

**حماية غير ذوي الأهلية
على الصعيد الدولي
" دراسة في نطاق القانون الدولي الخاص "**

الدكتور

أشرف وفا محمد

أستاذ مساعد القانون الدولي الخاص

كلية الحقوق – جامعة القاهرة

موضوعات البحث

رقم الصفحة

الموضوع

مقدمة.....

تقسيم الدراسة.....

الفصل الأول: المركز القانوني لغير ذوي الأهلية في القانون المقارن

المبحث الأول: الأساس القانوني لتمتع غير ذوي الأهلية بالحقوق

المبحث الثاني: الحقوق والحريات التي تتعلق بغير ذوي الأهلية

(أ) مدى تمتع الشخص بحق الدخول والإقامة في إقليم الدولة.

(ب) الحقوق والحريات.

المبحث الثالث: بعض التطبيقات المتعلقة بحقوق القصر (مشكلة

الاختطاف الدولي للأطفال وكيفية حلها على

الصعيد الدولي).

**الفصل الثاني: تنازع القوانين في مجال الأمور المتعلقة بغير ذوي الأهلية
المبحث الأول: تنازع القوانين في مجال الأمور المتعلقة بالبالغين
غير ذوي الأهلية**

المطلب الأول: قواعد التنازع الوطنية

الفرع الأول: مبدأ الإسناد إلى القانون الشخصي.

أولاً: الاتجاهات التي قيل بها في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية المتعلقة بالبالغين غير ذوي الأهلية.

(أ) مذهب الجمع بين القانون الشخصي وقانون القاضي.

(ب) مذهب وحدة القانون واجب التطبيق على المسائل المتعلقة بغير ذوي الأهلية.

١- انفراد القانون الشخصي بالحماية

٢- تحديد القانون الشخصي

- القانون الشخصي هو قانون جنسية الشخص

- القانون الشخصي هو قانون موطن الشخص

ثانياً: الاستثناءات التي ترد على تطبيق القانون الشخصي.

١- ازدواج الجنسية.

٢- انعدام الجنسية.

الفرع الثاني: كيفية تطبيق القانون الشخصي

(أ) التكيف

(ب) الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

(ج) الإحالة.

الفرع الثالث: مجال تطبيق القانون الشخصي.

المطلب الثاني: قواعد التنازع التعاهدية المتعلقة بحماية البالغين غير ذوي

الأهلية

(أ) حماية البالغين غير ذوي الأهلية وفقاً لقرارات مجمع القانون الدولي.

١- قرار مجمع القانون الدولي سنة ١٨٩٥

٢- قرار أوسلو لمجمع القانون الدولي سنة ١٩٣٢

(ب) التنظيم الدولي لحماية البالغين غير ذوي الأهلية في المعاهدات الدولية.

١- معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٥.

٢- معاهدة لاهاي الجديدة المبرمة سنة ٢٠٠٠.

- أسباب إبرام المعاهدة.

- مجال تطبيق المعاهدة من حيث الأشخاص والموضوع.

- القانون واجب التطبيق.

- استبعاد الإحالة.

المبحث الثاني: تنازع القوانين في مجال حماية القصر.

المطلب الأول: قواعد التنازع الوطنية.

الفرع الأول: الإسناد إلى القانون الشخصي.

(أ) القانون واجب التطبيق.

١- تطبيق قانون الجنسية في مجال حماية القصر.

٢- تطبيق قانون الموطن في مجال حماية القصر.

٣- النظام المختلط ، الجمع بين قانوني الجنسية والموطن.

(ب) الاستثناءات التي ترد على تطبيق القانون الشخصي.

ج) الانظمة المتبعة لحماية القصر في القوانين الوطنية.

١- السلطة الأبوية.

٢- الوصاية

المطلب الثاني: قواعد التنازع التعاهدية المتعلقة بحماية القصر.

أ) معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ١٢ يونية ١٩٠٢.

ب) معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٥ أكتوبر ١٩٦١.

ج) معاهدة لاهاي الحالية المبرمة بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٩٦.

الفصل الثالث: الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية المتعلقة بحماية

غير ذوي الأهلية.

أ) شروط الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية المتعلقة بحماية غير

ذوي الأهلية.

ب) الأسباب التي تحول دون الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية

المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية.

خاتمة البحث.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

نتناول بالدراسة في هذا البحث موضوع الحماية الدولية لطائفتين من الأشخاص على الصعيد الدولي، الأولى تشمل الأشخاص البالغين فاقدى الأهلية، وتتعلق الطائفة الثانية بالأشخاص القصر.

وقد قامت القوانين الوطنية الحديثة بتوجيه اهتمامها إلى موضوع البحث استناداً لحاجة الأشخاص إلى الحماية. كما أبرمت العديد من المواثيق الدولية في هذا المجال أهمها:

- معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٥ المتعلقة بحماية البالغين غير ذوي الأهلية.

- معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٢ المتعلقة بتنظيم الوصاية على القصر.

- معاهدة لاهاي بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠ المتعلقة بالانتقال غير الشرعي للأطفال عبر مختلف الدول.

- معاهدة الأمم المتحدة لحقوق الطفل المبرمة بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩.

- معاهدة لاهاي الجديدة المتعلقة بحماية القصر بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٩٦.

- معاهدة بروكسل الثانية بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٩٨ والمتعلقة بتنازع الاختصاص القضائي في مجال المسائل العائلية.

- معاهدة لاهاي بتاريخ ١٣ يناير ٢٠٠٠ والمتعلقة بالحماية الدولية للأشخاص البالغين غير ذوي الأهلية.

هذا بالإضافة إلى القرارات الصادرة عن مجمع القانون الدولي في هذا المجال .

ولا يقتصر مجال بحثنا على موضوع حماية القصر، وإنما تمتد الدراسة إلى الحماية الواجبة للأشخاص البالغين. وإذا كان البالغ لا يحتاج للرعاية وفقاً للوضع العادي للأمور، إذ لم يعد قاصراً ويستطيع توجيه وإدارة شؤونه، إلا أن الشخص قد يبلغ سن الرشد ويكون في حاجة إلى الحماية نظراً لمرض أصابه أو لقصور عقلي.

وتتجلى أهمية البحث في الأهمية المتزايدة التي توليها المواثيق الدولية لحماية القصر، فنظراً لأن الطفل في وضع لا يسمح له بإدارة شؤونه على الوجه الصحيح فإنه بحاجة ماسة للحماية، مما دفع مختلف الدول للتدخل في حماية القصر وهو المجال الذي كان محجوزاً من قبل لعائلة الشخص. فأصبح من حق الدولة - ممثلة في سلطاتها القضائية والإدارية - اتخاذ إجراءات الحماية اللازمة ومراقبة ممارسة الوالدين للسلطة الأبوية المقررة لها، كما لها أن تتدخل بتقرير الحماية المناسبة حال عجز الوالدين عن ممارسة هذه السلطة. وفي هذا الإطار أبرمت حديثاً معاهدة لاهاي سنة ١٩٩٦ والتي حلت محل المعاهدة السابقة المبرمة سنة ١٩٦١.

وقد تنبّهت الدول كذلك إلى أن الحماية ليست فقط واجبة بالنسبة للأطفال الذين لم يبلغوا سن الرشد، بل هي كذلك متطلبية بالنسبة للبالغين الذين ليس لديهم المقدرة على إدارة الشؤون الخاصة بهم نظراً لتعرضهم لمرض مزمن أو لقصور عقلي أو لتقدم السن بهم وتعرضهم لأمراض الشيخوخة. وقد اهتمت كذلك المواثيق الدولية بتنظيم حماية البالغين، وأبرمت في هذا النطاق حديثاً معاهدة لاهاي سنة ٢٠٠٠ والتي حلت محل المعاهدة القديمة المبرمة سنة ١٩٠٥.

تقسيم الدراسة:

تنقسم الدراسة في الموضوع محل البحث إلى فصول ثلاثة: نتناول في الأول قواعد المركز القانوني للأجانب غير ذوي الأهلية، وينطبق ذلك على من كان قاصراً وعلى البالغين غير ذوي الأهلية. وفي الفصل الثاني نعالج مسألة تحديد الجهة المختصة باتخاذ

إجراءات الحماية والقانون واجب التطبيق على المسائل التي تتعلق بحماية غير ذوي الأهلية. ثم نتعرض في الفصل الثالث للحديث عن القواعد المطبقة في مجال الاعتراف وتنفيذ القرارات والأحكام المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية.

ولذا، نقسم الدراسة على النحو التالي:

- الفصل الأول : المركز القانوني لغير ذوي الأهلية.
- الفصل الثاني : تنازع القوانين في مجال الحماية المقررة لغير ذوي الأهلية.
- الفصل الثالث: الاعتراف بالقرارات والأحكام المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية وتنفيذها.

الفصل الأول

المركز القانوني لغير ذوي الأهلية

تمهيد وتقسيم:

نتعرض في هذا الفصل للحديث عن الأساس القانوني لتمتع غير ذوي الأهلية بالحقوق (المبحث الأول)، ثم نتحدث عن الحقوق التي يتمتعون بها (المبحث الثاني)، ثم نتعرض لدراسة تطبيق خاص في هذا المجال يتعلق بظاهرة الانتقال غير الشرعي للاطفال (المبحث الثالث).

المبحث الأول

الأساس القانوني لتمتع غير ذوي الأهلية بالحقوق

يقصد بأهلية التمتع بالحقوق صلاحية الشخص لأن يتمتع بالحقوق وأن يتحمل بالالتزامات^(١). ويتطابق هذا التعريف مع تعريف الشخصية القانونية، فهذه الأخيرة تعني صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات.

يمكن بادئ ذي بدء تعريف القاصر *le mineur* بأنه الشخص الذي لا يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة نظراً لصغر سنه عن السن المحددة قانوناً لبلوغ الرشد.

ومن الملاحظ أنه يوجد اختلاف بين التشريعات حول تحديد سن الرشد: فتذهب بعض التشريعات، كالقانون المصري، إلى اعتبار الشخص راشداً إذا بلغ إحدى وعشرون سنة كاملة، بينما تذهب معظم التشريعات الحديثة إلى أن سن الرشد هو ثمانى عشرة سنة. كما أن المواثيق الدولية قد أخذت بسن الثامنة عشر لبلوغ الرشد. من قبيل ذلك المعاهدة الدولية لحقوق الطفل المبرمة تحت لواء الأمم المتحدة بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩^(٢).

(١) قيل في هذا المعنى أن:

La capacité générale de jouissance signifie l'aptitude d'un individu ou d'une entité sociale à devenir titulaire de droits et d'obligations. V.F. CAPOTORTI : La capacité en droit international privé, R C A D I, tome 110, 1963, p. 176.

=

(٢) تنص المادة الأولى من هذه المعاهدة على أن:

وقد وجد خلاف بين الدول أثناء المفاوضات التي سبقت إبرام هذه المعاهدة، فقد ذهبت اليابان إلى ضرورة الاعتراف بسن ٢١ سنة باعتبار أن هذا هو سن الرشد عندها، بينما نادى البرازيل أن من يبلغ سن السادسة عشر الذي له حق الانتخاب في البرازيل لا يجوز اعتباره قاصراً، ونادت الدول الإسلامية بالاعتراف بسن الزواج بين سن ١٢ وسن ١٤ سنة فيكون هذا هو الفاصل للتفرقة بين مرحلة الطفولة حيث تطبق المعاهدة ومرحلة البلوغ التي لا انطباق للمعاهدة عليها^(٣). وقد تبنت المعاهدة حلاً وسطاً هو تحديد الرشد بسن ١٨ سنة، إلا إذا كان قانون الدولة صاحبة الشأن يأخذ بسن ادنى من ذلك فيعتمد بهذا السن وفقاً للقانون واجب التطبيق.

ويجد تمتع القصر بالحقوق أساسه في أن القاصر كان إنسانياً يتعين أن يتمتع بالعديد من الحقوق التي تكفل تحقيق الوظائف المنوطة به، ويخضع تحديد هذه الحقوق للتطور وفقاً لنمو الطفل أو القاصر في المراحل السنوية المختلفة.

اهتمت نصوص المواثيق الدولية بالطفل بالنظر إلى حاجته إلى رعاية خاصة. من قبيل ذلك إعلان حقوق الطفل الصادر من الأمم المتحدة سنة ١٩٥٩ الذي تضمن النص على عشرة مبادئ أساسية متعلقة بحقوق الأطفال.

وعلى الرغم من أهمية الإعلان السابق إلا أنه يفتقد إلى القوة الإلزامية بالنسبة للدول، فهو ليس معاهدة بالمعنى الدقيق ومن ثم فإن التزام الدول بالمبادئ الواردة النص عليها فيه ليس إلا مجرد التزام أدبي.

وقد أبرمت بعد ذلك المعاهدة الدولية لحقوق الطفل سنة ١٩٨٩، وهي على خلاف الإعلان السابق تعد معاهدة بالوصف الدقيق، ولذا تلتزم الدول الموقعة عليها بالنصوص والأحكام الواردة بها.

= Au sens de la présente convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la légalisation qui lui est applicable.

(٣) انظر في تفصيل ذلك:

Claire NEIRINCK : Le droit de l'enfance après la convention des Nations Unies, Encyclopedie Delmas pour la vie des affaires. 1e édition, Editions Belfond, Paris, 1993, p. 12.

ومن المقرر في هذا الشأن أن المعاهدة تسمو على القانون الداخلي للدولة، وهذا أمر منطقي حيث تلتزم الدولة باحترام أحكام المعاهدات التي تكون طرفاً بها. وهذا الالتزام مستمد من توقيع الدولة على المعاهدة والتصديق عليها من قبل سلطاتها المختصة. لذا، فإن التزام الدولة بالمعاهدة هو التزام إرادي، بمعنى أن الدولة في الأصل غير ملزمة بأن تكون طرفاً في المعاهدة، فإذا لم تلتزم بها بأن لم توقع عليها، فلا أحد يلزمها بمراعاة أحكامها. أما إذا وقعت الدولة على المعاهدة فإنها بذلك توافق على الأحكام الواردة بها من ناحية، كما يعتبر هذا قبول ضمني من جانب الدولة بسمو النصوص التعاقدية على نصوص القانون الداخلي. لذا، فإنه في حالة تعارض حكم وارد في المعاهدة مع نص في القانون الداخلي وجب على القاضي تطبيق نصوص المعاهدة.

وعلى الرغم من انضمام فرنسا إلى معاهدة الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل، إلا أن القضاء الفرنسي قد انقسم حول مدى وجوب تطبيق نصوص المعاهدة من قبل القضاء الوطني. فقد ذهب القضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ ١٠ مارس ١٩٩٣^(٤)، إلى أن معاهدة حقوق الطفل لا تشكل التزاماً على عاتق القضاء الفرنسي بتطبيقها، وذلك استناداً إلى أن المعاهدة تضع فقط التزامات على عاتق الدول الأطراف، وبالتالي فهي غير قابلة للتطبيق المباشر في مجال القانون الداخلي.

وغير خاف غرابة الموقف الصادر من المحكمة العليا الفرنسية تجاه قابلية المعاهدات للتطبيق. فعدم قابلية تطبيق المعاهدة يفهم فقط إذا لم توقع الدولة على المعاهدة، أما إذا وقعت فإن هذا يعني وجود خطاب موجه من المشرع الوطني تجاه المحاكم بمراعاة أحكام المعاهدة منذ لحظة دخولها حيز التنفيذ. والقول بغير ذلك معناه أن توقيع السلطات الوطنية للمعاهدة أمر لا قيمة له. وهو أمر لا يمكن قبوله. وإذا كانت نصوص معاهدة الأمم المتحدة تتسم بالغموض في الكثير من أحكامها، فإن هذا لا يبرر

(٤) أنظر حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٠ مارس ١٩٩٣ مشاراً إليه في:

Marie-Claude Rondeau-Rivier : La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu, Recueil Dalloz, Sirey, doct., 1993, p. 203.

- كما قيل بحق^(٥) - الرفض المطلق لتطبيقها من قبل القضاء الوطني. ذلك أنه توجد قواعد لتفسير النصوص الغامضة التي تضعها المعاهدة ذاتها، وفي غيبتها يرجع إلى طرق التفسير المقررة في القانون الداخلي على نحو يتفق مع المبادئ الرئيسية في القانون التعاهدي.

كما أن هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية يعد مخالفاً لنص المادة ٥٥ من الدستور الفرنسي الذي ينص على أن المعاهدات التي يتم التصديق عليها ويتم نشرها تكتسب في مجال القانون الداخلي قوة ومرتبة أعلى من القانون الوطني.

لذا، فإننا نؤيد موقف مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال، حيث قضى بانطباق أحكام معاهدة حقوق الطفل، وذلك بتطبيق نص المادة ١/٣ من المعاهدة الذي يقضي بأن تكون المصلحة العليا للطفل *l'intérêt supérieur de l'enfant* يتعين ترجيحها من قبل السلطات القضائية والإدارية في الدول الأطراف^(٦).

وتتلخص وقائع القضية التي عرضت على المحاكم الإدارية الفرنسية في أن امرأة تركية الجنسية طلبت من الجهات الإدارية في فرنسا أن تمنحها ترخيص بالإقامة لطفلها البالغ من العمر أربع سنوات وفقاً لحق التجمع العائلي، ولكن السلطات رفضت الطلب استناداً إلى القانون الفرنسي الصادر سنة ١٩٩٣ والذي يمنع قبول الطلب المتعلق بحق التجمع العائلي *le regroupement familiale* إذا كان الشخص مقيماً من قبل داخل فرنسا.

ولما كانت المدعية قد طالبت أمام مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق نص المادة ١/٣ من معاهدة الأمم المتحدة لحقوق الطفل، فقد قضى مجلس الدولة، في حكمه

(٥) انظر في هذا المعنى:

Marie-Claude Rondeau-Rivier : La convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant devant la Cour de cassation : un traité mis hors jeu. op. cit., p. 203.

(٦) تنص المادة ١/٣ من المعاهدة على ما يلي:

« Dans toutes les décisions concernant les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

الصادر بتاريخ ٢٢ سبتمبر ١٩٩٧^(٧)، بقابلية هذا النص للتطبيق المباشر وتغليبته بالتالي على نص القانون الداخلي الذي يمنع من قبول الطلب المتعلق بحق التجمع العائلي.

وقد اهتمت معاهدة الأمم المتحدة بالمركز القانوني للطفل ليس فقط بعد ولادته وإنما كذلك قبل الولادة، وهو ما يطلق عليه اصطلاح "الحمل المستكن" وهو الطفل في طور التكوين l'enfant conçu. لذا فإنه بناء على طلب الدول الإسلامية ودول أمريكا اللاتينية تضمنت ديباجة المعاهدة نصاً مأخوذاً من إعلان حقوق الطفل الصادر سنة ١٩٥٩ مقتضاه أن: "الطفل بحاجة، بالنظر إلى نقص قوته العقلية والجسدية، إلى تقرير حماية ورعاية خاصة، وبصفة خاصة إلى حماية قانونية قبل وبعد الميلاد".

وتجدر الإشارة إلى أن الشخصية القانونية تبدأ منذ لحظة الميلاد وليس قبلها، ولذا تنص المادة ٢٩ من القانون المدني المصري على أن الشخصية القانونية تبدأ بتمام الولادة مع تحقق الحياة.

ومع ذلك يتمتع الجنين ببعض الحقوق قبل الولادة وتختلف هذه الحقوق باختلاف التشريعات. ففي القانون المصري على سبيل المثال يتمتع الجنين بحق الوصية المعقودة له وبحق الميراث، كما له الحق في ثبوت نسبه من أبيه.

وسوف نقوم الآن بدراسة الحقوق والحريات المكفولة للطفل وفقاً لهذه المعاهدة.

المبحث الثاني

الحقوق والحريات التي تتعلق بغير ذوي الأهلية

نتحدث فيما يلي أولاً عن مسائل الدخول والإقامة في إقليم الدولة، ثم نتعرض للحديث عن الحقوق والحريات.

(٧) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٢ سبتمبر ١٩٩٧ مشاراً إليه في: Adeline Gouttenoire-Cornut : Application directe de l'article 3-1 de la convention sur les droits de l'enfant, La Semaine Juridique, II 10051. 1998, no 14, p. 605.

(أ) مدى تمتع الشخص بحق الدخول والإقامة في إقليم الدولة:

يلاحظ بادئ ذي بدء أن القاصر الذي يتواجد في إقليم دولة أجنبية لا يمكن إلزامه بمغادرة الدولة. فوفقاً للقانون الفرنسي يستفيد الأجنبي القاصر الذي يبلغ أقل من ١٨ سنة بالحق في البقاء داخل الدولة، ولا يمكن إبعاده.

على أنه من الملاحظ أن هذا القول هو من الناحية النظرية فقط، أما من الناحية العملية فإن مصير الطفل يرتبط دائماً بمصير والديه. فإذا قررت الدولة إبعاد أو طرد الوالدين فإن هذا يؤدي عملاً إلى إبعاد الابن القاصر، فهو تابع لوالديه ولا يمكنه البقاء بمفرده في الدولة حيث لا يوجد من يقوم على تربيته ورعايته. لذلك فعلى الرغم من أن القوانين لا تجيز طرد القصر إلا أن إبعاد الوالدين سيقود إلى مغادرة الأولاد القصر للدولة.

وفي القانون الفرنسي إذا اكتسب القاصر الجنسية الفرنسية، فإنه في هذه الحالة فقط لا يمكن إبعاد الوالدين حيث أنهما يستفيدان من حق الإقامة رعاية للقاصر الذي له حق البقاء باعتباره من الوطنيين^(٨).

ومع ذلك فإن هناك من الأحكام القضائية التي تقوم بتقدير قرارات الطرد الصادرة من الدولة مع الأخذ في الاعتبار تأثير ذلك على الحياة العائلية الطبيعية التي يتعين توفيرها للطفل. من قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة ليون الفرنسية التي قضت، في حكمها الصادر بتاريخ ١١ يونيو ١٩٩٦ بإلغاء قرار الطرد المتخذ تجاه الأم لأن ذلك يؤدي إلى حدوث مخاطر بالنسبة لابنتها القصر المتواجدين في فرنسا^(٩).

(٨) أنظر في تفصيل ذلك:

Hugues Fulchiron : Le statut de l'enfant étranger au regard des règles relatives à l'entrée et au séjour en France, in (Etre français aujourd'hui...), premier bilan de la mise en œuvre du nouveau droit de la nationalité, Actes de la journée de travail organisée à Lyon le 24 novembre 1995, Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 177 et ss.

(٩) أنظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Hugues Fulchiron : Le statut de l'enfant étranger au regard des règles relatives à l'entrée et au séjour en France, op. cit., p. 182.

وعندما يبلغ القاصر سن الرشد يحصل على الجنسية الفرنسية إذا كان قد ولد في فرنسا، وإذا لم يكن قد ولد بها فإنه يحصل على الحق في الإقامة بقوة القانون إذا كان لوالديه حق الإقامة، إلا إذا كان وجوده يهدد النظام العام للدولة.

وإذا كان الشخص لديه حصانة قبل بلوغ سن الرشد من الإبعاد، فإنه على العكس من ذلك عندما يبلغ سن الثامنة عشر يمكن طرده خارج أراضي الدولة ولو كان له الحق في الإقامة بقوة القانون.

ب) الحقوق والحريات:

تتمتع الدولة بحرية تحديد الحقوق والحريات التي تترك لغير مواطنيها. على أن هذه الحرية ليست مطلقة، حيث توجد قيود يفرضها القانون الدولي على مختلف الدول بضرورة مراعاة حد أدنى من الحقوق والحريات تجد أساسها في أن الشخص الأجنبي ولو كان قاصراً هو في النهاية إنسان يتمتع بالشخصية القانونية. وقد أكد مجمع القانون الدولي في قرار برلين الصادر عنه سنة ١٩٩٩ على أن مبدأ الإقليمية في تطبيق قوانين الدولة على الأشخاص والتصرفات التي تقع داخل أراضي الدولة. هذا المبدأ يقيد في الوقت المعاصر بالحدود المنصوص عليها في القانون الدولي، وبصفة خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية^(١٠).

توجد العديد من الحقوق التي يتعين أن يكفل للأشخاص القصر التمتع بها، كما توجد حريات أساسية يجب أن تكفل لهم. وقبل أن نتحدث عن هذه الحقوق والحريات من الملاحظ أن معاهدة الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الطفل قد قسمت هذه الحقوق إلى حقوق ذاتية أو شخصية، وحقوق اقتصادية واجتماعية وصحية وثقافية.

(١٠) وفقاً للمادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولي سنة ١٩٩٩ فإن:

« Le principe de territorialité est aujourd'hui limité par l'élargissement du champ des obligations internationales, notamment celles qui protègent les droits de l'homme et les libertés fondamentales ». V. Les limites fixées par le droit international à la compétence des Etats sur les personnes relevant de leur juridiction, annuaire de l'Institut de Droit international, vol 68-i, session de Berlin, 1999, p. 602.

وتعتبر الحقوق الذاتية *les droits subjectifs* هي وحدها الحقوق الفعلية التي يمكن المطالبة بها أمام القضاء، إذا لم تقم الدولة بتوفيرها للأجنبي القاصر. أما الحقوق الثقافية والاجتماعية والاقتصادية فإن توفيرها للشخص ليس مؤكداً، ذلك أن الأمر يتوقف على مدى قدرة الدولة من الناحية الاقتصادية على توفير الخدمات بها. لذا فإن نص المادة ٢٤ من المعاهدة الذي ينص على وجوب أن يوفر للطفل أحسن حالة من الرعاية الصحية وأن يستفيد من الخدمات الصحية، كذلك نص المادة ٢٧ الذي يكفل توفير مستوى معيشة كاف للطفل "حق اقتصادي". وكذا نص المادة ٢٨ المتعلق بحق التعليم والمادة ٢٦ التي تتعلق بحق الاستفادة من الإعانات الاجتماعية، كل هذه النصوص لا يمكن للطفل أو من يمثله أن يستند إليها في مقاضاة الدولة إذا لم توفر الحقوق المتعلقة بها طالما أن إمكانياتها لا تسمح بتوفير النوع الأفضل من الرعاية الصحية أو الاقتصادية أو الثقافية^(١١). لذا، فإن النصوص الواردة في المعاهدة والمتعلقة بالحقوق الاقتصادية والصحية والثقافية ليست إلا مجرد توصيات بمقتضاها تتعهد الدولة بأن تعمل على تحسين مستوى خدماتها بالنسبة للأطفال^(١٢). وتعتبر الصعوبات الاقتصادية التي تمر بها بعض الدول، كما هو الحال في غالبية الدول الإفريقية، أحد العوائق في سبيل وضع نظام فعال لحماية القصر^(١٣).

(١١) من المتعارف عليه أن الدول النامية ليس لديها القدرة المالية على توفير مستوى متميز للأطفال فيما يتعلق بالحقوق ذات الطابع الصحي والثقافي والاقتصادي لذا فإن معاهدة الأمم المتحدة تركت تحديد المستوى الذي تصل إليه كل دولة على ضوء ظروفها الاقتصادية، وفي ذلك تنص المادة الرابعة من المعاهدة على أن:

« Dans le cas de droits économiques, sociaux et culturels, les Etats parties prennent ces mesures dans toutes les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale ».

(١٢) أنظر في هذا المعنى:

Claire NEIRINCH : Le droit de l'enfance après la convention des Nations Unies, op. cit., p. 13.

(١٣) أنظر في تفصيل ذلك:

Gilbert Kéré : Les difficultés d'application par les Etats africains de la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, i. : L'enfant et les conventions internationales. Presses Universitaires de Loyen, 1996, p. 151 et ss.

