التنازع الانتقالي الناشىء عن تغيير قواعد الإسناد

إعداد
هيمن فاضل أحمد

أولاً: مقدمة

تعرف قاعدة الإسناد بأنها القاعدة القانونية التي ترشد القاضي إلى القانون الواجب تطبيقه على الروابط القانونية التي تتضمن عنصراً أجنبياً من عناصرها[١]، وكما هو الشأن بالنسبة لجميع القواعد القانونية الوضعية تخضع قواعد الإسناد للتغيير والتعديل والتبديل الشيء الذي يفضي إلى حلول قاعدة إسناد جديدة محل قاعدة الإسناد القديمة فينشأ بسبب ذلك تنازع انتقالي بين القاعدتين المذكورتين، ويصح القول السابق سواء بالنسبة لقواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع أو بالنسبة لقواعد الإسناد المعمولة بها في القانون الأجنبي المختص بموجب قانون القاضي.

إذاً فإن علينا أن نتكلم في البداية عن التنازع الانتقالي الناشئ عن التعاقب الزمني بين قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي في المطلب الأول، ومن ثم الحديث عن التنازع الانتقالي الناشئ عن التعاقب الزمني لقواعد الإسناد الأجنبية المقررة بمقتضى قانون القاضي.

كانت حالات التنازع الإنتقالي بين قواعد الإسنادالى نهاية النصف الأول من القرن الماضي قليلة ونادرة، إلا أنه بعد هذه الفترة عقب صدور العديد من التقنينات المدنية التى تضمنت قواعد الإسناد الجديدة مغايرة لما كانت سائدة قبلها كاستخدام ضابط الجنسية بديلا لضابط الموطن، قصد تحديد القانون واجب التطبيق على حالة وأهلية الأفراد.

وبعد التاريخ المذكور تواترت حالات التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد الوطنية نتيجة صدور كثير من التقنينات الوضعية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص التى تقرر فيها تعديل قواعد الإسناد التي كان معمولا بها من قبل.

وكذالك الحال بالنسبة للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الأجنبية ولهذا رأينا من الضرورى إجراء هذه الدراسة لمعالجة حالات التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد التى قد تحدث فى المستقبل.

---

[١] صوفي حسن أبو طالب ،الوجيز في قانون الدولي الخاص في القانونين المصري واللبناني ،ج ١ دار النهضة العربية بيروت، سنة ١٩٧٢، ص ٥٥ و ص ٥٦.

أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ١، المطبعة الأمنية بالرباط، سنة ١٩٩٣، ص ٣٢.

ثالثا : أسئلة الدراسة

تثير هذه الدراسة العديد من الأسئلة:

١- ماهي الحلول الفقهية المقترحة لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ؟
٢- ماهى طرق ووسائل المعالجة المتبعة من قبل الاجتهاد القضائي للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ؟
٣- ماهى أبرز الحلول الوضعية لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ؟
٤- ماهى الاستثناءات التي ترد على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة ؟
٥- هل يمكن حدوث التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص؟
٦- ماهي أبرز النظريات التي ظهرت لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية الأجنبية؟ وهل نجحوا جميعا في حل التنازع الانتقالي ؟ وماهى الحلول الأنسب المتبعة فى الوقت الراهن لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية منها والأجنبية؟

رابعا : أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى التعرف أولا على التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية منها والأجنبية، والتمييز بينهما، وكذلك معرفة نطاقها من الناحية الزمنية والمكانية وتشخيص المشكلة التي نحن بصددها، وهى التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد وتيسير مهمة القاضي فى معرض تصديه للحكم في القضية المعروضة عليه والمشتملة على عنصر الأجنبي، و يتضمن فى ثناياه تنازعا انتقاليا بين قواعد الإسناد، وبالإضافة إلى ما تقدم ذكره، تهدف الدراسة إلى التوصل لصياغة قانونية فنية دقيقة للتنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد، تصبح متبعة من قبل قاضي النزاع.

خامسا : مشكلة الدراسة

١- ندرة المصادر من الكتب التى أعدت فى هذا المجال وكذلك البحوث العلمية فى هذا الصدد قليلة جداً.
٢- صعوبة الحصول على أحكام قضائية متعلقة بموضوع الدراسة وتبعثرها، مما يتطلب جهدا كبيرا ومضنيا فى سبيل لم شملها والاستفادة منها فى بحثنا والاستئناس بها .
٣- صعوبة الترجمة بالنسبة للمصادر الأجنبية بالإضافة إلى عدم دقة مصادر الترجمة.
٤- التكاليف الباهظة في سبيل الحصول على هذه المصادر النادرة.

سادساً : منهج الدراسة

تقوم منهجية البحث في هذه الدراسة على اتباع المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، وذلك لعرض مشكلة التنازع الانتقالي واستعراض النظريات الفقهية وتحليلها، وبيان مساوئ النظريات والانتقادات التي وجهت إلى كل نظرية، وبيان محاسن النظريات ومدى صلاحيتها للأخذ بها في معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، وبيان دور المحاكم وتوجهاتها في حل التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، وقد أجرينا المقارنة بين القانون الفرنسي والمصري بغرض الوقوف على موقف سليم وصائب للمعالجات المستقبلية للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد من قبل المشرعين العرب.

سابعاً: أدوات الدراسة

أ/ القوانين والتشريعات

ب/ الكتب العلمية

ج/ الدراسات والبحوث السابقة التي أعدت في نفس المجال

د/ الرسائل العلمية

ثامناً: خطة الدراسة

سنتناول في هذ البحث الحديث عن الخطوط المتبعة في الدراسة على النحو الآتي:

*** مقدمة**

المطلب الأول:التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد الوطنية

الفرع الأول:الحلول الفقهية المقترحة لمعالجة التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد الوطنية

الفرع الثاني:الحلول الوضعية لمعالجة التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد الوطنية

الفرع الثالث: معالجة الاجتهاد القضائي للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الجديدة

الفرع الرابع:الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة

المطلب الثاني:التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة فى القانون الأجنبى المختص

الخاتمة

المطلب الأول

التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

يثور التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي عندما يتبين للأخير أنه في مواجهة رابطة قانونية مشتملة على عنصر أجنبي نشأت خلال فترة زمنية كان العمل جارياً فيها بقاعدة إسناد معينة وفي تاريخ عرض النزاع بخصوص الرابطة المذكورة آنفاً على القضاء تبين أن قاعدة الإسناد المشار إليها قد ألغيت وحل محلها قاعدة إسناد جديدة تقضي بخلاف ما كان منصوصاً عليها في قاعدة الإسناد السابقة الملغاة[١].

وفي مثل هذه الحالة يثور التساؤل عن ما إذا كان يجب تطبيق قاعدة الإسناد السابقة على اعتبار أن الرابطة القانونية نشأت في ظلها أم أن الأمر يوجب إعمال قاعدة الإسناد الجديدة تأسيساً على أن النزاع حول الرابطة المذكورة إنما نشأ في تاريخ لم يعد فيه للقاعدة السابقة أية سلطان أو نفوذ.[٢] بمعنى أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية يتطلب تحديد نطاق سريان من حيث الزمان بالنسبة لكل قاعدة من قاعدتي الإسناد المتعاقبتين داخل دولة معينة[٣]، وبيان كيفية توزيع الاختصاص من الناحية الزمنية بين القاعدتين المذكورتين[٤].

وقد كانت حالات التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية قليلة ونادرة الحصول إلى حدود نهاية النصف الأول من القرن الماضي حيث اقتصرت على حالات التنازع التي حدثت في فرنسا بعد صدور التقنين المدني ١٨٠٤ وفي ألمانيا نشأ هذا النوع من التنازع بعد أن دخل التقنين المدني حيز التنفيذ عام ١٩٠٠ إذ أن المقنن في الدولتين المذكورتين قد استبدلا معيار الموطن

---

[١] جاك هيرون ،التطبيق الزمني لقواعد التنازع ،المجلة الانتقاديه للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٧٨، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص ٣٣.

[٢] لوسوارن ويوريل ،القانون الدولي الخاص ،سلسلة دالوز الوجيز، ط١، دالوز– باريس، سنة ١٩٧٨، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٣

[٣] باتيفول و لاكارد ،القانون الدولي الخاص ،ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء، باريس، سنة ١٩٨١، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٣

[٤] إميل تيان، الوجيز في قانون الدولي الخاص، بيروت، سنة ١٩٦٦، فقرة ٤٧ مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٣

بضابط الجنسية، قصد تحديد القانون واجب تطبيقه على حالة وأهلية الأفراد ولكن ابتداءً من النصف الثاني من القرن العشرين تواترت حالات التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية نتيجة لصدور الكثير من التقنينات الوضعية المتعلقة والمتخصصة بالقانون الدولي الخاص التي تضمنت بين قواعدها تعديلات لقواعد الإسناد التي كان العمل بها و جارياً من قبل[١]، وخير مثال على ما سبق ذكره، يمكن الاستدلال بما حصل في فرنسا من تنازع انتقالي بين قواعد الإسناد عن إصدار قانون ٣ يناير سنة ١٩٧٢ المتعلقة بالنسب [٢]، وقانون ١١ يناير سنة ١٩٧٥ الخاص بالطلاق [٣] حيث صار مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد تكتسب أهمية عملية كبيرة إذ نادراً ما نجد حكماً لا تتخذ فيه المحاكم الفرنسية موقفاً معيناً حيال قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق من حيث الزمان.

وتجدر الإشارة إلى أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية لا ينشأ وحسب عن التعديل الذي يطرأ على القواعد السالف ذكرها المستمدة من المصادر الشكلية الداخلية، بل يمكن أن يتولد كذلك عن إبرام معاهدة دولية أو حتى عن التخلي عنها ومثل هذا الشكل من أنواع التنازع الذي يمكن أن ينشأ بسبب تطبيق المعاهدة الفرنسية المغربية المؤرخة ١٠ /٨/سنة ١٩٨١ المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة، وبالتعاون القضائي التي قررت فيها الدولتان تعديل بعض قواعد الإسناد التي كان العمل جارياً بها إلى حين دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، ودون أن يبين واضعوها الكيفية والطريقة لمعالجة التنازع الانتقالي الذي سوف ينجم عن حلول قواعد جديدة محل أخرى قديمة بخصوص علاقات خاصة دولية بين فرنسا والمغرب [٤]، وحل التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية، تباينت المقترحات الفقهية الفرع الأول، وكما اختلفت الحلول الوضعية المقررة في هذا الصدد الفرع الثاني.

---

[١] راجع في هذا نصوص تقنين المذكورة في إبقاء نجيلوس فاسيلاكاكيس ،التوجهات المنهجية الحديثة للقانون الدولي الخاص الصادرة في أوروبا سلسلة مكتبة قانون الدولي الخاص المكتبة العامة للقانون والقضاء، باريس، سنة ١٩٧٨، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص ٣٤

[٢] راجع تفصيلاً جاك فوايي النسب الطبيعي وتغير قانون الواجب التطبيق التنازع المتحرك للقوانين سلسلة مكتبة القانون الدولي الخاص المجلد الأول، دالوز ـ باريس، سنة ١٩٦٤، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص ٣٤

[٣] انظر في هذا الموضوع جاك فوايي دوران ورجوع إلى مصادر القانون الدولي الخاص المادة الجديدة ٣١٠ من التقنين المدني ،المصنف الدوري ١٩٧٦ ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٤

[٤] للمزيد من التفصيلات راجع إدريس الشابي ،إصلاح الطلاق الدولي بفرنسا وأثاره القانونية على الحالة الشخصية للمغاربة المقيمين في فرنسا ،رسالة لنيل دبلوم السلك العالي المدرسة الوطنية للإدارة العمومية الرباط ،١٩٨٣، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٥ . وانظر كذلك كروليش ،فهرس ،دالوز للقانون الدولي ،تنازع القوانين في الزمان ،فقرة ١٦ حيث يشير إلى ما نشأ من تنازع انتقالي بين قواعد

الفرع الأول

الحلول الفقهية المقترحة لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

إن أغلب الباحثين والفقهاء الألمان حاولوا تصدي عقب صدور التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠ إلى دراسة هذا النوع من التنازع الانتقالي الذي ينشأ في مضمار قانون القاضي عن إصدار قوانين جديدة ليحل محل قواعد قديمة وملغاة، إلا أن هذا لا يعني الفقهاء والباحثين في بقية الدول الذين لم يساهموا في هذا الخصوص.

فهناك بعض النظريات الفقهية التي أدلى بها فقهاء إيطاليون وفرنسيون ومن الملاحظ أن مختلف النظريات المقترحة في هذا المضمار كانت كلها تهدف إلى معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد إلا أنها تتباين من حيث النتيجة، فإذا كان البعض يستند إلى ضرورة تطبيق قانون الإسناد الجديد حتى بالنسبة للروابط القانونية الناشئة قبل دخول القاعدة المذكورة حيز النفاذ، فإن آخرون يناشدون بوجوب النظر إلى التنازع الانتقالي الناشئ في حظيرة القانون الدولي الخاص على أنه يمثل فرعاً مستقلاً عن التنازع الانتقالي الذي يقوم في نطاق القانون الداخلي البحت.

هذا في الوقت الذي يعتقد فيه فريق ثالث من الباحثين والفقهاء بأن القواعد المقررة لمعالجة التنازع الانتقالي الداخلي هي التي ينبغي إعمالها بالنسبة للتنازع الانتقالي الناشئ عن تعاقب قواعد الإسناد[١].

أولاً :نظريات التطبيق الفوري المطلق لقواعد الإسناد الجديدة

أ-نظرية(نيدنير) التطبيق الفوري والرجعي لقواعد الإسناد

الإسناد عندما تخلت فرنسا عن اتفاقيات لاهاي لسنة ١٩٠٥ التي كان العمل جارياً بها في نطاق العلاقات الخاصة الدولية بين فرنسا وأسبانيا، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٥

[١] أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مطبعة الجلاء الجديدة، سنة ١٩٩٦، ص ٢٨١ وما بعدها

ا.د.حسن الهداوي وا.د.غالب علي الداودي ،قانون الدولي الخاص تنازع القوانين المرجع السابق ص ٢١٨ وما بعدها

أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط ٣ ، سنة ١٩٩٣، ص ٣٦.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ،ص ٢٨٢ وما بعدها

نادى لفقيه الألماني (نيدنير) بنظرية تتلخص في الآتي:

تعتبر القواعد الهادفة لحل تنازع بين قواعد التي تنضوي تحت لواء القانون العام وإنه من المعلوم أن قواعد القانون العام تسري بأثر مباشر وفوري وبالكيفية الرجعية في نفس الوقت أي في آن واحد، ومن هنا نلاحظ من ناحية أن الفقيه نيدنير يعتبر قواعد الإسناد من بين القواعد التي تدخل في نطاق القانون العام تأسيساً على أنها تستهدف تحديد دائرة السلطة التشريعية للدولة، كما أنها كذلك ترمي إلى معالجة المنازعات بين سيادات مختلفة ومن جهة ثانية.

يستنتج نيدنير من الاعتبار السابق أن قواعد الإسناد ينبغي أن تطبق بشأنه قواعد القانون الانتقالي الواجب التطبيق على النصوص التشريعية التي تنتمي إلى فئة القانون العام وبناءً على هذا لا يعتقد نيدنير أن النصوص المذكورة تطبق بصفة رجعية وبكيفية فورية[١]، ويعني أن القوانين القديمة منذ إلغائها يتعين اعتبارها ملغاة بشكل نهائي فلا يمكن الإسناد إليها في أي حال من الأحوال [٢].

وإذا ما أردنا فهم مضمون نظرية نيدنير على أكمل وجه كان لزاماً علينا أن نرجع إلى الخلفية التاريخية التي صاغ فيها نيدنير تصوراته بهذا الخصوص وانضم إليه الكثير من الفقهاء والباحثين المعاصرين فمن الواضح أن الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص الألماني قد جاء النص عليها في المواد من المادة ٧ /إلى المادة ٣١ من قانون إصدار التقنين المدني الألماني وأن الأحكام الخاصة بالتنازع الانتقالي قد ورد في المواد من المادة ١٥٣ /إلى المادة ٢١٨ من التقنين السالف ذكره [٣]، وقد كان المشكل الذي ثار وقتئذ يتعلق بتحديد ما إذا كانت القواعد الانتقالية الخاصة المذكورة تعد واجبة التطبيق سواء بالنسبة للأحكام المادية المنصوص عليها في التقنين المدني الألماني أو بالنسبة لقواعد الإسناد الواردة فيها.

