



جامعة مولود معمري - تيزي وزو -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



قسم الحقوق

# القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تخصص قانون الأعمال

تحت إشرافه:

د/ زايد حميد

إعداد الطالبين:

— سلام غيلاس

— كولوقلي سماجيل

— د/ أعراب أحمد ، أستاذ محاضر "ب".....رئيسا.

— د/ زايد حميد، أستاذ محاضر "أ"..... مشرفا.

— د/ محالي مراد، أستاذ محاضر "أ"..... ممتحنا.

السنة الجامعية: 2022-2021

# إهداء

الحمد لله سبحانه وتعالى الذي ييسر لنا طريق العلم، وأعاننا على إتمام هذه الدراسة بأنامل

تحيط بقلم أعيته الكلمة وأرقته الخطوط أهدي ثمرة جهدي إلى:

- كل أفراد عائلتي.

- إلى كل أحبتي.

- إلى كل من أعاننا من قريب أو بعيد

غياص.

# إهداء

الحمد لله سبحانه وتعالى الذي ييسر لنا طريق العلم، وأعاننا على إتمام هذه الدراسة بأنامل

تحيط بقلم أعيته الكلمة وأرقته الخطوط أهدي ثمرة جهدي إلى:

- كل أفراد عائلتي.

- إلى كلّ أحبتي.

- إلى كلّ من أعاننا من قريب أو بعيد

سماعيل.

# كلمة شكر

الحمد لله أولا وأخيرا لإتمام هذا العمل البسيط فهو الموفق والمعين في كلّ الأمور.

تحيّة احترام وتقدير وعرّفان بالجميل إلى الأستاذ المشرف " زايدي حميد " الذي لم ييخل علينا

بنصائحه القيّمة .

كما نقدم بالشكر للسادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول قراءة هذا العمل

وتصحيحه وإثراءه فلهم منا جزيل الشكر.

## مقدمة:

تعتبر العقود الإلكترونية كلعقود التقليدية، تقوم على تبادل الالتزامات، غير أن ما يميز العقود الإلكترونية أنها تتم باستخدام تقنيات نقل بيانات التعاقد في اطار إلكتروني من خلال شبكة من شبكات المعلومات و الاتصالات مثل الأنترنت.

تشهد العقود الإلكترونية نمو متزايد حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية، وبصفة خاصة في الدول المتقدمة تكنولوجيا، نتيجة السهولة والسرعة التي تبرم بها هذه العقود، الى درجة أن هناك منشآت عالمية أصبحت تنحصر تعاملاتها في أسلوب التعاقد الإلكتروني أو التبادل الإلكتروني للبيانات.

العقود الإلكترونية تعتبر عقود كسائر العقود الأخرى، إذ حضت بتنظيم تشريعي سواء على مستوى المنظمات العالمية أو على مستوى القوانين الداخلية، وبذلك أصبح المحرر الإلكتروني معترف به من طرف التشريعات الداخلية ومن بينها التشريع الجزائري.

هذا الاعتراف راجع إلى ما أوجدته التجارة الإلكترونية من مكانة بارزة في التبادل التجاري الدولي. بعولمتها ورقمنتها للإقتصاد وابتكارها لعلاقات دولية جديدة، تبرم في سوق عالمية واحدة، وخلق الكثير من التحديات لرجال القانون، كونه يختلف من حيث الأسس والخصائص عن التعاقد التقليدي. ونظرا إلى بطئ تطور الظاهرة القانونية مقابل السرعة التي تتطور بها الوسائل الإلكترونية، يكون في معظم الحالات موضوع لمحاولة الإخضاع القانوني إلى القواعد العامة، خاصة وان العقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية، فهي اتفاق لترتيب أثار قانونية وتنحصر الخصائص التميز بها في التقنية المستعملة.

هذه العقود باتت اليوم تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية، لا سيما الشق المتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها، وذلك بالنظر لتعدد العلاقات الناجمة عن مثل هذا النوع من العقود، واختلاف الوسط المادي الذي يتم من خلاله تحرير العقد وتدوين بنوده. ففي مثل هذا النوع من التعاقد تثار مجموعة من الأسئلة الهامشية والمحورية في نفس الوقت من قبيل مدى اعتبار القانون الوطني أو القانون الاجنبي الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت.

وكذلك ظهرت اشكاليات عديدة في مجال التجارة الالكترونية صعبت تحديد القانون الواجب التطبيق سواء من حيث تحديد مكان ابرام العقد الالكتروني أو من حيث وقت ابرام العقد ، لذا وجدت التشريعات الوضعية من بينها الجزائر صعوبات في حصر منازعات العقود المبرمة عبر الانترنت و ايجاد حلول قانونية لها .

ففي ظل تنازع القوانين التي تحكم العقود الالكترونية بسبب التحديد الدقيق لتفاصيل ابرام هذه العقود خاصة أنها مبرمة عبر الانترنت فنجد امكانية تطبيق عدة قوانين نظرا لكل جزئية في العقد ،فامكانية تطبيق قانون جنسية المتعاقدين أو قانون مكان ابرام العقد أو قانون تنفيذ التزامات العقد أو قانون الارادة في حالة اتفاق الطرفين على القانون الواجب التطبيق.

هذه التداخلات و الصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت دفعتنا إلى تناول هذا الموضوع لازالة الغموض حول القانون الواجب التطبيق في هذه العقود و توضيح القانون الأنسب لحل منازعات العقود الالكترونية.

ومن هنا يمكن طرح الإشكالية التالية:

**ماهو القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت في ظل وجود تنازع**

**للقوانين؟**

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا الموضوع إلى فصلين:

**الفصل الأول:** النظرية التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية.

**الفصل الثاني:** النظرية المستحدثة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود

الالكترونية.

# الفصل الأول

النظرية التقليدية في تحديد  
القانون الواجب التطبيق على  
العقود المبرمة عبر الأنترنت

تعتبر العقود الإلكترونية من المتغيرات العالمية التي فرضتها ثورة التقدم التكنولوجي، حيث أصبحت أحد دعائم الاقتصاد العالمي، وأحد آلياته الهامة، التي تدفع نحو التقدم والتطور الاقتصادي، وإذ كان لها دور بارز في تسهيل المعاملات بين الشعوب، إلا أنها لم تخلو من طرح العديد من الإشكاليات القانونية، التي تتعلق بمختلف جوانب المعاملات العقدية في البيئة الافتراضية، ومنها تلك الخاصة بالمنازعات التي تنشأ عنها، لاسيما ما يتعلق منها بالتراضي على العقد الإلكتروني، الذي يتم بين طرفين ينتمي كل منهما إلى غير دولة المتعاقد الآخر، ما يجعلها تتسم بالطابع الدولي، وهو الأمر الذي يطرح صعوبة في معرفة القانون الواجب التطبيق على هذه المنازعات، الذي يتحدد بالاستناد إلى عدة ضوابط،

يحرص غالبية مشرعي دول العالم في النص على قواعد إسناد معنية، تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة التجارية والمدنية التي تجري بين أفراد المجتمع الدولي، وتختلف هذه القواعد باختلاف طبيعة العلاقة المروضة على القاضي، وتتسم قواعد الإسناد بصفات معينة تميزها عن قواعد القانون الداخلي، فهي من جهة أولى قواعد ثنائية الجانب تعمل على استبعاد القانون الوطني، وتشير إلى اختصاص قانون آخر، قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وهي من جهة ثانية قواعد إجرائية لا تفصل في موضوع النزاع بشكل مباشر، وإنما ترشد فقط القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع<sup>1</sup>.

وهو ما يدفعنا للتساؤل حول مدى صلاحية مناهج القانون الدولي الخاص التقليدية كمنهج تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، والإجابة على ذلك تكون بالتطرق إلى دراسة الإسناد الشخصي للعقد الإلكتروني (المبحث الأول)، والتطرق إلى الإسناد الاحتياطي للعقد الإلكتروني في (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية -دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 48-47.

## المبحث الأول

### الإسناد الشخصي للعقد الإلكتروني

من الثابت قانوناً أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته، فالإرادة هي أساس التصرف القانوني فهي التي تنشئه، وهي التي تحدد آثاره، وهذا ما يعبر عنه الفقه بمبدأ سلطان الإرادة، والذي يشتمل على فكرتين: الأولى أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف، والثانية أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل تعتبر الإرادة المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار<sup>1</sup>.

ويلعب مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاق على الشروط التعاقدية دوراً هاماً، حيث تعترف كافة التشريعات بهذا المبدأ<sup>2</sup>، الذي لا يقتصر تطبيقه في نطاق العلاقات الداخلية، وإنما يمتد إلى العلاقات الدولية الخاصة، وإن كان مفهومه يختلف في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص، من حيث أن القانون الداخلي يمنح الحق والحرية للأطراف في تنظيم علاقاتهم القانونية كما يشاؤون، بحيث لا يتدخل المشرع في علاقاتهم ليحل محلهم، فيحددون هم موضوع العلاقات التي يريدون الالتزام بها، أما في إطار العلاقات الدولية الخاصة فإن مبدأ سلطان الإرادة يتيح للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية<sup>3</sup>، وفي ذلك بإمكانهم تجاوز أحكام قانون دولة معينة واختيار قانون دولة أخرى لحكم العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 257.  
<sup>2</sup> بوفلجة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 207.  
<sup>3</sup> بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية- دراسة مقارنة، ط1، مكتبة بدوان الحقوقية، لبنان، 2017، ص ص 114-113.

<sup>4</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 49.

إذا كانت قاعدة قانون الإرادة تخول للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الخاصة التي يبرمونها في حقل التجارة الدولية، فإن الأمر يقتضي تحديد المقصود من قانون الإرادة (المطلب الأول) ، وطرق اختيار قانون الإرادة (المطلب الثاني) ، ثم نحدد النتائج المترتبة على خضوع عقود التجارة الالكترونية لقانون الإرادة (المطلب الثالث).

## **المطلب الأول**

### **مفهوم قانون الإرادة**

إن تحديد مفهوم قانون الإرادة يدفعنا إلى تعريفه (الفرع الأول)، وبيان كيفية نشأته (الفرع الثاني)، وذلك فيما يلي:

## **الفرع الأول**

### **تعريف قانون الإرادة**

اختلف الفقه والقضاء وكذلك التشريعات في تحديد المقصود بقانون الإرادة الذي تشير إليه قواعد الإسناد، ويمكن جمع هذا الخلاف في ثلاث اتجاهات:

#### **1- الاتجاه المضيق من نطاق قانون الإرادة:**

وفيه يضيق أنصاره من نطاق هذا القانون، ويقصره على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة، تتمتع بهذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدولي العام، وعليه فإذا اختار أطراف العقد قانوناً لتنظيم عقدهم، فإنه يتعين أن ينصب هذا الاختيار على القانون الداخلي لدولة معينة<sup>1</sup>.

وقد أخذت بهذا الاتجاه كلا من محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر عام 1929، حيث قضت بأن: "كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص"، ومحكمة النقض الفرنسية في

<sup>1</sup> قارة سليمان محمد خليل، "الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الالكتروني"، المجلة الالكترونية: الفقه والقانون، المغرب، العدد 18، 2014، ص 58.

حكمها الصادر سنة 1950، والذي جاء فيه: "كل عقد دولي يخضع حتما لقانون دولة معينة"<sup>1</sup>.

وقد انتقد جانب من الفقه هذا الاتجاه بحجة أنه يضيق من فكرة قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، على أساس أن تطبيق هذا المنهج يترتب عليه تطبيق حلول وطنية وضعت أساسا من أجل العقود الداخلية لا على عقود التجارة الإلكترونية، في حين أن هذه العقود هي عقود دولية، فضلا عن أنها قد تؤدي إلى تباين الحلول القضائية بصدد تلك النوعية من المنازعات التي تتم عبر الخط<sup>2</sup>.

## 2- الاتجاه الموسع من نطاق قانون الإرادة:

ينادي أنصاره بالحرية الكاملة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، والتوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية<sup>3</sup>، بحيث لا تقف عند حدود القانون الداخلي لدولة معينة، فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثل القواعد العرفية، التي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التجارة الإلكترونية<sup>4</sup>.

لكن أهم ما يعيب هذا الاتجاه أنه يطلق الحرية للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، على نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القواعد التي ترتبط بالعقد ارتباطا وثيقا<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015، ص 191.

<sup>2</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 271.

<sup>3</sup> قارة سليمان محمد خليل، مرجع سابق، ص 58.

<sup>4</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 272.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 274.

### 3- الاتجاه المعدل في نطاق قانون الإرادة:

يحمل هذا الاتجاه في طياته طابع الاعتدال، حيث أنه لا يصل إلى حد تضيق نطاق قانون الإرادة الذي نادى به أصحاب الاتجاه الأول، كما لا يذهب إلى حد إطلاق العنان للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، والذي ذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني<sup>1</sup>.

وهذا الاتجاه يخول المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، عملاً بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد، واحتراماً بتوقعاتهم، ولكنه يحرص في ذات الوقت على ألا تصل هذه الحرية إلى حد إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار قانون على نحو يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة، فهذا الحل يقيم نوعاً من التوازن بين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وإسناد هذه الحرية على أسس مشروعة<sup>2</sup>.

الواقع أن هذا الاتجاه يجد أساسه في بعض الاتفاقيات الدولية، منها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حين نصت المادة 06 منها على: "استبعاد تطبيق القانون المحدد بموجب الاتفاقية إذا تعارض مع النظام العام"، وما ذهبت إليه أيضاً المادة 1/7 من اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع<sup>3</sup>.

وهو ذات المبدأ الذي تبناه المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 24 من قانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص

<sup>1</sup> لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 194.

<sup>2</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 274.

<sup>3</sup> لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 194.

بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".

يتضح من هذا النص أن القاضي الجزائري حين يجد أن القانون الأجنبي وفقا لقواعد الإسناد في قانونه مخالف للنظام العام، أو الآداب العامة، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، فإنه يقوم باستبعاده، ويحل القانون الجزائري محل القانون الأجنبي.

## الفرع الثاني

### نشأة قانون الإرادة

نتيجة لتأثير المشرع عند وضعه لقواعد القانون الدولي الخاص بالظروف المحيطة بالمعاملات، يمكن القول أن مبدأ قانون الإرادة مر بمراحل مختلفة، كصدى للظروف التي تسود كل عصر، مما يجعل هذا المبدأ يتميز بطبيعة عرفية، فمازالت بعض المحاكم تلجأ إلى تطبيق بعض تلك الأعراف رغم قدمها<sup>1</sup>، ومثال ذلك إخضاع فقه الأحوال الإيطالي القديم في القرنين 12 و 13 العقود لقانون بلد إبرامها، كما أنه لم يقصر تطبيق هذا القانون على موضوع العقد، بل جعله أيضا يشمل شكله، حيث تم في هذه الفترة تبرير اختصاص قانون بلد الإبرام من طرف بعض الفقهاء على أساس أنه القانون الذي يعرفه الأطراف<sup>2</sup>، ومع انتهاء القرن 15م قام الفقيه الإيطالي Rochus Curtius بتفسير قاعدة خضوع العقد

<sup>1</sup> زياد محمد فالج بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، "دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني - دراسة مقارنة"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، الجزء 1، العدد 30، فلسطين، 2013، ص 358-359.

