جامعـــة مولـــود معمـــري تيـــزي وزو
كليـــة الحقـــوق و العلـــوم السياسية

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

مذكـرة لنيـل شهـادة الماستـر في القانـون

فـرع قانـون الأعمـال

من إعـداد الطلبـة :
أجعـــود فروجـــة
حامـــي فطيمـــة

تحت إشراف الأستـاذة :
د/ تدريســت كريمـــة

أعضـاء لجنـــة المناقشـــة

-حابت أمال، أستاذة محاضرة(ب)، جامعة تيزي وزو،.....رئيسة.

-تدريست كريمة، أستاذة محاضرة(ب)، جامعة تيزي وزو،.....مشرفة و مقررة.

-فتحي نسيمة، أستاذة مساعدة(أ)، جامعة تيزي وزو،.....ممتحنة.

تاريخ المنّاقشة:2016/07/10.

السنـــة الجامعيـــة :2016/2015

بسم الله الرحمان الرحيم

إهـــــــــــداء

أهـــدي ثمـــرة جهـــد عملـــي

إلـــى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما

إلـــى أخي فريد و أخواتي نعيمة و ديهية الذين قدموا لي المساعـدة المعنويـة

إلـــى كل الأقارب و أفـراد العائلـة

إلـــى زمـلاء الدراســـة

إلـــى جميـع الأصدقـاء و الصديقـات

إلـــى أساتـذتي بكليـة الحقـوق بجامعـة مولـود معمري

تيزي وزو خاصة الأستاذة "تدريست كريمة"

فروجـــة

إهـــــــــــداء

أهـدي ثمـرة جهـد عملـي

إلـى والدي الكريمين أطال الله في عمرهما

إلـى إخواني فيصل و ندير و أختي مليسة

إلـى كل الأقارب و أفـراد العائلـة

إلـى زمـلاء الدراســة

إلـى جميع الأصدقـاء و الصديقـات

إلـى أساتـذتي بكليـة الحقوق بجامعـة مولود معمري

تيزي وزو خاصة الأستاذة "تدريست كريمة"

فطيمة

الشكـــــــــــر

فـــــي نهايـة هذا العمل لا يسعنا إلا أن نشكـر الله عـز وجـل ونحمـده على ما وفقنا إليه وعلى ما تمكنا من إنجازه في هـذا العمـــــــــل

كمـــا نتقـدم بجزيـل الشكـر إلى الأستـاذة المشرفـة **"الدكتـورة تدريسـت كريمـة "** على كل ما قدمته من نصائـح وإرشادات طيلـة مـدة إنجـازنا هـذا العمـــل المتواضـــــــــع

ولا يفوتنـــا أن نتقـدم بخالـص الشكـر والعرفـان لكـل مـن ساعدنـــا من قريـــب وبعيـد للإتمـــام هـــذا العمـــــــــل

وشكـــــــــــــرا

قائمة أهم المختصرات:

أولا: باللّغة العربية:

ج ر: جريدة رسمية.

ص: الصفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ثانيا: باللّغة الفرنسية:

P : page.

مقدمة

أدى التّطور الهائل الذّي يعيشه العالم في تكنولوجيا الاتصالات إلى ظهور عدّة أساليب وتقنيات حديثة للاتصال، أبرزها شبكة الإنترنت التّي جعلت العالم قرية صغيرة، والتي سمحت بخلق أنشطة تجارية عالمية من بيع وشراء؛ إذ أصبح المتّعاملون الاقتصاديون لا يحتاجون للتّنقل لدى الزبائن أو للأسواق من أجل التّرويج لبضائعهم، فقد أوجدت لهم الإنترنت نطاقا جديدا للتّعامل يطلق عليه السّوق الإلكتروني الجديد أو الأسواق الافتراضية.

انتشار التكنولوجيا التّي تجمع بين المعلومات والاتصالات أدت إلى زيادة اللجوء إلى ما يعرف بالتّجارة الإلكترونية أي المعاملات الإلكترونية التّي تتم عبر الإنترنت بين عدّة أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة، فهي تتّسم بالطابع الدّولي باعتبارها تتّصل بأكثر من دولة وبذلك ينطبق عليها ما يطبق بشأن معايير دولية العقود كوجود مراكز الأعمال أو محل الإقامة.

إنّ كثرة المعاملات الإلكترونية وتعددها خلقت العديد من النّزاعات القانونية بين المتعاملين فيما يخص بمكان الإبرام والتّنفيذ وغيره، والمشكل الأهم هو القانون الواجب التّطبيق على هذه المعاملات باعتبارها تتم في عالم افتراضي لا يعرف الحدود الجغرافية وإنما تنجز في شكل بيانات رّقمية فقط، ومن ثم فهي معاملات ذات طابع دولي وهو ما ينعكس بلا شك على النّزاعات النّاشئة عنها، فأطرافها لا ينتمون ولا يتواجدون في دولة واحدة.

تثور النّزاعات بين هذه الأطراف فيختلفون حول القانون الواجب التطبيق، فكل طرف يرى بأن قانونه الوطني هو الأنسب، ومن هنا تظهر أهمية البحث في موضوع القانون الواجب التطبيق عليها، لا سيما البحث في القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية تحديدا باعتبارها من أهم وأكثر المعاملات الإلكترونية إثارة لهذا الخلاف؛ فتتميز هذه العقود في مجملها بقيمتها المادية الضخمة والتّي تؤثر في تنفيذها على الحياة الاقتصادية للدّول، ومن ثم تظهر أهمية توعية المتّعاملين الاقتصاديين عبر الإنترنت بهذا الخصوص، فيتعين أن يكونوا على دراية بالقانون الأنسب للأطراف لتطبيقه على عقودهم والملائم لطبيعتها وخاصة أنها عقود تتسم بالطابع الدولي كما سبقت الإشارة إليه آنفا.

جدير بالتذكير أن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية عموما، هي من المسائل التي تعالج في إطار قواعد القانون الدولي الخاص، وغني عن البيان أن هذه القواعد ترتكز على منهجية تنازع القوانين لحل مشكلة القانون الواجب التطبيق.

تثير مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية التساؤل عن **القانون الملائم للتّطبيق عليها ؟**

على هذا الأساس سيتم تطبيق منهج قواعد الإسنّاد التّقليدية للقانون الدولي الخاص على عقود التّجارة الإلكترونية، الذّي يعتمد كقاعدة عامة على مبدأ سلطان الإرادة أي خضوع العقد للقانون الذّي يختاره الأطراف صراحةً أو ضمنياً، وسنحاول إبراز الصعوبات التي تواجه إعمال هذا المنهج ومن ثم صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها (الفصل الأول).

من جهة ثانية سنحاول البحث عن قواعد جديدة تتلاءم مع عقود التّجارة الإلكترونية، ألا و هي القواعد المادية الإلكترونية و مدى مساهمتها أيضا في حل المشكلة(الفصل الثّاني).

بناء على هذه المعطيات، سنحاول من خلال هذا البحث الإجابة عن الإشكالية المطروحة، معتمدين في الدراسة على المنهج المقارن أخذا بعين الاعتبار الطابع الدولي لهذه العقود، وحداثة القواعد القانونية المنظمة لها. كما حاولنا الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي من خلال عرضنا لمختلف نقاط الموضوع وتفصيلنا فيها وشرحها.

الفصــل الأوّل

تطبيــق قواعـد الإسنّــاد التّقليديــة علــى عقــود التّجــارة الإلكترونية

تتولى قواعد الإسنّاد التّقليدية توطين منّازعات العقود ذات الطابع الدّولي في بلد معين وإخضاعها لقانونه باعتبار هذا البلد أقوى صلّة بالعلاقة العقدية من القوانين الأخرى، لذا سيتم محاولة إخضاع عقود التّجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت إلى هذه القواعد.

كقاعدة عامة سيطبق على عقود التجارة الإلكترونية ضابط قانون الإرادة شأنها في ذلك شأن عقود التّجارة الدّولية، فهذا الضابط هو من أشهر قواعد القانون الدّولي الخاص، ويعتبر ضابط إسناد أصلي وذلك في ظل اتفاق الأطراف عليه صراحة أو ضمنيا **(المبحث الأوّل)**.

إلا أنّه إذا لم يتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التّطبيق على عقدهم، وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية يلجأ القاضي إلى البحث عن الحل وذلك باستعمال ضوابط الإسنّاد التّقليدية **(المبحث الثّاني)**.

المـبحث الأوّل

اتفاق الأطـراف على القانــون الواجــب التّطبيــق على عقــود التّجـارة الإلكترونية

إن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في إطار عقود التجارة الإلكترونية يعني الإسناد الشّخصي لهذه العقود؛ فهي تقوم على أساسه،فللأطراف الحرية في اختيار القانون الذّي يطبق على عقدهم دون أي تدخل(المطلب الأول).

إلا أنّ تطبيق هذا المبدأ على عقود التّجارة الإلكترونية هنالّك ما يمنعه؛ فثمة قيود وجدت لحماية الأطراف، فضلا عن الصعوبات التي تعترض إعمال هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المّـطلب الأول

الأخــذ بمبـدأ سلـطان الإرادة في عقــود التّجــارة الإلكترونية

إن إعمال مبدأ سلطان الإرادة على عقود التّجارة الإلكترونية يستدعي الوقوف على مفهوم هذا المبدأ وذلك في ضوء التشريعات المقارنة والاتفاقيات الدّولية (الفرع الأول).

ولما كان الأصل أنّ الأطراف عند اختيارهم للقانون الواجب التّطبيق وتحديده، أن هذا الاختيار قد يكون صريحاً أو ضمنيا وجب بيان طرق التعبير عن الإرادة (الفرع الثاني).

الفــرع الأول

مفهــوم مبــدأ سلطــان الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة[1]أنّ الأطراف أحرار في تنظيم العقود المبرمة بينهم وفي القانون الذّي يطبق على تلك العقود[2]، ولقد كرست المبدأ مختلف التّشريعات المقارنة (أولاً)،كما أخذت به العّديد من الاتفاقيات الدّولية(ثانيا).

أولا- مبــدأ سلطــان الإرادة في التّشــريعات المقــارنة

بداية يشار إلى أن الفقه غير متفق حول تعريف مبدأ سلطان الإرادة منقسما بهذا الخصوص إلى ثلاث اتجاهات(3)، مع ذلك يعد المبدأ من أهم المبادئ الأساسية المسلم

1- لتفاصيل أكثر حول نشأة هذا المبدأ وتطوره، راجع عبد الرزاق السنهوري، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*، *المجلد الأول: مصادر الالتزام*، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص153 وما بعدها.

2 -Lama A .KOTEICHE, *La loi applicable aux contrats du commerce électronique*, Mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'études approfondies en droit interne et international des affaires, Faculté de droit et des sciences politiques et administratives libanaise, Beyrouth, 2005, p.16.

3- فهنّاك جانب من الفقه يضيق من نطاق قانون الإرادة، وعليه فالأطراف عند اختيار القانون الذّي ينّظم عقودهم يقتصرون على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة تتمتع بهذا الوصف طبقاً لأحكام القانون الدّولي العام، أمّا الاتجاه الثّاني أي الواسع الذّي منح الحرية كاملةً للأطراف في تحديد القانون الذّي يحكم العقد فيجوز إسناد العلاقة العقدية لقواعد ذات صبغة عالمية مثّال ذلك القواعد العرفية التّي نشأت واستقرت بين الجماعات العاملة في مجال التّجارة الإلكترونية.أمّا الاتجاه المعتدل الذّي منح الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقود الإلكترونية عملاً بحقهم المقرر بموجب قاعدة الإسناد واحترام توقعاتهم،وذلك شرط أنّ هذا الاختيار لا يؤدي إلى الغش واستبعاد القواعد الآمرة في القوانين المختارة.

لتّفاصيل أكثر راجع كل من: صالح المنزلاوي، *القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية*،دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، 2006، ص ص. 279- 281؛ لزهر بن سعيد، *النّظام القانوني لعقود التّجارة الإلكترونية*، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2014، ص ص. 190-194؛ محمد بلاق، *قواعد التنازع والقواعد المادية في منّازعات عقود التجارة الدّولية*، مذّكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2011، ص ص. 42-44.

بها في معظم التّشريعات الوطنية المقارنة التّي تعترف بأولوية إرادة الأطراف المشتركة في اختيار القانون الذّي يحكم عقودهم[1].

لقد تبنى المشرع الجزائري في القانون المدني[2] مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يتجلى من استقراء نص المادة 18 منه « **يسري على الالتزامات التّعاقدية القانون المختار من المتعّاقدين إذا كانت له صلة بالمتّعاقدين أو بالعقد.**

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد،غير أنّه يسري على العقود المتعّلقة بالعقار قانون موقعه».

يتضح من هذا النص أنّ المشرع الجزائري كرس مبدأ سلطان الإرادة، ولكن اشترط على الأطراف عند اختيار القانون الواجب التّطبيق أن تتوفر هنّاك صلة بين القانون المختار والعقد، وفي حالة استحالة ذلك يطبق إما قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية أو قانون محل الإبرام[3].

1- محمد جارد، *دور الإرادة في التّحكيم التّجاري الدّولي، دراسة مقارنة*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص.52.

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتّضمن القانون المدني، ج. ر.ج.ج.، عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل ومتمم.

3- عبد الحفيظ عيد، *مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الدّولية*، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص.23؛ حنان عتيق، *مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التّعاون الدّولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة،2012، ص.97.

أما بخصوص العقود المتّعلقة بالعقار فيسري عليها قانون الموقع[1].

و سرى على نفس المنحى المشرع المصري في القانون المدني المصري في المادة 19 منه التي تنص على مايلي: « **يسري على الالتزامات التّعاقدية قانون الدّولة التّي يوجد فيها الموطن المشترك للمتّعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدّولة التّي تّم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أم تبين من الظروف أنّ قانوناً أخر هو الذّي يراد تطبيقه**»[2]، وتبناه أيضاً القانون الدّولي النّمساوي لعام 1979 الذّي ينّص على ما يلي:« **يسري على الالتزامات التّعاقدية القانون الذّي يحدده الأطراف صراحةً أو ضمنياً**».ونفس المعنى نص عليه القانون المدني الألماني في أحكامه المتّعلقة بالقانون الدّولي الخاص لسنة 1986 الذّي يخضع العقد للقانون الذّي يختاره الأطراف، فنص على أنه: « **يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف**»[(3)]، ونص القانون اليوغوسلافي الخاص بتنازع القوانين المؤرخ في 15 جويلية 1982 في المادة 19 منه أنّ العقد يحكمه القانون المختار من الأطراف ما لم يوجد نّص خاص في هذا القانون[(4)].

وسارى على نفس منوال المشرع التشيكوسلوفاكي في المادة الرّابعة من القانون الدّولي الخاص لسنة 1963 حيث أخذّت صراحةً بهذّا المبدأ كقاعدة عامة، بالإضافة

1- لتفاصيل أكثر حول قانون موقع العقار راجع، راضي نبيه راضي علاونة، *القانون الواجب التّطبيق على الأموال، دراسة مقارنة*، أطروحة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدّراسات العليا في جامعة النّجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،2015، ص.15 وما بعدها.

2- نقلا عن: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص. 236-264.

3- نقلا عن: سمير خليفي، *حلّ النّزاعات في عقود التّجارة الإلكترونية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي ،تخصص قانون التّعاون الدّولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو،2010، ص.22.

4- الطيب زروتي، *النّظام القانوني للعقود الدّولية في القانون الجزائري المقارن*، الجزء الأول، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدّولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1991، ص.84.

إلى ذلك نجد تشريع القانون الدّولي الخاص البولوني لسنة 1965 في المادة 25 منه التّي تنص على أنّه في الالتزامات التعاقدية يجوز للأطراف أن يخضعوا علاقاتهم القانونية للقانون الذّي يختارانه شريطة أن تكون له صلة بالعلاقة القانونية[1]، كما أقر القانون التّجاري الموحد للولايات المتّحدة الأمريكية المبدأ مثله مثل القوانين الأخرى، حيث أكد على حق الأطراف في اختيار القانون المطبق على المعاملة، وتوفر صلة بين الولاية المختارة والمعاملة[2].

بالإضافة إلى التشريعات الوطنية المقارنة، تبنى القانون النموذجي للتحكيم الذّي وضعته لجنة الأمم المتّحدة للقانون التّجاري الدّولي عام1976[3]المبدأ في المادة 33 منه: « **تطبق هيئة التّحكيم القانون الذي يعينه الطرفان،...**»،كما أخذت بنفس المبدأ اللّجنة المذكورة في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985[4]بموجب نص المادة 28 منه: «**تفصل هيئة التحكيم في النّزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك**»، والملاحظ من هذا النص أخذ في المقام الأول بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، لكن من ناحية أخرى قد

1- نقلا عن الطيب زروتي، المرجع نفسه، ص.83.

2- نقلا عن: عزّة علي محمد الحسن ، *الإطار القانوني و التّشريعي للتّجارة الإلكترونية*، دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة الخرطوم، 2005،ص.282.

3- انظر: قواعد الأونسيترال للتحكيم، الصادرة عام 1976 والمنقحة لاحقا. هذه القواعد متاحة على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. http://www.uncitral.org

4- انظر: قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، ويشار إلى أنه جرى تعديله عام 2006، متاح على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. http://www.uncitral.org

حظر اللجوء إلى الإحالة، وعلى هذا فإن اختيار الأطراف لقانون دولة معينة يعني وجوب تطبيق المحكم للقواعد الموضوعية في هذا القانون وليس لقواعد الإسناد فيه[1].بالإضافة إلى ما تقدم، يشار إلى أن المبدأ قد اعترفت به أيضا أحكام القضاء، إذ تعد محكمة النقض الفرنسية من الأوائل التي أرست المبدأ على الالتزامات التّعاقدية[2].

ثانيا – مبـــدأ سلطـــان الإرادة في الاتفاقيات الدّوليـــة

تلعب الاتفاقيات الدّولية دوراً هاماً في إطار المعاملات الدّولية الخاصة،وذلك بتوحيد قواعد التّنازع التّي تبين القانون الواجب التّطبيق، ولقد تم تكريس مبدأ سلطان الإرادة في العديد منها، على سبيل المثال اتفاقية لاهاي بشأن البيوع الدّولية ذات الطّابع الدّولي للمنقولات لعام 1955، التي نصت في المادة 02 منها أنّ البيع يحكمه القانون المختّار من الأطراف(3)، أيضاَ المادة 1/5 من الاتفاقية الموقعة في 14 مارس 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة التّي تنص على أنّ:«

1– يوسف سليمان عبد الرّحمان الحداد، « القواعد الموضوعية في القانون الواجب التّطبيق على منازعات عقود النّفط»، المؤتمر السنّوي التّاسع عشر حول التّحكيم في عقود النّفط والإنشاءات الدّولية المنعقد في صلالة عمان، 26–28 أغسطس 2014، ص.5.

