

الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في العلاقات الدولية الخاصة (الحضانة نموذج)

الأستاذة :يوي سعاد¹

الملخص:

تعتبر مرحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق من أهم المراحل في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، إلا أنه قد تعترض هذه المرحلة مجموعة من العراقيل مرتبطة بضابط الجنسية كتعدد الجنسية أو انعدامها ، كما يمكننا ان يكون الأطراف غيروا جنسيتهم من تاريخ اكتساب الحق الى يوم رفع الدعوى مما يتعين التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة والتي قد تؤدي إلى تغيير القانون المختص ، هذا من جهة من ناحية أخرى هناك صعوبات مرتبطة بتفسير قاعدة الإسناد كمشكلة الإحالة أو الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع.

Résumé

Dans les relation internationale privé La recherche de la lois applicable est considéré la plus importante étape ,car elle peut être entouré de plusieurs problèmes tel que nous sommes devant des partie on plusieurs nationalité ,ou on cas de apatridie , comme il peut que les partie en changer leur nationalité, tous ces problèmes nous mènes a posé la question sur quel lois en va appliqué ? d'autre part il se peut que nous somme devant des problème de définition de règle de conflits tel que le renvoi ou le renvoi a un payé fédérale et encore la nous somme devant le problème du lois applicable.

المقدمة:

تعد الحضانة من الإشكالات العويصة الناجمة عن الزواج المختلط فإلى جانب ما تثيره من تعقيدات في المجال الاجتماعي والإنساني على حد سواء ، هناك إشكالات قانونية تبدو أكثر تعقيدا لما تنطوي عليه من عوائق في تطبيق القانون، فرغم أن المشرع الجزائري

لم يخضعها لقاعدة إسناد خاصة بها ، إلا أنه جرى عمل القضاء على اعتبار الحضانة اثر من آثار الطلاق وبالتالي تخضع لقاعدة التنازع المتعلقة بالطلاق².

إلا أن إخضاع مسألة الحضانة لقاعدة الإسناد الخاصة بانحلال الزواج ومنه إخضاعها لضابط الجنسية لا يعني بالضرورة حل للنزاع بل إن المسألة من الناحية العملية لا بد ستصطدم بمجموعة من المشاكل القانونية فمنها ما هو مرتبط بضابط الجنسية في حد ذاتها ، ومنه ما هو مرتبط بتفسير قاعدة الإسناد.

من بين المشاكل التي يثيرها قانون الجنسية ما هو متعلق بجوهر الجنسية ذاتها ، ذلك أن الجنسية كسائر الحقوق تكتسب وتفقد وتعدد وتنعدم وتتغير ، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن القانون الواجب التطبيق في مجال الحضانة في حالة تعدد الجنسية ؟ ثم ما القانون الواجب التطبيق إذا ما انعدمت جنسيته ؟ وبخلاف ذلك فانه من المتصور أن تتغير جنسيته فما هو القانون الواجب التطبيق في حالة ما إذا تغيرت جنسيته ؟

من جهة أخرى قد تواجه القاضي إشكالات مرتبطة بتفسير قاعدة الإسناد ، فمن المعلوم أن ما يتميز به القانون الدولي الخاص عن غيره من القوانين احتواءه على قواعد إجرائية (قواعد الإسناد) وقواعد موضوعية (النص القانوني الواجب التطبيق) ، فإسناد المسألة إلى قانون معين لا يعني بالضرورة حل المشكل بل هو بمثابة عرض للاختصاص التشريعي ، فإذا طبق القاضي الأجنبي القواعد الموضوعية ما من مشكلة تذكر ، ولكن إذا لجأ القاضي إلى تطبيق قواعد الإسناد هنا نكون أمام مشكل جديد لا بد من الفصل فيه أولاً .

كما يمكن أن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة متعددة الشرائع ، سواء كنا أمام تعدد طائفي أو إقليمي هنا نكون أمام صعوبة أي شريعة سوف نطبق؟ وهذا ما سنحاول دراسته من خلال إشكالات ضابط الجنسية (المبحث أول) ، ثم تفسير قاعدة الإسناد (المبحث الثاني).

المبحث الأول : صعوبات إعمال ضابط الجنسية

تكرس كل دولة في مادة الجنسية مبدأ حريتها الكاملة واستقلاليتها بوضع قواعدها الخاصة في هذه المادة، فتجعل وظيفتها قاصرة على تحديد من هم رعاياها مستندة في ذلك إلى معايير تتماشى مع مصالحها الأساسية دون النظر إلى مصالح الدول الأخرى . حيث أنه من المتصور أن يتمتع الشخص بجنسية أكثر من دولة في الوقت عينه ، كما انه من المتصور كذلك أن يحرم من التمتع بأي جنسية أخرى كما يمكن أن يغير جنسيته ، بالنظر أن المشرع الجزائري أخضع الحضانة إلى ضابط الجنسية فانه وما يبني على هذه الحالات أن تشكل صعوبات قانونية تواجه القاضي عندما يتصدى لتحديد القانون الواجب التطبيق فما هي الحلول التشريعية والفقهية في مثل هذه الظروف ؟

أولاً: تعدد الجنسيات

إن مبدأ حرية الدولة في مادة الجنسية ، مبدأ مسلم به فقد تأخذ دولة بحق الدم وأخرى بحق الإقليم وثالثة بهما معا فمن هنا تنشأ ظاهرة تراكم الجنسيات على شخص واحد³.

وتعدد الجنسية واقعة في المجتمع الدولي على الرغم من أن مبادئ القانون الدولي تحاول التخلص منها ففي ديباجة اتفاقية لاهاي لعام 1930 المبرمة في 12 ابريل 1930 تنص على أن : "من مصلحة الجماعة الدولية أن يسلم كافة أعضائها بان يجب أن يكون لكل فرد جنسية كما يجب أن يكون له جنسية واحدة"⁴ . فيقصد بتعدد الجنسية أن يكون لدى الشخص أكثر من جنسية واحدة ، وقد يكون لديه اثنتان أو ثلاثة أو أكثر تثبت له في وقت واحد ، بحيث يعتبر هذا الشخص قانونا متمتعاً بجنسية هذه الدول ، بغض النظر عن إرادة الفرد في أن كان له دور في كسب هذه الجنسية أو تلك.

وهناك عدة تعريفات للفقه لمشكلة تعدد الجنسية نذكر منها:

" أن يكون للشخص متعدد الجنسية إذا ثبت له جنسيتان أو أكثر في وقت واحد، وذلك وفقا لقانون كل دولة من الدول التي يحمل هذا الشخص جنسيتها"⁵.

ويعرفها جانب آخر من الفقه: " حصول الفرد على أكثر من جنسية." أو " الوضع القانوني يكون فيه لنفس الشخص جنسية دولتين أو أكثر، بحيث يعتبر قانون من رعايا كل دولة ويتمتع بجنسيتها."⁶

يتضح من خلال هذه التعريفات أن تعدد الجنسيات هو تراكم أكثر من جنسية على الشخص الواحد والشرط اللازم توفره هنا حتى نقول أننا أمام ازدواج أو تعدد أن يكون اكتساب هذه الجنسيات جميعاً قد تم بطريقة قانونية وسليمة.

