

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

شبوو نورية♦

ملخص

تعتبر الجنسية من أبرز ضوابط الاسناد المعول عليها لحل إشكالية تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية. إلا أن الأعمال الفعلي لهذا الضابط قد يثير عدة صعوبات عملية وذلك في حالة تعدد الجنسية، انعدامها أو تغييرها، وأيضا في الحالة التي ينتمي فيها الشخص بجنسيته إلى دولة تتعدد فيها الشرائع أو الطوائف.

فكيف سيهتدي القاضي الوطني في مثل هذه الحالات إلى القانون الواجب التطبيق؟ وما هي إذن أهم الحلول الفقهية، والقضائية والتشريعية المعتمدة لاجتياز هذه الصعوبات؟

الكلمات المفتاحية: جنسية، تنازع القوانين، تعدد الجنسيات، انعدام الجنسية، تنازع متحرك.

Résumé :

La nationalité est considérée comme l'une des principales règles de rattachement pour résoudre la problématique des conflits des lois en matière du statut personnel. Or, la mise effective de cette norme peut être pratiquement à l'origine de plusieurs difficultés. Ainsi en est-il des cas des multi-nationalités, d'absence de nationalité ou de

♦ أستاذة مساعدة، قسم -أكلية /الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

changement de nationalité, ou encore des cas où une personne, de par sa nationalité se trouve dans un Etat à multiples lois confessionnelles.

En présence de ces divers cas, sur quelle base le juge du fort va-t-il faire le choix de la loi qu'il faut appliquer? Ceci va nous emmener à préciser non seulement les positions doctrinales, mais également les solutions législatives et jurisprudentielles adoptées à cet égard.

Mots clés : nationalité, conflit de lois, multi-nationalités, apatride, conflit mobile.

Abstract:

Citizenship is considered to be one of the main rules of attachment to solve the problem of conflicts of personal status laws. However, the effective implementation of this standard may be practically at the origin of several difficulties. So it is a case of the multi-nationalites, absence of nationality or change of nationality, or cases where a person, because of his nationality is in one State to various denominational laws.

In the presence of these various case, on what basis the judge of the fort will make the choice of the law that must be applied? This will take us to clarify not only the doctrinal positions, but also legislative and judicial solutions adopted in this regard.

Key word: nationality, conflict of laws, multi-nationalites, stateless, mobile conflict.

مقدمة

أخضعت معظم التشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري مسائل الأحوال الشخصية كالزواج، الطلاق، النسب، الميراث لقانون الجنسية، فهي بذلك ارتأت أعمال ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق على هاته المسائل في حالة تنازع عدة قوانين

حكمها. إلا أن إعمال هذا الضابط لحل هذا التنازع القانوني قد يثير عدة صعوبات في التطبيق وذلك في حالة تعدد الجنسيات وهذا ما يسمى ب"التنازع الإيجابي"، أو في حالة انعدام الجنسية وهذا ما يسمى ب"التنازع السلبي". وأيضاً في حالة تغيير الجنسية و هذا ما يطلق عليه "التنازع المتحرك أو المتغير". كما قد تواجه القاضي مشكلة من نوع آخر في حالة ما إذا كان قانون الجنسية الواجب التطبيق على المسألة محل النزاع هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع أو الطوائف. فكيف سيهتدي القاضي الوطني في مثل هذه الحالات إلى القانون الواجب التطبيق؟ و ما هي إذن أهم الحلول الفقهية، القضائية والتشريعية المعتمدة لاجتياز هذه الصعوبات؟

للإجابة عن هذه الإشكاليات قسمنا دراستنا لهذه المقالة إلى فرعين رئيسيين، حيث سنخصص الأول منهما إلى دراسة التنازع الإيجابي والتنازع السلبي (الفرع الأول)، والثاني سنتطرق من خلاله إلى التنازع المتحرك وحالة الشخص المنتمي إلى دولة تتعدد فيها التشريعات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنازع الإيجابي والتنازع السلبي

سندرس على التوالي، التنازع الإيجابي (أولاً) والتنازع السلبي (ثانياً).

