

مشكلة التنازع المتغير في ظل الاختصاص التشريعي.
The Issue of Changing Conflicts Under Legislative Jurisdiction.

جندولي فاطمة زهرة *

مخبر قانون المؤسسة

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، الجزائر

fatimadjendouli22@gmail.com

Djillali LIABES University, Sidi Bel Abbès, Algeria

- تاريخ الإرسال: 2025/02/16 - تاريخ القبول: 2025/06/16 - تاريخ النشر: 2025/07/29

الملخص: يعد التنازع المتغير أحد الإشكالات التي يثيرها موضوع الاختصاص التشريعي، والتي مردها تغيير الأفراد لضابط الاسناد بإرادتهم دونما تدخل من المشرع، بما يترتب عليه تنازع قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم موضوع العلاقة محل النزاع، ولوجوب ترجيح قانون واحد من بين القوانين المتزاحمة طرح الفقه بعض الحلول التي تنصب إما في الحفاظ على سلطان القانون القديم، وإما في إعلاء سلطان القانون الجديد بما له من أثر فوري، وفي خضم هذه الاقتراحات سعت التشريعات إلى ترسيخ حلول عادلة لبيان القانون الواجب التطبيق.

الكلمات المفتاحية: الاختصاص التشريعي؛ ظرف الاسناد؛ ضابط الجنسية؛ ضابط الموطن؛ موقع المال المنقول.

Abstract: The mobile conflict is one of the issues raised by the conflict of law, due to the fact that individuals change the attribution control at their will without the intervention of the legislator, which results in a conflict between two laws issued by different legislators to govern the relationship in dispute, and in order to favor one law among the competing laws, the jurisprudence put forward some solutions that focus either on maintaining the authority of the old law, or on elevating the authority of the new law, and amid these proposals, legislations sought to establish fair solutions to indicate the competent law.

Keywords: Legislative jurisdiction; attribution circumstance; nationality officer; domicile officer; location of movable property.

* المؤلف المرسل: جندولي فاطمة زهرة.

مقدمة:

يعد موضوع الاختصاص التشريعي أحد أهم مواضيع القانون الدولي الخاص وأكثرها قاطبة لتعدد الإشكالات التي تطرحها مواضيعه سواء في شقها النظري أو التطبيقي، خاصة وأنه يعالج مسألة تزام قانونين متعارضين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم علاقة خاصة دولية، أي علاقة بها عنصر أجنبي، ولأهميته فقد وجدت العديد من المناهج لحله، وأهمها المنهج الاسنادي القائم على استخدام آلية فنية هي قاعدة الاسناد وظيفتها تحديد القانون الواجب التطبيق، وهي تتكون من ثلاث عناصر، الفكرة المسندة، ضابط الاسناد، والقانون المسند إليه.

ولاريب أن تفسير قاعدة الاسناد بالرجوع لكل عنصر من عناصرها يثير إشكالا عويصا، وينجر عن العنصر الثاني وهو ضابط الاسناد والذي يعد عصب هذه القاعدة في حالة قابليته للتغيير مشكلة تدعى التنازع المتغير أو التنازع المتحرك، وي طرح هذا الموضوع بسبب تعويل التشريعات في المواضيع المختلفة على ضوابط إسناد قابلة للتغيير والتعديل بإرادتهم، بما ينجر عنه تزام قانونين لحكم المسألة ويبقى الاشكال متعلق بتفضيل أحد القانونين على القانون الآخر.

ونظرا لعجز المشرع في مجال العلاقات الخاصة الدولية عن تطبيق القانون الوطني مباشرة، ولزوم استشارة قاعدة الاسناد لتحديد القانون المختص، فإن أهم مشكلة تثور عند تزام قانونين مختلفين هي ترجيح أحد هذين القانونين.

نتيجة لهذه المشكلات فقد حاول الفقه التدخل لإيجاد حلول تتماشى والحجج التي ساقها أنصاره، كما سعت التشريعات لعلاج الموضوع بترجيح إحدى هذه النظريات والاعتداد بها.

بهذا تكمن أهمية البحث في حسم إشكالية تنازع القوانين وبيان القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتزاحمة حكم العلاقة القانونية بسبب تغير ضابط الاسناد.

هذا ويسعى البحث إلى تسليط الضوء على مشكلة عويصة يشهدها الاختصاص التشريعي، ألا وهي مشكلة التنازع المتغير، بتحديد مدلوله، والنظريات المختلفة التي وردت لحله قصد إيجاد القانون المختص بين القوانين المتزاحمة نتيجة لتغيير الأطراف لضابط الاسناد الذي يحكم علاقتهم القانونية.

