جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة ماستر

فرع: الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

رقم:..

إعداد الطالبتين:

جيماوي هاجر / حساسنة أميمة

يوم: 2022/06/28

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

لجنة المناقشة:

بدرة لعور	أ. ت.ع	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
عقوني محمد	أ.م.أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا ومقررا
دحموش فائزة	أ. م.أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: **2022-2021**

شكر وعرفان

الحمد لك ربي حتى ترضى ، والحمد لك إذا رضيت

والحمد لك بعد الرضى فالحمد والشكر لله

الذي يسر أمرنا ومنحنا الرشد والثبات لإتمام هذا العمل.

جميل أن يكون الشخص على عتبة التتويج، والأجمل أن يجد أشخاصا ساعدوه في بناء المعرفة، فلا يجد ما يقدم لهم سوى كلمات الشكر والتقدير.

حيث أنه ما أشرقت في الكون وأي حضارة إلا وكانت من ضياء المعلم فان قلت شكرا لن يوفي شكري حقا.

وفي هذا الصدد نشكر كل أساتذتنا في كل مشوارنا الجامعي

حيث نتوجه بجزيل الشكر للأستاذ "عقوني محمد" على قبوله الإشراف على هذا العمل وعلى كل التوجيهات والنصائح التي قدمها لنا والذي أقول له بشراك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :

" إن الحوت في البحر، والطير في السماء، ليصلون على معلم الناس خيرا".

ويقتضي منا واجب العرفان بالجميل والشكر الجزيل لكل أعضاء اللجنة على قبولهم مناقشة هذا الموضوعّ ،وبعد انجاز هذا العمل أن نعرب عن عظيم التقدير و امتنان لكل

من أسدى لنا يد العون من قريب

أو من بعيد وبأي صورة وعلى أي وجه كان.

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم: (قل اعملوا فيسري الله عملكم ورسوله والمؤمنون)

صدق الله العظيم

الهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ... ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك ...ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

الله جل جلاله

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة...ونصح الأمة...إلى نبي الرحمة ونور العالمين...

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى الذي علمني كيف أمسك بالقلم وكيف أخطط الكلمات بلا ندم....

إلى من علمني النجاح والصبر إلى من كان معي في موجة الصعاب وارتويت من حنانه.....فأسأل الله أن يجزل له العطاء.....

والدي العزيز

إلى من تتسابق الكلمات لتخرج معبرة عن مكنون ذاتها....إلى من علمتني وعانت الصعاب لأجل إلى ما أنا فيه وعندما تكسوني الهموم أسبح في بحر حنانها ليخفف من ألامي...

أمي الغالية.

إلى من يضيئون لي الطريق ويساندوني .....إلى من يتنازلون عن حقوقهم لإرضائي

إخواني أخواتي.

إلى من كانت بمثابة الأخت لي في مشواري الجامعة إلى **"أنفال حامدي".**

إلى من كانوا معي بمثابة الأخ والأخت لي إلى جميع الأصدقاء والزملاء دون استثناء

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد ولو بابتسامة صادقة أو رفع يديه ودعا لي بإخلاص...

إلى كل هؤلاء أهدي عملي.

جيماوي هاجر

الإهداء

إلى الذي وهبني كل ما يملك حتى أحقق له لآماله،

إلى من كان يدفعني قدما نحو الأمام لنيل المبتغى إلى مدرستي الأولى في الحياة؛

" **أبي**" الغالي على قلبي أطال الله في عمره.

إلى التي وهبت فلذة كبدها كل العطاء و الحنان،إلى التي صبرت على كل شيء و كانت دعواتها لي بالتوفيق تتبعني في كل خطوة أخطوها، إلى من ارتحت كلما تذكرت ابتسامتها في وجهي،

نبع الحنان" **أمي**"

جزاها الله عني خير الجزاء في الدارين ، اليهما اهدي هذا العمل المتواضع .

إلى أخواتي من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات و الصعاب

" **هـــــــاجـــــر، نـــــســـــيـــــبـــــة وبلقيس** "

إلى المشاغبتين " **آمنة لجين و ميسون** "

إلى من اعتمد عليه في كل صغيرة و كبيرة ؛ أخي الحبيب " **محمد صلاح الدين** "

إلى صديقاتي كل بإسمه ، " **آية دنيا، ياسمين ، نسيمة ، منال و صونيا** "

الى من كانت عونا لي في هذا العمل و نعم السند ؛ زميلتي **هاجر جيماوي**

إلى أستاذي الموقر" **عقوني محمد**" الذي رسم لي الطريق الصحيح لنجاح هذا العمل ،

إلى كل أساتذة قسم الحقوق

إلى كل من نساه قلمي و تذكره قلبي

إلى كل هؤلاء اهدي هذا العمل .

حساسنة أميمة

مقدمة

مقدمة:

الإنسان كائن اجتماعي بفطرته و طبيعته منذ القدم يحب الاتصال والتواصل خاصة في ظل هذا الزمن المتطور ، حيث أنه ظهرت العديد من وسائل الاتصال و التواصل لتجعل من هذا العالم قرية صغيرة ، مما أدى إلى اندلاع ثورة تكنولوجية التي من أبرز مظاهرها عقود التجارة الالكترونية حيث لها أهمية بالغة من الناحية الاقتصادية و الاجتماعية، فقد أدى إلى تحول طرأ على أنماط التعامل التجاري سواء كان بين الأفراد أم بين المؤسسات من طريقة مباشرة إلى طريقة غير مباشرة يعتمد على وسائل الكترونية حديثة عن بعد من أهمها الحاسوب الآلي الذي يعمل بواسطة شبكة الانترانت الذي أصبح سوق افتراضي دون الحاجة إلى الالتقاء المادي ،وتتسم هذه العقود بالطابع الدولي لأنها تنعقد بين أطراف كل واحد منها ينتمي إلى دولة معينة باستخدام وسائل علمية الحديثة في المعاملات وهذا ما يعرف بعصر العولمة الذي أصبحت فيه التجارة الالكترونية جزء لا يتجزأ من الاقتصاد العالمي التي تمكن التجار والمستهلكين من التواصل .

إن هذا النوع الجديد من المعاملات الالكترونية يواجه العديد من التحديات أمام النظم القانونية المختلفة عبر العالم ،كالتعبير عن الإرادة ، وتطابقها عن طريق تبادل رسائل البيانات ، وبروز أشكال الانتهاكات في بيئة التجارة الالكترونية مما أدى إلى تزايد النزاع في هذا المجال وبروز إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية عند تسوية المنازعات الناتجة عن مختلف العقود المبرمة في البيئة الافتراضية نظرا لنقص التشريعات أو التشريع خاص ينظم مثل هذه العقود .

وان كانت الوسائل الالكترونية قد ساهمت بشكل فعال في نمو التجارة الالكترونية فان هاته الأخيرة هي الأخرى تساهم في نمو الاقتصاد الدولي حيث أنه في الوقت الحاضر تسعى مختلف الدول في البحث عن حلول لجميع الصعوبات التي تواجهها وذالك لتحقيق دورها المهم والمتمثل في خدمة أهداف التنمية و التقدم ،لما لها من تأثير كبير على المحيط الذي يتم تفيذها فيه فهي تلبي أهداف سياسية واجتماعية واقتصادية.

ونظرا لانتشار هذا النوع من المعاملات التي تتم بين أطراف يقيمون في بلدان مختلفة ويحملون جنسيات مختلفة في العالم الافتراضي لا يعترف بالحدود فتح أبواب الجدل الفقهي

واسعا لتحديد القانون الواجب التطبيق على المعاملات الالكترونية في حالة وقوع نزاع بين الأطراف المتعاقدة وجعل من خلال التشريع المقارن يجتهد في وضع النصوص والقواعد الضابطة لهذا الجانب المهم في المعاملات الالكترونية ، وعليه كان علينا من الضروري أن نسلط الضوء على القانون الذي يحكم هاته العقود .

أهمية الدراسة :

تكمن أهمية هذا الموضوع (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية) إلى:

* الانتشار الواسع للتجارة الالكترونية و النمو المتزايد لها خاصة في عصرنا الحالي الذي انتشرت فيه الأوبئة المعدية الذي جعل معظم دول العالم تغلق حدودها ولكي تواجه صعوبات و مشاكل تواجه اقتصادها ، لجأت إلى التعاقد عبر الانترنت لتسهيل العملية التجارية والحفاظ على الاقتصاد العالمي .

*يقتضي موضوع القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية تسليط الضوء على العوائق التي تواجهها لضمان استمراريتها فهي قد أثارت جدل كبير بين الفقهاء.

* تزايد العائد المالي وحجم الاستثمارات الكبيرة في البيئة الافتراضية .

وبناء على ما سبق قد عملنا جاهدين قدر الإمكان للمساهمة بهذا العمل لتوضيح القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية لكونه أصبح من أهم المواضيع التي تفرض نفسها ويفتح أفاق بحثية مهمة .

أسباب اختيار الموضوع :

إن دوافع و أسباب اختيارنا لهذا الموضوع تعود إلى عدة أسباب موضوعية و أسباب شخصية من أهمها :

- الأسباب الموضوعية :

إن موضوع البحث يتعلق بعقود تتنامى وتتزايد يوما بعد يوم فالأمر يحتاج إلى تبيان أطره القانونية الملائمة لتنظيم هاته العقود من أجل تحقيق الأمان قانوني للمتعاقدين في هذا النوع من العقود ، وـــأنها تقدم تحليل شامل لجميع قضايا المتصلة بالقانون الواجب التطبيق على هاته العقود ، و نظرا إلى الصعوبات القانونية التي تواجهه تطبيقه.

- الأسباب الشخصية :

هي الرغبة الملحة في دراسة هذا موضوع الذي يدخل في صلب تخصص قانون الأعمال خاصة إن الجزائر ومن خلال التشريعات الحديثة في هذا المجال حاولت توسيع نطاق تطبيق عقود التجارة الالكترونية، والرغبة في دراسة هذا الموضوع بشكل جدي ومحاولة إيجاد حلول للإشكالات العديدة التي سوف نتطرق إليها والتي يثيرها هذا الموضوع.

أهداف الدراسة :

تتلخص أهداف الدراسة هذا الموضوع في النقاط الآتية:

*الإحاطة بكل جوانب القانونية لعقود التجارة الالكترونية .

*التطرق إلى مختلف القوانين التي تحكم عقود التجارة الالكترونية من معاهدات واتفاقيات الدولية والنصوص التشريعية .

*معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني في حالة غياب أو حضور الأطراف.

الإشكالية:

نظرا لكون أن هذا الموضوع من المواضيع البارزة في عصرنا الحالي فعليه هو الأخر يطرح إشكالية نحاول دراستها والتي تتمثل في: ما مدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية مع عقود التجارة الالكترونية ؟.

المنهج المتبع :

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

الدراسات السابقة :

رغم وجود العديد من الدراسات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني ،حيث أنه من أبرز الدراسات التي اعتمدنا عليها هي :

-**الدراسة الأولى :** هي مذكرة ماجستير بعنوان " قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية للباحث "محمد بلاق" عن جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، تناول في فصله الأول سيادة قواعد التنازع في حل منازعات عقود التجارة الدولية حيث درس فيه أولا عقود التجارة الدولية ومشكلة تنازع القوانين ،ثم أشار ثانيا إلى مظاهر الأخذ بقواعد التنازع في منازعات عقود التجارة الالكترونية .

بعدها تناول في الفصل الثاني تنامي دور القواعد المادية في حل منازعات التجارة الدولية، الذي تناول في أولها خضوع عقود التجارة الدولية للقواعد المادية في القانون الدولي الخاص، ثم أشار ثانيا إلى تقييم دور القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية.

-**الدراسة الثانية :** معنونة ب"القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية "، أطروحة لنيل شهادة دكتوراء في العلوم القانونية ،للباحثة" فقير فائزة " عن جامعة الجزائر 01، التي بحثت في كل جوانب دراستها فقد جائت الدراسة في بابين أولهما تحديد القانون العقود التجارة الالكترونية بين المنهج المتنازعي والمباشر الذي تناول في كل فصل كل منهج على حدى .

أما الباب الثاني فهو لا يرتبط بالموضوع الذي تناولناه في مذكرتنا بأية صلة وهو نطاق القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية و تسوية منازعاتها .

-**الدراسة الثالثة :** هي عبارة عن مذكرة ماجستير تحت عنوان" سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي " ، للدكتور " أحمد حميد الأنبري " عن جامعة الشرق الاوسط ، حيث أن هاته الدراسة تناولت في أولها ماهية العقد الدولي حيث أن الجزء لم نتناوله في الدراسة .

أما ثانيا تناول فيه خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة حيث تناولناها في مضمون الدراسة و ثالثا فقد تناول التعين التشريعي والقضائي لقانون العقد حيث لم نتناول هذا الجزء في الدراسة.

تقسيم الدراسة:

لقد اعتمد الباحثتين في دراستهما على التقسيم المزدوج وذالك في فصلين على أساس طبيعة الموضوع حيث أن الفصل الأول جاء تحت عنوان **تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الالكترونية،** وقسمناه إلى مبحثين أولهما تطبيق قواعد الإسناد الأصلية في عقود التجارة الالكترونية، أما المبحث الثاني فقد تطرقنا فيه على تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية .

أما الفصل الثاني فجاء موسوما ب**" تطبيق القواعد المادية في عقود التجارة الالكترونية "،** وقسمناه أيضا إلى مبحثين ، الأول تناولنا فيه مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية، وخصصنا المبحث الثاني إلى أن القواعد المادية كحل لمنازعات التجارة الالكترونية.

الفصل الأول:

تطبيق قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية

تمهيد :

إن استخدام الأنترنت في مجال التجارة يعد من أحد المواضيع في الوقت الحالي إثارة للجدل، مما خلق لنا نوعا جديد من التعاقد بين الأفراد ألا وهو عقود التجارة الالكترونية التي لها مميزات لا تتوفر في العقود التقليدية لكونها مبرمة في بنية افتراضية وتتم عن بعد وعابرة للحدود،مما ترتب عنه بروز عدة مشاكل عنها من أبرزها النظام القانوني الذي يحكمها.

حيث أننا في هذا الفصل سوف نتناول مدى صلاحية تطبيق قواعد الإسناد في حكم عقود التجارة الالكترونية ّ، وذلك من خلال تقسيمه إلى مبحثين أولهما يتناول تطبيق قواعد الإسناد الأصلية في عقود التجارة الالكترونية ،أما المبحث الثاني يتناول تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية على هاته العقود.

المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد الأصلية في عقود التجارة الالكترونية.

تعد عقود التجارة الالكترونية من أهم العقود في واقعنا الاقتصادي الحالي حيث أصبحت من أكثر الوسائل خلقا للنشاط التجاري ، وأداة قانونية مهمة يتحدد بها استقرار التعاملات التجارية لذالك قامت جل التشريعات المختلفة بضبطها عن طريق قواعد قانونية من أجل تنفيذها على أكمل وجه ، و لأن أغلبية معاملات عقود التجارة الالكترونية تتم خارج إقليم الدولة استوجب تحديد قانون الواجب التطبيق عليها .

حيث أنه في هذا السياق يظل قانون الإرادة هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب على هذه العقود وهذا ما أكده اتفاقية روما لعام 1980 التي تنص في المادة 03 فقرة 01 منها التي تحمل حرية الاختيار ، كما أقرت في الفقرة الثانية على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد[1]، وبناء على ما تقدم فان محور الدراسة في هذا المبحث تناولنا مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية (مطلب أول) ،وإشكاليات تطبيق قانون الإرادة على هاته العقود والحلول المقترحة لها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية.

إن معظم التشريعات جاءت على أن لقانون الإرادة دور هام في عقود التجارة الدولية حيث أنها" الاعتراف للأطراف بحق الاختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم و إعطائهم الحرية الكاملة وعدم تقييدهم " [2]، وعليه نستشف أن القانون يسمح للمتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ،ولهذا سوف نسلط الضوء في هذا المطلب على مبدأ قانون الإرادة مابين الآراء الفقهية و القانون (فرع أول) ، وكيفية تحديد إرادة الأطراف في القانون الواجب التطبيق على هاته العقود (فرع ثاني).

---

[1] محمد بلاق ،"قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية "، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، الجزائر، 2011/2010، ص 51/50.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، "قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية قانون الإرادة وأزمته "، طبعة غير موجودة ،دار النهضة العربية ، الإسكندرية ،2008، ص 157.

الفرع الأول: مبدأ قانون الإرادة ما بين الآراء الفقهية والقانون.

نظرا لأن مبدأ قانون الإرادة أصبح ضابط رئيسي في عقود التجارة الدولية وكذلك القانون الدولي الخاص فقد ظهرت أراء فقهية و قانونية حوله ، لهذا سوف نسلط الضوء على ما تناوله الفقهاء (أولا) ، وما تناوله القانون (ثانيا) حول هذا المبدأ.

أولا:مبدأ قانون الإرادة في نظر الفقهاء.

لقد تناول العديد من الفقهاء هذا المبدأ، وقد أسفر عنه اختلافات كبيرة وترجع للدور الذي يقوم به هذا المبدأ ، حيث ترجم هذا الاختلاف إلى نظريتين النظرية الشخصية والموضوعية.

1/ النظرية الشخصية :

ترأس هذه النظرية الفقيه البلجيكي لوران الذي اعتبر إرادة المتعاقدين تشكل قانونا [1]، حيث اتجه أنصار هذه النظرية إلى إسنادها إلى مبدأ سلطان الإرادة فيما يخص إرادة و اتفاق الأطراف ، أي أنه لا يمكن إلزام الأطراف إخضاع عقدهم إلى قانون أخر غير الذي اختاروه ، حيث أن اختيار القانون التي تخضع له تلك العلاقة التعاقدية هو اندماجه بالعقد بوصفه شرطا من الشروط التعاقدية التي يملك المتعاقدون الاتفاق على ما يخالفها حتى لو اتسمت بطابع الأمر، أي أن القانون الذي عينته إرادة المتعاقدين تتمتع بالحرية الكاملة في إبرام العقود وتنظيمها وتحديد شروطها بغض النظر عن صلة القانون بالعقد[2] .

2/النظرية الموضوعية:

يرجع أصل هذه النظرية إلى الفقيه الألماني سافيني إلا أنها تطورت وتبلورت في يد الفقيه باتيفول[3]، حيث ظهرت على أنقاض النظرية الشخصية حيث ارتكزت هذه النظرية على الأساس الموضوعي لإرادة المتعاقدين وهو إخضاع العقد لقانون دولة معينة بالذات " توطين

---

[1] أحمد حميد الأنباري ، "سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الدولي"، مذكرة لنيل الماجستير ، تخصص قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشرق الأوسط ،عمان ، كانون الأول،2017، ص 58.

[2] سلطان عبد الله محمود الجواري ، "عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة مقارنة" ، طبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،2010، ص ص 112/111.

[3] أحمد حميد الانباري ، المرجع السابق ، ص 59.

العقد"، أي تقوم على الأخذ بالقانون الأكثر ملائمة أي أطراف العقد يتفقون على تحديد لوقائع التي يتوطن بها العقد من بين هذه الأمور مكان إبرام وتنفيذ العقد، فالتوافق بين القانون المختار والتوطن شرط ضروري وليست الإرادة وحدها كافية ، فالقاضي هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق ضمن القواعد القانونية خاصة بالدول التي يتم إخضاع العقد لها[1]،آي أن حرية المتعاقدين ليست طليقة وإنما مقيدة باختيار قانون ، حيث أن دور الإرادة ينحصر في تركيز العلاقة العقدية في إطار نظام قانوني ليست له صلة بهذه العلاقة مما يبرر خضوعها لأحكام العقد إلى قاعدة الإسناد في دولة القاضي[2].

ثانيا: مبدأ قانون الإرادة في نظر القانون .

نتناول هذا المبدأ في كل من القوانين الوضعية(أولا) ، والاتفاقيات الدولية (ثانيا).

1/ موقف التشريعات المقارنة من مبدأ قانون الإرادة في القوانين الوطنية :

لقد اختلفت التشريعات في تنظيم هذه المسألة هناك من حصر تنظيمها في إطار المعاملات الالكترونية و منها من أرجعها إلى القواعد العامة الموجودة في قانون الدولي الخاص حيث سوف نتناول أمثلة من هاته الدول.

أ/ موقف التشريع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة:

المشرع الجزائري لم يتطرق لهذا المبدأ في قانون التجارة الالكترونية و إنما ترك الأمر إلى القواعد العامة للقانون الدولي الخاص المنظمة في القانون المدني الجزائري[3]،المنصوص عليها في المادة 18 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري حيث نستشف من خلال هاته المادة أن المشرع أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على

[1] سلطان عبدالله محمود الجواري ، المرجع السابق، ص 113/112.

