

إشكالية التنازع المتحرك في العلاقات الخاصة الدولية

The problem of the mobile conflict in international private relations

بلاق محمد، جامعة تيارت، (الجزائر) Mohamed.bellag@univ-tiaret.dz

تاريخ إرسال المقال: 19-08-2021 تاريخ قبول المقال: 15-10-2021

الملخص:

تعد العلاقات الخاصة الدولية المجال الخصب لتنازع القوانين و التي يثور بشأنها مشكل التنازع المتغير، الذي يعتبر من المسائل الدقيقة المتعلقة بتطبيق قواعد التنازع و توزيع الاختصاص بين القوانين المتنازعة، إلا أن التغيرات التي تطرأ على ضوابط الإسناد من شأنه أن ينقل العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي من نطاق قانوني إلى آخر.

من أجل ذلك تكفل الفقه والتشريع بإيجاد بعض الحلول لهذه المشكلة، في مساهمة منهما لتذليل الصعوبات و العقبات التي يمكن أن تعترض سيرورة وديمومة هذه العلاقات خاصة في مسائل الأحوال الشخصية.

الكلمات المفتاحية: التنازع المتحرك، ضوابط الإسناد، قاعدة التنازع، القانون المختص.

Abstract:

International private relations are the fertile field for conflict of laws, in which the problem of changing conflict arises, Which is considered one of the delicate issues related to the application of the rules of conflict and the distribution of jurisdiction between conflicting law, However, changes in the attribution controls would transfer legal relations tainted with a foreign element from one legal domain to another.

For this reason, jurisprudence and legislation ensure that some solutions to this problem are found, In their contribution to overcoming the difficulties and obstacles that may hinder the process and continuity of these relations, especially in matters of personal status.

Key words : Mobile conflict, Attribution controls, Dispute rule, Competent Law.

مقدمة:

إن إدراك العلاقات الخاصة الدولية في مجال القانون الدولي الخاص لا يمكن أن يتحقق بمعزل عن الزمان و المكان الذين تتجسد فيهما تلك العلاقات، و بحركة الأشخاص أو الأشياء يتم تحديد زمانها و إدراك البعد المكاني لمحيطها.

و بناء على ذلك فإن تنازع القوانين في نطاق القانون الدولي الخاص يتخذ شكلين لا ثالث لهما: فإما أن يكون تنازعا من حيث المكان أو من حيث الزمان، هذا الأخير الذي يلعب فيه عنصر الزمن دورا مهما و فاعلا في منح الاختصاص لقانون وطني معين على حساب آخر، باعتباره تنازعا ينشأ عن تزامن بين قاعدتين قانونيتين صدرت إحداها في تاريخ لاحق للتاريخ الذي صدرت فيه الأولى على وجه التتابع أو التعاقب لحكم العلاقة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا.

و عليه فالأساس أن المشكلة تحدث عن صدور قانونين أو قوانين متعاقبة في الزمان، و لا تتحدد في بيان حدود سلطان القانون القديم - الذي نشأت العلاقة في ظله - و تاريخ و زمان نفاذ القانون الجديد، بقدر ما تتعدى هذه إلى تعيين الطرق و كيفية الانتقال من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد ، و معالجة الصعوبات و المشاكل التي تثار في المرحلة الانتقالية التي تفصل بين تاريخ انتهاء سلطان القانون القديم و بدء تأثير نفوذ القانون الجديد.

إن مشكلة التنازع المتحرك هي ذلك التنازع الذي ينشأ من خضوع العلاقة لقانونين متتابعين بفعل انتشار عنصر التغيير في الزمان و المكان، لذلك يشترط في تحققها وجود فاصل زمني بين نشوء الحالة القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا و المنازعة فيها أمام القضاء من جهة ، و على قدرة الإرادة على تغيير ضابط الإسناد تغييرا طبيعيا يسمح بتعاقب قانونين - قانون قديم و آخر جديد - من جهة أخرى.

وأمام هذا الوضع قد يصير أحيانا أن يطرأ تغيير على عنصر من عناصر الإسناد مما يضعنا أمام مشكلة مستقلة و قائمة بذاتها تتطوي تحت موضوع تنازع القوانين من حيث الزمان، و هو الأمر الذي من شأنه أن ينقل العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي من نطاق قانوني لآخر، و يؤدي لأن تخضع هذه العلاقة لقانونين أو أكثر متعاقبين و متواليين، و حينئذ يجد القاضي أو الفقيه أو القانوني نفسه أمام مشكلة جدية بالبحث و الاهتمام، كونها من المسائل القانونية التي تنشأ بمناسبة تطبيق قاعدة التنازع و اختيار القانون الواجب التطبيق، مما يستدعي و يتطلب من القاضي المعروض أمامه النزاع توزيع الاختصاص بين نطاق القانون القديم (في ظل ضوابط الإسناد القديمة) و القانون الجديد (في ظل ظرف الإسناد بعد التغيير)، و فق ضوابط زمنية دقيقة ، و هو ما يطلق عليه في الفقه القانوني بمشكلة التنازع المتحرك أو المتغير في القانون الدولي الخاص.

