معيار الحل الوظيفي في إطار تعدد الجنسية

Standard functional solution within the framework of multinationality

أ.م.د.مصطفى سالم عبد الطالبة: حوراء قاسم فانوس
dr.albkeet@yahoo.com hawraaqqq1994@gmail.com
كلية القانون _ جامعة بغداد

ملخص

تُعد أبرز الإشكاليات التي تثيرها ظاهرة تعدد الجنسية مسألة تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المشوب بعنصر أجنبي عندما تشير قواعد الإسناد الوطنية فيه إلى تطبيق القانون الشخصي، الأمر الذي ترتب عليه إجتهاد الفقه والقضاء في هذا المجال إلى معايير عدّة يمكن تطبيقها لترجيح أحدى الجنسيات التي يحملها متعدد الجنسية، فضلاً عن موقف التشريعات الوطنية الحديثة التي تبنت بعض ما رجح من هذه المعايير، ويمكن تجسيدها في إتجاهين تقليدي يمثله معياري قانون القاضي وقانون الجنسية الفعلية، ويتمثل الإتجاه الحديث بمعيار الحل الوظيفي.

الكلمات المفتاحية: تعدد الجنسية، قانون القاضي، الجنسية الفعلية، الحل الوظيفي.

Abstract

One of the most significant difficulties raised by the phenomenon of multiple nationalities is the designation of the law applicable to the dispute involving a foreign element in which the rules of attribution refer to the application of personal law in matters of personal status, which has resulted in jurisprudence and jurisprudence in this area to several criteria that can be applied to weighting one of the nationalities held by the foreign national, as well as the position of national legislation that adopted the most likely of these standards, It can be embodied in two traditional directions represented by the standards of the judge 's law and the law of actual nationality, while the modern trend is the criterion of functional solution.

Key Words: multiple nationality, Judge Law, Effective nationality, Standard functional.

مقدمة

(Introduction)

تعد إشكالية تنازع الجنسيات من المسائل التي يجب الفصل فيها قبل الخوض في غمار تنازع القوانين وقيام القاضي الوطني بإعمال قاعدة الإسناد، ولا سيما ما يتعلق منها بمسائل الأحوال الشخصية، كونها تستند إلى ضابط الجنسية لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، فضلاً عما يواجه النظام القضائي للدولة من صعوبات فنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية، ذلك إن تعدد الجنسية هو نتيجة حتمية لحرية الدولة في تنظيم أمور جنسيتها على نحو يتفق مع مصالحها وتوجهاتها، كما أن مبدأ حرية الفرد في تغيير جنسيته الأصلية أو إكتساب غيرها سمح بنمو هذه الظاهرة وإنتشارها بشكل كبير ليصبح التعدد بذلك واقع يفرض نفسه على المجتمع الدولي والداخلي، على الرغم من تعارضه مع الإتجاه الذي تبنّته منذ مطلع القرن الماضي العديد من الإتفاقيات الدولية.

وتتمثل إشكالية البحث في بيان أهمية إعتماد معيار الحل الوظيفي في حل إشكالية تنازع الجنسيات، وذلك من خلال المفاضلة بينه وبين المعايير التقليدية السائدة في الفقه والقضاء وأهمها معيار جنسية القاضي ومعيار الجنسية الفعلية.

كما أن النقطة الجوهرية التي يجب أن ينطلق منها الباحث في دراسته لهذه الظاهرة تتمثل في التساؤل الآتي: هل ينبغي النظر إلى مشكلة تعدد الجنسيات بوصفها مسألة مستقلة لها خصوصيتها أم أنه يجب النظر إليها بوصفها مسألة أولية مرتبطة بمسألة أخرى أصلية تتعلق بمسألة تنازع القوانين، أو تحديد الإختصاص القضائي الدولي، أو تحديد المركز القانوني للشخص، أو الإعتراف بالأحكام الأجنبية؟.

وعليه سنحاول في هذا البحث بيان مفهوم هذه الفكرة والإطار العام لها في ضوء تنازع الجنسيات، من خلال إلقاء الضوء على أهمية إعتماد هذا التوجه الحديث في حل بعض الإشكاليات المترتبة على تعدد الجنسيات، ومقارنته بغيره من المعايير التقليدية الراجحة في حل هذه الإشكاليات، من خلال تقسيمه إلى مبحثين يتناول الأول التعريف بفكرة الحل الوظيفي وذلك في المطلب الأول، وآلية إعمالها في إطار تنازع الجنسيات في المطلب الثاني، في حين يتناول المبحث الثاني المفاضلة بين معيار الحل الوظيفي وغيره من المعايير المعتمدة للترجيح بين الجنسيات المتنازعة وأهمها معيار قانون جنسية القاضي والذي سيتناوله المطلب الأول ومعيار قانون الجنسية الفعلية وذلك في المطلب الثاني.

المبحث الأول

التعريف بفكرة الحل الوظيفي وآلية إعمالها في إطار تنازع الجنسيات (Definition of the idea of a functional solution and the mechanism of its application in the context of conflict of nationalities)

إن المعايير التقليدية المعتمدة في حل إشكالية تنازع الجنسيات تقوم على حلول قاطعة ومحددة مسبقاً تتمثل بإعمال جنسية قاضي النزاع عندما تكون من بين الجنسيات المتنازعة، وإعمال الجنسية الفعلية عندما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، وعلى خلاف ذلك، فإن النظرة الحديثة لا ترتكز إلى قواعد محددة مسبقاً تُطبَق في جميع الفروض، فلا يمكن ترجيح أي جنسية بشكل مطلق ومستقل عن موضوع النزاع[١]، وعليه سنتناول في هذا المبحث تعريف فكرة الحل الوظيفي وكذلك بيان آلية إعمالها في إطار تنازع الجنسيات وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

التعريف بفكرة الحل الوظيفي

(Definition of the idea of a functional solution)

يمكن القول أن فكرة الحل الوظيفي تنطلق من أمرين أساسيين[٢]:

الأول: أنه إذا طُرِحَت مسألة تنازع الجنسيات أمام القاضي الوطني وطبّق قانون الجنسية الأجنبية التي يحملها الفرد متعدد الجنسية، فذلك لا يُعَد إنكاراً للصفة الوطنية للفرد متعدد الجنسية.

والثاني: على القاضي المعروض أمامه مسألة تنازع الجنسيات أن لا يتقيد بحل عام يطبقه في جميع الحالات، وإنما ينظر إلى المسألة بوصفها مسألة تابعة تثور بشأن مسألة أصلية.

ومن ثم فإن المعيار القائم على الحل الوظيفي ينطلق من فكرة مفادها أنه عند تنازع الجنسيات ليس الهدف هو المحافظة على جنسية دولة قاضي النزاع عندما تكون من بين الجنسيات المتنازعة ولا الجنسية الفعلية عندما لا تكون جنسيته من بين الجنسيات المتنازعة، وإنما المطلوب هو إعمال الروح الجوهرية والمعمقة لقاعدة النزاع، وذلك في إطار النظرة الوظيفية للمسألة[٣].

وعليه يمكننا القول أن إعمال فكرة الحل الوظيفي في مسائل القانون الدولي الخاص من شأنه منح القاضي دوراً متطوراً في تطبيق وإعمال قاعدة الإسناد عن طريق البحث عن هدفها والغرض منها، بعد الوقوف على طبيعة المسألة المعروضة أمامه، ذلك أنه وفقاً لهذا التوجه فإن مسألة تعدد الجنسيات أو إنعدامها ليست مسألة أولية وإنما مسألة تابعة لموضوع النزاع الأصلي.

في ضوء ما سبق، يمكن التوصل إلى مفهوم فكرة الحل الوظيفي في ضوء الفقرات الآتية:

أولاً: الخلفية التأريخة لفكرة الحل الوظيفي

إن أول إشارة إلى فكرة الحل الوظيفي كانت من وفد الولايات المتحدة الأمريكية خلال الأعمال التحضيرية لإتفاقية لاهاي بتأريخ ١٢ نيسان ١٩٣٠، إذ أكّد الوفد أن الحل المقرر في الولايات المتحدة فيما يخص مسألة تنازع الجنسيات يتعلق بالمسألة الأساسية المطروحة، في إشارة واضحة إلى إعتماد الحل الوظيفي[٤].

وعلى أثر صدور قرار Dujaque عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ ٢٢ تموز ١٩٨٧، أطلق الأستاذ pual Lagarde نظرية تطبيق الحل الوظيفي في حالة تنازع الجنسيات[٥].

وتتلخص وقائع قضية Dujaque [٦] في أن زوجين تزوجا في بولندا ثم هاجرا إلى فرنسا وإكتسبا الجنسية الفرنسية فصارا مزدوجَي الجنسية ثم إنفصل الزوجان وعادت الأم ومعها طفل مزدوج الجنسية إلى بولندا، إذ صدر الحكم بالطلاق لصالح الزوج المقيم في فرنسا فإعترف القضاء البولندي بهذا الحكم الصادر في فرنسا والمتعلق بحضانة الطفل، بعد ذلك بمدة وجيزة حصلت الزوجة على حكم من المحاكم البولندية بحضانة الطفل (بخلاف الحكم الصادر من المحاكم الفرنسية)، وقد طلبت الزوجة الإعتراف بالحكم الأخير وتنفيذه في فرنسا.

وقد أُثير النزاع أمام محكمة استئناف باريس، إذ أسس الأب دعواه على البند التاسع من الإتفاقية الفرنسية البولندية التي تعدّ أن الأحكام المتعلقة بمسائل الزواج يسري عليها قانون آخر موطن مشترك للزوجين (فرنسا في هذه الحالة) بينما أسست الأم دعواها على البندين العاشر والحادي عشر من الإتفاقية نفسها اللذين ينظمان مسائل إنفصال الرابطة الزوجية إذ يسري على المسألة المتعلقة بحضانة الطفل قانون موطنه [البند العاشر الفقرة الثانية] من الاتفاقية.

إعترفت محكمة إستئناف باريس بالحكم الصادر من المحاكم البولندية، وفيما يتعلق بجنسية الطفل قررت المحكمة بما أن الطفل يحمل الجنسيتين البولندية والفرنسية فليس بوسع القاضي البولندي إلا أن يطبق قانونه وهو ما سيفعله القاضي الفرنسي لو عرض النزاع أمامه، وفي تأكيدها لحكم محكمة الإستئناف إنتهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن من شأن رفض الإعتراف بالحكم الأجنبي منع تطبيق الإتفاقية الفرنسية البولندية في كل مرة يتعلق فيها الأمر بشخص مزدوج الجنسية[٧].