<sup>2</sup> أعراب بلفاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري-تتنازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 303-304.

القانون محل إبرامه بفكرة الخضوع الضمني، أي على أساس أن الإرادة الضمنية للمتعاقدين قد اتجهت إلى اختيار هذا القانون ليحكم عقدهم<sup>1</sup>.

وقد نهجت نظرية الأحوال الفرنسية الطريقة التي سارت عليها المدرسة الإيطالية القديمة، ولم تكتسب طابعها الخاص إلا في القرن 16م، حين قدم "ديمولان" نظريته، وذلك باختضاع العقد القانون الإرادة<sup>2</sup>، فأكد على أنه إذا كان العقد يخضع لقانون بلد الإبرام بوصفه القانون المختار ضمنا من قبل أطرافه، فإن المتعاقدين يملكون ومن باب أولى الحق في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العقد، على أن يبقى شكل العقد خاضعا لقانون بلد إبرامه، وفي حالة عدم اختيار المتعاقدين لقانون العقد يصار عندئذ إلى تطبيق قانون مكان الانعقاد على الجانب الشكلي والموضوعي للعقد<sup>3</sup>.

وفي القرن 19م أخضع المحامي الفرنسي Foelix العقد لقانون البلد الذي أبرم فيه، باعتباره القانون الذي استقرت عليه العادات والأعراف، ومع ذلك فإن كان تنفيذ العقد سيتم في بلد آخر، فإن قانون هذه الأخيرة يكون هو الواجب التطبيق على المسائل التي تلي إبرام العقد، وقد برر رأيه بأن الإرادة الضمنية للمتعاقدين لا تهدف إلى مخالفة العادات والأعراف السائدة في بلد إبرام العقد أو تنفيذه، وعلى ذلك فإنه حتى ذلك الوقت كانت إرادة الأطراف لا تملك الخروج على القانون الواجب التطبيق الذي يقدمه منهج تنازع القوانين<sup>4</sup>.

كما يذهب الفقيه الإيطالي "مانشيني" إلى فكرة مفادها أن القوانين تتبع الشخص أينما ذهب، وبالتالي يطبق عليه قانون بلده دائما، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته،

<sup>1</sup> أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أدرار، 2017-2018، ص 262.

<sup>2</sup> حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين) المبادئ العامة وتحليل الوضعية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 40.

<sup>3</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 50.

<sup>4</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص 262-263.

سواء كان داخل إقليمها أو خارجها، وقد أورد جملة من الاستثناءات فرضتها ضرورة الدفاع عن مصلحة المجتمع وحاجات التجارة، وهي القوانين التي تعتبر من النظام العام، وتلك التي يتفق أطراف العلاقة على اختيارها، وكذلك قانون محل إبرام التصرف فهو المختص بحكم الشكل، غير أن هذه النظرية تعرضت للعديد من الانتقادات على أساس كثرة الاستثناءات التي أدخلت عليها، مما أدى إلى زعزعة مركزها، وتقليل ثقة الفقهاء فيها، ولم تفلح في أن تتال النجاح التام<sup>1</sup>.

وقد أشار الفقيه الألماني "سافيني" في بداية القرن 19م الصعوبات الرئيسية التي تواجه تحديد القانون الواجب تطبيقه على الالتزامات التعاقدية، كما ذهب إلى البدء في تحليل العلاقة القانونية التي ينشأ بسببها التنازع بغية تحديد مركزها لإسنادها إلى نظام قانوني يلائمها ويتفق وطبيعتها<sup>2</sup>، وبالتالي إخضاعها إلى قانون ذلك المكان استنادا إلى فكرة الخضوع الإرادي، لأن من يدخل في علاقة تعاقدية يقبل مسبقا الخضوع لقانون مركزها<sup>3</sup>.

وقد استمر الوضع حتى نهاية القرن 19م، حيث قرر فقهاء القانون الدولي الخاص أن قانون العقد هو القانون الذي اتجهت إليه الأطراف، ليأتي بعد ذلك الأستاذ Laurent ليصوغ هذه القاعدة في شكل نظرية بأن أجاز للمتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم صراحة أو ضمنا، وبصورة مستقلة عن مكان إبرام العقد أو تنفيذه<sup>4</sup>.

استنادا لكل ذلك، فعند تتنازع عدة قوانين بشأن حكم علاقة تعاقدية، فإنه يجب اختيار القانون الأكثر ملاءمة لهذه العلاقة حتى لو كان أجنبيا، والذي يعرف من خلال تحليل

<sup>1</sup> زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، مرجع سابق، ص 359.

<sup>2</sup> دبه حورية، منازعات العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص قانون العلاقات الدولية الخاصة، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، 2016-2017، ص 44.

<sup>3</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 51.

<sup>4</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 263.

العلاقة القانونية لإيجاد مركزها الذي يحدد بوساطة فكرة الخضوع الإرادي، والذي استقرت عليه العديد من التشريعات الدولية والداخلية التي نصت صراحة على حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد.

## **المطلب الثاني**

### **طرق اختيار قانون الإرادة في العقود الالكترونية**

إذا كانت النظم القانونية قد اعترفت للمتعاقدین بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فإن هذا الاعتراف يثير التساؤل حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة، والجواب على ذلك أن إرادة المتعاقدين قد تكون صريحة، وقد تكون ضمنية، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

## **الفرع الأول:**

### **الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**

تقر معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك بإدراج شرط في العقد يحدد فيه الأطراف القانون الواجب تطبيقه على العقد المبرم بينهما، والمسمى بشرط الاختصاص التشريعي، والتعبير عن الإرادة يكون صريحا إذا كشف المتعاقد عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس بالكلام، أو الكتابة، أو الإشارة، أو نحو ذلك، ففي العقود الالكترونية يمكن أن يتم هذا الاختيار باستخدام الوسائل الالكترونية، كأن يتم التعبير من خلال الرسائل الالكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق المواقع الالكترونية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> زياد خليف الغنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 120.

ويشير استقرار الواقع أنه قد صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية، يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقودهم، يخضع له العقد دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد<sup>1</sup>.

وإذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، سواء عند إبرام العقد الأصلي أو في أي وقت لاحق لإبرامه، فإنه يجوز لهم أيضا تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد، وذلك شرط ألا يترتب على تعديل القانون المختار أضرار تمس بالغير الذين بنو توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولا والمراد تعديله والعدول عنه، كما يلزم ألا يؤدي ذلك العدول إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه<sup>2</sup>.

قد يبدو للوهلة الأولى أن التعيين الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد بصفة عامة، والعقد الإلكتروني خاصة، لا يثير صعوبات طالما أمكن لطرفي تحديد هذا القانون بإرادتهم ليحكم عقودهم، إلا أنه وفي مجال التجارة الإلكترونية لا يمكن التسليم التام بهذه القاعدة، نظرا للصعوبات التي تثيرها، والتي نجلها فيما يلي:

### 1- صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

يكون هذا في حالة ما إذا تم التعبير عن الإرادة بشكل غير مباشر، أي بوجود وسيط قد يؤدي إلى إصابة الرسائل الإلكترونية بعيوب في صحتها، بحيث يصعب التأكد من وجود الإرادة، وكذلك التحقق من أن هذه الإرادة صادرة من شخص له أو ليس صلاحية التصرف نيابة عن الشخص الأصلي<sup>3</sup>، أو تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تم التغيير

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص 283-284.

<sup>2</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 285.

<sup>3</sup> كوثر مجدوب، "حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد الإلكتروني الاستهلاكي"، مجلة تاريخ العلوم، مصدر بجامعة الجلفة بالتنسيق العلمي مع مخبر الدراسات التاريخية المتوسطة بجامعة المدية، الجزء 2، العدد 2، جوان 2017، ص ص 267-268.

في محتواها، ففي هذه الحالة ينشأ عدد من الأسئلة وأوجه عدم اليقين في سياق استخدام وسائل الاتصال الالكتروني لإبرام عقد من العقود، خاصة منها ما يتعلق بكيفية التحقق من أن الإرادة صادرة عن صاحبها خاصة، وأن شبكة الأنترنت معروضة للاختراق والتدخل من جانب الغير<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد أثبت الواقع العملي أن تحديد إرادة التعاقد يمكن أن يتحقق عن طريق إتفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة المرور، كما يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل للرسالة بمفتاحه السري، ويتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيتها تؤكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي<sup>2</sup>.

## **2- صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقد:**

الحقيقة الغالبة في عقود التجارة الإلكترونية هي غياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه، ويستتبع ذلك أن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين قد لا يكون في مجال التعاقد الالكتروني بالسهولة نفسها التي كانت تبحث بها وفق الطرق التقليدية للتعاقد عن بعد، ذلك أن الأطراف المتعاقدة من خلال وسائل الاتصال الالكترونية التقليدية، كالفاكس والتلكس أو الهاتف يعرفون مقدما الدولة التي يتصلون بها من خلال الرقم الكودي الذي يطلبونه<sup>3</sup>، في حين أن المتعاملين عبر الأنترنت يفتقرون إلى ذلك التحديد، لأن العنوان الذي

<sup>1</sup> بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 353.

<sup>2</sup> كوثر مجدوب، مرجع سابق، ص 268.

<sup>3</sup> عمران علي السانحي، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 403.

يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين، كما هو الشأن في العناوين الالكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها ب (.com) أو (.org).

كما يصعب مراقبة العناوين الالكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر، فالتاجر غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هوياتهم<sup>1</sup>.

غير أن تلك الصعوبات لا يمكن أن تحول دون التأكد من شخصية المتعاقد وأهليته القانونية في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية، لأن في ذلك مصلحة المستهلك والتاجر<sup>2</sup>، فبالنسبة للمستهلك فإن تحديد هوية الطرف الآخر يمكنه من التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد، فغالبا ما يكون هو قانون هذا الأخير.

أما بالنسبة للتاجر فيحرص على هوية الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمات حتى يتأكد من أهلية الطرف المتعاقد معه.

### **3- عدم تنظيم القانون المختار للمعاملات الالكترونية:**

يتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التي قد تنشأ بصدد روابطهم العقدية، لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الالكترونية في أغلب الأنظمة القانونية، ذلك ان المتعاقدون عبر الشبكة الدولية للمعلومات يتطلعون دائما لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة العقدية لمعرفة حقوقهم والتزاماتهم، ولا توجد صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها دون مستند ورقي

<sup>1</sup> يوسفي نور الدين وبروك إلياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 13، 2016، ص 254.

<sup>2</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 354.

مكتوب وموقع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبيق أحكامه<sup>1</sup>، غير أن الصعوبة تدق في الفرض العكسي، عندما يختار أطراف العقد تطبيق قانون دولة معينة، ثم يتضح بعد ذلك أن هذا القانون لا يعترف بصلاحيه العقود التي تعتمد على الكتابة الالكترونية والتوقيعات الرقمية، ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانوناً<sup>2</sup>.

#### 4- صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته:

تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات<sup>3</sup>، وتبدو هذه الأهمية أكثر في مجال المعاملات الالكترونية لاسيما في ظل غياب الدعامة المادية الخطية<sup>4</sup>، فالتعاقد عبر الشبكة يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب الآلية، ويتم من خلالها تبادل الرضا بين المرسل والمستقبل، فيتحدد موضوع المعاملة وكيفية تنفيذها دون دعامة مادية مكتوبة، فإذا كان أطراف العلاقة العقدية في مجال المعاملات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادي لإثبات التصرف القانوني، فإن التعامل عبر شبكة الأنترنت يتضمن إلغاء تلك الأدلة المادية، وكل توقيع خطي، ولعل خصوصيته هي التي أدت إلى وجود عقبات حقيقية تتعلق بقواعد الإثبات التقليدية حال تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية<sup>5</sup>، تتمثل هذه الصعوبات فيما يلي:

<sup>1</sup> يوسف نور الدين وبروك إلياس، مرجع سابق، ص 256.

<sup>2</sup> عمران علي الساتحي، مرجع سابق، ص 403.

<sup>3</sup> كوثر مجدوب، مرجع سابق، ص 268.

<sup>4</sup> يوسف نور الدين وبروك إلياس، مرجع سابق، ص 255.

<sup>5</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 357.

أ- المشاكل الفنية:

يظهر هذا النوع من المشكلات في صور عديدة، أهمها حدوث عطل داخل الأجهزة الالكترونية يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة بداخلها، أو إنتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها، بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة، مما يؤثر على استخدامها كوسيلة إثبات، كما قد يكون من الصعب استرجاع تلك البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم، أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة، إضافة إلى إمكانية التلاعب في مضمون السند الالكتروني، أو الاطلاع على البيانات التي يتضمنها بغرض استغلالها على نحو غير مشروع<sup>1</sup>.

ب- المشاكل القانونية:

تتمثل هذه المشاكل في تباين التشريعات الوطنية في تنظيم أدلة الإثبات من جانب، وكذلك منح الأطراف الحق في الاتفاق على تعديل تلك القواعد من جانب آخر.

- اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات:

أثبتت الدراسات التي قامت بها لجنة الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج نظم التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات تباين النظم القانونية في تقديرها<sup>2</sup>، فهناك نظم قانونية تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبياً، أي أنها لا تضع طرق محددة للإثبات تقيد بها القاضي أو الخصوم، بل تترك للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي، وللقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته.

<sup>1</sup> عرعار الباقوت ، حماية المتعاقد أثناء تنفيذ العقد المبرم عبر الانترنت، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة تلمسان ، 2020-2021، ص 169.

<sup>2</sup> عمران علي السانحي، مرجع سابق، ص 402.

وقد انتهت اللجنة في تقريرها إلى أن القواعد التعليمية المعنية بالإثبات تشكل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونياً<sup>1</sup>، وفي ذلك أوصت اللجنة الحكومية بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعيق استخدام السجلات الإلكترونية، كأدلة في الدعاوي القضائية، بغية تفادي ما يحول دون قبولها من عقبات لا مبرر لها، والتأكد من أن هذه القواعد تتفق والتطورات في مجال تكنولوجيا المعلومات، وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات<sup>2</sup>.

- مدى صلاحية الاتفاقيات التعاقدية بين الأطراف في تعديل قواعد الإثبات:

يتعرض عادة اطراف العلاقة العقدية لمسألة مدى قبول تبادل رسائل البيانات إلكترونياً في المعاملات التي تتم بينهم في اتفاقيات التبادل المبرمة بينهم، وهنا تأتي صعوبة أن اتفاقيات التبادل النموذجية قد اعتمدت على طرق متنوعة إزاء تلك المسألة، فبعض هذه الاتفاقيات ينص على أن يقبل الأطراف الرسائل الإلكترونية كدليل إثبات، وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد الاتفاق فيما بينهم على إمكانية الطعن في الأدلة الإلكترونية، وثمة نوع أخير يوصي بأن تأخذ الأدلة الإلكترونية نفس القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية<sup>3</sup>.