أولاً- التنازع الإيجابي (تعدد الجنسيات):

التعدد في الجنسية أو ما يسمى بتنازع الجنسيات الإيجابي، يقصد به أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة، أي حين تثبت للشخص جنسية دولتين أو أكثر في وقت

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

واحد¹ . وبعبارة أخرى تتحقق هذه الظاهرة في الحالة التي ترى فيها قوانين الجنسية في دولتين أو أكثر أن شخص ما ينتمي إليها².

ويعتبر التعدد في الجنسية كنتيجة حتمية لحرية كل دولة في تنظيم جنسيتها على النحو الذي يتماشى مع مصالحها دون الاعتداد بمقتضيات الحياة المشتركة في الجماعة الدولية³.

يترتب عن تعدد الجنسيات قيام مشكلة هامة في مجال تنازع القوانين، وذلك بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بضابط الجنسية في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها الزواج ذو العنصر الأجنبي⁴. إذ يتعين حينئذ اختيار قانون جنسية واحدة باعتباره القانون الشخصي للزوج متعدد الجنسيات نظرا لاستحالة تطبيق قوانين مختلف الجنسيات التي تنتمي إليها في نفس الوقت⁵.

¹ أنظر، أحمد ضامن السمدان، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي، مجلة الحقوق، الكويت، 2007، العدد 1، ص. 17.

² Cf. René SAVATIER, cours de droit international privé, deuxième édition, librairie générale de droit et de jurisprudence Soufflot, 1953, p. 46 ; عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1996، ص. 54.

³ أنظر، هشام علي صادق، حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول - الجنسية ومركز الأجانب-، دار الفكر الجامعي، مصر، 1995، ص. 276.

⁴ Cf. Hugues FULCHIRON, la nationalité française entre identité et appartenance, études et commentaires, CHRONIQUES, Nationalité, Recueil Dalloz-28 juillet 2011-n°28, p. 1915.

⁵ أنظر، العقون الأخضر، التنازع الايجابي و السلبي بين الجنسيات، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1975، ص. 63.

وعلفه نكور بصدد تنازع إفجابف للفسفاف إفا كان للشفس فسفسفن أو أكفر؁ ففطرأ التساؤل فف هذف الفالة حول الففسفة الفف فعدف بها من أجل فطففق قانونها على موضوع النزاع⁶ . للإفابة عن هذف الإشكالفة ففب الفمففز بفن الفالفن:

آ. - الفالة الأولى: فعدد الففساف مع عدم وفود فسفسفة دولة القاضف من بفنفا

فكون الفنازع فف هذف الفالة بفن فسفساف أففسفة؁ وقد تم اقفرأ عدة معاففر لل الفنازع الإفجابف للفساف فف هذف الفالة؁ كففضفل الففسفة الفف فففق أحكامها مع قانون فسفسفة دولة القاضف؁ أو منح الأولوفة للفسفسفة الأفقم أو الأفأ⁷ . أو منح الشفس فرفة اففأفار إأى الففساف الفأفة. إلا أن الرأف الرافف ذهب إلى فسم الفنازع بفن الففساف الأففسفة باللوف إلى نظرفة الففسفة الففلفة أو الواقفة أو المفمفة⁸ .

والفسفسفة الففلفة هف الفف فكون الشفس أكفر ارأافببها من ففرفا⁹؁ وبفسفن القاضف للكشف عن هذف الففسفة بعناصر موضوعفة كموطن الشفس أو محل إقامته؁ كما له الاسفاعة بففر ذلك من الملبسات والمؤفرات الففلفة بالشفس ذاته كمركز مالفه الففارفة؁ روابطه العائفة؁ لغته؁ محل مزاولة فقوقه الففسافة أو العامة؁ وظائفه العامة وفأدفة فدمته العسكرفة؁ الف. وعلفه إفا كان القاضف أمام فالة من فالفات فعدد الففساف

⁶ أنظر؁ إلفاس ناصفف؁ الوصفة للمسلمفن وفف القانون الدولي الفاص؁ ج. 2؁ دون دار النشر؁ 2003؁ ص. 447.

⁷ أنظر؁ سامف بففع منصور؁ الوسفف فف القانون الدولي الفاص؁ بدون طبعة؁ دار العلوم العربفة؁ لفبان؁ 1994؁ ص. 275.