على أن لظهور هذه المشكلة عدة أسباب منها تباين قواعد الجنسية بين الدول واختلاف الأسس التي تتبناها كل دولة لإضفاء جنسياتها على الأفراد⁷، كما للمشكلة أن تظهر حتى لو توحدت الأسس الفنية لاكتساب الجنسية مثل ذلك ميلاد طفل في حالة الزواج المختلط، وكان قانون كل من والدي الطفل يأخذ بحق الدم فيكون للولد جنسية دولة الأب وجنسية دولة الأم عملاً بحق النسب إليهما، وإذا حصل ميلاد الطفل في إقليم دولة تأخذ بحق الإقليم ثبت له جنسية دولة ثالثة.

ومهما كانت أسباب نشأة ظاهرة تعدد الجنسيات فالأمر لا يخلو من طرح صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق، فالقاضي ملزم بتطبيق جنسية واحدة من الجنسيات، فما هو المعيار المعتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق؟

تجري غالبية التشريعات وما استقر عليه الفقه على ضرورة التفرقة في هذه الحالة بين فرضين أولهما عندما تثور المسألة المتعلقة بازدواج الجنسية أو تعددها أمام قضاء دولة من الدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها، وثانيهما خاص بالوضع الذي يثور بين جنسيات أجنبية أي ليست جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة عليه سنعالج هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: جنسية دولة القاضي من بين الجنسيات المتزاحمة.

استقر الرأي الراجح في علم الجنسية وفي القانون الدولي الخاص أن الجنسية الوطنية في هذا الفرض تفضل على غيرها⁸، فيعتد بجنسية دولة القاضي ويعتبر الفرد وطنياً ويطبق بالتالي قانون القاضي على المسألة المتنازع فيها، بغض النظر عن قوانين الجنسيات الأخرى التي يتمتع بها الشخص في آن واحد إلى جانب جنسية دولة القاضي.

كما يتم ذلك دون الالتفات إذا كان هذا الشخص مرتبطاً من الناحية الفعلية بإقليم هذه الدولة أم لا، وما إذا كانت له مصالح على إقليمها أم لم تكن له مصالح أو يعيش هذه الجنسية فعلاً وواقعاً أم كان بينه وبينها هجر مديد⁹.

إن كان من دواعي تفضيل جنسية القاضي من ضمن الجنسيات التي يحملها الشخص هو اعتبار الجنسية من المسائل المتعلقة بالسيادة وداخلية في الاختصاص القاصر لكل دولة، لذلك فلا يعقل أن يترك أمر تحديدها لدولة أخرى.

هذا الاتجاه أخذت به اتفاقية لاهاي المبرمة في 12/04/1930 بنصها: "الشخص المتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة يحمل جنسيتها من رعاياها". وهو الحل السائد في القانون المقارن¹⁰. على الرغم من التأييد الكبير الذي لقاه الذي لقاه هذا الرأي إلا أنه لم يسلم من النقد إذ أن جنسية الدولة المطروحة أمام سلطاتها مسألة التنازع قد لا تكون واقعية، ولذا وجب تغليب جنسية هذه الدولة والنظر إلى الأمور نظرة واقعية، بتغليب الجنسية الواقعية على الجنسيات الأخرى التي يحملها متعدد الجنسية بما فيها جنسية الدولة.

أيضا من النقد الموجه إليه انه في حالة ما إذا كانت الجنسية ضابط الإسهان فيؤدي هذا إلى اختلاف الحلول بحسب محكمة الدولة المعروض عليها النزاع، إذ أن كل دولة يحمل الشخص جنسيتها تطبق على النزاع قانونها، ذلك أنها لا تعتد إلا بجنسية دولتها دون الجنسيات الأخرى التي يحملها الشخص.

بعد الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي كان لابد من البحث عن قانون آخر، إذ ذهب جانب من الفقه إلى انه يجب تحديد الجنسية التي يجب تطبيق قانونها من خلال منظور واقعي، وعلى أساس معيار منضبط يكفل وحده الحل والجنسية الفعلية أو الواقعية تكفل هذا الحل المنطقي.

يمكن تعريف الجنسية الفعلية¹¹ بأنها: "هي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعتها، وعاش في كنفها واستعمل فيها الحقوق التابعة لها وتحمل التزاماته، يحددها القاضي وهو يدور في ميدان الواقع وليس في ميدان القانون ويتخذها وسيلة لتفضيل إحدى الجنسيات المتنازعة عن الأخرى".

لعل أهم ما يميز هذه النظرية هو استجابتها للأساس الاجتماعي للجنسية والذي ينطوي على شعور الفرد بالولاء نحو الدولة التي يرتبط بها فعليا، إلا انه هذه الفكرة أيضا لم تسلم من النقد فالجنسية الفعلية يكتنفها الكثير من الغموض والاختلاف الشديد حول مفهومها وعدم وضوح عناصرها، فقد تكون مبعث لعدم الأمان القانون¹².

أيضا إن إعمال معيار الجنسية الفعلية يصطدم بحقيقة وضعية، كون العديد من التشريعات - كما رأينا- تفضل الحل القائل بترجيح جنسية دولة القاضي المثارة أمامه مسألة تنازع الجنسيات متى كانت من بينها .

إلا أن هناك جانب من الفقه¹³ رأى أنه يمكن الخروج من المبدأ العام (تطبيق جنسية القاضي) وذلك بتطبيق قانون الجنسية الأجنبية وذلك من خلال إعمال ما يسمى بفكرة الحل الوظيفي، وتقضي هذه الأخيرة النظر إلى مسألة تنازع الجنسيات على أساس أنها مسألة أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية وليس باعتبارها مسألة مستقلة بذاتها، ولها حل ثابت في جميع الحالات وهذا يقتضي حتما حل التنازع على ضوء النظر إلى كل مسألة في حد ذاتها، من حيث طبيعتها والغاية منها. أما عن موقف المشرع الجزائري فقد تبنى الرأي الراجح وهو تطبيق جنسية دولة القاضي فإذا كانت الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازعة، أي من بين الجنسيات التي يحملها هذا الشخص، فهنا يعتد القاضي الجزائري بالجنسية الجزائرية وحدها عملا بنص المادة 2/22 من القانون المدني ويخضع من ثم حالة هذا الشخص للقانون الجزائري وحده¹⁴.

الحالة الثانية: تعدد الجنسيات مع عدم وجود جنسية دولة القاضي من بينها.

في هذه الحالة إن النزاع المتعلق بمتعدد الجنسيات يثور أمام القاضي الوطني في وضع لا تكون فيه الجنسية الوطنية للقاضي من بين الجنسيات التي يحملها الشخص، فالقاضي أمام اختيار صعب حيث يجب عليه أن يختار قانونا واحدا وكأن الشخص لا يملك إلا جنسية واحدة، منه سيكون العبء ثقیل على القاضي الناضر في النزاع وبخاصة في الحالة التي يثبت فيها قانون إحدى الجنسيات حق للفرد بينما ينفيه عنه قانون الجنسية الآخر.

