نظرة تأملية حول مستقبل قواعد الإسناد

في ظل عولمة القانون

بلعامي عمر *

.....تابع

ب - التعديلات المتعلقة بالالتزامات التعاقدية و الغير التعاقدية:

1- المادة 17: "يخضع تكييف المال سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها.

يسري على الحيازة و الملكية و الحقوق العينية الأخرى قانون موقع العقار . ويسري على المنقول المادي قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها".

لقد استحدثت هذه المادة الفقرة الأولى التي لم تكن موجودة في المادة السابقة قبل التعديل. ويتعلق الأمر بإخضاع تكييف المال، سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها هذا المال.

ويتضح من هذه المادة أن مسألة تكييف المال منوطة بقانون دولة القاضي التي يوجد بها هذا المال، بغض النظر عن طبيعة هذا المال من حيث كونه عقارا أو منقولا . وقد حسمت الفقرة الثانية المشاكل القانونية التي تثور بشأن القانون الواجب التطبيق على المنقول المادي بتحديد قانون الجهة التي يوجد فيها المال وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

ومعلوم انه قد يتغير موقع المنقول بانتقاله من دولة إلى أخرى، وتثور حينئذ مشكلة تعرف لدى الفقه بمشكلة التنازع المتغير أو التنازع المتحرك Conflit mobil. و ذلك في حالة تحقق أسباب اكتساب الحق العيني أو فقده في ظل قانون الموقع القديم، ثم انتقاله بعد ذلك إلى دولة أخرى ، إذ يتعين في هذه الحالة معرفة القانون الذي نشأ في ظله الحق العيني على المنقول أو الذي تم فقده هو الذي يسري، أم أن العبرة بقانون الموقع الجديد؟ ويبدو أن المشرع الجزائري عندما حدد قانون الجهة التي يوجد فيها المال وقت تحقق السبب الذي رتب عليه الكسب، قد اعتد بإحكام قانون الموقع ، إعمالا لمبدأ الاحترام الدولي للحقوق أو احترام الحق المكتسب .

2- المادة 17 مكرر: "يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

يعد محل وجود الملكية الأدبية و الفنية مكان النشر الأول للمصنف أو انجازه . و يعد محل وجود الرسم و النموذج الصناعيين البلد الذي سجلا أودعا فيه.

ويعد محل وجود العلامة التجارية منشأة الاستغلال .

ويعد محل وجود الاسم التجاري بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري". بهذه المادة التي استحدثها المشرع الجزائري وضع حدا لفراغ تشريعي ملفت وجدل فقهي صاخب حول هذه المسألة، ويتعلق الأمر بتعيين القانون الذي يحكم الملكية الفكرية و الأدبية في مجال القانون الدولي الخاص. هناك من الأموال ما لا يقع تحت الحس و مع ذلك يصلح لأن ترد عليه حقوق، وقد أوضحت هذه المادة جانب مهم من الحقوق المعنوية فيما يتعلق بحق المؤلف على مصنفه، و قد بينت الفقرة الأولى بان الأموال المعنوية تخضع لقانون محل وجودها، وقت تحقق سبب الكسب أو الفقد. وأشارت الفقرة الثانية من هذه المادة صراحة بان قانون الدولة التي تم نشر المصنف فيها لأول مرة ، هو القانون المختص، إذ أنه من لحظة النشر يمكن النظر إلى المصنف على أنه مال له قيمة في المجتمع، ويمكن لصاحبه أو للغير الإفادة منه. و من ثم كان من الطبيعي أن يتكفل قانون هذه الدولة بتنظيم الحقوق الواردة على المصنف، باعتبار أن هذه الدولة تعد المكان الذي ظهر فيه لأول مرة المصنف إلى حيز الوجود.

أما الرسوم و النماذج الصناعية، فإنها وفقا للفقرة الثالثة من هذه المادة تخضع لقانون الدولة التي تم فيها تسجيل الرسم أو النموذج أو تم الإيداع فيها.

فالتسجيل هو الوسيلة القانونية للنشر بالنسبة إليها، وهو قرينة على وجود حق صاحبه منذ وقت التسجيل. وبالنسبة للعلامة التجارية، فقد حددت موقعها الفقرة الخامسة ببلد منشأة الاستغلال. ونفس الأمر ينطبق على موقع الاسم التجاري، الذي ربطته الفقرة السادسة بالبلد الذي يوجد فيه المركز الرئيسي. 3 – و نصت المادة 11 من قانون 05/10 السالف الذكر ، تعدل المادة 18 من الأمر 75/58، وتحرر كما يأتي: المادة 18 " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد . وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة .

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد . غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه." تناولت هذه المادة الالتزامات التعاقدية التي تحتوي على عنصر أجنبي، وبينت القانون الواجب التطبيق في كل حالة على حدة، وذلك ضمن ثلاث فقرات. وقبل شرح هذه الفقرات، نبين المقصود بالعقد الدولي في هذا الإطار. يكاد يجمع الفقه في الوقت الحالي على صعوبة وضع تعريف جامع مانع لما يقصده باصطلاح العقد الدولي. ويعزوا البعض هذه الصعوبة إلى عسر تمييز العلاقات الداخلية الصرفة التي يهتم بها القانون الداخلي الخاص. في حين يعتقد البعض الآخر في أن هذه الصعوبة تكمن في كون مصطلح الدولي المتصل بالعقد إيحائيا من حيث محتواه ، فعلى الرغم من انه يعد شائع الاستخدام إلا انه يستخدم بمعاني مختلفة [25].

ومن التعريفات التي عرفت العقد الدولي بأنه ذلك:" العقد الذي يتضمن عنصرا أجنبيا، سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه، أو بمكان تنفيذه، أو بموضوعه، أو بأطرافه[26].

وبذلك يتحدد لنا المقصود بالالتزامات التعاقدية التي تخضع لقانون الإرادة، فالالتزامات التعاقدية التي قصدتها هذه المادة، هي تلك الالتزامات المتولدة عن عقد دولي، أي عن عقد يتضمن عنصرا أجنبيا. ففي هذه الحدود فقط يتعين إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية. وقد بينت هذه المادة كما أسلفت القانون الواجب التطبيق في ثلاثة فروض ، ضمن ثلاثة فقرات :

الفقرة الأولى: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ". و يتضح من هذا النص أن المشرع قد اعتد أساسا بالإرادة الصريحة أو الضمنية كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية. وإذا كان المشرع الجزائري قد أعطى للمتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم روابطهما التعاقدية، فانه اشترط في نفس الوقت أن يكون هذا الاختيار مرهون بوجود صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، بحيث يرتبط بعناصر العقد على نحو أو آخر. و تبعا لذلك يستطيع المتعاقدان اختيار قانون جنسية أحدهما، أو قانون موطنه، أو قانون محل تنفيذ العقد، أو قانون موقع المال محل التعاقد، بل ويجوز للمتعاقدين اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة للعقد المراد إبرامه كما هو الشأن بالنسبة للقانون الانجليزي الذي ينظم بعض عقود النقل والتأمين البحري وتجارة الحبوب [27].

وعلى ذلك فلا يصح الأخذ بما تقضي الإرادة بالنسبة لاختيار القانون المختص ، فيما لو تبين أن للقاضي أن مسلكها على هذا النحو يتنافى مع التركيز الفعلي للعلاقة التعاقدية بالنظر للعناصر الواقعية التي

يتكون العقد من مجموعها. و مهما كان الأمر، فان تقييد حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق في شأن العقود الدولية على هذا النحو يقلل من فرص تحايلهم على الأحكام الآمرة في القوانين المرتبطة بالعقد. و من هنا تبدو جدوى عدم الاعتداد بالقانون المختار فيما لو تبين انقطاع صلته بأي وجه من الوجوه. إذ يستطيع القاضي على هذا الأساس أن يستبعد القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين، دون حاجة إلى إثبات العنصر المعنوي في الغش. كما يتعين ألا يكون قانون الإرادة " مصطنعا "، و إنما يجب اختياره قد تم بغرض مشروع

الفقرة الثانية: " وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ." للقاضي أن يستخلص إرادة المتعاقدين الضمنية من مختلف الظروف المتصلة بالعقد، بما في ذلك استعانته بقانون موطنهما المشترك، أو الموطن الذي يجمعهما في الإقامة، أو قانون الدولة التي يحملان جنسيتها.

الفقرة الثالثة: " وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد: "

أن سكوت المتعاقدين عن إعلان رغبتهم الصريحة في تطبيق قانون معين، وتعذر استخلاص هذه الرغبة ضمنا من ظروف العقد، جعل المشرع في هذه الحالة اللجوء إلى تطبيق قانون محل إبرام العقد. وبذلك تولى المشرع بنفسه تركيز العلاقة التعاقدية، فيما لو سكت المتعاقدان عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنا. وقد انتقد البعض ذلك على أساس أن الإرادة، أما أن توجد أو لا توجد. أما الإرادة المفترضة، فهي مجرد وهم وتصور يتنافى مع فكرة الإرادة في حد ذاتها[28].

الفقرة الرابعة: " غير انه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه." تجدر الملاحظة انه ليس هناك خلاف بين الفقه في وجوب استبعاد مسألتين من مجال فكرة الالتزامات التعاقدية، وهما : أهلية التعاقد وشكل العقد.