وقد أيدت محكمة النقض في حكمها تطبيق المعاهدة من دون تحفظ، "ذلك أن قضاة الموضوع حين طرح أمامهم النزاع وكان سائر أطرافه يحملون

الجنسية الفرنسية، لكنهم وجدوا أن التطبيق الأصيل للإتفاقية الفرنسية البولندية المنعقدة بتأريخ ٥ نيسان ١٩٦٧ يستقيم بوضع الجنسية الأخرى المزدوجة لأطراف النزاع وهي الجنسية البولندية محل الإعتبار وذلك حرصاً على العلاقات الدولية التي تتوخاها الإتفاقية"[٨]، ومن ثم تكون المحكمة قد أثارت الروح الجوهرية للإتفاقية، فلم تعد تفرض حلاً موحداً في جميع الفروض وإنما إستندت إلى الدور الذي تؤديه الجنسية في القضية المذكورة، ذلك أن مهمة الجنسية هنا فرنسية كانت أو بولندية هي إدخال تقرير الحقوق العائدة للأشخاص أو حقوق العائلة في العلاقات الدولية الفرنسية البولندية، وهو جوهر فكرة الحل الوظيفي[٩].

فضلاً عما تقدم فإن الحكم السابق يضع حكماً عاماً جديداً في نطاق القانون الدولي الخاص الفرنسي، فيما يتعلق بفض التنازع بين الجنسيات المتراكمة على المواطن الفرنسي، إذ يخرج من فكرة الترجيح المطلق لجنسية القاضي أو الترجيح المطلق للجنسية الفعلية، مع ما يتسمان به من جمود، ويتمثل هذا المبدأ الجديد بفكرة الحل الوظيفي[١٠].

ثانياً: الأُسس التي تقوم عليها فكرة الحل الوظيفي

في ضوء ما تقدم يمكن تحديد أُسس فكرة الحل الوظيفي بالآتي:

١ــ إن تنازع الجنسيات مسألة أولية تابعة لمسألة أصلية ويجب حسمها إبتداءً، أي أن إشكالية تنازع الجنسيات ليست مسألة مستقلة عن موضوع النزاع الأصلي، وحل تنازع الجنسيات ليس مقصوداً لذاته بل هو خطوة مبدئية في طريق حل المسألة الأصلية موضوع النزاع، وهذا الحل هو الهدف الأساسي دائماً والذي لا يمكن الوصول إليه من دون حسم المسألة الأولية وهي تنازع الجنسيات[١١].

ونظراً لذلك يجب أن يكون حسم تنازع الجنسيات وفقاً لمعيار وظيفي يراعي طبيعة المسألة الأصلية إبتداءً، فالقاضي لا ينظر إلى مسألة تنازع الجنسيات على أنها مسألة مستقلة قائمة بذاتها، وإنما ينظر إليها على أنها مسألة تابعة أو أولية تثور بمناسبة مسألة أصلية، ويكون من الأفضل حلها بالنظر إلى المسألة الأصلية ذاتها من حيث طبيعتها والغاية أو الهدف منها، سواء تعلّق الأمر بمركز الشخص، أو بتحديد القانون الواجب التطبيق، أو الإختصاص القضائي الدولي، أو تنفيذ الأحكام الاجنبية، أي المواضيع التي تدخل تحت مظلة القانون الدولي الخاص[١٢].

٢ــ إختلاف حل تنازع الجنسيات من مسألة إلى أخرى، ذلك أن أهم ما يميز هذا الحل هو النسبية، أي أنه حل يختلف من مسألة إلى أخرى في ضوء طبيعة المسألة الأساسية المرتبطة بها مسألة تنازع الجنسيات، كما أنه يحقق الإنسجام والتناسق في الحلول، إذ تكون صياغة الحل الواجب الإعمال مرتبطة بإعتبارات

علمية وعملية تحقق المواءمة بين حكم مسألة تنازع الجنسيات والمسألة الأصلية التي يثور بصددها النزاع، ومن ثم فإن جوهر الحل الوظيفي يتمثل في البحث عن حل يتفق مع طبيعة المسألة التي تثور إشكالية تنازع الجنسيات بمناسبتها[١٣].

٣_ البحث عن الحل لإشكالية تنازع الجنسيات في ضوء هدف وغاية قاعدة الإسناد والحكمة التي إبتغاها المشرع من وضع تلك القاعدة لحكم هذه المسألة دون غيرها، أي البحث عن القانون لأصلح للفرد متعدد الجنسية، إذ يتم تحديد قانون الجنسية الذي يكون أكثر تحقيقاً لهذا الغرض وأكثر ملاءمة لطبيعة المسألة محل النزاع ، لذلك فإن الحلول سوف تختلف من مسألة إلى أخرى بحسب طبيعتها وقاعدة الإسناد المناسبة لحكمها[١٤].

ثالثاً: مدى رواج فكرة الحل الوظيفي في الفقه والقضاء والتشريع المقارن

يمكن أن نجد لفكرة الحل الوظيفي مؤيدين في الفقه الحديث، كما يوجد لها بعض التطبيقات في القضاء، فضلاً عن أن هنالك بعض التشريعات الحديثة تأخذ بها صراحةً، وعليه سنحاول بيان مدى رواج فكرة الحل الوظيفي وفقاً للتفصيل الآتي:

أ_ فقهياً: يميل الإتجاه الغالب في الفقه الفرنسي نحو الأخذ بفكرة الحل الوظيفي، ويعبر الفقه الفرنسي عن ذلك بطرق متنوعة، فهناك مَن يذهب إلى أنه إذا تعددت الجنسيات وكان من بينها الجنسية الفرنسية، فيتم حسم المسألة في ضوء ربطها بالمسألة الأصلية التي تُثار بمناسبتها، والبعض الآخر يرى أن من الملائم تطبيق قانون جنسية دولة القاضي في جميع الأحوال مع وجوب التلطيف من حدّة المبدأ والخروج عليه إستثناءً كلما كان هناك ضرورة لذلك، بمعنى أن يتم إضفاء شيء من المرونة على الحكم العام ليجعله يختلف من حالة إلى أخرى[١٥]، كما يقرر بعض الفقه أنه إذا كان من الثابت أن ضابط الجنسية قد يقوم في بعض الأحيان على إعتبارات التبعية السياسية، ففي بعض الأحيان قد لا يقوم على هذه الإعتبارات، ويعززون رأيهم بما تقرره المادة 17-311 من القانون المدني الفرنسي[١٦]، والتي تجعل الإعتراف بالبنوة الطبيعية صحيحاً متى كان وفقاً لقانون جنسية الوالد أو قانون جنسية الطفل، فقاعدة الإسناد هذه لها غاية مادية هي حماية الطفل وتطبيق حكم القانون الذي يضفي الشرعية عليه ويعترف ببنوّته، فعلى إفتراض كان الأب والإبن متعددي الجنسيات، فهنا تقتضي فكرة الحل الوظيفي تطبيق قانون الجنسية الذي يقرر الإعتراف بهذه البنوّة، وبذلك يتحقق الهدف من قاعدة الإسناد، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كانت الجنسية المختارة هي الجنسية الفعلية أم لا[١٧].

كما أيّد بعض الفقه العربي[١٨] فكرة الحل الوظيفي بشكل كبير لا سيما قرار Dujaque السابق ذكره والذي إستند عليه الأستاذ Paul Lagarde في إطلاقه لفكرة الحل الوظيفي في ميدان تنازع الجنسيات.

ومن جانبٍ آخر نجد أن الإتجاهات الحديثة في فقه القانون الدولي الخاص المصري تشير إلى ضرورة تحديد الأهداف التي تسعى كل قاعدة من قواعد الإسناد إلى تحقيقها، والعمل على تحقيق هذه الأهداف بأكثر الطرق فعالية، ولا شك أن في ذلك تأييد لفكرة الحل الوظيفي[١٩].

ب_ قضائياً: تبنّت المحاكم الألمانية فكرة الحل الوظيفي، من ذلك ما قضت به محكمة إستئناف **"HAMM"** في نزاع تتمثل وقائعه في أن مواطناً أمريكياً تزوّج من مواطنة المانية، وقد عاشت الأسرة في الولايات المتحدة الأمريكية، إلى أن انفصل الزوجان، فقرر القضاء الأمريكي للأب بالحق في حضانة إبنه، ولكن الأم التي عادت للعيش في المانيا لم تُذعِن لهذا الحكم، بل إعتادت خطف الطفل والعودة به إلى بلدها، وبعد تعدد حالات الخطف، طالب الأب الأمريكي بالإعتراف له بالحكم السابق وتنفيذه في المانيا كذلك، وقد وافقت المحكمة على طلب الأب مبررة حكمها على أساس صدور الحكم من محكمة مختصة، فبالرغم من أن الإبن ألماني الجنسية، إلا أن الإختصاص ثبت للمحاكم الأمريكية لأن الطفل كان يحوز الجنسية الأمريكية أيضاَ، فقد ولِد في أمريكا ويعيش فيها، فروابطه بالجنسية الامريكية أقوى من الجنسية الألمانية[٢٠].

وفي تحليل هذا الحكم نجد أن المحكمة حين أخذت بقانون الجنسية الفعلية لم يكن ذلك بهدف وضع حكم عام يطبق في جميع حالات التنازع التي تكون فيها الجنسية الألمانية من بين الجنسيات المتنازعة، لأن القاضي الألماني مقيد بنص المادة ١/٥ من القانون الدولي الخاص الألماني لعام ١٩٨٦ والذي يقضي بتطبيق القانون الألماني عندما تكون الجنسية الألمانية من بين الجنسيات المتنازعة، وعليه يبدو أن المحكمة أخذت بقانون الجنسية الفعلية تطبيقاً لفكرة الحل الوظيفي، ذلك أنها وجدت من حيث الإعتراف بتنفيذ الأحكام الأجنبية أن القضاء الأمريكي أكثر ملاءمةً لحكم النزاع لكونه قريباً من معطيات المنازعة، ومن ثم يكون حكمه أكثر فاعليةً من القضاء الألماني[٢١].

وفي توجه حديث تبنّت المحاكم اللبنانية فكرة الحل الوظيفي فقد إعتمدت محكمة التمييز هذا الحل في قرارها رقم ١٢٤ بتأريخ ٢٠٠٨/١١/١٣، إذ أخذت المحكمة الهدف من قاعدة الإسناد بالحسبان عندما قررت أن غاية قاعدة الإسناد ليس تطبيق قانون القاضي في جميع الحالات، وإنما إعتماد الحل الذي يكون أكثر ملاءمةً لحكم المسألة المعروضة لأن المطلوب هو ترجيح جنسية الموصي الحقيقية في حال عدم تنافيها مع النظام العام في لبنان[٢٢].