وعليه سنحاول أن نجيب في هذا البحث على التساؤل القائم حول: ما المقصود بالتنازع الزمني المتغير في العلاقات الخاصة الدولية؟ و ما مدى تأثيره في سلب الاختصاص من القانون المختص أصلاً بحكم العلاقة؟.

و من أجل الإجابة عن هذا التساؤل الجوهرى اعتمدنا على المنهج الوصفي من أجل إبراز الفائدة التي يلعبها عنصر الزمن في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي يساعد في الوقوف على النصوص القانونية التي عالجت مشكل الوقت الذي يعتد به من أجل منح الاختصاص لقانون وطني معين.

المبحث الأول: المقصود بالتنازع المتغير و نطاقه القانوني.

إن مشكلة التنازع المتغير تثير الكثير من المسائل القانونية و الفقهية و القضائية المتشعبة والدقيقة في نطاق الأحوال الشخصية - على وجه الخصوص - ، كونها تنقل العلاقة محل النزاع من نطاق قانون قديم إلى نطاق قانون جديد ، وهي على هذا النحو تحتاج إلى معالجة قانونية من حيث تحديد عناصر العلاقة و أشخاصها و القانون المختص من الناحية الزمانية و المكانية من أجل الوصول إلى حلول عادلة.

المطلب الأول: مفهوم التنازع المتغير (المتحرك) و شروط قيامه:

لا يمكن إدراك العلاقات الخاصة الدولية في مجال القانون الدولي الخاص بمعزل عن الزمان والمكان الذي تتجسد فيها تلك العلاقات - كما بينا آنفاً - ، و بحركة الأشخاص أو الأشياء يتم إدراك البعد المكاني لمحيطها و تحديد زمانها.

و لذلك فمشكلة التنازع المتغير أو المتحرك¹ تنشأ من جميع الأحوال التي يترتب عليها تغيير أو تعديل في ضابط الإسناد، فيكون من شأن هذا التغيير أن يجعل العلاقة القانونية خاضعة على وجه التتابع لنظامين قانونيين مختلفين.

هذا التغيير أو الانتقال في ضابط أو ظروف الإسناد ليس بفعل أو تدخل المشرع بل يكون عن طريق إرادة الأشخاص في تغيير تلك الظروف القابلة للتغيير - كالجنسية ، الموطن و الدين... - ، كما لا يكون ناتجاً من جراء تتابع الزمان على اثر التعديلات التشريعية التي تطرأ على قواعد التنازع الوطنية،

¹ - اختلف الفقه في تسميته ، بين من يطلق عليه اصطلاح التنازع المتغير أمثال د/ ماجد الحلواني في كتابه: أحكام القانون الدولي الخاص الكويتي، و د/ أحمد مسلم في كتابه: موجز القانون الدولي الخاص المقارن في مصر و لبنان...، و بين من يطلق عليه اصطلاح التنازع المتحرك كالأستاذ: حسن الهداوي، تنازع القوانين و أحكامه في القانون الدولي الخاص .

وعليه أمكننا القول بأن المشكلة تتعلق بمسألة قانونية يلتقي فيها عنصر الزمان بعنصر المكان بمناسبة التغير الواقعي، مما يقتضي تحديد قوة و سيادة قانون في مواجهة الآخر و توزيع الاختصاص بينهما من ناحية الزمان، مادام أن ضابط الإسناد قد يتغير من واقع إلى آخر.

أولاً- تعريف التنازع المتحرك و شروط تحققه:

قدم الفقه الدولي تعريفات مختلفة للتنازع المتغير نورد بعضها فيما يلي:

حيث عرفه الدكتور محمد عبد الخالق عمر بأنه " التنازع الذي يوجد عندما يخضع مركز قانوني معين لقانونين متعاقبين نتيجة تغير أحد عناصر الإسناد"¹ ، و يعرفه الأستاذ عكاشة محمد عبد العال بأنه " التنازع الذي يتم على إثر تغير واقعي في ظروف الإسناد، يؤدي إلى انتقال شخص أو شيء من نطاق تطبيق قانون إلى نطاق تطبيق قانون آخر بمقتضى نفس قاعدة الإسناد".

و هو نفس توجه الأستاذ محمد كمال فهمي حين عرف التنازع المتغير بأنه " التنازع الذي ينشأ بين قانونية متعاقبين صادرين من مشرعين مختلفين على إثر انتقال ظرف الإسناد"².

كما يعرفه جانب آخر من فقه القانون الدولي الخاص³ بأنه " عملية إجراء أو تغيير أو تعديل في ضابط الإسناد المكون لقاعدة الإسناد في قانون القاضي، مع بقاء القاعدة دون تغيير

و ينتهي الدكتور كريم مزعل إلى تعريفه بأنه " صورة من صور تنازع القوانين في الزمان ، يلتقي فيه عنصر الزمان بعنصر المكان نتيجة تغير واقعي إرادي طارئ في ضوابط الإسناد التي تتضمنها قواعد الإسناد، يؤدي معه إلى خضوع العلاقة القانونية المعروضة إلى قوانين متعاقبة على وجه التتابع، و يتطلب توزيع الاختصاص بين هذه القوانين من حيث الزمان و المكان"⁴.