⁸ Cf. Olivera BOSKOVIC, Droit des étrangers et de la nationalité, in droit des étrangers, panorama, Recueil Dalloz, 9 décembre 2010- n° 43, p. 2868.

⁹ Cf. Olivera BOSKOVIC, op.cit., p. 2869.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

مع عدم وجود جنسيته من بينها فيبحث عن الجنسية الفعلية طبقاً للوقائع والظروف ويطبق قانونها على موضوع النزاع¹⁰.

وقد اعتمد المشرع الجزائري من خلال المادة 01/22 من القانون المدني على فكرة الجنسية الفعلية ووظفها كحل لفرضية تعدد الجنسيات مع عدم وجود الجنسية الجزائرية من بينها حيث نصت المادة على أنه "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

وهو الحل الذي اعتمده أيضاً المشرع التونسي من خلال الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه "تخضع الأحوال الشخصية للمعنى لقانونه الشخصي وإذا كان المعنى بالأمر حاملاً لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية".

هذا في حين ذهبت بعض التشريعات العربية الأخرى¹¹ إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في حالة تعدد الجنسيات الأجنبية، وبالرغم من أنها لم تبين صراحة الجنسية التي يتقيد بها القاضي في هذه الحالة إلا أنه يجب على القاضي دائماً عند تعيينه للقانون المختص أن يعتد بالجنسية الفعلية الذي يعيش المعنى في كنفها و يفضلها

¹⁰ أنظر، حسن الهداوي، الجنسية ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي، ط.4، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1980، ص. 57-73.

¹¹ ومن هذه التشريعات المشرع المصري حيث نصت المادة 01/25 من القانون المدني على أنه "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص ...، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" و تقابل هذه المادة المادة 01/25 من القانون المدني الليبي، المادة 01/27 من القانون المدني السوري، المادة 26 من القانون المدني الأردني، المادة 70 من القانون المدني الكويتي، أنظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، القانون الدولي الخاص، ج.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص.107.

شورور نورفة

على غيرها¹² . وأخذ اجتهاد المحاكم اللبنافة كذلك بفكرة الجنسية الفعلفة وذلك ما كرسته محكمة الاستئناف اللبنافة فف قرار لها صادر بتاريخ 1970/05/29¹³.

كما آمنت أيضا بعض التشرففات الغربية¹⁴ بنظرفة الجنسية الفعلفة واعتبرتها هف الأخرى كمعار لتحفد القانون الواجب التطبيق على الشخص متعدد الجنسيات.

وقد تبنت هذا الحل كذلك اتفاقية لاهاف لعام 1930، هفب جاء فف نص المادة الخامسة منها ما فلف: "ففعف على الدولة التي فوجد بأقلفمها فرد ففتمتع بعدة جنسفات، أن تعامله على أنه متمتع بجنسفة واحدة، وفجوز لها فف هذا الصدد أن فختار جنسفة الدولة التي فوجد بها محل إقامة الشخص العاءفة أو جنسفة الدولة التي فظهر من الملابسات تعلق الشخص بها فعلا¹⁵".

¹² انظر، محمد مبروك اللافف، تنازع القوانين و تنازع الاختصاص القضائف الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 51.

¹³ هفب قضت بأنه: "المدعى كان بتاريخ وفاته فحمل جنسفتف إءاهما فلسطينفة والأخرى إفرانفة، لكنه عاش وتوفف فف لبنان . إن الاجتهاد اللبناف قد استقر فف مثل هذا الوضع على وفوب الأخذ بالجنسفة الأكثر فعالة أفف الجنسفة الأكثر فعالة من النشاطات العملية التي مارسها المتوفف إبان هفاته، وبستدل من المستندات التي أبرزها الطرفان أن المتوفف كان فئذرع فف نشاطاته العملية بجنسفته الفلسطينية وتارة أفرى بجنسفته الإفرانفة . ولذلك لا فمكن اعتبار أفا من الجنسفتف اللتف فحملهما المتوفف بمثابفة الجنسفة الأكثر فعالة. وإن الاجتهاد مستقر على اعتبار الجنسفتف فف مثل هذا الوضع تنهاران لعدم تطبيق قانونفهما معا، وففوجب تطبيق قانون محل إقامة المتوفف. انظر، محكمة الاستئناف اللبنافة، 1970/05/20، مقبس عن، إلفاس ناصفف، المرجع السابق، ص. 513.

