جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة

القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانونالأعمال

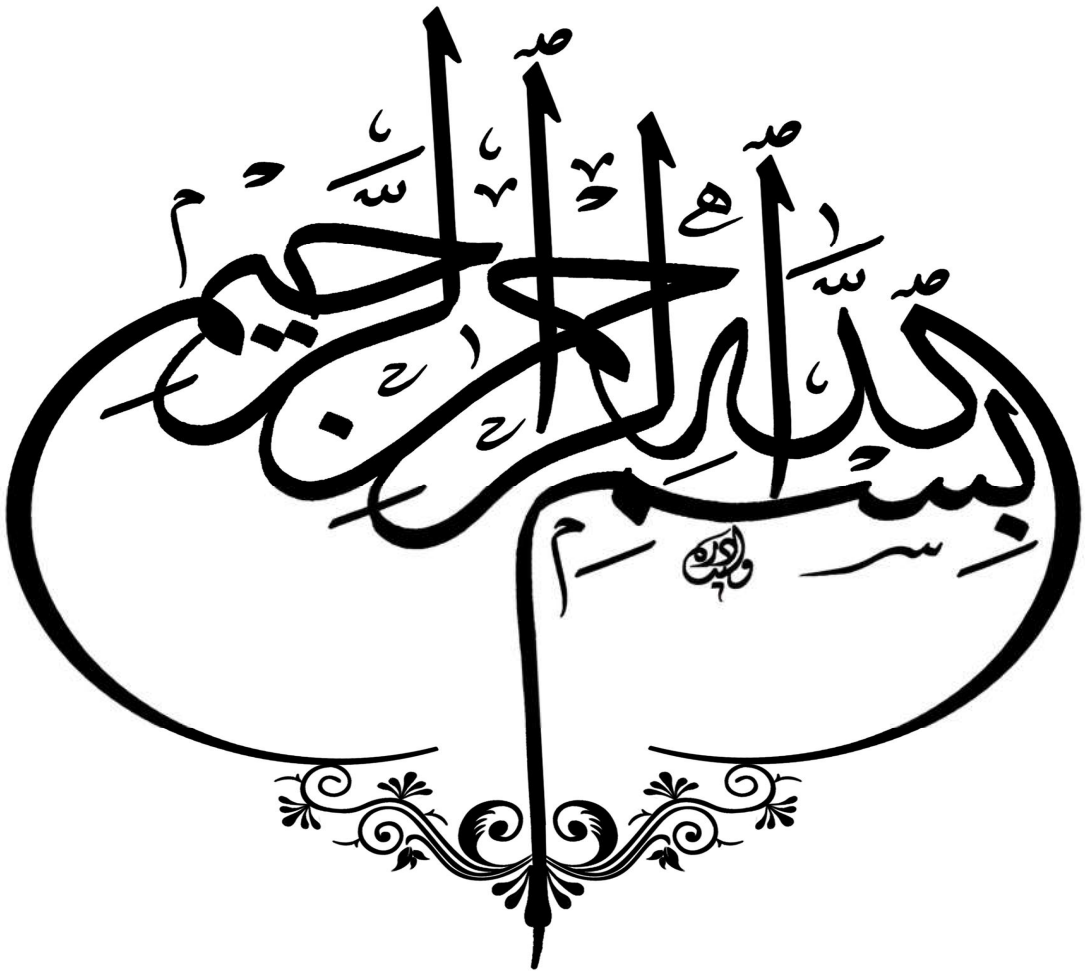
إعداد الطالبة:
– سعيود رزيقة

إشراف الأستاذ:
– برزيق خالد

لجنةالمناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ/ أعجيري جهيدة	أستاذة مساعدة"أ"	جيجل	رئيسا
أ/ برزيق خالد	أستاذمساعد"أ"	جيجل	مشرفا ومقررا
أ/ ناصري نبيل	أستاذ مساعد"أ"	جيجل	مناقشا

السنةالجامعية: 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

" يا أيها اللذين آمنوا أوفوا بالعقود "

الآية 1 من سورة المائدة

صدق الله العظيم

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :

" من سلك طريقا يبتغي فيه علما سلك الله به طريقا إلى الجنة"

و إن الملائكة لتضع أجنحتها رضاء لطالب العلم و إن العالم ليستغفر له من في السموات و من في الأرض حتى الحيتان في الماء ، و فضل العالم على العابد كفضل القمر على سائر الكواكب ،إن العلماء ورثة الأنبياء إن الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما إنما ورثوا العلم ، فمن أخد به أخد بحظ وافر"

رواه الترمذي: 2606(وصححه الألباني)

إهـــــداء

إلى كل من علمني حرفا.

أقدم هذا العمل المتواضع إلى أبي رحمة الله عليه وجعل مأواه الجنة إلى رمز الحنـــان والعطاء أمي الغالية أطال الله في عمرها وأمدها بالصحة والعافية التي تعبت كثيرا في نشأتي إلى إخوتي سميحة ـ صالح ـ وليد – لمين وإلى أبناء أخي حكيم ـ آدم ـ محمد عبد الله، إلى زوجة أخي فوزية.

إلى كل الأصدقاء الأعزاء وفقهم الله في حياتهم.

إلى كل هؤلاء اهديهم هذا العمل المتواضع سائلة الله العلي القديران ينفعنا به ويمدنا بتوفيقه.

الطالبة / رزيقة سعيود

شكـر و تقديــر

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

" من صنع إليكم معروفا فكافئوه فإن لم تجدوا بما تكافئوه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه"، حديث نبوي شريف

فأول كلمة أقولها الحمد و الشكر لله تعالى الذي ألهمنا و أعاننا على إتمام بحثنا هذا و الذي آمل أن نكون قد حقق الغاية المرجوة منه.

اقتداء بمن سبق و إيمانا بما نطق أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المشرف :

" خالد برزيق "

عرفانا منا بما قدم ه من نصح وإرشاد طيلة إشرافه على هذه المذكرة وتأطيرها لنا، جزاه الله عنا جزاء العاملين الصالحين.

و لا يفوتني بهذه المناسبة أن أتقدم بالشكر والتقدير للجنة المناقشة المكونة من خيرة الأساتذة لقراءة هذا العمل ومراجعته، و على الملاحظات القيمة و التوجيهات السديدة التي سيتحفون بها مذكرتي.

إلى كل عمال كلية الحقوق والعلوم السياسية و القائمين عليها.

قائمة المختصرات

–**ص:** الصفحة

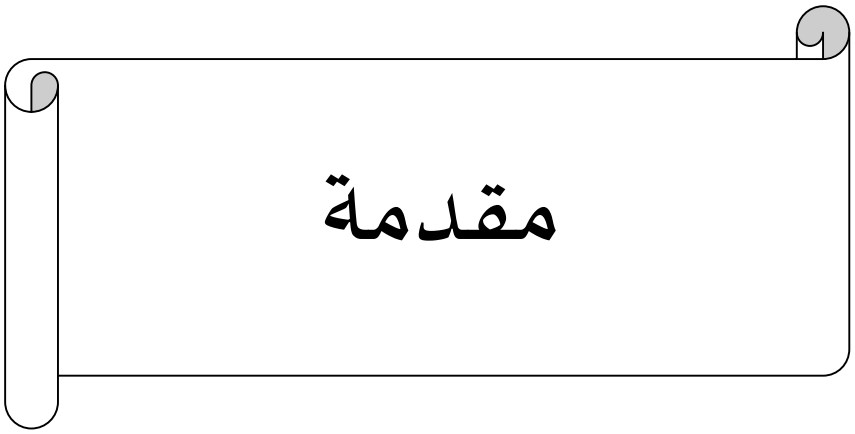
– **ص ص:** من الصفحة إلى الصفحة.

– **ق:** قانون

– ط: الطبعة

– د. ط : دون طبعة

– **ج** . ر: الجريدة الرسمية


مقدمة

مقدمة:

لقد أدى التطور الهائل في مجال التكنولوجيا والمعلوماتية إلى ظهور نمط جديد من المعاملات والتبادلات التجارية يحصل عبر وسيط الكتروني وفي عالم افتراضي لا يعترف بالحدود الجغرافية وقد اصطلح على تسميته بالتجارة الالكترونية، التي أضحت واقعا ملموسا في كل أنحاء المعمورة.

فقد شهدت أسواق التبادل تطورات كبيرة فيما يتعلق بوسائل انجاز الصفقات والتعاقدات، حيث أتاحت للمتعاملين وسائل متطورة للإعلان عن السلع والخدمات، ومن ثم التعاقد عبر شبكات الانترنت دون الحاجة للتواجد المادي الفعلي في موقع الحدث.

هذا التطور الجديد في استخدام القنوات الالكترونية في انجاز المعاملات التجارية في بيئة غير ورقية، وهو ما يطلق عليه التجارة الالكترونية يتطلب إعادة النظر في قواعد التعامل القائمة على استخدام الورق، ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل ان تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك المعاملات يعد من الأهمية بمكان ، فالقواعد القانونية تشكل العمود الفقري للتجارة سواء التقليدية أو الالكترونية ، لذا سعت كثير من الدول والمؤسسات الخاصة والحكومية لإيجاد القواعد والأنظمة التي تحكم التجارة الالكترونية[1].

فعقود التجارة الالكترونية نشأت في بيئة مختلفة لا تؤمن لا بالحدود ولا بالمواقع الجغرافية ولا حتى بصفة الأطراف، لكن ومع انتشارها في العالم ظهرت العديد من الإشكاليات التي عجزت الأنظمة القانونية عن مجاراتها بما في ذلك الفقه والقضاء، ومن هنا

[1]- صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى 2012 دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص15.

تثور مشكلة معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت فالعقد المبرم بواسطة الانترنت لا يتركز في إقليم دولة معينة، فهو حتما بحكم طبيعته عقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس تعاقدي واحد من حيث المكان، مما استدعى البحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في النظر في النزاع ومدى ملائمة النصوص القانونية مع ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة من إشكاليات.

ولقد أشارت الاتفاقيات الدولية إلى ضرورة مواجهة جميع التحديات المتعلقة بإبرام العقد الالكتروني،ومدى إمكانية التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة،وفي هذا المجال نجد أن المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني ينص على أنه:" 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 عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد."

فالقانون الواجب التطبيق هو ذلك القانون الذي يختاره الطرفان المتعاقدان عند قيامهم بإبرام العقد، فللمتعاقدين مطلق الحرية في اختيار البنود و الشروط موضوع العقد و من ضمن هذه البنود التي يمكن للمتعاقدين الاتفاق عليها القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهما بشرط ألا يتعارض ذلك مع النظام و الآداب العامة ، و لا تثار مسألة البحث عن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للعقد الذي لا يشتمل على عنصر أجنبي بعكس ذلك الذي يكون فيه أحد طرفي العقد أجنبيا، حيث يثير هذا الأخير مسألة تنازع القوانين في حكمه و بيانه ، لذا فان أهمية هذا البحث تظهر في تحديد كيفية اختيار طرفا العقد القانون الواجب التطبيق عليه سواء صراحة أو ضمنيا من خلال ما يسمى بقانون الإرادة ، و في حال غيابه فان ذلك يتطلب اللجوء إلى ضوابط الإسناد الموضوعية ، حيث يستند القاضي اليها ليختار أيا منها كقانون يطبق على العقد في حالة غياب إرادة الأطراف.[1]

---

[1]–أبوعمرو نادية، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، ص 25.

تبرز أهمية هذا الموضوع أساسا في الانتشار المتزايد للتجارة الالكترونية في السنوات الأخيرة ن وضرورة وضع ضابط ومعيار شرعي ونظامي يحكمها، ويحمي المتعاملين فيها أثناء حضور الأطراف أو في حالة غيابهم، ألا وهو القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية.

إن اختيارنا لهذا الموضوع يرجع لأسباب موضوعية تتمثل في أن العقد التجاري الالكتروني أصبح من أكثر المواضيع أهمية على الصعيد الدولي،ولذلك يستلزم معرفة ضوابط القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود التجارية الالكترونية.

أما الأسباب الشخصية فتتمثل في رغبتنا في دراسة الموضوع ومحاولة الكشف عن نظامه القانوني، ووضع حلول للإشكالات والتساؤلات القانونية التي يثيرها موضوع البحث.

إن الهدف من دراسة موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية بدرجة أولى:

الإلمام بالجوانب القانونية للعقود التجارية الالكترونية.

معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية في حالة حضور الأطراف وكذا في حالة غيابهم.

التطرق لمختلف المعاهدات والاتفاقيات المنظمة للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الالكترونية.

لقد اعترضتنا عدة صعوبات في انجاز هذا البحث المتواضع من أبرزها قلة المراجع المتخصصة، بالإضافة إلى ضيق الوقت، لأن البحث في مثل هذا النوع من المواضيع يتطلب وقت أطول، بالإضافة إلى قلة النصوص القانونية التي تعالج هذا الموضوع خاصة في التشريع الجزائري.

تنصب مشكلة البحث الرئيسية في تبيان القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية المنعقدة بين طرفين غائبين ضمن إطار أحكام القانون الدولي الخاص، فكيف يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية؟

وقد اعتمدت هذه الدراسة على المنهج الوصفي والاستقرائي القائم على استقراء وعرض النصوص القانونية ومختلف الآراء الفقهية التي جاءت بها أهم التشريعات الحديثة في مجال القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود التجارية الالكترونية.

كما تم الاعتماد على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية وشرحها وتمحيصها مع اللجوء أحيانا إلى الدراسات المقارنة كلما دعت الحاجة إلى ذلك، خاصة من أجل إيجاد حلول لبعض الثغرات القانونية الموجودة في التشريع الجزائري.

قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين رئيسيين، تناولنا في الفصل الأول ماهية العقود التجارية الالكترونية واشتمل على مبحثين، الأول بعنوان الإطار القانوني العام للعقد التجاري الالكتروني، أما المبحث الثاني بعنوان صور العقد الالكتروني ووسائل إبرامه وأركانه.

أما الفصل الثاني فكان بعنوان دور قانون الإرادة والقواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية . وقد تضمن مبحثين، الأول بعنوان دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية(الإسناد

الشخصي)، والمبحث الثاني بعنوان دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق (الإسناد الموضوعي).

الفصل الأول

ماهية العقود التجارية الالكترونية

العقد هو تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث إثر قانوني معين، وأن العقد شريعة المتعاقدين، فمن حيث تكوينه إما أن يكون رضائيا أو شكليا أو عينيا، وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد، وأما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع، ومن حيث الطبيعة إما أن يكون فوريا أو عقدا مستمرا، وإما أن يكون عقدا محددا أو عقدا احتماليا[1].

إن العقد الالكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه وتركيبه وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود المسماة حيث لم يضع له المشرع تنظيما خاصا به.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، حيث تناولنا في (المبحث الأول) الإطار القانوني للعقد التجاري الالكتروني، وفي (المبحث الثاني) تناولنا خصائص العقد الالكتروني ووسائل إبرامه وأركانه.

[1]- نجوى رأفت محمد محمود، باحثة دكتوراه، قسم القانون المدني، النظام القانوني لمجلس العقد الالكتروني، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، العدد الخامس 2020م، ص 365.

المبحث الأول:

الإطار القانوني العام للعقد التجاري الالكتروني

لقد أدى تضارب الآراء حول مفهوم العقد الالكتروني إلى ظهور عدة تعاريف مختلفة بسبب كثرة القوانين وتعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى، وعليه سنتطرق إلى أهم التعاريف الواردة بشأنه وطبيعته والخصائص التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة.

المطلب الأول:

مفهوم العقود التجارية الالكترونية

يشمل المفهوم التطرق إلى التعاريف المقترحة له من طرف المواثيق الدولية، والقوانين المقارنة والفقه، ثم تحديد الخصائص التي تميزه ونطاق تطبيقه.

الفرع الأول

تعريف العقد التجاري الإلكتروني وطبيعته

لا يختلف تعريف العقد الالكتروني عن نظيره التقليدي إلا في وسيلة انعقاده، وبأنه يبرم بين غائبين، ولذا فقد ظهرت عدة تعاريف بشأنه، فمنه من عرفه من خلال وسائل إبرامه، ومنه من عرفه بالنظر إلى طريقة انعقاده، فقانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر عن الأمم المتحدة في المادة 1/2 منه عرفه بأنه:" المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما

في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس"[1].

أما التوجيه الأوربي فقد عرفه في نص المادة 2 من التوجيه[2] رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال، بأنه: " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي و لحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية، الملاحظ أن المشرع الأوروبي ركز على الوسائل التي يتم إبرامه بواسطتها، وكذلك على أطراف العلاقة التعاقدية، والتي حصرها في المورد والمستهلك.

أما القانون الفرنسي فقد أورد تعريف للعقد الالكتروني بأنه: " العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية، سواء كانت تلك الوسيلة كهربائية، أو مغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مماثلة"[3].