من خلال ما تقدم، تنبري إشكالية البحث المتمثلة في ما مدى إمكانية مجابهة الإشكالات وتجاوز العراقيل التي يثيرها موضوع التنازع المتغير في مجال الاختصاص التشريعي؟

إن الإجابة على هذه الاشكالية تقتضي تبني مناهج متعددة أهمها المنهج الوصفي من خلال تحديد وصف دقيق وشامل للموضوع محل البحث، مع اتباع المنهج التحليلي بتحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية المتعلقة به، مع توسل المنهج المقارن.

إن اتباع المناهج السالفة الذكر يقتضي تبني الخطة الثنائية والتطرق لمبحثين الأول بعنوان تجاوز أزمة مصطلح التنازع المتغير والثاني إشكالية التنازع المتغير بين الاسهامات الفقهية والرؤى التشريعية.

1- تجاوز أزمة مصطلح التنازع المتغير

يعد التنازع المتغير أحد أهم المواضيع التي يثيرها تفسير قاعدة الاسناد في شقه المتعلق بظرف الإسناد الذي يتم اختياره من خلال مركز ثقل العلاقة القانونية، ورغم تعدد ضوابط الاسناد إلا أن التنازع المتغير لا يثور في كل الحالات، كما وأن وجوده يتطلب تحقق ضوابط معينة.

1.1- مدلول التنازع المتغير وشروطه

إن أهم ما يثيره التنازع المتغير مسألة تحديد مدلوله، والتي يتم بالرجوع لها تحديد الشروط اللازمة له (الفرع الثاني).

1.1.1- مدلول التنازع المتغير.

يعد التنازع المتغير¹، التنازع الناشئ على إثر تغير ضابط الاسناد بين وقت نشوء العلاقة القانونية ووقت المنازعة فيها.² أو هو التنازع الذي يبرز نتيجة تغيير واقعي في ظرف الاسناد، ويترتب عليه انتقال شخص أو شيء من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى ذات قاعدة الاسناد.³

هذا ويُعرف بأنه: "خضوع حالة أو وضعية قانونية تتابعيا لقوانين مختلفة بسبب تغير ضابط الاسناد"⁴ أو هو خضوع وضعية قانونية معينة لنظامين قانونيين مختلفين.⁵

مما تقدم، يلاحظ أن التنازع المتحرك يختلف عن التنازع الثابت، إذ بينما يحدث هذا الأخير في مرحلة إنشاء العلاقة القانونية، ويفترض وجود قانونين أو أكثر يتزاحمان حكم العلاقة القانونية تنازعا مكانيًا،

¹ - Henri Patiffol, Paul Lagarde, Droit International Privé, setième édition, Tome 1, L.G.D.J, Paris, 1981, p.371.

² - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، ط2، تنازع القوانين (في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005) دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفليسة، الدويرة، 2008، ص.128.

³ - عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، الوسيط في قانون المعاملات الدولية الخاصة، ط 11، دون دار نشر، جامعة القاهرة، 1991، ص.56.

⁴ - Jean Derruppé, Droit International privé, Dalloz, Paris, 13 e édition, 1999, p.77

⁵ - موحد إسماعيل، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازل، ترجمة فائز أنجق، ديوان المطبوعات الجامعية، المنشورات الجامعية والعلمية، الجزائر، 1989، ص.212.

فإن التنازع المتحرك يحدث في مرحلة نفاذ العلاقة القانونية أي بعد نشوئها ليتدخل عنصر المكان بما يترتب عليه تغيير ضابط الاسناد الذي يحكمها من وقت نشوئها إلى وقت المنازعة فيها، لتصبح بذلك محكومة بقانونين متعاقبين.

2.1.1- شروط التنازع المتغير

يقتضي إعمال التنازع المتغير تحقق شروط معينة وتكمن في تغيير ضابط الاسناد بإرادة الأطراف، وجود فاصل زمني بين نشأة العلاقة القانونية والمنازعة فيها، تعاقب قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم ذات المسألة.

1.2.1.1- قابلية ضابط الاسناد للتغيير بإرادة الأطراف

يعد ضابط الاسناد أداة إرشاد رجل القانون الى القانون الواجب التطبيق لحل المنازعة،⁶ وهو يشير مشكلة التنازع المتغير، على أن قيامها يستلزم أن يتم تغييره بإرادة الأطراف لا بإرادة المشرع لأنه في هذا الفرض يتم الحديث عن تنازع انتقالي يتغير فيه ضابط الاسناد بناء على إرادة المشرع تجسيدا منه للسياسة التشريعية المنتهجة من طرف الدولة.⁷

ومنه فإن أول شرط هو قدرة الأطراف على تغيير ضابط الاسناد بإرادتهم، وهو ما لا يتقرر إلا بالنسبة لضوابط الاسناد القابل للتغيير كالجنسية، الموطن، محل الإقامة، موقع المال المنقول، إرادة المتعاقدين.

