وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of High Education and ScientidicResearch

جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج–

University of Mohamed el Bachir el Ibrahimi –Bba-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculty of Law and Political Sciences

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

الموسومة ب

القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

من إعداد الطالبتين:

- عائشة غالم
- مريم سعيدات

تحت إشراف :

حورية غربي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
عبد المومن سي حمدي	أستاذ محاضر – ب–	رئيسا
حورية غربي	أستاذة محاضرة – ب–	مشرفا ومقررا
زينب عمارة	أستاذة مساعدة –ب–	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

شكر وعرفان

الحمد لله سبحانه وتعالى له عظيم الشكر والحمد بنعمته أتممنا هذا العمل، واعترافا بالفضل والجميل نتوجه بخالص الشكر والامتنان إلى الأستاذة المشرفة "غربي حورية"

لقبولها ولإشرافها على هذه المذكرة وتقديم يد المساعدة والإرشاد

كما نتقدم بشكر خاص إلى الأستاذ " عاشور ميلود

وأساتذتنا أعضاء اللجنة.

ونشكر كل من ساعدنا من بعيد أو من قريب في إنجاز هذا العمل.

شكـــــــــــــــــــــــــــــــرا

إهـــــــداء

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى:

إلى الذي علمني العطاء دون انتظار وأحمل اسمه بكل افتخار

إلى الذي استلهمت منه معنى الثبات وزرع في قلبي حب العلم ووضع بين جنباتي القوة والعزيمة أبي العزيز أطال الله عمره.

إلى من أهدتني نور الحياة وسقتني من دفقات حبها ورعايتها، إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي، إلى أغلى الحبايب أمي الغالية أطال الله في عمرها وأمدها بالصحة والعافية، وأدامها نبعا صافيا أمحو به كدر الأيام.

إلى خالي العزيز من كان مقامه مقام الأب الثاني: المبروك.

إلى الذين بوجودهم اكتسبت قوة إخوتي الكرام: أسامة، مراد.

إلى من اعتبرهن عزتي وسندي أخواتي: أحلام، دنيا، نصيرة، والكتكوتة الصغيرة إبنة أختي: بن الشيخ أريام.

غ. عائشة

إهـــــداء

الحمد لله أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا في انجاز هذا العمل، وأزكى الصلاة والسلام على صفيه وخليله محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الأنبياء والرسل أكرم السابقين واللاحقين أهدي ثمرة جهدي :

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما، إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما، إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي.

إلى أختاي: " أسمـاء وخلود".

إلى زوجي: "رضوان" الذي كان دعما وسندا لي طيلة هذا العمل والمشوار.

إلى زملائي بالدراسة تخصص قانون أعمال دفعة 2022

إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد ولو بكلمة مشجعة.

وفي الأخير أرجو من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة المقبلين على التخرج من بعدي.

س. مريم

قائمة المختصرات

ق.م ج = القانون المدني الجزائري

ج ر = الجريدة الرسمية

ص = الصفحة

ص ص = من الصفحة إلى الصفحة

ط 1 = الطبعة الأولى

ط 2 = الطبعة الثانية

د ط = دون طبعة

المقدمة:

يعيش العالم اليوم الثورة الثالثة وهي ثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، التي أحدثت تغيرات جذرية في مختلف جوانب الحياة الإنسانية،وذلك نتيجة تطور شبكات الاتصالات الحديثة، والتي من أهمها شبكة الانترنت التي جعلت العالم كله من الناحية المعلوماتية قرية صغيرة.

وترجع فكرة إنشاء شبكة الانترنت إلى سنة 1969، من قبل وزارة الدفاع الأمريكية حيث اقتصرت استخداماتها آنذاك في المجال العسكري، ومع بداية التسعينات شهدت شبكة الانترنت انتشارا واسعا وازداد عدد المستخدمين لها بشكل كبير على مستوى العالم، حتى أصبحت الانترنت أكبر موسوعة علمية للحضارة البشرية على مر التاريخ، وهي غنية بالمعلومات تقوم بتقديم خدماتها المختلفة لكافة المستخدمين عبر أنحاء العالم.

فلم تعد الحدود الجغرافية والإقليمية عائقا أمام المعاملات التجارية التي تتم وتنتج بعض أو كل آثارها عبر وسائل الاتصال الحديثة، فقد ساهم ظهور الانترنت في سرعة إنجاز المعاملات والإطلاع على كافة المستجدات في العصر الحديث، حيث أدى هذا التقدم التكنولوجي إلى ظهور التجارة الإلكترونية، والتي فرضت نفسها كحقيقة واقعية في ظل بيئة رقمية، فلقد أتاحت لجميع المتعاملين بها وسائل متطورة للترويج عن السلع والخدمات، ومن ثم التعاقد عليها وتنفيذها، حيث أصبحت تتعادل فيها الفرص الممنوحة للأشخاص وللشركات على اختلاف أحجامها لاقتحام الأسواق العالمية دون إعطاء أي قيمة للحدود الجغرافية للدول، فهي تتيح العديد من المزايا فبالنسبة لرجال الأعمال أصبح من الممكن تجنب مشقة السفر للقاء شركائهم وعملائهم، وأصبح بمقدورهم الحد من الوقت والمال للترويج لبضائعهم وعرضها على الأسواق، أما بالنسبة للزبائن ليس عليهم التنقل كثيرا للحصول على ما يريدون أو بذل الوقت والجهد، أو حتى الاستخدام الفعلي للنقود التقليدية، إذ يكفي فقط اقتناء جهاز حاسوب وبرنامج متصفح الانترنت، واشتراك بالانترنت إضافة إلى الدفع الذي يتم إلكترونيا ليس كما في السابق.

وبسبب التطور السريع لشبكة الانترنت، تغيرت المعاملات التجارية وامتدت إلى العلاقات التعاقدية، باعتبار أن العقد يمثل الأداة الأساسية الذي تتم من خلاله المعاملات التجارية، وعليه فإنه من الطبيعي أن يتأثر هو الآخر بما لحق هذه الأخيرة من تغيير.

فأصبحت الانترنت وسيلة فعالة في التفاوض وإبرام العقود، ونتيجة لهذا التطور السريع لشبكة الانترنت والاستخدام المتزايد لها، ظهر ما يسمى بعقود التجارة الإلكترونية بحيث تختلف هذه العقود عن العقود العادية من حيث وسيلة التعاقد، إذ تقوم الأولى في فضاء إلكتروني وتقوم الثانية في وسط مادي ملموس.

وتعرف عقود التجارة الإلكترونية على أنها تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

وتتجلى أهمية الموضوع في عدة أوجه، فمن الناحية العملية يطرح هذا الموضوع إشكالات قانونية، وذلك نظرا لما تحظى به التجارة الإلكترونية من اهتمام كبير وخاصة العقود الإلكترونية، التي أصبحت تثير مشكلة ذات أهمية كبيرة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق الذي يتم تحديده عن طريق قواعد التنازع التقليدية المعتمدة أساسا على الضوابط الأصلية والاحتياطية، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية.

أما بالنسبة للأهمية العلمية فتكمن في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ووضع ضوابط إسناد وقواعد قانونية ملائمة لها، يساهم في التشجيع على إبرام هذه العقود ويحمي المتعاملين عبر شبكة الانترنت وطمأنتهم بعدم تطبيق قانون يجهلون أحكامه.

وكان سبب اختيارنا لهذا الموضوع يعود أساسا إلى حداثة الموضوع، وإزالة الغموض عن عقود التجارة الإلكترونية بالخصوص مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق حيث لا تزال تثير جدل كبير لدى فقهاء القانون، وهذا يتطلب منا تحديد القانون الواجب

التطبيق على هذا النوع من العقود تحديدا دقيقا، هذا بالنسبة للأسباب الموضوعية، أما بالنسبة للأسباب الذاتية، فتتمثل في الرغبة الملحة في معرفة القواعد القانونية التي تحكم عقود التجارة الإلكترونية، وإثراء المكتبة القانونية بمرجع جديد قد يكون في متناول باحثين آخرين في المستقبل ويستعملونه كمرجع لإنجاز دراسات أخرى مكملة لهذا الموضوع.

من هنا تتبين أهداف دراسة هذا الموضوع التي تسعى إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، من خلال قواعد التنازع التقليدية المعتمدة أساسا 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.

أما بالنسبة للدراسات السابقة التي اعتمدنا عليها والتي تطرقت إلى هذا الموضوعومن خلالها تمكنا من تكوين رصيد معرفي حول هذا الموضوع لإنجاز هذا البحث نجد: مذكرة ماجستير للطالبة عتيق حنان، بعنوان مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية المركز الجامعي آكلي محند أو لحاج، البويرة، 2012، التي تطرقت فيها لمبدأ سلطان الإرادة كضابط إسناد أصلي في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

وكذلك أطروحة دكتوراه للطالب خليفي سمير، تحت عنوان القواعد الموضوعية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018 حيث تطرق في الأطروحة من بدايتها إلى نهايتها للقواعد الموضوعية كأثر لعجز منهج تنازع القوانين.

وسيتم في هذه الدراسة محاولة تبيان صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية، سواء في حالة الاختيار الصريح أو الضمني، وكذلك التطرق

للضوابط الاحتياطية لتحديد القانون الواجب التطبيق وذلك بإسناد العقد إلى ضوابط ثابتة ومقررة قانونا، بالإضافة إلى تسليط الضوء على القواعد الموضوعية المستحدثة.

والواقع أن هناك صعوبات عديدة واجهتنا في إعداد هذا البحث العلمي منها: ضيق الوقت لأن هذا النوع من البحوث يتطلب وقت أوسع في دراسته، باعتبار أن هذه العقود تتم عبر شبكات الانترنت، وندرة المراجع المتخصصة وبالخصوص الكتب الجزائرية بالإضافة إلى قلة النصوص القانونية الجزائرية التي تعالج هذا الموضوع.

وبما أن التجارة الإلكترونية تعني الانتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى مرحلة التعامل الإلكتروني، فقد أضحت عقود التجارة الإلكترونية تبرم كذلك بالشكل الإلكتروني وهو ما طرح مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، ومدى نجاعة القواعد القانونية التقليدية في تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود، باعتبار أن هذه العقود تتم في بيئة افتراضية ورقمية، وتشكل عالما مستقلا بذاته وعليه فالإشكالية المعالجة في هذه المذكرة تتمثل في: **ما مدىكفاية قواعد التنازع التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية، وسعيا منا للإحاطة بموضوع دراستنا من جميع جوانبها والوصول إلى تحقيق الأهداف المرجوة من هذه الدراسة، كان المنهج التحليلي هو الأنسب لخدمة هذا البحث بشكل علمي، بتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع والمنهج الوصفي من أجل التعرف على مختلف المفاهيم والتعريفات ذات الصلة بالموضوع .

مع استعانتنا بالمنهج المقارن في بعض الأحيان كلما تطلب ذلك، من خلال المقارنة بين آراء بعض الفقهاء والتشريعات المقارنة.

وفي سبيل توضيح ما تقدم، ارتأينا من الأجدر أن نقسم بحثنا إلى فصلين، يتناول الفصل الأول قواعد التنازع التقليدية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ونتعرض فيه إلى الضوابط الأصلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة

الإلكترونية (الإسناد الشخصي) في المبحث الأول، ثم نتطرق إلى الضوابط الاحتياطية (الإسناد الموضوعي) في المبحث الثاني.

أما الفصل الثاني، نتناول فيه القواعد الموضوعية المستحدثة الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، حيث تم التطرق فيه إلى ظهور القواعد الموضوعية المستحدثة في المبحث الأول، وبعدها نتعرض إلى تقييم القواعد الموضوعية في المبحث الثاني.

مقدّمـــة

الفصل الأول

قواعد التنازع التقليدية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

الفصل الأول

قواعد التنازع التقليدية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

تبرم عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة مفتوحة على العالم، مما يصعب تركيز العقد تركيزا مكانيا بسبب افتقار هذا النوع من العقود إلى مجلس عقد واحد يجمع بين الأطراف المتعاقدة، وعليه فإنه من الصعب تحديد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد الإلكتروني لأننا بصدد بيئة غير مادية أو افتراضية يتم تنفيذ العقد في رحابها مما يثير العديد من المشاكل فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

الواقع أن عقود التجارة الإلكترونية تخضع لقواعد التنازع التقليدية التي تحكم العقود الدولية، والتي تعد من الأدوات الفنية القديمة التقليدية التي تستخدمها القوانين لحل مشاكل القانون الواجب التطبيق، وعليه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لهذه القواعد، إما بإسناد العقد إلى القانون الذي يختاره المتعاقدان تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يعد من الضوابط الأصلية في تحديد قانون العقد(المبحث الأول)، أو إخضاع العقد للضوابط الاحتياطية والتي تعتمد بدورها على معايير مكانية لتحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك في حالة غياب القانون المختار من قبل المتعاقدين أو صعوبة التأكد من هذه الإرادة (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الضوابط الأصلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (الإسناد الشخصي)

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة أحد ضوابط الإسناد المعتمدة، ومن المبادئ التي تقررت منذ فترة طويلة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك للدور الهام الذي يحتله في عقود التجارة الإلكترونية، وعلى الرغم من القيمة التي يحظى بها إلا أنه اعترضته العديد من الصعوبات، سواء كانت متعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد، أو بالاختيار الضمني.

وعليه، سنحاول من خلال هذا المبحث معرفة مبدأ سلطان الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (المطلب الأول) وصعوبات تطبيقه على هذه العقود الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

مبدأ سلطان الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التي تجمعهما شريطة أن تكون هذه العلاقة دولية ولعل ما يبرز أكثر أهمية هذا المبدأ هو تكريسه من قبل العديد من القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، بالإضافة إلى نطاق تطبيقه من خلال تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة والضمنية، وما يترتب عنه من آثار في مجال عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والدولية من تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية

يعد مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ الأساسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ولهذا أخذت به أغلب القوانين والتشريعات الوطنية (أولا) بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية (ثانيا).