ج_ التشريعات المقارنة: يرى أنصار هذه النظرية أنها بدأت تشق طريقها إلى صلب التشريعات الحديثة، إذ نجد ذلك في نص المادة (٢٣) من مجموعة الدولي الخاص السويسري الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٨٧ التي نصّت على "١.إذا كان للشخص جنسية أجنبية أو أكثر بالإضافة إلى جنسيته السويسرية وتعلق

الأمر بتحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم السويسرية، فإن الجنسية السويسرية وحدها هي التي ينبغي التعويل عليها كضابط للإختصاص٢.إذا تعلق الأمر بمسألة كان القانون الواجب التطبيق فيها هو قانون الجنسية، فيجب الإعتداد بالجنسية الفعلية أو الواقعية، سواء وقع التزاحم بين جنسيات أجنبية أم بين الجنسية السويسرية وجنسيات أجنبية أخرى٣.بالنسبة للإعتراف بالأحكام الأجنبية المتعلقة بمزدوجي الجنسية، فإنه يستوي الإعتراف بهذا الحكم أن يكون الإختصاص قد إنعقد صحيحاً للمحكمة الأجنبية، وفقاً لقانون أي من الجنسيات التي يحملها الشخص، إذ الغاية هي العمل على الإعتراف بالحكم الأجنبي"[٢٣].

رابعاً: الإنتقادات الموجهة إلى فكرة الحل الوظيفي

على الرغم من إتصاف هذا المعيار بكونه معياراً مرناً، إلا أنه لم يسلم من سهام النقد، فقد وُجِهَت إليه بعض الإنتقادات، ومنها:

١_ إن الأخذ بهذا الحل يؤدي إلى تباين الجنسية التي سيُعتَد بها بالنسبة للفرد متعدد الجنسية بحسب إختلاف الدولة التي يُعرَض أمام محاكمها النزاع، ومن ثم إختلاف القوانين التي تُطبَق على الفرد، وهذا يؤدي إلى حالة من عدم الأمان القانوني[٢٤].

يمكن الرد على هذا الإنتقاد بالعودة إلى مضمون فكرة الأمان القانوني، إذ عرّفها الفقه بأنها "معرفة الأفراد لمراكزهم القانونية على نحو دقيق ومؤكد وواضح إذ يمكّنهم ذلك من معرفة ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، وهو ما يتيح لهم التصرف بإطمئنان إستناداً إليها دون خوف وقلق من نتائج هذا التصرف في المستقبل"[٢٥]، بمعنى أن قواعد الإسناد ينبغي أن تتسم بشيء من المرونة اللازمة لإحترام توقعات الأفراد ولتحقيق العدالة التي تتفق مع ظروف كل حالة على حدة للتقليل من الآثار غير الملائمة التي تنتج عن تطبيق قاعدة الإسناد الجامدة[٢٦].

ومن ثم فتوقع الفرد للقاعدة القانونية المطبقة عليه والتي تحمي مصالحه وقناعته بها يقتضي الأخذ بفكرة الحل الوظيفي كونها تقرر تطبيق القانون الذي يتناسب مع الهدف من قاعدة الإسناد من خلال تحليلها للوصول إلى غاية المشرع من إختيار قانون الجنسية دون غيره لحكم المسألة بما يتلاءم مع موضوع النزاع، وبذلك تكون فكرة الحل الوظيفي هي التي تحقق الأمان القانوني للفرد.

٢_ إنها فكرة صعبة الإعمال والتطبيق كونها تتطلب أن يكون القاضي على دراية تامة بهدف كل قاعدة من قواعد الإسناد، ليس في قانونه فحسب، بل في قوانين الدول الأخرى التي يحمل الفرد جنسيتها، ومن الصعوبة أن يدرك القاضي ذلك[٢٧].

يمكن القول في مواجهة ذلك، إن هذا المعيار وإن كان يتطلب من القاضي بذل جهد أكبر للبحث عن هدف وغاية قاعدة الإسناد والبحث في موضوع النزاع الذي يثار بشأنه تنازع الجنسيات، إلا أنه في النهاية يعطي الحل الذي يتلاءم مع هدف المشرع من وضع قاعدة إسناد معينة لحكم النزاع دون غيرها، إذ يطبق القانون الأصلح لمتعدد الجنسية، مع الأخذ بالحسبان أن هذا القانون من الممكن أن يكون قانون القاضي نفسه، فهو غير محدد بقانون معين وفقاً لهذه النظرية.

٣_ إن فكرة الحل الوظيفي تتضمن تكريساً لعدم واقعية الجنسية، ولا تولي مبدأ الجنسية الفعلية الإهتمام المطلوب، نظراً لكونها تقوم على البحث عن هدف وغاية قاعدة الإسناد[٢٨].

يمكن الرد على هذا الإنتقاد بأن جوهر الحل الوظيفي هو البحث عن القانون الواجب التطبيق على الفرد متعدد الجنسية من خلال البحث عن هدف قاعدة الإسناد بالنظر إلى المسألة الأصلية موضوع النزاع، ومن خلال ذلك قد يتوصل القاضي إلى أن القانون الأنسب لحكم النزاع هو قانونه الوطني أو قانون الجنسية الفعلية، وعلى أي حال لا يتضمن معيار الحل الوظيفي أي خروج على مبدأ الفعلية بل أنه يعد تكريساً لمفهوم متطور لمبدأ الفعلية، عن طريق البحث عن هذه الرابطة الفعلية بين موضوع النزاع الأصلي وبين قانون إحدى الجنسيات المتنازعة وصولاً إلى إختيار القانون الأنسب لمصلحة الفرد متعدد الجنسية وهو القانون الأكثر تحقيقاً لغاية قاعدة الإسناد، والذي قد يكون قانون القاضي أو قانون الجنسية الفعلية.

٤_ صعوبة تطبيق معيار الحل الوظيفي أمام القضاء الدولي المستقر على مبدأ الجنسية الفعلية، ذلك أن طبيعة البناء القانوني للقانون الدولي تحول دون تطبيق القضاء الدولي لفكرة الحل الوظيفي كما هو الحال في القانون الداخلي، وإن تم إعمال الحل الوظيفي من القضاء الدولي لأدى ذلك إلى خروجه عن مقتضى القانون الدولي وهو ما لا يمكن تصوره[٢٩].

يرد بعض الفقه من مؤيدي الحل الوظيفي بأن محكمة التحكيم الإيرانية - الأمريكية في قضية الحكومة الإيرانية ضد الولايات المتحدة الأمريكية فيما يخص ممارسة الدولة لحمايتها الدبلوماسية لمصلحة أحد رعاياها في مواجهة دولة يحمل الفرد جنسيتها أيضاً، وإن كانت قد إعتمدت ما جرى عليه العمل من ترجيح الجنسية الفعلية بعد أن إستجمعت العناصر الموضوعية والشخصية للوصول إليها، إلا أنه يُلاحَظ في هذا الصدد أن المحكمة إعتمدت الحل الوظيفي بهدف التخلص من حكم المادة الرابعة من إتفاقية لاهاي لعام ١٩٣٠ التي تقضي بعدم جواز ممارسة الدولة الحماية الدبلوماسية لمصلحة أحد وطنييها في مواجهة دولة أخرى يحمل جنسيتها، بالقول أن الفرد نفسه هو المضرور وليس دولته، وتارةً بالقول أن هدف الإتفاقية وموضوعها لا يفصح هذا الأمر ولكنه يقرّهُ[٣٠].

٥_ يذهب البعض إلى أن إعتماد معيار الحل الوظيفي في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق على متعدد الجنسية، يؤدي إلى تزايد حالات ظهور فكرة النظام العام، ذلك لأنها تسمح بإمتداد القوانين الأجنبية التي تحقق الغاية من قاعدة الإسناد، والتي يُظهِر تطبيقها أنها لا تتوافق مع النظام العام في دولة قاضي النزاع[٣١].

يمكن القول في مواجهة ذلك، إن فكرة النظام العام لا يبرز دورها في صدد إعمال معيار الحل الوظيفي فحسب ذلك أنها فكرة لها دور رئيس في مختلف مجالات تنازع القوانين لذلك لا يمكن أن تحول دون إعتماد الحل الوظيفي بوصفه معياراً للترجيح بين الجنسيات المتنازعة، كما أن دور فكرة النظام العام يمكن أن يبرز في إطار معيار الجنسية الفعلية، عندما تكون الجنسية الفعلية لمتعدد الجنسية لا تتفق مع النظام العام لدولة القاضي الذي يفصل في النزاع فيعمد إلى إستبعادها.

المطلب الثاني

آلية إعمال فكرة الحل الوظيفي في إطار تنازع الجنسيات

(the mechanism of application of a functional solution in the context of conflict of nationalities)

النقطة الجوهرية التي ينبغي أن ننطلق منها في هذا الفرض تتمثل في التساؤل الآتي: هل ينبغي النظر إلى تنازع الجنسيات على أنها مسألة مستقلة قائمة بذاتها أم يجب النظر إليها على أنها مسألة أولية مرتبطة بمسألة أصلية ويكون من الأنسب حلّها بالنظر إلى كل حالة على حدة؟ لذلك سنتناول هذه المسألة من خلال طرح الفرضين الآتيين:

أولاً: الحل الوظيفي والمركز القانوني للوطني متعدد الجنسية

عندما تكون جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة التي يحملها الفرد متعدد الجنسية، يمكن تحديد مركزه القانوني في ضوء فكرة الحل الوظيفي، من خلال التطبيقات الآتية:

أ) مركز متعدد الجنسية بين الصفة الوطنية والصفة الأجنبية:

إذا كانت المسألة الأصلية هي تحديد مركز الشخص بين الصفة الوطنية والأجنبية فإن الجنسية الوطنية هي المعترف بها من القاضي الوطني، وذلك وفقاً للنظرة التقليدية على أساس أن دورها يعد حاذفاً لغيرها من الجنسيات، لأن ذلك ينسجم مع مبدأ حرية الدولة في تنظيم أمور جنسيتها بما يتفق مع مصالحها، كما أن إعتماد هذا الحل هو وحده الذي يحفظ للجنسية معناها بكونها رابطة سياسية وقانونية[٣٢]، فضلاً عن كونه ينسجم مع السياسية التشريعية والغاية منها التي عبرت عنها غالبية التشريعات في هذا المجال.

