

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

## مذكرة بعنوان

# القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة مستر أكاديمي في تخصص : قانون الأعمال

إشراف الدكتور: ربعية رضوان

إعداد الطالبان:

- بن داية إبتسام
- بن عزوز هاجر

## لجنة المناقشة

الصفة	الهيئة المستخدمة	الرتبة	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة الشاذلي بن جديد	أستاذ محاضر - ب-	إسماعيلي حسام الدين
مشرفا ومقررا	جامعة الشاذلي بن جديد	أستاذ محاضر - ب-	ربعية رضوان
ممتحنا	جامعة الشاذلي بن جديد	أستاذ محاضر - ب-	مقدم رشا

السنة الجامعية 2023/2022



جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

## مذكرة بعنوان

# القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة مستر أكاديمي في تخصص : قانون الأعمال

إشراف الدكتور: ربيعة رضوان

إعداد الطالبان:

- بن داية إبتسام
- بن عزوز هاجر

## لجنة المناقشة

الصفة	الهيئة المستخدمة	الرتبة	الإسم واللقب
رئيساً	جامعة الشاذلي بن جديد	أستاذ محاضر - ب-	إسماعيلي حسام الدين
مشرفاً ومقرراً	جامعة الشاذلي بن جديد	أستاذ محاضر - ب-	ربيعة رضوان
ممتحناً	جامعة الشاذلي بن جديد	أستاذ محاضر - ب-	مقدم رشا

السنة الجامعية 2023/2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

Minister de L'enseignement Supérieur

Et de La Recherche Scientifique

Université el tarf

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Departement de Droit



جامعة الشاذلي بن جديد  
UNIVERSITE CHABLI BENJEDID

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الشاذلي بن جديد - الطارف

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المرجع: القرار الوزاري رقم 1082 المؤرخ في 27 ديسمبر 2020 المحدد للقواعد المتخذة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

## تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة) : من د. ايلية ابيقتسام

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 1100.01.2.3.000.5.15.000.7

الصادرة بتاريخ: 2023.03.06

عن دائرة: ...الطارف

المسجل بقسم: ...الحقوق

والمكلف بإنجاز منكرة تخرج ماستر عنوانها:

.....القانون الواجب التطبيق على الافراد الإلكترونية

أصرح بشرفي أنني التزمت بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المنهجية  
والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2023.06.17

إمضاء المعني



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"...وَسِعَ رَبُّنَا كُلَّ شَيْءٍ عِلْمًا عَلَى اللَّهِ تَوَكَّلْنَا

رَبَّنَا افْتَحْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ قَوْمِنَا بِالْحَقِّ"

(صدق الله العظيم)

(سورة الأعراف / الآية رقم 89)

---

# شكر وتقدير

الحمد والشكر لله العليّ التقدير الذي أماننا على إتمام هذا العمل

نتقدم بكل عبارات الشكر و التقدير إلى الأستاذ المحترم

الدكتور " رضوان ربيعة "

الذي ساعدنا كثيرا في إنجاز هذا البحث ولم يبخل علينا بالنصائح والتوجيهات

السديدة والمتابعة الدائمة والمراجع القيمة .

كما نتقدم بالشكر وأسمى عبارات التقدير إلى الأساتذة الأفاضل

" أعضاء لجنة المناقشة "

والشكر موصول أيضا إلى كل طاقم كلية الحقوق والعلوم السياسية

" جامعة الشاذلي بن جديد "

من أساتذة وإداريين

ونشكر أيضا كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد

في سبيل إنجاز وإتمام هذا البحث

# إهداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى  
من وضع المولى سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها ووقرها في كتابه العزيز ،  
إلى من أهدتني نور الحياة وسر الوجود ، إلى أمي الغالية  
أطال الله في عمرها وأمدّها بالصحة والعافية  
إلى صاحب السيرة العطرة والفكر المستنير ، فلقد كان له الفضل الأول  
في بلوغي التعليم العالي ، إلى الذي زرع في قلبي حب العلم ووضع بين  
جنباتي القوة والعزيمة ، إلى أبي العزيز أطال الله في عمره  
إلى جميع أساتذتي الكرام الذين  
ساندوني وأسدوا لي النصح

بن داية ابتسام 

# إهداء

إلي من كانا سببا لنجاحي وسعادتي ...

أمي ثم أمي ثم أمي ، مثلي الأعلى حفظها الله ،

أبي الغالي ، قدوتي وسندي ، أطال الله في عمري ورحاه

إلى أخي ، شقيق روحي وعزيزي محمد الصادق

إلى أخوتي خلعي الثابت : نور المدي ، منال ، همرزاد

إلى الكتائب الصغار : نزيه وإلين نور عيني

إلى كل الأهل والأحباب

إلى كل من ساعدني من قريب

أو من بعيد ولو بكلمة

مشجعة

بن عزوز هاجر



## قائمة المختصرات

ق م ج = القانون المدني الجزائري

ج.ر.ر.ج = الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ص = الصفحة

ص ص = من الصفحة من كذا إلى الصفحة كذا

ط = طبعة.

د ط = دون طبعة

د س ن = دون سنة نشر

# مقدمة

## المقدمة :

قد يخطئ القانون إذا سعى أحيانا ان يلجم التكنولوجيا ، لأنه سرعان مايتبين له أن هذه الأخيرة قد تجاوزته من جديد ، إلا أن ذلك لايعني أبدا أن يقف القانون إزاء ذلك ، بل هو يدرس بأناة التطور الحاصل ليعطي رأيه القانوني فيه.

والمعلوم اليوم أن العقود الإلكترونية تشكل أحد أهم روافد ثورة المعلومات ، أين إحتلت مراكز مرموقة في العلاقات الدولية الحديثة ، وأصبحت أحد أهم القضايا التي زاد حجمها مقارنة بالسنوات الماضية ، أين أصبحت ليس حكرا على مختصين فقط بل أشخاص عاديين يقومون بإبرام عقود تجارية إلكترونية تتعدي حدود الدول ، الأمر الذي جعل هذا التعامل الافتراضي ينشأ علاقات تعاقدية ينبغي معرفة التنظيم القانوني المطبق عليها ، فالعنصر الأجنبي المتوفر في أغلب عقود التكنولوجيا هو الذي يحدد لنا مجال خضوعه لقواعد القانون الدولي الخاص على اعتباره دولي ، لكن هذه الأخيرة صممت أساسا لتنظيم العقد الدولي التقليدي .

يترتب على ماتقدم أن الطابع اللامادي للمعاملات الإلكترونية والطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت ، جعل العقد الإلكتروني يتمتع بالخصوصية سواء من حيث هوية الطرف المتعاقد أو الصفة الدولية لهذا العقد ، او الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق ، أو مدى إمكانية اختيار قواعد قانونية دولية ، الأمر الذي يثير مشاكل قانونية تتلخص في إيجاد قواعد صالحة ، وتحدد الإشارة أن مسألة القانون الواجب التطبيق من أصعب وأعقد المواضيع في القانون الدولي الخاص ، التي شغلت المشتغلين في حقل القانون ، وخاصة العقود الإلكترونية فقد شبهها أحد الفقهاء كهبوب الرياح فهي لاتعرف حدود ولكن رجل القانون لايعرف البداوة والهزيمة فهو لايرتاح إلا بعد أن يهيمن وينظم .

وتتجلى أهمية الموضوع في عدة أوجه ، فمن جهة نجد أن هذه العقود باتت اليوم تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية لا سيما الشيء المتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها ، وذلك بالنظر لما

تحتل به التجارة الإلكترونية من اهتمام كبير وخاصة العقود الإلكترونية ، وأيضاً بالنظر لتعدد العلاقات الناجمة عن مثل تحرير العقد وتدوين بنوده .

ومن جهة أخرى فإن أهمية هذا الموضوع تكمن في تباين الأمر القانوني لتنظيم العقود الإلكترونية دولياً وداخلياً حتى يتحقق الأمان القانوني للمتعاقدين.

وتظهر أهداف دراسة هذا الموضوع في السعي نحو تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية ، ذلك من خلال قواعد التنازع التقليدية المعتمدة أساساً على الضوابط الأصلية والاحتياطية ، في إسناد العقد إلى القانون الواجب التطبيق وكذلك تسليط الضوء على القواعد الموضوعية المستحدثة التي جاءت نتيجة قصور قواعد التنازع التقليدية .

ومن الأسباب التي دفعتنا لدراسة هذا الموضوع بداية بالأسباب الذاتية هو الارتباط الموجود بين موضوع الدراسة وطبيعة الاختصاص " قانون الأعمال " فهو يمثل مجالاً خصباً للبحث كما أنه يقع ضمن دائرة الميول والرغبة الشخصية .

أما بالنسبة للأسباب الموضوعية فنعود أساساً إلى حداثة الموضوع خاصة على المستوى الوطني كونه طرح جدل كبير بالنظر للأهمية البالغة التي أصبحت تحتلها التجارة الإلكترونية والتي تعد أفضل الصور للتطبيقات العلمية الموضوعية للتطور التكنولوجي الحديث وما يتميز به من حركية وسرعة في التنفيذ .

وعليه تتلخص إشكالية موضوعنا في مدى كفاية القواعد التقليدية الواردة في القانون الدولي

الخاص في حكم العقد الإلكتروني ومدى إمكانية الخروج عنه ؟

وقد اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع على المنهج المركب الذي يشترك فيه مجموعة من المناهج كالمناهج التحليلية ، وذلك لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة كالقانون المدني الجزائري وقانون التجارة الإلكترونية الجزائرية هذا من جهة ، ومن جهة أخرى إتبعنا المنهج الوصفي من أجل التعرف على مختلف المفاهيم والتعريفات ذات الصلة بالموضوع مثل القانون الموضوعي الإلكتروني والنظام العام .

وبناء على ما سبق ، وللإجابة على الإشكالية المطروحة في هذا الموضوع ، تم تقسيم البحث إلى فصلين كالتالي:

يتناول الفصل الأول أعمال وقواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني بين التطبيقي والتشكيك ، حيث نتعرض فيه الى تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني (الإسناد الشخصي) في المبحث الأول ، ثم نتطرق إلى سلطة القاضي في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني (الإسناد الموضوعي) في المبحث الثاني .

. أما عن الفصل الثاني فقد تناولنا فيه أعمال القواعد الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني، او ما تسمى بالاسناد المباشر والذي قسمناه إلى مبحثين ، بحيث تناولنا في المبحث الأول ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني ، وفي المبحث الثاني تقييم لهذا القانون .

الفصل الأول  
إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد  
الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

### الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

الواقع أن العقد الإلكتروني شأنه شأن العقود التقليدية التي تتميز بالصفة الدولية ، فالعنصر الأجنبي الذي يتوفر في العناصر المكونة له جعلته يثير مسألة تنازع القوانين ، وهي مسألة جد صعبة بالنظر إلى البيئة الافتراضية الغير مادية التي يتم تنفيذ العقد في رحابها .

بالرغم من أن الموضوع أثير منذ زمن بعيد في العقود الدولية التقليدية وكان سياقها في إيجاد القانون الدولي الخاص الذي تعد مهمته الأصلية حل مشكلة تعدد الأنظمة القانونية الحاكمة لعلاقة قانونية واحدة عن طريق نظرية تنازع القوانين المعتمدة أصلا على قواعد قانونية محايدة تسمى بقواعد الإسناد ، التي تحدد القانون الواجب التطبيق على العلاقة المتضمنة عنصرا أجنبيا ، وذلك بالارتكاز على معايير وضوابط في العادة ماتكون مكانية<sup>1</sup> .

لكن نحن بصدد عقود إلكترونية تبرم عبر شبكة دولية مفتوحة ، لذا سنحاول معرفة ما إذا كانت هذه الضوابط كفيلة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية ، وهذا لإشكال سيكون موضوع هذا الفصل من خلال مبحثين نتناول في المبحث الأول تطبيق قانون الإرادة بإعتباره من الضوابط الأصلية في تحديد قانون العقد لتتناول في المبحث الثاني سلطة القاضي في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ، وذلك في حالة صعوبة التأكد من هذه الإرادة .

### المبحث الأول : تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني : الإسناد الشخصي

1 - مُجد ناصر حمودي ، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2012 ، ص 460

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابتا في كل العقود الدولية حيث اعترفت به كل الأنظمة القانونية ونال اهتماما كبيرا من قبل القانونيين في مجال تنازع القوانين ، حيث يتم ذلك بإضهارها إلى الحيز الخارجي صراحة أو ضمنا ، لكن هذا المبدأ ليس مطلقا فعلى الرغم من المكانة التي يحظى بها إلا أنه اعترضته العديد من الإشكالات .

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث معرفة طرق التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية ( المطلب الأول ) ، وإشكالات التعبير عنها ( المطلب الثاني ) .

**المطلب الأول : طرق التعبير عن الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية**

يعتبر التراضي عنصرا أساسيا في إبرام وتنفيذ العقد ، حيث يتم بموجبه تبادل الإيجاب والقبول وهذه هي القاعدة العامة في جميع العقود ، غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية نظرا للخصوصية التي يتميز بها العقد الإلكتروني والتي تنبع أساسا من الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة وفي ظل البعد الجغرافي يثار هنا إشكال حول كيفية التعبير الصريح عن الإرادة ( الفرع الأول ) والتعبير الضمني للإرادة ( الفرع الثاني ) عبر هذه الوسائل الإلكترونية

**الفرع الأول : اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني : الإدارة الصريحة .**

المبدأ الأساسي في اختيار القانون الواجب التطبيق في العلاقة التعاقدية يعود لحرية الأطراف ، والإعلان عنها صراحة بأي وسيلة كانت ما لم ينص القانون على طريقة معينة حسب نص 1/60 من ق . م . ج .<sup>1</sup>

والعقود الإلكترونية لا تختلف عن نظيرتها التقليدية فهي لم تخرج عن هذه القاعدة ، وباعتبار أن المشرع الجزائري لم يخصص تعريفاً للإيجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني ضمن نصوص القانون المدني

1- تنص المادة 1/60 من ق.م.ج على أن : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة ، أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه " انظر لأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، والمتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر ، العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم ، ص 12

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

، ونفس الشأن ضمن القانون **05-18** المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، وبالتالي فإن التعبير عن الإدارة في العقد الإلكتروني لا يختلف عنه في العقد التقليدي ، إلا من ناحية الوسيلة التي يصدر من خلالها وهي أنه يتم بوسيلة إلكترونية .

اختيار القانون الواجب يمكن أن يتم عبر الوسائط الإلكترونية بصورة متعددة فيمكن أن يتم عبر البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية ، كما يمكن أن يتم عبر غرف المحادثة والمشاهدة والتي تمكن الطرفين من مناقشة كافة شروط العقد ومنها القانون الواجب التطبيق عن طريق المحادثة المباشرة والكتابة ، ومن المتصور أيضا أن يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية التي تبادلها الأطراف في نفس الزمان<sup>1</sup> .

فالبرغم من أن العقود المعروضة عبر الويب يتم إعدادها سلفا من قبل الموجب وهو من يستقل بعرض شروطها ، وإملاء بنودها ، إلا أن إرادته لا تكفي وحدها لإبرام العقد إذ لابد من أن يوافق الطرف الثاني على الشروط التي وضعها الموجب والتي من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>2</sup> ، حيث نص المشرع الجزائري على ذلك بموجب المادة **10** من القانون **05-18** المتعلق بالتجارة الإلكترونية<sup>3</sup> ، أين أوجب إلزامية العرض لكل معاملة تجارية إلكترونية حتى يتمكن المستهلك الإلكتروني من المصادقة وتوثيق العقد الإلكتروني .

أصبح من المعمول به في الوقت الحالي ضمن مجال المعاملات الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، وهو ما درج الفقه على

1 - حنان عتيق ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون التعاون الدولي ،

معهد الحقوق ، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج ، البويرة 2012/01/19 ، ص 103

2- المرجع نفسه ، ص 103

3 - تنص المادة 10 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه " يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة

بعرض تجاري إلكتروني وان توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني " ينظر في ذلك القانون رقم 05-18 المؤرخ في

24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر ، العدد 28 ، الصادر في 16 مايو 2018 ، ص 5

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

تسميته بشرط الاختصاص التشريعي ، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية أو جادة بين القانون المختار والعقد .<sup>1</sup>

كما يمكن للمتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية أن يقدروا بحرية تامة إخضاع عقدهم لقانون دولة تقرر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود صلة بين القانون المختار والعقد .<sup>2</sup>

ونجد أيضا اتفاقية الاونسترال للتجارة الإلكترونية لعام 1996، قامت بتجسيد مبدأ سلطان الإرادة من خلال استخدام رسالة البيانات للتعبير عن الإيجاب والقبول ، كما يؤكد النص على أن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أن التعبير عن الإرادة تم باستخدام رسالة البيانات .<sup>3</sup>

وإذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه ، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتأخر إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد وهذا ما نصت عليه المادة 2/3 من اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، سواء عند إبرام العقد الأصلي ، أو في وقت لاحق لإبرامه فإنه يجوز لهم تعديل اختيارهم السابق إلى

1 - زهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، د ط ، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2012 ، ص200.

مثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أبريل 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين فينص هذا العقد في أحد بنوده أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه . ينظر في ذلك : سليمة غول ، على ميهوب ، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية ، مجلة الباحث القانوني ، جامعة صفاقس ، جامعة المنار ، تونس ، المجلد 01 العدد 01 ، 2020 ، ص56

2- فائزة فقير ، القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر 1 ، بن يوسف بن خدة ، 2017-2018 ، ص86

3 - تنص المادة 11 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأونسترال في إطار تكوين العقود وصحتها على أنه : " في سياق تكوين العقود ، ومالم يتفق الطرفان على غير ذلك ، يجوز إستخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض . وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد ، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات ذلك العرض "

ينظر في ذلك : [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a_ebook.pdf)

تاريخ الاطلاع 2023/04/12 على الساعة 21:24 .

4- زهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 201

اختيار اخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد ، بشرط أن تعديل القانون المختار يجب أن لا يترتب عليه إضرار بالغير الذي بنو توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولاً والمراد العدول عنه ، كما يلزم ألا يؤدي ذلك العدول إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه ، وهذا ما أكدت عليه المادة 3/11 من القانون الدولي الخاص السويسري فبعد أن أجازت اختيار قانون العقد أو تعديله في وقت إبرام العقد ، حيث أشارت إلى أنه : " إذا تم ذلك العدول في مرحلة لاحقة على إبرام العقد ، فإن تعديل القانون المختار يسري بأثر رجعي يترد إلى وقت إبرام العقد مع التحفظ الخاص بحقوق الغير"<sup>1</sup> .

لكن فكرة تعديل اختيار القانون الواجب التطبيق قد لا تثير اهتمام المتعاملين في التجارة الإلكترونية بالنسبة للعقود البسيطة التي تبرم وتنفذ بشكل فوري ولكن قد تثار هذه المسألة بالنسبة للعقود المستمرة كعقد الشراكة لترقية البيوع عبر الخط وعقد الاشتراك في قواعد المعلومات وعقد توريد الخدمات الأتترنت عبر الخط... إلخ<sup>2</sup> .

### الفرع الثاني : استخلاص اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني : الإرادة الضمنية

تؤكد غالبية التشريعات المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين ، فهو اختيار حقيقي من طرف المتعاقدين ولكنه غير معلن يستخلصه القاضي من ظروف الحال<sup>3</sup> .

لكن بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن المشرع في نص المادة 18 من ق.م.ج<sup>4</sup> لم ينوه إلى فكرة الاعتداد بالإرادة الضمنية إنما منح للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على

1- حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 105

2- زينة تكلت ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق ، 2010/2011 ، ص 19

3 - زهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 201

4 - تنص المادة 18 من ق.م.ج على مايلي : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد . وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة .

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

العقد ، دون تحديد نوع هذا الاختيار ، واتخذ نفس الموقف في المادة 02 من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية<sup>1</sup> ، حيث لم يعتد بضابط الإرادة إنما اعتمد على ضوابط احتياطية في تحديد للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني .

تبعاً لذلك فقد اجمع الفقه على وجود عدة قرائن لاستنباط نية المتعاقدين ، ومن أمثلتها إدراج بند في العقد يجعل الإخصاص بشأن المنازعات الإلكترونية من اختصاص محاكم دولية ، أو إبرام عقد مرتبط بعقد قد تم إبرامه سابق ، كما يمكن استخلاص الإرادة الضمنية من خلال اللغة التي تم تحرير العقد بها أو من العملة التي تم الإتفاق على الوفاء بها<sup>2</sup> ، أو من قرائن أخرى مثل مكان الإبرام أو التنفيذ أو مكان ممارسة النشاط الرئيسي ، وهي من أهم القرائن التي يتم التعويل عليها للكشف عن إرادة الأطراف<sup>3</sup> .

وإذا تعذر الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف من خلال بنود العقد يلجأ القاضي إلى الإستعانة بالظروف المحيطة بالعلاقة التعاقدية ، فوجود عقد سابق مثلاً بين المتعاقدين دلالة على أن العقد اللاحق يخضع لذات القانون الذي خضع له العقد الأول المبرم بينهما ، مالم يتبين أن إدارة الأطراف قد اتجهت إلى اختيار قانون آخر ليحكم العقد<sup>4</sup> ، وهذا ما تؤكدته المادة : المادة 7/1 من اتفاقية لاهاي 1986 على أنه : " إتفاق الأطراف فيما يتعلق بإختيار القانون الواجب التطبيق على

= وفي حالة إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد .

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه " ينظر الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم ، المرجع السابق ، ص5

1 - تنص المادة 2 من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية على مايلي : " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني :

. متمتعاً بالجنسية الجزائرية ، أو

. مقيماً إقامة شرعية في الجزائر ، أو

. شخصاً معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري

أو كان محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر .

2 - هشام بلخام ، رحيمة شلغوم ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق ، مجلة الدراسات القانونية

الإقتصادية ، جامعة الجزائر 01 ، المجلد 05 ، العدد 02 ، 2022 ، ص996

3 - نادية أبو عمرو ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ، مجلة بحوث في القانون والتنمية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،

جامعة أمجد بوقرة ، بومرداس ، المجلد 02 ، العدد 01 ، جوان 2022 ، ص 27

4 - زونية تكلت ، المرجع السابق ، ص 21

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معاً" <sup>1</sup> .

لكن اختلف موقف الفقه بين مؤيد ومعارض لجواز التعبير الفقهي في مجال العقود الإلكترونية ، فهناك من يرى بأنه يصلح للتعبير عن الإيجاب بحيث يستخلص من سلوك الشخص بإتخاذ أي موقف يشترط أن لا يتضمن أي لبس أو غموض كما يصلح أيضا للتعبير عن القبول ، في حين يرى البعض الآخر أن التعبير الفقهي لا يصلح في عقود التجارة الإلكترونية لأنه يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل أليا وهذا الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد .<sup>2</sup>

كما أن سكوت الأطراف عن تحديد قانون العقد لا يمكن اعتباره سهوا منهم إذ لا يمكن لهم أن يسهوا عن تحديد قانون يتعلق بعقد يتضمن متطلباتهم وترك مصيره لاجتهاد المحكم الذي قد يكون اختياره متعسفا وخاضعا لأهوائه تحت ستار الإرادة الضمنية ، كما أن تطبيق قانون فشل الأطراف في الوصول إلى اتفاق بشأنه من خلال البحث عن الإرادة الضمنية سيؤدي إلى تطبيق قانون قد يخل بتوقعاتهم لكونه لا يعبر عن إرادتهما الحقيقية <sup>3</sup> .

وعليه نستخلص أن مبدأ سلطان الإرادة جسد دوره أيضا في مجال العقود الإلكترونية شأنه في ذلك شأن العقد التقليدي ، حيث اعتبر الحل الأمثل للمنازعات الإلكترونية التي تثار حول مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق ، لكن نظرا لخصوصية العقد الإلكتروني حال الأمر إلى وجود قيود وصعوبات لأعماله والتي سيتم ذكرها في المطلب الثاني .

### المطلب الثاني : اشكالات التعبير عن الإرادة

تثير مسألة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد إعمالا بمبدأ سلطان الإرادة ، العديد من الإشكالات ، بحيث يرد عن قانون الإرادة قيود ينبغي مراعاتها متعلقة بإحترام النظام العام وأن

1 - سليمة غول ، علي ميهوب ، المرجع السابق ، ص 56

2 - حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 61

3- حذيفة رعد علي الطائي ، القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية ، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات

الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، 2016 ، ص 37

لا يكون الاختيار منطويا على غش نحو القانون وهو الذي سنبينه في الفرع الأول كما يرد على هذا المبدأ صعوبات لإعماله منها ما هو متعلق بالإرادة الصريحة ومنه ما هو متعلق بالإرادة الضمنية وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثاني .

### الفرع الأول : القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإلكتروني

يرد على قانون الإرادة في العقد الإلكتروني قيود تتعلق بالنظام العام وكذا بالغش نحو القانون، لذا سنتطرق إلى كل قيد على النحو التالي :

#### أولاً : النظام العام كقيد أعلى مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية

##### 1. مضمون فكرة النظام العام :

تقودنا معالجة النظام العام كقيد على حرية التعاقد في تحديد القانون المختار على العقد إلى معرفة مفهوم ودور النظام العام على كلا المجالين الداخلي والدولي :

يقصد بالنظام العام في النظام الداخلي القواعد الأمرة التي لا يسمح للأفراد بالاتفاق على مخالفتها وإبطال أي اتفاق يتعارض معها<sup>1</sup>.

أما على صعيد القانون الدولي الخاص، فيقتصر دورها على منع تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت قاعدة الإسناد الوطني إلى تطبيقه ، إذا كان من شأن الإسناد إلى حكمه الإخلال والمساس بالأسس التي يقوم عليها نظام المجتمع الوطني<sup>2</sup>.

وهذا مآقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 24 من القانون المدني والتي تنص على أنه :  
لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب

1- مُجَّد براهيم أبو الهيجاء ، عقود التجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني ، إثبات العقد الإلكتروني - حماية المستهلكين - وسائل الدفع الإلكتروني - المنازعات العقدية وغير العقدية - الحكومة الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 2011 ، ص 160

2- المرجع نفسه ، ص ص ، 160 ، 161

العامة في الجزائر ، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون ، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة"<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد تقسم فكرة النظام العام إلى نوعين وهما النظام العام التوجيهي أو ما يعرف بقوانين البوليس ، والنوع الثاني النظام العام الحمائي أو النظام الاستبعادي .

ويقصد بالنظام العام التوجيهي هي القواعد الموضوعة التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ من أهميتها للمجتمع حدا كبيرا يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ويجب تطبيقها مباشرة دون النظر إلى تطبيقها وما إذا كانت تنتمي إلى القانون العام أو الخاص<sup>2</sup> .

بينما يقصد بالنظام الحمائي أو النظام الاستبعادي ، استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي عقدت قاعدة الإسناد الوطنية ونسبت الإختصاص إليه إذا كان تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا

القانون المساس بالأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني لدولة القاضي<sup>3</sup> .

لذلك يجب أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق لدولة معينة ، لايمس بأية حال بالنظام العام الساري المفعول في الدولة الأجنبية التي تم اختيار قانونها لحكم العلاقة التعاقدية ، وإلا فالقاضي يقوم بتجاهل القانون المختار ليعين القانون الأقرب إلى العلاقة التعاقدية ، هذا مايجول إلى استبعاد إرادة الأطراف<sup>4</sup> .

1 - ينظر في ذلك : الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، المرجع السابق ، ص 6

2 - إبراهيم الرواشدة ، التعاقد عبر وسائل الإلكترونية الحديثة والقانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها ، المجلة العربية للنشر العلمي ، جامعة الملك خالد ، المملكة العربية السعودية العدد 25 ، 2020 ، ص 470

3- نور الدين سيني مخالفية ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة أكلي محمد الحاج ، البويرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 19 نوفمبر 2013 ص 19

4 - سمير خليفي ، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي ، تخصص قانون التعاون الدولي ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 28/10/2010 ، ص 32

أما النظام العام الدولي والذي نجده في مجال عقود التجارة الدولية فيقصد به مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية ، أو عبارة عن مجموعة أسس وقواعد عامة تتعلق بمصالح أساسية للجماعة الدولية ، فهو مجموعة قواعد مشتركة بين مختلف الأنظمة القانونية ومرتبطة بالعلاقات الدولية.<sup>1</sup> ومن خلال هذا التعريف يمكن استنباط المصادر التي تساهم في خلق قواعد النظام العام الدولي والمجسدة في كل من القضاء الوطني والتحكيم والاتفاقيات الدولية<sup>2</sup> ، كما نجد هذا النظام أيضا يقوم بوظيفة مزدوجة الأولى حامية وتتيح للقاضي أو المحكم استبعاد النظام العام الوطني إذا وجدته مخالفا لأحد هذه المبادئ العامة ، والثانية توجيهية تتمثل في تطبيق قواعد القانون الدولي العام بمعزل عن القانون الوطني لضرورات التجارة الدولية التي تستلزم خضوع الأنشطة والعمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية لمجموعة من القواعد القانونية التي تلي احتياجات المتعاملين في التجارة الدولية إلى الصدق والعدالة والنظام والأمان<sup>3</sup>.

### 2. مدى صلاحية النظام العام على العقود الإلكترونية

يعتبر النظام العام سلاحا لحماية المبادئ والأسس العليا الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يقوم عليها المجتمع والدولة ، إلا أنه نظرا للحدود الجغرافية في مجال العقود الإلكترونية ، أثير إشكال حول النظام العام الذي سيخضع له العقد الإلكتروني ، هل يخضع للنظام العام الداخلي أم أنه يخضع للنظام العام الدولي ؟ وهو ما سنتناوله في النقطتين التاليتين :

#### أ. خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الداخلي :

ليست حدود النظام العام الإلكتروني مستقلة على النظام العام الداخلي بل هي تستمد بعض المبادئ منه ، والتي تجرد مجالا للتطبيق في العقود الإلكترونية حيث ذهب البعض إلى القول أن كل عقد إلكتروني يمس بالنظام العام الداخلي لأي دولة كان يحق له إبطاله<sup>4</sup> ، ولكن هناك مشكلة يتمثل

1 - فائزة فقير ، المرجع السابق ، ص 115

2 - حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 119

3- حديفة رعد علي الطائي ، المرجع السابق ، ص 49

4 - هشام بلخام - رحيمة شلغوم ، المرجع السابق ، ص 996

في أن العقد يتسم بطابع خاص وهو الطابع الدولي أي أنه يتصل بأكثر من دولة وتبعاً لذلك فإنه يتصل بأكثر من نظام عام ، مما يؤدي إلى عدم استقرار العقد ، فقد يكون صحيحاً في دولة وباطلاً في دولة أخرى<sup>1</sup>. وما يمكننا قوله أنه يستحيل إخضاع العقد الإلكتروني في نفس الوقت إلى جميع قواعد النظام العام في مختلف دول العالم ، فنظراً لدولية العقد لا بد من خضوعه للنظام العام الدولي .

### ب. خضوع العقد الإلكتروني للنظام العام الدولي

إذا كان تحديد معالم النظام العام في التجارة الدولية تعترضه صعوبات فإن هذه الأخيرة تزداد أكثر في إطار التجارة الإلكترونية وبالأحرى تلك المعاملات التي لا تعرف أية سلطة إقليمية أو سياسية يمكن مجاراتها ، وبالرغم من أن البعض قد أقر أنها تخضع إلى قواعد النظام العام المعروفة ، كتجريم ممارسة الأفعال غير المشروعة ، كمنع عرض المخدرات للبيع عبر الانترنت<sup>2</sup> .

ونجد أيضاً المشرع الجزائري وضع هذا القيد وذلك بموجب المادة 05 من القانون 05-18، أين منع كل معاملة تتم عبر الوسائط الإلكترونية التي من شأنها المساس بالنظام العام<sup>3</sup> .

في حين يرى جانب من الفقه بضرورة إخضاع العقود الإلكترونية إلى نظام عام ذو صلة بها ويراعي بدوره خصوصية البيئة التي تبرم فيها وهي مجموعة من القواعد الذاتية التي نشأت في كنف المعاملات الإلكترونية .

1 - Par jugement du 22 mai 2000 le juge français ordonne à Yahoo! Inc. de prendre les mesures requises afin de déconseiller au public, et même de rendre impossible, la consultation des sites nazis, absolument inacceptables du point de vue de l'ordre juridique français. Cette décision donne lieu à une discussion relative aux mesures qu'il s'impose dès lors de prendre pour respecter

، ينظر في ذلك :

GROOTE Bertel , « L'internet et le droit international privé : un mariage boiteux ?  
Apropos des affaires Yahoo ! et Gutnik » Revue ubiquité –Droit des technologie de  
informatin , n°16 ,Septembre2003,p63-disponible sur le site :

<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/9349?locale-attribute=fr>

2 - حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص ص 121 ، 122

3 - تنص المادة 5 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على مايلي : " تمنع كل معاملة عن طريق الإتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات و المنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به ، وكذا كل المنتجات و / أو الخدمات الأخرى التي من شأنه المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي ."

وفي النهاية يمكن القول أن فكرة النظام العام يصعب تحقيقها في مجال التجارة الإلكترونية نظراً للبيئة الافتراضية التي يقوم عليها العقد الإلكتروني الذي يخلق تناقض بيت قواعد النظام العام الدولي وقواعد النظام الداخلي ، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة الإسراع في صياغة مبادئ عامة تحمل في طياتها آليات حمانية خاصة بأطراف العلاقة التعاقدية الإلكترونية ونية خصوصاً في جانب المستهلك الذي دائماً مايعتبر الطرف الضعيف .

### ثانياً: الدفع بالغش نحو القانون

يمكن تعريف الغش نحو القانون بأنه قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط الذي يتحدد بمقتضاه القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد قصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلاً على العلاقة<sup>1</sup> .

وفي تعريف آخر بأنه " دفع تام يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفًا خاصة تسمح إسنادها إليه بدلاً من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلاً والعمل بأحكام هذا القانون في النهاية"<sup>2</sup> .

ويتضح من هذين التعريفين أنه يمكن لطرفي العلاقة العقدية أن يتوصلا إلى إسناد الاختصاص التشريعي لقانون الدولة التي أرادو تطبيق قانونها على العقد ، وذلك عن طريق التحايل أو التغيير في عناصر العلاقة التي على أساسها يتحدد ضابط الإسناد المحدد للقانون الذي يحكم العقد ، لما يحققه ذلك من مصالح ماكان ليحققها لهما القانون الأولى بالتطبيق على العقد في حال أن خضعا لأحكامه ، ويتحقق هذا التغيير في الظروف التي تلعب الإرادة فيها دوراً جوهرياً في تغيير ضابط الإسناد والإفلات من تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>3</sup> .

وفي هذا الشأن يرى جانب من الفقه ومن بينهم "Batrin" أن الغش نحو القانون ماهو إلا تطبيق من تطبيقات الدفع بالنظام العام، إذ ان الغرض من الدفع بالنظام العام هو استبعاد تطبيق

1- اعراب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، د.ط، درا هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002 ، ص 187

2 - محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص 169

3- سمير خليفي ، المرجع السابق ، ص 31

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني: بين التطبيق والتشكيك

القانون الأجنبي واحلال القانون الوطني محله ، وكذلك الغش نحو القانون له نفس الأثر<sup>1</sup> ، لكن يختلفان من ناحية أن الدفع بالنظام العام يكون موجه إلى مضمون القانون المختص لأن قواعده تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها النظام العام الوطني في حين أن الدفع بالغش نحو القانون ليس موجهًا إلى مضمون هذا القانون بل إلى الوسيلة المستعملة للتهرب من القانون الذي يكون الأصلح<sup>2</sup> ولا يشترط في الوسيلة التي تم على ضوئها تغيير ضابط الإسناد أن تكون غير مشروعة ، بل على العكس من ذلك ، فالأرجح أن تكون الوسيلة المستخدمة في التحايل مشروعة في حد ذاتها ، إلا أن الهدف الذي يسعوا إلى تحقيقه غير مشروع ، لما ينجم عنه من تطبيق أحكام قانون غير مختص أصلاً في حكم النزاع ، ويستوي في هذا القانون أن يكون قانون القاضي أو أي قانون أجنبي يسعى إليه مصالحهم الخاصة ، وهو ما يعد استخفافاً بقواعد الإسناد وإنحرافاً عن غايتها في تحقيق العدالة المستمدة من تطبيق القانون الأول<sup>3</sup> .

