جـامعة عـبد الـرحمان مـيرة – بـجاية–

كـلية الـحقوق و الـعلوم الـسياسية

قـسم الـقانون الـخاص

القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص الشامل

إعداد الطالبتين :

- أيت عبد الوهاب فهيمة
- خـــرفلاوي سهيـــلة

إشراف الدكتور:

- بهلـولي فـاتح

لجنـة المناقشة

- الأستاذ: مـــوخـــالفي كـــريم..... رئيـسًا
- الأستاذ: بـهـلـولي فـاتح ..... مشرفا ومقررا
- الأستاذ: عيـــد عبـــد الحفيـظ..... ممتحناً

2017–2016

الحمد لله

فاتحة كل خير....وتمام كل نعمة

بسم الله الرحمان الرحيم

قالوا سبحنك لا علم لنا إلاٌ ما علٌمتنا إنٌك أنت العليم الحكيم

صدق الله العظيم

الآية 31 من سورة البقرة

شكـــر وتقـــديـــر

روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

" من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

وتطبيقا لهذا الحديث الشريف وهذا الأدب الرفيع

فإذن الشكر لله والحمد لله الذي أعاننا على إتمام هذا العمل

الذي نأمل أن يكون في المستوى، أما بعد

نتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى أساتذة كلية الحقوق بجامعة بجاية ونخص بذكر الأستاذ المحترم

بهلولي فاتح

على توجيهاته ونصائحه القيمة والذي ساعدنا وتشرفنا بمعرفته لقاء هذا العمل

كما نتوجه بشكرنا إلى كل عمال المكتبة لجامعة بجاية وإلى كل زملائنا و أصدقائنا خاصة دهية ، عادل، سهيل ، جيلالي ،عقيلة، دنيا.

الإهـــداء

إلـــى نبع الحنان الصافي أمي الغالية أطال الله في عمرها أتمنى من ربي أن أسكن تحت قدميها في الدنيا والأخرة جزاها الله خيرا

إلـــى الذي تحمل الشدائد في سبيل تدريسي ودفعني بثقة إلى تحقيق أحلامي

أبي العزيز حفظك الله

إلـــى أكثر شخص كان إلى جانبي جيلالي ، وإلى زوج أختي سليم

إلـــى أخي الوحيد بوبكر جعله الله سندا لي

إلـــى أخواتي ليندة ، نصيرة، شفيعة

إلـــى البراعم الصغار، بلال ، يسرى ، نوميديا

إلـــى كل والأصدقاء الصديقات خاصة إلى صديقتي زيلاسن، سليم، يوبا، فريدة وفهيمة التي ساعدتني على إنجاز هذا العمل .

سهيلة

الإهـــداء

أهـدي هذا العمل إلى أمي الغالية قرة عيني أطال الله في عمرها

إلـــى

أبي الحبيب الذي سهر على راحتي أطال الله في عمره

إلـــى

إخوتي سعيد ، عبد القادر، كمال .

إلـــى

أخواتي دليلة ، عقيلة ، فاطمة ، كهينة .

إلـــى

كل الصديقات والأصدقاء كل بإسمه زينة ، كاتية ، دليلة، فريدة ،حياة ،كريم، طريق، سليم خاصة إلى صديقتي سهيلة .

إلـــى

البراعم الصغار نبيل ، أيمن ،أنس، أمال، إلينا ...

إلـــى

كل من سقط قلمي عنه....

فهيمة

قائمة المختصرات

أولا- باللغة العربية :

ج ..... الجزء.

ج. ر..... الجريدة الرسمية.

د. ب. ن .....دون بلد نشر.

د. س. ن ..... دون سنة نشر .

ص ..... الصفحة .

ط ..... الطبعة.

ف .....الفقرة.

ق. م .ج ..... القانون المدني الجزائري.

و.م.أ.....الولايات المتحدة الأمريكية.

ثانيا- باللغة الفرنسية

P..... page.

مقدمة

تحتل التجارة الدولية مركز الصدّارة في العلاقات الدولية الحديثة، وهي العمود الفقري الذي تقوم عليها هذه العلاقات ممّا يؤدي إلى أنّ التعامل التجاري على الصعيد الدّولي تترتب عليه ميلاد علاقة تعاقدية ذات عنصر أجنبي تثير مسالة البحث عن القانون الواجب التطبيق، والتي تعتبر من أهم وابرز المواضيع التي خظيت بدراسة فقهية كبيرة التي أثرّت على التشريعات الوطنية تظهر في قواعد قانونية التي تنظم هذه العقود[1].

