(١) راجع د. عز الدين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٤١، هـ١، كذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٧٣٧، كذلك د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧٩.

(٢) هناك رأى أخر هو ترك الحرية للمضرور في الاختيار بين قانون محل وقوع الخطأ وقانون تحقق الضرر، وهذا ما أقره معهد القانون الدولي في دورة انعقاده سنة ١٩٦٩. بأن يعتبر العمل واقعا في المكان المرتبط به أكثر من سواء، على أن تراعي الوقائع التي تربطه بمكان معين ابتداء من الحادث الضار إلى تحقق الضرر. راجع د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧٩.

(٣) راجع حكم محكمة استئناف الولايات المتحدة الأمريكية، مشار إليه عند د. إبراهيم أحمد، مرجع سابق، ص ٥٨٠، ٢٥.

(٤) راجع د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٧٣٧.

بعض الأحيان، كما أن الضرر قد يتوزع بين أكثر من دولة، والقانون ينظر إلى الخطأ أكثر من الضرر المترتب عليه [١].

إلا أن بعض الفقه في فرنسا قد اعتد برأي آخر وهو مكان وقوع الضرر [٢]، وذلك استنادا إلى أن تعيين الاختصاص القضائي الداخلي بالدعوى يستند إلى ذلك [٣] كما أنه يوازن بين حق الفرد وحقوق والآخرين.

المشرع المصري والاعتداد بمكان وقوع الخطأ:

أكد جانب من الفقه المصري الرأي الفرنسي استنادا إلى أن الخطأ هو العماد الرئيسي الذي تقوم عليه المسئولية التقصيرية– وما الضرر إلا تابع للخطأ، ويضيف الفقه المصري أن القانون المحلي في حالات المسئولية المدنية الناتجة عن الفعل الضار يتدخل كنص من نصوص الأمن المدني الآمرة، بغية تأمين الناس على إقامتهم بمنع ارتكاب العمل الضار ضدهم، وعلى ذلك فإن التعويض المترتب لا يكون إلا نتيجة مخالفة القانون المحلي المختص بتقرير ذلك الجزاء، أما قانون الدولة التي ترتب فيها الضرر فليس له تقرير التعويض ولا تحديد أركان المسئولية؛ لأن قوانينه الخاصة بالأمن المدني ليست هي التي خرقت، بالإضافة إلى أن حدوث الضرر في إقليمها قد يكون لأساب مستقلة عن إرادة الفاعل)) [٤].

---

(١) راجع د. عز الذين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٤٢.

(٢) يؤيد د. فؤاد رياض ود. سامية راشد هذا الرأي، انظر ص ٤٠٤، المرجع السابق.

(٣) راجع حكم محكمة استئناف باريس في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٥٥.

(٤) يرى د. جابر عبد الرحمن وهو من مؤيدي ذلك الرأي أن العبرة في الجريمة المدنية المصاحبة لجريمة جنائية هي بتحديد محل ارتكاب الجريمة الأخيرة دائما، وتحدد على أساس محل ارتكاب الفعل المعاقب عليه ولا أهمية لمحل الضرر. راجع في ذلك د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٧٣٨، هـ١.

وعلى الرغم من صلابة ووجاهة الرأي السابق [١] إلا أن هذا الرأي قد تم نقده، ورأى جانب من الفقه الاعتداد بكل من عنصري الخطأ والضرر معا وعدم التركيز على أحدهما دون الأخر؛ لأن التركيز على أيهما يؤدي إلى تجاهل الطبيعة الخاصة للمسئولية التقصيرية، وقد أيد جانب من الفقه هذا [٢] الرأي لتحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للخصوم، حيث أن مصلحة المضرور قد تقتضي تطبيق قانون مكان الضرر، وعلى الصعيد الأخر فإن مصلحة مرتكب الخطأ قد تستلزم تطبيق قانون محل وقوع الخطأ، حيث قد تنعقد المسئولية لشخص عن فعل. يعد مشروعا في مكان .ارتكابه، وذلك لأنه من الصعوبة بمكان الإلمام بأحكام القانون السائد في المكان الذي تحقق فيه الضرر. وعلى هذا، ولتحقيق ذلك التوازن يجب تمكين المضرور من اختيار القانون الذي يعطيه الحق في التعويض عما أصابه من ضرر، بالقدر وبالشروط الأكثر ملائمة لمصالحه، سواء كان ذلك القانون هو قانون محل وقوع الخطأ أو قانون محل حدوث الضرر، شريطة أن يعتبر الفعل في الحالة الأخيرة غير مشروع وفقا لقانون الدولة التي ارتكب فيها.