2– وذلك في حكمها الصادر في ديسمبر1910 في قضية AMERICAN TRADING COMPANY QUEBEC STEAMSHIP COMPANY LIMITED حيث أقرت أنّ :" **القانون الواجب التّطبيق على العقود الدّولية من حيث تكوينه وأثاره هو القانون الذّي اختاره المتعاقدان** "، ومعنى ذلك أنّ القانون الواجب التّطبيق على العقد سواءً تعلق بتكوينه أو أثاره أو شروطه هو القانون الذّي تبنّاه الأطراف.

انظر في ذلك: خالد شويرب، *القانون الواجب التّطبيق على العقد التجاري الدولي*، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2009، ص.32 ؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص. 267؛ راجع أيضا: المادة 3/13 من لائحة محكمة التحكيم التّابعة لغرفة التّجارة الدّولية، التّي نصت بأنّ: «للأطراف حرية اختيار القانون الذّي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النّزاع»، نقلا عن: عبد الكريم موكة، « القانون الواجب التّطبيق على المنّازعات الخاصة بالثمن»، *المجلة الأكاديمية للبحث القانوني*، المجلد 10، عدد02، 2014، ص ص. 329–330.

3 –نقلا عن: سمير خليفي، مرجع سابق، ص.25.

يسري على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الدّاخلي الذّي يختاره الأطراف».وهنّاك أيضاً المادة 07 من اتفاقية لاهاي 1976 في شأن القانون الواجب التّطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع التي نصت على أنّه:« **يحكم البيع القانون المختار بواسطة الأطراف**»[1].

وكما خولت اتفاقية روما لسنة 1980 في شأن القانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية للمتعاقدين الحرية المطلقة في اختيار القانون الواجب التّطبيق دون توفر رابطة بين القانون المختار والعقد وهذا ما أقرته في المادة 1/3 منها: « **يخضع العقد للقانون الذّي يختاره الأطراف، هذّا الاختيار يتعين أن يكون صريحاً أو يجوز أن يستنتج بطريقة مؤكدة من شروط العقد ومن الظروف المحيطة به، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التّطبيق على كل العقد أو على جزءٍ منه**»[2].

ونجد أيضاً في هذا الصدد الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتّحكيم التّجاري الدّولي المبرمة في جنيف في 12 أفريل 1961 التي نصت في المادة 7 منها على أن : «الأطراف أحرار في تحديد القانون الذّي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النّزاع»، ونصت أيضاً اتفاقية مكسيكو لعام 1994 المبرمة بين دول الاتحاد الأمريكي والخاصة بالقانون الواجب التّطبيق على العقود الدّولية على أن: العقد يخضع لأحكام القانون الذي اختاره الأطراف، وأن اختيار الأطراف يجب أن يكون واضحا وجليا، وعلى هذا الأساس يجب أن يكون صريحاً وواضحاً، وفي حالة عدم وضوح هذا الاتفاق

1 – نقلا عن: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص.265–266.

2 – نقلا عن: لطالب حسن علي كاظم، *تسوية المنازعات النّاشئة عن عقد التّرخيص الدّولي*، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية القانون بن عكنون، جامعة الجزائر ،2005، ص. 323.

يستخلص ضمنيا من سلوك الأطراف ومن بنود العقد»[1]،وأيضا اتفاقية واشنطن لتّسوية المنازعات المتّعلقة بالاستثمارات بين الدّول ومواطني الدّول الأخرى لعام 1965 التّي تنّص في المادة 42 منها أنّ:« هيئة التّحكيم تنظر في الخلاف طبقاً لقواعد القانون الذّي اتفق عليه الطرفان...»[2].

إضافةً إلى هذه الاتفاقيات هنّاك أيضاً اتفاقية فيينا لعام 1980 بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لعقد البيع الدّولي التّي اعتدت به في المادة 1/7 منه:« **يخضع عقد البيع للقانون الذّي يختاره الطرفان ويجب أن يكون اتفاق الطرفين بخصوص هذّا الاختيار صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من شروط العقد وظروف الحال منظوراً إليها مجتمع' ويمكن أن يقتصر الاختيار على جزء من العقد فقط**»[3].

الفــرع الثّــاني: طــرق التّعبيــر عن الإرادة

من المعروف على المستوى الدّاخلي والدّولي أن للأطراف الحق في اختيار القانون الذّي يحكم عقدهم، وذلك إمّا أنّ يكون التّعبير يبينه الأطراف صراحة (أولاً)، وإمّا أن يستخلص التّعبير من ظروف الحال وملابساته أي ضمنيا(ثانياً).

أولا- التّعبيــر الصّريــح

إنّ اختيار القانون الواجب التّطبيق على العقود الإلكترونية يكون باتفاق صريح من الأطراف، فهو بذّلك يحقق لهم الأمان القانوني ويعرفون القانون المطبق على أي

1 - نقلا عن : سمير خليفي، مرجع سابق، ص24-25؛ وكذلك مشار إليه لدى: حنان عتيق، مرجع سابق، صص. 100-101.

2 -نقلا عن: لطالب حسن على كاظم، مرجع سابق، ص.322.

3 -نقلا عن: سلطان عبد اللّه محمود الجّواري، *عقود التّجارة الإلكترونية والقانون الواجب التّطبيق، دراسة قانونية مقارنة*، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص ص.131-132.

نزاع مقدما[1]. فالتّعبير الصريح يتم بصور متّعددة سواء بالكتابة عبر البريد الإلكتروني من خلال الرّسائل الإلكترونية،النقر على زر القبول أو المحادثة المباشرة أو بالكلام أو الإشارة المتدّاولة عرفاً لا تدع أي شك أو عبر صفحة الويب من خلال الرّسائل الإلكترونية في نفس الزّمان، كما يمكن أيضاً أن يكون عبر شبكات الاتصال[2].

ففي مجال عقود التّجارة الإلكترونية هناك عقود نمّوذجية التّي يدرج فيها بند من البّنود يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التّطبيق على ذلك العقد، ويسمى بشرط الاختصاص التّشريعي[3]، مثال ذلك: العقد النّموذجي للتّجارة الإلكترونية الذّي وضعته غرفة التّجارة والصّناعة بباريس في30 أفريل 1998 لتحكم المعاملات التّي تتّم بين المهنيين والمستهلكين، إذ إحدى بنوده تنص بأنّ القانون الفرنسي هو القانون الواجب

1 – يحيى يوسف فلاح، *التّنظيم القانوني للعقود الإلكترونية*، أطروحة لاستكمال نيل درجة الماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلية الدّراسات العليا، جامعة النّجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،2007، ص.67.

2– حنان عتيق، مرجع سابق، ص.103؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.280؛ ولتفاصيل أكثر راجع كل من: نور الهدى مرزوق، *التّراضي في العقود الإلكترونية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري،تيزي وزو، 2012، ص ص. 65–67؛ الطيب حسن عبد اللّه العوض، *إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة*، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدّراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرّباط الوطني،2015، ص ص. 51–56؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، *إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التّجارة الإلكترونية*، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، 2008، ص ص. 89–93.

3 – أنظر في هذا المعنى كل من: أحمد الهواري، « عقود التّجارة الإلكترونية في القانون الدّولي الخاص»، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، المجلد الرّابع، غرفة تجارة وصناعة دبي،10–12 مايو 2003،ص1654؛ أحمد عبد الكريم سلامة، « الإنترنت والقانون الدّولي الخاص: فراق أم تلاق»، في: بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الأوّل، الطبعة الثالثة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة،2004، ص. 69.

التطبيق بغض النّظر عن جنسية المتّعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه[1].

من القوانين والاتفاقيات التّي نصت صراحةً هنّاك قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الصادر عام 1999 الذّي اعترف صراحةً بإمكان التّعاقد إلكترونياً عندما قرر أنّ التسجيل الإلكتروني يعادل المستند المكتوب[2]، وأيضاً نجد قانون الأونسيترال النموذجي للتّجارة الإلكترونية لسنة 1996 الذّي أقر صراحة استخدام رسائل البيانات الإلكترونية للتّعبير عن الإرادة في المادة 11 منه[3].

بالإضافة إلى ما تقدم، يشار إلى أن مجمع القانون الدّولي في دورة انعقاده بمدينة أسلو عام 1877 ترك للأطراف اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقدهم صراحةً في المادة 1/2[4]، نفس المعنى في اتفاقية روما لعام 1980التّي أقرّت بأنّه يمكن التّعبير صراحة حسب المادة 1/3منه [5].

1- سمية بن غرابي، *عقود التّجارة الإلكترونية ومنهج تنّازع القوانين*، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التّعاون الدّولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2009، ص.97؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.284.

2 - خالد ممدوح إبراهيم، *إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص.166.

3 - التّي تنص: « **في سياق تكوين العقد و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتّعبير عن العرض و قبول العرض....**»، قانون الأونسيترال النّموذجي بشأن التّجارة الإلكترونية مع الدّليل التّشريعي 1996 مع المادة 5 مكرر1 الإضافية بصيغتها المعتّمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتّحدة،رقم المبيع A.99. V.4، 2000.http://www.uncitral.org

-4حنان عتيق، مرجع سابق، ص.103-104.

5- "يخضع العقد للقانون الذّي يختاره الأطراف، هذّا الاختيار يتعين أن يكون صريحاً....." نقلا عن:لطالب حسن علي كاظم، مرجع سابق، ص.324.

أما فيما يخص التشريع الجزائري فوفقا للقواعد العامة فإن التعبير الصّريح قد يكون باللفظ، الكتابة، الإشارة المتداولة عرفاً، اتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشّك في دلالته في مقصود صاحبه[1].

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن الأصل في الاتفاق الصريح أن يتم عند إبرام العقد ويوضع كبند فيه، إلاّ أنّه يمكن أن يتراخى لمّا بعد الإبرام وعند نشوء النّزاع ويكون للأطراف تعديل اتفاقهم بخصوص القانون الذّي يختارونه دون الإضرار بحقوق الغير حسن النّية، ويجب توفر صلة بين القانون المختار والعقد[2].

ثانيا- التّعبيـــر الضّمنـــي

لقد جرت العادة على خضوع العقد لقانون الإرادة كأصل وذلك لسهولة الاختيار صراحةً، إلاّ أنه إذا لم يتم الاتفاق صراحةً على القانون الواجب التّطبيق، فإنّه يتعين البحث عن الإرادة الضّمنية للمتّعاقدين التّي تكون غير معلنة يستخلصها القاضي من ظروف وملابسات التعاقد[3].فتؤكد كافة التّشريعات المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضّمنية؛ فنص المادة 19 من القانون المدني المصري السالف الذكر، نص صراحةً على أنه إذا كان المتعاقدين لهما موطن مشترك فيطبق قانون دولة ذلك الموطن، أما إذا اختلف موطنهما فيطبق القانون الذّي أبرم فيه العقد أو يستخلص من

---

1 – تنص المادة 60 من القانون المدني:« **التّعبير عن الإرادة يكون باللّفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتّداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشّك في دلالته في مقصود صاحبه و يجوز أن يكون التّعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً**»، أمر رقم 75-58 المعدل و المتّمم، مرجع سابق.

2- إلياس ناصف، *العقود الدّولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص321؛ أحمد الهواري، مرجع سابق، ص ص.1654 – 1655.

3 – خالد شويرب، مرجع سابق، ص.45.

الظروف قانوناً آخر.وتقريباً نفس المعنى الذّي جاء به القانون الرّوسي بأنّ للأطراف اختيار القانون الواجب التّطبيق صراحةً أو ضمنياً والذّي يستنبط من بنود العقد أو من ظروف الموضوع وهذا ما نّصت عليه المادة 1/121منه[1].

أما عن الاتفاقيات التّي اعتدت بالتّعبير الضّمني نجد اتفاقية روما في مادتها 1/3 لعام 1980 التي نصت على أنّه يسري على العقد القانون الذّي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص أو من ظروف التّعاقد.كما نّصت اتفاقية لاهاي لعام 1986 بأن اتفاق الأطراف يمكن أن يكون استنتاجه من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف بالنّظر إليهما معاً،وهو تقريباً ما قضت به أيضا اتفاقية مكسيكو لعام 1994[2].

وبشأن استخلاص الإرادة الضمنية في اختيار قانون العقد فإن الفقه والقضاء مستقران على وجود عدة قرائن تدّل عليها، من أمثلة ذلك إدراج نص في العقد يجعل الاختصاص بشأّن المنازعات المتعلقة به من اختصاص محاكم دولة معينة أو من خلال اللّغة التّي حرر فيها العقد أو اختيار عملة معينة للوفاء[3]. فضلاً عن ذلك، أكدت بعض القرارات القضائية على أنّه إذا كان العقد يتّصل بعدّة أنظمة قانونية ويكون هذا الأخير باطلاً وفقاً لنّظام دولة معينة، بينما يجيزه النّظام القانوني لدولة أخرى فالقاضي

1- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.286.

2-المرجع نفسه، ص.287.

3- المرجع نفسه، ص ص.287 -288؛ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص.70؛ حسن الهداوي، *القانون الدّولي الخاص: تنّازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني*، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمان، 1997، ص.102.

يمكن أن يعتبر أنّ الإرادة الضمنية للمتّعاقدين قد اتجهت إلى تطبيق قانون الدّولة التّي تجيز العقد[1].

المطلب الثّاني

تعطيل تطبيق قانون الإرادة على عقود التّجارة الإلكترونية

إن تطبيق قانون الإرادة هو كأصل في مختلف العقود الدّولية وخاصة الالكترونية، إلاّ أنّه ثمة حالات لا يمكن فيها إعمال هذا القانون لوجود قيود تحول دون ذلك (الفرع الأول)، كما تواجه الأطراف المتّعاقدة صعوبات كثيرة في تطبيقهم لهذا القانون على مثل هذه العقود؛ فهنّاك صعوبات التعبير الصّريح والضمنّي (الفرع الثّاني).

الفرع الأول

قيود مبدأ سلطان الإرادة

يرد على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التّطبيق على تعاقدهم قيود تمنع من تطبيقه، مما يؤدي إلى استبعاد القانون إذا كان لا يخدم المصالح العامة؛ كحماية النّظام العام (أولاً)،أو لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد (ثانياً)، وفي حالات الغش والتّحايل نحو القانون(ثالثاً)، وكذا توفر صلة بين القانون المختار والعقد (رابعاً)ومن أهم هذه الإستبعادات ما يلي:

أولا - النّظام العام: من أهم القيود التّي ترّد على حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق أن يكون القانون المختار مخالف لقواعد النّظام العام، التّي

1 – نقلاً عن: زوينة تكليت، *القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية الدّولية*، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011، ص.21.

تضييق وتتّسع تبعاً للأفكار التّي يقوم عليها المجتمع، بالتّالي يمنع على الإرادة أن تتجه إليه[1].

فالنّظام العام يعتبر وسيلة قانونية يستبعد فيها النّزاع أمام قاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متّى تعارضت أحكامه مع المبادئ التّي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي[2]، فاختيار القانون الواجب التّطبيق لدّولة معينة لا يجب أن يمس النّظام العام السّاري في الدّولة الأجنبية التّي تّم اختيار قانونها لحكم العلاقة التّعاقدية، وإلاّ فالقاضي لن يعترف بهذا القانون، ويقوم بجهله ويطبق القانون الأقرب لهذا العقد محل التّنازع[3].

وقد أسس المشرع الجزّائري لفكرة الدّفع بالنّظام العام في الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون المدني التي جاء نصها على هذا النحو: « **لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النّصوص السّابقة إذا كان مخالفاً للنّظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون** »[4].

كما أخذت بهذه الفكرة اتفاقية لاهايلعام 1955 التّي نصت على استبعاد القانون المنصوص عليه في الاتفاقية إذا كان يمس بالنّظام العام[5]،بالإضافة لاتفاقية روما التّي

1 – زياد محمد فالح بشابشة، أحمد الحراكي، عماد قطان،« دور إرادة أطراف التّعاقد في اختيار القانون الواجب التّطبيق في الالتزامات التّعاقدية وفق القانون الأردني»، *مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات*، العدد 30، 2013، ص . 365.

2 –حنان عتيق، مرجع سابق، ص.116.

3 – سمير خليفي، مرجع سابق،ص.32.

4 – أمر رقم 75–58 المعدل و المتمم ، مرجع سابق.

5 – سمير خليفي، مرجع سابق، ص.32.

قيدت مبدأ حرية الاختيار بتطبيق مقر المستهلك إذا كان يوفر له حماية أوسع من تلك الممنّوحة بموجب القانون الذّي تم اختياره[1].

أما بخصوص إعمال فكرة النظام العام بالنّسبة للعقود الإلكترونية التّي تتّم عبر الإنترنت، فيرى البعض أن رسم حدود النظام العام للمجتمع الافتراضي، لن يكون مستقلا عن حدود النّظام العام الدّاخلي، بل تستوحى منه بعض المبادئ التي يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونية. أما جانب آخر فيرى أنّه إذا كان العقد الإلكتروني يمس النّظام العام الداخلي لأية دولة فيحق لها إبطاله، غير أن إعمال هذا الموقف مع العقود الإلكترونية وبالنظر إلى أن دولية هذه العقود يتصل بأكثر من دولة، فتثار إشكالية اتصال هذا العقد بأكثر من نظام عام والذي يختلف من دولة إلى أخرى. لذا يرى جانب من الفقه أنه لا بد أن تخضع العقود الإلكترونية إلى نظام عام ذو صلّة بها، يراعي خصوصية البيئة الافتراضية، أي مجموعة من القواعد الذاتية التي نشأت في كنف المعاملات الإلكترونية[2].

ثانيا- حماية المستهلك

يقصد بحماية المستهلك بوجه عام حفظ حقوقه وضمان حصوله عليها قبل المهنيين في كافة المجالات، فتطبيق قانون الإرادة عليه ليس في صالح حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد. لذا فمبدأ سلطان الإرادة لا يتفق ومقتضيات الحماية الفعالة للمستهلك الإلكتروني، إذ قد يؤدي ترك الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت إلى

1 – زياد محمد فالح بشابشة وآخرون، مرجع سابق، ص.365.

2- تفصيلا عن هذه الآراء راجع: حنان عتيق، مرجع سابق، ص ص.120-122.

اختلال في التوازن العقدي في حالة ما إذا كان أحد أطراف هذا العقد مستهلكا، وذلك باعتبار أن المستهلك طرفا ضعيفا في هذا العقد[1].