¹⁴ ومن بفن هذه التشرففات التشرف السوسرف الصادر عام 1987، وقانون الجنسفة البرتغالف الصادر فف 1981/10/03 فف مادته 28، القانون الإسبانف فف المادة 29/9 من الباب التمهفد للقانوف المدني لعام 1974، و أيضا القانون الدولي الخاص المجرف لعام 1979 فف مادته 11.

¹⁵ انظر، عكاشة محمد عبء العال، الاتجاهات الهفئة...، المرجع السابق، ص. 130.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

ب.- الحالة الثانية: تعدد الجنسيات مع وجود جنسية القاضي الناظر في النزاع

من بينها

استقر الرأي الراجح في علم الجنسية وفي القانون الدولي لخاص أن الجنسية الوطنية في هذه الحالة تفضل على غيرها¹⁶، وبالتالي يؤخذ بجنسية دولة القاضي¹⁷، ويطبق قانون هذا الأخير على المسألة المتنازع فيها بغض النظر عن قوانين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص في آن واحد إلى جنب جنسية دولة القاضي لأن هذه الأخيرة تلعب بالنسبة لجنسيات الدول المتواجدة دورا حادفا فتحذف مسبقا كل إمكانية للمفاضلة أو الاختيار، فهي تطبق دون سواها على المسألة محل التنازع¹⁸.

وهذا الحل تبناه المشرع الجزائري وجسده المادة 22 فقرة 02 من القانون المدني¹⁹، ووافق في ذلك كل من المشرع المصري²⁰، التونسي²¹، الليبي²²، والإماراتي²³.

¹⁶ انظر، أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط.1، دار النهضة العربية، مصر، دون دار النشر، ص. 101.

¹⁷ انظر، فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية المقارنة، ج.1، دون دار نشر، 1975، ص. 71.

¹⁸ انظر، سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار العلوم العربية، لبنان، 1994، ص. 274.

¹⁹ حيث نصت على أنه "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة للجزائر الجنسية الجزائرية و بالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

²⁰ المادة 02/25 من القانون المدني المصري.

²¹ الفصل 39 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسي .

²² المادة 02/25 من القانون المدني الليبي .

²³ المادة 24 من تقنين المعاملات المدنية الإماراتية رقم 05 لعام 1985.

كما أخذ بنظرية ترجيح جنسية القاضي في هذه الحالة الكثير من التشريعات الغربية كالتشريع الاسباني²⁴ البولوني²⁵ ، البرتغالي²⁶ ، الكوري²⁷ ، والسويسري²⁸ ، واعتمدت هذا الحل اتفاقية لاهاي المبرمة في 12/04/1930²⁹.

ثانيا. - التنازع السلبي (انعدام الجنسية) :

يقصد بانعدام الجنسية عدم تمتع الفرد بأية جنسية³⁰. كما يمكن تعريفه بأنه: "وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق"³¹. وعديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في تاريخ لاحقاً على الميلاد مجرداً من حمل جنسية أية دولة من الدول³².

إن حصل التنازع السلبي للجنسيات عندما لا تدعي أية دولة السيادة على جنسية شخص معين و لا تعترف باختصاص قانونها الوطني في مسائل أحواله الشخصية

²⁴ المادة 02/29 من القانون المدني.

²⁵ 1/20 من القانون الدولي الخاص .

²⁶ المادة 31 من القانون المدني.

²⁷ المادة 1/2 من القانون الدولي الخاص .

²⁸ المادة 1/23 من مجموعة القانون الدولي الخاص الصادر في 18/12/1987.

²⁹ حيث نصت المادة 03 من هذه الاتفاقية على أنه " كل شخص يتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره

كل الدول التي له جنسيتها من رعاياها". انظر، أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص. 102.