---

[١] وتأسيساً على ذلك لا يجوز للقاضي أن يطبق أي قاعدة أخرى سوى القاعدة الجارية بها العمل وقت التي بين فيها باستثناء ما إذا كانت هناك أحكام تشريعية صريحة تنص على خلاف ذالك، راجع فهرست لبراديل و نيبوايي للقانون الدولي، ج ٤ ،تحت عبارة تنازع القوانين في الزمان، فقرة ٣٤، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٨

[٢] راجع روبيه ،القانون الانتقالي ،(تنازع القوانين في الزمان)،ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، فقرة ١٠٧، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٨

[٣] راجع نصوص التقنين الألماني الترجمة الفرنسية له المتعلقة بهذا الموضوع ،روبيه ،المرجع السابق، فقرة ٢٨، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٨

ومن ثم فإن حل التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد تتم إما بالتطبيق المباشر لقواعد الإسناد المنصوص عليها في التقنين المدني الألماني المذكور وإما بمساعدة القواعد الانتقالية المقررة في القانون الآنف ذكره، أي إخضاع قواعد الإسناد التي هي عبارة عن قواعد لمعالجة تنازع القوانين من حيث المكان للقواعد الانتقالية من حيث الزمان[١]، وخلافاً لأغلبية الفقهاء والباحثين يقرر نيدنير أنه ينبغي الرجوع أولاً وقبل كل شيء إلى قواعد القانون الدولي الخاص، على أساس أن المشاكل الناجمة عن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد يتعين أن تعالج عن طريق التطبيق الفوري والمباشر للقوانين الجديدة الواردة النص عليها في المواد ٧ وما بعدها من التقنين المدني الألماني.

أما القواعد المتعلقة بالتنازع الانتقالي والمقررة في المواد ١٥٣ /وما بعدها من التقنين الذي سبق ذكره فيمكن تطبيقها فيما بعد عندما يجعل قواعد الإسناد الجديدة الاختصاص معقوداً للقانون المادي الألماني وقد تبين لنا أن السبب الجوهري الذي جعل نيدنير يقرر أولوية تطبيق قواعد الإسناد يكمن في اعتبار القواعد المذكورة في تصور نيدنير من قواعد القانون العام، حيث يرى أنها تتميز بكونها ذات تطبيق فوري يسري على جميع القضايا الجارية والمستقبلية[٢].

وبالتالي فإن القواعد العامة الجديدة تحل بصورة نهائية محل القواعد القديمة إذ تزيلها وتعدمها وتجردها من كل إمكانية قد تسمح النظر إليها بوصفها سند في الدعوى ولا شك أن النقاش[٣] الذي أرسى دعائمه الفقيه(نيدنير) يقتضي بحث الفكرة التي تضمنتها من جهتين أولهما تحديد طبيعة قواعد الإسناد، والثانية فتتعلق بكيفية تطبيق القواعد المذكورة من حيث الزمان، لعل أول ما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام هو أن نظرية نيدنير كان لها الفضل في تنبيه الأذهان

---

[١] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٣٨، وايضا انظر ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق،ص ٢٨٣ وما بعدها، ا.د.هشام خالد ، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١، ص ٤٢ وما بعدها.

أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مطبعة الجلاء الجديدة، سنة ١٩٩٦، ص ٢٨١ وما بعدها

[٢] وهذا هو التطبيق الرجعي في الحقيقة كما أشار إليه روبيه ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٩

[٣] راجع في هذا روبيه، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، وكذلك راجع كرستيان كفالدا ، باتيفول و لاكارد، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٣٩

إلى الطبيعة التي تصطبغ بها قواعد الإسناد وبيان ما إذا كانت تنتمي إلى دائرة قانون العام، أم تنتسب إلى مضمار القانون الخاص.

ومن الجدير بالذكر أنه يتجه فريق من الفقهاء إلى اعتبار قواعد الإسناد جزءً من القانون العام، على أساس أن وظيفة القواعد المذكورة تتمثل في توزيع الاختصاص التشريعي بين الدول ومعالجة التنازع القائم بين القوانين الصادر عنها فهو تنازع بين السيادات [١] على حد زعمه، إلا أن هذا التصور لطبيعة قواعد الإسناد غير قابل للقبول في الوقت الحاضر ذلك اعتباراً أن القواعد المشار إليها لا تضع حلاً للتنازع بين القوانين بوصفه تنازعاً بين السيادات، بل تنحصر مهمتها في تقرير الحل العادل أو الملائم بحسب ما يراه المشرع الوطني للنزاع الذي ثار بصدد العلاقة القانونية المشتملة على عنصر أجنبي[٢].

وتأسيساً على ذلك تندرج قواعد الإسناد في نطاق القانون الخاص انطلاقا من أن تطبيقها لا يعرض إلا إذا كان الأمر يتصل بعلاقات وروابط يحكمها القانون الخاص، مثل العلاقات العائلية والزوجية والروابط التعاقدية والمعاملات الخاصة بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كما في الوصية والميراث، ففيما سبق لا وجود للدولة أو إحدى هيئاتها العامة وإنما هي تقتصر على الأفراد بصفتهم الخاصة [٣]، وإذا كان نيدنير تصور إن قاعدة الإسناد تنتمي إلى حظيرة القانون العام فهو يتوخى من هذا التصور تقرير سريان فوري ومباشر لتلك القواعد، إن النتيجة التي توصل إليها بدورها لم تكن موفقة وصحيحة على الإطلاق على أساس أن قواعد القانون العام لا تختلف من حيث كيفية تطبيقها على الطريقة التي تنفذ بها قواعد القانون الخاص من حيث الزمان أي بمعنى أن المبدأ القاضي بأن القانون ليس له أثر رجعي وإنما يسري فقط

---

[١] راجع في هذا بيليه ،مبادئ قانون الدولي الخاص، باريس، ١٩٠٣، ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٠

بارتان، مبادئ قانون الدولي الخاص، ج ١، ط ٣ باريس، سنة ١٩٣٠، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٠

[٣] ولهذا السبب وصف الفقيه الفرنسي بارتان نطاق قواعد الإسناد بأنها مجرد انعكاس لقواعد القانون المدني على الصعيد الدولي ، مبادئ قانون الدولي الخاص، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٠

على المستقبل، هو مبدأ عام يشمل تطبيقه كافة القواعد القانونية سواء كانت داخلة في طائفة القانون العام أو داخلة في نطاق القانون الخاص[١].

وفي هذا الخصوص يذكر أحد الباحثين المتخصصين في الموضوع [٢] ليس ثم ما يدعو إلى اختلاف بين نصوص القانون الخاص والقانون العام في هذا الصدد فمن الواجب خضوعها جميعاً لمبدأ عدم الرجعية مفهوماً على الوجه الدقيق الصحيح.

وإذا وجد فيما غير ذلك اختلاف بين قانون الخاص وقانون العام بشأن مشكلة السريان الزمني فهو أن إعمال الأثر الفوري والمباشر يكاد يكون الأصل المطلق بخصوص القانون العام في حين توجد في القانون الخاص أحوال متعددة وكثيرة يتم فيها الخروج على الأصل أي الأثر المباشر للنصوص الجديدة وتقرير استمرار سريان القوانين القديمة ونفاذها وهذا اختلاف طبيعي أمام الصفة الآمرة لنصوص القانون العام أمام ما يوجد في القانون الخاص، إلى جانب النصوص الآمرة من نصوص مكملة أو مفسرة ومن عقود تخضع لسلطان الإرادة ويستقل الأفراد بترتيب آثارها.

نستنتج مما تقدم، أن نظرية نيدنير لم تفلح في حلولها للمشاكل الحاصلة بين قواعد الإسناد الوطنية بل إنها لن تستطيع حل إشكالية التعاقب الزمني لقواعد القانون الدولي الخاص إذ أن تصنيف القواعد المذكورة في حقل القانون العام أو في دائرة القانون الخاص[٣] ليس هو المراد أو المطلوب في حد ذاته فإن هذا الأمر لا يقدم ولا يؤخر وإنما المقصود يكمن في تحديد تاريخ

---

[١] راجع باتيفول و لاكارد القانون الدولي الخاص ،ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس، سنة ١٩٨١، وهما يقرران أن أي قانون جديد يتعلق بطرق تعين الموظفين لا يترتب عليه وإلا كان رجعياً بطلان التعيينات التي تمت قبل صدوره ويريان أنه إذا كان صحيحاً في نطاق القانون الخاص إن الالتزامات التعاقدية تضل خاضعة ولو بالنسبة لآثارها في المستقبل للقانون الجاري بهي العمل في تاريخ إبرام العقد فإن الأمر يتعلق بحل استثنائي من القاعدة العامة التي تقضي بأن القوانين الجديدة تطبق بكيفية فورية على الحقوق العينية و ألالتزامات المالية، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٠

[٢] د.حسن كيرة، أصول القانون ،ط ٢ ،دار المعارف بمصر ،١٩٥٩/١٩٦٠ ،فقرة ٢١٧، ص ٥٠٨.

[٣] وقد سارت محكمة الاستئناف بالرباط في حكم بتاريخ ١٠ /٧ /١٩٥١، دالوز، في اتجاه من هذا القبيل بالنسبة لظهير ١٩٢٤ المعدل سنة ١٩٥٠ المتعلقة بشروط ممارسة مهنة المحاماة فقررت ما يلي . أن السريان الرجعي وبالأحرى التطبيق الفوري يتعين أن يسود القواعد المنضمة لشروط ممارسة الوظائف العامة باستثناء ما إذا كانت هناك مقتضيات مخالفة عبر عنها المشرع بصورة صريحة ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤١

الذي يبدأ منه نفاذ قواعد الإسناد الجديد بكيفية تراعي وجود روابط قانونية نشأت في ظل قاعدة الإسناد القديمة ثم أعقبته قاعدة إسناد جديدة [١]

ب . نظرية انزيلوتي تطبيق قواعد الإسناد الجديدة دون غيره:

يعتقد الفقيه الإيطالي انزيلوتي وغيره من الباحثين الإيطاليين الذين صاروا على نهجه على إن المشاكل الانتقالية لا وجود لها في نطاق القانون الدولي الخاص، على اعتبار أن قواعد الإسناد تتميز بطابع شكلي محض فلا يترتب عليها نشوء حقوق الفردية الشخصية، لأن موضوع القواعد المذكورة لا يكمن في الروابط التي تقوم بين الأفراد، وأن ما تقوم في القوانين المنظمة لهذه الروابط [٢]، وتأسيساً على ذلك ينادي انزيلوطي بأن تطبق على كل النزاعات قاعدة الإسناد الجاري العمل بها في تاريخ الفصل في النزاع، بل إن الفقيه الإيطالي لا يتردد في التسليم برجعية سريان قاعدة الإسناد الجديدة ومنح الاختصاص للقانون الانتقالي المعمول به في النظام القانوني الذي أشارت بتطبيقه قواعد الإسناد الأجنبية[٣].

وبتعبير آخر أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد يقتضي بالنسبة للرابطة القانونية الواحدة أن تخضع لقانونين مختلفين، ولكن لنظام القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد الجديدة، هو الذي يرجع إليه أمر حكم و تنظيم الرابطة المذكورة،[٤] ولم يكن نصيب نظرية انزيلوطي أوفر حظاً من نظرية الألماني نيدنير الذي سبق لنا عرضه، إذ سرعان ما هجره الفقه واستغنوا عنه كنظام لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد ذلك من جهة لأن نظرية انزيلوطي تحمل في

---

[١] انظر روبيه ، القانون الانتقالي ،(تنازع القوانين في الزمان)،ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، حيث يقول لو فرضنا أن قواعد التنازع التي تحدد القانون الواجب تطبيقه بالنسبة لتسوية تركة شخص أجنبي اعتبرت بمثابة قواعد تدخل في حظيرة القانون العام على أساس أن الأمر يقتضي توزيع الاختصاص التشريعي فما الذي تغير أن اللحظة التي تأخذ بنظر الاعتبار سواء في القانون الخاص أو في القانون العام لإثبات الحقوق العالقة بالتركة هي اللحظة التي توفى فيه المورث ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤١

[٢] راجع أرمن جون ،الوجيز، دالوز، باريس، سنة ١٩٤٧، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٢

[٣] راجع كريستيان كفالدا، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

[٤] راجع كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

طياتها مصادرة على المطلوب،[١] فهي تشير بضرورة تطبيق قواعد الإسناد الجديدة دون سواها مع أن المسألة توجب البحث أولاً وقبل كل شيء عن القواعد التي يرجع إليها الاختصاص،[٢]

ومن ناحية ثانية تخلط النظرية التي نبحثها بين قواعد الإسناد الوطنية وهو الذي يعنينا في هذه اللحظة الراهنة وبين قواعد الإسناد الناشئة بين قواعد الإسناد الأجنبية الذي هو تنازع انتقالي ينشأ بصفة لاحقة لتنازع قواعد الإسناد الوطنية،[٣] و الأهم من ذلك كله هو إن نظرية انزيلوطي تؤدي إلى التطبيق الرجعي لقواعد الإسناد الجديدة وهذا شيء مرفوض.

ج نظرية دوسزازي: (تطبيق قواعد الإسناد الجديدة تفادياً لمشكلة الإحالة)

من الجدير بالملاحظة أن النظرية التي صاغها الفقيه الهنغاري ايتيين دوسزازي [٤] تختلف عن سواها من النظريات التي تندرج ضمن الاتجاه الداعي إلى التطبيق الفوري لقواعد الإسناد الجديدة، من ناحية جوهرية قد تكون هي التي لفتت الأنظار إلى نظرية الفقيه المجري المذكور فهو ينطلق في دعوته إلى تطبيق قواعد الإسناد الجديدة تطبيقاً فورياً يشمل حتى الروابط القانونية التي نشأت واكتملت قبل صدور القاعدة القانونية الجديدة، من موقفه الرافض لفكرة الإحالة [٥]، و خصوصاً عندما يثور التنازع بين قواعد الإسناد، تتنازع كذلك فيما بينها من حيث الزمان [٦] وذلك على أساس التنازع من حيث الزمان، وكما هو الشأن بالنسبة لقواعد التنازع من

---

[١] أرمن جون ،الوجيز المصدر السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٢

[٢] انظر كفالدا ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

[٣] راجع كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

[٤] اتيين دوسزازي، تنازع القوانين في الزمان نظرية الحقوق الخاصة ،مجموعة محاضرات أكادمية لاهاي للقانون الدولي سنة ١٩٣٤، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

[٥] راجع في نقد النسق العام لفكر دوسزازي، روبيه، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان) ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣

[٦] ووفقاً لتصور المرحوم جابر جاد عبد الرحمان ،المرجع السابق، فقرة ٢٠٢، ص ٦١٤ فإن ألإحالة هي الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبى المختص بحكم العلاقة بموجب قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي متى اختلفت مع هذه الأخيرة وكانت التنازع بينها سلبياً
ا.د.هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٤٦ وما بعدها

حيث المكان لا يمكن أن تكون لها أي علاقة إلا مع القواعد المادية دون قواعد الإسناد المقررة في أي نظام قانوني، وبالتالي فإن رجعية القواعد الجديدة للتنازع المكاني تعتبر أمراً محتوماً ومؤكداً [١].

وتأسيساً على ذلك يتوصل دوسزازي إلى وجوب التطبيق الفوري لقواعد الإسناد الجديدة في حالة نشوء تنازع انتقالي بين قواعد الإسناد، بحيث يرى أنه ينبغي على القاضي تطبيق قواعد الإسناد الجديدة المقررة في القانون الدولي الخاص للبلاد التي يحكم باسمها وذلك حتى بالنسبة للروابط القانونية التي نشأت في ظل قواعد الإسناد القديمة،[٢] وبغض النظر عن الانتقاد العام الذي يوجه إلى نظرية دوسزازي من حيث النتيجة التي تفضي إليها وهي تطبيق قواعد الإسناد الجديدة بأثر رجعي، نلاحظ أن نظرية دوسزازي تخشى إلى حد كبير من نهوض مشكلة الإحالة من حيث الزمان، أي قيام مشكلة تنازع قواعد الإسناد من حيث الزمان، مع أنه كان بالمقدور إزالة هذا التخوف الغير مبرر وذلك عن طريق رفض فكرة الإحالة بذاتها، سواء كانت الإحالة من حيث الزمان أو من ناحية المكان، وزد على ذلك فإن التخوف الذي عبر عنه دوسزازي من قيام تنازع زماني يضاف إلى قواعد الإسناد من حيث المكان هو تخوف سابق لأوانه على اعتبار أن المقصود لا يتمثل ببيان ما إذا كان قواعد التنازع الانتقالي مقرر في القانون المختص هي الكفيلة بحل التنازع الانتقالي، أو أن الأمر يقتضي الرجوع مباشرةً إلى القواعد المادية المختصة بمقتضى قواعد الإسناد المعمولة في قانون القاضي.