٢. ويثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق علي عمل الشخص أو عمل الغير، أو عن فعل الحيوان أو الأشياء:

يعد قانون محل وقوع الخطأ هو الذي يتحدد به القانون الواجب التطبيق بالنسبة لمسئولية الشخص عن عمله أو عمل الغير أو فعل الحيوان أو عن الأشياء.

---

(١) راجع ذلك النقد عند د. هشام صادق، مرجع سابق، ص ٧٤٠.

(٢) راجع رأى د. هشام صادق، ص ٧٤١ وهو ما جرى عليه القضاء في ألمانيا، حيث يخضع المسئولية التقصيرية لأي من قانون محل وقوع الخطأ أو محل وقوع الضرر؛ حيث يكون الخيار في تلك الحالة للمضرور.

أ. القانون الواجب التطبيق على مسئولية الشخص عن فعله:

ويكون هذا القانون في حالة مسئولية الشخص عن عمله الشخصي هو قانون البلد الذي ارتكب هو فيه الخطأ.

ب. القانون الواجب التطبيق على مسئولية الشخص عن فعل الغير:

أما في حالة المسئولية عن عمل الغير فيعتبر قانون البلد إلى ارتكب فيه الخاضع للرقابة أو الشخص التابع الخطأ الذي ترتب عليه الضرر.

ج. القانون الواجب التطبيق على مسئولية الشخص عن فعل الحيوان أو الأشياء:

أما بالنسبة للمسئولية عن فعل الحيوان أو الأشياء فيعتبر قانون البلد الذي وقع فيه فعل الحيوان أو الشيء.

وذلك لأنه المكان الذي يتجسم فيه خطأ متولي الرقابة والمتبوع وحارس الحيوان وحارس الشيء، ويحدد جانب من الفقه مسئولية المتبوع عن التابع ومسئولية الحارس عن الأشياء، مع مراعاة أن مكان الفعل الضار هو مكان تحقق الضرر، مع ملاحظة أيضا أن علاقة التبعية بين المتبوع والتابع يخضع فيها العقد للقانون الذي يحكم التصرف الإرادي على العموم وليس قانون محل الخطأ أو محل الضرر، أما تكييف العلاقة بأنها تبعية أم لا فيخضع لقانون القاضي [١].

---

(١) راجع في ذلك د. عز الذين عبد الله، مرجع سابق، ص ٤٤٤،هـ١.

٣. القانون الواجب التطبيق على الأفعال التي تقع في المياه الاقليمية أو في عرض البحر:

د. الأفعال التي تقع في المياه الإقليمية:

نظرا لأن أكثر حالات الهجرة غير المشروعة تتم عن طريق البحر [١]، لذا فإن القاعدة هي إخضاع ذلك الفعل [٢] لقانون الدولة التي تتبعها هذه المياه، استنادا إلى أن قوانين الأمن التي تصدرها الدولة يشمل سلطانها مياهها الإقليمية، وينصرف سلطان هذه القوانين أيضا إلى الأفعال التي تقع على ظهر السفينة أيضا. وإذا كانت تلك الدولة مشتركة في معاهدة ما لتنظيم تلك المسألة مثل معاهدة بروكسل المنظمة لحوادث التصادم البحري فإن أحكام تلك المعاهدة هي التي تطبق. ويخرج عن نطاق بحثنا ما يحدث في أعالي البحار؛ لأنه في الغالب يتم إنزال هؤلاء المهاجرون على مقربة من شواطئ دولة المهجر.

---

(١) راجع ما نشر في جريدة الأهرام بتاريخ ١/ ٤/ ٢٠١٠.

(٢) إنزال الأعداد الهائلة من المهاجرين بطريقة غير مشروعة إلى المياه الإقليمية لدولة، ما على أن يسبحوا للوصول إلى شواطئ تلك البلاد ويدخلوا منها وهو ما يعتبر جريمة وفعلا ضارا ضد قوانين تلك البلد.

ب. حالة ما إذا حدث واقعة على ظهر السفينة بعرض البحر:

قد يقع حدث ما على ظهر تلك السفينة من طاقم السفينة أو السمسار المتولي تهجير أو تسفير هؤلاء المهاجرين [١].

في هذه الحالة يطبق قانون علم تلك السفينة، على اعتبار إنها جزء من إقليم الدولة التي ترفع علمها، وقد استند الفقهاء في ذلك لخضوع سلوك هؤلاء الأشخاص للقانون السائد في الوسط الاجتماعي الذي اتخذوا فيه مسلكهم الخاطئ. حيث أن السفينة في ذلك المكان تعتبر مجتمعا مستقلا بأشخاصه، وعليه فإن الرجوع إلى قانونها بالنسبة للحوادث الواقعة فوقها يعتبر تطبيقا للقانون المحلي، باعتباره قانون الوسط الاجتماعي الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

ثانيا: هل تسئل الدولة عن أعمال الأفراد:

يحدث في كثير من الأحيان أن يقوم بعض الأفراد في إقليم الدولة بأعمال مخلة أو بالاعتداء على مواطني تلك الدولة أو إهانة علمها أو شعارها الوطني.

