المركز الجامعي مغنية

معهد الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مكتبة المعهد

المجلس العلمي للمعهد

محاضرات

في مقياس المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة

المركز الجامعي – مغنية -
مكتبة معهد الحقوق و العلوم السياسية
رقم الجرد: 034
التاريخ: 2024

موجّه لطلبة السنة الثانية ماستر

تخصص قانون خاص

من إعداد الدكتورة: المر سهام

أستاذة محاضرة أ

السنة الجامعية

2024-2023

مقدمة:

أدى التطور التكنلوجي في العصر الحديث إلى تداخل الشعوب واحتكاكها ببعضها البعض في مختلف المجالات، التجارية والصناعية والعلمية والاجتماعية الأسرية والصحية، وعليه تزايدت العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي بين الأشخاص.

فالدولة بعدما كانت تضم رعاياها فقط، فأصبحت الآن أمام واقع وجود رعايا أجانب على أراضيها مما يطرح إشكالية اختصاص القضاء الوطني في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي وكذا إمكانية تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني.

وأمام تعقد العلاقات الوطنية بين الأشخاص، والتي إما أن تحمل الطابع الوطني البحث، وذلك بجميع عناصرها، أو أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر، كأن كان أحد أطرافها غير جزائري، أو قد نشأت خارج الجزائر، أو كان موضوع العلاقة موجودا خارج الجزائر، ففي هذه الحالات الثلاث تتدخل قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد المحكمة المختصة من جهة ولتحديد القانون الذي يجب تطبيقه على هذه العلاقة، سواء كان القانون الداخلي أو القانون الأجنبي.

وأمام اختلاف العلاقات الخاصة الداخلية عن العلاقات الدولية الخاصة، نتج عن ذلك اختلاف أساليب فض النزاعات التي تترتب عنهما، فمن غير المنطق أن تخضع العلاقة المتعلقة بأكثر من قانون واحد لأحكام القانون الداخلي الذي وضع لحكم الروابط الداخلية، هذا ما أدى بفقه القانون الدولي الخاص إلى اقتراح حلول فقهية من خلالها يتم التوصل القوانين الأكثر ملاءمة لحكم النزاعات التي تترتب عن العلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي.

المركز الجامعي مغنية
معهد الحقوق و العلوم السياسية
مكتبة المعهد

وباعتبار مقياس المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة مقياس موجه لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون خاص، فإنه يعتبر تتمة لما تم التطرق إليه في إطار مقياس القانون الدولي الخاص والموجه لطلبة السنة الثالثة تخصص قانون خاص، والذي يعنى بمجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بتنظيم علاقات الأفراد المالية أو الشخصية، إذا اقترن بها عنصر أجنبي، والتي تعالج مسألة الاختصاص القضائي الدولي، وتنازع القوانين، وحالة الأجانب والجنسية وتبين كيفية تنفيذ الأحكام والأوامر الأجنبية.

تعتبر المنازعات المترتبة عن العلاقات الخاصة الدولية المجال الخصب لتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنازع القوانين، الذي يعتبر من المسائل الدقيقة المتعلقة بتطبيق قواعد الامتياز في الاختصاص القضائي وقواعد التنازع وتوزيع الاختصاص بين القوانين المتنازعة، وهذا من شأنه أن ينقل العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي من نطاق قانوني إلى آخر . من أجل ذلك تكفل الفقه والتشريع بإيجاد بعض الحلول لهذه المشكلة، في مساهمة منهما لتذليل الصعوبات والعقبات التي يمكن أن تعترض سيرورة وديمومة هذه العلاقات خاصة في العلاقات التي يحكمها القانون الخاص.

وعليه فإن أهمية هذا المقياس تظهر من خلال تكملة المعلومات المتعلقة بمقياس القانون الدولي الخاص دون الرجوع للقواعد العامة فيه من التكييف والاحالة وكذلك مركز الأجانب والجنسية، حيث سيم تخصيص الدراسة لتحديد الاطار المفاهيمي للمنازعات الدولية في العلاقات الخاصة، إضافة إلى الخوض في أول ما يمكن أن يعترض المنازعة الدولية الخاصة وهي مسألة تنازع الاختصاص القضائي، مع تخصيص الدراسة في العقد التجاري الالكتروني والذي لقي اقبالا كبيرا في عصر الرقمنة، حيث سيتم بيان القواعد الخاصة المستحدثة في

الولوج لمسألة تحديد الاختصاص التشريعي في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة، ليتم كذلك بعدها تخصيص الدراسة في العقد التجاري الالكتروني.

وعليه ولدراسة مقياس المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة يستدعي الأمر تقسيم الموضوع إلى ثلاث فصول وفق ما يلي:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمنازعات الدولية في العلاقات الخاصة

الفصل الثاني: تنازع الاختصاص القضائي في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة.

الفصل الثالث: تنازع الاختصاص التشريعي في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمنازعات الدولية الخاصة

تثير العلاقات الخاصة في نطاق القانون الداخلي العديد من المشاكل، مما يحتم على القضاء التدخل في لفض المنازعات وحلها وفق القواعد القانونية المناسبة، وإن كانت هذه

القوانين تندرج ضمن نظام قانوني واحد، أما إذا كانت العلاقات الخاصة مشتملة على عنصر أجنبي أو ما يصطلح عليه كذلك بالعلاقات الدولية الخاصة فإنها تثير مشاكل تتعلق بتحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق.

وعليه فمتى نكون أمام منازعة دولية خاصة؟

المبحث لأول: تعريف المنازعات الدولية الخاصة:

يراد بالمنازعات الدولية الخاصة " أي خلاف بين أشخاص طبيعية أو معنوية خاصة، يمكن أن يطرح أمام القضاء بشأن علاقات نشأت بينهم، إذا ما تعدت حدود الدولة الواحدة وهو ما يصدق على المنازعات المدنية والتجارية ويستبعد منها كون الدولة طرفا في العلاقة أو الخلاف بوصفها صاحبة سلطة وسيادة"[1].

كما يقصد بها المنازعات الناشئة عن علاقات القانون الخاص ذات العنصر الأجنبي، أي العلاقات التي تقوم بين الأفراد أو بين الأشخاص المعنوية الخاصة دون تلك التي تكون فيها الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة سيادة وسلطة، وسواء كانت هذه العلاقات تخص المعاملات المالية أو الأحوال الشخصية، ودون تمييز بين العلاقات التي يحكمها القانون المدني عن تلك التي يحكمها القانون التجاري، أو أي فرع من فروع القانون الخاص الأخرى[2].

---

[1] حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، ط.01، القاهرة، سنة 1994، ص 11.

[2] مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر، ط.01، الأردن، سنة 2011، ص.54.

فالعلاقات التي تقع ضمن نطاق القانون الخاص يسودها مبدأ سلطان الإرادة وتكافؤ في مركز الأطراف بما يحقق المصلحة الخاصة، وهذا على خلاف فروع القانون العام، أين تمنح للدولة سلطة وسيادة تجعلها في مركز أقوى من الطرف الآخر، مما يستبعد إمكانية اثارة مشكلة تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين، كما هو الحال في قانون العقوبات والقانون الإداري والدستوري والمالي[3].

ويعتبر مصطلح المنازعة الدولية الخاصة أكثر شمولا ودقة من مصطلح العلاقة الدولية الخاصة، لأن وجود المنازعة المشتملة على عنصر أجنبي، سبب جوهري وأساسي لنشوء القانون الدولي الخاص ذلك أن العلاقات الخاصة العابرة للحدود تتم بصفة سليمة وهادئة ولا تثير إلا مسألة تنازع القوانين أو البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، ولا يتدخل الاختصاص القضائي إلا بمناسبة نزاع في المركز القانوني، ولهذا يعتبر موضوع الاختصاص القضائي الدولي مهما بالنسبة لموضوع تنازع القوانين وسابقا عليه[4].

المبحث الثاني: شروط المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة

بعد تحديد المقصود بالمنازعات الدولية في العلاقات الخاصة، فإنه حتى نكون في إطارها فإن الأمر يستدعي تحديدها من حيث كونها خاصة كمطلب أول، في حين يتم

---

[3] كمال سمية، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص.09

[4] كمال سمية، المرجع السابق، ص.09

تخصيص المطلب الثاني للصفة الدولية في المنازعات الخاصة والتي من شأنها إثارة تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين.

المطلب الأول: أن تكون المنازعة الدولية خاصة:

ويتحدد موضوعها بالمراكز القانونية ذات العنصر الأجنبي التي يحكمها القانون الخاص سواء تلك المرتبطة بالمعاملات المالية أو الأحوال الشخصية دون تمييز بين ما هو محكوم بالقانون المدني أو بالقانون التجاري أو غيرهما من فروع القانون الخاص، وسواء كان أطراف هذه المعاملات أشخاصا طبيعيين أو معنويين خاصين من الوطنيين أو من الأجانب[5].

ويستبعد من نطاقها منازعات القانون العام مثل القانون الإداري والقانون المالي لأن هذه الأخيرة ليست محلا لتنازع القوانين وإنما تثير فقط مشكلة تحديد نطاق تطبيق القانون من حيث المكان حيث تطبق تطبيقا إقليميا.

المطلب الثاني: أن تكون المنازعة الخاصة دولية

فإنها تتحدد وفق المعيار القانوني إذ يكفي أن يتخلل العلاقة القانونية عنصر أجنبي إما بالنظر لأطرافها أو موضوعها أو سببها وهذا بالنسبة للقاضي الذي ينظر في النزاع ويكون ذلك وفق ضوابط إسناد متمثلة في الجنسية، الموطن، وموقع المال ومكان إبرام التصرف أو تنفيذه ومكان وقوع الفعل المنشئ للالتزام.

---

[5] سعيد يوسف البستاوي، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.01، لبنان، سنة 2004، ص.16.

غير أن المعيار القانوني ليس كافيا وحده في تحديد دولية العلاقة القانونية، لهذا ظهر المعيار الاقتصادي والذي يعني أن يتضمن العقد عملية ذهاب وإياب عبر الحدود، أي أن يتجاوز العقد نطاق الدولة الواحدة، بما يفيد ارتباطه بمصالح التجارة الدولية.

أما بالنسبة للمنازعات التجارية التي تتم عبر شبكة الأنترنت فهي يمكن أن تكون منازعة دولية خاصة وهذا استنادا لما قضت به نصي المادتين 02 و13 من قانون التجارة الالكترونية 18-05[6].

الفصل الثاني: الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الدولية الخاصة

يعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي من أهم قواعد القانون الدولي الخاص من الناحية العملية، وذلك أن تعيين المحكمة المختصة بالفصل في النزاع يؤدي إلى الحل النهائي للنزاع فثبوت الاختصاص لمحكمة ما يترتب عليه قيام تلك المحكمة بتكييف العلاقة القانونية موضوع النزاع وفقا لقانونها، وعندما تنتهي من عملية التكييف يتوجب عليها أن تحدد القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية موضوع النزاع ويتم ذلك وفقا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في قانون دولة المحكمة وهي في كلتا الحالتين (التكييف والإسناد)تطبق قواعد وطنية، وعلى الرغم من أن ثبوت الاختصاص لمحكمة دولة معينة لا يستتبع بالضرورة ثبوت الاختصاص لقانون تلك الدولة، فإنه قد يؤثر وبصورة غير مباشرة على عقد

---

[6] – القانون رقم: 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ع. 28، الصادرة في 16 ماي 2018.

الاختصاص لقانون المحكمة المعروض عليها النزاع، فيؤدي الاختصاص القضائي إلى اختصاص قانون المحكمة المختصة[7].

المبحث الأول: ماهية الاختصاص القضائي الدولي

إن تحديد ماهية الاختصاص القضائي الدولي يستدعي تحديد تعريفه إضافة لطبيعته وكذلك البحث في مدى امتداد تطبيق قواعد الاختصاص المحلي على المنازعات الدولية الخاصة.

المطلب الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي

يراد بالاختصاص القضائي الدولي هو بيان الحدود التي تباشر فيها الدولة سلطاتها القضائية بالمقابل مع الحدود التي تباشر فيها الدول الأخرى سلطاتها القضائية بواسطة محاكمها[8]، ويراد باصطلاح الاختصاص القضائي الدولي: "بيان القواعد التي تحدد ولاية محاكم الدولة في المنازعات التي تتضمن عنصرا أجنبيا إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى[9] وذلك بالمقابل مع قواعد الاختصاص الداخلي والتي تحدد اختصاص كل محكمة من محاكم الدولة تجاه غيرها من محاكم نفس الدولة" والمقصود من مصطلح "صفة الدولي" في

---

[7] حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص ، الطبعة الثانية، دار الثقافة، ، الطبعة الثانية، عمان، سنة 2001، ص 236 .

[8] كمال سمية، المرجع السابق، ص.09

[9] محمد عبد العال عكاشة، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1996، ص.402.

الاختصاص فطبيعة العلاقة القانونية التي تقوم المحاكم الوطنية بالتعرض لها من حيث كونها مشتملة على عنصر أجنبي، وليس صفة المحاكم التي تقوم بالفصل في النزاع.

ويدخل ضمن عبارة "تنازع الاختصاص" مجموع المسائل التي تطرحها المنازعات الدولية الخاصة أمام الجهات القضائية الدولية ويكون عندما يعرض نزاع ذو عنصر أجنبي أمام محكمة وطنية فيما إذا كانت مختصة أو غير مختصة، وهنا على القاضي أن يحل مشكلة الإختصاص من عدمه وفقا لقانونه الوطني[10].

المطلب الثاني: طبيعة الاختصاص القضائي الدولي

يتميز الاختصاص القضائي الدولي بمجموعة من الخصائص: منها أنها قواعد وطنية مادية، قواعد اختصاص إقليمي أو نوعي كونها متعلقة بالنظام العام أو عدمه.

الفرع الأول: قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد وطنية ومادية

مادام أن تحديد سلطة القضاء يعبر عن سيادة الدولة حيث تستقل كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي بما يحقق أهدافها الاجتماعية والاقتصادية التي ترمي إليها سياستها التشريعية، فأمام مشكلة عدم وجود هيئة قضائية دولية تختص بالنظر في المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي يتعين على يمنح الاختصاص لهيئة وطنية كما تحدد سابقا.

فالمبدأ أن المحاكم الوطنية عندما تتعرض لمسألة مدى اختصاصها للفصل في المنازعات

---

[10] كمال سمية، المرجع السابق، ص.13.

لا تلجأ إلى قواعد الاختصاص الوطني دون أن تأخذ بعين الاعتبار قواعد الاختصاص الأجنبية [11]غير أن المشرع الوطني وهو بصدد وضع قواعد الاختصاص الدولي لا يستطيع أن يغفل الصفة الدولية للمنازعة آخذا بعين الاعتبار مبدأ القوة والنفاذ الذي وفقاله يجب أن تكون هناك صلة بين النزاع المطروح والدولة بما يبرر اختصاصها به ويخول لمحاكمها سلطة فعلية تسمح بكفالة آثار الحكم الصادر عنه[12].

فالطابع الوطني لقواعد الاختصاص القضائي الدولي الناتج على أن تنظيمها يكون خاصا بالنظام القانوني للدولة، مما يؤدي إلى اختلاف هذه القواعد من دولة لأخرى فيؤدي إلى تنازع اختصاص إما إيجابي أو سلبي بين محاكم عدة دول[13].

قواعد الاختصاص الدولي ليست قواعد تنازع وإنما هي قواعد مادية لأنها تحدد مباشرة المحكمة المختصة ولا تشير إلى القانون الذي يحدد الاختصاص القضائي فهي قواعد موضوعية وليست قواعد إسناد لأنها لا تعين المحكمة المختصة من بين عدة محاكم فهي قواعد تفصل بطريقة مباشرة في مدى اختصاص القاضي المطروح عليه نزاع من عدمه.

الفرع الثاني: مدى اعتبار قواعد الاختصاص القضائي الدولي من قواعد الاختصاص المحلي أو النوعي.

يعرف النظام القضائي الدولي نوعين من الاختصاص:

---

[11] حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.01، بيروت سنة 2004، ص.22.

[12] محمد عبد العال عكاشة، المرجع السابق، ص.422.

[13] كمال سمية، المرجع السابق، ص.15.

1. قواعد الاختصاص النوعي: توزع الاختصاص على مختلف أنواع المحاكم سواء كان النزاع عادي أو إداري ثم تختص بحسب نوع النزاع وهي من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

2. قواعد الاختصاص الإقليمي: توزع الاختصاص على المحاكم بالنظر لموقعها الإقليمي. ولا تعتبر من النظام العام [14].

نظرا للتقارب الموجود بين قواعد الاختصاص النوعي والمحلي من باب تأسيسهما على تحقيق مصلحة الأطراف [15] وعلى حسن سير العدالة فمن باب العدل أن ترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه وهذا ما تأخذ به قواعد الاختصاص المحلي. وبهذا تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي من قواعد الاختصاص المحلي. [16]

ودليل ذلك أن قواعد الامتياز المنصوص عليها في المواد 41و42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية [17] للفصل في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي وأحد أطرافها جزائري جاءت في سياق القواعد المحددة الاختصاص الإقليمي.

---

[14] سهى خلف عبد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار البداية ناشر وموزعون، ط.01، عمان، سنة 2013، ص.26.

[15] كمال سمية، المرجع السابق، ص.16.

[16] سهى خلف عبد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار البداية ناشر وموزعون، ط.01، عمان، سنة 2013، ص.26.

[17] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

الفرع الثالث: مدى تعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام.

في إطار تحديد طبيعة الاختصاص القضائي الدولي ثارت إشكالية تتعلق بمدى ارتباط قواعده بالنظام العام أي مدى قوتها الإلزامية؟

وفي هذا الإطار ظهر اتجاهين[18]:

الاتجاه الأول: يرى أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي متعلقة بالنظام العام. ويستند في ذلك إلى:

- أن العدالة وظيفة من وظائف الدولة تمارسها بواسطة إحدى سلطاتها المتمثلة في المحكمة.
- نظرا لعدم وجود هيئة دولية تتولى الفصل في المنازعات الدولية الخاصة فكل دولة تحدد حالات الاختصاص الدولي لمحاكمها وهذا التحديد يعتبر من النظام العام حيث يتعين رفع المنازعة ذات العنصر الأجنبي أمام محكمة تحوز الاختصاص ، وهذا يندرج ضمن النظام العام الإجرائي.

الاتجاه الثاني: يميز في حالات الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة بين نوعين:

1. حالات الاختصاص الوجوبي: والتي تتعلق بالنظام العام وتشمل الحالات التالية:
   - إذا كان موطن المدعى عليه في دولة القاضي.
   - إذا كان للأجنبي موطن مختار في دولة القاضي.

---

[18] – هشام خالد، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000، ص.62.

- إذا تعدد المدعى عليهم وكان لأحدهم إقامة أو موطن في دولة القاضي.
- إذا نشأ الالتزام أو كان تنفيذه في دولة القاضي.
- حالات الإفلاس، الميراث، الدعاوى المتعلقة بالتركة، الإجراءات االتحفظية.

2. حالات الاختصاص الجوازي: ماعدا ما سبق ذكره في حالات الاختصاص الوجوبي يجوز الاتفاق على مخالفتها[19].