وتتضح الصعوبة هنا في أن صحة الاتفاقيات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلق بمدى قبول الأدلة الإلكترونية في الإثبات تتوقف على طبيعة قواعد الإثبات في نظام قضائي معين، وبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فاعلية للاتفاقيات التعاقدية، مما لا يمكن التعويل عليها في المنازعات الأخرى التي تنطوي على أطراف مختلفين، أيضاً ستكون الأحكام عديمة القيمة حين يوجد شرط قانوني يوجب توفر دعامة

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 358.

<sup>2</sup> يوسف نور الدين وبروك إلياس، مرجع سابق، ص 255.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 360.

مادية مكتوبة، أو يتطلب وجود وثيقة، أو مستند أصلي، أو غير ذلك من الشروط الشكلية، إلا إذا سمح القانون الوطني بهذا الاتفاق<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني:

### الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

لا صعوبة إذا اختار المتعاقدان صراحة، وبصفة واضحة القانون الواجب التطبيق على عقدهما، فيتعين على المحكمة المختصة حسم المنازعة المعنية وفقا للقانون المختار<sup>2</sup>، أما إذا لم يحدد المتعاقدان في العقد صراحة القانون الواجب التطبيق، فإنه يتعين على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وذلك على ضوء فحص نصوص العقد ووقائع القضية المعروضة عليه<sup>3</sup>، وكذا القرائن المتعددة والعلامات التي تدل على هذه الإرادة، حيث لا يكفي عادة بوحدة منها للدلالة على النية غير المعلنة<sup>4</sup>، بل الغالب أن يجمع القضاء بين أكثر من مؤشر أو علامة ليستوثق من نية المتعاقدين، ومن أمثلة القرائن والظروف التي يمكن للقاضي الايتعانة بها لتحديد قانون العقد اللغة التي حرر بها العقد، أو ان يتضمن العقد نصا يقتضي بجعل المنازعة الناشئة عنه من اختصاص محاكم دولة معينة، أو اتفاق المتعاقدين على تنفيذ العقد في دولة معينة، ومن القرائن والظروف أيضا مكان إبرام العقد، أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو الجنسية المشتركة لهما، إلا أنه ورجوعا إلى المعاملات الالكترونية يتضح أن هناك بعض القرائن التي لا تعتبر حاسمة أو ذات أهمية قليلة في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، وفي هذا الصدد يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في التعرف على الإرادة الضمنية ومحاولة

<sup>1</sup> يوسف نور الدين وبروك إلياس، مرجع سابق، ص 255-256.

<sup>2</sup> شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2009، ص 45.

<sup>3</sup> محمود عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 89.

<sup>4</sup> العشايشي سيد علي، القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ظل تنازع القوانين، مذكرة ماستر في القانون تخصص قانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة البويرة ن 2018-2019، ص 108.

استخلاصها من أحد أو بعض الظروف والقرائن السابقة، ولكن يتعين عليه دراسة كل ظروف العقد وعناصره وإجراء موازنة بينهما، بهدف الوصول إلى أكثر العناصر أهمية في نظر المتعاقدين<sup>1</sup>.

بالنسبة للمعاملات الالكترونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الأنترنت، فإنه الاسترشاد بهذه القرائن لاستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف بإختيار قانون معين ليطبق على العقد الالكتروني المبرم بينهم لا يخلو من صعوبات، وتوضح هذه الصعوبات فيما يلي:

1. **فمن ناحية اللغة:** فاللغة الإنجليزية هي لغة التخاطب الغالبة في مجال العقود الالكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، حتى أن المواقع تكون متاحة بأكثر من لغة على الشبكة، ولا يكون اعتمادها للغة الإنجليزية مؤشرا على نية المتعاقدين باعتماد قانون معين ليطبق على التعاقدات الخاصة بواسطة تلك المواقع، إنما بهدف التعامل، مع أكبر عدد ممكن من مستخدمي الشبكة، وبالتالي فإن صياغة العقد باللغة الإنجليزية عند التعاقد بواسطة شبكة الأنترنت لا يشير إلى نية الأطراف بإخضاع عقدهم إلى القانون الانجليزي<sup>2</sup>.

2. **من ناحية العملة التي يتم بها الوفاء:** فلا يمكن القول أن الدافع بواسطة النقود الالكترونية، أو بطاقات الائتمان يعطي مؤشرات على اختيار قانون بعينه، لأن هذه النقود، أو البطاقات أساسا ليست من إصدار دولة معينة، وإنما تصدرها مؤسسات دولية تقصد من ورائها أن يكون استخدام النقود الالكترونية والبطاقات المصرفية دوليا

<sup>1</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، ص 54.

<sup>2</sup> زياد خليف الغنزي، المعاملات الالكترونية والقانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 123.

- لا يرتبط بدولة، أو شركة، أو مصرف محدد<sup>1</sup>، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بهذه الوسائل بأي عملة، وفي أي وقت<sup>2</sup>.
3. من ناحية أخرى يصعب القول أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها مقر المحكمة التي اتفق المتعاقدان على إيلائها اختصاص النظر بالنزاع، لأنه بات مستقرا في فقه القانون الدولي الخاص أنه لا تلازم بين الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، فلولا الاستقلال بين قواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وقواعد الاختصاص التشريعي لطبقت كل محكمة قانونها الوطني، وانتفى سبب قيام القانون الدولي الخاص<sup>3</sup>.
4. يصعب القول كذلك بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به، لأن مسألة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة، فالغالب في مجال المعاملات التي تتم عبر الأنترنت هو استقلال الروابط القانونية، لاسيما أن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب، ولا دليل مادي على وجودهم الحقيقي<sup>4</sup>.
5. من جهة أخيرة يصعب الاستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدان، لأن هذه الضوابط جميعها تؤدي إلى تركيز الرابطة العقدية مكانيا، في حين أن العقود الإلكترونية خاصة تلك التي تبرم وتنفذ إلكترونيا لا يمكن تركيزها مكانيا بهذه الطريقة، وبهذا الوصف تقترب الإرادة الضمنية في هذا المجال من الإرادة المفروضة بواسطة القاضي، فضلا أنه وفي أغلب المرات يكون أطراف العقد الإلكتروني من بلدين مختلفين لا يجمعهما موطن مشترك، كما أن الجنسية المشتركة

<sup>1</sup> معاتقي ليندة، زوار أسماء، القانون الواجب التطبيق على العقود بين المنهج التنازعي التقليدي و المنهج الموضوعي المستحدث، مذكرة ماستر في الحقوق تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق ، جامعة البويرة، 2019، ص 79.

<sup>2</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 365.

<sup>3</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 356.

<sup>4</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 365.

قريبة ضعيفة في التعاقد غير الإلكتروني، فكيف الحال في حال كان التعاقد يتم آليا<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### النتائج والقيود على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة

يترتب على إعمال قانون الإرادة على العقود المبرمة عبر الأنترنت عدة نتائج تؤثر على الإختصاص القضائي و المنازعات الناشئة عن هذه العقود (الفرع الأول)، كما ترد قيود على اطلاق قانون الإرادة على العقود الإلكترونية مما تحد من تطبيق قانون الإرادة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### النتائج على الخضوع لقانون الإرادة

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون إرادة المتعاقدين عدة نتائج نجملها فيما يلي:

أولاً: السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الإلكترونية (تجزئة العقد)

إذا كان لإرادة المتعاقدين دوراً جوهرياً في حل مشكلة تنازع القوانين بصدد عقود المعاملات الإلكترونية، فإن ذلك يثير التساؤل حول مدى إمكانية اختيار الأطراف لأكثر من قانون يحكم العلاقة العقدية، فيطبق على كل جزء منها قانون يختلف عن الآخر<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص ص 157-158.

<sup>2</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 231.

في ذلك ينظر البعض من الفقه إلى العقد باعتباره وحدة واحدة في كل أجزائه، ومن ثم يجب أن تخضع هذه الوحدة القانونية لقانون واحد، فهي وحدة قابلة للتأويل التفسير، ولا تكفلها فكرة تحليل عناصر العقد واختيار القانون الذي يتلاءم مع طبيعة كل منها<sup>1</sup>، وطبقاً لهذا الرأي فإنه يتعين إخضاع العقد الإلكتروني لقانون واحد ينظم الالتزامات المتبادلة للمتعاقدين، وهو ما يعني عدم إمكانية تجزئة العقد الإلكتروني، لأن التجزئة لا تتناسب لما يمتاز به من سرعة في إبرامه، إضافة إلى ما يؤديه هذا المبدأ إلى الإخلال بالروابط العقدية، وذلك لاختلاف القوانين المطبقة على هذا العقد، فمن الممكن مثلاً تنظيم جزء من العقد بقانون يقر حجية التوقيع الإلكتروني وبصحة المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، والجزء الآخر ينظم بقانون آخر لا يقبل مثل هذه التصرفات<sup>2</sup>.

وعلى النقيض من الرأي السابق يرى بعض الفقهاء بتجزئة العقد، وأنه يمكن للمتعاقدين تحديد أكثر من قانون للعقد ذاته إذا ما حدد نطاق تطبيق كل قانون وأخضع كل جزء فيه لقانون معين، على أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بالعلاقة العقدية، ويتمثل أساس هذا الرأي في عدم جواز الاحتجاج بمبدأ وحدة العقد، لأن هذه الوحدة المقال بها غير متحققة في الواقع في صدد المسائل القابلة بطبيعتها للانفصال بإسناد مستقل، سيما وأن المشرع نفسه قد تصدى إلى تجزئة الرابطة العقدية، حيث ميز في الإسناد بين شكل العقد وموضوعه، مما يؤدي إلى القول أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من تجزئة العقد باختيار أكثر من قانون ليحكم عناصره المختلفة<sup>3</sup>.

أما في إطار العقود الإلكترونية فيؤكد فقه قانون التجارة الإلكترونية أنه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، فيصح أن يتفقا

<sup>1</sup> زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، مرجع سابق، ص 367.

<sup>2</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 277.

<sup>3</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص ص 235-236.

على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ، فهذا الرأي يقضي بتجزئة العقد وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوع العقد سواء فيما يتعلق بتكوينه أو بآثاره<sup>1</sup>.

وبهذا يمكن في إطار عقود التجارة الالكترونية الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد، مؤكدين على أن إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال العقود الالكترونية لن يتحقق إلا من خلال المرونة النسبية للقواعد التي تسمح بتجزئة العقد، وإسناد كل جانب إلى قانون معين، فهناك مسائل خاصة تتم عبر الشبكات الالكترونية كالوفاء الذي يعد تعاملًا منفصلاً عن العقد<sup>2</sup>.

### ثانياً: رفض فكرة الإحالة في مجال العقود الالكترونية

يرفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية على أساس أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع الضابط الذي تنظمه قاعدة التنازع في قانون القاضي، والتي خولت المتعاقدين حق اختيار قانون العقد<sup>3</sup>.

إن رفض الإحالة يعني أن القاضي يقوم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار دون قواعد التنازع في ذلك القانون، وعلّة ذلك الرفض أن إعمال قواعد التنازع في القانون المختار سيؤدي إلى الاختلال بتوقعات الأطراف، واضطراب معاملاتهم عبر شبكة الأنترنت، فاخيارهم لقانون معين يقوم على اعتبارات قدرها فيه، وقبول فكرة الإحالة يؤدي إلى إخضاع العقد لنظام قانوني لم يكن متوقعا لديهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> علاو هنية، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة البويرة، 2020-2021، ص 53.

<sup>2</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 276.

<sup>3</sup> قارة سليمان محمد خليل، مرجع سابق، ص 60.

<sup>4</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 282.

## الفرع الثاني

### القيود الواردة على أعمال قانون الإرادة في العقود الإلكترونية

اعترفت التشريعات بإرادة الأفراد في التعاقد، ولا يقتصر هذا الاعتراف على إبرام العقد، وتحديد شروطه، بل يتعداه إلى اختيار القانون الذي يرويه أكثر تعبيراً عن مصالحهم المتعلقة بالعقد، ويترتب على ذلك اندماج القانون المختار في العقد، فتتزل أحكامه منزلة الشروط التعاقدية، إلا أن الأخذ بقانون الإرادة مشروط بعدة قيود.

### أولاً: وجوب توافر صلة بين القانون المختار والعقد

انقسم الفقهاء حول مدى لزوم توفر صلة بين القانون المختار بالعقد أو المتعاقدين، فجانب منهم رفض هذا الشرط، في حين رأى جانب آخر وجوب توفر صلة بين القانون المختار والعقد، وفيما يلي بيان ذلك.

#### 1- الرأي الأول:

ذهب جانب من الفقه ومن ضمنه فقهاء إنجلترا إلى القول أن للمتعاقدين حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، دون تقييده بأي صلة احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن أصحاب هذا الرأي اشترطوا ألا يكون هذا الاختيار متعارضاً مع النظام العام، وألا ينطوي على غش نحو القانون<sup>1</sup>.

وقد تبنى هذا الرأي العديد من التشريعات، التي حرصت على إخضاع العقد لأحكام القانون المختار، فحولت المتعاقدين حرية مطلقة في إختيار القانون الواجب التطبيق دون إيراد أي قيد أو شرط، ومنها اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على

<sup>1</sup> لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 197.

الالتزامات التعاقدية، حيث أخضعت العقد الدولي لأحكام القانون المختار دون أن تقيد هذا الاختيار بضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار، وذات الشيء نجده بالنسبة لاتفاقيتي لاهاي لسنة 1955 و1986 وكذا القانون المدني الأردني، والمصري<sup>1</sup>.

## 2- الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحق في الاختيار لا يجب أن يكون مطلقا، فلا يملك أطراف العقد اختيار قانون لا علاقة له بالعقد<sup>2</sup>، لذلك وجب تقييد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، بأن يكون له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد، بحيث ينصب اختيار المتعاقدين على أحد القوانين التي تتزاحم لحكم العقد الدولي، ولا يهم بعد ذلك أن ينصب الاختيار على القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، على أساس أنه يشكل مركز الثقل في هذه الرابطة<sup>3</sup>.

وقد أخذ بهذا الاتجاه عدة تشريعات، ومن بينها التشريع الجزائري، حيث نصت المادة 18 من القانون المدني على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"، فيتضح إذن ان المشرع الجزائري كرس مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، لكنه قيد هذه الحرية بشرط ان يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، محاولة منه لاستبعاد فرض أن يختار المتعاقدون قانون لا صلة له بالعلاقة التعاقدية.

## 3- الرأي الثالث:

هذا الرأي لا يقيد حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد، ولا يقر بالحرية المطلقة لهم، إنما يستلزم وجود صلة بين القانون المختار والعقد، ولكنه لا يتطلب أن تتحقق هذه

<sup>1</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> فقير فايزة، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، أطروحة دكتوراه في القانون تخصص عقود و مسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر1، ص 265.

<sup>3</sup> قارة سليمان محمد خليل، مرجع سابق، ص 59.

الصلة عن طريق عناصر شخصية، كجنسية المتعاقدين، او مادية، كقانون نحل إبرام العقد أو تنفيذه، فيكفي أن تكون هذه الصلة نابعة من حاجة المعاملات والتجارة الدولية<sup>1</sup>.