[2] محمد فواز المطالقة ، "الوجيز في عقود التجارة الالكترونية" ، طبعة الأولى، دار الثقافة ، عمان ،2008، ص 143.

[3] كوثر مجدوب ، "حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الالكتروني الاستهلاكي"، مجلة تاريخ العلوم ، عدد08 جامعة سكيكدة ، جوان 2017، ص 266.

عقدهم و لكن ليست مطلقة[1]، حيث قيدها بضرورة وجود صلة حقيقة بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد ، ويقصد بالصلة الحقيقية أن يكون القانون المختار له ارتباط فعلي بين المتعاقدين كقانون جنسيتهما أو موطنهما ، أو ارتباط فعلي بالعقد كقانون إبرام العقد أو تنفيذه، وهناك من يرى بأن الصلة الحقيقية يقصد بها العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين ، حيث يجب على الأفراد الاختيار من النظم القانونية التي كان للقاضي أن يختارها لو كان له الحق في ذلك أي أن المشرع أخذ بالنظرية الموضوعية ،حيث لم يميز بين الإرادة الصريحة والضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد[2] .

ب/موقف التشريع السوري من مبدأ قانون الإرادة:

أخذ بضابط الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني في قانون المعاملات الالكترونية رقم 2014/03 حيث نص في المادة 11 فيه على ما يلي : ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الالكتروني في القانون الواجب التطبيق يطبق على القانون الواجب التطبيق على قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني [3]، أي أنه إن لم يتفق أطراف العقد الالكتروني فهنا تطبق القواعد العامة الموجودة في قانون الدولي الخاص السوري الذي نضمها في قانون المدني السوري منظمة من المادة 11 إلى 30 منه [4] ، وذالك في نص المادة 20 من القانون المدني السوري حيث أنه أخذ بضابط الإرادة كقاعدة إسناد أصلية [5].

---

[1] مادة 18 فقرة 01 من الأمر 75-58 ، المؤرخ في 1975/09/26 **المتضمن القانون المدني الجزائري** ، المعدل والمتمم ،ج ر ج ج،العدد78، المؤرخة في 1975/09/308"" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ".

[2] كوثر مجدوب، المرجع السابق ، ص 266.

[3] نفس المرجع ، ص 267/266.

[4] فواز صالح ،" **قانون دولي خاص**"، http://arab-ency .com ،تاريخ التحميل 2022/05/08.

[5] تنص المادة 20 من القانون السوري من المرسوم التشريعي/ 84/ **المتضمن القانون المدني السوري** لعام 1949/05/18 " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، إذا اتحدا موطنا .فان اختلفا موطنا ، يسرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد . هذا إذا لم يتفق المتعاقدان ، أو تبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه ".

ج/ موقف التشريع الفرنسي من مبدأ قانون الإرادة:

لا يوجد نص مكتوب يتبنى قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة إلا أنه يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد تبنى هذه الفكرة وذلك من خلال تجليها في عديد من الأحكام القضائية، حيث ليست هناك أية قيود على حرية الأطراف ما عدا فيما يتعلق بعدم مخالفة النظام العام وفي حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1935/06/04 رفضت فكرة تجزئة عقد وقررت تطبيق قانون الإرادة هذا في حالة الإرادة الصريحة، أما استخلاص الإرادة الضمنية تكون من مهمة القاضي تحديد ملابسات وظروف الحال[1]، أما بعد انضمام فرنسا إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في 1963/07/30 حيث عينت القانون الواجب التطبيق وفق هذه الاتفاقية وطبقت مبادئها[2].

2/ موقف القانون من مبدأ قانون الإرادة في الاتفاقيات الدولية :

من أبرز هذه الاتفاقيات هي اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و التي جاءت عامة لا صعوبة في تطبيقها على عقد التجارة الالكتروني ، حيث أنها أخذت بضابط الإرادة في نص المادة 03 منها والتي تنص فيها على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق والذي يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا حيث نتج عن هذه الحرية ثلاث نتائج وهي إمكانية تجزئة العقد وهذا ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 03 ، وحق الأطراف في تعديل القانون الواجب التطبيق و طبقا لنص المادة 03 الفقرة الثانية و أيضا يمكن اختيار قانون ليس له صلة بالعقد، ومن ثاني أبرز الاتفاقيات اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنقولات المادية حيث جاء في نص المادة 02 منها أنه يخضع البيع لقانون البلد المعين من طرف الأطراف المتعاقدة [3]، حيث استبعدت الأهلية وشكل العقد من نطاق قانون الإرادة بموجب المادة 03 منه ، أما اتفاقية لاهاي لعام 1985 كانت بديلا لاتفاقية لاهاي 1955 حيث أخذت

---

[1] سلطان عبدالله الجواري ، المرجع السابق، ص 128.

[2] فقير فائزة ،"**القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية**"،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ، تخصص قانون خاص عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر01، 2018/2017، ص 98.

[3] كوثر المجدوب المرجع السابق ، ص 267.

بالتطورات الحديثة و من أهمها ما جاء في اتفاقية فيينا لعام 1980 بخصوص توحيد الأحكام الموضوعية لعقد البيع الدولي للبضائع حيث أن المادة 07 منه تبنت قانون الإرادة كقاعدة إسناد ، حيث رفضت الإحالة بنص المادة 15 وأن القانون المطبق بصرف النظر في كونه أحد قوانين الدول المتعاقدة ،فلم تستعمل أيضا القانون الداخلي للبلد كما ورد في الاتفاقية سابقة لعام 1955 حيث تركت للطرفين الحرية الكاملة في اختيار أي قانون ولو كان مستقلا عن أي قانون وضعي بما في ذلك قانون التجارة الدولية[1].

الفرع الثاني: كيفية تحديد إرادة الأطراف في عقود التجارة الالكترونية.

إن معظم التشريعات القانونية اعترفت للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، إلا أن هذا الاعتراف يثير التساؤل حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد قانون الإرادة حيث أنه قد تكون صريحة (أولا) أو ضمنية(ثانيا).

أولا : التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية.

صار من المألوف في التجارة الالكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم وهو ما سماه الفقه بشرط الاختصاص التشريعي ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد[2] ، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الالكترونية التي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أفريل 1998 ليحكم المعاملات التي بين المهنيين و المستهلكين، فينص هذا العقد أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه[3]، وبالتالي يمكن للمتعاقدين في مجال

[1] فقير فائزة ، المرجع السابق ،ص 99/98.

[2] صالح المنزلاوي، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية" ، طبعة غير موجودة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 283.

[3] غول سليمة، ميهوب علي ، "القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية"،مجلة الباحث القانوني ،مجلد01، عدد01، جامعة صفاقس ،تونس، 2020، ص 56.

عقود التجارة الالكترونية إخضاع عقدهم لقانون دولة تقر بصحة التوقيعات الالكترونية دون وجود أية صلة بين القانون المختار والعقد[1] .

ومنه فان تحديد الصريح للأطراف حول القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الالكترونية ما هو إلا تجسيد فعلي لمبدأ سلطان الإرادة، ويعد الحل الأمثل لمشكلة القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الالكتروني والسبب في ذلك أن الإرادة بطبيعتها غير مادية هي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الالكترونية وهي القادرة على حل منازعاتها الكترونيا[2] .

ثانيا : التحديد الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية .

التحديد الضمني هو تحديد حقيقي ولكنه غير معلن يستخلصه القاضي من ظروف الحال، وتؤكد عليه كافة التشريعات القانون الدولي الخاص المعاصر على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين[3] ،هذا ما تؤكده المادة 1 /7 من اتفاقية لاهاي لعام 1986 بالنص على انه :(اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريح أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا)،كما أن اتفاقية روما لعام 1980 نصت في المادة 3/1 على أنه يسري على عقد القانون الذي يختاره الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف التعاقد[4].

كما أن الفقه والقضاء استقر على وجود عدة قرائن تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد ، حيث لا يكتفي عادة بواحدة منها للدلالة على تلك النية غير المعلنة، فالقضاء يجمع أكثر من مؤشر وعلامة لاستنباط إرادة المتعاقدين، فعقود التجارة الالكترونية سواء كانت قد أبرمت بين مستخدمي الشبكة أو شركة تقديم المواقع أو شركات ضمان الاشتراك

---

[1] مناصرية حنان ، بشرى عزيزة ، "دور **قانون الإرادة في تطبيق العقود الالكترونية** "، مجلة الأبحاث القانونية المعمقة مركز جبل ، لبنان عدد18، أكتوبر 2017، ص 82.

[2] غول سامية ،ميهوب علي، المرجع السابق ، ص 56.

[3] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 286.

[4] غول سامية ، ميهوب علي، المرجع السابق ، ص 56.

في الشبكة أو كانت قد أبرمت بين التجار والمستهلكين يتم اختيار القانون الواجب التطبيق هنا من طرف الأطراف عبر صفحة شاشة الجهاز الالكتروني فاستخلاصا لتعبير عن الإرادة ضمنية أو صريحة يكون بواسطة تقنية الكترونية [1].

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الالكترونية والحلول المقترحة لها .

إن تحديد أطراف عقد تجارة الالكتروني للقانون الواجب التطبيق عليها من المبادئ المعترف بها ، إلا أن هذا الأمر قد يرتب عنه عدة إشكاليات لأن تلك الإرادة قد تصدر عن طريق أجهزة ووسائط الكترونية لا تملك إرادة ، وعلى هذا الأساس تطرقنا إلى صعوبات تطبيق قانون الإرادة في عقود التجارة الالكترونية (فرع أول) ،ثم نتناول الحلول المقترحة لهاته الصعوبات (فرع ثاني).

الفرع الأول: صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقود تجارة الالكترونية.

إن تحديد الطرفين عقد التجارة الالكتروني لقانون معين سواء بشكل صريح أو ضمني قد يصادفه العديد من الصعوبات ولهذا سوف نتناول كل من صعوبات التي تواجه تحديد الإرادة الصريح(أولا) ثم صعوبات في حالة تحديد الإرادة الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقود تجارة الالكترونية(ثانيا).

أولا: الصعوبات في حالة التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الالكتروني.

حتى لو قام الطرفان المتعاقدين بتحديد القانون الواجب التطبيق بشكل صريح على عقود التجارة الالكترونية، إلا أنه لا يحل الإشكالات و الصعوبات التي قد تظهر عند إبرامه، حيث

[1] محمود محمد الشيخ ،"القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الالكتروني " ،طبعة غير موجودة، دار الثقافة لنشر والتوزيع الأردن ، 2015، ص 43.

تتجلى عند مصاحبة لإبرام عقود التجارة الالكترونية، ومصاحبة للتنازع حول عقد التجارة الالكترونية.[1]

1/ الصعوبات المصاحبة لإبرام عقد التجارة الالكترونية :

لعقد التجارة الالكترونية عدة مميزات وخصائص من أبرزها هو غياب التواجد المادي لأطراف العلاقة العقدية لحظة إبرام العقد، مما يثير تساؤل حول هوية الأطراف ؟ ، وكيفية التأكد من صحة إرادتهما ؟.

أ/ صعوبة تحديد هوية الأطراف :

إن التعاقد الالكتروني بين طرفين يواجه إشكالية تحديد هوية الشخص المتعاقد معه لأنه في هذا النوع من التعاقد يتم الاعتماد بدرجة الأولى على العنوان الالكتروني وليس العنوان الحقيقي للشخص مما يثير الصعوبة حول تحديد العنوان الحقيقي لطرف المتعاقد ، حيث أن العناوين والمواقع الالكترونية تنتهي بعبارة "com أو org أو net " لا تدل على دولة معينة، حتى المواقع التي تنتهي أسمائها برموز مثل fr ،،sa أوkw لا تعطي دلالة حقيقية للعنوان الشخصي لأن التسجيل في هاته المواقع لا تحكمه قواعد العمل التجاري أو الترخيص التجاري[2].

كما توجد إشكالية أخرى متمثلة في تعذر مراقبة العناوين الالكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الأخر ، حيث هناك بعض التشريعات تحظر على التجار تخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هوياتهم و من أمثلتها التشريع الفرنسي الذي يعتبره مخالفا للقانون المؤرخ في 06 يناير 1978 المتعلق بالحريات والمعلومات هذا إن كانت قاعدة البيانات تقع في التراب الفرنسي ، حتى وان كانت الصعوبة لا تحول دون التأكد من شخصية المتعاقد وأهليته في مجال العمليات الالكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصال الدولية لأن في ذالك مصلحة للمستهلك والتاجر، فبالنظر

---

[1] حواف عبد الصمد ،"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية "، مجلة الحقيقة ، مجلد 13، عدد31، جامعة أحمد دراية ، أدرار،ديسمبر 2014، ص 167/166.

[2] نفس المرجع ، ص 167/166.

للمستهلك فان تحديد هوية المورد تمكنه من معرفة القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الالكتروني الذي يكون في الغالب قانون هذا الأخير ، أما بالنسبة للتاجر الذي يحرص على معرفة هوية الطرف الأخر كي يقدم له خدمة كي يتأكد من أهليته فهناك بعض السلع والخدمات تقدم للأشخاص دون غيرهم مما يسمح له بمعرفة إن كان مستهلك ضمن طائفة هؤلاء الأشخاص لكي لا يتعرض للعقوبة المقررة في هذا المجال [1].

ب/ صعوبة التأكد من صحة الإرادة :

إن العقود التقليدية في أصلها العام تنشاء متى توصل الأطراف إلى اتفاق بشأن أحكامه ، ما لم ينص القانون بإتباع إجراءات محددة مثل الكتابة ، الإشهار .....الخ [2]،ويترتب عن ذالك أن العقد المبرم شفهيا صحيح في أغلب الأنظمة القانونية لان المتعاقدين يتمتعون بحرية كاملة في ابرام العقود بالطريقة التي يرتضونها ، حيث أن العقد المبرم بوسائل الكترونية هو عقد صحيح بالنسبة لهذا المبدأ[3].

إن عقد التجارة الالكترونية لا ينعقد صحيحا إلا إذا صدر من شخص يتمتع بأهلية قانونية، وبما أن ما يميزه أنه يبرم عن بعد ، فان الصعوبة تكمن في كيفية التأكد من أهلية المتعاملين عبر شبكات الانترانت حيث هناك من يخفي نقص الأهلية وهناك من يدعي خلافا للواقع من أنه ممثلا عن شركة أو وكيلا أو غير ذالك ، حيث أنه قد يلجأ القاصرون لاستخدام بطاقات الائتمان الخاصة بأحد الوالدين للتعاقد أو قد تصدر الإرادة من شخص ليس له الصلاحية لتمثيل المتعاقد الأصلي (نيابية قانونية) ، أو إذا تم التلاعب في مضمون

---

[1] يوسفي نور الدين ، بروك الياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الدولية" ، مجلة الفكر، مجلد01، عدد13، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، جوان 2018، ص 254/253.

[2] جاء في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

[3] يوسفي نور الدين ، بروك الياس، نفس المرجع السابق، ص 253.

الرسالة الالكترونية أو تغيير محتواها خصوصا أن الانترانت معرضا للاختراق مما يجعل التاجر حسن النية في التعامل معهم[1].

2/ الصعوبات المصاحبة للتنازع حول عقد التجارة الالكترونية:

هناك العديد من الإشكالات المصاحبة لعقد التجارة الالكترونية من أبرز هاته الصعوبات هي صعوبة إثبات عقد التجارة الالكترونية و عدم اعتراف القانون المختار بعقود التجارة الالكترونية.

أ/ صعوبة إثبات العقد الالكتروني:

لكون أن قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة لحقوق والالتزامات حين أن لهذه الأخيرة أهمية في مجال المعاملات الالكترونية يلغي الأدلة المادية مما أدى إلى صعوبات تتمثل في:

أ/1/صعوبة إثبات العقد الالكتروني في حالة اختلاف الأنظمة في تقدير أدلة الإثبات:

لقد أثبتت الدراسات التي قامت بها لجنة الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج التبادل الالكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات و اختلاف النظم في تقديرها ، بأن هناك بلدان تتبنى قواعد الإثبات المرنة نسبيا ، حيث لا تضع طرقا محدد للإثبات تقيد بها القاضي و الخصوم ، وهناك نظم قانونية أخرى تعتمد منهجا صارما وتضع طرقا للإثبات تشكل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات الالكترونية و قد أوصت لجنة الحكومات بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام السجلات الالكترونية

[1] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، "إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية نموذجا"، ملتقى دولي الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة ،جامعة الشهيد حمد لخضر الوادي ، جزائر 03/02/ ديسمبر 2019 ، ص 164.

كأدلة إثبات بغية تفادي ما يحول دون قبولها أمام القضاء وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات [1].

أ/2/صعوبة إثبات العقد الالكتروني في حالة مدى صلاحية الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في تعديل قواعد الإثبات:

إن الأطرف عادة يتعرضون إلى مسألة مدى قبول وسائل تبادل البيانات الالكترونية في المعاملات بينهم وذالك في اتفاقات التبادل المبرمة بينهم ،وتكمن الصعوبة هنا أن اتفاقات التبادل النموذجية قد اعتمدت طرقا متنوعة إزاء تلك المسألة فبعض هذه الاتفاقات ينص على أن يقبل الأطراف الرسائل الالكترونية كدليل إثبات وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد الاتفاق على إمكانية الطعن في الدليل الالكتروني و ثمة نوع أخر يوصي بأن تعطي الأدلة الالكترونية نفس القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية وتتجلى الصعوبة هنا في أن صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلق بمدى قبول الأدلة الالكترونية في الإثبات ،يتوقف على طبيعة قواعد الإثبات في نظام قانوني معين ، وبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فعالة للاتفاقات التعاقدية وبالتالي لا يمكن التعويل عليها في حالة نزاع ، كذالك أن هذه الأحكام تكون عديمة القيمة عند وجود نص قانوني يوجب توفر دعامة مادية مكتوبة أو يتطلب وجود وثيقة أو مستند من الشروط الشكلية إلا إذا كان القانون الوطني يسمح بهذا الاتفاق [2].

ب/ عدم اعتراف القانون المختار بالعقود الالكترونية :

من الطبيعي أنه لا يوجد إشكال إن كان القانون المختار يعترف بحجية المحررات الالكترونية ويساوي بينها وبين المحررات التقليدية في الإثبات انطلاقا من مبدأ التناظر الوظيفي الذي يقصد به المساواة في حجية الكتابة الالكترونية والتقليدية بشرط أن يكون ضرورة تعيين الشخص الذي صدرت منه وتعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها لضمان سلامتها، لكن الإشكال يكون في الحالة العكسية وهي عندما يختار الأطراف قانون دوله

[1] نفس المرجع، ص 164.

[2] يوسفي نور الدين ، بروك الياس ، المرجع السابق، ص 255.

معينه لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الالكترونية والتوقيعات الرقمية مما يعرض حقوق ومصالح المتعاقدين للخطر[1].

ثانيا: صعوبات في حاله تحديد الضمني للقانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الالكترونية .

قد يتفق الطرفان المتعاقدين على اختيار قانون معين صراحة لحكم العقد القائم بينهما ولكن في بعض الأحيان لا يفضح المتعاقدين عن رغبتهم في اختيار ذلك القانون إما عمدا أو إهمالا مما يطرح مسألة البحث عن قانون الإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين الذي سوف تنتظم حول مدى اعتماد بالإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب تطبيقا، وكذلك صعوبة الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية .

1/ اختلاف نظم القانونية في الاعتماد على الإرادة الضمنية :

هناك بعض التشريعات الوطنية سوت بين تحديد الصريح والضمني بصوره واضحة منها تشريع المصري في المادة التاسعة عشر من قانون المدني وغيرها من التشريعات، وهذا بخلاف بعض التشريعات الأخرى منها تشريع الجزائري والأردني حيث سكتا ولم يفصلا في شكل صريح في هذه المسالة فهما لم يأخذ صراحة بالإرادة الضمنية كمعيار لتحديد القانون الذي يحكم العقد الالكتروني مما أدى لاختلاف الفقهاء حيث يرى بعض الفقهاء إلى ضرورة التسوية بين الإرادة الصريحة والضمنية بشرط أن يتأكد القاضي من وجودهما من خلال قرائن معينه لأن في نظرهم يعني تجاهل قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة[2] ،في حين يرى البعض الأخر أنه في حاله عدم الاختيار الصريح في قانون العقد من قبل المتعاقدين يتم مباشره تطبيق قانون المواطن المشترك أو القانون مكان إبرام العقد دون البحث عن القانون الذي اتجهت إليه لأنه لا يصلح في عقود التجارة الالكترونية لكون يتم

[1] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع السابق ، ص 165.