ب) تنازع الجنسيات وتنازع القوانين:

إذا كانت المسألة الأصلية تتعلق بتنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية وكانت الجنسية ضابط الإسناد فيها، وكانت جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، فما هو القانون الواجب التطبيق؟

لا شك أن المشرع الوطني عندما أخضع مسائل الأحوال الشخصية إلى القانون الشخصي، فإنه عوّل على إعتبارات مستمدة من فكرة سيادة الدولة على رعاياها والسياسة التشريعية التي تتوخاها الدولة من وضع تلك القاعدة هي إبقاء الصلة بين الوطنيين والدولة الأصلية، لذلك ينبغي ترجيح جنسية قاضي النزاع لأنها تحقق الهدف من إختيار ضابط الجنسية دون غيره لحكم المسألة الأصلية[٣٣].

فإذا عُرِضَ نزاع أمام القاضي العراقي يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية لشَخص يحمل الجنسية العراقية وجنسية أجنبية أخرى، فعلى القاضي العراقي تطبيق القانون العراقي على هذا الشخص سواء كان النزاع متعلقاً بأهلية الشخص أم ميراثه أم وصيته، ذلك أن إعتماد القاضي لجنسيته ومن ثم تطبيق قانونه يحقق الهدف من قاعدة الإسناد التي قررت تطبيق قانون الجنسية على مسائل الأحوال الشخصية، ألا وهو تحقيق سيادة الدولة على مواطنيها في الداخل والخارج، فيفترض أن يقف القاضي دائماً على قاعدة الإسناد في وظيفتها وروحها والهدف منها[٣٤].

بينما نجد في مسألة خضوع شكل التصرف إلى قانون بلد الإبرام[٣٥]، وهي قاعدة إسناد تهدف إلى التيسير على المتعاقدين بإجراء تصرفات قانونية صحيحة بصرف النظر عن مكان وجودهم، فإذا إفترضنا أن التصرف أُبرِم صحيحاً من حيث الشكل وفقاً لقانون جنسية المتعاقدين وكان كلاهما يحمل الجنسية العراقية وجنسية أجنبية أخرى، فيكفي لتحقق الهدف من قاعدة الإسناد أن يكون التصرف صحيحاً شكلاً وفقاً لقانون الجنسية العراقية أو الجنسية الأجنبية الأخرى سواء كانت هذه الجنسية أو تلك جنسية فعلية أم لا[٣٦].

ج) تنازع الجنسيات وتحديد الإختصاص القضائي الدولي:

إذا كانت المسألة المطروحة أصلاً هي مسألة تحديد الإختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية وكان إختصاصها منعقداً على أساس إنتماء الشخص إليها بجنسيته، فإذا كان الشخص يحمل جنسية أجنبية إلى جانب جنسيته الوطنية وكانت محاكم هذه الدولة هي الأقدر على الفصل في النزاع بناءً على إعتبارات قوة النفاذ[٣٧]، فتطبيق معيار الحل الوظيفي يقتضي إنعقاد الإختصاص لمحاكم الدولة الأجنبية على الرغم من كون جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، ويمكن تجريد المحكمة الوطنية من الإختصاص عن طريق التخلي أو الإتفاق على سلب الإختصاص لمصلحة محكمة أجنبية أقدر على الفصل في النزاع، وعندما يكون الفرد حاملاً لجنسية تلك المحكمة أيضاً، مما يعني أن

الترجيح ليس لجنسية القاضي إنما للجنسية التي تكون محاكمها أكثر قدرةً على حل النزاع، لا سيما عند وجود ضوابط أخرى للإتصال بالمحكمة الأجنبية كمحل الإقامة أو وجود المال على إقليمها أو غير ذلك[٣٨].

د) تنازع الجنسيات وتنفيذ الأحكام الأجنبية:

إذا كانت المسألة الأصلية تتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية، فإذا كان هناك حكم صادر من محكمة أجنبية على أساس أن المدعى عليه يحمل جنسيتها وكانت هذه المحكمة هي الأقدر على الفصل في النزاع، كما لو كان النزاع يتعلق بإعلان المسؤولية التقصيرية عن حادث وقع على إقليمها، ثم أُريدَ تنفيذ ذلك الحكم أمام محكمة دولة أخرى يحمل المدعى عليه جنسيتها أيضاً، فإن ذلك الحكم سيكون قابلاً للتنفيذ في إقليم الدولة الثانية التي يحمل جنسيتها أيضاً ولو كان الإختصاص منعقداً لمحاكمها وكانت تشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي أن لا تكون محاكمها مختصة اصلاً[٣٩]، وهذا الحل تمليه إعتبارات قانونية تتعلق بروح القواعد الخاصة بالإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية بما يحقق نمو العلاقات التجارية الدولية[٤٠].

ثانياً: الحل الوظيفي والمركز القانوني للأجنبي متعدد الجنسية

في الفرض الذي يكون فيه النزاع المعروض أمام القاضي الوطني يتعلق بشخص متعدد الجنسيات ولا تكون من بينها جنسية قاضي النزاع، يمكن أن نجد إمكانية لتطبيق لفكرة الحل الوظيفي، من خلال التطبيقات الآتية:

أ) تحديد معاملة متعدد الجنسية الأجنبي:

جرى العمل على معاملة متعدد الجنسية في هذا الفرض على أنه أجنبي يخضع في جميع شؤونه لمركز الأجانب، ولا يثير هذا الحكم أي صعوبة كون الشخص هنا أجنبياً سواء حمل جنسية واحدة أو أكثر ولا يؤثر إرتباطه الفعلي بأي من الجنسيات التي يحملها[٤١]، ويمكن تصور إعمال الحل الوظيفي في الإستثنائين الذين يردان على هذا الحكم، الأول يتمثل بوجود إتفاقية دولية بين الدولة المعروض أمام محاكمها مسألة تحديد معاملة الأجنبي متعدد الجنسية وإحدى الدول التي يحمل جنسيتها، وكانت هذه الإتفاقية تقرر مزايا معينة، فينبغي في هذه الحالة إعمال أحكام الإتفاقية ولو كان يحمل جنسية دولة أخرى وكانت الأخيرة هي جنسيته الفعلية، وذلك تجنباً لتحمل الدولة المعروض أمامها أمر تحديد معاملة الفرد متعدد الجنسية للمسؤولية الدولية[٤٢].

أما الإستثناء الثاني فيتمثل بالحالة التي يحمل فيها متعدد الجنسية جنسية دولة معادية، فالحل الواجب الإتباع وفقاً لفكرة الحل الوظيفي يكون بأن تعامل سلطات الدولة هذا الفرد على أنه من رعايا الأعداء في كل مرة يثبت فيها أنه مرتبط بالدولة المعادية بدرجةٍ أو بأخرى، بصرف النظر عن مدى كون هذه الرابطة تعبّر عن الجنسية الفعلية، المهم أن يكون هناك إرتباط يكفي لعدّه من

رعايا الأعداء، أما إذا تبيّن للسلطات أن الفرد قاطع لعلاقته مع الدولة المعادية ولا يرتبط بها بأي رابطة، فهنا لا مجال لمعاملته معاملة الأعداء[٤٣].

ب) تحديد القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية للأجنبي متعدد الجنسية:

تقضي فكرة الحل الوظيفي في هذا الفرض بأن على القاضي المعروض أمامه النزاع أن يبحث عن هدف وغاية قاعدة الإسناد، فإذا كان أحد قوانين الجنسيات التي يحملها الأجنبي متعدد الجنسية يحقق هذه الغاية فيطبقه من دون غيره من القوانين وإن لم يكن قانون جنسيته الفعلية[٤٤]، ويطرح أنصار هذه الفكرة بعض الأمثلة ومنها، إذا خضع الإلتزام بالنفقة بين الأقارب إلى قانون جنسية المدين بها[٤٥]، وكان هذا الفرد يحمل جنسيتين أجنبيتين أحدهما يوجب النفقة والآخر ينفيها، ومع الأخذ بالحسبان أن الغاية من قاعدة الإسناد هي مساعدة القريب المحتاج، فمعيار الحل الوظيفي يوجب على القاضي أن يطبق قانون الجنسية الذي يوجب النفقة حتى وإن لم تكن هي الجنسية الفعلية[٤٦]، وكذلك الحال في البنوة الشرعية والنسب، إذ يُطبَق القانون الذي يثبتها دون الذي ينفيها لأنه القانون الذي يحقق مصلحة الإبن بصرف النظر عمّا إذا كانت هذه الجنسية هي جنسيته الفعلية أم لا[٤٧].

ج) تحديد الإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية:

يميز أنصار الحل الوظيفي في هذه الحالة بين وضعيتين، الأولى تتمثل بصدور حكمين أجنبيين في مادة الأحوال الشخصية وتتوفر فيهما شروط منح الصيغة التنفيذية في دولة القاضي، فيرجح الحكم الصادر عن محكمة الدولة التي صدر فيها الحكم أولاً سواء كانت هي الجنسية الفعلية أم لا، ذلك أن الحكم الصادر في مسائل الأحوال الشخصية لا يخضع عادةً إلى إجراءات الصيغة التنفيذية، مما يجعل الحكم الأول مانعاً للإعتراف بالحكم الثاني[٤٨]، أما الوضعية الثانية فتتمثل بصدور حكمين أجنبيين في غير مسائل الأحوال الشخصية فيكون الترجيح للحكم الصادر من المحكمة الأقدر على الفصل في النزاع، وذلك من خلال النظر لكل حالة على حدة كأن تكون تلك الدولة أكثر إتصالاً بالعلاقة موضوع النزاع بسبب إقامة الفرد في إقليمها أو تركز مصالحه فيها، فيكون الترجيح هنا لصالح الحكم الصادر من محكمة الدولة التي يرتبط فيها الفرد أكثر من الأخرى أي إعتماد جنسيته الفعلية، أما إذا كان الفرد مرتبطاً بالدولتين الصادر عنهما الحكمين بدرجة الإرتباط نفسها، فيكون الترجيح للحكم الأسبق في الصدور[٤٩].