لقد ساهمت الكثير من القوانين والاتفاقيات الدّولية لحماية المستهلك، منها القانون الأمريكي الذّي أصدر القانون الفيدرالي بشأن التّوقيع الإلكتروني لسنّة 2000 في المادة (101/ج/1) التي نصت على أنّه إذا كان القانون المطبق على العقد يتطلب أن يتّم مبادلة المعلومات مع المستهلك كتّابة فلا يجوز القيام به إلا بموافقته قبل تبادل البيانات إلكترونياً. ومن الاتفاقيات الدولية هنّاك اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية، اتفاقية لاهاي لسنة 1978 المتعلقة بشأن القانون الواجب التّطبيق على عقود الوسّاطة والتّمثيل التّجاري، واتفاقية فيينا بشأن البيع الدّولي للبضائع 1980 واتفاقية روما لعام 1980[2]. بالإضافة لذلك نجد الاتحاد الأوروبي اهتم بحماية المستهلك في عقود التّجارة الإلكترونية، فأصدر توجيهات منها التوجيه الأوروبي رقم 93/13 الصادر في 05 أفريل 1993 بشأن حماية المستهلك من الشروط التّعسفية التّي تفرض عليه من جانب المزود المحترف كالشرط الذّي يعفيه من ضمان العيوب الخفية.وكما اعتمدت الأمم المتّحدة مبادئ عامة لحقوق المستهلك التّي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتّحدة في قرارها رقم 39/248 الصّادر في 09 أفريل 1985 لتكون بمثابة مبادئ عامة عالمية لحماية المستهلك[3].

1 – خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص.449–450.

2 – محمد سعيد أحمد إسماعيل، *أساليب الحماية القانونية لمعاملات التّجارة الإلكترونية*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص ص.39–43.

3– عبد اللّه ذيب عبد اللّه محمود، *حماية المستهلك في التّعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة*، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدّراسات العليا، جامعة النّجاح الوطنية، فلسطين،2009، ص.24.

ثالثا–الغش والتّحايل نحو القانون

لقد أسس المشرع الجزائري لفكرة الغش و التّحايل نحو القانون في المادة 24 السالفة الذّكر[1] .تعددت تعريفات الفقهاء للّدفع بالغش نحو القانون، فهنّاك من عرّفه أنّه دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذّي عمدوا على إخضاع تصرفاتهم إليه، بخلقهم ظروفاً خاصة تسمح بإسنّادها إليه بدلا من القانون الوطني الواجب التّطبيق أصلاً والعمل بأحكام هذا القانون في النّهاية. وفي تعريف آخر، فهو الاستخدام الإرادي لقاعدة التّنازع بهدف التّهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التّطبيق[2].

وممّا سبق يتضح، بأنّ الغّش نحو القانون هو قيام الفرد بصدد علاقة قانونية منطوية على عنصر أجنبي بسلوك ما بهدف تطبيق قانون مصطنع غير القانون المختص أصلاً يحكم النّزاع، وقد يتمثّل هذا السّلوك بالتّغيير في ظرف الإسنّاد كتغيير الفرد لجنسيتها أو نقل موطنه إليها،كما قد يكون الغش باختيار قضاء دولة ما قصد التّهرب من قضاء الدّولة التّي تربطه بالعلاقة العقدية وذلك تطبيقاً لقواعد الإسنّاد في تشريع الدّولة الأولى[3].

ولكي يثار هذا الدّفع يجب أن يتوفر شرطين:

---

[1] –راجع نص المادة 24 من الامر رقم 75–58، مرجع سابق.

2 –محمد إبراهيم أبو الهيجاء، *عقود التّجارة الإلكترونية*، الطبعة الثانية، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمان، 2011، ص.169.

3 – عبد الرّسول كريم أبو صبيع،« أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسنّاد»، مجلة الكوفة، العدد 19، 2010، ص.3.

-شرط مادي، يتمثل في تغيير قصدي لظروف الإسنّاد، إذ تلعب إرادة الأطراف دور أساسي في تغيير ضابط الإسنّاد، وذلك كأن يقوم الفرد بأفعال تؤدي إلى هذا التّغيير وبالتّالي يغير القانون الواجب التّطبيق.

-شرط معنوي، وذلك بتوفر نية سيئة بالتّحايل والغش لتفادي تطبيق القانون الأنسب والتّوصل لوضع جديد ما كان يمكن الوصول إليه لولا قيامه بتلك التّصرفات[1].

رابعا- عدم وجود صلة بين القانون المختّار والعقد أو أطرافه

عادة ما يؤدي إعمال مبدأ سلطان الإرادة إلى تطبيق قوانين داخلية وطنية، ولذلك تحرص أغلب التّشريعات أن يكون للقانون المختار صّلة حقيقية بالعقد، منها القانون المدني الجزائري وفقا للمادة 18 منه، والتي يفهم من خلالها أنّ المشرع اعتمد مبدأ سلطان الإرادة كغيره من التّشريعات، ولكن قيده واشترط على الأطراف لاختيار القانون الواجب التّطبيق أن يكون لهذا الأخير صلة حقيقية بالمتّعاقدين أو بالعقد، وذلك إما بقانون الجنسية المشتركة لهما أو الموطن المشترك لهما أو قانون محل الإبرام أو محل التّنفيذ[2]، وفيما عدا هذه القوانين تنتفي الصّلة بين القانون والعقد وأطرافه[3].

الفرع الثّاني

صعوبات تطبيق قانون الإرادة

1 - ممدوح عبد الكريم، *القانون الدّولي الخاص، تنّازع القوانين*، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمان، 2005، ص ص.206-207.

2 - زينب بوطالبي، *الإيجاب والقبول في التّعاقد الإلكتروني*، مذكرة ماجستير، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس،2014،ص.133.

3 -أمال حابت، *التّجارة الالكترونية في الجزائر*،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص.492.

باعتبار عقود التّجارة الإلكترونية تبرم في بيئة افتراضية وهذا ما يجعلها تكسب طابع غير مادي، فتواجه الأطراف صعوبات كثيرة في مثل هذه العقود عند محاولة تطبيق قانون الإرادة سواء كانت تلك إرادة صريحةّ(أولا) أو ضمنية (ثانيا).

أولا- صعوبات الإرادة الصريحة

تظهر هذه الصعوبات في التّحقق من وجود حقيقي للإرادة في التّعاقد من الطرفين، كذلك تحديد الهوية الكاملة للأطراف المتّعاقدة، والتّحقق من جدية التّعاقد وإثباته وإشكاليات تنظيم القانون المختّار للعمليات الإلكترونية[1].

1-**صعوبة التّحقق من وجود إرادة صريحة:** تظهر عندما يتم التّعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك الإرادة أصلاً، وذلك عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ يستحيل توقعه من الشخص الذّي يعمل الحاسوب لحسابه، مما يثير التّساؤل عن الآثارالقانونية المترّتبة على الخطأ في التّعاقد الإلكتروني فهل يتحملها الحاسوب أم الشخص الذّي يعمل الحاسوب لصالحه؟

وتتحقق هذه الصعوبة أيضاً، عندما تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحيات التّصرف نيابةً عن المتّعاقد الأصلي، أو إذا تّم تغيير مضمون الرّسالة الإلكترونية وتّم التّلاعب بها لكون شبكة الإنترنت معرضة للاختراق والتّدخل من الغير[2]. وقد وضع القانون النّموذجي الأونسيترال قواعد تحدد العلاقة الموجودة بين منشئ الرّسالة الإلكترونية وبين متلقيها، فيمكن أن يتم إرسالها من طرف أخر غير

1 - سمير خليفي، مرجع سابق، ص.33.

2- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.353.

المنشئ وهو أن يكون الشّخص يتمتع بصلاحية النيابة عن المنشئ، وأيضاً إذا صدرت من نظام معلوماتي مبرمج للعمل تلقائياً[1].أما فيما يخص المرسل إليه فيمكنه الاعتماد على الرّسائل الالكترونية ويتصرف على أساس أنّها صدرت فعلاً من المنشئ في حالات معينة تتمثل في:

-وجود إجراء مسبق متفق عليه بين الطرفين، وذلك للتّأكد من مصدر الرّسالة كاستخدام رموز معينة ويكون تطبيقه سليماً.

- إستخدم منشئ الرّسالة مثلاً التوقيع الالكتروني كطريقة لإثبات أنّ الرّسالة صادرة عنه[2].

2-**صعوبة تحديد الهوية الكاملة للأطراف:** إنّ الحقيقة الغالبة في عقود التّجارة الإلكترونية هو غياب التّواجد المادي لطرفي العقد وقت إبرامه، مما يؤدي إلى صعوبة التّحقق من هوية المتّعاقدين ويظهر ذلك في الافتقار لتحديد العنوان الإلكتروني الذّي يتّعاقدون من خلاله، ويكون غير مرتبط ببلد معين وإنّما يشار إليها في الأخير بـ: com أوorg .كما يصعب مراقبة العنّاوين الإلكترونية التّي يستخدمها المتّعاقدين للتّحقق من هوية الطرف الآخر، فالتّاجر مثلاً لا يسمح له بتخزين عنّاوين العملاء الخاصة بهم للتّحقق من هويتهم[3].

3-**جدية التّعاقد وإثباته:** بالّنظر إلى طبيعة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت ذو طابع افتراضي، فالتّعاقد في مجالات المعاملات الإلكترونية يتميز بغياب الدّعامة المادية الخطية، باعتبار أنّه يتّم بواسطة وسائل معلومات في صور بيانات مما

1 -أمال حابت، مرجع سابق، ص.495.

2 - المرجع نفسه، ص.495.

3 - سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 34.

يصعب تقديم قواعد الإثبات، وأكثر من ذلك اختلاف الأنظمة القانونية حول تقدير أدلة الإثبات.

فهنّاك من الأنظمة القانونية من تبنى قواعد الإثبات المرنة التّي تعطي الحرية للأطراف في تقدير الأدلة المقنعة للقاضي، بينما نظم قانونية أخرى تفرض منهجاً صارماً وتضع طرقاً محددة للإثبات لا يستطيع فيها القاضي أو الأطراف الحياد عنها[1].

4-عدم تنظيم القانون المختّار للعمليات الإلكترونية:تفتقر المعاملات الإلكترونية لقواعد خاصة بها في أغلب الأنظمة القانونية، وذلك أنّ المتّعاقدين عن طريق الوسائط الإلكترونية هم يتطلعون دائماً لمعرفة القانون الواجب التّطبيق قبل الدخول في أي علاقة عقدية، فهذا يحقق الأمان القانوني لهم.وتظهر هذه الصعوبة عند اختيار أحد الطرفين لقانون دولة معينة لا يعترف بقانون المستخرجات الإلكترونية ولا يعترف بالمستندات الإلكترونية[2]، ولا يعترف أيضاً بصلاحية العقود التّي تعتمد الكتابات اليدوية والتّوقيعات الخطية في إثبات العقود[3].

ثانيا- صعوبة الإرادة الضمنية

ترجع الصعوبة في تفسير إرادة الأطراف في تحديد قانون معين يحكم معاملتهم في مجال عقود التّجارة الإلكترونية إلى تلك القرائن والدّلالات التّي تشير إلى الإرادة الضمنية، منها ما يلي :

1- سمير خليفي، مرجع سابق، ص.35.

2 - محمد بلاق، ، *قواعد التّنازع و القواعد المادية في منّازعات عقود التّجارة الدّولية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان،2011 ، ص ص.135-136.

3 - سمير خليفي، مرجع سابق، ص ص. 35-36.

– صعوبة الاعتماد على اللّغة، لأنّ لغة التّخاطب العالمية في مجال المعاملات الإلكترونية هي اللّغة الإنجليزية.

– صعوبة الاعتماد على العملة للوفاء حيث أصبح مقابل الخدمة يؤدى بطريقة آلية عن طريق تحويل النّقود إلكترونياً أو عن طريق بطاقات الائتمان، وبالتّالي الشّخص يستطيع أن يسدد بأي عملة وفي أي وقت.

– صعوبة القول بأنّ إرادة الأطراف اتجهت نحو قانون الدّولة التّي توجد بها المحكمة التّي تنظر النّزاع، لأنّه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي، فيمكن لتلك المحكمة أن يكون موقعها الإلكتروني أو عنوانها لا ينتمي إلى دولة بعينها.

– صعوبة التّسليم بتطبيق القانون الذّي يحكم العقد الأصلي على عقود التّجارة الإلكترونية، باعتبار أنّ مسألة الارتباط نادرة الحدوث في العقود المبرمة عن طريق الوسائل الإلكترونية[1].

[1] –أمير يوسف فرج، عالمية التّجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التّجاري الالكتروني، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2009، ص.275.

المبحـث الثّانــي

عــدم اتفاق الأطــراف على اختيار القانــون الواجــب التّطبيــق

في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التّطبيق صراحةً في عقود التّجارة الإلكترونية، وتعذر أيضاً استخلاص الإرادة الضمنية لهم، فبذلك للقاضي الدّور في الفصل في النّزاع المعروض عليه فهو لا يبحث عن الإرادة الحقيقية فيجتهد للوصول إلى القانون وذلك باللجوء إلى القرائن المستمدة من ظروف الروابط العقدية، فلا يمكن له استخلاص القانون إلاّ من خلال ربط العقد بالقانون الذّي يرتبط به ارتباطا وثيقاً فهي ضوابط الإسنّاد التّقليدية (المطلب الأول)، إلا وأنّ الأطراف تواجههم عدة صعوبات في تطبيق ضوابط الإسناد على عقود التّجارة الإلكترونية وبذلك يحاولون وضع حلول لتفاديها(المطلب الثّاني).

المطلب الأول

ضوابط الإسناد التّقليدية

يلجأ إلى ضوابط الإسنّاد التّقليدية في حالة غياب الاتفاق الصّريح أو الضمني في تحديد القانون الواجب التّطبيق من قبل المتّعاقدين، لذّلك فالقاضي يقوم بالإستّاد لضوابط معروفة مسبقاً، ألاّ وهي الضوابط الجامدة؛ قانون الموطن المشترك، قانون الجنسية، قانون محل الإبرام أو تنفيذه (الفرع الأول). وهنّاك ضوابط أخرى أكثر وثوقاً وارتباطا بالعقد وهي ضوابط الإسنّاد المرنة؛ التّركيز الموضوعي ومعيار الأداء المميز (الفرع الثّاني).

الفرع الأول

الإسناد الجامد للرّابطة العقدية

يقصد بالإسناد الجامد القانون الأقرب صّلة بالرّابطة العقدية مثل قانون الموطن المشترك(أولاً)، قانون محل الإبرام أو التنفيذ (ثانياً)، قانون الجنسية المشتركة للمتّعاقدين(ثالثاً).

أولا- قانون الموطن المشترّك للمتّعاقدين

تحديد الموطن المشترّك للمتّعاقدين يعتّمد على الرّبط بين الشّخص والمكان برباط قانوني، فهو المكان الذّي يتخذ الشخص منه مركز لأعماله أو مصالحه[1]،فأغلب التّشريعات كرست هذا المعيار إذا اتحدا موطناً ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد، فنجد القانون المصري الذّي منح المقام الأول في التّرتيب لقانون دولة الموطن المشترّك للمتّعاقدين، وهي نفس المرتبة منحها القانون المدني البرتغالي لهذا الضابط[2].

كما اعتد بهذا المعيار المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري وهو ما يستشف من نص الفقرة الثانية من المادة 18 منه: «...**وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترّك...**»[3].

فيدافع أنصار هذا الإسناد بأن قانون الموطن المشترّك هو القانون المعروف لدى المتّعاقدين أكثر وينظمون سلوكهم وفقا لأحكامه وبمقدورهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية وإيجابية[4].

1- محمد بلاق، *قواعد التّنازع والقواعد المادية في منّازعات عقود التّجارة الدّولية*، مرجع سابق، ص.53.

2- أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص.274.

3 - أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

4 - صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.334؛ أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص.275.

ثانياَ- قانون محل الإبرام والتّنفيذ

1-قانون محل الإبرام: هو قانون الدّولة التّي أبرم العقد فيها وهذا يعني أنّ تكوين العقد وصحته يخضع لقانون مكان انعقاده[1].

ففي حالة سكوت المتّعاقدين على اختيار القانون الواجب التّطبيق الذّي يحكم العقد، فالقاضي هو الذّي يبحث عن القانون المنّاسب بالرّجوع إلى قانون محل الإبرام ومن قضاء الدول التّي أخذت به هنّاك القضاء الإنجليزي، البلجيكي، الإسباني وقضاء الولايات المتّحدة الأمريكية[2].

أما عن التشريعات التي نصت على هذا القانون، القانون المدني الجزائري في المادة 18 منه في فقرتها الثالثة[3].وهنّاك أيضاً قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 الذّي نظّم في المادة 17 منه أحكام الموطن فبين أنه المكان الذّي يقيم فيه الشّخص ومحل العمل هو المكان الذّي يباشر فيه الشّخص تجارته[4].

اعتبر الفقهاء هذا القانون هو الوحيد الذّي يجب تطبيقه عند سكوت الأطراف المتعاقدين وذلك للتّأكد من سلامة الشّروط المراد إدراجها في ذلك العقد من النّاحية

1- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص.153؛ سلطان عبد اللّه محمود الجواري، مرجع سابق، ص. 140.

2- أنظر في هذا كل من: خالد شويرب، مرجع سابق، ص.103-104؛ وسلطان عبد اللّه محمود الجواري، مرجع سابق، ص.140.

3 -التي تنّص على ما يلي:«... **وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد**...»، أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

4 -نقلا عن: ممدوح عبد الكريم، مرجع سابق، ص.171.

القانونية وضمانه لوحدة الحلول القانونية على الرابطة العقدية، ويوفر لهم الأمان القانوني لماّ يحققه من ميزة العلم المسبق بالقانون الذّي يطبق[1].

ب-قانون محل التّنفيذ: بالإضافة إلى قانون محل إبرام العقد الذّي يعتبر الضابط الأول عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التّطبيق، فقانون محل تّنفيذ العقد يعتبر كضابط ثانٍ فله صلة بين العلاقة العقدية والقانون المطبق[2].فهذا الإسناد يقوم على أساس مصالح المتّعاقدين التّي ترتكز في هذه الدّولة، أي باعتباره مركز الثّقل في الرّابطة العقدية والارتباط الاجتماعي والاقتصادي لها[3]، حيث يعترّف جانب من فقه القانون الدّولي الخاص بفعاليته[4].

أخذت العديد من التّشريعات بهذا الضابط على خلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص عليه[5]، كما اعتد به القضاء الألماني كإسناد احتياطي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التّطبيق على عقودهم، وأخذ به القضاء الفرنسي فيما يتّعلق بآثار العقد[6].

في حالة تعدد أماكن تنفيذ الالتزام أثارت هذه المسألة من قبل الفقهاء، فذهب رأي إلى الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطا بالعقد وهو ما يمثل خروجاً وانتهاكا للمعيار

---

1 -انظركل من: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص328، ومحمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 154، سمير خليفي، مرجع سابق، ص.42.

2- الفقيه الألماني SAVINY هو أول من نبه إلى أهمية إسنّاد العقود الدّولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد. نقلا عن: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص.329.