أما قانون المعاملات الأردني، فقد عرف العقد الالكتروني بأنه:" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا"، فالمشرع الأردني عرف العقد الالكتروني بالنظر لطريقة إبرامه الالكترونية.

---

[1] – قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع 1996 مع المادة 5 مكررا الإضافية بصيغتها المعتمدة في عام 1998 الصادر عن الأمم المتحدة في نيويورك 2000. ص، 4.

[2] – Directive n°97-07 CE du 20 Mai 1997, JO CE 04/06/1997 N°144,P19.

[3] – لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، ط 1، دار هومة الجزائر، 2014، ص43.

وأضافت نفس المادة إلى ذلك تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها"[1].

فالمشرع الأردني لم يكتف بتعريف العقد الإلكتروني، وإنما عرف إلى جانب ذلك الوسيلة التي يبرم بها، معتبرا أنه يكفي أن تتم مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقد بالطريق الإلكتروني، ليعتبر العقد برمته إلكترونيا، كما جاء تعريفه للوسيلة الإلكترونية مفتوحا على ما ستسفر عليه تطورات التقنية مستقبلا.

كما ذهب بعض الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة وبفضل التفاعل للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل".

مما سبق يمكننا تعريف العقد الالكتروني بأنه:" ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الالكترونية، سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه، ويرتب التزامات على عاتقهم[2].

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية للعقد التجاري الالكتروني

لقد اختلف الفقهاء في تكييف العقود التجارية الالكترونية وفي تحديد الطبيعة القانونية لها، هل نكيفها على أساس أنها من العقود المساومة أو الرضائية أم من عقود الإذعان والتي سوف نتناولها كما يلي:

[1] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 43.

[2] –المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أولا- العقود الالكترونية من العقود المساومة:

لاعتبار العقد الالكتروني من عقود المساومة التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف، لابد من التمييز بين الوسيلة المستخدمة لإثباته، فإذا تم إبرام العقد عبر البريد الالكتروني أو من خلال برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية كنا بصدد عقد رضائي، حيث تمكن هذه الوسائل الأطراف المتعاقدة من تبادل وجهات النظر ومن التفاوض حول شروط العقد و المفاضلة بين العروض المقدمة له[1].

ثانيا- العقد الالكتروني من عقود الإذعان:

يعتبر العقد الالكتروني من عقود الإذعان الذي تنعدم فيها حرية الأطراف ويقوم على خرق مبدأ سلطان الإرادة ، لأنه لا يقبل المناقشة ويقوم أساسا على فرض جملة من الشروط إما يؤخذ بها جملة أو تترك جملة، ويتم التعاقد عبر مواقع الواب والتي تستخدم غالبا عقودا نموذجية تكون شروطها معدة سلفا من قبل الموجب وبالتالي المستهلك لا يملك حق التفاوض أو المفاضلة، مما يجعل منه الطرف الضعيف في العقد[2].

المطلب الثاني:

خصائص العقد الإلكتروني ونطاق إبرامه

سنتعرض في هذا المطلب للخصائص التي يتميز بها العقد التجاري الالكتروني في (الفرع الأول)، وكذا إلى نطاق إبرامه في (الفرع الثاني)

[1] – رواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة ،2019/2018،ص 15.

[2] – رواقي سميحة، متناني خلود، المرجع نفسه، ص 15.

الفرع الأول:

خصائص العقد الالكتروني التجاري

من خلال التعاريف السابقة نستخلص مجموعة من الخصائص التي تميزه عن العقود الكلاسيكية (التقليدية)، تتمثل في: أن العقد الإلكتروني عقد يبرم عن بعد، وبوسيلة الكترونية، وذو طابع تجاري، كما أنه ذو طابع استهلاكي، ويتم إثباته ووفاؤه بطريقة خاصة، سوف نتطرق فيما يلي إلى شرح كل خاصية بنوع من التفصيل.

أولا: العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد

عقود التجارة الالكترونية من عقود الاتصال عن بعد أو من عقود المسافة و قد عرفت بعض التشريعات و منها المشرع الفرنسي الاتصال عن بعد على أنه : كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو كهربائية أو لا سلكية أو أنظمة كهرومغناطيسية[1].

عليه فانه ليس هناك مجلس للعقد بمعناه التقليدي أو مفاوضات جارية للاتفاق على شروط التعاقد لأن البائع يكون في مكان والمشتري في مكان قد يبعد عنه آلاف الأميال بل تدور المفاوضات بين المتعاقدين من خلال الرسائل الالكترونية إلى أن يتصل القبول بالإيجاب، كما أن دور الإنسان قد لا يذكر في عملية التعاقد، ويتم التراسل بين الأجهزة وفقا لبرامج معدة مسبقا[2]، ولأن العقد الالكتروني يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال دون حضور مادي للمتعاقدين مما يؤدي إلى تبادل التعبير عن إرادتي الطرفين المتعاقدين.

---

[1] – خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة– ط 1 ، دار قنديل للنشر والتوزيع – عمان الأردن، 2013، ص 25.

[2]– خالد صبري الجنابي، المرجع نفسه، ص ،25.

ثانيا– العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة (السلكية واللاسلكية)، والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي.

ثالثا–العقد الالكتروني ذو طابع تجاري

يتميز العقد الإلكتروني بالطابع التجاري، لهذا تطلق عليه تسمية "عقد التجارة الإلكترونية، الذي يعني تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مؤسسة تجارية وأخرى أو بين تاجر فرد ومستهلك، وذلك بواسطة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، فهي تتمثل في ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية على سبيل الاعتياد، أو الاستعمال الأمثل لكافة أنواع تكنولوجيات الاتصال المتاحة من أجل تطوير النشاط التجاري للمؤسسات[1].

رابعا: العقد الإلكتروني ذو طابع استهلاكي

يتسم العقد الإلكتروني بصفة العقد الاستهلاكي نتيجة كون أحد المتعاقدين مستهلكا، لذا ظهرت الحاجة الملحة إلى حمايته كطرف ضعيف من خلال التشريع والقضاء المعاصر للحد من ضعفه و استغلال المنتجين له، خاصة مع تنوع السلع و الخدمات المعروضة عليه

[1] – معزوزي دليلة، العقد الإلكتروني، محاضرات لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعة آكلي محند أولحاج– البويرة، الجزائر، السنة الجامعية:2015–2016، ص 4.

وتعقد صورها، واستعمال أساليب الترويج والإعلان المبالغ فيها، فيكون نموذج العقد الإلكتروني مطبوعا بالخصائص النوعية الذاتية لشبكة الانترنت بوصفها الوسط الذي ينشأ فيه هذا العقد، سيما وأن القواعد التقليدية غير متلائمة مع هذا الوضع وهذه الخصوصية[1].

خامسا: العقد الإلكتروني وكيفية إثباته

يقوم الإثبات أساسا على الكتابة العادية، فتجسد الدعامة الورقية في المحررات الرسمية والعرفية الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا يعتد بها كدليل كامل للإثبات إلا إذا استوفت شروطها المنصوص عليها قانونا، في حين أن المعاملات والخدمات المتاحة على الشبكة العنكبوتية أوجدت نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع عليها يتم بأسلوب إلكتروني، اصطلح نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع عليها يتم بأسلوب إلكتروني، اصطلح على تسميته "بالتوقيع الإلكتروني" ما يعني أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، على وجه الخصوص، تكون دائما غير مثبتة على دعامة ورقية، وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في العقود التقليدية[2].

سادسا: العقد الالكتروني ذو طابع دولي

يتصف العقد الالكتروني بالطابع الدولي، لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنت والانفتاحية التي تتميز بها جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط، مما يسهل إبرام العقود بين مختلف الدول أو بين دولة واحدة أو أكثر، على الرغم من غياب الاتصال المادي بين أطراف التعاقد ومن التباعد المكاني بينهم، ولا شك أن انتشار ظاهرة الانترنت في معظم دول العالم وفر للمتعاملين إمكانية إجراء المعاملات الالكترونية بين دول

[1] – معزوزي دليلة، مرجع سابق، ص ص 4،32.

[2] –معزوزي دليلة، المرجع نفسه، ص 32.

مختلفة، غير أن هذا لا يمنع أن تتم المعاملة داخل دولة واحدة بمفهوم أحكام العقد الداخلي وفي هذه الحالة لا يتسم العقد الالكتروني بالطابع الدولي.[1]

سابعا: السرعة في انجاز العمليات التجارية:

تؤمن شبكة الاتصال الحديثة والتعاقد عبر الوسائط الالكترونية السرعة في التعاقد ، حيث أصبح من الممكن تأمين تبادل الإيجاب والقبول بأسرع زمن وفي أي بلد كان موجود فيه المتعاقدين، كما يكون التنفيذ الالكتروني فوريا للعقد، خاصة فيما تعلق بالوفاء، أين يكون البيع والشراء بشيك الكتروني، أو التحويل الالكتروني للأموال[2].

الفرع الثاني:

نطاق إبرام العقد الإلكتروني.

رأينا من خلال تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشئ عقودا جديدة ولم يحدث نظرية جديدة، بل هو وسيلة تكنولوجية جديدة لإنشاء العقود، وما دام الأمر كذلك فهل للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الإلكترونية، أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط؟

أولا–المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية:

هو حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها

[1] – رواقي سميحة، متناني خلود، مرجع سابق، ص 18.

[2] – معزوزي دليلة، مرجع سابق، ص 7.

إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

ثانيا-الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية:

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشكلية، وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة، وأهم صورها هي:

1- اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما:

مثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب، تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره[1].

2- اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد:

فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد (سواء كانت عرفية أو رسمية) فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني ولا سيما المادة 323 منه، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي[2]، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق، الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا

[1]- رواقي سميحة، متناني خلود، مرجع سابق، 20.

2- معزوزي دليلة، مرجع سابق، ص 10.

النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل عما إذا كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية، وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بمفهومها الحديث الموسع، بالنظر إلى وجود تعريفها ضمن القواعد المعالجة للإثبات، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات أو من الممكن أن يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن للانعقاد أو لصحة التصرف؟.

إن الفقه الفرنسي كان منقسما بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم إلى قسمين:

فقد ذهب فريق للقول إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد،ذلك أن عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات[1] وإنما يشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف أو التي تكون ركنا لانعقاد العقد، وبالتالي فالمادة 1316 بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها، وينتهي هذا الفقه من ذلك بأن الكتابة هي فكرة واحدة، فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات، ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الإلكتروني، وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكتروني، كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الإلكتروني، وجعله مساويا في حجيته[2] التوقيع الخطي في المادة 1320-4 المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.[3]

1- المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 الصادر في 13 مارس 2000.

2- المادة 1320-4 من القانون المدني الفرنسي رقم 230 لسنة 2000 الصادر في 13 مارس 2000.

3 -المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري رقم 05-10 مؤرخ في 10 يونيو 2005.

في مقابل هذا الرأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات وحاول أنصار هذا الفقه الاستناد إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجياتالمعلومات والتوقيع الإلكتروني وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316:" لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف "[1].

وفي الأخير حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الأول، بإصداره لمرسومين بتاريخ 10 أوت 2005 [2]، الأول يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، واللذان سيدخلان حيز التنفيذ بداية من 01 فيفري 2006، إذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن.

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني بموجب القانون 05-10 في هذا المجال، فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرا لحداثتها ونعتقد في هذا الشأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام القعود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري إلكترونيا، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختمها بيده، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 30.

2- لزهر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 31.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد، أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، أو أن يكون التوقيع بخط اليد، فإن الكتابة في هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية [1].

ثالثا- حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات:

نص المشرع على الإثبات الالكتروني أولا، و التوقيع والتوثيق الالكتروني ثانيا:

1- الإثبات الالكتروني:

تنقسم العقود من حيث الإبرام إلى عقود رضائية التي تنعقد بمجرد تبادل رضاء الطرفين المتعاقدين دون الحاجة إلى صبها في شكل قانوني، كما لدينا طائفة أخرى من العقود تسمى العقود الشكلية التي تتطلب إفراغها في شكل معين، وهذه الشكلية قد تكون للانعقاد، وبالتالي ركن من أركان العقد عند تخلفها يترتب بطلان العقد، وقد تكون الشكلية فقط للإثبات، ويقصد بالشكلية هي كتابة العقد، وأن هذه الأخيرة قد تكون عرفية وقد تكون رسمية، طبقا لنص المادة 333 من القانون المدني الجزائري[2] التصرفات القانونية المدنية الغالب فيها هو الكتابة فيما زاد التصرف عن 1000 دج، والمادة 324 (3)مكرر5 من القانون المدني الجزائري تنص على :" وزيادة العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها...".

1- أحمد بولمكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، عقود التجارة الالكترونية وحجية التوقيع الالكتروني،جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد السابع ديسمبر 2019، ص 51.

2- المادة 333 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

3- المادة 324 مكرر5 من القانون 14/88 المؤرخ ف 1988/05/03 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

لكن بصدور القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري[1]، انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الالكتروني، حيث أصبح للكتابة في الشكل الالكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري طبقا لنص المادة 323 مكرر 2 التي تنص على: " الكتابة في الشكل الالكتروني ذات التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الالكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها".

يقصد بالوسيلة الالكترونية المستعملة مثل القرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل الكترونية وهكذا يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للكتابة المقصود منه سواء الكتابة على الورق أو الكتابة الالكترونية المثبتة على عائم غير مادية غير ورقية، ومن أجل إزالة كل غموض أو نزاع يمكن أن يحدث من الناحية القانونية بشأن تطبيق نص المادة323 مكرر مدني جزائري، فيما أثار الإشكال " هل للوثيقة الالكترونية نفس القيمة القانونية في الإثبات مقارنة مع الوثيقة العادية"؟

بموجب المادة 323 مكرر جاء المشرع بحل قانوني ووفقا للقاعدة الفقهية التي تقول لا اجتهاد في وجود النص القانوني، فان المشرع يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سوى بين الكتابة الالكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات.

غير أن نص المادة 323 مكرر جاء مطلق وبالتالي فان التطبيق المطلق لهذا النص يثير جدال فقهي وقضائي كبير حيث هناك بعض التصرفات ذات أهمية وخطورة من

[1] – أحمد بولمكاحل،سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 51.

الأفضل أن تبرم في الشكل التقليدي دون الالكتروني كرهن السفينة والحقوق الواردة على العقار بصفة عامة وعقد الشركة.[1]

2- التوقيع الالكتروني:

حتى يكون التوقيع الالكتروني ذو قيمة قانونية وينتج أثاره فلابد من التوقيع عليه، فقد عرفه قانون الاونيسترال للتوقيع الالكتروني لعام 2001 في المادة 2/أ:" بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم هوية الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

وتتعدد صوره وأشكاله فيكون إما بقلم الكتروني، أو بالبصمة الالكترونية، أو بالتوقيع الرقمي، أو التوقيع البيومتري[2].

نجد أن المشرع الجزائري قد تبنى لأول مرة فكرة التوقيع الالكتروني من خلال نص المادة 2/327 من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون 10/05

التي تنص على مايلي: "... يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه" ن و ذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الالكترونية.[3]

أما عن تعريف التوقيع الالكتروني ، فان القانون الجزائري يميز بين التوقيع الالكتروني المؤمن و ذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 162/07:" التوقيع الالكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1، فالتوقيع الالكتروني المؤمن هو توقيع الكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:[4]

-يكون خاصا بالموقع.

[1] – أحمد بولمكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 52.

[2] هدى المقداد، العقد الالكتروني،طالبة دكتوراه ، جامعة الجزائر 1 – بن يوسف بن خدة – الجزائر،2017 ، ص 10.

[3] أحمد بولمكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 53.

[4] هدى المقداد، مرجع سابق، ص 11.

-يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحضورية.

-يضمن مع الفعل المرتبط به صلة ببحث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

3- شروط التوقيع الالكتروني في الإثبات:

إن منح القيمة القانونية للتوقيع الالكتروني ومساواته بالتوقيع التقليدي يعتمد على توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة، وأوضح التوجيه الأوربي في المادة 2/2 الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع: على أن يكون مقصورا على صاحبه، وخاصة لسيطرته الفعلية وقابليته للتحقق من صحته مع ارتباطه بالبيانات التي يثبتها[1].

4- التوثيق الالكتروني (التصديق الالكتروني):

الموثق الالكتروني هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الالكترونية، والوظيفة الأساسية للموثق الالكتروني أو لجهة التوثيق الالكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الالكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال، ويؤخذ التوجيه الأوربي رقم 93 لسنة 1999 بفكرة الموثق الالكتروني وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق، وهي نفس التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 162/07.[2]

أما بخصوص الطبيعة القانونية لنشاط مقدمي خدمات التصديق الالكتروني بموجب المرسوم التنفيذي رقم 162/07 ممارسة نشاط التصديق الالكتروني يتطلب الحصول على

[1] – هدى المقداد، مرجع سابق، ص 12.