[2] عيد عبد الحفيظ ، "طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ،تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو 2017/03/02، ص 59.

عن طريق أجهزه مبرمجه عمليا وآليا ومنه لا يمكن استخلاص استنتاج إرادة المتعاقدين معا[1] .

2/صعوبة الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية:

في الحالة التي لا يفصح المتعاقدين عن إرادتهم الصريحة سوف يتجه القاضي إلى البحث عن إرادتيهما الضمنية من خلال البحث عن مجموعه من القرائن والمؤشرات الملابسة لظروف التعاقد، فقط يواجه عده صعوبات خلال البحث خاصة في مجال عقد التجارة الالكترونية فقد يتعثر عليه الاعتماد على هذه القرائن كاعتماد على مؤشر اللغة التي حرر بها العقد الالكتروني كما يتعذر أيضا تفسير بأن إرادة الطرفين قد اتجهت نحو القانون الدولة التي توجد بها محكمه التي تنظر في النزاع وأيضا سيواجهه صعوبة في تطبيق القانون الذي يحكم على عقد الأصلي على عقد التجارة الالكترونية الأخرى المرتبطة به[2].

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لصعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقد التجارة الالكترونية.

لقد تم اقتراح العديد من الحلول لتفادي تعرض المتعاقدين الوقوع في عدة إشكالات منها حلول مقترحة للتحقق من صحة الإرادة وهوية المتعاقد معه (أولا) ، والحلول المتعلقة بطرق الإثبات (ثانيا).

أولا : الحلول المقترحة من صحة الإرادة و هوية المتعاقد .

لقد ظهرت في هذا الأخير ثلاث اتجاهات حيث أن الاتجاه الأول يعتبر الوسائط الالكترونية كالحاسوب وما يتبعه من أجهزة وبرامج الكترونية شخصية قانونية تثبت أصلا للأشخاص الطبيعيين و لا تثبت لغير ذالك إلا بنص القانوني صريح ولا ضمني يشير إلى إدراج الحاسوب ضمن الأشخاص المعنوية ، فلا يمكن فرض هذه الشخصية باتفاق الأطراف و لا بحكم القضاء[3].

---

[1] نفس المرجع، ص 60.

[2] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع السابق، ص 166.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق ، ص 376.

أما الاتجاه الثاني فقد نادى بأنه يعتبر الحاسوب نائبا عن المتعاقد ، إلا أن النائب له إرادة يعبر عنها و الحاسوب ليس له إرادة ، فكيف له أن يبرم عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة[1].

أما الاتجاه الثالث اتجه إلى القول بأن الحاسوب مثله مثل باقي الوسائط الالكترونية التي تسمح بالتعاقد عن بعد ، مجرد وسيلة للاتصال ، يقتصر دوره في نقل إرادة المتعاقدين ، إلا أن هذا الاتجاه تعرض إلى النقد على أساس أن التعاقد عبر الحاسوب يحمل المتعاقد تبعة أخطاء تشغيل البرامج الالكترونية التي تقوم بالتعاقد ، فضلا عن الأخطاء المادية و الحسابية الناتجة عن هذا التعامل"[2].

و لقد تناولت الدراسات رأي وهو الأقرب إلى الحقيقة والذي يرى على أنه لتحديد إرادة المتعاقدين يتم عن طريق اتفاق منشئ رسالة البيانات الالكترونية والمرسل إليه على شفرة أو رمز يوضع على وثيقة محل تعاقد أو عن طريق وسيط سيتوثق من هوياتهم عن طريق كلمة مرور بحيث يقترن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد ، كذالك يضمن المفتاح السري و المتاح العلني تحديد هوية المتعاقد حقيقي عندما يوقع الطرف المرسل للرسالة بمفتاح سري ، ويتم التحقق من قبل المرسل إليه عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري وإذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث للرسالة هو المتعاقد الحقيقي ، ومن أجل تجاوز إشكالية إسناد إرادة شخص معين في مجال التجارة الالكترونية فقد نصت المدة 13 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 " تعتبر رسالة بيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه ،تعتبر رسالة البيانات الصادرة عن المنشئ إذا أرسلت :

أ/ من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات.

ب/ أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا""[3] .

---

[1] نفس المرجع ، ص 376.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص 376.

[3] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، نفس المرجع السابق، ص 169.

ومن خلال هاته المادة نستخلص أنها تستبعد ولا تطبق خلال هاته الفروض الثلاثة :

إن الفرض الأول إذا تسلم المرسل إليه إشعار من المرسل يفيد أن الرسالة البيانات لم تصدر منه ، ويشترط أن يكون هناك وقت كاف يسمح للمرسل إليه بالتصرف على أساس أن الرسالة لا تنسب للمنشئ[1] .

أما الفرض الثاني أنه إذا علم المرسل إليه حقيقة أو حكما أن الرسالة لم تصدر من المنشئ أي الحالة التي علم فيها المرسل إليه حقيقة أو التي كان يجب عليه أن يعلم فيها إذا بذل العناية المعقولة[2].

أما الفرض الثالث إذا علم المرسل إليه أو كان عليه أن يعلم إذا بذل العناية المعتادة أن الرسالة لا يعقل أن تكون صادرة من المنشئ ، أي لا يعقل أن تكون الرسالة كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها إليه[3] .

أما الحل المعتمد للتحقق من هوية المتعاقد فيكون من خلال التوقيع الالكتروني فإذا قام أحد الأطراف بوضع توقيعه على رسائل البيانات الالكترونية وضمنت جهة محايدة صحتها ، فان ذالك يؤكد صدور التوقيع من صاحبه ويجب على مقدم التوثيق أن يمارس عناية معقولة لضمان صحة المعلومات وبيانات شهادة ،ويتتبع التحقق من هوية الموقع التحقق من أهليته القانونية[4] .

ثانيا: الحلول المتعلقة بطرق الإثبات.

أغلب التشريعات سوت بين الكتابة العادية والكتابة الالكترونية في الحجية والإثبات ومن بينها المشرع الجزائري وذالك في نص المادة 323 مكرر1 من القانون المدني واعتد أيضا بالتوقيع الالكتروني في نص المادة 327 فقرة 02 من القانون المدني ، ثم أصدر في 2015/02/01 القانون الخاص بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني

[1] يوسفي نور الدين ، بروك الياس ، المرجع السابق، ص 260.

[2] نفس المرجع ص 260.

[3] نفس المرجع، ص 260.

[4] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع السابق، ص 170.

وذالك في قانون رقم 15-04 وذالك في المادة 01 منه الذي جاء لتنظيم نظام التصديق والتوقيع الالكتروني[1] ، لكن هذا الاعتراف لا يكفي على اعتبار أن شبكة الانترانت تجمع متعاملين من مختلف الدول لذالك يكون من الضروري توحيد الاتفاقات الدولية الخاصة بعقود التجارة الالكترونية لتحقيق انسجام بين الحكومات [2].

المبحث الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.

عند سكوت الأطراف وعدم تحديدهم للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، فهنا ما على القاضي سوى الاجتهاد والبحث عن القانون المرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد ،وهو ما يدعى بقواعد الإسناد الاحتياطية وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث وذلك بدراسة مضمون قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية (كمطلب أول) ، وإشكاليات المرتبطة به(كمطلب ثاني).

المطلب الأول: مضمون قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.

في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ،فان القاضي يلجا إلى البحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد وذالك للبحث عن مؤشرات يستدل بها للوصول إلى القانون الواجب التطبيق ، إلا أنه قد يصعب عليه الوصول إليها فهنا يلجأ إلى ما استدله المشرع لتطبيقه وهي الضوابط الجامدة (كفرع أول) ، والضوابط المرنة (كفرع ثاني).

الفرع الأول: الضوابط الجامدة .

يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في حالة غياب إرادة الأطراف فهنا يستند إلى ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد ، وهو الأمر الذي جاء به المشرع في نص المادة 18 فقرة 02 من قانون المدني "..... في حالة عدم إمكان ذالك يطبق قانون الموطن المشترك أو

---

[1] نصت المادة 01 من قانون رقم 05-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير 2015، "يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين" يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين " .

[2] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع السابق ، ص 170.

الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم الإمكان يطبق قانون محل إبرام العقد " ، ومن خلال نص المادة أعلاه نستنتج أنه يعتمد على معيار قانون الموطن أو جنسية المشتركة (أولا) ، أو قانون بلد إبرام العقد و محل تنفيذه الذي لم تتناوله نص المادة 18 من قانون المدني وتناولته المادة 02 من قانون التجارة الالكترونية(ثانيا).

أولا : ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

في حالة وقوع نزاع بين أطراف عقد التجارة الالكترونية و يكون لأحد الأطراف أكثر من موطن أو جنسية واحدة و لهذا سوف نسلط الضوء على كل واحدة على حدى.

1/ضابط الموطن المشترك :

يتم الاعتماد على تحديد الموطن المشترك على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، حيث أن الفقه يعرفه بأنه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لإعماله أو مصالحه ، فتحديد الموطن يرتبط بمكان الحقيقي وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين ، أي المكان الذي اتخذه كل منهما حقيقة لإدارة مصالحة ولقد منحت التشريعات الأفضلية لهذا المعيار باعتباره قانونا يعد القرينة الكبرى بعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين ، وذلك لاعتيادهم على تنظيم سلوكهم وفقا لأحكامه ، وبتالي يكون في استطاعتهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من أثار سلبية أو ايجابية بالنسبة لهم،لان اتفاقية فيينا استبعدت هذا المعيار باعتبارها تشترط اختلاف الموطن المشترك حيث أنها تنص في المادة 02 على أنه" تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة ، عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة ، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قواعد قانون دولة متعاقدة"، حيث أن تحديد الموطن المشترك له أهمية بالغة بين المستهلكين[1] .

غير أن المشرع الجزائري قد أورد سنة 2018 عند صدور قانون التجارة الالكترونية في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية وذالك في نص المادة 02 فقرة 02 منه

[1] خليفي سمير ، "حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية "، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ،تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو ،2010/04/28، ص 44.

بأنه إن كان أحد الأطراف مقيما في الجزائر إقامة شرعية ّأو كان شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري في مجال المعاملات الالكترونية التجارية، فهنا القاضي لن ينظر ولن يبحث عن الموطن المشترك للمتعاقدين مدام أحد أطراف مقيم في الجزائر أو كان الشخص معنوي يخضع للقانون الجزائري[1].

2/ ضابط الجنسية المشتركة:

تعد الجنسية المشتركة من أهم الضوابط الاحتياطية المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، ولكن الاختلاف يكمن في منح الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة عن باقي الضوابط ، فان أغلبة التشريعات الوطنية منحت لهذا الأخير أهمية كبيرة فالقانون الايطالي منحها الأفضلية الأولى عن الضوابط الاحتياطية الأخرى وقد اتجه القانون الاسباني هو كذالك نفس المنهج ، إلا أنه من وجهة نظر الفقهاء نجد أن هناك اختلاف في موضوع الجنسية المشتركة فاعتبرها أحكام القانون الفرنسي أنه قرينة على الإرادة المفروضة ،أما جانب أخر اعتبره دليلا على الإرادة الضمنية أو مركز الإعمال المشترك[2].

غير أن التشريع الجزائري قد أورد في نص المادة 02 فقرة 01 من قانون التجارة الالكترونية بأنه إن عرض النزاع أمام قضائه فان كان أحد أطراف الرابطة العقدية ذو جنسية جزائرية فان القانون الجزائري هو الذي يطبق على المعاملات التجارة الالكترونية ، أي أن القاضي هنا لا ينضر للجنسية المشتركة مدام أحد الأطراف العلاقة العقدية ذو جنسية جزائرية وقد أتت هذه المادة من أجل حماية الطرف الجزائري عند إبرامه عقد الكتروني [3] .

---

[1] المادة 02 من **قانون التجارة الالكترونية الجزائري**" يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني : .....مقيما إقامة شرعية في الجزائر ، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري..."

[2] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 43.

[3] تناول نص المادة 02 **بالتجارة الالكترونية الجزائري** " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني: متمتعا بالجنسية الجزائرية".

ثانيا: ضابط بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه.

بعد التعرض إلى الشق الأول من الضوابط الجامدة الآن سوف نسلط الضوء على الشق الثاني منه الذي هو قانون بلد إبرام العقد أو قانون محل تنفيذ العقد حيث أنه إذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه هو الجزائر والنزاع معروض أمام القضاء الجزائري فانه يطبق القانون الجزائري وذالك حسب نص المادة 02 فقرة 03 من القانون التجارة الالكترونية الجزائري في فقرتها الأخيرة [1] ، وان لم يكن أحد أطراف العقد جزائري سوف يتبع القاضي أحكام القواعد العامة وهذا ما سوف نتناوله بالتفصيل .

1/ضابط بلد إبرام العقد:

ينظر لهذا المعيار بأنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات ، كما يمكن للأطراف الاطلاع والتعرف عليه بكل سهولة حيث يكفل لهم الثقة والأمان القانوني ، فضلا على أنه يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق ،بالإضافة إلى أنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره من القوانين الأخرى ، حيث أن إسناد الرابطة العقدية إلى محل إبرام العقد يعبر عن وجود صلة حقيقية بين القانون والعقد[2].

2/ ضابط محل تنفيذ العقد:

يظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة تنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة، وهو قانون الدولة التي يتم فيها حصول كل طرف على حقوقه، وذالك باعتباره القانون الأوثق صلة بالعقد والمكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية ، ففي هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم[3] .

---

[1] جاء في نص المادة 02 بالتجارة الالكترونية الجزائري " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني :.....أو كان العقد محل ابرام أو تنفيذ في الجزائر".

[2] خليفي سمير، المرجع نفسه، ص41.

[3] نفس المرجع، ص42.

الفرع الثاني: الضوابط المرنة.

يلجأ إلى هذا الضابط في حالة إذا لم يحدد المتعاقدين القانون المختص ولم يحدد المشرع الضوابط الجامدة ، فيعتمد القضاء على استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة محل الأداء المميز على أنه يبقى الإسناد وفقا لهذا المنهج المرن خاصية الأصلية من حيث كونه إسنادا مسبقا لا يختلف من عقد لأخر من عقود ذات الطبيعة الواحدة ، خاصة وأنه يقوم على الافتراض المسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو موطن المدين بهذا الأداء ، ما يضمن استقرار العلاقات التجارية الدولية ويصون توقعات الأطراف المشروعة[1]، وسنتطرق لفكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية التي تعد عماد الإسناد المرن والتي يقوم عليها(أولا)، في نفس الوقت منهج الأداء المميز للعقد لنتوقف ونتناول المقصود بهذا الضابط(ثانيا).

أولا: التركيز الموضوعي للرابطة العقدية.

حسب موضوع هذه النظرية يختلف القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي باختلاف طبيعة و موضوع كل عقد،كذلك يتأثر هذا القانون بملابسات وظروف التعاقد ليكون بذالك موضوع كل العقد ،وتعد هذه النظرية بمثابة مؤشر للقانون الواجب التطبيق في حالة غياب قانون الإرادة ، ويرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الفقيه سافيني ثم تطورت على يد الفقيه باتيفول ومؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية والتي يرجع فيها القاضي في تعيين القانون المختص بناء على دور الإرادة في تحديد مقر العقد باعتبارها عنصر أساسيا في عملية التركيز[2] ، رغم أنها ليست عنصر حاسم في الموضوع بدليل إمكانية إهمالها في الحالات التي تعبر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه الذي يرى باتيفول بوجوب التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد و أحداثه الخارجية في كل حالة على حدة ذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الالكترونية و إنما

[1] محمد بلاق ، المرجع السابق ، ص 54.

[2] نفس المرجع، صفحة 84.

تركز العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة وظروف التعاقد ومتى تم تركيز العلاقة العقدية بهذا الشكل فان القانون الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق على العقد ، ولتحقيق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يمكن الاعتماد على ثلاث وسائل على سبل الاختيار وهي إما اعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل عقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الإبرام ، إعطاء للقاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا بذالك على ملابسات العقد لربط العقد بنظام قانوني معين ، وهو ما يعرف عند فقهاء الأنجلوساكسون بمنهج القانون الخاص للعقد ، أو اعتماد منهج وسطاء باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معنية من العقود الدولية ويترتب على إعمال نظرية التركيز الموضوعي للعقد الدولي يتم حتميا ربط العقد الدولي بقانون دولة معينة ، أي استبعاد فكرة العقد المتجرد من كل قانون ، كما أن إعمال هذه النظرية تجعل العقد الدولي خاضعا لقانون واحد أي استبعاد فكرة تجزئة العقد أو إعمال أكثر من قانون عليه[1].

ثانيا :نظرية الأداء المميز.

يعرف الأداء المميز على أنه ذالك الأداء الذي بمقتضاه يكون الدفع بمقابل نقدي واجبا كما ورد في تعريف الأستاذ Van overstraete وان كان أورد في تعليق لاحق أن الالتزام بأداء ثمن لا يمكن أن يكون أداء مميزا لأنه التزام مشترك في كثير من العقود، وبالتالي يمكن القول بأنه يعد أداء مميزا التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري على أساس أنها تعبر عن مركز ثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية[2] .

كما أن فكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحيث لا دور فيه للإرادة على الإطلاق ولا حتى وصفها عنصرا من عناصر التركيز، قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه و يحدد خصائصه ، مشيدة بذالك التركيز بناء على عناصر مادية و موضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقدية محل الاعتبار ، فان كان من المؤكد أن معظم العقود تتحد بأداء أحد الأطراف ، وهذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية بالنظر لوظيفتها

[1] محمد بلاق ، المرجع السابق ، ص 85.

[2] سالم عبد الكريم ، "أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية "، مجلة دولية للبحوث قانونية و السياسية ، مجلد 02 عدد02، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، أكتوبر 2018، ص 78.

الاقتصادية بينما لا يكون الأداء الأخر إلا بمقابل نقدا ، فانه لا يكون عادلا ومقبولا ومتوافقا مع احترام توقعات الأطراف لإخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد ،وهو ما يجعل وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل هذه النظرية أمرا ميسورا نظرا لسلطتها ووضوحها وحمايتها لتوقعات الأطراف[1] .

وقد تبنت هذه النظرية العديد من الأحكام القضائية على غرار قرار المحكمة الفدرالية السويسرية الصادر في 11 ماي 1966 الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يربط بالعقد برابطة وثيقة وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد ، كما تبنت محكمة grenoble في حكمها الصادر في 31 سبتمبر 1955 وذالك بصدد عقد بيع مبرم من شركة ايطالية يوجد مركزها الرئيسي في فرنسا ومشتري فرنسي ، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الايطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد ، وهذا ما أخذت به كل من اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية بنظرية الأداء المميز ، بالإضافة إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1985 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع كما اعتمدتها أيضا اتفاقية روما لسنة1980 [2] .

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بقواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية والحلول المقترحة لها.

إن تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية على عقود التجارة الالكترونية يتعارض مع خصوصية التي ينفرد بها هذا النوع من العقود لكونه يتم عبر فضاء غير ملموس، مما جعلنا نسلط الضوء على الصعوبات المرتبطة بتطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية على هذا النوع من العقود (كفرع أول)، والحلول التي وردت على هاته الإشكاليات(كفرع ثاني).

[1] محمد بلاق ، المرجع السابق، ص 59.

[2] سالم عبد الكريم ، المرجع السابق، ص 78.

الفرع الأول :الصعوبات المرتبطة بقواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.

لكون أن قواعد الإسناد الاحتياطية تنقسم إلى ضوابط جامدة ومرنة في مجال عقود التجارة الالكترونية ، قررنا أن نعرض صعوبات التي تواجه الضوابط الجامدة (أولا)، والمرنة(ثانيا) كل واحدة على حدى.

أولا:الصعوبات متعلقة بتطبيق الضوابط الجامدة.

إن تطبيق ضوابط الإسناد الجامدة على عقود التجارة الالكترونية تعتريها مجموعة من العقبات كونها تعتمد على التركيز المكاني للمعاملة محل النزاع ، في حين أن عقود التجارة الالكترونية تسبح في فضاء افتراضي وتتم بين نظم ومواقع الكترونية لا تستند إلى مكان جوهري لقيامها لذا يصعب تحديد مكان إبرام عقد وتنفيذه وكذا جنسية و موطن الأطراف.

1/ صعوبات تطبيق ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

يواجه تطبيق ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة عدة إشكالات وصعوبات في مجال عقود التجارة الالكترونية ولهذا سوف نتطرق لكل واحدة على حدى .

أ/صعوبات تطبيق ضابط موطن المشترك .

