وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministry of High Education and Scientific Research

– 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 الإعلام الآلي والأنترنت

الموسومة بـ:

تنازع القوانين في مجال التجارة الالكترونية
ـ الصعوبات والحلول المقترحة ـ

إعداد الطالبة:
صدّيقي إيمان

إشراف :
الدكتور رفاف لخضر

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
رفيق زاوي	أستاذ محاضر(ب)- جامعة برج بوعريريج	رئيسًا
لخضر رفاف	أستاذ محاضر(أ)- جامعة برج بوعريريج	مشرفًا ومقررًا
حمزة عشاش	أستاذ مساعد(ب)- جامعة برج بوعريريج	ممتحنًا

السنة الجامعية: 2021-2022

شكر وتقدير

نشكر الله أولا، على تيسيره لأمرنا وتفضيله لنا بفضائل العلم،
ونتقدم بأسمى عبارات الشكر والامتنان لأعضاء اللجنة الموقرة،
كما نعبّر عن شكرنا الجزيل لأستاذنا الفاضل الدكتور رفاف لخضر على
مجهوداته، الذي رافقنا بالتأطير والإشراف طيلة انجازنا للبحث،
وكذا
جميع الأساتذة الذين لم يدخروا جهدا في تعليمنا وتدريسنا.

إهداء

إلى أبي الغالي وأمّي الغالية اللذان كان لهما الفضل في وصولي إلى هذه المرحلة.

إلى زوجي العزيز الذي كان دائما داعما كبيرا لي،

إلى كلّ عائلتي الكريمة.

إلى كلّ من ساهم من قريب أو من بعيد في انجاز هذا العمل.

صديّقي إيمان

قائمة المختصرات:

أولا: باللغة العربية

الكلمة	المختصر
- الصفحة - من الصفحة... إلى الصفحة...	- ص - ص ص

ثانيا: باللغة الأجنبية

المختصر	الكلمة
- P - n°	- Page - Numéro

مقدمة

مرت البشرية خلال تطورها بالعديد من التطورات، فكان اكتشاف الزراعة حدثا هاما غيّر مجرى حياة الجنس البشري، وأحدث ظاهرة التجمعات البشرية، مما أفرز مفاهيم جديدة عن الحياة في جماعات والاستقرار في رقعة جغرافية واحدة، ثم استمر الإنسان في التطور إلى أن ظهرت الثورة الصناعية التي أعطت بعدا آخر للعلاقات الاجتماعية والسياسية، داخل الوطن الواحد وقد تمتد الى بلدان اخرى، وكل هذه التطورات كانت ذات الأثر الكبير على علم القانون.

ويعتقد الخبراء أن حقبة الثورة الصناعية شارفت على نهايتها، والعالم يدخل في ثورة جديدة تسمى "ثورة المعلومة" أو" ثورة تكنولوجيات الإعلام والاتصال".

بما ان الثورات تأتي لتمس جميع مناحي الحياة الاجتماعية للأشخاص، فقد تأثرت التجارة بشكليها الداخلي والدولي بهذا التطور. وظهرت أساليب جديدة تسمح للأفراد بإبرام علاقات تجارية مع اي فرد اخر في أي بلد حول العالم دون الحاجة إلى التنقل المادي. كما أنتجت سلعا جديدة وخدمات مستحدثة ذات طبيعة رقمية لا تملك وجودا ماديا على أرض الواقع، وبالتالي شكلت محلا جديدا للعقود المبرمة بمناسبة وخلقت عالما افتراضيا.

يعتبر مصطلح التجارة الإلكترونية من المصطلحات الحديثة التي أصبحت شائعةَ الاستخدام للتعبير عن المعاملات التي تتم بين الأفراد المرتبطة بثورة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وتتمحور التعريفات التي جاءت بصددها حول ثلاثة محاور: النشاط التجاري أي المبادلات التجارية، والدعائم الإلكترونية أي وسائل الاتصال الإلكترونية التي يتم بواسطتها إبرام العقود، والعالمية ويقصد بها أن التجارة الالكترونية ألغت الحدود الجغرافية، وأصبح بالإمكان التسوّق واقتناء السلع بضغطة زر من أي مكان حول العالم دون الحاجة الى تأشيرة أو جواز سفر، ودون تحمل عبء التنقل.

وتعتمد التجارة الالكترونية على العقد الالكتروني كأساس لها، وهو عقد يتم إبرامه دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية، بل يتم تبادل الإرادتين (الإيجاب الالكتروني والقبول

الالكتروني) عن طريق وسائط رقمية في بيئة افتراضية، لذا يعتبره الكثير من فقهاء القانون عقدا من العقود المبرمة عن بعد.

وبما أن العقود الالكترونية المبرمة بمناسبة التجارة الإلكترونية تكون غالبا ذات طابع دولي، أطرافها ينتمون إلى دول مختلفة ويخضعون لقوانين وطنية متباينة، فإنّ هذا يخلق مشكلة تنازع القوانين وصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عليها في حالة نشوب نزاع حولها، لذا ضمّنت التشريعات الوطنية قوانينها ضوابط إسنادٍ لتفادي الوقوع في الفراغ القانوني في حالة عدم إسناد العقد من طرف مُبرميه.

لكنّ الطابع الدولي الذي تتسم به العقود الالكترونية الدولية جعل القوانين الوطنية قاصرة عن احتوائها، واستدعى جهودا عالمية متظافرة خاصة عن طريق الهيئات الدولية.

تكمن أهمية دراسة موضوع تنازع القوانين في مجال التجارة الالكترونية، في كونه يحلل الصعوبات التي يواجهها العقد الالكتروني في البيئة الافتراضية التي ينشأ فيها ويُنفّذ فيها ايضا احيانا، ومدى ملائمة قواعد الإسناد التقليدية على العقود الإلكترونية، وتقييم الاقتراحات المطروحة لتلافي هذه الصعوبات، مما يضيف قيمة علمية وعملية، وهذا ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع تحديدا، فهو ذو أهمية كبيرة بالنسبة لاستقرار المعاملات التي تبرم في شكل إلكتروني، وتربط بين أطرافٍ تخضع لأنظمة قانونية مختلفة، إضافة إلى اهتمامنا كباحثين بمجال التجارة الدولية الحديثة وما يحيط بها من مواضيع .حيث نهدف من خلال دراستنا إلى ضبط المفاهيم التي يتم تناولها في التجارة الالكترونية الدولية واستعراض المشكلات التي تواجهها فيما يخص تنازع القوانين وبيان حلولها المقترحة، ومن هنا نطرح الإشكالية التالية نفسها: فيما تتمثل الحلول المقترحة لتذليل الصعوبات التي تواجه التجارة الالكترونية الدولية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بمناسبتها؟

ما يجرّنا الى التساؤل أيضا: ما العقبات التي تقف في وجه قواعد الإسناد عندما تطبّق في مجال التجارة الالكترونية؟ وما الذي جاءت به النظريات المستحدثة لحل مشكلة تنازع القوانين في هذا النوع الحديث من التجارة ذات الطابع الدولي؟

وللإجابة على هذه التساؤلات، يقتضي موضوع البحث استخدام مناهج مختلفة على مدار المحاور المدروسة، تساهم في دراسةٍ موضوعيةٍ شاملةٍ تحيط بالموضوع، لذا وجدنا ما يساعدنا في المنهج الوصفي التحليلي، والذي يعرّف على أنه طريقة تحليل ترتكز على جمع معلومات دقيقة وكافية عن موضوع بحث ما، خلال فترة زمنية معينة أو عدة فترات زمنية محددة، وذلك للوصول الى نتائج عملية، يتم تفسيرها بأسلوب موضوعيّ منسجم مع المعطيات الحقيقية للظاهرة.

كما يمكن تعريفه أيضا بأنه إحدى الأساليب العلمية المتبعة لوصف مشكلةِ أو ظاهرةِ البحث، وذلك عبر منهجية منظمة وعلمية دقيقة، وصولاً الى تفسيرات ونتائج يتم التعبير عنها بأشكال رقمية مثبتة بالأدلة والبراهين، في الجزء الذي يستدعي منا وصف الحالة وتحليل المعطيات في مجال التجارة الالكترونية وطريقة إسناد العقد لقانونٍ ما حسب المعايير المختلفة والتشريعات العالمية، اضافة الى تحليل المادة القانونية التي جاءت في التشريعات الوطنية أو في الاتفاقيات الدولية، وايضا قانون الأمم المتحدة النموذجي. ووصف وتحليل الصعوبات التي تواجهها هاته القوانين والضوابط بالنظر إلى البيئة الافتراضية التي تبرم فيها عقود تجارية بمناسبة التجارة الالكترونية ذات البعد الدولي.

كما أن مقارنة الحالة التي جرت العادة باستخدامها في مجال التجارة التقليدية من ضوابط المنهج التنازعيّ و تلك التي يفرضها واقع التجارة الالكترونية الحديثة ذات الصفات الخاصة والمميزة ، يستلزم استخدام المنهج المقارن والذي يعرف على أنه ذلك المنهج الذي يعتمد فيه الباحث على أسلوب المقارنة بين ظاهرتين لبيان أوجه الشبه والاختلاف بهدف الوصول إلى اختيار أفضل الحلول، أو لتحديد مدى تناسب أحد الحلول مع متغيّر ما دون الآخر وهذا الأسلوب يتماشى مع الدراسات القانونية، بحيث يتيح إمكانية التعمق والدقة في دراسة المسألة القانونية. .

إنّ دراسة موضوع تنازع القوانين في مجال التجارة الإلكترونية استدعى منا تقسيمه إلى فصلين، أولا، وضع الأصبع على الصعوبات التي تواجه هذا الشكل الجديد من التجارة، وهذا ما سيتم توضيحه في الفصل الأول من البحث، حيث يتم التطرق إلى الصعوبات التي تواجه تطبيق قواعد الإسناد على العقود التجارية الإلكترونية، سواء تلك الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من طرف المتعاقدين (المبحث الأول) عندما يقومون بالتعبير الصريح عن إرادتهم (المطلب الأول)، أو حينما يكون تعبيرهم

عن إرادتهم ضمنيًا (المطلب الثاني)، أو الصعوبات التي تواجه العقد عندما يكون القانون مختارًا من طرف المشرع (المبحث الثاني) والتي تتمثل في صعوبات مرتبطة بضوابط الإسناد الجامدة (المطلب الأول) ثم تلك المرتبطة بضوابط الإسناد المرنة (المطلب الثاني).

أما في الفصل الثاني، فسنتناول حلولا مقترحة لحل إشكال تحديد القانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود، ففي المبحث الأول ،سنتطرق الى محاولة تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع واقع التجارة الالكترونية، مبيّنين الحلول التي اقترح الفقه لمشكلة الإرادة و الإثبات (المطلب الأول)، وكذا الحلول للتحقق من صحة الإرادة والهوية (المطلب الثاني)، ثم في المبحث الثاني، سنعرّج إلى القانون الموضوعي المستقل والطرق البديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، في مطلبه الأول ندرس القانون الموضوعي، أما في مطلبه الثاني فنوضّح الطرق البديلة لفض النزاعات القائمة بشأن العقود المبرمة في التجارة الالكترونية.

كما لا يمكن نفي الصعوبات التي واجهتنا خلال إنجازنا لهذا البحث، والتي تتمثل أساسا في حداثة موضوعه النسبية، حيث ان القوانين والآراء الفقهية تتعدد وتختلف بشكل كبير، خاصة وان الإنترنت فتحت المجال لأي شخص أن يتعاقد مع أي شخص آخر في الطرف الآخر من العالم وبالتالي فإنها توسع رقعة الجغرافية للرابطة العقدية سواء من حيث إبرام العقد أو تنفيذه، مما أفرز آراء تتباين في مواقفها في كل جزئيات العقد الالكتروني.

ثم إن المصطلحات التي تخص التجارة الإلكترونية لا تزال تعيش حالة من عدم الوضوح، لأنها تتداخل مع العلوم التقنية التي تستخدم لغةً يصعب أحيانا إيجاد المرادف لها عند ترجمتها.

إضافة إلى أن دراسة هذا الموضوع يستوجب توسيع دائرة البحث لتشمل القوانين الداخلية للدول ومدى استجابتها لمتطلبات التجارة الإلكترونية ذات الطابع العالمي، والاتفاقيات الدولية التي تبرم تحت مظلة الأمم المتحدة والهيئات الدولية أو شراكات بين عدد معين من الدول.

الفصل الأول:

صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

الفصل الأول: صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

إن أغلب التشريعات العالمية اتفقت على أنه لحل إشكالية التنازع بين القوانين، يجب اتباع منهجية محددة للحكم على العقود المشتملة على عنصر أجنبي والتي تعتبر عقودا دولية وتتمثل في قواعد فنية، تعرف بـ "قواعد الإسناد"، والتي من خلالها يستطيع القاضي أن يهتديَ إلى القانون واجب التطبيق على هذا النوع من العقود، كما اتفقت أيضا على الاعتماد على إرادة الطرفين المتعاقدين إما الصريحة او الضمنية كمعيار اساسي لإسناد العقد الدولي المبرم بينهما للقانون المختار من طرفهما، وفي حالة غياب إرادتهما يتدخل المشرع لوضع تلك المعايير.

إن البحث عن القانون الأكثر ملائمة لحكم العقود الدولية يعتبر قاصرا حتى على العقود الدولية التقليدية، التي لا تثير إشكالات في تحديد عناصرها، فكيف إذًا هو الحال بالنسبة للعقود الدولية الإلكترونية التي تتم في عالم افتراضي لا تلتقي فيه الأطراف المتعاقدة، وبالتالي تثار صعوبة التعرف على جنسية وأهلية وهوية الاطراف وكذا مكان إبرام العقد وتنفيذه ووسائل إثباته، وهذا ما يعيق عمل القاضي في تحديد القانون الذي يحكم النزاعات القائمة هذا النوع من العقود.[1]

ويرتبط إسناد العلاقة العقدية الناشئة في بيئة رقمية بإرادة الطرفين إذا ما انصرفت إلى تحديد القانون الذي تخضع لأحاكمه علاقتهم العقدية صراحةً أو ضمنيًا، أما إذا سكتوا عنه، فإنّ المشرع يتدخل ليضع ضوابط تحكم إسناد العقد، وهذا ما سنتناوله في مبحثين، الأول يتضمن القانون المختار من طرف المتعاقدين، بإرادتهما الصريحة أو الضمنية في مطلبين متتاليين، أما المبحث الثاني فسيتضمن

[1]- بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، الصفحة 162.