[2] – أحمد بولمكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، مرجع سابق، ص 54.

ترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر الشروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل، أما عن الأشخاص الذين يجوز لهم قانونا ممارسة هذا النشاط يجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط لممارسة نشاط تقديم الانترنت في الجزائر، حيث أن نشاط مقدمي خدمات التصديق الالكتروني نشاطا اقتصاديا يخضع للقيد التجاري طبقا للقانون التجاري، وبذلك تكون جهة التوثيق الالكتروني مسؤولة عن توثيق العقد الالكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع تطبيقا لمهمة الموثق العادي.

المبحث الثاني:

صور العقد الالكتروني ووسائل إبرامه وأركانه

يتميز العقد الالكتروني بأنه يبرم بواسطة شبكة الانترنت عن طريق استخدام مجموعة من الوسائل السمعية البصرية التي تميزه عن باقي العقود الأخرى، كما أنه له عدة صور ينعقد بها، أركان العقد التجاري الالكتروني هي نفسها أركان العقد التقليدي وإنما يختلف عنه في وسيلة إبرامه،وسوف نتطرق إلى هذه العناصر بالتفصيل:

المطلب الأول:

صور العقد الالكتروني ووسائل إبرامه

من خلال استعراض تعريف العقد الالكتروني والوقوف على خصائصه اتضح أن هذا العقد لديه خصائص تميزه عن غيره من العقود، ولذا يستوجب تبيان صوره في (الفرع الأول) والتعرض إلى وسائل ابرامه في (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

صور العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بطريقة إبرامه، فهو عقد يبرم عن طريق استخدام شبكة الانترنت وبواسطة عدة صور:

أولا- عقد الدخول إلى الشبكة:

هو العقد الذي يبرم بين العميل الذي يريد إنشاء موقع على الشبكة وبين موردي خدمات الدخول إلى الشبكة، حيث يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية، ويتم ربط جهاز الحاسوب بالشبكة مع تقديم لوازم الخدمة.

ثانيا- عقد خدمة الخط الساخن:

يتعهد مقدم خدمة الخط الساخن بتقديم المساعدة الفنية لحل المشاكل التي قد يواجهها المشروع أثناء تواجده على الشبكة[1]، وهذا يعني أن متعهد تقديم خدمة الخط الساخن يلزم أن يكون في حالة انفتاح، بحيث يقدم مساعدة فعالة وجيدة كلما طلب منه.

ثالثا- عقد إنشاء المتجر الافتراضي:

يعتبر هذا العقد من عقود الخدمات الالكترونية، كما يسمى عقد المشاركة، فبواسطته يصبح المتجر الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي، الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد ن وهو يشبه المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد.

رابعا- عقد الإيجار المعلوماتي:

يطلق عليه عقد الإيواء وهو من عقود الخدمات والذي يرتبط ارتباطا وثيقا بالأنترنت، وهو عبارة عن عقد توريد خدمات، عن طريقه يلتزم متعهد الإيواء بأن يضع تحت تصرف عملائه جزء من القرص الصلب لأجهزته المعلوماتية، إضافة إلى قيامه بتوفير المصادر التقنية والمعلوماتية التي تمكن المستخدمين من الولوج إلى المعلومات المخزنة عن طريق الانترنت وذلك على مدار اليوم.

[1]- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 2008، ص 76.

خامسا- عقد البيع على الخط:

يعتبر من أكثر العقود الالكترونية انتشارا، وهو يتفق مع عقد البيع التقليدي في كافة أحكامه، إلا أنه يتسم بصفة رئيسية وهي طريقة إبرامه مما يضعه في طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

الفرع الثاني:

وسائل إبرام العقد الالكتروني:

تعددت وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود، ومن هذه الوسائل جهاز المينيتل وجهاز الفاكس، التلكس والتلفزيون والكمبيوتر، فجميع هذه الأجهزة يمكن من خلالها نقل إرادة طرف إلى الطرف الآخر، وذلك ما هيأها لإبرام العقود هذا، وسوف نعرض لكل وسيلة من تلك الوسائل كما يلي:

أولا - جهاز المينيتل Minitel:

ظهر جهاز المينيتل في فرنسا في منتصف الثمانينات، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر، ولكنه صغير الحجم نسبيا، ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر.

وجهاز المينيتل هو وسيلة اتصال مرئية حيث تنقل الكتابة من جهاز لآخر على الشاشة دون الصور، أي أنه وسيلة اتصال عن طريق الكتابة ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط تليفون[1].

ويعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود الكترونيا، حيث يمكن بمقتضاه لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه أوامر من خلاله بالشراء أو البيع.

[1] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص ص 57، 58.

ثانيا – جهاز التلكس Telex:

التلكس هو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها، وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها[1].

ويوجه التلكس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للاتصالات وسيط ومحايد يحدد هوية المتراسلين، ويكفل استعداد الجهاز المستقبل للاستقبال، ويؤرخ العملية، ويحتفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة سنة وهذا بدوره يوفر الأمان، لأنه يوفر عنصر للإثبات عند حدوث النزاع عن طريق مركز الاتصالات، الذي يقدم خدمة مشابهة لخدمة البريد الموصى عليه المضمون بعلم الوصول بالإضافة إلى أنه يقوم بالحفظ مدة زمنية معينة مما أدى إلى منح الثقة بالتلكس.

وإذا كانت الرسالة التلكسية غير موقعة من العميل، مما يؤدي إلى حدوث الغش فان رقم التلكس يظهر على رأس الرسالة وفي نهايتها، وإن كان لا يسوغ لنا تشبيه ذلك بالتوقيع[2].

ثالثا– جهاز الفاكس:

هو جهاز نسخ بالهاتف، حيث يتم بواسطته نقل المستندات أو الرسائل نسخا مطابقا للأصل فتظهر نسخ تلك المستندات والرسائل على جهاز الفاكس الآخر المرسل إليه ويلاحظ هنا أن هناك فاصلا زمنيا للرد على المرسل.

[1] – إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص84.

[2]– لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 59.

كما يشترط لقبول الرسائل أو الوثائق المرسلة عبر الفاكس أن تكون موقعة من قبل صاحبها أو من ينوبه، حتى يستطيع أن يعتد بها كأداة إثبات[1].

رابعا-جهاز الهاتف:

يتميز الهاتف بسرعة الاتصال وسهولة الاستخدام، ويتم التعاقد بواسطته فوريا ومباشرا، حيث أن الإيجاب يعقبه جواب مباشرة من طرف الآخر، سواء كان بالقبول أو الرفض.

خامسا- جهاز التلفزيون:

أن جهاز التلفزيون يستعمل في إبرام العقود،حيث يقوم مقدم البرنامج بعرض السلعة أو الخدمة التي يريد بيعها، وذلك بعد تحديد أوصافها وسعرها، ويقوم المتلقي – المشتري- بالاتصال بالبرنامج لإبداء رغبته في شراء السلعة (أي في التعاقد) مع ترك اسمه وعنوانه ورقم هاتفه، فتصله السلعة إلى مكان إقامته، ويتم الوفاء بالثمن بعدة طرق أما بالدفع عند الاستلام أو عن طريق شيك أو بوسائل الدفع الأخرى[2].

سادسا- جهاز الكمبيوتر:

أخد جهاز الكمبيوتر موقع في الحياة المعاصرة حيث أصبح أكثر الأجهزة شيوعا في مجال التعاقد الالكتروني وذلك من خلال شبكة الانترنت، وهو الذي تنصب عليه الدراسة، ويجب ألا نخلط بين شبكة الانترنت وشبكة الانترانت وشبكة الاكسترانت.

[1] – محمد أمين الرومي – المحامي- دبلوم الدراسات العليا في العلوم الجنائية عضو الجمعية المصرية للقانون الدولية النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية، مصر – المحلة الكبرى 2008، ص 42.

[2] – إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 87.

سابعا – شبكة الانترنت:

هي شبكة دولية لمجموعة حواسيب مرتبطة ببعضها البعض بغرض تبادل البيانات عبر دائرة التسلسل والتي هي عبارة عن وصلة يمكن بها إرسال واستقبال البيانات عبر الشبكة[1].

هناك عدة وسائل للتعاقد من خلال شبكة الانترنت، وهي إما أن يتم التعاقد عن طريق المراسلة من خلال البريد الالكتروني والذي يطلق عليه على سبيل الاختصار مصطلح(E-mail)، وقد يتم التعاقد بطريق المحادثة أو المشاهدة، أو عن طريق شبكة المواقع ويب(Web).

1- التعاقد عبر البريد الالكتروني E-mail:

يقصد بالبريد الالكتروني استخدام شبكة الانترنت في نقل الرسائل بدلا من الوسائل التقليدية، بحيث يسمح بتبادل المراسلات من وثائق ومطبوعات وأفلام أيا كان حجمها[2].

ويتم ذلك بتخصيص صندوق بريد الكتروني وهو عبارة عن ملف وحدة الأقراص الممغنطة التي تستخدم في استقبال الرسائل لكل شخص خاص به، حيث ترسل الرسالة إلى عنوان الشخص بحيث يستطيع هو وحده أن يطلع عليها باستخدام كلمة سر خاصة به لفتح الصندوق والاطلاع على الرسائل الالكترونية التي يرسلها إليه الغير.[3]

ويتم التعاقد عبر البريد الالكتروني بان تقوم بعض الشركات بإرسال رسائل دعائية لنوع معين من السلع أو الخدمات في البريد الالكتروني **E-mail**، الخاص بالشخص، فإذا اطلع الشخص على هذه الرسالة، ورغب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة للتعاقد معها في هذا الشأن ، وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة على نحو ما سيرد فيما بعدِ[4].

[1] –إيمان مأمون احمد سليمان، مرجع نفسه، ص 89.

[2] – لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 64.

[3] – إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 90.

[4] – لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 64.

وعليه فان التراسل بواسطة البريد الالكتروني يصلح للتعاقد على أن تكون اللغة التي يتم بها التراسل واضحة وصريحة، وتعبر عن رضا الأطراف بالتعاقد[1].

2- التعاقد عبر شبكة المواقع Web:

تعتبر خدمة الويب، أو ما يعرف بشبكة المعلومات العالمية هي الخدمة التي يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع على شبكة الانترنيت، وتصفح ما فيها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة ومن أجل إبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض منتوجاته عليها.

إن أهم المصطلحات التي تقابلنا هو web site ويقصد به كل مكان يمكن زيارته على شبكة المعلومات العالمية، التي تحتوي الملايين منها، لكل من هذه المواقع عنوان خاص يشار إليه بأحرف الاختصار الذي يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف، وتتميز هذه العناوين بالثبات والاستمرارية على مدار الساعة، ولكي نتمكن من زيارة أحد هذه المواقع فما يكون علينا سوى تحرير هذا العنوان، للدخول على هذا الموقع، وبعد ذلك تظهر الصفحة الرئيسية للموقع، التي يمكن من خلالها الوصول إلى الصفحات الأخرى التي يتضمنها الموقع والتي يرغب الزائر في الحصول على معلومات منها أو التعاقد حول مختلف السلع والخدمات المعروضة عليها[2].

ويتم التعبير عن الإيجاب أو القبول في الموقع بالكتابة، وببعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها عن طريق هذه الشبكة، فهناك إشارات تدل على الرضا (وجه مبتسم)

[1] – إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 90.

[2] – أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2000، ص9.

وهناك إشارات تدل على الرفض (وجه غاضب) وهذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أنها إشارات صادرة عن جهاز كمبيوتر ولكنها تعبر عن إرادة الموجب له وليس عن إرادة الكمبيوتر لأنه أداة صماء، كما أن التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع يمكن أن يمتد ليشمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضي وذلك بأن يعرض الموجب له تقديم استشارة قانونية مثلا، فيقوم الموجب له بإعطاء رقم بطاقة الائتمان العائدة له فيتم خصم قيمة الخدمة من رصيده فورا، فيتم نقل الأموال إلكترونيا بين المصارف بشرط وجود بطاقة للزبون ورقمه السري [1].

3- التعاقد عبر وسائل المحادثة والمشاهدة المباشرة:

الحديث عبر شبكة الانترنيت يمكن أن يكون عبارة عن تبادل رسائل مقسمة على الشاشة حسب عدد الأشخاص، كما قد يتضمن تبادلا مباشرا للكلام، وقد يتطور حسب برنامج ووجود كاميرات فيديو، فيصبح حديثا بالمشاهدة الكاملة.

ونلاحظ هنا أن التعبير يمكن أن يكون بالكتابة أو الكلام المباشر أو بالإشارة أو بالمبادلة عن طريق بطاقات الائتمان، وكما يكون تعبيرا صريحا أو يمكن أن يكون ضمنيا، ونلاحظ أنه يمكن أن نكون أمام مجلس عقد افتراضي على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة إلا إذا كان السكوت على الشاشة لفائدة من وجه إليه الإيجاب أو كان هناك تعامل سابق بين الطرفين اتصل الإيجاب بهذا التعامل، ويظهر ذلك خاصة في العلاقة التي تجمع البنوك مع زبائنها عبر شبكة الأنترنيت[2].

[1]- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، ط 2، المكتبة القانونية، عمان، الأردن،2002، ص 47.

[2] - أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 48.

المطلب الثاني:

أركان العقد الالكتروني

يجب أن تتوافر في العقد المبرم عن طريق إحدى وسائل الاتصال الالكترونية الأركان العامة للعقد وهي الرضاء والمحل والسبب وسوف نتطرق إليها بالتفصيل:

وهي لا تختلف عن أركان العقد التقليدي المتمثلة في الرضى والمحل، والسّبب وسأتطرق إليها على النحو التالي:

الفرع الأول:

الرضى (الإيجاب والقَبول) في العقد الإلكترونيّ.

الرضاء: هو توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر القانونيّ المقصود من إبرام العقد، ويجب أن يكون صحيحًا غير مشوب بأيّ عيب من عيوب الرضى، وهي الإكراه والغلط والتدليس، الغبن الفاحش، بالإضافة إلى وجوب تمتع الشخص بالأهليّة اللازمة لإبرام العقد الالكتروني.

طبقا للمادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على :"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"[1].

رغم أن شرط الرضى في العقد الالكتروني يشبه نضيره التقليدي، إلا أنه يختلف عنه في الوسيلة التي يتم بها التعبير عن الرضا كون العقد الالكتروني يتم في الغالب بين غائبين، مما يستدعي وجود وسيط أو حاسوب يسهل عملية التعاقد، ويتم التعبير عن الرضا في العقد الالكتروني بوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المعتمدة قانونا لإبرام الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

[1] – المادة 59 من القانون المدني (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005) – في ضوء الممارسة القضائية- النص الكامل للقانون وتعديلاته إلى غاية 13 مايو 2007 مدعم بالاجتهاد القضائي، طبعة جديدة صحيحة ومنقحة 2009-2010، منشورات بيرتي الجزائر، ص16.

أولا- الإيجاب الالكتروني:

الإيجاب هو التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين و الموجه إلى الطرف الأخر بقصد إحداث أثر قانوني ، كما يعرفه بعض الفقه " إعراب عن الإرادة – صريح أو ضمني- به يعرض شخص على آخر أو على عدة أشخاص آخرين – معينين أو غير معينين – إبرام عقد بشروط معينة[1].

حيث نجد أن المشرع الجزائري في المادة 60 من القانون المدني ينص على: أن يتم التعبير عن الإرادة باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف لا يدع أي يشك في دلالته عن مقصود صاحبها؛ وبالتالي يمكن أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا. كما ورد استثناء عن هذه القاعدة، بنصه على إمكانية أن يكون السكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول[2].

حيث ينعقد العقد بالتقاء الإيجاب مع قبول مطابق له، فيتحقق ما يعرف بالتراضي ولا يختلف كما ذكر تحقيق التراضي في العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية، بحيث يلتقي الإيجاب بالقبول ويتحقق ذلك بتبادل الأطراف لإرادتهم التعاقدية عبر الوسائط الإلكترونية بدلاً من الوسائل التقليدية، فإذا التقت الإرادتان المتطابقتان عبر تقنيات الاتصال الحديثة مع مراعاة ما ينظمه القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد، يمكن القول بوجود التراضي.

وبالتالي ومن خلال ما سبق، فإنه يمكن التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر الوسائط الإلكترونية، وخاصة عبر شبكة الإنترنت، فيتحقق الرضاء في العقد الإلكتروني عندما يتم تبادل رسائل البيانات الإلكترونية أو الخطابات الإلكترونية، ويعتبر من صور

[1] – عقوني محمد، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع، ص 93.

[2] – المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني إذا تم ذلك عبر خدمة world wide web ، أو خدمة البريد الإلكتروني (email)، أو أي وسيلة إلكترونية تحقق الغرض المطلوب.

