جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة –
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم : قانون خاص

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر 2 في الحقوق
تخصص : قانون اعمال

من إعدادالطالبة :
- علالو هنية

تحت إشراف الأستاذة :
- د/ بشور فتيحة

أعضاء لجنة المناقشة :

د/ بلحارث ليندة	جامعة البويرة	رئيسا
د/ بشور فتيحة	جامعة البويرة	مشرفا و مقررا
د/ أيت بن أعمر صوني	جامعة البويرة	ممتحنا

السنــة الجامعية : 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمدلله

فاتحة كل خير... وتمام كل نعمة

بسم الله الرحمن الرحيم

" قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم"

صدق الله العظيم

الآية 32 من سورة البقرة

شكر وعرفان

روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
"من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

وإعمالا لهذا الحديث الشريف فإن الشكر لله والحمد لله الذي أعانني على اتمام هذا العمل الذي آمل أن يكون في المستوى

كما أتوجه كذلك بخالص الشكر والتقدير إلى كل أساتذة كلية الحقوق جامعة البويرة وأخص بالذكر الأستاذة المشرفة بشور فتيحةلإشرافها على هذا العمل وتوجيهاتها ونصائحها القيمة التي أعانتني على اتمام هذا البحث

كما أتقدم كذللك بالشكر والعرفان للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة عرفانا وتقديرا لكل الأساتذة الذين أناروا دربي خلال مشواري الدراسي وإلى كل الإداريين وموظفي كلية الحقوق الذين لم يبخلوا علينا بخدماتهم

وإلى كل أصدقائي وزملائي وكل من شجعني على العمل والاجتهاد.

إهداء

إلى من بعطائهما أضاء لي دروب العلم والمعرفة

إلى أغلى من في الكون

إلى العزيزين

أبي وأمي...أمد الله في عمرهما

وحباهما بالصحة والعافية

إلى إخوتي الأعزاء

وإلى كل عائلتي الكبيرة من كبيرها إلى صغيرها

هنية

قائمة المختصرات

ص..... صفحة

ط..... طبعة

د ط..... دون طبعة

د ن ..... دون نشر

ج..... جزء

ج ر ج ج..... جريدة رسمية للجمهورية الجزائرية

مقدمة

مقدمة

يشهد العالم في عصرنا الحالي ثورة معلوماتية ضخمة في عالم ازالت فيه تقنيات الاتصال الحدود بين الدول وسادت فيه ثقافة العولمة في مجالات عديدة للأنشطة الاقتصادية، فقد شهدت أسواق التبادل تطورات كبيرة فيما يتعلق بوسائل إنجاز الصفقات والتعاقدات، حيث أتاح للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات، ومن ثم التعاقد عبر شبكة الانترنت دون الحاجة للتواجد الفعلي في موقع الحدث.

وهذا ما يعرف بالتجارة الإلكترونية، والتي تتم عبر شبكة الإنترنت حيث يتفاوض الأطراف المتعاقدون عن بعد، فيتبادلون المعلومات وسائر البيانات بسرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي، وأمام التحديات التي تواجهها النظم القانونية، ومن أبرز هذه التحديات، التعاقد عن بعد عبر شبكة الإنترنت وقانونية المعاملات الإلكترونية، كالتعبير عن الإرادة، وتطابقها عن طريق تبادل رسائل البيانات، وبروز جرائم يومية في بيئة التجارة الإلكترونية.

فقد تزايدت المنازعات الناجمة عن هذه المعاملات مما استدعى البحث عن القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة في النظر في النزاع ومدى ملائمة النصوص القانونية، مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة من إشكاليات وتحديات.

وبهذا الصدد أشارت الاتفاقيات الدولية إلى ضرورة مواجهة جميع التحديات المتعلقة بإبرام العقد الإلكتروني، ومدى إمكانية التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة، وفي هذا المجال نجد أن المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني الجزائري ينص على أنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه."[1].

وتظهر أهمية هذا الموضوع في حجم الانتشار الكبير لهذه التجارة حول العالم والذي بدأ في التزايد بشكل ملحوظ في السنوات الأخيرة، خاصة في ظل أزمة كورونا التي جعلت معظم دول العالم تغلق حدودها، وحتى لا تواجه مشاكل اقتصادية واجتماعية لجأت إلى التعاقد عبر الإنترنت لتسهيل العملية التجارية والحد من انتشار الفيروس، فلولا وجد مثل هذه الطرق في التجارة لوقف العالم عاجزا بسبب الجائحة ولا إنهار اقتصاده.

كذلك تبرز أهمية هذا الموضوع أكثر من خلال ضرورة وضع ضابط للتعرف على أهم الصعوبات القانونية التي تفتقد لحلول مستقرة في التشريعات الوطنية، وتتمثل هذه الصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، التي تعد من أهم وأبرز الإشكاليات القانونية التي أثارت جدلا فقهيا كبيرا في القانون الدولي الخاص.

ويعود سبب اختيارنا لهذا الموضوع لعوامل موضوعية تعود أساسا إلى حداثة الموضوع في حد ذاته، وكذا لمعرفة الحالات التي يطبق فيها قانون معين على عقد التجارة الإلكترونية سواء بحضور طرفيه أو بغيابهم.

أما عن الأسباب الشخصية التي دفعتنا لاختياره فتتمثل أساسا في الرغبة في اكتشاف ودراسة هذا الموضوع بشكل جدي ومعمق من أجل محاولة وضع حلول للإشكالات والتساؤلات القانونية التي يثيرها موضوع البحث.

وتلخص أهداف هذا الموضوع فيما يلي:

- الإحاطة بالجوانب القانونية للتجارة الالكترونية.

- معرفة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية في حال حضور الأطراف وكذا في حال غيابهم.

- التطرق لمختلف المعاهدات والاتفاقيات المنظمة للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

وكأي بحث علمي فقد واجهنا عدة صعوبات أثناء انجاز هذا العمل في مقدمتها قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع، كذلك قلة النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع خاصة في التشريع الجزائري.

تتمحور الإشكالية حول صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية في حالة اتفاق أو عدم اتفاق الأطراف على قانون معين، وتتمثل الإشكالية المحورية المقترحة لمعالجة هذا الموضوع في:

1- المادة 18 من القانون المدني الجزائري، الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 1975/6/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون 05-10 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44 لسنة 2005.

على أي أساس يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية وجب إتباع عدة مناهج في الدراسة تتمثل في:

المنهج الجدلي في طرح الأفكار، كذلك الوصفي وذلك من خلال التعرض لمختلف التعريفات التي تخدم صلب الموضوع كتعريف مبدأ الإرادة، الموطن المشترك، الجنسية المشتركة وغيرها.

بالإضافة إلى المنهج التحليلي لتحليل النصوص المتعلقة بموضوع الدراسة كالقانون المدني الجزائري وقانون التجارة الالكترونية الدولية الجزائري وبعض الاتفاقيات كاتفاقية فيينا واتفاقية لاهاي

يعد هذا البحث من البحوث المركبة لذا كان علينا أن نلجأ إلى التقسيم الثنائي حيث قسمنا موضوع البحث محل الدراسة إلى فصلين، الأول تحت عنوان تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل المنهج التنازعي وذلك باتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، وكذا في حالة غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

أما الفصل الثاني فقد عنوناه بالقانون الواجب التطبيق وفقا لمنهج القواعد المادية، وذلك من خلال التطرق الى القواعد المادية الوضعية لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، وكذا القواعد المادية الواقعية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية في ظل المنهج التنازعي

تعد فكرة تنازع القوانين وليدة تزاحم قائم بين قانونين أو أكثر من أجل حكم العلاقة القانونية، وذلك عن طريق اختيار القوانين الأنسب من أجل أن تحكم العلاقة القانونية موضوع النزاع عند تدخل عنصر أجنبي فيها.

فالقانون الدولي الخاص قد أعد حل من أجل الفصل في مسألة تعدد الأنظمة القانونية التي تحكم علاقة قانونية واحدة، وذلك عن طريق نظرية تنازع القوانين والتي تعتمد أساسا على قواعد قانونية محايدة تسمى بقواعد الإسناد، فهي تحدد القانون المطبق على العلاقة التي تحتوي على عنصر أجنبي.

فنجد أن معظم الأنظمة القانونية تعتمد على الثنائية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، التي تكون بين الأطراف ذات الطابع الدولي وذلك عن طريق حالتين؛ الأولى تتمثل في وجود اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة بينهم ويكون هذا الاتفاق صريحا[1]، أو قد يكون ضمنيا[2]، أما عن الحالة الثانية فتتمثل في حالة عدم وجود اتفاق بشأن تحديد القانون الذي يطبق على العقد.

وعليه سنتناول في هذا الفصل الحالة التي يتفق فيها الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية (المبحث الأول)، ثم حالة غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية (المبحث الثاني).

1- يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي صراحة بأي صورة من الصور، كالنص على سطح الصفحة الالكترونية أو عن طريق إيراد شرط فيالعقد الالكتروني، أو عن طريق وضع مثل هذا الشرط ضمن البنود أو الشروط النموذجية المرفقة بالعقد الالكتروني، وفق ذلك فقد يقوم الطرفان بتحديد القانون المختص بحكم عقدهما صراحة في اتفاق لاحق، وفي هذه الحالة يسري القانون المختار على العقد الالكتروني بأثر رجعي مع العلم أن لا شيء يمنع الطرفان من جعل أثره فوريا.

2- قد يكون اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الالكتروني الدولي ضمنيا، ويمكن استنباطه من الظروف الملابسة للعقد وهذا ما أكدته عدة تشريعات وطنية واتفاقيات دولية، كذلك يمكن استنباط الاختيار الضمني للقانون من عدة مؤشرات تصاحب عملية التعاقد، مثل شرط منح الاختصاص القضائي لمحاكم دولية معينة، أو أن يكون العقد مكتوب بلغة دولة معينة،أو أن يكون العقد مرتبطا بعقد آخر سبق إبرامه وتم فيه تحديد القانون الواجب التطبيق عليه من قبل الطرفان.

المبحث الأول

اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية الدولية(الإسناد الشخصي)

يعد اتفاق الأطراف نتيجة لاتحاد إرادتهم في العقد، ومن الثابت قانونا أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها ولا يمكن له التقيد إلا بها، فهي تعد أساس التصرف القانوني والمنشئة له وهذا ما عبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة.

وقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد من أهم المبادئ الثابتة في القانون المقارن، حيث تعترف به أيضا قواعد التجارة الدولية، وبما أن شبكة الأنترنت بطبيعتها شبكة دولية عابرة للحدود فإن العقود المبرمة عن طريقها تعد عقودا دولية لأنه يجوز لأي شخص في أي مكان أن يستخدم تللك الشبكة ويقوم بإبرام عقود مع أشخاص آخرين[1].

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المبحث المقصود بمبدأ سلطان الارادة (المطلب الأول)، ثم نبين صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول
المقصود بمبدأ سلطان الارادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم، يحتوي على كل التفاصيل المتفق عليها في حدود نصوص القانون[2]، أي أن تكون الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليست الإرادة المنفردة لأحدهما، فالدخول في المفاوضات العقدية يعني انتهاء دور الإرادة المنفردة، وتبدأ الإرادة بالتوحد في هذه المرحلة، بحيث تتفاعل إرادة طرفي العقد مع بعضهما البعض للوصول إلى إرادة منتجة للآثار التي يرغب أو يسعى إليها الطرفان ، لكن في حال اجتماع إرادة المتعاقدين على تحديد القانون الواجب التطبيق تنتهي الإرادة المنفردة نتيجة تفاعل الإرادتين واتفاقهما على تحديد القانون الذي يتم إخضاع العقد له، سواء كانت المبادئ العامة للقانون أو أعراف التجارة أو العادات لكن في حدود النظام العام والآداب العامة[3].

انطلاقا من التعريف المقدم بخصوص مبدأ سلطان الإرادة نصل إلى عرض موقف كل من القانون والاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، ثم موقف الفقه من هذا المبدأ (الفرع الثاني).

1- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 188.

2-آيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2016-2017،ص 5.

1- ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد،، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق، جامعة العربي بن المهيدي أم البواقي، 2017-2018،ص6.

الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدوليةوالقانون

نظرا للأهمية البالغة لهذا المبدأ، والتي جعلت له دورا حاسما في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، و أخذت به العديد من القوانين والاتفاقيات الدولية[1]، بحيث جعلت منه أحد أهم المبادئ التي يعول عليها في حل مشكلة تنازع القوانين، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي اعتدت هي الأخرى بقدرة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق لغرض التقليل من ظاهرة تنازع القوانين[2].

في هذا الفرع سنتطرق الى موقف الاتفاقيات الدولية (أولا)، ثم موقف القانون (ثانيا).

أولا: موقف الاتفاقيات الدولية من مبدأ سلطان الارادة

أخذت العديد من الاتفاقيات الدولية بمبدأ سلطان الإرادة، حيث أنه لم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين والتشريعات الوطنية وحسب، بل نجد أن الاتفاقيات الدولية هي الأخرى قد أولت أهمية كبيرة لهذا المبدأ، وذلك نتيجة لدوره الفعال في حل نزاعات عقود التجارة الدولية[3].