وفى بحثنا قد يقوم المهاجر بطريقة غير مشروعة بالاعتداء على صاحب العمل أو بإهانة علم الدولة، أو بالعمل على المساعدة في حركة ثورية أو انفصالية، وهذا نتيجة إحساسه بالظلم وعدم العدالة، سواء في الراتب أو المعيشة أو غير ذلك من الحقوق كما سبق وشرحنا سلفا. فما هو أثر تلك الأفعال بالنسبة للدولة صاحبة الإقليم، فهل تسئل الدولة ((دولة المهاجر بطريقة غير مشروعة))

---

(١) كان تحدث مشاجرة بين الركاب أو أن يصاب أحدهم بضرر نتيجة خلل أو عطب في أجهزة السفينة نفسها.

مباشرة عن تلك الأفعال أمام الدولة أو الدول الأجنبية التي وقع الاعتداء ضدها أو ضد رعاياها؟ [١].

للإجابة عن ذلك التساؤل لابد أن نوضح أن هؤلاء الأفراد أو المهاجرين الذين قاموا بتلك الأفعال لا يعملون باسم الدولة ولحسابها، وإنما ارتكبوا ذلك الفعل وهم مجردين عن كل صفة رسمية، وعليه فلا تسئل الدولة مباشرة عن أفعالهم لأنها أفعل فردية، ولكن تنعقد مسئولية الدولة في حالة إذا تثبت إنها قصرت في واجباتها كدولة، كأن يكون تشريعها خاليا من نصوص تجرم وتعاقب مثل تلك الأفعال، أو أن النص موجود ولكن غير مفعل.

ثالثا: هل تسئل الدولة عن أعمالها دوليا [٢]؟؟

أثير التساؤل حول المسئولية الدولية للدولة، وهل تنعقد على الرغم من اعتبارات السيادة التي تتمتع بها الدولة؟ وقد اختلفت الآراء في هذا الصدد على النحو التالي:

---

(١) يعتبر أساس المسئولية هو التزام الدولة ببذل العناية الواجبة للحفاظ على النظام العام، وهو ما يكون على إقليمها فقط، إلا أن في حالة ما إذا أخل المبعوث الدبلوماسي في تصرفه وترتب على ذلك الإخلال ضررا لتلك الدولة، فتنعقد في تلك الحالة مسئولية الدولة الموفدة، كما تنعقد مسئولية الدولة أيضا إذا ثبت تشجيعها ودعمها للأعمال الإرهابية ضد الأموال والمصالح الأجنبية، كذلك تتحمل الدولة المسئولية في حالة التلوث البحري الصادر عن سير سفنها في المناطق البحرية الخاضعة لولاية دولة أجنبية، أو عن الأنشطة التي تمارسها للكشف والاستغلال في قاع البحر الدولي. راجع في ذلك د. إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص ٩٧، ٩٨ وكذلك د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، بدون سنة نشر، ص ٢٥٨.

(٢) راجع للمزيد:

Immunity of states and their officials in international Criminal Law and International Human Righr, Law. By «Alebeek, Rosanne» 2008.

الآراء التي قيلت في هذا الشأن:

رأي أول: أصحاب هذا الرأي يؤيدون فكرة السيادة المطلقة للدولة، حيث يؤكدون على أن الدولة بما لها من سيادة تعتبر هي الوحيدة التي لها الحق في الفصل فيما يترتب على تصرفاتها، وإنها بناء على رغبتها المحضة تقوم بإصلاح أي ضرر نتيجة تصرفاتها [١].

رأي ثان: وهو رأي لجنة القانون الدولي التابع للأمم المتحدة [٢]: حيث سجلت اللجنة مبدأ المسئولية الدولية في المشروع الذي أعدته في موضوع مسئولية الدولة بسبب الأضرار التي تصيب أشخاص وأموال الأجانب في إقليمها، حيث نصت في المادة الأولى من المشروع على: ((المسئولية الدولية للدولة بسب الأضرار التي تصيب أشخاص وأموال الأجانب في إقليمها مؤداها الالتزام بتعويض هذه الأضرار، متى كانت نتيجة أفعال إيجابية أو مواقف سلبية منافية للالتزامات الدولية، اتخذتها سلطاتها أو موظفوها، ولا يجوز للدولة أن تحتج بنصوص قانونها الداخلي لكي تفلت من المسئولية الناتجة عن الإخلال بالتزام دولي أو عن عدم تنفيذه.