و على هذا النحو فإن فكرة التنازع المتغير بما لها من خصوصية تختلف عن عديد الصور الأخرى المعروفة للتنازع، كنظرية الغش نحو القانون مثلا التي تلتقي مع نظرية التنازع المتغير من حيث أن كل منهما ينشأ نتيجة تغير في ضوابط الإسناد القابلة للتغيير، إلا أنهما يختلفان في عدة جوانب كغائية أو هدف التغيير في كليهما أو من حيث مجال نطاقهما القانوني ، أو من حيث الأثر المترتب عليهما.

¹ - محمد عبد الخالق عمر، القانون الليبي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 276.

² - ينظر في تعاريف التنازع المتغير مؤلف: كريم مزعل شبي ، التنازع المتغير و أثره في القانون الواجب التطبيق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2017، ص 42 و مايلها ، و ينظر أيضا: قطيشات خلدون سعيد، تغيير ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة وأثره في تحديد القانون واجب التطبيق، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، 2011.

³ - Bernard Audit, Droit international privé, 3eme édition, Economica, paris, 2000, p199

⁴ - كريم مزعل شبي ، المرجع نفسه، ص 45.

و البين أن المشكلة الأساسية التي يثيرها التنازع المتحرك هي هدم استقرار المركز القانوني أو العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي و التي يحكمها قانون معين، و ذلك نتيجة تغير في ضوابط الإسناد مما يترتب عليه تغيير القانون الواجب التطبيق لحكم هذه العلاقة، كل ذلك مع بقاء قاعدة الإسناد في قانون القاضي ثابتة دون تغيير¹

هذا و يتطلب الفقه القانوني لقيام التنازع المتحرك توافر بعض الشروط الأساسية و الضرورية و اللازمة لتحقيق آثاره، و التي يمكن إجمالها في:

- أن يكون ضابط الإسناد متغير بطبيعته و متحركاً بذاته: و هذا بسبب أن التنازع المتغير لا يمكن أن ينشأ أو يتحقق إلا في قواعد الإسناد التي تتضمن ظروف إسناد متغيرة كالجنسية أو الموطن.

- عدم استقرارية القانون المختص بحكم العلاقة: أي أن يكون القانونيين المتتابعين مختصين في الزمان لحكم العلاقة المعروضة.

- أن يكون تحرك ضابط الإسناد تحركاً ظرفياً و غير غائي: أي أن يكون الانتقال لضابط الإسناد قد تم بشكل طبيعي و إرادي و بدون غاية يقصد منها إحلال قانون أكثر ملائمة لأطراف العلاقة محل القانون المختص، و إلا كنا أمام غش نحو القانون.

- الترابط بين التنازع الثابت و تغير ضابط الإسناد: و هذا لأن قاعدة التنازع الثابت تعين ضابط الإسناد الذي بسبب تغيرها أو تحركها تؤدي إلى تنازع متغير

- وجود وحدة ارتباط بين القانونيين المتعاقبين في الموضوع و أن يكونا صادرين عن مشرعين مختلفين².

ثانياً- تمييز التنازع المتحرك عما يشابهه من نظم قانونية:

يقترّب التنازع المتحرك مع بعض النظم القانونية كالغش نحو القانون و تنازع القوانين من حيث الزمان، و يختلف عنهما في بعض النقاط الأخرى ، نذكر من أهمها:

¹ - يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، ط01، منشورات منشورات زين الحقوقية و الأدبية، 2016، ص221.

² - كريم مزعل شبي ، المرجع السابق، ص 47 و 48.

1- التنازع المتحرك و الغش نحو القانون: يتشابهان في أن كلاهما يحدث نتيجة تغيير في ضوابط الإسناد المتغيرة كالجنسية أو الموطن أو موقع المنقول، كما يترتب عن كلاهما تعاقب قانونين على حكم نفس المسألة.

و مع ذلك فهما يختلفان في أن الغش نحو القانون ينطوي على سوء نية أو تحايل عن القانون الواجب التطبيق بقصد التهرب من أحكامه، أما في التنازع المتحرك فتغيير ضوابط الإسناد المتغيرة يتم بحسن نية و دون قصد التهرب من القانون المختص¹.

كذلك يحدث تغيير ضوابط الإسناد في التنازع المتحرك إما بشكل إرادي أو بشكل إجباري، أما في حالة الغش نحو القانون فإن تغيير ضوابط الإسناد المتغيرة لا يحدث إلا بشكل إرادي يقترن بسوء نية².

2- التنازع المتحرك و تنازع القوانين من حيث الزمان: يتشابهان في أن كلاهما ينجم عن تعاقب أو تتابع قانونية على حكم نفس المسألة محل النزاع، إلا أنهما يختلفان في أنه في حال التنازع المتحرك يكون تعاقب الاختصاص التشريعي بين قانونين مختلفين صادرين عن سيادتين تشريعتين مختلفتين، بخلاف تنازع القوانين من حيث الزمان الذي يحدث ضمن إطار قانوني واحد صادر عن سلطة تشريعية واحدة³.