فتلك مسألة لاحقة لا يثور التساؤل بصددها إلا بعد تحديد قاعدة الإسناد المختصة في قانون القاضي هل هي القاعدة القديمة أم هي القاعدة الجديدة؟ لذالك يظهر أن الحاجة تدعو إلى

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٤.

أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٣.

[١] راجع كفالدا ،المرجع السابق،، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٤

[٢] انظر دوسزازي، تنازع القوانين في الزمان نظرية الحقوق الخاصة، مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي، سنة ١٩٣٤، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٣.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٤

أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٤.

ا.د.هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١، ص ٤٦ و ص ٤٧.

التذكير بأن الإحالة بالنسبة إلى قواعد تنازع القوانين من ناحية المكان يثور على الصعيد الدولي أي بين قاعدتين أو مجموعة من قواعد الإسناد التي تنتمي كل واحدة منها إلى نظام تشريعي مختلف ومستقل عن سواه من الأنظمة، في حين أن الإحالة في مجال التنازع الانتقالي إنما تنشأ على المستوى الداخلي وتقضي التمكن من بعض القواعد والمبادئ التي من شأنها الفصل بين نطاق تطبيق القواعد الجديدة وبين دائرة نفوذ القواعد القديمة.

ثانياً النظريات الداعية إلى ألاعتماد على قانون دولي خاص انتقالي مستقل:

أ. نظرية كاهن (وجود العلاقة بين رابطة قانونية ودولة القاضي)

إن الفقيه الألماني فرانس كاهن من الفقهاء المعروفين الذي يرتبط اسمه بنظرية التكيف المشهورة في القانون الدولي الخاص[١]، عرض الفقيه كاهن نظريته المتعلقة بالتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد في مقالة نشرت في سنة ١٩٠١ باللغة الألمانية،[٢] وتتصف الأفكار الواردة فيها بأهمية خاصة، الشيء الذي جعل بعض الباحثين الفرنسيين [٣] يصف المقالة السالفة الذكر بأنها تتضمن نظام حقيقي للقانون الدولي الخاص، وعلى الرغم من الدراسة التي ألفها كاهن تنصب على القانون الألماني عن طريق معالجة الأحكام الانتقالية التي تضمنها قانون الإصدار التقنين المدني الألماني والمقتضيات التي تضمنها القسم الرابع من التقنين الذي سبق ذكره.

فإن مسألة القانون الدولي الخاص انتقالي بالكيفية التي درسها (كاهن) تكتسب طابعاً عاماً، بحيث يمكن استئناس بها في كل نظام قانوني وضعي و الأخذ بها، ونستطيع تلخيص

---

[١] راجع في ذلك بارتان ،نظرية التكيف ،مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي، سنة ١٩٣٠، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٥

جمال مرسي بدر ،التكيف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان ،مجلة المحاماة المصرية ،العدد الأول ، سنة ١٩٥٩، ص ٦٠. إسماعيل عبد المجيد ،مشكلة التكيف في القانون الدولي الخاص ،مجلة إدارة قضايا الحكومة ،العدد الثالث ،شهر يوليو، سنة ١٩٦٩، ص ١٠٧.

[٢] أوردها كفالدا ،المرجع السابق ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٥

[٣] راجع روبيه القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)،ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، حيث يستهل حديثه عن أطروحة كاهن بقوله وفي مقالة بالغة النبوغ حاول كاهن تشيد أسس القانون الدولي الخاص، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٥

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١، ص ٤٨ و ص ٤٩ وما بعدها

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ص ٢٨٥ و ص ٢٨٦

نظرية (كاهن) في الصورة التالية، تتميز الحلول والمعالجات المستنتجة والمستخلصة بأنها ترتبط بكل قضية ذات علاقة بدولة القاضي في لحظة من اللحظات، وهكذا فإن عناصر التنازع من حيث المكان ومعطيات التنازع من ناحية الزمان تتداخل فيما بينها وتتشابك تشابكاً كبيراً، ذلك إن تحديد نطاق تطبيق كل قاعدة من القواعد المتتالية والمتعاقبة للقانون الدولي الخاص يخضع لمعيارين اثنين أحدهما مكاني والآخر زماني، فهناك من ناحية تاريخ التصرفات والوقائع المنشئة للروابط المتنازعة بخصوصها، وهناك من ناحية ثانية علاقات الرابطة القانونية المذكورة بالنظام القانوني[١].

وهذا يعني في منظور الفقيه كاهن أنه يتعين استخراج قواعد خاصة بالتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، وأن تكون هذه القواعد منسجمة ومتلائمة مع طبيعة القانون الدولي الخاص، وفعلاً فإن (كاهن) عن طريق دراسته لمختلف حالات التنازع التي نشأت عن إحلال قواعد إسناد جديدة تأخذ بمعيار الجنسية في مجال الأحوال الشخصية محل قواعد التنازع القديمة التي كانت تعتمد ضابط الموطن لذات الغرض، توصل عقب إصدار التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠ إلى تقرير فكرة عامة تقضي بأن معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد ينبغي أن ترتكز على التأكيد والتثبت من وجود أو عدم وجود علاقة بين الرابطة القانونية الناشئة بخصوصه النزاع وبين الدولة التي ثار أمام محاكمها ذلك النزاع قبل التعديل لقاعدة الإسناد.

وانطلاقاً من هذه الفكرة العامة يستخلص (كاهن) قاعدتين رئيسيتين في مجال القانون الدولي الخاص الانتقالي:

القاعدة الأولى بموجبها إذا لم تكن للرابطة القانونية قبل دخول التقنين[٢] المدني الألماني حيز التنفيذ أي العلاقة مع الدولة الألمانية فإن قواعد التنازع الألمانية القديمة لا يمكن تطبيقها بأي شكل ولو كانت الرابطة قد نشأت قبل نفاذ التقنين المدني المذكور،[٣] وبتعبير آخر يعتقد (كاهن) إن

---

[١] راجع كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٦

[٢] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٦.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ص ٢٨٦ وما بعدها

ا.د.هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٥٠ و ص ٥١.

[٣] راجع كفالدا ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٧

قاعدة الإسناد القديمة تظل واجبة التطبيق إذا كانت هناك علاقة بين الرابطة القانونية المتنازع بشأنها وبين دولة القاضي المعروض عليه النزاع[١].

وأن يترتب بالتالي على وجود العلاقة القانونية المذكورة تطبيق قانون القاضي،[٢] وبعد ذلك يتعين البحث عن الدولة التي يرتبط بها الرابطة القانونية بعلاقة ما، على اعتبار أن الحالة التي يتصل فيها المركز القانوني بعلاقة معينة مع دولة القاضي المعروض عليه النزاع بموجب قواعد الإسناد هي الحالة التي يمكن الحديث فيها عن حق مكتسب في نظر الدولة المعنية،[٣] ولتوضيح مضمون هذه القاعدة الأولى يقدم (كاهن) مثالاً مستقيه من القضاء الألماني تتلخص وقائعه في أن شخص إيطالي يبلغ من العمر ١٩ عاماً ويقطن في الدنمرك التي تزوج فيها سنة ١٨٩٩ بمقتضى القانون الإيطالي أهلية هذا الشخص تتحدد للزواج في ١٨ سنة، في حين تحدد بموجب قانون موطنه أي القانون الدنمركي في ٢٠ سنة وبعد أن تساءل (كاهن) عن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق في حق هذا الشخص الذي أبرم تصرفاً مالياً في ألمانيا بعد سنة ١٩٠٠، قصد البت في صحة الزواج الذي أبرمه بمعنى هل يسري بحقه قانون الجنسية أم قانون موطنه يرجع الفقيه المذكور إلى الفكرة العامة التي تطغى على نظريته وهي التثبت من وجود العلاقة أو عدم وجودها ما بين المركز القانوني أو الرابطة القانونية التي وجد فيها المعني بالأمر قبل حلول سنة ١٩٠٠ وبين الدولة الألمانية، تأسيساً على الفكرة السابقة يقرر (كاهن) إن قاعدة الإسناد الألمانية القديمة لا تسري في حق الشخص، بل تطبق عليه قاعدة الإسناد الجديدة الواردة في التقنين المدني الألماني، وحينئذ تحدد أهلية الشخص بموجب قانونه الوطني أي وفقاً للقانون الإيطالي، على أساس أن المركز القانوني لهذا الشخص لم تكن له أي علاقة مع الدولة الألمانية في تاريخ نشوئه[٤].

---

[١] باتيفول و لاكارد ، القانون الدولي الخاص،ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس، ١٩٨١، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٧

[٢] دوسزازي، تنازع القوانين في الزمان نظرية الحقوق الخاصة ،مجموعة محاضرات أكادمية لاهاي للقانون الدولي، سنة ١٩٣٤، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٧

[٣] روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)، ط٢، باريس، سنة ١٩٦٠، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٧

[٤] راجع باتيفول و لاكارد ،المرجع السابق، كروليش ،تنازع القوانين في الزمان، كفالدا، المرجع السابق، حيث يورد مثالً آخراً يتعلق بتركة شخص فرنسي كان موطنه يوجد في بريطانيا قبل سنة ١٩٠٠ ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٨

وباختصار عندما لا تكون للرابطة القانونية أي علاقة مع دولة القاضي أي عندما يتعين وفقاً لقاعدة التنازع القديمة إعمال القانون الأجنبي دون قانون القاضي فإن قاعدة الإسناد الجديدة ينبغي تطبيقها فوراً، وهكذا ففي حالة الشخص شخصين فرنسيين متوطنان في بريطانيا قبل عام ١٩٠٠ وفيما بعد عرضت قضية تتعلق بها في ألمانيا بعد سنة ١٩٠٠ فإن المحاكم الألمانية تطبق عليهم القانون الدولي الخاص الجديد.[١]

وأما القاعدة الثانية التي أوجدها (كاهن) فهي على النحو التالي، إذا كانت هناك علاقة كافية لتطبيق القانون الوطني تأسيساً على قاعدة الإسناد القديمة فإن الرابطة القانونية يجب أن تكون منتسبة للقانون القديم إذا كانت الرابطة قد نشأت قبل دخول التقنين المدني الألماني حيز التنفيذ،[٢] وهذا يعني أن الرابطة القانونية التي كانت ترتبط مع الدولة الألمانية بعلاقة ما يجب أن تطبق بخصوصه قاعدة الإسناد القديمة، لو فرضنا أن شخص فرنسي تزوج في فرنسا وبعد ذلك أقام في ألمانيا قبل سنة ١٩٠٠ فبموجب القانون الدولي الخاص الألماني القديم يتغير نظام الزوجية المالي لو حدث تغير في موطن الزوجين، في حين يخضع للنظام المالي بينهما أي الزوجين وفقاً لقاعدة الإسناد الألمانية الجديدة للقانون الوطني للزوجين، أي قانون جنسيتهما في مثل هذه الحالة يقرر كاهن إنه عندما توجد وفقاً لقاعدة التنازع القديمة علاقة بين الرابطة القانونية الناشئة قبل دخول قانون الدولة مرحلة النفاذ، ويكون من شأن تلك[٣] العلاقة تبرر تطبيق القانون المذكور وأحقيته فإن الرابطة القانونية السالفة الذكر ينبغي اعتبارها كأنها مطبوعة بطابع القانون القديم،[٤] إن ما تقدم بيانه يمثل الخطوط العامة لنظرية كاهن، والتي تعتمد على ركيزتين أساسيتين تفضيان من الوجهة العلمية إلى تطبيق قواعد الإسناد الجديدة في أغلب الأحوال بأثر رجعي

---

[١] فهرس لابراديل ونيبوايي ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٨

[٢] كفالدا، المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٨

[٣] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٨. ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ،ص ٢٨٧ .هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية،سنة ٢٠٠١، ص٥٤ و ص ٥٥ وما بعدها

[٤] راجع فهرس لابراديل و نيبوايي، المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٩

ينسحب على الروابط القانونية الناشئة قبل دخول القواعد المذكورة حيز التنفيذ،[١] وللوهلة الأولى يبدو من الصعوبة بمكان توجيه سهام النقد للأطروحة التي صاغها الفقيه الألماني كاهن لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد، فقد لاحظنا أن أطروحته تعتمد على هيكلية هندسية رائعة قوامها البحث والتنقيب عن وجود أو عدم وجود العلاقة، تصل بين الروابط القانونية الدائرة بصددها النزاع وبين دولة القاضي المعروض عليه النزاع.

ومثل هذه الفكرة يمكن أن تكون خصبة في حد ذاتها اعتباراً لإنهاء المأمورية على القاضي، وكونه يعين القاضي ويجنبه الوقوع في متاهات البحث والتنقيب عن القانون الواجب التطبيق من بين جميع القوانين التي تتصل بها الرابطة القانونية بصلة ما، ومع ذلك فإن النتائج التي تتمخض عن هذه النظرية هي نتائج يتعذر التسليم بها، خصوصاً عندما تقضي بأن الرابطة القانونية التي لم يمت بأي صلة بدولة القاضي في تاريخ نشأة الرابطة المذكورة تخضع لقاعدة الإسناد الجديدة[٢].

لنفرض واقعة تتعلق بأشخاص بروسيين أقاموا قبل سنة ١٩٠٠ في الولايات المتحدة الأمريكية حيث أبرموا هناك تصرفات قانونية تدخل ضمن نطاق قانون الأسرة وفقاً لقانون موطنهم وهنا القانون الأمريكي في مثالنا، فلو سلمنا بنظرية كاهن وأخذنا بها لكان من الواجب اعتبار التصرف الذي من هذا القبيل تصرفاً باطلاً بعد سنة ١٩٠٠، تطبيقاً لقاعدة الإسناد الجديدة التي صارت مقررة بمقتضى القانون الدولي الخاص الألماني والتي أصبحت تقضي بوجوب مراعاة القانون الوطني بالنسبة لجميع ما يتعلق بنطاق الأحوال الشخصية، ويوجد ملاحظة أخرى يمكن التنويه إليها بخصوص التصور الذي استنتجه الفقيه كاهن في هذا المجال بحيث يبين من الصياغة التي ورد بها الأطروحة التي نحن في معرض الحديث عنها، إن الفقيه الألماني ينظر إلى وظيفة قاعدة الإسناد على إنها تقتصر على التوجيه والإرشاد فحسب، وذلك في الحالة التي لا

---

[١] كفالدا ،المرجع السابق حيث يذكر إن الفقيه كاهن يختتم مقالته بإعلان عن أنه في حالة الشك تكون هناك قرينة قانونية تحول دون تطبيق قاعدة الإسناد القديمة ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٩

[٢] كفالدا ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٤٩

أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٤٩.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٧.

ا.د.هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ٥٥ و ص ٥٦.

تخضع فيها الروابط القانونية لاختصاص قانون القاضي المعروض عليه النزاع القائم بشأن الرابطة المذكورة، على أساس أنه في هذه الحالة تصبح العلاقة بين قانون القاضي وبين الرابطة القانونية مجرد علاقة إجرائية أو شكلية بحتة.

وعلى هذا فإن أي قاعدة من قواعد الإسناد لا تهدف إلى توجيه وإرشاد القاضي فحسب ولكن إلى توجيه تصرفات الأفراد، على اعتبار أن هؤلاء يدركون وفقاً للقانون الدولي الخاص في أي بلد من البلدان أن قانوناً معنياً هو المختص ولكن يكون في وفاق مع القانون الدولي الخاص المذكور يجعلون تصرفاتهم موافقة مع القانون المختص، سواء كان هو القانون الداخلي للدولة التي يوجدون فيها أم كان قانوناً أجنبياً،[١] ويضاف إلى ما سبق بيانه فهناك ملاحظة عامة قد تكون السبب الرئيسي لرفض نظرية كاهن، وتتعلق باعتماد هذه النظرية على السريان الرجعي لقاعدة الإسناد الجديدة بحيث يمكن أن تنطبق القاعدة المشار إليها حتى بالنسبة إلى الروابط القانونية التي نشأت واكتملت قبل صدور قاعدة الإسناد الجديدة.