3 -عزة علي محمد الحسن، مرجع سابق، ص264؛ وتقريباً نفس المعنى لدى محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص.155.

4 -زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.31.

5 - أمال حابت، مرجع سابق، ص. 498.

6- خالد شويرب، مرجع سابق، ص.105.

الذّي استند إليه أصحابه. أمّا الرّأي الثّاني الذّي ذهب إلى تجزئة العقد وإخضاع كلّ جزءٍ منه لقانون تلك الدّولة[1].

من الاتفاقيات التّي تبنّت هذا الضابط اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتّعلقة بالقانون الواجب التّطبيق على بيع الأشياء المنقولة للبضائع والتّي تنّص في المادة 4 منها: « ...**فإنّ القانون المحلي للبلد الذّي سوف تفحص فيه البضائع المسلمة هو القانون الواجب التّطبيق**»[2].

ثالثا-قانون الجنسية المشتّركة

يعتبر قانون الجنسية المشتركة من الضوابط الاحتياطية لتحديد القانون الواجب التّطبيق، وذلك إذا كان المتّعاقدان يحملان جنسية مشتّركة، فإنّهما يخضعان العقد لقانون الدّولة التّي ينتميان إليها بجنسيتهما المشتّركة لأنّه تربطه صلة وثيقة بالعقد ويكون ذلك في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون الإرادة صراحةً أو ضمنياً[3].

اختلفت التّشريعات عن موقع الأفضلية لهذا القانون، حيث نجد القانون الإيطالي الذّي منح الموقع الأوّل على التّرتيب وفضلها عن قانون محل إبرام العقد، ونفس المرتبة منحها القانون الإسباني[4].

أما المشرع الجزائري فقد منح له الموقع الثاني على التّرتيب بعد قانون الموطن المشتّرك، وفضله على قانون محل إبرام العقد[5]، أمّا بالنسبة للقضاء فقد اعتبره بعض

1 --لتّفاصيل أكثر راجع: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص .155-156.

2- سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 42

3 - أنظر في ذلك كل من: زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.32؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.332؛ وتقريباً نفس المعنى في: سلطان عبد اللّه محمود الجواري، مرجع سابق، ص.134.

4 - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص.211.

5 - راجع في ذلك نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري، أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

أحكام القضاء الفرنسي قرينةً على الإرادة المفترضةً، غير أنّ هنّاك أحكام أخرى اعتبرته دليلاً على الإرادة الضمنية أو مركزا لأعمال المشتركة[1].

الفرع الثّاني

الإسناد المرن للرّابطة العقدية

يقوم الإسنّاد المرن للرّابطة العقدية على فكرة التّركيز الموضوعي(أوّلاً)، وأيضاً على فكرة الأداء المميز (ثانياً).

أولا –التّركيز الموضوعي[2]

إذا تعذر على القاضي الكشف عن الإرادة الضّمنية بعد انعدام الإرادة الصّريحة، فعليه أن يحدد القانون الذّي يحكم هذا العقد وذلك عن طريق تركيز العقد أي وضعه في مكان يخضع لقانونه باعتباره القانون الأنسب لحكم المنازعات المتّرتبة عليه، حيث يفترض أن الأطراف إذا واجهتها مسألة اختيار قانون يحكم عقدهما فهما سوف يختارانه لأنّه الأكثر ارتباطا به. بمعنى أنّه تتجه إرادة الأطراف إلى تطبيق ذلك القانون وهو على وجه التّحديد قانون تلك الدّولة الذّي تربطه بالعقد روابط موثوقة أكثر وبذلك يعتبر قانون الدّولة هو قانون العقد[3].

1–لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص.211؛ محمد بلاق، مرجع سابق، ص.53.

2– أصل فكرة التّركيز الموضوعي ترجع إلى الأستّاذ الألماني الشّهير سافييني، وبعد ذلك تطورت على يد الفقيه باتيفول.

3–أنظر في ذلك: عزة علي محمد الحسن، مرجع سابق، ص.262.

فضل القضاء اعتناق نظرية التّركيز الموضوعي للرّابطة العقدية بما يؤدي إليه إلى توطين هذه الرّابطة في مركز الثّقل الذّي تشير إليه ظروف التّعاقد وملابساته[1]. فأخذ بهذا الضابط القضاء الإنجليزي ثّم القضاء الفرنسي الحديث وذلك من خلال بعض الأحكام القضائية التّي صدرت في شأنها، وتّم على إثرها إسناد العقد للقانون الأوثق صلة ومن ضمنها ما صدر عن محكمة النّقض الفرنسية بتاريخ 1959/07/26 الذّي تّم الإقرار فيه "إذا لم تقم الأطراف المتّعاقدة باختيار القانون المطبق على العقد صراحةً، فعلى القاضي الذّي ينظر في الموضوع أن يتولى البحث على هذا القانون مستنداً في ذلك إلى ظروف التّعاقد وملابساته"[2].

ثانيا –فكرة الأداء المميز

تعتبر فكرة الأداء المميز من أهم الضوابط الموضوعية لتّعيين القانون الذّي يحدد العقد، مفادها تنّوع معاملة العقود وتحديد القانون الذّي يحكم العقد وفقاً للالتزام الأساسي الذّي يتميز بتعدد الالتزامات في العقد الواحد وأن أحد هذه الالتزامات هو الذّي يميزه والذّي يعبر عن جوهره ويعتبر كضابط إسناد رئيسي لتعيين قانون العقد[3].

لاقت فكرة الأداء المميز تأييداً لها لدى العديد من فقهاء التّجارة الإلكترونية، والتّي تلتّقي مع نظرية التّركيز الموضوعي وفقاً لظروف التّعاقد وملابساته، إلاّ أنهما يختلفان في أنّ تعيين القانون الواجب التّطبيق وفقاً لنّظرية التوطين يتحدد في مرحلة متأخرة وبالتّالي يهمل الأمان القانوني الذّي ينشده المتّعاقدين، أما فكرة الأداء المميز

1– هشام علي صادق، *القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الدّولية*، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001،ص.515.

2– خالد شويرب، مرجع سابق، ص.107.

3– انظر في ذلك: أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص254، لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص.214.

الذّي يترك فيه تحديد قانون العقد إلى القاضي الذّي ينظر في كل حالة على حدّة في ضوء التّعاقد وملابساته[1].

فهذا الإسنّاد المسبق يفترض أنّ محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل الأطراف الأمان القانوني ويحقق الاستقرار لمعاملاتهم التّجارية فيما يتعلق بالقانون الذّي يحكم روابطهم العقدية ويتميز بسّهولة العلم المسبق به ومرونته وملاءمته لكل العقود[2].

من القوانين التي أخذت بهذا الضابط نجد القانون الدّولي الخاص السويسري الجديد، الذي نّصت عليه المادة 117 منه بأن العقد يرتبط بالدّولة التّي يوجد بها محل إقامة أو منشأة الطرف الذّي يلتزم بالأداء المميز للعقد بأكثر الرّوابط الموثوقة[3]. كما تبنته المادة 27 من القانون الدّولي الخاص الألماني لعام 1986 التي نصت على أنّه في حالة سكوت الأطراف عن اختيار القانون الذّي يحكم العقد فإنّه يسري عليه قانون البلد الأوثق صلة به، والذّي هو قانون الدّولة التّي يوجد فيها مقر منشأته الرّئيسية ما لم يكن الأداء المميز منّاطا بمنشأة فرعية. ونفس المعنى أشارت إليه المادة 25 من القانون الدولي الخاص المجري 1979، والمادة 1311 لعام 2001 من القانون الرّوسي[4].

1- محمد بلاق، *قواعد التّنازع والقواعد المادية في منّازعات .....*، مرجع سابق، ص.59، ومشار لدى: أمال حابت، مرجع سابق، ص.501.

2- أنظر: لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص.215.

3 -صالح المنزلاوي، ص.341.

4- في كل هذه القوانين راجع: أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص.257-258؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.341-342، ومشار إليها أيضاً لدى أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص.71.

ومن الاتفاقيات التّي أخذت بهذا الضابط نجد اتفاقية لاهاي المبرمة 15 يونيو 1955 في مادتها 3، حيث اتخذت محل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التّعاقد كضابط إسناد رئيسي لتّعيين القانون الذّي يحكم العقد، على أساس أنّ التزام البائع هو الأداء المميز للعقد. وأيضا المادة1/8 من اتفاقية لاهاي لعام 1976 التي نصت بأنهّ: "**إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقد البيع طبقاً لأحكام المادة 7 يخضع البيع لقانون الدّولة التّي يوجد فيها المركز التّجاري للبائع وقت إبرام العقد**"[1].

بالإضافة لذلك، هنّاك اتفاقية روما لعام 1980التّي تبنت هذا الضابط في مادتها 4 وذلك في حالة سكوت الأطراف المتّعاقدة عن اختيار القانون الواجب التّطبيق فيسري عليهم قانون الدّولة التّي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتّزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد[2].

المطلب الثّاني

مدى ملاءمة تطبيق ضوابط الإسنّاد التقليدية على عقود التّجارة الإلكترونية

يلقى تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية لتحديد القانون الواجب التّطبيق على نزاعات عقود التّجارة الدولية، صعوبات بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الإلكترونية، لأن تلك الضوابط تقوم على مرتكزات مكانية لا تلائم

1 – سلطان عبد اللّه محمود الجواري، مرجع سابق، ص.148.

2–صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.343.

البيئة الافتراضية التي تتم فيها العقود الإلكترونية (الفرع الأول). غير أنّ هذه الصعوبات أدت ببعض الفقهاء بالمناداة لوضع الحلول تتلاءم معها قبل التّطرق إلى قواعد أخرى لتحكم هذه المعاملات الإلكترونية، فهنّاك محاولات كثيرة لتفاديها (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

الصعوبات التّي تواجهها ضوابط الإسنّاد التّقليدية

هنّاك العديد من الصعوبات التّي تواجه الأطراف المتّعاقدة وهي صعوبة تحديد الجنسية لهم والموطن المشترك (أوّلاً)، صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد أو مكان التّنفيذ (ثانياً)، صعوبة التّركيز الموضوعي (ثالثاً)، صعوبة الاعتماد على نظرية الأداء المميز (رابعاً)، عدم اعتراف العالم الافتراضي للحدود السّياسية (خامساً).

أولا–صعوبة تحديد الجنسية المشتركة للأطراف والموطن المشترك لهم

يعتبر إسنّاد عقود التّجارة الإلكترونية إلى قانون الجنسية يفرض صعوبات على المتّعاقدين لضعف الصلّة بين القانون المختار والعقد وذلك لأنّ الإنترنت عالم افتراضي مفتوح على العالم بأكمله، والاعتداد بها يتطلب التّحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد[1].

أمّا بخصوص قانون الموطن المشترك فتضفى الصّعوبة فيه على أساس أنّ هذا القانون يقوم على مكان إقامة المتّعاقدين الذّي يتم فيه دائما تنفيذ العقد، وهذا ما لا نجده في عقود التّجارة الإلكترونية[2].فالتّعامل على الشبكة يعتمد على العنّاوين

1 – سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 49.

2 – محمد بلاق، *قواعد التّنازع والقواعد المادية في منّازعات عقود .....*، مرجع سابق، ص. 140.

الإلكترونية وليست الحقيقية وهي لا تعطي الدّلالة على العنوان الأصلي ويكتنفها الغموض ولا تتّم بمنظور جغرافي، فمثلاً هنّاك مواقع على الشّبكة تحمل عنّاوين ترتبط ببلدان معينة ولا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنّى المتّعارف ومنها com و org لا تعطي الدّلالة على العنوان الأصلي. بالإضافة لذلك مواقع الإنترنت تكون في حالة دائمة فهي ليست ثابتة تتغير من وقت لآخر وبذلك يصعب توطين تلك المواقع[1].

ثانياً–صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد أو مكان التّنفيذ

تظهر لنّا صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد في أنّ شبكة الإنترنت لا تشكل مكاناً محدداً يمكن الاستناد عليه كونّها عبارة عن فضاء مستقل بذاته[2]. وما يزيد من هذه الصعوبة هو اتساع النّطاق العالمي للتّجارة الإلكترونية وتوسع دائرة التّعاملات عن طريق الشّبكة المعلوماتية التّي لا تقوم على مكان حقيقي، وبذلك للأطراف المتّعاقدة التّي تدّعي إبرام العقد في مكان أن تقدم الدّليل على صحة ادعائه[3].

أمّا فيما يخص بتحديد مكان التّنفيذ تتمثل الصعوبة عندما يقوم الأطراف بأداء التزاماتهم في أماكن مختلفة ومن ثم يخضع العقد لأكثر من قانون، ممّا يصعب الانسجام بين هذه القوانين بسبب اختلاف مفاهيم النّظم القانونية حول محل تنفيذ العقد.

وأيضاً تعترض الصعوبة في حالة إبرام المعاملات التّي يتم تنفيذها بالطرق الإلكترونية كتحميل برامج التّي يتم إنزالها مباشرة على شبكة الإنترنت هل هو مكان

1 – أمير يوسف فرج، مرجع سابق، ص.275.

2– ناصر حمودي،« نزاعات العقود الإلكترونية : أزمة مناهج تّنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل»، *مجلة معارف*، السنّة الثالثة، العدد 5، 2008،ص. 156.

3 – محمد بلاق، مرجع سابق، ص. 139.

موقع التّحميل على الخط لحظة التّنفيذ ومكان المزود[1]. فبذلك يصعب التّوطين وهذا ما اتجهت إليه اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ديسمبر 1968 الذّي أكدته المادة 1/5 منها، حيث احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة إقامته المعتّادة إذا تلاقى مع محل إقامة المدعي عليه، متى كان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة الاختصاص[2].

ثالثا–صعوبة التّركيز الموضوعي

تظهر صعوبة التّركيز الموضوعي للرّابطة العقدية في عقود التّجارة الإلكترونية التّي يكون موضوعها أشياء غير مادية، كالعقود التّي تبرم وتنفذ إلكترونياً، مثل البرامج التّجارية والخدمات المالية على الخط أو عن طريق قواعد البيانات. فهذا الأمر يشكل صعوبة على تطبيق قواعد الإسنّاد على هذه العقود باعتبارها تتّم عبر الإنترنت ولا تعترف بالحدود الجغرافية ممّا يصعب تحديد مكان إبرام ذلك العقد ومكان تّسليم الأشياء اللاّمادية المبيعة[3].

رابعاً –صعوبة الاعتماد على نظرية الأداء المميز

إنّ إعمال فكرة نظرية الأداء المميز في عقود التجارة الإلكترونية تواجه عدة صعوبات منها:

– إعمال هذه النّظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتّضحية للطرف الضّعيف فيه مثال ذلك: عقود البيع أو توريد الخدمات التي تتم عبر

1––أمير يوسف فرج، مرجع سابق، ص. 272.

2– محمد بلاق،قواعد التّنازع و القواعد.....، مرجع سابق، ص. 140.

3– تقريباً نفس المعنى في كل من: يوسف نور الدّين، مرجع سابق، ص. 257؛ محمد بلاق، قواعد التّنازع والقواعد.....، مرجع سابق، ص ص. 138–139.

شبكة الإنترنت وفي هذين العقدين يكون قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو القانون الواجب التطبيق على العقد حيث يعد أداء مميز التزم البائع المبيع والتزام المورد بتوريد الخدمة.

-تقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التّي تتّم عبر الإنترنت.

-عند تطبيق هذه النّظرية على عقود التّجارة الإلكترونية وذلك لمّا يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقدم خدمة المعلومات مقيم في نفس البلد التّي يمارس نشاطه فيها لأنّ القانون الواجب التّطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز.

-الحالة التّي تكون فيها الإنترنت مجرد وسيلة للاتصال والتّفاوض حول بنود العقد وإنّما وسيلة لتّنفيذ العقد.

-وجود عقود مركبة التّي يصعب معها تعيين الأداء المميز لوجود الالتزامات المتّقابلة في نفس درجة من الأهمية[1].

خامساً: صعوبة الاعتراف بالعالم الافتراضي

وجود شبكة الإنترنت أستتبع وجود مجتمع افتراضي دولي له أشخاصه وأدواته وبطبيعته لا يتم تحديده بالحدود الجغرافية والسّياسية؛ لذا فإن التعامل عبر شبكة الإنترنت تتعارض مع فكرة الإقليم والجغرافيا[2].فالعمليات التّي تتّم على مستوى هذه

1- أمير يوسف فرج، مرجع سابق، ص ص.260-262.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص.34.

الشبكة لا تأبه لا بمكان تواجد الأطراف[1]ولا بالدّول التّي تعبرها وتستبعد كلياً تدخل الدّولة للرّقابة على العمليات التّي تتّم عبرها[2].

الفرع الثّاني

محاولة تفادي الصعوبات التّي يثيرها تطبيق قواعد الإسنّاد التّقليدية

لقد انتهى جانب من الفقه إلى تقديم بعض الحلول لمنهج التّنازع، فبالنّسبة مثلاً للتّحقق من وجود إرادة التّعاقد، فيمكن التّحقق منه عن طريق الاتفاق بين المتّعاقدين على شفرة أو رموز يوضع على الوثيقة محل التّعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق عن هويتهم عن طريق كلمة مرور، حيث هذه الكلمة تقترن بالشّخص المتّعاقد الذّي يضمن المفتّاح السّري والعلني تحديد هوية المتّعاقد الحقيقي[3]

فبالرغم من محاولة الفقهاء إيجاد حلول لصعوبات تطبيق ضوابط الإسنّاد، غير أنّ حججهم غير كافية وتفسح المجال إلى استبعاد منّاهج القانون الدّولي الخاص في ظل قصوره، وأيضاً عجز القوانين النموذجية عن تغطية ذلك لأنّ هذه المنّاهج تقوم على مرتكزات إقليمية وجغرافية، لتبقى غير مسايرة لتطور عالم الإنترنت التّي خلقت مجتمعا افتراضيا لا يعرف الحدود السياسية ولا الجغرافية بل يقوم فقط على الأرقام[4].

1- سمير خليفي، مرجع سابق، ص.49.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص.35.

3 - يوسف نور الدّين، مرجع سابق، ص.269.

4 - ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي الالكتروني المبرم عبر الإنترنت*، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التّخصص: القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص ص.405-406.

الفصل الثّاني

تطبيـق القواعـد الماديــة لعقـود التّجـارة الإلكترونية كحـلّ لمشكلــة القانــون الواجـب التطبيــق

إنّ عدم التّطور والتّفاعل الإيجابي لقواعد التّنازع والتّي لا ترمي إلى تطور التّجارة، فقد تعرضت هذه القواعد لانتقادات عديدة، وأيضاً لصعوبات في تطبيقها لاعتمادها على التحديد والتّركيز المكاني للأشياء والأشخاص في التّعامل على الشّبكة، فبالرغم من وجود الحواسب الآلية إلاّ أنّه يصعب معرفة المتّعاملين على الشبكة وأماكن تواجدهم الجغرافي، فالأمر يتعلق بعالم رقمي يعرف فقط البيانات والأرقام ولا يعترف بالوجهة التّي يقصدها ولا الدّول التّي يعبرها.