تكفلت نصوص المعاهدات الدولية ببيان الحقوق والحريات التي يتعين كفالتهما للقصر. ومن الملاحظ أن الاعتراف بالطفل وبحقوقه قد تطور من زمن لآخر. ففي الماضي لم يكن هناك اعتراف بالطفل، ثم تم الاعتراف ببعض الحقوق له، ثم أصبح الطفل شخص من أشخاص القانون، ثم أصبح أخيراً شخص يهتم به القانون ويضع له رعاية متميزة عن الشخص البالغ. بل إنه حتى عهد قريب في الدول الأنجلوسكسونية لم يكن هناك تنظيم متكامل للحقوق التي يتمتع بها الأطفال واستمر ذلك في دولة كاجلنتر حتى سنة ١٩٨٩ حين صدر قانون الطفل Children Act. أما قبل ذلك فقد كان ينظر إلى الأمر على أن هناك سلطة يتمتع بها الأب على أولاده القصر دون أن يكون هناك أي حديث عن واجبات الوالدين تجاه الأولاد. وإن كان قد وجد تنظيم يتعلق بأموال القصر، إلا أنه فقط تنظيم من حيث الناحية المالية ولم يكن هناك أي اهتمام بالطفل ذاته منظوراً إليه باعتباره إنسان له حقوق معنوية ومادية.

وقد انعكس هذا التطور على الإصطلاحات التي تستخدم للتعبير عن السلطة التي للوالدين على الأبناء القصر. ففي البداية استخدم اصطلاح السلطة القوية للأبوين la puissance paternelle، ثم اصطلاح السلطة الأبوية l'autorité parentale ثم ظهر تعبير المسؤولية الأبوية la responsabilité parentale للدلالة على أن دور الوالدين لم يعد سلطة مقررة على الولد بقدر ما هي واجبات تجاهه^(١٤).

وستعرض الآن لبيان الحقوق التي يتمتع بها القصر.

لاشك أن عائلة الطفل تعد أمراً أساسياً في حياة الطفل، فهي التي تقوم بتعليمه وتقويمه وتربيته وتغرس في نفسه المبادئ التي بها يكون إنساناً سوياً قادر عندما يكبر على استقبال الحياة والتعامل معها على الوجه الصحيح.

لذا، اهتمت معاهدة حقوق الطفل بالعائلة ونصت على العديد من الحقوق أهمها:

(١٤) انظر في هذا المعنى:

Marie- Thérèse Meulders-Klein : La personne, la famille et le droit. Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1999, p. 345 et s ; Les droits de l'enfant. A la recherche d'un équilibre entre parents et enfants, i. : L'enfant et les conventions internationales, Université Jean Moulin Loyoyn 3, Presses Universitaires de Loyoyn, 1996, p. 133 et s.

- حق الطفل في أن تكون له عائلة. وتنص المادة السابعة من المعاهدة في ذلك على التزام الوالدين منذ لحظة ميلاد الطفل بأن يمنحوا له اسماً وجنسية معينة. وقد نصت المادة السابعة كذلك على حق الطفل في أن ينشأ في كنف والديه. ولا شك أن هذا النص يؤدي إلى عدم مشروعية بعض نصوص القانون الداخلي التي تسمح بعدم إمكانية معرفة الوالدين إذا أرادوا ذلك^(١٥). ففي القانون الفرنسي تقضي المادة ٤٢ من قانون تنظيم الأسرة والمساعدات الاجتماعية أنه في حالة الولادة السرية تتحمل الدولة نفقات عملية الولادة، كما تنص المادة ٢٠ من قانون تنظيم الخدمات الطبية الصادر سنة ١٩٧٤ على أنه لا يجوز لأية وحدة طبية متخصصة في مجال الولادة أن تجري أي تحقيق يؤدي إلى معرفة شخصية الأبوين في هذه الحالة. ومن الواضح أن هذه النصوص في القانون الفرنسي تتعارض مع نص المادة السابعة من معاهدة الأمم المتحدة الذي أوجب أن ينشأ الطفل في كنف والديه.

- وقد أوردت المادة ٢٠ من المعاهدة النص على أنه في الحالة التي لا يكون فيها للطفل عائلة وجب على الدولة توفير عائلة بديلة للشخص إما عن طريق وضعه في مكان مخصص لرعاية الأطفال. وإما بطريق التبني. ويلاحظ أن هذا الطريق الأخير غير جائز في الدول الإسلامية بالنظر إلى أن الشريعة الإسلامية تحرم التبني.

- ووفقاً للمادة الخامسة من المعاهدة يقع على عاتق الآباء الالتزام بتوجيه الطفل ومنحه النصائح المناسبة لممارسة الحقوق المنصوص عليها في المعاهدة. ومن الملاحظ أن هذه المهمة تختلف باختلاف سن الطفل، فكلما كبر الطفل كلما تطورت مهمة التوجيه والإرشاد والنصح. ومن الحقوق الهامة جداً في هذا المجال أن يعامل الطفل باعتباره طفلاً، ولا يعامل معاملة الشخص البالغ. ولذا، يجب أن يكون له حقوق الطفولة *le droit à l'enfance*^(١٦). فمن غير المقبول أن يطلب منه أن يكون بالغاً قبل بلوغ مرحلة سن الرشد؟

(١٥) انظر في تفصيل ذلك:

Claire NEIRINCK : Le droit de l'enfance après la convention des Nations Unies, op. cit., p. 28.

(١٦) انظر في هذا المعنى:

Carol Bellamy : Reconnaître l'enfant citoyen, édition du Conseil de l'Europe. 1996, p. 40.

وإذا قمنا بتطبيق ذلك على الدول النامية التي ننتمي إليها يتضح لنا كم هي حقوق الطفولة مهددة في بلاننا، حيث ينخرط الكثير من الأطفال في المصانع وورش العمل التي لا تخضع للرقابة الكافية من قبل السلطات الوطنية.

- ويقع على عاتق الآباء توفير مستوى لائق من المعيشة للطفل على نحو يتناسب مع مستوى الدخل الخاص بهم. كما يتعين عليهم تعليم الطفل على الوجه الملائم.

- كما تنص المادة السادسة من المعاهدة على وجوب توفير حق السلامة الجسدية للطفل. لذا، فإن هذا الحق المشتق من حق الطفل في الحياة يوجب على الآباء عدم اللجوء إلى تعذيب الطفل أو حرمانه من الطعام أو المعاملة السيئة له. ولهذا، نجد أن بعض القوانين في الدول المتقدمة تأخذ بنظام رقابة السلطة الأبوية بواسطة القضاء. من قبيل ذلك القانون الفرنسي الذي يمنح للقاضي الحق في التدخل من تلقاء ذاته إذا قدر أن هناك خطر على صحة الطفل أو سلامته^(١٧).

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٢ أكتوبر ١٩٧٣ والمتعلقة بالقانون واجب التطبيق في مجال الالتزام بالإطعام والإنفاق على الأطفال. ووفقاً للمادة الرابعة من هذه المعاهدة فإن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التي يتواجد بها مقر الإقامة المعتاد للدانن بالنفقة، أي مقر إقامة القاصر.

كما أن هذا الحق يؤدي إلى القول بعدم جواز الإجهاض، وإن كانت القوانين تختلف حول هذه المسألة. ومن المعروف أن الشريعة الإسلامية تحرم اتخاذ هذا الإجراء.

ومن الملائم أن نشير في هذا المجال إلى ما يأخذ به القانون الهولندي الصادر بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٩٩٤ والمتعلق بتنظيم العقد الخاص بالرعاية الصحية. فوفقاً لهذا

(١٧) أنظر في تفصيل ذلك:

Michel De JUGL ART, Alain Piedelievre et Stephane Piedelievre : Cours de droit civil, introduction, personnes, famille. Montchrestien, Paris, 1999, p. 204 et s ; Luc Harlemann : Droit civil : les personnes et les incapacités. 3e édition, L'Hermès, Paris. 1999, p. 111 et s.

القانون فإن السلطة الأبوية على القاصر تتدرج من حيث قوتها ولزومها بحسب تطور سن الشخص. ويتم تقسيم المراحل العمرية للشخص حتى بلوغ سن الرشد إلى ثلاثة أقسام: الأول يمتد حتى سن ١٢ سنة، والثاني من ١٢ سنة حتى ١٦ سنة ثم القسم الأخير من ١٦ سنة حتى بلوغ الرشد عند ١٨ سنة. ففي القسم الأول يلزم للتدخل الطبي كإجراء عملية جراحية، موافقة الوالدين أو الوصي. وفي القسم الثاني بعد بلوغ سن ١٢ وأقل من ١٦ سنة يعد رضاء القاصر متطلباً إذا قدر من يعالجه أنه لديه القدرة على حسن تقدير الأمور. وإذا بلغ الشخص سن السادسة عشر فإن لديه التعامل بإبرام عقد الرعاية الطبية ويصير مسنولاً عنه مع تحمل الوالدين لتكاليف هذه الرعاية بمقتضى السلطة الأبوية^(١٨).

- ووفقاً للمادة ١٢ من المعاهدة للطفل للحق في التعبير عن الرأي. لذا "تلتزم الدول بأن توفر للطفل القادر على التمييز بأن يعبر بحرية عن رأيه في كافة الأمور التي تتعلق به، وأن آراء الطفل تؤخذ في الاعتبار على نحو يتناسب مع عمره ومع درجة نموه العقلي".

وتضمنت الفقرة الثانية من المادة ١٢ تقرير حق الطفل في الدفاع عن نفسه أمام القضاء. فمن حق الطفل أن يتم الاستماع له في الدعاوى التي تتعلق به. كما أنه في حالة الاقتضاء تنظم بعض الدول حق الدفاع عن الطفل بطريق تنصيب محامي خاص له كما هو الحال في القانون الفرنسي، حيث يوجد ما يسمى بمحامي الطفل *l'avocat de l'enfant*.

- واستناداً إلى أن القاصر هو كائن إنساني فإن هناك العديد من الحريات التي يتعين أن توفر له. وأول هذه الحريات حرية التحرك والانتقال داخل حدود الدولة وبين أقاليمها. ولا يجوز حبس حرية الشخص دون سبب معقول، كما أن هذا الإجراء يجب أن يكون لمدة قصيرة. وإذا كانت هناك وسائل أخرى يمكن اتخاذها ويتم تفادي حبس

(١٨) انظر في تفصيل ذلك:

حرية القاصر بها وجب اتخاذها بحيث لا يتم اللجوء إلى حبس وتقييد الحرية إلا كوسيلة أخيرة عندما لا تجدي الوسائل الأخرى (المادة ٣٧).

ويتمتع الطفل بحرية العقيدة والديانة وفقاً لنص المادة ١٤ من المعاهدة. وهذه الحرية لا يجوز تقييدها إلا إذا تعارضت مع النظام العام للدولة أو تعارضت مع الحرية الواجب توفيرها للغير.

ويلاحظ أن ممارسة حرية العقيدة من قبل القاصر يعد أمراً وثيق الصلة بحق السلطة الأبوية للأباء على الطفل. فالآباء هم الذين ينقلون إلى أولادهم الديانة التي يعتقدونها ولهم عليهم في هذا المجال سلطة كبيرة في التعليم والتعريف بمبادئ العقيدة.

وفي فرنسا أصدرت محكمة استئناف رن حكماً في هذا المجال في قضية تتعلق وقائعها بأن زوجين فرنسيين انضموا إلى إحدى الملل الدينية الهندية، وقاما بإرسال الابن للتعليم في إحدى المدارس التابعة لهذه الملة في الهند. وقد قام الابن الذي يبلغ من العمر ست سنوات بإرسال طلب إلى جده يفيد أنه مريض فقام الجد بإخبار السلطات القضائية والتي وجهت إلى الأبوين تهمة الإهمال وعدم العناية بالابن الأمر الذي نتج عنه تدهور حالته الصحية النفسية. وقد أدانت محكمة رن الأبوين مقرررة أن نقل المعتقدات الدينية من الأبوين إلى الابن أمر يشترط فيه عدم المساس بالسلامة العقلية والجسدية للابن^(١٩).

(١٩) قضت محكمة استئناف رن بأن:

« Qu'en l'état du droit positif, la pratique et la transmission des croyances des parents aux enfants relèvent de la liberté fondamentale de penser qui ne saurait être mise en cause en l'absence d'atteinte démentrée à la santé, la sécurité ou la moralité de l'enfant dont la protection est assurée notamment par l'article 357-1,3 du code pénale et par la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ».

أنظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Jean-Yves CHEVALLIER: L'internationalisation du droit pénal français de l'enfance par la convention internationale sur les droits de l'enfant, Mélanges Yvon LOUSSOUARN, Dalloz, Paris, 1994, p. 150.

المبحث الثالث

بعض التطبيقات المتعلقة بحقوق القصر

"مشكلة الاختطاف الدولي للأطفال وكيفية حلها على الصعيد الدولي"

ذكرنا أن من حق الطفل أن ينشأ في كنف والديه، ولكن قد يحدث أن يفصل الأبوين ويقيم كل منهما في دولة مختلفة عن دولة الآخر. وفي هذه الحالة تنظم القوانين الوطنية حق الحضانة بمنحه لأحد الوالدين وتمنح الوالد الآخر حق الزيارة وذلك في حالة انفصال الوالدين.

على أنه قد يترتب على هذا الوضع بعض الصعوبات في الحالة التي يقوم فيها أحد الوالدين أو الغير باختطاف الطفل ونقله من الدولة التي يقيم بها إلى دولة أخرى. كما قد يتم انتقال الطفل بصورة غير مشروعة دون علم والديه أو رغماً عنهما كي يتم تبنيه في دولة أجنبية^(٢٠).

وقد تكفلت نصوص المعاهدات الدولية بمعالجة هذه المشكلة خاصة معاهدة لاهاي المتعلقة بحماية القصر سنة ١٩٩٦، وكذلك معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٨٠ المتعلقة بالتنظيم الدولي الناتج عن عمليات اختطاف القصر^(٢١).

(٢٠) عندما نقوم بدراسة المركز القانوني للقصر فإننا نقصد بذلك التعرض لمركز الطفل الذي يولد لأبوين شرعيين نتيجة الزواج. أما الولد المتبنى فلا نتعرض لتحديد المركز القانوني له، لأن النظام القانوني لنا لا يعترف بنظام التبني وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء. وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أنه قد صدرت بعض القوانين الحديثة في الدول الغربية تمنع من الاعتراف بعلاقة التبني إذا كان الولد تابع لدولة تحرم نظام التبني. من قبيل ذلك القانون الفرنسي الصادر بتاريخ ٦ فبراير ٢٠٠١. لذا، فإنه لا يجوز في الوقت الحالي الاعتراف بنظام التبني في فرنسا إذا كان الولد تابع لإحدى الدول الإسلامية التي لا تعترف هذا النظام. أنظر في ذلك:

Horatia Muir WATT: La loi nationale de l'enfant comme métaphore: le nouveau régime législatif de l'adoption internationale, Clunet, 2001, p. 995 et ss ; Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale. Revue critique de droit international privé, 1999, p. 469 et ss.

(٢١) تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد تطابق بين اصطلاح القاصر le mineur واصطلاح الطفل l'enfant فوفقاً لنصوص المعاهدات الدولية ينطبق وصف القاصر على كل =

وتتعرض المادة السابعة من معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٩٦ للحالة التي يتم فيها انتقال القاصر بصورة غير مشروعة *le déplacement illicite* من الدولة التي يوجد بها مقر إقامته إلى دولة أخرى. ونلاحظ في هذا الخصوص وجود نوع من التنسيق بين معاهدة لاهاي الحالية وبين معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠ والمتعلقة بالنواحي المدنية لختف الأطفال على المستوى الدولي. ووفقاً للمادة السابعة من معاهدة سنة ١٩٩٦ فإن سلطات الدولة الطرف في المعاهدة والتي يتواجد بها مقر إقامة القاصر قبل انتقاله غير المشروع هي التي تختص باتخاذ إجراءات الحماية حتى يكتسب مقر إقامة جديد في دولة أخرى.

ومن المناسب أن نعرض هنا للأحكام الرئيسية في معاهدتي لاهاي المتعلقة بخطف الأطفال *l'enlèvement international d'enfants* المبرمة سنة ١٩٨٠. وقد تم إبرام هذه المعاهدة بعد أن تزايدت عملية الانتقال غير المشروع للأطفال عبر مختلف الدول. ففي دولة كفرنسا بلغ عدد الحالات التي عرضت على القضاء الفرنسي لخطف الأطفال في سنة ١٩٧٨ بلغ ١٣٠ حالة، ثم بلغ ٢٢٦ في سنة ١٩٨١، ثم تزايد إلى ٣٥٠ حالة سنوياً^(٢٢).

والغرض من إبرام هذه المعاهدة هي تنظيم الطريق القانوني للوقوف ضد حدث واقعي *une voie de fait* متعلقة بالانتقال غير المشروع للقاصر من الدولة التي يقيم بها، وذلك للتوصل إلى إعادة الطفل إلى هذه الدولة. ذلك أنه يترتب على هذا الانتقال غير المشروع للقاصر من الدولة التي يقيم بها، وذلك للتوصل إلى إعادة الطفل إلى هذه الدولة. ذلك أنه يترتب على هذا الانتقال غير المشروع الإضرار بكل من الطفل وبالوالد الآخر.

= من لم يبلغ من الثامنة عشر، في حين أن وصف الطفل، وفقاً لنص المادة الرابعة من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٨٠، ينطبق على الشخص حتى سن السادسة عشر فقط. ولذا، يمكن القول أن كل طفل يعد بالضرورة قاصراً ولكن ليس كل قاصر يعد طفلاً.

(٢٢) أنظر هذه الإحصائية مشار إليها في:

Thierry GARE : Reflexions sur l'efficacité de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, p. 299.

فالضرر الأساسي يصيب القاصر الذي ينتزع من مكان إقامته الذي اعتاد فيه على الحياة وينقل لدولة أخرى. كما أنه قد يؤدي إلى انقطاع الصلة بين الطفل واللغة التي اعتاد التعامل بها، وإلى انقطاع صلته بأحد الوالدين.

ويؤدي هذا الانتقال غير المشروع إلى إلحاق الضرر كذلك بأحد الوالدين نتيجة قيام الوالد الآخر بخطف الطفل الذي يحرم من حقوقه الطبيعية المتعلقة بزيارة الطفل ورعايته.

وبالنظر إلى عدم كفاية التنظيم الذي تضعه القوانين الوطنية في هذا المجال، حيث لا تتكفل بإعادة الطفل بطريقة فورية إلى المكان أو الدولة التي يوجد بها مقر إقامته، كان لزاماً تنظيم مسألة خطف الأطفال على المستوى الدولي.

وقد وضعت معاهدة لاهاي لسنة ١٩٨٠ تنظيمياً يسمح بالعودة الفورية وغير المشروطة للطفل إلى الدولة التي يوجد بها مقر إقامته والتي نقل منها، وذلك بتنظيم دعوى إعادة الطفل *une action en remise de l'enfant déplacé*.

ولتحقيق هذه الغرض ألزمت المعاهدة كل دولة طرف في المعاهدة بإنشاء سلطة مركزية *une autorité centrale* التي تكون مهمتها ضمان العودة الفورية للطفل الذي نقل إلى الدولة بصورة غير مشروعة. وعندما يقدم إلى هذه السلطة الطلب المتعلق بالانتقال غير المشروع للطفل، ينبغي عليها إخطار السلطة القضائية التي ترفع الدعوى ضد من قام بنقل الطفل إلى الدولة على وجه غير مشروع.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة السابعة من المعاهدة ألزمت السلطات المركزية بتبادل المعلومات فيما بينها وأن تقوم بإخطار سلطاتها الإدارية والقضائية حتى يمكن التوصل إلى التطبيق الفعلي لنصوص المعاهدة التي تكفل العودة الفعلية بصفة فورية للطفل إلى دولة مقر الإقامة التي تم اختطافه منها^(٢٣).

(٢٣) وهذا ما نقضه به المادة السابعة ذاتها من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٨٠، حيث تنص على أن:

« Les autorités centrales doivent coopérer entre elles et promouvoir une collaboration entre les autorités compétentes dans leurs Etats respectifs, pour assurer le retour immédiat des enfants et réaliser les autres objectifs de la présente convention ».

ويلاحظ أن تحقيق الفعالية في تطبيق أحكام هذه المعاهدة يتوقف إلى حد كبير على التعاون بين السلطات المركزية في كافة الدول الأطراف^(٢٤).

ويشترط لإقامة دعوى إعادة الطفل أن يكون لدى من يقيمها الحق في رعاية الطفل (حق الحضانة) *droit de garde*^(٢٥).

ولا أهمية في تطبيق المعاهدة لجنسية الوالدين أو جنسية الطفل، بل يكفي أن تكون الدولة التي يتواجد بها مقر إقامة الطفل قبل خطفه وكذلك الدولة التي انتقل إليها الطفل بصورة غير مشروعة من الدول الموقعة على المعاهدة. ولا يشترط لإقامة دعوى إعادة الطفل أن يمثل فيها والد الطفل، حيث ترفع الدعوى من قبل السلطة المركزية أمام المحكمة المختصة مباشرة، دون حاجة لحضور أحد الوالدين، مما يوفر عليهم مشقة ونفقات الانتقال إلى الدولة التي تنتظر الدعوى بها.

ووفقاً للمعاهدة لا يجوز للقاضي الذي ينظر دعوى إعادة الطفل أن يبحث الموضوع من حيث مدى أحقية الوالد الذي خطف الطفل بالرعاية والحضانة، وإنما عليه فقط أن يضع نهاية للحدث الواقعي المتعلق بالخطف وذلك بأن يأمر بإعادة الطفل إلى دولته الأصلية حيث يتواجد مقر إقامته الذي نقل منه^(٢٦). ولهذا فإنه استناداً إلى

(٢٤) أنظر في هذا المعنى:

Agnès BODARD-HERMANT : la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. La Gazette du Palais, du 23 au 25 janvier 2000, p. 2.

(٢٥) كذلك تنص المادة الثالثة من معاهدة لاهاي المتعلقة بختف الأطفال المبرمة سنة ١٩٨٠ وكذلك المادة ٢/٧ من معاهدة حماية القصر لسنة ١٩٩٦ على أن:

« Le déplacement ou le non-retour de l'enfant est considéré comme illicite lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiate avant son déplacement ou son non-retour et que ce droit était exercé de façon effective, seul ou conjointement, au moment du déplacement ou du non-retour, ou l'eût été si de tels événements n'étaient pas survenus ».

(٢٦) قضت المحكمة السويسرية سنة ١٩٩١ في هذا الشأن بأن:

«La demande tendant à assurer le retour de l'enfant aux termes de cette disposition n'est pas une demande qui tend à un réexamen du droit de garde, mais une demande tendant au rétablissement de =

هذا التنظيم التعاهدي لإعادة الطفل يتم إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل حدوث عملية اختطاف الطفل^(٢٧).

ومودى ذلك أنه يتعين على المحكمة المختصة أن تأمر بالعودة الفورية للطفل إلى الدولة التي كان يتواجد بها مقر إقامته قبل نقله^(٢٨). على أن هناك استثنائين يمكن فيهما الا تقوم المحكمة بإعادة الطفل هما:

- إذا قدم طلب إعادة الطفل خلال سنة من وقت حدوث عملية الانتقال غير المشروع تلتزم المحكمة بإعادة الطفل بطريقة فورية. أما إذا تأخر تقديم الطلب إلى ما بعد مرور هذه السنة فإن عودة الطفل ترتبط بما إذا كان قد اندمج في الوسط الجديد

= l'état antérieur, qui ne peut être modifié que par un jugement définitif».

انظر هذا الحكم في:

Paolo Michele Patocchi et Elliott Geisinger: Code de droit international privé suisse annoté, éditions Payot Lausanne, 1995, p. 719.

(٢٧) لذلك فإنه أثناء إقرار البرلمان الفرنسي لمعاهدة لاهاي المتعلقة بخطف الأطفال تم التأكيد على أن:

«Le mécanisme de la convention s'inscrit autour de trois idées forces : premièrement, mettre fin, par une action prise selon une procédure d'urgence, aux déplacements et rétentions illicites d'enfants intervenues dans une période de moins d'un an à partir de ces déplacements ou de ces rétentions illicites ; deuxièmement, ordonner dans ces conditions le retour immédiat des enfants déplacés ou reteus ...». V. Thierry GARE : Reflexions sur l'efficacité de la convention de la Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, op. cit., p. 303.

(٢٨) في حكمها الصادر بتاريخ ٧ يونية ١٩٩٥ قضت محكمة النقض الفرنسية تطبيقاً للمعاهدة أن:

«Attendu que la juridiction française saisie selon le mécanisme d'entraide internationale instituée par la convention n'est pas juge de la régularité de la résidence habituelle des enfants et doit ordonner leur retour ; qu'elle ne peut s'y refuser que pour l'un des seuls motifs prévus à l'article 13 ».

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Thierry GARE: Reflexions sur l'efficacité de la convention de la Haye du 25 octobre relative aux aspects civils de l'enlèvement d'enfants, op. cit., p. 307.

الذي انتقل إليه أم لا. فإذا كان قد اندمج فيه فلا تتم إعادة الطفل إلى البلد الأصلي، أما إذا كان غير مندمج فيه فتتم إعادته إلى البلد الأصلي رغم تقديم طلب إعادة الطفل بعد مرور سنة على اختطافه.

- أما الاستثناء الثاني فهو يتعلق بالحالة التي يكون فيها خطر كبير على الطفل إذا تم إعادته إلى البلد الأصلي. فإذا رأت المحكمة أن في إعادة الطفل خطر عليه فلها ألا تأمر بإعادته مرة أخرى. وقد ورد النص على حالة الخطر هذه في المادة ١٣ من المعاهدة دون تحديد لها، الأمر الذي قد يقود إلى التحكم من قبل المحكمة التي تنتظر دعوى إعادة الطفل.

الفصل الثاني

تنازع القوانين في مجال

حماية غير ذوي الأهلية

يقتضي منا الحديث عن قواعد تنازع القوانين في هذا المجال أن نتعرض أولاً لتنازع القوانين في مجال الأمور المتعلقة بالبالغين غير ذوي الأهلية (المبحث الأول)، وأن نتعرض بعد ذلك للحديث عن القانون واجب التطبيق بالنسبة للأمور المتعلقة بالأشخاص القصر (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تنازع القوانين في مجال

حماية البالغين غير ذوي الأهلية

تمهيد وتقسيم:

للحديث عن تنازع القوانين في مجال الأمور المتعلقة بالبالغين غير ذوي الأهلية يتعين علينا أن نتعرض لقواعد التنازع الوطنية السائدة في مختلف الدول (المطلب الأول)، ثم نتعرض لقواعد التنازع المنصوص عليها في المعاهدات الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قواعد التنازع الوطنية

يذهب الاتجاه الغالب إلى إسناد الأمور المتعلقة بغير ذوي الأهلية إلى القانون الشخصي ولذا فإنه من الواجب التعرف على مبدأ الإسناد إلى القانون الشخصي في هذا المجال (الفرع الأول)، وأن نتعرض بعد ذلك لتحديد كيفية تطبيق القانون الشخصي (الفرع الثاني)، كما نبين كذلك مجال أعمال القانون الشخصي لغير ذوي الأهلية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مبدأ الإسناد إلى القانون الشخصي

يمكن التمييز بين اتجاهين في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات التي تتعلق بالبالغين غير ذوي الأهلية: يذهب أولهما إلى التفرقة بين المسائل الشكلية والمسائل الموضوعية فيخضع الأولى لقانون القاضي بينما يخضع الثانية للقانون الشخصي، أما الاتجاه الثاني فلا يأخذ بهذه التفرقة ويقرر إخضاع العلاقات الخاصة بغير ذوي الأهلية إلى القانون الشخصي دونما تفرقة بين المسائل الموضوعية والمسائل الشكلية.

ويتعين علينا أن نتعرض لكل من الاتجاهين السابقين، ثم نتعرض للاستثناءات التي ترد على تطبيق القانون الشخصي.

أولاً: الاتجاهات التي قيل بها في شأن تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية المتعلقة بالبالغين غير ذوي الأهلية:

نتحدث أولاً عن المذهب الذي يقضي بالجمع بين قانون القاضي والقانون الشخصي، ثم نتعرض للمذهب الغالب وهو مذهب الإسناد إلى القانون الشخصي.

أ) مذهب الجمع بين القانون الشخصي وقانون القاضي:

يتمثل هذا المذهب في التفرقة بين المسائل الموضوعية والمسائل الشكلية، حيث يتم إسناد الطائفة الأولى إلى القانون الشخصي لغير ذوي الأهلية بينما تخضع المسائل الشكلية لقانون القاضي^(٢٩).