القانون المختار من طرف المشرع، في مطلبه الأول يعالج ضوابط الاسناد الجامدة، أما المطلب الثاني فيدرس ضوابط الاسناد المرنة.

المبحث الأول: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من طرف المتعاقدين

إنّ أطراف أي علاقة عقدية يملكون وافر الحرية في تضمين عقدهم ما يرونه مناسبًا يتفقون على الالتزام به، ومنه فإن القانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى، ضمن حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي لطرفي العقد حيث جاء في نص المادة 18 من القانون المدني[1]: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم ان كان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة وفي حالته عدم امكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد".

هذا بالنسبة للعقود الدولية التقليدية أما بالنسبة للعقود الدولية ذات الطابع الإلكتروني أو العقود الالكترونية فان الامر وان بدا سهل التطبيق إذا كانت ارادة الاطراف صريحة (المطلب الأول) في اختيار القانون الواجب التطبيقي انه لا يخلو من بعض العوائق وعلى الرغم من ذلك يبقى أسهل وأيسر للتطبيق مقارنة بحال ما كان ضمنيا (المطلب الثاني).[2]

المطلب الأول: الصعوبات في حالة الاختيار الصريح للقانون واجب التطبيق

يكفل القانون لطرفي العلاقة التعاقدية التي تنشأ في العالم الافتراضي الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية، وذلك بما تقتضيه قاعدة خضوع العقد الدولي لأحكام القانون المختار، والتسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق احتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي لا يطبق فقط في نطاق العلاقات الداخلية وإنما يمتد أيضا ليشمل العلاقات الخاصة الدولية، وإن كان مفهومه

[1] – الأمر رقم 75–58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

[2] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02- 03 ديسمبر 2019، ص 163

يختلف في القانون الداخلي عنه في القانون الدولي الخاص من حيث انه اذا كانت الارادة في العلاقة العقدية الداخلية تستطيع الخروج عن القواعد القانونية المكملة المنصوص عليها في القانون الداخلي الذي نشأت العلاقة في ظله، إلا أنها مع ذلك تبقى مقيّدة بالقواعد القانونية الآمرة الواردة فيه، وبالتالي فإنها لا تملك حرية اختيار قانون أجنبي معين لحكم العقد خارج القواعد المكملة بحيث تظل العلاقة العقدية خاضعة لأحكام القانون الداخلي، في الوقت الذي يتيح مبدأ سلطان الإرادة للمتعاقدين في إطار العلاقات الخاصة الدولية وبما في ذلك العلاقات الناشئة في العالم الافتراضي من خلال قاعدة الإسناد المقررة في ضوئه، إمكانية تجاوز أحكام قانون دولة معينة واختيار قانون دولة اخرى لحكم العقد.[1]

كما أنّ انتماء أحد أطراف الرابطة العقدية لدولة لم يزل قانونها لم يعترف بالتجارة الالكترونية ولا يواكب تطورات القانون الدولي، يُعدّ سببا كافيا يفرض عليه التفكير في القانون الذي تخضع له منازعاتهم بإسنادها لقانون دولة أجنبية.[2]

والعقد الالكتروني لا يخرج عن كونه عقدا ،لذلك فانه يخضع بالضرورة إلى توافق الإيجاب والقبول ،إلا أن الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني يختلفان عنه في العقد التقليدي ،حيث يكون الايجاب بواسطة وسيلة إلكترونية، وهذا ما اشارت اليه المادة 11\1 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونسترال[3] الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 على وصف الإيجاب حيث نصت على

---

[1] – محمد احمد علي المحاسنة، **تنازع القوانين في العقود الالكترونية: نحو إيجاد منظومة القواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة**، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2013، ص 49

[2] – Tatiana Balaban,**Choice of Law and Jurisdiction in E-commerce Contracts with Focus on B2C LL.M,A Comparative Analyzes of EU, US and China Legal Frameworks**, SHORT THESIS,Central European University,Nádor utsa 9 Hungary,2018,page 35

[3] – **اليونسترال**: هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وهيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة مسؤولة عن المساعدة في تسهيل التجارة والاستثمار الدوليين، إن ولاية اليونسترال الرسمية التي أنشأتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1966 هي تعزيز المواءمة والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي من خلال الاتفاقيات والقوانين النموذجية وغيرها من الصكوك التي تتناول مجالات التجارة الرئيسية، من تسوية المنازعات إلى شراء وبيع البضائع. حيث يقع مقرها الرئيسي في فيينا بالنمسا.

أنه: "في سياق تكوين العقد ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفسد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

وتتعدد وسائل التعبير عن الإيجاب الالكتروني، فقد يكون عبر البريد الالكتروني او عبر المواقع أو عبر المحادثات والمشاهدات عبر الانترنت.

وكذلك هو الأمر بالنسبة للقبول الإلكتروني التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجّه إليه الايجاب يفيد موافقته على ما جاء في الإيجاب، حيث انه يعقد العقد عندما يقترن القبول بالإيجاب وهو لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية[1]

وان كان الاختيار الصريح للقانون الذي سيحكم علاقتهم يزيل عبء الكثير من الإشكالات إلا أنه لا يخلو من الحالات التي يلتبس فيها على القاضي تحديد القانون الذي يطبق أحكامه لفض كل أشكال النزاعات القائمة بصدده، هذه الصعوبات قد تظهر أثناء إبرام العقد خاصة إذا علمنا أن العقد الإلكتروني يتم في فضاء افتراضي لا يلتقي فيه الطرفان ماديا ويظهر ايضا بعد انعقاد العقد.

الفرع الأول: الصعوبات المصاحبة لإبرام العقد

إن الخصوصية التي يتميز بها العقد الالكتروني كونه ينعقد في الغياب المادي لأطراف العلاقة العقدية تخلق بعض الصعوبات في تحديد هوية الأطراف والتأكد من صحة وسلامة إرادتهما.

اولا: صعوبة التأكد من هوية المتعاقدين

بما أن العقود الالكترونية تُبرم في مجلس افتراضي لا يتقابل الأطراف فيه ماديا لحظة إبرامه، وبالتالي يخلق صعوبة في تحديد هوية المتعاقدين.

[1] – مختاريه شيباني، عليّ فتاك، "**تفعيل مبدأ سلطان الارادة في العقود الالكترونية**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السادس، العدد 02، ديسمبر 2020، ص379و 380.

يفتقر المتعاملين عبر الوسائل الالكترونية الى القدرة على تحديد هوية المتعاقدين معه، لأن العناوين الإلكترونية التي يتعاقدون من خلالها قد لا تكون مرتبطة ببلد معين مثل العناوين التي يشار إليها في المقطع الاخير منها بـ comاو org.

كما تصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر، فالتجار لا يُسمح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم، غير أن تلك الصعوبات لا تظهر في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصال الدولية لأن في ذلك مصلحة المستهلك والتاجر.

إن تحديد هوية المورّد تمكّن المستهلك من التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد، فغالبا ما يكون هو القانون الواجب التطبيق، أي قانون المورّد، أما التاجر فيحرص على معرفة هوية الطرف الآخر الذي يقدم له الخدمة حتى يتأكد من أهليته للتعاقد حتى لا يتعرض للعقوبات المقررة في حال المنتجات والخدمات التي تُقدم لأشخاص دون سواهم[1].

كما أنّ العقد الذي يتم إبرامه عبر الوسائل الالكترونية لا يُعد صحيحا إلا إذا كانت أهليه طرفيها تامّة، ذلك أن آثار العقد تنصرف إلى عاقديه في تنفيذ كل طرف بالتزاماته وبالتالي يتطلب أولا معرفته بالطرف الآخر، والأهلية المطلوبة في العقد الالكتروني لا تختلف عن الأهلية في عقود التجارة التقليدية، حيث لابد أن يكون الشخص كامل الأهلية لمباشرة التصرفات القانونية بطريقه تقليديه أو الكترونية[2]. فيمكن مثلا للقاصر او حتى عديم الأهلية الدخول لشبكات الاتصال العالمية وإبرام عقود عبرها، كما يمكن لصبي أن يتعامل بالبطاقة المصرفية الخاصة بوالده مع تاجر حسن النية ويبدو كأنه كاملا الأهلية او ان يتصرف شخصٌ كوكيل او ان ينتحل شخصية أخرى غير شخصيته، فمشكلة الأهلية هذه كانت من المشكلات التي تواجه التجارة الإلكترونية.

---

[1] – نور الدين يوسفي، الياس بروك،" **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية**"، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة المفكر، العدد 13، ص 254

[2] – أمينه كوسام، "**خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس، جوان 2015، ص 347 و348

ان هذا الاشكال يأخذ شكلين مختلفين أولهما إذا كان المتعاقد غير تاجر أو غير مهني ويكون العقد متصلا بالمسائل الحياتية البسيطة والتي يسميها القضاء الإنجليزي بـ "عقد الضروريات" وشراء السلع الاستهلاكية البسيطة، و السائد هنا يقضي بصحة العقود أخذا بالوضع الظاهر، ولا يمكن تحميل التاجر عبء التعرف على أهلية كل من يتعاقد معهم ، وأما العقود الاخرى التي يمكن تسميتها بـ "العقود غير البسيطة"، فتخضع للمبدأ القانوني لإبطال العقد ولو تضرر التجار، غير أن الفقه في هذه الحالة يميل الى الاستناد الى الوضع الظاهر والإبقاء على العقد[1].

وأمام تلك القيود والمتطلبات سيكون من الصعب على التاجر مراقبة كل الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط القانونية للتمتع بتلك الخدمة، وبالتالي يمكن أن يقع تحت طائلة العقاب المقررة في قانون العقوبات. هذا إلى جانب أن الأهلية تُحدد وفقا للقانون الشخصي لأطراف الرابطة العقدية وهذا يختلف من نظام قانوني لآخر.[2]

ثانيا: صعوبة التأكد من الإرادة

استقرت معظم النظم القانونية على فكرة إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة انطلاقا من قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" الذي يعتبر مبدأ من المبادئ العامة للقانون، وهذا ما ينطبق أيضا على عقود التجارة الالكترونية وجميع المعاملات الالكترونية التي تتصف بالطابع الدولي، وبالتالي تخضع ايضا للمبادئ العامة التي تحكم تنازع القوانين.

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة إمكانية المتعاقدين على إيجاد عقد بينهم، يحتوي كل مكوناته في حدود ما نص عليه القانون، وبذلك يمثل هذا المبدأ قاعدة قانونية دولية تنظم معظم التشريعات الوطنية، وهذا ما كرسته اتفاقيات لاهاي أيضًا.

[1] – طالب حسن موسى، **قانون التجارة الإلكترونية الدولية**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن الصفحة 155و 156

[2] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 355 و356

إن جوهره فكرة قانون الإرادة يعتمد على اعتراف الأطراف بحق اختيارهم وتحديدهم للقانون الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية لهذا أصبحت إرادة المتعاقدين بمثابة ضابط إسناد يُعتمد عليه في تحديد القانون الذي يخضعون له[1].

كما جاء في المادة 59 من القانون المدني الجزائري:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" وهذا النص جاء أساسا لينظم العقود في التجارة التقليدية، ولكن يمكن تطبيقه على العقود الإلكترونية مع مراعاة طريقة إبرامها التي تتم في بيئة رقمية.

ونصت المادة على أن إبرام العقد يستوجب تطابق إرادتي الطرفين المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب مع القبول[2].

ان من اهم مميزات التعاقد عن بعد عبر الشبكة الدولية للاتصالات والمعلومات وان إبرام العقود وتكوينها سهل جدا وهذه السهولة جاءت بسبب اعتراف المشرع على المستويين الدولي والوطني بصحه التعبير عن الإرادة في التعاقد عن بعد الذي يتم بواسطة وسائل إلكترونية.

تعتبر مرحلة تكوين العقد هي اهم مرحله من مراحل التعاقد الالكتروني لا يمكن انجازها الا إذا تم وصول التعبير عن الإرادة من الطرف الأول إلى الثاني، بطريقة يمكن فهم المقصود منها بصورة صريحة أو ضمنية أحيانا، يكون هذا منشئا عقد ملزم للأطراف يوقع الآثار القانونية للتعبير الإلكتروني، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة التعاقد في مرحلة التنفيذ والالتزام بأحكام العقد الالكتروني[3].

إن الصعوبة في التحقق من وجود إرادة التعاقد تظهر عندما يتم التعبير عن الإرادة عبر شاشة الحاسب الآلي حيث يتم التعبير عن الإرادة دون التدخل الإنساني المباشر أي بواسطة اجهزه الكترونيه لا تملك إرادةً بالمعنى الاصطلاحي اصلا، مما يثير مشاكل حول الآثار القانونية التي تترتب عن الخطأ في التعاقد

---

[1] – محمد بلاق، "**ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكّمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016، صفحه 165

[2] – حكيمه مدربل، سعيد سعودي،" **التراضي في العقود الالكترونية بين القواعد العامة وخصوصية الاتصالات الإلكترونية**"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 01، سنة 2022، ص 410

[3] – أقدس صفاء الدين رشيد البياتي، "**التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، سنة 2016، ص 41

الإلكتروني، وهو ما يثير تساؤلات عديدة حول استخدام وسائل الاتصال الالكتروني في التعاقد، ولا يسمح بالتحقق من الإرادة الصادرة فيها سواء في الإيجاب أو القبول وبالتالي يثير مشكلة حول إشكالية القانون الواجب التطبيق.[1]

الفرع الثاني: الصعوبات المصاحبة للنزاع حول العقد

يعتبر العقد الالكتروني عقدا مبرما عن بعد، ذلك أنه يتم بين طرفين متباعدين في المسافة ولا يجمعهما مجلس عقد واحد، لذلك ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن العقد الإلكتروني هو عقد بين غائبين وإن رأى بعض الفقهاء أن التعاقد الالكتروني عبر الانترنت يعد تعاقد بين حاضرين حُكمًا، حيث ان هناك تباعد مكاني ولكن هناك في الغالب اتحاد زمني بين الطرفين، والطرفان لا يجمعهما مجلس عقد واحد[2].