ومن ثم فمن الصعوبة بالنسبة للروابط القانونية التي تطور بكيفية تدريجية في الزمان تحديد اللحظة الزمنية التي يمكن للأطراف انطلاقاً منها مراعاة قاعدة الإسناد الوطنية، فإذا كان احترام المراكز القانونية المكتسب ضرورة مطلقة فلا أهمية بعد ذلك لتطبيق القاعدة القديمة محل قاعدة جديدة، وبالتالي يستحسن أن لا نتوقع أي استثناء بالنسبة للروابط القانونية الناشئة بل والمتطورة،[٢] وفي نهاية حديثنا نذكر بأنه يشير البعض[٣] إلى أن نظرية كاهن لم تلاق ترحيباً ولا تأييداً في نطاق الاجتهاد القضائي الألماني الذي طبق قاعدة الإسناد الألمانية القديمة على روابط وتصرفات أبرمت قبل سنة ١٩٠٠ وكان من الواجب أن يسري عليها قانون آخر.

---

[١] راجع روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)،ط٢ ،باريس ، سنة ١٩٦٠، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٠

[٢] بيير مايير، القانون الدولي الخاص، باريس، سنة ١٩٧٧، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٠.

[٣] كفالدا ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٠

أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣ ، سنة ١٩٩٣، ص ٥٠.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٨٧ و ص ٢٨٨.

ا.د.هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١، ص ٥٦ و ص ٥٧.

ب : نظرية ماران: (صورة جديدة لنظرية كاهن)

على خطى الفقيه كاهن ينطلق الفقيه الفرنسي كسافيي ماران من تصور عام للقانون الدولي الخاص الانتقالي، ويدعو بضرورة إيجاد قواعد خاصة بهذا الميدان ويستنتج من التحليلات التي أجراها ماران بخصوص النظام الذي اقترحه، أن هناك قاعدتين أساسيتين ينبغي مراعاتهما في معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد:

أولاً تقضي القاعدة الأولى بوجوب سريان قاعدة الإسناد الجديدة على المراكز القانونية التي ليست لها ثمة علاقة بالدولة التي طرأ على قوانينها التعديل، طالما تلك المراكز لا تعني مواطني الدولة المذكورة، ويتضح من مضمون هذه القاعدة أن ماران تلافياً للانتقادات الموجهة لنظرية كاهن قرر منذ البداية التسليم بأن العلاقة بين الرابطة القانونية وبين دولة القاضي ليس عنصر ضروري إلا في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بأشخاص أجانب عن دولة القاضي، ومن ثم فإن الشخص الذي يتمتع بجنسية الدولة المذكورة لا يتأثر من جراء حصول تعديل في قاعدة الإسناد في الدولة التي ينتسب إليها بجنسيته، وهذا يعني أنه إذا كان يعتقد أن الرابطة القانونية لا تعتبر قائمة، إلا إذا كانت قاعدة التنازع القديمة تجعل القانون الداخلي هو الواجب التطبيق، فإن ماران يرى[١] النقيض من ذلك أنه من الممكن أن يوجد هناك ارتباط آخر غير ضابط الإسناد القديم، وأن تكون العلاقة ماتزال موجودة ولو كانت القاعدة القديمة تقضي الاختصاص للقانون الداخلي بالنسبة للنازلة المعروضة[٢].

وفي هذا الخصوص يقول ماران عندما لا تكون هناك أي علاقة بين الروابط القانونية وبين الدولة التي طرأ التعديل أو التبديل على قواعدها التشريعية المتعلقة بتنازع القوانين ولا يكون موضوع تلك القواعد شخصاً من رعايا الدولة المذكورة، فلا يمكن الرجوع إلى القواعد التشريعية الأولى المتعلقة بتنازع القوانين، قصد النظر فيها من قبل القضاء [٣].

ثانياً بموجب القاعدة الثانية التي يقررها ماران فهي تشير إلى أنه إذا كان هناك رابطة قانونية نشأت داخل إقليم دولة عدلت فيها قواعد التنازع أو إذا كان موضوعها يعني بالنسبة

---

[١] راجع في ما تقدم أحمد الزوكاغي ،المرجع السابق ،ص ٥١ .

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ص ٢٨٨ .

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١ ، ص ٥٨ و ص ٥٩ .

[٢] كروليش ،تنازع القوانين في الزمان ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٢

[٣] ماران ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٢

لمواطني الدولة المذكورة، فإنه ينبغي تطبيق القواعد الانتقالية المقررة في القاعدة المادية التي كانت واجبة التطبيق بمقتضى قاعدة التنازع القديمة،[١] ويعتبر ماران محتوى القاعدة الثانية المذكورة بقوله عندما تنشأ الرابطة القانونية في دولة عدلت فيها قواعدها القانونية المتخصصة بتنازع القوانين، أو عندما يكون الموضوع ذو أهمية بالغة لمواطن أو مواطنين خاضعين للدولة السالف ذكرها فإنه ينبغي الرجوع إلى القواعد الانتقالية المقررة في القانون المادي الذي تعتبره قاعدة التنازع القديمة هي صاحبة ألاختصاص[٢].

ولتوضيح القاعدة الثانية التي أوردها ماران نفترض أن الأمر يهم أشخاصاً ألمانيين متوطنين في فرنسا من المعلوم إن قاعدة الإسناد القديمة كانت تنيط الاختصاص بقانون الموطن، وهذه هي الحالة التي كانت سائدة في ألمانيا قبل صدور التقنين المدني سنة ١٩٠٠، حتى بعد العام المذكور ينبغي أن نبحث في بروسيا عن ما يقرره القانون الفرنسي المختص بالنسبة للتنازع الانتقالي[٣].

ومن الجدير بالذكر هو أن الاهتمام الأساسي الذي هيمن على نظرية ماران هو السعي إلى الحفاظ على الاطمئنان القانوني لكل شخص يتعين أن يفترض فيه انطلاقاً من جنسيته أو من علاقته مع أي نظام قانوني معين، أنه يتصرف على أساس قواعد القانون الدولي الخاص الجاري العمل به في النظام المذكور، فيكون له منحى المبدأ الحق في التمسك بتطبيق القواعد القديمة بالنسبة للتصرفات القانونية التي تحقق قبل تعديل القواعد المشار إليها، ومن الملاحظ إن ماران

---

[١] فهرس لابراديل و نيبوايي ،المرجع السابق ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٢

[٢] ماران ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٢

[٣] ماران ،المرجع السابق ، حيث يورد مثالاً آخراً يتعلق بشخص ألماني كان يتوطن قبل سنة ١٩٠٠ في فرنسا وكانت أهليته استنادا إلى قاعدة التنازع الألمانية تخضع لقانون موطنه وهو القانون المادي الفرنسي لنفترض يقول ماران إن شخص الألماني المذكور قد أصبح بعد سنة ١٩٠٠ في دولته طرفاً في دعوة تتصل بعقد أبرمه في فرنسا قبل سنة ١٩٠٠ فما هي قاعدة الإسناد الواجب تطبيقها على النزاع في ما يتعلق بأهليته .يعتقد ماران أن هذا الشخص ألألماني المفروض فيه أنه يعلم بقانون بلده على الرغم من إبرامه خارج دولته فإنه لا يجوز له ألاحتجاج بأنه قد تصرف على الوجه الصحيح وفقاً للقانون الفرنسي المختص وفقاً لقاعدة الإسناد ألألمانية السارية العمل بها في الفترة التي تحمل فيها بالالتزام، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٣

وهو يختلف في هذه الناحية اختلافاً واضحاً وملموساً مع كاهن يعتقد إنه لا أهمية لما إذا كانت القواعد القديمة قد أشارت بتطبيق القانون المادي للقاضي أو بإعمال قانون مادي أجنبي[١].

ومن الواضح أن نظرية ماران لم تكن إلا تفصيل وتبسط لفكرة كاهن ولذلك فهي قد وجهت إليها ذات الانتقادات والملاحظات التي وجهت إلى نظرية كاهن وعلاوة على ذلك يفضي التسليم بنظرية ماران إلى خلق مجموعة الصعوبات العملية التي نحن في غنى عن مجابهته، ففي الحالة التي توجد فيها علاقة بين دولة القاضي وبين الرابطة القانونية أي في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بمواطني الدولة، يقترح ماران الإحالة على قانون الانتقالي المعمول به في الدولة التي تعتبر تشريعها وهو المختص، وهذا الشيء لا يمكن الأخذ به بحيث إذا فرضنا أن القانون الفرنسي هو المختص من حيث الجوهر اعتباراً لأنه قانون الموطن فإن ذلك لا يترتب عليه أن القانون المذكور هو المختص بمعالجة التنازع بين قاعدتين متعاقبتين من قواعد التنازع الألمانية،[٢] وأخيراً نلاحظ أنه إذا كانت نظرية كاهن قد انطلقت من الوقائع القانونية التي عاشتها ألمانيا خلال الفترة الزمنية التي صاغ كاهن أطروحته فيها فإن تصورات ماران كانت تنطلق من فراغ إذ أن الحياة العملية التي كان يعيشها القانون الفرنسي في الفترة التي عرض فيها ماران أطروحته كانت مختلفة تماماً عن واقع الحياة القانونية في ألمانيا.

ثالثاً: تطبيق قواعد القانون الداخلي على التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية:

يتضح من الكتابات الفقهية التي انبرت لمعالجة المشاكل الناجمة عن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية إن الاتجاهات الحديثة تغض النظر عن مختلف الاقتراحات والتصورات التي تريد الخروج بالتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد عن طبيعته ونطاق الدائرة التي يثور فيها،[٣] وهكذا يرى الفقه الحديث والمعاصر أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية وما هو في الحقيقة سوى صورة من صور التنازع الانتقالي بين قاعدتين أو مجموعة من القواعد القانونية التي تنتمي إلى نظام قانوني واحد وبهذه المثابة يتعين أن يطبق على التنازع

---

[١] كفالدا ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٣

[٢] فهرس لابراديل ونبوايي ،المرجع السابق ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٤

[٣] راجع في هذا باتريك كورب ،الأغراض الزمنية لقواعد القانون الدولي الخاص ،المطابع الجامعية الفرنسية باريس ،١٩٨١ ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٤.

الانتقالي بين قواعد الإسناد نفس الأحكام والقواعد المعمول بها في حظيرة التنازع الانتقالي الداخلي[١].

وتأسيساً على ذلك فإن إصدار المشرع لأي قانون من القوانين المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية لا يختلف في جوهره وفي طبيعته عن إصدار أي قانون آخر ينحصر نطاقه بالروابط الخاصة الوطنية التي لا تتسابق بخصوصها مجموعة من القوانين الصادرة عن دول مختلفة، إذ أن القوانين الوطنية المنظمة للعلاقات الخاصة الدولية تطبق بنفس الكيفية التي تطبق بها القوانين الداخلية البحتة.[٢] وهذا يعني وجوب تطبيق قواعد الإسناد الجديدة بنفس الطريقة التي تطبق بها القواعد المادية الداخلية بحيث تخضع لمبدأ الأثر الفوري أو المباشر الأمر الذي يجعل قاعدة الإسناد الجديدة تسري على كل الروابط القانونية التي نشأت في ظل قاعدة الإسناد القديمة، ولكنها لم تكتمل إلا بعد دخول قاعدة الإسناد الجديدة حيز التنفيذ[٣].

وفي هذا الخصوص يقول الفقيه روبيه أن التنازع بين القواعد المتعاقبة في قانون الدولي الخاص يتعين معالجته بوصفه تنازعاً بين القواعد المتتابعة تنتمي إلى قانون داخلي وذلك استنادا إلى أوجه التشابه البينة، إذ أن مبدأ عدم رجع الاختصاص بقانون موطن الزوجين وأن هذا القاعدة قد عدلت بقاعدة إسناد جديدة تعقد ألاختصاص للقانون الوطني للزوجين فإن القاضي المعروض عليه النزاع يتعين عليه إعمال الأثر الفوري لقاعدة الإسناد الجديدة، الشيء الذي يفضي أية القوانين يفرض نفسه في هذا النطاق بذات الشكل الذي يجعله المبدأ السائد في أي ميدان آخر وهكذا فإن قواعد الإسناد الجديدة يجب أن يطبق بخصوصها القانون الجديد في

---

[١] باتيفول و لاكارد، القانون الدولي الخاص ،ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ١٩٨١. كتاب مبادئ القانون الدولي الخاص ،المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ، ١٩٤٩ ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٥

[٢] راجع في ذالك لوربور بيجونيير ،الوجيز في قانون الدولي الخاص ،سلسلة دالوز الوجيز باريس ١٩٤٨. إميل اتيان ،القانون الدولي الخاص ،بيروت ١٩٦٦. فائز أنجق ،القانون الدولي الخاص (تأليف محمد إسعاد) ج ١ قواعد التنازع باريس والجزائر ١٩٨٩، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٥

[٣] مايير ،المرجع السابق، فقرة ٢٥٧. أرمن جون ،الوجيز ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٥

الحالات التي يطبق فيها القانون الداخلي، في المقابل فإن كان الحالات التي تخضع بموجب قانون الداخلي لنفاذ القانون القديم تخضع لسريان قواعد الإسناد القديمة[١].

ويتضح مما تقدم بيانه إن التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية ينبغي الاعتماد عليه في حله على المنهج العام بالنسبة للتنازع الانتقالي في القانون الداخلي، ذلك المنهج المذكور يؤكد على ثلاثة قواعد أساسية ويركز عليه كما سوف نرى في ما بعد وهي ليس للقوانين الجديدة أثر رجعي أي إنها لا تنسحب على الحقوق التي اكتملت، ومن ناحية ثانية تسري القواعد الجديدة بأثر فوري ومباشر على الروابط والمراكز القانونية ابتداءً من تاريخ دخولها حيز التنفيذ. ومن جهة ثالثة على سبيل الاستثناء ليس للقوانين الجديدة المتعلقة بنظام العقود أي أثر على العقود الجارية[٢].

وتطبيقاً لذلك فإذا كانت النازلة تتعلق وعلى سبيل المثال بزوجين يطلبان من المحكمة إيقاع الطلاق بينهما ويثبت القاضي إن المعنيين بالأمر تزوجا في ظل قاعدة الإسناد التي تنيط الاختصاص بقانون موطن الزوجين وأن هذا القاعدة قد استبدلت بقاعدة إسناد جديدة تعقد الاختصاص للقانون الوطني للزوجين فإن القاضي المعروض عليه النزاع يتعين عليه إعمال الأثر الفوري لقاعدة التنازع الجديدة الأمر الذي يفضي به إلى إخضاع الطلاق لمقتضيات قاعدة الإسناد الجديدة شأنه في ذلك شأن كل الآثار المستقبلية التي أدركتها القاعدة الجديدة، مثل تنظيم وواجب النفقة بين الزوجين وكيفية الإعلان عن الطلاق والشروط المبررة له تظل خاضعة لقاعدة الإسناد القديمة كل العناصر ولآثار التي تولدت على الرابطة القانونية قبل دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ كما هو الحال بالنسبة للشروط الجوهرية أو الشكلية الواجب إتباعها لإبرام الزواج[٣].

ومن الجدير بالذكر إلى إن الاتجاه السابق يكاد أن يكون الاتجاه الوحيد المأخوذ به في مختلف الأنظمة القانونية [٤] على أساس أنه يرتكز على اعتبارات عملية ومنطقية بسيطة، في ذات

---

[١] روبي ،القانون الانتقالي ،المرجع السابق ،.وانظر كذلك ا.د.عز الدين عبد الله ،،قانون الدولي الخاص ،القاهرة ،سنة ١٩٨٦ ،، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٦

[٢] كفالدا ،المرجع السابق .لوسوارن و بوريل القانون الدولي الخاص سلسلة دالوز الوجيز ،سنة ١٩٨٠، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٦

[٣] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط ٣ ،١٩٩٣،ص ٥٦

[٤] بورد كفالدا ،المرجع السابق، وما بعدها والمزيد من التفاصيل أو لأراء بعض الباحثين الألمان ولإيطاليين ويذكر إنها تأخذ بنظرية مفادها وجوب معالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية على أساس التطبيق

الوقت هو يضمن الوحدة القانونية داخل النظام الوطني [١] وكما إنه ييسر مهمة القاضي العسيرة والصعبة حيث إنه يجنبه الوقوع في متاهات التيارات الفكرية التي تتجاذب مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية .

الفرع الثاني

الحلول الوضعية لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

توجب دراسة الحلول الوضعية المقررة لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية الكشف والتعرف أولاً على الحلول التي تتضمنها الاتفاقات الدولية المرتبطة بالقانون الدولي الخاص لما قد تنطوي عليه التشريعات الداخلية من أحكام انتقالية في هذا الميدان كي نخلص في النهاية إلى بيان موقف القضاء واجتهاداته من حل إشكالية التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية، إلا إننا نقتصر فى بحثنا هذا بدراسة حل التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد الوطنية في نطاق التشريع الداخلى على نحو الاتي:

من المعلوم أن القاضي يرجع بداية إلى النصوص التشريعية الصادرة من السلطة المختصة ويبحث في ثناياها عن المعالجات المناسبة والملائمة للنزاعات المعروضة عليه، وفي حالة ما إذا تبين للقاضي أن هناك تنازعاً من حيث الزمان بين قانون قديم وقانون جديد ووجد نفسه ملزماً بحل التنازع الانتقالي، فإنه يعمد في البداية إلى حل التنازع المذكور في القانون الجديد.

الكلي لقواعد القانون الانتقالي الداخلي ثم يقابل بينها وبين نظرية أخرى يقول عنها إنها هي المعمولة والسائدة في الفقه الفرنسي بمقتضاها يتعين ألاقتصار على المبادئ العامة للقانون الانتقالي الداخلي قصد معالجة تنازع الانتقالي بين قواعد التنازع ولكن عندما رجعنا إلى ما كتب بخصوص تلك النظريات ألألمانية ولإيطالية وبعد إجراء المقارنة بينها وبين ما دونه الباحثون الفرنسيون لم نجد أي اختلاف في ما بين ألاتجاهين المذكورين خصوصاً وإن جميع الباحثين المعاصرين لا يختلفون من حيث النتيجة ألا وهي ضرورة الرجوع إلى قواعد القانون الداخلي والاستعانة بهي لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٧

[١] كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق. لوربور بيجونير ،الوجيز ،المرجع السابق ،.باتيفول و لاكارد ، القانون الدولي الخاص ، المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ١٩٨١. باتريك كورب و جاك فوايي ،مصنف القانون المدني ،فائز حاج شاهين ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٥٧

إن العملية السابقة التي يقوم بها القاضي عادةً عند قيام تنازع انتقالي بين قانونين داخليين يلجأ إليهما كذلك عند نشوء تنازع بين قاعدتين متعاقبتين من قواعد الإسناد المعمول بها في نطاق قانون الدولي الخاص، ولقد واجهت المحاكم القضائية في مختلف الدول هذه المسألة ومثال ما حدث للقضاء الألماني بإصدار التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠، وكما حصل للقضاء الفرنسي بعد صدور قانون سنة ١٩٧٢ الخاص بالنسب، وكذلك قانون سنة ١٩٧٥ المتعلق بالطلاق.

ومن الجدير بالذكر أن التنازع الزمني بين قواعد التنازع لا ينحصر بين قواعد الإسناد التي تصدر في شكل نصوص تشريعية مدونة، فإنه من الممكن أن تحل قاعدة تشريعية مكتوبة محل قاعدة قانونية عرفية أو قاعدة قانونية مصدرها الاجتهاد القضائي من الناحية النظرية يمكن تصور قيام التنازع الذي من هذا الشكل، والبحث بالتالي عن الحلول الخاصة بها على اعتبار أن الأمر يتعلق هنا كذلك بقواعد قانونية، على الرغم من إنها تنبع من مصدر لا يتمثل في التشريع، غير أنها تكتسب قيمة قانونية وتقترن بالجبر والجزاء، ولكن من الناحية العملية عندما يتكفل المشرع بتنظيم ميدان معين يصبح التشريع صاحب كلمة الفصل في هذا المجال، وهذا يعني أنه لا يمكن أن ينهض أي تنازع انتقالي في حالة تعاقب القواعد القضائية أو العرفية، على اعتبار أن الطريقة التي تتكون بها القاعدة العرفية أو القضائية تتميز بالبطء وعدم التحديد الفني الدقيق، وبالتالي لا يمكن تحديد تاريخ نشوء القاعدة المذكورة أو تاريخ تحولها بالكيفية الدقيقة والحاسمة.

وعلى سبيل المثال إذا كان من الممكن في نطاق القانون الفرنسي تحديد تاريخ ظهور قاعدة التنازع القاضية باختصاص قانون الموطن المشترك بالنسبة للطلاق بين الزوجين من جنسيتين مختلفتين بأنه التاريخ الذي صدر فيه قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية مشهورة عرفت بقضية ريفيير، فمن الملاحظ مع ذلك أن الخلاف محتدم في فرنسا حول ما إذا كان القرار السابق ذكره قد جاء بتطور جديد، أم أنه مجرد استمرار اتجاهات سابقة.

يتضح فيما تقدم أن التعاقب الزمني للقواعد القانونية الصادرة في شكل التشريع هو الذي تتولد عنه المشاكل التي يختص القانون الانتقالي بمعالجتها،[١] اعتباراً لأن التشريع كمصدر من مصادر القاعدة القانونية كان قد أصبح في العصر الحديث المنبع الوحيد الذي تفيض منه القواعد القانونية، وتأسيساً على ذلك عندما يتضمن القانون الجديد أحكاماً انتقالية خاصة فلا ريب أن القاضي سيعثر في نطاق الأحكام المذكورة على معالجات تشريعية للمعضلات الانتقالية التي تجابهه، غير أن ما يعظم حجم المسؤولية التي تلقى على كاهل القاضي في هذا النطاق هو ندرة الأحكام الانتقالية الواضحة والحاسمة في هذا الموضوع، بحيث يكون من الصعوبة بمكان في

---

[١] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط ٣ ،١٩٩٣،ص ٦٤ و ص ٦٥ .

أغلب الأحيان العثور على نص تشريعي يعالج مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية كما هو الشأن في القانون العراقي والقانون المصري والمغربي، إذ ليس هناك أي نص قانوني يتصدى للمشكلة المنوه عنها سابقاً ولا زلنا نرى أن النص التشريعي المتعلق بمجال العلاقات الخاصة الدولية لم يطرأ عليه أي تغير منذ صدوره في ظهير ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ المتعلقة بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب.

هذا على النقيض من بعض القوانين الحديثة التي صارت تواجه مشكلة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد بما يلزم من التفصيل والوضوح بقدر المستطاع، وفي هذا الاتجاه قرر المشرع الألماني تأسيس بعض القواعد التشريعية لمواجهة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع وذلك في القانون المؤرخ ب ٢٥ يوليو سنة ١٩٨٦ المتعلق بإصلاح القانون الدولي الخاص لدولة ألمانيا الاتحادية، حيث نصت المادة ٢٢٠ من القانون الذي ورد ذكره قبل قليل جاء فيه ما يلي:

(أن الوقائع التي تحققت قبل فاتح سبتمبر سنة ١٩٨٦ تبقى خاضعة لقواعد الإسناد التي كان العمل جارياً بها حين ذاك)[١] لذلك نرى أن خلو التشريع داخليا من نصوص صريحة تصل الحل الواجب الأخذ به في حالة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية ويقتضي الاستئناس بما تقرره القواعد المقارنة في هذا الخصوص والاسترشاد ببعض المبادئ العامة المقررة لمعالجة التنازع الانتقالي بين القواعد الداخلية.

[١] راجع نص القانوني الألماني الجديد في المجلة الانتقادية لقانون الدولي الخاص سنة ١٩٨٧ ،حيث نشرت دراسات فقهية حول القانون المذكور، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٦

الفرع الثالث

معالجة الاجتهاد القضائي للتنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية

عندما لا يتضمن التشريع الداخلي نصوصاً قانونية تتعلق بمعالجة مشكلات التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية، تتجه المحاكم بوجه عام وفي مختلف الأنظمة إلى النظرية السائدة التي توصل إليها الفقه من خلال دراسة الأحكام الصادرة عن اجتهاد القضاء، تلك النظرية التي تعتبر التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية صورة من صور التنازع الانتقالي بين القوانين الداخلية، ويخضع بالتالي لما يسري على التنازع الانتقالي الداخلي من أحكام ومبادئ وفي طليعتها مبدأ الأثر الفوري أو المباشر لقاعدة الإسناد الجديدة أولاً وما يستثنى على هذا المبدأ من ألاستثناءات ثانياً.

أولاً: مبدأ الأثر الفوري أو المباشرا في لأحوال الشخصية

إذا ألغى قانون وحل محله قانون آخر فمن البديهي أن القانون الجديد يسري ابتداءً من يوم نفاذه وأن القانون القديم يتوقف عن السريان ابتداءً من يوم إلغائه وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كلا القانونين،[١] ومن الإمكان رصد التطبيقات القضائية لمبدأ الأثر الفوري أو المباشر لقواعد الإسناد الجديدة من خلال تتبع المجالات التي تندرج في نطاق القانون الدولي الخاص وعلى النسق الآتي:

١- النسب: في هذا المضمار تجب الإشارة إلى حكم حديث نسبياً صدر عن محكمة النقض الفرنسية، يتعلق بتطبيق قواعد الإسناد الجديدة التي أوردها المشرع الفرنسي في قانون ١١ يوليو المذكور سنة ١٩٧٥ صرحت فيه بما يلي أن المادة ٢٤ من قانون ١١ يوليو ١٩٧٥.

إنما اقتصرت على وضع قواعد انتقالية خاصة بالقانون الداخلي، فلا تسري على قاعدة الإسناد التي تحدد دوماً بمقتضى المبادئ العامة للقانون الانتقالي تلك المبادئ التي تحكم التطبيق

---

[١] ا.د. حسن كيرة، مشكلة تنازع بين القوانين في الزمان مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، سنة السابعة العدد الثالث والرابع ١٩٥٨، ص ٨٥ .

عبد الله مصطفى ، كتاب علم أصول القانون بغداد طبع شركة فكر للتصميم والطباعة المحدودة ، الناشر ثائر جواد السامرائي ، سنة ١٩٩٦، ص ١٣١.

الفوري لقاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة ٣١٠ من التقنين المدني،[١] وقد أحدث هذا الحكم خلافاً فقهياً حاداً [٢] بين مناصرو حكم محكمة الموضوع التي اعتبرت أن القواعد الانتقالية المنصوص عليها في قانون ١١ يوليو ١٩٧٥ تسري على قواعد الإسناد المقررة في القانون المذكور، وبين من يعتقد أن قواعد الإسناد الواردة بهذا النص في قانون ١٩٧٥ تخضع في التطبيقات من حيث الزمان للمبادئ العامة للقانون الانتقالي وهو الاتجاه الذي نرى أنه قد توفق في الوصول إلى غاية المشرع الفرنسي وهى ذات الاتجاهات التي صارت فيها محاكم الدنيا حيث أعلنت محكمة استئناف باريس عما يلي، اعتباراً لأن قانون ١٩٧٢ واجب التطبيق على الأطفال المزدادين قبل دخول حيز التنفيذ فإن الإقرار بالطفل الطبيعي المزداد في انجلترا سنة ١٩٥٥ من أب انجليزي و أم فرنسية كانت لا تزال مرتبطة بزواج آخر يخضع للقانون الفرنسي تطبيقاً للمادة ١٤ . ٣١١ من التقنين المدني،[٣] وفي نفس المنحى قررت محكمة استئناف ليون [٤] ومحكمة ميتز الابتدائية [٥] تطبيق المادة الأولى من اتفاقية لاهاي المؤرخة ب ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٦ المتعلقة بالقانون الواجب تطبيقه على التزامات بالنفقة تجاه الأبناء وذلك بالنسبة للدعاوى المرفوعة قبل دخول الاتفاقية المذكورة حيز التنفيذ في فرنسا كذالك قررت محكمة استئناف باريس أنه على الرغم من أن التقنين الاتحادي السويسري لم يدخل حيز التنفيذ إلا في أول من يناير ١٩١٢.

---

[١] حكم بتاريخ ١٣ يناير سنة ١٩٨٢ ،المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٨٢ ، وتعليق باتيفول . القرارات الكبرى للقضاء الفرنسي في قانون الدولي الخاص. وتعليق أُنسيل و لوكيت ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٨

[٢] جاك فوايي و باتريك كورب ،المرجع السابق مصنف القانون المدني ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٨

[٣] حكم بتاريخ ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٧٢، جريدة القانون الدولي كليني، سنة ١٩٧٤. وتعليق بوريل المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٧٥، ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٩

[٤] حكم بتاريخ ٣ يناير سنة ١٩٦٦ ،المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٦٧، وتعليق ضروز، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٨

[٥] حكم بتاريخ ٢٩ أكتوبر ١٩٦٣، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، وتعليق ضروز .انظر كذالك حكم محكمة هاتري المؤرخ ب ٢٤ مايس ١٩٤٩ ،المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ١٩٥٠ . وتعليق بو نصار ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٩

فمن اللازم التصريح بأنه واجب التطبيق على إثبات بنوة الأطفال المولودون قبل التاريخ المذكور وذلك طبقاً لأحكام المادة ١٣ من بابه الختامي،[١] وقضت المحكمة درجة الكبرى في باريس بما يلي أن القانون الواجب تطبيقه على الإقرار بطفل مزداد من أم انجليزية وأب فرنسي تزوجا في انجلترا هو القانون الإنجليزي الذي هو القانون الوطني الجاري على أم الطفل في تاريخ الزواج علاوةً على أنه أصلح للطفل من القانون الفرنسي[٢].

ويتضح من الأحكام السابق ذكرها إن المحاكم تنظر إلى التنازع الانتقالي الناشئ نتيجة التعاقب الزمني بين قواعد التنازع بوصفه تنازعاً داخلياً، يخضع بهذه المثابة للقواعد العامة المعمول بها في نطاق التنازع الانتقالي الداخلي على أساس أنه تنازع يقوم بين قواعد قانونية داخلية لا فرق بينها وبين القواعد الجوهرية أو المادية إلا من ناحية الصياغة.[٣]

٢-روابط الزواج: ومن الجدير بالذكر إلى أن النهج السابق الذي اتبعته المحاكم بالنسبة لميدان النسب هو الذي صارت عليه كذالك في مضمار الروابط الزوجية، ففي قرار بتاريخ ٤ يونيو ١٩٦٣ قضت محكمة استئناف أونطاربو في كندا بما يلي إن أهلية الشخص لإبرام عقد الزواج يتعين تحديدها بناءً على القانون الجاري به العمل في موطنه خلال الفترة التي وقع فيها إشهار الزواج، ومن ثم ينبغي أن يعتبر صحيحاً في انطاريو الزواج الثاني المعقود بين مواطن كندي وامرأة يهودية كان زواجها الأول من رجل يهودي قد تم إشهاره في هنغاريا حيث كان موطن كل منهما يوجد هناك، وكان الزواج المذكور قد تم حله عن طريق الطلاق الديني أعلن عنه في إيطاليا حيث كان الزوجان يقيمان بصفة مؤقتة هناك قبل أن يعودا إلى تحديد موطنهما في إسرائيل منذ أن اعترف بصحة الطلاق وفقا لقانون موطن الزوجة الذي كان سارياً في تاريخ زواجها الثاني وهو القانون الإسرائيلي.

---

[١] حكم بتاريخ ٢٩ ينيو ١٩٦٣ ،المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٤٦، ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٩

[٢] المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٧٢. وكذالك الحكم بتاريخ ٧ يوليو ١٩٧٠ .وانظر كذالك قرار محكمة ستراسبورج ،١٨ مايس سنة ١٩٢٦ ،جريدة القصر ،١٩٢٦ ،. وقرار محكمة استئناف باريس ،١٨ مارس سنة ١٩٥٤ المجلة الانتقادية ،١٩٥٥ ،.وتعليق باتيفول ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٦٩

[٣] انظر كروليش ،تنازع القوانين في الزمان، فقرة ٤٥ .كفالدا ،المرجع السابق ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧٠

في مثالنا في هذه القضية رغم أن الطلاق لم يعترف به من قبل القانون الهنغاري الذي كان قانون آخر موطن وكذلك لم يعترف به القانون الإيطالي وهو قانون محل وقوع الطلاق،[١] وفي نفس المنحى قررت محكمة نانسي في حكم ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ما يلي، ليس هنا أي تعارض بين ظهير ١٩١٣ المتعلقة بالوضعية المدنية للأجانب وبين ظهير ١٩١٥ الخاصة بالحالة الدينية المدنية بل إن كل منهما يكمل الآخر، فبموجب ظهير المذكورين يخضع شكل الزواج المعقود في المغرب بين أجانب للقانون الجاري به العمل في بلادهم الأصلية خلال تاريخ الذي أبرم فيها الزواج،[٢] وفي قرار بتاريخ ٥ يوليو ١٩٣٢ امتنعت محكمة استئناف بالرباط عن تطبيق ظهير ١٩١٥ المتعلقة بالحالة المدنية بالأثر الرجعي حيث صرحت بأن الزواج الديني المبرم سنة ١٩١٥ بين شخصين إيطاليين بالمغرب قبل إحداث نظام الحالة المدنية يعتبر زواجاً صحيحاً وذلك لأن الشكل الديني كان يجوز اللجوء إليه في ذلك الحين دون أي منازعة[٣].