من قبيل المسائل الموضوعية تحديد أسباب انعدام أو نقص الأهلية للشخص البالغ كما هو الحال بالنسبة لمرض العقلي والضعف الذهني، تحديد التصرفات التي يمكن للشخص أن يجريها بمفرده وتلك التي لا يستطيع أن يبرمها، تحديد الآثار

(٢٩) أنظر في تفصيل ذلك:

Bernard DUTOIT: La protection des incapables majeurs en droit international privé, Revue critique de droit international privé. 1967, p. 575 et ss.

المرتبة على خرق الحظر المفروض وهل يكون ذلك هو البطلان بقوة القانون أم إبطال التصرفات التي أقدم عليها غير ذوي الأهلية.

أما المسائل الشكلية فمنها شكل الحظر المفروض على الشخص في التصرف، شكل الحماية الواجبة لغير ذوي الأهلية وهل تأخذ شكل الوصاية *la tutelle* أم الولاية أو القوامة *la curatelle*، السلطة التي لها فرض الإجراء التي تتخذ به الحماية "الطريق القضائي أم الطريق الإداري".

ويأخذ المشرع المصري بهذا المذهب، حيث تنص المادة ١٦ من القانون المدني المصري على أن: "يسرى على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". فمن الواضح أن النص السابق ينطبق فيه قانون جنسية الشخص على المسائل الموضوعية فقط، مما يعني أن المسائل الإجرائية تخرج من نطاق تطبيق هذا القانون.

وقد أخضع المشرع المصري هذه المسائل الإجرائية لقانون القاضي، حيث تنص المادة ٢٢ من القانون المدني على أن: "يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات"^(٣٠).

ويخرج من مجال أعمال قانون جنسية الخاضع للحماية مسألة تقدير أسباب الإمتناع عن قبول الوصاية أو الولاية أو القوامة. وقد نصت على ذلك صراحة المادة ١٠٠٢ من الكتاب الرابع لقانون المرافعات حيث قررت أن: "ويرجع في تقدير أسباب الامتناع عن قبول الوصاية أو الاشراف أو القوامة إلى قانون بلد الوصي أو القيم أو المشرف".

(٣٠) أنظر في هذا المعنى: د/ فواد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٢٧١. د/ أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشارح أصولاً ومنهجاً، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، ص ٧٣٠ وما بعدها.

وتتجه بعض الدول التي تأخذ بهذا المذهب - كما هو الحال في اليابان - إلى التفرقة بين أسباب الحظر أو المنع من التصرف التي تفرض على الشخص والتي تخضع إلى كل من القانون الشخصي وقانون القاضى ، وبين الآثار التي تترتب عليها وتخضع إلى قانون القاضى وحده إذا كان الحظر قد تم اتخاذه في دولة القاضى .

ويفرق الفقه الألمانى في هذا الشأن بين تكوين الوصاية والقوامة وانتهاؤها من ناحية ويتم اسنادها إلى القانون الشخصى لغير ذوي الأهلية ، وبين المسائل التنظيمية والاجراءات التي يطبق عليها قانون القاضى ، كما هو الحال فيما يتعلق باختيار وتحديد الوصى والقيم ، تقييد سلطات الوصى أو القيم ، عزل الوصى أو القيم . . . الخ .

ويمكن أن نذكر في نفس السياق القانون الدولي الخاص التشيكسولفاكى الصادر سنة ١٩٦٣ الذي أخضع مسألة تكوين الوصاية وانتهاؤها إلى قانون جنسية الشخص الخاضع للحماية بينما أخضع المسائل الشكلية للوصاية إلى قانون القاضى .

(ب) مذهب وحدة القانون واجب التطبيق على المسائل المتعلقة بغير ذوي الأهلية:

١- انفراد القانون الشخصى بالحماية :

يتم اسناد المسائل المتعلقة بغير ذوي الأهلية إلى القانون الشخصى لا تفرقة في ذلك بين المسائل الشكلية والمسائل الموضوعية ، فالوصاية تخضع للقانون الشخصى لغير ذوي الأهلية فيما يتعلق بتكوينها والآثار المترتبة عليها ، كما يخضع لذات القانون المسائل الشكلية للوصاية .

ووفقا لهذا الاتجاه توجد وحدة في القانون واجب التطبيق على المسألة الواحدة مما يحقق قدرا من التناسق في القواعد القانونية المطبقة ، وتبدو أهمية هذا في الحالة التي تختلف فيها جنسية الموصى عن جنسية الشخص المحمى حيث يتم تطبيق القانون الشخصى لهذا الأخير .

ويتم الرجوع إلى القانون الشخصى لغير ذوي الأهلية في جميع المسائل المتعلقة بالحماية الواجبة . فالقانون الشخصى هو الذي يحدد مدى إمكان تدخل سلطة

الدولة الوطنية لتقرير الحماية. فإذا كان القانون الشخصي يقرر حماية خاصة بواسطة وصى أو شخص من العائلة فلا مجال لتدخل السلطة العامة في الدولة التي تتخذ فيها الحماية حتى ولو كان قانونها يخضع الحماية لتدخل سلطة إدارية أو قضائية وعلى العكس من ذلك إذا كان القانون الشخصي يوجب لتقرير الحماية أن تتخذ بواسطة سلطة إدارية أو قضائية وجب احترام ذلك في الدولة التي تقرر فيها الحماية ولو كان قانونها لا يقتضى تدخل سلطة عامة لتقرير الحماية. ومن هنا يمكن القول بأن القانون الشخصي هو صاحب الاختصاص العام بحكم المسائل المتعلقة بحماية غير ذوى الأهلية^(٣١).

ومع ذلك فقد تخرج بعض المسائل من نطاق تطبيق القانون الشخصي ، حيث يكون هناك مجال لتطبيق قانون موقع المال إذا تعلق الأمر بمال لغير ذوى الأهلية متواجد في دولة غير الدولة التي يتبعها الشخص بجنسيته. فيطبق في هذه الحالة قانون موقع المال *Lex rei sitae* وليس القانون الشخصي.

كما أن المسائل الإجرائية تخرج كذلك عن نطاق تطبيق القانون الشخصي وتخضع لقانون القاضى. فإذا تعلق الأمر ببيع مال خاص بالشخص الخاضع للحماية فإن تحديد مدى وجوب اتباع الشكل القضائى في البيع أمر يتعلق بموضوع التصرف ويخضع للقانون الشخصي ، أما مسألة سريان الاجراءات المتبعة في البيع فهو أمر تنظيمى يخضع لقانون القاضى وليس للقانون الشخصي.

٢- تحديد القانون الشخصى :

انتهينا من العرض السابق إلى وجود مبدأ عام يقضى بإسناد الحماية إلى القانون الشخصى. على أن القول بذلك لا يحسم الأمر في مجال تنازع القوانين ، ويرجع ذلك إلى أن القانون الشخصى ليس واحدا بين مختلف الدول فمن الدول من يأخذ بمعيار الجنسية ومنها من يتبنى معيار الوطن. ونعرض لكل من هذين الاتجاهين فيما يلي:

(٣١) أنظر في نفس المعنى:

- القانون الشخصي هو قانون جنسية الشخص:

تتجه العديد من الأنظمة القانونية إلى اعتبار أن قانون الجنسية هو القانون الشخصي ، كما هو الحال في القانون الفرنسي والقانون المصري. ويسود معيار الجنسية لدى أغلب القوانين المستقاة من النظام اللاتيني كما هو الحال في معظم الأنظمة القانونية الأوروبية وقوانين الشرق الأوسط. وتنص في ذلك المادة ١١ من القانون المدني المصري على أن: " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ". وقد أخذ بقانون الجنسية كذلك قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بالنسبة لأهلية المرأة المتزوجة لمزولة التجارة ، حيث تنص المادة ١٤ منه على أن: " تنظم أهلية المرأة المتزوجة لمزولة التجارة قانون الدولة التي تنتمي إليها بجنسيتها ".

والأهلية المقصودة في النص السابق هي أهلية الأداء، أي قدرة الشخص على ممارسة الحقوق. وبذلك تخرج أهلية الوجوب من نطاق تطبيق قانون جنسية الشخص فهي تخضع لقانون الدولة المراد التمتع بالحق على إقليمها بالإضافة إلى القانون الذي يحكم نشأة الحق ذاته^(٣٢).

ويبرر الأخذ بمعيار الجنسية في هذا الشأن بأنه معيار يتسم بالثبات ، حيث أن الأغلبية العظمى من الأشخاص لها جنسية واحدة ، كما أنه من النادر أن يتم تغيير هذه الجنسية باكتساب جنسية دولة أخرى. وذلك على عكس معيار الموطن الذي يكون تغييره أكثر سهولة من الجنسية عن طريق توطن الشخص في دولة أخرى غير الدولة التي كان يقيم بها من قبل^(٣٣).

(٣٢) أنظر في هذا المعنى: د/ فؤاد عبد المنعم رياض، د/ سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٤ ، ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٣٣) لذا، قيل في هذا الشأن:

« La nationalité, parce qu'elle est stable, assure la continuité du rattachement juridique de la personne mieux qu'aucun autre rattachement ». V. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE : note sous Cour de Paris, 13 Juin 1814, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 1992, p. 5.

وقيل كذلك في تدعيم الأخذ بمعيار الجنسية أنه توجد رابطة وثيقة بين الشخص والدولة التي يتمتع بجنسيتها نظرا لوحدة العادات والتقاليد والجنس والديانة مما يعزز اعتبار القانون الشخصي هو قانون جنسية الشخص.

ويرى البعض أن هذه الحجة ليست حاسمة، إذ أن العديد من الدول بل أغلبها يتكون شعبها من عدة أعراق كما يعتنق أفرادها العديد من الديانات، وقد تختلف كذلك العادات والتقاليد من منطقة إلى أخرى داخل الدولة الواحدة.

وفي الواقع نرى هذا النقد مبالغ فيه، ففي غالب الأحوال توجد رابطة قوية مشتركة بين الأفراد الذين يستمعون بجنسية واحدة، حتى مع الاختلاف الذي قد يوجد في الجنس أو بعض التقاليد، ولذا يحتفظ معيار الجنسية بأهميته في مجال القانون الشخصي.

وقد تختلف جنسية الخاضع للحماية *la loi personnelle de l'incapable* عن جنسية متولى الحماية *la loi personnelle du protecteur* في بعض الأنظمة القانونية لحماية غير ذوي الأهلية، مما يثير التساؤل عن الجنسية التي يعتد بها في هذا الشأن. وقد استقر القضاء الفرنسي على الاعتداد بقانون جنسية الخاضع للحماية استنادا إلى أن الوصاية تهدف إلى حماية الشخص القاصر، فيلزم الرجوع إلى قانون جنسية هذا الأخير وليس إلى قانون جنسية الموصى. ويمكننا تعميم هذا الحل على الأنظمة الأخرى لحماية البالغين غير ذوي الأهلية لاتحاد الهدف من أنظمة الحماية وهو الوقوف إلى جانب الشخص الخاضع للحماية.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع الفرنسي قد نص في القانون المدني على قاعدة تنازع أحادية الجانب تقضى بانطباق القانون الفرنسي على مسائل الحالة المتعلقة بالفرنسيين ولو كانوا مقيمين خارج فرنسا. ويعنى هذا أن القانون الفرنسي يطبق باعتباره قانون الجنسية، أما إذا تعلق الأمر بأهلية شخص أجنبي فلم يتعرض لها المشرع الفرنسي^(٣٤).

(٣٤) تنص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة للتعتين المدني الفرنسي على أن:

«Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers».

وقد قام القضاء الفرنسي - منذ حكم محكمة باريس بتاريخ ١٣ يونية ١٨١٤ - بتعميم قانون الجنسية باعتبار القانون الشخصي بالنسبة لجميع الاشخاص سواء كانوا وطنين أم اجانب^(٣٥). ويمكن القول بأن قاعدة التنازع الأحادية الجانب المقررة من قبل المشرع الفرنسي قد تم تحويلها إلى قاعدة تنازع مزدوجة الجانب من قبل القضاء الفرنسي.

- القانون الشخصي هو قانون موطن الشخص:

يسود الأخذ بقانون الموطن باعتباره القانون الشخصي في النظام الأنجلوسكسوني وفي الدول الاسكندنافية وفي غالبية دول أمريكا اللاتينية .

وتوجد العديد من الحجج للأخذ بقانون الموطن منها :

- أن قانون الموطن يراعي مصلحة الشخص المغترب الذي يترك دولته ويهاجر إلى دولة أخرى. ذلك أنه من السهل عليه التعرف على قانون الدولة التي يقيم على أراضيها.

- كما أن مراعاة مصلحة الغير الذين يتعاملون مع هذا الأجنبي تقتضى تغليب قانون الموطن على قانون الجنسية. ومراعاة هذه المصلحة للغير هي التي أدت إلى الخروج على معيار الجنسية في الدول التي تعتد بالجنسية في حالة الجهل المغتفر بأحكام قانون جنسية صاحب الشأن .

- وعلاوة على ذلك يؤدي الأخذ بمعيار الموطن إلى تحقيق وحدة الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي في غالب الأحوال. ذلك أن معيار الاختصاص القضائي الرئيسي هو موطن المدعى عليه ، ومن شأن تبني معيار الموطن في مجال الاختصاص التشريعي في نطاق الأحوال الشخصية إمكان تحقق الوحدة بأن يختص القاضى بنظر

(٣٥) قضت محكمة باريس، في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ يونية ١٨١٤ في قضية Busqueta أن:

«Régulée par le statut personnel qui affecte la personne et la suit en quelque lieu qu'elle aille et se trouve, la capacité d'un étranger relève de sa loi nationale». V. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 2e édition, 1992, p. 1.

النزاع ويقوم كذلك بتطبيق قانون دولته للفصل في هذا النزاع ، أما تبني معيار الجنسية فهو يقود الى تطبيق قانون أجنبي .

- كما أن للدولة مصلحة في الأخذ بمعيار الموطن وذلك لكفالة اندماج الأجانب المقيمين في المجتمع الوطني **le principe d'assimilation**^(٣٦). فحتى يتحقق هذا الاندماج على نحو أفضل يتعين تطبيق القانون الوطني - قانون موطن الشخص - كي يتسنى تحقيق التناسق والتماثل بين الوطنيين والأجانب المتوطنين في الدولة. ويتوافر هذا الوضع بالنسبة لبعض الدول التي يتواجد بها أعداد كبيرة من الأجانب المهاجرين منذ مدة طويلة والتي تضع العديد من الاجراءات التي من شأنها تيسير اندماج هؤلاء المهاجرين في المجتمع الوطني كما هو الحال في فرنسا، وإن كانت لا تأخذ بمعيار الموطن.

يتضح لنا من العرض السابق أنه يوجد اتجاهين في تحديد القانون الشخصي أحدهما يأخذ بقانون الجنسية بينما يتبنى الآخر معيار الموطن، ولكل من هذين الاتجاهين أسانيده المنطقية في هذا الشأن، كما يضم كل اتجاه عدداً كبيراً من الدول.

ثانياً: الاستثناءات التي ترد على تطبيق القانون الشخصي:

رأينا أن القانون واجب التطبيق على المسائل المتعلقة بغير ذوي الأهلية هو القانون الشخصي، وأن هذا القانون بالنسبة للنظام القانوني الذي تنتمي إليه مصر هو قانون الجنسية. على أن تطبيق هذا القانون الأخير يثير العديد من الصعوبات في حالة ازدواج جنسية صاحب الشأن وكذلك في حالة انعدام الجنسية على النحو التالي:

١ - ازدواج الجنسية:

إذا قام الشخص باكتساب جنسية جديدة فإننا أمام أحد أمرين: إما أن يترتب على ذلك فقد الشخص لجنسيته السابقة وإما أن يحتفظ الشخص بتلك الجنسية فيصير مزدوج الجنسية.

(٣٦) انظر في هذا المعنى:

فإذا اكتسب الشخص جنسية جديدة وترتب على ذلك فقده للجنسية القديمة، فإن ذلك قد يكون بإرادة الشخص نتيجة تخليه عن الجنسية القديمة إذا كان القانون الخاص بالدولة يسمح بذلك. وقد يكون بغير إرادة منه إذا كان القانون الخاص بالدولة القديمة يسقط الجنسية عن من يكتسب جنسية دولة أجنبية.

وكما ذكرنا فإن النظام الشخصي يخضع لقانون جنسية الشخص. فهل يؤثر تغيير الجنسية على القانون واجب التطبيق بالنسبة للنظام الشخصي (الحالة والاهلية)؟

- الرأي السائد في القضاء يتجه في حل هذا التنازع المتحرك *le conflit mobil* إلى تغليب الجنسية الجديدة طالما أن تغيير الجنسية ترتب عليه اكتساب جنسية ما وفقد أخرى.

ويترتب على تغيير الجنسية على النحو السابق إمكان تصور اعتبار الشخص بالغاً لسن الرشد وفقاً لقانون الجنسية الجديدة بعد أن كان قاصراً وفقاً لقانون الجنسية القديمة. فلو تجنس مصري بالغ من العمر تسع عشرة سنة بالجنسية الفرنسية وترتب على ذلك فقده للجنسية المصرية فإنه سيصير بالغاً لسن الرشد طبقاً لأحكام قانون جنسيته الجديدة حيث أن سن الرشد وفقاً للقانون الفرنسي هو ثماني عشرة سنة، في حين أنه وفقاً لقانون الجنسية القديمة يعتبر قاصراً حيث أن سن الرشد في القانون المصري هو إحدى وعشرون سنة.

كما قد يترتب على تغيير الجنسية تصور الحل المضاد بأن يصير الشخص قاصراً وفقاً لقانون الجنسية الجديدة بعد أن كان بالغاً لسن الرشد وفقاً لقانون الجنسية القديمة.

على أن الاعتداد بقانون الجنسية الجديدة لا يمكن أن يؤثر على صحة التصرفات التي أبرمها الشخص وفقاً لقانون الجنسية القديمة^(٣٧).

(٣٧) وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قضية *Patino*، حيث قضت بأن:

«La sanction de l'inobservation des conditions de capacité nécessaire à la validité d'un contrat de mariage demeure à tous égards soumise à la loi sous l'empire de laquelle il a été conclu» =

- على أن هناك بعض التشريعات التي تقر حلاً آخر مؤداه أن تغيير الجنسية لا يؤثر على القانون واجب التطبيق في مجال أهلية الشخص. من ذلك ما كان يأخذ به القانون الألماني القديم^(٣٨) من أن الشخص الأجنبي البالغ لسن الرشد وفقاً لأحكام قانونه الشخصي لا يصير قاصراً إذا اكتسب الجنسية الألمانية إذا كان القانون الألماني يأخذ في مجال الرشد بسن أعلى من القانون الأجنبي. كما أخذ القانون البولندي الصادر سنة ١٩٢٦ بذات القاعدة، وهي استمرار خضوع الأهلية للقانون الشخصي الأصلي بالرغم من تغيير الجنسية^(٣٩).

أما إذا اكتسب الشخص جنسية جديدة دون أن يترتب على ذلك فقداه للجنسية القديمة فإنه يتعين التفرقة هنا بين الحالة التي تكون فيها الجنسية الوطنية هي إحدى الجنسيين اللتين يتمتع بهما الشخص، وبين الحالة التي يكون النزاع فيها بين جنسيتين أجنبيتين ليس من بينهما جنسية دولة القاضي.

- إذا تعلق الأمر بمسألة متعلقة بغير ذو الأهلية الذي يتمتع بجنسيتين إحداهما الجنسية الوطنية لدولة القاضي والأخرى جنسية أجنبية، فإن الاتجاه الغالب في الدول المختلفة يذهب إلى تطبيق القانون الوطني للفصل في المسألة المتنازع عليها.

من المتعارف عليه أن سن الرشد ليس واحداً في الدول المختلفة، فبينما تذهب أغلبية القوانين ومنها القانون الفرنسي إلى أن سن الرشد هو ثماني عشرة سنة، تتجه بعض القوانين ومنها القانون المصري إلى اعتبار الشخص بالغاً للرشد إذا أتم إحدى وعشرون سنة كاملة.

= V. Cour de cassation française, 15 mai 1963 in : Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p. 301.

(٣٨) تنص المادة السابعة من القانون المدني الألماني القديم على أن

« Si un étranger majeur (ou dans la situation juridique d'un majeur, c'est-à-dire émancipé) acquiert la nationalité allemande, il conserve son état subjectif, alors même qu'il ne serait pas majeur d'après la loi allemande ».

(٣٩) تنص المادة الأولى من القانون البولندي الصادر بتاريخ ٢ أغسطس سنة ١٩٢٦ على أن: «Le changement de nationalité n'a pas pour effet de faire perdre la majorité antérieurement atteinte ».

ولهذا إذا عرض على القاضي الفرنسي أمر تحديد أهلية شخص يبلغ من العمر تسع عشرة سنة ويحمل كل من الجنسية الفرنسية والجنسية المصرية فإنه سيطبق القانون الفرنسي ويعتبر الشخص بالغاً لسن الرشد على الرغم من أن الشخص يعتبر قاصراً وفقاً لقانون جنسيته المصرية، وعلى العكس من ذلك إذا عرض الأمر على القاضي المصري فإنه سيعتبر الشخص قاصراً بالرغم من أنه شخص بالغ وفقاً لقانون جنسيته الفرنسية.

- أما إذا تعلق الأمر بمسألة متعلقة بغير ذو الأهلية الذي يتمتع بجنسيتين أجنبيتين ليس من بينهما جنسية دولة القاضي فإن القضاء الفرنسي يذهب في هذا الشأن إلى أن القاضي يتعين عليه ألا يتدخل لتفضيل إحدى الجنسيتين على الأخرى إلا إذا كان من الضروري اتخاذ إجراءات وقتية وتحفظية لحماية غير ذو الأهلية. ففي هذه الحالة يتعين على القاضي الاعتداد بالجنسية الفعلية على ضوء بحث الظروف المحيطة بالدعوى.

ويذهب الأستاذ الفرنسي Lagarde إلى المناداة بتطبيق ما يعرف بالدور الوظيفي للجنسية *l'approche fonctionnelle de nationalité* في هذا الشأن، وهو ينادي بتعميم هذا المبدأ سواء كانت جنسية دولة القاضي من بين الجنسيتين المتنازعتين أم لا. ويستند هذا الاتجاه إلى مراعاة ازدهار العلاقات الخاصة الدولية بين الأفراد، فلا ينبغي أن يؤدي تقسيم العالم إلى دول منفصلة إلى إعاقة التعاملات بين الأفراد. ومن شأن الاعتداد الدائم بجنسية دولة القاضي وإهمال الجنسية الأخرى أن يؤدي ذلك إلى عدم الاعتراف بالتعاملات التي وقعت صحيحة في الدولة الأجنبية التي يتمتع الشخص ذاته بجنسيتها^(٤٠). ولذا يرى صاحب هذا الرأي أنه في حالة تنازع الجنسيات يتعين عدم تفضيل جنسية على أخرى بصورة آلية، وإنما يتعين بحث كل حالة على حدة وذلك بواسطة فحص الدور الوظيفي للجنسية في الحالة المعروضة.

(٤٠) انظر في تفصيل ذلك:

Paul LAGARDE: Le principe de proximité en droit international privé. RCADI, 1986, t 1, p. 83 et ss.

وكما يرفض هذا الاتجاه الاعتراد بصورة آلية بجنسية دولة القاضي فإنه يرفض كذلك تطبيق مبدأ الجنسية الفعلية *le principe de la nationalité effective* كمبدأ عام لحل مشاكل ازدواج الجنسية نظراً لأن تقدير مدى اعتبار الجنسية فعلية أم لا يمكن أن يختلف من دولة إلى أخرى مما يثير العديد من الصعوبات خاصة في مجال الاعتراف بالأحكام الأجنبية^(٤١).

واستناداً إلى ما تقدم فإنه وفقاً لهذا الرأي يمكن تصور الاعتراد بالجنسية الوطنية بالنسبة لمسألة التمتع بالحقوق في حين يتم الاعتراد بالجنسية الأجنبية لذات الشخص بالنسبة لمسألة أخرى مختلفة كتلك المتعلقة بالاعتراف بحكم أجنبي صادر لمصلحة الشخص من الدولة الأخرى التي يحمل جنسيتها ويراد تنفيذه في دولة القاضي التي يتمتع كذلك بجنسيتها. وهكذا فإن الاعتراد بالدور أو الطابع الوظيفي للجنسية في كل حالة على حدة يقودنا إلى إمكان الاعتراد بجنسية معينة للشخص بخصوص مسألة ما والاعتراد بجنسية أخرى لذات الشخص مزدوج الجنسية في خصوص مسألة أخرى. وطالما أن المسالتين لا يوجد بينهما ارتباط أو كما يرى صاحب هذا الرأي *n'est pas sous le même rapport* فإن في الإمكان فصل كل مسألة على حدة وفحص الدور الوظيفي للجنسية بخصوصها^(٤٢).

على أن البعض الآخر من الفقه يعترض بحق على فكرة الطابع الوظيفي للجنسية، لأن الأخذ بها كمبدأ عام يقود إلى بحث كل حالة على حدة مما يؤدي إلى التحكم واختلاف الجنسية التي يعتد بها باختلاف القاضي المعروض عليه النزاع^(٤٣).

ولذا، فإن القاعدة هي الاعتراد بجنسية دولة القاضي بالنسبة لمزدوج الجنسية، على أن يعتد بالجنسية الأجنبية للاعتراف بالآثار المترتبة على المراكز القانونية

(٤١) أنظر في تفصيل ذلك:

Paul LAGARDE: Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la première chambre civile du 22 Juillet 1987), *Revue critique de droit international privé*, 1988, p. 37 et s.

(٤٢) أنظر في تفصيل ذلك:

Paul LAGARDE: Vers une approche fonctionnelle de nationalités. *op. cit.*, p. 39 et ss.

المتكونة على وجه صحيح في الدول الأجنبية التي يتمتع ناقص الأهلية بجنسيتها إذا كان هذا الاعتراف لا يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي^(٤٤).

أما عندما يتعلق الأمر بتحديد القاتون واجب التطبيق على مزدوج الجنسية إذا لم تكن جنسية دولة القاضي إحدى الجنسيتين فإن مبدأ الجنسية الفعلية يجد مجاله للتطبيق في هذه الحالة^(٤٥).

ونشير في هذا المجال إلى الحل الذي كان يأخذ به قانون الجنسية الياباني الصادر سنة ١٨٩٩، حيث كان يقضي بتغليب الجنسية اليابانية إذا كان الشخص يتمتع بها مع تمتعه بجنسية دولة أخرى. أما إذا كان الشخص متمتعاً بجنسيتين أجنبيتين فإن الأولوية تعطى بصورة آلية للجنسية الأحدث *la nationalité la plus récemment acquise*. ولا شك أن هذا الحل غير ملائم في حالة التنازع بين جنسيتين أجنبيتين، إذ أن الاعتداد الدائم بالجنسية الأحدث في الاكتساب لا يتكفل بتطبيق مبدأ الجنسية الفعلية. فقد يقيم الشخص بصفة دائمة في الدولة الأسبق في

(٤٣) انظر في نقد الطابع الوظيفي ومبدأ الجنسية الفعلية تعليق الأستاذ الفرنسي LEQUETTE على:

Tribunal de grande instance de Paris, 27 septembre 1990. Revue critique de droit international privé, 1992, p. 91, note Yves LEQUETTE.

ويقرر الكاتب في هذا الشأن (ص ١٠٣) أن:

«Ayant l'ambition d'assurer la continuité de traitement des situations juridiques, l'approche fonctionnelle n'atteint ce résultat qu'au prix d'une véritable pulvérisation de la notion de nationalité puisque, pour les double nationaux, celle-ci est appelée à varier au gré du comportement des particuliers et de l'inspiration des juges».

(٤٤) نصت بعض القوانين على الاعتداد بالجنسية الوطنية في هذه الحالة. من قبيل ذلك القانون الدولي الخاص السويسري لصادر سنة ١٩٨٧، الذي تنص المادة ٢٣ منه على أن:

«Lorsqu'une personne a une plusieurs nationalités étrangères en sus de la nationalité suisse, seule la nationalité suisse est retenue pour déterminer la compétence du for d'origine».

اكتساب الجنسية، كما أنه قد يكون مقيماً في دولة ثالثة غير الدولتين اللتين يتمتع بجنسيتيهما^(٤٦).

