جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية

القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص :القانون

من إعداد الطالب:
خليفي سمير

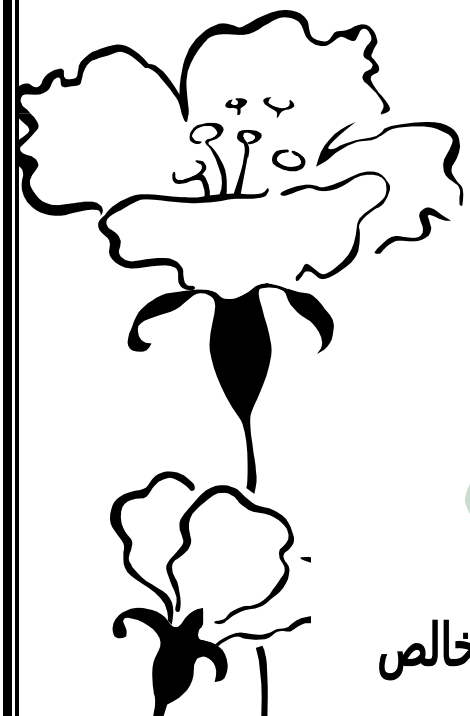
تحت إشراف الأستاذ الدكتور
معاشو عمار

لجنة المناقشة:

1- د/إقلولي محمد،أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا
2- د/معاشو عمار، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو .....مشرفا و مقررا
3- د/أيت منصور كمال،أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.....ممتحنا
4- د/ أمازوز لطيفة، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ..... ممتحنة
5- د/ حمودي ناصر، أستاذ محاضر أ، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة..... ممتحنا
6- د/ أعراب سليمة، أستاذة محاضرة أ، جامعة الجزائر ..... ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2018/05/30

بسم الله الرحمن الرحيم



شكر و عرفان

اعترافا بالفضل أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان

إلى أستاذي المشرف

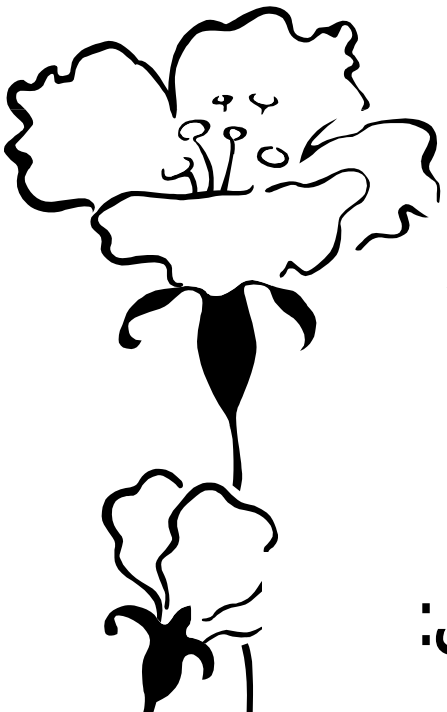
الأستاذ الدكتور معاشو عمار

الذي زودني بتوجيهاته ونصائحه القيمة أثناء إنجاز هذه العمل، وقام بمراجعة هذه الرسالة وتصويبها

فجزاه الله عني كل خير

والشكر الجزيل لكل أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة هذا الموضوع

سمير



إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

أمي رحمها الله وأبي أطال الله في

عمره

إخوتي وأخواتي

زوجتي

أولادي: محمد ياسين ونيليا وريدة

سمير

قائمة لأهم المختصرات

op.cit : ouvrage précédemment cité

ADR : Alternative Dispute Résolution.

AMGI : Agence Multilateral de Garantie des Investissements.

CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial international.

UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé.

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements.

OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle.

ORD : Organe de Règlement des Différends.

UNICITRAL : United Nation Commission on International Trade Law.

CCIP: Chambre De Commerce Et D'industrie De Paris.

مـــقدمـــة

أصبحت التجارة بمختلف صورها وبتنوع مبادئها لغة عالمية لا تعترف بالفوارق بين الأفراد والشعوب والدول والقارات، فتعد ذلك الرابط القانوني المختزل في معاملة قانونية يكون أطرافها مجموعة مختلفة الموقع والتنظيم القانوني، وأن تشعبها يفترض ضرورة تنظيمها محليا ودوليا، ويستوجب هذا التنظيم بالضرورة تكاثف الجهود بين عدة أطراف سواء كانت محلية وطنية أو عالمية أو إقليمية، وقامت من جانبها وسائل الاتصال الحديثة بدور فعال لتحقيق ذلك.

أدى نمو حجم التبادل التجاري في مجال التجارة الدولية إلى اهتمام المجتمع الدولي بتأسيس قواعد قانونية موحدة تسري على مختلف التصرفات القانونية ذات الطابع التجاري الدولي، قيام هذه المعاملات في مناخ تتباين فيه التشريعات الداخلية للدول، قد يؤدي إلى عدم استقرار التعامل التجاري الدولي، نظرا لعدم وضوح المنظومة التشريعية الداخلية للأطراف المتعاقدة من جهة، وكذا رغبة كل طرف في إخضاع العلاقة القانونية لقانون دولته من جهة ثانية، وهذا الوضع لا يتناسب وطبيعة عقود التجارة الدولية.

تتطلب التجارة الدولية – حسب ما تم ذكره أعلاه– تضامنا مميزا بين ممارسي عملياتها المتنوعة، خاصة بعد أن تأكدوا من أن علاقاتهم وكل ما يترتب عنها من آثار مالية واقتصادية، لا يناسبها ولا يخدمها القانون الصادر عن المشرع الوضعي، بل تستدعي قواعد نوعية تتطلع للمستقبل وتستهدف أولا للسلام بين الأطراف أكثر من العدالة الصماء للقانون، لاسيما وأن مختلف القوانين الداخلية عاجزة عن تحقيق الاستقرار والأمان للعلاقات التجارية الدولية.

نجد من جانب آخر، أن المجتمع الدولي في تطور مستمر، سواء من حيث تركيبته أو متطلباته وحاجياته الاجتماعية، وهذا ما يقتضي بالضرورة وجود تطور مواز على الصعيد التشريعي، وهو ما تأكد عبر التاريخ، فالعقود الوطنية التي كانت تتلاءم قديما مع العقود الدولية البسيطة أصبحت لا تواكب العقود الدولية الحديثة.

يقتضي كل ذلك، وجود قواعد وحلول تلبي حاجات التجارة الدولية وتنسجم مع معطياتها وخصائصها الذاتية، في ظل وجود مجتمع دولي له ظروفه ومعطياته الذاتية

ومشكلاته الخاصة التي تميزه عن المجتمع الداخلي، حيث جاءت هذه الرغبة أمام عدم ملائمة القواعد الوطنية للعلاقات التجارية الدولية، كما أن الواقع بدوره فرض ذلك بعد أن أصبحت العقود الدولية هي الأداة الوحيدة لتبادل الثروات عبر الحدود، بالإضافة إلى تنوع أنماطها وتعقد تركيبتها.

تمتع هذه المعاملات بالصفة الدولية، جعل من الاعتماد على قواعد تنازع القوانين والاستعانة بها في هذا المجال ضرورة ملحة، من حيث التنظيم القانوني للعلاقة التعاقدية من جهة، وتحديد القانون الأنسب للتطبيق على العلاقة القانونية لتدخل طرف أجنبي، فهذا المنحى من حيث التنظيم القانوني للمعاملات التجارية الدولية، لم يغير من هذا النظام، فكان له الفضل الكبير في تنظيم التجارة الدولية، فكانت ولازالت قواعد تنازع القوانين تلعب دورا مهما في العلاقات التجارية الدولية لأشخاص القانون الدولي الخاص، نظرا لتميزها بكل من صفة الأمان والتواصل والحركة المستمرة للمعاملات التجارية.

تسيء هذه القواعد أحيانا فهم مستجدات التجارة الإلكترونية وتعكس مصالح التجار ولا تراعي حركة تطور التجارة الدولية، هذه المعطيات جعلت تلك القواعد تتعرض من الناحية العملية والنظرية لانتقادات واسعة خاصة في مجال الأحوال الشخصية والمدنية، لكن أكثرها كانت من جانب التجارة الدولية وبالأخص التجارة الإلكترونية.

توجب مع تطور مسألة التعاقد عن بعد وما يتضمنها من مخاطر وضمانات تدخل هيئات ومنظمات دولية قادرة على المراقبة والمحاسبة لتحقيق قيام بيئة آمنة ومستقرة تضمن سلامة العقود التجارية، وحسن تنفيذها لتحقيق الغاية المرجوة منها.

فقد أصبح العالم اليوم مترابط في أطرافه بفضل وسائل الاتصال الحديثة، وسهولة انتقال الأشخاص والأموال بين مختلف دول العالم، مما يؤدي إلى زيادة التعاملات الدولية، فباعتبار العقود الإلكترونية تتسم بالصفة الدولية لتميّزها بعالمية الانتشار وتأبى التوطن في إقليم معين، فكل هذه الصفات تميزها وتجعلها أكثر حرية من أن

تحكمها وتنظمها قواعد ذات طبيعة خاصة تختلف عن القواعد القانونية التي تحكم العقود الدولية وتستجيب لطبيعتها الدولية.

يعد التنظيم المستمر والسريع للتجارة الدولية مناقضا لجمود القواعد التقليدية وعدم تطورها وتفاعلها الايجابي مع التطور الحاصل اليوم، بعبارة أخرى لم تستطع مواكبة الحركة السريعة التي تعيشها المنظومة التجارية العالمية، مما يستوجب تطوير تلك النظم بهدف تأمين استيعابها للأوضاع المتجددة على غرار معاملات التجارة الإلكترونية.

أوجدت– مع ظهور منظومة قانونية جديدة تماشيا وعصر المعلوماتية– العديد من التقنيات المزودة بمعطيات الحداثة في إطار التجارة الدولية الإلكترونية بشكل خاص، التي استبعدت ولو بطريقة ضمنية منهج القواعد الكلاسيكية المتعلقة بتنازع القوانين تجاهها، لكن بديلا لذلك، استطاعت العديد من الاتجاهات الفقهية وكذا مجموعة المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية وضع تنظيم مغاير يتمثل في منهج القواعد الموضوعية أو المادية الدولية التي استطاعت تحاول بواسطته سد الثغرات وإيجاد الحلول الناجحة لمسائل معاملات التجارة الإلكترونية.

لكن قد لا يتحقق ذلك في حالة غياب الجماعة والتنظيم، وهما خاصيتان أساسيتان لتحقيق القواعد الموضوعية، ولا يمكن الحديث عن هذه الميزات إلا إذا تواجدت جماعة متماسكة ومتضامنة لا ينقصها التنظيم اللازم من أجل بناء نظام قانوني متكامل، ومن هذا المنطلق يسهل من جهة ويصعب من جهة أخرى الاعتراف بصفة النظام القانوني لمجموعة القواعد المادية المشكلة للقانون التجاري الدولي، كون اختلاف المجتمعات المعنية بهذا القانون دليل على ذلك فيمكن أن تكون جماعة متجانسة ومتماسكة فيما بينها، كما تكون عبارة عن مجموعات مشتتة من التجار ومتنافسة فيما بينها ينقصها التنظيم الذي يضفي عليه صفة الوحدة والتماسك.

تبيّن في هذا الإطار أنه لم يعد هناك خيار أمام الدولة بسبب الضرورة الملحة لإيجاد هذا النظام الجديد الخاص بالعقود الدولية، بل اضطرت بعضها إلى الاعتراف بذلك النظام والسعي إلى التصالح معه لأن حاجة الأمان الذاتي للتجارة الدولية كانت

أكثر قوة من سيادة المشرع الوضعي، وهذا ما فرض عليها التسامح مع النظام الذي أنشأته تلك الضرورات والحاجات.

أظهرت هذه القواعد طريقة جديدة مستندة إلى فكرة قوامها إنشاء قواعد أساسية مادية تحوي حلولا مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصة، وتطبق هذه القواعد بصفة مباشرة دون الحاجة إلى البحث عن قواعد الإحالة من القانون المحلي، والبحث عن القانون الواجب التطبيق التي تؤدي إليه.

فهذه الطريقة الحديثة كانت من صنع المتعاملين في مجال التجارة واعتمدتها العديد من الدول، ومن خلال ذلك تم اعتمادها وإقرارها من قبل هيئات التحكيم المختلفة، فأصبحت هذه القواعد أساس نظام معظم الدول التي قبلت دون تردد بأحكامها، إلا أن قبولها كقواعد قانونية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية تبقى مسألة جديرة بالدراسة والتحليل.

***-أهمية الموضوع:**

تظهر أهمية الموضوع من خلال جوهر الدراسة وكذا الفكرة الأساسية المراد بحثها، فموضوع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية أصبحت اليوم واقعا مفروضا في ظل العجز القائم لقواعد منهج تنازع القوانين، وفرضت اليوم وجودها من خلال اعتمادها من جل المنظمات الدولية في هذا المجال، وتبنيها من مختلف القوانين الداخلية واعتمادها في أغلب الهيئات القضائية الدولية لحل المنازعات الناجمة عن تحديد القانون الواجب التطبيق في معاملات التجارة الإلكترونية.

تظهر أهمية هذه من خلال الواقع العملي بوجود جماعات من المتعاملين على النطاق الدولي، تقوم بمهام مباشرة معاملات التجارة الدولية بل واحتكارها في كثير من الأحيان على أساس إنشاء هذه القواعد في إطار معاملات تجارية دولية، فأصبحت مستقرة مع مرور الوقت، كما تتميز بصفة الإلزامية لأعضاء الجماعة في معاملاتهم الدولية.

***-أسباب اختيار الموضوع:**

إن البحث في هذا الموضوع فرضه الواقع التطبيقي لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، فالطابع عبر الدولي للتجارة الإلكترونية خاصة تلك المعاملات المبرمة عبر شبكة الإنترنت، يجعل من القواعد المكانية المستوحاة من منهج قواعد التنازع غير مجدية في هذا المجال غير المحدود، كما نلاحظ أن هناك ضرورة ملحة من أجل التنظيم المادي لمعاملات التجارة الإلكترونية، خاصة في ظل التطور المستمر والسريع لهذه المعاملات، وهذا يجعل من دائرة التعقيدات في توسع متواصل مع تطورها وغياب مثل هذا التنظيم.

ظهور القواعد المادية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية دفع بنا إلى تبيانها وتحليلها من كل الجوانب، بالإضافة إلى تأكيد حقيقة عجز قواعد التنازع في تنظيم هذه السوق المفتوحة، وكذا إظهار كل الجوانب الايجابية لهذه القواعد خاصة بعد تبنيها من مختلف الهيئات الاقتصادية والمؤسسات الدولية في كل معاملاتها التجارية الإلكترونية من جهة، وتبني مختلف القوانين المقارنة الداخلية لمثل هذه القواعد ومنحها حيزا واسعا في تشريعها الداخلي، كما جاءت هذه الدراسة استنتاجا واستكمالا للدراسات الهامة السابقة في هذا الموضوع.

***- إشكالية الموضوع:**

إذا سلمنا لحقيقة عجز قواعد التنازع على تنظيم مجال التجارة الدولية بصفة عامة، مما أدى إلى ظهور القواعد المادية للتجارة الدولية، يظهر أكثر توسعا هذا العجز من خلال التطور الملحوظ في مجال التجارة الدولية، بظهور التعاملات التجارية الإلكترونية خاصة تلك المبرمة عبر الشبكة الدولية للإنترنت، *فمن هذا المنطلق نبحث عن إظهار هذا العجز الذي من خلاله شجع الكثير للاعتماد على القواعد الموضوعية،*

فإذا سلمنا بعجز مناهج التنازع وفرض قواعد موضوعية بديلا لها، فما مفهوم القواعد الموضوعية وإلى أي مدى يمكن اعتبارها كتنظيم قانوني يؤطر معاملات التجارة الإلكترونية؟.

انطلاقا من الإشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي بالتطرق لمختلف القواعد القانونية المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص، وتحليل المواد القانونية المشكلة لكل من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية التي نظمت هذا المجال، وهذا في إطار دراسة مقارنة مع مختلف التشريعات العالمية.

لدراسة هذا الموضوع اعتمدنا تقسيما ثنائيا متضمنا بابين وهما على النحو التالي:

– **الباب الأول:** تناولنا الحالات المبينة لعجز منهج تنازع القوانين على مسايرة معاملات التجارة الالكترونية، سواء من حيث الاعتماد على مبدأ الإرادة أو على الضوابط الضمنية **(فصل أول)** وفي ظل هذا المنطق ظهر ما يسمى بالقواعد الموضوعية الدولية الخاصة بالتجارة الدولية الإلكترونية، أو ما يسمى بالقانون الموضوعي الإلكتروني عبر الدولي **(فصل ثان)**.

– **الباب الثاني:** يتناول البحث عن الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية الدولية وهذا من خلال التطرق لمضمونها أي المصادر المشكلة لهذه القواعد منها الداخلية والدولية من جهة، والتشريعية والقضائية من جهة أخرى،**(فصل أول)** من خلالها يظهر مدى تمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني من عدمه، لتبيان مدى قدرتها لاكتساب صفة أو وصولها درجة القاعدة القانونية **(فصل ثان)**.

الباب الأول

القواعد الموضوعية الإلكترونية:

أثر لعجز منهج تنازع القوانين

يظهر من تطبيق قواعد الإسناد الجامدة على عقود التجارة الإلكترونية، تعارض مع الخصوصية التي ينفرد بها مثل هذا النوع من العقود، التي تتم عبر فضاء غير ملموس، تبرم العقود وتنفذ بنفس الطريقة أحيانا، وهو ما يتنافى مع التركيز المكاني الذي تنص عليه قواعد الإسناد وجودا وعدما، وذلك لأن التعامل في إطار التجارة الإلكترونية يتم بين نظم ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها. مما يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد، تنفيذه وموطن وجنسية الأطراف.

يثير من جانب آخر مبدأ الاعتماد على مناهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية مثلا، صعوبات كثيرة باعتبار أن ضوابط الإسناد التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية، ضوابط تعتمد بشكل رئيسي على تحديد المكان.

كوّنت العوامل المرتكزة على المكان فكرة ترك قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية "التقليدية" جانبا، وهذا بعيدا عن تنظيم مختلف المعاملات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية انطلاقا من التفاوض إلى غاية تنفيذ العقد.

يعود تكوين هذا الاعتقاد إلى سبب رئيسي – إلى جانب أسباب أخرى ثانوية – هو أن قاعدة الإسناد وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول، وأقاليم يفصل بينها حدود سياسية معلومة، أو جغرافية لا تتلاءم مع مجتمع إلكتروني ينقسم إلى شبكات اتصال ومجالات دومين ومواقع ويب، مما جعل تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يبدو صعبا للغاية **(فصل أول)**.

تتخذ فلسفة الشبكة الدولية للاتصالات منحى مغايرا عن الواقع المادي الملموس، فنظام تلك الشبكة يتناسى عن عمد الحدود السياسية أو الجغرافية بين الدول، فضوابط الإسناد المتعارف عليها في منهج تنازع القوانين، والتي تعتمد على الإقليم لن يكون لها أي دور في شأن التنظيم القانوني الدولي لمعاملات شبكة الإنترنت، إذ تضحي ضوابط غير ذات مفعول ويتعذر إعمالها، هذا ما جعل العديد من المتعاملين في هذا المجال يفكرون في قواعد قانونية تكون مباشرة وغير مرتبطة بمنطقة جغرافية معينة، تمثل القانون الموضوعي.

انطلاقا من كل ذلك بدأ الفقهاء يناشدون بضرورة القانون الموضوعي منذ أواخر القرن التاسع عشر، حيث أصروا على وضع قواعد مشتركة بين الدول تكفل وحدة التنظيم لمعاملات التجارة الإلكترونية وسرعة إيجاد الحلول بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الدولي، أيا كانت الدولة التي يرفع النزاع أمام جهات التحكيم التابعة لها، والتي تكون محددة المضمون والهدف، واضحة المعالم لتسهيل تطبيقها باعتبارها تتميز بقوة صلتها بالموضوع، وتعمل على تحقيق المصلحة العامة لجميع الأطراف.

اتجهت بذلك الأنظار إلى مجموعة القواعد التي يضعها المتعاملون ويقبلونها كسلوكيات لهم في مجال البيئة الافتراضية، باعتبارهم وحدهم القادرين على حكم تعاملاتهم في ظل عجز القوانين الوطنية وحتى الاتفاقية على حكم هذا النوع من المعاملات الدولية، فيعد حسب المتعاملين في هذا المجال بديلا لقواعد مناهج تنازع القوانين، وهو قانون موضوعي لا تنازعي ينبغي العمل على إرساء قواعده والعمل على تطويرها وتنميتها لتكون قاعدة لقانون موضوعي إلكتروني على غرار القانون الموضوعي للتجارة الدولية (**فصل ثان**).

الفصل الأول

معاملات التجارة الالكترونية وضوابط الإسناد التقليدية

تبرم عقود التجارة الإلكترونية بوسائل مختلفة منها الإنترنت، لا تشكل هذه المعاملة مكانا محددا يمكن الاستناد عليه، كونه عبارة عن فضاء مستقل بذاته، كما أن العقد قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لوجود رابطة قانونية بين العقد وقانون مكان إبرامه.

تبرم عقود التجارة الإلكترونية وتنفذ في أماكن مختلفة، مما يجعلها خاضعة لقوانين متباينة مما يثير إشكالية الانسجام بين هذه القوانين، فإن كان التسليم مثلا يتم بطريقة مادية فإن الدفع قد يتم بطريقة إلكترونية عبر الإنترنت، الأمر الذي يجعل من التجارة الإلكترونية فضاء من نوع خاص، وهذا لم يغير من القواعد العامة للعقد، خاصة فيما يتعلق بتلاقي الإرادتين، والتي تتم بنفس الطريقة، أي الإيجاب والقبول يكونان بالطرق الإلكترونية، وهو ما يسمى بالإسناد الشخصي للرابطة القانونية **(مبحث أول)**.

يلاحظ انطلاقا من هذه الفكرة، أن هناك صعوبة التأكد من إرادة الشخص المتعاقد، وأن هذه الإرادة يشوبها نوع من الغموض، كما يظهر في بعض الأحيان أنه إغفال الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، أو أحيانا أخرى لم تتفق أصلا على ذلك، مما يجعل العقد يخضع لقواعد الإسناد الموضوعية والتي تعتمد بدورها على معايير مكانية لتحديدها، مما يثير صعوبة في تحديدها.

جاء كل هذا نظرا لتجاوز شبكة الإنترنت كل حدود الدول مما يجعل من تحديد المكان مهمة صعبة للغاية، وهي في الوقت ذاته مفتوحة للاستخدام للكافة دون ارتباط بأي مكان، فليس هناك حدودا تحول دون استخدام الشبكة، بين مقدمي الخدمة أو المستفيدين، ويبدو عنصر المكان غائبا فعليا على الشبكة **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول

في محاولة تطبيق ضوابط الإسناد الشخصية

على معاملات التجارة الإلكترونية

تعد إرادة الأطراف المتعاقدة أحد ضوابط الإسناد (***الإسناد الشخصي***)، ومن خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق خلال المعاملة التعاقدية، ويسمي أيضا بمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بصفة عامة، وعقود التجارة الدولية بصفة خاصة، وللإشارة فإن هذه الفكرة وإن عرفت عدّة تطورات على مدار التحولات التي عرفها منهج تنازع القوانين عبر الأزمنة.

غير أن مبدأ سلطان الإرادة لم يستقر في فقه تنازع القوانين إلا لفترة حديثة نسبيا، ترجع إلى بداية القرن التاسع عشر عندما ظهرت بعض الاتجاهات الفقهية الحديثة التي تطرقت لمبدأ سلطان الإرادة، نظرا لما يتمتع به هذا المبدأ من أهمية، لكونه من أهم القواعد القانونية في فقه التجارة الدولية.

ساهمت ثورة المعلومات والتقنيات الحديثة في تطوير نمط عقود التجارة الدولية وأبرزت وسيلة جديدة لإبرام العقود، هذا ما أدى إلى ظهور إشكالات قانونية حول تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية المبرمة بالوسائل الإلكترونية، فلقد كرست العديد من التشريعات المقارنة، وكذا مختلف الاتفاقيات الدولية هذا الضابط **(مطلب أول)**، لكن يبقى تطبيق هذا الضابط على المعاملات التجارية المبرمة بالطرق الالكترونية صعب التحقيق**(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

تكريس التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية لضوابط الإسناد الشخصية (مبدأ سلطان الإرادة)

يعد مبدأ سلطان الإرادة الركيزة القانونية لإنشاء الحقوق والالتزامات المتمخضة عن مختلف التصرفات القانونية، يظهر هذا المبدأ في حرية الأطراف المتعاقدة في

إنشاء قانون خاص بهم، ليصبح القانون الأساسي لتنظيم جميع مراحل سير العملية التعاقدية، كما يعد أيضا أساسا لتنفيذ ما يترتب عن العقد من آثار قانونية.

قنّنت أغلب القوانين والتشريعات الوطنية مبدأ سلطان الإرادة، ومنحت له دورا هاما في تحديد القانون الواجب التطبيق، فأغلب القوانين المقارنة تعتمد مبدأ سلطان الإرادة في مختلف المعاملات، ويعد المبدأ الأصلي على غرار المشرع الجزائري **(فرع أول)**.

تبنته من جانبها العديد من الاتفاقيات والقوانين الدولية، منها التي قامت بتوحيد قواعد تنازع القوانين، وأخرى جاءت بأحكام خاصة، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

تكريس التشريعات الداخلية لمبدأ سلطان الإرادة

يعد تحديد مبدأ سلطان الإرادة[1] في إطار تنازع القوانين الذي تثيره العقود الدولية، من المبادئ الأساسية والمستقرة في أغلب التشريعات الوطنية، فأغلبها حرصت على تطبيق القانون المختار على موضوع النزاع من حيث إعطاء الأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق[2]، ويشترط منح الحرية للأطراف وجود شرطين أساسيين:

---

[1]– تقوم فكرة قانون الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد في تحديد واختيار القانون واجب التطبيق على العقود الدولية، والمقصود بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليست الإرادة منفردة لأحد الطرفين، أنظر: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 657، وكذا: **طمين سهيلة**، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع، القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 34.

[2]– **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص، القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017، ص 23.

*- ضرورة وجود رابطة بين القانون والأطراف أو المعاملات التجارية، وأن يطغى المنطق على اختيار الأطراف.

*- عدم وجود تعارض بين القانون المختار و المسائل الأساسية لدولة القاضي أو الدولة التي سوف يكون قانونها هو الواجب التطبيق على العقد[1].

أولا: مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الجزائري:

تبنى التشريع الجزائري هذا الاختيار في نص المادة 18 من القانون المدني، والتي تنص على أنه: " *يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد*"[2].

---

[1] **Julien le claiche**, La détermination de la loi et le juge compétant, disponible sur le site - www.droit-ntic.com p 06.

- Bien qu'il soit largement reconnu, le principe d'autonomie de la volonté, peut varier selon les ordres juridiques considérés. En effet, dans un premier temps, cette liberté se fondait sur le postulat que les parties étaient les plus aptes à déterminer la plus juste localisation d'un rapport de droit. Cette « **liberté raisonnée** » était peu contraignante pour les parties qui, hormis les cas de Froude, choisissaient la loi la plus adaptée à leur relation contractuelle.

- « C'est grâce au principe de l'autonomie de volonté que les parties à un contrat international son libre de désigner, d'un accord, de droit auquel seront soumises la formation de ce contrat », voir :

- **AYADI Ahmed**, commerce électronique obstacles et perspectives, cas de Tunisie, disponible sur le site : www.memoireonline.fr, p. 05.

- أنظر أيضا: **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006، ص 97-98.

[2] - **أمر رقم 75/58**، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب **القانون رقم 05/10**، المؤرخ في20 يونيو 2005، ج ر عدد 44 الصادر بتاريخ 26/6/ 2005. يظهر من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يمنح الحرية التامة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، مما يؤكد انعدام مبدأ سلطان الإرادة، بل هو مقيد بشرط. وانظر كذلك:

- **YESSAD Houria**, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri,Tizi-ouzou, 2008, p. 75.

- وتنص المادة 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره.." راجع قانون رقم 08-

وضع المشرع الجزائري القانون الذي يختاره المتعاقدين كضابط إسناد أساسي لكن بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وهنا يحاول المشرع استبعاد فرض أن يختار المتعاقدين قانون لا صلة له بالعلاقة التعاقدية محاولة منهم التهرب من أحكام القانون الذي من المفترض أن يطبق أو هو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالغش نحو القانون[1].

ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة في التشريع المصري:

أقّر القانون المصري صراحة على حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية ، في نص المادة (19/ 01)، " *يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه*

---

09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما نصت على المبدأ المادة 1/28 من قانون اليونستيرال للتحكيم التجاري الدولي، راجع قانون اليونستيرال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي اعتمدته الجمعية العامة= =بموجب قرارها رقم 72/40 المؤرخ في 11 ديسمبر 1985، والمعدل بالقرار رقم 33/61 المؤرخ في 4 ديسمبر 2006.

[1] – **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon – Assas, Paris II, Paris, 2003, p. 242, voir aussi : **M'HAMED Toufik BESSAI**, la loi applicable au contrat international, a propos de la réforme de l'article 18 du code civil, revue Algérienne des sciences juridiques, Economiques et politiques, n 02, 2008, Faculté de Droit Alger, 2008, p 08.

–Le choix par les parties de la loi applicable doit respecter l'ordre public et les règles impératives, selon l'article 03/01 du code civil français ***« les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire »***.

– و التعبير عن حرية الإرادة لاختيار القانون الواجب تطبيقه على الالتزام التعاقدي الدولي قد يكون صريحا، وهو النص صراحة عليه، وقد يكون ضمنيا وهو ما يفهم من العقد المبرم، أنظر: **غالب علي الداودي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 217، كما يحق للأطراف اختيار أكثر من قانون واحد لتنظيم العقد، أنظر: **العطافي مصطفى**، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25–26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017، ص 03.

الإرادة الصريحة أو الضمنية، فإن لم توجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري"[1].

ثالثا: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص النمساوي:

تبنى بدوره هذا التسليم القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 الذي ينص على أنه: " *يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنيا*"، وأكد من جهته القانون المدني الألماني في الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 بمنح الأفراد الحرية في اختيار القانون حسب إرادتهم لحل النزاعات المتعلقة بالعقد، فنص القانون على أن: " *يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف*"[2].

رابعا: مبدأ سلطان الإرادة في القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية: تنص المادة (1/301/ج) من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية، على أن: " *الأطراف في المعاملات الدولية يجوز لهم الاتفاق وفقا لقانون أية ولاية أو دولة أخرى، سواء كانت هذه المعاملة ذات صلة بهذه الدولة أو الولاية أم لا*"، وتضيف الفقرة (1/301/أ/2) من نفس المادة على أن: "*الأطراف في*

---

[1]– راجع ذلك في: **ممدوح عبد الكريم**، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 164، وتطرق للموضوع أيضا: **إلهام عزام وحيد الخراز**، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 37.

[2]– **عيد عبد الحفيظ**، المرجع السابق، ص 23. وأنظر: **حمودي ناصر** النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 413.

– كان أيضا للفقه دور في تعريف وتقديم نظرته للمبدأ فعرفه على أن: "**أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه هذه الأخيرة هي التي تنشئه في ذاته، وهي التي تحدد أثاره، ثم يأتي القانون بعد ذلك، ليعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة**"، مشار له لدى: " **بلحارث ليندة**، مكانة مبدأ سلطان الإرادة خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25–26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017، ص 02.

المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية"[1].

الفرع الثاني

تبني الاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة

منح فقه القانون الدولي الخاص لحق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية مكانة خاصة[2]، واستطاع أن يفرض منطقه عبر المراحل التي عرفها، ويعود الفضل في ذلك إلى أغلب التشريعات الوطنية التي جعلت منه أحد المبادئ التي يعتمد عليها في إبرام العقود (***العقد شريعة المتعاقدين***)[3]، وحذت حذوها الاتفاقيات والقوانين الدولية التي اعترفت بحق الأطراف وقدرتهم على

---

[1]– أورده: **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 96.

– وتعد محكمة النقض الفرنسية أولى المحاكم التي أرست مبدأ قانون الإرادة في مجال الالتزامات التعاقدية، وهو ما يلخصه حكمها الشهير الصادر في 5 ديسمبر 1910 في قضية: **American Trading Company Québec Steamchip Company Limited** والتي اعترفت فيه للأطراف بالحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث قضت بأن: "***القانون الواجب التطبيق على العقود سواء فيما يتعلق بتكوينها أو أثارها أو بالنسبة لشروطها هو القانون الذي يتبناه الأطراف...***" أنظر كل من : **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 266. وكذلك:

- **YESSAD Houria**, op-cit, p. 74.

[2]– باعتبار أنها تعبر عن نظام قانوني جديد من صنع الإرادة، فهذا النظام هو القانون الذي يحكم العقد، فإرادة الأطراف تتولى وضع الاشتراطات اللازمة والكافية للتنظيم الذاتي لرابطتهم العقدية، كما أن هذه الاشتراطات تعد بمثابة قواعد قانونية فردية كفيلة بأن تنظم على نحو شامل وكامل كافة العلاقات بين الأطراف المتعاقدة، أنظر: **محمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص 441.

[3]- **CAHEN Murielle-Isabelle**, La Formation des contrats de commerce électronique, sur le site :

www.lex-electronica.org, p. 14. et voir :

- **JQCAUET Jean-Michel**, principe de l'autonomie et contrats internationaux, édition ECONOMICA, Paris, 1983, p .20.

اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، نظرا لاتصالها بأكثر من قانون واحد مما يتعين تحديد القانون الملائم في حالة نشوب أي نزاع.

اعتمدت العديد من الاتفاقيات والقوانين الدولية مبدأ سلطان الإرادة، إذ أنه لم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين الوطنية فقط [1]، وذلك نتيجة للأهمية التي يحضا بها في حل منازعات العقود الدولية، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد:

أولا: اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية

ذكرت المادة 1/2 من الاتفاقية على أن: "*عقد البيع يخضع لأحكام القانون الداخلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة*"[2].

ثانيا: الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي

---

[1]– **محمد سعيد خليفة**، مرجع سابق، ص 113.

– أهمها قرار التحكيم الصادر في قضية (**Topco clasiatic**) ضد الحكومة الليبية، الذي عبر بالقول: " كل الأنظمة القانونية أيا كانت تطبق مبدأ سلطان الإرادة فيما يتعلق بالعقود الدولية، ويظهر هذا المبدأ على أنه مبدأ عالمي في هذه الأنظمة حتى ولو لم يكن له دائما نفس المعنى ونفس النطاق، منقول عن: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، المرجع السابق، ص 414 هامش 1243.

- **A. KOTEICHE Lama,** Op.cit, p. 18. Voir aussi : **CAHEN Murielle-Isabelle,** Op.cit, p. 15.

Et voir aussi : BENSOUSSAN Alain, Internet: aspects juridique, 2ème édition, Édition HERMES, Paris, 1998.p 208

[2]–

- Cette convention porte exclusivement sur les contrats de vente et exclut donc de son champ d'application des contrats de prestation de services, selon l'article 2/1 de la convention, voir aussi sur la convention de la Haye :

- **MERCADAL Barthélemy**, Droit International, 20eme Edition, EDITION FRANCIS LEFEBVRE, PARIS, 2012, P 407.

– أخذت اتفاقية لاهاي لعام 1955 بقانون الإرادة كقاعدة أصلية لعقد البيع الدولي، وهي دون شك القاعدة الأكثر ملائمة لحاجات التجارة الدولية، لمزيد من التفاصيل، انظر: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 130، تطرق للموضوع أيضا:

- **D'AVOUT Louis**, Conflit Des Lois, Revue critique de droit international privé, n° 01, janvier - mars 2005, Edition DALLOZ, PARIS, 2005, p 56.

أضافت الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف في 12 أفريل 1961 ودخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1964، في المادة 7 منها على أن:

"*الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع...*"[1]، بالإضافة إلى اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فتنص المادة 42 من الاتفاقية: " "*تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد التي يقررها الأطراف...*"[2].

ثالثا: اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية

تنص في المادة 1/3 منها على أنه "*يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف*"[3]، ومن جهته القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم التجاري الدولي، والتي تمت الموافقة عليه في 21 يونيو 1985،

---

[1]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 301، وأضافت المادة 4/1 من التوجيه الأوربي رقم 31–2000 لسنة 2000 بشأن التجارة الالكترونية، بأن هذا التوجيه لا يضع قواعد إضافية بشأن القانون الدولي الخاص، وهو إشارة الى اعتماد الضوابط الخاصة بمنهج التنازع على رأسها مبدأ سلطان الإرادة، أنظر: **مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايصرة**، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكتروني ذات الطابع الدولي، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 41 عدد 2 لسنة 2014، الجامعة الأردنية، 2014، ص 1345.

[2]– **قبايلي الطيب**، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (**CRDI**)، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، 2001/2000، ص 93.

[3] - **MICHEL ATTAL**, Panorama 2007 De Droit International Privé, Revue de Jurisprudence Commerciale, 52eme année, n° 01 janvier / février 2008, p.30.

– يقول البروفيسور "جورج فوهيك" من جامعة "لوفان" البلجيكية حول تحديد القانون الواجب التطبيق، أن العقود الدولية بين سنتي 1956 و1960 لم تكن تتضمن بنودا لتحديد القانون الواجب التطبيق، قبل أن يتغير هذا الحال بصورة كلية سنة 1975، حيث أصبحت العقود الدولية لا تخلوا من بند يحدد القانون الواجب التطبيق، مشار له لدى: **إسماعيل قطاف**، العقود الالكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 90، أنظر أيضا: **العطافي مصطفى**، مرجع سابق، ص 04.

ينص في المادة 1/27 على أن: "*تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار من الأطراف باعتباره واجب التطبيق على موضوع النزاع*"[1].

رابعا: اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع

أكدت اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع، والتي جاءت لتعديل اتفاقية لاهاي لعام 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية على أن : "*يحكم البيع القانون المختار من الأطراف*"[2].

خامسا: اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية

نصت كذلك المادة 07 من اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، على أن:

---

[1]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص 68، وانظر كذلك ما جاء في الاتفاقية لدى:

- **Thibault VERBIEST**, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique, Publicité, Contrats, Contentieux*, Edition LARCIER, PARIS, 2004, p 177, et voir aussi,

- **Louis D'AVOUT,** *Op.cit*, p 59.

- contrairement a cette convention la « *CCIP* » encourage vivement les entreprises qui s'investissent dans le commerce international à choisir expressément, dans leur contrats, la loi nationale qui régira leurs relations, voir : **M. Guy PALLARUELO**, La loi applicable au contrat : vers une communautarisation et une modernisation de la convention de Rome 1980, rapport adopté par l'assemblée générale de 03 juillet 2003, chambre de commerce et industrie de Paris, PARIS, 2003, p 13.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني، السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 172، وأنظر أيضا: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 661.

– جاءت هذه الاتفاقية لتكون بديلا للاتفاقية السابقة، حيث أخذت هذه الاتفاقية الجديدة بعين الاعتبار التطورات الحديثة في مجال التجارة الدولية، أنظر في هذا الموضوع: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، مرجع سابق، ص 131، وسار على نفس النهج المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1/135 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، أين خول مهمة تحديد القانون الواجب التطبيق للأطراف، سواء تم ذلك بصورة صريحة أو ضمنية، مشار له لدى: **إسماعيل قطاف**، مرجع سابق، ص 90.

"العقد يخضع لأحكام القانون الذي اختاره الأطراف، وأن اختيار الأطراف على هذا الاختيار يجب أن يكون واضحا وجليا، وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق يستخلص ضمنيا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد"[1].

سادسا: القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

تنص المادة 11 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأونيستيرال[2] في إطار التنظيم القانوني لتكوين العقود وصحتها أن: " في سياق تكوين العقود ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض[3]، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقود، لا يفقد ذلك العقد صحته وقابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض"[1].

1- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p 243.

- **VERBIEST Thibault**, Commerce électronique : loi applicable et juridiction compétente, sur le site : www.journaldunet.com. p. 03.

- **CHATILLON Stéphane**, Le contrat international, 3ème édition, Vuibert, Paris, 2007, p.268.

– وأنظر: **مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايصرة**، مرجع سابق، ص 1348.

- Cette convention apparemment la plus explicite sur l'application du droit non Etatique, voir : **Frédérique Sabourin**, Le contrat sans lois en droit international privé canadien, Revue québécoise de droit international, n^0 2, 2006, 40, et voir aussi, **Frank Nictali Miranda Guerra**, Le conflit des lois en droit des transports de marchandise par mer, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Bourgogne, Faculté de droit et sciences politique, Université de Bourgogne, PARIS, 2013, p 238.

2 - La CNUDCI utilise la technique de « loi-type » ou « loi-modèle » avec le but d'inciterles Etats de les transposer dans leur propre loi nationale. Comme les lois-type sont souvent transposées dans le droit interne avec certaines modifications, il s'agit plutôtd'une harmonisation libre que d'une véritable uniformisation, voir : **Martin. H. Godel**, les contrats de commerce international, Instituts de hautes Etudes Internationales, Genève, 2001, p 08, sur le site : http://www.stoessel.ch/hei.

– أنظر أيضا: **امحمد توفيق بسعي**، أطراف التجارة الدولية، عن بعض التطورات في مركزها القانوني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01 لسنة 2008، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 349.

3– يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة عن طريق الموقع الالكتروني web site ويكون التعبير عن طريق الكتابة أو الضغط على زر معين، كما يمكن أن يكون باستخدام بعض الإشارات والرموز، ويكون أيضا عن طريق البريد

المطلب الثاني

إشكالات تطبيق ضوابط الإسناد الشخصية على معاملات التجارة الإلكترونية

ساهمت ثورة المعلومات في إعطاء الصبغة العالمية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة، مما يصعب من طريقة تحديد القانون الذي يسري على العقود المبرمة بطرق إلكترونية، فالقانون الواجب التطبيق حاولت بعض المؤسسات أن تجعله قانون متفق عليه قبل إبرام العقد وذلك بخضوعه لحرية أطرافه نتيجة مفاوضات منطقية ومتوازنة بين الأفراد قبل الدخول في موضوع العقد.

يفضل المتعاملون تكريس هذا الاتفاق، في أغلب الأحيان، في مجال التجارة الدولية، فهذه المسألة تعتبر من المسائل الشائكة نظرا لدخولها في دائرة تنازع القوانين وصعوبة التعامل بقانون على حساب قوانين أخرى، خاصة في حالة توافر الرابطة بينهما بصفة متقاربة، ولكن تشتد هذه الصعوبة أكثر في مجال التعامل الدولي عبر عقود التجارة الإلكترونية التي تتعدد أطرافه ومرورها عبر أكثر من نظام قانوني، خاصة في حالة خرق أحد الأطراف لالتزاماته وحدوث نزاع (**فرع أول**).

حرصت مجموعة من خبراء منظمة الأمم المتحدة بمناسبة وضع القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، على تفعيل مبدأ حرية التعاقد، حيث كانوا يرون أنه من الأهمية التركيز على مبادئ التعاقد والاتفاق بين الأطراف بصورة

الإلكتروني (Email) وهي عبارة عن وسيلة تبادل الرسائل بين الأطراف المتعاقدة، هذا بالإضافة للمحادثة المباشرة بين الطرفين، أنظر: **جلول دواجي بلحول**، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015، ص 52.

[1]– مشار له لدى: **أقدس صفاء الدين رشيد البياتي**، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13 العدد 01 لسنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص 43.

– ففي حالة اختيار الطرف المتعاقد وسائط إلكترونية للتعبير عن الإرادة، فيكفي لضمان سلامة الإرادات العقدية التي يجري التعبير عنها عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، أنظر: **عزة علي محمد الحسن**، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الإلكترونية، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة الخرطوم، السودان، 2005، ص 48.

حرّة بغية تفادي الفهم الخاطئ من جانب المشرعين، ولضمان ثقة أصحاب الأعمال في هذا القانون لإبرام وتفعيل مختلف المعاملات المبرمة بالطرق الإلكترونية.

يظهر الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود التجارية المبرمة عبر شبكة المعلومات، في الاختيار الذي يتم بواسطة تبادل الرسائل الإلكترونية، أو من خلال البريد الإلكتروني، كأن يتم الاختيار على صفحة الشاشة المستقبلة، أي في مختلف المعاملات التي تتم عبر الإنترنت خاصة، مما يثير إشكالات كثيرة. **(فرع ثان).**

الفرع الأول

إشكالات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في حل منازعات التجارة الإلكترونية

تخضع عقود التجارة الإلكترونية كغيرها من العقود الدولية لمبدأ سلطان الإرادة[1]، والذي يعد مبدأ أساسيا مهما كان نوع العقد محل النزاع[2]، فمن خلال شبكة الإنترنت يعبر الأطراف عن إرادتهم، وينفذون التزاماتهم أحيانا، وإذا عدنا إلى العلاقة الموجودة بين التجارة الدولية والطرق الإلكترونية[3]، والتزاوج الكبير بين ثورة الاتصالات والمعلومات إلى أن يشكل السوق الإلكتروني مجالا حيا لممارسة الأطراف لحريتهم التعاقدية، فالإرادة تمتاز بصفتها اللامادية، وهي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تسري عليها وتنفذ من خلالها هذا النوع من العقود[4].

---

[1] - **Thibault VERBIEST**, Commerce électronique : le nouveau cadre juridique, Publicité, Contrats, Contentieux…, Op- cit, p. 177.

[2] - Le principe d'autonomie confie un rôle a la volante seule, il convient cependant de préciser la fonction que celle-ci est appelée a remplir, voir : **DELEBECQUE Philippe**, Droit du commerce électronique, La Détermination de la loi applicable aux contrats, Edition DALLOZ, PARIS, 2010, p, 204.

[3] – التجارة الالكترونية بصفة أساسية هي إدارة أي نشاط تجاري من خلال الشبكات الالكترونية، وقد يعني هذا بصفة عامة شبكة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة بعضها البعض، وهذا الاتصال بين الأجهزة من خلال شبكة تسمى بالإنترنت، أنظر لمزيد من التفصيل: **طلال أبو غزاله**، التجارة الالكترونية والملكية الفكرية، المجمع العربي للملكية الفكرية غرفة التجارة الدولية، لجنة الملكية الفكرية في التجارة الالكترونية، عمان، 2001، متوفرة على الموقع: www.ASPIP.orgص 02.

[4] – **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص ص 71-72.

تمتاز مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الإلكترونية بالمرونة، نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها مبدأ سلطان الإرادة، والذي من القانوني أن يكون تحديده بصفة منطقية ومتوازنة[1]، غير أنه في مثل هذا النوع من العقود يعيب عنه صعوبة إتمام المفاوضات بحرية بين الأطراف، فيفرض بنك المعلومات شروطه على الطرف المستخدم الذي يجد نفسه ملزما على التفاوض من مركز ضعف، ولا يملك القدرة على فرض إرادته الداخلية نتيجة اختلاف مركز الطرفين، فالنتيجة أن القانون الواجب التطبيق من الأطراف يعد قانون إذعان أكثر منه قانون للإرادة، مما يستوجب البحث عن قانون يضمن المنطقية والتوازن في الإرادة [2].

تتم عقود التجارة الإلكترونية في غالبيتها بين مورد للسلع أو الخدمات من جهة، ومستهلك من جهة ثانية، ومن أجل حماية الطرف المستهلك الذي يكون غير قادر على رؤية المنتج في أغلب الأحيان، أو التأكد من طبيعة الخدمة الموقعة قبل توقيع العقد، عمل التوجيه الأوربي رقم EEC، وذهب أيضا التوجيه رقم CE/97-7 الخاص بحماية المستهلكين فيما يتعلق بالعقود عن بعد [3]، ففي حالة اختيار المنتج

– يبقى قانون الإرادة الوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وهذا ما أكده مؤتمر سان فرانسيسكو المنعقد في الفترة من 10-11 سبتمبر 2000، ودعوته في نهاية المؤتمر كافة الدول لمنح المتعاقدين على الشبكة كامل الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، راجع في هذا الموضوع:

– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 152.

[1] - **Mohamed Diyaa TOUMLILT**, Les Aspects Juridiques Du Commerce Electronique En Droit Marocain, thèse pour le Doctorat en Droit, Droit Economie-Gestion Université PARIS XI, PARIS, 2007, p 397.

[2] – **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص72 .

– إلا أن القانون التجاري الفدرالي للولايات المتحدة الأمريكية الموحد وقضائها لا يمنعان من أحقية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم حتى في عقود الإذعان، وللمزيد من المعلومات اطلع على:

– **إلياس بن ساسي**، التعاقد الإلكتروني والمسائل المتعلقة به، متوفر على: www.qn4me.com

[3] – **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 105-106.

- Le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du

لقانون معين لكي يحكم النزاع، فإن المستهلك لن يكون أمامه سوى الدفع بعدم شرعية شروط المنتج في اختيار قانون ما لحكم النزاع، ودعم حماية المستهلك، حيث أن الفقرة الأولى من ملحق التوجيه الأوربي لعام 1993، الذي اعتبر إلزام المستهلك ببنود أدرج فيها شرط تعسفي، يجيز له المطالبة بعدم تطبيق القانون المتفق عليه[1].

أكدت كذلك اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية في المادة 2/5 منها على أن قانون الإرادة يمكن استبعاده إذا كان من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي يوفرها قانون الدولة التي بها محل إقامته العادية، وهذا ما يجعل من قانون الإرادة كأنه مركز خطورة في العملية التعاقدية[2].

تلجأ إرادة الأطراف في بعض الحالات إلى تجزئة العقد واختيار أكثر من قانون لحكم الرابطة العقدية، ويؤدي هذا حتما إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، مما ينتج منه تضارب بين قوانين مختلفة، كالاعتماد على قانون يقبل التوقيع الإلكتروني ويقر بصحة المستندات المحررة عن طريق شاشات الحواسب الآلية، ويثبت صفتها بأنها محررات رسمية وتقبل كأداة إثبات، وقانون آخر لا يقبل بمثل هذه المعاملات ولا يقر برسميتها، مما يحدث تباعدا بين قانونين متضاربين اختارهما الأطراف للتطبيق على واقعة قانونية واحدة[3].

---

pays dans lequel il a sa résidence habituelle…Article 05 de la convention de Rome. Voir aussi :

- **Patrick Thieffry**. Op.cit, p. 241. Et voir :
- **A. KOTEICHE Lama,** Op.cit, p. 58.
- **BENSOUSSAN** Alain, Op.cit, p. 207.

[1]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، المرجع السابق، ص 105–106، و كذلك **محمد سعيد خليفة**، المرجع السابق، ص 115.

– **عادل حسن علي**، الإطار القانوني لعقود المعاملات الالكترونية، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، 2007، ص 15.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 88–89. وأنظر كذلك:

– **FROMENT Camille**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire de D.E.S.S. de Droit du Multimédia et L'informatique, Université de Droit, D'économie et de Sciences Sociales, Panthéon–Assas Paris II, Paris, 2000-2001, p. 30.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 277. وانظر كذلك:

أولا: ضرورة وجود رابطة بين القانون المختار والعقد

يمنح للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد[1]، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، فالأطراف ملزمون بمراعاة وجود الصلة بين العقد والقانون المختار، لأنها الميزة التي توضح هذا الاختيار، فهذه الأخيرة يمكن أن تكون بالنسبة لقانون دولة الإبرام، التنفيذ، الجنسية أو موطنهم، فإذا انعدمت الصلة انعدم الاختيار[2].

يعد دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق أنه لا يخرج عن كونه مجرد تركيز العقد في مكان معين، ووفقا للظروف الواقعية المرتبة بالعقد، والتي تعد مركز الثقل في العقد، فالقاضي له قدرة الاستغناء عن قانون الإرادة في حالة اختيار قانون منعدم الصلة بالعلاقة التعاقدية، وهو موقف غالبية القوانين والتشريعات الوطنية[3]، و

- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p. 249.

– يظهر هذا الإشكال في بعض القوانين التي لا تعترف بقانونية إبرام مثل هذه العقود (المبرمة بالطرق الالكترونية)، أنظر: **هبايش فوزية**، دور التجارة الالكترونية في تفعيل مناطق التجارة الحرة (حالة منطقة التجارة الحرة العربية الكبرى)، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية واقتصاد دولي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2012، ص 41.

[1] - Les parties ont le libre choix de la loi applicable, elles peuvent convenir de l'application de tout droit Etatique, voir sur ce sujet : **Olivier CACHARD**, La Régulation Internationale Du Marché Electronique, thèse pour le Doctorat en droit, Droit – Economie – Sciences Sociales, Université Panthéon- Assas, PARIS II, paris 2001, p, 148.

[2] - **Marie-Elodie ANCEL**, Un an de droit international privé du commerce électronique, les revues de juris classeur, n° 01, janvier 2011, 13 eme année, PARIS, 2011, p 21.

[3] – **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، المرجع السابق، ص78 – 79.

– وأنظر **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 113.

– ترى الدكتورة المصرية ***سامية راشد*** عن هذه الفكرة: " ***إننا نتفق مع العميد Batiffol في معنى المفهوم الميتافيزيقي لسلطان الإرادة ونظرية الاندماج الناتجة عنه، وذلك للأسباب التي أوردها في مختلف كتاباته، والتي لا نجد من المناسب ترديدها اكتفاء بالإشارة إليها، ونؤيد الاتجاه الواقعي السائد بصفة خاصة في الفقه والقضاء الأنجلوأمريكي المناظر لفكرة التركيز Localisation بحثا عن مركز الثقل في العقد Le centre de gravité du contrat، فوجود الصلة بين العقد والقانون المختار في عقود التجارة الإلكترونية من المبادئ الأساسية ولو***

والاتجاه نفسه أخذ به القانون المدني الجزائري بعد تعديل سنة 2005 بالقانون رقم 05-10 *حيث تشترط المادة 18 وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار* [1].

تقيّد إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الذي يطبق على عقود التجارة الإلكترونية من أجل عدم إطلاق الحرية الكاملة للأطراف، فلا بد أن تكون هناك رابطة حقيقية وجادة بين العقد والقانون المختار، فلا يمكن اختيار قانون أجنبي منعدم الصلة بالعقد، فيكون القانون المختار غير قانون أي من المتعاقدين ولا قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه[2] كما لا يجب أن يكون القانون المختار مشوبا بالغش نحو القانون[3].

ثانيا: التهرب، الغش أو التحايل نحو القانون[4]:

يعرف جانب من الفقه أن الدفع بالغش نحو القانون هو: " *دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه*

كانت هذه الرابطة معنوية أو اجتماعية أو اقتصادية تربط بين العقد والقانون السائد في وسط اجتماعي أو اقتصادي معين". نقلا عن: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 81.

[1]– ونص المادة هو على الشكل التالي: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين **إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**" أنظر: القانون 05-10 السالف الذكر، للموضوع: **زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، في ضوء القانون 05-10 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 239.

[2]– **صالح المنزلاوي**، المرجع السابق، ص 279.

3- Selon cette logique, il faudrait exiger que le choix des parties ne soit pas attaché de fraude, voir : **A. KOTEICHE Lama,** Op.cit, p. 21.

– يرى الدكتور محمد كمال فهمي: " المعيار الذي يتم في نظر الشارع أي قانونا معينا هو افضل القوانين بحكم الفكرة المسندة فهو أذن الواسطة التي تربط ما بين الفكرة المسندة وقانون دولة معينة"، مشار له لدى: **كريم مزعل شبي الساعدي**، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، المجلد رقم 03 عدد 13 لسنة 2005، بغداد، 2005، ص 05.

[4]– يعقد القانون الدولي الخاص المجال الخصب للغش نحو القانون بسبب تنوع الأنظمة القانونية للدول المعنية بالنزاع، ويستخدم الأفراد هذا التنوع للتهرب من القانون المختص لحكم العلاقة، بحيث يضعوا أنفسهم بشكل مصطنع تحت سلطة قانون آخر يتوافق مع مصالحهم بصورة أفضل، مشار له لدى: **محمد وليد المصري**، المرجع السابق، ص 274.

بخلقهم ظروفا خاصة بإسنادها إليه بدلا من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلا والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية"[1].

يمكن لطرفي العلاقة العقدية أن يتوصلا إلى إسناد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي أرادوا تطبيق قانونها على العقد، وذلك عن طريق التحايل أو التغيير[2] في عناصر العلاقة التي على أساسها يتحدد ضابط الإسناد المحدد للقانون الذي يحكم العقد، لما يحققه ذلك من مصالح ما كان ليحققها لهما القانون الأولى بالتطبيق على العقد في حال خضوعها لأحكامه، ويتحقق هذا التغيير في الظروف التي تلعب الإرادة فيها دورا جوهريا في تغيير ضابط الإسناد، والإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد[3].

---

[1]– نصت المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أن:" ***لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر، أو أثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، فيطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة***"، راجع نص المادة 24 من القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، مرجع سابق. وأنظر كذلك :

– يقصد كذلك بفكرة الغش نحو القانون بشكل عام: "استخدام الأفراد لوسائل مشروعة بحد ذاتها بقصد الوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه، أنظر: **مهند أحمد الصانوري**، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 120، وأنظر كذلك: **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص 153، وأنظر: **إسماعيل قطاف**، مرجع سابق، ص 92

[2] - La doctrine latino-américaine est d'accord sur un point : la fraude à la loi se matérialise au moyen de l'utilisation, modification, changement ou la manipulation des facteurs de rattachement prévus par les règles de conflits de lois. L'action est réalisée par la volonté d'un ou des cocontractants dans la relation juridique. Cela afin d'obtenir l'application d'un ordre juridique plus favorable à leur intention, voir : **Frank Nictali Miranda Guerra**, Op-cit. p 231.

[3]– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، المرجع السابق، ص 119–121.

- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, Op.cit, p 249-250. et voir :
- **LE CLAINCHE Julien**, Op.cit .p 07.

تحديد أثر الدفع بالغش نحو القانون في حالة التأكد والتيقّن من توافر نية الغش، يعود إلى عدم الاعتداد بالتغيير الذي أجراه الأطراف، وتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد بعد إغفال هذا التغيير الذي أجراه الأطراف، باعتبار أن القصد من التحايل هو الهروب من أحكام القانون المرتبط بالعلاقة التعاقدية، ومن ثم يكون الجزاء بتطبيق أحكام القانون المختص الذي سعت إرادة الأطراف إلى تجنبه باتفاقهم[1].

ثالثا: تعارض القانون المختار للنظام العام

يمكن للأطراف الاستناد إلى قانون أجنبي من شأنه الإخلال والمساس بالأسس التي يقوم عليها نظام الدولة مكان إبرام العقد، وهي القواعد الآمرة في القانون الداخلي[2]، التي لا تسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفتها وإبطال أي اتفاق يتعارض معها، فيعرف النظام العام أنه: "*وسيلة قانونية يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي* "[3].

يؤكد غالبية الفقهاء على أهمية النظام العام[4] كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي تم اختياره من قبل الأطراف للتطبيق على العقد، إذا تعارض مضمون هذا القانون

---

[1]– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، مرجع سابق، ص 123.

[2]- le terme d'ordre public à des acceptions différentes, il désigne parfois la même question que le terme « règles impératives », voir : **TALIA Kruger**, études de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, document préliminaire n^0 22 b de mars 2007, bureau permanent, la Haye, pays bas, 2007, p 12.

[3]– **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, Op.cit, p 252.

– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، مرجع سابق، ص 111، وكذلك: **إسماعيل قطاف**، مرجع سابق، ص 92.

[4]– يوصف أيضا أنه قيد على حرية الأشخاص في إبرام التصرفات القانونية، أنظر: **الطيب زروتي**، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 291، وانظر، **موكه عبد الكريم**، القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02 لسنة 2010 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2010، ص 200.

مع الأسس الجوهرية في المجتمع[1]، وتتجلى فكرة النظام العام في مجال التجارة الإلكترونية من خلال النصوص التي تحظر ممارسة الأنشطة غير المشروعة في هذا المجال، وكالمثال المقدم من طرف الأستاذ **(HUET)** فيما يخص تحديد السعر في البورصة، حيث يتم تنظيمه بشكل دقيق ويمنع نشره على شبكة الإنترنت[2].

يجب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق لدولة معينة، لا يمس بأية حال النظام العام الساري في الدولة الأجنبية التي تم اختيار قانونها لحكم العلاقة التعاقدية، وإلا فالقاضي يقوم باستبعاد القانون المختار ليعين القانون الأقرب للعلاقة القانونية محل النزاع، ومن بين الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذه الفكرة نجد اتفاقية لاهاي عام (1955) التي نصت على استبعاد القانون المنصوص عليه في الاتفاقية إذا كان يمس بالنظام العام[3].

1– **بولين أنطونيوس أيوب**، تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 35.

2– **عيد عبد الحفيظ**، مرجع سابق، ص ص 74-73.

3– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 314.

– Selon L'article 06 de la convention de la Haye de 1986 : « ***L'application de la loi déterminée par la présente convention peut être écartée pour un motif d'ordre public*** », voir :

- **FROMENT Camille** ,Op.cit, p. 24.

– **عبد الفتاح بيومي حجازي**، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 319. وراجع: **عيد عبد الحفيظ**، مرجع سابق، ص 74-73.

– Selon l'étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, conférence de la Haye de droit international privé, document préliminaire n° 22 A de Mars 2007 à l'intention du conseil d'avril 2007 sur les Affaires Générales et la politique de la conférence, disponible sur le site : http//www.hcch.net, p.10.

- La règle de l'autonomie constitue la solution idéale en matière de conflit de lois pour les contrats à distance sous réserve toutefois que le contrat présente le caractère international et **le respect de l'ordre public** de l'Etat du for, voir : **SHANDI Youcef**, La Formation du Contrat a Distance par voie Electronique, Thèse de doctorat, Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Gestion, Université ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III, PARIS, 2005, p 213.

الفرع الثاني

صعوبة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في مختلف المعاملات التجارية الالكترونية

عرف مبدأ سلطان الإرادة مساندة واسعة في مجال التجارة الدولية، حيث يعتبر كمبدأ أساسي أخذت به أغلب القوانين والتشريعات الوطنية، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية كما سبق وأن قلنا، لكن هذا المنطق يظهر من الوهلة الأولى فقط، فتطبيق هذا المبدأ على عقود التجارة الإلكترونية يثير عدة إشكالات.

يعتمد في التعامل من خلال المواقع على شبكة المعلومات بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني وليس على العنوان الحقيقي للشخص، فهذا ما يثير الغموض للدلالة على العنوان الحقيقي للمتعاقد، فإذا كان من المسلم به أن استخدام المواقع التي تنتهي بـ .« com » أو« net » ، هي مواقع دولية لا تنتمي إلى أية دولة، فإن المواقع التي تنتهي أسماؤها برموز خاصة بدول مثل: « kw.sa.fr » ، لا تعطي أيضا دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري.

كما أن تطابق اسم موقع الإنترنت أو مشابهته بدرجة تثير اللبس مع علامة تجارية يملك طرف آخر حقوقا فيها، بالإضافة إلى أن من إستخدم اسم موقع الإنترنت لا يملك حقوقا أو مصلحة شرعية في ذلك الاسم، ومن جهة أخرى يمكن أن يكون اسم موقع الإنترنت مسجلا ومستخدما بسوء النية[1].

بالإضافة إلى ذلك، فإن مواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات، فهذه المواقع لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي، ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين، لذلك فالقول بوجود موطن إلكتروني فهو أمر يحتاج إلى نقاش وكثير من التمحيص، ذلك أن الفكرة

[1] – **طلال أبو غزاله**، التجارة الالكترونية والملكية الفكرية، المجمع العربي للملكية الفكرية غرفة التجارة الدولية، لجنة الملكية الفكرية في التجارة الالكترونية، عمان، 2001، متوفرة على الموقع: www.ASPIP.org، ص 07.

في حد ذاتها لا تتفق وحقيقة الموطن كرابطة بين الشخص والمكان، فالمكان في العالم الافتراضي هو ضرب من الخيال[1].

مما يظهر جليا عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة رغم وجود اتجاهات تؤيد هذا المبدأ في مثل هذه العقود، فإرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، تواجه صعوبات سواء في التحديد الصريح أو في التحديد الضمني لها[2].

أولا: عند الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

تظهر الصعوبات لهذا الاختيار في التحقق من الوجود الحقيقي للإرادة في التعاقد من قبل الطرفين، باعتبار أن العقد لا يتم في مجلس واحد، وكذلك تحديد الهوية الكاملة للأطراف المتعاقدة، والتحقق من جدية التعاقد وإثباته نظرا لمختلف الشكوك الموجهة للإرادة الإلكترونية خاصة وأنها تتم بتدخل الوسيط الإلكتروني[3]، وإشكالية تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية.

---

[1]– **يوسف العلي**، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، منشور على الموقع، www.arablawinfo.com، ص 22.

– ليس من الصعب التعرف على المكان الحقيقي لإبرام العقود عندما تكون وسيلة الاتصال تقليدية كالتليفون أو الفاكس، لأن المتعاقدين عبر تلك الوسائط يعرفون مسبقا مكان إرسال القبول أو مكان تسلمه من خلال الرقم الخاص بدولة الاتصال، عكس النطاق العالمي لشبكة الاتصالات الدولية والطبيعة اللامادية للعمليات الإلكترونية التي تتم من خلالها، والتي من الصعوبة تحديد المكان الذي جرى فيه إرسال الرسالة أو تسلمها، وبالتالي فمكان إبرام العقد بالصورة المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص لا يوفر الأساس القانوني لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أنظر: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 691.

[2]– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 310.

[3]– يقصد بالوسيط الالكتروني الوسيلة المستخدمة لإتمام العقد، وتتمثل هذه الوسيلة في جهاز الحاسوب الآلي المتصل بالشبكة العالمية للاتصالات " الإنترنت"، لدى الطرفين المتعاقدين، مشار له لدى: **لما عبد الله صادق سلهب**، مجلس العقد الالكتروني، أطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 17.

1- التحقق من وجود إرادة حقيقية في التعاقد

تثار مشكلة التعبير عن الإرادة عندما يتم بصفة غير مباشرة[1]، أي تدخل الوسيط الإلكتروني والذي لا يملك الإرادة أصلا، وهذا عكس ما هو عليه عند التعبير عن الإرادة بصفة مباشرة عبر شاشات الحواسيب بين الأشخاص المعنيين بالعقد، ففي تدخل الوسيط يمكن أن يصيب الرسائل الإلكترونية عيوب في صحتها يكون متعارض مع إرادة الطرف الذي يعمل الجهاز الآلي لصالحه[2]، لذا يصعب التأكد من وجود الإرادة، فيثور التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد عبر الإنترنت، فهل ينسب إلى الجهاز أو إلى الشخص القائم به، أي الطرف المتعاقد[3].

---

[1]– **ربحي فاطمة الزهراء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: "مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد"، يومي 25–26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017، ص 04، وعن حماية الكمبيوتر أو الجهاز المستعمل للتعبير عن الإرادة أنظر: **مراح علي**، القانون في عصر تكنولوجيا الاتصال الحديثة، النظام القانوني للكمبيوتر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 04 لسنة 2008، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 148.

[2]– **يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي أقامته منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة بين 08–10 تشرين الثاني بيروت 2000 ، ص 06.

– خاصة مع تنامي ظاهرة إساءة استعمال المواقع الإلكترونية، واستعمال أسماء الغير في الأنشطة الجرمية.

– ففي هذه الحالة تثار مسألة بطلان وعدم قانونية العقود الالكترونية، خاصة عند التطرق إلى مسألة التأكد من أهلية المتعاقد وسلامة إرادته، غير أن الحل يكمن في التأكد من ذلك عن طريق بطاقة الائتمان، وهذا بإلزام القابل بتسجيل بيانات معينة تكشف عن هويته، مثل اسم المستخدم وكلمة السّر، أنظر: **روابحي أمينة**، التحكيم الالكتروني في تسوية منازعات التجارة الالكترونية، مذكرة لإتمام متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي والعلاقات السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017، ص 50، وانظر، **هبايش فوزية**، مرجع سابق، ص 40.

[3]– **إلياس بن ساسي**، التعاقد الإلكتروني والمسائل المتعلقة به، متوفر على: www.gn4me.com، ص 67.

– ترتبط مسألة الخطأ والغلط في التجارة الإلكترونية ارتباطا وثيقا باستخدام النظم الحاسوبية المؤتمتة، ونظرا لغياب تناول هذا الموضوع في القانون النموذجي لعقود التجارة الإلكترونية، فالتشريعات الموحدة التي صدرت مؤخرا، منها قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية يضمن أحكاما تتناول الغلط الذي يرتكبه أشخاص طبيعيون عندما يتعاملون مع نظام حاسوبي مؤتمت لشخص آخر، ويحدد الحكم ذو صلة بالموضوع في المادة 22 الشروط التي بمقتضاها لا يكون الشخص الطبيعي ملزما بعقد ما في حالة وقوعه في خطأ مادي.

كما تثار أيضا مشكلة التحقق من مصدر الإرادة[1]، حيث تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن المتعاقد الأصلي[2]، أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تم تغيير محتواها، أو تم تحميل البرنامج بشكل غير سليم، نظرا لما تتعرض له الشبكة من اختراقات وتدخل من طرف الغير[3].

2- التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة

يعد غياب التواجد المادي لأطراف العقد لحظة الإبرام من المميزات الأساسية التي تعرفها عقود التجارة الإلكترونية –عكس ما هو عليه الحال في عقود التجارة

---

[1]– وذلك من خلال التوثق من حقيقة صفة ووجود الطرف الآخر وضمان حقيقة المعلومات المتبادلة بينهما، أنظر: **راشدي صابر**، المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الالكتروني، مجلة معارف، عدد 09 لسنة 2010، معهد الحقوق، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج البويرة، 2010، ص 12، كما أثيرت مشكلة مدى اكتساب الكمبيوتر أو الجهاز للشخصية القانونية، أنظر: **حابت آمال**، مبدأ سلطان الإرادة والتعاقد المؤتمت في عقود التجارة الالكترونية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25–26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017، ص 05.

[2]– **حميدي محمد أنيس**، صحة العقد المبرم عبر الإنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016، ص 40، وعن موضوع أهلية المستهلك، أنظر: **ساير عز الدين**، تأثير البيئة الالكترونية على صحة رضا المستهلك، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، عدد 03 جوان 2017، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، 2017، ص 62.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص–ص 351–352، كما أكد على ضرورة تأكيد هوية الطرف المتعاقد الاجتهاد الأوروبي رقم 2000/ 31، مشار له لدى: **مرزوق نور الهدى**، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 75، أنظر كذلك: **المرسوم رقم 16–142** مؤرخ في 5 ماي 2016 يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا، ج ر عدد 28، الصادر في 08 ماي 2016.

– لهذا من الأحسن استعمال إجراءات احتياطية للتأكد من أهلية المتعاقد وهويته الصحيحة، منها البطاقة الالكترونية التي تعد من أحسن الوسائل لتخزين المعلومات الشخصية لصاحبها، والتوقيع الالكتروني الذي يعد التقنية المناسبة لتحديد هوية الشخص المتعاقد الكترونيا، أنظر: **ساير عز الدين**، مرجع سابق، ص 64.

التقليدية– مما يصعب التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين[1]، باعتبار أن المتعاملين عبر الشبكة المعلوماتية يفتقرون إلى معيار التحديد، باعتبار أن العنوان الإلكتروني لا يكون أصلا مرتبطا بمكان معين[2].

ينطبق هذا الأمر على العناوين الإلكترونية التي تشير في نهايتها بـ (**org.com**)، كما يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتأكد من هوية الطرف الآخر[3]، فقد لا يسمح للتجار بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم[4]، كما أن التاجر يحرص غالبا على معرفة هوية الطرف الآخر الذي قدم له الخدمة أو السلعة حتى يتأكد من أهلية المتعاقد، باعتبار أن العقد لن يكون سليما من الناحية القانونية إلا إذا تم بين شخصين يتمتعان بالأهلية القانونية[5].

---

[1]– كون هذه الوسائل لا تسمح من توثق كل طرف من أطراف العلاقة العقدية من وجود وصفة الطرف الآخر، بمعنى عدم توثق كل طرف من أن يخاطبه الشخص الذي رضا التعاقد معه فعلا: **مناني فراح**، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 135.

[2]– **إيناس الخالدي**، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، 2009، ص 101.

- **NEDIAY Penda**, op.cit, p. 08.

- *Les mentions légales dont l'affichage est obligatoire sont relatives à l'identification de l'éditeur du site ainsi qu'à la collecte des données personnelles*, voir : **Agnés Rabagny**, Le commerce électronique, Aspect juridique, Ecole des Mines, 02 décembre 2004, PARIS, 2004, p 09.

[3]– رغم جديتها، إلا أنها تكلف الكثير، وليس كل المتعاقدين يستعينون بها، تتمثل في التصديق الالكتروني، فمن خلاله يتم التأكد من هوية الطرف وتحدد أهليته، كما تضمن سلامة البيانات، تطرق لهذا الإجراء القانون التونسي لسنة 2000 بشأن المبادلات التجارية الالكترونية، أنظر: **حميدي محمد أنيس**، مرجع سابق، ص 42.

[4]– فالقانون الفرنسي الصادر في 6 يناير 1978 الخاص بالمعلوماتية والحريات، ينهي عن هذه الأعمال التي يعتبرها غير شرعية متى كانت قاعدة البيانات تقع على الإقليم الفرنسي، وأيا كانت جنسية الأطراف المعنية، والاتجاه نفسه ذهب إليه التوجيه الأوربي في 24 أكتوبر 1990 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي من حرية تداولها عبر الحدود، أنظر: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 353–354.

[5]– **إلياس بن ساسي**، مرجع سابق، ص 63، **و** أنظر: **مصطفى الناير المنزول حامد**، المشكلات القانونية في ابرام عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مجلة الشريعة والقانون، عدد28، لسنة 2016، كلية الشريعة والقانون، السودان، 2016، ص 263.

3- التأكد من الجدية في التعاقد وإثباته

يتميز التعاقد عبر مجالات المعاملات الإلكترونية بغياب الدعامات المادية الخطية، بحيث أنه يتم بواسطة وسائل معلوماتية في صور بيانات تظهر على شاشات الحواسيب مما يصعب تقديم قواعد الإثبات، عكس ما هو عليه في عقود التجارة التقليدية أين يلتزم الطرفين بتقديم دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني[1].

يزيد من صعوبة الإثبات في المعاملات الإلكترونية، اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات، فمنها من تتبنى قواعد إثبات مرنة مما يمنح للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي، وللقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته، بينما نجد نظم قانونية أخرى تفرض منهجا صارما وتضع طرقا محددة للإثبات لا يستطيع القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها[2].

كما أقرت أمانة لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية نتيجة للتحقيقات التي أجرتها في مجال الإثبات، بوجود مشاكل يثيرها استخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الآلية كدليل إثبات في المنازعات.

نؤكد أيضا على نقطة مهمة جدا تتعلق في حقيقة اكتساب الجهاز للشخصية القانونية، وبالتالي تمتعه بأهلية إبرام العقد، لكن بالعودة للشخصية القانونية نتأكد أولا من توفر عنصر الذمة المالية، وهو شيء منعدم في الجهاز مما يجعل من أهلية التعاقد منعدمة، وهو ما يثير إشكال الإرادة الصادرة من الوسيط الإلكتروني.

---

[1]- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 677، وانظر، **صدام فيصل كوكز المحمدي**، دراسة قانونية في ضوء اتفاقات الأونسترال النموذجية الدولية وقوانين التجارة الالكترونية الوطنية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، عدد 02 لسنة 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 82.

[2]- **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق ص 357-359.

- توصلت لجنة الاتحادات الأوربية في إطار برنامج نظم التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات، إلى أن القواعد التقليدية المعنية بالإثبات تشكل عقبة وعائقا حقيقيين تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونيا.أنظر: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص 357-359.

4- عدم تنظيم أغلب القوانين المقارنة للتعاملات الإلكترونية

تفتقر أغلب التشريعات الوطنية لقواعد خاصة بتنظيم المعاملات الإلكترونية للاستناد عليها عند وجود أي خلل يشوب العقد[1]، مما جعل المتعاقدين عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائما إلى معرفة، أو البحث عن القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية لمعرفة حقوق والتزامات كل طرف[2].

لقد فرض هذا الوضع، الطابع غير المادي للعلاقة التعاقدية من جهة، وغياب الأطراف عن مجلس العقد من جهة أخرى، كما أن طبيعة الوسيلة المستعملة في الإبرام تثير غموض في مدى مسايرة القوانين لتنظيمها.

إن الإشكال في تحديد القانون باتفاق الأطراف في مثل هذا النوع من العقود، يكمن أيضا في اختيار الأطراف تطبيق قانون دولة معينة[3] من بين القوانين المرتبطة بالعلاقة العقدية، ثم يظهر أن هذا القانون لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية، أو التوقيعات الرقمية، لتحل محلها في هذه الحالة الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية المعتمدة كوسيلة إثبات في العقود التجارية الدولية[4].

---

[1]–يثير الطابع الدولي للعقود الالكترونية تساؤلات كثيرة حول القانون الواجب التطبيق بالإضافة إلى القضاء المختص في حالة حدوث نزاع بين طرفي العقد، فالعلاقة القانونية تضع العديد من الدول في اتصال مستمر وتنشر المعلومات والبيانات عبر الشبكة في ثوان، وفي كل الدول المرتبطة بها، أنظر: **عادل حسن علي**، الإطار القانوني لعقود المعاملات الالكترونية، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، 2007، ص 16.

[2]– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 680، وأنظر: **مصطفى النابر المنزول حامد**، مرجع سابق، ص 276.

[3]– يكون الاتفاق دون الالتقاء المادي للأطراف من خلال مجلس العقد، فلحظة تبادل الإيجاب والقبول يكون عن طريق شبكة الإنترنت، اطلع أكثر لدى: **عادل حسن علي**، مرجع سابق، ص 16.

[4]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 361–363، و**عزة علي محمد الحسن**، مرجع سابق، ص 268.

– لا نجد هناك صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها بدون مستند ورقي مكتوب وموقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبق أحكامه، أنظر: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 680.

ثانيا: عند الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

تؤكد الاتجاهات الفقهية في مجال العقود التجارية الدولية على أن القاضي يرفض تطبيق الإرادة المستترة للأفراد، رغم وجود علامات دالة على هذه الإرادة، أما في عقود التجارة الإلكترونية فاستبعاد هذا الإسناد يعود إلى صعوبة تحديد القرائن والعلامات الدالة على وجود هذه الإرادة.

1- استبعاد الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدولية

أثارت فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عدة انتقادات من جانب فقهاء القانون الدولي الخاص، إذ يعبر جانب من الشراح عن هذه الصعوبات أنه عند السكوت عن تحديد القانون، فالقاضي عليه البحث عن تركيز الرابطة العقدية وإسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد، بدل من البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف، ويؤدي القاضي حسب هذا الاتجاه تطبيقه للقانون مستترا بالإرادة الضمنية للأطراف، لكن في الحقيقة، أن الأمر يتعلق بتحديد القانون حسب إرادته الخاصة، فهذا الأمر من شأنه أن يخل بتوقعات الأطراف، ويهدد الأمان الذي تنشده التجارة الدولية[1].

2- رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونية

يعود استبعاد إسناد إرادة المتعاقدين الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق، أساسا إلى صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، فأغلب العقود الإلكترونية تبرم باللغة الانجليزية، مما يثير مشكلة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف، كما يصعب الاعتماد على العملة التي يتم بها الوفاء، لأنه أصبح اليوم مقابل الخدمة يؤدي بطريقة

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 363–364، وانظر: **عزة علي محمد الحسن**، مرجع سابق، ص 261.

– تعود أغلب حالات سكوت الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية إلى اختلافهم حول تحديد هذا القانون، أو تخوفهم من أن يؤدي ذلك الخلاف إلى صعوبة أو عدم إتمام العلاقة العقدية، أنظر:

- **DIESSE François**, L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, Revue de Droit des Affaires Internationales, N° 07, 1999, p.762.

آلية عن طريق تحويل الأموال إلكترونيا أو بواسطة بطاقات الوفاء، وبالتالي فالشخص يستطيع أن يسدد بدل الخدمة بأية عملة وفي أي وقت[1].

يصعب كذلك الاستناد إلى إرادة الأطراف المتجهة نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة المختصة في النزاع، باعتبار أن في مثل هذه المعاملات تخصص محكمة متواجدة على شبكة الإنترنت من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتمي إلى دولة معينة، بالإضافة إلى صعوبة الاعتماد على الروابط الإقليمية في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف لأن هذا التركيز في العالم الإلكتروني لن يكون سهلا، نظرا لاعتماده على روابط افتراضية يصعب التعرف عليها[2].

[1]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 89.

- **FROMENT Camille**, Op.cit, p. 22.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 364-365.

المبحث الثاني

في محاولة تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية

على معاملات التجارة الإلكترونية

يختلف الموضوع على ما هو معمول به في قانون الإرادة، أين نجد أن الأطراف هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العقد وهو ما يسمى بالإسناد الشخصي، عن حالة غياب اتفاق الأطراف عن تحديده صراحة أو ضمنا وهو ما يسمى بالإسناد الموضوعي، حيث يتم البحث عن نظام قانوني من خلال ربطه ارتباطا وثيقا بالعقد، ليتم تحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية.

وضعت هذه الضوابط المعتمدة في مجال التجارة الدولية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة على سبيل الاحتياط، لتعتمد على أساس قرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي[1] المختص للفصل في النزاع لإعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، ليكون بالتالي هو القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهي القاعدة المعمول بها في فقه القانون الدولي الخاص، وذلك بموجب ضوابط ثابتة ومقررة قانونا.

هذه الروابط المعتمدة أصلا على مبادئ مكانية يختلف ترتيبها باختلاف القوانين المقارنة للدول **(مطلب أول)**، لكن تطبيقها على المعاملات التجارية الالكترونية تثير الكثير من الصعوبات نظرا لاتسامها بالطابع غير المادي أو الافتراضي **(مطلب ثان)**.

---

[1]– كانت المحاكم حتى في السابق تستند عند البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، وحتى التجاري منها إلى الإرادة الصريحة للمتعاقدين أو الضمنية، إضافة للإرادة المفترضة في حالة سكوت الأطراف المتعاقدة والذي يكون نتيجة إما لاختلاف الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة أو الغياب الكلي للإرادة في كلا الطرفين، سواء لعدم تنبه الأطراف لذلك أو لأنهم لم يتوقعوا وجود نزاع أثناء إبرام العقد، أنظر في ذلك: **خالد شويرب**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص 94.

المطلب الأول

تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق

يتم اللجوء لهذه الضوابط عندما يتعذر على القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، فيكون بمقدوره اختصار الطريق وتطبيق قانونه الوطني أي قانون دولة محل اختصاص المحكمة الفاصلة في النزاع، أو بمقدوره رفض الفصل في النزاع لانعدام تحديد مسبق لقانون العقد، لذلك فعليه الاجتهاد أكثر للوصول إلى تحديد قانون العقد عن طريق توطينه أو تركيزه في دولة معينة، تكون في الغالب الدولة التي نتج فيها أحد آثار العقد واعتبار أن قانون تلك الدولة هو الواجب التطبيق.

يقصد بضابط الإسناد، البحث عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية وفقا لما يراه المشرع أو القاضي، مثل قانون بلد إبرام العقد، فتعطي أحكام القضاء أهمية خاصة لهذا المؤشر في الحالة التي يكون فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، حيث يخضع تكوين العقد وصحته لقانون مكان انعقاده **(فرع أول)** أو بلد تنفيذ العقد، أي المكان الذي يتم فيه آخر إجراء من إجراءات العقد وهو التسليم،**(فرع ثان)**، كما يخضع أيضا لقانون الجنسية المشتركة للأطراف، بالإضافة إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

تطبيق قانون محل تكوين العقد

يؤخذ بهذا المعيار على أساس أنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات[1]، كما يمكن للأطراف الاطلاع والتعرف عليه بكل سهولة، ومن ثم يكفل لهم الثقة والأمان القانوني ويصون لهم توقعاتهم، فضلا عن أنه يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق[2]، بالإضافة إلى أنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره من القوانين الأخرى، وإسناد الرابطة العقدية إلى محل إبرام العقد يعبر عن وجود صلة حقيقية[3] وجادة بين القانون والعقد[4]، وهذا الحل يجد مبرره في النظرية

---

[1]– تمنح أحكام القضاء أهمية خاصة لهذا المؤشر في الحالة التي يكون فيها تنفيذ العقد في مكان انعقاده، حيث يخضع تكوين العقد وصحته لقانون مكان انعقاده، أنظر في ذلك: **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، مرجع سابق، ص 90.

[2]– **بولين أنطونيوس أيوب**، مرجع سابق، ص 52. وانظر كل من:

- **NDIAYE Penda,** Op.cit, p. 33.

– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 690. وانظر كذلك:

– **سلطان عبد الله محمود الجواري**، مرجع سابق، ص 140.

[3]– **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, op.cit, p. 260.

- Selon l'article 4/1 de la convention de la convention de Rome, En l'absence du choix : ***« Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroites ».***

– **إلياس نصيف**، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية للتوزيع، لبنان، 2009، ص 322. أنظر كذلك كل من:

– **محمد فواز محمد المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، مكتبة زهراء الشرق للنشر، القاهرة، 2008، ص 125.

- **A. KOTEICHE** Lama, op.cit, p. 29 et 30.

- Lorsque le contrat ne contient aucune référence explicite ou implicite à la loi applicable, le juge doit suppléer au défaut de la volonté exprimée, Il a alors recours à des présomptions pour déterminer, en tenant compte des circonstances résultant de la formation du contrat, de sa teneur et de ses effets, quelle est parmi toutes les lois en relation avec ces éléments, celle qui lui parait convenir le mieux comme loi unique, voir :

- **CHATILLON Stéphane,** Op.cit, p. 272.

[4]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 327.

العامة للعقود، وتطبيقه يستلزم توافر عناصر الرضا والعلم بنصوص هذا القانون المختار[1].

ازدهر ضابط إسناد العقد لقانون محل الإبرام في العصر الذي سادت فيه نظرية سلطان الإرادة، على أساس أن في هذا المكان كان الظهور الأول لإرادة الأطراف المتعاقدة، وهذا ما يفسر لماذا كان الإسناد لقانون دولة محل الإبرام ذات طابع إلزامي، إذ لم تكن لإرادة المتعاقدين القدرة على اختيار قانون آخر، بوصفه القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، لأنهم لحظة تبادل الإيجاب والقبول يتوافر لديهم التصور في خضوع عقدهم لذلك المحل الذي تم فيه ذلك التبادل[2].

أولا: تأييد التشريعات المقارنة لضابط إسناد العقد لمكان إبرامه

يتولى القاضي وفقا لهذا الضابط البحث عن القانون المناسب بالرجوع إلى قانون محل الإبرام المحدد في العقد، ويعد قانون مكان إبرام العقد[3] قرينة كانت تأخذ به المدرسة الإيطالية القديمة في تحديد النظام القانوني للعقود الدولية، وقد تبعه في ذلك

– وهذا ما يعتد به القضاء الفرنسي الذي يعتبر مكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد، وذلك في ظل غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، كما يغلب على قواعد التنازع الفرنسية تنظيم شكل التصرف القانوني وفقا لقاعدة قانون المحل الذي يحكم شكل التصرف، وهو ما يسمى بـ : ***Locus regit actum*** .