ومن بين أهم الاتفاقيات الدولية التي قننت هذا المبدأ، اتفاقية لاهاي لعام 1955 التي تنص في مادتها الثانية على أنه:" عقد البيع يخضع لأحكام القانون المحلي للدولة التي تحددها الأطراف المتعاقدة"[4]، بحيث يعتبر مبدأ سيادة القانون والذي يكون بين دولتين أو أكثر مختلفة الشرائع تتمتع بالسيادة، فإذا لم توحد هذه القوانين فإنه سوف يواجه المتعاقدين صعوبة بالغة، وذلك بدراسة كل حالة على حدى، إلا أنه هناك تقييد في دراسة موضوع تنازع القوانين من أجل توحيدها، لأنه من المهم رسم حدود للفصل في النزاع الدولي، لإعطاء بعض الايضاحات للقانون المسند إليه[5].

كما أضافت الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 12 أفريل عام 1961، ودخلت حيز النفاذ في سبتمبر سنة 1964 في المادة السابعة أن: " الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع...".

2- خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010، ص21.

-آيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، المرجع السابق، ص 2.6

1- خليفي سمير، المرجع السابق، ص23.

2- المادة 2 من اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية.

3-آيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، المرجع السابق،ص10.

بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، التي تنص في المادة 42 منها على أنه : " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد التي يقررها الأطراف "[1].

كذلك نجد أن اتفاقية روما لعام 1980 التي تعتبر بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود، تنص في مادتها الثالثة الفقرة الأولى منها على أنه : " يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف"، كما أقرت كذلك في الفقرة الثانية منها على حق اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على ابرام العقد، كذلك منحت لهم الحق في تعديل القانون المختار مع حماية حقوق الغير[2].

إضافة إلى ما جاء به خبراء الأمم المتحدة الذين حرصوا على وضع قانون خاص بالتجارة الالكترونية " الأونستيرال " لعام 1996 لترسيخ مبدأ التعاقد، حيث رأوا أنه من الواجب التركيز على مبادئ التعاقد والاتفاق بين أطراف العقد لضمان الثقة بين المتعاقدين.

بالإضافة إلى ما تنص عليه اتفاقية عمان لعام 1980، هذا إلى جانب ما جاء في دورة مجتمع القانون الدولي المنعقدة بأثينا عام 1979 التي تؤكد على أن العقود التي تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي تخضع لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف[3].

ثانيا: موقف القوانين من مبدأ سلطان الإرادة

اختلف موقف التشريعات المقارنة فيما يخص مبدأ سلطان الإرادة نظرا لأهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية[4]،حيث نجد أن تحديد مبدأ سلطان الإرادة في إطار تنازع القوانين الذي تثيره العقود الدولية من المبادئ الأساسية والمستقرة في أغلب التشريعات الوطنية، إذ لا تكاد تخلو من النص على تطبيق القانون المختار على موضوع النزاع ، من حيث إعطاء الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق، مثل هذا الاختيار قد أخذ به المشرع الجزائري، في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، والتي ينص فيها على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"[5]، فقد وضع المشرع القانون الذي يختاره المتعاقدين كضابط إسناد أساسي لكن شرط أن يكون له علاقة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، كي لا يلجأ المتعاقدين لما يعرف بالغش نحو القانون في فقه القانون الدولي الخاص[6].

4-خليفي سمير، المرجع السابق، ص24.
1-المادة 3 الفقرة 1 و 2 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الصادرة في 1980.
2-آيت عبد الوهاب فهيمة و خرفلاوي سهيلة، المرجع السابق، ص 10 و11.
3- المرجع نفسه، ص6.
1-المادة 18 من الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44 الصادر بتاريخ 2005/6/26.
2-خليفي سمير، مرجع سابق، ص22.

كذلك نجد أن المشرع المصري قد أخذ بفكرة خضوع العقد لقانون الإرادة، حيث أكد صراحة على حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، وذلك من خلال نص المادة 19 الفقرة الأولى منها والتي تنص على أنه: "يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية فإن لم توجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري"، يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المصري خول للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، لكن لم يمنح الحرية المطلقة للمتعاقدين، وإنما حريتهم تستمد مشروعيتها من إرادة المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد، بل منحهم حق الاختيار بنص صريح دون تجاوز أهداف المشرع[1]، وهذا ما ذهب إليه القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979، لكن دون أن يضع القيود التي جاء بها المشرع المصري، حيث نجد أن المشرع النمساوي نص في أحد مواده على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنيا ".

وأكد من جهته القانون المدني الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 بمنح الأفراد الحرية في اختيار القانون حسب ارادتهم لحل النزاعات المتعلقة بالعقد، فينص القانون على انه: " يخضع العقد الى القانون للقانون الذي يختاره الأطراف"[2].

بالإضافة إلى القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية الذي خول للمتعاقدين من خلال المادة 301 الفقرة 1/أ حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي سواء كان ذا صلة بتلك الدولة أم لا، بينما المادة 109 من القانون الأمريكي الفيدرالي الموحد لمعاملات الكمبيوتر لعام 1999 أقرت صراحة مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ونظمت أحكاما خاصة بالمستهلكين[3].

الفرع الثاني: موقف الفقه

لقد أثار مبدأ حرية الإرادة جدلا فقهيا كبيرا حول حدود ممارسة الأطراف لحريتهم العقدية[4]، حيث انقسم الفقه في تحديد الإرادة الصادرة عن الأطراف إلى قسمين، القسم الأول أخذ بالنظرية الموضوعية (أولا)، أما القسم الثاني فقد أخذ بالنظرية الشخصية (ثانيا).

أولا: النظرية الموضوعية

الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية هو الأساس الموضوعي لإرادة المتعاقدين أي اخضاع العقد لقانون دولة معينة بالذات – توطين العقد- وليس اختيار القانون واجب التطبيق، فهذه النظرية تقوم على أساس الأخذ بقانون دولة معينة للبحث في قوانينها عن القانون الأكثر

3-آيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، مرجع سابق، ص8.
4-خليفي سمير، المرجع السابق، ص22.
1-آيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، المرجع السابق،ص6 و7.
2- ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص7.

ملاءمة للخلاف الذي نشأ لاستخلاص النصوص القانونية التي تناسب الخلاف الذي ثار، وتطبيق ذلك القانون المستخلص على النزاع.

فحسب هذه النظرية يقوم طرفا العقد بتحديد الوقائع التي يتوطن بها العقد، ومن بين هذه الأمور، تحديد مكان ابرام وتنفيذ العقد، فالتوافق بين القانون المختار والتوطن الموضوعي للعقد شرط ضروري لفعالية ارادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فالتوطين الموضوعي للعقد يعد أحد سبل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الالكتروني، وليست الإرادة وحدها كافية، فالقاضي هو الذي يحدد القانون واجب التطبيق على النزاع من ضمن القواعد الخاصة بالدولة التي تم إخضاع العقد لها[1].

أكدت على هذا المبدأ معاهدة روما لسنة 1980 في مادتها الثانية حيث تنص على ضرورة إخضاع العلاقة العقدية لقانون الدولة الأكثر صلة بالعقد، بحيث يحكم العقد القانون الذي اختاره أطراف العلاقة ويجب أن يكون الاختيار صريحا أو أن يستنتج بشكل مؤكد من بنود العقد، وهذا طبقا لنص المادة الاولى من نفس الاتفاقية[2].

وبذلك تذهب هذه النظرية الى ارجاع سلطان المتعاقدين في الاختيار إلى القانون الذي منح الإرادة المقدرة على هذا الاختيار وذلك بمقتضى قاعدة تنازع القوانين في دولة القاضي وليس إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، وهذا الأمر يؤدي إلى اخضاع العقد للقواعد الآمرة في القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين[3].

ثانيا: النظرية الشخصية

منحت هذه النظرية للإرادة دورا فعالا فلا يكون مقتصرا على مجرد توطين العقد في مكان محدد، واعطاء القاضي حرية ايجاد القانون الذي يتناسب والعقد ليتم تطبيقه عليه، وإنما يتوجب كذلك تحديد القانون الواجب التطبيق بالذات في النزاعات التي تنشأ عن العقد والالتزامات المترتبة عليه، وهذا ما يعرف بحق اختيار القانون، لا تركيز العقد[4].

وعليه يرى أصحاب هذا الاتجاه وجوب تحرير الطرفين من كل قيد وفسح المجال أمامهم دون اشتراط أي حدود للخيار الحر، عدا حالة الغش نحو القانون، ومن ثم فالقاضي لا يتمتع بأية سلطة في هذا الصدد وذلك لاحترام توقعات الطرفين وتوفير الأمان القانوني[5].

1-المطالقة محمد فواز، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الإلكتروني)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص130 و 131.

2- المادتين 1 و 2 و 3 الفقرة 1 من اتفاقية روما لسنة 1980 ، المرجع السابق.

3- الجواري سلطان عبد الله محمود ، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق(دراسة قانونية مقارنة)، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010 ص112.

4-المطالقة محمد فواز، المرجع السابق، ص 131.

1-آيت عبد الوهاب فهيمة و خرفلاوي سهيلة، المرجع السابق، ص13.

غير أن التعديل التشريعي الجزائري للمادة 18 من القانون المدني، اشترطت وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار، والتي تحرص على عدم مخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة في اختيار الطرفين ولا يكون منطويا على الغش أو التحايل تجاه القانون.

نستنتج مما سبق عرضه أن الأخذ بالنظرية الشخصية يكون أكثر شمولا ودقة بالنسبة للعقد التجاري المبرم عبر الانترنت، لأنه من غير الممكن إلمام طرفي العقد بقوانين معظم الدول أو دولهم، كما أن بعض الدول ليست لها تشريعات خاصة بالتعاملات الالكترونية يتم اخضاع مثل هذه التصرفات لها[1].

وعند البحث عن قانون خاص بالتجارة الإلكترونية فإنه لن نجد تشريعا خاصا تم اقراره، وبالتالي فان القاضي يقوم بالبحث عن التشريع المناسب لدى أية دولة من الدول والذي يتبع تحديده حسب قواعد الاسناد وقواعد البوليس[2]، ومما يعقد المسالة أكثر هو انفتاح الانترنت على العالم وحرية انسياب المعلومات عبرها وغياب سلطة عليا تشرف على إعمال هذه الحدود والتي نرى أنه لامجال لإعمالها إلا بعد طرح النزاع على القاضي، لذلك يبقى أطراف العقد الدولي الالكتروني يتمتعون بحرية اختيار القانون الذي يحكم عقدهما، وكل ما يمكن أن يقيد اختياره هي قواعد البوليس التي تشدد على الالتزام باحترامها غالبية القوانين التي سنت في مجال التجارة الإلكترونية[3].

وبذلك فإن أنصار هذه النظرية قد ردوا قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة وهو ما يخول للمتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار قانون العقد نفسه، بحيث تندمج أحكامه في العقد وتنزل معه منزلة باقي شروطه التعاقدية، التي يملك المتعاقدين حق الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت بالطابع الآمر[4].

المطلب الثاني

صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الالكترونية الدولية

من أهم القواعد التي جاء بها قانون الأنستيرال الخاص بعقود التجارة الالكترونية نجد قاعدة تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف، وهذا ما أكدته المادة 15 في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: "مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك..."[5].

2-المطالقة محمد فواز، المرجع السابق، 132.
3-ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص 9.
4-آيت عبد الوهاب فهيمة و خرفلاوي سهيلة، المرجع السابق، ص14.
1- الجواري سلطان عبدالله محمود، المرجع السابق، ص 111 و 112.
2- سكر سليمة، عقد البيع عن طريق الانترنت ومدى حجية الاثبات الالكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستر، جامعة الجزائر1، 2011، ص 60.

فهنا اتفاق الأطراف قد يكون بشكل صريح كما قد يكون بشكل ضمني، الأمر الذي يجعل من اعمال مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع الخصوصية التي تنفرد بها عقود التجارة الالكترونية، كما يمكن له أن يشكل صعوبات عملية أيضا[1].

وهذا ما سنوضحه من خلال دراستنا لكل من الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد (الفرع الأول)، ثم الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد

عند اختيار المتعاقدين للقانون الذي يطبق على عقدهم في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية بشكل صريح، يواجه هذا الاختيار العديد من الصعوبات والمتمثلة في صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد (أولا) كذلك صعوبة تحديد هوية الأطراف (ثانيا)، بالإضافة إلى عدم تنظيم القانون المختار للمسائل المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية (ثالثا).

أولا: صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد

تظهر الصعوبة هنا عندما يتم التعبير عن الإرادة عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية، أي يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه، وتظهر كذلك حين تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية تمثيل المتعاقد الأصلي (النيابة)، أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الالكترونية أو تغيير محتواها، خاصة وأن شبكات الاتصال معروضة للاختراق والتدخل من جانب الغير[2].

ثانيا: صعوبة تحديد هوية الأطراف

تتسم عقود التجارة الالكترونية بغياب التواجد المادي للأطراف عند إبرامها، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة التحقق من هوية الأطراف و معرفة أهليتهم من خلال وسائل الاتصال الالكترونية، خاصة إذا كان تحديد هوية الأطراف المتعاقدة من شأنه أن يؤدي إلى التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا ما أخذ به التقنين الفرنسي الخاص بحماية المستهلكين، والذي يركز على ضرورة أن يتضمن الإيجاب ما يفصح عن هوية المورد،

3-بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011 ، ص 133.

1- يوسفي نور الدين و بروك إلياس،(تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية)، مجلة المفكر ، جامعة بسكرة، العدد 13، الجزائر، 2018، ص253 و 254.

فالتاجر يحرص في أغلب الحالات على معرفة هوية الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمة أو السلعة حتى يتأكد من أن الطرف الذي قبل عرضه يتمتع بأهلية التعاقد[1].