موقف المشرع الجزائري:

لا تتعلق حالات الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام كقاعدة عامة، مادام أنها امتداد للإختصاص المحلي وهذا استنادا للمواد 37—39-41-42-46 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[20].

غير أن هناك استثناءات حددها المشرع في المواد 40 و45 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[21] حيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها كونها من النظام العام.

المطلب الثالث: امتداد تطبيق قواعد الاختصاص المحلي على المنازعات الدولية الخاصة

سار المشرع الجزائري على منهج المشرع الفرنسي من حيث عدم تنظيمه للاختصاص القضائي الدولي إلا من خلال مادتين فقط، وهذا ما دفع القضاء الفرنسي إلى إنشاء مبدأ "تمديد قواعد الاختصاص على المجال الدولي" بصفة تدريجية.

---

[19] – كمال سمية، المرجع السابق، ص.22 وما بعدها.

[20] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

[21] – القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المشار إليه سابقا.

الفرع الأول: تطور الاجتهاد القضائي الفرنسي

كان المبدأ السائد في القضاء الفرنسي أن حق اللجوء للقضاء مقيد وأن العدالة تقام للوطنيين دون الأجانب، وقد تردد القضاء والفقه حول قواعد الاختصاص.

و امتدادا لقواعد القانون الطبيعي وتطبيقا لها يمكن استدعاء أجنبي ليمثل في مواجهة مدعى فرنسي أمام القاضي الطبيعي للمواطن الفرنسي، فحق اللجوء إلى لقضاء حق مقدس والقضاة الفرنسيين يعتبرون قضاة طبيعيين للفرنسيين. وقد كرس القانون الفرنسي هذا التصور من خلال المواد 14-15 من القانون المدني الفرنسي، حيث أن المحاكم قد استنتجت بمفهوم المخالفة من أحكام هاتين المادتين أنها غير مختصة عندما لا يكون أي طرف فرنسي في النزاع، غير أنه تطور الأمر أمام إشكالية الأمن المدني الفرنسي والذي قد يهدده نزاع بين أجانب إذا كان مرتبطا بفرنسا ليتم هجر مبدأ عدم الاختصاص بمقتضى عدة قرارات بمحكمة النقض الفرنسية ليكلل بمبدأ الهجر النهائي بموجب قضية **Scheffel** الصادر سنة 1962 الذي يعتبر أن "العنصر الأجنبي للأطراف لا يعد سببا لعدم اختصاص المحاكم الفرنسية"[22].

الفرع الثاني: تطور موقف المشرع حول الاختصاص القضائي الدولي

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والادارية الملغى (1966) يستخلص أن المشرع الجزائري سكت كلية عن بيان القواعد العامة التي تحكم الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الجزائرية، واكتفى بوضع أحكام محدودة بموجب المواد 10-11 وهو للأسف نفس ما اتبعه في القانون الجديد 08-09 بمقتضى المادتين 41 و42 وهذا الاتجاه حسب

[22] – كمال سمية، المرجع السابق، ص.26 وما بعدها.

بعض الفقه منتقد لأنه إذا كان القانون السابق قد وضع في ظروف انتقالية اقتضت إصداره فإنه كان على المشرع أن يتولى تنظيم قواعد الاختصاص القضائي الدولي من منظور دولي مؤسس على قواعد مبنية على الانترنت، أو على الأقل أن يأخذ بما توصل إليه القضاء الفرنسي بشأن توسيع نطاق المادتين 14 و15 القانون المدني الفرنسي.

وأمام عدم جدوى المواد 41 -42 قانون الاجراءات المدنية والإدارية في تغطية جميع حالات النزاع المشتملة على عنصر أجنبي فالقضاء ملزم بسد النقص التشريعي وذلك بتمديد أحكام المادة 37 وما بعدها من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على تنازع الاختصاص القضائي الدولي.

المبحث الرابع: مدى حرية الدولة في تحديد اختصاصها القضائي الدولي

يعتبر تنظيم الاختصاص القضائي الدولي مسألة متصلة بالنظام العام لكونه متعلقا بسيادة الدولة، فالمبدأ العام في تحديد الاختصاص القضائي الدولي هو أن المشرع في كل دولة يملك الحرية في تحديد اختصاص محاكمه الوطنية وتنظيمها على الصعيدين الداخلي والدولي، دون السماح لأية هيئة أو دولة أجنبية بالتدخل فيها[23]، إذ لا توجد في المجتمع الدولي هيئة قضائية دولية تتولى حسم المنازعات الدولية الخاصة، ولا قواعد دولية ملزمة للدول في نطاق تحديد الاختصاص القضائي الدولي بصفة عامة، إلا أن حرية الدولة في تحديد اختصاصها القضائي الدولي غير مطلقة، حيث يرد عليها بعض القيود التي يكون أساسها الاتفاقيات أو الأعراف الدولية، أو تكون نابعة من القانون الدولي العام، ومنها ما

[23] فؤاد رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، ص 430.

يجد أساسه في مبدأ السيادة الإقليمية، وهذا ما نتولى بيانه في مطلبين، حيث نبين في المطلب الأول مبدأ الفاعلية أو قوة النفاذ، ونوضح في المطلب الثاني حق كل فرد في التقاضي أمام محاكم الدولة التي يقيم بها .

المطلب الاول: مبدأ الفاعلية أو قوة النفاذ.

إن تحديد اختصاص محكمة دولة ما بالنظر في المنازعات ذات الطابع الدولي يتوقف على مدى الفاعلية التي بإمكان المحاكم توفيرها للأحكام التي تقررها، إذ أن المشرع الوطني عندما يقرر عقد الاختصاص لمحاكم دولته في أي نزاع، يتوجب عليه الأخذ بنظر الاعتبار مراعاة حدود الفاعلية، وإلا فلن تكون هنالك قيمة عملية للأحكام التي تصدر من قبل تلك المحاكم، إذ ينبغي عند منح الاختصاص لمحاكم دولة ما، أن يكون ذلك مبنيا على أساس يضمن الفاعلية للأحكام التي تصدرها تلك المحاكم، وذلك لأن الدولة الأجنبية لا تقوم بتنفيذ الأحكام الصادرة من قبل محاكم دولة غيرها اعتباطا، وإنما تقوم بذلك على أساس ا وجود اعتبارات معينة، وليس ثمة شك من أن الدولة عندما تراعي تلك الاعتبارات التي تقوم بوضعها الدول الأخرى فإنها تضمن بذلك فاعلية الأحكام التي تصدرها محاكمها[24]

وقد أخذ المشرع الإنجليزي بهذا المبدأ عند عقد الاختصاص القضائي للمحاكم الإنجليزية، حيث لا تعد هذه المحاكم مختصة إلا إذا كان لها القدرة الفعلية على إصدار الحكم

[24] إبراهيم أحمد إبراهيم، أحمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام)، 2000، ص 189.

وتنفيذه[25]، إلا أن الأخذ بهذا المبدأ بصورة مطلقة يؤدي إلى صعوبات كثيرة، منها أنه يتنافى مع مقتضيات المعاملات الدولية، وذلك لأن القاضي لا يستطيع أن يحدد مقدما زمان تنفيذ الحكم الذي يقوم بإصداره ومكانه، مما يؤدي إلى امتناع القاضي الوطني عن النظر في الكثير من المنازعات ذات الطابع الوطني، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن إطلاق هذا المعيار قد يؤدي إلى إنكار العدالة إذ قد يعجز المدعي عن اللجوء إلى محاكم دولة أخرى ويطالب بحقه، هذا بالإضافة إلى أن بعض الأحكام لا تحتاج إلى تنفيذ باعتبارها ذات طبيعة كاشفة، إذ تقتصر على توضيح المركز القانوني، كما في أحكام الأهلية.[26]

فالمقصود بمبدأ الفاعلية هو التأكيد على الجانب العملي لدور محكمة الموضوع وكونها قادرة إداريا وإجرائيا على مواصلة سير الدعوى من حيث الحضور والإثبات والوصول إلى ذوي العلاقات من الأطراف، ومن ثم تنفيذ الحكم بعد ذلك، وهذا كله ضمن العلاقة أو الصلة القائمة مابين محكمة الموضوع والأطراف والحق المتنازع عليه من قبلهم أمام تلك المحكمة، وإلا تقرر المحكمة رد الدعوى لعدم الملائمة أو التيسير كما هو معروف في المبدأ الإنجليزي convenience forum Non- .

المطلب الثاني : حق كل فرد في التقاضي أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها

---

[25] سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص.46.

[26].أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار انهضة العربية، القاهرة، ص 70 .

لم تسمح الدول في السابق للأجانب بحق اللجوء إلى قضائها، وذلك لأنها نظرت إلى القضاء بوصفه امتيازا يتمتع به رعاياها وحدهم دون الأجانب[27]، ونتيجة لتطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في العصر الحديث، قامت الدول بالتخلي عن ذلك الاتجاه لاعتبارات عديدة منها :عندما يثور أي نزاع على إقليم دولة أيا كان أطرافه فإن من شأنه الإخلال بمقتضيات الأمن والنظام العام، وإذا كانت الدول المتمدنة تسمح للأجانب بحق التمتع بقدر من الحقوق على إقليمها لا غنى عنها لحياة الإنسان، فمن الطبيعي أن تسمح لهم باللجوء إلى قضائها وإلا أصبحت الحقوق المقررة لهم بلا قيمة حقيقية[28]، كما أنه لاعتبارات تتعلق بالعدالة، قامت الدول بالسماح للأجانب المقيمين على أراضيها لفترة طويلة بالالتجاء إلى القضاء الوطني، ما لم توجد رابطة بينهم وبين بلدهم الأصلي، وكذلك الحال بالنسبة للأشخاص الذي لا يستطيعون العودة إلى بلدهم لأسباب سياسية، ذلك أن تحقيق العدالة يتطلب السماح لهم بالتقاضي أمام محاكم الدولة التي يعيشون فيها، وقد استقر العرف الدولي على إمكانية لجوء الأجانب إلى القضاء الوطني، سواء أكان جميع أطراف النزاع من الأجانب أم كان أحدهما أجنبيا والآخر وطنيا، باعتباره نتيجة مترتبة على الاعتراف للأجانب بقدر أدنى من الحقوق التي يتمتعون بها في دولة الإقامة، وإن تجاهل الدولة لهذا الحق أو عدم منحهم الضمانات التي لا يمكن الاستغناء عنها لضمان حسن سير العدالة يعقد مسؤوليتها الدولية على أساس إنكار العدالة[29].

---

[27] سهى خلف عبد ، المرجع السابق، ص.47.

[28] فؤاد رياض، سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 234 .

[29] عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، بغداد، 2001، ص 530 .

هذا وقد تم تقنين هذا المبدأ في العديد من المواثيق الدولية، والدساتير على أساس أن حق اللجوء إلى القضاء يقتضيه كيانه الإنساني، وهو حق مقرر بمقتضى قواعد القانون الدولي العام، حيث أصبح من أهم حقوق الإنسان الدولية الملزمة للمنظمات الدولية والدول والمؤسسات، وبمقتضى ذلك تمكن الشخص ويشمل الوطني أو الأجنبي من ممارسة حقه في التقاضي أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها، إلا أن بعض الدول مثل فرنسا تفرض بعض القيود على حق الأجنبي في الالتجاء إلى القضاء الوطني، منها اشتراط أدائه كفالة نقدية، تسمى الكفالة القضائية، لقبول دعواه، وذلك تأثرا بالأفكار القديمة التي كانت سائدة فيما مضى وحتى عام 1948، حيث لم تعد مقبولة مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بالإجماع عن هيئة الأمم المتحدة في 1948/12/10.

وقد قيل في تبرير هذا القيد أنه نوع من الضمان لإمكانية دفع المصروفات القضائية والتعويضات التي تستحق على المدعي الأجنبي، كما أن الغاية من الضمان أيضا تفادي الدعاوى الكيدية التي قد يقيمها مدع معسر، وقد انتقد التبرير السابق على أساس أنه إذا كانت هذه الغاية من الكفالة القضائية، فإنه يتعين فرضها على كل مدع سواء كان أجنبيا أم وطنيا، وعدم قصر الإلزام بها على الأجانب فقط، وعلى العموم، فإنه لا توجد اليوم دولة تسد هذا الباب أمام أي إنسان لأنه متعلق بمرفق العدالة الذي هو متوفر للجميع وبسهولة، لتعلقه بحقوق الإنسان الدولية[30].

[30] سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص.48.

المبحث الثاني: معايير الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات الدولية الخاصة

من القواعد المسلم بها في فقه القانون الدولي الخاص، أنه لكل دولة الحق في تحديد الحالات والمعايير التي بناء عليها يعقد الاختصاص القضائي الدولي لمحاكمها الوطنية والذي يتحدد إما استنادا لضوابط شخصية أو ضوابط موضوعية، وهذا ما سيتم بيانه من خلال ما يلي:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي الدولي المبني على أساس الاعتبارات الشخصية

الاعتبارات الشخصية هي التي تكون مستمدة من ارتباط أطراف الدعوى بالدولة، ويكون ذلك إما عن طريق الجنسية أو الموطن، فتمتع أحد الأشخاص بجنسية دولة معينة يعد اعتبارا يبنى عليه اختصاص محاكمها للنظر في الدعوى التي يكون طرفا فيها[31]، فالدولة تكون ملزمة بتحقيق العدالة لمواطنيها طبقا للقاعدة التي تقول بأن القضاء يعد امتيازا لا يستفيد منه إلا الوطنيون الذين يعدون من رعايا الدولة، كما أن موطن الخصوم في الدولة يعد اعتبارا يثبت بموجبه الاختصاص القضائي الدولي لمحاكم تلك الدولة على أساس أن توطن الفرد في الدولة، وإن لم يكن يحمل جنسيتها، دليل على وجود مصالحه فيها، فمن الطبيعي أن تختص محاكم تلك الدولة بالفصل فيما يدخل فيها من منازعات، لذا نقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

---

[31] . محمد الروبي، جابر سالم عبد الغفو ،خالد عبد الفتاح، أحكام الجنسية ومركز الأجانب وفقا لأحكام القانون رقم 154 لسنة 2004 المعدل للقانون رقم 26 لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية، دار النهضة، القاهرة، 2005، ص 8.

الفرع الأول: الاختصاص القضائي الدولي على أساس الموطن

يعد الموطن من أهم الاعتبارات التي يقوم عليها الاختصاص القضائي الدولي، كما يعد من أكثر الأسس المتبعة في الاختصاص القضائي الداخلي وذلك على وجه الخصوص في الاختصاص المحلي ، حيث تذهب أغلب التشريعات إلى الاعتداد باعتبار موطن المدعى عليه وذلك وفقا للقاعدة المسلم بها في القانون المقارن التي تقضي بأن المدعي يلحق المدعى عليه في دعواه وليس العكس، وقد تباينت آراء الفقه في تبرير اختصاص محاكم الدولة بمنازعات المدعى عليه المتوطن في إقليمها، وتبرير ذلك عند بعض الفقهاء أن محكمة المدعى عليه أو محل إقامته هي التي يسهل عليها اتخاذ الإجراءات الخاصة بتنفيذ الحكم ضد المدعى عليه باعتباره موجودا تحت سيطرتها وفي دائرة سلطانها الأمر الذي يمكنها من التنفيذ على أمواله التي قد توجد في إقليمها[32].

وعليه إن دراسة الموطن كضابط لعقد الاختصاص للقضاء الوطني في المنازعات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي يقتضي تحديد الموطن وحالات عقد الاختصاص استنادا لضابط الموطن.

أولا: المقصود بالموطن

يقصد به الصلة أو الرابطة القانونية بين الشخص ومكان معين يقيم فيه بنية الاستقرار واستنادا لذلك فللموطن عنصران: عنصر مادي يتمثل في الإقامة الفعلية في مكان معين وعنصر معنوي يتمثل في نية الاستقرار في ذلك المكان ويقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

---

[32] سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص. 54.

وقد أخذ بهذا المعنى العديد من التشريعات منها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 36 من القانون المدني [33] بقوله: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى، يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

ولا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

وكذا المشرع الأردني بمقتضى المادة (39) من القانون المدني التي تنص على أن "الموطن هو المكان الذي يوجد فيه الشخص عادة"، وكذلك المادة(1/40) من القانون المدني المصري حيث عرفته بأنه "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"، وبهذا يكون كل من المشرع الجزائري والأردني والمصري اشترطو توافر عنصرين: الأول الإقامة في مكان معين، وهذا هو الركن المادي، والثاني هو نية الاستقرار.

فمجرد الإقامة لبعض الوقت في إقليم الدولة لا تجعل للشخص موطنا مالم تكن مصحوبة بنية الاستقرار فيه، فالموطن بالمعنى السابق هو الموطن العام، ويعبر عنه كذلك بمكان الإقامة العادية لأنه يوجد بجانب الموطن العام كل من الموطن الخاص والموطن المختار، فالموطن الخاص (أو موطن الأعمال) هو المكان الذي يباشر فيه الشخص عملا أو تجارة أو حرفة معينة، بحيث تختص محكمة الموطن الخاص بالدعاوى المتعلقة بهذا العمل أو التجارة أو الحرفة فقط[34]، وإن كان الموطن العام لهذا الشخص يقع في إقليم دولة أخرى، أما الموطن المختار فهو المكان الذي تتجه الإرادة إلى اختياره بقصد تنفيذ عمل أو تصرف قانوني

---

[33] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

[34] المادة (40) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، والمادة (41) من القانون المدني المصري.

معين، بحيث يكون خاصا بهذا العمل أو التصرف وحده[35]، كما في موطن الوكيل العام، وصندوق البريد أو التلكس أو العنوان الإلكتروني، فمحكمة ذلك الموطن هي التي تكون مختصة بنظر الدعاوى التي ترفع إليه وتتصل بهذا العمل دون غيرها[36] .

في إطار الاختصاص القضائي يخضع الموطن لقانون القاضي حيث أنه عندما ترفع الدعوى قضائية يكون الاختصاص فيها مبنيا على الموطن، فإن قانون المحكمة التي تنظر إلى النزاع هو الذي يؤكد ما إذا كان الموطن موجودا في دولة القاضي أم لا.

وعليه فيعتبر الموطن ضابط أو معيار اختصاص منطقي ومعقول إذ يتم اللجوء للمحكمة الأقرب إلى مقر السكن، وذلك بهدف التيسير على المتقاضين وضمان حسن سير العدالة.

غير أنه للتفصيل أكثر في ضابط الموطن فإن الأمر يقتضي تحديد مضمون محل الإقامة:

محل الإقامة

يقصد به المكان الذي يقيم فيه الشخص من دون أن تتوفر لديه نية البقاء والاستقرار فيه، أي بتحقق العنصر المادي للموطن ويتخلف العنصر المعنوي، وقد أخذ المشرع الجزائري والمصري بالموطن والإقامة كاعتبار لاختصاص المحاكم وتذهب الاتفاقيات

---

[35] سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص..58.

[36] المادة (1/30) من القانون المدني المصري، والمادة (19) من قانون أصول المحاكمات الأردني رقم 24 لسنة 1988 والمعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2001 .

الدولية[37] إلى الاستعانة باعتبار محل الإقامة بدلا من الموطن في مجال الاختصاص القضائي الدولي وذلك لتجنب الخلافات التي قد تثور من قبل التطورات والاتجاهات المعارضة لفكرة الموطن في الأنظمة القانونية .