بعض القوانين منحت الأفضلية لهذا المعيار ، باعتباره يعد قرينة يعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين باعتبارهم اعتادوا عليه من جهة ومن جهة ثانية تطبيق قاعدة دستورية المعروفة بأنه لا يعذر يجهل القانون غير أنه يصعب تطبيق هذه الفكرة في مجال التجارة الالكترونية [1]، باعتبار أن العناوين الالكترونية لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي مثل العناوين التي تنتهي ب fr أوorg أوcom ، حيث أن العناوين الالكترونية لم تصمم بمنظور جغرافي وهي تتسم بعدم التوطن ، حيث أن هذا الضابط مستبعد لكون اتفاقية فيينا تشترط بصريح العبارة اختلاف الموطن منشأة العمل ، لكننا نفهم

[1] حمودي محمد ناصر ،"العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع "، الطبعة الأولى،دار الثقافة ،عمان ، 2012، ص 473.

بأنه في عادة ما يتخذ الشخص لنفسه موطن إقامة بالقرب من مقر عمله الدائم والمقر المشترط في اتفاقية فيينا [1]هو ما يمكن استخلاصه في فقرتيها 2 و 3 اللتان نصتا على انه:"

1-تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة ، عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

2- لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذالك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف ، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقد العقد أو في وقت انعقاده....."[2]

ويتبين من هاتين الفقرتين صعوبة إعمال اتفاقية فيينا ليس فقط باعتمادها على وجود مقر عمل الطرفين في دولتين مختلفين بل حتى وان تم اعتماد مناهج لقانون دولي الخاص وتم التوصل إلى صلاحية تطبيق اتفاقية فيينا فانه بالإضافة إلى ذالك يجب أن يكون قانون دولة منضمة للاتفاقية[3].

ب/ صعوبات تطبيق ضابط الجنسية المشتركة:

بالرغم من أن اغلب التشريعات من بينها التشريع الجزائري في مادته 18 من القانون المدني اعتبره من الضوابط الاحتياطية المعتمدة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حال عدم تحديده من قبل الطرفين المتعاقدين[4] ، حيث يرى بعض الفقه في مجال المعاملات و عقود التجارة الالكترونية انتقده وبشدة لأنه لا يصلح لإضفاء الطابع الدولي على العقد ويصعب التحقق من هوية الأطراف و تحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد ، حيث أن اتفاقية فيينا لا تعيير اهتماما لجنسية الأطراف حيث استبعدتها في فقرتها 03 من

[1] نفس المرجع، ص 473.

[2] حمودي محمد ناصر،المرجع السابق، ص 476.

[3] نفس المرجع ، ص 476.

[4] زغيم محاسن ابتسام ، بلقاسم تروزين ،" **القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية**" ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مجلد 01، عدد02 ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،أكتوبر 2020، ص 353.

المادة الأولى منها ، وهو أمر كاف لاستبعاد هذا الضابط و القول بعد صلاحياته على عقود التجارة الالكترونية[1].

2/ صعوبات تطبيق ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه .

بعد التطرق إلى الشق الأول من ضوابط الإسناد الجامدة الآن نسلط الضوء على أن بعض الفقه يرى بأن إسناد ضابط محل إبرام العقد وتنفيذه في التجارة الالكترونية تواجهه عدة صعوبات نتناولها على الوجه الأتي:

أ/ صعوبات تطبيق ضابط بلد إبرام العقد :

لقد لقى هذا الضابط رواجا كبيرا عند تطبيقه على عقود التجارة التقليدية إلا أنه في مجال عقود التجارة الالكترونية لا تشكل مكانا محددا يمكن الاستناد إليه واعتبار العقد قد تم فيه كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاته لا يمكن لنا أن نحدد من خلاله مكانا لإبرام العقد و دليل ذالك مسألة مكان إبرام العقد من نقاشات هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فان البعض يرى بأن العقد الالكتروني قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية و جادة بين العقد و قانون محل إبرامه كأن يتم عبر الحاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى أو يستغل جهاز ليس له كل هذه تجعله مسالة عرفية لا تشكل معيار يعتمد عليه في تحديد قانون الواجب التطبيق على عقد مبرم بهذه الطريقة[2].

ب/ صعوبات تطبيق ضابط محل تنفيذ العقد:

إن محل تنفيذ العقد له أهمية بالغة في قانون الدولي الخاص لكونه ضابط تتركز فيه مصالح المتعاقدين باعتباره المكان الذي سوف يجنون من ثمار تعاقدهم ، غير أنه في مجال التجارة الالكترونية يثير إعمال هذا الضابط بدوره بعض الإشكاليات والصعوبات كون أن العقد قد ينفذ في أماكن متعددة مما يجعل من العقد خاضعا لأكثر من قانون[3] ويصعب بذالك

---

[1] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 475.

[2] حمودي محمد ناصر ، المرجع السابق، ص 472/473.

[3] صالح المنزلاوي، "**الإطار العام للعقد المبرم عبر شبكة الانترانت**"، طبعة الأولى،دار الثقافة، الأردن،2006 ص370.

[3] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع السابق، ص 168.

تحقيق الانسجام بين هذه القوانين ، وخاصة أن أهم التزامات طرفي العقد البيع الدولي (تسليم والدفع)، قد يتمان بطرق مختلفة فان كان التسليم يتم بطريقة مادية فان الثمن يدفع بطرق الكترونية ، الأمر الذي يعيدنا من جديد لإثارة مسألة انعدام مكان التنفيذ حيث أن التعاقد في مجال التجارة الالكترونية من نوع خاص[1].

ثانيا : صعوبات المتعلقة بضوابط المرنة.

إن تطبيق ضوابط الإسناد المرنة على عقود التجارة الالكترونية تعتريها مجموعة من العقبات، وهي صعوبة التركيز الموضوعي طبقا للمكان الأكثر صلة بالعقد و طبقا لفكرة الأداء المميز.

1/ صعوبة التركيز الموضوعي طبقا للمكان الأكثر صلة بالعقد:

إن هذا المذهب التشريعي يقوم على فكرة ربط العقد بالمكان الأكثر اتصالا به ، وذالك انطلاقا من فكرة أن إرادة الأطراف العقد الضمنية لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، وإنما تركز العقد في المكان معين بالنظر إلى الموضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد ، ومتى تم تركيز العلاقة العقدية بهذا الشكل فان القانون الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق على العقد[2] .

ويتم اختيار المكان الأكثر صلة بالعقد فيه إما من طرف المشرع باعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية وهو محل إبرام العقد أو تخصيص ضابط الإسناد معينة من عقود التجارة الدولية ،أو أن تترك مسألة التركيز الموضوعي للقاضي الذي يقوم بالبحث على كل حلة على حدى عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد وفقا لظروف و ملابسات التعاقد لتركيزه على مكان معين، ورغم ما يتصف به هذا المنهج من مرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولية التقليدية، إلا أن تلك الروابط المكانية المعول عليها لتحديده قد تكون فعلا ذات صلة حقيقية بالعقد لكنها لا تعبر دائما عن مركز

[1] صالح المنزلاوي، "**الإطار العام للعقد المبرم عبر شبكة الانترانت**"، المرجع السابق ص 370.

[2] خالد عبد المفتاح محمد خليل ،" **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص** "، طبعة غير موجودة ، دار النهضة العربية ،مصر ،2002، ص 127.

ثقل العلاقة العقدية ، أما في مجال العقود الالكترونية فتكمن الصعوبة تطبيق هذا المنهج أنه في الأخير يؤدي بنا إلى تركيز العقد على أساس روابط مكانية ثابتة ، وهو ما لا يتوفر بالنسبة للعقود الالكترونية التي تتم في بيئة افتراضية[1] .

2/ صعوبة التركيز الموضوعي طبقا لفكرة الأداء المميز :

نستنتج ونلاحظ أن القاضي لا يستطيع تحديد فكرة الأداء المميز بالاعتماد على فكرة محل إقامة المدين بهاو مكان تنفيذ العقد لان الأخير ينفذ ويبرم عبر شبكة الانترانت ، غير أن إعمال نظرية الأداء المميز يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد وتضحية بمصلحة الطرف الضعيف ، وأيضا إن هاته النظرية ترتكز على اعتبارات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية وتتعدى الحدود الجغرافية ، وأيضا يصعب تطبيق النظرية على عقود التجارة الالكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام العقد عن طريق الحاسوب يمتلكه مقدم الخدمات معلومات مقيم في نفس البلد التي يمارس نشاطه فيها ، لان القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز، وهناك صعوبة من الناحية التي لا يكون فيها الانترانت مجرد وسيلة اتصال أو للتفاوض حول بنود العقد وإنما وسيلة لتنفيذ العقد لأنه لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ العقد من خلالها ، وهناك صعوبة تطبيقها في فرض استخدام الشبكة كوسيلة اتصال و التفاوض حول بنود العقد وإبرامه ، وصعب أيضا تحديد القانون الذي يحكم العقود المركبة التي تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية ما يجعل أيا منها أداء مميز للعقد[2].

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لمشكلة تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.

لا يمكن الاستهانة بالدور الفعال الذي تقوم به قواعد الإسناد الاحتياطية في حل صعوبات عقود التجارة الالكترونية وبعد تناولنا لصعوبات التي تواجه هذه الأخيرة في الفرع

---

[1] عبد السلام علي فضل ، نعيم علي العتوم ، " منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي " ،مجلة الدراسات ،مجلد 46، عدد 01، جامعة الأردنية ، 2019، ص 564.

[2] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع السابق، ص 168.

الذي سبق، الآن نسلط الضوء على بعض الحلول لبعض قواعد الإسناد الاحتياطية ألا وهي تحديد مكان إبرام عقد التجارة الالكترونية (أولا) ، وحلول المقترحة لتحديد مكان تنفيذ العقد(ثانيا).

أولا: الحلول المقترحة لتحديد مكان إبرام عقد التجارة الالكتروني.

إن صعوبة تحديد مكان إرسال البيانات والرسائل الالكترونية الذي تبرم فيه العقود الالكترونية حيث تبرم في فضاء الكتروني لا يعير أي اهتمام لاعتبار المكان ، ومن ثم فان هذا المكان يتحدد بمعيار أخر غير معهود في التعاقد العادي[1]، لذالك فان الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات الوطنية واجهت هذه الصعوبة باقتراح معيارين لتحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني هما : مقر عمل المنشئ الرسالة الالكترونية أو مقر عمل المرسل إليه ، ومن تلك الاتفاقيات نجد اتفاقية لجنة القانون التجاري الدولي لسنة 1996 المتضمنة القانون النموذجي للتجارة الالكترونية التي حددته بالمكان الذي يقع فيه عمل المنشئ ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذالك ، وإذا كان المنشئ أو المرسل إليه لديه أكثر من موطن أعمال فقد يكون له مثلا مقر عمل رئيسي أخر فرعي، فان القانون النموذجي للتجارة الالكترونية اعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملات الالكترونية و تنفيذها أي الأكثر صلة بموضوع العقد ، أو بمقر العمل الرئيسي أما في حالة التي لا يوجود فيها مقر عمل للمنشئ أو المرسل إليه فان قانون النموذجي اعتد بمحل الإقامة المعتاد وهذا ما نصت عليه المادة 15/ب [2].

لكن يبدوا أن حتى هاذيين المعياريين تواجههما بعض الصعوبات الواقعية الآن مجرد استخدام الموجب لاسم الموقع أو العنوان بريد الالكتروني يرتبط ببلد معين ، لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذالك البلد ، ذالك أن اسم الدومين أو عنوان البريد الالكتروني لا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمكان عمل أحد طرفي التعاقد، لكن يبقى معيار مقر العمل المرسل إليه على ما تعترض من صعوبات واقعية ،وهو المعيار الذي يتفق

[1] مهند عزمي أبو مغلي ، منصور عبد السلام الصرايرة ، " القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي "، مجلة الدراسات ،المجلد 41،العدد02، الجامعة الأردنية ،2014، ص 1351.

[2] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع السابق ص 170.

مع معيار التجارة الالكترونية ، باعتبار أن أغلب العقود التي تبرم عبر الانترانت تتم ببين طرفين أحدهما مورد والثاني مستهلك (طرف ضعيف) يحتاج إلى حماية خاصة ، فيأتي هذا المعيار لحمايته من خلال السماح له برفع دعوى أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها ، كما أن هذا المعيار لا يحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي يوفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، الذي يعتبر مكان إبرام مكان إقامة المرسل إليه الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية[1].

ثانيا: الحلول المقترحة لتحديد مكان تنفيذ عقد التجارة الالكترونية.

لم تتضمن النصوص الوطنية للدول والاتفاقيات الأوروبية حلولا واضحة لمشكلة مكان التنفيذ الحقيقي للعقود التي تبرم الكترونيا كالتوجيه الأوروبي رقم 2001/44 الصادر في 2000/12/22 المتعلق بالاختصاص وبتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني و التجاري و الذي حل محل اتفاقية بروكسل في أول مارس 2002 للتوافق مع عقود التجارة الالكترونية حيث لم يتضمن أي تفسيرات يمكن عن طريقها تحديد مكان تنفيذ الالتزام الحقيقي، ونظرا لتلك الصعوبات حاول البعض إيجاد حلول لتلك المشكلة بالقياس على بيع البضائع ، واعتبروا مكان التنفيذ هو مكان تسلم الأشياء أو الخدمات إلا أن هذا الرأي يقودنا إلى حلين:

فمثلا في حالة تحميل البرنامج كمثال لتحديد مكان التنفيذ الحقيقي للعقد يجب التمييز بين ما إذا كان البرنامج مهيأ أو جاهز للبث مباشرة ، وبين مجموعة العمليات التي يجب القيام بها لإتمام عملية التحميل ففي الحالة الأولى فان مكان التنفيذ هو مكان الحاسوب المرسل إليه البرنامج الذي تم تحميله ، وفي الحالة التي لا يكون فيها المشتري على اتصال مباشر بالانترانت فمكان التنفيذ هو مكان المستضيف، إلا أن قانون اليونسترال النموذجي الصادر عام 1996 نص في المادة 04/15 " تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيها مقر عمل المرسل إليه" ، إلا أن هذه المعايير يصعب تبنيها في مجال المعاملات الالكترونية التي تقوم على الطبيعة اللامادية وصعوبة توطينها من جهة أخرى وإمكانية التنفيذ في أكثر من مكان وتبقى

[1] بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، المرجع نفسه، ص 170.

أضمن وسيلة لتفادي هذه الإشكالية إلا وهي تحديد أصحاب الشأن مكان تنفيذ عقودهم أو تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود تجارتهم الالكترونية[1].

ملخص الفصل الأول:

تم التطرق في هذا الفصل إلى قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية حيث أنه يوجد قواعد إسناد أصلية و احتياطية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية حيث أن المشرع الجزائري تناولهما في نص المادة 18 من القانون المدني ،حيث أن قانون الإرادة يشكل ضابط إسناد أصلي حيث ظهرت فيه العديد من النظريات لتحديد أساسه القانوني منها النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية ثم تطرقنا إلى موقف التشريعات الوضعية والاتفاقيات الدولية فيه ، وكيفية تحديد هوية الأطراف إما صراحتنا أو ضمنيا .

إلا أن ضابط الإسناد الأصلي تعرض إلى مجموعة من العراقيل والصعوبات بعضها يتعلق بالقانون المختار باتفاق الأطراف والبعض الأخر يخص الصعوبات مصاحبة للتنازع حول عقد التجارة الالكترونية ، ولكن تلك الصعوبات لم تنتهي بتسليم بعدم ملائمة تطبيق منهج تنازع القوانين وإنما كانت حافزا لتفاديها من خلال طرح الأفكار والحلول التي تؤدي إلى عدم الوقوف أمام تطوير التجارة الالكترونية .

ثم تطرقنا أيضا إلى الضوابط الاحتياطية حيث يكون القاضي بصدد إعمال معايير تتنوع بين الضوابط الجامدة والمرنة قصد الوصول إلى حل قانوني للنزاع القائم ،حيث أن الضوابط الجامدة محددة مسبقا بموجب القانون و تختلف من دولة لأخرى من حيث اعتمادها ،والضوابط المرنة مبنية على السلطة التقديرية للقاضي حيث يقوم بالبحث عن الروابط الموجودة بالعقد والتي تكون ذات صلة وثيقة بقانون دولة معينة .

غير أن هات الأخيرة واجهتها عدة صعوبات عند تطبيقها غير أنها قد قابلتها طرح عدة حلول و الأفكار.

[1] يوسفي نور الدين ، بروك الياس ، المرجع السابق، ص 266.

الفصل الثاني:

تطبيق القواعد المادية في عقود التجارة الالكترونية.

تمهيد :

إن عقود التجارة الالكترونية أكثر تحررا من العقود المبرمة بالوسائل التقليدية بسبب طبيعة عقود الشبكة العالمية ، إضافة إلى الحيز و النطاق التي تبرم فيه تلك العقود مما خلق عجز بعض قواعد الإسناد عن تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون المطبق في حال النزاع ، و هذا ما أدى إلى ظهور قواعد مادية جديدة و ذلك من خلال منح الحرية للمتعاملين في ميدان التجارة الالكترونية[1]، فدورها الأكبر يبرز في وضع تنظيم مباشر و خاص للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكة العنكبوتية فهي تمثل مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية ، لهذا سوف نتناول في هذا الفصل على مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية(المبحث الأول)، و القواعد المادية كحل لمنازعات التجارة الالكترونية (المبحث الثاني).

[1]– احمد عبد الكريم سلامة ،"**نظرية قانون العقد الدولي**"، ج 2 ، دار النهضة العربية ، الإسكندرية ، 1989، ص262– 264 .

المبحث الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية .

إن القواعد المادية هي الأخرى وجدت لازاء المشاكل الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ويساهم في تنظيم حركة التجارة الالكترونية كما يجعل القانون يعاصر التطور التكنولوجي ، ولهذا سوف نسلط الضوء في هذا المبحث على تعريفها (المطلب الأول)، ثم خصائصها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية .

يطلق على القواعد المادية بمصطلح " القانون الموضوعي الالكتروني" ويعرف على أنه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية ،وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية[1] ، وهاته القواعد تشكل ما يسمى بالقانون الخاص بالمعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الانترانت [2] أو التي تكون محل تطبيق على مختلف مظاهر النشاط التجاري عبر شبكة الانترنت بصفة مستقلة عن النظم القانونية المختلفة.[3]

حيث أن هناك بعض الفقهاء يرون بأنها مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا أي وليدة الأنشطة و الممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية، حيث أن العديد من الهيئات عملت على مساندتها و الدفاع عنها ، فهاته الأخيرة مستوحاة من الميدان

---

[1] Graham james alexande، « **les aspects internationaux des contrts conclus et exécutés dans léspase virtuel** » ،these pour obtenir garde de docteur ، discipline :droit privé et sciences criminelles ،université panthé-sorboone، paris I ، paris ،2001، page 320 .

[2] خليفي سمير ، **"القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية "**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ، تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو، 2018/05/30، ص99.

4 بن غرابي سمية ، **"عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين "**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو ،2009، ص 134.

التعاقدي لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الالكترونية[1].

وعرفها جانب من الفقه يقول: "هناك اعتراف متنامي بأن قواعد اختيار القانون الموجودة قد لا تكون مناسبة في حالة التعاقد عن طريق الانترنات"[2].

وذهب البعض الأخر إلى تعريف القانون الموضوعي الالكتروني أنه قانون موحد للمعاملات الالكترونية يجع القانون يعاصر التقدم التكنولوجي ، والتغير السريع في طبيعة الانترانت ، وهو القانون الذي يؤخذ به لحل موضوع النزاع القائم بين المتعاقدين و يكون غير مرتبط بمكان معيين ، وينادي هذا الاتجاه إلى ضرورة تنظيم هذا القانون على غرار قواعد قانون التجارة الدولية المعمول به في المعاملات التجارية الدولية ، لتصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها أو مكوناتها قانونا عالميا ' ليمثل المرجع الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخلافات التي قد تنشأ عن المعاملات الالكترونية دون الدخول في إشكالات تنازع القوانين [3].

حيث أن الدكتور عمر سعد الله يرى بأنه: " مجموعة القواعد الموضوعية بشأن تنظيم التجارة الدولية التقليدية منها والالكترونية ، وتنظيم العقود الدولية للتجارة، وحل نزاعاتها ، والمسؤولية المترتبة عن المعاملات التجارية في عصر العولمة ، وبالتالي لا تهم المفاهيم الضيقة و لا الواسعة ، ولا نمط الموضوعات التي تندرج في نطاق هذا القانون "[4].