فالمتعاملين عبر الإنترنت يفتقرون إلى قدرة تحديد هوية المتعاقد معهم، لأن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين مثل العناوين التي يشار إليها ب com أو org.

كذلك نظرا لصعوبة مراقبة العناوين الالكترونية التي يستخدمها المتعاقدين للتحقق من هوية الطرف الآخر لأنه غير مسموح قانونا للتجار بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم بغرض التحقق من هويتهم[2].

ثالثا: عدم تنظيم القانون المختار للمسائل المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية

يعد اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على منازعات عقود التجارة الإلكترونية من المسائل البالغة الأهمية، وهذا راجع إلى أن المتعاقدين عن طريق الوسائط الإلكترونية يتطلعون دائما لمعرفة القانون واجب التطبيق قبل الدخول في أي علاقة عقدية كي يتحقق لهم الأمان القانوني المنشود، خاصة وأن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق ستتفاقم لوكان أحد طرفي العقد أو كلاهما ينتميان لدولة لا يعترف قانونها بالمستخرجات الالكترونية، وبالتالي عدم اعترافها بالعقد التجاري الالكتروني، عندها قد يتفاجأ المتعاقدين بأن القانون المتفق عليه لحكم العقد لا يعترف بالمستندات الالكترونية، الأمر الذي جعل بعض المنظمات تصدر توصيات تنادي بضرورة إضفاء الحماية القانونية للعلاقات التجارية الإلكترونية، ولهذا السبب يحرص المتعاقدين عبر الوسائل الحديثة في أغلب الأحيان على تضمين عقودهم بشرط خاص يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد، ومن أمثلة هذه العقود نجد عقد شركة Apple stor الذي ينص على أنه: "تخضع كل عقود البيع التي تكونApple stor طرفا فيها لقانون كاليفورنيا"[3].

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد

لقد تعرضت فكرة الإسناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لعدة انتقادات في مجال العقود الدولية التقليدية، وهو الأمر نفسه الذي تعرضت له في عقود التجارة الالكترونية[4].

2- بلاق محمد، المرجع السابق، ص 135.
1- يوسفي نور الدين وبروك إلياس، المرجع السابق، ص 254.
2- بلاق محمد، المرجع السابق، ص 135 و 136
1- يوسفي نور الدين وبروك الياس، المرجع السابق، ص 256

فعند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني بشكل صريح يتم استنباط القانون من بنود العقد التي تميل في مضمونها إلى نظام قانوني لبلد محدد، وهذا بالاستناد إلى ضوابط موضوعية تبين نية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الأنسب للتطبيق، وهذه الضوابط قد تكون ضوابط مرنة والتي تعرف كذلك بمعيار الأداء المميز، كما قد تكون ضوابط جامدة معروفة مسبقا لدى الأطراف المتعاقدة والمتمثلة في قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه، قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك، كما يمكن استخلاص تلك الإرادة من خلال اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، فهذه الضوابط من الصعب تطبيقها في مجال عقود التجارة الالكترونية[1].

فبالنسبة لمعيار مكان إبرام العقد والذي يكون عبر شبكة الانترنت في مثل هذه العقود، حيث تتجاوز حدود كل الدول بالتالي هي غير مربوطة باي مكان وليس هناك حدود تحول دون استخدام الشبكة بين مقدمي الخدمة والمستفيدين، وهنا تظهر صعوبة إعمال هذا المعيار حيث يبدو عنصر المكان غائب فعليا على الشبكة فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الانترنت في مكان اخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في بلد رابع ويتم تنفيذ العقد في دول مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني[2].

كذلك يصعب القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة التي تنظر في النزاع، لأنه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يكون موقع تواجد تلك المحكمة على شبكة الانترنت من خلال موقع أو عنوان الكتروني لا ينتمي لدولة معينة[3].

أما بالنسبة لضابط الجنسية المشتركة فيصعب الاعتماد عليه في العالم الافتراضي، لأنه قد يلجأ المتعاقدين أحيانا للتحايل عن طريق جعل موقعهم لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم الأعمال غير المشروعة، وذلك للتهرب من مسؤولياتهم فبالتالي يزيد هذا الأمر من صعوبة التعرف على جنسيتهم.

يصعب تطبيقه كذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد وفقا لهذا الأساس، فالجنسية الأجنبية للمتعاقدين لاتعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية ولا تصلح وحدها لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[4].

كذلك الأمر بالنسبة للغة حيث أصبحت اللغة الانجليزية هي اللغة الرسمية في مجال الروابط العقدية التي تتم عبر شبكات الاتصال الحديثة، باعتبارها اللغة العالمية الأولى التي يتم

2- الجواريسلطان عبد الله محمود ، ص 141.

1- حوالف عبد الصمد، (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية)، مجلة الحقيقة،جامعةأبي بكر بلقايد تلمسان، العدد31، الجزائر، ص 165 و 166.

2- حمودي ناصر،(نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل)، مجلة المعارف،كلية الحقوق، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، العدد 5، 2008، ص156 .

3- حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 167 و 168.

التواصل بها على الصعيد العالمي، وفي هذه الحالة عند استخدام لغة أخرى غير اللغة الانجليزية فإنها تترجم بصفة آلية إلى اللغة الانجليزية بواسطة برامج موجودة في الحواسيب الآلية.

وتظهر كذلك معيار العملة التي يتم الوفاء بها من خلال تحويل مقابل الخدمة إلى نقود الكترونية أو عن طريق بطاقة وفاء أو ما شابه ذلك من وسائل آلية أخرى، فبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بهذه الوسائل وبأي عملة وفي أي وقت[1].

والقول كذلك بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الالكترونية الأخرى المرتبطة به صعب، لأن مسالة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة الالكترونية، فالغالب في مجال المعاملات التي تبرم عبر الانترنت هو استقلال الروابط القانونية لاسيما أن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب[2].

إن تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية غير كافي وذلك لأن الأطراف قد لا يحددون قانون معين يطبق على عقدهم، وهذا ما يعرف بحالة غياب إتفاق الأطراف، الأمر الذي أدى إلى البحث عن قوانين أخرى من شأنها أن تساهم بشكل أكثر فعالية في حل مختلف النزاعات التي قد تواجه المتعاقدين في عقود التجارة الالكترونية وهذا ماسنتطرق إليه في المبحث القادم.

المبحث الثاني

غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية (الإسناد الموضوعي)

في غياب اتفاق الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، وتعذر استنتاج إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فإنه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع المعروض عليه، وإلا يعد امتناعه هذا ضمن طائلة جرائم إنكار العدالة، ولا يجوز له أيضا أن يتجاهل القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية محل النزاع ومنح الاختصاص مباشرة لقانونه الوطني، وإنما يتعين عليه أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدين، حيث أن القاضيهنا لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين بل يفرض عليهما إرادة غير موجودة فعلا، ويقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية نفسها[3].

1- ابراهيم بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص 175.
2- يوسفي نور الدين و بروك إلياس، المرجع السابق، ص 256 و 257 .
1- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 203 و 204.

وهنا يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة (المطلب الأول)، أو بإسنادها لضوابط مرنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإسناد الجامد للرابطة العقدية

سمي هذا الاتجاه بالجامد لأن عملية التركيز الموضوعي تقوم على أساس أن مركز الثقل واحد في جميع العقود[1]، لذلك نجد أن غالبية الفقهاء يروا بأنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يتم الاستناد في تحديدها إلى ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد؛ أي ترتبط بقانون الدولة محل إبرامه أو تنفيذه أو ذات صلة بالمتعاقدين نفسهم مثل قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، باعتبارها معايير معلومة مسبقا من قبل المتعاقدين[2]، وهو الأمر المنصوص عليه في كل الأنظمة القانونية بما فيها القانون الجزائري في نص المادة 18 الفقرة الثالثة منه[3].

وعليه سنتناول في هذا المطلب الضوابط التي تكون مرتبطة بالمتعاقدين (الفرع الأول)، الضوابط المرتبطة بالعقد (الفرع الثاني)، ثم حالات تطبيق القانون الجزائري في مجال معاملات التجارة الإلكترونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الضوابط المرتبطة بالمتعاقدين

يعد كل من قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة من الضوابط الجامدة التي من شأنها أن تساهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في حالة غياب اتفاق الأطراف في هذا الشأن.

ومن أجل معرفة دور كلا هاذين القانونين في تحديد القانون الواجب التطبيق سوف ندرس في هذا الفرع قانون الموطن المشترك (أولا)، ثم قانون الجنسية المشتركة (ثانيا).

أولا: قانون الموطن المشترك

يقصد بالموطن المشترك المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لمصالحه، ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة، ويعد الموطن من أقدم الروابط التي تربط الإنسان بإقليم ما، ويتميز مفهوم الموطن في القانون الدولي

2- نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2004، ص 71.
3- آيت عبد الوهاب فهيمة و خرفلاوي، المرجع السابق، ص 25.
4- المادة 18 الفقرة 3 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

الخاص عن القانون المدني، إذ ينصرف اصطلاحه في الأول إلى توطن الشخص في أية دولة من الدول بينما مفاده توطن الشخص في دولة معينة دون غيرها، إذ أن القوانين الوضعية تفضل مصطلح الإقامة، أما من الناحية الدولية يستخدم (محل السكن المعتاد) في كثير من قوانين الدول على سبيل المثال المملكة المتحدة، ومن أهم أنواع محل الإقامة التي استخلصها الفقه نجد ما يلي: محل الإقامة الأصلي ويقصد به محل الإقامة الأول للفرد، الذي يعتمد على محل إقامة والديه في وقت ولادته أي المكان الذي ولد فيه.

كذلك المحل الاختياري ويتم اكتسابه من خلال اجتماع شيئين معا، الأول الإقامة الفعلية لبلد ما والثاني الإقامة في هذا البلد، والإشكال المطروح هنا هو مدى إمكانية تطبيق قانون الموطن في المعاملات الإلكترونية؟

حيث يرى بعض الشراح أنه من الصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي عبر الإنترنت، لأن المورد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم تلك الأعمال غير المشروعة، وقد يكون مكان عارض غير دائم على سبيل المثال من يقوم ببث معلومات غير مشروعة من خلال حاسب آلي متنقل عبر الحدود وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان، لأنه في عالم افتراضي وربما لا يكون أي مكان في الواقع.

إنتوريد الخدمات يتم إلكترونيا على الشبكة الدولية دون وجود أي مكاتب أو مقر لها، لأن العناوين الإلكترونية على الشبكة الدولية لا توجد لها أي مكاتب أو مقر بالواقع، كذلك لأن العناوين الإلكترونية للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة.

بالإضافة إلى ذلك فإن أي موقع على الشبكة يقدم خدمات يمكن أن يكون مركزا رئيسيا أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان العمل، وربما يكون هناك مكان لشركة في الواقع، حيث أن توريد الخدمات يتم إلكترونيا على الشبكة الدولية دون وجود مقر لها لذلك لابد من ضرورة وجود مكان فعلي[1].

إذا كانت هذه الضوابط قد لاقت ترحيبا واسعا في مجال العقود التجارية التقليدية، فإن الأمر مختلف بالنسبة لمعاملات التجارة الالكترونية، أين كانت محل انتقاد، فهناك من نادى بضرورة استبعاد هذا الضابط لأنه من النادر جدا أن يتحد طرفا العقد الدولي في الموطن، وإن تحقق ذلك فهو بمحض الصدفة أو من قبيل التعمد المنطوي على غش بتواطأ المتعاقدين لأسباب يقصدانها، كون موطن المتعاقد عبر شبكة الإنترنت غير معروف[2].

ثانيا: قانون الجنسية المشتركة

1- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص 164 وما بعدها.
2- سالم عبد الكريم، (أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية)، المجلة الدولية للبحوثالقانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 2، الجزائر، 2018، ص 76.

إن العديد من التشريعات في مختلف الدول قد أخذت بقانون جنسية الفرد باعتباره القانون الشخصي الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، كما أنه من السهل تحديد جنسية الشخص بعكس موطنه الذي يثير تحديده عدة صعوبات على عكس الجنسية المشتركة[1]، فهي تعد الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان والسيادة، وهي عبارة عن رابطة قانونية بين الفرد والدولة، وعليه إذا اتحدت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون القانون الواجب التطبيق[2].

بالرغم من أن غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني في حالة عدم تحديده من قبل الأطراف، إلا أنه تعرض لانتقادات عدة أهمها صعوبة التعويل على عنصر الجنسية المشتركة لتحديد قانون العقد في مجال المعاملات الإلكترونية الدولية، كونها لا تعد عنصرا مؤثرا في المعاملات الدولية، بحيث يرى البعض أنها لا تصلح وحدها كأساس لإضفاء الطابع الدولي لهذه العقود علاوة على ذلك فإن الاعتداد بالجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف، وهو أمر قد لا تأبه به التجارة الإلكترونية[3].

وفي هذا الشأن نجد أن اتفاقية فيينا لم تعطي أي اهتمام لجنسية الأطراف وهذا طبقا لأحكام المادة 1 الفقرة 2 و 3[4]، فمجرد الرجوع إلى قانون الجنسية لا يحل المشكلة وإنما يتعين الرجوع بعد ذلك إلى الشريعة الداخلية التي تحكم حالته الشخصية، كما أن استقرار الشخص في دولة معينة يجعل ارتباطه بها أقوى وأشد من ارتباطه بالدولة التي يحمل جنسيتها[5].

لا يمكن الاعتماد على هذا الضابط في حال انعدام جنسية الأطراف وهذا ما يجعل من قانون الجنسية معيار غير كافي لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية.