تم اقتراح عدة معايير لحل هذا التنازع بين الجنسيات¹⁵ في هذه الحالة نذكر منها :
- المعيار القائم على تكافؤ السیادات: تنطلق فكرة هذا المعيار في أن الدولة المطروح أمامها النزاع تنظر إلى الجنسيات التي يحملها الشخص أنها متساوية، وتعترف بها جميعا دون تفضيل واحدة عن الأخرى، وفي هذه الحالة يكون للشخص وحده التمسك بأي من الجنسيات التي يحملها ويعامل على أساس هذا الاختيار.

- معيار تفضيل الجنسية الأقرب إلى جنسية دولة القاضي : يذهب أصحاب هذا المعيار إلى ضرورة ترجيح الجنسية التي تتفق في أحكامها مع أحكام جنسية دولة القاضي المعروض أمامه المنازعة.

- معيار الاعتداد بالجنسية التي حصل عليها الشخص أولاً: إن المعيار المعتمد عليه بالنسبة لأصحاب هذا الرأي هو بالنظر إلى الوقت الذي تم فيه اكتساب الجنسيات المتنازعة ، فيكون من الإلزام ترجيح الجنسية الأولى التي اكتسبها الشخص بوصفها حق مكتسب له.

- معيار الاعتداد بالجنسية الأحدث اكتساباً: رأى البعض انه يجب معاملة مزدوج الجنسية أو متعددها على أساس الجنسية الأحدث فهي الأصديق في التعبير عن رقابته ، والأقرب في تجسيد أرائته.

- معيار الموطن : أمام صعوبة تطبيق المعايير السابقة ذهب هذا الرأي إلى استبعاد تطبيق قانون الجنسية كضابط للإسناد في مسائل الأحوال الشخصية وإحلال ضابط الموطن بدلا منه أو ضابط المحل.

إلا انه يتجه الغالب إلى حسم النزاع بين الجنسيات باللجوء إلى نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية أو المهيمنة. فالجنسية الفعلية هي الجنسية التي يكون الشخص أكثر ارتباط بها من غيرها ، ويستعين القاضي في سبيل الكشف عن هذه الجنسية بعناصر موضوعية كموطن الشخص أو محل إقامته ، كما له الاستعانة بغير ذلك من المؤشرات المتعلقة بالشخص ذاته، كاللغة ، الرابط العائلية ، محل مزاويلته حقوقه السياسية والعامه ، تأدية خدمته العسكرية.....الخ.

وقد تبنته اتفاقية لاهاي لعام 1930 المبرمة في 12/ابريل 1930 في مادتها الخامسة حيث جاء نص المادة : " يتعين على الدولة التي يوجد بإقليمها فرد يتمتع بعدة جنسيات أن تعامله بأنه متمتع بجنسية واحدة ويجوز لها في هذا الصدد أن تختار جنسية الدولة التي يوجد بها محل إقامة الشخص العادية أو جنسية الدولة التي يظهر من الملابس التي تعلق الشخص بها فعليا ."

وهو الحل الذي اعتمده أيضا المشرع التونسي من خلال الفصل 29 من مجلة القانون الدولي الخاص الذي جاء فيه : "تخضع الأحوال الشخصية للمعني لقانونه الشخصي وإذا كان المعني بالأمر حاملا لعدة جنسيات يعتمد القاضي الجنسية الفعلية."

كما اعتمد المشرع الجزائري نفس الحل من خلال نص المادة 22 فقرة 1 بنصها على ما يلي: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية." وان كان بعض الفقه الجزائري انتقد صياغة المادة لما كان من المفروض قول الجنسية الفعلية وليس الحقيقية ، كما عبر عنها المشرع الجزائري في المادة 1/22 القانون من القانون المدني على اعتبار أن كل الجنسيات التي يحملها الشخص تعتبر حقيقية بالنسبة إليه و إلا لما كان حدث تنازع بينها.

في حين ذهبت بعض التشريعات العربية الأخرى¹⁶ إلى منح القاضي صلاحية تحديد القانون الواجب تطبيقه في تعدد الجنسيات الأجنبي ، وبالرغم من أنها لم تبين صراحة الجنسية التي يتقيد بها القاضي في هذه الحالة إلا انه يجب على القاضي دائما عند تعيينه للقانون المختص أن يعتد بالجنسية الفعلية التي يعيش المعني في كنفها ويفضلها على غيرها¹⁷.

الفرع الثاني: انعدام الجنسية

انعدام الجنسية هو مصطلح يعبر عن الحالة التي تتخلى فيها قوانين الجنسية في جميع الدول عن الشخص ، فلا يصدق عليه وصف وطي في أي منها ، فهو شخص لا تعتبره أية دولة مواطنا بحكم قانونها فيكون من بين قاطني الإقليم أشخاص عديمو الجنسية ، إما لأنهم لم يحصلوا أبدا على جنسية ما وإما لأنهم فقدوا جنسيتهم دون أن يحق لهم المطالبة بجنسية دولة أخرى ، وبهذه المثابة فانه يتسع مفهوم عديمو الجنسية ليشمل المولودين على إقليم الدولة التي يقيمون فيها عادة ولم يتمكنوا من الحصول على جنسيتها ولم يكن لديهم جنسية أساسا ، كمن يولد على إقليم دولة لاتعترف سوى بحق الدم للحصول على الجنسية.

وقد وردت عدة تعاريف لعديم الجنسية يمكن ذكر منها: "عديم الجنسية هو كل من لا يتمتع بجنسية دولة معينة."¹⁸

وعرف أيضا: "عديم الجنسية هو الشخص الذي يجد نفسه منذ ميلاده أو في وقت لاحق على ميلاده مجرد من حمل جنسية أي دولة من الدول."¹⁹

ويطلق الكثير من الفقهاء على هذه الظاهرة تسمية التنازع السلبي²⁰ وهي تسمية غير دقيقة فنيا لان انعدام الجنسية لا يثير تنازع الجنسيات أصلا ، لأن الفرض أن الشخص لا يتمتع بأية جنسية أي أن قوانين الدول جميعا تخلت عنه.

في الواقع أن حالة عديم الأهلية من الحالات المؤلمة، لان الشخص عديم الجنسية يرى نفسه تائه في الأرض مقطوع الصلة بموطن ما ، وقد شبه بعض الفقهاء مثل هذا الشخص بسفينة تسير في البحر بدون علم لا تدري إلى أي ميناء تذهب ، ولا على أي ميناء ترسو²¹ ، ومثل هذا الشخص يفقد حقوقه الوطنية والسياسية ، وقد يتطلب الأمر تطبيق قانون جنسية ما على الأحوال الشخصية فما يكون الحل ؟

نادى جانب من الفقه بتطبيق قانون جنسية آخر دولة كان ينتمي إليها الفرد قبل أن يصبح عديم الجنسية ، إلا أن هذا الاتجاه تلقى انتقادات عنيفة لاسيما وأنه لا محالة سيصطدم بالحالة التي رافق فيها انعدام الجنسية ميلاد الفرد كما انه يسعى لإبقاء صلة لم تعد موجودة أصلا كما أنه لم يعد هناك مبرر لوجودها .