فان العقد الالكتروني يتسم بعدم وجود مستندات ورقية مذيلة بتوقيع خط اليد او البصمة أو الختم الذي يثبت وجودها، كما أن خاصيّة الحداثة في نشأة هذا النوع من العقود الذي غزا العالم بمناسبة التطور التكنولوجي.

اولا: صعوبة إثبات العقد

لكي يتمكن الأطراف من المحافظة على حقوقهم ومصالحهم الناتجة عن العقود التي يبرمونها، وجب عليهم إثبات العقد أولا، وهنا تكمن صعوبة إثبات العقد المبرم في بيئة افتراضية لا يلتقي فيها الاطراف ولا يقومون فعليا بالتوقيع والختم على أي وثيقة ملموسة ولا يقومان بتبادل الوثائق، كما ان القاضي يعتمد أساسا لفض النزاعات القائمة بصدد هذا العقد على إثباته أولا، سواء بالشكل الرسمي أو الشكل العرفي.

---

[1] – محمد بلاق، "**ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكّمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016، صفحه 166

[2] – ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الالكتروني**، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 33

الا ان تجارة الالكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية في كون التاجر خاصة يملك حرية أوسع في طرق إثباته في معظم تشريعات العالم إلا أن هذا لا يكفي لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد يصعب اصلا إثبات وجوده.

إن الجهود العالمية اتجهت نحو إيجاد ما يسمى بالتعاقد الالكتروني عن بعد عبر شبكة الانترنت الدولية، والذي جعل مكانة الكتابة الورقية بصفتها أهم وسائل الإثبات التقليدية في خطر، فلم يعد خط اليد وحده ما تثبت وجود عقد بل ظهرت أشكال أخرى، مما استدعى وجود طرق بديلة مختلفة تماما عن تلك التي يتبعها القاضي او الاطراف[1].

ومن أهم المشاكل التي تواجه العقد الالكتروني من ناحية الإثبات هي:

1- اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات: تباين النظم القانونية في تقدير أدلة الإثبات فهناك من يتبنى قواعد الإثبات المرنة نسبيا اي انها لا تقيد القاضي او الخصوم بطرق محددة لإثبات، وإنما تترك لهم حرية التقدير وجمع الأدلة التي يقتنع بها القاضي، وهذا الأخير يمتلك حرية مطلقة في تكوين عقيدته، وهناك نظم القانونية أخرى تضع القاضي أمام منهج صارم تحدد فيه طرق الإثبات ولا يمكن لا للقاضي ولا للأطراف الاجتهاد فيها، وقد خلصت لجنة الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج نظم التبادل الالكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات في تقريرها الى أن القواعد التقليدية المعنية بالإثبات تعد مشكلة حقيقية تعوق تطور تبادل البيانات الالكترونية[2]

2- مدى صلاحية الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في تعديل قواعد الإثبات:

اختلفت اتفاقيات التبادل النموذجية في مسألة قبول رسائل تبادل البيانات الإلكترونية في المعاملات بين الأطراف، حيث اعتمدت أساليب مختلفة في هذه المسألة بعضها نصّ على أنه يمكن قبول رسائل

---

[1] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر ،2019 ص 163

[2] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 358، 359

الأطراف كدليل للإثبات، والبعض الآخر اجازت للأطراف الاتفاق على إمكانية الطعن في الدليل الالكتروني، وهناك نوع آخر من الاتفاقيات يسعى لكي يجعل الأدلة الإلكترونية ذات القيمة نفسها التي تمتلكها الأدلة التقليدية.

الصعوبة هنا في أن إثبات صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في الاتفاق التبادلي، يتوقف على طبيعة قواعد الإثبات في النظام القانوني المعين، وكلما كانت الأحكام المعنية بالأدلة إلزاميةً كلما كانت فعالية الاتفاقات التعاقدية ضعيفة ولا يمكن الاعتماد عليها لفض النزاع، خاصة إذا كان القانون يوجب شروطا شكلية كالكتابة المادية او وثيقة او مستند[1].

ثانيا: عدم اعتراف القانون المختار بالعقود الإلكترونية

من الضروري على أطراف العلاقة العقدية القائمة في الوسط والالكتروني أن يضمّنوا عقدهم بندا ينص على القانون الواجب التطبيق، خاصة أن المعاملات الالكترونية عبر الشبكة الدولية للمعلومات يشوبها الضباب إذا ما تعلق الأمر بأيّ القوانين تطبق في حالة النزاع الذي يثور بصدد هذا العقد، والذي غالبا يكون قانون مركز إدارة الشركة الرئيسي المملوك من طرف البائع، حيث أن الصعوبة تكمن حينما يكون القانون المختار الذي أسند له العقد لا يعترف بالعقود التي يتم إبرامها بدون مستند ورقي مكتوب او توقيع او ختم، فيصبح القاضي وكذا أطراف العقد أمام مشكلة إثباته[2]

المطلب الثاني: الصعوبات حالة الاختيار ضمني للقانون واجب التطبيق

عادة ما يقوم الطرفان المتعاقدان باختيار صريح للقانون الذي تخضع له علاقتهم العقدية، إلا انهم وفي كثير من الاحيان يغفلون أو قد يهملون تضمين عقدهم بندا يوضح صراحة القانون الواجب التطبيق في حالة نشوب نزاع بينهم، مما يثير إشكالية تنازع القوانين فهناك من يرى ان الارادة الضمنية للطرفين المتعاقدين تؤخذ بعين الاعتبار، وهنالك من لا يعترف بها.

[1] – نور الدين يوسفي، الياس بروك،" **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولي على عقود التجارة الالكترونية**"، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة المفكر، العدد 13، ص 255 و256

[2]– صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 361و 362

الفرع الأول: اختلاف النظم القانونية على الاعتماد على الإرادة الضمنية

إن مسألة المساواة بين الإرادة الصريحة والارادة الضمنية للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة داخل إقليم وطن واحد قاعدة أجمعت عليها أغلب التشريعات الوطنية، ومن بينها المشرع الجزائري الذي نص في المادة 60 من القانون المدني: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".

أما في العقود الدولية فقد اختلفت التشريعات في اعتبار الإرادة الضمنية تساوي الإرادة الصريحة كإسناد أصلي لتحديد القانون واجب التطبيق، فمنهم من نص صراحة على المساواة بينهم كالمشرع المصري والسوري والكويتي والعراقي والسوداني وكذا اليمني، ومنهم من سكت عن المسألة كالمشرع الجزائري والأردني، مما آثار اختلاف الفقهاء في تفسير هذا السكوت.

وقد انقسم الفقه إلى من يقضي بضرورة التسوية بين الإرادة الصريحة والارادة الضمنية في مجال العقود الدولية شريطة أن يثبت وجودها، محتجين بأن تجاهل الاختيار الضمني يعني تجاهل قاعدة الإسناد التي تعتمد على قانون الإرادة في التعاقد.

ومن الفقهاء من يرى أن عدم تضمين العقد الارادة الصريحة للطرفين يقضي مباشرة بتطبيق قانون الموطن المشترك أو مكان إبرام العقد، دون تحميل القاضي عبء البحث عن القانون الذي اتجهت اليه ارادة الطرفين الضمنية، محتجين بكون العقود الإلكترونية تتم عن طريق أجهزة مبرمجة آليا، مما يعيق تحديد إذا ما كان الأطراف حقا تتجه إرادتهم ولو ضمنيا الى هذا القانون او ذاك[1].

[1]- بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص 166

الفرع الثاني: صعوبة الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية

ان سكوت المتعاقدين وعدم إدراج صريحةً للقانون الذي يرغبون أن يخضع له عقدهم يجعل عمل القاضي في البحث عن القانون الواجب التطبيقي لفض النزاع القائم بينهما عملا صعبا، خاصة بالنظر إلى الطبيعة الخاصة والمميزة التي تتسم بها العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت وفي وسط افتراضي , والتي تجعل الاعتماد على المؤشرات والقرائن المستخدمة والتي يستأنس بها القاضي بمناسبة العقود التقليدية كاللغة والعملة وقانون الدولة التي يتواجد بها مقر المحكمة التي تنظر في النزاع وكذا القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الالكترونية الاخرى اضافة الى الموطن المشترك او الجنسية المشتركة للمتعاقدين صعبة التحقيق.

فمن ناحية اللغة، اصبحت اللغة الإنجليزية هي اللغة التي يعتمدها المتعاملون في مجال المعاملات الالكترونية عبر الشبكة الدولية وبالتالي لا يمكن أن تطبق القوانين الإنجليزية فقط لان لغة العقد تمت باللغة الإنجليزية، وكذلك هو الحال بالنسبة للعملة التي يتم الوفاء بها، فقد أصبحت الخدمات التي تتم إلكترونيا تمنحه خاصية السداد بأي عملة كانت سواء عمله المستهلك أو المورد، أي البائع او المشتري، وهنا تظهر صعوبة الاعتماد على هذا المؤشر الاستنتاج القانون الذي يخضع له هذا العقد.

أما بالنسبة لقانون الدولة التي يوجد بها مقر المحكمة التي تنظر في النزاع فإنه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي، كما أنه في إطار التكنولوجيا الحديثة قد يكون مقر المحكمة الكترونيا كذلك، وبالتالي هذا المؤشر ايضا يعتبر صعب التطبيق على هذا النوع من العقود.

إن القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الالكترونية الاخرى المرتبطة به يعد صعب التطبيق، ذلك أن المعاملات التي يتم إبرامها عبر الشبكة الالكترونية تتميز باستقلال الروابط القانونية، فأطراف العلاقة عادة أشخاص في دول مختلفة لم يلتقوا من قبل ولا يعرفون بعضهم البعض معرفة شخصية، وقد لا يكون لهم تواجد حقيقي أصلا.[1]

[1] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 364

وبالتالي فإن ايضا قرنية الموطن المشترك او الجنسية المشتركة للمتعاقدين تعد صعبة التطبيق جدا على هذا النوع من العقود الذي يتم في عالم افتراضي لا يمكن اسقاطه مكانيا، ولا يمكن تطبيق معايير العقود الدولية التقليدية عليه ذلك أنه لا يمكن توطين او تركيز الروابط العقدية مكانيا[1].

المبحث الثاني: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من طرف المشرع

اتفقت اغلب التشريعات العالمية على أنه في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني الذي يعبر عن إرادة المتعاقدين في تحديد القانون الذي تخضع له معاملتهم الإلكترونية، فإن القاضي لا يملك أي سلطة في تحديده بل وجب عليه الرجوع الى ما حدده المشرع وفرضه عن طريق وضع ضوابط إسناد احتياطية مرتبةً حسب الأولوية سواء كانت هذه الضوابط جامدة أو مرنة[2]، وهذا ما سنتناول في المطلب الأول والثاني على التوالي.

المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بضوابط الإسناد الجامدة

لقد ذهبت معظم تشريعات العالمية الاعتماد ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأطراف لتحديد القانوني الذي يجب أن يطبق على أحكام العقد الدولي، في حال عدم تضمنها لي إرادته الصريحة أو الضمنية المتعلقة باختيار القانون الواجب التطبيق على عقده بوصفه إسنادا يعبر الوثيقة بين العقد وقانون دولة محل ابرامه او تنفيذه او جنسية المتعاقدين او موطنهما المشترك.

ولقد تبنى المشرع الجزائري هذا الاتجاه، ويظهر ذلك من خلال المادة 18 الفقرة2 و3 من القانون المدني، حيث تبنى معيارا جامد فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في حال غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية، ففي حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على هذا العقد فإن الالتزامات الناتجة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك

[1] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 365

[2] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص166

للمتعاقدين ان اتحدا في ذلك، أو قانون جنسيتها المشتركة، وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد[1].

كما يدخل في إطار ضوابط الاسناد الجامدة والاحتياطية الطبيعة الشخصية لأطراف العقد كالجنسية المشتركة[2].

الفرع الأول: ضوابط الإسناد المكانية

إن تحديد المشرع المسبق للقانون الذي يحكم العقد في حالة عدم تعرض الأطراف أثناء ابرامهم للعقد للقانون الذي يخضعون له لا صراحة ولا ضمنا، يجعل التجارة الدولية تعيش نوعا من الاستقرار، ذلك انه يحلّ مشكله غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين.

ان الاسناد الجامد الذي يعتمد على تحديد القانون واجب التطبيق على العلاقة العقدية، يرى من الجانب الجغرافي او المكاني حلا ناجعا لفض مشكلة تنازع القوانين، كجنسية او موطن الاطراف، قانون بلد ابرام العقد او بلد تنفيذه[3].

أولا: ضابط قانون الموطن المشترك

"يقصد بالوطن بوجه عام المكان الذي يستقر فيه الشخص او يتخذ منه مكانا او مركزا لمصالحه ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة" فإن مفهوم الموطن في القانون الدولي الخاص تميز كونه يوطّن الشخص في دولة معينة دون غيرها، بينما في القانون المدني يوطن الشخص في أي دولة من الدول، كما يرى بعض الفقهاء أن مصطلح محل الإقامة يكفي دون

---

[1] – محمد بلاق، "**ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكّمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016، صفحه 174

[2] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019 ص 167

[3] – محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية العقود الالكترونية، المنازعات العقدية وغير العقدية، القانون واجب التطبيق**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2005، ص 90

مصطلح الموطن، الا ان محل الإقامة يعتبر عنصرا من عناصر الموطن وهو ما يربط شخصا ما بنظام قانوني معين يصبح محل إقامته هو قانونه الشخصي[1].