ولإثارة الدفع بالغش نحو القانون يشترط توفر شرطان الأول بأن يغير الغاش ضابط الإسناد وهو العنصر المادي بأن يقوم بتغيير جنسيته أو موطنه ، أما الشرط الثاني فيتمثل في أن يكون هذا التغيير بسوء نية ، فإن توافر هذان الشرطان يكون الجزاء في هذه الحالة حرمان التصرف المشوب بهذا العيب من أثر قانوني واعتباره كأم لم يكن<sup>4</sup> ، إلى جانب هذين الشرطين هناك شرط ثالث لم يتعرض له معظم شراح القانون الدولي الخاص لنتيجته المنطقية والطبيعية وهو شرط خضوع المتحايل لقانون جديد يخضع لأحكامه ، عوضاً عن القانون الذي سعى المتعاقدون لاستبعاده ، لما يحققه هذا القانون من مصالح سعوا إليها<sup>5</sup> .

1- نادية فضيل ، الغش نحو القانون ، الطبعة الثانية ، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع الجزائر ، 2008 ، ص 105

2 - حذيفة رعد علي الطائي ، المرجع السابق ، ص 50 .

3 - محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص 170

4 - نور الدين سيني مخالفيه ، المرجع السابق ، ص 26

5- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص 176

وإعمال هذه الفكرة على عقود التجارة الإلكترونية ليس بالأمر الهين مع الخصوصية التي تنفرد بها المعاملات الإلكترونية كونها تبرم وتنفذ في فضاء إلكتروني يصعب معه تركيز العقد مكانيا في دولة محددة الأمر الذي يتنافى مع التركيز المكاني الذي تستند إليه قواعد الإسناد .

وهو ما دفع بعض المنظمات لإصدار توصيات تنادي بضرورة إضفاء الحماية القانونية للعلاقات التجارية الإلكترونية ، حيث تفتقد هذه الإصدارات لأية قواعد قانونية تحكمها فهي عبارة عن مجموعة من التوصيات والمواثيق ، مع عدم توقع صدور أي تشريع دولي في المدى القريب وإنخراط كافة الدول في التجارة الإلكترونية لما يحققه ذلك من تنمية وإزدهار ، وبالتالي ضرورة الإسراع صوب التعديل التشريعي الملئم لطبقة العقود الإلكترونية ، وفكرة التحايل والغش نحو القانون<sup>1</sup> .

### الفرع الثاني: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على العقود الإلكترونية:

كما يثير تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على العقود الإلكترونية العديد من الصعوبات منها ما يتعلق بالاختيار الصريح ، ومنها ما يتعلق بالاختيار الضمني ، وهذا ما سنتناوله في النقطتين التاليتين :

#### أولا : الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح :

##### 1. صعوبات التحقق من وجود إرادة المتعاقدين :

يمكن من خلال شبكات الاتصال التلاعب بالرسائل الإلكترونية المرسلة عبرها ، كأن يقوم شخص غير مخول بإرسال رسالة باسم شخص آخر أو يقوم بالتلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية وتحريف ماورد فيها من معلومات ، هنا إذا كانت هذه الرسالة تتضمن تعبيرا عن الإرادة فكيف يمكن التحقق من نسبتها إلى من يجب أن تنسب؟<sup>2</sup> .

أثبتت الدراسات الأكاديمية والعلمية أن تحديد إرادة التعاقد يمكن أن يتحقق من خلال اتفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم

1 - فائزة فقير ، المرجع السابق ، ص 122

2- أمال حابت ، التجارة الإلكترونية في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة دكتورا في العلوم ، تخصص قانون جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 30 سبتمبر 2015 ، ص 495

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

عن طريق كلمة المرور ، كذلك يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل الرسالة بمفتاحه السري ويتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، إذا أثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المرسل الحقيقي<sup>1</sup> .

وهو ما يتأكد من خلال نص المادة 13 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية<sup>2</sup> والتي نصت على أنه : " 1 - تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها. 2- في العلاقة من المنشئ والمرسل إليه ، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت : (أ) من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات أو (ب) من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائي " نلاحظ أن المشرع أجاز التعبير عن الإرادة الإلكترونية باستخدام رسالة البيانات .

### 2. صعوبة تحديد أهلية وهوية المتعاقد :

قد يجري التعاقد عن طريق الانترنت دون أن تتوفر أهلية التعاقد لأحد الأطراف أو كليهما كأن يقوم الشخص القاصر بالدفع إلكترونياً بالبطاقة المصرفية لوالديه أو إلى شخص آخر وبما أن العقد الإلكتروني يبرم دون الحضور الشخصي للأطراف فإنه يصعب على كل متعاقد أن يتعرف ويتأكد من شخصية وهوية المتعاقد الآخر<sup>3</sup> .

لهذا أوجدت بعض التشريعات طريقة يمكن من خلالها التأكد من هوية المتعاقد ، عن طريق ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني ، والذي عرفه المشرع الجزائري في المادة 1/2 من قانون التوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني<sup>4</sup> ، كما عرفه المشرع المصري في المادة الأولى فقرة (ج) من قانون

1 - نادية أبو عمرو ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ، مجلة بحوث في القانون والتنمية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أمجد بوقرة ، بومرداس ، المجلد 02 العدد 01 جوان 2022 ، ص 29

2- ينظر في ذلك المادة 13 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 08

3- نادية أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 29

4 - تنص المادة 1/2 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين على أنه : "بيانات في شكل إلكتروني ، مرفقه أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق " ، ينظر في ذلك القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 ، الموافق أول فبراير

التوقيع الإلكتروني ، والتي نصت على مايلي : " هو ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " <sup>1</sup> .

ويلاحظ من خلال هذه التعاريف أنه يتم التأكد من هوية وشخصية المتعاقد من خلال التوقيع على رسائل البيانات الإلكترونية .

### 3. صعوبات إثبات العقد :

أثارت الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة مشكلة التعبير عن الإرادة ومدى مصداقية الإيجاب والقبول المتبادل وإثباته ، إذ نجد أن أهم ميزة في هذه البيئة هو الغياب المادي لأطراف التعاقد الذين يتبادلون إرادتهم عبر واقع لامادي ، فمن خصائص العقد الإلكتروني غياب الوثيقة الورقية، والذي يستتبعها عدم إمكانية الطرف المكتسب للحق إثباته ، فالعقود عبر الشبكات قد تتم عن طريق البريد الإلكتروني ، أو عن طريق المحادثة أو عبر المواقع الإلكترونية <sup>2</sup> ، الأمر الذي سيرتب عنه وجود صعوبات تتمثل في :

- اختلاف النظم القانونية في تقدير أدلة الإثبات ، فهناك بلدان تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبيا ، مما يضع للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي وللقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته ، بينما نجد نظم قانونية أخرى تفرض منهجا صارما وتضع طرقا محددة للإثبات لا يستطيع القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها ، فمثلا أمانة الأونسترال نتيجة التحقيقات التي أجرتها في مجال الإثبات ، أقرت بوجود مشاكل يثيرها استخدام البيانات المخزنة في الحواسيب الآلية كدليل إثبات في المنازعات <sup>3</sup>

=2015 ، يجدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، ج ر ، العدد 06 ، الصادر في 20 ربيع الثاني عام 1436 ، الموافق 20 فبراير سنة 2015 .

1 - عقيلة بلقاسم ، القانون المطبق على المنازعات العقود الإلكترونية في ظل قواعد الاسناد التقليدية " قانون الإرادة نموذجا" ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف ، المجلد 07 ، العدد 01 ، 2021 ، ص 1818

2 - آمال حابت ، المرجع السابق ، ص 497

3 - سمير خليفي ، المرجع السابق ، ص 35

- كذلك اختلاف النظم القانونية في السماح أو عدم السماح بتعديل قواعد الإثبات المقررة قانونا بموجب اتفاقيات خاصة ما بين الأطراف المتعاقدة ، حيث قد يتفوقون على قبول الرسائل الإلكترونية كدليل إثبات وإعطائها ذات القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية<sup>1</sup> .

- والصعوبات تتفاقم لو كان أحد فريقَي العقد أو كليهما ينتميان لدولة لا يعترف قانونها بالمستخرجات الإلكترونية ، وبالتالي عدم إقرارها بالعقد التجاري ، عندها قد يفاجأ المتعاقدان بأن القانون المتفق عليه لحكم العقد لا يعترف بالمستندات الإلكترونية<sup>2</sup> .

هذه أبرز الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق أما الآن فسننتقل إلى أهم الصعوبات التي تثار عند الإختيار الضمني لقانون العقد الإلكتروني .

### ثانيا : الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني

فكرة الإسناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق أثارت عدة انتقادات في مجال العقود الدولية التقليدية فما بالك اليوم بعقود التجارة الإلكترونية<sup>3</sup> ، التي أثارت بدورها عدة صعوبات ترجع بالأساس إلى :

#### 1. صعوبات تحكم القاضي في تحديد قانون العقد :

عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق فعلى القاضي البحث عن تركيز الرابطة العقدية واسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد بدل البحث عن الإرادة الضمنية للأفراد ، هنا حسب هذا الاتجاه يؤدي القاضي تطبيقه للقانون مستترا وراء الإرادة الضمنية للأطراف ، لكن في

1 - شونوف بدر وآخرون ، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجاً) ، ملتقى دولي حول الإتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة ، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، الجزائر 02-03 ديسمبر 2019 ، ص 165

2 - مُجّد بلاق ، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية جامعة ابن خلدون ، تيارت ، د س ن ، ص 167 ، 168 .

3 - نور الدين يوسف ، إلياس بروك ، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مُجّد خيضر بسكرة ، جامعة قلمة المعهد الثالث عشر ، د س ن ، ص 256

الحقيقة أن الأمر يتعلق بتحديد القانون حسب إرادته الخاصة ، فهذا الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف ، وبهذا الأمان الذي تنشده التجارة الدولية<sup>1</sup>.

### 2. صعوبات الإعتماد على القرائن والأدلة :

هنا يرى جانب من الفقه أن استبعاد الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الإلكترونية ، لا يعود بالاساس إلى صعوبة تحكم القاضي ، انما لصعوبة الاعتماد على المؤشرات والقرائن الدالة على الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق إذ يتضح ذلك من عدة نواحي كلغة العقد فأغلب العقود تحرر باللغة الإنجليزية باعتبارها لغة التخاطب في العقود الإلكترونية<sup>2</sup>.

كما يصعب الإعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بحكم أن استخدام الشبكة الدولية للانترنت في التعاقد أدى إلى استحداث العملة التي يتم بمقتضاها الدفع لم تعد ذات أهمية<sup>3</sup>.

فضلا عن ذلك فإنه يتعذر على القاضي أيضا التفسير بأنه إرادة الطرفين قد اتجهت نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة التي تنظر في النزاع ، لأنه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي من ناحية ، ولأن تلك المحكمة قد يشار إلى موقعها على شبكة الانترنت من خلال عنوان لا ينتمي إلى دولة بعينها<sup>4</sup>.

كما يصعب تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به ، لأن مسألة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة الإلكترونية ، فالغالب في مجال المعاملات التي تتم عبر الانترنت هو استقلال الروابط القانونية ، لاسيما أن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب<sup>5</sup> وهذا في مختلف الصعوبات التي تواجه تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإلكتروني أيا كان شكل هذا الاختيار صريحا كان أو ضمنيا .

1- سمير خليفي ، المرجع السابق ، ص 36

2 - نادية أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 30

3 - زوينة تكليت ، المرجع السابق ، ص 73

4 - بدر شنوف وآخرون ، المرجع السابق ، ص 166

5 - نور الدين يوسف ، إلياس بروك ، المرجع السابق ، ص 256

وما يمكننا قوله في الأخير أن تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني يبقى هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية وهذا ما أكده مؤتمر سان فرانسيسكو المنعقد في الفترة من 10 - 11 أيلول / سبتمبر 2000 والذي دعى في نهاية المؤتمر كافة الدول لمنح المتعاقدين على الشبكة كامل الحرية في اختيار قانون العقد<sup>1</sup> ، لكن الأمر الذي نتساءل عنه هو في حال غياب إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية في اختيار القانون الذي يحكم العقد الإلكتروني ، فهل المعايير الاحتياطية المنصوص عليها في منهج تنازع القانون الدولي الخاص قابل للتطبيق في مجال عقود التجارة الإلكترونية ؟ والإجابة عن هذا السؤال في المبحث الموالي :

**المبحث الثاني : سلطة القاضي في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني :**

### الإسناد الموضوعي

على عكس الحالة الأولى التي تسمى بالإسناد الشخصي باعتبار الطرفان المتعاقدان يقومان شخصيا بتعيين واختيار القانون الذي يخضع عقدهما له ، فإن هناك حالة أخرى تسمى بالإسناد الموضوعي والتي نكون بصددنا عند غياب التعيين الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين ، لذا عند طرح النزاع على الجهة التي ستفصل فيه أن تحدد هذا القانون ولا يجوز أن يخضعه القاضي مباشرة لقانونه الوطني ، وذلك بالإسناد إلى عوامل ارتباط ومؤشرات موضوعية تبين ارتباط العقد بالقانون المعين<sup>2</sup> ، ويكون إما بالإسناد إلى ضوابط جامدة والتي تكون ذات صلة وثيقة بالعقد ومعلومة سلفا للمتعاقدين كقانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة ، أو مكان إبرام العقد وتنفيذه (المطلب الأول) أو بالإسناد إلى ضوابط مرنة (المطلب الثاني)

### المطلب الأول : الضوابط الإحتياطية الجامدة

يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في حالة غياب اتفاق الأطراف بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهما ، فإنه يتم الإسناد في تحديد قانون العقد إلى قواعد الإسناد الإحتياطية

1 - محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص 209

2 محمد ناصر حمودي ، المرجع السابق ، ص 472

الجامعة ، ولعل أهم المؤشرات المعتمدة في ذلك قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة (الفرع الأول) وقانون بلد العقد أو تنفيذه (الفرع الثاني)

### الفرع الأول : قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

أقر المشرع بموجب المادة 18 من ق . م . ج ، على ضابط يستند إليها لتحديد قانون العقد لكنه منح أولوية لضابطين هما ضابط الموطن المشترك (أولا) وضابط الجنسية المشتركة (ثانيا).

#### أولا: قانون الموطن المشترك :

لازالت بعض التشريعات الوطنية تطبق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذ موطنا ، ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد ، فالقانون المدني المصري على سبيل المثال قد منح لقانون دولة المواطن المشترك للمتعاقدين الموقع الأول في الترتيب<sup>1</sup> ، وهو نفس النهج الذي صار عليه المشرع الجزائري بمنحه الأفضلية لقانون الموطن المشترك حيث نص على ذلك صراحة في المادة 18 ق . م . ج والتي تنص على أنه : "..... وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك....."<sup>2</sup>.

وذلك باعتباره القانون الذي يعرفه المتعاقدون والذي قد اعتادوا على أن ينظموا سلوكهم وفقا لأحكامه وبالتالي قدرتهم على توقع ما قد يترتب من آثار سلبية أو ايجابية عند تطبيقه ، إلا أن هذه الفكرة تصطدم بصعوبة بالغة في تطبيقها خصوصا في مجال العقود التجارية التي تتم عبر الانترنت وذلك لكون هذه الأخيرة يكون التعامل فيها عبر العناوين الإلكترونية وهناك مواقع على شبكة الانترنت تحصل عناوين ترتبط ببلدان معينة حيث لاوجود لمكان هذه العناوين بالمعنى الحقيقي<sup>3</sup> ، فمثلا العناوين والمواقع الإلكترونية التي تنتهي بعبارة : ( org أو com أو net ) ليست ذات دلالة على ارتباطها بدولة معينة ، وحتى تلك المواقع التي تنتهي بأسمائها برموز خاصة بدول معينة

1- لزهري سعيد ، المرجع السابق ، ص 212

2- ينظر في ذلك الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، المرجع السابق ، ص 5

3- هشام بلخام ، رحيمة شلغوم ، المرجع السابق ، ص 998

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

مثل : ( Ku أو Sa أو Fr ) لا تعطي أيضا دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي للشخص ، كون التسجيل في هذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري او الترخيص التجاري<sup>1</sup> .

وتظهر الصعوبة أيضا في مواقع الويب هذه الأخيرة تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته الاقتصادية بصرف النظر عن توطين مواقع الويب أو مقدمي الخدمات ، فهذه المواطن لم تصمم أصلا بمنظور جغرافي ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين ، ذلك أن الفكرة في حد ذاتها لا تتفق وحقيقة المواطن كرابطة بين الشخص والمكان<sup>2</sup> .

لذا كان هذا الضابط محل انتقاد ، في هذا المجال ، فهناك من ينادي بضرورة استبعاد المواطن المشترك ، لأنه من النادر أن يتعد طرفا عقد دولي في الوطن ، وإن تحقق ذلك فهو بمحض الصدفة ، أو من قبيل التعمد المنطوي على غش يتواطأ المتعاقدان عليه لأسباب يقصدها، كون موطن المتعاقد عبر الشبكة العنكبوتية هو غير معروف<sup>3</sup> .

ونشير أيضا بأن ضابط المواطن المشترك مستبعد تماما من قبل اتفاقية فيينا التي تشترط بصريح العبارة اختلاف موطن الطرفين المتعاقدين ، وإن لم يكن المقصود منها موطن الإقامة بل منشأة العمل ، لكننا نفهم بأنه في العادة مايتخذ الشخص لنفسه موطن إقامة بالقرب من مقر عمله الدائم والقار ، والمشترط في منشأة العمل بنص اتفاقية فيينا وهو مايفهم من نص المادة الأولى منها في فقرتها الثانية والثالثة ، حيث تنص الفقرة الثانية منها على أنه : " تطبق احكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف تواجد أماكن عملهم في دولة مختلفة : (أ) عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة ، أو(ب) عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة " وأضافت الفقرة الثالثة بأنه : " لايلتفت الى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دولة مختلفة إذا لم

1 - بدر شنوف واخرون ، المرجع السابق ، ص 163

2 - عبد الصمد حوالف ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مجلة الحقيقة ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، العدد 31 ، ص 167

3 - سالم عبد الكريم ، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية ، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، المجلد 02 ، العدد 02 ، أكتوبر 2018 ، ص 76

يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف ، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده ...<sup>1</sup> .