³⁰ Cf. Jean Pierre Laborde, Sandrine Sanachailé de Néré, Droit international privé, 18 édition, Dalloz, Paris, 2014, p. 21 .

³¹ أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 120.

³² عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة...، المرجع السابق ، ص. 177.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

لوقوعه في حالة اللاجنسية³³. وهذا ما يسبب مشكلة أساسية تظهر خاصة عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية.

قد تعددت المعايير المقترحة لحل هذه الإشكالية ومن بينها إعمال قانون آخر جنسية كان يحملها الشخص قبل انعدام جنسية³⁴. بينما اتجه رأي آخر إلى الاعتماد بجنسية الدولة التي ولد فيها عديم الجنسية إذا عرف مكان ميلاده إلا أن هذا الحل انتقد لأن واقعة الولادة قد تكون بصفة عرضية في دولة معينة، وبالتالي لا تعكس ارتباط الشخص بها³⁵.

إلا أن الرأي الراجح ذهب إلى إعمال فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية، مقتضاها معاملة عديم الجنسية على أنه ينتمي إلى الدولة التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها، وهي تمثل عادة الدولة التي يوجد بها موطن عديم الجنسية أو محل إقامة³⁶.

ولعل الدافع وراء ترجيح قانون الموطن أو محل الإقامة هو مدى تعلق وتشبث الشخص بالمكان الذي يعيش ويتواجد فيه، الأمر الذي يجعل درجة ارتباط الشخص بمكان معين تتوازى مع ارتباطه بالدولة التي ينتمي إليها بجنسيته³⁷.

³³ غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، ط.4، دار وائل للنشر، 2005، ص. 141.

³⁴ انظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، ج.2، ط.5، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008. المرجع السابق ، ص. 207؛ فؤاد عبد المنعم رياض، الجنسية في التشريعات العربية...، المرجع السابق، ص.80.

³⁵ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ، المرجع السابق، ص. 192.

³⁶ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ، المرجع السابق، ص. 194.

³⁷ عكاشة محمد عبد العال، الاتجاهات الحديثة ، المرجع السابق، ص. 197.

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الحل من خلال تعديله للقانون المدني³⁸ متجنباً بذلك الانتقادات التي وجهت إليه مسبقاً، والمتمثلة في عدم تطابق النص الداخلي مع معاهدة نيويورك المنعقدة في 28 سبتمبر 1954 المتعلقة بمركز عديمي الجنسية³⁹ المصادق عليها من قبل الجزائر في 8 جوان 1964، والتي تكرس في المادة 12 منها تطبيق قانون الموطن بالنسبة لعديمي الجنسية⁴⁰.

إن تطبيق قانون موطن عديم الجنسية أو محل إقامته قد يثير هو الآخر عدة إشكاليات في حالة ما إذا لم يكن لعديم الجنسية موطن معروف أو محل إقامة محدد، وكذا في حالة ما إذا كان لعديم الجنسية أكثر من موطن.

وكحل للإشكالية الأولى اقترح البعض⁴¹ تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي العام في حل التنازع الدولي بين القوانين.

³⁸ حيث نصت المادة 22 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 على أنه "و في حالة انعدام الجنسية، يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة". كما أخذت بهذا الحل أيضا بعض التشريعات الغربية كالتشريع الاسباني (المادة 10/09 من الباب التمهيدي للقانون المدني المضاف بالمرسوم الصادر في 31/05/1974. والتركي (المادة 04 من القانون الدولي الخاص) ، والسويسري (المادة 24 من القانون الدولي الخاص الصادر في 18/12/1987)، والاطالي (المادة 29 من القانون المدني).

³⁹ كما أيدت هذا الحل أيضا اتفاقيتي جنيف لسنتي 1951، 1931 بخصوص الحالة الدولية للأجنيين السياسيين ،حيث نصت المادة 12 من الاتفاقية الأخيرة على أنه "الحالة الشخصية لكل لاجئ سياسي يحكمها قانون بلد موطنه، فإذا تخلف الموطن فيكون قانون بلد إقامته...". انظر ، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص. 136.

⁴⁰ انظر، جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010/2011، ص.55.