وهذا التحول الذي طرأ على أنماط التعامل التجاري سواءا كان بين الأفراد أم بين المؤسسات والشركات أو بين بعضها صيغ التعامل التجاري الدولي بصيغة جديدة وتحّول به عن تعامل قائم على العلاقات المباشرة بين المتعاملين يكون فيه للقاء المّادي المباشر الكلمة الأخيرة، إلى التعامل يعتمد بالكامل على استخدام وسائل الاتصال الفوري الحديثة عن بعد،[2] وخصوصا إذا كانت هذه المعاملات عبارة عن عقود تجارية تبرم عن طريق وسائل إلكترونية الحديثة، من أهمها الحاسوب الألي الذي يعمل من خلال شبكة المعلومات الدولية للأنترنت، والذي أصبح سوقا في العالم الإفتراضي الذي يمكّن التجار والمستهلكين من إبرام عقودهم دون الحاجة إلى الإلتقاء المادي، وتتسم هذه العقود بالطابع الدولي لأنها تتم بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ويكون تعاقد هؤلاء تحت ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، نتيجة للتقدم التكنولوجي، وإستخدام الوسائل العلمية الحديثة في المعاملات، وهذا ما يعرف بعصر العولمة الذي أصبحت التجارة الإلكترونية فيه جزءا لا يتجزأ من الإقتصاد العالمي التي تمكن التجار والمستهلكين من الإلتقاء بدلا من التنقل بين المتاجر أو التسوق عبر الهاتف .

[1]– حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014–2015، ص1.

[2]– عبد الباسط حاسم محمد، تنازع الإختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2014، ص16.

ونظرا لأن هذا النوع من التجارة أدى إلى ظهور إشكاليات قانونية جديدة لم تعرفها التجارة التقليدية، فقد كان من الضروري إيجاد حلول لها من خلال نظام قانوني جديد للتعامل مع الجوانب الجديدة لتقنية الإتصالات المتطورة بتشريعات وطنية وعالمية للتوصل إلى حل للمنازعات الناجمة عن الأنترنت، كما تساهم في توفير الوقت والجهد وتقلل من تكلفة التقاضي وإزالة الصعوبات القانونية التي تعترض التجارة لما ينتج عنه من أهمية بالغة في تحقيق رقي المجتمع وتقدمه .

فالتجارة الإلكترونية تواجه صعوبات، حيث يتعذر تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثار بشأنها، وما إذا كان قانون الإرادة هو المطبق أو لا، مع مراعاة أن التجارة الإلكترونية تقوم على دعامات غير ورقية، بل تبرم عن طريق كتابة إلكترونية مسجلة على وسائط إلكترونية الأمر الذي يستدعي ضرورة وجود تنظيم قانوني فعال ومناسب يوفر بيئة قانونية أكثر ملائمة للتجارة الإلكترونية عن طريق توفر إجراءات وقواعد قانونية من أجل تيسير إستخدام التقنية العصرية في تبادل البيانات إلكترونيا .[1]

وعلى هذا النحو جاء إختيار موضوع الدراسة نابعا من الأهمية التي يكتسيها هذا الأخير فيما يشهده مجال التجارة الإلكترونية من النمو المتزايد، فإن الأمر يقتضي إزالة كل العوائق التي تواجهها لضمان إستمرارية وتنفيذ هذه العقود، حيث أصبح الاهتمام بمحاولة البحث عن حل لمنازعات التي تثور بشأن التجارة الإلكترونية، التي تشغل الفقهاء ومشرعي الدول، ومفاد ذلك هو أن فعالية النظام القانوني الذي ينظم عقود التجارة الإلكترونية، له أثر بالغ في زيادة حجمها وإتساع نطاقها.

[1]–إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية،(د. ط) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،2009. ص.408 وما بعدها.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع في التعرف على أهم الصعوبات القانونية التي تفتقد لحلول مستقرة في التشريعات الوطنية، وتتمثل هذه الصعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، التي تعتبر من أهم وأبرز الإشكاليات القانونية التي أثارت جدلا كبيرا بين فقهاء القانون الدولي الخاص.

وتتمحور الإشكالية حول صعوبة تحديد المكان الذي أبرمت فيه عقود التجارة عن طريق الأنترنت، بالإضافة إلى توقعات الأطراف في حالة عدم الإتفاق ،على القانون الواجب التطبيق؛ أو عندما يتفق الأطراف على تطبيق قانون معين، والإشكالية المحورية المقترحة لمعالجة هذا الموضوع هي: هل الحلول المقررة بشأن عقود التجارة الإلكترونية صالحة لحل منازعاتها ؟ .

وعليه إرتأينا تقسيم الموضوع إلى فصلين، الفصل الأول تحت عنوان قواعد الإسناد والقانون الواجب التطبيق. والفصل الثاني تحت عنوان فكرة الأداء المميز والقواعد المادية .

وللإجابة على هذه الإشكالية نخصص هذا العمل لإيجاد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، معتمدين على منهج تحليلي من خلال تحليلنا للنصوص القانونية الوطنية والمقارن من خلال مقارنتنا بين الأنظمة القانونية لدول العالم .

وأخيرا أجبلنا مجموعة من النتائج المتوصل إليها في خاتمة البحث .