وتكمن صعوبة الاعتماد على هذا الضابط، أي ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، في كون العقد الذي يبرم الكترونيا يولد في بيئة افتراضية، والتعامل عبر شبكة الانترنت لا يعطي دلالات واضحة على حقيقة العنوان، كما ان فكرة المكان الثابت والدائم الذي يتم فيه إبرام العقد والتي تقوم عليها فكرة ضابط الموطن المشترك لا تتوفر في هذا النوع من العقود خاصة إذا علمنا ان العناوين الإلكترونية تتغير من مكان إلى آخر[2],

ثم إن فكرة الاشتراك في موطن بين متعاقدين ابرمت عقدا إلكترونيا عبر وسائل حديثة قد يكونا لم يلتقيا من قبل أبدا، ولم يستلم أحدهما وثائق ملموسة من الآخر يبدو صعبا الى مستحيل في ظل هذه الخاصية التي يتميز بها العقد الالكتروني.

ثانيا: ضابط قانون محل إبرام العقد

اعتمدت معظم التشريعات العالمية على قانون بلد إبرام العقد كمعيار أساسي لضبط وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، كالقانون المدني الأردني مثلا في مادته 20 في الفقرة 1 من القانون الأردني " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فان اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك " والقانون الجزائري في المادة 18 من القانون المدني: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم امكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

ويعود استخدام مكان إبرام العقد كضابط إسناد العلاقة العقدية لجدّية الصلة بين محل إبرام العقد والعقد، كما أنه يمكّن أطراف العقد الدولي ذو الطابع الالكتروني من تشكيله في ظل قانون يعترف

[1] – محمد بلاق، "**ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكّمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016، ص 174

[2] – محمد بلاق، المرجع نفسه، ص 175

بالتوقيعات الإلكترونية والإجراءات القانونية السارية عليه، كما يمكنهم من معرفة مسبقة بالقانون الذي سيخضعون له في حالة نشوب نزاع لاحق بينهم.

في حين أنه قد تكون هناك الكثير من المزايا لإسناد العقد إلى قانون مكان التعاقد، فإن المعاملات الإلكترونية لا تخلو من الصعوبات والتعقيدات، ويرجع ذلك أساسًا إلى صعوبة تحديد مكان التعاقد الإلكتروني، كما لو كان الشخص في مكان ما لا يخضع لإقليم دولة معينة وبالتالي يصعب توطين المعاملة، وعلاوة على ذلك، فإن القانون الذي ينسب السند التعاقدي إلى إبرامها قد لا يؤدي بالضرورة إلى وجود سند حقيقي يربط العقد بمكان التعاقد.[1]

ثالثا: ضابط قانون محل تنفيذ العقد

ينص ضابط قانون محل التنفيذ على أنه يتم إسناد العقد لقانون الدولة محل تنفيذه على أساس أن العقد يرتب آثاره داخل اقليمها وبالتالي يخضع لقانونها، كما أن مصالح المتعاقدين والغير تظهر في هذه الدولة، أي أن العقد يستند الى مكان ظهور عناصره المادية في العالم الخارجي، وكان أول من أشار إلى هذا هو الفقيه الألماني سافيني[2] ، وهذا ما تتبناه الاتجاهات القانونية الحديثة في القانون الدولي الخاص.

الا ان وبالرغم من المزايا التي يمنحها تطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد، فإن بعض الصعوبات تظهر في مجال التجارة الالكترونية، ذلك أن محل عقد التجارة الالكترونية يقع أحيانا على موضوعات غير مادية كبرامج الحاسوب او التطبيقات او برامج التشغيل وغيرها او خدمات التي تبرم عقودها وتنفّذ في الفضاء الافتراضي وبالتالي فإن فرصة توطين هذا العقد بالاستناد الى محل تنفيذه يعتبر صعبا إن لم نقل مستحيلا[3].

---

[1] – محمد بلاق، "**ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكّمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016، ص 175 و176

[2] –**فريدريش كارل فون سافيني**: بالألمانية: **Savigny** Friedrich Carl von ولد في 21 فبراير، 1779– وتوفي في 25 أكتوبر، 1861، وهو فقيه ومؤرخ قانوني ألماني. كان أستاذا للقانون الروماني بجامعة هومبولت في برلين (1810–1842)، وكان أول مدير لها. له الكثير من الآراء القانونية في القانون الدولي الخاص، كما خلف العديد من المؤلفات.

[3]– محمد بلاق، **المرجع نفسه**، ص 176

الفرع الثاني: صعوبة الاعتماد على ضوابط الإسناد الشخصية

حرصا من التشريعات العالمية على توطين العقد في ظل صعوبة تطبيق ضوابط الإسناد القائمة على عنصر المكان، جعلت ضابط الإسناد الشخصي يظهر كضابط إسنادٍ احتياطي، يقوم على الجنسية المشتركة للمتعاقدين يطبّق بالأولوية على ضابط مكان إبرام العقد، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني.

ان احتمال ان تتحد جنسية المتعاقدان في مجال العقود التجارية والمعاملات المالية ذات الطابع الدولي احتمال ضئيل جدا ان لم يكن غير قابل للتحقيق، اضافة الى ان الصلة بين القانون المختص والعقد القائمة على هذا الاساس ضعيفة جدا، كما ان الاعتداد بهذا الضابط الشخصي يُوجب التحقق أولا من هوية الأطراف وتحديد اماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد وهذا ايضا صعب في البيئة الرقمية [1].

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بضوابط الإسناد المرن (التركيز الموضوعي)

ان امكانية تهرب المتعاقدين من القانون الاصلي الواجب التطبيق على علاقتهم العقدية، وكذا الطبيعة الخاصة للعقود المبرمة الكترونيا كعقود نقل التكنولوجيا وكذا طبيعة طرفي العقد من حيث الخبرة الفنية والقوة الاقتصادية، جعل إمكانية إسناد عقود التجارة الإلكترونية بضوابط جامده او مادية قاصرةً وغير مجدية في غالب الأحيان. لذلك توجه الفقه الى اعتماد نوع اخر من الضوابط يرتكز اساسا على موضوع العقد، وبالتالي تكون ضوابط الإسناد فيه مرنة، تستند الى المكان الأكثر صلة بالعقد او بمكان إقامة المدين بالأداء المميز في العقد[2].

[1]– بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص 167

[2] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **المرجع نفسه**، ص 168.

الفرع الأول: صعوبة التركيز الموضوعي طبقا للمكان الأكثر صلة بالعقد

إن منهج التركيز الموضوعي طبقا للمكان الأكثر صلة به، ترتكز أساسا على ربط العقد بالمكان الأكثر ارتباطًا به، باعتبار أن الإرادة الضمنية للأطراف لا تعيّن القانون الواجب التطبيق على العقد، وإنما تركّزه في مكان معين فقط يتناسب مع موضوع العقد وظروف إبرامه، وإذا كان تركيز العلاقة التعاقدية يأخذ هذا الشكل فان القانون الذي يطبق هو القانون الذي اختاره أطرافه.

يتم تحديد القانون الأكثر صلة بالعقد لتوطين العقد إما من طرف المشرع أو القاضي، حيث أن المشرع يمكنه تحديد المكان الأكثر صلة بالعقد باعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية يتمثل في قانون العقد، أو عن طريق تخصيص ضابط إسناد لكل طائفة معينة من العقود الدولية.

اما إذا تركت المسائل للقاضي لتركيزها موضوعيا، فإنه سيدرس في كل حالة على حدة بحثا عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد وفقا لإجراءات وظروف التعاقد.

رغم مرونة المنهج القائم على تحديد القانون الواجب التطبيق انطلاقا من المكان الأكثر ارتباطا بالعقد على العقود الدولية التقليدية، والذي حسب رأي الدكتور صالح منزلاوي يجب أن يكون ضابطا احتياطيا يورده المشرع كقرينة قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلةً بالعقد، إلا أنه لا يمكن التعويل عليه في مجال العقود الإلكترونية، ذلك أنه من الصعوبة بمكان تركيز العقد الالكتروني على اساس روابط مكانية ثابته، لأنه يمتاز بصفه رئيسيه انه يبرم وقد ينفذ احيانا في بيئة رقمية ويكون موضوعه او محله اصلا الكترونيا، وبالتالي تغيب فيه الصفة المادية التي يمكن الاعتماد عليها وربطها بالمكان الأكثر صلة به[1].

[1] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص 168

الفرع الثاني: صعوبة التركيز الموضوع طبقا لفكرة الأداء المميز

ان سكوت أطراف العلاقة التعاقدية عن تحديد القانون الذي يخضع له عقدهم يجعل مهمه القاضي في حاله نشوب نزاع، امام ازمه ايجاد ضابطٍ يمكن الاستناد اليه لتركيز الرابطة التعاقدية، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها. وهذا ما ينطبق ايضا على العلاقات التعاقدية الناشئة في الوسط الافتراضي بمناسبة التجارة الإلكترونية التي غزت العالم واحدثت انواعا جديده من الاساليب التعاقدية. يعرّفه بعض الفقهاء على أنه: "الأداء المتميز للعقد بأنه القدرة على وصف العقد وتمييزه عن العقود الأخرى".[1]

يقوم هذا الضابط على فكرة تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الرئيسي فيه، فقد تتعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن واحدا من هذه الالتزامات يكون هو جوهر العقد ويميزه عن غيره، ومن هذا المنطلق، يجب الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق عن العقد بكامله[2] .

من المزايا التي يمنحها الاعتماد على ضابط الإسناد الذي يرتكز على الأداء المميز للعقد، العلم المسبق به ومرونته وملائمته لكل طائفة من العقود، بالإضافة الى خاصية الثبات التي يتصف بها، واحترامه لتوقعات الأطراف عن طريق إخضاع العلاقة التعاقدية لقانون المحل الملائم لطبيعة كل عقد.[3]

وتختلف فكرة الأداء المميز عن نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي كونها إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد، فهو ليس فضفاضا، وإنما هو إسناد مقيّد يقوم على افتراض أنّ محلّ المدين بهذا الأداء وهو ما يضمن لأطراف العقد ما يطمحون إليه من الأمانة القانوني، ويعطي للمعاملات التجارية قسطا من

---

[1] – محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، مذكره تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعه ابو بكر بلقايد، تلمسان، سنه 2011، ص 58

[2] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 336

[3] – محمد بلاق، "**ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكّمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016، ص177

الاستقرار فيما يتعلق بالقوانين التي تحكم الروابط العقدية. المدين بهذا الأداء وهو ما يضمن لأطراف العقد ما يطمحون إليه من الأمان القانوني، ويعطي للمعاملات التجارية قسطا من الاستقرار فيما يتعلق بالقوانين التي تحكم الروابط العقدية

عنها أيضا في كون فكرة الاداء المميز تقوم على أساس الطبيعة الذاتية للرابطة العقدية ومنه فإنه لا دخل للأطراف في تحديد القانون الذي سيحكم عقدهم. ويتصف التركيز على هذا الأساس حسب جانب من الفقه على معايير موضوعية خالصة.[1]

بالرغم من أن الفقه الغالب في مجال التجارة الإلكترونية دعا الى اعتماد نظرية الأداء المميز في معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقات الدولية وأحكام القضاء في أغلب الدول، الا ان من الصعوبة بمكان انطباقها في جميع الحالات على العقود التجارية الالكترونية، خاصة وأنها تقوم على أساس جغرافي لا يتناسب مع طبيعة المعاملات الالكترونية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية.

فمن جهة، قد يؤدي إسناد العقد الدولي اعمالا بهذه النظرية لقانون الطرف الاقوى فيه، وبالتالي تكون مصلحة الطرف الضعيف في خطر إذا ما كان قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو القانون الواجب التطبيق على العقد، فقد اعتمدت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية محل الاقامة المعتادة الطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز او مقر نشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد رئيسي يقوم على أساسه تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. وهذا ما تفتقر اليه عقود التجارة الإلكترونية.

ومن جهة أخرى، في حالة ما كانت الوسيلة الإلكترونية التي تم بواسطتها إبرام العقد ليست وسيلة اتصال أو تفاوض حول بنود العقد فقط، وإنما وسيلة لتنفيذه ايضا، لأنه لا يمكن نسبه إلى إقليم دولة معينة تم فيها التنفيذ، بسبب البيئة الافتراضية غير المادية التي تم تنفيذ العقد من خلالها، إلا أنه من الصعب إسناد العقد إلى قانون معين يحكمه إذا اتصل فيه العقد المبرم عن طريق الانترنت بكافة الدول لاتصال الانترنت بها في الوقت نفسه. [2]

[1] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، ص 338.

[2] – محمد بلاق، "**ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكّمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016، ص178 و179

خلاصة الفصل الأول:

نخلص من خلال ما استقرأناه في الفصل الأول، إلى أنه يمكن القول إن التجارة الالكترونية، والتي تُبرم بمناسبتها عقودٌ في البيئة الرقمية، تخلق صعوبات جمّة مازالت التشريعات العالمية قاصرة على احتوائها، ذلك نظرًا للخصوصية التي تتميز بها.

كما أن وجود عنصرٍ أجنبي يجعل العقد دوليًا ويطرح مسألة تنازع القوانين، فإن قام المتعاقدين بتحديد ارادتهم سواء الصريحة أو الضمنية عن القانون الذي يريدون تطبيقه على علاقتهم التعاقدية التي تتم عبر وسائط الكترونية، فهذا وإن ساعد القاضي على حل مشكلة القانون واجب التطبيق، إلا انه يخلق مشكلة التأكد من هوية وأهلية وصحّة إرادة الأطراف.

كما أنّ النظم القانونية تتباين من حيث تبنّيها الإرادة الضمنية كسند يُعتمد عليه لتحديد القانون الذي يخضع له العقد، محتجّةً بأنه لا يمكن ضبط مؤشرات واضحة لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف خلال إبرامها للعقد، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الطبيعةَ المميزة للعقود الإلكترونية.