فأصبحت قواعد التّنازع غير قادرة على ملاءمة التّجارة الإلكترونية التّي تتّم عبر الإنترنت، هذه التّجارة تتطلب بنية آمنة لإتمام صفقاتها بأمان مما أدى إلى البحث عن بديل ليحكم العلاقات القانونية لها وتكون قادرة على استيعابها، واحترام خصوصية التّجارة الدّولية بشكل عام. فيسمى هذا بالقانون الموضوعي الإلكتروني الذّي يتمثل في مجموعة من القواعد التّي يضعها المتعاملون في الشبكة ويقبلونها كسلوكيات لهم، ويعملون على تطويرها.

ومن هنا تظهر أهمية التعرف على هذه القواعد من خلال الوقوف على ماهيتها (المبحث الأول). وعلى الرغم من تّطورها الملحوظ إلا أنّ هنّاك اختلاف وجهات النظر بشأن اتصافها بالنّظام القانوني لانطوائه على عدة ثغرات ونقائص (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل

ماهيـــة القواعـد الماديـــة لعقـود التّجـارة الإلكترونية

إنّ القانون الموضوعي الإلكتروني هو منهج مستقل ويختلف عن منهج التّنازع، حيث يعتبر عموماً بأنه ذلك القانون الذّي يضع مباشرة تنظيماً موضوعياً خاصاً ومستقل فهو يعطي الحلول المنّاسبة للمشكلات المطروحة وبالإضافة إلى أنّه يتميز بخصائص تميزه عن غيره (المطلب الأول)، ولديه مصادر قانونية كثيرة التّي يستقي منها قواعده (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل

مفهوم القواعد المادية

إنّ القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية تستجيب للخصوصية التّقنية السّريعة التّطور للإنترنت، فتعرف بأنها تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وخاصة بالعمليات التّي تتم عبر الإنترنت، وهي نظير القواعد المادية لعقود التّجارة الدّولية (الفرع الأول). بالإضافة لذلك تتمتع هذه القواعد بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من القواعد (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

تعريف القواعد المادية

تعرف القواعد المادية[1]لعقود التّجارة الإلكترونية بأنّها مجموعة من القواعد غير الرّسمية والتّي تطبق في نطاق التّجارة الإلكترونية[2]، كما يعرفها البعض بأنّها ذلك التّنظيم القانوني ذو طابع موضوعي وخاص بالعمليات التّي تتم عبر الإنترنت[3].ويعرفه آخرون بأنّه القانون الذّي تتمثل مصادره في الممارسات التّعاقدية الإلكترونية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرّقمي بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدّولي والتّوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتّحدة الصادرة في هذا الشأن.

وكما يعرف أيضاً أنّه مجموعة من قواعد تلقائية النشأة وليدة العادات والممارسات العادية والأنشطة المهنية، وذلك بعيداً عن سلطات الدّولة، وعن الإجراءات الرّسمية الواجبة لخلق قاعدة قانونية عادية. فهي تخاطب فئة معينة من الأفراد وهم المتّعاملين في مجال التّجارة الإلكترونية، وتطورت هذه القواعد عبر الزّمن عن طريق الهيئات والحكومات والمستخدمين في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات[4].

---

1 – حول النّشأة التّاريخية لهذه القواعد، راجع محمد بلاق، حدود *مساهمة القواعد المادية في حلّ منّازعات عقود التّجارة الدّولية*، رسالة لنيل شهادة الدّكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015–2016، ص ص.13–20.

2 – صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص. 111.

3 – أحمد الهواري، مرجع سابق، ص. 1662؛ وهي تقريباً نفس التّعاريف في القواعد المادية للتّجارة الدّولية التّي هي تنظيم مباشر خاص ومستقل عن قانون دّاخلي لبعض العلاقات القانونية بالنّظر إلى صفتها الدّولية انظر: أمحمد سعد الدّين، *العقد الدّولي بين التوطين والتّدويل*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2007–2008، ص.90.

4 – ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*، مرجع سابق، ص.409.

فيمكن أن يعرف أيضا بأنّه مجموعة من القواعد القانونية التّي تسير النّشاطات التّي تجري في الفضاء الالكتروني النّاتجة عن ربك الحواسب وهذا تبعا لبرتوكول الانترنت[1].

لقد اختلفت تسميات الفقهاء للتّعبير عن هذه القواعد منها قانون المعلوماتية[2]، والقانون الافتراضي[3]، قانون الإنترنت[4]، قانون الفضاء الإلكتروني[5]، القانون الرّقمي[6]، قانون الاتصالات[7]، قانون التّجار الجديد[8]، قانون فوق الدّول**[9]**، القانون الطائفي[10]، إنما الأفضل هو القواعد المادية للتّجارة الإلكترونية**[11]**.

فالقواعد المادية إذاً لعقود التّجارة الإلكترونية تتكون من عادات وممارسات طورتها منظمات ذات طابع دولي التّي ساهمت في تكريسها وهو تلقائي النشأة.

الفرع الثّاني

خصائص القواعد المادية

تتميز القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية بما يلي:

1- Pierre Trudel, *la lex electronica*, p.221.En ligne sur le site web: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/55

2- Lex informatica
3- Lex Virtual
4- Lex Net
5- Cyber Space Common Law
6- Lex Numerica
7- Jus Communication
8- Lex Neo Mercatoria
9- Droit Super national
10- Lex Corporative
11- Les Règles MatériellesDu Commerce Electronique.

انظر: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.110.

أوّلاً–قانون طائفي ونوعي

1–**قانون طائفي:** إنّ المجتمع الدّولي للمعاملات الإلكترونية له معطياته ومشكلاته الخاصة به التّي تستوجب إيجاد قواعد وحلول تنسجم وتتلاءم مع المعطيات وتتوافق مع تلك الذّاتية.

فهي بذّلك تخاطب فئة معينة من الأشخاص وهم مستخدمو شبكة الإنترنت، مقدمو خدمات المواقع الرّقمية والاشتراك في الشبكة[1].

2–قانون نوعي: هو ذلك القانون الذّي قواعده وأحكامه لا تخاطب وتنظم إلاّ نوعاً من المعاملات، والمشاكل التّي تنشأ في مجال التّجارة الإلكترونية، والدّعاية والتّرويج للسّلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات، الدّفع الإلكتروني. أما من ناحية مؤسساته وتنظيماته، فنجد أنّ قضاته وعدالته افتراضية فهم يعقدون جلساتهم عن بعد وعبر الدّوائر المغلقة للاتصالات، ويصدرون أحكامهم على الطرف المخالف بطرده وإنهاء اشتراكه في التّعامل مع الشبكة[2] .

ثانيا–قانون تلقائي: هي نتّاج تلك العادات والأعراف وممارسات المتّعاملين على الشبكة التّي أصبحت قانونهم العام والمشتّرك الذّي يلتزمون به وهي تتلاءم مع طبيعة التّعاملات على الشبكة باعتبارها قواعد مرنة تواكب احتياجاتهم وتوقعاتهم،

1– أمال حابت، مرجع سابق، ص. 506؛ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص.47.

2– أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. 47–48؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 113–205، أمال حابت، مرجع سابق، ص ص. 505–506، وتقريباً نفس المعنى في: ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*، مرجع سابق، ص417.

بحيث أنّ شبكة الإنترنت لا تنظمها جهة رسمية مركزية، معناه أنّ هذا القانون لا يحتاج إلى أي سلطة عامة تسهر في تنفيذه[1].

فيعرفه الفقه بأنه القانون المادي التّلقائي الذّي يتكون من مجموع القواعد ذات الطبيعة العرفية وذات الأصل المهني، والتّي يلزم بتطبيقها اللّجوء المباشر إلى القوة العامة. ويعتبر أيضاً تلقائي لأنّه لا يمر بالقواعد الشّكلية لخلق القاعدة القانونية العادية، ولعل اصطلاح القانون التّلقائي يستوجب أمرين:

1-يجب ألا يتأتى عن طريق رسمي لأنّه لا يوجد جهاز يتمتع بسلطة سن أو وضع القواعد السّلوكية التّي يتكون منها، وهو تلقائي لأنّه لا يمر بالمراحل الشّكلية لخلق قاعدة قانونية عادية.

2-تطبيقه لا يحتاج إلى سلطة عامة وتلك التّلقائية تكفل للأطراف رضائهم مقدماً، واستجابته ملائمه للمشكلات التّي تثور في الأوساط التّجارية الدّولية[2].

ثالثا-قانون دولي موضوعي

يظهر الطّابع الدّولي للقواعد المادية الإلكترونية من المعاملات التّي تحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود، ولا تخضع لأية سلطة ولا هيئة دولية وتتصل بأكثر من دولة في آن واحد، وتضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها. فهو موضوعي لأنّ قواعده تحسم المنّازعات المعروضة عليها مباشرة دون الحاجة إلى قواعد الإسنّاد، فبذلك تستجيب لرّوح العلاقات الدّولية، الأطراف يقيمون معاملاتهم حتّى وإن كانت المعاملة تتّم بين وطنيين مقيمين في دولة واحدة[3].

1 - أنظر في ذلك: ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي*، المرجع نفسه، ص. 418.

2- أمحمد سعد الدّين، مرجع سابق، ص.95.

3- ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*، مرجع سابق، ص.418.

المطلب الثّاني

مصادر القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية

لقد تعددت تسميات القواعد المادية الإلكترونية بتعدد مصادرها بسبب طبيعتها غير المتّجانسة وغير المنتظمة فيها، فقد ثار جدال فقهي حول هذه المصادر فهناك من يقر بأنّها غير رسمية أي نشأت تلقائيا، وهناك الجانب الأخر من هذا الفقه الذّي أقر أنّها قواعد رسمية.

فحسب تقسيم الفقهاء لهذه المصادر لدينا قواعد مادية ذات نشأة تنظيمية أي ساهمت فيها العديد من المنظمات والجهات (الفرع الأول)، بالإضافة لذلك نجد قواعد مادية ذات نشأة تلقائية أي لم تصدر من هيئة ونابعة من سلوكيات الأفراد وبذلك أصبحت قواعد يلتزمون بها (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

القواعد المادية ذات النّشأة التّنظيمية

تتمثل القواعد المادية ذات النّشأة التّنظيمية في الاتفاقيات الدّولية (أولا)، التّوصيات الدّولية (ثانيا)، قواعد السّلوك (ثالثا)، العقود النّموذجية (رابعا)، قضاء التّحكيم الإلكتروني (خامسا)، توحيد القواعد القانونية (سادسا).

أولا–الاتفاقيات الدّولية

تعتبر الاتفاقيات الدّولية مصدر مهم من مصادر القواعد الموضوعية، باعتبارها تمده بقواعد ترسى على التّجارة الدّولية بغية توحيد الأحكام القانونية في هذا المجال،

وسبباً للحدّ من نشأة تنّازع القوانين[1].فهذه الدّول تلجأ فيما بينها إلى إبرام اتفاقيات أو معاهدات دولية لتحكم الرّوابط العقدية ذات الطابع الدّولي لتّنظيم القانون الموضوعي الإلكتروني، ويسعى الأشخاص القائمين عليه على التّوحيد وتحقيق الانسجام بين هذه القواعد التّي تحكم هذه الرّوابط[2]. مثّال ذلك اتفاقية الأمم المتّحدة في شأن البيوع الدّولية للبضائع المبرمة في فيينا في 11 أفريل 1980، والتّي تتضمن قواعد موحدة وضعت خصيصاً لتّنظيم هذا النّوع من البيوع الدّولية دون الحاجة إلى إعمال منهج التنّازع [3].

واتفاقية روما لعام 1980 المتّعلقة بالقانون الواجب التّطبيق على الالتزامات التّعاقدية التّي سعت إلى وضع قواعد موضوعية مادية تسعى إلى التّوحيد والانسجام فيما بين الدّول إلاّ أنّها تعرضت لانتقادات باعتبارها لا تتلاءم مع العالم الافتراضي[4].

أمّا فيما يخص المعاملات الإلكترونية حيث لم تشهد ميلاد جديد للاتفاقيات الدّولية فهنّاك عدد ضئيل جداً من الاتفاقيات المعمول بها في هذا المجال، وذلك لعدم كفايتها عن تقديم الحلول للمشّاكل المطروحة في التّجارة الإلكترونية التّي تتسم بالطابع الدّولي. تبقى محاولات لجنّة الأمم المتّحدة مستمرة في هذا المجال بحيث أعدت اتفاقية دولية بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدّولية فوافقت اللّجنة على ذلك المشروع النّهائي للاتفاقية في 23 نوفمبر 2005 أمام توقيع الدّول عليها إبتداءً من

1- سعد الدّين أمحمد، مرجع سابق، ص.103.

2-فاروق محمد أحمد الأباصيري، *عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت*، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، 2002، ص.304.

3- المرجع نفسه، ص. 305.

4 - سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 61.

2006/01/16.فقد أكّدت هذه اللّجنّة على أنّ وضع القواعد الموضوعية الموحدة يساعد على تعزيز اليقين القانوني ويخفف العقبات الموجودة في الوسائل الإلكترونية[1].

بالإضافة لذلك أصدرت نفس اللّجنة الاتفاقية المتّعلقة بالملكية الأدبية والفنية للعالم الافتراضي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنّظمة العالمية للملكية الفكرية[2]، وهنّاك اتفاقية مجلس أوروبا رقم 158الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشّخصي وتدفقها عبر الحدود والمعتّمدة عام 1981[3].

ثانيا –التّوصيات الدّولية

أمام قلّة الاتفاقيات الدولية الحديثة المعنية بتنظيم التبادل الإلكتروني للبيانات والتّجارة الإلكترونية، تظهر أهمية الاستعانة بالأعمال الدّولية الصادرة عن المنظمات الدّولية، حيث هنّاك العديد من الأعمال والتوصيات الرامية إلى دعم التجارة الإلكترونية وإزالة العقبات القانونية التّي تعترض الوسائل الإلكترونية[4].وهذه الأعمال يمكن الاستفادة منها في التجارة الإلكترونية منها:

–توصية صادرة عن لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوروبا في عام 1979 الخاصة بالنقل البحري، حيث تؤكد هذه التّوصية على ضرورة استخدام التقنية المعلوماتية في مستندات النقل البحري حتى يمكن تطوير التّجارة الدّولية، وبذلك تخفض قيمة المستندات التي تصل أحيانا إلى 10 % من البضاعة[5].

1– زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.119.
2– سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 62.
3–صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص .119
4– أنظر أمير يوسف فرج، مرجع سابق، ص.154.
5– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص .120–121.

-بروتوكول مونترال الموقع في 25 سبتمبر 1970 المعدل لاتفاقية فارسوفيا الموقعة في 12 أكتوبر 1929 الخاصة بالنقل الجوي، التّي تضمنت إمكانية استخدام أية وسيلة ثبيتة أخرى خاصة بنقل خطابات النقل التقليدية ويكون ذلك بشرط موافقة المرسل، وفي ذلك نجد المادة 3/14 من اتفاقية هامبورج المبرمة في 31 مارس 1978 المتّضمنة تقييد التّوقيع على سنّد الشّحن في شكل رمز أو إشعار أو أية وسيلة إلكترونية وذلك بشرط ألا يتعارض مع قانون تلك الدّولة[1].

-توصيات مجلس التّعاون الجمركي لعام 1981، الذّي أوصى الدّول الأعضاء بأن تسمح طبقاً للشروط المحددة من السّلطات الجمركية بأن تحال إلى الجمارك بوسائل إلكترونية أو أي وسيلة أخرى آلية تصريحات البضائع، كما صاغ المجلس قواعد تتعلق باتفاقات تبادل الوثائق الجمركية والتّجارية[2].

-توصيات منظمة التّعاون والتّنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشّخصي عبر الحدود لعام 1980[3].

لقد أسفرت مجهودات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدّولي في مجال التجارة الإلكترونية العديد من الأعمال أهمها: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996، والقانون النموذجي بشأن التّوقيعات الإلكترونية[4].

فالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية تمت المصادقة عليه في 1996/06/12، والذي تم إعداده بغرض تيسير استعمال الوسائل الإلكترونية الحديثة في مجال التجارة

1- أمير يوسف فرج، مرجع سابق، ص.156.

2- أمال حابت، مرجع سابق، ص. 509.

3- ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*، مرجع سابق، ص. 414.

4- زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.121.

الدولية. ومن حيث محتواه، فهو يتضمن 17 مادة التي أدرجت في جزأين؛ الجزء الأول يتعلق بالتجارة الإلكترونية عموما، ففي الفصل الأول نجد أحكام عامة خصص لها 4 مواد، أما الفصل الثاني فخصص لتطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات من المواد (5-10)، والفصل الثالث مخصص لإبلاغ رسائل البيانات من المادتين (11-15). أما الجزء الثاني يتمثل في التجارة الإلكترونية في مجالات محددة خصص لها فصل واحد بنقل البضائع في المادتين (16-17) ومع توفره على الدّليل التشريعي له[1].

فبالرغم من عدم اشتمال القانون النموذجي في ثناياه سوى مبادئ عامة وأساسية في التجارة الإلكترونية إلا أنه حقق نجاحا باهرا وهذا ما أقرته اللجنة العامة للأمم المتحدة[2].أمّا فيما يخص القانون النموذجي بشأن التّوقيعات الإلكترونية الصادر عام2001، وذلك إعمالا للقرارات التّي اتخذتها اللجنّة باعتباره نموذج تستخدمه الدّول عند مراجعة تشريعاتها، أو عند اعتمادها قواعد جديدة[3]،فهذا القانون تضمن 12 مادة مع الدّليل التّشريعي له[4].

ثالثا-قواعد السّلوك

تعتبر قواعد السّلوك من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي لعقود التّجارة الإلكترونية، وذلك لتنوع أنماط المتّعاملين مع شّبكة الإنترنت الذّي يتعارض مع وضع تنظيم آمر ومحكم، وبهذه المثابة تأتي الضرورة إلى وجود قواعد السّلوك التّي

1- ولتّفاصيل انظر: القانون *النموذجي قانون الأونسيترال النّموذجي بشأن التّجارة الإلكترونية مع الدّليل التّشريعي1996 مع المادة 5 مكرر1 الإضافية بصيغتها المعتّمدة في عام 1998*، مرجع سابق.

2- زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.122.

3-صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص .130.

4 - انظر: *قانون الأونسيترال النّموذجي بشأن التّوقيعات الالكترونية مع دليل الإشتراع 2001*، منشورات الأمم المتّحدة، رقم المبيع A.02.V.8.