أولا: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ سلطان الإرادة

قد عمدت جل التشريعات والنظم القانونية إلى الأخذ بسلطان الإرادة كمبدأ يحكم منازعات عقود التجارة الدولية، وكرست القوانين الوطنية فكرة خضوع العقد أو الاتفاق لقانون الإرادة؛ أي القانون الذي يختاره الأطراف، وعلى الأطراف في هذه الحالة التقيد والالتزام بما ورد في العقد[1]، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على مايلي: " **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**[2]".

ويتضح من خلال النص السابق، أن المشرع الجزائري كرس مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، إلا أنه قيّد هذه الحرية بشرط أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وذلك لعدم مخالفة القانون المختار للنظام العام والآداب العامة، وهنا يحاول المشرع استبعاد فرض أن يختار المتعاقدين قانون لا

---

[1] – سليمة غول، علي ميهوب، **القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية**، مجلة الباحث القانوني جامعة صفاقس، جامعة المنار، تونس، المجلد01، العدد01، 2020، ص54.

[2] – الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007.

صلة له بالعلاقة التعاقدية، محاولة منهم التهرب من أحكام القانون الذي من المفترض أن يطبق، وهو ما يعرف بالغش نحو القانون[1].

وهذا ما أقره أيضا القانون المدني المصري، حيث أكّد على حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية، من خلال نص المادة 1/19 منه والتي تنص على أنه: "**يسري على الأحكام الموضوعية للتصرف القانوني وما ينتج عليه من التزامات القانون المختار من قبل المتعاقدين، فإن لم يوجد سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد وفقا لما يقرره القانون المصري**"، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه القانون الدولي النمساوي لعام 1979 الذي ينص على أنه: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنيا** "، وهو ما أكد من جهته كذلك القانون المدني الألماني في الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986، وذلك بإعطاء الأفراد الحرية في تحديد القانون حسب إرادتهم لتسوية النزاعات المتعلقة بالعقد، فنص هذا الأخير على أنه: " **تخضع التصرفات القانونية للقانون المختار من قبل المتعاقدين**[2] ".

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية من مبدأ سلطان الإرادة

تم الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة في العديد من الاتفاقيات الدولية، ولم يقتصر الاعتراف به فقط في القوانين الوطنية، ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية الموقعة في 15 يونيو 1955؛ والتي دخلت حيز التنفيذ ابتداءً من أول سبتمبر سنة 1964، حيث نصت في مادتها 1/2 على أن: "**يخضع عقد البيع لقانون تلك الدولة الذي تحدده إرادة الأطراف**"، كما نصت أيضا المادة 1/7 من اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21 أفريل 1961 والنافذة ابتداءً من 7 يونيو 1964 على أن:

---

[1] – حنان عتيق، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي آكلي محند أو لحاج، البويرة، 2012/01/19، ص97.

[2] – سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010/04/28، ص ص 22– 23.

" **الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب تطبيقه من قبل المحكمين على موضوع النزاع**[1] ".

كذلك ما أقرته المادة 1/15 من"اتفاقية نيويورك" لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، فقد قضت في هذا الشأن بتطبيق قانون الإرادة التي يخضع له سائر العقود الدولية، فإذا تخلفت الإرادة طُبّق قانون محل صدور حكم التحكيم، ويتضح من هذه الأحكام أن للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق حتى ولو لم يكن هناك صلة بين القانون المختار والعلاقة محل النزاع[2].

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

الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اختيار قانون عقود التجارة الإلكترونية

في إطار تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية، يقوم المتعاقدون باختيار القانون الذي يحكم عقدهم ويحقق مصالحهم، سواء كان هذا الاختيار صريحا أو ضمنيا (أولا)، و نتيجة تطبيق هذا المبدأ على هذا النوع من العقود يترتب عليه عدة آثار هامة (ثانيا).

---

[1] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص265.

[2] – سليمة غول، علي مهيوب، المرجع السابق، ص55.

[3] – سمير خليفي، **القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2018/05/30، ص25.

أولا: ضوابط تحديد مبدأ سلطان الإرادة

اعترفت معظم الأنظمة القانونية بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقودهم من خلال ضوابط الإرادة، قد تكون هذه الإرادة صريحة وذلك بالنص عليها في سند العقد الإلكتروني، أو ضمنية يتم استخلاصها من ظروف العقد أو ملابساته، وهذا ما سيتم التطرق إليه من خلال النقطتين التاليتين.

1/الاختيار الصريح لقانون الإرادة

هو القانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف المتعاقدة اختيارا واضحا جليا لا يشوبه أي لبس وتم النص عليه في بنود العقد[1]، من خلال تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم في بند يدرج ضمن عقود نموذجية في مجال عقود التجارة الإلكترونية، حيث كل عقد يخضع للقانون المنصوص عليه فيه، مع عدم اشتراط تواجد صلة حقيقية أو جادة بين العقد والقانون المختار، ومنه العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي يحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين و المستهلكين من طرف غرفة التجارة والصناعة بباريس سنة 1998، والذي ينص في أحد مواده على أن القانون المطبق هو القانون الفرنسي، بغض النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل تكوين العقد أو تنفيذه[2].

وهذا الاختيار يمكن أن يتم الكترونيا، بطرق مختلفة كأن يتم من خلال رسائل البيانات، أو يتم عن طريق الحساب الإلكتروني، وذلك بعد الاتفاق على الشروط الأخرى للعقد.

---

[1] – زوينة تكليت، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية**، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011/2010، ص15.

[2] – لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، ط2، دارهومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص200.

فإذا كان الأصل أنه يتم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لحظة تكوينه بموجب شرط صريح يدرج ضمن باقي بنود العقد الأصلي، أو في عقد مستقل عنه أو الاتفاق عليه في مرحلة لاحقة[1].

ولهذا فإن الاختيار الصريح للأطراف حول القانون الواجب التطبيق ما هو إلا تجسيد فعلي لمبدأ سلطان الإرادة، ويعد الحل الأمثل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبيعتها غير المادية هي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام و تنفيذ العقود الإلكترونية، وهي القادرة على حل منازعاتها إلكترونيا لهذا يبقى قانون الإرادة هو الوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية[2].

2/الاختيار الضمني لقانون الإرادة

وهو اختيار حقيقي من طرف المتعاقدين، ولكنه غير مُعلن يستخلصه القاضي من ظروف الحال، حيث تؤكد كافة التشريعات المعاصرة على ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين[3]، ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع المدني المصري الذي تبنى فكرة الإرادة الضمنية في حالة غياب الإرادة الصريحة، حيث نص عليها في نهاية المادة 19، والتي جاءت بالعبارة التالية: " **في حالة لم يتفق المتعاقدين أو تبين من ظروف الحال أن قانونا آخرهو المراد تطبيقه**"، هنا جاء نص المادة صريح في وجوب استخلاص الإرادة الضمنية، إلا أن المشرع الجزائري في المادة 18 من ق.م.ج [4] لم يضع فقرة تقرر

---

[1] – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص284.

[2] – سليمة غول، علي ميهوب، المرجع السابق، ص56.

[3] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 201.

[4] – تنص المادة 18 من ق.م.ج على ما يلي: " 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.

وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

الأخذ بالاختيار الضمني للمتعاقدين في حالة غياب الاختيار الصريح، فقد جاء نص المادة عام بإقراره للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك، دون تحديد أنواع هذا الاختيار[1].

أما الاتفاقيات الدولية نجد المادة 7/1 من اتفاقية لاهاي لعام 1986 تنص على أنه: " **اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا، أو يمكن استنتاجه بوضوح من نصوص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا**"، كما نصت اتفاقية روما لعام 1980 في المادة3/1 على مايلي: "**يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد**[2].

وقداستقر الفقه والقضاء التقليديين على وجود قرائن أو علامات تدل على الإرادة الضمنية بخصوص القانون المختار، ومن تلك القرائن مثلا إدراج نص في العقد يسند الاختصاص القضائي للفصل في المنازعة الإلكترونية إلى محكمة دولة معينة، كما يمكن أن تستشف الإرادة الضمنية من خلال اللغة التي يحرر بها العقد، أو العملة التي اتفق المتعاقدين على الوفاء بها، أو من خلال جنسية أطراف العقد، أو محل إقامتهم، أو عن طريق مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه[3].

ثانيا: الآثار المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لمبدأ سلطان الإرادة

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه". راجع الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

[1] – فاتح بهلولي، **النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/05/24، ص ص 385-386.

[2] – سليمة غول، المرجع السابق، ص 56.

[3] – سعد الدين أمحمد، **صعوبة توطين عقود التجارة الإلكترونية**، يوم دراسي وطني حول الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر2016، ص33.

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لقانون إرادة المتعاقدين عدة آثار نذكر منها:

- **تجزئة العقد الإلكتروني:**

حيث يرى البعض أنه من الضروري الحفاظ على وحدة العقد، وذلك بإخضاعه لقانون واحد حتى لا يختل التوازن والاستقرار اللازم للرابطة العقدية،[1] فتجزئة العقد لا تتناسب مع العقود المبرمة إلكترونيا، لأن هذه العقود تمتاز بالسرعة في إبرامها دون الدخول في مفاوضات، ويؤدي تطبيق هذا المبدأ إلى الإخلال بالرابطة العقدية، وذلك لاختلاف القوانين المطبقة على هذا العقد، فمن الممكن تنظيم جزء من العقد بقانون يقر بحجية التوقيع الإلكتروني وبصحة المعاملات الإلكترونية، بينما يتم تنظيم الجزء الآخر من العقد بقانون لا يقبل مثل هذه التصرفات، وأيضا قد تؤدي إلى الإفلات من القواعد الآمرة في القوانين المختارة[2].

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه أن للعقد روابط متعددة الجوانب، ولا يوجد ما يمنع من أن يخضعوا كل جانب من هذه الجوانب لقانون معين، فيمكن لهم أن يتفقا مثلا على إخضاع تكوين العقد لقانون محل إبرامه وإخضاع تنفيذه لقانون الدولة الواجب التنفيذ فيها، فإن تعددت أماكن التنفيذ فلهم الحق في إخضاع كل التزام لقانون المحل المتفق على تنفيذه، وقد أقرت اتفاقية روما هذا المبدأ عام 1980، حيث خولت للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جانب منه فقط، وكذلك اتفاقية لاهاي واتفاقية مكسيكو التي أعطت بدورها حرية الأطراف لتجزئة العقد[3].

---

[1] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 195.

[2] – صلاح علي حسين، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص477.

[3] – إبراهيم الرواشدة، **التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة والقانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها**، المجلة العربية للنشر العلمي، جامعة الملك خالد، المملكة العربية السعودية، العدد الخامس والعشرون، 2 تشرين الثاني 2020، ص 468.

إن السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في العقود الإلكترونية يعد تجسيدا فعليا لمبدأ سلطان الإرادة، حيث تكون حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بأكمله أو على جزء منه فقط، كما تظهر حرية الأطراف في اختيار قانون العقد عند عدم تقييدها بوجوب توافر صلة بين القانون المختار والعقد[1].

- **مدى اشتراط وجود صلة بين العقد الإلكتروني والقانون المختار:**

اختلف فقه القانون الدولي الخاص حول مدى حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون المطبق على العقد، فنادى البعض بأن الأطراف المتعاقدة ليس لديهم الحرية الكاملة في اختيار قانون لا صلة له بالعقد، ذلك لأن الرابطة العقدية الموجودة بين العقد وقانون الإرادة هي التي توضح هذا الاختيار، وقد تكون هذه العلاقة تتمثل في قانون محل تكوين العقد أو قانون محل تنفيذ العقد، أو قانون جنسية المتعاقدين أو موطنهم، أو بإبرام هذا العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في المعاملات الدولية.

يرى أنصار هذا الاتجاه، أنه في حالة اختيار قانون لا علاقة له بالعقد والقانون المختار فإن هذا الاختيار يكون عديم الأثر، وعليه فالقاضي في هذه الحالة ملزم بتجاهل إرادة المتعاقدين، وتطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون محل الإبرام، أو أي قانون تكون له علاقة حقيقية بالعقد[2].

بينما يخول اتجاه آخر أن لإرادة المتعاقدين الحرية في اختيار قانون العقد، فهو يجيز لأطراف العقد القانون الذي يرتضونه لحكم العقد، حتى وإن كان القانون المعين من إقليم ليست له أدنى صلة بالعقد، ومع ذلك فإن أنصار هذا الرأي قد اشترطوا في هذا الاختيار ألا يكون مشوبا بالغش نحو القانون[3].

---

[1]– حنان عتيق، المرجع السابق، ص112.

[2] – صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 473.

[3] – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص278.

وقد اتبعت اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية هذا الاختيار، من خلال فحوى المادة الثانية منها والتي تقر أن البيع يكون محكوما بقانون الدولة الذي يختاره المتعاقدون دون إيراد أي قيد في هذا الشأن، وأيضا اتفاقية لاهاي لعام 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، وهو ما انتهت إليه أيضا اتفاقية لاهاي لعام 1986 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع[1].

وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية هناك جانب من الفقه يرى أن للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني ولو كان منعدم الصلة بالعقد الإلكتروني، حيث يصعب اشتراط وجود صلة بين القانون الذي اختارته إرادة المتعاقدين وبين العقد قياسا على عقود التجارة الدولية التي تتم بالطرق التقليدية استنادا للآتي[2]:

إن التعاقد عبر شبكة الانترنت يفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في وقت واحد نتيجة انفتاح شبكة الانترنت على العالم، لذلك يصعب تحديد تلك الرابطة بين القانون المختار وعقود التجارة الإلكترونية.

_ إن إبرام العقد عبر الشبكات الإلكترونية لا يستند إلى دولة معينة كما لا يخضع إلى دولة بعينها، حتى يقال أن قانون تلك الدولة هو القانون الواجب التطبيق أو القانون المحدد للتطبيق، وهذا عكس التجارة الدولية التقليدية.