فالأهلية وان كانت شرطا لصحة التعاقد، إلا أنها تستقل بفكرة خاصة وتخضع لقاعدة الإسناد الواردة في المادة 10 من القانون المدني، والتي أخضعها المشرع الجزائري إلى قانون الجنسية. كذلك مسألة شكل العقد التي نص عليها في المادة 19 التي أخضعت جميع التصرفات في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. و يجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية. كما يتعين استبعاد العقود التي ترد على عقار من مضمون الفكرة المسندة، إذ تخضع هذه العقود لقانون موقع العقار، وفقا للفقرة الرابعة من المادة 18 الأنفة الذكر.

4- و نصت المادة 12" تعدل وتتمم المادة 19 من الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر وتحرر كما يأتي:

المادة 19 " تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها ".

قبل التصدي لشرح هذه المادة نبين المقصود بشكل التصرفات، أن مشكلة التفرقة بين التصرف وموضوعه لا تثور أمام القضاء فيما إذا افرغ التصرف في الشكل المقرر في القانون الذي يسري على الموضوع. والسبب في ذلك راجع إلى أن التصرف في مجموعه يخضع في هذه الحالة، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع إلى قانون واحد. ويقصد بالشكل " الإطار العام الذي يتم فيه إفراغ الإرادة، أي إظهارها إلى العالم الخارجي أو القالب الذي يفرغ فيه ركن الرضا في العقد"[29].

و يعبر البعض عن شكل التصرف باصطلاح الشكل الخارجي للتصرف، وشكل التصرف، بمعنى إخراج الإرادة إلى العالم الخارجي، قد يتطلبه المشرع كركن لانعقاد التصرف، كما هو الشأن بالنسبة للعقود الرسمية، وقد يكون مطلوبا لمجرد إثبات التصرف.

وقد حسم المشرع الجزائري مسالة القانون الواجب التطبيق على الجوانب الشكلية للعقد، ولم يترك للقاضي أي اجتهاد بهذا الخصوص.

و القانون الواجب التطبيق على الجوانب الشكلية للعقد، إما أن يكون قانون المكان الذي تم فيه تحرير العقد، و إما قانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك، أو القانون الذي يسري على أحكام العقد، أي القانون الذي يحكم الموضوع. و يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حصر ضوابط الإسناد في شكل التصرفات في ثلاث ضوابط هي:

- ضابط محل إبرام التصرف: لقد اعتد المشرع بمحل إبرام التصرف للإرشاد عن القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات القانونية، لاتفاقه مع حاجة المعاملات الدولية.

- الموطن المشترك للمتعاقدين: أجازت المادة 19 السالفة الذكر إسناد شكل التصرف لقانون موطن المتعاقدين إذا اتحدا موطنا.

- القانون الذي يحكم الموضوع: يمكن كذلك إسناد النزاع إلى القانون الذي يحكم موضوع العقد فيما يتعلق بشكل التصرف. تلك هي مجمل ضوابط الإسناد المتعلقة بشكل التصرفات.

5- نصت المادة 13 يتمم الأمر رقم 75 - 58 السالف الذكر بالمادة 21 مكرر وتحرر كما يأتي: المادة 21 مكرر :" يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

المقصود بالاختصاص هنا، هو الاختصاص القضائي الدولي، وليس الاختصاص القضائي الداخلي أو المحلي. ويقصد بتنازع الاختصاص القضائي الدولي، تلك القواعد التي تنظم كيفية فض المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي، فإذا طرحت منازعة مشتملة على عنصر أجنبي أمام القضاء، فانه يتعين على القاضي المرفوع إليه النزاع البحث عما إذا كانت هذه المنازعة تدخل ضمن ولاية محاكم دولته أم لا. و هو في ذلك يستعين بقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي التي تحدد الحالات التي تختص فيها محاكم الدولة بنظر المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي. كما أن قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي هي التي تحدد الآثار التي يمكن أن تترتب على الحكم الأجنبي والشروط اللازمة لتنفيذها.

ومما سبق يتضح لنا أن دراسة تنازع الاختصاص القضائي الدولي تشتمل على موضوعين رئيسيين:

الموضوع الأول: تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم الدولة المرفوع أمامها النزاع.

الموضوع الثاني: تنفيذ الأحكام الأجنبية و آثارها. و سوف أقتصر على بحث الموضوع الأول فقط، دون الموضوع الثاني، لأن المقام لا يتسع لذلك.

تحديد قواعد الاختصاص القضائي الدولي:

تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي من الناحية العملية من أهم فروع القانون الدولي الخاص، ذلك أن تعيين المحكمة المختصة هو في الواقع الذي يحدد الحل النهائي للنزاع. و معلوم أن القانون الواجب التطبيق يتوقف على عملية التكييف، وقواعد الإسناد في دولة القاضي المرفوع إليه النزاع. وهذه القواعد تختلف من دولة لأخرى. و من المسلم به فقها وقضاء أن الدولة وحدها هي التي تنفرد بتنظيم الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها، أسوة في هذا بالاختصاص القضائي الداخلي. وجدير بالذكر أن الكثير من هذه القواعد مستمدة من الضوابط التي يؤخذ بها عادة في تحديد الاختصاص القضائي الداخلي، نظرا للارتباط الوثيق بين سيادة الدولة وولاية محاكمها. وبالرجوع إلى المادة 21 مكرر السالفة الذكر نلاحظ ان المشرع الجزائري قد اسند الاختصاص القضائي الدولي، أي عندما يكون النزاع مشتمل على عنصر أجنبي إلى قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ضيق من مجال اختصاص المحاكم الوطنية، وخالف بذلك قواعد الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها، و التي تبرر عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، كطلب الاختصاص، طبقا للقاعدة التي تقضي بأنه يجب أن يقاضى المدعى عليه أمام محكمة هذا الأخير إذا كان يقيم فيها، فموطن المدعى عليه يعد من أهم الضوابط التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي، كما هو الشأن بالنسبة للاختصاص القضائي الداخلي. كما انه من القواعد الأساسية الجاري بها العمل في كافة

الدول، القاعدة القاضية باختصاص محاكم الدولة بالنسبة للأموال الكائنة بها.

كما تأخذ الكثير من الدول باختصاص محاكمها بنظر الدعاوى المرفوعة على رعاياها أينما كانوا. ذلك أن سيادة الدولة لا تقتصر على إقليمها و إنما تمتد أيضا إلى رعاياها الموجودين بالخارج.

كما تقضي قواعد الاختصاص القضائي الدولي بعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية إذا قبل المدعى باختياره الخضوع لولايتها. كما انه من المبادئ المقررة، أن محاكم الدولة تختص بنظر الدعوى المرتبطة بالدعاوى الأصلية المرفوعة إليها. و أخيرا انه من المبادئ المتعارف عليها أيضا أن محاكم الدولة تختص بنظر طلب اتخاذ الإجراءات الوقتية اللازمة للمحافظة على الحقوق المتنازع عليها، حتى يتم الفصل في النزاع الأصلي.

كل هذه القواعد الأساسية يبدو أن المشرع الجزائري قد أهملها ولم يعر لها أي اهتمام، مما يقلص فعلا عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية ويجعلها تقف موقف المتفرج، و هذا الموقف لاشك انه يضر بالمصلحة الوطنية.

6- ونصت المادة 14: "تعدل المادة 22 من الأمر رقم: 75/58 السالف الذكر وتحرر كما يأتي: المادة 22: " في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية.

غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول.

وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

عالج المشرع الجزائري في هذه المادة ظاهرتي تعدد الجنسية وانعدامها. وقد جرى الفقه الغالب على تسمية ظاهرتي تعدد الجنسية وانعدامها باسم" تنازع الجنسيات".

وتنازع الجنسيات قد يكون ايجابيا، ويتحقق هذا النوع من التنازع عندما تدعى أكثر من دولة تبعية الفرد لها وفقا لقانونها، وهو ما يجب ترجيح احد الجنسيات المتراكمة على الشخص.

و قد يكون هذا التنازع سلبيا، حينما تنكر الدول تبعية الفرد لها وفقا لقانون كل منها.

أ. التنازع الايجابي للجنسيات:

يعتبر الشخص متعدد الجنسية إذا ما ثبتت له جنسيتان أو أكثر في نفس الوقت، والغالب أن يكون التعدد ثنائيا، وهو ما يعبر عنه اصطلاحا: ازدواج الجنسية.

وتنشأ ظاهرة تعدد الجنسية نتيجة لأسباب متعددة، منها ما يتوافر في تاريخ معاصر للميلاد، نظرا لاختلاف الأسس التي تأخذ بها تشريعات الجنسية المتنوعة في منح جنسيتها الأصلية. كما لو ولد شخص لأب يتمتع بجنسية دولة تعتد بحق الدم على إقليم دولة أخرى تأخذ بحق الإقليم. إذ يكون للولد في هذه الحالة جنسية كل من الدولتين، فيصبح متعدد الجنسية منذ ميلاده. وقد تتوافر أسباب تعدد الجنسية بعد الميلاد، وهو ما قد يتحقق عادة كأثر للتجنس، كما لو كان الشخص يتمتع بجنسية دولة، ثم تجنس بجنسية دولة أخرى، دون أن يتخلص من جنسية الدولة الأولى. كذلك قد يتوافر التعدد أيضا بالنسبة للأولاد القصر للمتجنس وزوجته، وقد يتحقق التعدد اللاحق للميلاد كأثر للزواج المختلط. ومعلوم أن ظاهرة تعدد الجنسية تثير مشاكل عدة، سواء بالنسبة لمتعدد الجنسية نفسه أو بالنسبة للمجتمع الدولي.