ويتضح من هاتين الفقرتين صعوبة إعمال اتفاقية فيينا ليس فقط باعتمادها على وجود مقر عمل الطرفين في دولتين مختلفتين ، بل حتى وإن تم اعتماد مناهج القانون الدولي الخاص فإنه بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون قانون دولة منظمة للاتفاقية<sup>2</sup> .

وهو أمر كاف للقول بعدم صلاحية ضابط قانون الموطن المشترك على العقود الإلكترونية لصعوبة توطين العقد في مكان محدد .

### ثانيا : قانون الجنسية المشتركة

تبت كذلك بعض التشريعات الوطنية هذا الضابط الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت عند سكوت الأطراف عن اختيار قانون الإرادة صراحة ، أو ضمنيا ، ولقد اختلفت تلك التشريعات حول موقع الأفضلية لهذا الضابط ، فالقانون المدني الإيطالي منح لقانون الجنسية المشتركة الموقع الأول في الترتيب وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد ، وهي نفس الأفضلية التي منحها القانون المدني الإسباني لهذا القانون قبل قانون الموطن المشترك ، وبالأسبقية على قانون دولة محل إبرام العقد<sup>3</sup> .

وقد اختلف القضاء في شأن قانون الجنسية المشتركة ، فمنه من اعتبره قرينة على الإرادة المفروضة ، بينما اعتبرته احكام اخرى دليلا على الإرادة الضمنية ، وهذا راجع لكون هذا الضابط لا يعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية ، ويصعب التعويل عليه في مجال العقود الإلكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد ، والتحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد أمر تأبه به التجارة الإلكترونية<sup>4</sup> .

1- مُجَّد ناصر حمودي ، المرجع السابق ، ص ص 475 ، 476

2- نو الدين سيني مخالفة ، المرجع السابق ، ص 74

3- لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 211

4- فائزة فقير ، المرجع السابق ، ص 107

كما أننا نرى بأن عنصر الأجنبية الذي يدخل الرابطة العقدية في عقد دولي عادة ما يكون متعلقاً بجنسية أطرافه سيما مع قوانين الصفقات العمومية التي تحدد الطرف الأجنبي وإن كان ذلك لا يعد قاعدة ، كما نجد اتفاقية فيينا لاتعير اهتماماً لجنسية الأطراف وإنما لأماكن عملها واستبعده صراحة في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منها التي تنص على أنه : " لا توجد في الاعتبار جنسية الأطراف..."<sup>1</sup> .

وبالتالي فالتحقق من جنسية المتعاقدين عبر شبكة الانترنت ليس بالأمر السهل في ظل غياب التواجد المادي للأطراف لحظة إبرام العقد ، مما يصعب الكشف عن أماكن تواجدهم لأن العنوان الإلكتروني لا يعطي أي دلالة تربطه بدولة معينة.

### الفرع الثاني : قانون بلد الإبرام أو التنفيذ

إذا لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك أو جنسية مشتركة يستند إليه في تحديد قانون العقد ، فإن القاضي في هذه الحالة يستند إلى روابط ذات صلة بالعقد تتمثل في قانون بلد الإبرام (أولاً) أو قانون محل التنفيذ (ثانياً) .

### أولاً: قانون بلد الإبرام

على الرغم مما يقول به جانب من الشراح بأصول ضابط محل إبرام العقد ، فقد رأينا عدداً من التشريعات تستند إليه لتعيين قانون العقد في حال إنتقاء الإرادة الصريحة ، أو الضمنية للأطراف في هذا الشأن ، خاصة إن لم يكن لهم جنسية مشتركة ، كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني الإسباني ، والقانون الإيطالي ، أو إذا لم يكن لهم موطن مشترك كما هو الشأن في القانون المصري والقانون البرتغالي<sup>2</sup>

1 - محمد ناصر حمودي ، المرجع السابق ، ص 475

2 - لزهري بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 206

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني: بين التطبيق والتشكيك

ومن ناحية اخرى نجد أحكام القضاء الفرنسي منحت أهمية خاصة لقانون محل إبرام العقد ، وذلك في الحالة التي يكون فيها مكان الإبرام هو نفسه مكان تنفيذ العقد ، حيث يخضع تكوين وصحة العقد لقانون انعقاده <sup>1</sup> .

ويعلل أصحاب هذا الاتجاه في الأخذ بهذا المعيار على أساس أنه يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول ، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة العقد من ناحية القانون مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية <sup>2</sup> .

وبالرجوع إلى معاملات التجارة الإلكترونية فإن إسناد العقد الإلكتروني لقانون إبرامه بالنظر لخصوصيته قد يؤدي إلى الإخلال باليقين القانوني ولا ينبغي على تحديد القانون الواجب التطبيق في التعاقد من خلال الانترنت حيث يفترض معه اتصال العقد أثناء إبرامه بكافة الدول المتصلة بالانترنت، ونفس الشيء بالنسبة للعقود التي تتم بالبريد الإلكتروني ، فهل يعتد في تكوين هذه العقود بمكان إرسال القبول أو بمكان تسليمه ، فيصعب بذلك إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد محل إبرام العقد ويصعب تحقيقه في مجال العقود الإلكترونية <sup>3</sup> .

وعليه فالاعتماد على قانون محل الإبرام لم يعد مناسباً مع تطور التجارة الإلكترونية حيث تعددت صور التعاقد بين غائبين ، نتيجة شيوع استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعاقد كالتلكس والفاكس والانترنت مما أصبح يشكل صعوبة عند تحديد قانون محل الإبرام <sup>4</sup> ، وقد يبرم العقد الإلكتروني بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه ، كأن يتم عبر حاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى ، أو أن يستغل جهازاً غير تابع له أو أن يبرم عقده من خلال مقهى من مقاهي الانترنت ، وهي كلها أمور من المسألة عرضية ولا تشكل معياراً يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بهذه الطريقة <sup>5</sup> .

1 - سمير خليفي ، المرجع السابق ، ص 41

2 - محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص 154

3- فائزة فقير ، المرجع السابق ، ص 104

4 - آمال حابت ، المرجع السابق ، ص 498

5 - محمد ناصر حمودي ، المرجع السابق ، ص 474

يتضح أن التركيز على عنصر المكان في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني يتناقض تماما مع مميزات الشبكة المعلوماتية أين يتم التعامل بين نظم ومواقع يصعب تحديد مكانها ، مما جعل بعض الدراسات تصف العالم الإلكتروني غير الملموس "بلامكان" فلا مكان هنا للفضاء الإلكتروني<sup>1</sup>.

فمكان إبرام العقد ، يرتبط برسالة البيانات ، والتي يختلف تحديد مكان الإبرام في ضوءها ونجد قانون الأونسترال عاج مسألة الاختصاص المكاني للعقد المبرم عبر الأنترنت وهذا من خلال نص **المادة 14 الفقرة 04** منها حيث تم اعتماد مايسمى بمقر عمل منشئ الرسالة كمكان لإرسال الرسالة الإلكترونية ، في حين يعد مقر عمل المرسل إليه هو مكان استلامها ، مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك<sup>2</sup>.

وفي حالة ما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي اذا لم توجد مثل تلك المعاملة ، أما في الحالة التي لا يكون فيها للمنشئ أو المرسل إليه مكان فيشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد<sup>3</sup>.  
وخلاصة لما سبق فإن مسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني مسألة يصعب تحقيقها ، لاستحالة توطيق العقد الإلكتروني في دولة محددة باعتباره يتم عبر شبكة دولية مفتوحة تتصل بكل دول العالم .

### ثانيا: قانون محل التنفيذ :

في ظل العقود التقليدية ، كان محل تنفيذ العقد أهمية ، بالغة في فقه القانون الدولي الخاص باعتباره ضابط يمكن من تلاقي مشاكل محل إبرام العقد السابقة من جهة ، ومن جهة ثانية هو المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين باعتباره المكان الذي سيجنون فيه ثمار تعاقدهم<sup>4</sup>.

1- عبد الصمد حوالف ، المرجع السابق ، ص 166

2 - سالم عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 76

3 - سليمة غول ، علي ميهوب ، المرجع السابق ، ص 60

4 - محمد ناصر حمودي ، المرجع السابق ، ص 474

وقد كان أول من نوه إلى أهمية هذا الضابط الفقيه الألماني " Savigny " وذلك باعتبار هذا العقد يرتب آثاره في هذه الدولة فهو القانون الأمثل الذي يحكم العقد ، وذلك بشأن التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق ، ويرتبط أكثر بموضوع العقد عن محل إبرامه وهو ما ذهب إليه البعض بالتأكيد على أن محل التنفيذ هو مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية ، ففي هذا المكان سينال الأطراف ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤوليتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم<sup>1</sup>.

ونجد المشرع الجزائري بدوره تيقن لأهمية هذا الضابط حيث نص عليه صراحة في المادة 02 من قانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي جاء فيها : "..... أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر .."<sup>2</sup> فالمشرع استند لقانون محل التنفيذ كضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني.

وإذا كان لتطبيق ضابط محل تنفيذ العقد المزايا السالفة الذكر ، فإن هناك بعض الصعوبات تثار عند إعمال هذا الضابط المكاني على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية ، ويمكننا عرضها من خلال التمييز بين العقود التي تنفذ مباشرة عبر الخط وبين العقود التي تنفذ مباشرة خارج الخط وذلك على النحو التالي<sup>3</sup>.

### 1. العقود التي تنفذ خارج الخط :

هذه الحالة لا تثير صعوبة فغالبا ما يكون مكان تنفيذ العقد هو مكان تسليم الطلب أو الخدمة ، ومع ذلك فإنه من غير المستبعد أن يتفق أطراف العقد الدولي عن تنفيذ التزاماتهم في أماكن مختلفة ، مما يحول دون تحقيق الانسجام بين القوانين بسبب اختلاف النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد<sup>4</sup>

### 2. العقود التي تنفذ على الخط :

1 - هشام بالحام ، رحيمة شلغوم ، المرجع السابق ، ص، 999

2 - ينظر في ذلك المادة 02 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 5

3- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 209

4 - سالم عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص ص 76 ، 77

فهذه الحالة هي الأكثر تعقيدا على اعتبار أنها تأخذ شكل العقد الذي يتم تنفيذه بشكل مادي عبر شبكة الانترنت ، حيث يصعب تحديد مكان تنفيذه في هذه الحالة بين مكان موقع التحميل عبر شبكة لحظة التنفيذ ، ومكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع ، ومكان تواجد الحاسب الألي للمشتري ، وغيرها من الأماكن<sup>1</sup>.

ولتفادي هذه الصعوبات فإننا ندعو المتعاقدين إلى تحديد مكان التنفيذ في اتفاقهم ، لأنه أجدى وأنفع لهم<sup>2</sup>.

وخلاصة القول أنه يصعب تطبيق ضوابط الإسناد الجامدة على العقود الإلكترونية ، باعتبارها معايير لا تتلائم مع طبيعة العقد ، والظروف المحيطة بالتعاقد ، ومن أجل تفادي كل هذه الصعوبات التي تكتنفها هذه المعايير فإنه يفضل اللجوء إلى معايير اسناد مرنة وهو معيار الأداء المميز الذي سنتناوله في المطلب الثاني .

### المطلب الثاني : الضوابط الاحتياطية المرنة

في حالة صعوبة إعمال ضوابط الإسناد الجامدة السالفة الذكر على العقود الإلكترونية نظرا للخصوصية التي تمتاز بها ، يفضل اللجوء إلى ضابط الإسناد المرنة لفض إشكالية التنازع في مجال هذه العقود حيث سنتطرق ضمن هذا المطلب إلى مضمون نظرية الأداء المميز ( الفرع الأول ) ثم نتطرق إلى مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على العقود الإلكترونية ( الفرع الثاني ) .

1 - سليمة غول ، علي ميهوب ، المرجع السابق ، ص61

2 - لزهرة بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 210

## الفرع الأول : مضمون نظرية الأداء المميز

ظهرت فكرة الاداء المميز في الفقه السويسري من طرف الفقيه أولف كرجر ثم طبقتها فيما بعد القضاء السويسري<sup>1</sup> ، حيث تقوم هذه الفكرة على تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه ، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد ، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره ، وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته ، فمحل تنفيذ الأداء المميز هو قانون دولة محل إقامة المدين بهذا الأداء الأساسي في العقد ، والذي غالبا ما يكون في العقد الإلكتروني التزام بتوريد خدمة<sup>2</sup> .

لذا نجد البعض يعرفه بأنه : " الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا" ، غير أن البعض يرى بأن الثمن موجود في كل العقود مما يجعله ليس بالأداء المميز<sup>3</sup> ، وبالتالي يمكن القول بأنه يعد أداء مميزا للالتزام البائع بتسليم المبيع ، أو التزامه بنقل الملكية للمشتري على أساس أنها تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية<sup>4</sup> .

وقد يكون هذا سبب اعتناق نظرية الأداء المميز ، والتي يتصدى على أساسها للتركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية ، وما يسمح على ضوءه بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء فكرة محل الأداء المميز ، أي المكان الذي تم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي المتميز من غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد<sup>5</sup> .

1 - ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين ، وكان أول من اقترح فكرة اسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري هو القاضي السويسري: "STAUFFER" عام 1952 في قضية : " CHEVALUC . CENIMRORTETX-SA" أنظر : آمال حابت ، المرجع السابق ، ص 500

2- نادية أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 32

3 - محمد ناصر حمودي ، المرجع السابق ، ص 476

4 - عبد الكريم سالم ، المرجع السابق ، ص 78

5 - محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص 157

ولا يتم اللجوء إلى ضابط الأداء المميز إلا عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد ، وهو إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد ، وبالتالي يكفل الأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني ، ويحقق الاستقرار لمعاملتهم التجارية ، وهنا يظهر الاختلاف بين ضابط التوطن ، أو التركيز المكاني ، وضابط الأداء المميز<sup>1</sup> ، هو أن تعيين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذه النظرية يتحقق في مرحلة متأخرة لا تسمح لأطراف العقد بمعرفة القانون الذي سيحكم عقدهم ، بينما في نظرية الأداء المميز يكون لأطراف العقد دخل في تحديد القانون الذي سيحكم العقد ، لذلك فإن التحديد في نظرية التركيز قائم على معيار شخصي بينما في الأداء المميز يعتمد التحديد على معايير موضوعية بحثه<sup>2</sup> . ونجد الكثير من الإتفاقيات الدولية قد أخذت بضابط الأداء المميز ، ومن أهم الإتفاقيات التي نادى بهذا الضابط ، اتفاقية لاهاي المبرمة في **10 يونيو 1955** والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية ، إذا اعتدت المادة الثالثة من هذه الاتفاقية بمحل الإقامة العادية للبائع ، أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتحديد القانون الذي يحكم العقد على أساس لأن التزام البائع يمثل الأداء المميز في العقد<sup>3</sup> .

كما وجدت نظرية الأداء المميز للعقد صدى كبير في القوانين الحديثة ، ونالت تطبيقات في الكثير من الأحكام القضائية في العديد من دول ، نذكر منها على سبيل المثال : " قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادرة في **11 ماي 1966** " الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة ، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد<sup>4</sup> .

1 - لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 215

2 - نور الدين سيني مخالفة ، المرجع السابق ، ص 49

3 - لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 216

4 - سليمة غول - علي ميهوب ، المرجع السابق ، ص 62

### الفرع الثاني: مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على العقد الإلكتروني

نظرية الأداء المميز حسب آراء بعض الفقهاء لا ينحصر تطبيقها في مجال عقود التجارة التقليدية ، بل يمكن إعمالها حتى في مجال التجارة الإلكترونية ، فهي تسمح بتجاوز كافة الصعوبات خاصة التي تثيرها الضوابط على هذه العقود<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من المكانة المرموقة والممنوحة لهذا الضابط واعتماد جل التشريعات والاتفاقيات إلا أنه لم يسلم من الانتقادات التي كانت عقبة له عند إعماله في مجال التجارة الإلكترونية والتي يمكن إدراجها فيما يلي :

. صعوبة إعمال هذه النظرية على العقود الإلكترونية في الحالة التي لا تكون فيها الوسيلة الإلكترونية المبرم بها العقد ليست بمجرد وسيلة اتصال إنما هي وسيلة لتنفيذ العقد<sup>2</sup>.

. صعوبة إعمال هذه النظرية لأن أساس هذه النظرية يقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلائم مع طبيعة البيئة الافتراضية ، أين أصبح العلم مجرد قرية تكنولوجية على شبكة الانترنت ، وهنا المجتمع الإلكتروني ينقسم إلى شبكات اتصال ، وأسماء نطاقات ، أو ما يدعي بالمجال والدومين ، ومواقع الويب ، بينما نجد أن أساس ضابط الإسناد يتمثل في مبدأ الإقليمية بتقسيم المجتمع إلى دول وأقاليم تفصل بينها حدود سياسية ، وجغرافية<sup>3</sup>.

. صعوبة إعمال هذه النظرية على العقد الإلكتروني لأن أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد اعتدت بمحل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد كضابط إسناد

1- تكلت زويبة ، المرجع السابق ، ص 219

2 - محمد بلاق ، المرجع السابق ، ص 178

3 - لزهرة بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 219

## الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك

رئيسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، في حين أن أغلب المواقع الإلكترونية التي يتم من خلالها التعاقد تتسم بأنها مؤقتة رغم أنه يشترط في الإقامة أن تكون دائمة<sup>1</sup>.

. إعمال هذه النظرية في مجال العقود الإلكترونية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف ، فمثال في عقود البيع وتوريد الخدمات التي تتم عبر الانترنت ، يكون قانون دولة البائع مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد ، حيث يعد أداء مميز التزام البائع بتسليم المبيع والتزام المورد بتوريد الخدمة<sup>2</sup>.