المبحث الثاني

المفاضلة بين معيار الحل الوظيفي وغيره من المعايير التقليدية المعتمدة في حل تنازع الجنسيات

(The trade-off between the criterion of functional solution and other traditional standards adopted in resolving nationality conflicts)

سنحاول في هذا المبحث إجراء مفاضلة بين النظرة الحديثة لتنازع الجنسيات ويمثلها معيار الحل الوظيفي وبين النظرة التقليدية ممثلةً بمعياري جنسية القاضي في المطلب الأول، ومعيار الجنسية الفعلية في المطلب الثاني، وذلك من خلال بيان مفهوم هذين المعيارين، ومن ثم المفاضلة بينهما وبين فكرة الحل الوظيفي فضلاً عن عرض أهم الإنتقادات الموجهة لكلٍ منها، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

معيار قانون جنسية القاضي

(Judge Nationality Law Standard)

سنتناول هذا الموضوع من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: مضمون معيار قانون جنسية القاضي

في إطار المقارنة بين إعتماد حل واحد مطلق يطبق في جميع الحالات التي تُثار بمناسبتها إشكالية تنازع الجنسيات، وبين إعتماد حل وظيفي ذي طبيعة نسبية يتفق مع الهدف من قاعدة الإسناد في ضوء المسألة الأصلية التي ترتبط بها مسألة تنازع الجنسيات، نجد أن كثيراً من التشريعات وأحكام المحاكم وآراء الفقهاء تتجه إلى تطبيق قانون جنسية دولة القاضي عندما تكون جنسيته من بين الجنسيات المتنازعة، وذلك من دون الإلتفات إلى قانون أي جنسية من الجنسيات الأخرى ومن دون الأخذ بالحسبان فيما إذا كان الشخص مرتبطاً من الناحية الفعلية بإقليم دولة القاضي أم لا[٥٠]، وعلى ذلك عندما تثور إشكالية تحديد المركز القانوني لمتعدد الجنسية أمام قضاء دولة يحمل جنسيتها لا يمكن القول بوجود تنازع بين القوانين أو تنازع بين الجنسيات، ذلك لأن القانون الذي ينطبق في هذه الحالة واحد وهو قانون القاضي، والجنسية التي يُعتَد بها واحدة وهي جنسية دولة القاضي[٥١].

ومن ثم فإن قانون القاضي يُطبَق في جميع الفروض بصرف النظر عن طبيعة المسألة الأصلية المرتبطة بها مسألة تنازع الجنسيات، ويترتب على ذلك عمومية الحل في جميع الحالات التي تُطرَح أمام القضاء الوطني وتكون فيها الجنسية ضابطاً للإسناد[٥٢].

وقد أخذ المشرع العراقي بهذا الإتجاه، إذ نصّت الفقرة الثانية من المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي على أنه: "على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدولة، فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه"، كما نصّت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الجنسية العراقية رقم ٢٦ لعام ٢٠٠٦ النافذ على أنه: "تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة أجنبية"[٥٣].

ويجد هذا المعيار أساسه في المبدأ الذي تقرّه كل المواثيق الدولية والذي يقضي بأن كل دولة تختص بوضع قواعدها الخاصة بالجنسية وفقاً لمصالحها وظروفها الإقتصادية والإجتماعية، ذلك أن الدولة هي المعنية بتحديد عنصر السكان فيها وعلى القاضي الإنصياع لأوامر مشرعه وإلا خرج على حدود وظيفته[٥٤]، وبعبارة أخرى أن مسائل الجنسية تدخل ضمن ما يسمى النطاق المحفوظ للدولة، أي أن الدولة تختص بمفردها بتنظيم شؤون جنسيتها ومن ثم لا تطبق سوى قانون جنسيتها عندما يتعلق الأمر بأحد وطنييها[٥٥].

ثانياً: الإنتقادات الموجهة إلى معيار قانون جنسية القاضي

على الرغم من إستقرار هذا المعيار في الفقه والقضاء وغالبية التشريعات في مختلف الدول، لما يتسم به من المنطقية والسهولة والبساطة، إلا أنه لم يسلم من النقد، وعليه سنعرض أهم الإنتقادات الموجهة إلى هذا المعيار ومن خلالها سنحاول مقارنته بفكرة الحل الوظيفي، وفقاً للآتي:

١_ إن معيار جنسية القاضي يمثل حل سياسي لا قانوني، ذلك أنه يراعي مصلحة الدولة وإن تعارضت مع مصلحة الشخص متعدد الجنسية أو مصالح الدول الأخرى التي يحمل جنسيتها، فالدولة التي تعدّ الفرد متعدد الجنسية من مواطنيها قد تعدّه أجنبياً عندما تقتضي مصلحتها ذلك كما في الحالة التي يحمل فيها الفرد إلى جانب جنسيته الوطنية جنسية دولة معادية، إذ تعدّه من رعايا الدولة العدو وتعامله معاملة الأجانب على الرغم من كونه يحمل جنسيتها[٥٦].

بينما نجد أن معيار الحل الوظيفي لا ينظر إلى مسألة تنازع الجنسيات على أنها مسألة تتعلق بمصلحة الدولة وسيادتها، وإنما يهدف إلى إختيار القانون الأنسب لمصلحة الفرد، وذلك من خلال النظر في طبيعة المسألة الأصلية موضوع النزاع والهدف من قاعدة الإسناد، ومن ثم يختار القاضي القانون الأكثر تحقيقاً لمصلحة الفرد والذي يتلاءم مع طبيعة النزاع، بصرف النظر عن طبيعة العلاقة بين الدول التي يحمل الفرد جنسيتها سواء كانت في حالة حرب أم لا، وسواء أكان قانون جنسية القاضي أم غيره.

٢_ عدم مراعاته لمدى إرتباط الفرد فعلياً بدولة القاضي، أي أن هذا المعيار لا ينطوي على نظرة واقعية[٥٧]، فترجيح جنسية القاضي في جميع الفروض

وبصرف النظر عن الرابطة الفعلية بين الفرد ودولة القاضي يعني مخالفة ما يقضي به القانون الدولي من ضرورة تطابق الجنسية القانونية مع الجنسية الواقعية[٥٨].

وعلى خلاف ذلك عند الأخذ بمعيار الحل الوظيفي فقد يكون القانون المختار هو قانون جنسية القاضي أو لا يكون كذلك، فهو لا يعني إهمال قانون القاضي في كل الأحوال، فقد يتحقق الهدف من قاعدة الإسناد من خلاله، ذلك أن إختيار القانون يجري على أساس الهدف من قاعدة الإسناد وبما يتلاءم مع طبيعة موضوع النزاع الأصلي.

٣_ أن هذا الحل سيترتب عليه تباين في الجنسية التي سيعتد بها بالنسبة للفرد متعدد الجنسية، إذ ستختلف معاملته بحسب ما إذا ثار النزاع امام قضاء إحدى الدول التي يحمل جنسيتها لأن سلطات كل دولة ستتقيد بقانونها[٥٩].

فلو إفترضنا إن شخصاً يحمل الجنسيتين العراقية والمصرية في الوقت نفسه، فهو يعتبر عراقياً أمام القضاء العراقي ومصرياً أمام القضاء المصري، أما عند تطبيق معيار الحل الوظيفي فالقاضي العراقي لا يصرف النظر عن الجنسية المصرية، إذ قد يكون قانونها هو الذي يحقق الهدف من قاعدة الإسناد ومن ثم يكون الأنسب لحكم النزاع.

٤_ إن معيار جنسية دولة القاضي ذو نطاق إقليمي محدود، إذ يقتصر العمل به على إقليم الدولة التي يحمل الفرد متعدد الجنسية جنسيتها، ولا يؤخذ به خارج حدودها أمام سلطات الدول الأخرى التي يحمل الفرد جنسيتها أيضاً، ذلك أنه يعد مواطناً لكلتا الدولتين[٦٠].

في حين أن فكرة الحل الوظيفي تقضي بالأخذ بالقانون الذي يحقق الهدف من قاعدة الإسناد، وذلك بصرف النظر عن الدولة المعروض أمام سلطاتها النزاع، فالأمر سواءٌ في حال عُرِضَ النزاع أمام سلطات إحدى الدول التي يحمل جنسيتها أم أمام سلطات دولةَ لا يحمل الفرد جنسيتها، أي أن العمل بمعيار الحل الوظيفي غير محدود بنطاق معين، ذلك أنه يسعى إلى البحث عن القانون الأنسب لحكم النزاع في ضوء الهدف من قاعدة الإسناد.

٥_ إن هذا الحل يؤدي إلى أن تكون إحتمالات تنفيذ الحكم الصادر من الدولة التي يحمل الفرد جنسيتها، ضئيلة ونادرة عندما يراد تنفيذ الحكم في الخارج، ولا سيما في دولة أخرى يتمتع الفرد بجنسيتها ويرتبط معها بروابط فعلية، مما يعني أن الإختصاص القضائي لم يكن مبنياً على رابطة فعلية بين النزاع والمحكمة المختصة بالفصل فيه، فضلاً عن أن الإختصاص التشريعي لم يتحدد بشكل صحيح وفقاً لقواعد الإسناد فيها[٦١].

بينما نجد أن العمل بفكرة الحل الوظيفي في إطار تحديد الإختصاص القضائي الدولي ينتهي إلى إنعقاد الإختصاص للدولة التي تكون محاكمها أقدر

على الفصل في النزاع وإن كانت جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة، لا سيما عندما يكون الفرد متعدد الجنسية أكثر إرتباطاً بالدولة الأجنبية بأن يكون مقيماً فيها وتتركز مصالحه فيها ومن ثم تكون محاكمها الأقدر على الفصل في النزاع[٦٢].

٦_ طبقاً لهذا المعيار قد تقوم الدولة بمعاملة متعدد الجنسية الذي يحمل جنسيتها إلى جانب جنسياته المتعددة معاملة الأجنبي، وذلك تنفيذاً لأحكام معاهدة دولية بينها وبين دولة أخرى يحمل جنسيتها أيضاً[٦٣].

في حين نجد أن فكرة الحل الوظيفي تقضي بإعمال روح المعاهدة والهدف الذي من أجله تم إختيار قانون إحدى الدول لتطبيقه على متعدد الجنسية دون غيرها، إذ قد تقرر المعاهدة تطبيق قانون دولة القاضي أو غيره وذلك بحسب الهدف من المعاهدة وروحها، وهذا هو جوهر الحل الوظيفي، كما هو الحال في قضية Dujaque المذكورة سالفاً، ذلك أن قضاة الموضوع وجدوا أن التطبيق الأصيل للإتفاقية الفرنسية البولندية يستقيم بوضع الجنسية الأخرى لأطراف النزاع وهي الجنسية البولندية محل الإعتبار، ومن ثم تكون المحكمة قد أثارت الروح الجوهرية للإتفاقية[٦٤].