_ إن الرابطة الموجودة بين القانون المختار والعقد تتكون في الغالب من عناصر مادية، مثل محل إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الصلة التي تتكون من العناصر المادية ممكنة في مجال التجارة الدولية التقليدية وحتى عقود التجارة الإلكترونية التي يتم

---

[1] – حنان عتيق، المرجع السابق، ص114.

[2] – صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص ص 474– 475.

تنفيذها ماديا، إلا أنه من المستحيل إيجاد مثل تلك الرابطة في العقود الإلكترونية التي تنفذ بالطرق الإلكترونية.

وعليه من المستحيل تحديد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد الإلكتروني، لأننا بصدد بيئة غير مادية أو افتراضية يتم تنفيذ العقد، لذلك وجب تحرير اختيار المتعاقدين من كل قيد[1].

- **رفض فكرة الإحالة في مجال عقود التجارة الإلكترونية:**

تقضي نظرية الإحالة بتطبيق قواعد التنازع في القانون الأجنبي المختص طبقا لقانون القاضي، في حالة اختلاف ضابطي الإسناد في القانونين وكان التنازع بينهما سلبيا، وقد رفض الفقه الغالب فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية، لأنه قد ينجر عن الأخذ بها الإجحاف بحقوق الأطراف وتطبيق نظم قانونية عليهم ليسوا خاضعين لها أصلا وغير مقررة في بلادهم، ورفض فكرة الإحالة[2] يعني التزام القاضي الوطني بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون المختار، لأن إعمال قواعد التنازع في القانون المختار سيؤدي بكل تأكيد إلى الإخلال بتوقعات الأطراف واضطراب معاملاتهم عبر شبكة الانترنت، كيف لا والإحالة تؤدي إلى خضوع العقد إلى قانون لم يمكن متوقعا من قبل المتعاقدين[3].

وهذا النهج تحرص عليه العقود الخاصة للمراكز التجارية الافتراضية ومن الأمثلة على ذلك عقد Apple Store الذي ينص في أحد شروطه العامة على أن: " **تخضع كل عقود البيع التي يكون Apple Store طرفا فيها لقانون كاليفورنيا ثم أضاف بعد ذلك أي أثر لنصوص التنازع الواردة به**[4] ".

---

[1] – سعد الدين أمحمد، المرجع السابق، ص ص 39– 40.

[2] – فاتح بهولي، المرجع السابق، ص382.

[3] – سعد الدين أمحمد، المرجع السابق، ص40.

[4]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص283.

المطلب الثاني: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية

يثير تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على العقود التي يتم إبرامها إلكترونيا العديد من الصعوبات، منها ما يتعلق بالاختيار الصريح وما يتعلق بالاختيار الضمني.

وعليه، سنتطرق من خلال هذا المطلب إبراز الصعوبات المتعلقة بتطبيق الاختيار الصريح (الفرع الأول)، وكذا الصعوبات المتعلقة بتطبيق الاختيار الضمني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بتطبيق الاختيار الصريح لقانون العقد

على الرغم من تعدد وتنوع عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن تحديد القانون الذي يحكم هذا النوع من العقود يبقى يواجه عدة صعوبات، سواء كانت معاصرة لاختيار قانون العقد (أولا)، أو لاحقة له (ثانيا).

أولا: الصعوبات القانونية المعاصرة لاختيار قانون العقد

1/ صعوبة التحقق من وجود إرادة المتعاقدين:

من المتعارف عليه أن التعاقد العادي يكون بين أطراف العقد في مجلس واحد، وفيه يتحققون من جنسية وهوية بعضهم البعض، غير أنه وفي مجال العقود التي تبرم عبر الانترنت يستطيع الطرفان التأكد من إرادة كل منهما عن طريق الإيجاب والقبول بالرسائل الإلكترونية مثلا، ولكن تثور المشكلة حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة و وسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا[1]، أي أن الصعوبة تتمثل في كيفية التأكد من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية، حيث كثير من المتعاملين عبر

[1] – رمزي بورزام، **أزمة إعمال قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، الجزائر، المجلد 13، العدد25، 2021/01/15، ص598.

شبكة الانترنت هم من ناقصي الأهلية بل منهم من يعمد إلى إخفاء أهليته، أو يدعي خلافا للواقع من أنه ممثلا عن شركة ما أو كيلا أو غير ذلك[1].

2/ صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

ميزة العقود الإلكترونية هي غياب التواجد المادي لأطراف العلاقة العقدية لحظة إبرام العقد، وبالتالي هناك صعوبة في تحديد هوية المتعاقدين[2]، لأن في التعامل عبر شبكة الانترنت يتم بالاعتماد بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني، وليس على العنوان الحقيقي للشخص، وهذا ما يثير الغموض والصعوبة في التعرف على العنوان الحقيقي للمتعاقد معه، على اعتبار أن العناوين والمواقع الإلكترونية التي تنتهي بعبارة Net أو Com ليست ذات دلالة على ارتباطها بدولة معينة، وحتى تلك المواقع التي تنتهي أسماؤها برموز خاصة بدول معينة مثل: Fr أو Sa لا تعطي أيضا دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي للشخص، كون التسجيل في هذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري[3]، ومنه يصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتأكد من هوية الطرف الآخر، وقد لا تسمح هذه المواقع بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم[4].

ثانيا: الصعوبات القانونية اللاحقة على اختيار قانون العقد

1/صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته

من بين القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات قواعد الإثبات، ذات الأهمية الكبيرة في مجال المعاملات الإلكترونية، بغض النظر عن غياب الدعامة المادية الخطية

---

[1]– بدر شنوف وآخرون، **إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية(عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، ملتقى دولي حول الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 03.02 ديسمبر 2019، ص164.

[2] - نور الدين يوسفي، إلياس بروك، **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جامعة قالمة، العدد الثالث عشر، 2018، ص254.

[3] - بدر شنوف، المرجع السابق، ص163.

[4] - رمزي بورزام، المرجع السابق، ص599.

ذلك أن التعاقد يتم بوسائل معلوماتية في صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب عبر الشبكة الإلكترونية، فإذا كانت الأطراف المتعاقدة ملزمة بإثبات تصرفاتها من خلال تقديم دليل مادي، فإن إلغاء هذا الأخير بالإضافة إلى كل توقيع خطي يكون بالتعامل عبر شبكة الانترنت، هذا ما أدى إلى خلق صعوبات حقيقية أهمها عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية، حيث هناك العديد من التشريعات الوطنية التي لم تدرج لحد الآن في قوانينها الداخلية قواعد تنظم المعاملات التجارية الإلكترونية للاعتماد عليها عند وجود أي خلل يشوب العقد الإلكتروني، مما يجعل المتعاقدين عبر الشبكة الإلكترونية يتطلعون دائما إلى معرفة أو البحث عن القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة التعاقدية[1].

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بتطبيق الاختيار الضمني لقانون العقد

تكمن صعوبة إعمال الاختيار الضمني في مجال عقود التجارة الإلكترونية في اختلاف النظم القانونية في الأخذ به لتحديد القانون الواجب التطبيق (أولا)، بالإضافة إلى صعوبة الاعتماد على مؤشرات لتحديد الإرادة الضمنية (ثانيا).

أولا: اختلاف النظم القانونية في الاعتماد على الإرادة الضمنية

اتفقت أغلب النظم القانونية على التسوية بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني للتعبير عن الإرادة في العقود الداخلية، ومن بينها المشرع الجزائري، في المادة 60 من القانون المدني[2].

أما في مجال تنازع القوانين فهناك بعض التشريعات الوطنية قامت بالتوفيق بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية بشكل واضح، بحيث يشكلان معا ضابط أصلي في اختيار القانون الواجب تطبيقه على العقود الدولية، ومن بينها المشرع المصري في المادة

---

[1] – رمزي بورزام، المرجع نفسه، ص 598– 599.

[2] – تنص المادة 60 من ق.م.ج على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه.
ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا". راجع الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

19 من القانون المدني، والتي جاءت بالعبارة التالية: " **في حالة لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من ظروف الحال أن قانونا آخر هو المراد تطبيقه** "، وهذا عكس التشريع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى مثل التشريع الأردني التي لم تفصل بشكل واضح وصريح في هذه المسألة، حيث لم يأخذ صراحة بالإرادة الضمنية، كضابط في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، وهذا ما أدى إلى اختلاف الفقهاء في تفسير هذا السكوت.

وقد أكد بعض الفقهاء على ضرورة التوفيق بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني في مجال العقود الدولية، ويجب على القاضي التأكد من وجودها من خلال دلائل معينة، لأن الأخذ بالاختيار الضمني يعني عدم الأخذ كذلك بقانون الإرادة في نظرهم، حيث يرى اتجاه آخر في الحالة التي لم يكن فيها اختيار صريح بين المتعاقدين، أنه يتم الرجوع مباشرة إلى تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون محل تكوين العقد، دون البحث عن القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الضمنية، لأن الاختيار الضمني لا يصلح في عقود التجارة الإلكترونية لأنه يتم إلكترونيا، وعليه لا يمكن استخلاص إرادة المتعاقد معها.

لكن الإشكال أنه حالة سكوت المشرع عن الأخذ بالاختيار الضمني في تحديد القانون الواجب تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية يجعل القضاء مترددا في الأخذ به مما يترتب عليه حرمان المتعاقدين من تطبيق القانون الذي تم اختياره ضمنيا رغم أن هناك قرائن و إشارات قوية تدل عليه.

ثانيا: صعوبة الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية[3]

إن فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد كانت محل انتقادات في مجال العقود الدولية التقليدية، فما بالك اليوم بعقود التجارة الإلكترونية، فإذا سكت المتعاقدين في اختيار قانون العقد فلايصح للقاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية، إنما يجب عليه التركيز على الرابطة العقدية و إسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد.

وترجع الصعوبة في تفسير اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تحديد قانون معين يحكم معاملتهم في مجال عقود التجارة الإلكترونية إلى[1]:

– أن اللغة التي يحرر بها العقد حسب بعض الفقه تعد مؤشرا كافيا للدلالة على أن إرادة الأطراف الضمنية قد اتجهت إلى اختيار قانون الدولة التي تستخدم هذه اللغة، فإن هذه القرينة لا يمكن إعمالها في عقود التجارة الإلكترونية باعتبار أن اللغة الأكثر استعمالا في تحرير هذه العقود هي اللغة الإنجليزية[2].

– إن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدي بطريقة آلية، عن طريق تحويل النقود إلكترونيا أو بواسطة بطاقة الوفاء، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بأي عملة وفي أي وقت[3].

– يصعب كذلك الاستناد إلى إرادة الأطراف المتجهة نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة المختصة في النزاع، باعتبار مثل هذه العقود يمكن أن تكون المحكمة متواجدة على شبكة الانترنت، بالإضافة إلى صعوبة الاعتماد على الروابط الإقليمية في تحديد الإرادة الضمنية للأطراف، لأن هذا التركيز في العالم الإلكتروني لن يكون سهلا، نظرا للاعتماد على روابط افتراضية يصعب التعرف عليها[4].

---

[1] – نور الدين يوسفي، المرجع السابق، ص 256.

[2] - زوينة تكليت، المرجع السابق، ص73.

[3] -رمزي بورزام، المرجع السابق، ص602.

[4] - سمير خليفي، **حل المنازعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص73.

المبحث الثاني:

الضوابط الاحتياطية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (الإسناد الموضوعي)

في حالة غياب الإرادة الصريحة لأطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، فإن القاضي في هذه الحالة يقوم بالبحث عن الإرادة الضمنية لأطراف العقد، وذلك من خلال ظروف العقد أو ملابساته من أجل الحصول على قرائن يستدل بها في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وعندما يتعذر عليه الكشف عن الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه لا يجوز له أن يمتنع عن الفصل في النزاع المعروض عليه، وإنما يتوجب عليه أن يجتهد من أجل أن يصل إلى قانون العقد، طبقا لما كان يريده المتعاقدان، وذلك بتطبيقه لضوابط الإسناد الاحتياطية، أي إسناد العقد إلى القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وهو ما يعرف بالضوابط الجامدة **(المطلب الأول)**، أو يحدد قانون العقد على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية وهو ما يعرف بالضوابط المرنة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الضوابط الجامدة

يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص أنه في الحالة التي لم يتفق فيها الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم العقد، فإنه يتم إسناد العقد إلى ضوابط جامدة باعتبارها ضوابط ثابتة معلومة مسبقا لدى المتعاقدين؛ أي أن أساس الجمود حسب هذا الضابط يكمن في كون مركز الثقل في جميع العقود ثابت، ولا يتغير بتغير العقد وهو ينحصر إما في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة (الفرع الأول)، أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

أقر المشرع الجزائري ضوابط إسناد ثابتة بموجب المادة 18 منق.م.ج، والتي يتم الاستناد إليها لتحديد قانون العقد، والمتمثلة في ضابط الموطن المشترك (أولا)، وضابط الجنسية المشتركة (ثانيا).

أولا: ضابط الموطن المشترك

إن ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين يعد من أحد ضوابط الإسناد الاحتياطية التي يلجأ إليها القاضي، عند عدم اختيار أطراف العقد لقانون يحكم عقدهم، أو في حالة لم يتمكن القاضي من أن يستشف من ظروف التعاقد أن قانونا معينا هو المراد تطبيقه من قبل الأفراد[1]، والذي يعتمد في تحديده على الربط بين الشخص والمكان برابط قانوني ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله أو مصالحه، فتحديد الموطن مرتبط بمكان حقيقي وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين؛ أي المكان الذي اتخذ كل منهما حقيقة لإرادة مصالحه، ومنه منحت التشريعات الوطنية الأفضلية لهذا المعيار[2]، باعتباره قانونا يعد قرينة كبرى يعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين، ومن بين هذه التشريعات نجد المشرع الجزائري الذي نص عليه بموجب المادة 18 من ق.م.ج، حيث نصت على أن "**... وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك**[3]".