وفي ذات التوجه أعلنت المحكمة المذكورة عن ما يلي تقاس صحة الزواج بالنظر إلى القانون الوطني الجاري على الزوجين في تاريخ إبرامه.[٤]

٣- النظام المالي للزواج : يقرر القضاء والفقه ضرورة مراعاة قاعدة الإسناد المعمول بها في تاريخ إشهار الزواج بالنسبة للعلاقات المالية بين الزوجين وهكذا صرحت محكمة الدرجة الكبرى بالسين في قرار بتاريخ ٢٥ يناير سنة ١٩٦٧ بما يلي، أن مبدأ ديمومة الأنظمة المالية للزواج الذي كان صحيحاً في فرنسا إلى حين دخول قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٦٥ حيز التنفيذ كان غير واجب التنفيذ قبل التاريخ المذكور على الزوجين الذين وإن كانا فرنسيين إلا أنهما كانا

---

[١] المجلة الانتقادية لقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٥٦، ص ٣٢١. وتعليق ولهلم فونكلر، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧٠

[٢] مجموعة قرارات محكمة استئناف بالرباط، سنة ١٩٣١-١٩٣٢، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧١

[٣] مجموعة قرارات محكمة استئناف بالرباط، سنة ١٩٣٢، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧١

[٤] قرار بتاريخ ١٨ مايس ١٩٦٢ ،مجلة القضاء والقانون ،العدد ٥٩ ٦٠ ٦١ سنة ١٩٦٣ ،. وانظر كذالك حكم محكمة ابتدائية بالرباط ،١٣ مايس سنة ١٩٢٤ ،مجلة محاكم المغربية ،العدد ١٣٢ ،تاريخ ١٩ يونيو ١٩٢٤ . وقرار محكمة النقض الفرنسية ٣ مارس سنة ١٩١٧ . مجموعة قرارات محكمة استئناف الرباط ،سنة ١٩٣٧ ،ص ٨٧ الذي صرحت فيه بأن المواطن الفرنسي الذي تزوج امرأة إسرائيلية مغربية لا يجوز له اللجوء إلى العادات المحلية التي كان العمل بها جارياً من قبل على رغم من أن هذه العادات لا زالت تشكل قالب الصحيح للزواج بالنسبة للمرأة ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧١

خاضعين دون احتيال لنظام أجنبي يجيز لهما مثل هذا التغير في النظام المالي،[١] ومن الجدير بالذكر إلى أن الاتجاه السابق الذي نهجه القضاء الفرنسي قد لقى ترحيباً من قبل الفقه الذي وجد فيه اتجاهاً ينسجم و يتلاءم مع ما يجري به العمل في نطاق القانون الانتقالي الداخلي، ذلك إن القوانين الجديدة المتعلقة بالنظام الزوجين المالى لا يتأثر في شيء على الأنظمة الجارية التي تبقى خاضعة للقوانين التي أبرمت في ظلها تماماً، كما هو الشأن بالنسبة للعقود بصورة عامة [٢] وأما في نطاق الاجتهاد القضائي المغربي.

فنشير إلى قرار مشهور صدر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٠،[٣] وهو يخص امرأة فرنسية ورجل إيطالي حددا موطنهما بفرنسا بعد ذلك تزوجا في مدينة ليون سنة ١٩١٨ دون أن يقومان بإبرام العقد لتنظيم العلاقة المالية بينهما وقد أصبحت الزوجة إيطالية تطبيقاً لمقتضيات قانون ٢٣ يونيو ١٨٨٩ ومنذ عام ١٩٢٠ استقر الزوجان في المغرب وبعد مضي ٣٠ سنة حدث الطلاق بين الزوجين فترافعا أمام محكمة ابتدائية بالرباط ثم على محكمة استئناف، وكان النزاع بينهما يتركز على طبيعة النظام المالي لهما عندئذ رجعت المحكمة إلى ظهير ١٢ أغسطس سنة ١٩١٣ المتعلقة بالوضعية المدنية المتعلقة بالأجانب الذي تنص المادة ١٥ منه على ما يلي إذا لم يبرم بين الزوجين عقد ينظم العلاقة المالية بينهما فإن آثار الزواج عقارات كانت أم منقولات تخضع لقانون الدولة التي كان ينتسب إليها الزوجان ولا يؤثر على نظام تلك الأموال تغير الزوجين لجنسيتهما أو إحداهما لجنسيته.

من باب أولى فيما بعد ومن الواضح إن النص السابق يحيل على القانون الوطني للزوج أي بالنسبة لهذه القضية على القانون الإيطالي الذي يفرض في حالة عدم وجود عقد ينظم العلاقة

---

[١] المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٦٧ .وتعليق باتيفول وفي نفس الاتجاه محكمة سانت اتيان المدنية ٢١ يناير ١٩١٤، المجلة الانتقادية، سنة ١٩١٤ كرونويل ٦، يونيو سنة ١٩٢٣ ،دالوز الدوري ١٩٢٤، ٤١ X ٢١ مارس ١٩٥٠ .المجلة الانتقادية ١٩٥١، . وتعليق لوسوارن وقارن كولمار ٢٨ مارس ١٩٢٨ ،اللجنة القانونية للزاز واللورين ١٩٢٨ ، وتعليق نبوايي ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧

[٢] راجع كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، السابق ، ص٧٢

[٣] جريدة القانون الدولي كليني ،سنة ١٩٥١، وتعليق كولدمان ،المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ،سنة ١٩٥٢ ،. وتعليق فرانسيسكاكس ،القرارات الكبرى للقضاء الفرنسي في قانون الدولي الخاص ، وتعليق كفالدا ،المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧٢

المالية بين الزوجين، نظام الفصل بين الأموال باعتبارها النظام المالي الذي تقضى به القواعد العامة لكن بموجب قاعدة الإسناد الفرنسية فإن القانون المختص طبقاً للظروف الواقعية للقضية مثل (الموطن . والإدارة المفترضة . ومكان إشهار الزواج) وهو القانون المادي الفرنسي، أي نظام الشيوع القانوني وقد رفضت محكمة الاستئناف بالرباط تطبيق المادة ١٥ من ظهير الوضعية المدنية، وقررت الأخذ بالنظام المعمول به في القانون الدولي الخاص الفرنسي.

تأسيساً على الحيثيات التالية ليس هناك شك بأن المادة ١٥ المذكورة آنفاً ينبغي تطبيقها على المراكز القانونية الناشئة في منطقة الحماية الفرنسية ومن ثم لا يصح إعمال النص السابق على الروابط القانونية التي نشأت واكتسبت في دولة أخرى تأخذ بنظام مختلف وحيث أن آثار الزواج المعقودة بين الزوجين (ماشي machete) بالنسبة لأموالها يتعين تحديدها في الفقرة التي تم فيها إشهار الزواج وحيث أن النظام المالي الذي خضع له الزوجان قد سبق تحديده واكتسابه قبل وصولهما إلى المغرب، ونرى أن محكمة ألاستئناف بالرباط كانت محقة فيما توصلت إليه على أساس إنها ألفت نفسها في مواجهة تنازع صريح بين مجموعة قواعد التنازع إلا إن كل قاعدة من القواعد السابقة كانت تنتمي إلى نظام قانوني مختلف ومستقل عن الآخر.

علاوةً على أن صلة الواقعة بالقانون الدولي الخاص المغربي كانت على صلة بعيدة تنحصر في أن النزاع بخصوصه قد تم عرضه على القضاء المغربي للحكم فيه الذي وجد جميع العناصر المكونة للرابطة القانونية [١] قد نشأت خارج دولة المغرب وفي ظل أنظمة قانونية مختلفة الأمر الذي يجعل الرابطة تدخل في نظام نوع آخر من أنواع التنازع الأخرى المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص وهو ما يعرف بالتنازع بين الأنظمة .

ثانيا: مبدأ الأثر الفوري أو المباشر في التصرفات القانونية

بالنسبة للتصرفات القانونية يسير الاجتهاد القضائي على هدي المبادئ الجاري العمل بها في القانون الداخلي إذ لاحظ تنازع انتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية في مجال التصرفات القانونية، وفي هذا الخصوص أعلنت محكمة استئناف روما في قرار بتاريخ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥١ عما يلي إن اللحظة التي يتعين التركيز عليها لتحديد القانون الذي يسري على العقد هي

---

[١] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط ٣ ، سنة ١٩٩، ص ٧٣ .

اللحظة التي أبرم فيها العقد المذكور وحينئذ يطبق القانون المذكور بما فيه من أحكام تتعلق بالقانون الانتقالي[١].

وكذالك ظل القضاء الفرنسي من جهته متمسكاً بالمبادئ المعمولة في مجال التنازع الانتقالي الداخلي حيث صرحت محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر عن غرفة العرائض بتاريخ ٢٤ مارس ١٩٢٤ بما يلي، من حيث المبدأ يسري القانون بالنسبة للمستقبل فلا يمتد بأثر رجعي وإن قانون ٢٤ يوليو سنة ١٩٢١ لا يتضمن أي قاعدة تقضي بتنفيذه على ألاتفاقات المعقودة قبل صدوره، واعتباراً لأنه يعالج لأول مرة التنازع بين القوانين الفرنسية وبين القانون المحلي لالزاز ولورين في نطاق القانون الخاص، فإن القانون السابق ذكره لا يمكن اعتباره ذا طابع تفسيري وبالتالي فهو لا يسري على العقود والاتفاقات المتنازع بخصوصها[٢].

ويمكن القول بأن الاتجاه السابق القاضي بضرورة اعتماد قاعدة الإسناد المعمول بها في تاريخ إبرام التصرف القانوني في حالة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية هو الاتجاه المعمول به في إطار القانون الدولي الخاص المغربي، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ ٨ مايس ١٩٧٣ أي بعد صدور قانون توحيد وتعريب والمغربة يتعلق بعقد تأمين أبرم سنة ١٩٥٧ بمدينة طنجة أي في فترة كان العمل بها جارياً داخل المنطقة السالف ذكرها بظهير ١٩٢٤ المتعلقة بالوضعية المدنية للأجانب في منطقة طنجة، صرح المجلس الأعلى بما يلي .لقد أصابت محكمة الموضوع عندما قررت تطبيق قانون التجاري الأسباني الذي اختاره الطرفان عند إبرام عقدهم وذلك ضمن إطار تشريع المعمول به بمنطقة طنجة خاص بالأجانب الفصل ١٥ من ظهير المتعلقة بالوضعية المدنية للأجانب بطنجة [٣].

---

[١] المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص ،سنة ١٩٥٣، وتعليق دونوفا ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧٧

[٢] راجع سيراي، سنة ١٩٢٤، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧٨

[٣] القرار رقم ١٥٤ ، اللجنة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد العدد ١٣-١٤، سنة ١٩٨٣، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧٨

الفرع الرابع

الإستثناءات على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة

تتمثل الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر الفوري لقواعد الإسناد الجديدة أما في السريان الرجعي أو في استمرار قاعدة التنازع القديمة بعد دخول القاعدة الجديدة حيز التنفيذ، وهذان الاستثناءان يعتبران من الاستثناءات التقليدية التي تطبق في ميدان القانون الانتقالي الداخلي إذا توفرت لها بعض الشروط الخاصة.

أولاً السريان الرجعي: إن من بين الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم رجعية القوانين وتجيز للمشرع بجعل سريان التشريعي الجديد ينسحب على ما حدث قبل صدوره من الوقائع، استثناء متعلق بقوانين التفسير التي يمتد تطبيقها إلى تاريخ الذي صدر فيه القانون المفسر [١] وهذا يعني أن المشرع إذا أصدر قاعدة الإسناد جديدة ورأى أن المحاكم لم تتوصل إلى الحقيقة المقصودة الذي توخاه المشرع، جاز له أن يصدر قانوناً تفسيرياً يبين مفهوم ومدلول قاعدة التنازع التي لم تستطع المحاكم الوقوف على معناها وكيفية تطبيقها، بأن يقرر وجوب تطبيق القانون التفسيري على ما وقع قبل صدوره مادام لم يصدر بخصوصه حكم نهائي، وعلى الرغم من أن مبدأ عدم رجعية القوانين يحظى بمكانة دستورية في نطاق القانون المغربي فإنه لا مانع بحسب تقدير الأستاذ الدكتور أحمد الزوكاغي ويؤيده الباحث في رأيه يحول بين المشرع وبين إصدار قانون تفسيري يكتسب صبغة تفسيرية بحتة ويمتد تطبيقه بأثر رجعي ينسحب على ما وقع قبل صدوره. [٢]

---

[١] راجع روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان)،ط٢ ،باريس١٩٦٠، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٧٩

حسن كيرة، أصول القانون ،ط ٢ ،دار المعارف بمصر ،١٩٥٩/١٩٦٠، ص ٢٤٣ .

[٢] راجع محمد أشركي ،الظهير الشريف في القانون العام المغربي دار الثقافة ،دار البيضاء، سنة ١٩٨١، ص١٤٠. عبد القادر خلو ،عدم رجعية المعاهدات والتطبيق الزمني لتفسير المعاهدات ،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، ١٩٧٠.

حسن كيرة ، مشكلة تنازع بين القوانين في الزمان مجلة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، مطبعة جامعة الإسكندرية ، سنة السابعة العدد الثالث والرابع سنة ١٩٥٨، ص ١٠٠ و ص ١٠١.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ،ص ٢٨٩.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١، ص ١١٥ و ص ١١٦.

ثانياً: استمرار سريان القانون القديم:

يقتضي مبدأ عدم رجعية القوانين أن يطبق القانون منذ تاريخ صدوره ونشره في الجريدة الرسمية للدولة وأن يتوقف القانون القديم الملغى عن سريان النفاذ، ولكن إن هذا المبدأ ليس بهذا الشكل على إطلاقه بل يرد عليه استثناء هام يقضي بإمكانية استمرار القانون القديم في النفاذ ومراعاة الصالح العام والحقوق المشروعة التي اكتسبها الأشخاص في ظل القانون القديم،[١] وقد أتيحت للقضاء المغربي بعض الفرص العملية للإعلان عن الاستثناء السابق في نطاق قضايا تدخل في حظيرة القانون الدولي الخاص، مثال على ذالك ما قضت به محكمة استئناف الرباط في القرار الصادر عنها والمؤرخ في ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠ الذي صرحت فيه بما يلي إن العقد الخاضع للقانون البرتغالي في ظل نظام الامتيازات الذي سبق إقامة الحماية الفرنسية بالمغرب يبقى خاضعاً للقانون المذكور حتى بعد إقامة نظام الحماية وتنازل البرتغال عن امتيازاتها في المغرب[٢].

ويتضح من الحيثية السابق ذكرها إن الاجتهاد القضائي يطبق بالنسبة للتنازع الانتقالي بين قواعد التنازع الوطنية ذات الاستثناء الجاري العمل به في مجال التنازع الانتقالي الداخلي ذلك الاستثناء الذي يقضي باستمرار نفاذ القانون القديم على العقود التي أُبرمت في ظله رغم صدور قانون جديد يعدل من نظام العقود والجدير بالذكر إن أهم التطبيقات التي قرر فيها القضاء العمل بالاستثناء الذي نحن بصدده تتعلق بالعقود الدولية التي تنطوي على شروط الوفاء بالذهب أو بعملة غير العملة ذات السعر الإلزامي داخل الدولة.

وفي هذا السياق رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن الموجه لقرار إحدى محاكم الموضوع ٣ مبيناً بأن المسائل المتعلقة بصحة أو بطلان العقود تعالج طبقاً لقواعد التشريع المعمول بها في تاريخ الإبرام، وحيث أن قانون ٢٤ يوليو سنة ١٩٢٨ كان قد ألغى قبل استحقاق الدين فإن مقتضيات القانون المؤرخة ب ٥ أغسطس لسنة ١٩١٤ الذي يحظر شروط الوفاء بالذهب أو بالعملة الأجنبية، فإن أطراف العلاقة المعنية تلتزم بمراعاة هذا القانون الأخير المعمول به في تاريخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٢٦، ويكون لهم حق مكتسب يتيح لهم بالإستناد إلى بطلان الاتفاق المبرم في التاريخ المذكور آنفاً ونظراً لعدم وجود أي حكم في ٢٥ سبتمبر سنة

---

[١] راجع روبيه ، القانون الانتقالي، (تنازع القوانين في الزمان) ،باريس– سنة ١٩٦٠، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٠

[٢] مجموعة قرارات محكمة استئناف بالرباط، سنة ١٩٣١. قرار بتاريخ ٢٤ مارس سنة ١٩٢٤، سيراي، سنة ١٩٢٤، ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٠

١٩٢٨ يعطل تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين المقررة في المادة ٢ من التقنين المدني فإن الأطراف يحتفظون بالحق في البطلان الذي كان مكتسباً لهم وقد طبقت محكمة النقض الفرنسية الاجتهاد السابق بالنسبة للقضايا والطعون المرفوعة إليها تجاه الأحكام الصادرة من قبل المحاكم المغربية خلال عهد الحماية.