الفرع الثاني: الضوابط المرتبطة بالعقد

لقد لجأ المشرع إلى التحديد المسبق للقانون الذي يراه أكثر صلة بالعقد في حال غياب إرادة الأطراف عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنيا، وهذا ما يعرف بالإسناد الجامد، ويقصد به أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية مثل قانون بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه، وهو بذلك يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية ولظروف التعاقد وهو ما يتعارض بالنتيجة مع

3- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 657 و 658.

1- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ،دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 332 و 333.

2- سالم عبد الكريم، المرجع السابق، ص 77.

3- المادة 1 الفقرة 2 و 3 من اتفاقية فيينا المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع الصادرة في 11 افريل 1980.

4- عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 656 و 657.

الرابطة الأوثق والقانون الواجب التطبيق بشأنها، وهذا المعيار يعد أكثر شيوعا لدى القضاء والتشريعات المعاصرة كأساس للإسناد الجامد للعقد الدولي[1].

وعليه سنتعرض في هذا الفرع إلى معيار قانون بلد الإبرام (أولا)، ثم قانون بلد التنفيذ (ثانيا).

أولا: قانون بلد ابرام العقد

لقد اختلفت التشريعات التي أخذت بهذه القاعدة حول موضوع الأفضلية الممنوحة لهذا القانون ، الذي يتم الرجوع إليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمنيا عن اختيار القانون الذي يحكم العقد.

ويعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون مكان إبرامه العقد بأنه يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية القانونية، مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية[2].

وعليه فإنه في العقد التجاري الالكتروني الدولي يرتبط مكان إبرام العقد برسالة البيانات، والتي يختلف على ضوئها تحديد مكان الإبرام.

وقد عالج قانون الأنستيرال النموذجي مسالة الاختصاص المكاني للعقد المبرم عبر الانترنت من خلال نص المادة 15 الفقرة الرابعة حيث يتم اعتماد ما يسمى بمقر عمل منشئ الرسالة كمكان لإرسال الرسالة الالكترونية، في حين يعد مقر عمل المرسل إليه هو مكان استلامها مالم يتفق المتعاقدين على خلاف ذلك، وفي حال ما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي إذ لم توجد مثل تلك المعاملة، أما في الحالة التي لا يكون فيها للمنشئ أو المرسل إليه مكان عمل، فيشار هنا إلى محل إقامته المعتاد[3].

ثانيا: قانون محل تنفيذ العقد

يمكن التمييز بين حالتين:

الحالة التي يتم فيها تنفيذ العقد خارج شبكة الانترنت حيث أن المكان في هذه الحالة غالبا ما يكون هو مكان تسليم الطلب أو الخدمة، ومع ذلك فأنه من غير المستبعد أن يتفق أطراف

1- محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية (العقد الالكتروني-المنازعات العقدية و غير العقدية-الحكومة الإلكترونية-القانون الواجب التطبيق)، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011 ، ص 152 و 153.
2- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني-إثبات العقد الإلكتروني-حماية المستهلكين-وسائل الدفع الإلكترونية-المنازعات العقدية و غير العقدية-الحكومة الإلكترونية-القانون الواجب التطبيق)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 90.
1-سالم عبد الكريم، ص 76 و ص 77.

العقد الدولي على تنفيذ التزاماتهم في أماكن مختلفة، مما يحول دون تحقيق الانسجام بين القوانين بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد.

أما عن الحالة الثانية فهي أكثر تعقيدا على اعتبار أنها تأخذ شكل العقد الذي يتم تنفيذه بشكل مادي عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، كما هو الشأن بالنسبة لبرامج الحاسوب التي يتم انزالها مباشرة عبر شبكة الإنترنت، حيث يصعب تحديد مكان التنفيذ في هذه الحالة بين مكان موقع التحميل عبر الشبكة لحظة التنفيذ ومكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع ومكان تواجد الحاسوب الآلي للمشتري، وغيرها من الأماكن[1].

الفرع الثالث: حالات تطبيق القانون الجزائري في مجال معاملات التجارة الإلكترونية

حسب المادة الثانية[2] من قانون التجارة الإلكترونيةفإنه: " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو

- مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو

- شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،

- أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

إن المقصود من نص هذه المادة هو أنه عندما يكون أحد أطراف العقد الإلكتروني يتمتع بالجنسية الجزائرية يطبق مباشرة القانون الجزائري دون الحاجة إلى أن تكون الجنسية مشتركة لدى أطراف العقد، كما أن الإقامة الشرعية لأحد الأطراف بالجزائر تجعله يخضع للقانون الجزائري في إبرام العقد الإلكتروني.

بالإضافة إلى أن الشخص المعنوي الذي يكون خاضع للقانون الجزائري يطبق على معاملاته التجارية الإلكترونية القانون الجزائري، كذلك هو الحال عندما يبرم أو ينفذ العقد الإلكتروني بالجزائر.

2-المرجعنفسه، ص 76 و 77.

1- قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر ج ج، العدد 28، الصادر في 24 شعبان عام 1939 الموافق ل 10 ماي سنة 2018.

المطلب الثاني

الضوابط المرنة (نظرية الأداء المميز للعقد)

تعد الضوابط المرنة كحل لإشكالية التنازع في العقد التجاري الالكتروني، هذا في الحالة التي لا يختار فيها المتعاقدين القانون الواجب التطبيق وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ظل فكرة محل الإسناد المميز[1].

في هذا المطلب سنتطرق إلى المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد (الفرع الأول) ثم مدى تطبيق هذه النظرية على عقود التجارة الالكترونية الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد

يقصد بفكرة الأداء المميز للعقد، تنوع المعاملات في العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد.

وقد عرف كذلك الأستاذ جون بابتيست الأداء المميز للعقد بأنه: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتميزه عن غيره من العقود الأخرى"[2].

وبالرغم من كل الجدل الذي أثير بشأن هذه النظرية إلا أنها لقيت قبولا واسعا من قبل فقهاء التجارة الإلكترونية، كونه إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد[3].

ومن خلال عرضنا للمقصود بفكرة الأداء المميز للعقد نصل إلى عرض موقف كل من القضاء (أولا)، ثم الاتفاقيات الدولية (ثانيا) بشأن هذه النظرية.

أولا: موقف القضاء من نظرية الأداء المميز

يعد الفقه السويسري أول من اقترح فكرة إنشاء العقد لمحل إقامة المدين بالأداء المميز، حيث أكدت على هذا المحكمة الفدرالية السويسرية وأقرت بأنه في حال سكوت المتعاقدين عن القانون الذين يحكم العقد فإنه يخضع لقانون الدولة الأكثر صلة بالعقد وهو قانون موطن المتعاقد المدين بالأداء الأكثر أهمية، وقد أخذت بهذا الحكم صراحة في المادة 117 من القانون الدولي الخاص الفدرالي السويسري[4].

1- ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، المرجع السابق، ص 26 ص 27.
2-المرجع نفسه، ص 27.
3- آيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، المرجع السابق، ص 46.
1- ناصف الياس، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 322.

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز

تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية نظرية الأداء المميز للعقد، ومن بين هذه الاتفاقيات على سبيل المثال نجد اتفاقية روما لعام 1980 وفقا لأحكام المادة الرابعة منها[1]، التي حددت المقصود بالأداء المميز وفقا للحالات الآتية:

- العقد يكون أكثر صلة بالبلد الذي يتم فيه الوفاء بالالتزامات التعاقدية

- إذا كان الشخص الملتزم شركة فإنه يعتد بقانون البلد الذي يوجد بها مقرها الرئيسي

- إذا كان محل العقد عبارة عن ممتلكات منقولة فإن العقد يكون أكثر صلة بالبلد الذي توجد به تلك الممتلكات.

بالإضافة إلى هذه الاتفاقية نجد كذلك اتفاقية لاهاي المبرمة في 22 ديسمبر 1986 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، والتي جعلت من هذه النظرية من أهم المبادئ الذي قامت على أساسها الاتفاقية[2].

الفرع الثاني: مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الالكترونية الدولية

تشكل نظرية الأداء المميز إحدى الحلول الملائمة لتنازع القوانين في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية، حيث يمكن الاعتماد عليها لمعرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، وذلك من خلال تحديد من يقع عليه تنفيذ الالتزام الجوهري أو الرئيسي في العقد.

إذا كانت نظرية الأداء المميز للعقد تتلاءم مع عقود التجارة الدولية غير الإلكترونية فإنه يمكن الأخذ بها أيضا في مجال عقود التجارة الإلكترونية خاصة في الفروض التي يصعب فيها تركيز العقد في مكان معين، متى تم إبرامه وتنفيذه على شبكة الإنترنت مباشرة.

ومن أمثلة ذلك نجد العقود التي تبرم وتنفذ من خلال شبكة الإنترنت مباشرة مثل العقود التي تبرمها شبكة أمازون وهي شركة مشهورة ببيع الكتب من خلال الإنترنت، حيث تجري آلية البيع بقيام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وبعدها تقوم الشركة بتحميل الكتاب من خلال شبكة الانترنت مباشرة وتنزيله على جهاز المشتري، ولما كانت الشركة البائعة هي صاحبة الأداء المميز في هذه العقود باعتبار عنصر التحميل أو التسليم هو الأداء المميز فيها، فمن الطبيعي أن تخضع هذه العقود لقانون الدولة التي توجد بها منشأة الشركة البائعة.

وعلى هذا النحو تخضع العقود التي يتم تسليم المبيع فيها من خلال شبكة الانترنت كعقود برامج الحاسوب لقانون المكان الذي توجد به منشأة المورد وقت إبرام العقد نظرا للعدد الضخم

2- المادة 4 من اتفاقية روما لعام 1980، المرجع السابق.
1- اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية المبرمة في ديسمبر 1986.

من المشترين الذين يدخلون إلى موقع المورد من مختلف دول العالم مما يصعب معه على المورد معرفة قوانينها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن منشأة البائع الذي يستخدم موقعا على شبكة الانترنت بغرض تسويق منتجاته وبضائعه تتحدد بالمكان الذي يمارس فيه البائع أنشطته[1].

مما سبق عرضه يمكننا القول بأن تطبيق المنهج التنازعي على عقود التجارة الالكترونية يطرح بعض الصعوبات التي تتعلق بالقانون المختار من قبل الأطراف، أو القانون الذي يستنتجه القاضي من الظروف الملابسة للعقد.

كما تبين لنا كذلك بأن النظم القانونية و الاتفاقيات الدولية قد اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وذلك في حال وجود اتفاق بين الأطراف بحيث يمكن لهذا الاتفاق ان يكون صريحا أو ضمنيا، أما في حال عدم اتفاق الأطراف فيطبق على العقد إما الضوابط الجامدة والمتمثلة في ضوابط مرتبطة بالمتعاقدين وهي قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة، وضوابط مرتبطة بالعقد وهي قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه، أو ضوابط مرنة متمثلة في الأداء المميز للعقد.

1- المحاسنة محمد احمد علي، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة (دراسة مقارنة)، 2013، ص 128 و 129 و 130.

الفصل الثاني
القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدوليةوفقا للقواعد المادية

أصبحت عقود التجارة الإلكترونية الدولية اليوم تواجه مجموعة من الصعوبات تتمثل أساسا في البحث عن قواعد مادية تهتم بشؤون التجارة الإلكترونية، بعيدا عن القوانين الوطنية التي برز دورها الأكبر في وضع تنظيم مباشر وخاص للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، فهي تمثل مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية.

فالواقع اليوم أصبح يشير إلى أن الأدوات القانونية المتاحة حاليا غير قادرة لوحدها على تقديم إطار قانوني للتجارة الإلكترونية، وذلك لأن التكنولوجيا تستلزم وجود قانون خاص بالتعاملات الإلكترونية، كما أن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في التعاملات التي تبرم عبر الإنترنت تواجهه صعوبات قانونية.

ولهذا السبب بذلت الهيئات ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية، جهودا من أجل اتخاذ تدابير لتنظيم التجارة الإلكترونية، وتتمثل تلك الجهود بما يعرف بالقواعد المادية الوضعية[1]، وكذا القواعد المادية الواقعية[2].

ومن هذا المنطلق سوف نتناول في هذا الفصل القواعد المادية الوضعية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية (المبحث الأول)، ثم القواعد المادية الواقعية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية(المبحث الثاني).

1- القواعد المادية الوضعية هي عبارة عن مجموعة من القواعد تشكل قانونا ذاتيا مستقلا غير مرتبط بالقوانين الوطنية، ومعناه أنها تتميز بطابعها غير الرسمي للتطبيق في نطاق التجارة الإلكترونية، كما وصفها البعض بأنها مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول، وتتمثل في العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي، وعملت الهيئات الحكومية والمستخدمين في مجال تكنولوجية المعلومات والمنظمات الدولية على تطويرها.

2- تتمثل القواعد المادية الواقعية في فكرة التنظيم الذاتي والقواعد ذات التطبيق الضروري، والتي تحتوي على القواعد السلوكية المهنية والتجارية والعادات الاتفاقية.

المبحث الأول

القواعد المادية الوضعية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية

لقد أصبح من الضروري البحث عن آليات قانونية وتنظيمية جديدة، بحيث تكون مستقلة عن القوانين الوطنية، وذلك نتيجة للمشاكل المتعلقة بتحديد القانون الملائم لمثل هذه العقود، وتكون موجهة أساسا للمعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية الإلكترونية، حيث يؤكد غالبية أنصار التجارة الإلكترونية على أن الحل البديل متوفر في القواعد التي يسنها المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية، ويقبلونها كسلوك لهم في مجال البيئة الافتراضية، وهم القادرون على تسيير شؤونهم في ظل عجز الأدوات القانونية الوطنية منها والدولية على تنظيم وحكم العلاقات التجارية الإلكترونية.