بتطبيق هذا المفهوم على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الشبكة والتي تقوم على الوجود اللامادي للأشخاص، فإنه ليس من اليسير التأكد من هذا الموطن، فقد يستعمل

---

[1] -هبة ثامر محمود عبد الله، **عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)**، ط1، منشورات زين الحقوقية، العراق 2011، ص 234.

[2] - سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص44.

[3] -المادة 2/18 من الأمر رقم 75/ 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الأطراف عناوين عامة، وحتى عند استعمالهم للعناوين الوطنية لا يمكن اعتمادها كموطن حقيقي لهم، مما يؤدي لإمكانية تحايل من الأطراف باتخاذهم عناوين للتهرب من تطبيق قانونهم الذي لا يسمح بتعاقدهم مثلا[1].

ثانيا: ضابط الجنسية المشتركة

هي الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان والسيادة؛ فهي عبارة عن رابطة قانونية بين الدولة والفرد، وعليه إذا اتخذت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون هو القانون الواجب التطبيق، فعلى الرغم من أن غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني[2]، والذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 2 من قانون التجارة الإلكترونية على أنه: "**يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية[3] في حالة إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني:**

متمتعا بالجنسية الجزائرية".

وهذا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمنيا، لكن الاختلاف يكمن في منح الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة عن باقي الضوابط، فمنحها القانون الإيطالي الموقع الأول وفضلها عن قانون دولة محل إبرام العقد ونفس الأفضلية منحها له القانون المدني الإسباني قبل قانون الموطن المشترك[4].

---

[1] - آمال حابت، **التجارة الإلكترونية في الجزائر**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 30 سبتمبر 2015، ص 499.

[2] - سليمة غول، المرجع السابق، ص59.

[3] – القانون رقم 18-05 المؤرخ في 1439/08/24ه الموافق ل 2018/05/10، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الصادر بتاريخ 2018/05/16، ج ر، العدد 28، ص 5.

[4] - سمير خليفي، **القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 56.

و الحقيقة أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون دولة الجنسية المشتركة هو إسناد منتقد يصعب التعويل عليه في مجال عقود التجارة الإلكترونية لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد، ويؤكد الفقه أن الجنسية الأجنبية

للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في المعاملات الدولية ولا تصلح وحدها أساسا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، وعلاوة على ذلك فإن الاعتداد بجنسية المتعاقدين يتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا تأبه به التجارة الإلكترونية.

الفرع الثاني: ضابط محل تكوين العقد أو إبرامه

في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية عن اختيار قانون العقد، فإن المشرع يختار روابط ذات صلة بالعقد أو بالمتعاقدين تتمثل في ضابط محل تكوين العقد (أولا) وضابط محل تنفيذ العقد (ثانيا).

أولا: ضابط محل تكوين العقد

يعد محل إبرام العقد من أهم المعايير الخاصة التي يكون تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، بحيث يخضع تكوين هذا العقد وصحته لقانون مكان انعقاده، فمحل الإبرام هو أول مكان نشأت وتجسدت فيه الإرادات وهو القانون الأنسب والأسهل للتعرف عليه والرجوع إليه[1]، ورغم الأهمية التي يحظى بها ضابط محل إبرام العقد إلا أن المشرع الجزائري لم يمنح له الأفضلية في الترتيب، حيث منحه الموقع الثالث في الترتيب بعد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقانون الجنسية وفقا للتدرج الوارد في المادة 18 ق.م.ج، وذلك في حالة غياب اتفاق بين المتعاقدين على اختيار القانون الذي يحكم العقد[2] والتي تنص على مايلي: "**يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.**

---

[1]– سليمة غول، المرجع السابق، ص 60.

[2]– فاتح بهلولي، المرجع السابق، ص391.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد[1]".

ثانيا: ضابط محل تنفيذ العقد

كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد هو الفقيه الألماني SAVINY، باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، وقد كان شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق[2].

وقد تبنت العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية قانون محل تنفيذ العقد كضابط للإسناد، في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف، كاتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على بيع الأشياء المنقولة للبضائع نصت في مادتها الرابعة على أنه " **... فإن القانون المحلي للبلد الذي سوف تفحص فيه البضائع المسلمة هو القانون الواجب التطبيق**[3]".

أما بالنسبة للقوانين الوطنية مثلما نصت عليه المادة 2 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري كما يلي: "**يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني ..... أو كان العقد محل إبرام وتنفيذ في الجزائر**[4]."

وترجع أهمية قانون دولة محل التنفيذ إلى أنه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين

---

[1] – المادة 18 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[2] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 208.

[3] - سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 42.

[4] – المادة02 من القانون رقم 18– 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ص 5

والغاية التي يسعيان إلى تحقيقها، ويجني هؤلاء الأفراد ثمار تعاقدهم من هذه الدولة فضلا عن أن محل التنفيذ لا يكون عرضا بل يرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد[1].

المطلب الثاني: الضوابط المرنة

يتم اللجوء إلى الإسناد المرن كحل لإشكالية التنازع في العقود الإلكترونية، وذلك في حالة لم يختر المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وضمن هذا المطلب سندرس مضمون نظرية الأداء المميز (الفرع الأول)، ومدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون نظرية الأداء المميز

المقصود بالأداء المميز[2] في العقد الأداء الذي يسمح بتمييز كل عقد عن الآخر فهو بذلك يشكل مركز ثقل الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للرابطة العقدية، ولتبسيط أكثر لمفهوم الأداء المميز يمكن القول أنه ذلك الأداء الذي يقدمه الملتزم بمقتضى، يقابله أداء نقدي من المتعاقد الآخر كدفع الثمن في عقد البيع، الأجرة في بدل الإيجار والقسط في عقد التأمين ...[3] الخ.

وتماشيا مع هذا التعريف عرف الأستاذJEAN_BAPTISTE الأداء المميز للعقد بأنه " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه، عن غيره من العقود الأخرى"، وعرفه أيضا الأستاذ VAN OVERSTRAETEN بأنه " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا "، ويؤكد نفس الأستاذ عند تطبيقه على فكرة الأداء المميز على أن "

---

[1]- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص484.

[2]– ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين، وكان أول من اقترح فكرة إسناد العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري هو القاضي السويسري STAUFFER عام 1952 في قضية CHEVALLY C. GENIMPORTETX S.A أنظر: آمال حابت مرجع سابق، ص 500.

[3]– زوينة تكليت، المرجع السابق، ص 35.

الالتزام بأداء الثمن لا يمكن أن يكون أداء مميزا لأنه التزام مشترك في الكثير من العقود ولا يميزها عن بعضها[1].

وتقوم نظرية الأداء المميز على فكرة اتسمت بالمرونة لاختلاف صورها حسب كل فئة من العقود، كما أنها لا تفتقد الوضوح و التحديد، إذ يمكن في كل إطار فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة أن تحدد من البداية الأداء المميز فيها، بوصفه المعيار المنضبط الذي سيسند العقد وفقا له إلى القانون السائد في محل تنفيذ المفترض لهذا الأداء، وهو محل الإقامة المعتادة للمدين به بغض النظر عن الظروف الواقعية المحيطة بالتعاقد في الحالة المعروضة[2].

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 لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني و يحقق الاستقرار لمعاملاتهم التجارية، وهنا يظهر الاختلاف بين ضابط التوطين، أو التركيز المكاني، وضابط الأداء المميز[3] فتعيين القانون الواجب التطبيق وفقا لنظرية التوطين يتحدد في مرحلة متأخرة، وبالتالي يُهمل الأمان القانوني الذي ينشده المتعاقدون، بخلاف فكرة الأداء المميز الذي يترك فيه تحديد قانون العقد إلى القاضي، الذي ينظر النزاع في كل حالة على حدة في ضوء ظروف التعاقد وملابساته، كما يتحدد أيضا على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية وبالتالي لا يكون للأطراف أي دخل في تعيين هذا القانون[4].

وهناك الكثير من الاتفاقيات الدولية قد تبنت معيار الأداء المميز، ومن بين هذه الاتفاقيات اتفاقية لاهاي المنعقدة في 10 يونيو 1955، والمرتبطة بالقانون الواجب

---

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 336-337.

[2]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 490.

[3]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 215.

[4]– محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 59.

التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية، حيث أخذت المادة 3 من هذه الاتفاقية بمحل الإقامة العادية للبائع، أو مقر نشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي، على أن التزام البائع هو الأداء المميز في العقد، كما نجد أيضا اتفاقية روما لسنة 1980 والمرتبطة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية قد نادت بضابط الأداء المميز للعقد[1]، حيث نصت في مادتها الرابعة على أنة في حالة الاختيار الصريح يسري على العقد قانون الدولة التي بها أكثر الروابط وثوقا، ويفترض أن العقد يرتبط بأوثق صلة بقانون الدولة التي يوجد بها عند التعاقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز، أو مراكز إدارية كما لو كان شخصا اعتباريا[2].

وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية، وخصوصا المبرمة والمنفذة عبر شبكة الانترنت يعد الأداء المميز في العقد الذي يتم بين مقدم الخدمة أو المادة المراد إدخالها على الشبكة والشركة التي تتولى معالجة تلك المادة الإلكترونية وتحميلها على موقع الانترنت، هو مقر مقدم الخدمة أو تلك الشركة، وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق في الحالة التي لم يتم الأطراف عليه –صراحة أو ضمنيا– هو قانون دولة المورد الذي يمتهن توريد المعلومات أو قانون الدولة التي بها مقر أو مركز تلك الشركة، باعتبارها المدينة بالأداء المميز للعقد[3].

الفرع الثاني: مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية

إن نظرية الأداء المميز في رأي بعض الفقهاء لا ينحصر إعمالها فقط على عقود التجارة التقليدية بل يمكن إعمالها على عقود التجارة الإلكترونية، فهي تسمح بتجاوز العقبات التي يثيرها القانون الواجب التطبيق على هذه العقود خصوصا، عند الاستناد إلى الضوابط التقليدية كبلد محل تكوين العقد أو تنفيذه عبر الخط، وعليه فإنها تعتمد في إسناد

---

[1]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 216.

[2]– سليمة غول، المرجع السابق، ص ص 61–62.

[3] – آمال حابت، المرجع السابق، ص501.

العقد على ضوابط تتعلق بأطراف العلاقة التعاقدية كمحل إقامة المدين، أو مقر منشأته وفقا لهذه الضوابط فإن هذه النظرية تحقق وحدة القانون للتعاملات الإلكترونية، وعليه فمن الصواب أن يسري على المعاملات التجارية قانون محل منشأته لضمان عدم تعدد القوانين التي تطبق على العقود المبرمة مع مختلف المتعاملين[1].

على الرغم من تبني معظم تشريعات القانون الدولي الخاص و الاتفاقيات الدولية لنظرية الأداء المميز، إلا أن إعمالها في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية لا تخلو من النقد، كما يلي:

- صعوبة تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية، لأنه عندما يقوم المدين بتكوين العقد بواسطة جهاز إلكتروني هو ملك لمقدم خدمة المعلومات، فإن القانون الواجب تطبيقه هو قانون دولة مقدم الخدمة لا قانون دولة المدين بالأداء المميز.
- صعوبة تطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية في الحالة التي تكون فيها الانترنت وسيلة لتنفيذ العقد، لأنه لا تتركز في إقليم دولة معينة بسبب البيئة الافتراضية التي يتم تنفيذ العقد في رحابها.
- صعوبة تطبيق هذه النظرية لأن التعاقد عبر الشبكات الإلكترونية يستلزم اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في وقت واحد، وعليه يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد[2].

[1]– زوينة تكليت، المرجع السابق، ص 36.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 344– 346.

خلاصة الفصل الأول:

في ختام هذا الفصل توصلنا إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يعد من الضوابط الأصلية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية في إطار قواعد التنازع التقليدية، حيث اعترفت العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية بحرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، ومن بينهم التشريع الجزائري الذي أخذ بموجب المادة 18 من ق.م.ج، إلا أنه قيد هذه الحرية بوجوب توافر صلة حقيقية بالعقد أو بالمتعاقدين.

ويخضع موضوع العقد للقانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، سواء كان هذا الاختيار صريحا كإدراجه في بنود العقد بموجب شرط صريح، وقد يكون ضمنيا يتم استخلاصه من ظروف الحال أو ملابسات العقد، إلا أن تطبيق هذا المبدأ على عقود التجارة الإلكترونية تعترضه العديد من الصعوبات، سواء كانت متعلقة بالاختيار الصريح أو الضمني، غير أنه وفي حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يتم تعيين هذا القانون عن طريق ضوابط ثابتة معينة ومعلومة سلفا للمتعاقدين كقانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه، أو باللجوء إلى الضوابط المرنة وذلك بتطبيق فكرة الأداء المميز.

الفصل الثاني

القواعد الموضوعية المستحدثة الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

القواعد الموضوعية المستحدثة الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

بعدما ثبت فشل تطبيق قواعد التنازع التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية المعتمدة أساسا على ضوابط مادية مكانية، والتي يصعب تطبيقها على بيئة افتراضية لا تجيد التعامل إلا مع لغة الأرقام، اتفق أغلب الفقهاء على أن الحل والبديل موجود في مجموعة القواعد التي يضعها المتعاملون ويقبلونها كسلوكات لهم في مجال البيئة الافتراضية، باعتبارهم وحدهم القادرين على حكم تعاملاتهم في ظل عجز القوانين الوطنية على حكم العلاقات الإلكترونية، لذا تم استحداث قواعد موضوعية تصلح للتطبيق مباشرة على هذه العلاقات وتقدم حلولا مباشرة تتلاءم ومتطلبات هذه المعاملات التي تتم عبر الانترنت.