ويظهر ذلك بوضوح في عقود الاستهلاك ، ويرجع ذلك إلى أن التزام المستهلك يتمثل ذلك في دفع مبلغ من النقود على خلاف التزام البائع أو المورد ، والذي يقدم دائما الأداء المميز<sup>3</sup>.

. يصعب تطبيقها في حالة ما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام عقد عن طريق حاسوب يمتلكه مقيم خدمات معلومات يقيم في نفس البلد التي يمارس نشاطه فيها ، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز<sup>4</sup>.

. توجد بعض العقود المركبة التي يصعب معها تعيين الأداء المميز لوجود الالتزامات المتقابلة على نفس درجة الأهمية<sup>5</sup> ، ونجد مثلا لذلك في عقد توريد المعلومات على شبكة الانترنت المجاني ، وهو العقد الذي يبرمه مورد المعلومات والخدمات مع طرف آخر وهو المستخدم بطرح الخدمات على شبكة الانترنت ، فالمستخدم لا يلتزم هنا بدفع المقابل المالي للأداء المقدم إليه حيث يمكن للمورد أن يقوم بتغطية التكلفة من خلال الرعاية الذين يقومون بتمويل الصفحات الإعلامية<sup>6</sup>.

1 - نور الدين سيني مخالفة ، المرجع السابق ، ص 52

2 - نادية أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 32

3 - لزهرة بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 218

4 - فائزة فقير ، المرجع السابق ، ص 111

5 - آمال حابت ، المرجع السابق ، ص 502

6 - لزهرة بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 219

### خلاصة الفصل الأول :

نستخلص مما سبق أنه من الصعب تطبيق وإعمال مناهج التنازع التقليدية في مجال العقود الإلكترونية لتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعاتها سواء فيما تعلق بالضابط الشخصي (قانون الإرادة) أو ما تعلق بالضوابط الاحتياطية (المرنة أو جامدة) نظرا للطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني التي يصعب معها تركيز عناصرها مكانيا ضمنا إقليم دولة واحدة معينة .

لكن هذا لا يقودنا إلى الوقوف أمام هذه العقبات في ظل ما يشهده العالم من تطور وتقدم ، بل يجب المبادرة لطرح حلول وقواعد تتناسب وطبيعة هذه العقود من خلال سن تشريعات جديدة وهذا ما تيقن له المشرع الجزائري حيث بادر بخطوة جيدة بإصداره للقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حتى يتلائم أكثر مع ما هو موجود على الساحة الدولية .

الفصل الثاني  
إعمال القواعد الموضوعية الدولية  
الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد  
المباشر

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

أصبحت عقود التجارة الإلكترونية الدولية اليوم تواجه مجموعة من الصعوبات تتمثل أساساً في البحث عن قواعد مادية تهتم بشؤون التجارة الإلكترونية ، وقد ذهب الكثير من الفقهاء الى أن وجود قانون موضوعي خاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية سوف يكون له ميزة ازالته النزاعات الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وتنظيم حركة التجارة الدولية الإلكترونية كما أن وضع قانون موحد للمعاملات الإلكترونية سوف يجعل القانون بعاصر التقدم التكنولوجي والتغير السريع في طبيعة الانترنت ، تلك الطبيعة التي تتجاهل الحدود بين الدول ، بينما لا تستطيع المحاكم الوطنية أو التشريعات تجاهل هذه الحدود<sup>1</sup>.

بمعنى أن نقطة الانطلاق في منهج التنازع هي افتراض اقتسام المجتمع الدولي الى وحدات إقليمية ترتسم فيه الدولة بحدودها الجغرافية و تقوم على فكرة السيادة إلا أن هذا الأساس ، أضحي محل شك فالطبيعة الغير مادية لعقود الأنترنت كما سبق الإشارة، و عدم القدرة على ربطه بدولة معينة يؤدي إلى صعوبة تركيز العلاقات العقدية التي تتم من خلاله داخل دولة معينة بمعنى إفلات المعاملات العقدية فيه، من الخضوع الى منهج الإسناد و ما يقود إليه من تطبيق قوانين وطنية .

الأمر الذي يجب فيه البحث عن قواعد موضوعية تحكم المجتمع الجديد الذي نشأ بفضل الأنترنت و العدول عن منهج التنازع التقليدي الذي زالت معطياته .

ومن هذا المنطلق سوف نتطرق في هذا الفصل الى مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني والتعرض الى كل من تعريفه وخصائصه والمصادر التي استمدت منه قواعده، وذلك في ( المبحث الأول ) ثم سنتناول في ( المبحث الثاني ) تقييم لهذا القانون ومدى اكتسابه لصفة النظام العام .

<sup>1</sup> - خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2011، ص395

### المبحث الأول: ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني

ان القانون الموضوعي الإلكتروني يعد قانونا يضع حلولاً تنظيمية مباشرة وخاصة ومستقلة عن القوانين الوطنية للدول، ووجد لحكم علاقات تتسم بالطبيعة الدولية، وقد كانت الحاجة إليه والبحث في ماهيته منذ مدة عندما عجزت قواعد الإسناد عن حل إشكالات القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التقليدية.<sup>1</sup>

وكذلك لمحاولة تحقيق قدر من الامن القانوني للمعاملات الدولية، وكذا لإيجاد تنظيم قانوني غير مقيد بقواعد القوانين الوطنية الداخلية لتلبية حاجات التجارة الدولية، فحجم معاملات التجارة الإلكترونية في تزايد مستمر عبر العالم نظراً لتوسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجارية، كما يتوقف ازدهار التجارة الإلكترونية أيضاً في تطوير نظام قانوني يكفل الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحرريات الأطراف.<sup>2</sup>

وقد اشتد الجدل بين الفقهاء حول إيجاد قواعد مادية مباشرة تهتم بشؤون التجارة الدولية، وهو الامر نفسه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، حيث عرفت بعدة تسميات مختلفة ومستخدمة في الفقه للتعبير عن تلك القواعد.<sup>3</sup>

وهذا ما سيتم البحث عنه من خلال هذا المبحث، حيث سيتم تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني ومميزاته في (المطلب الأول) ثم نتناول مصادر هذا القانون في (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> -أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت و القانون الدولي الخاص، تلاق أم فراق، بحث مقدم لمؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت، كلية الشريعة و القانون بجامعة الامارات المتحدة، 12 ماي 2000، ص ص66-67

<sup>2</sup> V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE ET K. BENYKHELF, DROIT DU COMMERCE ELECTRONIQUE ENORMES APPLICABLES: L'ENERGENCE DE LA L'ex-ELECTRONICA. REVUE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONNAL. JOURNAL 547-583 N 05.1997 : P 559

<sup>3</sup> -ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص 433.

### المطلب الأول: مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني

يتميز القانون الموضوعي بأنه المثال لأنجح لتصور وجود قانون بدون دولة، فنطاق هذا القانون الموضوعي ليس المحافظة على إقليم جوهري و توسع أساسي فدرالي، فهو يتجاوز النظرية الاقتصادية، فهو يضع نظام قانوني مباشر خاص و مستقل الأمر الذي حق لنا فيه التساؤل عن مفهوم هذا القانون و بيان أهم خصائصه .

### الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني : نطاقه و خصوصيته

يعرف القانون الموضوعي أنه : " القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا موضوعيًا خاصًا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية ، وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونًا ذاتيًا مستقلًا وغير مرتبط بالقوانين الوطنية " <sup>1</sup> ومعنى ذلك أن قواعده تتميز بطابعها الغير رسمي للتطبيق في نطاق التجارة الإلكترونية

كما عرفه البعض بأنه : " مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيًا ، أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول ، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية ، فهي مستوحات من الميدان التعاقدية لتكون مخاطبة لمجموعة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الإلكترونية " <sup>2</sup>

ويتشكل القانون الموضوعي الإلكتروني من مجموعة من العادات والأعراف والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت وهو قانون وجد لتلائم مع حاجات المجتمع ، أو قانون المعاملات الإلكترونية ، أو قانون المعلوماتية ، أو القانون الافتراضي ، أو القانون الرقمي ، وسماه البعض أيضًا بقانون التجار الرقمي بينما يفضل البعض تسميته بالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية <sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية ، ازمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل ، مجلة معارف ، العدد الخامس ، المركز الجامعي أكلي محمد أولحاج البويرة ، 2008 ص 167 .

<sup>2</sup>-خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 396

<sup>3</sup>-نادية أبو عمرو المرجع السابق ، ص 33

و عموما يمكننا القول بأنه القانون الذي كان تلقائي النشأة من خلال تشكل مجموعة من القواعد و المبادئ التي كرسها المتعاقدون في مجال التجارة الالكترونية الدولية، و التي ساهمت المنظمات الدولية و الإقليمية و بعض القوانين الوطنية الخاصة في تكريسها و الاعتراف بها، لتكون قانونا خاصا وجد أساسا لحكم العلاقات العقدية المبرمة عبر الانترنت عن طريق مد المتعاملين بحلول مباشرة، على عكس قواعد الاسناد الحيادية غير المباشرة التي تكتفي بتعيين القانون الوطني الواجب التطبيق.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : خصائص القانون الموضوعي الالكتروني

يجد أنصار القواعد الموضوعية في مجال العقود الالكترونية بيئة خصبة في الدفاع عن تصورهم في حاجة التعامل الدولي اليوم للقواعد الموضوعية حتى دون قواعد الإسناد التقليد نظرا للميزات التي يتميز بها القانون الموضوعي الالكتروني باعتبار أنه قانون طائفي ونوعي ، ( أولا ) ، وكذلك يتميز بكونه تلقائي النشأة (ثانيا) ، وأنه قانون لا يعترف بالحدود الجغرافية ( ثالثا).

### أولا : قانون طائفي ونوعي

يتشكل القانون الموضوعي الالكتروني من مجموعة من القواعد القانونية التي تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الالكترونية ، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به وبنزاعات ذاتية فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص ، هؤلاء الأشخاص هم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات<sup>2</sup> لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي باعتباره قانون موجه فقط لطائفة معينة من الأشخاص ، هذا بالإضافة الى انه قانون نوعي بمعنى تنظم قواعده وأحكامه نوعا معينا من المعاملات والمسائل المتعلقة بها ، مثل الدعاية والترويج للسلع والخدمات ، ونظام التعامل مع بنوك المعلومات ، الدفع الالكتروني ، البريد الالكتروني ، والعقود الدولية التي تبرم الكترونيا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup>-مُجد ناصر حمودي ، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص ص 487-488

<sup>2</sup>-سمير خليفي، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الالكترونية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية 2016 ، جامعة أكلي محند

أولحاج ، البويرة ، ص 249

<sup>3</sup>- عبد الصمد حوالف ، المرجع السابق ، ص 174

### ثانيا : قانون تلقائي النشأة :

يتميز هذا القانون أيضا بأنه قانون تلقائي النشأة ، حيث نشأ من العادات و الأعراف التجارية التي برزت وتطورت حسب تطور المعاملات الالكترونية عبر الشبكة ، بالإضافة الى أن أغلب هذه 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 .<sup>1</sup> ويعتبر أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني أن تلقائية النشأة لهذه القواعد تمكنها من الاستجابة للمعطيات المادية للعالم الإلكتروني ، فالعرف يتلائم مع التطور السريع والمتلاحق للتجارة الالكترونية ، على خلاف القوانين الوضعية التي تتميز بالركود والبطء في مواكب تطور ونمو معدل المعاملات التجارية على المستوى الدولي .<sup>2</sup>

### ثالثا : قانون دولي موضوعي

حيث أن قواعده تنظم فضاء افتراضي مشترك غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية بالإضافة إلى طابعه الدولي الذي يستمد من طبيعة المعاملات التي يحكمها ، باعتبارها معاملات عابرة للحدود و في نفس الوقت تتصل بأكثر من دولة و كل هذا يضيفي على المعاملات الالكترونية الصفة الدولية .<sup>3</sup> وتتميز قواعده أيضا بأنها موضوعية على أساس أنها تختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص من حيث أنها تمدنا بالحل المباشر للنزاع دون الحاجة الاستعانة بقواعد أخرى ، وهو ما يجعل من قواعده مباشرة و محددة الهدف و المضمون ، و سهولة التطبيق ، كما تحقق مصلحة العلاقات الخاصة الدولية و مصلحة الدول ذاتها .<sup>4</sup>

<sup>1</sup> -رحاب أرجيلوس ، منهج القواعد المادية كألية لتنظيم المعاملات التجارية الالكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ،

جامعة العقيد أحمد دراية ، ادرار - الجزائر ، المجلد 04 ، العدد 02 ، 2020

<sup>2</sup> -سمير خليفي ، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 58

<sup>3</sup> - رحاب أرجيلوس، المرجع السابق ، ص 441.

<sup>4</sup> - آمال حابت، المرجع السابق ، ص 506

### المطلب الثاني: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

ان تعدد مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني والاختلاف الفقهي القائم بين الاتجاهات، فرض علينا دراسة المصادر الأكثر أهمية والتي تعد سببا من أسباب هذا القانون والتي تتمثل في: الاتفاقيات الدولية، التوصيات الدولية الأساسية، تقنيات السلوك والعقود النموذجية، بالإضافة إلى العرف الذي يحظى باهتمام كبير من قبل المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية وهي على النحو التالي:

#### الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية

يهدف المتعاملون في مجال التجارة الدولية إلى استغناء أحكامهم من الاتفاقيات الدولية ، والتي تعد احد أهم المصادر التي يمكن الأخذ بها و الاعتماد عليها لتنظيم و توحيد القواعد الموضوعية بين الدول و تعمل على حل الكثير من المشكلات التي ظهرت في النواحي العملية<sup>1</sup>.

ومن أهم تلك الاتفاقيات، نجد اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، و نجد أيضا اتفاقية روما لسنة 1980 الخاصة بالالتزامات التعاقدية و غيرها من الاتفاقيات<sup>2</sup>، لكن نظرا للانتقادات التي تلقتهما هذه الاتفاقيات ذلك نظرا لعددها الضئيل مقارنة مع الكم الهائل للمعاملات التي تتم في الفضاء الإلكتروني، حيث يمكن القول أنها غير كافية لتقديم الحلول اللازمة<sup>3</sup> لهذا سعت العديد من الجهات لوضع تنظيم قانون للتجارة الإلكترونية على غرار لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لعام 1996.

و الاتفاقيات المتعلقة بالملكية الأدبية و الفنية في العالم الافتراضي في جنيف عام 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -نادية ابو عمرو ، المرجع السابق ، ص 33

<sup>2</sup> -سمير خليفي ، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، ص 61

<sup>3</sup> -نور الدين سيني مخالفة ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ص 63

<sup>4</sup> -كما نادت لجنة الامم المتحدة من وقت طويل بإدماج المعلومات في التجارة الدولية ، و منذ عام 1990 بدأت في البحث في مجال تبادل الوثائق الكترونيا، حيث اعترفت في هذا القانون بتبادل رسائل البيانات ، التوقيع الإلكتروني و القوة الثبوتية لرسائل المعلومات و قبولها و حفظها و تبادلها و التجارة الإلكترونية في مجال نقل البضائع ، انظر في هذا الموضوع :

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

و يلاحظ أن هذه الاتفاقيات تواجهها بعض العراقيل نتيجة تطبيقها على النزاعات التي تحدث بخصوص العقود المبرمة إلكترونياً ، هذا ما جعل البعض يرى انه لا بد من تعديل هذه الاتفاقيات لتناسب مع طبيعة الفضاء الإلكتروني<sup>1</sup> .

حيث تم الاتفاق على وضع اتفاقية الغاية منها وضع حد ادني من المبادئ التنظيمية المشتركة في مجال الإنترنت ، لتكون النواة الأولى في وضع قواعد السلوك الحسن لاستخدام الشبكة الالكترونية و توحيد بعض القواعد في مجال العقود و غيرها من المسائل الأخرى ، بغض النظر عن البعض الذي يرى بان وضع اتفاقية دولية تنظم و تسير المعاملات الالكترونية ليس بالأمر السهل و ذلك لاختلاف الثقافات بين الدول الا أن الاتحاد الأوروبي بين إمكانية ذلك من خلال التوجيهات التي أصدرها لحد الساعة و المتعلقة بالتجارة الالكترونية<sup>2</sup> .

ان عدم توسع نطاق الاتفاقيات التقليدية المتصلة بالتجارة الالكترونية في الواقع الافتراضي الجديد أكد أهمية الاستعانة بالأعمال الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية ، فهي بدورها قامت بمجهودات كبيرة لتنظيم التجارة الالكترونية الدولية .

فهناك العديد من الأعمال و التوصيات و التوجيهات الجماعية التي يمكن لها ان تساهم في إجرام اتفاقيات لاحقة خاصة و التي تعد ذات قيمة علمية عالية و ذات توجيه يمكن الالتزام بها<sup>3</sup> .  
ومن بين هذه التوصيات نذكر ما يلي :

➤ التوصية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لسنة 1979 المتعلقة بالنقل البحري ، حيث تؤكد على ضرورة استخدام التقنية المعلوماتية في مستندات النقل البحري .

. مُجد بلانق ، قواعد النزاع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة ابو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011 ، ص 110 .

<sup>1</sup>- ناصر حمودي ، نزاعات العقود الالكترونية : ازمة مناهج تنازع القوانين و ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل ، المرجع السابق، ص 175 ، 176 .

<sup>2</sup>- احمد عبد الكريم سلامة ، الانترنت و القانون الدولي الخاص ، المرجع السابق ص ص 58-59

<sup>3</sup>- أمال حابت المرجع السابق ، ص 507

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

➤ التوصية الصادرة عن منظمة التعاون و التنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة و تدفع المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لسنة 1980<sup>1</sup>.

وقد أصدرت اللجنة الأوروبية في : 19 أكتوبر 1994 توصية هامة في خصوص بعض الجوانب القانونية للتجارة في نطاق المعطيات المعلوماتية حيث دعت رجال الاقتصاد و المنظمات التي تعمل في هذا المجال أن تستخدم نموذجا للعقد الذي سبق إن أصدرته<sup>2</sup>.

و عليه يرى البعض بان أهم طريق لإيجاد القانون الموضوعي الإلكتروني هو طريق المعاهدات مثل لجنة الأونسترال و كذا باقي القوانين النموذجية أو الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمات مهتمة بالموضوع على أن تكون هذه المعاهدة على غرار اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، أو على الأقل عن طريق توحيد اختيار القواعد القانونية وليس توحيد القوانين، و هو ما قام به فعلا معهد القانون الأمريكي.