إلا أن التشريعات، تفاديا لبقاء العقود الالكترونية بدون إسناد، أوجدت ضوابط اخرى تعتمد على عنصر المكان لإسناد الرابطة العقدية، كضابط قانون الموطن المشترك، قانون محل إبرام العقد أو قانون تنفيذ العقد، ولكنها ضوابط إسناد جامدة يصعب تطبيقها على عقود الكترونيه قد تختفي فيها الصفة المادية للعقد انطلاقا من مكان إبرامه ثم إلى محله ثم إلى طريقة تنفيذه.

لذا اتجهت بعض الدول الى اعتماد ضوابط اسناد المرنة تقوم أساسا على التركيز الموضوعي للعقد، كفكرةٍ أولى، إسناد العقد طبقا للمكان الأكثر صلة به وهذا أيضا خلق مشاكل اخرى، وفكرة ثانية تعتمد على مبدأ الأداء المميز كسندٍ موضوعي لإسناد العقد المبرم بمناسبة التجارة الإلكترونية يقضي بنسب العقد إلى قانون المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الجوهري للعقد ، إلا أنّ هذا أيضا واجه مشاكل باعتبار العقود الالكترونية قد تنفّذ في البيئة الرقمية حينما يتعلق الأمر بمحل الكتروني للعقد كبرامج التشغيل أو التطبيقات الرقمية و غيرها

الفصل الثاني:

الحلول المقترحة لإشكال تحديد القانون واجب التطبيق

الفصل الثاني: الحلول المقترحة لإشكال تحديد القانون واجب التطبيق

إن قواعد الإسناد تلعب دورا فعالا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية وفي حل المنازعات التي تثار بين أطراف العلاقة التعاقدية التي تتسم بالدولية، ثمّ إن التجارة الالكترونية وفي غياب قواعدَ مادية تكفل الإحاطة ببيئتها الرقمية وخصائصها المتداخلة، تطرح نوعا جديدا من المشاكل، اختلفت التشريعات العالمية في طرق مواجهتها، لهذا نادى جانب من الفقه بضرورة جعل قواعد الإسناد التقليدية تتكيف وتتماشى مع ما تقتضيه التجارة الالكترونية من اجل تجاوز مختلف الصعوبات التي تواجهها.

وينادي الجانب الآخر من الفقه، بضرورة استحداث قانون موضوعي جديد مستقل تحتكم إليه التجارة الإلكترونية[1]، يتناسب مع الطبيعة الافتراضية والتي تفتقد، في غالب الأحيان، لعنصر المكان، وهذا تحديدًا ما كان يشكّل مشكلة عويصة لضبط اسناد العقد وتحديد القانون الذي يحكمه.

سنعرض في هذا الفصل من بحثنا، بعض الحلول المقترحة لمواجهة المشاكل التي تقف في وجه إسناد الرابطة العقدية المبرمة بمناسبة التجارة الالكترونية، والتي قد تعيق عمل القاضي إذا ما استند على قواعد الإسناد في المنهج التنازعي الذي يحكم التجارة التقليدية، والذي كان ولا يزال، يواجه بعض الصعوبات في تطبيقها حتى على إشكالات التجارة بشكلها التقليدي المادي البسيط. حيث سنتناول في المبحث الأول محاولة تكييف قواعد الاسناد التقليدية مع واقع التجارة الالكترونية، مقترحين حلولا لمشكلات التحقق من الإرادة وطرق الإثبات (المطلب الأول) وكذا حلولا مقترحة لمشكلات ضوابط الاسناد الاحتياطية (المبحث الثاني)، ثمّ في المبحث الثاني سنتطرق للقانون الموضوعي المستقل والطرق البديلة لفض منازعات التجارة الالكترونية في مطلبين متتاليين.

[1] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص169

المبحث الأول: محاولة تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع واقع التجارة الالكترونية

لقد أصرّ أنصار منهج قواعد الاسناد على تطبيقه على عقود التجارة الالكترونية بعد دراستهم وتحليلهم للمشكلات التي تواجهه في البيئة الرقمية، محاولين إعطاء حلول تتناسب مع العقود التي تبرم في عالم افتراضي، بتكييف قواعد الاسناد التقليدية على هاته البيئة.[1]

تمّ اقتراح حلول للمشكلات التي تواجه عقود التجارة الالكترونية في مجال التحقق من الإرادة والمتعلقة بالإثبات (المطلب الأول)، وكذا حلولٍ لمشكلات ضوابط الإسناد الاحتياطية.

المطلب الأول: الحلول المقترحة للمشكلات الإرادة والإثبات

إن ابرام اي عقد يستلزم أن تتوافق إرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية لإحداث التزامات تقع على عاتق كليهما، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يمكن أن يبرم العقد بواسطة حواسيب آلية تعمل دون تدخل إنساني مباشر في اكمال العقد، حينما يتم برمجتها على استلام وارسال الرسائل الالكترونية لصالح شخص ما، وهذا ما يطرح مشكلة إلى من تنسب الإرادة، وكيفية التحقق من إرادة المتعاقدين[2].

إلا أنّ الفقه أوجد حلولا للتحقق من هوية أطراف الرابطة العقدية ومن إرادتهم في التعاقد، واقترح أساليب جديدة لطرق الإثبات.

---

[1] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص169

[2] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص373

الفرع الأول: الحلول المقترحة للتحقق من صحة الإرادة والهوية

لقد انقسم الفقه الى ثلاثة أقسام من حيث الاقتراحات التي جاؤوا بها للتحقق من صحة إرادة المتعاقدين، يرى الاتجاه الأول إلى اعتبار الوسائط الالكترونية كالحاسوب وتبعاته شخصية قانونية تتمتع بالأهلية للتعاقد، وهذا يستلزم بالضرورة وجود نص قانوني صريح يشير إلى إدراج الحاسوب ضمن الأشخاص الاعتبارية أو المعنوية، إضافة إلى أنّ الشخصية القانونية ترتبط بالذمة المالية، والحاسوب –طبعا– لا يملكها، ما يعني عدم أهليته القانونية للتعاقد.[1]

أما الاتجاه الثاني فقد مال الى اعتبار الحاسوب نائبًا عن المتعاقد يقوم بإبرام العقود باسمه ولحسابه، وهذا أيضا يستلزم تعبير النائب عن ارادته عند ابرامه للعقد وهذا مالا يتحقق في الحاسوب، فالحاسوب مجرد آلة تم برمجتها لا تملك أية إرادة.

فيما ذهب الاتجاه الثالث من الفقه إلى اعتبار الحاسوب، كأمثاله من الوسائل الالكترونية، مجرد وسيلة اتصال دوره يقتصر على نقل إرادة طرفي العقد، وهو بهذا يفتقد الى الإرادة الذاتية، وبالتالي يتحمل المتعاقد تبعات أخطائه في تشغيل البرنامج الالكتروني الذي قام بإبرام العقد، إضافة الى الأخطاء الناتجة عن هذا التعامل، سواء الحسابية او المادية.

إنّ القانون النموذجي لليونسترال في شأن التجارة الالكترونية أخذ برأي هذا الاتجاه الثالث، واعتبر الحاسوب مجرد وسيلة يتم من خلالها ابرام العقود، حيث جاء في نص المادة 13 منه ما يلي:

"تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه،

بالعلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات،
- او من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا"[2].

---

[1]– صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص374 و375.

[2] – صالح المنزلاوي، **المرجع نفسه**، ص376

وللتحقق من هوية طرفي العلاقة التعاقدية وإرادتهما، أثبتت الدراسات الأكاديمية والعملية أنّه يمكن تحديدها إذا ما تمّ اتفاق الطرفين، أي مُنشئ رسالة البيانات الإلكترونية ومستقبلها أي المرسل إليه، على رمز أو شيفرة يتم وضعها على الوثيقة محل التعاقد، أو باستخدام وسيط يقوم بالاستيثاق من هويتهم عن طريق كلمة مرور، يقترن استخدامها بشخص المتعاقد، كما أن المفتاح السري و المفتاح العلني يعتبران ضمانة لتحديد هوية المتعاقد الحقيقية حينما يقوم المرسل بالتوقيع على الوثيقة بمفتاحه السري، ويقوم المرسل اله بالتحقق منها بتطبيق المفتاح العلني.[1]

كما أنّ اعتماد التوقيع الالكتروني كبديلٍ للتوقيع التقليدي يمكن أن يحلّ مشكلة التحقق من هوية الطرفين، وتدخل هنا أهمية التزام مقدمي خدمة التوثيق كجهة محايدة تضمن صحة التوقيع الذي يأتي في رسالة البيانات المرسلة من الأطراف، كما يجب على هذه الجهة أيضا أن تبذل عنايةً لكي تضمن صحة البيانات الجوهرية التي تأتي فيها طيلة مدتها، ويقع على عاتقها ضمان الاهلية القانونية للتعاقد للموّقع.[2] كما يُلزم مؤدي الخدمة بإتاحة اسمه وعنوانيه الجغرافي والالكتروني واسم السجل التجاري المقيّد به و رقمه، إضافة الى أي معطيات تساهم في التحقق من هويته.[3] والتوقيع الالكتروني يتيح فرصة التحقق من شخصية صاحبه بشكل معتاد في كل مرة يستخدم الرقم السري.[4]

[1] –بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص 169

[2] –عبد الوهاب مخلوفي، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 227

[3] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 382.

[4] –نجية بادي بوقميجة، "**إثبات العقد الالكتروني**"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، الجزء الثاني، العدد الثاني، جوان2017، ص362.

الفرع الثاني: الحلول المقترحة المتعلقة بطرق الإثبات

إن من أهم المشكلات التي واجهت العقود المبرمة بمناسبة التجارة الإلكترونية الدولية هي مشكلة إثباتها، لذلك يرى الفقهاء والباحثون القانونيون وكذا المشرعون الوطنيون والدوليون، بأن حل هذه العقبة يكون باعتماد المحررات الإلكترونية كدليل للإثبات بديلا عن المحررات التقليدية.

يعرّف المحرر الإلكتروني على أنه: "ذلك المحرر الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه"[1].

ويشترط في المحرر الالكتروني أن يكون محررا من طرف موظف عام أو شخص خاص مكلف بخدمة عامة يضطلع بالاختصاص في تحرير هذه الورقة لإعطائها القوة القانونية التي تجعلها ذات حجية، يراعى فيها الشكل الذي يشترطه القانون لصحتها[2].

وتسعى التشريعات العالمية لجعل المحررات الالكترونية تساوي في حجيتها المحررات التقليدية، فالمشرع الجزائري، على سبيل المثال، مشى في نفس النسق، إذ نصت المادة 323 مكرر1 من القانون المدني على: " يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدّةً ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

والكتابة هنا أوسع من فكرة المحررات، سواء التقليدية أو الالكترونية، لا تأخذ شكلا معينا ولا تشترط توقيعا، وتعرّف على أنها تلك الرموز التي يمكن رؤيتها، تعبّر عن فكر أو قول، يمكن أن تكون بأية لغة وأن تتم بأية وسيلة.[3]

وحتى تكون الكتابة مقبولة كدليل للإثبات، يُشترط أن تكون مقروءة، أي أن يكون المحرر مدونًا بحروف او رموز ذات دلالات قابلة للفهم، وينصب مضمونها على الواقعة التي يُراد اثباتها للاحتجاج بها في

---

[1] – نضيرة قماري بن ديدوش، زواوية لعروي، "**حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات**"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2016، ص 426

[2]–نضيرة قماري بن ديدوش، زواوية لعروي، **المرجع نفسه**، ص 427-429

[3]– ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الالكتروني**، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009, ص ص111،109.

مواجهة الغير، وان يسهل الاطلاع عليها خاصة وانّ الكتابة بالشكل الرقمي تستلزم وجود دعامة الكترونية، وهذا ما يفرض ان تتميز بالثبات، أي ان تحفظ بشكل مستمر ولمدة طويلة، وأن تكون في مأمن من التحريف او التعديل.[1]

وباعتبار أن العقود الالكترونية تبرم بمناسبة التجارة الدولية، فإن الاعتراف الفرد بالبيانات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات قد لا يكون كافيا، فإن من الضروري توحيد الحلول من خلال تحقيق التناسق بين الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية وتوسيع نطاقها لكي تمنح طرق الإثبات بالتجارة الالكترونية القيمة القانونية نفسها التي تحظى بها التجارة الدولية التقليدية[2].

المطلب الثاني: الحلول المقترحة لمشكلات ضوابط الإسناد الاحتياطية

نظرا للخصوصية التي تبرم بها العقد في التجارة الالكترونية، واجه صعوبات في تطبيق الضوابط الإسناد الاحتياطية، فهي تعتمد أساسا على البعد الجغرافي للعقد، والذي يكاد يغيب فيه، أو على الأقل يصعب تحديده كما أشرنا سالفا، لذا تمّ اقتراح بعض الحلول تذلل صعوبات تحديد مكان ابرام وعقد ومكان تنفيذه.

الفرع الأول: الحلول المقترحة لتحديد مكان إبرام العقد في العقد الالكتروني

بما أنّ لعنصر مكان إبرام العقد أهميةً كبيرة في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المبرمة في الواقع الافتراضي وفق منهج تنازع القوانين،

اتجهت جهود الباحثين القانونيين نحو وضع مقترحات لمواجهة عقبات تحديده مع مراعاة خصائصه وسماته.

---

[1] –آمال حابت، **التجارة الالكترونية في الجزائر**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، التخصص حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 85.

[2] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص170.

ظهرت عدة اتجاهات أتت بنظريات تحاول ضبط مكان إبرام العقد، فالاتجاه الأول يعتمد أساسا على فكرة إعلان القبول، ويرى أن تحديد مكان إبرام العقد يتم في اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالةً الكترونية تتضمن قبوله، الا ان هذا يعتبر غير كافٍ، لأن القابل وحده من يختص بهذا العمل، ومنه سيكون صعبا على الموجب إثبات أن القابل حرر الرسالة التي تتضمن القبول ما دام أنه لن يكون للقبول أي أثر على الحاسوب الخاص بالقابل.[1]

أما الاتجاه الثاني فيركز على أن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يقوم فيه القابل بالضغط على المفتاح المخصص للقبول من اجل ارسال قبوله الى الموجب، وبالتالي يتمسك أنصار هذا الاتجاه بأن العقد يتكون لحظة اتخاذ المرسل إليه قرار القبول وارساله الى الموجب، وقد أخذ بهذا القانون الألماني وقانون مقاطعة الكيبيك الكندية، إلا أنه يعاب عليها انها اغفلت مصلحة الموجب وحملته مخاطر تتعلق بالعيوب الفنية التي بالإمكان ان تلحق الرسالة الموجهة اليه إلكترونيا، في الوقت الذي كان يجب أن يتحملها القابل لأنه هو من اختار الانترنت وسيلةً لإرسال قبوله الى الطرف الاخر مع علمه ، فرضا، باحتمال عدم وصولها في الوقت المحدد[2].