٢ - انعدام الجنسية:

رأينا أن القانون واجب التطبيق في مجال الأحوال الشخصية هو قانون جنسية صاحب الشأن. ويتعذر الرجوع إلى هذا القانون بالنسبة لبعض الطوائف من الأشخاص: فإذا كان الشخص ناقص الأهلية عديم الجنسية فإنه يرجع إلى قانون الدولة التي يتواجد بها موطن أم مقر إقامة صاحب الشأن. وهكذا فإنه إلى جوار قاعدة الإسناد الرئيسية *règle de rattachement principale* في مجال القانون الشخصي والتي تقضي بتطبيق قانون الجنسية، توجد قاعدة إسناد مساعدة *règle de rattachement subsidiaire* تقضي بتطبيق قانون الموطن أو مقر الإقامة في حالة تعذر تطبيق قانون الجنسية^(٤٧).

وقد يتعذر تطبيق قاعدة الإسناد المساعدة كذلك نظراً لأن ناقص الأهلية ليس لديه موطن أو مقر إقامة ثابت. وفي هذه الحالة يتجه القضاء الفرنسي إلى تطبيق القانون الفرنسي باعتباره قانون القاضي *la loi du for*. ومن الجلي هنا أن تخلف قاعدة الإسناد الرئيسية وقاعدة الإسناد المساعدة يؤدي إلى تطبيق قاعدة إسناد مساعدة أخرى وهي تطبيق قانون دولة القاضي.

ويلاحظ أن تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة قد لا يكون أمراً مناسباً، إذ أن المركز القانوني المتعلقة بناقص الأهلية قد تكون في الخارج، ولا توجد أية صلة بين

(٤٥) اعتد القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ بمبدأ الجنسية الفعلية طالما أن الجنسية السويسرية ليست من بين الجنسيات التي يحملها الشخص وفي ذلك تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٣ على أن:

« Lorsqu'une personne a plusieurs nationalités, celle de l'Etat avec lequel elle a les relations les plus étroites est seule retenue pour déterminer le droit applicable, à moins que la présente loi n'en dispose autrement ».

(٤٦) أنظر في تفصيل ذلك:

Dominique T. C. WANG : A propos de la nouvelle loi japonaise sur la nationalité, Clunet, 1992, p. 65.

دولة القاضي والمركز القانوني سوى مجرد عرض الامر على القاضي الوطني^(٤٨). ومن المتعارف عليه أن قواعد تنازع القوانين تهدف إلى تركيز العلاقات الخاصة الدولية والبحث عن القانون الأكثر اتصالاً بالمركز القانوني من بين القوانين ذات الصلة به. لذا، فإنه بدلاً من تطبيق قانون القاضي بصفة آلية - حال تخلف الإسناد الأساسي والإسناد المساعد - فإنه من الأنسب البحث عن قاعدة إسناد مساعدة أخرى تتكفل بتطبيق قانون ذو صلة وثيقة بالعلاقة المعروضة على القاضي، ويمكن عدم الأخذ بقاعدة إسناد جامدة في هذه الحالة، بمعنى أن يترك للقاضي مهمة تحديد القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع.

وتتطبق نفس القواعد السابقة على اللاجئين السياسيين الذين يتم تشبيههم في مجال الأهلية والحماية الواجبة لغير ذوي الأهلية بعديمي الجنسية.

وتجدر الإشارة إلى أن نصوص المعاهدات الدولية في مجال انعدام الجنسية وفي مجال اللاجئين تنص على القواعد السابقة في مجال القانون الشخصي وذلك بتبني معيار محل الإقامة بدلاً من الجنسية. ومن الطبيعي أن الدول الأطراف في كل من معاهدة جنيف المتعلقة باللاجئين ومعاهدة نيويورك الخاصة بعديمي الجنسية يلتزمون بالأحكام الواردة فيهما.

وإذا لم تكن الدولة طرفاً في هذه المعاهدة فإن مراعاة الحقوق الأساسية بمقتضى قواعد القانون الدولي يوجب كذلك تطبيق هذه المعايير على عديمي الجنسية ومن في حكمهم. لذلك فإن مجمع القانون الدولي أوصى الدول غير الأطراف في هاتين المعاهدتين بالالتزام بأحكامهما في مجال تحديد القانون الشخصي^(٤٩).

(٤٧) تنص المادة ٣/٢٤ من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة ١٩٨٧ على أن:
« Lorsque la présente loi s'applique aux apatrides et aux réfugiés,
le domicile remplace la nationalité ».

(٤٨) أنظر في هذا المعنى:

Pierre MAYER: Droit international privé, 5e édition.
Montchrestien, Paris, 1994, p. 127.

الفرع الثاني

كيفية تطبيق القانون الشخصي

انتهينا في الفرع السابق إلى أن القانون واجب التطبيق على المسائل المتعلقة بغير ذوي الأهلية هو القانون الشخصي، أي قانون الجنسية أو قانون الموطن وفقاً للاتجاه الذي تتبناه كل دولة.

على أن تطبيق القانون الشخصي يثير العديد من التساؤلات فيما يتعلق بمسألة التكيف والاسناد إلى قانون دولة تعدد فيها الشرائع والإحالة على النحو التالي:

(أ) التكيف:

يفرق كل من الفقه والقضاء الفرنسيين بين نوعين من الحظر الواقع على عديم أو ناقص الأهلية: الحظر العام من التصرف والحظر الخاص. والحظر العام *les incapacités générales* هو الذي يخضع للقانون الشخصي وذلك عندما ينظم مباشرة الأهلية أو عدم الأهلية العامة للشخص في مجال التعاقد^(٤٩).

أما عدم الأهلية الخاصة *les incapacités spéciales* فإنها تهدف إلى حظر بعض التصرفات الخاصة نظراً لخطورتها في حد ذاتها، وذلك استقلالاً عن أهلية أو حالة الشخص الواقع عليه الحظر، فهي تعتبر من موانع التصرف. من قبيل ذلك منع الطبيب من أن يتلقى تبرعاً من المريض خلال فترة مرض الموت. ولا يخضع الحظر الخاص أو عدم الأهلية الخاصة بتصرف معين للقانون الشخصي، وإنما يخضع للقانون

(٤٩) وفقاً للمادة السادسة من قرار مجمع القانون الدولي الصادر في القاهرة سنة ١٩٨٧ فإن: «En ce qui concerne le statut personnel des réfugiés et des apatrides, il est recommandé aux Etats qui ne sont pas parties à la convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés ou à la convention de New York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides d'adopter les solutions retenues par l'article 12 de chacune de ces deux conventions.

Il est souhaitable que les Etats étendent ces solutions à certaines catégories de personnes dont la situation est similaire, mais qui ne peuvent se prévaloir de la qualité de réfugié ou d'apatride telle qu'elle est définie par ces conventions ».

الذي يحكم موضوع التصرف، لأن الحظر هنا لا يرتبط بصلة وثيقة بالشخص ذاته وإنما يرتبط بالتصرف.

ولذا، يتعين على القاضي أن يحدد هل ينتمي الحظر الواقع على الشخص إلى الأهلية العامة أم إلى الأهلية الخاصة، لأن هذا التكييف يترتب عليه تحديد القانون واجب التطبيق. ففي حالة انتماء الحظر إلى الأهلية العامة يطبق القانون الشخصي أي قانون جنسية الشخص. أما إذا كان الحظر ينتمي إلى الأهلية الخاصة بمباشرة بعض التصرفات فإن القانون واجب التطبيق لن يكون القانون الشخصي بل قانون الموضوع.

وإذا كانت كل القوانين تستهدف وضع تنظيم خاص بالأفراد فإن الأغلبية العظمى من هذه القوانين لا تتعلق بالأفراد إلا من ناحية تنظيم تداول الأموال والتصرفات المالية. وفي هذا المجال لا يتوافر ارتباط وثيق بين العلاقة القانونية والشخص، ولذا لا يطبق القانون الشخصي، بل يطبق القانون الذي يحكم موضوع التصرف أو القانون واجب التطبيق في مجال الأموال. على أن هناك طائفة أخرى من القوانين تتصل بالشخص بصفة مباشرة على نحو يصعب معه تطبيق قانون آخر غير القانون الشخصي أياً كان المكان أو الدولة التي يتواجد بها الشخص.

ولهذا فإنه في مجال الأهلية يطبق قانون واحد فقط على الشخص أياً كان مكان تواجده وانتقاله، وهو قانون جنسية الشخص أو قانون توطنه حسب الأحوال. أما في مجال آخر كذلك المتعلق بوجود مال للشخص في مصر ووجود أموال أخرى في تونس، فإن التصرفات التي يجريها الشخص في كلتا الدولتين لن يطبق عليها قانون واحد وستوجد معاملة مختلفة بالنسبة لكل منها حسب القانون المطبق. ففي هذا المجال لا توجد صلة وثيقة للشخص بالعلاقة، فهو لا يتصل بها إلا من حيث أن له مالا في دولة ما، ومن أجل هذا لا يطبق القانون الشخصي في هذا المجال.

تطبيقاً لذلك عرض على القضاء الفرنسي أمر تحديد أهلية إبرام عقد الزواج بالنسبة لامرأة إسبانية الجنسية تزوجت من شخص بوليفي. وقد كانت المرأة عند إبرام عقد الزواج تبلغ من العمر ثماني عشرة سنة، وتعتبر قاصرة وفقاً لأحكام القانون الأسباني المطبق في وقت إبرام العقد بتاريخ ٧ ابريل ١٩٣١. ولما نشبت الخلافات بين

الزوجين فيما بعد طالبت الزوجة أمام القضاء الفرنسي بعدم صحة عقد الزواج استناداً إلى عدم توافر الأهلية لديها وفقاً لأحكام قانونها الشخصي (القانون الأسباني).

قررت محكمة النقض الفرنسية أن القواعد المتعلقة بتحديد أهلية الأشخاص لإبرام عقد الزواج تعتبر صورة من صور عدم الأهلية العامة للتعاقد، وتخضع بالتالي لأحكام القانون الشخصي^(٥٠).

وينتمي إلى القانون الشخصي كذلك الأسباب الطبيعية لانعدام الأهلية *les incapacités naturelles*، كما هو الحال إذا كان الشخص مصاباً باختلال عقلي أو جنون. ويرى الفقه الفرنسي أن القضاء الفرنسي قد أوجد بذلك طائفة جديدة للإسناد في مجال العلاقات الخاصة الدولية. ذلك أنه في مجال علاقات القانون الداخلي إذا أبرم العقد وتم طلب إبطاله بدعوى وجود مرض عقلي فإثباته يلزم إقامة الدليل على توافر الجنون أو الخلل العقلي وقت إبرام العقد، مما يعني أن حماية صاحب الشأن لا تتم بقوة القانون. أما في مجال العلاقات الدولية فإن الخلل العقلي يخضع للقانون الشخصي استناداً إلى أن الجنون يشكل حالة مصاحبة للشخص بصفة دائمة^(٥١). كما أن هذا الخلل العقلي أو الجنون يعتبر حالة مصاحبة للشخص في جميع التصرفات التي يجريها، ولا يقتصر الأمر على تصرف معين دون غيره. وطالما أن الأمر كذلك فإن الأسباب الطبيعية لعدم الأهلية تخضع حتماً للقانون الشخصي.

(٥٠) وفقاً لحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٢٧ فبراير ١٨١٧ فإن:

« Le statut est personnel lorsqu'il règle directement et indéfiniment la capacité générale et absolue des personnes de contracter ».

انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p. 315.

(٥١) قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية Patino بتاريخ ١٥ مايو ١٩٦٣ أن:

« Les règles habitant un mineur à la conclusion d'un contrat de mariage sont une simple modalité de son incapacité générale de contracter édictée comme celle-ci, dans son seul intérêt et ressortissant à sa loi personnelle à la date du contrat ». V. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE : Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit., p. 301 et ss.

على ان هناك رأي آخر في الفقه يرى أن الأسباب الطبيعية لاتعدام الأهلية لا تخضع للقانون الشخصي وإنما تخضع للقانون الذي يحكم موضوع الدعوى أو التصرف *la lex causae*، وذلك استناداً إلى أن عدم أهلية الشخص لجنون أو خلل عقلي يؤدي إلى عدم صحة الرضاء الصادر عنه بالتصرف الواقع. ومعنى هذا أن عدم الأهلية يعتبر عيباً من العيوب التي تجعل الرضاء بالتصرف غير متوافر، وهو الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق قانون التصرف على عديم الأهلية^(٥٢).

وتخضع أهلية التقاضي *la capacité d'agir en justice* إلى القانون الشخصي أيضاً، نظراً لأنها لصيقة بالأهلية العامة في التصرف والتي تخضع لقانون جنسية الشخص. على أن قانون دولة القاضي يجد مجاله في التطبيق بالنسبة للنواحي الاجرائية التي يلزم القيام بها لرفع الدعوى من غير ذوي الأهلية.

وخلاصة ما تقدم أن أسباب الحظر أو المنع من التصرف أو أسباب عدم الأهلية منها ما يعتبر لصيقاً بالشخص ذاته ولذلك يخضع للقانون الشخصي، ومنها ما لا يعتبر كذلك ومن ثم فلا يتم اسناده إلى القانون الشخصي:

- فإذا كان القانون يستهدف من الحظر التوصل إلى سلامة وصحة التصرف، كما هو الحال بالنسبة لعيوب الرضا كالغش والإكراه، فإن الهدف من ذلك ليس حماية الشخص على وجه التحديد وإنما ضمان إبرام العقود بطريق صحيحة خالية من الاستغلال والعنف. ويلاحظ هنا عدم ارتباط سبب الحظر بالشخص ذاته، والدليل على ذلك أن سبب الحظر لا يتواجد بالنسبة لجميع التصرفات التي يقدم عليها الشخص. فإذا كان الشخص قد أقدم على إبرام عقد ما تحت وطأة الإكراه فإن هذا السبب لا يتوافر في التصرفات الأخرى التي يجريها الشخص. ونتيجة ما تقدم أن هذا النوع من أسباب الحظر لا يخضع للقانون الشخصي.

- أما أسباب عدم الأهلية التي ترتبط بالشخص ، بحيث أن القانون يستهدف بالنص عليها حماية الشخص ذاته وبحيث أن الأمر لا يكون قاصراً على تصرف بعينه

(٥٢) أنظر في هذا المعنى:

دون غيره من التصرفات، فإن هذا النوع من عدم الأهلية أم الحظر يخضع للقانون الشخصي. من قبيل ذلك الجنون والاختلال العقلي، التنظيم الذي يضعه القانون للوصاية على القصر والقوامة على البالغين^(٥٣).

(ب) الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع :

لا مشكلة في إعمال القانون واجب التطبيق في مجال حماية غير ذوي الأهلية إذا تم الإسناد إلى قانون دولة بسيطة يتوحد فيها القانون. فعندما يتعلق الأمر أمام القاضي الوطني بتحديد أهلية شخص أجنبي يرجع إلى قانون جنسيته لتحديد سن الرشد. أما إذا كانت الدولة متعددة الشرائع وتنقسم إلى العديد من الولايات التي لكل منها القانون الخاص بها، فهنا تنشأ مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق. وإلى جانب الصورة السابقة لتعدد الشرائع على أساس إقليمي توجد صورة أخرى تتعدد فيها الشرائع على أساس شخصي، وفيها يطبق القانون داخل كافة الأقاليم التابعة للدولة ولكن على طائفة معينة من الأشخاص استناداً إلى الديانة أو الجنس.

وما يهمنا هنا هي الصورة الأولى للتعدد التي تنقسم فيها الشرائع على أساس إقليمي، فهذه هي الصورة المتصورة في مجال حماية غير ذوي الأهلية. والقاعدة في شأن فض مشكلة الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع هي الرجوع إلى قانون الدولة الأجنبية ذاته الذي تتعدد فيه الشرائع لمعرفة كيفية فض هذا النزاع، وذلك استناداً إلى أن الأمر لا يتعلق بتنازع للقوانين يرجع فيه إلى قانون القاضي وإنما يتعلق الأمر بتنازع داخلي بين التشريعات المكونة لقانون دولة واحدة. ومن ثم يكون من الطبيعي أن يفض هذا النزاع الداخلي بالرجوع إلى قانون الدولة المركبة وليس إلى قانون دولة القاضي. فهذا القانون الأخير قد أستنفد إعماله بتكييف العلاقة القانونية ثم إسنادها إلى

(٥٣) أنظر في هذا المعنى :

F. CAPOTORTI : La capacité en droit international privé, op. cit., p. 216.

(٥٤) أنظر في هذا المعنى :

Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE: Droit international privé. 8e édition. tome 1, LGDJ, 1993, p. 463.

القانون الاجنبي، وكل ما يعرض بعد ذلك من مشاكل انما يتعلق بتطبيق القانون الاجنبي، وينبغي أن يخضع للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون الاجنبي ذاته^(٥٥).

وقد أخذ المشرع المصري بالاتجاه السابق الذي يقضي بالرجوع إلى القواعد الداخلية للإسناد في القانون الاجنبي الواجب التطبيق وفقاً لقواعد التنازع الوطنية. وتنص في ذلك المادة ٢٦ من القانون المدني على أن : "متي ظهر من الأحكام المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها".

تطبيقاً لذلك إذا كان قانون الدولة الوطنية يعدد بمعيار الجنسية في مجال القانون الشخصي، فإنه يتعدر أعمال هذا المعيار في الحالة التي تشير فيها قاعدة التنازع الوطنية إلى تطبيق قانون دولة تتعدد فيها الشرائع على أساس إقليمي. ذلك أن الجنسية واحدة أياً كانت الولاية التي ينتمي إليها الشخص في حين أن التشريعات تختلف باختلاف الولايات أو الدويلات المكونة للاتحاد الفيدرالي، ولذا، من غير الممكن الاعتماد بمعيار الجنسية وحده في هذه الحالة، فهذا المعيار الأخير يتكفل بتطبيق قانون الدولة المتعددة الشرائع أو بعبارة أخرى بالإسناد إلى قانون هذه الدولة إسناداً إجمالياً *Un rattachement global*، أما الإسناد التفصيلي *Un rattachement précis ou détaillé* بمعنى قانون أي ولاية أو دويلة هو الذي يتم تطبيقه فيرجع فيه إلى قواعد الإسناد الداخلي في قانون الدولة المركبة. وفي غالب الأحوال يتم فض هذا التنازع في مجال النظام الشخصي بالرجوع إلى قانون موطن الشخص.

ولهذا إذا عرض على القاضي المصري أمر تحديد أهلية شخص يحمل الجنسية الأمريكية متوطن في ولاية فلوريدا، فإن قاعدة التنازع المصرية تقضي بتطبيق قانون جنسية الشخص، أي القانون الأمريكي. ولكن لما كانت الولايات المتحدة الأمريكية دولة مركبة تتعدد فيها الشرائع باختلاف الولايات المكونة لها؛ فإن هذا الإسناد الإجمالي من قاعدة التنازع المصرية إلى القانون الأمريكي لا يتكفل بتحديد أهلية الشخص، لأن سن

(٥٥) أنظر في تفصيل ذلك : مولفنا في المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، الطبعة الأولى ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م ص ١٤٧ وما بعدها.

الرشد قد يختلف من ولاية إلى أخرى، ولذا فإن الاعتراف بقانون موطن الشخص يتكفل بحل المشكلة في هذه الحالة، بتطبيق قانون الولاية التي يتوطن الشخص بها.

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى الحل الذي يأخذ به القانون الأسباني، والذي يتكون من قانون مدني موحد ومن عدة قوانين إقليمية. من المقرر أن تطبق أحد هذه القوانين الإقليمية يعتبر أمراً صحيحاً وفقاً لمبدأ التجاور المدني *Le voisinage civil*^(٥٦).

(ج) الإحالة:

تختلف الأنظمة القانونية فيما بينها فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق في مجال النظام الشخصي. فمنها ما يتبنى الإسناد إلى قانون الجنسية ومنها ما يأخذ بالإسناد إلى قانون الموطن.

ويترتب على هذا الاختلاف إمكانية قبول الأخذ بفكرة الإحالة. على أنه يلاحظ أن الأخذ بفكرة الإحالة يقتضي أن يكون قانون القاضي يقبل من حيث المبدأ الأخذ بالإحالة. لذا، لا مجال لتطبيق الإحالة إذا كان القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع يرفض كمبدأ عام الأخذ بفكرة الإحالة. من قبيل ذلك القانون المدني المصري الذي تنص المادة ٢٧ منه على أن: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص".

من الواضح - على ضوء هذا النص - أن القانون المصري يرفض الأخذ بفكرة الإحالة. تطبيقاً لذلك عندما يعرض على القاضي المصري أمر تحديد أهلية شخص إنجليزي الجنسية متوطن في مصر فإن قاعدة التنازع المصرية التي تقضي بتطبيق قانون الجنسية سيؤدي إعمالها إلى تطبيق القاضي المصري للقانون الإنجليزي على الرغم من أن هذا الأخير يحيل على القانون المصري لأنه يعتد بقانون الموطن وليس بقانون الجنسية.

(٥٦) انظر في هذا المعنى:

Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE: Droit international privé, op cit., p. 437.

أما إذا كان القانون الوطني يقبل الأخذ بفكرة الإحالة^(٥٧) فإن من شأن وجود اختلاف بين الأنظمة القانونية بين معياري الجنسية والموطن قبول الإحالة من القانون الأجنبي على قانون آخر. على أنه يتعين التمييز هنا بين حالتين:

- إذا كان القانون الوطني يتبنى معيار الجنسية وأشارت قاعدة التنازع بتطبيق قانون دولة يعدد قانونها بقانون الموطن هنا يتم قبول الإحالة ويقوم القاضي الوطني بتطبيق قانون الدولة التي يتوطن صاحب الشأن بها. فإذا عرض على القاضي الفرنسي أمر تحديد أهلية شخص إنجليزي متوطن في البرتغال، فإن القاضي يرجع إلى قاعدة التنازع الفرنسية التي تقضي بتطبيق قانون جنسية الشخص. وبالرجوع إلى القانون الإنجليزي يتبين أنه يعدد بقانون الموطن، ولذا يطبق القاضي الفرنسي القانون البرتغالي، وهو قانون الدولة التي يتوطن الشخص بها. ولا شك أن نفس الحل يطبق في الحالة التي يعرض فيها على القاضي الإنجليزي أمر تحديد أهلية شخص فرنسي متوطن في مصر. فبالرغم من أن القانون الإنجليزي يقضي بتطبيق قانون الموطن، إلا أن قانون الموطن يحيل على قانون جنسية الشخص. ومن هنا فإن القاضي يطبق في هذا المثال القانون الفرنسي وليس القانون المصري، وذلك على فرض أن القانون المصري يقبل فكرة الإحالة.

- ويدق الأمر إذا كان القانون يعتبر أن الأهلية الخاصة بإبرام بعض التصرفات أمر يخضع للقانون الواجب التطبيق على التصرف ذاته. وهذا هو المعتاد في القوانين الاجلوسكسونية. ففي كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية في مجال التصرفات التي تجرى على الأموال العقارية تخضع أهلية إبرام التصرف إلى قانون موقع المال، كما أنه توجد قاعدة عامة تقضي بإخضاع أهلية التعاقد بوجه عام إلى قانون العقد^(٥٨). فهل يمكن قبول الإحالة في هذه الأحوال أم لا ؟

(٥٧) تجدر الإشارة إلى أن الاتجاه المعاصر في القوانين الحديثة وفي المواثيق الدولية يميل نحو الأخذ بفكرة الإحالة. ونشير هنا إلى القرار الصادر من مجمع القانون الدولي سنة ١٩٩٩ والمتعلق بأخذ القانون الدولي الخاص الأجنبي في الاعتبار. ووفقاً للمادة الأولى منه فإن :

“No devrait pas être exclue d'emblée, qu'elle implique ou non un renvoi au premier ou au second degré”.

(٥٨) أنظر في تفصيل ذلك :

F. CAPOTORTI: la capacité en droit international privé, op cit., p. 209 et s.

من الواضح هنا أن الإحالة ليست من قانون الجنسية على قانون الموطن، وإنما من قانون الجنسية على القانون الذي يخضع له موضع التصرف. لا يوجد في الواقع تطبيق لمثل هذه الإحالة في أحكام القضاء، على عكس الإحالة من قانون الجنسية على قانون الموطن المقبولة بوجع عام.

وفي الحقيقة أن الأمر لا يتعلق هنا بتطبيق خالص لفكرة الإحالة، وإنما يتعلق بالإحالة في مجال التكييف *Le renvoi de qualification*، فمرد الإحالة هنا أو أساسه هو اختلاف في تكييف المسألة المعروضة^(٥٩). فبينما يخضع قانون القاضي مسألة الأهلية إلى القانون الشخصي، يخضعها النظام الاجلوسكسوني إلى طائفة التصرفات القانونية. ولذا، تخضع الأهلية في النظام الأول إلى قانون الجنسية، أو قانون الموطن حسب الأحوال، بينما تخضع وفقاً للنظام الثاني إلى القانون الذي يحكم موضوع التصرف.

يرى البعض أن قبول فكرة الإحالة في مجال التكييف أمر يتقيد بصحة العقد، فإذا كان من شأن قبول الإحالة التوصل إلى صحة العقد فيتعين هنا قبول هذه الإحالة للمحافظة على حقوق الغير حسنى النية. أما إذا لم يكن لإعمال الإحالة أى تأثير على سلامة العقد فلا يجوز الأخذ بها^(٦٠).

ونحن نعتقد أن الأخذ أو عدم الأخذ بالإحالة في مجال التكييف أمر يرتبط بالإجابة على التساؤل التالي: هل التكييف الذي يتوقف عليه الأخذ بالإحالة هو تكييف أولى أم تكييف لاحق؟

ذلك أن الإحالة في مجال التكييف ناتجة عن اختلاف في محتوى الطوائف القانونية بين قانون دولة القاضي والقانون الأجنبي المشار إليه من قبل قانون القاضي. ومن المتعارف عليه أن التكييف الذي يخضع لقانون القاضي هو التكييف الأولي أو

(٥٩) أنظر في تفصيل فكرة الإحالة في مجال التكييف مؤلفنا في المبادئ العامة لتنازع القوانين في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ١٤١ وما بعدها، وأنظر كذلك:

Yves LEQUETTE: *Le renvoi de qualification*, Mélanges Dominique HOLLEAUX, Litec, Paris, 1990, p. 249 et ss.

(٦٠) أنظر في هذا المعنى:

Bernard AUDIT: *Droit international privé*, 2e édition, Economica, 1997, n° 603.

الاساسي La qualification principale الذي يتوقف عليه معرفة قاعدة الإسناد. أما التكييفات اللاحقة Les qualifications secondaires التي تعرض بعد معرفة قاعدة الإسناد فلا شأن لقانون القاضي بها، وتخضع للقانون الذي يحكم موضوع النزاع الذي أشارت إليه قاعدة التنازع الوطنية.

تطبيقاً لذلك يتضح لنا أن مسألة إدراج الأهلية ضمن طائفة النظام الشخصي أو ضمن طائفة التصرفات القانونية أمر يتعلق بالتكييف الأولي، لأن بدون هذا التكييف لا يمكن معرفة قاعدة التنازع الواجبة التطبيق. فإذا تم تحديد الوصف الدقيق للأهلية بإدراجها ضمن طائفة قانونية ما سواء كانت طائفة النظام الشخصي أو طائفة الالتزامات، يمكن معرفة قاعدة الإسناد بسهولة. فإذا أدخلت الأهلية في طائفة النظام الشخصي يتم تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن حسب الأحوال، وإذا أدخلت الأهلية ضمن طائفة الالتزامات يطبق القانون الذي يحكم موضوع التصرف وهكذا.

ولما كان تكييف الأهلية أمر يتعلق بالتكييف الأولي على هذا النحو فإنه يخضع حتماً لقانون القاضي. فإذا كان قانون القاضي يعتبر الأهلية مسألة مدرجة في النظام الشخصي Le statut personnel فإن هذا يقود إلى تطبيق القانون الشخصي عليها سواء كان قانون الجنسية أو قانون الموطن، ولا مجال لتطبيق القانون الذي يحكم موضوع التصرف أو قانون العقد حتى ولو كان قانون جنسية صاحب الشأن أو قانون موطنه يعتبر الأهلية مسألة مدرجة في طائفة الالتزامات. ذلك أن الأمر يتعلق هنا بتكييف أولى يخضع فقط لقانون القاضي وليس لأي قانون أجنبي. ومعنى ما تقدم رفض فكرة الإحالة في مجال التكييف إذا تعلق الأمر بتكييف أولى.