[1]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 155.

[2]– يجد ضابط محل الإبرام أصله التاريخي في قاعدة أن قانون المحل يحكم التصرف، وهي تعد من أقدم قواعد التنازع إلا أنه لم يعد لها سلطان إلا على شكل العقد فحسب، بل أن تقلص مجال إعمالها في أغلب التشريعات الحديثة بخروج موضوع العقد من نطاقها، أنظر في هذا الموضوع: **بن غرابي سمية**، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت بتاريخ: 05 نوفمبر 2009، ص 110، أنظر أيضا:

- **VERBIEST Thibault**, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique, Publicité, Contrats, Contentieux, …, Op.cit*, p. 178.

[3]– يتخذ تحديد مكان إبرام عقد التجارة الإلكترونية أهمية خاصة لأنه يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق، وكذلك المحكمة المختصة في حالة وجود أي نزاع، وترجع صعوبة تحديد مكان إبرام العقد إلى صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل لأنها تتم عبر فضاء الكتروني. انظر: **لزهر بن سعيد**، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 118.

قضاء مجموعة من الدول ومن ضمنها القضاء الإنجليزي، البلجيكي والاسباني، وحتى قضاء الولايات المتحدة الأمريكية بالإضافة إلى القانون الجزائري[1].

يتطلب تطبيق قانون مكان الإبرام تحديد المكان، ولا توجد أية صعوبة في تعيينه إذا كان التعاقد بين حاضرين، بخلاف ما إذا كان التعاقد بين غائبين، وفي هذه الحالة فإن الفقه يقول بأن هذا التعيين يخضع لقانون القاضي على اعتبار أن تعيين محل إبرام العقد هو تفسير لقاعدة الإسناد في قانونه.

من ناحية التشريع الجزائري، فإذا كان التعاقد بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك[2]، فعلى هذا السياق نصت المادة 18 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "... *وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد...*"[3].

---

[1]– يظهر الفرق بين هذه القوانين في أن المدرسة الإيطالية كانت تطبق قانون محل الإبرام فقط ولا تأخذ بقانون آخر، بحيث هذا القانون يطبق في كل الأحوال لأنه يعبر على مكان ميلاد العقد، بينما قضاء الدول المذكورة آنفا فتأخذ بقانون بلد الإبرام في حالة سكوت المتعاقدين عن التعبير عن الإرادة، كما أن القضاء خاصة الفرنسي في بادئ الأمر كان مترددا في حسم الأخذ بهذا القانون، ويظهر ذلك من خلال أحد أحكامه أين أقرت محكمة النقض الفرنسية على جعل القانون محل الإبرام يأخذ المرتبة الثانية في حالة سكوت المتعاقدان بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين، فوفقا لهذا الحكم القانون المطبق على العقد في حالة سكوت المتعاقدين هو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدت جنسيتهما، أما في الحالة العكسية فيطبق قانون محل الإبرام، أنظر في الموضوع: **خالد شويرب**، مرجع سابق، ص 104.

[2]– **أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2002، ص 311، وانظر كذلك: نص المادة 67 **أمر رقم 58/75**، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب **القانون رقم 10/05** مرجع سابق.

[3]– أنظر المادة 18 من **الأمر رقم 58/75**، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب **القانون رقم 10/05**، مرجع سابق.

– كما تطرق للموضوع الأستاذ **معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية "*في عقود المفتاح والإنتاج في اليد*"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، ص 46.

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتمد فعلا قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على أربعة ضوابط[1]، أحدهما أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين، –كما سبق ذكره– وثلاث منهم إحتياطيون يتم اللجوء إليهما عند غياب أو سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنا، وهم قانون الموطن المشترك، الجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد[2].

منحت من جانبها أحكام القضاء – الفرنسي مثلا– أهمية خاصة لقانون محل إبرام العقد، وذلك في الحالة التي يكون فيها مكان الإبرام هو نفسه مكان تنفيذ العقد، حيث يخضع تكوين وصحة العقد لقانون مكان انعقاده[3]، فالدول الآن لا تأخذ إلا بالإرادة كضابط للإسناد، كفرنسا كما سبق وأن ذكرنا، فقد اضطرت إلى اعتبار مكان إبرام العقد دليلا على الإرادة الضمنية، وخاصة إذا آزرته عوامل أخرى كلغة العقد وموطن أو جنسية المتعاقدين[4].

– **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني، مرجع سابق ص 155.

.1 **A. KOTEICHE Lama**, Op.cit, p. 32 et 33.

- Pareil principe conduit le juge à rechercher le centre de gravité de l'opération en tenant compte de touts les facteurs de rattachement, comme : « ***lieux de conclusion et d'exécution, nationalité et domicile des parties*** … », la localisation ne peut donc être déduite d'un caractère, or un système de localisation qui s'apparente à celui de la propre law, soulève des difficultés.

2– **أعراب بلقاسم**، مرجع سابق، ص 302، أنظر أيضا: **مسعودي يوسف**، العقد الالكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، 2013، ص 82، أنظر أيضا: **محمد سعادي**، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 144.

3– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 104.

4– **أعراب بلقاسم**، المرجع نفسه ص 310، انظر كذلك فيما يخص الاعتماد على ضابط محل الإبرام:

– **Romain SALZBURGER**, Contrats Internationaux « quel droit s'applique » espace entreprise, ordre des avocats du barreau de liège, janvier, 2013, paris 2013, p 03, voir sur le site : http://entreprise.barreauliège.be.

تبنى القانون المدني المصري أيضا في المادة 1/19 معيارا جامدا في حالة انعدام الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف في تحديد القانون، حيث قرر أن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد[1].

نجد أيضا المنهج نفسه في القانون الدولي الخاص الايطالي تحت رقم 218 الصادر في 13 مايو 1995، حيث تقرر المادة 25 منه على إنه: "*في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم العقد، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين إذا اتحدت جنسيتهم، فإذا لم تتحد جنسيتهما فإن هذه الالتزامات تكون محكومة بقانون دولة محل إبرام العقد*"[2].

أيدت مختلف القوانين السالفة الذكر إسناد الرابطة العقدية لقانون محل تكوين العقد إلى تعبيرها عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد[3]، كما يكفل إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا من غيره، بالإضافة إلى أنه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد[4]، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المنشود، ويصون لهم توقعاتهم، حيث يمكنهم إبرام عقدهم في دولة معينة

---

[1]– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 688.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 325–326.

[3]– يعلّل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون إبرام العقد بأنه يمثل حقيقة الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية القانونية، مع ضمانه كما سبق وأن ذكرنا في المتن لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، راجع هذا الرأي لدى: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 90.

[4]– كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية القانونية، أنظر: **عزة علي محمد الحسن**، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الإلكترونية، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم، السودان، 2005، ص 12.

تعترف بصحة التوقيعات الإلكترونية وتعترف كذلك بصحة التصرفات القانونية التي تتم عبر شاشات الحواسب الآلية ذاتها[1].

اعتمدت كذلك بعض التشريعات الوطنية الأخرى، ضابط الإسناد، المتمثل في قانون محل تنفيذ العقد لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، ومثال على ذلك الفصل 13 من الظهير المنظم للوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، وكذا المادة 10 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، وتأتي الأفضلية لقانون محل إبرام العقد على أساس أنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات، كما يمكن التعرف عليه بسهولة ويسر[2].

ثانيا: مؤيدي هذا الضابط قدموا حججا قائمة لتبيان أهميته

يعبر إسناد العقد لقانون محل الإبرام عن وجود تلك الرابطة المتينة التي تجعل من العقد والدولة التي أبرم في ظلها محلا واحدا، فمكان الإبرام هو المحل الذي اجتمعت فيه إرادة الأطراف المتعاقدة، وبالتالي ينطوي على عنصر مادي، يتمثل في أن المحل الذي استأثر بسبب وجود العقد، أو أنه محل ميلاد العقد الأصلي[3].

وإذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يعد أمرا ملائما للعقود التجارية التي تبرم بين التجار في الأسواق المختلفة، إلا أنه يعد أمرا من الصعوبة تطبيقه على المعاملات التي يتم إبرامها من خلال الوسائل الإلكترونية وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني[4].

---

[1]– زيادة على ما تم ذكره، يضمن مكان برام العقد، وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية، أنظر: **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص 207.

[2]– أشار لهذه القوانين: **أحمد ولد محمد المصطفى**، العقد الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، على الموقع التالي: www.eddamir.info ص 11.

[3]– **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 111.

[4]– حدد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مكان إبرام العقد الإلكتروني في المادة 4/15، أين قرر مكان إرسال الرسائل الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، أنظر في هذا الموضوع: **لزهر بن سعيد**، المرجع نفسه، ص 119، واطلع أيضا لدى:

- **MERCADAL Barthélemy**, *Op.cit*, p 418.

يضمن هذا الضابط إلى جانب العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد، سواء من ناحية الشكل أو الموضوع، على خلاف قانون مكان التنفيذ، إذ يتصور تعدد الأماكن التي سيجري فيها التنفيذ، كما أن تطبيق هذا الضابط يتوافر لدى الأطراف لحظة تبادل الإيجاب والقبول التصور في خضوع عقدهم لذلك المحل الذي تم فيه ذلك التبادل[1].

ذهب جانب آخر من الفقه على غرار " الدكتور هشام صادق"، فمن حيث الحجج التي بنا عليها هذا الاتجاه رأيه، أن مكان إبرام العقد أو قانون محل الإبرام قد لا يعبر بالضرورة عن الصلة الأوثق بموضوع العقد، حيث أن بعض العقود قد تبرم على محض الصدفة، وخصوصا في ظل الانفتاح العالمي والشبكات المفتوحة، وهو ما لا يتفق معه مكان الإبرام وأهداف موضوع العقد في بعض الحالات التي قد تتعارض معها مصلحة طرفي العقد، وإن كان مكان إبرام العقد هو محل ميلاده الأول، وتتأزم المسألة أكثر في ظل عقود التجارة الإلكترونية وصعوبة تحديد مكان إبرام العقد[2].

الفرع الثاني

تطبيق قانون محل تنفيذ العقد

يعتبر قانون محل التنفيذ الضابط الثاني الذي يمكن للقاضي الرجوع إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة سكوت المتعاقدين عن تحديده[3]، ويعود العمل بهذا القانون إلى أن قانون مكان التنفيذ أصبح هو المفضل لدى الفقه الحديث نظر للانتقادات التي وجهت لقانون محل الإبرام.

---

[1]- **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 111.

[2]- مشار له لدى: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 91.

[3]- إن أول من أشار إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد هو الفقيه الألماني (SAVINY) باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، أي مكان التنفيذ، وقد كان من شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق، تطرق إلى هذه الفكرة: **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 208، أنظر كذلك في نفس الموضوع: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 111.

إضافة إلى أن العقد يظهر من خلال تصرفات خارجية يقوم بها المتعاقدان، كتسليم البضاعة في عقد البيع الدولي مثلا، والذي يعد الالتزام الرئيسي قبل الالتزام بنقل الملكية، وبذلك يوجد محل التنفيذ صلة واقعية بين العلاقة العقدية والقانون المطبق[1].

أولا: رجوع إعمال ضابط محل تنفيذ العقد إلى مصالح المتعاقدين في دولة التنفيذ

يبرر أنصار هذا الضابط، بقولهم أن التنفيذ من الناحية المنطقية هو الحادثة الرئيسية من التعاقد، على اعتبار أن الأطراف لم تتعاقد إلا من أجل الوصول إلى الأداءات التي تشكل موضوع العقد، فتنفيذ العقد يؤدي إلى ظهور العناصر المادية للعلاقة العقدية إلى العالم الخارجي في دولة التنفيذ، كما يمكن القول أن تطبيق قانون بلد التنفيذ يمليه كذلك المنطق، فهو إذن يمثل تلك الرابطة الأصيلة والجوهرية بين التصرف القانونية والقانون الواجب التطبيق[2].

يرتبط هذا الضابط بموضوع العقد وليس بمكان إبرامه، ويقوم على أساس أنه المكان الذي تتحقق فيه التزامات كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية، كما أن هذا الضابط يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدفها والمبتغى الذي يسعيان للوصول إليه، فضلا على أن محل تنفيذ العقد لا يمكن أن يكون عرضيا ويرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد[3].

---

[1]– أخذ بهذا الرأي كل من القضاء الألماني والسويسري، بحيث أن أول مرة قررت فيها المحكمة الفيدرالية صراحة كيفية تحديد محل التنفيذ يرجع إلى قرار صدر في تاريخ (1918/10/11) والمتعلق بعقد البيع الدولي، حيث اعتبر أن تحديد القانون المطبق على عقد البيع الدولي يتم عن طريق الأطراف، وفي حالة السكوت يعود الاختصاص لقانون محل تنفيذ العقد، فطبقا لهذا الاجتهاد القضائي الثابت الذي لا يمكن التخلي عنه تم إقرار خضوع العقد لقانون محل التنفيذ، أشار إليه: **خالد شويرب**، مرجع سابق، ص 105.

[2]– **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 114.

[3]– **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 11.

يظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، وهو قانون الدولة التي يتم حصول كل طرف على حقوقه[1]، كما أن هذا الضابط يرتبط أكثر بموضوع العقد عن محل ميلاده.

كما يذهب البعض، إلى التأكيد على محل التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد التي يتأثر اقتصادها بالعقد، وباعتباره القانون الأوثق صلة بالعقد والمكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، ففي هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم[2].

ثانيا: اعتماد التشريعات والاتفاقيات الدولية على ضابط قانون محل تنفيذ العقد

تبنت العديد من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية قانون محل تنفيذ العقد كضابط للإسناد في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف، فاتفاقية لاهاي لعام(1955) المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بيع الأشياء المنقولة للبضائع

---

[1]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 164.

– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 329. وانظر أيضا:

- **NDIAYE Penda,** Op.cit, p. 34.

– ويعتبر الفقيه الألماني ***سافيني(SAVIGNY)*** أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد، باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وقد كان من شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق. أنظر في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 329.

[2]– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية...مرجع سابق، ص 106.

– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 697.

- **BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, Yvon LOUSSOUAM**, Droit international privé, 9eme édition, Edition DALLOZ, Paris, 2007, p. 507.

- Les parties ont en effet surtout en vue l'exécution qui constitue la finalité de leur accord et lui donne sa plénitude, ce lieu correspond en outre pays dont l'économie est affectée, puisque c'est l'a ou sera opéré la livraison de la marchandise, qu'il sera procédé aux mesures de vérifications et finalement que l'on plaidera, voir :

- **CHATILLON Stéphane,** op.cit, p. 276.

والتي تنص في مادتها الرابعة على أنه: " ... *فإن القانون المحلي للبلد الذي سوف تفحص فيه البضائع المسلمة هو القانون الواجب التطبيق*"[1].

يعتبر هذا المكان مركز استكمال الالتزامات التعاقدية، باعتبار أن تنفيذ العقد هو المرحلة الأخيرة والتي يهدف من خلالها المتعاقدين للوصول إليها، وهي الغاية التي يسعون إلى تحقيقها، كما أبقت اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية أيضا في مادتها (2/10) على معيار مكان تنفيذ العقد من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق على طرق التنفيذ، وعلى الإجراءات المباشرة بواسطة خصمه إذا ما وجد عيب في التنفيذ، وعلى الإجراءات التحفظية وعلى فوائد التأخير[2].

يثار التساؤل في حالة ما تعددت أماكن تنفيذ العقد أو الالتزام، كأن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة، فأي من القوانين سيحكم سلسلة أماكن التنفيذ؟، على هذا الأساس ظهر رأي يعتمد على الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطا بالعقد، لكن سيكون من جهة أخرى خروجا وانتهاكا للمعيار الذي استند إليه أصحابه منذ البداية، فكيف تتوجه اهتمامات وتطلعات المتعاقدين لهذا البلد بالذات في حالة تساوي المصالح[3].

اتجه رأي آخر، إلى الاعتماد على تجزئة العقد وإخضاع كل جزء ينفد منه لقانون تلك الدولة، وهو ما لا يتماشى أيضا مع متطلبات التجارة الدولية وتيسير أعمالها، حيث سيكون على المتعاقدين عبء الاطلاع على سائر تلك القوانين المتعلقة بموضوع

---

[1]- **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 165.

[2]- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق ، ص 94.

- ونجد المادة 1/05 من اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ديسمبر 1968، احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة محل إقامته المعتادة إذا تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه، متى كان مكان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه، أنظر: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 697، وانظر أيضا:

- **NDIAYE Penda**, *Op.cit*, p. 34.

[3]- **عزة علي محمد الحسن**، المرجع السابق، ص 12.

العقد من ناحية واحتمالية تعارض قانون أي من هذه الدول ومصلحة المتعاقدين من ناحية أخرى[1].

الفرع الثالث

تطبيق قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة

يتفق الأطراف المتعاقدة في حالة ما إذا اختلف موطنهم – وهو الغالب في العقود المبرمة عبر الإنترنت– على تطبيق قانون الجنسية المشتركة **(أولا)**، كما يعتبرون أيضا أن قانون الموطن المشترك هو القانون الذي اعتادوا إسناد مختلف تصرفاتهم له، أي أنه قانون متعارف لديهم، وليس هناك أي إشكال في تطبيقه **(ثانيا)**.

أولا: تطبيق قانون الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة

جعلت غالبية القوانين الوطنية[2] من الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت كضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمنا، لكن الاختلاف يكمن في منح الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة عن باقي الضوابط، فمنحها القانون الايطالي الموقع الأول وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد، ونفس الأفضلية منها له القانون المدني الاسباني قبل قانون الموطن المشترك[3].

---

[1]– **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 91، وأنظر: **عزة علي محمد الحسن**، مرجع سابق، ص 13.

[2]– منها القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 18 منه على "... ***وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة***..."، راجع نص المادة في **الأمر رقم 58/75**، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب **القانون رقم 10/05**، المرجع السابق، أنظر: **محمد سعادي**، مرجع سابق، ص 144.

[3]– **سلطان عبد الله محمود الجواري**، مرجع سابق، ص 143.

– قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في(1910/12/05) بأن قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين له الأفضلية، أنظر في هذا الموضوع: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، مرجع سابق، ص 143.

اختلفت التشريعات[1] التي تبنت هذا الرابط حول موقع الأفضلية لقانون الجنسية المتحدة للأطراف المتعاقدة، فالقانون المدني الاسباني قد منح لقانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب وفضلها على قانون دولة محل برام العقد، وهي الأفضلية التي منحها هذا القانون قبل قانون الموطن المشترك، وبالأسبقية على قانون دولة محل إبرام العقد[2].

نجد كذلك من وجهة نظر القضاء، أن هناك اختلاف في موضوع قانون الجنسية المشتركة، فاعتبرته بعض أحكام القضاء الفرنسي أنه قرينة على الإرادة المفروضة، أما جانب آخر اعتبره دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك[3].

ثانيا: تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة

يعتمد في تحديد الموطن على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله أو مصالحه[4]، فتحديد الموطن مرتبط بمكان حقيقي وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة

---

[1]– أخذ بهذا الضابط كل من المشرع الايطالي والمشرع المغربي، ثم أن القضاء الفرنسي اعتبره في بعض الأحيان قرينا عن الإرادة المفوضة بين ما اعتبره في بعض الأحكام دليلا على الإرادة الضمنية، إلا أن ما يؤخذ على الضابط أنه يتطلب لحظة إبرام العقد التحقق من هوية الأطراف وتحديد مكان تواجدهم، هذا الموضوع مشار له لدى: **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 11.

[2]– أشار إلى هذه القوانين : **لزهر بن سعيد**، المرجع السابق، ص 211، انظر كذلك الموضوع نفسه: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 116، و **موكه عبد الكريم**، مرجع سابق، ص 201.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 332-333.

– لكنه يبقى في واقع الأمر لا يحظى بدرجة كبيرة من الأهمية في مجال العقود الدولية بصفة عامة، أنظر للمزيد في هذا الموضوع: **بن غرابي سمية**، المرجع نفسه، ص 115.

[4]– من أمثلة ذلك نجد: بمقتضى المادة 1/4 من معاهدة روما لسنة 1980 التي تعتبر القانون الوضعي في دول اتحاد أوربا، يخضع العقد إلى القانون الأكثر صلة به، وقد أقام هذا النص قرينة على أن قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد هو قانون موطن المتعاقد المدين الأكثر أهمية، وقد أخذت بهذا الحكم صراحة المادة 117 من القانون الدولي الخاص الفيدرالي السويسري، أما معاهدة لاهاي المؤرخة في 15 حيزران 1955 المتعلقة ببيع المنقول، فتعتد بموطن البائع المعتاد أو مقر الشركة التي تلقت الطلب، كقاعدتي إسناد يلجأ إليهما في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين، كما تعتد معاهدة لاهاي المؤرخة في 14 آذار 1978 الخاصة بعقود الوساطة

الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين، أي المكان الذي اتخذه كل منهما حقيقة لإدارة مصالحه[1] ولقد منحت التشريعات الوطنية الأفضلية لهذا المعيار[2]، باعتباره قانونا يعد قرينة كبرى بعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين، وذلك لسبب اعتيادهم على تنظيم سلوكهم وفقا لأحكامه، وبالتالي يكون في استطاعتهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة لهم[3].

تتفق مختلف التشريعات الوطنية[4] على إسناد الرابطة العقدية لقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد، على غرار القانون المدني الاسباني الذي فضل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين ووضعه في الموقع الثاني في الترتيب[5] بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقبل قانون محل إبرام العقد[1].

بقانون المؤسسة المهنية أو الموطن المعتاد، إن لم توجد مؤسسة وفي حالة تطابق مكان ممارسة المهنة مع مكان المؤسسة فإنه يؤخذ بهذا القانون، أشار لكل هذه الأمثلة: **الياس نصيف**، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن،، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى لبنان، 2009، ص 222.

[1]– **يوسف العلي**، مرجع سابق، ص 21.

[2]– لقد منح المشرع الأردني والمشرع المصري لهذا الضابط موقع الصدارة في الترتيب لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية والالتزامات التعاقدية، وهو المفضل حسب التشريعين على قانون محل الإبرام أو في حالة موطن أحدهما، أشار اليه: **نبيل زيد مقابلة**، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص 122.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 334. وانظر: **محمد فواز محمد المطالقة**، مرجع سابق، ص 141.

[4]– على غرار المشرع الجزائري، وذلك بالعودة إلى نص المادة 18 السالفة الذكر، والتي تنص على أنه :" .. وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"، أنظر نص المادة 18 من قانون رقم 05-10 السالف الذكر.

[5]– نجده يحتل المرتبة الأولى أو الموقع الأول في التشريع المصري، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون المدني البرتغالي لهذا الضابط، بينما فضل القانون المدني الاسباني تخويل قانون الموطن المشترك للمتعاقدين الموقع الثاني في الترتيب بعد قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين وقبل قانون محا إبرام العقد، تطرق لهذا: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص 333. كما نجد بعد التشريعات المذكورة سلفا:

حيث استبعدت اتفاقية فيينا هذا المعيار، باعتبارها تشترط اختلاف موطن الأطراف، فتنص المادة الثانية على أن " *تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة*"[2]، وتحديد الموطن له أهمية خاصة في العقود التي تبرم مع المستهلكين[3].

جاء هذا النوع من الإسناد احتياطيا وليس إلزاميا ووجوبا على القاضي أن يأخذ به، فإذا تمكن القاضي من معرفة الموطن المشترك للمتعاقدين والتأكد منه في مجال عقود التجارة الالكترونية وعقود خدمات المعلومات الإلكترونية، فسوف يطبقه على أنه القانون الواجب التطبيق، فالاعتراف بالطبيعة الإلكترونية لهذه العقود ليس سببا في نزع كل ولاية مادية أو قانونية وطنية عليها، بل إن القاضي مع وجود التشريع يجب عليه البحث عن قانون العقد، وكذلك فإنه في غالبية عقود التجارة الإلكترونية وعقود خدمات المعلومات الإلكترونية تتضمن بند واضح وصريح يحدد القانون الواجب التطبيق صراحة[4].

– إضافة إلى ذلك المشرع الموريتاني في المادة 10 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، أنظر في هذا: **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 12.

[1]– أنصار هذا الإسناد يدافعون بالقول : " قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيره، وقد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، وبالتالي يكون في مقدورهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة لهم"، أشار إليه: **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص 212.

[2]– **بشار طلال أحمد مومني**، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، 2003، ص 253. وانظر كذلك: **صابر عبد العزيز سلامة**، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، 2005، ص 88.

-3 **CHATILLON Stéphane,** Op.cit, p. 274.

– Les contrats conclus par les consommateurs sont régis par la loi du pays dont lequel le consommateur a sa résidence habituelle, selon l'article 05/3 du convention de Rome, et voir aussi : **ISABELLE RUEDA**, Panorama en Matière De Droit Du Commerce International, Revue de Jurisprudence Commerciale, n° 01, janvier / février 2007, p.42.

[4]– الإسناد الجامد مثل هذا ضروري ويمكن تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية عموما، لكن هذا يتطلب الاستعانة بخبراء التكنولوجيا الحديثة وتطوير مهارات القاضي الوطني، ووجود الدراسات الفقهية القانونية التي تعمل

يأخذ من جانب آخر على هذا الضابط عدم تطبيقه بحسن نية، أي أن الموطن لحظة إبرام العقد هو غير المكان الحقيقي للمتعاقدين، وبالتالي يمكن لأحد المتعاقدين بأن يصرح بأنه متواجد في دولة معينة في حين أنه في دولة أخرى، ويبرر ذلك مثلا باستعمال رمز هذه الدولة على سبيل التمويه[1].

اعتمد على هذا الضابط باعتبار أن الأشخاص الذين ينتمون إلى موطن واحد يخضعون دون شك الى كل ما يشتمل عليه، بما في ذلك البيئة التشريعية التي تسود فيه، وهم على دراية واطلاع كذلك بمكونات هذه البيئة وعناصرها، فيصبح من المستساغ أن يخضع العقد الذي أبرماه لقانون موطنهما المشترك، شريطة ألا تكون إرادتهما قد اتجهت إلى تطبيق قانون آخر، والسبب في ذلك أن ضابط الموطن المشترك لا يمكن إعماله إلا بعد غياب ضابط الإرادة[2].

المطلب الثاني

إشكالات تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية على معاملات التجارة الإلكترونية

يثير مبدأ الاعتماد على مناهج تنازع القوانين المحددة في القانون الدولي الخاص، لتحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، عدة صعوبات باعتبار أن ضوابط الإسناد التي تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق في مجال العقود الدولية، ضوابط تعتمد بشكل رئيسي على تحديد المكان[3].

على إثراء الذهنية القضائية في مختلف الدول، وليس القول وحسب بعدم إمكانية التطبيق لهذا الإسناد نظرا للوسيلة أو محل العقود أو أطراف العقد، أنظر في هذا الموضوع: **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 124.

[1]- **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 12.

[2]- لا يمكن استبعاد قانون الموطن المشترك من القاضي الفاصل في النزاع، ما لم يكن مخالفا للنظام العام، كما يمكن استبعاد قانون الموطن المشترك في حالة الغش نحو القانون، أنظر في هذا: **نائل مساعدة**، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 08، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2008، ص 176، وأنظر: **مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايصرة**، مرجع سابق، ص 1353.

[3]- **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 112.

تطبيق قواعد الإسناد – باستثناء الإرادة الصريحة أو الضمنية– على عقود التجارة الإلكترونية، سوف تتعارض مع الخصوصية التي تنفرد وتتميز بها التجارة الإلكترونية والفضاء الالكتروني غير الملموس، والذي يتم فيه إبرام العقود وتنفيذها، وحتى تسليمها في بعض العقود المتعلقة بالخدمات الإلكترونية.

يتنافى هذا مع التركيز المكاني الذي ترتكز عليه قواعد الإسناد وجودا وعدما، أن التعامل من خلال معاملات التجارة الإلكترونية يتم بين نظم معلومات ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها، مما يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد واستحالة ذلك في بعض الأحيان، كما يصعب تحديد من يقع عليه تنفيذ الالتزام الجوهري في العقد نظرا لطبيعة العقود المبرمة إلكترونيا[1].

يتميز الفضاء الجديد لهذا النوع من العقود بعدم اعترافه بالروابط المكانية والمرتكزات الجغرافية التي لا تجيد التعامل مع لغة الأرقام، **(فرع أول)**، إلا أن البعض حاول أن يبقي على مبدأ تنازع القوانين للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وذلك بالبحث عن الحلول اللازمة لاستمرار العمل بها، مغتنما بذلك عدم تكامل القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وحداثة التعامل بها **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

حول إمكانية التركيز المكاني لضوابط الإسناد الموضوعية

يظهر من تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية تعارض مع الخصوصية التي تنفرد بها مثل هذا النوع من العقود[2] التي تتم عبر فضاء غير

[1]– **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 104.

[2]– هذا ما أجبر التجار على الاستغناء عن اللجوء إلى قضائهم العادي والبحث عن القواعد المادية ذات الحل المباشر كقواعد التحكيم بعيدا عن قواعد تنازع القوانين التقليدية، حتى أن منهج التنازع يفتقد للأسباب نفسها لصعوبة التطبيق وخصوصا بالنسبة للأفراد العاديين، وبسبب استخدام قواعد الإسناد التي تحيلنا إلى القانون الواجب التطبيق عن طريق المحكمة الخاصة والتي لا يعرفها الأشخاص العاديين، وخصوصا لجهة الإثبات ويظهر ذلك بوضوح في عقود التجارة الإلكترونية، التي بدورها تتطلب بيئة آمنة لإتمام صفقاتها بأمان، أما بالنسبة لطريقة الإحالة فهي لا تتناسب مع العلاقات الدولية والتي لا تخدم العدالة وتسعى إلى تطبيق قواعد أجنبية، وغالبا لا تستجيب لاحتياجات التجارة العالمية، وتستند إلى إحالات غير موفقة، مما زاد من جبهة الانتقادات ودعا ذلك إلى

ملموس، والذي يتم فيه إبرام العقود وتنفيذها بالطريقة نفسها أحيانا، وهو ما يتنافى مع التركيز المكاني الذي تنص عليه قواعد الإسناد وجودا وعدما[1]، وذلك لأن التعامل من خلال التجارة الإلكترونية يتم بين نظم ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها، مما يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد، تنفيذه وموطن وجنسية الأطراف[2].

أولا: صعوبة التركيز أو التوطين المكاني

تتم عقود التجارة الإلكترونية بوسائل مختلفة منها الإنترنت، لا تشكل مكانا محددا يمكن الاستناد عليه، كونه عبارة عن فضاء مستقل بذاته، كما أن العقد قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لوجود رابطة قانونية بين العقد وقانون مكان إبرامه، وأنه يتم عن طريق الاعتماد على مواقع إلكترونية لا تخضع لمكان محدد[3].

تحول التجارة الإلكترونية إلى حلول تخرج عن إطار قواعد تنازع القوانين والهروب إلى قواعد مرنة قادرة على استيعاب التجارة الإلكترونية واحترام خصوصيات التجارة الدولية بشكل عام، أنظر: **سمير دنون**، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص 225

[1]– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 690. وانظر: **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الإلكترونية...، المرجع السابق، ص 155.

[2]– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية... المرجع السابق، ص 126–127.

- Internet et commerce électronique sous forme dématérialisée, Exemple, un site de vente dématérialisée n'est plus lie d'aucune façon ai territoire ou au marché géographique sue lequel il est implanté, voir : **Marc minon, Dominique Gillerot**, Commerce électronique et établissements de prêt, les bibliothèques dans l' économie du livre, laboratoire d'étude sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication, Université de Liège, BBF 2000, n^0 2, PARIS, 2000, p 44.

[3]– **Thibault Verbiest**, Op.cit, p. 01.:

– وصفها الأستاذ: **يونس عرب** بقوله أن: " المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت هي عالم خال من جغرافيا الحدود، فأضاف أن سمات الإنترنت التقنية تجعل التجارة عبر الإنترنت مختلفة بشكل جوهري عن التجارة في العالم الحقيقي، وإذا كانت الاختلافات بين التجارة التقليدية والإلكترونية تتجاوز طبيعة الإنترنت من أوجه عديدة، إلا أن الاختلافات الجوهرية نشأت عن هذه الطبيعة المميزة للإنترنت، فعالم الإنترنت الافتراضي جعل تحديد الموقع الجغرافي لمصدر المعلومة، أو المستخدم أمرا غير متيسر تماما"، أنظر: **يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية،

فعلى الرغم من أن نقطة البدء بالنسبة لأي رابطة عقدية هي لحظة إبرامها، مما يعني أن تلك الحجج التي أتى بها مؤيدي قانون دولة الإبرام لا أساس من الصحة، إلا أنها لا تستطيع مواجهة المآخذ التي وجهت إلى الضابط الذي يرتكز على المكان المادي[1] بالشكل الذي يمكن القول معه أن أساس صحتها قد إنهار، خصوصا إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الإلكترونية[2].

فالأصل في ظهور الحدود السياسية المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص كانت لوضع حد لتنازع القوانين بين الدول المختلفة، ولكن يبقى أنها ليس لها وجود في التعامل مع شبكة المعلومات الدولية[3]، فأضحى الإقليم الجغرافي متجاهلا من طرف هذه الشبكة، وتعتبره عدوا لها، ومن ثمة فلا قيمة له في مواجهتها، فالعمليات التي تتم على مستوى هذه الشبكة لا تأبه لا بمكان تواجد الأطراف ولا بالدول التي تعبرها، وهذا ما يؤكد أن القواعد والأحكام التي تسري وفقا للقانون الدولي الخاص أضحت قواعد وأحكام غير ذات المفعول ويتعذر إعمالها[4].

الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية المقام من طرف منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة، من 08 إلى 10 تشرين الثاني، 2000، لبنان، 2000، ص 13.

[1] - Le Droit International Privé essentiellement fondé sur le concept de territorialité, et la division du monde en Etats souverains possédant chacun leurs propres tribunaux et leurs propres lois, voir : **Arnaud Nuyts**, Droit International du Commerce Electronique et la Propriété Intellectuelle, mémoire de DESS en droit international, Droit International des affaires, PARIS, 2005-2006, p 07.

[2] – **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 112.

[3] – ينتج كذلك في بيئة الإنترنت إلى جانب زوال الحدود والفواصل الجغرافية، زوال الاختصاصات المكانية لجهات القضاء، أنظر: **محمد ممتاز**، دليلك القانوني إلى التجارة الإلكترونية، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، القاهرة، 2007، ص 69.

[4] – **أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، الإلكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 38–39، وأنظر: **ربحي فاطمة الزهراء**، مرجع سابق، ص 10.

1-صعوبة تحديد المكان الحقيقي للمتعاقد

يثير المكان صعوبة عملية تتمثل في تجاوز شبكة الإنترنت كل حدود الدول[1]، وهي في الوقت ذاته مفتوحة للاستخدام للكافة دون ارتباط بأي مكان، فليس هناك حدودا تحول دون استخدام الشبكة، بين مقدمي الخدمة أو المستفيدين[2]، ويبدو عنصر المكان غائبا فعليا على الشبكة، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الإنترنت في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في مكان رابع، ويتم تنفيذ العقد في دول مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني[3].

تبرم أغلب هذه العقود في الفضاء الكوني، فمن الممكن جدا أن يتلقى الموجب القبول وهو في منطقة لا تخضع لقانون دولة بعينها، مثل الفضاء الخارجي أو أعالي البحار خاصة مع وجود أجهزة الحاسوب المحمولة التي يمكن الطواف بها وحملها لأي

---

[1] - Le développement des réseaux numériques a été l'occasion de bouleversement plus profonds, spécialement dans l'environnement du droit communautaire Européen, voir : **Jean-Sylvestre BERGE**, La résolution des conflit de lois, Université PARIS X, PARIS, 2001, disponible sur le site : www.droit.internet-2001-univ-paris.fr, p 02.

- زوال الحدود والفواصل الجغرافية تجعل من الاختصاص القضائي منعدم، أنظر: **راشدي صابر**، مرجع سابق، ص 13.

[2] – فأحسن مثال يتعلق بمنازعات حقوق المؤلف، فهناك من يرى إلى تطبيق قانون الدولة المسجل الصنف لديها باعتبارها الدولة الأولى بالحماية، في حين يرى اتجاه آخر إلى تطبيق قانون دولة الاستقبال باعتبارها مكان وقوع الانتهاك، لمن الإشكال يكون عند تعدد الانتهاكات لنفس المؤلف في أكثر من دولة، وتزداد المشكلة تعقيدا في حالة عدم القدرة على تحديد أي من الدول السابقة، ذلك أن أنظمة التشفير المستخدمة عبر شبكة الإنترنت بات معها استحالة معرفة أماكن المستخدمين وبالتالي المنتهكين لحق المؤلف، والنتيجة يقع إشكال في تحديد القانون الواجب التطبيق لحكم النزاع والمستند بالدرجة الأولى في تحديده إلى مكان وقوع الاعتداء أو مكان تحقق الضرر، وهو ما لا تعترف به شبكة الإنترنت، تطرق لهذا المثال: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 109، وانظر أيضا:

- **Arnaud Nuyts**, Op.cit, p 07.

[3] – **يوسف العلي**، مرجع سابق، ص 21. أنظر: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، مرجع سابق، ص 153 وأيضا: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 687.

مكان[1]، فالوسيلة المستعملة في إبرام هذه العقود عبارة عن شبكة عابرة للحدود بطبيعتها، ولهذا فهي لا تدخل في الإطار الإقليمي لحدود دولة معينة[2].

يغلب على الموطن عدم التركيز باعتبار أن العناوين الإلكترونية[3] للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة، فتركيز الأداء على أساس الموطن المشترك لا يكون فعالا، لأن المشترك قد يكون مرتبطا من خلال حاسب يقع خارج موطنه المعتاد[4]، ونجد أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة في عقود التجارة الإلكترونية، يصعب تطبيقه لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد، وحتى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[5].

تظهر أيضا الصعوبة عند اعتماد المتعاقد لجهازه الخاص وهو في رحلة عابرة في إحدى وسائل النقل، أو أن يستغل جهاز ملك للغير من مقاهي الإنترنت[6]، فحتى لو تم تحديد القانون الذي يحكم العقد، إلا أن هناك اختلاف حول المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد، من مكان المستضيف للموقع، مكان إقامة البائع أو مكان إقامة المشتري.

---

[1]– **إبراهيم قسم السيد محمد طه**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي، (دراسة في إطار القانون السوداني)، مقال منشور على الموقع التالي: www.omanlegal.net، ص 02.

[2]– **حسام أسامة محمد محمد شعبان**، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، القاهرة، 2008، ص 22، وانظر: **لما عبد الله صادق سلهب**، المرجع السابق، ص 18.

[3]– تتمثل العناوين الإلكترونية في " ترجمة لأرقام تتم عن طريق حروف معينة تسمح بدوران المعلومات عبر شبكة الأنترنت"، مشار له لدى: **خليفي مريم**، الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 284.

[4]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، 95.

[5]– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 700.

[6]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 93.

يؤكد هذا صعوبة تحقيق إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد الإبرام في مجال التجارة الإلكترونية لعدم توافر الرابطة الحقيقية والجادة بين العقد وقانون محل إبرامه[1]، والتركيز على عنصر المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق يتناقض تماما مع مميزات الشبكة المعلوماتية أين يتم التعامل بين نظم ومواقع يصعب تحديد مكانها، مما جعل بعض الدراسات تصف العالم الإلكتروني غير الملموس "**باللامكان**" فلا مكان هناك للفضاء الإلكتروني[2].

تندرج هذه العقود ضمن العقود المبرمة عن بعد، مما يصعب تحديد المحل المادي[3]، بسبب عدم وجود قواعد محددة بشأن هذه المسألة، ولاختلاف النظم القانونية حول المكان الذي يعتد به محلا للإبرام أو التنفيذ مثلا، لاسيما أن معظمها تستخدم مفاهيم إرسال، واستلام العرض والقبول لغرض تحديد وقت التصرف القانوني[4].

تبرم عقود التجارة الإلكترونية وتنفذ في أماكن مختلفة، مما يجعلها خاضعة لقوانين مختلفة ويثير إشكالية الانسجام بين هذه القوانين، فإن كان التسليم مثلا يتم

---

[1]– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 311.

– يأخذ القانون الانجليزي بنظرية تصدير القبول، والقانون الألماني بنظرية تسلم القبول، وهذا ما يؤكد من صعوبة توطين محل إبرام العقد في العقود التي تتم بين غائبين لاختلاف الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى، أنظر في هذا الموضوع: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 697.

- Dans ce cas ce pose la question de « supranationalité », il est difficile de dire quelle lois sera a même d'être compétente, voir : **KHAIR Al Deen Kadhim OBBED**, L es effets de l'internet sur les règles de conflit de compétence internationale, Thèse de doctorat en droit, Ecole Doctorale 509, UNIVERSITE DE TOULON, 2016, p 128.

[2]– **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية... مرجع سابق، ص 143–144. وأنظر: **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 159.

[3]– يؤكد أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني أن العالم الافتراضي ينقسم إلى شبكات net works ومجالات domains ومواقع sites ونتيجة لذلك فإن ضوابط الإسناد المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص والمتعلقة بالجنسية والإقليمية تصبح غير ذات جدوى لحكم عقود خدمات المعلومات الإلكترونية، والمعاملات الإلكترونية بشكل عام في هذا العالم، أنظر: **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 90.

[4]– **بن غرابي سمية**، المرجع السابق، ص 112، وانظر: **لزعر وسيلة**، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2011، ص 37.

بطريقة مادية فإن الدفع قد يتم بطريقة إلكترونية عبر الإنترنت، الأمر الذي يجعل من التجارة الإلكترونية فضاء من نوع خاص[1].

تثير العقود التي يتم تنفيذها كلية بالطرق الإلكترونية صعوبة تركيزها في مكان معين، مثلما هو الشأن في برامج الحاسوب[2] التي يتم إنزالها مباشرة من على شبكة الإنترنت، فيصعب تحديد مكان التنفيذ بين مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ ومكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع، ومكان المستضيف الذي يجري عملية التحميل وكذا المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري[3].

2-صعوبة تحديد العنوان الحقيقي للمتعاقد

يعتمد في التعامل من خلال المواقع على شبكة المعلومات بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني وليس على العنوان الحقيقي للشخص، فهذا ما يثير الغموض للدلالة

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 331.

– تبرم في أغلب الأحيان العقود الإلكترونية ويتم تنفيذها على الخط مباشرة مما يصعب تحديد مكان تنفيذه، فبالرغم من أن قانون الأونسيترال النموذجي وبصفة خاصة في الفقرة الرابعة من المادة العاشرة (4/10) نصت على أنه " ***تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه***"، إلا أن هذه المادة تدل على المكان بصفة اعتبارية أو افتراضية، وهو ما يصعب من التحديد القانون لمكان تنفيذ العقد صراحة في مثل هذه المعاملات، أنظر في هذا الموضوع: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 699. أنظر أيضا: **سلطان عبد الله محمود الجواري**، مرجع سابق، ص 154، و **خليفي مريم**، مرجع سابق، ص 158، فهناك من وصل إلى حد اعتبار أن الإنترنت ليست موجودة في الفضاء بل هي الفضاء بذاته، أنظر: **حمودي ناصر**، إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الالكترونية الدولية، " آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي"، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25–26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017، ص 04.

[2]– غالبية عقود التجارة الإلكترونية في بداياتها هي عقود بيع برامج الحاسب والأغاني والأفلام، والتي يتم فيها أداء الثمن وتسلم البضاعة أو المبيع مباشرة من خلال الشبكة، الأمر الذي يجعل من الضرورة مراعاة الآلية التي تبرم من خلالها هذه العقود لتحديد القانون الواجب التطبيق، أنظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 116.

[3]– **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص 332، و**عادل حسن علي**، مرجع سابق، ص 17.

على العنوان الحقيقي للمتعاقد، فإذا كان من المسلم به أن استخدام المواقع التي تنتهي بـ.com أو net ، هي مواقع دولية لا تنتمي إلى أية دولة، فإن المواقع التي تنتهي أسماؤها برموز خاصة بدول مثل: kw.sa.fr، لا تعطي أيضا دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي، كون التسجيل لهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري.

بالإضافة إلى ذلك فإن مواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات، فهذه المواطن لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي[1] ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين، لذلك فالقول بوجود موطن إلكتروني فهو أمر يحتاج إلى نقاش وكثير من التمحيص، ذلك أن الفكرة في حد ذاتها لا تتفق وحقيقة الموطن كرابطة بين الشخص والمكان، فالمكان في العالم الافتراضي هو ضرب من الخيال[2].

لازالت أغلب التشريعات الوطنية تعتمد على التوطين المكاني من خلال الإسناد لمحل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، على غرار المادة (2/4) من اتفاقية روما التي تعتمد على هذا المعيار في تحديد قانون العقد، وأيضا المادة (2/8) من ذات الاتفاقية التي تسمح للطرف الذي يحتج بعدم رضائه أن يتمسك بقانون دولة

---

[1]– فهو محيط الكتروني (**Electronic Environment**) غير محسوس، فالإبحار متاح للجميع عبر الفضاء المنعزل بلا قيود أو قوانين تقيده، أنظر في هذا: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 117.

[2]– **يوسف العلي**، مرجع سابق، ص 22.

– من السهولة معرفة المكان الحقيقي لإبرام العقود التي تتم عن طريق وسائل الاتصال التقليدية كالتليفون أو الفاكس، لأن المتعاقدين عبر تلك الوسائط يعرفون مسبقا مكان إرسال القبول أو مكان تسلمه من خلال الرقم الكودي لدولة الاتصال التي يتم الاتصال بها، عكس النطاق العالمي لشبكة الاتصالات الدولية والطبيعة اللامادية للعمليات الإلكترونية التي تتم من خلالها، والتي من الصعوبة تحديد المكان الذي جرى فيه إرسال الرسالة أو تسلمها، وبالتالي فمكان إبرام العقد بالصورة المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص لا يوفر الأساس القانوني لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أنظر: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 691، وانظر، لزهر وسيلة، مرجع سابق، ص 38.

محل إقامته المعتادة، ومع ذلك يصعب إعمال هذا المعيار على عقود التجارة الالكترونية، باعتبار أن فكرة الإقامة تشير إلى مكان ثابت ودائم يتم فيه إبرام العقود، فهذا الشرط غير متوفر في العقود المبرمة عن طريق الإنترنت[1].

ثانيا: صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة

سبق وأن تحدثنا عن صعوبة التحقق من هوية الأطراف في الإشكالات التي تنجم عن تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية، مما يصعب من تحديد جنسيتهم ومكان تواجدهم لحظة إبرام العقد، وفي هذا العالم لا يعتبر قانون الجنسية عنصرا لتحديد القانون الواجب التطبيق باعتبار أن عالم التجارة الإلكترونية فضاء مفتوح على العالم بأكمله[2].

تتميز العناوين الإلكترونية بأنها لا تبيّن العنوان الحقيقي للمتعاقد وأماكن تواجده لحظة إبرام العقد، باعتبار أنها لم توضع أصلا لتحديد موطن معين أو مكان جغرافي محدد، فهي تتسم بعدم التوطن، مما يصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي، فالمتعاقد مثلا يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم الأعمال غير المشروعة وذلك للتهرب عن مسؤولياته[3].

يغلب على الموطن عدم التركيز، باعتبار أن العناوين الإلكترونية للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة، فتركيز الأداء على أساس الموطن المشترك لا يكون فعالا، لأن المشترك قد يكون مرتبطا من خلال حاسب يقع خارج موطنه المعتاد[4]، ونجد أن

---

[1]– فلعل تلك الصعوبات هي التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونيسترال" إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين في العناوين الالكترونية، راجع في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 371.

[2]– **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص 333، انظر: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 687، وانظر أيضا: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 115.

[3]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 145، وكذلك: **بن غرابي سمية**، مرجع نفسه، ص 116، و **خليفي مريم**، مرجع سابق، ص 157.

[4]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، 95.

إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة في عقود التجارة الإلكترونية، يصعب تطبيقه لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد، وحتى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[1].

يصعب كذلك – من جانب آخر– تحديد لغة العقد، فتعد من المعايير المعتمدة من طرف المحكمة عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، غير أن اللغة الغالبة على التعامل عبر الإنترنت هي اللغة الانجليزية، وهي لغة تكاد تكون عالمية، لا يمكن نسبتها إلى دولة معينة أو على الأقل يعد الخيارات كثيرا أمام المحكمة بصورة قد تخل بمصالح الأطراف مهما اجتهدت المحكمة، وبالتالي يصعب الاعتماد عليها كمعيار في هذا الصدد[2].

ثالثا: عدم اعتراف العالم الافتراضي بالحدود السياسية

ظهرت الحدود السياسية المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص أصلا لوضع حد لتنازع القوانين بين الدول المختلفة، والتي ليس لها وجود في التعامل مع شبكة المعلومات الدولية، فأضحى المكان والإقليم الجغرافي متجاهلا من طرف هذه الشبكة[3]، وتعتبره خصما لها[4]، ومن ثمة فلا قيمة لها في مواجهتها، فالعمليات التي

---

[1]– **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 700.

[2]– يطرح نفس الإشكال بالنسبة للاعتماد على العملة، فمسألة الاعتماد على نوع العملة التي يتم تنفيذ العقد بها يصعب الاعتماد عليه في مجال العقود الالكترونية الدولية، فقد دخلت إلى حيز التعامل ما يعرف بالنقود الإلكترونية وهي عملة لا تملكها دولة معينة، وحتى الدفع يكون عن طريق الدفع الإلكتروني مباشرة، أنظر في هذا الموضوع: **إبراهيم قسم السيد محمد طه**، مرجع سابق، ص 03.

[3]– خاصة تلك المعاملات التي تتم عبر الإنترنت، فهي تتم في عالم غير مادي قوامه الأرقام أو البيانات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فمثل هذه العقود تكون بالضرورة ذات طابع عبر الدولي باتصالها المباشر بالأقمار الصناعية حتى وإن كان العلاقة التعاقدية تمت في بلد واحد، أنظر في هذا: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 366، و كذلك: **خليفي مريم**، مرجع سابق، ص 158.

[4]– إن المفاهيم التقليدية لكل من الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي على التوالي، تم تنظيمها لتؤطر مجتمع مقسم إلى دول، تفصل بينها حدود سياسية وجغرافية معينة بالذات، فهي اليوم لا تتلاءم مع مجتمع افتراضي

تتم على مستوى هذه الشبكة لا تأبه لا بمكان تواجد الأطراف ولا بالدول التي تعبرها[1]، وهذا ما يؤكد أن القواعد والأحكام التي تسري وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص أضحت قواعد وأحكام غير ذات المفعول ويتعذر إعمالها[2].

تنوعت عدة عوامل ساعد تظافرها في الدعوة إلى تنحي قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية، والتي وضعت جانبا إذا تعلق الأمر بتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، فالعامل الأول وهو السائد أكثر، يتمثل في كون ضوابط الإسناد ذات طبيعة مادية جامدة، ترتكز على أسس محددة بالمكان، أو إقليم مادي معين، والتي لا تستجيب لطبيعة التصرفات القانونية التي تتم عن طريق الشبكة العنكبوتية، والتي تقوم على معطيات افتراضية أو غير مادية، أما العامل الثاني، أن الشبكة تعمل على تفعيل الأزمة التي يعيشها منهج تنازع القوانين[3].

أصبح الواقع اليوم يفرض صعوبة في التسليم بإعمال الضوابط التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية[4] التي تتم عبر الشبكة الدولية[1]، وهذه الضوابط التي اعتمد

ينقسم إلى شبكات اتصال ومجالات دومين ومواقع ويب، تطرق لهذا الموضوع: **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص 221.

[1]– أضحت هذه المرتكزات غير ذات مفعول ويتعذر إعمالها في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، فذهب البعض إلى القول بأن المعاملات التي تتم عبر الإنترنت تقع خارج دائرة –على الأقل– قواعد القانون الدولي الخاص، ونادوا بضرورة استقلال الفضاء المعلوماتي والمجتمع الافتراضي بقواعد خاصة به، وبالتالي استبعاد مناهج القانون الدولي الخاص من حكمه، ويستدعي الأمر البحث عن مناهج قانونية جديدة تلائمها، مشار له لدى: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 428.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 38–39.

[3]– **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 124.

[4]– بالرغم من أن وجود القانون الدولي الخاص بكل ضوابطه وجد أصلا لأجل تذليل العقبات التي تعترض علاقات الأفراد فيما بين الدول المختلفة، وما يتولد عنها من ظاهرة لتنازع القوانين، وإعطاء الاختصاص التشريعي والقضائي للدولة التي لها أوثق الروابط بالعلاقة القانونية محل النزاع، لكن يبقى ذلك صعبا أمام لامادية المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية، فاصطلح عليها من طرف الدكتور "حمودي ناصر" بقوله أن" **الإنترنت تتنافى وسبب وجود القانون الدولي الخاص**" أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 427

التشريع في وضعها على السيادة الإقليمية لكل دولة، باعتبار أن المتعامل يسعى لفرض قانون دولته على قانون دولة الطرف الثاني، إلا أن اعتماد هذه الضوابط على قانون المكان باختلاف صوره[2]، واعتبار أنه هو الرابط الذي له علاقة وثيقة بالقانون الواجب التطبيق، لأن عقود التجارة الإلكترونية تتم في فضاء افتراضي ليس له روابط أو صلات محددة[3]، مما جعل البعض يذهب إلى اعتبار جميع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت واقعة في منطقة خارج القانون[4].

تتحدد فلسفة ضابط الإسناد بتركيز أو توطين الروابط العقدية في حدود جغرافية معينة وهي تعتمد في ذلك بالدرجة الأولى على الحدود الفاصلة بين الدول أعضاء المجتمع الدولي، في حين أن طبيعة شبكة الإنترنت ليس للحدود وجود في التعامل عبر الشبكة، فالمكان وهمي وافتراضي، فهو الفضاء الإلكتروني الذي لا يحتل حيزا مكانيا معينا[5]، فنظام تلك الشبكة يسبح في فضاء مفتوح، لذلك فضوابط الإسناد

---

[1]– هذا هو النوع من العقود الذي جعل من قواعد القانون الدولي الخاص غير قادرة على مواجهة تطورات التكنولوجيا المتسارعة، باعتبار أن حاليا العقود الدولية الإلكترونية لها معطياتها الخاصة، وتتطلب قانونا ذات طبيعة توازي خصوصية العقد المبرم أو حتى الوسيلة المعتمدة في إبرام العقد، ليعمل هذا القانون على مخاطبة مجموعة من الأشخاص المتمثلين في كل من مستخدمي شبكة الإنترنت، المهنيين، الفنيين، وكل المتعاملين في مجال المعاملات التي تبرم عن طريق الشبكة المعلوماتية، بالإضافة إلى مقدمي خدمة الإنترنت، ويعمل كذلك على تنظيم معاملاتهم الإلكترونية العابرة للحدود، أنظر في هذا الموضوع: **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص 220.

[2]– تتمثل في كل من قانون بلد الإبرام أو التكوين، قانون محل التنفيذ (تسليم الشيء المبيع)، أو قانون موطن الجنسية المشتركة لأطراف المتعاملة القانونية.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 366.

[4]– فهناك من أعلن ضرورة استقلال حتى الفضاء المعلوماتي عن الأنظمة القانونية الوطنية، للمزيد من المعلومات أنظر: **حسام أسامة محمد محمد شعبان**، مرجع سابق، ص 22.

[5]– فمثلا المشرع الأردني وضع معيارا يحدد على أساسه مكان انعقاد ذلك العقد بصورة افتراضية، للمزيد أنظر : **نائل مساعدة**، مرجع سابق، ص177.

المتعارف عليها في منهج تنازع القوانين، والتي تعتمد على الإقليم لن يكون لها أي دور في شأن التنظيم القانوني الدولي لمعاملات شبكة الإنترنت[1].

وصفت شبكة الإنترنت كذلك على أنها مخلوق غير محسوس، لا يمكن حسرها في إقليم دولة معينة، ولا منطقة جغرافية محددة، فالطبيعة غير المادية للإنترنت، وعدم القدرة على ربطها بدولة معينة، يؤدي إلى صعوبة تركيز العلاقات العقدية التي تتم من خلالها داخل دولة معينة، وهو ما يؤكد حتما إفلات المعاملات العقدية التي تتم عبر الإنترنت من الخضوع تماما لمنهج الإسناد أي تطبيق قوانين وطنية[2].

الفرع الثاني

محاولات لتفادي صعوبات تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية

يفرض التعامل من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، وجود قانون يتلاءم مع التجارة الرقمية الجديدة، هذا ما دفع العديد من الجهات لتنظيم هذه المعاملات بعرض فكرة الأداء المميز[3]، لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية مثلا، ويتميز هذا المعيار بمرونته وسهولة العلم به وملائمته لكل طائفة من طوائف العقود،

---

[1]– أصبحت ضوابط بدون مفعول ويتعذر إعمالها، فالتكنولوجيات الحديثة لا تؤدي إلا إلى الربط بين شخصين، إلا أنها لا تنشئ علاقات أو صلات جدية بين الأطراف المتعاقدة وولاية قضائية، وهذا بخلاف التعاقد عن طريق الهاتف والذي لا تثور في شأنه التحقق من مكان الأطراف المتعاقدة، فهذه الأزمة يظهر أنها كافية للإطاحة بقاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية بشكل خاص، ومنهج التنازع بشكل عام، فإن تفعيل شبكة الإنترنت للأزمة التي يعاني منها منهج تنازع القوانين لا تقل سوءا، أنظر في هذا الموضوع: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 127.

[2]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنه**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2004، ص 111.

- Dans ce contrats réaliser sur internet, du fait que les parties ne se rencontrent pas durant la formation du contrat, le lieu n'est pas forcement mentionné ce qui rend cette notion même de localisation problématique dans cette espace qu'est internet, voir : **KHAIR Al Deen Kadhim OBBED,** Op-cit, p 254.

[3]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 175.

– عرفه الأستاذ ***JEAN-BAPTISTE*** بأنه الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى، و الأستاذ ***VAN OVERSTRAETEN*** بمقتضاه دفع مقابل نقدي واجبا.

بالإضافة إلى صفة الثبات التي يتمتع بها، واحترامه لتوقعات الأطراف بتكريسه الحل الملائم حسب طبيعة كل عقد[1].

نالت هذه الفكرة تأييد العديد من فقهاء التجارة الإلكترونية والتي لا يلجأ إليها إلا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمنا حسب العميد **(BATIFUL)**، فهذه الفكرة تتميز على أنه إسناد مسبقا يتحدد وقت إبرام العقد، أي إسناد مقيد على افتراض مسبق على أن يكون الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء[2].

اعتمد رأي آخر، على معيار مكان تسجيل الموقع الإلكتروني كمكان لإبرام العقد والخضوع لأحكام هذا القانون، بصرف النظر عن موطن المتعاقدين أو أماكن تواجدهما لحظة إبرام العقد، خاصة وأن مثل هذه العقود لا تتوفر على مجلس العقد[3]، فالأطراف باستطاعتها إبرام العقد وتنفيذه من أماكن مختلفة في العالم، كما أن حل النزاع في حالة تواجد خلاف بين الطرفين يتم بالطرق الإلكترونية، عن طريق اللجوء للمحاكم الافتراضية دون تنقل الأطراف من موطنهم الأصلي[4].

اتجه التوجيه الأوربي الصادر في 08 يونيو 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، إلى تحديد مكان إقامة مؤدي الخدمات عبر الإنترنت بالمكان الذي يمارس فيه أنشطته الاقتصادية بشكل دائم ومستقر، غير أننا سبق وأن ذكرنا أنه يصعب التحقق من العناوين الإلكترونية التي تكون أغلبها مؤقتة.

---

[1]- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص97.

[2]- **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 338.

[3]- هي عقود تجري في بيئة إلكترونية يظل الطرفان فيها غائبان ماديا عن مجلس العقد، أنظر : **حميدي محمد أنيس**، مرجع سابق، ص 37.

[4]- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 120.

برّر فقهاء القانون الدولي الخاص استمرارية العمل بمناهج التنازع لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية[1]، مؤكدين بذلك لعدم تكامل القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية التي يحاول أنصارها الانفلات من هذه المناهج التي تتميز بالجمود والثقل، وفسح المجال لقوانين جديدة تتلاءم مع طبيعة الإنترنت، فحاولوا التأكيد على التحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق قبل الدخول في مراحل إبرام العقد، على اعتبار أن العقود التي تتم بوسيلة إلكترونية غالبا ما تسبقها مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة قبل الدخول في موضوع العقد، وذلك مع مراعاة حماية الطرف الضعيف في مثل هذا النوع من العقود[2].

ينعقد العقد الإلكتروني مثل غيره من العقود بتطابق القبول مع الإيجاب، لكن يختلف من حيث الطريقة والوسيلة، فصدور القبول يكون بمقتضى رسالة إلكترونية ممن وجه إليه الإيجاب يجعل العقد قد تم، أما مكان انعقاده فهو ليس مكان صدور القبول، وإنما المكان الذي يوجد فيه مقر عمل القابل[3].

وضعت حلولا – وإن اعتبرها البعض أنها نسبية– لتحديد كل من مكان إبرام العقد ومكان تنفيذ العقد فيما يتعلق بالعقود الالكترونية التي تتم عبر الإنترنت، وذلك على النحو التالي:

---

[1]– هذا الاتجاه في محاولته لتفادي تلك الصعوبات ولم يعترف بفكرة انتهاء التسليم بعدم ملائمة منهج التنازع للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية كلية، فكان هذا الاتجاه متسلح بإيمانه أن منهج قاعدة التنازع يساهم بشكل كبير في تطور ونموا التجارة الإلكترونية، والدليل على ذلك مختلف ما تضمنته الأعمال الأوربية لتفادي تلك الصعوبات، اطلع في معنى هذا على: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 373.

[2]– **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...، مرجع سابق، ص 154.

[3]– وفي حالة عدم وجود مقر عمل فيكون مكان إقامته، وإذا كان له أكثر من مقر عمل فيعتد بمقر العمل الذي يكون أكثر ارتباطا بالعقد الإلكتروني الذي يشتمل على عنصر أجنبي، أنظر : **نائل مساعدة**، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الإلكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 08، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2008، ص 177.

أولا: بالنسبة لتحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد

نتج عن تحديد مكان إبرام العقد في العمليات المبرمة بالطرق الإلكترونية تنازع في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية[1]، وخلفت تضاربا في نصوص التوجيهات الأوربية والقوانين النموذجية وكذا اتفاقيات التبادل النموذجية، فتضاربت بين اعتماد نظام إعلان القبول[2]، أي لتحديد المكان يكون في اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة الكترونية تتضمن القبول[3]، واعتماد نظام إرسال القبول، وهو المكان الذي يضغط فيه القابل على المفتاح المخصص للقبول من أجل إرسال قبوله للموجب، كما

---

[1]– هناك من اعتمد نظرية تصدير القبول كالقانون الانجليزي، ودول أخرى بنظرية تسلم القبول كالقانون الألماني واتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة ببيوع البضائع الدولية، وهناك دول أخرى تأخذ بنظرية العلم بالقبول كالقانون المصري، كما أنه هناك دول لا تأخذ بهذه النظريات ككل وتترك الأمر لتقدير قاضي الموضوع كالقانون الفرنسي والأمريكي، مشار لها لدى: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 369، انظر أيضا: **يوسفي نور الدين، بروك إلياس**، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المفكر، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، 2014، بسكرة، ص 258.

[2]– يقصد بالقبول التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد، وليتحقق هذا الأثر في انعقاد العقد لا بد من مطابقة القبول للإيجاب، وإن تباين القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا، ويتساوى في التعبير عن القبول بأن يكون صريحا أو ضمنيا، والتعبير عن القبول بواسطة شبكة الإنترنت يكون بإحدى الطريقتين: إما من خلال موقع العرض نفسه بأن يقوم القابل "المستهلك" بإدخال البيانات الخاصة بالعقد المعروض على الشاشة، ودفع ضمن المبيع بعد النقر على المفتاح الخاص بالقبول، أو أن يتم التعبير عن القبول بواسطة البريد الإلكتروني، بأن يقوم القابل بتضمين الرسالة الإلكترونية قبوله: مشار له لدى: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، المرجع السابق، ص ص 87–88، وأنظر: **طمين سهيلة**، مرجع سابق، ص 38.

[3]– **يوسفي نور الدين، بروك إلياس**، مرجع سابق، ص 264.

تم اعتماد كحل آخر نظام تسلم القبول[1]، وهي اللحظة التي يتسلم فيها الموجب قرار القبول من المتعاقد الآخر الموجه له الإيجاب حتى ولو لم يطلع عليه[2].

أما رأي التشريع الجزائري في مكان إبرام العقد الإلكتروني، والذي نصت عليه المادة 67 من القانون المدني الجزائري، على أنه: " يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول"[3].

يعرف هذا بالتبادل الإلكتروني لرسائل البيانات، والذي عرفته المادة 02/02 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للجنة منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية: " *نقل المعلومات إلكترونيا من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات*"[4].

---

[1]– وهي اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول وإن لم يعلم به، ويكون ذلك بواسطة شبكة الإنترنت، عندما تدخل الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول صندوق الموجب الإلكتروني، وعدم قيامه بقراءة الرسالة، وعلمه بالقبول، ويكون العقد قد انعقد بهذه الحالة في اللحظة التي تم فيها تسلم الرسالة الإلكترونية، ودخولها في البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، أنظر في هذا: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 101، وانظر كذلك: **يوسفي نور الدين، بروك إلياس**، مرجع سابق، ص 264.

[2]– الإضافة إلى نظام العلم بالقبول، الذي يتحدد زمان ومكان إبرام العقد في اللحظة التي يطالع فيها الموجب بريده الإلكتروني الذي يتضمن القبول، كما أوصى الأستاذ "**صالح المنزلاوي**" على تبني نظام "تسلم القبول" لأنه يتماشى مع اتفاقية الأمم المتحدة للبيع "فيينا 1980" والتي وقع عليها خمس وأربعون دولة، ومنها مصر والولايات المتحدة الأمريكية وألماني وفرنسا، كما أن دول الرابطة الأوربية للتجارة الحرة قد تبنته جميعا، كما أخذ به التوجيه الأوربي الصادر في سنة 2000 بشأن التجارة الإلكترونية وكذا الاتفاق النموذجي الأوربي للتبادل الإلكتروني للبيانات، اطلع في مختلف الأنظمة على: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص ص 414-416، وانظر كذلك : **يوسفي نور الدين، بروك إلياس**، المرجع السابق، ص 265.

[3]– أنظر قانون رقم 05-02 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، وقد تطرق للموضوع: **زياد خليف العنزي**، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 149.

[4]– مشار له لدى : **طمين سهيلة**، مرجع سابق، ص 41.

من جانبه تناول القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بالتنظيم من خلال نص الفقرة الرابعة من نص المادة 15، فقد نصت على أنه: " ما لم يتفق المنشئ مع المرسل إليه على غير ذلك، يعد أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعد أنها تسلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه"[1].

ثانيا: بالنسبة لتحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد

يكون الاستدلال في هذه الحالة كحل لتحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد، في حين لو أخذنا حالة تحميل البرنامج كمثال لتحديد مكان التنفيذ الحقيقي للعقد، هنا يجب التمييز بين المكان الذي كان البرنامج مهيأ أو جاهزا للبث المباشر، وبين مجموعة العمليات التي يجب القيام بها لإتمام عملية التحميل، ففي الحالة الأولى، فإن مكان التنفيذ الحقيقي هو مكان الحاسوب الذي قام بعملية البث أو التحميل.

في حين أن مكان التنفيذ في الحالة الثانية، هو مكان الحاسوب المرسل إليه البرنامج الذي تم تحميله، أي المكان الذي تلقى فيه المشتري أداء الخدمة، وفي الحالة التي لا يكون فيها المشتري على اتصال مباشر بالإنترنت، فإن مكان التنفيذ الذي يعتد به هو مكان المستضيف الذي يسمح له بالدخول على الشبكة[2].

– تناول بدوره المشرع الجزائري نظام التبادل الإلكتروني في المادة 3/414 من القانون التجاري، من خلال موضوع تقديم السفتجة للإطلاع عليها أو للدفع، والتي تنص: "يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأي وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، أنظر: أمر رقم 75–59 مؤرخ في 29–06–1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[1]– أنظر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، وأشار للموضوع : **علاء محمد الفواعير**، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 156، أنظر كذلك: **عبد الحميد بادي**، مرجع سابق، ص 58.

[2]– أفضل الحلول لتحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد حسب الأستاذين : DURINDEL و COUTELIEL هو ما تضمنه قانون الأونسيترال النموذجي الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1996 وبصفة خاصة المادة 4/15 التي نصت: "تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر إنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه"، فمكان التنفيذ في العقود التي تتم عبر

اعتمدت اتفاقية روما بالنسبة للمعاملات التي تبرم بين دول الاتحاد الأوربي والدول الأخرى – بالرغم من اقتصارها على الدول الأعضاء فقط– على تطبيق قانون دولة إقامة المشتري في عقد البيع الدولي الإلكتروني، لأنه لا يعقل أن يطلب من شخص خاص أن يكون على دراية بكل قوانين العالم، في مواجهة أشخاص محترفين ويمتهنون في هذا المجال، وهو منح حماية أكثر للمستهلك، في حين أولت الولايات المتحدة الأمريكية أهمية للبائع لأنه حسبها أولى بالحماية ويبرم العديد من الصفقات، ولا يعقل أن يطلب منه معرفة القانون الخاص بكل مشتري، في حين يبرم هذا الأخير صفقة واحدة خلال فترة طويلة[1].

يبقى أنه على المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، أو المتعاملين في المجال الالكتروني عبر شبكات الاتصال الدولية، أن يقوموا بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة في بنود العقد[2]، وأن يتضمن العقد شرطا يلزم أطراف العقد الإلكتروني بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية المتعلقة بهم لاسيما العنوان الجغرافي، وفي حالة عدم التزام أحد أطراف العقد بهذا الشرط، يمكن للطرف الآخر في العقد عند حدوث نزاع أن يقوم برفع دعواه أمام محاكم موطنه، أو محل إقامته[3].

يظهر من خلال كل هذا أنه أصبح من الضروري البحث عن حلول أخرى تناسب حالة تلك العقود من قبيل إنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية، وذلك بالرجوع إلى العادات والأعراف التجارية الدولية، ومن أهم هذه الحلول وضع

الإنترنت سيكون مكان المنشأة الرئيسية للبائع، وهو أيضا محل إقامة المشتري، مشار له لدى: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 420، وكذلك عند: **يوسفي نور الدين، بروك إلياس**، مرجع سابق، ص 266.

[1]– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 424.

[2]– باعتبارها عقود يمكن أن يتم تنفيذها في أكثر من مكان، فلهذا تبقى هذه الوسيلة أضمن طريقة لتفادي إشكالية تحديد قانون تنفيذ العقد، أنظر في هذا: **يوسفي نور الدين، بروك إلياس**، مرجع سابق، ص 266.

[3]– ففي حالة صعوبة إعمال ضابط محل إبرام العقد، وتنفيذه، يجب أن يمنح الحق للمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في العقد في أن يرفع دعواه أمام محكمة دولة المورد، أو أمام محكمة موطنه، أما بالنسبة للمورد والذي يمثل الطرف القوي في العقد، فليس له إلا رفع دعواه أمام محكمة موطن المستهلك كما هو متبع في عقود المستهلكين، أنظر في هذا الموضوع: **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص 220.

قانون موحد للمعاملات الإلكترونية، ويتم ذلك إما عن طريق وضع وصياغة معاهدات أو اتفاقيات دولية عن طريق المنظمات والهيئات الدولية.

تبقى أن هذه الفكرة غير كافية لمواجهة العديد من الآراء التي تنادي باستبعاد مناهج القانون الدولي الخاص، في ظل تركيز أغلب ضوابطه على مرتكزات إقليمية وجغرافية، لتبقى عاجزة على مسايرة تطور عالم الإنترنت التي خلقت مجتمعا افتراضيا مقسم إلى شبكات ومناطق إلكترونية متحررة من مقتضيات التوطين الجغرافي أو التركيز المكاني، مطالبة في ذلك ضرورة وجود قانون موضوعي إلكتروني.

الفصل الثاني

ظهور القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية كبديل لمنهج تنازع القوانين

ظهرت أزمة منهج تنازع القوانين في تنظيم معاملات التجارة الدولية قبل ظهور عقود التجارة الإلكترونية، فالرغبة في تجاوز هذا المنهج تعود إلى بداية الخمسينات، بعد الجدل الذي اشتد بين الفقهاء في البحث عن ضرورة إيجاد منهج آخر لحكم الروابط التعاقدية الدولية، أي إيجاد قواعد مادية مباشرة تهتم بشؤون التجارة الدولية.

يعد الأمر نفسه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية التي تبحث بدورها عن القواعد المادية التي تقدم الحل المباشر لكل الإشكالات القانونية التي تتعرض لها في جميع مراحل سيرها، وتكون بالضرورة بعيدة عن القوانين الوطنية، والتي نشأت في أوائل القرن الأخير، بعد تنامي استخدام الشبكة الدولية للمعلومات في المسائل التجارية، حيث عرفت بعدة تسميات، مختلفة مستخدمة في الفقه للتعبير عن تلك القواعد.

انطلاقا من كل هذا، ناشد الفقهاء بضرورة إيجاد القانون الموضوعي منذ أواخر القرن التاسع عشر، حيث أصروا على وضع قواعد مشتركة بين الدول تكفل وحدة التنظيم لمعاملات التجارة الإلكترونية وسرعة إيجاد الحلول بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الدولي، أيا كانت الدولة التي يرفع النزاع أمام جهات التحكيم التابعة لها، والتي تكون محددة المضمون والهدف، واضحة المعالم لتسهيل تطبيقها باعتبارها تتميز بقوة صلتها بالموضوع، وتعمل على تحقيق المصلحة العامة لجميع الأطراف، لأنها تبين حكم القانون بصورة أكيدة سلفا، ولهذا وضعت أساسا لحكم الروابط الخاصة الدولية.

وجدت هذه القواعد لتكون بديلا تشريعيا ينسجم مع وسائل وإمكانيات العالم الافتراضي الذي تتكون في إطاره هذه المعاملات والعقود، فمفهوم هذه القواعد تنطلق من فكرة كفاية القواعد الحاكمة للمعاملات القائمة بين المتعاملين بها لحكم مسائل، تصرفات ومنازعات المعاملات نفسها، وذلك من خلال القواعد الاتفاقية التي تنظم بينهم، أو عبر العقود الموضوعة من قبل أحد الأطراف والتي يقبل بها الطرف الآخر، أي عن طريق أعراف اتفاقية تتميز بخصوصية العالم الافتراضي وتواكب تطوراته الفنية ومصطلحاته التكنولوجية، بحيث أنه في ظل هذا القانون الموضوعي لمعاملات التجارة الإلكترونية سوف يتم تفادي المشكلات المعقدة التي يثيرها إعمال مناهج القانون الدولي الخاص ولاسيما منهج تنازع القوانين.

عرف هذا القانون أو تلك القواعد الموضوعية من مختلف الاتجاهات الفقهية المنظمة لهذا المجال، **(مبحث أول)**، مما نتج عن هذا الاختلاف تمتع هذه القواعد بعدة خصائص تميزها عن القواعد الأخرى خاصة المتعلقة بالتجارة الدولية **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول
مفهوم القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.

انقسم الفقه في تسمية هذه القواعد بالقواعد الموضوعية أو القواعد المادية، – رغم هذا الاختلاف يبقى مضمونها ومحتواها واحد– فمنهم من أكد على ضرورة تسميتها بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، في حين ذهب جانب آخر إلى التسوية في تسميتها بقواعد موضوعية أو قواعد مباشرة، أما التيار الآخر فيؤكدون على تسميتها بالقواعد المادية، وبرروا ذلك أن القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية قد لا تقتصر على ما تضعه الدول وتطبقه بما لها من قوة وإجبار كما في العلاقات الداخلية.

يقصد بمصطلح القواعد المادية، بصفة عامة، مجموعة القواعد القانونية التي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية يستوي في ذلك الروابط الوطنية والدولية، هذا المصطلح قد يكون له معنى محدود إذا أضيف إليه ما يضيق من مفهومه الواسع، فتعني حينئذ مجموعة القواعد التي تضع حلولا موضوعية للصعوبات التي تواجه عقود التجارة الدولية، هذا إلى جانب العديد من الاتجاهات التي عرفت القواعد المادية، وتمييزها عما يشابهها من مفاهيم **(مطلب أول)**.

تشكلت هذه القواعد في وسط يتكون أساسا من رجال الأعمال، الشركات، التجار والمؤسسات العملاقة العابرة للحدود، فهذا الوسط المتميز والمتكون من الفئات المهنية والتجارية يتم فيه إتباع عادات وقواعد سلوك معينة في معاملاتهم، جعل من هذه القواعد تتمتع بخصائص مستمدة من هذا العالم الخاص بها، وكذا المتعاملين في هذا النطاق **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

تمييز القواعد الموضوعية عن غيرها من القواعد المشابهة لها

ارتبط ظهور القواعد الموضوعية وانتشارها بظهور المؤسسات والتجمعات المهنية المشتغلة في مختلف أنواع المبادلات التجارية، والتي عملت على بلورة قواعد قانونية تسهل وتؤطر تعاملاتها التجارية، حيث تظهر القواعد المادية أو الموضوعية كآلية وتقنية قانونية تستوعب واقع المعاملات العابرة للحدود.

في ظل التطور الهائل الذي تعرفها مجالات التجارة الدولية، وفي فحوى هذا الزخم من التجارة العابرة للحدود، يبقى على الأطراف عدم الاعتماد فقط على القوانين المحلية، حتى ولو كان من بين هذه القوانين أحدهم هو القانون المختار لحكم العقد، وهذا في إطار عدم قدرة القانون الداخلي تجاوز حدوده الجغرافية ليؤثر على مصالح أطراف أخرى في دول أجنبية، الأمر الذي دفع المهتمين بالتجارة الدولية إلى العمل من أجل توحيد القانون التجاري الدولي بقواعد مادية دولية.

ظهور القواعد الموضوعية للنجارة الإلكترونية كانت نتيجة تطور القواعد المادية للتجارة الدولية، فمن خلال هذا التطور، سنتطرق أولا إلى تعريف القواعد المادية للتجارة الدولية أو بالأحرى التجارة التقليدية، **(Lex mercatoria) (فرع أول)** ثم تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية أو ما أصطلح بالقانون الموضوعي الالكتروني **(Lex electronica) (فرع ثان)**، ونظرا لتشابه المفاهيم بتشابه وتشعب العلاقات والمعاملات الاقتصادية الدولية، سنحاول التركيز على أهم المفاهيم المشابهة للقواعد المادية للتجارة الدولية **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

ظهرت القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية تكملة للقواعد المادية للتجارة الدولية

قبل التطرق إلى تعريف القواعد الموضوعية المنظمة للمعاملات التجارية التي تتم بالطرق الإلكترونية، فضلنا الحديث عن القواعد الموضوعية أو المادية المنظمة لمعاملات التجارة الدولية العادية أو ما تسمى بالتقليدية، فسميت بالقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية لتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، التي تضع تنظيما مباشرا[1]، وخاصة للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، وهي قواعد تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية نظرا لنشأتها واستقرارها في المجتمع الافتراضي[2].

تعددت التسميات الممنوحة لهذا النوع من القواعد[3] وهذا باختلاف الاتجاهات الفقهية الناشطة في هذا المجال[4]، فالبعض يطلق عليها عبارة "قانون عبر الدول"،

---

[1]– يدخل ضمن أحكام هذه القواعد لتكون حلا مباشرا لكل الإشكالات القانونية لمختلف المعاملات التجارية الدولية، التنظيم القانوني للمؤسسات الدولية العامة، والقضاء الدولي، وقضاء المحاكم الوطنية والدولية والتحكيم والمبادئ العامة للقانون وقانون التجارة الدولية، وتسمح الدول بتطبيقه نظرا لتماشي أحكامه مع مقتضيات المعاملات الاقتصادية والتجارة المتطورة، تطرق لهذا الموضوع: **دريدر ملكي**، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011/05/14، ص 102.

[2]– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق ، ص 433.

[3]– رغم اختلافهم في المضمون والمحتوى إلا أنهم متفقين في التسمية وهم كل من الأستاذ عبر الكريم سلامة وسبقه في ذلك الفقيه الألماني (***G.Kegel***) اللذان يفضلون تسميتها بالقواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص، حصرها: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص 23.

[4]– حول هذا الاختلاف في تسمية هذه القواعد بالمادية أو الموضوعية، الجانب الذي يركز على مصطلح "الموضوعية" يبرر رأيه على أن القانون يقسم إلى قانون موضوعي وقانون إجرائي من حيث مضمون قواعده، ويقسم إلى قانون عام وقانون خاص من حيث أشخاصه، ولا يوجد ضمن هذه التقسيمات ما يسمى بالقانون المادي، وإن

"القانون اللاوطني"، القانون التجاري بين الشعوب"، القانون العرفي عبر الدول"، "القانون الموضوعي للتجارة الدولية"، أو "القواعد المادية عبر الدولية[1]"، وباختلاف التسميات كثرت معها التعريفات الموجهة للقواعد المادية[2].

نشأت القواعد المادية للتجارة الدولية خارج الإطار الرسمي لمؤسسات الدولة[3]، فتعرف أنها لا تتقيد بحدود وقيود النّظم الرسمية في الدولة[1]، وينتج عن هذا الوضع

وجد فلابد أن يقابله القانون المعنوي، وهذا الأخير يختلف عن القانون الوضعي لأنه يعبر عن الضمير والأخلاق، أما الجانب الذي يركز على مصطلح "المادية" يبرر رأيه على أن القواعد المعنية بتنظيم العلاقات الخاصة الدولية قد لا تقتصر على ما تضعه الدول وتطبقه بصفتها صاحبة السيادة والسلطان كما في العلاقات الداخلية، للمزيد من التفاصيل أنظر: **فراس كرم شيان**، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (**Lex electronic**)، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2016، ص 382.

[1]– وصف على أنه قانون عبر الدولي، وهو ما يختلف عن القوانين الداخلية والدولية، وتم التطرق لتعريفه اصطلاحا ولغة في الهامش رقم 01، أنظر في هذا للتفصيل : **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 132.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 109.

– منها القانون الإلكتروني lex elecronica، وقانون المعلوماتية lex informatica، والقانون الافتراض lex virtual، والقانون الرقمي lex numerica، وقانون الأنترنت lex net، وقانون الاتصالات jus communication، وغيره من المصطلحات، بينما يميل اتجاه آخر إلى تسميتها على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية، فيطلق عليها تسمية القانون الطائفي lex corporative، والقانون التجاري عبر الدول Droit commercial transational، وقانون فوق الدول Droit supernational، وقانون التجار الجديد neo lex mercatoria، وكذا قانون التجار الرقمي lex mercatoria numerica، وأنظر:

- **THOUMYRE Lionel**, Op.cit, p. 08.

[3]– إن الحديث عن كيفية خلق وصياغة القواعد القانونية في مجال عقود التجارة الدولية يعكس مفهوم مثالي مضمونه أن القواعد المادية الموحدة للمعاملات التجارية الدولية تعبر بالضرورة عن مصالح جميع أعضاء الأسرة أو الجماعة الدولية، ولذلك تساهم جميع الدول في نشأة هذه القواعد بدرجة أو بأخرى وفقا لمبدأ المساواة في السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية خاصة وأن ضروريات الأمان القانوني الذاتي للتجارة الدولية فرضت نفسها بقوة بحكم أن سلطات الدولة لا يمكن أن تمارس في المجال الدولي بنفس السهولة الموجودة على المستوى الداخلي، **تطرق إليها بالتفصيل: ظهور وتطور القواعد المادية للتجارة الدولية**، أنظر: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم

عدم الاعتماد على اعتراف السلطة العامة بها في مباشرة أعمالها، وضعت من أجل تسهيل طرق الوصول إلى الحلول[2]، تكون موضوعية لمشاكل التجارة الدولية[3]، ظهرت أيضا بعيدة عن القواعد الوطنية وتكون منبتة الصلة بها، وأحكامها وأسسها تستمدها من العادات والأعراف التجارية الدولية[4]، فهي تتكفل بوضع تنظيم مباشر للروابط القانونية الدولية[5]، فجاءت أساسا كبديل لقواعد تنازع القوانين المعتمدة على روابط وطنية جامدة[6].

السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص 82، أنظر كذلك في نفس الموضوع: **سمير دنون**، مرجع سابق، ص 222.

[1]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 60-61.

- وهذا بالرغم من أن هذا القانون يتمتع بصفة الدولية نظرا لطبيعة المعاملات التي يحكمها، إذ تتميز بطابع عابر للحدود وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت، وتتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها، وتتصل بمصالح التجارة الدولية. أنظر: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع نفسه، ص 60-61.

[2]- توصف القواعد الموضوعية عبر الدولية بأنها نظام قانوني مستقل عن إطار القانون الدولي الخاص، وضع في الأساس بعد تصور مجتمع خاص بالتجار ورجال الأعمال عبر الحدود، وجود مجتمع متماسك ومتجانس، له قواعده التي تنظم العلاقات بين الأفراد، كما أنها –وهو الأهم في وجود هذه القواعد المادية– تجد احتراما من جانبهم لتحقيق مصالحهم وتوفر لهم الأمن والأمان، أنظر: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 100.

[3]- تعد المسائل الأكثر تغطية بمثل هذه القواعد الجديدة والأكثر أهمية واستخداما تتمثل في عقد البيع الدولي، لكن تبقى الجهود المبذولة لتحقيق تواجد موسع ناقصة ولم تغطي كافة النطاقات المطلوبة، إلا أن ما يجعل من هذه القواعد تحتل مكانة واسعة هو تطور المساحة التي تغطيها يوما بعد يوم رغم الحاجة إلى منهج التنازع في بعض الحالات، أنظر: **إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي**، مرجع سابق، ص 541.

- La lex mertcatoria reglemente le commerce international, il s'agit des usages et coutumes développées dans la pratique d'une activité, voir : **BOUTROS Mickael**, le droit de commerce électronique, une approche de la protection du cyber consommateur, thèse de doctorat, Université de Grenoble, PARIS, 2014, p 36.

[4]- المباشرة في تطبيقها على النزاع المطروح يكون دون حاجة أن تكون محل اختيار من قبل الأطراف صراحة أم ضمنا كونها تتمتع بقوة إلزامية ذاتية – بالرغم من وجود خلاف حول ذلك– لا حاجة لها أن تستمد وجودها من إرادة الأطراف راجع في هذا الموضوع: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 102.

[5]- **إبراهيم عبيد على آل علي**، العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2010، ص 430.

[6]- **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 90.

أولا: النظرة الفقهية للقواعد المادية للتجارة الدولية

عرفها الأستاذ "عبد الكريم سلامة" بأنها: " مجموعة القواعد التي تضع مباشرة حلولا موضوعية لمشاكل العقود الدولية[1] للتجارة، والتي لا تختلف بذلك عن قواعد الإسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص"[2]، فهي تشكل على هذا النحو قواعد موضوعية تستقي مبادئها من مصادر متعددة وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية[3]، وذلك على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة، فالقاعدة المادية هي قاعدة موضوعية تنطوي عن حلول مباشرة للنزاع خلافا لقاعدة التنازع[4]، كما أنها قواعد قانونية، ملائمة، وواقعية في حلولها[1].