وبالحديث عن قابلية ضوابط الاسناد للتغيير، يجدر الذكر أن ما يتغير فيها هو العنصر الواقعي دون العنصر القانوني، فالجنسية باعتبارها ضابطا شخصيا يتم التعويل عليه في أغلب تشريعات الدول العربية لحل إشكالية تنازع القوانين في مسائل الأحوال الشخصية⁸ تتكون من عنصرين أحدهما قانوني ويتمثل في اعتبارها نظاما قانونيا يفيد الانتماء إلى دولة معينة، وهذا العنصر لا يمكن تغييره بإرادة الأفراد ذلك أن مشرع كل دولة كأصل عام⁹ يستأثر بتحديد أسس التمتع بها أسباب زوالها، الآثار المترتبة عنها، إثباتها، ومنازعاتها.

⁶ - عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، ط1، دار الثقافة، عمان، 2008، ص.254.

⁷ - كريم مزعل شبي، التنازع المتغير وأثره في القانون الواجب التطبيق، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2017، ص.15.

⁸ - لمزيد من التفاصيل. يراجع، الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص.137 وما يليها.

⁹ - لتفاصيل أكثر، بن عياد جليدة، بعوني خالد، الجنسية الجزائرية في ظل التعديلات الجديدة، ط2 منقحة ومزودة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2016، ص.27 وما يليها.

أما العنصر الواقعي والمتمثل في تمتع الفرد بجنسية دولة معينة،¹⁰ فهذا العنصر هو القابل للتغيير بإرادة الأفراد بسبب الامكانية المخولة لهم من طرف تشريعات الدول كل على حسب ما تسمح به تشريعاتها من إمكانية التخلي عن جنسيتها واكتساب جنسية دولة أخرى¹¹.

ينطبق الأمر ذاته بالنسبة لضابط مكان تواجد المال الذي يتكون بدوره من عنصرين؛ عنصر قانوني يكمن في فكرة الموقع وعنصر واقعي يتمثل في تواجد المال في إقليم دولة معينة بما يتيح له إمكانية نقل مكان تواجده من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى.

بهذا يتضح أن التنازع المتغير لا يثور إلا بالنسبة للضوابط القابلة للتغيير بإرادة الأفراد، أما الضوابط الثابتة بطبيعتها كضابط موقع العقار أو كنتيجة لتحديد نطاقها الزمني، كضابط جنسية المتوفي وقت الوفاة بالنسبة لقاعدة الاسناد الخاصة بالميراث فلا يثور بشأنها.

هذا ويقتضي التنازع المتغير أن يكون التغيير الذي يلحق ضابط الاسناد يكتسي الطابع الارادي في مختلف صوره، فيكون تحركا ظرفيا وغير غائي أي طبيعيا وبدون غاية التحايل على القانون المختص أصلا بحكم النزاع واستبداله بقانون أكثر ملائمة للأطراف المعنية، وإلا طرحت مسألة الدفع بالغش نحو القانون.

2.2.1.1- وجود فاصل زمني بين نشأة العلاقة القانونية والمنازعة فيها.

لا ينشأ التنازع المتغير إلا في حالة وجود حالة قانونية مستمرة لرابطة ذات عنصر أجنبي، بما يؤدي إلى وجود فاصل زمني بين نشأة العلاقة القانونية والمنازعة فيها أمام القضاء، وهو ما يبرز في العديد من الأوضاع شأن حالة الأشخاص وأهليتهم، المركز القانوني للأموال، النظام القانوني للحقوق الشخصية أو الديون.

لاريب أن الاستمرار هذا يكون نتيجته تعاقب قانونين أو أكثر صادرين عن مشرعين مختلفين أو أكثر لحكم ذات المسألة محل النزاع، مع انتقال الحالة القانونية من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق قانون دولة أخرى، وهذا طبعا على إثر تغيير ظرف الاسناد، مع الاحتفاظ والإبقاء على قاعدة التنازع ذاتها دون أن يطرأ عليها أي تغيير.¹²

¹⁰ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، (الجنسية والمواطن ومعاملة القانون الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص.639.

¹¹ الطيب زروتي، الوسيط في الجنسية في الجنسية الجزائرية دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2002، ص.469 وما يليها.

¹² - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.640.

وعليه لا يقوم التنازع المتغير في حالة ما إذا لم يكن هنالك فاصل زمني بين نشأة الحالة القانونية والمنازعة فيها، كأن تنشأ الحالة وترتب آثارها في ظرف زمني وجيز، ومن ذلك مثلاً حالة الإرث التي يتحدد فيها المركز القانوني للوارث بلحظة معينة هي لحظة وفاة المورث، وكذا الأمر بالنسبة للحالة القانونية الناشئة عن الفعل الضار، والتي يتحدد فيها مركز المضرور بلحظة وقوع الفعل الضار دون غيره.