الفرع الثالث

مجال تطبيق القانون الشخصي

١ - يخضع لقانون الجنسية الأسباب المتعلقة بعدم الأهلية. فقانون جنسية الشخص هو الذي يحدد ما إذا كان إنعدام الأهلية يتقرر بقوة القانون كما هو الحال بالنسبة لعدم بلوغ سن الرشد، أو كان من الواجب صدور حكم قضائي لتقرير سبب

انعدام الأهلية كما هو الحال بالنسبة لعوارض الأهلية المتعلقة بالجنون La
 .La prodigalité والسفه وdémence

٢- كما يرجع إلى القانون الشخصي بالنسبة لحدود عدم الأهلية، وهل يكون ذلك على نحو مطلق فتحظر جميع التصرفات على الشخص بسبب وجود عارض من عوارض الأهلية، أم أن هناك تصرفات يمكن لغير ذو الأهلية أن يرمها بمفرده أو بعد الحصول على إذن خاص.

٣- ويحكم القانون الشخصي النتائج التي تترتب على مخالفة الشخص للحظر الواقع عليه بمباشرة بعض التصرفات نتيجة عدم الأهلية. فهذا القانون هو الذي يوضح طبيعة الجزاء الذي يوقع في هذه الحالة والشروط الواجب توافرها لتوقيع هذا الجزاء. ويرجع بالتالي إلى القانون الشخصي كي يتبين القاضي هل الجزاء الذي يترتب هو البطلان، أم إعادة الالتزام إلى الحد المعقول، أم ارتباط صحة التزام عديم الأهلية بالأب يؤدي التصرف إلى إفقاره.

٤- وإذا كانت القاعدة هي خضوع الأهلية للقانون الشخصي، إلا أنه مما يحد ويقيد من تطبيق ذلك وجود قاعدة مادية من قواعد القانون العام في دولة القاضي تتبنى حلاً مغايراً لما يقضي به قانون جنسية الشخص. من قبيل هذه القواعد المتعلقة بالقانون العام القاعدة المقررة في المادة ٣/١٧ من قانون الجنسية الفرنسية والتي تضع قاعدة خاصة بأهلية الشخص عند بلوغ سن السادسة عشر من عمره حيث يستطيع في ذلك الوقت إعلان الرغبة في اكتساب الجنسية الفرنسية. ومن المقرر أن هذه القاعدة الخاصة للأهلية تنطبق على جميع الأجانب المتواجدين في فرنسا وذلك بغض النظر عما يقضي به القانون الشخصي لصاحب الشأن^(٦١).

٥- وتخضع الأهلية للقانون الشخصي حتى ولو تعلق الأمر بتصرف واقع على عقار أيا كانت الدولة التي يتواجد بها العقار. فالقانون الشخصي هو الذي يرجع إليه لتحديد ما إذا كان يمكن لغير ذو الأهلية أن يجري التصرفات الواقعة على العقار أم لا.

(٦١) أنظر في هذا المعنى :

وفي حالة ما إذا كان هذا القاتون يقرر عدم أهلية الشخص لإبرام التصرف العقاري فإن القانون الشخصي هو الذي يحدد كذلك الإجراءات والشروط الواجب توافرها لإبرام هذه التصرفات من قبل الممثلين القانونيين لغير ذوي الأهلية كالوصي أو القيم.

المطلب الثاني

قواعد التنازع التعاهدية

المتعلقة بحماية البالغين غير ذوي الأهلية

يمكن القول بأن وضع تنظيم لحماية البالغين غير ذوي الأهلية قد لاقى اهتماماً كبيراً منذ مدة طويلة. وأول معاهدة أبرمت في هذا المجال هي معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ١٧ يولية سنة ١٩٠٥. وقد أبرمت حديثاً معاهدة لاهاي المتعلقة بالحماية الدولية للبالغين بتاريخ ١٣ يناير سنة ٢٠٠٠. ونتعرض الآن على التوالي لتحديد قواعد تنازع القوانين المنصوص عليها في كل من هاتين المعاهدتين. ونتعرض قبل ذلك للقواعد المتعلقة بحماية البالغين غير ذوي الأهلية وفقاً لقرارات مجمع القانون الدولي.

(أ) حماية البالغين غير ذوي الأهلية وفقاً لقرارات مجمع القانون الدولي:

تعرض مجمع القانون الدولي لموضوع حماية البالغين غير ذوي الأهلية في قراره الصادر سنة ١٨٩٥ وكذلك في القرار الصادر سنة ١٩٣٢، ونعرض لهما على التوالي.

١- قرار مجمع القانون الدولي سنة ١٨٩٥ :

اتخذ مجمع القانون الدولي في اجتماعه بمدينة كامبردج بتاريخ ١٢ أغسطس ١٨٩٥ قراراً متعلقاً بالوصاية على الأشخاص البالغين^(٦٢).

(٦٢) أنظر النصوص المتعلقة بهذا القرار في :

Règlement international sur la tutelle des majeurs, Session de Cambridge 12 août 1895 in : Tableau général des Résolutions de l'IDI, 1873-1957, édition Juridiques et Sociologiques S.A., Bâle 1957, p. 307 et s.

ووفقاً لهذا القرار فإن المنع أو الحظر الواقع على الشخص البالغ يخضع لقانون جنسيته (المادة الأولى). كما أن القرار عقد الاختصاص بنظر النزاع لمحاكم الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها سواء فيما يتعلق بالشخص ذاته أو بأمواله (المادة الثانية).

وعندما تتخذ السلطات الوطنية قرار يتعلق بالحظر المفروض على الشخص البالغ وفقاً لقانون الجنسية، فإن هذا الحظر ينتج أثره في كافة الدول الأخرى بدون الحاجة لاتخاذ إجراءات التنفيذ المعادة في الدول الأجنبية (المادة الثالثة).

ولا يمنع عقد الاختصاص لقانون ومحاكم دولة الجنسية من تدخل سلطات الدولة التي يقيم الشخص بها لاتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية *Les mesures provisoires et conservatoires* اللازمة سواء فيما يتعلق بالشخص أو بالتصرفات التي تجرى على أمواله (المادة ٢/٢).

وقد تعرض نص المادة الرابعة من قرار مجمع القانون الدولي للحالة التي لا يكون فيها بمقدور الدولة التابع لها الشخص بجنسيته التدخل لاتخاذ إجراءات الحظر الملائمة، حيث ينتقل الاختصاص إلى السلطات المتواجدة في دولة محل الإقامة للشخص المشمول بالحماية. وفي غير هذه الحالة يتعين على سلطات دولة محل الإقامة أن تصدر حكماً بعدم الاختصاص ولو من تلقاء ذاتها إذا لم يطلب ذوي الشأن ذلك.

ويتضح لنا مما تقدم الطابع الاستثنائي لاختصاص دولة مقر الإقامة، فلا يجوز لها التدخل إلا في الحالة التي يتعذر فيها على سلطات الدولة الأصلية (الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها) اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالحظر والتي تهدف إلى حماية الشخص البالغ نظراً لتعرضه لعاهة عقلية تمنعه من حسن تقدير الأمور.

ونظراً لهذا الطابع الاستثنائي لاختصاص دولة مقر الإقامة فقد أوجبت المادة الخامسة من القرار على هذه السلطات - عندما تتخذ إجراءات الحظر بدلاً من الدولة الأصلية - ضرورة إخطار السلطات القنصلية للدولة التابع لها الشخص وأن تترك لها مهلة معقولة لإبداء ما تراه من ملاحظات أو تقديم الاستثناءات المقررة في قانون الدولة الأصلية على الحظر المزمع اتخاذه.

ولذات السبب تنقيد سلطات دولة مقر الإقامة بأسباب الحظر المنصوص عليها في قانون الدولة الأصلية للشخص. ولذا، لا يجوز لدولة مقر الإقامة توقيع الحظر على

الشخص من إبرام تصرف مسموح له إبرامه وفقاً لقانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها (المادة ٣/٧). على أنه من الملاحظ أن طلب توقيع لحظر من التصرف - مثل طلب تعيين وصى على الشخص - يمكن أن يقدم من الأشخاص والسلطات التي يجوز لها تقديمه سواء في الدولة التي يتبعها الشخص أو الدولة التي يقيم بها (المادة ٢/٧).

٢- قرار أوسلو لمجمع القانون الدولي سنة ١٩٣٢ :

اهتم مجمع القانون الدولي بدراسة تنازع القوانين فيما يتعلق بالأهلية للأشخاص القصر وكذلك للأشخاص البالغين الذين يعانون من نقص أو خلل عقلي وذلك في قراره الصادر بتاريخ ٢٢ أغسطس ١٩٣٢^(٦٢).

وقد نصت المادة الأولى من هذا القرار على أن أهلية الأشخاص المصابين بالجنون أو المختلين عقلياً تخضع للقانون الشخصي (قانون الجنسية)، وذلك فيما يتعلق بالتصرفات المالية التي تقع فيما بين الأحياء.

كما قررت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه إذا كانت قواعد تنازع القوانين في القانون الشخصي تقضي بتطبيق قانون آخر غير القانون الشخصي وجب تطبيق هذا القانون المحال إليه.

ويستفاد من ذلك أن قرار مجمع القانون الدولي قد قبل الأخذ بالإحالة في مجال النظام الشخصي *Le statut personnel*. فما ينطبق من قواعد القانون الشخصي ليس القواعد المادية التي تحدد مباشرة سن الرشد وإنما قواعد الإسناد. فإذا كانت هذه القواعد تنص على تطبيق قانون آخر غير قانون الجنسية وجب على القاضي الذي يفصل في النزاع تطبيق القانون المحال إليه.

تطبيقاً لذلك عندما يتعلق الأمر أمام القاضي الوطني بتحديد أهلية شخص يتمتع بجنسية دولة تأخذ بمعيار الموطن وليس الجنسية في مجال القانون الشخصي، فإن

(٦٢) أنظر نصوص قرار مجمع القانون الدولي مضاراً إليها في :

Conflicts de lois relatifs à la capacité des mineurs, aliénés, faibles d'esprit et prodigues, en matières d'actes patrimoniaux entre vifs. Session d'Oslo 22 août 1932 in: Tableau général des Résolutions de l'IDI, 1873-1956, éditions Juridiques et Sociologiques S.A., Bâle, 1957, p. 280 et s.

قاعدة التنازع الواردة في قرار مجمع القانون الدولي تقضي بتطبيق قانون جنسية الشخص. وبالرجوع إلى هذا القانون الأخير يتبين أم معيار الجنسية ليس هو العيار المعتمد في هذا المجال، لذا، فإن قانون الجنسية يرفض الاختصاص ويحيل على قانون دولة الموطن، فيكون هذا القانون الأخير هو القانون واجب التطبيق.

وقد عالجت المادة الثانية من القرار الحالة التي يتمتع فيها الشخص بأكثر من جنسية واحدة، وقررت أنه يعتد في هذه الحالة بقانون الدولة التي يتواجد بها مقر الإقامة المعتاد لغير ذو الأهلية.

ويمكن القول على ضوء، نص المادة الثانية من قرار المجمع، أن الأمر لا يعدو أن يكون سوى تطبيق لمبدأ الجنسية الفعلية. فالرابطة العقلية تتواجد بين الشخص والدولة التي يوجد بها مقر إقامته المعتاد. ومن الملاحظ أن مجمع القانون الدولي لم يأخذ بالتفرقة المعتمدة في قوانين الدول الوطنية بين الحالة التي تكون فيها جنسية دولة القاضي هي إحدى الجنسيين اللتين يتمتع بهما الشخص وبين الحالة التي ينحصر فيها الاختيار بين جنسيتين أجنبيتين ليس من بينهما جنسية دولة القاضي. فقد سبق لنا أن رأينا أن قواعد التنازع الوطنية تأخذ بهذه التفرقة وترجح جنسية دولة القاضي بغض النظر عن توافر علاقة الجنسية الفعلية.

غير أنه وفقاً لقرار مجمع القانون الدولي العبرة دائماً بتوافر علاقة الجنسية الفعلية في صورة توافر مقر الإقامة للشخص في دولة من الدول التي يتمتع بجنسيتها، فيكون قانون هذه الدولة هو القانون واجب التطبيق في مجال أهلية الأشخاص البالغين الذين يعانون من نقص أو مرض عقلي.

ووفقاً لنص المادة الثالثة من ذات القرار تنطبق القواعد المقررة في المادة الثانية على الأشخاص عديمي الجنسية. فتكون العبرة إذن بالنسبة لعديمي الجنسية بقانون الدولة التي يقيمون على أراضيها.

ب) التنظيم الدولي لحماية البالغين غير ذوي الأهلية في المعاهدات الدولية:

١- معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٥ :

تعتبر معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٥ من المعاهدات الهامة التي تناولت وضع قواعد لتنازع القوانين في هذا المجال. وترتكز هذه المعاهدة على مبدأ تطبيق القانون الشخصي لصاحب الشأن (المادة الأولى). وعلى عقد الاختصاص كذلك لمحاكم الدولة التي يتبعها الشخص بجنسيته (المادة الثانية).

على أن عقد الاختصاص إلى قانون الدولة التابع لها الشخص لا يمنع من اختصاص السلطات المحلية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية. ويشترط لهذا أن تتوافر الشروط المنصوص عليها في قانون الدولة التابع لها الشخص لاتخاذ الإجراء المتعلق بالحظر أو المنع من التصرف في دولة القاضي (المادة ٣).

ويمكن لسلطات الدولة التي يتواجد بها مقر الإقامة المعتاد للشخص اتخاذ الإجراءات التي تراها ضرورية لحماية غير ذوي الأهلية. على أنه لا يجوز لهذه السلطات اتخاذ أي قرار نهائي إلا بعد إبلاغ سنطات الدولة التابع لها الشخص بالتصرف المحظور على الشخص وبالإجراءات الوقتية أو التحفظية المراد اتخاذها تجاه الشخص (المادة الرابعة). وإذا لم تتلق الدولة التي يقيم بها الشخص رداً من سلطات الدولة التابع لها الشخص خلال ستة أشهر فإنها تستطيع في هذه الحالة اتخاذ الإجراءات التي تراها ملائمة.

على أنه ينبغي أن يراعى أنه في جميع الأحوال فإن أسباب الحظر من التصرف وكذلك الأشخاص اللذين لهم طلب الحظر يتم تحديد هذه الأمور بواسطة كل من قانون دولة مقر الإقامة وقانون الدولة التابع لها الشخص (المادة السابعة). ويستفاد من هذا أنه حتى في الحالة التي تقوم فيها سلطات الدولة المقيم بها الشخص باتخاذ إجراء ما، فإنها يتعين عليها الرجوع إلى قانون الدولة التابع لها الشخص بالنسبة للأسباب التي تستند إليها في الحظر *les causes de l'interdiction* والأشخاص القادرين على طلبه.

ويتجلى تفصيل معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٥ لقانون الدولة التابع لها الشخص في نص المادة العاشرة ونص المادة الحادية عشر منها.

فوفقاً لنص المادة العاشرة إذا قامت الدولة التي يقيم الشخص بها بتعيين وصي لغير ذو الأهلية، فإن بإمكان الدولة التابع لها الشخص بجنسيته أن تعين وصى آخر يستبدل بالوصى المحدد من قبل دولة الإقامة.

ووفقاً لنص المادة الحادية عشر من المعاهدة إذا اتخذ إجراء حظر من التصرف من قبل سلطات الدولة التي يقيم بها الشخص، تستطيع الدولة التابع لها الشخص وفقاً لتطبيق قانونها أن ترفع الحظر الواقع على عديم الأهلية التابع لها^(٦٤).

٢- معاهدة لاهاي الجديدة المبرمة سنة ٢٠٠٠ :

- أسباب إبرام المعاهدة:

تم إبرام هذه المعاهدة لمواكبة التطور الذي طرأ في مختلف الدول في مجال الحماية الواجب توفيرها للأشخاص البالغين غير ذوي الأهلية. وقد تم إبرامها بتاريخ ١٣ يناير ٢٠٠٠، وتحمل عنوان: الحماية الدولية للبالغين *la protection internationale des adultes*^(٦٥). وقد تم إبرام هذه المعاهدة عقب إبرام معاهدة لتقرير حماية مماثلة للأشخاص القصر والتي أبرمت سنة ١٩٩٦ والتي سنتحدث عنها لاحقاً عندما نتناول الحديث عن حماية القصر.

وقد تأخر إبرام هذه المعاهدة كثيراً، فعلى عكس موضوع حماية الأولاد القصر الذي لاقى اهتماماً أكثر حيث أبرمت معاهدة سنة ١٩٦١ التي حلت محل معاهدة سنة ١٩٠٢ ثم أبرمت كذلك معاهدة لاهاي سنة ١٩٩٦ في شأن حماية القصر. أما حماية البالغين فلم تبرم إلا معاهدة لاهاي سنة ٢٠٠٠ التي حلت محل معاهدة لاهاي لسنة ١٩٠٥.

(٦٤) انظر في تفصيل ذلك نصوص هذه المعاهدة:

Bernard DUTOIT: La protection des incapables majeurs en droit international privé, Revue critique de droit international privé, 1967, p. 499 et ss.

(٦٥) انظر في نصوص هذه المعاهدة في:

Revue critique de droit international privé, 1999, p. 877.

هـ وفقاً للتقرير الذي قدم إلى مؤتمر لاهاي من السكرتير العام للمؤتمر فإن الأشخاص البالغين في حاجة ماسة لتقرير الحماية. وقد أظهر التقرير أن أمراض الشيخوخة *la démence sénile* تتزايد مع تقدم الشخص في العمر حيث تبلغ النسبة حوالي ٣ بالمائة بين سن ٦٥ و ٧٤ سنة، ثم تبلغ ١٨ بالمائة بين سن ٧٥ و ٨٤ سنة، ثم تبلغ النسبة حوالي ٤٧ بالمائة لمن يزيد عمره على ٨٥ عاماً. وفي دولة كفرنسا تظهر الإحصائيات أن حوالي ٢٠ بالمائة من الأشخاص البالغين أكثر من ٨٠ سنة مصابين بأمراض الشيخوخة، وقد قدر ذلك بحوالي نصف مليون شخص ويتوقع تزايد العدد بواقع مائة ألف كل عام حتى سنة ٢٠٢٠. وبواقع مائتي ألف بعد سنة ٢٠٢٠^(٦٦). ولا شك أن هذه النسبة المنوية المتواجدة في الدول المتقدمة تتزايد في الدول النامية التي ننتمي إليها، حيث المستوى الصحي أقل من الدول المتقدمة.

- مجال تطبيق المعاهدة من حيث الأشخاص والموضوع:

وتنطبق المعاهدة على الأشخاص البالغين الذين في حاجة – بالنظر إلى التعب الصحي أو عدم الكفاية الشخصية – إلى الحماية نظراً لعدم مقدرتهم على التصرف وفقاً لما تقضي به مصلحتهم^(٦٧). ولما كانت معاهدة لاهاي المتعلقة بحماية القصر تنطبق على الأشخاص غير البالغين لسن الرشد حتى سن الثامنة عشر من العمر، فقد أوضحت معاهدة لاهاي الحالية المتعلقة بحماية البالغين أنها تنطبق على من يبلغ من العمر الثامنة عشر فأكثر استناداً إلى أن الحد الأدنى لانتطابقها هو الحد الأعلى لانتطابق المعاهدة المتعلقة بالقصر.

هذا فيما يتعلق بمجال تطبيق المعاهدة من حيث الأشخاص أما من حيث الموضوع فإن المعاهدة قد نصت على قواعد مرنة ولا تنطبق على سبيل الحصر، وذلك

(٦٦) انظر في تفصيل ذلك:

Paul LAGARDE : La convention de La Haye du 13 Janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Revue critique de droit international privé, 2000, p. 161 et s.

(٦٧) عرفت المادة الأولى من المعاهدة الأشخاص الذين تنطبق عليهم بقولها:

« La présente Convention s'applique, dans les situations à caractère international, à la protection des adultes qui, en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pouvoir à leurs intérêts »

بغية أن تمتد الحماية لتشمل جميع الإجراءات التي تهدف إلى توفير نوع من الحماية للشخص البالغ المحتاج لهذه الرعاية (المادة الثالثة).

وقد استبعدت المادة الرابعة بعض المسائل من الحماية المقررة فلا تدخل من ثم في نطاق تطبيق المعاهدة. من قبيل ذلك الالتزام بالإطعام، المسائل المتعلقة بالميراث، والتأمين الصحي. وكذلك كل إجراء له الطبيعة العامة في مجال الصحة كما هو الحال بالنسبة للتطعيم الإجباري، وكذلك يخرج من مجال المعاهدة الإجراءات التي تتخذ ضد من يرتكب جريمة كالنفي أو التهجير. كما تخرج المسائل المتعلقة ببطلان الزواج وإحلاله وكذلك المسائل المالية المتعلقة بالعلاقة الزوجية.

أما الآثار الشخصية للزواج فإنها تدخل في نطاق تطبيق المعاهدة. فمن الملاحظ أنه مع استبعاد النواحي المالية المتعلقة بالزواج فإنه يمكن لأحد الزوجين تمثيل الزوج الآخر المريض لاتخاذ الإجراءات التي يكون من شأنها تحقيق مصلحة للزوج المريض *conjoint malade* فيمكن للزوج المعافى أن يرفع الدعوى باسم الزوج المريض الذي لا يستطيع التعبير عن إرادته أمام القضاء، حيث أن ذلك إجراء في مصلحة الزوج المريض، ومن ثم يكون مقبولاً ويدخل في نطاق تطبيق المعاهدة. أما الإجراءات التي لا يقصد بها تحقيق مصلحة للزوج المريض، بل تهدف إلى تحقيق مصلحة للزوج المعافى فلا تدخل في نطاق تطبيق المعاهدة. من قبيل ذلك السماح للزوج المعافى بأن يمضي تصرفاً بمفرده ويكون تدخل أو موافقة الزوج المريض أمراً ضرورياً لإبرام التصرف، حيث أن الإجراء هنا ليس في مصلحة الزوج المريض، ومن ثم يخرج من مجال تطبيق المعاهدة.

- القانون واجب التطبيق:

وفيما يتعلق بقواعد تنازع القوانين المقررة في معاهدة سنة ٢٠٠٠، فقد قررت المعاهدة أن القانون واجب التطبيق يتبع الاختصاص في هذا المجال فالجهة المختصة باتخاذ الإجراء المتعلق بحماية الشخص البالغ هي التي تقوم بتطبيق قانونها. لذا فإنه يتعين علينا لتحديد القانون واجب التطبيق الرجوع إلى النصوص المقررة في المعاهدة بتحديد الجهة المختصة باتخاذ إجراءات الحماية.

القاعدة الرئيسية للاختصاص المقررة في المعاهدة اعتدت بمعيار مقر الإقامة للشخص المشمول بالحماية^(٦٨). فالدولة التي يتواجد بها مقر إقامة الشخص هي التي تختص باتخاذ الإجراءات المتعلقة بالحماية.

وفيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق فإن المادة ١٣ من المعاهدة نصت على أن الجهة المختصة باتخاذ الإجراء سواء كانت جهة قضائية أو إدارية تقوم بتطبيق القانون الخاص بها^(٦٩).

يتضح مما تقدم أنه يوجد ارتباط بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في مجال حماية الأشخاص البالغين ويأتي هذا الارتباط على خلاف القواعد العامة في القانون الدولي الخاص التي تقضي بان مسألة القانون واجب التطبيق تعد منفصلة عن مسألة المحكمة المختصة بنظر النزاع. وهذا الانفصال بين كل من الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي يستند إلى ان الهدف الذي يرمي إليه كل منهما لا يرتبط بما يستهدفه الآخر. فقواعد تنازع القوانين ترمي إلى تركيز العلاقات الخاصة الدولية على نحو يكفل إسناد العلاقة إلى أوثق القوانين صلة بها. وعلى الرغم من أن قواعد التنازع تعد في غالبيتها قواعد وطنية تصدر عن كل دولة على حدة، إلا أن ما تتميز به قواعد التنازع من طابعها الحيادي الناتج عن الطابع المزدوج الجانب للقاعدة. هذا الطابع الحيادي هو الذي يكفل تحقيق قدر من المساواة النسبية بين القانون الوطني وقوانين الدول الأجنبية. اللهم إلا إذا لجأ المشرع الوطني إلى أسلوب قواعد التنازع الأحادية الجانب، وهو أسلوب - كما هو متعارف عليه - استثنائي إذا ما قورن بالأسلوب الأساسي وهو المنهج المزدوج الجانب الذي يراعي مقتضيات التعاون بين قوانين مختلف الدول.

(٦٨) تنص في ذلك المادة الخامسة من المعاهدة على أن:

« Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens ».

(٦٩) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٣ من معاهدة لاهاي في هذا الشأن على أن:

« Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des Etats contractants appliquent leur loi ».

هذا الطابع الحيادي لقواعد تنازع القوانين لا يتواجد بنفس الدرجة بالنسبة لقواعد الاختصاص القضائي. ذلك ان هذه القواعد الأخيرة، رغم اشتراكها مع قواعد التنازع في كونها قواعد وطنية تنفرد كل دولة بتحديداتها وفقاً لما تقضي به مصالحها، إلا أنها تعد قواعد مادية تقتصر فيها الدولة على تحديد الحالات التي تختص فيها محاكمها بنظر النزاع.

على أن هذا الاختلاف بين قواعد التنازع وقواعد الاختصاص التشريعي لا يمنع من حدوث نوع من الارتباط بينهما أو بمعنى آخر نوع من تبعية أحدهما للآخر في التطبيق. فإذا كانت قواعد التنازع تقوم على أساس وجود صلة وثيقة بين العلاقة المعروضة والقانون المختار لحكمها، فإن هذه الصلة قد تتواجد على هذا النحو بين العلاقة والدولة التي تختص سلطاتها الإدارية أو القضائية باتخاذ الإجراء أو التصرف.

هذا الارتباط أو هذه الصلة الوثيقة هي التي تتواجد في مجال إجراءات الحماية التي تتخذ لحماية الأشخاص البالغين غير ذوي الأهلية. فمن الطبيعي أن الجهة التي تختص باتخاذ الإجراء المتعلق بالحماية تقوم بتطبيق القانون الخاص بها. وقد سبق أن ذكرنا أن المادة السابعة من معاهدة لاهاي قد عقدت الاختصاص لسلطات الدولة التي يتواجد بها مقر إقامة الشخص المشمول بالحماية. لذا، فإن قانون دولة مقر إقامة الشخص هو القانون واجب التطبيق في هذا المجال.

على أن تقرير القاعدة السابقة المتعلقة بالقانون واجب التطبيق والتي تقضي بتطبيق قانون دولة مقر الإقامة لا يمنع من تطبيق سلطات دولة المقر لقانون دولة أخرى بهدف توفير قدر أكبر من الحماية لشخص أو لأموال صاحب الشأن^(٧٠). وهنا يتجلى اهتمام القانون التعاهدي بتوفير القسط الأوفر من الحماية لغير ذوي الأهلية. لذا، فإنه إذا رأت السلطات في دولة مقر إقامة الشخص أن هناك قانون آخر على صلة وثيقة بإجراء الحماية المراد اتخاذه كان يتعلق الأمر بتطبيق قانون جنسية الشخص، وأن من شأن تطبيق هذا القانون توفير رعاية أكثر للشخص فإن في مقدور هذه السلطات تطبيق هذا القانون.

(٧٠) تنص في ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٣ على أن:

« Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'adulte le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit ».

وإذا لم يكن الشخص البالغ قادراً على قضاء المصالح المتعلقة به فإن بإمكانه تعيين ممثل له سواء كان ذلك بإبرام اتفاق بينهما أو بالإرادة المنفردة للشخص وتخضع علاقة التمثيل المذكورة، وفقاً لنص المادة ١٥ من معاهدة لاهاي، إلى قانون الدولة التي يتواجد بها مقر إقامة الشخص فيرجع لهذا القانون في شأن مدى إمكانية قبول علاقة التمثيل المذكورة وتحديد السلطات المقررة للممثل القانوني وكيفية تعديل علاقة التمثيل أو انتهائها.