– يعتبر اللجوء إلى قواعد التنازع ضرورة إلا أنها تسيء فهم مستجدات التجارة الدولية وتعكس مصالح التجار ولا تراعي حركة تطور التجارة، أنظر في هذا الموضوع: **سمير دنون**، المرجع السابق،ص 224، أنظر أيضا في الموضوع نفسه:

- **RAYNARD Jacques**, Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise, Edition LexisNexis, PARIS 2012, p, 404.

[1]– ظهر هذا التدويل من خلال القواعد المادية التي تنظم علاقات القانون الخاص التجارية العابرة للحدود، أي التي ترتبط بدول مختلفة، فهي تنظم العقود الدولية بصفة مباشرة استقلالا عن كل قانون وطني، تطرق لهذا التعريف: **أحمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009، ص 468.

[2]- La règle matérielle internationale doit être distinguée de la règle de conflit, autre type de normes spécialement crées pour régir les relations internationales, voir : **Eric LOQUIN**, L'application des règles matérielles internationales par les arbitres du commerce international, Colloque du Mans, Université du Mans, Édition L'EPITOGE, Paris, 2012, p 29.

[3]– **محمد حسام محمود لطفي**، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، 2002، ص 18.

[4]– وهذا لاعتبارين إثنين: **أولهما** أن هذا النوع من القواعد والحلول يتواءم مع الروابط الدولية كونها معنية أساسا بعلاقات خاصة دولية، فتخرج بذلك القواعد المنظمة للعلاقات الدولية العامة من نطاقها، **وثانيهما** أن هذه القواعد تتميز بدورها عن القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر التي تتضمن أحكاما داخلية محضة يمكن أن تمتد إلى نطاق العلاقات الدولة، تطرق إليهما: **محمد بلاق**، حدود مساهمة القواعد المادية...، مرجع سابق، ص 26.

– يتساءل **الأستاذ محسن شفيق**، قائلا: "**كيف يطمئن أطراف عملية تجارية ذات طابع دولي على حقوقهم إذا كانوا لا يعلمون مقدما إلى أي قضاء يقدمون ما قد يثور بشأنها من نزاع وأي قانون يطبق عليها، وبفرض إمكانية تعيين هذا القانون مقدما فإنه سيكون على أي حال قانونا وطنيا غير معد لمواجهة التجارة الدولية، فيكون غريبا على أحد طرفي النزاع لم يكن غريبا عليهما معا**"، ويضيف ويقول: " **هذا القلق ليس في صالح**

تعرف كذلك على أنها القواعد الموضوعية أو المادية التي" تضع أحكاما موضوعية خاصة بالعلاقات الدولية[2]، وهي تشكل قانونا خاصا، ويؤخذ في الاعتبار الصفة الدولية للرابطة كي يخضعها لنظام قانوني مختلف عن ذلك الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة"، كما جاء في تقرير الأمين العام للأمم المتحدة لسنة 1965 [3] "بأن مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص، والتي تجري بين دولتين أو أكثر هو ما يشكل قانون التجارة الدولية"[4].

اصطلح الفقه الغربي على القواعد المادية الدولية بمصطلح Lex mercatoria كمرادف لقانون التجارة الدولية[5]، كما استعمل البعض – إلى جانب مختلف

التجارة الدولية بل هو من معوقاتها، وإذا كان التقارب بين الشعوب وإقامة السلام فيها هما أسمى ما يبتغاه الفكر البشري، فإن استقرار المعاملات التجارية الدولية وتنشيطها وإشاعة الثقة فيها من خير الوسائل لبلوغ هذه الغاية، ولما كان تباين التشريعات الوطنية مما يعوق التجارة الدولية، فقد بذل علماء القانون منذ القدم الجهد لاتقائه"، أشار إلى هذه الآراء: **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، مرجع سابق، ص 107.

[1]– **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 102.

[2]– سميت لأول مرة بقانون التجارة الدولية في المؤتمر الأول لغرفة التجارة الدولية لسنة 1920، مشار له لدى، شريف هنية، إعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، عدد 02 لسنة 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص 148.

[3]– جاء هذا بعدما عرفت الأمانة العامة للجمعية العامة بهيئة الأمم المتحدة قانون التجارة الدولية عند البحث في إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية سنة 1965، بتعبيرها أنه: "مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص، والتي تجري بين دولتين أو أكثر"، مشار له لدى: **سامي مصطفى فرحان**، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 33.

[4]– ذهب من جهته الأستاذ (**E.LAMBER**) إلى القول أن "القانون المهني والتعاوني لا يبدو في الوقت الحاضر كأنه ملحق وامتداد للقوانين التشريعية أو القضائية وإنما قواعده"، شكل كائنا قانونيا مستقلا أنشأته الجماعات التعاونية من أجل استعمال أعضائها، وهو في تنافس مع القوانين التي يشيدها رجال القانون، وهي تتمتع في الأوساط التي يكون فيها تنظيم التجارة أكثر تقدما بوسائل فعالة للدفاع عن استقلالها النسبي، تطرق إلى هذا الموضوع: **سعد الدين أمحمد**، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007، ص 90.

[5]– **سمير دنون**، مرجع سابق، ص 222.

المصطلحات المذكورة سلفا- مصطلح القانون غير الوطني، ينظم العلاقات التي تتجاوز حدود الدول المختلفة بين الأفراد والشركات، الدول، المنظمات الدولية وغيرها، وتأتي استجابة للعلاقات الدولية الجديدة المتنوعة نتيجة العولمة وتداخل العلاقات بينها[1].

عبر جانب آخر من الفقه في تعليقه على القواعد المادية المشكلة للقانون الموضوعي أن القانون العالمي الناشئ هو النظام القانوني بحد ذاته، والذي يجب عدم قياسه مقارنة بمعايير النظم القانونية الوطنية، فهو قانون يتمتع بسماته الغريبة وقانونه الناضج[2] والذي يميزه عن القانون التقليدي للدول، وهو قانون جاء في إطار التطور

---

[1]- ففي الحالة التي يثار مثلا التساؤل حول شرط الذهب في عقد دولي، فإن هذا التساؤل يتم حله بالرجوع إلى القاعدة المادية المعروفة التي تقضي بصحة هذا الشرط في نطاق العقود الدولية، وهذا بصرف النظر عن القانون المختص وفقا لقواعد تنازع القوانين، ذلك أن مقتضيات التجارة الدولية تستوجب اطمئنان المتعاملين فيها إلى القيمة الاقتصادية الحقيقية التي ستعود عليهم نتيجة إبرام عقدهم التجاري الدولي، ليصبح من حق هؤلاء تضمين عقودهم شرط الذهب الذي من شأنه تحقيق الغاية المقصودة، فتغليب القواعد المادية على قواعد التنازع وفقا لهذا الرأي، يعود إلى طبيعة هذه القواعد التي وضعت أساسا لحكم الروابط الخاصة الدولية، مما يقتضي التسليم بسموها على قواعد القانون الداخلي الذي تشير إلى اختصاصه قواعد التنازع، فكرة مستمدة من: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 88، أنظر أيضا: **عبد الرسول عبد الرضا**، القواعد الخاصة للقانون الدولي الخاص، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، السنة السادسة، دون ذكر سنة النشر، بغداد، ص 209.

- استعمل الفقيه "**فوشار**" تسمية " **القانون المشترك بين الدول**" للتعبير عن القواعد المادية للتجارة الدولية، مشار له لدى، **شريف هنية**، مرجع سابق، ص 148.

[2]- تتميز أكثر بصفة التنظيم السلس والتطبيق المباشر، وهو ما يؤهلها دون شك لاستيعاب المقتضيات المعاصرة للتجارة الدولية وتحقيق الأمان القانوني لها، فقد أخذت هذه القواعد اهتمامات الفقه العالمي والمبادرات التشريعية الداخلية والدولية، وإسهامات القضاء الوطني وعادات وأعراف التجارة الدولية، ما جعل منها أرضية خصبة للانطلاق في البحث عن حلول موضوعية لمشاكل ومنازعات عقود التجارة الدولية، خاصة مع بروز أفكار وأنماط جديدة على بساط البحث والتطبيق لتسهم جميعها في تشييد هذا المنهج وتوسيع نطاق تطبيقه، لتواكب المتغيرات العالمية الجديدة التي فرضت نفسها خلال الحقبة الأخيرة إثر وجود التقنية وهيمنتها على آلية نفاذ النشاط التجاري في ميدان التجارة العالمية، فكان من شأن ذلك أن خلق تحديات جديدة أمام النظم القانونية القائمة استوجبت الوقوف

الذي تشهده التجارة الدولية، وهذا التطور له مسار طويل عبر التاريخ وليس وليد الحاضر[1]، ويمكن تفسير هذه السمات بالتمييز ضمن المجتمع العالمي ذاته، في حين أن القانون العالمي يفتقر للدعم السياسي والمؤسسات على المستوى العالمي لأنه مندمج بشكل وطيد مع العمليات الاجتماعية والاقتصادية المعولمة[2].

تعبيرا عن مختلف تنظيمات هذه القواعد المادية، يمكن تعريفها بصفة عامة بأنها: " مجموعة من القواعد الموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي أو العالمي، الموجودة أصلا والمعدة خصيصا لتعطي حلا مباشرا ينهي النزاع، أو يتفاداه في علاقة خاصة ذات طابع دولي"[3].

يتفق اغلب الفقهاء على أن القاعدة الموضوعية هي التي تمنح حلا مباشرا الواجب التطبيق على موضوع العلاقة القانونية، فجاءت لمواجهة حالات جديدة في مختلف المعاملات التجارية المبرمة، وتأكد المجتمع الدولي أنه في حاجة لمثل هذه القواعد لمسايرة التطور الكبير الذي يشهده العالم اليوم[4]، أو لحل النزاع إن كان هناك

أمامها لتقييم مدى الحاجة لإيجاد تنظيم جديد لها، أنظر في هذا الموضوع: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 83.

[1]– ففي عهد القانون الروماني أقر الفقه عدم ملائمة القانون المدني (**JUS CIVIL**)الخاص بالرومانيين للعلاقة التي تتم بين الأجانب والرومانيين الأصليين، أو بين بعضهم البعض فعملوا على إيجاد قانون الشعوب(**JUS GENTUIM**)، وفي العصور الوسطى في الوقت الذي انعدم فيه حرية التعاقد ظهر مبدأ سلطان الإرادة على يد (**DUMOULIN**) وازدهر هذا المبدأ تحت تأثير فلسفة (**KANT**) ثم بدأ يتراجع بعد تأثير تدخل الدولة، أنظر في هذا السياق: **سعد الدين أمحمد**، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانون والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007، ص 97. كما تطرق لهذا الموضوع أيضا:

- **SOUBEYRAND Nicolas**, Les Règles du commerce mondial, 4 éme édition, édition Lextenso, L.G.D.J, PARIS, 2008, p. 89.

[2]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، مرجع سابق، ص 110.

[3]– **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 140.

[4]– فحاجات وخصوصيات المجتمع الدولي تجاهلته قواعد الإسناد، وهذا ما يتعارض مع الفكرة الاجتماعية لعلم القانون بوجه عام، فيؤكد علماء الاجتماع القانوني، أن القانون ظاهرة اجتماعية وجدت لتواجه صعوبات الحياة في المجتمع، وأن هذه الأخيرة تختلف من مجتمع لآخر، الأمر الذي يعني أن القواعد القانونية التي تحكم كلا

خلاف بين الأطراف المتعاقدة، فالتعريف الفقهي لمجموع هذه القواعد هو أنه: "مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيما قانونيا، وحلولا ذاتية لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة"[1].

تطبق هذه القواعد دون حاجة إلى منهج قاعدة الإسناد[2]، بحكم أنها تشكل نظاما قانونيا يشكل في عناصره الجوهرية قانونا مستقلا[3]، فبمجرد وجودها تكون واجبة التطبيق في جميع الدعاوى المتعلقة بالمسائل التي تنظمها، فهي قواعد متداولة في أوساط التجارة الدولية، وظهرت نتيجة ترسيم عادات وأعراف مشكلة من العديد من

المجتمعين "الداخلي والدولي" وإن اشتركت في الأساس الفلسفي لها تكون دائما مختلفة، وبالتالي فإنه لا يمكن افتراض التطابق بين مشكلات الحياة الداخلية ومشكلات الحياة الدولية لتبرير نقل القواعد الخاصة بالحياة الداخلية إلى ميدان الحياة الدولية، أشار إليها: **محمد أحمد علي المحاسنة**، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، تاريخ المناقشة 2006/05/17، الأردن، ص 138.

[1]– فالواقع أن القانون الموضوعي للتجارة الدولية، يتشكل مما درج عليه العمل في ميدان التجارة الدولية والعادات والعقود النموذجية، والتي تستخدم على نطاق واسع والتي ينتظر رجال الأعمال في التجارة الدولية من المتعاقدين أن يلتزموا بها، وهي عادات وعقود أرستها وأعدتها منظمات ذات طابع دولي، كغرفة التجارة الدولية، اللجنة الاقتصادية الأوربية، جمعيات التجارة الدولية وغيرها من المنظمات غير الحكومية التي تبنت هذه القواعد، أنظر: **الموهاب فيروز**، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص 159.

[2]– اعتبر البعض من الفقه الحديث، منهج تنازع القوانين منهجا زائفا وأعمى، لافتقاده للروح الدولية وقصوره عن حكم روابط التجارة الدولية التي تستدعي التدويل، بالإضافة إلى ما تتصف به القواعد السابقة من كونها لا تظهر فعاليتها إلا أمام القضاء، وقيامها على أساس تقسيم جغرافي لا تعترف به البيئة الافتراضية التي تأبى الخضوع لقواعد وجدت لحكم عالم مادي ملموس، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 430.

[3] - Selon le célèbre article de Berthold Goldman, en 1964, dans lequel il évoquait l'idée que la lex mercatoria puisse constituer un système juridique, voir sur ce sujet : **SCHULTZ Thomas**, Réguler le Commerce Electronique par la Résolution des Litiges en Ligne, Edition BRUYLANT BRUXELLES, L.G.D.J, PARIS, 2005, p467.

الدول، لتقدم الحل الموضوعي المباشر للنزاع القائم والمعروض أمام الهيئات القضائية للفصل فيه[1].

عرفها الدكتور: "سامي مصطفى فرحان" على أنها: "مجموعة القواعد القانونية العابرة للحدود والتي تهدف إلى توحيد القواعد الموضوعية وقاعدة الإسناد، وذلك لتعيين القانون الواجب التطبيق، لتتناسب وخصوصية وتطور العقود التجارية الدولية"[2]، وفي تعريف آخر:" أنها تتضمن القواعد القانونية لتعاملات المؤسسات التجارية عبر الدولية، والعلاقات المالية المصاحبة لتلك التعاملات، كما أنها تعبر عن النظام القانوني الذي يضم القواعد التي تحكم ذاتية العقود، والتي بواسطتها تجري فعلا المعاملات التجارية الدولية"[3].

ثانيا: النظرة الموضوعية في تعريف القواعد المادية للتجارة الدولية

تتمثل هذه الأخيرة – أي القواعد المادية– في تنظيم قانوني حرّ دون الرجوع إلى نظام قانوني خاص بدولة معينة[4]، فيتم تقنين وترسيم العادات والأعراف المشكلة لها في صورة عقود نموذجية مثلا، تختص بكل مهنة أو تجارة، أو يتم صياغتها في قواعد موحدة بواسطة الاتفاقيات الرامية إلى توحيد قواعد التجارة الدولية، ولا توصف بكونها قواعد داخلية أو دولية، فهي توصف بكونها قواعد عبر الدولية لانتمائها لمجتمع الأعمال عبر الدولية الذي تتميز أنشطته بنقل القيم الاقتصادية عبر الدول[5].

---

[1]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 242-243.

[2]– وحول تعريفات فقهية أخرى من بينها تعريف الفقه(FAUCHARD)، أنظر: **يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية، من 26 إلى 28 أغسطس 2014، عمان، 2014، ص 98.

[3]- **سامي مصطفى فرحان**، مرجع سابق، ص 34.

[4]– **محمد طارق**، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مقال مستمد من الموقع الالكتروني التالي : www.alkanounia.com، أطلع عليه بتاريخ 2017/04/12 على الساعة 22 hص 02.

[5]– **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 99.

ينتج عن فكرة تقديم الحلول المباشرة، في ظل تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية تطبيقا مباشرا، وهذا يكون باستبعاد اللجوء إلى منهج تنازع القوانين[1]، وهذا التطبيق المباشر يحل محل البحث عن القانون ومنهج التنازع كلية[2]، وكذا في حالة نقص نصوص القانون الوطني والتي يتطرق إليها غالبا المحكمين، فيستعينون ببعض القواعد المتعلقة بالأعراف والعادات السائدة في مجال العقود، وفي بعض الحالات يتم استبعاد تطبيق القانون الوطني كليا وتطبيق محله القواعد والأعراف الدولية[3].

تسمى القواعد المادية من جانب آخر، أنها القواعد التي تجهز مباشرة النظم المادية للعلاقات المعنية ذات الطابع الدولي، وهي تظهر في صورتين، إما على شكل قواعد ذات تطبيق ضروري أو قواعد متعلقة بعقود التجارة الدولية[4]، لكن تبقى أنها

---

[1]– جاءت هذه الرغبة في إبعاد منهج التنازع بعد تغير الطابع الخاص للعلاقات الاقتصادية الدولية، فأصبح اتجاهها يسعى لإبعاد عقودها من سلطان النظم القانونية الوطنية، وخضوع هذه العقود إلى تنظيم ذاتي يجد أساسه في عادات وأعراف التجارة الدولية، وكذا مختلف السلوكيات التي تسري بين مجموعة من الأشخاص المشكلين للمجتمع المهني للتجار، فهذا التطور في المعاملات الاقتصادية أدى إلى ظهور مجتمع يتميز بذاتية خاصة به، أنظر في هذا الموضوع: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 101.

[2]– ظهرت بصفة واضحة عدم فعالية منهج التنازع التقليدي في اتخاذ الحلول التي تتلاءم مع طبيعة القواعد التي تسير عليها عقود التجارة الدولية، الإضافة إلى تنوع أنماط هذه التجارة، باعتباره يؤدي في الكثير من الحالات إلى تطبيق أحد القوانين التي وضعت أساسا لحكم العلاقات الداخلية، أنظر في هذا الموضوع : **سعال حسينة**، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر في العلاقات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/05/21، ص 103.

[3]– **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 103.

[4]– فالأولى وضعت أصلا لتنظيم الشؤون السياسية والاقتصادي والاجتماعية في داخل الدولة، أي أنها خصصت لتحكم العلاقات الوطنية، لكن التطبيق العملي لها أكسبها مرونة فامتدت لتحكم العلاقات الدولية، إضافة لحكمها ابتداء العلاقات الوطنية فهي قواعد حامية حاذفة لكل قواعد تزاحمها، ومن أمثلة هذه القواعد نجد، القواعد المعنية بتنظيم شؤون العمل وعلى وجه التحديد فيما يتعلق بتحديد ساعات العمل وأجور العمال، وظروف العمل وجنس وسن العامل وجميع حقوق العامل بوصفه ضعيفا في هذه المعادلة، كما توصف بكونها قواعد إقليمية التطبيق ومنها قوانين الضريبة أي أن سريانها يتحدد بحدود جغرافية معينة لا تمتلك الامتداد خارج هذه الحدود، بمعنى أن هذه القواعد تحدد نطاق القانون من الناحية المكانية، راجع في هذا الموضوع: **عبد الرسول عبد الرضا**، فعالية المركز العالمي للأشخاص بناء على قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة السادسة، جامعة بابل، بغداد، 2014، ص 209.

تعد من القواعد الموضوعية التي تطبق بشكل فوري ومباشر[1]، فالقواعد المادية للتجارة الدولية تتعلق بنوع معين من العقود وفئة من الأشخاص، لذلك منحت لها صفة قواعد نوعية بالنظر إلى العقود التي تكون موضوع تطبيقها، إذا تصبغ بالطبيعة التجارية الدولية، كما أنها قواعد فئوية بالنظر إلى أنها تنظم العلاقة بين فئة التجار على المستوى الدولي[2].

يشمل هذا القانون على قواعد تسري على علاقات قانونية معينة، وهي العلاقات التجارية الدولية، فكشفت الدراسات الحديثة ذات الصيغة الواقعية على وجود جماعات من المتعاملين على النطاق الدولي، تقوم بمباشرة التجارة الدولية بل واحتكارها في كثير من الأحيان، على أساس قواعد من صنعها استقرت وصارت ملزمة لأعضاء الجماعة في معاملاتهم الدولية دون تدخل من جانب السلطات من مختلف الدول، لسنها أو فرضها وضمان تنفيذها، وعلى ذلك فإن عقدا من العقود قد يخضع في جميع أجزائه للقواعد المرعية في المعاملات الجارية بين المتعاملين[3].

اعتبرت كذلك، أنها بمثابة قانون يعلو فوق قانون الدول ويجسد على أرض الواقع قانون التجار[4]، فيقصد منها أيضا الأصول والقواعد التي استقرت في التعامل التجاري الدولي، والتي تحكم العقود والمعاملات التجارية الدولية الخاصة، فهذه القواعد المشكلة

---

[1]– فالتنظيم الذي تحتويه تلك القواعد عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات المختلفة على المستوى الدولي، متميزة ومستقلة عن التنظيم الداخلي، **أحمد ولد محمد المصطفى**، العقد الالكتروني في القانون الدولي الخاص، مقال منشور على الموقع التالي: www.eddamir.info/index.php أطلع عليه بتاريخ 2017/05/08 على الساعة h10 ص 12.

[2]– **عبد الرسول عبد الرضا**، مرجع سابق، ص 208.

[3]– **طالب حسن موسى**، مرجع سابق، ص 54.

[4]– ترجع هذه القواعد إلى تجارة العصور الوسطى من خلال تجمع التجار في الأسواق والموانئ في بعض مدن غرب أوربا، وهي قواعد لم تتكون من عادات وأعراف تجار تابعين لدولة معينة، وإنما كانت تجسيدا حقيقيا لما يسود من عادات وأعراف في جميع الدول، فيما عرفت هذه القواعد فيما بعد باسم قانون التجار، lex mercatoria، أنظر في هذا السياق: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 81، أنظر كذلك في موضوع عيوب قواعد الإسناد: **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 138.

من عادات وأعراف تجار تابعين لعدة دول فهي قواعد جاءت تجسيدا لأعراف وعادات التجار في الأسواق من جميع الدول[1].

تسمى القواعد المادية للتجارة الدولية، في أغلب الأحيان "قانون التجارة الدولية"، والذي عرّفته الأمانة العامة للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، عند البحث في إنشاء لجنة أحكام قانون التجارة الدولية لعام 1965، أنه: " ***مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر*** "[2].

يظهر من هذا التعريف، العلاقة المترابطة بين قانون التجارة الدولية والقانون الدولي الخاص، فإن كان الأول يهدف إلى إيجاد قواعد موضوعية في شأن العلاقة القانونية التي تتخذ من التجارة الدولية مجالا لها، فنجد القانون الدولي الخاص يهدف إلى وضع قاعدة إسناد عند تنازع القوانين[3]، والتي تحكم علاقة معينة، أي تعيين القانون الواجب التطبيق في مجال تنازع القوانين على العلاقة القانونية موضوع النزاع.

ينتج عن كل هذه الموضوعية، الخصوصية والاستقلالية للقواعد المادية أنها تشكل المثال الأنجع لقانون بدون دولة، فهذا القانون يتجاوز النظرية الاقتصادية، ليس

---

[1]– **نغم حنا رؤوف**، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد رقم 16، العدد 01، سنة 2009، ص 348.

[2]– أشار إليه: **محمود سمير الشرقاوي**، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 04، أنظر أيضا:

- La lex mercatoria est le « droit spontané » développé à partir des usages et coutumes, chronologiquement et rationnellement, les usages et coutumes sont la base de la lex mercatoria, voir : **Martin. H. Godel**, Op-cit, p 10.

[3]– **هشام صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1990، ص 64. ولإظهار أهمية مبدأ تنازع القوانين، أضاف في الصفحة نفسها :

– أن موضوع تنازع القوانين في مسألة العقود الدولية، كان ولازال من أحد أهم الركائز القانونية المعتمدة في موضوعات القانون الدولي الخاص وأكثرها دقة على الإطلاق، فالمعاملات التجارية ولسهولة سير أهم مراحلها، القيام بالتحديد المسبق للقانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك نظرا للتزايد الهائل في تنوع صور وأشكال المعاملات التجارية سواء في موضوعها، أطرافها ووسائل قيامها.

الاقتصاد فحسب بل القطاعات المتعددة للمجتمع العالمي، والتي تطور قانونا عالميا خاصا بها، وهي تفعل ذلك بمعزل عن الدولة نسبيا، وعن سياسات الدولة والقانون العام الدولي[1].

الفرع الثاني

تعريف القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية

(القانون الموضوعي الالكتروني).

أدى تطور المنظومة المعلوماتية وطرق إبرام العقود التجارية الدولية ومواكبتها للتطور التكنولوجي، إلى ظهور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي تتماشى بالضرورة مع العرف الجديد المعمول به في ساحة التجارة الدولية الحديثة، ألا وهي معاملات التجارة الالكترونية[2].

ازدادت مهمة البحث عن إيجاد تنظيم قانوني غير مقيد بقواعد القوانين الوطنية مع تطور معاملات التجارة الإلكترونية، خاصة من خلال البحث عن " قانون وجهة قضائية مختصة" في حالة وقوع نزاع بين أطراف من دول مختلفة، وكذا من خلال مطالبة المؤسسات والمنظمات المعنية بحركة التجارة الإلكترونية بإيجاد تنظيم قانوني يحكمها[3]، والذي يعمل على وضع تنظيما موضوعيا مباشرا خاصا ومستقلا عن

---

[1]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، مرجع سابق، ص 109.

[2]– تتميز هذه القواعد المادية عبر الدولية بأنها ظاهرة واقعية، ترصد واقعا معينا، بدأت جذورها مع بداية استخدام الشبكة الدولية في غير الأغراض العلمية في بداية التسعينات، تم إبراز هذه الصفة لدى: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 133.

[3]– كانت أولى الأفكار لتبسيط القواعد التي تحكم التجارة الدولية مجموعة العمل التي شكلت في إطار اللجنة الاقتصادية لأوربا لدى الأمم المتحدة، التي كانت مهمتها تسهيل إجراءات التجارة الدولية وتغيير اسمها إلى "**مركز تسهيل إجراءات وأعمال الإدارة والتجارة والنقل**"، وذلك في السابع من فبراير 1997، وفي بداية عملها تركزت جهودها حول تطوير التجارة الدولية بطريق النقل البحري خاصة ما تعلق بسندات الشحن، وفي عام 1989 أصدرت هذه اللجنة عدة توصيات، كان أهمها استخدام التقنية المعلوماتية في مستندات النقل، وهذا من خلال التركيز على أربعة محاور تتمثل في كل من: تطوير التجارة الدولية، تكلفة المستند ومعاملته، السرعة المتزايدة للنقل

الحلول المستمدة من القوانين الوطنية للمعاملات المختلفة[1] وهذا بالنظر إلى صفتها الدولية، فالتنظيم المطلوب هو الذي يحتوي على مجموعة من حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي ومتميزة عن تلك التي تحكم العلاقات الوطنية، وتشكل بالتالي قانونا ذاتيا مستقلا بالمقارنة مع القانون الداخلي[2].

أولا: تنوع فقهي في تعريف القانون الموضوعي الالكتروني

أصطلح على هذه القواعد المادية أيضا بمصطلح القانون الموضوعي الإلكتروني، ويعرف على أنه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية[3]، وكذا القواعد التي

والغش البحري، أشار إليها: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 432، تطرق للموضوع نفسه أيضا:

- **Jacques Raynard,** *Op cit*, p 406.

– كما كشفت الدراسات عن الأصل التاريخي للقواعد الموضوعية، إذ عرفتها جميع الحضارات القديمة وإن كانت معرفة محدودة المصادر وضيقة التطبيق، بسبب العزلة التي فرضتها الحروب على الشعوب، وكنتيجة لذلك أصبحت الغلبة للإقليمية القانونية ولهيمنة مناهج قواعد الإسناد، ثم تولى الإسهام المعرفي لبلورة منهج القواعد الموضوعية، راجع ذلك تفصيلا: **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، تنظيم عقود التجارة الدولية الإلكترونية، "دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية"، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، الأردن، 2006، ص 92.

[1]– وهي الحلول التي تخرج بالمفهوم الواسع عن إطار قواعد تنازع القوانين، والهروب أو الاستنجاد بقواعد مرنة قادرة على استيعاب التجارة الإلكترونية واحترام خصوصية التجارة الدولية بشكل عام، والتي تعمل على تأمين إطار قانوني متكامل قادر على استيعاب معاملات التجارة الإلكترونية، راجع للتفصيل في هذا الموضوع: **سمير دنون**، المرجع السابق، ص 225.

[2]– **أحمد ولد محمد المصطفى**، العقد الإلكتروني في القانون الدولي الخاص، مستمد من الموقع الالكتروني التالي : www.eddamir.info/index، أطلع بتاريخ 2014/01/16 على الساعة 22:29، ص 12.

[3]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 47. وانظر كذلك:

- **GRAHAM James Alexander**, *Op.cit*, p. 320.

– **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 167.

تشكل ما يسمى بالقانون الخاص بالمعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت[1]، أو التي تكون محل تطبيق على مختلف مظاهر النشاط التجاري عبر شبكة الإنترنت بصفة مستقلة عن النظم القانونية المختلفة[2].

تتميز كذلك بطابعها غير الرسمي للتطبيق في نطاق التجارة الإلكترونية[3]، كما وصفها البعض بأنها مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا، أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية، فعملت العديد من الهيئات على مساندتها والدفاع عنها[4] فهي مستوحاة من الميدان التعاقدي لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الإلكترونية[5].

يجد هؤلاء الأنصار أو الأشخاص المتعاملين في هذا الفضاء وفي هذا التعامل الإلكتروني مجالا خصبا في الدفاع عن تصورهم في حاجة التعامل الدولي للقواعد الموضوعية حتى دون قواعد الإسناد، وفي هذا الجانب يقول جانب من الفقه، بأن:

---

[1]- **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 12.

[2]- **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 134.

[3]- وصفت بذلك لانتمائها لمجتمع شبكة الإنترنت الذي نشأ بعيدا عن القانون الوطني والقانون الدولي العام، هذا المجال الذي يتميز بتدفق المعلومات، وحركة الأموال بكل حرية عبر الدول، مما أدى إلى تطور الحياة الاقتصادية، وازدياد التجارة الدولية عبر الحدود، وبفضله كذلك ظهرت مفاهيم جديدة مثل: الاقتصاد الرقمي، البضائع الافتراضية، التوقيع الإلكتروني، والحماية الخاصة للأفراد، والاعتداء على الحدود الإلكترونية، مشار لها لدى: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 133.

- جاءت بعيدة عن حلول القوانين الوطنية، إضافة إلى مسايرتها لمجتمع قوامه السرعة في التعامل، والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات، من خلال شاشات الحواسب، وإلمامه بالمصطلحات التكنولوجية التي تكون قابلة للتطوير والنمو اللازم لملاحقة الإنترنت، أنظر: **حابت آمال**، التجارة الإلكترونية في الجزائر...، مرجع سابق، ص 503.

[4]- **سمير دنون**، مرجع سابق، ص 225، 226.

[5]- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 201.

"هناك اعترافا متناميا بأن قواعد اختيار القانون الموجودة قد لا تكون مناسبة في حالة التعاقد عن طريق الإنترنت[1].

ذهب البعض، إلى تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني أنه قانون موحد للمعاملات الإلكترونية يجعل القانون يعاصر التقدم التكنولوجي، والتغيير السريع في طبيعة الانترنت، وهو القانون الذي يؤخذ به لحل موضوع النزاع القائم بين المتعاقدين ويكون غير مرتبط بمكان معين، وينادي هذا الاتجاه إلى ضرورة تنظيم هذا القانون على غرار قواعد قانون التجارة الدولية المعمول به في المعاملات التجارية الدولية[2]، لتصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها أو مكوناتها قانونا عالميا، ليمثل المرجع الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخلافات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية دون الدخول في إشكالات تنازع القوانين.

يبقى القانون الموضوعي حسب تقدير الدكتور "عمر سعد الله" في أن المفهوم الأكثر تعبيرا عما يتضمنه هذا القانون أنه: "مجموعة القواعد الموضوعية بشأن تنظيم صنوف التجارة الدولية التقليدية منها والإلكترونية، وتنظيم العقود الدولية للتجارة، ووسائل حل نزاعاتها، والمسؤولية المترتبة عن المعاملات التجارية في عصر العولمة، وبالتالي لا تهم المفاهيم الضيقة ولا الواسعة، ولا نمط الموضوعات التي تندرج في نطاق هذا القانون"[3].

ثانيا: التعريفات النظرية للقانون الموضوعي الإلكتروني

تتمثل هذه القواعد في جملة العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي، وعملت الهيئات الحكومية والمستخدمين في مجال تكنولوجيا

---

[1]– ففي عام 1996 انعقدت طاولة مستديرة لموضوع التجارة الإلكترونية تحت رعاية مؤتمر "Hague" لاهاي للقانون الدولي الخاص وجامعة جنيف لبحث هذا الموضوع، راجع في هذا: **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، المرجع السابق، ص 110.

[2]– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص، 312.

[3]– **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة...، مرجع سابق، ص 11.

المعلومات، والمنظمات الدولية على تطويرها[1]، كما أنها تمثل مجموعة المبادئ العرفية التي تحكم الهياكل القانونية الخاصة بمجتمع شبكة الإنترنت[2]، والتي يستنجد بها في المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التعاقدية في مثل هذا الفضاء الواسع، ومع تطور استعمالها وتوسع انتشارها يتم قبولها والاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها[3] وكذا المعنيين بممارستها لتمتد إلى الهيئات القضائية لتكتسب القبول والاعتراف، لتتحول من قواعد عرفية بحتة إلى قواعد قانونية تمتاز بقيمة قانونية ملزمة[4].

يبقى أن القانون الموضوعي ليست حدوده المحافظة على إقليم جوهري وتوسع أساسي فيدرالي، أي على شكل دولة قومية، بل بكليات غير مرئية، أسواق غير مرئية، فروع غير مرئية، مجتمعات مهنية غير مرئية وشبكات اجتماعية غير مرئية، تتجاوز الحدود الإقليمية، لكنها مع ذلك تصر على ظهور أشكال قانونية أصيلة، وبذلك تصبح الهيئات التشريعية العامة أقل أهمية مع تطور العولمة [5].

يسلّم أنصار المجتمع الافتراضي، أنه يستحيل على التشريعات الوطنية وحتى المعاهدات الدولية تغطية ميادين العلاقات الإلكترونية، والتي تتصف بالسرعة وتخطو خطوات متلاحقة يصعب مسايرتها، فالقانون القائم بالمعاملات الإلكترونية لا يمكن تنظيمه إلا بواسطة المتعاملين في هذا المجال، باعتبارهم الأكثر قدرة على تنظيم

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 112.

[2]– **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 134.

[3]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 239–240. وانظر كذلك:

- **YESSAD Houria**, Op-cit, p.p. 57-58.

[4]– وقد جاء في تقرير صادر في فرنسا عن مجموعة عمل يحركها الفقيه KAHN حول التنظيم الذاتي لشبكة الإنترنت أن: "***التنظيم الذاتي لا يحل محل القانون أو القاضي، إنه توجيه إيجابي وعملي يجسد بموجبه اللاعبون عادات الشبكات بشكل متوافق مع القانون***"، عن: **بولين أنطونيوس أيوب**، مرجع سابق، ص 66–68.

[5]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنه**، مرجع سابق، ص 112.

العلاقات التي تربطهم لتتناسب حسب حاجاتهم، والنجاح الكبير الذي قاموا به هو تنظيمهم لقواعد موحدة في مسائل تقنية بحتة[1].

تعتبر هذه القواعد تطورا لتنظيم ساحة القانون الدولي الخاص، وتلك القواعد المادية لا تشكل توافق تام في تطبيقها، وفي كثير من الأحيان نستنتج تعارضها مع الأنظمة القانونية الوطنية[2]، حيث أن الاختصاص الدولي يصبح إلزاميا إذا تعلق بحالة اختصاص إلزامية.

تستند الطريقة الجديدة لمنهج القواعد المادية، إلى فكرة قوامها خلق قواعد أساسية مادية تشتمل على حلول مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصة، وتطبق تلك القواعد بمعرفة القاضي دون الحاجة إلى البحث عن قواعد الإحالة من القانون المحلي، والبحث عن القانون الواجب التطبيق التي تؤدي إليه، تلك الطريقة الحديثة هي من ابتداع التجار وتستخدمها الدول أيضا، وقد تم نتيجة لذلك إقرار تلك القواعد من قبل هيئات التحكيم، حيث أصبحت تلك القواعد أساسا لنظام معظم الدول التي قبلت دون تردد بأحكامه وشجعته وأيدته في غالب الأحيان[3].

بالإضافة إلى ما سبق ذكره، حول تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، عرف كذلك على أنه: "كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر

1- **GAUTRAIS Vincent**, Le contrat électronique international, Encadrement Juridique 2ème édition, Revue Academia, Bruylant, 2002, p. 231.

- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 143. أنظر كذلك في الموضوع نفسه:

- La lex – Electronica est ***« l'ensembles des normes juridiques informelles applicables dans le commerce électronique international »***, voir :

- **GRAHAM James Alexander**, Op.cit, p. 320.

2- فهي مستقلة بذاتها عن الأنظمة القانونية الداخلية، وهي قواعد نوعية لما تمثله في حلولها الخاصة التي تميزها عن سائر القواعد الوطنية والمناهج الأخرى، وبتأكيدها على خصوصية العلاقات الدولية التي تتطلب تنظيما خاصا يكون بعيدا عن القوانين الوطنية، راجع في هذا: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 103.

3- **سمير دنون** ، مرجع سابق، ص 225.

الإنترنت، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية[1]، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمي الشبكة العنكبوتية[2]، بالإضافة إلى دور حكومات الدول في تطويرها في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة، استنجد به ليتماشى ويتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة"[3].

يعرف كذلك على أنه: "القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الالكترونية، والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة

---

[1]– فا يختلفان لا في نشأتهما ولا في مضمونهما، يبقى أن المجال يختلف من التجارة الدولية التقليدية والتجارة الدولية الالكترونية، فبالاستعانة بتعريف القواعد المادية للتجارة الدولية، تعرف الأخرى أنها: " مجموعة القواعد التي يصطنعها تدريجيا المتعاملون في مجتمع شبكة الإنترنت لصالحهم، وبوجه خاص في إطار منظماتهم المهنية"، مشار لها لدى: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 134، وتطرق لهذا الموضوع أيضا:

- **GHAZOUANI Chiheb**, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse pour le Doctorat en droit, Droit – Economie – Sciences Sociales, Université PANTHEON-ASSAS, PARIS II, PARIS, 2008, p, 284.

[2]– **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 12.

[3]– ضرورة وجود أو التأكيد على القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية فرضتها تحديات جديدة جاءت بها وكانت من بين الآثار المترتبة عن التعاملات المبرمة عبر الإنترنت، تتمثل أساسا في مشكلات قانونية لم يكن لرجال القانون بمختلف فروعه أن سبق التعامل بها، وباتت تشكل تحديا على مستوى مختلف فروع القانون، كالقانون المدني، القانون الجنائي والقانون التجاري، غير أن معظم المشاكل حسب البعض تضرب بجذورها صميم القانون الدولي الخاص، الذي تأثر أكثر من غيره بعدما عجزت قواعده على مواكبة التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية، سيما وأن شبكة الإنترنت بأبعادها الدولية تربط بين أجهزة كمبيوتر موجودة في دول مختلفة، فهي شبكة وجدت أصلا لأجل الاتصال بين الأفراد عبر حدود الدول، فبدأت بذلك ملامح هذا القانون تظهر وتتحدد معالمه عن طريق المصادر الخاصة التي وجدت لأجل تدعيمه بالقواعد مما جعله يتميز بالعديد من الخصائص التي تميزه عن منهج تنازع القوانين التقليدي، أنظر كل من: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 432، وكذا: **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص ص 140، 141، وانظر كذلك: **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 12.

إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات منظمة الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن".

بينما يراها البعض أنها: " مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الإنترنت، تمييزا لها عن القواعد المادية الحاكمة للتجارة الدولية، وكذا عن القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة"[1]، فالتنظيم الذي يحتويه عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي[2].

الفرع الثاني
تمييز القواعد الموضوعية عن ما يشابهها من مفاهيم

يعد عالمية الحيز أو النطاق الذي تبرم فيه عقود التجارة الإلكترونية، من أهم الدوافع التي تمنح للنظام القانوني للعقود الإلكترونية استقلالا من جهة، وحتمية تخصيص قواعد خاصة لها من جهة أخرى، وهذا ما كان بوجود قواعد مادية تمنح للمتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونية الحرية الكافية لبناء هذا النظام القانوني[3]، وذلك يكون بعيدا عن النظم الداخلية مع عدم وجود قانونا آخر يحكم عقودهم غير

---

[1]– بالإضافة إلى تعريفها، أنها: "مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية، وكذا أنها مجموعة قواعد تلقائية ذات طبيعة موضوعية خاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية"، أشار إلى مختلف هذه التعريفات: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 433.

[2]– **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 12.

– سمي من طرف بعض الاتجاهات الفقهية، بالقانون الخاص الدولي الإلكتروني، أنظر: **حابت آمال**، التجارة الإلكترونية في الجزائر، مرجع سابق، ص 503.

[3]– من بين المسائل التي عززت فرص تبني مفهوم القانون المرن كونه يتمتع بخصائص مميزة، طبيعة التجارة الإلكترونية والنقص الملحوظ في الاتفاقيات والأحكام الدولية المنظمة لها، ويشتمل على قواعد قانونية عامة غير ملزمة تعتمد في الواقع العملي على العادات التجارية السائدة، في حين يعتمد تطوره على إنشاء قواعد تعاقدية في نماذج لعقود تعدها هيئات ومنظمات دولية، وفق الصادرة عن لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة وغرفة التجارة الدولية، أنظر: **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، مرجع سابق، ص 98.

القانون الذي يحددون قواعده وأحكامه بأنفسهم، وهذا اعتبارا أن القوانين الوطنية لوحدها غير قادرة على تنظيمها.

أولا: تمييز القواعد المادية عن القواعد ذات التطبيق الفوري (قواعد البوليس)

تسمى أيضا بقواعد النظام العام، تطبق مثل هذه القواعد لتحكم الروابط الداخلية تحت إدارة ومراقبة التشريع الوطني[1]، كما يمكن أن تمتد قواعدها الآمرة للتطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، فتشترك القواعد المادية مع قواعد التطبيق الضروري[2] أو الفوري في اعتبارهما يشكلان تنظيما موضوعيا يطبق مباشرة على المشكلة محل النزاع، لكن يبقى الاختلاف الموجود بينهما يكمن في تحديد وقت تطبيقها، فالقواعد المادية تطبق غالبا في التجارة الدولية، عكس القواعد ذات التطبيق الفوري التي تطبق على العلاقة ذات الطابع الداخلي أو الدولي[3].

يكمن الاختلاف بينهما أساسا في طبيعة العلاقة محل التنظيم، أولوية التطبيق بالإضافة إلى مصادرها، فيرى الفقيه "**فاليري**": " أن قوانين البوليس ليست إلا من قوانين النظام العام الإقليمي، لأن هدفها الأساسي هو المحافظة على سيادة النظام

---

[1]– فهي وضعت أصلا لحكم العقود والعلاقات الداخلية، أنظر: **كمال سمية**، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016، ص 360.

[2]– سميت بهذا المصطلح باعتبار أن هذه القواعد ضرورية لحماية التضامن الاقتصادي والاجتماعي لدولة القاضي، والتي تطبق إذا ما توفرت شروط تطبيقها، المتمثلة في العلاقة الموجودة بين هذه القواعد والنزاع، وذلك بغض النظر عن طبيعة هذه العلاقة إذا ما كانت وطنية أو دولية، فهي ضرورية بالقدر الذي يتلاءم مع أهداف المشرع، ويترتب منها تقليص تطبيق القوانين الآمرة في المجال الدولي، وهذا يلعب دورا هاما في تطوير وتنمية العلاقات التجارية الدولية، أنظر: **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية..، مرجع سابق، ص 294.

[3]– إن فقه القانون الدولي الخاص منذ أن أقر الفقيه "سافيني" بوجود بعض القواعد الوطنية ذات الطبيعة المطلقة والقواعد الآمرة، والتي يجب تطبيقها بغض النظر عن ارتباط العلاقة القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، أو حتى رغم تركيزها الفعلي في دولة أجنبية، وغايتها في ذلك هو تأمين المجتمع من المخاطر الاقتصادية والاجتماعية، أنظر حول التمييز بين هذه القواعد لدى: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 387.

على الإقليم الفرنسي لتحكم كل شخص، وكل شيء وكل رابطة قانونية تدخل في نطاق سريانها وهي تقتصر على الإقليم"[1].

1 – من حيث طبيعة العلاقة محل التنظيم: تطبق القواعد ذات التطبيق الفوري بغض النظر عن طبيعة العلاقة، سواء كانت وطنية أو ذات طابع دولي، وهذا بالنظر للأهداف المنتظرة تحقيقها، أما القواعد المادية ذات المصدر التشريعي الوطني فإنها تتميز عن قواعد التطبيق الضروري بالاعتماد على إرادة المشرع الذي يسنّها[2].

2 – من حيث أولوية التطبيق: تتميز القواعد ذات التطبيق الضروري بميزة الفورية أي لها الأسبقية في التطبيق سواء على القواعد المادية أو على قواعد الإسناد، فعلى القاضي البحث في قواعد قانونه أولا لمعرفة مدى انطباقها على العلاقة، فإذا لم يجد يتجه إلى القواعد المادية في نظامه القانوني سواء بصورة مباشرة أو إعمالا لقاعدة تنازع القوانين.

3 – من حيث المصادر: يعود مصدر قواعد التطبيق الضروري إلى التشريع، وهو المصدر الوحيد لها إذ يعد التشريع الوطني المصدر الوحيد لها، باعتبارها قواعد وطنية المنشأ والهدف، تشريعية الوضع في الغالب مما يجعلها تهمل الطابع الدولي بمجرد دخول هذه العلاقة في مجال سريانها، وهذا يعني أنها إقليمية التطبيق أي أنها تطبق على كل شخص متواجد في إقليم الدولة التي أصدرتها، ولا يمكن تطبيقها خارج هذا الإقليم، أما القواعد المادية فيمكن تطبيقها خارج إقليم الدولة أي أنها قواعد عابرة للدول.

تعتبر أيضا أنها قواعد ذات التطبيق المباشر من حيث إلزاميتها، يتبين من خلال طبيعة القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد ذات التطبيق المباشر، أن الأولى

---

[1]– **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية..، مرجع سابق، ص 292.

[2]– في حالة ما إذا تم تطبيقها بصورة مطلقة دون تمييز بين المنازعات الداخلية والدولية، فإنها تكون ذات تطبيق ضروري إلا أنها تكون قواعد مادية عندما يتقرر تطبيقها على العلاقات الخاصة الدولية، أي العلاقات ذات العنصر الأجنبي، وهذا ما اتجهت إليه قوانين التجارة الخارجية في الدول الاشتراكية سابقا، أنظر: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 387.

(القواعد ذات التطبيق الضروري) هي من القواعد ذات التطبيق المباشر، غير أنه لا يمكن اعتبار القواعد ذات التطبيق المباشر أنها من قواعد التطبيق الضروري، فتطبيقها المباشر دون إعمال منهج التنازع لا يعني أنها بلغت درجة معينة من الإلزامية، ومن ثم تتدخل من تلقاء ذاتها لتطبق على النزاع، بل كان تدخلها من تدخل المشرع الوطني من خلال أنه أراد توسيع مجال تطبيق بعض القواعد القانونية في قانونه لفرض بعض الالتزامات على مواطنيه أو توفير لهم بعض الحماية والتي يرى فيها أنها في مصلحتهم[1].

ثانيا: تمييز القواعد المادية عن قواعد النظام العام الدولي (النظام الحمائي والنظام التوجيهي)

قبل التطرق لتمييز القواعد المادية عن قواعد النظام العام الدولي، فمن الضروري التأكيد على استخدام مصطلح "النظام العام الدولي" باعتباره أدق من تعبير "النظام العام"، فالمقصود هو إعمال فكرة النظام العام في علاقة دولية خاصة، مما يستوجب عدم خلطها مع فكرة النظام العام المطبقة على العلاقات الداخلية[2].

---

[1]– من الأمثلة التي جاء بها الفقه الإظهار بعض القواعد القانونية التي تطبق تطبيقا مباشرا دون أن تندرج ضمن قواعد ذات التطبيق الضروري، هو نص المادة 1/16 من القانون البحري الفرنسي سنة 1966 المتعلق بالنقل البحري، فمن خلالها وسّع المشرع الفرنسي نطاق تطبيق هذا القانون فيما لو تم النقل من وإلى الموانئ الفرنسية كأن يكون ميناء الشحن وميناء التفريغ موجود في فرنسا، مشار له لدى: **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية..، مرجع سابق، ص 295.

[2]– يظهر أكثر تطبيق النظام العام الدولي من خلال الوظائف التي يتمتع بها، فتتمثل في أن النظام العام الدولي يبعد القوانين الأجنبية التي تكرس حلولا غير عادلة "ظالمة" ومخالفة للحقوق الطبيعية الملاصقة لصفة الإنسان، كالقانون الذي يحرم الفرد من حقوقه لأسباب عنصرية أو عرقية، يحقق النظام العام الدولي كذلك الدفاع عن المبادئ السياسية والاجتماعية الجوهرية لدولة القاضي، كما يعتبر القضاء الفرنسي مبدأ الزوجة الواحدة ومبدأ العلمانية من المبادئ الاجتماعية والسياسية الجوهرية للحضارة الفرنسية، وفي الأخير يعمل النظام العام الدولي على حماية بعض السياسات التشريعية لدولة القاضي، لتفاصيل أكثر أنظر: **محمد وليد المصري**، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 250.

ميزها على هذا الأساس الجانب الفقهي فقسمها إلى قواعد النظام الحمائي[1] وقواعد النظام العام التوجيهي، فيهدف الأول إلى حماية المصلحة الخاصة أو حماية الطرف الضعيف اقتصاديا، كالمستهلك الإلكتروني في عقود الاستهلاك والعامل في عقد العمل والمقترض في عقد القرض، أما الثاني فيهدف إلى حماية المصلحة العامة، ولهذا فإن هذا النوع يشمل القوانين الخاصة المتعلقة بتنظيم الائتمان والصرف والأسعار والاستثمارات والنقل والبيئة والتجارة.

تعمل قواعد النظام العام الحمائي على الدفع لاستبعاد القانون الأجنبي بعد إعمال قواعد التنازع[2]، فحص القانون الأجنبي وثبوت تعارضه مع المبادئ الأساسية لكيان المجتمع في دولة القاضي، حيث يتميز بالصفة الاستثنائية أي أنه ذو أثر سلبي، أما قواعد النظام العام التوجيهي تنطبق مباشرة بمجرد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع وتوافر رابطة جدية بين النزاع والنظام القانوني الوطني للقاضي[3].

---

[1]– تظهر هذه الحماية من خلال فحص القانون المختص الأجنبي كان يخالف النظام العام الوطني، فالحماية اللاحقة في هذه الحالة هو علاج لمساوئ تطبيق قواعد الإسناد، مما يجعل تطبيق قانون القاضي يكون بصفة استثنائية، أنظر: **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية..، مرجع سابق، ص 296.

[2]– فكرة الاستبعاد تكون في حالة مخالفة القانون الأجنبي للأسس العامة والمبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في دولة القاضي، ففي حالة عدم توافقه مع قانون القاضي يتدخل النظام العام، ومع أنه يشكل عنصرا مشوشا لآلية التنازع إلا أنه سلاح فعال ضد الحالات غير المتوقعة، أنظر: **خالد شويرب**، مرجع سابق، ص 64.

[3]– يميز الأستاذ (A.Chappelle) بين نوعين من قواعد النظام العام التوجيهي، النوع الأول يضم القواعد المادية من خلال توجيه نشاط التجارة الدولية التقليدية في اتجاه معين، من خلال تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو التجارة عبر الحدود، أما النوع الثاني فيتضمن قواعد البوليس والأمن الهادفة إلى حماية الأهداف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي لا قيام للمجتمع بدونها، أما فقه القانون التجاري الدولي فقد ذهب إلى أن الأسس التي يقوم عليها المجتمع الدولي للتجار يعد نوعا ثالثا من النظام العام ويطلق عليه تسمية النظام الدولي العام، ويعرف على أنه مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها، أي أنها مجموعة أسس وقواعد عامة لا تتعلق بالمصالح الأساسية لمجتمع وطني معين، وإنما تتعلق بمصالح أساسية خاصة بالجماعة الدولية، وذلك لأنه عبارة عن مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة

نظرا لعدم وجود تنظيم قانوني فوق الدول، فإن فقه القانون الدولي الخاص مازال يؤكد على الطابع الوطني لقواعد النظام العام الدولي[1]، ولكنه يشير إلى إمكانية تصور نظام عام مشترك عندما يتواجد تنظيم دولي للعلاقات الخاصة الدولية، كالاتفاقيات المبرمة لوضع حلول موحدة بالنسبة لقواعد القانون الدولي الخاص، وعلى الرغم من ذلك، فإنه الفقه يقرر أولوية النظام العام الوطني على النظام العام الدولي سواء تم تقييد سريان القواعد الموحدة بعدم التعارض مع النظام العام السائد في الدول المتعاهدة، أم سكتت الاتفاقية على هذا القيد، أما إذا ما قررت الاتفاقية وجوب تطبيق القواعد الموحدة وعدم جواز تعطيل قواعد النظام العام الدولي[2].

يجعل من مفهوم النظام العام يتميز بالصفة الدولية، التحكيم الدولي الذي لا تصدر قراراته باسم السيادة الوطنية، وكذا عدم وجود نظام قانوني وطني يدافع عنه باسم النظام العام، إذ يرى القضاء التحكيمي أن استخدام النظام العام على صعيد المجتمع الدولي يمكن تخليه من خلال التطبيق الدقيق لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وينتهي هذا الاتجاه إلى ضرورة أن يدخل في مجال النظام العام الدولي كل الأنظمة

بالعلاقات الدولية، أنظر: **فراس كرم شيان**، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية **(Lex electronic)**، دراسة تحليلية في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2016، ص 388- 389.

[1]- فالنظام العام سواء كان داخليا أم دوليا، لا يمكن أن يكون وطنيا، فلا يوجد نظام عام عالمي مشترك بين جميع الدول، وإذا كانت الأنظمة القانونية المتعددة تشترك فيما بينها بحد أدنى من المبادئ الجوهرية والأساسية كتلك المرتبطة بحقوق الإنسان وعدم التمييز بين الأفراد بسبب لونهم أو عرقهم أو معتقداتهم، فإن هذه القيم والمثل تعد جزءا لا يتجزأ من النظام العام الداخلي للدول على الرغم من صفتها العالمية، أنظر في هذا الموضوع: **محمد وليد المصري**، مرجع سابق، ص 254.

[2]- مثال ذلك: المنازعات الخاصة بالتأميم والمصادرة دون تعويض للأموال العائدة إلى أجانب، ولكنه يشكك في اعتبار هذا النظام العام دوليا وإنما هو محلي نوعا ما، فالوضع الراهن للمجتمع الدولي لا يقدم التلاحم أو التماسك الكافي لأجل اكتشاف نظام عام دولي، قدّم هذا المثال وتفاصيل أخرى: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 389.

العامة ذات المصدر الوطني، وعندها من المؤكد أن تعترف الدول بتفوق القانون التجاري الدولي أو على الأقل التطبيق المتزامن له مع القوانين الوطنية[1].

يتشكل النظام العام[2] إذن حسب كل ما تم ذكره من الأسس التي يقوم عليها النظام السياسي والاقتصادي في الدولة، ومن الحقوق الطبيعية والحريات الأساسية المكفولة، وكذا المعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدينية المتأصلة في المجتمع، وبتدقيق في تعريفه يقال عنه بأنه: "مجموع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سياسيا، اجتماعيا اقتصاديا، قانونيا ودينيا"[3].

يجب أن يكون – للدفع بالنظام العام– القانون الأجنبي مخالفا في حكمه مقتضيات النظام العام في الصميم، ولا إشكال إذا كان القانون الأجنبي المختص يتصف بعدم العدالة المطلقة بالمفهوم العالمي، أو مخالفا لمثل عليا من القانون الطبيعي مستقرة أحكامها ضمن القواعد العامة للقانون، بحيث تصبح أحكام ذلك القانون محل استهجان عالمي، ولكن أحيانا يهدف النظام العام إلى الحفاظ على سياسة

---

[1]– فالتحكيم التجاري كما في القضاء الفرنسي يعطي لبعض القرارات أهمية تفوق السياق المعتاد الذي يضع فيه القضاء قواعد مادية عادية، ومن أمثلة هذه القرارات تلك المتعلقة بشرط الذهب وبمبدأ حسن النية، ومن ذلك أيضا القرار الذي أصدرته غرفة التجارة الدولية ضد وزارة الدفاع العراقية الذي طالبت فيه الأخيرة بعدم جواز التحكيم لأن القانون العراقي لا يأخذ بالتحكيم، وأن لها حصانة في هذا الشأن، إلا أن المحكمة قررت بأن إبرام العقد المتضمن شرط تحكيم رغم عدم جوازه في القانون الوطني يعد انتهاكا لمبدأ حسن النية، أنظر للمزيد: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 389.

[2]– أطلق الفقيه الايطالي "**مانشيني**" تسمية قوانين البوليس والأمن على قوانين النظام العام، والذي جعل من القواعد المتعلقة بالنظام العام من بين أهم القيود التي ترد على إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، فيقول الفقيه "**مانشيني**": " لكل دولة أن ترفض الاعتراف للأجنبي بأي صفة أو أي رخصة يكون من شأنها الإضرار بالقانون العام للدولة التي تستضيفه، بل لها أن تجبره على احترام لوائحها وكافة أحكام قوانين النظام العام والبوليس"، مشار له لدى: **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية..، مرجع سابق، ص 292.

[3]– **خالد شويرب**، مرجع سابق، ص 66.

تشريعية معينة، ومن الأفضل حينئذ ضبط حدود تدخله وبيان سلطة القاضي في تحديده[1].

يجب الإشارة أيضا إلى القواعد الدولية الآمرة، فهي قواعد تتمتع بقوة إلزامية مطلقة لضمان وحماية المجتمع ضد الشروط التعسفية التي يمليها المتعاقد على الطرف الآخر في علاقاتهم المتبادلة، وتطبق هذه القواعد بغض النظر عمّا تقتضي به أحكام القانون واجب التطبيق على العقد، سواء تم تحديد هذا القانون عن طريق مبدأ سلطان الإرادة أو عن طريق الضوابط الاحتياطية[2].

التطرق لفكرة التمييز بين المفهومين من النظرة الإلزامية التي يتمتع بها كل مفهوم، فالنظام العام بصفتيه، النظام العام الحمائي والنظام العام التوجيهي، قواعد تتمتع بقوة إلزامية تعمل على كل من توجيه وحماية المبادئ الأساسية لكل مجتمع، وعدم تعرّض الطرف الأجنبي لها.

---

[1]– فيما يخص ضبط حدود تدخل النظام العام، فالمستقر عليه العمل أن تفعيل آلية التنازع يكون عند اختلاف الأحكام الموضوعية الأجنبية مع مثيلتها الوطنية، يفترض مبدئيا السماح للقانون الأجنبي بالامتداد، فمجرد الخلاف لا يبرر اللجوء إلى الدفع بالنظام العام تلقائيا، وإلا انتفت الحكمة من إقرار نظام التنازع أصلا، لأن تطبيق القانون الوطني في كل الحالات دون تمييز يجمد في الواقع نظام الإسناد ويلغي حلوله، راجع في هذا الموضوع: **خالد شويرب**، مرجع سابق، ص 69.

[2]– من الفقهاء الذين أطلقوا التسمية على القواعد التي تطبق بكيفية مباشرة على النزاع اسم القواعد الدولية الآمرة، نجد الفقيه (**Neumaye**)، مشار له لدى: **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية..، مرجع سابق، ص 292.

المبحث الثاني

خصائص القواعد الموضوعية للتجارة:

من القواعد المادية التقليدية إلى القواعد الموضوعية الإلكترونية

تتميّز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني بنفس مميزات القواعد المادية للتجارة الدولية، التي تخاطب فئة معينة من الأشخاص، متمثلين في التجار ورجال الأعمال، والذين يحتكرون هذه القواعد في كثير من الأحيان على أساس أنها قواعد من صنعهم، واستقرت وصارت ملزمة للأعضاء المشكلة لهم في معاملاتهم الدولية، لكن يبقى أن الاختلاف بين المنهجين يتمثل في البيئة التي نشأت فيها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فينفرد القانون الموضوعي الإلكتروني بطبيعة خاصة مقارنة بالقانون الموضوعي للتجارة الدولية.

تظهر هذه الخاصية في طبيعة المجتمع الافتراضي للمعاملات الإلكترونية الذي ظهرت فيه هذه القواعد، والتي لا نجدها في القوانين الدولية والتشريعات الداخلية، فهذا القانون يتميز بخاصية التلقائية في وضع قواعده القانونية من طرف الأشخاص المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، هذا بالإضافة إلى ميزته المحددة، أي أنه قانون ينظم علاقات قانونية خاصة بفئة محددة من الأفراد، ويخاطبهم بصفة خاصة.

قبل التطرق إلى خصائص القواعد المادية للتجارة الالكترونية، سنحاول التعرف على أهم الخصائص التي يتميز بها منهج القواعد المادية والذي تميزه أيضا عن باقي المناهج التي تنشط في مجال القانون الدولي الخاص، والتي بفضلها جعلت من هذه القواعد قاعدة لبناء اقتصاد تسوده الثقة الائتمان، والمستمدة أصلا من الأوساط المهنية التي تتبع تلقائيا من خلال مختلف عمليات التجارة الإلكترونية، والتي تتمثل في كل من الملائمة والاستجابة لمتطلبات الأطراف والعلاقة القانونية على حد سواء، سهولة تطبيقها وامتيازها بالصفة الوقائية والعلاجية **(مطلب أول)**.

سنتطرق كذلك للخصائص المميزة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية والمتمثلة في كل من التلقائية في نشأتها، العابرة للدول وكذا خصوصيته بطائفة ونوع معين من التصرفات **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

خصائص القواعد المادية للتجارة الدولية (التقليدية)

تعد الموضوعية من أهم الخصائص المميزة لمنهج القواعد المادية للتجارة الدولية، إذ يقوم على أحكام وقواعد موضوعية موحدة تسري على الروابط والأنشطة التجارية الدولية، وتحكم قواعده الموضوعية النشاط الدولي المتعلق بمختلف البيوع الدولية للمنقولات، ثم بالأوراق والاعتمادات المصرفية، وأوجه النشاط التجاري الخاص بالتجارة الدولية، كالنقل والتأمين، الملكية الصناعية، حقوق المؤلف، التحكيم التجاري والتجارة الالكترونية، فهي قواعد تتميز بخاصية سهولة التطبيق والاستجابة لمتطلبات الأطراف والعلاقة القانونية **(فرع أول)**.

تظهر أهمية القواعد المادية أو الموضوعية الدولية، في خصوصيتها وصلاحيتها للتطبيق المباشر على العلاقات التجارية الدولية، وتشارك عدة أطراف في عبء صناعتها، إلا أن أغلب هذه القواعد تخلقها الممارسة وذهنية التجار بمرور الأيام وتكرار التطبيق، ويتم تنقيحها على أن تتبناها منظمات دولية متخصصة وتضفي عليها الطابع الرسمي، فالجانب التطبيقي يؤكد نجاح العديد من النماذج في هذا الإطار، فهي قواعد تتميز بخاصية الملاءمة وامتيازها بالصفة الوقائية والعلاجية **(فرع ثان)**، بالإضافة إلى امتيازها بالصفة القانونية **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

خاصية سهولة التطبيق والاستجابة لمتطلبات الأطراف والعلاقة القانونية

يختلف منهج القواعد المادية للتجارة الدولية عن قواعد الإحالة التقليدية، في أنها قواعد مباشرة[1] كونها تمنح حلولا مباشرة للنزاع القائم جراء العلاقة القانونية بين الأطراف المتعاقدة من دول مختلفة[2]، وذلك دون الاستناد لقانون معين أو نظام قانوني آخر إلى غاية الوصول لقرار نهائي، مما يستبعد الوساطة القائمة بين القاضي والقانون الواجب التطبيق.

سمي هذا المنهج بالقانون "الليّن" باعتباره لا يتشكل من قواعد آمرة، فيرتكز أساسا على قواعد تساير منطق المعاملات التجارية، للأطراف الحرية التامة في كيفية إبرام عقودهم، فلا يتشدد أي طرف بقواعد معينة، فالاتجاه المتحرر الذي يسود الأعراف التجارية وتطبيقها على كل حالة، مما يجعل هذه القواعد تشكل قانونا مستقلا نسبيا عن فروع القانون الأخرى الدولية والوطنية، ينادي المتعاملون يوميا باستقلاليته بعد أن تيقنوا أن مصالحهم معرضة للمخاطر وعدم الاستقرار بسبب تعدد القوانين الوطنية وتنازعها[3].

---

[1]– تعد من أهم الخصائص المميزة لهذه القواعد، فالمضمون الموضوعي أو التطبيق المباشر للقواعد المادية يعطي مباشرة الحكم القانوني في المسألة، وليس أي القوانين يسند اليه حكم المسألة، مما يصون توقعات الأطراف منذ البداية، باعتبار أن الاحترام المتطلب لتوقعات الأطراف هو من أهم أهداف القانون الدولي الخاص، فنوعية القواعد الموضوعية تتمثل في التطبيق المباشر، وهذا التطبيق المباشر يحل محل البحث عن القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية أو القانون الواجب التطبيق على النزاع القائم بين طرفي العلاقة العقدية الدولية، تحدثت عن هذه الصفة بالتفصيل: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 162.

[2]– يميز الفقه من جانب آخر القواعد الموضوعية عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى بقوله أنها : قواعد مباشرة، محددة المضمون والهدف، دولية القلب والقالب، واضحة المعالم، سهلة التطبيق، قوية الصلة بينها وبين القاضي أو المحكم، تحقق مصلحة العلاقات الخاصة الدولية ومصلحة الدول ذاتها"، أشارت إليها: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 160.

[3]– حرص الأطراف على تثبيت استقلاليته جعلتهم يقومون بإنشاء تجمعاتهم المهنية في شكل جمعيات وطنية ودولية على حد سواء، حيث كانت كل جمعية من هذه الجمعيات تتخصص بتنظيم تجارة دولية معينة، فتنطوي بالتالي تحت لوائها المتعاملين بهذه التجارة دون غيرهم، ليتعاملوا وفقا لقواعد خاصة بتلك البضاعة كتجارة الحبوب

تعد فكرة توحيد القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الدولية بصفة عامة وعقود التجارة الالكترونية بصفة خاصة، من الأمور المهمة لزيادة حجم المبادلات التجارية الدولية ومواكبة الحركية المستمرة لها، فوجود هذه القواعد يحقق كل من السرعة، الثقة والائتمان، ليتحقق الاستقرار اللازم للعلاقات التجارية الدولية، والذي لا يتأتى بالضرورة من تطبيق قواعد القانون الوطني، وإنما بقواعد من صنع الأوساط المهنية التي تنبع تلقائيا من خلال عمليات التجارة الدولية[1].

يصبح القانون في هذه الحالة في متناول القاضي ويسهل تطبيقه والعلم به مسبقا **(أولا)**، مما يصون توقعات الأفراد قبل الإقبال عليه في تعاقداتهم، باعتبار أن الاحترام اللازم لتوقعاتهم ومتطلباتهم يعتبر من أهم أهداف القانون الدولي الخاص المعاصر **(ثانيا)**.

أولا: من حيث سهولة تطبيق القواعد المادية

تظهر خاصية سهولة تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية للتطبيق على كافة الأطراف، حيث تكوّن جماعة معينة موحدة رغم اختلاف جنسياتهم[2] يتعرفوا من خلال ذلك على كيفية عمل هذه القواعد بسهولة تامة، مما يوفر بيئة ودية في مجال التجارة الدولية، وتنشئ القواعد الأساسية بيئة قانونية آمنة وموثوق بها، ويجعل التنبؤ بنتائج

مثلا، كما أيدت المنظمات الدولية استقلاليته من خلال ما نجده واضحا في توصيات لمؤتمرات والاجتماعات الدولية، ومن خلال المناقشة والإعلام، كما أسست لفكرة الاستقلالية في الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيوع الدولية لعام 1980 وكذا ضمن العقود النموذجية الموحدة لسلع معينة، أنظر في هذا الموضوع وكل ما يتعلق بتطور قانون التجارة الدولية لدى: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة...، مرجع سابق، ص ص 20-21.

[1]- **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 89.

[2]- **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 201. وانظر كذلك:

- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، مرجع سابق، ص 167.

الصفقات التجارية ممكنا، وهي من بين الخصائص الأكثر أهمية في الإطار القانوني للعلاقات التجارية[1].

يفرض على الأطراف في ميدان التجارة الدولية المعاصرة ذات الطابع المعقد والمتشابك، ضرورة البحث عن إطار قانوني فعال يحقق السرعة والائتمان، فتتمثل السرعة والوضوح وضمان الحل المسبق بهذه القواعد يحقق لأطراف العلاقة التعاقدية والقضاة والمحكمين معرفة حكم القانون ومضمون الحل المراد الوصول إليه سلفا[2].

يعتبر التعامل التجاري طبقا للقواعد العامة التي تحكم النشاط التجاري، من بين التعاملات الأكثر مطالبة بالسرعة في إنجاز المعاملات، تقابلها سهولة معرفة وقراءة القواعد التي تحكم هذه الأنشطة والمبنية على تقدير مسبق للنتائج[3]، دفعا لحركة رأس

---

[1]– **إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي**، مرجع سابق، ص 519.

[2]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التاجرة الدولية...مرجع سابق، ص 30.

– فالسهولة في العلم بالقاعدة الموضوعية وفي تطبيقها من أهم الخصائص المرتبطة بها، بالإضافة للسرعة والأمان وتوقع الحلول أيضا تعتبر من أهم متطلبات العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، خصوصا في مجال التجارة الدولية، كما يحقق ذلك الوضوح والعلم المسبق بهذه القواعد لأطراف العلاقة التعاقدية والمحكمين معرفة حكم القانون، وكذا مضمون الحل الواجب التطبيق في المسالة المطروحة للحل، أنظر: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 164.

[3]– كشفت الدراسات الحديثة ذات الصيغة الواقعية على وجود جماعات من المتعاملين على النطاق الدولي بقوم بمباشرة التجارة الدولية، بل واحتكارها في كثير من الأحيان على أساس قواعد من صنعها استقرت وصارت ملزمة لأعضاء الجماعة في معاملاتهم الدولية دون تدخل من جانب السلطات من مختلف الدول لسنّها أو فرضها وضمان تنفيذها، وعلى ذلك فإن عقدا من العقود قد يخضع في جميع أجزائه للقواعد المتداولة في المعاملات الجارية بين المقرضين والمقترضين، أو العاملين في صناعة البترول دون الحاجة إلى أن يكون العقد خاضعا في الوقت ذاته لنظام قانوني تفرضه إحدى الدول بسلطتها المنفردة، أو نتيجة اتفاق دولي، وهذا ما يستنتج من خلال انتشار استعمال العقود النموذجية والشروط العامة الموضوعة بواسطة الهيئات التي تضم جمهور المتعاملين على الصعيد العالمي، أنظر في هذا الموضوع: **طالب حسن موسى**، مرجع سابق، ص ص 77–81.

المال وتيسير التجارة الدولية[1]، لهذا عرفت على أنها قاعدة سهلة من حيث العلم بالقاعدة الموضوعية وفي تطبيقها[2].

ثانيا: من حيث الاستجابة لمتطلبات الأطراف والعلاقة القانونية

تتسم القواعد المادية للتجارة الدولية بميزة القواعد غير الرسمية، أي أنها قواعد وضعت بعيدا عن القنوات الرسمية الدولية في إعداد القواعد القانونية، حيث وضعت بطريقة غير تقليدية، ومن ثمة فهي تناسب وتستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية، وكافة الأطراف يطبقونها دون إلزام رسمي، فهي تعبر عن المبادئ العامة للعدالة في مجال التجارة الدولية[3].

تستمد القواعد التي تحكم المبادلات الدولية مصدرها في أغلب الأحيان من عادات وأعراف مهنية تطبق على المنازعات التجارية الدولية، فتكتسب تبعا لذلك قوة ملزمة[4]، والثابت تاريخيا أن هذه العادات والأعراف المهنية نشأت قديما في مجتمعات التجار واعتاد عليها هؤلاء في مبادلاتهم، مما أكسبها الاستقرار في هذه العلاقات ومعها اعتبرت كمصدر لقانون التجارة الدولية[5].

---

[1]- **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التاجرة الدولية...مرجع سابق، ص 30.

[2]- **علاء الدين محمد ذيب عبابنه**، مرجع سابق، ص 109.

[3]- **إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي**، مرجع سابق، ص 519.

[4]- **طالب حسن موسى**، مرجع سابق، ص 31.

[5]- في أغلب الأحيان نجد أن المحكم يطبق القواعد والأعراف التجارية بصورة مباشرة مع عدم الاعتداد بإرادة الأطراف في العقد، سواء انصرفت إليها أم لا، وذلك تأسيسا على أنها تشكل قانون المحكم نفسه، وهذا معناه أن هذه القواعد تطبق حتى ولو اتفق أطراف العقد على تطبيق أحد القوانين الوطنية أو أي نظام قانوني آخر، وذلك احتراما للإرادة الجماعية لمجتمع التجار وتغليبها على إرادة الأطراف، وكمثال عن ذلك الأحكام الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس والتي قامت بتطبيق القواعد والأعراف الثابتة في مجال نوعية العقود المطروحة عليها، أنظر: **إمحمد محمد إمحمد المعلول**، القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق جامعة المنصورة، الأردن، 2013، ص 173. مشار له لدى: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية. ...، مرجع سابق، ص 91.

يظهر من خلال تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية، على أن وجود جماعة منظمة على قدر كاف، وقيام شبكة من العلاقات والروابط يمكن أن يؤدي إلى خلق مجموعة من القواعد النظامية التي تحكم نشاط وعلاقة تلك الجماعة، وهو الأمر الموجود والمحقق في الأوساط المهنية التجارية التي تتعامل على المستوى الدولي، أين نتج عنها العديد من القواعد التي جعلت الأطراف يستغنون إلى حد ما عن اللجوء إلى قانون الدولة[1]، فوجود تلك القواعد – حسب الفقه – يجعل من اللجوء إلى القوانين الوطنية لا يكون إلا نادرا، وإن كان سيكون بصفة احتياطية[2].

يبقى أن وجود القواعد التلقائية في عقود التجارة الدولية، يكون من المفيد أيضا على المتعاملين والمهنيين اللجوء إلى وسيلة وقائية للقضاء على القصور وعدم الشمولية الذي قد يصيب القواعد المادية، وهي قواعد تنازع القوانين، لكن اللجوء إليها ليس الهدف منه تطبيق قانون دولة معينة، ولكن البحث فقط عن تكملة العقد في قانون معين، فتكون الغاية في كل هذا هو الفصل في النزاع القائم، إلا أنه في جميع الأحوال عند الرجوع إلى قاعدة التنازع يبقى إسناد احتياطي، مادام التنظيم المادي هو العنصر الجوهري في القانون المادي للتجارة الدولية، الذي يجعل من قاعدة الإسناد قاعدة احتياطية[3].

---

[1] - **CLAINCHE Julien**, La détermination de la loi et je juge compétent, sur le site : www.droit-ntic.com, p 06.

[2] – **يسعد الدين أمحمد**، مرجع سابق، ص 82.

[3] – **يسعد الدين أمحمد**، المرجع نفسه، ص 82.

الفرع الثاني

خاصية الملائمة وتميزها بالصفة الوقائية والعلاجية

أدى النمو الهائل للتعاملات القانونية في مجال التجارة الدولية في العقود الأخيرة إلى تطوير الحجم النوعي للمبادلات التي تقوم عليها والأشخاص المحركين لها، كما تمخض عن ذلك أيضا اتساع وتزايد رقعة العلاقات التجارية التي تتخطى الحدود الإقليمية، مما يتعذر على المشرع الوطني مواكبتها[1].

أدى ذلك بالمتعاملين الاقتصاديين إلى البحث عن قواعد تتلاءم والتنظيم الجديد للتجارة الدولية **(أولا)**، وبالرجوع إليها في أية مرحلة من مراحل المعاملة التجارية الدولية ومن أي طرف يجدها تقدم الحلول المباشرة وتستجيب لمبادئ وأهداف التعاملات الخاصة ذات الطابع الدولي، بحيث تتلافى تعقيدات منهج التنازع المجهول النتائج، والذي من أهم خصائصه أنه منهج بعدي، أي يلجأ إليه بعد نشوء النزاع بخلاف منهج القواعد المادية أو الموضوعية التي تعد بمثابة وجهين لعملة واحدة تتمثلان في كل من الوقاية والعلاج **(ثانيا)**.

أولا: من حيث خاصية الملائمة للعلاقات التجارية الدولية الخاصة

وضعت القواعد المادية خصيصا لكي تتناسب والعلاقات التجارية الدولية الخاصة حيث جاءت لفض الخناق المفروض من القوانين الداخلية والعدالة الوطنية، فتطورها كان حصرا في قطاع التجارة الدولية، وما جعل من هذه القواعد قوة قانونية لتلك الاتفاقيات الدولية والهيئات المختلفة[2] التي كرستها في مختلف المواضيع كالبيع

---

[1]– هذه الصفة المميزة لمثل هذه القواعد هي التي جعلت جانب من الفقه يطلق عليها تسمية "**مبدأ الكفاية الذاتية للعقد**"، حيث لا يعدو هذا المبدأ أن يكون تصرفا إراديا، يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم، ودورها في وضع الاشتراطات الكفيلة بقيام هذا التنظيم الذاتي، دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة على إيجاد قواعد قانونية، خاصة وأن قاعدة أو مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى خلق قواعد قانونية فردية، أنظر للمزيد: **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، 305.

[2]– منها الحكومية مثل اليونيسترال وغير الحكومية مثل غرفة التجارة الدولية، وبعضها ذو اختصاص عام مثل اليونيدروا، وبعضها ذو اختصاص محدود مثل مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، تطرق إلى العديد من النماذج ذكرنا أهمها، أنظر: **إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي**، مرجع سابق، ص 567.

الدولي للأشياء المادية المنقولة، السندات التجارية والالتزامات التعاقدية، فعنصر الملائمة يظهر جليا من خلال اهتمام القواعد المادية أو الموضوعية بمنازعات عقود التجارة الدولية، خاصة وأن القواعد القانونية التي تحكمها يقابلها احترام من عدة أجهزة ناشطة في نطاق التجارة الدولية، باعتبارها قواعد مستقلة عن أطراف العلاقة[1].

تعود هذه الخاصية إلى العصور الوسطى، أي في بداية نضج هذه القواعد المادية، حيث كان القانون التجاري في هذه الفترة مرتبطا بطبيعة المعاملات التي كان يحكمها، من أسباب ذلك ضيق وقت الأسواق الموسمية، وكذا الحاجة إلى الحماية والائتمان، وتعدد الأنظمة القانونية المحلية التي ينتمي إليها التجار، تطلب الأمر أن يكون الفصل في المنازعات وفقا لقواعد ملائمة تراعي ظروف التجارة في تلك الفترة، فظهرت قواعد ملائمة للتجار مثل: خلق فكرة الكمبيالة للتغلب على مخاطر نقل النقود خلال الرحلة التجارية، ونظام الإفلاس كطريق للتنفيذ على أموال المدين بشكل يحقق الوفاء السريع والمساواة بين الدائنين، وقاعدة إمكانية إلزامية الاتفاقيات غير الشكلية، وقاعدة حماية حسن النية عند شرائه لمبيع في سوق مفتوح، عندما يتبين فيما بعد أن المبيع كان مسروقا، فتلك القواعد لم تكن موجودة من قبل في القانون الروماني[2].

تعتبر السرعة لصيقة بالملائمة، باعتبار ملائمة القاعدة الموضوعية تجعل من تطبيقها يكون في أسرع وقت ممكن، فهما سرّ الاعتراف للحرية التعاقدية بنطاق أكثر شمولا لتقدير مقتضيات التجارة الدولية، إذ لا يمكن بلوغ السرعة لإبرام الصفقات

---

[1]– تتجسد هذه الأجهزة الناشطة في مجال التجارة الدولية خصوصا في هيئات التحكيم التي تعد كسلطة قضائية حقيقية تساعد على استقلال المجتمع الدولي للتجار، وتعمل على احترام القواعد المنظمة له، يقابلها القضاء في التشريعات الوطنية، وعلى حد تعبير أنصار هذا التنظيم فإن هذا الأخير يمثل بدوره سلطة قضائية للمجتمع الدولي التجاري، أنظر: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 90.

[2]– **نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2002، ص 145.

التجارية وتحقيق الأمن للعقد إلا إذا سمح للأطراف بأن يخضعوا عقودهم للقواعد القانونية التي يدركون أنها أكثر مناسبة لهم[1].

ثانيا: من حيث تميزها بالصفة الوقائية والعلاجية

تعد خاصية الوقائية من بين أهم الخصائص التي جعلت من هذه القواعد تحضا باهتمام كبير من طرف المتعاملين الاقتصاديين في مجال التجارة الدولية، فهي تقدم حلولا وقائية حتى قبل وقوع النزاع، من خلالها تمنع نشوءه، ومشكلة التنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده، فيستعان بهذه القواعد في المرحلة الأولى لنشوء النزاع، كما أنها تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقود، وهو ما يجعل من حجم فرضية نشوء منازعات جد ضئيلة في المستقبل، ولا شك أن الوظيفة الوقائية تعد الأولى بالنسبة لوظائف القانون بوجه عام[2].

تأتي المرحلة الثانية بعد حدوث نزاع بين الأطراف، وتتمثل في الوظيفة العلاجية، إذ تعمل القواعد المادية للتجارة الدولية على مساعدة الأطراف في الوصول إلى أرضية تفاهم، وإعادة التنفيذ السليم للالتزامات التعاقدية، وهذا عن طريق اللجوء لأسلوب التوفيق والوساطة[3]، اللذان يؤديان إلى تسوية ودية وعادلة للنزاع.

---

[1]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 164.

[2]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التاجرة الدولية...، مرجع سابق، ص 31.

[3]– تعد الوساطة من أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات، فهذا الشكل من العدالة قديم جدا وظهر قبل ظهور عدالة الدولة، فالوساطة كانت تتم في السابق بشكل بسيط قائم على إصلاح ذات البين، ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع، طبقت الوساطة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة، واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 وقد ظهرت في الو.م.أ خلال الأعوام 1965و1970، وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من وسطاء مقاطعة الكيبك في كندا، وأعد القانون العام أول قانون يتعلق في هذا الموضوع في 03 جانفي 1973 وتبعه قانون 24 ديسمبر 1976 الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية، أنظر في هذا الموضوع بالتفصيل عن الوساطة لدى: **أحمد أنوار ناجي**، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة الفقه والقانون، متوفرة على الموقع التالي: www.majalh.new.ma، ص 03.

– L'intérêt de l'étude de **CNUDCI** sur la conciliation se justifie par le fait que de plus en plus on recourt à cette forme de règlement de litiges dans diverses parties du monde, Les faveurs accordées à la conciliation se reflètent, en effet, dans la création d'un

يكون كذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء الذي يفصل عن طريق حكم قضائي ملزم للطرفين، فيعد هذا الحكم الحل النهائي والمباشر له، وحتى في هذه المرحلة فالقواعد المادية قد تدفع المحكوم عليه بتنفيذ الحكم إجباريا دون الأمر بالتنفيذ، وذلك مراعاة للأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي[1].

تمتاز كذلك هذه القواعد بالسهولة من حيث العلم بالقاعدة الموضوعية بخصوص تطبيقها، كما أنها بالإضافة إلى وصفها المعروف بالملائمة فهي توصف أيضا بالسرعة وتتناسب مع حاجات التجارة الدولية، كما أنها قواعد واقعية حيث أنها صنعت لمواجهة مواقف واقعية دولية[2]، بالإضافة إلى ذلك ما توفره هذه القاعدة من غاية مهمة للمتعاقدين وهي العلم المسبق والواضح للقواعد التي تحكم علاقتهم [3].

الفرع الثالث

قواعد التجارة الدولية قواعد قانونية

تم التركيز على هذه الخاصية من جانب الاتجاه الفقهي الذي يعتبر أن قواعد التجارة الدولية تشكل في ذاتها نظاما قانونيا مستقلا عن الأنظمة القانونية الوطنية[4]، فهذه القواعد تسعى إلى تنظيم مجتمع متجانس ومترابط يتولى بنفسه وضع قواعد

---

certain nombre d'organismes publics et privés offrant des services de conciliation aux parties intéressées, voir :

- **DIESSE François**, Travaux des organisations international, « Droit de commerce international », Revue de Droit des Affaires Internationales, n 8, 1999, p. 935.

[1]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التاجرة الدولية...، مرجع سابق، ص 31.

[2]– فاللجوء إليها يسمح بحل بعض الصعوبات الناتجة عن ظروف الواقع، ويقصد بالواقعية، التوافق بين القانون والواقع الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، علما أن القانون يستمد مضمونه لا من ذاته بل من الظروف الواقعية للحياة، وعليه يجب أن يكون متطورا غير جامدا مواكبا لكل المتغيرات، أنظر: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 164.

[3]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، مرجع سابق، ص 109.

[4]– تتميز أنها ذات قواعد قانونية، حيث تشكل نظاما قانونيا مستقلا وقائما بذاته، فهي قواعد عامة ومجردة، وتعتبر قواعد غير متناقصة، ولا يمنع من إلزامها الذاتي خاصة في ظل قواعد عبر دولية آمرة، فضلا عن أن هذه القواعد تستوفي الركن المؤسسي، بحيث تنتمي إلى مجتمع يتمتع بقدر من التنظيم ووحدة المصلحة، أنظر: **سامي مصطفى فرحان**، مرجع سابق، ص 35.

تجارية تشكل عند اتحادها مع المصادر الأخرى للتجارة الدولية وحدة قانونية موازية للنظام القانوني الوطني، وذلك من خلال بناء مجتمع يتميز بخصوصيات ذاتية، فالعمل كوحدة متماسكة بين مختلف الأطراف المشكلة لهذا المجتمع يغنيها عن تدخل الدولة في تكوين القانون، فيتولى المجتمع استبعاد هذه المهمة باعتباره يشكل وسطا متماسكا بدرجة كافية في معاملاته وعلاقات الأفراد، كما هو الشأن بالنسبة لمجتمع التجار[1].