من هذا المنطلق سوف ندرس في هذا المبحث المصادر القانونية للقواعد المادية (المطلب الأول)، ثم نقيم هذه القواعد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المصادر القانونية للقواعد المادية

تتعد المصادر القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية بحسب الطبيعة، وتسمى بالمصادر المنتظمة بحكم ان القواعد التي تندرج ضمنها سنتها هيئات تتمتع بالسلطة أو صلاحية سن القواعد القانونية، فالنظام القانوني للتجارة الإلكترونية يتمتع بهيئات وتنظيمات لها كافة المقومات التي تسمح لها بسن القواعد القانونية التي تندرج في إطاره.

وعليه سنتناول في هذا المطلب كل من الاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، ثم أعمال بعض الهيئات والتنظيمات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية

يهدف المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية إلى استيفاء أحكامهم من الاتفاقيات الدولية التي تعتبر أحد أهم المصادر التي يمكن الاعتماد عليها لتنظيم القانون الإلكتروني، فيسعى الأشخاص القائمين على القانون الموضوعي إلى تحقيق التوحيد والانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية[1].

1- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 118.

فقد لجأت العديد من دول العالم إلى ابرام اتفاقيات ومعاهدات دولية تتضمن قواعد مادية ذات صيغة دولية، وضعت خصيصا لتحكم العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي، وتخضع للقوانين الداخلية للدول المتعاقدة ، بحيث تعتبر هذه الاتفاقيات مصدرا لهذه القواعد في القانون الدولي الخاص[1].

ومن بينها نجد اتفاقيات لاهاي (أولا)، اتفاقية فيينا (ثانيا)، ثم لجنة الأمم المتحدة الأونيسترال (ثالثا).

أولا: اتفاقيات لاهاي

لقد ساهمت اتفاقية لاهاي لعام 1955، 1964، 1986 في ارساء المبادئ القانونية المادية في مجال معاملات التجارة الدولية، ويتضح ذلك من خلال المادة الأولى الفقرة1 من اتفاقية لاهاي لعام 1955 بشان القانون الواجب التطبيق على المبيعات الدولية للبضائع، فإن بنودها لا تطبق إلا على البيوع ذات الصبغة الدولية للمنقولات المادية[2]، كما أن أحكام الاتفاقية يقتصر نطاق تطبيقها على الدول المتعاقدة دون غيرها وبالتالي لا تتضمن سوى حلول لتنازع القوانين بصدد بيع له وصف محدد.

كما نجد كذللك أن اتفاقية لاهاي لعام 1964 لا تشترط في عقد بيع المنقولات المادية الطابع الدولي، بل أجازت سريان أحكامها حتى ولو لم تكن الدولة طرفا في الاتفاقية.

وعليه يمكن تطبيق أحكامها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي محلها بيع المنقولات المادية، مثل السيارات، الكتب الورقية وغيرها، سواء كان دفع الثمن بطريقة إلكترونية أو بالتسليم المادي لهذه المنقولات، وعلى القاضي تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف[3]، ليطبق على المنازعة حتى ولو كان قانون دولة ليست طرفا في الاتفاقية، وهو نفس الحكم الوارد في المادة 7 من اتفاقية لاهاي لعام 1986[4].

يمكننا القول بأن المادة 3 من اتفاقية لاهاي لعام 1964 والمادة 7 من اتفاقية لاهاي لعام 1986 قابلتين للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية والتي تتم بين الموردين.

ثانيا: اتفاقية فيينا

كرست اتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولية للبضائع، مجموعة من القواعد المادية الموحدة تقوم محل القوانين المختلفة، بهدف تجنب الصعوبات وازالة الحواجز التي تعيق تطور التجارة الدولية، وتعد هذه الاتفاقية بمثابة قانون تجاري دولي

-آيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، المرجع السابق، ص67 و 1.68
- المادة 1 الفقرة 1 من اتفاقية لاهاي 1955، مرجع سابق.2
- ابراهيم بن سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 3.281
- المادة 7 من اتفاقية لاهاي 4.1986

موحد[1]، بحيث نظمت أحكام مادية موحدة لتنظيم هذا النوع من البيوع ذات الصيغة الدولية، وهي قواعد لا يتوقف تطبيقها أمام قضاء الدول المتعاهدة على منهج تنازع القوانين[2]، ومن أهم المبادئ المادية التي تضمنتها اتفاقية فيينا نجد معالجة الثغرات والنقائص ويتضح ذلك من خلال المادة 7 الفقرة 2 المتعلقة ببيع البضائع على المستوى الدولي[3]، اذ يخضع العقد لأحكام القانون المختار من قبل الأطراف، أو المبادئ العامة الواردة في الاتفاقية.

كما تضمنت مبدأ القبول الذي نصت عليه المادة 18 الفقرة 7 التي تنص على أنه: "يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"، بحيث إذا لم يتضمن الإيجاب تحديد المدة المطلوبة في القبول يجب أن تكون مدة معقولة، وذلك في حالة البضائع القابلة للتلف التي يكون فيها التسليم فوري مقارنة بالبضائع الأخرى كالآلات والمعدات وغيرها.

وعليه تكون القواعد المادية الواردة في اتفاقية فيينا قابلة للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية طالما كان محلها بضائع مادية دون الخدمات وهذا ما أكدته المادة 35 الفقرة1[4].

ثالثا: لجنة الأمم المتحدة الأونستيرال

تعد هذه اللجنة أول الهيئات الرائدة في مجال التجارة الإلكترونية، نظرا لأهمية توحيد القواعد القانونية في هذا الشأن، ولإدراك لجنة الأنستيرال بأن التجارة الالكترونية بحاجة إلى قواعد دولية موحدة، كذلك أصدرت في عام 1996 القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لمساعدة الدول على تحديد القواعد الواجبة التطبيق، خاصة لكونه يسعى لإيجاد توازن بين التجارة التقليدية والإلكترونية، كما يعالج مسائل التوقيعات الإلكترونية والحماية اللازمة للبيانات الشخصية[5].

غير ذلك صدرت اتفاقية الامم المتحدة لعام2005 المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

-إبراهيم بن سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 1.282

4- هشام علي صادق، تنازع القوانين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص 736.

- المادة 7 الفقرة 2 من اتفاقية فينا 1980، المرجع السابق.3

- المادة 35 الفقرة 1، المرجع نفسه.4

- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص5.290

وعليه يمكننا القول بأن هذه الاتفاقيات هي الأسهل في إبرامها كونها تتعلق بمجال محدود – أي تطبق على العلاقات الدولية فقط – لأنها تقضي على مشكل تنازع القوانين لكون الدول المتعاقدة موحدة[1].

الفرع الثاني: أعمال بعض الهيئات والتنظيمات الدولية والإقليمية

إن توسع التجارة الإلكترونية وتنامي حجم العلاقات التعاقدية التي تتم عبر الشبكة الدولية للإنترنت قد خلق بيئة قانونية تسودها الثقة والأمان بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، وتستلزم تضافر جهود دولية لتذليل العقبات التي تعترض حسن سير هذا النشاط[2].

وعلى هذا الأساس فإن تنظيم المسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية لم يقتصر على تدخل منظمة أو هيئة دولية معينة، بل اهتمت بهذا المجال أغلبية المنظمات الدولية والإقليمية وحتى بعض التنظيمات الدولية المتخصصة، ومنها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (أولا)، أعمال المنظمة العالمية للتجارة (ثانيا)، وأعمال غرفة التجارة الدولية (ثالثا).

أولا: لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي

في إطار سعيها نحو توحيد القانون التجاري الدولي، أسست الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة سنة 1966 لجنة خاصة منحت لها دور توحيد هذه القواعد، وتعرف هذه اللجنة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونستيرال)، ومنذ تأسيسها عملت على تنظيم العديد من المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية من خلال الاعتماد على عدة أساليب، منها إعداد مشاريع الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية إلى جانب عقد الندوات والمؤتمرات الدولية والإقليمية لتنظيم بعض جوانب التجارة الدولية[3].

لقد أدرجت اللجنة في جدول اهتماماتها مواضيع المعلوماتية والتجارة الإلكترونية منذ الثمانينات، حيث قامت بأول مبادرة في هذا الاطار تتمثل في إصدار توصية صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 11 نوفمبر 1985 التي تهدف إلى حث الدول على ضرورة تعديل تشريعاتها الداخلية التي تقف عقبة أمام استعمال سجلات الحاسوب في مجال الإثبات خاصة، وكذا استعمال نظام التبادل الإلكتروني للبيانات في مجال المعلومات التجارية، ومع تطور التجارة الإلكترونية خاصة بعد ظهور الشبكة الدولية للأنترنت، أبدت اللجنة اهتمامها بإعداد نصوص قانونية تنظم بمقتضاها هذا المجال الحيوي تحقيقا للأمان القانوني وخلق جو

1-دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري المقارن، د ط، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2010، ص 55.

2- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والثلاثون، 2006/7/8، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مذكرة تفسيرية بشأن الاتفاقيات المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، ص 2 و 3.

1- شافع بالعيد عاشور، العولمة التجارية والقانونية في التجارة الإلكترونية، ط 1، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2006، ص 112.

تسود فيه الثقة للمبادلات التجارية الإلكترونية التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية[1]، وقد أسفرت جهود اللجنة في هذا الاطار عن العديد من الأعمال أهمها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996.

ثانيا: أعمال المنظمة العالمية للتجارة

أبدت المنظمة اهتمامها بالتجارة الإلكترونية بمناسبة انعقاد المؤتمر الوزاري الثاني بجنيف في ماي 1998، حيث أصدر المشاركون في المؤتمر بيان حول التجارة الإلكترونية العالمية، وتهدف المنظمة من خلال إصدارها لهذا البيان إلى رفع الرسوم الجمركية على المبادلات الإلكترونية[2]، وبناء على ذلك قام المجلس العام للمنظمة بإعداد برنامج عمل خاص يشمل مختلف جوانب التجارة الإلكترونية منها الضريبة، حيث قامت هذه المجالس بإعداد تقارير أولية سلمت إلى المجلس العام للمنظمة في سنة 1999 التي قامت بها المنظمة العالمية للتجارة في هذا لإطار، والسعي لإخضاع المنتجات الرقمية التي يتم تسليمها عبر الوسائط الإلكترونية للاتفاقيات الخاصة بالمنظمة، وحتى يتسنى لها ذلك حاولت اعطاء وصف قانوني لهذه المنتجات[3].

ثالثا: أعمال غرفة التجارة الدولية

ساهمت غرفة التجارة الدولية منذ تأسيسها مساهمة فعالة في إعداد قواعد القانون التجاري، فهي صاحبة الخبرة الطويلة في إعداد ما يسمى المشروع الإلكتروني، ويضع هذا المشروع فرق عمل معنية بالائتمان الإلكتروني[4]، وقد يشمل هذا المشروع مجموعة من الفرق وهي:

- فريق خاص بالممارسات التجارية الإلكترونية
- فريق يهتم بأمن المعلومات

إلى جانب الأعمال التي تحققت على المستوى الدولي قصد خلق إطار قانوني للتجارة الالكترونية هناك، وهناك أنشطة كذلك تحققت في هذا المجال على المستوى الإقليمي[5]، من بينها أعمال الاتحاد الأوروبي.

المطلب الثاني

تقييم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية

2- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 153.
- محمد محسوب، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، ط 1، د ن، الاردن، 2003، ص 2.100
- محمد محسوب، المرجع نفسه، ص3.102
- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 4.154
-المرجع نفسه، ص 155. 5

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة محل النزاع مباشرة دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات[1].

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تمتع القانون المادي للتجارة الإلكترونية بصفة النظام العام (الفرع الأول)، ثم نفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمتع القانون المادي للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني

تشكل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي تنظم العلاقات التعاقدية المبرمجة عبر الأنترنت نظاما قانونيا مستقلا قائما بذاته، وقد اختلف فقهاء قانون التجارة الإلكترونية في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، حيث ظهر هناك اتجاهين حول هذه الفكرة[2].

لمعرفة مدى انطباق فكرة النظام القانوني سنتطرق إلى تعريف النظام القانوني (أولا)، ثم الخلاف الفقهي القائم حول وجود النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية (ثانيا).

أولا: تعريف النظام القانوني

يعرف النظام القانوني على أنه:" مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها"[3]، بالإضافة إلى أن هذا النظام لا يقتصر فقط على مجموعة من القواعد السلوكية المتدرجة والتي تضبط الروابط القانونية، أو تقدم الحل المناسب لمنازعاتها بل يلزم أن يوجد إلى جانبها تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها وقدرتها على خلق قواعد سلوكية[4].

ثانيا: الخلاف الفقهي القائم حول وجود النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية

أثارت مسألة إضفاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية اختلافا ما بين الفقهاء، فمنهم من يعارض على تكوين هذه القواعد لنظام قانوني، ومنهم من أكد على تلك القواعد بكونها تشكل نظاما قانونيا، وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

حوالف عبد الصمد، مجلة الحقيقة، مرجع سابق، ص 1.176

- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 195.-2

-حمودي ناصر، مرجع سابق، ص 3.176

1- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص6.