جاءت هذه القواعد لتتلاءم مع مجتمع يتميز بالسرعة في معاملاته والبيانات الرقمية التي تتم بها والتي تتوافق مع توقعات الأطراف، ظهرت هذه القواعد في أواخر القرن التاسع عشر فهي قواعد تضع تنظيما مباشرا تستجيب في مضمونها للمعاملات التي تتم الكترونيا(المبحث الأول)، تهدف هذه القواعد إلى تقديم الحلول الموضوعية للمسألة محل النزاع، وهذا ما سنبينه من خلال تقييمنا لها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ظهور القواعد الموضوعية المستحدثة على عقود التجارة الإلكترونية

أمام القصور الذي يشوب قواعد التنازع التقليدية، وعدم ملائمتها للعلاقات ذات الطابع الدولي التي يجب إخضاعها لقانون خاص بها بعيدا عن القوانين الوطنية القاصرة أو الجامدة، التي لا تتلاءم مع تعقد وحجم التجارة الدولية، ومع ظهور عقود التجارة الإلكترونية زادت حدة أزمة منهج تنازع القوانين، وأصبح غير قادر على حكم قواعد التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت التي تشكل عالما مستقلا بذاته، مما أدى إلى ظهور اتجاه آخر ينادي بإيجاد قواعد موضوعية مباشرة تتلاءم ومتطلبات هذه المعاملات بحيث تقدم هذه القواعد حلولا مباشرة وخاصة مستقلة عن القوانين الوطنية للدول.

وتأسيسا على ما تقدم، سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية في (المطلب الأول)، ثم نبحث المصادر التي اُستمدت منها هذه القواعد في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم القواعد الموضوعية المستحدثة

وجدت القواعد الموضوعية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وإزالة المشاكل الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق، بحيث أطلق عليها الفقه عدة تسميات منها القانون الإلكتروني، القانون الافتراضي، القانون الرقمي، قانون الانترنت...إلخ، وقد تعددت تسمياتها تبعا لتعدد تعريفاتها (الفرع الأول)، كما أنها تتسم بمجموعة من الخصائص تميزها عن غيرها من القواعد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف القواعد الموضوعية المستحدثة

يقصد بالقواعد الموضوعية تلك القواعد التي تنظم العلاقات الدولية الخاصة المعروضة على القاضي، والتي يطبق عليها قانونه الوطني الموضوعي تطبيقا مباشرا ودون المرور بقاعدة تنازع القوانين[1]، كما وصفها البعض بأنها " مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا؛ أي وليدة الأنشطة والممارسات العادية في الوسط المهني بعيدة عن السلطات التشريعية التابعة للدول، وكذا الإلزامية التي تتميز بها الإجراءات الرسمية لخلق القواعد القانونية العادية، فهي مستوحاة من الميدان التعاقدي لتكون مخاطبة لمجموعة معينة من الأشخاص المتعاملين في فضاء التجارة الإلكترونية[2]".

ويمكن أن تعرف أيضا بأنها مجموعة القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة، وتقدم تنظيما قانونيا وحلولا ذاتية[3] لمعاملات التجارة الدولية على نحو يجعل منها قانونا خاصا مستقلا عن القانون الذي يحكم الروابط الداخلية البحتة[4].

وقد اصطلح على هذه القواعد المادية أيضا بمصطلح القانون الموضوعي الإلكتروني، ويعرف على أنه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية[5].

---

[1]– أزهارمحمود لهمود، **القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، العراق، المجلد9، العدد34، 2020، ص 188.

[2]– عبد الصمد حوالف، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، مجلة الحقيقة، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، العدد 31،31/12/2014 ص ص 171– 172.

[3]– كانت فكرة التنظيم بإرساء القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية محل للعديد من الدراسات القانونية والوقوف على مدى ملاءمتها كوسيلة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، وقد ذهب جانب من الفقه إلى تسميتها بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد (Theorie de l'auto suffisance du contrat intenational)، يتمتع هذا المبدأ بتنظيم ذاتي مرده إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، فهو نظام قانوني ذاتي له القدرة على إيجاد قواعد قانونية مبنية أساسا على عادات التجارة الإلكترونية (Lexélectronica)، أنظر: بهلولي فاتح، المرجع السابق، ص 397.

[4]– أزهار محمود لهمود، المرجع السابق، ص 188.

[5]-سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 99.

ولم يكن بمقدور القواعد المادية أن تصل إلى هذا المستوى دون مراعاتها للطبيعة الفريدة للعلاقات التجارية الدولية الخاصة، والتي خلقت الحاجة إلى تبني قواعد دولية موحدة، وعبر مرورها بمراحل ومحطات تاريخية ساهمت في هذا الصرح القانوني[1].

وترجع هذه القواعد أصولها إلى تجارة العصور الوسطى من خلال تجمع التجار في الأسواق والموانئ في بعض مدن غرب أوروبا، وهي قواعد لم تتكون من عادات وأعراف في جميع الدول، وقد عرفت هذه القواعد باسم قانون التجارة[2].

ولكن استخدام هذه القواعد لم يقتصر على التجار فقط، بل تعداه إلى الدول حينما دخلت مجال التجارة الدولية، وتعاملت فيه كشخص من أشخاص القانون الخاص، فكان عليها أن تقبل هذه القواعد أساسا لنظام تقبله أغلب الدول، وتشجعه وتؤيده في بعض الأحيان[3].

وتتمثل هذه القواعد في جملة من العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي، وعملت الهيئات الحكومية والمستخدمين في مجال تكنولوجيا المعلومات والمنظمات الدولية على تطويرها، والتي يتجسد بها في المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التقليدية في مثل هذا الفضاء الواسع[4] ومع تطور استعمالها وتوسع انتشارها يتم قبولها والاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها، وكذا المعنيين بممارستها لتمتد إلى الهيئات القضائية لتكتسب القبول والاعتراف، لتتحول من قواعد عرفية بحتة إلى قواعد قانونية تمتاز بقيمة قانونية ملزمة[5].

---

[1]– محمد بلاق، المرجع السابق، ص 88.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 41–42.

[3]– محمد بلاق، المرجع السابق، ص 88.

[4]– سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 55.

[5]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 172.

ويسلم أنصار المجتمع الافتراضي، أنه يستحيل على التشريعات الوطنية وحتى المعاهدات الدولية تغطية ميادين العلاقات الإلكترونية، والتي تتصف بالسرعة وتخطو خطوات متلاحقة يصعب مسايرتها، فالقانون القائم بالمعاملات الإلكترونية لا يمكن تنظيمه إلا بواسطة المتعاملين في هذا المجال، باعتبارهم الأكثر قدرة على تنظيم العلاقات التي تربطهم لتتناسب حسب حاجاتهم، والنجاح الكبير الذي قاموا به هو تنظيمهم لقواعد موحدة في مسائل تقنية بحتة[1]، ولتصبح القواعد الموضوعية بكل مصادرها أو مكوناتها قانونا عالميا، ليمثل المرجع الأساسي في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخلافات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية دون الدخول في إشكالات تنازع القوانين[2].

الفرع الثاني: مميزات القواعد الموضوعية المستحدثة

تمتاز القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية بمجموعة من الخصائص باعتبار أنها قانون طائفي ونوعي (أولا)، وكذلك قانون تلقائي النشأة (ثانيا)، وقانون لا يعترف بالحدود الجغرافية (ثالثا).

أولا: قانون طائفي ونوعي:

يتشكل من مجموعة قواعد تعتبر قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به وبمشكلات ذاتية فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات[3]، لهذا الأساس سمي بالقانون الطائفي، باعتباره قانون موجه لطائفة معينة من الأشخاص، هذا بالإضافة إلى أنه قانون نوعي تنظم قواعده وأحكامه نوعا معينا من المعاملات والمسائل المتعلقة بها، منها الدعاية

---

[1]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 102– 103.

[2]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص ص 172– 173.

[3]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية 2016، جامعة آكلي محند أو لحاج، البويرة، ص 249.

والترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، نظام التعامل مع بنوك المعلومات، الدفع الإلكتروني، البريد الإلكتروني، والعقود الدولية التي تبرم إلكترونيا[1].

ثانيا: قانون تلقائي النشأة:

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة،حيث ظهر من العادات والأعراف التجارية التي برزت وتطورت حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة، حيث تعود جذوره إلى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة[2].

وقد وجد ليتلاءم مع حاجات المجتمع، قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك العلاقة، فهي لا تأتي عن طريق شكلي أو رسمي ولا تشرف على تطبيقه سلطة عليا، مما يسمح بمواكبة تطورات القضاء الافتراضي للتطورات التكنولوجية الإلكترونية[3].

يرجع أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني عدم الرسمية، إلى أن الفضاء الإلكتروني لا يقوم على تنظيمه أية جهة رسمية مركزية، ولا تهيمن سلطة دولة معينة على نشاطها أو تحدد وتنظم عملها وتوجيهه، وكذا إلى غياب الجهاز القائم على سن ووضع القواعد السلوكية للمتعاملين عبر هذا الفضاء، فتلقائية النشأة يقابله تلقائية التنظيم والتطبيق، فهو يكفل لنفسه سلطة التطبيق[4].

ثالثا: قانون لا يعترف بالحدود الجغرافية:

تتمتع القواعد المادية بمضمون عالمي كونها موجودة أصلا في النظم القانونية أو الدولية كقواعد أو مبادئ ذات انطباق دولي، أعدت خصيصا لتحكم العلاقات التجارية

---

[1]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 174.

[2]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 249.

[3]– آمال حابت، المرجع السابق، ص 503.

[4]– بدر شنوف، المرجع السابق، ص 172.

الدولية وتتلاءم معها، ولأن المضمون الدولي لهذه القواعد يدل على أنها تحكم العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي حتى ولو كانت بعض عناصرها وطنية مادام الطابع التعاقدي لهذه العلاقات دوليا، بل أبعد من ذلك حتى ولو كان أحد أطرافها دولة أو أحد أشخاص القانون الدولي العام[1].

إن القانون الموضوعي الإلكتروني يسري ويطبق في وسط يعتبر عالما خاصا ومستقلا عن القوانين الوطنية وحتى الهيئات المؤسساتية والسلطات الإقليمية والهيئات العالمية والدولية، إضافة إلى أنه ينظم مجتمعا افتراضيا يحتوي على مجموعة معلومات تقنية وبيانات من أجل تنظيم عمليات التبادل بالطرق السلكية واللاسلكية، وذلك لسد الفجوة الموجودة بين المعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية وبين القانون بمفهومه التقليدي[2].

ويشترك القانون الموضوعي الإلكتروني في هذه الميزة مع القانون الدولي الخاص في مجال تنازع القوانين، إذ كلاهما يهتم بتنظيم علاقات قانونية عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في ذات الوقت، والاختلاف بينهما يكمن في الوسط الذي تتم فيه تلك العلاقات، فالأول ينظم علاقات تتم وتنفذ في عالم افتراضي لا يلتقي فيه المتعاقدون مع بعضهم البعض، بينما الثاني يهتم بتنظيم العلاقات التي تتم في عالم حقيقي مشهود[3].

المطلب الثاني: مصادر القواعد الموضوعية المستحدثة

كثرت التساؤلات عن تعدد المصادر القانونية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، التي تستقي منها هذه الأخيرة أحكامها ووسائلها التي تحقق من خلالها

---

[1]– محمد بلاق، **حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص ص 28– 29.

[2]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 175.

[3]– بدر شنوف، المرجع السابق، ص 173.

الانسجام لقواعدها، وعلى إثرها انقسمت مصادر القواعد الموضوعية إلى مصادر وطنية (الفرع الأول)، ومصادر دولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصادر الوطنية

من مصادر القواعد الموضوعية المستحدثة، المصادر الوطنية المتمثلة في المصادر الموضوعية ذات الأصل التشريعي (أولا)، والمصادر الموضوعية ذات الأصل القضائي (ثانيا).

أولا: القواعد المادية ذات الأصل التشريعي

تصدت بعض النظم القانونية لوضع تنظيم مادي للروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية رغم صعوبة ذلك، حيث أن المشرع الداخلي لا يهتم في غالب الأحيان إلا بالتنظيم المادي للعلاقات الداخلية، محاولا الاقتصار فيما يخص العلاقات الدولية، التي تتكفل بتنظيم هذه العلاقات وفقا لتوجه الأطراف المتعاقدة والهدف الذي ترمي إليه[1].

إن القواعد المادية ذات الأصل التشريعي لا تنطبق على جميع التشريعات، ويرجع أصل هذه القواعد من أجل تنظيم العقود التجارية الدولية، إلى التشريع التشيكوسلوفاكي الصادر في 04 ديسمبر 1963، والذي بدأ سريانه ابتداء من أول يناير 1964، والذي يعتبر أول تشريع في العالم قام بتنظيم العلاقات التجارية الدولية من خلال تقنين التجارة الدولية، يتكون من 726 مادة تنظم علاقات الأطراف في العقود التجارية الدولية، على نحو متميز عن القواعد التي تنظم هذه العلاقات في إطار العقود الداخلية، بالإضافة إلى هذا يوجد التشريع الألماني _سابقا_ الذي قام بتنظيم العقود الاقتصادية الدولية، والذي صدر في 05 فبراير 1976، والذي جاء نتيجة العمل الذي جرى في العلاقات التعاقدية

[1]– محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق، ص 104.

الدولية، إضافة إلى التشريع السويسري الخاص بالتعاون التنموي والصناعي وتحويل التكنولوجيا الصادر في 14 يوليو 1978[1].

وقد جاء هذين التشريعين منطويين على قواعد مادية شرعت أساسا لتنظيم الروابط العقدية الخاصة بالتجارة الدولية، على نحو يخرج من نطاق تطبيقهما العقود الداخلية التي تظل محكومة بقواعد القانون المدني والتجاري التي يتضمنها التشريع التشيكوسلوفاكي والألماني، فضلا عن اشتراطه صفة الدولية للعلاقة العقدية كشرط ضروري لإعمال هذه القواعد[2].