وعرفها البعض الأخر بأنها مجموعة المبادئ العرفية التي تحكم الهياكل القانونية الخاصة بمجتمع شبكة الانترانت[5] ،حيث يستنجد بها في المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التعاقدية ي مثل هذا الفضاء الواسع ، ومع تطور استعمالها وتوسع

---

[1] سمير دنون ، "العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية" ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، طبعة غير موجودة، لبنان ،2012، ص225.

[2] خليفي سمير ، "القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية "، المرجع السابق، ص101.

[3] خالد ممدوح إبراهيم ،"إبرام العقد الالكتروني "، دراسة مقارنة ، طبعة غير موجودة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2006، ص312.

[4] عمر سعد الله ، "قانون التجارة الدولية ، النظرية المعاصرة "، طبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر 2009 ،ص 11.

[5] بن غرابي سمية ، المرجع السابق، ص 134.

انتشارها يتم قبولها و الاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها[1] ، وكذا المعنيين بممارستها لتمتد إلى الهيئات القضائية لتكتسب القبول و الاعتراف لتتحول من قواعد عرفية بحتة إلى قواعد قانونية تمتاز بقيمة قانونية ملزمة[2].

حيث أن القانون الموضوعي ليست حدوده المحافظة على إقليم جوهري ، وتوسع أساسي فيدرالي ، أي على شكل دولة قومية بل بكليات غير مرئية ، مجتمعات مهنية غير مرئية ،شبكات اجتماعية غير مرئية ، تتجاوز الحدود الإقليمية لكنها مع ذالك تصر على ظهور أشكال قانونية أصيلة، وبذالك تصبح الهيئات التشريعية العامة أقل أهمية مع تطور العولمة في العصر الحالي [3].

يسلم أنصار المجتمع الافتراضي أنه يستحيل على التشريعات و حتى المعاهدات الدولية تغطية ميدان العلاقات الالكترونية ، و التي تتصف بالسرعة و تخطو خطوات متلاحقة يصعب مسايرتها ، فالقانون القائم بالمعاملات الالكترونية لا يمكن تنظيمه إلا بواسطة المتعاملين في هذا المجال ، باعتبارهم الأكثر قدرة على تنظيم العلاقات التي تربطهم لتتناسب حسب حاجاتهم ، والنجاح الكبير الذي قاموا به هو تنظيمهم لقواعد موحدة في مسائل تقنية بحتة[4] .

تعتبر هذه القواعد تطورا لتنظيم ساحة القانون الدولي الخاص وتلك القواعد المادية لا تشكل توافق تام في تطبيقها ، وفي كثير من الأحيان نستنتج تعارضها مع الأنظمة القانونية الوطنية ،حيث أن الاختصاص الدولي يصبح إلزاميا إذا تعلق بحالة اختصاص إلزامية[5].

---

[1] بولين أنطونيوس أيوب ،"تحديات شبكة الانترنات على الصعيد القانون الدولي الخاص" ، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ،2006، ص 66.

[2] بولين أنطونيوس أيوب ، المرجع نفسه، ص 67.

[3] علاء الدين محمد ذيب عبابنة ، " القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن" ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ، كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، الأردن ، 2004،ص 112.

[4] Gautrais vincent ، «**le contrat électronique international** »،encadrement juridique 2 éme édition ،revue academia ، bruylant ،2002،page 231.

[5] خليفي سمير ، "القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية " ، المرجع السابق، ص 103.

تستند الطريقة الجديدة لمنهج القواعد المادية إلى فكرة قوامها خلق قواعد أساسية مادية تشتمل على حلول مباشرة لمنازعات العلاقات الدولية الخاصة ،وتطبق تلك القواعد بمعرفة القاضي دون الحاجة إلى البحث عن قواعد الإحالة من القانون المحلي ،والبحث عن القانون الواجب التطبيق التي تؤدي إليه ، تلك الطريقة الحديثة هي من ابتداع التجار وتستخدمها الدول أيضا ، وقد تم نتيجة لذالك إقرار تلك القواعد من قبل هيئات التحكيم ، حيث أصبحت تلك القواعد أساسا لنظام معظم الدول التي قبلت دون تردد بأحكامه وشجعته وأيدته في غالب الأحيان[1] .

بالإضافة إلى ما سبق ذكره حول تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية ، نذكر تعريفا أخر على أنه: " كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترانت، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية ، ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للانترانت وطورتها المحاكم ومستخدمي شبكة الانترانت ، بالإضافة إلى دور الحكومات الدول في تطويرها في مجال التكنولوجيا الاتصالات والمعلومات ، فهو قانون تلقائي النشأة ، استنجد به ليتماشى ويتلائم مع حاجات المجتمع وقوام السرعة في التعامل و البيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية و يتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة "[2].

وتعرف أيضا القواعد المادية للتجارة الالكترونية على أنه: " مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا و خاصا للروابط القانونية التي تتم عبر شبكة الانترانت ، تتميز لها عن القواعد المادية الحاكمة للتجارة الدولية ، وكذا عن القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة "[3] ،فالتنظيم الذي يحتويه عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي[4] .

---

[1] سمير دنون ، المرجع السابق ، ص 225.

[2] خليفي سمير ، "القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية"، المرجع نفسه ، ص 109.

[3] نفس المرجع ، ص 109.

[4] عيد عبد الحفيظ ، المرجع السابق، ص 295.

و يرى البعض الأخر:" القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الالكترونية، والأعراف و العادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي ، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية و توصيات منظمة الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن"[1].

وكما عرفها أيضا حمودي ناصر : " بأنها مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية ، وكذا أنها مجموعة القواعد التلقائية ذات الطبيعة موضوعية الخاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر شبكة الالكترونية "[2].

وعرفت أيضا :"تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنات"[3].

المطلب الثاني: خصائص القواعد المادية للتجارة الالكترونية.

إن القواعد المادية للتجارة الالكترونية أو ما يسمى بالقانون الموضوعي الالكتروني تتميز بأنها المثال الأمثل " لقانون بدون دولة" حيث أنها هذه القواعد لها عدة خصائص وهي قواعد طائفية و نوعية (الفرع الأول)، وأن نشأتها تلقائية في الوسط المهني (الفرع الثاني)، وإنها تشكيل لقانون الدول (الفرع الثالث).

الفرع الأول : القواعد المادية قواعد طائفية و نوعية .

تختلف القواعد القانونية التي تحكم وتحل إشكالات المجتمع وذالك لتتلائم مع المعطيات و تتوافق مع تلك الذاتية ، تظهر من خلال المعاملات الدولية التي تقتضي حلول ، أي أن معنى القواعد المادية طائفي ونوعي وذالك لحل الإشكالات التي تنشأ في هذا الوسط[4].

---

[1] حمودي ناصر ،" **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترانت**" ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراء ، تخصص قانون ،كلية الحقوق جامعة ملود معمري ، تيزي وزو ،2015 ، ص 433.

[2] نفس المرجع ، ص 433.

[3] ارجيلوس رحاب ، " **منهج القواعد المادية كآلية لتنظيم المعاملات التجارية الالكترونية** "، مجلة معالم الدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 04، العدد 02 ،أدرار ، 2020، ص440.

[4] سعد الدين احمد ،" **العقد الدولي بين التوطين و التدويل**" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،تخصص قانون عام كلية علوم القانون و الإدارية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، 2008/2007، ص 94 .

حيث أن هاته الخاصية تظهر من الوهلة الأولى أنها موجهة لجانب معين لهذا سوف نسلط الضوء على تنظيم القواعد المادية لنوع معين من العقود (أولا)،وتوجيه القواعد المادية لطائفة معينة من الأشخاص (ثانيا).

أولا: تنظيم القواعد المادية لنوع معين من العقود.

إن صفة النوعية تتجلى في القواعد المادية في حلولها الخاصة التي تميزها عن ساري القواعد الوطنية و المناهج الأخرى فهي تتميز بتأكيدها على خصوصية العلاقات الدولية التي يتطلب تنظيما خاصا،حيث إن هذه القواعد برزت إلى حيز الموجود، فلا يكاد النظام الوطني أو الدولي يخلو من وجود مثل هاته القواعد[1].

استقرت هاته القواعد في المجتمع الدولي للمعاملات الالكترونية ، وهو مجتمع يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات ذاتية، والتي تقتضي بالضرورة حلولا تتوافق مع صفته الذاتية فهاته القواعد مخصصة لفئة معينة من الأشخاص وهم المستخدمون والمتعاملون عبر شبكة الدولية للمعلومات ، ولهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي لكونه موجه لطائفة معينة من الأشخاص ، بالإضافة أنه قانون نوعي، أي أن قواعده تنظم نوع معين من المعاملات التي تنشأء في مجال التجارة الالكترونية منها الترويج للسلع والخدمات ، ومعالجة الآلية للبيانات و المعلومات ،نظام التعامل مع بنوك المعلومات ،الدفع الالكتروني، البريد الالكتروني، والعقود الدولية التي تبرم الكترونيا[2].

[1] الموهاب فيروز ،"القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009،ص 162.

[2] خليفي سمير ، "القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية"، المرجع السابق ، ص 129.

ثانيا: توجيه القواعد المادية لطائفة معينة من الأشخاص.

إن قواعد المادية تحدد الطائفة التي تخاطبها،لن يكون إلا بوجود نظام مؤسسي مرتب ذاتيا، وله أجهزته و أدواته الخاصة ، كالعدالة الافتراضية لتكون متماشيا مع افتراضية القوانين المعمول بها في هذا المجال [1].

يسمى هذا المجتمع الخاص بالافتراضي ، فهو يتميز بطبيعة خاصة تؤدي إلى رفض تطبيق قواعد قانونية وطنية ، بحكم أن وضع هذه القواعد كان أصلا لحكم معاملات مادية ملموسة ، فطائفة هذه القواعد تتجسد في أشخاصها وموضوعها حيث تخاطب كافة مستخدمي الشبكة العالمية ومقدمي خدمات المواقع الرقمية على الشبكة وكذا الاشتراك فيها ،و خاصة الأشخاص الممارسين للتجارة الالكترونية أفراد كانوا أم هيئات ، تجار أو مستهلكين ، وتظهر طائفية هذه القواعد في إزاء الموضوعات التي تتولى تنظيمها ،فعلى الرغم من وجود قواعد تفصيلية بكل نوع من أنواع التجارة الدولية فان هناك أحكام أكثر تفصيلا[2] .

الفرع الثاني : النشأة التلقائية للقواعد المادية في الوسط المهني .

إن هاته القواعد نابعة من مجتمع ذاتي ، حيث لا تمر بالإجراءات الشكلية كما هو الحال في القوانين الوضعية ، كما أنها لا تخضع لجهة رسمية تقوم بتنظيمها ، فهي تلقائية التطبيق، وغير تابعة لسلطة معينة [3].

إضافة إلى ذالك فان تطبيق هذه القواعد ليس بحاجة إلى تدخل سلطة عامة تسهر على تنفيذها وتطبيقها واحترام أحكامها ، فمثلما كانت نشأتها تلقائية فتطبيقها تلقائي ، وميزة التلقائية جعلتها تتميز بالعديد من المزايا أهمها :

- أنها قواعد مرنة تتلائم مع طبيعة شبكة الانترانت ، و تتواكب مع التطورات الناتجة عنه كما أنه يجنب اختلاف القوانين الوطنية.

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص 57/55.

[2] Gautrais vincent ،op.cit، page 235.

[3] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ص 184.

- أن هذه القواعد تتفق وتوقعات المتعاملين، بما أنها وليدة سلوكياتهم، وهذا ما يدل على أنها لا تفرض عليهم من سلطة عليا.
- أن تلقائية القواعد المادية أعطتها مرونة ،مما جعلها تتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الالكتروني من مؤثرات تقنية أو اقتصادية أو سياسية ، حيث أن هذه القواعد جائت لتلبية حاجات المتعاملين الالكترونيين[1] .

الفرع الثالث : تشكيل القواعد المادية لقانون عبر الدول .

إن هاته الخاصية من أهم الخصائص والمميزات التي تتمتع بها القواعد المادية إذ أنها موجودة أصلا في النظم القانونية الوطنية أو الدولية و تتلائم معها ، وهذا بالنظر إلى المضمون الدولي لهذه القواعد الذي يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى ولو كانت بعض عناصرها وطنية ، ما دام الطابع لهذه العلاقات دوليا ، بل أبعد من ذالك حتى ولو كان أحد أطرافها دولة أو أشخاص القانون العام[2] .

حيث إن العقود و المعاملات المتعلقة بالتجارة الدولية بصفة عامة تتميز بالدولية ، وبتعبير أقرب إلى لغة الاقتصاد فهي معاملات موجهة لان تتخطى حدود دولة لترتكز أثارها في الدول الأخرى ، وتعني الاتفاقيات الدولية بتحديد معنى الدولية لكونها هي مناط تطبيق الاحكام في المسائل التي تنظمها ، غير أنه حينما لا يوجد نصا في هذا الصدد فيجب أن تكون الحقيقة اقتصادية هي الأساس ، ومن هنا يظهر الاختلاف مع قانون التجارة الوطني الذي يقتصر عمله على إقليم دولة معينة، بينما تتجاوز فاعلية قانون التجارة الدولية حدود الدول وتنظم علاقات تجري في إقليم دولتين أو أكثر[3] .

ومن هذا كله سوف نتناوله النقاط التالية في هذا الفرع بحيث إن القواعد المادية للتجارة الالكترونية تتميز بطابعها العالمي أو ما يسمى بالطابع عابر للدول ، ويظهر هذا كله من حيث عالمية القواعد المادية (أولا)، الوسيط الالكتروني المستعمل لإبرام مختلف

[1] أرجيلوس رحاب ، المرجع السابق ، ص 441.

[2] خليفي سمير ، "القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية"، المرجع السابق ، ص 137.

[3] نفس المرجع ، ص 138.

التعاملات التجارية الدولية (ثانيا)، طبيعة التعاملات التي تتم غالبيتها في إطار المعاملات دولية(ثالثا) وكذالك من حيث مصدر هذه القواعد التي أغلبها دولية(رابعا) .

أولا : من حيث عالمية القواعد المادية .

السمة العالمية للقواعد المادية الموحدة للمسائل الدولية تحقق المرونة أكثر،ويحتل أهمية كبيرة في القانون الدولي الخاص ، مما يفرض اختفاء قواعد التنازع لما تحمله من مخاطر ، باعتبار إن اللجوء إلى القواعد المادية أصبح الطريقة المفضلة ، كما تضع القواعد المادية الموحدة ضوابط للدولية و العالمية ، بحيث لا يتوقف تطبيق أحكامها على جنسية الأطراف ، حتى ولو كان هؤلاء الأطراف من رعايا دول غير متعاقدة ، ما دامت العلاقة قد استوفت شروطها المحددة وتستهدف من وراء ذالك توسيع نطاق تطبيقها [1].

ثانيا :من حيث الوسط المستعمل للتعامل .

يعد الوسط الذي تطبق وتسري فيه القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، عالم خاص ومستقل عن القوانين الوطنية، والهيئات المؤسساتية والسلطات الإقليمية ولا حتى الهيئات الدولية ، فهو قانون ينظم مجتمعا افتراضيا، يتضمن بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم التبادل بالطرق السلكية واللاسلكية، ولقد خصص أساسا لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية[2].

ثالثا: من حيث طبيعة المعاملات المبرمة في هذا المجال

إن هاته الصفة تظهر من طبيعة المعاملات التي ينظمها هذا القانون، إذ تعتبر معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في الوقت نفسه ، بحيث تضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها، لكن تطرح في نفس الوقت إشكالية التنظيم والسهر على احترام القواعد التي تسري في هذا الفضاء نظرا لغياب هيئة دولية تحكم العلاقات القائمة في هذا المجال ، ويبقى هذا القانون خاص يختلف عن القانون الدولي العام والقوانين

[1] الموهاب فيروز ، المرجع السابق، ص163.

[2] احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص 60.

الوطنية، ويختلف أيضا عن قواعد القانون الدولي الخاص باعتباره لا ينظم مسألة تنازع القوانين[1].

حيث أن الفقيه (Gunther) قال وعلق على القانون الموضوعي على أن: " القانون العالمي الناشئ هو النظام القانوني بحد ذاته والذي يجب عدم قياسه إزاء معايير النظم القانونية الوطنية ، فسماته العالمية وقانونه الناضج يميزه عن القانون التقليدي للدول القومية، الذي يعتمد في كل خلافاته المتعلقة بالعقد على المناهج التقليدية والمتمثلة أساسا في منهج تنازع القوانين"[2].

رابعا: من حيث المصدر المشكل للقواعد المادية.

يتضح من الصفة الدولية لهذه القواعد أيضا أن جوهر هذا القانون المادي هو تلك القواعد الموضوعية في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية التي تنظم الأنشطة التجارية الدولية[3]، فهذه جميعا هي مناط تطبيق الأحكام في المسائل التي تنظمها، ولا شك أنه عندما لا نجد نصا دوليا يتعلق بالنشاط الدولي يتعين الاستعانة بالمعايير المقررة في أصول القانون الدولي الخاص، كما تكون للعادات والأعراف والعقود والمعاملات التي أنشأها التجار بمعزل عن السلطة المحلية وعن الأعراف والقواعد والممارسات المحلية دليلا آخر على اكتساب الصفة الدولية لهذا القانون، فهي تمثل تصرفات قانونية تتخطى حدود دولة لترتكز آثارها في دولة أخرى[4] .

احتفظت القواعد المادية أو القانون الموضوعي بالطابع الدولي باعتباره ينظم فضاء افتراضيا مشتركا غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلب قانونا غير وطني، أي ليس من وضع سلطة وطنية، كما أنه ليس من وضع هيئة دولية، بل طابعه الدولي يستمده من طبيعة المعاملات التي يحكمها، فهي تتميز على أنها معاملات عابرة للحدود

---

[1] احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 60.

[2] علاء الدين محمد ذيب عبابنه، "**القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن**"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2004، ص110.

[3] الموهاب فيروز ، المرجع السابق، ص163.

[4] عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 19.

وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت، وتتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتصل بمصالح التجارة الدولية، وهي كلها معايير تضفي على المعاملات الإلكترونية الصفة الدولية[1] .

المبحث الثاني: القواعد المادية كحل لمنازعات التجارة الالكترونية.

إن القواعد المادية تهتم أساسا بشؤون التجارة الالكترونية بعيدا عن القوانين الوطنية يبرز دورها الأكبر في وضع تنظيم مباشر وخاص للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية ، ولهذا سوف نسلط الضوء في هذا مبحث على عنصرين على أنها قواعد وضعية كحل للمنازعات التجارة الالكترونية (المطلب الأول)،والثانية أنها قواعد واقعية كحل للمنازعات التجارة الالكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : القواعد المادية الوضعية كحل لمنازعات عقود التجارة الالكترونية.

إن الأدوات القانونية المتاحة لا يمكن وحدها تقديم إطار قانوني للتجارة ، كما أن قواعد القانون الخاص أثناء تطبيقها في التعاملات التي تتم عبر الانترنت عادة ما تواجه صعوبات قانونية .

و لهذا قامت الهيئات المختصة بهذا المجال ببذل جهود من أجل اتخاذ تدابير لتنظيم التجارة الالكترونية، حيث سوف نتناول المصادر القانونية للقواعد المادية للتجارة الالكترونية (الفرع الأول، تقييم القواعد المادية للتجارة الالكترونية(الفرع الثاني).

الفرع الأول :المصادر القانونية للقواعد المادية الوضعية في التجارة الالكترونية.

نظرا لأهمية وجود قواعد مشتركة فيما بين الدول تكفل وحدة الحلول بالنسبة للمنازعات الدولية ، و لتحقيق ذلك عقدت العديد من الاتفاقيات الدولية لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، كما أن النظام القانوني للتجارة الالكترونية يتمتع بهيئات و منظمات لديها كافة المقومات التي تسمح لها بسن القواعد القانونية التي تندرج تحت اطاره حيث أننا سوف

[1] حمودي ناصر ، المرجع السابق، ص 441.

نتناول الاتفاقيات الدولية (أولا)، و أعمال بعض الهيئات و المنظمات الدولية و الإقليمية (ثانيا) .

أولا : الاتفاقيات الدولية .

بعد الحرب العالمية الثانية رأى المجتمع الدولي الحاجة إلى سن قواعد قانونية خاصة بالتجارة الالكترونية ، كما أنهم أبرموا اتفاقيات و معاهدات دولية تتضمن قواعد مادية ذات صبغة دولية، مفادها التحكم في العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي[1] ، كما أنها تخضع للقوانين الداخلية للدول المتعاقدة ، و تعد أيضا أحد أهم المصادر التي يمكن ان يستقي منها القانون الالكتروني أحكامه [2]، و نظرا لحداثة مجال التجارة الالكترونية فان الاتفاقيات المبرمة في هذا المجال محدود جدا و من بينها نجد ما يلي :

1/اتفاقية لاهاي .