1 - الاتجاه غير المعترف بالنظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لا توجد وحدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، فهي مجرد قواعد مادية تدخل ضمن عموم قانون التجار فالسوق يجمع العديد من الأشخاص منهم مهنيين ومستهلكين وكذلك منهم تجار مكونين بالصدفة، وتكون وجهة نظرهم غير متناسقة وغير منتظمة مع بعضها البعض، ويدخلون في علاقات تعاقدية يصعب فيها تحقيق مجتمع متماسك ومنسجم ومتعارف، وهذا ما يؤكد صعوبة إقرار قواعد عرفية متفق عليها على أساس المصالح[1]، على غرار ما انتهى إليه الفقه بالنسبة لمجتمع التجار وممارسة التجارة الدولية.

يظهر في هذه النقطة أن الدول غير متعاونة في هذا المجال وليس لديها الاستعداد الكافي لترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفا فيها كي يحكمها هذا القانون، فضلا عن أن المصالح الاقتصادية والسياسية المتعارضة للدول ستمنع كل محاولة لإنشاء أو إكمال مثل هذا القانون الموضوعي، وجعله يشكل نظام قانوني يفرض ويلزم جميع الأطراف باحترامه[2].

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد الحدود لنفي صفة النظام القانوني عن القانون المادي عندما أكد على إمكانية تطبيق التشريعات الحالية التي ينص عليها القانون الدولي الخاص على الإنترنت، ولسنا بحاجة الى قانون خاص به أو بالشبكات، لهذا اعتبر أنصار هذا الرأي أن الهدف الأساسي لقواعد القانون الدولي الخاص هو تحقيق الأمان وليس تحقيق العدالة.

يقدم في غالب الأحيان القانون الأكثر اتفاقا مع توقعات الأطراف وليس الأكثر عدالة، فاعتبروا أن أي نزاع يعرض سيكون له حتما أثر ملموسا جغرافيا وإقليميا، لذا فإن عالم المعلوماتية لا يتطلب تعديلا أساسيا في الطرق التقليدية للقانون الدولي الخاص، وهو المعمول به في جميع النزاعات التي يكون أحد الأطراف فيها عنصرا أجنبيا، ولقد اعتمدته العديد من القوانين والاتفاقيات الدولية خاصة في مجال التجارة الدولية[3]، ولكن هذا لم يمنع من وجود أنصار عالم التجارة الإلكترونية الذين يدافعون على وحدة المجتمع الافتراضي مما يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا.

2- الاتجاه المعترف بالنظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية

يؤكد أنصار هذا الاتجاه على وجود مجتمع افتراضي كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كبيرة، ويتمتعون بفكر واحد ومرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة، مما يجعلهم يشكلون مجتمعا دوليا حقيقيا يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، ومن ثم فإن القواعد التي تصدر عنها تتمتع بالقوة والفعالية في الفصل في النزاعات المتعلقة بنشاطها، كما تفرض الجزاءات التي تضمن لتلك القواعد الاحترام[4].

2-عادل ابو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص 148 و 149.

- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 2.202

- عادل ابو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص3.154

- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 4.205

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أيضا أهمية الاعتراف لجماعة الإنترنت بالقدرة على خلق قواعد سلوكية تحكم معاملاتهم، فبهذه القواعد تكون لها قيمة قانونية ملزمة تمكنها من حسم المنازعات التي تدور في هذا المجال وينطبق هذا القول على القوانين النموذجية التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بخصوص التجارة الإلكترونية[1]، كما ينطبق على العقد النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس بغرض تسهيل المعاملات عبر الشبكات الإلكترونية.

فالقواعد الصادرة عن هذه الهيئات تحقق الأمان للمتعاملين عبر الإنترنت، وتهتم بوضع تقني خاص[2].

الفرع الثاني: نفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية

إذا كان هناك إقرار بوجود قواعد مادية للتجارة الإلكترونية المكونة من مصادر عديدة ومختلفة فإن هذه القواعد بعيدة عن تشكيل نظام قانوني مستقل قائم بذاته[3]، والاعتراضات التي أثارها فقه قانون التجارة الإلكترونية هي نفسها أثيرت من قبل في فقه التجارة الدولية لنفي تشكيل مثل هذه القواعد لنظام قانوني مستقل بنفسه[4].

قد تمثلت الحجج التي صاغها الفقهاء في القانون الإلكتروني من أجل نفي صفة النظام القانوني للقواعد المادية في أنه لا توجد هيئة رسمية تتكفل بإعداد قانون خاص بالتجارة الإلكترونية (أولا)، وغياب عنصر الالتزام في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (ثانيا)، كذلك لعجز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية عن معالجة كافة الإشكاليات التي تطرحها العقود الإلكترونية (ثالثا).

أولا: غياب هيئة رسمية تتكفل بإعداد قانون خاص بالتجارة الإلكترونية

إن النظام القانوني لا يتشكل فقط من مجموعة قواعد السلوك التي تضبط الروابط القانونية بين أفراد المجتمع، بل يتحقق وجود هذا القطاع بوجود تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة قادرة على خلق قواعد قانونية.

وعلى فرض أنه يمكن التسليم بقيام نظام قانوني بمجرد وجود جماعة يسودها الانسجام فان هذا الأمر لا ينطبق على ما يعرف عند بعض الفقه بمجتمع التجارة الإلكترونية، كذلك فإن المتعاملين عبر الشبكة لا يشكلون مجتمعا موحدا متماسكا قادرا على سن قواعد قانونية تضبط سلوكهم وتحكم الروابط التعاقدية القائمة بينهم، فالمجتمع الافتراضي يجمع بين عدة متعاملين تتعارض مصالحهم وأهدافهم وحتى سلوكياتهم مما يحول دون إمكانية بناء هؤلاء لنظام قانوني مستقل خاص بهم[5].

ثانيا: غياب عنصر الالتزام في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

1- فاروق محمد احمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 166 و 167.

- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص2.206

- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص3.70

- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 148 و4.149

1- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 91.

أهم ما يميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية أنها ليست سوى مجموعة من قواعد السلوك المحدودة في نشأتها ومضمونها[1]، فقد سنت هذه القواعد على أساس اتفاق اختياري بين المتعاملين في هذا المجال، أي كانت تلقائية تتكون من سلوك الأشخاص الاعتيادية ومتشكلة من قواعد عرفية وعادات اختيارية، ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر عنصر ضروري لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم الأطراف بفرض الجزاء، فتغلب المصلحة الخاصة عن المصلحة العامة في ظل تزايد المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها، أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الذاتية[2].

وتبقى فكرة استبعاد القانون الداخلي في تنظيم مشكلات العالم الافتراضي أمر لا يمكن التسليم به[3]، لأن الحاجة ستظل قائمة لتدخل الدولة ليس فقط لإقامة التوازن بين مصالح المتعاملين في فضاء شبكة الإنترنت نظرا لتعارض المصالح فيها بينهم، فمنهم من يفضل المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، بل ومن صلاحيات الدولة توقيع جزاءات قانونية وفقا لسلطاتها القائمة في يدها على كل من يخالف القواعد السلوكية والقواعد القانونية ذات الصلة والتي ستبقى متربعة على عرش تنظيم التعامل على مستوى الشبكة[4].

ثالثا: عجز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية عن معالجة كافة الإشكالات التي تطرحها عقود التجارة الإلكترونية

إن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا يمكن أن تستقل بذاتها لتنظيم جميع الجوانب التعاقدية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، فإذا كانت هذه القواعد قد اهتمت ببعض الإشكالات القانونية التي استحدثتها التكنولوجية الرقمية في إبرام العقود كالتوقيع الإلكتروني وغيرها، فإن هناك العديد من المسائل تظل رهينة تطبيقات تشريعات داخلية كأهلية الأطراف المتعاقدة، ثم ان القواعد التي تم إعدادها لحد الأن جاءت لسد الفراغ الذي تحتوي عليه التشريعات الداخلية في مجال التجارة الإلكترونية أو على الأقل يعد مجرد حلول قانونية مؤقتة[5].

ومن وجهة نظري أرى أنه يمكن الأخذ بهذه القواعد كمصدر يمكن الرجوع والاعتماد عليه في منازعات العقد الإلكتروني الدولي، كون واضعي هذا القانون لهم قدرة كافية على خلق قواعد سلوكية تكون لها قيمة قانونية وملزمة لهم، لكن هذا لا يجعل منها نظام قانوني بحكم أنها لم تصدر عن هيئات رسمية متخصصة في المجال.

إن القواعد المادية الوضعية للتجارة الإلكترونية الدولية ليست سوى قواعد استمدت مصادرها من اتفاقيات دولية وكذا أعمال بعض الهيئات والتنظيمات الدولية، فهي قواعد

2-أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والية تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقيات في التجارة الالكترونية، د ط، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2007، ص 538.

- حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص 2.177

- عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 3.151

-أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 4.65

- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 5.65

صادرة عن هيئات غير رسمية الأمر الذي جعلها عرضة للنقد، إلى جانب هذه القواعد نجدكذلك ما يعرف بفكرةالتنظيم الذاتي والقواعد ذات التطبيق الضروري وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

القواعد المادية الواقعية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية

تعد فكرة التنظيم الذاتي من أهم القواعد المادية الواقعية التي نادى بها الفقه كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، إلى جانب هذه الفكرة نجد كذلك القواعد ذات التطبيق الضروري.

فقد كانت هاتين الوسيلتين محلا للعديد من الدراسات القانونية في عصرنا الحالي، ومن أجل معرفة مدى ملائمتهما كوسيلة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية يجب علينا دراسة القواعد ذات التطبيق الضروري (المطلب الأول)، ثم نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو التنظيم الذاتي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

القواعد ذات التطبيق الضروري

يتمثل المبدأ العام في أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وعلى المحكمة الالتزام بتطبيق هذا القانون المختار ما لم يتعارض مع النظام العام لدولة معينة ولم يكن مشوبا بالغش نحو القانون لذلك أصبح إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف محل جدال فقهي كلما كانت المخالفة تمس بالقواعد الآمرة في دولة القاضي[1].

وعليه سنتطرق إلى مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الأول)، ثم معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

1- موكه عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الإلكتروني، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجية المعلوماتية، المركز الجامعي سوق اهراس، يومي 25 و 26 أفريل 2010، ص 202.

تعرف القواعد ذات التطبيق الضروري كذلك بالقواعد ذات التطبيق المباشر، وتعد قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد مجال انطباقها[1]، ولها من الطبيعة الخاصة ما يلزم معه انزال حكمها الموضوعي على المسائل الواقعة في مجال تطبيقها، فنظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ترتكز في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على عملية تحليل القواعد الموضوعية وبيان ما يعد منها ضروري التطبيق، غير ذلك فإن هذا الاتجاه يرفض الاستناد الى فكرة النظام العام لأنه يعتبرها كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي لتبرير تطبيق القانون القاضي في مثل هذه العروض.

ومنه سنتناول في هذا الفرع تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري (أولا)، ثم التطرق لفكرة النظام العام لهاته القواعد (ثانيا).

أولا: تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري

يظهر المقصود بالقواعد ذات التطبيق الضروري من خلال عدة خصائص أهمها أنها توجد داخل التنظيم القانوني الوطني، بغض النظر عن تصنيفها إلى قانون عام أو خاص، كما أنها ذات طبيعة إقليمية من حيث تطبيقها، أي تطبق على كل من يوجد في إقليم الدولة التي أصدرتها ولا يمتد تطبيقها خارج هذا الاقليم، كما تطبق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي[2]، ويطلق عليها عدة مصطلحات من بينها قواعد البوليس أو الأمن، القواعد الفورية التطبيق وغيرها، إلا أن غالبية الفقه يفضل مصطلح (norme d application) لأن فرض هذه القواعد يستلزم تدخل الدولة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية بهدف توفير الحماية للمجتمع.

وتجدر الإشارة إلى أن الفرق الموجود بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد الآمرة في القانون الداخلي يكمن في أن هذه الأخيرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ويلجأ القاضي إليها حينما يتعلق الأمر بكيان المجتمع[3]، في حين يرى البعض الآخر أن الفرق يكمن في الدرجة وليس الطبيعة، وفي حالة الاختلاف بينهما تكون الأولوية للقواعد ذات التطبيق الضروري لأنها تتدخل فيها الدولة، كما قد تتطلب فرض قواعد قانونية على وجه السرعة عكس القواعد الآمرة[4].

ثانيا: القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام ذات طابع وطني فهي تلك القواعد التي تتصل بالمصالح الجوهرية للمجتمع من الناحية السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وهي فكرة متغيرة من

- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 1.249
-إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص 295 و 2.296
-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الجامعة الجديدة ، مصر،2007، ص 3.335
- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 4.562

دولة لأخرى[1]، كما أن للقاضي السلطة التقديرية في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلما تبين له ضرورة ذلك فيحل بدلا منه قانون دولته، وذلك بتطبيق قواعد البوليس[2]، وهذا ما تنص عليه المادة 24 من ق. م. ج التي جاء فيها:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون".

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة"[3].

أما بخصوص العقود المبرمة عبر الإنترنت فإن البعض يطالب بإنشاء محكمة ذات طابع دولي يكون لها حق الاختصاص في تحديد قواعد للقانون الدولي الموحد لعقد الصفقات المبرمة عبر الإنترنت، بهدف الوصول إلى منهج على المستوى العالمي يحدد النظام العام.