في مجال العقود الإلكترونية فإنه يصعب أن يتم عبر الشبكات الآلية الاعتراف بتلك الصلة بين القانون المختار بين العقد قياسا على عقود التجارة الدولية التقليدية، وذلك لأسباب الآتية:

- أن التعاقد الإلكتروني يفرض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد، نتيجة للطابع العالمي لشبكات الاتصال الإلكترونية، وبالتالي صعوبة تحديد تلك الرابطة المزعومة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية<sup>2</sup>.
- وسيلة التعاقد في كلتا التجاريتين مختلفة، ففي مجال التجارة الإلكترونية يتم إبرام عقودها من خلال شبكات إلكترونية لا تتركز ولا تخضع لدولة بعينها، فيمكن القول بتطبيق قانونها، على خلاف عقود التجارة الدولية<sup>3</sup>.
- تتأسس الرابطة بين القانون المختار والعقد في الغالب من عناصر مادية، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الضوابط المادية تصلح للتطبيق على عقود التجارة الدولية التي تتم بعيدا عن شبكات الاتصال الإلكترونية أو في حالة الإبرام من خلال تلك الشبكات مع تنفيذها ماديا<sup>4</sup>، إلا أن ثمة صعوبة حقيقية تعترض تطبيق تلك الضوابط في حالة المعاملات التي تتم وتنفذ بالطرق الإلكترونية، كما هو الشأن في حالة توريد برامج الحاسبات الآلية عن طريق إنزالها مباشرة على الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة يتم الوقوع في إشكالية تحديد مكان تنفيذ العقد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 278.

<sup>2</sup> لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 198.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 280.

<sup>4</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 250.

<sup>5</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص 280-281.

## ثانيا: النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في العقود الإلكترونية

دعت خطوة تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد على النحو الذي يؤديه إلى فتح الطريق أمامهم للافلات من القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية البعض من الفقه إلى ضرورة البحث في نقطة التوازن بين حرية الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية، والاحترام المتطلب للنصوص القانونية الحاكمة للعقد من ناحية أخرى، وبالتالي القول بوجود تقييد هذه الحرية بعدم مخالفتها لمبادئ النظام العام<sup>1</sup>،

إن إعمال فكرة النظام العام في العقود الإلكترونية يمكن أن يتحقق إما باللجوء إلى النظام العام الحمائي الدولي، أو باللجوء إلى النظام العام التوجيهي الدولي، وذلك كما يلي:

### أ- تطبيق فكرة النظام العام الحمائي على العقود الإلكترونية:

تثار فكرة النظام العام هنا كرد فعل عندما يقوم المتعاقد مع المستهلك، وهو القوي في العقد بفرض قانون ينكر أو يتجاهل حقوق المستهلك<sup>2</sup>، ففكرة النظام العام هنا تقتضي إقصاء القانون الوطني واجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع، أو وفقا لاختيارات الأطراف، وتطبيق القانون الذي يكفل للمستهلك حماية أفضل، وهو عادة قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للمستهلك<sup>3</sup>.

وقد وجد هذا النهج تطبيقا له في بعض التشريعات، ومن ذلك القانون الدولي الخاص السويسري عام 1987، وأيضا اتفاقية روما المبرمة عام 1980، حيث أشارت هذه الأخيرة إلى حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقودهم، حتى ولو كان هذا الأخير منبث الصلة عن العقد، لكنها تضمنت وصفا استثنائيا فيما يتعلق بالعقود المبرمة مع

<sup>1</sup> بلاق محمد، "ضوابط الإسناد ومدى فاعليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد 5، العدد 10، 2014، ص 169.

<sup>2</sup> طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، مرجع سابق، ص 112.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 309.

المستهلكين، مفاده أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يمكن أن يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها له الأحكام الأمرة في بلد محل إقامته المعتادة<sup>1</sup>، وعليه عندما يدرج البائع في الشروط العامة التي يظهرها على شاشة الأنترنت شرطا خاصا ينص على تطبيق قانون دولته على العقد، فإن هذا الشرط يمكن تغييره لصالح قانون المستهلك (أ/3/5) من اتفاقية روما 1980.

الملاحظ أن تطبيق المادة 3/5 من اتفاقية روما على عقود المستهلكين التي تتم عبر الأنترنت هو أمر يصعب تحقيقه عمليا، لأنه يتطلب من البائع أن يضمن تطابق العقود، أو الشروط العامة للبيع في كافة الأنظمة القانونية للعملاء المحتمل تعاقدهم عبر الأنترنت، كما لا تتعلق سوى بالعلاقات التي تتم بين الأوربيين، ولا تحل المشاكل ذات الصبغة العالمية، مما يدعو إلى إيجاد اتفاقية دولية تحدد بوضوح معالم النظام العام في مجال التجارة الدولية عموما، والإلكترونية بوجه خاص.

### **ب- تطبيق النظام العام التوجيهي على العقود الإلكترونية**

تظهر فكرة النظام العام التوجيهي في عقود التجارة الإلكترونية من خلال الاتجاهات الآتية:

- **الاتجاه الأول:** يؤكد على فكرة النظام العام في مجال التجارة الإلكترونية من خلال التركيز على النصوص التي تحظر ممارسة الأنشطة غير المشروعة في هذا المجال، حيث يتم تنظيمه بشكل دقيق، ويمنع نشره على شبكة الأنترنت<sup>2</sup>.
- **الاتجاه الثاني:** يتجه أنصاره للقول بأن النظام العام في التجارة الإلكترونية هو مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الإلكترونية، والتي تلبى كل احتياجاتها عن طريق خلق القواعد الذاتية التي تتفق ونمو المبادلات عبر الشبكة، فالنظام العام من وجهة

<sup>1</sup> طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، مرجع سابق، ص 112.

<sup>2</sup> بلاق محمد، مرجع سابق، ص 171-172.

نظر هذا الاتجاه يتحدد بكافة القواعد التي تضع تنظيمًا خاصًا ومباشرًا بالتجارة الالكترونية<sup>1</sup>.

- **الاتجاه الثالث:** يرى أن وجود نظام عام دولي صالح للتطبيق على عقود التجارة الدولية والالكترونية هو فكرة يصعب تحقيقها، وذلك لصعوبة تحديد المقصود بالنظام العام، فلكل دولة أنظمة سياسية، واجتماعية واقتصادية، تختلف عن أنظمة غيرها، إضافة لصعوبة تحديد القواعد التي تدخل في نطاق النظام العام، ذلك أن كل القواعد التي تحتويها عادات واعراف التجارة الدولية لا تنتمي كلها للنظام العام، كما أن هذه القواعد منها هو أساسي وعالمي بما يحقق المصالح الأساسية للتجارة الدولية، وهو ما يجعل هذه القواعد تدخل في نطاق مفهوم هذا النظام<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 315.

<sup>2</sup> طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، مرجع سابق، ص ص 113-114.

## المبحث الثاني

### الإسناد الاحتياطي للعقد الإلكتروني

إذ لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فعلى القاضي المختص أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان، فهنا إرادة القاضي، وليس إرادة المتعاقدين هي التي تتولى تعيين القانون الذي يحكم العقد، وذلك من خلال اللجوء إلى مؤشرات، أو عوامل ارتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطاً وثيقاً، وهنا يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة أي الإسناد الجامد (المطلب الأول)، ومعلومة سلفاً للمتعاقدين، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد، كضابط الأداء المميز أي الإسناد المرن (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الإسناد الجامد

يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد القانون الواجب تطبيقه على عقديهما، يتم الإسناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد<sup>1</sup>، أهمها قانون دولة إبرام العقد، أو قانون

<sup>1</sup> حمودي محمد ناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية - أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني"، مجلة معارف، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، السنة: الثالثة، العدد 5، 2008، ص 155.

دولة تنفيذه، أو قانون جنسية المتعاقدين المشتركة، أو قانون موطنها المشترك<sup>1</sup>، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقا من قبل المتعاقدين، مما قد لا يفاجئ توقعاتهم وبخلاف بأمانهم القانوني المنشود<sup>2</sup>.

في هذا الصدد نصت المادة 2/18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "...وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد..."، ويلاحظ على المادة نصها على عدة ضوابط تمثلت في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد، في حين لم تنص على ضابط مكان تنفيذ العقد، وتعد هذه الضوابط كقوانين قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد<sup>3</sup>.

## الفرع الأول

### ضابط قانون مكان إبرام العقد

يعد من أهم الضوابط الاحتياطية المعمول بها في مناهج تنازع القوانين، وقد لقي رواجاً وتطبيقاً كبيرين في العقود الدولية التقليدية، ما جعل البعض يرى أن ارتباط العقد مع مكان إبرامه يعني تطبيق قانون هذا المكان على الأطراف الذين توافر لديهم العلم بهذا القانون، وتطبيقه يفترض أن المتعاقدين قد سكتوا عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمناً<sup>4</sup>، وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 1/18 من القانون المدني الجزائري، وكذا القضاء الفرنسي الذي يعتد بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد حال انتفاء

<sup>1</sup> زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، مرجع سابق، ص 370.

<sup>2</sup> حمودي محمد ناصر، "العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت"، مرجع سابق، ص 473.

<sup>3</sup> بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015، ص 86.

<sup>4</sup> بلاق محمد، مرجع سابق، ص 175.

اختيار الأطراف لهذا القانون، وللتدليل على ضابط محل إبرام العقد ساق أنصار هذا الاتجاه مجموعة من المبررات فتمثلت في الآتي:

- أنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجدية بين القانون والعقد، وأنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره.
- أنه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، إضافة إلى ضمان وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

وإذا كان إسناد الرابطة العقدية إلى قانون محل إبرام العقد يعد أمرا ملائما للعقود التجارية التقليدية بما يكفله من محاسن<sup>1</sup>، فإنه لا يخلو من سهام النقد التي حاولت النيل في مكانته، ذلك أن هذا الضابط لم يعد ملائما للمعاملات التي تتم عبر الشبكة الالكترونية<sup>2</sup>، والتي لا تسمح طبيعتها بتركيز تلك المعاملات تركيزا مكانيا، نظر لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد<sup>3</sup>، وهو ما جعل البعض يرى في هذا الصدد أن العقد الالكتروني قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه، كأن يتم عبر حاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى، أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الأنترنت، وهي كلها تجعل من المسألة عرضية، ولا تشكل معيارا يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بهذه الطريقة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص 89.

<sup>2</sup> بلاق محمد، مرجع سابق، ص 175.

<sup>3</sup> طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، مرجع سابق، ص 118.

<sup>4</sup> حمودي محمد ناصر، "العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت"، مرجع سابق، ص 474.

## الفرع الثاني

### ضابط مجال تنفيذ العقد

ترجع أهمية قانون محل تنفيذ العقد إلى أنه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين، والغاية التي يسعون إلى تحقيقها، فضلا عن كون محل لتنفيذ لا يكون عرضيا بل يرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد<sup>1</sup>.

غير أنه في مجال العقود الالكترونية يثير إعمال هذا الضابط بعض الصعوبات، سواء فيما يتعلق بالعقود التي تنفذ عبر الشبكة ذاتها أو فيما يتعلق بالعقود التي تنفذ خارج الشبكة، فالأولى تطرح إشكالية تحديد مكان تنفيذ العقد، فهل هو مكان موقع التحميل أو مكان المزود أو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري<sup>2</sup>، أما في النوع الثاني، وهي العقود التي تنفذها خارج الشبكة، فالأصل أنها لا تثير مشكلة حقيقية، لأنها تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وهذا المكان غالبا يكون مكان تسليم الطلب أو الخدمة<sup>3</sup>.

## الفرع الثالث

### ضابط الموطن المشترك للمتعاقدین

اعتمدت بعض التشريعات الوطنية على ضابط الموطن المشترك في حالة غياب الإرادة الصريحة والضمنية للمتعاقدین في تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>4</sup>، ورغم وضوح هذه

<sup>1</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 165.

<sup>2</sup> لزه بن سعيد، مرجع سابق، ص 210.

<sup>3</sup> بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص 90.

<sup>4</sup> طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، مرجع سابق، ص 119.

الفكرة، إلا أنه من الصعب تطبيقها في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر الأنترنت، ذلك أن التعامل عبر الأنترنت يعتمد على العناوين الالكترونية لا على العناوين الحقيقية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، مما يصعب معه اعتماد ضابط الموطن المشترك لتحديد القانون واجب التطبيق<sup>1</sup>.

## الفرع الرابع

### ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدین

تبنت بعض التشريعات الوطنية الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون الإرادة صراحة أو ضمناً<sup>2</sup>، إلا أن إسناد الرابطة إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد، يصعب التعويل عليه في مجال عقود التجارة الالكترونية، لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقاً لهذا الأساس والعقد<sup>3</sup>، ويؤكد البعض أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصراً مؤثراً في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، كما أن الاعتراف بجنسية المتعاقدين سيتطلب التحقق من هوية الأطراف، وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد<sup>4</sup>.

الواضح أن هذه الضوابط يكتنفها الكثير من الغموض، والصعوبات عند تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، وذلك لتصادمها مع الطابع الإقليمي والمادي لفض التنزع القانوني، وهو ما أدى بالفقه إلى تبني ضوابط موضوعية أخرى لتعيين قانون العقد.

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 334.

<sup>2</sup> بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص 88.

<sup>3</sup> لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 211.

<sup>4</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 333.

## المطلب الثاني

### الإسناد المرن (الإسناد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز)

إن الاتجاه الجامد في تركيز العقد لا يمكن أن يستقيم مع عقود التجارة الإلكترونية، كون الضوابط التي جاء بها لا تمثل في مجملها مركز الثقل في العقد الإلكتروني حتى يمكن الاستناد إليها في تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد، مما جعل فقهاء القانون الدولي الخاص يدعون لتبني معيار آخر لتحديد قانون العقد<sup>1</sup>، يتمثل في ضابط الأداء المميز، وعليه سنبين المقصود منه (الفرع الأول)، وكذا مدى إمكانية تطبيقه على العقود الإلكترونية (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### مفهوم نظرية الأداء المميز

يعرف الأداء المميز بأنه: "الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتميزه عن غيره من العقود الأخرى"<sup>2</sup>، ويعرف أيضا بأنه: "ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا"<sup>3</sup>.

فيعد أداء مميزا للالتزام البائع بتسليم المبيع، أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والالتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاوله، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> طلال ياسين العيسى وسهي يحي صباحين، مرجع سابق، ص 120.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص 336-337.

<sup>4</sup> قارة سليمان محمد خليل، مرجع سابق، ص 69.

يعتمد هذا الضابط على أساس تنوع العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد، ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الاعتماد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>1</sup>، ويتميز هذا الضابط بكونه إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد، ويقوم على افتراض أن جعل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، مما يحول دون تجزئة العقد وخضوعه لقانون واحد<sup>2</sup>.