على أن عقد الاختصاص لقانون دولة مقر الإقامة في شأن علاقة التمثيل المذكورة لا يكون إلا في الحالة التي لا يختار فيها الشخص البالغ قانوناً آخر للتطبيق على هذه العلاقة. وقد حددت المعاهدة على سبيل الحصر القوانين التي يمكن لصاحب الشأن الاختيار من بينها لحكم علاقة التمثيل وهي:

- ١- قانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها.
- ٢- قانون الدولة التي كان يتواجد بها من قبل مقر الإقامة المعتاد للشخص.
- ٣- قانون الدولة التي يتواجد بها أموال الشخص البالغ، وذلك فيما يتعلق بالتصرفات التي تخص هذه الأموال.

على أنه من أجل حماية الشخص البالغ يمكن لسلطات الدولة المتواجد بها مقر الإقامة أن تنهي علاقة التمثيل أو تقوم بتعديلها وتستبدل بإجراءات أخرى وذلك في الحالة التي تكون فيها ممارسة الممثل لسلطاته لا تؤدي إلى توفير حماية كافية للشخص البالغ أو لأمواله (المادة ١٦).

كما أنه من أجل توفير حماية للغير الذي يبرم تصرفاً مع الممثل القانوني للشخص البالغ المشمول بالحماية، فإن المادة ١٧ من المعاهدة قررت أنه إذا كان التصرف سليماً وفقاً لقانون الدولة التي أجرى التصرف بها، فلا يجوز المساس بصحة التصرف بدعوى أن الممثل ليس لديه سلطة إبرام التصرف تطبيقاً لأحكام القانون واجب التطبيق على علاقة التمثيل القانوني. ووفقاً لنص المادة ١٧ لا ينطبق الحكم السابق إلا إذا تم إبرام التصرف بين شخصين متواجدين في ذات الدولة التي يتم إبرام التصرف بها.

على أنه يستثنى من الحكم السابق الحالة التي يعلم فيها الغير أو كان من الواجب أن يعلم، وفقاً للمجرى العادي للأمر، أن من يتعاقد معه ليس لديه صفة في إبرام التصرف نيابة عن الشخص المشمول بالحماية. فطالما أن الغير على علم بعدم وجود تلك الصفة فهو - إذن - غير جدير بالحماية، ويتعين بالتالي تغليب مصلحة الشخص المشمول بالحماية لأنه الطرف الضعيف.

- استبعاد الإحالة :

من الملاحظ أن المعاهدة قد استبعدت الأخذ بالإحالة في تطبيق نصوصها المتعلقة بالقانون واجب التطبيق. فسواء تعلق الأمر بالقانون واجب التطبيق على إجراءات الحماية المتخذة، أو على علاقة التمثيل القانوني، أو على التصرفات التي تجري بين الممثل والغير، في جميع هذه الأحوال فإن المقصود بالقانون واجب التطبيق هو القواعد المادية في القانون المشار إليه وليس قواعد الإسناد المقررة فيه^(٧١).

وتختلف معاهدة لاهاي في ذلك عن القرار الصادر عن مجمع القانون الدولي سنة ١٩٣٢. فهذا القرار الأخير أعتد في مجال النظام الشخصي بقانون الجنسية، ونص على إمكان تطبيق قانون آخر إذا كانت قواعد تنازع القوانين في الدولة التابع لها الشخص تحيل على قانون دولة أخرى كقانون الموطن مثلاً. ونعتقد أن الحل الذي قرره معاهدة لاهاي المبرمة سنة ٢٠٠٠ هو الأكثر ملاءمة. فإذا أخذنا في الاعتبار أن المعاهدة قد ربطت بين كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي مقررة تطبيق قانون الجهة المختصة باتخاذ إجراءات الحماية، فإن كفالة أكبر قدر من الفعالية في الحماية المنشودة يتطلب تطبيق القواعد المادية في قانون الدولة ذاتها التي يوجد بها مقر إقامة الشخص المشمول بالحماية وليس قواعد التنازع المنصوص عليها في هذا القانون.

وقد سبق أن ذكرنا أنه يمكن لسلطات الدولة المتواجد بها مقر إقامة الشخص تطبيق قانون آخر على صلة وثيقة إذا كان من شأن ذلك توفير قدر أكبر من الحماية

(٧١) تنص المادة ١٩ من المعاهدة على أن:

« Au sens du présente chapitre, le terme (loi) désigne le droit en vigueur dans un Etat, à l'exclusion des règles de conflit de lois ».

للشخص البالغ. وغني عن البيان أنه في الحالة التي تقرر فيها هذه السلطات تطبيق قانون آخر غير قانون مقر الإقامة فإن ذلك لا يعد عملاً لفكرة الإحالة. ذلك أن أعمال هذه الفكرة الأخيرة أمر لا يرتبط بتفضيل تطبيق قانون على آخر لكونه أكثر حماية، وإنما تعتمد فكرة الإحالة على تطبيق قواعد التنازع في القانون المشار إليه دون قواعده المادية.

المبحث الثاني

تنازع القوانين في مجال حماية القصر

نتعرض في هذا المجال لقواعد التنازع الوطنية (المطلب الأول)، ثم نتعرض لحماية القصر في المعاهدات الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

قواعد التنازع الوطنية المتعلقة بحماية القصر

اتجهت الأنظمة القانونية المختلفة إلى إسناد المسائل المتعلقة بحماية القصر إلى القانون الشخصي. لذا، يتعين علينا الحديث عن مبدأ الإسناد إلى القانون الشخصي والاستثناءات التي ترد عليه (الفرع الأول)، ثم نتعرض للطرق المتبعة في تقرير الحماية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإسناد إلى القانون الشخصي

تتجه بعض الدول إلى تقرير اختصاص قانون الجنسية بحكم المسائل المتعلقة بحماية القصر، بينما تتجه بعض القوانين الأخرى إلى عقد الاختصاص إلى قانون الموطن. كما أن هناك اتجاهًا ثالثًا يجمع بين كل من الاتجاهين السابقين. وفيما يلي نتحدث عن كل من هذه الاتجاهات، ثم نتعرض للاستثناءات التي ترد على تطبيق القانون الشخصي.

(أ) القانون واجب التطبيق:

١ - تطبيق قانون الجنسية في مجال حماية القصر:

كما هو الحال في مجال القانون واجب التطبيق على النظام الشخصي للبالغين تتجه العديد من الأنظمة القانونية إلى تطبيق قانون الجنسية ويسود ذلك في فرنسا والتي منها أنتقل المبدأ إلى بقية الدول الأوروبية وإلى دول الشرق الأوسط ودول أمريكا اللاتينية.

على أنه من الملاحظ أن تطبيق قانون الجنسية قد يقود إلى بعض الصعوبات في الحالة التي تختلف فيها جنسية أطراف العلاقة. لذا، يتعين اختيار جنسية أحد أطراف العلاقة، ويختلف ذلك بحسب نوع العلاقة.

ففي نطاق علاقة السلطة الأبوية *La puissance paternelle* تتجه غالبية الدول إلى تفضيل قانون جنسية رئيس العائلة سواء كان الأب أو الأم في غيبته. على أن خضوع السلطة الأبوية لقانون جنسية رب العائلة ليس مطلقاً، ففي بعض الأحوال يتم تفضيل مصلحة القاصر، ومن ثم تطبيق قانونه هو، كما لو تعلق الأمر بتنظيم الوصاية التي من بين شروطها ضرورة زوال السلطة الأبوية. وفي نطاق تنظيم واستعمال الوصاية *La tutelle* يتم تفضيل قانون جنسية القاصر باعتبار أن هذا النظام يهدف إلى حمايته.

٢ - تطبيق قانون الموطن:

تتجه بعض الأنظمة الأخرى إلى إسناد النظام الشخصي للقصر إلى قانون الموطن وليس الجنسية. ويسود ذلك في الدول الأنجلوسكسونية، كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ومن هنا نحوهما في هذا المجال. ففي هذه الدول يتم التعرض لمسائل القانون الدولي الخاص أولاً بحسب مسألة الاختصاص القضائي، وذلك بتقرير اختصاص المحكمة وفقاً لمعيار الموطن. وإذا تم تقرير اختصاص المحاكم الوطنية فإن مسألة القانون واجب التطبيق يتم في غالب الأحوال حلها بنفس الطريقة وذلك لتدقيق وحدة الاختصاص التشريعي مع الاختصاص القضائي. فطالما اختصت المحكمة بنظر النزاع المتعلق بحماية القصر فبها تقوم بتطبيق قانونها استناداً إلى معيار الموطن.

ويعتبر قانون الموطن أقدم في التطبيق في مجال النظام الشخصي من قانون الجنسية. ويمكن القول أنه حتى بداية القرن التاسع عشر كان الموطن هو المعيار السائد في معظم الدول. وقد سبق لنا التعرض للحجج الخاصة بكل من معيار الجنسية ومعيار الموطن عند الحديث عن حماية البالغين غير ذوي الأهلية، فلا حاجة للتكرار هنا.

ولما كان تبني الدول الأنجلوسكسونية لمعيار الموطن يقود إلى عدم خضوع الوطني المتوطن بالخارج إلى قانون دولته، فقد حرصت بعض التشريعات - كالقانون الإنجليزي - على تقرير بعض الاستثناءات من تطبيق قانون الموطن تضمن أن يطبق على مواطنيها في الخارج القانون الإنجليزي. ومن الواضح أن القانون الإنجليزي يعتد في هذه الحالة بمعيار الجنسية وليس الموطن.

٣- النظام المختلط : الجمع بين قانوني الجنسية والموطن:

يرتكز هذا النظام المختلط على الهدف من قواعد القانون الدولي الخاص. فهذه القواعد لا ترمي إلى تحديد القانون واجب التطبيق بطريق تصفية، وإنما تبغي إسناد العلاقة إلى أنسب القوانين لحكمها.

من هذا المنطلق فإن القانون الوطني عندما يحدد القانون واجب التطبيق على علاقة ما - كالنظام الشخصي - لا يجب أن يتبنى معياراً واحداً بالنسبة لجميع المسائل التي يشتمل عليها هذا النظام، بل يمكن قبول تعدد عناصر الإسناد *Les points de rattachement* حسب طبيعة المسألة المثارة.

وقد يكون اختلاف نقاط أو عناصر الإسناد وفقاً للأشخاص أو بحسب طبيعة المسألة المعروض :

- من قبيل الاختلاف وفقاً للأشخاص ما ذكرناه من قبل من أن القانون الإنجليزي يأخذ بمعيار الموطن في تحديد القانون الشخصي بالنسبة للأجانب وكذلك المواطنين داخل إنجلترا. أما بالنسبة للوطنين المقيمين في الخارج فإنه يأخذ بمعيار الجنسية لضمان تطبيق القانون الإنجليزي عليهم. ونفس الحل كان يأخذ به القانون الفيدرالي السويسري الصادر سنة ١٨٩١. فوفقاً لهذا القانون فإن الأجانب

المقيمين في سويسرا كانوا يخضعون للقانون السويسري، أما السويسريين المقيمين في الخارج فيخضعون لقانون جنسيتهم^(٧٢).

ومن قبيل اختلاف نطاق أو عناصر الإسناد بحسب طبيعة المسألة المعروضة أو أن يتم إخضاع بعض المسائل المنتمية للنظام الشخصي إلى قانون الجنسية كالحالة والاهلية، بينما تخضع مسائل أخرى لقانون الموطن كالوصاية والسلطة الأبوية.

ولا شك أن هذا الوضع يؤدي إلى تجزئة العلاقة الواحدة بإسنادها إلى عدة قوانين في ذات الوقت. وقد تم الاعتراف بإمكانية التجزئة في بعض العلاقات، كما هو الحال بالنسبة للقانون واجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية، حيث أجازت معاهدة روما المبرمة سنة ١٩٨٠ بين دول الجماعة الأوروبية لأطراف العقد تجزئته بإخضاع بعض المسائل لقانون دولة ما بينما تخضع المسائل الأخرى لقانون آخر مختلف. وسنرى أن تجزئة المسائل المتعلقة بالنظام الشخصي في مجال حماية القصر هو الأمر المعتاد في نصوص المعاهدات الدولية، وهو كذلك الأمر الذي يكفل إسناد كل مسألة للقانون الأكثر ملاءمة لها **La loi la plus appropriée**.

وقد لوحظ الجمع بين قانونين في التطبيق في نصوص المعاهدات الدولية من مدة طويلة^(٧٣). ففي معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٥ المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الوصية بالنسبة للقصر، نصت المادة السابعة منها على طلب الخطر من التصرف ينبغي أن يخضع لكل من قانون مقر الإقامة وقانون جنسية الشخص^(٧٤).

(٧٢) أنظر في هذا المعنى::

Werner E. Von STEIGER : La protection des mineurs en droit international privé, RCADI. Tome 112, 1964, p. 496.

(٧٣) أنظر في تفصيل ذلك :

F. CAPOTORTI : La capacité en droit international privé, op cit. p. 219.

(٧٤) نصت المادة السابعة من معاهدة لاهاي لسنة ١٩٠٥ على أن :

"Dans le cas où les autorités de la résidence habituelle sont compétentes en vertu de l'article précédent, la demande en interdiction peut être formée par les personnes et pour les causes admises à la fois par loi nationale et par la loi la résidence de l'étranger".

(ب) الاستثناءات التي ترد على تطبيق القانون الشخصي :

تتجه الأنظمة القانونية التي تتبنى معيار الجنسية إلى تقرير استثناءات على تطبيق قانون الجنسية. وأهم هذه الاستثناءات ما يعرف بالجهل المغتفر بالقانون الأجنبي *Ignorance excusable de la loi étrangère* .

ذلك أن خضوع الأهلية للقانون الشخصي دائماً قد يترتب عليه العديد من الصعوبات في الحالة التي يقل فيها سن الرشد في الدولة الوطنية عن سن الرشد في الدولة الأجنبية التي يتمتع الشخص بجنسيتها. فإذا أقدم هذا الشخص على إبرام تصرف أو عقد في الدولة مع شخص آخر، فإنه بالتطبيق للقانون الشخصي سيعتبر التصرف باطلا لعدم توافر الأهلية لدى الشخص، في حين أن التصرف يعد صحيحاً بتطبيق أحكام الأهلية في القانون الوطني.

لذا، فإن الحفاظ على المعاملات التجارية والمالية التي تجرى في إقليم الدولة الوطنية يتطلب البحث عن حل آخر يقود إلى التوصل إلى سلامة التصرف المبرم بين الشخص ناقص الأهلية وفقاً لقانون جنسيته والذي يبرم عقداً ذو طبيعة مالية مع شخص آخر في الدولة الوطنية إذا كان هذا الشخص الآخر ليس لديه العلم ينقص أهلية المتعاقد معه.

وقد اختلفت الآراء حول القانون الذي يتعين إخضاع الأهلية له في هذه الحالة :

- فهناك من يرى أن الأهلية لا تخضع في هذه الحالة لقانون الجنسية على سبيل الاستثناء، وإنما تخضع للقانون الذي يحكم موضوع التصرف استناداً إلى أن اكتمال أهلية الشخص تعد شرطاً لصحة إبرام التصرف. وقد وجد هذا الرأي تكريساً له في فقه المدرسة الهولندية التي استندت إليها نظرية تنازع القوانين في الدول الأنجلوسكسونية. لذا، نجد أن العديد من الأحكام القضائية خصوصاً في الولايات المتحدة الأمريكية تفرق بين الحالة التي تخضع للقانون الشخصي وبين أهلية إبرام التصرف والتي تخضع للقانون واجب التطبيق على التصرف ذاته^(٧٥).

(٧٥) انظر في تفصيل ذلك :

على أن هذا الرأي يعيبه أن مسألة الأهلية تعد لصيقة بشخص الإنسان على نحو يصعب معه إخضاعها لقانون آخر غير القانون الشخصي. كما أن هذا الحل لا يتكفل بتوفير حماية كاملة للمتعاقد مع ناقص الأهلية، لأن القانون واجب التطبيق على التصرف ليس بالضرورة هو قانون دولة إبرام التصرف.

- ويتجه البعض الآخر إلى تقرير أن الأهلية تخضع كقاعدة عامة للقانون الشخصي. على أنه توجد قاعدة تنازع أخرى تقضي بخضوع الأهلية للقانون المحلي إذا تعلق الأمر بأجنبي قاصر وفقاً لقانون جنسيته في حين أنه بالغ لسن الرشد تطبيقاً لقانون الدولة التي أبرم التصرف على أراضيها. من قبيل القوانين التي تأخذ بهذا الاتجاه القانون الدولي الخاص التركي الصادر سنة ١٩٨٣. وإذا كان هذا الرأي يؤدي إلى صحة التصرفات التي تجري في الدولة الوطنية التي يتم إبرام التصرف بها، إلا أنه لا يراعي مصلحة الشخص ناقص الأهلية الذي سيجد تصرفه صحيحاً ويلتزم به طالما أن القانون المحلي يقضي بصحته، بعض النظر عن مسلك الطرف الآخر المتعاقد مع ناقص الأهلية، وبغض النظر عما إذا كان هذا المتعاقد الآخر يعلم أو لا يعلم بنقص أهلية من تعاقد معه.

- ويتجه الحل الملائم من وجهة نظرنا إلى تقرير وجود قاعدة عامة تقضي بخضوع الأهلية للقانون الشخصي، حتى بالنسبة للأجانب المقيمين في الدولة الوطنية. مع تقرير استثناء يرد على هذه القاعدة من شأن الأخذ به التوصل إلى صحة التصرف الذي يجري في الدولة الوطنية. على أن هذا الاستثناء غير مطلق فهو مقيد بضرورة توافر شروط معينة، تحقق قدراً من التوازن بين مصلحتين كل منهما جدير بالرعاية : مصلحة الدولة التي يجري التصرف على إقليمها في رعاية مواطنيها حسنى النية الذين يبرمون تصرفات مع أجنبي ناقص الأهلية دون أن يعلموا بذلك. ومصلحة الشخص ناقص الأهلية في عدم الالتزام بتصرف قد يؤدي إلى تحقيق ضرر به بالنظر إلى نقص خبرته^(٧٦).

(٧٦) أنظر في تفصيل هذا الاستثناء :

ويستند هذا الاستثناء لدى البعض في أن الوطني الذي يبرم تصرفاً مع شخص أجنبي ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الشخصي: هذا الوطني ليس ملزماً بأن يتعرف على قوانين كافة الدول، ولذا فإن مبدأ حسن النية لدى الوطني هو الذي يبرر تقرير هذا الاستثناء.

غير أن هذا التبرير ليس كافياً لأنه وفقاً للرأي الغالب لا يقتصر تقرير الاستثناء على حالة إبرام الوطني لتصرف مع أجنبي، وإنما يمتد مجال أعمال الاستثناء للحالة التي يتم فيها التعاقد بين أجنبيين. لذا، فإن كفالة سلامة المعاملات المالية التي تجري في الدولة الوطنية هو الذي يفسر استثناء الجهل المغتفر بأحكام القانون الأجنبي في مجال الأهلية. ولذا، فإن هذا الاستثناء يطلق عليه في فرنسا تعبير استثناء المصلحة الوطنية أي مصلحة الدولة في ازدهار المعاملات المالية التي تجري في إقليمها.

وقد أخذ القضاء الفرنسي منذ أمد طويل بهذا الاستثناء منذ الحكم الشهير في قضية ليزاردى التي تتلخص وقائعها في إبرام عقد بين شخص مكسيكي الجنسية وشخص فرنسي لشراء بعض المجوهرات. وكان الشخص المكسيكي ناقص الأهلية وقت إبرام العقد وفقاً لقانون جنسيته في حين أنه كامل الأهلية وفقاً للقانون الفرنسي، حيث أبرم العقد في فرنسا. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٨٦١ بسلامة التصرف رغم نقص أهلية الشخص وفقاً لقانون دولته طالما أن المتعاقد معه قد تعاقد كان حسن النية^(٧٧).

وقد أخذ المشرع المصري بهذا الاستثناء في المادة ١١ من القانون المدني التي تنص الفقرة الأولى منها على القاعدة العامة في مجال القانون واجب التطبيق على

(٧٧) وفقاً لهذا الحكم فإن:

"Les engagements contractés par un étranger, mineur selon sa loi nationale mais majeur selon la loi française, envers un marchand français n'en sont pas moins valables si le français a agi sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi". V. Cour de cassation française, 16 janvier 1861 in : Bertrand ANCEL et Yves LRQUETTE : Grands arrêts de la jurisprudence française droit international privé, op cit., p. 35.

مسائل الحالة والأهلية بقولها: "الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم".

ثم جاء نص الفقرة الثانية من نفس المادة مقررًا الاستثناء الذي يرد على القاعدة العامة السابقة والذي يجرى نضه على النحو التالي: "ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في مصر وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيًا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الثاني تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

ومن الواضح، على ضوء النص السابق، أن المشرع المصري لا يقرر قاعدة عامة تقضي بسلامة التصرفات التي تتم في مصر بين شخصين أحدهما ناقص الأهلية. ذلك أن التوصل إلى هذه النتيجة مشروط بتوافر العديد من الشروط:

- فيتعين أن يتعلق الأمر بتصرف مالي لأن الهدف من الاستثناء هو سلامة المعاملات التجارية التي تجرى في دولة القاضي.

ويتعين أن تكون مصر هي الدولة التي يتم إبرام التصرف بها وتترتب فيها آثاره.

- ويلزم أن يكون المتعاقد مع ناقص الأهلية حسن النية لا يعلم بنقص أهلية الطرف الآخر، وليس في مقدوره أن يعلم وفقًا لتقدير الشخص المعتاد الذي لديه قدر من الحذر والحيطه، وهو الأمر الذي يقوم القاضي بتقديره.

- ويشترط أخيرًا أن يكون الشخص ناقص الأهلية وفقًا لقانون جنسيته بينما يكون كامل الأهلية وفقًا للقانون المصري. ذلك أنه إذا كان للمتعاقد الآخر العذر في الجهل بأحكام القانون الأجنبي إلا أن هذا العذر لا يتوافر بالنسبة لأحكام القانون الوطني للدولة التي يجري التصرف فيها.

(ج) الأنظمة المتبعة لحماية القصر في القوانين الوطنية:

١- السلطة الأبوية :

يهدف نظام السلطة الأبوية *La puissance paternelle* إلى حماية الشخص القاصر، حيث أنه في حالة لا يستطيع فيها حسن تقدير الأمور سواء في

النواحي الشخصية أو المالية. ويعتبر نظام السلطة البوية هو النظام الطبيعي لحماية ناقصي الأهلية. فمن الطبيعي أن يتولى الأب - أو الأم في حالة عدم وجوده - إدارة الشؤون المالية للابن وأن يقوم بتمثيله في إبرام كافة التصرفات الخاصة به.

وتجدر الإشارة إلى أن نظام السلطة الأبوية قد مر بتطور كبير، فقد كان ينظر إليه في الماضي على أنه خضوع كامل من جانب القصر للوالدين، فهؤلاء لهم كافة الحقوق، ثم أصبح ينظر في الوقت الحالي إلى هذا النظام على أنه يشكل مسنولية أكثر منه سلطة تحكمية. وطالما أنه مسنولية فهو يلقي واجبات على عاتق الوالدين تجاه الأبناء القصر، كما تخضع ممارسة الوالدين لهذا النظام إلى رقابة القضاء الذي له التدخل لمراعاة مصلحة القصر. والأكثر من ذلك أنه في حالة وجود تعارض بين مصلحة الطفل ومصلحة الوالدين يغلب القضاء مصلحة الطفل، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا الكندية في حكمها الصادر سنة ١٩٨٧^(٧٨).

وتخضع السلطة الأبوية للقانون الشخصي، أي قانون الجنسية. ولا توجد أية مشكلة إذا اتحدت جنسية الأبوين مع جنسية الابن ناقص الأهلية. أما في الحالة التي تختلف فيها جنسية الأب أو الأم صاحب السلطة الأبوية عن جنسية الولد فإن الرأي الراجح هو تطبيق قانون جنسية الولد، على أساس أن هذا النظام يرمي إلى تحقيق مصالح الشخص ناقص الأهلية.

ومثل هذا الاختلاف في الجنسية بين الولد والأبوين أمر متعارف عليه في القوانين الأوروبية التي يوجد فيها نظام التبني على نطاق واسع. أما في البلاد الإسلامية - حيث لا شرعية لنظام التبني - فلا أهمية للحديث اختلاف الجنسية، حيث تتحد دائماً جنسية الابن مع جنسية الوالدين. اللهم إلا إذا اكتسب الأبوين جنسية دولة ما واحتفظ الولد القاصر بجنسيته دون أن يكتسب الجنسية الجديدة.

(٧٨) وفقاً لهذا الحكم قضت المحكمة العليا في كندا بأن :

“L'intérêt de l'enfant pouvait primer à l'occasion sur celui du titulaire de l'autorité parentale s'ils entrent en conflit”.

أنظر هذا الحكم مشاراً إليه في :

Carmen Lavallée : La convention internationale relative aux droits de l'enfant et l'incapacité juridique du mineur sous le nouveau Code civil du Québec, in : L'enfant et les conventions internationales, Presses Universitaires de Loyen, 1996, p. 249.

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة الأبوية لا تخضع لقانون الجنسية في دول القانون العام *Les pays de common law*، وإنما تخضع لقانون الموطن. وفي حالة اختلاف موطن الوالدين عن موطن القاصر فإن قانون موطن القاصر هو الواجب التطبيق^(٧٩).

٢- الوصاية :

يشكل نظام السلطة الأبوية السابق النظام الطبيعي للوصاية على ناقص الأهلية. وتطبق القواعد التي سنتعرض لها في مجال القانون واجب التطبيق على الوصاية بالنسبة لأنظمة الحماية الشبيهة بها، كما هو الحال بالنسبة للقوامة والأنظمة الأخرى المماثلة. ويلاحظ أن نظام الوصاية ينطبق على القصر الذين لا يمكن إعمال نظام السلطة الأبوية بالنسبة لهم، وذلك استناداً إلى أن نظام السلطة الأبوية يعد هو النظام الطبيعي للوصاية، وفي حالة عدم إمكان تطبيقه، نظراً لعدم وجود من يقوم به، في هذه الحالة فقط يمكن البحث عن نظام الوصاية. وينطبق نظام القوامة *La curatelle* بالنسبة للأشخاص البالغين الذين يعانون من أمراض التخلف أو النقص العقلي لتقرير الحماية الواجبة لهم.

وتخضع الوصاية للقانون الشخصي لناقص الأهلية. فهذا القانون هو الذي يحدد نوع الوصاية التي تلائم ناقص الأهلية، كما يحدد الحالات التي يمكن فيها سحب أو عزل الوصي.

وتخضع إدارة أموال القاصر كذلك لقانونه الشخصي. فيتعين اتباع الشكليات المنصوص عليها في قانون جنسية ناقص الأهلية لقيام الممثل الشرعي له بإبرام تصرف لمصلحة القاصر.

وتحرص بعض القوانين على منح ممثليها الدبلوماسيين في الدول الأجنبية سلطة تنظيم الوصاية للأشخاص التابعين لها والمقيمين في الدول الأجنبية. وهذا يدل قطعاً على اهتمام الدولة بتطبيق القانون الوطني للشخص على نظام الوصاية حماية له

(٧٩) أنظر في هذا المعنى :

F. CAPOTORTI: La capacité en droit international privé, op cit, p. 302 et s.

ولو وجب، في دولة أجنبية. من قبيل ذلك القانون اليوغسلافي الصادر بتاريخ الأول من أبريل سنة ١٩٤٧، كما أن معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٢ نصت على ذات الحكم^(٨٠).

وإذا كان القانون الوطني للقاصر يتبنى معيار الموطن فإن هذا سيؤدي إلى عدم تطبيق قانون الجنسية إذا كانت دولة القاضي تأخذ بفكرة الإحالة. لذا، كان من المقرر وفقا للقانون الفرنسي، قبل دخول معاهدة لاهاي لسنة ١٩٦١ حيز التنفيذ، أن نظام الوصاية بالنسبة لشخص إنجليزي مقيم في فرنسا يخضع للقانون الفرنسي. ذلك أن قاعدة التنازع الفرنسية تقضي بتطبيق قانون الجنسية أي القانون الإنجليزي، وبالرجوع إلى هذا القانون الأخير يتضح أنه يأخذ بقانون الموطن. ولما كانت فكرة الإحالة مقبولة من القضاء الفرنسي فإن الوصاية تخضع لأحكام القانون الفرنسي، باعتبار الشخص متوطن في فرنسا^(٨١).