رأي ثالث: أصحاب ذلك الرأي يرون أن المسئولية الدولية تتصل بفكرة السيادة [٣] وهي لا تنشأ إلا بين دولتين، وعلى ذلك لا تدخل فيها المسئولية التي تنعقد بين الدولة وأحد الأفراد أو الهيئات

---

(١) راجع د. علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

(٢) راجع نص المشروع في الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي سنة ١٩٥٨ ج ٢، ص ٧٣ وما بعدها، مرجع مشار إليه، عند د. علي صادق أبو هيف، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

(٣) يرى د. محمد طلعت الغنيمي، أن السيادة هي المصطلح الدولي الذي يدل على الأهلية القانونية للدولة وهو ليس حقا وإنما صفة تتميز بها الدولة عن غيرها من أشخاص القانون الدولي. في حين يرى د. محمد سامي عبد الحميد– أن السيادة من أكثر نظريات

الخاصة نتيجة إخلال الدولة بالتزاماتها التي يفرضها القانون، أو باتفاق أبرمته الدولة مع أحد الأفراد، إلا أن إخلال الدولة باتفاق مع الأفراد يقع تحت طائلة القانون الداخلي طالما كان النزاع محصورا بين الدولة والفرد، أو الهيئة الطرف فيه.

رابعا: اختلاف المسئولية الدولية طبقا لنوع الدولة:

تنعقد المسئولية للدولة كاملة السيادة [١] فقط وذلك لتمتعها بحريتها في تصريف شئونها، أما الدول ناقصة السيادة [٢] ((التابعة أو المحمية)) وكذلك الدول في الاتحاد الشخصي والتعاهدية [٣] فتقوم المسئولية على النحو التالي.

في الأولى تتحمل المسئولية الدولة التي تمارس عنها السيادة، أي ((الدولة الحامية أو الدولة المتبوعة))، وفي الثانية تقوم المسئولية قبل الدولة التي تخل بأحد الواجبات الدولية دون غيرها من الدول الأخرى، حيث أن كلا منها مستقلة في تصريفها لشئونها الخارجية وتحتفظ بشخصيتها الدولية قائمة بذاتها،

القانون العام غموضا ومن الصعوبة الاتفاق على تعريف لها. وأن المقصود بالسيادة كعنصر من عناصر الدولة هو أن يوجد إلى جانب الإقليم والسكان سلطة لا تعلوها سلطة تباشر جميع الاختصاصات داخل الدولة وفي مواجهة الرعايا وتتصرف في الخارج على قدم المساواة مع غيرها من السيادات المماثلة. راجع في ذلك د. محمد طلعت الغنيمي، بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، منشأة المعارف سنة ١٩٧٤، ص ٧٥– كذلك د. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية ١٩٧٩، ص ٢٢٢.

(١) للمزيد عن تعريفات السيادة في الفقه الدولي راجع د. فادي الملاح، سلطات الأمن والحصانات والامتيازات الدبلوماسية، في الواقع النظري والعملي مقارنا بالشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٣، ص ٦٣.

(٢) لا تملك الدول ناقصة السيادة إرسال مبعوثين دبلوماسيين، حيث تتولى ذلك الدولة القائمة بالإدارة، إلا إذا سمحت العلاقة بخلاف ذلك. راجع د. فادي الملاح، المرجع السابق، ص ٧٤.

(٣) في دول الاتحاد الشخصي والتعاهدية، ونتيجة احتفاظ كل دولة بكيانها الذاتي وشخصيتها الدولية، فإن لكل منها حق مباشرة التمثيل الدبلوماسي عن نفسها مستقلة عن الأخرى ما لم يتفق على خلاف ذلك.

أما في دول الاتحاد [١] الفعلي فتتحمل المسئولية الحكومة المشتركة للاتحاد؛ لأنها المسئولة عن الشئون الخارجية للدول الأعضاء [٢].

شروط انعقاد المسئولية الدولية:

وتنعقد المسئولية الدولية في شكلها التقليدي بارتكاب عمل غير مشروع من جانب أحد أشخاص القانون الدولي يتسبب عنه ضرر لشخص دولي أخر. أما الشكل الحديث للمسئولية الدولية. فهو يتمثل في حدوث ضرر لشخص دولي أو أكثر نجم عن عمل أو امتناع عن عمل صدر عن شخص دولي أخر، ويتضح من ذلك إنها نفس القاعدة في القانون الخاص [٣].