تتضمن حداً أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التّي يجب أن يراعيها كافة المتّعاملين والمستفيدين من التّعامل في هذا العالم الافتراضي[1].

تعرف قواعد السّلوك بأنّها عبارة عن مجموعة القواعد والأحكام التّي تّم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهنية المهمة، التّي تهتم بسيادة الأخلاق القويمة في مجال المعاملات التّجارية التّي تتّم عبر الشّبكة الدّولية للإنترنت[2].

ومن القواعد المهمة التّي يمكن أن يسترشد بها في مجال المعاملات الإلكترونية، قواعد السّلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التّجارية عن طريق الإرسال عن بعد، وهي قواعد اختيارية والتّي تّم إعدادها من طرف غرفة التّجارة الدّولية في عام 1987 بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدّولية[3].

ونجد أيضاً قامت بإعداد مشروع خاص بالممارسات الموحدة في مجال التّوثيق والتّصديق على المعاملات الإلكترونية، فهذه القواعد تحث المتّعاملين الاقتصاديين على الشّبكة على السّلوك الصحيح، أو تقنين حسن السّلوك بهدف تأكيد ثقة الجمهور على الإنترنت، وأيضاً التّقليل من المؤسسات والهيئات الحكومية من تدخلها بالتّنظيم لهذه الشّبكة.

وفيما يخص مجال التّبادل الإلكتروني للمعلومات، نجد قواعد وضعها المؤتمر الدّولي للجنّة البحرية الدّولية 1990، التّي تبنت مشروعاً لقواعد تعاقدية تتعلق بسنّدات الشحن الإلكترونية، بالإضافة إلى قواعد موحدة بشأن خطابات النّقل البحري[4].

1 – خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص.401.

2 –زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.127.

3–صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.168.

4–المرجع نفسه، ص ص.169–170.

تعتبر هذه القواعد ثورة وتراث مشترك لكلّ الجماعة الدّولية، فمثلاً في فرنسا الذّي وضع ميثاق من قبل مجموعة[1]الذّي يهدف إلى خلق كيان وهياكل ينهض باستقبال شكاوى مستعملي الإنترنت، وبعد ذلك يتخذ الإجراءات اللازمة للوساطة ويتم وقف الإعلانات غير المشروعة وعدم بثها ولا يترتب أية شروط للانضمام إرادي.

بالإضافة إلى فرنسا قامت هولندا بإنشاء مؤسسة تجمع مقدمي خدمات الإنترنت"«**NLIP** عام1996، يكون من مهامها إدارة خط ساخن يسمح لكل مواطن الإبلاغ عن أية صورة تتعلق بالشذوذ مع الأطفال، وأيضاً بالنّسبة للمواقع المخلّة بالحياء مع الصغار.

وفي إنجلترا تّم أيضاً إنشاء جمعية خدمات الإنترنت تحت تسمية " **ISPA** "، حيث نشرت تقنيناً للسّلوك العملي **CODE DE PRACTICE**،والذّي يتّضمن مجموعة من القواعد التّي تنظم العلاقات بين المتّعاملين على تلك الشّبكة، وورد فيه التزام بعدم تقديم أية خدمة مخالفة للقانون أو تتّضمن مواد تحث على العنّف أو القسوة أو الكراهية[2].فهذه المبادئ والأحكام تحث متّعاملي الشّبكة على عدم استخدام الحواسب الآلية في الضرر للغير، أو التّدخل في العمل المعلوماتي لهم والسّرقة، أو البحث أو التفتيش في البطاقات الائتمانية الخاصة بالغير، فهي تمنعهم من هذه العمليات وبذلك يجب عليهم مراعاتها وعدم خرقهم للقواعد والمبادئ[3].

1 – التّي ترأسها BEASSANI.

2 – أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. 44-45

3 – خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص. 401، وتقريباً نفس المعنّى موجود في: سمية بن غرابي، مرجع سابق، ص.137.

فيفضل المتّعاملون على الشّبكة إعداد مثل هذه التقنيات بأنفسهم، قصد مواجهة التّحديات والصعوبات التّي تطرحها التّجارة الإلكترونية عليهم، وخاصةً في ظل غياب الاتفاقيات الدّولية، وعدم إمكانية تطبيق التّشريعات الدّاخلية للدّول؛ فتقنيات السّلوك كانت من أحسن التقنيات المستخدمة في مجال المعاملات الإلكترونية[1].

رابعا–العقود النّموذجية

تعرف العقود النّموذجية بأنّها تلك العقود التّي تبرم بين المورد والمستخدمين بغض النّظر إذا كانوا مستهلكين أو مهنيين، وتتنّاول العديد من المسائل القانونية والفنية التّي يجب مراعاتها من الطرفين منها الحق في استبعاد كلّ مستخدم لا يحترم الالتّزامات التّي يفرضها القانون، وضرورة احترام قواعد السّلوك المستقّرة في مجال التّعامل عبر الشّبكة، وهذا ما يحقق الأمان القانوني لهم[2].

ومن بين هذه النّماذج العقدية نذكر: الاتفاق النّموذجي الذّي وضعته غرفة التّجارة الدّولية بخصوص التّبادل الإلكتروني لبيانات عبر شبكات الحواسب الآلية، والاتفاق النّموذجي الذّي أعدته لجنّة الاتحادات الأوروبية عام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، وبالإضافة إلى ذلك، اتفاق التّبادل النّموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا لعام 1995 بغرض الاستعمال التّجاري الدّولي للتّبادل الإلكتروني للبيانات[3].

أما على المستوى الوطني فهناك العديد من النّماذج التّي ينحصر تطبيقها داخل الدّولة التّي أعدتها وتطبق عليها القوانين الوطنية السّارية فيها، من أمثلة هذه العقود: اتفاق التّجاريين في الولايات المتّحدة الأمريكية، ونموذج في المملكة المتّحدة، وفي

1– زوينة تكليت، مرجع سابق، ص .128.

2– بن غرابي سمية، مرجع سابق، ص.136.

3 – صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.187

فرنسا تّم إعداد نموذج عام 1999، وأيضاً تّم نشر نموذج في كندا بمعرفة وزارة الاتصالات[1].

هنّاك عقود نموذجية ينحصر استخدامها في قطاع معين وهي: مشروع اتفاقات تبادل المعطيات المعلوماتية التي أعدتها مجلس التعاون الجمركي في مارس 1990، وعقد **Odette** النموذجي المطبق في المجال الخاص بالسيارات في أوروبا[2].

وبالإضافة إلى كل هذه العقود هناك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين الذي اعتمدته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أفريل 1998[3].

تنّص مثل هذه النّماذج على مجموعة من الأحكام التّي تنظم العلاقات المتبادلة بين مستخدمي التّبادل الإلكتروني، وتتنّاول قضايا عديدة منها: شكل رسالة البيانات وكيفية التّحقق من استلامها، والتّدابير الأمنية المتّخذة ضد مخاطر وصول الرّسائل أو فقدانها، طرق تسوية المنّازعات واختيار القانون الواجب التّطبيق[4]؛ وذلك ما يجعلها قادرة على تحقيق مبدأ الكفاية الذّاتية عند الفصل في أي نزاع محتمل يتعلق بعقود التّجارة الإلكترونية[5].

1- وبالإضافة إلى هذه الدّول نجد مقاطعة الكيبيك وإيطاليا واستراليا وسويسرا. نقلا عن: أمير يوسف فرج، مرجع سابق، ص.196.

2 – سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 65.

3- أمير يوسف فرج، مرجع سابق، ص. 197.

4- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.180.

5- زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.129.

خامسا–قضاء التحكيم الإلكتروني

ظهرت بعض الآراء تنّادي بإنشاء هيئة أو محكمة تحكيم خاصة بنزاعات العقود والمعاملات الإلكترونية، وذلك على غرار محكمة العدل الدّولية أو محكمة الجزاء الدّولية. فبذلك يرى أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني أنّه يجب تسوية المنّازعات بعيدا عن المحاكم الوطنية، ويكون ذلك بواسطة قضاة مختصين ويكونون من رجال التّجارة الإلكترونية الممتّلكين للخبرة في فروعها المختّلفة، فإنّ أفضل وسيلة لديهم هي الوسّاطة الإلكترونية والتّحكيم باعتبارها متّاحة على مستخدمي الإنترنت[1].

حاولت إحدى الجامعات الأمريكية إنشاء منظمة تختص بالنّظر في المنّازعات المتّعلقة بالمعاملات الإلكترونية، وهو مشروع القاضي الافتراضي. وهي تقوم بالوساطة في الخلافات النّاتجة عن المعاملات والتّعاقدات الإلكترونية، وبذلك يتم اختيار المحكم وتقديم تلك الأدلة والمستّندات ويصدر الحكم من خلال شبكة الإنترنت، فعملية التّحكيم الإلكتروني هي اختيارية ولا يمكن إجبار أحد الخصوم عليها[2].

واجه قضاء التّحكيم الإلكتروني صعوبات كثيرة حيث لم تنشر أحكام متّعلقة بمنّازعات العقود الإلكترونية، وبالإضافة إلى أنّ أنظمة التّحكيم الإلكتروني الصادرة من قبل الهيئات المتّخصصة لم تصل بعد إلى معالجة كافة المسائل القانونية. ونتيجة لذلك، دعا التّوجيه الأوروبي الصّادر في عام 2000 المتّعلق بالتّجارة الإلكترونية الدّول الأعضاء إلى تشجيع وضع تنظيم قضائي خاص بالمنّازعات الإلكترونية.

سادسا–توحيد اختيار القواعد القانونية

1– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 180.

2– خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص. 399

إنّ توحيد اختيار القواعد القانونية الذّي يتم عن طريق المنّظمات والهيئات الدّولية المختّصة، فدورها ليس توحيد القوانين وإنّما توحيد قواعد اختيار تلك القواعد القانونية، التّي بها يُختار القانون الواجب التّطبيق على النّزاعات المتّرتبة عن المعاملات الإلكترونية[1].

ووضع معهد القانون الأمريكي قواعد قانونية محددة، يستطيع أطراف المعاملة الإلكترونية عن طريقها اختيار قواعد قانونية عامة قابلة للتّطبيق لاختيار القانون الواجب التطبيق على النّزاعات الإلكترونية، ومن بين هذه القواعد أنّ القانون الواجب التّطبيق هو قانون محل إقامة المدعي أو المدعى عليه حسب الاتفاق، أو محل إقامة المهنّي أو المحترف الذّي بدأ عملية الاتصال عبر الإنترنت، ومع مراعاة القواعد الخاصة بحماية المستّهلك[2].وقد تّم استبعاد القواعد المرنة التّي تختار القانون المطبق على أساس قانون الدّولة الأوثق صلة بالروابط العقدية، أو حسب مركز الثّقل في المعاملة الإلكترونية، لأنها غير ملائمة فهي تقوم على الحدود الجغرافية للدّول وهو ما لا يوجد في المعاملات الإلكترونية على الإنترنت[3].

الفرع الثّاني

القواعد ذات النّشأة التلقائية

القواعد المادية ذات النّشأة التلقائية هي تلك السلوكيات التّي تّم إتباعها من قبل المتّعاملين الاقتصاديين في التّجارة الإلكترونية، وبذلك أصبحت بمثابة قواعد قانونية

1 – خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص. 400.

2–أمال حابت، مرجع سابق، ص ص.513–514.

3– خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص. 398.

تنّظم الرّوابط التّعاقدية المبرمة على الشّبكة، بالرّغم من أنّها لم تصدر من هيئة تنظيمية فهي تلقائية أصدرت من خلال الممارسات التّعاقدية (أوّلاً)، وأيضاً من خلال الأعراف والعادات المستقرة(ثانيا).

أولا–الممارسات التّعاقدية

تعتبر الممارسات التّعاقدية من أهم مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني لإرساء القواعد التّنظيمية التّي يقوم عليها هذا القانون[1]،فتعرف هذه العقود بأنّها العقود التّي تبرم بين القائمين على مقدمي خدمة الشبكة وهي نوعان[2]:

النّوع الأول: هي تلك العقود التّي تبرم بين الرّاغبين في التّرويج لبضائعهم عن طريق الشّبكة، أو للحصول على بيانات علمية أو اتفاقية وبين الشّركاء التّي تقدم خدمات الاشتّراك، فتسمى هذه العقود بالعقود الخاصة بالاشتراك في شبكة الإنترنت. وفي تلك العقود لمقدمي خدمة الاشتراك كامل الصلاحية في عدم السّماح بالدّخول إلى مواقع خدمات التّي تقدم مواد غير مشروعة أو تحض على الإجرام.

أمّا النّوع الثّاني: هي تلك العقود التّي تبرم بين مقدم المادة المراد إدخالها وتحميلها على الشّبكة وبين مقدم خدمة الموقع التّي ستبث تلك المادة عليه. فهذه العقود تلزم مقدم خدمة الموقع بتوفير الوسائل الفنية اللازمة للتّنقية والمواد المحملة على الشّبكة، بتحديد برامج تصنيف تلك المواد، والحق في الفحص وتصحيح مضمون الوثائق التّي ستبث على الشّبكة، واستبعاد أي مستخدم لا يحترم تلك الالتزامات التّي وضعتها العادات والقانون.

1– ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*، مرجع سابق، ص .411.

2– أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص.42–43.

كما أرست أيضاً تلك الممارسات على عاتق مستخدمي الشّبكة والمستفيدين منها، ضرورة احترام قواعد السّلوك المستقرة في المعاملات الإلكترونية على الشّبكة، واحترام القانون وعدم إلحاق الأذى بالآخرين وحماية حقوق الملكية الفكرية، وسرية الأشخاص وحرية التّعبير[1].

إنّ تنظيم العقد على أساس الممارسات التّعاقدية لا ينحصر في تحديد الالتزامات التّعاقدية، إنّما يحقق الأمان القانوني الذّي ينشده الأطراف المتّعاقدة، فهو ضرورة حيوية في المعاملات الإلكترونية[2].

ثانياً-الأعراف والعادات المستقّرة

يشكل العرف قاعدة قانونية ملزمة معترف بها في الأنظمة الدّاخلية وحتّى في القانون الدّولي، فالمشرع الجزائري صنّف العرف ضمن المصادر الرّسمية الاحتياطية في المادة 2 من القانون المدني: «... **وإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشّريعة الإسلامية وإذا لم يوجد فبمقتضى العرف...**»[3].

لقد نادى أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني بأنّ العرف يعتبر من مصادر هذا القانون، وهم يرتكزون على أساس أنّ المتّعاملين في العالم الافتراضي قد ساهموا في إنشاء تلك القواعد، من خلال ما استقّر عليه من عادات وأعراف وممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي، والعرف يتلاءم مع التّطور السّريع والمتّلاحق في مجال العقود الإلكترونية[4].

1- أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص.43.

2-زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.139.

3 -أمر رقم 75-58، مرجع سابق.

4 - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص.401.

يمكن تعريف الأعراف والعادات المستقّرة بأنّها تلك العادات والأعراف والتّقاليد المستقرة تلقائياً من قبل متّعاملي الإنترنت، وأرست في مجموعها قواعد تتلاءم مع التّطور السّريع الذّي تشهده الإنترنت. ولذلك عرفت أنّها: " **مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتّي تولد بشكل عفوي من قبل فئة أو جماعة معينة، تطبقها وتعتبرها ملزمة، ثم تمتد تدريجياً مع الوقت وتتوسع رقعة انتشارها لتلقى في مرحلة أولى قبولاً واعترافاً من قبل المعنيين بها، وفي مرحلة ثانية من قبل المحاكم حتّى تكتسب بنتيجة هذا القبول والاعتراف قيمة قانونية ملزمة، لا تتحصل هذه القواعد من التّشريعات الدّاخلية أو المحلية، بل هي وليدة التّنظيم الذّاتي لمستخدمي شبكة الإنترنت أنفسهم**"[1].

فتتميز السّلوكات والعادات السّارية في الشّبكة الدّولية للإنترنت بتغير مستمر، يتطور بتطور التّكنولوجيا المستحدثة، فهي تشكل الحلّ الأمثل مما يجعلها تتّجاوز الخلافات على صعيد القانون الوطني[2].فبالرغم من ذلك، لا يصلح العرف على الأقل في الوقت الحالي لأن يكون من بين مصادر قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، لأنه ما زال في مهده الأول ومازالت السّوابق القضائية بشأن المعاملات الإلكترونية قليلة ولم تصل إلى الحدّ الكافي لاعتبارها قواعد عرفية يمكن الرّجوع عليها[3].

1- نقلا عن: ناصر حمودي، النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...، مرجع سابق، ص. 412.

2- زوينة تكليت، مرجع سابق، ص. 135

3 - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص .401.

المبحث الثّاني

تقييم القواعد المادية على عقود التّجارة الإلكترونية

لقد أثارت القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية تساؤلات كثيرة، أدت إلى اختلاف الفقهاء حول مدى تكوينها لنظام قانوني منقسمين في ذلك إلى اتجاهين، اتجاه يعترف لها بصفة النظام القانوني، وآخر ينكر عليها ذلك (المطلب الأول). غير أن هذه القواعد المادية تواجه نقص وقصور في تقديم الحلول المنّاسبة والصحيحة للمعاملات الإلكترونية التّي تتم عبر شبكة الإنترنت (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل

مدى تمتّع القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية بصفة النّظام القانوني

يستدعي بيان مدى اتصاف القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية بالنّظام القانوني، التعريف بداية بالمقصود بالنّظام القانوني (الفرع الأول)، من ثم استعراض مختلف الآراء الفقهية التي قيلت بشأن اتصاف هذه القواعد بالنظام القانوني من عدمه (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل

تعريف النّظام القانوني

يعرف النّظام القانوني أنّه نظام تدريجي لقواعد السّلوك له صفة ملزمة، وكما يعرفه الأستاذ الإيطالي **CURTI–GIALDINO**بأنّه:" **مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مترابطة على نحو تدريجي و تستلهم نفس المجموعة من المبادئ**

ونفس الرؤية للحياة الاجتماعية التّي يجب أن تحكمها"[1].بالإضافة الى ذلك عرفه الأستاذ VIRALLY(M) أنّه: "**نظام تهذيب الرّوابط الاجتماعية، يميزه ليس فقط وضع قواعد ...ولكن أيضاً إنشاء نظم مخصصة لضبط الرّوابط الاجتماعية...أو لحل المنّازعات**". ونجد أيضاً الفقيه الإيطالي SANTI ROMANO الذّي اعتبر فكرة النّظام القانوني فكرة مركبة[2].

نستخلص من هذه التعاريف اختلاف آراء الفقهاء حول تعريف النّظام القانوني، فهنّاك ثلاثة اتجاهات فقهية في ذلك:

-النّظـــام القانــوني قاعـدة قانونيــة[3]:

حدد هذا الاتجاه مفهوم النّظام القانوني على أساس النّظرية العامة للقانون، القائمة على أساس نظرية هاند كلسن المسماة النّظرية الخاصة للقانون، والقائمة على أساس التّطابق بين القانون والدّولة ووحدة النّظام القانوني في تدرج هرمي.