ثانيا: حالات الاختصاص استنادا لضابط الموطن

إذا عقد الاختصاص على أساس ضابط الموطن، فإن المحكمة قد يعقد اختصاصها إما استنادا لضابط موطن المدعى عليه وإما استنادا لضابط موطن المدعي.

أ- الاختصاص القضائي المقرر لمحكمة موطن المدعى عليه

وهنا يقتضي الأمر التمييز بين محكمة موطن المدعى عليه كشخص طبيعي أو كشخص معنوي.

1- الاختصاص المقرر لمحكمة الموطن إذا كان المدعى عليه شخصا طبيعيا

القاعدة العامة والأساسية في الاختصاص المحلي والإقليمي هي أن المدعي يسعى إلى المدعى عليه في أقرب محكمة إليه وهذه القاعدة قديمة كان منصوص عليها في القانون الروماني وهي ذات منشأ عرفي كرست في جل التشريعات إذ يعتبر ضابط الموطن المدعى عليه من أكثر الضوابط انتشارا وهي من المبادئ التي اعتمدت في كل من الاختصاص

[37] كما في اتفاقية الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، إذ ثار نقاش في اللجنة الخاصة ببحث مشروع الاتفاقية في أفضلية النص فيها على موطن المدعى عليه أو محل إقامته، وانتهت المناقشة بالأخذ بمحل الإقامة المعتاد للمدعى عليه بإقليم الدولة (المصدرة للحكم) وفقا للمادة (1/10) من الاتفاقية نقلا عن : سهى خلف عبد، المرجع السابق، ص 68 .

القضائي الداخلي والدولي، باعتبار أن المدعى عليه أولى بالرعاية من المدعي[38] ولقد أخذ المشرع بهذا من خلال المادة 37 قانون الاجراءات المدنية والإدارية [39]وأساس هذه القاعدة: "براءة ذمة المدعى عليه حتى يثبت العكس" وبالتالي يجب حمايته فيكون على من يدعى عكس ذلك أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمة موطنه.

كما أن الأصل أن الدين مطلوب فعلى المدعي المطالبة بدينه في موطن المدعى عليه، والهدف من تقرير هذه القاعدة هو تيسير مهمة الدفاع على المدعى عليه لأنها موضوعة في مركز المدافع ومن شأنها تحقيق المساواة الإجرائية.

وهي تعتبر قاعدة عامة في القانون الجزائري تسري على جميع أنواع الدعاوى ماعدا تلك التي قرر لها المشرع نصا خاصا وهي في المواد 39-40 قانون الاجراءات المدنية والإدارية.[40]

إلا أن قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه ليست من النظام العام حيث يخضع اختصاص المحاكم الوطنية لإرادة المدعي، إن شاء رفع الدعوى أمام محكمة دولة موطن المدعى عليه أو محكمة دولة المدعي، حيث يجوز مخالفة من طرف المدعي شرط عدم

---

[38] - كمال سمية، المرجع السابق، ص.33.

[39] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

[40] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

إثارة ذلك من طرف المدعى عليه بعدم الاختصاص استنادا لنص المادة 46 قانون الإجراءات المدنية والإدارية[41].

كما أن القاضي لا يحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه إلا في حالة عدم حضور المدعى عليه، أو حضوره ودفعه بعدم الاختصاص وهذه القاعدة مأخوذ بها في مختلف التشريعات منها المادة 42 القانون المدني الفرنسي والمادة 29 قانون المرافعات المصري.

أما بالنسبة للأجنبي فيظهر موقف المشرع الجزائري من خلال المادة 10 من القانون 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها[42]. على أن الأجنبي العابر للإقليم الجزائري أو الذي يقيم فيها لمدة لا تتجاوز 90 يوما يعتبر غير مقيم لانعدام القصد في تثبت إقامته أو ممارسة نشاط مهني.

أما الأجنبي المقيم فهو الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة في الجزائر والذي تسلم له بطاقة المقيم وهذا استنادا للمادة 16 من القانون 08-11، والملاحظ من خلال هذه المادة أن المقصود من الإقامة هو الموطن بعنصريه (الإقامة الفعلية ونية الاستقرار) غير أن الفرق بينهما أن الموطن يثبت للجزائري استنادا لنص المادة 36 القانون المدني في حين الإقامة تكون للأجانب، كما يثبت الاختصاص للمحاكم الوطنية إذا كان المدعى عليه موطن مختار في إقليم الدولة، فقد يكون للمدعى عليه موطن عام في دولة أجنبية كما له موطن مختار لتنفيذ التصرف في دولة القاضي وهذا استنادا للمادة 39 القانون المدني

---

[41] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

[42] – قانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر، ع.38، الصادرة في 2 يوليو 2008.

وفي جميع هذه الحالات المتعلقة باختصاص محكمة موطن الأجنبي بصفته المدعى عليه ينبغي أن يكون دخولهم إلى إقليم الدولة قانونيا.

2-الاختصاص المقرر لمحكمة موطن المدعى عليه شخص معنوي:

إذا كان المدعى عليه شخصا معنويا فإن موطنه يحدد وفقا لقانون القاضي كقاعدة أساسية.

فقاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه لا يقتصر تطبيقها على الأشخاص الطبيعية فقط بل يمتد ليشمل موطن الشخص المعنوي والمحدد في المادة 50 القانون المدني: "موطن... وهو المكان الذي فيه مركز إدارتها" وكذلك ما قضت به المادة 547 القانون التجاري، وكذلك ما أكدته المواد 39 و40 قانون الإجراءات المدنية والادارية[43] فهاته الأخيرة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

3-الاختصاص المقرر لمحكمة موطن المدعى عليهم:

في حالة تعدد المدعى عليهم يختار المدعى محكمة موطن أحدهم لرفع الدعوى أمامها، وهذه القاعدة تقليدية منصوص عليها في المادة 38 قانون الاجراءات المدنية والإدارية أين يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية لموطن أحدهم وهو ما نصت عليه أغلب التشريعات.

ب- الاختصاص القضائي المقرر لمحكمة موطن المدعي:

---

[43] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

إذا تم تقرير القاعدة العامة حماية لمصلحة المدعى عليه ،فقد ينعكس الأمر ويصبح الاختصاص لمحكمة موطن المدعي، ويعد هذا الاستثناء غير منصوص عليه صراحة لحد ما، لكن من خلال قواعد الاختصاص المحلي وبالنظر لطبيعة الدعوى وفي ظل غياب قواعد خاصة بالاختصاص الدولي يمكن استخراج حالات اختصاص محكمة موطن المدعي من قانون الإجراءات المدنية والادارية وهي كالآتي:

1. المادة 5/39 قانون الاجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالمراسلات والقيمة المصرح بها وطرود البريد ويكون الاختصاص **لمحكمة موطن المرسل أو المرسل إليه.**
2. المادة 2/40 قانون الاجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالنفقة الغذائية والسكن يكون **الاختصاص لمحكمة موطن الدائن بالنفقة.**
3. المادة 08/40 قانون الاجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بإنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يكون **الاختصاص لمحكمة موطن المدعى.**

أما في القانون الفرنسي فقد تم إقرار استثناءات من قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه ومنها ما ورد في المادة 3/42 قانون الاجراءات المدنية والإدارية وذلك في حالة رفع دعوى ضد أجنبي غير مقيم في فرنسا فيقوم المدعى الفرنسي برفعها أمام محكمة موطنه.

(لكي يكون الإختصاص لمحكمة موطن المدعي يجب أن يكون المدعى عليه أجنبي غير مقيم في فرنسا وغير معروف موطنه).

الفرع الثاني: الاختصاص القضائي الدولي على أساس الجنسية

تلعب الجنسية دوراً مهما في القانون الدولي الخاص، فهي التي تمنح الطابع الدولي لقواعد الاختصاص القضائي على خلاف الموطن على اعتبار أنها رابطة سياسية بينما الموطن رابطة قانونية.

وعليه فإن التطرق للاختصاص على أساس الجنسية يتطلب البحث في هذا الامتياز تم التطرق لطبيعة هذا الاختصاص والانتقادات الموجهة.

أولا: مضمون الامتياز: وهو أن يكون المدعى أو المدعى عليه يحمل جنسية القاضي.

أ-إذا كان المدعي يحمل جنسية دولة القاضي:

نص المشرع في المادة 41 قانون الاجراءات المدنية والإدارية[44] على أنه "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى لو لم يكن مقيما بالجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين". وهي منقولة من المادة 14 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص أنه: "يجوز للأجنبي أن يكلف بالحضور أمام المحاكم الفرنسية حتى ولو لو لم يكن

---

[44] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

مقيما في فرنسا من أجل تنفيذ التزامات تعاقد عليها في فرنسا مع فرنسي، كما يمكن أن يمثل أمام المحاكم الفرنسية من أجل التزامات مع فرنسيين".

واستنادا للمواد السالفة الذكر فإن المدعي من جنسية دولة القاضي تمنح له فرصة اللجوء إلى محاكمه الوطنية وقد تم تبرير اختصاص القضاء الوطني بناء على جنسية المدعي لأن الوطنيين يطلبون دائما العدالة أمام محاكمهم لأن المحاكم في الدول الأجنبية لا تمنح الضمانات الكافية.

وبتحليلنا للمادة 41 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[45] فإن الاختصاص للمحاكم الوطنية بناء على ضابط الجنسية لا يرتبط فقط بالالتزامات التعاقدية في الجزائر مع جزائريين ولكن كذلك بالنسبة الالتزامات المبرمة في دولة أجنبية مع جزائريين، كما أنها تمنح الحق للمدعي الجزائري أن يرفع دعواه ضد جزائري ليس له موطن في الجزائر وهذا حسب التفسير الموسع للنص.

ب- إذا كان المدعى عليه يحمل جنسية دولة القاضي:

هذا ما نص عليه المشرع في المادة 42 قانون الاجراءات المدنية والإدارية: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

---

[45] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

وهي منقولة من المادة 15 من القانون المدني الفرنسي: "يمكن أن يمثل أمام محاكم فرنسا كل فرنسي من أجل التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى لو كان مع أجنبي".

وفي هذه الحالة تمنح فرصة مماثلة للمدعي الأجنبي ضد مدعى عليه يحمل جنسية دولة القاضي، وتراعى مصلحته عن طريق منحه إمكانية اللجوء إلى محاكم دولة القاضي ويقوم الاختصاص على المبدأ العام السائد في فقه القانون الدولي الخاص المتمثل في مبدأ الإقليمية بالإضافة إلى ضابط شخصي مبدأ الشخصية وهو جنسية المدعى عليه.

ثانيا: شروط تطبيق قاعدة الاختصاص على أساس الجنسية

أ- وقت إعتماد ضابط الجنسية:

باعتبار أن الجنسية ضابط اختصاص محاكم دولة القاضي فيجب أن تتوفر وقت رفع الدعوى ولا يهم إذا كان المدعي أو المدعى عليه أجنبيا وقت نشوء الحق المتنازع فيه، كما أن تغيير الجنسية بعد رفع الدعوى لا يؤثر على الاختصاص ويمكن أن يكون المدعى عليه شخصا طبيعيا كما يمكن أن يكون شخصا معنويا خاصا على أساس أن الاختصاص عام من حيث الأشخاص.

ب-نطاق إعمال ضابط الجنسية -موضوع النزاع-

من خلال التفسير الحرفي للمادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والادارية[46] يتبين أن الدعاوى التي تشملها المادتين السالفتي الذكر يقتصر على الالتزامات التعاقدية المالية لكن حسب التفسير الموسع لا يكون القضاء مقيدا بهذه

---

[46] - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

الدعاوى وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية التي تبنت تفسيرا موسعا للمادتين 14-15 من القانون المدني الفرنسي والتي شملت جميع أنواع الدعاوى باستثناء:

- الدعاوى العينية العقارية.
- طلبات القسمة العقارية لعقارات في الخارج.
- الطلبات المتعلقة بطرق التنفيذ الممارسة خارج فرنسا.

وعليه يمكن للقضاء الجزائري أن يأخذ بهذا التفسير ويوسع من نطاق المادتين 41 و42 قانون الاجراءات المدنية والإدارية[47] لتشمل كل الدعاوى الشخصية المالية والتعاقدية وغير التعاقدية ودعاوى الأحوال الشخصية التي يكون أحد أطرافها جزائريا.

ثالثا: طبيعة قواعد الاختصاص القضائي على أساس الجنسية:

اقترنت المادتين 41 و42 قانون الاجراءات المدنية والإدارية بعبارة يجوز وهذا ما يجعل منهما قاعدتين غير متعلقتين بالنظام العام حيث يجوز الاتفاق على مخالفتهما، بسبب أنهما تمنحان للطرف الجزائري امتياز إن شاء استعمله وإن شاء تنازل عنه وقد يكون التنازل صريحا بإدراج بند صريح في العقد أو ضمنيا بأن يقبل الطرف اختصاص محكمة أجنبية ولا يثير عدم اختصاصها (المحكمة الأجنبية)، فيتنازل عن تمسكه بالامتياز المقرر له عند رفع دعواه أمام محكمة أجنبية، أو عندما ترفع عليه الدعوى أمام محكمة أجنبية فيقدم طلباته ودفوعه الموضوعية.

---

[47] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

رابعا: تقدير الاختصاص المبني على أساس الجنسية

تعتبر قواعد الاختصاص المبني على أساس الجنسية قواعد غير مألوفة تقرر امتياز للطرف الوطني، يتم الاستناد عليه في حالة عدم إمكانية الاختصاص وفقا للضوابط العادية ويذهب بعض الفقه الجزائري إلى اعتبار المادتين 41 و42 تقران امتيازا لصالح الطرف الجزائري، يبقى هذا الامتياز قائما ما دام لم يتنازل عنه وبالتالي فإن الدفع بعدم الاختصاص الذي يقدمه الطرف الأجنبي يكون غير مؤسس، وأن الحكم المضاد الذي سيصدر عن القضاء الأجنبي يكون غير قابل للتنفيذ في الجزائر، لكن هذا الرأي لا يعطي حلا للمسألة وإنما يزيدها تعقيدا، إذ لا يعقل أن يصدر القضاء الوطني أو الأجنبي حكما دون إمكانية تنفيذه في أي من الدولتين.

وبالتالي فإن كانت المنازعة الدولية الخاصة ترتبط بمحاكم دولة أجنبية بروابط أكثر جدية من رابط الجنسية فيمكن الدفع بعدم اختصاص المحاكم الجزائرية لو رفعت أمامها الدعوى ويمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يحكم بعدم الاختصاص إذا كانت دعوى عينية عقارية أو إذا كان اختصاص المحاكم الأجنبية متعلقا بالنظام العام.

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الوطني بناء على ارتباط موضوع النزاع بدولة القاضي.

يقصد بموضوع النزاع هو سبب العلاقة القانونية وموضوعها بغض النظر على عنصر الأشخاص وهي ما تعرف "بالضوابط الموضوعية للاختصاص القضائي الدولي"، فقد يرتبط موضوع النزاع بإقليم الدولة وهو ما يعبر عنه بالرابط الجدي بين النزاع وإقليم الدولة، أين يكون للنزاع صلة بإقليم دولة أكثر من غيرها من الدول ويتحقق ذلك في الحالات التالية:

الفرع الأول: الدعاوي العقارية

استنادا للمادة 40 قانون الاجراءات المدنية والإدارية[48] فإنه: "ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية دون سواها: في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان الأشغال".

وتعتبر هذه القاعدة داخلية تطبق في المجال الدولي وتبرير ذلك يرجع إلى أنها المحكمة الأقرب إلى العقار، إضافة لتسهيل إجراءات التحقيق والخبرة حيث من الأفضل أن يكون القاضي المختص قاضي مكان تواجد العقار من أجل التنقل المباشر لعين المكان. أو أكثر من ذلك في المجال الدولي لارتباط العقار بسيادة الدولة.

الفرع الثاني: دعاوى الأحوال الشخصية

تتمثل دعاوى الأحوال الشخصية حسب المادة 40 قانون الاجراءات المدنية والإدارية[49] في: دعاوى الميراث ودعاوى الطلاق أو الرجوع، دعاوى الحضانة ودعاوى المطالبة بالنفقة والسكن، غير أنه سيتم التطرق لدعوى الطلاق والميراث لأنها مسائل تتعلق بالنظام العام.

---

[48] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

[49] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

أولا: في دعاوى الميراث

جاء في المادة 2/40 قانون الاجراءات المدنية والإدارية بأنه: "... ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية دون سواها: في مواد الميراث أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفي".

يفترض نظام الميراث تركيز العمليات في مكان افتتاح التركة من أجل أن يتم إعلام ذوي الحقوق وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي من خلال المادة 45 القانون المدني الفرنسي حيث: "يؤول الاختصاص في دعاوى الميراث لمحكمة مكان افتتاح التركة والمحلل بموطن المتوفي".

ثانيا: في دعاوى الطلاق أو الرجوع

جاء في المادة 2/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الاختصاص يكون لمحكمة مسكن الزوجية، ويختص قسم شؤون الأسرة بالفصل في هذه المنازعات اختصاصا نوعيا، وهذا بحسب المادة 426 قانون الاجراءات المدنية والإدارية واختصاصا إقليميا استنادا للمادة 426 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[50]فقرة 3 والتي جاء فيها: " في موضوع الطلاق والرجوع يكون الاختصاص لمحكمة مكان وجود مسكن الزوجية لكن بخصوص الطلاق بالتراضي فيؤول الاختصاص لمحكمة إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".

---

[50] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

الفرع الثالث: في دعاوى الإفلاس والتسوية القضائية

تنص المادة 3/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه على أن: "ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية دون سواها: في مواد الإفلاس أو التسوية القضائية للشركات أمام الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو المقر الاجتماعي للشركة".

الفرع الرابع: المواد الاستعجالية

جاء في المادة 9/40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "في المواد الاستعجالية تختص المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع الإشكال في التنفيذ، أو التدابير المطلوبة".

قد تؤدى مراحل رفع الدعوى وإصدار الحكم القضائي إلى ضياع بعض الحقوق وطول أمد التقاضي وقد يتأخر الفصل في الدعوى إن تمت بصفة عادية، مما يزيد في مماطلة الخصوم أصحاب النية السيئة، وقد تستدعي بعض الأوضاع سرعة الفصل فيها وذلك باتخاذ تدابير وإجراءات ضرورية للمحافظة على الحقوق لهذا فكر المشرع في إنشاء نظام القضاء الاستعجالي وهو ما أخذ به المشرع الجزائري ونظمه من خلال قانون الاجراءات المدنية والإدارية منه المادة 299 قانون الاجراءات المدنية والإدارية.[51]

[51] – القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

المبحث الثالث: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في عقود التجارة الالكترونية – أنموذجا–

فالتجارة الإلكترونية هي التجارة التي تغطى الإنتاج والترويج والبيع والتوزيع من خلال شبكة الاتصالات وأدواتها مثل التلفون والفاكس، والبريد الإلكتروني وشبكة الانترنت[52].

وقد عرفها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 06 من القانون رقم 18-05[53] بأنها: "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

وفي هذا الصدد حاولت الدول التصدي لمختلف المشاكل التي تثار بشأن التجارة الإلكترونية، منها مشكلة تنازع الاختصاص القضائي، والذي يثير إشكالات في بيئة التجارة الإلكترونية، نظرا لأن التجارة الإلكترونية لا تعترف بالحدود ولا تتقيد بالأنظمة القانونية.