قام المشرع الجزائري بدوره بإصدار قوانين وطنية تنظم مجالات التجارة الدولية وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص في مادته 1050[3] على أنه: "... **في حالة غياب اختيار الأطراف تقوم المحكمة بالفصل حسب مبادئ القانون والأعراف التي تراها مناسبة**"، وتقابلها المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي حيث أخذ بالأعراف التجارية وذلك بمراعاة تعدد القواعد القانونية التي يراها ملائمة لحل النزاع، وقد سبق وأن نص المشرع الجزائري على القواعد الموضوعية قبل هذا من خلال نص المادة 458 مكرر14[4]، عندما جاء بمصطلح قواعد القانون التي يجب أن تفسر تفسيرا واسعا دون التقيد بالقوانين الداخلية لدولة معينة، والتي أخذها من قانون

---

[1]– مصطفى القاسمي، **القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية**، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول،2018/01/11، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2022/05/12، على الساعة 18.36 عبر الموقع:
https:// www.droitetentreprise.com.

[2]– محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، المرجع السابق، ص 105.

[3]– القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد 21، المؤرخة في 2008/04/23.

[4]– تنص المادة 458 مكرر 14 على " تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف وفي غياب ذلك، تفصل محكمة التحكيم وفقا لقواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، راجع الأمر 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائرية.

الإجراءات المدنية الفرنسي، وسلك الطريق المباشر لاختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح، باعتباره من المناهج المستحدثة في تحديد القانون الواجب التطبيق[1].

وعليه، يتضح أن إعمال القواعد المادية في القانون الدولي الخاص لا يتم في الأصل إلا من خلال منهج التنازع، إلا أن هناك من يرى أنه لا مانع من تطبيق هذه القواعد تطبيقا مباشرا دون الحاجة لمنهج التنازع، وهذا ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك صراحة[2].

ثانيا: القواعد المادية ذات الأصل القضائي

اتجه الفقه نحو خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص، تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بالعقود الدولية تتلاءم وطبيعة تلك العقود، ومن تطبيقات ذلك صحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجية رغم بطلان هذا الشرط إذا ورد في عقود القانون الداخلي[3].

ومن بين هذه القواعد التي استقر عليها القضاء نجد ما قرره الاجتهاد القضائي الفرنسي[4]، وذلك باستبعاده تطبيق نص المادة 83 والمادة 1004 من القانون الفرنسي المتعلق بالإجراءات المدنية، بعدم اللجوء إلى التحكيم إذا تعلق الأمر بعقد مبرم بخصوص متطلبات التجارة الدولية إذا كان مرتبط بالأشخاص العامة، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية قاعدة مادية يتم تطبيقها مباشرة على العلاقات الدولية دون الحاجة إلى اللجوء

---

[1]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم عقود معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 193– 194.

[2]– محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، المرج السابق، ص 106.

[3]– صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 174.

[4]– بادر القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن الماضي في تشكيل بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، أنظر خليفي سمير، القواعد الموضوعية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 205.

إلى منهج التنازع المقرة بشرعية تطبيق شرط التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة مع الدول الأجنبية وهذا عكس نص المادتين 83 و1004 السابق ذكرهم[1].

ورغم ملائمة القواعد المادية ذات المصدر الداخلي سواء ما كان منها ذو طابع تشريعي أو قضائي للروابط العقدية الدولية، إلا أنها لم تسلم مع ذلك من معاول الهدم التي استهدفت النيل منها، على أساس أن تصدي كل دولة لوضع قواعدها المادية الخاصة بهذه الروابط باسم اعتبارات الملائمة الدولية، سوف يؤدي إلى تعميق الخلاف بين الأنظمة القانونية الداخلية في شأن الحلول واجبة الإتباع على علاقات التجارة الدولية، ما من شأنه أن يحول المشرع الداخلي إلى مشرع عالمي، وهو ما يناقض في نفس الوقت الجهود التي تسعى إليها الاتفاقيات الدولية[2].

الفرع الثاني: المصادر الدولية

من مصادر القواعد الموضوعية نجد المصادر الدولية التي تنقسم بدورها إلى الاتفاقيات والتوصيات الدولية (أولا)، وكذا العقود النموذجية(ثانيا)، والأعراف والعادات المستقرة (ثالثا)، بالإضافة إلى تقنيات السلوك (رابعا).

أولا: الاتفاقيات والتوصيات الدولية

يهدف المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية إلى استيفاء أحكامهم من الاتفاقات الدولية[3]، وتعتبر التوصيات والاتفاقيات الدولية في هذا الشأن من أهم مصدر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، والتي من شأنها توحيد القواعد الموضوعية بين الدول والانسجام فيما بينها[4].

---

[1]– مصطفى القاسمي، المرجع السابق.

[2]– محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 109.

[3]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 250.

[4]– رحاب أرجيلوس، **منهج القواعد المادية كآلية لتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية**، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار _ الجزائر، المجلد 04، العدد 02، 2020، ص 444.

وتوجد العديد من الاتفاقيات الدولية التي تهتم بحل نزاعات ذات الطابع الدولي في مجال العقود، إلا أن هذه الأخيرة تواجهها عراقيل نتيجة تطبيقها على النزاعات التي تحدث بخصوص العقود المبرمة إلكترونيا، مما يرى البعض أنه من الضروري تعديل هذه الاتفاقيات لتتجانس مع طبيعة شبكة الانترنت، أما في فرنسا فلقد تم الاتفاق على وضع اتفاقية دولية عام 1996 الهدف منها تنظيم المعاملات التي تتم إلكترونيا، بحيث تعتبر هذه الاتفاقية المصدر الأول في توحيد القوانين في مجال استخدام شبكة الانترنت، وإن كان البعض يرى بأن وضع اتفاقيات دولية تنظم المعاملات التي تتم الكترونيا، أمر صعب وذلك لاختلاف الثقافات بين الدول، إلا أن الاتحاد الأوروبي لم يصعب عليه ذلك وذلك من خلال التوجيهات التي أقرها إلى حد الساعة، والتي كانت موضوع اهتمام من قبل سواء ما تعلق منها بالتجارة الالكترونية أو بالتوقيع[1] ومن بينها:

- اتفاقية مجلس أوروبا رقم 108 الخاصة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وتدفقها عبر الحدود لسنة 1981.
- قواعد الاتحاد الأوروبي رقم 2001/44 المتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المادي والتجاري.
- اتفاقية جنيف لسنة 1996 المتعلقة بالملكية الأدبية والفنية في العالم الرقمي[2].

إن عدم اتساع نطاق الاتفاقيات التقليدية ذات الصلة بالتجارة الإلكترونية للواقع الافتراضي الجديد أكد أهمية الاستعانة بالأعمال الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية فلقد بذلت مجهودات كبيرة لتنظيم التجارة الإلكترونية الدولية، فهناك العديد من الأعمال والتوصيات والتوجهات الجماعية التي يمكن أن تشكل نواة لإبرام اتفاقيات لاحقة خصوصا

---

[1]– ناصر حمودي، **نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل**، مجلة معارف، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 05،2008، ص ص 172– 173.

[2]– رحاب أرجيلوس، المرجع السابق، ص 444.

وأن تلك الأعمال والتوصيات ذات قيمة علمية عالية وذات توجيه للالتزام بها[1]، ومن بين هذه التوصيات نذكر مايلي:

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

_ التوصيات الصادرة عم منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود لسنة 1980[2]، بالإضافة إلى التوجيه الأوروبي رقم 46/95 المتعلق بحماية الفرد في مجال معالجة البيانات الشخصية والتدفق الحر للبيانات، والتوصية رقم 14 الصادرة في الدورة التاسعة سنة 1979 بخصوص الأخذ بالسندات التجارية.

– في مارس عام 1994 تمت دراسة التوصية رقم 12 المؤرخة في 15 يوليو سنة1989 التي تهدف لتذليل الصعوبات التي تواجه التجارة الدولية.

– إعداد نموذج عبارة عن عقد نموذجي لاستعمال المعطيات المعلوماتية، حيث صدرت التوصية رقم 26 بشأن تسهيل استخدامه[3].

ثانيا: العقود النموذجية

يقصد بالعقود النموذجية تلك العقود التي تبرم بين المورد والمستخدمين سواء كانوا مستهلكين أم مهنيين، وتتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين[4]، ومن بين تلك النماذج العقدية نذكر؛ الاتفاق النموذجي التي وضعته غرفة التجارة الدولية بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات EDI عبر شبكات الحواسيب الآلية

[1] – آمال حابت، المرجع السابق، ص 508.

[2] – رحاب أرجيلوس، المرجع السابق، ص 445.

[3] – ناصر حمودي، المرجع السابق، ص ص 170– 171.

[4] – سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 64.

والاتفاق النموذجي الذي أعدته لجنة الاتحادات الأوروبية عام 1994 بخصوص تبادل المعطيات المعلوماتية، وكذلك اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري للتبادل الإلكتروني للبيانات[1].

وتعتبر هذه العقود النموذجية باختلاف أشكالها، سواء كانت فردية أو جماعية تخصص من أجل موضوع ما يجمعهم على أساس مصلحة مشتركة، أو تلك الصادرة عن اتحادات نوعية معينة في مجال تقديم خدمات معينة أو سلع محددة تتوافر فيها الشروط الفنية والتقنية، من أهم المصادر في إرساء القواعد الموضوعية التي ينشأ عنها في المستقبل القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي[2].

وتسعى الدول على إعداد قوانين نموذجية داخل الدولة، ويتم تطبيقها داخل الدولة التي أعدتها وتسري عليها القوانين الوطنية السارية فيها، حيث توجد العديد من هذه المناهج مذكورة على سبيل المثال لا الحصر[3]، إضافة إلى ذلك توجد عقود نموذجية يتم استخدامها في قطاع معين، ومن بينها مشروع اتفاقات تبادل المعطيات المعلوماتية التي أعدها مجلس التعاون الجمركي في مارس 1990، وكذلك عقد Odette النموذجي الذي يتم تطبيقه في المجال الخاص بالسيارات في أوروبا، الغاية منها تحقيق الأمن القانوني بشأن العلاقات بين المتعاملين في مجال التبادل الإلكتروني للبيانات[4].

والغاية من هذه النماذج تحقيق الأمن القانوني بالنص على مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات المتبادلة بين مستخدمي التبادل الإلكتروني للبيانات، وتتضمن هده النماذج

---

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 178.

[2]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 171– 172.

[3]– ومن أمثلة العقود النموذجية التي أبرت في هذا الصدد نذكر: اتفاق الشركاء التجاريين في الولايات المتحدة الأمريكية المعد بواسطة L'American Bar Association ونموذج Edia Association في المملكة المتحدة، وفي فرنسا تم إعداد نموذج عام 1999 بواسطة Le (Club Informatique des Grandes Entreprises Francaises CIGREF)..... إلخ، أنظر: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 179.

[4]– سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 65.

أيضا القضايا الرئيسية منها شكل ورسالة المعلومات وطريقة التحقق من وصولها والتدابير الأمنية المتخذة من أجل حماية الرسائل، وسرية البيانات الموجودة فيها وتخزينها، بالإضافة إلى المسؤولين عن عدم أداء الالتزامات وكيفية حل النزاعات وتحديد القانون الواجب التطبيق....إلخ[1].

ثالثا: الأعراف والعادات المستقرة

وهي جملة الأعراف والتقاليد التي استقر عليها العمل تلقائيا من قبل متعاملي الانترنت، مما جعل منها قواعد مهنية ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل مجال من مجالات التعاون عبر الانترنت، أرست في مجموعها جملة من قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني للانترنت وابتعدت على الطابع التطوري البطيء والحذر الذي لا يتلاءم وسرعة معاملات التجارة الإلكترونية، مما جعلها تشكل الحل المثالي الأمثل والمبتكر لتنظيم استخدام شبكة الانترنت والتجارة التي تتم عبرها[2].

وتستمد هذه العادات والأعراف جذورها التاريخية من قانون التجارة القديم Lex Mercatoria الذي تكون عبر المدن الايطالية، على يد طوائف التجار في العصر الوسيط إذا كانت لها عاداتها وأعرافها الخاصة التي نشأت بعيدا عن سلطان الدولة، لتلبية حاجات التجار وما تتطلبه من سرعة وفعالية وبساطة وثقة وائتمان، وأدى التطور والتوسع في ميدان هذه التجارة الدولية إلى إيجاد قواعد وحلول عادلة ومقنعة تتفق وخصوصية المعاملات الدولية ومصالح التجارة الدولية عبر الحدود، الأمر الذي أدى إلى الاعتراف بوجود قواعد موضوعية تكون مقبولة بسبب تكرارها ووجدت وطبيعة المشاكل التي تعالجها[3].

---

[1]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 180.

[2]– ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 169.

[3]– خليل إبراهيم محمد خليل، " **تكامل منهج تنازع القوانين**" **(دراسة تحليلية مقارنة)**، أطروحة دكتوراه القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2012، ص 119.

والوقع العملي يؤكد إمكانية خضوع التجارة الالكترونية للأعراف التجارية الإلكترونية، ومن ذلك نجد أن هناك عرفا في المجتمع الافتراضي ذو طابع ملزم يتمثل في قبول كل من له موقع على الانترنت لطرح خدماته وسلعته، وكذا الخضوع للتحكيم الالكتروني الذي تسطير عليها المؤسسة بصدد ما قد يثور من منازعات قد تتعلق باسم النطاق الذي يستخدمه عنوانا له في المجتمع الالكتروني، فمثل هذا العرف أصبح مسألة مفروضة على جميع المواقع على الشبكة ولا يمكن لأحد مخالفته[1]، ولكنها تحتاج إلى وقت معتبر لتكرار العمل بها وإتباعها، بحيث تصبح مع مرور الوقت قاعدة مستقرة تتبعها الأفراد من تلقاء أنفسهم دون إلزام من أية سلطة، وتحديد هذه القواعد يتبعها تحديد المجال الذي يصلح للتعامل بها لتكون بالضرورة متوافقة مع الأشخاص القائمين عليها ويتم قبولها والتعرف عليها قبل إبرام أي عقد بمحتواها، وتكون لهم الإرادة الصريحة على تطبيق هذه القواعد على معاملة قانونية ما[2].