-بالنسبة لمتعدد الجنسية نفسه: من أهم المشاكل التي يعاني منها متعدد الجنسية مشكلة الأعباء أو التكاليف العامة المفروضة على الوطنيين، مثل الضرائب و الخدمة العسكرية في كل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها.

كذلك مشكلة صعوبة تحديد المركز القانوني للشخص متعدد الجنسية في الدول التي يحمل جنسيتها، فهناك من الدول من تأخذ بالجنسية كضابط للإسناد في شأن مسائل الأحوال الشخصية، ومنها من تأخذ بضابط الموطن أو مكان الإقامة الذي يتواجد به الشخص متعدد الجنسية، و هذا من شأنه أن يخلق صعوبة في ترجيح احد القوانين وتطبيقه على الشخص متعدد الجنسية.

-بالنسبة للمجتمع الدولي:

من المعلوم أن لكل دولة الحق في شمول رعاياها بحمايتهم خارج إقليمها، فإذا كان الشخص ينتمي إلى أكثر من دولة، كان لكل منها ممارسة حقها في حمايته، باعتباره من رعاياها، و هذا يؤدي إلى كثير من الادعاءات المتضاربة بين هذه الدول، والى زيادة الاحتكاك فيما بينها واضطراب العلاقات الدولية، حينما تتمسك كل منها بتبعية الشخص لها لبسط حمايتها الدبلوماسية عليه. هذه بصورة عامة بعض المشاكل الأساسية المترتبة على ظاهرة تعدد الجنسية.

كيفية حل المشاكل المترتبة على تعدد الجنسية:

عالج المشرع الجزائري هذه المشكلة وميز بين فرضين:

الفرض الأول: حالة تعدد الجنسيات، دون أن تكون الجنسية الجزائرية من بين الجنسيات المتنازع عليها.

يبدو أن المشرع الجزائري قد حسم هذه المسألة بترجيح الجنسية الحقيقية التي يحملها متعدد الجنسية. لكن السؤال الجدير بالطرح هنا هو مدى أحقية أو ملاءمة قيام الدولة الغير، أي الدولة التي لا توجد جنسيتها من بين تلك الجنسيات المتنازعة التي يحملها ذات الشخص بترجيح إحدى الجنسيات. لقد حاول البعض أن ينفي قدرة الدولة الغير على هذا الترجيح، على أساس انه يجب أن تعامل هذه الجنسيات المتعددة على وجه المساواة والتكافؤ، احتراما لسيادات الدول التي تتنازع جنسياتها، وان مثل هذا التنازع يحتاج في فضه بين تلك الدول إلى الطرق الدبلوماسية[30]. والواقع، انه رغم تشكك البعض في حق الدولة الغير في ترجيح إحدى الجنسيات التي يحملها متعدد الجنسية، أو تحديد مركز الشخص متعدد الجنسية، فقد أقرت هذا الحق اتفاقية لاهاي لسنة 1930 صراحة، بل جعلت من هذا الترجيح التزاما على عاتق هذه الدولة، إذ نصت في مادتها الخامسة على انه " في الدولة الغير يجب أن يعامل الشخص الذي يحمل عدة جنسيات وكأنه لا يتمتع إلا بجنسية واحدة."

و مهما تشعبت الآراء الفقهية حول الجنسية الواقعية التي يحملها الشخص متعدد الجنسية، فان القضاء قد عمل بنظرية الرابطة الواقعية، وهي تلك الجنسية التي تكون أكثر اتفاقا مع الواقع الفعلي. و يبدو ذلك من خلال الظروف الموضوعية و الشخصية لحياة متعدد الجنسية. و بيان تلك الظروف مسالة موضوعية يتمتع فيها القاضي بسلطة التقدير، فتستطيع إظهار أو الوصول إلى الجنسية الواقعية من خلال واقع و معطيات الحال، و هو واقع يقوم على عناصر ذات طابع موضوعي، كمحل ميلاد الشخص أو محل إقامته العادية أو موطنه أو ممارسته للحقوق العامة و السياسية، كما قد يقوم على عناصر ذات طابع شخصي، قوامه شعوره و انتماؤه النفسي و سلوكه في حياته العائلية و الاجتماعية و الاقتصادية، بما يفيد ارتباطه و اندماجه في شعب دولة معينة، على نحو أكثر وثوقا وواقعية بالمقارنة بالدول الأخرى التي ينتمي إليها[31].

وفي هذا المعنى أوضحت محكمة العدل الدولية في حكم لها بتاريخ 06 ابريل 1955 أن أساس التفضيل عند تعدد الجنسيات هو "الجنسية الفعلية" أي الجنسية التي تتفق مع الواقع و التي تقوم على رابطة فعلية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها. غير أن المشرع الجزائري لم يفصل في المعيار الذي يجرى هذا الترجيح بمقتضاه بالنسبة للجنسيات التي يحملها ذات الشخص، وترك الأمر للقاضي في ترجيح الجنسية الحقيقية أو الفعلية. و هذا المسلك السلبي من المشرع فيه قصور، فكان على المشرع أن يقدم بعض الحلول التي يمكن للقاضي أن يسترشد بها.

تلك هي بعض الحلول التشريعية لمشكلة التفضيل و الموازنة بين الجنسيات التي يتمتع بها الفرد و هي حلول، كما يرى بعض الفقهاء جديرة بالإتباع، يتعين على القضاء و السلطات المعنية تطبيقها، و إعمالها دون تردد في الدول التي وضعت تشريعاتها تلك الحلول.

فإذا تبين للقاضي من خلال تلك الظروف و الوقائع أن الفرد يعيش و يرتبط بإحدى الدول التي يتمتع بجنسيتها و يندمج فعلا و واقعا في جماعتها الوطنية، كانت جنسية تلك الدولة، هي الجنسية الحقيقية أو الواقعية.

الفرض الثاني: عندما تكون جنسية القاضي من بين تلك الجنسيات المتنازعة: في هذا الفرض يكاد يجمع الفقه على وجوب الاعتداد بجنسية الدولة التي يثور فيها البحث في تحديد جنسية الشخص متعدد الجنسيات ، إذ في هذه الحالة، أن تشريع دولة القاضي هو الذي يحدد مواطنيها ، فلا يقبل تعطيل حكمه وترجيح جنسية أجنبية على جنسية دولته. وقد أقرت هذا الحل اتفاقية لاهاي المبرمة في 12 ابريل 1930، إذ نصت المادة الرابعة منها بخصوص الحماية الدبلوماسية لمتعدد الجنسية على انه " لا يجوز للدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لصالح احد وطنييها إزاء دولة أخرى يكون هذا الشخص في ذات الوقت متمتعا بجنسيتها "، و هذا الرأي قد تبنته أيضا محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري المعلن في 11 ابريل 1949 بخصوص تعويض موظفي الأمم المتحدة، و الذي جاء فيه أن العمل قد جرى على أن :" الدولة لا تمارس حمايتها لصالح احد رعاياها إزاء دولة أخرى تعتبره من وطنييها ". وقد وفق المشرع الجزائري بحسم هذه المسألة، عندما نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة 22 السالفة الذكر بترجيح الجنسية الجزائرية، إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول .

ومعنى ذلك أن متعدد الجنسية، إذا كانت الجنسية الجزائرية من بين تلك الجنسيات، فان القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون الجزائري.

ب - التنازع السلبي:

نصت الفقرة الثالثة من المادة 22 " وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة ". يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد اخضع عديم الجنسية إلى قانون الموطن أو محل الإقامة الذي يوجد فيه عديم الجنسية. وقبل الخوض في شرح هذه الفقرة يحسن بنا تعريف المقصود بانعدام الجنسية.

يعرف انعدام الجنسية أو ما يعرف " بالتنازع السلبي للجنسيات بأنه :" وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق "[32].

وعرفت الاتفاقية الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر 1954 والمتعلقة بحالة ووضع عديمي الجنسية بأنه: " شخص لا تعتبره أية دولة رعية لها بالتطبيق لتشريعها ".

وقد اعتنق هذا التعريف الفقه الراجح الذي يرى أن عديمي الجنسية هم :"أولئك الذين لا يرتبطون بأية دولة بصفتهم مواطنين أو رعايا". أو هم: "من لا ينتمون إلى دولة معينة بمقتضى جنسياتهم ومحرومون قانونا من حمايتها". أو أن "عديم الجنسية هو فرد لا يتوفر بشأنه أي من شروط اكتساب أية جنسية في العالم اجمع". و عديم الجنسية لا يتمتع بعضوية أية دولة، فلا يستطيع طلب حماية أي ممثل دبلوماسي أو قنصلي، ويكون دائما معرضا للترحيل و الأبعاد المستمر من كل إقليم يحاول الحلول به. وبهذا المفهوم يختلف عديم الجنسية عن اللاجئ السياسي، فهذا الأخير يتمتع بجنسية دولة معينة، ولكنه هجرها واستقر في إقليم دولة أخرى، على نحو لا يستطيع معه العودة إليها، خشية اضطهاده وملاحقته لسبب أو لآخر. و بخصوص المعاملة الدولية لعديمي الجنسية، فان انعدام الجنسية يثير كثيرا من المشكلات القانونية التي تدور حول كيفية معاملته، والقانون الذي يخضع له. و لعل اتفاقية الأمم المتحدة المبرمة في نيويورك في 28 سبتمبر 1954 و التي بدأ سريانها في 06 جوان 1960 و المتعلقة بالحالة الدولية لعديمي الجنسية ، قد مهدت الطريق أمام إصلاح نظام معاملة عديمي الجنسية ، وان تجتهد خصوصا في الإسراع بإجراءات التجنس وان تخفض بقدر الإمكان رسوم و تكاليف هذا الإجراء .