ويرجع ترجيح ضابط قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز إلى أنه يتسم بالوضوح، ويساعد أطراف العقد على توقع القانون الذي يحكم العقد بسهولة، وبالتالي يؤدي إلى تجنب الصعوبات التي يثيرها تحديد محل إبرام العقد أو تنفيذه، أو الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني

#### تطبيق نظرية الأداء المميز على العقود الإلكترونية

رغم تبني العديد من التشريعات وبعض أحكام القضاء لهذه النظرية، إضافة إلى تأييدها من جانب الكثير من الفقهاء، لكن أعمال هذه الفكرة في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت لم يخل من النقد:

أ- إن أعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف الأقوى في العقد، والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، كما هو الحال في عقود البيع التي تتم عبر

<sup>1</sup> لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 214.

<sup>2</sup> حمودي محمد الناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية-أزمة مناهج تنازع القوانين ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، مرجع سابق، ص 157.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 339.

شبكة الأنترنت، فهنا يطبق قانون دولة البائع، حيث يعد أداء مميز التزام البائع بتسليم المبيع.

ب- تقوم هذه النظرية على أساس مرتكزات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية.

ت- أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد اعتبرت محل إقامة الطرف الملتمزم بالأداء المميز، أو مقر منشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد رئيسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذه الشروط غير متوافرة في عقود التجارة الإلكترونية، لأن أغلب المواقع الإلكترونية التي يتم من خلالها التعاقد تتسم بأنها مؤقتة، مع أنه يشترط في الإقامة أن تكون دائمة.

ث- يصعب تطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمات مقيم في البلد نفسه الذي يمارس فيها نشاطه، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون دولة المدين بالأداء المميز، وكذلك في الحالة التي لا تكون فيها الأنترنت مجرد وسيلة للاتصال، أو التفاوض حول بنود العقد، وإنما وسيلة لتنفيذ العقد، لأنه لا يوجد إقليم دولة يتم فيها تنفيذ العقد، كما أن هناك بعض العقود ذات الطبيعة المركبة التي تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية، بحيث يمكن اعتبار أيها منها أداء مميز للعقد.

يمكن القول أن قواعد الإسناد وفقا لهذه النظرية، حتى وإن كانت صالحة في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية في تحديد قانون العقد، فإن أعمالها في مجال العقود الإلكترونية التي أسفرت عليها شبكة الأنترنت له ليس باليسير، ولعل صعوبة ذلك اعتمادها على ضوابط لا تتلاءم مع طبيعة البيئة الافتراضية.

## **الفصل الثاني:**

**النظرية المستحدثة في تحديد**

**القانون الواجب التطبيق على**

**العقود الالكترونية**

نتيجة للصعوبات التي واجهت التوجه التقليدي لقواعد الإسناد كأداة لفض مشكلة التنازع بين القوانين تبين عدم ملاءمتها، وعدم تماشيها مع الطبيعة الذاتية لمعاملات التجارة الإلكترونية، الأمر الذي اقتضى ضرورة البحث عن مناهج قانونية بديلة لتجديد قانون العقد، وقد تجسد ذلك في منهج القواعد الموضوعية، التي ينبغي إرساؤها، والعمل على تطويرها، وتنميتها كي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني، وذلك بهدف تفادي المشكلات التي يثيرها منهج تنازع القوانين على العقود المبرمة في المجال الإلكتروني.

وبغية التفصيل في ذلك سنحدد مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني و تحديد مصادره في (المبحث الأول)، ونتناول بعد ذلك مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني للتطبيق على العقود الإلكترونية (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### القانون الموضوعي الإلكتروني

ترجع بوادر نشأة القانون الموضوعي الإلكتروني إلى أواخر القرن التاسع عشر، حين ناشد فقهاء التجارة الدولية بضرورة إيجاد قواعد قانونية مشتركة بين الدولة تكفل وحدة المعاملات التجارية الدولية، وأن تكون قواعد محددة المضمون والهدف وواضحة المعالم، كل ذلك من أجل كفاية وحدة التعامل والحفاظ على دولية المعاملة، ومع ظهور عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت تضاعفت الحاجة لمثل هذه القواعد الموضوعية، غير أنه هذه المرة يتعين أن تكون قواعد تتميز بطبيعة خاصة تستمد من الطبيعة ذاتها التي تتميز بها وسيلة إبرام هذه العقود<sup>1</sup>، وحينها بدأت بوادر نشأة القانون الموضوعي الإلكتروني، الذي نعرفه ونحدد خصائصه في (المطلب الأول)، كما يستمد القانون الموضوعي الإلكتروني من عدة مصادر تشكل قواعده (المطلب الثاني)

### المطلب الأول

#### مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني

يعد القانون الموضوعي الإلكتروني من القوانين المستحدثة على المستوى الدولي لمواكبة التطورات السريعة التي عرفتتها العقود الإلكترونية سواء من حيث شروط انعقادها أو من حيث تنفيذها و حل المنازعات الناشئة عنها، لذا وجب علينا التطرق للقانون مفهوم هذا القانون من خلال تحديد تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم تحديد خصائصه (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> خليفي سمير، "القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، المجلد 2، العدد 2، 2016، ص 247.

## الفرع الأول

### تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني

يعرف القانون الموضوعي الإلكتروني على أنه: "القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن"<sup>1</sup>، وأهم ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه لم يبين المقصود من القانون الموضوعي الإلكتروني، بل اهتم بتعريفه من زاوية بيان مصادره مما يبقى هذا المفهوم غامض وغير واضح المعالم.

ويعرفه البعض الآخر بأنه: "القانون الذي يضع تنظيمًا موضوعيًا خاصًا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونًا ذاتيًا مستقلًا، وغير مرتبط بالقوانين الوطنية"<sup>2</sup>.

وقد عرف هذا القانون بعدة مسميات تبعًا لتعدد تعريفاته، فسمي بالقانون الإلكتروني، أو قانون المعلوماتية، أو القانون الافتراضي، أو القانون الرقمي، أو القانون الأنترنت، أو قانون الفضاء الافتراضي، وسماه البعض قانون التجار الجديد، بينما فضل البعض تسميته بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> حمودي محمد الناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية-أزمة مناهج تنازع القوانين ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل"، مرجع سابق، ص 167.

<sup>2</sup> حوالف عبد الصمد، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية - أدرار، العدد 31، 2014، ص 171.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص 110-111.

## الفرع الثاني

### خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني

يتميز القانون الموضوعي الإلكتروني بجملة من الخصائص، فهو قانون طائفي، وموضوعي، تلقائي النشأة، ودولي فيما يلي بين ذلك:

#### أولاً: قانون فئوي ونوعي

إن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني هي قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة، ومشكلات ذاتية، تقتضي بالضرورة حلولاً تتوافق مع صفته الذاتية<sup>1</sup>، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد، بل هي مخصصة لفئة من الأشخاص، وهم المتعاملون في المجال الإلكتروني، فتتظم قواعده نوعاً معيناً من المعاملات، والمسائل المتعلقة بها، منها الدعاية والترويج للسلع، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، والدفع الإلكتروني، والبريد الإلكتروني<sup>2</sup>.

#### ثانياً: قانون تلقائي النشأة

القانون التلقائي هو القانون النابع من مجتمع ذاتي، أي لا تقوم على تنظيمه جهة رسمية، ولا يتأتى عن طريق المرور بالإجراءات الشكلية اللازمة لسن القوانين الوضعية<sup>3</sup>، ونظراً لكون القانون الوضعي الإلكتروني قانون تلقائي فهو نتاج العادات، والأعراف التجارية، والتي سادت بين أفراد المجتمع ذاتياً مع مرور الوقت، خاصة وأن شبكة الأنترنت لا تقوم على تنظيمها جهة رسمية مركزية، ولا تتبع سلطة دولة معينة تهيمن على نشاطها، أو توجهه، وعلى ذلك لا يوجد جهاز خاص يتمتع باختصاص قاعدي، أي بسلطة

<sup>1</sup> خليفي سمير، مرجع سابق، ص 284.

<sup>2</sup> حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 174.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 183.

سن او وضع القواعد السلوكية للمتعاملين على الشبك هذا من جهة<sup>1</sup>، ومن جهة ثانية أن تطبيق هذا القانون لا يحتاج إلى تدخل سلطة عامة تسهر على تنفيذه واحترام أحكامه، فمثلما كانت نشأته تلقائية فتطبيقه تلقائي، ويترتب على ذلك أن هذا القانون طالما أنه نابع من ممارسات الأطراف وارتضوا مقرراته، فإنه يتماشى مع الطبيعة الذاتية للتعامل على شبكة الأنترنت، كما تتوافق وتوقعات المتعاملين عبر هذه الشبكة، ويجنبهم اختلاف القوانين الوطنية التي لا تلائم أنماط معاملاتهم الالكترونية الدولية، بالإضافة إلى المرونة التي يتسم بها، كونه وليد الظروف الواقعية التي تعبر عن حاجات المتعاملين<sup>2</sup>.

### ثالثاً: قانون دولي موضوعي

القانون الموضوعي الالكتروني قانون دولي، باعتباره ينظم فضاء افتراضي مشترك، غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، كونه ليس من وضع أي سلطة إقليمية، كما أنه ليس من وضع هيئة دولية، بل طابعه الدولي يستمد من طبيعة المعاملات التي يحكمها، والتي تتم عبر الحدود، وتتصل بأكثر من دولة، وتتضمن انتقالاً للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتصل بمصالح التجارة الدولية<sup>3</sup>.

أما عن كونه قانون موضوعي، فذلك يرجع إلى كونه يقدم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة محل النزاع مباشرة، ولا يحيل إلى غيره لاستمداد ذلك الحل، فقواعد هذا القانون من أعراف، وعادات، وممارسات عملية، وشروط عامة، تتضمن حلولاً، وتنظيماً للعلاقات والروابط التي تتم تحت لوائه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 475.

المرجع نفسه ص 476-478.

<sup>3</sup> طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، مرجع سابق، ص 129.

## المطلب الثاني:

### مصادر القانون الموضوعي الالكتروني

تعددت وتنوعت مصادر القانون الموضوعي الالكتروني ما بين الاتفاقيات الدولية الأساسية، والقواعد التعاقدية، والممارسات التعاقدية، والعادات، وقواعد السلوك، والأعراف الدولية، والتي سنطرق لها فيما يلي:

### الفرع الأول

#### الاتفاقيات الدولية

تعد الاتفاقيات الدولية احد أهم المصادر التي يمكن أن يستقي منها القانون الموضوعي الإلكتروني أحكامه، إذ يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والإنسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية، وحل كثير من المشكلات التي ظهرت في النواحي العملية، ومن تلك الاتفاقيات اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، واتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالالتزامات التعاقدية، غير أن المتأمل في مجال الأنترنت والتجارة الالكترونية يدرك أن عدد الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بتلك المعاملات ضئيلة للغاية، لدرجة يمكن معها القول أنها تعجز عن تقديم حلول كافية لمواجهة هذا الكم الهائل من المعاملات<sup>1</sup>، ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر:

- التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات، وهي وسيلة لتوحيد الحلول بشأن الفوارق والخلافات بين التشريعات الداخلية للدول وتؤمن الانسجام بين أنظمتها القانونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص 118-119.

<sup>2</sup> حمودي محمد ناصر، "العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت"، مرجع سابق، ص 492.

- قواعد الاتحاد الأوروبي رقم 2001/44 في شأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري<sup>1</sup>.

ونظرا لحدثة هذا المجال الالكتروني وقلة الاتفاقيات ذات الصلة بهذا المجال، بذلت مجهودات ضخمة من جانب اللجان، والهيئات الحكومية وغير الحكومية على المستويين الدولي والإقليمي، بغية تنظيم الروابط القانونية المتعلقة بالتجارة الالكترونية<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### الممارسات التعاقدية

تعتبر الممارسات التعاقدية من المصادر المهمة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القانون الموضوعي الالكتروني الدولي للمعاملات عبر الأنترنت، ونقصد بها العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة أيا كان أطرافها، سواء مقدمو خدمات الأنترنت أو المتعاملين في مجال الشبكة، وترجع أهمية الممارسات التعاقدية في هذا المجال إلى أنه من خلال هذه العقود يمكن السيطرة على سلوك المتعاقدين عبر الأنترنت، لأن العقد أداة التحكم في الفضاء الإلكتروني، وهو يعبر عن ثقافة الأنترنت، ويعد شكلا من أشكال القانون ذاتي القوة، ويتفق مع توقعات الأطراف المتعاقدة عبر الأنترنت<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 119.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 119-120.

<sup>3</sup> بلال عدنان بدر، مرجع سابق، ص 415.

## الفرع الثالث

### العقود النموذجية

تعرف على أنها عقود نمطية، وهي: "عبارة عن وثيقة مكتوبة أعدت سلفا بواسطة المنظمات المهنية الدولية، ومجموعات المشروعات<sup>1</sup>، المرتبطة بشكل يتوافق مع الأعراف والعادات التجارية الدولية، التي قبلها المتعاملين بعد ضبطها للتلاءم مع مقتضيات التعامل بينهم"<sup>2</sup>.

وتعتبر العقود النموذجية من المصادر الهامة التي يقوم عليها بناء القانون الموضوعي الالكتروني للمعاملات التي تتم عبر الأنترنت، ومن بين تلك النماذج العقدية الاتفاق النموذجي التي وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الالكتروني للبيانات "EDI" عبر شبكات الحواسيب الآلية، والاتفاق النموذجي الذي أعدته لجنة الاتحادات الأوروبية لعام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، وكذلك اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الالكتروني للبيانات<sup>3</sup>، وتهدف هذه النماذج إلى تحقيق الأمن القانون، بالنص على أحكام تنظم العلاقات بين مستخدمي التبادل الالكتروني للبيانات، والشروط التي يعملون بموجبها، لإعطاء القيمة القانونية للعقود المبرمة بالطرق الإلكترونية، والذي من شأنه ان يخلف عادات، تؤكد استقرار هذه الوسيلة في مجال المعاملات التجارية الدولية، وإعطائها القيمة القانونية اللازمة في مواجهة الأطراف المتعاقدة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الطيب زيروتي، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 36، العدد 3، 1988، ص 128.

<sup>2</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 194.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 178.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 180.

## الفرع الرابع

### تقنيات السلوك

تعد هذه القواعد التي تم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهنية بسيادة أخلاقيات قوية في التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للمعاملات الإلكترونية<sup>1</sup>، خاصة في الدول الأوروبية، وفي مقدمتها فرنسا، أين تم وضع ميثاق عمل عبر الأنترنت، وتبعها العديد من الدول الأخرى مثل إنجلترا، وهولندا، وتظهر أهمية وضع تقنين للسلوك في أنه يتضمن حداً أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة، والتي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين والمستفيدين من شبكة الأنترنت، باعتباره يعد ثروة وتراثاً مشتركاً لكل الجماعة الدولية، وتمهيداً طبيعياً لوضع قواعد تشريعية وطنية ودولية حاکمة للتعامل عبر شبكة الأنترنت، ومن أمثلة تقنيات السلوك التي وضعت، تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية عام 1996، والاتفاقيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكتروني، وخطابات النقل البحري<sup>2</sup>.

## الفرع الخامس

### الأعراف والعادات التجارية الدولية

ساهم المتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونية في إرساء القواعد الموضوعية للقانون الموضوعي الإلكتروني، وذلك بطريقة تلقائية، من خلال ما استقر عليه من عادات وأعراف، وممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي<sup>3</sup>، حيث أن تلك الأعراف والعادات

<sup>1</sup> طلال ياسين العيسى وسهى يحي صباحين، مرجع سابق، ص 128.