الذي قام بوضع قواعد قانونية محددة عن طريقها يستطيع أطراف المعاملة الإلكترونية اختيار قواعد قانونية عامة، قابلة للتطبيق على اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تثور بصدد العقود الإلكترونية الدولية ، على ان يتم استبعاد القواعد المرنة لا سيما تلك التي تقوم على التركيز المكاني الذي لا تعترف به الانترنت<sup>3</sup>.

و بالتالي فمسألة وجود النظام القانوني للقواعد المادية للعقد الإلكتروني أصبحت مسألة واقع باعتبارها كافية لسد الثغرات و وضع حلول للمشكلات التي تثار بمناسبة التعاقد الإلكتروني بشكل خاص و التجارة الإلكترونية بشكل عام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - رحاب أرجليوس ، المرجع السابق ، ص 444

<sup>2</sup> - نور الدين سيني مخالفة ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ص 65

<sup>3</sup> - ناصر حمودي ، نزاعات العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 137

<sup>4</sup> - محمد بلاق ، المرجع السابق ، ص 112

لكن تجدر الإشارة أن القواعد الموضوعية لا تكتسب أهمية كبرى على المستوى الدولي ما لم تتوج بالتوحيد القانوني، فالوسيلة الأمثل لمواكبة التطورات السريعة لغاية الحياة التجارية ولو اشتركت جميع الدول في اتباعها لأدى ذلك الى منع قيام أي تنازع.

### الفرع الثاني: قواعد السلوك

ظهرت قواعد السلوك إلى جانب كل من الاتفاقيات و التوصيات الدولية ، او ما يسمى أيضا بتقنيات السلوك و التي تعتبر من القواعد التي وضعتها مجموعة من المتعاملين و المهتمين بشبكة المعلومات الدولية ، لتكون من بين المصادر لبناء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني<sup>1</sup>

و يمكن تعريفها بأنها : مجموعة القواعد و الأحكام التي يتم تدوينها من قبل المؤسسات و الهيئات التي تهتم بسيادة أخلاقيات قومية في التعامل عبر شبكة المعاملات الدولية ، و خاصة في الدول الأوروبية ، أين تم وضع ميثاق عمل عبر شبكة الانترنت ، و تبعتها العديد من الدول الأخرى و التي بدورها وضعت تقنيات السلوك الواجب إتباعها عبر الشبكة الدولية للمعلومات<sup>2</sup>.

وتعتبر قواعد السلوك من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي و هذا يرجع الى التنوع الواسع المتعاملين عبر شبكة الانترنت مما يتعارض مع وضع قواعد أمره و محكمة ، و لهذا كان لابد من ضرورة وجود قواعد السلوك التي تتضمن حد ادني من المبادئ و الأحكام المشتركة و التي يجب ان تحترم من كافة المتعاملين و المستفيدين أثناء التعامل في هذا الفضاء الإلكتروني .

فهو تنظيم مرن يتماشى مع توسع و اختلاف أنواع التعامل، عكس التنظيمات الآمرة التي تتعارض مع استمرار و تطور مجال المعاملات التجارية الإلكترونية<sup>3</sup>.

و تتمثل أهم المبادئ و الإحكام التي تدخل في دائرة قواعد سلوك ، في العمل على احترام كل طرف لهذه القواعد و في عدم استخدام الحاسب في إلحاق الأذى بالآخرين أو التدخل في العمل

<sup>1</sup> - سمير خليفي، حل النزاعات في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، ص 63

<sup>2</sup> - مجّد ناصر حمودي ، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت ، المرجع السابق ، ص 490

<sup>3</sup> -خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 400

المعلوماتي للآخرين ، أو استخدامه في السرقة أو انتحال مصنفاً الغير أو التفتيش و البحث في البطاقات الانتمائية الخاصة بالآخرين<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: العقود النموذجية

و يقصد بالعقود النموذجية ، تلك العقود التي تبرم المورد و المستخدمين ، سواء كانوا مستهلكين او مهنيين و تتناول العديد من المسائل الفنية و القانونية التي يجب احترامها بين الطرفين<sup>2</sup> و تعرف أيضا بأنها «مجموعة من الشروط العامة التي استقرت في عادات و واقع التجارة الدولية، و المكتوبة في صيغ معدة سلفا و المطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل»<sup>3</sup>.

و تعتبر العقود النموذجية من المصادر الهامة التي يقوم عليها بناء القانون الموضوعي الإلكتروني للمعاملات التي تتم عبر الانترنت ، و من أمثلة تلك النماذج العقدية نجد ، الاتفاق النموذجي التي وضعتة غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية ، و الاتفاق النموذجي الذي أعدته لجنة الاتحاد الأوروبية لعام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية ، و كذلك اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا لعام 1995 ، بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات<sup>4</sup>.

و الغاية من هذه النماذج هو تحقيق الأمن القانوني ، وذلك من خلال النص على جملة من الأحكام التي تنظم العلاقة بين مستخدمي التبادل الإلكتروني للبيانات ، و تتضمن كذلك القضايا الرئيسية و المتمثلة في شكل رسالة المعلومات و طريقة التحقق من وصولها ، و أيضا التدابير الأمنية

<sup>1</sup> - خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق ، ص 401

<sup>2</sup> - سمير خليفي، حل النزاعات في التجارة الإلكترونية، المرجع السابق ، 64

<sup>3</sup> - علاء الدين محمد ذيب عبابنة ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الاردني و المقارن ، اطروحة استكمال رسالة الدكتوراه في القانون ، كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة الاردن 2004 ، ص 138 .

<sup>4</sup> - سمير خليفي ، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 65

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

المتخذة لحماية هذه الرسائل و سرية البيانات الموجودة فيها بالإضافة إلى ذلك فهي تتضمن كيفية حل النزاعات و تحديد القانون الواجب التطبيق ... الخ<sup>1</sup>.

و بادرت أيضا غرفة التجارة و الصناعة بباريس بوضع العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار و المستهلكين بتاريخ 20 أبريل 1998، و الذي تم تعديله في جوان 2008، بحيث أكد في ديباجته على مهام العقد النموذجي في ارشاد المتعاقدين حول كيفية تكوين العقد الإلكتروني، كما أشار الى ان العقد النموذجي يركز على نقاط أساسية تكمن في تبيان البنود الأساسية للعقد الإلكتروني، بما فيها تحديد القانون الواجب التطبيق و كذا الاحتياطات التي يجب اتخاذها عند إبرامه<sup>2</sup>.

تلعب هذه العقود من جانب آخر دورا هاما في المعاملات الدولية خاصة من جانب سهولة الإبرام و التصرف القانوني، بحيث تيسر على المتعاملين إبرام العقد دون مشقة و توفر الكثير من الوقت و النفقات، لأنها تتضمن الأحكام التفصيلية لكل عقد من كل الجوانب من خلال تراكم الخبرات و التجارب السابقة، و من ثم فهي تواجه بيان الحقوق و الالتزامات و كيفية الوفاء بها، و ضمانات و ظروف التنفيذ و الجزاءات و الحلول و تأثير القوة القاهرة على العقد و شروطها و آثارها<sup>3</sup> و نجد القضايا القانونية بالعلاقة مع التجارة الدولية و التجارة الإلكترونية لن تكتمل إلا بالرجوع الى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، حيث جاء هذا القانون ليغطي أهم الوسائل القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، و يرى جانب من الفقه أن القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة و كذا القواعد

<sup>1</sup> -سلام غيلاس، سمير كلو قلي، القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت، مذكرة ماستر، كلية الحقوق جامعة مولود معمري - تيزي وزو - 2021-2022 ص 48

<sup>2</sup> - كريم بوديسة، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة القاهرة، 2013، ص 86

<sup>3</sup> - سمير خليفي، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، ص ص 175-176

## الفصل الثاني :إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الالكتروني: الإسناد المباشر

الموحدة الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، من بين المصادر المهمة للقانون الذي ينظم حركة التجارة الالكترونية.<sup>1</sup>

حيث باتت هذه القواعد تشكل جزء من النظام القانوني لقواعد غرفة التجارة الدولية باعتبارها تسد الفراغ الناجم عن غياب قواعد اتفاقية موحدة في هذا الشأن، كما قد يتم تطبيق هذه القواعد بصفة غير مباشرة من قبل المحكم في حالة الاختيار من جانب الافراد ففي هذه الحالة يقوم بتطبيقها على اعتبار أنها القواعد الملائمة لحكم العقد، كذلك لم يعد في رأي البعض انكار الصفة القانونية لهذه العقود النموذجية فالحياة وواقعها العملي أقوى من النظرية.<sup>2</sup>

### الفرع الرابع : العرف و العادات التجارية الدولية

عرف بأنه : " مجموعة من العادات و القواعد الغير صادرة عن سلطة رسمية ، و التي تولد بشكل تلقائي من قبل فئة معينة من الأشخاص ، بحيث تطبقها و تعتبرها ملزمة ثم تمتد تدريجيا و مع الوقت لتتوسع و تنتشر ، لتجد في مرحلة أولى قبولا و اعترافا من قبل المعنيين بها و في مرحلة و في مرحلة ثانية تجد قبولا من قبل المحاكم حتى تكتسب بذلك الاعتراف و القيمة القانونية الملزمة "

و يذهب البعض إلى أن من بين المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي للعقود الالكترونية العرف ، على أساس أن المتعاملين في العالم الافتراضي قد ساهموا في إنشاء تلك القواعد و ذلك بطريقة تلقائية من خلال ما استقر عليه من عادات و أعراف و ممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي ، بالإضافة إلى أن العرف يتلاءم مع التطور السريع و المتلاحق في مجال العقود الالكترونية على خلاف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء<sup>3</sup> ، حيث نشأت هذه الأعراف بفعل

<sup>1</sup> - علاء الدين محمد ذيب عبابنة، المرجع السابق، ص 145

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 146

<sup>3</sup> - خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الالكتروني ، المرجع السابق ، ص 401

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

اعتياد المتعاملين عليها في مجال مهنتهم و تجارتهم، حتى اكتسبت صفة الثبات و الاستقرار و العمومية مما جعلها مكتملة لبنود العقد و مفسرة لها<sup>1</sup>.

و قد تطور مجال تنظيم الأعراف السائدة في الساحة التجارية الدولية ليكون محل التطبيق حتى أمام التحكيم التجاري الدولي، فالمحكم يجد نفسه في كثير من الأحيان مضطرا الى حل النزاع بين الأطراف في ضوء قواعد من خلق عادات التجارة الدولية ، لاعتبارات عديدة تختلف باختلاف خصوصية النزاع إذ يطبق المحكم هذه القواعد إما نتيجة استنتاجه لاتجاه نية الأطراف في اخضاع نزاعاتهم لمثل هذه الأعراف، أو نتيجة لاستبعاده لأحكام القانون الوطني المختص لمخالفتها مثلا للنظام العام بمفهومه الدولي ، و بهذا تكون هذه الأعراف هي وحدها المؤهلة لحكم موضوع النزاع<sup>2</sup>. وبالرغم من ذلك إلا أنها تحتاج إلى وقت معتبر لتكرار العمل بها و إتباعها ، بحيث تصبح مع مرور الوقت قاعدة مستقرة تتبعها الأفراد من تلقاء أنفسهم دون ألام من أية سلطة ، و تحديد هذه القواعد يتبعها تحديد المجال الذي يصلح للتعامل بها .

لتكون بالضرورة متوافقة مع الأشخاص القائمين عليها و يتم قبولها و التعرف عليها قبل إبرام أي عقد بمحتواها، و تكون لهم الإرادة الصريحة على تطبيق هذه القواعد على معاملة قانونية ما<sup>3</sup>.

### الفرع الخامس: قضاء التحكيم في العقد الإلكتروني

يعتبر التحكيم أحد أهم وسائل الحل النزاعي المتعلق بعقود التجارة الدولية، اذ ان العديد من المؤسسات و الشركات الدولية تفضل اللجوء الى التحكيم بدل القضاء الوطني أو حتى الدولي من أجل حل أي إشكال قد يعترض مصالحها، بل أكثر من ذلك فهي تجعل من اللجوء الى التحكيم الشرط الأساسي الذي على أساسه تقبل أو ترفض إبرام العقد التجاري الدولي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مالكي دريدري ، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مذكرة ماجستير في القانون العام ، تخصص قانون

التعاون الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011، ص 106

<sup>2</sup> - سمير خليفي، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 180

<sup>3</sup> - سمير خليفي ، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 67

<sup>3</sup> - يوسف بوغيس، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مجلة نور، مجلد 04، عدد 07، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة،

2018، ص 46

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

و يعود ذلك الى ما يتمتع به التحكيم من مزايا، أولها ما يحقق التحكيم للخصوم التجاري من سرعة ثم ان التحكيم قد ينظر من أصحاب خبرة فيكون المحكم خبيراً و قاضياً في ذات الوقت، ثم إن التحكيم يتميز بعدالة مرنة فالمحكم بعكس القاضي غير مكبل بقانون معين يلتزم بنصوصه.<sup>1</sup>

و قد ظهر التحكيم الإلكتروني كوسيلة مطورة للتحكيم بصورته التقليدية لحسم المنازعات خاصة تلك التي تبرم عبر شبكات الاتصال الدولية، حيث أصبح يثير العديد من التحديات في أكثر من مسألة قانونية و هناك جملة من الصعوبات تعترضه تتعلق بإبرام اتفاق التحكيم و كتابته و توقيعه، باعتبار أن اتفاق التحكيم الإلكتروني يبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة.<sup>2</sup>

إلا أن للتحكيم أهمية خاصة بوصفه قضاء متخصص يعيش أحداث مجتمع التعامل الدولي و يتابع عاداته و أعرافه ، و تقع عليه بالدرجة الأولى مهمة تطوير هذه العادات و الأعراف بما يتماشى مع الوقت الجديد، و قد يبدو دور المحكم أكثر وضوحاً إزاء النقص المشاهد في قواعد القانون التجاري الدولي أيضاً و التي لم يصل تطورها بعد الى حد تكوين نظام قانوني متكامل فقد اضطر المحكمون إثر هذا النقص الى خلق الحلول الواجب اتباعها و التي تناسب ظروف التجارة الدولية و متطلباتها.<sup>3</sup>

حيث أن جانب من الفقه وصف دور المحكم بأنه إنشائي للقواعد الموضوعية، و يظهر ذلك جلياً في شأن التحكيم مع التفويض في الصلح فالمحكم المفوض بالصلح شخص ثالث مفوض بإصدار قراره وفق للعدالة دون الالتزام بأي قانون وضعيو دون مراعاة للقواعد الإجرائية المعتادة فهو غير ملزم باعمال القانون، على أن جانب آخر من الفقه يذهب الى أن دور المحكم هو دور كاشف للقواعد الموضوعية حيث أن قانون التجار الدولي يتكون فحسب من ممارسات للتجار الدوليين دون أدنى

<sup>1</sup> - علاء الدين مُجَّد عبابنة، مرجع سابق، ص131

<sup>2</sup> - حافل شبوية، مُجَّد بن عامر، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 ، 2015، ص78

<sup>3</sup> - علاء الدين مُجَّد ذيب عبابنة، المرجع السابق ، ص132

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

تدخل من التحكيم فهو نظام سابق التكوين قبل تدخل القانونيين، وبالتالي فإن دور التحكيم يقف عند مجرد الكشف عن وجود القاعدة القانونية و ابرازها .<sup>1</sup>

تتعدد قرارات التحكيم غالباً عنصر هاماً ضمن مجموعة القواعد المادية التي يتشكل منها القانون الموضوعي الإلكتروني ، بحيث يمكن من خلال هذه القرارات إنشاء قوانين بعيدة عن القوانين الوطنية إذا تمكن الأطراف من حل النزاعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ، وهو ما أعلنت عنه غرفة التجارة الدولية .<sup>2</sup>

و تتميز الأعراف و العادات التجارية المتعلقة بالعقد الإلكتروني بأنها ذات طبيعة تعاونية و تكون غالباً خاصة بكل نوع من التعامل الذي يتم عبر شبكة الانترنت، فهناك الأعراف و العادات و الممارسات السائدة في مجال التجارة الدولية و الدعاية و الترويج للسلع و الخدمات و في مجال الحياة الخاصة و في شأن حماية المستهلكين و في شأن الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية .<sup>3</sup>

أما عن القيمة القانونية لهذه العادات و الأعراف فلا شك أنها بدأت تفرض نفسها بصفتها من أهم مصادر القانون التجاري الدولي و رغم حداثة العقود الإلكترونية حيث لا نستطيع القول بوجود عرف تجاري دولي فيما يتعلق بالمعاملات الإلكترونية إلا أنه مع ذلك لا يمكن إنكار الدور الذي من الممكن أن يلعبه هذا المصدر في المستقبل، الأمر الذي لا بد من الاعتراف به بأن العرف يشكل المصدر الأساسي لقانون التجارة الدولية .<sup>4</sup>

و رغم ذلك إلا إن هذه الأحكام و القرارات ليس لها سوى وجود ضيق و محدود ولم صل بعد إلى معالجة كافة المشكلات التي تطرأ على الساحة الدولية للمعاملات الإلكترونية ، و أيضاً فإن هذه

<sup>1</sup>-علاء الدين محمد ذيب عبابنة، المرجع السابق، ص131

<sup>2</sup>-نادية ابو عمرو، المرجع السابق ، ص 34

<sup>3</sup>-علاء الدين محمد ذيب عبابنة، المرجع السابق ، ص126

<sup>4</sup>-المرجع نفسه، ص128

القرارات في الواقع تحتاج إلى مرور وقت طويل لتكوينها و للاعتراف بها ، لا سيما مع وجود هذه التغيرات التي يشهدها الفضاء الالكتروني<sup>1</sup> .

فهل يعد فعلا نظام قانوني متكامل يدفعنا للتخلي عن مناهج القانون الدولي الخاص أم أنه يشكل أداة ثانوية تمدنا بالحلول كلما عجزت عن إيجادها مناهج القانون الدولي الخاص أو غيره من القوانين الأخرى ؟ وهذا ما سنجيب عنه من خلال دراستنا للمبحث الثاني الذي سنتناول فيه تقييم للقانون الموضوعي الالكتروني .