⁴¹ أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 183.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

أما بالنسبة للإشكالية الثانية، فيرى البعض⁴² مواجهتها من خلال ترجيح قانون الموطن الأكثر فاعلية، وهو الموطن الذي يحوى بذاته على درجة من الارتباط والفاعلية ترشحه لحكم العلاقة محل النزاع، و تفضيل قانون على آخر وفقا لهذا الرأي لا يتأثر إلا بالنظر إلى الهدف أو الغاية من قاعدة الإسناد، و أيضا بالنظر إلى أنسب القوانين وأكثرها ملائمة لحكم النزاع، وهذا يستوجب حتما عدم التقيد بحل واحد يجب إعماله في كل الحالات.

الفرع الثاني: التنازع المتحرك أو المتغير و انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها

التشريعات

يخصص هذا الفرع لدراسة أولا التنازع المتحرك أو المتغير، ثم حالة الشخص المنتمي لدولة تتعدد فيها التشريعات.

أولا. - التنازع المتحرك أو المتغير

يتحقق التنازع المتحرك أو المتغير عندما يحدث تغيير واقعي في ظرف الإسناد يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء معين من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد⁴³. أو بعبارة أخرى يتحقق التنازع المتحرك عندما تكون هناك قابلية خضوع وضعية معينة لنمطين قانونيين مختلفين. وعليه نستنتج أن التنازع

⁴² أنظر، عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة ...، المرجع السابق، ص. 202.

⁴³ انظر، عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط.1، دون دار النشر، جامعة القاهرة ، 1991، ص. 56.

المتحرك ينشأ عن خضوع العلاقة لقانونين متتابعين يتنازعان لحكم موضوع واحد بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان⁴⁴.

ويعتبر ضابط الجنسية من بين الضوابط التي تثير مسألة التنازع المتحرك كونه من الضوابط القابلة للتغيير، فيستطيع الشخص تغيير جنسية في الفترة ما بين نشوء العلاقة القانونية ورفع النزاع بشأنها أمام القضاء⁴⁵. وهذا ما يؤدي إلى تعاقب قانونين لحكم النزاع قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة ما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكتسبة في قانون كلا الدولتين⁴⁶. الأمر الذي يثير صعوبة عملية عند تطبيق قانون الجنسية باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاعات الدولية الخاصة بمسائل الأحوال الشخصية.

وتثور مسألة التنازع المتحرك في الزواج المختلط مثلا إذا قام أحد الزوجين مثلا بتغيير جنسيته فيكتسب بموجب هذا التغيير جنسية دولة أخرى، وبذلك يتم تغيير ضابط الإسناد الذي يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق⁴⁷. وهذا ما يجعل القاضي المعروض أمامه النزاع يتساءل حول الجنسية التي يعتد بها في مثل الحالة، وهل يطبق أحكام قانون

⁴⁴ انظر، بوبي سعاد ، تنازع القوانين في مجال النسب ، مذكرة ماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2009-2010، ص. 264.

⁴⁵ انظر ، جابر جاد عبد الرحمان، تنازع القوانين ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر، 1963، ص 81.

⁴⁶ Cité par, Dominique holleaux, Jacques Foyer , Gérard de Geouffre de la Paradelle, Droit international privé, Masson, Paris, 1987, p. 228.

⁴⁷ Cf. Olivier CACHARD , droit international privé, 2 édition, collection paradigme strada, 2013, p. 243.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

الجنسية القديمة أم أحكام قانون الجنسية الجديدة على الشروط الموضوعية للزواج حتى يعتقد صحيحاً⁴⁸.

لقد أثارت هذه المسألة جدلاً واسعاً بين الفقهاء كما أدت إلى تضارب أحكام المحاكم ولهذا راعت معظم التشريعات اعتبار تغيير الجنسية عند ضبطها لقواعد الإسناد، فعالجت مسألة التنازع المتحرك بين القوانين على أساس المفاضلة والملائمة بين القوانين المتنازعة وذلك بضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق⁴⁹.

ففيما يتعلق مثلاً بآثار الزواج، فقد رجح المشرع الجزائري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج ليحكم الآثار الشخصية و المالية التي يربتها عقد الزواج⁵⁰. و استثناءاً تطبيق القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج⁵¹.