تولى مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص confrence of private international the hague العمل في مجال توحيد قواعد تنازع القوانين ، و أسفرت الجهود التي بذلها إلى إبرام اتفاقيتين دوليتين في مجال البيوع الدولية هما :

1) اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية المبرمة في 15 يونيو 1955 ، و قد صادقت على هذه الاتفاقية تسع دول هي بلجيكا و الدنمارك و فنلندا و فرنسا و إيطاليا و النيجر ، النرويج ، السويد و سويسرا و أصبحت نافذة منذ أول سبتمبر 1964، و حلت محل هذه الاتفاقية اتفاقية أخرى هي اتفاقية لاهاي المبرمة في 22 ديسمبر 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية.
2) اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 ابريل 1958 بشأن القانون الواجب التطبيق على انتقال الملكية في البيع الدولي للمنقولات المادية ، و هي لم تدخل حيز النفاذ بعد.

و من خلال استقرائنا للمادة الأولى/1 من اتفاقية لاهاي لعام 1955؛ نجد أن بنودها لا تطبق إلا على " البيوع ذات الصبغة الدولية للمنقولات المادية " ، كما أن أحكام الاتفاقية

[1] صالح المنزلاوي ،" القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية " ، المرجع السابق، ص118.

[2] أحمد عشعوش ،" تنازع القوانين في مجال الأهلية – دراسة مقارنة–" ،طبعة غير موجودة، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1989 ، ص24.

يقتصر نطاق تطبيقها على الدول المتعاقدة دون غيرها و بالتالي لا تتضمن سوى حلول لتنازع القوانين بصدد عقد بيع له وصف محدد [1]، و هذا ما نصت عليه أيضا المادة 7 من اتفاقية لاهاي لعام 1986 .

2/اتفاقية فيينا .

قامت اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولية للبضائع على تكريس مجموعة من القواعد المادية الموحدة تقوم محل القوانين المختلفة ، بهدف إزالة و تجنب الصعوبات و الحواجز التي تعيق تطور التجارة الدولية ، كما أن هذه الأخيرة تعد بمثابة قانون تجاري موحد[2] ،حيث قامت بوضع أحكام مادية لتنظيم البيوع ذات الصيغ الدولية ، كما أنها قواعد لا يمكن توقيف تطبيقها أمام قضاء الدول المتعاهدة على منهج تنازع القوانين [3].

ومن خلال استقراءنا لمواد الاتفاقية ، هناك مبادئ مادية تضمنتها هذه الاتفاقية عملت على معالجة الثغرات و النقائص و يتضح ذلك من خلال المادة 7 حيث تنص " يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية و ضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية .

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فتنص على المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي تتناولها هذه الاتفاقية و التي لم تحسمها نصوصها يتم تنظيمها وفقا للمبادئ العامة التي أخذت بها الاتفاقية و في حالة عدم وجود هذه المبادئ تسري أحكام القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص [4]. و كما نرى أن الاتفاقية هنا قد منحت الحرية لقاضي النزاع في عقود التجارة الالكترونية ، و لقد تضمنت الاتفاقية أيضا مبدأ القبول المنصوص عليه في المادة 18 ما يلي " يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب " و هنا إذا لم يتم تحديد المدة المطلوبة في القبول يجب أن تكون المدة

---

[1] إبراهيم احمد بن سعيد الزمزمي ،"القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية"، طبعة غير موجودة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، ص281 .

[2] نفس المرجع، ص282 .

[3] هشام علي الصادق ،"القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، دار الفكر الجامعي ، طبعة02 ، الإسكندرية ، 2001 ، ص736 .

[4] اتفاقية فيينا المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع ، الصادرة في 11 افريل 1980 ، المتاحة على الموقع الالكتروني : https://wipolex.wipo.int/ar/main/treaties

معقولة و ذلك عندما تكون البضاعة قابلة للتلف حيث يجب أن يكون التسليم فيها فوري ؛ أي يجب مراعاة ذلك .

و في الأخير نقول أن القواعد المادية الواردة في الاتفاقيات يمكن تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية طالما محل بضائعها مادي .

3/ لجنة الأمم المتحدة " الاونيسترال" .

United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL) ، لقد أنشئت هذه اللجنة بقرار صدر من الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الحادية و العشرين في 17 ديسمبر 1966 بغرض تنسيق و توحيد قانون التجارة الدولية ".

من أسباب إنشائها مساعدة الدول على تحديد القواعد الواجبة التطبيق ، خاصة سعيه لخلق التوازن بين التجارة الالكترونية و التقليدية [1]، كما نشير إلى الاتفاقية الصادرة عن الأمم المتحدة و الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 [2]، حيث يبرز دورها في تكوين بعض القواعد المادية للتجارة الالكترونية و ذلك من خلال السعي إلى اعتماد قواعد موحدة لإزالة العراقيل عند استخدام الخطابات الالكترونية ، وخاصة تلك المشاكل التي تنتج عن التشكيك بالقيمة القانونية للخطابات الالكترونية في العقود الدولية ، كما أن هناك العديد من الاتفاقيات التي قد ساهمت بشأن القواعد المادية الدولية نذكر منها : اتفاقية وارسو لسنة 1929 بشأن النقل الجوي ، أيضا اتفاقية بروكسل لسنة 1924 المتعلقة بتوحيد قواعد سندات الشحن [3].

ثانيا : أعمال بعض الهيئات و المنظمات الدولية و الإقليمية .

مع تنامي العلاقات التعاقدية الالكترونية يستلزم توفير بيئة قانونية فيها الثقة و الأمان بين المتعاملين، و لهذا اهتمت اغلب المنظمات الدولية و الإقليمية منها :

---

[1] إبراهيم بن احمد بن سعيد الزمزمي ، المرجع السابق ، ص290 .

[2] الخطاب الالكتروني هو بيان أو إشعار أو طلب أو إعلان أو إيجاب أم قبول ، يتم بواسطة الكترونية بصرية ، مغناطيسية أو أية وسيلة مشابهة في سياق تكوين أو تنفيذ العقد ، انظر الى https://www.ummto.dz

[3] بلاش ليندة ، " **الاتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي** "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد 1 ، بجاية ، 2015 ، ص288 .

1/ لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي .

التي أنشأت منظمة (الأونسيترال) و التي تعتبر من أول المنظمات التي عملت في مجال التجارة الالكترونية ، و من أبرز الأعمال التي قامت بها هذه الأخيرة انتهت إلى وضع القانون النموذجي للتجارة الالكترونية ، و أرته لجنة الاونيسترال في 14 جوان 1996 و تم اعتماده من طرف الجمعية العامة في 16 ديسمبر 1996 [1].

و لقد سعت منذ تأسيسها إلى تنظيم العديد من المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية من خلال الاعتماد على عدة أساليب نذكر منها : إعداد مشاريع الاتفاقيات الدولية و القوانين النموذجية ، بالإضافة إلى عقد الندوات و المؤتمرات الدولية و الإقليمية لتنظيم بعض جوانب التجارة الدولية[2] ، كما أنها أصدرت العديد من القرارات و الإعلانات التي تتعلق بتنمية التجارة الالكترونية ، إلا إننا نكتفي بذكر الإعلان الصادر في ديسمبر 1996 بشأن منتجات تكنولوجيا المعلومات و الذي تعهدت بموجبه ثمان و أربعون دولة بالبدء في التخفيض التدريجي للجمارك ذات الصلة بالتجارة الالكترونية ، على أن يتم إلغاء كافة هذه الجمارك ابتداءا من أول يناير عام 2000[3] .

3/ أعمال المنظمة العالمية للتجارة .

لقد تم تحديد 1 جانفي لعام 1995 تاريخ نفاذ الاتفاقية بإنشاء منظمة التجارة العالمية ، و في ماي 1998 انعقد مؤتمر جنيف ؛ حيث تم إصدار بيان من طرف المشاركين مفاده رفع الرسوم الجمركية على المبادلات الالكترونية ، فقام المدير العام للمنظمة بإجراء مفاوضات لمد هذه القواعد التي تتضمنها إلى البيئة الالكترونية ، هذا ما أدى إلى تغيير إستراتيجية المنظمة للوصول إلى نتائج ممتازة بالنسبة للتجارة الالكترونية[4] .

---

[1] فقير فائزة ، المرجع السابق، ص195 .

[2] شافع بالعيد عاشور ،" **العولمة التجارية و القانونية في التجارة الالكترونية** "، طبعة 01 ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2006 ، ص112 .

[3] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص158 .

[4] فقير فائزة ، المرجع السابق ، ص196 -197 .

3/ أعمال غرفة التجارة الدولية ICC.

لقد وضعت تحت تصرف غرفة التجارة الدولية قواعد للسلوك الموحد للتبادل الالكتروني للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد، و ذلك بالإشتراك مع عدد من المنظمات الدولية [1]، كما تأسست هذه الأخيرة سنة 1919 بهدف عام و مازال قائما لحد الآن ، يتعلق بخدمة قطاع الأعمال الدولي عن طريق تعزيز التجارة و الاستثمار[2] ، كما أنشأت غرفة التجارة الدولية مشروع التجارة الالكترونية و يشمل ثلاث فرق عاملة تختص بمسائل الممارسات التجارية الالكترونية و أمن المعلومات و المصطلحات الالكترونية و جعل هذا الأخير قابلا للإستعمال في مجتمع التجار[3] .

من الأعمال التي تحققت على المستوى الدولي من أجل خلق إطار قانوني للتجارة الالكترونية ، نذكر منها : إعمال الاتحاد الأوروبي ، حيث تقدم بخطوات هامة لسن قانون التجارة الالكتروني ن و لقد تم وضع برنامج عمل يهدف إلى خلق إطار قانوني أوروبي موحد (صدر في 8-7-2000) و هدفه خلق سوق أوروبية رقمية موحدة [4].

الفرع الثاني : تقييم القواعد المادية الوضعية لعقود التجارة الالكترونية .

اختلف فقهاء القانون حول مدى تمتع القواعد المادية للتعاملات الالكترونية في مجالها الدولي الخاص بصفة النظام القانوني مستقل أو نفي هذه الصفة .

و لهذا سوف نتناول هذا العنصر في وضع القانون المادي للتجارة الالكترونية بصفته نظام قانوني (أولا)، و بنفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الالكترونية (ثانيا) .

---

[1] من هذه المنظمات : لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري ، منظمة الأمم المتحدة للتجارة و التنمية ، المنظمة الدولية لتوحيد المقاييس ، منظمة تبادل البيانات بواسطة الإرسال عن بعد في أوروبا ، أشار إليه صالح المنزلاوي ، مرجع سابق ، ص118 .

[2] فقير فائزة ، المرجع السابق ، ص201 .

[3] إبراهيم أحمد سعيد زمزمي ، المرجع السابق ، ص26 .

[4] شافع بالعيد عاشور ، المرجع السابق ، ص76 .

أولا : وضع القانون المادي بصفته نظام قانوني .

لقد ظهر اتجاهين حول فكرة تشكيل القواعد المادية للتجارة الالكترونية نظاما قانونيا قائما بذاته و مستقل [1]، و لدراسة ذلك سنتطرق إلى تعريف النظام القانوني ، و الخلاف الفقهي حول وجود النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية .

1/ تعريف النظام القانوني .

يعرف النظام القانوني على أنه " مجموعة متناسقة من القواعد التي تأتي من مصادر مترابطة على نحو تدريجي ، و تستلهم نفس المجموعة من المبادئ و نفس الرؤية للحياة و العلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها [2].

و قد عرفه الأستاذ VITALLY-M بأنه " نظام تهذيب الروابط الاجتماعية ، و ما يميزه ليس فقط وضع قواعد و لكن إنشاء نظم متخصصة أيضا لضبط الروابط الاجتماعية " ، كما أضاف الفقيه الايطالي samti somano على أنه " نظام قانوني يجب أن يشتمل على مجتمع متجانس بدرجة كافية و سلطة مؤثرة داخل ذلك الكيان ، و هو مجموعة قواعد تنظم سلوك أشخاص داخل هذا النظام "[3].

و عند رجوعنا إلى التعاريف السابقة ، نجد أن هناك اختلاف في تحديد مفهوم النظام القانوني ، فهناك من يعتبره أنه قاعدة قانونية ، و منه من يعتبره للتنظيم و البناء .

أ/النظام القانوني قاعدة قانونية.

هذا الاتجاه حاول جاهدا تحديد مفهوم النظام القانوني على ضوء النظرية العامة للقانون القائمة على أساس نظرية هاند كلسن ، حيث تقوم نظرية هذا الأخير على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي ، كما أنها تقوم على أساس التطابق بين القانون و الدولة .

ب/النظام القانوني تنظيم أو بناء .

ذهب الأستاذ GUY ROCHER إلى أن فكرة النظام القانوني تتحقق بوجود أجهزة أو هياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية تتولى مهمة وضع القوانين الجديدة و صياغتها [4].

---

[1] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص195 .

[2] عادل ابو هشيمة محمود حوته، "عقود خدمات المعلومات الإكترونية في القانون الدولي الخاص"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية،2005 ، ص148 .

[3] حمودي محمد ناصر ، المرجع السابق ص443 .

[4] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص197-198 .

فلكي يتحقق وجود النظام القانوني لابد من وجود قوانين يطبقها القضاة و أيضا نظام إلزام يفرض على الأشخاص ، فالنظام القانوني يستخدم للتعبير عن الهيكل و التنظيم و السلطة[1].

2/ الخلاف الفقهي حول وجود النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية .

في هذه المسألة هناك اختلاف فقهي ، منهم من يعارض تكوين هذه القواعد لنظام قانوني ، أما البعض الآخر يؤكد على أن هذه القواعد تشكل نظاما قانونيا قائما ، و هذا ما سنوضحه في الآتي :

أ/الاتجاه غير المعترف بالنظام القانوني .

يقوم هذا الاتجاه بتأسيس رأيه على عدم وجود وحدة بين المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية ، فهم يرونها مجرد قواعد مادية تدخل ضمن عموميات قانون التجار فيعتبرون أن السوق تجمع العديد من الأشخاص فمنهم مهنيين و مستهلكين و تجار مكونين بالصدفة، تكون وجهة نظرهم غير منتظمة كما يدخلون في علاقات تعاقدية يصعب فيها تحقيق مجتمع متماسك ، و هذا ما يؤكد صعوبة إقرار قواعد عرفية يتفق عليها على أساس المصالح [2].

كما يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين و الفنيين داخل جماعة الانترنت ، قد أسفر على وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر عن مصالحها المتعارضة ، و يظهر في هذه النقطة أن الدول غير متعاونة في هذا المجال ، و ليس لديها الاستعداد الكافي لترك المنازعات التي يكون أحد رعاياها طرفا فيها كي يحكمها هذا القانون [3].

ب/الاتجاه المعترف بالنظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الالكترونية .

إن هذا الاتجاه جاء بعكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول حيث يعتبر أن القواعد المادية للتجارة الالكترونية نظام قانوني مستقل بطبيعته الموضوعية ، حيث توازي في أهميتها القواعد المادية للتجارة الدولية ، و أن العادات و الممارسات التي استقر عليها العمل في هذا المجتمع الافتراضي هي التي شكلت هذه القواعد المادية ، حيث عملت بعض الدول و

---

[1] محمد محسوب ، " نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم و الحقيقة "، طبعة1 ، الأردن ، 2003 ،ص63 .

[2] أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص320 .

[3] عادل أبو هشيمة محمود حوتة ، المرجع السابق ، ص149

الحكومات على تطوير هذه القواعد ، مما جعلها تختلف عن القواعد التي يضعها المشرع الوطني و التي تسري داخل حدود مجتمع الدولة الواحدة [1].

و قد اعتمد أصحاب هذا الاتجاه على الحجج التالية :

أولا: فيما يخص المجتمع الافتراضي ، ذهبوا إلى وجود هذا المجتمع المتجانس الذي يتكون من العاملين في التجارة الالكترونية و الخاص بشبكة الانترنت ، حيث أن أفراده يعيشون بفكر و هدف واحد و يرتبطون فيما بينهم بروابط وثيقة بما يجعلهم قادرين على تكوين مجتمع دولي حقيقي قادر على حكم معاملاته و فرض الجزاءات التي تضمن الالتزام بتلك القواعد و ضمان تطبيقها كما هو معمول به في قضاء التحكيم الالكتروني [2].

ثانيا: الاعتراف بالصفة القانونية لهذه المصادر و استقرارها في مجتمع الانترنت كان نتيجة للإعتراف بمنبع هذه المصادر كالاتفاقيات الدولية و العقود النموذجية التي تعدها المنظمات الدولية المعنية ، بما يؤدي حتما الى دعم الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدين مع ضمان وحدة الحلول للمشكلات الفنية و القانونية في حال حصولها ، عبر الشبكة الدولية للأنترنت ، بالإضافة إلى اجتناب الفراغ التشريعي الذي يمكن أن تؤدي إليه التشريعات الوطنية خاصة التي لم تنظم التجارة الالكترونية و النقص الذي يشوبها في أعمالها في مجال العقود الالكترونية [3].

ثالثا: فيما يخص عنصر الجزاء الذي يعد عنصرا رئيسيا في النظام القانوني ، فلقد أصبح لمجتمع الأنترنت قضاة متخصصين في حل المنازعات ، و الذي يتميز بعدالته الافتراضية حيث يقوم القضاة بمهامهم في عقد جلساتهم عن بعد بواسطة آليات مصممة لهذا الغرض عبر شبكة الانترنت ، وإصدار أحكامهم على المخالف ، بالطرد أو إنهاء اشتراكه أو حرمانه من التعامل عبر الشبكة، أو تعليق الاستفادة منها هذا بالإضافة إلى قضاء التحكيم الالكتروني[4].

---

[1] احمد الهواري ، "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص" ، مؤتمر المصارف ، المجلد الأول، ص1662.

[2] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص196 .

[3] نفس المرجع، ص206 .

[4] أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص21 .

ثانيا : نفي صفة النظام القانوني عن القواعد المادية للتجارة الالكترونية .

يتجه هذا الجانب الفقهي إلى نفي صفة النظام القانوني على مجموعة القواعد المادية الالكترونية بسبب النقص الذي يعتريها و الذي يحول دون اعتباره نظاما قانونيا [1]، و يعدها جزءا من القواعد المادية التي تدخل ضمن الإطار العام لقانون التجارة الدولية ، لذلك فهم لا يعتبرونها وحدة قانونية مستقلة بذاتها .

و قد استندوا على الحجج التالية :

أولا: إن قيام أي نظام قانوني يتطلب وجود الجماعة التي تنظمه ، و في حالة تطبيق القاعدة المذكورة سابقا على التجارة الالكترونية فإنه لا يمكن القول بشكل قاطع ، بوجود مجتمع متماسك موحد و منظم ، قادر على أن يجمع كافة المتعاملين عبر شبكة الانترنت بما يؤدي إلى قدرته على خلق قواعد سلوك ملزمة لهذا المجتمع ، إضافة إلى قلة و صعوبة ظهور الأعراف المتعلقة به ، بسبب غياب الوحدة و الترابط بين مستخدمي شبكة الانترنت وانتماء المتعاملين عبر الشبكة ، للنظم قانونية مختلفة إضافة إلى اختلاف طوائفه اجتماعيا وثقافيا وفكريا ، مما أدى إلى وجود أعراف و عادات خاصة بكل طائفة لما فيها من ضمان في الحفاظ على مصالحها المتعارضة ، و هذا بحد ذاته يؤدي الى صعوبة التسليم بوجود التنظيم الموحد ، كأساس في قيام النظام القانوني [2] .

ثانيا: إن أغلب القواعد المادية للتجارة الالكترونية تكونت من مجموعة قواعد السلوك المجردة من حيث نشأتها و مضمونها و بسبب حداثة تكوينها ، فإنها خالية من عنصر الالتزام بما يجعل منها عرفا واجب الإتباع ، و بالتالي فإن غياب القواعد الآمرة يعني عدم استقامة النظام القانوني [3].

ثالثا: أنها تفتقر إلى الجزاء و الردع الذي يحتم على الأفراد عدم مخالفتها و هذا ما يجعلها مختلفة تماما عن النظام القانوني للدولة الذي تتميز به في إيقاع الجزاء بكل من يخالف النظام القانوني للدولة ، إن ما تقوم به بعض الجهات من إلغاء الاشتراك أو حظر استخدام الشبكة لا

---

[2] عادل أبو هشيمة محمود حوتة ، المرجع السابق ، ص149 .

[3] نفس المرجع ، ص151 .

يعد جزاءا فعال بسبب صعوبة تحديد هوية الشخص المخالف و سهولة التخفي من خلالها حيث يتمكن من استخدام الشبكة ثانية بعد تغيير معلوماته الشخصية و عنوانه [1].