### المبحث الثاني : تقييم تطبيق القانون الموضوعي على العقد الالكتروني

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

حيث تهدف قواعد هذا القانون الى إيجاد حلول مادية مباشرة للمسألة محل النزاع دون اللجوء الى قواعد الاسناد، و رغم وجود قانون يحكم العمليات الالكترونية إلا أنه يبقى محل شك لعدم قدرته على حسم النزاعات التي تثور بشأن هذه الأخيرة.

كما اختلف أيضا الفقهاء حول مدى تشكيل القواعد الموضوعية للتجارة الالكترونية بنظام قانوني مستقل، و هذا ما سنبينه من خلال تقييمنا لهذه القواعد باعتبار أنها قواعد لا تتصف بصفة النظام القانوني و ذلك لانعدام الالزام و نقص و قصور القواعد المشكلة له ( المطلب الأول) ، و مدى تجانس هذه القواعد لتشكيل نظام قانوني مستقل ( المطلب الثاني ) .

### المطلب الأول :مدى اكتساب القانون الموضوعي الالكتروني لصفة النظام القانوني

يعرف النظام القانوني على أنه : " مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مترابطة على نحو تدريج، و تستلهم نفس المجموعة من المبادئ و نفس الرؤية للحياة و للعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها " .

<sup>1</sup> -نور الدين سيني مخالفة ، المرجع السابق ، ص 72

كما عرف أيضا أنه : "القانون قبل أن يكون قاعدة و قبل أن تكون له صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء و توجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، و الذي يشكل به وحدة أو كائنا قائما بذاته ".  
من خلال ما سبق يمكن القول بأن النظام القانوني هو مجموعة من القواعد القانونية التي تقوم بتنظيم سلوك الأشخاص داخل المجتمع، و يتكون من سلطة لها وحدة قائمة بذاتها ، و من هنا يطرح التساؤل حول مدى تمتع القواعد المادية الإلكترونية بصفة النظام القانوني ؟<sup>1</sup>

### الفرع الأول: الاتجاه المعارض لمنح صفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني

إذا كان هناك إقرار بوجود قواعد مادية للتجارة الإلكترونية الدولية المستمدة من مصادر مختلفة فإن هذه القواعد بعيدة عن تشكيل نظام قانوني مستقل قائم بذاته، و الاعتراضات التي أثارها فقه قانون التجارة الإلكترونية هي ذاتها التي أثارها فقه قانون التجارة الدولية التقليدية من قبل لنفي تشكيل هذه القواعد لنظام قانوني مستقل بذاته.<sup>2</sup>

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه برفض فكرة الوجود الخاص للقانون الموضوعي الإلكتروني ونفي صفة النظام القانوني عنه ، وقد ساقوا رأيهم بعدة حجج تدعم وجهة نظرهم وقد تمثلت هذه الحجج في غياب عنصر الإلزام في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ( أولا ) ، كذلك في عجز هذه القواعد عن معالجة كافة الإشكاليات التي تطرحها العقود الإلكترونية ( ثانيا ) .<sup>3</sup>

### أولا : غياب عنصر الإلزام في القواعد الموضوعية

ان أهم ما يميز القواعد للتجارة الإلكترونية أنها ليست سوى مجموعة من قواعد السلوك المحدودة في نشأتها و مضمونها ، حيث لا يتوفر فيها عنصر الإلزام الذي يشترط في القاعدة القانونية و عليه فتطبيق هذه القواعد يخضع لمحض إرادة الأطراف المتعاقدة ، و بالنظر الى الطابع الاختياري الذي يحكم تطبيق هذه القواعد فان المتعاملين في التجارة الإلكترونية الدولية يتمتعون بحرية تامة في الاخذ

<sup>1</sup>-رحاب أرجيلوس، المرجع السابق، ص446

<sup>2</sup>-زونية تكلت ، مرجع سابق، ص149

<sup>3</sup>-رحاب أرجيلوس، المرجع السابق ، ص ص 443-444

ببعض هذه النصوص و الاعراض عن الأخرى<sup>1</sup>، و خصوصا تلك القواعد الامرة التي تكفل حماية المستهلكين باعتبار مجتمع الانترنت مكون من مهنيين و مستهلكين في حاجة الى حماية قانونية بموجب قواعد أمرة ، و بالتالي فالحاجة تظل قائمة لتدخل الدولة لتوقيع الجزاءات الوطنية ذات الصلة مما يدعم رأي القائلين بانعدام صفة النظام القانوني في قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني<sup>2</sup>.

و تفتقد هذه الأخيرة للصفة الإنسانية مما يعطي الحق في اختيار بعض النصوص و تجنب البعض الآخر ، بمعنى يكون الاختيار وفقا لما يتوافق مع مصالح الافراد المشتركة<sup>3</sup>،

كما يعتبرها البعض أنها مجرد شروط تعاقدية، وليست قواعد قانونية باعتبار أنها لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية، فهي تستمد سلطتها من اندماجها في العقد<sup>4</sup>، لأن هذه القواعد وضعت على أساس اتفاقي بين المتعاملين في هذا المجال، فهي لا تعدو أن تكون قواعد سلوك وعادات اختيارية لا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام، والذي يعد ضروريا التحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم أحد الأطراف بغرض جزاء على الآخر<sup>5</sup>.

### ثانيا: نقص وقصور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

ويبرز ذلك في كون هذه القواعد حديثة النشأة، فهي بعيدة على أن تشكل نظاما قانونيا كامل ومستقل قادر على تغطية المسائل التي يثيرها التعامل عبر الإنترنت<sup>6</sup>. ثم إن القواعد التي تم إعدادها لحد الآن جاءت لسد الفراغ الذي يعتري التشريعات الداخلية في مجال التجارة الإلكترونية أو على الأقل مجرد حلول قانونية مؤقتة<sup>7</sup>، وبالتالي مازال يعتريه النقص والقصور ومن الصعب في هذه المرحلة

<sup>1</sup> - زوينة تكلت، المرجع السابق، ص 150

<sup>2</sup> - ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق ص 178-179

<sup>3</sup> - بدر شنوف و آخرون، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 164

<sup>4</sup> - عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص ص 176-177

<sup>5</sup> - بدر شنوف وآخرون، المرجع السابق، ص 173

<sup>6</sup> - سمير خليفي، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 261

<sup>7</sup> - زوينة تكلت، المرجع السابق، ص 150

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

أن يشتمل على جميع القواعد القانونية التي تمثل حلولاً لمختلف النزاعات، وبمعنى آخر فإن القانون الموضوعي الإلكتروني مازال في حاجة إلى دراسة متأنية.

لمختلف أبعاده وانعكاساته القانونية<sup>1</sup>، وبالتالي فإن هذا القصور الذي يشوب القواعد المادية للتجارة الإلكترونية من شأنه أن يفتح المجال أمام المحكم أو القاضي الذي يفصل في نزاع بشأن العقد إلى إعمال سلطته التقديرية لتدارك هذا العجز على أن هذه السلطة قد يطغى عليها الانطباع الشخصي للقاضي أو المحكم وهو أمر يتنافى مع الحلول القانونية التي تتميز بالموضوعية<sup>2</sup>، وبالتالي فإن الحاجة ستظل ماسة إلى قواعد القانون الموضوعي التقليدي أو قانون التجار الدولي لتكملة هذا النقص، وحتى قواعد القانون الدولي الخاص أو غيره من فروع القانون الوطنية الأخرى.

### الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لمنح صفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني

على خلاف آراء الاتجاه الفقهي السابق، يذهب أنصار هذا الاتجاه للقول بأن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تشكل نظاماً قانونياً ذو طبيعة موضوعية خاصة، تتشكل من العادات والممارسات التي استقر العمل بها في المجتمع الافتراضي، وأن مجتمعها مجتمع خاص، وهو مجتمع دولي حقيقي يتولى أعضاؤه وضع القواعد السلوكية التي تحكم معاملاتهم<sup>3</sup>.

إذ يكفي لخلق نظام قانوني وجود جماعة من الأفراد يعيشون في إطار اجتماعي، يتقاسمون أهداف ومصالح مشتركة ويؤلف بين أعضائها الشعور بالانتماء، يبدو أن مجتمع التجارة الإلكترونية يتمتع بكافة مقومات الجماعة المتماسكة فأفراده يعيشون في وسط افتراضي يتقاسمون ثقافة، وقيم ومصالح مشتركة هذا المجتمع على حد ذاته وجد نفسه أمام تحدي وضع قواعد قانونية تضمن له الانسجام والاستمرارية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بدر شنوف وآخرون، المرجع السابق، ص 173

<sup>2</sup> - رحاب أرجيلوس، المرجع السابق، ص 448

<sup>3</sup> - محمد ناصر حمودي، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 500

<sup>4</sup> - زويينة تكلت، المرجع السابق، ص 146

## الفصل الثاني: إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الإسناد المباشر

وقد ترتب على أنصار هذا الاتجاه وهم في محاولة للتصدي للاتجاه النافي لصفة النظام القانوني قانون الموضوعي الإلكتروني...، إلى التأكيد على وجود مجتمع افتراضي كوحدة واحدة، متماسكة بدرجة كافية، ويتمتعون بفكر واحد ومرتبطين بعلاقات معاملات وثيقة، الأمر الذي يجعلهم يشكلون مجتمع دولي حقيقي، يمكن لأعضائه وضع قواعد وأحكام تسيير معاملاتهم، ومن ثم فإن القواعد التي تصدر عنها تتمتع بالقوة والفعالية في الفصل في النزاعات المتعلقة بنشاطها، كما تفرض الجزاءات التي تضمن لتلك القواعد الاحترام<sup>1</sup>

ومنه فإن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية قد اجتمعت فيها جل العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز، وذلك مع وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، وكذا وجود هيئات وأجهزة تقوم بمهمة وضع القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها، ومن بين هذه الهيئات نجد، غرفة التجارة الدولية وكذا لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمر الذي ترتب عليه تصريح الجانب من الفقه بأنه قد حان الوقت للإعلان عن استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من الدول<sup>2</sup>

وعليه من خلال تحليل الرأي الأول والثاني، و حسب الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه الأول نلاحظ أنه صحيح أن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني تتشابه مع القواعد المادية للتجارة الدولية التي نشأت داخل إطار قانون التجارة الدولية على أساس أن كليهما عبارة عن مجموعة من القواعد غير الرسمية أو الذاتية إلا أن هذا لا يعني إقرار التماثل التام بينهما، كما يبدو كذلك أنهم قد بالغوا في الربط بين فكرة النظام القانوني و بين الدولة على نحو لم يتصور وجوده بدونها، وقد أدى هذا الربط إلى حصر مفهوم النظام القانوني في مجال ضيق<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 74

<sup>2</sup>- ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، المرجع السابق 447

<sup>3</sup>- سمية بن غرابي، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي،

المركز الجامعي آكلي محمد أولحاج بالبويرة، 2012، ص ص 138-139

### المطلب الثاني: مدى اعتبار القانون الموضوعي الإلكتروني نظام قانوني مستقل

يرى أنصار المجتمع الافتراضي على أن الممارسات والقواعد السائدة في مجال التجارة الإلكترونية أصبحت اليوم تشكل نظام قانوني قائم بذاته، لكن يتساءل الكثير عن حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء الحلول للمشاكل التي أفرزتها التجارة الإلكترونية، وهذا في ظل تزايد المعاملات الإلكترونية<sup>1</sup>، وبالتالي يقتضي منا ضرورة العودة إلى مصادر ومكونات القواعد المادية للنظر في مدى صلاحيتها لمواجهة احتياجات التعاملات الإلكترونية، وتغطية كافة جوانب النشاط القائم في مجال التجارة الإلكترونية، والمتمثلة أساساً في الاتفاقيات الدولية، القوانين النموذجية. تقنيات السلوك وكذلك العرف<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية في مواجهة حاجة التجارة الإلكترونية

بالرجوع إلى مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية التي تواجه احتياجات المعاملات الإلكترونية، والتي تستقي منها أحكامها ووسائلها، نجد على رأسها حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقيات الدولية (أولاً)، والتي بدورها تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الإلكترونية، ونجد أيضاً الاستعانة بالقوانين النموذجية (ثانياً).

### أولاً: الاتفاقيات الدولية في مواجهة حاجة التجارة الإلكترونية

تعمل بعض الاتفاقيات على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلاً للتنظيم بينالدول المتعاقدة، منها اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، اتفاقية روما لعام 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية مكسيكو العام 1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- بدر شنوف وآخرون، المرجع السابق، ص 173

<sup>2</sup>- عبد الصمد حوالم، المرجع السابق، ص 262

<sup>3</sup>- عبد الصمد حوالم، المرجع نفسه، ص 179

ويعد تطبيق هذه الاتفاقيات جد ملائم لعمليات التجارة الإلكترونية، باعتبارها تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط التجارية الدولية، ولا تطبق إلا في مسائل مباشرة، لكن هذه الاتفاقيات ظهرت بعيدا عن الواقع الذي فرضته الانترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمنح المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات<sup>1</sup>.

### ثانيا: الاستعانة بالقوانين النموذجية

عملت معظم المنظمات المهنية على ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي من خلال إعداد عقود نموذجية تتضمن العديد من العادات التجارية<sup>2</sup>

وتعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، باعتبار أن مهمتها تقتصر على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد

الضرورية للتطبيق، مما يجعلها تمتاز بالقصور في الرد على بعض الإشكالات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية فالقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، وبالرغم من توسع نطاقه يبقى متأخرا عن معالجة العقود المبرمة لغرض الاستهلاك، وكذا عدم تعرضه لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل وبين الوسيط حيث اكتفى بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ للرسالة والمرسل إليه، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: مساهمة قواعد السلوك واستخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية

يضع المتعاملين عبر شبكة الانترنت مساهمة قواعد السلوك والتي تعد من بين المصادر لبناء قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني، والتي تطبق عليهم من أجل بناء نظام قانوني موضوعي ومستقل

<sup>1</sup>- سمير خليفي، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 262-263

<sup>2</sup>-نادية أبو عمرو، المرجع السابق، ص 34

<sup>3</sup>- بدر شنوف وآخرون، المرجع السابق، ص 174

(أولا) إضافة إلى استخدامهم لمصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية (ثانيا)، باعتبار أن المتعاملين قد ساهموا في انشاء تلك القواعد والذي يجعلهم ملزمين بإتباعه قانونا.

### أولا: مساهمة قواعد السلوك

تتضمن قواعد السلوك حد أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين عبر شبكة الانترنت<sup>1</sup> ونجد هذه القواعد قد وضعت لمتطلبات محددة وتختلف من فئة الأخرى، وضعت من قبل هيئات ومؤسسات، الغاية منها الحفاظ على نظام أخلاقي قويم في التعامل عبر شبكة الانترنت<sup>2</sup>

ومن أمثلة هذه القواعد والتقنيات، نجد القواعد التي وضعها المؤتمر وخطابات النقل البحري في حين أن ثمة تقنيات أخرى لطائفة أوسع من الصفقات، تتمثل في تقنيات السلوك الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية عام 1996، وهذا ما يؤكد محدودية تقنيات السلوك ويجعلها غير قادرة على حكم مختلف جانب التعاملات التجارية الإلكترونية التي تتم عبر العالم الافتراضي الذي شكلته الانترنت، وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليها في إيجاد حلول لكل ما تطرحه هذه التعاملات من إشكالات<sup>3</sup>.

### ثانيا: استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية

سبق وتحدثنا بأن العرف يعد سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بإلزاميته وضرورة إتباعه قانونا، حيث يكفي أن يكون صادرا بالإجماع، وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية، هذا ما يظهر في عالم التجارة التقليدية، لكن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يبقى صعب المنال، هذا ويصعب أيضا التحقق من تكرار هذا السلوك أو ذاك، وذلك نظرا للتطور السريع الذي تشهده التعاملات التجارية الدولية<sup>4</sup>، ويعد عنصر الشعور الداخلي للأشخاص، وهو

<sup>1</sup>-زويبة تكليت، المرجع السابق، ص 152

<sup>2</sup>-رحاب أرجيلوس، المرجع السابق، ص 343

<sup>3</sup>-سمير خليفي، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ص 263-264

<sup>4</sup>-سمير خليفي، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 82

الركن المعنوي للقاعدة العرفية، أحد العناصر الأساسية لقيام القاعدة العرفية وإتباعها، وهذا ما يصعب تحقيقه.<sup>1</sup>

وعليه يبقى الواقع يؤكد في كل مرة التحول نحو بزوغ أكثر التجارة الإلكترونية التي تجري عبر الانترنت، مما يحتم ضرورة البحث على القواعد التي تنظمها لتفادي الفراغ القانوني الناتج أصلاً من حداثة هذا المجال، فالاستمرار في تطبيق هذه القواعد كفيل بتحويلها إلى عادات تجارية ملزمة وفعالة في مجال التجارة الإلكترونية، سيما وأنها قواعد نابعة من مؤسسات تتشكل من ممثلي الحكومات، وإعدادها كان ناتجاً لدراسة الأنظمة القانونية المختلفة وحراسة لواقع التجارة الإلكترونية.<sup>2</sup>

### خلاصة الفصل الثاني

وفي ختام هذا الفصل توصلنا الى أن القواعد الموضوعية وجدت كمنهج بديل لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، تم استحداثها من أجل مواكبة التطور السريع و المستمر للعقود التي يتم إبرامها إلكترونياً.

و للقواعد الموضوعية خصائص تميزها عن غيرها من القواعد، فهي قواعد مباشرة تضع الحلول بشكل مباشر للعلاقة محل النزاع و دون وسيط كما أنها قواعد طائفية و نوعية إذ انها مخصصة لفئة معينة من الأشخاص كما أنها تتصف بكونها قواعد تلقائية بالإضافة الى أنها قواعد عابرة للدول .

و تستمد هذه القواعد أسسها و قواعدها من مصادر متعددة ذات أصل دولي اتخذت من الاتفاقيات و التوصيات الدولية و العقود النموذجية والعادات و الأعراف المستقرة التي من شأنها أن تتيح للقارئ المعروض امامه النزاع اختيار أنسب الحلول لهذا الأخير.