ووفقاً لأحكام القانون المقارن فإن إسناد نظام الوصاية لقانون الجنسية لا يمنع من تدخل السلطات الوطنية في الدولة التي يقيم بها ناقص الأهلية من أجل حماية القاصر إذا امتنعت سلطات دولته عن تقرير نظام الحماية الملائم له. وإذا تدخلت السلطات الوطنية على هذا النحو فإن ذلك يكون في حالة الضرورة لحماية القاصر، وينتهي دور هذه السلطات منذ اللحظة التي تتدخل فيها سلطات الدولة الأصلية للشخص بتقرير الحماية الملائمة. وتجدر الإشارة إلى أن تدخل سلطات الدولة التي يقيم القاصر بها في هذه الحالة إنما يستند إلى وجود علاقة تربط بينهما مستمدة من إقامة الشخص داخل إقليم الدول.

(٨٠) نصت المادة الثانية من هذه المعاهدة على أن :

“Si la loi nationale n’organise pas la tutelle dans le pays du mineur en vue du cas où celui-ci aurait sa résidence habituelle à l’étranger, l’agent diplomatique ou consulaire autoris par l’Etat don’t le mineur est le ressortissant pourra y pouvoir conformément à la loi de cet Etat, si l’Etat de la résidence habituelle du mineur ne s’y oppose pas”.

(٨١) انظر في هذا المعنى :

André RAISON : Le statut des mineurs et des majeurs protégés.
Librairie de journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1989, p.
351.

على انه من الملاحظ أن هناك حالات لتطبيق قانون آخر غير القانون الشخصي لناقص الأهلية: فإذا تعلق الأمر بعقارات للقاصر في دولة أجنبية فإن قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق باعتباره قانون موقع المال^(٨٢).

كما أنه من المتعارف عليه أن شكل التصرف يخضع لقانون بلد إبرام التصرف. لذا، فإن التصرفات المتعلقة بأموال القاصر تخضع للشكليات المقررة في بلد الإبرام، إلا إذا تم اختيار قانون جنسية الأطراف أو القانون الذي يحكم موضوع التصرف.

وعلاوة على ذلك فإنه من المعروف أن الإجراءات تخضع لقانون القاضي. لذا، فإن الإجراءات المتعلقة بممارسة الوصي لسلطاته لن يطبق عليها قانون جنسية القاصر، بل تخضع لقانون الدولة المتواجد بها أموال القاصر والتي تتخذ فيها الإجراءات. ويعني هذا أن الوصاية تخضع من الناحية الموضوعية لقانون جنسية القاصر، ومن الناحية الإجرائية لقانون دولة القاضي.

وقد يحدث في بعض الحالات أن يترتب على الوصاية بعض الحقوق والالتزامات وفقاً للقانون الأجنبي واجب التطبيق (قانون جنسية القاصر). ولكن ممارسة الوصي لهذه الحقوق يرتبط باتخاذ إجراء غير معروف في قانون دولة القاضي. كما قد يحدث أن يفرض القانون المحلي ضرورة قيام الوصي بإجراء معين لا يتفق مع التنظيم الموضوعي للوصاية وفقاً لقانون جنسية القاصر. في مثل هذه الفروض سيتعطل مبدأ إخضاع الوصاية لقانون جنسية ناقص الأهلية، لأن وضع هذا النظام موضع التنفيذ سيصطدم بالنواحي الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي^(٨٣).

وسيتضح لنا عند الحديث عن أحكام المعاهدات الدولية أنه قد تم التغلب على هذه الصعوبات بإخضاع تنظيم الوصاية في مجمله لقانون دولة مقر إقامة القاصر، سواء فيما يتعلق بالشروط الموضوعية أو الشروط الشكلية والإجراءات الواجب اتباعها.

(٨٢) لذلك تنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة للتقنين المدني الفرنسي على أن :

“Les immeubles même ceus possédés par des étrangers, sont régis par la loi française”.

(٨٣) أنظر في تفصيل ذلك :

F. CAPOTORTL : La capacité en droit international privé, op cit. p. 234.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذه الصعوبات لا نجدها في بلاد القانون العام كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية. ففي هذه الدول ينظر إلى نظام الوصاية على أنه نظام يتعلق بتحديد الاختصاص القضائي ولا يثير مشكلة في تنازع القوانين. وبعبارة أخرى فإن قواعد تنازع القوانين في مجال الوصاية تتبع في هذه الدول القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي. فالجهة المختصة بتقرير نظام الوصاية تقوم بتطبيق قانونها. وهذا الحل هو الذي انتهجته المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية سواء بالنسبة للقصر أم بالنسبة للأشخاص البالغين.

وقد قامت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٨ نوفمبر ١٩٥٨ بتطبيق القواعد السابقة المتعلقة بتبعية الاختصاص القضائي للاختصاص التشريعي. تتلخص وقائع القضية في قيام دولة السويد بتطبيق نظام التعليم الإلزامي الحمائي *L'éducation protectrice* (وهو أحد أنظمة الحماية الخاصة للقصر في السويد) على شخص قاصر يحمل الجنسية الهولندية. وقد اعترضت هولندا على ذلك أمام محكمة العدل الدولية لأن في هذا مخالفة للقانون واجب التطبيق في مجال حماية القصر وهو قانون جنسية الشخص تطبيقاً لأحكام معاهدة لاهاي لسنة ١٩٠٢. وقد رفضت المحكمة المطالبة الهولندية الخاصة بتطبيق قانون الجنسية مقررة حق السويد التي اتخذت اجراء الحماية بتطبيق القوانين الخاصة بها^(٨٤).

المطلب الثاني

قواعد التنازع التعاهدية المتعلقة بحماية القصر

نتعرض في هذا المطلب لدراسة القواعد المنصوص عليها في المعاهدات الدولية لحماية القصر. وسنرى أن القانون التعاهدي قد مر بتطور كبير في مجال قواعد تنازع القوانين.

(٨٤) أنظر حكم محكمة العدل الدولية في قضية Boll مشاراً إليه في :

F. CAPOTORTI : La capacité en droit international privé, op cit. p.

وقد اهتمت المعاهدات الدولية بموضوع حماية القصر منذ أمد بعيد. على خلاف التنظيم المتعلق بحماية البالغين الذي تفصل فيه مدة طويلة من الزمن بين معاهدة لاهاي لسنة ١٩٠٥ والمعاهدة الأخيرة التي أبرمت سنة ٢٠٠٠.

ويمكن تتبع المعاهدات التي تتعلق بحماية القصر على النحو التالي:

- أقدم المعاهدات التي تناولت موضوع حماية القصر هي معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢ المتعلقة بتنظيم الوصاية على القصر.

- كما أبرمت بعد ذلك معاهدة لاهاي بتاريخ ٥ أكتوبر ١٩٦١ والتي حلت محل المعاهدة السابقة.

- ثم أبرمت معاهدة لاهاي بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٩٦ والتي تتعلق بالاختصاص، القانون واجب التطبيق، الاعتراف، التنفيذ والتعاون في مجال المسئولية الأبوية وإجراءات حماية القصر. وقد أعدت هذه المعاهدة كي تحل محل معاهدة سنة ١٩٦١.

(أ) معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ١٢ يونيو ١٩٠٢:

تتعلق هذه المعاهدة بموضوع تنظيم الوصاية على القصر *La réglementation de la tutelle des mineurs*^(٨٥).

وقد وضعت المعاهدة القاعدة المتعلقة بتنازع القوانين، وهي خضوع الوصاية لقانون جنسية القاصر. على أن هذا لا يمنع من إمكانية تدخل سلطات الدولة التي يتواجد بها مقر إقامة القاصر. على أن هذه السلطات تتقيد بتطبيق قانون جنسية القاصر فيما يتعلق بشروط الوصاية، أما الآثار التي تترتب على نظام الوصاية فتبها تخضع لقانون مقر الإقامة.

ويعتبر قانون جنسية القاصر هو القانون الأساسي في مجال تنازع القوانين وفقاً للمعاهدة. ويتضح ذلك من أن الإجراءات التي تتخذها سلطات الدولة التي يوجد

(٨٥) انظر في تفصيل ذلك :

Werner E. Von STEIGER: La protection des mineurs en droit international privé, op cit, p. 491 et ss.

بها محاً. الإقامة يمكن استبدالها دانماً بتنظيم جديد للوصاية من قبل سلطات الدولة التي يتمتع العاصر بجنسيتها (المادة الرابعة).

وقد سبق لنا الحديث عن قضية Boll التي كانت بين كل من السويد وهولندا والتي استندت فيها السويد إلى معاهدة سنة ١٩٠٢. ولما كانت محكمة العدل الدولية قد رفضت تطبيق المعاهدة التي نقضي بتطبيق قانون جنسية القاصر وفضلت قاتون مقر الإقامة، فقد أدى هذا الوضع إلى انسحاب السويد من المعاهدة وإلى إعداد معاهدة جديدة في جال حماية القصر تستجيب للواقع الذي حدث في مجال تنازع القوانين.

ب) معاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٥ أكتوبر ١٩٦١ :

عرفت المادة ١٢ من المعاهدة القاصر بأنه الشخص الذي يعتبر قاصراً وفقاً لقانون جنسيته أو وفقاً لقانون مقر إقامته^(٨٦). وتطبيق المعاهدة على من يتوافر لديه وصف القاصر على هذا النحو أياً كانت جنسيته، بشرط أن يتواجد مقر إقامته المعتاد في *La résidence habituelle* في إحدى الدول الأطراف في المعاهدة.

ويدخل في مجال إعمال المعاهدة جميع الإجراءات الفردية *Les mesures individuelles* التي تتعلق بالقانون الخاص أو بالقانون العام والتي تهدف إلى حماية القصر وحماية أموالهم، كما هو الحال بالنسبة للسلطة الأبوية والوصاية. ويخرج من مجال تطبيق المعاهدة الإجراءات المتعلقة بقانون العقوبات والتنظيمات العامة ذات الطابع الاجتماعي، كما هو الحال بالنسبة لحظر عمل القصر.

(٨٦) لم تتناول معاهدة لاهاي لسنة ١٩٦١ الحديث عن القاصر المأذون له بمباشرة بعض التصرفات. على أنه وفقاً لما ذكره المقرر للمعاهدة فقد تم الاقتراح - أثناء المفاوضات - بأن يقتصر تعبير القاصر الذي تسري عليه المعاهدة على القاصر غير المأذون له بالتصرف *Le mineur non émancipé*. ولكن في النهاية تم التخلي عن تضمين نص المادة ١٢ الحديث عن هذا القيد نظراً لوجود اختلاف كبير بين قوانين مختلف الدول حول الإذن *L'émancipation* وشروطه والآثار المترتبة عليه، ونظراً كذلك أنه من البديهي أن الشخص القاصر المأذون له بالتصرف ليس في حاجة لتقرير حمايته بواسطة أحكام المعاهدة. ويستفاد من ذلك أن القاصر المقصود في أحكام القانون التعااهدي هو القاصر الكامل *Le mineur complet* غير المأذون له بالتصرف كلياً أو جزئياً : انظر في ذلك:

Georges A.L. DROZ : La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la convention de la Haye du 5 Octobre 1961, Clunet, 1973, p. 608 et s.

على خلاف معاهدة لاهاي السابقة والتي عقدت الاختصاص الأصيل في مجال تنازع القوانين لقانون دولة جنسية القاصر، فإن المعاهدة الحالية قد تبنت مبدأ الربط بين كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي. وموody ذلك أن سلطات الدولة التي يوجد بها مقر إقامة القاصر هي صاحبة الاختصاص في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحمايته، وذلك تطبيقاً لقانون دولة مقر الإقامة ذاته وليس تطبيقاً لقانون جنسية القاصر (المادتين الأولى والثانية).

وفي حالة تغيير مقر إقامة القاصر من دولة اتخذت بها إجراءات حماية إلى دولة آخر، فإن المادة الخامسة من المعاهدة تكفلت بحل هذا التنازع المتحرك Le conflit mobile، وذلك بالنص على بقاء أنظمة الحماية المقررة وفقاً لقانون دولة الإقامة القديمة حتى يتم استبدالها بإجراءات أخرى وفقاً لقانون مقر الإقامة الجديد. وإذا كانت دولة الإقامة القديمة هي ذاتها الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، فإن إجراءات الحماية المتخذة من قبلها تظل سارية المفعول في دولة الإقامة الجديدة.

وإذا كانت معاهدة لاهاي الحالية قد عقدت الاختصاص لسلطات دولة مقر الإقامة، فإن هذا لا يمنع سلطات الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها من اتخاذ ما تراه ملائماً من الإجراءات التي من شأنها حماية القاصر (المادة الرابعة). ونعتقد أن الهدف من ذلك الحكم هو رعاية مصحة القاصر، فإذا كانت إجراءات الحماية المقررة وفقاً لقانون دولة مقر الإقامة غير كافية، فيمكن للدولة التابع لها الشخص أن تتدخل بتقرير الحماية اللازمة.

ويتعين على سلطات دولة مقر الإقامة احترام السلطة المقررة بقوة القانون un rapport d'autorité résultant de pleine droit وفقاً لقانون جنسية القاصر. لذا، إذا كان قانون جنسية القاصر يقرر أن السلطة الأبوية تمنح على القاصر للأب وحده، في حين أنها تمنح لكلا الأبوين وفقاً لقانون مقر الإقامة، وجب على دولة مقر الإقامة الاعتراف بما يقضى به قانون الجنسية في هذا الشأن (المادة الثالثة). على أنه من الملاحظ أن هذا الحكم الوارد النص عليه في المادة الثالثة من المعاهدة والذي

يعقد الاختصاص لقانون دولة جنسية القاصر ليس إلا استثناء على تطبيق قانون دولة مقر الإقامة، وطالما أن يشكل استثناء على هذا النحو لا ينبغي التوسع في تفسيره^(٨٧).

على أن الحكم السابق لا يسري في حالة الضرورة إذا تعرض القاصر لخطر جدي على شخصه أو على ماله. فيمكن في هذه الحالة لسلطات دولة مقر الإقامة اتخاذ ما تراه ضروريا لحماية القاصر دون مراعاة للسلطة المقررة بقوة القانون وفقا لقانون جنسية القاصر (المادة الثامنة).

ولذات السبب يمكن لأي دولة طرف في المعاهدة اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية إذا تعرض القاصر أو أمواله لديها للخطر. وتكون هذه الإجراءات ذات طابع وقتي لحين اتخاذ الإجراءات الملائمة من قبل سلطات الدولة صاحبة الاختصاص الأصيل وهي دولة مقر الإقامة المعتاد (المادة التاسعة).

وتوجد العديد من الصعوبات في تطبيق أحكام معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٦١^(٨٨). وتتولد هذه الصعوبات من أن المعاهدة قد عقدت الاختصاص لدولة مقر الإقامة، كما عقدته في بعض الحالات لدولة جنسية القاصر، الأمر الذي يترتب عليه وجود تنازع في الاختصاص وكذلك تنازع بين قانوني الجنسية ومقر الإقامة.

فقد رأينا أن عقد الاختصاص لسلطات دولة مقر الإقامة لا يمنع من تدخل سلطات دولة الجنسية لحماية القاصر. كما رأينا أن السلطة الأبوية المقررة بقوة

(٨٧) أكد على هذا الطابع الاستثنائي لنص المادة الثالثة الحكم الصادر من المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة ١٩٩٢ :

“L'article 3 de la convention, qui prévoit des dérogations à l'application de la loi de la résidence habituelle de l'enfant. doit être interprété restrictivement. Ces dérogations n'excluent pas la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant. prévue à l'article 1er de la Convention, lorsque l'intervention de ces autorités est exigée pour le bien de l'enfant”.

انظر هذا الحكم في :

Paolo Michele Patocchi et Elliott Geisinger: Code de droit international privé suisse annoté, op cit, 1995, p. 711.

(٨٨) انظر في تفصيل ذلك :

Georges A.-L. DROZ: La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 Octobre 1961, op cit. p. 612 et ss.

القانون في دولة الجنسية يتعين الاعتراف بها من قبل سلطات دولة مقر الإقامة. هذا الازدواج لقانون دولة المقر وقانون الدولة الأصلية من شأنه أن يحدث حالات لتدخل سلطات أكثر من دولة في تقرير حماية القاصر. فإذا كان اتخاذ إجراء حماية مقرر بقوة القانون وفقاً لقانون الجنسية يتطلب تدخل القاضي، فإن الصعوبة تتعلق بمن هو القاضي الذي له الحق في التدخل، هل قاضي دولة مقر الإقامة، أم قاضي دولة جنسية القاصر؟ وقد قيل بالعديد من الحلول في هذا الشأن :

فيرى البعض أنه يتعين في هذه الحالة إخضاع الأمر لسلطات دولة مقر الإقامة لتجنب المساوي للصيغة بنظام الوصاية عن بعد *la tutelle à distance*. فمن الطبيعي أن يعقد الاختصاص للقاضي الذي يتبعه مقر إقامة القاصر، لأنه أقدر من غيره على تقدير الظروف المحيطة. ويعيب هذا الرأي أنه لا يتكفل بتطبيق قانون الجنسية على نحو دقيق، وإذا تدخلت سلطة مقر الإقامة فإنها تقوم في غالب الأحوال بتطبيق قانونها عملاً بنص المادة الثانية من المعاهدة. لذا فإن بعض الأحكام القضائية تتجه هنا إلى الفصل بين الاختصاص القضائي الذي يعقد لدولة مقر الإقامة وبين الاختصاص التشريعي الذي يخضع لقانون دولة جنسية القاصر^(٨٩).

وتتجه بعض الأحكام القضائية الفرنسية إلى تفضيل تدخل السلطات الفرنسية إذا كان الشخص يتمتع بالجنسية الفرنسية ولو كان مقيماً في دولة أخرى، وذلك تطبيقاً لنص المادة الرابعة من المعاهدة. على أن هذا الحل يصعب قبوله في الحالة التي يتمتع فيها القاصر بجنسية الدولة التي يقيم بها، إذ أن هذه الدولة الأخيرة ستفضل هي الأخرى تطبيق قانونها واختصاص سلطاتها.

ويميل رأي في الفقه إلى عقد الاختصاص لسلطات دولة المقر في اتخاذ إجراءات الحماية المنصوص عليها في القانون الوطني الخاص بها، إلا أنه لا يجوز لها تطبيق أي نظام للحماية إلا إذا كان هذا النظام مسموح به وفقاً لقانون دولة جنسية القاصر^(٩٠).

(٨٩) من قبيل ذلك الحكم الصادر من محكمة جرنوبل الفرنسية بتاريخ ١٨ مارس ١٩٨٥.

انظر هذا الحكم منشوراً في : Clunet, 1986, p. 1014.

(٩٠) انظر في تفصيل ذلك :

ونخلص مما تقدم أن معاهدة لاهاي لسنة ١٩٦١ قد حاولت التوفيق بين العديد من المصالح المختلفة: فقد راعت مصلحة القاصر بإخضاع حمايته لقانون الدولة التي يقيم بها، كما راعت مصلحته كذلك في تدخل أي دولة أخرى يوجد على إقليمها باتخاذ الإجراءات الوقتية لحمايته. وفي نفس الوقت لم تغفل المعاهدة حق الدولة التي يتمتع القاصر بجنسيتها في التدخل لحمايته^(٩١). على أن مراعاة المصالح السابقة كلها أدى إلى الصعوبات التي تحدثنا عنها والتي أدت إلى إبرام معاهدة لاهاي الجديدة في هذا المجال سنة ١٩٩٦.

ج) معاهدة لاهاي الحالية المبرمة بتاريخ ١٩ أكتوبر ١٩٩٦ :

ذكرنا من قبل أن معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٠٢ قد اعتدت بقانون الجنسية في مجال حماية القصر، وأن معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٦١ قد جمعت بين كل من قانون الجنسية وقانون مقر إقامة القاصر مما نتج عنه العديد من الصعوبات في تطبيق أحكام هذه المعاهدة. لذا، فإن معاهدة لاهاي الجديدة المبرمة سنة ١٩٩٦ فقد تلافت الصعوبات والانتقادات الموجهة للمعاهدتين السابقتين واعتدت بمعيار مقر الإقامة المعتاد للقاصر بصفة منفردة كما عقدت الاختصاص لسلطات الدولة التي يتواجد بها مقر الإقامة.

ويتحدد مقر الإقامة المعتاد للقاصر بأنه المكان الذي يقيم فيه إقامة معتادة، وهو يكون في الدولة التي يقيم بها من له حق الحضانة على الطفل^(٩٢). وليست هناك

(٩١) أنظر في هذا المعنى :

Jean-Marie BAUDOUIN: La protection du mineur étranger par le juge des enfants, Revue critique de droit international privé, 1994, p. 490.

(٩٢) هذا ما قضت به محكمة زيورخ السويسرية سنة ١٩٩١ :

“La résidence habituelle se trouve à l’endroit où existent les rapports les plus étroits entre le mineur et son environnement, soit l’endroit où se trouve le parent qui détient la garde de l’enfant”.

وقضت المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة ١٩٩١ :

“N’a pas sa résidence habituelle en Suisse le mineur de nationalité allemande qui a résidé auprès de sa mère en Suisse, sans autorisation de la police des étrangers, pendant seulement trois mois et demi avant l’introduction de la demande en modification =

مدة معينة للإقامة حتى يمكن القول بتوافر معيار مقر الإقامة المعتاد. على أنه من الملاحظ أن فترة الإقامة القصيرة التي لا تتجاوز عدة أيام لا تكفي للقول بتوافر مقر الإقامة المعتاد^(٩٣).

وبذلك فإن الاتجاه السائد في الدول الأنجلوسكسونية الذي ينظر إلى موضوع حماية القصر على أنه أمر يتعلق بالاختصاص القضائي وأن هذا الاختصاص القضائي هو الذي يجلب الاختصاص التشريعي، بأن تقوم الجهة التي تختص باتخاذ إجراء الحماية بتطبيق القانون الخاص بها، هذه الوجهة من النظر السائدة في بلاد القانون العام هي التي تم اعتمادها في المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية الأشخاص غير ذوي الأهلية. وقد سبق أن ذكرنا أم معاهدة لاهاي المتعلقة بحماية البالغين المبرمة سنة ٢٠٠٠ قد تبنت ذلك، وهنا ينطبق نفس الشيء بالنسبة لحماية القصر.

ولمعاهدة لاهاي الجديدة المتعلقة بحماية القصر لسنة ١٩٩٦ مجال تطبيق عالمي. وقد سبق أن ذكرنا أم معاهدة سنة ١٩٦١ لا تنطبق إلا إذا كان القاصر يقيم في إحدى الدول الأطراف في المعاهدة، أما معاهدة سنة ١٩٩٦ فلم تشترط لانطباقها هذه الأمور.

= du jugement de divorce quant à la garde de l'enfant alors que son père, domicilié en Allemagne en avait reçu la garde à la suite d'un jugement de divorce prononcé en Allemagne et n'avait pas consenti à ce que le mineur résidât en Suisse".

انظر هذه الأحكام في :

Paolo Michele Patocchi et Elliott Geisinger : Code de droit international privé suisse annoté, op cit, p. 137.

قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة ١٩٨٥ بأن :

"Une durée de 14 jours est insuffisante pour conclure à l'existence de la résidence habituelle, qui ne saurait être admise trop à la légère".

كما قضت المحكمة الفيدرالية السويسرية سنة ١٩٨٦ بأن :

"L'enfant qui réside depuis une année en Suisse chez ses grands-parents maternels, avec l'accord du détenteur de l'autorité parentale, et qui suit sa scolarité en Suisse de façon régulière a le centre de ses attaches familiales et affectives en Suisse, de sorte que sa résidence habituelle est en Suisse".

انظر هذه الأحكام في :

Patocchi et Geisinger: Code de droit international privé suisse annoté, op cit, 137.

ووفقاً للمادة الثانية من المعاهدة تسرى أحكامها على الأطفال منذ لحظة الميلاد وحتى بلوغ سن الثامنة عشر. وقد سبق لنا عند دراسة الحماية المتعلقة بالبالغين أن ذكرنا أنه ابتداءً من سن الثامنة عشر تنطبق على الشخص قواعد الحماية المتعلقة بالبالغين وليس القصر، إذا كان الشخص في حاجة للحماية كما إذا كان مصاباً بمرض عقلي يمنعه من إدارة شؤونه بنفسه.

وقد تعرضت المادة الثالثة من المعاهدة لتحديد مجال انطباق المعاهدة من حيث الموضوع، أي تحديد الأمور التي تدخل في نطاق تطبيق المعاهدة، مع ملاحظة أن القائمة المنصوص عليها في المعاهدة ترد على سبيل المثال وليس الحصر. فمن قبيل المسائل التي تدخل في نطاق تطبيق المعاهدة ممارسة السلطة الأبوية وسحبها والتفويض فيها، والوصاية وحقوق الاحتفاظ بالأولاد وحق الزيارة، ونظام الكفالة La Kafala وهو النظام المعروف في الشريعة الإسلامية وقد نصت عليه المعاهدة^(٩٤).

أما المادة الرابعة من المعاهدة فقد اهتمت ببيان المسائل التي تخرج من مجال تطبيق المعاهدة، وهي تلك المتعلقة بحق البنوة والتبني والالتزام بالإطعام أو النفقة ومسائل الميراث .

ووفقاً لنص المادة ١٢ يمكن لأي دولة طرف في المعاهدة يوجد القاصر علي إقليمها أن تتخذ الإجراءات الملائمة لحمايته بصفة وقتية طالما أن ذلك أمر ضروري، بغض النظر عن الدولة التي يقيم بها القاصر إقامة معتادة.

وتطبيقاً للنظام المعروف في الدول الأتجولوسكسونية *Le forum non conveniens* من أنه يمكن لسلطات الدولة المختصة بأن تتنازل عن الاختصاص

(٩٤) يعتبر نظام الكفالة من الأنظمة التي تندرج في الشريعة الإسلامية في نطاق السياسة العامة للتكافل الاجتماعي التي انتهجتها الشريعة الغراء، وهي تلك السياسة التي تلخص في قيام الأغنياء بمساعدة الفقراء. وقد حث القرآن الكريم على كفالة اليتيم، كما حثت الأحاديث النبوية على هذا النظام وبينت أن ثواب ذلك هو مرافقة الرسول عليه الصلاة والسلام في الجنة. أنظر في هذا المعنى:

Ala'Eddin Kharofa: La garde de l'enfant dans la loi islamique et la convention des Nations Unies relative aux droits des enfants, in : L'enfant et les conventions internationales, Presses Universitaires de Loyen, 1996, p. 360.

لصالح سلطات دولة أخرى تكون أقدر على رعاية مصلحة القاصر، تبنت المعاهدة هذا الحكم في المادتين الثامنة. كما أنه لذات السبب يمكن لسلطات دولة أخرى غير الدولة التي يقيم بها القاصر أن تطلب عقد الاختصاص لسلطاتها بتقرير الحماية (المادة التاسعة).

ووفقاً لنص المادة العاشرة في حالة انفصال الوالدين بالتطليق يمكن لقاضي الدولة المختص بتوقيع التطليق اتخاذ إجراءات الحماية اللازمة لرعاية المصالح المالية المتعلقة بالقاصر. وينتهي دور قاضي التطليق بمجرد انتهاء الإجراءات المتعلقة بالتطليق، كما أن اختصاصه بالنسبة للقاصر ينتهي بمجرد اتخاذ إجراءات الحماية في الدولة التي يقيم القاصر بها.

وفي حالة تغيير القاصر لمقر إقامته من دولة إلى أخرى، فإن إجراءات الحماية المتخذة في دولة الإقامة القديمة تظل سارية المفعول في دولة الإقامة الجديدة (المادة ١٤)، إلا أن شروط تطبيقها تخضع منذ لحظة تغيير مقر الإقامة لقانون دولة الإقامة الجديدة (المادة ١٥). ولذا إذا تم تعيين موصى للشخص القاصر وفقاً لقانون دولة الإقامة القديمة فإن سلطاته - بعد تغيير محل إقامة القاصر - تتحدد وفقاً لقانون دولة الإقامة الجديدة.