ومن ثم ولتلافي الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار السابق قال جانب من الفقه بالاعتداد بقانون دولة ميلاد الشخص ، إلا انه لم يفلح هذا المعيار كسابقه لاسيما انه يقف عاجزا أمام الحالة التي تكون فيها الدولة التي ولد فيها الشخص لا تمت له بأي رابط ، أو أن ولادته لا تخرج عن وصفها واقعة عرضية ، كما فقدتها لاحقا حيث يصطدم هذا المعيار بما سبق بخصوص سابقه. أنه قد تكون الدولة التي ولد فيها هي ذات الدولة التي كان يحمل جنسيتها.

ويمكن لنا القول أن الرأي الراجح لدى فقه القانون الدولي الخاص وتقول به الاتفاقيات الدولية²² ، انه يطبق على حالة انعدام الجنسية فكرة شبيهة بفكرة الجنسية الفعلية، مقتضاها معاملة عديم الجنسية على انه ينتمي إلى التي يتصل بها من الناحية العملية أكثر من سواها فيخضع تبعا لذلك لقانون الدولة التي تتوافر بالنسبة لها هذه الصلة ، وهي تتمثل بالنسبة لعديم الجنسية عاد في وجود موطنه أو محل إقامته بإقليم الدولة .

ذلك على اعتبار أن ضابط الموطن وضابط محل الإقامة هما ضابطان مقترحان يجب الاستعانة بهما في كل حالة يتعذر فيها أعمال ضابط الجنسية ، أي بتطبيق قانون

الدولة التي يقيم فيها عديم الجنسية عادة فإذا ما تعذر الاستعانة بمعيار الموطن فالعبرة عندئذ بتطبيق القاضي لقانون محل الإقامة ثم لقانونه الوطني.²³

وان كان تطبيق قانون الموطن عديم الجنسية، قد يثير هو الآخر عدة إشكالات 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.

لحل الإشكالية الأولى اقترح البعض²⁴ تطبيق قانون القاضي باعتباره صاحب الاختصاص الاحتياطي العام²⁵ في حل النزاع الذي يحوي بذاته على درجة من الارتباط والفاعلية ترشده لحكم العلاقة محل النزاع. الدولي بين القوانين ، أما بالنسبة للإشكالية الثانية فيرى البعض²⁶ مواجهتها من خلال ترجيح الموطن الأكثر فاعلية ، وهو الموطن .

عالج المشرع الجزائري هذه الإشكالية بموجب نص المادة 3/22: "إذا تعلق الأمر بعديم الجنسية، فإن القاضي (الجزائري) يخضعه لقانون محل الإقامة ". وقد كان المشرع الجزائري حين إصداره للقانون المدني الجزائري لعام 1975 ينص على إعطاء القاضي المعروض أمامه النزاع سلطة تحديد القانون الذي يحكم حالة عديم الجنسية، وقد انتقد الفقه الجزائري هذا الموقف وحجتهم في ذلك أن هذا الحكم القانوني يتعارض بدون جدال مع نص المادة 12 من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28/09/1954 التي انضمت إليها الجزائر بمرسوم 08 جوان 1964 التي تنص بصريح العبارة على إخضاع عديم الجنسية فيما يخص أحوالهم الشخصية لقانون موطنهم أو لقانون محل إقامتهم ، وهو نفس الحل الذي اعتمده المشرع الجزائري في نص المادة 221 من قانون الأسرة التي تنص على تطبيق قانون الأسرة على الجزائريين وكذا المقيمين فوق التراب الوطني ، أمام هذا النقد الجوهري الذي سبق للفقه توجيهه للمشرع الجزائري فإنه قام لاحقا بتعديله عام 2005 بموجب الأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المتضمن تعديل القانون المدني و بذلك يكون المشرع الجزائري قد قام بالتنسيق بين هذا الحكم القانوني والحكم الوارد بالمادة 12 من اتفاقية نيويورك المؤرخة في 28/06/1964 وكذا مع الحكم القانوني لنص المادة 221 من قانون الأسرة إلى جانب الإشكالات الناجمة عن حالي تعدد وانعدام الجنسية فان قابلية هذا الضابط للتغيير يطرح إشكالية النزاع المتحرك أو المتغير.

ثالثا: التنازع المتحرك.

يعتبر ضابط الجنسية من الضوابط التي تثير مسألة التنازع المتحرك ، كونه من الضوابط القابلة للتغيير فيستطيع الشخص في العلاقة ذات العنصر الأجنبي أن يغير هذا الضابط ما بين إنشاء الواقعة القانونية ووقت رفع النزاع بشأنها أمام القضاء، الأمر الذي يثير صعوبة عملية عندما يراد تطبيق قانون الجنسية كونه القانون الواجب التطبيق على النزاع الدولي في مسائل الأحوال الشخصية وعلى الحضانة باعتبارها من آثار الطلاق.

يكتسي موضوع التنازع المتحرك أهمية بالغة ويثير إشكالات عديدة، وهو حديث النشأة وتكوينه النظري تنقصه الدقة والوضوح رغم جهود الفقه في إذلال الصعوبات التي تكتنفه²⁷ ، ويمكن تعريفه على النحو التالي: "التنازع المتغير هو التنازع الذي ينشأ عن خضوع العلاقة لقوانين متتابعة بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان والمكان".

كما يعرفها جانب آخر من الفقه: "التنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد ، ولكن من ناحية ينشأ بين قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين".²⁸ ونقول أن هناك تنازع متغير: "لما تكون الواقعة القانونية محكومة بقانونين مختلفين بفعل تغيير ضابط الإسناد".²⁹

من خلال هذه التعريفات يتضح انه لقيام التنازع المتحرك لابد من توفر شرطين هما : وجود فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا والمنازعة فيها أمام القاضي من جهة³⁰ ، ومن جهة أخرى قدرة الإرادة على تغيير ضابط الإسناد تغييرا طبيعيا أي ألا يكون عنصرا إسنادا اصطناعيا (أي وقع تحايل على القانون)، يسمح بتعاقب القوانين ، قانون الجنسية القديمة وقانون الجنسية الجديدة ، مما يؤدي إلى تضارب الحقوق المكرسة في قانوني كلا الدولتين³¹.

ومن خلال ما تقدم فان تغيير ظرف الإسناد يثير مشكلة الآثار القانونية لهذا التغيير من حيث القانون الواجب التطبيق ، ومعرفة ما إذا كانت العلاقة القانونية تخضع وبشكل كامل إلى القانون السابق الواجب التطبيق قبل حالة التنازع المتغير أم يترتب على هذا التنازع توزيع الاختصاص القانوني فيما بين القانونين السابق للتغيير واللاحق له؟

لحل مشكلة التنازع هنا اقترح الفقه اتجاهاً أحدهما يقول بالاستبعاد المطلق للقانون الجديد استناداً على فكرة الحقوق المكتسبة اعتمد كل من الفقيه "PILLET" و "BARTIN" نظرية احترام الحق الدولي المكتسب ولكن لكل واحد منهما وجهة نظره

الخاصة ، فصور الفقيه "PILLET" هذا التنازع في شكل مشكلة قائمة بذاتها غير مشكلة تنازع القوانين هي "مشكلة الحقوق المكتسبة" وصاغ لحلها مبدأ سماه "الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة" ، ووفقا لهذا الاتجاه فانه تبقى كل علاقة قانونية نشأة تحت سلطان قانون ما خاضعة له في كل ما يتعلق بشروطها الشكلية والموضوعية وآثارها الماضية والمستقبلية ، ولا يعترف للقانون الجديد بأي اختصاص³² .