وفي هذا الصدد نذكر على سبيل المثال القرار الصادر عن المحكمة المذكورة المؤرخ ب ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٣ الذي تضمن ما يلي باستثناء الصفقات ذات الطابع الدولي فإن الأحكام المتعلقة ببطلان أي شرط يجبر المدين المقيم في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب على الوفاء أما بالذهب أو بالعملة غير العملة التي لها سعر إلزامي في المنطقة التي سبق ذكرها هي أحكام تتعلق بالنظام العام وهي أشد قسوة في المغرب منها في فرنسا ومن ثم لا يجوز القول بأن المادة ١٣ من ظهير الوضعية المدنية التي تجيز للفرنسيين في المغرب ليس على أن يحيلوا ليس فقط على قوانينهم الداخلية بل على أي قانون أجنبي حسب إرادتهم واختيارهم تحول دون التطبيق الصارم للقوانين النقدية الداخلية[١] .

[١] مجموعة قرارات محكمة استئناف بالرباط، سنة ١٩٣٣. ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨١

المطلب الثاني

التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص

قد تشير قاعدة التنازع المقررة في قانون القاضي المعروض عليه النزاع تطبيق قانون أجنبي معين وحينما يرجع القاضي إلى القانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة الإسناد الوطنية لدولته أي دولة القاضي المرفوع أمامه النزاع فإنه يلاحظ تعاقب وتتابع قاعدتين قانونيتين تتعلقان بمسألة قانونية يثور النزاع حولها وعندئذ يجد القاضي نفسه في مواجهة مشكلة تتعلق بالتنازع انتقالي في نطاق قانون داخلي أجنبي [١] ويسمى هذا النوع من النزاع بالتنازع الدولي للقانون الانتقالي أو التنازع الدولي الانتقالي تميزاً له عن التنازع الانتقالي الدولي التي ينشأ في حظيرة القانون الدولي الخاص الوطني [٢].

في نطاق هذا النوع من التنازع نفترض أن القاضي يكون مدفوعاً بموجب قواعد التنازع المعمولة بها في دولته إلى تطبيق قانون أجنبي معين لكن عندما يبحث القاضي في قانون تلك الدولة الأجنبية يجد أن التشريع الصادر فيها قد دخل عليه تعديل فحينئذ يجد نفسه أمام قانونين، أحدهما قانون قديم وأما القانون الآخر فهو جديد، فيثار تساؤل لمعرفة كيفية معالجة التنازع، أي بمعنى هل يتم اللجوء في حله إلى قواعد قانون الانتقالي المقررة في الدولة التي صدر فيها تلك القوانين أم يتم معالجته بموجب قواعد القانون الانتقالي المعمول بها في دولته أي دولة القاضي؟ وغني عن الذكر أن معالجة التنازع الانتقالي الناشئ في مضمار القانون ألأجنبي يكتسب أهمية بالغة بالنسبة لمعالجة المنازعات الناشئة عن العلاقات الخاصة الدولية، بحيث لا يكفي فقط أن يتعرف القاضي على القانون المختص بحكم النزاع بل يتعين عليه تحديد القانون المختص من بين مختلف القوانين الصادرة في بلد واحد إذا حصل وإن كانت هناك قوانين متعاقبة في الزمان على اعتباراته عندما ينعقد الاختصاص لقانون أجنبي معين، حينئذ نكون قد اجتزنا مرحلة هامة في سبيل حل النزاع ولكن الطريق تبقى غير تامة على أساس إن الغاية المنشودة هو تطبيق التشريع المختص وسواء في هذه المرحلة أو تلك نرى إن هناك تباين وهذا التباين هو الذي يميز بين

---

[١] مايير، القانون الدولي الخاص، باريس– سنة ١٩٧٧، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٢

[٢] فرانسوا ريكو، التنازع المتحرك في قانون الدولي الخاص مجموعة محاضرات أكاديمية لاهاي القانون الدولي، سنة ١٩٦٦وهو يرى أن التغير الذي ينبغي التمسك بهي هو التنازع الانتقالي للقانون الدولي الخاص والتنازع الانتقالي للقانون الأجنبى. ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٢

التصميم الذي يضعه المهندس المعماري بين البناية المراد تشييدها فإذا ما تم التوقف في المرحلة الأولى فبالتالي إن العمل لم يكتمل إنجازه [١].

وتجدر الإشارة إلى أن التنازع الانتقالي للقانون الأجنبي الناشئ نتيجة تعديل في قواعد الإسناد المقررة في القانون المذكور يفترض أن القاضي المعروض عليه النزاع يأخذ بنظرية الإحالة ويراعي على الأقل في بعض الحالات القواعد الأجنبية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، بحيث يكون من المؤكد أن يؤدي الأمر إلى الاختيار بين قاعدتين متعاقبتين من قواعد التنازع [٢] ومن الجدير بالملاحظة أن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص يعتبر من الحالات القليلة وبالغزارة التي تدعو إلى التخوف والرهبة من ناحية والعثور على حلول ومعالجات والاجتهادات الغزيرة من ناحية ثانية، وهو نوع من التنازع ينشأ عادةً بمناسبة إصدار تقنينات عامة تعني القانون الدولي الخاص وقد كان هذا النوع من التنازع نادر الوقوع إلى حدود النصف الثاني من القرن الماضي الذي شهد انبثاق التقنين المدني الألماني سنة ١٩٠٠، وتقنين بوستامنتي الصادر سنة ١٩٢٨ و المعمول بها في ١٥ دولة من دول أمريكا اللاتينية، والتقنين المدني الإيطالي سنة ١٩٤٢ من القرن العشرين.

وبدء ظهور حالة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في قانون الأجنبي المختص لفرض نفسها وخاصةً بعد صدور التقنينات المتعلقة بالقانون الدولي الخاص في دول شرق أوربا وفي الدول العربية،[٣] نتوصل إلى نتيجة مفادها إن التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في قانون الأجنبي المختص ليس بالإمكان تصور وقوعه بالنسبة للأنظمة القانونية التي لا تأخذ بنظرية الإحالة أو نظرية التنازع السلبي بين قواعد الإسناد، وبالتالي لا مجال لإثارة هذا النوع من التنازع في نطاق الأنظمة السالف ذكرها تأسيساً على إن القاضي المعروض عليه النزاع يتوجه مباشرةً إلى القواعد المادية المقررة في القانون الأجنبي المختص في نظر دولة القاضي أي بمقتضى قواعد الإسناد المعمول بها في دولة القاضي، ومن ثم تثور مشكلة التنازع

---

[١] نبوايي معنا القانون الأجنبى في نظر قاضي دولة معينة ،مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن، سنة ١٩٢٨، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٣

[٢] كروليش، تنازع القوانين في الزمان، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٣

[٣] مثال التقنين المدني المصري سنة ١٩٤٨ والتقنين المدني العراقي سنة ١٩٥١ والتقنين المدني السوري ١٩٤٩ والتقنين المدني الليبي ١٩٥٣ والتقنين المدني السوداني ١٩٧١ والتقنين المدني الجزائري ١٩٧٥

ا.د.مظفر ناصر حسين، التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٠ وما بعدها. هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١١٩. ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٣

الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في قانون الأجنبي المختص في نطاق الأنظمة القانونية التي لا تجد غضاضة في اعتناق فكرة الإحالة،[١] كما هو الوضع في القانون الألماني والقانون الفرنسي حيث أن القاضي المعروض عليه النزاع عندما يتحقق من انعقاد الاختصاص لقانون أجنبي معين، فإنه يلجأ قبل كل شيء إلى استشارة قواعد الإسناد الجاري العمل بها في القانون الأجنبي المختص وبالتالي ما إذا كانت الأخيرة تسند الاختصاص بالقانون المادي الذي تنتمي إليه أم إنها تحيل الاختصاص إلى قانون دولة أخرى، ولتوضيح كيفية نشوء التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص نسوق المثال التالي نفترض إن قاضي مغربي عرض عليه نزاع يتعلق بشخص كان يحمل الجنسية المصرية توفى سنة ١٩٤٨ مخلفاً ورائه أموالاً منقولة موحدة في المغرب وبعد سنتين من وفاته وتحديداً في عام ١٩٥٠ نشب نزاع بين ورثة المتوفى بخصوص التركة التي خلفها المورث في مثل هذه الفرضية سوف يكون القاضي المغربي ملزم بتطبيق قاعدة الإسناد المغربية التي تقضي بالرجوع إلى قانون الدولة التي كان المتوفى ينتمي إليها بجنسيته في حياته.

وحينما يرجع القاضي المغربي إلى قانون الوطني للمتوفى الموروث يجد أن المشرع المصري قد أجرى تعديل في قاعدة التنازع المختصة في مجال المواريث فإنه بعد إذ كان ينيط الاختصاص بقانون الأحوال الشخصية المختصة بالملة التي كان تابعاً لها المتوفى [٢] أصبح يسند الاختصاص للقانون الوطني للمورث [٣] وعندئذ يضطر القاضي المغربي إلى الفصل ابتداءً في مسألة التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي المختص وبيان ما إذا كان يتعين تطبيق قاعدة التنازع المصرية القديمة التي توفى المورث في الفترة التي كان العمل بها جارياً أم أن قاعدة الإسناد الواجبة التطبيق هي القاعدة الجديدة التي ثار النزاع في ظلها[٤].

---

[١] ومن الدول التي تأخذ بفكرة الإحالة النمسا تركيا هنغاريا أسبانيا يوجزلافيا كذالك فرنسا وألمانيا واليابان وسويسرا ،راجع هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٠.

[٢] المادة ٥٤ من تقنين المدني ألأهلي المصري الصادر سنة ١٨٨٣ وهو ذات الحكم الذي كانت تتضمنه المادة ٧٧ من تقنين المدني المختلط الصدر سنة ١٨٧٥ . وراجع أحمد الزوكاغي ،المرجع السابق، ص ٨٤.
ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩١ وما بعدها

[٣] الفقرة الأولى من المادة ١٧ من التقنين المدني المصري الذي دخل حيز التنفيذ في يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩

[٤] من الممكن استقاء مثال أخر من المقارنة بين الفقرة الأولى من المادة ١١ من التقنين المدني المصري المتعلقة بالشروط الجوهرية أو الموضوعية للزواج وبين ما كان تقضي بهي المادة ٢٧ من التقنين المدني السابق

ومن بين القضايا العملية التي تتعلق بهذا النوع من التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المعمولة بها في القانون الأجنبي المختص، هناك قضية مشهورة تم عرضها على القضاء الفرنسي تعرف بقضية (باتينو batino [١]) وتتعلق بامرأة ورجل يحملان الجنسية البوليفية عقدا الزواج في مدريد يوم ٨ أبريل سنة ١٩٣١ بحسب الشكل الديني الذي كان مقرراً بموجب القانون الأسباني في ذلك الوقت وفي سنة ١٩٤٦ رفعا في فرنسا دعوة تتعلق بالطلاق بمقتضى الفقرة ٣ من المادة ٣ من التقنين المدني الفرنسي، كان على المحاكم الفرنسية أن تطبق القانون الوطني المشترك بين الزوجين في القانون البوليفي المؤرخ ب ٢٥ أكتوبر ١٩٣٠، الذي كان يجهل في تاريخ انعقاد الزواج مؤسسة الطلاق فقد صدر بتاريخ ٥ أبريل ١٩٣٢ قانون بوليفي يجيز حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق.

ومن هنا نشأ التنازع الانتقالي أول بين قواعد الإسناد الأجنبية وتمت معالجته بتطبيق القانون الجديد لكن هذا التنازع الأول أضيفت إليه تنازع آخر بحيث قضت المادة ٢٤ من القانون البوليفي الجديد أنه يجوز في جمهورية بوليفيا حل الزواج الذي تم إشهاره في الخارج، بشرط أن يسمح به قانون الدولة التي وقع إشهاره فيها ولقد خلق النص الجديد صوراً من صور الإحالة ذات الدرجة الثانية وتمخض عنه تنازع انتقالي داخل القانون الأجنبي المختص وبالفعل كان التشريع الأسباني المتعلق بالزواج المعمول به في تاريخ إشهار الزواج الديني قد طرأ عليه تعديل هو [٢] بدوره من حيث الزمان، إذ صدر بتاريخ ٢ مارس سنة ١٩٣٢ قانون يجيز الطلاق ثم ألغى القانون المذكور سنة ١٩٣٩، ولقد كان من الممكن أن ينشأ التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد المقررة في القانون الأجنبي في قضية باتينو بالنسبة للقانون البوليفي المؤرخ ب ٥ يناير سنة ١٩٦١ المتعلق بتفسير المادة ٢٤ من قانون ٢٥ أبريل ١٩٣٢.

وذلك أن النص الأخير الذي يمثل قاعدة التنازع البوليفية يحيل في مجال الطلاق على قانون البلاد التي وقع إشهار الزواج فيها أي بالنسبة لقضية باتينو على القانون الأسباني وقد

---

[١] محكمة السين المدنية في ٢٠ يونيو ١٩٥٠ ،جريدة القانون الدولي كليني، سنة ١٩٥٢،. وتعليق فيلونينكر ،المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٥١. تعليق موتلسكي ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٥

[٢] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص ٨٥.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢١.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ،ص ٢٩١ و ص ٢٩٢.

راعت محكمة استئناف باريس [١] الإحالة المقررة في هذا الخصوص، ولكن المشرع البوليفي أوضح فيما بعد أن المادة ٢٤ من قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٢ يجب أن يفسر بمعنى أن القيد الذي تضمنه لا يمس البوليفيين الذين يقبل زواجهم الانحلال، كيفما كانت الدولة التي تم فيها إشهار الزواج وكيفما كانت جنسية الزوج عند الطعن بالنقض، وقع التمسك بالنص الجديد، لكن الوسيلة لم تثر إلا بعد انقضاء الأجل المقرر تحت طائلة السقوط ثم اكتفت محكمة النقض الفرنسية بمعاينة فوات الأجل فحكمت بالتالي بعدم القبول[٢].

ويثار تساؤل هل تفهم الإحالة في نطاق الأنظمة القانونية التي تأخذ بها على أنها لا تقتصر على الإحالة المكانية فحسب بل تشمل كذلك الإحالة من ناحية الزمان؟ ومن الملاحظ أن الآراء الفقهية يكاد ينعقد الإجماع بينها حول ضرورة الرجوع [٣] إلى القواعد المتعلقة بالتنازع الانتقالي المنصوص عليها في القانون الأجنبي المختص[٤]. ذلك إن قواعد الإسناد لا تقتصر على الإحالة على القاعدة المادية الواجب تطبيقها بل هي تحيل كذلك إلى قواعد التنازع المقررة في

---

[١] قرار محكمة بتاريخ ١ يوليو سنة ١٩٥٩، دالوز، ص ٤٣١. المصنف الدوري ١٩٥٩، ١١، ١١٢١٤، جريدة القانون الدولي كليني، ١٩٦٠، ص ٤٢٨ . وتعليق بو نصار.

[٢] محكمة نقض الفرنسية ١٥ ماي ١٩٦٣ ،المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٦٤، ص ٥٣٢. وتعليق لاكارد، جريدة القانون الدولي كليني، ١٩٦٣، ١٠١٦ وتعليق مالوري ،المصنف الدوري، ١٩٦٣ ،١١ ، ١٣٣٦٥ وتعليق موتلسكي ،القرارات الكبرى الصادرة عن القضاء الفرنسي في مجال القانون الدولي الخاص ،ص ٢٧٧ والتعليق ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٦

[٣] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي ، ط ٣ ، سنة ١٩٩٣، ص ٨٦.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية ،سنة ٢٠٠١، ص ١٢٣ و ص ١٢٤.

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق ،ص ٢٩٢.