المطلب الثاني: القواعد المادية الواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الالكترونية.

نظرا لتطور العلاقات التجارة الدولية و تأثيرها في العلاقات الدولية ذات الطابع الخاص فقد ظهرت وسائل فنية جديدة لحل أزمة تنازع القوانين في العلاقات الدولية الخاصة، نذكر منها مجموعة من القواعد المادية الواقعية التي تعد وسائل للعديد من الدراسات القانونية لحل منازعات عقود التجارة الالكترونية ، منها قواعد ذات تطبيق ضروري (الفرع الأول) ،و تنظيم الذاتي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القواعد ذات التطبيق الضروري .

إن قواعد ذات التطبيق الضروري في مجال العلاقات الخاصة لها طابع دولي جعلت منه شريكا لمناهج معروفة في نطاق القانون الدولي، وعلى هذا الأساس ارتأينا لتعرض إلى مفهومه (أولا) ، وقواعد ذات التطبيق الضروري و فكرة النظام العام (ثانيا).

أولا : مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.

القواعد ذات التطبيق الضروري لها مكانة بارزة في القانون الدولي الخاص الذي كان محلا لعديد من الدراسات الفقهية والقانونية ، لهذا سوف نتطرق إلى تعريفها (أولا)،ثم التطرق إلى فكرة النظام العام لهاته القواعد(ثانيا).

1/تعريف القواعد ذات التطبيق الضروري.

تعددت تسمية قواعد ذات التطبيق الضروري فهناك من سماها قوانين البوليس وفقهاء آخرون سموها القواعد ذات التطبيق الضروري وغيرها من تسميات، حيث أن الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة أخذ بتسمية التطبيق الضروري وذالك على أساس أنه يكشف درجة الاتزان التي تنطوي عليها هاته القواعد والتي تدفع للقاضي إلى تطبيقها إذا توفرت الصلة بين العلاقة المطروحة وقانون القاضي ، حيث أنه لا يوجد تعريف جامع مانع لهاته

[1] حمودي محمد الناصر ، المرجع السابق ، ص499 .

القواعد[1]، وقد عرفها الفقه " بأنها القواعد التي تلازم تدخل الدولة والتي ترمي إلى تحقيق وحماية المصالح الحيوية والضرورية والاقتصادية و الاجتماعية للجماعة والتي يترتب عن عدم احترامها إهدار ما تبتغيه السياسة التشريعية ، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط التي تدخل في مجال سريانها أيا كانت طبيعتها وطنية أم ذات طابع دولي " [2]، أي أنها قواعد قانونية تتولى بذاتها تحديد مجال تطبيقها دون الحاجة إلى إذن من قواعد التنازع إذ ترتكز في حل مشكلة القانون الواجب التطبيق على تحليل للقواعد الموضوعية الوطنية وتحديد ما هو ضروري عن غيره [3].

وهناك فرق بين القواعد التطبيق الضروري و القواعد الآمرة في القانون الداخلي ، حيث أن القواعد الآمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها ويلجأ القاضي إليها عندما يتعلق الأمر بكيان المجتمع ، ويرى آخرون أن الفرق يكمن في درجة الأولية في طبيعة وفي حالة الاختلاف تكون الأولوية للقواعد ذات التطبيق الضروري لأنها تدخل فيها الدولة ، كما تتطلب فرض قواعد قانونية على وجه السرعة عكس القواعد الآمرة[4].

2/ قواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام.

إن فكرة النظام العام لها طابع وطني وهي تتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع سواء من الناحية السياسية و الاجتماعية أو الاقتصادية وهي فكرة متغيرة من دولة لأخرى ، فالقاضي له الحق في استبعاد القانون الأجنبي إن كان هو وجه التطبيق في حالة تبين أنه مخالف لنظامه العام فيحل محله قانون دولته [5]، وهذا ما جاء به في نص المادة 24 من القانون المدني الجزائري "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا

---

[1] محمد بلاق ،" التحديات التي تواجه منازعات عقود التجارة الالكترونية في ظل مناهج القانون الدولي الخاص،" مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 13 ، عدد 02، جامعة محمد خيضر بسكرة ،27 أكتوبر 2021، ص 241.

[2] عبد الفتاح محمد خليل ، "**حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص** "، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2009،ص 237.

[3] هشام علي الصادق ، المرجع السابق ،ص 562.

[4] نفس المرجع، ص 563

[5] دغيش أحمد "،**الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الاجنبي في الجزائر**" ،مجلة البحوث والدراسات العليا ، مجلد 08،عدد02،جامعة بشار ، 2014/11/30 ،ص 379.

للنظام العام والآداب العامة في الجزائر ، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون .

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

أما بخصوص العقود المبرمة عبر الانترانت فان البعض يطالب بإنشاء محكمة ذات طابع دولي يكون لها حق الاختصاص في تحديد قانون الدولي الموحد لعقد الصفقات المبرمة عبر الانترانت بهدف الوصول إلى المنهج على المستوى عالمي يحدد مفهوم النظام العام ، إلا أن جانب من الفقه يرى بأنه يصعب تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري بدقة وذلك لصعوبة التعرف عليها على أساس أن يهدف لحماية الكيانه السياسي و الاجتماعي و الاقتصادي لدولته ، وأن القاضي عند تطبيقها يمتنع لسلطته التقديرية من شأنها إهدار قواعد القانون الدولي الخاص هذا من جانب، ومن جانب أخر يجد القاضي منها وسيلة لجذب العلاقات الخاصة الدولية إلى قانون بلاده وهذا مما يدعى " بفكرة الأثر المخفف للنظام العام" وهذه الفكرة غير ملائمة لأنها تتعلق بكيان دولته [1].

ثانيا : معايير تحديد القواعد ذات التطبيق الضروري.

بعد التطرق إلى مفهوم قواعد ذات التطبيق الضروري الآن نسلط الضوء على معايير تحديدها ، فقد اختلف الفقه حول معايير تحديدها ولهذا سوف نتطرق فقط إلى أبرزها، ألا وهي المعايير الشكلية (أولا) ، ثم المعايير الفنية (ثانيا).

1/ المعايير الشكلية.

إن أنصار هذا المعيار يرون بأن قواعد ذات التطبيق الضروري من قواعد البوليس، فقد حصر المشرع هذه القاعدة على تحديد نطاق سريانها المكاني على نحو الصريح ، وهذا ما يكشف عن إرادته في تطبيق هذه القاعدة على الإسناد المزدوج ، حتى لو كانت هذه القواعد تقتضي إلى الاختصاص قانون الأجنبي في شأن المركز المطروح على القاضي[2] ، إلا أن هذا الاتجاه لم يخلو هو الأخر من العيوب وذالك لأنه علق اكتساب القاعدة القانونية

[1] إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي ، المرجع السابق، ص 300/299.

[2] هشام علي صادق ، المرجع السابق ،ص 636.

لوصف قاعدة البوليس على الإرادة المعلنة للمشرع في تحديد نطاق تطبيقها ، إلا أن الأستاذ " لوسوران " تكلم حول هذه الفكرة الأخيرة بأنها أكثر انضباطا من سابقتها لأنه يحصر قواعد البوليس في نطاق ضيق ، حيث أنه يكاد لا يعد من قواعد البوليس في نطاق ضيق للغاية ، حيث أنه يكاد لا يعتد بها من قواعد البوليس في فرنسا[1] .

حيث أن إعمال القاضي لهذا الأمر لا يثير أي مشكلة خاصة و لم يكن هذا القانون هو المختص بمقتضى قواعد التنازع على أساس أن القاضي ملزم في كل الأحوال بإتباع أوامر مشرعه الذي حددها بشكل صريح وفق المعيار الشكلي ، إلا أنه ليس هناك ما يلزم القاضي في هذا الفرض بالانصياع لتحديد التشريعي لنطاق تطبيق قاعدة أجنبية مما يفقد هذا المعيار فاعليته [2].

2/المعايير الفنية.

يقصد بهذا المعاير هو السير العادي للتفكير من اجل فهم ما هو مجهول عن طريق فئات أو تصورات معروفة وهكذا يتم تقريب قوانين البوليس من القوانين الإقليمية و قوانين النظام العام باعتبارها أفكار عامة و معرفة في القانون الدولي الخاص[3] .

وانطلاقا من فكرة أن قوانين البوليس هي قوانين ذات تطبيق إقليمي ، وهذا ما استندت إليه بعض أحكام القضاء الفرنسي وذالك على أساس أنه ما دامت قوانين البوليس ذات تطبيق إقليمي، فان الإقليمية تصبح على هذا النحو معيار للكشف عن هذه القوانين وتحديدها ، والإقليمية على هذا النحو هي الشيء مضاد للتنازع على هذا النحو تعد القواعد ذات الطبيعة الإقليمية في قانون القاضي من قواعد البوليس التي يتعين تطبيقها على المراكز التي تدخل في نطاق سريانها الإقليمي دون الحاجة إلى إعمال منهج التنازع [4].

إلا أن هذا المعيار تعرض هو الأخر إلى مجموعة من الانتقادات من قبل الفقه وذالك لأنهم فسروا فكرة ظاهرة البوليس بأنها فكرة إقليمية فهل يا ترى يقصد بها قانون القاضي أو

---

[1] نفس المرجع ، ص 638.

[2] محمد بلاق،" التحديات التي تواجه منازعات عقود التجارة الالكترونية في ظل مناهج القانون الدولي الخاص"،نفس المرجع السابق،صفحة 244.

[3] هشام صادق ، المرجع السابق ، ص 639.

[4] نفس المرجع، ص 639.

قانون موقع المال أو قانون موطن الشخص أو قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه ؟ ،ومنه إن هاته الفكرة متغيرة وهذا هو وجه الشبه بين معيار الفني و قوانين البوليس[1] .

الفرع الثاني :نظرية التنظيم الذاتي .

نظرية التنظيم الذاتي تعرف بالقانون المرن أي أن القواعد المستخدمة فيها لا تأتي من مصدر رسمي أو شكلي[2]، ومن هذا الأخير سوف نتناول كل من مفهوم هذه النظرية(أولا) و مصادرها (ثانيا).

أولا : مفهوم فكرة التنظيم الذاتي.

إن المقصود به أنه مجموعة من الأعراف و العادات و القواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية و التي تولد بشكل تلقائي من طرف جماعة معينة تطبقها و تعتبر ملزمة مع مرور الوقت تعترف بها المحاكم و تكتسب صفة الإلزامية قانونا ، حيث أن جانب من الفقهاء سماها بمبدأ كفاية الذاتية للعقد[3] .

حيث أن مصدره إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية ، ويذهب الفقه على تأكيد و تأييد هذه الفكرة و يرو ضرورة إنشاء قانون ذاتي " CYBER LOW" لشبكة الانترانت ، ومن أجل تنظيمها وأساسهم في ذالك أن المتعاقدين في مجال التجارة الالكترونية لهم الحق في تحديد قواعد سلوكية خاصة بهم نظرا للصعوبات التي يواجهها المشرع في تنظيم تعاملاتهم ، ومنه فان مبدأ الكفاية الذاتية يكمن في عقود النموذجية و الشروط العامة التي استقرت عليها العادات التجارية ، حيث أن هاته النظرية لاقت أثر فعال في العديد من دول الاتحاد الأوروبي ، ويظهر من خلال إجراءات تحسين قواعد تنظيمه الإقليمية للاتحاد بهدف إظهار منهج جديد[4].

---

[1] أحمد قسمت الجداوي، "**نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين**"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد1 ،عين الشمس، 2000، ص 10.

[2] فراس كريم طه ،" **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**" ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،العدد 02، الأردن ،2016، ص222.

[3] أحمد قسمت الجداوي ،المرجع السابق ، ص65.

[4] إبراهيم بن أحمد سعيد الزمزمي، المرجع السابق ، ص 305.

ثانيا : مصادر القواعد القانونية ذاتية .

إن نظرية التنظيم الذاتي وليدة المعاملات التجارية من خلال استعمال شبكة الانترانت ، ولهذا سوف نسلط الضوء على مصادرها سواء الأعراف و القواعد السلوكية المهنية و التجارية (أولا) ، و العقود النموذجية (ثانيا)، و العادات اتفاقية (ثالثا).

1/ الأعراف و القواعد السلوكية المهنية و التجارية .

العرف هو مصدر من مصادر القانون ويعرف ما جرى العمل به من قبل الأفراد و سلطات بشكل متواتر على نحو يمثل قاعدة ملزمة واجبة الإتباع ، أما الأعراف التجارية ما اعتد عليها التجار عبر الدول من عادات في تعاملاتهم عبر الدول حيث أن مصادرها القواعد العرفية هي عقود نموذجية او شروط عامة ، إلى أن أصبحت توضع من قبل تجار و ومقدمي خدمات الاتصال بشبكات المعلومات ومن هذا المنطق يسعى هؤلاء إلى إرساء قواعد ذاتية تحكم المعاملات و تتخذ شكل الأعراف و الممارسات العملية مع الأخذ بعين الاعتبار قواعد السلوك التي يمتاز بها الوسط المهني[1] ، وقد يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول مدى منطقية القول بنشوء أعراف في نطاق التجارة الالكترونية التي تعتبر ظاهرة حديثة وسريعة الظهور لان لنشأة العرف يتطلب مدة معينة لتكوينه ، فكيف تحكم التجارة الالكترونية في القواعد العرفية في حين أن هاته التجارة لحد ألان لم تبرز قواعدها بشكل واضح ، ووفقا لإتباع سلوك معين بصفة مضطردة في بيئة التجارة الالكترونية يمكن القول إن هاته القواعد تعد من مصادر التنظيم الذاتي لقواعد التجارة الالكترونية[2] .

2/ العقود النموذجية.

هي عبارة عن نماذج عقدية مطبوعة معدة سلفا، مصاغة صياغة عملية في شكل شروط عقدية بحيث يستوعبها الأطراف بسهولة، وهي جاهزة للاستعمال بالرغم من أنها عقود تشتمل على الأحكام التفصيلية للعقد، وتتجسد أهمية العقود النموذجية في كونها تغني الأطراف المتعاقدة عن الدخول في مفاوضات قد تكون طويلة وشاقة قصد التوصل إلى اتفاق حول جزئيات وتفاصيل العلاقة التعاقدية المراد إتمامها، مما يقتصد في الجهد والتكاليف

---

[1] هشام علي الصادق، المرجع السابق ،ص 755.

[2] فيصل محمد كمال عبد العزيز ، "**الحماية القانونية في عقود التجارة الالكترونية** "، طبعة غير موجودة،دار النهضة العربية،مصر ،2008،ص 634/633.

[1]حيث يكفي أن يتفق الأطراف عليها وفقا لصيغة نموذجية معينة ،ويعد العقد النموذجي مصدرا هاما لقواعد التجارة إذ يساهم في إثبات العادات المتداولة في الوسط التجاري فهو إذا بمثابة وسيلة تقنين أساسية مما يجعله مرجعا عاما للفصل في منازعات العقد الدولي[2]، بل يساهم بدوره في خلق عادات تجارية جديدة ، حيث تتحول الأحكام الواردة في العقد النموذجي من مجرد بنود عقدية إلى قواعد قانونية، ويتجسد ذلك عن طريق التداول التلقائي للمتعاملين في التجارة الإلكترونية واستعمال هذه النماذج من العقود[3]،و نظرا لأهمية العقود النموذجية ودورها في سير عمليات التجارة الدولية عملت العديد من التنظيمات المخصصة على صياغة نماذج منظمة في غاية الدقة والوضوح، مما جعلها قادرة على تحقيق مبدأ الكفاءة الذاتية عند الفصل في أي نزاع محتمل يتعلق بعقود التجارة الإلكترونية[4].

3/العادات الاتفاقية .

العادات هي قواعد ذو طبيعة مشتركة حتى لو تعلقت بنوع معين من المعاملات حتى لو تمت في بيئة الكترونية ، فهي سائدة في مجال الدعايات والترويج للسلع والخدمات ، وفي شأن حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات عبر الحدود، وفي مجال حماية المستهلكين وفي مجال حقوق الملكية الفكرية، حيث أن الأصل هو التزام طرفي العقد بالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما على أساس أن هاته الأعراف أصبحت بموجب اتفاقهما جزء من العقد ومن ثم تستمد صفتها الإلزامية[5].

حيث أن الأستاذ Emmanuel Gaillard هناك مفهومان لتحديد العادات حيث أن المفهوم الأول يضيق من نطاقها ويقصر دورها على تفسير إرادة الأطراف فقط ، في حين أن المفهوم الثاني يوسع من هذا النطاق ليضم الممارسات التعاقدية المستقرة في مجال التجارة الدولية ، بالإضافة إلى المبادئ القانونية المستخلصة من القانون المقارن أو المصادر الدولية

---

[1] أحمد عبد الكريم سالمة، مرجع سابق، ص 99.

[2] عادل أبو هشيمة محمود حوته، "**عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص**"، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2003، ص 155.

[3] فاروق محمد الباصيري، "**عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت**"، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002، ص 200.

[4] فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق ، ص 665.

[5] صالح المنزلاوي، "**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**"، المرجع السابق ، ص185.

الأخرى ، غير أن الأستاذ Vincent Gautrais انتقد هاذين المفهومين ويرد على المفهوم الأول الذي يتقصر دور العادات على أنها مجرد وسيلة لتفسير العقود، بان هذا القول يبدو متناقضا مع الأمثلة التي أعطاها الأستاذ Emmanuel Gaillard ، كما يرد على المفهوم الثاني بأنه إذا كان صحيحا أن المفاوضات أو المداولات التي تسبق عملية التعاقد يمكن أن تفرز لنا بعض المعايير لتحديد العادات السارية[1] .

لا تعد العادات و الاتفاقيات بمثابة قاعدة قانونية فهي ليست ملزمة للأطراف إلا في حالة اتفاقهم على الأخذ بها ، لكل التساؤل الذي يتبادر في الذهان حول هل يعد اختيار أطراف العقد للعادات و الأعراف التجارة الدولية رفضا للقانون العقد أم لا ؟

إن هذا الاختيار يعتبر مجرد اختيار مادي تحتل بمقتضاه العادات و الأعراف منزلة شروط العقد و تكون واجبة التطبيق مع بقاء العقد رغم هذا الاختيار المادي للعادات و الأعراف الدولية و خاضعا للقانون الداخلي للدولة المختصة بالنظر إلى النزاع و وذالك عند سكوت المتعاقدين عن اختيار الواجب التطبيق[2] .

وتطبيقا لذالك نجد اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980 أقرت بالأعراف والعادات التجارية ،وأكدت ذالك في المادة 09 منها ،و إن الاعتماد الكلي على العادات و الأعراف التي يقررها رجال الأعمال لم يسلم من النقد إذ يرى البعض أن مراعاة القاضي لشروط العقد والعادات والأعراف يثير عدة صعوبات ، لان القاضي لا يطبق ما جاء في اتفاق الأطراف إذا كان هذا الأخير مخالف للقواعد الآمرة في القانون الوطني لدولته، كما أن ترك تنظيم معاملات الانترانت للأشخاص المساهمين بها ، وان كانوا قد ساهموا في خلق قوانين خاصة بمجتمع الانترانت ، إلا أنه قد ينتج عنها عيوب كثيرة لا يمكن إغفالها ، بلاضافة إلا أن القواعد العرفية الذاتية عبر شبكة الانترانت تتكون بطريقة مبعثرة و إجبارية ، ومن ثم لا يمكن إعمال نظام قانوني واحد لأننا نجهل الحدود الجغرافية ، فالحل لهذه الأعراف والعادات ، هو تضمين تلك القواعد في شكل دولي او إقليمي مثل لجنة

[1] صالح المنزلاوي، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية"، المرجع السابق ، ص190/189.

[2] هشام علي الصادق ، المرجع السابق، ص 757.

الأونيسترال و مبادئ unidroit التي تعد إلى حد ما مبادئ عرفية طورت في ظل المجتمع القانوني من قبل تجار و رجال الأعمال [1].

كما سمح القضاء الحديث للمحاكم تطبيق العادات والأعراف العابرة عبر الحدود دون الحاجة إلى تفعيل منهج التنازع[2] .

[1] إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي ، المرجع السابق ، ص ،313/312.

[2] هشام علي الصادق ، المرجع السابق، ص 754.

ملخص الفصل الثاني :

تم التطرق في هذا الفصل على أن القواعد المادية كيان قانوني مادي تتعلق بالعمليات المبرمة عبر الانترنت حيث أنها قواعد تلقائية النشأة ووجدت لتتلائم مع حاجات هذا المجتمع وتتسم بالموضوعية من خلال إعطائنا حل مباشر للنزاع ، كما أنها تستمد أسسها وقواعدها من مصادر متعددة كالممارسات التعاقدية و العقود النموذجية و الأعراف و العادات حيث أنها وجدت لحل نزاعات المتعاملين الالكترونيين .