كذلك يختلف سبب تتابع القوانين في حاتي التنازع المتغير و تنازع القوانين من حيث الزمان، فبينما يكون لإرادة الأطراف دور في الحالة الأولى و يحصل بين قانونين نافذين في الوقت نفسه، يكون لإرادة المشرف الدور البارز في الحالة الثانية و يحدث غالبا بين قانونية أحدهما قديم ملغى و الآخر جديد ساري المفعول⁴.

المطلب الثاني: المجال القانوني للتنازع المتغير (النطاق):

لغرض تحديد مجال التنازع المتغير لا بد من تحديد الحالات التي يمكن من خلالها أن ينشأ هذا النوع من التنازع، و التي يمكن تصورها إما عن طريق تحرك أو تغير ظروف الإسناد في حالة تغير جنسية الشخص ، أو أن يكون متعلقا بالتنازع الناشئ عن تبدل السيادة في الإقليم أو الدولة .

¹ - يونس صلاح الدين علي، المرجع السابق، ص 224.

² - يونس صلاح الدين علي، المرجع نفسه، ص 224

³ - عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، منشورات جامعة المنصورة ، القاهرة، 2009 ، ص138.

⁴ - - يونس صلاح الدين علي، المرجع نفسه، ص 226.

أولاً- حالة تغير ظروف الإسناد:

إن التنازع المتغير لا يمكن تصوره إلى مع ضوابط (ظروف) الإسناد المتغيرة أو القابلة للحركة في قاعدة الإسناد، كما في الوضع الذي يكون فيه ظرف الإسناد مركزاً زمنياً يحدد فيه المشرع في صلب قاعدة التنازع اللحظة الزمانية الذي يعتد فيها بظرف الإسناد الوارد في هذه القاعدة¹.

هذا و يحصر الفقه الغالب نطاق التنازع المتغير في فرضين: يتمثل أولهما في تغير القانون الشخصي بتغير الجنسية أو الموطن أما ثانيهما فيتمثل في تغير موقع المنقول بوصفه ضابطاً للإسناد في مجال النظام العيني للمنقولات المادية. و لكن رغم ذلك يبقى ضابط الدين - باعتباره ضابط إسناد مهم و مؤثر في مواضيع التنازع - أثره في تغيير القانون الواجب التطبيق في حال تغيره .

ثانياً- التنازع الناشئ عن تبدل السيادة (الضم أو الإلحاق):

يتحقق هذا النوع من التنازع نتيجة أسباب عدة كظهور دول جديدة بسبب انفصال أقاليمها أو تقسيم الدول أو بسبب انتقال إقليم في دولة مستقلة إلى سيادة دولة أخرى جديدة.

و أمام هذه الحالات و غيرها تترتب آثار قانونية هامة منها ما يتعلق بالجنسية و المركز القانوني للشخص، و بصفة عامة جميع الآثار و المشاكل التي يثيرها تبدل السيادة في الإقليم و توالي القوانين و تعاقبها تبعاً لذلك.

ثالثاً- التنازع المتغير في تغير جنسية الشخص المعنوي:

هذه الحالة مازالت محل خلاف بين الفقهاء، بين من يستبعدونها من مجال التنازع المتغير و بين من يؤيد إدراجها ضمن نطاقه².

وأياً كان وجه الخلاف فإن تغيير الشخص المعنوي لجنسيته بنقل مركز إدارته الرئيسي من دولة لأخرى من شأنه أن يقطع بشكل نهائي صلته بقانون دولة المركز القديم.

من ناحية أخرى هناك بعض قواعد الإسناد التي تكون ثابتة و غير قابلة لتغيير ضوابط الإسناد فيها، حيث لا يتصور أن تكون محلاً للتنازع المتحرك¹، مثلما هو عليه الحال في نص المادة 17 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري النافذ.

¹- مثلاً أورته المادة 12 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري النافذ "....قانون الزوج وقت انعقاد الزواج" و

المادة 13 مكرر "... قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل " الخ .

²- يراجع في آراء الفقه القانون حول هذه المسألة : كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 104.

المبحث الثاني: تطبيقات التنازع المتغير في العلاقات الخاصة الدولية و الحلول المقترحة لفضه.

كما أسلفنا القول فإن نطاق التنازع المتغير ينحصر في غالب الأحيان في حالة تغير النظام الشخصي في نطاق الأحوال الشخصية ، و بالتالي سنحاول أن نسلط الضوء في هذا المبحث عن المسائل و المشاكل القانونية المرتبطة بعلاقات الزواج المختلط، و التي تثار على إثر تغير القانون الشخصي الناجم عن تغيير ظروف الإسناد في علاقة الزواج كالجنسية أو الموطن أو الدين- عند بعض الدول -

المطلب الأول: تطبيقات التنازع المتغير في قواعد الإسناد الجزائرية:

إن مسائل العلاقات الخاصة الدولية التي تثير التنازع المتغير كثيرة و متنوعة، لذلك لجأ المشرع الجزائري لإجراء المفاضلة بين القوانين المتنازعة، محاولا حل مشكل التنازع المتحرك بتعدد العامل الزمني أو الوقت الذي يجب الاعتداد فيه بظرف الإسناد المكاني.