وأخيراً يمكن القول أن هذه النظرة التقليدية لمسألة تنازع الجنسيات تُسقِط قانونياً وجود أي تنازع بين الجنسيات، فالجنسيات وإن كانت تتعدد لكنها لا تتنازع ولا توجد بذلك أهمية للترجيح بين الجنسيات، لكون جنسية القاضي تحذف مسبقاً أي جنسية أخرى يحملها الشخص متعدد الجنسية، وبخلاف ذلك تُطرَح مسألة الترجيح والتفضيل بين الجنسيات عندما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات المتنازعة إذ يتم إعمال معيار الجنسية الفعلية[٦٥].

المطلب الثاني

معيار قانون الجنسية الفعلية

(Effective nationality law standard)

سنحاول بيان هذا الموضوع من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: مضمون معيار قانون الجنسية الفعلية

عندما تتعدد الجنسيات ولا تكون من بينها جنسية القاضي فحل المسألة وفقاً للإتجاه التقليدي يكون متروكاً لتقدير القاضي وإختياره، بعكس الحال فيما إذا كانت جنسية القاضي موجودة، أي أن وجود جنسية القاضي يكون مانعاً مسبقاً لأي تنازع بين الجنسيات، لذلك فإن أهمية الترجيح تزداد في الحالة التي تغيب فيها جنسية القاضي عن الجنسيات المتنازعة، مما يسمح بالقول بوجود تنازعاً فعلياً بين الجنسيات يستوجب تفضيل إحداها بالنسبة لقاضي الدولة الثالثة المعروض أمامه النزاع[٦٦]، ولأجل ذلك وضع الفقه معايير عدّة للترجيح بين

الجنسيات المتنازعة وإختيار إحداها، ومنها: تفضيل قانون الجنسية الأقرب إلى قانون القاضي، أو ترجيح الجنسية الأحدث إكتساباً أو الأقدم، أو ترك الأمر لإختيار الفرد صاحب العلاقة[٦٧].

وتذهب غالبية التشريعات وآراء الفقهاء إلى إعتماد الجنسية الفعلية للشخص متعدد الجنسيات[٦٨]، وتتمثل بالجنسية التي يعيشها الفرد فعلاً من بين جنسياته المتعددة، إستناداً لكونها تتفق مع الأساس الذي تقوم عليه الجنسية في القانون الدولي وهو ضرورة التوافق بين جنسية الواقع وجنسية القانون، ذلك أن الجنسية الفعلية هي التي تعبّر عن حقيقة هذا التوافق وفقاً لما جاء في حكم محكمة العدل الدولية في قضية "Nottebohm" لعام ١٩٥٥.

وتقوم هذه النظرية على تفضيل الجنسية التي تكون أكثر إتفاقاً مع الواقع الفعلي، ويُستَنبَط ذلك من خلال الظروف الموضوعية والشخصية لحياة الفرد متعدد الجنسية، إذ أن عملية كشف القاضي عن الجنسية الفعلية تعد من مسائل الواقع لا القانون، لأن قيامه بالترجيح بين الجنسيات يكون بناءً على مسائل واقعية وليست قانونية، إذ يستطيع القاضي إستظهار الجنسية الفعلية أو الواقعية من خلال واقع ومعطيات الحال، وهو واقع يقوم على عناصر ذات طابع موضوعي كمحل ميلاد الشخص أو محل إقامته المعتادة أو موطنه أو ممارسته للحقوق العامة والسياسية في الدولة، فضلاً عن عناصر ذات طابع شخصي كمشاعر الشخص وإنتمائه النفسي وسلوكه في حياته الإجتماعية والإقتصادية التي تعكس هذا الإرتباط[٦٩].

ولعل إستقرار هذا الإتجاه في الممارسة والعمل على الصعيد الدولي والداخلي يمكن أن يُلمَس في الإطار الدولي، إذ ترجع أصول فكرة الأخذ بالجنسية الفعلية إلى حكم محكمة العدل الدولية في قضية "Nottebohm"، الصادر بتأريخ ٦ نيسان ١٩٥١، والذي إستند على الصلة الفعلية بين الفرد والدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، إذ عرّفت المحكمة الجنسية بأنها "الرابطة القانونية التي تجد أساسها في الواقع الإجتماعي بإنتماء وفي تضامن واقعي في المعيشة والمصالح والمشاعر، وعلى التبادل في الحقوق والواجبات"، إذ فحصت المحكمة أساس جنسية Nottebohm ورأت أن الجنسية هي سند قانوني يكون أساسه حقيقة إجتماعية مفادها إرتباط الشخص بها إرتباطاً حقيقياً بالمصالح والمشاعر مع وجود حقوق وواجبات متبادلة[٧٠].

إذاً فالجنسية لا تقوم إلا على أساس الإرتباط مع الواقع الإجتماعي للدولة التي منحتها، وإتصال الشخص بهذا الواقع يعكس تضامناً واقعياً في المعيشة والمصالح والمشاعر، وعلى ذلك فأن الجنسية لا تُمنَح من قبل تلك الدولة إلا إذا كان الشخص مرتبطاً بها بروابط فعلية، فإذا توفر هذا الإرتباط ومُنِحَت الجنسية كانت واقعية يمكن الإحتجاج بها في مواجهة الدول الأخرى[٧١].

أما على الصعيد الداخلي فقد تأثرت غالبية القوانين المدنية للدول بهذا الإتجاه ومن ثم أخذت بالنص على معيار الجنسية الفعلية لتحديد المركز القانوني لمتعدد الجنسية في الأحوال التي لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات التي يحملها هذا الشخص، ومن هذه القوانين ما جاء به القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم ٧٥-٥٨ لسنة ١٩٧٥، إذ نص صراحةً في المادة ٢٢ المعدلة[٧٢] على أنه" في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية،....".

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد نصّت الفقرة الأولى من المادة ٢٥ منه على "يعيّن القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص .... الذي تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد"؛ وعلى ذات النهج سار المشرع العراقي والسوري والاردني والكويتي السوداني والليبي، في نصوص تكاد تكون متطابقة في العبارات والمعاني، وهو ذات الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري قبل تعديل المادة المشار إليها فيما سبق، ومعنى ذلك أن المشرع قد خوّل القاضي مهمة إختيار وتفضيل إحدى الجنسيات دون تحديد معيار معين لذلك[٧٣]، الأمر الذي يمكن معه القول بإمكانية الإعتداد بفكرة الجنسية الفعلية لأن تلك القوانين نصّت أيضاً على تخويل القاضي مكنة اللجوء إلى مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً في حالة عدم وجود نص بشأن قواعد تنازع القوانين[٧٤]، طالما كان معيار الجنسية الفعلية من المبادئ الأكثر إنتشاراً وشيوعاً في الأنظمة القانونية الدولية والداخلية على حد سواء، وبالرجوع للأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، نجد أن المذكرة الإيضاحية بشأن التعليق على هذه المادة أن القاضي "يعتد بالجنسية في حالة التنازع الإيجابي متى كانت الجنسية المصرية غير داخلة في النزاع بالجنسية التي يظهر من الظروف أن الشخص يتعلق بها أكثر من سواها"[٧٥].

ثانياً: الإنتقادات الموجهة إلى معيار قانون الجنسية الفعلية

إن إجراء المفاضلة بين معيار الجنسية الفعلية ومعيار الحل الوظيفي يقتضي الوقوف على أهم الإنتقادات الموجهة إلى معيار الجنسية الفعلية ومقارنتها بالتوجه الحديث المتمثل بالحل الوظيفي، ذلك أنه على الرغم من إستقرار معيار الجنسية الفعلية في التعامل وفي الممارسة الدولية لكونه يحقق الأمان القانوني للمتعاملين عن طريق تطبيق حل واحد في جميع الحالات وعلى إختلاف الدول المعروض أمام محاكمها النزاع، إلا أنه لم ينجُ من سهام النقد، فقد وُجِهَت إليه العديد من الإنتقادت، ومنها:

١ــ إن فكرة الجنسية الفعلية غير محددة المضمون لعدم وضوح عناصرها بشكل دقيق وإختلاف الدول في تحديد مفهومها، مما قد يولّد إختلافات في

الحلول النهائية للمنازعات، ومن ثم إختلاف الأحكام الصادرة وصعوبة تنفيذها[٧٦].

بينما نجد أن مشكلة عدم وضوح المفهوم غير واردة في فكرة الحل الوظيفي، ذلك أن الجنسية التي سيؤخَذ بها غير محددة مسبقاً وإنما يجري تحديدها بعد النظر إلى الموضوع الأصلي في ضوء الهدف من قاعدة الإسناد، وعلى أساس ذلك قد تكون الجنسية المختارة هي الجنسية الفعلية للشخص أو جنسية القاضي.

٢_ هناك إعتبارات سياسية تحول دون الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية في البلاد التي تكثر إليها الهجرة مثل فرنسا، إذ ستمنع الفرنسي الذي يحمل الجنسية الجزائرية أيضاً من أن يتمسك بحقه في إبرام زواج ثان، أو بحقه في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، بحجة أن الجنسية الجزائرية هي أكثر فاعلية أو واقعية من الجنسية الفرنسية، وبالمثل فإنه لا يُقبَل في الجزائر تجريد الجزائري المسلم من حقه في تعدد زوجاته، بحجة أن الجنسية الفرنسية هي الأكثر فاعلية وواقعية[٧٧]، وذلك لتعارضها مع النظام العام فيما كلا البلدين.

أما عند الأخذ بمعيار الحل الوظيفي فالأمر مختلف، ذلك أنه لا مجال لإعمال فكرة الجنسية الفعلية كونها تتعارض مع النظام العام، فمثلاً بإمكان القاضي الجزائري أن يُطبق قانون جنسيته على متعدد الجنسية الذي يحمل الجنسيتين الفرنسية والجزائرية وكانت جنسيته الفرنسية هي الجنسية الفعلية، عندما يكون موضوع النزاع يتعلق بالإعتراف بنسب طفل ناتج عن زواجه الثاني الذي جرى في فرنسا بلد الجنسية الفعلية، ذلك أن إعمال القاضي الجزائري لمعيار الحل الوظيفي وعدم التقيد بحل عام ومسبق يجعل القانون المختار هو القانون الأكثر ملاءمةً لحكم النزاع والأكثر تحقيقاً للهدف من قاعدة الإسناد.

٣_ قد لا يتمكن القضاء من إعمال هذه النظرية حتى في حال إتُفِقَ على مفهوم موحد لها، وذلك عندما لا تكون من بين الجنسيات المتنازعة، كما لو كان الشخص يحمل الجنسيتين العراقية والجزائرية لكنه مقيم في الأردن ويرتبط بها فعلياً[٧٨].