و قد حسم المشرع الجزائري مسالة القانون الواجب التطبيق على عديمي الجنسية بإخضاعهم إلى قانون الموطن أو قانون محل الإقامة، و هذا الحل قد أيدته الاتفاقيات الدولية .

لقد نصت المادة 12/1 من اتفاقية نيويورك السالفة الذكر بشان الحالة الدولية لعديمي الجنسية أن: "الحالة الشخصية للشخص عديم الجنسية يحكمها قانون بلد موطنه، و إذا تخلف الموطن، فيكون قانون بلد إقامته". و مما سبق يتبين أن معالجة المشرع الجزائري لإشكالية القانون الواجب التطبيق على عديم الجنسية بتبنيه لتطبيق قانون بلد موطنه أو قانون بلد إقامته، قد جاء منسجما مع الاتفاقيات الدولية السارية المفعول. و معلوم أن قانون الموطن أو محل الإقامة يعبر عن المنهج الواقعي لعديم الجنسية.

7-و جاء في نص المادة 15: " تعدل و تتمم المادة 23 من الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المذكور أعلاه، و تحرر كما يأتي: المادة 23: متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها التشريعات. فان القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أي تشريع منها يجب تطبيقه. إذا لم يوجد في القانون المختص نص في هذا الشأن، طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي.

تناولت هذه المادة مسالة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع ، وتعيين القانون الواجب التطبيق ، ويتحقق هذا عادة في الدول ذات النظم المركبة ، سواء كان هذا التعدد إقليميا، بان يختص كل قانون بنطاق إقليمي معين، كما هو الشأن في الولايات المتحدة الأمريكية و الاتحاد السويسري، أم كان تعددا شخصيا ، بان تختص كل شريعة بطائفة من المتمتعين بجنسية الدولة ، كما هو الشأن في الدول التي تتعدد فيها الطوائف الدينية كمصر و سوريا و لبنان .

و لا شك أن الإسناد إلى قانون دولة متعددة الشرائع يثير مسالة تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاع المطروح على القاضي.

و أمر تحديد القانون الواجب التطبيق في دولة متعددة الشرائع متروكا لقانون هذه الدولة. وبعبارة أخرى متروكا لقواعد الإسناد الداخلي في هذه الدولة.

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد اخذ بآخر ما وصل إليه تطور الفقه و القضاء و التشريع في معالجة الإسناد إلى قانون دولة تتعدد فيها الشرائع.

و قد ظهر جليا من هذه المادة التي نصت "متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة" و هي المواد التي تنظم قواعد الإسناد عادة. و قد واجه المشرع الجزائري فرضا آخر، و هو انه إذا لم يوجد في القانون نص في هذا الشأن طبق التشريع الغالب في البلد في حالة التعدد الطائفي، أو التشريع المطبق في عاصمة ذلك البلد في حالة التعدد الإقليمي. في هذه الحالة يشير النص إلى تطبيق قانون الوحدة الإقليمية التي تقع بها عاصمة هذه الدولة وهي الشريعة الغالبة في هذه الدولة، و لا يجب أن يفهم من هذا القول بتطبيق شريعة العاصمة مؤداه أفضليتها على شرائع الوحدات الإقليمية الأخرى، بل مؤداه هو تركز الدولة في عاصمتها، و هذه النتيجة التي استخلصها المشرع الجزائري كانت عصارة لأخر الآراء الفقهية، و هي انه في حالة ما إذا كانت دولة تتعدد فيها الشرائع تعددا شخصيا و لا يضم القانون الواجب التطبيق قواعد الإسناد الداخلي ، و هنا يتعين على القاضي تعيين الشريعة الواجبة التطبيق بالاستعانة بالأسس التي يقوم عليها هذا التعدد في الدولة و هي في الغالب الدين و الجنس[33]

8- المادة 16: يتمم الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المذكور أعلاه، بالمواد 23 مكرر و 23 مكرر 1 و 23 مكرر 2 و تحرر كما يأتي: المادة 23 مكرر:" يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

يستخلص من هذه المادة المستحدثة لأول مرة في التشريع الجزائري، أن المشرع الجزائري قد ساير الاتجاه الذي ينظر إلى القانون الأجنبي كواقعة لا كقانون، ويترتب على هذه النظرة بعض النتائج، منها أن القاضي ليس ملزما بتطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، بل يتعين على الخصوم أن يتمسكوا بالقانون الأجنبي، ويثبتوا مضمونه. و يجب عليهم أن يبدوا هذا التمسك أمام المحكمة أو على الأكثر أمام المجلس، باعتباره وسيلة من وسائل الدفاع لا طلبا جديدا، لأن وسائل الدفاع لا تعد من الطلبات الجديدة، ومن ثم يجوز إبداؤها ولو أمام المجلس لأول مرة.

كما انه لا يقع على القاضي أي التزام بمعرفة القانون الأجنبي. و لو اعتبر المشرع أن القانون الأجنبي يعتبر قانونا لوجب على القاضي أن يعرفه. و إذا عجز الخصوم عن إثباته، كان للقاضي أن يطبق قانونه. و يمكن للخصوم أن يتنازلوا عن تطبيق القانون الأجنبي، فيطبق حينئذ القاضي قانونه. كما انه في حالة ما إذا حكم القاضي بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه، فلا يجوز طلب التماس إعادة النظر، طبقا للمادة 194 / 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري. غير أن السؤال الجدير بالطرح ، هو وبالنظر إذا اعتبرنا أن القانون الأجنبي مجرد واقعة واخطأ القاضي في تطبيقه أو في تأويله، فهل يجوز الطعن في حكمه أمام المحكمة العليا؟ لقد أثارت هذه المسالة كثيرا من الجدل.

جرى قضاء محكمة النقض في فرنسا على الإجابة عن السؤال بالنفي، بحجة أن الوظيفة الأساسية لمحكمة النقض هي الإشراف على توحيد حكم القانون الداخلي، ومنع التعارض بين المحاكم في تفسيره ، ولا يتصور أن تقوم بهذا الدور بالنسبة إلى القانون الأجنبي، لاسيما و هو معتبر كواقعة.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية تقبل الطعن بالنقض لوجود خطا في التكييف، لان التكييف مسألة قانون يخضع لقانون القاضي. كما أنها قبلت الطعن بالنقض لقصور في التسبيب أو لتناقض الأسباب مع نصوص القانون الأجنبي. أما في الجزائر ، فطبقا للمادة 233/5 من قانون الإجراءات المدنية، فانه يجوز الطعن بالنقض لمخالفة أو خطأ في تطبيق القانون الأجنبي المتعلق بالأحوال الشخصية فقط. ويعني ذلك بمفهوم المخالفة أن القانون الأجنبي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في غير الأحوال الشخصية، لان الأمر يتعلق بعنصر من عناصر الواقع في الدعوى ، فهو مسالة واقع لا مسألة قانون.

9- المادة 23 مكرر 1: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه إلا أحكامه الداخلية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان. غير انه يطبق القانون الجزائري إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص". استحدث المشرع الجزائري هذه المادة، لملأ فراغ قانوني كان من قبل يتعلق بموقفه من الإحالة. ومعلوم أن المشرع الجزائري، لم يبين موقفه من الإحالة لا بالرفض ولا بالقبول، وظل الأمر غامضا أمام القضاء لفترة طويلة، حتى جاء هذا التعديل. وقبل تناول هذه المادة بالشرح والتعليق عليها نشير إلى تعريف المقصود بالإحالة.

من التعريفات التي تناولت الإحالة، تعريف الدكتور احمد زوكاغي الذي عرفها بأنها :" الفكرة التي تقضي بتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص بحكم العلاقة بمقتضى قواعد الإسناد المقررة في قانون القاضي، متى اختلفت مع هذه الأخيرة، وكان التنازع بينهما سلبيا "[34].

وقيل في تعريف الإحالة أيضا بأنها: " الإسناد الإجمالي أو (أو المكرر) و الذي يتحقق عندما تشير قاعدة الإسناد في قانون القاضي المطروح عليه النزاع باختصاص قانون اجنبي معين وتقضي قاعدة الإسناد فيه بإعادة الاختصاص لقانون دولة القاضي أو تقرر اختصاص قانون اجنبي آخر" .[35]

إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين، فان الأمر يتطلب تحديد نطاق هذا القانون، بمعنى معرفة المقصود منه، هل المراد تطبيق قواعده الموضوعية فقط، أم يجب النظر إليه في جملته والذهاب إلى قواعد الإسناد فيه. فإذا أخذنا بالحل الأول أي بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المسند إليه، فانه يتعين على القاضي الفصل في النزاع بموجب القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، ويوصف الأمر في هذه الحالة بأنه رفض الأخذ بالإحالة. أما إذا أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي، فمعنى ذلك قبوله الأخذ بالإحالة.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه يتبين بوضوح وبشكل صريح رفض المشرع الجزائري القاطع الأخذ بالإحالة، سواء في مواد الأحوال الشخصية أو في المعاملات المالية، من خلال تقييد القاضي بالتوقف عند تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، دون المرور إلى قواعد الإسناد في هذا القانون، عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية بتطبيق قانون أجنبي معين . إلا أن المشرع الجزائري بالرغم من رفضه للإحالة من حيث المبدأ ، قد قبلها في حالة الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، دون أن يقيد مجال هذه الإحالة . وهذا ما يعرف بالإحالة من الدرجة الأولى Renvoi au premier degre.