و عليه سنحاول أن نتعرض فيما يلي لأهم الحالات التي عالجها المشرع الجزائري ، و أفرد لها حولا في قواعد التنازع الواردة في القانون المدني :

أولا- الأهلية:

تعتبر الأهلية من أهم مواد الأحوال الشخصية ، لذلك اختلفت النظم القانونية بشأن عوامل تحديدها، و ليس أدل على ذلك من اختلاف سن الرشد في النظم القانونية المختلفة²، و في هذا الصدد نجد أن المادة 10 من القانون المدني الجزائري أوردت قاعدة عامة بشأنها بنصها على أنه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"

وعليه فإن أهلية الزواج تخضع لقانون جنسية الشخص، و هذا الأخير هو الذي يحدد سن الرشد اللازم لبلوغها، و عوارضها و أسباب فقدانها و آثارها... الخ، إلا أن الملاحظ على نص 10 سالف الذكر أنها لم تحدد التاريخ أو اللحظة الزمنية أو المكانية التي يجب أن يعتد بها أو ينظر فيها للقانون الوطني للشخص، و بالتالي فهي لا تعالج مسألة القانون الواجب التطبيق في حالة تغيرها ضابط الإسناد، كون

¹ - عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ط06، القاهرة، 1972، ص 548. و ينظر في نفس المعنى: علي عدنان علي، أثر التغيير في قواعد الإسناد على القانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان ، الأردن، 2020، ص 44.

²- حددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد ب 19 سنة كاملة.

الأهلية تثير مسألة التنازع المتغير في حال تغير جنسية الشخص سواء كان كامل الأهلية أو عديمها أو ناقصها... الخ، و هو ما يثير التساؤل بشأن توزيع الاختصاص بين القانونين المتتابعين. و في هذا الصدد اختلفت الآراء الفقهية بشأن ذلك ، حيث رأى الفقيه بارتان " بأن القانون المختص في الزمان في مجال الأهلية يتحدد انطلاقا من تاريخ إجراء التصرف القانوني ، ففي هذا التاريخ تكون للمتطلبات الحمائية للإرادة صفة التدخل ... و ذلك يرجع إلى اختصاص قانون الأحوال الشخصية الحالي".¹

و في رأي مخالف للرأي السابق يرى البعض أن من كان بالغاً لسن الرشد يصبح حائزاً لحق مكتسب و يبقى محتفظاً بحق الاستفادة منه في الحالة التي يكون فيها القانون الشخصي يتطلب سن بلوغ أعلى من ذلك.²

و بين هذه التجاذبات اتجه القضاء الفرنسي إلى الأخذ بقانون الجنسية الجديدة³، بالإضافة إلى القانون المدني للبراغواي لسنة 1987 في مادته 13 ، و القضاء المغربي و القضاء العراقي... الخ، و هي كلها نصوص و اجتهادات تفيد بأن العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق تكون بجنسية الشخص وقت انعقاد التصرف (الزواج).

ثانياً - انعقاد الزواج المختلط و انحلاله :

يجب لكي ينعقد صحيحاً أن تتوفر فيه شروط موضوعية و أخرى شكلية⁴، و يختلف القانون المطبق في الحالة الأولى عنه في الحالة الثانية، كما يعتبر الزواج مدنياً في دول و دينياً في دول أخرى ، و لهذا تبدو أهمية البحث عن القانون الواجب التطبيق في حال تغيير القانون الشخصي للزوجين و ظهور مشكلة التنازع المتغير ، خاصة في وقتنا الحالي الذي سهل فيه تغيير الجنسية و الموطن.

¹ - F. Rrigaux ; Droit international privé , LGD, paris, 1998 , p 378.

² - مشار إليه في مؤلف: محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، دار المطالِب، الاسكندرية، ب س، ص 365.

³ - في قضية عرضت على محكمة النقض الفرنسية و التي تتلخص وقائعها في أن " شخص نمساوي كان موضوع تحت الوصاية القانونية في فرنسا بسبب إسرافه، و لكن بعد ذلك حصل على الجنسية الأمريكية ، و هنا قالت المحكمة " ابتداءً من هذه اللحظة فإن هذا الشخص يمكن له استعادة أهليته الكاملة لأنه وضع نفسه طوعاً تحت تصرف القوانين الأمريكية التي تجهل قوانينها مثل هذا المنع." مشار إليه في مؤلف: كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 271.

⁴ - يدخل ضمن الشروط الموضوعية لصحة الزواج طبقاً للقانون الجزائري : رضا الزوجين و موافقة الولي و شاهدان و صداق و تخلف الموانع الشرعية ، أما طرق إظهار الزواج و اعلانه للغير و اثباته فيدخل في الشكل.

و طبقا للقانون الجزائري فإنه " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين "¹، هذا الأخير ثارت بشأنه العديد من المناقشات الفقهية التي تتعلق بكيفية إجراء تطبيق جنسية الزوجين في حال اختلافهما - التطبيق الموزع أم الجامع - و كذلك بالوقت الذي يعتد فيه بقانون جنسية كل من الزوجين.