و بالرغم من الاعتراف بأن القواعد التي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني قد توافرت لها صفة النظام القانوني، إلا أن هذا لا يعني بأنه قد أصبح نظام قانوني مكتمل الامر الذي يؤدي بنا الى

<sup>1</sup> - عبد الصمد حوالم ، المرجع السابق، ص 182

<sup>2</sup> - ناصر حمودي ، نزاعات العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 183

## الفصل الثاني :إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الالكتروني: الإسناد المباشر

---

القول بأن القانون الموضوعي الالكتروني لا يزال في طور التكوين مما يصعب له أن يشكل قانون مستقل بذلك.

# الخاتمة

### الخاتمة :

من خلال دراستنا لموضوع القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية خلصت الدراسة البحثية كإجابة عن الاشكالية المطروحة في بيان ما إذا كانت القواعد التي جاء بها المشرع الجزائري سواء في قانون التجارة الإلكترونية 05 / 18 او وفق للقواعد العامة كفيلة بايجاد الحلول المناسبة في حكم العقد الالكتروني ، او حاجة تفرض وجود او اتباع حلول وقواعد مختلفة ، نظرا لعجز قواعد الاسناد التقليدي في تقديم الحلول المناسبة .

وقد توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات نسردها كالآتي:

1- أن قواعد التنازع التقليدية من أول وأهم قواعد الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، حيث نصت عليه العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية .

2- أن العقود الإلكترونية الدولية المبرمة عبر الانترنت أظهرت صعوبات لإعمال مناهج تنازع القوانين التقليدية سواء كانت متعلقة بالضابط الأصلي ألا وهو ضابط الإرادة ، أو ما تعلق بالضوابط الاحتياطية لأنها تركز على أسس جغرافية وحدود سياسية لا تتناسب وخصوصية العقود الإلكترونية التي تنشأ في فضاء افتراضي متحرر بطبيعته من مقتضيات التوطن الجغرافي أو التركيز المكاني .

3- صعوبة الاعتماد على نظرية الأداء المميز في عقود التجارة الإلكترونية لأنها تقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلائم وخصوصية المعاملات الإلكترونية ، التي تتم في بنية افتراضية ورقمية ، حيث نجد المشرع الجزائري استبعد هذا الضابط ضمن القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

4- أدى قصور منهج الاسناد التقليدي إلى استحداث حلول أخرى تتناسب وطبيعة هذه العقود وهذا بإنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية ، ومن أهم هذه الحلول وضع قانون موضوعي إلكتروني يتصدى لإشكالات التجارة الإلكترونية ويصون حقوق

المتعاملين ، وقد كان أول قانون في الخصوص هو قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أصدرته الأمم المتحدة في سنة 1996 وقد سار المشرع الجزائري في نفس الاتجاه بعدما أدرك التحولات التي يشهدها العالم في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال حيث قام بإصدار القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية .

5- تعتبر القواعد الموضوعية الوسيلة الملائمة لحل النزاعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية من حيث أنها تمدنا بالحل المباشر للنزاع دون الحاجة للاستعانة بقواعد أخرى فهي تتميز بأنها تلقائية النشأة ، وهذه التلقائية جعلتها تتماشى مع الطبيعة الذاتية للتعامل مع شبكة الانترنت عبر معطيات فنية وتكنولوجية .

6- إن منهج القواعد المادية أو القانون الموضوعي يهدف إلى تقديم حلول مادية مباشرة لمشكلة تنازع القوانين دون المرور عبر قواعد الإسناد التقليدية مازال في بدايته الأولى وهو في طور التشكيل والقصور حيث مازالت هذه القواعد في شكل عادات وأعراف سائدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية وبالتالي فهي تفتقر لصفة الإلزام القانوني كما أنها لا تتضمن حلولاً لكافة المشكلات المطروحة .

7- لا يمكن للقاضي ان يطبق اعراف التجارة الدولية تطبيقاً مباشراً على العقود الإلكترونية بل ولا يمكن اعمالها من خلال منهج تنازع القوانين وعلى فرض اختيارها من قبل الاطراف فانها تسقط على شكل شروط تعاقدية التي لا تقوى على مخالفة قاعدة امرة في القانون الداخلي، أما قضاء التحكيم فيأخذ دور مختلف فالمحكم له سلطة واسعة فهو غير مقيد بقانون وطني معين بل يمكن له ان يحكم بما يراه ملائماً وفقاً لقواعد العدالة بعيداً عن القانون.

وأهم الاقتراحات التي يمكن تقديمها :

- يقترح الباحثين على المهتمين بالقانون الدولي الخاص تركيز الاهتمام والتعمق في حث الأطراف على ضرورة حسن صياغة العقود ، وتضمن بنود توضع صراحة اختيار القانون الواجب التطبيق.
- ضرورة اصدار نصوص قانونية بالجزائر تتضمن حلول بخصوص القانون الواجب التطبيق مع مراعاة مقتضيات حماية المستهلك الإلكتروني كونه الطرف الأضعف في العلاقة الإلكترونية
- تكوين نظام قضاء التحكيم الإلكتروني في المنازعات الناجمة على العقود الإلكترونية مع ضرورة وضع سياسة واضحة تسهل على المتخصصين الوصول إلى هذا النظام .

## قائمة المراجع

أولا : المصادر

1. النصوص القانونية :

أ - القوانين الوطنية :

- (1) أمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانوني المدني الجزائري ، ج ر ، العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .
- (2) قانون 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 ، الموافق أول فبراير 2015 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، ج ر ، العدد 06 ، الصادر 20 ربيع الثاني عام 1436 ، الموافق 20 فبراير سنة 2015 .
- (3) قانون 18-05 ، المؤرخ في 24 شعبان 1439 ، الموافق 10 مايو 2018 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ، ر ، العدد 28 ، الصادرة في 16 مايو 2018 .

ب- القوانين الأجنبية :

- 01-قانون الأونسترال بشأن التجارة الإلكترونية المعتمد من طرف لجنة الامم المتحدة بناء على تقرير اللجنة السادسة A/51/628 بصيغتها المعتمدة 1998 المتاحة على الموقع الإلكتروني التالي :

[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/ml-ecomm-a_ebook.pdf)

ثانيا : المراجع

1.الكتب

- (1) أبو الهيجاء مُجَّد إبراهيم ، عقود التجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني ، إثبات العقد الإلكتروني- حماية المستهلكين - وسائل الدفع الإلكتروني - المنازعات العقدية وغير العقدية ، الحكومة الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011 .

- (2) إبراهيم خالد ممدوح ، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، د ط ، دار الفكر الجامعي للنشر ، مصر ، 2008 .
- (3) بن سعيد زهر ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، د ط ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2012 .
- (4) بلقاسم اعراب ، القانون الدولي الخاص الجزائري ، تنازع القوانين ، د ط ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 .
- (5) حمودي محمد ناصر ، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2012 .
- (6) فضيل نادية ، الغش نحو القانون ، الطبعة الثانية ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 .

## 2. المقالات :

- (1) أبو عمرونادية ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ، مجلة بحوث في القانون والتنمية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أمجد بوقرة ، بومرداس ، المجلد 02 ، العدد 01 ، جوان 2022 .
- (2) الرواشدة إبراهيم ، التعاقد عبر وسائل الإلكترونية الحديثة والقانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها ، المجلة العربية للنشر العلمي ، جامعة الملك خالد ، المملكة العربية السعودية ، العدد 25 ، 2020 .
- (3) أرجيلوس رحاب ، منهج القواعد المادية كألية لتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية ، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة العقيد أحمد دراية ، أدرار ، الجزائر ، المجلد 04 ، العدد 02 ، 2020 .
- (4) بلاق محمد ، ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية ، جامعة ابن خلدون ، تيارت ، د س ن .

- (5) بلخام هشام ، شلغوم رحيمة ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق ، مجلة الدراسات القانونية الاقتصادية ، جامعة الجزائر 01 ، المجلد 05 ، العدد 02، 2022 .
- (6) بلقاسم عقيلة ، القانون المطبق على المنازعات العقود الإلكترونية في ظل قواعد الاسناد التقليدية " قانون الارادة نموذج " ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة حسيبة بن بوعلي ، الشلف ، المجلد 07 ، العدد 01 ، 2021 .
- (7) بو عيس يوسف ، التحكم الإلكترونية في عقود التجارة الدولية ، مجلة نور ، مجلد 04 ، العدد 07 ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة 2018 .
- (8) حمودي ناصر ، نزاعات العقود الإلكترونية ، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل مجلة معارف ، العدد الخامس ، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج البويرة، 2008 .
- (9) حوالف عبد الصمد ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية مجلة الحقيقة ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، العدد 31 ، د س ن.
- (10) خليفى سمير ، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند أولحاج ، البويرة، 2016 .
- (11) سلامة أحمد عبد الكريم ، الانترنت والقانون الدولي الخاص تلاق أم فراق ، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات المتحدة ، 12ماي2000.
- (12) عبد الكريم سالم ، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية الإلكترونية ، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، المجلد 02 ، العدد02 ، أكتوبر2018 .

13) غول سليمة ، ميهوب علي ، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية ، مجلة الباحث القانوني ، جامعة صفاقس ، جامعة المنار ، تونس ، المجلد 01 ، العدد 01 ، 2020 .

14) يوسف نور الدين ، بروك إلياس ، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية ، مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، جامعة قالمة ، المعهد الثالث عشر ، د س ن .

### 3. المدخلات العلمية :

1) شنوف بدر وآخرون ، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ( عقود التجارة الإلكترونية نموذجاً ) ، ملتقى دولي حول الإتجاهات الحديثة للتجارة الدولية و تحديات التنمية المستدامة ، جامعة الشهيد حمه لخضر ، الوادي ، الجزائر ، 02 - 03 ديسمبر 2019 .

### 4. الرسائل والمذكرات :

#### أ. أطروحات الدكتوراه:

1) حابت آمال ، التجارة الإلكترونية في الجزائر ، رسالة دكتوراه في العلوم ، تخصص قانون ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 30 سبتمبر 2015

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

3) خليفي سمير ، القواعد الموضوعية الدولية كألية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2018 .

- (4) عبابنية علاء الدين مُجَّد ذيب ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي في القانون الأردني والمقارن ، أطروحة استكمال رسالة الدكتوراه في القانون ، كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة الأردن ، 2004 .
- (5) فقير فائزة ، القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية ، تخصص القانون الخاص عقود ومسؤوليات ، جامعة الجزائر 01 ، بن يوسف بن خدة ، 2017، 2018 .

ب.مذكرات الماجستير

- (1) بلاق مُجَّد ، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أوبوكر بلقايد ، تلمسان ، 2011
- (2) بن غرابي سمية ، عقود التجارة الإلكترونية ومنهج تنازع القوانين ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون قانن التعاون الدولي ، المر كز الجامعي أكلي محند أولحاج بالبوية ، 2012 .
- (3) كريم بوديسة ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة القاهرة، 2013
- (4) حذيفة رعد علي الطائي ، القانون الواجب التطبيق على عقود الشركات المتعددة الجنسية ، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الشرق الأوسط ، 2016 .
- (5) خليفى سمير ، حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي ، تخصص قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2010/10/28 .

- (6) دريدر مالكي ، سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، مذكرة ماجستير في القانون العام تخصص قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011
- (7) تكلت زويينة ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية ، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير ، فرع قانون الأعمال ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق 2011/2010 .
- (8) عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون التعاون الدولي ، معهد الحقوق ، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2012/01/19 .

ت. مكرات الماستر

- (1) سلام غيلاس ، كولوقلي سماعيل ، القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر الانترنت ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2022
- (2) . سيني مخالفة نور الدين ، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص عقود ومسؤوليات ، جامعة أكلي محمّد الحاج ، البويرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 نوفمبر 2013 .
- (3) . شبوبة حافل ، بن عامر محمّد ، التحكم الإلكتروني كوسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، طلبة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة 08 ماي 1945 ، 2015 .

5. المراجع الأجنبية

**Article**

01- GROOTE Bertel , « L'internet et le droit international privé : un mariage boiteux ? Apropos des affaires Yahoo ! et Gutnik » Revue ubiquité –Droit des technologie de information, n°16 ,Septembre2003 - dispnible sur le site <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/9349?locale-attribute=fr>

-02-V- GAUTRATS, GLEFEBVRE, et K, BENYEKHLEF, droit du commerce électronique énormes applicables : L'emergence de la l'ex – électronique, renvie droit des affairesinternational , Journal 547-583, n05,1997

# الفهرس

# الفهرس

الصفحة	العنوان
	الشكر و تقدير
	الإهداء
	قائمة المختصرات
-11 13	المقدمة
15	الفصل الأول : إعمال قواعد الإسناد التقليدي على العقد الإلكتروني : بين التطبيق والتشكيك
16	المبحث الأول : تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني : الإسناد الشخصي
16	المطلب الأول : طرق التعبير عن الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية .
16	الفرع الأول : اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني : الإدارة الصريحة .
19	الفرع الثاني : استخلاص اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني : الإرادة الضمنية
21	المطلب الثاني : اشكالات التعبير عن الإرادة
22	الفرع الأول : القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقد الإلكتروني
22	أولاً : النظام العام كقيد أعلى مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية
26	ثانياً: الدفع بالغش نحو القانون
28	الفرع الثاني: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على العقود الإلكترونية:
28	أولاً : الصعوبات المتعلقة بالإختيار الصريح
31	ثانياً : الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني
33	المبحث الثاني : سلطة القاضي في استخلاص القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني : الإسناد الموضوعي

33	المطلب الأول : الضوابط الإحتياطية الجامدة
34	الفرع الأول : قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة
34	أولا : قانون الموطن المشترك
36	ثانيا : قانون الجنسية المشتركة
37	الفرع الثاني : قانون بلد الإبرام أو التنفيذ
37	أولا : قانون بلد الإبرام
39	ثانيا : قانون محل التنفيذ
41	المطلب الثاني : الضوابط الإحتياطية المرنة
42	الفرع الأول : مضمون نظرية الأداء المميز
44	الفرع الثاني : مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على العقد الإلكتروني
46	خلاصة الفصل الأول
48	الفصل الثاني :إعمال القواعد الموضوعية الدولية الحديثة على العقد الإلكتروني: الاسناد المباشر
49	المبحث الأول :ماهية القانون الموضوعي الإلكتروني
50	المطلب الأول : مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني
50	الفرع الأول : تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني : نطاقه و خصوصيته
51	الفرع الثاني : خصائص القانون الموضوعي الإلكتروني
51	أولا : قانون طائفي ونوعي
52	ثانيا : قانون تلقائي النشأة
52	ثالثا : قانون دولي موضوعي
53	المطلب الثاني : مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني
53	الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية
56	الفرع الثاني: قواعد السلوك
57	الفرع الثالث: العقود النموذجية

59	الفرع الرابع : العرف و العادات التجارية الدولية
60	الفرع الخامس: قضاء التحكيم في العقد الالكتروني
63	المبحث الثاني : تقييم القانون الموضوعي الالكتروني
63	المطلب الأول :مدى اكتساب القانون الموضوعي الالكتروني لصفة النظام القانوني
64	الفرع الأول : الاتجاه المعارض لمنح صفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الالكتروني
64	أولا : غياب عنصر الإلزام في القواعد الموضوعية
65	ثانيا : نقص وقصور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية
66	الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لمنح صفة النظام القانوني للقانون الموضوعي الإلكتروني
67	المطلب الثاني: مدى اعتبار القانون الموضوعي الإلكتروني نظام قانوني مستقل
68	الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية في مواجهة حاجة التجارة الإلكترونية
68	أولا: الاتفاقيات الدولية في مواجهة حاجة التجارة الإلكترونية
69	ثانيا: الاستعانة بالقوانين النموذجية
69	الفرع الثاني: مساهمة قواعد السلوك واستخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية
69	أولا: مساهمة قواعد السلوك
70	ثانيا: استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية
71	خلاصة الفصل الثاني
73	الخاتمة
77	قائمة المصادر والمراجع
87	فهرس المحتويات
	الملخص

إن المبدأ الأساسي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ترجع لإرادة الأطراف في تحديد ما يروونه ملائماً ، سواء قبل إبرام العقد أو أثناء النزاع ، وهذا مأخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري ، وفي حالة غياب هذا المبدأ يبرز دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بإعماله على منهج الإسناد الجامد أو منهج الإسناد المرن.

إلا أن تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية إعترضته العديد من الصعوبات نظراً لخصوصية العقود الإلكترونية ، الأمر الذي أدى إلى ضرورة وضع قواعد قانونية مادية دولية وموحدة تقوم بتقديم حلول مباشرة وتستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية .

الكلمات المفتاحية : القانون الواجب التطبيق ، إرادة الأطراف ، عقود التجارة الإلكترونية، الخصوصية

### Summary :

The basic principle in choosing the law that must be applied to international trade contracts is due to the will of the parties to determine what they see is appropriate, bad before the conclusion of the contract or during the dispute, and this is a socket that the Algerian legislator in the text of Article 18 of the Algerian Civil Code, and in the absence of this principle, the judge's role is highlighted In determining the applicable law by relying on the rigid attribution curriculum or the elastic support curriculum.

However, the application of the law of will to e-commerce contracts was intercepted by many difficulties due to the privacy of electronic contracts, which led to the necessity of setting international and unified material legal rules that provide direct solutions and respond to their content and goals for electronic transactions.

**Keywords:** the applicable law - the will of the parties - e-commerce contracts

### Résumé :

Le principe de base dans le choix de la loi qui doit être appliquée aux contrats commerciaux internationaux est dû à la volonté des parties de déterminer ce qu'ils voient, mauvais avant la conclusion du contrat ou pendant le différend, et c'est une prise que la prise Législateur algérien dans le texte de l'article 18 du Code civil algérien, et en l'absence de ce principe, le rôle du juge est mis en évidence dans la détermination de la loi applicable en s'appuyant sur le programme d'études d'attribution rigide ou le programme de soutien élastique.

Cependant, l'application du droit de la volonté aux contrats de commerce électronique a rencontré de nombreuses difficultés dues à la spécificité des contrats électroniques, ce qui a conduit à la nécessité d'établir des règles juridiques physiques internationales et unifiées qui apportent des solutions directes et répondent dans leur contenu et leurs objectifs aux transactions.

**Mots-clés:** la loi applicable - la volonté des parties - E-contrat de commerce