غير أن البعض من الفقه يرى أن القواعد ذات التطبيق الضروري يصعب تحديدها بدقة نظرا لصعوبة التعرف عليها على أساس أن كل تشريع يهدف لحماية الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لدولته، كما أن القاضي عند تطبيقه لتلك القواعد قد يتمتع بسلطة تقديرية، والتي من شانها إهدار قواعد القانون الدولي الخاص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجد القاضي منها وسيلة لجذب العلاقات الخاصة الدولية إلى قانون بلاده، وهذا ما يسمى بفكرة "الأثر المخفف للنظام العام" وهذه الفكرة غير ملائمة لأنها تتعلق بكيان الدولة[4]، ولهذا السبب يؤكد الفقه أن العبرة في تقدير مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه بوقت النظر في الدعوى، وليس بالوقت الذي نشا فيه المركز القانوني محل النزاع.

وبذلك قد أدت الاعتبارات السابقة إلى الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية واسعة في فحص كل حالة على حدى لمعرفة ما إذا كان تطبيق القانون الأجنبي قد يتعارض مع النظام العام أم لا بالنسبة للمسألة المعروضة، أي أنه يرى استبعاد أحكام القانون الأجنبي الذي تتنافى أصوله العامة وأسسه الجوهرية مع المبادئ السائدة في دولة القاضي، وهو ما ينبئ عن اصطدام أحكامه بالأسس الاجتماعية والاقتصادية والسياسية في الدولة[5].

الفرع الثاني: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري

- هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 763 و1.764

4-حمومة سعيدة حميطوش اعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015، ص 82.

- المادة 24 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.3

- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص 4.299

3- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص297.

اختلف الفقه حول المعيار الواجب الاتباع لتحديد القواعد ذات التطبيق الضروري، وهو المعيار الذي يبين الأسباب التي من أجلها تفرض هذه القواعد تطبيقها على العلاقات العقدية[1].

وعليه سنتناول في هذا الفرع أهم المعايير التي تتحدد من خلالها القواعد ذات التطبيق الضروري والمتمثلة في معايير شكلية (أولا)، ومعايير فنية (ثانيا).

أولا: المعايير الشكلية

تعد القواعد ذات التطبيق الضروري من قواعد البوليس وفقا لأنصار هذا المعيار، فقد حرص مشرع هذه القاعدة على تحديد نطاق سريانها المكاني على نحو صريح، وهذا ما يكشف عن إرادته في تطبيق هذه القاعدة على الإسناد المزدوج، حتى ولو كانت هذه القواعد تفضي إلى اختصاص قانون أجنبي في شأن المركز المطروح على القاضي[2]، ورغم ذلك يعيب على هذا الاتجاه أنه قد علق اكتساب القاعدة القانونية لوصف قاعدة البوليس على الإرادة المعلنة للمشرع في تحديد نطاق تطبيقها وسريانها، وقد أشار "لوسواره" إلى أن هذا الاتجاه وإن كان أكثر انضباطا من سابقه إلا أنه يحصر القواعد ذات التطبيق الضروري في نطاق ضيق للغاية، إذ يكاد لا يعد من قواعد البوليس في فرنسا[3].

ولعل مثل هذا التوسع في نطاق تطبيق قانون القاضي لا يصلح أصلا لاعتبار القواعد التي تحدد نطاق سريانها على هذا النحو من قواعد البوليس، وبالرغم من هذا إذا كان إعمال القاضي للقواعد ذات التطبيق المباشر في قانونه لا يثير أي مشكلة خاصة وإذا لم يكن هذا القانون هو المختص بمقتضى قواعد التنازع على أساس أن القاضي ملزم في جميع الأحوال باتباع أوامر مشرعه والذي حدد له نطاق تطبيق هذه القواعد على نحو صريح وفقا للمعيار الشكلي، فبهذا يختلف الأمر لو كانت القاعدة القانونية المطلوب تحديد طبيعتها منتمية إلى نظام قانوني أجنبي غير مختص بمقتضى قواعد الاسناد إذ ليس هناك ما يلزم القاضي في هذا الفرض بالانصياع للتحديد التشريعي لنطاق تطبيق القاعدة الأجنبية[4]، ومن ثم يفقد المعيار الشكلي محل البحث فاعليته.

ثانيا: المعايير الفنية

استندت بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى فكرة الإقليمية كمعيار لتحديد قواعد البوليس، وأساس ذلك أنه مادامت قوانين البوليس ذات تطبيق إقليمي فإن الإقليمية تصبح على هذا النحو معيار للكشف عن هذه القوانين وتحديدها، فالإقليمية وفقا لهذا النظر هي شيء مضاد للتنازع وعلى هذا النحو تعد القواعد ذات الطبيعة الإقليمية في قانون القاضي من قواعد

- موكه عبد الكريم، مرجع سابق، ص1.200
- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 2.636
- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 3.298
- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 4.638

البوليس التي يتعين تطبيقها على المراكز التي تدخل في نطاق سريانها الإقليمي دون حاجة لإعمال منهج التنازع[1].

وبالرغم من هذا فقد انتقد الفقه المعاصر هذه النظرية[2]، وذلك لأن أصحاب هذا الطرح حاولوا أن يوضحوا ويفسروا ظاهرة قواعد البوليس في ضوء فكرة إقليمية حيث هي في حقيقتها محاولة لفهم فكرة غامضة عن طريق فكرة أشد غموضا منها.

المطلب الثاني

نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو التنظيم الذاتي

تتميز قواعد التنظيم الذاتي بكونها ليست صادرة عن سلطة رسمية مختصة بالتشريع كما تعرف هذه النظرية بالتنظيم التلقائي أيضا، وسمية بالقانون المرن[3]، فالقواعد المستخدمة فيها لا تأتي من مصدر رسمي أو شكلي، مثلما هو معروف في القوانين الوضعية وهذا ما ينسجم مع الطبيعة اللامحدودة لظاهرة التجارة الإلكترونية.

ومن هذا المنطلق سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف فكرة التنظيم الذاتي (الفرع الأول)، ثم إلى مصادر القواعد القانونية الذاتية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف فكرة التنظيم الذاتي

يقصد بالتنظيم الذاتي مجموعة الأعراف والعادات والقواعد الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل تلقائي من طرف جماعة معينة تطبقها، وتعتبر ملزمة مع مرور الوقت تعترف بها المحاكم وتكتسب صفة الإلزامية قانونا بحيث ذهب جانب من الفقه الى تسميتها بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد[4].

فهو تنظيم ذاتي مصدره إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، وتأييدا لهذه الفكرة يرى البعض بضرورة إنشاء قانون ذاتي(cyber low) لشبكة الإنترنت

- هشام علي صادق، المرجع نفسه، ص 1.639

3- أحمد قسمت الجداوي، نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1، عين الشمس،2000، ص 10.

1- فراس كريم طه، (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية)، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونيةوالسياسية، العدد 2، السنة الثامنة، الأردن، 2016، ص 222.

- احمد قسمت الجداوي، المرجع السابق، ص 4.65

بهدف تنظيمها وأساسهم في ذلك أن المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية لهم الحق في تحديد قواعد سلوكية خاصة بهم نظرا للصعوبات التي يوجهها المشرع في تنظيم تعاملات هؤلاء، وعليه فإن مجال تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية يكمن في العقود النموذجية والشروط العامة التي استقرت عليها العادات التجارية ويلاحظ أن فكرة التنظيم الذاتي لها أثر فعال على العديد من دول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي، ويظهر ذلك من خلال إجراءات تحسين القواعد التنظيمية التقليدية للاتحاد بهدف إظهار منهج جديد[1].

الفرع الثاني: مصادر القواعد القانونية الذاتية

تتولد فكرة التنظيم الذاتي عن التعاملات التجارية من خلال شبكة الإنترنت المتمثلة في المزيج من الأعراف والقواعد السلوكية عبر شبكة الإنترنت.

وعليه سنتناول في هذا الفرع الأعراف والقواعد السلوكية (أولا)، ثم العقود النموذجية (ثانيا)، وأخيرا العادات الاتفاقية (ثالثا).

أولا: الأعراف والقواعد السلوكية

يعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون ويعد ملزما في العديد من التشريعات، ويقصد به اعتياد الناس على سلوك معين بالاعتقاد أن هذا السلوك ملزما لهم، ومن المتفق عليه أن الأعراف والعادات التجارية ساهمت بشكل فعال في تكوين قواعد القانون التجاري الدولي والداخلي، وقد اتخذت هذه الأعراف السامية المهنية على أساس أن واضعيها هم التجار أنفسهم والمؤسسات ومقدمي خدمات الاتصال بشبكات المعلومات، ومن هذا المنطلق يسعى هؤلاء إلى إرساء قواعد ذاتية تحكم المعاملات وتتخذ شكل الأعراف والممارسات العملية مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد السلوك التي يمتاز بها الوسط المهني[2].

وقد يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول مدى منطقية القول بنشوء أعراف وعادات في نطاق التجارة الإلكترونية التي تعتبر ظاهرة حديثة التكوين ، في حين أن نشأة العرف تتطلب تكرار سلوك معين لمدة طويلة، أي يتطلب القدم حتى يتولد الشعور لدى صاحب السلوك بإلزامية هذا السلوك أو العرف نتيجة اعتياده[3]، في حين أن هذه الصفة أي القدم، لا يمكن الحديث عنها في ظل ظاهرة جديدة كالتجارة الإلكترونية، ذلك لأن التكوين البطيء للعرف لا يتفق مع سرعة تطور التجارة الإلكترونية، فكيف تحكم هذه التجارة قواعد عرفية وعادات في حين أن هذه التجارة لم تبرز قواعدها في شكل واضح بعد، ووفقا لاتباع سلوك معين بصفة مضطردة وتوفر الركن المادي والمعنوي لها في بيئة التجارة الالكترونية رغم قصر عمرها، حتى أضحت الأعراف والعادات التي أرستها المؤسسات المتعاملة بالتجارة

- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص 1.305
- هشام علي صادق، المرجع السابق ، ص 2.755
1- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية في عقود التجارة الإلكترونية، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 633.

الإلكترونية ومقدموا خدمات الاتصال بشبكة المعلومات من مصادر التنظيم الذاتي لقواعد التجارة الإلكترونية[1].

ثانيا: العقود النموذجية

هي عبارة عن نماذج عقدية مطبوعة معدة سلفا، مصاغة صياغة عملية في شكل شروط عقدية بحيث يستوعبها الأطراف بسهولة، وهي جاهزة للاستعمال بالرغم من أنها عقود تشتمل على الأحكام التفصيلية للعقد، وتتجسد أهمية العقود النموذجية في كونها تغني الأطراف المتعاقدة عن الدخول في مفاوضات قد تكون طويلة وشاقة قصد التوصل إلى اتفاق حول جزئيات وتفاصيل العلاقة التعاقدية المراد اتمامها، مما يقتصد في الجهد والتكاليف حيث يكفي أن يتفق الأطراف عليها وفقا لصيغة نموذجية معينة[2].

ويعد العقد النموذجي مصدرا هاما لقواعد التجارة إذ يساهم في إثبات العادات المتداولة في الوسط التجاري فهو إذا بمثابة وسيلة تقنين أساسية مما يجعله مرجعا عاما للفصل في منازعات العقد الدولي، بل يساهم بدوره في خلق عادات تجارية جديدة[3]، حيث تتحول الأحكام الواردة في العقد النموذجي من مجرد بنود عقدية إلى قواعد قانونية، ويتجسد ذلك عن طريق التداول التلقائي للمتعاملين في التجارة الإلكترونية واستعمال هذه النماذج من العقود، حيث يتكون من خلالها لدى هؤلاء اعتقاد بأن إبرام أية علاقة عقدية لا يمكن أن يتم إلا وفقا للعقد النموذجي المحدد من قبل التنظيم الذي ينتمون إليه[4].

نظرا لأهمية العقود النموذجية ودورها في سير عمليات التجارة الدولية عملت العديد من التنظيمات المخصصة على صياغة نماذج منظمة في غاية الدقة والوضوح، مما جعلها قادرة على تحقيق مبدأ الكفاءة الذاتية عند الفصل في أي نزاع محتمل يتعلق بعقود التجارة الإلكترونية[5].

ثالثا: العادات الاتفاقية

لا تعد العادات والاتفاقيات بمثابة قاعدة قانونية فهي ليست ملزمة للأطراف الا في حالة اتفاقهم على الأخذ بها، فهناك ما يعرف بعادات التجارة الدولية التي يقصد بها العادات المادية الموحدة المنبثقة عن المجتمع الدولي للأعمال، فهي بمثابة قانون عرفي ناتج عن الممارسات العملية للمتعاملين بها في مجال مهنة أو تجارة معينة، لكن الإشكال المطروح هو هل يعد اختيار أطراف العقد للعادات والأعراف التجارية الدولية رفضا لقانون العقد أم لا؟

- فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 633 و 1.634
- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 2.99
- عادل ابو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 3.155
-فاروق محمد الاباصيري، مرجع سابق، ص 4.200
- فيصل محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 5.665

إن هذا الاختيار يعتبر مجرد اختيار مادي تحتل بمقتضاه العادات والأعراف منزلة شروط العقد، وتكون واجبة التطبيق مع بقاء العقد رغم هذا الاختيار المادي للعادات والأعراف الدولية خاضعا للقانون الداخلي للدولة المختصة بالنظر في النزاع وذلك عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق[1].

وتطبيقا لذلك نجد اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980 أقرت بالأعراف والعادات التجارية وأكدت ذلك في المادة 9 منها[2].

إن الاعتماد الكلي على العادات والأعراف التي يقررها رجال الأعمال لم تسلم من النقد إذ يرى البعض أن مراعاة القاضي لشروط العقد والعادات والأعراف يثير عدة صعوبات، لأن القاضي لا يطبق ما جاء في اتفاق الأطراف إذا كان هذا الأخير مخالف للقواعد الآمرة في القانون الوطني لدولته، كما أن ترك تنظيم معاملات الإنترنت للأشخاص المساهمين بها حتى وإن كانوا قد ساهموا في خلق قوانين خاصة بمجتمع الإنترنت، إلا أن ذلك قد ينتج عنه عيوب كثيرة لا يمكن إغفالها.