و ما يهمننا في بحثنا هو هذه الإشكالية الأخيرة ، أي هل يطبق القانون السابق - أي وقت انعقاد العقد- أو القانون اللاحق إذا ما تغيرت جنسيتهم معا أو جنسية أحدهما دون الآخر.

و قد اتجه الفقه في شأن ذلك إلى اتجاهين مختلفين، ذهب أولهما إلى القول بأن العبرة بتطبيق القانونين الساريين على الزوجين وقت إبرام الزواج ، أخذا بذلك بنظرية الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة ، أما الإتجاه الثاني - على قلته - فقد ذهب للقول بضرورة تطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد لحل التنازع المتغير في مجال الشروط الموضوعية للزواج.

و عليه فإنه طبقا للقانون الجزائري يطبق جنسية الزوجين وقت إبرام الزواج و يحتفظ الزواج بصحته و لا يتأثر فيها بعد ذلك إذا غير أحد الزوجين جنسيته لاحقا أخذا بالاتجاه الأول ، و لكن يبقى أن نشير باختصاص القانون الجزائري وحده متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت إبرام الزواج إعمالا لنص المادة 13 من القانون المدني الجزائري النافذ، و هي المادة التي أخذها المشرع الجزائري كحل لمواجهة بعض الحالات العملية التي يكون الزواج صحيحا طبقا للقانون الجزائري و باطلا طبقا للقانون الأجنبي، و بالتالي فإن هذا الإستثناء يسري متى كان أحد الزوجين جزائريا عند إبرام الزواج و لو غير الزوج أو الزوجة جنسيته فيما بعد.

أما بالنسبة للشروط الشكلية فيكاد يجمع الفقه الغالب في القانون الدولي الخاص بأن التنازع الدولي للقوانين من حيث الزمان المتعلق بالشروط الشكلية لا يتمخض عنه أي تنازع متغير² ، بالرغم من الإختلاف الممكن توقعه في تكييف هذه الشروط و طبيعتها.

كما أخضع المشرع الجزائري انحلال الزواج - بأوجهه المختلفة- لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى³، و هذا بموجب المادة 12 فقرة 02 من القانون المدني، بينما يبقى الطرف الوطني خاضعا لنفس

¹ - يراجع نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري النافذ.

² - كريم مزعل شبي، المرجع السابق ، ص 278.

³ - في ذلك تأكيد لما جاء في قانون الأسرة رقم 05-02 الذي يعتد بالطلاق المثبت بموجب حكم قضائي و ليس لمجرد التلفظ بلفظ الطلاق ،وفق ما جاء في نص المادة 49 منه

الامتياز الذي أقرته المادة 13 من القانون المدني بخصوص تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد طرفي العلاقة جزائريا وقت انعقاد الزواج.

ثالثا - الآثار الشخصية و المالية للزواج المختلط:

تتجه أغلب القوانين الغربية و العربية إلى إخضاع آثار الزواج المختلط لقانون جنسية الزوج باعتباره رب الأسرة، و بالتالي فإن تغيير جنسية الزوج وحدها التي بإمكانها أن تثير التنازع المتغير بشأن آثار الزواج المختلط، فكلما أراد الزوج تغيير الجنسية كان لنا أن نتساءل عن إمكانية بقاء آثار الزواج خاضعة للنظام القديم أم للنظام الجديد.

لقد حسم المشرع الجزائري هذه المسألة بمقتضى المادة 12 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري ، بنصه على انه " يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج." و استثناء من هذا الأصل يطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج مثلما أشارت إليه المادة 13 من نفس القانون .

إذن و بمقتضى المادتين سالفتي الذكر نلاحظ بأن المشرع الوطني قد حل مشكل التنازع المتغير بتفضيله قانون جنسية الزوج وقت إبرام الزواج، رغم ما يكتنف هذا التوجه من صعوبات خاصة في الفرض الذي قد يجري فيه تعديل لاحق يطرأ على هذا القانون و الذي بموجبه يقر حقوق إضافية أو يفرض التزامات جديدة أو ينقص مما ورد في القانون السابق، و هو ما يقتضي أن يكون لهذا التعديل أثر فوري على رابطة الزوجية من تاريخ سريانه، على اعتبار أن آثار الزواج تتوقف على القانون المطبق و ليس على تاريخ الزواج¹، و في هذا الصدد يميل الفقه و القضاء الفرنسيان إلى تطبيق القانون الجديد مادام تغيير الجنسية لم يحصل بقصد الغش، و العكس صحيح².

رابعا - النسب:

تقضي المادة 13 مكرر من القانون المدني الجزائري بأنه " يسري على النسب و الاعتراف به و إنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل

و في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة"

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد سار على شاكلة قوانين غالبية الدول التي أخذت بقانون الأب وقت ميلاد الطفل بغض النظر عن أي تغييرات لاحقة أو سابقة لجنسية الولد أو الأب.

¹ - الطيب زروتي، المرجع السابق ، ص 171.