ثانيا- القبول الإلكتروني:

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته عن الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، بحيث لا يمكن أن ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين[1].

كما عرفه بعض الفقه بأنه " التعبير عن رضا الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب."

كما يعرف القبول بأنه التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد، بحيث يعلن من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمناً على موافقته على العرض الموجه إليه؛ ولابد أن يصدر القبول والإيجاب قائما، لأن العقد لا يبرم إلا بتلاقي الإرادتان والتطابق بينهما.

قد يكون التعبير صريحا، كأن يبعث القابل رسالة عبر البريد الإلكتروني مثلا، تتضمن قبولا صريحا للعرض الذي قدمه الموجب، كما يمكن أن يكون القبول ضمنيا في حالة اتخاذ القابل أي تصرف يفيد موافقته على العرض.

ما جعل بعض الفقه يعتبر النقر على أيقونة القبول هو من قبيل القبول الضمني، في حين ذهب فريق أخر إلى اعتباره قبولا صريحا وفق المعيار المتعارف عليه في أسلوب و طريقة التعبير عبر الوسائط الإلكترونية.[2]

لم يفصل المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية في هذه المسألة ما يجعل الحكم فيها طبقاً للقواعد العامة التي جاء بها القانون المدني.

[1] – عقوني محمد، مرجع سابق، ص 100.

[2] – نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن . عمان، ص 62.

من خلال ما سبق يتضح جلياً، أن القبول في عقود التجارة الإلكترونية لا يختلف عن مضمون القبول في العقود التقليدية، إلا في الوسيلة التي يتم بها والتي تكون عبر الوسائط الإلكترونية، فهو قبول عن بعد، و عليه يخضع لنفس القواعد و الأحكام التي تنظم القبول التقليدي وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي تعود إلى طبيعة المعاملات الإلكترونية[1].

الفرع الثاني: المحل

المحل هو الركن الثاني من أركان العقد ،وقد نظمه المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني في المواد 92 – 95، حيث اعتبر محل العقد هو الالتزامات التي يولدها العقد، واشترط المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المقارنة أن يكون المحل مشروعا وليس مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون موجودا أو قابلا للوجود[2]، بالإضافة إلى أن يكون المحل معينا أو قابل للتعيين، وهي نفس الشروط المقررة في تنظيم محل العقود الإلكترونية[3].

حيث أن ركن المحل في عقود التجارة الإلكترونية لا يختلف عن ركن المحل في العقد المبرم بالصورة التقليدية، وكل ما هو مقرر في أحكام وقواعد القانون المدني ينسحب على ركن المحل في العقد الإلكتروني.

كما نجد المشرع الجزائري ينص صراحة على ممارسة التجارة الالكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، ويمنع المعاملات التي تمس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن الوطني[4].

[1] – هدى المقداد، مرجع سابق، ص 8.

[2]– أنظر المادة 93 من القانون المدني الجزائري، مرجع سابق.

[3]– أنظر المادة 94 من القانون المدني الجزائري، نفس المرجع.

[4] – إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 139.

الفرع الثالث:

السبب في عقود التجارة الإلكترونية

لا يتمتع ركن السبب بأي خصوصية في عقود التجارة الإلكترونية وفي أي جانب من جوانبه عن ركن السبب في العقد المبرم بالصورة التقليدية، وكل ما هو مقرر في أحكام وقواعد القانون المدني ينسحب على ركن السبب في العقد الإلكتروني.

يعتبر السبب هو الغاية أو الباعث للتعاقد، ويعني غاية الملتزم من التزامه؛ ويشترط القانون أن يكون السبب موجودا وأن يكون صحيحا، بمعنى ألا يكون وهميا أو صوريا طبقا لنص المادة 98، من القانون المدني، التي تقضي بما يلي:" كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا، ما لم يقم دليل على غير ذلك.

ويعتبر السبب المذكور في العقد، هو السبب الحقيقي، حتى يقوم دليل على ما يخالف ذلك، فإن قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه."

كما اشترط المشرع أن يكون السبب مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب، وإلا كان باطلا طبقا لنص المادة 97، من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا."

ومشروعية السبب لابد أن تكون لدى طرفي العقد، فإذا كان السبب مشروعا لدى طرف وغير مشروع لدى الطرف الآخر، كان العقد باطلا؛ ومشروعية السبب تلزم ألا يكون هناك اتفاق على مخالفة النظام العام والآداب العامة.

المطلب الثالث:

زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني

ينعقد العقد الالكتروني عندما يرتبط الإيجاب بالقبول ويتم هذا التصرف في المكان والزمان الذي يتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد.

أولا- زمان انعقاد العقد:

وفقا للقواعد العامة فانه توجد عدة نظريات في شأن زمن انعقاد العقد حال التعاقد بين غائبين وهي[1]:

1/ نظرية إعلان القبول:

وفقا لهذه النظرية ينعقد العقد بين غائبين في اللحظة التي يعلن فيها الطرف الآخر قبوله للإيجاب، حيث تتوافق الإرادتان ويتم العقد.

2/ نظرية تصدير القبول:

يشترط أنصار هذه النظرية أن الإعلان عن القبول يجب أن يكون نهائيا لا رجوع فيه، ويتحقق ذلك بأن يتم إرسال القبول فعلا إلى الموجب بحيث لا يملك القابل أن يسترده، وذلك بخروجه من حوزة القابل في مكتب البريد مثلا.

3/ نظرية تسليم القبول:

حسب هذه النظرية فان القبول لا يكون نهائيا إلا إذا وصل إلى الموجب سواء علم الموجب أو لم يعلم، على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به.

[1]- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 139.

4/ نظرية العلم بالقبول:

يرى أنصار هذه النظرية أنه لا يكفي إعلان القبول بل يشترطون علم الموجب به وذلك على أساس أن الأصل في التعبير أنه لا ينتج أثره إلا عند وصوله إلى علم من وجه إليه، وأثره هنا هو انعقاد العقد[1].

ثانيا- مكان إبرام العقد الالكتروني:

تبرز أهمية تحديد مكان إبرام العقد عند تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات التي تنشأ عن العقد، سواء كانت تتعلق بإبرامه أم أثاره وفقا للقواعد العامة في تحديد الاختصاص القضائي، فان مكان إبرام العقد هو الذي يحدد المحكمة صاحبة الاختصاص المكاني، إلا أن الصعوبة تكون في تحديد مكان العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت والمكان الذي من خلاله يتم ارسال رسائل البيانات التي تعبر عن إرادة طرفي العقد و مكان استلامها ، فهي رسائل يتم ارسالها من خلال إشارات رقمية عبر شبكة الانترنت المربوطة مع الأقمار الصناعية عبر الفضاء الخارجي.[2]

قد تناول قانون اليونسترال النموذجي مسألة تحديد الاختصاص الإقليمي للعقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت في المادة 15 فقرة 4 كما يلي :"مالم يتفق المنشئ مع المرسل على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه[1].

---

[1]-إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 139.

[2]- المادة 15 فقرة 4 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية القانون رقم 51/162 الصادر بتاريخ: 30يناير 1997.

ولأغراض هذه الفقرة:

أ/ إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقرا للعمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب/ إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد.

الفصل الثاني

دور قانون الإرادة والقواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

تنتهج جل الأنظمة القانونية نظاما ثنائيا في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود بين الأطراف ذات الطابع الدولي، ويميز بين حالتين، الحالة الأولى تتمثل في وجود اتفاق بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة التعاقدية، وقد يكون هذا الاتفاق صريحا، وقد يكون ضمنيا، والحالة الثانية تتمثل في حال عدم وجود اتفاق بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق في حال نشوب نزاع بين طرفي العقد.

حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين . تناولنا في (المبحث الأول) دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية (الإسناد الشخصي)، وفي (المبحث الثاني) تناولنا دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية (الإسناد الموضوعي).

المبحث الأول:دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية(الإسناد الشخصي):

يعتبر العقد اتفاق بين طرفين على إنشاء رابطة قانونية أو إنهائها أو تعديلها، ومن المسلم به أن للمتعاقدين كامل الحرية في اختيار البنود والشروط موضوع العقد ومن ضمن البنود التي يمكن للمتعاقدين الاتفاق عليها القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية بينهما، بشرط ألا يتعارض ذلك مع النظام والآداب العامة، ولا تثار مسألة البحث عن القانون واجب التطبيق بالنسبة للعقد الذي لا يشتمل على عنصر أجنبي ، بعكس ذلك الذي يكون فيه أحد طرفي العقد أجنبيا، حيث يثير هذا الأخير مسألة تنازع القوانين في حكمه وبيانه، وإذا كانت قاعدة خضوع العقد لمبدأ قانون الإرادة قد انتشرت في مختلف دول العالم، فان إعمالها يقتضي التساؤل عن مدى حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، وسوف نتناول جميع ما يتعلق بدور إرادة المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك من خلال العناصر الرئيسية التالية:

المطلب الأول:مفهوم ونشأة مبدأ قانون الإرادة

المقصود بالإرادة[1]هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس الإرادة المنفردة لأحدهما فالدخول في المفاوضات العقدية يعني انتهاء دور الإرادة المنفردة، وتبدأ الإرادة بالتوحد في هذه المرحلة (مرحلة المفاوضات) بحيث تتفاعل إرادة طرفي العقد مع بعضهما البعض

1- محمد فواز المطالقة،الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى / الإصدار الأول،دار الثقافة للنشر عمان، الأردن، 2006، ص 128.

للوصول إلى إرادة منتجة للآثار التي يرغب أو يسعى إليها الطرفان، وفي حال اجتماع إرادة المتعاقدان على تحديد القانون واجب التطبيق تنتهي الإرادة المنفردة نتيجة لتفاعل الإرادتين واتفاقهما على تحديد القانون الذي يتم إخضاع العقد له خضوعا تاما، ولا يتمكن أفراد العلاقة من التدخل والحد من القواعد التي يتم إخضاع العقد لها إلا إذا تم اتفاق الطرفين على تعديل ذلك بناء على إرادتهما[1].

من خلال التعريف السابق نستعرض نشأة مبدأ قانون الإرادة في (الفرع الأول) وموقف الفقه والتشريعات المقارنة و المواثيق والاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية في (الفرع الثاني)

الفرع الأول: نشأة مبدأ قانون الإرادة

يرجع ظهور مبدأ قانون الإرادة إلى الفقيه دوملان"DOUMOULIN" بقوله: " ان العقود من حيث توافر أركانها وشروطها الأساسية خاضعة للقانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا، وأما من حيث شملها فإخضاعها إلى بلد تحريرها"، وعلى الرغم من تعرض هذا المبدأ إلى العديد من الانتقادات، إلا أن تطبيقه لا يزال مستمرا في جميع أنحاء العالم.[2]

أما الفقيه الايطالي مانشيني "MACINI" فقد أعلن عام 1851 نظريته المسماة نظرية " شخصية القوانين" والتي تقضي بأن القوانين تتبع الشخص أينما ذهب، وبالتالي يطبق عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته سواء داخل إقليمها أو خارجه، مع تحديد جملة من الاستثناءات التي لا يطبق عليها قانون الجنسية[2]، من بينها ما تعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقود من حيث موضوعها، فيطبق عليها قانون الإرادة عملا بمبدأ سلطان الإرادة في العقود.

---

[1]–محمد فواز المطالقة،المرجع السابق، ص 128.

2– جعيرن بشير، اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملائمته لعقود الدولة الاستثمارية، طالب دكتوراه في القانون الخاص جامعة عمار ثليجي بالأغواط، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، ص131

وقد استقرت تلك القاعدة فقها وقضاء منذ ذلك الوقت، حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة في ميدان العلاقات التعاقدية بمثابة مبدأ عام أو عرف دولي معترف به في كافة النظم القانونية.

الفرع الثاني:

موقف الفقه والتشريعات المقارنة والمواثيق والاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية

أولا: موقف الفقه:

على الرغم من إجماع الفقه على العمل بمبدأ سلطان الإرادة، فقد اختلفوا بشأن الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ مابين نظرية شخصية وأخرى موضوعية، وسنتناول هذين النظريتين على النحو التالي:

1- النظرية الشخصية:

هذه النظرية ترجع قدرة اختيار المتعاقدين على اختيار قانون العقد، إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يخول للإرادة سلطانا مطلقا في هذا الصدد يرتفع بها فوق القانون، وبهذه المثابة يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية، يملك المتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها ولو اتسمت بالطابع الآمر، وعلى ذلك يبقى العقد الدولي طليقا أي بلا قانون يحكمه[1].

تترتب على هذه النظرية عدة نتائج من أهمها منح طرفي العقد الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق لمقدرتهم على تحديد القانون الأفضل للعقد والآثار المترتبة عليه

[1]- صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، ط 1، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2012، ص 457.

واستبعاد أي حكم له أثر سلبي على العقد، فهذه النظرية تمنح للمتعاقدين الحرية المطلقة في تنفيذ العقد بأفضل السل التي يجدونها والتي تحقق غايتهم بشكل مباشر[1].

2- النظرية الموضوعية:

نادى أنصار هذه النظرية بأن العقد لا يسمو على القانون، ويتم إخضاع العقد لكافة أحكام القانون الذي تحدده الإرادة، ويحتفظ القانون واجب التطبيق الذي حددته الإرادة بصفته الآمرة والناهية والملزمة، ولا تنكر هذه النظرية حق الأطراف في اختيار قانون العقد بل تخشى عدم إمكانية إيجاد قواعد قانونية تنظم هذا العقد، مما قد يؤدي لعدم إخضاعه لقانون محدد، فالإرادة يكمن دورها وفق هذه النظرية في تحديد العقد بنظام قانوني معين أي توطين العقد وتركيزه في موطن محدد، وأمر التوطين يخضع لتقدير السلطة القضائية التي تقوم بالبحث عن القواعد القانونية التي تتناسب والعقد، ولا تخرج عن نطاق الموطن الذي تم إخضاع العقد له.

بما أن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق في العقود الدولية يستند إلى قاعدة من قواعد التنازع على نحو تعتبر الإرادة مجرد ضابط للإسناد تتضمنه هذه القاعدة فانه يتعين على الأطراف اختيار القانون الأوثق صلة بالعقد، لأن اختيار قانون ليس له صلة بالعقد يؤدي إلى تخطي الإرادة للوظيفة الموكلة لقاعدة التنازع المتمثلة في منح المتعاقدين حرية تحديد قانون من بين القوانين المتزاحمة ليحكم الرابطة العقدية ذات الطابع الدولي المبرمة بينهما، تبعا لذلك إذا تبين للقاضي أن القانون المختار ليس له صلة بالعقد عليه أن يصحح هذا الاختيار و يطبق القانون الأوثق صلة به، و هو الاتجاه الذي أخد به المشرع بمقتضى المادة 18 من القانون المدني الجزائري[2].

[1]- محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص143.

[2]- تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماستر، فرع: قانون الأعمال، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2010-2011، ص 12.

ثانيا: موقف التشريعات المقارنة حول تطبيق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية:

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 قانون الذي يختاره الأطراف وعلى الأطراف في هذه الحالة التقيد والالتزام بما ورد في العقد هذا ما أقره المشرع الجزائري من خلاف نص المادة 18 من القانون المدني[1].

حيث يتضح من خلال هذا النص أن المشرع أعطى لقانون الإرادة الأولوية في تطبيق مجال العقد ومن هذا الاتجاه أيضا من خلال التقنين المصري من خلال المادة 19 الفقرة الأولى المتعلقة صراحة بحق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على أنه:"يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية فإذا لم توجد سرى قانون الدولة التي تم فيها التصرف وفقا لما يقرره القانون المصري".

كما ساير المشرع الجزائري وأعطى للأطراف الحرية الكاملة في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا حسب ما أقرته المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، التي تنص على أنه:" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، و في غياب هذا الأخير تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة".

1- أنظر المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

2- أنظر المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008.

وهو نفس الاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري من خلال مضمون المادة 39 المنصوص عليها في قانون التحكيم المصري لسنة 1994[1].

ثالثا: موقف المواثيق والاتفاقيات الدولية حول تطبيق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

أما ما تعلق منها بالمواثيق و الاتفاقيات الدولية نجد ما نصت عليه المادة 21 من لائحة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية على مبدأ سلطان الإرادة كما يلي :"للأطراف حرية اختيار القانون الذي يتعين على المحكمة تطبيقه على موضوع النزاع"، كذلك ما جاءت به قانون الاونسترال من خلال المادة 28 الفقرة الأولى.

أما في إطار الاتفاقيات الدولية نجد ما أخذت به" اتفاقية واشنطن 1965" إذ نصت المادة 42 من خلال الفقرة الأولى على أنه:" **تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع ...**"[2].

[1] –المادة 39 من قانون التحكيم المصري التي تنص على:"– تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

– وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع.

– يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

يجوز لهيئة التحكيم – إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح– أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

2– المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الصادرة بتاريخ 1965/03/18 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

كذلك ما أقرته المادة 1/15 من اتفاقية نيويورك لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، فقد قضت في هذا الشأن بتطبيق قانون الإرادة التي تخضع له سائر العقود الدولية، فإذا تخلفت الإرادة طبق قانون محل صدور حكم التحكيم، ويتضح من هذه الأحكام أن للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق وحتى ولو لم يكن هناك صلة بين القانون المختار وبين العلاقة محل النزاع[1]، وما تعلق منها كذلك بـ " اتفاقية لاهاي" المبرمة في 15 يونيو 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية فذكرت من خلال المادة 1/12 من الاتفاقية على أنه[2]:" عقد البيع يخضع لأحكام القانون الداخلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة"، كذلك ما أقرته الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف يوم 12 أفريل 1961 ودخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1964 من خلال المادة 7 منه على أنه:" الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع"[3]

المطلب الثاني:دور الإرادة في العقود الالكترونية

بهدف دفع عجلة التجارة الدولية بين الأفراد باعتبارها وسيلة تبادل اقتصادي هائل عبر الحدود قامت الدول بوضع قواعد القانون الدولي الخاص المتضمنة لأحكام فض النزاعات ذات العنصر الأجنبي وتحديد الاختصاص التشريعي، ومن خلال هذه القواعد القانونية يمكن

1- غول سليمة، باحثة دكتوراه،علي ميهوبي، باحث دكتوراه ، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية جامعة المنار ، تونس، مجلة الباحث القانوني،المجلد01، العدد 01، السنة 2020، ص 55.

2- المادة 1/12 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية المبرمة في: 15 يونيو 1955.

3- المادة 7 من الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف يوم 12 أفريل 1961

حل التنازع باختيار القانون الذي يسري على موضوع العلاقة القانونية ليحكمها، سواء أكان هذا القانون هو القانون الوطني أم قانونا أجنبيا، وتسمى هذه القواعد (قواعد تنازع القوانين) وتكون مهمتها فض التنازع بإسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة، وذلك بالاعتماد على ما يسمى (بضابط الإسناد)الذي قد يكون الجنسية أو الموطن أو مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الإرادة المشتركة، ونحتل هذه الأخيرة مكانة بالغة الأهمية في تحديد القانون الذي يحكم العقود على النطاق الداخلي فيا يعرف بمبدأ الحرية التعاقدية و الذي يقابله مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم في القانون الدولي الخاص[1].

لقد تولد إجماع فقهي وقانوني وقضائي على الاعتداد بنظرية قانون الإرادة كأساس يعول عليه في حكم العقود من جهة، ولحل التنازع بين القوانين من جهة أخرى.

كما أصبح الأصل في عقود التجارة الدولية خضوعها لقانون الإرادة، أي للقانون الذي يشير إليه المتعاقدين، ولكن ذلك مقتصر على الجوانب الموضوعية للعقد، وقد تكون هذه الإشارة صراحة أو ضمنا، مما يستدعي منا توضيح ماهية الاتفاق الصريح(الفرع الأول) والاتفاق الضمني بين المتعاقدين على اختيار قانون العقد (الفرع الثاني)، كما سنوضح الحلول المتبعة في حالة سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار قانون العقد (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الاتفاق الصريح (الاختيار الصريح):

أكدت التشريعات والقضاء المقارن على حق المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فمن المنطقي والطبيعي أن يقوم طرفا العقد بممارسة وتفعيل سلطان إرادتهم من خلال تحديد قانون أي دولة ليطبق على العقد في حال نشوء نزاع بشأنه، وهذا ما

[1] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 142.

يسمى بالاختيار الصريح، وعادة ما يتم إدراج هذا الاتفاق ضمن بند من بنود العقد بشكل صريح[1]، كما أنه من المتصور أن يتم إدراج تحديد القانون على صفحة الموقع الخاصة بالمزود (التاجر/المنتج)، على أن يكون هذا الشرط قابلا للتعديل في حال عدم الاتفاق عليه، لأن التحديد المسبق يكون موقوفا على قبول الطرف الآخر.

إذ يعتبر الاتفاق الصريح بين المتعاقدين بشأن القانون الواجب التطبيق على عقدهم هو أمر وارد بل ومطلوب في العقود المبرمة عبر الانترنت، وبهذا الخصوص يرى جانب من الفقه أن هذا التحديد يجب أن يتم على صفحة الشاشة المستقبلة.

أما في حالة الاتفاق الصريح ، فان اختيار قانون العقد يتم عند تحريره، و يجوز أيضا أن يقوم المتعاقدان بالاتفاق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد سواء أكان هذا الاتفاق شفويا أو مكتوبا، وذلك في اتفاق مستقل عن العقد ويكون ملحقا به، بل أنه من الجائز أن يقوم المتعاقدان بتعديل اتفاقهم وتغيير القانون المتفق عليه، لكن ذلك مشروط بأن يتم قبل النظر في النزاع أمام القضاء من جهة[2]، ومشروط بعدم الإضرار بالغير حسني النية الذين تعاملوا مع أطراف العقد على أسا القانون الأول محل التعديل.

الفرع الثاني: الاتفاق الضمني (الاختيار الضمني)

إذا لم يتفق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ، فان ذلك لا يعني بالضرورة انتهاء دور إرادة طرفي العقد، بل من الممكن أن تكون الإرادة موجودة في ثنايا العقد إلا أنها غير صريحة، وهذا ما يطلق عليه (الاتفاق الضمني)، وفي هذه الحالة يتم

[1]– بيان اسحق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة"،2007، جامعة بيرزيت فلسطين،كلية الحقوق والإدارة العامة برنامج الماجستير في القانون، ص 58.

[2]– محمد فواز المطالقة، مرجع سابق ، 143.

التعامل مع مضمون العقد والبحث في بنوده عن هذه الإرادة، حيث يتم استنباط القانون الواجب التطبيق من هذه البنود التي غالبا ما تميل وتتجه نحو قانون بلد معين دون غيره[1].

فظروف الحال والبيئة المحيطة بالتعاقد وملابساته هي كفيلة بالكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين والإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، كما أن تحديد مكان إبرام العقد أو مكان الوفاء أو تنفيذ الالتزام تعد من الدلائل على اتجاه النية الضمنية للمتعاقدين لإخضاع عقدهم لأحد الأنظمة القانونية، وتعد اللغة المستخدمة في تحرير العقد والعملة المتفق على الوفاء بها من أهم الدلائل على قانون العقد.

لكن قد لا تكون جميع الدلائل المشار إليها أنفا ذات جدوى فيما يخص العقود المبرمة عبر الانترنت، فلغة التعاقد الالكتروني عادة ما تكون اللغة الانجليزية، وإن لم تكن كذلك فانه يتم ترجمة العقد إليها بطريقة أو بأخرى أما بالمسبة للعملة المستخدمة، فمن الصعب تحديديها نظرا لاستخدام بطاقات الدفع الالكتروني، كما أن من الصعب تحديد مكان إبرام التعاقد أو تنفيذ الالتزام، نظرا لأن شبكة الانترنت لا تعترف بالحدود الجغرافية.

يبقى أمر استخلاص النية المرجوة من إرادة طرفي العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق إلى قاضي الموضوع ليستخلص ذلك من ظروف التعاقد وملابساته، وعادة لا يكفي القاضي بدلالة واحدة، وإنما يتم الجمع بين أكثر من دلالة بغية التوصل إلى إرادة المتعاقدين الضمنية[2]

1-- بيان اسحق القواسمي،مرجع سابق، ص 58.

[2] – بيان اسحق القواسمي،المرجع نفسه،ص 59.

الفرع الثالث:سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد

إذا لم تتوافر الإرادة الصريحة في اختيار القانون واجب التطبيق وعدم المقدرة على كشف نية طرفي العقد الضمنية فلا يكون أمام القاضي إلا اللجوء إلى القواعد القانونية الوطنية لدولة المحكمة المعروض أمامها النزاع وتطبيقها[1].

هنا يجب على القاضي الاجتهاد للوصول إلى قانون العقد، وعليه أن يقوم بربط العقد بالقانون الذي يتعلق به تعلقا وثيقا، وهذا ما يطلق عليه (توطين العقد) من خلال البحث في القوانين الوطنية عن القانون الأنسب للنزاع المعروض، ثم بيان القواعد القانونية التي من الممكن أن تنطبق على هذا العقد بشكل عام والنزاع الناشئ بشكل خاص، حيث يتم توطين العقد في الأغلب بالدولة التي ينتج فيها العقد أغرب أركانه وآثاره[2].

أما بالنسبة للعقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، نجد أن موطن إبرام العقد من الصعب تحديده، لأن الشبكة ليست تابعة لدولة محددة، إلا أن بعض التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية عالجت نقطة إبرام العقد واعتبرت موطن تسلم القبول هو موطن إبرام العقد[3].

وعليه فان القاضي ملزم بالبحث والتحري بعد تركيز العقد في القواعد القانونية التي تتناسب والعقد بشكل تام فقد تكون قواعد تناسب جزئية وتتعارض مع أخرى، فالقاضي ملزم عند البحث عن قانون العقد أن يجد ما يناسب النزاع تناسبا تاما وأن يكون هنالك ارتباط ما بين القانون واجب التطبيق على العقد[4].

---

[1] – محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 141.

[2] – محمد فواز المطالقة،المرجع نفسه، الصفحة نفسها 141.

[3] – بيان اسحقالقواسمي، مرجع سابق،ص 59.

[4] – محمد فواز المطالقة،مرجع سابق،ص 141.

المطلب الثالث: القيود الواردة على مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الالكترونية:

لقد أجمع فقه القانون الدولي الخاص على وجود حالتين يتعين معهما على القاضي الوطني استبعاد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد وهما إما تعارض القانون الأجنبي واجب التطبيق مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي وهو ما يعرف بالنظام العام، أو أن يرد استبعاد القانون الأجنبي إلى سلوك طرفي العلاقة التعاقدية كأن يأتي تحديد القانون الأجنبي بناء على تحايلهما على قاعدة الإسناد الوطنية،وهو ما يعرف بالدفع بالغش نحو القانون.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام:

إذا أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي ، فالأصل أن يلتزم القاضي الوطني بتطبيقه امتثالا لأوامر مشرعه ، لكن استثناء قد يتم استبعاد تطبيقه ذلك في حالة تعارضه تعارضا صارخا مع المبادئ الجوهرية و الأساسية التي يقوم عليها كيان مجتمعه، حيث لا يجوز له تطبيقه، و إلا كان حكمه مخالفا للقانون[1].

وعليه سنتناول تعريف فكرة النظام العام وأثر النظام العام كما يلي:

أولا: تعريف النظام العام:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للنظام العام ، لكنه حدد العديد من الحالات التي تخالف النظام العام ن و ذلك راجع لمرونة فكرة النظام العام و اتساع نطاقها، ولقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه:" النظام الذي يحتوي على قواعد ترمي إلى تحقيق المصلحة

[1]– حسام الدين برحايلي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية،مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي– أم البواقي– 2015–2016، ص20.

العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي و المعنوي لمجتمع منظم و تعلو على مصالح الأفراد"[1].

إن فكرة النظام العام يصعب تعريفها تعريفا دقيقا نظرا لمرونتها وتغييرها بتغير الزمان والمكان، ولهذا السبب يكتفي الفقه بالإشارة إلى الإطار السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يساعد في وضع حدود لها، ويعرف الفقه النظام العام وفقا لهذه الفكرة بأنه:"مجموعة القواعد التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو أخلاقية"[2].

كما يعرف جانب من الفقه النظام العام على أنه:" مجموع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه نظامها القانوني، وقد تكون هذه المصالح والمثل العليا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية دينية، وإذا وقعت مخالفة لها تعرض كيان هذه الجماعة إلى خلل ما"[3].

إن الفقه يسلم بعدم إحصاء نطاق تدخل النظام العام سلفا، لأنه فكرة وطنية مرنة أنية تختلف في المكان والزمان، ورغم ذلك يجب حصره بأسس موضوعية تبعث فيه المرونة والقابلية للتطور استنادا لمعيار المصلحة العليا في المجتمع، وكذلك يؤثر على نطاق النظام العام المذهب المعتمد في الدولة سواء المذهب الاشتراكي أو الليبرالي[4].

---

[1]– مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، التخصص قانون أعمال، جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس،2018–2019، ص22.

[2]– صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، قسم القانون الدولي الخاص كلية الحقوق– جامعة المنصورة، 2006، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2006، ص291.

[3]– خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة– ط 1، دار قنديل للنشر والتوزيع – عمان، الأردن 2013، ص 171.

[4]– مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص 22.

وعليه فالنظام العام يتشكل من الأسس التي يقوم عليها النظام السياسي والاقتصادي في الدولة، ومن الحقوق الطبيعية والحريات الأساسية المكفولة والمعتقدات الاجتماعية والأخلاقية والدينية المتداولة في المجتمع، لذا يعرف على أنه مجموعة الأسس الجوهرية والأساسية التي يقوم عليها نظام مجتمع معين سواء على الصعيد السياسي و الاجتماعي والاقتصادي و القانوني و الديني[1].

ثانيا: أثر النظام العام على مبدأ سلطان الإرادة:

من خلال ما سبق يتضح بان الدفع بالنظام العام هو وسيلة لحماية المجتمع من تطبيق بعض القوانين الأجنبية أمام محاكمها لكونها مخالفة للأسس القانونية الرئيسية السائدة في المجتمع وكذلك بالرغم من أن هذا القانون الأجنبي قد تبث له الاختصاص أصلا بموجب قاعدة الإسناد الوطنية بحكم المسألة المطروحة، ويترتب على الدفع بالنظام العام عدة أثار هي:

أ/ الأثر السلبي (استبعاد القانون الأجنبي):

يترتب على إعمال الدفع بالنظام العام أثر هام وهو استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، ذلك أن الهدف من النظام العام هو وقاية النظام القانوني في الدولة عن طريق استبعاد القانون الأجنبي الذي يكون من شأن تطبيقه المساس بالأسس التي يقوم عليها هذا النظام[2].

أما فيما يتعلق بمدى استبعاد أحكام القانون الأجنبي المخالف للنظام العام فقد اختلف الفقه بشأنه، فهناك من يرى وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته، لما قد يؤدي إليه الاجتزاء من تشويه للقانون، وتطبيقه في غير الأحوال التي شرع من أجلها، في حين يذهب آخرون

[1] – مناصف أمين،سعدي سامية، المرجع نفسه، ص 22.

[2]– خالد صبري الجنابي، مرجع سابق، ص 177.

إلى القول بإبدال الأحكام الموضوعية لقانون القاضي، ويقتصر عدم تطبيق القانون الأجنبي على تلك الأحكام التي تتعارض والنظام العام الداخلي.[1]

تنص المادة 24 من القانون المدني الجزائري استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، لكن لم تبين المادة إمكانية استخلاف القانون المستبعد بقانون آخر، وقد أخذ بعض الفقهاء بفكرة استبعاد القانون الأجنبي دون استخلافه بقانون أخر[2].

والرأي الراجح هو أن يتم استبعاد ذلك الجزء من القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، وذلك للحفاظ على الأوضاع القانونية التي رتبها الأفراد وعدم إهدار تلك الحقوق، وقبل هذا وذاك فان القاضي الوطني يعلم ابتداء أنه لن يصادف تطابقا كليا كاملا بين أحكام قانونه والأحكام التي يتضمنها القانون الأجنبي، وهذا يستدعي منه محاولة التوفيق بينهما لا أن ينكر وجود القانون الأجنبي بأكمله، ولكن هنا تبقى حالة وحيدة يضطر فيها القاضي الوطني إلى استبعاد القانون الأجنبي برمته وذلك إذا تبين أن الأجزاء المتبقية من القانون الأجنبي مرتبطة بالجزء المخالف للنظام العام ارتباط السبب بالنتيجة و مثالها العقد الذي يتضمن شرط غير مشروع ، فإذا كان هذا الشرط غير المشروع يمثل الباعث الحافز للعقد بحيث لا يمكن أن تقوم قائمة للعقد بدونه تعين إبطال العقد بأسره[3].

ب/ الأثر الايجابي (تطبيق القانون الوطني):

يأتي هذا الأثر كنتيجة طبيعية للأثر السلبي في استبعاد القانون الأجنبي ، إذ يجب في هذه الحالة إحلال قانون آخر مكانه لسد الفراغ التشريعي الناشئ عن الأثر السلبي للدفع بالنظام العام و ما يترتب عليه من إنكار للعدالة و ضياع الحقوق[4].

[1]– مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص25.

3– المادة 24 من القانون المدني الجزائري.

[3]– حسام الدين برحايلي، مرجع سابق، ص 29.

[4]– خالد صبري الجنابي، مرجع سابق، ص 177.

يقصد بالأثر الايجابي استبعاد القانون الأجنبي المختص المخالف والمتعارض مع النظام العام والفصل في النزاع حسب أحكام قانون آخر[1].