وعلى ذلك فإن شروط المسئولية هي:

أولا: أن يكون هناك ضررا قد لحق دولة ما، وهذا الضرر لابد وأن يكون جديا.

ثانيا: أن يكون الضرر ناتجا عن فعل غير مشروع من جانب الدولة المشكو منها. أي أن يكون به إخلال بواجباتها القانونية، وهو قد يكون إيجابيا مثل اقتراف عمل لا حق للدولة فيه. وقد يكون سلبيا مثل عدم قيام الدولة بعمل كان يجب أن تؤديه [٤].

---

(١) تذوب شخصية كل الدول الأعضاء في الاتحاد الفعلي، وتتكون شخصية دولية واحدة تباشر عن الجميع التمثيل الدبلوماسي من خلال الهيئة المركزية للاتحاد، إلا إذا اتفق على أن تباشر إحدى الدول أو بعضها التمثيل الدبلوماسي بنفسها.

(٢) راجع د. علي أبو هيف، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٣) راجع د. إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص ٨٦.

(٤) وعلى ذلك لا تسأل الدولة عن تصرفاتها داخل إقليمها استنادا إلي حق الدفاع الشرعي.

وعلى ذلك فإن إعمال فكرة الضرورة يستوجب مسئولية الدولة، وعليها التعويض عن الضرر الذي تسببت فيه، حيث أن حالة الضرورة وإن بررت تصرف الدولة على وجه فيه إضرار بالغير، إلا أن هذا التصرف لا يصبغ بالمشروعية التي تتيح رفع مسئولية الدولة نتيجة استخدامه [١].

ثالثا: أن يكون هناك خطأ من جانب الدولة المشكو منها، سواء كان متعمدا أو نتيجة إهمال.

أما إذا كان الضرر نتيجة قوة قاهرة أو ظرف طارئ أو خطأ من الدولة التي أصابها الضرر ذاتها فإن المسئولية تنتفي.

ويترتب على قيام المسئولية القانونية قبل الدولة التزامها بإصلاح الضرر الذي أحدثته أو تسببت في حدوثه، والإصلاح قد يأخذ إحدى صورتين:–

ب. أما إعادة الحال إلى ما كان عليه.

ج. أو دفع تعويض ملائم [٢].

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٤ من مشروع لجنة القانون الدولي.

٢. حالات المسئولية الدولية:

تنعقد المسئولية الدولية للدولة عن أعمالها التعاقدية وأعمالها التي تنتج من إحدى سلطاتها أو هيئاتها العامة إخلالا بقواعد القانون الدولي.

---

(١) راجع د. على أبو هيف، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

(٢) في حالة عدم التوصل إلى اتفاق على وجوب التعويض أو على قدره يتعين وعرض الأمر على التحكيم أو على القضاء الدولي للفصل في النزاع، راجع في ذلك نصوص المواد ٣٣، ٣٦/ ٣، ٩٤ من ميثاق الأمم المتحدة.

ب. المسئولية العقدية: حكم تعهدات الدولة قبل الأفراد:

بالنسبة لتعهدات الدولة العقدية أمام الأفراد الأجانب، فلابد من التفرقة بين ما تبرمه الدولة من عقود بصفتها شخص معنوي عادى؛ وما تبرمه استنادا إلى سيادتها وسلطتها العامة.

أما الأولى مثل عقود التوريدات والمقاولات فلا تثير أية مسئولية دولية بصفة مباشرة إذا أخل بها، وللمضرور اللجوء للقضاء طلبا لتعويض أو تنفيذا لذلك العقد. كما أن دولة ذلك المتعاقد ليس لها أن تتدخل في الأمر إلا إذا صدرت من الدولة المخلة تصرفات بغرض عدم تمكينه من الوصول إلى حقه.

أما الثانية مثل طرح فرص للاكتتاب العام- فإن الإخلال به لا يسمح للأفراد باللجوء إلى القضاء للمطالبة بالسداد أو التعويض، وذلك لتعلق ذلك العقد بأعمال السيادة التي لا يملك القضاء النظر فيها. أما إذا توقفت الدولة تعسفا عن السداد ففي هذه الحالة يكون لذلك الأجنبي اللجوء إلى دولته لتسعي لدى تلك الدولة كي تعطي صاحب الحق حقه، ويجوز إرغام تلك الدولة إذا

امتنعت عن السداد لعذر غير مقبول [١].

---

(١) للمزيد راجع:

Immigration as an Economic Asset «The German Experience», 1994.