ومن أكثر الموضوعات إثارة للجدل في عقود التجارة الإلكترونية مسألة تنازع الاختصاص القضائي، باعتبار أن اللجوء إلى القضاء هو الأسلوب المعتاد في فض النزاعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وعليه فإذا تجاوز العقد التجاري الإلكتروني إقليم الدولة الواحدة، ففي هذه الحالة يمكن أن تثار مسألة المحكمة المختصة بالنظر في منازعاتها، والذي يكون بالاستناد إلى التشريعات الداخلية المسايرة للاتفاقيات الدولية المصادق عليها، وعليه

---

[52] – محمد إبراهيم غازي، الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، للنشر، مصر، 2014، ص327.

[53] – القانون رقم: 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ع. 28، الصادرة في 16 ماي 2018.

فهل خص المشرع الجزائري مسألة تحديد المحكمة المختصة بالنظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية بضوابط خاصة في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 ؟ أم أن الأمر يبقى مرتبط بالقواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين وفق ما يلي:

المطلب الأول: الضوابط الشخصية المحددة للاختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية

بالاستناد لنص المادة 13 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وفي إطار الفقرة العاشرة منها، نص المشرع على مايلي: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني وعلى الخصوص المعلومات الآتية:

– الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا لأحكام المادة 02 أعلاه".

وبالرجوع للمادة 02 من القانون 18-05 فإن الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية يؤول إلى المحاكم الوطنية إذا كان أحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري، أو كان محل إبرام العقد أو تنفيذه في الجزائر، والواقع أن هذه المادة قاعدة إسناد أحادية أراد المشرع من خلالها منح الأولوية للقضاء الجزائري للفصل في منازعات عقد التجارة الإلكترونية مستندا إلى ضابطين، الأول مرتبط ومستمد من المركز القانوني لأطراف الخصومة هما: ضابط الجنسية، ومحل الإقامة، والثاني يتعلق باتصال العقد بالإقليم الجزائري، وهما ضابط مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه.

حيث ما يلاحظ من صياغة المادة أنها قد حددت الحالات التي يعقد فيها الاختصاص القضائي للقضاء الوطني دون وضع ضابط من شأنه تحديد المحكمة المختصة سواء كانت وطنية أو أجنبية، كما يلاحظ أن الضوابط المنصوص عليها جاءت على سبيل الاختيار وليس على سبيل الاحتياط، ومنها ما هو شخصي يتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: ضابط الجنسية–إذا كان أحد أطراف العقد جزائريا–

يعد هذا الضابط من الضوابط الشخصية، والذي بناء عليه يعقد الاختصاص للقضاء الوطني، وهنا سواء كان المدعي أو المدعى عليه جزائريا يعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، وعليه فإن دراسة هذا الضابط يقتضي تحديد مضمونه، وكذا تقييمه.

أولا: مضمون ضابط الجنسية

يبدوا من خلال الفقرة الأولى من المادة 02 من ق.ت.إ أن المشرع قد ساير ما ذهب إليه المشرع الجزائري في القواعد الإجرائية العامة من خلال المادة 41، 42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية [54]والتي أخذت بالضابط الشخصي في تحديد الاختصاص القضائي في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة، والتي تسمى بقواعد الامتياز، باعتبار أنها منحت امتيازا للقضاء الوطني للنظر في المنازعات التي يكون أحد أطرافها جزائريا، سواء كمدعي أو مدعى عليه، وإن كان نطاق المادتين يتحدد بالنظر إلى التزامات التعاقدية.

حيث جاء في المادة 41 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بأنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر، أمام الجهات القضائية الجزائرية،

---

54 - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع.21، الصادرة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات الجزائرية بشأن اِلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائري".

وتضيف المادة 42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بأنه: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن اِلتزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي".

حيث أنه وباستقراء المادتين السالفتي الذكر فإن مجرّد تمتع أحد أطراف الدعوى بالجنسية الجزائرية، سواء بصفته مدعي أو مدعى عليه، يعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة الجزائرية، حيث تحدد نطاق المادتين بالالتزامات التعاقدية، سواء أبرمت في الجزائر أو في الخارج، وعليه فالنص يؤسس امتيازا قضائيا لصالح الجزائريين، إلا أن طبيعة المادة مكملة بالنظر إلى صياغتها الجوازية بما يفيد عدم تعلقها بالنظام العام، إذ يجوز لمن تقرر الاختصاص القضاء الجزائري لمصلحته التنازل عنه سواء صراحة أوضمنا. [55]

ثانيا: تقييم ضابط الجنسية

أمام أخد المشرع الجزائري بضابط الجنسية لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية في المنازعات التجارية الإلكترونية، إلا أن الطبيعة الاختيارية له قد تلغي جدواه من جهة، وإن كان أعمال ضابط الجنسية قد يبدو قاصرا في ضمان قوة النفاذ للأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري.

[55] – كريمة تدريست، دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد11، ع.03، ديسمبر 2020، ص105.

وعليه، فالإشكالية التي يمكن أن تطرح في هذا الإطار تدور حول مدى صلاحية ضابط الجنسية في منازعات التجارة الإلكترونية؟ ومدى كفايتها في تقرير الحماية لأطراف العقد التجاري الإلكتروني؟ باعتبار أن هذه القاعدة لا تقرر لمصلحة المستهلك فقط، الذي قد يكون جزائري، فهذا الوصف الأخير يمكن أن يكون للمورد الإلكتروني والذي هو دائما في المركز القوي، وبالتالي فإن هذه القاعدة ليست مقررة للمستهلك[56] فقط، بل قد يكون أحد أطراف العقد الإلكتروني والذي قد يكون المورد الإلكتروني. [57]

وعليه، فإن إعمال ضابط الجنسية الذي بناء عليه يعقد الاختصاص لمحكمة جنسية أطراف العقد التجاري الإلكتروني، يبدو أكثر محدودية باعتبار أن جنسية أطراف العقد التجاري الإلكتروني يبدو أمرا يصعب تحقيقه لأن انعدام اللقاء المادي بين الأطراف يطرح إشكالية بالنسبة لتحديد شخصية المتعاقد فما بالك جنسيته.

ومن تم ذهب جانب من الفقه إلى عدم ملائمة هذا الضابط لمعطيات العالم الافتراضي[58]، فبالنسبة للشخص الطبيعي فالأمر يكون أكثر تعقيدا، ذلك أن المتعاقد يتعاقد من خلال ملأ وثيقة بيانات تتضمن المعلومات الشخصية، دون الإشارة لجنسيته، أما بالنسبة للشخص المعنوي والذي يكون بالتمييز بين حالتين، الحالة الأولى مرتبطة بالموقع الإلكتروني الذي يكون ممثلا للشخص المعنوي الذي له وجود مادي، حيث أن هذا النوع يسهل تحديد جنسيته، بناء على مكان التأسيس أو مكان الاستغلال، أو مركز إدارته الرئيسي، أما

---

[56] – عرفه المشرع المستهلك الإلكتروني في إطار الفقرة 03 من المادة 06 من القانون 18-05 بأنه: "المستهلك الإلكتروني كل شخص طبيعي أو معنوي، يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورّد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

[57] – عرف المشرع المورد الإلكتروني في إطار الفقرة 04 من المادة 06 من القانون رقم 18-05 بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية."

[58] – كريمة تدريست، المرجع السابق، ص106.

الحالة الثانية فيكون بالنسبة للموقع الإلكتروني الذي يكون ممثلا لشخص معنوي ليس له وجود مادي، فإن هذا النوع لا يمكن تحديد جنسيته. [59]

وعليه، فإن ضابط الجنسية قد يبدو من الصعب بمكان تطبيقه على منازعات التجارة الإلكترونية، فاعتبار أن العالم الافتراضي قد تجاوز سيادة الدولة على رعاياها وعلى إقليمها، إذ أن المورد الإلكتروني أو المستهلك الإلكتروني أصبح يلج العالم بعقوده التجارية الإلكترونية بغض النظر عن جنسية من يتعامل معه.

في هذا الإطار دعا الأستاذ (J.Pbollow) إلى عدم تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الافتراضي، لأنها مفاهيم مادية لا تتماشى والعالم الافتراضي الإلكتروني. [60]

الفرع الثاني: ضابط الموطن –الإقامة الشرعية في الجزائر لأحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني–

لقد أعرب المشرع الجزائري عن رغبته في اخضاع منازعات الاختصاص القضائي الدولي للعقد التجاري الإلكتروني للقانون الجزائري، إذا كان احد أطراف العقد التجاري الإلكتروني مقيما إقامة شرعية في الجزائر، وهذا استنادا للفقرة 02 من المادة 02 من ق.ت.إ. [61]

وعليه فإن دراسة هذا الضابط يقتضي تحديد مضمونه و كذا تقييمه.

---

[59] – ليندة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي –، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2019، ص461، 462.

[60] – بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 04، لسنة 2016، ص17.

[61] – الصادر بمقتضى القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الالكترونية، المشار إليه سابقا.

أولا: مضمون ضابط الإقامة الشرعية

يعد ضابط الموطن من أهم الضوابط المعتمدة في تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الدولية التقليدية، وهي القاعدة العامة في الاختصاص المحلي في المجال الداخلي المنصوص عليها في المادة 37 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية[62]، غير أن الاعتداد يكون بموطن المدعى عليه وليس بموطن المدعي، لأن الأول أولى بالرعاية من الثاني. [63]

كما أنه من مبررات إعمال هذا الضابط هو أن الأصل في قواعد الإثبات هو براءة المدعى عليه، حيث يتعين على المدعي خلاف الأصل الذي هو براءة الذمة[64]، أن يلجأ إلى المحكمة الأقرب إلى محل إقامة المدعي عليه لرفع دعواه، وبهذا يكون المشرع الجزائري وبإقراره لمحكمة الإقامة الفعلية لأحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني، قد خرج عن الغاية الأصلية من إقرار ضابط موطن المدعى عليه، وكان همه الوحيد هو إعطاء ولاية الفصل في منازعات التجارة الإلكترونية للقضاء الجزائري إن كان أحد أطراف العقد التجاري الإلكتروني له إقامة شرعية في الجزائر، بينما الإقامة الشرعية تكون للأجانب المقيمين، والذين حددهم المشرع في إطار المادة 16 من القانون السالف الذكر، والتي نصت على مايلي: "يعتبر مقيما الأجنبي

---

[62] – القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المشار إليه سابقا.

[63] – سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص33.

[64] – تعود الجذور التاريخية لهذه القاعدة للعهد اللاتيني طبقا للقاعدة المشهورة (actor sequitur forumrei)، وهي عبارة تفيد أنه يتعين على رافع الدعوى أن يتبع المدعى عليه، مشار إليه في: العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، سنة 2009، ص123.

الذي يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة والدائمة في الجزائر والذي رخّص له بذلك تسليمه بطاقة المقيم من قبل ولاية مكان إقامته مدة صلاحيتها سنتان".[65]

تشترط بطاقة المقيم على الأجنبي بمجرد بلوغه 18 سنة كاملة، ما لم تنص اتفاقيات المعاملة بالمثل على خلاف ذلك.

وعليه ما دام المشرع قد خص حاملي الجنسية الجزائرية بالأولية في فض منازعاتهم أمام المحاكم الجزائري في المنازعات الدولية المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية، استنادا للفقرة 01 من المادة 02 من ق.ت.إ، فبمفهوم الاستنتاج فإن الفقرة الثانية ينصرف معناها إلى الأجانب المقيمين إقامة شرعية في الجزائر، حيث يحق لهم اللجوء إلى المحاكم الجزائرية لفض المنازعات التي يكونون طرفا فيها.

وعليه فإن الإقامة الشرعية في الجزائر مرتبط بحصول الأجنبي على بطاقة الإقامة والتي يتحصل عليها بتوافر الشروط القانونية، التي تدعم رغبته في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة الدائمة في الجزائر، كما تمنح بطاقة الإقامة للطالب الأجنبي بمدة صلاحية ترتبط بمدة دراسته او تكوينه المحددة قانونا، كما تمنح للعامل الأجنبي الأجير والتي لا تتعدى مدتها (مدة صلاحيتها) صلاحية عقد العمل.

ثانيا: تقييم ضابط محل الإقامة

يثير ضابط المواطن والإقامة الشرعية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، العديد من الإشكالات نتيجة التناقض والاصطدام الحاصل بين طبيعة ضابط الموطن أو الإقامة

---

[65] – قانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر، ع.38، الصادرة في 2 يوليو 2008.

الشرعية والذي يتطلب وجود مادي، وبين طبيعة عقود التجارة الإلكترونية وخصوصيتها التي تقوم في العالم الافتراضي، وأكثر من ذلك قد يصطدم الأمر بصعوبة تحديد مكان أطراف العلاقات العقدية في البيئة الافتراضية.

وفي هذا الإطار ذهب جانب ن الفقه إلى اقتراح فكرة الموطن الافتراضي، الذي يقوم على منح الاختصاص للمحاكم التي يوجد بها مكان أعمال المورد، غير أن هذه الفكرة انتقدت للمشاكل التي تثيرها في الواقع العملي. [66]

وعليه، فإن أول ما يثير التساؤل في صياغة المادة 02 من ق.ت.إ هو المقصود بالإقامة الشرعية باعتبار أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح الموطن في قواعد الاختصاص المحلي (م 37 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية)، وعليه فما الغاية من استعمال الإقامة الشرعية بدل الموطن ؟

بالرجوع لنص المادة 36 من القانون المدني المعدل والمتمم[67]، نص المشرع على انه: "موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، وعند عدم وجود سكن يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن".

وعليه، يتحدد الموطن استنادا للمادة 36 السالفة الذكر على أساس "محل وجود السكن الرئيسي"، وإن تعذر تطبيق ذلك المعيار يطبق المعيار الثاني وهو "مكان الإقامة العادي"، وإن كنا نميل لاعتبار الموطن خاص بالمواطنين فقط أي الجزائريين بدليل أن المشرع قد نظم

---

[66] – فاطمة الزهراء جندولي، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2017–2018، ص255.

[67] – الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05–10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07–05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

الإقامة، والتي تكون للأجانب بمقتضى القانون رقم 08-11 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها.[68]

المطلب الثاني: الضوابط المكانية استنادا لقانون التجارة الإلكترونية

باعتبار أن الاعتماد على الضوابط الشخصية من جنسية وموطن، قد يثير الكثير من الإشكالات القانونية، فلقد نص المشرع الجزائري على ضوابط مكانية يمكن أن يعقد بناء عليها الاختصاص للقضاء الجزائري للنظر في منازعات التجارة الإلكترونية، يرتبط أولها بمكان إبرام العقد وثانيها بمكان تنفيذ العقد.

وعليه، وفي إطار التجارة الإلكترونية هل هناك ضبط لمكان إبرام العقد وتنفيذه بموجب القواعد الخاصة في التجارة الإلكترونية أم يتم تحديده استنادا للقواعد التقليدية، وهذا ما سنجيب عليه من خلال مايلي:

الفرع الأول: ضابط مكان إبرام العقد التجاري الإلكتروني

إن البحث في ضابط مكان إبرام العقد التجاري الإلكتروني والذي بناء عليه يعقد الاختصاص للقضاء الجزائري، يتطلب البحث في تحديد مضمون ضابط محل إبرام العقد التجاري الإلكتروني، وكذلك مدى ملاءمته كضابط لعقد الاختصاص بالنظر لخصوصية عقود التجارة الإلكترونية.

---

[68] – القاانون رقم 08-11 ، المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، المشار إليه سابقا.

أولا: ضابط مكان إبرام العقد ومدى صلاحية إعماله في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

أخذ المشرع الجزائري بضابط مكان إبرام العقد استنادا للقواعد العامة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية بمقتضى المادة 03/39 منه، تبرير ذلك يرجع إلى الترابط الإقليمي، مع محاكم الدولة التي ينشأ الالتزام في إقليمها، وذلك أن هذه المحاكم هي الأكثر إلماما بظروف وملابسات النزاع، والأقدر على إصدار حكم مشمول بالنفاذ. [69]

أثارت مسألة توطين العقد بغاية تحديد مكان إبرامه العديد من الصعوبات في مجال العقود التقليدية، وازدادت هذه الصعوبات تعقيدا فيما يتعلق بمكان إبرام العقد في النطاق الرقمي العالمي للتجارة الإلكترونية، حيث يرجع أساس هذه الصعوبة إلى أن العالم الرقمي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد باعتباره عالما افتراضيا. [70]

وأمام الطابع اللامادي للعقود المبرمة عبر الأنترنت، ظهرت ضرورة إعادة بعث النظريات التقليدية التي قيلت بشأن تحديد مكان إبرام العقد بين غائبين، وإن كان البعض يميل إلى عدم اعتباره عقد بين غائبين أو عقد عن بعد، وإنما هو عقد بين حاضرين لا ماديا، لكن رغم وحدة الزمان والمكان فإن هذا الحضور يختلف عن الحضور المادي التقليدي، فهو حضور من نوع خاص يستدعي تنظيمه بقواعد خاصة[71]، وبناء عليها برزت حلول تشريعية متباينة لمعالجة إشكالية تحديد مكان إبرام العقود الإلكترونية. [72]

---

[69] – جندولي فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص236.

[70] – بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، الموقع الإلكتروني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 04 ، لسنة 2016، ص20.

[71] – فتيحة حزّام، قانون المعاملات الإلكترونية – دراسة على ضوء القانون رقم 18-05-، ألفا للوثائق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، سنة 2022، ص82.

[72] – كريمة تدرست، المرجع السابق، ص108.

وعليه ومن النظريات المختلفة في تحديد مكان إبرام العقد التجاري الإلكتروني:

أ- نظرية إعلان القبول: استنادا لهذه النظرية فإن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يعلن فيه من توجه إليه الإيجاب عن إرادته بالقبول، وعليه فإن المكان الذي يحرر فيه القابل الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول أو يقوم فيها بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول في شاشة حاسوبه هو مكان إبرام العقد الإلكتروني، وعليه فإن إبرام العقد الإلكتروني يتحدد بمحل إقامة القابل وقت إعلان القبول، استنادا لهذه النظرية.[73]

لم تسلم هذه النظرية من الانتقاد، ويعود ذلك إلى أمرين يرتبط الأول بصعوبة إثبات القبول في حالة إنكاره ممن صدر منه، خاصة إذا لم يكن هناك دليل[74]، والثاني أن إعلان القبول ليس له أية قيمة قانونية، إذا لم يتصل بعلم الموجب، كون أن القبول لا يترتب عنه أي أثر قانوني قبل إقترانه بالإيجاب. [75]

ب- نظرية الاستلام المؤكد: مفاد هذه النظرية أن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يستلم فيه الموجب القبول بوسيلة تشير إلى تأكيد استلامه القبول، حيث يصبح القبول نهائيا لا يمكن للقابل الرجوع فيه[76]، حيث ظهرت هذه النظرية على أنقاض الانتقادات الموجهة إلى نظرية إعلان القبول، وعليه واستنادا لهذه النظرية فإن القبول إذا صدر مجردا من التأكيد لا يترتب عليه أثر بشأن انعقاد العقد[77]، ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية

---

[73] – الصادق عبد القادر، بالعبيدي رافع أحمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 06، ع.03، سبتمبر 2021، ص1000.