هنا يمكن القول إنه وفقاً لمعيار الحل الوظيفي فإن القاضي بإمكانه أن لا يأخذ بالحسبان مدى إرتباط الفرد فعلياً بإحدى الدول التي يحمل جنسيتها، وإنما ينظر إلى مدى تحقق هذه الرابطة الفعلية بين موضوع النزاع وبين أحد قوانين الجنسية التي يحملها الفرد، فيعمد إلى إعتماد قانون الجنسية الذي يتلاءم مع موضوع النزاع الأصلي ويسهم في تحقيق الهدف من قاعدة الإسناد بوصفه أكثر القوانين ملاءمةً لحكم النزاع، وهذا جوهر فكرة الحل الوظيفي.

٤_ فضلاً عن أن هنالك مَن يرى أن قضية Nottebohm لا يمكن الإستشهاد بها كدليل على تعميم نظرية الجنسية الفعلية أو الواقعية، إذ يرى أن ظروف Nottebohm كانت ظروفاً إستثنائية، كما إن تطبيق نظرية الجنسية الفعلية للأشخاص المتجنسين فقط، ينافي حقيقة أنه حتى المواطنين المولودين في الوطن قد لا تكون لديهم روابط فعّالة مع دولة جنسيتهم[٧٩].

وبذلك يعد معيار الحل الوظيفي منطقياً ومرناً غير محدد بقاعدة عامة مسبقة، لذلك يمكن تطبيقه بدلاً من معيار الجنسية الفعلية، إذ أن القانون الدولي ينبغي أن ينظم ويحلل الجنسية من حيث وظائفها، أي يجب أن يتناسب الشكل الذي تتخذه الجنسية مع وظائفها[٨٠].

الخاتمة (Conclusion)

في ختام هذا البحث وبعد إستعراض الدور الذي تؤديه فكرة الحل الوظيفي في حل أهم الإشكاليات الناتجة عن تعدد الجنسية، توصلنا إلى إستنتاجات وتوصيات عدّة، نجملها بالآتي:

أولاً: الإستنتاجات

١. إن مشكلة تنازع الجنسيات أصبحت مسألة واقع ولا سبيل لإقتلاعها من جذورها، لذلك ينبغي البحث عن كيفية حلها والتصدي لآثارها في جميع المسائل الداخلة تحت مظلة القانون الدولي الخاص.
٢. أفرزت مشكلة تنازع الجنسيات نظرة تقليدية تميز بين حالات التعدد فتطبق قانون قاضي النزاع عندما تكون جنسيته من بين الجنسيات المتنازعة، وتطبق قانون الجنسية الفعلية عندما لا تكون جنسية القاضي من بين الجنسيات، ونظرة حديثة ترفض التمييز بين حالات التعدد فلا تتقيد بمعيار عام يطبق في جميع الفروض، تتمثل بمعيار الحل الوظيفي.
٣. يقضي معيار الحل الوظيفي بضرورة النظر إلى تنازع الجنسيات بوصفها مسألة أولية تابعة لمسألة أصلية ومن ثم البحث عن القانون الواجب التطبيق في ضوء الهدف من قاعدة الإسناد، وعدم التقيد بمعيار عام ومسبق للحل.
٤. إن معيار الحل الوظيفي يقضي بتحليل إشكالية تنازع الجنسيات موضوعياً حسب كل حالة على حدة، بالنظر أولاً إلى موضوع النزاع الأصلي ومن ثم إختيار قانون الجنسية الذي يتلاءم معه في ضوء الهدف من قاعدة الإسناد.
٥. إن معيار الحل الوظيفي يجد سنده في بعض الأحكام القضائية الحديثة، ويأخذ به بعض الفقه الحديث، فضلاً عن أن بعض التشريعات أشارت إليه في نصوص صريحة.

ثانياً: التوصيات

١. بما أن إشكالية تنازع الجنسيات أصبحت مسألة واقع ولا سبيل لإقتلاعها من جذورها، لذلك ينبغي البحث عن كيفية حلها والتصدي لآثارها في جميع المسائل الداخلة تحت مظلة القانون الدولي الخاص، والسبيل الأنسب لذلك يكمن في هجر المعايير التقليدية لحل لإشكالية تنازع الجنسيات والتي تقيد القاضي بحلول مسبقة وجامدة قد تؤدي إلى عدم تطبيق القانون الأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع.
٢. وجوب النظر إلى مسألة تنازع الجنسيات على أنها مسألة أولية يجب الفصل فيها إبتداءً بهدف حل المسألة الأصلية التي ثارت بمناسبتها مسألة

تنازع الجنسيات، ولا يُنظَر لها على أنها مسألة قائمة بذاتها وتحتاج إلى حل عام مسبق.

٣. دعوة المشرع العراقي لإعتماد معيار الحل الوظيفي في جميع الحالات التي تتنازع فيها الجنسيات أمام القضاء الوطني، لما يتضمنه هذا المعيار من حلول موضوعية أكثر تحقيقاً للعدالة، وتأهيل الجهاز القضائي بما يمكنه من تحقيق هذا الغرض.

٤. نقترح تعديل نص المادة (٣٣) من القانون المدني العراقي على النحو الآتي "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، دون التقيد بحل عام مسبق يطبق في جميع الأحوال بل بالنظر إلى كل حالة على حدة، على نحو تكون فيه مسألة تنازع الجنسيات أو إنعدامها مسألة أولية تابعة لمسألة أصلية تتعلق بأحد مواضيع القانون الدولي الخاص، مع الأخذ بنظر الإعتبار الهدف من قاعدة الإسناد والمصلحة التي تحميها".

الهوامش

[١] سامي بديع منصور وعكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع، ص ٦٨٠.

[٢] قصي محمد العيون، شرح أحكام الجنسية بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٩، ص ١٣٣.

[٣] سامي بديع منصور؛ عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص ٦٨٣.

[٤] داني نعوس، الوصايا المنظمة في الخارج من قبل اللبنانيين المتعددي الجنسية بين سندان تنازع الجنسيات ومطرقة النظام العام اللبناني، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، ص ٨، متاح على الموقع الإلكتروني: www.legallaw.ul.edu.lb, تأريخ الزيارة: ٢٠١٩/٧/٢٧ الساعة ١١,٠٠ مساءً.

[٥] المصدر ذاته، ص ٨.

[6] citant, 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, 77(1) janv-mars, 1988, p: 41- 43.

[٧] هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية (مع إشارة خاصة لحق المصري متعدد الجنسية في الترشيح لعضوية مجلس الشعب في ضوء الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٣٤.

[8] Citant, Paul Lagarde, Op.Cit., p: 43.

[9] Ibid., p: 43.

[10] Ibid, p: 48.

[١١] هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية، مصدر سابق، ص ١٢٦.

[١٢] المصدر ذاته، ص ١٢٧.

[١٣] ثامر داوود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد وأثاره القانونية ـ دراسة مقارنة ـ في القانون الدولي والمقارن، رسالة ماجستير، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٦٠.

[١٤] موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١١-٢٠١٢، ص ١٠٤.

[١٥] عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في حل مشكلة تنازع الجنسيات دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢، ص ١١٣-١١٤.

[16] 311-17: " La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valuable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant".

[17] Paul Lagarde, Op.Cit., p: 52-53.

[١٨] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١١٧-١٢١؛ حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب (إطلالة على قانون الإستثمار رقم ٢٠١٧/٧٢، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨، ص ٦٨؛ هشام خالد، مصدر سابق، ص ١٥٢.

[١٩] هشام خالد، مصدر سابق، ص ١٥١؛ حفيظة السيد الحداد، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد دراسة تحليلية وإنتقادية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٩ وما بعدها و ص ٥٣ وما بعدها.
[٢٠] موشعال فاطيمة، مصدر سابق، ص ١٠٩-١١٠.
[٢١] هشام خالد، مصدر سابق، ص ١٤٢.
[٢٢] نقلاً عن، داني نعوس، مصدر سابق، ص ٩.
[٢٣] نقلاً عن، ثامر داوود عبود الشافعي، مصدر سابق، ص١٧٠.
[٢٤] أشرف شعت، القانون الواجب التطبيق على متعددي الجنسية وإشكالياته، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجفرة، المجلد العاشر، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ٤٤٠.
[٢٥] نقلاً عن، بلاش ليندة، قواعد الإسناد: بين طابعها الآلي وتحقيق الأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد الأول، ٢٠١٩، ص ١٣٢.
[٢٦] المصدر ذاته، ص ١٣٠.
[٢٧] ثامر داوود عبود الشافعي، مصدر سابق، ص ١٧١.
[٢٨] المصدر ذاته، ص ١٧١.
[٢٩] أشرف شعت، مصدر سابق، ص ٤٤٠.
[٣٠] نقلاً عن، عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٧٦.
[٣١] عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي، الجنسية في العلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة "دراسة مقارنة"، إطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٣٧.
[٣٢] عكاشة محمد عبد العال، سابق، ص ٨٨-٨٩.
[٣٣] سامي بديع منصور؛ عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص ٦٨٥.
[٣٤] عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي، مصدر سابق، ص ٢٣٤.
[٣٥] نصّت المادة (٢٦) من القانون المدني العراقي على "تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها"، وكذلك جاء في المادة (٢٠) من القانون المدني المصري "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك".
[٣٦] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٩٨.
[٣٧] تجدر الإشارة إلى أن الفقه حدد ثلاثة أفكار يتم من خلالها تحديد الإختصاص القضائي الدولي وقد أطلق عليها جانب من الفقه إصطلاح "مبدأ قوة النفاذ"، وهي: (القوة) وتعني سيطرة المحكمة على المدعى عليه لكي يقبل هذا الإختصاص، و(الفاعلية) وتعني قدرة المحكمة على تنفيذ الأحكام الصادرة من قبلها، و(الملاءمة) وتعني أن تكون المحكمة هي الأقدر والأكثر ملاءمة لتحقيق العدالة، أي أن تكون لها سلطة فعلية على موضوع النزاع. عباس العبودي، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤، ص ٢٨١.
[٣٨] سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص ٦٨٨.
[٣٩] على سبيل المثال نص المادة (١/٢٩٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦ المعدل والتي تنص على أنه "١. لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي: أن محاكم الجمهورية غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الإختصاص القضائي الدولي المقرر في قانونها ....."
[٤٠] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١١٢.