3.2.1.1- ضرورة تعاقب قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم ذات العلاقة القانونية

إن تحقق الشرطين السالفين غير كاف بذاته لقيام التنازع المتغير، بحيث يشترط لنشأته تعاقب قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم ذات العلاقة القانونية، وهو ما يعرف كذلك بعدم استقرارية القانون المختص بحكم العلاقة، ومنه فإن هذه الأخيرة تخضع لقانونين أحدهما القانون الذي نشأت العلاقة القانونية في ظله والآخر القانون الذي أصبحت العلاقة خاضعة له.¹³

وعليه إذا وجد فاصل زمني بين نشأة العلاقة القانونية والمنازعة فيها، وتم تغيير ضابط الاسناد بإرادة الأطراف، ولكن لم ينشأ رغم ذلك تعاقب قانونين مختلفين صادرين عن مشرعين مختلفين فلا مجال للحديث عن التنازع المتغير، فآثار الزواج وفقاً لقواعد الاسناد الجزائرية لا يقوم التنازع المتغير بشأنها إذا غيرت الزوجة جنسيتها، ذلك أن هذه الآثار تخضع وفقاً لأحكام المادة 12 من التقنين المدني الجزائري لقانون جنسية الزوج، لا قانون جنسية الزوجة.¹⁴

2.1- نطاق التنازع المتغير

يثور التنازع المتغير في حالات محددة من الفئات المسندة دون الأخرى، وهاتين الحالتين محل اتفاق فقهي، في حين توجد حالتين كانتا محل جدل فقهي. لأهمية هذا سيتم التعرض الى نطاق التنازع المتغير المتفق عليه، وبعدها لنطاقه غير المتفق عليه.

1.2.1- نطاق التنازع المتغير المتفق عليه

يتفق الفقه على إدراج فرضين اثنين في مجال التنازع المتغير، يتعلق الأول بمسائل الأحوال الشخصية، في حين يتعلق الثاني بتغير موقع الأموال المنقولة.

¹³ - كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص.47.

¹⁴ - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.44، صادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

1.1.2.1- مسائل الأحوال الشخصية.

تسند التشريعات مسائل الأحوال الشخصية الدولية لضوابط شخصية قد تكون الجنسية، وقد تكون الموطن وذلك حسب السياسة التشريعية المتبعة من طرف كل دولة، وهذه الضوابط غير ثابتة، يمكن تغييرها من خلال تغيير المعني بالأمر لضابطه الشخصي، جنسية كان أو موطناً، وهو ما يُثير في حالة تحقق الشروط السالفة مشكلة التنازع المتغير. وي طرح مسألة أي القانونين هو الواجب التطبيق، قانون الجنسية القديم أم قانون الجنسية الحالي، وذلك إذا كانت تشريعات الدولة المعنية تسند الاختصاص التشريعي في هذه المسائل لضابط الجنسية.

2.1.2.1- انتقال موقع الأموال المنقولة

تتدرج المنقولات المادية ضمن فئة الأحوال العينية، وهي من المسائل التي تثير إشكالية التنازع المتغير لخصوعها لضابط إسناد قابل للتغيير بإرادة الأطراف، وهو ضابط موقع المال، فتغيير مكان تواجد المال من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى، يؤدي إلى تعاقب قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم موضوع واحد، وهما قانون موقعه القديم أي قانون الدولة التي كان يتواجد بها، وقانون موقعه الجديد أي قانون الدولة التي نُقل إليها، ولأرب أن هذا الأمر يثير إشكالا عويصا خاصة إذا ترتبت على المنقول حقوق في ظل قانون الموقع الأول وتم نقله بعد ذلك إلى دولة تحظر التمتع بها.

تخص إشكالية التنازع المتغير المنقولات المادية دون الأموال العقارية التي تخضع لضابط مكان تواجد العقار حسب نص المادة 2/17 من التقنين المدني الجزائري، وهو ضابط ثابت بطبيعته، وذلك من منطلق أن العقار ثابت ومتصل بالأرض اتصال قرار، ولا يمن نقله أو تحويله منها دون إتلافه أو تغيير في هيئته.¹⁵

2.2.1- نطاق التنازع المتغير غير المتفق عليه.

يختلف الفقه بشأن فرضين اثنين؛ الأول التنازع الناشئ عن الضم الإقليمي، والآخر يخص تغيير النظام القانوني للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص.

1.2.2.1- التنازع الناشئ عن الضم الإقليمي.

يراد بالضم الإقليمي انتقال إقليم أو جزء منه من سيادة دولة إلى سيادة دولة أخرى، ويكون إما جزئيا وإما كليا، وتُثير هذه الحالة بلا شك تعاقب قانونين لحكم المسائل القانونية، قانون الدولة قبل الضم وقانونها

¹⁵ - غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط3، دار الثقافة، عمان - الأردن، 2014، ص.307.