اعترف جانب من الفقه، أن قواعد التجارة الدولية تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، ومستقل عن الأنظمة القانونية الداخلية، هدفها هو تحقيق مجتمع متناسق ومتلاحم يتولى أموره بنفسه، وذلك من خلال وضع أعراف تجارية تشكل عند اتحادها مع المصادر الأخرى للتجارة الدولية وحدة قانونية مرادفة للنظام القانوني الوطني، وقد جاء هذا نتيجة تشكيل مجتمع متجانس له خصوصياته الذاتية، يخضع لقواعد قانونية تنظم شؤون التجارة الدولية[2].

كما أن شروط العقود النمطية والعادات المكتوبة تتمتع على نحو كاف بالعمومية، فهي تعد تعبيرا عن قواعد عرفية يتبناها المتعاقدون وتفرض عليهم، كما أن العادات غير المكتوبة بدورها تكون في الواقع محددة بطريقة كافية يطبقها المحكمون دون صعوبة لاكتسابها صفة القواعد القانونية[3]، ونفس الأمر بالنسبة للمبادئ القانونية المشتركة التي اكتسبت هي الأخرى صفة القواعد القانونية، والتي أرساها قضاء

---

[1]– أيد هذه الخاصية أي قانونية القواعد المادية للتجارة الدولية أصحاب الاتجاه المدعم لفكرة أن القواعد المادية تتمتع بالطابع الملزم والمستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية، فهي إذن تتمتع بخصائص وصفات القاعدة القانونية، أنظر: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 161.

[2]– **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 186.

[3]– مثل هذا الاتجاه أخذت به محكمة باريس في أحد أحكامها الصادرة سنة 1981، وقالت فيه إن عادات التجارة التي استقرت في مجال بيع وشراء البصل هي قواعد قانونية تطبق حتى لو لم يتفق الأطراف على ذلك صراحة ولا يمكن أن يقبل الأعذار بجهلها، مشار له لدى: **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية...، المرجع نفسه، ص 188.

التحكيم لتناسبها مع العلاقات الاقتصادية الدولية، فهي قواعد قانونية قائمة بذاتها مستقلة عن الأنظمة القانونية الوطنية[1].

تتوفر قواعد التجارة الدولية على الخصائص العامة للقاعدة القانونية كالعمومية والتجريد[2]، باعتبارها لا تخص واقعة محددة بعينها ولا شخصا محددا بالذات، بل تبين الشروط اللازمة في الواقعة التي تنطبق عليها الأوصاف التي يتعين بها الشخص الذي تخاطبه، كما تعد مجردة لطبيعتها الخاصة فهي عند وضعها لم توجه لشخص معين أو تطبق على واقعة معينة، وحجية العمل بهذه القاعدة القانونية يكون بارتباطها بعنصر الجزاء لكل شخص يخالفها وهو ما يوضح أكثر صفتها الإلزامية.

---

[1]– من بين أهم هذه المبادئ نجد مثلا : مبدأ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة للأطراف، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية الذي اعتبره قضاء التحكيم من بين الأعراف السائدة في مجال العقود الاقتصادية الدولية، فالإخلال بهذا المبدأ حسب قرارات التحكيم يعتبر خرقا لقاعدة ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية، تطرق لهذا الموضوع: **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 188.

[2]– **العمومية** : تعنى أن القاعدة القانونية تسرى على الكافة من حيث الأشخاص والوقائع، فهي تسرى على كل الأشخاص دون تمييز، كما أنها تسرى على كل الوقائع التي تنظمها أو تحكمها تلك القاعدة .

والتجريد : هو أن القاعدة القانونية يشترط أن تكون واضحة لا لبس فيها ولا غموض ومستوفية لشروطها فلا تحتاج إلى ما يفسرها أو يكملها .

فالعمومية والتجريد في القاعدة القانونية، هما أمران مكملان بعضهما البعض، وبدون إحداهما لا تكتمل القاعدة لمفهومها الصحيح، ذلك لأن العمومية أمرا ينظم القاعدة من حيث السريان سواء من حيث سريان القاعدة القانونية على الأشخاص جميعا، ومن حيث الوقائع جميعها، فلا يصح أن تسرى القاعدة على فرد دون الأخر ممن تنطبق عليهم، كما لا يجوز أن تطبق على واقعة دون الأخرى ممن تسرى عليها القاعدة .

والتجريد هنا مكمل للمفهوم الصحيح للقاعدة القانونية من حيث إمكانية القواعد القانونية وقدرتها على أن تسرى على جميع الأفراد وجميع الوقائع، ذلك لأن القاعدة القانونية لابد أن تكون كافية بذاتها للتطبيق على كافة الأفراد والوقائع التي تحكمها دون أن تكون في حاجة إلى ما يكملها نصوص أخرى، مشار له لدى: **عمرو طه بدوي محمد**، المدخل لدراسة القانون، "نظرية القانون"، دار الكتاب للنشر والتوزيع، القاهرة، د.ذ.س.ن، ص ص 8–9.

هذا ما جعل أنصار قواعد التجارة الدولية يؤكدون أن ملاءمة هذه القواعد لحاجة معاملات التجارة الدولية، هو الذي يفسر القوة الإلزامية لهذا القانون، والتي تستمد من الاعتقاد الكامل لدى المتعاملين بحتمية تطبيقها في مجال التجارة الدولية التي تؤدي دون شك إلى تطوير مجال هذه التجارة[1].

المطلب الثاني

خصائص القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية

تتميز القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، أو ما يسمى بالقانون الموضوعي الالكتروني[2] بأنها المثال الأنجع " لقانون بدون دولة"، حيث أن هذه القواعد تتجاوز النظرية الاقتصادية، إنه ليس القطاع الاقتصادي فقط بل القطاعات المتعددة للمجتمع العالمي، والتي تطور قانونا عالميا خاصا بها، وهي تقوم بذلك بمفردها وبمعزل عن الدول نسبيا وكذا بعيدا عن سياسات الدول والقانون الدولي العام.

تنفرد القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بخصائص تميزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية أو التقليدية، فهي قواعد نوعية باعتبارها تنظم نوع معين من العقود والمتمثلة في عقود التجارة الإلكترونية، وطائفية أي أنها لا تخاطب إلا فئة معينة من الأشخاص وهم رجال وممارسو التجارة الإلكترونية الدولية **(فرع أول)**، وتعتبر قواعد تلقائية، أي أن نشأتها كانت بصفة تلقائية وعفوية نظرا لاعتبارها قواعد وعادات عرفية حوّلها الاعتياد والعمل بها المتواصل إلى قواعد قانونية ملزمة للأطراف، هذا من جهة،

---

[1]– **عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 188.

[2]– يذهب جانب من الفقه في تعليقه عن القانون الموضوعي بالقول أنه " القانون العالمي الناشئ هو النظام القانوني بحد ذاته، والذي يجب عدم قياسه إزاء معايير النظام القانونية الوطنية، إنه ليس كما هو مفهوم كمّا غير متطور من القوانين له عيوب بنيوية بالمقارنة مع القانون الوطني، بل إن سماته الغريبة وقانونه الناضج يميزه عن القانون التقليدي للدول القومية، ويمكن تفسير هذه السمات بالتمييز ضمن المجتمع العالمي ذاته، وفي حين أن القانون العالمي يفتقر للدعم السياسي والمؤسسات على المستوى العالمي، فإنه مندمج بشكل وطيد مع العمليات الاجتماعية، الاقتصادية والمعولمة، أنظر في هذا الموضوع: **علاء الدين محمد ذيب عبابنه**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2004، ص 110.

ومن جهة أخرى فنجد أن حتى تطبيقها يمتاز بالتلقائية ولا يحتاج إلى تدخل سلطة عامة في ذلك **(فرع ثان)**، هذا دون أن ننسى الخاصية الهامة أنها قاعدة موضوعية مباشرة، وتتميز بطابعها عبر الدولي **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

القواعد الموضوعية قواعد طائفية ونوعية

تختلف الأحكام والقواعد القانونية باختلاف وتباين الإشكالات التي تعالجها تلك الأحكام، فالقانون وجد كضرورة اجتماعية لمعالجة كل الإشكالات الخاصة بذلك المجتمع، وهو الحال للمجتمع الدولي للتجارة الذي يختلف عن المجتمع الداخلي[1].

تختلف القواعد القانونية التي تحكم وتحل إشكالات المجتمعين باعتبار أن المجتمع الدولي يتميز بمعطيات خاصة، تظهر من خلال المعاملات الدولية التي تقتضي قواعد وحلول تنسجم وتتلاءم مع المعطيات وتتوافق مع تلك الذاتية، ومن خلال هذه الفكرة يتضح معنى القانون الموضوعي للتجارة الدولية، أنه نوعي وطائفي من خلال حله للإشكالات التي تنشأ في هذا الوسط[2].

ظهرت في تشكيل القانون التجاري الدولي قواعد موضوعية موحدة تسري على علاقات قانونية معينة، تتمثل في العلاقات ذات الطابع الدولي بالدرجة الأولى، فهذه الميزة هي أبرز ما تفرق بين هذه القواعد والقانون المقارن من جهة وبينها وبين القانون الدولي الخاص من جهة ثانية، فهي قواعد تحكم علاقات معينة، فهي من نوع علاقات القانون الخاص، ولو كان أحد طرفي العلاقة دولة أو مؤسسة تابعة لها، فالعبرة تتمثل في نوع وطبيعة العملية كونها من علاقات القانون الخاص[3].

---

[1]– يوجه خطابه مباشرة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، وينظم العقود المبرمة في هذا المجال، وتتنوع قواعده بحسب الأوساط المهنية، ونوع كل تجارة على حدا، منها تجارة الصوف، الحرير، الحبوب ونقل التكنولوجيا وغيرها من المجالات، أي أنها موجهة للشخص والمجال الذي يمارس فيه نشاطه، أنظر: **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 472، وانظر: **ربحي فاطمة الزهراء**، مرجع سابق، ص 13.

[2]– **سعد الدين أمحمد**، مرجع سابق، ص 94.

[3]– **طالب حسن موسى**، مرجع سابق، ص 55.

جاء التركيز على هذه الخاصية بعد مراجعة محتوى هذه القواعد، فمن يتفحصها من الوهلة الأولى، ومراجعة مراحل تشكيلها يظهر أنها موجهة خصيصا لجانب معين يتمثل في مجموعة من الأشخاص يمثلون محترفو التجارة الدولية، وتنظم مجموعة محددة من العلاقات وهي العلاقات التجارية الدولية[1].

أولا: تنظيم القواعد الموضوعية لنوع معين من العقود

تتمثل صفة النوعية في القواعد الموضوعية في حلولها الخاصة التي تميزها عن سائر القواعد الوطنية والمناهج الأخرى، فهذه القواعد تتميز بتأكيدها على خصوصية العلاقات الدولية، التي يتطلب تنظيما خاصا، حقيقة هذه القواعد الموضوعية التي برزت إلى حيز الموجود، فلا يكاد نظام قانوني وطني أو دولي في الوقت الحاضر يخلو من وجود مثل هذه القواعد القانونية[2].

تعتبر قواعد قانونية ظهرت واستقرت في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات ذاتية[3]، والتي تقتضي بالضرورة حلولا تتوافق مع صفته الذاتية[4]، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة

---

[1]– يتمتع المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية بمعطياته ومشكلات ذاتية، وهي التي تقتضي وجود قواعد وحلول تتوافق مع ذاتيته، ولا تحكم إلى مجموعة معينة من الأشخاص، وهم مستخدمو شبكة الإنترنت وغيرها من الوسائل الأخرى الإلكترونية ومقدمو خدمات المواقع الرقمية والاشتراك في الشبكة، وممارسو التجارة الإلكترونية، والدعاية والترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات ونظم التعامل مع بنوك المعلومات، وغيرها من المعاملات الإلكترونية، أنظر: **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 142.

[2]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 162.

[3]– وهو ما يعبر عن النوعية في القواعد المادية للتجارة الدولية، فهذه الأخيرة تشير إلى كونها قواعد معدة لحل المشكلات التي تنشأ عن التجارة الإلكترونية بشكل عام، كالدعاية للسلع والخدمات والمعالجة الآلية للبيانات ونظم التعاملات مع البنوك الإلكترونية والدفع الإلكتروني وغيرها، فهي قواعد مادية مهنية يطبقها محكمون متخصصون بهذه المهنة دون غيرها، راجع في هذا الموضوع: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 391.

[4]– **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 12.

الدولية للمعلومات، لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي، باعتباره قانون موجه لطائفة معينة من الأشخاص، هذا بالإضافة إلى أنه قانون نوعي[1].

يستطيع المتعاملون في مجال التجارة الدولية بصفة عامة التعرف بسهولة ومرونة على طريقة العمل بمثل هذه القواعد، فهذا ما يوفر لهم الأمان القانوني المنشود من وراء معاملاتهم المختلفة، وكذا توفير البيئة الملائمة التي تحقق لهم المقاصد المرجوة من المعاملة التجارية، فالقواعد المادية باستطاعتها خلق بيئة قانونية آمنة موثوق بها ويمكن التنبؤ بنتائجها، وهذين المقصدين يعتبران من الخصائص المهمة التي تشكل الإطار القانوني للعلاقات التجارية الدولية[2].

تنظم قواعده وأحكامه نوعا معينا من المعاملات والمسائل المتعلقة بها، وهي تلك التي تكون ناشئة في مجال التجارة الإلكترونية، منها الدعاية والترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، نظام التعامل مع بنوك المعلومات، الدفع الإلكتروني، البريد الإلكتروني، والعقود الدولية التي تبرم إلكترونيا[3].

ثانيا: توجيه القواعد الموضوعية لطائفة معينة من الأشخاص

تتّسم هذه القواعد المختصة للقانون الموضوعي وتحدد الطائفة التي يخاطبها، لن يكون إلا بوجود نظام مؤسسي مرتب ذاتيا، وله أجهزته وأدواته الخاصة، كالعدالة الافتراضية لتكون متماشية مع افتراضية القوانين المعمول بها في هذا المجال[4].

---

[1]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 205، وأنظر كذلك " **أنها لا تكترث إلا بنوع معين من المشكلات وهي تلك التي تنشأ عبر الإنترنت**"، **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 112.

[2]– ذهب البعض إلى وصف مثل هذه القواعد بأنها صديقة ومساعدة للمحكمة، كون القضاة سيكونون سعداء لتطبيق قواعد واضحة وسهلة، بدلا من التوغل في متاهات منهج تنازع القوانين بكل ما يتطلبه من مشقة وجهد، وسوف يتعاملون بشكل سلس مع هذه القواعد خاصة مع زيادة وتيرة العمل لدى الكثير من المنظمات المهتمة بوضع هذه القواعد، أنظر في هذا الموضوع تحت عنوان قواعد سهلة التطبيق لدى: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 91.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 112.

[4]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 55–57.

يسمى أيضا بهذا المجتمع الخاص بالافتراضي، فهو يتميز بطبيعة خاصة، هذه الأخيرة تؤدي إلى رفض تطبيق قواعد قانونية وطنية، بحكم أن وضع هذه القواعد كان أصلا لحكم معاملات مادية ملموسة، فطائفة هذه القواعد تتجسد في أشخاصها وموضوعها حيث تخاطب كافة مستخدمي الشبكة العالمية ومقدمي خدمات المواقع الرقمية على الشبكة، وكذا الاشتراك فيها، وخاصة الأشخاص الممارسين للتجارة الإلكترونية أفرادا كانوا أم هيئات، تجارا أم مستهلكين، وتظهر طائفية هذه القواعد أيضا إزاء الموضوعات التي تتولى تنظيمها، فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلية بكل نوع من أنواع التجارة الدولية، فإن هناك أحكام أكثر تفصيلا[1].

يؤكد أنصار هذا القانون نوعية وطائفيته ولو بطريقة غير مباشرة، في هذا المعنى يقول الأستاذ كاهن**Kahn** أن ذلك القانون " هو قبل كل شيء قانون معمول ليحكم جماعة صغيرة أو كبيرة من المهنيين، أما غير المهنيين فلا يمسهم القانون المادي للتجارة إلا عرضا أو بطريقة انعكاسية وهم لا يكونون كذلك، لأنهم لا يساهمون في التضامن الذي يوجد بين هؤلاء"[2].

تتجاوز خاصية النوعية والطائفية الأشخاص والمعاملات المقصودة في نطاق القواعد المادية للتجارة الإلكترونية إلى الهيئة أو المؤسسة التي تطبق تلك القواعد، حيث يظهر ما يسمى بالقضاء الافتراضي والعادلة الافتراضية التي تتم من خلال قيام

– لقد نادى البعض بوجود " ***الفضاء الافتراضي***" وتدعيمه بمقتضى اتفاقية دولية، وبالتالي تتشكل المحاكم في فضاء مستقل عن الدول، وتقوم بتنظيم الإجراءات أمام هذا القضاء لتبادل المذكرات إلكترونيا وعقد جلسات بالفيديو، بحيث لا تكون هناك أهمية للمكان الذي توجد به المحكمة. أنظر كذلك:

- **GAUTRAIS Vincent**, *Op.cit*, p. 235.

[1]– على خلاف ذلك ما ذهب إليه الأستاذ "كاهن" بصدد القواعد المادية في التجارة الدولية التقليدية، حيث أكد على أن "**هذا القانون معمول به ليحكم جماعة صغيرة أو كبيرة من المهنيين أما غير المهنيين فلا يمسهم القانون المادي إلى عرضا**" إضافة إلى أنها لا تنحصر في طائفة ممارسي التجارة الدولية بل أنها تمتد أيضا إلى الدول التي نشأت فيها هذه القواعد، ولا يخرج عن هذه الطائفة سوى مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص الصادرة عام 1994 والخاصة بعقود التجارة الدولية لكونها تتضمن قواعد مادية تخاطب فئتين مطلقتين من الملتزمين والدائنين، راجع في هذا الموضوع: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 391.

[2]– **سعد الدين أمحمد**، مرجع سابق، ص 94.

القضاة بعقد جلساتهم عبر شبكات الإنترنت أو عبر الدوائر المغلقة للاتصالات[1]، وإصدار قراراتهم التي لا تعدوا أن تكون طرد المشترك أو إلغاء اشتراكه في الإنترنت أو تجميده وتعليق الاستفادة منه لفترة محددة، لذلك يتميز هذا القضاء بخصوصية قواعده، أحكامه وإجراءاته، مما يحقق للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية طريقا موثوقا للتطبيق ويكفل احترام المتعاملين عبر الشبكة العالمية لهذه القواعد[2].

تبقى هذه الخاصية تركز على النوعية والطائفية، حسب نوع التصرفات القانونية المتعامل بها في هذا المجال، وكذا الأشخاص القائمين بهذه التصرفات القانونية، أما

---

[1]– يعرف على هذه الوسائل أنها غير قضائية، تنظر في النزاع والفصل فيه من خلال شبكات الحاسب، وشمول هذا المصطلح **ADR « Alternative Dispute Résolution »** لكافة المنازعات سواء التي وقعت الكترونيا **(Online Dispute)** أو المنازعات التقليدية غير الإلكترونية **(Offline Dispute)** إذ تنصرف هذه الوسائل لحل النزاع بغض النظر عن الآلية التي يتم من خلالها، وتتميز هذه الوسائل ببساطة وسهولة في سير إجراءات النزاع، بالإضافة إلى تجنبها القواعد الإجرائية التي تفرضها القوانين المحلية في الخصومات القضائية عند تحديد الاختصاص القضائي وفقا لمعايير وأسانيد القانون الدولي الخاص القائم على المرتكزات المادية التي لا تقوم عليها التجارة الإلكترونية، أنظر:

- **NDIAYE Penda**, Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, mémoire en vue de l'obtention du garde de Maîtrise en droit, Faculté de droit, Université de Montréal, décembre 2006, p 80.

– ومن جهته قام مركز الأبحاث بقسم القانون العام بكلية الحقوق لجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر من عام 1996 بطرح مشروع المحاكم الافتراضية، وتلتها بعد عامين من النشاط الإصدار الشرعي للمحكمة في 04 يونيو1998، كما ظهر نظام القضاء الافتراضي في أمريكا في عام 1996، والذي أعدته جمعية المحكمين الأمريكيين الذي يتيح جريان التحكيم، أو بعض أجزائه على شبكات الحواسب الآلية، حيث أنه يتناول عدة مواضيع منها المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية وحقوق التأليف والنشر والأسرار التجارية والغش والأعمال التجارية الخادعة والحق في الخصوصية، أنظر حول موضوع المحاكم الافتراضية، التقاضي عبر النت،: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص ص 728-729.

[2]– هناك من ينادي بتدعيم هذا القضاء الافتراضي بمقتضى اتفاقية دولية، يتم الاتفاق فيها على أن تشكل محاكمه من قضاة من مختلف الدول، ويتم بحث القضية وتحقيقها وسماع المرافعات فيها بإمكانات شبكة الإنترنت ذاتها، كتبادل المذكرات بالبريد الإلكتروني، ونفس الإجراء بالنسبة لعقد الجلسات، فلا وجود للمكان في مثل هذا القضاء، أنظر: **حابت آمال**، التجارة الإلكترونية في الجزائر...، مرجع سابق، ص 506.

من حيث مؤسساته وتنظيماته، يظهر أن لمجتمع الإنترنت قضائه وعدالته الافتراضية، وهؤلاء القضاة يمكن عقد جلساتهم عن بعد وعبر الدوائر المغلقة للاتصالات، ويصدرون أحكامهم على الطرف المخالف بطرده وإنهاء اشتراكه بالتعامل على الشبكة أو تعليق استفادته منها[1].

الفرع الثاني

النشأة التلقائية للقواعد الموضوعية في الوسط المهني

تعود هذه الصفة إلى أن المتتبع لنشأة القواعد المادية للتجارة الدولية بصفة عامة، يجد أن التجار والمهنيين كانوا هم أنفسهم واضعي هذا القانون عن طريق عاداتهم وممارساتهم في الأسواق لتبادل السلع، وإذا كان العرف التجاري من الناحية التاريخية هو المصدر الحقيقي الأول لهذه القواعد المادية كلها، فإن التاجر يعتبر منذ فجر التاريخ هو المشرع الحقيقي للقانون التجاري بصفة عامة[2].

توصف هذه القواعد بأنها تلقائية النشأة[3]، فهي لم تظهر بإحدى الطرق التي تتطلب الشكلية والرسمية التي تتبع لوضع قاعدة قانونية وضعية، بل نشأت من العادات والأعراف التجارية تبرز وتتطور حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة[4]، فجذورها تعود إلى القواعد القانونية النابغة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة، ومن غير المرور عبر القناة الرسمية لسن القوانين، وما يكفل تطبيقها هو

---

[1]- **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 13.

[2]- **سامي مصطفى فرحان**، مرجع سابق، ص 36.

[3]- إن أصل نشأة القانون هو التلقائية(**Spontané**) يوجد من خلال العادات والأعراف التي تتبع بين أفراد المجتمع، حتى ظهرت الدولة الحديثة التي اعتبرت نفسها ليس فقط التي تكفل تطبيق القانون بواسطة أجهزتها القضائية، بل أيضا الخالقة له، لكن التاريخ يعيد نفسه، حيث نجد قواعد قانونية ذات نشأة تلقائية نابعة من مجتمع له خصوصياته ومن غير المرور بالقناة الرسمية لسن القوانين، وهذا هو حال القانون الموضوعي أو المادي للتجارة الدولية، أنظر: **سعد الدين أمحمد**، المرجع السابق، ص 95، وأنظر: **ربحي فاطمة الزهراء**، مرجع سابق، ص 13.

[4]- **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص، 313، أنظر كذلك: **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 472، أنظر أيضا: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 135.

رضا الأطراف، ولقد صارت هذه العادات والممارسات عبر الوقت قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به[1].

يرجع أنصار ما يسمى بالقانون الموضوعي الإلكتروني عدم الرسمية، إلى أن الفضاء الإلكتروني لا يقوم على تنظيمه أية جهة رسمية مركزية، ولا تهيمن سلطة دولة معينة على نشاطها أو تحدد وتنظم عملها وتوجيهه، وكذا إلى غياب الجهاز القائم على سن ووضع القواعد السلوكية للمتعاملين عبر هذا الفضاء، فتلقائية النشأة يقابله تلقائية التنظيم والتطبيق، فهو يكفل لنفسه سلطة التطبيق[2]، ولهذا السبب وصفت بالطابع غير الرسمي الذي وصفت به شبكة الإنترنت[3].

يعتبر أنصار القانون الموضوعي أن تلقائية النشأة[4] لهذه القواعد تمكنها من الاستجابة للمعطيات المادية للعالم الإلكتروني، فالعرف يتلاءم مع التطور السريع والمتلاحق للتجارة الإلكترونية، على خلاف القوانين الوضعية التي تتميز بالركود والبطء في مواكب تطور ونمو معدل المعاملات التجارية على المستوى الدولي[5].

تتمثل تلقائية التعامل بمثل هذه القواعد في أن المعنيين يلتزمون بقواعد هذا القانون على شبكة الإنترنت، لأنها تقوم أساسا على ما جرى عليه العمل من أعراف

---

[1]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 201.

– تظهر هذه الخاصية بجلاء عندما تكون القواعد المادية غير رسمية بوضعها بطريقة غير تقليدية، ومن ثم فهي تناسب وتستجيب لاحتياجات الأطراف في التجارة الدولية، فتطبق من طرف كافة الأطراف دون أي إلزام رسمي، حيث أنها تعتبر من المبادئ العامة للعدالة في مجال التجارة الدولية، أنظر: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 91، وأنظر : **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 112.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 58.

[3]– **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 135.

[4]– تلقائية ولادة هذه القواعد الموضوعية أعطتها مرونة جعلتها تتحسس وتتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي من مؤثرات تقنية، اقتصادية أو سياسية، لأن هذه القواعد جاءت لتلبية حاجات المتعاملين عبر الشبكة العالمية التي عكسها الواقع الشبك، أنظر في هذا الموضوع: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 393.

[5]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 145.

وعادات وممارسات المتعاملين مع الشبكة، بحيث صار قانونهم العام أو المشترك الذي يلتزمون به، بمعنى أنه تلقائي التطبيق وتكفل تلك التلقائية رضا الأطراف المقدمة، ومن ناحية أخرى ملاءمته لطبيعة التعاملات عبر شبكة الإنترنت[1].

جاءت هذه القواعد في ظروف واقعية تعكس حاجات المتعاملين عبر شبكة المعلومات الدولية، باعتبارها قواعد شديدة الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على العلاقات المبرمة في الفضاء الإلكتروني، ويتوافق مع توقعات الأطراف ويجنبهم خاصة من اختلاف القوانين الوطنية البدائية التي لا تتماشى مع أنماط معاملاتهم، التي تقوم على معطيات فنية وتكنولوجية ومن وسائط متعددة لنقل المعلومات والبيانات، نصوص محورية مرجعية وترقيم للبيانات، أي تثبيتها على دعامات رقمية بعيدة عن الدعامات الورقية[2].

يترتب على ذلك أن هذه القواعد طالما أنها نابعة من ممارسات الأطراف واتفاقهم على مقرراته[3]، فإنها تتماشى مع الطبيعة الذاتية للتعامل على شبكة الإنترنت، وهي طبيعة تقوم على معطيات فنية وتكنولوجية من وسائط متعددة لنقل المعلومات

---

[1]– **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 13.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 59. وأضاف كذلك: لقد أجرى الفقيه(**François Gény**) دراسة حول المستويات التي تنشأ القواعد التلقائية، وتوصل إلى ترتيبها بحسب قوة إلزاميتها كما يلي: العرف، العادات الاتفاقية، العادات والأخلاق الحسنة.

[3]– تتميز كذلك بوظيفتها الوقائية والعلاجية في الوقت نفسه، تعمل من خلال وظيفتها الوقائية على منع نشوء النزاع والتنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده، كما تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض بشأن إبرام العقد وهو ما يقلل من فرض نشوء النزاع في المستقبل، والوقائية من أهم الوظائف التي يتميز بها القانون بوجه عام، أما العلاجية فهي تعمل على مساعدة الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ السليم للالتزامات التعاقدية، وقد يتم عن طريق التوفيق والوساطة اللذين يؤديان إلى تسوية ودية وعادلة للنزاع، وقد يكون العلاج عن طريق القضاء الذي يفضي إلى حكم ملزم في النزاع، وحتى في هذه المرحلة فالقواعد المادية قد تدفع المحكوم عليه بالتنفيذ للحكم إجباريا دون الأمر بالتنفيذ، وذلك مراعاة للأحكام الموضوعية في القانون التجاري الدولي، تحدث عنها في موضوع الوظيفة الوقائية والعلاجية للقواعد المادية: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، 92.

والبيانات، ونصوص محورية مرجعية وترقيم للبيانات أي تثبيتها على دعامات رقمية غير مادية أو ملموسة وأنها تتوافق مع توقعات المتعاملين على الشبكة[1].

إن أول ما عرف في ميدان التجارة الإلكترونية من قواعد هي الأعراف والعادات التي أنشأها وتداولها المتعاملون في التجارة الإلكترونية، بحيث صارت قانونهم العام أو المشترك فيما بينهم، حيث كانوا يكنون لها كل الاحترام مع قناعتهم بأنها ملزمة لهم كونها تلائم معاملاتهم على شبكة الإنترنت، ومما لا شك فيه أن هذه الأعراف والعادات هي قواعد تلقائية ولم تسن من قبل السلطات التشريعية الوطنية لأية دولة[2].

تطبق القاعدة العرفية من طرف الأشخاص المتعاملين على أساس اتفاق مسبق للتعامل بهذه القاعدة، بحيث يجب العلم بوجودها والتي تكون مطبقة في نطاق واسع في مجال التجارة الدولية، وتطبيق تلك القاعدة العرفية بصفة منتظمة على العقود المماثلة، لكن هذه النظرية كانت محل جدل حول تطبيق القاعدة العرفية على عمومية العقود، فاتجاه يؤكد بأنها قواعد تطبق حسب الاتفاق، وآخر ينادي بقوة القواعد القانونية وتطبق حتى في ظل غياب الاتفاق الصريح من الأطراف[3].

---

[1]– جاءت هذه القواعد نتيجة ظروف واقعية تعبر عن حاجات المتعاملين في المجال الإلكتروني، وهي قواعد شديدة الحساسية والتأثير بكل ما يطرأ على الفضاء الالكتروني من مؤثرات تكنولوجية، اقتصادية أو سياسية، أنظر: **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 142.

[2]– بالإضافة إلى تماشيها مع الطبيعة الفنية والتكنولوجية الخاصة للتعامل على الشبكة العالمية، وكذا اتفاقها مع توقعات الأطراف على الشبكة باعتبارهم واضعي أسس هذه القواعد بممارستهم وعاداتهم بعيدا عن القوانين الوطنية التي لم تواكب بعد هذا النمط من التعاملات، فإن تلقائية القواعد المادية للتجارة الإلكترونية منحتها نوع من المرونة جعلتها تتحسس وتتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي من مؤثرات تقنية، اقتصادية أو سياسية، لأن هذه القواعد جاءت تلبية لحاجات المتعاملين عبر الشبكة العالمية التي عكسها الواقع الشبكي، أنظر في هذا الموضوع: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 393.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 185. وأعطى بعض الأمثلة عن بعض الأعراف في هذا المجال أن:

– وكمثال لما استقر من أعراف وممارسات سائدة في مجال المعاملات الافتراضية، نجد الأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات، وفي شأن حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات عبر الحدود، وكذا في مجال حماية المستهلكين، بالإضافة إلى مجال حقوق الملكية الفكرية.

نشأ عن هذه الميزة التلقائية لهذه القواعد نوع من المرونة، نظرا لملاءمة هذه القواعد المادية لطبيعة التعاملات عبر الشبكة، فهي تعكس احتياجات المتعاملين عبر الشبكة وتلاءم طبيعة الشبكة العالمية، كما أنها تواكب الوثبات السريعة لهذا الكيان الجديد وتتأثر بكل ما فيه، وتقضي على مخاطر الاختلاف والتضارب بين الأنظمة القانونية، كما أن هذه القواعد تتفق مع توقعات المتعاملين عبر الشبكة، فهي وليدة سلوكياتهم، ولا تفرض عليهم سلطة عليا، ومن ثمة فهي تعبير أصدق عما ارتضوه لأنفسهم من قواعد[1].

يظهر من خاصية التلقائية أيضا، التلقائية في التطبيق، بحيث لا يحتاج القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تدخل السلطة العامة في ذلك، فيتحقق ذلك من خلال حرية الأطراف في اختياره والتزامهم بقواعده، كما أنها قواعد جد ملائمة لطبيعة ومقتضيات التعاملات عبر الشبكة، كل هذا يجعل من التلقائية لهذا القانون احترام لتوقعات المتعاملين، فهي قواعد من صنعهم تعكس حاجات المتعاملين عبر الشبكة الدولية[2].

الفرع الثالث

تشكيل القواعد الموضوعية لقانون عبر الدول

تشكل خاصية "عالمية المضمون" من أهم المميزات التي تتمتع بها القواعد الموضوعية، إذ أنها موجودة أصلا في النظم القانونية الوطنية أو الدولية كقواعد أو مبادئ ذات انطباق دولي[3]، أعدت خصيصا لتحكم هذه العلاقات الدولية وتتلاءم

---

[1]– لم تمنعها نشأتها غير الرسمية من أن تكون حلا ذاتيا للإشكالات الخاصة بشبكة الإنترنت والتجارة الإلكترونية، فضلا عن أنها ملزمة بذاتها، أنظر حول كل هذا: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 135.

[2]– **حابت آمال**، التجارة الالكترونية في الجزائر، مرجع سابق، ص 505.

[3]– سعت معظم الدول وكذا المنظمات الدولية الحكومية وغير الحكومية لتحقيق الحلول الدولية الموحدة، وقد كانت القواعد الموضوعية هي الوسيلة المفضلة في تحديد هذه الغاية، كون من سمات القواعد الموضوعية، العالمية والدولية، أنظر: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 162.

معها[1]، وهذا بالنظر إلى المضمون الدولي لهذه القواعد الذي يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى لو كانت بعض عناصرها وطنية، ما دام الطابع لهذه العلاقات دوليا، بل أبعد من ذلك حتى لو كان أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاص القانون العام[2].

جاء اختيار التدويل كنتيجة حتمية لعدم ملاءمة القوانين الوطنية لحكم عمليات تتعلق بصورة من صور التجارة الدولية المتطورة[3]، فيرى أنصار فكرة التدويل، أنه من حق الطرف الأجنبي أن يضمن استقرار مركزه القانوني وحمايته ضد المخاطر غير التجارية، وهو ما لا يتحقق له إلا بإسناد عقده لنظام من النظم القانونية الدولية لسد النقص وتعويض الثغرات في القوانين الداخلية[4].

تتميز العقود والمعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية بصفة عامة بصفتها الدولية، وبتعبير أقرب إلى لغة الاقتصاد فهي معاملات موجهة لأن تتخطى حدود دولة لترتكز آثارها في دولة أخرى، وتعني الاتفاقيات الدولية بتحديد معنى "الدولية" لكونها هي مناط تطبيق الأحكام في المسائل التي تنظمها، غير أنه حينما لا يوجد نصا في هذا الصدد فيجب أن تكون الحقيقة الاقتصادية هي الأساس، ومن هنا يظهر الاختلاف مع قانون

---

[1]– يتجسد الطابع الدولي لهذا القانون من طبيعة المعاملات التي يحكمها، إذ هي تتم عبر الحدود وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت، وتتضمن اتصالا بالقيم الاقتصادية فيما بينها وتتصل بمصالح المعاملات الدولية، أنظر في هذا الموضوع : **أحمد ولد محمد المصطفى**، مرجع سابق، ص 13.

[2]– **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، 92.

[3]– **فوزي قدور نعيمي**، مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 3، العدد 10، السنة الثالثة، دون ذكر السنة، ص 14.

[4]– أوضح الأستاذ بن الشيخ الهدف من تدويل القانون الواجب التطبيق وكذا العقد، فحدده في استبعاد تطبيق القانون الوطني ونزع الاختصاص من المحاكم المحلية لصالح التحكيم الدولي الذي تتحكم في هياكله المؤسسات الأجنبية، ومن خلاله تسعى إلى الحفاظ على السيطرة الإستراتيجية للتصنيع والتحكيم فيها، مثال ذكر لدى: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 175.

التجار الوطني الذي يقتصر عمله على إقليم دولة معينة، بينما تتجاوز فاعلية قانون التجارة الدولية حدود الدول وتنظم علاقات تجري في إقليم دولتين أو أكثر[1].

هذا بالنسبة للقواعد المادية للتجارة الدولية أو كما تسمى بالتقليدية، كما أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية أيضا تتميز بطابعها العالمي أو ما يسمى بالطابع عبر الدولي[2]، ويظهر هذا كله من حيث عالمية القواعد المادية، الوسيط الإلكتروني المستعمل لإبرام مختلف التعاملات التجارية الدولية، طبيعة التعاملات التي تتم غالبيتها في إطار معاملات دولية وكذا من حيث مصادر هذه القواعد والتي أغلبها مصادر دولية، وهذا ما سنراه بالتفصيل في النقاط التالية:

أولا: من حيث عالمية القواعد الموضوعية

تحقق السمة العالمية للقواعد الموضوعية الموحدة في المسائل الدولية مرونة أكثر[3]، ويحتل أهمية كبيرة في القانون الدولي الخاص، مما يفرض اختفاء قواعد

---

[1]– في عقود نقل التكنولوجيا تتحقق صفة الدولية إذا كان موضوع الاتفاق نقل التكنولوجيا عبر حدود دولة ما سواء أكان طرفا الاتفاق يقيمان أو يمارسان نشاطا تجاريا أو صناعيا في الدولة نفسها أم في دولتين مختلفتين، ولا عبرة بجنسية الطرفين، فقد يكونان من الجنسية نفسها أو من جنسيتين مختلفتين، وطبقا لهذا الضابط يكون العقد دوليا إذا انتقلت التكنولوجيا من مورد يقيم في فرنسا فرنسيا كان أم غير فرنسي إلى مستورد يقيم في مصر مصريا كان أم غير مصري، ونفس الشيء في عقد النقل الدولي فإن اتفاقية وارسوا اعتمدت في ضابط الدولية مسار الرحلة ومحطات الرسو الجوي، كما اعتمدت قصد طرفي العقد وبالتالي لا تلعب الجنسية دورا في تحديد الدولية، فقد يكون النقل دوليا ولو كان الناقل والطائرة وأطراف العقد الآخرين من جنسية واحدة، لتفاصيل أكثر أنظر: **طالب حسن موسى**، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص ص 79–80.

[2]– أكد الواقع العملي أن غالبية العقود المبرمة في مجال التنقيب عن البترول واستغلاله مثلا، تتضمن اتفاق الأطراف صراحة على تطبيق أفضل الممارسات المتبعة عامة في هذا المجال، ولما كان قانون البترول يعد جزءا من القانون التجاري الدولي والذي تشكل من العادات العابرة للدول، والمتبعة على نحو عالمي في المجال الخاص بالبترول، فإن هذا يعني ارتضاء الأطراف صراحة بإعمال القواعد عبر الدولية على عقودهم، مشار له لدى: **فوزي قدور نعيمي**، مرجع سابق، ص 15.

[3]– تعود هذه الخاصية إلى القرون الوسطى، فيرى بعض الفقه أن الأعراف التي أنشأها التجار في هذه الفترة كانت بمعزل عن السلطة المحلية، وعن الأعراف الإقليمية الخاصة بالكيانات السياسية الداخلية التي كانت تتصف بالطبيعة الريفية المنغلقة على نفسها، ولقد أكد الدكتور محمد درويش في رسالته إلى أن: "قانون التجار القروسطي

التنازع لما تحمله من مخاطر، باعتبار أن اللجوء إلى القواعد الموضوعية أصبح الطريقة المفضلة، كما تضع القواعد الموضوعية الموحدة ضوابط للدولية والعالمية، بحيث لا يتوقف تطبيق أحكامها على جنسية الأطراف، حتى ولو كان هؤلاء الأطراف من رعايا دول غير متعاقدة، ما دامت العلاقة قد استوفت شروطها المحددة، وتستهدف من وراء ذلك توسيع نطاق تطبيقها[1].

ثانيا: من حيث الوسط المستعمل للتعامل

يعد الوسط الذي تطبق وتسري فيه القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، بأنه عالم خاص ومستقل عن القوانين الوطنية، والهيئات المؤسساتية والسلطات الإقليمية ولا حتى الهيئات الدولية[2]، فهو قانون ينظم مجتمعا افتراضيا، يتضمن بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم التبادل بالطرق السلكية واللاسلكية، ولقد خصص أساسا لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية[3].

كان مكونا من قواعد معيارية تشكل كيانا متماسكا، فقد نشأ في البداية باستثناء على القانون العام الذي كان سائدا في المجتمع الإقطاعي، لكن طوائف التجار سعت منذ البداية لجعله قانونا أصيلا ومستقلا، ولقد تحقق لها ذلك"، مشار له لدى: – **نادر محمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 146.

[1]– من بين القواعد العالمية نجد " قاعدة صحة واستقلال شرط التحكيم"، فهي قاعدة عالمية للقانون الدولي للتحكيم، أما القيمة العالمية للقواعد الموضوعية ذات المصدر الاتفاقي والتوحيدي مثلا يتجلى في كثير من المعاهدات والقواعد الموحدة مثل اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، وكذلك اتفاقية الجات التي أقرت في المغرب في15 أفريل 1994 والتي أقرت العديد من المسائل في التجارة الدولية، فمعظم أحكامها موضوعية، أشارت إليه: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 163.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 60.

[3]– **حسين الماحي**، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، مقال منشور على الموقع، www.arablawinfo.com، اطلع عليه بتاريخ 2016/10/08 على الساعة h08 ص 06.

– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 137–139.

ثالثا: من حيث طبيعة المعاملات المبرمة في هذا المجال

تظهر هذه الصفة من طبيعة المعاملات التي ينظمها هذا القانون، إذ تعتبر معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في الوقت نفسه[1]، بحيث تضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها، لكن تطرح في نفس الوقت إشكالية التنظيم والسهر على احترام القواعد التي تسري في هذا الفضاء نظرا – كما سبق وأن ذكرنا– لغياب هيئة دولية تحكم العلاقات القائمة في هذا المجال[2]، ويبقى هذا القانون خاص يختلف عن القانون الدولي العام والقوانين الوطنية، ويختلف أيضا عن قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره لا ينظم مسألة تنازع القوانين[3].

يذهب الفقيه(**Gunther**) في تعليقه على القانون الموضوعي إلى أن: " القانون العالمي الناشئ هو النظام القانوني بحد ذاته والذي يجب عدم قياسه إزاء معايير النظم القانونية الوطنية[4]، فسماته العالمية وقانونه الناضج يميزه عن القانون التقليدي للدول القومية، الذي يعتمد في كل خلافاته المتعلقة بالعقد على المناهج التقليدية والمتمثلة أساسا في منهج تنازع القوانين"[5].

---

[1]- Dans les contrats de commerce électronique, la territorialité a perdu beaucoup de son importance comme « ***facteur de rattachement*** », et a été progressivement éliminée par la jurisprudence, voir : **A. KOTEICHE Lama,** Op.cit, p 35.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 60. أنظر كذلك:

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p. 237.

[3]- **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، مرجع سابق، ص 127–128.

[4]– باعتبار أنها تختلف عن القواعد المادية من حيث نطاق التطبيق، فالوطنية يحددها النطاق الجغرافي للدولة التي أصدرت تلك القوانين، بينما القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بكونها قواعد عابرة للدول، لأنها ليست من وضع سلطة وطنية محددة، على اعتبار أن الشبكة العالمية لا تخضع لهيمنة دولة ما، منظمة، هيئة، سلطة إقليمية أو عالمية، وبالتالي فلا وجود لقواعد دولية تحكم منازعات التجارة الإلكترونية، حيث أن خاصية عبر الحدودية للقواعد المادية الإلكترونية ناتجة من طبيعة المعاملات التي تحكمها هذه القواعد، راجع في هذا الموضوع: **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 394.

[5]– الوقوف عند نظرية تنازع القوانين وما تقوم عليه من وسيلة فنية وهي قاعدة الإسناد، فالاعتماد عليها أصبح اليوم أمر غير سديد، فالحياة هي فيض متدفق تقدم لنا الجديد كل يوم، وإزاء ذلك فمن اللازم البحث عن وسائل جديدة تناسب معطيات الحياة الجديدة، ودون ذلك سوف نقف في مكاننا ونتجمد وسوف يجاوزنا الزمن دون شك،

رابعا: من حيث المصدر المشكل للقواعد الموضوعية

يتضح من الصفة الدولية لهذه القواعد أيضا أن جوهر هذا القانون المادي هو تلك القواعد الموضوعية في الاتفاقيات الدولية[1] والعقود النموذجية التي تنظم الأنشطة التجارية الدولية، فهذه جميعا هي مناط تطبيق الأحكام في المسائل التي تنظمها، ولا شك أنه عندما لا نجد نصا دوليا يتعلق بالنشاط الدولي يتعين الاستعانة بالمعايير المقررة في أصول القانون الدولي الخاص، كما تكون للعادات والأعراف والعقود والمعاملات التي أنشأها التجار بمعزل عن السلطة المحلية وعن الأعراف والقواعد والممارسات المحلية دليلا آخر على اكتساب الصفة الدولية لهذا القانون، فهي تمثل تصرفات قانونية تتخطى حدود دولة لترتكز آثارها في دولة أخرى[2].

احتفظت القواعد المادية أو القانون الموضوعي بالطابع الدولي باعتباره ينظم فضاء افتراضيا مشتركا غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلب قانونا غير وطني، أي ليس من وضع سلطة وطنية، كما أنه ليس من وضع هيئة دولية، بل طابعه الدولي يستمده من طبيعة المعاملات التي يحكمها، فهي تتميز على أنها معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت، وتتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتصل بمصالح التجارة الدولية، وهي كلها معايير تضفي على المعاملات الإلكترونية الصفة الدولية[3].

للتفصيل أكثر أنظر: **علاء الدين محمد ذيب عبابنه**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، مرجع سابق، ص 110.

[1]– تفضل الاتفاقيات الدولية توحيد القواعد الموضوعية على توحيد قواعد الإسناد، مما دفع بالفقه الحديث، خصوصا الألماني والهولندي إلى القول بأن يحصر مجال تطبيق قواعد الإسناد لمصلحة القواعد الموضوعية، وتوسيع دائرة نطاق تطبيق قواعده ليبقى مستقبل منهج قواعد الإسناد وآلياته منحصرا في الروابط العائلية فقط، تطرقت لهذا الموضوع: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 163.

[2]– **عمر سعد الله**، مرجع سابق، ص 19.

[3]– امتيازه بصفة موضوعي أو مادي، فهي تستمد من اختلافه عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تعد أداة يستمد منها الحل، ولا تحل النزاعات بطريق مباشر، بل هي قواعد غير مباشرة ومحايدة، في حين قواعد القانون

من خلال ما تم دراسته، يظهر أن منهج تنازع القوانين عرف عدة تطورات سايرت تطور التجارة الدولية، فحضي في هذا المجال مبدأ سلطان الإرادة باهتمام كبير لكونه من أهم المبادئ القانونية في فقه التجارة الدولية، هذا إلى جانب المبادئ الأخرى لقواعد الإسناد التي ساهمت أيضا في تنظيم معاملات التجارة الدولية، وما زاد من تطور هذه المبادئ تبنيها من العديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة لقواعد التجارة الدولية.

ومع تطور قواعد تنظيم التجارة الدولية، جعل من المبادئ المذكورة سلفا يشوبها نوع من النقص، نظرا لارتباطها أكثر بالقوانين الوطنية في مجال يفرض العمل على نطاق أكثر توسعا، فأصبح من خلال هذا الواقع المتعاملين الاقتصاديين في مجال التجارة الدولية، يبحثون عن بديل آخر، فنادى أكثر من اتجاه فقهي على ضرورة البحث عن قواعد موضوعية مباشرة كبديل لقواعد الإسناد، والتي تتمثل في القواعد المادية للتجارة الدولية.

غير أن التطور السريع الذي عرفته التجارة الدولية، وظهور تقنيات تكنولوجيا جديدة للتعامل، انتقلت معاملات التجارة الدولية من المعاملات الورقية إلى المعاملات الالكترونية، وأصبح العقد يبرم بالطرق الإلكترونية، وأكثرها عبر الإنترنت، مما يجعل أيضا من القواعد المادية المعتمدة في منهج التنازع مستبعدة إلى حد بعيد، نظرا لاختلاف الفضاء المتعامل فيه، هذا الواقع فرض منهج آخر لا يختلف عن المنهج الأول من حيث القواعد القانونية، لكنه يتمتع بخصوصيات منفردة، فهو قانون موضوعي مباشر إلكتروني مشكل من مجموعة القواعد المادية المنظمة من طرف المتعاملين الاقتصاديين في مجال التجارة الإلكترونية.

وضعت هذه القواعد أصلا لإزالة العجز الموجود في قواعد الإسناد، وهذا من جانبين أساسيين، فالجانب الأول كونها قواعد وطنية داخلية وضعت أساسا لتنظيم معاملات التجارة الداخلية، وكذا العلاقات التي يوجد فيها طرفا أجنبيا، وفي كلتا

الموضوعي الالكتروني تمنح حلا مباشرا للنزاع دون الحاجة للاستعانة بقواعد أخرى، أنظر في هذا الموضوع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 441.

الحالتين تبقى مقيدة بالقوانين الوطنية. ومن جانب آخر، تعتبر قواعد جامدة وضعت على أساس جغرافي محدد لا تتلاءم تماما مع القواعد المنظمة للمعاملات المبرمة عبر الطرق الإلكترونية، خاصة تلك المبرمة عبر الإنترنت، والتي تتم في فضاء غير مادي بعيدا عن الحدود السياسية للدول، وبعيدا عن الضوابط المكانية، ونظرا لنشأتها وسط المتعاملين في هذا المجال ومن تنظيمهم، بالإضافة إلى مساندة العديد من الاتفاقيات الدولية لها، أصبح لها مكانة خاصة وسط فضاء التجارة الإلكترونية.

الباب الثاني

الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

تظهر الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية من خلال التطرق إلى مضامينها المختلفة، وقبل الوصول إلى هذه القواعد، تشكلت قواعد التجارة الدولية في صورة القواعد المادية للتجارة الدولية، فهذه الأخيرة التي يعود أصلها إلى تمازج المصادر الدولية والداخلية لتشكل تنظيم قانوني مستقل بعيدا عن الرسميات، فمثلا نجد القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي بدورها تشكلت من القواعد المادية ذات النشأة الاتفاقية، فالطبيعة القانونية تتضح بعد دراسة المصادر الأساسية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية منها الدولية والداخلية.

تتسم معاملات التجارة الإلكترونية بالتطور السريع من حيث تنوع نشاطاتها واختلاف المجالات التي تنظمها، هذا ما يجعل أغلب التشريعات التجارية الوطنية تظل متأخرة عن ملاحقة الأنماط الحديثة لعقود التجارة الدولية بصفة عامة، فأغلبها لم تأخذ على عاتقها مسؤولية تنظيم العلاقات المركبة التي تنشأ بين أطراف تلك العقود، مكتفية بمهمة تنظيم القواعد العامة المؤطرة للعقود التقليدية، لذلك سعى أنصار قانون التجارة الدولية إلى تحقيق استقلالا ذاتيا لهذا القانون في علاقته بالقوانين، فأصبحت قواعده الموضوعية قابلة للتطبيق التلقائي على العلاقات التي تخضع لسلطانها دون الحاجة لاعتراف النظم القانونية الوطنية.

اختلف الفقه – نظرا لتعدد وتنوع مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية وكذا بسبب النشأة الحديثة للبيئة الإلكترونية– حول ظهور قواعد مادية موحدة دولية فيما يخص الإنترنت والتجارة الإلكترونية، فهي تتميز عن قواعد القانون الدولي الخاص التي تنظم تنازع القوانين، كما تتميز عن قواعد القانون الدولي العام والقواعد الوطنية، هذا الاختلاف يكمن في الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية والتي تظهر أكثر من خلال البحث والوقوف على مصادر هذه القواعد التي تستقي منها أحكامها، والتي من خلالها يمكن تحقيق التوحيد والانسجام لهذه القواعد المادية.

فهناك من ركز على فكرة منشأ هذه القواعد، وعادوا إلى مصادر القواعد الموضوعية الإلكترونية لتبيان الطبيعة القانونية لها مبينين المصدر الأصلي أنه يكمن

في القانون الموحد الدولي، القانون المشترك الأوربي، العادات والممارسات اليومية، بالإضافة إلى القواعد التعاقدية والعقود النموذجية، في حين ركز جانب آخر على نقطتين تبين مصادر القواعد المادية وتم تقسيمها إلى مصادر رسمية أهمها تتمثل في الاتفاقيات الدولية وأخرى تلقائية أهمها الممارسات التجارية الدولية والأعراف بالمعنى الدقيق(**فصل أول**).

ظهر خلاف فقهي – وإن كان لا يختلف من حيث وجود القواعد من عدمها– مرده رفض فكرة استقلالية القواعد المادية للتجارة الالكترونية عن القواعد المادية للتجارة الدولية التقليدية وأيد فكرته على أن الأولى ما هي إلا جزء يقع ضمن نطاقها ويعد امتداد لها، إلا أنهم اختلفوا في تحديد الأطر والمكونات الأساسية لتلك القواعد والمشكلة للطبيعة القانونية لها **(فصل ثان)**.

الفصل الأول

مضمون القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية بين الدولية والداخلية

تتميز القواعد الموضوعية الخاصة بتنظيم المعاملات التجارية المبرمة عبر الإنترنت وباتفاق فقهي شبه كبير، عن قواعد القانون الدولي العام والقوانين الوطنية، وكذا قواعد القانون الدولي الخاص التي بدورها تنظم مسألة تنازع القوانين، لكن كثرت التساؤلات عن المصادر التي يمكن أن تستمد أحكامها والوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام في قواعدها.

نشب خلاف فقهي حول تحديد إطار ومكونات هذه القواعد، حيث انحصر هذا الخلاف في اتجاهين، الأول يرى أن القواعد الموضوعية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية هي امتداد للقواعد المادية للتجارة الدولية، أو ما يسمى بالقواعد المادية التقليدية، أما الثاني فيقر بالوجود الفعلي للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، وأنها مستقلة عن القواعد المادية التقليدية، كونها قواعد نمت وتطورت في أحضان التجارة وشبكة الإنترنت.

تعددت مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية بسبب الطبيعة غير المتجانسة وغير المنتظمة لهذه المصادر، كما أثير جدل فقهي حول المصادر الأساسية لهذا القانون بين اتجاهين، الأول يقر بأن القانون الرقمي يتكون من الاتفاقيات الدولية الأساسية والقواعد التعاقدية أي قواعد السلوك، واتجاه يقر بتشكيل هذه المصادر من القانون الموحد الدولي، القانون المشترك الأوربي، القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية والأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي، الأعراف الدولية والممارسات التعاقدية الدولية.

يقصد بالمصدر، ذلك الشكل الذي أضفى على قاعدة صفتها القانونية وجعلها ملزمة ومقترنة بجزاء، كما قد يقصد به المصدر التاريخي الذي استمدت منه هذه القواعد صياغة أحكامها، بالإضافة إلى ما يعرف بالمصدر المادي أو الحقيقي أو الموضوعي الذي هو عبارة عن الحادث الزمني، الظاهرة الاجتماعية أو المناسبة الاقتصادية التي وضعت هذه القواعد لتنظيمها.

نظرا لأهمية تحديد هذه المصادر، ارتأينا أن يكون البحث عنها على المستويين الدولي والداخلي، لذلك سنتطرق للمصادر ذات الأصل الدولي والتي تتكون من الاتفاقيات الدولية، قواعد السلوك، العقود النموذجية والأعراف التجارية **(مبحث أول)**، والمصادر ذات الأصل الداخلي التي بدورها تتكون من القواعد المادية ذات الطابع التشريعي، بالتطرق لمختلف التشريعات التي سنت قواعد مادية مباشرة التطبيق من خلال التشريعات المختلفة.

وكذا التطرق لمدى مواكبتها لهذا النظام التخلي عن قواعد التنازع التقليدية والقواعد المادية ذات الطابع القضائي، من خلال التطرق إلى القضاء الوطني بالإضافة إلى التحكيم التجاري الدولي بنوعيه التقليدي والإلكتروني اللذان طبقا حقيقة القواعد المادية في مختلف الأحكام التحكيمية **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول

تتشكل القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية من مصادر دولية

أصبحت القواعد الموضوعية ضرورة ملحة لوضع الإطار التنظيمي لمعاملات التجارة الإلكترونية، ولقد كانت الإطار المتفق عليه والمتعامل به لخلق مجال مادي مباشر تحكم عقود التجارة الدولية سابقا، ومع تطور المعاملات التجارية تطورت القواعد المادية وواكبت هذا المسار السريع للمعاملات الإلكترونية، فهذه الحاجة الملحة لها فتحت مجال واسع للبحث عن المصادر التي يمكن أن تستقي منها هذه القواعد أحكامها، والوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام في قواعدها.

ظهرت الحاجة أكثر لوجود قواعد مادية موضوعية ذات أصل دولي بعدما تأكد أن صدور القواعد المادية عن المشرع أو القضاء الداخلي سيجعلها متأثرة إلى حد بعيد بالمصالح الوطنية، فالبحث عن هذه القواعد ذات الأصل الدولي الهدف منه الاستجابة في مضمونها للاعتبارات الدولية الخاصة، مما يجعلها أكثر تحقيقا للأهداف التي تسعى لإدراكها.

يعكس التعبير عن كيفية صياغة القواعد القانونية في المجتمع الدولي مفهوم مثالي مضمونه أن القواعد المادية الموحدة للمعاملات الدولية تعبر عن مصالح جميع أعضاء الأسرة الدولية، ولذلك فمن اللازم على جميع الدول أن تتعاون وتتضامن فيما بينها لإرساء هذه القواعد وفقا لمبدأ المساواة في السيادة الذي يحكم العلاقات الدولية، ولن يتيسر ذلك إلا بمبادرة هذه الدول فيما بينها إلى إبرام اتفاقيات تتضمن قواعد مادية خصيصا لحكم الروابط العقدية الدولية.

يفرض علينا من هذا الجانب، التطرق لدراسة مختلف القواعد المادية التي تتسم بالنشأة الاتفاقية أو التنظيمية، والمتمثلة في كل من الاتفاقيات الدولية التي لها أهمية كبيرة في إرساء القواعد المادية للتجارة الدولية بصفة عامة، والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، كما كان لقواعد السلوك دور بارز في بناء القواعد المادية **(مطلب أول)**، ولم تظهر القواعد المادية من الجانب الاتفاقي فقط بل كانت نتيجة تصرفات ومعاملات

تلقائية وتطورت مع الزمن لتصبح قواعد موضوعية ملزمة بين الأطراف المتعاملة، فمنها العقود النموذجية والعرف الذي لعب دورا هامة في تنظيم القواعد المادية للتجارة الدولية **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

النشأة الاتفاقية أو التنظيمية للقواعد المادية للتجارة الدولية

ظلّت غالبية التشريعات التجارية الوطنية متأخرة عن ملاحقة الأنماط الحديثة لعقود التجارة الدولية، فهي لم تأخذ على عاتقها مسؤولية تنظيم العلاقات المركبة التي تنشأ بين أطراف تلك العقود مكتفية بمهمة تنظيم العقود التقليدية على المستوى الداخلي، هذا التأخر جعل من أنصار قانون التجارة الدولية تعمل على تحقيق استقلالا ذاتيا في علاقته بالقوانين، بحيث تصبح قواعده الموضوعية قابلة للتطبيق التلقائي على العلاقات التي تخضع لسلطانها دون الحاجة لاعتراف النظم القانونية الوطنية.

عمل مجتمع التجارة الدولية وفق هذا المنحى، مؤيدا بمنظماته الرسمية الدولية وهيئاته التجارية ومدعوما بجهود الباحثين والمشرعين فيه، على مواجهة مخاطر التجارة الدولية المتزايدة ومشاكلها المعقدة الناجمة عن تعاظم حجمها وكثافة نشاطها، وذلك من خلال السعي لإيجاد قواعد موحدة تحكم نشاطاته التجارية وإيجاد الحلول لمشاكله القانونية بمنأى عن أشكال الأنظمة الاقتصادية المتباينة فيه، ومن دون اكتراث بطبيعة النظم القانونية المتبعة في كل دولة.

ظهرت جهود التقنين والفقه الدوليين في شكل الاتفاقيات الدولية التي سعت إلى تنظيم المجتمع الدولي بمجموعة من القوانين المختلفة، من بينها إرساء قواعد مادية للتجارة الدولية تطورت مع استحداث الوسائل التكنولوجية لتساير تطور قواعد التجارة الإلكترونية **(فرع أول)**، إلى جانب مختلف الاتفاقيات الدولية ظهرت قواعد السلوك التي بدورها جاءت لبناء القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

مهمة الاتفاقيات الدولية كانت في تنظيم وإرساء القواعد المادية

يعرف على المبادئ والأسس القانونية التي تحكم العلاقات التجارية الدولية بأن صياغتها تمت في اتفاقيات دولية تجارية وجماعية، ووضعت بهذا المنطق بهدف توحيد التشريعات حتى ولو لم يتم التصديق عليها[1]، وكان من نتيجة هذه الاتفاقيات القضاء على مشكلة تنازع القوانين من خلال المبادئ والقواعد التي نصت عليها مختلف الاتفاقيات الدولية، منها اتفاقية جنيف التي أبرمت بتاريخ 07 يونيو 1930 والتي قامت بتنظيم مشكلة تنازع القوانين المتعلقة بالكمبيالة والسند الإذني، حيث ساهمت في وضع العديد من القواعد الموضوعية الموحدة والتي تطبق في كافة الدول[2].

---

[1]– من أهم القواعد المادية التي تشكلت خارج الإطار الوطني لمواجهة المشكلات الخاصة بعقود التجارة الدولية، تلك المستمدة من المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتبنى قواعد جوهرية خاصة بالعلاقات الدولية، فضلا على خصوصية هذه العلاقات، أفرزت أيضا عادات وأعراف تجارية استقر عليها العمل في الأسواق الدولية والتي غالبا ما تضمنتها العقود النموذجية الدولية، أنظر أكثر في هذا الموضوع: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 110، وانظر : **فراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 394.

[2]– كذلك اتفاقية جنيف بشأن تنازع القوانين في الشيك لسنة" 1931" والمعاهدات الخاصة بحماية الملكية الأدبية، الفنية والفكرية، والاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف الموقعة سنة "1942 "والمعدلة سنة 1972 في باريس، أنظر: **إمحمد محمد إمحمد المعلول**، مرجع سابق، ص 158.

نظمت هذه الاتفاقيات[1] من أجل وضع قواعد موضوعية موحدة لتحكم العلاقة العقدية كالاتفاق على قواعد الالتزامات أو قواعد حماية حق المؤلف أو قواعد الملاحة الجوية، أو قواعد الأوراق التجارية[2]، بالإضافة كذلك – كمثال أيضا– قواعد بيع البضائع، فالاتفاق على تشريع موحد يمكن أن يكون اتفاق على تشريع موحد في موضوع معين من موضوعات القانون يسري داخل كل دولة من الدول الأطراف في الاتفاقية[3]، كما يمكن أن يكون في صورة الاتفاقيات التي يكون الهدف من ورائها إيجاد حلول موضوعية تنطبق مباشرة على بعض المراكز القانونية المتضمنة عنصرا أجنبيا[4]، وهذا النوع من التوحيد خاص بالعلاقات المنطوية على عنصر أجنبي، ولا شأن لهذه القواعد بالعلاقات الداخلية الخاصة بموضوع الاتفاقية[1].

---

[1]– تأتي هذه الاتفاقيات استجابة للظروف المحيطة بالروابط الخاصة الدولية الحديثة، فتتضمن قواعد مادية وضعت خصيصا لحكم هذه الروابط، بحيث لا تسري هذه القواعد إلا في شأن العلاقات الخاصة الدولية، دون التطرق للعلاقات الداخلية التي تظل مرتبطة بالقوانين الداخلية للدول المتفقة أو المتعاهدة، أنظر في هذا الموضوع: **بلاق محمد**، حدود مساهمة .....، مرجع سابق، ص 122.

[2]– إلى جانب اتفاقية مجلس أوربا رقم "108" الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود والمعتمدة عام 1981، مشار لها في الهامش رقم 02 لدى: **حابت آمال**، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 508.

[3]– بحيث يحل هذا القانون في داخل كل الدول المتعاهدة محل التشريع الداخلي في خصوص موضوع الاتفاقية، فتكون نتيجة هذا الاتفاق وضع قانون موحد ومشترك بين الدول المتعاهدة، وهذا القانون الموحد يحكم كافة العلاقات المتعلق بها الاتفاق بين الدول المتعاقدة، سواء ما كان وطنيا خالصا أو مشتملا على عنصر أجنبي: انظر: **عكاشة محمد عبر العال**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007، ص 77.

[4]– في اتجاه مغاير، أن الاتفاقيات الدولية ليست من مصادر القواعد عبر الدولية، فهي لديها الأعراف التجارية الدولية والمبادئ التي استقر عليها قضاء التحكيم الدولي، إنما تشكل دليل لإثبات وجود ومضمون تلك القواعد وهو ما نسعى لتبيانه– مخالفا بذلك رأي الفقه المناصر للقواعد عبر الدولية، الذي يدرج بدوره العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية ضمن مصادر القواعد الموضوعية، حتى إنه إمعانا لا يخرج منها غير النافذة في

تتميز الاتفاقيات التجارية الدولية بميزة ذات العلاقة المباشرة بمفهوم قطاع الأعمال والتجارة الدولية، وكذا بعدم شموليتها وضيق نطاق تطبيقها، فتنقسم هذه الأخيرة إلى اتفاقيات شارعة[2] وأخرى عقدية، وهي الاتفاقية الدولية التي تبرم بين دولتين أو عدد محدود من الدول في المجال التجاري، وتغطي الاتفاقيات العقدية القواعد المنظمة لتحرير التجارة الدولية في السلع والخدمات، إلى جانب نظام تسوية منازعات التجارة الدولية والنظام القانوني للجوانب المتعلقة بالملكية الفكرية والاستثمار الدولي.

ظهرت العديد من الاتفاقيات الدولية، والتي كانت مصدرا للقواعد المادية للتجارة الدولية[3]، فكانت تسمى بالقواعد الاتفاقية المنظمة للعلاقات التجارية الدولية، وكان لها

بعض الدول، وقد دفع ذلك إلى إبداء المزيد من التحفظ حيال مثل هذه الاتفاقيات انطلاقا من أنها ليست جميعها تتمتع بالإلزام، في حين أن ما يحظى منها بالاعتداد في تلك التي تقنن القواعد العبر الدولية فقط بمصدريها المتمثلين في القواعد والمبادئ عبر الدولية، لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع، أنظر، **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، المرجع السابق، ص ص 121 –134، أنظر كذلك: **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 202.

[1]– **عكاشة محمد عبر العال**، مرجع سابق، ص 77.

[2]– يقصد بالاتفاقيات الشارعة، تلك التي تبرم بين عدد غير محدود من الدول بغرض وضع قواعد عامة لتحكم العلاقات التجارية الدولية، ولا يقتصر تطبيقها على عدد محدود من الدول، ومن ثم تضع الاتفاقيات الشارعة قواعد عامة التطبيق وتعد مصدرا رئيسيا من مصادر قانون التجارة الدولية، ومن أمثلتها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع " فيينا 1980، باعتبارها وضعت قواعد موحدة للتطبيق على عقد البيع الدولي للبضائع لتحل محل القوانين الوطنية في كل الدول المتعاقدة، أنظر: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 48.

[3]– **محمد بلاق**، قواعد التنازع، مرجع سابق، 103.

– يرى الأستاذ سمير تناغو: "أن البحث عن مصادر القانون هو بحث في الأسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين"، فالقاعدة القانونية مثل كل كائن لها سبب منشئ، وبالتالي يصبح البحث عن مصادر هذه القاعدة بحث فيما هو كائن، أي من قبيل البحث في العلوم التقريرية الذي لا يتقيد فيه إلا بالظاهرة القانونية

دورا بارزا في إنشاء قواعد موضوعية يتم اللجوء إليها عند غياب قانون يحكم تلك العلاقة التعاقدية **(أولا)**، كما تطور مضمونها بتطور المعاملات التعاقدية التي سايرت التطور التكنولوجي، وكانت أيضا مصدرا للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فنظمت اتفاقيات دولية تنظم مجالات العقود التجارية المبرمة بالطرق الإلكترونية، ووضعت قواعد لتنظيم سير المعاملات وكذا قواعد قانونية موضوعية يتم اللجوء إليها أيضا في حالة وجود خلاف أو نزاع في القانون الواجب التطبيق**(ثانيا)**.

أولا: نماذج وضعت لتنظيم القواعد المادية للتجارة الدولية

تتضمن الاتفاقيات الدولية[1] بدورها التعبير عن القواعد المنظمة للمعاملات الدولية، وقد تكون هذه القواعد قواعد موضوعية، وهذا هو الشأن في الاتفاقيات المتعلقة بنقل التكنولوجيا، كاتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية، واتفاقية جنيف لسنة 1987 الخاصة بالتسجيل الدولي للاختراعات، هذا بالإضافة لاتفاقيات التحكيم التي تساهم بصورة لا لبس فيها في ظهور قواعد غير وطنية تكون ملائمة أكثر من القواعد الداخلية لحكم العلاقات التجارية الدولية[2].

محل الدراسة كواقع يستهدف تأصيلها، أنظر لمزيد من المعلومات وكذا العودة إلى رأي الأستاذ السالف الذكر، مشار إليه كاملا لدى، **بلاق محمد**، حدود مساهمة...، مرجع سابق، ص 98.

[1]– تعتبر الاتفاقيات الدولية أيضا معاهدات تتم بين أشخاص القانون الدولي، وللمعاهدات قوة ملزمة من الوجهتين الدولية والداخلية، فالدول المتعاهدة تلتزم دوليا بتنفيذ أحكام المعاهدة، ويترتب على عدم القيام بهذا الالتزام تحريك المسؤولية الدولية، وتتوافر هذه القوة وتعتبر المعاهدة نافذة من الوجهة الدولية بمجرد التصديق عليها، ومن الوجهة الداخلية تتحقق القوة الملزمة بنفاذها في المجال الداخلي، وصيرورة أحكامها واجبة التطبيق، أنظر: **عكاشة محمد عبر العال**، مرجع سابق، ص 77.

[2]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 181، وتطرق لظهور هذه القواعد بعيدا عن القوانين الوطنية: **طارق الحموري**، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة علمية تحت عنوان: صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، من 25 إلى 29 ديسمبر 2007، القاهرة، 2007، 03.

توسع مجال الاتفاق أو بالأحرى أصبح من المؤكد على أن القواعد المادية للتجارة الدولية لن تحظى بالاهتمام الواسع على المستوى الدولي ما لم تتميز بالتوحيد القانوني[1]، إذ من شأن ذلك أن يؤدي إلى منع قيام فكرة تنازع القوانين من أساسها في الفرض الذي تشترك فيه جميع الدول في إتباعها، فالتوحيد بهذا الشكل يقضي على السبب المؤدي إلى اختلاف القوانين وقواعد التنازع من دولة لأخرى، وهو الأمر الذي قد يهيئ مجالا واسعا من الثقة والطمأنينة التي يصبوا إليها الأطراف في تعاقداتهم التجارية الدولية[2]، من خلال ما يحققه التوحيد على صعيد العلاقات التجارية الدولية من مختلف الاتفاقيات الدولية التي تسعى إلى حل ظاهرة التنازع في بدايتها بين قوانين الدول المتعاهدة.

ثانيا: نماذج سايرت تطور التنظيم الموضوعي للتجارة الإلكترونية

يهدف المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية إلى إستيقاء أحكامهم من الاتفاقيات الدولية[3] التي تعتبر أحد أهم المصادر التي يمكن الاعتماد عليها لتنظيم

---

[1]– أي أن الدول تقوم بمهمة التوحيد عن طريق إبرام هذه الاتفاقيات، وقد تسمح للدول بالاحتفاظ بتشريعها الداخلي، أي أن الاتفاقية تنطبق على العلاقة التجارية التي تدخل في نطاقها، وأما العلاقة التي لا تدخل في هذا النطاق فإنها تخضع للقانون الوطني، فاتفاقية وارسوا مثلا الخاصة بمسؤولية الناقل الجوي لا تنطبق على الناقل الجوي إلا إذا كان دوليا بمفهوم الاتفاقية وإلا خضع للقانون الوطني، للمزيد في موضوع توحيد القواعد المادية للتجارة الدولية، أنظر: **طالب حسن موسى**، مرجع سابق، ص 86.

[2]– غير أن الاتفاقيات الدولية لم تحل في بعض الأحيان دون قيام الخلاف بين كل هذه الدول حول تفسير النص الموحد، وهو ما قد يؤدي إلى ظهور التنازع بين التفسيرات القضائية المختلفة، لذلك لم يتردد جانب من الشراح في القول بأن السبيل الوحيد لحل هذا التنازع هو الرجوع مرة أخرى إلى قواعد التنازع في الدولة التي طرح النزاع على محاكمها لتحديد التفسير الواجب التطبيق، تناول الموضوع: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 123.

[3]– لكن ظهر خلاف حول وجود القواعد المادية ومدى استقلالها عن التقليدية منها من عدمه، ففي الاتجاه نفسه ظهر اختلاف حول المصادر التي تستمد منها القواعد المادية إطارها القانوني، ففي الاتجاه الأول وجدت ثلاث جوانب، الأول يرجع مكونات فكرة قانون التجار الرقمي تتمثل في كل من التوصيات الدولية والقواعد

القانون الإلكتروني[1]، حيث يسعى الأشخاص القائمين على القانون الموضوعي إلى تحقيق التوحيد والانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية على غرار ما قامت به أغلب الاتفاقيات الدولية في مختلف المجالات وذلك لحل المشكلات التي ظهرت في النواحي العملية[2].

1- اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية ولجنة منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية

جسّد هذا الموضوع في اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية، خاصة اعتمادها على مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق[3]، لكن

التعاقدية، الجانب الثاني أرجعها إلى القانون الموحد الدولي، القانون الأوربي المشترك، القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية، الأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي، الأعراف الدولية والممارسات التعاقدية الدولية.

في حين ارتكز الجانب الثالث على العادات المهنية المقننة، مجموعات القوانين الوطنية، الشروط التعاقدية وقرارات وأحكام التحكيم، أما الاتجاه الثاني فأظهر نوعين، الأول يقسمها إلى مصادر رسمية وتحتوي على الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المطبقة في التجارة الإلكترونية، الأدوات التعاقدية وتشمل تقنيات السلوك والعقود النموذجية وكذلك قرارات التحكيم الخاصة بالتجارة الإلكترونية، ومن جانبه نجد النوع الثاني يسميها بالمصادر ذات النشأة التلقائية وتضم: الممارسات التجارية في مجال التجارة الإلكترونية، المبادئ العامة في القانون والأعراف التجارية، لمزيد من التفاصيل في هذا الموضوع، أنظر، **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 114، 116.

[1]– عن طريقها يتم تحقيق التوحيد والانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية، راجع في هذا الموضوع : **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 432.

[2]– **حسين الماحي**، مرجع سابق، ص 04، وانظر كذلك: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 118.

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p. 273.

[3]- **Françoise MONEGER**, Droit International Privé, Edition LexisNexise, 6eme Édition, Paris, 2012, p 160.

- **بلاش ليندة**، الاتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة السادسة، المجلد 11، عدد 01 لسنة 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2015، ص 279.

نظرا للانتقادات التي وجهت إليها بسبب عدم ملائمتها مع العالم الافتراضي الرقمي، حيث اتجهت العديد من الجهات لوضع تنظيم قانون للتجارة الإلكترونية على غرار لجنة منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، والاتفاقية المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الافتراضي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية[1].

2- بعض المنظمات الإقليمية

جاءت توصيات أخرى إلى جانب تلك المقترحة من المنظمات الإقليمية، منها توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوربية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لعام 1980[2]، وكذا توصيات منظمة الأمم المتحدة حول المبادئ المتعلقة بنظم تصنيف البيانات الفردية المعالجة آليا لعام

---

[1]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 143–144، وأنظر أيضا: **بلاش ليندة**، مرجع سابق، ص 279.

– L'utilité d'un tel document se manifeste à deux points de vue, d'abord un modèle de loi est proposé aux Etats afin qu'ils l'adoptent dans leur juridiction, ensuite, étant donné la réputation enviable de l'institution, sa légitimité, ce document participe à l'élaboration des principes formant les premiers éléments du droit naissant du commerce électronique, voir :

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p 274.

– نادت لجنة منظمة الأمم المتحدة من وقت طويل بإدماج المعلومات في التجارة الدولية، ومنذ عام 1990 بدأت في البحث في مجال تبادل الوثائق إلكترونيا، حيث اعترفت في هذا القانون بتبادل رسائل البيانات، التوقيع الإلكتروني، والقوة الثبوتية لرسائل المعلومات وقبولها وحفظها وتبادلها، والتجارة الإلكترونية في مجال نقل البضائع، أنظر:

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p 274.

[2]– ونصت التوصية رقم 17 منها على أن: "***تتخذ الدول الأعضاء كل الإجراءات المعقولة والمناسبة لضمان أن يكون تدفق البيانات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود، ومرورا بدولة عضو دون انقطاع وبكل أمان***"، أنظر في هذا الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 54.

1991، وجاءت هذه التوصيات لهدف أن تكون النواة الأساسية لإبرام اتفاقيات دولية لاحقة في هذا المجال، باعتبارها تحتوي على قيمة علمية عالية، و قصد العمل بها وجعلها قواعد ملزمة[1].

3- من نظر وجهة الاتحاد الأوربي

وضع من جهته في النطاق الأوربي، برنامج عمل سمي بأنظمة التبادل في المعلومات الخاصة بالتجارة الإلكترونية بقرار من مجلس الاتحاد الأوروبي ولمدة سنتين، ويهدف هذا البرنامج إلى ضمان استعمال شبكة المعلومات في دول الاتحاد الأوروبي، ومن أهم الأعمال القانونية الصادرة عنه، نجد إعداد نموذج لاتفاقية حول استخدام المعطيات المعلوماتية، وكذا دراسات حول التوقيعات الإلكترونية والتنسيق بين التشريعات الأوروبية في هذا المجال.

كما دعت اللجنة الأوروبية رجال الاقتصاد والمنظمات التي تعمل في هذا المجال أن تستخدم نموذجا للعقد الذي سبق وأن أصدرته، والاستعانة بالتعليقات الواردة في شأنه، والصادرة من طرف هذه اللجنة، وذلك عن طريق التوصية الصادرة في 19 أكتوبر 1994[2].

عمل كذلك مجلس أوروبا على استحداث اتفاقية المجلس تحت رقم 108 الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي، وتدفقها عبر الحدود والمعتمدة عام 1981، كما كانت لقواعد الاتحاد الأوروبي أيضا دورا، يتمثل في توجيهه رقم 2001/44 في شأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري[3].

---

[1]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 54.

[2]- **عبد الفتاح بيومي حجازي**، مرجع سابق، ص 309.

[3]- **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 432.

تعد اتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية سنة (2005) لتنظيم مجال التجارة الإلكترونية[1]،من بين الاتفاقيات القليلة في هذا المجال، بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية المعترفة بالمستندات الالكترونية، من بينها اتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا لسنة(2009)[2]، التي أكدت في كل بنودها على صحة استعمال وثائق الكترونية واستعمال شبكة الاتصالات الدولية في إبرام عقد النقل الدولي للبضائع عبر البحر، كما جسدت فصلا كاملا تحت عنوان " سجلات النقل الإلكترونية"[3].

---

[1]– تهدف هذه الاتفاقية المعتمدة من طرف الجمعية العامة في 23 نوفمبر 2005 إلى تعزيز اليقين القانوني والتنبؤ التجاري عند استخدام الخطابات الإلكترونية فيما يتعلق بالعقود الدولية، وهي تتطرق إلى تحديد موقع طرف ما في بيئة الكترونية، ووقت ومكان إرسال واستلام الخطابات الإلكترونية، واستخدام أنظمة الرسائل المؤتمنة لإنشاء العقود، والمعايير المستخدمة لإنشاء مكافئات وظيفية بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية، بما في ذلك المستندات الورقية الأصلية، وكذلك بين طرق التوثيق الإلكترونية والتواقيع بخط اليد، تطرق لهذا الموضوع تحت عنوان: "المصادر الإلكترونية": **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 80.

[2] – Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, adoptée a la soixante troisième session de L'Assemblée générale le 02 février 2009 par la résolution 63/122, figure en annexe de la présente résolution, A/RES/63/122. Disponible sur le site : www.un.org/frencg/document/instruments/docs

[3]– بالإضافة إلى الاستناد على توجيهات الجماعة الأوربية التي حرصت بدورها على تطوير القواعد القانونية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي لتتلاءم مع تلك المعطيات الإلكترونية، وتحقيقا لذلك أصدر العديد من التوجيهات، من أهمها التوجيه الخاص بالتوقيع الإلكتروني والتوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الإلكترونية، أنظر في هذا الموضوع: **بوديسة كريم**، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/06/20، ص 85.

تعد – وهذا لا شك فيه– فكرة التنظيم والتقنين من سمات الاتفاقيات الدولية، فمن خلال كونها مصدر من مصادر القواعد المادية للتجارة الدولية من جهة[1]، وفي إطار التنظيم المستحدث للعقود التجارية الدولية بدخول الوسائل الحديثة كالإنترنت تكونت العديد من الاتفاقيات الدولية لتنظيم مجال التجارة الإلكترونية، وذلك بوضع العديد من القواعد المادية للتجارة الإلكترونية[2] أو ما يسمى بالقانون الموضوعي الإلكتروني، فسعت ومع مختلف مجالاتها إلى تقنين وتنظيم عادات وأعراف التجار والجماعات المهنية في صورة قواعد موحدة، هذا إلى جانب المنظمات المهنية المتخصصة التي بدورها أنشأت ما يسمى باللوائح المنظمة للعلاقات التجارية الدولية، بالإضافة إلى العديد من المصادر الأخرى[3].

---

[1]– وفقا لرأي الأستاذ سمير تناغو: " ***فإن البحث عن مصادر القانون هو بحث في الأسباب المنشئة للقواعد القانونية في مجتمع معين***" نقلا عن، **بلاق محمد**، حدود مساهمة .....مرجع سابق، ص 98.

[2] - Le commerce électronique oblige a une relecture des règles classiques, voir : **PIATTI Marie-Christine**, Commerce électronique et propriétés intellectuelles, Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique, n° 01, janvier 2006, Edition DALLOZ, PARIS, 2006, p03.

[3]– فتستمد هذه القواعد –خاصة القواعد المادية للتجارة الدولية– أحكامها من مصادر مختلفة، فهي تستقي أولا من القانون الدولي العام بما يحتوي عليه من مجموعة القواعد المطبقة بين الدول والجهات الأخرى التي لها صفة الدولية، كما أنها تستمد من الاتفاقيات الدولية التي تبرم في مجالات مختلفة والعقود النموذجية التي تتم صياغتها بصورة دولية، إضافة إلى المبادئ العامة للقانون، وهي تلك المبادئ التي تسود تشريعات الدول المتحضرة، ولا تختلف بشأنه التشريعات كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ومن جانبها القواعد المادية للتجارة الالكترونية لا تختلف كثيرا عن نظيرتها من حيث المصادر، بالإضافة إلى الأعراف السائدة في وسط المهنيين والقائمين على الاقتصاد الرقمي، وكذا مختلف العادات الراسخة في هذا المجتمع الافتراضي، أنظر: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 105.

الفرع الثاني

دور قواعد السلوك في تكوين القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

ظهرت قواعد السلوك إلى جانب كل من الاتفاقيات والتوصيات الدولية، أو ما يسمى بتقنينات السلوك، والتي تعتبر من القواعد التي وضعتها مجموعة من المتعاملين والمهتمين بشبكة المعلومات الدولية[1]، كما تقوم بوضع تلك القواعد أيضا الهيئات والمؤسسات المهنية من أجل وضع المبادئ في التعامل عبر شبكة الإنترنت[2]، لتكون من بين المصادر لبناء قواعد القانون الموضوعي الدولي للمعاملات الإلكترونية، وجعلها من المبادئ في التعامل عبر شبكة الانترنت، مما يدفع عجلة التطور والتنمية في مجال تبادل المعطيات.

وكانت لمختلف المنظمات الدولية العامة، دور في تفعيل قواعد السلوك، مثل المجلس الاقتصادي التابع لمنظمة الأمم المتحدة، مجلس المعونة الاقتصادية التابع لدول أوروبا الشرقية والذي يسمى "الكوميكون"، وتتخذ أحيانا هذه القواعد شكل الشروط العامة والتي تلحق بها قواعد "الأنكوتيرمز" الصادرة عن غرفة التجارة الدولية[3].

تعرف قواعد السلوك بأنها: "مجموعة المبادئ والأحكام الصادرة عن هيئات ومؤسسات مهنية وتجارية، تهدف إلى تنظيم مجالات التجارة الدولية، وسيادة السلوك الأخلاقي القويم على الشبكة العالمية" **(أولا)**، فقامت بعض المؤسسات والهيئات الدولية بوضع قواعد سلوك للتجارة الدولية عموما والتجارة الالكترونية خصوصا**(ثانيا)**.

أولا: جاءت قواعد السلوك من أجل التنظيم

أنشأت أيضا فكرة وضع قواعد السلوك من خلال مشروع المدونة الدولية لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا، فالرغبة في وضع مدوّنة دولية لقواعد السلوك الواجب

---

[1]- **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 169.

[2]- **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 436.

[3]- أشار إليها : **يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، مرجع سابق، ص 100.

إتباعها في عقود نقل التكنولوجيا، كان مرتبطا بفكرة إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، والدعاية لهذا النظام جاءت من جانب الدول النامية، هذه الأخيرة التي نادت من أجل تنظيم العلاقات الاقتصادية غير العادلة بين الدول الصناعية الكبرى والدول النامية، وذلك بصورة تؤدي إلى إحداث طفرة تكنولوجية في هذه الدول، تعمل على تنمية اقتصادياتها وتقليل المسافة الشاسعة التي تفصل بينها وبين الدول المتقدمة[1].

تعتبر تقنيات السلوك بمثابة الحد الأدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة التي تحترم من كافة المستفيدين من التعامل في هذا الفضاء الإلكتروني خاصة[2]، فهو تنظيم مرن يتماشى مع توسع واختلاف أنواع التعامل، عكس التنظيمات الآمرة التي تتعارض مع استمرار وتطور مجال المعاملات التجارية الإلكترونية[3].

تعد تقنيات السلوك في مجال التجارة الإلكترونية[4]، تلك القواعد التي يضعها المتعاملون من خلال الإنترنت بأنفسهم، فتكون هذه الأخيرة محل تطبيق فئوي، ويتم

---

[1]– بالرغم من الاتفاق على وضع تقنين لسلوك نقل التكنولوجيا، وبعد اهتمام الأمم المتحدة بذلك وقامت الجمعية العامة بإحالة الأمر إلى مؤتمر التجارة والتنمية التابع لها، وهي المنظمة المهتمة بالمصالح الاقتصادية للدول النامية، إلا أنه وبعد عقد عدة مؤتمرات، ومنها مؤتمر سمي بمشروع "مؤتمر التجارة والتنمية"، وفي هذا المؤتمر اعتمد المشروع، وبعدها تقدمت مجموعة من الدول الـ 77 بمشروع يعبر عن رأيها وفعلت نفس الأمر مجموعة الدول المتقدمة، وبعد ظهور العديد من المشاريع قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة أن تعقد مؤتمر دولي في مدينة جنيف عام 1967، ومن ثم حثت الجمعية العامة للأمم المتحدة على ضرورة الاتفاق على وضع مدونة دولية لقواعد السلوك في نقل التكنولوجيا بصورة تراعي حاجات الدول النامية وظروفها الاجتماعية والاقتصادية، تطرق إلى هذا الموضوع: **إمحمد محمد إمحمد المعلول**، مرجع سابق، ص 162.