ج. المسئولية التقصيرية:

تنعقد المسئولية التقصيرية للدولة نتيجة الأفعال التي تقع من إحدى سلطاتها أو هيئاتها العامة إخلالا بقواعد القانون الدولي؛ ولو كانت هذه الأفعال لا تتعارض مع أحكام قانونها الوطني.

١. مسئولية الدولة عن أعمال سلطتها التشريعية:

على أنه يجوز للدولة إصدار ما تريد من تشريعات، إلا أن عليها في نفس الوقت أن تراعى عدم تعارض تلك التشريعات مع القانون الدولي العام؛ لأنه إذا أصدرت تشريعا مخالفا لقاعدة دولية فإن ذلك يستتبع مسئولية الدولة، كذلك إذا امتنعت عن إصدار تشريع يقتضيه تطبيق قواعد القانون الدولي تنعقد المسئولية الدولية كذلك. والعلة في ذلك ليس إصدار التشريع أو الامتناع عنه وإنما الضرر الواقع نتيجة التنفيذ.

٢. مسئولية الدولة عن أعمال سلطتها القضائية:

تنعقد مسئولية الدولة عن الأحكام الصادرة من محاكمها إذا تعارضت مع قواعد القانون الدولي، ولا يدفع المسئولية عنها الاحتجاج بمبدأ استقلال القضاء أو بمبدأ احترام الشيء المحكوم فيه. كما تنعقد مسئولية الدولة في حالة إذا ما صدر عنها حرمانها للأجانب [١] المقيمين على أراضيها من حق التقاضي، أو ارتكبت المحكمة خطأ جسيما أثناء سير المحاكمة. ولا يفوتنا الإشارة إلى أن الخطأ الغير مقصود لا يعتبر سببا للمسئولية الدولية.

---

(١) وهي ما تسمى حالة إنكار العدالة– راجع د. علي أبو هيف، مرجع سابق، ص ٢٥٤، وكذلك د. إبراهيم العناني، مرجع سابق، ص ٩٧.

٣. مسئولية الدولة عن إعمال سلطتها التنفيذية:

تسئل الدولة عن كل إخلال بقواعد القانون الدول أو بواجباتها الدولية قد يقع من سلطتها التنفيذية، سواء كان هذا الإخلال فعلا إيجابيا أو نتيجة لموقف سلبي، ولا أهمية لما إذا كان الفعل مما تسمح به قوانين الدولة أو كان مخالفا لهذه القوانين طالما أنه يتعارض مع إحدى الواجبات الدولية. وتسأل الدولة عن الأعمال التي يأتيها موظفوها بأمر أو بتصريح من حكومتهم، أما غير ذلك فهي مسئولية من قام بذلك العمل ولكن تسأل الدولة إذا تمكن المضرور من المطالبة بحقه [١].

(١) اختلف الفقه تجاه تلك النقطة باعتبار أن الدولة مسئولة من أي عمل مخل يأتيه الموظف بصفته سواء كان في حدود اختصاصه أو تعدي تلك الحدود، لأنه في كل الحالات يعمل باسم الدولة وعليها مسئولية الأشراف عليه، أما إذا كانت الموظف خارج عمله الرسمي فلا تسأل الدولة، وقد أقر مشروع لجنة القانون الدولي في المادة في ٣/ ١، ٢ إلا أنه في المادة نفسها فقرة (٣) قد نفى مسئولية الدولة في حالة ما إذا كان الأجنبي بمقدوره تجنب الضرر. راجع د. علي أبو هيف، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

قائمة المراجع

مراجع باللغة العربية:

- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم: ١– القانون الدولي الخاص– مركز الأجانب سنة ١٩٩٥. ٢– تلافي ازدواج الجنسية بين الأصول والتطبيق في مصر.
- د/ إبراهيم العناني: القانون الدولي العام، طبعة ١٩٩٠م. ٢– اللجوء إلى التحكيم الدولي، رسالة دكتوراه.
- د/ إبراهيم الغزاوي: المركز القانوني للطفل في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، عين شمس، ٢٠٠٧.
- د/ أحمد رشاد سلام: الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، ٢٠١٠م.
- د/ أحمد سلامة: الدخل لدراسة القانون، دار النهضة ١٩٧٤.
- د/ أحمد عبد الكريم سلامة:١– علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع المنصورة، مكتبة الجلاء الجديدة، ١٩٩٦.
- ٢– فكرة القانون الدولي الخاص في الفقه الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية.
- د/ أحمد قسمت الجداوي: ١– حرية الدولة في مجال الجنسية ١٩٧٩ ٢– مبادئ القانون الدولي الخاص، ط٢ سنة ١٩٩٢.