<sup>2</sup> حوالف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 181.

<sup>3</sup> خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 317.

ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل نوع من أنواع التعامل الذي يتم في هذا العالم الافتراضي، الأعراف والعادات السائدة في مجال الدعاية والترويج للسلع والخدمات<sup>1</sup>.

مما يقتضي أن يتبوأ العرف مكانا مهما في القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية، نظرا لأنه أكثر توافقا مع تغيرات البيئة الفنية والتكنولوجية لتلك الشبكة المعلوماتية، بسبب ما يتسم به من مرونة تتلاءم مع تلك التغيرات، بخلاف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء الذي يصطدم بالسرعة التي تعرفها المعاملات الإلكترونية<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 183.

<sup>2</sup> خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 317.

## المبحث الثاني

### تقييم القانون الموضوعي الالكتروني

إن تقرير الصفة القانونية للقانون الموضوعي الالكتروني يترتب عنه عدة نتائج قانونية و ينتج عنه وجود نظام قانوني خاص به يميزه عن القوانين الأخرى ، فمن الضروري تحديد صفة هذا النوع من القوانين لوضعه في إطاره القانوني و تحديد مجال تطبيقه.

أصبح تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت ضرورة ملحة خاصة مع تسارع التطورات التي عرفتها العقود الالكترونية و منازعاتها، ومن أهم الحلول القانونية لحل هذه المنازعات إقرار القانون الموضوعي الالكتروني في كافة التشريعات الوطنية لتوحيد النتائج حول منازعات العقود الالكترونية خاصة الدولية منها<sup>1</sup>.

لذا سنتناول مدى تشكيل القانون الموضوعي الالكتروني لنظام قانوني مستقل (المطلب الأول)، كما يتم فرض القانون الموضوعي الالكتروني بإزالة العقبات القانونية في الاتفاقيات الدولية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### مدى تشكيل القانون الموضوعي الالكتروني لنظام قانوني مستقل

أصبح القانون الموضوعي الالكتروني من أهم الموضوعات التي تتطلب تحديد الصفة القانونية لها ، وعليه يجب التطرق إلى طبيعة الصفة القانونية لقواعد القانون الالكتروني (الفرع الأول)، ثم الاعتراف بالقوة الملزمة لقواعد القانون الالكتروني (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> صلاح المنزلاوي. مرجع سابق ص 198

## الفرع الأول

### اكتمال الصفة القانونية لقواعد القانون الموضوعي الالكتروني

إذا كان كل مجتمع لديه القدرة على وضع القواعد القانونية التي يسير عليها أعضاؤه، فإن الفراغ القانوني الذي يثيره البعض فيما يتعلق بالروابط القانونية التي تتم عبر الأنترنت لا يبدو لنا واقعيًا، فبعد أن برهن الواقع على وجود تلك القواعد، فالمشكلة تثور في مدى كفاية تلك القواعد لسد الثغرات ووضع حلول لمشكلات التجارة الالكترونية وهذا ما يقتضي منا دراسة وتحليل مصادر ومكونات القواعد المادية التي تحكم معاملات التجارة الالكترونية<sup>1</sup>.

وسندرس هذه المصادر تباعا ومدى كفايتها وصلاحياتها لمواجهة احتياجات العمليات الالكترونية.

#### أولاً: الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالتجارة الالكترونية:

بتدقيق النظر في هذه الاتفاقيات نجد أنها تنقسم إلى:

#### 1- الاتفاقيات التي تصدت لتوحيد قواعد الإسناد:

هذه الاتفاقيات لا تعتبر من مصادر القواعد المادية الالكترونية فهي تنصب على توحيد ضوابط الاسناد ذات الصلة بالقانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محال للتنظيم بين الدول المتعاقدة وليس على قواعد مادية منها: اتفاقية لاهاي سنة 1955 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، اتفاقية روما 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية لاهاي 1986 المتعلقة

<sup>1</sup>صلاح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 216 .

بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، اتفاقية مكسيكو 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، اتفاقية لاهي 1998 بخصوص القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري<sup>1</sup>.

## 2- الاتفاقيات التي عمدت إلى توحيد القواعد المادية في القوانين الداخلية:

هذه الاتفاقيات لا تعتبر من مصادر القواعد المادية الإلكترونية إنما تسعى إلى فض مشكلة التنازع ابتداء من قوانين الدول المنظمة لها، وتطبيق هذه القواعد الموحدة يتم باعتبارها جزء من القانون الوطني، ومن ثمة فهي لا تمتلك سمة خاصة تسموها بها على القواعد الداخلية الأخرى، ولا تستجيب لمتطلبات الحياة الدولية، فهي لا تفرق بين المعاملات الوطنية والمنازعات الدولية<sup>2</sup>، والمثال النموذجي لتلك النوعية هي: اتفاقية جنيف 1930 في شأن الكمبيالات والسندات الإذنية واتفاقية جنيف لعام 1931 بشأن الشيكات.

## 3- الاتفاقيات التي تضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الدولية:

وهي تطبيق مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، فهذه الاتفاقيات تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط الدولية ولا تطبق إلا بشأنها وهي: اتفاقية 1964 في شأن البيع الدولي للمنقولات المادية واتفاقية فيينا 1980 بخصوص البيع الدولي للبضائع، ولما كانت تلك الاتفاقيات ذات النهج التنظيمي المباشر لعقود التجارة الدولية قد تم العمل بها قبل ظهور الأنترنت والعقود الإلكترونية، فوجود عقبات تحول أحيانا دون تطبيقها أمر واقعي، فطول المدة اللازمة لإعداد تلك الاتفاقيات بالإضافة إلى الإجراءات الشكلية

<sup>1</sup> نصوص هذه الاتفاقيات متاحة على الموقع التالي:

<http://HCCH.Net/f/conventions.index.Html>

<sup>2</sup> هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 731.

التي تظهر بوضوح في النصوص المختلفة مثل الكتابة، التوقيع، المستند، الأصل... الخ، يشكل عقبة قانونية حقيقية تحول دون فاعلية استخدام نصوصها في هذا المجال<sup>1</sup>.

أما هذا التباين الواضح في نصوص الاتفاقيات، فإننا نوصي بضرورة تحديث تلك الاتفاقيات حتى تقبل التطبيق على الصفقات والمعاملات الإلكترونية واتخاذ المنهج المثالي الذي يمكن إتباعه لضمان نفاذ تلك الاتفاقيات في المجال الإلكتروني.

## ثانيا: المصادر الأخرى لتكوين القواعد المادية الإلكترونية

### 1- عجز القوانين النموذجية الإلكترونية:

هذه القوانين يقتصر دورها على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد ضرورية التطبيق تاركة للدول إصدار اللوائح التنظيمية لاستكمال التفاصيل الإجرائية، فهي مجرد اتفاق مفتوح المجال يمكن إكماله بأعمال يضطلع بها مستقبلا، ولم يقتصر نطاق القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على عقود البيع، بل استند إلى نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية دون التفرقة بين ما إذا كانت الرسائل وطنية أو دولية، ودون النظر إلى طبيعة الرابطة القانونية عقدية أو غير عقدية، استبعد من نطاق تطبيقه العقود المبرمة لغرض الاستهلاك لأن تلك العقود منظمة على طابع أمر في الدول، وأن إدماجها ضمن مسائل القانون النموذجي سوف يترتب عليه عدم إتاحة مجال كاف لمبدأ حرية التعاقد.

هذا القانون قد انشغل بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ لرسالة البيانات والمرسل إليه، ولم يتعرض للقواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل وبين الوسيط، وخلا

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 219 .

تماما من نص بين الآثار التي قد تترتب نتيجة عدم الإمتثال لقواعدها، تاركين في ذلك لحلول وطنية حتى يحين الأمر لتنظيمها.

إضافة إلى أن هناك مسائل تنظيم وتسوية المنازعات، وكيفية نقل الحقوق من السلع والخدمات... مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية.

## 2- نطاق التوجيهات الأوروبية:

إن التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية قد اعترف بتلك التوقيعات إلا أن الفقرة الثانية من المادة الأولى من التوجيه حددت نطاق تطبيقه، مبينة عدم تغطيته للشروط الشكلية اللازمة لإبرام أو صحة العقود.

والدول الأعضاء في الاتحاد لا يمكنها أن تفرض قيودا على مؤدي خدمات التصديق الصادر من دولة أخرى، فقد أجاز التوجيه مراقبة جميع التوقيعات الإلكترونية الصادرة على المستوى الأوروبي والدولي، ولم يشر من جهة أخرى إلى إنشاء قواعد إضافية للقانون الدولي الخاص، بخصوص تنازع القوانين أو تنازع الاختصاص القضائي، وأوضح أن أحكام القانون الواجب التطبيق المحددة بواسطة قواعد القانون الدولي الخاص، لا يجب أن تحد من حرية توريد الخدمات في مجتمع الأنترنت فهو ينص على أن الدول يجب أن تكفل للمتعاقدين إمكانية تسوية المنازعات عن طريق وسائل إلكترونية مناسبة.<sup>1</sup>

## 3- مساهمة تقنيات السلوك في تأسيس القواعد المادية:

تظهر أهمية تقنيات السلوك لإثبات القصور في القواعد الرسمية أو التنظيمية عامة، وسد العجز في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية المعنية بتنظيم المعاملات الإلكترونية، لاسيما حيث يكون القائمون بالعمليات الاقتصادية غير ملزمين بها، فهذه التقنيات تنشئ

<sup>11</sup> هشام علي صادق مرجع سابق ص 749

معلّير السلوك Normes de comportement دون أن تضفي عليها قوة الإلزام، فهي تتميز بالقوة النسبية.

فهناك تقنيات قد صممت لكي تستخدم بصورة محضة على الصعيد الوطني، وهي كثيرا ما تعكس النظام القانوني الوطني ذات الصلة، ونذكر من ذلك تقنين السلوك العملي لهيئة موردي الخدمات عبر الأنترنت الذي يوصي بأن يتطابق سلوك المتعاملين في مجال الإعلانات والترويج مع القانون الإنجليزي المتعلق بالإعلانات والترويج<sup>1</sup>.

إضافة إلى تقنيات السلوك الأمريكية التي تندرج تحت مسمى "قواعد الاستخدام المقبولة" فهذه التقنيات تحتوي أغلبها على شرط عدم التجارية والذي يتعارض كلية مع فكرة التجارة الإلكترونية.

وهناك تقنيات أعدت من أجل أنواع محددة من الصفقات، منها القواعد التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية وخطابات النقل البحري، وتقنيات أخرى أوسع مثل تقنيات السلوك الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية عام 1996، فهذه التقنيات نطاق محدود لا تنطبق على جوهر عملية نقل البيانات التجارية، وتتطوي على أحكام تتطلب من الأطراف ضمان نقل رسائل صحيحة وكاملة وتعيين هويتهم والإقرار باستلام الرسائل إذا كان ذلك مطلوبا، وتأكيد محتوى الرسالة، وحماية وتدوين البيانات التجارية.<sup>2</sup>

فاتضح من الدراسة السابقة أنه توجد تباينات كثيرة فيها بين تقنيات السلوك تتعلق بمدى ونطاق تغطيتها للقضايا التقنية والقانونية، وكذلك بشأن الطريقة التي يجري بها تناول

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 229.

<sup>2</sup> مرجع نفسه ص 230.

هذه القضايا، وهذا يعني أنه من المستحيل وفقا للواقع أنه يعطي أي دلائل ذات أهمية لوجود ونطاق هذه الأعمال<sup>1</sup>.

#### 4- ضعف مشاركة العقود النمطية في تكوين القواعد المادية للتجارة الإلكترونية:

لقد لوحظ عجز وقصور الواقع التعاقدية عن القيام بتأسيس القواعد المادية للتجارة الدولية فالنماذج العقدية تظهر طبيعتها غير المتجانسة، فهناك نماذج تنحصر على الدول التي أصدرتها وتسري عليها القوانين الوطنية السارية فيها، وهناك نماذج في قطاع معين من المعلومات، وهناك نماذج عقدية أخرى تغطي طائفة أوسع من القطاعات.

وما يلاحظ بأنه من بين الشروط التعاقدية التي توجد بشكل متعاد في العقود الإلكترونية، توجد شروط تدخل العقد في نزاع مباشر مع نصوص قانونية أمره خارجة عن التعاقد المطبق في الواقع<sup>2</sup>، وهذا ما يوضح في:

#### - العقود النموذجية الاستهلاكية:

بحيث أن هذخ العقود تعتمد على نظام عام وطني، وفيما يتعلق بشرط القانون الواجب التطبيق فيتولى التاجر إعداد هذه العقود، وينتقل بفرض شروطها وإملاء بنودها، ومن الناحية العملية يقوم التاجر بفرض القانون الذي يحقق مصالحه عن طريق شرط خاص *une clause spécifique* يقود بإدراجه ضمن الشروط العامة للعقد بغرض الالتفاف حول القواعد الآمرة التي تكفل حماية المستهلك، فعند ما يحرر التاجر شرطا خاصا ينص على أن

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 231.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 232.

القانون الواجب التطبيق هو قانون دولته، فالمتعاقدين يجهلون ان هذا التحديد يخالف القانون<sup>1</sup>.

إن الواقع التعاقدى يبين أن هناك أكثر من 20-30% من الشروط النموذجية التي يحررها البائع أو مقدم الخدمة تستبعد المسؤولية، دون تفرقة بين أنواع تلك المسؤولية التي تتسبب في الضرر، وحتى تلك تنجم عن استخدام المنتج نفسه، فهذا ما يؤكد وجود نقص في معالجة هذه الشروط، ومن ثمة فهذه العقود لا تشكل أساساً كافياً لوجود عادات خاصة بالتجارة الإلكترونية، إضافة أنها لا تراعي الشروط اللازمة لتكوين العقد، من إجراءات استلام القبول والإيجاب، ففي هذه العقود سرعان ما يتم دون استخدام هذه الطرق الرسمية، غالباً ما يقوم العميل الذي يرغب في الشراء بملاً الطلب ثم يضغط كي يتم تصدير الرسالة الإلكترونية ويتم العقد، كما أن هذه العقود لا تستفيد من نظام التوقيع أو الكتابة الإلكترونية فهذا الواقع أوجب إدخال شرط يؤكد صحة التوقيعات الإلكترونية، إلى جانب إدخال شروط تتعلق بإثبات المعاملات التي تتم بين الأطراف.

##### 5- النطاق الضيق والمحدد لقرارات التحكيم الإلكتروني:

بعد إعلان غرفة التجارة الدولية أن قرارات التحكيم عنصر هام ضمن مجموعة القواعد الإلكترونية التي يتشكل منها القانون الإلكتروني لكن في مجال العقود الإلكترونية لا يوجد سوى قرارات نادرة للغاية تشكك في وجود عادات خاصة بها، فليس لها وجود إلا ضيق ومحدود لم يصل بعد إلى معالجة كافة المشكلات التي تطرأ على الساحة الدولية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية روما 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بنصها: "إن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يمكن أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي تكلفها النصوص الأمرة في قانون بلد محل إقامته المعتادة".