بعد الضم، كما أنها ترتب آثار هامة منها جنسية أفراد الإقليم المضموم. وعلى هذا الأساس اعتبره الفقه أحد صور التنازع المتغير، والحقيقة أن انعدام وحدة السند بين القانونين تحول دون ذلك، لأن فكرة التنازع المتغير تقتضي تساوي القانونين في السند لاختصاصهما، وهذه الوحدة هي التي تؤدي إلى تداخل نطاق تطبيقهما مما يستلزم توزيع الاختصاص بينهما، وهو ما لا يتحقق في فرض التنازع الناشئ عن الضم الإقليمي الذي ينشئ على إثر واقعة سياسية هي واقعة انتقال أو تغير السيادة على الإقليم.¹⁶

2.2.2.1- تغيير النظام القانوني للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص.

لقد أثارت مسألة تغيير النظام القانوني للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص إمكانية قيام التنازع المتغير بشأنها، وذلك بحكم تغير الشخص المعنوي لجنسيته بنقل مركز إدارته الرئيسي من إقليم دولة إلى إقليم دولة أخرى مع ما يثيره ذلك من تعاقب قانونين لحكم ذات المسألة، ولكن مع هذا يجدر الإشارة أن انعدام وحدة الموضوع بين القانونين تقف حائلا أمام إمكانية إثارة القول بذلك، فتغيير الشركة لنظامها القانوني يقتضي انحلالها وإعادة تكوينها من جديد، فتتخلف بذلك مسألة خضوع العلاقة الواحدة لقانونين متعاقبين، ذلك أن الشركة في هذا الفرض لا تكون واحدة، بل شركتين تتميز كل منهما عن الأخرى بكيانها الخاص.

2- إشكالية التنازع المتغير بين الاسهامات الفقهية والرؤى التشريعية

إن الإشكالات التي يثيرها موضوع التنازع المتغير دفع الفقه الى المساهمة الفعالة في عرض مجموعة من النظريات التي يتم الاستناد اليها لحل إشكالية الدراسة، هذا وسعت التشريعات جاهدة لحل هذا الاشكال.

1.2- الاسهامات الفقهية المقررة لحل إشكالية التنازع المتغير.

نظرا للإشكالات التي يثيرها التنازع المتغير، فقد ظهرت العديد من الاتجاهات الفقهية الرامية لإيجاد حلول له، وقد تراوحت هذه الأخيرة بين توجهات تقليدية، وأخرى معاصرة تطالب بتطبيق القانون الجديد تجسيدا لمبدأ الأثر الفوري له.

1.1.2- التوجهات التقليدية المقررة لحل إشكالية التنازع المتغير

ظهرت العديد من النظريات الفقهية التقليدية لحل إشكالية التنازع المتغير، منها نظرية احترام الحق المكتسب، ونظرية النفاذ الدولي للحق، ونظرية المحافظة على استقرار النظم القانونية.

¹⁶ - بن عياد جلييلة، بعوني خالد، المرجع السابق، ص.52.

1.1.1.2- احترام الحق المكتسب وسيلة لحل إشكالية التنازع المتغير.

لقد نادى الفقيه الفرنسي (Pillet) بفكرة احترام الحقوق المكتسبة لحل إشكالية التنازع المتغير، والتي بمقتضاها يتم الاعتراد في الخارج بالحق الذي اكتسب صحيحا في الدولة لتي نشأ فيها.¹⁷ وذلك من منطلق حاجة المعاملات الدولية للاستقرار من جهة، ومن منطلق مبدأ المجاملة ومبادئ القانون الدولي التي تفرض على كل دولة احترام سيادة الدولة الأخرى.¹⁸

وضع الفقيه (Pillet) جملة من القيود للمطالبة باحترام الحق المكتسب في الخارج وهي نشأة الحق صحيحا وفقا لأحكام القانون المحدد بمقتضى قاعدة الاسناد الوطنية، اكتمال نشأته وبقاء تنفيذه، عدم نشأة حق مضاد له في الدولة التي يراد التمسك بنفاذه فيها، عدم اكتسابه بطريق التحايل على القانون المختص، عدم مخالفته للنظام العام في الدولة التي يراد الاحتجاج بآثاره فيها.

تعرض هذا الاتجاه الفقهي لانتقادات عديدة ففكرة الحق المكتسب التي استند عليها غير محددة وقاصرة تجعل من قانون القاضي الحكم في تعيين القانون المختص، كما أنها تؤدي إلى البحث عن نشأة الحق لا نفاذه، وهو ما يتعارض مع فحوى النظرية التي يشترط لإعمالها أن يكون الحق قد نشأ كاملا، ويطلب نفاذه لا إنشاؤه من جديد.