- د/ أحمد مسلم: القانون الدولي الخاص، ط١، سنة ١٩٥٦.
- د/ السيد أحمد مرجان: الانعكاسات السلبية للجريمة المنظمة في ضوء الدستورية وأحكام الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٥.
- د/ بدر الدين شوقي: العلاقات الخاصة الدولية، ((أحكام الجنسية))، الموطن، مركز الأجانب، دراسة مقارنة على الفقه الإسلامي، دار النهضة، ٢٠٠٦.
- د/ برهان أمر الله: النظرية العامة لحق الملجأ في القانون الدولي.
- د/ حامد سلطان: د. عائشة راتب، د/ صلاح الدين عامر: القانون الدولي العام، ط١٩٧٨، دار النهضة العربية.
- د/ حسام مرسي: سلطة الإدارة في مجال الضبط الإداري، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، سنة ٢٠١٠.
- د/ حسنين عبيد: الجريمة الدولية، دار النهضة، ١٩٩٤.
- حفيظة السيد الحداد: القانون القضائي الخاص الدولي ((الإسكندرية– كلية الحقوق، ١٩٩٢)).
- د/ سعيد سالم جويلى: تنفيذ القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- د/ سنية عبد الوهاب صالح: هجرة الكفاءات العلمية من مصر سنة ١٩٩٠م، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- د/ سيد عيد نايل: شرح قانون العمل الجديد، دار النهضة، ٢٠٠٦.

- د/ شريف المنياوي: الأمن الوطني المعاصر، مكتبة الظاهر، ط١، سنة ١٩٩٧.
- د/ شريف سيد كامل: الجريمة المنظمة في القانون المقارن، دار النهضة سنة ٢٠٠٨.
- د/ شمس الوكيل: القانون الدولي الخاص – دروس ملقاة على طلبة السنة الرابعة، حقوق الإسكندرية، ٦٢– ١٩٦٣.
- د/ صلاح الدين جمال الدين: ١– القانون الدولي الخاص ((الجنسية وتنازع القوانين)).
- ٢– نظام الجنسية في الشريعة الإسلامية؛ دراسة مقارنة سنة ٢٠٠١.
- د/ صلاح نامق: الهجرة والتضخم السكاني والتنمية الاقتصادية في مصر.
- د/ طارق حسين محمود: دور الشرطة في حماية التنقل مع التطبيق على المنع من السفر سنة ٢٠٠٨.
- د/ عبد الرحيم صدقي: الإجرام المنظم، جريمة القرن الحادي والعشرين، دراسة في مصر والبلاد العربية.
- د/ عز الذين عبد الله: القانون الدولي الخاص في الجنسية والموطن وتمتع الأجانب بالحقوق،ج١، ط٨، دار النهضة، ١٩٦٨.
- د/ عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ١٩٦٠.
- د/ على صادق أبو هيف: ١– القانون الدولي العام– منشأة المعارف، بدون. ٢– القانون الدولي العام.

- د/ فؤاد رياض: ١- الوسيط في القانون الدولي الخاص، أصول الجنسية ومركز الأجانب في القانون المصري.
- ٢- الوسيط في القانون الدولي الخاص، الجزء الأول.
- د/ فؤاد رياض: د/ سامية راشد: ١- الوجيز في القانون الدولي الخاص، دار النهضة، ١٩٧١.
- ٢- الوسيط في القانون الدولي الخاص، ج٢٢، دار النهضة، ١٩٨٥.
- د/ فادي الملاح: سلطات الأمن والحصانات والامتيازات الدبلوماسية في الواقع النظري والعملي، مقارنا بالشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٣.
- د/ قدري الشهاوي: ١- أعمال الشرطة ومسئوليتها إداريا وجنائيا، منشأة المعارف ٢- الموسوعة الشرطية القانونية، عالم الكتاب، ١٩٧٧.
- د/ محمد الأمين فارس: أثار العولمة على الهجرة في البلدان العربية.
- د/ محمد حافظ غانم: مبادئ القانون الدولي العام.
- د/ محمد سامي الشوا: الجريمة المنظمة وصداها على الأنظمة العقابية، دار النهضة، سنة ٢٠٠٨.
- د/ محمد سامي عبد الحميد: أصول القانون الدولي العام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٧٩.
- د/ محمد طلعت الغنيمي: الوسيط في قانون السلام.

