جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

التنازع الزمني للقوانين

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الدولي الخاص

من إعداد الطالبة:
-قاسي صارة

تحت إشراف الأستاذ:
- بلعزوز رابح

لجنة المناقشة

الأستاذ:معزوز على..... رئيسا

الأستاذ: **بلعزوز رابح**..... مشرف ومقرر

الأستاذ:قتال حمزة.....ممتحنا

السنة الجامعية : 2016/2015

شكر وتقدير

اللهم لك الحمد ولك الشكر على فضائلك ونعمك بأن بصرت بمعرفة العلم ونور الفهم، فالحمد لله على توفيقه لنا ومنحنا قوة الإرادة والصبر لتحمل عناء هذا العمل إلى نهايته، وندعوه سبحانه وتعالى بأن رضا الله تعالى أولا، والوالدين، ثم أستاذتنا الكرام، شاكرين لله عزوجل وحامدين له على تسديد خطانا لإنجاز هذه الدراسة ، وإلى كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد.

وأتوجه بالشكر الجزيل إلى

الأستاذ المشرف:بلعزوز رابح.

والذي تفضل بالإشراف على هذا البحث، ولم يدخر وقتا ولا جهدا فجزاه الله على كل خير، وله مني كل التقدير والاحترام.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين منحوني من وقتهم الثمين وتكرموا- رغم زخم أشغالهم- بقبول مناقشة هذه الرسالة، أدامهم الله للعلم ذخرا ولطلابه سندا... وإلى جميع الأساتذة المحترمين لكلية الحقوق والعلوم السياسية وصولا إلى رئيس قسم الحقوق وإلى العميد ونائبه، وإلى جميع المشرفين على المكتبة من مؤطرين وإداريين، سواء كانت المساعدة بالكتب أو بالدعاء لنا بالنجاح والتوفيق والسداد في كل مرحلة علمية، وفي كل خطوة نتقدم بها إلى الأمام، وفي كل درجة نسموا بها نحو العلا.

وإلى كل من أمدني بالعون والنصيحة والتشجيع ألف شكر....

لكم مني جميعا خير الدعاء وجزاكم الله عني خير الجزاء....

صارة

إهداء

إلى من جعل الله من نبض قلبها صوتا يسمع، ومن دفء
حضنها أول مأوى يسكن، إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها..
أمي حفظها الله لي
إلى من كان سببا في وجودي، إلى من حرم نفسه ليعطيني،
إلى من أتعب نفسه ليريحني، إلى من شجعني على طلب العلم
ودفعني إليه.....
أبي حفظه الله لي.
إلى من لا تحلو الدنيا إلا بوجودهم وقربهم، إلى من أثروني
على أنفسهم ....
إخوتي
إلى من جمعني بهم القدر... فأحببتهم وأحبوني، إلى الإخوة
الذين لم تلدهم أمي....
أصدقائي
إلى رفقاء الدرب.....
زملائي وزميلاتي
إلى من جمعني بهم القدر..... وطلب العلم والمعرفة.
أساتذتنا الكرام
إلى كل من ذكر قلبي..... وأغفله قلمي.....
أهدي ثمرة جهدي..

صارة

قائمة بأهم المختصرات والرموز

ق.م	القانون المدني.
ق.ع	قانون العقوبات.
د.ج	دينار جزائري.
ق.ا.م.ا	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
ص	صفحة.
ص ص	من صفحة الى صفحة.
ج	الجزء.
ج.ر	الجريدة الرسمية.

مقدمة

مقدمة

تعد مسألة تطبيق القانون من حيث الزمان أوتنازع القوانين زمنيا، من المسائل الدقيقة والمعقدة في نظرية القانون، بحيث تبدو لنا للوهلة الأولي بأنها عبارة عن نظريات فلسفية، وذلك للغموض الذي يحيط بها، فهي عبارة عن إلغاء قانون كان نافذا وإحلال قانون جديد محله، مما يولد تنازع بين قانونين في تعيين الحد الفاصل لزمان سريان كل منهما، و في تحديد أي من الوقائع تطبق عليه باعتبار أن الوقائع متغيرة فمنها من يقع قبل نفاذه و منها من يقع بعد نفاذه[1].

و لفهم المسألة بشكل أدق وأوضح نعود إلى حالة إلغاء القانون لكشف الغموض عنها، فإلغاء القانون هو تجريد القاعدة القديمة من قوتها الملزمة، مما يستدعي منع العمل بها ابتداء من تاريخ هذا الإلغاء، و ذلك باستبدالها بقاعدة أخرى جديدة تحل محلها، كما قد يستغني عنها نهائيا دون إحلال قاعدة جديدة، أما عن السلطة التي تمتلك الحق في إلغاء القاعدة القانونية هي نفسها السلطة التي تمتلك الحق في إنشائها، أو عن طريق سلطة أعلي منها، وعليه يتم الإلغاء عن طريق قاعدة قانونية مساوية في الدرجة للقاعدة الملغاة، أو أعلي درجة منها طبقا لمبدأ تدرج القانون[2] وعموما جاء في نص المادة 2 من القانون المدني : "... لا يجوز الغاء القانون إلا بقانون لاحق".

بالإضافة الى أن الإلغاء قد يكون صريحا، اذا تم عن طريق التشريع حيث ترفع صراحة القوة الملزمة لتلك القواعد القانونية، و يتم ذلك إما عن طريق صدور قاعدة تشريعية جديدة تقضي صراحة بنسخ القاعدة القانونية القائمة ومن أمثلتها ما نصت عليه المادة 468 من قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 66_ 156 في 8 جوان 1966 التي نصت على أنه: " تلغي جميع الإحكام المخالفة لهذا الأمر"، أو في حالة توقيت سريان النص

---

[1] غالب على الداودي، المدخل الى علم القانون ،الطبعة السابعة، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، 2004 ،ص 188

[2] عمار بوضياف، المدخل الي العلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر ،2007 ،ص 201

التشريعي الجديد بمدة معينة، بحيث يعتبر النص ملغي بحد ذاته بمضي تلك المدة دون الحاجة إلى نص يلغيه، و يصدر في ظروف معينة كالحروب.

كما قد يكون الإلغاء ضمنيا يتم استخلاصه من موقف المشرع، و ذلك بصورتين إما بصدور قاعدة تشريعية جديدة تتعارض مع القاعدة القديمة، فيلغي التشريع الجديد ضمنيا التشريع القديم كليا أو جزئيا، و ذلك بإلغاء ماجاء النص بتخصيصه فقط، أما الصورة الثانية فهي حالة التعارض بين حكم حديث عام و حكم قديم خاص، فهنا لا يؤدي التعارض بين النصين إلى إلغاء الحكم القديم الخاص لأن الحكم الخاص لا يلغي ضمنيا إلا بحكم مثله، و إنما يعمل بكلا النصين فيكون حكم الحديث العام هو الأصل و الحكم القديم الخاص يظل نافذا باعتباره استثناء على القاعدة العامة، و مثال على ذلك ما نصت عليه المادتين 875 و915 من القانون المصري: " تسري على الميراث و الوصية أحكام الشريعة الاسلامية ..." فهذه نصوص عامة لا تلغي النص القديم المتمثل في المادة الأولي من التشريع المصري رقم 35 لسنة 1944 الذي يجيز لورثة غير المسلمين أن يحتكموا إلى شريعة المتوفى بشأن ميراثه[1].

أما بالعودة إلى مسألة تنازع القوانين زمنيا نتوصل إلى أن القانون الوضعي يتطور و يتغير بتطور حاجات الجماعة، وفي كل تطور يفترض كأصل عام بأن يكون القانون الجديد هو الأصلح للفرد و للمجتمع، باعتبار التغيير الذي يصيب المجتمع هو موجه نحو تطويره و تحسينه، هذا ما يستدعي إلغاء تشريع قائم وإحلال تشريع آخر يحل محله، ما يستدعي وجود تشريعين إثنين حيث تكمن صعوبة تحديد التشريع الأصلح للتطبيق الجديد أو القديم[2].

نتيجة لهذا التعاقب في القوانين نكون أمام فرضين، الأول يتمثل في وقائع و مراكز قانونية تحدث و تتكون و تستنفذ كل آثارها في ظل قانون واحد، فيكون القانون الواجب

---

[1] محمد سعيد جعفور، المدخل الى العلوم القانونية ج1 ،الوجيزفي نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشرة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 ،ص 242

[2] غالب على الداودي، المدخل الي العلوم القانونية، المرجع السابق، ص 189

التطبيق عليها معروفا، و هو الذي نشأت و أنتجت آثارها في ظله مثل:أن تقع جريمة في ظل قانون معين يعاقب عليها بالسجن ل 5 سنوات فيحاكم الفاعل و فقا لذلك القانون و ينفذ الحكم، قبل صدور قانون جديد يرفع العقوبة على ذات الجرم إلى 7 سنوات، هنا لا نأخذ بالقانون الجديد بل يطبق القانون القديم، أما الفرض الثاني فهو أدق من الفرض السابق بحيث نكون بصدد وقائع و مراكز قانونية حدثت و تكونت في ظل قانون معين، بينما تنتج آثارها كلها أو بعضها في ظل قانون آخر جديد، مثل:مزاولة موظف لعمله في ظل قانون معين يأتمر بأحكامه فيصدر قانون جديد و يأتي بأحكام جديدة، بحيث لا يزال الموظف مزاولا لعمله، فأي نزاع يثور في العمل يترك لنا إشكالية أي القانونين هو الأصلح للتطبيق[1].

بهذه الفروض نكون أمام قانونين ينتميان إلى سيادة دولة واحدة، إذ يصدران عن مشرع واحد (قانونين وطنيين) ولكنهما يصدران عنه في زمنين مختلفين، مما يولد عنهما تنازع حول النطاق الزمني الذي يعتد فيه سلطان كل منهما، مااستوجب تدخل كل من الفقه و القضاء على حد سواء لمحاولة حل التنازع الانتقالي للقوانين الداخلية، و لمنح سلطة التطبيق للقانون القديم أو الجديد بما يتوافق مع مصلحة الفرد والجماعة، وعملا بمبدأ احترام النظام العام للدولة.

كما تكمن صعوبة تعاقب القوانين في الزمان بالنسبة للقاضي الوطني الذي يفصل في منازعات العلاقات الدولية للأفراد، أي في مجال تطبيق (القانون الدولي الخاص) في حالة ماإذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق أحكام القانون الأجنبي كونه هو المختص بالفصل في النزاع، مما يستوجب علينا الأخذ في حسباننا عنصر الزمان أو الوقت، بحيث يمارس هذا الأخير أثرا خطيرا على الحل النهائي للنزاع في فرضين، الأول يكمن في حدوث تعديل في قاعدة التنازع بإلغاء التشريع القديم وإحلال مكانه تشريع جديد قائم على ضابط

[1] حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل الي العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 ،ص 149

إختيار أو ضابط إسناد يختلف عن ذلك الذي كانت تقوم عليه القاعدة القديمة، حيث يتولد عنه قيام تنازع زمني في قواعد التنازع الوطنية، و الفرض الثاني يتمثل في حدوث تعاقب بين قانونين أجنبيين أو أحدهما أجنبي و الأخر وطني، أو ربما بين أكثر من ذلك لا كنتيجة لتعديل قاعدة التنازع ذاتها بل كنتيجة لانتقال أو لتغيير ضابط الإسناد، فيثور مايسمي بالتنازع المتحرك للقوانين، مايستوجب فهمه وحله وفقا لآراء فقهية وقضائية[1].

وتكمن أهمية هذا الموضوع كونه يناقش مسألة معقدة سواء على المستوى الوطني أو في مسائل تخص عناصر أجنبية، في حالة تنازع قانونين على الفصل في نزاعات تخص مراكز قانونية نشأت في ظل أحدهما و رتبت آثارها في ظل تشريع آخر، ما يجعل الأمر عرضة للكثير من النظريات والآراء الفقهية و القضائية لمحاولة حله و كشف الغموض عنه، وهذا ماأكسب موضوع تنازع القوانين من حيث الزمان إهتمام جل تشريعات الدول لرفع التحدي و الوصول إلى حلول تتماشي ومصلحة الفرد والجماعة على السواء.

ومن خلال ما تقدم تم طرح الإشكال التالي:ماهي الحلول الفقهية والتشريعية المتبعة لحل مشكلة التنازع الزمني للقوانين؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين حيث نتناول في الفصل الاول النطاق الزمني للقانون الوطني، وفي الفصل الثاني النطاق الزمني للقانون الاجنبي.

[1] احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة ،2008 ،ص 388

الفصل الأول:

النطاق الزمني للقانون الوطني

الفصل الأول

النطاق الزمني للقانون الوطني

يبدأ نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان بتحديد وقت بدء العمل به وحتى وقت انتهاء العمل به، أي بالفترة بين نفاذه وإلغائه، فإذا ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية أخري فإن القاعدة الملغاة يقف سريانها من يوم إلغائها لتسري مكانها القاعدة الجديدة ابتداء من يوم نفاذها، فتبقي مسألة حل النزاع خاضعة للقانون الذي تنشأ فيه و لا تتأثر بالقانون الجديد[1].

أما الصعوبة في هذا النطاق تكمن بالنسبة للوقائع أو المراكز المستمرة أي تنشأ في ظل قانون معين ثم تكتمل عناصرها في ظل قانون جديد، أو حين ينشأ هذا الوضع في ظل قانون معين وتتحقق آثاره في ظل قانون جديد، مما يثير مشكلة التنازع الزماني للقوانين، كأن يتزوج شخص في ظل قانون يبيح الطلاق بإرادة الزوج المنفردة ثم يصدر قانون آخر والعلاقة الزوجية مازالت قائمة ينظم الطلاق ويقيده بإخضاعه لرقابة القاضي، مما يحدث مشكلة في حالة طلب الزوج الطلاق أي القانونين ينفذ الجديد أم القديم[2].

على هذا الأساس قسمنا فصلنا إلى مبحثين: نتناول في الأول الأصل في سريان القاعدة القانونية، وفي الثاني الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان.

---

[1] مهند وليد الحداد، المدخل لدراسة علم القانون (نظرية الدولة نظرية الحق نظرية القانون) ، الطبعة الاولي، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، بيروت ،2008، ص 293 .

[2] محمد حسين منصور، المدخل الى القانون القاعدة القانونية، الطبعة الاولي ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 287 .

المبحث الأول

الأصل في سريان القاعدة القانونية

في حالة إلغاء قاعدة تشريعية وإحلال قاعدة أخري جديدة محلها، فالأصل أن القاعدة الجديدة تسري من يوم نفاذها، فتحكم ما يقع في ظلها، والقاعدة القديمة يقف سريانها ابتداء من تاريخ إلغائها، فالتاريخ الذي تصبح فيه القاعدة الجديدة نافذة هو إذن الحد الفاصل بين سريان القاعدة القديمة والقاعدة الجديدة.

فإذا تعلق التطبيق بوقائع أو تصرفات نشأت و رتبت آثارها في ظل قاعدة تشريعية معينة، فلا يتصور وقوع تنازع بشأن حكم القاعدتين القديمة والجديدة، فما ينشأ من مراكز و ما يترتب من آثار في ظل القاعدة اللاحقة يخضع لها، بحيث يقف سريان القاعدة السابقة، أما ما ينشأ من وقائع وما يترتب عنها من آثار في ظل القاعدة القديمة فيظل خاضعا لحكمها[1].

وعلى هذا الأساس قسمنا مبحثنا إلى ثلاثة مطالب : مبدأ عدم رجعية القانون (المطلب الأول) ، الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ (المطلب الثاني) ، مبدأ الأثر الفوري للتشريع الجديد (المطلب الثالث).

[1] محمد سعيد جعفور ،المرجع السابق ، ص 247 .

المطلب الأول

مبدأ عدم رجعية القانون

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد هو عدم سريان أحكامه على الماضي سواء بالنسبة للوقائع التي قد حدثت، أو المراكز القانونية التي تكونت في ظل القانون السابق، أو الآثار التي تترتب عنها في ظل القانون القديم، وذلك ليحافظ القانون السابق على سلطانه، فلا يجوز للقانون الجديد مزاحمته في ذلك، وهذا ما يعرف بعدم جواز رجعية القانون الجديد على الماضي[1].

كما أن مبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي يقيم حدا فاصلا بين نهاية سريان القانون القديم وبدء سريان القانون الجديد، أي عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضي و اقتصارها على حكم المستقبل ،أي على حكم ما يقع ابتداء من يوم نفاذها[2].

الفرع الأول: مبررات الأخذ بمبدأ عدم رجعية القانون

تحرص الدساتير على عدم رجعية القوانين أي عدم ارتداد القوانين للماضي واقتصارها على المستقبل فينص الدستور الجزائري في المادة 58 منه: "لا إدانة إلا بمقتضي قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم " كما تنص المادة 78 الفقرة 4 منه :" لا يجوز أن تحدث بأثر رجعي أية ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق كيفما كان نوعه"[3].

---

[1] أحمد سي علي، المدخل الي العلوم القانونية النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية محاضرات لطلبة السنة الاولي حقوق (الفصل الاول) ،الطبعة الثانية دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص 332 .

[2] محمد حسين منصور ،المرجع السابق، ص 289 .

[3] قانون رقم 01/16 المؤرخ في 26 جمادي الاولي عام 1437 الموافق ل 6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري ،ج.ر رقم 14 الصادرة في 27 جمادي الاولي عام 1437 الموافق ل 7 مارس 2016 .

أي أنه لا تسري القوانين إلا ما وقع بداية من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أي أثر فيما وقع قبلها، ولا ينطبق على ما وقع قبل ذلك التاريخ[1].

أولا: اعتبارات قائمة على أساس العدالة

لا تقبل العدالة تطبيق القانون الجديد على الأوضاع التي صدرت قبل نفاذه بحيث ليس من العدل أن يقوم الشخص بتصرفات مباحة ضمن نطاق قانون معين ثم يصدر قانون جديد يجرم تلك التصرفات أو يبطلها، كما أنه وبدون شك لا يوجد قانون يلزم الأفراد باحترام قانون قبل صدوره ،أو قبل أن يتمكنوا من العمل به.

ثانيا: اعتبارات قائمة على أساس المنطق

باعتبار القانون تكليفا لأفراد المجتمع سواء كان يقضي بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين، فهذا يتطلب سريانه على المراكز والوقائع المستقبلية، إذ لا يعقل أن يأمر القانون القيام بعمل في الماضي قبل صدوره ونفاذه، ناهيك عن استحالة العمل مقدما بما يصدر المشرع من قوانين، فضلا عن ذلك كله فإن القاضي يرجع إلى القانون الساري المفعول وقت نشوء العلاقة القانونية وعند انتاجها لأثارها وبالتالي لا يتصور أن يطبق عليها قانون آخر فالعقل البشري لا يستوعب فكرة تطبيق القانون بأثر رجعي على الماضي[2].

[1] محمد الصغير بعلي، المدخل الى العلوم القانونية، بدون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006 ،ص82

[2] أحمد سي،المرجع السبق، ص 323.

ثالثا: اعتبارات قائمة على أساس عملي

يؤدي تطبيق القانون بأثر رجعي إلى انعدام ثقة أفراد المجتمع في القانون بشكل يجعل من القانون أداة هدامة تهدم بنيان المجتمع، كما يؤدي تطبيق القانون بأثر رجعي إلى خلق اضطرابات في المجتمع، بطريقة تمس استقرار المعاملات القانونية لمراكز الأفراد في ظل القانون القديم، والمساس بحقوقهم الأساسية[1].

الفرع الثاني: اعتماد مبدأ عدم رجعية القانون في القانون المقارن

نظرا لأهمية هذا المبدأ ومنطقية الحجج التي يقوم عليها هذا الأخير حرصت معظم التشريعات الحديثة على النص عليه، كما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 2 ق.م : "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي"، كما نجد بأن المادة الثانية من التقنين المدني الفرنسي تقضي بمثل ذلك، إلا جانب النصوص المذكورة فقد نصت عليه دساتير بعض الدول، وذلك زيادة في الكشف عن أهميته وحرصه في صيانة الحرية الفردية، منها الدستور المصري لسنة 1971: الذي تقضي المادة 187 منه بما يلي: "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما يقع قبلها ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب "،ونجد بالمقابل الدستور المغربي ينص على مبدأ عدم الرجعية في الفصل 4 منه "...ليس للقانون أثر رجعى"، كما نص عليه في الفصل 4 من ق.ع المغربي " لا يؤاخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذى كان ساريا وقت ارتكابه"،إلى جانب هذه الدول نجد الفقرة 2 من المادة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر1948: "لا يدان أي شخص بجريمة بسبب عمل أو امتناع

[1] مهند وليد الحداد،المرجع السابق ،ص 295.

عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي،كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في وقت ارتكب فيه الفعل المجرم."

فهذا المبدأ يعد ضمانة أساسية لحماية الحرية الفردية في مواجهة الإستبداد فبالرجوع إلى المسؤولية الجنائية لا يمكن أن تقع فجأة على عاتق الشخص إلا اذا كان التشريع قد أنذره قبل ارتكاب الفعل بالنص الصريح[1] .

كما أن هذا المبدأ يحقق الإستقرار في المعاملات، فبموجبه تبقى المعاملات المبرمة بين طرفي العقد سارية بنفس الإتفاق القديم دون أن تتأثر حقوقهم مثال ذلك: عقد إيجار يبرم في ظل قانون معين وتنتج بعض آثاره وفقا لقواعده ثم يصدر قانون جديد فتستمر العلاقة الإيجارية في إنتاج باقي آثارها في ظله، حيث يثور التنازع بين القانون القديم والقانون الجديد، فإنه يتم حسم هذا التنازع وفقا لمبدأ عدم الرجعية باحتفاظ القانون القديم بسلطانه كاملا لهذه العلاقة الإيجارية وما تنتجه من آثار[2].

المطلب الثاني

الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القانون

صحيح بأن التشريعات والدساتير لكثير من الدول أكدت على مبدأ عدم رجعية القوانين وصرحت به بنصوص قانونية واضحة، ومنها المشرع الجزائري الذي أورد نصوص عن مبدأ عدم الرجعية في التقنين المدني و كذلك في الدستور.

ومع ذلك فقد وضعت مجموعة من الاستثناءات على مبدأ عدم رجعية القوانين بحيث يجوز فيها تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي، وتتمثل هذه الاستثناءات فيما يلي:

[1] محمد سعيد جعفور ،المرجع السابق، ص 249.

[2] أحمد سي على، المرجع السابق، ص 335.

الفرع الاول: حالة وجود نص صريح في القانون الجديد

مرد هذا الرأي بأنه يجوز للمشرع النص على إعمال القانون بأثر رجعي كلما رأى في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة، مثلا: (تصحيح التصرفات التي وقعت باطلة طبقا للقانون لتخلف شرط فيها، محاربة الغش نحو القانون، أو التحايل على القانون)، إضافة إلى ذلك فمبدأ الرجعية يقيد القاضي، ولا يقيد المشرع إلا في مجال القانون الجزائي[1].

إلى جانب ذلك فيجب على المشرع ألا يسرف في تقرير رجعية القانون ، فلا يستوجب أن يلجأ إليها إلا فيما يخص تحقيق مصلحة الجماعة، وذلك لتفادي ردود الفعل السلبية داخل المجتمع، والتي قد تترتب عن تطبيقه كما حدث في فرنسا عندما أقر المشرع الفرنسي هذا الاستثناء بموجب قانون صدر في 6 يناير 1974 في مجال التركات: حين قرر رجعيته لمدة 5 سنوات سابقة على صدوره، مما أدى إلى إعادة توزيع التركات على أساسه وترتب عنه إلحاق ظلم وإجحاف بعدد كبير من الناس، فشاعت الفوضى و الاضطرابات في المعاملات لعدم مراعاة تحقيق المصلحة العامة في إعمال الاستثناء[2].

ولإقرار سريان التشريع على الماضي فقد وضعت له شروط و ضوابط منها:

اولا: لا يمكن إعمال القانون بأثر رجعي إلا بمقتضي قانون صادر من السلطة التشريعية، فالسلطة التنفيذية لا تملك إعمال اللائحة بأثر رجعي و لو تضمنها نص بذلك.

ثانيا: لا يتقرر الأثر الرجعي إلا بمقتضي نص تشريعي صريح، فلا بد من ظهور واضح لإرادة المشرع بتحديد تاريخ معين لذلك، ولا يجوز الاستناد إلى إرادة المشرع الضمنية.

---

[1] حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق ، ص 162 .

[2] أحمد سي على،المرجع السابق ،ص 342.

ثالثا: ليس للمشرع أن يقرر سريان التشريع الجزائي على الماضي، فمن المقرر أن القانون الواجب التطبيق هو ذلك المعمول به وقت ارتكاب الجريمة، وليس القانون الساري وقت محاكمة المتهم، فيعد عدم رجعية النصوص الجزائية نتيجة منطقية لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)[1].

الفرع الثاني: تطبيق مبدأ القانون الأصلح للمتهم في المواد الجزائية

صحيح بأن المبدأ هو عدم رجعية التشريعات العقابية، وذلك حماية لحقوق الأفراد وكفالة حرياتهم، بحيث لايجوز أن يصدر تشريع يقرر عقوبات على أفعال كانت مباحة في تاريخ ارتكابها، غير أنه استثناء عن هذا المبدأ تطبق التشريعات الجزائية على الماضي إذا كانت أصلح للمتهم، كأن تنص على إباحة الفعل أي تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة المقررة للجريمة[2].

إلا أنه نجد فرقا بين حالة تخفيف العقوبة وحالة إباحة الفعل، لذلك سوف نحاول شرح كل حالة على حدى.

أولا: حالة تخفيف العقوبة

حتى يستفيد المتهم من تخفيف العقوبة الذي ينص عليه التشريع الجديد يجب أن يكون هذا التشريع قد صدر قبل صدور حكم نهائي على المتهم، حيث يقصد بالحكم النهائي الحكم الذي استنفذ طرق الطعن ، فطالما أن الحكم مايزال قابلا للطعن فيه بالمعارضة أو الإستئناف أو النقض، فإن التشريع الجديد يسري بأثر رجعي فيستفيد منه المتهم، ويحكم عليه بالعقوبة الجديدة المخففة، أما في حالة صدور التشريع الجديد بعد صدور الحكم

[1] محمد حسين منصور،المرجع السابق ، ص 292 .

[2] خليل أحمد حسن قدادة ، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ،ص 152 .

النهائي فلا مجال لتطبيق التشريع الأصلح للمتهم، لأن التخفيف من العقوبة بعد صدور الحكم النهائي يستوجب صدور حكم جديد يقرر استفادته من هذا التخفيف[1].

ثانيا: حالة إباحة الفعل

إذا قضي التشريع الجديد إباحة فعل كان مجرما في ظل التشريع القديم، يستفيد منه من قام بهذا الفعل فيسري عليه بأثر رجعي، بمعني أن ذلك الفعل لم يعد في نظر المجتمع جرما يستحق العقوبة وذلك سواء كان التشريع الجديد صادرا قبل أو بعد صيرورة الحكم نهائيا، فإذا صدر التشريع الجديد قبل الحكم النهائي، فإن المحكمة تحكم بالبراءة، أما إذا صدر بعد الحكم النهائي فإن تنفيذ الحكم على المحكوم عليه، يقف وتنتهي آثاره العقابية[2].

الفرع الثالث: القوانين التفسيرية

قد يصدر تشريع معين مشوبا بغموض في صياغته، مما يؤدي إلى تضارب أحكام المحاكم في تفسير نصوصه، ويستوجب تدخل المشرع، فيصدر تشريعا جديدا يفسر فيه أحكام التشريع الأول، ومن المسلم به أن التشريع التفسيري لا يخضع لمبدأ عدم الرجعية[3].

لذلك تبرر حالات التشريع التفسيري فيما يلي:

أولا: حالة النقص

يعتبر النص غامضا إذا سكت المشرع عن إيراد بعض الألفاظ أو لم يتحدث عن بعض الحالات التي كان يجب ذكرها، مثال ذلك أن يذكر:(كل فعل ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر) ، فيكون معناه الأفعال المشروعة أو غير المشروعة إذا سببت

---

[1] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق ، ص 255 .

[2] المرجع نفسه، ص 255 .

[3] حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق، ص 164 .

ضررا للغير يلتزم فاعلها بالتعويض، وهذا الحكم لايستقيم مع المنطق لأن الأفعال الغير المشروعة هي فقط من يسأل فاعلها عن تعويض الضرر، فكان يجب أن يكون النص:(كل فعل غير مشروع ينشأ عنه ضرر للغير يلتزم فاعله بتعويض الضرر)مما يستوجب تدخل المشرع لإصدار تشريع تفسيري يكون مرتبطا بالتشريع الأصلي[1].

ثانيا: حالة الغموض

أي أن يسود النص التشريعي غموض في عباراته تقبل التأويل، كأن يكون لها أكثر من معنى مثال على ذلك:(بيع ملك الغير يكون باطلا) ، فهذه العبارة تحمل مفهومين، إما البطلان المطلق أي كل من يملك مصلحة يطعن في عقد البيع بالبطلان، وإما بطلان نسبي أي أن يكون العقد قابلا للإبطال ، ولكن لا يمكن أن يطالب به إلا أحد أطراف العقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته فيتدخل المشرع في هذه الحالة لوضع القواعد التفسيرية[2].

والواقع أن التشريع التفسيري لم يأت بأية قاعدة جديدة، واقتصر على مجرد تفسير التشريع الأصلي بحيث يكون جزء من هذا التشريع، وبالتالي لا يمكن الفصل بين التشريعين، فيعين نطاق زمني واحد لتطبيقهما يبدأ من تاريخ نفاذ التشريع الأصلي، ويكون ذلك على الدعاوى التي لم يفصل فيها قبل صدوره، أما الدعاوى التي فصل فيها بأحكام نهائية فإن حجية الأمر المقضي فيه التي تثبت لتلك الاحكام تحول دون تطبيق التشريع التفسيري عليها[3].

---

[1] أحمد سي علي، المرجع السابق ، ص 333.

[2] المرجع نفسه، ص 334.

[3] خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق، ص 153 .

المطلب الثالث

مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

يقضي هذا المبدأ بوجوب تطبيق القانون الجديد الذي يصدر من السلطة التشريعية بأثر فوري في الحال فور نفاذه، من وقت بدء العمل به على كل مركز قانوني ينشأ في ظله ولو كانت جذوره ترجع إلى الماضي، مع الإمتناع عن العمل بالقانون القديم الذي جاء القانون الجديد معدلا أو لاغيا له ، فالأثر الفوري للقانون يستلزم سريانه على ما ينشأ من مراكز قانونية في ظله، وعلى الآثار القانونية التي وقعت في ظل القانون القديم[1].

الفرع الاول: مبررات الأخذ بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

أولا: مبدأ الأثر المباشر للقانون هو مبدأ مكمل لمبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعي، فمبدأ عدم الرجعية يصلح لبيان القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمراكز القانونية الماضية، أما المراكز القانونية المستقبلية فيصلح لمواجهتها مبدأ الأثر المباشر للقانون، بالإضافة إلى ذلك فإن الأخذ بالمبدأين السابقين يحقق التوفيق والتوازن بين الرغبة في استقرار المعاملات بين الأفراد من جهة، وضرورات تقدم المجتمع ووحدة التشريع من جهة أخري[2].

ثانيا: يؤدي إعمال القانون بأثر مباشر إلى منع تعدد التشريعات المطبقة في شأن الموضوع الواحد داخل الدولة، حيث يستتبع ذلك التعدد وجود اضطرابات واختلافات في الجماعة بصدد المراكز المتشابهة، مثال ذلك لو فرضنا بأن التشريع الجديد يجعل الطلاق بيد القاضي وقررنا بأنه لا يسري إلا على الزواج الذي يتم بعد نفاذه، لوجدنا أشخاص يمكنهم الطلاق دون الحاجة إلى اللجوء للقاضي، وفي المقابل نجد أشخاص آخرين لا يملكون ذلك

---

[1] غالب علي الداودي،المرجع السابق ، ص 300 .

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق ،ص 305.

الحق، فمثل هذه التفرقة في المعاملة من شأنها أن تؤدي إلى مساوئ اجتماعية، وعلى هذا الأساس فبتطبيقنا لمبدأ الأثر المباشر للقانون، نكون قد حققنا وحدة في القانون المطبق على المراكز القانونية ذات الطبيعة الواحدة[1].

ثالثا: تعديل المشرع أو إلغائه لقانون قائم يعد إقرارا منه بقصوره، وبالتالي هو اعتراف بأن القانون الجديد أكمل من القانون السابق وأفضل منه، ومن ثم يكون من المصلحة العامة تعميم تطبيقيه الفوري على أوسع نطاق ممكن، بحيث لا يقتصر الأمر على تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التي تنشأ بعد نفاذه فقط، بل ينبغي أن يمتد سلطانه إلى حكم الآثار القانونية التي تترتب في ظله على مراكز نشأت من قبل، فاستمرار هذه المراكز خاضعة إلى مالا نهاية لحكم التشريع القديم، يؤدي إلى استحالة إدخال أي إصلاح اجتماعي[2].

الفرع الثاني: حدود تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد

لزيادة إيضاح الغموض الذي يسود تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد، سنبين فيما يلي حدود تطبيق هذا المبدأ من حيث عناصر تكوين المراكز القانونية، وانقضاؤها في ظل القانون القديم من ناحية، ومن ناحية أخري سنبين آثار المراكز القانونية التي تكونت في ظل القانون الجديد.

أولا: في مجال الأحوال الشخصية

تطبق آثار مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد على الزواج أو الطلاق حتى وإن تم في ظل القانون القديم، فالقانون الجديد الذي يقيد الطلاق بإجراءات معينة ينطبق بالنسبة للمستقبل على الأشخاص المتزوجين في ظل القانون القديم، فلا يمكن للطلاق أن يقع إلا

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق ،ص 305.

[2] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق ، ص 269.

في حدود الإجراءات التي قررها القانون الجديد، غير أنه في حالة الطلاق الذي وقع في أحكام القانون القديم فيظل صحيحا[1].

أما في حالة ماإذا تم طلاق في ظل قانون معين وأنتج بعض آثاره، (كالنفقة و الحضانة) وفقا لأحكامه، ثم صدر بعد ذلك قانون جديد عدل في هذه الآثار، فإن القانون الجديد يحكم مباشرة كل ما يترتب من آثار على الطلاق في ظله، فمثلا: إذا عدل القانون الجديد في أحكام النفقة فمباشرة تسري هذه الأحكام الجديدة على كل نفقة تستحق للأولاد بعد نفاذ القانون الذي استحدثتها[2].

ثانيا: في مجال الحقوق العينية

في حالة صدور قانون جديد يعدل الملكية وآثارها، فإنه يسري بمقتضي أثره المباشر على كل الملكيات المكتسبة قبل نفاذه، ولكنه يسري عليها بالنسبة إلى المستقبل وحده ما لم يتقرر للقانون الجديد الرجعية بنص صريح.

فإذا تملك شخص أرضا زراعية واستعملها كما شاء، ثم صدرت لائحة تأخذ بنظام الدورة الزراعية، فإن أرضه تخضع لنظام الدورة منذ نفاذ اللائحة، رغم أن هذا الشخص قد اكتسب ملكية الأرض قبل ذلك[3].

أما إذا فرض القانون الجديد قيودا على المالك، كحقوق الإرتفاق القانونية، فإنه يسري على المالكين الحاليين فقط ولا يجوز لهم أن يعترضوا بأن لهم حقوقا مكتسبة قبل صدوره، أي يسري عليهم القانون الجديد بأثر فوري ومباشر.

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق ، ص 158.

[2] المرجع نفسه، ص 158.

[3] حبيب ابراهيم الخليلي، المرجع السابق ، ص 169 .

ثالثا: في مجال العلاقات الإيجارية

فيما يخص العلاقات الإيجارية فإنها من المعروف بأنها تستمر لوقت طويل، مما يجعلها عرضة لتعاقب القوانين المعدلة للأحكام المطبقة عليها.

ويترتب على تطبيق مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد في هذا المجال إخضاع الآثار المترتبة على عقود الإيجار المبرمة قبل نفاذه للأحكام المتعلقة بالنظام العام[1].

ثالثا: في مجال علاقات العمل

من المتصور تعاقب القوانين المعدلة لعلاقة العمل ، ففي هذه الحالة يجب تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد على هذه العلاقة.

هذا يعني بأن القانون الجديد يسري مباشرة على علاقة العمل ، بحيث يحكم آثارها رغم تكوينها في ظل القانون القديم، وهذا يطبق على علاقات العمل في مجال الوظيفة العامة، بحيث يحكم القانون الجديد مركز الموظفين المستمرين في الخدمة بعد نفاذه[2].

الفرع الثالث: الإستثناء الوارد على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد

يرد على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد استثناء يتعلق بالمراكز العقدية الجارية التي تكونت في ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ التشريع الجديد.

فإذا صدر تشريع جديد بعد انعقاد عقد بين شخصين وقبل تنفيذه كلية، فإن المراكز الناشئة عن هذا العقد لا تخضع إلى التشريع الجديد بما له من أثر مباشر، بل يسري عليها القانون القديم رغم إلغائه، بحيث يمتد ليسري على الأثار المستقبلية لهذا العقد الذي أبرم في ظل

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق ،ص 307.

[2] همام محمد محمود الزهران، المدخل الى القانون النظرية العامة للقانون، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2006، ص 498 .

التشريع السابق، ويطلق على هذا الإستثناء المناقض لحكم الأثر الرجعي للتشريع الجديد بعبارة امتداد التشريع القديم ،أو بمصطلح الأثر المستمر للتشريع القديم[1].

أولا: أساس امتداد التشريع القديم

1.النظام العام للدولة يستوجب تطبيق هذا المبدأ اعمالا لوحدة القانون الذي يطبق على المراكز القانونية المتماثلة، حتى لا تخضع المراكز التي هي من طبيعة واحدة إلى أنظمة قانونية مختلفة، في حين أن الأصل في المراكز العقدية هو تنوعها حسب ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، حيث يلجأ المتعاقدين في هذا المجال إلى مبدأ سلطان الإرادة حسب الإتفاق بين أطرافه، وبالتالى لا يوجد داعى لتطبيق مبدأ الأثر المباشر عليها، وإنما يبقي التشريع الذي تكونت هذه المراكز العقدية في ظله ساريا عليها حتى بعد إلغائه وصدور تشريع جديد[2].

2.أطراف العقد بتعاقدهما قد قاموا بتأسيس التوازن بين التزاماتهما على أساس التشريع القائم أثناء التعاقد، ففي حالة سريان التشريع الجديد على علاقتهم التعاقدية يؤدي ذلك إلى الإخلال بهذا التوازن، ولحماية هذا التوازن يستوجب على أطراف العقد الإستمرار بتطبيق التشريع القديم الذي قام على أساسه العقد[3].

ثانيا: إمتداد التشريع القديم

الرأي الأول: يتزعم هذا الرأي الفقيه(roubier) ويذهب هذا الرأي إلى التمييز بين المراكز العقدية الجارية، والنظام القانوني بحيث اتجه القائلون بهذا الرأي إلى مايلى:

---

[1] محمد سعيد جعفور ،المرجع السابق ،ص 171 .

[2] همام محمد محمود الزهران، المرجع السابق، ص 500.

[3] عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007 ص 211.

1.فيما يخص النظام القانوني للمراكز القانونية فإنها تتمثل في العلاقات التي يتولى القانون تنظيمها وترتيب آثارها، بحيث يقتصر دور الأفراد فيها على قبول الدخول في تلك العلاقة القانونية، ومثال ذلك عقد الزواج حيث يتولى القانون تنظيمه، فهو نظام قانوني موحد يفرض التشريع أحكامه،والذي يبين حقوق وواجبات الزوجين، وهو الذي يبين طرق انحلاله فبمجرد صدور تشريع جديد يتضمن تعديلا في القواعد المنظمة للزواج، سيطبق بأثر مباشر على كل زواج قائم وقت نفاذه، ولو كان عقد الزواج ناشئا في ظل التشريع القديم[1].

2.أما بالنسبة إلى المراكز العقدية الجارية، أي المراكز التي نشأت بمقتضي عقود تم إبرامها في ظل القانون القديم وظلت قائمة ومنتجة لأثارها بعد دخول التشريع الجديد حيز التنفيذ، أي العقود التي يبدوا فيها مبدأ سلطان الإرادة واضحا، سواء في إنشائها أو في تحديد آثارها، فتختلف أحكامها بحسب ماتتجه إليه إرادات الأفراد المتعاقدة، فيستمر فيها تطبيق التشريع القديم على الآثار التي تترتب على تلك العقود وعلى طرق انحلالها حتى لو كان التشريع الجديد متعلقا بالنظام العام، ما لم ينص المشرع صراحة على سريان التشريع الجديد، فلا يمكن صدور تشريع جديد يعدل عقدا سبق إبرامه، لما يحمله هذا الإجراء من اضطرابات في المراكز العقدية المشروعة[2].

ومثال ذلك: إبرام عقد قرض بمبلغ من النقود باتفاق المقرض والمقترض على فائدة معينة يجيزها التشريع القائم، لتكن مثلا بنسبة 10% فإذا صدر تشريع جديد يقضي تخفيض الحد الأقصى للفائدة الإتفاقية إلى 8%، فهذا التشريع لايسري بأثر فوري على الفوائد التي تستحق بعد نفاذه والتي نشأت بموجب العقد المبرم في ظل التشريع القديم، بل تظل الفائدة المستحقة

[1] نقلا عن محمد سعيد جعفور،المرجع السابق ،ص 272.

[2] نقلا عن محمد حسين منصور،المرجع السابق ،ص 305.

بنسبة 10سارية وفقا للتشريع القديم، رغم أن تخفيض الحد الأقصى لسعر الفائدة الإتفاقية يتعلق بالنظام العام[1].

الرأي الثاني: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن التمييز بين المراكز العقدية، والمراكز القانونية لا يصلح لإقامة الفاصل بين الأثر المباشر للتشريع الجديد والأثر المستمر للتشريع القديم، وذلك للإعتبارات الأتية:

1.عدم دقة هذه التفرقة، مما يجعلنا لا نفرق في بعض الحلات ما إذا كنا أمام نظام قانوني أو بصدد مركز عقدي محض.

2.عدم توفر المصلحة في إغفال تطبيق التشريع الجديد المتعلق بالنظام العام، إرضاء للأفراد فقد حدث في الرأي السابق خلط بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة التي تتعلق بالأفراد[2].

الرأي الثالث: استند هذا الرأي أيضا إلى فكرة النظام العام، وذلك بتضييق الإستثناء الخاص بامتداد التشريع القديم مع فارق بسيط بين هذا الرأي والرأي السابق، فرواد هذا الرأي لم يفرقوا بين المصالح العامة والخاصة التي تتعلق بتطبيق النظام العام وذلك لاعتبارين:

الاول: صعوبة التفرقة بين قواعد النظام العام التي تحمي المصلحة العامة وتلك التي تحمي المصلحة الخاصة، فالمصالح التي نراها من وجهة رأينا بأنها تحمي مصالح خاصة للأفراد قد تكون في نظر المشرع مرتبطة بمصالح عامة للمجتمع.

---

[1] نقلا عن حبيب ابراهيم الخليلي،المرجع السابق ،ص 172.

[2] نقلا عن همام محمد محمود الزهران ،المرجع السابق ، ص 502.

الثاني: ليس من المنطقي أن نميز بين مقومات أساسية يرتكز عليها المجتمع، واعتبارها أقل درجة من وصفها الحقيقي التي منحها إياها المشرع[1].

وعلى هذا الأساس اعتبر الرأي الأخير أن امتداد التشريع القادم لا يسري إلا اذا كانت قواعد التشريع الجديد مكملة، بحيث يمكن للمتعاقدين استبعادها وإبقاء علاقتهم خاضعة للتشريع القديم، أما إذا كانت قواعد التشريع الجديد آمرة بتعلقها بكل مقوماتها بالنظام العام فلا يمكن للتشريع القديم أن يستمر سريانه على آثار العقود الجارية، بل إن التشريع الجديد هو الذي يسري عليها بأثر مباشر[2].

ومن أمثلة امتداد التشريع القديم: نذكر أنه إذا كان التشريع القديم يحمل المشتري نفقات العقد ثم جاء تشريع جديد يجعل هذه النفقات مناصفة بين المشتري والبائع، فالعقد هنا يبقي خاضعا للتشريع القديم، كون القاعدة الجديدة هي قاعدة مكملة.

وعلى العكس من ذلك فإن من أمثلة الأخذ بمبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد: نذكر أنه إذا كان التشريع القديم يجعل الحد الأقصى لسعر الفائدة الإتفاقية 8% بحيث يعتبر باطلا كل اتفاق يخالف ذلك، وصدر بعدها تشريع جديد خفض الحد الأقصى الى 7%، فإن التشريع الجديد هو الذي يسري بما له من أثر مباشر لما يتعلق بالنظام العام[3].

هذا ما يجعل الرأي الأخير هو الرأي الصائب للإتباع، فإذا كانت قواعد التشريع الجديد مكملة يسري القانون القديم، وإذا كانت آمرة فالتشريع الجديد هو الذي يسري بأثر فوري.

---

[1] نقلا عن خليل أحمد حسن قدادة ،المرجع السابق ، ص 160.

[2] نقلا عن محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 307.

[3] محمد سعيد جعفور،المرجع السابق ، ص 276.

المبحث الثاني

الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان

نظرا للأهمية الكبرى التي تحيط بمسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، والتي تولدت عنها عدة تعقيدات وصعوبات خاصة من ناحية تطبيقاتها العملية، بالرغم من تدخل الفقه من خلال محاولته حل الموضوع عن طريق نظرياته ومبادئه المختلفة، إلا أنه لم يستطع إزالة كل الغموض عن المسألة، مما استوجب تدخل المشرع في مختلف الدول،ومنها المشرع الجزائري لتوضيح الغموض واللبس، من خلال تقديم حلول تشمل مسائل عدة تتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان، سواء في التقنين المدني، أو الجزائي ، كما نجد بعض التشريعات طرحت حلولا في قانون المرافعات[1].

على هذا الأساس ارتأينا تقسيم مبحثنا إلى ثلاثة مطالب : التنازع الزمني بين التشريعات المدنية (المطلب الاول) ، التنازع الزمني بين التشريعات العقابية (المطلب الثاني) ، التنازع الزمني بين قوانين المرافعات (المطلب الثالث).

[1] عبد المجيد زعلاني، المدخل الي دراسة القانون النظرية العامة للقانون، بدون طبعة ،دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر، 2008 ،ص 105.

المطلب الأول

التنازع الزمني بين نصوص القانون المدني

أورد المشرع الجزائري في التقنين المدني قواعد تتضمن حلولا لبعض حالات التنازع الزمني في ثلاثة مواد على العموم، 6 و 7 و 8 والتي تتعلق بثلاثة مسائل وهي: (الأهلية ،التقادم، الإثبات) نحاول التطرق إليها في موضوعنا.

الفرع الأول: التنازع الزمني بين القوانين المتعلقة بالأهلية

تنص المادة السادسة من التقنين المدني الجزائري المعدلة بالقانون رقم 05 /10 على مايلي:

"تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص التي تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها.

وإذا صار شخص توفرت فيه الأهلية بحسب النص القديم ناقص الأهلية طبقا للنص الجديد فلا يؤثر ذلك على تصرفاته السابقة" [1].

بالرجوع إلى هذا النص يتضح أن هناك مسألتين تثيرهما حالة تعاقب القوانين في موضوع الأهلية، حيث تتعلق الأولي بمركز الشخص ذاته، أما الثانية فهي تخص التصرفات الصادرة من ذات الشخص أثناء سريان القانون القديم، مع تغير الوضع بنفاذ القانون الجديد، فيحيلنا النص الذي بين أيدينا إلى الحل المعتمد في هذه الحالة، وذلك بإعمال التشريع الجديد بما له من أثر مباشر فيما يتعلق بأهلية الشخص من ناحية، ومن ناحية أخرى يطبق مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد فيما يخص تصرفات الشخص السابقة على بدء نفاذه[2].

---

[1] الامر رقم 75 _58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، ج.ر عدد 78 لسنة 1975 .

[2] عمار بوضياف،المرجع السابق، ص 212.

أولا: بالنسبة لأهلية الشخص

يطبق عليه مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد، وهذا ما نستشفه من نص الفقرة الأولى من المادة السادسة من التقنين المدني السابقة الذكر، بحيث تشير صراحة إلى أن الأهلية تخضع لسلطان التشريع الجديد بمقتضى أثره المباشر.

ومثال على ذلك : صدور تشريع جديد يرفع سن الرشد من 19 سنة إلى 21 سنة ، ففي هذه الحالة نطبق مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد، فنعتبر كل شخص لم يبلغ الواحد و العشرين سنة شخصا ناقص الأهلية، حتى ولو كان راشدا في ظل التشريع القديم[1].

ثانيا: بالنسبة لتصرفات الشخص

يطبق بشأنها مبدأ عدم رجعية التشريع الجديد، وهذا ما تحيلنا إليه نص الفقرة الثانية من المادة السادسة السالفة الذكر، بحيث ذكر بأن التشريع الجديد لا يسري على التصرفات التي تم إبرامها من قبل الشخص في ظل القانون القديم الذي كان يعتبره راشدا ،بحيث تبقي هذه التصرفات المبرمة في ظل القانون القديم سارية تحت سلطانه، ولا يمكن أن تتأثر بالتشريع الجديد، الذي يصبح هذا الشخص في ظله ناقصا للأهلية، وذلك احتراما لمبدأ عدم رجعية هذا التشريع[2].

وعلى هذا الأساس تعتبر جميع التصرفات المبرمة من قبل هذا الشخص الراشد في ظل التشريع القديم صحيحة، رغم صدور تشريع جديد يعتبر فيه ذات الشخص ناقص الأهلية.

---

[1] محمد سعيد جعفور،المرجع السابق ، ص 279 .

[2] حبيب ابراهيم الخليلي،المرجع السابق ص 182 .

الفرع الثاني: التنازع الزمني بين القوانين المتعلقة بالتقادم

تنص المادة السابعة من التقنين المدني الجزائري بما يلي:

"تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا، غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة.

إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم، تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك.

أما إذا كان الباقي من المدة التي نصت عليها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي.

وكذلك الحال فيما يخص آجال الإجراءات"[1].

من سياق نص المادة السابعة السابقة الذكر في مسألة التنازع الزمني بين النصوص القانونية التي تطبق بشأن التقادم، نجدها قد أخذت بالمبدأين،الأثر المباشر للتشريع الحديث، من ناحية وأخذت بعدم رجعية التشريع الجديد كما يلي:

أولا: من حيث شروط التقادم

إذا كان للتشريع القديم قابلية اكتساب الحق بالتقادم، وصدر تشريع جديد قبل اكتمال مدة التقادم الواردة في التشريع القديم يمنع اكتساب الحق، فيتم وقف سريان تقادم التشريع الجديد إذ أصبح اكتمال التقادم مستحيلا، وتعتبر المدة السارية في التشريع القديم كأنها لم تكن.

[1] الامر رقم 75 _58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، ج.ر عدد 78 لسنة 1975 .

من ناحية أخرى إذا افترضنا بأنه في ظل التشريع القديم كان الحق غير قابل للإكتساب بالتقادم، فصدر بعدها تشريع جديد يجعل التقادم ساريا، فإن مدة تقادمه تبدأ من تاريخ نفاذ هذا التشريع ولا يعتمد بالمدة السابقة على نفاذه.

ثانيا: من حيث مدة التقادم

في حالة ماإذا تضمن التشريع الجديد تعديلا في مدة التقادم إما بالزيادة أو بالنقصان، فإننا نستشهد بآراء الفقه وبما قرره المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري سنحاول الوصول إلى الحلول الموضوعة لتحديد مدة التقادم[1].

حالة إطالة التشريع الجديد مدة التقادم

إذا فرض التشريع الجديد مدة أطول للتقادم، فإن التقادم يكتمل باكتمال هذه المدة تطبيقا لمبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد ،كما يجب احتساب المدة الماضية من التشريع القديم فإذا فرضنا بأن مدة التقادم في ظل القانون القديم كانت 15 سنة، انقضي منها 10 سنوات، و بعدها صدر قانون جديد يطل مدة التقادم إلى 20 سنة، ففي هذه الحالة فإن مدة التقادم التي بدأت في ظل التشريع القديم تكتمل بانقضاء المدة المفروضة في التشريع الجديد مع حساب المدة السابقة، فبما أنه انقضى منها 10 سنوات فالمدة المتبقية هي 10 سنوات بداية من نفاذ التشريع الجديد[2].

[1] محمد سعيد جعفور،المرجع السابق،ص 280 .

[2] عائشة بوخنفر، تنازع القوانين من حيث الزمان بحث لنيل شهادة الماجيستر، فرع عقود و مسؤولية، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، ص 127 .

حالة تقصير التشريع الجديد لمدة التقادم

في هذه الحالة نكون أمام فرضين وهما:

1.المدة المتبقية للتقادم في ظل التشريع القديم أقصر منها في التشريع الجديد

في هذه الحالة يتم التقادم بانقضاء هذا الباقي، فلا يسري القانون الجديد بل يستمر التشريع القديم وذلك لاحترام رغبة المشرع في تقصير مدة التقادم، فتطبيق التشريع الجديد في هذا الصدد من شأنه إطالة مدة التقادم، وهذا يخالف رغبة المشرع، ومثال ذلك: إذا قلص التشريع الجديد مدة التقادم وجعلها 10 سنوات بعد أن كانت 15 سنة، وكان قد مر 10 سنوات على بدء التقادم، فإن التقادم يكتمل وفقا للتشريع القديم باكتمال 5 سنوات أخرى، لأن المدة المتبقية هي 5 سنوات أقل من المدة التي يشترطها النص الجديد والتي هي 10 سنوات.

2.المدة المتبقية في ظل التشريع القديم أطول منها في التشريع الجديد

في هذه الحالة يسري التشريع الجديد من تاريخ نفاذه دون حساب المدة المنقضية في ظل التشريع القديم، وذلك حتى لا يصبح من يسري التقادم لصالحه أسوا حالا ممن سيبدأ تقادما جديدا لأول مرة، ومثال ذلك: إذا كانت مدة التقادم الجديدة 10 سنوات والمدة القديمة هي 20 سنة، وقد انقضى منها 7 سنوات، ففي هذه الحالة نجد بأن مدة التقادم الجديدة 10 سنوات أقصر من مدة التقادم المتبقية، والتي هي 13 سنة، إذن تسري المدة التي قررها التشريع الجديد بداية من تاريخ بداية العمل به تطبيقا لمبدأ الأثر المباشر لتطبيق القانون الجديد[1].

[1] محمد سعيد جعفور،المرجع لسابق ، ص 280.

الفرع الثالث: التنازع الزمني بين القوانين المتعلقة بالإثبات

تنص عليه نص المادة الثامنة من التقنين المدني الجزائري فيما يلي:

"تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده".

نستنتج من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد أخضع أدلة الإثبات إلى مبدأ عدم الرجعية، فقد أخضعها إلى أحكام التشريع الذي أعدت في ظله، وبالتالي لا يكون للتشريع الجديد أي سلطان على هذه الادلة، وتتمثل عادة في الكتابة التي يعتد بها صاحب الشأن دليلا لإثبات التصرف القانوني، فتسمي هذه الورقة المكتوبة سندا لأنها أعدت لتكون دليلا يستند إليه صاحب الحق عند قيام النزاع عليه، فطبقا للمادة الثامنة السابقة الذكر فإن التشريع الواجب التطبيق على قواعد الإثبات من حيث الزمان هو التشريع الذي كان ساريا وقت نشوء الحق المراد إثباته[1].

ومثال على ذلك ماجاء في نص المادة 333 من التقنين المدني الجزائري بحيث تتطلب هذه المادة الإثبات بالكتابة بشأن التصرفات التي تفوق قيمتها 100.000 دج، و تكتفي بشهادة الشهود فيما يقل عن ذلك، وعليه فإن إثبات التصرف الذي يكون قد تم في ظل سلطان هذا التقنين وكانت قيمته 150.000 دج مثلا: يلزم إثباته بالكتابة حتى ولو صدر تشريع جديد يقضي بعدم لزوم الكتابة إلا بالنسبة للتصرفات التي تزيد قيمتها عن 200.000 دج، لأن هذا التصرف يخضع لأحكام التشريع الذي أعد في ظله تطبيقا لمبدأ عدم الرجعية[2].

---

[1] عبد المجيد زعلاني،المرجع السابق، ص 110 .

[2] محمد سعيد جعفور،المرجع السابق ، ص 285 .

المطلب الثاني

التنازع الزمني بين قواعد العقوبات

تنص المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي:

"لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة"[1].

بحيث نستشف من نص هذه المادة بأنه قد تم تثبيت مبدأ عدم الرجعية على قانون العقوبات، وذلك على اعتبار أن القاضي ليس هو الوحيد الذي يتقيد بهذا المبدأ بوجه عام، فحتى المشرع يتقيد به أيضا في المواد الجزائية، فلا يخرج منها إلا في حالة استثنائية واحدة، وهي الحالة التي يكون فيها القانون أصلح للمتهم والتي سبق لنا و تناولنها[2].

الفرع الأول: الأصل تطبيق مبدأ عدم رجعية القانون

فقد أكدت عليه معظم الدساتير ومنها الدستور الجزائري في مادته 58 بقولها:" لا إدانة إلا بمقتضي قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

وذلك لكفالة الحريات الفردية ولعدم المعاقبة على أفعال كانت مباحة أثناء ارتكابها على

أساس أن يكون التجريم والمعاقبة محكومان بالقانون الذي يرتكب الفعل تحت سلطانه دون تدخل للقانون الجديد فيه،سواء أن يكون قد قرر تجريم، أو عقاب فعل كان وقت ارتكابه مباحا ،أو قرر تشديد العقوبة على فعل كان مجرما من قبل،[3] وبناء على هذا الإعتبار لا يمكن تطبيق التشريع الجديد على الأفعال المرتكبة قبل صدوره ونفاذه، فمن الظلم معاقبة

---

[1] الامر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل8 جولية 1966 ، المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم ، ج.ر عدد 78 لسنة 1975 .

[2] خليل احمد حسن قدادة،المرجع السابق ، ص 169.

[3] محمد سعيد جعفور، المرجع السابق ، ص 288.

الأفراد على الأفعال المباحة التي ارتكبوها قبل صدور التشريع الجديد، أو تشديد العقوبة عليهم، مما استدعي تدخل المشرع لمنع تطبيق القانون رجعيا على هذه الأفعال[1].

الفرع الثاني: تطبيق مبدأ القانون الأصلح للمتهم كإستثناء

تطرقنا من قبل إلى أن تشريع العقوبات الجديد قد يكون الأصلح للمتهم، وذلك عند تضمنه لإباحة فعل كان مجرما في ظل تشريع العقوبات القديم، أو في حالة تخفيف العقوبة التي كانت مقررة في التشريع السابق.

غير أنه بالنسبة للقوانين الجزائية المؤقتة، لا يستفيد مخالفها من القوانين الجديدة المخففة للعقوبة أو الملغية لها في حالة ما إذا كانت الدعوى العمومية قد رفعت ، وذلك حتى ينعدم تشجيع المخالف على الإعفاء، بحيث تظل قواعد القانون المؤقت هي الأولى بالتطبيق[2]أما في حالة عدم رفع الدعوى العمومية إلا بعد انتهاء العمل بالقانون المؤقت ،فإنه يخضع للقواعد الجديدة التي تبيح الفعل أو تخفف العقوبة.

المطلب الثالث

التنازع الزمني بين قوانين المرفعات

بالنسبة للحلول المعتمدة لحل التنازع الزمني في مجال المرافعات فقد تطرق إليها المشرع الجزائري في نص المادة 2 ق.ا.م.ا : "تطبق احكام هذا القانون فور سريانه باستثناء مايتعلق بالآجال التى بدأ سريانها في ظل القانون القديم"[3].

---

[1] محمد سعيد جعفور،المرجع السابق ، ص 278.

[2] عائشة بوخنفر،المرجع السابق، ص 133 .

[3] قانون رقم 08 /09 ،المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج.ر عدد 21 الصادرة في 23 افريل 2008 .

أي أنه من المبادئ الأساسية بالنسبة للإجراءات مبدأ الاثر الفوري للقوانين وعدم رجعيتها، و مقتضى هذا المبدأ أن أحكام قانون الإجراءات تطبق فور سريانه.

يتعلق نص المادة 2 ق.ا.م.ا بقاعدة قانونية منصوص عليها في نص المادة 7 ق.م "تطبق النصوص الخاصة بالإجراءات حالا"، بحيث تتضمن التطبيق الفوري للنصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات، باستثناء الآجال التى بدأ سريانها في ظل القانون القديم، بحيث لا يسرى القانون إلا على مايقع في المستقبل [1] .

بينما المشرع المصري فقد بينها في المادتين الاولي و الثانية من قانون المرافعات المصري .

المادة الأولي: "تسري قوانين المرافعات على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها" [2].

ونجد المادتين الأولي والثانية من قانوني أصول المحاكمات المدنية والتجارية السوري و اللبناني قد حذت حذو المواد السابقة، بتطبيقها لمبدأ اللأثر الفوري للتشريع الجديد في حلها للتنازع الزماني لقواعد المرافعات[3].

الفرع الأول: الأصل تطبيق مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد

نستشف من نصوص المواد السابقة الذكر بأنه يطبق مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد على قوانين المرافعات كأصل عام، على مالم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أومن الإجراءات قبل تاريخ العمل بها، أي يسري القانون الجديد على الدعاوى المرفوعة في ظل القانون القديم والتي لاتزال منظورة أمام القضاء.

---

[1] عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، الطبعة الثانية ،منشورات البغدادي للطباعة و النشر، 2009، الجزائر ،ص 14.

[2] همام محمد محمود الزهران،المرجع السابق ، ص 543 .

[3] عائشة بوخنفر،المرجع السابق ، ص 134.

مثالا: لو صدر تشريع جديد يقرر نقل الاختصاص بالنظر في نوع معين من الدعاوى إلى محكمة جديدة غير المحكمة المختصة قبل ذلك بالنظر في الدعوى، فإنه يطبق فورا وتحال الدعاوى المنظورة من المحكمة السابقة إلى المحكمة الجديدة[1].

الفرع الثاني: تطبيق القانون القديم استنادا إلى أثره المستمر كإستثناء في بعض المسائل

لقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا وفي البلدان التي حذت حذوها على الخروج عن المبدأ الأصلي، والذي يتمثل في تطبيق الأثر المباشر للقانون الجديد في حل التنازع الزمني لقوانين مادة المرافعات، وتطبيق القانون القديم إستنادا لأثره المستمر في بعض المسائل الإجرائية، كما نجد هذا الإستثناء متوفر لدي المشرع الجزائري في نص الفقرتين الثانية و الثالثة من المادة السابعة من التقنين المدني بالإظافة إلى نص المادة 2 ق.ا.م.ا يتناول هذا الإستثناء المسائل الآتية:

1.القوانين المعدلة للإختصاص: لا تطبق بأثر مباشر إذا كان تاريخ العمل بها سيبدأ بعد تاريخ ختم المرافعات في الدعوى.

2.القوانين المعدلة للمواعيد: لا تطبق بأثر فوري إذا كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها، بل يطبق عليها التشريع القديم.

3.القوانين المنظمة لطرق الطعن: بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متي كانت ملغية[2].

[1] همام محمد محمود الزهران،المرجع السابق ،ص 544 .

[2] عائشة بوخنفر،المرجع السابق ، ص 136.

ملخص الفصل الأول

تناولنا في موضوعنا هذا مسألة إلغاء أو تعديل قانون وطني وإحلال قانون آخر محله ، هذا مايثير مسألة تنازع القوانين من حيث الزمان، خاصة إذا نشأت آثار وأوضاع قانونية في ظل الأولي وما تزال مستمرة تحت سلطان الثانية، على هذا الأساس ولحل هذه المشكلة نادي الفقه الحديث بضرورة التمييز بين مبدأين، الأول هو مبدأ عدم رجعية القانون، أي عدم سريان القانون الجديد على الماضى بالنسبة إلى الوقائع والمراكز القانونية التي تكونت في ظل القانون القديم، فمرد مبدأ عدم الرجعية عدة اعتبارات أساسها:المنطق،العدل،المصلحة العامة،كما بينا بأن مبدأ عدم الرجعية قد اعتمد كمرجع للعديد من الدول منها:المشرع الجزائري،المشرع الفرنسي،المشرع المصري،المشرع المغربي، بالإظافة إلى بنود واردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ذلك كونه ضمانة لحماية الحقوق الفردية في مواجهة الإستبداد، غير أنه يرد عليه عدة إستثناءات حيث يجوز فيها تطبيق القانون الجديد بأثر رجعي منها:حالة وجود نص صريح في القانون الجديد بجواز إعمال القانون بأثر رجعي تحقيقا للمصلحة العامة، وحالة تطبيق مبدأ القانون الأصلح للمتهم في المواد الجزائية وذلك بحالتين إما بإباحة الفعل المجرم،أو تخفيف العقوبة المقررة للجريمة،بلإظافة الى حالة القوانين التفسيرية وذلك بصدور قانون مشوب بغموض في الصياغة،فيصدر المشرع قانونا آخر يغير فيه أحكام القانون الأول،فمن المسلم به بأن التشريع التفسيري لا يخضع لمبدأ عدم الرجعية،المبدأ الثاني هو مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد،ويقصد به تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر على كل مايقع نفاذه على كل مركز قانوني ينشأ في ظله ولو كانت جذوره ترجع الى الماضي،أما عن الإستثناءات الواردة على هذا المبدأ فيرد عليه استثناء واحد،يتعلق بالمراكز العقدية الجارية التي تكونت في ظل القانون القديم ولا تزال جارية بعد نفاذ التشريع الجديد.

كما تطرقنا في موضوعنا إلى مسألة الحلول التشريعية في بعض مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان،تطرقنا أولا إلى موضوع التنازع الزمني بين التشريعات المدنية،والتى تناولتها نصوص المواد: 6 و7و8 من ق.م،الأولى تتعلق بالأهلية كما جاءفي نص المادة 6 ق.م منقسمة إلى مسألتين،مركز الشخص من حيث الأهلية،وتصرفات الشخص الذي صدرت منه في ظل القانون القديم،الموضوع الثاني نصت عليه المادة 7 ق.م والتعلقة بالتقادم بحيث تناولنا فية مدة وشروط التقادم،الموضوع الثالث بنص المادة 8 ق.م يتعلق بمادة الإثبات،كما تناولنا موضوع التنازع الزماني بين قوانين العقوبات بنص المادة 2 ق.ع بحيث أخذ بمبدأ عدم رجعية القانون كأصل عام،ومبدأ القانون الأصلح للمتهم كاستثناء،إضافة الى موضوع التنازع الزماني في مادة المرافعات كما ورد في نص المادة 2 ق.إ.م.إ والفقرة الأخيرة من المادة 7 ق.م بتطبيقه لمبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد كأصل عام،وتطبيق القانون القديم استنادا لأثره المستمر في بعض المسائل الإجراءية.

الفصل الثاني:

النطاق الزمني للقانون اللأجنبي

الفصل الثاني

النطاق الزمني للقانون اللأجنبي

يختلف القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد باختلاف الزمان بحيث تبقي قاعدة الإسناد ثابتة دون تعديل تشريعي، ويرجع الإختلاف إما إلى إلغاء القانون الأجنبي وإحلال آخر مكانه أو إلى إجراء تعديل فيه وهذا الأخير يكون في أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق بين قانونين فيه، أحدهما سابق والآخر لاحق يتطلب حله لإعطاء الإختصاص لواحد منهما في حدود دولة واحدة .

كما يمكننا أن نتحدث في هذا الخصوص أيضا عن تنازع من نوع آخر يدخل في مجال التنازع الزمني رغم اكتسابه للعنصر المكاني وهو التنازع المتحرك، ذلك بتغيير ضابط الإسناد بسبب إنتقال شخص أو شيء في حدود دولتين، وبهذا الإنتقال يدخل ذات الموضوع في نزاع بين قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين بحيث يستوجب تحديد أي القانونين يجب تطبيقه بناء على الحلات التى يطرح فيها التنازع المتحرك[1] .

قسمنا فصلنا إلى مبحثين: المبحث الأول التنازع الزمني لقواعد التنازع الأجنبية ،المبحث الثاني عن التنازع المتحرك.

[1] حسين الهداوي، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الاردني دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1998 ،ص ص 124 125 .

المبحث الأول

التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص

التنازع الزمني أو الإنتقالي ينشأ عن تعاقب القوانين ذات الموضوع الواحد في حدود دولة واحدة وذلك بإلغاء المشرع لقانون معين وإحلال قانون آخر محله، فينشأ عنه تشابك في نطاق تطبيقهما، ومرد هذا التشابك أن ثمة حالات قانونية نشأت في ظل القانون القديم و رتبت آثارها إلى يوم نفاذ القانون الجديد ،حينئذ يحصل التساؤل عما إذا كانت هذه الحالات القانونية ستستمر في ترتيب آثارها أم تمحى بالنسبة للماضي، فيتم حل هذا التنازع بأصول فنية يقضي بوجوب تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر[1].

وعلى هذا الأساس قسمنا مبحثنا إلى ثلاثة مطالب: شروط قيام التنازع الزمني للقانون الأجنبي (المطلب الاول) ، كيفية حل التنازع الزمني للقانون الأجنبي (المطلب الثاني) ، إستبدال قاعدة الإسناد بأخري تحل محلها (المطلب الثالث).

[1] كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص، (الجنسية، المواطن، مركز الاجانب، مادة التنازع)، الطبعة الاولي، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006 ،ص 18.

المطلب الأول

شروط قيام التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص

لقيام التنازع الزمني في القانون الأجنبي المختص يجب توفر شروط لايتم هذا التنازع بدونها، وهي على العموم ثلاثة شروط، تشرح للقاضي الوطني الحالات التي يتم فيها قيام التنازع الزمني مبينا فيه الظروف التي يجب أن تحيط بالقانون الأجنبي ليتولد عنه ما يسمي بالتنازع الزمني، كما تشرح الحالات التي تبعده عن هذه النتيجة.

الفرع الاول : إختصاص القانون الأجنبي وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية

أي يكون هناك قانون أجنبي واجب التطبيق على النزاع بمقتضي قواعد التنازع في قانون القاضي، فهو يخص قواعد ذات طابع دولي، إلا أن الإشكالات التي تترتب عنها تحل عن طريق المبادئ العامة للتنازع الزمني في القانون الداخلي، أي تطبيق قواعد التنازع الزمني الداخلية.

غير أنه إذا تدخلت إتفاقية دولية لتوحيد القواعد الموضوعية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، أو في حالة ماإذا أدمجت قواعد القانون الأجنبي في التصرف أو في العقد الدولي فتنتفي مشكلة التنازع الزمني، لعدم وجود القانون الأجنبي فيجب أن تكون قواعد القانون المختص غير مدمجة في العقد الدولي بناء على إتفاق بين الأطراف ولا أن تكون من القواعد الموضوعية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص[1].

[1] حمزة قتال، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري و المقارن ،مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق، 2011، ص 232 .

أولا: وجود اتفاقية دولية موحدة للقواعد الموضوعية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص

في حالة كون القاعدة الواجبة التطبيق مصدرها اتفاقية دولية من القواعد الموضوعية أو المادية الموحدة لقواعد القانون الدولي الخاص ،حيث تصب أغلبية هذه الإتفاقيات في قالب قوانين التجارة الدولية التى تهدف إلى توحيد القواعد الموضوعية للقضاء على مشكلة تنازع القوانين من خلال إبرام اتفاقيات دولية تحكم علاقات معينة، ومن بين هذه الإتفاقيات نذكر على سبيل المثال مايلي:

– اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1964، المتعلقة بالقواعد الخاصة بالبيع الدولي للمنقولات المادية.

– اتفاقية لاهاي لعام 1955، المتعلقة بتوحيد القواعد التي تقرر أي من القوانين يكون واجب التطبيق.

– القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1958.

– اتفاقية بروكسل لعام 1970 ، المتعلقة بالنقل البحري بسندات الشحن .

فبوجود هذه الإتفاقيات فإن مشكلة التنازع تحل بمضمون هذه الاخيرة وكنتيجة لذلك فإن مشكلة التنازع الزمني تنتفي فيها[1].

ثانيا: إدماج قواعد القانون الأجنبي في التصرف أو العقد الدولي

نجد في هذا الشأن أيضا حالة إدماج قواعد القانون الأجنبي في التصرفات أو العقود الدولية، وهذا الإحتمال نجده كثير الوقوع في معاملات التجارة الدولية، فقد يتفق الأطراف على تضمين عقدهم أحكام قانون أجنبي معين بحيث تنصهر تلك الأحكام في العقد المبرم،

[1] محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبائع، دار النهضة العربية ،القاهرة ،1992، ص52 .

لتصبح شروطا تعاقدية، فتصبح واجبة الإحترام بين الأطراف المتعاقدة إعمالا للقوة الملزمة للعقد ففي مثل هذه الحالة حتى لو تم تعديل القانون الأجنبي الذي استمدت منه تلك الأحكام، فلا تثور مشكلة التنازع الزمني، لأن هذه الاخيرة تكون قد فقدت صفتها القانونية واكتسبت الصفة الإتفاقية، وبالتالي تكون قد انسلخت بذلك عن القانون الأجنبي[1].

الفرع الثاني: استمرار صلة النزاع بالقانون الأجنبي لحظة تعديله

أي أن تكون العلاقة ذات الطابع الدولي مازالت على صلة بالقانون الأجنبي لحظة تعديله، ويتوفر هذا الشرط في كل مرة تدخل تلك العلاقة من حيث تكوينها في النطاق الزمني لقاعدة معينة ومن حيث آثارها لقاعدة أخرى، وبالتالي يخرج من نطاق التنازع الزمني العلاقات التي تفقد كل صلة مع هذا القانون، كالوقائع التي تنشأ وترتب آثارها في ظل القاعدة القديمة، مثلا لو تزوج إثنان في ظل قاعدة إسناد تخضع الزواج في شروطه الموضوعية إلى قانون الموطن، ثم تعدلت قاعدة التنازع الخاصة بالأحوال الشخصية بحيث أصبحت تحكمها قانون الجنسية، بافتراض أحد الزوجين طالب بالطلاق فلو أثير نزاع يتعلق بصحة عقد الزواج من ناحية الموضوع يرجعه القاضي إلى قاعدة الإسناد القديمة، أما طلب الطلاق وما يترتب عنه من آثار فسيخضعه إلى قاعدة الإسناد الجديدة[2].

الفرع الثالث: عدم وجود إتفاق على ثبات التشريع

مايسمي بتجميد القانون الأجنبي في الزمان، بحيث يستطيع الأفراد في العقود الدولية وخاصة تلك المتعلقة بالإستثمار والتنمية الإقتصادية، الإتفاق على أنه في حالة نشوب نزاع وعند تطبيق القانون المختار لا تطبق منه إلا قواعده السارية وقت إبرام العقد ،فبمجرد وجود

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ،الاصول في التنازع الدولي للقوانين ،بدون طبعة، دار النهضة العربية ،القاهرة ،2008 ، ص 480.

[2] دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص الكتاب الاول النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، بدون طبعة ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر، 2010 ،ص 106.

ثبات تشريعي ينتفي الكلام عن التنازع الزمني بين قواعد القانون المختص القديمة منها والجديدة[1].

أولا: تعريف شرط الثبات التشريعي

يقصد بشرط الثبات التشريعي تلك الشروط التي يتم بموجبها تجميد القانون الواجب التطبيق بشأن العقد على الحالة التي كان عليها وقت إبرامه، فشرط الثبات التشريعي هو الشرط الذي تضعه الدولة المضيفة للإستثمار بحيث يجعل الدولة غير قادرة على إجراء أي تعديل أو تغيير للقانون السابق، كما أن بعض التشريعات وأحكام التحكيم تمنح للأطراف سلطة التجميد الزمني للعقد بإدراج شرط أو بند في العقد ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرامه مع استبعاد كل التعديلات التي يمكن ان تطرأ عليه في المستقبل[2].

ثانيا: أسباب اللجوء إلى شرط الثبات التشريعي

إن الغاية الأساسية التي تسعى إليها مسألة الثبات التشريعي هي تحقيق حماية كافية للطرف المتعاقد مع الدولة في الأزمات التي تواجهه في عمله،بحيث يضع شرط ثبات التشريع حدودا على سيادة الدولة، أي لا يكون للقانون الجديد أي أثر على تلك العلاقة التعاقدية[3].

[1] حمزة قتال ،دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري و المقارن ، المرجع السابق ، ص 225 .

[2] جمعة بن زوخ، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، مذكرة ماستر، تخصص علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق، 2014 ،ص 8 .

[3] جمعة بن زوخ، المرجع نفسه، ص 9.

المطلب الثاني

كيفية حل التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص

تتمتع النصوص الإنتقالية في الوقت الحالي بأهمية كبرى نظرا لاتساع نطاق العمل بها ، إلا أن المشكلة الأساسية التي يمكن أن تصادف القاضي عند تطبيقه للقانون الأجنبي هي التغييرات أو التعديلات التي تطرأ على قواعده ، وعلى هذا الأساس ظهرت عدة إتجاهات فقهية وقضائية لاقتراح حلول مناسبة لتنازع قواعده، وهي في مجملها ثلاثة حلول سوف نحاول الإلمام بها على الترتيب.

الفرع الأول: تطبيق قواعد التنازع المكاني في القانون الداخلي

نجد اتجاه من الفقه الحديث أرجع حل التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص إلى قواعد الإسناد الوطنية في ضوء التفسير الغائي لها، وهو تفسير يبصر في النهاية بأن قواعد الإسناد الوطنية هي المسؤولية عن فض التنازع الزمني في القانون الأجنبي ، وليس عن طريق قواعد القانون الإنتقالي في القانون الأجنبي وذلك بإتباع الغايات الزمنية لقاعدة الإسناد الوطنية[1].

أولا: الغايات الزمنية لقاعدة الإسناد الوطنية

1.رعاية المصالح الخاصة للأفراد : ذلك أن الغاية من تعديل القانون الأجنبي هو تحقيق هدفين وهما، الأمن القانوني، والتقدم الإجتماعي، وبما أن القاضي الوطني لا يكون مسؤول عن تحقيق التقدم الإجتماعي في قانون غير قانونه الداخلي، فيكون مسؤولا فقط من هذه الناحية على تحقيق الأمان القانوني، باعتباره يفصل في مسألة دولية بين مصالح خاصة، مثلا: في مسائل الأحوال الشخصية يكون الهدف من قواعد التنازع هو تحقيق ثبات حالة

[1] نقلا عن احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ،ص 484

الشخص، لذلك يجب أن يتبع القانون الشخص خارج الحدود في كافة قواعده ومنها قواعد القانون الإنتقالي كمسائل إثبات النسب أو النفقة.

2.حماية المصالح العامة لدولة القاضي: بما أن النزاع حتي ولو كان مشوبا بعنصر أجنبي فإن له صلة وثيقة بدولة القاضي سواء من ناحية اختصاص القضاء الوطني بالفصل فيه، أو من ناحية امكانية تنفيذ الحكم الصادر في دولة القاضي، وعلى هذا الأساس يجب على القاضي الوطني التدخل فيه وذلك بممارسة الرقابة الفعلية على مضمون القانون الأجنبي لاختيار القواعد التي تتماشي مع المصالح العامة لدولة القاضي، ولتفادي المساس بالنظام العام للقانون الداخلي.

3.حماية المصالح الذاتية للنظام العام : والهدف الأساسي منه هو التوزيع الموضوعي للإختصاص التشريعي بين الدول التي على علاقة بمحل النزاع ،ولتحقيق هذا الهدف فإنه تسري قواعد القانون الإنتقالي في القانون الواجب التطبيق في ميراث الأموال المنقولة و النظام القانوني للأموال المنقولة والعقارية، سواء أكان قانون موطن المتوفي وقت الوفاة أو قانون موقع المال محل النزاع[1].

ثانيا: الإنتقادات الموجهة لهذا الرأي

1. يترك المجال واسعا للقاضي الوطني للكشف عنه وتفسيره، وذلك بالبحث في كل حالة على حدى للكشف عن الغيات الزمنية لقواعد الإسناد الوطنية، مع عدم ضبط أو تقييد سلطته، كما أن هذا الرأي استبعد جانبا كبيرا من مسائل الأحوال الشخصية وميراث المنقول بإخضاع حل التنازع الزمني فيها إلى القانون الأجنبي ذاته[2].

[1] نقلا عن حمزة قتال ، المرجع السابق ،ص 232 .

[2] نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، بدون طبعة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2004، ص 416 .

2.نجده يعتمد كأساس لرأيه على الغايات الزمنية لقواعد التنازع الوطنية لحل التنازع الزمني في القانون الأجنبي بحجة تحقيق التجانس في النظام القانوني، رغم أنه لا توجد فائدة ترجي من تحقيق هذا التجانس، كون النظام الوطني قد تخلى عن حكم النزاع عند اختياره للقانون الأجنبي، بالإضافة إلى أن هذا الرأي أدرج بأن التنازع الخاص بميراث الأموال المنقولة تعود لقانون موطن المتوفى وقت الوفاة فتحل بذلك مشكلة التنازع الزمني وهذا التصور خاطئ لأن التحديد الزمني الوارد في هذه القاعدة تحل مشكلة التنازع المتحرك، وليس مشكلة التنازع الزمني للقانون الأجنبي[1].

3.هناك تناقض واضح في هذا الرأي فمن ناحية يقر بأن قواعد حل التنازع الزمني ترتبط بالوسط الاجتماعي والسياسي للدولة، وبذلك يجب الرجوع إلى قواعد القانون الأجنبي لفض التنازع الزمني لأنه المحيط بعلة التعديل، ومن ناحية أخرى يدعو إلى ضرورة العودة إلى قواعد التنازع في قانون القاضي للتعرف على كيفية حل ذلك التنازع.

4.كما أنه يوجب على القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي على حسب ما يرغب به قانونه الوطني، وهذا ما يشكل مسخا للقانون الأجنبي، كما أن الإعتراف للأطراف بتجميد قانون العقد في الزمان يعني إحلال الفرد محل المشرع مما ينجر عنه أيضا تطبيق قانون رغم تعديله[2].

الفرع الثاني: إرجاع القاضي الوطني التنازع الزمني إلى قانونه الوطني

اتجه بعض الفقه وعلى رأسهم الفقيه المجري (اتين دوسازي) إلى أنه في حالة وجود تعديل على قواعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فيجب على القاضي الوطني العودة إلى

[1] نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ص 418.

[2] المرجع نفسه ص 419.

القواعد والمبادئ العامة في قانونه الوطني الخاصة بحل التنازع الزمني أي البحث عن حلول مناسبة في قانون القاضي دون إدخال القانون الأجنبي فيه أو الرجوع إليه[1].

أولا: الحجج الداعمة لهذا الرأي

1.بما أن القاضي الوطني لا يأتمر بأوامر القانون الأجنبي ولا يمد له بأية صلة فهو مستقل في مواجهة أي مقنن أجنبي بما أنه يأتمر بأوامر دولته وبما تمليه عليه من تغييرات وأوامر من قبل الشارع الوطني، وعلى هذا الأساس فأي تعديل يطرأ على القانون الأجنبي المختص فإن القاضي الوطني يطبق قواعد الإسناد الوطنية طبقا لغاياتها التشريعية.

2.بما أن قواعد التنازع في الزمان والمكان متشابهان فكليهما وسائل إرشادية أو مساعدة للقاضي تقدم حلا للقاضي، يجعل القاضي الوطني يستخدم قواعد الإسناد الوطنية في حل التنازع الزمني للقانون الأجنبي المختص.

3.في حالة رفض الإحالة فإن قواعد التنازع الزمني للقانون الأجنبي لا تطبق في القانون الوطني فقواعد التنازع الوطنية تستقبل القواعد الموضوعية الأجنبية وتدمجها في نظامها القانوني الوطني فتصبح قواعد وطنية وتنتفي منها الصفة الأجنبية، وبالتالي بوجود أي تعديل عليها تطبق بديهيا قواعد القانون الإنتقالي الداخلي[2].

[1] نقلا عن سامي بديع منصور ،الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولي، دار العلوم العربية ،بيروت ،1994، ص 338.

[2] نقلا عن حمزة قتال، المرجع السابق ، ص ص 225، 226.

ثانيا: الإنتقادات الموجهة لهذا الرأي

1.فكرة خضوع القاضي الوطني للمشرع الأجنبي فكرة خاطئة، فبتطبيق القاضي الوطني للقانون الأجنبي فهو بذلك يحترم وينفذ قاعدة الإسناد الوطنية المرشدة لذلك[1].

2.الأساس الذي بنى عليه الفقيه توجهه هو أساس خاطئ، فهو قد طابق بين قواعد التنازع في المكان بقواعد التنازع في الزمان، رغم أن هدف كل منهما يختلف عن الآخر، فلأولى تهدف إلى اختيار القانون الملائم لحكم النزاع المعروض،والثانية تهدف إلى فض النزاعات الداخلية وتحقيق الأمن القانوني[2].

3.فكرة رفض الإحالة أساس ضعيف، فالقاضي الوطني في حالة تطبيقه لقواعد القانون الإنتقالي للقانون الأجنبي لا يعد قبولا للإحالة، فالإحالة تطبق فقط بين قواعد التنازع المكاني (قواعد الإسناد)[3] .

الفرع الثالث: تطبيق قواعد التنازع الزمني في القانون الأجنبي

يذهب الرأي الغالب إلى إرجاع حل التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص إلى أحكام القانون الإنتقالي في هذا الأخير، بحيث أنه على القاضي الوطني الرجوع إلى قواعد القانون الأجنبي الأصلي لاختيار أي القانونين يطبق فيه القانون القديم أو القانون الجديد، وهذا ما أخذ به أغلب الفقه، منه الفقه الفرنسي، الفقه الإنجليزي، الفقه الإطالي، الفقه البلجيكي[4].

[1] نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ،ص 449.

[2] نقلا عن حمزة قتال ، المرجع السابق، ص 226.

[3] نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق ،ص 449.

[4]المرجع نفسه ،ص 459 .

أولا: الحجج الداعمة للرأي الراجح

1.بما أن قواعد الإسناد قامت باختيار القانون الأجنبي كقانون مختص فتطبق هنا فكرة (الإسناد الإجمالي) ،أي بكافة قواعده الموضوعية فعلى هذا النحو تطبق أيضا قواعد التنازع الزمني .

2.بما أن قواعد التنازع الزمني قد عدلت في كنف القانون الأجنبي، فهو القادر على فض هذا التنازع ولا يمكن إعمال قواعد القانون الإنتقالي في قانون القاضي بما أنه قضي بالتخلي عنه لعدم ملائمته لحكم النزاع.

3.يري بعض الفقهاء بأن الأمر يتعلق بتفسير القانون الأجنبي ،وهذا ما يستوجب إعمال مبادئ التفسير المعمول بها في القانون الأجنبي[1].

ثانيا: الأسس المعتمدة للأخذ بهذا المبدأ

من خلال الحجج المقدمة من طرف أنصار هذا الرأي نلاحظ بأنه الرأي الغالب أو الراجح ،الذي تظهر فيه جليا مسألة انسجام تنازع القانون الأجنبي من حيث الزمان وطبيعة النزاع التي تتعلق به، وهذا ماأكده القضاء الفرنسي والمصري على السواء اللذان تبنيا هذا الرأي.

فنجد محكمة النقض الفرنسية قضت في قرار لها بتاريخ 1963/5/15: بأنه في حالة التعديل الاحق للقانون الأجنبي المعين (المختص) ، فإنه يعود إلى هذا القانون حل تنازع القوانين في الزمان .

أما بالنسبة للقضاء المصري ففي حكم لمحكمة القاهرة المختلطة بتاريخ 1930/2/17 أكدت أمرين:

[1] نقلا عن عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق ، ص 418.

الأمر الأول: أن القانون الأجنبي هو المختص أصلا بتحديد مدى سريان قواعده من حيث الزمان.

الأمر الثاني : هو تطبيق القاعدة الجديدة في القانون الأجنبي ولو كانت ذات أثر رجعي[1].

المطلب الثالث

تنازع قواعد الإسناد

قد يقوم المشرع باستبدال قاعدة الإسناد في قانونه وذلك بإحلال قاعدة أخري محلها، مما يحدث تواجد قاعدتي إسناد في نفس القانون واحدة قديمة والأخرى جديدة ،هذا ما يؤدي إلى نشوب تنازع زمني بينهما.

فكما أننا قد نصادف هذا التعديل في ظل قانون القاضي، يمكن أن نجده في كنف القانون الأجنبي المختص الذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد الوطنية.

وعلى هذا الأساس ظهرت أراء فقهية لمحاولة تقديم حلول منطقية لهذه الظاهرة[2].

الفرع الاول : استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في قانون القاضي

يمكن للمشرع أن يغير قاعدة الإسناد في قانونه الداخلي، فيجد القاضي الوطني نفسه أمام قاعدتي إسناد مختلفين في قانون دولته، الأولى قديمة والثانية جديدة فتثور مشكلة اختيار الأصلح بينهما.

مثلا: في القانون الألماني لسنة 1900 كان ضابط الإسناد في مسائل الأحوال الشخصية هو قانون الموطن، ليتغير فيما بعد ليصبح ضابط الإسناد فيها هو قانون الجنسية، ليجد القاضي الألماني نفسه في تلك الظروف أمام ضابطي إسناد.

[1] حمزة قتال ، المرجع السابق ،ص 231.

[2] حسين الهداوي، المرجع السابق، ص 121 .

وعن هذا الإختلاف اختلفت معه آراء الفقهاء، فتولد عنه وجود رأيين فقهيين الأول يدعو إلى تطبيق القانون الجديد ،والثاني يرجح تطبيق القانون الإنتقالي الداخلي[1].

أولا: الاتجاه القائل بتطبيق القانون الجديد

يدعو هذا الرأي إلى تطبيق القانون الجديد بصفة فورية ومطلقة دون النظر إلى تاريخ الوقائع محل النزاع، بحجة انتماء قواعد الإسناد إلى القانون العام، فبما أن قواعد القانون العام تطبق بشكل فوري فعلى قواعد الإسناد أن تحذوا حذوها بما أنها جزء منها.

وأيضا هناك من نادى بتطبيقها بأثر فوري مع إبداء بعض التحفظ في مسألة طبيعة محل النزاع، بحجة أنه إذا كانت العلاقة محل النزاع لها صلة بدولة القاضي في هذه الحالة تطبق قاعدة الإسناد القديمة لا الجديدة.

ثانيا: الاتجاه القائل بتطبيق القانون الإنتقالي الداخلي

وهذا منطلق الفقه الغالب بتأكيدهم على تطبيق قواعد القانون الإنتقالي على التنازع الزمني لقواعد الإسناد الداخلية.

فإذا كان القانون الإنتقالي الداخلي يخضع الزواج أو العقد مثلا إلى القانون الساري المفعول في تاريخ معين فلا يوجد سبب يجعلنا نطبق غير هذا القانون[2].

الفرع الثاني: استبدال قاعدة الإسناد بأخري في القانون الأجنبي

بما أن القانون الأجنبي المختص والذي تشير إليه قاعدة الإسناد الوطنية يحتوي أيضا على قواعد إسناد يمكن أن تتغير أو تعدل بدورها، مما يجعل القاضي الوطني محتارا بين قاعدتي

[1] اعراب بلقاسم ،القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين ،بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر، 2002 ،ص 126.

[2] المرجع نفسه ، ص 127.

إسناد إحداهما قديمة والأخرى جديدة ومن فيهما تصلح للتطبيق، مع العلم بأن هذا النزاع يثور في حالة واحدة فقط وهي حالة أخذ قانون القاضي بالإحالة[1].

فإذا أخذنا بالمفهوم التقليدي الذي يرى في الإحالة وسيلة للتنسيق بين مختلف الأنظمة، فإن حل هذا التنازع نجده في أحكام القانون الإنتقالي الأجنبي المتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان.

أما إذا ما افترضنا بأن الإحالة هي مجرد وسيلة لتحقيق غاية معينة، ففي هذه الحالة يكون للقاضي الخيار بين القاعدتين القديمة والجديدة حسب الهدف المرجو من قاعدة الإسناد التي بين يديه في قانونه الوطني[2].

المبحث الثاني

التنازع الزماني المكاني

التنازع المتحرك ينشأ بين قانونين متعاقبين لحكم موضوع واحد محققا بذلك عنصر الزمان، فهو يتحقق عندما يتغير ضابط الإسناد بسبب إنتقال شخص أو شيء من نطاق تطبيق قانون معين (لدولةأ) إلى نطاق تطبيق قانون آخر (لدولة ب).

من الصعوبات التي تعرقل عملية استيعاب هذا النوع من التنازع هو علاقاته القانونية التي تخضع لاعتبارات الزمان والمكان،فأهمية تحديد عنصر الزمان فيه تكمن في تعيين القانون المطبق حسب قواعد القانون الإنتقالي ،وأهمية تحديد عنصر المكان تساعد على تعيين القانون المختص حسب قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص[3].

---

[1] اعراب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 127.

[2] حسين الهداوي، المرجع السابق ، ص 122 .

[3] الطيب زورتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مقارنة بالقوانين العربية ج1 تنازع القوانين ،بدون طبعة ،مطبعة الكاهنة ،الجزائر ،2000 ،ص 116 .

وعليه قسمنا مبحثنا إلى مطلبين: مجال التنازع المتحرك (المطلب الأول) ، حلول التنازع المتحرك (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مجال التنازع المتحرك

قسم الفقه ضوابط الإسناد إلى ضوابط فورية وأخري مستمرة ،فالفورية هي تلك التي تستغرق مدة زمنية محدودة كمكان إبرام العقد أو مكان حدوث الفعل الضار أو النافع، وتتميز هذه الأخيرة بعدم التغيير أو الإنتقال وبالتالي تخرج من مجال التنازع المتحرك، أما الضوابط المستمرة فهي تلك التي تمتد مدة لفترة زمنية غير محدودة ،كالجنسية أو الموطن أو موقع المال، مستثنينا من ذلك الضوابط المستمرة التي تتميز بصفة الثبات كالعقار[1].

الفرع الاول: صور التنازع المتحرك

ينحصر مجال التنازع المتحرك في فرضين وهما:

1.تغيير القانون الشخصي بتغيير الجنسية أو الموطن .

2.تغيير موقع المنقول من إقليم دولة إلى أخري.

فبتطبيق هاذين الفرضين تنتقل ظروف الإسناد وينجر عنه اختصاصين قانونيين على التوالي لحكم موضوع واحد.

ويتقرر إختصاص القانونين على التعاقب بتطبيق نفس قاعدة الإسناد قبل إنتقال ظرف الإسناد، فيتحدد بذلك القانونين اللذين يقوم بينهما التنازع المتحرك[2].

[1] كمال فهمي، المرجع السابق، ص 439 .

[2] المرجع نفسه، ص 440 .

وبما أن اختصاص القانونين يتقرر طبقا لنفس قاعدة الإسناد، فهذا يؤكد بأن قاعدة الإسناد ظلت ثابتة دون أن يطرأ عليها أي تعديل تشريعي، فلنفرض مثلا: أن المشرع كان قد أخضع حالة الشخص وأهليته لقانون الجنسية، ثم أخضعها بعدها إلى قانون الموطن، فإنه يترتب عن نفاذ القانون الجديد تغيير الموطن لا تغيير الجنسية لقيام التنازع المتحرك.

هذا ما يبين الصلة الوثيقة بين التنازع المتحرك والتنازع الثابت، فحل التنازع الثابت يعتبر مسألة أولية بالنسبة للتنازع المتحرك، لأن قاعدة التنازع الثابت هي التي تساعد ظرف الإسناد الأصلي الذى يؤدي انتقاله إلى قيام التنازع المتحرك[1].

و هناك صورتان مهمتان في موضوع التنازع المتحرك وهما:

حالة التنازع الناشئ عند الضم الاقليمي: (فكرة الاستاذ بارتان) يجب على القانونين المتعاقبين أن يكونا متساويين في سند اختصاصهما، الأمر الذي يؤدي إلى تداخل نظام تطبيقهما، وبالتالي يستوجب توزيع الإختصاص بينهما.

حالة تغيير النظام القانوني للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص: (فكرة الأستاذ نبوانيه) فتغيير النظام القانوني للشركة يقضي انحلالا لها وإعادة تكوينها مرة أخري، وبالتالي لا نكون أمام شركة واحدة بل نكون أمام شركتين تتميز كل واحدة منهما عن الأخرى بكيانها الخاص[2].

الفرع الثاني: شروط قيام التنازع المتحرك

أولا: وجود حالة قانونية مستمرة لعلاقة ذات عنصر أجنبي: أي وجود فاصل زمني بين نشوئها وبين المنازعة فيها أمام القضاء، ونجدها في الحالات الآتية: (حالة الأشخاص، الأهلية، المركز القانوني للأموال، النظام القانوني للحقوق الشخصية أو الديون).

[1] الطيب زورتي ، المرجع السابق، ص116.

[2] كمال فهمي ، المرجع السابق ،ص 444.

والإستمرار المشار إليه يسمح بتعاقب أكثر من قاعدة قانونية على ذات العلاقات القانونية و انتقال الحالة القانونية لها من نطاق تطبيق قانون دولة إلى نطاق تطبيق قانون دولة أخرى على إثر تغيير ضابط الإسناد، دون تغيير في قاعدة التنازع[1].

ففي حالة كون الوضع القانوني ينشأ آثاره في فترة وجيزة لا يمكن أن يقوم فيه التنازع المتحرك، فمثلا الحالة القانونية للإرث يتحدد فيه مركز الوارث بلحظة وفاة المورث فيتحدد ظرف الإسناد فيها بالحظة التي تنشأ فيها، فيعتد بجنسية المورث لحظة الوفاة ولا شأن لجنسيته التي غيرها قبل الوفاة.

ثانيا: وجود ضابط الإسناد قابل للتغيير: كاالجنسية، الموطن، محل الإقامة، موقع المال، إرادة المتعاقدين ويخرج من مجال التنازع المتحرك ضوابط الإسناد التي لا يمكن تغييرها، كموقع المال العقاري، وجنسية المتوفى في الميراث، ومحل وقوع الفعل الضار أو النافع.

وتقدير قابلية التغيير في ضابط الإسناد يكون بالنظر إلى إرادة الأطراف في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، أي بمدى استطاعتهم إجراء ذلك التغيير باكتساب جنسية جديدة، أو تغيير الموطن أو نقل المنقول إلى دولة أخرى[2].

ثالثا: أن يكون من شأن تغيير ضابط الإسناد العمل على تعاقب قانونين في حكم ذات المسألة محل النزاع: فتغيير الزوج لجنسيته بعد الزواج ينجر عنه التعاقب أو التنازع بين قانون دولة الجنسية القديمة وقانون دولة الجنسية الجديدة بخصوص حكم آثار الزواج[3].

وهذا الشرط يقتضي أمرين:

[1] كمال فهمي ،المرجع السابق،ص 445.

[2] المرجع نفسه،ص 446.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص 291.

من ناحية ألا يحدث بعد تغيير ضابط الإسناد تعديل تشريعي في قاعدة التنازع، ففي المثال السابق يجب أن تبقي مسألة آثار الزواج خاضعة لقانون دولة الزوج، أما إن حدث تدخل تشريعي وألغيت قاعدة التنازع التي تقرر اختصاص هذا الأخير وحلت مكانها قاعدة أخرى فلن نكون بصدد تنازع متحرك بل بصدد تنازع زمني.

من ناحية أخري يجب أن يكون تغيير الأطراف لضابط الإسناد قد وقع بطريقة قانونية سليمة أي غير مشوب بغش أو تحايل، فإذا ثبت أي غش في القانون فلا يقوم التنازع المتحرك [1].

المطلب الثاني

حلول التنازع المتحرك

أثار حل التنازع المتحرك خلافا كبيرا وتباينا في الآراء في الفقه والقضاء على حد سواء، وقد تضاربت الحجج التي تستند إليها مختلف المذاهب في هذا الصدد إلى حد زاد المسألة تعقيدا، وذلك حسب نظرتهم إلى طبيعة التنازع المتحرك، فهناك من يعتبره شبيها بتنازع القوانين من حيث الزمان فطبق عليه قواعد هذا الأخير، وهناك من يرى فيه الطابع الدولي فاقترح حلولا تتماشي وتلك الطبيعة.

من هنا سنحاول على هذا الأساس أن نعرض مختلف هذه الآراء بعرضنا لطبيعتها والحجج المقدمة من طرف أنصار كل رأي على حدى، وصولا إلى الإنتقادات الموجهة إليها.

الفرع الاول: حل التنازع المتحرك بإعمال مبدأ الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة

أصحاب هذا الإقتراح هم الفقيه (Pillet) وبعض تلاميذه من أنصار فكرة الحقوق المكتسبة، فأصحاب هذا الرأي يدعون إلى حل التنازع المتحرك بتطبيق القانون القديم وتدور

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ،ص 292.

فكرتهم حول ما يسمى بنظرية الحق المكتسب واستقرار المعاملات[1]، فبالنسبة لهم العلاقة القانونية التي نشأت صحيحة في ظل قانون سابق تظل محكومة به، ليس فقط بالنسبة إلى الآثار التي نشأت وانقضت في ظل ذلك القانون، بل أيضا في الآثار المستقبلية التي سيولدها ذلك الحق.

فلو تزوج إسبانيان في دولتهم ثم انتقلا إلى فرنسا وتجنسا بالجنسية الفرنسية، فإن طلب الطلاق الذي قد يتقدم به أحدهما أمام المحكمة الفرنسية سيقابل بالرفض على أساس أن الزوجين تزوجا في ظل قانون يمنع الطلاق (القانون الإسباني)[2].

أولا: تطبيقات مبدأ الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة في ظل نطاق التنازع المتحرك

مسألة الحقوق المكتسبة تتعلق بأثار الحقوق التي تنشأ في الخارج، لا بإنشاء الحقوق داخل حدود الدولة ،فمبدأ الحقوق المكتسبة دوليا يجب تطبيقه في كل حالة استورد فيها الحق من الخارج ثم تدخلت في شأنه ظاهرة الحدود السياسية، وبما أن تغيير القانون الشخصي أو تغيير المنقول يفترض إنتقال الأشخاص والأشياء عبر الحدود السياسية للدولة، فيتعين في حالة التنازع المتحرك احترام الحقوق التي اكتسبت في ظل القانون الشخصي أو قانون الموقع القديم[3].

ويشترط لاحترام الحق المكتسب في ظل القانون القديم أن يكون قد استكمل جميع عناصره بصفة نهائية طبقا لأحكام هذا القانون، كما يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن عناصر الحالة التي تم تكوينها في القانون القديم تبقي نافذة في ظل القانون الجديد، فالزواج الذي ينعقد صحيحا طبقا لأحكام القانون القديم يكون حقا مكتسبا يجب احترامه تحت سلطان

[1] نقلا عن دربال عبد الرزاق ،المرجع السابق، ص 111.

[2] المرجع نفسه، ص 112.

[3] نقلا عن علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص ،الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية ا،لجزائر 2005، ص 126 .

القانون الجديد، أما عن الأهلية فأغلب أنصار هذا الرأي ذهبوا إلى أنه لا تصح أن تكون محلا لحق مكتسب فمن غير المتصور أن يصبح الشخص كامل الأهلية على إثر تغييره لقانونه الشخصي[1].

أما بالنسبة لتغيير موقع المنقول فيقتصر أصحاب هذا الإتجاه على القول بأن أي حق مكتسب على المنقول بصفة قطعية طبقا لقانون الموقع القديم يجب أن يحترم ويبقي نافذا في ظل القانون الجديد مالم يتعارض مع حق آخر نشأ تحت سلطان القانون الجديد[2].

ثانيا: الإنتقادات التي وجهت لهذا الرأي

تطبيقا لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة تصبح العلاقة القانونية محكومة بقانون لم يعد لأطرافها أية صلة به، وهذا ما حدث مع الزوجين الإسبانيان في المثال السابق عند تحويل جنسيتهما الى جنسية فرنسية.

أيضا تطبيقا لهذا الرأي يمكن أن تمنح امتيازات لأطراف العلاقة ليست مقررة لأفراد المجتمع الذي انتقل إليه أطراف العلاقة التي تغير عنصر الربط فيها بفعل تغيير الجنسية أو الموطن، فيمكن خضوعهم لنظام عيني لا يتمتع به المال المنقول الموجود على الإقليم الجديد، كما يمكن أن تكون تلك الدولة لا تقر بتلك الإمتيازات.

من ناحية أخرى لا يكفي لحل التنازع المتحرك تحديد الآثار القانونية المتبقية في نطاق تطبيق القانون القديم، بل يجب بعد ذلك أن تعرض لمسألة أخري وهي مدى سلطان القانون الجديد على تلك الآثار،لأن أحكام القانون الجديد قد تحول دون نفادها[3].

---

[1] نقلا عن كمال فهمي ، المرجع السابق ،ص 484.

[2] نقلا عن سامي بديع منصور ، المرجع السابق ،ص 289 .

[3] نقلا عن الطيب زورتي، المرجع السابق، ص 118 .

الفرع الثاني: قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني

سعيا لحل التنازع المتحرك يذهب جانب من الفقه المعاصر إلى قياسه على التنازع الزمني الذي ينشأ في حدود سيادة واحدة، فاعتبروا حل التنازع المتحرك مسألة متعلقة بتحديد نطاق تطبيق القوانين في الزمان، وعلى هذا النحو يكون موضوع المسألة التي يثيرها التنازع المتحرك هو وضع الحد الفاصل الذي يبين نهاية تطبيق القانون القديم وبداية تطبيق القانون الجديد، وذلك باستعمال قواعد القانون الإنتقالي في القانون الداخلي، ومقتضي هذا الحل هو أن يكون للقانون الجديد أثرا فوريا، ولا تقرر له الرجعية إلا بنص، كما أن القانون القديم لا يمتد تطبيقه إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد[1].

أولا: تطبيقات قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني

يحيل أنصار هذا الرأي مختلف فروض التنازع المتحرك بإخضاع وجود الحق للقانون السابق أي قانون الدولة التي نشأ الحق تحت سلطانه، كما تخضع له أيضا الأثار التي نشأت طبقا لهذا القانون مباشرة، أما مضمون هذا الحق وآثاره مستقبلا فيسري عليه القانون الاحق، أي قانون الدولة الثانية التي وضع المركز القانوني تحت سلطانه[2].

فمضمون الحق في هذا الإتجاه يقع تحت سلطان القانون الجديد، وقد استشهد أنصار هذا الإتجاه بما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية (مادام فيراري)وهي امرأة فرنسية تزوجت بإيطالي فاكتسبت الجنسية الإيطالية، ثم تم اتفاق بينهما على الإنفصال الجسماني فأرادت أن تحوله إلى طلاق فرفض طلبها لأنها طالبت بأثار أكثر مما يمنحها القانون الإيطالي، فقامت باسترجاع جنسيتها الفرنسية وطالبت بالطلاق، فدفع الزوج بأن له

[1] نقلا عن أحمد عبد الكريم سلامة ،المرجع السابق، ص 309 .

[2] نقلا عن الطيب زورتي ،المرجع السابق ،ص 121.

حقا مكتسبا في عدم انحلال الزواج وفقا للقانون الإيطالي، فقضت المحكمة بخضوع الزوجة للقانون الفرنسي الذى له أثر مباشر من وقت انتقال الزوجة إلى الجنسية الفرنسية[1].

وبرر أنصار هذا الإتجاه موقفهم بأن قياس قواعد التنازع الزمني على التنازع المتحرك يفضي إلى تحقيق وحدة التشريع في الدولة الواحدة فيما يخص تنظيم المراكز القانونية مستقبلا[2].

ثانيا: الإنتقادات الموجهة لهذا الرأي

في التنازع المتحرك نكون أمام قانونين صادرين عن مشرعين مختلفين ولا يلغي أحدهما الآخر وهذا مالا نجده في التنازع الزمني، بحيث يكون بين قانونين يحل أحدهما محل الآخر، فالتباين بينهما واضح وبشدة، وبالتالي لا يمكننا الإعتماد على حلول التنازع الزمني لقياسها كمعيار لحلول التنازع المتحرك[3].

كما أن اعتماد قواعد التنازع الزمني كأساس لحل التنازع المتحرك قد يؤدي إلى إهدار أوضاع قانونية اكتسبت في بلد الإنشاء، كأن يحوز الشخص منقولا من غير مالكه في بلد لا يعترف قانونه بقاعدة الحيازة في المنقول وينتقل به إلى بلد آخر يقر بهذه القاعدة فيصبح مالكا في ظل القانون الجديد،أو إذا كان قانون دولة يشترط لتمام البيع وانتقال الملكية تسليم المنقول ثم انتقل هذا المنقول إلى بلد آخر من غير تسليم يكتفي قانونه بالتراضي لإبرام العقد، فيصبح هذا الشخص مالكا بغير تنفيذ شرط التسليم مخالفا بذلك شرط بلده الأصلي[4].

---

[1] نقلا عن دربال عبد الرزاق، المرجع السابق ، ص 115.

[2] نقلا عن كمال فهمي ،المرجع السابق ص 494.

[3] المرجع نفسه ص 495.

[4] علي علي سليمان ،المرجع السابق، ص 128 .

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري في مسألة حل التنازع المتحرك

إذا أجرينا موازنة بين الرأيين السابقين يتبين لنا بأن قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني غير منسجم لاختلاف طبيعة كل منهما.

أما فكرة الحقوق المكتسبة وتبنيها كأساس لحل التنازع المتحرك فتكاد تكون مهجورة فقها و قضاء، فهي نظرية تنطوي على غموض وعدم دقة، كما أنها تتجاهل كل أثر للقانون الجديد حتى لو تعلق الأمر بتنظيم المركز القانوني مستقبلا[1].

من هنا اقترح بعض الفقهاء مسايرة لموقف المشرع في بعض الدول في حل التنازع المتحرك بين القوانين على أساس فكرة المفاضلة والملائمة بين القوانين المتنازعة، مثلا : تفضيل قانون الجنسية على قانون الموطن، أو تفضيل قانون محل إبرام العقد بالنسبة لشكله على قانون الإرادة.

وقد يلجأ المشرع في بعض الأحيان في التنازع المتحرك إلى إجراء مفاضلة بين قانونين متعاقبين مثلا: تفضيل قانون جنسية الزوج وقت إبرام عقد الزواج بالنسبة لأثاره على قانون جنسيته وقت رفع الدعوى بالنسبة لإنحلاله حسب نص المادة 12 ق.م.ج .

وتفضيل قانون الجهة التي يوجد فيها المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب أو فقد الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية (المادة 17 ق.م.ج)[2].

وفيما عدا هذه الحالات نلاحظ بأن المشرع لم يجعل ظرف الإسناد الزمني ركنا في القاعدة ،خلافا لظرف الإسناد المكاني، وحينئذ تصبح المفاضلة بين القوانين مسألة تقع في نطاق تغيير قاعدة الإسناد، وعلى القاضي حسمها بمقتضي السلطة التقديرية في وحي السياسة

[1] دربال عبد الرزاق،المرجع السابق،ص 117.

[2] الطيب زورتي،المرجع السابق ، ص124 .

التشريعية التي يتبناها مشرعه، وتختلف الظروف التي يأخذ بها القاضي باختلاف الحالات المعروضة عليه، كأن يتأكد ما إذا كان النزاع يتعلق بالشخص أو بالمال.

ومن نتائج هذا التمييز أن يباشر القانون الجديد سلطانه بدرجات متفاوتة بالنسبة لمختلف العناصر التي يحكمها كل قانون، ففي الروابط الأسرية يسري القانون القديم على المراكز التي تمت صحيحة بالنسبة له وتخضع الآثار المستقبلية لهذه العلاقات إلى القانون الجديد.

وفيما يخص الحقوق الواردة على المنقول يؤخذ بالقانون القديم بالنسبة إلى الحقوق التي تقررت في ظله، أما حالته المستقبلية فإن تغيير موقع المنقول يؤثر في حالته القانونية وفي مضمون واستمرار الحقوق التي وردت عليه[1].

[1] كمال محمد فهمي، المرجع السابق، ص 481 .

ملخص الفصل الثاني

تناولنا في موضوعنا هذا اختيار قاعدة اللإسناد الوطنية لتطبيق قانون أجنبي،وبالعودة الى هذا الأخير نجد القاعدة القانونية المراد تطبيقها في القانون الأجنبي قد تعرضت للتعديل أو الإلغاء بإحلال قاعدة قانونية جديدة محل القديمة،فنكون أمام قانونين أحدهما سابق والآخر لاحق يتطلب حله لإعطاء الاختصاص لأحدهما،ولقيام التنازع الزماني بين قواعد القانون الأجنبي المختص يجب توفر ثلاثة شروط،أن يكون القانون الأجنبي مختصا وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية،كما يجب أن تستمر صلة ذلك بالقانون الأجنبي لحظة تعديله،وأخيرا عدم وجود اتفاق على ثبات التشريع في مضمونه،وبتوفر هذه الشروط نكون أمام تنازع زماني لقانونين في ذات القانون الأجنبي المختص يتطلب منا حله باستنادنا الى آراء فقهية،الرأي الأول اتجه إلى تطبيق قواعد التنازع المكاني في القانون الداخلي،أي أرجع حل التنازع الزماني بين قواعد القانون الأجنبي المختص إلى قواعد الإسناد الوطنية،الرأي الثاني اتجه إلى إرجاع القاضي الوطني التنازع الزماني الى قانونه الوطني،أي البحث عن حلول مناسبة في قانون القاضي دون العودة إلى القانون الأجنبي،أما الرأي الأخير والراجح فقد اتجه إلى تطبيق قواعد التنازع الزماني في القانون الأجنبي،وذلك بالرجوع إلى أحكام القانون الإنتقالي لهذا الأخير،كما أننا قد تطرقنا في موضوعنا إلى مسألة استبدال قاعدة إسناد بأخرى تحل محلها،وعلى ضوئها توصلنا إلى اتجاهين فقهيين قدما لنا حلولا منطقية لهذه الظاهرة،بحيث ذهب الإتجاه الأول إلى مسألة استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في قانون القاضي،أي في القانون الوطني الداخلي فانقسم إلى رأيين بدوره،رأي يشجع تطبيق القانون الجديد بصفة فورية ومطلقة،ورأي ثاني يرجع تطبيق القانون الإنتقالي الداخلي بما أن المسألة متعلقة بقواعد إسناد وطنية،أما الإتجاه الثاني فقد تطرق إلى مسألة استبدال قاعدة الإسناد بأخرى تحل محلها في القانون الأجنبي،وهذه الحالة لا تتحقق إلا بشرط واحد وهو حالة أخذ قانون القاضي بالإحالة.

كما تناولنا في بحثنا هذا موضوعا آخر وجدنا فيه أهمية إضافة لبحثنا ألا وهو موضوع التنازع المتحرك،فبالرغم من أنه يتضمن مزيجا بين عنصر المكان والزمان إلا أن أهميته في تحديد عنصر الزمان وتعيين القانون المطبق حسب قواعد القانون الإنتقالي،جعله يضيف للموضوع أهمية بالغة،وعلى هذا الأساس قمنا بالتطرق إلى مجال التنازع المتحرك و شروط قيامه،كما تطرقنا إلى بيان الحلول الفقهية المعتمدة لفض هذا التنازع،فهناك من يعتبره شبيها بتنازع القوانين من حيث الزمان فاتجه الى قياس التنازع المتحرك على التنازع الزماني،وهناك من رأى فيه الطابع الدولي فاقترح حلولا تتماشي وتلك الطبيعة باقتراح حل التنازع المتحرك بإعمال مبدأ الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة،وفي الأخير عقدنا مقارنة بين الرأيين المقدمين بعرضنا لموقف المشرع الجزائري في مسألة حل التنازع المتحرك.

خاتمة

خاتمة

تبين من خلال دراستنا لموضوع التنازع الزمني للقوانين بأنه موضوع يكتسى أهمية بالغة سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي ، فالتعاقب الإنتقالي للقوانين يؤثر بشكل بالغ على المراكز القانونية، وبالتالي من شأنه المساس بمصلحة الفرد والمجتمع، مما يتولد عنه صعوبة لدى القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق وهذا مايؤثر على الحكم النهائي في التنازع المعروض عليه.

كما أن الحلول الفقهية المقدمة لحل التنازع الزمني ليست حلولا كاملة ونهائية، فلم تسلم أيا منها من النقد، كما أنها تترك هفوات أمام القاضي كما سبق وتطرقنا إليه في مسألة اختيار المبدأ الاصلح بين مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد أو مبدأ عدم الرجعية، كما أن المشرع لم يسلم من هذه الهفوات بالأخص في مادة المرافعات ولكن سرعان ماتفطن للأمر، فقد مر بمرحلة أغفل فيها التطرق إلى تقديم حل التنازع الزمني للقوانين في مادة المرافعات واكتفى بالتطرق إليها في نص المادة 7 ق.م، إلا أنه قد تفطن إلى المسألة في سنة 2008 فأدرج حلولا لمادة المرافعات في نص المادة 2 ق.ا.م.ا إضافة إلى ماورد في نص المادة 7 ق.م.

هذا فيما يخص الحلول المقدمة في حالة تعاقب القوانين في قانون القاضي، أما فيما يخص التعاقب الانتقالي في القانون الأجنبي المختص، فقد كان له نصيب أيضا من اجتهادات الفقه بحيث أسست عليه آراء فقهية وقضائية، قدمت بدورها حلولا لهذه المسألة من حيث حله إما وفقا لقانون القاضي أو وفقا للقانون الأجنبي نفسه الذي اختاره لنا ضابط الإسناد في القانون الوطني، ومع ذلك فتلك النظريات والآراء المقدمة لم تحمل الحل النهائي لمشكلة التنازع الزمني للقانون الأجنبي المختص، مما أدخلنا في متاهات أقرب من أن تكون نظريات فلسفية وليس حلول قانونية فلم تسلم هي الأخرى من الإنتقادات .

فموضوع التنازع الزمني للقوانين من المواضيع الهامة لتحقيق العدالة بين الأفراد على وجهها الأصح،فهي تمس جميع مواضيع القانون بشكل كامل بحيث لا توجد قاعدة قانونية سرمدية، فجميعها تتعرض للتعديل أوالالغاء سواء كانت تمس مسائل القانون العام أو القانون الخاص، في مختلف مجالاتهما الأمر الذي يستدعي الإجتهاد أكثر في تقديم الحلول المناسبة له، وعليه نقترح بعض الإقتراحات :

_على مختلف التشريعات العمل على البحث عن حلول مشتركة تطبق على التنازع الإنتقالي الذي يمس القانون الأجنبي المختص، باقتراح نظريات مفهومة أو حتى إنشاء تقنين خاص بالقواعد القانونية المتغيرة حتي يتمكن القاضي الوطني من حل التنازع الزمني الذي يحل بقانون غير قانونه بشكل دقيق ومنطقي دون المساس بالنظام العام بدولته أو بدولة القانون المختص ذاته.

–يجب على الفقهاء و رجال القانون التركيز على موضوع التنازع الزمني، وإنشاء مؤلفات و كتب في هذا المجال تزيل الغموض عن المسألة، خصوصا في موضوع التنازع الإنتقالي للقانون الأجنبي المختص، فبتطرقنا لهذا الموضوع وجدنا أن المؤلفات في هذا الصدد قليلة أو تحتوي على مبررات غير مفهومة و غامضة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

اولا الكتب :

1).احمد سي، على المدخل الى العلوم القانونية النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية لطلبة السنة الاولى حقوق (الفصل الاول) ، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر و التوزيع الجزائر، 2010 .

2).احمد عبد الكريم سلامة، الاصول في التنازع الدولي للقوانين، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

3).اعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، بدون طبعة، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002.

4).الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية (ج1) تنازع القوانين، بدون طبعة، مطبعة الكاهنة، الجزائر،2000.

5).بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الثانية، منشورات البغدادي للطباعة والنشر، الجزائر،2009.

6).حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل الى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

7).حسين الهداوي، المبادئ العامة و الحلول الوضعية في القانون الاردني دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان، 1998.

8).خليل احمد حسين قدادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

9).دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص الكتاب الاول النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري و المقارن، بدون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.

10).سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولي، دار العلوم العربية، بيروت، 1994.

11).عبد المجيد زعلاني، المدخل الى دراسة القانون النظرية العامة للقانون، بدون طبعة، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.

12).عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2004.

13).على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

14).عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر،2007.

15).غالب على الداودي، المدخل الى علم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، 2004.

16).كمال فهمي، اصول القانون الدولي الخاص(الجنسية، الموطن، مركز الاجانب، مادة التنازع) ، الطبعة الاولى، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، 2006.

17).محمد الصغير بعلي، المدخل الى العلوم القانونية، بدون طبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.

18).محمد حسين منصور، المدخل الى القانون القاعدة القانونية، الطبعة الاولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2010.

19).محمد سعيد جعفور، المدخل الى العلوم القانونية (ج1) الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشرة، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010.

20).مهند وليد الحداد، المدخل لدراسة علم القانون (نظرية الدولة، نظرية الحق، نظرية القانون) ، الطبعة الاولي، مؤسسة الوراق للنشر و التوزيع، بيروت، 2008.

21).محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

22).همام محمد محمود الزهران، المدخل الى القانون النظرية العامة للقانون، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ،2006.

ثانيا الرسائل الجامعية

1).قتال حمزة، دور القاضي في تطبيق القانون الاجنبي في القانون الجزائري و المقارن، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر(1) كلية الحقوق ،2011.

2).عائشة بوخنفر، تنازع القوانين من حيث الزمان، بحث لنيل شهادة الماجيستر، فرع عقود و مسؤولية، جامعة يوسف بن خدة كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

3).بن زوخ جمعة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الدولي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر الاكاديمي، تخصص علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014.

ثالثا النصوص القانونية

1).قانون رقم 01/16 المؤرخ في 26 جمادي الأولي عام 1437 الموافق ل6 مارس سنة 2016 يتضمن التعديل الدستوري،ج.ر عدد 14 الصادرة في 27 جمادي الأولي 1437 الموافق ل7 مارس 2016 .

2).الامر رقم 75_78 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ج.ر عدد 78 لسنة 1975.

3).الامر رقم 66_156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 جويلية 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم ج.ر 49 لسنة 1966.

4).قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج.ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

فهرس الموضوع

فهـرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

مقدمة.....1
الفصل الأول: النطاق الزمني للقانون الوطني 5
المبحث الأول: الأصل في سريان القاعدة القانونية.....6
المطلب الأول مبدأ عدم رجعي القانون 7
الفرع الأول: مبررات الأخذ بمبدأ عدم رجعية القانون.....7
الفرع الثاني:: اعتماد مبدأ عدم رجعية القانون في مختلف التشريعات المقارنة.....9
المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القانون.....10
الفرع الأول: حالة وجود نص صريح في القانون الجديد..... 11
الفرع الثاني: تطبيق مبدأ القانون الأصلح للمتهم في المواد الجزائية.....12
الفرع الثالث : القوانين التفسيرية.....13
المطلب الثالث: مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.....15
الفرع الأول: مبررات الأخذ بمبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.....15
الفرع الثاني: حدود تطبيق مبدأ الأثر الفوري للقانون الجديد.....17
الفرع الثالث: الإستثناء الوارد على مبدأ الأثر المباشر للقانون الجديد.....19
المبحث الثاني: الحلول التشريعية لبعض مسائل تنازع القوانين من حيث الزمان.....24
المطلب الأول: التنازع الزمني بين التشريعات المدنية.....25
الفرع الأول : التنازع الزمني بين القوانين المتعلقة بالأهلية.....25
الفرع الثاني:التنازع الزمني بين القوانين المتعلقة بالتقادم.....27
الفرع الثالث : التنازع الزمني بين القوانين المتعلقة بالإثبات.....30
المطلب الثاني: التنازع الزمني بين قوانين العقوبات.....31

الفرع الأول: الأصل تطبيق مبدأ عدم رجعية القانون 31
الفرع الثاني: تطبيق مبدأ القانون الأصلح للمتهم كإستثناء.....32
المطلب الثالث: التنازع الزمني بين قوانين المرافعات 32
الفرع الأول: الأصل تطبيق مبدأ الأثر المباشر للتشريع الجديد 33
الفرع الثاني تطبيق القانون القديم استنادا إلى أثره المستمر كإستثناء في بعض المسائل..... 34
ملخص الفصل الأول.....35
الفصل الثاني : النطاق الزمني للقانون اللأجنبي.....38
المبحث الأول: التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص.....39
المطلب الأول: شروط قيام التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص.....40
الفرع الأول: إختصاص القانون الأجنبي وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية.....40
الفرع الثاني: استمرار صلة النزاع بالقانون الأجنبي لحظة تعديله.....42
الفرع الثالث : عدم وجود إتفاق على ثبات التشريع.....42
المطلب الثاني كيفية حل التنازع الزمني بين قواعد القانون الأجنبي المختص.....44
الفرع الأول:: تطبيق قواعد التنازع المكاني في القانون الداخلي.....44
الفرع الثاني: إرجاع القاضي الوطني التنازع الزمني إلى قانونه الوطني.....46
الفرع الثالث : : تطبيق قواعد التنازع الزمني في القانون الأجنبي.....48
المطلب الثالث: تنازع قواعد الاسناد..... 50
الفرع الأول:: استبدال قاعدة الإسناد بأخرى في قانون القاضي.....50
الفرع الثاني استبدال قاعدة الإسناد بأخري في القانون الاجنبي.....52
المبحث الثاني : التنازع الزماني المكاني.....52
المطلب الأول: مجال التنازع المتحرك.....53

الفرع الأول: صور التنازع المتحرك.....53
الفرع الثاني : شروط قيام التنازع المتحرك 55
المطلب الثاني : حلول التنازع المتحرك.....56
الفرع الأول : حل التنازع المتحرك بإعمال مبدأ الإحترام الدولي للحقوق المكتسبة.....57
الفرع الثاني: قياس التنازع المتحرك على التنازع الزمني.....59
الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري في مسألة حل التنازع المتحرك..... 61
ملخص الفصل الثاني.....63
خاتمة.....66
قائمة المصادر والمراجع.....69
الفهرس.....72