حيث أن هاته القواعد أثبتت صلاحيتها في تنظيم وحكم المعاملات التجارية الالكترونية وذالك لأنه استجاب لمتطلبات التجارة الالكترونية حيث يعتبر الوسيلة الملائمة لحل الصعوبات التي تلقتها عقود التجارة الالكترونية .

خـــاتـمـة

خاتمة :

إن التجارة الالكترونية قد أصبحت تحتل مركز الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة إذن إنها تعتبر مركز تواصل وتوسع عمليات تبادل اقتصادية في المجتمع البشري التي تنتج عن اتساع رقعة السوق التبادل الاقتصادي و الجغرافي فإنها عادة الآن تضم فقط مجتمع ولحد أو سكان واحد بل اتساع لتتم هاته العمليات في إقليم مختلف وذو قوانين مختلفة ، مما أدى إلى تعدد و تصادم العلاقات القانونية التي تتأثر بمشاكل قانونية وعملية حديثة لم تكن مطروحة سابقا .

ممن خلال ما سبق نستنتج أن غالبية عقود التجارة الالكترونية عبارة عن معاملات عبارة للحدود أي تتسم بصفة دولية و بعد التطرق الى القانون الواجب التطبيق على هاته العقود توصلنا إلى مجموعة من **النتائج** نذكر منها :

01- إن المشرع الجزائري أخذ بقانون الإرادة لكن قيده بوجوب توافر صلة حقيقية بالعقد أو المتعاقدين ، مراعيا في ذالك ما تبنته النظرية الموضوعية ، وكذالك أخذ بتجزئة العقد ويبرز ذالك من خلال إخضاع العقار لقانون موقعه والأهلية لقانون القاضي مراعيا في ذالك ما تبنته النظرية الشخصية .

02- صعوبة تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الالكترونية نظرا لطبيعتها غير المادية والافتراضية ، وتبلورت ذالك في صعوبة التأكد من وجود إرادة الأطراف و كذالك صعوبة الإثبات في المعاملات الالكترونية لنظرا لتباين الأنظمة القانونية.

03- الضوابط الاحتياطية التي اعتمدها في الفقرتين 02 و 03 من المادة 18 من القانون المدني جاءت على سبيل الحصر و الترتيب و أن المشرع الجزائري لم يعتمد على مكان تنفيذ كضابط احتياطي ، يستند إليه القاضي في حالة غياب القانون المختار من قبل أطراف العلاقة التعاقدية.

04- في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون معين يحكم العقد صراحة أو ضمنيا فانه من الصعب الاستناد إلى ضوابط الإسناد التقليدية مثل قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لان هذه الضوابط تؤدي إلى توطين أو تركيز الرابطة العقدية .

05- إن مجال المعاملات الإلكترونية في حاجة ماسة إلى إنشاء قانون خاص ينظمه، وإلى إنشاء مؤسسات قانونية تهتم بهذا النوع من التجارة لذا لجأ البعض لمعالجة هذه الإشكالية إلى فكرة الأداء المميز كضابط يطبق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، فهذه الفكرة تقوم أساسا على معاملة مثل هذه العقود بشكل جد خاص، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية لألداء أو الالتزام الأساسي في العقد، ولما كان هذا الأداء أو الالتزام ليس واحدا في كل العقود فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه' حيث أن هاته الفكرة يصعب إعمالها في مجال عقود التجارة الالكترونية باعتبارها تتم في بيئة لا تعطي لها اهتماما لها.

06- إلى جانب أن القواعد المادية تؤدي دورا فعالا في تنظيم العلاقات بين المتعاملين في الوسط التجاري الدولي لذالك اعترفت بها الدول سواء في النصوص التشريعية أو أحكام القضاء.

07- إن القواعد المادية لها مميزات لكونها قواعد قانونية نوعية مباشر في مضمونها ودولية عالمية في أغلبها وسهلة ملائمة وواقعية في حلولها، حيث أنها تحقق الأمان القانوني وتوقعات الأطراف على الصعيد الدولي و تعطي حكم القانون بصورة أكيدة سالفا ، أي تحقق العلم المسبق للقاضي بالقانون الواجب التطبيق مما جعل له أهمية كبيرة واتجاه الفقه إلى دراسة هاته القواعد .

08- حيث أن الاعتماد على القواعد المادية في تحديد القانون الواجب التطبيق حيث أن هذه القواعد تشكلت من مصادر عديدة أهمها الاتفاقيات الدولية، كاتفاقيتي لاهاي وفيينا، بالإضافة إلى لجنة الأمم المتحدة الأونسترال، وبعض أعمال الهيئات والتنظيمات الدولية والإقليمية، كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وأعمال المنظمة العالمية للتجارة، وغرفة التجارة الدولية، حيث أن هذه الاتفاقيات والمنظمات جعلت من تلك القواعد ذات وزن ثقيل في التجارة. الإلكترونية الدولية، لكن هذا لا يعني بأنها خالية من النقائص والعيوب، فقد ثار خالف فقهي حول ما إذا كانت تتمتع بصفة النظام القانوني أم لا.

09- حيث أن القواعد المادية الواقعية المتمثلة أساسا في القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تعد واحدة من أهم الحلول في عقود التجارة الإلكترونية الدولية، بالإضافة لما يعرف في الفقه بفكرة التنظيم الذاتي أو الكفاية الذاتية، والتي يقصد بها مجموعة الأعراف والعادات

والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تتولد بشكل عفوي من قبل جماعة معينة وتعتبرها ملزمة لها كما تعترف بها المحاكم مع مرور الوقت وتصبح ملزمة.

على ضوء النتائج المتوصل إليها توصلنا إلى العديد من الاقتراحات نذكر فيها ما يلي :

01-قيام الشريعات باعتماد على كل من المعيار القانوني و الاقتصادي واسع بشكل يتلائم مع طبيعة هذه القوانين ، على خلاف أن المشرع الجزائري لم يتناول هذا الموضوع بشكل تفصيلي في قانونه وذالك لجعله يتضمن حلول كافية وواضحة لمختلف مواضيعه.

02- قيام الهيئات المختصة بنشر وعي بين الأفراد حول النظام القانوني لهاته العقود، وذالك لأن الافراد هم فئة المتعاملين بهاته العقود وذالك من اجل نشر المعرفة حول هاته العقود ومواكبة التطور في عصر المعلوماتية لكون أن هؤلاء المتعاملين هم الفئة الضعيفة في العلاقة العقدية .

03- كما يرى الباحثان بتوحيد جميع الاتفاقيات الدولية لكي لا تتعارض مع القواعد الآمرة للقوانين والتشريعات الوطنية التي تنظم هذا الموضوع.

04- أن يتم تقليل من تطبيق القواعد ذات التطبيق الضروري لكونها أدت إلى تعطيل و عرقلة سير عقود التجارة الدولية ، والتي سوف يؤدي إلى القضاء على قانون الإرادة كضابط أصلي في عقود التجارة الدولية.

05- إلزامية وضع شرط في عقود التجارة الالكترونية يلزم طرفي العقد بالإدلاء بكل البيانات الشخصية التي من شأنها تحديد هوياتهم ، وفي حالة عدم التزام أحدهم بذالك يكون للطرف الأخر أثناء التنازع حول العقد بالحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يحقق مصالحة سواء كان قانون وطني أو قانون أخر.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع :

أولا : قائمة المصادر

I. القوانين

أ/القوانين العادية

1) قانون رقم 05-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لاول فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين.

2) قانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو سنة 2018 ، متعلق بالتجارة الالكترونية .

ب/الأوامر

1) الأمر 75-58 ، المؤرخ في 1975/09/26 **المتضمن القانون المدني الجزائري** ، المعدل والمتمم ،ج ر ج ج،العدد78، المؤرخة في 1975/09/30.

ج/المراسيم

1) المرسوم التشريعي رقم 84 صادر بالتاريخ 1949/05/18 المتضمن القانون المدني السوري المتاح في الموقع : www.parlaiment.gov.sy .

II. الاتفاقيات الدولية

1) اتفاقية فيينا المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع ، الصادرة في 11 افريل 1980 ، المتاحة على الموقع الالكتروني : https://wipolex.wipo.int/ar/main/treaties

ثانيا : قائمة المراجع باللغة العربية

I. الكتب المتخصصة

1) إبراهيم احمد بن سعيد الزمزمي ،"**القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية**"، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009.

2) احمد الهواري ، "**عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص**" ، مؤتمر المصارف ، المجلد الأول.

3) حمودي محمد ناصر ،"**العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع** "، الطبعة الأولى،دار الثقافة ،عمان ، 2012.

4) حمودي محمد ناصر ، " **العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت** "، ط1 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن.

5) خالد ممدوح إبراهيم ،"**إبرام العقد الالكتروني** "، دراسة مقارنة ، طبعة غير موجودة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2006.

6) سلطان عبد الله محمود الجواري ، "**عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة مقارنة**" ، طبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان،2010.

7) سمير دنون ، "**العقود الالكترونية في إطار تنظيم التجارة الالكترونية**" ، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، طبعة غير موجودة، لبنان ،2012.

8) شافع بالعيد عاشور ،" **العولمة التجارية و القانونية في التجارة الالكترونية** "، ط1 ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2006.

9) صالح المنزلاوي، "**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**" ، طبعة غير موجودة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

10) فيصل محمد كمال عبد العزيز ، "**الحماية القانونية في عقود التجارة الالكترونية** "، طبعة غير موجودة،دار النهضة العربية،مصر ،2008.

11) هشام علي الصادق ،"**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**"، طبعة 02، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2001.

II. الكتب العامة

1) أحمد عبد الكريم سلامة ، "**قانون العقد الدولي ، مفاوضات العقود الدولية قانون الإرادة وأزمته** "، طبعة غير موجودة ،دار النهضة العربية ، الإسكندرية ،2008.

2) أحمد عبد الكريم سلامة ،"**نظرية قانون العقد الدولي**"، ج 2 ، دار النهضة العربية ، الإسكندرية ، 1989.

3) أحمد عشعوش ،" **تنازع القوانين في مجال الأهلية – دراسة مقارنة**–"، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1989.

4) بولين أنطونيوس أيوب ،"**تحديات شبكة الانترنات على الصعيد القانون الدولي الخاص**" ، دراسة مقارنة ،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ،2006.

5) حسام الدين عبد الغني الصغير ،"**تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع**"، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001.

6) خالد عبد المفتاح محمد خليل ،" **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص** "، طبعة غير موجودة ، دار النهضة العربية ،مصر ،2002.

7) صالح المنزلاوي، "**الإطار العام للعقد المبرم عبر شبكة الانترانت**"، طبعة الأولى،دار الثقافة، الأردن،2006 .

8) عادل ابو هشيمة محمود حوته، "**عقود خدمات المعلومات الإكترونية في القانون الدولي الخاص**"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية،2005.

9) عبد الفتاح محمد خليل ، "**حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص** "، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2009.

10) عمر سعد الله، "**قانون التجارة الدولية النظرية المعاصرة**"، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ، الجزائر، 2009.

11) فاروق محمد الباصيري، "**عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت**"، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2002.

12) محمود محمد الشيخ ،"**القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الالكتروني** "، دار الثقافة لنشر والتوزيع الأردن ، 2015.

III. الرسائل العلمية

أ- رسائل الدكتوراه

1) بن غرابي سمية ، "**عقود التجارة الالكترونية و منهج تنازع القوانين** "، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو ،2009.

2) حمودي ناصر ،" **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترانت**" ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراء ، تخصص قانون ،كلية الحقوق جامعة ملود معمري ، تيزي وزو ،2015.

3) خليفي سمير ، **"القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة "**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ، تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو، 2018/05/30.

4) خليفي سمير ، "**حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية** "، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ،تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو ،2010/04/28.

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

6) علاء الدين محمد ذيب عبابنة ، " **القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن**" ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ، كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، الأردن ، 2004.

7) عيد عبد الحفيظ ، "**طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية** "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ،تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو 2017/03/02.

8) فقير فائزة ،"**القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية**"،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراء ، تخصص قانون خاص عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجزائر01، 2018/2017.

ب- رسائل الماجستير

1) أحمد حميد الأنباري ، "**سكوت الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الدولي**"، مذكرة لنيل الماجستير ، تخصص قانون خاص كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الشرق الأوسط ،عمان ، كانون الأول،2017.

2) سعد الدين امحمد ،" **العقد الدولي بين التوطين و التدويل**" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،تخصص قانون عام كلية علوم القانون و الادارية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، 2008/2007.

3) علاء الدين محمد ذيب عبابنه، "**القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الأردني المقارن**"، أطروحة لنيل شهادة الدكتواره، كلية الد ارسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للد ارسات العليا، الأردن، 2004.

4) محمد بلاق ،"**قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية** "، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، الجزائر، 2011/2010.

5) الموهاب فيروز ،"**القانون الواجب التطبيق على موضوع الن ازع في التحكيم التجاري الدولي طبقا للقانون الجزائري**"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.

IV. المقالات العلمية

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

2) ارجيلوس رحاب ، " **منهج القواعد المادية كآلية لتنظيم المعاملات التجارية الالكترونية** "، مجلة معالم الدراسات القانونية و السياسية ، المجلد 04، العدد 02 ،أدرار ، 2020.

3) بلاش ليندة ، " **الاتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي** "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد 1 ، بجاية ، 2015.

4) حواف عبد الصمد ،"**القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية** "، مجلة الحقيقة ، مجلد 13، عدد31، جامعة أحمد دراية ، أدرار،ديسمبر 2014.

5) دغيش أحمد "،**الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الاجنبي في الجزائر**" ،مجلة البحوث والدراسات العليا ، مجلد 08،عدد02،جامعة بشار ، 2014/11/30.

6) زغيم محاسن ابتسام ، بلقاسم تروزين ،" **القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية**" ، مجلة الاجتهاد القضائي ، مجلد 01، عدد02 ، جامعة محمد خيضر بسكرة ،أكتوبر 2020.

7) سالم عبد الكريم ، "**أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية** "، مجلة دولية للبحوث قانونية و السياسية ، مجلد 02 عدد02، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، اكنوبر 2018.

8) عبد السلام علي فضل ، نعيم علي العتوم ، " **منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي** " ،مجلة الدراسات ،مجلد 46، عدد 01، جامعة الأردنية ، 2019.

9) غول سليمة، ميهوب علي ، "**القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية**"،مجلة الباحث القانوني ،مجلد01، عدد01، جامعة صفاقس ،تونس، 2020.

10) فراس كريم طه ،" **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**" ، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ،العدد 02، الأردن ،2016.

11) كوثر مجدوب ، "**حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الالكتروني الاستهلاكي**"، مجلة تاريخ العلوم ، عدد08 جامعة سكيكدة ، جوان 2017.

12) محمد بلاق ،" **التحديات التي تواجه منازعات عقود التجارة الالكترونية في ظل مناهج القانون الدولي الخاص**،" مجلة الاجتهاد القضائي، مجلد 13 ، عدد 02، جامعة محمد خيضر بسكرة ،27 اكتوبر 2021.

13) مناصرية حنان ، بشرى عزيزة ، "**دور قانون الارادة في تطبيق العقود الالكترونية** "، مجلة الأبحاث القانونية المعمقة مركز جبل ، لبنان عدد18، اكتوبر 2017.

14) مهند عزمي أبو مغلي ، منصور عبد السلام الصرايرة ، " **القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي** "، مجلة الدراسات ،المجلد 41،العدد02، الجامعة الأردنية ،2014.

15) يوسفي نور الدين ، بروك الياس، "**تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الدولية**" ، مجلة الفكر، مجلد01، عدد13، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، جوان 2018.

V. المؤتمرات العلمية

1) بدر شنوف ، عبد الغني بوشول ، عبد الرؤوف شنوف، "**إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية نموذجا**"، ملتقى دولي الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة ،جامعة الشهيد حمد لخضر الوادي ، جزائر 03/02/ ديسمبر 2019.

VI. المقالات المنشورة على المواقع الالكترونية

1) فواز صالح ،" **قانون دولي خاص**"، http://arab-ency .com ،تاريخ التحميل 2022/05/08.

ثالثا: قائمة المراجع باللغة الأجنبية

I. Les Ouvrages.

1) Gautrais vincent،«**le contrat électronique international**» ،encadrement juridique 2 éme édition ،revue academia ، bruylant ،2002.

II. Les theses.

1) Graham james alexande « **les aspects internationaux des contrts conclus et exécutés dans léspase virtuel** » ،these pour obtenir garde de docteur ، discipline :droit privé et sciences criminelles ،université panthé-sorboone، paris I ، paris ،2001.

الـفـــــهـرس

الفهرس:

المحتويات	الصفحة
شكر وعرفان.	/
الإهداء.	/
مقدمة.	أ – و
الفصل الأول: تطبيق قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية.	7
المبحث الأول: تطبيق قواعد الإسناد الأصلية في عقود التجارة الالكترونية.	9
المطلب الأول: مضمون قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية.	9
الفرع الأول: مبدأ قانون الإرادة ما بين الآراء الفقهية والقانون.	10
الفرع الثاني: كيفية تحديد إرادة الأطراف في عقود التجارة الالكترونية.	14
المطلب الثاني: صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الالكترونية والحلول المقترحة لها .	16
الفرع الأول: صعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقود تجارة الالكترونية.	16
الفرع الثاني: الحلول المقترحة لصعوبات تطبيق قانون الإرادة على عقد التجارة الالكترونية.	22
المبحث الثاني:تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.	25
المطلب الأول: مضمون قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.	25
الفرع الأول: الضوابط الجامدة .	25
الفرع الثاني:الضوابط المرنة.	28
المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بقواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية والحلول المقترحة لها.	31
الفرع الأول :الصعوبات المرتبطة بقواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.	31
الفرع الثاني: الحلول المقترحة لمشكلة تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية في عقود التجارة الالكترونية.	36

الفصل الثاني :تطبيق القواعد المادية في عقود التجارة الالكترونية .	40
المبحث الأول: مفهوم القواعد المادية للتجارة الالكترونية .	42
المطلب الأول: تعريف القواعد المادية للتجارة الالكترونية .	42
المطلب الثاني: خصائص القواعد المادية للتجارة الالكترونية.	46
الفرع الأول : القواعد المادية قواعد طائفية و نوعية .	46
الفرع الثاني : النشأة التلقائية للقواعد المادية في الوسط المهني .	48
الفرع الثالث : تشكيل القواعد المادية لقانون عبر الدول.	49
المبحث الثاني: القواعد المادية كحل لمنازعات التجارة الالكترونية.	52
المطلب الأول : القواعد المادية الوضعية كحل لمنازعات عقود التجارة الالكترونية.	52
الفرع الأول :المصادر القانونية للقواعد المادية الوضعية في التجارة الالكترونية.	52
الفرع الثاني : تقييم القواعد المادية الوضعية لعقود التجارة الالكترونية .	57
المطلب الثاني:القواعد المادية الواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الالكترونية.	61
الفرع الأول: القواعد ذات التطبيق الضروري .	62
الفرع الثاني :نظرية التنظيم الذاتي .	66
الخاتمة	72
قائمة المصادر و المراجع	76
الفهرس	84

الملخص:

تعالج هذه الدراسة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية إذ أنه يطبق القانون المختار من قبل أطراف العقد سواء كان صدورها صريحا أو ضمنيا ، وفي حالة غياب قانون الإرادة فهنا الأمر يحال إلى القواعد الاحتياطية وهو ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني، أما في حالة عجز تطبيقها فقد ظهرت فكرة الأداء المميز لحل هاته الصعوبة.

وذهب بعض الفقه والتشريعات إلى تطبيق قواعد المادية التي هي عبارة عن قواعد طائفية ونوعية ولها نشأة تلقائية في الوسط المهني وهي قواعد تمتاز بالدولية،حيث أن هاته القواعد وضعت كحل لمنازعات عقود التجارة الالكترونية سواء وضعية أو واقعية.

Summary :

This study deals with the law applicable to e-commerce contracts، as it applies the law chosen by the parties to the contract، whether its issuance is implicit or explicit، and in the absence of the law of will، this is referred to the reserve rules، which is addressed by the Algerian legislator in article 18 of the Civil Code، and in the event of its inability to apply it، the idea of distinctive performance appeared to solve this difficulty.

Some jurisprudence and legislation went on to apply the rules of materialism، which are sectarian rules، Quality and automatic origin in the professional environment، which are international rules، as these rules were developed as a solution to disputes of e-commerce contracts، whether status or realism..