في حين اعتمد الاتجاه الثالث على نظام تسليم القبول، أي أن العقد يبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب قرار القبول من المتعاقد الآخر الذي يوجه اليه الايجاب، حتى وإن لم يطلع عليه، كأن تدخل رسالة القبول في صندوق البريد الإلكتروني على الجهاز الخاص بالموجب أو لحظة تسلم الرسالة بواسطة متعهد الدخول الخاص بالموجب حينما لا يكون الاتصال مباشرة.

ونجد اتفاقية **الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع**[3] أخذت بهذا، حيث نصت المادة 18 منها في فقرتها الثانية على أنه: "يحدث القبول من اللحظة التي يصل فيها الى الموجب ما يفيد الموافقة،

---

[1] – صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 411.

[2] – صالح المنزلاوي، **المرجع نفسه**، ص 412.

[3] – **اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع**: عرضت للتوقيع في 23 أيار/مايو 1969ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/يناير 1980، الغرض من هذه الاتفاقية هو توفير نظام حديث وموحّد ومنصف بشأن إبرام عقود البيع الدولي للبضائع. وبالتالي تسهم إسهاما كبيرا في إضفاء طابع اليقين على عمليات التبادل التجاري وخفض تكاليف المعاملات.

ولا يحدث هذا القبول أثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها، أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط، على أن يؤخذ بالاعتبار ظروف الصفقة وسرعة وسائل الاتصال التي استخدمها الموجب، ويلزم قبول الإيجاب الشفوي في الحال، ما لم يتبين من الظروف خلاف ذلك".

لقد جاء تعريف وقت ومكان إنشاء العقد في الاتفاق الأوروبي النموذجية التبادل الالكتروني للبيانات على "الذي تم باستخدام رسائل البيانات مبرما في المكان والزمان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا للإيجاب بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات إلى نظام حاسوب مقدم الإيجاب "

ويظهر أنّ هذا الرأي قد أيدته الاتفاقيات العالمية، الا انها ربما لا تتفق مع جميع صور القبول التي تصدر من الطرف الآخر الموجه إليه الايجاب.

أما الاتجاه الرابع فقد رأى بأنّ زمان ومكان العقد يتحددان في اللحظة التي يطّلع فيها الموجب على بريده الإلكتروني الذي يتضمن رسالة القبول، ويعتمد اساسا على علم الموجب بقبول الطرف الاخر، وهذا ما يضمن مصلحته باعتباره البادئ بالتعاقد، وهو الذي يحدد مضمون العقد ويعين شروطه وبالتالي فمن الطبيعي أن يحدد زمان العقد ومكانه، فإذا لم يفعل، فمن باب العدل ان تكون الارادة المفروضة عليه مطابقة لمصلحته إذا لم يتفق الطرفان على ما يخالف ذلك.[1]

وهذا الاتجاه يتماشى مع التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا إذا وصل الى علم من وُجّه إليه على نحو يمكّن العلم بمضمونه، والعلم هنا علم حقيقيّ وليس لا حكميًا ولا افتراضيا، وغير هذا يعتبر في إطار تسلم الإيجاب دون العلم بمضمون.

الا ان فكرة تحديد مكان إبرام العقد على هذا الأساس قد تخضع، أكثر من اللازم، لمصلحة الموجب، خاصة وأنّ القبول يصله دون تدخل القابل، مما يتيح له فرصة تعديله أو تغييره لصالحه.[2]

[1]- صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 412.

[2] - خالد ممدوح ابراهيم، **ابرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 379.

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لتحديد مكان تنفيذ العقد في العقد الالكتروني

إنّ تحديد مكان تنفيذ العقد يعتبر ركيزة من راكز اسناد العقد في عقود التجارة الدولية، إلا أن التشريعات العالمية لم تتضمن حلولا واضحة للمشاكل التي تواجهه حينما يراد تطبيقه على عقود التجارة الالكترونية، لذا حاول جانب من فقهاء القانون إيجاد حل لها قياسا على بيع البضائع، واعتبروا أنّ مكان تنفيذ العقد هو المكان الذي يتم فيه تسليم الأشياء والخدمات. وهذا لا صعوبة إدا ما تعلق محل العقد بتسلم أشياء ملموسة، حيث يمكن أن يتم التعاقد الكترونيا على أن يتم تنفيذ العقد وتسلم محله ماديا خارج المواقع الإلكترونية، ومما هو متفق عليه اليوم، إذا لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى مكان آخر، أن يكون التسليم في مكان المشتري، خاصة في حالة التعاقد عن بعد: كالشراء عبر الانترنت، حيث نادرا ما يشتري شخص ما سلعة عبر الانترنت ثم يذهب بنفسه لتسلمها.[1]

أما العقود الإلكترونية التي يكون محلها خدمات أو أشياء افتراضية غير مادية فلا يمكن إسقاط القياس عليها، لأن التسليم غير ممكن خارج العالم الافتراضي كعقد تقديم الاستشارات القانونية أو الطبية على الخط أو بيع برامج الحاسوب...وفي هذا الأخير مثلا، فإذا كانت البرامج مهيئة او جاهزة للبث مباشرة، فإن مكان تنفيذه هو مكان الحاسوب الذي قام بالبث او التحميل، اما اذا كانت مجموعة العمليات التي يجب القيام بها لإتمام عملية التحميل، فمكان تنفيذ العقد هو مكان الحاسوب المرسل اليه البرنامج الذي تم تحميله، اما اذا كان المشتري على اتصال مباشر بالإنترنت، فمكان التنفيذ هو مكان المستضيف[2] .

---

[1] – نور الدين يوسفي، الياس بروك،" **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولي على عقود التجارة الالكترونية**"، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة المفكر، العدد 13، ص266

[2] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص171.

المبحث الثاني: القانون الموضوعي المستقل والطرق البديلة لفض منازعات التجارة الالكترونية

إنّ التجارة الإلكترونية الدولية، أفرزت معطيات جديدة أصبح من الصعب التعامل معها باستخدام الوسائل القانونية التقليدية التي تفصل في تحديد ضوابط إسناد العقد وبدا من الضروري ايجاد اساليب تتماشى مع الطبيعة الخاصة التي تتمحور حول البيئة الافتراضية التي يبرم فيها هذا النوع من الروابط العقدية.

مما جعل جانبا كبيرا من الفقه يفكر في إنشاء قانون موضوعي عالمي يتحرر من القوانين الوطنية ويستجيب لخصوصيات التجارة الإلكترونية، معتمدا على العرف التجاري الدولي، وبالتالي يكفل حرية الأطراف (المطلب الأول).

كما أن نشوب نزاعات حول هذا العقد الرقمي، يجعل الجانب التشريعي والقضائي في ورطة، مما يستدعي وجود أساليب بديلة لفض هذه النزاعات بسرعة وسهولة دون الحاجة الى العودة الى القضاء التقليدي الذي يتسم بطول الإجراءات وتعقيدها وهذا ما لا يتمشى مع سرعة التبادلات التجارية الإلكترونية ذات الطابع العالمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية القانون الموضوعي المستقل

حينما عجزت قواعد الإسناد التقليدية عن مواجهة مشكلات القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة الكترونيا، بات إيجاد قانون يحكم العلاقات التي تتسم بطابع الدولية أمرا ضروريا، كقانونٍ موضوعيّ يحتوي على حلول تنظيمية مباشرة ومستقلة عن القوانين الوطنية (الفرع الأول)، والنظر إذا ما كان سيستجيب لمتطلبات التجارة الالكترونية الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم القانون الموضوعي

يعتبر القانون الموضوع الالكتروني الدولي كيانا قانونيا موضوعيا يختص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت، وهو يعتبر نظيرا للقانون الموضوعي للتجارة الدولية التقليدية، وهو مجموعة من العادات والممارسات

المقبولة التي تنشأ في مجتمع افتراضي قامت المحاكم ومستخدميه الشبكة وحكومات الدول لتطوير تكنولوجيات الإعلام والاتصال، اذًا هو قانون يلبي احتياجات مجتمع يقوم أساسا على السرعة في التعامل بواسطة بيانات رقمية يتم بها المعاملات، وتتعدد تسميته فنجد من يطلق عليه "القانون الالكتروني" او "قانون المعلوماتية "قانون الافتراضي" أو " القانون الرقمي"، "القانون الموضوعي للأنترنت "او "قانون التجار الرقمي"، "القواعد المادية للتجارة الإلكترونية "،كما أنه يملك خصائص مختلفة عن تلك القوانين التي تطبق في مجال التجارة الدولية التقليدية.[1]

أولا: تعريف القانون الموضوعي

لقد وضع فقهاء القانون عدة تعريفات للقانون الموضوعي، فقد عرفه البعض على أنه" القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الالكترونية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد الموضوعية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن" ، وعرفه البعض الآخر على أنه:" مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرا للروابط القانونية التي تتم عبر الانترنت، تمييزا لها عن القواعد المادية الحاكمة للتجارة الدولية، وكذا عن القواعد المادية الوطنية التي تحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريقة مباشرة "،كما وضع له جانب آخر من الفقه التعريف التالي:" هو مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الالكترونية ".[2]

وانطلاقا من التعريفات السالفة الذكر يمكن القول بأن القانون الموضوعي هو مجموعة القواعد التي تنشأ تلقائيا وتكون ذاتَ طبيعةٍ موضوعية خاصة تحكم الروابط القانونية التي تتم عبر شبكات الانترنت، والتي ساهمت في تشكيلها المنظمات الدولية والاقليمية واجتهادات المشرعين الوطنيين، إضافة إلى ممارسي التجارة العالمية.

[1] – ناصر حمودي، **نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج القوانين، وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل**، مجله المعارف، المجلد 3، العدد الخامس، ديسمبر 2008، ص166

[2]–ناصر حمودي، **المرجع نفسه**، ص 167.

ثانيا: خصائص القانون الموضوعي الالكتروني

يرى الفقهاء أن قواعد القانون الموضوعي الالكتروني مستنبطة أساسا من الميدان التعاقدي ذو الطبيعة الرقمية، حيث يصعب تصور أن التشريعات الوطنية أو المعاهدات الدولية تستطيع تغطية العلاقة الالكترونية من كل جوانبها، لاتصافها بالحركة والسرعة، وبالتالي لا يمكن تنظيمها إلا بواسطة المتعاملين في هذا المجال، فهُم أكثر درايةً بالطريقة التي يمكن أن يتم تنظيم العلاقات الناشئة بينهم بما يناسب حاجاتهم.[1] وقواعد القانون الموضوعي الالكتروني تمتاز بالخصائص التالية:

1. **طائفي ونوعي** : رأى أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني أن الطبيعة الخاصة التي تميز العالم الافتراضي لا تتماشى مع تطبيق قواعد قانونٍ وطنيةً، لأنها قواعد تم وضعها لتحكم معاملاتٍ مادية ملموسة، لكن البيئة المعلوماتية لها معطياتها الخاصة التي تقتضي وجود قواعد تتناسب معها، تكون موجهة لفئة خاصة تسمى "متعاملي الانترنت"، وبالتالي يعتبر قانونا طائفيا يحكم فئة خاصة، وهو قانون نوعي، حيث أن قواعده لا تنظم إلا نوعا معينا من المعاملات التي تنشأ بمناسبة التجارة الإلكترونية والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، والمسائل التي تتم الكترونيا، كما أنّ له نظاما مؤسسيا وأدوات وأجهزة وله قضاؤه الخاص الافتراضي[2].
2. **قانون تلقائي النشأة** :ان طريقة نشوء هذا القانون تختلف عن القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية التي يتم إصدارها عن طريق هيئة رسمية يتطلب نشوؤها مجموعة من الشكليات والإجراءات الرسمية، حيث أنه لا يتصف بصفة الرسمية من حيث الجهة التي تصدره أو الطريقة التي ينشأ بها، فهو لا يصدر عن أي جهة رسمية مركزية، ولا تهيمن عليها أي سلطة دولية ولا تنظمه او توجه عمله، بل ينشأ تلقائيا وفقا للقواعد السلوكية للمتعاملين. وتنبثق قواعده أساسا من العادات والأعراف التجارية، وهي تتطور مع تطور المعاملات الالكترونية عبر الشبكة، الى

[1] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص172

[2] – ناصر حمودي، **نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج القوانين، وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل**، مجله المعارف، المجلد 3، العدد الخامس، ديسمبر 2008، ص166

أن تصير هذه العادات والممارسات بالنسبة للمتعاملين مع مرور الوقت في التجارة الإلكترونية، القانون العام المشترك الذي يلتزمون به.[1]

3. **قانون دولي موضوعي** :حيث انه ينظم فضاء افتراضيا عالميا مشتركا، ولا يخضع للقوانين الوطنية ولا للهيئات الدولية، بل طابعه الدولي يستمده أساسا من دوليّة المعاملات التي يحكمها كونها عابرة للحدود الجغرافية، وتربط بين أكثر من دولة في الوقت نفسه، تتضمن انتقال القيم الاقتصادية بينها. وهو موضوعي او مادي كونه يعطي الحل المباشر للنزاع دون الحاجة إلى قواعد أخرى، وهذا يختلف عن قواعد القانون الدولي الخاص التي لا تقوم بحل النزاعات مباشرة بل يستمد الحل منها[2] .