2.1.1.2- النفاذ الدولي للحقوق.

نادى الفقيه (نيبوايه) بهذ النظرية في محاولة منه لتلافي الانتقادات التي وجهت لسابقته، وذلك بعد تخليه عن القيد الأول الذي اشترطه الفقيه (Pillet) والمتمثل في نشوء الحق صحيحا وفقا للقانون المختص بموجب قاعدة الاسناد في قانون القاضي.

هذا وحاول التفرقة بين ما إذا كنت قاعدة الاسناد فردية تعقد الاختصاص لقانون القاضي، وبين ما إذا كانت مزدوجة، بحيث أكد نفاذ الحق في الحالة الأولى إذا نشأ صحيحا وتوفرت فيه مختلف المتطلبات اللازمة لتكوينه في ذلك القانون، في حين تطلب في الحالة الثانية للاعتراف بآثار ذلك الحق خارج الدولة التي نشأ فيها مراعاة الحدود التي يعترف فيها القانون الأجنبي المختص بتلك الآثار، وبما لا يتعارض مع النظام العام لتلك الدولة.

على الرغم من وجهة نظرية النفاذ الدولي للحقوق في الحالة التي ينعقد فيها الاختصاص للقانون الأجنبي، إلا أنها مع ذلك تظل منتقدة في حالة انعقاد الاختصاص لقانون القاضي لأنها تتحول من نفاذ

¹⁷ - أحمد عيد الكريم سلامه، المرجع السابق، ص. 643.

¹⁸ - الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص. 128.

الحق إلى البحث في التنازع أثناء نشأته، وبهذا يلاحظ عجز النظرية عن تفسير بعض المراكز القانونية المستمرة ومدى إمكانية تطبيق القانون الجديد على الآثار المترتبة على الحق.

3.1.1.2- نظرية استقرار النظم القانونية

تزعم الفقيه (BARTIN) لحل إشكالية التنازع المتغير نظرية استقرار المراكز القانونية والتي نادى فيها بعدم إمكانية التقيد بمعايير عامة محددة مسبقاً، مع ضرورة النظر لكل حالة على حدة، وإخضاعها لقانون معين حسب الطبيعة القانونية التي تندرج ضمنها على أن يحدد القانون المختص مكانياً وزمانياً.¹⁹

لقد استلزم الفقيه بارتان التحديد الزمني لتأمين أكبر قدر ممكن من الاستقرار للمعاملات، فتحديد القانون المختص من الناحيتين المكانية والزمانية لحكم العلاقة محل النزاع، يجعل منها خاضعة له منذ نشأتها إلى غاية انقضائها دون أن يكون لتغيير ضابط الإسناد أي تأثير بعد ذلك.²⁰

طبق هذا الفقيه نظريته على كل فروض التنازع المتغير مع مراعاة ظروف كل فرض، فجعل القانون المختص زمنياً بحكم موضوع الزواج محدد بوقت انعقاده وأخضع لهذا القانون آثار الزواج وانحلاله.

هذا وحدد القانون المختص بحكم النسب الشرعي بقانون جنسية الأب من الناحية المكانية وبوقت ميلاد الطفل من الناحية الزمانية، في حين أسند النسب غير الشرعي مكانياً لقانون الدولة التي ينتمي إليها الطفل، وأسند زمنياً لوقت رفع الدعوى.²¹

رغم وجهة هدف هذه النظرية، إلا أنها انتقدت لمغالاتها في بقاء الحقوق والمراكز القانونية خاضعة لسلطان القانون القديم رغم التغيرات الطارئة عليها بما ينجر عنه جمود العلاقة القانونية وتحويل التنازع المتغير إلى تنازع ثابت. فاستقرار العلاقات الدولية وإن كان هدفاً ينبغي تحقيقه، إلا أن تجسيده لا يستلزم تجاوز ما يقتضيه الواقع العملي والقانوني، فتغيير ضابط الإسناد ينجر عنه خضوع العلاقة لقانون جديد ينبغي أخذه بعين الاعتبار سيما إذا انقطعت صلة الرابطة بين العلاقة والقانون القديم الذي نشأت هذه الأخيرة في ظله، وهو ما يتضح جلياً في مجال آثار الزواج التي أسند هذا الفقيه الاختصاص فيها لقانون جنسية الزوج وقت الزواج، دون اعتداد بحالة تغيير الزوج لجنسيته واكتسابه لوحده أو مع زوجته جنسية دولة جديدة.

¹⁹ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقديم البروفسور فايز الحاج شاهين، ط1، دار العلوم العربية، لبنان، 1994، ص.294.

²⁰ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص.645.

²¹ - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط1، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص.ص.453-454.