<sup>2</sup> Leclerc et Gerard, L'évolution du droit des effets du commerce sous l'influence de l'informatique, Revue de droit Bancaire 1989, N°15, p 153.

كما أن العادات أو القواعد تحتاج إلى مرور وقت طويل كي يتم تكوينها والاعتراف بها، لاسيما مع وجود التغيرات الحديثة التي يشهدها القضاء الإلكتروني، والإنجازات غير العادية التي تقتضي من أنظمة العدالة عبر الشبكة الدولية في أن تتحلى بقدر كبير من المرونة والإبداع كي تتمكن من خلق أو إنشاء قواعد جديدة تلائم هذا المجال الجديد، والمستقبل سوف يكشف عن مزايا هذه المؤسسات الإلكترونية التي تصدر عنها قرارات التحكم باعتبارها نوعا من القضاء الخاص يمتلك القدرة على إنشاء العادات التي تحكم المعاملات الإلكترونية.

#### 6- صعوبة استخدام مصطلح العرف في مجال العقود الإلكترونية:

إذا كان العرف يقتضي تكرار السلوك على نطاق واسع حتى يصير مع مرور الزمن قاعدة مستقرة وثابتة، يلتزم الأفراد بها من تلقاء أنفسهم دون تدخل من جانب السلطة العامة. فالواقعة المادية لتكرار السلوك يضاف لها ركن ثان معنوي هو الذي يجعل من الواقعة المادية أمرا ومن التواتر والتكرار قاعدة تجمع بين الركن المادي والمعنوي يصبح العرف قاعدة قانونية.<sup>1</sup>

فهل يستطيع نقل هذه المفاهيم التقليدية إلى ميدان المعاملات الإلكترونية؟

نعتقد أنه أمر صعب لنقلها بهذه المواصفات إلى المعاملات الإلكترونية دون إضفاء نوع من المرونة على تلك العناصر أو الأركان، فالعرف كقاعدة قانونية لا بد أن يتوفر له صفتا العموم والتجريد فيسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية، وهذا نتيجة صعوبة رصد سلوك المتعاملين داخل الشبكة، كما يصعب التحقق من تكرار السلوك، كما يستوجب العرف أن

<sup>1</sup> هشام علي صادق ص 193.

يكون ثابتا ومستقرا أو مشهورا لكن هذا صعب على مستوى المعاملات الالكترونية بسبب التطور السريع الذي تشهده الحياة الدولية.

ولعل هذه الصعوبات تفسر هجر الاتفاقيات ذات الصلة بالتجارة الدولية لمصطلح العرف والاكتفاء بتطبيق العادات التلقائية للتجارة الدولية، فمصطلح العادات كتب له الغلبة على مصطلح العرف<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### الاعتراف بالقوة الملزمة لقواعد القانون الالكتروني

إن فكرة إلزام قواعد القانون الموضوعي على مستوى القانون الدولي الخاص تجد أهميتها في الكشف عنها، والأمر بتنفيذ أحكامها ومدى تعایشها مع قاعدة الإسناد، فإذا انتهينا إلى أن هذه القواعد غير ملزمة، ففي هذه الحالة يظل العقد طبقا وغير خاضع للقانون، أما إذا اعترفنا لها بالقوة الملزمة فمؤدى ذلك أن إفلات بعض العقود من سلطان القوانين الوطنية لم يعد يعني تحررها من حكم القانون بصفة عامة، لأنها ستخضع لقواعد القانون الالكتروني بطريقة مباشرة ودون الحاجة إلى تبني المتعاقدين لتلك القواعد في عقودهم صراحة أو ضمنا أو بناء على قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية<sup>2</sup>.

### أولا: أساس القوة الملزمة في مصادر القانون الموضوعي

<sup>1</sup> الركن المعنوي للقاعدة العرفية، بعيدا على أن تكون الآراء مجتمعة عليه في مجال التجارة الالكترونية، ويحتاج إلى جهد لا يستهان به لتحديد مفهوم هذه الأحكام وشروط تطبيقها، فإجلال مفهوم التوقع La notion d'attentes محل العنصر النفسي L'élément psychologique للتحقق من وجود القاعدة العرفية راجع:

<sup>2</sup> هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 193.

أساس القوة الملزمة يختلف من حال إلى آخر، فأساس التزام الدول بالاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها يكمن في ثلاثة مبادئ رئيسية<sup>1</sup> ورد النص عليها في اتفاقيتي الدولية فيينا لقانون المعاهدات 1969 وسنة 1986 وهي: مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ حسن النية، ومبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على الالتزامات النابعة من القوانين الوطنية، فكل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن النية، كما لا يجوز لطرف في معاهدة ان يتمسك بقانون الدولة كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة، كما لا يجوز لمنظمة دولية طرف في معاهدة أن تتمسك بقواعد المنظمة لتبرير عدم تنفيذها للمعاهدة<sup>2</sup>.

وأساس التزام القاضي بتطبيق القواعد التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية النافذة في دولته، والتي توافرت لها الشروط الشكلية والموضوعية لسريانها على العقد الدولي محل النزاع هو أن تلك القواعد تعد جزءا من النظام القانوني للدولة التي يتعنها القاضي، ومن ثم يلتزم بإعمالها<sup>3</sup>.

ولكن على الرغم من ذلك يجوز للقاضي مخالفة أحكام الاتفاقيات الدولية والاعتداد باختيار المتعاقدين لقانون معين في شأن مسألة معينة كانت محلا للتنظيم المباشر بمقتضى نصوص الاتفاقية، فما لو كانت هذه النصوص لها طابع مكمل يسمح للمتعاقدین بمخالفتها، وهذا الاستبعاد يكون بشكل غير مباشر تنزل بمقتضاه أحكام القانون المختار منزلة الشروط العقدية التي تملك مخالفة القواعد المكملة في المعاهدات او الاتفاقيات الدولية.

وإلى جانب الاتفاقيات الدولية يتوفر الإلزام للتوجيهات الأوروبية، وذلك إذا تم تحديد مدة زمنية معينة، ينبغي خلالها للدول الأعضاء تعديل قوانينها وفقا لأحكامها.

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 242.

<sup>2</sup> المواد 26 و27 من معاهدة فيينا 1969 لقانون المعاهدات، والمادة 27 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات سنة 1986، منشورات على الموقع الوثائق الرسمية للجمعية العامة، العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الالكترونية في النصوص القانونية الدولية ذات الصلة بالتجارة الدولية، الدورة التاسعة والثلاثون، 11 إلى 15 مارس 2002:

<http://www.Unictal.org/fr-index.Htm>

<sup>3</sup> هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 750.

لقد اختلف الفقه حول مدى توافر القوة الملزمة للقوانين النموذجية، حيث اعتبرت كقواعد استرشادية تحقق التناسق بين القوانين الوطنية بشأن مسألة معينة دون أن تكون هناك إجراءات تمنحها صفة الإلزام، على خلاف الذين يعتبرونها ملزمة على أساس الصفة القانونية لتلك القوانين، فهي تعتبر شكلا من أشكال التقنين العرفي يمكن للقاضي الوطني الاستناد إليها باعتبارها مصدرا من مصادر القاعدة القانونية<sup>1</sup>، فالهيئة الدولية تشترك فيها اغلب دول العالم، وتأخذ في اعتبارها الممارسات المهنية لتشجيع المشرع الوطني على تبني هذه القوانين، فيقود هذا إلى خلق عرف دولي يطبق في حالة عدم وجود قانون وطني، وهذا ما يوضح نظرية العرف الفوري أو السريع، فاختلاف طريقة تكوين العرف حسب التطور السريع الذي تشهده معاملات الاقتصاد الرقمي الجديد، فأصبحت القاعدة العرفية سابقة على تكوينها<sup>2</sup>، فالقانون النموذجي يتوجه بالخطاب إلى الدول المعنية بتنظيم المعاملات الإلكترونية، سواء باتفاق الأطراف أو بواسطة المحكمين.

أما بالنسبة لتقنيات السلوك فيذهب اتجاه إلى الاعتراف لها بالقوة المنشئة للقاعدة القانونية، لاسيما بين التجار، عكس بعض الفقهاء الذين يعتبرونها غير ملزمة والحقيقة أن هذا الاختلاف حول مدى توافر الالتزام لتقنيات السلوك عبر الشبكة الدولية يستوجب الاعتراف بوجود نطاق قانوني لتلك التقنيات في مجال التجارة الدولية، فهي تسمح بتكوين ثابت مهني أو حد أدنى متفق عليه مهنيا ملزم للتجار ورجال الأعمال في معاملاتهم عبر الأنترنت، والتي تشكل مخالفتها خطأ يستوجب المسؤولية، فتقنيات السلوك التي تشرك فيها الدول وتوافق عليها، يلزم الاعتراف ولو ضمنا بأهميتها وحجيتها<sup>3</sup>.

أما ما يخص العقود النموذجية فهي مجرد صيغ قانونية لا تتمتع بأي قوة ملزمة إلا إذا اختارها الأطراف ونفس الشيء في التحكيم الإلكتروني الذي يعتمد في تشغيله على

<sup>1</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 243.

<sup>2</sup> الوثائق الرسمية للجمعية العامة الدورة التاسعة والثلاثون، مرجع سابق، ص 11.

<sup>3</sup> صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 245.

أساليب مختلفة عن أنظمة القضاء الوطني والتحكيم العادي القائمة، لذلك يواجه صعوبات الاعتراف بقراراته إلا إذا توافرت شروط<sup>1</sup> فعلينا توسيع هذه المفاهيم حتى تستوعب التطور الذي لحق بالمعاملات الإلكترونية.

أما فيما يخص العادات والتي يطلق عليها Netiquette في مجال المعاملات الإلكترونية، ثار التساؤل حول مدى توافر القوة الملزمة لتلك القواعد، فلها إلزام أدبي أو أخلاقي فقط في حين لا ينكر جانب آخر على تلك العادات فاعليتها وفائدتها، فهي في الفضاء الإلكتروني تتمتع بقيمة تعاقدية ومخالفتها تؤدي إلى فسخ العقد.

إن التباين الموجود في الدراسة السابقة من حيث توافر القوة الملزمة للقواعد المادية الإلكترونية نلاحظ أن هناك قواعد ملزمة للأطراف وحدهم مثل الاتفاقيات الدولية والمعاهدات، والعقود النموذجية والتوجيهات الأوروبية وتوصيات غير ملزمة وأحكام نموذجية مقترحة على الدول أو على المعنيين بالعمليات التجارية عبر الشبكة الدولية.

إن المتأمل في بعض مفردات القانون الموضوعي للانترنت يدرك بأن قواعد محدودة في نشأتها وفي مضمونها ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالالتزام الذي يعتبر ضروري لتحويل العادات التي عرف واجب الاحترام<sup>2</sup>.

أضف إلى ذلك وعلى فرض وجود جزاءات فإنها غير فعالة ولا يستطيع مقدم الخدمة استخدام أية وسيلة لمنع السلوك المخالف، ولعل السبب الخفي وراء ذلك أن تلك القواعد هي من مصدر الإرادة الذاتية للمهنيين والمتعاملين على الشبكة ويعتمد تطبيقها على إرادتهم.

<sup>1</sup> حازم حسن جمعة، اتفاق التحكيم الإلكتروني وطرق الاتصال عبر وسائل الاتصال الحديثة، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول: "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية"، مرجع سابق، ص 72.

<sup>2</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص 64.

فكأن الحاجة ستظل قائمة لتدخل الدولة ليس فقط في إقامة التوازن بين المصالح الخاصة والذاتية للمتعاملين على الشبكة وبين المصلحة العامة، بل كذلك لتوقيع الجزاءات القانونية على من يخالفها.

وهذا التباين لا يصل إلى حد إنكار صفة النظام القانوني لتلك القواعد، فهي تشكل نظام قانوني غير مكتمل، نظام وليد المعاملات الالكترونية، لم يصل إلى مرحلة الاكتمال، لعدم الإحاطة بكل المنازعات التي تثور بين الأطراف وفي عجزه عن تقديم حلول مناسبة لبعض المشكلات كما سيظهر ذلك في الدراسات اللاحقة من أهلية التعاقد، سلامة الرضا، التقادم الشروط الشكلية اللازمة لإبرام أو صحة العقود...

وعلى هذا الأساس ستبقى الحاجة قائمة إلى منهج التنازع لسد النقص والقصور.

#### ب- نقص وقصور القانون الموضوعي الالكتروني:

حتى لا نصادر على التطور المستقبلي للقانون الذاتي أو الموضوعي للانترنت، فإنه يجب تقرير أن ذلك القانون مازال في بدايته الأولى، بل هو كالجنين في طور التكوين<sup>1</sup>

فقواعد هذا القانون بعيدة عن أن تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا خاليا من الثغرات، فهناك العديد من المسائل ستظل الحاجة فيها إلى القانون الوطني، كالقانون الواجب التطبيق على أهلية المتعاقدين، وعلى التراضي والتقادم المسقط، ومقدرا التعويض، فهذا العجز عن التغطية الشاملة لهذه المسكلات لا يمكن تلافيه إلا بالرجوع إلى النظم الداخلية للدول، كما أن هذا العجز والقصور سيدع الفرصة واسعة أمام المحكم أو القاضي الذي سيفصل في منازعات العمليات الالكترونية يخضع لانطباعاته وقناعته الشخصية، بما لا يتفق مع صحيح الحل القانوني

<sup>1</sup> حازم حسن جمعة مرجع سابق ص 51-52.

كما يلاحظ أن قواعد ذلك القانون تستجيب للمعطيات الذاتية والحاجات الخاصة للمتعاملين عبر الشبكة وتحقيق العدالة بينهم، فدائماً هناك الطرف الأقوى اقتصادياً الذي يهيمن على الموقف.

وما دام الهدف الجوهرى للقانون الدولي الخاص هو الأمان وليس العدالة، فهو يقدم التنظيم ليس الأكثر عدالة أو الأحسن توافقاً، ولكن التنظيم الذي يكون تطبيقه في القضية هو الأكثر إتفاقاً مع توقعات الأطراف، فالحاجة ستظل ماسة إلى قواعد القانون الدولي الخاص<sup>1</sup>.

وهنا لا يصح الكلام عن وجود فراغ قانوني في مجال تلك العمليات الالكترونية، فالقواعد القانونية الوطنية العامة يمكن تطويعها، كي تتلاءم مع خصوصية التعامل الرقمي وعالم البيانات والمعلومات، وهي كفيلة بتقديم الحلول المناسبة لما يعرض من مشاكل في مجال القانون الدولي الخاص، سواء على مستوى الاختصاص القضائي الدولي او على مستوى تنازع القوانين<sup>2</sup>.

كما يستلزم منا إزالة العقبات أمام الاتفاقيات الدولية كي تواكب حل منازعات العقود الالكترونية.

<sup>1</sup> أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، مرجع سابق، ص ص 65-66

<sup>2</sup> عصام الدين القسبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 215.