أما بالنسبة للفقيه "BARTIN" فقرر استبعاد تطبيق القانون الجديد استنادا إلى ما تتطلبه المراكز القانونية من استقرار في العلاقات الدولية ، وعليه فان كان الحق نشأ وفقا لقانون معين فانه حفاظا على الاستقرار في المعاملات والمراكز القانونية ينبغي أن يبقى خاضعا لنفس القانون فيما يتعلق بآثاره³³ ، واتجاه آخر يقول بإعمال مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بضرورة التطبيق الفوري للقانون الجديد متأثرين في ذلك بالحل المطبق على تنازع القوانين من حيث الزمان لتشابههما باعتبار أن في كليهما قانونان متعاقبان لحكم حق معين يتعين تحديد نطاق تطبيقهما، وان كان يعاب على هذا الاتجاه هذا التشبيه ذلك أن تنازع القوانين من حيث الزمان يكون في حالة قانونان متعاقبان صادران عن نفس المشرع ، حيث يلغي القانون الثاني القانون الأول ، أما بالنسبة للتنازع المتحرك فان مصدره قانونان متعاقبان ليس من نفس المشرع وكلاهما ساري المفعول في إقليم الدولة التي صدر فيها³⁴ . ، رغم انه قد يتأتى حل مشكل التنازع المتحرك عن طريق المشرع مباشرة حيث يحدد سريان ضابط الإسناد زمانيا أي عن طريق ضبط وقت معين يعتد به لمعرفة القانون الواجب التطبيق، ففقد مسألة الحضانة التي تعتبر أثر من آثار الطلاق بوقت رفع الدعوى وهنا يكون كقاعدة عامة حسم إشكالية المفاضلة بين قانونين متعاقبين ، طبقا لنص المادة 12/22 من القانون المدني الجزائري، إلا انه إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق القانون الجزائري كاستثناء وارد في المادة 13 من القانون المدني الجزائري³⁵ .

إلا انه يبقى الرأي الذي تبناه المشرع الجزائري منتقد سواء بالنسبة للقاعدة العامة أو الاستثناء فهو يؤدي في حالة القاعدة العامة إلى مفاجأة الزوجة باختصاص قانون لم تكن تتوقعه عند انعقاد الزواج نتيجة لتغيير زوجها لجنسيته مابين مرحلة نشوء الحق ومرحلة رفع دعوى الطلاق ، كما يؤدي في مرحلة الاستثناء إذا كان احد الزوجين جزائريا

وقت انعقاد الزواج إلى تطبيق القانون الوطني رغم أن الزوجين أجنيين ، واستبعاد تطبيقه رغم أن الزوجة الأجنبية اكتسبت الجنسية الجزائرية وقت رفع الدعوى .

المبحث الثاني : إشكالات تفسير قاعدة الإسناد

بعد ما فرغنا من بحث الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق والمرتبطة بضابط الجنسية سواء من خلال تعدد الجنسية أو انعدامها أو حتى تغييرها ، والحلول اللازمة لكل حالة نتعرض بعد ذلك لإشكالات أخرى تتعلق بتفسير القاعدة الإسناد .

إن القول أن القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق لا يعني حلا للنزاع والوصول إلى القواعد الموضوعية وإنما هو عرض للاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي في هذه الحالة إما يقبله ويفصل في النزاع وإما يستشير قواعد الإسناد لديه بشأن القانون الواجب التطبيق والذي سيكون إما قانون دولة ثالثة أو قانون القاضي نفسه .

كما يمكن أن يكون القانون الذي إشارة إليه قاعدة الإسناد إلى دولة تتعدد فيها الشرائع إما تعددا إقليميا أو تعدد شخصي (طائفي) فالقول أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ليس حلا للمشكل المطروح وإنما لابد من تحديد القانون المختص من بين القوانين الداخلية.

أولا:الإحالة.

من المعلوم أن قانون أي دولة يشمل نوعين من القواعد، قواعد الإسناد وهي لا تحسم النزاع مباشرة وإنما ترشد فقط للقانون الواجب التطبيق، أما النوع الآخر من القواعد وهي القواعد المادية الموضوعية التي تحسم النزاع، فإذا كان قانون القاضي هو الواجب التطبيق ما من مشكلة تطرح إذا ما أشارت قاعدة الإسناد أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الأجنبي، فإن الحل النهائي للنزاع لا يتم إلا إذا حددنا المقصود بالقواعد الواجبة التطبيق في هذا القانون وهذا ما يثير إشكالية مهمة وهي ما المقصود بالقانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد والذي يتعين على القاضي الوطني أن يرجع إليه أولا ؟ بمعنى آخر هل يخاطب القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي لم يجب أن يبدأ بمخاطبة قواعد الإسناد في هذا القانون ؟

فإذا قيل أن المقصود بالقانون الأجنبي المختص هو القواعد المادية الموضوعية فلا يبقى أمام القاضي المطروح أمامه النزاع إلا أن يفصل في النزاع بتطبيق تلك القواعد وينتهي الأمر عند هذا الحد.

وإذا قيل يقصد بالقانون الأجنبي المختص كافة قواعده بما فيها قواعد التنازع ، هنا تبرز إشكالية غاية في الأهمية يترتب عليها تغيير الحل النهائي للنزاع ، فقد يحدث أحيانا أن تشير قاعدة الإسناد الواردة في القانون الأجنبي إلى تطبيق قانون غير قانونها ، كأن تقضي بتطبيق القانون الوطني نفسه أو تقضي بتطبيق قانون دولة أجنبية.

هذه المشكلة الخاصة بتحديد ما إذا كان يتعين على القاضي أن يطبق القواعد أم قواعد الإسناد في القانون الأجنبي تسمى بمشكلة "الإحالة" فمن يقول يرجع القاضي إلى القواعد الموضوعية يفرض الأخذ بالإحالة ، ومن يقول يرجعه أولا إلى قواعد الإسناد يكون على النقيض من الآخذين بها.³⁶

إن الإحالة في الواقع ما هي إلا نتيجة لعدم انسجام أنظمة تنازع القوانين في مختلف الدول³⁷، من التعريفات الفقهية التي تناولت الإحالة تعريف الدكتور محمد زوكالي الذي قال بأنها : " الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي ، متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا".³⁸

كما تعرف الإحالة بأنها : " تلك الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد الوطنية متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكان التنازع بينهما سلبيا".³⁹

لم تظهر مشكلة الإحالة بشكل واضح إلا على اثر صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1878/06/24، في قضية شهيرة⁴⁰ في فقه القانون الدولي الخاص تعرف بقضية "فورجو"⁴¹.