ويبدو من صياغة هذا النص أن المشرع الجزائري قد توخى التقليل من فرص تطبيق القانون الأجنبي، وتجنيب القاضي معاناة البحث عن مضمون القانون الأجنبي، وإتباع أقصر الطرق، والعودة إلى الأصل ، ذلك أن الأصل في القانون هو الإقليمية، وان السماح بتطبيق القانون الأجنبي هو استثناء يضع المشرع حدوده . و بديهي انه يشترط العودة بالعلاقة محل النزاع إلى نطاق السيادة الإقليمية للقانون الوطني أن تمس العلاقة مصالح وطنية، كأن يكون أشخاصها أو موضوعها في إقليم القاضي.[36]

إلا أن هناك من الفقه من انتقد الأخذ بالإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي، بحجة أن المشرع وهو يجعل الاختصاص للقانون الأجنبي ، إنما يقدر اعتبار العدالة واعتبارات المعاملات الدولية ، وهو يجرى هذا التقدير على أساس الموازنة أو المفاضلة بين قانونه والقانون الأجنبي، و عندما يرى القانون الأجنبي أكثر ملاءمة و أكثر هم تحقيقا للعدالة و الأقرب إلى حكم العلاقة محل النزاع، فكيف يقبل بتطبيق قانونه في النهاية ، و هو لا يراه ملائما لحكم العلاقة محل النزاع ، بالنظر إلى قاعدة الإسناد الوطنية .

كما أن وظيفة قاعدة الإسناد هي:" تحقيق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة والوصول إلى أكثر الحلول تلبية لمقتضيات التجارة الدولية. وان الاقتصار على قبول الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانون القاضي من شأنه عدم تحقيق هذا الهدف.

وفي اعتقادي أن المشرع الجزائري من جهة قد وفق إلى حد ما، عندما اقتصر على تبنيه الإحالة من الدرجة الأولى، دون الخوض في منطق الإحالة، لأن الأخذ بمنطق الإحالة إلى القانون الأجنبي قد يؤدى إلى الوقوع في حلقة مفرغة أو الإحالة المتلاحقة، و إلى إخلال صارخ بتوقعات الإفراد للقانون الذي سوف يطبق عليهم. بالإضافة إلى ما يترتب على الأخذ بمنطق الإحالة من صعوبات متعددة لا يسع هذا المقام إلى عرضها ، رغم ما يتضمنه هذا الرفض، كما ترى الدكتورة حفيظة السيد الحداد من هدم للأساس الذي تقوم عليه فكرة التعايش المشترك بين النظم .[37] وعلى أية حال ، فان المشرع الجزائري يبدو انه قد تأثر بالقضاء الفرنسي الذي يطبق الإحالة من الدرجة الأولى ، و التي ارتبطت بالقضية الشهيرة المعروفة ب قضية "فورجو " وبذلك يكون المشرع الجزائري، باقتصاره على الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى قد تجنب أو بالأحرى خفف من الانتقادات الموجهة للإحالة بوجه عام.

وقد خالف المشرع الجزائري باعتناقه للإحالة من الدرجة الأولى التشريعات العربية المستمدة من التقنين المدني المصري الصادر سنة 1948 التي رفضت صراحة الأخذ بالإحالة جملة وتفصيلا.

إلا أنه من جهة أخرى و في تقديري بالرغم من هذه المزايا، فانه يعاب على المشرع الجزائري قبوله الإحالة من القانون الأجنبي إلى قانونه بدون قيد و لا شرط ، كما انه بدا واضحا أن المشرع لم يترك للقاضي السلطة التقديرية لمراقبة ماذا كان هذا القبول يؤدى فعلا إلى حل معقول و عادل للعلاقة محل النزاع من عدمه، وان القانون الأجنبي المحال على القاضي الوطني لا يتعارض مع أهداف وغاية وظيفة قاعدة الإسناد الوطنية، وهو وضع الحلول التي تتلاءم مع ظروف الحياة الخاصة الدولية. مثل ما فعل المشرع التشيكي الذي نص في المادة 35من القانون الدولي الخاص التشيكي على أنه:" في حالة ماذا عينت نصوص القانون الدولي الخاص التشيكي قانون دولة ما، وأحالت نصوص هذا الأخير إلى القانون التشيكي أو فرض الإحالة من الدرجة الثانية إلى قانون دولة أخرى، فان تلك الإحالة يمكن قبولها إذا كان ذلك القبول يؤدى إلى حل معقول و عادل للعلاقة المعنية " . ويقع على عاتق القاضي المختص سلطة تقدير إذا كان من المناسب إعمال الإحالة وذلك بالنظر إلى الظروف والمعطيات الخاصة بكل حالة عن حدة والمعيار المرشد للقاضي في هذا المضمار ،

هو أن يؤدي إعمال الإحالة إلى حل مادي معقول وعادل بصدد العلاقة محل البحث.[38] كما أن قبول المشرع الجزائي الاختصاص لنفسه، أي الإحالة من القانون الأجنبي، قد يفسر على انه انصياع لإرادة المشرع الأجنبي، بعد أن سبق و رفض الأخذ بالإحالة صراحة، فما معنى أن يقبلها من القانون الأجنبي مرة أخرى؟.

10- المادة 23 مكرر 2: تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين". من المعروف أن القانون الدولي الخاص، وخلافا للفروع الأخرى يتكون من نوعين من المصادر:

المصادر الرسمية أو الداخلية، ويندرج تحت هذه الفئة، وحسب الترتيب التي أوردته المادة الأولى من القانون المدني، التشريع، والشريعة الإسلامية، والعرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

المصادر الدولية، وهي المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية، وهي التي تتم بين دولتين أو أكثر لتنظيم مسألة أو مسائل معينة، وهي تعتبر مصدرا رسميا للقانون الدولي الخاص، بالنسبة للدول المتعاقدة، تلتزم بها المحاكم الوطنية.

ومن بين المسائل الرئيسية التي نظمتها المعاهدات الدولية في نطاق القانون الدولي الخاص، مسألة الملكية الصناعية، والملكية الأدبية والفنية، واتفاقية جنيف الخاصة بحق المؤلف، ومسائل الأوراق التجارية، والتحكيم التجاري، ومسالة النفقة الواجبة بين الأقارب، ومسائل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، وكذا مشروعات الاتفاقيات، وهي اتفاقيات لاهاي التي تمت في: 1905، 1902، 1895 وكذلك مشروعات الاتفاقيات التي وضعها مؤتمر لاهاي في سنة 1950، 1956، 1960 الخ... إلى جانب العرف الدولي، والقضاء الدولي، والفقه الدولي، وهي مصادر استئناسية. إضافة إلى هذين المصدرين، هناك مصدر ثالث للقانون الدولي الخاص، وهو مبادئ القانون الدولي الخاص، التي نصت عليها صراحة المادة 23 مكرر 1 السالفة الذكر. وقد وردت هذه المادة في القانون المدني بعد انتهاء المشرع من استعراض النصوص الواجبة التطبيق لحل مسالة تنازع القوانين. ومن ذلك يتبين أن المشرع خص قواعد تنازع القوانين بمصدر آخر إضافي يرجع إليه القاضي إذا لم يسعفه النص التشريعي. والمقصود بمبادئ القانون الدولي الخاص " المبادئ العامة الأكثر شيوعا بين الدول ". ودليل القاضي في معرفة هذه المبادئ، هو الاستعانة بآراء الفقهاء الذين عالجوا مثل هذه الموضوعات. ولاشك أن هذا المصدر يتيح للقضاء وسيلة مرنة يواكب بها التطورات المستجدة بشان تنازع القوانين.

11- المادة 17: تعدل وتتمم المادة 24 من الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي: " المادة 24: لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون. يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

تناولت هذه المادة موانع تطبيق القانون الأجنبي، ويتعلق الأمر بمانعين أساسيين، هما: الدفع بالنظام العام، والغش نحو القانون. واستنادا إلى ما جاء في هذه المادة، أنه في الأحوال التي يثبت فيها الاختصاص لقانون أجنبي معين بمقتضى إحدى قواعد الإسناد الوطنية، وكان هذا القانون يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يتعين استبعاد هذا القانون ويطبق القانون الجزائري محله. و يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد سمح بتطبيق القانون الأجنبي الذي تأمر به قاعدة الإسناد الوطنية، لكنه قيده بعدم معارضته للنظام العام الوطني، و عدم ثبوت هذا الاختصاص نتيجة الغش نحو القانون. ونتصدى فيما يلي لشرح هذين المانعين:

المانع الأول، عدم تعارض القانون الأجنبي مع النظام العام السائد في دولة القاضي .

يمكن تعريف النظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص بأنه:"مجموعة من الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والدينية والقيم الحضارية السائدة في مجتمع معين وفي وقت معين"[39].