[2]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 146–147. وانظر كذلك :

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p. 275.

[3]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 52.

[4]– من أهم القواعد التي يمكن الاسترشاد بها في مجال المعاملات الإلكترونية : "قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد" UNCID والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية عام 1987 بالاشتراك مع عديد من المنظمات الدولية، فهذه القواعد ذات طبيعة اختيارية تهدف إلى تقديم نموذج موحد

تدوينها من قبل الهيئات المهنية المعنية بوضع مبادئ وأسس التعامل عبر الشبكة الدولية للاتصالات، فهي من أهم المصادر التي تتكون منها القواعد المادية للمعاملات الإلكترونية، وهذا راجع إلى تنوع أنماط المتعاملين مع شبكة الإنترنت تنوعا يتعارض مع وضع تنظيم موحد ومحكم لها، فهذا المجال يفرض وضع حد أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين في هذا العالم الافتراضي سواء على المستوى الدولي أو الوطني[1].

تتمثل أهم المبادئ والأحكام التي تدخل في دائرة قواعد السلوك، في العمل على احترام كل طرف لمثل هذه القواعد، عدم إلحاق الضرر والأذى بالطرف الأخر عند استخدام الحاسب، خرق مجال العمل المعلوماتي للآخرين، أو استخدام الحاسب في السرقة، انتحال صفة الغير، والبحث والتفتيش في نطاق خاص بالآخرين، أو تصوير برامج آخرين دون ترخيص أو مقابل[2]، ففي فرنسا مثلا تم استصدار ميثاق من قبل مجموعة عمل على رأسها الأستاذ (**BEAUSSANT**) تقوم مبادئه على تشكيل كيان يتكفل باستقبال شكاوى مستخدمي الانترنت، مهمته اتخاذ الإجراءات اللازمة للوساطة من أجل وقف بث الإعلانات غير المشروعة، ويكون الانضمام إلى هذا الكيان إرادي[3].

لقبول اتفاقات التبادل الإلكترونية بشأن المعاملات التجارية التي تتم عن بعد، أشار إليها: **محمد أطويف**، مرجع سابق، ص 139.

[1]– **محمد أطويف**، مرجع سابق، ص 139.

[2]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 208.

[3]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 52. الذي شرح بعض تقنيات السلوك المعمول بها وتتمثل في:

– ما قامت به في انجلترا جمعية مقدمي خدمات الانترنت بنشر تقنيات للسلوك العملي **Coude of practice**، يشمل على مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات بين المتعاملين على الشبكة الدولية للمعلومات، وقد حثت على الالتزام باحترام مبادئ وأحكام الجمعية المتمثلة في عدم تقديم أية خدمة مخالفة للقانون، أو تتضمن مواد تحرض على العنف أو القوة، الكراهية العنصرية أو الشذوذ الجنسي، أنظر كذلك: **حابت آمال**، مرجع سابق، ص 512.

تتضمن بصفة أكثر وضوحا على حدا أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين عبر الشبكة، كعدم استخدام أسلوب الوقاحة، أو تبني أسلوبا ساخطا أو مستهجنا، الالتزام إلى أقصى حد من الاتزان واحترام الطرف الآخر، عدم إرسال عبر البريد الإلكتروني أشياء غير مرغوب فيها، ومن الواضح أنها تحتوي على قواعد ذات قيمة قانونية[1].

ثانيا: تطبيقات أو نماذج لقواعد السلوك:

أعدت غرفة التجارة الدولية بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية، قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد[2]، كما قامت بإعداد مشروع خاص بالممارسات الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية في عام 1996، وهذه القواعد الموضوعة التي وضعت من طرف غرفة التجارة الدولية، تحث المتعاملين على مطابقة سلوكهم لحسن النية بهدف تأكيد ثقة الجمهور في الإنترنت، مما يضمن عدم تدخل الهيئات والمؤسسات الحكومية في تنظيم وتسيير هذه الشبكة[3].

تبنى بدوره المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية مشروعا لقواعد تعاقدية تتعلق بسندات الشحن الإلكتروني، بالإضافة إلى قواعد موحدة بشأن خطابات النقل البحري، وهذه القواعد تطبق على عقد النقل سواء كان مكتوبا أم لا، وعلى سند الشحن أو

---

[1]– على سبيل المثال : تحريم السب والقذف، أنظر: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 137.

[2] – يعد وضع تقنين للسلوك من التراث المشترك لكل الجماعة الدولية، وهو تمهيد لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية تحكم التعامل عبر شبكة الإنترنت، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 437.

[3]– حث وزير الاتصالات الفرنسية(***François FILLON***)بمناسبة اجتماع مجلس الوزراء الأوربي الخاص بالمعلومات والاتصالات في بولونيا بتاريخ 24أفريل 1996 الدول الأعضاء على أهمية التعاون الدولي من أجل تكوين وإصدار ما يسمى: "تقنين حسن السلوك" أثناء التعامل عبر الانترنت وإعداد قوانين وطنية تساير تلك التقنيات، راجع في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 169-171.

الوثيقة المماثلة سواء كانت مكتوبة أم لا، وتهدف هذه القواعد الدولية إلى إنشاء آلية للاستعاضة عند الشحن الورقي بمقابل إلكتروني، وضمان الثقة في المعاملات الإلكترونية وهي في ذلك لا تختلف عن التقنيات الداخلية أو الوطنية[1].

اعتمد كذلك من جانبه مركز منظمة الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والمعاملات الإلكترونية في سنة 2001 توصية بعنوان: "قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية" والتي تعتبر كوسيلة لتسهيل صفقات التجارة الإلكترونية، وجاءت لدعم التوصية السابقة الخاصة بالاتفاق الإلكتروني، يتمحور مضمونها طلب الدول تشجيع وتطوير صكوك التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية، كما ألحقت بالتوصية مثال على هذه القواعد وهي قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية التي أنشأها برنامج التجارة الإلكترونية في هولندا[2].

ضف إلى ذلك، ما ذهبت إليه تقنيات السلوك الأمريكية فيما يخص قواعد الاستخدام المقبولة والتي تحظى بانتشار عالمي واسع، والتي تتمثل في طريقة الاستخدام القانوني للإنترنت وفي هذا الصدد حدث نزاع في الكونجرس الأمريكي سنة 1995 بسبب فكرة المسؤولية الحرية عبر الإنترنت، وخاصة عندما حاول الكونجرس إصدار تنظيم متشدد لحكم الإنترنت، مما دفع المتعاملين على هذه الشبكة إلى القول

---

[1]– بالإضافة إلى القواعد الدولية المذكورة سابقا، ظهرت مبادرات عديدة في إطار التعاون الدولي في مجال استخدام الأنترنت، وتوصي بوضع تقنين لحسن السلوك Code de Bonne Conduite ينهض به القائمون على الشبكة، ومن بين تلك المحاولات نذكر: تقنين هيئة موردي الخدمات عبر الإنترنت وتقرير اللجنة المشتركة للمعلومات التي تتبع مجلس الشيوخ الأمريكي، فهذه المحاولات استهدفت تحديد القواعد المطبقة على الإنترنت، وإصدار قواعد موحدة تحدد مسؤولية مقدمي الخدمات، وإعلان مبادئ تسعى لتحقيق التعاون القضائي بين الدول، أنظر: **محمد أطويف**، مرجع سابق، ص ص 140 – 141.

[2]– **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 414.

بأن هذا التشدد يتنافى مع مبدأ حرية التعبير عن الرأي عبر الإنترنت، إضافة إلى عرقلة مستقبل الشبكة العالمية التعاملات الإلكترونية[1].

المطلب الثاني

القواعد الموضوعية للتجارة الدولية ذات النشأة التلقائية

تعددت المحاولات التنظيمية لخلق أو وضع قانون موضوعي أو مادي ليحكم معاملات التجارة الدولية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، لكن يبقى للجماعات المهنية دورا بارزا في إرساء أسس هذه القواعد[2]، وذلك بطريقة تلقائية عند إبرام العقود أو التفاوض بشأنها، فهذه الجماعات تستجيب لمتطلبات تحقيق مصالح أعضائها أكثر من غيرها، ومن ثم تتجلى أهميتها في إنشاء القواعد القانونية اللازمة لتنظيم المعاملات بين أعضائها.

اقترنت الصفة التلقائية بالقانون بمفهومه العام، على اعتبار أن العادات والأعراف التي كانت سائدة بين أفراد المجتمع هي الأساس في نشأة هذه القوانين، حيث استمر هذا الوضع إلى غاية قيام الدول الحديثة بالاعتماد على التشريع في سن القوانين، ومع تطور التجارة الدولية الحديثة وخاصة مع ظهور التجارة الإلكترونية ومزاولة الأنشطة التجارية عبر الشبكة العالمية، فأنشأت وسطا عالميا يجتمع فيه التجار والمستهلكون والحكومات من دون قواعد حاكمة موضوعة مسبقا لتنظيم هذا المجال.

---

[1]– ظهر هذا النزاع جراء طلب المؤسسات الأمريكية المدرسية والجامعية من تلاميذها وأولياء أمورهم بضرورة الاطلاع على تقنين السلوك والموافقة على الالتزام به كشرط أساسي لمنحهم حق استخدام الإنترنت عبر مواقعهم حفاظا منها على عدم إلحاق الضرر بالآخرين عند استخدام الإنترنت مما يخول هذه المؤسسة توقيع الجزاءات المناسبة بحق المخالفين، أنظر في هذا الموضوع: **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 404.

[2]– سواء كانت شركات أو مستهلكين، أنظر: **عزت محمد علي البحيري**، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، "نظرة عامة"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، دون ذكر سنة النشر، ص 1674.

يسعى هؤلاء الناشطون في مجال التجارة الدولية لإرساء بعض القواعد الميدانية والتي تكوّن الإطار القانوني لمعاملاتهم، فتسن على شكل شروط قانونية بين المورد مثلا والمستخدمين سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، وتكون بمثابة عقود نموذجية بين الأطراف ويتم تنظيمها من بعض الهيئات المتخصصة **(فرع أول)**، كما تتكون في هذا المجال أعراف وعادات جراء المعاملة المستمرة بين الأطراف المتعاقدة ومما لا شك فيه أن هذه الأعراف والعادات هي قواعد تلقائية النشأة ولم تسن من قبل السلطات التشريعية الوطنية لأية دولة **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

تنظيم العقود النموذجية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

وجدت هذه العقود في إطار النشاط الدولي الرامي إلى إزالة العقبات القانونية التي تعترض التجارة الإلكترونية، فاقترحت بعض المنظمات إبرام عقود اتفاق بين الأطراف لتنظيم الكثير من المجالات المتعلقة بتبادل البيانات إلكترونيا[1].

يصطلح عليها أيضا "بالعقود النمطية"[2]، وهي عبارة عن مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، تم إعدادها وصياغتها من قبل الهيئات والمنظمات المختصة[3]، وبالتالي عبارة عن نموذج لعقود جاهزة وضعت في متناول المهتمين لتنظيم أي علاقة تجارية تتم في إطار اهتمامها.

---

[1]– كتنظيم عملية قبول شرطي الكتابة والتوقيع الناتجة عن تبادل البيانات إلكترونيا، حيث يتيح عقد التبادل بين الأطراف للتحديد المسبق للقواعد المنظمة لعلاقات الأطراف مع بعضهم، أنظر في هذا السياق : **عايض راشد، عايض المرى**، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، 1991، ص 397.

[2]– **موسى خليل متري**، توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 02، لسنة 2012، دمشق، 2012، ص 148.

[3]– تعتبر جمعية لندن للقمح من أهم الجمعيات المهنية التي قامت بوضع عقود نموذجية في تجارة الحبوب، كما كان لتنظيم بعض العادات السائدة في الأوساط التجارية والمهنية دور مهم في استقرار التعامل في

إن الاهتمام المتواصل بمثل هذه القواعد[1] جعلها ذات أهمية بالغة وأصبحت بذلك ذات مصدر عام مضمون تزايد الأخذ بها، فلم تبق مجرد تعبير عن مركز فردي يقتضي البحث عن نية المتعاقدين لتفسيرها[2].

لاقت العقود النموذجية قبولا واسعا لدى الأنظمة القانونية المختلفة[3]، ما يكفي لتبنيها، وذلك استنادا للإتقان الذي يتناسب مع قواعد التطبيق الذي تمتاز به المعاملات التجارية الدولية من طواعية، وقابلية للتطوير، هذا ما دفع بالمشرعين

مجال عقود التجارة الدولية، فهي عبارة عن مجموعة من الأحكام يلجأ إليها المتعاملون في مجال التجارة الدولية للاسترشاد بها، أنظر: **قبايلي ربيعة**، الخصومة التحكيمية في التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016/06/05، ص 62، وانظر كذلك: **منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2010، ص 39.

[1]– الاهتمام الكبير بها جعل دور الأوساط المهنية في تقنين القواعد المادية يتعداها لخلق قواعد جديدة تلبي المتطلبات التي تفرضها تلك المعاملات، وتصف هذه القواعد بالتلقائية على اعتبار أنها ذاتية تقوم على ما جرى عليه العمل من عادات وأعراف وممارسات المتعاملين على الشبكة، بحيث تصبح قانونهم الملزم، أنظر : **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 183.

[2]– تطور هذا من خلال "**مذهب مدرسة قانون التجارة الدولية**" التي منحت دور كبير للإرادة الفردية في إنشاء هذا القانون، إذ جعلت من العقد أساس لتقنين وترسيم العادات والأعراف السائدة في مجتمع التجارة ذات الطابع الدولي، الأمر الذي أفضى إلى القول: "إن استمرار تطبيقها في مجال التجارة الإلكترونية كفيل بتحويلها إلى حلول نموذجية محايدة ملزمة تؤدي إلى تلافي مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، مما يستتبع تزايد الشعور بإلزامية أحكام العقود النموذجية عندما تقوم محاكم التحكيم باعتماد تطبيقها وتوقيع الجزاء المناسب على من يخالفها"، أنظر: **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، مرجع سابق، ص ص 123–124.

[3] - Personne ne le conteste, les usages commerciaux naissent tous de la répétition fréquente des mêmes actes juridique, des mêmes opérations. Ils apparaissent nécessairement selon un processus conventionnel, voir : **GHAZOUANI Chiheb**, Op.cit, p 299.

والقضاة والمحكمين إلى العمل بموجبها وفق مفاهيم ومعايير دولية، مع الأخذ دائما بعين الاعتبار عدم الزاميتها من الناحية النظرية[1].

تبرم رغم ذلك العديد من النماذج بين الموردين والمستخدمين، سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، تتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية الواجب الاحترام من الطرفين[2].

أولا: تنظيم العقود النموذجية من مختلف الهيئات الدولية المختصة في المجال

يقصد بالعقود النموذجية[3] تلك العقود التي تبرم بين المورد والمستخدمين سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، وتتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين[4]، ومن بين هذه النماذج نجد الاتفاق النموذجي الذي وضعته

1- **سمير دنون**، مرجع سابق، ص 228.

2- **حابت آمال**، مرجع سابق، ص 512.

3- إلى جانب التعريف السالف الذكر، يعرفها بعض الفقه، على أنها: "صك مكتوب يتضمن كافة أحكام العقد من إيجاب وقبول والتزامات الطرفين، أسباب الانتهاء، الضمانات، الجزاءات وأسباب انتفاء المسؤولية إلى آخر مثل هذه الأحكام، وما على المتعاقدين إلا إدراج اسمهم فيها والتوقيع عليه وملء بعض البيانات، كالكمية والثمن وميعاد التسليم ...إلخ" فالعقود النموذجية ما هي إلا نموذج عقدي مطبوع، مثل عقود الإيجار، البيع والوكالة، والتي يتم إعدادها سلفا، وذلك من الناحية الشكلية، أما من الناحية الموضوعية فهي عبارة عن نصوص تشريعية، أنظر: **إمحمد محمد إمحمد المعلول**، مرجع سابق، ص 159، كما يمكن أن:

– تتضمن القواعد التي تحدد آثار البيع مثلا، أي حقوق والتزاماته، كما يمكن أن تستخدم الوثيقة كأنها العقد ذاته، تنطوي على قواعد معدة سلفا تحكم التعامل في بضاعة معينة، ويمثل نموذجا لمشروع عقد مستقبلي يتضمن كافة المسائل المتعلقة ببيع دولي، وتتعدد أنواعه بتعدد المواضيع فيما اذا كانت تتصل ببضاعة أو آلات أو حبوب أو خشب من أنواع مختلفة، أنظر: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 90.

4- فهي متداولة كثيرا في كافة مجالات التجارة الدولية، وتضم الشروط العامة والعادات المستقرة التي يجري التعامل بها على صعيد تبادل السلع والخدمات بصورها المختلفة، أنظر في هذا الموضوع، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 443، أنظر كذلك: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 146، كما نجدها تتمثل في:

غرفة التجارة الدولية[1] بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية، والاتفاق النموذجي الذي أعدته لجنة الاتحاد الأوروبية عام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، بالإضافة إلى اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات[2]، وكذا التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 حول التوقيع الإلكترونية، وآليات تنظيمه في إطار الدول المشكلة للاتحاد الأوروبي[3].

تعتبر هذه العقود النموذجية باختلاف أشكالها[4]، سواء كانت فردية أو جماعية تخصص من أجل موضوع ما يجمعهم على أساس مصلحة مشتركة، أو تلك الصادرة

– التزامات الأطراف، وضمانات التنفيذ، ومكان التنفيذ، وأسباب الإعفاء من المسؤولية، ونوع البيع، وربط تبعة الهلاك إما بالتسليم أو بانتقال الملكية، أو تأجيل هذه التبعة حتى يوم الوفاء بكامل الثمن، أنظر: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 91.

[1] - Créée en 1919, La CCI, dont le siège se trouve a Paris, est une association privée de droit Français, L'objectif premier est toujours resté le même, servir le monde des affaires en favorisant les échanges et l'investissement, l'ouverture des marchés aux biens et aux services, et la libre circulation des capitaux, voir : **Soubeyrand Nicolas,** Op.cit, p, 90.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 178، وأنظر في نفس الموضوع: **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 435. ومن حيث دور هذه العقود النموذجية نجد أنها:

– عملت على تنظيم المسائل المتعلقة باستخدام تبادل البيانات الكترونيا في الاتصالات الجارية بين الأطراف أثناء تنفيذ العقد، مثل الأمور المتعلقة بالشكل، الإثبات، المسؤولية وغيرها، أنظر: **عايض راشد عايض المرى**، مرجع سابق، ص 399.

[3] - **Lionel BOUCHURBERG**, Internet et commerce électronique, site web. Contrats. Responsabilités. Contentieux, 2eme édition, EDITION DELMAS, PARIS, 2001, p.136.

[4]– من بين النماذج المعدة لتكون بمثابة عقود نموذجية، تلك الوثيقة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس والمعروفة باسمIncoterms أو Tradeterms والتي تتضمن تفسيرا للمصطلحات القانونية المستخدمة في مجال التجارة الدولية، كالبيع CIF والبيع FOB وغيرها من المصطلحات، ويمكن الرجوع إلى هذه الوثيقة لتحديد مضمون ما يورده اتفاق الطرفين من المصطلحات المذكورة فيها، راجع في هذا الموضوع: **الموهاب فيروز**، المرجع السابق، ص 182، وانظر كذلك:

عن اتحادات نوعية معينة في مجال تقديم خدمات معينة أو سلع محددة تتوافر فيها الشروط الفنية والتقنية، من أهم المصادر في إرساء القواعد الموضوعية التي ينشأ عنها في المستقبل القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي[1].

شكلت هذه العقود أيضا أهمية بالغة في العديد من المنظمات الدولية، وذلك ما أدى إلى خلق بيئة قانونية مناسبة، ويعد هذا من بين الجهود التي كانت سبيلا لتنظيم العقود الإلكترونية الدولية، فجعلها من جانب آخر تتميز بقبول خاص وبجاذبية تدفع بالمشرعين إلى التماس دقتها وشموليتها لشروط موحدة في تنظيم العقود، والتسليم والضمان ولتعاريف موحدة لأصناف التجارة الدولية[2].

تعمل الدول على إعداد عقود نموذجية على مستواها الداخلي، والتي تعدها أصلا وطنية وتسير عليها القوانين المعمول بها داخليا، حيث صنفت العديد من هذه النماذج على سبيل المثال لا على سبيل الحصر[3]، بالإضافة إلى عقود نموذجية تنحصر

– **موسى خليل متري**، مرجع سابق، 148.

[1]– تعتبر أهم من العقود الفردية والتي تبرم لمرة واحدة نجد تلك العقود التي تبرم عبر اتحادات نوعية، أو عن طريق العقد النموذجي لفئة معينة من طوائف التجارة الإلكترونية والقواعد التعاقدية الصادرة عن الغرف التجارية، مثل قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني لعام 2004 والصادرة في فيينا، والتي وضعت قواعد عامة يمكن للأطراف الالتزام بها عند التعاقد، أو الإحالة لها عند التعاقد، أنظر: **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 94.

[2]– قوتها أيضا في قدرتها على التطوير والتعديل، ونجاحها وقبولها من قبل الجميع وهي معدة من قبل منظمة توحيد القانون الدولي، أنظر: **سمير دنون**، مرجع سابق، ص 229.

[3]– منها اتفاق الشركاء التجاريين في الو.م.أ معد بواسطة American Bar Association ونموذج Edia Association في المملكة المتحدة، وفي فرنسا عام 1999 أعدتClub informatique des grandes entreprises françaises، وفي كندا تم نشر نموذج بمعرفة وزارة الاتصالات، أما في مقاطعة الكيبك أعد نموذج آخر لتبادل البيانات الإلكترونية بمعرفة المجلس الكندي تحت مسمى Edia ، أنظر: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 179. وكذلك: **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 435. وعن بعض الدول التي تتعامل بتقنية المبادلات الإلكترونية، نجد:

استخدامها في قطاع معين، ومنها مشروع اتفاقيات تبادل المعطيات المعلوماتية التي أعدها مجلس التعاون الجمركي في مارس 1990، وعقد(Odette)النموذجي المطبق في المجال الخاص بالسيارات في أوروبا[1].

يعتبر القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة، وكذا القواعد الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، من بين المصادر المهمة للقانون الذي ينظم حركة التجارة الإلكترونية.

حيث اعتبرت المبادئ القضائية أن القواعد التي تصدر من هذه الجهات تعد مصدرا من مصادر قانون التجارة الدولية[2]، أضف إلى ذلك مراكز التحكيم الإلكترونية والأحكام الصادرة عنها، والتي تحضا باعتراف أعضاء الجماعة الإلكترونية بسلطتها في وضع وتفسير وتطبيق القواعد القانونية اللازمة في مجال التجارة الإلكترونية والتي تضم ممثلين من كافة الدول[3].

- Au cour de l'année 1990, différents Etats impliqués dans les communication informatisées ont proposé des contrats types aux gens d'affaires de leur propre pays, afin de sécuriser leur relations par EDI. Voir :

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p. 277.

[1]– **محمد أطويف**، مرجع سابق، ص 143، وانظر أيضا حول عقد Odette:

- En plus du contrat Odette applicable aux domaines spécialisés de l'automobile en Europe, il existe actuellement plusieurs de contrats de ce genres suivant le modèle américain, français, européen, canadien, australien .. Ets, voir : **Téodora PETROVA**, Les nouvelles composantes de la les Mercatoria, Mémoire pour le DEA de Droit International privé et Droit du commerce international, Université Panthéon-Assas, PARIS II, PARIS, 1999-2000, p 27.

[2]– **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، مرجع سابق، ص 128.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 213. وأنظر كذلك:

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 292. et voir :

– **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 81.

ثانيا: إعداد الدول لعقود نموذجية خاصة بها

ظهرت من جانب آخر وعلى المستوى الوطني، العديد من النماذج، ينحصر مجال تطبيقها داخل الدولة التي أعدتها وتسري عليها القوانين الوطنية، ومن أمثلة العقود النموذجية التي أبرمت في هذا الصدد، نجد: اتفاق الشركاء التجاريين في الولايات المتحدة الأمريكية، وفي فرنسا تم إعداد نموذج عام 1999 بواسطة نادي الإعلام آلي للمؤسسات الكبرى الفرنسية، وفي سويسرا تم إعداد عقد نموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات عام 1994[1].

بادرت كذلك غرفة التجارة والصناعة بباريس بوضع العقد النموذجي للتجارة الالكترونية بين التجار والمستهلكين بتاريخ 20 أفريل 1998[2]، والذي تم تعديله وتحيينه في جوان 2008، بحيث أكد في ديباجته على مهام العقد النموذجي المتجسدة في إرشاد المتعاقدين حول كيفية تكوين العقد الإلكتروني، كما أشار إلى أن العقد النموذجي يرتكز على نقاط أساسية تكمن في تبيان البنود الأساسية للعقد الإلكتروني، بما فيها تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذا الاحتياطات التي يجب اتخاذها عند إبرامه[3].

يلاحظ أن العقود النموذجية، وما تستند عليه من قواعد وأحكام لا يتم صياغتها وفقا لتشريعات دولة معينة، أو أخذها من معاهدة دولية معينة، وإنما تستند إلى نصوص العقد ذاته، والتي يتم صياغتها ووضعها بما يكفل خدمة الحاجات الخاصة للتجارة والعلاقات التجارية الدولية، ولقد قامت بعض اللجان المتخصصة مثل اللجنة

---

[1]– بالإضافة إلى هذه العقود النموذجية التي تبقى مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، نذكر أيضا العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين **contrat-type de commerce électronique commerçant-consommateurs** الذي أعدته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أفريل 1998، أشار إليه: **محمد أطويف**، مرجع سابق، ص 143.

[2]– **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 435.

[3]– **بوديسة كريم**، مرجع سابق، ص 86.

الاقتصادية للاتحاد الأوربي بوضع الشروط العامة لبعض نماذج عقود نقل التكنولوجيا[1].

تهدف هذه العقود إلى تحقيق الأمن القانوني في العلاقات المتبادلة بين المتعاملين في مجال التبادل الإلكتروني للبيانات[2]، وذلك بالنص على مجموعة من الأحكام، مثل: الحق في استبعاد كل مستخدم لا يحترم الالتزامات التي يفرضها القانون، والعادات المرعية، ضرورة احترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة، احترام القانون، وعدم إلحاق الضرر بالحياة الخاصة وسرية الأشخاص وحرية التعبير، وحقوق الملكية الفكرية، كما تلعب دورا هاما في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي[3].

تقوم كذلك بمراعاة بعض القضايا الرئيسية المتعلقة أصلا في شكل رسائل البيانات وطرق التحقق من استلامها، وكذا التدابير المتخذة ضد مخاطر عدم وصولها أو فقدانها أو تدميرها، سريتها، تسجيلها وتخزينها، بالإضافة إلى مسؤولية عدم أداء الالتزامات وطرق تسوية المنازعات واختيار القانون الواجب التطبيق. وهذا التوافق على إعطاء القيمة القانونية المؤثرة للعقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية من شأنه أن يخلق عادات تؤكد استقرار هذه الوسيلة في مجال المعاملات التجارية الدولية إعطائها القيمة القانونية اللازمة في مواجهة الأطراف المتعاقدة[4].

تلعب هذه العقود من جانب آخر، دورا هاما في المعاملات الدولية، خاصة من جانب سهولة الإبرام والتصرف القانوني، بحيث تيسر على المتعاملين إبرام العقد دون مشقة، وتوفر الكثير من الوقت والنفقات، لأنها تتضمن الأحكام التفصيلية لكل عقد من كل الجوانب من خلال تراكم الخبرات والتجارب السابقة، ومن ثم فهي تواجه بيان

---

[1]- **إمحمد محمد إمحمد المعلول**، مرجع سابق، ص 159.

[2]- **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 136.

[3]- المرجع نفسه، ص 136.

[4]- **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 179-180.

الحقوق والالتزامات وكيفية الوفاء بها، وضمانات وظروف التنفيذ والجزاءات والحلول، وتأثير القوة القاهرة على العقد وشروطها وأثارها[1].

هذا، بالإضافة إلى الممارسات التعاقدية التي تعد إلى جانب العقود النموذجية من ضمن المصادر التلقائية للقواعد الموضوعية، وتعمل على إرساء القواعد التنظيمية التي سيرتكز عليها القانون الموضوعي للتجارة الدولية، والموضوعي الإلكتروني معا، ومن أهم القواعد التي أرستها الممارسات التعاقدية، الحق في فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبت على الشبكة المعلوماتية، الحق في استبعاد مستخدم لا يحترم الالتزامات التي يفرضها القانون والعادات المتبعة، وكذلك الحق في تحديد شكل المناقشات والحوارات التي توزع عبر الخدمات الإخبارية[2].

تجدر الإشارة، إلى الاختلاف الواضح بين هذه العقود النموذجية التي ظهرت بموجب قواعد تلقائية بين المتعاملين التجاريين على المستوى الدولي[3]، والعقود النموذجية التي تتولى هيئات دولية سنّها، عن طريق إعداد مشاريع قوانين تخص مسائل التجارة الدولية كي تستفيد منها الدول بصفة عامة، والدول النامية بصفة

---

[1]– يكشف الواقع العملي حقيقة أنه صعب جدا قيام الأطراف بخلق عقد دولي من العدم، حيث يقتضي ذلك الكثير من الجهد والوقت والمصاعب، وكل هذا يمكن تفاديه باللجوء إلى العقد النموذجي المعد سلفا متضمنا كل الشروط المطلوبة تاركا للأطراف حرية ملئ الفراغات والخيار بين البنود المطبوعة، والتحفظ على بعضها أو تعديله، وهذا أسهل بكثير للأطراف، بحيث يمكن إتمامه بأسلوب بسيط وسريع بوسائل الاتصال الحديثة كالرسائل الالكترونية عبر الإنترنت، ويكون العقد النمطي هو المرجع لحكم العلاقة التعاقدية، أنظر للمزيد: **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 444.

[2]– **بوديسة كريم**، مرجع سابق، ص 86.

[3]– أول ما ظهر في ميدان التجارة الالكترونية من قواعد، هي الأعراف والعادات التي أنشأها وتداولها المتعاملون في التجارة الالكترونية، بحيث صارت قانونهم العام أو المشترك فيما بينهم، فيكنون لها الاحترام مع قناعتهم بأنها ملزمة لهم كونها تتلاءم مع معاملاتهم على شبكة الإنترنت، أنظر في هذا السياق: **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 392.

خاصة، عند تشريعها لقوانين التجارة، وبذلك يكون هذا بمثابة مساعدة فنية تقدم إلى هذه الدول[1].

يلجأ في بعض الأحيان المتعاملون في مجال التجارة الدولية إلى استعمال الشروط العامة، التي تعد بدورها من بين المصادر المشكلة للقواعد المادية للتجارة الدولية، لكن تختلف عن العقود النموذجية من حيث أنها لا تمثل عقدا متكاملا وإنما مجموعة أحكام يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية لتنفيذ العقد النموذجي، فهي عبارة عن أحكام يستعين بها المتعاقدون ويدرجونها ضمن عقودهم التي يستكملونها بعد ذلك بالشروط الخاصة التي يتفقون عليها[2].

الفرع الثاني

ترسيخ العرف للقواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية

تعتبر القواعد الموضوعية مرادفا لتلك العادات التي كانت معروفة بين التجار والمهنيين[3]، والتي وضعت أصلا لإتباعها في معاملاتهم عبر الدول، ويعتبر العرف[4] من بين مصادر القواعد القانونية، فالقاعدة العرفية تصبح قاعدة قانونية

---

[1]– مثال ذلك نجد القانون النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأنسترال سنة 1985، أنظر في هذا الموضوع: **طالب حسن موسى**، المرجع السابق، ص 85.

[2]– تظهر من كل هذا الشروط العامة على أنها عكس العقود النموذجية التي تتمثل في كونها وثائق مطبوعة يمكن أن تستخدم على أنها العقد بذاته بعد بيان أسماء الأطراف وكمية البضاعة ووقت تسليمها ووسيلة نقلها، راجع في ذلك: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 92.

[3]– ساهمت هذه العادات والأعراف في تكوين العادات التجارية الدولية وتطبيقها، ومن خلالها تكوّن ما يسمى بقانون التجار، والذي من خلال تعريفه نجد أغلب الفقه تؤكد أنه مجموعة القواعد والأعراف والعادات المنقطعة الصلة بأي قانون وطني، أنظر في هذا الموضوع: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 168.

[4]– يعتبر العرف مصدرا من مصادر القانون، والقاعدة العرفية قاعدة قانونية ملزمة في العديد من التشريعات، والعرف في اللغة يعني ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم، وقد يستعمل مصطلح العرف للدلالة على معنى واسع، حيث يشمل كل قواعد القانون التي تستمد من أفعال أو ممارسات تحدث في وسط

ملزمة في بعض التشريعات، كما يعبر العرف بالمعنى الواسع عن كل الأفعال أو الممارسات التي تحدث في وسط اجتماعي[1].

نجدها كذلك متفق عليها في منطقة معينة من طرف أشخاص معينين ويلتزمون بإرادتهم الحرة بإتباعها فيما يبرمون من صفقات، وتحرر عادة في شكل نماذج وللأطراف اختيار النموذج الموافق لمعاملاتهم[2]، ويبقى أنه لكل مرحلة نوع معين من العادات والأعراف السائدة بين التجار والمهنيين أو المتعاملين الاقتصاديين بصفة عامة، ويظهر ذلك من خلال الأعراف التي شكلت القواعد المادية للتجارة الدولية **(أولا)**، وكذا الأعراف التي شكلت بدورها القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية أو ما يسمى بالقانون الموضوعي الإلكتروني **(ثانيا)**.

اجتماعي دون تدخل من السلطة التشريعية، بينما يفضل غالبية الشراح مصطلح العرف بمعنى أضيق وأكثر تحديدا، ووفقا لهذا المعنى الأخير فإن العرف يعني اعتياد الناس على سلوك معين، في مسألة معينة اعتيادا مصحوبا بالاعتقاد على أن هذا السلوك ملزم لهم، أشار ليه: **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 207، أنظر كذلك: **منير عبد المجيد**، مرجع سابق، ص 37.

[1]– لا يوجد تعريف محدد ودقيق للأعراف التجارية، والسبب في ذلك يرجع إلى التباين في وجهات النظر في الفقه والاجتهاد التحكيمي، إذ يعتمد البعض المفهوم الضيق ويعتبر أن المقصود بها هو فقط الممارسات المعمول بها في قطاع مهني معين، والبعض الآخر يعتمد المفهوم الواسع الذي يوسع من نطاق هذه الأعراف لتشمل المبادئ العامة للقانون، على الرغم من ذلك، فإن تطبيق هذه الأعراف من قبل المحكمين في بعض القضايا التجارية الدولية المعروضة على التحكيم التجاري الدولي، لا تثير أي إشكال أو جدل، أنظر: **سعال حسينة**، مرجع سابق، ص 104.

[2]– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 436، بالإضافة إلى أن:

– تعتبر القاعدة العرفية قاعدة قانونية ملزمة في العديد من التشريعات الوطنية، فإذا لم يجد نص تشريعي يمكن للقاضي تطبيق قاعدة عرفية، أنظر كل من: **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 299، أنظر كذلك:

– **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة...، مرجع سابق، ص 86.

أولا: أهمية العرف في تشكيل القواعد المادية للتجارة الدولية

يقصد بالأعراف التجارية الدولية تلك العادات[1] التي جرى العمل الدولي بين التجار أعضاء التجمعات المهنية والتجارية[2] على إتباعها في معاملاتهم عبر الدول، وما دفع هذه الفئة للتركيز على هذه القواعد العرفية هو عجز القوانين الوطنية في كثير من الحالات عن متابعة تطورات التجارة الدولية، حتى قيل أن التجارة الدولية لا تجد أحسن الظروف لنموها إلا ذا أفلتت من قيود التشريعات الوطنية المختلفة، والتي تجعل عدم الاطمئنان والأمان ملازما للعقود الدولية التي تخضع لها.

تعتبر أعراف التجارة الدولية المصدر الأساسي وإن لم نقل أنها الأولى لقانون التجارة الدولية[3]، أو بالأحرى قانون التجار(**Lex mercatoria**)بحيث يسود في الأوساط التجارية علاقات دائمة بين المتعاملين في حقل التجارة الدولية، وقد كانت هذه الأوساط مؤهلة لإنشاء قواعد تلقائية خاصة بتنظيم شؤون نشاطهم، وتتصف هذه

---

[1]– عند المقارنة بين الآراء الفقهية، يظهر أنه هناك خلط بين العرف والعادة، رغم التشابه في المفهومين، فالعرف يعد ذلك القانون غير المكتوب، ينشأ عن تواتر الناس على إتباع سلوك معين مع شعورهم بوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك، فيترتب على التفرقة بين العرف والعادة أن الأول قاعدة قانونية تتمتع بالإلزام الذاتي دون حاجة إلى اتفاق الأطراف حتى تصبح واجبة التطبيق، في حين أن العادة تلزم بالاتفاق الصريح أو الضمني حتى تصبح واجبة التطبيق، ولهذا توصف العادة بكونها اتفاقية، فمركز العادة لا يتعدى مركز شروط العقد، أنظر في هذا الموضوع: **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، المرجع السابق، ص 121، يظهر كذلك نفس الخلط عند استقراء بعض نصوص التشريعات الوطنية والدولية، والقضاء الوطني والدولي، وتنظيمات ولوائح الهيئات الخاصة الدولية، أنظر في هذا الموضوع: **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 144.

[2]– فتعد عادات مادية موحدة منبثقة عن المجتمع الدولي المشكل من رجال الأعمال، واعتبرت أنها من بين المصادر الهامة لقانون التجارة الدولية، ووصفت هذه العادات أنها قانون عرفي دولي ملزم بين الأطراف المتعاقدة، أنظر: **معاشو عمار**، مرجع سابق، ص 346.

[3]– تمتعت الأعراف البحرية مثلا، والتي كونت قانونا بحريا(**lex maritima**) كفرع من فروع القانون التجاري بأهمية بارزة بين أعراف التجارة عبر الدولية في العصور الوسطى في أوربا، ولقد تم تدوين بعض تلك الأعراف في مجموعات مشهورة أهمها: اللوحة الأمالفية، قواعد أوليرون، وقواعد ويسبي وقنصلية البحر ومرشد البحر، مشار لها لدى: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 140.

العادات بأنها قواعد عامة ومجردة وتلقائية النشأة، وهي من إنشاء الجماعات المهنية والتجارية ولا تنتمي إلى قواعد مستمدة من قانون وطني معين وإنما مستمدة من واقع التجارة[1].

نشأت هذه الأعراف بفعل اعتياد المتعاملين عليها في مجال مهنهم وتجارتهم، حتى اكتسبت صفة الثبات والاستقرار والعمومية، مما جعلها مكملة لبنود العقد ومفسرة لها[2].

تطور مجال تنظيم الأعراف السائدة في الساحة التجارية الدولية ليكون محل التطبيق حتى أمام التحكيم التجاري الدولي، فالمحكم يجد نفسه في كثير من الأحيان مضطرا إلى حل النزاع بين الأطراف في ضوء قواعد من خلق عادات التجارة الدولية، لاعتبارات عديدة تختلف باختلاف خصوصية النزاع، إذ يطبق المحكم هذه القواعد، إما نتيجة استنتاجه لاتجاه نية الأطراف في إخضاع نزاعاتهم لمثل هذه الأعراف، أو نتيجة لاستبعاده لأحكام القانون الوطني المختص، لمخالفتها مثلا للنظام العام بمفهومه الدولي، وبهذا تكون هذه الأعراف هي وحدها المؤهلة لحكم موضوع النزاع[3].

---

[1]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 168.

[2]– **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 106.

[3]– لقد أصبح لجوء المحكم إلى هذه الأعراف مألوفا ويؤيد الأخذ به غالبية الفقه، كما تبنته الكثير من الاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم، كالاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي، وقواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة، ولائحة هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، تطرقت إلى هذا الموضوع بالتفصيل: **سعال حسينة**، مرجع سابق، ص 104.

– نجد أيضا الاجتهادات التحكيمية منحت لمصطلح الأعراف التجارية مفهوما واسعا يشمل بالإضافة إلى الأعراف ذاتها، المبادئ العامة عبر الدولية، ففي قضية **Framatome** "**قضية ضد الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية**" تتلخص وقائع هذه القضية التي عرضت على محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية والتي رفعت من الشركات الفرنسية Framatome, Alsthom – Atlantique et Spie Batignolesضد المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية لمطالبتها بدفع مبالغ مستحقة لها عن العقد المبرم بينهما في 18 سبتمبر 1977 لإنشاء مفاعل ذري مركزي، وقد تضمن هذا

كما يرجع تحديد القانون الواجب التطبيق فيه إلى قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنازع القوانين، وهي قواعد صعبة الفهم على رجال القانون أنفسهم، باعتبارها مختلفة من دولة لأخرى الأمر الذي يثير الكثير من الشك حول القانون الذي سيفصل في النزاع، ففي غياب إرادة الطرفين تعذر عليهما معرفة القانون الذي سيطبقه القاضي عند حدوث خلاف، وهذا ما يزيد من دائرة عدم الاطمئنان في التعامل التجاري الدولي، وشعور رجال التجارة الدولية بأهمية الحاجة لقواعد قانونية جديدة تكون أكثر مناسبة لظروفهم[1].

ثانيا: المكانة الخاصة للعرف في اتفاقية فيينا لسنة 1980

احتفظ النظام القانوني عبر الدولي بنظام خاص للعرف، والذي يعد مصدرا هاما للقواعد المادية، فهذا النظام تجسدت ملامحه في معاهدة منظمة الأمم المتحدة في شأن عقد بيع البضائع الدولي لسنة 1980، تتميز هذه الاتفاقية بأهمية خاصة في مجال القواعد المادية، فهي وصلت إلى حد تجسيد مضمون بعض القواعد عبر الدولية في مختلف المواد المشكلة لها، فالاتفاقية بحد ذاتها تتميز بطابعها المادي أو عبر الدولي.

يظهر من خلال نص المادة 09 من الاتفاقية نستنتج ترسيخها لنظام أعراف التجارة الدولية، أو الأعراف عبر الدولية، بنصها على أنه: "يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفان قد طبقا ضمنا على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به، أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع،

العقد شرط تحكيم، أشارت الهيئة التحكيمية إلى وجوب تطبيق مبادئ كحسن النية والعقد شريعة المتعاقدين لأنهما من أعراف التجارة الدولية، مشار له لدى: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 169.

[1]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 309

ومراعي بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة"[1].

ثالثا: تأثير التطور التكنولوجي في تشكيل أعراف أنشأت القانون الموضوعي الالكتروني

استقرت هذه القواعد في الأوساط المهنية لعالم التجارة الإلكترونية نظرا للممارسات المتواصلة في هذا المجال بين المتعاملين، وهذا ما ساهم في إنشاء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، وهذه الأعراف ذات طبيعة تعاونية، وتكون غالبا خاصة بكل نوع من أنواع التعامل الذي يتم عبر الشبكة[2]، فهناك أعراف في مجال التجارة الإلكترونية، والدعاية والترويج للسلع والخدمات، وفي مجال الحياة الخاصة في العالم الالكتروني وفي حماية المستهلكين وكذا حقوق الملكية الفكرية وغيرها من المجالات[3].

مما جعل أنصار المجتمع الافتراضي ينادون بتخصيص مكانا مهما للعرف في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، باعتباره يتلاءم مع التطور الهائل والمتلاحق

---

[1]– مشار له لدى : **نادر محمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 272.

[2]– تقم هذه القواعد على ما جرى عليه العمل من عادات وأعراف وممارسات المتعاملين على شبكة الإنترنت، وبطبيعتها فهي قواعد مرنة تتلاءم مع طبيعة الشبكة، كما أنها تتفق وتطلعات المتعاملين فيها، أنظر : **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 437، وأنظر كذلك:

- **BOUCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique…, Op.cit, p, 245.

– شجع تعدد الأعراف المستقرة في الوسط المهني وتلاؤمها مع التطور السريع والمتلاحق في مجال العقود التجارية الالكترونية على ترسيخها كقواعد قانونية مشكلة قانون موضوعي مباشر، على خلاف القوانين الوضعية التي غالبا ما تتسم بالبطء والحذر، أنظر: **حابت آمال**، مرجع سابق، ص 514.

[3]– فمن خلال هذا التنوع في مجالات تدخل العرف لتنظيمها، يرى أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أنه من الضروري أن يتبوأ ويحتل العرف مكانا مهما في وضع القواعد الموضوعية المنشأة له، لأن النشأة التلقائية تمكنه من الاستجابة للمعطيات المادية لهذا العالم، أنظر في هذا الموضوع: **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 95.

في هذا النوع من العقود، وكذا طبيعته المرنة تجعله يتلاءم مع التطور المستمر في مجال التجارة الإلكترونية، والطبيعة الفنية لعالم الاتصال بحاجة ماسة إلى العرف[1].

يقال عن العرف ومن خلال التجارب المختلفة في مجال التجارة الإلكترونية، أنه يتلاءم مع التطور السريع والمتلاحق في هذا المجال، على خلاف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء الذي يتنافر مع سرعة وتطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وإضافة لذلك يبرر أصحاب هذا الرأي الأخذ بالعرف في الممارسات المستقرة، إلى توافقه مع الطبيعة الفنية للعالم الافتراضي، وتأثر قطاعات كبيرة ونوعية به مثل قطاع البنوك، البورصة، الزراعة والبترول وغيرها[2].

يرى إلى جانب كل هذا المؤيدون لقانونية أعراف التجارة الدولية أنها الوسيلة الأنسب لتطور مجال التجارة على المستوى العالمي، وبغض النظر عن تكوينها التلقائي من خلال ممتهني التجارة الدولية، أصبحت قواعد ملزمة في تنظيم تجارتهم، فهي تشكل نظاما قانونيا عبر دولي مستقل عن القوانين الوطنية ومستمد من واقع التجارة الدولية[3].

1- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p. 238.

- Selon l'analyses théoriques les plus achevées, ce concept comme étant : ***« un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique ».***

– ويقصد بالأعراف التجارية الدولية تلك العادات التي درج العمل الدولي بين التجار أعضاء التجمعات المعنية والتجارية على إتباعها في معاملاتهم عبر الدول، ومن أمثلتها نجد: العادات السائدة في عمليات البنوك، وبصفة خاصة العادات المتعلقة بعمليات الائتمان، والقانون العرفي **INCO Terms** والذي تم تعديله بانتظام بواسطة غرفة التجارة الدولية و **ECE-Terms** والخاص بتصدير الآلات والماكينات، أنظر:

– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 308. وراجع أيضا:

– **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 313. وانظر كذلك: **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 145.

2– **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 96.

3– **قبايلي ربيعة**، مرجع سابق، ص 62.

تقتضي الطبيعة الدولية للإنترنت تبني مفاهيم فنية وقانونية تتماشى مع التطورات التكنولوجية مع جماعة المستخدمين في هذا المجال، من أجل العمل على تطوير العادات الدولية السائدة في عالم الفضاء الإلكتروني، والتي يطلق عليها بمصطلح[1] يشير بشكل عام إلى مجموعة القواعد التلقائية التي أفرزتها شبكة الإنترنت، فهي عبارة عن قواعد السلوك الجيد النابعة من مختلف الأنظمة والتي تملك في مجملها قوة التطبيق داخل جماعة الإنترنت، ولذلك فهي تتمتع بمرونة كبيرة تسمح لها باحتواء كافة المتطلبات التي تفرضها المعاملات الرقمية[2].

تميز شبكة الإنترنت بالطابع الفني، يمكن أن يكون في الأعراف التجارية الدولية من خلال التنظيم الذاتي حلا مثاليا، وآلية مبتكرة في تنظيم استخدام هذه الشبكة، ويدعم هذا التوجه ويؤيده فريق واسع من الفقهاء الأمريكيين، كما يروج له بشكل أساسي أنصار نظرية وضع "شرعة" خاصة بشبكة الإنترنت، ويعتبرون أن الأعراف عندما تتركز وتتكون تدريجيا على المستوى العالمي ستلعب دورا مرجعيا يتجاوز الحدود[3].

اعتبار العرف بهذا المنطق فقط أو بهذا المفهوم وسط التطور التكنولوجي يبقى العمل به غير ممكن أو من الصعب مواكبته لهذا التطور، لهذا يجب أن ينظر إلى العرف نظرة فيها نوع من المرونة، بالنسبة لشرط القدم الذي يتطلبه المشرعون،

---

[1]– أصطلح بمصطلح Netiquette، أنظر: **محمد أطويف**، مرجع سابق، ص 147.

[2]– حسب رأي الأستاذ VINCENT GAUTRAIS فإن تحديد هذه القواعد يقتضي أولا تحديد النطاق الذي تعمل من خلاله والذي يضم الأفراد والهيئات المكونين للجماعة الإلكترونية، ويشير الى سهولة تحديد هذه العادات اذا ما تم تحديد هيكل تلك الجماعة، هذه النتيجة تجعل من الصعب عنده استخدام فكرة Netiquette على أساس أن مجتمع الفضاء مازال جديدا، في حين هناك اتجاه آخر يؤكد بوجود هذا المجتمع وأنه تتوافر فيه كل خصائص الجماعة، فالأعضاء يعيشون معا على الشبكة، ولهم هوية واحدة، ثقافة واحدة، مصالح مشتركة ويخضعون في الغالب لقواعد موحدة، راجع في هذا الموضوع: **محمد أطويف**، مرجع سابق، ص 147.

[3]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، مرجع سابق، ص 127.

فالعصر الحالي معطياته متغيرة، تعتمد على السرعة، وبالتالي ينبغي أن ينظر إلى شرط القدم بمنظور مختلف يتلاءم مع هذا العصر.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ينبغي أن نقر أن وجود أعراف تتعلق بالتعامل الالكتروني لا يشترط فيها أن تكون عامة وتتعلق بكل المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، وإنما من المتصور أن يكون هناك أعراف تتعلق بعقود إلكترونية في وسط معين فقط دون امتدادها على فئات أو أوساط أو مهن أخرى[1].

كما تولت مهام ترسيخ القواعد العرفية في مختلف مجالات التجارة الدولية – العادية أو الإلكترونية– جهات دولية غير حكومية لتكون عاملا مساعدا للمتعاملين بالتجارة الدولية، وتميزت غرفة التجارة الدولية بهذا المجهود، حيث جمعت الأعراف بشأن البيوع البحرية والمسماة "قواعد الأنكوتيرمز" وما طرأ عليها من تعديلات، كما جمعت الأعراف الخاصة بتمويل البيوع الدولية بأسلوب الاعتماد المستندي، وإن معظم الدول أخذت هذه الأعراف بعين الاعتبار كقواعد في قوانينها التجارية[2].

ولكن كل هذه القواعد العرفية المنتشرة وسط التجار أو المهنيين تحتاج إلى وقت معتبر لتكرار العمل بها وإتباعها، بحيث تصبح مع مرور الوقت قاعدة مستقرة يتبعها الأفراد من تلقاء أنفسهم دون إلزام من أية سلطة[3]، وتحديد هذه القواعد يتبعها تحديد المجال الذي تصلح للتعامل بها لتكون بالضرورة متوافقة مع الأشخاص القائمين عليها

---

[1]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، مرجع سابق، ص 128.

[2]– **طالب حسن موسى**، مرجع سابق، ص 86.

[3]– عرفت من هذا المنطلق على أنها "مجموعة من الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل عفوي من قبل فئة أو جماعة معينة، تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجيا في الوقت وتتوسع رقعة انتشارها لتلقى في مرحلة أولى قبولا واعترافا من قبل المعنيين بها، وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم حتى تكتسب بنتيجة هذا القبول والاعتراف قيمة قانونية ملزمة، لا تتحصل هذه القواعد من التشريعات الداخلية أو المحلية، بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي شبكة الإنترنت أنفسهم"، أشار على هذا التعريف: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 435.

ويتم قبولها والتعرف عليها قبل إبرام أي عقد بمحتواها، وتكون لهم الإرادة الصريحة على تطبيق هذه القواعد على معاملة قانونية ما[1].

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 191، ومن جانب التشريع الجزائري:

– في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف يمكن للمحكمة اللجوء للقواعد العرفية لحل النزاع، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري أين سمح لمحكمة التحكيم بإعمال الأعراف التجارية الملائمة على موضوع النزاع المحكم فيه، وهذا من خلال نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص: ***"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"*** أنظر القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مؤرخ في 23 فيفري 2008، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

المبحث الثاني

دور المصادر الداخلية في تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

نظمت التشريعات المختلفة والمهتمة بشؤون التجارة الدولية عقود التجارة الدولية بالتنظيم عن طريق سن قواعد مادية خاصة تتلاءم والطبيعة الخاصة لمثل هذه العقود فتختلف في مضمونها وأحكامها عن التنظيم القانوني الذي يحكم مختلف المعاملات الداخلية.

اعتبرت أنها نادرة الحدوث في الواقع العملي، لأن المشرع الداخلي لا يهتم عادة إلا بالتنظيم الذاتي للعلاقات الداخلية، وحتى في الفروض الذي يتجه فيها المشرع إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية، فهو يفضل أن يحقق هذا الهدف من خلال الاتفاقيات الدولية، إلا أنه قد يتصدى المشرع الداخلي في كل دولة لوضع قواعد موضوعية خاصة بالعلاقات المدنية أو التجارية ذات العنصر الأجنبي.

أرست التشريعات الوطنية المختلفة قواعد موضوعية في قوانينها الداخلية يجعلها ذات تطبيق مباشر على عقود التجارة الدولية على الرغم من أنها من وضع الهيئة التشريعية الداخلية، وتتمثل هذه التشريعات في أنها أحكام موضوعية وطنية متنوعة، خصصت لتواجه بصورة تامة أو جزئية نشاط التجارة الدولية، كما أصدرت العديد من الدول تشريعات وطنية بخصوص التجارة الإلكترونية، لتستقي منها القواعد الموضوعية في حقل دخول السلع والخدمات الوطنية نطاق التجارة الإلكترونية، مما يبين أن القواعد المادية والموضوعية الإلكترونية ذات أصل تشريعي(**مطلب أول**).

كما كان للقضاء دورا مهما في إرساء الكثير من القواعد المادية على مستوى التجارة الدولية والتجارة الإلكترونية، وكان دورها تغطية العجز الذي قد يتركه التشريع بخصوص هذه المعاملات وهو ما يبرز فكرة أن القواعد المادية ذات الأصل القضائي (**مطلب ثان**).

المطلب الأول

مساهمة تقنين التشريعات الداخلية في تنظيم التجارة الإلكترونية وإنشاء قواعد موضوعية

بادرت بعض التشريعات الوطنية بوضع تنظيم خاص بعقود التجارة الدولية عن طريق سن قواعد مادية خاصة تتلاءم والطبيعة المميزة لهذه العقود، تختلف في مضمونها وأحكامها عن التنظيم القانوني الذي يحكم عقود المعاملات الداخلية.

حاولت هذه التشريعات خلق تنظيم قانوني وطني معد خصيصا لحكم المعاملات الدولية المرتبطة بالتجارة الدولية، كما هو الحال بالنسبة لتقنيات التجارة الخارجية في الدول الاشتراكية وتشريعات دول أخرى، فاختلفت القواعد المادية بين التقنينات المدنية والتجارية وبين القوانين الخاصة التي تنظم أنواعا محددة من العلاقات ذات العنصر الأجنبي كقوانين الاستثمار، وكل هذا يدخل في إطار التشريعات الوطنية المنظمة للتجارة الدولية (**فرع أول**).

إلا أن تطبيق القواعد المادية مباشرة على عقود التجارة الدولية لا يكون إلا بمقتضى قواعد التنازع، لذلك يجب أن يكون للمشرع الداخلي اختصاص لوضع هذه القواعد وكذا السهر على تحقيق الموازنة بين اعتبارات المصلحة الوطنية وضرورات المعاملات الدولية، وكل هذا يكون كتقييم لدور التشريعات الداخلية في مدى قدرتها على تنظيم عقود التجارة الدولية (**فرع ثان**).

الفرع الأول

التطبيقات التشريعية لتنظيم مجال القواعد الموضوعية

استطاعت بعض التشريعات الداخلية أن تتسامح مع هذه القواعد وتشكل الاستثناء وأسست لقواعد موضوعية[1] وجعلتها من بين تشريعاتها الداخلية إلى جانب

[1]– الملاحظ أن تسامح الدولة في مواجهة هذا النظام الجديد لم يأت من فراغ بل هناك عوامل جعلت ذلك التسامح أمرا واقعا ما كان للدولة إلا أن تظهره، **فمن ناحية** نجد أن الدولة ذاتها أصبحت من ممارسي التجارة

القوانين الأخرى[1]، هذا ما خفف من العجز الذي ساد التنظيم الداخلي لعدة دول، فأصبحت هذه القواعد تمتاز بالتطبيق المباشر على عقود التجارة الدولية بالرغم من أنها تشريع داخلي، فأصبح القانون الوطني في هذا الوضع الجديد قانون احتياطي في التطبيق[2]، مما جعل بعض الفقهاء يؤكدون إمكانية القاضي تطبيق هذه القواعد المادية المباشرة على النزاع المعروض عليه إذا تعلق الأمر بالتجارة الدولية دون الرجوع لقواعد الإسناد[3].

اتجهت التشريعات الداخلية لوضع تنظيم شامل لعقود التجارة الدولية[4] رغم اعتباره كأنه فرض نادر في الواقع العملي وهذا ما يظهر من خلال ما أشارت ليه

الدولية، وهي بذلك تساهم في خلق تلك القواعد شأنها شأن الأشخاص الخاصة، **ومن ناحية أخرى** فإن هناك استحالة عملية بالنسبة للمشرع الوضعي وأيضا بالنسبة للدول ذاتها عن طريق المعاهدات أن يغطي كل ميدان المبادلات والعلاقات الدولية، **ومن ناحية ثالثة** نجد اعتراف الدولة بالتحكيم الدولي كآلية موازية للقضاء مختصة في فض نزاعات التجارة الدولية لأنه لو لم يكن هناك تحكيم لجمدت حتى القوانين المهنية، أنظر للمزيد في هذا الموضوع: **سعد الدين أمحمد**، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانون والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007، ص 98، أنظر كذلك:

- **KENFACK Hugues**. Droit de Commerce Electronique. 4eme édition, Edition DALLOZ, PARIS, 2012, p. 09.

[1]– **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 143.

[2]– يبقى الدور الاحتياطي والتابعي للقانون الوطني مجرد عامل استقرار وتأمين للعلاقات العقدية الدولية، أنظر: **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 447.

[3]– **فرس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 396.

[4]– تتمثل في أغلبها تلك التشريعات المتعلقة بالاستيراد والتصدير، الجمارك، والمناطق الحرة، والغرف التجارية والصناعية، وتشريعات نقل التكنولوجيا، الخدمات المالية والاستشارية، والنقل البحري والجوي والترانزيت، فكلها تتصل بالتجارة الدولية الى جانب القواعد المنظمة لها في القانون التجاري، أو القواعد الخاصة بها بما يعرف بتشريعات التجارة الخارجية، مشار ذلك لدى: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 96.

الدراسات المقارنة للتشريعات المعاصرة، وذلك مرده أن المشرع الداخلي لا يهتم في الغالب إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية[1].

سبق للمشرع الداخلي وأن تصدى لتنظيم التجارة الدولية من خلال إصداره بعض التشريعات التي تنظم العلاقات الخاصة الدولية، كما واكبت هذا التنظيم من خلال القرارات القضائية التي أصدرتها المحاكم الوطنية، والتي أرست قواعد مادية خاصة تتفق في مضمونها مع الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الدولية.

وبناءا على هذا الأساس لا بد من الاعتراف للتشريعات الوطنية بإمكانية القيام بدورها التنظيمي كمصدر للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية[2]، مسببين ذلك بالقول أن واقع العقود الدولية يكشف عن وجود العديد من العادات والشروط والأعراف التجارية في كافة الأوساط المهنية لتنظيم المعاملات المختلفة تلاءم طبيعتها وتتطور معها، بعيدا عن القوانين الوطنية التي يقل اللجوء إليها بالتدريج.

رغم ذلك فالعقود تحتوي على بيان القانون الواجب التطبيق كشرط احتياطي لتكملة ما قد يعتريها من قصور، ولا يتم اللجوء إلى القانون المختار إلا عند عجز شروط العقد عن تقديم الحل للمشكلة المعروضة[3].

تتقدم أحكام العقد على أحكام القانون الواجب التطبيق، حيث تحرص الشركات الدولية مثلا على الاستعانة بالعادات المهنية وصياغة عقود تفصيلية لتكون وحدها، بقدر المستطاع، قانون المتعاقدين دون الاستعانة بقانون وطني إلا على سبيل الاحتياط.

---

[1]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة...، مرجع سابق، ص 99.

[2]– **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 144.

[3]– يبقى أن الدور الاحتياطي والتابعي للقانون الوطني مجرد عامل استقرار وتأمين للعلاقات العقدية الدولية، أنظر في هذا الموضوع: **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 447.

أولا: تنظيم التشريع الألماني والأمريكي للقواعد الموضوعية

أخذ كل من المشرع الألماني من خلال التقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية، والمشرع الأمريكي بواسطة التقنين التجاري الموحد الأمريكي، بالإضافة إلى النظم القانونية للتجارة الدولية في بعض البلدان الاشتراكية[1]، وكل هذه القوانين مذكورة على سبيل المثال لا الحصر وتبين تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية التقليدية، أما بالنسبة للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فبرزت كل من الولايات المتحدة الأمريكية من خلال قانون المعاملات الإلكترونية الموحد، كذلك قانون التجارة الإلكترونية الموحد الكندي، وبدورها أصدرت الصين قانون التجارة الإلكترونية.

اقتصر مجال تطبيق القواعد المادية في نصوص التقنين الألماني على عقود التجارة الدولية دون العقود الداخلية، فكان قانون مخصص للجانب التجاري الدولي فقط، واعتبرت أن التنظيم الموضوعي الألماني ذات طبيعة دولية، واقتصر تطبيقه على العقود الاقتصادية الدولية والعلاقات التي تستند إليه في حالة اتفاق الأطراف على الخضوع لهذا القانون، أو عندما تشير قواعد التنازع إلى وجوب تطبيق هذا القانون، وهذا على غرار التقنين التشيكوسلوفاكي[2].

---

[1]– صدر التقنين الألماني الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية في 05 فيفري لسنة 1976، يشمل على العديد من القواعد المادية التي تعني بحل المشاكل التي تثار بصدد العقود التي تتم في مجال التجارة الدولية، سواء من حيث إبرام تلك العقود والالتزامات الناشئة عنها، أو من حيث كيفية الوفاء بها وحكم التأخير في ذلك.

– أما التقنين التجاري الموحد الأمريكي كانت بداياته قديمة مقارنة بالقانون الألماني، فكانت البداية بإقرار قانون الأوراق التجارية في سنة 1896 الذي عملت به كل الولايات سنة 1924، ليليه قانون آخر موحد خاص بالبيوع سنة 1906.

– بالنسبة للنظم القانونية للتجارة الدولية لبعض البلدان الاشتراكية نذكر منها النظام القانوني البولوني للتجارة الخارجية سنة 1934 والقانون التجاري الروماني سنة 1965، أشار إليها: **بلاق محمد**، حدود مساهمة ...، مرجع سابق، ص 103–104.

[2]– القانون التشيكوسلوفاكي للتجارة الدولية الصادر بتاريخ 04 ديسمبر 1963، فيعد هذا القانون من أبرز الأمثلة التشريعية المعاصرة التي تناولت التنظيم الموضوعي للروابط الدولية، بحيث تم اعتماده بالاستناد على معيار

حاول بدوره التشريع الأمريكي إلى جانب التقنين التجاري الموحد سن قوانين أخرى موحدة لكنها كانت محدودة النطاق، إذا لم يتم قبولها إلا من عدد محدود من الولايات، هذا ما جعل حركة التوحيد تتسع بانضمام جهود مؤتمر المندوبين إلى جهود المعهد الأمريكي في إعداد مشروع تقنين تجاري موحد، كانت ثمرته ظهور الطبعة الأولى من هذا المشروع تليه الطبعة النهائية ومراجعته من قبل اللجان المختصة وعرضه على مشرعي الولايات لإقراره، ومن ثم إدخاله حيز التنفيذ ليعتمده في الأخير برلمان نيويورك سنة 1962 تلته فيما بعد باقي الولايات[1].

أساس عام وهو الاختلاف الثابت بين الروابط التي تنشأ على المستوى الداخلي وتلك التي تنشأ على المستوى الخارجي، ما أضفى عليه طابعا خاصا وأعطاه الأسبقية من حيث اعتباره أول تشريع موضوعي يهتم بمسائل التجارة الدولية، تطرق بالتفصيل لهذا القانون: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 100، كما تطرق أيضا لهذا القانون، **يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، مرجع سابق، ص 100.

– كما أن هذا القانون التشيكي صدر لتحديد نطاقين معينين فالأول هو الذي صدر تحت رقم 97 لسنة 1963، والخاص بقواعد القانون الدولي الخاص والتنازع القضائي، والثاني هو القانون رقم 101 لنفس السنة وهو الخاص بالروابط القانونية في نطاق العلاقات التجارية الدولية كما سبق ذكره في الهامش رقم 01، والذي يطلق عليه قانون التجارة الدولية، تطرق لهما: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 97.

– بالإضافة للقانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 18 لسنة 1993 قانون المعاملات التجارية الدولية، أنظر في هذا الموضوع: **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 143.

[1]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 103.

– القانون التجاري الموحد الأمريكي ظهر أولا سنة 1957 متضمنا النصوص ومعها شرح مطول، فهذا القانون عبارة على مشروع قانون نموذجي عرض لاحقا على مشرعي الولايات المتحدة الأمريكية، مشار له لدى: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 97.

ثانيا: نماذج للدول الاشتراكية وتنظيمها للقواعد المادية

استطاعت بعض الدول الاشتراكية أن تواكب مسار التنظيم الموضوعي للتشريعات الوطنية، فسنت قواعد مادية تهتم بتنظيم مسائل التجارة الدولية، إذ أخذت على عاتقها مهمة تحديد النظام القانوني الذي يحكم مبادلاتها التجارية، على غرار القانون الدولي الخاص بالعقود للاتحاد السوفياتي سابقا، حيث كانت المعاملات التجارية الدولية محكومة بقواعد عامة للقانون المدني المشترك "العام" تكمله تنظيمات خاصة بالتجارة الدولية الفيدرالية، هذه الأخيرة تتضمن مجموعة القواعد المادية الخاصة بتنظيم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي في صورة قواعد تنظم مبدأ احتكار الدولة للتجارة الخارجية[1].

ثالثا: اللجوء للقواعد الموضوعية في التشريع الجزائري

كرس المشرع الجزائري بدوره تشريعات وطنية تنظم مجالات التجارة الدولية من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فنصت المادة 1050 منه على أن: "... وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"[2] تقابلها المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، حيث راعى تعدد القواعد القانونية مع الأخذ بالأعراف التجارية السائدة، والتي يراها أنها مناسبة لحل النزاع[3].

---

[1]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 104.

[2]– أنظر نص المادة 1050 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

[3]– منح المشرع الفرنسي للمحكم سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مباشرة دون أن يلزمه في ذلك اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لبلد معين، أنظر: **يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، مداخلة ملقاة في المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية، يومي 26 و26 أوت 2014، المنعقد في صلالة، عمان، 2014، ص 18.

نجد كذلك أن المشرع الجزائري قد سبق وأن كرّس القواعد الموضوعية قبل هذا من خلال نص المادة 458 مكرر 14 عندما جاء بمصطلح "**قواعد القانون التي ينبغي أن تفسر تفسيرا واسعا دون التقيد بقانون وطني معين**" والتي استوحاها من نص المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وانتهج الطريق المباشر لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بوصفه أحدث المناهج في تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

رابعا: التجارة الالكترونية فرضت تشريعات داخلية جديدة

تطور فيما بعد أسلوب التجارة الدولية ليساير التطور التكنولوجي وتظهر التجارة الإلكترونية التي تعد أسلوبا جديدا يختلف من حيث طريقة الممارسة عبر الفضاء الإلكتروني، مما دفع بالدول إلى العمل الجاد لأجل إصدار التشريعات الداخلية الخاصة بالمعاملات التجارية المبرمة بالطرق الإلكترونية[2]، العقود الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني، الدفع الإلكتروني[3] بالإضافة إلى حماية المستهلك والخصوصية والملكية الفكرية وغيرها من المجالات.

---

[1]– استقرت على هذا الموقف أغلب التشريعات وقضاء التحكيم، وتم الاعتماد على القواعد المادية حتى من القانون الانجليزي الذي كان يرفض هذه الطريقة، أنظر : **دريدر ملكي**، المرجع السابق، ص 117.

[2]– كانت بداياتها سنة 1997، بعدما أطلق الرئيس الأمريكي خطة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وتضمنت 09 تسعة توصيات رئيسية متصلة بالجوانب القانونية والتنظيمية للتجارة الإلكترونية، ومن بين هذه التوصيات في عدم فرض أية ضرائب أو تعرفة على أنشطة التجارة الإلكترونية، وإيجاد نظام قانوني مرن للدفع النقدي يراعي سرعة التطور التقني لوسائل الدفع، وتعديل القواعد القانونية التجارية بالنسبة للعقود التجارية والتواقيع الإلكترونية وقواعد الدفع والتبادل المالي...، للاطلاع على جميع التوصيات، أنظر: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، المرجع السابق، ص 84.

[3]– يعرف الدفع الإلكتروني حسب ما جاء به القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر في عام 1992 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي: " **مجموعة العمليات التي تبدأ بأمر الدفع الصادر عن الآمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد**"، بالإضافة إلى تعريف المجلس الاقتصادي الفرنسي أنه: "**مجموعة التقنيات الإعلامية، المغناطيسية أو الإلكترونية ... تسمح تحويل الأموال دون دعامة ورقية والتي**

1- التشريعات المختلفة على المستوى الدولي

تزامن مع صدور القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أن وضعت اليابان تدابير تشريعية بشأن التجارة الإلكترونية، الذي أسند هذه المهمة إلى هيئة حكومية عليا منذ سنة 1996، مهمتها وضع الإطار القانوني والتقني والتنظيمي لهذه التجارة، واستطاعت أن تنجز أولى أعمالها عام 1998، لكن تبقى اليابان من الدول التي واكبت التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية، فقد سنت العديد من التشريعات في هذا الميدان، وتحديدا في ميدان حماية المعلومات، الموثوقية وتنظيم قواعد شهادات ضمان صحة تبادل المعلومات[1].

أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية بدورها قانونين، الأول يتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية الموحدة لعام 1999 والثاني يتمثل في القانون الموحد بشأن التجارة الإلكترونية إضافة إلى خطة العمل التي أطلقها الرئيس الأمريكي الخاصة بتطوير التجارة الإلكترونية[2].

كما سنّت كندا قانون التجارة الإلكترونية الموحد لعام 1999، ليليه قانون التجارة الإلكترونية الصيني رقم 01 لسنة 2000، قانون التجارة الإلكترونية الايرلندي لعام 2000، والقانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة ألفين[3].

ينتج عنها علاقة ثلاثية من بين البنك، البائع والمستهلك"، أشار اليها: **واقد يوسف**، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011/05/09، ص 20.

[1]– **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، ص 85.

[2]– وقبل ذلك أي في سنة 1998 صدر قانون إجازة اعتماد التوقيع الإلكتروني كدليل أمام المحاكم في الساحة التشريعية الأمريكية، أنظر في هذا الموضوع: **بتول الطيب**، سياسات التجارة الإلكترونية والمسائل القانونية، متوفر على الموقع الالكتروني: www.arablaw.org، اطلع عليه بتاريخ 2018/03/02 على الساعة 09 Hص 09.

[3]– قبل هذا التاريخ كذلك صدر القانون الأساسي للتجارة الإلكترونية الكوري لعام 1999، وقانون الصفقات الإلكترونية لدولة سنغافورة لعام 1998، فجاء هذا القانون مطابقا للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعد من

2- تقنين المشرع الجزائري لقواعد قانونية خاصة بالتصرفات الإلكترونية لمواكبة التطور التكنولوجي:

سايرت الجزائر بدورها تنظيم التجارة الإلكترونية من خلال تشريعها العام والمتمثل في القانون المدني الجزائري، نظمت من خلاله مجال الكتابة والإمضاء الإلكتروني[1]، حيث نصت المادة 323 مكرر (ق.م) على ما يلي: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"[2].

تنص المادة نفسها مكرر واحد (1/323): " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني[3] كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص

قبل اليونسيترال عام 1996، أنظر في هذا الموضوع: **فرس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 396- 397، وانظر كذلك: **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، مرجع سابق، 85.

[1]- عرف قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني سنة 2001 التوقيع الالكتروني في المادة الأولى منه أنه: "**بيانات في شكا الكتروني مدرجة على رسالة بيانات أو مضافة اليها أو مرتبكة بها منطقيا، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة بيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة فيها**"، أنظر الموقع التالي: www.uncitral.org، كما تطرق لهذا التعريف: كل من: **مشاعل عبد العزيز الهاجري**، التعاملات الإلكترونية: توثيقها وطرق إثباتها، دورة الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 12-16 ماي 2007، متوفر على الموقع: www.mashael@law.kuniv.edu ص 05 وكذا: **واقد يوسف**، مرجع سابق، ص 46. أنظر كذلك:

- **AGNES RABAGY- Lagoa**. Droit du commerce électronique, Edition ellipses, Paris. 2011, p 117.

[2]- هو نفس الاتجاه الذي اتخذه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1316 من قانون التوقيع الالكتروني رقم 230/2000، مشار لها لدى: **شنين صالح**، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلسمان، 2013، ص 49.

[3]- عرف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الكتابة، حيث أشار إلى انه يشمل رسالة البيانات، إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا، وهذا يعني أن أي وثيقة ينطبق عليها هذا المفهوم تعد وثيقة كتابية، أنظر: **لزهر بن سعيد**، مرجع سابق، ص 142، أنظر كذلك: **لملوم كريم**،

الذي أصدرها[1]، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، كما ورد حول التوقيع الالكتروني في المادة 2/327: "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"[2].

جاء القانون رقم 05-02 المتضمن تعديل القانون التجاري الجزائري بالتعامل بالبطاقة المصرفية والشيك والسفتجة، حيث نصت المادة 414 منه: "يعتبر التقديم

الإثبات في معاملات التجارة الإلكتروني بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 25.

[1] - La preuve est dite légale selon L'article 1316 du code civil Français : « La preuve par littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractère, de chiffres ou de tout autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels soient leur support et leur modalités de transmission », voir : **Agnés Rabagny- Lagoa**. Op - cite, p. 119, et voir :

- **CYRIL ROJINSKY et GUILLAUME TEISSONNIERE**, L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, Lex Electronica, vol 10, n° 01, Montréal, 2005, p 08.

[2] - أمر رقم 75-58المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2004، ج ر عدد 44 الصادر بتاريخ 20 يونيو 2004، انظر كذلك: نص المادة 1/02 من قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

- بالإضافة إلى أن التشريع الجزائري أصدر القانون الخاص بموردي الإنترنت، والمواد المتعلقة بالجريمة الإلكترونية، أو تلك المتعلقة بالملكية الفكرية والتي تتضمن مواد متعلقة بالملكية الصناعية خاصة، كل هذه القوانين وأخرى كانت بناءا على إلحاحا دوليا واستكمالا للشروط المتطلبة لانضمام الجزائر للمنظمة العالمية للتجارة، أنظر: **هارون أوروان**، واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر، مقال متوفر على الموقع التالي: http://www.droit-dz.com/forum/threads، ص 02، وانظر: **لملوم كريم**، مرجع سابق، ص 109، أنظر كذلك:

- **FRANÇOIS DESSEMONTET**, Internet et e. commerce, Universités de Lausanne et Fribourg, sur le site : www.droit.internet, p 03.

المادي للسفتجة[1] لغرفة المقاصة بمثابة تقديم للوفاء، يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، وفي المادة 502: " يعتبر التقديم المادي للشيك إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديم للوفاء، يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"[2]، هذا بالإضافة إلى طرق الدفع الإلكتروني المستحدثة، وذلك من خلال استحداث بطاقات الدفع الإلكتروني[3]، أو ما يسمى بالوفاء الإلكتروني من

---

[1]– لم يتم العمل بها لحد الآن لكن سنقدم تعريفا لها، وليست المذكورة في هذه المادة بل هي السفتجة الالكترونية: "**محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا، بصورة كلية أو جزئية، يتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الاطلاع أو في تاريخ معين**"، أشار إليه: **واقد يوسف**، مرجع سابق، ص 54.

[2]– أنظر الأمر رقم **75–59** المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر عدد 11 الصادر بتاريخ 6 فيفري 2005.

– هذا بالإضافة إلى القانون رقم **04–15** المعدل لقانون العقوبات المتضمن مسألة المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، والقانون رقم 04–14 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية والمتضمن مسالة إحداث مصلحة للنظام الآلي الوطني لصحيفة السوابق العدلية.

[3] - Le paiement électronique est le nom générique donné a un mode de paiement parmi d'autres, dont la caractéristique est de faire appel a un instrument et un support particuliers, qui composent ensemble un mécanisme de paiement reposant en tout ou en partie sur l'électronique, voir : **Etienne Wéry**, Facture, monnaie et paiement électronique, Édition LexisNexis, Paris, 2003, p 44, et sur la monnaie du commerce électronique, voir :

- **François SCHWERER**, De la circulation électronique des monnaies scripturales a la monnaie électronique universelle, Revue de Jurisprudence Commerciale, Numéro Spécial, colloque de DEAUVILLE organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'association droit et commerce, PARIS, 2000 p 62.

– انظر كذلك: **شنين صالح**، المرجع السابق، ص 64، وكذلك: **صراع كريمة**، واقع وأفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص استراتيجية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2014، ص ص 58–59، وانظر كذلك: **لطيف زيود**، تحديات التجارة الإلكترونية للنظم الضريبية، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم

خلال الوسائط الإلكترونية المصرفية، حيث يتكفل البنك أو أي جهة خاصة أنشئت لهذا الغرض[1].

عرفت هذه الوسيلة من طرف المجلس الاقتصادي الفرنسي على أنها: " مجموعة التقنيات الإعلامية، المغناطيسية أو الإلكترونية، تسمح من خلالها تحويل الأموال دون دعامة ورقية، والتي ينتج عنها علاقة ثلاثية بين البائع والبنك والمستهلك."[2]

تطبيق القواعد التي اشتملت عليها القوانين المذكورة سلفا لا تستبعد اللجوء إلى قواعد التنازع، فإذا كان النزاع يتعلق بموضوعات التجارة الإلكترونية وأشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، فإن المقصود بذلك القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية في دولة القاضي، كما يجري تطبيق قانون التجارة الإلكترونية لدولة ما عندما تشير إليه قاعدة التنازع الأجنبية، وذلك عندما يكون القانون الواجب التطبيق غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع،

الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03، لسنة 2005، دمشق، 2005، ص 25، **وتوفيق نجم – إقبال جاسم جعفر**، دور التجارة الالكترونية في تفعيل أنشطة الشركات، "دراسة في عينة من الشركات العراقية"، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد 24، المجلد السادس، أيار 2009، بغداد، 2009، ص 166.

[1]– **معزوز دليلة**، أهمية الوفاء الإلكتروني في الأداء والتأمين، مجلة معارف، عدد 20 لسنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص 142.

[2]– **بهلولي فاتح**، تنفيذ عقود التجارة الالكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، لسنة 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص 308.

– نص على هذا الإجراء المشرع الجزائري من خلال أمر رقم 03–11 متعلق النقد والقرض، في نص المادة 69: " تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل" أنظر أمر رقم 03–11 مؤرخ في 26 أوت 2003، ج ر عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بقانون رقم 17–10 مؤرخ في 17 أكتوبر 2017، ج ر عدد 57 الصادر في 12 أكتوبر 2017.

أما في حالة اختيار الأطراف تطبيق قانون وطني للتجارة الإلكترونية يطبق القاضي القواعد الموضوعية في القانون المختار تطبيقا مباشرا[1].

يتأكد من كل ما سبق حول التنظيم الوطني للقواعد المادية، أن هذه الأخيرة تقوم بمسلك هام، حيث تسعى إلى تكفل التطور للعلاقات الخاصة الدولية، وتزايد ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود من خلال تكيفات ضرورية وتوافقية ومنطقية، فهذه القواعد وإن كانت وطنية المصدر، فهي دولية المضمون والموضوع، كما أن هذه التشريعات الموضوعية في القوانين المختلفة تؤدي إلى التوحيد الداخلي، وتيسير عمليات التوحيد الدولي، فهي تعالج أوجه القصور في النظم القانونية الوطنية المختصة في بلدان العالم.

الفرع الثاني

تقييم دور التشريعات الداخلية في تنظيم عقود التجارة الإلكترونية

تطور فكرة التنظيم التشريعي للقوانين الوطنية في مجال التجارة الدولية قد يؤدي إلى تعدد القواعد الصادرة من مختلف التشريعات الوضعية من جهة، وعرقلة إمكانية توحيد القواعد التي تحكم العلاقات الخاصة مستقبلا، على اعتبار أنها قواعد تفتقد للصفة الآمرة، فهي لا تنطبق إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على تطبيقها أو أشارت بذلك قواعد التنازع الوطنية.

---

[1]– نفس الاتجاه الذي ذهب إليه الفقه الغالب بضرورة التطبيق المباشر للقواعد المادية لقانون التجارة الالكترونية في دولة القاضي المعروض عليه النزاع في الحالة التي يكون فيها المشرع الوطني قد نظم التجارة الالكترونية، بصرف النظر عن اختصاص قانون القاضي بموجب قواعد التنازع من عدمه، ورغم أن الدولة قد أقحمت نفسها في مجال التجارة الإلكترونية دونما اعتبار لدولية التعامل فيها، إلا أن هذه القواعد قد صيغت بما يتلاءم مع خصوصية التجارة الإلكترونية ولا يترتب على تطبيقها مباشرة أي إخلال بقاعدة التنازع، وكذلك فإن التحكيم هو الميدان الآخر لتطبيق هذه القوانين مباشرة من دون الرجوع لقواعد الإسناد في ظل غياب اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق، تطرق لهذه النظرة الفقهية: **فرس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 397.

إن الجدير بالبحث، هو مدى اختصاص المشرع الداخلي بوضع القواعد المادية المتصلة بالتجارة الدولية (**أولا**) كما لا يفوتنا تبيان دور القواعد المادية للتجارة الدولية ذات المصدر التشريعي (**ثانيا**).

أولا: اختصاص المشرع الداخلي في وضع القواعد الموضوعية

ظهر خلاف واسع وسط الفقه حول الأساس القانوني الذي يستند عليه المشرع الوطني في تحديد اختصاصه بسن قواعد مادية في قوانينه الداخلية، إذ يؤكد فقيه القانون المقارن(René David)أن التقنين لم يستند مطلقا إلى فكرة أن القانون ظاهرة وطنية، وأن المشرع الوطني له السلطات الكاملة في تنظيم العلاقات القانونية الدولية، وإنما كان مدفوعا أيضا على أساس الافتراض المسبق بأن هناك قانونا طبيعيا ذي نطاق عالمي[1].

تنظيم المشرع الوطني لهذا المجال من التشريع، ورغم ملائمة القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذو طابع تشريعي أو قضائي للروابط العقدية الدولية، إلا أنها لم تسلم من الانتقادات التي وجهت لها، على أساس أن قيام كل دولة بوضع قواعدها المادية الخاصة بهذه الروابط باسم اعتبارات الملاءمة الدولية، سوف يؤدي إلى توسيع رقعة الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول واجبة الإتباع على علاقات التجارة الدولية، ما من شأنه أن يحول اختصاص المشرع الداخلي من وطني إلى مشرع عالمي[2].

---

[1]– هذا بخلاف جانب آخر من الفقه الذي توصل من خلال تحليله لواقع المجتمع الدولي، إلى القول بأن الاختصاص بوضع القواعد المادية ذات الطابع التشريعي يستند إلى قانون ازدواج الوظيفة، على اعتبار أن القواعد القانونية للمجتمعات تنشأ من خلال طريقتين: طريقة التعاون في صورة الاتفاقيات والعرف، وطريقة التزاحم والاستئثار حينما تستأثر كل دولة بالتشريع للروابط الدولية، وهو ما يؤكد الحاجة إلى إيجاد فروع أخرى للقانون الدولي تناظر فروع القانون الداخلي، ولكنها تقتصر على العلاقات التي تتجاوز حدود الدولة، أنظر: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 106.

[2]– **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، 400.

يناقض تغيير مجال الاختصاص للمشرع الوطني في نفس الوقت الجهود التي تسعى إليها الاتفاقيات الدولية، والتي تحاول قواعد التنازع بدورها إدراكه على نحو أفضل، كما أن فتح الطريق أمام القضاء لوضع أسس هذه القواعد قد يؤدي إلى تقرير القواعد التي يراها مناسبة لتشريعاته الداخلية فقط دون غيرها، مما يؤدي إلى ظهور حلول قد لا تتفق إلا ومعتقداتهم الشخصية[1].

وضع القوانين الوطنية في بعض الأحيان حتى وان تم مراعاة متطلبات التجارة الدولية في سنها، إلا أنها لا تطبق تطبيقا تلقائيا وإنما يتعين إثبات الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي سنتها، فمناط تطبيقها في كل الأحوال متوقف على ما يقتضيه نظام الإسناد من حيث الأخذ بقانون الإرادة أو تركيز العقد، بل ويذهب بعض المؤلفين إلى الشك حتى في كونها تشكل قواعد مادية، فهي لا تظهر كقواعد قانون دولي وإنما كقواعد داخلية ذات استعمال دولي، ولا تسري إلا حين يتم تعيينها من قبل قاعدة التنازع المختصة، أي المنهج التنازعي يحتفظ هنا بكامل وزنه[2].

كذلك من حيث التطبيق يبقى القضاء بعيدا عن تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية تطبيقا مباشرا، بل لا يملك طريقة لتطبيقها من خلال مناهج تنازع القوانين، فالتنازع لا يتصور وفقا للأفكار التقليدية في القانون الدولي الخاص إلا بين القوانين الداخلية للدول المختلفة، ومن هنا فلا يتصور الرجوع إلى القواعد المادية للتجارة الدولية أمام القضاء الداخلي، إلا في حالة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة والذي يعد اختيارا

---

[1]– تعمل مختلف الاتجاهات الفقهية لتفادي الوقوع في هذا الإشكال، أي التفكير الشخصي أو بالأحرى الإقليمي، وهذا الاتجاه الفئوي قد يشكل إخلالا بتوقعات الأطراف وبجردهم بذلك من فرصة العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق وبالضرورة العودة إلى البحث عن القانون الأنسب من بين قوانين الدول الأطراف في العلاقة العقدية، لكن تبقى كل هذه الانتقادات من بين الأسباب التي دفعت إلى التفكير بشأن تدارك هذه المآخذ، وهذا من خلال البحث فيما يكفل وحدة الحلول للعمل من أجل تحقيق الأمان القانوني المنشود، وذلك بمختلف الأشكال سواء عن طريق المعاهدات الدولية أو نتيجة لاستقرار العادات والأعراف الدولية السائدة في مجال التجارة الدولية، أنظر: **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، 401.