[74] – الصادر بمقتضى الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم.

[75] – شادى رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط.1، سنة 2016، ص223-224.

[76] – الصادق عبد القادر، بالعبيدي رافع أحمد، المرجع السابق، ص83.

[77] – شادى رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص224.

بمقتضى التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بمقتضى المادة 05 منه، والتي نصت على أنه: "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي تسلم فيها الموجب من زوّد الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"[78]، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي من خلال المادة 1369-5 الفقرة 03 من القانون المدني الفرنسي[79]، حيث تبنى نظرية الاستلام المؤكد في التعاقد بواسطة النقر مرتين، وما يعاب على هذه النظرية أن العبرة تكون بعلم المتعاقد -الشخص الطبيعي-، وليس البرنامج الذي يقوم بإدارة الموقع الإلكتروني، ويتلقى القبول بالنظر إلى أن البرنامج لا يتمتع بالشخصية المعنوية. [80]

ج-نظرية تصدير القبول: مضمون هذه النظرية أن العقد ينعقد في اللحظة التي يصدر القبول من القابل، وهي لحظة خروج القبول إلى الوجود[81]، وعليه فإن لحظة انعقاد العقد لا تكون بمجرد إعلان القبول، ولكن يجب إرساله إلى الموجب كقيام من وجّه إليه الإيجاب (القبول) بالضغط على الأيقونة المخصصة للإرسال[82].

ما يعاب على هذه النظرية أن تصدير القبول لن يكون له أي قيمة قانونية طالما أن العقد ينعقد بمجرد قبول من توجه إليه الإيجاب،[83] كما أننا قد نكون أمام حالة إعلان قبول دون إرساله، كحالة حدوث عطل أو خلل في الأجهزة الإلكترونية أثناء إرسال الرسالة

---

78 -Art 05, Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») *Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.*
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0031

79 -Art 1369-5, al.003, code civil français.

80 – الصادق عبد القادر، بالعبيدي رافع أحمد، المرجع السابق، ص2000.

81 – فتيحة حزّام، المرجع السابق، ص86.

82 – شادى رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص219.

83 – الصادق عبد القادر، بالعبيدي رافع أحمد، المرجع السابق، ص1000.

الإلكترونية، مما يؤدي إلى عدم وصول الرسالة إلى الموجب، والذي لا يكون على علم بالقبول، الذي تم إرساله.[84]

وبالتالي فإن هذه النظرية غير مناسبة للمعاملات الإلكترونية خاصة ما يتعلق بالقول بوجود فاصل زمني بين إصدار القبول ووصوله، باعتبار أن الأمر لا وجد له على الأنترنت، فالتصرفات الإلكترونية وإن كانت تتم عن بعد، إلا أنها فورية ومعاصرة85، وعليه فإن إشكالية وجود فارق زمني بين الإرسال والتسليم لا يكاد يكون محسوسا في المعاملات الإلكترونية. [86]

د- نظرية العلم بالقبول (le système de connaissance de l'acceptation): وهو المذهب الراجح، حيث جاء هذا المذهب نتيجة الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة، فحسب هذه النظرية ينعقد العقد في وقت علم الموجب بالقبول، حيث لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره إلا من وقت علم المتعاقد الآخر به، ووصول القبول يعتبر قرينة على العلم به، يمكن إثبات عكسه[87]، وعليه وفي مجال العقود الإلكترونية، فإن لحظة إبرام العقد هي الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول من وجّه إليه الإيجاب، وعليه فإن لحظة التعاقد عبر شبكة الانترنت، إذا ما اعتبر التعاقد بين غائبين هي اللحظة التي يطلع فيها الموجب على بريده الالكتروني ومعرفته بمضمون الرسالة[88].

---

[84] – شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص219، فتيحة حزام، المرجع السابق، ص86.

[85] – فتيحة حزام، المرجع السابق، ص87.

[86] – شادى رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص219.

[87] – ريحي تبوب فاطمة، قانون المعاملات الإلكترونية وفقا لقانون 18-05، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، ط1، فيفري 2022، ص155.

[88] – فتيحة حزام، المرجع السابق، ص85.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذه االنظرية بمقتضى القواعد العامة ، وهذا بمقتضى المادة 67 من القانون المدني والتي نص فيها على مايلي: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

وعليه فإن القضاء الوطني يكون مختصا بالنظر في منازعات التجارة الإلكترونية متى علم الموجب بالقبول، وكان متواجد في الجزائر، في حين لا ينعقد لها الاختصاص إذا كان الموجب موجودا بالخارج لحظة علمه بالقبول. [89]

هذه النظرية كذلك لم تسلم من الانتقاد على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط انعقاد، بل هو شرط لزوم ونفاذ، كما أن القابل لا يملك دليلا لإثبات علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد، مما قد يعطي الفرصة للموجب بأن يدعي عدم علمه بالقبول إذا دعت الظروف لذلك، وبالتالي فهذه النظرية يعصب الأخذ بها في مجال العقود الإلكترونية. [90]

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من ضابط مكان إبرام العقد لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية استنادا لقانون التجارة الإلكترونية:

يبقى ضابط مكان إبرام العقد ضابط اختياري إلى جانب كل من جنسية أطراف العقد التجاري الإلكتروني ومحل الإقامة الشرعية، ومكان تنفيذ العقد، ورغم المحاولات الفقهية والتشريعية في ضبط مكان إبرام العقد، غير أن كل التأسيسات السابقة كانت استنادا

---

[89] – الصادق عبد القادر، بلعبيدى رافع أحمد، المرجع السابق، ص1001.

[90] – شادى رمضان إبراهيم طنطاوي، المرجع السابق، ص224.

للقواعد العامة – التعاقد بين غائبين –، وعليه بالرجوع لقانون التجارة الإلكترونية 18-05 فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة 03 من المادة 12 بأنه: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد".

وبهذا أخذ المشرع بالنظرية المستحدثة في إطار عقود التجارة الإلكترونية والتي بمقتضاها خرج عن النظريات في التعاقد بين غائبين، والمسماة نظرية تأكيد وصول القبول، وهي النظرية التي أخذ بها المشرع الفرنسي من خلال المادة 1369-5 فقرة 03 من القانون المدني ف، والتي جاء فيها مايلي: "يعد كل من الطلب والعرض والإشعار بالإستلام قد تم استلامهم عندما يتمكن الأطراف من الاطلاع عليها إعمالا بنظرية استلام القبول المؤكد".[91]

وبهدف تجنيب المتعاقدين الإشكالات القانونية المتعلقة بتأكيد وصول القبول قد اشترط أن يتم هذا التأكيد صراحة، وهذا ما يستشف من خلال المادة 12 من ق.ت.إ والتي نصت على مايلي: "يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه صراحة".

الفرع الثاني: ضابط مكان تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني

لقد نص المشرع الجزائر على ضابط مكان تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني في الفقرة الأخيرة من المادة 02 من القانون 18-05، حيث أنه إذا كان تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني في الجزائر فيعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، مسايرا في ذلك القواعد العامة في الاختصاص المحلي المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وهذا ما أكدته الفقرة 03 من

[91] -ART 1369-5 al 03. Code civil français..

المادة 39 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، حيث يمنح الاختصاص في المنازعات التعاقدية للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها محل تنفيذ الإلتزام، وعليه فما هو المقصود بضبط مكان تنفيذ العقد الذي بناءا عليه يعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية ؟ وما مدى فعاليته ونجاعته في تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

أولا: المقصود بمحل تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني

لتحديد المقصود بمحل تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني فقد تم التمييز بين العقود التي تبرم وتنفّذ إلكترونيا، وبين تلك التي تبرم إلكترونيا وتنفّذ ماديا. [92]

ولقد أثيرت مسألة التفرقة لأول مرة عند محاولة وضع قواعد للاختصاص القضائي الدولي المتعلقة بالعقود الإلكترونية، في مؤتمر لاهاي لسنة 2000[93]، فبالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عبر الشبكة وتنفذ خارجها، فهي لا تثير إشكالات عملية أو قانونية، باعتبار أن مكان تنفيذها محدد، استنادا للقواعد التقليدية طالما تنفذ في العالم المادي، حيث يعد مكان تنفيذ العقد الإلكتروني هو المكان الذي يتم فيه بيع البضائع، أي مكان تنفيد الطلبية أو الخدمة،[94] ولقد تم تكريس هذا بمقتضى النظام الصادر عن المجلس الأوروبي رقم 2001-44 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001، والمتعلق بالاختصاص وتنفيذ الأحكام في

---

[92] – ليندة بومحراث، ، المرجع السابق، ص467.

[93] – الصادق عبد القادر، بالعبيدى رافع أحمد، المرجع السابق، ص1002.

[94] – لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، ط.02، سنة 2014، ص210.

المجال المدني والتجاري[95]، والذي حلت أحكامه محل اتفاقية بروكسل سنة 1968 بشأن الاختصاص القضائي. [96]

غير أن محل تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني الذي ينفّذ إلكترونيا يثير إشكالات قانونية وعملية.

ثانيا: نحو الفصل في إشكالية مكان تنفيذ العقد كضابط لتحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي تنفذ إلكترونيا

فإذا كان من السهل تحديد مكان تنفيذ العقد خارج الأنترنت، أي الذي يكون تنفيذه ماديا، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للمعاملات التي تنفّذ كليا بالطرق الإلكترونية، كما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة على شبكة الأنترنت، فهنا يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد فهل يراد به مكان موّرد الخدمة أو يراد به موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ ؟[97]

وفي هذا الإطار فقد حدد تشريع بروكسل مكان التنفيذ استنادا لنص المادة 50 منه، حيث فرّق بين ما إذا كان موضوع العقد تسليم بضاعة أو تقديم خدمة، حتى يجنب الأطراف الإشكالات المتعلقة بتحديد مكان التسليم، ومن ثم تحديد الاختصاص القضائي الدولي بناء على هذا المكان. [98]

---

95 -Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. *Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.*
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32001R0044

96 – كريمة تدريست، المرجع السابق، ص.110.

97 – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص210.

98 – ليندة بومحراث، المرجع السابق، ص467.

فمثلا ففي تحميل البرامج على الأنترنت والذي يعد عقد بيع بضائع، فإن الاختصاص القضائي بشأن المنازعات المتعلقة به يؤول للمحكمة التي تم أو سيتم تسليم البضاعة فيها، باعتبارها محكمة مكان التنفيذ، وتحدد هذه الأخيرة بالمكان التي يتم فيه استقبال الملف المحمل، بينما الاختصاص في عقود تقديم الاستشارات إلكترونيا، فإنه يكون للجهة التي أدت أو ستؤدى فيها الخدمة، وهي الدولة التي تم استقبال الاستشارة فيها، باعتبارها دولة التنفيذ الافتراضي. [99]

وإن كان المشرع الجزائري قد أخذ بضابط مكان تنفيذ العقد لمنح الاختصاص للمحاكم الوطنية استنادا للقواعد العامة بمقتضى المادة 39 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية،[100] فإن الإشارة له في إطار المادة 02 من ق.ت.إ غير كاف، حيث إن مكان التنفيذ قد يصعب تحديده في عقود التجارة الإلكترونية، كما أن البحث في قانون التجارة الالكترونية عن نصوص قانونية من شأنها تحديد مكان التنفيذ، والذي بناء عليه يتم تحديد المحكمة المختصة، فالتنفيذ يكون بتسليم المورد للسلعة أو الخدمة وتسليم المشتري – المستهلك – للثمن، فمكان التنفيذ يخضع من حيث تحديده لإرادة الأطراف أي لإرادة كل من المورد والمستهلك الإلكتروني، وعليه كان من الأفضل عدم الأخذ بالضوابط المكانية باعتبار أن مجمع الأنترنت هو مجمع افتراضي مصطنع، لا يقوم على أقاليم ذات ركائز جغرافية مادية، وهذا ما يجعل من مكان التنفيذ دون جدوى، وهذا ما دفع أطراف العقد المبرم إلكترونيا يميلون إلى تسوية منازعاتهم بالاستناد لوسائل التسوية البديلة. [101]

---

[99] – جندولى فاطمة زهرة، المرجع السابق، ص241.

[100] – كريمة تدرسيت، المرجع السابق، ص109.

[101] – بلاق محمد، المرجع السابق، ص21.

غير أنه وبالرجوع لنص المادة 13 من القانون 18-05 نجد أن المشرع قد ألزم الأطراف، أي كل من المورد والمستهلك بأن يتضمن العقد الإلكتروني خصوصا الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا للمادة 02 من ق.ت.إ، بالرجوع للمادة السالفة الذكر نجد أن المشرع نص على مجموعة من الضوابط الاختيارية حيث يجوز للأطراف اختيار الضابط الأنسب لهم والذي بناء عليه تتأسس العلاقة بين المحكمة المختصة والعقد، حيث أن الاختصاص يعقد إما لأن أحد أطراف العقد جزائريا أو لأن له إقامة شرعية في الجزائر، أو لأن مكان الإبرام والتنفيذ في الجزائر.

وعليه واستنادا لما سبق ذكره، فالمادة 02 من ق.ت.إ، تبقى قاعدة اسناد أحادية، أراد المشرع من خلالها منح ولاية النظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية للقضاء الجزائري، بشرط توافر صلة بين هذا الأخير والعقد التجاري الإلكتروني، وكأن المشرع قد أراد من خلال المادة 13 أن يمنح للأطراف جدية اختيار الضابط الأنسب لهم، غير أن الإحالة التي تمت في إطار المادة 13 إلى المادة 02 من ق.ت.إ. قد قيّدت إرادة الأطراف في اختيار ضابط من بين الضوابط المنصوص عليها في المادة 02، بهذا يكون المشرع قد خصص إطار لحدود إرادة الأطراف في اختيار الضابط المناسب لهم والتي بناء عليه تظهر الصلة بين المحكمة الجزائرية المختصة والعقد التجاري الإلكتروني.

كما أن المشرع الجزائري وبمقتضى نص المادة 14 من ق.ت.إ قد رتب جزاء على حالة عدم تضمين العقد بالبيانات الواجب إدراجها فيه، استنادا لنص المادة 13 من ق.ت.إ، حيث نصت المادة 14 من ق.ت.إ على مايلي: "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عند الضرر الذي لحق به"، وكأن المشرع قد أراد بمقتضى

هذه المادة حماية الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، والذي هو المستهلك، ومعنى ذلك أنه إذا تم تحديد المحكمة المختصة للنظر في عقود التجارة الإلكترونية بين المورد والمستهلك، وقام المورد برفع دعوى قضائية أمام جهة قضائية غير تلك المعينة في العقد، جاز للمستهلك الإلكتروني المطالبة بالتعويض أو بإبطال العقد.

الفصل الثالث: تنازع القوانين في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة.

فالعلاقات الخاصة كما سبق القول إما أن تحمل طابع العلاقات الوطنية البحتة وذلك بجميع عناصرها، أو أن تكون أجنبية في عنصر أو أكثر، فهنا تتدخل قواعد القانون الدولي الخاص لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة والذي إما أن يكون قانون القاضي أو قانون دولة أجنبية لها ارتباط بالنزاع سواء من حيث أطرافه أو موضوعه.

وعليه سنركز الدراسة في هذا الفصل على فئة الأحوال الشخصية حيث نسلط الضوء على المسائل المهمة إضافة إلى فئة الأحوال العينية لنخصص مبحثا لدراسة الاختصاص التشريعي في عقود التجارة الالكترونية المشتملة على عنصر أجنبي.

المبحث الأول: فئة الأحوال الشخصية.

يتم تنظيم المنازعات المتعلقة بالعلاقات الخاصة المشتملة على عنصر أجنبي استنادا إلى قواعد الاسناد والتي تعنى ببيان القانون الواجب التطبيق بناء على ضابط الاسناد والذي يستمد من معطيات العلاقة ذاتها، وعليه فماهي الحالات التي تندرج ضمن فئة الأحوال الشخصية، وما هو ضابط الاسناد الخاص بها؟

المطلب الأول: الحالة المدنية

تخضع حالة الأشخاص المدنية لقانون الجنسية وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 10 من القانون المدني، والتي يندرج فيها ما يلي:

الفرع الأول: الاسم

يتألف من الاسم العائلي والاسم الشخصي وهذا ما نصت عليه المادة

يخضع الاسم لقانون جنسية الشخص المادة 10.

هو الوسيلة التي يتميز بها الشخص عن غيره، وللاسم معنيان:

- **معنى ضيق**: ويقصد به الاسم الشخصي **Prénom**.

- **المعنى الثاني**: يقصد به اللقب أو اسم العائلة **Nom de Famille**، حيث تنص المادة 28 من ق.م على ما يلي: "يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده".

وهناك أنواع أخرى للاسم يحميها القانون كاسم الشهرة إضافة إلى الاسم التجاري، الاسم الفني[102].

-كيفية اكتساب الاسم العائلي:

- **بالنسب**: يكتسب الاسم العائلي بالنسب ، حيث ينسب الولد لأبيه إذا كان الزواج صحيح وكذلك يثبت النسب بالإقرار، أي بإقرار البنوة أو الأبوة لمجهول النسب.
- **بالقانون**: يختار ضابط الحالة المدنية اسم اللقيط، ويتم ذلك بمنحه عدة أسماء على أن يعتبر آخرها اسمه العائلي و هذا استنادا للفقرة الرابعة من المادة 64 من قانون الحالة المدنية[103].

---

[102] -أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دروس في النظرية العامة للحق، دار الأكاديمية طبع نشر توزيع، الطبعة الأولى، سنة 2011-2012، ص.52.

[103] -الصادر بمقتضى الأمر رقم 70-20، المؤرخ في 19 فيفري1970، المعدل و المتمم بالقانون 17-03، المؤرخ في 10 يناير 2017، ج. ر.ع 02، الصادرة في 11 يناير سنة 2017.

➢ **بالزواج بالنسبة للزوجة:** جرت العادة على أن تحمل الزوجة لقب زوجها ولا تفقد لقبها العائلي، فيكون لها اسمان[104].

-كيفية اكتساب الاسم الشخصي Prénom: تقضي المادة 64 من قانون الحالة المدنية بأن يختار للشخص اسم شخصي من طرف الأب أو الأم أو من طرف من يبلغ عن ولادته، كما نصت المادة 28-فقرة02- من ق.م على أن: **"يجب أن تكون الأسماء جزائرية، وقد يكون خلافا ذلك بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين غير مسلمين".**

-مميزات الاسم: يتميز الاسم بميزتين أساسيتين هما:

-عدم القابلية للتصرف فيه أو التنازل عنه، فهو حق من الحقوق الملازمة للشخص.

-عدم خضوعه لنظام التقادم.

الفرع الثاني: الموطن

يعتبر الموطن من مميزات الشخصية القانونية للشخص الطبيعي، حيث يعد الموطن المقر الذي يعتد القانون بكل ما يتم أو يوجه إليه فيه خاصا بعلاقاته و نشاطه القانوني[105]، و عليه فهو ذلك المكان الذي له صلة به تسمح باعتباره موجودا فيه على وجه الدوام، بحيث

---

[104] -إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة التاسعة، سنة 2007، ص.221.

[105] -حسن كيرة، المدخل إلى القانون،النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الإسكندرية ، ص.560.