وعليه، يعتد القاضي بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ويطبق قانون هذه الجنسية على كل ما يتعلق بآثار الزواج المالية والشخصية حتى ولو كان الزوج يتمتع بجنسية دولة أخرى قبل وقت انعقاد الزواج أو بعده، غير أنه يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج بغض النظر عن الجنسية التي كان يتمتع بها قبل ذلك.

⁴⁸ انظر، محمد مبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المفتوحة، 1994، ص. 108.

⁴⁹ C.F. Jacques Foyer, filiation illégitime et changement de la loi applicables (conflits mobile), librairie Dalloz, paris, 1964, p.21.

⁵⁰ حيث نصت المادة 12 من القانون المدني على أنه: " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يربتها عقد الزواج ". ويقابل هذه المادة المادة 13 من القانون المدني المصري.

⁵¹ حيث نصت المادة 13 من القانون المدني على أنه " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج".

ثانيا. - انتماء الشخص لدولة تتعدد فيها التشريعات:

قد تعترض القاضي صعوبة في تطبيق قانون الجنسية في حالة ما إذا أحيل الحكم إلى قانون دولة تتعدد فيها شرائع الأحوال الشخصية⁵². فقد تشير قاعدة الإسناد الوطنية مثلا بتطبيق قانون جنسية الزوجين على النزاع المتعلق بالشروط الموضوعية للزواج، أو بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج على النزاع المتعلق بالآثار الشخصية أو المالية للزواج، فإذا رجع القاضي الوطني إلى هذا القانون وجده قانونا غير موحد بحيث تتعدد التشريعات تعددا داخليا وسواء أكان تعددا إقليميا وهو الذي نلمحه في الدول التي تطبق على كل إقليم من أقاليمها شريعة خاصة. كما هو الشأن بالنسبة للدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا حيث يوجد في كل ولاية أو مقاطعة قانون ينظم الأحوال الشخصية، أو كان تعددا طائفيا أو شخصيا وهو الذي نلاحظه في الدول البسيطة التي تطبق على كل طائفة من الأشخاص قانون خاص بأحوالها الشخصية والذي يستمد من ديانتها كما هو الحال عليه في دول المشرق العربي كمصر ولبنان⁵³. فإذا كان القاضي أمام واحدة من هذه الحالات، سوف يجد لا محالة صعوبة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذه النزاعات من بين القوانين المتعددة وأي قانون يعتبر قانون الجنسية المقصود في قاعدة الإسناد الوطنية. وما هو القانون الذي سوف يعتد به لحل التنازع؟ وأي شريعة من الشرائع المتعددة سيبتع؟

⁵² انظر، العقون الأخضر، المرجع السابق، ص. 109.

⁵³ انظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص. 217؛ زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. 19، عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص. 110.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

إن الحل الراجح لهذه الإشكالية على مستوى الفقه والتشريع والقضاء يقضي بوجود الأخذ بالقانون الداخلي الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الداخلية في البلد الذي أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي بتطبيق قانونه⁵⁴.

وقد أخذ المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى بهذا الحل الذي جسده المادة 01/23 من القانون المدني حيث نصت على أنه : "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق، هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه"⁵⁵.

وبناء على مقتضى هذه المادة فإنه إذا وجب تطبيق قانون أجنبي على نزاع متعلق بالشروط الموضوعية للزواج مثلا أو آثاره سواء أكانت شخصية أو مالية، و كان البلد الذي يجب تطبيق قانونه من الدول التي تتعدد فيها الشرائع الداخلية سواء أكان تعددا إقليميا أو

⁵⁴ انظر، جابر جاد عبد الرحمان، القانون الدولي الخاص العربي، ج.3، ط.1، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، 1960، ص. 115.