[2]– **سعد الدين أمحمد**، مرجع سابق، ص 100.

ماديا تنزل بمقتضاه القواعد المادية منزلة الشروط العقدية التي لا تقوى على مخالفة القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير قواعد الإسناد باختصاصه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد[1].

ثانيا: دور القواعد المادية للتجارة الدولية ذات المصدر التشريعي

اكتسبت القواعد المادية للتجارة الدولية أمام خصوصية العلاقات التجارية الدولية، واختلاف القوانين الوطنية التقليدية وقصورها عن الإلمام بمتطلبات هذه العلاقات، تأييدا كبيرا من قبل التشريعات المقارنة، وأصبح استخدامها شائعا على المستويين الوطني والدولي، فمن خلال هذه المكانة التي أصبحت تتمتع بها، تطور دورها ليكون أكثر إيجابية في عمليات التوحيد التشريعي على المستوى الداخلي، كما تعمل على تلافي وقوع التنازع بين الأنظمة القانونية خصوصا في الدول الاتحادية[2].

تأكد أيضا سهولة عمليات التوحيد الاتفاقي بوجود مثل هذه القواعد في التشريعات الداخلية، وهذا على مستوى التوحيد الدولي، فأوجه التشابه والتطابق بين القواعد المادية أمر مؤكد، سواء كانت قواعد تعالج مسائل معينة بحد ذاتها[3]، أو تلك التي تعالج قطاعا بأكمله كالتجارة الدولية[4]، ويؤكد هذا الغرض الأستاذ **Von-Over Beck** بقوله: "أن قواعد القانون الدولي الخاص المادي أو الموضوعي ليس بالضرورة أن تكون قانونا موحدا، بل يمكن أن يكون مصدرها وطنيا عندما يقدر المشرع أن القواعد

---

[1]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنه**، مرجع سابق، ص 159.

[2]– هذا النوع من الدول نجد أن لكل مقاطعة أو ولاية قدرا من الاستقلال يبرر احتفاظها بنظام قانوني مستقل عن مثيلاتها، وهو ما تعمل القواعد المادية على توقيه من خلال توحيد تشريعاتها التجارية، مثلما فعلت سويسرا بإصدارها لقانون الالتزامات الاتحادية، وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية بإصدارها للتقنين التجاري الموحد، أنظر في هذا الموضوع: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 107.

[3]– كالقاعدة التي تجيز الشروط الخاصة بالحماية النقدية في العقود الدولية ضد التضخم وتقلبات الأسعار.

[4]– مثل التشريع التشيكوسلوفاكي وتشريع ألمانيا الاتحادية سابقا.

الوطنية التقليدية لا تلاءم العلاقة الدولية، فيسن حينئذ قواعد خاصة لهذه العلاقة النوعية"[1].

المطلب الثاني

القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي (الاجتهادات القضائية الموضوعية)

يعد اعتبار القضاء كمصدر للقانون أمرا واقعا، أو مسألة علمية، يتم التحقق منها بالمشاهدة والتجربة أو أية وسيلة أخرى من وسائل القياس في علم الاجتماع القانوني، لذلك يعتبر تحديد مصادر القانون من قبل القضاء إقرار بما هو كائن وذكر لحقائق علمية، وهذا هو توجه بعض التشريعات المقارنة.

عمل القضاء على تطوير مجال تدخله، فبعدما كانت مهمته تنظيمية داخلية من خلال سد الثغرات القانونية المتواجدة في التشريعات الوضعية، حاول أيضا إيجاد قواعد مادية تهدف لتنظيم مسائل التجارة الدولية، مستترا في البداية وراء أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص، وبصفة خاصة وراء الإعمال التقليدي لمنهج التنازع حتى يضفي على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة، وما إن اكتسبت حلوله طابعا عاما مجردا نتيجة استقرار العمل بهذه القواعد بوصفها قواعد قانون دولي خاص مادي[2].

---

[1]– فمن خلال هذا تحقق إجماع بين التشريعات وقضاتهم وبعض رجال الفقه والأعمال على ضرورة وجود القواعد المادية في الأنظمة القانونية الداخلية، وتطبيقها مباشرة واستقلالا عن كل قواعد القانون الدولي الخاص، وبصرف النظر عن القانون الواجب التطبيق، أما إذا قضت قواعد القانون الدولي الخاص في دولة القاضي بخلاف ذلك فإن الأطراف سيجدون بانتظارهم قانونا وطنيا أعد خصيصا لهذه العلاقات كالتجارة الدولية، تفاصيل الموضوع، اطلع على: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 107.

[2]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية...، المرجع نفسه، ص 108.

تختلف سلطة القاضي باختلاف الأنظمة القضائية في تنظيم القواعد المادية للتجارة الدولية، فقد يتدخل القاضي الوطني في وضع قواعد قانونية تكون موضوعية مباشرة، تكون في الغالب خاصة بالعلاقات الاقتصادية ذات الطابع الدولي **(فرع أول)**، وباعتبار أغلب هذه العقود تمتاز بالطابع الدولي، فالأطراف تحاول إيجاد قواعد قانونية للتطبيق على العقود المبرمة بينهم، وفي حالة حدوث خلاف يتجهون لجهات بعيدة عن القضاء الوطني لحل النزاع، كالتحكيم التجاري **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

اعتماد أحكام القضاء الوطني على القواعد الموضوعية

بادر القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن الماضي في تشكيل بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص، تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية[1]، ومن بين القواعد التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية[2]، والقاعدة التي تقرر حرية

---

[1]– سار بدوره القضاء الداخلي في بعض الدول، بالمنهج نفسه مع التشريعات الداخلية، فقد استقرت العديد من القواعد الموضوعية التي تنسجم مع طبيعة الروابط الخاصة الدولية، منها: قاعدة صحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجية، وهذه القواعد سنراها بالتفصيل في محور دور القضاء الداخلي في إرساء القواعد المادية للتجارة الدولية، وللمزيد أكثر في هذا الموضوع، أنظر: **محمد أحمد علي المحاسنة**، مرجع سابق، ص 143.

[2]– وضعت هذه القاعدة بعد حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 جوان 1950 في قضية Messagerie Maritimes* والذي قرر صحة شرط الدفع بالذهب الوارد في عقد قرض خاضع للقانون الكندي ما دام أنه لا يتعارض مع القانون الفرنسي الصادر في 25 جوان 1928 وبالتالي فهو يتفق مع المفهوم الفرنسي لفكرة النظام العام الدولي، أنظر في هذا الموضوع: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 108، تطرق كذلك لهذا الموضوع: **تعويلت كريم**، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي 09/93 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 14 أفريل 2004، ص 145.

اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجية عن طريق إقراره شروط نقدية تستهدف توقي مخاطر تغيير سعر العملة، وذلك بتثبيت سعر التعامل على أساس ربطه بسعر الذهب أو بسعر عملة أجنبية أخرى[1].

أولا: اعتماد مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي

رخّص القضاء الفرنسي مبدءا عاما يتمثل في الكفاية الذاتية للعقد الدولي، ومن تلك القواعد ذات التطبيق المباشر التي أقرها نذكر استبعاد تطبيق المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية الخاصتين بحظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للدول والأشخاص العامة إذا ما تعلق الأمر بعقد أبرم لتلبية متطلبات التجارة الدولية[2]، وضمن الشروط المناسبة للأعراف التجارية الدولية، إذ أقرت محكمة النقض الفرنسية قاعدة موضوعية تطبق مباشرة على المبادلات التجارية الدولية بدلا من اللجوء إلى

---

*- بالنسبة لقضية (Messagerie Maritimes)أن الشرط المالي الذي كان يتضمنه عقد القرض لهذه الشركة كان خاضعا للقانون الكندي، في الوقت الذي كان فيه القانون الكندي المعروف بـ: Cold Clouse Act يحظر شرط الذهب سواء في تسوية المدفوعات الخارجية أو الداخلية، فقضت المحكمة بأنه يمكن للأفراد الاتفاق على شرط الذهب حتى وإن كانت القاعدة الآمرة في القانون الداخلي الواجب التطبيق على العقد وهو القانون الكندي تحظر مثل هذا الشرط: هذا المثال أشار إليه: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، الهامش رقم 04، ص 108.

[1]- ومن بين هذه القواعد كذلك القاعدة التي تؤكد على حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية رغم الحظر الوارد في القانون الداخلي، أنظر: **محمد بلاق**، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 107.

[2]- كتقريره وجود وصحة اتفاق التحكيم، حيث أراح نفسه عناء البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، ووضع بذلك قاعدة مفادها صحة اتفاق التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة "التجارية" استقلالا عن أي قانون وطني، أنظر في هذا الموضوع : **تعويلت كريم**، مرجع سابق، ص 145.

منهج التنازع، وتتمثل في الاعتراف بمشروعية شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة مع الأشخاص الأجنبية وهذا خلافا لنص المادتين السابقتين[1].

يستند إقرار القضاء الفرنسي لمثل هذه القواعد في مجال عقود التجارة الدولية إلى الاجتهادات القضائية التي تلبي حاجات التجارة الخارجية والمعاملات الدولية، حيث اعتمد القضاء الفرنسي على أفكار أخرى في القانون الدولي الخاص حتى يضفي على هذه القواعد سمة وضعية في إطار المبادئ العامة، مثل فكرة النظام العام أو بالاستناد إلى الإعمال التقليدي لمنهج التنازع، ومع تطبيقها المستمر منحها مع مرور الوقت طابع العموم والتجريد الذي لا يخلو من قوة الإلزام النابعة من الاستقرار القضائي بشأنها، حتى انتهى الأمر بتقرير استقلال هذه القواعد بوصفها من قواعد القانون الدولي الخاص المادي ذات الصلة القضائية[2].

ثانيا: بعض تطبيقات القواعد ذات التطبيق المباشر

أعيب عن القضاء الفرنسي عندما تخلى عن القاعدة الأولى وهي شرط الدفع بالعملة في قضية حدثت في 1972/02/15 عقد القرض المبرم بين شركة يقع مقر إدارتها الرئيسي في الجزائر من طرف فرع لها يوجد مقره بفرنسا مع بنك فرنسي، اتفق فيه على أن تكون عملة الوفاء هي الفرنك، وهي عملة البلدين في ذات الوقت (فترة الاتفاقية كان قبل الاستقلال).

---

[1]– كما أسست المحكمة نفسها قاعدة موضوعية أخرى تتمثل في مبدأ استقلالية شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم La Clouse Compromissoire عن العقد الأصلي موضوع التحكيم، بحيث لا يرتبط شرط التحكيم بالعقد الأصلي وجودا وعدما، للمزيد إطلع على: **سعد الدين أمحمد**، مرجع سابق، ص 100.

– وهذا الموقف في تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية اعتمدته المحكمة العليا اللبنانية في القواعد المتعلقة بالاعتمادات المصرفية، وفي ذلك ترى محكمة التمييز اللبنانية في حكم لها صادر بتاريخ 04 أفريل 1967: " **أن العقد الناشئ عن اعتماد مصرفي هو عقد مبني على أعراف تجارية دولية التي ترعى كيفية إنشائه وآثاره**"، مشار له لدى: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 172.

[2]– **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 399.

لكن بعد تغيير العملة الجزائرية إلى الدينار سنة 1964 نص القانون الجزائري على أن كل الالتزامات السابقة الواجبة الوفاء بالفرنك تستحق بالدينار على أساس دينار واحد يساوي فرنك واحد، وبعد انخفاض قيمة الفرنك سنة 1969 ثار نزاع حول تحديد الثمن الحقيقي الواجب الوفاء، وهنا أخذت محكمة النقض الفرنسية بتطبيق قانون العقد أي القانون الجزائري، وعوض أن تطبق الشرط كقاعدة موضوعية لجأت إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد حسب تركيزه طبقا لمنهج التنازع[1].

راجع قضاء محكمة النقض الفرنسية موقفه خلاف ما سبق (المثال السابق) إلى تأكيد أن ما يضعه من قواعد تتعلق بعقود التجارة الدولية، إنما هي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على هذه العقود دون الاستناد في ذلك إلى منهج التنازع، وبصرف النظر عن مضمون القانون الذي تشير باختصاصه قواعد التنازع، وكان ذلك بمناسبة حكم صدر عنه بتاريخ 07 ماي 1963 في قضية "قوسي"، وفيه أكدت المحكمة على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في مجال الروابط العقدية الدولية[2].

توالت أحكام محكمة النقض الفرنسية في نفس الإطار السالف الذكر وكان لها موقفا أكثر وضوحا في حكمها الصادر بتاريخ 04 يوليو 1972 في قضية السيد "هيشت Hecht" الذي أكدت فيه على وجود قاعدة خاصة بالمعاملات الدولية تقضي باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وتكون واجبة التطبيق على عقود التجارة الدولية، بصرف النظر عما يقضي به القاضي الداخلي المختص بمقتضى قواعد تنازع القوانين[3].

---

[1]– **سعد الدين أمحمد**، مرجع سابق، ص 101.

[2]– وقائع قضية "**قوسي**" " ***Gosset***" ومزيد من المعلومات اطلع على: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 109، وتطرق كذلك لهذه القضية بالتفصيل: **تعويلت كريم**، المرجع السابق، ص 146.

[3]– أكدت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الحديثة استقلال القواعد المادية عن منهج تنازع القوانين، فهي قواعد واجبة التطبيق مباشرة على النزاع ما دامت الرابطة العقدية المطروحة تتعلق بالتجارة الدولية، وهذا

أفضت عدة نتائج عن قضية "هيشت"[1]، ومن خلالها اتجه بعض الفقه إلى القول بأن المحكمة قررت قاعدة مادية أو موضوعية تتضمن حق الدولة في الخضوع للتحكيم في الروابط العقدية الدولية، وأن حماية مصالح الدولة تتمثل في مصالح التجارة الدولية، إذ ليس من مصلحة الدولة الفرنسية أن تبرم اتفاقا للتحكيم ثم تحاول بعد ذلك التنصل منه تحت غطاء حصانتها، وهي عند العمل بذلك تعتبر في مقام المتعاقد سيئ النية لا يستحق أية حماية[2].

أقر بعض الفقهاء حول فكرة الاعتماد غير المباشر للقواعد المادية للتجارة الدولية من طرف القضاء الوطني، أنه لو أن القضاء الوطني يرفض فكرة العقد الطليق أي العقد المتحرر من سلطان القوانين الداخلية، يجد نفسه يعود ليعترف بمثل هذه العقود بطريقة غير مباشرة عندما يأمر بتنفيذ أحكام المحكمين التي طبقت على منازعات

بصرف النظر عن مضمون القانون المختص بمقتضى قواعد التنازع، ورغم ملائمة القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذو طابع تشريعي أو قضائي للروابط العقدية، أنظر قضية "**هيشت**" والمزيد لدى: **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 400، وأنظر كذلك: **تعويلت كريم**، مرجع سابق، ص 145.

[1]– تتمثل هذه النتائج في :

– الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه.

– تحصين شرط التحكيم من كل بطلان.

– تحرير شرط التحكيم من كل إحالة إلى قانون وطني بواسطة منهج التنازع.

– فعالية شرط التحكيم في مواجهة الغير

– أنظر كل هذه النتائج وشرحها بالتفصيل لدى: **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع سابق، ص 110.

[2]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية...، مرجع نفسه، ص 110.

الأعراف التجارية الدولية، فهي تعطي بطريقة غير مباشرة القوة الإلزامية لهذه العقود الطليقة[1].

ثالثا: تطبيق القواعد المادية لحماية المستهلك

ذهب من جانب آخر القضاء الوطني في مجال عقود التجارة الالكترونية إلى توفير الحماية اللازمة للمستهلك الالكتروني[2]، فنصت عدة قوانين على منح الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المستهلك أو محل إقامته مع منحه الحق في إقامة الدعوى أمام محكمة دولة المورد، أو المهني إذا كان يحقق حماية أفضل له من قانون دولته لكونه الطرف الضعف في العقد[3].

---

[1]– والقضاء قد تدرج في تطبيق هذه العادات باسم سلطان الإرادة مما يكشف على اعتراف القضاء بوجود هذه العادات بل وتطبيقها في المنازعات المطروحة عليه، فضلا عن نص معظم التشريعات الداخلية والتقنينات المدنية والتجارية عن تطبيقها دون التفرقة بين العادات والأعراف الداخلية والدولية، راجع بخصوص ذلك : **الموهاب فيروز**، مرجع سابق ص 172.

[2]– عرف المستهلك الإلكتروني على أنه : " **الشخص الذي يقوم بشراء السلع والخدمات على الخط، وذلك لاستعماله الشخصي أو استعمال أفراد أسرته أو الأفراد الذين يعيلهم، لكن هذا لا ينطبق فقط على الشخص الطبيعي، فحتى الأشخاص المعنوية كالجمعيات الخيرية والنقابات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح**"، مشار له لدى: **فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 49.

– كما أكد الدكتور "**رباحي أحمد**": أنه باعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية مرتبطة بالعملية الاستهلاكية، فإن نجاحها يتوقف على مدى توفير الحماية القانونية للمتعاملين بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة، فتطور هذا المجال مرهون بتوفير ضمانات تحترم حقوق الطرف الضعيف وهو المستهلك، أشار اليه: **رباحي أحمد**، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جوان 2013، ص 103.

[3]– **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 401.

– ألزمت تعليمات الاتحاد الأوربي بشأن البيع عن بعد الموردين بتزويدهم بمعلومات في التعاقد معهم، وتتمثل هذه المعلومات في كل من: شخصية المورد، عنوانه والخصائص الأساسية للسلع والخدمات المعروضة،

بالإضافة للمبادئ التي أرساها القضاء، اهتم الفقه الحديث بقواعد مادية أخرى لا تزال غير جاهزة التطبيق في ميدان التجارة الدولية، منها شرط حق المعارضة، وشرط حصة الأسد، فيسعى الفقه إلى إضفاء المشروعية عليها رغم حظرها في القانون الداخلي[1].

ظهرت عدة مواقع للدفاع عن المستهلك إلكترونيا، خاصة في الدول الغربية، ترفع صوت المستهلك في حمايته من الغش التجاري بجميع أشكاله[2]، على غرار الاتحاد الأوروبي من خلال التوجيه الأوروبي رقم 93/13 الصادر في 1993/04/05 بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرض عليه من طرف المزود المحترف[3]،

وأثمانها وتدابير الدفع والتسليم، بالإضافة إلى مدى حق المستهلك في الرجوع في التعاقد، وتكاليف الاتصال والتسليم، وإمعانا في حماية المستهلك تستلزم التعليمات إعادة إخطاره بالمعلومات السابقة خلال مدة لا تتجاوز ميعاد التسليم، مع إضافة معلومات أخرى تتصل بكيفية إعمال حقه في الرجوع في التعاقد وتحديدا لخدمات ما بعد البيع والضمانات، أنظر: **أحمد شرف الدين**، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكترونية وتسوية منازعاته، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، متوفر على الموقع: www.arablawinfo.com، ص 07.

[1]– **سعد الدين أمحمد**، مرجع سابق، ص 101.

[2]– إضافة إلى التوجيه الأوربي رقم 7/97 الصادر في 1997/05/20 بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، أنظر: **عبد الحميد بادي**، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012، ص 02، وانظر: **عبد الرحمان خلفي**، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد رقم 27، عدد 01، لسنة 2013، ص 04.

[3]– هذا بالإضافة للتوجيه رقم 144/99 الصادر في 1999/05/25 بشأن حماية المستهلك من عمليات البيع وخانات الأموال الاستهلاكية، مشار لدى : **عبد الله ذيب عبد الله محمود**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مذكرة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2009، ص 24، أنظر كذلك: **بركات كريمة**، حماية أمن المستهلك في ظل اقتصاد السوق دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص ص 24–25، كما كان للتوقيع الإلكتروني أثر كبير في

بالإضافة إلى حماية بياناته الشخصية[1] كما جاء التوجيه الأوربي رقم(31/2000) الصادر بتاريخ 08 جوان 2000 بنفس الاتجاه وأضاف عبارة حماية الطرف القاصر[2].

تم تدشين كذلك بعض المواقع العربية على الإنترنت لحماية المستهلك العربي وتعريفه بحقوقه الاستهلاكية، التي من أبرزها سلامة المنتوج والحق في الاختيار، والعلم بأي عيوب في السلعة، بالإضافة إلى الحق في التوعية، والتعويض عن الأضرار التي يتعرض لها المستهلك[3].

مما لا شك فيه أن ضمان السلامة في البيع الإلكتروني[4]، هو ذلك الالتزام الذي يتطلب وجود ضمانات في الشيء المبيع أو المنتوج، تحمي المستهلك من المخاطر

حماية المستهلك، أنظر: **قاشي علال**، التوقيع الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01 لسنة 2007 كلية الحقوق، الجزائر، 2007، ص 175.

[1]– **عبد الرحمان خلفي**، مرجع سابق، ص 18.

[2]– **جلول دواجي بلحول**، مرجع سابق، ص 74.

- Le Tribunal de Grande Instance de Paris par une décision du 22 mars 2011, a reconnu comme étant abusives plusieurs clauses des conditions générales de vente des sites, notamment, celles par lesquelles le site internet se réservait la possibilité de modifier à tout moment les présentes conditions générales de vente, voir : **Mickael BOUTROS**, op-cit, p 106.

[3]– **إسماعيل قطاف**، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص 109.

[4]– الحرص على سلامة المنتوج لم يظهر فقط مع ظهر العقود الإلكترونية، كمثال نجد المشرع الفرنسي الذي أصدر قانون متعلق بسلامة المستهلكين سنة 1983، أنظر، **أمازوز لطيفة**، إلتزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 03 لسنة 2009، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009، ص 92، كما أقرت من جانبها منظمة الأمم المتحدة مبادئ عامة لحقوق المستهلك التي أقرتها الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة في قرارها رقم 39/248 الصادر في 1985/04/09، مشار لها لدى: **عبد الله ذيب عبد الله محمود**، مرجع سابق، ص 24.

التي تمس صحته وأمواله، إضافة إلى مخاطر التقدم التكنولوجي[1]، منها افتقار المستهلك الإلكتروني إلى التنوير المعلوماتي الكافي، فتكون أغلب المعلومات المتعلقة بالعقد مستترة وراء وصلات الربط المحورية، فنجد المستهلك يبحث عن آلية معينة ليصل إلى معرفة كاملة للمنتوج[2].

[1] – لقبول دعوى المستهلك على أساس ضمان السلامة، يجب أن تتوفر عدة شروط منها: وجود الخطر الذي يهدد المتعاقد الإلكتروني في سلامة جسده وأمواله، كما يستلزم شراء المنتوج عبر وسيلة الإنترنت، أي لم يتمكن من رؤيته عن كثب وفحصه، شرط آخر يتمثل في كون المدين بالالتزام بالسلامة عالما بالمبيع أو صنعه أو تركيبه، أو كونه ذو خبرة في الشيء المبيع، أنظر: **معزوز دليلة**، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والإلكترونية " ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية" دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص ص 346–347.

[2] – **درماش بن عزوز**، حماية المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 02، جوان 2011، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2011، ص 378.

- Le droit met à la charge des parties des obligations pour le cybercommerçant. Ce dernier à une obligation de résultat, c'est-à-dire qu'il doit fournir un bien conforme à la commande et que ce bien doit être livré dans le délai prévu par les parties contractantes à compter du jour où la commande a été passée. Il a l'obligation de livraison et l'obligation d'information ainsi que celui de conseil, voir : **MBOKOLO ELIMA Edmond**, Réflexion sur la nature juridique du contrat électronique en droit positif congolais, Faculté de droit, Universite de Mbandaka, 2017, p03.

- l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), a révisé en 2016 sa Recommandation du conseil sur la protection du consommateur dans le commerce électronique. Compte tenu de ces évolutions, des difficultés découlant du commerce électronique et de la progression continue de ce mode de commerce, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la protection du consommateur a, à sa première session, tenue les 17 et 18 octobre 2016, prié la CNUCED d'établir un rapport sur la question qu'il examinerait à sa deuxième session, voir : **conférence des Nations Unis** sur le commerce et le développement, groupe intergouvernemental d'experts de droit et de la politique de la protection de consommateur, 2eme session, Genève 3 et 4 juillet 2017, p02.

يتمتع الطرف المستهلك بأحقية إبطال العقد في حالة وقوعه ضحية غلط جوهري وقت إبرام العقد[1]، حيث يبقى من حقه إبطال العقد للغلط في أي وصف من أوصاف محل العقد جاءت هذه الحماية مدعمة من الفقه نظرا لانتشار الشروط الغامضة في العقود النموذجية بالإضافة إلى نقص الخبرة لدى المستهلك[2]، ولوضع نظام حمائي أكثر للمستهلك، أصدرت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية قواعد نظامية في آخر تقرير لها والذي أعدته مجموعة من الخبراء في القانون وسياسة حماية المستهلك، وكان تحت عنوان "حماية المستهلك في التجارة الإلكترونية"، وكان ذلك من خلال الاجتماع السنوي للجنة حول التجارة والتنمية المنعقد يومي 03 و04 جويلية 2017[3].

---

[1]– تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري على أن:" **يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله**"، أنظر قانون رقم 05–10 السالف الذكر.

[2]– **أمازوز لطيفة**، الأثر القانوني لإبرام عقود الاستهلاك في ظل التضليل أو العلم غير الكافي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 01، مارس 2015، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2015 ص 180.

[3]- Le principe directeur encourage les Etats membres a renforcé la confiance des consommateurs dans le commerce électronique, par des politiques transparentes et efficaces et souligne a la nécessité d'assuré au consommateurs une protection aussi efficace que dans d'autres formes de commerce, et prévoient des révisions des politiques de protection des consommateurs aux fins de la prise en compte des caractéristiques particuliers du commerce électronique, et aussi un autres principe qui renvoie au directives et normes internationales applicables au commerce électronique, voir : le rapport de CNUCED, op-cit, p 03.

- La jurisprudence cependant va plus loin puisqu'elle juge que cette obligation est de nature contractuelle et non pré contractuelle, bien que l'on se situe dans la phase de formation du contrat. Elle la rattache à l'obligation de loyauté et de bonne foi qui existe au stade de l'exécution du contrat, voir : **LUCILE ARCHAMBAULT**, La formation de contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, mémoire DESS Droit de l'internet, administration et entreprise, Université Paris 1 panthéon SORBONNE, PARIS, 2004, p21.

الفرع الثاني

دور اجتهادات التحكيم التجاري الدولي في إنشاء القواعد الموضوعية

يتميز قضاء التحكيم[1] بأنه يكون في بيئة خاصة ونظام مختلف، حيث أن المحكم لا يرتبط بقاعدة تنازع معينة، فيعتبر العادات والأعراف المستمدة من التجارة الدولية لها نفس الدور الذي يلعبه القانون الوطني لقاضي النزاع، وبذلك فإن قضاء التحكيم غالبا ما يقوم بتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، تسبيب ذلك أنها قواعد مادية مباشرة تشكل قانونا خاصا لعلاقات التجارة الدولية استقلالا عن قواعد التنازع[2].

---

[1]– التحكيم بوجه عام هو الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، وذلك بدلا من الطريق القضائي العام، فهو قضاء خاص يستمد قوته من إرادة الفرقاء، وفق ما يرخص به القانون، أو هو الاتفاق على حل النزاعات من قبل شخص أو عدة أشخاص معينين، يفصلون فيها بدلا من أن يفصل فيها من قبل المحكمة القضائية المختصة، تطرق إليه: **عبد الباسط جاسم محمد**، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 399، وانظر كذلك، **محمود مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، طبعة منقحة ومزودة بالأحكام القضائية المتعلقة بالتحكيم ولوائح وأنظمة هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 05، وأنظر كذلك كل من:

– **بولحية سعاد**، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، دون ذكر سنة المناقشة، ص 13، و تطرق للموضوع: **غالب علي الداودي**، المرجع السابق، ص 362.

- **ISABELLE RUEDA**, Panorama en Matière De Droit Du Commerce International…, Op.cit, p44.

- **Téodora PETROVA**, Op.cit, 31.

[2]– **علاء الدين محمد ذيب عبابنة**، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2004، ص 160.

– فيلجأ لتطبيق القواعد المادية متى تبين استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، سواء بسبب النقص في العقد مثار المنازعة أو بسبب تناقض وتعارض موقف أطراف المنازعة وعدم إمكان ربط النزاع بقانون معين، كأن يتثبت كل طرف بتطبيق قانونه الوطني، الأمر الذي يستحيل على المحكم ترجيح أي من هذين

ومن جانب آخر فهي قواعد شكلتها مختلف التجمعات المهنية للمتعاملين الاقتصاديين، فتختلف القواعد فقط باختلاف المرحلة أو الوسط المهني، فمن حيث المرحلة كانت تطبق قواعد التجارة الدولية العادية أو ما يسمى بالتقليدية **(أولا)**، ومع تطور التكنولوجيا ظهرت قواعد ووسط مهني جديدين شكّلا ما يسمى بالقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، أو القانون الموضوعي الإلكتروني **(ثانيا)**.

أولا: القواعد الموضوعية المستمدة من التحكيم التجاري التقليدي

يعد التحكيم[1] من الأنظمة السائدة في المجتمعات القديمة، حيث لم يكن يوجد حينئذ نظام قضائي، فالأفراد كانوا يلجئون بإرادتهم إلى رب الأسرة أو رئيس القبيلة لعرض نزاعاتهم وحسمها، وكانوا يرتضون بما يصدر من الحكم وينفذون حكمه، لذا فإن التحكيم هو الأسبق ليس في المعاملات المالية فحسب، بل في شتى المجالات منذ القديم، هذه الخاصية دفعت العديد من المتعاملين في مجال التجارة الدولية الاستعانة به لحل خلافاتهم خاصة في الوقت الحاضر، وذلك تجنبا لعرض النزاع على المحاكم

القانونين أو استنتاج المحكم الذي تأكده الوقائع لاتجاهية الأطراف إلى خضوع منازعاتهم لمثل هذه القواعد، راجع بخصوص ذلك: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 173.

[1] – أهم وسيلة يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود التجارة الدولية من شرط بموجبه يشار إلى إتباع التحكيم عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق ببند من بنود العقد، لمزيد من التفاصيل إطلع لدى: **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية والعربية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 11، وانظر كذلك: **إيهاب عمرو**، التحكيم التجاري الدولي المقارن، في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 50.

- **Alexia ROUSSOS**, La résolution des différends, lex électronica, vol 06, n° 01, 2000, disponible sur le site : www.lex-électronica.org/articles/v6-1/roussos.htm, p 04.

لما في ذلك من تحمل للرسوم والتكاليف واستغراقا للوقت، بالإضافة إلى ما يتضمنه الحكم القضائي من عنصر الإجبار والقسر في حالة عدم تنفيذه[1].

بات وفقا لمنطق هذا النوع من القضاء، أنه من الصعب على قضاء التحكيم التجاري الدولي بوصفه القضاء العام للمجتمع الدولي للتجار أن يتجاهل عادات وأعراف التجارة الدولية[2]، وهي تشكل منهجا قانونيا مثله مثل المناهج الأخرى، وهذا المنهج القانوني أو ما يسمى بالقانون التجاري الدولي كنمط خاص يطبقه المحكم[3]

---

[1]– **فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي...، مرجع سابق، ص 11.

– يذهب غالبية الأطراف إلى حد التذرع بعدم معرفة النظام القانوني والقضائي لدولة أحد الأطراف لكي يستبعد عرض النزاع على القضاء الوطني، والسبب الحقيقي في الغالب هو عدم الثقة في النظام القضائي لدولة الطرف الأخر في العقد، وخاصة إذا كانت أحد الدول الضعيفة طرفا في العقد.

– لكن يبقى أن اتفاق التحكيم له شروط تتمثل في كل من التراضي، قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم و كذا توفر السبب، أنظر في هذا لدى: **محمود مختار أحمد بريري**، مرجع سابق، ص ص 44 – 46.

[2]– لا يختلف كثيرا دور المحكم عن القاضي الوطني، إلا أن المحكم قد يكون مدعوا بحكم كونه قاضيا لمنازعات التجارة الدولية، أن يخرج في كثير من الحالات عن هيمنة القوانين الوطنية، بالنظر لاختلاف مفاهيمها ومنطقاتها، اختلافا من شأنه أن يعيق تقدم التجارة الدولية، راجع في هذا الموضوع: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 175، وهو ما ذهب إليه كل من GOLDMAN و FAUCHARD، أنظر: **تعويلت كريم**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 17-05-2017، ص 265.

[3]– منحت هذه القواعد للمحكم استقلالية وذاتية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك من خلال البحث عن القواعد الدولية المستقلة عن الأنظمة الوطنية لحل النزاعات الناشئة عن تنازع القوانين، وبفضلها يتخلص المحكم من مشكلة التنازع وتعقيداتها في مجال التجارة الدولية، أنظر: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 99.

على أساس ارتياح أعضاء المجتمع الدولي للتجار لكونهم قد أسهموا في قواعده، وهي أكثر ملاءمة لحكم روابطهم من القوانين الوطنية[1].

يتمتع المحكم بالسلطة التقديرية الواسعة في تحديد القواعد الموضوعية الدولية بوصفها القواعد الواجبة التطبيق[2]، إذ يتم تطبيقها أحيانا ولو اتفق الأطراف على تطبيق قانون داخلي معين، إذ يطبقها المحكم نظرا لتركيز النزاع في القانون عبر الدولي وملاءمة هذا النظام لطبيعته، فيسعى دائما نحو إيجاد حلولا ذاتية تتناسب مع معاملات وعقود التجارة الدولية[3].

منحت كذلك هذه القواعد –خاصة بعد ظهور العقد بلا قانون الذي تحرر من سلطان القوانين الداخلية– سلطة واسعة للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة، وهذا بحثا عن إيجاد حلولا مباشرة لمختلف العلاقات التي

---

[1]– يرون المحكمون أن في مثل هذه العادات والأعراف المشكلة للقواعد المادية للتجارة الدولية القدرة على حكم مختلف الروابط القانونية، بل تفرض نفسها على المحكم في تطبيقها دائما، دون أن يكون هناك بالضرورة اتفاقا بين الأطراف على تطبيقها، راجع في هذا الاتجاه : **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 173.

– وفي سياق آخر، أبرزت الاتفاقية الأوربية دور المحكم في التحكيم التجاري الدولي، فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة، على أنه إذا ادعى أحد الأطراف عدم اختصاص المحكم، فليس لهذا الأخير أن ينسحب من السير في إجراءات التحكيم بل له سلطة التقرير في اختصاصه، أو تقرير وجود أو صحة الاتفاق الخاص بالتحكيم أو العقد الذي يتضمن الشرط المذكور، وفي كل الحالات يبقى أن المحكم خاضعا للرقابة القضائية وفقا لقانون قاضي الموضوع،(**الرقابة القضائية المذكورة سلفا ليست بالمفهوم الجزائي المعمول به في القوانين الداخلية، فالمقصود منها أن المحكم يكون عمله تحت رقابة القاضي الفاصل في دعوى الموضوع)**، الاتفاقية مشار لها لدى: **فوزي محمد سامي**، مرجع سابق، ص 57.

[2] - **ZIADI Roland**, L'application par l'arbitre des principes de la lex mercatoria, Colloque du Mans, Université du Mans, Édition L'EPITOGE, Paris, 2012, p 44.

[3]– **سعال حسينة**، مرجع سابق، ص 103.

تتضمن عنصرا أجنبيا، فوجد فيها المحكم البديل التشريعي لقاعدة التنازع، وكذا القانون الذي يتلاءم وطبيعة العلاقة القانونية المطروحة للحل[1].

تعتبر أحكام القضاء بصفة عامة مصدرا هاما من مصادر القانون[2]، وذلك من خلال تواتر الأحكام على تطبيق مبدأ معين فيصبح مبدءا قضائيا تسير عليه المحكمة التي أصدرته والمحاكم الأدنى درجة، فإذا استقر هذا الحكم فإنه سيكون في المستقبل مادة من مواد قانون القطاع الذي حكم فيه[3]، ففي هذا الاتجاه ذهبت قرارات التحكيم[4]

---

[1]– **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 99.

[2]– يعتبر أنصار الصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية قضاء التحكيم أداة من أدوات الكشف عن قواعد قانون التجارة الدولية، أكثر منه مصدرا منشئا لهذه القواعد، ويرجع ذلك إلى الرغبة في إقصاء كل ما من شأنه الإيحاء بأن قانون التجارة الدولية لم يستجمع بعد مقومات وجوده التي تفرضه على المحكم، وهنا البعض الآخر يعطي لممارسات هيئات التحكيم دورا في تكوين قواعد التجارة الدولية إلى جانب دور أطراف التجارة الدولية أنفسهم، والبعض الآخر يذهب إلى حد اعتبار قضاء التحكيم من المصادر الرئيسية لقواعد التجارة الدولية، أي هي النواة في بناء مثل هذه القواعد عن طريق مختلف الاجتهادات التحكيمية، أنظر في ذلك: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 182.

[3]– **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 98.

[4]– تتمتع قرارات التحكيم بالقوة الملزمة بالنسبة إلى الأطراف الذين لجئوا إليه، وهو يتم وفقا لقواعد معدة سلفا، وتستمد غالبا من قواعد غرفة التجارة الدولية في باريس (CCI) أو القواعد التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (CNUDCI)، وقد أسست عدة مؤسسات بهدف حل المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، ومنها المحكمة الافتراضية (Cyber Tribunal) فهي تقوم بالوساطة أيضا على جانب التحكيم، وكذلك (Virtuel Magistrate) وهي مؤسسة تحكيم أنشأتها بعض المؤسسات الأكاديمية الأمريكية، ومركز الوساطة والتحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI) الذي يتولى النظر في المنازعات المتعلقة بالحقوق الفكرية، كالمنازعات المتعلقة بأسماء الدومين، أنظر: **إلياس ناصيف**، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009، ص 318.

التي تشكل مصدرا هاما للقواعد المادية للتجارة الدولية بصفة عامة منها العادية والالكترونية[1].

تعتمد لوائح التحكيم التجاري الدولي بدورها على تطبيق القواعد المادية المستمدة من الأعراف والعادات التجارية الدولية، ومثال ذلك ما اتجهت إليه المادة 07 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي في فقرتها الأولى: " في حالة تطبيق المحكم لقانون الإرادة أو القانون الذي تحدده قواعد الملائمة للنزاع، فإنه يتعين في كلتا الحالتين أن يضع المحكمون في اعتبارهم عادات التجارة الدولية"، ونفس الاتجاه نجد المادة 38 من لائحة التحكيم للجنة الأوربية للأمم المتحدة جنيف 1966 التي تتحدث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فتقول: " وفي جميع الأحوال يتعين على

[1]– من جانبها اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على منهج القواعد المادية لتجسيد الحلول اللليبرالية، التي تم تكريسها في مجال تفعيل اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أنظر: **تعويلت كريم**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 265.

المحكمين مراعاة شروط العقد وعادات التجارة الدولية"[1]، وأكثر القضايا المطروحة على التحكيم كانت تلك المتعلقة بالملكية الفكرية[2].

ثانيا: القواعد الموضوعية المستمدة من التحكيم التجاري الإلكتروني

يفرض الواقع في ظل التقدم المعلوماتي السريع والمتزايد يوما بعد يوم، وبعد شيوع استخدامه في إنجاز الأعمال التجارية والقانونية وابرم العقود الإلكترونية، التفكير في تسوية منازعات هذه العقود باستخدام نفس التقنيات لتكون بذلك التسوية إلكترونية، فتجري كافة إجراءاتها عبر شبكات الاتصال الإلكترونية دون حاجة لتواجد أطراف العملية التحكيمية في مجلس واحد[3].

---

[1]– كذلك الأمر وفقا للمادة 33 فقرة 03 من قواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة لتاريخ 15 ديسمبر 1976، فانه: "على محكمة التحكيم في جميع الحالات أن تضع في اعتبارها العادات التجارية التي تطبق في النزاع، ويتطابق مع هذا القول ما نصت عليه كذلك المادة 07 فقرة 04 من لائحة اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة لدول آسيا والشرق الأوسط والمعروفة باسم *C.E.A.E.O*، مشار لها لدى: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص ص 173– 174.

– كما سعى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المنشئ بموجب اتفاقية واشنطن تحت رعاية البنك العالمي، على حماية المستثمر الأجنبي ووضعه على قدم المساواة بينه وبين الدولة الخصم، أنظر: **قبايلي الطيب**، الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال الاستثمار، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، عدد 01، لسنة 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص 12.

[2]– **عيساوي محمد**، إشكالية اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات ذات العلاقة بالاستثمار، مجلة معارف، عدد 07 لسنة 2009، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج البويرة، 2009، ص 128.

[3]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 318، وانظر أيضا: **يتوجي سامية**، أهمية التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية، مجلة معارف، عدد 01 لسنة 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2013، ص 159.

– ويتم استبعاد في هذه العقود حتى التحكيم العادي والذي لم يعد يمتاز بالسرعة في حل هذا النوع من النزاعات بدرجة كافية، شأنه شأن القضاء الذي اعتبره العديد من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية أنه ليس طريقا مقبولا لفض منازعات التجارة الإلكترونية.

حيث تتجاوز الشبكات الإلكترونية الحدود الجغرافية للدول، وهو ما جعل الاتحاد الأوروبي يصدر توجيها ورد النص فيه على أن تسمح الدول الأعضاء في حالة النزاع أو الخلاف بين موردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسويق خارج المحاكم، وباستخدام آليات أو الوسائل الإلكترونية[1].

ظهر إقرار قرارات التحكيم لتفادي المشاكل القانونية التي يطرحها تطبيق معايير تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع بين محاكم الدول التي تتنازع حول الاختصاص القضائي، خاصة عند محاولة إعمالها على العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، كونها ضوابط مادية ترتكز على روابط مكانية أو جغرافية لا تستجيب لطبيعة المعاملات التي تجري من خلال الشبكات الإلكترونية التي تقوم على معطيات افتراضية غير مادية[2].

أدى ازدياد حجم العقود المبرمة عبر شبكات الاتصال العالمية، والاطراد في حجم الخلافات وخشية أن تفقد مواقع البيع ما تجنيه بسهولة ويسر، أخذت تتعاقد مع مراكز تحكيم لحل أي خلاف ينشأ عن عقود البيع عن بعد، وظهرت فكرة التحكيم عن بعد، مما جعل مراكز متعددة تعمل على حل المنازعات عن طريق الإنترنت، وهي ما

– استغلت مراكز التحكيم ثقة المتعاملين في التجارة الدولية في التحكيم وقاموا بتطويره عبر الإنترنت، وكانت من نتائج جهودهم وجود التحكيم الإلكتروني، راجع في هذا الموضوع: **حمودي ناصر**، مرجع سابق، ص 474، وكذا: **عبد الرسول عبد الرضا**، مرجع سابق، ص 221.

[1]– **خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 321.

– حسب نص المادة 17 من التوجيه الأوربي تحت رقم 31/2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات خصوصا التجارة الإلكترونية: " ***تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم وباستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني، وفي مجتمع المعلومات في فض المنازعات***".

– **نبيل زيد مقابلة**، التحكيم الإلكتروني، الجمعية العربية لقانون الإنترنت، مصر، 2007، مقال منشور على الموقع http://www.dralmarri.com ص 05، وانظر: **روابحي أمينة**، مرجع سابق، ص 84.

[2]– **فيراس كرم شيان**، مرجع سابق، ص 402.

تعرف بمراكز التحكيم على الخط[1]، وذلك على أساس قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية منذ بداية التحكيم وحتى صدور قرار المحكمين، متبعة في ذلك نفس الإجراءات المتبعة في التحكيم التجاري التقليدي[2].

يدافع أنصار التجارة الإلكترونية عن اختيارهم لمنهج التحكيم الإلكتروني[3] إلى القول بأن تسوية منازعات التجارة الإلكترونية يجب أن تتم بعيدا عن المحاكم

---

[1]– تعتبر محكمة سنغافورة من بين أولى المحاكم لتسوية الخلافات على الإنترنت في العالم، والتي افتتحت رسميا في 2000/09/17 متخصصة في تسوية الخلافات المتعلقة بالتجارة والأعمال الإلكترونية على شبكة الإنترنت، والتي تكون بمثابة آلية لفض المنازعات في هذا النوع الجديد من الخلافات التجارية والمالية دون الحاجة إلى المحكمة التقليدية، أنظر: **كوالا لمبور، صهيب جاسم**، المحاكم الإلكترونية، مقال منشور على الموقع: www.islamoonline.net ص 01.

– يرى البعض أن أول مبادرة للتحكيم الإلكتروني كانت سنة 1995 عن طريق مركز تحكيم إفتراضي، أنشأ من قبل جامعة ماساشوساتش، أنظر:

- **GRAHAM James Alexander,** Op.cit.p. 228.

– ومن بين أهم المراكز، نذكر ما أوجدته جمعية المحكمين الأمريكيين التي طورت نظام القاضي الافتراضي، والمنظمة العالمية للملكية الفكرية التي طورت نظام المحكمة الإلكترونية، كما قامت بعض المؤسسات غير الحكومية، مثل كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا بوضع نظام محكمة تحكيم إلكترونية سميت المحكمة الفضائية أو الافتراضية، انظر: **حمودي ناصر**، المرجع السابق، ص 475.

- **TRUDEL Pierre, ABRAN France, BENYEKHLEF Karim, Et HEIN Sophie**, droit de cyberespace, édition THEMIS, université Montréal, 1997, p. 12.

[2]- **NDIAYE Penda**, Op.cit, p. 106.

[3]– التحكيم الإلكتروني هو التحكيم الذي يجري بشكل حصري في البيئة الرقمية المصممة لتسوية المنازعات الناشئة عن المعاملات المبرمة عبر شبكة الإنترنت، وفيه كل إجراءات التحكيم من بدايتها حتى نهايتها، تجري فقط عبر الإنترنت، أي أنه لا يلتقي الفرقاء مع المحكمين، ولا يصار إلى إنعقاد جلسات تحكيمية أو الاستماع إلى الشهود، للمزيد في موضوع وإجراءات سير قضاء التحكيم الإلكتروني اطلع على: **عبد الباسط جاسم محمد**، المرجع السابق، ص 400، أنظر أيضا: **أحمد محمود المساعدة**، التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم

الوطنية[1]، والذي يجب أن يكون بواسطة قضاء متخصص، قضاته من رجال التجارة الالكترونية –نفضل استعمال مصطلح متكونين في التجارة الإلكترونية– ذوي الخبرة بفروعها المختلفة، ووفقا لهذا الاتجاه فإن أفضل وسيلة لتسوية تلك المنازعات الإلكترونية هي التحكيم الإلكتروني، على أساس أن هذه الوسيلة متاحة بين مستخدمي الإنترنت، علاوة على سرعتها – تبقى محل نقاش– وملائمتها للتطورات التي تواكب التجارة الإلكترونية[2].

بدأت مراكز وتنظيمات متعددة تعمل على حل المنازعات عن طريق شبكة الإنترنت– في ظل انتشار فكرة التحكيم الإلكتروني[3] – وذلك ضمن قواعد معينة يرسمها كل مركز في تحديد مجرى العملية التحكيمية، ومن هذه المراكز جمعية

الالكتروني (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، عدد 02، لسنة 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015، ص 38.

- **AKKOUR Soumaya**, Le Commerce électronique et la protection du Cyberconsommateur en droit marocain, Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Université de Perpignan Via Domitia, 2006, p 264.

[1]– **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 436.

[2]– وعلى الرغم من صعوبة تحقيق ذلك نظرا لقلة قرارات قضاء التحكيم الإلكتروني، إلا أنهم يبرهنون غير ذلك بتقديم حكم تحكيم صدر عن قضاء التحكيم الالكتروني في قضية "Tierney and Email America " مقدم الشكوى هو Games E. Tierney طالب بإلغاء إعلان عرض بواسطة شركة AOL قد تم إرساله بواسطة Email America، ووفقا لمقدم الشكوى فإن موضوع الإعلان كان بيع قائمة بعناوين البريد الإلكتروني التي تبيع الإعلانات الإلكترونية، وهذا قد يؤثر على مصالح مستخدمي الإنترنت لأن الإعلان أقنعهم بأنه مقدم بواسطة جماعة الإنترنت Par La Communauté Cybernétiqueبالإضافة إلى ذلك فان طريقة عرض الإعلان مضللة وتشجع على التعدي على الحياة الخاصة، بناءا على ذلك طلب القاضي من شركة AOL سحب الإعلان مستندا في ذلك إلى الحجج التي سبق أن قدمها مقدم الشكوى، فأساس هذا الحكم هو وجود قواعد مادية تصدر داخل مجتمع الإنترنت وهي حظر أو منع الإعلانات الإلكترونية غير المشروعة والتي يقال عنها: Bulk e-maiting، أنظر فيما يخص القضية أو أفضلية التحكيم الإلكتروني: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 180–181.

[3] - **BOUCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique…, Op.cit, p, 249.

المحكمين الأمريكيين التي طورت نظام القاضي الافتراضي، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية[1].

عملت بعض المؤسسات غير الحكومية، كمركز أبحاث القانون العام في كلية الحقوق في جامعة مونتريال بكندا، بتطوير مشروع تجريبي أعلن عنه رسميا في عام 1998 يجري بمقتضاه استخدام الوساطة أو التحكيم عبر وسائط إلكترونية في تسوية بعض المنازعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، وأطلق عليه مصطلح " ***محكمة تحكيم إلكترونية***"، أو " ***المحكمة الافتراضية***"[2].

ويهدف نظام المحكمة الفضائية الذي يقوم أصحابه بتسويقه لدى منظمات الأعمال، إلى وضع قواعد سلوك تتفق وطبيعة التجارة الإلكترونية وتكفل سلامة بياناتها من ناحية، وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية، وينضم إليه أطراف النزاع ويتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدي من

---

[1]– **حابت آمال**، مرجع سابق، ص 258.

– موقع هذه المحكمة على شبكة الإنترنت هو: www.wipo.int/fr/arabit ، ويوجد هذا المركز بـ جنيف (سويسرا)، تأسس في 1994 وهدفه عرض خدمات لتسوية الخلافات المتعلقة بالمنازعات التجارية الدولية، بواسطة محكمين مختصين في تسوية النزاعات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية.

- **NDIAYE Penda**, Op.cit, p. 77.

– في فرنسا تم إنشاء هيئة تحكيم خاصة سنة 1997 تسمى، Imaginons un Réseau Internet Plus Solidaire (IRIS) وتعمل على تسوية المنازعات في المعاملات الإلكترونية صغيرة أو متوسطة القيمة، أنظر: **توجان فيصل الشريدة**، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28–30 أفريل 2008، ص 1094.

[2]– موقع هذه المحكمة على الانترنت، www.cybertribunal.org ، وتطرقت للموضوع:

- **AKKOUR Soumaya**, Op.cit, p 266, et aussi : **ROUSSOS Alexia**, Op.cit, p 09.

– تطرق لتعريف محكمة التحكيم الإلكترونية: **مسعودي يوسف**، العقد الالكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، دفاتر السياسة والقانون، عدد 09، جوان 2013، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنراست، 2013، ص 83.

ناحية أخرى، كما تصدر هذه المحكمة شهادات مصادقة على المواقع الشبكية التي تستوفي الشروط المطلوبة بغرض بث الثقة بين الأطراف المتعاملة، وهذه الشهادات تفيد التزام أصحاب المواقع بتسوية الخلافات والمنازعات مع المتعاملين معهم وفقا للائحة إجراءات المحكمة الفضائية، ويراعي أن تسوية النزاع عبر المحكمة الفضائية يتطلب رضاء صريح من أطرافه بطرحها على أجهزتها[1].

تتطلب طبيعة منازعات العقود الإلكترونية سرعة في حلها[2]، مما دعت الحاجة إلى ضرورة البحث عن آلية أسرع يتم خلالها التحكيم، وهو ما أدى إلى قيام بعض المراكز باللجوء إلى أسلوب التحكيم الإلكتروني المعجل[3]، والذي ظهر العمل به عام 1998 ووفق هذا النظام يقوم المحتكم بالنقر على مفتاح الصفحة الخاصة وملئ النموذج المعد سلفا من قبل المركز وإرساله له بالبريد الإلكتروني، ويقوم المركز بإخطار المحتكم ضده وإعداد صفحة للنزاع على موقع المركز على شبكة الإنترنت ويزود كل طرف باسم مرور، ليتمكن من دخول الموقع وعرض النزاع، وفي هذا النظام

---

[1]- **توجان فيصل الشريدة**، مرجع سابق، ص 1095.

- **عمر سعد الله**، القانون الدولي لحل النزاعات، مرجع سابق، ص 266.

- تتميز هذه المحكمة بتقديم خدماتها باللغتين الفرنسية والإنجليزية، فبمجرد وجودها في دولة ذات طبيعة قانونية مختلطة وهي مونتريال تجمع بين النظامين اللاتيني والانجلوساكسوني يؤدي إلى توحيد القواعد القانونية بين أنظمة ذات ثقافة متباينة.

[2]- هي الخاصية الأساسية التي يتميز بها قضاء التحكيم الإلكتروني، هذا بالإضافة إلى البساطة في إجراءات التحكيم، بحيث يتم رفع النزاع للمركز بسرعة فائقة من خلال شبكة الإنترنت، لتوفر بذلك الوقت والجهد على المحتكمين، فيما يمكن أيضا إمكانية وسرعة استرجاع أية بيانات تم تقديمها للهيئة من خلال الدخول لصفحة النزاع المحفوظة في الموقع، كما تتم إجراءات المفاوضات بين الأطراف والهيئة في سرعة فائقة، انظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 60-61.

[2]- **سامح محمد عبد الحكم محمود**، مرجع سابق، ص 16.

: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 60-61.

[3]- **سامح محمد عبد الحكم محمود**، مرجع سابق، ص 16.

تتكون هيئة التحكيم من محكم فرد، وتنتهي القضية خلال شهر واحد من بدء الإجراءات[1].

[1]– **أحمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 45.

– **توجان فيصل الشريدة**، مرجع سابق، ص 1096.

الفصل الثاني

تقييم القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية

(بين التمتع بصفة النظام القانوني من عدمه)

ظهر اختلاف واسع وسط فقهاء التجارة الالكترونية حول مدى تكوين القواعد الموضوعية في هذا القانون لنظام قانوني، فقد ذهب جانب من الفقه للقول بأنه لا يمكن الادعاء بوجود قانون للتجارة الإلكترونية يغطي كل جوانب النشاط الذي يتعين أن يحكمه، وأكد هذا الجانب أن من السابق لأوانه إعطاء أية دلائل ذات قيمة تحدد نطاق ووجود ذلك القانون، وكذا الحديث عن قواعد قانونية تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا وقادرا على تقديم حلول لكافة الإشكالات التي يمكن أن تثور في مجال التجارة الإلكترونية.

تقوم فكرة القواعد العامة أو النظام العام على مفهوم التعبير عن المصالح الأساسية للمجتمع الذي ينتمي إليه، إذ تمثل المبادئ العامة عبر الدولية مصدرا قضائيا لتلك القواعد الآمرة في عقد التجارة الدولي، هذا حسب الفقيه(**GOLDMAN**).

فيما يذهب الاتجاه الراجح في الفقه، إلى أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح، لأن النظام القانوني ما هو إلا مجموعة من القواعد الخاصة والأجهزة القادرة على تطبيقها في وسط معين[1] **(مبحث أول).**

وفي الجهة المقابلة ذهب جانب آخر إلى القول بأن القواعد المادية التي تنظم العمليات الإلكترونية عبر الإنترنت هي قواعد قانونية قادرة على تكوين نظام قانوني

---

[1]– بالرغم من وجود اتجاه نافي لفكرة وجود نظام عام عبر دولي حقيقي، إلا أن الاتجاه الفقهي الحديث المذكور سابقا تحت زعامة الفقيه (**GOLDMAN**)وآخرون يؤكدون ظهور قواعد آمرة تشكل ما يمكن وصفه بالنظام العام للقانون التجاري، أو بالنظام العام عبر الدولي، كما ذهب جانب آخر في نفس الاتجاه إلى دعوة هيئات التحكيم التجاري الدولي لخلق قواعد دولية آمرة في بعض المجالات، لتكون مشابهة لتلك التي وجدت في مجال ضمان حرية المنافسة في التجارة الدولية، فبهذا الرأي فإن القواعد المادية تشكل في مجموعها قانون اختصاص للمحكم الدولي الذي تقع عليه مسؤولية علمه بقواعد نظام اختصاصه، لاسيما القواعد الآمرة ذات التطبيق العام، Lex mercatoria général، أنظر في هذا الموضوع: **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، مرجع سابق، ص 157.

معادل للنظام القانوني الذي تضعه الدولة بغية تنظيم الروابط القانونية بين أفرادها، من خلال هذا الاختلاف تتطلب دراستنا البحث عن ماهية النظام القانوني والتطرق لكل خصائصه لتظهر حقيقة استيفاء هذه القواعد لخصائص القاعدة القانونية من عدمها **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول

البحث عن تمتع القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة القانونية موضوع العلاقة أو المعاملة المبرمة عبر الطرق الإلكترونية، كما يشكل في حد ذاته الحل المباشر لأي نزاع يكون ناتجا عن العلاقة القانونية، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن بالرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفعنا إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات.

ولدراسة مدى انطباق فكرة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني الذي يتولى تنظيم المعاملات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يستوجب التطرق إلى مفهوم النظام القانوني أولا، والذي يتميز بخصائص معينة، من خلال هذه الأخيرة وبالمقارنة معها أو بتطبيقها على القواعد المادية للتجارة الدولية يظهر مدى تمتعها بصفة النظام القانوني من عدمه، والمتمثلة في كل من أن النظام القانوني قاعدة قانونية، وكذا النظام القانوني تنظيم وبناء، أو في الأخير النظام القانوني تنظيم وقاعدة، وبعد التعرف على كل خصائص النظام القانوني **(مطلب أول)**، نحاول في خطوة أخرى تطبيق هذه الخصائص على القواعد المادية للتجارة الدولية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، والذي تسمى في هذا المجال بالقانون الموضوعي الإلكتروني **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

النظام القانوني بين القاعدة القانونية، التنظيم والبناء

يحدد النظام القانوني انطلاقا من جانبين، الأول جانب عضوي أو نظامي وهو تنظيم لوحدة اجتماعية معينة له وجود حقيقي وملموس، وذلك باعتبار أن القانون نظاما أوجده كمجتمع منظم ومؤسسة أو عدة مؤسسات تعبر عن وجود هذا المجتمع، تعمل على سد حاجاته بما فيها حاجة أي مجتمع للقانون والتنظيم، والجانب الثاني، فهو الجانب القاعدي أي وجود القواعد القانونية.

نلاحظ – وبالعودة إلى التعاريف السابقة– أن هناك اختلافا حول تحديد مفهوم النظام القانوني، فهناك من يعتبر أن النظام القانوني قاعدة قانونية ، ومنه من ينظر إلى أن النظام القانوني على أنه تنظيم أو بناء.

يجدر بنا الأمر في حالة وجود الاختلاف بين الاتجاهات الفقهية حول تحديد المفاهيم المختلفة للنظام القانوني، مع ذكر كل هذه الجوانب على حدا، حيث نجد الاتجاه يرى أن النظام القانوني على أنه قاعدة قانونية، أي أنها تحمل صفات ومميزات القاعدة القانونية من حيث العمومية والتجريد، كما أنها مصحوبة بجزاء عند مخالفتها.

بينما هناك اتجاه آخر يرى بأن النظام القانوني على أنه تنظيم وبناء، أي وجود هيئة تقوم بتنظيمه من مختلف الاتجاهات، في حين يرى الاتجاه الثالث والراجح على أن النظام القانوني تنظيم وقاعدة، فيجمع بين أنه تنظيم قانوني يحمل صفات القواعد القانونية الآمرة من حيث التنظيم، وكقاعدة قانونية ملزمة للأطراف المتعاقدة **(فرع أول)**، ونتطرق لمختلف الخصائص المميزة للنظام القانوني وتطبيقاتها على القواعد المادية للتجارة الالكترونية **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

المفاهيم المختلفة لفكرة النظام القانوني

بناء على الاختلاف القائم وسط فقهاء قانون التجارة الإلكترونية حول مدى تكوين القواعد المادية في هذا القانون لنظام قانوني بالمعنى الدقيق[1]، فكل جانب تطرق إلى نطاق يؤكد فيه ادعاءاته، فأكد جانب منه على أنه لا يمكن الادعاء بوجود قانون التجارة الالكترونية يغطي كل جوانب النشاطات والمجالات المختلفة التي يتعين على أي قانون جاء للتنظيم أن يكون ملما بكل التفاصيل الممكنة، في حين تطرق جانب آخر للتأكيد على اكتمال هذه القواعد وتمتعها بصفة النظام القانوني، لذا سنتطرق لذلك من خلال البحث عن تعريف النظام القانوني.

عرفت القاعدة القانونية على أنها قاعدة عامة ومجردة، فهي من وضع سلطة نظامية تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفراد في المجتمع، مصحوبة بجزاء يكفل احترامها توقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء، كما تعتبر كأداة من أدوات الضبط الاجتماعي الذي يقوم على ممارسة المجتمع لنوع من السيطرة على تصرفات وسلوك الأفراد ونشاطهم في المجتمع[2]، وهو ما يفرض فكرة النظام العام المشكلة من قواعد آمرة[1].

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 195.

– يعرف النظام القانوني بأنه: "***مجموعة متناسقة من القواعد التي تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، وذات الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها***"، ولمزيد من التفاصيل راجع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 443.

[2]– إن القاعدة القانونية وإن لم تبلغ إلى تحقيق العدالة التي وضعت خصيصا من أجل ذلك أو ما ترمي للوصول إليه، فهي تعمل على توفير الأمان القانوني للروابط التي تنشأ بين الأفراد في الجماعة، وهي في مفهوم الفكر الرسمي أو الشكلي، كل قاعدة تصدر عن السلطة التشريعية وبما أنها قاعدة اجتماعية فلا يتصور وجودها إلى حيث يوجد مجتمع تكون فيه جهة لها الاختصاص بوضعها، وتسمى في أغلب القوانين المقارنة بالسلطة

أولا: النظام القانوني قواعد قانونية

اتصاف القاعدة القانونية بصفتي العمومية والتجريد، يعني أنها تخاطب الأفراد والأشياء بصفاتهم وليس بذواتهم، وأنها عند التطبيق تسري على الجميع ما لم يرد استثناء يجعل من صفتها هذه تخصص لفئة معينة، فكل قاعدة قانونية تقوم على ركيزتين، الأولى ركن الفرض وهو عبارة عن وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع ويحتوي على شروط انطباق القاعدة القانونية، أما الركن الثاني، فهو الحكم أو الأثر القانوني، وهو الحل أو الحكم الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي وذلك عند انطباق الشروط والظروف المحددة في الفرض[2].

يعرف النظام القانوني حسب هذا الاتجاه 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[4] لا يقتصر فقط على مجموعة من القواعد السلوكية

التشريعية أو النيابية، في حين توكل لجهة أخرى تسهر على كفالة احترامها، وتتمثل أساس في السلطة القضائية التي تقوم على مبدأ العدالة للجميع، فمهامها يكمن في توقيع العقاب على من يخالفها، أنظر: **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 11.

[1]– يقصد بالنظام العام تلك الوسيلة القانونية التي يستبعد فيها في النزاع المطروح أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي، كما عرف أيضا بأنه: " أداة تصويب استثنائية تسمح باستبعاد القانون الأجنبي المختص ويتضمن أحكاما تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها، مشار له لدى: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 96.

[2]– وبالتالي فكل قاعدة قانونية تقيم علاقة شرطية بين ركن الفرض وركن الحكم ففيها، بحيث إذا توفر الغرض وجب إعمال الحكم، أنظر: **محمد طارق**، المرجع نفسه، ص 11.

[3]– عرفها الفقيه **RIGAUX** ، **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 176.

[4]– تأسيسا على هذا المفهوم للنظام القانوني فإنه يمكن أن يوجد في كل جماعة منظمة على نحو كاف، ويتوفر لها أجهزة تمارس سلطة معينة على أعضائها في إطار العلاقات والروابط التي تنشأ بينهم، وذلك حتى في

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 تشكيل قواعد سلوكية[1].

أضاف الأستاذ: (**VIRALLY.M**) بأنه " *نظام تهذيب الروابط الاجتماعية، وما يميزه ليس فقط وضع قواعد ... ولكن أيضا إنشاء نظم متخصصة لضبط الروابط الاجتماعية ... أو حل المنازعات*"[2]، كما أضاف الفقيه الايطالي (**ROMANO Santi**) أنه نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية وسلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام[3].

حدد هذا الاتجاه النظام القانوني على نحو النظرية العامة للقانون، والقائمة على أساس نظرية "هانز كلسن" التي أطلق عليها اسم النظرية الخاصة للقانون، حيث تقوم على نظام تدرجي للقواعد، أي على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، فتركيز هذا الاتجاه على مفهوم القاعدة القانونية وعلى العلاقات الداخلية بين القواعد في مجملها، لأن النظام القانوني ليس سوى القانون المطبق من المحاكم، بل هو

غياب مفهوم الدولة، فالدولة لا تحتكر صناعة القانون باعتبار أن كل وحدة اجتماعية تشكل نظاما قانونيا وليس فقط إطارا اجتماعيا، أنظر: **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 10.

[1]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 62.

[2]– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 443.

– ويضيف الفقيه الايطالي ***ROMANO Santi*** أن فكرة النظام القانوني فكرة مركبة، ذلك أن " ***القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء، توجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي شكل به وحدة، أو كائنا قائما بذاته***"، أنظر في الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، المرجع السابق، ص 62.

- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p. 291.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 200.

مجموعة قواعد متناسقة ومرتبطة بعضها البعض، ولكنها مغلقة لا تقبل أي انتقال لقواعد أخرى من نظلم آخر[1].

حاول هذا الاتجاه في تحديده لمفهوم النظام القانوني في ضوء النظرية العامة للقانون القائمة على أساس نظرية "هانز كلسن"، والتي أطلق عليها اسم النظرية الخالصة للقانون، لهذا لم يكن غريبا أن يطلق هؤلاء الفقهاء اصطلاح "تنظيم قانوني" على مجموعة القواعد القانونية التي تحكم السلوك الإنساني، فالنظام القانوني عند كلسن هو نظام تدرجي للقواعد.

إن هذه النظرية كما سبق الذكر تقوم على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، كما تعتمد هذه النظرية على أساس فكرة التطابق بين القانون والدولة، فهي تجسيد للقواعد القانونية النافذة، وقواعد القانون ليست على درجة تعتمد على القواعد الموجودة في الدرجة الأعلى[2].

ثانيا: النظام القانوني تنظيم وبناء

إن أهم ما توصل إليه هذا الاتجاه، أنه لوجود نظام قانوني يجب توافر هيئة لصياغة قوانين جديدة من طرف أجهزة وهياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية قصد تطبيقها من قبل القضاة، وفرض الانضباط عن طريق الهيئات القضائية، ليشكل بذلك الإلزامية التي تفرض على الأشخاص، فوفقا لهذا الاتجاه فالنظام القانوني يستخدم من الفقه القانوني للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة، فعمل على التركيز على الجانب

---

[1]– أنتقد هذا الاتجاه عند تجاهله صفة التنظيم على النظام القانوني، أي وجود هيئة متماسكة، لها تنظيمها الخاص، وقدرتها على خلق القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية، وهي هيئة لها وجود ملموس، فنجد أن الفقيه الايطالي ROMANO Santi فضل استخدام مصطلح التنظيم القانوني بدلا من مصطلح النظام القانوني، ليعبر عن عدم كفاية القاعدة القانونية التي ركز عليها هذا الاتجاه للتعبير عن فكرة النظام القانوني، أنظر: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 197-198.

[2]– **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 87.

العضوي بعد النقص والعجز الذي خلفه الاتجاه الأول الذي ركّز على السمة القاعدية[1].

ينتظر من الاختلاف القائم بين الاتجاهين حول تحديد تعريف النظام القانوني، – فإن كان الأول يقصد به القواعد التي تفرض على الأشخاص من طرف نظام تشريعي، والطرف الثاني يعتبره هيكل وتنظيم وروابط اجتماعية دون الحاجة إلى قواعد موضوعية مفروضة من طرف السلطة–، ظهور اتجاه راجح جمع بين الاتجاهين، واعتبر تعريف النظام القانوني بأنه مجموعة القواعد التي تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع المنظم والمتماسك والسلطة التي تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة، فالنظام القانوني قبل أن يكون قاعدة فهو تنظيم وبناء ومجتمع يسري فيه[2].

ثالثا: النظام القانوني تنظيم وقاعدة

توصل الاتجاه الثالث، وهو الراجح، إلى أنه بالرغم من استعمال كلا الاتجاهين السابقين لمصطلح التنظيم القانوني أو النظام القانوني في تحديدهما لمفهوم النظام القانوني، إلا أن كليهما قد توصل إلى نتيجة مخالفة للرأي الأخر، فالنظام القانوني لدى أنصار الاتجاه الأول يقصد به القواعد التي تفرض على الجماعة من قبل المشرع، في حين يفسره الاتجاه الثاني على أنه هيكل تنظيم روابط اجتماعية دون حاجة إلى قواعد موضوعية مفروضة من المشرع، ونظرا لأنه لا مجال للخيار بين الجانب التنظيمي

1- **GAUTRAIS Vincent**, Op.cit, p. 291.

- Les conditions structurelles d'un ordre juridique sont respectées dés lors que « ***des agents ou des appareils reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour élabores règles existantes, les appliquer et les faire respecter.*** ».

2- **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 200.

المتمثل في الروابط الاجتماعية والجانب القاعدي المتمثل في القواعد القانونية، فإن الفكر القانوني الراجح قد جمع بين الجانبين[1].

تطبيقا لهذا الاتجاه، فإن النظام القانوني لا يتكون فقط من مجموع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع فحسب، وإنما يتكون كذلك من عناصر أخرى لها قيمة هامة تتمثل في كل من وجود مجتمع منظم ومتماسك، سلطة تسهر على تطبيق القوانين باعتبارها يمكن أن تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة أو أي شكل آخر، فالنظام القانوني قبل أن يكون قاعدة فهو تنظيم وبناء، ومجتمع يسري فيه، ومن ثمة فالنظر إلى النظام القانوني دون توافر الجانب العضوي أو الجانب القاعدي هي نظرة غير مقبولة[2].

الفرع الثاني

تطبيق خصائص القاعدة القانونية على القواعد الموضوعية

قبل التطرق لتبيان مدى تطبيق خصائص القاعدة القانونية على القواعد الموضوعية من خلال التطرق لكل من انطباق صفات القاعدة القانونية على القواعد الموضوعية، وكذا تقييم مدى توافر خصائص القاعدة القانونية في القواعد الموضوعية، سنتطرق لتبيان أهم الخصائص التي تتميز بها القاعدة القانونية.

---

[1]– نتيجة للتباين الذي طبع التوجيهين من حيث تحديد مفهوم النظام القانوني، إلا أنه لا مجال للخيار كما سبق الذكر بين الجانب التنظيمي والمتمثل في الروابط والتنظيم الاجتماعي، وكذا الجانب القاعدي المتمثل في القواعد القانونية، على اعتبار ظهور جانب توفيقي يمثل الفقه القانوني الراجح، والذي حاول الجمع بين الجانبين وصولا للقول بأن كل نظام قانوني يتكون من هيكل وتنظيم، وأيضا قواعد تطبق داخل هذا التنظيم، انظر كل من: **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص ص 88–89، وكذلك: **بلاق محمد**، حدود مساهمة .....مرجع سابق، ص 35.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 200، وأنظر كذلك: **بلاق محمد**، حدود مساهمة ...، مرجع سابق، ص 36.

تتسم القاعدة القانونية على أنها قاعدة عامة ومجردة[1] من وضع سلطة نظامية تهدف إلى تنظيم روابط وعلاقات الأفراد في المجتمع، ويترتب عليها جزاء يكفل احترامها توقعه السلطة المختصة عند الاقتضاء وهو ما يعني مخالفة القاعدة القانونية، فهي أداة من أدوات الضبط الاجتماعي الذي يقوم على ممارسة المجتمع لنوع من السيطرة على تصرفات وسلوك الأفراد ونشاطهم في المجتمع[2].

تشكيل القواعد الموضوعية لنظام قانوني يجب أن تتوافر على صفات القاعدة القانونية **(أولا)**، قبل التأكد من ذلك علينا القيام بتقييم مدى توافر هذه الخصائص **(ثانيا)**.

أولا: انطباق صفات القاعدة القانونية على القواعد الموضوعية

تشكيل القواعد الموضوعية لنظام قانوني يرجعنا لتبيان مدى تحقق خصائص القاعدة القانونية فيها، في حين غالبية الفقه يتردد في القول بأن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية هي مجموعة من القواعد أو نظام قواعد، وأن تلك القواعد هي أدوات تنظيمية لها صفة القواعد القانونية.

يؤكد أنصار القواعد الموضوعية للتجارة الدولية[3] أن سلطة الدولة لا تعتبر مصدرا وحيدا للقانون، فلا يجب الربط بين القانون وجهاز الدولة لدرجة يصبح غيابها

---

[1]– يقصد بالقاعدة القانونية مجردة أنها عند صياغتها لم توضع لتطبق على شخص معين أو على واقعة معينة إنما وضعت بطريقة مجردة دون أن تخص شخص بذاته أو واقعة بعينها، أنظر في هذا الموضوع، **جعفور محمد السعيد**، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 23.

[2]– تقوم القاعدة القانونية على ركيزتين، الأولى تتمثل في ركن الفرض وهو عبارة عن وصف لوضع معين أو مجموعة من الأوضاع، ويحتوي على شروط انطباق القاعدة القانونية، أما الركن الثاني، فهو الحكم أو الأثر القانوني وهو الحل أو الحكم الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع الواقعي، وذلك عند انطباق الشروط والظروف المحددة في الفرض، أنظر في هذا الموضوع، **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 11.

[3]– يسمى كذلك القانون الموضوعي المادي الدولي، فهو قانون يضع حلول تنظيمية مباشرة وخاصة ومستقلة عن القوانين الوطنية للدول، ووجد لحكم علاقات تتسم بالطبيعة الدولية، كانت الحاجة إليه والبحث في

كافيا لنفي الصفة القانونية عن القواعد الموضوعية، فلا يمكن النظر إلى القانون على أنه تعبير من إرادة الدولة ففي هذا تضييق لمجال الظاهرة القانونية، لأن السلطة في النطاق القانوني يقصد بها وجود آلية لتنفيذ القانون والرقابة على تنفيذه مهما كانت هذه السلطة بدائية[1].

تستمد قواعد القانون التجاري الدولي صفتها كقواعد قانونية حقيقية من عدة عوامل، لعل أبرزها التضامن والتعاون بين رجال التجارة الدولية، الذين يظهرون كوحدة متماسكة بدرجة كافية فهم مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي، يتولى وضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات التي تجري في هذا الوسط الدولي عن طريق السلطة التي تتمثل في التنظيمات المهنية والمنظمات الدولية[2]، فالقواعد القانونية يمكن أن توجد في كل مجتمع ولا يلزم أن تكون على شكل دولة، طالما وجدت الجماعة المتماسكة بدرجة كافية في معاملاتها وعلاقات أعضائها لتكتسب قواعدها صفة القاعدة القانونية.

إضفاء صفة النظام القانوني، يستوجب أيضا وجود أجهزة أو هياكل قانونية خاصة أو عامة تسهر على احترام القواعد السلوكية، وفي هذا الإطار نركز على

ماهيته منذ مدة، وكان ذلك بمناسبة التجارة الدولية التقليدية عندما عجزت قواعد الإسناد عن حل إشكالات القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية التقليدية عند ظهور القواعد المادية، والتي سميت بقواعد القانون التجاري الدولي، فكان هدفها تحقيق قدر من الأمن القانوني للمعاملات الدولية، فكان ذلك بإيجاد تنظيم قانوني غير مقيد بقواعد القوانين الوطنية الداخلية لتلبية حاجياتها، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 431.

[1]– **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 11.

[2]– نذكر على سبيل المثال: منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية، المنظمة العالمية للتجارة غرفة التجارة الدولية، لجنة الاتحادات الأوربية، البرلمان الأوربي، بالإضافة إلى الأعمال المتعددة نذكر منها التوجيه الأوربي بشأن التوقيعات الإلكترونية، القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المنشأ من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أعمال مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية وغيرها من الأعمال التي تقوم بها مختلف الأجهزة القانونية على المستوى العالمي، أنظر، **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 135–140.

هيئات التحكيم، على اعتبار أنها سلطة قضائية حقيقة تساعد على تقوية واستقلال المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال، وتمنح قواعده القيمة القاعدية التي تتمتع بها قواعد القانون الوطني، وتظهر خصوصية التحكيم في وجود أجهزة مكلفة بإعماله والعمل على احترامه، هذا بالإضافة إلى وجود جزاء ذاتي له استقلالية يضمن احترام تلك القواعد[1].

ثانيا: تقييم مدى توافر خصائص القاعدة القانونية في القواعد الموضوعية

يعاب على القواعد الموضوعية عدم اعتبار الجزاء من العناصر الأساسية للقاعدة القانونية، فهذا الرأي لم يظفر بتأييد أغلب الفقهاء الذي يعتبرون الجزاء عنصر هام في القاعدة القانونية، فرسالة القاعدة القانون لن تصل مبتغاها دون أن يكون هناك جزاء باعتباره عنصرا جوهريا في القاعدة القانونية، واستلزامه فيها لا يعني أن احترامها بالضرورة يستند إلى وجوده وخوف الأفراد من احتمال توقيعه[2].

نشأت قواعد قانون التجارة الدولية أو ما يصطلح عليه بالقواعد الموضوعية بعيدا عن التنظيم القانوني الرسمي، فأغلب الفقه يؤيد فكرة عدم وجود بناء قضائي متماسك لقانون التجار الدولي يعكس بناء اجتماعيا حقيقيا للتجار، فهناك من يذهب أبعد من ذلك إلى أن عدم وجود محكمة عليا للتحكيم التجاري الدولي تعمل على تكريس الانسجام في قرارات التحكيم، يظهر معه صعوبة الوصول إلى بناء قانون متماسك،

---

[1]– تظهر في مجتمع التجارة الدولية جزاءات ذاتية متنوعة على نحو يتلاءم مع طبيعة أشخاص هذا المجتمع، فهناك جزاءات مالية كتقديم كفالة لضمان مصاريف التحكيم أو عدم تنفيذ الحكم، وهناك جزاءات تأديبية كنشر أو إذاعة اسم من صدر الحكم ضده وتقاعس عن تنفيذه، أو جزاءات تتمثل في الحرمان من بعض الحقوق كتعليق الصفة أو الحقوق العضوية ومنع الطرف المقصر من الالتجاء إلى التحكيم في المستقبل، كما يمكن منعه من ارتياد البورصات أو الأسواق التجارية، تطرق إليها بالتفصيل: **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 13.

[2]– الثابت في الفقه القانوني أن الإلزام عنصر جوهري من عناصر القاعدة القانونية آمرة كانت أن مكملة، فهذه الصفة هي التي تميز القاعدة القانونية عن قواعد القانون الطبيعي الذي يستطيع الفرد مخالفتها، أنظر: **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 14.

ولذا اقترح البعض أن يتم إنشاء محكمة دولية عليا للتحكيم التجاري لتكون بمثابة جهة استئناف لكل محاكم التحكيم في مجال التجارة الدولية[1].

يرى جانب آخر من الفقه أن نقطة الضعف الرئيسية التي يعاني منها القانون الخاص الدولي وبالتالي القواعد الموضوعية، تتمثل في الاعتراف غير الثابت بمضمونه في الواقع الحالي رغم اعتماده على ديناميكية حركة الواقع التعاقدي في المجال الدولي وثبات العادات والقواعد التي يولدها هذا التطبيق التعاقدي ولاسيما عندما تقنن[2].

يأخذ على إضفاء الصفة القانونية على القواعد الموضوعية أن هذا الفقه يعمم عناوين عن القواعد الموضوعية أو منهج القواعد الموضوعية، لأن جديتهم تدور كلها حول قواعد القانون التجاري وحدها دون التطرق للقواعد الموضوعية ذات المصادر الأخرى، وكأنه اعتراف منهم جميعا أن القواعد التي تصدر عن هذه المصادر مسلم بقانونيتها[3].

---

[1]– عند الحديث عن التحكيم كقضاء لحسم النزاعات التجارية الدولية وجهت لتفعيل القواعد الموضوعية، يراها بعض الفقه أن في هذه الحالة المحكم يقوم بدور "**المهندس الاجتماعي**"، فعند تطبيقه قانون التجار الدولي فهو يكون أقرب إلى المخترع منه إلى الشخص الذي يطبق القانون الوطني، فقانون التجار الدولي والقواعد الموضوعية فيه عند تطبيقه يشكل عملية ابتكاريه اختراعيه، أشار إلى هذا المثال: **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 14.

[2]– جاءت هذه القواعد بعيدا عن القوانين الوطنية، وعدم تقنينها راجع إلى تطورها المستمر منذ نشأتها في العصور الوسطى، فجاءت بعد الجدل الكبير الذي احتدم بين الفقهاء في بداية الخمسينات من القرن الماضي بخصوص ما أطلق عليه الفقه "أزمة منهج التنازع" وضرورة البحث عن منهج آخر ليحكم الروابط الدولية، هي بدايات القانون تطرق إليها بأكثر تفاصيل، أنظر: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 109.

[3]– **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 15.

المطلب الثاني

التأييد الواسع لفكرة تمتع القواعد الموضوعية بصفة النظام القانوني

يذهب أنصار هذا الاتجاه، في محاولة منهم للتصدي للاتجاه السابق، إلى التأكيد على وجود مجتمع متكامل يشكل وحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية، 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 المنازعات المتعلقة بنشاطها، كما تفرض الجزاءات التي تضمن لتلك القواعد الاحترام على غرار القواعد المادية للتجارة الدولية **(فرع أول)**.

أكّدت مدرسة قانون التجارة الدولية على أن سلطة سنّ تقنين لقواعد قانونية لا يقتصر على السلطات التشريعية للدول فقط، بل من حق التنظيمات المهنية والدولية والتي تهتم بحركة التجارة الدولية وضع تقنين خاص، باعتبارها الأقدر على معرفة مصالح المتعاملين في فضائها، والمتمثلة في مختلف الأجهزة الدولية التي عملت بدورها على تطوير فكرة القواعد المادية للتجارة الدولية، على غرار كل من لجنة منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، والمنظمة العالمية للتجارة **(فرع ثان)**

الفرع الأول

وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية

وجود نقص وعدم تحقيق شمولية لجميع المعاملات التجارية الدولية –قبل التطرق للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية– لا يؤثر على إضفاء صفة القواعد القانونية على أحكام قانون التجارة الدولية[1]، التي تتسم في مجملها بالطبيعة المكملة، ومن ثمة

[1] - C'est Berthold Goldman qui a défendu la notion dés les années 1960 : « La Lex mercatoria remplit bien la fonction d'un ensemble de règles de droit », voir sur ce sujet : **Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siiriainen**, Droit du commerce international, 2eme édition, Edition DALLOZ, PARIS, 2011, p, 61.

يجوز الاتفاق على ما يخالفها. لكن في جانب التحكيم التجاري مثلا[1] يتولى المحكمون تطبيقها مباشرة على المنازعات المعروضة عليهم، وذلك من تلقاء أنفسهم، حتى في حضور مبدأ سلطان الإرادة وهو إبداء الرغبة صراحة من طرف الأطراف، فقضاء التحكيم مستقر على ضرورة تطبيق القواعد المادية للتجارة الدولية على المنازعات العقدية المطروحة عليه[2].

أولا: وجود جماعة وهيئة متماسكة

اجتمعت للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز، وذلك مع وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، ووجود هيئات وأجهزة تقوم بمهمة تنقية القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها، من بينها غرفة التجارة الدولية ولجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[3]، وأن هذه القواعد لا تفتقر إلى الجزاء عند مخالفتها، وهذا دليل يفرض إعلان عن استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة[4].

---

[1]– يرى الأستاذ **KAHN** في هذا المجال أنه لا يمكن إنكار حتمية وجود النظام الذي توارثت عليه قرارات التحكيم وأحكام المحاكم لتؤكدها، وكذا معنى للتشكيك في القيمة القانونية لقواعده، فالإشكال ليس في وجود أو عدم وجود قانون دولي طائفي، وإنما في قدرته الحقيقية على أن يشكل نظاما قانونيا يستند على مبادئ كافية لضمان تماسكه وفعاليته، مشار له لدى: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 166.

[2]– يكون ذلك خاصة عند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، أنظر : **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 473.

[3]– كما أن لهذا المجتمع مؤسسات أخرى تسهر على احترام وتطبيق قواعده القانونية، ومن أهمها المحكمون وهيئات التحكيم، فيعد التحكيم سلطة قضائية حقيقية للمجتمع الدولي للتجار، بالإضافة إلى الجمعيات والمنظمات المهنية، أنظر في هذا الموضوع : **يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، مرجع سابق، ص 102.

[4]– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 447. وعن استقلالية القانون الموضوعي انظر:

يفترض –كذلك من جانب التجارة الإلكترونية– في فكرة الاعتراف بصفة النظام القانوني للقواعد الموضوعية[1] في مجال التجارة الإلكترونية وجود هيئة متماسكة أو جماعة معينة[2] لها مواصفاتها الخاصة وقدرتها على خلق قواعد تنظيمية، فمن الناحية الواقعية والتطبيقية من المؤكد الاعتراف بوجود وحدة أو جماعات الإنترنت[3]، والتي تعد بمثابة النواة الحقيقية للمجتمع الإلكتروني، وإذا كان ما يميز النظام القانوني هو وجود سلطة تتولى وضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات في الوسط الإلكتروني، فتلك السلطة موجودة في مجال التجارة الإلكترونية[4]، وتتمثل في

- **GAUTRAIS Vincent**, op.cit, p. 291.

[1]– يرى الأستاذ (**GOLDMAN**) من جهته في هذا الموضوع: "**أن القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي تشكل نظاما قانونيا بكل معنى الكلمة، له صفة الكمال والانغلاق بمعنى قدرته على الاكتفاء الذاتي، وله نظامه العام الدولي المطلق أو الحقيقي الذي يحميه ضد النظام العام للدولية**"، مشار له لدى: **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 167.

[2]– **مولاي حفيظ علوي قاديري**، طرق فض المنازعات في التجارة الإلكترونية والوسائل البديلة لها، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، الرباط، 2011–2012، ص 85.

[3]– مصطلح الوحدة أو الجماعة (***Communauté***) يعني مجموعة من الأعضاء يعيشون معا ولهم أموال ومصالح مشتركة، ففكرة الجماعة تشكل ما يسمى بالتعايش أكثر من فكرة العيش معا، إنها تتضمن شعورا بالانتماء إلى ثقافة وقيم وإرادة واحدة وتتصرف دائما بطريقة الوحدة أو الرباط الجماعي، وهو ما يتفق مع قول الأستاذ: **ILLERY**)بأن: " ***الجماعة هي مجموع يرتبط أعضاؤه بشعور قوى بالمشاركة***"، فأعضاء الجماعة حريصون على أن يكون هناك دائما تنسيق فيما بينهم، ومن ثمة فهم مؤمنون بوجود قواعد تحكم علاقاتهم ومعاملاتهم، شرحها بالتفصيل: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 212.