فالنّظام القانوني عندهم يتمثل في مجموعة من القواعد المتّناسقة والمترابطة ببعضها البعض ولا تقبل أي انتقال لقواعد أخرى من نظام قانوني آخر.

وجهت انتقادات لهذا الاتجاه لأنّه أغفل الجانب التّنظيمي وهو وجود هيئات متماسكة[4] .

---

1 – نقلاً عن: أمحمد سعد الدّين، مرجع سابق، ص. 132؛ ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*، مرجع سابق، ص.419؛ سمير خليفي، مرجع سابق،ص. 70؛ ونفس التعريف نجده لدى (.F)RIGAUXانظر صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.196.

2– أمحمد سعد الدّين، مرجع سابق، ص.132.

3– هذا الاتجاه تبنّاه كل منCURTI–GIALDIN، VIRALLY، RIGAUX .

4 –انظر في ذلك كل من: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.197–198؛ محمد بلاق، حدود *مساهمة القواعد المادية...*، مرجع سابق، ص.34.

- النّظام القانوني تنظيم أو بناء:

يحدد هذا الاتجاه مفهوم فكرة النّظام القانوني بوجود أجهزة وهياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية التّي تتولى مهمة وضع القوانين وصياغتها وبذلك يضبطها القضاة، وأيضاً نظام إلزام يفرض على الأشخاص.

فالنّظام القانوني وفق هذا الاتجاه يقوم على التّعبير عن الهيكل والتّنظيم والسّلطة، فهم يرتكزون على الجانب العضوي لسّد النّقص والعجز الذّي خلفه الاتجاه الأوّل الذّي رّكز على السّمة القاعدية[1] .

-النّظام القانوني تنظيم وقاعدة (الاتجاه الرّاجح):

بالنّظر إلى الاتجاهين السّابقين المتباينين حول تحديد النّظام القانوني، الأوّل الذي يعتبره القواعد التّي تفرض على الأشخاص من قبل نظام تشريعي، أمّا بالنسبة للثاني، فهو هيكل وتنظيم وروابط اجتماعية دون الحاجة إلى قواعد موضوعية مفروضة من طرف السّلطة؛ فقد ظهر اتجاه تّوفيقي الذّي جمع بين الاتجاهين السابقين حيث لا مجال للخيار فيه بين الجانب التّنظيمي المتّمثل في الرّوابط الاجتماعية والجانب القاعدي المتّمثل في القواعد. يتزعم هذا الاتجاه الفقيه الإيطالي SANTI ROMANO الذّي عبر عنه في كتابه الشهير المعروف باسم النّظام القانوني أنّ " **كل نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية، وسلطة مؤثرة داخل هذا الكيان، ومجموعة قواعد تنظم سلوك الأشخاص داخل هذا النّظام**". فعنده النّظام القانوني لا يتكون فقط من مجموع القواعد القانونية التّي تنظم سلوك الأشخاص من داخل

1 -انظر كل من: محمد بلاق، حدود *مساهمة القواعد المادية*...، مرجع سابق، ص ص. 34-35، وصالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص.198-199، سمير خليفي، مرجع سابق، ص.71.

المجتمع، إنّما أيضاً هنّاك وجود مجتمع منظم ومتّماسك وسلطة تسهر على تطبيق القوانين[1].

الفرع الثّاني

الخلاف الفقهي حول وجود النّظام القانوني للقواعد المادية

كما سبقت الإشارة إليه، لقد اختلف الفقه بصدد تكوين قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني لنّظام قانوني فهنّاك اتجاه رافض (أوّلاً) واتجاه مؤيد (ثانياً)

أولا–الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني عن القواعد المادية الإلكترونية

يؤسس أنصار هذا الاتجاه على رفض الوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية باعتبارها مجرد قواعد مادية تدخل ضمن عموم قانون التّجار، وقد استندوا في ذلك لعدة حجج:

– صعوبة الاعتراف بصفة النّظام القانوني للقواعد المادية للتّجارة الإلكترونية، باعتبار أنّ هذه الصفة لا تكون إلاّ بصدد جماعة متّماسكة ومنتّظمة بشكل كافٍ تجمع بين كل المتّعاملين مع شبكة المعلومات الدّولية، قادرة في حدّ ذاته على خلق قواعد سلوكية ملزمة لهم[2].وأنّ جماعة الإنترنت في حد ذاتها تضم أشخاصاً هم في الغالب لا يعرفون بعضهم البعض لأنّهم ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية مختلفة، ولا توجد فيهم

1– انظر: صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص.199–200، محمد بلاق، مرجع سابق ص ص.35–36، وتقريباً نفس المعنى لدى: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ص. 52–53.

2– أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. 53؛ كريمة تدريست، «إشكالية القانون الواجب التّطبيق على النّزاعات الإلكترونية»،مداخلة ألقيت في ملتقى الأمن المعلوماتي: مهدداته وسبل الحماية، كلية الآداب واللغات، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 3–4 نوفمبر 2015، ص .14؛ ومشار لدى: ناصر حمودي، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*،مرجع سابق، ص. 420.

روابط اجتماعية ولا ثقافة واحدة فبذلك هي جماعة تفتقد إلى الوحدة والتّماسك الضروريين لأي نظام قانوني[1].

– عدم تعاون الدّول فيما بينها في هذا الشّأن باعتبارها غير قابلة للاستعداد لتّرك المنّازعات التّي يكون مواطنيها أطرافاً فيها لكي يحكمها هذا القانون[2].

– عدم التّجانس النّاتج عن الطوائف العديدة بين التّجار والمهنيين والفنيين داخل جماعة الإنترنت الذّي أسفر عن وجود عادات خاصة بكلّ طائفة[3].

– إنّ الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كلّ الدّول يصعب قبوله، باعتبار أنّ المستخدمين للشّبكة والذّين يقدمون خدماتهم هم أشخاص عاديين وحقيقيون، يقومون بدفع التزامات مالية من خلال حسابات حقيقية من بنوكهم. وبما أن الوسائل الفنية لاتصالاتهم تتمركز في إقليم دولة محددة، فبذلك يمكن أن تخضع العمليات التّي تتّم عبر الإنترنت لقوانين تلك الأماكن أو الأقاليم حسبما تحددها قواعد التّنازع في القانون الدّولي الخاص[4].

– أصل قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني تلقائية، فهي غير ملزمة وذلك لعدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة فتعتمد في تطبيقها على إرادة الأطراف[5].

1– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص. 201.

2 –المرجع نفسه، ص.203، أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. 53.

3– أمال حابت، مرجع سابق، ص. 515؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص. 201–202؛ ولتفاصيل أكثر راجع في ذلك: محمد بلاق، مرجع سابق، ص. 37.

4 – أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. 54؛ حمودي ناصر، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي...*، مرجع سابق، ص. 420.

5– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.204؛ ولتفاصيل أكثر راجع: محمد بلاق، مرجع سابق، ص. 37 وما بعدها.

– قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني قواعد جديدة مازالت في بداية تكوينها فلا يمكن لها أن تشكل نظام قانوني قائم بذاته، وقادر على تغطية جميع المشكلات التّي يثيرها التّعامل على شبكة الإنترنت[1].

ثانيا–الاتجاه المؤيد لصفة النظام القانوني عن القانون الموضوعي الإلكتروني

يذهب أنصار هذا الاتجاه على خلاف الاتجاه السّابق إلى الاعتراف بصفة النّظام القانوني للقواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية، باعتبار أنّ هذه القواعد تشكل تنظيم قانون ذو طابع دولي موضوعي والذّي يتشكل من عادات وممارسات استقرت في المجتمع الافتراضي وقامت حكومات الدّول والمتّعاملين في مجال الاتصالات والمعلومات[2].

تذهب مدرسة قانون التّجارة الدّولية إلى أنّ سلطة التّقنين يجب ألا تستقل بها الدّولة وحدها، وإنّما ينبغي أن تفسح الطريق للجهات الأخرى كالتّنظيمات المهنية والدّولية التّي تهتم بحركة التّجارة الدّولية. فهي الأقدر على تقدير مصالح أعضائها من المشاركين في حركة التجارة الدولية. بل يظهر أنصار هذا المذهب إلى أنّ هنّاك بعض التّنظيمات المهنّية التّي تتمتع بتنظيم قانوني ومقدورة فنية ومالية مما قد لا نجده عند بعض الدّول مما يؤهلها للاضطلاع بمهمة تقنين سلوك الأفراد الذّين ينتسبون إليها[3].

تلعب هذه الهيئات دور في خلق القواعد القانونية التّي تنظم نشاط أعضائها، ومن ثم هذه القواعد التّي تصدر عنها تتمتع بالقوة والفعالية في الفصل في النّزاعات المتّعلقة بنشاطها. فهذه التّنظيمات تسهل حركة التّجارة الدّولية التّي تتم من خلال

1– صالح المنزلاوي، مرجع سابق،ص .204 .

2 –المرجع نفسه، ص.205

3– فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص.126.

الانترنت، فتحقق الأمان للمتّعاملين وتضمن لهم وحدة الحلول للمشاكل القانونية والفنية التّي تفرضها الطبيعة الإلكترونية للوسيلة التّي تتم من خلال التّعامل[1].

يؤكد أنصار هذا الاتجاه أنّ هنّاك أشخاص المجتمع لهم وحدة متماسكة و لهم فكر واحد ومرتبطون بعلاقات دولية ومعاملات تجعلهم بذلك يشكلون مجتمعا دولياً حقيقياً، فبذلك يتولى أعضائه وضع القواعد السّلوكية وله قضاته وعدلته الافتراضية[2].

ولتكوين نظام قانوني مستقل يجب توفر العنّاصر الآتية:

-وجود مجتمع متجانس في مجال التّجارة الإلكترونية.

-وجود أجهزة قانونية تسهر على العمل على احترام القواعد السّلوكية وصياغتها.

-وجود جزاء يوقع عند المخالفة لهذه القواعد[3].

المطلب الثّاني

مدى ملاءمة القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية

استند الفقه النافي لاتصاف القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية بالنظام القانوني على عدم ملائمة قواعدها للعقود الإلكترونية وذلك لعدم تمتعها بصفة الإلزام وقصور قواعدها (الفرع الأول)، بالإضافة لذلك فكافة المصادر القانونية لها منها التلقائية والتّنظيمية لا تخلو أيضاً من الانتقادات والنّقائص (الفرع الثّاني).

1- فاروق محمد أحمد الأباصيري، مرجع سابق، ص.127.

2- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.204.

3- أمال حابت، مرجع سابق، ص ص. 516-517؛ صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص.206-207، ولتفاصيل في ذلك راجع: محمد بلاق، مرجع سابق، ص .47 وما بعد.

الفرع الأول: انعدام الإلزام ونقص قواعد القواعد المادية الإلكترونية

إنّ القواعد المادية لعقود التّجارة الكترونية باعتبارها قواعد سلوكية لا تضفي صفة الإلزام في قواعدها(أولا)، وهي حديثة النّشأة مما يجعلها ناقصة وقاصرة على تقديم الحلول المناسبة(ثانيا).

أولا-انعدام الإلزام في القواعد المادية الإلكترونية

تتميز القواعد المادية الإلكترونية بأنّها ليست سوى مجموعة من قواعد السّلوك بحيث لا يتوفر فيها عنصر الإلزام المشترط في القاعدة القانونية، فهذه القواعد تخضع فقط لإرادة الأطراف التّي تحكم تطبيق هذه القواعد فبذلك المتّعاملين في التّجارة الإلكترونية يتمتعون بحرية كاملة في الأخذ ببعض النّصوص وعدم الاعتماد على بعضها الأخر[1]، حيث تغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة وذلك في ظل تّزايد المنّافسة الشّرسة بين الشّركات التّجارية التّي تستخدم الشبكة لغرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتّي لا تبالي إلا بمصالحها الذّاتية مثلا: الاتفاق بين الأطراف على الأخذ بالقواعد الفنية التّي تنظم عملية تبادل الرّسائل دون غيرها من القواعد التّي تخص بتنظيم الجوانب الموضوعية المتّعلقة بالتّزامات كل طرف، تهربا من مسائل تفرض على الأطراف تلزم إتباعها[2].

ثانيا-نقص وقصور القواعد المادية الإلكترونية

يظهر نقص وقصور هذه القواعد في أنّها جديدة ومازالت في بداياتها الأولى، بل هي الجنين في طور التكوين فهي قواعده بعيدة على أن تشكل نظاما كاملا ومستقلا

1- زوينة تكليت، مرجع سابق، ص. 150.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص. 54.

خالياً من الثّغرات، ففي بعض المسائل مازالت الحاجة إلى القانون الدّاخلي كالقانون الواجب التّطبيق على أهلية أطراف المعاملات عبر الإنترنت وعلى التّراضي[1]. وأيضاً هنّاك قواعد اهتمت ببعض الإشكالات القانونية التّي استحدثتها التّكنولوجيا الرّقمية في إبرام العقد كالتّوقيع الإلكتروني، قواعد الإثبات، الدّفع الإلكتروني[2].

إنّ مخاطر النّقص والقصور تعطي فرصة للقاضي أو المحكم في الفصل في منّازعات المعاملات الإلكترونية حسب قناعاته الشّخصية، فيمكن أن تستجيب قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني للمعطيات الذّاتية ولحاجة المتّعاملين عبر الشّبكة، ففي هذه العقود هنّاك دائماً طرف قوي الذّي يفرض تلك القواعد وهو المتّعامل الاقتصادي الأقوى[3].

الفرع الثاني

عدم تمتع قواعد التّجارة الإلكترونية بالقيمة القانونية

يعتبر الفقه أنّ الاعتراف بالنّظام القانوني خاص بالتّجارة القانونية فهو تناقض ما دام أنّه نابع من مصادر جديدة لا تزال قيمتها القانونية محل جدل وهي كما يلي:

– الاتفاقيات الدّولية: بالرغم من الدّور الذّي لعبته الاتفاقيات الدّولية في مجال التّجارة الإلكترونية فنطاقها ضيق ومحدد، والإجراءات القانونية المتّبعة في إعدادها لا تنسجم مع سرعة المعاملات التّي تتم عبر الشبكة الدّولية وأيضا إعدادها يحتاج إلى وقت طويل ويصعب جمع العديد من الدّول لتّحقيق المعاهدة والحصول على موافقتها على الحلول المقترحة، ويصعب خصوصاً في مرحلة التّوقيع عليها وأيضاً دخولها إلى

1–أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص.55.

2– زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.150.

3 – أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص.55.

حيز التّنفيذ. ولا توجد حتّى الآن إلا اتفاقية الأمم المتّحدة الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية[1].

– أمّا فيما يخص القوانين النّموذجية فهي قوانين إرادية وليست ملزمة أعدتها اللجنّة بغرض حث الدّول على سنّ تشريعات داخلية خاصة بالتّجارة الإلكترونية وفقاً لأحكامها[2]. فبالرغم من توسع نطاقها إلاّ أنّها تبقى متأخرةً عن معالجة العقود المبرمة لغرض الاستهلاك، وكذا عدم تعرضها لبيان القواعد التّي تحكم العلاقة بين المنشئ والمرسل وبين الوسيط [3].

– تقنيات السّلوك لا يمكن أن ترقى إلى مصاف القاعدة القانونية وذلك لنّفي الطابع القانوني عنها، واعتمادها في المعاملات الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت من شأنه أن يخول للمتّعاملين الأقوى اقتصاديا فرصة فرض قواعد تحكم مصالحهم على حساب الأطراف الأخرى[4]. وأغلب هذه التّقنيات لا تهتم ولا تغطي القضايا التّقنية والقانونية[5].

– العقود النّموذجية تتضمن أدق التّفاصيل والتّي تم إعدادها من هيئات وتنظيمات دولية متّخصصة، فبالرغم من ذلك لا يمكن الاستغناء عن القوانين الدّاخلية لسّد الثّغرات والنّقائص الموجودة فيها[6].

1– زوينة تكليت، مرجع سابق، ص .150.

2– المرجع نفسه، ص. 150.

3 – سمير خليفي، مرجع سابق، ص.81–82.

4 –زوينة تكليت، مرجع سابق، ص .152.

5 – سمير خليفي، مرجع سابق، ص.82.

6– نظر في ذلك: زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.152.

– أما فيما يخص العرف فيصعب تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التّجارة الإلكترونية، ويصعب التّحقق من تكرار هذا السّلوك لأنّ القواعد العرفية تتميز بالبطء، ولقيامها وتطورها من طرف الأشخاص، وهذا ما لا يلاءم عقود التّجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت التّي تتميز قواعدها بالسرعة والتّطور السريع والمتّغير التّي تحكم معاملاتها الإلكترونية[1].

– والأخير الممارسات التّعاقدية التّي أثبت فيها الواقع العملي أنّ هنّاك استحالة صياغة شروط عقدية تكفي بذاتها، وتغنى عن اللّجوء إلى أحكام القانون الدّاخلي، فالعقد في حد ذاته لا يمكن أن يتّمتع بالقوة الملزمة إلا إذا منح له الإطار القانوني الذي نشأت فيه هذه الخصوصية[2].

1– سمير خليفي، مرجع سابق، ص. 83.

2 –زوينة تكليت، مرجع سابق، ص.155.

خاتمة

لقد أصبح من المألوف أنّ التّجارة الإلكترونية لقت الصّدارة في المعاملات الدّولية فكانت العقود تبرم عن طريق الشّبكة الدّولية عكس ما كانت علية التّجارة التّقليدية، فالتّجارة توسعت ولم تعد السّوق المغلقة والقائمة في دولة ما إنّما صارت عابرة للحدود وذلك فضلا عن الخدمات التّي تتيحها.

بالرّغم من أنّ هذه العقود لقت رواجا من المتّعاملين الاقتصاديين في المعاملات الإلكترونية المبرمة عبر الشّبكة الدّولية الإنترنت، فهذا لا يخفي إثارة خلافات ونزاعات بينهم، ولاسيما فيما يخص القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية بالنظر إلى طابعها الدولي.

لقد كان القانون الدّولي الخاص يرتكز على منهج أصيل في تحديد القانون الواجب التّطبيق، ألا وهو قواعد الإسنّاد التّقليدية التّي تقوم في الأصل على أساس قانون الإرادة في إسنّاد العلاقات التّعاقدية التّجارية ذات الطابع الدّولي، حيث يكون للمتّعاقدين كافة الخيارات في اختيار القانون الذّي يتلاءم مع مستوى تطلعاتهم وهذا ما يحقق الأمان القانوني الذّي ينشدونه، وأيضاً باعتباره مبدأ مستقر في القانون الدولي الخاص.