وفي النهاية يمكن القول أن معاهدة لاهاي المتعلقة بحماية القصر المبرمة سنة ١٩٩٦ لها أهمية كبيرة في هذا المجال. فهي من ناحية تلافت تنازع الاختصاص القضائي وذلك بأن منحت السلطة المختصة التي يوجد بها مقر إقامة القاصر الحق في اتخاذ إجراءات الحماية تطبيقاً لقانون دولة المقر، وبذلك تلافت ازدواج الاختصاص وفقاً للمعاهدتين السابقتين مع تقرير اختصاص محدود لقانون دولة جنسية الشخص. ومن ناحية أخرى فإن هذه المعاهدة تتميز بالفعالية اللازمة لإعمال أحكامها وذلك من وجهين: الأول أنها نصت على أن إجراءات الحماية المتخذة يعترف بها بقوة القانون في كافة الدول الأطراف، والوجه الثاني أنها وضعت نظاماً للتعاون بين مختلف الدول الأطراف في تبادل المعلومات بين سلطاتها لحماية القصر^(٩٥).

(٩٥) أنظر في هذا المعنى:

William DUNCAN: La convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants, Petites Affiches, n° 237-29 Novembre 1999, p. 21.

الفصل الثالث

الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية

المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية وتنفيذها

نتعرض فيما يلي للشروط الواجب توافرها للاعتراف بالأحكام والقرارات الأجنبية المتعلقة بالحماية، ثم نتعرض للأسباب التي تحول دون الاعتراف بهذه القرارات والأحكام. وتجدر الإشارة إلى أن حديثنا ينصب على الحماية للأشخاص البالغين وكذلك للأشخاص القصر.

(أ) شروط الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية:

يمكن القول أنه يوجد اتجاهين في هذا الشأن : الأول ينظر إلى مسألة الاعتراف بقرارات وأحكام الحماية في نطاق قواعد تنازع القوانين، والآخر يعالج المسألة باعتبارها تتعلق ببيان القيمة التي تحوزها القرارات والأحكام الأجنبية في دولة القاضي.

١- يتمثل الاتجاه الأول في بحث مسألة الاعتراف بالقرارات والأحكام المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية في إطار نظرية تنازع القوانين. فالقوانين التي تخضع مسائل الأهلية للقانون الشخصي تتساهل في الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية طالما أن الإجراء المتعلق بالحماية قد تم اتخاذه من قبل السلطة المختصة بذلك. ويسود هذا الحل في دول القانون المدني *Les pays de civil law* مثل فرنسا وإيطاليا وأسبانيا.

فوفقاً لهذا النظام يوجد ميل نحو الاعتراف بصورة آلية في دولة القاضي بأنظمة الحماية المقررة في الخارج والمتعلقة بغير ذوي الأهلية.

٢- أما الاتجاه الثاني فهو يسود في بلاد القانون العام *Les pays de common law* التي تنظر إلى حقوق وواجبات الموصي باعتبارها أمور ذات طبيعة إقليمية بحتة يقتصر مجال أعمالها داخل حدود الدولة التي اتخذت بها. لذا فإنه حتى يمارس الموصي سلطاته في إنجلترا أو الولايات المتحدة الأمريكية يتعين أن تكون له

صفة الموصى وفقاً للقانون الوطني رغم أنه قد سبق تعيينه كموصى تطبيقاً لقانون أجنبي من قبل سلطة أجنبية.

وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه المتشدد في الدول الأنجلوسكسونية للاعتراف بقرارات الحماية الأجنبية قد خففت المحاكم الإنجليزية والأمريكية منه، إلا أنه يوجد الكثير من العوائق التي تقف أمام الاعتراف دون قيد بهذه القرارات والأحكام. وتتمتع المحاكم الإنجليزية بسلطة تقديرية واسعة بمقتضاها يمكن لها الاعتراف أو عدم الاعتراف بنظام الوصاية الأجنبي^(٩٦).

وإذا قمنا بدراسة الوضع وفقاً لنصوص المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية غير نوي الأهلية، نجد أنها تميل إلى الاتجاه الأول الذي يكفل الاعتراف بالقرارات والأحكام الأجنبية.

فبالنسبة للمعاهدات المتعلقة بحماية القصر من الملاحظ أن معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٦١ قد نصت على بقاء أنظمة الحماية المقررة وفقاً لقانون دولة الإقامة القديمة للقاصر حتى يتم استبدالها بإجراءات أخرى وفقاً لقانون مقر الإقامة الجديد. وإذا كانت دولة الإقامة القديمة هي ذاتها الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، فإن إجراءات الحماية المتخذة من قبلها تظل سارية المفعول في دولة الإقامة الجديدة. ويعني هذا أن قرارات الحماية المتخذة في الخارج يتم الاعتراف بها في دولة القاضي حيث يتوافر محل الإقامة الجديد للقاصر طالما أن هذه الدولة الجديدة لم تستبدل هذه الإجراءات بنظام حماية مختلف وفقاً لقانونها (المادة الخامسة).

كما أن المادة السابعة من المعاهدة نصت على أن الإجراءات التي تتخذها السلطات المختصة وفقاً لأحكام المعاهدة يعترف بها في الدول الأطراف الأخرى^(٩٧).

(٩٦) أنظر في تفصيل ذلك :

F. CAPOTORTI: La capacité en droit international privé, op cit, p. 238 et ss.

(٩٧) وفقاً لنص المادة السابعة من معاهدة لاهاي سنة ١٩٦١ فإن :

“Les mesures prises par les autorités compétentes en vertu des articles précédentes de la Convention sont reconnues dans tous les Etats contractants”.

ولم تتعرض معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٦١ لمسألة الاعتراف بالقرارات التي تتخذها سلطات الدولة التي يقيم القاصر بها في حالة تطبيق هذه السلطات لنظام حماية مقرر بقوة القانون وفقاً لقانون الدولة التي يتمتع القاصر بجنسيتها. ويقصد بالأنظمة التي تتقرر بقوة القانون نظام الحماية الذي يستمد من أحكام القانون مباشرة ولا يحتاج في تقريره لتدخل سلطة قضائية أو إدارية. وإذا كانت المعاهدة قد فرضت على الدول الأطراف ضرورة الاعتراف بأنظمة الحماية المقررة بقوة القانون من قبل سلطات الدولة التابع لها الشخص، إلا أنها لم تفرض على سلطات دولة الإقامة تطبيق قانون دولة الجنسية في هذا الشأن.

لذا، فإنه في حالة تطبيق دولة الإقامة لقانون دولة الجنسية الذي يقرر نظام للحماية مقرر بقوة القانون - كنظام السلطة الأبوية - فإن هذا التطبيق يتفق مع روح المعاهدة التي تفرض احترام أنظمة الحماية المذكورة، ولكن هذا التطبيق لا يدخل في نطاق أعمال المادة السابعة من المعاهدة المتعلقة بالاعتراف، حيث لا يمكن وصف الإجراء المتخذ من قبل دولة الإقامة بأنه "إجراء متخذ من قبل سلطة مختصة وفقاً لأحكام المعاهدة"، لأن المعاهدة لم تنص على هذه الحالة في الاختصاص^(٩٨).

ووفقاً لنص الفقرة الثانية من معاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٦١ إذا كانت الإجراءات المتخذة من قبل السلطة المختصة تتطلب لتنفيذها في دولة أخرى تدخل سلطات هذه الدولة الأخيرة باتخاذ تصرف معين للتنفيذ فإن مسألة الاعتراف والتنفيذ يخضع في هذه الحالة إما لقواعد القانون الداخلي في الدولة المطلوب التنفيذ بها، وإما لقواعد المعاهدات الدولية في هذا المجال.

والحالة الأكثر حدوثاً من الناحية العملية تتعلق بالقاصر الذي يهرب من تحت كنف الوصي عليه أو ممثله القانوني، حيث يمكن لهذا الأخير أن يطلب تنفيذ القرار الصادر من السلطة القضائية أو الإدارية بإعادة القاصر له. فهذا القرار يحتاج لتنفيذه اتخاذ الإجراءات المعتادة للتنفيذ المنصوص عليها في قانون الدولة المطلوب التنفيذ بها، أو الإجراءات المنصوص عليها في المعاهدة المتعلقة بالتنفيذ والتي تكون الدولة طرفاً بها.

(٩٨) أنظر في هذا المعنى :

Georges A-L. DROZ: La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 Octobre 1961, op cit, p. 611.

وفي هذه الحالة يتعين على الدولة المطلوب التنفيذ بها اتخاذ ما تراه من الإجراءات للحفاظ على القاصر من أن يلحقه أى أذى . ويمكنها اتخاذ تدبير وقّتي بتسليم القاصر للوصى عليه دون انتظار الفصل في الدعوى المتعلقة بالتنفيذ^(٩٩).

ونجد مسألة الاعتراف مقررة كذلك في معاهدة لاهاي الجديدة المتعلقة بالقصر والمبرمة سنة ١٩٩٦، حيث قررت المادة ١٤ منها أنه في حالة تغيير القاصر لمقر إقامته من دولة إلى أخرى، فإن إجراءات الحماية المتخذة في دولة الإقامة القديمة تظل سارية المفعول في دولة الإقامة الجديدة، إلا أن شروط تطبيقها تخضع منذ لحظة تغيير مقر الإقامة لقانون دولة الإقامة الجديدة (المادة ١٥) . ولذا، فإنه إذا تم تعيين موصى للشخص القاصر وفقاً لقانون دولة الإقامة القديمة فإن سلطاته - بعد تغيير محل إقامة القاصر - تتحدد وفقاً لقانون دولة الإقامة الجديدة.

وقد تم التأكيد حديثاً على نفس القاعدة السابقة في معاهدة بروكسل الثانية المبرمة بين دول الجماعة الأوروبية بتاريخ ٢٨ مايو ١٩٩٨^(١٠٠). وتتعلق هذه المعاهدة باعتراف وتنفيذ القرارات في مجال النواحي العائلية. وقد تم إبرام هذه المعاهدة لتوحيد القواعد المتعلقة بها بين مختلف دول الجماعة الأوروبية. ويرجع ذلك إلى أن معاهدة بروكسل المبرمة بتاريخ ٢٧ سبتمبر ١٩٦٨ قد استبعدت من نطاق تطبيقها النواحي العائلية^(١٠١).

(٩٩) انظر في تفصيل ذلك :

Georges A.-L. DROZ: La protection des mineurs en droit international privé français, op cit. p. 628.

(١٠٠) انظر في تفصيل أحكام هذه المعاهدة :

Bruno Sturlèse: Premiers commentaires sur un événement juridique la signature de la convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux, La Semaine Juridique, édition générale, 1998, I, 145, p. 1145; Pascal De VAREILLES-SOMMIERES: La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe, La Gazette du Palais, 17. 18 Decembre 1999, p. 15 et ss.

(١٠١) انظر في تفصيل ذلك :

André HUET: Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen, Mélanges Danièle HUET-WEILLER, Presses Universitaires de Strasbourg, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 244.

ومن بين المسائل التي تسرى عليها المعاهدة السلطة الأبوية ومسئولية الوالدين تجاه الابن بشرط أن يتواجد مقر إقامة هذا الأخير في إحدى الدول الأطراف في المعاهدة . وفيما يتعلق بالقرارات المتخذة في مجال السلطة والمسئولية الأبوية وهي تتعلق بحماية القصر نصت المادة ١٤/١ من المعاهدة على أن : "القرارات الصادرة في دولة طرف يعترف بها في بقية الدول الأطراف الأخرى، بدون الحاجة لاتخاذ أي إجراء في هذا الشأن"^(١٠٦).

وإذا انتقلنا الى دراسة الوضع في الموائيق الدولية المتعلقة بحماية البالغين غير ذوي الاهلية فإننا نجد أن أقدم هذه الوثائق هو قرار مجمع القانون الدولي الصادر سنة ١٨٩٥ والمتعلق بالوصاية على الأشخاص البالغين. وقد سبق لما الحديث عن هذا القرار وقلنا أنه تبني الأخذ بمعيار الجنسية.

ووفقا للمادة الثالثة من قرار مجمع القانون الدولي فإن قرارات فرض الوصاية على الشخص البالغ الصادرة وفقا لقانون الجنسية، تنتج أثرها في كافة الدول الأخرى بدون الحاجة لاتخاذ إجراءات التنفيذ المعتادة في الدول الأجنبية.

وتجد نفس القاعدة تكريساً لها في معاهدة لاهاي الجديدة المبرمة سنة ٢٠٠٠ والمتعلقة بحماية البالغين، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة ٢٢ منها على أن "الإجراءات التي تتخذها السلطات التابعة لإحدى الدول الأطراف في المعاهدة يعترف بها بقوة القانون في الدول الأخرى الأطراف"^(١٠٧).

(١٠٢) تنص المادة ١٤/١ من معاهدة بروكسل الثانية في هذا المجال على أن :

"Les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres Etats membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure".

انظر نصوص هذه المعاهدة منشورة في:

La Semaine Juridique, 1998, n°26, p. 1173.

(١٠٣) تنص المادة ٢٢/١ من معاهدة لاهاي في هذا الشأن على أن :

"Les mesures prises par les autorités d'un Etat contractant sont reconnues de plein droit dans les autres Etats contractants".

(ب) الأسباب التي تحول دون الاعتراف بالقرارات والأحكام المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية:

على أن مبدأ الاعتراف بالقرارات والأحكام المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية لا يعني أن هذا الاعتراف يتم دون شروط. فكل دولة تشترط للاعتراف بالأحكام الأجنبية ضرورة توافر شروط معينة. ويؤدي عدم توافر شرط من هذه الشروط إلى وجود سبب مانع للاعتراف في هذا الشأن.

من قبيل ذلك الشروط التي قام القضاء الألماني بوضعها في حكمه الصادر بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٥ للاعتراف بالقرارات الأجنبية المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية^(١٠٤)، وهذه الشروط هي:

١- ينبغي ألا يكون الحظر من التصرف الواقع على القاصر متعارضاً مع الآداب العامة أو مع روح القانون الألماني.

٢- أن يحوز الحكم الأجنبي قوة الأمر المقضي وأن يصدر الحكم من قضاة يتسمون بالحياد والنزاهة وبعد اتباع الإجراءات القانونية.

٣- لا تختلف النتائج القانونية والفعلية المترتبة على الحظر من التصرف الموقع في دولة أجنبية عن نتائجها بصورة كبيرة إذا تم اتخاذه وفقاً للقانون الألماني.

كما أن المجلس الألماني للقانون الدولي الخاص حدد الحالات التي يمتنع فيها الاعتراف في ألمانيا بنظام وصاية أو قوامة متخذ في الخارج، وهذه الحالات هي:

١- إذا كانت المحاكم أو السلطات التي اتخذت قرار الوصاية غير مختصة وفقاً للقانون الألماني. ومعنى ذلك أن قواعد التنازع الألمانية التي تعهد بقانون الجنسية ينبغي مراعاتها في هذا الشأن. فإذا كانت السلطات التي اتخذت قرار الوصاية تابعة لدولة الموطن أو مقر الإقامة فلن يعترف في ألمانيا به.

(١٠٤) انظر هذا الحكم مشاراً إليه في:

٢- إذا كان قرار الوصاية يلحق الضرر بشخص ألماني ، إذا كان هذا الأخير لم يتمكن من إبداء مطالبه ومرافعته بصورة جيدة أثناء سير الدعوى أو الإجراءات.

٣- إذا كان الاعتراف بالقرار يتعارض مع النظام العام أو مع روح القانون الألماني^(١٠٥).

وإذا رجعنا إلى نصوص المعاهدات الدولية فإننا نجد أن المادة ٢٦ من معاهدة لاهاي لسنة ٢٠٠٠ قد حظرت على سنطات الدولة المراد الاعتراف فيها بالقرار أو الحكم مراجعة موضوع الحكم أو القرار المتعلق بالإجراء الذي تم اتخاذه من قبل سلطات دولة أخرى.

ووفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢ في نفس المعاهدة يمكن رفض الاعتراف في الحالات التالية :

١- إذا كانت الجهة التي اتخذت القرار غير مختصة باتخاذها وفقاً لقواعد الاختصاص المقررة في المعاهدة.

٢- إذا كان الإجراء المراد الاعتراف به يتعارض مع إجراء آخر متخذ من قبل سلطات دولة غير طرف في المعاهدة إذا كانت هذه الأخيرة مختصة وفقاً لأحكام المعاهدة.

٣- إذا كان الاعتراف بالقرار أو الحكم المتخذ في دولة أجنبية يتعارض مع النظام العام في دولة القاضي، أو كان يتعارض مع القواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن النظام العام في القانون الدولي الخاص ليس إلا استثناء يحول دون تطبيق القانون الأجنبي. وطالما أنه استثناء فلا يجوز الإسراف في استخدامه في مجال الاعتراف بالقرارات والأحكام المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية. وبالتالي يتعين أن يقتصر استخدام النظام العام على الحالة التي يكون فيها من شأن الاعتراف بالقرار الأجنبي أي يؤدي ذلك إلى إهدار المبادئ العليا في

الدولة المطلوب الاعتراف بالقرار بها. وقد أكد القرار الصادر حديثاً من مجمع القانون الدولي سنة ١٩٩٥ على هذا الطابع الاستثنائي للدفع بالنظام العام. ويتعلق هذا القرار بموضوع القيمة الدولية للأحكام المتعلقة برعاية الأطفال **La garde des enfants** وهو أمر يخص بلاشك حماية القصر^(١٠٦). وقد استقر الرأي لدى أعضاء المجمع على عدم الحاجة لتبني معاهدة جديدة في هذا الموضوع والاكفاء بتعزيز المعاهدتين اللتين تم إبرامهما في هذا الشأن وهما: معاهدة المجلس الأوروبي المتعلقة برعاية الأطفال والمبرمة بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٨٠ بين دول الجماعة الأوروبية، ومعاهدة لاهاي المبرمة بتاريخ ٢٥ أكتوبر ١٩٨٠ والمتعلقة بالنواحي المدنية المتصلة بالانتقال غير الشرعي للأطفال من دولة إلى أخرى. وهذه المعاهدة الأخيرة تعد أكثر شمولاً وفعالية من المعاهدة الأوروبية بالنظر إلى أنها معاهدة دولية يتاح لجميع الدول الانضمام إليها، على عكس المعاهدة الأوروبية التي تقتصر على دول الجماعة الأوروبية^(١٠٧).

وقد نصت على نفس هذه الأسباب التي تحول دون الاعتراف بمعاهدة لاهاي المبرمة سنة ١٩٩٦ والمتعلقة بحماية القصر، وذلك فيما عدا المانع المتعلق بمخالفة إجراء الحماية المتخذ للقواعد ذات التطبيق الضروري في دولة القاضي. فهذا السبب ورد النص عليه في معاهدة لاهاي المتعلقة بحماية البالغين دون معاهدة لاهاي المتعلقة بحماية القصر. ونعتقد أن اللجوء إلى استبعاد القانون واجب التطبيق في مجال حماية

(١٠٦) أنظر في ذلك :

La valeur internationale des jugements relatifs à la garde des enfants, Session de Lisbonne, Annuaire de l'institut de Droit International, vol 66-1, p. 473 et s.

(١٠٧) فيما يتعلق بالنظام العام نصت المادة السابعة من قرار المجمع على أن :

“Conformément à la tendance moderne en droit international privé, les réserves d'ordre public et les autres clauses restreignant le jeu normal des conventions prévues dans les deux conventions devraient être interprétées d'une manière restrictive et leur application limitée aux cas où la reconnaissance et l'exécution d'un décision étrangère – ou l'acceptation d'une demande provenant de l'autorité compétente d'un autre Etat contractant – se heurteraient aux principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Etat requis (sur la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentaux”.

القصر والبالغين هو أمر يتعين أن يكون في أضيق الحدود إذا ما أخذنا في الاعتبار أن أحكام القانون التعاهدي قد وضعت نظاماً متناسقاً من شأنه تحقيق الوحدة بين كل من الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي . ذلك أن الجهة الإدارية أو القضائية في دولة محل الإقامة هي التي تختص باتخاذ إجراءات الحماية وتقوم بتطبيق القانون الخاص بها، فهذه هي القواعد الأساسية في تحديد كل من الاختصاص والقانون واجب التطبيق. وطالما ان الجهة المختصة تقوم بتطبيق قانونها فلا مجال لاستبعاد القانون واجب التطبيق سواء كان هذا الاستبعاد مبدئي قبل اللجوء إلى معرفة القانون واجب التطبيق (طريقة القواعد ذات التطبيق الضروي) أو كان استبعاد لاحق لوضع القانون واجب التطبيق موضع التطبيق وذلك باستبعاده لمخالفته للنظام العام في دولة القاضي. وتطبيق الجهة المختصة لقانونها هو الذي يفسر أن اللجوء إلى النظام العام أو القواعد ذات التطبيق الضروي سيكون منعدماً في هذه الحالة.

اما في الحالات الاستثنائية التي يمكن فيها تطبيق قانون آخر غير قانون الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات ، فيمكن تصور اللجوء إلى الدفع بالنظام العام إذا كان تطبيق القانون الأجنبي يقود إلى نتيجة تتعارض مع المبادئ الرئيسية في الدولة التي تتخذ فيها الإجراءات. كما يمكن للجهة التي تتخذ الإجراءات أن تطبق في هذه الحالة إجراءات الحماية ذات التطبيق الضروي.

هذا إذا كان القاضي الوطني يطبق أحكام المعاهدة المتعلقة بحماية غير ذوي الأهلية. أما إذا طبق قواعد التنازع الوطنية – كما إذا كانت الدولة التي تتخذ الإجراءات بها غير طرف في المعاهدة – فإن الأمر سيختلف بالنسبة لتأثير تطبيق هذه القواعد على أعمال النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروي. وقد سبق أن ذكرنا أن القانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد التنازع الوطنية هو القانون الشخصي. فبإذا كانت قاعدة التنازع الوطنية تأخذ بقانون الجنسية وتعلق الأمر بحماية شخص أجنبي فإن هذا سيقود إلى عدم تحقق الوحدة بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، ولذا فإن للقاضي أعمال القواعد ذات التطبيق الضروي المنصوص عليها في قانونه كما أن له استبعاد القانون واجب التطبيق إذا كان مخالفاً للنظام العام في دولته.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ أكتوبر ١٩٦٤، بأن الإجراءات المتعلقة بالطابع التأقيفي التعليمي والتي تؤهل القصر وتضمن عدم انحرافهم في سلط المجرمين *Les mesures d'assistance éducative*، هذه الإجراءات تطبق على جميع من يقيمون في فرنسا سواء كانوا وطنيين أم أجاناب، وذلك أيا كان القانون واجب التطبيق في شأن حماية القصر. ويقرر الفقه الفرنسي^(١٠٨) أن تطبيق هذه القواعد هو إعمال لطريقة القواعد ذات التطبيق الضروري.

خاتمة البحث

تعرضنا في هذا البحث لدراسة موضوع حماية غير ذوي الأهلية على الصعيد الدولي. وقد قمنا بتقسيمه إلى فصول ثلاثة:

ففي الفصل الأول تحدثنا عن قواعد المركز القانوني للأجاناب التي تتعلق بحماية غير ذوي الأهلية. وقد اهتمت المواثيق والمعاهدات الدولية بالحقوق التي ينبغي اقرارها للقصر في هذا المجال، ولذا، بعد أن كان ينظر إلى السلطة الأبوية على أنها مجرد سلطة للأباء على الأبناء أصبح الأمر يتعلق بمسئولية أكثر منها سلطة مما يعني أن هناك واجبات تترتب عليها وتقع على عاتق الأباء. وهذا هو الذي يفسر تدخل السلطات العامة للدولة في هذا المجال الذي كان محجوزاً للتنظيم الخاص.

وبعد أن تحدثنا عن الحقوق التي يمكن التمتع بها، تحدثنا عن مشكلة الانتقال غير الشرعي للأطفال من دولة مقر الإقامة إلى دولة أخرى. وقد أبرمت لهذه المسألة خصيصاً معاهدة دولية وذلك نظراً لتزايد ظاهرة اختطاف الأطفال على الصعيد الدولي. وقد وضعت المعاهدة قواعد صارمة تسمح بالعودة الفورية للطفل إلى دولة مقر إقامته التي نقل منها، وذلك بتنظيم دعوى إعادة الطفل التي لا يجوز فيها للقاضي أن يتطرق

(١٠٨) أنظر في تفصيل هذه الأحكام الصادرة من محكمة النقض الفرنسية والتعليق عليها:

Jacques FOYER: *Les mesures d'assistance éducative en droit international privé*, *Revue critique de droit international privé*, 1965, p. 39 et ss.

إلى تحديد من له حق الحضانة وإنما يقوم فقط بإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل الانتقال غير الشرعي وذلك بإعادة الطفل فوراً إلى الدولة التي أنتقل منها.

أما الفصل الثاني من الدراسة فقد خصصناه لموضوع تنازع القوانين في مجال حماية غير ذوي الأهلية. وقد تعرضنا في هذا المجال للحديث أولاً عن قواعد التنازع في مجال حماية البالغين غير ذوي الأهلية. والقاعدة في هذا المجال هي تطبيق القانون الشخصي، الأمر الذي يقود إلى تطبيق قانون جنسية الشخص الخاضع للحماية أو تطبيق قانون الدولة التي يتوطن بها وفقاً لاجتهات مختلف الدول. هذا في نطاق قواعد التنازع الوطنية، أما قواعد التنازع التعاقدية فقد مر الأمر بتطور في هذا المجال حيث تم الإسناد أولاً إلى القانون الشخصي، ثم أصبح الوضع الحالي في معاهدة لاهاي المبرمة سنة ٢٠٠٠ هو تطبيق قانون مقر الإقامة.

وفي مجال حماية القصر اتجهت القوانين الوطنية كذلك إلى تطبيق القانون الشخصي. على أن غالبية القوانين تورد استثناء في هذا الشأن يتعلق بالجهل المغتفر بأحكام القانون الأجنبي حتى لا يستفيد الأجنبي القاصر وفقاً لقانونه الشخصي من نقص أهليته لإبطال التصرفات التي يجريها في دولة أخرى. ونعتقد أن هذا الاستثناء لا يقتصر إعماله على القصر وإنما ينبغي إعماله كذلك في مجال حماية البالغين غير ذوي الأهلية. فالشخص البالغ المصاب بقصور عقلي ويجري تصرفاً في دولة أجنبية دون أن يتبين الطرف المتعاقد معه - وفقاً لمعيار الشخص المعتاد - السبب الذي يؤثر في صحة التصرف، هذا الشخص لا ينبغي كذلك أن يمكن من الطعن في صحة التصرف وذلك حماية للمعاملات التجارية.

وعلى غرار قواعد التنازع التعاقدية في مجال حماية البالغين، اعتنقت معاهدة لاهاي لحماية القصر مبدأ الإسناد إلى قانون دولة مقر الإقامة المعتاد.

وتجدر الإشارة إلى أننا لم نتحدث عن قواعد الاختصاص القضائي في مجال دراستنا، والسبب في ذلك أن قواعد المعاهدات الدولية - سواء في مجال حماية البالغين أو القصر - قد عقدت الاختصاص لسطات الدولة التي يتواجد بها مقر إقامة الشخص الخاضع للحماية. ومعنى ذلك أن هناك تطابق بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، حيث تقوم الجهة التي يتواجد بها مقر إقامة الشخص بتطبيق

قانونها (والمقصود بالجهة هنا ليس فقط السلطة القضائية وإنما كذلك السلطة الإدارية).

ولما كان تطبيق قواعد الحماية لغير ذوي الأهلية أمر يقتضي وضع تنظيم يتسم بالفعالية في مجال الاعتراف والتنفيذ، فقد اتجهت المعاهدات الدولية إلى كفالة الاعتراف بالقرارات والأحكام التي تتعلق بحماية غير ذوي الأهلية في الدول الأطراف. ولذا، وضعت المعاهدات القاعدة التي تقضي بضرورة الاعتراف دون قصد بالقرارات والأحكام التي تصدر في دولة مقر الإقامة باعتبارها السلطة المختصة باتخاذ إجراءات الحماية، كما أُلقت على عاتق الدول الأطراف الالتزام بالتعاون فيما بينها في مجال تبادل المعلومات والتنسيق في هذا المجال، وهذا ما تحدثنا عنه في الفصل الثالث من هذه الدراسة.