[٤] في هذا المعنى عز الدين عبد الله ،قانون الدولي الخاص، ج ٢، ط١، سنة ١٩٦٨، فقرة ١٥٧ مكرر، ص ٥٦٢ وطبعة ١٩٨٠ فقرة ١٥٧ مكرر. محمد كمال فهمي ،أصول القانون الدولي الخاص المرجع السابق، فقرة ٣٤٢، ص ٤٣٩.

القانون المختص الذي يقتضي التسليم في ذات الوقت بأن مبادئ الإحالة ينبغي تطبيقها دون تحفظ سواء في نطاق القانون الانتقالي أو في نطاق القانون الخاص[١].

وتأسيساً على ذلك إذا كان قاعدة التنازع المعمول بها في قانون القاضي تشير إلى تطبيق قانون أجنبي معين، وحصل أن تعاقبت قاعدتا إسناد في القانون السالف ذكره وكانت إحداهما تؤدي إلى الإحالة فإن القاضي المعروض عليه النزاع يتعين عليه أن يستشير قانون الأجنبي المختص فيما يتعلق بتحديد القاعدة التي يجب إتباعها،[٢] ويبرر الفقه القاضي بالرجوع إلى المبادئ السائدة في القانون الأجنبي المختص للفصل في مدى نفاذ قاعدة التنازع الأجنبية واجبة التطبيق من ناحية الزمان، إستناداً إلى أن الحل السالف ذكره يعتبر أمراً لازماً لتقدير صحة ونفاذ قواعد الموضوعية الواجب تطبيقها بصفتها هذه بمقتضى قواعد التنازع الوطنية على إعتبار إن المسألة تتعلق هنا بتفسير قاعدة موضوعية واجبة التطبيق ومدى نفاذها من حيث الزمان، الشيء الذي يتعين معه الرجوع إلى المبادئ العامة السائدة في قانون الأجنبي المختص[٣]، بحيث تعتبر هذه النتيجة متوافقة مع مبدأ القاضي بتفسير قاعدة التنازع ووفقاً للتصورات والمفاهيم السائدة في قانون الأجنبي[٤].

---

[١] اتيين دوسزازي ،مجموعة محاظرات أكاديمية لاهاي للقانون الدولي ،. وانظر كذالك باتيفول و لاكارد ، القانون الدولي الخاص ،ج١ المكتبة العامة للقانون والقضاء باريس ١٩٨١. حيث يقولان يخضع تحديد نطاق قانون الأجنبى من حيث الزمان عادةً للقواعد الانتقالية المنصوص عليها في نفس القانون الأجنبى. ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٧

[٢] للمزيد من التفاصيل راجع مايير ،القانون الدولي الخاص المرجع السابق. وفي نفس الاتجاه ويكون القانون الدولي الخاص. حيث يقرر إن تطبيق القانون الأجنبى يقتضي قاعدة الإسناد المنصوص عليها في قانون القاضي يتطلب مراعاة طرق تطبيق القانون المذكور في الزمان. ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٧

[٣] هشام صادق ،مركز قانون الأجنبى أمام القضاء الوطني ،منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة ١٩٦٨، فقرة ٣٨٧، ص ٤٣٨. وانظر كذالك كروليش ،تنازع القوانين في الزمان المرجع السابق، فقرة ١٨٤. حيث يرى إن مراعاة قواعد الإسناد الأجنبية يشكل في الحقيقة وعلى غرار قاعدة الإسناد نفسها وسيلة تنضيم ومراقبة نجاحها عن طريق غايات المتوخاة منها

[٤] انظر في هذا الشأن مايبير، المرجع السابق، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٧

هشام خالد التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٥. وما بعدها

وهذا التبرير هو الذي عبر عنه أحد الباحثين بقوله يفترض في القانون الأجنبي أنه القانون المؤهل أكثر من سواه لتسوية الرابطة الدولية المتنازعة بخصوصها أن لا يعتبر القانون الأجنبي كذلك القانون المؤهل دون غيره لتحديد القانون المعمول به في ظل نظام القانون الأجنبي الذي ينظر إليه على إنه القانون الأفضل والأكثر إنسجاماً وتوافقاً وملائمة، وباختصار أن القانون الانتقالي الأجنبي في نهاية المطاف ليس إلا منهج من مناهج تفسير القانون المبادئ المطابق،[١] ومن الضروري التنويه إلى أن الاجتهاد القضائي لم يتردد في إنتهاج ذات النهج ومسايرة هذا التيار الفقهي السائد القاضي بالرجوع إلى القانون الأجنبي المختص لمعالجة التنازع الانتقالي بين قواعد التنازع المقررة في القانون السالف ذكره، وبهذا النسق قضت محكمة استئناف باريس في حكم صادر عنه بتاريخ ٢ يوليو ١٩٥٤ بما يأتي أن الزوجين البولونيين الذين كان موطنهما معاً قبل أن يتزوجا في فارسوفيا حيث تزوجا سنة ١٩٢٢ دون إبرام عقد ينظم العلاقة المالية بينهما وحيث ظلا محافضين هنا على موطن الزوجية لفترة طويلة من الزمان، صارا بصورة تلقائية خاضعين للنظام المالي للقانون المقرر بموجب التشريع المعمول به وقتئذ في هذا الجزء من بولونيا علماً بأن النظام المذكور يعتمد على الفصل بين الأموال كنظام.

ومن ثم يعتبر القانون البولوني القانون الواجب التطبيق على الزوجين المذكورين، سواء من حيث موجباته الانتقالية أو أحكامها الموضوعية أو الجوهرية [٢] وفي هذا المقام من المستحسن لفت النظر إلى أن معهد القانون الدولي لم يتوان عن مباركة الاتجاه السابق فأوصى بمراعاة مقتضياته التالية، الأثر المترتب في الزمان عن تغير في قانون الواجب تطبيقه يتحدد بموجب القانون المذكور[٣] ونعتقد أن الحلول السابقة صالحة للتطبيق في نطاق القانون الدولي الخاص

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٢.

[١] راجع في هذا كفالدا ،المرجع السابق مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص ٨٧ . ،١٩٣٦، ص ٣٩٥.

[٢] المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٤٥، وتعليق باتيفول ،جريدة القانون الدولي كليني، سنة ١٩٥٥، وتعليق بو نصار، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٨ ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٢. وما بعدها هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٨.

[٣] دورة ديجون أغسطس وسبتمبر سنة ١٩٨١، المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٨١، وانظر كذالك القرار الصادر عن محكمة ألاستئناف باريس يوم ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٤، الذي قررت فيه. أن القانون ألألماني المؤرخ ١١ أغسطس سنة ١٩٦١ الذي مدد من السنة السادسة عشر إلى السنة الثامنة عشر التزام ألأب بتلبية حاجات ابنه الطبيعي القاصر يعتبر من حيث المبدأ واجب التطبيق بموجب القانون الانتقالي ألألماني

المغربي فعلى الرغم من أن الاتجاه السائد منذ بداية الحماية إلى يومنا هذا سواء في دائرة الفقه أو في نطاق التشريع يرفض التسليم بفكرة الإحالة، فإننا لانرى أي مانع يحول دون الأخذ بالفكرة السابق ذكرها خصوصاً وأن بعض الباحثين بعد استقلال المغرب اعتبرو أن الأخذ بفكرة الإحالة في الغرب أداة قانونية لتخليص القانون المغربي من الأفكار والتأثيرات الاستعمارية التي كانت سائدة في عهد الحماية والتي لم تكن تستهدف في الحقيقة غير تعطيل تطبيق قانون القاضي، وبصفة خاصة إذا كان القانون المذكور متمثلاً في أحكام ومقتضيات الشريعة الإسلامية[١].

وتأسيساً على ذلك يتعين على القاضي المغربي عندما يرى نفسه في مواجهة نص تشريعي يحيل على قانون سابق له كان فيه قانون الأجنبي المختص بموجب قاعدة التنازع المغربية يأخذ فيه بقاعدة الإسناد تختلف عن قاعدة الإسناد التي صار يتبناها، أن يطبق النص التشريعي الذي اتجه إرادة المشرع الأجنبي إلى تطبيقه وإلا فإن القول بغير ذلك يعني تحريف إرادة القانون الأجنبي المختص، وتطبيق نص لا يوجد لديه أي سند بالنسبة للمشرع الأجنبي المختص هذا وإن الاتجاه الذي ندافع عنه هو الذي يقضي بوجود نظرية إلى قانون الأجنبي المختص بوصفه كل غير قابل للتجزئة، بحيث تشمل الأحكام المادية أو الموضوعية والمقتضيات الانتقالية في ذات الوقت هو الاتجاه الذي سرى عليه وطبقه المجلس الأعلى في قرار بتاريخ ٩ مايس سنة ١٩٨٣، الذي قررت فيه تطبيق قانون الأجنبي المختص أولاً وبطبيعة الحال تأسيساً على قاعدة التنازع المغربية.

ثانياً لأن القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد المقرر في القانون المذكور ومما جاء في قرار المجلس الأعلى يشار إليه ما يلي إذا كانت النصوص القانونية الفرنسية متعلقة بالخيانة الزوجية قد ألغيت بمقتضى نصوص جديدة فإن موضوع الدعوى لا يتعلق بالعقوبة الزجرية حتى

المختص على العلاقات القائمة بين الأب الطبيعي الفرنسي والطفل الطبيعي ألأماني يتراوح عمره بين ١٦ إلى ١٨ في تاريخ دخول القانون المذكور حيز التنفيذ .المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، سنة ١٩٦٥، وتعليق بو نصار ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٨٩

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٣.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٨ و ص ١٢٩.

[١] أ.د.أحمد الزوكاغي ، تنازع القوانين في الزمان دراسة في القانون الدولي الخاص المغربي، ط ٣، سنة ١٩٩٣، ص٩٠.

هشام خالد، التنازع الانتقالي في تنازع القوانين ،مطبعة دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، ص ١٢٩ وما بعدها

ا.د.مظفر ناصر حسين ،التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، ص ٢٩٣.

يحتج بهذه النصوص الجديدة أو بتطبيقها الفوري، وإنما يتعلق بالطلاق، على أن الفصل ٢٤ من القانون الجديد (١١ -٧-٧٥ -) ينص صراحةً على أنه في جميع الحالات التي يكون فيها المقال الأصلي قد رفع قبل دخول القانون الحالي في حيز التطبيق، فإن دعوى الطلاق أو الانفصال الجسماني يستمر النظر فيها ويتم الفصل فيها بحسب القانون القديم،[١] وبتعبير آخر وبإيجاز يتعين أن تفهم الإحالة في نطاق القانون الدولي الخاص المغربي على إنها تعني في نفس الوقت الإحالة من حيث الزمان، وكذلك الإحالة من حيث المكان، وبهذا فإننا قد انتهينا من عرض التنازع الانتقالي الناشئ بين قواعد الإسناد سواء في قانون القاضي أم في قانون الأجنبي.

[١] القرار رقم ١٠١ مجلة القضاء المجلس الأعلى، العدد ٣٣-٣٤، السنة التاسعة مايس ١٩٨٤، ، مشار اليه فى مؤلف أ.د احمد الزوكاغى ، المرجع السابق ، ص٩١

الخاتمـــة:

لقد اتضح لنا من خلال بحث الموضوع التنازع الانتقالى الناشئْ عن تغير قواعد الإسناد أنه من المواضيع المعقدة والشائكة، لتشعب الحقوق والتزامات على العلاقات الدولية الخاصة، واختلاف المفاهيم والعلاقات والغموض النظرية التي ذكرت في هذا المجال.

أولاً:النتائج

إن التنازع الانتقالي بين قواعد الإسناد الوطنية يلزم الاعتماد في دله على المنهج العام المعمول به بالنسبة للتنازع الانتقالى فى القانون الداخلى ذلك المنهج الذي يرتكز على ثلاث قواعد أساسية.

١-ليس للقوانين الجديدة أثر رجعى بمعنى أنها لا ترجع في شأن الحقوق التي اكتملت.

٢- تسري القوانين الجديدة بأثر فوري على الروابط القانونية ابتداء من تاريخ دخولها حيز التنفيذ.

٣- وعلى سبيل الاستثناء ليس للقواعد الجديدة المتعلقة بنظام العقود أي أثر على العقود الجارية، إن هذا الاتجاه يكاد أن يكون الاتجاه الوحيد المأخوذ في مختلف الأنظمة القانونية على أساس أنه يرتكز على اعتبارات منطقية وعملية و فى نفس الوقت يضمن الوحدة القانونية داخل النظام الوطنى. كما يسهل على القاضي حيث يجنبه الدخول فى متاهات التيارات الفكرية التي تتجاذب مشكلة التنازع الانتقالي بين القواعد الإسناد الوطنية.

التوصيات:

نخلص مما تقدم أن المحاولات التى قام بها كل من كاهن و ماران لم يكتب لها النجاح.

١. نوصي بتطبيق الأحكام الداخلية لفض النزاع الزمانى بين القواعد الوطنية.
٢. فيما يتعلق بمعالجة التنازع الانتقالى بين قواعد الإسناد الأجنبية المقرر لها الاختصاص بمقتضى قانون القاضي، فإننا نؤيد الاتجاه الذى يقضي بوجوب النظر إلى قانون الأجنبى المختص كل غير قابل لتجزئة، بحيث تشتمل الأحكام المادية أو الموضوعية والمقتضيات الانتقالية فى ذات الوقت، هو الاتجاه الذي سرى عليه وطبقه المجلس الأعلى قرار بتاريخ ٩ مايس سنة ١٩٨٣، الذى قرر فيه تطبيق قانون الأجنبيى المختص أولا، وبطبيعة الحال تأسيسا على قاعدة التنازع المغربية، ثانيا القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد المقررة في القانون المذكور.

قائمة المراجع :

أولا : الكتب العلمية

أ.د. أحمد زوكاغي: تنازع القوانين فى الزمان، دراسة فى القانون الدولى الخاص المغربى، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، الطبعة الأولى ١٩٩٣، مطبعة الأمنية الرباط.

أ.د. أحمد عبد الكريم سلامة: علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، الطبعة الأولى، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٦.

أ.د. جابر جاد عبد الرحمن: تنازع القوانين، دار النهضة العربية ١٩٧٠.

أ.د. حسن الهداوي وأ.د. غالب علي الداودي: القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٨٢.

أ.د. حسن كيرة: أصول القانون، ط٢، دار المعارف، الإسكندرية ١٩٥٩.

أ.د. صوفى حسن ابو طالب: الوجيز فى القانون الدولى الخاص فى القانونين المصرى واللبناني، ج ١، دار النهضة العربية، بيروت ١٩٧٢.

أ.د. عبد الله مصطفى: علم أصول القانون، بغداد، طبع شركة الفكر التصميم والطباعة المحدودة، الناشر ثائر جواد السامرائي، سنة ١٩٩٦، المكتبة الوطنية.

أ .د. عز الدين عبد الله: قانون الدولي الخاص، ج٢، القاهرة ١٩٨٦.

أ. د. عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، ج٢، ط١، ١٩٦٨ وكذلك ١٩٨٠.

أ. د. محمد كمال فهمي: أصول القانون الدولي الخاص (الجنسية- المواطن – مركز الأجانب – مادة التنازع)، مؤسسة الثقافة الجامعية - الإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٨٠.

أ.د. هشام خالد: التنازع الانتقالى فى التنازع القوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠١

أ.د. هشام صادق: مركز قانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف- الإسكندرية، ١٩٦٨.

أ. د. مظفر ناصر حسين: التنازع الانتقالي وأثره في القانون الواجب التطبيق، مجلة الحقوق، جامعة كوية، العدد ١، سنة ٢٠١٤.

جمال مرسي بدر: التكييف القانوني في تنازع القوانين من حيث المكان، مجلة المحاماة المصرية، العدد الاول، ١٩٥٩.

إسماعيل عبد المجيد: مشكلة التكييف في القانون الدولي الخاص، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، شهر يوليو، ١٩٦٩.

أ.د. حسن كيرة: مشكلة التنازع بين القوانين في الزمان، مجلة الحقوق، العدد ٣-٤، سنة ١٩٥٧-١٩٥٨.

مجلة محاكم المغربية، العدد ١٣٢، ١٩ يونيو ١٩٢٤.

مجموعة قرارات محكمة استئناف الرباط، ١٩٣٧.

المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد ١٣- ١٤، ١٩٨٣.

ثالثا: الرسائل العلمية

عبدالقادر خلو: عدم رجعية المعاهدات والتطبيق الزمني لتفسير المعاهدات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الرباط، سنة ١٩٧٠.