بالرجوع للمادة 24 من القانون المدني الجزائري يتجلى لنا اقتران الأثر السلبي بالأثر الايجابي، لأن الاستبعاد الكلي أو الجزئي للقانون الأجنبي يرتب حلول كلي أو جزئي لقانون القاضي، كما نستخلص أن المشرع الجزائري قد حدد القانون المختص بعد استبعاد القانون الأجنبي وهو القانون الجزائري من خلال النص في الفقرة الثانية من نفس المادة على:

"**يطبق القانون المدني الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظم العام والآداب العامة**"[2].

ج/ الأثر المخفف للنظام العام:

إن أثر الدفع بالنظام العام يختلف بحسب إذا ما تعلق الأمر بإنشاء الحق في بلد القاضي أو التمسك بحق اكتسبه في الخارج.

الهدف من الاعتراف بهذا الأثر هو الحد من صرامة الدفع بالنظام العام، والذي يؤدي إلى عدم إقرار القاضي الوطني بالحقوق المنشأة في بلده وفقا لقانون أجنبي، والتي تتعارض مع مقتضيات نظامه العام من خلال التصدي لها باسم النظام العام لعدم إنشائها أصلا وذلك بالموافقة على امتداد للقانون الأجنبي إلى بلد القاضي، ويبرز ذلك من خلال الإقرار بالحقوق المكتسبة في ظله، مراعيا بعين الاعتبار استقرار المراكز القانونية والمعاملات الدولية[3].

[1]–حسام الدين برحايلي، مرجع سابق، ص 30.

[2]– مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص26.

[3]–محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق، ص 163.

د/ الأثر الانعكاسي للنظام العام:

قد يحظر القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية علاقة قانونية معينة يجيزها قانون القاضي، فيلجأ القاضي إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص لمخالفته للنظام العام في دولته وتطبيق قانونه بدلا من القانون الأجنبي المستبعد باسم النظام العام، وبالتالي الحكم بإنشاء العلاقة القانونية وفقا لقانونه الوطني[1].

يلاحظ أنه إذا كانت العلاقة القانونية من غير الممكن الاعتراف بآثارها في الدولة التي استبعد القاضي قانونها لمخالفتها للنظام العام في تلك الدولة فانه يمكن الاعتراف بآثارها في دولة ثالثة يتشابه النظام العام فيها مع النظام العام في دولة القاضي، وهذا ما يسمى بالأثر الانعكاسي لفكرة النظام العام.

الفرع الثاني: الدفع بالغش نحو القانون:

إن كل قاعدة إسناد تسترشد بضابط معين للوصول إلى القانون الواجب التطبيق، لكن هنالك ضوابط يمكن تغييرها وفقا لإرادة الأفراد، ومن هنا فانه من المتصور أن يعمد الشخص إلى تغيير ضابط الإسناد من أجل تطبيق قانون معين، والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق[2]، وهو ما يعرف في القانون الدولي الخاص وخاصة في تنازع القوانين بالغش نحو القانون الذي يعتبر قيدا ثانيا بعد النظام العام، لذا يتعين ضبط مفهومه وشروط الدفع به، وآثاره وذلك كالأتي:

أولا: مفهوم الغش نحو القانون:

لضبط مفهوم الغش نحو القانون يتعين التطرق إلى نشأة وتطور فكرة الغش أو التحايل على القانون، ثم استعراض مختلف التعاريف الفقهية في هذا الإطار كالتالي:

[1]– محمد أحمد علي المحاسنة، الصفحة نفسها.

[2]– مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص 27.

1- نشأة الدفع بالغش نحو القانون:

ظهرت نظرية الغش نحو القانون في القضاء الفرنسي للمرة الأولى بمناسبة قضية شهيرة في فقه القانون الدولي الخاص سميت بقضية الأميرة " دي بوقرمون"، وتتلخص حيثيات هذه القضية في أن سيدة بلجيكية تزوجت من الأمير الفرنسي " دي بوقرمون" واكتسبت الجنسية الفرنسية بناء على ذلك، ثم أرادت بعد ذلك الطلاق منه، لكن واجهت أحكام القانون الفرنسي التي لا تسمح بالطلاق في ذلك الوقت، وباعتباره القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد[1].

ثم تجنست الأميرة بوقرمون بجنسية إحدى الدويلات الألمانية وهي دوقية" ساكس التمبورج" سنة 1875، والتي يوافق قانونها على الطلاق، فحصلت على حكم التطليق، ثم تزوجت بالأمير الروماني " بيسكو" وعادت الى فرنسا، فرفع زوجها الأول دعوى إلى القضاء الفرنسي طالبا طلاقها منه، أي بطلان الزواج، فقضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر سنة 1878 بأن تجنس هذه السيدة بالجنسية الألمانية قد تم غشا نحو القانون الفرنسي.

أدت هذه القضية إلى بروز فكرة الغش نحو القانون، وقد تبنى المشرع الجزائري موقف المشرع الفرنسي المؤيد لفكرة الغش نحو القانون وذلك من خلال النص عليها في المادة 24 من القانون المدني.

2- تعريف الغش نحو القانون:

يعرف الغش نحو القانون بأنه:" دفع ثان يتمسك به في مواجهة الأشخاص لاستبعاد القانون الأجنبي الذي عمدوا إلى إخضاع تصرفاتهم إليه بخلقهم ظروفا خاصة تسمح بإسناده

[1]- مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص 27.

إليه بدلا من القانون الوطني الواجب التطبيق أصلا والعمل بأحكام هذا القانون بالنهاية"، أو " هو الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التطبيق".[1]

وفي تعريف أخر بأنه: الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون الواجب التطبيق.

ثانيا: شروط الدفع بالغش نحو القانون:

يعد الغش نحو القانون قيدا على تطبيق القانون المختار من طرف المتعاقدين في حالة التهرب من أحكام القانون المختص نحو قانون آخر يخدم مصالحهم.

يبرز الدفع بالغش نحو القانون كثيرا في العقود الدولية، لأن إثارة هذا الدفع لا تكون إلا إذا كانت قاعدة الإسناد متوقفة على إرادة الأشخاص، ويبرز ذلك من خلال الطبيعة الإرادية لعقود التجارة الدولية في منح اختيار القانون الواجب التطبيق لإرادة المتعاقدين وفقا لمبدأ سلطان الإرادة[2].

يشترط في الدفع بالغش نحو القانون توافر شرطين هما: شرط مادي يقضي بإجراء تغيير إرادي، وشرط معنوي هو توافر نية الغش نحو القانون، لذا يتعين دراسة هذين الركنين كالأتي:

- الركن المادي:

حيث يشترط لإمكان الدفع بالغش نحو القانون توافر الركن المادي في الغش ويتمثل ذلك بإجراء تغيير إرادي في ضابط الإسناد، وما يتبعه من استبعاد للقانون الواجب التطبيق على العلاقة، ويتحقق هذا الاستبعاد من خلال الظروف التي تلعب الإرادة دورا جوهريا فيها لتغيير ضابط الإسناد، مثل ضابط جنسية طرفي العلاقة أو موطنهما وفقا للدولة المراد

[1]- حسام الدين برحايلي، مرجع سابق، ص، ص 34،35.

[2]- مناصف امين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص 28.

الخضوع لقانونها واعتدادها بقانون الموطن أو الجنسية، كما هو الحال في مسائل الأحوال الشخصية، وهنا تعتبر المخالفة غير مباشرة لأنها ترتكب بواسطة ذات القانون، لما أعطاه للفرد من حرية في تغيير موطنه أو جنسيته، أو يتم تغيير ضابط الإسناد من خلال التلاعب في الوصف المعطى للعلاقة القانونية، كأن يكون ضابط الإسناد هو موقع المال غير المنقول ، فيقوم الأطراف بتغيير وصف هذا المال ليصبح منقولا سعيا وراء تغيير القانون الذي يحكم العقد[1].

- الركن المعنوي:

يعني توافر القصد المعنوي، وهو قصد الغش الذي يتمثل بقصد تجنب القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق، ولكي يتوافر القصد المعنوي يجب أن يكون تجنب هذه الأحكام هو سبب تغيير القانون الواجب التطبيق ، فإذا لم يتوافر هذا السبب وكان التغيير لسبب آخر لا نكون في هذه الحالة أمام غش نحو القانون،حيث أن تغيير عناصر العلاقة التي تؤدي بدورها الى تغيير القانون الواجب التطبيق لا يعد مخالفا للقانون في ذاته، فللفرد الحق في تغيير جنسيته وفي اكتساب الجنسية عند توافر الشروط المطلوبة، كما له الحق في تغيير موطنه، إلا أن التحايل يتحقق في هاتين الحالتين اذا ما اقترن بضابط الإسناد الذي تم إعماله بقصد الإفلات من الخضوع لأحكام القانون الواجب التطبيق لقانون أخر غش تراعي فيه مصلحة الأطراف[2].

ثالثا: أثار الدفع بالغش نحو القانون:

ان الدفع بالغش نحو القانون يحتل مكانة كبيرة على الصعيد الدولي، ويبرز ذلك في أخذ العديد من الاتفاقيات الدولية به، وذلك راجع للجزاء المقرر بمقتضاه على القانون

[1]–محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية (العقود الالكترونية– المنازعات العقدية وغير العقدية– القانون الواجب التطبيق) دار الثقافة،عمان، الأردن، 2005، ص 100.

[2] – خالد صبري الجنابي، مرجع سابق، ص 181.

المختار في حالة ثبوت وجود تحايل من قبل المتعاقدين على القانون الواجب المختص أصلا[1].

لكن طرح جدل فقهي حول الجزاء المترتب على الغش نحو القانون، فاختلف الفقهاء بين من ينادي بضرورة الاثر الجزئي للقانون المختار (أولا) وبين من يؤيد الاستبعاد الكلي لذلك القانون(ثانيا) وهو ما سوف نتطرق له فيما يلي:

أ- الأثر الجزئي (البطلان الجزئي): يتم هذا الأثر بطريقتين هما:

استبعاد القانون المختار بحرمان التصرف المشوب بغش من أي أثر قانوني، وقد حصرت هذه الطريقة في الوسيلة التي يلجأ إليه االمتعاقدان للتوصل إلى النتيجة غير المشروعة.

استبعاد القانون المختار بعدم الاحتجاج بالأثر الذي أراد المتعاقدان الحصول عليه عن طريق الغش، فالأثر هنا ينحصر في الأخذ بالنتيجة التي يهدف الشخص من وراء الغش و التي تعتبر غير مشروعة و نظرا لأن كلا الطريقتين غير كافيتين لمنع الغش و استبعاد القانون المختار من قبل المتعاقدين فوجد نوع أخر من الأثر[2].

ب- الأثر الكلي (البطلان الكلي):

يرى جانب من الفقه أن أثر الغش ينصب على استبعاد القانون المختار والمختص وفقا للضابط المصطنع، وإعادة الاختصاص إلى القانون المختص أصلان حيث يعد أثر الغش هنا أثر حلولي استبدالي أي القانون المختص أصلا يحل محل القانون الذي أراد الشخص تطبيقه من وراء تغيير ضابط الإسناد تهربا من أحكام القانون المختص أصلا، ومثال ذلك

[1]- مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص30.

[2]- مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع نفسه، ص 31.

قضية الأميرة "بوقرمون" المتجنسة بالجنسية الألمانية من أجل التوصل الى الطلاق من زوجها ، السالف ذكرها ، فهنا ينصب أثر الغش على وجوب استبعاد أحكام القانون الألماني الذي يجيز الطلاق تم تطبيق القانون الفرنسي الذي كان مختصا أصلا[1].

[1]– حسام الدين برحايلي، مرجع سابق، ص 35.

المبحث الثاني:

دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق(الإسناد الموضوعي):

عند اختيار طرفي العقد قانونا معينا ليحكم علاقتهما التعاقدية صراحة أو ضمنا، طبق هذا القانون أو التصرف القانوني الالكتروني من جميع الوجوه، سواء ما تعلق بشروط الانعقاد أو الالتزامات المتقابلة أو الآثار المترتبة شريطة أن لا يمس ذلك الاتفاق النصوص الآمرة في القانون، لا سيما ما يتعلق منها بأحكام الأهلية والإثبات والشكلية والاختصاص الولائي والعقود الواردة على العقار، كما أنه لا يعتد باتفاق الأطراف متى تم على سبيل الغش نحو القانون، أو كان الاتفاق مخالف للنظام العام والآداب.

عند سكوت طرفي العقد الالكتروني عن اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة، وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية، فانه يتم اللجوء تماما كما في العقود التقليدية إلى تركيز العقد الالكتروني في مكان محدد لتحديد القانون الواجب التطبيق، هذا التركيز يتنازعه حاليا اتجاهان أحدهما اتجاه جامد والأخر اتجاه مرن، وسنرى جمود الأول ومرونة الثاني في مطلبين كل مطلب مستقل على حدى[1].

الفرع الأول: الإسناد الجامد:

إن أساس الجمود حسب هذا المعيار يكمن في كون مركز الثقل في جميع العقود ثابت ولا يتغير بتغير العقد، وهو ينحصر أما في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، وقد اتجه فقه القانون الدولي الخاص منذ

[1]– عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت،ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010، ص 80.

القدم إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد في ظل غياب اتفاق الأطراف بموجب هذه الضوابط الثابتة[1].

وإن كانت هذه الضوابط قد لاقت ترحابا في مجال العقود التجارية التقليدية، فان المسألة بخلاف ذلك في مجال المعاملات الالكترونية أين كانت محل انتقاد، فهناك من ينادي بضرورة استبعاد الموطن المشترك ومكان إبرام العقد، لأنه من النادر أن يتحد طرفا عقد تجاري الكتروني دولي في الموطن[2]، وإن تحقق فهو بمحض الصدفة، أو من قبيل التعمد المنطوي على غش بتواطؤ المتعاقدان عليه لأسباب يقصدانها، كون موطن المتعاقد على الشبكة العنكبوتية هو غير معروف[3].

حيث تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا الاتجاه ، فالمادة 1/19 من التقنين المدني المصري قد تبنت معيارا جامدا فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انعدام الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، حيث تقرر أنه في حال غياب اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، فان الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد[4].

---

[1]– سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية،طالب دكتوراه في القانون الدولي الخاص للأعمال جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 02 العدد02، ص 69، 82، أكتوبر 2018، ص 76.

[2]– عبد الباسط جاسم محمد،مرجع سابق،ص 82.

[3]– سالم عبد الكريم، مرجع سابق،ص 76.

[4]– صالح المنزلاوي،مرجع سابق،ص 324.

كما نصت المادة 18 من القانون المدني الجزائري 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 عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه"[1].

وعليه نجد أن المشرع الجزائري قد حسم المسألة بوضع قاعدة إسناد ذات ضوابط متعددة، حيث بعد أن أعطى ابتداء الأمر لإرادة المتعاقدين لاختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، قضى بأنه في حالة غياب إرادة المتعاقدين، فان القانون الذي يجب تطبيقه هو قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدوا في الموطن، أو الجنسية المشتركة، أما إذا اختلفا في موطنهما وجنسيتهما، فيطبق قانون الدولة التي أبرم فيها العقد.

ويظهر من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية كما هو الحال في كثير من النظم القانونية على أساس ما كان يفعلانه لو اتجهت نيتهما إلى اختيار قانون العقد ، بل أتي بضابطي إسناد احتياطيين وقرر الأخذ بهما على سبيل التدرج[2].

وسوف نستعرض هذه الضوابط فيما يلي:

[1]– المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

[2]– لزهر بن سعيد،مرجع سابق،ص 205.

الفرع الأول– إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة مكان إبرام العقد:

يعتبر مكان إبرام العقد من أوائل ضوابط الإسناد التي وجدت لحل مشكلة تنازع القوانين في مجال العقود الدولية مند عهد نظرية الأحوال الايطالية، ولعل حرص المشرع في معظم الدول على تبني هذا الضابط يعود إلى عدة عوامل من أهمها: إن مكان إبرام العقد هو المحل الأول لميلاد هذه العقود وهو في الغالب موطن أحد المتعاقدين أو كلاهما فيكون مشتركا ومعروفا بالنسبة لهما، وهو واحد لا يتجزأ بخلاف مكان التنفيذ الذي قد يتعدد أو يتجزأ كذلك فان مكان إبرام العقد يؤدي إلى وحدة القانون الذي تخضع له العلاقة العقدية من حيث الشكل والموضوع[1].

لذا نجد أن العديد من التشريعات تبنت ضابط محل إبرام العقد كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند غياب الاختيار الصريح للأطراف، وتعذر على القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية[2]، وهو ما أخد به المشرع المصري في المادة 19 من التقنين المدني وكذا التشريع الجزائري في المادة 18 من القانون المدني وعدد من التشريعات العربية مثل القانون المدني القطري (246) والليبي (347) والأردني (1/20)و العراقي (1/25)، و التشريعات الأجنبية كالاسباني والايطالي.