يجوز لمن يريد أن يعامله قانونا أو قضائيا أن يوجه إليه الخطاب في ذلك المكان فيعتبر عالما بذلك الخطاب ولو لم يعلم به بالفعل[106].

و في هذا الإطار عرّف المشرع الجزائري الموطن في المادة 36 ق.م. بقوله: "**موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكني، يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.**

ولا يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

والموطن أنواع:

-الموطن العام: وهو المكان الذي يستقر فيه الشخص بصفة عادية وهذا استنادا للمادة 36 ق.م.و هو المقر القانوني للشخص الذي يعتد به في شأن نشاطه و معاملاته بوجه عام و هو يتحدد بمحل الإقامة العادية المستقرة[107].و هو الموطن الحقيقي نظرا لقيامه على أساس الإقامة الفعلية و تمييزا له عن الموطن الحكمي الذي ينفصل عن الإقامة الفعلية، و هذا الموطن يتحدد بالإقامة المعتادة[108].

---

[106] -إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الثاني، النظريّة العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط.01، سنة 2013، ص.163.

[107] -حسن كيرة، المرجع السابق، ص. 560.

[108] -علي أحمد صالح، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، دار بلقيس للنشر، ط.1، سنة 2016، ص. 102.

-الموطن الخاص: وهو موطن مزاولة العمل والنشاط على وجه التحديد، وذلك بغرض التسهيل على الشخص و على المتعاملين معه بخصوص هذه المعاملات[109]، و قد عرفه المشرع بمقتضى المادة 37 من ق.م. بنصها: **"يعتبر المكان الذي يمارس فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التجارة أو المهنية".**

-الموطن القانوني: وهو الموطن الذي يحدد بنص قانوني و هو الموطن الذي يحدده القانون لمن لا يستطيعون مباشرة التصرفات القانونية بأنفسهم، حيث أن موطن القاصر أو المحجور عليه والمفقود والغائب، هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا، حيث لا يجوز لهؤلاء الأشخاص تغيير موطنهم القانوني إلا إذا زال السبب الذي من أجله فرض المشرع عليهم هذا الموطن[110].

و قد تناول المشرع الجزائري الموطن القانوني في إطار المادة 38 من ق.م.

-الموطن المختار: وهو الموطن الذي يختاره الشخص لتنفيذ نشاط أو تصرف قانوني معين، كإختيار المتقاضي مكتب المحامي موطنا مختارا له، و في هذا الاطار نصت المادة 39 من ق.م. على ما يلي: **"يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ تصرف قانوني معين، يجب إثبات اختيار الموطن كتابة."**

و يترتب على اختيار الموطن، أنه يعتبر موطنا بالنسبة إلى كل ما يتعلق بهذا العمل أو التصرف، بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري و كافة الإجراءات القانونية و التبليغات[111].

---

[109] -إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص.169.

[110] -إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع نفسه، ص.172.

[111] -علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص. 103.

الموطن يخضع لقانون جنسية الشخص وفقا للمادة 10 القانون المدني

الفرع الثالث: الأهلية

استنادا للمادة 1/10 تخضع الأهلية لقانون جنسية الشخص غير أنه فيما يتعلق بناقص الأهلية وعديمها فإنها تخضع لقانون جنسية الشخص الذي تجب حمايته استنادا للمادة 15 من القانون المدني وهذا فيما يتعلق بالشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة.

ت- أما فيما يتعلق بالتدابير المستعجلة بالقصر والغائبون وعديمي الأهلية فيطبق القانون الجزائري إذا كان:

1. موجودين في الجزائر وقت اتخاذ التدبير الاستعجالي.
2. الأموال محل الحماية موجودة في الجزائر.

- كما أن الأهلية المقصودة في المادة العاشر هي أهلية الأداء العامة وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية أي القدرة على التعبير بنفسه على إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية في حقه وذمته[112]، فهذه الأهلية ترتبط بالعقل والتمييز والرشد.

وهي تخضع لقانون جنسية الشخص غير أنه يمكن أن تخضع للقانون الجزائري إذا كان فيها نقص راجع لسبب فيه خفاء يصعب تبينه على الطرف الآخر حيث يعتبر صحيحا استنادا للقانون الجزائري وذلك بتوافر شروط:

---

[112] -إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص. 228.

1/ نقص الأهلية راجع لسبب فيه خفاء.

2/ تصرف أبرم في الجزائر.

3/ إذا تعلق الأمر بتصرف مالي.

الفرع الرابع: حالة تعدد الجنسيات وانعدامها

في حالة تعدد الجنسيات يأخذ القاضي بالجنسية الحقيقية استنادا للمادة 22 من القانون المدني[113] ، ويراد بالجنسية الفعلية للشخص الجنسيةالتي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها كالاقامة في إقليمها إقامة عادية وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي وأخذت به محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي سنة 1912 وفي قضية كانيبالو إلا أنه إذا كان من بين الجنسيات التي يحملها الشخص جنسية جزائرية نطبق القانون الجزائري.

في حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة وهنا ما قضت به المادة 22 ق.ج.

المطلب الثاني: الحالة العائلية

تعتبر الحالة العائلية للأشخاص من أكثر المجالات اثارة لمسألة تنازع القوانين، نظرا لاختلاف النظم القانونية في نظرتها لها، وهذا ما سنتناوله من خلال ما يلي:

---

[113] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

الفرع الأول: الزواج

عرف المشرع عقد الزواج في المادة 4 من قانون الأسرة بأنه: " عقد بين رجل وامرأة على وجه شرعي..." ويكون الزواج مسبوقا بخطبة استنادا للمادة 5 من قانون الأسرة، بحيث لو ثار نزاع في مرحلة الخطبة فالقانون المختص هو قانون البلد الذي تمت فيه الخطبة استنادا للمادة 20 القانون المدني وعقد الزواج يتضمن شروطا موضوعية وشكلية.

أولا: الشروط الموضوعية:

يقصد بالشروط الموضوعية في عقد الزواج ، هي تلك الشروط الأساسية لقيام رابطة الزواج، ويدخل ضمن هذه الشروط طبقا للقانون الجزائري، رضا الزوجين، وأهلية الزواج، الصداق، الولي والشاهدان، وانعدام الموانع الشرعية.

وهي تخضع لنص المادة 11 من القانون المدني[114] والذي حدد ضابط الإسناد بضابط الجنسية فإذا كان الزوجين من جنسية واحدة أجنبية فالقانون الواجب التطبيق هو قانون جنسيتهما وهذه الحالة لا تطرح إشكال لكن المشكل يثور في حالة اختلاف جنسيتهما واختلاف الشروط الموضوعية في قانونهما الوطني.

---

[114] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

استنادا لنص المادة 11 [115]يخضع الزواج من حيث شروطه الموضوعية لقانون جنسيتهما ويراد بذلك التطبيق الموزع لا الجامع، حيث تخضع الزوجة للشروط الموضوعية في قانونها الوطني ويخضع الزوج إلى الشروط الموضوعية في قانونه الوطني.

وما يؤكد ذلك في القانون الجزائري المادة 97 من قانون الحالة المدنية، حيث اشترط بموجبها أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكان عقد الزواج.

وتبرير التطبيق الموزع لا الجامع يرجع إلى أن القانون الوطني في كل دولة وضع ليحمي مصالح أفراده فقط دون سواهم، فليس هدفه حماية الأسرة أو العلاقة الزوجية ذاتها حتى يسري على غير الوطنيين.

استثناء: غير أنه إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يطبق القانون الجزائري وحده استنادا للمادة 13 من القانون المدني باستثناء الأهلية التي تبقى خاضعة للقانون الوطني للزوج أو الزوجة الأجنبية. (استثناء على استثناء).

ثانيا: الشروط الشكلية

تختلف الأنظمة القانونية فيما بينها فيما يعتبر من الشروط الشكلية وما يعتبر من الشروط الموضوعية، وهذا الاختلاف يشكل مصدرا لتنازع القوانين، فمثلا في بعض الدول يعتبر شهر الزواج في الشكل الديني شرطا شكليا، في حين تعتبره دول أخرى شرطا موضوعيا، وهذا التباين ينجر عنه تباين في الحلول، وفي هذا الاطار فإن المشرع الجزائري قد

---

[115] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

فصل في هذا الأمر، إذ يرجع في تحديد طبيعة الشرط لقانون القاضي طبقا لنص المادة 09 من القانون المدني.

يخضع الزواج من حيث شكله إلى قانون محل الإبرام وهذا استنادا لنص المادة 19 من القانون المدني[116]، كما وضع المشرع ضوابط اسناد اختيارية أخرى تتمثل في قانون الموطن المشترك إذا كان لهما موطن مشترك أو قانون الجنسية المشتركة إذا كان لهما جنسية مشتركة، أو للقانون الذي يسري على أحكامه الموضوعية.

ث- **الأعوان الدبلوماسيين:**

للأعوان الدبلوماسيين والقناصل صلاحية إبرام عقود الزواج استنادا لنص المادة 96 من قانون الحالة المدنية والتي جاء فيها: " أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين الصادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيين أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية".

كما قضى المشرع في المادة 97 من نفس القانون أنه: "....ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية."

-وعليه يترتب على تخلف الشروط السالفة الذكر من موضوعية وشكلية إما بطلان عقد الزواج أو فسخه، تبعا لتخلف ركن أو شرط من شروط صحته، وعليه ولو تم

---

[116] - أخضع المشرع الجزائري شكل الزواج لذات القاعدة التي تحكم شكل التصرفات القانونية في جانبها الشكلي، وهي قاعدة Locus التي تضمنتها المادة 19 من القانون المدني، والتي تقضي بأن تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه.

عقد الزواج بين جزائرية ومصري في الجزائر وتم الطعن في صحة هذا الزواج على أساس اختلال ركن الرضا، فإن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق في هذه الحالة باعتباره المطبق على الشروط الموضوعية لصحة عقد الزواج استنادا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري، ويستتبع ذلك تطبيق المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري التي تقضي بأن يبطل عقد الزواج إذا اختل ركن الرضا.

– كما يثار في هذا الإطار مسألة القانون الذي يحكم إثبات عقد الزواج العرفي، إذ تعتبر مسألة إثبات الزواج العرفي المختلط من المشاكل العويصة التي قد تطرح أمام القضاء، وفي هذا الصدد لم ينص المشرع الجزائري وعلى غرار العديد من مشرعي الدول الأخرى على القانون الذي يحكم إثبات الزواج منها القانون الكويتي والذي نص في المادة 38 من القانون رقم 05 لسنة 1961 على أنه: " يرجع اثبات الزواج إلى القانون الذي خضع له الزواج في أوضاعه الشكلية."

وفي هذا الاطار يذهب الفقه الراجح إلى اخضاع إثبات الزواج إلى القانون الذي يحكم شكله، أي أن القانون الواجب التطبيق على شكل الزواج هو الذي يختص بحكم مسائل إثباته وذلك بناء على الصلة الموجودة بين انشاء العقد وكيفية إثباته، وهو حل منطقي يتعين على المشرع الجزائري الأخذ به.

الفرع الثاني: آثار الزواج

متى انعقد الزواج صحيحا ترتب عليه آثار سواء شخصية أو مالية، حيث تتمثل الآثار الشخصية في الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، من طاعة الزوجة لزوجها والتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحق الزوجة في النفقة والمهر والعدل في حالة

التعدد، وقد تناول المشرع الجزائري جملة من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين من خلال المادة 36 من قانون الأسرة.

أما الآثار المالية لعقد الزواج فيراد بها الآثار التي يرتبها عقد الزواج على أموال الزوجين بعد الزواج، وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه لا يترتب على الزواج أي أثر مالي، إذ يبقى كل من الزوجين محتفظا بحرية التصرف في أمواله، وهو ما يعرف بنظام فصل الأموال[117]، والذي أخذ به المشرع الجزائري في إطار نص المادة 37 من قانون الأسرة.

وهذه الآثار تخضع استنادا لنص المادة 12 [118]من القانون المدني لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير التشريعات العربية، حيث

---

[117] هناك عدة أنظمة مالية تحكم أموال الزوجين منها :

-نظام الاشتراك القانوني: وفي هذا النظام تكون أموال الزوجين مملوكة في الشيوع بينهما بنسبة النصف، وتخصص هذه الأموال لإشباع حاجات الأسرة والوفاء بالديون الناشئة عن هذه الحاجات، وفي هذا النظام يتمتع الزوج بصلاحية إدارة هذه الأموال.

-نظام الانفصال المالي: وبمقضى هذا النظام يستقل كل من الزوجين بأمواله الخاصة من حيث التصرف والإدارة والاستغلال، غير أن مصاريف الأسرة تقسم مناصفة بين الزوجين.

-نظام الدوطة أو البائنة: وفي هذا النظام تقدم الزوجة لزوجها أموالا، في شكل مهر ليتولى غدارتها وإستغلالها والانتفاع بأرباحها في نفقات الأسرة.

أنظر في هذا الصدد: زيدون بختة، المنازعات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2019-2020 ، ص.72.

[118] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

ساير مذهب وحدة القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج، حيث أسندت هذه الآثار دون تفرقة بين الآثار المالية والشخصية لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج

غير أنه إستثناء: يمكن أن تخضع هذه الآثار للقانون الجزائري وحده، إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة 13 وتتمثل الآثار الشخصية والمالية في:

أولا: النفقة

توجب التشريعات المستمدة من الشريعة الإسلامية على الزوج أن ينفق على زوجته سواء كانت غنية أو فقيرة، وذلك نظير احتباسها في مسكن الزوجية بغاية رعاية شؤونه، حيث تشتمل نفقة الزوجة كل ما تحتاج إليه من مأكل ومشرب وملبس ومسكن وكل ما يلزمها في معيشتها.

وفي هذا الصدد تثير مسألة النفقة اشكالا فيما يتعلق بتحديد القانون الذي يحكمها لاسيما مع وجود قاعدة اسناد –المادة 14 من القانون المدني– تتعلق بالنفقة بين الأقارب تختلف في حكمها عن القاعدة المقررة لحكم آثار عقد الزواج.

وعليه فنفقة الزوج على زوجته تدخل ضمن الآثار المالية المترتبة عن عقد الزواج وبالتالي فهي تخضع لنص المادة 12 وليس المادة 14 القانون المدني، والتي تخضع النفقة لقانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج باعتبارها أثر مالي يترتب على عقد الزواج.

ثانيا: اسم المرأة المتزوجة

بالنسبة لاسم المرأة المتزوجة فهو يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج لأنه ترتب عن عقد الزواج وليس لقانونها الشخص.

ثالثا: موطن المرأة المتزوجة:

وهو يخضع للقانون الذي يحكم آثار الزواج حيث أن هذا الأخير هو الذي يبين ما إذا كان للزواج أثر على موطن المرأة المتزوجة وماهية سلطة الزوج في اختيار موطن الزوجية.

رابعا: أهلية الزواج:

قد يؤثر الزواج في بعض التشريعات على أهلية الزوجة، حيث يمنع عليها التصرف بغير إذن زوجها، وهذا على خلاف الشريعة الإسلامية، إذ لا أثر للزواج على أهلية الزوجة.

فهذا الاختلاف في الأنظمة القانونية قد يثير اشكالا و يطرح مشكلة تنازع القوانين، إذ يتنازع حكم العلاقة أكثر من قانون في هذا الاطار، وفي هذا الصدد ذهب الفقه الراجح إلى إخضاع نقص أهلية الزوجة -في جميع الحالات- لذات القانون الذي يحكم آثار عقد الزواج باعتبار أن نقص أهلية المرأة المتزوجة مقررا لمصلحة العائلة.

وعليه يبقى قانون جنسية الزوج وقت الزواج هو المختص ببيان مدى لزوم حصول الزوجة على إذن من زوجها لمباشرة التصرفات القانونية، كما يبين هذا القانون أيضا الجزاء المترتب على تخلف الإذن.

ففي الجزائر ومن الناحية القانونية لا يرتب الزواج أي أثر على الأهلية وبالتالي تبقى خاضعة للقانون الشخصي للمرأة.

الفرع الثالث: انحلال الزواج والانفصال الجسماني

تتعدد طرق فض الرابطة الزوجية من دولة لأخرى، فمثلا هناك دول لا تنحل الرابطة الزوجية إلا بالوفاة، بينما في دول أخرى تنفك بالطلاق، سواء كان بطلب من الزوج أو بطلب من الزوجة أو بالتراضي بين الطرفين، كما أن هناك بعض الأنظمة القانونية التي تعترف بالانفصال الجسماني في حين لا تعترف دول أخرى بذلك.

فهذا الاختلاف السالف الذكر من شأنه أن يطرح مسألة تنازع قانونين لحكم العلاقة ، وهذا ما يتطلب البحث في القانون الواجب التطبيق.

ففي القانون الجزائري واستنادا للمادة 12 فقرة 2 من القانون المدني[119]فهو يخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى القضائية، غير أنه استثناء إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج يخضع للقانون الجزائري وحده وهذا استنادا للمادة 13 من القانون المدني.

ما يلاحظ من خلال المادة 12 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد ساوى بين التطليق والانفصال الجسماني اللذان لا يتقرران إلا بحكم، وبين الطلاق الذي قد يقع قبل رفع الدعوى، ولعل هذا ما يؤكد موقف المشرع الجزائري الرافض للطلاق بالارادة المنفردة الذي تقره الشريعة الإسلامية، مسايرا بذلك ما جاء به في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.

---

[119] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

وعليه وإذا كان المشرع الجزائري قد حدد القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني، غير أنه لم يحدد القانون الواجب التطبيق على آثار فك الرابطة الزوجية من آثار شخصية ومالية، حيث من الآثار الشخصية العدة، وأمام غياب قاعدة اسناد خاصة بذلك ، فقد ذهب الفقه الراجح إلى اعتبارها من المسائل المتعلقة بالحالة وأخضعها لقانون الجنسية.

كذلك من الآثار الشخصية الحضانة، والتي تثار بشأنها إشكالات تتعلق بمن له الحق فيها، وحق الزيارة، واصطحاب المحضون للعيش في بلد أجنبي، والنفقة الغذائية للمحضون، فالعلاقة إذا كانت مشتملة على عنصر أجنبي، فإنه تطرح مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق؟

ففي الجزائر وإعمالا بنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري، فالتكييف يخضع لقانون القاضي، حيث اعتبر المشرع الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية، إذ تناولها في إطار الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري المتعلق بآثار الطلاق، ولذلك وباعتبارها من آثار الطلاق فهي تخضع للقانون الذي يحكم الطلاق، أي قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، مع انفراد القانون الجزائري بحكمها في حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج استنادا للمادة 13 من القانون المدني الجزائري.

فبالنظر لأهمية موضوع الحضانة فقد حرص المشرع الجزائري على مراعاة مصلحة الطفل المحضون عند إسناد الحضانة إذ جاء في المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم....."