والإحالة تأخذ الصور التالية :

1) الإحالة من الدرجة الأولى : نكون في هذه الحالة عندما تحيل قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص إلى قانون القاضي الذي ينظر في النزاع من اجل تطبيقه ، أي أن قواعد إسناد القاضي تحيل الاختصاص للفصل في النزاع إلى قانون أجنبي ، في حين أن قواعد إسناد القانون الأجنبي ترجع الاختصاص للفصل في النزاع إلى قانون القاضي.⁴²

(2) الإحالة من الدرجة الثانية: في هذه الصورة تتخلى قاعدة الإسناد الأجنبية أيضا عن الاختصاص المعقود لها بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية تماما كما هو في الصورة الأولى وكل ما هناك - وهذا هو وجه الخلاف بين الحالتين - أن قاعدة الإسناد الأجنبية في هذه المرة قد ردت الاختصاص إلى قانون دولة أجنبية وليس إلى قانون القاضي.

(3) الإحالة المزدوجة : ابتدع القضاء الانجليزي الحديث نظرية الإحالة المزدوجة ، أو ما يصطلح على تسميتها نظرية المحكمة الأجنبية ، وطبقا لهذه النظرية يتعين على القاضي الانجليزي أن يفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي⁴³ طبقا للحل الذي كان يمكن أن ينتهي إليه القاضي الأجنبي الذي تحيل على قانونه قاعدة التنازع الأجنبية⁴⁴.

انقسم الفقه التقليدي فيما يتعلق بمشكلة تحديد القواعد الواجبة التطبيق في القانون الأجنبي إلى فريقين رئيسيين ، الفريق الأول ويؤيده القضاء في بعض الدول كفرنسا يرى انه يتعين على القاضي دائما إذا ما أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين أن ينصاع إلى ما تقضي به قواعد الإسناد في هذا القانون ، أما الفريق الثاني وتؤيده بعض التشريعات كالتشريع الايطالي والتشريع المصري فيرى أن القاضي الوطني يلتزم فقط بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون تلك المتعلقة بالإسناد⁴⁵.

الاتجاه الأول: أنصار الإحالة.

يذهب أنصار الإحالة انه يجب أن ينظر إلى القانون المختص بوصفه كلا لا يتجزأ، ذلك أن قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في أي قانون بعضها يكمل البعض الآخر ، فالقانون الوطني عندما يشير إلى تطبيق قانون أجنبي فانه يقصد ذلك القانون بكل قواعده الموضوعية وقواعد الإسناد دون الاقتصار على القواعد الموضوعية فقط⁴⁶.

كما أن الأخذ بالإحالة يعني تطبيق القانون الأجنبي رغم عدم قبول هذا الأخير بتطبيقه أما قبول الإحالة فانه يحقق ايجابيات لا يمكن إنكارها خاصة بالنسبة للإحالة من الدرجة الأولى بحيث أنها تسمح للقاضي المعروض عليه النزاع بان يطبق قانونه لحل النزاع وهذا القانون هو نفسه الذي كان سوف يطبق لو أن النزاع كان معروضا أمام القاضي الأجنبي الذي أحال قانونه على القاضي الوطني⁴⁷.

الاتجاه الثاني: المعارض الإحالة

اعتمد هذا الاتجاه بدوره على حجج نذكر على سبيل المثال ، إن الإحالة قد تؤدي بنا إلى حلقة مفرغة أو لما يسميه البعض بالإحالة اللامتناهية أو بلعبة التنس الدولية على حد قول الفقهاء الايطاليين⁴⁸ ، ويتحقق ذلك في الحالة التي ترفض فيها كل قاعدة إسناد حكم العلاقة المعروضة وإحالتها لقانون آخر غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع. إن الإحالة قد تؤدي للمساس بسيادة دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ، وكمثال على ذلك نشير إلى أن المشرع البرازيلي أورد قواعد الإسناد في الدستور البرازيلي ، وان الأخذ بنظرية الإحالة هنا سيؤدي بنا في نهاية المطاف إلى تطبيق قاعدة دستورية أجنبية وهو أمر من شأنه أن يؤدي بنا لتغليب السيادة البرازيلية على سيادة دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ، وتلك مسألة تبقى غير مقبولة⁴⁹.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الإحالة

ظل موقف المشرع الجزائري من الإحالة غامضا إلى سن القانون رقم : 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم : 58/75 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، فقد جاء في نص المادة 32 مكرر 1 من هذا القانون: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين من حيث المكان".

استحدث المشرع الجزائري هذه المادة لملاء فراغ قانوني كان من قبل يتعلق بموقفه من الإحالة ومعلوم أن المشرع لم يبين موقفه من الإحالة لا بالرفض ولا بالقبول قبل التعديل السالف الذكر وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون المدني المذكورة أعلاه ، يتبين بوضوح وبشكل صريح رفض المشرع الجزائري الأخذ بالإحالة من حيث المبدأ سواء مواد الأحوال الشخصية أو في المعاملات المالية ، وذلك من خلال تقييد القاضي مسبقا بالتوقف عند تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي دون المرور إلى قواعد الإسناد في هذا القانون⁵⁰.

إلا أن المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة يضع استثناء على القاعدة العامة ويؤكد أنه من أنصار الإحالة على أساس أنه يجب على القاضي عندما يطبق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقا لقواعد إسناده إن ينظر أولا إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي قبل اللجوء إلى القواعد الموضوعية ، فإذا أحالت قواعد إسناد القانون الأجنبي على القانون الجزائري فانه يقبل هذه الإحالة ويطبق القانون الجزائري على النزاع المعروض عليه ، أما إذا تبين له أن قواعد إسناد القانون الأجنبي تحيل إلى قانون آخر غير القانون الجزائري فانه يرجع إلى القاعدة العامة دون الالتفات إلى قواعد إسناد القانون الأجنبي ويطبق القواعد الموضوعية لهذا الأخير⁵¹.

ثالثا: الإحالة الدولة تتعدد فيها الشرائع.

من المعلوم أن الدول تختلف من حيث شكلها أو تركيبها القانوني فقد يحدث أن تكون الدولة التي عين قانونها للتطبيق من الدول التي يتكون قانونها من شريعة واحدة تسري في نطاق الإقليم بأسره على جميع المخاطبين إلى طوائف حسب الديانة أو الأصل ويكون لكل طائفة شريعتها الخاصة مثل ما هو الحال في مصر ولبنان.

وهذه الحالة تثير مشكلة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق على النزاع فهل لما يواجهه القاضي هذه المشكلة يقف عند حدود الدولة المتعددة الشرائع ويترك لقانونها مهمة تحديد الشريعة الداخلية المختصة أم يسترشد بقانونه في تحديد الشريعة الداخلية الواجبة التطبيق؟

لقد جاء موقف المشرع من خلال نص المادة 23 من القانون المدني التي تنص : " متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الأنظمة التشريعية فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي نظام تشريعي الذي يجب تطبيقه ."