2.1.2- النظرية المعاصرة المقررة لحل إشكالية التنازع المتغير.

يرى جانب من الفقه المعاصر وعلى رأسهم (Battifol) أن حل إشكالية التنازع المتغير يتم بالاستعانة بقواعد حل تنازع القوانين في الزمان المعروفة في القانون الداخلي، والتي بمقتضاها تخضع شروط صحة العلاقة القانونية وآثارها الماضية للقانون القديم، في حين تخضع آثارها المستقبلية للقانون الجديد، ومنه يترتب على تغيير ضابط الإسناد وانتقال العلاقة القانونية من نطاق تطبيق القانون المختص حسب الضابط القديم إلى نطاق تطبيق القانون الجديد، خضوع كافة المسائل والآثار القانونية المتصلة بها للقانون الجديد من وقت نفاذه، وذلك إعمالاً للأثر المباشر والفوري له، لتظل عناصر تكوين العلاقة القانونية التي تمت في إطار القانون القديم خاضعة لهذا الأخير.

ويبرز هذا الأمر في مسائل الأحوال الشخصية وكذا مسائل الأحوال العينية، بحيث يترتب على تغيير القانون الشخصي خضوع تكوين العلاقة القانونية للقانون القديم الذي نشأت في ظله، كما وتخضع له الآثار التي ترتبت في ظله، في حين تخضع الآثار التي ترتبت بعد تغيير ضابط الإسناد للقانون الجديد.

لقد استند أنصار هذا الاتجاه لتبرير موقفهم على التشابه الموجود بين التنازع المتغير وتنازع القوانين من حيث الزمان، فكلاهما يتعاقب فيه قانونين لحكم موضوع معين وينبغي لذلك بيان نطاق تطبيق كل منهما.

رغم وجاهة الحجج، إلا أنه تم نقذ النظرية للاختلاف الموجود بين التنازع المتغير وتنازع القوانين من حيث الزمان، سواء بالنسبة للجهة المصدرة لهما، فالقانونين المتعاقبين في مجال تنازع القوانين من حيث الزمان يصدران عن مشروع واحد، في حين يصدران في مجال التنازع المتغير عن مشرعين مختلفين.²²

هذا ويبرز الاختلاف في نطاق سريانها إذ بينما يلغي القانون الجديد القانون القديم كأصل عام في مجال تنازع القوانين في الزمان، في حين يظل القانونين سارياً المفعول في التنازع المتغير.

إضافة لذلك يختلف كل منهما عن الآخر في سبب الوجود أو النشأة فتنازع القوانين من حيث الزمان ينشأ نتيجة لتدخل المشرع بسن نصوص قانونية جديدة تتماشى والأوضاع الراهنة، في حين يقوم التنازع المتغير نتيجة لتدخل الأفراد في تغيير ضابط الإسناد.

²² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، تنازع القوانين، ط10، دار هوم، الجزائر، 2008، ص.136.

وتشكل طريقة تنظيمهما أحد الفوارق، إذ قد يعمل المشرع في تنازع القوانين من حيث الزمان على منح القانون الجديد أثراً رجعياً أو منح القانون القديم أثراً ممتداً، وهو الأمر الذي لا يمكن توقعه في مجال التنازع المتغير لاستقلال مصدر القانونين.

2.2- الرؤية التشريعية المقررة لحل إشكالية التنازع المتغير

تسعى العديد من تشريعات الدول العربية إلى حل إشكالية التنازع المتغير من خلال تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق من الناحيتين المكانية والزمانية، وهو ما يستشف من المواد 13، 14، 17²³ الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان الواردة بالتشريع المدني المصري، والمواد 14، 15، 18 من التقنين المدني الأردني،²⁴ وبالمثل تبني المشرع الجزائري هذا الحل في عديد النصوص القانونية الواردة بالتقنين المدني في مجال تنازع القوانين من حيث المكان.

ويظهر ذلك جلياً في المادة 12 فقرة أولى من هذا التقنين والتي أسند فيها آثار الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. فحسبه لا يؤثر تغيير الزوج لجنسيته بعد إبرام عقد الزواج على القانون المختص، إذ يظل القانون المحدد في المادة 12/1 هو الواجب الاعمال.

هذا وأسند المشرع في الفقرة الثانية من ذات المادة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، ولا يخفى على أحد المشكل التي يطرحه هذا التحديد لما يحمله من عنصر المفاجأة للزوجة نتيجة لانعقاد الاختصاص لقانون لم تكن تتوقعه وقت انعقاد الزواج.

هذا وأسند النسب حسب المادة 13 من ذات التقنين لقانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وذلك في حال ما إذا تحققت ولادة الطفل قبل وفاة الأب، على أن يترتب في الحالة العكسية منح الاختصاص مكانياً لقانون جنسية الأب وزمانياً لوقت وفاته.