ومن اجل التوفيق بين مقتضيات المعاملات الدولية والتعايش المشترك بين النظم القانونية من ناحية، وتأمين سلامة النظم الرئيسية التي يقوم عليها المجتمع الوطني بتحصينها من تطبيق قوانين أجنبية قد تتعارض معها من ناحية أخرى، سمحت الدولة بتطبيق القانون الأجنبي، ثم احتكمت إلى نظامها العام في بيان حدود هذا التسامح، فإذا ما كان التعارض والتنافر صارخين بين أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو تقع في عدم توافق مطلق بين النظم الرئيسية فيها، وجب استبعاد هذا القانون، باعتباره مخالفا للنظام العام الوطني.

فالنظام العام هو صمام الأمان الذي يحصن النظم القانونية السائدة في دولة القاضي من الخطر الذي يهددها، فيتدخل لاستبعاد تطبيق القوانين الأجنبية، وتجنب المساوئ التي تنجم عن هذا التطبيق. وعلى هذا الأساس يعد النظام العام بمفهومه الاستبعادي بمثابة قيد أو تحفظ على مبدأ السماح بتطبيق قوانين أجنبية أشارت بتطبيقها قاعدة الإسناد الوطنية، فاقترن ذلك التسامح بعدم التعارض مع تلك الأسس التي أشرنا إليها، والتي تحكم أسلوب الحياة في مجتمع دولة القاضي، ذلك أن المشرع لم يضع توقيعا على بياض بتطبيق مختلف القوانين الأجنبية"[40].

إلا أن فكرة النظام العام كدفع يوجه إلى مضمون القانون الأجنبي تقتضي الوقوف على مضمون الحكم الأجنبي الذي يقرره هذا القانون للمنازعة المطروحة، ومن ثم لا يصح أن يتم استبعاد هذا القانون بمجرد ترشحه لحكم المنازعة، ولمجرد كونه قانونا أجنبيا. فالاستبعاد المقصود هنا، هو ذلك الذي يأتي في مرحلة تطبيق هذا القانون لا في مرحلة تعيينه.

كما لا يجوز الدفع بالنظام العام، إذا كان الاختصاص قد آل بمقتضى تلك القاعدة، لكون هذا القانون مثلا، هو قانون موقع المال محل النزاع، أو قانون محل وقوع الفعل الضار أو قانون محل إبرام العقد الخ... و أخيرا، يجب أن تكون المخالفة للنظام العام حالية، نظرا لتغير مفهوم النظام العام من حين للآخر، وهو ما يعبر عنه ب: حالية أو آنية النظام العام. ذلك أن الأثر الذي يستتبع وقوعه زوال الطابع الآمر المطلق عن بعض القواعد الآمرة المقررة في دولة القاضي على اثر تغير فكرة النظام العام بها، وهو الأثر الذي يتمثل في جريان تعديل في مضمون قواعد توزيع الاختصاص التشريعي المقررة في تلك الدولة. وعليه فالعبرة عند التمسك بالدفع بالنظام العام، هي باللحظة التي يطلب فيها من القاضي الفصل في النزاع، لا وقت نشوء العلاقة موضوع النزاع. على أن هناك دولا -كالدول الإسلامية- لا تعرف ما يقال له آنية أو حالية النظام العام، ذلك أن مثل هذه الدول تستمد جل -أن لم يكن كل- قواعدها ذات الطابع الآمر المطلق من الأحكام القطعية الثبوت والدلالة المقررة في الديانة التي تدين بها، وكانت هذه الأحكام غير قابلة للتغيير مهما تقادم الزمان، مما يجعل فكرة النظام العام بها تتسم بالثبات[41].

كما انه يجب عدم الخلط بين ما يعرف ب: قواعد تأمين المجتمع lois de police التي لا تعد من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام في نطاق العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي، والدفع بالنظام العام بمفهومه في القانون الدولي الخاص. ذلك أن قواعد تامين المجتمع تفترض وضعها موضع التطبيق في الحال، دون المرور بقواعد الإسناد، وبمعنى أدق، فان قواعد تأمين المجتمع يكون موضوعها وثيق الاتصال بإقليم الدولة الصادرة عنها على نحو معين. في حين أن الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، يتطلب أن يكون القانون الأجنبي المخلف للنظام العام، قد أمرت به قاعدة الإسناد الوطنية في دولة القاضي.

بقي أن نتساءل انه في حالة اصطدام تطبيق القانون الأجنبي مع النظام العام في دولة القاضي هل يتعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي استبعادا كليا، أم يقتصر الأمر على النص المعارض مع النظام العام في دولة القاضي، بحيث يمكن رغم ذلك تطبيق الأحكام الأخرى بصدد ذات العلاقة محل النزاع؟ وبعبارة أدق هل يجب أن يكون الاستبعاد كليا أم يكتفي بالاستبعاد الجزئي؟

لا يستشف من المادة السالفة الذكر ما يفيد الجواب على هذا السؤال. ومعلوم أن الفقه قد انقسم حول الإجابة عن هذا السؤال إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى وجوب أن يكون استبعاد القانون الأجنبي المخالف للنظام العام استبعادا كليا وشاملا لكل أحكامه، حتى لو لم يتعارض من هذه الأحكام مع النظام العام الوطني سوى حكما واحدا، بحجة أن الاقتصار على استبعاد الحكم او الجزء المتعارض واستثناء تطبيق الأحكام التي لا تتعارض مع النظام العام يعد مسخا وتشويها للقانون الأجنبي. ويتزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي NIBOYET.

إلا أن هذا الاتجاه قد جانبه الصواب، ذلك أن النظام العام لا ينبغي أن ينتج آثارا ابعد مما تقتضيه ضرورات الدفاع عن الأسس الجوهرية التي ينهض عليها كيان مجتمع القاضي.

أما الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الغالب في الفقه، يرى وجوب أن يقتصر الاستبعاد على الجزء الذي يخالف مقتضيات النظام العام الوطني، دون باقي النصوص الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام، كما أن هذا الاتجاه يتفق مع وظيفة النظام العام، ذلك أن إعمال الدفع بالنظام العام لا يهدف إلى إصدار حكم على القانون الأجنبي في حد ذاته، وإنما يهدف إلى منع النتيجة المنافية للنظام العام التي تترتب على تطبيق هذا القانون.

و عليه فإذا أمكن تلافي وقوع هذه النتيجة باستبعاد الجزء المخالف للنظام العام فقط، دون باقي الأجزاء الأخرى التي لا تتعارض مع النظام العام، فلا يوجد مبرر لعدم تطبيق باقي الأحكام الأخرى.

إلا انه إذا كان السبب الدافع إلى تطبيق القانون الأجنبي هو النص الذي يتنافى مع النظام العام، وكان اعتبار استبعاد هذا الجزء تجريدا لروح النصوص الباقية في القانون الأجنبي، أي أن القانون الأجنبي يفقد سبب وجوده، إذا استبعد نص معين منه، فانه في هذه الحالة لامناص من الاستبعاد الكلي لأحكام القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي محله. وظاهر أن النص يقصد عدم جواز تطبيق " الأحكام "التي تخالف النظام العام، وليس القانون الأجنبي في حد ذاته. وتفسير عكس ذلك يعني تعطيل غاية قاعدة الإسناد الوطنية التي أشارت بتطبيق القانون الأجنبي. فليس القانون الأجنبي في جملته هو الذي يتعارض أو يصطدم عادة مع النظام العام، و إنما تطبيق بعض أحكام هذا القانون في حالات معينة هو الذي يتعارض مع هذه الفكرة. ومن هنا كان القول بان المقصود بالقانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام هو الحل الذي يقدمه هذا القانون للمشكلة المطروحة[42].

بيد انه إذا كان مبدأ الاستبعاد الجزئي هو الأكثر اتساقا مع الحكمة التي يبنى عليها النظام العام فانه يتعذر في مثل هذه الحالات أعمال هذا الاستبعاد الجزئي. ومن ثم لامناص من استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق برمته وتطبيق قانون القاضي بدله.

إلا انه تجدر الملاحظة، انه ليس في كل مرة يستبعد فيها القانون الأجنبي باسم النظام العام يحل قانون القاضي محله، ذلك أن إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد يصلح فقط في الفروض التي يمكن فيها العثور على نص أجنبي بديل يمكن إحلاله محل النص الذي تم استبعاده باسم النظام العام. ومن ثم نعتقد أن استبعاد القانون الأجنبي باسم النظام العام لا يستتبع بالضرورة تطبيق قانون القاضي بدله في كل الأحوال، خاصة في الفروض التي يتعذر فيها إيجاد النص البديل، أو عدم وجود أحكام قانونية صالحة لحكم العلاقة في قانون القاضي أو سكتت هذه النصوص عن إعطاء حل للمسالة محل النزاع. فلا مناص في هذه الفروض من تصدى القضاء للحكم في النزاع في ضوء القواعد المستقرة في القانون الطبيعي.

وقد ثارت هذه المشكلة أمام القضاء المغربي بشان مسالة متعلقة بالأحوال الشخصية للأجانب وقد استعان القضاء في ذلك بمبادئ القانون الطبيعي لتطبيقها، بدلا من القانون الأجنبي الذي تم استبعاده[43].

وهي محاولة على ما يبدو لسد الفراغ التشريعي الناجم عن استبعاد حكم القانون الأجنبي باسم النظام العام بعد أن تعذر عليه أن يجد في قواعد القانون الوطني ما يمكن به أن يتلافى هذا الفراغ، وهو اتجاه ، كما يرى الدكتور هشام على صادق أملته طبيعة دور القاضي في الدعوى على أي وجه من الوجوه ، و إلا كان منكرا للعدالة[44].