إلا أنّ إرادة الأطراف ليست طليقة تماما في هذا الاختيار فالأمر يختلف في ذلك عند سكوتهم عن اختيار القانون الذّي يحكم عقدهم، وأيضا عندما لا يستطيع القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية، فبذلك هو يبحث عن ضوابط ملائمة ألا وهي ضوابط الإسناد الاحتياطية المتّمثلة في قانون الجنسية المشتركة والموطن المشترك وقانون محل

الإبرام والتّنفيذ، وبالإضافة لذلك هنّاك ضوابط أكثر وثوقا بالقانون المختار والعقد التّي يعتّد بها أيضا القاضي وهي التّركيز الموضوعي للعقد ونظرية الأداء المميز.

بالرغم من الدّور الذّي تلعبه قواعد الإسناد التقليدية في العلاقات الدّولية حيث وفرت الأمان والتّواصل والحرية للمعاملات الإلكترونية، إلا أننّا لا يمكن أن ننكر جمود تلك القواعد وعدم تطورها وتفاعلها الايجابي، فهي لا تخلو من الانتقادات والعيوب باعتبار أنّ المعاملات الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت لا تعترف بالحدود السّياسية ولا الجغرافية فهي تعترف بالأرقام والبيانات فقط، وبذلك يصعب التّحقق من هوية الأطراف. وبذلك فهذه القواعد لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية الدّولية المبرمة عبر الإنترنت التي تسبح في فضاء افتراضي ليس له روابط مكانية أرضية.

أمام عجز وقصور هذه القواعد عن حل مشكلة القانون الواجب التّطبيق على العقود الإلكترونية، ظهرت الحاجة إلى قواعد جديدة قادرة على استيعاب المعاملات الإلكترونية، ألا وهي القواعد المادية الإلكترونية التّي تعتبر تطورا في ساحة القانون الدّولي الخاص، تستنّد على فكرة قوامها خلق قواعد أساسية مادية تشتمل على حلول مباشرة لمنّازعات العلاقات الدّولية الخاصة، وتطبق تلك القواعد بمعرفة القاضي دون الحاجة للإحالة لقانون محلي والبحث عن القانون الواجب التّطبيق التّي تؤدي إليه، وهي من ابتداع التّجار وطورتها المحاكم وأصبحت قواعد يعتدون بها.

تنفرد القواعد المادية الإلكترونية بمجموعة من الخصائص، التّي تستدعي تنظيمها بمقتضى قواعد قانونية تستجيب لتلك الخصوصية المستمدة من قرارات المحاكم والعقود النموذجية، والأعراف والعادات المستقرة السّائدة في تلك المعاملات الموجودة بينهم، وبالإضافة لذلك نجد الاتفاقيات الدّولية التّي لها دور في هذه القواعد

وتقنيات السّلوك التّي تهدف بدورها إلى تأطير أفضل لهذه المعاملات وخلق جو تسوده الثّقة بين المتّعاملين، وهنّاك مصادر أخرى ساهمت في إرساء هذه القواعد.

حقيقة أنّ المتّعاملين الاقتصاديين في التّجارة الإلكترونية قد ساهموا بقسط كبير في تنظيم معاملاتهم، سواء من خلال ما يدرجونه من شروط تعاقدية أو من خلال ما استقر عليه العمل من عادات وأعراف مستقرة فيهم. فهذه القواعد لم تسلم أيضا من الانتقادات أبرزها أنّها قواعد حديثة النّشأة وغير كافية لحكم علاقات التّجارة الإلكترونية، وأيضاً أنّها في طور التّكوين، فبذلك لا يمكن الاعتداد بها لأنّها لا تشكل نظاماً قانونيا متكاملاً ومستقلاً لحكم تلك المعاملات، وفي الخصوص في مصادرها القانونية التّي لا تخلو من العيوب وبالتّالي لا تقدم الحلول للعديد من المشكلات المطروحة عليه.

بالنظر إلى الخصوصية الموجودة في المعاملات الإلكترونية فمن الضروري لمواجهة التّحديات وحل إشكالية القانون الواجب التّطبيق الإعمال بالمنهجين معاً، فالبرغم من الاختلاف المتباين والموجود بين هذين المنهجين فعقود التّجارة الإلكترونية بحاجة إلى التّكافل بين هذه المنّاهج القانونية، وذلك ما يكفل للأطراف الأمان القانوني وتحقيق المصلحة المشتّركة لهم. لذلك على القاضي عندما يبحث عن القانون الواجب للتّطبيق سوى تطبيق القواعد المادية الإلكترونية، وإذا لم يستطيع تطبيقها ما عليه إلا الاستعانة بقواعد الإسناد التّقليدية والتّي لا تزال تحتفظ بمكانة مرموقة.

بالرغم من تعدد الإمكانات المتّاحة لاستخدام شبكة الإنترنت في المعاملات الإلكترونية، إلا أنها لم تحظى باهتمام كافي، ولتطور تلك المعاملات يجب أن تجري في وسط قانوني يكفل للأطراف الأمان القانوني الذّي يحتاجونه، ويجب أن تحمي

حقوق وحرياتهم وتحمي المصالح العامة وعدم مخالفتها للنّظام العام سواء كان داخلياً أو دولياً.

–يمكن إنشاء مؤسسات متخصصة في التّجارة الالكترونية ووضع فروع مختلفة لها في العديد من البلدان، لتوعية المتعاملين الاقتصاديين عن القانون الذّي سوف يختارونه.

قائمة المراجع

I. باللغة العربية

أولا –الكتب

1. **الأباصيري فاروق محمد**، *عقد الاشتّراك في قواعد المعلومات عبر شّبكة الإنترنت*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.
2. **أبو الهيجاء محمد إبراهيم**، *عقود التّجارة الإلكترونية*، الطبعة الثّانية، دار الثّقافة، عمان، 2011.
3. **إبراهيم خالد ممدوح**، *إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
4. **إسماعيل محمد سعيد أحمد**، *أساليب الحماية القانونية لمعاملات التّجارة الإلكترونية*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
5. **بن سعيد لزهر**، *النّظام القانوني لعقود التّجارة الإلكترونية*، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2014.
6. **الجواري سلطان عبد اللّه محمود**، *عقود التّجارة الإلكترونية والقانون الواجب التّطبيق، دراسة قانونية مقارنة*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
7. **سليمان إيمان مأمون أحمد**، *إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التّجارة الإلكترونية*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
8. **السنهوري عبد الرّزاق**، *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام*، الطبعة الثّالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

9. **صادق هشام علي**، *القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية*، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.

10. **عبد الكريم ممدوح**، *القانون الدّولي الخاص: تنّازع القوانين*، دار الثّقافة، عمان، 2005.

11. **المنزلاوي صالح**، *القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية*، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

12. **ناصف إلياس**، *العقود الدّولية: العقد الالكتروني في القانون المقارن*، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

13. **الهداوي حسن**، *القانون الدّولي الخاص: تنّازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة*، مكتبة دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمان، 1997.

14. **يوسف فرج أمير**، عالمية التّجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التّجاري الالكتروني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.

ثانيا: الرسائل والمذكرات:

أ-رسائل الدّكتوراه:

1. **بلاق محمد**، حدود *مساهمة القواعد المادية في حلّ منّازعات عقود التّجارة الدّولية*، رسالة لنيل شهادة الدّكتوراه في القانون الدّولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

2. **حابت أمال**، *التّجارة الإلكترونية في الجزائر*، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

3. **الحسن عزة علي محمد**، *الإطار القانوني والتّشريعي للتّجارة الإلكترونية*، دراسة مقدمة لنيل درجة الدّكتوراه، كلية القانون، كلية الدّراسات العليا، جامعة الخرطوم، 2005.

4. **حمودي ناصر**، *النّظام القانوني لعقد البيع الدّولي الالكتروني المبرم عبر الإنترنت*، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

5. **زروتي الطيب**، *النّظام القانوني للعقود الدّولية في القانون الجزائري المقارن*، الجزء الأول، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدّولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،1991.

6. **شويرب خالد**، *القانون الواجب التّطبيق على العقد التّجاري الدّولي*، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، 2009.

7. **كاظم لطالب حسن علي**، *تسوية المنّازعات النّاشئة عن عقد التّرخيص الدّولي*، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية القانون، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005.

ب-مذكرات الماجستير:

1. **بلاق محمد**، *قواعد التّنازع والقواعد المادية في منّازعات عقود التّجارة الدّولية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011.

2. **بن غرابي سمية**، *عقود التّجارة الإلكترونية ومنهج تنّازع القوانين*، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع: قانون التّعاون الدّولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

3. **بوطالبي زينب**، *الإيجاب والقبول في التّعاقد الالكتروني*، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2014.

4. **تكليت زوينة**، *القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية الدّولية*، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع: قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011.

5. **جارد محمد**، *دور الإرادة في التّحكيم التّجاري الدّولي، دراسة مقارنة*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.

6. **خليفي سمير**، *حلّ النّزاعات في عقود التّجارة الإلكترونية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدّولي، تخصص: قانون التّعاون الدّولي، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010.

7. **سعد الدّين أمحمد**، *العقد الدّولي بين التّوطين والتّدويل*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشّلف، 2008.

8. **عتيق حنّان**، *مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التّعاون الدّولي، المركز الجامعي أكلي أولحاج، البويرة، 2012.

9. **علاونة راضي نبيه راضي**، *القانون الواجب التّطبيق على الأموال، دراسة مقارنة*، أطروحة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدّراسات العليا في جامعة النّجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،2015.

10. **العوض الطيب حسن عبد اللّه**، *إبرام وتنفيذ العقد الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة*، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدّراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الرّباط الوطني،2015.

11. **عيد عبد الحفيظ**، *مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الدّولية*، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع: قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.

12. **محمود عبد اللّه ذيب عبد اللّه**، *حماية المستهلك في التّعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة*، أطروحة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدّراسات العليا، جامعة النّجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

13. **مرزوق نور الهدى**، *التّراضي في العقود الإلكترونية*، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

14. **يحيى يوسف فلاح**، *التّنظيم القانوني للعقود الإلكترونية*، أطروحة لاستكمال نيل درجة الماجستير في القانون الدّولي الخاص، كلية الدّراسات العليا، جامعة النّجاح الوطنية في نابلس، فلسطين،2007.

ثالثا: المقالات:

1. **أبو صبيع عبد الرّسول كريم**، «أثر الغش نحو القانون على ظرف الإسنّاد»، مجلة الكوفة، العدد 19، 2010.

2. **بشابشة زياد محمد فالح، الحراكي أحمد، قطان عماد**، «دور إرادة أطراف التّعاقد في اختيار القانون الواجب التّطبيق في الالتزامات التّعاقدية وفق القانون الأردني»، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 30، 2013، ص ص. 353 – 392.

3. **بن عبد اللّه عادل**، «الاعتبارات العملية للدّفع بالنّظام العام»، *مجلة المفكر*، العدد الثالث، 2008، ص ص. 220-234.

4. **تدريست كريمة**، «إشكالية القانون الواجب التّطبيق على النّزاعات الإلكترونية»، ملتقى الآمن المعلوماتي ومهدداته وسبل الحماية، كلية الآداب واللّغات، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 3-4 نوفمبر 2015، ص ص.1-19.

5. **الحداد يوسف سليمان عبد الرّحمان**، «القواعد الموضوعية في القانون الواجب التّطبيق على منّازعات عقود النّفط»، المؤتمر السّنوي التّاسع عشر حول التّحكيم في عقود النّفط والإنشاءات الدّولية المنعقد في صلالة، عمان، 26-28 أغسطس، 2014، ص ص.1-159.

6. **حمودي ناصر**، «نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تّنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل»، مجلة معارف، السنّة الثالثة، العدد 5، 2008، ص ص.149-188.

7. **سلامة أحمد عبد الكريم**، «الإنترنت والقانون الدّولي الخاص: فراق أم تلاق»، بحوث القانون والكمبيوتر والإنترنت، المجلد الأول، الطبعة الثّالثة، كلية الشّريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتّحدة، 2004، ص ص.23-98.

8. **موكة عبد الكريم**، «القانون الواجب التّطبيق على المنّازعات الخاصة بالثّمن»، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد10، عدد02، 2014، ص ص. 211-325.

9. **الهواري أحمد**، «عقود التّجارة الإلكترونية في القانون الدّولي الخاص «مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشّريعة والقانون، المجلد الرّابع، غرفة تجارة وصناعة دبي، 10-12 مايو 2003، ص ص.1645-1664.

10. **يوسفي نور الدّين وبروك إلياس**، «تطبيق منهج قاعدة التّنازع الدّولية على عقود التّجارة الإلكترونية»، مجلة المفكر، العدد 13، 2016، ص ص. 251-269.

رابعا: النصوص القانونية:

1-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتّضمن القانون المدني، ج. ر.ج.ج.، عدد 78 صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل ومتمم.

خامسا: الوثائق: متاحة على الموقع الإلكتروني:

http://www.uncitral.org

1. قواعد الأونسيترال للتحكيم، الصادرة عام 1976 والمنقحة لاحقا. هذه القواعد متاحة على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
2. قانون الأونسيترال النّموذجي بشأن التّجارة الإلكترونية مع الدّليل التّشريعي 1996 مع المادة 5 مكرر 1 الإضافية بصيغتها المعتّمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتّحدة،رقم المبيع A.99. V.4، 2000.
3. قانون الأونسيترال النّموذجي بشأن التّوقيعات الإلكترونية مع دليل الإشتراع 2001، منشورات الأمم المتّحدة، رقم المبيع A.02. V.8.
4. قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، ويشار إلى أنه جرى تعديله عام 2006، متاح على الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

II. – باللغة الفرنسية:

1–Mémoire:

KOTEICHE Lama A ., La loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'études approfondies en droit interne et international des affaires, Faculté de droit et des sciences politiques et administratives libanaise, Beyrouth, 2005, p.16.

2 -Article:

TRUDEL Pierre, la lex éléctronica, p.221.En ligne sur le site web: https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/55p p .221-268.

فهرس

مقدمة 01

الفصل الأوّل: تطبيق قواعد الإسنّاد التّقليدية على عقود التّجارة الإلكترونية

.....

.....04

المبحث الأول: اتفاق الأطراف على القانون الواجب التّطبيق على عقود التّجارة الإلكترونية 05

المّطلب الأول: الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في عقود التّجارة الإلكترونية 05

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة 06

أولا–مبدأ سلطان الإرادة في التّشريعات المقارنة 06

ثانيا–مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاقيات الدّولية..... 10

الفرع الثّاني: طرق التّعبير عن الإرادة 12

أولا–التّعبير الصّريح..... 12

ثانيا–التّعبير الضّمني 15

المطلب الثّاني: تعطيل تطبيق قانون الإرادة على عقود التّجارة الإلكترونية . 17

الفرع الأول: قيود مبدأ سلطان الإرادة..... 17

أولا–النّظام العام..... 17

ثانياً –حماية المستهلك..... 19
ثالثا–الغش والتّحايل نحو القانون 21
ثالثاً–عدم وجود صلة بين القانون المختّار والعقد..... 22
الفرع الثّاني: صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقود التّجارة الالكترونية .....
.....22
أولاً–صعوبات الإرادة الصريحة..... 23
ثانياً–صعوبة الإرادة الضمنية 25
المبحث الثّاني: عـدم اتفاق الأطـراف على اختيار القانـون الواجـب التّطبيـق 27
المطلب الأول: ضوابط الإسناد التّقليدية 27
الفرع الأول: الإسناد الجامد للرّابطة العقدية 28
أولاً–قانون الموطن المشترّك للمتّعاقدين 28
ثانياَ–قانون محل الإبرام والتّنفيذ 29
ثالثاً–قانون الجنسية المشترّكة 31
الفرع الثّاني: الإسناد المرن للرّابطة العقدية..... 32
أولا–التّركيز الموضوعي 32
ثانيا–فكرة الأداء المميز 33
المطلـب الثّانـي: مدى ملاءمـة تطبيق ضوابـط الإسنّـاد التقليديـة علـى عقـود التّجـارة
الإلكترونية 36

الفرع الأوّل: الصعوبات التّي تواجهها ضوابط الإسنّاد التّقليدية 36
أوّلا–صعوبة تحديد الجنسية المشتركة للأطراف والموطن المشترك لهم 36
ثانيا–صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد أو مكان التّنفيذ 37
ثالثا–صعوبة التّركيز الموضوعي..... 38
رابعا–صعوبة الاعتماد على نظرية الأداء المميز 39
خامسا–صعوبة الاعتراف بالعالم الافتراضي 40
الفرع الثّاني: محاولة تفادي الصعوبات التّي يثيرها قواعد الإسنّاد التّقليدية.. 40
الفصل الثّاني: تطبيق القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية كحلّ لمشكلة القانون الواجب التطبيق 41
المبحث الأول: ماهية القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية 42
المطلب الأوّل: مفهوم القواعد المادية 42
الفرع الأوّل: تعريف القواعد المادية..... 43
الفرع الثّاني: خصائص القواعد المادية 44
أولا–قانون طائفي ونوعي 45
ثانيا–قانون تلقائي 45
ثالثا–قانون دولي موضوعي..... 46
المطلب الثّاني: مصادر القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية 47
الفرع الأوّل: القواعد المادية ذات النّشأة التّنظيمية..... 48

أوّلا–الاتفاقيات الدّولية 48
ثانيا–التّوصيات الدّولية 50
ثالثا–قواعد السّلوك 51
رابعا–العقود النّموذجية 54
خامسا–قضاء التحكيم الإلكتروني 56
سادسا–توحيد اختيار القواعد القانونية 57
الفرع الثّاني: القواعد ذات النّشأة التلقائية 57
أولاً–الممارسات التّعاقدية 58
ثانياً–الأعراف والعادات المستقّرة 59
المبحث الثّاني: تقييم القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية 61
المطلب الأوّل: مدى تمتّع القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية بصفة النّظام القانوني 61
الفرع الأوّل: تعريف النّظام القانوني 61
الفرع الثّاني: الخلاف الفقهي حول وجود النّظام القانوني للقواعد المادية .. 64
أوّلاً –الاتجاه النافي لصفة النظام القانوني عن القواعد المادية الالكترونية... 65
ثانياً–الاتجاه المؤيد لصفة النظام القانوني عن القواعد المادية الالكترونية... 66
المطلب الثّاني: مدى ملاءمة القواعد المادية لعقود التّجارة الإلكترونية 67
الفرع الأول: انعدام الإلزام ونقص قواعد القواعد المادية الإلكترونية 68

أولا–انعدام الإلزام في القواعد المادية الإلكترونية 68
ثانيا–نقص وقصور القواعد المادية الإلكترونية..... 69
الفرع الثّاني: عدم تمتع قواعد التّجارة الإلكترونية بالقيمة القانونية 69
خاتمة 72
قائمة المراجع 75
الفهرس..... 85