كما قد يترتب على انحلال الرابطة الزوجية آثارا مالية منها النفقة المترتبة على الطلاق والتي تثبت للزوجة بعد طلاقها أو تطليقها، وقد اتجه الفقه الراجح إلى إخضاعها للقانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، فهذا الأخير هو الذي يحدد مدى استحقاقها وكيفية تقديرها وحالات سقوطها، كما يسري ذات القانون على نفقة المنفصلة جسمانيا عن زوجها، أما بالنسبة للنفقة المؤقتة وهي التي توجب للزوجة وأولادها كتدبير مؤقت مستعجل ريثما يتم الفصل في الموضوع، وفي هذا الإطار ذهب الرأي الراجح فقها إلى إخضاعها لقانون القاضي الذي ترفع أمامه الدعوى.

كما يندرج ضمن الآثار المالية لانحلال الرابطة الزوجية الالتزام بالتعويض حالة الطلاق التعسفي، حيث ذهب جانب من الفقه إلى إخضاعه للقانون الذي يحكم انحلال الزواج، في حين اعتبره جانب آخر من الفقه وهو الأقرب إلى المنطق القانوني من قبيل الخطأ التقصيري والذي يخضع لقانون البلد الذي وقع فيه.

الفرع الرابع: النفقة بين الأقارب

القرابة إما تكون قرابة نسب والتي تكون إما مباشرة كالصلة بين الأصول والفروع أو قرابة نسب غير مباشرة (قرابة حواشي) وهي الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهما فرعا للآخر. أما قرابة المصاهرة فتكون بين أقارب الزوج وأقارب الزوج الآخر. وعليه النفقة بين الأقارب تخضع للقانون الوطني للمدين بالنفقة وهذا

استنادا للمادة 14 من القانون المدني[120] ، أما بالنسبة للنفقة المؤقتة التي يحكم بها القاضي خلال نظر الدعوى كتدبير مؤقت لحين الفصل في موضوع النزاع الأصلي، فتخضع لقانون القاضي.

الفرع الخامس: النسب

بالرغم من أن النسب يعتبر من الآثار الشخصية المترتبة عن عقد الزواج إلا أن المشرع قد أخرجه من نطاق قاعدة الاسناد التي تحكم آثار عقد الزواج وخصه بقاعدة اسناد مستقلة، حيث يسري على النسب استنادا لنص المادة 13 مكرر من القانون المدني قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل وفي حالة وفاة الأب قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت وفاة.

فالواضح من خلال المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري أخضع النسب لقانون جنسية الأب، غير أنه إذا كان الأب مجهولا فإنه يرجع في تحديد نسب الطفل لقانون جنسية الأم، أما إذا تعلق الأمر بالتبني فيسري قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى وقت إجراء التبني، أما الأمور المتعلقة بآثار التبني فيسري عليها قانون جنسية المتبني.

الفرع الخامس: الميراث

يرتبط الميراث في الجزائر بنظام الأسرة إذ أنه ينظم انتقال مال المتوفي إلى وريثه من أقاربه كما أن قانون الأسرة هو الذي يتولى بيان أحكامه. وقد أخضعه المشرع إلى

---

[120] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

قانون جنسية المتوفي وهذا ما جاء في نص المادة 16 من القانون المدني ومسألة الميراث تثير عدة إشكالات منها:

مسألة التركة الشاغرة: حيث نصت عليها المادة 180 من قانون الأسرة[121] وهي التركة التي لا وارث لها حيث تؤول إلى الخزينة العامة، لكن السؤال المطروح في هذا الإطار هل تؤول إلى الدولة التي ينتمي إليها المتوفي بجنسيته أم تؤول إلى الدولة التي توجد أموال التركة بإقليمها؟

يذهب جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إلى عدم اعتبار الدولة وارثة، وإنما تكييف التركة على أنها مال ضائع وهذا هو التكيف الذي ينبغي الأخذ به في الجزائر على اعتبار قانون الأسرة الجزائري مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية وعليه فإن التركة الموجودة في إقليم الجزائر والتي لا وارث لها وفقا لقانون جنسية المتوفي تؤول إلى الدولة الجزائرية.

الفرع السادس: الوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية في إطار المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع، وهي تخضع لقانون جنسية الموصي وقت موته استنادا لنص المادة 16 القانون المدني، وأساس ذلك أن المشرع قد جعلها موضوعا من مواضيع الأحوال الشخصية، في حين تخضعها الدول التي تدرجها ضمن الأحوال العينية إلى قانون موقع العقار إذا كان محل الوصية عقارا، وإلى قانون موطن الموصي وقت وفاته إذا كان محل الوصية منقولا.

---

[121]- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005.

الفرع الثامن: الهبة والوقف

عرف المشرع الجزائري الهبة في إطار المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري[122] بأنها: تمليك بلا عوض"، وهي تتم بين الأحياء وتتميز بكونها فورية على عكس الوصية، وقد أخضع المشرع الهبة تخضع لقانون جنسية الواهب وقت الوفاة وهذا استنادا للمادة 16 من القانون المدني .

أما الوقف هو نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية وهو حبس العين على التملك، فبإضفاء الشخصية المعنوية على الوقف واعتباره مؤسسة خيرية قائمة بذاتها، أمكن هذا من إخضاع الوقف لنظام المحاسبة العمومية و من الاعتراف له بحق التقاضي[123]. وقد ميّز المشرع الجزائري بين نوعين من الوقف بمقتضى المادة 02 من القانون 02-10 المتعلق بالأوقاف[124] وهما:

الوقف العام: وهو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائها ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات.

الوقف الخاص: هو ما يحبسه الواقف على عقبه (خلفه) من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.

---

[122]- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005.

[123]- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.112.

[124]- القانون رقم 02-10المؤرخ في: 14 ديسمبر 2002 المعدل والمتمم للقانون رقم: 91-10 المتعلق بالأوقاف، ج.ر.ع.83 لسنة 2002.

وقد أخضع المشرع الوقف لقانون جنسية من صدر منه التصرف وقت الوفاة وهذا استنادا للمادة 16 من القانون المدني.

المبحث الثاني: فئة الأحوال العينية

تشمل فئة الأحوال العينية المسائل القانونية المنظمة للأموال سواء كانت عقارات أو منقولات مادية كانت أو معنوية، حيث أن العنصر الأجنبي الذي تخلل العلاقة القانونية يتعلق بموضوعها أو محلها وليس بأطراف العلاقة القانونية، وعليه فما هي العلاقات التي تندرج ضمن فئة الأحوال العينية؟

المطلب الأول: الالتزامات والتصرفات القانونية

ويراد بها الالتزامات والتصرفات القانونية التي تتم بين الأحياء دون التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والتي تندرج ضمن فئة الأحوال الشخصية كما سبق التعرض لها، وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

الفرع الأول: الالتزامات التعاقدية

إن تحديد ضابط الاسناد في الالتزامات التعاقدية يقتضي تحديد الضابط كعنصر أول على أن يخصص العنصر الثاني لمسألة العقار كمحل للالتزامات التعاقدية.

أولا: ضابط الاسناد في الالتزامات التعاقدية

استنادا لنص المادة 18 من القانون المدني يطبق على الالتزامات التعاقدية (القانون الأصلي) قانون الإرادة بشرط أن يكون له صلة حقيقية بالعقد أو صلة حقيقية بالمتعاقدين.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة – حيث ساوى بين الموطن والجنسية في الترتيب–.

وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه واستثناء إذا تعلق الأمر بالالتزامات التعاقدية التي يكون محلها عقارا يطبق قانون موقع العقار.

يمكن أن تثور هنا إشكالية حول تكييف المال إذا كان عقارا أو منقولا، فلأي قانون يكيف المال؟

يخضع تكييف المال طبقا للمادة 17 من القانون المدني سواء كان عقارا أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد بها.

ثانيا: العقار محلا للالتزامات التعاقدية

تم الاجماع تشريعا وقضاء وفقها على أن المسائل العينية في نظام الأموال العقارية يسيطر عليها قانون موقع العقار، فهل يمتد اختصاص هذا القانون أيضا إلى التصرف القانوني مصدر تلك الحقوق .

هذه مسألة في غاية الأهمية، مختلف فيها في القانون المقارن، وبالنسبة للقانون الجزائري إن النصوص القانونية العامة والخاصة المتعلقة بهذا الموضوع مبعثرة يجب حصرها وتحليلها للخروج برؤية واضحة في هذا الصدد .

على هذا الأساس نتطرق لموقف القانون المقارن ثم القانون الجزائري .

أ- التطرق للمسألة من منضور القانون المقارن

وهنا يوجد اتجاهان في القانون المقارن، أحدهما يسند العقد المتعلق بالعقار انشاء وآثارا وانقضاء لقانون موقع العقار، والثاني يقصر اختصاص قانون الموقع على مايرتبه من حقوق عينية .

1-اسناد العقد المتعلق بالعقار لقانون موقعه

أخذت بهذا المبدأ الكثير من التشريعات، وهذا استثناء من القاعدة العامة في الالتزامات التعاقدية التي تقضي بتطبيق قانون الارادة La loi de l'autonomie على العقود.

و ومنها القانون النمساوي (م 42 من قانون 1978) والقانون التركي (م 23 من 1978) حيث يخضع لقانون موقع العقار[125].

2-اسناد العقد المتعلق بالعقار من حيث ما يرتبه من آثار عينية لقانون موقعه

تسري على نشأة العقد و كذا آثاره الشخصية القاعدة العامة في العقود وهي قانون الإرادة، وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية حيث أصدرت قرارا في 1956/10/9 قضت فيه باسناد العقد الوارد على عقار من حيث موضوعه لقانون الارادة وفيما يرتبه من حقوق عينية لقانون موقع العقار. وقد أيد الفقه الفرنسي هذا الرأي، وأوردت بعض القوانين حكما صريحا بإسناد العقد الوارد على العقار لقانون الارادة منها القانون الدولي الخاص الألماني 1986و القانون السويسري لسنة 1987 .

ب- موقف القانون الجزائري من حيث إخضاع العقد لقانون موقعه

يخضع العقد الذي محله عقارا في القانون الجزائري لقانون موقع العقار، ومرد ذلك المادة 18 الفقرة 4 من القانون المدني، التي تشكل قاعدة التنازع الأصلية، ونصوص أخرى متفرقة

---

[125]- زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2016، ص.256.

بعضها ورد في القانون المدني وأخرى في قوانين خاصة، كما توجد نصوص أخرى وردت في القانون الإتفاقي الجزائري الثنائي أو المتعدد الأطراف تخص أيضا هذا الموضوع.

1- اختصاص قانون موقع العقار كقاعدة عامة

وهو يعتبر استثناء من اسناد الالتزامات التعاقدية لقانون الإرادة (م 18 ف 1) أو من الضوابط المقررة في الفقرتين 2 و3 من المادة نفسها، فنصت الفقرة الرابعة على أنه:"غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

2- جواز اختصاص قانون آخر غير قانون موقع العقار استثناء

لقد اختلفت الصياغة المستعملة ومضمون الفكرة المسندة من اتفاقية لأخرى، حيث أن البعض من تلك الاتفاقيات نص على جواز تنفيذ العقود الرسمية والعقود الموثقة النافذة الاجراء حسب بلد تحريرها وليس موقعها.

وهنا يتم التنفيذ حسب قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ بعد التحقق من توافر شروط صحة السند طبقا لقانون بلد تحريره وكذا عدم مخالفته للنظام العام أو لأحكام الدستور أو للقوانين في البلد المطلوب التنفيذ فيه[126].

ورد النص على تنفيذ هذين الاجراءين في:

الاتفاقية الجزائرية الموريتانية للتعاون القضائي المبرمة في نواقشوط في 1969/12/3 (المادتان 26 و27 منها).

[126]- زروتي الطيب، المرجع السابق، ص.258 وما بعدها.

اتفاقي التعاون القضائي بين الجزائر وليبيا الموقعة ببنغازي بتاريخ 1994/7/8 (المادتان 27 و26 منها).

الاتفاقية الجزائرية المالية للتعاون القضائي المبرمة في بماكو بتاريخ 1983/1/28 (المادتان 25 و26 منها).

الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بالجزائر في 1964/8/27 (المادتان 8 و9 منها).

الاتفاقية الجزائرية التركية للتعاون القضائي المبرمة بالجزائر في 1989/5/14 (المادتان 28 و29 منها).

أما البعض الآخر من الاتفاقيات الثنائية للتعاون القضائي التي أبرمتها الجزائر مع دول أخرى نصت فقط على جواز تنفيذ العقود الرسمية والعقود الموثقة ضمن نفس الشروط السابقة، بمعنى التأكد من كون السند قابلا للتنفيذ في بلد تحريريه، وتوافر شروط صحته، وعدم مخالفته للنظام العام أو القوانين في البلد المطلوب تنفيذه فيه، والاتفاقيات المعنية هي:

الاتفاقية الجزائرية اليمنية للتعاون القضائي والقانوني المبرمة بالجزائر في 2002/2/3 (المادة 25 منها).

الاتفاقية الجزائرية الكوبية الخاصة بالتعاون القانوني والقضائي الموقعة بهافانا في 1990/8/30 (المادة 27 منها).

الاتفاقية الجزائري الإسبانية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري الموقعة بمدريد في 2005/2/24 (المادة 19 منها).

الاتفاقية الجزائرية البرتغالية الخاصة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري الموقعة بالجزائر في 2007/1/22 (المادة 16منها).

الاتفاقية الجزائرية الإيطالية المتعلقة بالتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري الموقعة بالجزائر في 2003/7/22 (المادة 18 منها).

الاتفاقية الجزائرية البريطانية للتعاون القضائي في المجال المدني والتجاري المبرمة بلندن في 2006/7/11 (المادة 16 منها).

الفرع الثاني: شكل التصرفات القانونية

تخضع العقود ما بين الأشخاص لقانون محل الابرام، حيث أن هذه القاعدة الأخيرة مردها من الناحية التاريخية لقاعدة **Locus**[127]، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 19 من القانون المدني [128] على أنه يخضع العقد في جانبه الشكلي إلى قانون مكان إبرامه

---

[127] – ظهرت هذه القاعدة بمناسبة مناقشة صحة وصية أبرمها أحد سكان مدينة مودين وهو في مدينة فينيس، حيث يستلزم قانون المدينة الأولى لصحة الوصية 07 شهود، بينما يستلزم قانون المدينة الثانية حضور 03 شهود فقط، وقد قرر القضاء في مدينة فنيس صحتها لأنها تمت بالشكل المطلوب في هذه المدينة، ليوسعو فقهاء المدرسة الإيطالية في هذا الحكم ويجعلو القاعدة السابقة مطبقة على موضوع النزاع إلى غاية القرن 165 أين فصل Dumoulin بين شكل العقد والذي يبقى خاضعا لقانون محل الابرام، بينما موضوع العقد يخضع لقانون الإرادة.

راجع في هذا الصدد علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005، ص.84.

[128] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

و يجوز أيضا أن يخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية.

الفرع الثالث: الالتزامات غير التعاقدية

يراد بالالتزامات غير التعاقدية الأفعال التي يترتب عنها التزامات من دون أن يكون لإرادة الأطراف دخل في انشائها، وهي يدخل في نطاقها الفعل الضار والفعل النافع من اثراء بلا سبب، والدفع غير المستحق للتعويض إضافة إلى الفضالة.

وهي التزامات قانونية مفادها عدم الإضرار بالغير المادة 20 القانون المدني[129] تنص على أنه يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام سواء كان نافعا أو ضارا.

غير أنه استثناء: وبالاستناد للفقرة 2 من المادة 20 لا تطبق أحكام الفقرة الأولى على الفعل الضار إذا توفرت شروط وهي:

- الفعل الضار حدث في الخارج.
- الفعل مشروع في الجزائر ولا ترتب أي أثر قانوني.
- حتى إذا كان الفعل غير مشروع في الخارج.

فهنا يطبق القانون الجزائري ولا يطبق قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

---

[129] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

المطلب الثاني: الأموال المادية

بداية تكييف المال يخضع لقانون موقعه استنادا للفقرة الأولى من المادة 17 من القانون المدني، ، حيث يخضع المنقول المادي لقانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها، باستثناء السفينة والطائرة التي تخضع لقانون العلم الذي تحمله، ويقصد به قانون الدولة التي سجلت فيها السفينة أو الطائرة.

قانون موقع المنقول يثير إشكالات لأنه ينتقل باستمرار ويثير مسألة التنازع المتحرك، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد فصل في الأمر بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 17 القانون المدني[130] يسري على المنقول قانون الجهة التي يوجد فيها وقت تحقق السبب الذي ترتب عنه: كسب الحيازة، الملكية، حقوق عينية أخرى أو فقدها. مثال: يثور نزاع حول ملكية سيارة نشأت عن عقد بيع، القانون المطبق هو قانون مكان تواجد السيارة وقت بيعها (السبب الذي ترتب عنه الملكية).

المطلب الثالث: الأموال المعنوية

[130] – الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

وهي الحقوق التي لا تقع تحت حس، فهي غير ملموسة، وغير محسوسة ومن قبيلها الحقوق الذهنية، Droit Intellectuelle، والحق الذهني هو كل ما ينتج عن الفكر البشري بقدر من الابتكار بحيث تظهر شخصية صاحبه[131].

ويمكن تعريف الحق المعنوي بأنه قدرة يقرها ويحميها القانون للشخص على إنتاجه الفكري أو الأدبي أو الفني أيا كان نوعه فيكون له الاحتفاظ بنسبة ذلك الإنتاج له دائما، ويحتكر المنفعة المالية التي تنتج من استغلاله[132].

أخضع المشرع المال المعنوي لنفس ضابط المال المنقول والمحدد في المادة 17 مكرر من القانون المدني[133] والمحدد بقانون محل وجودها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.

ليفصل المشرع في كل حالة وفقا لما يلي:

- محل وجود الملكية ← الأدبية مكان النشر الأول للمؤلف أو إنجازه.

---

[131] -و في هذا الاطار فقد نص المشرع الجزائري في المادة 687 من ق.م بأنه: «تنظم قوانين خاصة، الحقوق التي ترد على أشياء غير مادية». حيث أنه و من أهم النصوص الخاصة المنظمة للحقوق المعنوية: الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ج.ر.ع. 44الصادرة في 23 يوليو 2003 ، و كذلك الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالعلامات، ج.ر.ع.44 الصادرة في23 يوليو 2003 ، الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر.ع.44 الصادرة في 23 يوليو 2003 .

[132] -علي أحمد صالح، المرجع السابق، ص.68.

[133] - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

- محل براءة الاختراع ⟵ البلد الذي منحها.
- محل الرسم والنموذج ⟵ الصناعي البلد الذي سجلا أو دعا فيه.
- محل العلامة التجارية ⟵ بلد منشأة الاستغلال (المقر الرئيسي للعلامة).
- محل وجود الاسم ⟵ بلد المقر الرئيسي للمحل التجاري.

المبحث الثالث: تنازع الاختصاص التشريعي في العقد التجاري الالكتروني المشتمل على عنصر أجنبي

إذا كان أطراف العقد التجاري الالكتروني يقيمان في نفس الدولة أو يحملان جنسية نفس الدولة فلا تثار مسألة تنازع القوانين ، غير أن العقد التجاري الإلكتروني يتسم في الغلب بالطابع الدولي و كثيرًا ما يكون عابرًا للحدود، فيكون أحد عناصره أجنبيًا، لذلك نجد أن المشرّع الجزائري قد اعتمد معايير وضوابط يعقد بناء عليها الاختصاص التشريعي للقانون الجزائري وهذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

المطلب الأول: ضوابط الاسناد المعتمدة في إطار قانون التجارة الالكترونية 18-05

أورد المشرع الجزائري ضوابط اسناد موضوعية جامدة، تم النص عليها في إطار الاختيار من باب التحقق في المادة 02 من قانون التجارة الإلكترونية: "يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

-. متمتعًا بالجنسية الجزائرية أو

. مقيمًا إقامة شرعية في الجزائر، أو

. شخصًا معنويًا خاضعًا للقانون الجزائري، أو

كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر"[134]

وبهذا يكون المشرع الجزائري من التشريعات التي لم تتمنح لأطراف العقد التجاري الإلكتروني حرّية إختيار قانون الارادة، ، متأثرًا بما ذهب إليه فقه القانون الدولي الخاص بإعتماده ضوابط ثابتة .