بالإضافة إلى أن القواعد العرفية الذاتية عبر شبكة الإنترنت تتكون بطريقة مبعثرة وإجبارية، ومن ثم لا يمكن إعمال نظام قانوني واحد لأننا نجهل الحدود الجغرافية، فالحل لهذه الأعراف والعادات هو تضمين تلك القواعد في شكل دولي أو إقليمي مثل لجنة الأونستيرال ومبادئ unidroit التي تعد إلى حد ما مبادئ عرفية طورت في ظل المجتمع القانوني قبل التجار ورجال الأعمال[3]، كما سمح القضاء الحديث للمحاكم بتطبيق العادات والأعراف العابرة عبر الحدود دون الحاجة إلى إعمال منهج التنازع[4].

وعلى ضوء ما سبق تبيانه بشأن فكرة التنظيم الذاتي فإن مصدرها الأساسي لا يقتصر على مجرد حرية الأطراف، وإن كانت بعيدة عن تدخل المشرع لأنها مع مرور الوقت تصبح قاعدة قانونية ملزمة وقابلة للتطبيق أمام المحاكم بغض النظر عن إرادة الأطراف، مما يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا دون الحاجة إلى تطبيق منهج التنازع.

وبالرغم من أن أغلب القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تأسست من قواعد سلوك الأفراد إلا أنها خالية من عنصر الالتزام مما يجعل منها عرفا واجب الاتباع، كما أنها تفتقر إلى الجزاء والردع الذي يحتم على الأفراد عدم مخالفتها، وهذا ما يجعلها تختلف عن النظام القانوني للدولة بخصوص الجزاء، وأن ما تقوم به الجهات من إلغاء الاشتراك و منع استخدام الشبكة لا يعد جزاء فعال بسبب صعوبة تحديد هوية الشخص المخالف نظرا لسهولة التخفي من خلالها، لأنه يستطيع استخدام شبكة ثانية بعد تغيير معلوماته الشخصية وعنوانه.

-هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 1.757
- المادة 9 من اتفاقية فيينا لعام 1980، مرجع سابق.2
- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص 3.312
- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 4.754

كما أن الحديث عن القانون المادي للتجارة الإلكترونية لا يزال مبكرا لأن قواعده لا تزال في طور التكوين مما يصعب معها أن تشكل قانونا مستقلا بذاته، هذا بالإضافة إلى أنها لم تتوصل إلى حلول ناجعة في الكثير من فروع القانون نظرا لطبيعتها الذاتية[1].

مما سبق عرضه يتضح لنا أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية كمنهج معتمد في القانون الواجب التطبيق لا تحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي جوانب النشاط الذي ترمي إلى حكمه بأكمله، فبالرغم من تعدد مصادرها إلا أنها تخلو من هيئات رسمية تتكفل بوضع قواعد قانونية تحكم مسائل أخرى، وتؤدي بطريقة مباشرة وحتمية إلى تقييم مدى إلزامها في إطار العقد .

- فراس كريم طه، مرجع سابق، ص 1.351

الخاتمة

من خلال ما سبق يمكننا القول بأن مبدأ سلطان الإرادة سائد في معاملات التجارة الإلكترونية الدولية وهو مقرر في كافة التشريعات، فنجد أن هذا المبدأ يعتبر من أهم ضوابط الإسناد التقليدية المعمول بها في عقود التجارة الإلكترونية، والذي يجيز للأطراف الاتفاق صراحة أو ضمنيا على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم .

فغالبية العقود التي تتم عبر الإنترنت تكون عابرة للحدود، أي تكون عقود تجارية إلكترونية دولية وفي حال عدم تحديد قانون الإرادة بشكل صريح أو ضمني بخصوص القانون الذي من الواجب أن يطبق على العقد يتم هنا الإسناد لتحديد ذلك إلى ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد بحيث تلجأ المحاكم عادة إلى تطبيق معايير الإسناد الاحتياطية والمتمثلة في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة الذي يستلزم بالضرورة تحديد موطن الأطراف أو جنسيتهم، وقانون بلد الإبرام الذي يقصد به ارتباط العقد بمكان إبرامه أو قانون بلد التنفيذ ويقصد به ارتباط العقد بمكان تنفيذه.

بالإضافة إلى أن مجال المعاملات الإلكترونية في حاجة ماسة إلى إنشاء قانون خاص به ينظمه، وإلى إنشاء مؤسسات قانونية تهتم بهذا النوع من التجارة لذا لجأ البعض لمعالجة هذه الإشكالية إلى فكرة الأداء المميز كضابط يطبق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، فهذه الفكرة تقوم أساسا على معاملة مثل هذه العقود بشكل جد خاص، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد، ولما كان هذا الأداء أو الالتزام ليس واحدا في كل العقود فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه، إلى جانب الاعتماد على القواعد المادية في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث أن هذه القواعد تشكلت من مصادر عديدة أهمها الاتفاقيات الدولية، كاتفاقيتي لاهاي وفيينا، بالإضافة إلى لجنة الأمم المتحدة الأنسترال، وبعض أعمال الهيئات والتنظيمات الدولية والاقليمية، كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وأعمال المنظمة العالمية للتجارة، وغرفة التجارة الدولية.

كل هذه الاتفاقيات والمنظمات جعلت من تلك القواعد ذات وزن ثقيل في التجارة الإلكترونية الدولية، لكن هذا لا يعني بأنها خالية من النقائص والعيوب، فقد ثار خلاف فقهي حول ما إذا كانت تتمتع بصفة النظام القانوني أم لا.

إلى جانب هذا نجد كذلك القواعد المادية الواقعية المتمثلة أساسا في القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تعد واحدة من أهم الحلول في عقود التجارة الإلكترونية الدولية، بالإضافة لما يعرف في الفقه بفكرة التنظيم الذاتي أو الكفاية الذاتية، والتي يقصد بها مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تتولد بشكل عفوي من قبل جماعة معينة وتعتبرها ملزمة لها كما تعترف بها المحاكم مع مرور الوقت وتصبح ملزمة.

وعلى الرغم من أن هذه الضوابط تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق إلا أنها من الصعب إعمالها في عقود التجارة الإلكترونية الدولية، وذلك لضعف الصلة بين القانون

الواجب التطبيق والعقد نظرا لطبيعة التعاقد المبرم على الشبكة الإلكترونية المتسمة بالافتراضية.

وكحل لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية يجب على كل المشرعين في دول العالم أن يبادروا إلى إصدار تشريعات تنظم المجالات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية عن طريق إنشاء محاكم افتراضية تحكم الإنترنت،وذلك عن طريق إنشاء مواقع إلكترونية يلجأ إليها الأطراف من أجل الفصل في المنازعات الخاصة بالإنترنت، لكون هذه الأخيرة لا تشكل مكان محددا يمكن الاستناد إليه، واعتبار أن العقد قد تم فيه، كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاته، وحبذا لو تقوم الدول العربية بالعمل على اعداد اتفاقية عربية موحدة تعمل بها كتشريع داخل الدول العربية بدلا من النصوص الحالية بشرط أن تكون مستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية التي تبين كيف يكون العدل، وحصول الطرف الضعيف على حقه، حيث تقوم الدول العربية بإنشاء اتفاقية خاصة بأحكام التجارة الإلكترونية، وهذا لكون الشريعة الإسلامية تتماشى أحكامها مع جميع المستجدات وفي كافة الأصعدة والمجالات.

إذا كانت قدرة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية من المبادئ المسلم بها في كل من التشريع والقانون على حد سواء، فإن المسالة تنطوي على نتائج خطيرة في هذا المجال، والمشكلة تثور حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر، عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك الإرادة.

قائمة المراجع

I. الكتب

1- أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها، العقود والاتفاقيات في التجارة الإلكترونية، د. ط، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر، 2007.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

3- إلياس ناصف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

4- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

5- دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص، النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، د. ط، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2010.

6- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

7- شافع بلعيد عاشور، العولمة التجارية والقانونية في التجارة الإلكترونية، ط 1 دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

8- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

9- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

10- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

11- فاروق محمد أحمد الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.

12- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية في عقود التجارة الإلكترونية، د. ط، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

13- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

14- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة (دراسة مقارنة)، 2013.

15- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية: (العقد الإلكتروني، اثبات العقد الإلكتروني، حماية المستهلكين، وسائل الدفع الإلكترونية، المنازعات العقدية وغير العقدية، الحوكمة الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

16- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية: (العقد الإلكتروني، اثبات العقد الإلكتروني، حماية المستهلكين، وسائل الدفع الإلكترونية، المنازعات العقدية وغير العقدية، الحوكمة الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق)، ط 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

17- محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشاة المعارف، مصر، 2000.

18- محمد محسوب، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، ط 1، د. ن، الأردن، 2003.

19- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (أركانه، اثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته، التشفير، التوقيع الإلكتروني)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

20- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، د. ط، منشأة المعارف، مصر، 1990.

21- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001

22- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة التاسعة والثلاثون، 2006/7/8، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية ، مذكرة تفسيرية بشأن الاتفاقيات المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية

أولا: الرسائل

1- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2006.

2- حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2009.

3- عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2003.

ثانيا: المذكرات

أ- الماجستير

1- خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2010

2- سكر سليمة، عقد البيع عن طريق الإنترنت ومدى حجية الإثبات الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011.

3- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايدبتلمسان، 2010-2011.

4- نافع بحر سلطان الباني، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2004.

ب- الماستر

1- أيت عبد الوهاب فهيمة وخرفلاوي سهيلة، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ببجاية، 2016-2017.

2- حمومة سعيدة حميطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.

3- ضياء الدين ناصر إسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق، جامعة العربي بن المهيدي بأم البواقي، 2017-2018.

III. المقالات والملتقيات العلمية

أولا: المقالات

1- أحمد قسمت الجداوي، (نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد1، عين الشمس، 2000.

2- بلاش ليندة، (الاتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي)، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، بجاية، 2015.

3- حمودي ناصر، (نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل)، مجلة المعارف، العدد 5، المركز الجامعي أكلي محند اولحاج، البويرة، 2008

4- حوالف عبد الصمد، (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية)، مجلة الحقيقة، العدد 31، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.

5- سالم عبد الكريم، (أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية)، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 2، الجزائر، 2018.

6- فراس كريم طه، (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية)، مجلة المحقق للعلوم القانونية السياسية، العدد 2، الاردن، 2016.

7- يوسفي نور الدين وبروك إلياس، (تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية)، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، العدد 13، الجزائر.

ثانيا: الملتقيات العلمية

1- موكة عبد الكريم، (القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الإلكتروني)، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجية المعلوماتية، المركز الجامعي سوق أهراس، يومي 25و26 أفريل 2010.

IV. النصوص القانونية

أولا: الاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية للبضائع.

2- اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الصادر في 1980.

3- اتفاقية فيينا المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع الصادرة في 11 افريل 1980.

4- اتفاقية لاهاي بشان القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية المبرمة في 22 ديسمبر 1986.

ثانيا: النصوص التشريعية

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/6/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون 05_10، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 44، لسنة 2005.

2-قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28، لسنة2018.

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر و عرفان	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ
الفصل الأول **تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية في ظل المنهج التنازعي**	**01**

المبحث الأول :اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية الدولية (الإسناد الشخصي)	**03**
المطلب الأول : المقصود بمبدأ سلطان الإرادة	**03**
الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية والقانون	**04**
الفرع الثاني: موقف الفقه	**08**
المطلب الثاني: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الالكترونية الدولية	**11**
الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد	**12**
الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد	**14**
المبحث الثاني :غياب اتفاق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية (الإسناد الموضوعي)	**16**
المطلب الأول: الإسناد الجامد للرابطة العقدية	**17**
الفرع الأول: الضوابط المرتبطة بالمتعاقدين	**18**
الفرع الثاني: الضوابط المرتبطة بالعقد	**21**
الفرع الثالث: حالات تطبيق القانون الجزائري في مجال معاملات التجارة الإلكترونية	**23**
المطلب الثاني : الضوابط المرنة (نظرية الاداء المميز للعقد)	**24**
الفرع الأول: المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد	**24**
الفرع الثاني: مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الالكترونية الدولية	**26**
الفصل الثاني : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية وفق القواعد المادية	**28**
المبحث الأول : القواعد المادية الوضعية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية	**30**
المطلب الأول :المصادر القانونية للقواعد المادية	**30**
الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية	**31**
الفرع الثاني: أعمال بعض الهيئات والتنظيمات الدولية والإقليمية	**34**
المطلب الثاني :تقييم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية	**36**
الفرع الأول: تمتع القانون المادي للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني	**37**
الفرع الثاني: نفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية الدولية	**40**
المبحث الثاني : القواعد المادية الواقعية لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية	**43**
المطلب الأول :القواعد ذات التطبيق الضروري	**43**
الفرع الأول: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري	**44**

الفرع الثاني: معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري	**47**
المطلب الثاني : نظرية الكفاية الذاتية للعقد أو التنظيم الذاتي	**49**
الفرع الأول: تعريف فكرة التنظيم الذاتي	**49**
الفرع الثاني: مصادر القواعد القانونية الذاتية	**50**
خاتمة	**56**
قائمة المصادر و المراجع	**60**
فهرس المحتويات	**68**