الفرع الثاني: تقييم القانون الموضوعي الالكتروني

إن القانون الموضوعي الإلكتروني يسعى إلى أن يقدم حلولا مادية مباشرة لا تستلزم المرور بقواعد الإسناد التقليدية، ولكن رغم شيوع استخدام قواعد هذا القانون في وسط المتعاملين الدوليين عبر شبكة الانترنت، الا ان الواقع العملي ظل يبعث على التشكيك في قدرة هذا القانون على حسم النزاعات التي تنشأ حول المعاملات الالكترونية الدولية.

فقواعد القانون الموضوعي للتجارة الالكترونية تفتقد صفة الإلزامية، مما يمنح الحق في اختيار الخضوع لنصوص معينة وتجنب الأخرى، مع ما يتوافق مع مصالح الأفراد المشتركة، لأنها وضعت انطلاقا من اتفاق بين المتعاملين في هذا المجال، اذًا هي ليست إلا قواعد سلوك وعادات اختيارية تفتقد لعنصر الاعتقاد بالالتزام، الذي يحوّل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فلا يمكن التصوّر في عالم التجارة الالكترونية ان أحد الاطراف يقوم بفرض جزاء على الاخر.

---

[1] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص172

[2] – ناصر حمودي، **نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج القوانين، وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل**، مجله المعارف، المجلد 3، العدد الخامس، ديسمبر 2008، ص176

يرى أنصار المجتمع الافتراضي أن الممارسات والقواعد التي تسود مجال التجارة الالكترونية، صارت تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، مما يطرح الكثير من التساؤلات حول قدرة هذا القانون على اعطاء حلول للعقبات التي تصاحب التجارة الإلكترونية، خاصة مع تزايد المعاملات عبرها،

مما استدعى الرجوع الى مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني والتي تعتبر الاتفاقيات التي تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الإلكترونية على رأسها، اضافة الى جهود لجنة الامم المتحدة للتجارة الدولية.

أما القوانين النموذجية فتجعل المجال مفتوحا أمام الدول لتنظيم واستكمال التفاصيل الإجرائية، فهي تضع الإطار العام فقط، ورغم اتساع نطاقه، الا أنه متأخر في مسألة معالجة بعض المشكلات الحديثة التي تفرزها سرعة تطور التعاملات الإلكترونية عبر الشبكة العالمية.

ومن الصعب التعويل على القواعد السلوكية التي يضعها المتعاملون عبر شبكة الانترنت والتي يحتكمون إليها بأنفسهم، كي تكون نظاما قانونيا موضوعا مستقلا للتجارة الإلكترونية، لأنها لا تتصف بالثبات، ولا يمكن التحقق من تكرار هذا السلوك أو ذاك نظرا للتطور السريع للتجارة الالكترونية مقارنة بسرعة تشكيلي القواعد العرفية.[1]

المطلب الثاني: آليات فض نزاعات التجارة الالكترونية

إنّ التجارة الإلكترونية أتاحت الفرصة للشخص أن يتعاقد مع أي شخص آخر في العالم على كرسيّ منزله، فقد أصبح التعاقد سريعا وسهلا ويخترق الحدود الجغرافية، إلا أن نشوء نزاعات حول العقود المبرة في هذا الوسط الرقمي، تجعل مسألة فضها أمام تحدي مجاراة هذه السهولة والسرعة في الفصل فيها.

مما جعل ظهور أليات تسويةٍ رقمية تساير ما تقتضيه حيثيات التجارة الإلكترونية الدولية أمرا حتميا.

وتتمثل هذه الآليات أساسا في التفاوض الالكتروني (الفرع الأول) الذي يجري بين الأطراف فقط، والوساطة الالكترونية (الفرع الثاني) التي تستوجب تدخل طرف ثالث محايد يحاول تقريب وجهات

[1] – بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجا)**، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02، 03 ديسمبر 2019، ص174.

النظر دون امتلاكه لأي قوة الزامية، وكذا التحكيم الالكتروني (الفرع الثالث) الذي يقوم فيه شخص او عدة اشخاص يمتلكون سلطة اصدار قرار ملزم بتسوية هذا النزاع.

الفرع الأول: التفاوض الالكتروني

التفاوض الإلكتروني هو آلية من آليات فض النزاعات التي توفرها مراكز تسوية المنازعات حيث يقوم كل طرف بإبداء وجهة نظره. إن عملية المفاوضة المباشرة تتم بين طرفي النزاع بالاتصال المباشر بينهما بواسطة اتصال هاتفي (ميكروفون-ميكروفون) من خلال الانترنت[1] او عن طريق صفحه تابعه لموقع لفض المنازعات الإلكترونية.

تبدأ عملية التفاوض بإرسال طرفي النزاع طلبا يبديان فيه رغبتهما في فضه بطريقة التفاوض، يتضمن الطلب الاسم والعنوان ورقم الهاتف والبريد الالكتروني، اضافة الى ملخص يعبر عن موضوع النزاع وأسبابه. يقوم مركز الوساطة الإلكترونية بتزويد المفاوضين باسم او رقم المرور للسماح لهم بالدخول لصفحة النزاع والتفاوض حول موضوعه من اجل الوصول الى حل، والمركز هنا لا يتدخل بينهما سواء توصلا الى حل النزاع أو لم يتوصلا.

ويقوم المركز بتحديد المدة التي يسمح فيها للأطراف بالتفاوض لا يمكنهم تجاوزها، وبانتهائها يقوم بإغلاق صفحة التفاوض إلكترونيا، ويمكن تمديد المدة إذا طلب الطرفان ذلك.

أما إذا قام أحد الطرفين فقط بإبداء رغبته وإرساله طلبا لمركز الوساطة، فان هذا الاخير يقوم بإرسال كتاب الى الطرف الاخر لمعرفة إذا ما كان يرغب في التفاوض المباشر أم لا، وذلك في فترة يحددها المركز، إذا لم يرد جوابا أو تم رفض طلب التفاوض، تنتهي عملية المفاوضات بشكل مباشر.

[1] - daniel Durman, **Relier le micro et le micro** : **un défi conceptuel et méthodologique pour nos recherches sur la négociation**, **n°10**,**2008**, **p 114**, **Article disponible en ligne à l'adresse** : https://www.cairn.info/revue-negociations-2008-2-page-107.htm (vue 05 juin 2022)

تتم عملية المفاوضة المباشرة عبر موقع الإلكتروني يتسم بالسرية الكاملة، ويوفر قنوات آمنة تجري الاتصالات من خلالها.

وفي حالة ما لم يتوصل الطرفان إلى حل لنزاع ما يمكنهما طلب اللجوء الى الوساطة الإلكترونية.[1]

الفرع الثاني: الوساطة الالكترونية

الوساطة بصفة عامة هي تدخل طرف ثالث محايد بين طرفي النزاع بهدف الوصول لتسوية هذا النزاع، وقد ينحصر دور الوسيط في إيصال عروض الأطراف لبعضهم البعض، أو أن يكون دوره فعالا وإيجابيا لا ينحصر فقط بتوصيل اقتراحات الأطراف بل تكون له صلاحية اقتراح صيغة لتسوية ثم يسعى لكسب موافقة الأطراف عليها.

والوساطة عبر الانترنت تواصل طرف ثالث محايد عبر شبكة الإنترنت مع أطراف النزاع بهدف الوصول لتسويته بشكل نهائي.

وقد يأخذ الاتصال شكلا لفظيا متعددا عبر الانترنت، أي لقاء الاطراف مع وسيطهم على الانترنت في ذات اللحظة الزمنية من خلال غرف المحادثة، أو عن طريق المرسال، أو باستخدام تقنية الفيديو كونفرنس، يستطيع من خلالها الوسيط القيام بالحديث مع كل طرف على حدة وكذا ارسال رسائل خاصة على البريد الالكتروني.

وتبدأ إجراءات الوساطة الإلكترونية بان يقوم أحد الاطراف بإرسال طلب الى مركز تسوية المنازعات عبر الإنترنت، يتضمن طبيعة النزاع واسم الطرف الآخر. يقوم المركز بالاتصال به للحصول على موافقته على حضور جلسات الوساطة التي تتم عبر الإنترنت من خلال الموقع الالكتروني، على ان للطرف الثاني الحق في رفض الاشتراك في هذه الجلسة.

[1] – عصمت عبد المجيد بكر، **دور التقنيات العلمية في تطور العقد (دراسة مقارنة)**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص 598

وتدخل الوسيط يوفر الوقت على الأطراف خاصة وأنه يمتلك القدرة على صنع مشروع التسوية من خلال خبرته، اضافة الى انه يتصف بالحياد.[1]

الفرع الثالث: التحكيم الالكتروني

إن التعريف العام الذي يعطى للتحكيم هو تدخل طرف ثالث تلقى مهمة قضائية من الطرفين لتسوية نزاع نشأ بينهما، يستمد سلطته من خلالها سلطة القرار الملزم الأطراف، ومنه فان التحكيم عبر الإنترنت يتم بنفس الطريقة إلا أنه يتم بواسطة وسائل اتصال الكترونية او عبر الانترنت.[2]

حيث يقوم شخص ثالث محايد بإصدار حكم يفصل في النزاع، يكون ملزما للطرفين على شرط أن تعقد الجلسات ويصدر الحكم عبر الانترنت، وبهذا يختلف عن التحكيم العادي كونه لا يستلزم ضرورة الحضور المادي، بل يتم بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية التي تضمن الانتقاء المتزامن بين الأفراد والمحكم الفيديو كونفرنس.[3]

حيث يقوم شخص ثالث محايد بإصدار حكم يفصل في النزاع، يكون ملزما للطرفين على شرط أن تُعقد الجلسات ويصدر الحكم عبر الانترنت، وبهذا يختلف عن التحكيم العادي كونه لا يستلزم ضرورة الحضور المادي للأطراف، بل يتم بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية التي تضمن الالتقاء المتزامن بين الأفراد والمحكم كتقنية الفيديو كونفرنس.

ويعتبر التحكيم الالكتروني الآلية التي تستخدمها مراكز تسوية المنازعات عبر الإنترنت، فهي تمنح عادة الفرصة للأطراف للتفاوض، فإن لم ينجح التفاوض تحاول تعيين وسيطا ليساعدهم على تقريب وجهات

---

[1] – حسام أسامة شعبان، **الاختصاص منازعات التجارة الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2018، ص ص167، 170

[2]- Thomas Schultz, ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): RÉSOLUTION DES LITIGES ET IUS NUMERICUS, «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», Volume 48,2002/1 ,page 160

[3] – حسام أسامة شعبان، **المرجع السابق**، ص172.

النظر، على أن هذا المساعد لا يملك سلطة إلزامية، فأن فشل في حل النزاع يتم توجيههم الى التحكيم الذي يملك فيها الوسيط سلطة إصدار حكم ملزم.

وانطلاقا من هذا الترتيب، استنتج البعض عدم إمكانية اعتبار التحكيم عبر الإنترنت آلية مستقلة تمارس وحدها، كما هو بالنسبة للتحكيم التقليدي، وذلك لان الاطراف يلجؤون الى مراكز تسوية المنازعات عبر الانترنت، وهو من يحدد طريقة التعامل مع النزاع حسب لائحته، أي باستخدام الوساطة الالكترونية أو باستخدام التحكيم الالكتروني مباشرة، وهذا ما يفسر توجه الفقه الحديث إلى دراسة التحكيم عبر الإنترنت مع التفاوض والوساطة معا دون فصلهم[1].

وينقسم التحكيم الالكتروني الى نوعين، النوع الأول هو التحكيم الالكتروني الذي يتم بواسطة هيئة الأيكان، وهي الهيئة المختصة بحماية أسماء الدومين والمواقع الالكترونية، والتي تبدأ إجراءات تسويتها مباشرة بعد تقديم أحد الأشخاص بشكوى. والنوع الثاني هو المحكمة الافتراضية والتي تم تأسيسها عام 1998 تحت رعاية مركز أبحاث القانون العام في كلية الحقوق بجامعة مونتريال، وتعتبر هذه المحكمة نموذجا لهيئات التحكيم الالكتروني، حيث تتم عملية التحكيم كلها عبر شبكة الإنترنت، وتبدأ إجراءات التسوية بطلب يملأ مباشرة على الموقع الإلكتروني للمحكمة الافتراضية، يتضمن هذا الطلب البيانات الخاصة بأسماء الأطراف وعناوينهم المادية والإلكترونية، ووصف لطبيعة النزاع، كما يتم إرسال نسخة من العقد الذي يحتوي على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم[2].

[1] – حسام أسامة شعبان، **الاختصاص منازعات التجارة الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، ص** 174.

[2] – حسام أسامة شعبان، **المرجع نفسه**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2018، ص ص 176، 186.

خلاصة الفصل الثاني:

إن المشكلات التي واجهت تطبيق منهج تنازع القوانين في التجارة الالكترونية، وكذا صعوبات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة في بيئة رقمية، جعل الفقهاء يبحثون عن بدائل وحلول تتماشى مع الطبيعة الخاصة لهذه التجارة الجديدة.

فقد حاول البعض منهم تكييف قواعد الإسناد التقليدية لتناسب مع واقع تجارة الالكترونية، فأوجدوا حلولا لمشكلة التأكد من صحة الإرادة والتأكد من هوية المتعاقدين، عن طريق التصديق والتوقيع الالكترونيين، اضافة الى اقتراح الاعتراف بالمحررات الإلكترونية التي تساهم في إثبات العقد الالكتروني، كما حاولوا إيجاد حلول للصعوبات التي تواجه ضوابط الإسناد الاحتياطية، لتحديد مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه، فاقترحوا استعمال طرق جديدة تتناسب مع العقود التي تبرم وتنفذ في عالم افتراضي.

اما الجانب الاخر فقد أنّ خلق قانون موضوعي المستقل هو الحل، بحيث يكون قانونا يتناسب مع موضوع التجارة الالكترونية وطبيعتها، يقوم أساسا على العادات والأعراف التي تعوّد المتعاملين بهذا النوع من التجارة على التعامل بها، يكون مستقلا عن القوانين الوطنية ولا يخضع للحدود الجغرافية.