الفرع الأول: ضوابط الاسناد المتعلقة بالمتعاقدين

هناك ضابطين يتعلقان بالمتعاقدين قد يتمثل إما في الرابطة السياسية المتمثلة في الجنسية أو في الرابطة القانونة المتمثل في الموطن أو الاقامة

أولا: ضابط الجنسية أساس لاختصاص القانون الجزائري

تعتبر الجنسية رابطة قانونية ذات طابع سياسي تربط الشخص بالدولة، يترتب عليها الولاء من جانب الشخص مقابل الحماية من جانب الدّولة[135] و تظهر أهمية الجنسية في تنازع القوانين في تحديد القانون الشخصي من خلال ضابط الإسناد الشخصي .

وبهذا يكون المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية قد اعتمد على جنسية أحد الأطراف إذا كان جزائري لتطبيق القانون الجزائري بصرف النظر إذا كان المستهلك الإلكتروني أو المورّد الإلكتروني و هذا من شأنه التأثير سلبا على مصالح المستهلك الإلكتروني وذلك بحرمانه من الخضوع لقانونه الوطني .

---

[134] – المادة 02 من القانون 18-05، المتعلق بألتجارة الإلكترونية، المشار إليه سابقا .

[135] – عبد المنعم زمزم، الجنسية و مركز الأجانب في القانون الدولي و القانون المصري، مركز جامعة القاهرة للطباعة و النشر، 2016 ، ص 13.

ثانيا: ضابط الموطن أساسا للاختصاص التشريعي للقانون الجزائري

عرف المشرع الجزائري الموطن في إطار المادة 36 من القانون المدني على أنه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي للشخص أو محل الإقامة المعتاد[136]، كما هناك موطن خاص وموطن عام وموطن قانوني وموطن مختار التي سبق التفصيل فيهم.

وعليه ما دام المشرع قد خص حاملي الجنسية الجزائرية بالأولية في فض منازعاتهم استنادا للقانون ا الجزائري في المنازعات الدولية المترتبة عن عقود التجارة الإلكترونية، استنادا للفقرة 01 من المادة 02 من ق.ت.إ، فبمفهوم الاستنتاج فإن الفقرة الثانية ينصرف معناها إلى الأجانب المقيمين إقامة شرعية في الجزائر، حيث يحق لهم التمسك بالقانون الجزائري لفض المنازعات التي يكونون طرفا فيها.

وعليه فإن الإقامة الشرعية في الجزائر مرتبط بحصول الأجنبي على بطاقة الإقامة والتي يتحصل عليها بتوافر الشروط القانونية، التي تدعم رغبته في تثبيت إقامته الفعلية والمعتادة الدائمة في الجزائر، كما تمنح بطاقة الإقامة للطالب الأجنبي بمدة صلاحية ترتبط بمدة دراسته او تكوينه المحددة قانونا، كما تمنح للعامل الأجنبي الأجير والتي لا تتعدى مدتها (مدة صلاحيتها) صلاحية عقد العمل.

غير أن ضابط الموطن والإقامة الشرعية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، يثير العديد من الإشكالات نتيجة التناقض والاصطدام الحاصل بين طبيعة ضابط الموطن أو الإقامة الشرعية والذي يتطلب وجود مادي، وبين طبيعة عقود التجارة الإلكترونية

---

[136] – المادة 36:"موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي، و عند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن " القانون رقم 05-10، المتضمن تعديل القانون المدني المعدل و المتمم، المشار إليه سابقا .

وخصوصيتها التي تقوم في العالم الافتراضي، وأكثر من ذلك قد يصطدم الأمر بصعوبة تحديد مكان أطراف العلاقات العقدية في البيئة الافتراضية.

الفرع الثاني: ضوابط الاسناد المرتبطة بالعقد التجاري الالكتروني

تشمل ضوابط المرتبطة بالعقد التجاري الالكتروني كل من ضابط محل إبرام العقد و ضابط محل تنفيذ العقد وهذا ما سنبينه فيما يلي:

أولا: ضابط محل إبرام العقد التجاري الالكتروني

اختلفت الأنظمة القانونية بشأن تحديد محل إبرام العقد بصدد العقود التقليدية التي تتم بين غائبين، ليزداد هذا الجدل في العقود التجارية الإلكترونية التي تتم بين غائبين و في عالم إفتراضي غير مادي لا يعترف بالحدود المكانية، بحيث يتعاقد الأطراف بمختلف وسائل الإتصال الحديثة التي يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد، حيث يمكن أن ينتقل الأطراف مع حاسوبهم الشخصي من دولة لدولة أخرى، و قد يتواجدان في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة معينة و بالتالي صعوبة تركيز تلك المعاملات تركيزًا مكانيًا.

وعليه فقد أثارت مسألة توطين العقد بغاية تحديد مكان إبرامه العديد من الصعوبات في مجال العقود التقليدية، وازدادت هذه الصعوبات تعقيدا فيما يتعلق بمكان إبرام العقد في النطاق الرقمي العالمي للتجارة الإلكترونية، حيث يرجع أساس هذه الصعوبة إلى أن العالم الرقمي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد باعتباره عالما افتراضيا. [137]

---

[137] – بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، الموقع الإلكتروني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 04 ، لسنة 2016، ص20.

وعليه يبقى ضابط مكان إبرام العقد ضابط اختياري إلى جانب كل من جنسية أطراف العقد التجاري الإلكتروني ومحل الإقامة الشرعية، ومكان تنفيذ العقد، ورغم المحاولات الفقهية والتشريعية في ضبط مكان إبرام العقد، غير أن كل التأسيسات كانت استنادا للقواعد العامة – التعاقد بين غائبين –، وعليه بالرجوع لقانون التجارة الإلكترونية 18-05 فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة 03 من المادة 12 بأنه: "تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد".

وبهذا أخذ المشرع بالنظرية المستحدثة في إطار عقود التجارة الإلكترونية والتي بمقتضاها خرج عن النظريات في التعاقد بين غائبين، والمسماة **نظرية تأكيد وصول القبول**، وهي النظرية التي أخذ بها المشرع الفرنسي من خلال المادة 1369-5 فقرة 03 من ق.م.ف، والتي جاء فيها مايلي: "يعد كل من الطلب والعرض والإشعار بالإستلام قد تم استلامهم عندما يتمكن الأطراف من الاطلاع عليها إعمالا بنظرية استلام القبول المؤكد".[138]

ثانيا: ضابط محل تنفيذ العقد التجاري الالكتروني:

باعتبار محل تنفيذ العقد التجاري الالكتروني هو المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين وتنعقد فيه مسؤوليتهم عن عدم تنفيذ إلتزاماتهم[139] وهو محل القانون االأكثر صلة بالعقد.

حيث كرس المشرع الجزائري هذا الضابط في إطار المادة 2 من قانون التجارة الإلكترونية.

---

[138] ART 1369-5 al 03. Code civil français..

[139] – بلخام هشام، شلغوم رحيمة ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد 05، ع 02، 2022، ص 999.

فإذا كان من السهل تحديد مكان تنفيذ العقد خارج الأنترنت، أي الذي يكون تنفيذه ماديا، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للمعاملات التي تنفّذ كليا بالطرق الإلكترونية، كما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة على شبكة الأنترنت، فهنا يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد .

وعليه وإذا كان المشرع الجزائري قد أخذ بضابط مكان تنفيذ العقد غير أنه من الصعب تحديده في عقود التجارة الإلكترونية، كما أن البحث في قانون التجارة الالكترونية عن نصوص قانونية من شأنها تحديد مكان التنفيذ، والذي بناء عليه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق، فالتنفيذ يكون بتسليم المورد للسلعة أو الخدمة وتسليم المشتري – المستهلك – للثمن، فمكان التنفيذ يخضع من حيث تحديده لإرادة الأطراف أي لإرادة كل من المورد والمستهلك الإلكتروني، وعليه كان من الأفضل عدم الأخذ بالضوابط المكانية باعتبار أن مجمع الأنترنت هو مجمع افتراضي مصطنع، لا يقوم على أقاليم ذات ركائز جغرافية مادية، وهذا ما يجعل من مكان التنفيذ دون جدوى، وهذا ما دفع أطراف العقد المبرم إلكترونيا يميلون إلى تسوية منازعاتهم بالاستناد لوسائل التسوية البديلة. [140]

المطلب الثاني: استبعاد تطبيق ضابط قانون الإرادة لتحديد الاختصاص التشريعي في المنازعات المترتبة عن العقد التجاري الإلكتروني

تلعب الإرادة دورا مهما في عقود التجارة الإلكترونية إلاّ أنه ظهرت الحاجة الملّحة لمعرفة مدى فعالية هذه الإرادة خاصّة بعد ظهور اتجاهات فقهية إلى جانب بعض القوانين انقسمت ما بين تقييد الإرادة وفقًا لمصالح الطرف الضعيف و بين استبعادها كليًا.

---

[140] – بلاق محمد، المرجع السابق، ص21.

للإرادة دور مهم في الالتزامات التعاقدية ، يظهر في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة في منح الأطراف القدرة على إختيار القانون الواجب التطبيق على إلتزاماتهم التعاقدية، و تستمد هذه الإرادة قوتها من قاعدة الإسناد الوطنية التي وضعتها التشريعات لتجاوز مشكلة تنازع الإختصاص التشريعي[141].

حيث يقصد بقانون الإرادة في عقود التجارة الالكترونية ذلك القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية، و يكون مصدرًا للقواعد التي تحكمها و لو كان قانونًا آخر هو الواجب التطبيق عند عدم إختيار الطرفين لذلك القانون، و بناءًا على ذلك يجوز للطرفين الإتفاق على إخضاع علاقتهما التعاقدية لقانون آخر غير قانون مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقا لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص[142].

وباعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف من حيث مدى تفعيل قانون الإرادة عن العقود الأخرى، فقد ذهب فقهاء القانون الدولي الخاص إلى اعتبار هذا المبدأ أفضل حل لمشكلة القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية والمحكمة المختصة و قد كرّس القانون الجزائري مبدأ قانون الإرادة في نص المادة 18 من القانون المدني و منح المتعاقدين

---

141 – جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017، 2018، ص 62.

142 – غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، مجلد 01، ع 01، 2020، ص 53.

حرية إختيار قانون العقد بشرط أن يكون له صلة حقيقة سواء بالعقد أو بالمتعاقدين[143]، غير أن هذه المادة تبقى عامة بالنظر لعقود التجارة الالكترونية

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد خرج عمّا جاءت به القواعد العامة، من خلال إستبعاده لقانون الإرادة في تحديد القانون المطبق على العقد التجاري الإلكتروني، و هذا ما يستفاد من المادة الثانية من القانون 18-05 بحيث:"يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني: متمتعًا بالجنسية الجزائرية، أو مقيمًا إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصًا معنويًا خاضعًا للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر"[144]و من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري استبعد واستغنى عن إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الإلكترونية.

---

[143] – المادة 18:"يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من قبل المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين" أو بالعقد ..."، الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني ، المعدّل و المتمم.

[144] – المادة 2 من القانون 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المشار إليه سابقا .

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: النصوص القانونية

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو سنة 2005. المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع.31، الصادرة 13 ماي 2007.

- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005.

- القانون رقم 02-10المؤرخ في: 14 ديسمبر 2002 المعدل والمتمم للقانون رقم: 91-10 المتعلق بالأوقاف، ج.ر.ع.83 لسنة 2002.

- الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة، ج.ر.ع. 44الصادرة في 23 يوليو 2003 ، و كذلك الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالعلامات، ج.ر.ع.44 الصادرة في23 يوليو 2003 .

-الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر.ع.44 الصادرة في 23 يوليو 2003 .

-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 21 المؤرخة في 2008/04/23، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 22-13، المؤرخ في 12 يوليو 2022، الصادر في ج.ر.ع. 48 الصادرة في 17 يوليو 2022.

-القانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر، ع.38، الصادرة في 2 يوليو 2008.

-القانون 18-04 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر، ع.27، لسنة 2018.

- القانون رقم: 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ع. 28، الصادرة في 16 ماي 2018.

-code civil français.

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/

- Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32000L0031

- Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la

reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023.
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32001R0044

ثانيا: الكتب

– أحمد قسمت الجداوي، مبادئ الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة.

– أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، دروس في النظرية العامة للحق، دار الأكاديمية طبع نشر توزيع، الطبعة الأولى، سنة 2011-2012.

– إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة التاسعة، سنة 2007.

–-إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الثاني، النظريّة العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط.01، سنة 2013.

–العيش فضيل، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، سنة 2009.

– إبراهيم أحمد إبراهيم، أحمد قسمت الجداوي، القانون الدولي الخاص (الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام)، 2000.

– فؤاد رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص في القانون اللبناني والمصري الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت.

– فؤاد رياض، سامية راشد، أصول تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

– فتيحة حزّام، قانون المعاملات الإلكترونية – دراسة على ضوء القانون رقم 18-05-، ألفا للوثائق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط.01، سنة 2022.

– حفيظة السيد حداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.01، بيروت سنة .2004

– حسام الدين فتحي ناصف، مركز قانون القاضي في حكم المنازعات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، ط.01، القاهرة، سنة 1994.

– حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، ، ط.02، عمان، سنة 2001.

– حسن كيرة، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الإسكندرية.

-- عبد المنعم زمزم، الجنسية و مركز الأجانب في القانون الدولي و القانون المصري، مركز جامعة القاهرة للطباعة و النشر، 2016.

– عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، بغداد، 2001.

– علي أحمد صالح، المدخل لدراسة العلوم القانونية، نظرية الحق، دار بلقيس للنشر، ط.1، سنة 2016.

– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2005.

– ريحي تبوب فاطمة، قانون المعاملات الإلكترونية وفقا لقانون 18-05، بيت الأفكار، الدار البيضاء، الجزائر، ط1، فيفري 2022.

– زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2016.

– سهى خلف عبد، الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الوطنية، دار البداية ناشر وموزعون، ط.01، عمان، سنة 2013.

– شادى رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ط.1، سنة 2016.

–سعيد يوسف البستاوي، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.01، لبنان، سنة 2004.

–محمد إبراهيم غازي، الحماية الجنائية للخصوصية والتجارة الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، للنشر، مصر، 2014.

– محمد عبد العال عكاشة، القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1996.

– محمد الروبي، جابر سالم عبد الغفو ،خالد عبد الفتاح، أحكام الجنسية ومركز الأجانب وفقا لأحكام القانون رقم 154 لسنة 2004 المعدل للقانون رقم 26 لسنة 1975 بشأن الجنسية المصرية، دار النهضة، القاهرة، 2005.

– مهند أحمد الصانوري، القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر، ط.01، الأردن، سنة 2011.

– لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، ط.02، سنة 2014..

– هشام خالد، قواعد الاختصاص القضائي الدولي وتعلقها بالنظام العام، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2000.

ثالثا: رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

– سمية كمال، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

– فاطمة الزهراء جندولي، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية، 2017-2018.

رابعا: المقالات العلمية

– الصادق عبد القادر، بالعبيدي رافع أحمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد 06، ع.03، سبتمبر 2021.

– بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد 04، لسنة 2016.

– بلخام هشام، شلغوم رحيمة، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، مجلد 05، ع 02، 2022.

–كريمة تدريست، دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حماية المستهلك الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد11، ع.03، ديسمبر 2020.

– غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، مجلد 01، ع 01، 2020.

– لينـدة بومحراث، تسوية منازعات التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي –، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2019.

معهد الحقوق و العلوم السياسية
مكتبة المعهد
المركز الجامعي مغنية

معهد الحقوق و العلوم السياسية
المجلس العلمي للمعهد
المركز الجامعي مغنية

الفهرس

مقدمة: 1

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للمنازعات الدولية الخاصة 4

المبحث لأول: تعريف المنازعات الدولية الخاصة: 4

المبحث الثاني: شروط المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة..... 6

المطلب الأول: أن تكون المنازعة الدولية خاصة: 6

المطلب الثاني: أن تكون المنازعة الخاصة دولية..... 6

الفصل الثاني: الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الدولية الخاصة..... 7

المبحث الأول: ماهية الاختصاص القضائي الدولي 8

المطلب الأول: تعريف الاختصاص القضائي الدولي..... 8

المطلب الثاني: طبيعة الاختصاص القضائي الدولي..... 9

المطلب الثالث: امتداد تطبيق قواعد الاختصاص المحلي على المنازعات الدولية الخاصة ..13

المبحث الرابع: مدى حرية الدولة في تحديد اختصاصها القضائي الدولي.....15

المطلب الاول: مبدأ الفاعلية أو قوة النفاذ. 16

المطلب الثاني : حق كل فرد في التقاضي أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها 18

المبحث الثاني: معايير الاختصاص القضائي للفصل في المنازعات الدولية الخاصة 20

المطلب الأول: الاختصاص القضائي الدولي المبني على أساس الاعتبارات الشخصية 20

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الوطني بناء على ارتباط موضوع النزاع بدولة القاضي. .34

المبحث الثالث: تنازع الاختصاص القضائي الدولي في عقود التجارة الالكترونية -أنموذجا- .38

المطلب الأول: الضوابط الشخصية المحددة للاختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية.....39
المطلب الثاني: الضوابط المكانية استنادا لقانون التجارة الإلكترونية.....47
الفصل الثالث: تنازع القوانين في المنازعات الدولية في العلاقات الخاصة.....60
المبحث الأول: فئة الأحوال الشخصية.....60
المطلب الأول: الحالة المدنية.....60
1/ نقص الأهلية راجع لسبب فيه خفاء.....66
2/ تصرف أبرم في الجزائر.....66
3/ إذا تعلق الأمر بتصرف مالي.....66
المطلب الثاني: الحالة العائلية.....67
المبحث الثاني: فئة الأحوال العينية.....81
المطلب الأول: الالتزامات والتصرفات القانونية.....81
المطلب الثاني: الأموال المادية.....88
المطلب الثالث: الأموال المعنوية.....89
المبحث الثالث: تنازع الاختصاص التشريعي في العقد التجاري الالكتروني المشتمل على عنصر أجنبي.....90
المطلب الأول: ضوابط الاسناد المعتمدة في إطار قانون التجارة الالكترونية 18-05...90
المطلب الثاني: استبعاد تطبيق ضابط قانون الإرادة لتحديد الاختصاص التشريعي في المنازعات المترتبة عن العقد التجاري الإلكتروني.....96
قائمة المصادر والمراجع:.....100
الفهرس.....108

مكتبة المعهد
المجلس العلمي للمعهد