وبناء عليه ، فان الأثر السلبي للنظام العام قد لا يقترن دائما أو بالضرورة بالأثر الايجابي، وهو إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، مثل الحالة التي يسمح فيها القانون الأجنبي بنشوء علاقة لا يسمح بنشوئها القانون الوطني، كالزواج بين مسلمة و غير مسلم، ففي هذه الحالة يقتصر دور النظام العام في دولة القاضي على استبعاد القانون الأجنبي الذي يجيز مثل هذا الزواج، و لا تدعو الحاجة إلى لتطبيق قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد، لأن الغاية المقصودة، وهي عدم السماح بالزواج قد تحققت باستبعاد القانون الأجنبي.

و من ثم يتضح لنا أن إضافة الفقرة الثانية من المادة 24 السالفة الذكر وصياغتها على هذا النسق غير دقيقة، لعدم الأخذ بعين الاعتبار حساب عدم وجود نص بديل للنص المستبعد باسم النظام العام من جهة، و إقحام قانون القاضي، حتى و لو كان قانونه غير ملائم للمسالة محل النزاع من جهة أخرى. فهذا من شانه أن يعيق الحياة الدولية الخاصة ، و بالتالي تبدو صياغة النص القديم أفضل من التعديل الجديد، لكون النص القديم لم يلزم القاضي بإحلال قانونه محل القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام ، بل ترك هذه المسالة لما يراه القاضي ملائما للوضعية محل النزاع، وهو ما يحبذ أن يكون من وجهة نظرنا.

المانع الثاني: الذي قد يعيق تطبيق القانون الأجنبي، هو فكرة الغش نحو القانون.

لم ينص المشرع الجزائري قبل هذا التعديل على الدفع بالغش نحو القانون، عندما يثبت الاختصاص للقانون الأجنبي، بواسطة الغش نحو القانون.

و يراد بالغش نحو القانون التحايل على ضوابط قواعد الإسناد، قصد التهرب من تطبيق القانون المختص أصلا لحكم النزاع.

وقد يقع هذا التحايل، إما بتغيير الجنسية و إما بتغيير الموطن، و إما بتغيير موقع المنقول بنقله من إقليم إلى إقليم آخر. كما انه قد يتم باختيار المتعاقدين قانون لاصلة لهما به، تهربا مثلا من الضرائب أو من رسم الدمغة أو من الشكل الرسمي الذي يفرضه القانون الواجب التطبيق. و تجدر الإشارة إلى انه إذا أجاز المشرع للأفراد مكنة تغيير ضوابط الإسناد، فانه لم يقصد من ذلك تسهيل تحايلهم على القانون و تشجيعهم على مخالفة القواعد الآمرة التي فرضها، و إنما فعل ذلك، مراعاة منه لاعتبارات تيسير المعاملات الدولية وتحقيق العدالة ، وان هذا الاستعمال يكون مشروعا إذا كان في محله، ولم يشكل تحايلا على القانون . ولعل هذه الحدود هي التي تخول للقاضي حق إعمال الدفع بالغش نحو القانون، ضمانا لممارسة المكنات التي خولها القانون في إطار مشروع.

ومن المعلوم أن قواعد التنازع المزدوجة تتضمن ضوابط أو عناصر اسنادية تسهم في تحديد القانون الواجب التطبيق في شان المسالة التي تعالجها القاعدة.

و عناصر الإسناد هذه هي الوسيلة القانونية الأولى التي يمكن استخدامها في اقتراف التحايل على أحكام القانون، عندما تكون هذه العناصر قابلة للتغيير بإرادة الأفراد. أما إذا تعذر على الأفراد تغيير ضابط أو عنصر الإسناد، فلن يتم التحايل عندئذ من خلال هذا المظهر الأول، و إنما يتم في المظهر الثاني من خلال تغيير الوصف القانوني للعلاقة محل النزاع.

ولعل المجال الحيوي للتحايل على القانون، هو مجال الأحوال الشخصية، والمتمثلة بالخصوص في تغيير الشخص لجنسيته أو موطنه أو محل إقامته.

ويحرص المتحايل عادة على أن يكون عنصر الإسناد الذي يتم تغييره هو نفس العنصر المحدد للقانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية في الدولة التي يرغب في إخضاع علاقته لقانونها ، باعتباره أكثر تسامحا من قانونه الشخصي الذي سعى إلى التهرب من أحكامه، بحيث يتسنى لهم الهروب من القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة، لو أن الظروف المحيطة بعناصر العلاقة ظلت كما هي دون تغيير.

غير انه أحيانا، فان الغش لا يتجه نحو عنصر الإسناد

بصفة مباشرة، لعدم استطاعة الأفراد أن يغيروا هذا العنصر، فيعمدون إلى التحايل على الوصف المعطى للعلاقة القانونية، وهذا الأسلوب من التحايل يتحقق في حالة عنصر الإسناد الذي لا يمكن أن تلعب إرادة الأفراد أي دور في تغييره وهو عنصر موقع المال، وبالتحديد عندما يكون هذا المال عقارا. فما دامت طبيعة العقار ترفض نقله من مكان إلى آخر، فان هذه الطبيعة ترفض كذلك تغيير القانون الذي يحكم العقار بإرادة الأفراد. ومع ذلك، فان طبيعة العقار هذه لم تقف عقبة أمام وصول الأفراد إلى غاياتهم غير المشروعة. فبدلا من أن يغيروا عنصر الإسناد، اتجهوا إلى التلاعب في وصف العقار، على النحو الذي يبدو فيه الأخير منقولا يمكن نقله من دولة لأخرى، ومن ثم يمكن تغيير النظام القانوني الذي يحكمه[45].

وهكذا إذا تعذر على المتحايل أن يغير القانون الواجب التطبيق على مركزه القانوني من خلال التغيير في الإسناد، يمكنه أن يصل إلى نفس الهدف من خلال التلاعب في وصف المسألة محل النزاع وتحويل الاختصاص بالمنازعة العقارية من قانون موقع العقار إلى قانون موطن المتوفى الذي عادة ما يثبت له الاختصاص في حكم التركات المنقولة.

ويشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون شرطان: شرط مادي أو موضوعي يتمثل في إجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد Déplacement du facteur de rattachement وشرط معنوي L'intention de fraude à la loi هو توافر نية التحايل أو الغش نحو القانون.

الشرط الأول: القيام بإجراء تغيير إرادي في احد ضوابط الإسناد، و يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون أن يتوافر العنصر المادي في الغش، ويكون ذلك بإجراء تغيير إرادي في احد ضوابط الإسناد، كالجنسية أو الموطن أو موقع المال.

الشرط الثاني: نية التحايل أو الغش نحو القانون، لا يكفي أن يكون تغيير ضابط الإسناد فعليا ومشروعا، بل يتعين أن يهدف الشخص من وراء هذا التغيير إلى الإفلات من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا. و للقاضي سلطة تقديرية في استنباط نية الغش من خلال الوقائع المطروحة أمامه. واستخلاص هذه النية من ظروف الدعوى هو من مسائل الواقع التي تخضع لمطلق تقدير قاضي الموضوع، و لا رقابة للمحكمة العليا عليه في ذلك.

خلاصة: ونظرة إلى المستقبل

انه وبالنظر إلى التطورات التي أفرزتها الطفرة الهائلة في تقنيات الاتصالات والمعلومات ووسائل النقل التي ألغت المسافات واختزلت الزمن وجعلت إمكانية ممارسة النشاط على مستوى العالم حقيقة واقعة. وعلى اعتبار أن التقنية الحالية التي لا تعتمد على الدعامة الورقية، والمتمثلة أساسا في تحدي اتصالية الانترنت للنموذج التقليدي لتحليل القوة المؤثرة في العولمة، أو ما يعرف بالقوى الجديدة وهي: المعلومات، الوصول الشبكي، الثقافة واللغة، واقتصاديات المدى.

كل هذه القوى الأربع سوف تتغذى على تطورات التكنولوجيا.

و بالموازاة مع ذلك ظهرت آليات أخرى على الساحة العالمية كالمنظمة العالمية للتجارة وبدأ العمل بالقوانين المتعلقة بالتجارة الالكترونية. ومن ثم فان الاستمرار أو الإبقاء على المنظومة التشريعية، ولاسيما قواعد الإسناد في ثوبها التقليدي، لا يتفق مع الأسلوب الجديد لتسيير المؤسسات، خاصة تلك التي دخلت في نظام الخوصصة واعتماد نظام التحكيم التجاري الالكتروني الدولي، وانضمام الجزائر رسميا إلى الشراكة الأوروبية، وهي على عتبة الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، الشيء الذي فتح الباب واسعا لتعزيز مناخ العولمة و إمكانية ممارسة النشاطات الإنسانية المتعددة في نطاق العالم كله الذي أصبحت تسوده حياة متقاربة.

و إذا كان المشرع الجزائري قد ساير بعض هذه التطورات، من خلال العمل على تحديث المنظومة التشريعية، ولاسيما التعديلات التي ادخلها على قواعد القانون الدولي الخاص أو ما يعرف بقواعد الإسناد، فانه مع ذلك لازال يعتريها بعض النقص والغموض في بعض جوانبها.