## المطلب الثاني

### إزالة العقوبات القانونية في الاتفاقيات الدولية

لقد كان للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) دور كبير في السعي لإزالة العقوبات القانونية في الاتفاقيات الدولية أمام استخدام الوسائل الالكترونية، فلقد أكدت بعد عدة دراسات أهمية هذا الموضوع، وكان أمامها اقتراحان في مشكل الإجراء المناسب لإزالة تلك العقوبات حيث كان الاقتراح الأول ينادي بأن يكون الإجراء على شكل اتفاق تفسيري، وكان الاقتراح الثاني يرى أن يكون الإجراء على شكل اتفاقية دولية<sup>1</sup>.

## الفرع الأول

### الاتفاق التفسيري لتوحيد الاتفاقيات

يتلخص هذا الاقتراح بان يكون الإجراء على شكل اتفاق تفسيري على مستوى يحتوي على تعريفات جديدة لتعابير التوقيع والكتابة والمستند على ضوء التطورات التي يمكن أن تشهدها هذه التقارير بسبب التطور التقني.

فهو يهدف إلى إيجاد تفسير دولي موحد لجميع الاتفاقيات الدولية، وذلك تجنباً للصعوبات التي يثيرها إجراء تعديل لجميع الاتفاقيات الدولية، والسير في جميع الاتفاقيات الدولية يمكن أن تكون عملية طويلة وشاقة، دون أن تكون نتائجها مؤكدة فيما يتعلق بتطابق التعريفات الجديدة في جميع الاتفاقيات.

فهذا الاقتراح لا يؤدي إلى تعديل الاتفاقيات، وإنما يفسر أحكامها تجنباً للصعوبات المتعلقة بتنفيذها، وذلك عن طريق اتفاق مبسط الشكل يكفي لتنفيذه توقيع ممثلي الدول في

<sup>1</sup> زياد خليف شداخ العنزي، مرجع سابق، ص 63.

هيئة الأمم المتحدة، وهو بهذا يؤدي إلى سرعة التطبيق وإلى تجنب الصعوبات التي يثيرها التعديل.

وهذا الاقتراح لم يكتب له النجاح، ولم تعتمد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) وتعرض للنقد<sup>1</sup>، من حيث أن اختيار شكل الإجراء عن طريق اتفاق تفسيري، وذلك تجنباً للصعوبات التي يثيرها تعديل الاتفاقيات الدولية، هو تعديل أيضاً، فتغيير قواعد تفسير اتفاقية ما، يعني تعديل تلك الاتفاقية، ولذلك يتعين معاملته كتعديل.

كذلك فإن الاتفاق التفسيري الذي يتضمن تعريفات جديدة لبعض المصطلحات مثل التوقيع، الكتابة والمستند، لا يكفي لإزالة العقبات القانونية في الاتفاقيات الدولية أمام استخدام الوسائل الالكترونية، فاستخدام هذه الوسائل يثير عقبات قانونية مختلفة مثل تحديد أماكن الأطراف في بيئة الكترونية وتبني معيار لدولية العقد يلائم المعاملات الالكترونية، وتوضيح بعض المسائل المتعلقة بالرسائل الإلكترونية مثل: متى تعتبر الرسالة الالكترونية المرسلة أو المستلمة عن طريق شبكة الانترنت قد أرسلت أو استلمت، فهذه الأمور لا يكفي مجرد اتفاق تفسيري لتوضيحها، وإنما الأمر يتطلب تعديل الاتفاقيات مع ما يتلاءم وخصوصية العقود الالكترونية.

## الفرع الثاني:

### إيجاد اتفاقية دولية

يتلخص هذا الاقتراح بأن يكون الإجراء على شكل اتفاقية دولية، من شأنها أن تتضمن أحكاماً تزيل العقبات القانونية في الاتفاقيات الدولية أمام استخدام الوسائل

<sup>1</sup> زياد خليف شداخ العنزي، مرجع سابق، ص 65.

الالكترونية<sup>1</sup>، مما أسفر على عقد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، والتي أتت كحل لإزالة العقبات القانونية أمام العقود الالكترونية وفي هذا يكون تبني حل عام إزالتها في جميع الاتفاقيات الدولية أمام استخدام الوسائل الالكترونية فهي لا ترى ضرورة تعديل كل اتفاقية على حدة.

فهذه الاتفاقية تهدف إلى تعزيز اليقين القانوني فيما يتعلق بتحديد موقع طرف ما في بيئة الكترونية ووقت وكان استلام الخطابات القانونية، ووضع قواعد قانونية في شأنها إزالة معظم العقبات القانونية التي يثيرها التعامل الالكتروني مثل عقبات الكتابة التقليدية وعدم قبول الكتابة الالكترونية وتحديد أماكن الأطراف، ووقت إرسال واستقبال المعاملات الالكترونية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عرض هذا الاقتراح على لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي من قبل فريق العمل الرابع المعني بالتجارة الالكترونية في الدورة الثانية وثلاثين سنة 2001..

تنص المادة 2/2 من الاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية: "تنطبق أحكام هذه الاتفاقية كذلك على استخدام الخطابات الالكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد يسري عليه أي من الاتفاقيات او المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية الأخرى غير المذكورة تحديدا في الفقرة (أ) من هذه المادة، والتي تكون الدولة المتعاقدة من هذه الاتفاقية أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها، ما لم تكن تلك الدولة قد أعلنت وفقا للمادة 21 أنها لن تكون ملزمة بهذه الفقرة"

<sup>2</sup> المادة 09 فقرة 02 من الاتفاقية تنص: "حيث يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الالكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات فيه مسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا".

## خاتمة:

يحرص غالبية مشرعي دول العالم في النص على قواعد إسناد معنية، تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة التجارية والمدنية التي تجري بين أفراد المجتمع الدولي، وتختلف هذه القواعد باختلاف طبيعة العلاقة المروضة على القاضي، وتتسم قواعد الإسناد بصفات معينة تميزها عن قواعد القانون الداخلي، فهي من جهة أولى قواعد ثنائية الجانب تعمل على استبعاد القانون الوطني، وتشير إلى اختصاص قانون آخر، قد يكون القانون الوطني أو القانون الأجنبي، وهي من جهة ثانية قواعد إجرائية لا تفصل في موضوع النزاع بشكل مباشر، وإنما ترشد فقط القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقة موضوع النزاع.

تقر معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك بإدراج شرط في العقد يحدد فيه الأطراف القانون الواجب تطبيقه على العقد المبرم بينهما، والمسمى بشرط الاختصاص التشريعي، والتعبير عن الإرادة يكون صريحا إذا كشف المتعاقد عن هذه الإرادة حسب المؤلف بين الناس بالكلام، أو الكتابة، أو الإشارة، أو نحو ذلك، ففي العقود الالكترونية يمكن أن يتم هذا الاختيار باستخدام الوسائل الالكترونية، كأن يتم التعبير من خلال الرسائل الالكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق المواقع الالكترونية.

وإذا لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وتعدر استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فعلى القاضي المختص أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان، فهنا إرادة القاضي، وليس إرادة المتعاقدين هي التي تتولى تعيين القانون الذي يحكم العقد.

وذلك من خلال اللجوء إلى مؤشرات، أو عوامل ارتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا، وهنا يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة أي الإسناد الجامد ، ومعلومة سلفا للمتعاقدين، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك للمتعاقدين، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد، كضابط الأداء المميز أي الإسناد المرن.

نتيجة للصعوبات التي واجهت التوجه التقليدي لقواعد الإسناد كأداة لفض مشكلة التنازع بين القوانين تبين عدم ملاءمتها، وعدم تماشيها مع الطبيعة الذاتية لمعاملات التجارة الإلكترونية، الأمر الذي اقتضى ضرورة البحث عن مناهج قانونية بديلة لتجديد قانون العقد، وقد تجسد ذلك في منهج القواعد الموضوعية، التي ينبغي إرساؤها، والعمل على تطويرها، وتتميتها كي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني، وذلك بهدف تفادي المشكلات التي يثيرها منهج تنازع القوانين على العقود المبرمة في المجال الإلكتروني.

يعرف القانون الموضوعي الإلكتروني على أنه القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن.

و الأخير يمكن القول أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت صعبة التحديد بسبب صعوبة تحديد كل الجوانب القانونية للعقد الإلكتروني من إبرامه إلى غاية تنفيذه و انصراف أثاره إلى أطرافه ، لذا يجب وضع قواعد قانونية تحدد بدقة كل تفاصيل إبرام العقود عبر الانترنت و كيفية حل منازعاتها.

## قائمة المراجع

### المراجع باللغة العربية:

#### أولاً: الكتب

1. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري-تتازع القوانين، الجزء الأول، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
2. بلال عدنان بدر، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية- دراسة مقارنة، ط1، مكتبة بدوان الحقوقية، لبنان، 2017.
3. جلال عايد الشوري، وسائل الدفع الالكتروني، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
4. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تتازع القوانين) المبادئ العامة وتحليل الوضعية في القانون الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997.
5. زياد خليف العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
6. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
7. محمد أحمد علي المحاسنة، تتازع القوانين في العقود الالكترونية -دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.
8. وائل حمدي أحمد، الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، ط1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010.

## ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

### الأطروحات

1. بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2015.
2. شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008.
3. عمران علي السائحي، التحكيم والقانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006/2005.

### رابعا: المقالات

1. بلاق محمد، "ضوابط الإسناد ومدى فاعليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد 5، العدد 10، 2014.
2. حمودي محمد ناصر، "نزاعات العقود الإلكترونية - أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني"، مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة: الثالثة، العدد 5، 2008.
3. حوالف عبد الصمد، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية - أدرار، العدد 31، 2014.
4. خليفي سمير، "القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، المجلد 2، العدد 2، 2016.

5. زياد محمد فالح بشابشة وأحمد الحراكي وعماد قطان، "دور إرادة أطراف التعاقد في اختيار القانون واجب التطبيق في الالتزامات التعاقدية الدولية وفقا للقانون الأردني - دراسة مقارنة"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، الجزء 1، العدد 30، فلسطين، 2013.

6. الطيب زيروتي، "مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 36، العدد 3، 1988.

7. قارة سليمان محمد خليل، "الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني"، المجلة الإلكترونية: الفقه والقانون، المملكة المغربية، عنوان الموقع الأصلي:

[Sites.google.com/site/marocsitta/](http://Sites.google.com/site/marocsitta/)

العدد 13، 2016.

8. كوثر مجدوب، "حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد الإلكتروني الاستهلاكي"، مجلة تاريخ العلوم، مصدر بجامعة الجلفة بالتنسيق العلمي مع مخبر الدراسات التاريخية المتوسطة بجامعة المدية، الجزء 2، العدد 2، جوان 2017.

9. يوسف نور الدين وبروك إلياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 18، 2014.

المراجع باللغة الأجنبية:

10. Leclerc et Gerard, L'évolution du droit des effets du commerce sous l'influence de l'informatique, Revue dedroit Bancaire, N°15, 1989.

### المواقع الإلكترونية:

1. لقانون المعاهدات سنة 1986، منشورات على الموقع الوثائق الرسمية للجمعية العامة، العقبات القانونية أمام تطوير التجارة الإلكترونية في النصوص القانونية الدولية ذات الصلة بالتجارة الدولية، الدورة التاسعة والثلاثون، 11 إلى 15 مارس 2002:

<http://www.Unictral.org/fr-index.Htm>

<http://HCCH.Net/f/conventions,index.Html>

فهرس الموضوعات

03 ..... مقدمة

الفصل الأول:

05..... النظرية التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية.

06 ..... المبحث الأول: الإسناد الشخصي للعقد الالكتروني

07 ..... المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة

09 ..... الفرع الأول: تعريف قانون الإرادة

12 ..... الفرع الثاني: نشأة قانون الإرادة.

13 ..... المطلب الثاني: طرق اختيار قانون الإرادة في العقود الالكترونية

19 الفرع الأول: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية.

الفرع الثاني: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة

22..... الالكترونية.

23..... المطلب الثالث: النتائج والقيود على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة.

25..... الفرع الأول: النتائج المترتبة على خضوع العقود الإلكترونية لقانون الإرادة.

31..... الفرع الثاني: القيود الواردة على أعمال قانون الإرادة في العقود الالكترونية.

- 32.....المبحث الثاني: الإسناد الاحتياطي للعقد الإلكتروني.
- 33.....المطلب الأول: الإسناد الجامد.
- 34.....الفرع الأول: ضابط قانون مكان إبرام العقد.
- 35.....الفرع الثاني: ضابط مجال تنفيذ العقد.
- 36.....الفرع الثالث: ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين.
- 36.....الفرع الرابع: ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين.
- 37.....المطلب الثاني: الإسناد المرن (الإسناد لقانون محل إقامة المدين بالأداء المميز).
- 38.....الفرع الأول: مفهوم نظرية الأداء المميز.
- 39.....الفرع الثاني: تطبيق نظرية الأداء المميز على العقود الإلكترونية.

### الفصل الثاني:

#### النظرية المستحدثة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

- 42 .....المبحث الأول: القانون الموضوعي الإلكتروني.
- 42.....المطلب الأول: مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني.
- 43.....الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني.
- 45.....الفرع الثاني: خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني.
- 46.....المطلب الثاني: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني.

46.....	الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية.....
47.....	الفرع الثاني: الممارسات التعاقدية.....
48.....	الفرع الثالث: العقود النموذجية.....
49.....	الفرع الرابع: تقنيات السلوك.....
50.....	الفرع الخامس: الأعراف والعادات التجارية الدولية.....
51.....	المبحث الثاني: تقييم القانون الموضوعي الالكتروني.....
51 .....	المطلب الأول: مدى تشكيل القانون الموضوعي الالكتروني لنظام قانوني مستقل.....
59 .....	الفرع الأول: اكتمال الصفة القانونية لقواعد القانون الموضوعي الالكتروني.....
65 .....	الفرع الثاني: الاعتراف بالقوة الملزمة لقواعد القانون الالكتروني.....
66 .....	المطلب الثاني: إزالة العقبات القانونية في الاتفاقيات الدولية.....
67 .....	الفرع الأول: الاتفاق التفسيري لتوحيد الاتفاقيات.....
68 .....	الفرع الثاني: إيجاد اتفاقية دولية.....
70.....	خاتمة.....
74.....	قائمة المراجع:.....
75.....	الفهرس:.....

## المخلص:

تعتبر العقود الالكترونية من المتغيرات العالمية التي فرضتها ثورة التقدم التكنولوجي، حيث أصبحت أحد دعائم الاقتصاد العالمي، إذ تقر معظم الأنظمة القانونية مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وذلك بإدراج شرط في العقد يحدد فيه الأطراف القانون الواجب تطبيقه على العقد المبرم بينهما، والمسمى بشرط الاختصاص التشريعي، والتعبير عن الإرادة يكون صريحا إذا كشف المتعاقد عن هذه الإرادة.

وإذا لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم فعلى القاضي المختص أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان، فهنا إرادة القاضي، وليس إرادة المتعاقدين.

وهنا يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة أي الإسناد الجامد، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد يمكن القول أن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت صعبة التحديد بسبب صعوبة تحديد كل الجوانب القانونية للعقد الالكتروني.

**الكلمات الدالة:** العقد الالكتروني، الإرادة، عقود التجارة، الإسناد، القانون الموضوعي،

الاتفاقيات الدولية، العقوبات القانونية.