² - الطيب زروتي، المرجع نفسه ، ص 172

خامسا - الميراث و الوصية:

اعتمد المشرع الجزائري في نص المادة 16 فقرة أولى من القانون المدني على تركيز ضابط الإسناد بوقت معين و اعتد بقانون هذا الوقت دون غيره ، حيث أخضع الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت لقانون جنسية الهالك أو الموصي وقت موته كما أضاف المشرع فقرة أخرى لذات المادة تخص الهبة و الوقف، و اللتين تخضعان بدورهما لقانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما.

سادسا - المنقول المادي:

أخضعته المادة 17 فقرة 03 من القانون المدني لقانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى

سابعا - الأموال المعنوية:

نصت المادة 17 مكرر من القانون المدني على خضوع الأموال المعنوية لقانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحياة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها.

المطلب الثاني: الحلول الفقهية المقترحة لحل مشكل التنازع المتغير:

أثارت مشكلة التنازع المتحرك خلافا كبيرا وتعدد في الآراء سواء من جانب الفقه أو القضاء، فبعض الفقه اعتبر أن مشكلة التنازع المتحرك هي كالتنازع الزمني وبالتالي اقترح حولا مشابهة لحلول التنازع الزمني، في حين اتخذ فقه آخر موقفا مخالفا للأول من خلال معاملة المشكلة بشكل مستقل عن التنازع الزمني وإيجاد حلول مستقلة لهذا النوع من التنازع¹.

تعد الحلول الفقهية الحلول العامة و الرئيسية لحل مشكل التنازع المتغير، حيث تعدد النظريات و اختلفت التسميات بشأنها، ووقف من خلالها الفقه على ثلاث نظريات تعد الأكثر شيوعا نوردتها تباعا :

أولا- نظرية الاحترام الدولي للحقوق المكتسبة (Billet):

و تعني أن الحق متى اكتسب في دولة وفقا للقانون المختص وجب الاعتراف بوجوده و صحته في الدول الأخرى دون أن يثير ذلك تنازعا بين القوانين، لأن التنازع لا يثير إلا عند الاحتجاج به، أي بمعنى أن العلاقة القانونية تبقى خاضعة في المستقبل طبقا للقانون الذي كانت قد نشأت في ظله . و يرى أنصار هذا المذهب أنه إذا اكتسب الحق اكتسابا صحيحا طبقا لقانون مختص، ينبغي أن يكون له قوة نفاذ دولية حتى يتمتع بالحصانة و الأمان في الخارج، و إلا ظل مهددا بالزوال بمجرد تجاوز

¹ - علي عدنان علي، المرجع السابق، ص 45

الحدود السياسية¹، و ينهض هذا الاعتبار على حاجة المعاملات الدولية الخاصة للاستقرار و إلى مبدأ المجاملة و مبادئ القانون الدولي العام التي تفرض على الدولة أن تحترم سيادة باقي الدول الأخرى. و طبقا لهذا الإتجاه ، متى اكتسب الشخص حقا اكتسابا قانونيا صحيحا طبقا لقانون دولته، وجب أن يُحترم في كل الدول حتى لو انتقل إلى بلد لا يعترف قانونه بهذا الحق، على أساس أنه يجب التفرقة بين نشوء الحق و بين نفاذه ، لأنه كثيرا ما يكون إنشاء الحق في بلد ما مستحيلا و لكن نفاذه يكون ممكنا².

ومع ذلك هناك من رفض هذا التوجه السابق لأنه يهدم فكرة الحقوق المكتسبة و يتناقض مع معناها، لهذا قام الفقيه الفرنسي نيبوايه بتعديل هذه النظرية قليلا و سماها بالنفاذ الدولي للحقوق، أين تمسك باحترام الحق المكتسب وفقا لقواعد التنازع في البلد الذي نشأ فيه فقط متى ثبت بموجب قواعد الإسناد في دولة القاضي بأنه غير مختص³

ثانيا - نظرية تطبيق الأثر الفوري للقانون الجديد (قياس التنازع المتغير على التنازع الزمني):

بعد الانتقادات العديدة التي وجهت للنظري السابقة اتجه جانب من الفقه المعاصر إلى قياس التنازع المتغير على التنازع الزمني⁴، على اعتبار أن حل مشكلة التنازع المتغير مسألة متعلقة بتحديد نطاق تطبيق القوانين من حيث الزمان، أي وضع حد فاصل بين تطبيق القانون القديم و بداية تطبيق نطاق القانون الجديد.

و بمقتضى هذا الحل أن يكون للقانون الجديد أثر فوري، بشكل يفضي إلى وحدة التشريع في الدولة، لأن المفروض في القانون الجديد أنه أحسن من سابقه.

و مع ذلك فقد وجهت لهذا الرأي الكثير من الانتقادات، بداعي أن قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني قياس مع الفارق⁵، فما دام أن التنازع الزمني صادر من نفس الجهة التشريعية فهذا يعني أن القانونيين على قدم المساواة، فتتخسر المسألة في تعيين نطاق تطبيقيهما بناء على معيار عام مجرد،

¹ - الطيب زروتي، المرجع السابق ، ص 128..

² - علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005، ص

126.

³ - علي علي سليمان ، المرجع نفسه، ص 126.