[41] أشرف شعت، مصدر سابق، ص ٤٣٩.
[42] ثامر داوود عبود الشافعي، مصدر سابق، ص ١٦٥.
[43] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٤٧.
_ وتجدر الإشارة إلى إنه يحق للدول في أثناء الحرب أن تصدر تشريعات تحدد بموجبها بما يتلاءم مع مصالحها ومن دون الخروج على أحكام القانون الدولي العام، مركز من ينتمي إلى الدولة المعادية من أشخاص ووضع ممتلكاتهم في حال وجدوا على إقليم خاضع لسيادتها، وتعمل مختلف الدول على أن تضفي صفة العداء على كل شخص طبيعي يحمل جنسية دولة معادية بصرف النظر عن محل إقامته أو موطنه، ينظر، محمد سامي عبد الحميد، قانون الحرب، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٢٠١- ٢٠٢.
[44] ثامر داوود عبود الشافعي، مصدر سابق، ص ١٦٥.
[45] تنص المادة (٢١) من القانون المدني العراقي النافذ على أن "الإلتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها"، وكذلك الحال في القانون المصري إذ نصّت المادة (١٥) من القانون المدني المصري على "يسري على الإلتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون المدين بها"، كما نصّت المادة (١٤) من القانون المدني الجزائري على "يطبق القانون الوطني على الإلتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها".
[46] رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، إطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٦- ٢٠١٧، ص ١٢٢.
[47] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ١٥٤؛ هشام خالد، مصدر سابق، ص ١٦٨.
[48] ثامر داوود عبود الشافعي، مصدر سابق، ص ١٦٦.
[49] أشرف شعت، مصدر سابق، ص ٤٤٠.
[50] داني نعوس، مصدر سابق، ص ٣.
[51] حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٣٩.
[52] سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٢٠٩.
[53] كما أخذت بهذا الإتجاه غالبية التشريعات الوطنية في الدول المختلفة، كالتشريع المصري (المادة ٢٥مدني) والأردني (المادة ٢٦مدني) والسوري (المادة ٢/٢٧ مدني) والليبي (المادة ٢/٢٥مدني) والجزائري (المادة ٢٢مدني) واليمني (المادة ٣٥)، ومن الجدير بالذكر، أن موقف المشرع الإماراتي لم يكن مشابهاً لموقف غالبية التشريعات العربية المقارنة، إذ نص في المادة (٢٤) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ على " ..... على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد جنسية دولة الإمارات العربية المتحدة وجنسية دولة أخرى فإن قانون دولة الإمارات هو الذي يجب تطبيقه"، وقد تعرّض هذا الموقف لكثير من الإنتقادات فيما يتعلق بتطبيق القانون الإماراتي على متعدد الجنسية بصرف النظر عن وجود الجنسية الإماراتية من بين الجنسيات المتنازعة أم لا، وهذا الأمر يجانب المنطق إذ لا علاقة للشخص الذي لا يحمل الجنسية الإماراتية بالقانون الإماراتي الذي يطبق عليه وفقاً لنص هذه المادة. فيما يخص موقف المشرع الإماراتي والإنتقادات الموجهة إليه ينظر، أحمد محمود الفضلي، الحلول المستحدثة في قواعد الإسناد الإماراتية بين السلبية والإيجابية_ دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية_، مجلة دراسات قانونية وسياسية، جامعة عجمان، العدد الثالث، ٢٠١٤، ص ٥٥- ٥٦. وعصام الدين القصبي، قانون الجنسية الإماراتي ومشكلتا تعدد الجنسية وإنعدامها، مجلة الفكر الشرَطي، مركز بحوث الشرطة، المجلد، الثالث، العدد الثاني، ١٩٩٤، ص ٢٩٢- ٢٩٤.

[٥٤] غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص ٢٧٩.
[٥٥] حسام الدين فتحي ناصف، مصدر سابق، ص ١٣٦- ١٣٧.
[٥٦] أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية بحث تحليلي إنتقادي مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٩٧- ١٩٨.
[٥٧] عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي، مصدر سابق، ص ٢٢٥.
[٥٨] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٧٩.
[٥٩] ثامر داوود عبود الشافعي، مصدر سابق، ص ١٥٧- ١٥٨.
[٦٠] أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٩٨.
[٦١] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٨١.
[٦٢] سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، مصدر سابق، ص ٦٨٨.
[٦٣] أحمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٩٨.
[٦٤] Paul Lagarde, Op.Cit., p: 43.
[٦٥] سعيد يوسف البستاني، مصدر سابق، ص ٢١١.
[٦٦] المصدر ذاته، الصفحة ذاتها.
[٦٧] بشأن هذه المعايير وإنتقادها ينظر، فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٨٥؛ هشام خالد، مصدر سابق، ص ١٥٥.
[٦٨] للمزيد من التفاصيل عن هذه النظرية ينظر،
Jacques de burlelt, effective et nationalite des personnes physiques, revue belge de droit international, 1976 p: 386-389.
[٦٩] أحمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية "تأملات في ضوء أحكام القضاء الدولي الحديث"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٠١.
[70] Alice Edwards and Laura van was, Nationality and statelessness under international law, Cambridge University Press, United Kingdom, 2014. p: 267-269.
[٧١] أحمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية، مصدر سابق، ص ١٤- ١٥.
[٧٢] عُدِلَت هذا المادة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥، منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم ٤٤٠.
[٧٣] عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٣٧٣.
[٧٤] تنص المادة ٣٠ من القانون المدني العراقي على "يتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً"، وبذات الحكم أخذت المادة ٢٤ من القانون المدني المصري، والمادة ٢٥ من القانون المدني الاردني، والمادة ٢٦ من القانون المدني السوري، والمادة ١٣ من القانون المدني السوداني، والمادة ٦٩ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي.
[٧٥] تنظر، الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ، الجزء الأول، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة،
ص ٣١١.
[٧٦] رحاوي آمنة، مصدر سابق، ص ١١٤.

[٧٧] عكاشة محمد عبد العال، مصدر سابق، ص ٨٥.
[٧٨] عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، مصدر سابق، ص٢٣٠.
[79] Alfred M. Boll, Alfred M. Boll, Multiple Nationality and International Law, Foreword by: Judge Kenneth Keith, ,Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, V. 57, 2007, p: 110.
[80] Robert D.sloane, Breaking the genuine link the contemporary international legal regulation of nationality, Harvard international law Review, V. 50, N. 1, 2009, p: 5

المصادر

_ المصادر العربية

أولاً: الكتب القانونية

١. أحمد عبد الكريم سلامة، مبدأ الواقعية والقانون الدولي العام للجنسية "تأملات في ضوء أحكام القضاء الدولي الحديث"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٢. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية بحث تحليلي إنتقادي مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٣. حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
٤. حفيظة السيد الحداد، الجنسية ومركز الأجانب (إطلالة على قانون الإستثمار رقم ٢٠١٧/٧٢، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١٨.
٥. حفيظة السيد الحداد، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد دراسة تحليلية وإنتقادية، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٨٩.
٦. سامي بديع منصور؛ عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة طبع.
٧. سعيد يوسف البستاني، إشكالية وآفاق تطور قانون الجنسية في لبنان والدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
٨. عباس العبودي، تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي)، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٤.
٩. عبد المنعم زمزم، أحكام الجنسية في القانون الدولي والقانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
١٠. عكاشة محمد عبد العال، الإتجاهات الحديثة في مشكلة تنازع الجنسيات دراسة تحليلية وتأصيلية في القانون المصري والقانون المقارن، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٢.
١١. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص (الجنسية) دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
١٢. فؤاد عبد المنعم رياض، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
١٣. قصي محمد العيون، شرح أحكام الجنسية بالإضافة إلى أحكام محكمة العدل العليا في مسائل الجنسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠٠٩.
١٤. محمد سامي عبد الحميد، قانون الحرب، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

١٥. هشام خالد، المركز القانوني لمتعدد الجنسية (مع إشارة خاصة لحق المصري متعدد الجنسية في الترشيح لعضوية مجلس الشعب في ضوء الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.

ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية والبحوث القانونية

١. رحاوي آمنة، دور الضابط الشخصي في القانون الدولي الخاص، إطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٦- ٢٠١٧.
٢. عبد الرسول عبد الرضا جابر الأسدي، الجنسية في العلاقات ذات الأبعاد الدولية الخاصة، إطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٧.
٣. ثامر داوود عبود الشافعي، تعدد جنسية الفرد وأثاره القانونية ـ دراسة مقارنة ـ في القانون الدولي والمقارن، رسالة ماجستير، مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، بغداد، ٢٠٠٧.
٤. موشعال فاطيمة، دور الجنسية في حل مشاكل تنازع القوانين، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١١-٢٠١٢.
٥. أحمد محمود الفضلي، الحلول المستحدثة في قواعد الإسناد الإماراتية بين السلبية والإيجابية (دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية)، مجلة دراسات قانونية وسياسية، جامعة عجمان، العدد الثالث، ٢٠١٤.
٦. أشرف شعت، القانون الواجب التطبيق على متعددي الجنسية وإشكالياته، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجفرة، المجلد العاشر، العدد الثاني، ٢٠١٧.
٧. بلاش ليندة، قواعد الإسناد: بين طابعها الآلي وتحقيق الأمن القانوني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، العدد الأول، ٢٠١٩.
٨. داني نعوس، الوصايا المنظمة في الخارج من قبل اللبنانيين المتعددي الجنسية بين سندان تنازع الجنسيات ومطرقة النظام العام اللبناني، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، متاح على الموقع الإلكتروني:
www.legallaw.ul.edu.lb, تأريخ الزيارة: ٢٠١٩/٧/٢٧ الساعة ١١,٠٠.
٩. عصام الدين القصبي، قانون الجنسية الإماراتي ومشكلتا تعدد الجنسية وإنعدامها، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، المجلد الثالث، العدد الثاني، ١٩٩٤.

_ المصادر الأجنبية

1. Alfred M. Boll, Multiple Nationality and International Law, Foreword by: Judge Kenneth Keith, ,Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/ Boston, V. 57, 2007.
2. Alice Edwards and Laura van was, Nationality and statelessness under international law, Cambridge University Press, United Kingdom, 2014.
3. Jacques de burlelt , effective et nationalite des personnes physiques, revue belge de droit international, 1976.
4. 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, 77(1) janv-mars, 1988.
5. Robert D.sloane, Breaking the genuine link the contemporary international legal regulation of nationality, Harvard international law Review, V. 50, N. 1, 2009.