الفرع الثاني: إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة 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 أثارها في هذه الدولة[3]، وقد كان من شأن ذلك التقليل من أهمية محل إبرام العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق.

[1]– محمد أحمد علي المحاسنة، مرجع سابق،ص 104.

[2]– صلاح علي حسين، مرجع سابق، ص 482.

[3]– صلاح علي حسين، مرجع نفسه، ص 484.

لقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية للقانون الدولي الخاص هذا الضابط[1]، كما أبقت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية والأوربية، ويأخذ به القضاء في ألمانيا كإسناد احتياطي في حالة عدم وجود إرادة صريحة، أو ضمنية للأطراف فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ويأخذ به القضاء الفرنسي فيما يتعلق بآثار العقد، ويرجعه القضاء الانجليزي على قانون محل إبرام العقد عندما يكون تنفيذ العقد كليا، أو جزئيا واجبا في مكان غير مكان تكوين العقد.

ينهض الإسناد إلى قانون دولة محل تنفيذ العقد على أساس أنه المكان الذي تتركز فيه مصالح المتعاقدين ، ففي هذا المكان سيجني هؤلاء ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم[2]، فمحل التنفيذ يعبر عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية ، ويسمح بتطبيق قانون البلد الذي يتأثر اقتصادها بالعقد، أضف إلى ذلك أنه المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، لأن قيام الأطراف بإبرام عقد ما يكون دائما بقصد تنفيذه.

إذا كان لتطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد المزايا السالفة الذكر، فان هناك بعض الصعوبات تثار عند إعمال هذا الضابط المكاني على عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية، ويمكننا عرضها من خلال التمييز بين العقود التي تنفذ مباشرة عبر الخط، وبين العقود التي تنفذ مباشرة خارج الخط[3]، وذلك على النحو التالي:

[1]– صالح المنزلاوي،مرجع سابق،ص 231.

[2]– لزهر بن سعيد،مرجع سابق،ص، ص 208،209.

[3]– لزهر بن سعيد،مرجع سابق، ص 209.

أ/العقود التي تنفذ خارج الخط:

الأصل أن هذه العقود لا تثير مشكلة حقيقية، لأنها تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وهذا المكان سيكون غالبا مكان تسليم الطلب أو الخدمة[1]، غير أنه من المتصور أن يقوم الأطراف بأداء التزاماتهم في أماكن مختلفة، ومن ثم يخضع العقد لأكثر من قانون، وقد يصعب تحقيق الانسجام فيما بين القوانين بسبب اختلاف مفاهيم التظلم القانونية حول محل تنفيذ العقد.

ب / العقود التي تنفذ على الخط:

إذا كان من السهل تحديد مكان تنفيذ العقد في حالة ابرام العقود عبر شبكات الاتصال الالكترونية، حيث يجري تنفيذها ماديا، فان ثمة صعوبة تعترض تحديد هذا المكان في حالة المعاملات التي يتم تنفيذها كليا بالطرق الالكترونية كما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة من على شبكة الانترنت، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، فهل هو موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ؟ أم مكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع؟ أم مكان المستضيف الذي تجري فيه عملية التحميل؟ أم المكان الذي يوجد فيه الحاسوب الآلي للمشتري ...الخ[2].

ولتجنب هذه الصعوبات وحفاظا على مصلحة المتعاقدين لابد لهم من تحديد مكان التنفيذ في اتفاقهم.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بضابطي محل إبرام العقد أو محل تنفيذ العقد، لكن مع اشتراط أن يكون هذا الإبرام أو التنفيذ قد تم بالجزائر، وذلك من أجل تطبيق القانون

[1]– لزهر بن سعيد، مرجع سابق ، ص 210.

[2]– صالح المنزلاوي،مرجع سابق،ص 331.

الجزائري على العقد الدولي الالكتروني، وهذا ما يستشف من أحكام المادة 02 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

الفرع الثالث:إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة:

بالرغم من اعتماد بعض تشريعات الدول لضابط الجنسية المشتركة للأطراف كقانون يطبق على العقد الدولي في حالة غياب قانون الإرادة، إلا أنه يصعب تطبيق هذا الضابط في مجال العقود الالكترونية، وذلك راجع لضعف الصلة بين هذا المعيار (معيار الجنسية المشتركة) والعقد[1]،كون الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية، وتصلح وحدها أساسا لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود، وعلاوة على ذلك فان الاعتداد بالجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر صعب التحقق منه في مجال المعاملات الالكترونية.

بالرجوع إلى أحكام المادة 02 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية نلاحظ بأن المشرع الجزائري بدوره لم يعتد بضابطي الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للأفراد كمعيار يتم اعتماده في مجال العقد الالكتروني[2]، وقد حصر المشرع الجزائري القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني في القانون الجزائري دون غيره مستبعدا بذلك قانون الإرادة، إضافة إلى أنه لم يعتمد على الضوابط الاحتياطية كضوابط مستقلة يتم الاسترشاد بها من طرف القاضي.

الفرع الرابع:إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين:

يقصد بالموطن المشترك المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لمصالحه، ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة

[1]– مناصف أمين، سعدي سامية، مرجع سابق، ص،ص 50،51.

[2] – أنظر المادة 2 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية المؤرخ في: 10 مايو 2018.

معينة، ويعد الموطن من أقدم الروابط التي تربط الإنسان بإقليم ما، فالأصل أن الموطن يتحدد بمكان حقيقي للمتعاقدين[1].

يعتمد ضابط الإسناد هذا على الموطن المشترك لكلا طرفي العقد، فان اتخذ موطنا ويفضلونه على قانون محل إبرام العقد، يكون قانون الموطن المشترك هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية[2].

يرى بعض الفقه أنه إذا كان المتعاقدان يقيمان في نفس الدولة، فهذا يعني رغبتهما في إخضاع حكم العقد لقانون تلك الدولة على أساس أنه من الطبيعي أن يحترم المتعاقدان قانون الدولة التي يعيشان فوق أراضيها، ويدافع أنصار هذا الإسناد بالقول أن قانون الموطن هو القانون الذي اعتاد المتعاقدين على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، وبالتالي يجعلهم يتوقعوا ما يترتب عليه من أثار سلبية أو ايجابية[3]، إن المشرع الجزائري جعل من ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين أول ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حال غياب قانون الإرادة في العقد وإذا ما أقره من خلال الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري :"... و في حالة عدم امكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة"[4].

---

[1]– علالو هنية، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص: قانون أعمال،كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص، جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة– 2020–2021، ص 13.

[2]– ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون دولي خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي، 2017–2018، ص 23.

[3]– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 334.

[4]غول سليمة، ميهوب علي،مرجع سابق، ص 58.

لقد انتهجت العديد من التشريعات العربية هذا التوجه، حيث اعتبرت من الموطن المشترك لأطراف العقد ضابط الإسناد الأول عند سكوت الأطراف عن تحديد قانون معين يطبق على العقد، وذلك ما نجده في الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون الأردني، وهو ما أخذ به المشرع المصري من خلال استقراء نص المادة 19 المدني المصري، كما أخذت به بعض التشريعات الوطنية المقارنة، مثل القانون المدني البرتغالي والقانون الدولي الخاص التشيكي الصادر سنة 1963، أين نصت المادة 9 منه على تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية، كذلك القانون الدولي الخاص البولوني الصادر سنة 1975.

رغم وضوح هذا الإسناد، إلا أنه يصعب تطبيقه في مجال المعاملات الالكترونية، فالتعامل عبر شبكة الانترنت يعتمد على عناوين الكترونية لا على عناوين حقيقية، فجل المواقع على شبكة الانترنت تحمل عناوين ترتبط ببلدان بعينها، إلا أنه لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه ، كما أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة، كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها في نهاية المقطع ب (ORG) أو (COM)، مما يستلزم تقادي الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي لمعايير فض التنازع القانوني، على اعتبار أن هذه الضوابط يكتنفها الغموض وتشوبها صعوبات عند تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية[1].

الصعوبات والإشكالات التي ذكرناها، جعل الفقه والقضاء المعاصر يتجه إلى تبني ضوابط موضوعية أخرى لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، ومن أهمها ضابط الأداء المميز الذي سوف نتناوله فيا يلي:

[1] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 333.

المطلب الثاني: الإسناد المرن للرابطة العقدية – معيار الأداء المميز-:

تم اعتماد هذا الضابط بناء على فكرة تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الواجب الذي يحكم العقد، وفقا للالتزام الأساسي فيه، على اعتبار أنه مهما تعددت الالتزامات في العقد الواحد، إلا أنه يبقى أحد هذه الالتزامات هو الذي يعبر عن جوهر العقد ويتميز به، وعليه وجب الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[1].

وعرف الأستاذ " JEANBAPTISTE" الأداء المميز بأنه الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى[2].

كما عرفه الأستاذ" VAN OVERSTRAETEN" بأنه " ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا"، وبالتالي يعد أداء مميزا التزام البائع بتسليم المبيع.

يتميز هذا الضابط بمرونته وملاءمته لكل أنواع العقود، بالإضافة إلى سهولة العلم المسبق به، وبالتالي يعد أداء مميزا، التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، والتزام المورد بتوريد الخدمة على أساس أن هذه الالتزامات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي المراد من العملية التعاقدية[3].

وقد تبنت العديد من التشريعات فكرة الأداء المميز للعقد، لتفادي اللجوء إلى إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، فنجد المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر سنة 1978 تقر أنه عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يخضع هذا الأخير لقانون الدولة الأكثر ارتباطا بالعقد ويفترض وجود هذه الروابط مع الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة للمدين

[1]– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 336

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع نفسه،الصفحة نفسها.

[3]– لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص، ص 214،215.

بالأداء المميز،أو التي تتواجد بها منشأة هذا الأخير إذا كان العقد أبرم في إطار ممارسة نشاطه المهني أو التجاري[1]، والمادة 25 من القانون الدولي الخاص المجري لسنة 1979 تنص على أنه في حال استحال تحديد القانون الواجب التطبيق " يسري على العقد قانون موطن أو محل الاقامة العادية أو مركز منشأة الطرف المدين بتقديم الأداء المميز للعقد بطريقة جوهرية"، وأيضا نصت المادة 1211 من القانون الروسي لسنة 2001 على أنه: " عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم العقد، يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بروابط وثيقة، وتوجد هذه الروابط في قانون الدولة التي يوجد بها الموطن أو المركز الرئيسي للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز.

كما نجد قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994 يقضي بما يلي:" إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع"[2].

يعتبر ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية، كما أنه من القواعد الأساسية التي قامت عليها اتفاقية لاهاي المبرمة في 15 يونيو 1955، والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، حيث نصت المادة الثالثة على أنه يعتد بمحل الإقامة العادية للبائع، أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين القانون الذي يحكم العقد على أساس أن التزام البائع هو الأداء المميز للعقد، كما تبنت اتفاقية روما لسنة 1980 ضابط الأداء المميز للعقد، من خلال ما أقرته المادة الرابعة منها والتي تنص على أنه: عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فان قانون الدولة التي لها أكثر الروابط وثوقا بالعقد هو الذي يطبق

[1]– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 341.

[2]– المادة 39 من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة1994.

على الرابطة العقدية، وهذه الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتاد من طرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد[1].

يختلف ضابط الأداء المميز عن ضابط التوطين أو التركيز المكاني، ففي هذا الأخير يتحدد القانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة، لا تسمح للمتعاقدين قبلها بمعرفة القانون الذي يحكم عقدهم، وبالتالي لا يحقق الأمان القانوني المنشود الذي نجده في ضابط الأداء المميز.

بناء على ما جاء به التوجيه الأوربي للتجارة الالكترونية الصادر بتاريخ: 7 يونيو سنة 2000 الذي أخذ بضابط الأداء المميز، فان بنك المعلومات بعد تاجرا يقوم بإبرام الألاف من العقود يوميا، ومن الأفضل أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق بقانون الدولة التي يوجد بها البنك، فليس من المنطق أن يخضع كل عقد يبرمه البنك لقانون يختلف من عقد لآخر[2].

رغم أن معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية والاجتهاد القضائي أخذوا بنظرية الأداء المميز على عقود التجارة الالكترونية، إلا أنه تعرض للانتقاد بسبب عدم إمكانية تغطيته لكافة المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية، فضوابط الإسناد الموضوعية هي ضوابط مادية إقليمية تقوم على روابط جغرافية (محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو موطن أو محل إقامة المدين بالأداء المميز)، وهذه الضوابط لا تتلاءم مع طبيعة عقود التجارة الالكترونية التي تقوم على مرتكزات ير مادية أو إفتراضية، فعقود التجارة الالكترونية تتم عبر الانترنت، وهي تقود إلى عالم غير مادي، بينما ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص لم توضع إلا من أجل عالم مادي، ومن ثم فان تطبيقها على عقود التجارة الالكترونية يثير الكثير من الصعوبات.

[1]– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص342.

[2]– لزهر بن سعيد، مرجع سابق،ص، ص 215،217.

يمكن تلخيص صعوبات تطبيق الإسناد الموضوعي على عقود التجارة الالكترونية بما يلي:

-صعوبة توطين أو تركيز الرابطة العقدية في عقود التجارة الالكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية ، مثل بيع البرامج التجارية و الخدمات المالية على الخط، وبيع المعلومات عن طريق قواعد البيانات الموجودة في الانترنت، فيصعب تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسلم الأشياء غير المادية المبيعة عبر الخط، وبالتالي يصعب تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود، وأيضا يصعب معه تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد[1].

- إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد، والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف (المستهلك)[2].

ترتكز هذه النظرية على اعتبارات جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية والتي تتعدى الحدود الجغرافية[3].

- يصعب تطبيق هذه النظرية على العقود الالكترونية عندما يقوم الطرف المدين بالأداء المميز بإبرام عقد عن طريق حاسوب يملكه مقدم خدمات معلومات مقيم في نفس البلد التي يمارس نشاطه فيها، لأن القانون الواجب التطبيق سيكون قانون دولة مزود الخدمة لا قانون المدين بالأداء المميز.

- الحاجة لقواعد إسناد تحكم بعض المسائل مثل مسألة الأهلية، التقادم، التراضي[4].

[1]- ضياء الدين إسماعيل محمد ناصر، مرجع سابق، ص ص 28، 29,

[2]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 344.

[3]- عقوني محمد، مرجع سابق، ص 7.

[4] - صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 346.

– وجود قوانين وطنية ذات طبيعة آمرة يجب تطبيقها والأخذ بها عند التعاقد، مثل قوانين حماية المستهلك وحماية الملكية الفكرية، فإذا كان الانترنت هو إحدى آليات العولمة التي تعمل على تحرير الاقتصاد وإلغاء الحدود لخلق قرية كونية صغيرة، فليس معنى ذلك تراجع دور القوانين الوطنية الناتجة عن إعمال منهج تنازع القوانين أو منهج القواعد الآمرة.

– صعوبة تطبيق ضابط الأداء المميز على عقود التجارة الالكترونية، حين يكون تنفيذ العقد الكترونيا لأنه لا يوجد إقليم دولة معينة، يتم التنفيذ بها بسبب البيئة غير المادية التي يتم فيها تنفيذ العقد، زيادة على ذلك التعاقد عبر الوسائط الالكترونية يفترض فيه اتصال العقد وقت إبرامه بكافة الدول لاتصال الانترنت بها في ذات الوقت، ما يجعل تحديد قانون معين يحكم العقد أمرا صعبا.

– هناك عقود ذات طبيعة مركبة، تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية، ما يجعل أيا منها أداء مميزا، حيث يصعب أيضا في هذه الحالة تحديد القانون الذي يحكم العقد[1].

المطلب الثالث:

إسناد الرابطة العقدية وفق قانون التجارة الالكترونية الجزائري

تنص المادة 2 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية المؤرخ في: 10 مايو 2018 على ما يلي:" يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني[2]:

– متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري،أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

1- صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

2- المادة 2 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية المؤرخ في: 10 مايو 2018.

عمل المشرع الجزائري من خلال نص المادة المذكورة أعلاه، على تعميم تطبيق القانون الجزائري في الحالات المذكورة لتجنب تطبيق القانون الأجنبي تشجيعا للمتعاملين الجزائريين والمقيمين في الجزائر على النشاط والمعاملات التجارية وحمايتهم من أحكام قانونية أجنبية لا علم لهم بها.