[4]– لإزالة الغموض، ينبه جانب من الفقه إلى أن التعاقد عبر الإنترنت، يطلق عليه بطريق الخطأ "التجارة الإلكترونية" والحقيقة أن شبكة الإنترنت هي إحدى وسائل التجارة الإلكترونية، يشاركها في ذلك وسائل إلكترونية أخرى، كجهاز المينيتال (**Minitel**) في فرنسا، وكذلك جهازي الفاكس والتلكس حسبما ورد في تعريف التجارة الإلكترونية في مشروع الأمم المتحدة بهذا الخصوص، تناول وسائل الاتصال الحديثة في عقود التجارة الإلكترونية:

التنظيمات المهنية، لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، غرفة التجارة الدولية ومراكز التحكيم الالكتروني[1].

يجعل من المجتمع الخاص بشبكة الإنترنت يشكل مجتمعا دوليا حقيقيا، من خلال الفكر الموحد والهدف المتفق من الجميع، بالإضافة إلى الارتباط الوثيق بعلاقات ومعاملات مختلفة، فالأعضاء المشكلين لهذا المجتمع يضعون قواعد وجدت جراء السلوكيات اليومية المختلفة في مجال المعاملات التجارية، فهي التي تحكم معاملاتهم، كما عمل هذا المجتمع على تنظيم قضاء وعدالة خاصة تسمى "بالعدالة الافتراضية"، والتي تتم عبر الإنترنت، فيتم عقد جلسات بطريقة آلية عن بعد، وبنفس الطريقة كذلك لإصدار أحكامهم على الطرف المخالف[2].

ساهمت كذلك بعض التنظيمات المهنية التي تتمتع بتنظيم قانوني ومقدرة فنية ومالية هامة، على تطوير فكرة تكوين مجتمع قانوني قائم بذاته، وهي ميزات لا نجدها عند أغلب الدول، وهذا ما يؤهلها للاضطلاع بمهمة تقنين سلوك الأفراد الذين ينتمون

عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 35.

[1]– لم يمنع التباين الموجود بين مصالح أطراف العلاقات الاقتصادية الدولية من تكوين نوع من التوفيق على المسرح الدولي، فبالإضافة إلى الأجهزة المذكورة نجد أن منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية تعد مثالا طيبا للوسيط الذي يمكن أن يحقق توفيقا بين المصالح، فهذا يظهر أكثر من خلال توجيه جهدها الكبير نحو التطوير الصناعي للدول النامية عن طريق وضع نماذج عقود وأدوات مفيدة للتفاوض، كما من شأن دليل شراء المواد الصناعية، والوجيز في إبرام اتفاقات المشروعات المشتركة الصناعية في الدول النامية، أنظر ، **نادر محمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 252.

[2]– يصدر حكم بطرده أو إنهاء اشتراكه أو حرمانه من التعامل عبر الشبكة أو تعليق استفادته منها، أنظر: **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 94.

إليها، وبالتالي إعطاء القوة والفعالية لهذه القواعد في الفصل في المنازعات المتعلقة بنشاطها[1].

يعود لوحدة مصالح مجتمع الأعمال عبر الدولي، الدور الكبير في توفير حد أدنى من الانسجام بين أشخاص ذلك المجتمع، في حقيقة الأمر يعد منهج القواعد المادية أو ما يسمى بمنهج القواعد عبر الدولية بمثابة حل لتجاوز عيوب منهج التنازع التقليدي، فنظرا لعدم ملائمة الأنظمة القانونية الداخلية لطبيعة علاقات الأعمال عبر الدولية، يحرص المجتمع الدولي على اللجوء إلى وسائل أخرى أكثر انسجاما مع التطور الحاصل في مجال التجارة الدولية[2].

استقر الرأي كذلك من حيث أولوية التطبيق على أنه في حالة وجود تناقض بين النظام العام عبر الدولي والنظام العام الداخلي[3]، على وجوب تطبيق القواعد الخاصة بالنظام العام عبر الدولي، حيث يستبعدون القانون الوطني الواجب التطبيق لحماية النظام العام الدولي وفقا للمعنى المقصود من هذا الاصطلاح، أي حماية المصالح العليا لمجتمع المتعاملين في مجال التجارة الدولية[4].

---

[1]- **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، مرجع سابق، ص 166-167.

[2]- **نادر محمد إبراهيم**، مرجع سابق، ص 252.

[3]- تجدر الإشارة إلى اتساع مجال النظام العام الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، وذلك لعدم تعلق سائر القواعد الآمرة الداخلية بالنظام العام الدولي، لما تقتضي به من تنازل عن حكم العلاقات ذات الطابع الدولي، وإخضاعها بالمقابل لقانون دولة أجنبية، ملبية بذلك مقتضيات الحياة الدولية الخاصة، بهدف تنظيم المجتمع الدولي للأفراد وتحقيق التعايش بين النظام القانونية المختلفة، أنظر: **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 95.

[4]- أحسن مثال على ذلك، حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1984 الذي امتنع فيه المحكم عن تطبيق القانون السوري الذي يقضي لمقاطعة الشركات التي تتعامل مع إسرائيل، رغم أنه من قوانين البوليس التي تتصل بصميم النظام العام السوري، وذلك لتعارضه مع ما أسموه بحرية التجارة ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق في تقديرهم بالنظام العام الحقيقي الذي يتعين على المحكمين إعلائه على النظام العام الداخلي، كما أثير نزاع في إطار نظام تحكيم نفس الغرفة أي غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1959 بين شركة ايطالية

يبقى في ظل عدم وجود القواعد المتخصصة التي تراعي الطبيعة الخاصة لمثل هذه العمليات، منح هذه القواعد الصادرة عن هذه الجهات قوة فعلية وواقعية تفرضها حاجة التجارة الدولية في هذا المجال، فهي تقدم الثقة والأمان للمتعاقدين في مجال التجارة المعلوماتية، حيث تضمن وحدة الحلول الفنية والقانونية التي تفرضها الطبيعة الإلكترونية للوسيلة التي يتم من خلالها التعامل، وتجتنب الفراغ أو القصور التشريعي الذي يمكن أن يظهر في التشريعات الوطنية، نظرا لغياب قواعد وطنية في هذا المجال، وذلك لتفادي دخول الأطراف في اتفاقيات تبادل فردية قد تكون غير كاملة ولا تصبو إلى الهدف المرجو تحقيقه[1].

ثانيا: خلق وإنشاء قواعد قانونية جديدة للتنظيم مجالات مختلفة

تحكم هذه الهيئات المذكورة سلفا في هذا المجال جعل من دورها لا يقتصر فقط على تدوين العادات المستقرة في عالم التجارة الإلكترونية، إنما تقوم بتشكيل وإنشاء قواعد جديدة تستجيب لمتطلبات التجارة عبر الشبكة الدولية[2]، وهذا ما يعني أن

وإحدى الهيئات العامة الإثيوبية، حيث استبعد أحكام قانون المرافعات الإثيوبي الواجب التطبيق التي تحرم إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية، استنادا إلى مبادئ النظام العام الدولي أنظر في هذا الموضوع: **سعال حسينة**، مرجع سابق، ص 111.

[1]– **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، مرجع سابق، ص 127–129. ومن مساندي القانون الموضوعي نجد:

– هذا ما دفع هذا القضاء الفرنسي إلى التأكيد على القوة الملزمة لهذه القواعد، رغم أنها لم تصل إلى مرتبة القوانين الصادرة عن الهيئات التشريعية للدول، لكنها تشكل مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في مجال التجارة الدولية، حيث أن قوتها الإلزامية ليس مرجعها إرادة الأفراد فحسب، وإنما أيضا باعتبارها قائمة على تلبية حاجات ومقتضيات التجارة الدولية. القوة الإلزامية لهذه القواعد تستمدها من معالجتها للعديد من المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 205. وفي مجال فرض الجزاءات أضاف:

– إلا أن مجال فرض الجزاءات يبقى صعب التطبيق نظرا لتعدد العمليات الإلكترونية، وتعدد موردي الخدمة في هذا المجال، الأمر الذي يمنح الفرص للمستخدمين قصد التلاعب بعناوينهم وتغييرها متى شاءوا، وبالتالي فمن الصعوبة التعرف عليهم، وهذا ما يؤدي إلى التقليل من فعالية الجزاء الذي يدافع عنه مناصرو الاستقلال العام للعالم الافتراضي. وانظر كذلك:

القوانين النموذجية المستوحاة عن لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في شأن التجارة الإلكترونية، وكذا القواعد الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في هذا الشأن.

بالإضافة إلى النماذج العقدية وأحكام التحكيم التي تشكل جميعها مصادر حقيقية وهامة للقواعد المادية[1] التي تنظم حركة التجارة الدولية عبر الإنترنت، فهذه المؤسسات تحظى باعتراف أعضاء الجماعة الإلكترونية بسلطتها في وضع وتفسير وتطبيق القواعد القانونية اللازمة في مجال التجارة الالكترونية[2].

تمتلك أغلب الأجهزة التي أشرنا إليها من قبل لخبرة طويلة في هذا المجال، وتتشكل من المتعاملين في الاختصاص أي في مجال التجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى أنها تضم ممثلين من كافة الدول، وعلى هذا الأساس فهي أجدر من غيرها الوصول إلى تحقيق مصالح أعضائها من المشاركين في هذا المجال، فلهذا فإن تقرير الصفة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية يكون من باب أولى، باعتبار أن هذه القواعد هي نتاج مجتمع متجانس ومتماسك بشكل كاف وتتبلور فيه المصلحة المشتركة على نحو أكثر وضوحا[3].

- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 102، و **حسين الماحي**، مرجع سابق، ص 25.

- **GAUTRAIS Vincent, LEFEBVRE Guy et BEN YEKHLEF Karim,** Op.cit, p. 547.

[1] - **Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siiriainen**, Op.cit, p, 67.

[2] – **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 99.

[3] – القواعد المادية للتجارة الإلكترونية قد اكتملت لها مواصفات النظام القانوني وفقا للمعنى الذي انتهى إليه الأستاذ **SANTI ROMANO** فهناك التنظيم أو الهيكل المتمثل في جماعة الإنترنت، وهناك القواعد السلوكية التي تضعها الجماعات المشكلة لها، أنظر، **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 212.

الفرع الثاني

من حيث تولي كيانات وأجهزة قانونية مهمة تقنين القواعد السلوكية

عملت العديد من الهيئات القانونية على تنظيم وتقنين القواعد السلوكية والتي أصبحت بعد تطبيقاتها المستمرة قواعد قانونية ملزمة وسط المتعاملين الاقتصاديين في مختلف المبادلات التجارية المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية، فحظي تبادل المعطيات المعلوماتية باهتمام بعض اللجان والهيئات الحكومية وغير الحكومية، فنذكر على سبيل المثال لا الحصر كلا من لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **(أولا)**، والمنظمة العالمية التجارة **(ثانيا)**، وتم التركيز على هذين الجهازين نظرا لجهودهما الكبيرة في تنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، كما أنها ذكرت على سبيل المثال لا الحصر.

أولا: دور لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانونا نموذجيا ذا طبيعة موضوعية وذاتية خاصا بالعمليات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية[1] وذلك سنة 1996 وهذا القانون يحتوي على (17) مادة تناولت كافة الجوانب القانونية لتلك المعاملات، بدءا من تحديد المصطلحات مرورا بشروط وضوابط الاستخدام وانتهاء بنموذج للتطبيقات في بعض المجالات[2].

---

[1] - **UGO DRAETTA**, Internet et Commerce Electronique, Droit International Des Affaires, Éditons BRUYLANT, PARIS, 2003, p 101.

[2] – صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة رقم 51-662 في 16 ديسمبر 1996، ويتكون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وقسمت المواد إلى بابين، الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد 01 إلى 10، أما الباب الثاني فيتكون من فصل واحد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، كما يتضمن نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى

يهدف هذا القانون إلي إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة دوليا لتكون مرشدا للدول عند إصدار قوانينها أو إعادة النظر في تشريعاتها، بغية تذليل العقبات القانونية الداخلية التي تحول دون استعمال وسائل الاتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية، ويتضمن أيضا هذا القانون مبادئ توجيهية للمتعاملين عند إبرام اتفاقاتهم التعاقدية من أجل مسايرتهم في غرض إزالة الصعوبات القانونية التي تعترض المعاملات الإلكترونية[1].

تزامن مع ظهور التكنولوجيا الحديثة للمعلومات وتزايد استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في التجارة الدولية، ظهور موجة من الشكوك حول مفعول تلك الرسائل الإلكترونية وصحتها وكذا مدى قابليتها للتطبيق من الناحية القانونية، لا سيما أمام عدم الإعتراف بالوثائق والتوقيعات الإلكترونية من جانب المنظمات الدولية والتشريعات الوطنية، وعلى خلفية ذلك قامت لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي باعتماد القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية في عام 2001 إعمالا للقرارات التي

تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذا المجال الأخذ بأحكامه، كما أنه يسري على التجارة الدولية والإلكترونية على حد سواء، ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد هذا القانون عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة. أنظر: **قانون الأنسيترال النموذجي** بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 ومع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، A.99.V. 5، لسنة 2000 ومن خلال الموقع: www.uncitral.org

[1]– على الرغم من أن هذا القانون يشير في عنوانه إلى مصطلح "التجارة الإلكترونية" إلا أنه لم يتضمن في مضمونه على أي تعريف لهذا المصطلح، واكتفى فقط بتعريف التبادل الإلكتروني للبيانات في الفقرة (ب) من المادة 02، أما نطاقه فقد حددت المادة الأولى القانون النموذجي هذا النطاق بقولها: " ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية"، تم الإشارة إليه لدى: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 128.

اتخذتها في دوريتها التاسعة والعشرين والثلاثين كنموذج تحتدي به الدول عند مراجعة تشريعاتها أو عند اعتمادها قواعد جديدة[1].

ثانيا: دور المنظمة العالمية للتجارة

ساهمت الاتفاقيات الدولية المعنية بالتجارة الدولية بدورها البارز في تنظيم مختلف المعاملات التجارية ذات الطابع الدولي بصفة عامة والمعاملات التجارية المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية بصفة خاصة[2]، فمنها اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية، وبصفة خاصة الاتفاقيات التي وردت بالوثيقة المتضمنة نتائج جولة أورجواي الموقعة في مراكش بالمملكة المغربية بتاريخ 1994/04/15 والتي أصبحت نافذة ابتدءا من أول يناير 1995، وباتت منذ هذا التاريخ ملزمة لكافة الدول الأعضاء[3].

ترجع جهود المنظمة في تنظيم التبادل التجاري وتجاوز العقبات في التجارة الدولية الى العام 1947، وذلك بمناسبة إبرام الاتفاقية المعنية بالتجارة والتعريفة الجمركية بين 23 دولة من دول مؤتمر هافانا، وقد أرست هذه الاتفاقية مبادئ التجارة وأزالت القيود أمام حركة البضائع، وأريد لهذه الاتفاقية والإطار التنظيمي لها أن يمثل

---

[1]- أقرته الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة من إثني عشر مادة تتناول الموضوعات التالية:1- مجال التطبيق 2- تعريفات 3- المعاملة المتساوية لتكنولوجيات التوقيع 4- التفسير5- تعديل الاتفاق6- الإذعان لمتطلبات التوقيع 7 -تحقيق ما تقرره المادة السادسة لمتطلبات التوقيع 8- مسلك الموقع 9- مسلك مقدم خده الشهادة 10- الثقة 11- مسلك الطرف المعول عليه 12- الإعتراف بالشهادات والتوقيعات الإلكترونية الأجنبية، أنظر: **قانون الأنسيترال النموذجي** بشأن التوقيع الإلكتروني ومن خلال الموقع: www.uncitral.org

[2] - **UGO DRAETTA**, Op.cit, p 108.

[3]- تتضمن هذه الاتفاقية ملحقا خاصا بتبادل خدمات الاتصال عن بعد، يلزم كافة الدول الأعضاء بضمان الالتزامات الواردة فيه فيما يخص موردي خدمات النقل بالاتصالات وشبكاتها العمومية، وذلك باستخدام إجراءات تقضي بها الضرورة عند اللزوم، أنظر، **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 138.

الضلع الثالث للنظام التجاري العالمي الجديد، إلى جانب صندوق النقد الدولي والبنك العالمي للإنشاء والتعمير وعلى مدار ثمان جولات من المفاوضات[1].

عملت المنظمة العالمية للتجارة كذلك منذ مطلع عام 1998 على دراسة حول التجارة الإلكترونية، تحت عنوان " *آليات التجارة الإلكترونية وما يتعلق بمباشرتها باستخدام الإنترنت* "، وتوصلت إلى اعتبار التجارة الإلكترونية ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها وتطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالتجارة في الخدمات[2].

حددت المنظمة موقفها الرسمي من التجارة الإلكترونية في مؤتمرها المنعقد في شهر أكتوبر لعام 1998 "بأوتاوا"، عندما أعلن مديرها العام أن المنظمة لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية، وإنما تسعى لاستخدام التنظيم القانوني القائم والمحدد ضمن "اتفاقية الجات" (المنظمة العالمية لتجارة الخدمات)، و"اتفاقية التريبس" والاتفاق الخاص بخدمات الاتصال، وعرفت التجارة الإلكترونية بأنها عبارة عن: " *عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع للمنتجات من خلا شبكة اتصال* "، وهذا ما يفيد أن التجارة الإلكترونية تتم من خلال شبكة الاتصال ولا تقتصر على الانترنت فقط، وهو نفس الاستنتاج المقدم من طرف الأمم المتحدة[3].

---

[1]– آخرها كانت جولة الأورجواي 1994/1986 كانت الحصيلة فيها تأسيس منظمة التجارة العالمية الوريث الجديد للاتفاقية القديمة، وذلك في 15 أفريل 1994 بموجب اتفاقية مراكش، وعهد إلى منظمة التجارة العالمية مهام تنفيذ اتفاقيات جولات الأوروجواي ابتداء من 01 يناير 1995، وهي 28 اتفاقية عالمية تؤطرها ثلاث اتفاقيات رئيسية، تتمثل في كل من الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفة الجمركية، الاتفاقية العامة للاتجار في الخدمات واتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية، مشار لها لدى: **مولاي حفيظ علوي قاديري**، المرجع السابق، ص ص 72–73.

[2]– **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 73.

[3]– **إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، مرجع سابق، ص 18.

– بالإضافة إلى المؤتمر الثاني المشكل من وزراء الدول الأعضاء في المنظمة المنعقدة في وجنيف في الفترة الممتدة بين 18 و20 مايو عام 1998، وقد اعتمد بيانا عاما للتجارة الإلكترونية، حث فيه الدول الأعضاء

يتأكد في الأخير أن وجود القواعد الموضوعية ما هو إلا نتيجة لرغبة الأطراف الفاعلة في مجال مختلف المعاملات التجارية الدولية، فتفرض حاجاتهم المشتركة ومصالح أشخاص التجارة الدولية ذلك، فمن شأنها أن توفر حدا أدنى من الانسجام بين هؤلاء الأشخاص في مجتمع التجارة الدولية، ومن هنا تظهر أهمية القواعد الموضوعية التي تعد بمثابة بديل حقيقي للتغلب على المشاكل التي تثيرها قواعد الإسناد، وكذا للتغلب على عدم ملائمة الأنظمة القانونية الداخلية لطبيعة فضاء التجارة الدولية، وإن كان يفتقد مجتمع المشتغلين بالتجارة الدولية لسلطة عليا موحدة، إلا أنه يمتلك مع ذلك مؤسسات عضوية تعمل على إبراز الصفة القانونية لهذه القواعد وكفالة الاحترام بها، ومن خلال ما تفرضه المؤسسات المهنية من جزاءات على المنتمين إليها[1].

على أهمية التجارة الإلكترونية في تسيير التبادل التجاري الدولي، أنظر: **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2008، ص 30، وانظر كذلك:

- **CYRIL Rojinsky et GUILLAUME Teissonniere**, l'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique ». lex Electronica, vol. 10, N° 01 , 2005, disponible sur : www.lex-electronica.org p.02.

- Le commerce électronique, comme toute activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de bien ou de service. Article 14 alinéa 01.

[1]– اهتدى الأستاذين مصطفى محمد جمال و عكاشة محمد عبد العال إلى مقولة مفادها أن فكرة القواعد الموضوعية تعتبر نظاما متكاملا ومستقلا بذاته لحكم العلاقة الدولية، وهي: "القواعد الموضوعية أقرب أن تكون غطاء محدود المساحة يكسو مناطق متناثرة من هذا النظام، تتزايد يوما بعد يوم، ومن ثم تبقى دائما مناطق مكشوفة في هذا النظام، فلا مناص من تغطيتها عن طريق القوانين الوطنية"، مشار له لدى: **الموهاب فيروز**، المرجع السابق، ص 168.

الفرع الثالث

الاعتراف بالطبيعة الوضعية للقواعد الموضوعية الإلكترونية

يعتبر الاتجاه المؤيد لتمتع القواعد المادية عبر الدولية بالطبيعة الوضعية بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي العام، أفضل من أن يمثل الاتجاهات المتبنية لنظرية القواعد عبر الدولية، فينطلق هذا الاتجاه لقدرة القواعد الإلكترونية عبر الدولية على تشكيل النظام القانوني، من إقراره بالوجود الذاتي لهذه القواعد، وباستقلالها أيضا عن القواعد المادية التقليدية، فهي نظير لها، وهي تستوفي الركن المعياري **(أولا)** والركن المؤسسي **(ثانيا)**.

أولا: استيفاء نظام القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية للركن المعياري

يؤكد الاتجاه المساير لنظرية القواعد عبر الدولية، على أن هذه الأخيرة تستوفي متطلبات الركن المعياري، وبالتالي تتمتع بالوضعية على الرغم من عدم انتمائها إلى مجتمع يتصف بكونه دولة، فالقواعد عبر الدولية تتمتع بخصائص القواعد القانونية، كما أنها لا تعاني من أي عيوب تمنع من اتصافها بتلك الخصائص[1].

تعدد الجماعات أو الطوائف عبر الشبكة لا يؤدي إلى المساس بصفة التجريد أو العمومية، فهي قواعد عمومية، هذا بالرغم من أن تلك القواعد هي قواعد طائفية، لا تخاطب إلا أشخاصا معينين بالذات، وهم المتعاملون عبر الشبكة، سواء كانوا مهنيين، مستهلكين أو فنيين، كما أنها قواعد نوعية كذلك كونها لا تنظم إلا المعاملات التي تتم في المجتمع الافتراضي، تتمتع أيضا هذه القواعد بالجزاء الذي يوقع عند مخالفتها، ويكفل لها الطبيعة القاعدية، وهو جزاء يتأثر بطبيعة المجتمع على شبكة الإنترنت،

[1]– **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 230.

وإن لم يكن مثل الجزاء المادي الذي تتمتع به الدولة، إلا أنها جزاءات تناسب المجتمع الافتراضي[1].

يشير الأستاذ "فوشار **FOUCHARD** " حول تمتع القواعد المادية بالجزاء، أنها تتضمن نوعين من الجزاء، مالية ومعنوية، كتقديم تأمين لتغطية مصاريف الحكم أو مبلغ التعويض الذي قد يحكم به المحكم، فهي كافية للاعتراف بهذه القواعد بخاصية الجزاء، وهي جزاءات فعالة تناسب مجتمع التجارة الدولية[2]، إلى جانب الجزاءات الأدبية تشمل نشر أسماء الأطراف المتخلفة عن تنفيذ الأحكام التنفيذية، وإسقاط العضوية وحرمان الطرف المتخلف عن تنفيذ الحكم من الحصول على المنح والعمل في الأسواق الدولية[3].

اعتبر جانب آخر من الفقه أن المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية من حقهم تحديد القواعد التي تطبق على ما يثور بينهم من نزاعات، فالمجتمع الافتراضي يقبل بفكرة أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية تشكل قواعد قانونية قادرة على تنظيم

---

[1]– نجد أن الاتجاه المعارض لهذه الفكرة يعمل على الخلط بين المصالح التي تراعيها القواعد عبر الدولية للطوائف المتعددة، ومدى تجريد وعمومية تلك القواعد، كما كان لها أن ركزت على النقص وسيادة الطابع المكمل لهذه القواعد، إلا أنها ليست عيوبا كافية تمنع من اتصافها بالطبيعة الوضعية، فالرد على كل هذه الانتقادات يكفي بذكر أنها قواعد تنشغل بتنظيم أهم جوانب التجارة الإلكترونية، ألا وهي جوانب انعقاد العقد وتنفيذه، أنظر: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 142.

[2]– حول فكرة تناسب الجزاءات المفروضة على مجتمع العمال عبر الدولية يتحدث الأستاذ: الدكتور هشام صادق: " الجزاء في حالتنا لم يعد مجرد جزاءا معنويا فقط يتمثل في ازدراء الجماعة من المخالف كما هو الشأن في قواعد الأخلاق"، مشار له لدى: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 238.

[3]– ومن أهم ما يعزز حججهم أيضا هو اعتماد المعاهدات الدولية والتشريعات الداخلية صراحة أو ضمنا لهذه القواعد عبر الدولية، فهي بديل حقيقي للتغلب على المشاكل التي تثيرها قواعد الإسناد، وعدم ملائمة الأنظمة القانونية الداخلية، أنظر: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 104.

نظام قانوني معادل للنظام القانوني الذي تسنه التشريعات داخل الدول، وذلك من أجل تنظيم الروابط القانونية بين الأفراد[1].

تعد القواعد المادية عبر الدولية بمثابة القانون الطبيعي للمعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، فهي لا تهدف فقط إلى تنظيم العقود الإلكترونية بتحديد الالتزامات، وإنما تهدف في المقام الأول إلى ضمان اليقين القانوني[2]، من خلال ثلاث جوانب رئيسية تتمثل في: تكوين العقود الإلكترونية، الإثبات والمسائلة عن استخدام الأجهزة المستعملة في تنفيذ الاتفاق، كما أن تكوين القواعد عبر الدولية لنظام قانوني غير كامل، ليس بمأخذ إذ أن أشخاصه ذاتها لم تستهدف ذلك الكمال، وهذا بالنظر إلى أنه تلقائي النشأة، وأن المخاطبين بأحكام قواعده يضعون التنظيم الذاتي لمعاملاتهم كلما دعت الحاجة إلى ذلك[3].

بيّن الأستاذ الدكتور هشام صادق حول فكرة الطبيعة المكلمة للقواعد المادية على أن: "هذا الاتجاه ينكر على القواعد القانونية المكملة القدرة على السريان الذاتي، ويستلزم لتطبيقها أن يعلن الأطراف عن إرادتهم في هذا التطبيق صراحة أو ضمنا، وهو ما يخالف الفقه المعتمد على النظرية العامة للقانون، والذي يؤكد التزام القاضي

---

[1]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 148.

[2]- La chambre de commerce et d'industrie de Paris de son coté plaide en faveur d'un cadre juridique de base et d'une auto responsabilisation des acteur du commerce électronique, voir sur ce sujet : **M. Jean-Paul SAILLARD**, Aspects Juridiques De La Société de L'information et du Commerce Electronique « Proposition de la CCIP », adopté a l'Assemblée générale le 03 février 2000.

[3]– الطابع المكمل للقواعد الإلكترونية عبر الدولية لا يمكن أن يكون سببا يمنع من اتصافها بالطبيعة الوضعية، بوصفها قواعد قانونية، فالقواعد القانونية لها القدرة على السريان الذاتي، والذي يؤكد ذلك التزام القاضي بتطبيق القواعد المكملة من تلقاء نفسه، فهي تتمتع بالصفة القانونية، أي القوة الملزمة، مثل القواعد القانونية الآمرة مما يقتضي تطبيقها التلقائي، كل ما في الأمر أن شرط التطبيق هو أن لا يستبعد الأفراد حكمها، أنظر: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 143.

بتطبيق القواعد المكملة من تلقاء نفسه، فهذه القواعد تتمتع بالصفة القانونية أي بالقوة الملزمة أسوة بالقواعد الآمرة، مما يقتضي تطبيقها التلقائي، كل ما في الأمر أن شرط تطبيق القواعد المكملة هو عدم استبعاد الأفراد حكمها، وهذا الموقف السلبي وحده يوفر للقاعدة القانونية شروط تطبيقها، وتكون أحكامها منطبقة على الأفراد مباشرة، فالقواعد المكملة لا تحتاج لتمسك الأفراد بها أو إعلان رغبتهم في تطبيقها صراحة أو ضمنا"[1].

ثانيا: استيفاء نظام القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية للركن المؤسسي

يؤكد الاتجاه المناصر لنظرية القواعد عبر الدولية على أن تلك النظرية التي تقتصر على استيفاء الركن المعياري، تستوفي أيضا الركن المؤسسي، فأشخاص الأعمال عبر الدولية يجمعهم مجتمع يطلق عليه مصطلح المجتمع التجاري[2]، ويرى هذا الاتجاه كذلك أن البحث عن القواعد عبر الدولية بمثابة دراسة في علم الاجتماع القانوني، وينسب البعض الريادة في هذا المجال للفقيه الفرنسي(**KAHN**)الذي انتهى إلى وجود مجتمع دولي للبائعين والمشترين يجمعهم وحدة الهدف ألا وهو المصلحة الاقتصادية[3].

---

[1]– إذا كانت الطبيعة الغالبة للقواعد عبر الدولية تتمثل في كونها قواعد مكملة، إلا أنه يؤخذ على الاتجاه المناهض عدم أخذه في الحسبان للقواعد الدولية "الآمرة" والتي يعترف بها الفقه على الرغم من قلة عددها، أنظر في هذا الموضوع وكل ما أشار إليه الدكتور هشام صادق لدى: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 244.

[2]– يرمز إليه بالمصطلح اللاتيني : "**SOCIETAS MERCATORUM** "المجتمع الدولي للتجارة، مجتمع دولي حقيقي، أوساط التجارة الدولية، مجتمع الأعمال الدولي، مجتمع التجارة، المجتمع التجاري الدولي، فإنه المجتمع الذي نطلق عليه المجتمع عبر الدولي نسبة إلى معاملاته التي تتعلق بالأعمال عبر الدولية، مشار له عند: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 249.

[3]– إنها الفكرة المحورية والتي بدأ يؤكد عليها أنصار نظرية القواعد عبر الدولية بشكل ينتهي إلى الاعتراف بوجود مجتمع عبر دولي يتسم بالتنظيم والانسجام، أنظر في هذا: **نادر محمد ابراهيم**، المرجع نفسه، ص 250، وانظر كذلك: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 144.

يجمع كذلك الأشخاص المتعاملين على الشبكة هدف الاستفادة من خدمات شبكة الإنترنت إلى أقصى الحدود، وذلك في ظل الأمان القانوني، ففي واقع الأمر أن تلك القواعد الالكترونية عبر الدولية، تهدف كذلك كلها إلى تعزيز اليقين القانوني عبر الشبكة[1]، وهو نتيجة حتمية للوهن اليقيني الذي يلم بها، مما يوحي أن هناك حد أدنى من الانسجام بين أشخاص ذلك المجمع[(2)].

تعد كذلك وحدة مصالح مجتمع الأعمال عبر الدولي من الأسباب الأساسية وراء توافر حد أدنى من الانسجام بين أشخاص ذلك المجتمع، ففي حقيقة الأمر يعد منهج القواعد عبر الدولية بمثابة حل للتغلب على عيوب منهج التنازع التقليدي، فنظرا لعدم ملاءمة الأنظمة القانونية الداخلية لطبيعة علاقات الأعمال عبر الدولية، يحرص المجتمع عبر الدولي على اللجوء إلى وسائل بديلة للتقاضي كالتحكيم[(3)].

---

[1] - L'encadrement juridique permet d'assurer la confiance nécessaire au développement du commerce électronique, voir : **Jean-Baptiste Racine et Fabrice Siiriainen**, Op.cit, p. 310.

[2] – **بن غرابي سمية**، المرجع السابق، ص 144.

[3] – على الرغم من تباين مصالح أطراف العلاقات الاقتصادية الدولية، إلا أن التوفيق على المسرح الدولي أمر ليس صعب المنال، فلا شك أن في منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية تعد مثالا طيبا للوسيط الذي يمكن أن يحقق توفيقا بين المصالح، فمن المعلوم أن تلك المنظمة قد وجهت جهدها نحو التطوير الصناعي للدول النامية عن طريق وضع نماذج عقود وأدوات مفيدة للتفاوض، كما من شأن دليل شراء المواد الصناعية، والوجيز في إبرام اتفاقات المشروعات المشتركة الصناعية في الدول النامية، مشار له لدى: **نادر محمد ابراهيم**، المرجع السابق، ص 253.

المبحث الثاني

في مدى اكتساب القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية لصفة النظام القانوني

أحدثت مسألة إضفاء صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية لعقود التجارة الإلكترونية اختلافا بين الفقهاء، فنتيجة للتباين الذي طبع التوجهين السابقين (النظام القانوني قاعدة قانونية، النظام القانوني تنظيم وبناء) من حيث تحديد مفهوم النظام القانوني، إلا أنه لا مجال للخيار بين الجانب التنظيمي والمتمثل في الروابط والتنظيم الاجتماعي، والجانب القاعدي المتمثل في القواعد القانونية، على اعتبار ظهور جانب توفيقي يمثل الفقه القانوني الراجح، والذي حاول الجمع بين الجانبين وصولا للقول بأن كل نظام قانوني يتكون من هيكل وتنظيم وأيضا قواعد تطبق داخل هذا التنظيم[1].

يعارض هذا الجانب تكوين هذه القواعد لنظام قانوني[2]، بتبريرهم على أنها تفتقر لهيئة قانونية تدير هذه القواعد، كما لا تحتوي على أي جهاز يسهر على تطبيق هذه القواعد مثلها مثل النظام القانوني بالمعنى الدقيق، **(مطلب أول)** على عكس ما ذهب البعض إلى التأكيد على تلك القواعد أنها تشكل نظاما قانونيا قائما، فالنقاش حاد في مضمون القواعد المادية للتجارة الدولية لمرحلة استكمال بنائها القانوني كنظام قانوني مستقل أي نظام قائم بذاته، نظرا لفقدانها لعنصر جوهري وهو الإلزام **(مطلب ثان)**.

---

[1] – يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الايطالي(**SANTI Ramano**)الذي عبر في كتابه الشهير المعروف باسم النظام القانوني أن: " ***كل نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية، وسلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النظام***"، نقلا عن: **بلاق محمد**، حدود مساهمة .....مرجع سابق، ص 36.

[2]– هذا الاتجاه يعتبره البعض بالاتجاه المتطرف، حيث ينكر تماما وجود ظاهرة القواعد المادية، ويمثل هذا الاتجاه الفقيه: MANN Francis وهو أستاذ قانون أمريكي راحل، كان قد استقر به المقام في انجلترا لمدة طويلة، مشار له لدى: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 214.

المطلب الأول

الطابع الاختياري والافتراضي ينفيان صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

لازالت القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي – قبل التطرق للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية – غير كافية لتغطية كافة المسائل التي يمكن أن تثور في إطار العلاقات الدولية الخاصة، فالأعراف التجارية المشكلة لأغلب القواعد المادية للتجارة الدولية ما تزال قاصرة عن مواجهة كل المسائل المعروضة من طرف المتعاملين، مما يتعين الرجوع في أغلب الأحيان إلى القوانين الوطنية على سبيل الاحتياط لسد ما يمكن أن يظهر من نقص في الأحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولية مما يجعل من فرضية نفي صفة النظام القانوني بسبب الطابع الاختياري والمكمل للقواعد المادية **(فرع أول)**.

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 اكتمال مثل هذه القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، وجعلها تشكل نظام قانوني يفرض ويلزم جميع الأطراف باحترامه، مما يفرض للواقع فكرة نفي صفة النظام القانوني بسبب الافتراضية وعدم تنظيم وتجانس المجتمع الالكتروني **(فرع ثان)**.

تمتع القواعد المادية للتجارة الدولية بصفة النظام القانوني يفرض توفرها على الركنين المعياري والمؤسسي للقواعد المادية، وهو ما لم يقم، وهذا من خلال عدم تمتع القواعد المادية بخصائص القاعدة القانونية لتخلف الركن المعياري، وكذا عدم تمتع القواعد المادية بخصائص القاعدة القانونية لتخلف الركن المؤسسي **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

نفي صفة النظام القانوني بسبب الطابع الاختياري والمكمل للقواعد الموضوعية

يرتكز الأساس القانوني لهذا الاتجاه على أن أساس النظام القانوني لا يقوم إلى بوجود القواعد الآمرة، وأن الملاحظ في القواعد المادية أنها قواعد مكملة أو ذات طابع تفسيري، يتم اللجوء إليها في عقود التجارة الدولية بناءا على رغبة الأطراف المتعاقدة في إطار مجتمع التجار الدولي ورجال الأعمال.

تتخذ شكل العقود النموذجية والعادات المقننة والشروط العامة، إذ لا يمكن أن يقوم نظام قانوني متكامل مجردا من هذا النحو من القواعد الآمرة، التي تهدف بدورها لحماية المصالح العليا للجماعة، ودون مراعاة لإرادة الأفراد في تطبيقها، ذلك أن القواعد المكملة لا تعدوا في حقيقتها أن تكون مجرد "ترف قانوني" فهي لا تصلح كأساس لإنشاء نظام قانوني مستقل ومتكامل.

أولا: افتقاد القواعد الموضوعية للجزاء

تفتقد القواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي إلى ذلك الجزاء المرتبط بالقواعد القانونية، وأن الجزاء الخاص لهذه القواعد تظل في دائرة تقييد أحكام التحكيم، وذلك باللجوء إلى السلطات العامة في الدولة، وهي تملك رفض ذلك التنفيذ ليصبح القرار التحكيمي عديم القيمة، وفكرة النظام القانوني تفترض وجود سلطة تمنح كيانا للقواعد وفعالية[1].

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد الحدود لنفي صفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، حينما أكد على إمكانية تطبيق التشريعات الحالية التي ينص عليها القانون الدولي الخاص على الإنترنت، ولسنا بحاجة إلى قانون

[1]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 165.

خاص به أو بالشبكات، لهذا اعتبرت أنصار نفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، 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 ملموس جغرافيا وإقليميا، لذا فإن عالم المعلوماتية لا يتطلب تعديلا أساسيا في الطرق التقليدية للقانون الدولي الخاص، وهو المعمول به في جميع المنازعات التي يكون أحد طرفيها عنصرا أجنبيا، ولقد اعتمدته العديد من القوانين والاتفاقات الدولية خاصة في مجال التجارة الدولية[1].

يظهر أكثر نفي الصفة القانونية عن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية من خلال العقود النموذجية التي تقوم على غير أساس من الواقع الذي يستلزم التجانس وروح التضامن بين المتعاقدين فيها، مما يعني أن الاستعمال المتكرر والمستمر للعقود النموذجية لا يكفي للاعتراف بوجود قانون متقدم لعدم توفر صفة المجتمع لممارسيها، تأسيسا على المفهوم الشائع "لا قانون من دون مجتمع"[2].

ثانيا: القواعد الموضوعية قواعد اختيارية

يستند هذا الرأي إلى أنه لا يمكن أن يقوم أساس النظام القانوني إلا بوجود القواعد الآمرة، فالملاحظ أن جميع قواعد المنهج الموضوعي قواعده مكملة، ويمكن

---

[1]- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 154.

[2]- إن التسليم جدلا بوجود قانون حيث لا يوجد مجتمع، لا يوجب الإقرار بأن العقود النموذجية على تنوعها يمكن أن تخلق أعرافا دولية في المجالات التي تتناولها، فضلا عن أن اختلافها وتعدد صيغها تؤدي في الغالب إلى وضع المتعاقدين في مراكز غير متكافئة ينتج عنها الكثير من المشاكل، كما لا يمكن الإقرار بأن تلك العقود قد تكفلت بإرساء تنظيم شامل للعلاقات التجارية الدولية التي ترد عليها، ويكون لها ذلك الصدى في أنحاء العالم، أو يمكن لها تحقيق العدالة إذا ما أخذ في الحسبان أنها تبرم بين أطراف تتعارض مصالحها الاقتصادية، أنظر: **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، مرجع سابق، ص 124.

العودة للقانون الوطني في أية مرحلة[1]، ولا تشكل بالتالي منهجا قانونيا، بل يتم إعمالها في عقود التجارة الدولية بناء على إرادة الأطراف، كما أنه –حسب هذا الرأي دائما– فإن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود التنظيم والمتمثل في الجماعة، أي أن لكل مجموعة نظام قانوني، وجوهر هذا التنظيم هو القواعد الأساسية والآمرة[2].

يذهب جانب من الفقه، إلى التأكيد على أن العقود النموذجية تحاول مواجهة تفاصيل التعاقد وهي تفتقر إلى وجود مبادئ عامة، أو ما يعد أصولا قانونية تحكم جوهر العلاقة التعاقدية، كما أن انتماء أطراف التعاقد في العقود النموذجية إلى دول متباينة في نظمها القانونية يؤدي إلى تباين في معرفة بعض المصطلحات القانونية دون أخرى، أو إلى ظهور اختلافات في فهمها أو تفسيرها[3].

اعترف القضاء بالقواعد الموضوعية عكس الفقه الذي لا يؤيد تطبيقها استقلالا عن قواعد الإسناد، فمن أسباب هذا الرفض انعدام الأمان القانوني في عدالة القواعد الموضوعية، فإذا كانت القواعد الموضوعية تستجيب لحاجات التجارة الدولية بصفة عامة وعدالة أداء الأطراف فإنها عدالة غير متوازنة، لكونها تكون فقط لصالح الطرف القوي اقتصاديا في العلاقة التجارية الدولية، كما أن هذا المنهج يتجاهل تنوع العدالة الإقليمية أو نسبيتها من دولة لأخرى في مختلف النظام القانونية الوضعية، وهذا الاعتراف بنسبة فكرة العدالة يفرضه المجتمع الدولي المنقسم إلى نظم قانونية وطنية متساوية مع بعضها، ومن الناحية الفنية فإن منهج القواعد الموضوعية في القانون الدولي الخاص لا يؤدي إلى انسجام الحلول خصوصا إذا كانت تلك القواعد موضوعية[4].

---

[1]– مثال ذلك: " **أحكام الأهلية، عيوب الإرادة وكذا مدة التقادم والسقوط**" أنظر للمزيد من المعلومات: **محمد حسين منصور**، مرجع سابق، ص 473.

[2]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 165.

[3]– **عبد الرحمن بن صالح القهرة**، مرجع سابق، ص 124.

[4]– **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 06.

الفرع الثاني

نفي صفة النظام القانوني بسبب الافتراضية وعدم تنظيم وتجانس المجتمع الإلكتروني

يعبر أنصار نفي صفة النظام القانوني من جانب حقيقة وجود المجتمع الافتراضي الذي يعبر عنه دائما بمصطلح اللامادية والبعيد عن الوجود المادي، فلا يمكن التصديق بوجود مثل هذا المجتمع وحصره في متعاملين معينين يستخدمون شبكة الإنترنت لإبرام عقودهم، فالإدعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول والتنظيم الرسمي هو في حد ذاته افتراض يصعب تصديقه، فالأصل أن المتعاملين مع الشبكة العنكبوتية ومقدمي خدماتها هم في الأصل أشخاص طبيعيين لهم موطن حقيقي ويقومون بدفع التزامات مالية حقيقية من خلال بنوكهم[1].

يؤسس هذا الاتجاه – فيما يخص القانون الموضوعي الإلكتروني– رأيه بخصوص عدم وجود وحدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، فيعتبر سوق يجمع بين العديد من الأشخاص، فمنهم مهنيين ومستهلكين وتجار مكونين بالصدفة تكون وجهة نظرهم غير متناسقة [2]، وغير منتظمة مع بعضها البعض، ويدخلون في

---

[1]– يعد دور الدولة في مجال سن القوانين التي تعمل على حماية مصالحها الاقتصادية والاجتماعية دائما في ريادية الأعمال التشريعية للدول، وهذا المهام يبقى مستمر حتى في ظل عصر العولمة والتكنولوجية المتسارعة، ومازالت تحتفظ به الدول المبشرة بالعولمة نفسها، والدول مازالت غير مستعدة لانسحابها من تدخلها خلال المنازعات التي يكون رعاياها أطرافا فيها كي يحكمها مثل هذا القانون، أنظر في هذا الموضوع كل من: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 443، وكذا: **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 101.

[2]– وقد عرض الأستاذ ***HOBBES*** لنظرية تنازع القوانين أو تعارض المصالح ***La théorie de la conflictualiser*** داخل المجتمع الشبكي، مؤكدا أن وجود هذا التنازع يكون في أقصى حالاته في الغرض الذي لا يستطيع فيه الأفراد أن يحددوا المصالح الخاصة لكل منهم أو مصالح الجماعة ككل. أنظر في هذا الموضوع: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 202. وانظر كذلك:

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.

بالإضافة إلى استعمالهم لوسائل تكنولوجية وفنية في اتصالاتهم تتركز في الأصل على حدود إقليمية، وبالتالي يمكن أن تخضع العمليات التي تتم عبرها لقوانين تلك المواقع الإقليمية حسبما تحددها قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص.

أولا: تشكيل القواعد الموضوعية في ظل مجتمع غير متكامل[2]:

وجود القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بشكل كامل وفعال ولا ينقصه أي نقد من الانتقادات الموجهة إليه، لا يعني أنه في غير الحاجة أو يستغني عن قواعد القانون الدولي الخاص، هذه الحاجة تفرضها تدخل قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق بين كل من القانون الموضوعي الإلكتروني وغيره من القوانين الداخلية الوطنية أو الدولية[3].

– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...،المرجع السابق، ص 443.

– **IBID, et M Jacquet**, contrat du commerce électronique et conflit de loi, premières journées internationale du droit du commerce électronique, LITEC, Paris, 2002, p. 97.

[1]– **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 148–149. وعن تكوين القانون الموضوعي:

– يسترشد بعض الفقهاء بمثال دولة الصين، فلا يعتقد أنها سوف تشارك وتساهم في وضع قانون موضوعي للانترنت، تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات، كما يعتبر من المستبعد أن تتوافق الدول الكبرى مع الدول النامية أو الفقيرة حول تدابير حماية الملكية الفكرية في مجال الانترنت، راجع في هذا الموضوع: **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 63. انظر أيضا:

– **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الإلكترونية...، مرجع سابق، ص 177.

[2] - La lex mercatoria serait une simple construction idéologique, vague qui pour certains n'existerait pas car il n'y a pas de véritable société des operateurs du commerce international, voir : **Hugues Kenfach**, Op cit, p, 13.

[3]– لا يكفي فقط وجود القانون الموضوعي الإلكتروني بصفة النظام القانوني الحقيقي، لأنه من الصعب حصره والمعاملات التي تتم عن طريقه مستقلا عن القوانين الأخرى، مثل القانون التجاري، المدني والجنائي، ولا

يتمثل جوهر أي نظام قانوني وجود الجماعة والتنظيم، فالحديث عن هذه الصفات يكون فقط في صدد جماعة متماسكة ومتضامنة لا ينقصها التنظيم اللازم من أجل بناء نظام قانوني متكامل، ومن هذا المنطلق يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني لمجموع القواعد المادية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني[1]، كون المجتمع المعني بهذا القانون يعد في حقيقته عبارة عن مجموعات متشتتة[2] من التجار بمصالح مختلفة ومنافسة شرسة بينهم، مما يجعلها ينقصها التنظيم الذي يضفي عليه صفة الوحدة والتماسك[3].

يمكن لهذا القانون منع الشخص من اللجوء إلى المحاكم الوطنية حتى يرفع قضيته لديها وعرضه عليها نزاعه، سواء تم ذلك باتفاق بين الأطراف أم لا، أنظر في هذا الموضوع: **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص ص 101-102.

[1]- **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، .... مرجع سابق، ص 38.

[2]- وجود عادات خاصة بكل طائفة يصعب جمعها في إطار نظام قانوني واحد، أنظر: **حابت آمال**، مرجع سابق، ص 515.

[3]- **أعطى الأستاذ CHRISRIAN HOEDI مثالا** يبيّن لنا بوضوح إلى أي درجة يمكن أن تتعارض مصالح الأطراف في مجال التجارة الالكترونية، وذلك عندما يكون مقدم الخدمة سويديا يقترح أو يقدم خدمة سباق في السويد، وهي خدمة يقدمها من باريس وأحد العملاء مقيم في اسبانيا، والوسطاء سيكون كل منهم في بلده، والشركة المعنية بتحميل هذه الخدمة عبر شبكة الويب في إنجلترا، والعميل الاسباني يمكنه الاتصال بمقدم خدمة الدخول على الشبكة في الولايات المتحدة الأمريكية، فمصمم الخدمة يرغب في تسويقها للعملاء، ويحاول في ذات الوقت تقليل المخاطر القانونية التي قد يتعرض لها، وبالتالي سوف يختار قانونا مناسبا يحقق له الهدف، وفي مقابل ذلك يسعى العملاء إلى الاستفادة من الحماية التي توفرها لهم قواعد حماية المستهلكين في بلادهم، أما الوسطاء فهم غير مسئولين عن محتوى المعلومات التي ينقلونها، وفي النهاية فإن الدولة الاسبانية تسعى إلى تحقيق أفضل حماية لمواطنيها، في حين أن الدولة السويدية تريد أن تحتكم إلى قضائها ونطبق قانونها الوطني كي تحمي البائعين في مجال التجارة الإلكترونية، أشار إليه: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 203.

- أنظر كذلك: **بلاق محمد**، حدود مساهمة ....مرجع سابق، ص 38.

ثانيا: تشكيل القواعد الموضوعية في ظل مجتمع غير متجانس

يؤكد أنصار هذا الرأي كذلك، على أن عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار ورجال الأعمال والمهنيين داخل المجتمع التجاري الدولي والتوسع الحاصل في ميدان التجارة الدولية، قد أسفر عن وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر بها عن مصالحها المتعارضة، مما يصعب الحكم بتوفر هذه القواعد على فكرة التنظيم الموحد اللازم لقيام النظام القانوني، ومثل هذا النقص يعترف به أنصار القانون التجاري أنفسهم ويعترفون أن قواعد هذا القانون وإن كانت تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح إلا أن هذا لا يمنع من اعتبار هذا القانون تشكل في الحقيقة مع أجهزة الجماعة[1].

الفرع الثالث

نفي صفة النظام القانوني بسبب تخلف الركنين المعياري والمؤسسي للقواعد الموضوعية

يتميز هذا الاتجاه المناهض لنظرية القواعد المادية عبر الدولية، بكونه لا يعترف لهذه القواعد بالطبيعة الوضعية وبالتالي بالاستقلال عن الأنظمة القانونية الداخلية، حيث تتمحور معظم حجج هذا الاتجاه حول نفي وجود نظام قانوني عبر دولي بمفهوم النظام القانوني في نظرية الوضعية الاجتماعية[2]، والدليل على ذلك هو تخلف الركن المعياري (**أولا**)، وكذا تخلف الركن المؤسسي (**ثانيا**).

---

[1]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة .....مرجع سابق، ص 38.

– عدم الانسجام لهذا المجتمع لا يقتصر فقط على تعارض مصالح أشخاصه فقط، بل حتى الدول غير متعاونة فيما بينها في هذا الشأن، فمن المستبعد جدا تعاون الدول المتقدمة مع الدول النامية حول تدابير الحماية خاصة العقود المبرمة بالطرق الالكترونية والإنترنت خصيصا، وبالتالي هذا المجتمع يتكون من جماعة لا يسودها الانسجام الذي يولد قواعد سلوك ملزمة، تحدث عن هذا الموضوع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 443.

[2]– **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 212.

أولا: عدم تمتع القواعد الموضوعية بخصائص القاعدة القانونية لتخلف الركن المعياري

يركز أنصار الرأي المناهض لفكرة النظام القانوني الإلكتروني عبر الدولي، على فكرة أن القواعد المادية المشكلة له وجدت لواقعة بذاتها، ولأشخاص معينين، فهي قواعد طائفية أو مهنية، فعدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار، والمهنيين والفنيين داخل جماعة شبكة الإنترنت، قد ساعد في إيجاد عادات وحلول خاصة بكل طائفة، وبالتالي لا تعبر إلا عن مصالح من وضعوها[1].

يشير بعض مناهضي نظرية القواعد عبر الدولية، إلى أن فرض وجود قواعد عبر دولية تتمتع بصفتي التجريد والعمومية، لا يعني أن تلك القواعد تتمتع بالجزاء المادي الذي يجعل منها قاعدة قانونية، ففي هذا الشأن يقول الدكتور: أحمد عبد الكريم سلامة أن: " أي نظام قانوني لا تقوم له قائمة، ما لم تقترن قواعده بجزاء يكفل احترامها وبقائها، ولا مراء في أن النظام القانوني للدولة يميزه وجود ذلك الجزاء الذي تتكفل السلطة العامة بتوقيعه عند الاقتضاء، وهنا يلاحظ أن القواعد الموضوعية للتجارة الدولية تفتقد هذا الجزاء"[2].

تمسك هذا الرأي بفكرة أنه من الخصائص الأصيلة في القاعدة القانونية اتصافها بالتجريد، حيث أن خطاب القاعدة القانونية لا يتوجه إلى شخص بعينه أو واقعة بذاتها وإنما العبرة فيه تكون بعموم الصفة وبتحقق الشروط، بحيث تنطبق على كل واقعة تتحقق بشأنها الشروط المتطلبة، وعلى كل شخص اجتمعت له الصفات المستلزمة.

---

[1]– كما يؤخذ على القواعد المادية الإلكترونية عبر الدولية، أنها مازالت في بداية تكوينها، وبالتالي لا يمكن القول أنها تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، لأنه لن يحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي مختلف المسائل، التي قد تثور في شأن التعامل عبر الشبكة، كما يؤخذ عليها طابعها المكمل، إذ يلزم لتطبيقها اتفاق الأطراف، أنظر: **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص ص 140–141، أنظر كذلك في نفس الموضوع: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 216، وكذلك: **دريدر ملكي**، مرجع سابق، ص 103.

[2]– نقلا عن: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 218.

كما أن تجريد القاعدة القانونية ينصرف إلى كلا من عنصريها الفرض والحكم، كما يعبر البعض أيضا أن تلك القواعد بهذه الصورة تهدف لتقزيم دور الدولة في بناء اقتصادها، وتعرية التجار الوطنيين أمام منافسيهم الذين لا يستندون فحسب إلى قانون هم مبدعوه وفارضوه، بل إلى مركز اقتصادي يقلب التوازن المالي للعلاقة التعاقدية قبل أن يتم إبرام العقد[1].

يؤكد من جانبه الفقيه(KASSIS)على أنه لا يكفي التمسك بوجود جزاءات مهنية تتضمن تطبيق القواعد عبر الدولية، فوفقا له تلك الجزاءات قاصرة على القواعد الآمرة، فهي لا تمتد إلى القواعد المكملة، وأن القواعد عبر الدولية لا تتخذ صورة القواعد الآمرة إلا بعد ترسيمها في حكم المحكم، كما أن الجزاءات الخاصة للقواعد عبر الدولية لا تتضمن استقلال تلك القواعد، حيث أن التنفيذ الجبري لحكم التحكيم يتطلب اللجوء دائما الى النظام القانوني الداخلي، وبالتالي يختم هذا الاتجاه إلى أن شرط تمتع القواعد عبر الدولية بالطبيعة الملزمة هو اندماجها في الأنظمة القانونية الداخلية، فبذلك ستتمتع القواعد عبر الدولية بالجزاء المادي مثلها مثل القواعد القانونية الداخلية[2].

ثانيا: عدم تمتع القواعد الموضوعية بخصائص القاعدة القانونية لتخلف الركن المؤسسي

يتصدى الأنصار المناهضين لفكرة استيفاء النظام القانوني الإلكتروني، بتخلف وجود المجتمع الذي يمكن أن تنتمي إليه القواعد المادية، وحتى في الفرض الذي يوجد فيه تجمع ما للأشخاص، فإن ذلك التجمع يتصف بعدم الانسجام، وعدم الانتظام، وهو

---

[1]– يظهر من كل هذا أن القواعد عبر الدولية لا يتم خلقها بشكل مجرد، وهو ما يؤكده أيضا نقد السياسة التشريعية للقواعد عبر الدولية، واتهامها بأنها تراعي مصلحة الشركات عبر الدولية وتستهدف تحييد دور القانون الوطني كأداة توجيه للاقتصاد القومي، خاصة في الدول النامية، أنظر: **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 217.

[2]– **نادر محمد ابراهيم**، المرجع نفسه، ص ص 218– 219.

ما يؤكده الواقع العملي عبر الشبكة، فذلك التجمع هو في الغالب تنظيم ذاتي للطوائف، مما يعني تعدد الطوائف واختلافها، بشكل يمكن أن يوحي إلى التقابل والتعارض بين مصالح الطوائف[1].

يشير كذلك معظم منتقدي نظرية القواعد عبر الدولية إلى أن المجتمع عبر الدولي مجتمع غير منسجم، ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة، منها اتساع مجال الأعمال عبر الدولية، بالتالي تتعدد المنظمات المهنية والمعنية بتلك الأعمال، فهذا التعدد الذي يؤدي حتما إلى قدر من التعارض في المصالح[2].

المطلب الثاني

انعدام الإلزام وامتيازها بالنقص من أسباب نفي صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية

يعد المجتمع الافتراضي في الحقيقة غير مستقل عن الدول وعن المجتمع الحقيقي، لأن العقود التي تبرم عبر الشبكات الإلكترونية تتم عن طريق مستخدمين في الواقع أشخاص حقيقيون لهم موطن ومقر حقيقي، ويقومون بدفع التزامات مالية من خلال حسابات حقيقية لدى بنوك لها مواقع مكانية معروفة، كما أن الوسائل الفنية للاتصالات تتمركز في إقليم دولة وفي أماكن جغرافية محددة، وبالتالي يمكن أن تخضع العمليات التي تتم عبر الشبكات الرقمية لقوانين تلك الأماكن والأقاليم، أي لقوانين حقيقية ملموسة وليست افتراضية، وذلك حسب ما تحدده قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص[3].

تتميز هذه القواعد بالطبيعة الاختيارية، مما يعطي للأفراد الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الأخر، أي الاختيار يكون وفقا لما يتفق مع مصالح

---

[1]- **بن غرايبي سمية**، مرجع سابق، ص 141.

[2]- **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 224.

[3]- **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 204.

الأطراف المشتركة، كأن يتم الاتفاق بين الأطراف على الأخذ بالقواعد الفنية التي تنظم عملية تبادل الرسائل دون غيرها من القواعد التي تختص بتنظيم الجوانب الموضوعية المتعلقة بالتزامات كل طرف، تهربا من مسائل تفرض على الأطراف وتلزم إتباعها[1]، كما يعتبرها البعض أنها مجرد شروط تعاقدية وليست قواعد قانونية باعتبار أنها لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية، فهي تستمد سلطانها من اندماجها في العقد[2].

يتأكد أيضا نفي صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الإلكتروني، نظرا لعدم توفر الإلزام في قواعده **(فرع أول)** بالإضافة إلى نقص وقصور القواعد المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني **(فرع ثان)**، لنعرج في الأخير لبعض الحلول القائمة لتشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول

عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي

سنّت قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني على أساس اتفاق اختياري بين المتعاملين في هذا المجال، أي كانت تلقائية تتكون من سلوك الأشخاص الاعتيادية ومشكلة من قواعد عرفية وعادات اختيارية، ولا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم

---

[1]– **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، مرجع سابق، ص 136–137.

– في هذه النقطة يظهر التناقض الذي يميز هذه القواعد، بين الطبيعة الاختيارية وبين ما تتضمنه من نصوص ملزمة ليطرح السؤال حول مدى قدرة القاضي في تطبيق هذه القواعد الاختيارية، وما حجيتها في الإثبات وقدرتها في حل النزاعات.

– الإشكال المترتب عن تطبيق القانون الموضوعي هو عدم خضوعه للرسمية في تنظيمه، فهو قانون ينشأ خارج الجهات الرسمية المكلف بتشريع القوانين، مما يجعله قانون نموذجي لا يرقى لدرجة النظام القانوني.أنظر: **فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، المرجع نفسه، ص 136–137.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 64.

التجارة الإلكترونية أن يقوم الأطراف بفرض الجزاء على الآخر[1]، فتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في ظل تزايد المنافسة الحادة بين الشركات التجارية التي تستخدم الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الذاتية[2].

تبقى فكرة استبعاد القانون الداخلي في تنظيم إشكالات 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 فيما بينهم، فمنهم من يفضل المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، بل من 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].

تعتبر مسألة قيام أي نظام قانوني مرتبطة باقتران قواعده بجزاء يجبر الأفراد على احترامها، على غرار ما هو معمول به في الأنظمة القانونية الوضعية في مختلف الدول، هذا بالرغم من أن هناك اتجاه فقهي يؤكد على هذا الجزاء واعتبره جزاء من نوع

---

[1]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 64. وانظر كذلك على:

- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 151.

[2]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 64-65. و كذلك: - **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني...، مرجع سابق، ص 445.

[3]- **عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، مرجع سابق، ص 151.

- إذا كانت صياغة هذه العقود تتم بنماذج تفصيلية مطبوعة من طرف شركات متخصصة، لتعبر فيها عن شروط وأحكام العقد لمواجهة كل ما قد يحتمل من منازعات، إلا أن الواقع العملي يكشف عن وجود نقص في أغلب الأحيان مما يستوجب تطبيق القواعد العامة، نظرا لأهمية تطبيق هذه القواعد، عن: **عادل حسن علي**، مرجع سابق، ص 09.

[4]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 65.

- **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...، مرجع سابق، ص 158.

خاص يتعذر معه التنفيذ دون مساعدة من طرف السلطة العامة للدولة، مما سيفقد النظام القانوني صفته هذه لمجرد عجزه عن فرض الجزاء الذي يكفل احترام قواعده[1].

يدفعنا البحث في مسألة مدى الاعتراف بالقوة الإلزامية للقواعد الموضوعية المنظمة لمعاملات التجارة الإلكترونية الرجوع إلى مصادر هذا القانون، فالدول تجتمع أحيانا من أجل استحداث قوانين جديدة تغذي بها أحكام قوانينها الداخلية لتكون ملزمة للدولة والقاضي والفرد، إذ يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية، وحل الكثير من الإشكالات التي ظهرت في النواحي العملية وهذا من خلال إبرام الاتفاقيات الدولية (**أولا**).

تعتمد القواعد الموضوعية في مصدرها على ما تم الاتفاق عليه كنموذج سير مختلف المعاملات المبرمة بين الأطراف المتعاقدة في مجال معين، وكذا استعانة بالقوانين التي تصدرها منظمات مهتمة بموضوع التجارة الدولية، وهو ما سبقت إليه لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في وضع قواعد ذا طبيعة موضوعية وذاتية خاصا بالعمليات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية.

تناولت كافة الجوانب القانونية لتلك المعاملات بدءا من تحديد المصطلحات، وضع شروط وضوابط الاستخدام وانتهاء بنموذج للتطبيقات، وهذا لتكون مرشدا للدول عند إصدار قوانينها أو إعادة النظر في تشريعاتها بغية تذليل العقبات القانونية الداخلية التي تحول دون استعمال وسائل الاتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية.

تتضمن كذلك على مبادئ توجيهية للمتعاملين عند إبرام اتفاقاتهم التعاقدية، وجاء هذا من أجل إزالة الصعوبات القانونية التي تعترض المعاملات الإلكترونية، من خلال إصدارها لقوانين نموذجية (**ثانيا**)، بالإضافة إلى مختلف التصرفات القانونية التي تبرم بين الموردين والمستخدمين سواء كانوا مهنيين أو مستهلكين، على غرار ما

---

[1]– **بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 37.

لجأت إليه غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية، وكذا ما أعدته الاتحادات الأوربية بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، كل هذا كان على شكل عقود نموذجية (**ثالثا**).

أولا: عدم توافر الإلزام بالنظر للاتفاقيات الدولية

يكمن أساس التزام الدول بالاتفاقيات الدولية التي وقّعت عليها في ثلاثة مبادئ رئيسية ورد النص عليها في اتفاقيتي فيينا لقانون المعاهدات 1969 و1986 وتتمثل في: مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، مبدأ "حسن النية" ومبدأ "سمو الاتفاقيات الدولية على الالتزامات النابعة من القوانين الوطنية"[(1)].

أساس التزام القاضي الوطني تطبيق القواعد التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية بمختلف مواضيعها والمسائل التي تمت من أجلها، والتي دخلت حيز التنفيذ في دولته، وكذا توافرها على الشروط الشكلية والموضوعية لسريانها على العقد الدولي محل العلاقة القانونية أو التصرف القانوني بين الأطراف، هو أن تلك القواعد تعد جزءا من النظام القانوني للدولة التي يتبعها القاضي ومن ثم يلتزم بتطبيقها.

يجوز –على الرغم من كل ما تم ذكره– للقاضي مخالفة أحكام الاتفاقيات الدولية وفي المقابل يعمل على تطبيق القانون محل اختيار المتعاقدين وذلك على أساس مبدأ

---

[1]– نصت المادة 26 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969 على أن: "كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية" وهذا النص نقل عن اتفاقية فيينا لعام 1968 دون تعديل، كما نصت المادة 27 من اتفاقية فيينا لعام 1969 على أنه: " لا يجوز لطرف في معاهدة أن يتمسك بقانون الدولة كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة"، وأضافت المادة 27 من اتفاقية فيينا لعام 1986 أنه: "لا يجوز لمنظمة دولية طرف في معاهدة أن تتمسك بقواعد المنظمة لتبرير عدم تنفيذها للمعاهدة"، أنظر الاتفاقية المعتمدة من قبل المؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/مارس إلى 24 آيار/مايو 1968 وخلال الفترة من 9 نيسان/ابريل إلى 22 آيار/مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22 أيار/مايو 1969 وعرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير1980، كما أشار إليها: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 242.

سلطان الإرادة، وهذا بالرغم من أن التصرف القانوني بين الطرفين كان محلا للتنظيم المباشر بمقتضى نصوص الاتفاقية، فيما لو كانت هذه النصوص لها طابع مكمل يسمح للمتعاقدين بمخالفتها، هذا الاستبعاد يحدث عادة بشكل غير مباشر تنزل بمقتضاه أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية التي تملك مخالفة القواعد المكملة في الاتفاقيات الدولية[1].

يختلف – من جانب آخر– الأثر الذي ترتبه الاتفاقيات الدولية على القوانين الوطنية في الدول الموقعة لها، وبصفة عامة فإن النظم القانونية التابعة للفكر القانوني الأنجلوساكسوني لا تعتبر نصوص الاتفاقيات الدولية الموقعة من الدول قانونا صالح للتطبيق الفوري، وإنما تستلزم صدور قانون أو لائحة لتفعيله، في حين أن النظم القانونية المبنية على الفكر اللاتيني تميل في الأغلب إلى اعتبار نصوص الاتفاقية نصوصا قانونية ملزمة بمجرد إتمام الإجراءات الدستورية اللازمة للتصديق عليها[2].

تصطدم القواعد الموضوعية الدولية، أحيانا، بقواعد النظام العام التي تحد من مبدأ سلطان الإرادة، بل أن القضاء يرفض تطبيق أي حكم أجنبي أو من أحكام التحكيم طالما كان منافيا للنظام العام، والأمر نفسه إذا كان الاختيار الإرادي للدول محل الاتفاقية كان مبنيا على نية سيئة بغية التهرب من قانون بذاته بما يشكل إساءة لاستعمال الحق أو الغش نحو القانون.

---

[1]– تبقى القواعد المادية الموضوعية مجرد قواعد سلوك محددة وتلقائية في نشأتها وفي مضمونها، وفي تطبيقاتها لا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعد شرطا أساسيا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، بالإضافة إلى عدم تضمنها للجزاء الذي يكفل احترامها باعتبارها قواعد مصدرها الإرادة الذاتية للمتعاملين، ويعتمد تطبيقها على إرادتهم، أنظر في هذا الموضوع، **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 444.

[2]– **إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي**، الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية عبر الدول، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2005–2006، ص 534.

غير أن الواقع، نطاق الاتفاقيات التي تنشغل بتوحيد القواعد المادية الدولية ينصب على مجالات القانون الخاص والتي يلعب فيها النظام العام دورا غير كافيا، والأمر يزداد حدة فيما يتعلق بالقواعد المادية التي تنشغل بمعاملات التجارة الدولية ومنها معاملات التجارة الإلكترونية، بحيث ينسحب النظام العام من الميدان ويتركه للعاملين بأموره ينظمون تعاملاتهم بحسب ما علمتهم خبراتهم[1]، تبقى الاتفاقيات الدولية غير متمتعة بالإلزام إلا بعد إدماجها في النظام القانوني الداخلي، فبدون ذلك تبقى مجرد وقائع[2].

ثانيا: عدم توافر الإلزام بالنظر للقوانين النموذجية

اختلف الفقه حول مدى توافر القوة الإلزامية فيها، فأحد الاتجاهات يرى بأن القوانين النموذجية لا تتمتع بأي قوة إلزامية، فهي مجرد قواعد استدلالية وإرشادية تقتصر مهمتها على تحقيق التناسق بين القوانين الوطنية بشأن مسالة معينة دون أن تكون هناك إجراءات تمنحها صفة الإلزام، أي العمل فقط على تقارب الآراء بين القوانين الوطنية والمسائل العملية اليومية للمتعاملين، وهذا دون فرض جزاءات على من يخالفها، أما الاتجاه الآخر من للفقه يرى في الصفة القانونية لتلك القوانين النموذجية أنها قوانين تعد شكلا من أشكال التقنين العرفي أين يمكن للقاضي الوطني الاستناد إليها كمصدر من مصادر القاعدة القانونية[3].

---

[1]– بالإضافة إلى القواعد الآمرة، كما يعرف أن القواعد القانونية في أي نظام قانوني تتنوع بين قواعد آمرة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، وقواعد مكملة واختيارية يجوز الاتفاق على مخالفتها، فمسألة القواعد الآمرة فإن معظم النظم القانونية تندرج القواعد المنظمة للعقود وسيما العقود التجارية تحت قسم القواعد المكملة، لذا فعدد قليل من القواعد الآمرة في الأنظمة القانونية المختلفة هي التي يمكن أن تصطدم بمبدأ سلطان الإرادة سيما فيما يتعلق بمسائل التجارة الدولية، أنظر لمزيد من التفاصيل: **إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي**، مرجع سابق، ص 539.

[2]– **بن غرابي سمية**، مرجع سابق، ص 139.

[3]– يرى البعض العارفين في مجال التجارة الدولية أن القوانين النموذجية تتصف بأنها محددة وتحكم جميع الجوانب العقدية بين الأطراف، حيث تتضمن قواعد جزئية يترتب على مخالفتها حرمان الشخص من التعامل من

تضع جميع المحاور المتفق عليها في صورة القوانين النموذجية هيئة دولية تشترك فيها أغلب دول العالم، وتعتمد في ذلك على الممارسات المهنية بغية تشجيع ودفع المشرعين الوطنيين على تبني هذه النماذج، أي الاعتماد أكثر على تصرفات المتعاملين الاقتصاديين في الجانب العملي التطبيقي، وهذا من أجل تحقيق نوع من الانسجام بين النظم القانونية في شأن المسألة المثارة، فيمكن أن يؤدي ذلك إلى خلق عرف دولي يطبق في حالة عدم وجود نص في القانون الوطني.

يعتمد على هذا المنحى دون الاحتجاج على ذلك بأن العرف يتطلب وجود عادة قديمة، مستقرة وثابتة[1]، وبصفة خاصة بعد ظهور نظرية العرف الفوري أو السريع، فالتطور السريع الذي تشهده المعاملات عبر شبكة الاتصالات قد أدى إلى اختلاف طريقة تكوين العرف، فقد أصبح تكوين القاعدة القانونية سابقا على تطبيقها، فالحاجة العملية التي تشهدها حركة التجارة الإلكترونية عبر شاشات الحواسيب الآلية، لاسيما

خلال شبكة الإنترنت، أو على الأقل في المواقع المرتبطة بموضوع المخالفة، خاصة إذا كان القانون صادر بين مجموعة من الاتحادات فيمنع الشخص من التعامل في مجال وجود التصرفات القانونية لهذه الاتحادات، أشار إليه: **نبيل زيد مقابلة**، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 94، بالإضافة إلى دراسة معمقة حول حقيقة اعتبار القواعد المادية غير ملزمة بالتطرق إلى مصادرها من بينها القوانين النموذجية لدى: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 242، وانظر: **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 116.

[1]– إن القواعد والأعراف الخاصة بتنظيم قواعد التجارة الدولية، تتميز بطابع تعاقدي فني، وليس لها صلة بالطابع القانوني إلا في حدود ضيقة جدا، وهذا بسبب عدم تمييزها بطابعي العمومية والتجريد اللذين يميزان القاعدة القانونية، كما أنها تختلف من عقد لأخر وفقا للظروف الخاصة التي يتميز بها كل عقد، وتؤدي أحيانا إلى اختلاف هذه القواعد والأعراف داخل المهنة الواحدة، كما أنها قد تكونت خارج حدود المجتمع الداخلي لدولة معينة، ما يجعلها مختلفة ومتعارضة مع قانون الدولة، إلى جانب عدم اقتران هذه القواعد بالجزاء الذي يميز القاعدة القانونية، تطرق لهذا الموضوع بالتفصيل: **إمحمد محمد إمحمد معلول**، القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2014، ص 170.

في ظل عدم وجود قواعد خاصة تراعي طبيعة تلك المعاملات تعطي لتلك القوانين قوة حقيقية في هذا المجال[1].

تأكد من خلال التطبيقات التي مارسها المحكمون في المنازعات الدولية أن العادات والأعراف التجارية لا تعدو أن تكون مجرد عادات اتفاقية ذات أصل تعاقدي، فهي لا تلزم المتعاقدين على هذا النحو إلا بوصفها شروطا تعاقدية تضمنها العقد، وهذا ما ينفي عنها صفة العموم والتجريد التي تتمتع بها قواعد القانون، وما يؤكد هذه الفكرة هو ما ذهب إليه البعض من أن تكرار الأخذ بهذه الشروط التعاقدية لا يؤدي إلى منحها صفة العموم التي تتمتع بها القواعد العرفية، نظرا لاختلاف الصيغ المستخدمة في هذا الشأن بحسب نوع العقد الذي أدرجت فيه، على نحو قد يصعب معه القول بتحول هذه الشروط إلى قواعد عامة، بل وحتى لو تم الاستقرار في العمل على الأخذ بشرط موحد فإن تكرار العمل بمقتضاه قد لا يرقى به مع ذلك إلى مصاف قواعد القانون التجاري الدولي[2].

تعد عادات التجارة الدولية والتي تشكل بمحتواها القوانين النموذجية للتجارة الدولية قواعد ودية بمعنى خلوها من طابع الإلزام في التطبيق بالنسبة للأطراف، على اعتبار أنها لا تطبق إلى في الحالة التي لا يقوم فيها الأطراف باختيار قانون آخر لحكم موضوع المعاملة أو النزاع[3]، بمفهوم آخر يعني أن عادات التجارة الدولية ليس لها

---

[1]– وإذا كان من الصحيح أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية يتوجه بالخطاب إلى الدول المعنية بتنظيم المعاملات عبر الشبكات الالكترونية، فإن هذا لا يحول دون التطبيق المباشر لهذا القانون النموذجي على العقد سواء باتفاق الأطراف أو بواسطة المحكمين، أنظر: **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 244.

[2]– **محمد بلاق**، حدود مساهمة ....، مرجع سابق، ص 139.

[3]– وهي النتيجة التي وقف عندها Goldman بعدما حاول إيجاد تفرقة بين عادات التجارة الدولية وبين العرف، فقرر أن القواعد العرفية تشكل قواعد قانونية بمعنى الكلمة أما بالنسبة لعادات التجارة الدولية فإنها عبارة عن الممارسات العامة في قطاع اقتصادي معين، راجع نظرية Goldman، عند: **محمد بلاق**، حدود مساهمة ....، المرجع نفسه، ص 140.

طابع الإلزام، كونها قواعد اختيارية ولا تنطبق إلى إذا لم يوجد اتفاق بين الأطراف على خلافها، وبالتالي لن يكون باستطاعة المحكم أن يطبقها في الفرض الذي يختار فيه الأطراف قانون دولة معينة بزعم وجود إحدى عادات التجارة الدولية التي تقرر حكما مخالفا.

تنطبق على تقنيات السلوك نفس الخصائص على غرار القوانين النموذجية، فتعتبر ليست لها قوة خلق القاعدة القانونية أو إنشائها، وينتهي أنصار عدم إلزاميتها إلى أن تلك التقنيات لا تتمتع بالقوة الملزمة ولا يترتب على مخالفتها جزاء محدد، وهو ما يجردها من صفة القانون، فهذه الصفة تجعل من القاضي الحكم باستبعادها في حالة حدوث نزاع[1].

ثالثا: عدم توافر الإلزام بالنظر للعقود النموذجية

تتوافر في العقود بمختلف أشكالها – سواء فردية أو جماعية أو تلك الصادرة عن اتحادات نوعية معينة في مجال تقديم خدمات معينة أو سلع محددة – على الشروط الفنية والتقنية، فتعتبر من بين المصادر المهمة في إرساء القواعد الموضوعية التي ينشأ عنها في المستقبل القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي، والمقصود بمثل هذه العقود هي التي تبرم في إطار تقديم خدمات عبر شبكة الإنترنت على أنواعها المختلفة.

---

[1]– في الحقيقة أنه هناك اختلاف في مدى إلزامية تقنيات السلوك، فهذا الاختلاف حول مدى توافر الإلزام لتقنيات السلوك عبر الشبكة الدولية، تستوجب الاعتراف بوجود نطاق قانوني لتلك التقنيات في مجال التجارة الإلكترونية، وأن تلك التقنيات يمكن أن تسمح بتكوين ثابت مهني، أو حد أدنى متفق عليه مهنيا، ملزم للتجار ولرجال الأعمال في معاملاتهم عبر الشبكة الدولية، وقد يؤدي هذا النظر ما قرره البعض من أن تقنيات السلوك التي توافق عليها الدول، أو تشارك في إعدادها يلزم الاعتراف ولو ضمنيا بأهميتها وحجيتها، أنظر في هذا الموضوع: **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص ص 117–118.

يبيّن الواقع التعاقدي أن أكثر من 30 بالمائة من الشروط النموذجية التي يحررها البائع أو مقدم الخدمة تستبعد المسؤولية، دون تفرقة بين أنواع تلك المسؤولية التي تتسبب في الضرر، وحتى تلك التي تنجم عن استخدام المنتج نفسه، هذا الواقع هو الذي يؤكد نقص في معالجة هذه الشروط، ومن ثم يصعب القول بأن العقود النموذجية تشكل أساسا كافيا لوجود عادات خاصة بالتجارة الالكترونية[1].

منح كل هذا الاعتبار لهذه العقود لم يأت من العدم، فالتأمل في العقود التي تبرم يجد أنها تحدد واجبات وحقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، من توفير الوسائل الفنية والتقنية اللازمة لتنقية المواد المحملة على الشبكة، وبيان البرامج التي يمكن للمستخدم النهائي توفيرها حتى يحصل على أجود المعلومات، وإنشاء برامج لتصنيف الخدمات المقدمة والالتزامات المترتبة على كلا الطرفين من حماية للملكية الفكرية وحماية الخصوصية، وتقديم المعلومات والعمل على تحديثها وتطويرها، وغيرها من الالتزامات الفنية والتقنية والقانونية التي تتعرض لكافة المساءل تقريبا، وبذلك بالإمكان الرجوع إلى هذه العقود لتكون أحد مصادر القانون الموضوعي الالكتروني[2].

يصفها جانب من الفقه على أنها مجرد صيغ قانونية لا تتمتع بأي قوة إلزامية، إلا إذا اختارها الأطراف المتعاملون صراحة أو ضمنا، ويعد الاتفاق هنا مصدر الإلزام، ويؤيد هذا الرأي ما قرره البعض بأن العقود النموذجية الصادرة عن المؤسسات الدولية هي في حقيقتها شروط عامة، لكنها تمثل خطوة نحو الاعتراف بوجود عادات تحكم حركة التبادل في الوسط الذي تظهر فيه، بشرط أن يكون النموذج مستخدما بكثرة[3].

فسّر جانب آخر من الفقه هذا الرفض للقوة الإلزامية للعقود النموذجية، على أساس صعوبة تحديد النطاق الخاص بهذه العقود، والقوة النسبية التي تتمتع بها، فالعقود النموذجية تعد أدوات قد يستخدمها أعضاء مهنة معينة، ومن ثم تهيمن على

---

[1]– **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 112.

[2]– **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 94.

[3]– **مولاي حفيظ علوي قاديري**، المرجع نفسه، ص 118.

اتفاقاتهم في مجموعها، وقد لا يتم استخدامها، وفي هذه الحالة يكون لها دور مكمل للاتفاق الأصلي المبرم بين الأطراف والمستقل عنها، وهذا انعكس كذلك على تقنيات السلوك التي تضع بدورها نماذج يجب احترامها في جميع الحالات[1].

الفرع الثاني

نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي للتجارة الالكترونية

يظهر هذا خاصة في حداثة القانون، باعتبار أنه قانون مازال في بداياته الأولى وهو في طور التكوين، لأن أي قانون يصعب شموله على جميع القواعد القانونية[2]، وبمفهوم آخر فالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يحتاج قبل إصداره دراسة أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد واثبات المحررات الإلكترونية، بالإضافة إلى حماية حقوق وحريات الأطراف وفقا لما يسمى بالقواعد القانونية القائمة.

يتجه هذا القانون في بادئ الأمر إلى الكشف عن الصعوبات التي سوف يواجهها التبادل الإلكتروني للمعلومات في الأوساط التجارية على الصعيد القانوني، كما تحتاج الشبكة إلى تأمينها من محاولات اختراقها وتخريب مقوماتها أو اتخاذها كوسيلة لسلب الحقوق المكتسبة للأطراف والاعتداء على الحريات[3]، وهي المقومات

---

[1]– **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 118.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 65. أنظر كذلك:

– **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 445.

[3]– **عبد الفتاح بيومي حجازي**، مرجع سابق، ص 07. وبالنسبة للقانون النموذجي العربي:

– ونصت المادة الخامسة عشر (15) من القانون العربي النموذجي في شأن مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت على أنه: " ***يحمي القانون ممارسة التجارة والمعاملات التجارية المشروعة التي تتم عبر أي وسيط إلكتروني بين المتعاملين، وذلك وفقا للأنظمة الداخلية لكل دولة***".

التي من المفروض إدخالها في التنظيم القانوني للقانون الموضوعي لبث الثقة فيها وتؤكد نفاذها عند اللزوم[1].

يتعين على القانون الموضوعي تغطية الفراغ الذي يثيره التعامل على الشبكة الدولية للمعلومات، وذلك بالرجوع إلى النظم الوضعية في الدول المختلفة، خاصة بالنسبة إلى المخاطر التي تظهر في معاملة الطرف الضعيف، ففي أغلب الأحيان تفرض قواعد قانونية من الطرف الأقوى اقتصاديا لتفادي استبعاد القاضي أو المحكم لهذا القانون وبالتالي الاعتماد على قناعته الشخصية[2].

أولا: امتياز القواعد الموضوعية بالنقص (عدم الشمولية)

يعرف – من جانب آخر – على منهج القواعد الموضوعية على أنه لا يحتوي على قواعد كافية تغطي كافة المسائل التي تثور في إطار العلاقات الخاصة الدولية لدرجة أن يستغني عن كل إحالة إلى قانون وطني، حيث أنه إذا كان هذا المنهج يشتمل على قواعد مرتبطة بتفسير وإبرام العقود التجارية الدولية، فإنه يخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية مثل الأهلية وعيوب الرضا والتقادم، فقواعد التجارة الدولية هي قواعد مهنية لا تنظم بالضرورة كل

---

[1]– **أحمد شرف الدين**، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها...، مرجع سابق، ص 155.

– **محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 112.

[2]– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 66.

– ويبدو من الأهمية التدخل لحماية المستهلك وهو الطرف الضعيف في العقد الإلكتروني، وذلك في مواجهة استغلال المنتجين الكبار، نظرا لتنوع السلع والخدمات وصورها المعقدة، مثل استخدام أساليب الدعاية المغالى فيها والترويج، وطرق الإبهار والإغراء المقدمة عبر وسائل الاتصال الحديثة ووسائل الإعلام أنظر في هذا الموضوع: **عادل حسن علي**، مرجع سابق، ص 15.

المشكلات التي تثور في عقود التجارة، فهي لا تشكل مجموعا قانونيا كاملا شأنها شأن العقد الفردي الذي لا يمكن أن يحيط بكل تفاصيل الحياة التعاقدية[1].

وقف أنصار الاتجاه المنادي بعدم اكتمال القواعد الموضوعية، أي الاعتراف بصفة النظام القانوني غير الكامل، وفي هذا المعنى ذهب الأستاذ فوشار **FOUCHARD** إلى أنه:" لا يمكن القول بأن القانون التجاري الدولي يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح، أي مجموعة القواعد المترابطة الكاملة والمستقلة، والتي تعطي كل جوانب النشاط الذي يريد أن يحكمه مشتملا على قواعد خاصة بالتفسير وذات طبيعة تكمل ثغراته الحتمية التي لا يمكن تلافيها"[2].

يظهر هذا النقص جليا في إفلات بعض قضايا التجارة الإلكترونية من نطاق التوجيهات الأوربية، فعلى الرغم من أن التوجيه الأوربي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية[3] قد اعترف بتلك التوقيعات، إلا أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من التوجيه قد حددت نطاق تطبيق أحكامه، مبينة بعدم تغطيته للشروط الشكلية اللازمة لإبرام أو صحة العقود، ومع ذلك فن التوجيه لا يمنع الدول الأعضاء من استخدام

---

[1]– دون التقليل من أهميته أو إنكار دوره تمام يبقى القانون التجاري الدولي يمثل نظاما قانونيا من نوع خاص، فهو يعتمد في عماله وجوهره وفعاليته على التصور القانوني الوطني، وهذا ما يحمل المحكم إلى إعمال منهج قاعدة الإسناد وإسناد الرابطة القانونية إلى قانون داخلي لدولة ما لسد النقص في قواعد القانون التجاري الدولي، فأساس الرجوع إلى الأنظمة القانونية الوطنية هو أن العلاقات التي تنظمها القواعد الموضوعية لا يمكن أن تنشأ في الهواء بعيدا عن سيادة الدول فلا وجود لعلاقة قانونية طليقة من رقابة الدولة إلى جزئيا، أنظر، **محمد طارق**، مرجع سابق، ص 06.

[2]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 166.

[3]– Directive 1999/93/CE du parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

التوقيعات الإلكترونية في القطاع العام للمتطلبات الإضافية الممكنة الحدوث، كما في حالة الإقرارات الضريبية، التأمينات الاجتماعية والإعلانات الحكومية[1].