ففيما يتعلق بالكتابة الالكترونية، والتوقيع الالكتروني اللذان نص عليهما المشرع في التعديل الأخير، يلاحظ أن المشرع قد اغفل النص على آليات قانونية تدعمهما وتجعلهما في موضع التطبيق، كإنشاء الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، وشهادة المصادقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها الخ...، ذلك انه لا غنى عن إنشاء هذه الآليات القانونية، التي من شأنها توفير الثقة والطمأنينة للمتعامل الاقتصادي وترقية الاستثمار الأجنبي. وبدون إنشاء هذه الآليات، فلن تكون هناك جدوى من الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، ولن نستفيد من هذه التقنية التي أضحت جزء من العولمة. وعليه نستطيع القول في خاتمة هذا البحث، أن ظاهرة العولمة أضحت حقيقة واقعة في حياتنا المعاصرة، سواء تعلق الأمر بمنظومتنا التشريعية، أو أي مجال من المجالات الأخرى. ولم يعد بالإمكان إنكار هذه الظاهرة أو تجاوزها أو التغافل عنها، بل المطلوب، هو فهم هذه الظاهرة، ومحاولة التعامل الايجابي معها، مما يمكن من جني ثمارها وتحاشي سلبياتها. وبذلك نتجنب العزلة والتقوقع حول أنفسنا، مادمنا لا نستطيع التغيير بأنفسنا، ونترك التغيير لغيرنا. وتجدر الملاحظة في الأخير، انه في الوقت الذي بدأ العمل بالقوانين النموذجية الالكترونية، وبالخصوص في الدول الأوروبية والدول الأسيوية والولايات المتحدة الأمريكية، وفي بعض الأقطار العربية، و اعتماد قانون الأونيسترال النموذجي في الأمم المتحدة و المتعلق بالتجارة الالكترونية، لم يتم في الجزائر طرح مشروع قانون التجارة الالكترونية للمناقشة و المصادقة عليه من طرف البرلمان. ولاشك أن هذا التأخير في سن هذا القانون سينعكس سلبا على اقتصادنا، و علاقاتنا التجارية مع الدول التي قطعت شوطا كبيرا في هذا المجال، مع الأخذ بعين الاعتبار أن العولمة تحدث عبر تكنولوجيات الاتصال والمنافسة وتماثل المؤسسات، بحيث تزداد نسبة المشاركة في التبادل الدولي والعلاقات الاقتصادية الدولية، من حيث المستوى والحجم في مجالات متعددة، وتحدث إشكالا جديدا للعلاقات الاقتصادية الدولية في الاقتصاد العالمي الرقمي.

ومن ثم يجدر بمشرعنا أن يبادر بطرح هذا المشروع للمناقشة والتصديق عليه، لما له من أهمية قصوى في التعاملات التجارية التي أضحت لا تعتمد على الدعامة الورقية. وانطلاقا من هذه الحقائق، علينا أن ندرك الاختلاف بين الواقع الدولي وواقع منظومتنا التشريعية في تعاملها مع مسائل تقنية المعلومات و التي لازالت بعيدة في أدائها عن هذه التقنية العالية.

يجب التفكير من الآن في بناء نظام قانوني يتلاءم مع العصر الالكتروني، لمواجهة التحديات القانونية في هذا الحقل، تحديات التعاقد بالطرق الالكترونية، بجوانبه الموضوعية والإجرائية، وتحديات أنظمة الدفع الالكتروني والنقود الالكترونية والبنوك الالكترونية...الخ. من الموضوعات القانونية الاخرى التي تثير مثل هذه التحديات، حتى نضمن تعاملاتنا مع الغير بشكل قانوني، سليم و نساير التطورات المتلاحقة في مختلف المجالات.

الهوامش

25- راجع هذه الأراء في مؤلف الدكتور سلامة فارس عرب، وسائل معالجة العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى،ص25.

26- د. هشام على صادق، المرجع السابق، ص645.

27- راجع مؤلف الدكتور هشام على صادق، المرجع السابق، ص660.

28- نفس المرجع، ص 658.

29- د. فؤاد عبد المنعم رياض والدكتورة سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ص 317. 30- د.أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، ط 01،دار النهضة العربية، 1993،القاهرة، ص201.

31- د. هشام صادق و آخرون، القانون الدولي الخاص، ط 2006، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 250.

32- نفس المرجع، ص 238.

33- د.عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص197.
34- د. احمد زوكاغي، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي تنازع القوانين، الجزء 2،ط.1992، دار توبقال للنشر، ص48.
35. د. بدر الدين عبد المنعم شوقي، المرجع السابق .ص. 47.
36. د. عز الدين عبدالله، المرجع السابق .ص. 154
37. د. حفظة السيد الحداد ، القانون الدولي الخاص ، الكتاب الأول ، تنازع القوانين . ط. 2002 . ص 170.
38- د. حفيظة السيد الحداد، نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد، دراسة تحليلية و انتقاديه، ط.1989، ص54.
39- د.هشام على صادق، المرجع السابق،ص 99 .
ـ أنظر رسالتنا الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ،1988،ص115.
40- د.حسام الدين فتحى ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الدولية الخاصة، دراسة مقارنة،ط. 1994، دار النهضة العربية ، ص456.
41- د . انظر بسط هذه الفكرة فى مؤلف الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، اطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص،ط.1995، دار النهضة العربية، ص40.
42- د.هشام على صادق، المرجع السابق، ص326.
43- د.فؤاد عبد المنعم رياض و الدكتورة سامية راشد، الوجيز في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي ،ص149
44- د.هشام على صادق، المرجع السابق،ص 332..
45- د.حسام الدين فتحى ناصف، المرجع السابق، ،ص295.
وانظر فى هذا المعنى ايضا مؤلف :
Dominique Holleaux Jacques foyer ,Geraud de Geouffre de lapradelle .Droit intrnational prive, Ed.1987

المراجع الأساسية المعتمدة في هذا البحث:

أولا : المراجع باللغة العربية:

1. د. إبراهيم احمد إبراهيم، أسلوب الإسناد في الميزان، دراسة في القانون الدولي الخاص الأمريكي المقارن بالقانون المصري والقوانين الأوروبية، ط. 1985.
2. د. احمد عبد الحميد عشوش، تنازع مناهج تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، ط.1989.
3. - د.أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، ط 01،دار النهضة العربية، 1993،القاهرة.
4. - د. احمد زوكاغى، أحكام القانون الدولي الخاص في التشريع المغربي، تنازع القوانين، دار توبقال للنشر، الجزء الثاني، ط. 1992.
5. د. أدم مهدى أحمد، العولمة و علاقاتها بالهيمنة التكنولوجية،الشركة العالمية للطباعة والنشر، ط. 2001.
6. د. أسامة أبو الحسن، مجاهد خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ط.2000.
7. بدر الدين عبد المنعم، الوسيط في القانون الدولي الخاص، بدون مراجع.
8. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،1988.
9. جريمي برشير و آخرون، العولمة من تحت،ترجمة أسد كمال الياس،ط.2003،1.
10. د. حسام الدين فتحى ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الدولية الخاصة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ط. 1994.
11- حسن لطيف كاظم الزبيرى، العولمة ومستقبل الدور الاقتصادي للدولة في العالم الثالث، ط العين،2002.
12- الدكتورة حفيظة السيد الحداد، " القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، ط.2000.
" نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص الألماني الجديد، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 1989.
13 - رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية،1999.
14 - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، الطبعة الأولى 2006 ، دار النهضة العربية .
15 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الاليكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الالكترونية و حمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002.
16 - د. عبد المطلب عبد الحميد، العولمة واقتصاديات البنوك، الدار الجامعية، ط 2002/ 2003.
17 - د. عبد الرشيد عبد الحافظ، الآثار السلبية للعولمة على الوطن العربي وسبل مواجهتها، بدون مراجع.
18 - د. عز الدين عبد الله. القانون الدولي الخاص،ط.2، 1969.
19 - د.على على سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، ط 3، 1991.
20- الدكتور عنايت عبد الحميد ثابت، اطراح فكرة الدفع بالنظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص،ط.1995، دار النهضة العربية.
21 - د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة العقود الدولية في قانون التجارة الدولية،ط.1.
22 - د. فؤاد عبد المنعم رياض و الدكتورة سامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي.
23 - د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، طبعة 2006 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع.
24 - د. هشام على صادق، تنازع القوانين،ط.1974.
25 - د. هشام صادق و آخرون، القانون الدولي الخاص، ط 2006، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
26 - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر، ط.2005.
27 - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعلومات الالكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية.
28 - د . وداد احمد كيكسو ،العولمة والتنمية الاقتصادية،ط.1 ،2002.
29 - د . محمد دياب:"عولمة الاقتصاد"، مجلة العربي، العدد 494، يناير 2000.

ثانيا : المراجع الأجنبية :

ANTOINE Kaissis : Le nouveau -1 droit européen des contrats internationaux , Paris , L.G.D.J , 1993
Dominique Holleaux Jacques foyer -2 ,Geraud de Geouffre de lapradelle .Droit international prive, Ed.1987
Marie Anne Frison Roche : " Le droit -3 des deux mondialisation : la mondialisation entre illusion et l'utopie .Tome 47,Dalloz.2003;"
Paul Batiffol et Paul Lagarde, Droit -4 international privé.,L.G.D.J, septième .édition,tome 1, 1981
Pierre Bourel et Yvon Loussouarn -5 ,Droit international privé., Dalloz ,troisième édition, 1988.
Encyclopédie libre Wikipidia, 08 -6 : septembre 2006, Disponible sur http://fr.wikipedia.org/wiki/Mondialis ation

النصوص القانونية:

28 بها القانون رقم :05/10 المؤرخ في 20 جوان 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم : 75/58 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.