كما وأخضع صحة الكفالة والتبني حسب المادة 13 مكرر من التقنين ذاته لقانون جنسية الكفيل والمكفول أو المتبني والمتبني من الناحية المكانية ولوقت إجراء النظام المحدد من الناحية الزمنية، كما وأسند الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة بعد الوفاة حسب المادة 16 فقرة أولى من التقنين المدني لقانون جنسية المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف من الناحية المكانية ولوقت تحقق الموت من الناحية الزمنية، في حين أسند في الفقرة الثانية من هذا المادة الهبة والوقف لقانون جنسية الواهب أو الواقف من الناحية المكانية ولوقت إجرائهما من الناحية الزمانية.

²³ - القانون رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 9 رمضان 1367 الموافق لـ 16 يونيو سنة 1948 المتضمن المدني المصري المعدل.

²⁴ - القانون رقم 43 لسنة 1976 المتضمن القانون المدني الأردني المعدل والمتمم.

بهذا يلاحظ أن المشرع أخذ على عاتقه مهمة تحديد القانون المختص مكانيا وزمانيا في بعض الفروض متبنيا في ذلك موقف الفقيه (Bartin) رغم الانتقادات التي وجهت لنظريته فوقع بذلك في ذات الأمر بأن حول التنازع المتغير لتنازع ثابت وأهمل الاسناد الجديد رغم التطورات التي قد تطرأ على الحق.

في حين أنه تغاضى في فروض أخرى عن ذلك بحيث اكتفى ببيان القانون المختص مكانيا دون التعرض لتحديد زمني، وهو ما يتضح من نصوص المواد 10-11-14 و 15 من التقنين المدني، وهو الأمر الذي يضع على عاتق القاضي المختص بنظر النزاع التزاما بهذا التحديد.

الخاتمة:

يعد التنازع المتغير أحد أهم المسائل قاطبة في مجال الاختصاص التشريعي، ويبرز حين يتعاقب قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين لحكم موضوع واحد على إثر انتقال أو تغيير أداة الربط بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه، على أن هذا التغيير ينبغي أن يتم بإرادة الأطراف أنفسهم وبعيدا عن تدخل المشرع، وألا تتجه نية الأطراف بهذا التغيير إلى التهرب من أحكام القانون المختص أصلا بحكم النزاع وإلا لتحول الأمر من تنازع متغير إلى غش نحو القانون.

يستلزم قيام التنازع المتغير تحقق شروط معينة، ويتحدد نطاقه بمسائل الأحوال الشخصية والأموال المنقولة، ولأهميته ظهرت العديد من الاتجاهات الفقهية الرامية إلى تجاوز ما يثير من إشكالات، وتراوحت بين نظريات تقليدية وأخرى معاصرة، كما سعت أغلب التشريعات العربية بما فيها المشرع الجزائري إلى إعفاء رجال القانون من تفضيل أحد القانونيين على حساب الآخر من خلال تحديدها ضابط الاسناد في غالب الأحيان مكانيا وزمانيا، على أن يترك لرجال القانون في الحالات غير المحدد فيها الوقت الاجتهاد ببيان، مع العلم أن اللجوء للحلول الواردة في التشريعات الداخلية لا يتقرر إلا في حالة عدم وجود حلول واردة باتفاقية دولية .

إن سعي التشريعات لحل هذا الاشكال بتحديد الوقت الذي يتم فيه الاعتداد بالقانون المختص لا يخلو من انتقادات لأنه يؤدي إلى جمود العلاقة القانونية مع إهماله الاسناد الجديد رغم التطورات التي قد تطرأ على الحق، وعليه ينبغي أن يكون القانون المختص ملائما للعلاقة القانونية ويضمن الاستقرار لها بحيث يجنب الأفراد عنصر المفاجأة بعدم تطبيق قانون لم يكن متوقعا من طرفهم خلال مرحلة معينة من جهة، ويتقادم من جهة أخرى إسناد علاقتهم لقانون لم يعودوا خاضعين له أصلا. ومنه تخلص الدراسة إلى جملة من التوصيات أهمها:

- تحري الدقة عند تحديد الوقت الذي ينبغي الاعتداد به لبيان القانون المختص بحكم العلاقة القانونية.

- منح رجل القانون قدرا من الحرية لتحديد الوقت الذي يعتد به لتقدير ظرف الاسناد بالنسبة للنصوص القانونية التي لم يتم فيها الكشف عنه، على أن يأخذ بعين الاعتبار ملاءمته للعلاقة القانونية.
- عقد ملتقيات على المستويين الدولي والوطني تعالج الإشكالات التي تثيرها مواضيع القانون الدولي الخاص عامة ومواضيع الاختصاص التشريعي خاصة.