- د/ محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة– الجامعة، ١٩٨٣.
- د/ محمد نيازي حتاتة: الموسوعة العالمية للانحرافات الجنسية.
- د/ محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية.
- د/ مصطف العدوي: مركز الأجانب في القانون المصري والمقارن سنة ٢٠٠٩.
- د/ منى قاسم: تخطيط هجرة العمالة المصرية من التخصصات النادرة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة ١٩٨٧.
- د/ منير عبد المجيد: ((تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية))، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.
- د/ مهند صلاح أحمد: الحماية الجنائية للجسم البشري، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢.
- د/ نادر فرجاني: الهجرة إلى النفط، مركز دراسات الوحدة العربية، ط ١، سنة ١٩٨٣.
- د/ نعيم عطية: المنع من السفر، دار النهضة العربية، ١٩٩١.
- د/ هشام صادق: الجنسية والموطن ومركز الأجانب، منشأة المعارف، ١٩٩٧.
- د/ هشام صادق: تنازع القوانين، منشأة المعارف.

الدراسات الأجنبية:

- Aliens civil rights Europe.
- Immigration and Asylam law and policy in Europ Brouwer, Eveliien renate 2008.
- Immigration and criminal law in European union. The legal measures and social consequences of criminal law in member state by. Elspeth 2006.
- Immigration and criminal law in the European union. The , legal measures and social consequences of criminal law in member state, 2006.
- Immigration and emigration by jayatilake, p,w.
- Immigration and employment fast tracking of business Devine, Laura 2000.
- Immigration and Minorities (Senate House Library internet
- Immigration and refugee protection act by. Waldman, Lorne 2004.

- Immigration as an economic asset The German Experience 1994.
- Immigration as asylum and nationality law 2000
- Immunity of states and their Officials in interlnational criminal law and international human rights law Alebeek, Rosanne 2008.
- Impact of Human rights Law on general international law
- U.N,. Human Rights A Complication of International instruments New York, 1978.

الدراسات المتخصصة:

التداعيات الأمنية للهجرة غير المشروعة وطرق مواجهتها، دراسة أعدت بمعرفة مركز بحوث الشرطة، بالقاهرة، أكاديمية الشرطة ٢٠٠٧م، الإصدار الرابع عشر.

الرسائل:

المشروعية القانونية والأبعاد الأمنية للهجرة الوافدة؛ دراسة تطبيقية على الجمهورية اليمنية، ٢٠٠٩، د/ يحيى علي حسن الصرابى، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

- التخطيط الاستراتيجي في الأجهزة الأمنية كمدخل لتعزيز سياسات الأمن الديموجرافي في دولة الأمارات العربية، مع دراسة ميدانية على إدارة الجنسية والإقامة لوزارة الداخلية، د/ جميلة ناصر عبد الله، كلية الاقتصاد والعلوم السياسة – قسم الإدارة العامة– جامعة القاهرة.

- محمد منصور حسين سيف: الهجرة الخارجية والتحولات الاقتصادية والاجتماعية، رسالة ماجستير، كلية الآداب، عين شمس ١٩٨٦.

- د/ جابر جاد عبد الرحمن : إبعاد الأجانب، رسالة دكتوراه، ١٩٤٧.

- د/ محمد عبد الرحيم محمد: مركز الأجانب في مصر، دراسة تاريخية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.

- الهجرة الوافدة من منظور أمني، دراسة تطبيقية على جمهورية السودان، كلية الدراسات العليا، أكاديمية مبارك للأمن، القاهرة ١٩٩٢.

المجلات:

- المجلة الجنائية القومية: الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، مارس ٢٠٠٨.
- مجلة السياسة الدولية: العدد ١٦٥– ١٦٨ يوليو ٢٠٠٦، إبريل ٢٠٠٧.
- الأمن والحياة: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد ٢٤٦، فبراير ٢٠٠٣.
- مجلة الأمن العام: المجلة العربية لعلوم الشرطة، العدد ٢٠٧، أكتوبر ٢٠٠٩.
- مجلة مركز بحوث الشرطة: أكاديمية مبارك للأمن، القاهرة.
- مجلة الفكر الشرطي: الإمارات العربية، المجلد الثالث، العدد الأول، يونيو ١٩٩٤.

المواقع الإلكترونية:

www.voiac.org/

www.americas.irc-online.org.

www.hrw.org/ar/news

www.unhcr.org

www.news.bbc.co.uk

.www.worldbank.org/datahtm

www.un.org

www.gcim.org/en/fenal report.html

التقارير:

التقرير السنوي للجنة الوطنية التنسيقية لمكافحة ومنع الاتجار في الأفراد سبتمبر ٢٠٠٨.

التحقيقات:

قانون مصري لتجريم الاتجار بالبشر: العالم يستجيب لحملة سوزان مبارك للدفاع عن حقوق الإنسان.

الجرائد:

- الأهرام المصرية ١٩/ ٩/ ١٩٩٨– ١٤/ ٨/ ١٩٩٨.
- المصري اليوم ٣٠/ ١/ ٢٠١٠.