ما يتبين من نص المادة 23 من القانون المدني جزائري، أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الغالب في القانون المقارن⁵² ، والذي يناهز بتطبيق القواعد الداخلية في قانون الدولة ذات النظام المتعدد بأحكامها دون النظر إلى الأصل أو العقيدة - هنا لا توجد مشكلة - ولكن الصعوبة تكمن في حالة ما إذا كانت الدولة الواجب تطبيق قانونها تتعدد فيها الشرائع ، وهذا التعدد إما يكون إقليميا إذ هذه الدولة المختص قانونها لحكم النزاع

مقسمة إلى عدة أقاليم مثل ما هو الحال بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية وإما أن يكون التعداد شخصا إذ يكون سكان هذه الدولة منقسمين الشرائع لتحديد الشريعة الداخلية المختصة من بين الشرائع المتعددة ، وما يؤخذ على هذا النص الأصح أن يقال فيه "تتعدد فيها الشرائع" لان النظام التشريعي في الدولة هو نظام واحد ، أيضا الأصح " تعيين الشريعة الواجبة التطبيق "⁵³.

كما تبنى القضاء هذا الحل في بعض الدول التي لم تعالج تشريعا هذه المسألة كما هو الحال في لبنان حيث انتهت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة التمييز اللبنانية 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 "⁵⁴.

بذلك يكون المشرع الجزائري قد حسم المسألة عن طريق تفويض القانون المختص في أمر تعيين التشريع الداخلي الواجب التطبيق ، أي أن تحديد هذا التشريع متروك لقواعد الإسناد الداخلية في الدولة الأجنبية المتعددة التشريعات ، وهذا هو المقصود عند الفقه بقاعدة التفويض "⁵⁵.

إلا أنه إعمال قاعدة التفويض طبقا للفقرة الأولى من المادة 23 من القانون المدني الجزائري ، يفترض بداهة أن القانون الأجنبي الذي تتعدد فيه الشرائع يتضمن قواعد إسناد خاصة لفض التنازع الداخلي لكن ما هو الحل فيما لو يتضمن القانون الداخلي للدولة الأجنبية أي قواعد من هذا النوع أو عجزت قواعد الإسناد الداخلية التي يتضمنها حسن النزاع ؟

لقد تعددت الاقتراحات لحل هذه الإشكالية فمنها من نادى بوجوب 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 فضل الأغلبية الرجوع إلى قانون الموطن باعتبارها أكثر القوانين تماشيا مع الواقع و أكثرها بعدا عن الشك والغموض "⁵⁶.

إلا أن المشرع الجزائري حسم أمره بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الذي تتم المادة بالفقرة الثانية نص فيها : " إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حلة التعدد الإقليمي ."

الخاتمة :

من جملة ما يمكن قوله أن مسائل التنازع الدولي للقانون تعتبر من اعقد مسائل القانونية ، لما تنطوي عليه من إشكالات لا بد للقاضي أن يتصدى لها قبل الوصول إلى الحلول الموضوعية ، فان كان المشرع الجزائري اخضع مسائل الأحوال الشخصية لقانون الجنسية فلا بد من التصدي إلى جميع الإشكالات التي يمكن أثار بشأنها من خلال الأخذ بالحلول القانونية في مجال تعدد أو انعدام الجنسية أو حتى تغييرها هذا من جهة من جهة أخرى فان مسألة تفسير قاعدة الإسناد لا تقل عنه أهمية ، فان كانت الدول تختلف في ما بينها في ما يخص قواعد الإسناد مما يفسح المجال إلى وقوع إشكالات هي أيضا لا بد للقاضي أن يتصدى إليها قبل الوصول للحل على وهذا من خلال تطبيق القواعد القانونية المتعلقة بها.

على هذا يمكن القول أن القانون الواجب التطبيق على الحضانة هو بدوره في حالة تعارضه مع احد الإشكالات السالفة الذكر يخضع لنفس الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني والمتعلقة بتعدد وانعدام الجنسية أو تغيير الجنسية أو حتى مشكل الإحالة أو الإحالة إلى دولة تتعدد فيها الشرائع.

الهوامش

1. - الأستاذة : يوبي سعاد ، أستاذة مساعدة "أ" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان
2. عليوش قريوع كمال، القانون الدولي الخاص ، الجزائري ج1، تنازع القوانين ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص248.

3. عز الدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومركز الأجانب) ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، الطبعة الحادية عشر ، ، 1986، ص238.
4. أحمد ضاعن سمدان ، المبادئ العامة لتعدد الجنسية في القانون المقارن والقانون الكويتي ، مجلة الحقوق العدد الأول ، 2007، ص13.
5. حفيفة السيد حداد، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشورات الحريري الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2005 ، ص 20 .
6. محمد طيبة ، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسية ، دار هومة ، بن عكنون ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2006.
7. صادق علي هشام، دروس في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة، الإسكندرية، الطبعة، 2003، ص386.
8. عبد العال محمد عكاشة ، الاتجاهات الحديثة في مشكل تنازع الجنسيات ، دار جامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1996، ص130.
9. عكاشة محمد عبد العال ، المرجع السابق، ص117.
10. من التشريعات العربية التي أخذت به القانون المدني المصري (المادة 2/25)، القانون العراقي (المادة 2/32)، القانون المدني السوري (المادة 27) ، والقانون الأردني (المادة 26 من القانون المدني لسنة 1976) ، القانون المدني اليمني (المادة 34 لسنة 1976) أنضر الطيب زروتي ، الوسيط في الجنسية الجزائرية ،دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ،مطبعة الكاهنة ،الجزائر ، دون طبعة ، 2002، ص169..
11. بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص ، ج2، دار هومة للطباعة والنشر ،الجزائر ،2008، ص130.
12. عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص.250.
13. عكاشة محمد عبد العال ،الاتجاهات الحديثة في الجنسية ، المرجع السابق ، ص126.

14. المادة 2/22 من القانون المدني : " غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة." .
15. عكاشة محمد عبد العال ،تنازع القوانين - دراسة مقارنة - دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص698.
16. من هذه التشريعات التشريع المصري حيث نص في المادة 1/25 من القانون المدني : " يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في الأشخاص او الذين ثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد . " ، وتقابل هذه المادة المادة 1/25 مدني لبيي ، المادة 1/27 قانون مدني سوري ، المادة 70 قانون مدني كويتي ، المادة 26 قانون مدني أردني ، أنضر، عبد العال عكاشة ، تنازع القوانين، المرجع السابق ، ص73.
17. اللافي مبروك محمد مبروك اللافي تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي ، دراسة مقارنة ، في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع الليبي ، دار الكتب الوطنية ، ليبيا ، بدون طبعة ، 1994، ص 108.
18. محمد رسمي العمري ، محمد رسمي العمري ، قاعدة التنازع في مسألة حماية غير كاملي الأهلية ،الوراق للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، عمان ، 2014 ، ص148.
19. حفيفة السيد حداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ،الجنسية ومركز الأجانب ، الكتاب الثاني، منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان ، 2002 ، ص7.
20. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية ، الموطن ، مركز الأجانب ، مادة التنازع) ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، 1997، ص 110.
21. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط4 ،الجزائر ، 2006 ، ص87.