تظل الحاجة إلى القوانين الداخلية قائمة في ظل نقص القواعد الموضوعية في تغطيتها لكامل متطلبات العلاقة القانونية في مجال التجارة الإلكترونية، كالقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت، وعلى التراضي والتقادم ومقدار التعويض المستحق للمضرور، وبالتالي فإن عجز القانون الموضوعي الإلكتروني على تغطية كل ما يثيره التعامل عبر شبكة الإنترنت من مشكلات، لا يمكنه تلافيه إلا بالرجوع إلى النظم الوضعية في الدول المختلفة، وبالتالي لهذا النقص مخاطره التي ستترك فرص واسعة لتقدير المحكمين والقضاة الفاصلين في المنازعات الإلكترونية، وهو تقدير سيخضع لا محالة للانطباعات والقناعات الشخصية لهؤلاء، ويكون ذلك بما لا يتوافق وصحيح الحل القانون[2].

تبقى في الأخير أن هذه القواعد الموضوعية قواعد غير كافية لتغطية كافة المسائل التي تثور في إطار العلاقات الخاصة الدولية، بحيث يستغنى عن كل إحالة إلى قانون وطني، فالقواعد الموضوعية للقانون التجاري الدولي، والعادية منها والإلكترونية ما هي إلا قواعد مهنية لا تنظم في الواقع كل المسائل التي يمكن أن تثور في كل مجالات التجارة الدولية وتواجه ما ينشأ عنها من منازعات، فهي لا تشكل مجموعا قانونيا كاملا[3].

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 238.

[2]– وفي النتيجة فإن الحاجة ستظل ماسة إلى قواعد القانون الموضوعي التقليدي أو التكملة بقانون التجار الدولي، وحتى قواعد القانون الدولي الخاص أو غيره من فروع الوانين الوطنية الأخرى، أنظر في هذا الموضوع: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 444.

[3]– **الموهاب فيروز**، مرجع سابق، ص 166.

يذهب في هذا المجال الدكتور: "أحمد عبد الكريم سلامة" إلى أن القواعد عبر الدولية لم تتعد طور التكوين لعدة أسباب: أهمها أن المنهج الموضوعي في القانون الدولي الخاص لا يحتوي على قواعد كافية يمكن أن تغطي مختلف المسائل التي تثور في مجال العقود الدولية، فهو إن اشتمل على قواعد تتصل بتفسير تلك العقود وإبرامها، إلا أنه يخلو من القواعد القانونية التي تحكم مسائل أخرى على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية، من ذلك أهلية الأطراف، التراضي، التقادم المسقط والفوائد التأخيرية[1].

ثانيا: اتصاف القواعد الموضوعية بالقصور

ساهمت بعض تقنيات السلوك التي سايرت المسار المتنامي للتجارة الإلكترونية في قصور في القواعد الرسمية أو التنظيمية عامة، وسد العجز في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية المعنية بتنظيم المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات خاصة، مثل ما يلاحظ من خلال قراءة أحكام اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع[2]، أن هناك صعوبات تواجه إمكانية تطبيقها على العقود الإلكترونية التي تبرم على وسائل الاتصال الحديثة، كالإنترنت والبريد الإلكتروني، فيمكن اختصارها فيما يلي:

---

[1]– **نادر محمد ابراهيم**، مرجع سابق، ص 220.

[2]– أصبحت ملزمة في أول يناير 1988، وتهدف هذه الاتفاقية إلى اعتماد مجموعة من القواعد المادية الموحدة، تقوم مقام القوانين الوطنية المتباينة بشأن بيع البضائع بين أطراف تقع أماكن عملهم في دول مختلفة، بغية إزالة العقبات القانونية التي تعترض تطور التجارة الدولية، وتضم هذه الاتفاقية 04 أقسام تتمثل في: نطاق تطبيق الاتفاقية، تكوين عقد البيع الدولي للبضائع، الأحكام الموضوعية للبيع الدولي للبضائع والأحكام الختامية، وقد نصت على حق أية دولة متعاقدة أن تلتزم فقط بأحد القسمين الثاني أو الثالث من الاتفاقية، وذلك لتوفير الحرية اللازمة للدول للانضمام إلى أحد الموضوعين الذين يعالجهما كل من القسمين، مشار له لدى: **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 430.

قصور النطاق المادي لاتفاقية فيينا لسنة 1980 عن تغطية كافة البيوع التي تتم عبر شبكة الإنترنت، فالاتفاقية لا تنطبق على البيوع التي تتم وتنفذ على الشبكة، كبيع أفلام الفيديو والبرامج والألعاب، لأن محل هذه البيوع سلع غير مادية، والاتفاقية لا تنطبق إلا على بيوع البضائع وهي سلع مادية بطبيعتها، تستبعد كذلك هذه الاتفاقية في المادة الثالثة منها صراحة من نطاق تطبيقها البيوع الاستهلاكية، مع كثرة المشتريات الاستهلاكية التي تتم عبر الإنترنت، وصعوبة التعرف على صفة المتعاقدين في العقود الإلكترونية[1].

عمدت كذلك العديد من الاتفاقيات الدولية على توحيد قواعد الإسناد، فمثل هذه الاتفاقيات لا يمكن اعتبارها ضمن المصادر المكونة للقواعد المادية الإلكترونية، فالتوحيد المراد تحقيقه من خلال هذه الاتفاقيات ينصب على ضوابط الإسناد ذات الصلة بالقانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلا للتنظيم بين الدول المتعاقدة، وليس على قواعد مادية تتضمن تنظيما مباشرا في هذا المجال[2].

جاء هذا في ظل عدم وجود إطار تنظيمي محدد يحكم المعاملات القائمة على التبادل الإلكتروني للبيانات، لاسيما عندما يكون القائمون بالعمليات الاقتصادية غير ملزمين بها، فهذه التقنيات تنشئ قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام التي

---

[1]– بالإضافة إلى عدم صلاحية المعيار الوارد بالاتفاقية، وهو معيار تواجد أماكن عمل الأطراف في دول مختلفة للتطبيق على العقود الإلكترونية، والتي قد يكون أطرافها متواجدين في دولة واحدة، أنظر: **إبراهيم عبيد على آل علي**، مرجع سابق، ص 431.

[2]– من أمثلة هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية لاهاي لسنة 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، اتفاقية مكسيكو بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية واتفاقية لاهاي 1998 بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، مشار لها لدى: **مولاي حفيظ علوي قاديري**، مرجع سابق، ص 102.

هي من خصائص المعاهدات أو القوانين المحددة للالتزامات الأدبية المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، مما يؤكد أكثر الصفة النسبية لهذه القواعد[1].

حتى وإن تم القبول بفكرة وجود القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بشكل كامل وفعال ولا ينقصه أي نقد من الانتقادات الموجهة إليه، لا يمكن لهذا القانون أن يستغني عن قواعد القانون الدولي الخاص، وذلك راجع إلى الحاجة لقواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق بين القانون الموضوعي الإلكتروني أم غيره من القوانين الداخلية الوطنية أو الدولية، كما أن وجود هذا القانون بكل إيجابياته فلا يمكن حصر المعاملات التي يمكن أن تتم عن طريقه مستقلا منفصلا عن القوانين الأخرى، مثل القانون التجاري، المدني، الدولي الخاص والجنائي، ولا يمكن لهذا القانون منع الشخص اللجوء إلى المحاكم الوطنية حتى يرفع نزاعه لديها سواء تم ذلك بالاتفاق أم لا[2].

وسعت قرارات التحكيم الإلكتروني من دائرة القصور الذي يميز القواعد الموضوعية، ففي مجال التجارة الالكترونية لا يوجد سوى قرارات نادرة للغاية تشكك في وجود عادات خاصة بها، لكن على الرغم من قلة تلك الأحكام أو القرارات، يبدو أن هناك قرينة للحديث عن عادات خاصة بالتجارة الإلكترونية ليس لها سوى وجود ضيق

---

[1]– هناك تقنيات صممت أصلا لاستخدامها بصورة محضة على الصعيد الوطني، وهي كثيرا ما تعكس النظام القانوني الوطني ذات الصلة، وهذه بعضها على سبيل المثال: تقنين السلوك العملي لهيئة موردي الخدمات عبر الإنترنت الذي يوصي المتعاملين بأن يتطابق سلوكهم في مجال الإعلانات والترويج مع القانون الانجليزي المتعلق بالإعلانات والترويج، أشار إليه، **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 229.

[2]– **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 101.

ومحدود لم يصل بعد إلى معالجة كافة المشكلات التي تطرأ على الساحة الدولية للمعاملات الإلكترونية[1].

كذلك بالنسبة لأحكام التحكيم الإلكتروني والوساطة الإلكترونية، فإنها لم تقّر بأحكام متعلقة بالمنازعات الناشئة في العالم الإلكتروني حتى يمكن القول بوجود سوابق قضائية تعتبر مصدرا من مصادر التشريع الموضوعي لهذا القانون، هذا بالإضافة مع تطرق إليه الفقه المعارض حول وجود القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، أن الهدف الأساسي والجوهري للقانون الدولي الخاص هو الأمان وليس العدالة، فهو يقدم التنظيم الأكثر عدالة أو الأحسن توافقا، ولكن التنظيم الذي يكون تطبيقه في القضية هو التنظيم الأكثر اتفاقا مع توقعات الأطراف[2].

بعد أن بيننا حقيقة نقص وقصور القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، ظهر اتجاه آخر لا تتوافق آرائه مع هذا النقص والقصور ويدافع بقوة عن تمتع القواعد المادية للتجارة الالكترونية بصفة النظام القانوني ويشكل نظام قانوني مستقل.

الفرع الثالث

الحلول القائمة لتشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل

نتطرق من خلال دراسة هذه النقطة إلى مدى استيعاب القواعد المادية للحلول التي تتطلب لمعالجة المشاكل القانونية التي تعترض سبيل تطور وإنماء عقود التجارة الإلكترونية.

أكد أنصار المجتمع الافتراضي على وجود قواعد تشكل نظاما قانونيا قائما، والمتمثلة في تماسك وتجانس المجتمع المنظم لمجالات التجارة الإلكترونية، وذلك عن

---

[1]– لهذا الأساس تعد القرارات التحكيمية عنصرا هاما ضمن مجموعة القواعد المادية التي يتشكل منها القانون الإلكتروني، وهذا ما ذهبت إليه غرفة التجارة الدولية عندما أقرت أن تلك القرارات يمكنها أن تساهم كثيرا في إنشاء قوانين بعيدة عن القوانين الوطنية راجع في هذا الموضوع، **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 234.

[2]– **نبيل زيد مقابلة**، مرجع سابق، ص 102.

طريق هيئات تسهر على تقنين قواعد السلوك، وحمايتها تحت طائلة فرض جزاءات صارمة عند مخالفتها[1]، لكن يتساءل الكثير عن حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء حلول لمشاكل التجارة الإلكترونية، وهذا في ظل حجم المعاملات التي تتم في مجالها[2].

تقتضي الإجابة على هذه التساؤلات ضرورة العودة إلى مصادر ومكونات القواعد المادية للنظر في مدى صلاحيتها لمواجهة احتياجات العمليات الإلكترونية، وتغطية كافة جوانب النشاط القائم في مجال التجارة الإلكترونية، والمتمثلة في الأجهزة الدولية والتقنيات المختلفة في مواجهة وتغطية حاجة التجارة الإلكترونية، بداية من الاتفاقيات الدولية المختلفة، القوانين النموذجية الناشئة من خلال تطور تقنيات السلوك بالإضافة إلى القواعد العرفية التي لها دور فعال في تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.

أولا: دور الأجهزة الدولية والتقنيات المختلفة في مواجهة وتغطية حاجة التجارة الإلكترونية

يشكل النظام العام عبر الدولي الجانب الآمر في القواعد الدولية، والتي لا يمكن مخالفة أحكامها من حيث الاختيار للقانون الواجب التطبيق على علاقات الأطراف المتعاقدة، أو من حيث موضوعها، وما يبين أكثر إلزامية هذه القواعد هو مثلا توسيع سلطة المحكم في التحكيم التجاري الدولي، فبمقدوره استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف إذا تبين له تعارض الأحكام مع الاحتياجات الدولية، واعتبارات النظام العام

---

[1]– فمثلا عقد من العقود قد يخضع في جميع أجزائه للقواعد السارية في المعاملات الجارية بين المقرضين والمقترضين أو بين العاملين في صناعة البترول، دون حاجة إلى أن يكون العقد خاضعا في الوقت ذاته لنظام قانوني تفرضه إحدى الدول بسلطتها المنفردة، أو نتيجة اتفاق دولي، أنظر في هذا الموضوع: **طالب حسن موسى**، مرجع سابق، ص 77.

[2]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 116.

العابر للدول الذي يعلو فوق الدول، وينبع مباشرة من مجتمع الدول والتجار الدوليين[1].

يعد مجال التجارة الإلكترونية الدولية التي تتم عبر شبكة الإنترنت من المجالات الحديثة التي يصعب الجزم بتواجد أعراف وعادات خاصة بها، غير أن دور مختلف الأجهزة الدولية والتقنيات المستعملة من طرف الأشخاص المشكلين لهذا العالم والقائمين به لها دور كبير في إرساء قواعد قانونية تنظيمية، لكن دورها لا يجب أن يتوقف على تقنين العادات الجارية في الوسط التجاري فقط، بل القدرة على خلق قواعد جديدة تلبية لحاجات التجارة الدولية الإلكترونية، خاصة وأن بزوغ التجارة الإلكترونية الدولية التي تجري عبر الأنترنت يحتم ضرورة البحث عن القواعد التي تنظمها لملأ النقص الناتج عن جدة وحداثة هذا المجال[2].

1- الاتفاقيات الدولية في مواجهة حاجة التجارة الإلكترونية

تعمل بعض الاتفاقيات على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلا للتنظيم بين الدول المتعاقدة، منها اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات

---

[1]– **سعال حسينة**، مرجع سابق، ص 110.

[2]– مختلف هذه الأعمال والتقنيات نابعة من مؤسسات تتشكل من ممثلي الحكومات مما يعطي لها طابعا عالميا، إذ أن إعداد مثل هذه القواعد قد تم بناء على دراسة الأنظمة القانونية المختلفة ودراسة لواقع التجارة الدولية الالكترونية، مما يجعلها أقرب لفكرة المبادئ العامة التي تقوم على تمثيل الأنظمة القانونية المختلفة، وذلك لأجل تقديم الحلول المشتركة لممثلي التجارة الدولية الذين يعملون من خلال شبكة الإنترنت، كما تكون صالحة لدمجها في الأنظمة القانونية الوطنية، راجع في ذلك، **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 447.

التعاقدية، اتفاقية مكسيكو لعام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع[1].

تستثنى اتفاقية لاهاي لعام 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، من بين مصادر القواعد المادية الإلكترونية، باعتبارها لا تعتمد على قواعد مادية تتضمن تنظيما مباشرا كما هو الشأن لأهداف القواعد المادية[2].

ظهرت اتفاقيات تعمل على توحيد القواعد المادية الداخلية، من خلال نص موحد لمجموعة قوانين داخلية، وهذا ما يتنافى مع متطلبات القواعد الموضوعية الإلكترونية التي تعتبر قواعد مستقلة عن القوانين الوطنية، كما نجد اتفاقيات تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية، والتي تطبق بصفة مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، وهي الفكرة التي تعتمد عليها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية[3].

يعد تطبيق هذه الاتفاقيات جد ملائم باعتبارها تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط الدولية، ولا تطبق إلا في مسائل مباشرة، ومنها اتفاقية لاهاي لعام

---

[1]- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص ص 663-664.

[2]- **عادل أبو هشيمه محمود حوته**، مرجع سابق، ص 143. وانظر كذلك:

- **عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة...، مرجع سابق، ص 120.

[3]- **بولين أنطونيوس أيوب**، مرجع سابق، ص 66.

- أجمع أغلب فقه التجارة الإلكترونية، على أن إعداد اتفاقيات دولية خاصة بالإنترنت أمر صعب ومعقد، نظر لاختلاف المفاهيم والفوارق بين ثقافات الدول وحضاراتها، فرغم بروز اتفاقات ثنائية أو ذات طابع إقليمي كما يجري على المستوى الأوربي مثلا، نجد أن هذه الاتفاقات تعتبر أدوات تنظيمية دولية لها أهميتها، وإن كانت لا تعالج المشاكل الفنية خاصة المطروحة في إطار شبكة الإنترنت العالمية. أنظر: **بولين أنطونيوس أيوب**، المرجع نفسه، ص 66.

1964 المنظمة للبيع الدولي للمنقولات المادية، واتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع[1].

ظهرت هذه الاتفاقيات بعيدا عن الواقع الذي فرضته الإنترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات[2]، بالإضافة إلى أن إعدادها يتطلب مدة طويلة، ويصعب جمع عدد كبير من الدول لتحقيق المعاهدة والحصول على موافقتها على الحلول المقترحة، وما يبرر هذا هو الاختلاف والتباين بين الأنظمة القانونية للدول، أو من حيث إلزامها لقواعد شكلية مثل الكتابة والتوقيع على الورق بشكله التقليدي، دون أن تقبل التطبيق على الدعامات الإلكترونية[3]، مما يفرض حتمية تعديله وتحديث المبادئ الأساسية لقيامها قصد تطبيقها على المعاملات الإلكترونية.

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 218–219.

– كما أنه بالرجوع إلى القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية نجدها مخيبة للآمال وغير شاملة لكل فروع القانون، خاصة وان العقود المبرمة عبر الإنترنت مست كل فروع القانون، أنظر: **حمودي ناصر**، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 446.

– فضابط اتفاقية فيينا لسنة 1980 تبين الطابع الدولي لها، وهو أن تكون مراكز أعمال البائع والمشتري في دولتين مختلفتين، فتنص المادة الأولى منها على أنه: " ***تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد مراكز عملهم في دول مختلفة***"، أنظر في هذا الموضوع: **هشام خالد**، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 141.

[2]– **بولين أنطونيوس أيوب**، مرجع سابق، ص 64.

[3]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 220–221.

– منها اتفاقية وارسو الموقعة في 12 أكتوبر 1929 في شأن توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي، وبروتوكول تعديل نفس الاتفاقية الموقعة في لاهاي بتاريخ 28 سبتمبر 1955.

2- الاستعانة بالقوانين النموذجية لتغطية كافة مسائل المعاملات الإلكترونية

تعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، باعتبار أن مهمتها يقتصر على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد الضرورية للتطبيق، مما يجعلها تمتاز بالقصور في الرد على بعض الإشكالات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية، فالقانون النموذجي الصادر عن لجنة منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية[1].

بالرغم من توسع نطاقه، يبقى متأخرا عن معالجة العقود المبرمة لغرض الاستهلاك، وكذا عدم تعرضه لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل وبين الوسيط، حيث اكتفى بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ للرسالة والمرسل إليه[2].

مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، كما يمكن أن نضيف تقنيات السلوك التي بدورها تعمل على تكوين القواعد المادية كما تعد المصدر الأساسي لتكوين القوانين النموذجية.

تعمل هذه التقنيات على إنشاء قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام، التي تتميز بها المعاهدات أو القوانين المحددة للالتزامات الأدبية المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، كما نجد أن هذه التقنيات وضعت لمتطلبات محددة، وتختلف من فئة إلى أخرى[3]، منها تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية لعام 1996،

---

[1]- **فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، مرجع سابق، ص 28.

- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، 54.

[2]- كما لم يتضمن قانون الأونسيترال لمسألة تسوية المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، أنظر دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، على الموقع: www.uncitral.org .

[3]- **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 51.

والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية، وخطابات النقل البحري، هذا ما يؤكد محدودية تقنيات السلوك[1].

يعمل الأطراف من خلال تقنيات السلوك على الاتفاق حول تطبيقها على التبادل الإلكتروني للبيانات، وليس القصد منها أن تكون بمثابة اتفاق تبادل نموذجي، كما نجد أغلبها لا تهتم ولا تغطي القضايا التقنية والقانونية.

ثانيا: استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية

يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بضرورة إتباعه وملزم لهم قانونا، فيكفي أن يكون صادرا بالإجماع وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية، لكن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يبقى صعب المنال، كما يصعب التحقق من تكرار هذا السلوك أو ذاك، وذلك نظرا للتطور السريع الذي تشهده الحياة الدولية عبر الشبكات الإلكترونية، والتطور السريع للقواعد التي تحكم تلك المعاملات، والذي يقابله البطء في القواعد العرفية التي تحتاج إلى الوقت لقيامها وقبولها من طرف الأشخاص[2].

---

[1]– **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص ص 229–230.

– لقد تم وضع بعض التقنيات لأجل تنظيم الاتصالات التي تتم بين الأطراف، ولا تتعلق بالالتزامات التجارية الناشئة عن الصفقات التجارية الأساسية عن طريق استخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ومنها تقنيات السلوك الأمريكية، والتي سميت بقواعد الاستخدام المقبولة، والتي تحتوي على شرط عدم التجارية، وهو ما يتعارض مع فكرة التجارة الإلكترونية. اطلع على: **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص ص 229–230.

[2]– **صالح المنزلاوي**، المرجع نفسه، ص ص 136–138.

– هذه الصعوبة تفسر هجرة الاتفاقات ذات الصلة بالتجارة الدولية لمصطلح العرف، والاكتفاء بتطبيق العادات التلقائية للتجارة الدولية.

– **أحمد عبد الكريم سلامة**، مرجع سابق، ص 51.

يعد عنصر الشعور الداخلي للأشخاص، وهو الركن المعنوي للقاعدة العرفية أحد العناصر الأساسية لقيام القاعدة العرفية وإتباعها، وهذا ما يصعب تحقيقه، وعلى هذا الأساس عبر الأستاذ V. Gautrais أنه من الملائم في مجال التجارة الإلكترونية إحلال مفهوم التوقع محل العنصر النفسي للتحقق من وجود القاعدة العرفية، فتعدد هذه المعايير المادية والنفسية للقاعدة العرفية من الصعب نقلها بمواصفاتها التقليدية إلى مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الحواسيب الآلية[1].

يبقى أن الواقع الذي يؤكد في كل مرة التحول نحو بزوغ أكثر للتجارة الالكترونية التي تجري عبر الإنترنت، مما يحتم ضرورة البحث عن القواعد التي تنظمها لتفادي الفراغ القانوني الناتج أصلا من حداثة هذا المجال، فالاستمرار في تطبيق هذه القواعد كفيل بتحويلها إلى عادات تجارية ملزمة وفعالة في مجال التجارة الالكترونية، سيما وأنها قواعد نابعة من مؤسسات تتشكل من ممثلي الحكومات، وإعدادها كان نتاجا لدراسة الأنظمة القانونية المختلفة ودراسة لواقع التجارة الإلكترونية، مما يجعلها اقرب لفكرة المبادئ العامة التي تقوم على تمثيل الأنظمة القانونية المختلفة، وهذا ما يمنح الحلول المشتركة لممثلي التجارة الدولية والمتعاملين عبر شبكة الإنترنت[2].

ظهر من خلال المصادر المنشئة للقواعد المادية سواء تلك المنظمة للتجارة الدولية بصفة عامة، أو تلك التي جاءت لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، أنها الأساس القانوني لتبيان الطبيعة القانونية للقواعد المادية المشكلة للقانون الموضوعي، فمضمون تلك القواعد بين الدولية منها كالاتفاقيات الدولية، قواعد السلوك، العقود النموذجية وكذا الأعراف التجارية، والداخلية المنبثقة من التشريعات المقارنة للدول، والاجتهادات القضائية من قضاء عادي أو تحكيم تجاري، بيّنت حقيقة تلك القواعد من خلال اتسامها بصفة النظام القانوني من عدمه.

---

[1] – **صالح المنزلاوي**، مرجع سابق، ص 239.

[2] – **حمودي ناصر**، نزاعات العقود الالكترونية...، ص 183.

كانت مهمة بعض الاتفاقيات الدولية من جانبها تنظيم وإرساء هذه القواعد المادية من خلال منحها صفة النظام القانوني، فكان حرصها على تطبيقها وفرض جزاءات على كل من يخالفها إجراء جعل من هذه القواعد المادية تتحول من الأعراف متداولة إلى قواعد قانونية وذلك من خلال العديد من النماذج المذكورة سلفا، كما عملت العديد من الدول في إطار تنظيمها التشريعي والقضائي، أو من خلال الإشارة إليها في حالة الإحالة للتحكيم التجاري جعل هذه القواعد كذلك تتسم بصفة النظام القانوني.

لم يفرض هذا الواقع نفسه تماما وذلك جراء تدخل اتجاهات أخرى تشكك من حمل القواعد المادية للتجارة الدولية لصفة النظام القانوني، فكان لها المجال واسعا لتقديم كل براهينها لإثبات ذلك، فركزت أساس على عدم تمتع هذه القواعد بخصائص القاعدة القانونية كما أسست دفاعها على أن القواعد المادية ظهرت في مجتمع غير متجانس، مجتمع مشكل من متعاملين اقتصاديين من عدة دول مختلفة، كما أن افتقادها لعنصري الإلزام والجزاء يكفيان حسب هذا التيار لاستبعاد صفة النظام القانوني من هذه القواعد المادية.

لكن يبقى أنه هناك العديد من الاتجاهات تسعى جاهدة لتنظيم هذا المجال من خلال فرض الصفة الرسمية على مثل هذه القواعد، فكان لكل من الأجهزة الدولية على غرار المنظمة العالمية للتجارة، لجنة التجارة الدولية لدى منظمة الأمم المتحدة، دورا بارزا في فرضها بدلا من القانون المتفق عليه من قبل الأطراف، كما أن للاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية أيضا حقها في إرساء هذه القواعد ووضعها في القواعد القانونية التي تتسم بالعمومية والتجريد، وفرض عقوبات صارمة في حالة مخالفتها، وجعلها قواعد يتم اللجوء إليها في كل ما يتعلق بتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية.

خـــــــاتمة

عرف منهج التنازع عدة انتقادات من خلال اعتماد ضوابطه على قواعد إسناد وطنية مما فرض ضرورة اللجوء للقواعد المادية للتجارة الدولية، (**lex mercatoria**)، وكذا ضوابط مكانية يعتمد في وضعها على ضوابط حدود جغرافية جامدة، مما جعل من هذا الواقع ضرورة البحث عن قواعد مادية للتجارة الإلكترونية، (**lex electronica**)أمرا لا مفر منه، فهي ضوابط موضوعية مباشرة.

بالرغم من وجود شبه اتفاق على اعتبار مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ التي تساير كل الظروف، وتتماشى مع كل المعطيات القانونية، وكذا تنظيمه لمختلف المعاملات التجارية الدولية، منها العادية أو الإلكترونية، لأنه ضابط شخصي يعتمد على اتفاق الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق، لكن ظهر في الأخير أنه ضابط منتقد من طرف الاتجاهات الفقهية المختلفة المنظمة لقواعد التجارة الإلكترونية، فانطلقت من فكرة صعوبة تحديد إرادة الطرف المتعاقد نظرا لاختلاف مجلس العقد، وصولا إلى تدخل الوسيط الإلكتروني بدلا من الشخص المتعاقد في إبرام العقد.

تبدو إذن الطبيعة غير المادية للإنترنت غير منسجمة مع منهج تنازع القوانين تماما، باعتبار أن طبيعة الإنترنت والعالم الافتراضي ككل غير محسوس ولا يمكن حصره في إقليم دولة معينة ولا منطقة جغرافية واحدة، في حين يعتمد منهج التنازع على تركيز العلاقة القانونية في مكان جغرافي محدد، لذا فقواعد الإسناد تحدد قانونا داخليا من بين القوانين المتزاحمة لحكم العلاقة محل النزاع دو الصفة الدولية، وقاعدة الإسناد الموجودة في القانون الدولي الخاص توجه للقواعد الوطنية الموجودة في القانون الداخلي والموضوعة أصلا لحكم العلاقات الوطنية الداخلية، والحقيقة أن قواعد العلاقات الداخلية لا تستطيع تنظيم روابط التجارة الدولية، لأنها لم توضع لها أصلا.

خاتمة

انطلاقا من فكرة أنه على القانون أن يلحق بالتكنولوجيا، وليس على التكنولوجيا أن تساير القانون، جاءت فكرة تنظيم معاملات التجارة الدولية الإلكترونية بعيدا عن الواقع المادي، القائم على ضوابط مكانية تفرضها الحدود السياسية للدول، وهذا من خلال الاعتماد على القواعد المادية التي تنشأ بصفة عفوية بين المتعاملين الاقتصاديين، والتي أصبحت مع تطور المعاملات التجارية قواعد نموذجية، ثم قوانين نموذجية وبعدها اتفاقيات دولية وقواعد سلوك، تتسم بالصفة الموضوعية، والتنظيم المباشر لمختلف التصرفات القانونية المبرمة في هذا المجال، وتقديمها حلا مباشرا في حالة حدوث نزاع بين الأطراف.

لقيت هذه القواعد مساندة واسعة من عدة اتجاهات، فعملت الهيئات والحكومات والمستخدمين في مجال التجارة الإلكترونية على تطويرها، كان لمنظمة الأمم المتحدة دورا بارزا في ذلك من خلال القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، والذي اعتمدته لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث يتمتع هذا القانون بالموضوعية، جاءت خصيصا لتوجيه الدول على إصدار قوانين أو إعادة النظر في تشريعاتها تماشيا والتطور التكنولوجي الذي عرفته التجارة الدولية.

تظل هذه الوسائل المستحدثة من أهم مستجدات التجارة الإلكترونية وتتماشى مع مقتضياتها السريعة، وتضمن الحل الودي المباشر والسريع والموضوعي وبتكلفة ضئيلة في حالة حدوث نزاع في العقد المبرم، فالطبيعة التقنية للمعاملات التجارية المبرمة عبر الإنترنت، تقتضي تبني مفاهيم فنية وقانونية تساير التطورات التكنولوجية ومع المستخدمين في هذا الفضاء الخاص، فيغلب على هذه القواعد صفة المرونة مما يسمح استيعاب أغلب المتطلبات التي تفرضها المعاملات الرقمية.

لكن من الناحية القانونية، ظهر خلاف فقهي شديد اللهجة في مدى تكوين القواعد المادية للتجارة الدولية لنظام قانوني بالمعنى الأصيل، فسعى كل اتجاه لفرض مبرراته، فمنه من أكد على أنه من السابق لأوانه إعطاء أي قرائن ذات قيمة تحدد مجال ووجود ذلك القانون، فهو قانون جديد لا زال في بداياته مما يصعب القول بأنها قواعد تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا قادرا على تنظيم مختلف معاملات التجارة الإلكترونية.

ومن جانب آخر هناك من دافع عن هذه القواعد وأكد على أن القواعد التي تؤطر مختلف المعاملات التجارية الالكترونية عبر الإنترنت هي قواعد قانونية، قادرة على تكوين نظام قانوني بنفس الصفات والخصائص التي تميز النظام القانوني الذي تضعه الدول، مما يجعلها قواعد يمكن الاستعانة بها في كل تصرف قانوني في مجال التجارة الإلكترونية. فحان الوقت للاعتراف بقدرة المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية على تشكيل القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم، فهذه القواعد تتميز بقيمة قانونية ملزمة، مما يجعلها تحقق الأمان للمتعاملين عبر الإنترنت، وتضمن وحدة الحلول للإشكالات الفنية والقانونية التي تفرضها الطبيعة الالكترونية للشبكة الدولية وكل الخلافات الناجمة عنها، مما يقضي على الفراغ والقصور التشريعي للقوانين الوطنية.

يتأكد يوما بعد يوم عدم وفاء التنظيمات القانونية القائمة بمتطلبات التجارة الإلكترونية، مما يستلزم تدخل تنظيم قانوني سريع، قائم على دراسة علمية لمدى التدخل التشريعي المطلوب، والذي يحتاج قبل إصداره دراسة أبعادها وانعكاساتها القانونية خاصة فيما يتعلق بمواجهة الصعوبات والعقبات والعراقيل التي سوف يواجهها التبادل الإلكتروني للمعلومات في الأوساط التجارية على الصعيد القانوني.

يستلزم في الأخير المناداة بضرورة اهتمام التشريعات الداخلية بالتطور الحادث في مجال المعلومات، وأن تقوم بإدماج عمليات تبادل المعلومات المعالجة آليا في إطار

تشريعاتها، ومعالجة كل ما يتعلق بها، فضلا عن ضرورة التعاون الوطيد بين الدول من أجل تحديد بعض المفاهيم في المجال الافتراضي، مثل مفهوم التركيز الافتراضي الذي يشكل أهم الركائز المعتمد عليها لتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة للبت في النزاع.

لا يمكن أن تقوم معاملات التجارة الإلكترونية من فراغ، أي دون ضبطها أو خضوعها لتنظيم قانوني، وهذا التدخل لا بد أن لا يقتصر على التدخل التشريعي في تقديم نماذج أو أدوات قانونية لضبط علاقات التجارة الإلكترونية، بل التنظيم القانوني الشامل لجوانب التجارة الإلكترونية يحتاج إلى تدخل أجهزة الدولة المختصة ذات العلاقة بهذه الجوانب في حدود ما يقتضيه تنفيذ معاملات التجارة الإلكترونية والاعتراف بآثارها لدى الجهات الرسمية مثل المحاكم.

يتعين أن يكون واضحا أن تطور التجارة الإلكترونية يتوقف على جريانها في وسط قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحريات أطرافها، وهذا بدوره يفرض وجود منظمة دولية لتنظيم التجارة الإلكترونية بالموازاة مع منظمة التجارة العالمية التي تهتم بالتجارة الدولية، ومن خلال هذا وصلنا إلى بعض النتائج نذكر منها:

*- وضع قواعد قانونية بعيدا عن القنوات الرسمية يجعلها تتسم بالصفة العرفية مهما طالت مدة العمل بها، فيبقى التنظيم القانوني يخضع لإجراءات تشريعية معينة، تختلف حسب اختلاف سياسة الدول، لكن شكلياتها تبقى إجراءات إلزامية، فيبقى أن الدولة هو الكيان الاجتماعي الأكثر قدرة على تكوين نظام قانوني.

*- وضع سلطة رسمية تتولى وضع القواعد القانونية ويجب أن تحضى بقبول مجموع المتعاملين الاقتصاديين، أو عن طريق إبرام اتفاقيات دولية بين الدول على شكل

اتفاقيات دولية عالمية أو إقليمية، يتم المصادقة عليها بالطرق الرسمية وتكون تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

*- ضرورة استيعاب الدول لفكرة أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية حقيقة موجودة فرضت نفسها بقوة، ففكرة وجود أو عدم وجود هذه القواعد يجب استبعادها، فالإشكال الوحيد يكمن في مدى قدرة تلك القواعد على تشكيل نظام قانوني متكامل، وهذا يفرض على كل دولة تنظيم جانبها القانوني ووضع حيز لمثل هذه القواعد ومنحها الصفة الرسمية كغيرها من القواعد القانونية التشريعية.

*- تفعيل دور التنظيمات المهنية على غرار غرفة التجارة الدولية، ومراكز التحكيم، وجعل مهامها لا يقتصر فقط على استيعاب الأعراف المستقرة في التجارة الالكترونية، بل عليها القيام بمهام التشريع عن طريق إنشاء قواعد جديدة، أو تعديل بعضها تماشيا مع التطور السريع لمعاملات التجارة الالكترونية، ولما لا إبرام اتفاقية دولية يكون موضوعها وضع قواعد مادية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، ويكون مضمونها ملزما لجميع الأطراف المتفقة على ذلك.

*- عند حديثنا على الصفة الرسمية أو اعتماد القنوات الرسمية في وضع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، يجعلنا نلح على ضرورة أن لا تكون الإجراءات المتبعة طويلة ومعقدة والتي لا تتلاءم وطبيعة عقود التجارة الالكترونية، ويجب أن تكون عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المرنة والقادرة على مسايرة التطور الكبير الذي تعرفه التجارة الدولية في هذا الفضاء، مما يجعله قابلا للتطور والتعديل حسب تطور تلك المعاملات.

*- بالإضافة إلى وضع قوانين لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، ومن خلالها يظهر القانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني، وكذا القانون الواجب التطبيق في

حالة حدوث نزاع بين الأطراف المتعاقدة، يستلزم وضع هيئات قضائية تتماشى مع هذا النوع من المعاملات، سواء عن طريق إحالة الملفات إلى المحاكم الافتراضية أو الالكترونية، أو إلى هيئات التحكيم الإلكترونية، ليكون إبرام العقد يتم بنفس الصيغة لكيفية حل النزاع في حالة حدوثه.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

أولا: الكتب:

1-**أعراب بلقاسم**، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، الجزائر، 2002.

2-**أحمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2009.

3-**أحمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني السياحي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

4-**إيناس الخالدي**، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية القاهرة، 2009.

5-**إلياس نصيف**، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية للتوزيع، لبنان، 2009.

6-**إيهاب عمرو**، التحكيم التجاري الدولي المقارن، في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

7-**الطيب زروتي**، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

8-**بشار طلال أحمد مومني**، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، 2003.

9-**بولين أنطونيوس أيوب**، تحديات شبكة الإنترنت على الصعيد القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.

10-**جعفور محمد السعيد**، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، 2004.

11-**خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

12-**خالد ممدوح إبراهيم**، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، الإسكندرية، 2008.

13-**رضا متولي وهدان**، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية: دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونيسترال النموذجي والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2008.

14-**زياد خليف العنزي**، المشكلات القانونية لعقود التجارة الالكترونية، من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

15-**زروتي الطيب**، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، في ضوء القانون 05-10 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

16-**سمير دنون**، العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012.

17-**سلطان عبد الله محمود الجواري**،عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

18-**صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

19-**صابر عبد العزيز سلامة**، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، 2005.

20-**طالب حسن موسى**، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر التوزيع، الأردن، 2012.

21-**علاء محمد الفواعير**، العقود الالكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

22-**عمرو طه بدوي محمد**، المدخل لدراسة القانون، "نظرية القانون"، دار الكتاب للنشر والتوزيع، القاهرة، د.ذ.س.ن.

23-**عمر سعد الله**، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009.

24-**عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.

25-**عبد الفتاح بيومي حجازي**، التجارة الإلكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.

26-**عبد الباسط جاسم محمد**، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

27-**عادل حسن علي**، الإطار القانوني لعقود المعاملات الالكترونية، مكتبة زهراء الشرق، القاهرة، 2007.

28-**غالب علي الداودي**، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

29-**فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز**، الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

30-**فاروق محمد أحمد الإباصيرى**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

31-**فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاء في القواعد والاتفاقات الدولية والإقليمية والعربية، مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في

التشريعات العربية، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

32-**لزهر بن سعيد**، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

33-**محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

34-**محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، التحكيم الالكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

35-**محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

36-**محمد فواز محمد المطالقة**،الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، مكتبة زهراء الشرق للنشر، القاهرة، 2008

37-**محمد حسين منصور**، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2009.

38-**محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

39-**ممدوح عبد الكريم**، القانون الدولي الخاص: تنازع القوانين، الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

40-**محمد أمين الرومي**، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

41-**محمد سعادي**، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

42-**محمد حسام محمود لطفي**، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، القاهرة، 2002.

43-**محمود سمير الشرقاوي**، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

44-**مناني فراح**، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

45-**هشام صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، القاهرة، 1990.

46-**محمد وليد المصري**، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

47-**منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2010.

48-**محمود عبد الرحيم الشريفات**، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

49-**محمود مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، طبعة منقحة ومزودة بالأحكام القضائية المتعلقة بالتحكيم ولوائح وأنظمة هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

50-**محمد ممتاز**، دليلك القانوني إلى التجارة الالكترونية، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، القاهرة، 2007.

51-**مهند أحمد الصانوري**، القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة في تنازع القوانين، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

52-**نبيل زيد مقابلة**، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

53-**نادر محمد ابراهيم**، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2002.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية:

1-الرسائل الجامعية:

1-**إبراهيم أحمد سعيد زمزمي**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، قسم الدراسات العليا، مصر، 2006.

2-**إبراهيم عبيد على آل علي**، العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2010.

3-**إيهاب ماهر السنباطي ميخائيل السنباطي**، الإطار القانوني للتجارة الالكترونية عبر الدول، دراسة تحليلية لقواعد القانون الدولي الاتفاقي والقانون المقارن، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2005-2006.

4-**بهجت صلاح علي أحمد**، دور لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في توحيد قواعده، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، قسم القانون التجاري والبحري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2009.

5-**بركات كريمة**، حماية أمن المستهلك في ظل اقتصاد السوق دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

6-**بلاق محمد**، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

7-**تعويلت كريم**، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 17-05-2017.

8-**خالد شويرب**، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008.

9-**خليفي مريم**، الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

10-**حسام أسامة محمد محمد شعبان**، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، القاهرة، 2008.

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

12-**حابت آمال**، التجارة الالكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015.

13-**زياد خليف شداح العنزي**، تنازع القوانين في المعاملات الالكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2008.

14-**سامي مصطفى فرحان**، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

15-**عايض راشد، عايض المرى**، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، 1991.

16-**شنين صالح**، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلسمان، 2013.

17-**عادل أبو هشيمه محمود حوتة**، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003.

18-**علاء الدين محمد ذيب عبابنه**، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2004.

19-**عزة علي محمد الحسن**، الإطار القانوني والتشريعي للتجارة الالكترونية، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم، السودان، 2005.

20-**عيد عبد الحفيظ**، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص، القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2017.

21-**كمال سمية**، تطبيق قانون القاضي على المنازعات الدولية الخاصة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

22-**معاشو عمار**، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية " *في عقود المفتاح والإنتاج في اليد*"، رسالة لنيل درجة دكتوراه

دولة في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد العلوم القانونية والإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999.

23-**محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.

24-**مهند عزمي مسعود أبو مغلي**، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2005.

25-**محمد مأمون أحمد سليمان**، التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2009.

26-**مولاي حفيظ علوي قاديري**، طرق فض المنازعات في التجارة الالكترونية والوسائل البديلة لها، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكدال، الرباط، 2011-2012.

27-**محمود محمد زيدان محمد**، المشكلات القانونية التي تواجه التجارة الالكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.

28-**محمد محمود علي محمود**، مدى تأثير التجارة الالكترونية في ظاهرة تنازع القوانين ذي الطابع الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، 2013.

29-**معزوز دليلة**، الضمان في عقود البيع الكلاسيكية والالكترونية " ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية" دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة

الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

II-المذكرات الجامعية:

1- **إسماعيل قطاف**، العقود الالكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

2-**إلهام عزام وحيد الخراز**، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع، دراسة مقارنة، استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

3-**إمحمد محمد إمحمد المعلول**، القانون الواجب التطبيق على عقود نقل التكنولوجيا، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق جامعة المنصورة، القاهرة، 2013.

4-**بن غرابي سمية**، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009.

5-**بوديسة كريم**، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

6-**بولحية سعاد**، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، دون ذكر سنة المناقشة.

7-**تعويلت كريم**، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي 09/93 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004.

8-**جلول دواجي بلحول**، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015.

9-**حميدي محمد أنيس**، صحة العقد المبرم عبر الإنترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2016.

10-**دريدر ملكي**، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

11-**روابحي أمينة**، التحكيم الالكتروني في تسوية منازعات التجارة الالكترونية، مذكرة لإتمام متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي والعلاقات السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017.

12-**سعد الدين أمحمد**، العقد الدولي بين التوطين والتدويل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانون والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008/2007.

13-**سعال حسينة**، القانون الواجب التطبيق في التحكيم الحر في العلاقات التجارية الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص

قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

14-**صراع كريمة**، واقع وأفاق التجارة الالكترونية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم التجارية، تخصص استراتيجية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، جامعة وهران، 2014.

15-**طمين سهيلة**، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع، القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

16-**عيد عبد الحفيظ**، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2005.

17-**عبد الرحمن بن صالح القهرة**، تنظيم عقود التجارة الدولية الالكترونية، "دراسة مقارنة في ضوء اتفاقات التجارة الدولية"، رسالة قدمت استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، الأردن، 2006.

18-**عبد الله ذيب عبد الله محمود**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، مذكرة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2009.

19-**عبد الحميد بادي**، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ا، 2012.

20-**فلاح فهد العجمي**، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير، في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

21-**قبايلي الطيب**، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى**CRDI**، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، 2001/2000.

22-**قبايلي ربيعة**، الخصومة التحكيمية في التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة،2016.

23-**لما عبد الله صادق سلهب**، مجلس العقد الالكتروني، أطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.

24-**لزعر وسيلة**، تنفيذ العقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ا، 2011.

25-**لملوم كريم**، الإثبات في معاملات التجارة الالكتروني بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011.

26-**محمد أحمد علي المحاسنة**، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، رسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، الأردن،2006.

27-**الموهاب فيروز**، القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

28-**مرزوق نور الهدى**، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.

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

30-**هبايش فوزية**، دور التجارة الالكترونية في تفعيل مناطق التجارة الحرة (حالة منطقة التجارة الحرة العربية الكبرى)، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص مالية واقتصاد دولي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2012.

31-**واقد يوسف**، النظام القانوني للدفع الالكتروني، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011 .

ثالثا: المقالات و المداخلات:

ا- المقالات:

1-**أمازوز لطيفة**، التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 03 لسنة 2009، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009، ص ص 85-113.

2-**أمازوز لطيفة**، الأثر القانوني لإبرام عقود الاستهلاك في ظل التضليل أو العلم غير الكافي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 01، مارس 2015، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2015، ص ص 179- 204.

3-**أحمد ولد محمد المصطفى**، العقد الالكتروني في القانون الدولي الخاص، على الموقع التالي: www.eddamir.info.

4-**أحمد أنوار ناجي**، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، مجلة الفقه والقانون، متوفرة على الموقع التالي: www.majalh.new.ma.

5- **أحمد محمود المساعدة**، التنظيم القانوني لإصدار حكم التحكيم الالكتروني (دراسة مقارنة)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، عدد 02، لسنة 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2015، ص ص 35-65.

6-**أقدس صفاء الدين رشيد البياتي**، التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13 العدد 01 لسنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص ص 39-70.

7-**إلياس بن ساسي**، التعاقد الإلكتروني والمسائل المتعلقة به، متوفر على: www.gn4me.com.

8-**بتول الطيب**، سياسات التجارة الالكترونية والمسائل القانونية، متوفر على الموقع الالكتروني: www.arablaw.org، ص 02 - 16.

9-**بهلولي فاتح**، تنفيذ عقود التجارة الالكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 01، لسنة 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص ص 300 - 319.

10-**بلاش ليندة**، الاتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة السادسة، المجلد 11، عدد 01 لسنة 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2015، ص ص 274-299.

11-**توفيق نجم - إقبال جاسم جعفر**، دور التجارة الالكترونية في تفعيل أنشطة الشركات، "دراسة في عينة من الشركات العراقية"، مجلة العلوم الاقتصادية، العدد 24، المجلد السادس، أيار 2009، بغداد، 2009، ص ص 138-172.

12-**توجان فيصل الشريدة**، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة التجارة والصناعة، دبي أيام 28-30 أفريل 2008.

13-**حمودي ناصر**، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008، ص ص149-187.

14-**حسين الماحي**، نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، مقال منشور على الموقع، www.arablawinfo.com.

15-درماش بن عزوز، حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 02، جوان 2011، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2011، ص ص 375- 386.

16-رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جوان 2013، ص ص 96-105.

17-راشدي صابر، المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الالكتروني، مجلة معارف، عدد 09 لسنة 2010، معهد الحقوق، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج البويرة، 2010، ص ص 09-28.

18-ساير عز الدين، تأثير البيئة الالكترونية على صحة رضا المستهلك، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، عدد 03 جوان 2017، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، 2017، ص ص 61-71.

19-شريف هنية، إعمال القواعد العابرة للحدود في التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، عدد 02 لسنة 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص ص 146-169.

20-صدام فيصل كوكز المحمدي، دراسة قانونية في ضوء اتفاقات الأونستيرال النموذجية الدولية وقوانين التجارة الالكترونية الوطنية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 10، عدد 02 لسنة 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014، ص ص 80- 115.

21-**طلال أبو غزاله**، التجارة الالكترونية والملكية الفكرية، المجمع العربي للملكية الفكرية غرفة التجارة الدولية، لجنة الملكية الفكرية في التجارة الالكترونية، عمان، 2001، متوفرة على الموقع: www.ASPIP.org، ص 01 ص 10.

22-**طارق الحموري**، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، ندوة علمية تحت عنوان: صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، من 25 إلى 29 ديسمبر 2007، القاهرة، 2007.

23-**عبد الرسول عبد الرضا**، فعالية المركز العالمي للأشخاص بناء على قواعد القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول السنة السادسة، جامعة بابل، بغداد، 2014، ص ص 187- 244.

24-**عبد الرسول عبد الرضا**، القواعد الخاصة للقانون الدولي الخاص، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، السنة السادسة، 2014، بغداد، ص ص49-60.

25-**عبد الرحمان خلفي**، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد رقم 27، عدد 01، لسنة 2013. ص ص 01- 24.

26-**عزت محمد علي البحيري**، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية، "نظرة عامة"، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، دون ذكر سنة النشر، ص ص 1665-1678.

27-**فراس كرم شيان**، القواعد المادية للتجارة الالكترونية **Lex electronica**، دراسة **تحليلية** في ضوء أحكام القانون الدولي الخاص، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة،

جامعة بابل للعلوم القانونية، العراق، 2016، ص ص58-93.

28-**فوزي قدور نعيمي**، مظفر جابر الراوي، النظام القانوني للعقد الدولي للاستثمار في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية الجديدة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 3، العدد 10، السنة الثالثة، دون ذكر السنة، ص ص 01-28.

29-**قبايلي الطيب**، الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال الاستثمار، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، عدد 01، لسنة 2017، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص ص 11-25.

30-**كوالا لمبور، صهيب جاسم**، المحاكم الإلكترونية، مقال منشور على الموقع: www.islamoonline.net

31-**كريم مزعل شبي الساعدي**، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها (دراسة مقارنة في تنازع القوانين)، مجلة جامعة كربلاء، المجلد رقم 03 عدد 13 لسنة 2005، بغداد، 2005، ص ص 01-28.

32-**لطيف زيود**، تحديات التجارة الالكترونية للنظم الضريبية، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03، لسنة 2005، دمشق، 2005، ص ص 23-35.

33-**محمد طارق**، الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية في قانون التجارة الدولية، مقال مستمد من الموقع الالكتروني التالي : www.alkanounia.com

34-**مشاعل عبد العزيز الهاجري**، التعاملات الالكترونية: توثيقها وطرق إثباتها، دورة الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 12-16 ماي 2007، متوفر على الموقع: www.mashael@law.kuniv.edu.

35-**مصطفى الناير المنزول حامد**، المشكلات القانونية في ابرام عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، مجلة الشريعة والقانون، عدد28، لسنة 2016، كلية الشريعة والقانون، السودان، 2016، ص ص 246-285.

36-**مسعودي يوسف**، العقد الالكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد التاسع، جوان 2013، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، 2013، ص ص 77-86.

37-**موسى خليل متري**، توحيد القواعد القانونية للتجارة الدولية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد 02، لسنة 2012، دمشق، 2012، ص ص 143-164.

38-**موكه عبد الكريم**، القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 02 لسنة 2010 كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2010، ص ص 193-212.

39-**مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايصرة**، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكتروني ذات الطابع الدولي، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 41 عدد 2 لسنة 2014، الجامعة الأردنية، 2014، ص ص 1339-1372.

40-**مسعودي يوسف**، العقد الالكتروني في العلاقات الدولية الخاصة، دفاتر السياسة والقانون، عدد 09، جوان 2013، معهد الحقوق، المركز الجامعي تمنراست، 2013، ص ص 77-86.

41- **نغم حنا رؤوف**، المعيار المتبع في تحديد الأعراف المطبقة على عقد البيع الدولي، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، كلية الحقوق،

جامعة الموصل، المجلد رقم 16، العدد 01، سنة 2009، ص 345 ص 372.

42-**نائل مساعدة**، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الالكترونية في القانون الأردني، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 08، كلية الدراسات الفقهية والقانونية جامعة آل البيت، الأردن، سنة 2008، ص ص 161-181.

43-**نبيل زيد مقابلة**، التحكيم الإلكتروني، الجمعية العربية لقانون الإنترنت، مصر، 2007، مقال منشور على الموقع http://www.dralmarri.com.

44-**هارون أوروان**، واقع التجارة الالكترونية في الجزائر، مقال متوفر على الموقع التالي: http://www.droit-dz.com/forum/threads.

45-**يونس عرب**، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي أقامته منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة بين 08-10 تشرين الثاني بيروت 2000.

46-**يوسف العلي**، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، منشور على الموقع، www.arablawinfo.com.

47-**يوسفي نور الدين، بروك إلياس**، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية، مجلة المفكر، العدد الثالث عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2014، ص 251-269.

48-**يونس عرب**، منازعات التجارة الالكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة مقدمة الى مؤتمر التجارة

الالكترونية المقام من طرف منظمة الأسكوا، الأمم المتحدة، من 08 الى 10 تشرين الثاني، 2000، لبنان، 2000، ص 01 ص 22.

49-**يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، القواعد الموضوعية في القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود النفط، المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية، من 26 إلى 28 أغسطس 2014، عمان، 2014.

50-**يوسف العلي**، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الإنترنت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، الدليل الالكتروني للقانون العربي، على الموقع: www.arablawinfo.com.

51-**يتوجي سامية**، أهمية التحكيم الالكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية، مجلة معارف، عدد 01 لسنة 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2013، ص ص 155-177.

52-**قاشي علال**، التوقيع الالكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01 لسنة 2007 كلية الحقوق، الجزائر، 2007، ص ص 169-185.

53-**امحمد توفيق بسعي**، أطراف التجارة الدولية، عن بعض التطورات في مركزها القانوني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01 لسنة 2008، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص ص 321-353.

54-**مراح علي**، القانون في عصر تكنولوجيا الاتصال الحديثة، النظام القانوني للكمبيوتر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 04 لسنة 2008، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص ص 139-160.

55-عيساوي محمد، إشكالية اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات ذات العلاقة بالاستثمار، مجلة معارف، عدد 07 لسنة 2009، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج البويرة، 2009، ص ص 121-131.

56-معزوز دليلة، أهمية الوفاء الالكتروني في الأداء والتأمين، مجلة معارف، عدد 20 لسنة 2016، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، ص ص 131-154.

II- المداخلات:

1-بلحارث ليندة، مكانة مبدأ سلطان الإرادة خلال مرحلة التفاوض في عقود التجارة الدولية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25-26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017.

2-حابت آمال، مبدأ سلطان الإرادة والتعاقد المؤتمت في عقود التجارة الالكترونية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25-26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017.

3-حمودي ناصر، إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الالكترونية الدولية، " آلية أساسية أم بديل احتياطي أمام فكرة الفراغ التشريعي"، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25-26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017.

4-**العطافي مصطفى**، تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25-26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017.

5-**ربحي فاطمة الزهراء**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال بين الحرية والتقييد، يومي 25-26 أكتوبر 2017، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2017.

6-**يوسف سليمان عبد الرحمن الحداد**، القواعد الموضوعية في القانون واجب التطبيق في منازعات عقود النفط، مداخلة ملقاة في المؤتمر السنوي التاسع عشر حول التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية، يومي 26 و26 أوت 2014، المنعقد في صلالة، عمان، 2014.

رابعا: النصوص القانونية

1-النصوص التشريعية والتنظيمية:

1- **أمر رقم 75-58**، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون **رقم 05-10**،مؤرخ في20 يونيو2005، ج ر عدد 44 صادر بتاريخ 2005/6/26.

2- **أمر رقم 75-59** المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر عدد 11 الصادر بتاريخ 6 فيفري 2005.

3- **قانون رقم04-15**مؤرخ في 2004/11/10 يعدل ويتمم أمر رقم 155/66، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 71، صادر بتاريخ 2004/11/10.

4- **أمر رقم 03-11** مؤرخ في 26 أوت 2003، ج ر عدد 52، الصادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم بقانون رقم 17-10 مؤرخ في 17 أكتوبر 2017، ج ر عدد 57 الصادر في 12 أكتوبر 2017.

5- **قانون رقم 08-09**مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

6- قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

7- **مرسوم رقم 16-142** المؤرخ في 5 ماي 2016 يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا، ج ر عدد 28، الصادر في 08 ماي 2016.

II-الاتفاقيات والقوانين النموذجية:

1- اتفاقية واشنطن لعام 1965 والتي انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 95-04 المؤرخ في 1995/01/21، المتضمن الموافقة على الاتفاقية المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 07 لسنة 1995، وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66 لسنة 1995.

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

3- الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

4- اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.

5- اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع.

6- اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

7- القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع لسنة 1996، صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقرارهبناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة رقم 51-662 في 16 ديسمبر 1996.

8- قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الاشتراع لسنة 2001، منشورات الأمم المتحدة نيويورك 2002.

9- قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي اعتمدته الجمعية العامة بموجب قرارها رقم 72/40 المؤرخ في 11 ديسمبر 1985، والمعدل بالقرار رقم 33/61 المؤرخ في 4 ديسمبر 2006.

10- التوجيه النموذجي الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي رقم 2000/31 المؤرخ في 08 يونيو 2000 في شأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، والتجارة الالكترونية الخاصة بالمعاملات الأوروبية.

***- باللغة الفرنسية:**

I*- OUVRAGES :

1- AGNES Rabagny- Lagoa. Droit du commerce électronique, Edition ellipses, Paris. 2011.

2- BENSOUSSANAlain, Internet: aspects juridique, 2ème Edition HERMES, Paris, 1998.

3- BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, Yvon LOUSSOUAM, Droit international privé, 9eme édition, Edition DALLOZ, Paris, 2007.

4- MERCADAL Barthélemy, Droit International, 20eme Edition, EDITION FRANCIS LEFEBVRE, PARIS, 2012.

5- CHATILLON Stéphane, Le contrat international, 3ème Edition, Vuibert, Paris, 2007.

6- **LOQUIN Eric**, L'application des règles matérielles internationales par les arbitres du commerce international, Colloque du Mans, Université du Mans, Édition L'EPITOGE, Paris, 2012.

7- **ETIENNE Wéry**, Facture, monnaie et paiement électronique, Édition LexisNexis, Paris, 2003.

8- **MONEGER Françoise**, Droit International Privé, Edition Lexis – Nexise, 6eme Édition, Paris, 2012.

9- **HUGUES Kenfack**. Droit de Commerce Electronique. 4eme édition, Edition DALLOZ, PARIS, 2012.

10- **JACAUET Jean-Michel**, principe de l'autonomie et contrats internationaux, édition ECONOMICA, Paris, 1983.

11- **RQYNAD Jacques**, Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise, Edition LexisNexis, PARIS 2012.

12- **JEAN-BAPTISTE Racine et FabriceSiiriainen**, Droit du commerce international, 2eme édition, Edition DALLOZ, PARIS, 2011.

13- **BOUCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique, site web. Contrats. Responsabilités. Contentieux, 2eme édition, EDITION DELMAS, PARIS, 2001.

14- **SOUBEYRAND Nicolas**, Les Règles du commerce mondial, 4 eme édition, édition Lextenso, L.G.D.J, PARIS, 2008.

15- **DELEBECQUE Philippe**, Droit du commerce électronique, La Détermination de la loi applicable aux contrats, Edition DALLOZ, PARIS, 2010.

16- **ZIADI Roland**, L'application par l'arbitre des principes de la lexmercatoria, Colloque du Mans, Université du Mans, Édition L'EPITOGE, Paris, 2012.

17- **THIEFFRY Patrick**, Commerce électronique : Droit international et européen, Éditions Litec, Paris, 2002.

18- **TRUDEL Pierre, ABRAN France, BENYEKHLEF Karim, Et HEIN Sophie**, droit de cyberespace, édition THEMIS, université Montréal, 1997.

19- **SCHULTZ Thomas**, Réguler le Commerce Electronique par la Résolution des Litiges en Ligne, Edition BRUYLANT BRUXELLES, L.G.D.J, PARIS, 2005.

20- **VERBIEST Thibault**, Commerce électronique : le nouveau cadre juridique, Publicité, Contrats, Contentieux, Édition LARCIER, PARIS, 2004.

21- **UGO DRAETTA**, Internet et Commerce Electronique, e, Droit International Des Affaires, Éditons BRUYLANT, PARIS, 2003.

II*- <u>THESES ET MEMOIRES :</u>

<u>*- THESES :</u>

1- **A. KOTEICHE Lama,** la loi applicable au contrat du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires, faculté de Droit et des Sciences Politique et Administratives, Université, Beyrouth, 2005.

2- **GHAZOUANI Chiheb**, Le Contrat de Commerce Electronique International, Thèse pour le Doctorat en droit, Droit – Economie – Sciences Sociales, Université PANTHEON-ASSAS, PARIS II, PARIS, 2008.

3- **FRANK Nictali Miranda Guerra**, Le conflit des lois en droit des transports de marchandise par mer, Thèse pour obtenir le grade de docteur de l'Université de Bourgogne, Faculté de droit et sciences politique, Université de Bourgogne, PARIS, 2013.

4- **GRAHAM James Alexander**, Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel, Thèse pour obtenir grade de docteur, Discipline : Droit privé et sciences criminelles, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2001.

5- **KHAIR Al DeenKadhim OBBED**, L es effets de l'internet sur les règles de conflit de compétence internationale, Thèse de doctorat en droit, Ecole Doctorale 509, UNIVERSITE DE TOULON, 2016.

6- **BOUTROS Mickael**, le droit de commerce électronique, une approche de la protection du cyber consommateur, thèse de doctorat, Université de Grenoble, PARIS, 2014.

7- **TOUMLILT Mohamed Diyaa**, Les Aspects Juridiques Du Commerce Electronique En Droit Marocain, thèse pour le Doctorat en Droit, Droit Economie-Gestion Université PARIS XI, PARIS, 2007.

8- **NAMIE-CHARBONNIER Maire**, La formation et exécution du contrat électronique, Thèse de doctorat, Droit économie, sciences sociales, université panthéon – Assas, Paris II, Paris, 2003.

9- **CACHARD Olivier**, La Régulation Internationale Du Marché Electronique, thèse pour le Doctorat en droit, Droit – Economie – Sciences Sociales, Université Panthéon- Assas, PARIS II, paris 2001.

10- **AKKOUR Soumaya**, Le Commerce électronique et la protection du Cyberconsommateur en droit marocain, Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Université de Perpignan Via Domitia, 2006.

11- **SHANDI Youcef**, La Formation du Contrat a Distance par voie Electronique, Thèse de doctorat, Faculté de Droit et Sciences Politiques et Gestion, Université ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III, PARIS, 2005.

12- **YESSAD Houria**, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri,Tizi-ouzou, 2008.

***- MEMOIRES :**

1- **NUYTS Arnaud**, Droit International du Commerce Electronique et la Propriété Intellectuelle, mémoire de DESS en droit international, Droit International des affaires, PARIS, 2005-2006.

2- **FROMENT Camille**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire de D.E.S.S. de Droit du Multimédia et L'informatique, Université de Droit, D'économie et de Sciences Sociales, Panthéon-Assas Paris II, Paris, 2000-2001.

3- **LUCILE ARCHAMBAULT**, La formation de contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, mémoire DESS Droit de l'internet, administration et entreprise, Université Paris 1 panthéon SORBONNE, PARIS, 2004.

4- **NDIAYE Penda**, Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique, mémoire en vue de l'obtention du garde de Maîtrise en droit, Faculté de droit, Université de Montréal, décembre 2006.

5- **PETROVA Téodora**, Les nouvelles composantes de la les Mercatoria, Mémoire pour le DEA de Droit International privé et Droit du commerce international, Université Panthéon-Assas, PARIS II, PARIS, 1999-2000.

III*- ARTICLES :

1- **AGNES Rabagny**, Le commerce électronique, Aspect juridique, Ecole des Mines, 02 décembre 2004, PARIS, 2004, pp 01-23.

2- **AYADI Ahmed**, commerce électronique obstacles et perspectives, cas de la Tunisie, disponible sur le site : www.memoireonline.fr.

3- **ROUSSOS Alexia**, La résolution des différends, lexélectronica, vol 06, n° 01, 2000, disponible sur le site : www.lex-électronica.org/articles/v6-1/roussos.htm.

4- **CAHEN Murielle-Isabelle**, La Formation des contrats de commerce électronique, sur le site : www.lex-electronica.org.

5- **CYRIL ROJINSKY et GUILLAUME TEISSONNIERE**, L'encadrement du commerce électronique par la loi français du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, LexElectronica, vol 10, n° 01, Montréal, 2005. pp 02-10.

6- **DIESSE François**, Travaux des organisations internationals, « Droit de commerce international », Revue de Droit des Affaires Internationales, n 8, 1999.

7- **DIESSE François**, L'exigence de la coopération contractuelle dans le commerce international, Revue de Droit des Affaires Internationales,N° 07, 1999, pp 737-782.

8- **MBOKOLO ELIMA Edmond**, Réflexion sur la nature juridique du contrat électronique en droit positif congolais, Faculté de droit, Université de Mbandaka, 2017, pp 01-08.

9- **SCHWERER François**, De la circulation électronique des monnaies scripturales a la monnaie électronique universelle, Revue de Jurisprudence Commerciale, Numéro Spécial, colloque de DEAUVILLE organisé les 27 et 28 juin 2000 par l'associationdroit et commerce, PARIS, 2000, pp 55-69.

10- **SABOURIN Frédérique**, Le contrat sans lois en droit international privé canadien, Revue québécoise de droit international, n^0 2, 2006, 35-64.

11- **FRANÇOIS DESSEMONTET**, Internet et e. commerce, Universités de Lausanne et Fribourg, sur le site : www.droit.internet, pp 01-26.

12- **GAUTRAIS Vincent,** Le contrat électronique international, Encadrement Juridique, 2ème édition,Revue Academia, Bruylant 2002.

13- **ISABELLE RUEDA**, Panorama en Matière De Droit Du Commerce International, Revue de Jurisprudence Commerciale, n° 01, janvier / février 2007, pp 35-47.

14- **BERGE Jean-Sylvestre**, La résolution des conflit de lois, Université PARIS X, PARIS, 2001, disponible sur le site : www.droit.internet-2001-univ-paris.fr.

15- **claiNche Julien**, La détermination de la loi et le juge compétent, disponible sur le site- www.droit-ntic.com.

16- **Julien Clainche**, La détermination de la lois et je juge compétent, sur le site :www.droit-ntic.com, pp 01-22.

17- **THIBAULT Verbiest**, commerce électronique :loi applicable et juridiction compétente, disponible sur le site : www.journaldunet.com

18- **D'AVOUT Louis**, Conflit De Lois, Revue critique de droit international privé, n° 01, janvier mars 2005, Edition DALLOZ, PARIS, 2005, pp 55-74.

19- **ANCEL Marie-Elodie**, Un an de droit international privé du commerce électronique, les revues de juris classeur, n° 01, janvier 2011, 13 eme année, PARIS, 2011, pp 15-22.

20- **MICHEL ATTAL**, Panorama 2007 De Droit International Privé, Revue de Jurisprudence Commerciale, 52eme année, n° 01 janvier / février 2008, pp 24-34.

21- **PIATTI Marie-Christine**, Commerce électronique et propriétés intellectuelles, Revue trimestrielle de droit commercial et droit économique, n° 01, janvier 2006, Edition DALLOZ, PARIS, 2006, pp 02-23.

22- **MARC minon, GILLEROT Dominique**, Commerce électronique et établissements de prêt, les bibliothèques dans l' économie du livre, laboratoire d'étude sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication, Université de Liège, BBF 2000, n° 2, PARIS, 2000, pp 43-46.

23- **MARTIN. H. Godel**, les contrats de commerce international, Instituts de hautes Etudes Internationales, Genève, 2001, pp 01-26, sur le site : http://www,stoessel.ch/hei.

24- **SAILLARD M. Jean-Paul**, Aspects Juridiques De La Société de L'information et du Commerce Electronique « Proposition de la CCIP », adopté a l'Assemblée générale le 03 février 2000.

25- **M'HAMED Toufik BESSAI**, la loi applicable au contrat international, a propos de la réforme de l'article 18 de code civil, revue Algérienne des sciences juridiques, Economiques et politiques, n 02, 2008, Faculté de Droit Alger, 2008, pp 05-25.

26- **PALLARUELO M. Guy**, La lois applicable au contrat : vers une communautarisation et une modernisation de la convention de Rome 1980, rapport adopté par l'assemble générale de 03 juillet 2003, chambre de commerce et industrie de Paris, PARIS, 2003, pp 01-23.

27- **DUASO CALES Rosario**, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation, disponible sur le site : www.lex-electronica.org.

28- **SALZBURGER Romain**, Contrats Internationaux « quel droit s'applique » espace entreprise, ordre des avocats du barreau de liège, janvier, 2013, paris 2013, pp 01-04. Sur le site : http://entreprise.barreauliège.be.

29- **THOUMYRE Lionel**, L'échange des consentements dans le commerce électronique, disponible sur le site : www.lex-electronica.com.

30- **TALIA Kruger**, études de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, document préliminaire n^0 22 b de mars 2007, bureau permanent, la Haye, pays bas, 2007, pp 01-32.

31- **conférence des Nations Unis** sur le commerce et le développement, groupe intergouvernemental d'experts de droit et de la

politique de la protection de consommateur, 2eme session, Genève 3 et 4 juillet 2017.

VI- Documents :

1- Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.
http://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/ful-text/cid/31.

2- Convention de la Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers. http://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/ful-text/cid/32.

3- Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à représentation.
http://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/ful-text/cid/89.

4- Convention de Rome de 1980 sur la loi applicableà l'obligation contractuelle remplacée par la Convention de Rome I du 17 juin 2008.
http://www.legilux.public.lu/leg/textecoordonnes/codes/cooperation_judiciare/obligations_romeI.fr.

5- Convention de la Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente international de marchandise.
http://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/ful-text/cid/61.

6- La lois type de la Commission des Nation Unies pour le Droit Commercial.www.unicitral.org.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

قائمة أهم المختصرات.....	/
مقدمة.....	05
الباب الأول: القواعد الموضوعية الالكترونية: أثر لعجز منهج تنازع القوانين.	11
الفصل الأول: ضوابط الإسناد في مواجهة معاملات التجارة الالكترونية...	14
المبحث الأول: في محاولة تطبيق ضوابط الإسناد الشخصية على معاملات التجارة الالكترونية.....	16
المطلب الأول: تكريس التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية لضوابط الإسناد الشخصية (مبدأ سلطان الإرادة).....	16
الفرع الأول: تكريس التشريعات الداخلية لمبدأ سلطان الإرادة.....	17
أولا: مبدأ سلطان الإرادة في التشريع الجزائري.....	18
ثانيا: مبدأ سلطان الإرادة في التشريع المصري.....	19
ثالثا: مبدأ سلطان الإرادة في القانون الدولي الخاص النمساوي.....	20
رابعا: مبدأ سلطان الإرادة في القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية.....	20
الفرع الثاني: تبني الاتفاقات الدولية مبدأ سلطان الإرادة.....	21

فهرس الموضوعات

أولا: اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية.....	22
ثانيا: الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.....	22
ثالثا: اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.....	23
رابعا: اتفاقية لاهاي لعام 1986 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع.....	24
خامسا: اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.....	24
سادسا: القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.....	25
المطلب الثاني: إشكالات تطبيق ضوابط الإسناد الشخصية على معاملات التجارة الالكترونية.....	26
الفرع الأول: صعوبة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في حل نزاعات التجارة الإلكترونية.....	27
أولا: ضرورة وجود رابطة بين القانون المختار والعقد.....	30
ثانيا: التهرب، الغش أو التحايل نحو القانون.....	31
ثالثا: تعارض القانون المختار للنظام العام.....	33
الفرع الثاني: صعوبة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في مختلف المعاملات التجارية الالكترونية.....	35

فهرس الموضوعات

أولا: عند الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق.....	36
1- التحقق من وجود إرادة حقيقية في التعاقد.....	37
2- التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة.....	38
3- التأكد من الجدّية في التعاقد وإثباته.....	40
4- عدم تنظيم أغلب القوانين المقارنة للتعاملات الإلكترونية.....	41
ثانيا: عند الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق.....	42
1- استبعاد الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدولية.....	42
2- رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونية..	42
المبحث الثاني: في محاولة تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية على معاملات التجارة الالكترونية.....	44
المطلب الأول: تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق.....	45
الفرع الأول: تطبيق قانون محل تكوين العقد.....	46
أولا: تأييد التشريعات المقارنة لضابط إسناد العقد لمكان إبرامه.....	47
ثانيا: مؤيدي هذا الضابط قدموا حججا قائمة لتبيان أهميته.....	51
الفرع الثاني: تطبيق قانون محل تنفيذ العقد.....	52
أولا: رجوع إعمال ضابط محل تنفيذ العقد إلى مصالح المتعاقدين في دولة التنفيذ.....	53

فهرس الموضوعات

ثانيا: اعتماد التشريعات والاتفاقيات الدولية على ضابط قانون محل تنفيذ العقد.....	54
الفرع الثالث: تطبيق قانوني الجنسية المشتركة والموطن المشترك للأطراف المتعاقدة.....	56
أولا: تطبيق قانون الجنسية المشتركة للأطراف المتعاقدة.....	56
ثانيا: تطبيق قانون الموطن المشترك للأطراف المتعاقدة.....	57
المطلب الثاني: إشكالات تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية على معاملات التجارة الالكترونية.....	60
الفرع الأول: حول إمكانية التركيز المكاني لضوابط الإسناد الموضوعية...	61
أولا: صعوبة التركيز أو التوطين المكاني.....	62
1- صعوبة تحديد المكان الحقيقي للمتعاقد.....	64
2- صعوبة تحديد العنوان الحقيقي للمتعاقد.....	67
ثانيا: صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة.....	69
ثالثا: عدم اعتراف العالم الافتراضي للحدود السياسية.....	70
الفرع الثاني: محاولات لتفادي صعوبات تطبيق ضوابط الإسناد الموضوعية	73
أولا: بالنسبة لتحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد.....	76
ثانيا: بالنسبة لتحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد.....	78

فهرس الموضوعات

الفصل الثاني: ظهور القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية كبديل لمنهج تنازع القوانين.....	81
المبحث الأول: مفهوم القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.....	84
المطلب الأول: تمييز القواعد الموضوعية عن غيرها من القواعد المشابهة لها.....	85
الفرع الأول: ظهرت القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية تكملة للقواعد المادية للتجارة الدولية.....	86
أولا: النظرة الفقهية للقواعد المادية للتجارة الدولية.....	89
ثانيا: النظرة الموضوعية في تعريف القواعد المادية للتجارة الدولية.....	94
الفرع الثاني: تعريف القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية: (القانون الموضوعي الالكتروني).....	98
أولا: تنوع فقهي في تعريف القانون الموضوعي الالكتروني.....	99
ثانيا: التعريفات النظرية للقانون الموضوعي الالكتروني.....	101
الفرع الثالث : تمييز القواعد المادية عن ما يشابهها من مفاهيم.....	105
أولا: تمييز القواعد المادية عن القواعد ذات التطبيق الفوري (قواعد البوليس).....	106
1- من حيث طبيعة العلاقة محل التنظيم.....	107
2- من حيث أولوية التطبيق.....	107

فهرس الموضوعات

3- من حيث المصادر.....	107
ثانيا: تمييز القواعد المادية عن قواعد النظام العام الدولي(النظام الحمائي والنظام التوجيهي).....	108
المبحث الثاني: خصائص القواعد الموضوعية للتجارة: من القواعد المادية التقليدية إلى القواعد الموضوعية الالكترونية.....	113
المطلب الأول: خصائص القواعد المادية للتجارة الدولية (التقليدية)...	114
الفرع الأول: خاصية سهولة التطبيق والاستجابة لمتطلبات الأطراف والعلاقة القانونية.....	115
أولا: من حيث سهولة تطبيق القواعد المادية.....	116
ثانيا: من حيث الاستجابة لمتطلبات الأطراف والعلاقة القانونية.....	118
الفرع الثاني: خاصية الملائمة وتميّزها بالصفة الوقائية والعلاجية.....	120
أولا: من حيث خاصية الملائمة للعلاقات التجارية الدولية الخاصة.....	120
ثانيا: من حيث تميّزها بالصفة الوقائية والعلاجية.....	122
الفرع الثالث: قواعد التجارة الدولية قواعد قانونية.....	123
المطلب الثاني: خصائص القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.....	126
الفرع الأول: القواعد الموضوعية قواعد طائفية ونوعية.....	127
أولا: تنظيم القواعد الموضوعية لنوع معين من العقود.....	128
ثانيا: توجيه القواعد الموضوعية لطائفة معينة من الأشخاص.....	129

فهرس الموضوعات

الفرع الثاني: النشأة التلقائية للقواعد الموضوعية في الوسط المهني.....	132
الفرع الثالث: تشكيل القواعد الموضوعية لقانون عبر الدول**.....**	136
أولا: من حيث عالمية القواعد الموضوعية.....	138
ثانيا: من حيث الوسط المستعمل للتعامل.....	139
ثالثا: من حيث طبيعة المعاملات المبرمة في هذا المجال.....	140
رابعا: من حيث المصدر المشكل للقواعد الموضوعية.....	141
الباب الثاني: الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية...	144
الفصل الأول: مضمون القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية بين الدولية والداخلية.....	147
المبحث الأول: تتشكل القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية من مصادر دولية.....	150
المطلب الأول: النشأة الاتفاقية أو التنظيمية للقواعد المادية للتجارة الدولية.....	151
الفرع الأول: مهمة الاتفاقيات الدولية كانت في تنظيم وإرساء القواعد المادية	152
أولا: نماذج جاءت لتنظيم القواعد المادية للتجارة الدولية.....	155
ثانيا: نماذج سايرت تطور التنظيم الموضوعي للتجارة الالكترونية.....	156
1- اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالالتزامات التعاقدية ولجنة منظمة الأمم المتحدة للتجارة الدولية.....	157

فهرس الموضوعات

2- بعض المنظمات الإقليمية.....	158
3- من وجهة الاتحاد الأوربي.....	159
الفرع الثاني: دور قواعد السلوك في تكوين القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.....	162
أولا: جاءت قواعد السلوك من أجل التنظيم.....	162
ثانيا: تطبيقات أو نماذج لقواعد السلوك.....	165
المطلب الثاني: القواعد الموضوعية للتجارة الدولية ذات النشأة التلقائية.....	167
الفرع الأول: تنظيم العقود النموذجية للقواعد المادية للتجارة الالكترونية.....	168
أولا: تنظيم العقود النموذجية من مختلف الهيئات الدولية المختصة في المجال.	170
ثانيا: إعداد الدول لعقود نموذجية خاصة بها.....	174
الفرع الثاني: ترسيخ العرف للقواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.....	177
أولا: أهمية العرف في تشكيل القواعد المادية للتجارة الدولية.....	179
ثانيا: المكانة الخاصة للعرف في اتفاقية فيينا لسنة 1980.....	181
ثالثا: تأثير التطور التكنولوجي في تشكيل أعراف أنشأت القانون الموضوعي الالكتروني.....	182
المبحث الثاني: دور المصادر الداخلية في تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الالكتروني.....	187
المطلب الأول: مساهمة تقنين التشريعات الداخلية في تنظيم التجارة الدولية	188

وإنشاء قواعد مادية.....	
الفرع الأول: التطبيقات التشريعية لتنظيم مجال التجارة الدولية.....	188
أولا: تنظيم التشريع الألماني والأمريكي للقواعد المادية.....	191
ثانيا: نماذج للدول الاشتراكية وتنظيمها للقواعد المادية.....	193
ثالثا: اللجوء للقواعد الموضوعية في التشريع الجزائري.....	193
رابعا: التجارة الالكترونية فرضت تشريعات داخلية جديدة.....	194
1- التشريعات المختلفة على المستوى الدولي.....	195
2- تقنين المشرع الجزائري لقواعد قانونية خاصة بالتصرفات الالكترونية لمواكبة التطور التكنولوجي.....	196
الفرع الثاني: تقييم دور التشريعات الداخلية في تنظيم عقود التجارة الدولية..	200
أولا: اختصاص المشرع الداخلي في وضع القواعد المادية.....	201
ثانيا: دور القواعد المادية للتجارة الدولية ذات المصدر التشريعي.....	203
المطلب الثاني: القواعد الموضوعية ذات الأصل القضائي (الاجتهادات القضائية الموضوعية).....	204
الفرع الأول: اعتماد أحكام القضاء الوطني على القواعد الموضوعية.....	205
أولا: اعتماد مبدأ الكفاية الذاتية للعقد الدولي.....	206
ثانيا: بعض تطبيقات القواعد ذات التطبيق المباشر.....	207

ثالثا: تطبيق القواعد المادية لحماية المستهلك.....	210
الفرع الثاني: دور اجتهادات التحكيم التجاري الدولي تشكل مضمون القواعد الموضوعية.....	215
أولا: القواعد الموضوعية المستمدة من التحكيم التجاري التقليدي.....	216
ثانيا: القواعد الموضوعية المستمدة من التحكيم التجاري الالكتروني.....	221
الفصل الثاني: تقييم القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية (بين التمتع بصفة النظام القانوني من عدمه).....	228
المبحث الأول: البحث عن تمتع القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية بصفة النظام القانوني.....	231
المطلب الأول: النظام القانوني بين القاعدة القانونية، التنظيم والبناء.....	232
الفرع الأول: المفاهيم المختلفة لفكرة النظام القانوني.....	233
أولا: النظام القانوني قاعدة قانونية.....	234
ثانيا: النظام القانوني تنظيم وبناء.....	136
ثالثا: النظام القانوني تنظيم وقاعدة.....	237
الفرع الثاني: تطبيق خصائص القاعدة القانونية على القواعد الموضوعية..	238
أولا: انطباق أوصاف القاعدة القانونية على القواعد الموضوعية.....	239
ثانيا: تقييم مدى توافر خصائص القاعدة القانونية في القواعد الموضوعية..	241

المطلب الثاني: التأييد الواسع لفكرة تمتع القواعد الموضوعية بصفة النظام القانوني.....	243
الفرع الأول: وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية.	243
أولا: وجود جماعة وهيئة متماسكة.....	244
ثانيا: خلق وإنشاء قواعد قانونية جديدة للتنظيم مجالات مختلفة.....	248
الفرع الثاني: من حيث تولي كيانات وأجهزة قانونية مهمة تقنين القواعد السلوكية.....	250
أولا: دور لجنة منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.....	250
ثانيا: دور المنظمة العالمية للتجارة.....	252
الفرع الثالث: الاعتراف بالطبيعة الوضعية للقواعد الموضوعية الالكترونية..	255
أولا: استيفاء نظام القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية للركن المعياري...	255
ثانيا: استيفاء نظام القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية للركن المؤسسي.	258
المبحث الثاني: في مدى اكتساب القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية لصفة النظام القانوني.....	260
المطلب الأول: الطابع الاختياري والافتراضي ينفيان صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.....	261
الفرع الأول: نفي صفة النظام القانوني بسبب الطابع الاختياري والمكمل للقواعد الموضوعية.....	262

فهرس الموضوعات

أولا: افتقاد القواعد الموضوعية للجزاء.....	262
ثانيا: القواعد الموضوعية قواعد اختيارية.....	263
الفرع الثاني: نفي صفة النظام القانوني بسبب الافتراضية وعدم تنظيم وتجانس المجتمع الالكتروني.....	265
أولا: تشكيل القواعد الموضوعية في ظل مجتمع غير متكامل.....	266
ثانيا: تشكيل القواعد الموضوعية في ظل مجتمع غير متجانس.....	268
الفرع الثالث: نفي صفة النظام القانوني بسبب تخلف الركنين المعياري والمؤسسي للقواعد المادية.....	268
أولا: عدم تمتع القواعد الموضوعية بخصائص القاعدة القانوني لتخلف الركن المعياري.....	269
ثانيا: عدم تمتع القواعد الموضوعية بخصائص القاعدة القانوني لتخلف الركن المؤسسي.....	270
المطلب الثاني: انعدام الإلزام وامتيازها بالنقص من أسباب نفي صفة النظام القانوني على القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية.....	271
الفرع الأول: عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي.....	272
أولا: عدم توافر الإلزام بالنظر للاتفاقيات الدولية.....	275
ثانيا: عدم توافر الإلزام بالنظر للقوانين النموذجية.....	277
ثالثا: عدم توافر الإلزام بالنظر للعقود النموذجية.....	280

فهرس الموضوعات

الفرع الثاني: نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي.....	282
أولا: امتياز القواعد الموضوعية بالنقص (عدم الشمولية).....	283
ثانيا: امتياز القواعد الموضوعية بالقصور.....	286
الفرع الثالث: الحلول القائمة لتشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل.....	289
أولا: دور الأجهزة الدولية والتقنيات المختلفة في مواجهة وتغطية حاجة التجارة الإلكترونية.....	290
1- الاتفاقيات الدولية في مواجهة حاجة التجارة الإلكترونية.....	291
2- الاستعانة بالقوانين النموذجية لتغطية كافة مسائل المعاملات الالكترونية.....	294
ثانيا: استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية.....	295
خاتمة.....	298
قائمة المراجع.....	306
فهرس الموضوعات.....	341

ملخص الرسالة باللغة العربية

القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية

جاءت القواعد الموضوعية الدولية لتغطية فشل منهج تنازع القوانين المعتمد أساسا على ضوابط وطنية، في حين نجد أن مجال التجارة الدولية يتميز بطبيعة خاصة تفرض ضرورة ظهورها وتطورها بعيدا عن القوانين الوطنية، ويعود الفضل في ذلك لمختلف التنظيمات والاتفاقيات الدولية في تطوير هذه القواعد بالإضافة الأعراف والعادات السائدة في مجال التجارة الدولية.

ضف إلى ذلك أن للإنترنت دور آخر في تطوير هذه القواعد، خاصة بعد ظهور التجارة الالكترونية، حيث ظهرت القواعد المادية للتجارة الالكترونية لتساير توسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجارية، فهي قواعد تضع تنظيما مباشرا، تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية.

إن بعد القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية عن الجهات الرسمية دفع العديد من الفقهاء للتشكيك في وقدرة هذه القواعد على تنظيم هذا المجال، ومدى تمتعها بصفة النظام القانوني، منهم من ينادي بنفي هذه الصفة للقواعد المادية، في حين نجد تيارا آخر رأى عكس ذلك فهي تتصف بالإلزام والجزاء، كما يرون أن للاتفاقات الدولية والقوانين النموذجية دور في فرض الصفة القانونية لها.

Résumé de la Thèse en langue Française

Les règles de fond international sont parvenues à couvrir et dépasser le problème des conflits des lois existent dans les dispositions national. Le domaine du commerce international se caractérise par un aspect spécial qui nécessite son émergence et son développement loin des règles de lois nationales.

L'apparition de ces règles est due aux différents organisations ; conventions internationales et grâce aux coutumes et habitudes que suivent les operateurs économiques, En outre le réseau international d'information a contribué au développement des règles de fond du commerce international surtout après l'émergence du commerce électronique. Ainsi l'émergence des règles matérielles du commerce électronique loin des organes officiels a incité la doctrine juridique à remettre en question l'existence et la capacité des ces règles qui organisent ce domaine

Il ya eu une divergence de la doctrine juridictionnelle entre deux courants ; le premier a nié le régime juridique des règles de fond, par contre l'autre a souligné que ces règles jouissent d'un régime juridique car elles se caractérisent par un aspect d'obligation et de sanction. Les conventions internationales, les lois types et les contrats types dans ce domaine ont également joué un rôle dans la reconnaissance de la qualité juridique de ces règles.