رابعا: تقنيات السلوك

وهي مجموعة القواعد والأحكام التي تم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهتمة بسيادة أخلاقيات قومية في التعامل عبر شبكة المعاملات الدولية، خاصة في الدول الأوروبية وفي مقدمتها فرنسا، أين تم وضع ميثاق عمل عبر الانترنت والعديد من الجمعيات المهتمة بطرق التعامل عبر الانترنت وتبعتها العديد من الدول الأخرى مثل إنجلترا وهولندا، التي خلقت تقنيات للسلوك الواجب الإتباع عبر الانترنت[3].

وتكمن أهمية وضع تقنين للسلوك في أنه يتضمن حد أدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة، التي يجب على كل متعامل عبر الانترنت احترامها، فهو تنظيم مرن يتماشى

---

[1]- رحاب أرجيلوس، المرجع السابق، ص 443.

[2]- سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 67.

[3]- ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 169.

مع اختلاف أنواع التعامل بخلاف التنظيمات الآمرة التي تتعارض مع تطور المعاملات الإلكترونية.

واستنادا لذلك، فإنه يجب احترام هذه التقنيات سواء على المستوى الدولي أو الوطني حيث، أن هذا يساهم في استخلاص قواعد موحدة يلتزم بها المتعاملون عبر الانترنت[1].

المبحث الثاني:

تقييم القواعد الموضوعية المستحدثة الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

تهدف القواعد الموضوعية الإلكترونية إلى إيجاد حلول مادية مباشرة للمسألة محل النزاع دون اللجوء إلى قواعد الإسناد، ورغم وجود قانون يحكم العمليات الإلكترونية 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 الإلكترونية لنظام قانوني مستقل، وهذا ما سنبينه من خلال تقييمنا لهذه القواعد باعتبار أنها قواعد لا تتصف بصفة النظام القانوني، وذلك لانعدام الإلزام ونقص وقصور القواعد المشكلة له (المطلب الأول)، ومدى تجانس هذه القواعد لتشكيل نظام قانوني مستقل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انعدام الإلزام ونقص القواعد الموضوعية

يؤدي عدم توفر الإلزام في القواعد الموضوعية إضافة إلى نقص وقصور القواعد المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني، نفي صفة النظام القانوني على هذه القواعد.

وعليه، سنتطرق في هذا المطلب إلى انعدام الإلزام في القواعد الموضوعية في (الفرع الأول)، ثم نتناول نقص وقصور القواعد الموضوعية في (الفرع الثاني).

[1]– رحاب أرجيلوس، المرجع السابق، ص ص 443– 444.

الفرع الأول: انعدام الإلزام في القواعد الموضوعية

أهم ما يميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية أنها ليست سوى مجموعة من قواعد السلوك المحدودة في نشأتها ومضمونها، حيث لا يتوفر فيها عنصر الإلزام الذي يشترط في القاعدة القانونية، وعليه فتطبيق هذه القواعد يخضع لمحض إرادة الأطراف المتعاقدة وبالنظر إلى الطابع الاختياري الذي يحكم تطبيق هذه القواعد فإن المتعاملين في التجارة الإلكترونية الدولية يتمتعون بحرية تامة في الأخذ ببعض هذه النصوص والإعراض عن الأخرى[1]، خاصة تلك القواعد الآمرة التي تكفل حماية المستهلكين باعتبار مجتمع الانترنت مكون من مهنيين ومستهلكين في حاجة لحماية قانونية بموجب قواعد آمرة وبالتالي فالحاجة تظل قائمة لتدخل الدولة لتوقيع الجزاءات الوطنية ذات الصلة مما يدعم رأي القائلين بانعدام صفة النظام القانوني في قواعد القانون الإلكتروني[2].

إضافة إلى أن هذه القواعد لا توجد أية أجهزة أو مؤسسة خاضعة لها، فالمعنى الاصطلاحي للنظام القانوني هو مجموعة القواعد الخاصة التي تتكون بوجود وحدة اجتماعية ذات طبيعة خاصة، وعليه من الصعب الاعتراف بوجود نظام قانوني ينظم هذا النوع من العقود، لأن هذا النظام لا يتوافر إلا في حالة وجود جماعة متماسكة ومنتظمة باعتبار هذه القواعد لا تحل النزاعات الناشئة بخصوص التجارة الإلكتروني[3].

وتفتقد القواعد الموضوعية أو قواعد القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية للصفة الإلزامية، مما يعطي الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الآخر، أي الاختيار يكون وفقا لما يتوافق مع مصالح الأفراد المشتركة[4]، كما يعتبرها البعض أنها مجرد شروط تعاقدية، وليست قواعد قانونية باعتبار أنها لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية

---

[1]– زوينة تكليت، المرجع السابق، ص 150.

[2]– ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 178– 179.

[3]– مصطفى القاسمي، المرجع السابق.

[4]– بدر شنوف، المرجع السابق، ص 173.

فهي تستمد سلطانها من اندماجها في العقد[1]، 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، الذي يعد ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم أحد الأطراف بفرض جزاء على الآخر[2]، فتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في ظل تزايد المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الذاتية[3].

الفرع الثاني: نقص وقصور القواعد الموضوعية

يظهر هذا خاصة في حداثة القانون، باعتبار أنه قانون مازال في بدايته الأولى وهو في طور التكوين[4]، وقواعده بعيدة عن على أن تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا وخاليا من الثغرات، وهناك العديد من المسائل التي تظل الحاجة فيها إلى القوانين الداخلية قائمة كالقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت وعلى التراضي والتقادم ومقدار التعويض المستحق للمضرور[5]، وبالتالي مازال يعتريه النقص والقصور ومن الصعب في هذه المرحلة أن يشتمل على جميع القواعد القانونية التي تمثل حلولا لمختلف المشكلات، بمعنى آخر أن هذا القانون مازال يحتاج لدراسة متأنية لمختلف أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد وإثبات المحررات الإلكترونية، بالإضافة إلى حماية حقوق وحريات الأطراف وفقا لما يسمى بالقواعد القانونية القائمة[6]، وذلك لمخاطر النقص التي ستترك فرص واسعة لتقدير المحكمين والقضاة الفاصلين في المنازعات الإلكترونية، وهو تقدير سيخضع لا محالة

---

[1]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 176– 177.

[2]– بدر شنوف، المرجع السابق، ص 173 .

[3]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 260– 261.

[4] – سمير خليفي، المرجع نفسه، ص 261.

[5]– ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 179,

[6]– بدر شنوف، المرجع السابق، ص 173.

للانطباعات والقناعات الشخصية لهؤلاء، بما قد لا يتوافق وصحيح الحل القانوني السليم 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[1].

المطلب الثاني: مدى تجانس القواعد الموضوعية لتشكيل نظام قانوني مستقل

أدى تماسك وتجانس المجتمع المنظم لمجالات التجارة الإلكترونية إلى تشكل نظام قانوني قائم بذاته هذا، ما دفع بالكثيرين للتساؤل عن حقيقة هذه القواعد ومدى تجانس مصادرها، لإعطاء حلول خلفتها مشاكل التجارة الإلكترونية تزايدا للمعاملات الإلكترونية ولمعرفة حقيقة هذا ينبغي الرجوع إلى مصادر القواعد الموضوعية التي تواجه احتياجات العمليات الإلكترونية وتغطية جوانبها، والمتمثلة في حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقيات والاستعانة بالقوانين النموذجية (الفرع الأول)، ومساهمة تقنيات السلوك ومصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقيات الدولية والاستعانة بالقوانين النموذجية

بالرجوع إلى مصادر القواعد الموضوعية التي تواجه احتياجات المعاملات الإلكترونية وتغطية كافة جوانب النشاط القائم في مجال التجارة الإلكترونية، نجد على رأسها حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقيات الدولية (أولا)، التي تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الإلكترونية، والاستعانة بالقوانين النموذجية (ثانيا)، الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية.

[1]– ناصر حمودي، المرجع السابق، ص 179.

أولا: حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقيات الدولية

يعد تطبيق هذه الاتفاقات جد ملائم لعمليات التجارة الإلكترونية، باعتبارها تستجيب في مضمونها وأهدافها لمتطلبات الروابط التجارية الدولية، ولا تطبق إلا في مسائل مباشرة، ومنها اتفاقية لاهاي لعام 1964 المنظمة للبيع الدولي للمنقولات المادية، واتفاقية فيينا لعام 1980 المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع، لكن هذه الاتفاقيات ظهرت بعيدا عن الواقع الذي فرضته الانترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات[1].

ثانيا: الاستعانة بالقوانين النموذجية

تعد 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[2].

بالإضافة إلى ما تقدم، فإن القانون قد انشغل بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ لرسالة البيانات والمرسل إليه، في حين أنه لم يتعرض لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل إليه وبين الوسيط، رغم كثرة المشكلات القانونية ذات الصلة بهذا الأخير لا سيما فيما يتعلق بأحكام المسؤولية[3].

---

[1]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 262– 263.

[2]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 180.

[3]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 227.

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

يضع المتعاملون عبر شبكة الانترنت مساهمة تقنيات السلوك (أولا)، التي تطبق عليهم من أجل بناء نظام قانوني موضوعي مستقل للتجارة الإلكترونية، بالإضافة إلى استخدامهم لمصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية (ثانيا)، الذي يجعلهم ملزمين بإتباعه قانونا.

أولا: مساهمة تقنيات السلوك

تعمل هذه التقنيات على إنشاء قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام، التي تتميز بها المعاهدات أو القوانين المحددة للالتزامات الأدبية المتعلقة بالعلاقات الاقتصادية العابرة للحدود، كما نجد أن هذه التقنيات وضعت لمتطلبات محددة وتختلف من فئة لأخرى[1]، ومن أمثلة هذه التقنيات القواعد التي وضعها المؤتمر وخطابات النقل البحري في حين أن ثمة تقنيات أخرى لطائفة أوسع من الصفقات، ومن أمثلة هذه التقنيات الأخيرة تقنيات السلوك الموحدة في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية عام 1996[2]، 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[3].

ثانيا:استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية

يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بإلزاميته وضرورة إتباعه قانونا، فيكفي أن يكون صادر بالإجماع أن يسود بشكل ظاهر لدى

---

[1]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 181.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 230.

[3]– سمير خليفي، **القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص ص 263– 264.

الأغلبية[1]، فالعرف سلوك يتواتر الناس عن إتباعه، وهذه الظاهرة الاجتماعية أو المادية تمثل العنصر أو الركن المادي، بيد أن هذه الواقعة المادية لا تكفي لإنشاء قاعدة من قواعد السلوك الملزمة، لذلك يضاف إليها ركن ثاني معنوي هو الذي يجعل من الواقعة المادية أمرا ومن التواتر والتكرار قاعدة، حيث يستشعر الأفراد بضرورة إتباع هذا السلوك وبأنه ملزم لهم قانونا وبالجمع بين الركنيين يصبح العرف قاعدة قانونية[2].

ويعد عنصر الشعور الداخلي للأشخاص، وهو الركن المعنوي للقاعدة العرفية أحد العناصر الأساسية لقيام القاعدة العرفية وإتباعها، وهذا ما يصعب تحقيقه، وعلى هذا الأساس عبر الأستاذV.GAUTROIS أنه من الملائم في مجال التجارة الإلكترونية إحلال مفهوم التوقع محل العنصر النفسي للتحقق من وجود القاعدة العرفية، فتعدد هذه المعايير المادية والنفسية للقاعدة العرفية من الصعب نقلها بمواصفاتها التقليدية إلى مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الحواسيب الآلي[3].

إن الركن المادي والمعنوي للقاعدة العرفية يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التقليدية، فتجمع هذه الأركان جعل من الصعب على الفقه الوصول إلى حل يمكن الاستفادة منه في عقود التجارة الإلكترونية، وهذه الصعوبات نتج عنها غياب مصطلح العرف عند معالجته مسائل التجارة الدولية، ففي الاتفاقيات الدولية تستخدم مصطلح العادات أكثر من مصطلح العرف فهي نادرا ما تستعمله، فمصطلح العادات مستعمل أكثر من مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية[4].

---

[1]– عبد الصمد حوالف، المرجع السابق، ص 181.

[2] – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 236.

[3]– سمير خليفي، **حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية**، المرجع السابق، ص 83.

[4]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 240.

خلاصة الفصل الثاني:

وفي ختام هذا الفصل توصلنا إلى إن القواعد الموضوعية وجدت كمنهج بديل لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، تم استحداثها من أجل مواكبة التطور السريع والمستمر للعقود التي يتم إبرامها إلكترونيا.

وللقواعد الموضوعية خصائص تميزها عن غيرها من القواعد، فهي قواعد مباشرة تضع الحلول بشكل مباشر للعلاقة محل النزاع ودون وسيط، فالقواعد الموضوعية تعد قواعد طائفية ونوعية، فهي لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات، كما أنها تتصف بكونها قواعد تلقائية، بالإضافة إلى أنها عابرة للدول.

وتستمد هذه القواعد أسسها وقواعدها من مصادر متعددة، انقسمت إلى مصادر وطنية ذات أصل داخلي تُتّخذ من الطابع التشريعي والقضائي، ومصادر أخرى ذات أصل دولي أُتّخذت من الاتفاقيات والتوصيات الدولية العقود النموذجية، والعادات والأعراف المستقرة، من شأنها أن تتيح للقاضي المعروض أمامه النزاع اختيار أنسب الحلول لهذا الأخير، ما يبعث الأمان والثقة بين المتعاملين عبر شبكة الانترنت، مادام هناك قواعد موضوعية تستجيب لمقتضات تعاملاتهم وتصون توقعاتهم، إلا أن هذه القواعد لا تتوفر على عنصر الإلزام الذي يشترط في القاعدة القانونية فهي قواعد قاصرة وبعيدة على أن تشكل نظاما قانونيا متكاملا .