22. الفقرة (1) من المادة (5) من اتفاقية لاهاي لعام 1966، الخاصة بالاختصاص والقانون الواجب تطبيقه والاعتراف والنفذ والتعاون فيما يتعلق بالمسؤولية الأبوية وإجراءات حماية الأطفال بتاريخ 19 تشرين الأول 1966.
23. محمد رسمي العمري ، المرجع السابق ،ص151.
24. احمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص، دار النهضة الجامعية ، ط1 ، مصر ، دون سنة النشر ،ص 183.
25. وقد تبنى هذا الحل صراحة القانون الدولي الخاص التركي لعام 1982 من خلال مادته الاولى الفقرة الثالثة ، أنضر ، احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ،ص133.
26. عكاشة محمد عبد العال ، الاتجاهات الحديثة، المرجع السابق ، ص202.
27. الطيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء قانون 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة فسيطة ، الدويرة ، ط2 ، 2008.
28. v. nouhad rizkallah , droit international privé, M.A.J.D entreprise universitaire, beyrou, 1^{er} , édition, 1985, p75.
29. -v, loussarnyvon et bourel pierre , droit international privé , 7^{ém} edition, dalloz,2001,p 262.
30. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 639-641.³⁰⁻
30. cité par Dominique Holleaux jaque foyer Géraud de geoffre de la pradelle, DROIT INTERNATIONAL PRIVE.MASSON, PARIS, 1987,p228.

31. حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص ،تتازع القوانين (مبادئ والحلول
الوضعية في القانون الاردني) دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة للنشر
والتوزيع ، عمان ، 1997،ص227.

32. بلقاسم أعراب ، القانون الدولي الخاص ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص133.

33. نسرين شريقي ، سعيد بوعلي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، دار
بليقيس للطباعة والنشر ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2013،ص102

34. طيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، المرجع السابق ،ص
134.

35. عكاشة محمد عبد العال ، تتازع القوانين ، المرجع السابق ، ص269.

36. موحد إسعاد ، القانون الدولي الخاص، ج 1 ، قواعد التنازع ،ديوان
المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، بدون طبعة سنة 1998،ص194.

37. بلمامي عمر ، المرجع السابق ، ص126.

38. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 181.

291p, cit , pierre bourel , yvon loussouran , 1878. CASS - 40

39. نتلخص وقائع هذه القضية في أن ولدا طبيعيا يدعى " فورجو " من أصل بافاري

انتقل إلى فرنسا وعمره 5 سنوات واستقر بها دون أن يكسب موطنا قانونا وفقا
لأحكام القانون الفرنسي وظل موطنه القانوني في بلده الأصلي بافريا ، وموطنه
الفعلي في فرنسا ثم توفي عن عمر يناهز 86 تاركا وراءه ثروة منقولة في فرنسا
دون أن تكون له زوجة ولا أولاد ، فاستولت مصلحة الأملاك الفرنسية على ثروة

فورجو باعتبارها تركة بلا وارث وبعدها طالب الحواشي من عائلة " DITCHEL "

أقارب أم فورجو بحقهم في الميراث مستندين إلى قواعد القانون البافاري الداخلية
التي تساوي في الميراث بين الولد الشرعي والولد الطبيعي ، فرفضت محكمة

BODEAUX طلبهم مستندة إلى أن فورجو كان متوطنا في فرنسا وبالتالي يخضع

ميراث ثروته المنقولة للقانون الفرنسي الذي لا يعطي حق ميراث الولد الطبيعي إلا

للأبوين أو إخوته، فطعن ورثة فورجو في الحكم أمام محكمة النقض فنقضت هذا

الحكم في 1875/05/15 على أساس أن فورجو لم يكن مستوطنا في فرنسا

وموطنه فيها لم يكن إلا موطننا فعليا ، وموطنه القانوني هو بافاريا وبالتالي لا مبرر لاختصاص القانون الفرنسي ، فأحالت محكمة النقض القضية أمام محكمة استئناف BORDEAUX فحكمت في 24/05/1886 لصالح الورثة على أساس تطبيق قواعد القانون البافاري الداخلية التي تعترف بحق ميراث الحواشي ، بعد ذلك طعنت مصلحة الأملاك الفرنسية في هذا القرار أمام محكمة النقض ، فقضت هذه الأخيرة الحكم في قرارها الصادر بتاريخ 24/06/1878 على أساس أنه طبق قواعد القانون البافاري دون أن يرجع إلى قواعد التنازع فيه والتي تسند الاختصاص لقانون الموطن الفعلي أي القانون الفرنسي ، وأحيلت القضية إلى محكمة استئناف تولوز فقضت بما رأته محكمة النقض في 22/05/1880 وبذلك تكون قد طبقت قاعدة التنازع البافارية التي أحالت الاختصاص للقانون الفرنسي الداخلي الذي يقضي بأيلولة التركة للدولة الفرنسية نتيجة لعدم استحقاق الحواشي للميراث . أنضر أعراب بلقاسم ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 99-100 .

40. براسي محمد ، الإحالة على ضوء القانون الدولي الخاص الجزائري ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، سيدي بلعباس ، العدد التاسع 2012، ص13.
41. موحند اسعاد ، المرجع السابق ، ص 198.
42. علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ص54.
43. ⁴⁵ خيرى كصير ، حالات تطبيق القانون القاضي في نطاق تنازع القوانين ، منشورات حلي الحقوقية ، لبنان ، 2012. ص181.
44. سامية رشاد ، فؤاد عبد المنعم ، المرجع السابق ، ص161.
45. براسي محمد ، المرجع السابق ، ص15.
46. بلقاسم إعراب ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص96.
47. بلقاسم إعراب ، المرجع نفسه ، ص81.
48. بلمامي عمر ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ، دراسة تحليلية ونقدية ، دارهوم للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة 1 ، 2010، ص127.

49. بلمامي عمر ، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ، دراسة تحليلية ونقدية ، دارهوم للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة 1 ، 2010، ص127.
50. يكون المشرع الجزائري قد اخذ بالحل السائد في العديد من الأنظمة القانونية من بينها القانون المصري (المادة 26) والسوري المادة (المادة 28 مدني)، والعراقي (المادة 2/31 مدني) ، والليبي (المادة 26 مدني) والإماراتي (المادة 25 مدني) ، كما أخذ به القانون الاسباني لسنة 1974(المادة 5/12) والنمساوي لسنة 1979 (المادة 3/5)، والبولوني لسنة 1926 (المادة 37) ومن بعده قانون 1965(المادة 5) ، وكذا القانون التشيكوسلوفاكي (المادة 3/33) والبرتغالي لسنة 1966(المادة 120)، أنضر عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، المرجع السابق، ص271.
51. محكمة التمييز اللبناني، الغرفة المدنية الأولى، 1968/07/03، مقتبس عن حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، الكتاب الأول ، ص218.
52. طيب زروتي ، القانون الدولي الخاص الجزائري في ضوء قانون 10/05 المؤرخ في 20جوان 2005، دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي ، الجزء الأول ، تنازع القوانين ، مطبعة فسيلة ، الدويرة ، ط2 ، 2008، ص123.
53. عماد الدين عياض ، هشام بن الشيخ ، القانون الواجب التطبيق عند الإسناد لقانون دولة متعددة التشريعات ، الملتقى الدولي الثالث، حول العلاقات الدولية الخاصة يومي 24-25 ، جامعة الأغواط، ص75.
54. محمد مبروك اللافي ، المرجع السابق ، ص110.