الخاتمة

الخاتمة:

وفي ختام بحثنا خلصنا إلى أن المعاملات التجارية الالكترونية التي تبرم عبر شبكة الانترنت ودون الحضور المادي للمتعاقدين، وفي عالم مادي غير ملموس، يحكمها مبدأ سلطان الإرادة الذي أقرته جميع التشريعات، حيث يعتبر من أهم ضوابط الإسناد التقليدية المعمول بها في منازعات عقود التجارة الالكترونية، الذي يسمح للأطراف الاتفاق صراحة أو ضمنيا على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم في أغلب عقود التجارة الالكترونية، لأنها عبارة عن معاملات عابرة للحدود أي عقود دولية، ففي حالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمنيا بخصوص اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، تلجأ المحاكم إلى تطبيق قواعد الإسناد الاحتياطية، ألا وهي قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة الذي يستوجب بالضرورة تحديد موطن الأطراف أو جنسيتهما، وقانون بلد الإبرام الذي يقصد به ارتباط العقد التجاري الالكتروني بمكان إبرامه، وقانون بلد تنفيذ العقد الذي يقصد منه ارتباط العقد مع مكان تنفيذه.

وأخيرا استخلصنا مجموعة من النتائج، وارتأينا جملة من التوصيات والاقتراحات.

النتائج:

– صعوبة تطبيق ضوابط الاختصاص القضائي الشخصية على المنازعات العقود الالكترونية، فمسألة تحديد جنسية أو موطن الأطراف شيء من الصعب التيقن منه في عقود التجارة الالكترونية.

– في ما يخص أعمال الضوابط المكانية، فأنهم وإن كانا صالحين في منازعات العقود المادية الدولية، إلا أنهم غير ملائمين في عقود التجارة الالكترونية بحيث بقي تحديد مكان إبرام العقد في العقود الالكترونية رهين الاجتهادات الفقهية أما بالنسبة لمحل تنفيذ العقد فهو

غير ملائم، كونه يحتاج إلى تدخل القضاء لتحديد مكان تنفيذ العقد المبرم بطرق الكترونية، خاصة في حالة عدم تحديده من طرف المتعاقدين.

– رغم عدم قدرة قواعد الاختصاص القضائي في عقد الاختصاص في منازعات عقود التجارة الالكترونية فان ذلك لا يعني عجزها الكلي ولا إمكانية الاستغناء عنها، حيث تبقى هي الأساس القانوني الذي تجمع عليه جميع التشريعات القانونية الوطنية.

– نظرية العلم بالقبول تعد من أكثر النظريات المعول عليها في تحديد مكان إبرام العقود الالكترونية.

– خلو التشريع الجزائري من قواعد خاصة تنظم التقاضي في مجال الاختصاص القضائي الدولي، وخاصة قاعدة تنظيم انعقاد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات التجارة الالكترونية.

وفي الأخير يمكن القول أن المشرع الجزائري لم ينص على قواعد الاختصاص بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية واكتفى بالقواعد التقليدية.

– التوصيات والمقترحات:

– يجب على التشريعات المقارنة إجراء تعديل على قوانينها الداخلية، بما يستجيب مع المشاكل التي يثيرها إعمال قواعد الاختصاص القضائي الدولي التقليدية على المنازعات الالكترونية.

– ضرورة سن اتفاقية دولية تعنى بالاختصاص القضائي الدولي في المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية.

– إنشاء محاكم الكترونية حيث تمثل هذه المحاكم قفزة نوعية مما توفره من حلول سريعة للنظر في المنازعات ذات الطابع الالكتروني العلمي.

– يستوجب على المشرع الجزائري وضع قواعد اختصاص تتعلق بالمعاملات التجارية الالكترونية.

– نقترح على الأنظمة القانونية العربية معالجة عقود التجارة الالكترونية بصورة أدق واشمل، بحيث تتضمن حلولا واضحة لمسألة القانون الواجب التطبيق مع ضرورة مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه العقود والأخذ بعين الاعتبار ظروف وملابسات كل عقد.

– فرض شرط في عقود التجارة الالكترونية يلزم الأطراف المتعاقدة بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تحدد هويتهم، وفي حالة عدم الالتزام بذلك يكون للطرف الأخر عند حدوث نزاع الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يتفق مع مصالحه.

– العمل على تأهيل قضاة ومحكمين ووسطاء متخصصين في قضايا التجارة الالكترونية.

– ضرورة عقد ندوات ولقاءات ودورات تدريبية للقضاة والمحامين في الجزائر حول القواعد القانونية التي تحكم التجارة الالكترونية، وتعريفهم بالحلول القانونية التي أقرتها القوانين المقارنة المختصة بشأن المنازعات العقدية عبر الانترنت.

– القيام بوضع قواعد خاصة بالقانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية والبعد عن تدويل العقود والتي يسعى إليها البعض من خلال إسباغ صفة الدولية على كافة التصرفات التي تبرم عبر الانترنت وتقسيمها إلى عقود داخلية وأخرى دولية.

– ضرورة القيام بدراسة تحليلية قانونية شاملة لقواعد القانون الدولي الخاص المتعلق بالتجارة الالكترونية، بغية تحديد مدى ملاءمتها لحكم العلاقات والمنازعات الناشئة في بيئة التجارة الالكترونية.

– ضرورة ضبط كافة المفاهيم المتعلقة بالتجارة الالكترونية عموما والمنازعات الالكترونية على وجه الخصوص، وذلك لتسهيل وضع صيغ قانونية تعالج هذه المفاهيم.

– حث المتعاملين عند إبرامهم للعقود الالكترونية ضرورة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة عند الاتفاق حول بنود العقد.

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا- الكتب:

1-احمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،المكتبة القانونية عمان، الأردن، 2002.

2-أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000.

3-إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2008

4-خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الالكترونية – دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع –عمان، الاردن، 2013.

5-صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، قسم القانون الدولي الخاص كلية الحقوق- جامعة المنصورة، 2006، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2006.

6-صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.

7-عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،لبنان،2010.

8-لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثانية، دارهومة، الجزائر 2014.

9-محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية – دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.

10- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الكتب القانونية مصر- المحلة الكبرى، 2008.

11-محمد إبراهيم أبو الهجاء، عقود التجارة الالكترونية (العقود الالكترونية – المنازعات العقدية وغير العقدية– القانون الواجب التطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2005.

12-محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة،الطبعة الأولى /الإصدار الأول دار الثقافة للنشر عمان، الأردن، 2006.

13-نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2005

ثانيا- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ/ رسائل الدكتوراه:

1- نجوى رأفت محمد محمود، النظام القانوني لمجلس العقد الالكتروني، باحثة دكتوراه، قسم القانون المدني، مجلة جامعة جنوب الوادي الدولية للدراسات القانونية، العدد الخامس، 2020.

2-هدى المقداد، العقد الالكتروني، طالبة دكتوراه، جامعة الجزائر1-بن يوسف بن خدة – الجزائر، 2017.

ب/ مذكرات الماجستير:

1-بيان اسحق القواسمي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة"،2007، جامعة بير زيت، فلسطين،كلية الحقوق والإدارة العامة برنامج الماجستير في القانون، فلسطين، 2007

2-تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير فرع: قانون الأعمال، جامعة الجزائر كلية الحقوق 2010-2011.

ج/ مذكرات الماستر:

1-حسام الدين برحايلي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الدولية مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي- 2015-2016.

2-رواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مذكرة ليل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة آكلي محمد أولحاج، البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2019/2018.

3-ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون دولي خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي ، 2017-2018.

4-علالو هنية، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص: قانون أعمال، جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية،قسم: قانون خاص،2020-2021.

5-مناصف أمين، سعدي سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، التخصص قانون أعمال، جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس،2018-2019.

ثالثا- المقالات والمجلات العلمية:

1-أبو عمرو نادية، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، مجلة بحوث في القانون والتنمية، العدد 01، جوان 2022.

2- أحمد بولمكاحل، سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، عقود التجارة الالكترونية وحجية التوقيع الالكتروني،جامعة الاخوة منتوري- قسنطينة 1، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال العدد السابع، ديسمبر 2019.

3-جعيرن بشير، اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملائمته لعقود الدولة الاستثمارية، جامعة عمار ثليجي بالأغواط، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية.

4- سالم عبد الكريم، أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الالكترونية،جامعة أبي بكر بلقايد –تلمسان، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، العدد 02، أكتوبر 2018.

5-عقوني محمد، الايجاب والقبول في العقد الالكتروني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السابع.

6- غول سليمة، علي ميهوب، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية،جامعة المنار، تونس،مجلة الباحث القانوني، المجلد 01، العدد 01، السنة 2020.

7-معزوزي دليلة، العقد الالكتروني، تخصص عقود ومسؤولية،كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام، جامعة آكلي محمد أولحاج البويرة، الجزائر، السنة الجامعية 2015/ 2016.

ب/ النصوص التشريعية:

1-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/06/26 المتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

2-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3-القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 28 لسنة 2018.

4- قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة1994.

5-قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع 1996

6-التوجيه الاوربي رقم 09/97 الصادر في 1997/05/20.

7-اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية لبيع الأشياء المنقولة المادية المبرمة في: 15يونيو 1955.

8-الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف يوم 12 أفريل 1961.

الموضوع	الصفحة
الشكر والعرفان	
الإهداء	
المختصرات	
مقدمة	02
الفصل الأول: ماهية العقود التجارية الالكترونية	
المبحث الأول: الإطار القانوني العام للعقد التجاري الالكتروني	09
المطلب الأول: مفهوم العقود التجارية الالكترونية	09
الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الالكتروني و طبيعته	09
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد التجاري الالكتروني	11
أولا : العقود الالكترونية من عقود المساومة	12
ثانيا : العقد الالكتروني من عقود الإذعان	12
المطلب الثاني : خصائص العقد الالكتروني و نطاق إبرامه	12
الفرع الأول : خصائص العقد الالكتروني التجاري	13
أولا : العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد	13
ثانيا : العقد الالكتروني هو عقد مبرم بوسيلة الكترونية	14
ثالثا : العقد الالكتروني ذو طابع تجاري	14
رابعا : العقد الالكتروني ذو طابع استهلاكي	14
خامسا :العقد الالكتروني و كيفية إثباته	15
سادسا : العقد الالكتروني ذو طابع دولي	15
سابعا : السرعة في انجاز العمليات التجارية	16
الفرع الثاني : نطاق إبرام العقد الالكتروني	16

أولا : المبدأ في إبرام العقود الالكترونية	16
ثانيا : الاستثناء في إبرام العقود الالكترونية	17
1-اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما	17
2-اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد	17
ثالثا : حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات	20
1-الإثبات الالكتروني	20
2-التوقيع الالكتروني	22
3-شروط التوقيع الالكتروني في الإثبات	23
4-التوثيق الالكتروني (التصديق الالكتروني)	23
المبحث الثاني : صور العقد الالكتروني و وسائل إبرامه و أركانه	25
المطلب الأول : صور العقد الالكتروني و وسائل ابرامه	25
الفرع الأول : صور العقد الالكتروني	25
أولا : عقد الدخول في الشبكة	25
ثانيا : عقد خدمة الخط الساخن	26
ثالثا : عقد إنشاء المتجر الافتراضي	26
رابعا : عقد الإيجار المعلوماتي	26
خامسا : عقد البيع على الخط	27
الفرع الثاني : وسائل ابرام العقد الالكتروني	27
اولا : جهاز المينيتلMinitel	27
ثانيا : جهاز التلكس Telex	28
ثالثا : جهاز الفاكس	28
رابعا : جهاز الهاتف	29

خامسا : جهاز التلفزيون	29
سادسا : جهاز الكمبيوتر	29
سابعا : شبكة الانترنت	30
أولا : التعاقد عبر البريد الالكتروني E –mail	30
ثانيا : التعاقد عبر شبكة المواقع Web	31
ثالثا : التعاقد عبر وسائل المحادثة و المشاهدة المباشرة	32
المطلب الثاني : أركان العقد الالكتروني	33
الفرع الأول : الرضا (الإيجاب و القبول) في العقد الالكتروني	33
أولا : الإيجاب الالكتروني	34
ثانيا : القبول الالكتروني	35
الفرع الثاني : المحل	36
الفرع الثالث : السبب في عقود التجارة الالكترونية	37
المطلب الثالث : زمان و مكان إبرام العقد الالكتروني	38
أولا : زمان انعقاد العقد	38
1–نظرية إعلان القبول	38
2–نظرية تصدير القبول	38
3–نظرية تسليم القبول	38
4–نظرية العلم بالقبول	39
ثانيا : مكان إبرام العقد الالكتروني	39
الفصل الثاني: دور قانون الإرادة و القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية	
المبحث الأول: دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية (الإسناد الشخصي)	43
المطلب الأول : مفهوم و نشأة مبدأ قانون الإرادة	43

الفرع الأول: نشأة مبدأ قانون الإرادة	44
الفرع الثاني: موقف الفقه و التشريعات المقارنة و المواثيق و الاتفاقيات الدولية من القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية	45
أولا : موقف الفقه	45
1-النظرية الشخصية	45
2-النظرية الموضوعية	46
ثانيا : موقف التشريعات المقارنة حول تطبيق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية	47
ثالثا : موقف المواثيق و الاتفاقيات الدولية حول تطبيق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية	48
المطلب الثاني : دور الإرادة في العقود الالكترونية	49
الفرع الأول : الاتفاق الصريح (الاختيار الصريح)	50
الفرع الثاني : الاتفاق الضمني (الاختيار الضمني)	51
الفرع الثالث : سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد	53
المطلب الثالث : القيود الواردة على مبدا قانون الإرادة في مجال العقود التجارية الالكترونية	54
الفرع الأول : الدفع بالنظام العام	54
أولا : تعريف النظام العام	54
ثانيا : اثر النظام العام على مبدأ سلطان الارادة	56
أ/ الأثر السلبي (استبعاد القانون الأجنبي)	56
ب/ الأثر الإيجابي (تطبيق القانون الوطني)	57
ج/ الأثر المخفف للنظام العام	58
د/ الأثر الانعكاسي للنظام العام	59

الفرع الثاني : الدفع بالغش نحو القانون	59
أولا : مفهوم الغش نحو القانون	59
أ/ نشأة الدفع بالغش نحو القانون	60
ثانيا : تعريف الغش نحو القانون	60
ثالثا : شروط الدفع بالغش نحو القانون	61
أ – الركن المادي	61
ب – الركن المعنوي	62
رابعا : أثار الدفع بالغش نحو القانون	62
أ – الأثر الجزئي (البطلان الجزئي)	63
ب – الأثر الكلي (البطلان الكلي)	63
المبحث الثاني: دور القواعد الموضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق (الاسناد الموضوعي)	65
المطلب الأول : الاسناد الجامد	65
الفرع الأول : اسناد الرابطة العقدية لقانون دولة مكان ابرام العقد	68
الفرع الثاني : اسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تنفيذ العقد	68
أ – العقود التي تنفذ خارج الخط	70
ب– العقود التي تنفذ على الخط	70
الفرع الثالث : اسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة	71
الفرع الرابع : اسناد الرابطة العقدية لقانون دولة الموطن المشترك للمتعاقدين	71
المطلب الثاني : الاسناد المرن للرابطة العقدية – معيار الأداء المميز–	74
المطلب الثالث : اسناد الرابطة العقدية وفق قانون التجارة الالكترونية الجزائري	78
الخاتمة	81
قائمة المراجع	84

فهرس الموضوعات	89
الملخص	

ملخص:

إن الطبيعة العالمية والغير مادية للمعاملات التجارة الإلكترونية حيث لا مكان محدد يمكن تطبيق قانونه، مما يتطلب قانونا خاصا يحكمها بما يحقق الأمان القانوني، الذي ينشده المتعاقدون، الأمر الذي أدى ببعض الكتاب في القانون الدولي الخاص إلى معالجة المشكلة بفكرة الأداء المميز، كما ذهب البعض إلى تطبيق قواعد مادية وضعية، وواقعية كحل منازعات عقود التجارة أو من خلال إخضاع العقد الإلكتروني الدولي لحكم القواعد الآمرة المتمثلة في فكرة النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري.

إن الأصل في المعاملات التجارية الالكترونية هو خضوعها للقانون المختار من قبل المتعاقدين، إلا أن هناك مسائل تخرج عن نطاق الإرادة تتمثل في الضوابط الاحتياطية والتي لها صلة وثيقة بالعقد، كحالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمنيا بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد.

Résumé

La nature universelle et non physique des transactions de commerce électronique, où aucune place spécifique ne peut être appliquée, nécessite une loi spéciale pour régir la sécurité juridique recherchée par les contractants, ce qui a conduit certains auteurs de droit international privé à aborder le problème avec des performances exceptionnelles. Des règles physiques et factuelles comme solution aux conflits de contrats commerciaux, ou par la soumission du contrat électronique international à la règle du jus cogens, qui est l'idée de l'ordre public et des règles nécessaires.

L'origine du commerce électronique est qu'il est soumis à la loi choisie par les contractants, mais il y a des questions hors contrôle qui sont étroitement liées au contrat, comme le fait que le testament ne spécifie pas expressément ou implicitement la loi applicable au contrat .