خاتـمة

الخاتمـــــة:

بعد أن تناولنا دراسة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، خلصت الدراسة البحثية بعدة استنتاجات يليها اقتراحات، أنه تخضع عقود التجارة الإلكترونية لقواعد التنازع التقليدية والتي من خلالها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق إما من خلال الضوابط الأصلية المتمثلة في مبدأ سلطان الإرادة، بحيث يتفق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم سواء صراحة أو ضمنا، وفي حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف المتعاقدة فإنه يتم اللجوء إلى فكرة التوطين أو التركيز لتحديد القانون الذي يحكم العقد، لكن مع مراعاة ترتيب ضوابط الإسناد الجامدة التي حددها المشرع الجزائري بموجب المادة 18 من ق.م.ج، أو باللجوء إلى الضوابط المرنة، وذلك من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية.

وتعتبر هذه القواعد من أهم قواعد الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق، هذا بالنسبة للعقود التقليدية، غير أن الاعتماد عليها وتطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية أضحت غير كافية وتثير الكثير من الصعوبات، لأنها ترتكز على أسس جغرافية وحدود سياسية لا تتناسب وخصوصية العقود الإلكترونية التي تتم في الفضاء الرقمي، مما أدى إلى استحداث قواعد بديلة تتلاءم مع مجتمع قوامه السرعة في التعامل، عن طريق بيانات رقمية تتم بها المعاملات والصفقات عبر شبكة الانترنت والمتمثلة في القواعد الموضوعية التي تقدم حلولا مباشرة ومستقلة عن القوانين الوطنية، وذلك لتميزها بأنها قواعد طائفية ونوعية عالمية في مضمونها وتلقائية في تطبيقها، بحث تستمد هذه القواعد أسسها من الاتفاقيات والتوصيات الدولية بالإضافة إلى العقود النموذجية.

ويمكن حصر أهم النتائج التي توصلنا إليها في النقاط التالية:

- كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق إلا أنه قيده بوجوب توافر صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد من خلال نص المادة 18 من ق.م.ج.

- صعوبة التأكد من إرادة المتعاقدين أو استنتاجها في ظل غياب تواجدهم المادي وتعاقدهم عن بعد.

- يثير تطبيق ضوابط الإسناد الجامدة على عقود التجارة الإلكترونية بعض الصعوبات فلا يمكننا معرفة قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، أو قانون محل إبرام العقد باعتبارها معايير ترتكز على ضوابط مكانية تتجاهلها الانترنت.

- أوجب المشرع الجزائري تطبيق القانون الجزائري بموجب المادة 2 من القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية أو مقيم بالجزائر إقامة شرعية أو كان شخصا معنويا أو كان محل إبرام العقد أو تنفيذه في الجزائر، وهو ما يشكل صعوبة إبرام الجزائريين لعقود التجارة الإلكترونية مع أطراف أجنبية، وذلك لتخوف الأجانب من تطبيق قانون يجهلونه.

- صعوبة الاعتماد على نظرية الأداء المميز في عقود التجارة الإلكترونية لأنها تقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلاءم وطبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتعدى الحدود الجغرافية، لأن إعمالها يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف.

- تعتبر القواعد الموضوعية الوسيلة الملائمة لحل الصعوبات التي تواجه التجارة الإلكترونية، وذلك لما تلعبه من دور فعال في تنظيم العلاقات الإلكترونية.

- تتميز القواعد الموضوعية بأنها تلقائية النشأة وهذه التلقائية جعلتها تتماشى والطبيعة الذاتية للتعامل مع شبكة الانترنت عبر معطيات فنية وتكنولوجية.

واستنادا إلى ما تقدم من استنتاجات نقترح ما يلي:

- ضرورة إصدار نصوص قانونية أدق وأشمل خاصة بالمجتمع الافتراضي، تتضمن حلولا بخصوص القانون الواجب التطبيق.

- على الدول إعادة النظر في تشريعاتها وإصدار قوانين تتماشى مع التطور التكنولوجي الذي عرفته عقود التجارة الإلكترونية، لكن قبل إصدار هذه القوانين يجب إجراء دراسة شاملة لكل أبعاده وانعكاساته، وخاصة الصعوبات التي يواجهها في إطار تطبيقه على المعاملات الإلكترونية.

- ضرورة إبرام اتفاقيات دولية تقوم بتوحيد أحكام وقواعد عقود التجارة الإلكترونية بحيث تكون تحت رعاية لجنة الأمم المتحدة.

- ضرورة إدراج بند في عقود التجارة الإلكترونية، يلزم المتعاملين عبر شبكة الانترنت بالتصريح بكافة المعلومات المتعلقة بهم، بالخصوص جنسيتهم و موطن إقامتهم.

- ضرورة توافر القواعد الموضوعية على عناصر قانونية من أجل تشكيل نظام قانوني مستقل ومتكامل لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع:

أولا: المصادر

1- النصوص القانونية:

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق ل08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائرية.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، الصادرة بتاريخ 30سبتمبر 1975، المعدل والمتمم إلى غاية القانون رقم 07/ 05 المؤرخ في 13 مايو 2007.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد 15، الصادرة في 2008/04/23.
- القانون رقم 05/18 المؤرخ في 1439/08/24ه، الموافق ل 2018/05/10، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر، العدد 28، الصادرة في 2018/05/16.

ثانيا: المراجع:

1- الكتب

- المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- بن سعيد لزهر، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، منشورات زين الحقوقية، العراق، 2011.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

1_ بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015.

2_ بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017/05/24.

3_ حابت آمال، التجارة الإلكترونية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 30 سبتمبر 2015.

4_ خليفي سمير، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/05/30.

5_ خليل إبراهيم محمد خليل، تكامل منهج تنازع القوانين (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2012.

ب- مذكرات الماجستير

1_ بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010.

2_ تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2011/2010.

3_ خليفي 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، 2010/04/28.

4_ عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي آكلي محند أو لحاج، البويرة، 2012/01/19.

3- المقالات العلمية

1_ الرواشدة إبراهيم، التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة والقانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها، المجلة العربية للنشر العلمي، جامعة الملك خالد، المملكة العربية السعودية، العدد الخامس والعشرون، 2 تشرين الثاني، 2020.

2_ أرجيلوس رحاب، منهج القواعد المادية كآلية لتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار- الجزائر، المجلد 04، العدد 02، 2020.

3_ أزهار محمود لهمود، القانون الواجب التطبيق في منازعات العقود الدولية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة تكريت، العراق، المجلد9 ، العدد34، 2020.

4_ القاسمي مصطفى، القواعد المادية في فض منازعات عقود التجارة الدولية، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول، 2018/01/11، الموقع الإلكتروني:
https://www.droitetentreprise.com.

5_ بورزام رمزي، أزمة إعمال قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، الجزائر، المجلد 13، العدد 25، 2021/01/15.

6_ حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، العدد 05، 2008.

7_ حوالف عبد الصمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الحقيقة، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد 31، 2014/12/31.

8_ خليفي سمير، القواعد الموضوعية لتنظيم عقود التجارة الإلكترونية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية،جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2016.

9_ غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، جامعة صفاقس، جامعة المنار، تونس، المجلد 01، العدد 01، 2020.

10_ يوسفي 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، العدد الثالث عشر، 2018.

ب- المداخلات المقدمة للملتقيات العلمية

- الملتقيات الدولية

1_ أمحمد سعد الدين، صعوبة توطين عقود التجارة الإلكترونية، يوم دراسي وطني حول الجانب الإلكتروني التجاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2016.

2_ شنوف بدر وآخرون، إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)، ملتقى دولي حول الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 02.03 ديسمبر 2019.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

شكروعرفان	
إهداء	
مـــــقدمـــــــة	1-5
الفصل الأول : **قواعد التنازع التقليدية الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**	
المبحث الأول: الضوابطالأصلية لتحديد القانونالواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (الإسناد الشخصي)	08
المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة كضابط إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	08
الفرع الأول: موقف التشريعات الوطنية والدولية من تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية	09
أولا: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ سلطان الإرادة	09
ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية من مبدأ سلطان الإرادة	10
الفرع الثاني: نطاق تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في اختيار قانون عقود التجارة الإلكترونية	11
أولا: ضوابط تحديد مبدأ سلطان الإرادة	11
ثانيا: الآثار المترتبة على خضوع عقود التجارة الإلكترونية لمبدأ سلطان الإرادة	14
المطلب الثاني: صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقود التجارة الإلكترونية	19
الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بتطبيق الاختيار الصريح لقانون العقد	19
أولا: الصعوبات القانونية المعاصرة لاختيار قانون العقد	19
ثانيا: الصعوبات القانونية اللاحقة على اختيار قانون العقد	20
الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بتطبيق الاختيار الضمني لقانون العقد	21
أولا: اختلاف النظم القانونية في الاعتماد على الإرادة الضمنية	21
ثانيا: صعوبة الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية[3]	22

المبحث الثاني:الضوابط الاحتياطية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (الإسناد الموضوعي)	24
المطلب الأول: الضوابط الجامدة	24
الفرع الأول: ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة	25
أولا: ضابط الموطن المشترك	25
ثانيا: ضابط الجنسية المشتركة	26
الفرع الثاني: ضابط محل تكوين العقد أو إبرامه	27
أولا: ضابط محل تكوين العقد	27
ثانيا: ضابط محل تنفيذ العقد	28
المطلب الثاني: الضوابط المرنة	29
الفرع الأول: مضمون نظرية الأداء المميز	29
الفرع الثاني: مدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية	31
خلاصة الفصل الأول:	33
الفصل الثاني القواعد الموضوعية المستحدثة الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	
المبحث الأول: ظهور القواعد الموضوعية المستحدثة على عقود التجارة الإلكترونية	36
المطلب الأول: مفهوم القواعد الموضوعية المستحدثة	36
الفرع الأول: تعريف القواعد الموضوعية المستحدثة	36
الفرع الثاني: مميزات القواعد الموضوعية المستحدثة	39
أولا: قانون طائفي ونوعي:	39
ثانيا: قانون تلقائي النشأة:	40
ثالثا: قانون لا يعترف بالحدود الجغرافية:	40
المطلب الثاني: مصادر القواعد الموضوعية المستحدثة	41
الفرع الأول: المصادر الوطنية	42

أولا: القواعد المادية ذات الأصل التشريعي	42
ثانيا: القواعد المادية ذات الأصل القضائي	44
الفرع الثاني: المصادر الدولية	45
أولا: الاتفاقيات والتوصيات الدولية	45
ثانيا: العقود النموذجية	47
ثالثا: الأعراف والعادات المستقرة	49
رابعا: تقنيات السلوك	50
المبحث الثاني:تقييم القواعد الموضوعية المستحدثة الواجبة التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية	51
المطلب الأول: انعدام الإلزام ونقص القواعد الموضوعية	51
الفرع الأول: انعدام الإلزام في القواعد الموضوعية	51
الفرع الثاني: نقص وقصور القواعد الموضوعية	53
المطلب الثاني: مدى تجانس القواعد الموضوعية لتشكيل نظام قانوني مستقل	54
الفرع الأول: حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقيات الدولية والاستعانة بالقوانين النموذجية	54
أولا: حاجة التجارة الإلكترونية للاتفاقيات الدولية	54
ثانيا: الاستعانة بالقوانين النموذجية	55
الفرع الثاني: مساهمة تقنيات السلوك واستخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية	55
أولا: مساهمة تقنيات السلوك	56
ثانيا:استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية	56
خلاصة الفصل الثاني:	58
خاتمة	60
قائمة المصادروالمراجع	65
فهرس المحتويات	
ملخص	

الملخص:

ظهرت عقود التجارة الإلكترونية وطرحت العديد منالإشكالات القانونية، خصوصا ما تعلق منها بتحديد القانون الواجب التطبيق.

الأصل أن عقود التجارة الإلكترونية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، وذلك بتطبيق القانون المختار من قبل المتعاقدين، إلا أن تطبيق هذا المبدأ على عقود التجارة الإلكترونية واجهته العديد من الصعوبات لكن في حالة غياب قانون الإرادة يبرز دور القاضي ويقوم بتحديد قانون العقد، بالاستناد إلى الضوابط الاحتياطية، وذلك مع مراعاة ترتيب ضوابط الإسناد الجامدة التي حددها المشرع الجزائري بموجب المادة 18 من القانون المدني، أو يقوم بتحديد قانون العقد على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية، وهو ما يعرف بالضوابط المرنة.

وأمام قصور قواعد التنازع التقليدية في التصدي لهذا الوضع والصعوبات التي واجهت هذه القواعد في إطار تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية، استلزم الأمر استحداث قواعد موضوعية تقوم بتقديم حلول مباشرة، تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية.

Summary:

E- commerce contracts have emerged and posedmanylegalproblems, especiallythose related to determining the applicable law .

Originally, contracts for electronic commerce are subject to the principle of the authority of will ,by the contractors. However ,the application of thisprinciple to contracts for electronic commerce has encounteredmanydifficulties, However, in the absence of the law of will, the role of the judgeemerges and determines the law of the contract, based on the reservecontrols, takingintoaccount the arrngement of rigid attribution contolsestablished by the algerianlegislatorunder article 18 of the civil code, or determines the law of contract association whichisknown as flexible controls.

Facedwith the inadequacy of traditionalconflictrules to addressthis situation and the difficultiesbthattheserules have in their application to electronic commerce it has been necessary to develop substantive rulesthatprovide about the direct, responsive contentand objectives of electronic transactions.