⁴ - و هذا على الرغم من الاختلاف الموجود بينهما ما دام أن التنازع الزمني يصدر عن مشروع واحد كما أنه في ظله يلغي القانون الجديد القانون القديم أو يحل محله، كما يستطيع المشرع أن يجعل للقانون الجديد أثرا رجعيا أو للقانون القديم أثرا ممتدا ، و هو ما لا يمكن أن نتصوره في حال التنازع المتغير .

⁵ - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 452.

على عكس لو صدر القانونيين من جهتين مختلفتين فذا يجعلهما في حالة عدم مساواة و يدعو الوضع للمفاضلة بينهما، و بالتالي لا فائدة من التقيد مقدما بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.

ثالثاً - نظرية استقرار النظم القانونية (Bartin):

تقوم هذه النظرية على عدم التقيد - بوجه عام - بمعايير عامة يتم تحديدها مقدما أو بصفة مسبقة لمعالجة مشكل التنازع المتغير ، بل على ضرورة النظر في كل حالة على حدى بقصد اختيار أنسب القوانين أو القانون المختص طبقا لطبيعة النظام القانوني الذي تتدرج في نطاقه العلاقة محل النزاع، و هذا ما لا يتأتى إلا بتحديد القانون المختص في الزمان و المكان، و بتحليل الهدف الذي ترمي إليه القاعدة القانونية و تأمين أكبر قدر من الاستقرار للمعاملات¹

إن أساس الحل الذي انتهى إليه الفقيه بارتان يركز على تقدير ظرف إسناد تكميلي أو إضافي من خلال البحث عن اللحظة التي يؤخذ فيها هذا الظرف بعين الاعتبار لتحديد القانون المختص من حيث المكان فقط².

الخاتمة:

يُعد موضوع التنازع المتغير أو المتحرك من المواضيع الدقيقة التي تثير إشكالات عملية في مرحلة تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن العلاقات الخاصة المشوبة بعنصر أجنبي خصوصا في مجال الأحوال الشخصية.

إن الحلول الفقهية و التشريعية التي تتضمنها قواعد الإسناد الوطنية تعتمد على تركيز ضابط أو ظرف الإسناد و الفكرة المسندة من الناحية الزمنية، عن طريق تعيين وقت الاعتداد بالقانون المختص مقدما و بصفة قطعية، و تساهم في ثبات الحلول و استقرارها

و منه أمكننا القول بأنه في غير الحالات التي قرر المشرع بشأنها حلولاً للتنازع المتغير لا توجد قاعدة إسناد خاصة بحله على باقي الحالات، و إنما يقع الحسم في المسألة عن طريق تفسير قاعدة الإسناد الأصلية بشأن العلاقة، و أن حل هذه المسألة يشكل ضرورة أولية لإعمال قواعد إسناد تتحدد بواسطتها طريقة إعمالها، شأنها في ذلك شأن التكييف و الإحالة، و تقع في نطاق تفسير هذه القواعد.

و من أجل تفادي الإشكالات الناجمة عن التنازع المتحرك نقترح:

¹ - سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط01، دار العلوم العربية للنشر، لبنان، 1994، ص 294.

² - كريم مزعل شبي، المرجع السابق، ص 165.

- على القاضي النظر في كل حالة على حدى عند بحثه عن حلول لمشكل التنازع المتحرك، و عدم التقيد بمبدأ عام أو قاعدة عامة تسري على كل الحالات المعروضة.
- إمكانية العمل بمبدأ المفاضلة و الملائمة بين القوانين المتنازعة، من أجل اختيار أنسب القوانين التي تتلائم مع الضابط المختار من قبل المشرع.
- على المشرع الوطني العمل على تحديد الوقت المناسب لتطبيق قاعدة التنازع في الحالات التي قد يثور بشأنها مشكل التنازع المتحرك، و عدم الاكتصار على ذكر القانون المختص فقط.

قائمة المصادر و المراجع:

أولاً- النصوص القانونية:

- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 صادرة في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.
- الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فبراير 2005، المعدل و المتمم للقانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005

ثانياً- الكتب:

- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، مطبعة الفسيطة ، الجزائر ، 2010.
- سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، ط01 ، دار العلوم العربية للنشر ، لبنان، 1994.
- كريم مزعل شبي ، التنازع المتغير و أثره في القانون الواجب التطبيق، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2017.
- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ط06، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972.
- علي علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005.
- يونس صلاح الدين علي، القانون الدولي الخاص، ط01، منشورات منشورات زين الحقوقية و الأدبية، 2016
- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 2006.
- محمد عبد الخالق عمر، القانون الليبي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ب س.
- Bernard Audit, Droit international privé, 3eme édition, Economica, paris, 2000

-F. Rrigaux ; Droit international privé , LGDJ, paris, 1998

ثالثا - الرسائل و المذكرات:

- علي عدنان علي، أثر التغيير في قواعد الإسناد على القانون الواجب التطبيق (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان ، الأردن، 2020.

رابعا - المقالات:

- قطيشات خلدون سعيد، تغيير ضابط الإسناد لغاية غير مشروعة وأثره في تحديد القانون واجب التطبيق، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الأردن، 2011.