وفي حالة نشوب نزاع حول الروابط العقدية المبرمة الكترونيا، وجب تواجد آليات لتسوية هذه النزاعات تتماشى مع طبيعتها وخاصيتها من سرعة وسهولة تضمن عدم تنقل الأشخاص، تتمثل في التفاوض والوساطة والتحكيم الإلكترونيين.

الخاتمة

إن ممارسة التجارة في شكلها الحديث أصبح مطلبا اجتماعيا وإضافةً اقتصادية تنهض بالدول، لكنّ طبيعتها الخاصة التي تأخذ شكلا افتراضيا، وتستخدم الوسائط الالكترونية لجميع أطراف العلاقات العقدية، خلق أيضا مشاكل جديدة أصبحت الحلول التقليدية غير ناجعة لمواجهتها.

ففي التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، يشكل تحديد القانون الواجب التطبيق امرا صعبا بالاستناد الى ضوابط الاسناد لمنهج التنازع التقليدي، مما أربك المتعاملين الاقتصاديين وكذا رجال القانون مشرعين كانوا أو قضاة.

ومن خلال بحثنا في موضوع تنازع القوانين في مجال التجارة الالكترونية، توصلنا الى أنّ عقود التجارة الإلكترونية من العقود التي تتم عن بعد، بواسطة وسائل إلكترونية، مما يجعل الاطراف لا يلتقون في أرض الواقع وبالتالي يصعب عليهم التأكد من هوية وأهلية بعضهم البعض، اضافة الى صعوبة تحديد إذا ما كانت إرادة كل منهما سليمة. كما أن العقد الالكتروني يُبرم في بيئة افتراضية لا يمكن تحديد مكانها جغرافيا، وبالتالي من غير الممكن تطبيق قواعد الإسناد التقليدية التي تعتمد أساسا على مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه.

وعلى هذا الاساس أصبح أيضا مستحيلا الاعتماد على القوانين الداخلية للدول لكي تحكم هذا النوع من العقود العابر للحدود. خاصة وأنّ التشريع الداخلي غالبا هو تشريع بطيء جدا من ناحية التعديل والتغيير، وهذا ما يتنافى مع مقتضيات التجارة، بل أنّ بعض الدول الى الآن لم تقم بتحيين تشريعها ليعترف بالتواجد الفعلي لمصطلح "التجارة الالكترونية".

كما أن الاتفاقيات الدولية المبرمة الى حد الان لم تستطع الإلمام بشكل كامل بحيثيات التجارة الالكترونية وما أفرزته من اشكال جديدة للتعاقد. وتبقى القوانين النموذجية تعطي الفكرة العامة دون تغطية التفاصيل، فقد عجزت عن تلبية كافة احتياجات التجارة الالكترونية الدولية.

وبالرغم من أن فقهاء القانون استطاعوا بلورة فكرة قانون موضوعي مستقل، إلا أنها هي الأخرى لاقت بعض الانتقادات وتعاني من بعض النقائص.

كما تعتبر آليات التسوية الإلكترونية للنزاعات الناشبة حول هذا النوع من العقود، الطريقة الناجعة للفصل فيها لأنها تتلاءم مع خصائص التجارة الإلكترونية من سرعة وثقة وائتمان. الا أنّ القرارات التي التحكيمية الالكترونية محدودة وذات نطاق ضيّق مما يثير الشكوك حول كونها مصدرا للقواعد المادية الالكترونية.

لذا نقترح على فقهاء القانون أن يقوموا بدراسة الموضوع بشكل أكثر عمقا وتفصيلا لإحاطته من جميع جوانبه بالاستعانة بممارسيّ التجارة الإلكترونية، والأخذ باقتراحاتهم، لأنهم الاكثر علما بالتطبيق العملي للمعاملات التجارية، بالتوازي مع الخبراء التقنيين في مجال الإعلام والاتصال والتكنولوجيا المعلوماتية. كما يتعين على التجار والمتعاملين بالتجارة الالكترونية، أن تكون لهم الدراية الكافية بأهمية تحديدهم للقانون الذي يخضع له العقد المبرم بينهم، والتعبير الصريح عن ارادتهم، فهو أضمن وأيسر من حيث الاجراءات، ويحفظ الاستقرار الكافي الوسط التجاري العالمي، كما أنّ اشتراطهم اللجوء للتحكيم الالكتروني في حالة نشوب نزاع بينهم، يكسبهم الوقت والجهد والتكلفة، ويخفف العبء على القضاء التقليدي الذي يبدو في غالب الأحيان فاقدا للخبرة في هذا النوع من الممارسات التجارية الحديثة.

أما بالنسبة للقوانين الداخلية، نقترح أن تعدّل نصوصها لتصبح أكثر مرونة لتتناسب مع التطورات السريعة للتكنولوجيات التي تعتمد عليها التجارة الإلكترونية، خاصة فيما يخص اعتماد الكتابة الالكترونية، والتوقيع والتوثيق الالكترونين، واعطاء المحررات الالكترونية الحجية ذاتها التي تحوزها المحررات التقليدية.

وعلى الصعيد الدولي، نرى بأن الاتفاقيات الدولية خاصة تلك التي تنبثق من هيئة ذات وزن عالمي كالأمم المتحدة تملك الإمكانية تحسين اداء التجارة الإلكترونية العالمية وتفادي المشاكل التي تنشأ من خلالها عن طريق إعطاء نوعا من الالزامية على القواعد والقوانين التي توقع الدول بشأنها الاتفاقيات، مع الحرص على التعديل المستمر لهذه القواعد توازيا التطور السريع للتجارة الالكترونية.

ويتطلع العالم اليوم الى توحيد الخضوع الى قانون شامل يحيط بمقتضيات التكنولوجيا والتطور المعلوماتي، تماما كما جعلت هذه التكنولوجيا ذاتها العالم قرية صغيرة يتعامل قاطنيها بضغطة زر في عالم افتراضي تغيب فيها فكرة التواجد المادي اثناء ابرامه او اثناء تنفيذه.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر

1. الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

ثانيا: المراجع

أ- الكتب:

1. حسام اسامة شعبان، **الاختصاص منازعات التجارة الإلكترونية بين القضاء الوطني والتحكيم عبر الانترنت، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2018
2. خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني: دراسة مقارنة**، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي الاسكندرية، مصر 2011
3. صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر ،2008.
4. طالب حسن موسى، **قانون التجارة الإلكترونية الدولية**، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2016
5. عصمت عبد المجيد بكر، **دور تقنيات العلمية في تطور العقد، دراسة مقارنة**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015.
6. ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الالكتروني**، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009

7. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية (العقود الالكترونية، والعقود غير العقدية، القانون الواجب التطبيق)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
8. محمد احمد علي المحاسنة، **تنازع القوانين في العقود الالكترونية: نحو إيجاد منظومة القواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة**، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.

ب- البحوث الأكاديمية الجامعية:

1. امال حابت، **التجارة الالكترونية في الجزائر**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015
2. عبد الوهاب مخلوفي، **التجارة الالكترونية عبر الانترنت**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر الحاج، باتنة، 2011.
3. محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2011.

ج- الملتقيات العلمية:

1. بدر شنوف، عبد الغني بوشول، عبد الرؤوف شنوف، " **إشكالية تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية: عقود التجارة الإلكترونية نموذجا**"، مداخلة ضمن الملتقى الدولي: الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية وتحديات التنمية المستدامة، نحو رؤى مستقبلية واعدة للدول النامية، 02-03 ديسمبر 2019.

د- المقالات العلمية:

1. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي،" **التعبير عن الإرادة في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة**"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد الاول، 2016.
2. حكيمه مدربل، سعيد سعودي، " **التراضي في العقود الالكترونية بين القواعد العامة خصوصية الاتصالات الإلكترونية**"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الأول، 2022.
3. كوسام امينة، " **خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس، جوان 2005
4. محمد بلاق،" **ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها تجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية**"، مجلة دورية محكمة، اصدارات المركز الجامعي تيسمسيلت، جوان 2016.
5. مختاريه شيباني، عليّ فتاك، " **تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السادس، العدد الثاني، ديسمبر 2020.
6. ناصر حمودي،" **نزاعات العقود الالكترونية: أزمة مناهج القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل**"، مجلة المعارف، المجلد الثالث، العدد الخامس، ديسمبر 2008.
7. نجية بادي ابو قميجة، " **إثبات العقد الالكتروني**"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، الجزء الثاني، العدد الثاني، جوان 2017.
8. نضيرة قماري بن ديدوش، زاوية لعروي،" **حجية المحررات الالكترونية في الاثبات**"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد السابع، ديسمبر 2016.
9. نور الدين يوسفي، الياس باروك، " **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولي على عقود التجارة الالكترونية**"، مجلة المفكر، العدد 13.

المراجع الأجنبية:

1. Daniel Durman, **Relier le micro et le micro** : **un défi conceptuel et méthodologique pour nos recherches sur la négociation**, **n°10**,**2008**
2. Tatiana Balaban,**Choice of Law and Jurisdiction in E–commerce Contracts with Focus on B2C LL**.**M**,**A Comparative Analysis of EU**, **US and China Legal Frameworks**,SHORT THESIS,Central European University,Nádor utsa 9 Hungary,2018
3. Thomas Schultz, ,**Online dispute resolution** (**ODR**) : **Resolution des litigeet IUS numericus**, «Revue interdisciplinaire d'études juridiques» ،Volume 48, 2002/1.

فهرس المحتويات:

المحتوى	الصفحة
المقدمة	01
الفصل الأول: صعوبات تطبيق قواعد الاسناد على العقود التجارة الالكترونية	06
المبحث الأول: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من طرف المتعاقدين	08
المطلب الأول: الصعوبات في حالة الاختيار الصريح	08
الفرع الأول: الصعوبات المصاحبة لإبرام العقد	10
أولا: صعوبة التأكد من الهوية	10
ثانيا: صعوبة التأكد من الإرادة	12
الفرع الثاني: الصعوبات المصاحبة للتنازع حول العقد	14
أولا: صعوبة اثبات العقد	14
ثانيا: عدم اعتراف القانون المختار بالعقود الالكترونية	16
المطلب الثاني: الصعوبات في حالة الاختيار الضمني	16
الفرع الأول: اختلاف النظم القانونية على الاعتماد على الإرادة الضمنية	17
الفرع الثاني: صعوبة الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية	18
المبحث الثاني: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من طرف المشرع	19

المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بضوابط الاسناد الجامدة	19
الفرع الأول: صعوبة الاعتماد على الضوابط المكانية	20
أولا: ضابط قانون الموطن المشترك	20
ثانيا: ضابط قانون محل إبرام العقد	21
ثالثا: ضابط قانون محل تنفيذ العقد	22
الفرع الثاني: صعوبة الاعتماد على الضوابط الشخصية	23
المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بضابط الاسناد المرن	23
الفرع الأول: صعوبة التركيز الموضوعي طبقا للمكان الأكثر صلة بالعقد	24
الفرع الثاني: صعوبة التركيز الموضوعي طبقا لفكرة الأداء المميز	25
خلاصة الفصل الأول	28
الفصل الثاني: الحلول المقترحة لإشكال تحديد القانون واجب التطبيق	30
المبحث الأول: محاولة تكييف قواعد الاسناد التقليدية مع واقع التجارة الالكترونية	32
المطلب الأول: الحلول المقترحة لمشكلات الإرادة والاثبات	32
الفرع الأول: الحلول المقترحة للتحقق من صحة الإرادة والهوية	33
الفرع الثاني: الحلول المقترحة المتعلقة بطرق الإثبات	35
المطلب الثاني: الحلول المقترحة لمشكلات الضوابط الاسناد الاحتياطية	36

الفرع الأول: الحلول المقترحة لتحديد مكان ابرام العقد في العقد الالكتروني	36
الفرع الثاني: الحلول المقترحة لتحديد مكان تنفيذ العقد في العقد الالكتروني	39
المبحث الثاني: القانون الموضوعي المستقل والطرق البديلة لفض نزاعات التجارة الالكترونية	40
المطلب الأول: ماهية القانون الموضوعي المستقل	40
الفرع الأول: مفهوم القانون الموضوعي	40
أولا: تعريف القانون الموضوعي	41
ثانيا: خصائص القانون الموضوعي	42
الفرع الثاني: تقييم القانون الموضوعي الالكتروني	43
المطلب الثاني: الطرق البديلة لفض النزاعات التجارة الالكترونية	44
الفرع الأول: التفاوض الالكتروني	45
الفرع الثاني: الوساطة الالكترونية	46
الفرع الثالث: التحكيم الالكتروني	47
خلاصة الفصل الثاني	49
الخاتمة	50

الملخص:

أفرزت التكنولوجيا نوعا جديدا من التجارة تنشأ في بيئة افتراضية رقمية، تبرم من خلالها عقود الكترونية تتخطى الحدود الجغرافية، مما استوجب وجود جهود دولية لجعل القانون يحيطها بقواعد تضمن حقوق المتعاملين من خلالها، وتضبط إجراءات سيرها. والتجارة الإلكترونية الدولية تواجه مصاعب كثيرة في مسألة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بمناسبتها، مما أدى إلى ظهور اجتهادات فقهية تتمحور حول فكرة تكييف قواعد الإسناد التقليدية في المنهج التنازعي مع التجارة الالكترونية وخصائصها، أو إيجاد قانون موضوعيّ مستقل ينشأ بين متعامليها يتماشى مع متطلباتها، إضافة إلى إيجاد آليات تسوية النزاعات عبر الإنترنت مناسبة لهذا النوع من التجارة.

Summary:

Technology has produced a new type of trade that arises in a digital virtual environment, through which electronic contracts are concluded that transcend geographical borders, which necessitated international efforts to make the law surround it with rules that guarantee the rights of dealers through it and control its procedures and international e-commerce faces many difficulties in the issue of conflict of laws determining the law applicable to contracts concluded on its occasion, which led to the emergence of jurisprudence centered around the idea of adapting the traditional attribution rules in the disputed approach to electronic commerce and its characteristics, or finding an independent objective law that arises between its clients on line with its requirements, in addition to finding mechanisms for settling disputes through the internet is suitable for this type of trade.