⁵⁵ تقابل هذه المادة المادة 26 من القانون المدني المصري، المادة 26 من القانون المدني الليبي، المادة 27 من القانون المدني الأردني، والمادة 28 من القانون المدني السوري، 01/31 من القانون المدني العراقي. انظر، ممدوح عبد الكريم حافظ عرموش، المرجع السابق، ص. 64. كما تبنى هذا الحل أيضا القضاء اللبناني حيث انتهت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية في قرارها الصادر في 1968/07/03 إلى أنه : "من المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص أن المحكمة الوطنية عندما تكون مدعوة إلى تطبيق قانون بلد جنسية شخص فتجد نفسها أمام تعدد قوانين داخلية في ذلك البلد ناتج عن نظامه السياسي كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية، تختار من بين هذه القوانين الداخلية ما تفرضه قواعد تنازع القوانين المطبقة هناك، بحيث تكون القاعدة المعتمدة من قبل القاضي الوطني لحل تنازع القوانين الداخلية في بلد أجنبي هي القاعدة المعمول بها في ذلك البلد أي القاعدة الأجنبية". انظر، محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الأولى، 1968/07/03، مقتبس عن حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص. 218.

طائفا، فإن قواعد التنازع الداخلي في هذه التشريعات هي التي تتولى مهمة تحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة⁵⁶.

إن إعمال هذا الحل الذي سمي " بالتفويض " أو "الإحالة الداخلية" يفترض بدهاء أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة بفض التنازع الداخلي والتي تتكفل بتحديد التشريع الواجب التطبيق من بين التشريعات المتعددة⁵⁷. ولكن ما الحل فيما لو لم يتضمن القانون الأجنبي أي قواعد من هذا النوع⁵⁸.

لقد تعددت الاقتراحات لحل هذه الإشكالية، فمنها من نادى بوجود الأخذ بالشريعة الرئيسية، وهي شريعة العاصمة ومنها من رجحت تحليل فكرة الجنسية بقصد كشف الوحدة الإقليمية، وبعضها الآخر فضل الرجوع إلى قانون القاضي، في حين آثر الأغلبية قانون الموطن باعتباره أكثر القوانين تماشيا مع الواقع وأكثرها بعدا عن الشك والغموض⁵⁹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم موقفه بهذا الخصوص، بتتيمه للمادة 23 من القانون المدني، وذلك بإضافة فقرة ثانية عالج فيها حالة عدم وجود نص ينظم هذه

⁵⁶ انظر، يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، ألقبت على طلبة السنة الرابعة، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص.42.

⁵⁷ انظر، زيروتي الطيب، القانون الدولي الخاص، ج.1، ط.2، مطبعة الفسييلة الدويرة، الجزائر، 2002، ص.133.

⁵⁸ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، الكتاب الأول، ص.227.

⁵⁹ انظر، محمد مبروك اللافي، المرجع السابق، ص.110؛ يوسف فتيحة، محاضرات في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص.42.

الصعوبات التي تعترض القاضي عند حل إشكالية تنازع القوانين بناء على ضابط الجنسية

المسألة في القانون المختص، حيث نص على تطبيق التشريع الغالب في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي⁶⁰.

وبناء على ذلك إذا رفع أمام قاضي جزائري مثلاً نزاع يتعلق بالشروط الموضوعية لزواج لبنانيين أو أمريكيين، فوفقاً للمادة 11 من القانون المدني سوف يقضي بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين أي القانون اللبناني أو الأمريكي. وبما أن لبنان تعد من البلدان المتعددة الطوائف والولايات المتحدة الأمريكية تعتبر من الدول المتعددة إقليمياً، فإن القاضي الجزائري سيصعب عليه تحديد أي تشريع من التشريعات المتعددة يجب أن يتبع لحل النزاع، لكن بالرجوع إلى المادة 23 من القانون المدني تزول الإشكالية لأن القاضي سيستأنس بالقانون الداخلي لكل من لبنان والولايات المتحدة الأمريكية، فيتولى هذا الأخير مهمة تبيان التشريع الواجب اتباعه بشأن الشروط الموضوعية للزواج. وفي حالة تخلف أي نص مختص يطبق القاضي التشريع الغالب في لبنان، والتشريع المطبق في عاصمة الولايات المتحدة الأمريكية "نيويورك".

⁶⁰ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المدني الجزائري على أنه : "إذا لم يوجد في القانون المختص نص بهذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلاد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي".