نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد

في ظل عولمة القانون

بلمامي عمر *

مقدمـــة:

أدى الطابـع الرقـمي لشبـكات الاتصال ، ونظم المعلوماتية إلى تطور الاتصالات الالكترونية ، تحول معها العالم إلى قرية كونية صغيرة تسبح في فضاء الكتروني تتقلص فيه المسافات ، وتتلاشى فيه الحدود الجغرافية التقليدية . وقد انعكس ذلك على كافة مناحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والقانونية . وقد بات انطلاق الإنسان إلى عصر المعلومات وملاحقة هذا التطور التقني ضرورة مؤكدة. وهو الأمر الذي كان له الأثر البالغ في تغيير المفاهيم القانونية التقليدية في فروع القانون المختلفة. كل هذا التطور الهائل أضحى يعبر عنه " بالعولمة ". ولعل التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن في هذا البحث ، هو مدى تأثير مفهوم العولمة على المنظومة التشريعية ككل ، وعلى قواعد القانون الدولي الخاص أو ما يعرف بقواعد الإسناد على وجه الخصوص . وما هو الدور الذي تؤديه هذه القواعد في ظل هذه التطورات ؟

وهل سايرت التعديلات التي أتى بها قانون 05-10 السالف الذكر هذا التطور الذي مس مختلف المسائل القانونية التقليدية التي لم تعد تتماشى أو بالأحرى تستوعب هذه المتغيرات الدولية ؟

سوف أجيب عن هذه الإشكاليات القانونية ضمن محورين:

المحور الأول: نبحث فيه مفهوم العولمة وأثرها على المنهج القائم على قواعد الإسناد .

المحور الثاني: مناقشة التعديلات التي أتى بها القانون رقم 05-10 ومدى مسايرتها لهذه المتغيرات التي طرأت على الساحة الدولية .

المحور الأول: مفهوم العولمة ، وأثرها على المنهج القائم على قواعد الإسناد كوسيلة غير مباشرة في فض المنازعات الخاصة الدولية.

أولا: مفهوم العولمة :

مما لاشك فيه أن الاتجاه نحو العولمة -سواء تعلق الأمر بعولمة الاقتصاد أو الإعلام أو الاتصال أو القانون أو أي مجال من المجالات الأخرى- أصبح حديث العام والخاص في هذه الأيام، بل أصبحت العولمة كما يقال سيمفونية تعزف في كل أنحاء العالم، دون أن يفقه الكثير من الناس كنيتها ولا مرماها، مما زاد الجدل والخلاف حولها، باختلاف الزاوية أو الوجهة أو المرجعية التي ينظر منها الباحث إلى هذه الظاهرة، وباختلاف الموقع الحضري والفكري و الايدولوجي الذي ينطلق منه الباحث .

وتراوحت وجهة النظر هذه بين مؤيد للعولمة بدون تحفظ، و بين معارض لها إلى أقصى مدى. وثمة من يتخذ موقفا وسطا يحاول أن يوفق فيه بين الوجود الموضوعي للظاهرة وإمكانية التحكم فيها على نحو يمكن من جني ثمارها وتجنب مخاطرها.

فهناك من يعقد الأمل على العولمة كمنهج اقتصادي عالمي في تخليص البشرية مما تعانيه، من فقر ومرض وتخلف وما إلى ذلك. ومنهم من يرى في العولمة نذير شؤم وبؤس لطبقة واسعة في المجتمع.

وبين مؤيد ومناهض للعولمة يبقى الجدل محتدما حول وصفها. وقد نتج عن ذلك كثرة تعريفات العولمة، ولم تتفق الآراء على تعريف واحد شامل وجامع لها، نظرا لتشعب المحتوى الفكري وامتداده إلى العديد من الجوانب الاقتصادية والسياسية والثقافية والاجتماعية والتكنولوجية والمعلوماتية .

فالعولمة الاقتصادية : تخضع لاقتصاد السوق وحرية التجارة وإزالة الحدود الجمركية وتبعية البنوك والأسواق .

والعولمة الثقافية: تعنى خضوع الثقافة للمعايير السائدة في سوق السلع وغياب دور الدولة . أما العولمة السياسية ، فتعنى الخضوع التام لسياسة النظام الرأسمالي في ثوبه الجديد وطرد كل الأفكار التي تعارض النظام الجديد.

وأما العولمة الاجتماعية: فتذوب فيها العلاقات والقيم الاجتماعية والعائلية والدينية[1]. وعليه، فان تشخيص هذه الظاهرة وتحديد ماهيتها، ليس بالأمر اليسير ، فهي كما يشبهها الأستاذ جلال أمين:" مثل وصف العميان للفيل، كل يصفه حسب المكان الذي يضع عليه يديه"[2]. ومهما كانت القناعة التي كونها البعض حول ظاهرة العولمة فلابد لكل متتبع، كما تقول الدكتورة وداد أحمد كيكسو :"أن يدرك ويلمس مدى ترابط هذا الحدث مع ثلاثة أحداث لظواهر رئيسية أخرى، ترتبط ارتباطا عضويا، بل وتشكل الحاضنة لولادة هذا الحدث. وهذه الظاهرة والأهم، أولا : حرية التجارة الدولية، ثانيا: تدفق رؤوس الأموال. ثالثا: تفجر ثورة التكنولوجيا"[3].

وقد أوجز هذه الفكرة المفكر والباحث توماس فريدمان كاتب المقالات في جريدة نيويورك تايمز وهو من المدافعين عن العولمة، فقال:" أننا نعيش في نظام دولي جديد . فالعولمة ليست مجرد اتجاه، وليست مجرد ولع مؤقت، بل هي النظام الدولي الذي حل محل نظام الحرب الباردة. والقوة الدافعة للعولمة، هي رأسمالية السوق الحرة. العولمة تعنى انتشار رأسمالية السوق الحرة إلى كل بلد في العالم"[4].

ويرى احد المؤلفين الباحثين، أن العولمة ظاهرة مركبة، و إن كانت ذات بعد اقتصادي بالدرجة الأولى، يراد بها تحقيق التشابك على المستوى الدولي، وتحقيق الاندماج والتكامل عن طريق التأثير في سيادة الدولة على حدودها وتذويب الأخيرة أمام الشركات متعددة الجنسيات التي تولف العنصر الفاعل في الاقتصاد المعولم، كما يتم تحقيق التشابك والاندماج عن طريق خلق علاقات دولية قائمة على تحرير التجارة والمعاملات المالية الدولية وانفتاح الأسواق الوطنية وربطها بالسوق العالمية، مع تبني استراتيجيات ذات أبعاد عالمية تعتمد على التطورات العلمية والتكنولوجية في مجالات الاتصال والمعلومات... [5]

وهناك تعريفات تركز على العولمة ، باعتبارها مرحلة تاريخية. فالعولمة من هذا المنظور هي المرحلة التي تعقب الحرب الباردة من الناحية التاريخية والتحول لآليات السوق [6].

وهناك من يرى وجود نوعين من العولمة يخضعان لقانون واحد أو ينضويان تحت قانون واحد:

النوع الأول من العولمة يعبر عن الشدة والتحرك عن طريق خلق أو إنشاء حركية واسعة في اتجاه اجتياز الحدود.

النوع الثاني من العولمة يشكل قوة كامنة لا تعترف بالحدود ، وليس لها أي اتصال مادي.

النوع الأول من العولمة ، يجب أن يتماشى مع القانون الذي يميز بين الحركية والثبات أو الجمود. والنوع الثاني من العولمة ، يجب أن يستجيب لقانون جديد يتضمن نفس الاتجاه"[7] و جاء في الموسوعة المعروفة باسم WIKIPIDIA أن كلمة أو مصطلح mondialisation تعنى تنمية علاقة الارتباط أو العلاقة التبادلية بين الإنسان والنشاطات الإنسانية والنظم السياسية على مستوى العالم. هذه الظاهرة تمس معظم القطاعات، مع ما يترتب عن ذلك من آثار مؤقتة، أن مصطلح العولمة أصبح يستخدم الآن لعولمة الاقتصاد والمتغيرات التي تأتي عن طريق ما تبثه وسائل الإعلام العالمية من مغريات في شكل رقمي.

وجاء في النسخة العربية من نفس الموسوعة ويكيبيديا أن العولمة في اللغة، تعنى ببساطة جعل الشيء عالمي الانتشار في مداه أو تطبيقه ...، فالعولمة عملية اقتصادية في المقام الأول، ثم سياسية، ويتبع ذلك الجوانب الاجتماعية والثقافية وهكذا ...[8]

وإذا كانت العولمة كما يصفها البعض الآخر، بأنها: "الحركة النشطة والحرة و لمتسارعة للمبادلات العالمية، المالية والتجارية، هي إلغاء الحدود والحواجز التشريعية والجمركية أمام حركة تنقل السلع ورؤوس الأموال، وما يمثله تطور الانترنت، بما في ذلك التجارة عبر الشبكة العالمية ظاهرة جديدة من ظواهر عولمة الاقتصاد"". فان التساؤل يطرح وبحدة حول مستقبل قواعد الإسناد في ظل هذا التطور الهائل الذي مس مختلف الجوانب السياسية والاجتماعية والاقتصادية، و المنظومة التشريعية.

كما أن عولمة القانون قد تجلت بالخصوص فيما أصبح يعرف بالتجارة الالكترونية والمحكمة الالكترونية أو الاختصاص القضائي، والقانون الواجب التطبيق في بيئة التجارة الالكترونية، والعقود الالكترونية. الخ...

أمام هذه المستجدات السريعة كان لابد من التفكير في مستقبل قواعد الإسناد، ذلك أن متطلبات الحياة الدولية التي تمتلك وسائل عصرية تستوجب تعديل وسيلة فض مشكلة تنازع القوانين أو وضع آليات أخرى حديثة لتحل محل هذه القواعد التقليدية. و يجب ألا نتردد في ذلك متى تيقن عجز هذه القواعد عن تحقيق الغرض الذي سنت من أجله.

و يقينا أن أسلوب قواعد الإسناد قد تمت صياغته بشكل جامد، لكن هذا لا يعني أن نصير بمنأى عن التطور، فالوظيفة الأساسية للقانون، هي تلبية حاجة المجتمع باستمرار، ولكي نوفق في ذلك لابد أن نلاحق تطوره بصفة مستديمة. و لا شك أن المشرع الجزائري قد ساير مؤخرا بعض هذه المتغيرات الدولية الجديدة بسنه جملة من القوانين، منها على سبيل المثال المرسوم التشريعي رقم: 93 ـــ 09 المؤرخ في 25 ابريل 1993 المعدل والمتمم للأمر رقم: 66-154 المؤرخ في 08 يونيو سنة1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي أدرج فصل رابع، بعنوان " في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ".

وقد جاء هذا المرسوم بحلول لتنازع القوانين تختلف إلى حد كبير عن الحلول التقليدية التي تضمنتها المجموعة المدنية في مجال من أهم مجالات المعاملات الدولية، وهو مجال الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، مما ترتب عليه اختلاف الحلول التشريعية في شأن هذه الروابط، بحسب ما إذا كان النزاع قد طرح بشأنها على المحاكم أو طرح النزاع على المحكمين. وبهذا التعديل اخرج المشرع الجزائري التحكيم التجاري الدولي من مجال قواعد الإسناد، و أصبحت تحكمه القواعد المادية.

وبالإضافة إلى هذا المرسوم التشريعي الذي عالج التحكيم التجاري الدولي، فقد انضمت الجزائر إلى اتفاقية الاعتراف وتنفيذ إحكام التحكيم الأجنبية (اتفاقية نيويورك لسنة 1958) convention pour reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

كما أن قانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 أتى بتعديلات مست جوانب هامة في قواعد تنازع القوانين، سنعرض لها في حينها. إلا أن هذه التعديلات تعد في اعتقادنا غير كافية، ولاسيما تلك المتعلقة بقواعد القانون الدولي الخاص التي لم يطرأ عليها أي تعديل منذ سنها، والتي لم تعد تتلاءم مع هذا التطور الذي حصل بالخصوص في هذا الجانب، إذ وقفت هذه القواعد التي صيغت بشكل جامد في ظروف اقتصادية واجتماعية معينة عاجزة عن ملاحقة التطور الذي حصل على الساحة الدولية، ليس فقط في مجال المعاملات المالية، وإنما أيضا في مجال العلاقات الشخصية وأخيرا، فان المبادئ العامة في تنازع القوانين، والتي تصدت لها بعض النظريات الفقهية، مثل نظرية التكييف والإحالة، وكذلك مسألة مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني بصفة عامة، قد لحقها هي الأخرى تطور استوجبته ظروف التعامل على الساحة الدولية، والتي أضحت خاضعة لضرورات التعاون الدولي، مما يقتضي إعادة النظر في بعض النصوص المتعلقة بهذه النظريات والتي أشار إلى بعضها القانون المدني.

وعليه نرى أن هذه التعديلات تبقى من وجهة نظرنا مجرد بداية مشجعة، نأمل أن تتلوها تعديلات جذرية أخرى تستجيب لحاجة المعاملات الدولية الخاصة.

ثانيا : المنهج القائم على قواعد الإسناد كوسيلة غير مباشرة في فض المنازعات الخاصة الدولية. لا جدال، أن قواعد الإسناد قد اعتبرت الوسيلة الأساسية أو المثلى في فض المنازعات ذات العنصر الأجنبي ردحا من الزمن، واستمر العمل بهذه القواعد ولازال في معظم دول العالم، ومن ثم يعد هذا المنهج عالميا في ذيوعه وانتشاره، إذ يجرى استخدامه في معظم الدول، مع بعض الاختلاف الناجم عن اختلاف النظم القانونية في تلك الدول.

إلا أن هذا المنهج لم يعد يستوعب المتغيرات الدولية التي عرفها المجتمع الدولي مؤخرا والتي اصطلح على تسمية هذه المتغيرات بالعولمة أو " الكوكبة " أو " الكونية " أو " الكوننة " أو " الأمركة "" إلى غير ذلك من المصطلحات المتقاربة التي تعد إحدى جوانب النظام الدولي الجديد، و الذي كان من نتائجه وضع آليات قانونية جديدة وصياغة جيل جديد من القواعد القانونية، بغرض تحرير التجارة العالمية وانضوائها تحت المنظمة العالمية للتجارة. و كان لابد أن ينعكس هذا التطور على القانون الدولي الخاص، باعتباره يكرس التجارة الدولية والاستثمار الأجنبي والعلاقات ذات العنصر الأجنبي بشكل عام. ويتميز المنهج القائم على قواعد التنازع أو المنهج السافيني كما يحلو للبعض تسميته بخصائص محددة، أهمها:

1- تعتبر مشكلة تنازع القوانين بالدرجة الأولى مشكلة اختيار قانون، وبمعنى أدق مشكلة البحث عن تحديد ضابط إسناد ملائم لحل المشكلة محل النزاع.

2 - مبدأ الاختصاص المطلق في المنهج القائم على تنازع القوانين، يعد مبدأ مقدس، لا يجوز العمل بغير ما أشارت به قواعد الإسناد في دولة القاضي، إلا في حالات نادرة عندما يتعلق الأمر بالتنازع السلبي، حيث يتم في هذه الحالة تحقيق التناسق بين قواعد التنازع بغض النظر عن المحكمة المختصة. ويثور هذا الفرض عادة في التشريعات التي تأخذ بالإحالة.

ومما لاشك فيه، أن التطورات التي طرأت في قطاع التجارة العالمية وسن قوانين الاستثمار بشكل يستجيب لرغبات المستثمر الأجنبي، وإبرام الاتفاقيات الدولية الخاصة والنص فيها صراحة على تعيين القانون الواجب التطبيق على النزاع المزمع وقوعه، دون المرور على قواعد الإسناد، قد افقد هذه القواعد دورها في حل المنازعات الدولية الخاصة. ومن أهم الأسباب التي زادت في عزلة قواعد الإسناد:

أ- اتسام المنهج القائم على قواعد تنازع القوانين بالغموض والتعقيد.

ب- عدم توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني.

ج - عدم ملائمة قواعد الإسناد مع موضوع المعاملات الالكترونية، أو مع خصوصية التعاقد والخدمات المصرفية الالكترونية.

وفيما يلي نعرض لهذه النقاط بإيجاز :

أ- اتسام المنهج القائم على قواعد تنازع القوانين بالغموض والتعقيد ينعت منهج قواعد تنازع القوانين من طرف بعض الفقهاء بأنه:" مستنقع كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار، يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصى على الفهم1".

كذلك يعيب البعض الأخر على هذا المنهج إمكان تحريفه، مما يقود إلى نتائج شاذة تنجم عن عدم الفهم الصحيح للقانون الأجنبي الواجب التطبيق، بحيث يفسر هذا القانون بطريقة تخالف الطريقة المعتادة التي يفسر بها محتواه الاجتماعي الذي يحقق الهدف الذي سن من اجله، مما يؤدي في النهاية إلى مسخ هذا القانون.

ب - عدم إمكانية توقع الحلول وانعدام الأمن القانوني: تعتبر قواعد الإسناد قواعد غير مباشرة في حل تنازع القوانين، وبمعنى أدق فان هذه القواعد لا تعطي حلا مباشرا للمسألة محل النزاع، فهي تعتمد على الطابع الآلي في اختيار القانون الواجب التطبيق بغض النظر عن كون هذا الاختيار يحقق العدالة للقضية محل النزاع من عدمه، بحكم أنها قواعد آلية تنتهي وظيفتها بإرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق وهي معصوبة العينين، كما وصفها البعض "، و لا يمكن التنبؤ مسبقا بالقانون الواجب التطبيق. وينجر عن ذلك عدم معرفة القانون الذي سيطبق على القضية. وهنا تكمن خطورة العمل بهذه القواعد، ويصبح حل هذه القضية في حكم المجهول، وهو ما يؤدي إلى ما اصطلح عليه بـــ:" انعدام الأمن القانوني". كما قد تتخذ قاعدة التنازع في بعض

الدول من القضاء مصدرا لها أكثر من التشريع، و هو ما يجعلها تتسم بالغموض و التعقيد، مما يؤدي إلى أن يتحول هذا المنهج إلى وسيلة تحكمية في يد القاضي يستخدمها لتحقيق معتقداته الشخصية .

ج -عدم ملاءمة قواعد الإسناد مع موضوع المعاملات الالكترونية، أو مع خصوصية التعاقد عبر الانترنت أو السوق الإلكتروني الجديد، والخدمات المصرفية الالكترونية. لقد أدت الانتقادات السابقة لقواعد الإسناد أو المنهج التقليدي في حل مشكلة تنازع القوانين إلى صياغة جيل جديد من القواعد القانونية وذلك في ثمانية حقول، هي أمن المعلومات -جرائم الكمبيوتر و الانترنت -ومسائل الخصوصية وحماية الحياة الخاصة، ومسائل الملكية الفكرية للمصنفات الرقمية، كالبرمجيات و الدوائر المتكاملة -وقواعد البيانات و أسماء نطاقات و عناوين الانترنت وحماية محتوى مواقع المعلوماتية، وكذلك في حقول المعايير و المقاييس التقنية -وفي حقل قواعد الإثبات بالكتابة الالكترونية، والتوقيع الالكتروني، وفي حقل وسائل الدفع الالكتروني .

كل هذه الموضوعات أضحت تثير تحديات قانونية لا تسعها قواعد الإسناد التي صيغت بأسلوب تقليدي . وفيما يلي نلقي نظرة على مفهوم التجارة الالكترونية والتعاقد عبر الانترنت كمثال، لنبين عجز قواعد الإسناد في ثوبها الحالي على مسايرة هذه التقنية المتطورة في ميدان المعاملات التجارية.

مفهوم التجارة الالكترونية:

تمثل التجارة الالكترونية واحدا من موضوعي ما يعرف بالاقتصاد الرقمي/التقني Digital Economy الذي يعتمد على الحاسبات وشبكات المعلومات ، واقتصاد المعرفة knowledge economy الذي تحوى القيمة المضافة فيه مكونا كبيرا من الإنتاج الذهني والفكري والمعلومات أكثر من الإنتاج المادي .

وهناك أيضا التجارة الالكترونية electronic trade وكذلك الأسواق الذكية Intelligent markets التي يجرى فيها جزء كبير من التبادل من خلال شبكات الحاسب والمعلومات، بل تشكل المعرفة والمعلومات والسلع والمعاملات الالكترونية (النقود الالكترونية، و الحوالات الالكترونية، والبات الدفع النقدي الالكتروني والأسهم والسندات التي يتم بيعها وشراؤها الكترونيا) نسبة ذات دلالة من مجموع ما يتم التعامل فيه في هذه المعلومات أو الأسواق.

إلى جانب تحديات المسؤولية القانونية للجهات الوسيطة في أنشطة الخدمات والمنتجات الالكترونية . وتحديات الاختصاص والولاية القضائية والقانون الواجب التطبيق، وتحديات فعالية النظام القضائي في هذه البيئة و أدواته الملائمة لضمان السرعة . كل هذه الموضوعات وغيرها أضحت تندرج ضمن ما يعرف "بالفضاء الالكتروني" cyberspace، وهي خطوة جديدة نحو تفعيل دور المجتمعات الالكترونية وفتح المجال أمامها للاتصال بحرية مطلقة من خلال الشبكات المتصلة المعروفة بشبكة الانترنت، و التي لازالت تصطدم بحواجز أو حدود تقليدية تعيقها في الوصول إلى فضاء المعلوماتية المتوفرة حسب الشبكات المفتوحة . رغم التساؤلات التي تثار حول هذه الشبكات، سواء من الناحية القانونية وسلامة الإجراءات التي تتم خلالها، أو من الناحية الأمنية في حفظ امن وسلامة المعلومات المتبادلة خلالها، و الذي يعد شرطا جوهريا للنهوض والارتقاء بالشبكة، والمتمثل في سن قانون تساهم به شتى المجتمعات الالكترونية لحكم وتنظيم وتوجيه الشبكة[12].

أن جوهر المشكلة إذا، ليس هو مجرد التشريع ، بل سلامة الإطار التشريعي ومدى ملائمته، من جهة و آلية نفاذه على نحو فاعل وملائم، دون خلق عقبات أو ردود فعل سلبية من قبل المخاطبين بهذا القانون من جهة أخرى. فتقنية المعلومات أو صناعة المعلومات Information technology في عصر الحوسبة هي التي خلقت الوجود الواقعي والحقيقي للتجارة الالكترونية، باعتبارها تعتمد على الحوسبة والاتصال ومختلف الوسائل التقنية وإدارة النشاط التجاري .

و لا يوجد تعريفا موحدا للتجارة الالكترونية، وهذا راجع في اعتقادنا إلى تعدد التقنيات المستخدمة في هذا النوع من التجارة، ذلك أن العلاقات القانونية الناشئة عن هذه التجارة ليست حبيسة مكان أو بلد معين، لكنها تنساب عبر حدود الدول، وليست مرتبطة بمكان معين . كما حدث تحول للدعامة الورقية المستخدمة في المعاملات التجارية، بحيث أن هذه التجارة لا تعتمد على مراسلات ورقية بين طرفي العقد أو البائع والمستهلك . وترتبط المعاملات الالكترونية ارتباطا عضويا بمفاهيم ثلاث وهي: المحرر والكتابة والتوقيع[13]،

ومن التعريفات التي قيلت في شأن التجارة الالكترونية، نذكر التعريف الوارد في مشروع الأمم المتحدة، والتعريف الذي أورده قانون من " أجل الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي"، والتعريف الوارد في بعض الوثائق الأوروبية، وبعض التشريعات العربية.

1 - التعريف الوارد في قانون اليونيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية:

بتاريخ 16 ديسمبر 1966 وافقت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICTRAL على نموذج لمشروع قانون موحد للتجارة الإلكتروني ، يهدف إلى تشجيع وتسيير استخدام التجارة الالكترونية ، ويكون مقبولا لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة ، ويمكن أن يسهم على نحو معين في تنمية وانسجام العلاقات الاقتصادية الدولية .

ويتكون هذا القانون من جزئين، الجزء الأول : يتضمن أحكاما عامة عن التجارة الالكترونية . بينما يتضمن الجزء الثاني التجارة الالكترونية في مجالات محددة، ونصوصه اختيارية ، بحيث يمكن للدول إدراجها في قوانينها الداخلية أو تعديلها ، أو عدم الأخذ بها، إلا أن أهميته تتمثل في أن يوفر قدرا من التوحيد القياسي بين تشريعات الدول المختلفة في مجال التجارة الالكترونية .[14] إلا أن هذا النموذج لم يحمل في طياته تعريفا دقيقا لها، واكتفى هذا المشروع بتعريف " تبادل المعلومات الالكترونية " و التي تشمل التجارة الالكترونية ، ووردت فيه أنها :" النقل الالكتروني بين جهازين للكمبيوتر للبيانات باستخدام نظام متفق عليه لأعداد المعلومات " .[15]

وهذا التعريف الموضوعي ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الالكترونية في التجارة وأعطت تعريف لبعض المصطلحات المتعلقة بالتجارة الالكترونية، منها على سبيل المثال، يراد بمصطلح بيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة ، بما في ذلك على سبيل المثال تبادل البيانات الالكترونية -أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي. ويراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية، نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات . ويراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، أن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة. ويلاحظ على هذا المشروع الموحد للتجارة الالكترونية انه لم يعرف التجارة الالكترونية بقدر تعداده للوسائل المستخدمة في إبرام عقود التجارة الالكترونية.

2 -التعريف الذي أورده القانون الفرنسي رقم: 575-2004 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي .[16] عرفت المادة 14/1 من القانون السالف الذكر التجارة الالكترونية، بأنها:" نشاط اقتصادي، بواسطتها يمكن للشخص أن يقترح أو يؤكد عن بعد بطريقة الكترونية يمول أموال أو خدمات".

3- تعريف التجارة الالكترونية في الوثائق الأوروبية:

وردت الإشارة لعقود التجارة الالكترونية في توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 97/27 الصادر في 20 مايو 1997 باسم العقود عن بعد ، ونص على تعريفها في المادة الثانية من هذا التوجيه بان العقد عن بعد يقصد به:" كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، ابرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط تقنين أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه". و عرفت تقنية الاتصال عن بعد في ذات التوجيه بأنه:" كل وسيلة دون وجود مادي و لحظي للمورد و المستهلك يمكن أن تستخدم

لإبرام العقد بين طرفيه " و يلاحظ أن عبارة التعاقد عن بعد تعني عدم وجود طرفي العقد في مكان واحد، وان كان ذلك لم يخل بما يسمى " وحدة مجلس العقد " طالما أن طرفي العقد على اتصال ولو بوسيلة الكترونية.

أما التوجيه الأوروبي الصادر عن البرلمان الأوروبي رقم 2000 / 31 المؤرخ في 8 يونيو 2000 في شأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، وبصفة خاصة التجارة الالكترونية في السوق المحلية، وهو ما يطلق عليه" توجيه التجارة الالكترونية " communication commerciale، عرف في مادته الثانية الاتصال التجاري بأنه:" كل شكل من أشكال الاتصال التجاري يستهدف تسويق - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو يقوم بمهنة منظمة ".

و قد حث هذا التوجيه الدول الأعضاء في البرلمان والاتحاد الأوروبي على عدم عرقلة العقود بالطرق الالكترونية، وذلك بتضمين أنظمتهم القانونية السماح بإبرام هذه العقود.

ج - تعريف التجارة الالكترونية في بعض التشريعات العربية: تعتبر الدول العربية في مجملها متأخرة نسبيا في منظومتها التشريعية المتعلقة بالتجارة الالكترونية، بالمقارنة بالدول الأوروبية والأسيوية والولايات المتحدة الأمريكية التي أولت موضوع التجارة الالكترونية أهمية قصوى، إذ لم تبادر الدول العربية بسن التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية إلا القليل منها، و هذا يرجع إلى عوامل كثيرة ، منها أن العديد من الشركات و الأفراد يمارسونها بشكل جزئي، أي يستخدمون الانترنت لمجرد البحث ومقارنة السلع ، ثم يتابعون عمليات الشراء والبيع بالطرق التقليدية".

و نشير إلى تشريعات بعض الدول العربية التي استطاعت الدخول في عالم التجارة الالكترونية، ومن هذه الدول تونس التي سنت القانون رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 مايو 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، ويقصد في مفهوم هذا القانون بـ: المبادلات الالكترونية: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية . و قد تضمن هذا القانون 53 فصلا، مست موضوعات هامة، مثل: شهادة المصادقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها، والتشفير، والإمضاء الالكتروني، وتنظيم الوكالة الالكترونية للمصادقة الالكترونية وخدماتها، وتنظيم المعاملات التجارية الالكترونية، وحماية المعطيات الشخصية، ثم تناول هذا القانون المخالفات والعقوبات.

أما دولة الإمارات العربية المتحدة التي تعد رائدة في هذا المجال، فقد سنت قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية و الإعلام رقم 1 لسنة 2000 احتوى هذا القانون على 30 مادة . كما أصدرت الإمارات العربية المتحدة قانون رقم 3 لسنة 2003 يتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية ضم 39 مادة. و هناك من الدول العربية من أنجزت مشروعات للتجارة الالكترونية، و هي في طريق المصادقة عليها، مثل جمهورية مصر العربية. أما الجزائر فلم تبادر بعد إلى طرح مشروع التجارة الالكترونية، رغم أن قانون 05 / 10 السالف الذكر قد نص على الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني. يتضح لنا جليا من خلال المصطلحات المستخدمة في التجارة الالكترونية ، إن قواعد الإسناد في ثوبها التقليدي لا يمكنها أن تتماشى مع الخصوصيات التقنية المعمول بها في هذا الميدان الحيوي الذي يجلب الاستثمار ورؤوس الأموال إلى البلد المضيف . ومعلوم أن المستثمر الأجنبي لا يحبذ الاحتكام للقوانين الوطنية، ولاسيما منها قواعد الإسناد ، ومن مصلحته أن يعرف القانون الواجب التطبيق على المنازعة المتوقع حدوثها ، بدلا من الاعتماد على قاعدة الإسناد في دولة القاضي الموكول لها أمر تعيين القانون المختص في حالة حدوث منازعة في العقد المبرم بين الطرف الوطني والطرف" الأجنبي . وتجدر الإشارة إلى أن إبرام العقود الالكترونية أو عبر الانترنت، ويقصد بها بصفة عامة المعاملات المالية عبر شبكة الانترنت، سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا، العديد من المشكلات القانونية على المستويين الوطني و الدولي، ومن ذلك على سبيل المثال مشكلة الإثبات، والوفاء، والملكية الفكرية، ومشكلة القانون الواجب التطبيق ، والجانب الضريبي الخ.

المحور الثاني: مناقشة التعديلات التي أتى بها القانون رقم: 05 - 10 المتعلقة بقواعد الإسناد، ومدى استجابتها لهذه المتغيرات المتعلقة بالمعاملات الدولية الخاصة.

و نتناول التعديلات المتعلقة بالأحوال الشخصية، ثم التعديلات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية و غير التعاقدية و ذلك على النحو التالي :

أ- التعديلات المتعلقة بالأحوال الشخصية:

لعل ما يلفت النظر في التعديلات التي أتى بها القانون المشار إليه أعلاه والمتعلقة بتنازع القوانين، و التي جاءت ضمن السياق العام لتعديل القانون المدني، أن المشرع الجزائري نص ولأول مرة على استخدام الكتابة الالكترونية و التي أعطى لها نفس القيمة في الإثبات، أسوة بالكتابة العادية في المادة 23 مكرر من القانون المدني.

كما نص لأول مرة على التوقيع الالكتروني في المادة 46/ 2 من نفس القانون. و هذه الإشارة من المشرع الجزائري، باستخدامه مصطلح التجارة الالكترونية، وكذا استخدامه للتوقيع الالكتروني، يعد في اعتقادنا إيذانا بالدخول في عالم التجارة الالكترونية من بابها الواسع، وتبرير ذلك ، هو تحديث المنظومة التشريعية وجعلها تساير التطورات الاقتصادية والتجارية الحديثة ، كتوقيع الجزائر على اتفاقية الشراكة مع أوروبا ، ودخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ، ابتداء من أول سبتمبر 2006، والمفاوضات الجارية حاليا حول انضمام الجزائر إلى المنظمة العالمية للتجارة ، وفتح الباب على مصراعيه أمام الاستثمار الأجنبي. كل هذه المعطيات وغيرها تفسر على أن الجزائر قد استقلت قطار الخوصصة والتسيير الحر للمؤسسات الاقتصادية ، وان جاء هذا متأخرا.

إلا أن المشرع الجزائري ، وان نص على الكتابة الالكترونية ومعادلتها من حيث قوة الإثبات بالكتابة التقليدية، وكذا نصه على التوقيع الالكتروني، لم يعمل بالمقابل على إنشاء الآليات القانونية الأخرى لجعلها قابلة للتطبيق ، مثل : إنشاء الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية ، وشهادة المصادقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها الخ ... من الآليات القانونية التي تعطى مصداقية لهذا النوع من التعامل، وتوفير الثقة للمتعاملين الاقتصاديين والمستثمرين بشكل عام. غير انه بالرغم من هذه النقائص المسجلة، فان شروع الجزائر في إصلاح المنظومة التشريعية وتكييفها مع هذه المستجدات ، ومنها قواعد تنازع القوانين التي ادخل عليها المشرع الجزائري تعديلات في غاية الأهمية ، وتكملة بعض النصوص الأخرى، واستحداث مواد أخرى جديدة هي : المادة 13 مكرر، والمادة 13 مكرر 1 ، والمادة 17 مكرر ، والمادة 21 مكرر ، والمادة 23 مكرر والمادة 23 مكرر 1 ، والمادة 23 مكرر 2 و إعادة صياغة بعض النصوص الأخرى، يعد تطورا ملفتا وجدير بالتقدير . وفيما يلي نعرض لدراسة هذه التعديلات والتعقيب عليها.

1- المادة العاشرة من القانون المدني:

نصت المادة 05 من القانون 05 - 10 " تعدل وتتمم المادة 10 من الأمر رقم 75 - 58 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، وتحرر كما يأتي: المادة 10: " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة الذي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان احد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر ، فان هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

أما الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي. غير انه إذا مارست الأشخاص الاعتبارية الأجنبية نشاطا في الجزائر ، فإنها تخضع للقانون الجزائري". لقد أسند المشرع الجزائري الأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية بوصفه القانون الأكثر تحقيقا للعدالة، في شأن هذه المسائل ، ومن جهة أخرى، فان الانتصار لقانون الجنسية على

هذا النحو يسمح بتطبيق القانون الجزائري على أحكام الأسرة المتعلقة بالجزائريين ولو وجدوا في الخارج.

وقد احتوت هذه المادة بعد التعديل على ثلاث فقرات:

الفقرة الأولى: نصت على إخضاع الحالة والأهلية إلى قانون الجنسية، على أساس أن المشرع الجزائري قد اخضع كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية إلى قانون الجنسية، للاعتبارات التي اشرنا إليها سلفا.

والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء لا أهلية الوجوب، والمراد كذلك بأهلية الأداء هنا الأهلية العامة التي ترتبط بسن التمييز، فتخرج بذلك الأهليات الخاصة التي لا تخضع لقانون الجنسية، وإنما يسري عليها القانون الذي يحكم النزاع.

الفقرة الثانية: أوردت استثناء على المبدأ المذكور، وهو إخضاع الأهلية إلى قانون القاضي. إلا أن المشرع قد أحاط هذا الاستثناء بجملة من القيود، يصعب توفرها مجتمعة، وهذه القيود هي:

- أن يكون التصرف الذي ابرمه الأجنبي يصنف ضمن التصرفات المالية. أما إذا كان هذا التصرف يدخل ضمن التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية، فلا يطبق الاستثناء، ويبقى المبدأ ساري المفعول.
- أن يكون هذا التصرف معقودا ضمن تراب الجمهورية الجزائرية، وترتبت آثاره فيها.
- أن يكون الأجنبي الذي قام بهذا التصرف كامل الأهلية، طبقا للقانون الجزائري، ولو كان ناقصها طبقا لقانون جنسيته، ومن ثم فلو كان هذا الأجنبي ناقص الأهلية طبقا للقانون الجزائري أيضا، فلا يسري هذا الاستثناء.
- أن يكون نقص أهلية المتعاقد الأجنبي يرجع إلى سبب فيه خفاء يصعب على الطرف الآخر اكتشافه. ويرى الأستاذ الدكتور" عز الدين عبد الله " في معرض تعليقه على هذا الشرط أن المشرع قصد أن يعبر عن معنى جهل المتعاقد الوطني بنقص الأهلية الذي يقرره قانون المتعاقد الأجنبي جهلا يعذر فيه، وهو أمر يقدره القاضي حسب ظروف الحال و يأخذه بمعيار شخصي يختلف من عاقد إلى آخر[20].

أما إذا كان سبب نقص أهليته ظاهرا لا يوجد فيه خفاء، كما لو كان صبيا صغيرا أو كان مجنونا، فلا يطبق هذا الاستثناء. ومعلوم أن هذا الاستثناء مأخوذ، من المبدأ الذي استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 16 / 01 / 1961 في قضية تعرف بقضية " ليزاردي "[20]. وقد اتفق معظم الفقهاء على أن الحكمة من استبعاد القانون الأجنبي فيما يتعلق بالأهلية وتطبيق قانون القاضي، عند توفر الشروط التي سبقت الإشارة إليها يعود إلى تامين سلامة المعاملات، وليس مجرد حماية المتعاقد الوطني. و هو ما يجب أن يستفيد منه المتعاقد الوطني و الأجنبي على حد سواء.

الفقرة الثالثة: وهي التي تحدثت عن القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، وهو قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي. و هذه الفقرة لم تكن موجودة ضمن هذه المادة قبل التعديل، وقد استحدثها المشرع الجزائري في هذا التعديل، لإزالة اللبس الذي كان موجود من قبل، حول القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية التي لا يوجد لها مقر بالجزائر.

الفقرة الرابعة: اقتصرت على تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الاعتبارية الأجنبية التي تمارس نشاطا في الجزائر، فكل مؤسسة تزاول نشاطها في الجزائر تخضع للقانون الجزائري، مهما كان هذا النشاط. و بهذا يكون المشرع الجزائري قد غير ضابط الإسناد الأصلي بالنسبة للنظام القانوني للأشخاص الاعتبارية و هو مركز الإدارة الرئيسي الفعلي، واعتد بضابط آخر، هو مكان الاستغلال الرئيسي، وذلك فيما لو كان الشخص الاعتباري يمارس الاستغلال بالجزائر. و على ذلك فإذا باشر الشخص الاعتباري نشاطه الرئيسي في الجزائر، فان القانون الجزائري هو الذي يتعين تطبيقه في شأن النظام القانوني لهذا الشخص، حتى لو كان مركز إدارته الرئيسي الفعلي في الخارج.

2 - نصت المادة 06 من القانون 05/10 " تعدل المادة 11 من الأمر رقم: 75/58 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، وتحرر كما يأتي: المادة 11: يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين ".

ويلاحظ انه لم يجر تعديل على هذه المادة، واقتصر الأمر على إعادة الصياغة لهذه المادة فقط، باستبدال عبارة الشروط الخاصة بصحة الزواج، بالشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج.

وواضح من هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج تخضع للقانون الوطني لكل من الزوجين، مع مراعاة الاستثناء الذي أوردته المادة 13 من القانون المدني الذي سوف نعرض له في حينه. ومعلوم أن المقصود بالشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج هي: الرضا والأهلية، وموافقة الأولياء، والمهر، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية.

ويرجع في تكييف ما هو موضوعي و ما هو شكلي لقانون القاضي، فقانون جنسية كل من الزوجين هو الذي يسري على زواجهما، ويعتد بهذا القانون وقت إبرام الزواج فقط، فإذا تغيرت جنسية احدهما بعد ذلك فلا يتأثر عقد الزواج بهذا التغيير.

3 - نصت المادة 07 من القانون 05 - 10 " تعدل المادة 12 من الأمر المشار إليه أعلاه وتحرر كما يأتي: المادة 12: يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج. ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ".

يتضح من هذه المادة التي أعيدت صياغتها بموجب المادة المذكورة أعلاه، أن ضابط الإسناد في شأن آثار الزواج هو جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. و من ثم فان القانون الواجب التطبيق على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج هو قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج. وكانت الصياغة القديمة لهذه المادة تقتصر على تبيان القانون الواجب التطبيق على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال.

وقد وفق المشرع الجزائري بحق بضرورة تطبيق قانون واحد على آثار الزواج، فلا يتصور أن تخضع آثار الزواج، مثلها في ذلك مثل آثار أي علاقة أو رابطة أخرى، لغير قانون واحد، ذلك أن الآثار تقتضي الوحدة في النظام القانوني الذي يحكمها. و إذا كان لنا أن نختار بين قانون جنسية كل من الزوجين، فان الأفضل والأولى بحكم آثار الزواج هو قانون الزوج بوصفه رب الأسرة. غير أن المشرع الجزائري قد احتفظ بالاستثناء الذي أوردته المادة 13 من القانون المدني التي نصت: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11، 12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج ".

وقد حسم المشرع الجزائري إشكالية القانون الواجب التطبيق، عندما يكون أحد الزوجين جزائريا بتطبيق القانون الجزائري وحده، مهما كانت جنسية الزوج الأخر.

وتنقسم آثار الزواج إلى آثار شخصية وآثار مالية. فالآثار الشخصية، هي الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، كالنفقة، والاحترام المتبادل بين الزوجين، و الإحسان إلى بعضهما البعض الخ ....

أما الآثار المالية، فتعنى احتفاظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة. ومن أهم النظم المالية السائدة في أوروبا وعلى الأخص في فرنسا، هي النظم التي يسمونها les regimes matrimoniaux وهذه التشريعات تنقسم بدورها إلى قسمين:

القسم الأول: يسمى نظام الاشتراك المالي: وبمقتضى هذا النظام يشترك الزوجان في الأموال المخصصة لحاجات الأسرة، كما يشتركان في الديون الناشئة عن هذه الحاجات. ويتولى الزوج في هذا النظام إدارة الشؤون المالية بشرط موافقة الزوجة على بعض التصرفات الهامة. و في هذا النظام يستقل كل من الزوجين بإدارة أمواله الخاصة، وفي حالة وضع حد للعلاقة الزوجية تقسم الأموال المشتركة بين الزوجين. ويأخذ نظام الاشتراك المالي ثلاثة صور:

الصورة الأولى: هي نظام الاشتراك العام La communauté universelle، وبمقتضى هذه الصورة تكون أموال الزوجين مشتركة بينهما.

أما الصورة الثانية: فهي نظام الاشتراك في المنقولات والمكاسب La communauté des هما

meubles et acqetes ، وبمقتضاه تكون المنقولات فقط المملوكة للزوجين عند الزواج شركة بينهما ، وتكون كل الأموال التي تؤول إليهما لاحقا بعد انعقاد الزواج شركة بينهما ، سواء كانت عقارات أو منقولات.

- الصورة الثالثة: هي نظام الاشتراك المخفض: La communauté réduite وبمقتضى هذا النظام يستأثر كل من الزوجين بما لديه من منقول و عقار عند الزواج و لا يشتركان إلا فيما يكسبانه أو يدخرانه بعد انعقاد الزواج. و هذا هو النظام الذي أصبح بعد التعديل الجديد الذي يسري على الزوجين اللذين لم يختارا نظام آخر.

القسم الثاني: نظام الانفصال المالي: Le régime de la séparation des biens وبمقتضاه يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف و الإدارة الخاصة، على أن يساهم كل منهما في مصاريف الأسرة[21].

و تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية لا ترتب على الزواج أي أثر مالي، بل يحتفظ كل من الزوجين بحرية التصرف في أمواله الخاصة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة 12 على أنه :" يسري على انحلال الزواج و الانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى ".

وقد أضافت هذه الفقرة نظام الانفصال الجسماني الذي لا تعرفه الشريعة الإسلامية ويعد طرحه على القاضي الوطني مخالفا للنظام العام . ونحن نستغرب موقف المشرع الجزائري من إضافة هذا النظام الغريب على منظومتنا التشريعية المتعلقة بالأحوال الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وفي الوقت الذي تتخلى عنه معظم الدول الأوروبية وتبنيها للطلاق ، بدلا من نظام الانفصال الجسماني الذي أضحى مهجورا في هذه النظم.

كما أن الاعتداد في تقدير جنسية الزوج عند انحلال الزواج والانفصال الجسماني بوقت رفع الدعوى ، من شأنه أن يؤدي إلى مفاجأة الزوجة بالطلاق أو التطليق وفقا لأحكام قانون جنسية الزوج . وكان يجدر بالمشرع أن يعتد بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين والذي ارتضى كل منهما الارتباط في ظله .

فليس من العدل كما قال الدكتور شمس الدين الوكيل أن تفاجأ الزوجة مثلا بقانون آخر عند تغيير الزوج لجنسيته، وقد يكون هذا القانون أكثر إضرارا بمصلحة الزوجة من حيث تيسير الطلاق أو التطليق"[22].

4- المادة 13 مكرر والمادة 13 مكرر 1 ، و التي نصت عليهما المادة 08 من قانون 05-10 " المتمم للأمر رقم : 75-58 المذكور أعلاه بالمادتين 13 مكرر 13 مكرر 1

أ- المادة 13 مكرر:" يسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل.

وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة " وقد تناولت هذه المادة المستحدثة في قواعد الإسناد تحديد القانون الواجب التطبيق على النسب والاعتراف به و إنكاره .

قبل مناقشة هذه المادة ، يحسن أن نعرض المقصود بالنسب .

قد يكون النسب شرعيا أو غير شرعي (طبيعي) والمراد بالنسب الشرعي أو البنوة الشرعية هو انتساب الولد لأبوين متزوجين زواجا شرعيا ، بينما المقصود بالزواج غير الشرعي هو انتساب الولد لأحد الوالدين اللذين لا تربطهما رابطة شرعية[23].

واثبات النسب متعلق بحالة الشخص، فيخضع بالتالي إلى القانون الشخصي، وهو قانون الجنسية، طبقا للتشريع الجزائري، كما هو معمول به في التشريعات العربية. و معلوم أن الفقه المقارن قد اختلف حول القانون الواجب التطبيق على النسب.

- فذهب رأي إلى تبني قانون الطفل المراد إثبات نسبه، لأن المسألة تعد من مسائل الحالة، و بالتالي يتعين الرجوع إلى القانون الذي يحكم أحواله الشخصية. غير أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى حلقة مفرغة ، لأنه إذا سلمنا بأن البنوة تخضع لقانون جنسية الابن، فلا شك أن هذه الجنسية تتحدد في النهاية بثبوت نسب الطفل إلى أبيه قانونا.

- في حين ذهب رأي آخر إلى الأخذ بالاعتداد بقانون الابن والأب معا وتطبيقها تطبيقا جامعا استنادا إلى أن البنوة عنصر من عناصر حالة الابن والأب معا . وقد انتقد هذا الاتجاه لصعوبة تجسيده من الناحية العملية، لأنه من الصعب توافق أحكام القانونين جميعها.

- بينما فضل رأي آخر الأخذ بقانون جنسية الأب ، باعتبار أن الأب هو السبب في وجود الطفل، ولأن إثبات البنوة يتصل بالأب أكثر من اتصاله بالابن ، بالإضافة إلى أن البنوة تعد أثرا من آثار الزواج.

القانون الذي يحكم النسب الشرعي في الجزائر:

لقد ميزت المادة 13 مكرر، وهي التي استحدثها المشرع في التعديل الذي أتى به القانون رقم: 05-10 السالف الذكر في قواعد الإسناد، وميزت هذه المادة بين حالتين:

الحالة الأولى: يطبق قانون جنسية الأب مدعى النسب أو منكره وقت ميلاد الطفل محل الاعتراف أو الإنكار.

الحالة الثانية: في حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب عند الوفاة.

ويلاحظ على الفقرة الأولى، أنها لم تكن دقيقة في صياغتها، إذ كان يجدر بالمشرع أن يطبق قانون من يطلب الانتساب إليه من الوالدين ، سواء كان الأب أو الأم المطلوب النسب له ، أو الذي ينكر النسب، أو الذي يقر به أو ينكره ، بعد أن سوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في منح الجنسية في التعديل الذي أتى به الأمر رقم: 05/01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المتضمن تعديل الأمر رقم : 70/86 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية، حتى يحقق الانسجام بين هذه المادة ، والتعديل الذي استحدثه قانون الجنسية الأخير . وعلى ذلك فدعاوى النسب ، سواء تعلقت بإثباته أو الإقرار به أو إنكاره تخضع لقانون الأب أو الأم المطلوب النسب له أو الذي يقر به أو ينكره.

ب- المادة 13 مكرر 1 " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها . ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني ". أدرج المشرع الجزائري الكفالة ضمن الأحوال الشخصية التي نص عليها في المادة 116 من قانون الأسرة. ومعلوم أن الأحوال الشخصية أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون الجنسية ، لكن المشرع في هذه المادة قد فرق بين الشروط الموضوعية لصحة الكفالة وآثارها ، من حيث القانون الواجب التطبيق، فاخضع الكفالة في حالة التنازع على صحتها إلى قانون كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، في حين اخضع آثار الكفالة إلى قانون جنسية الكفيل، وعمم في نفس الوقت أحكام الكفالة على التبني. و واضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظام الجامع، وذلك بالنسبة للشروط الموضوعية للكفالة، وهو ما فعله أيضا بالنسبة للتبني. وتثير الفقرة الثالثة من هذه المادة المتعلقة بالتبني غموض حقيقي، إذ معناها أن التبني أخذ نفس أحكام الكفالة، بمعنى أن المشرع قد اخضع انعقاد التبني وشروط صحته لقانون كل من المتبني والمتبني. في حين اخضع آثار التبني إلى قانون جنسية المتبني، قياسا على أحكام الكفالة التي أحالت عليها الفقرة الثالثة أعلاه. ومعلوم أن الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري تحكمها الشريعة الإسلامية وهي تحرم التبني، مصداقا لقوله تعالى[24]:" وما جعل ادعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل. ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم " . سورة الأحزاب ، آية 4 ، 5 و تجدر الملاحظة أن الإقرار بالبنوة في الشريعة الإسلامية شيء والتبني المعروف في النظم الغربية شيء آخر ، و الذي تحرمه الشريعة الإسلامية، وتبعا لذلك يعد التمسك بالتبني مخالفا للنظام العام، إذا أثير أمام القاضي الوطني.

5- المادة 09 من قانون 05/10 التي نصت : " تعدل وتتمم المواد 15، 16 و 17 من الأمر 75/58 السالف الذكر وتحرر كما يأتي: المادة 15 " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته. غير انه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر". اقتصر التعديل في هذه المادة على إعادة صياغتها، وحذف كلمة المحجورين لأهلية.

وتعويضها بكلمة عديمي الأهلية.

وقد اعتمد المشرع الجزائري في هذه المادة على قانون الجنسية كضابط للإسناد فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية بالنسبة لحماية القصر و عديمي الأهلية و الغائبين، من حيث المبدأ ، لكن المشرع أورد استثناء على هذا المبدأ بتطبيق القانون الجزائري، بدلا من قانون الجنسية ، عندما يتعلق الأمر بالتدابير الاستعجالية، في حالة ماذا كان القصر و عديمو الأهلية و الغائبون موجودين بالجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير ، أو تعلق الأمر بأموالهم الموجودة بالجزائر.

وقد أعاد المشرع الاختصاص لقانون القاضي بالنسبة للتدابير المستعجلة ، و هذا راجع، أما على أساس كونها من الإجراءات الوقتية، أو على أساس تعلقها بالأمن المدني.

6- و نصت المادة 16:" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنعقد بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته. ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها ". لم تراع هذه المادة موقع المال، ذلك أن خضوع الميراث لقانون جنسية المتوفى يرد عليه قيد هام ناجم عن طبيعة الميراث. فالميراث وان كان يقوم على فكرة الرابطة العائلية، إلا انه في الوقت ذاته يعد سببا من أسباب انتقال الحق العيني. و من ثم يجب أن يخضع للقانون الذي يحكم الأموال، كلما اتصل الأمر بنظام هذه الأموال بشكل مباشر. و مراعاة لهذا الاعتبار ، فان موقع المال هو الذي يتكفل بتحديد مدى تعلق حقوق دائني المتوفى بأمواله بوصفها تشكل الضمان العام لهذه الديون. كذلك فان قانون موقع المال هو الذي ينظم شهر الإرث بالنسبة للعقارات وتحديد الآثار المترتبة على هذا الشهر والجزاء المترتب على عدم الشهر الخ ...

وبهذا يمكن القول بان المشرع الجزائري قد فضل إخضاع العقد المتعلق بعقار في مجموعه إلى قانون الموقع . و لا يستثنى من مجال تطبيق قانون الموقع بالنسبة للعقود المتعلقة بعقار سوى الأهلية والشكل، فالأهلية تخضع في جميع الأحوال إلى قانون الجنسية، طبقا للمادة 10 / 1 من القانون المدني، كما أن شكل التصرف يخضع دائما للقاعدة الواردة في المادة 19 / 1 من القانون المدني.

.....يتبع في العدد القادم

* محام بمنظمة سطيف
دكتوراه في القانون المدني

الهوامش

1- د. آدم مهدي أحمد، العولمة و علاقاتها بالهيمنة التكنولوجية،ط. 2001، الشركة العالمية للطباعة والنشر، ص6.

2 - حسن لطيف كاظم الزبيري، العولمة ومستقبل الدور الاقتصادي للدولة في العالم الثالث، ط. 2002، العين ، ص 128. 3 - د . وداد احمد كيكسو ،العولمة والتنمية الاقتصادية، ط 1، 2002، ص 79 .

4- مشار إليه في مؤلف جريمي برشر وأخرون ، العولمة من تحت ، ترجمة كمال الياس . ط . 1 . 2003 . ص . 35.

5- حسن لطفي، المرجع السابق . ص . 136

6- انظر هطا التعريف في مؤلف الدكتور عبد المطلب عبد الحميد ، العولمة واقتصاديات البنوك . ط. 2003 . الدار الجامعية . ص.21

7 Il existe deux mondialisations . La première s'exprime dans l'intensification de la mobilité à travers les frontières. La seconde résulte de la constitution d'espaces virtuels , sans territoire ni accroche matérielle".Marie Anne Frison Roche : " Le droit des deux mondialisations : la mondialisation entre illusion et l'utopie ";Tome .Dalloz.2003.,p17,47

8 WIKIPIDIA : " Mondialisation : Le terme mondialisation désigne le développement de liens ,d'interdépendance entre hommes activités humanes et systèmes politiques à l'échelle du monde. Ce phénomène touché la plupart des domaines avec des effets et une temporalité propre de chacun. Ce terme est souvent utilisé aujourd'hui pour désigner la mondialisation économique, et les changements induits par la diffusion mondiale des informations sous forme numérique sur la toile. Encyclopédie libre ,WIKIPIDIA, 08 septembre 2006 : Disponible sur /http://fr.wikipedia.org/wiki .Mondialisation

9- د. محمد دياب: "عولمة الاقتصاد"، مجلة العربي، يناير، العدد 494 ، سنة 2000، ص . 39

10- د. عبد الرشيد عبد الحافظ، الآثار السلبية للعولمة على الوطن العربي وسبل مواجهتها، ص 8.

11- د. إبراهيم احمد إبراهيم، أسلوب الإسناد في الميزان، دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية، ط.1985، ص 27.

12- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، ط.2005، دار الثقافة والنشر للتوزيع، ص13.

13- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعلومات الالكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية،ص 86.

14- د . سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط. 2006،1، ص 6.

15- المرجع نفسه.

16 - loi n° 2004 / 575 du 21 juin 2004 pou la confiance dans l' économie numérique) j . o . du 22 juin 2004

17- انظر مؤلف رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية،ط. 1999،ص27.

18- د . اسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت . ط. 2000 . ص . 15 ، دار النهضة العربية .

19- د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، 2، ط.1969، ص 224.

20- انظر عرض وقائع هذه القضية في مؤلف أستاذنا الدكتور علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ط 3، 1991، ص 67.

21- نفس المرجع، ص 74.

22- مشار إليه في مؤلف د. هشام على صادق، تنازع القوانين، ط 1974، ص535.

23- د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، الوسيط في القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الأول، تنازع القوانين، ص 134.

24- الآية 4 و 5 من سورة الأحزاب.