الفصل الأول

قواعد الإسناد والقانون الواجب التطبيق

في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

يسود في المعاملات التجارية الالكترونية مبدأ أن «العقد شريعة المتعاقدين

«Pacta sumt servondo»، بحيث يترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم [1] ، بشرط ما يكفل تحقيق مصالحهم وهذا ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة في علاقات القانون الداخلي غير أن المشرع رأى أنه من الملائم تمديد العمل بمبدأ سلطان الإدارة إلى ميدان العلاقات للاتفاقيات ذات العنصر الأجنبي، لإعطاء الحرية للمتعاقدين لإبرام عقدهم،[2] وهذه القاعدة من المبادئ العامة للقانون، وكثيرا ما يغفل الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم منازعاتهم، وهنا يتعين على القاضي تحديد أي القوانين الأفضل ملائمة، والحرص على المعايير التي تعتبر وثيقة الصلة بالموضوع بما في ذلك نوع النظام هل هو اقتصادي، رأسمالي، أو اشتراكي وصولا إلى قرار بشأن القانون الأقرب لظروف وملابسات العقد، كالموطن ومكان إبرام وتنفيذ العقد.[3]

ومن خلال ما سبق سنتناول في هذا الفصل معيار الإرادة وتطبيقاتها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية (المبحث الأول)، والمعايير التقليدية وتطبيقاتها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية (المبحث الثاني).

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص. ص. 94–95.

[2]– بوكلال مبروك، لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012، ص.05.

[3]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.94.

المبحث الأول

ضابط سلطان الإرادة وتطبيقاتها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية

من المتعارف عليه أن قاعدة الإسناد تعتبر الوسيلة الفنية الأولى، التي يتم بموجبها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ونظرا لأهمية مبدأ سلطان الإرادة (l'autonomie de la volonté) في تحديد هذا القانون في منازعات عقود التجارة بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة، والتي كثيرا ما ترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، لذا فإن قاضي الموضوع يلجأ إلى تحديد أي نظام قانوني يجب تطبيقه، ومهمة تحديد القانون الواجب التطبيق أمر ينطوي على صعوبة بالغة، وهو الأمر الذي يثير العديد من التساؤلات.

وعلى هذا الأساس سندرس في هذا المبحث مفهوم مبدأ الإرادة في (المطلب الأول) وإشكاليات تطبيق مبدأ الارادة، مع بيان موقف التشريعات المقارنة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم، يحتوي على كل التفاصيل في حدود نصوص القانون،[1] بحيث للأطراف كامل الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، ولهم استبعاد القانون وإخضاع العقد للمبادئ العامة للقانون أو عادات وأعراف التجارة الدولية، وذلك في حدود النظام العام والآداب العامة،[2] وهذا المبدأ

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.101.

[2]– حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص.466.

يعتبر بمثابة قاعدة قانونية دولية، نظمتها كافة القوانين الوطنية، وفي هذا الإطار ظهرت عدة أراء فقهية لكل منها مبادئ وخصائص تميزها عن بقية الآراء الأخرى [1].

وعليه نستعرض لموقف القانون والاتفاقيات الدولية في (الفرع الأول) وموقف الفقه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف القانون والاتفاقيات الدولية من مبدأ سلطان الإرادة

في العقود الدولية عادة ما يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، وقد استقر لدى الفقه القانون الدولي الخاص نتيجة للتطوّرات التي عرفها منذ ظهور نظرية تنازع القوانين، فمثل هذا الحل لم يبقى في مجاله النظري، وإنما أخذت به القوانين وجعلت من مبدأ سلطان الإرادة أحد المبادئ التي تعتمد عليه لفض مشكلة تنازع القوانين، ونجدها أيضا في الاتفاقيات الدولية التي اعتدت هي الأخرى بقدرة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لغرض التقليل من ظاهرة تنازع القوانين.

أولا: موقف القانون من مبدأ سلطان الإرادة

اختلفت مواقف التشريعات المقارنة فيما يخص مبدأ سلطان الإرادة، نظرًا لأهميته في تحديد القانون الواجب التطبيق وذلك وفقا للمادة 301 فـ1/أ من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية (UCC)،[2] بحيث يتضح منها أن المشرع الأمريكي خوّل للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدّولي سواءا كان ذات صلة بتلك الدولة أو لا.

---

[1]– سلطان عبد الله محمود جواري، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، (دراسة قانونية مقارنة)، لبنان منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص.103.

[2]– المادة 301 فـ1/أ من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية، المتاح على الموقع الآتي:
www.proz.com kudoz home 21 avril 2009 kudoz English to arabic translation of UCC law.

بينما المادة 109 من القانون الأمريكي الفيدرالي الموحد لمعاملات الكمبيوتر لعام 1999[1]، أقرت صراحة مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ونظّمت أحكاما خاصة بالمستهلكين،[2] فالمشرع الجزائري في المادة 106ق م. ينص على أن «العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون"،[3] في حين أخذ به القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979 الذي ينص في أحد مواده على أنه «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنيا»، كما نجد القضاء الفرنسي يطبق قانون دولة محل إبرام العقد على أساس أنه قانون الإرادة الضمنية للأطراف، ويتجلى ذلك في المادة 1134 من قانون المدني الفرنسي[4]، التي جعلت العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإرادة المتعاقدين المتبادلة أو لأسباب يحددها القانون .[5]

بالإضافة إلى القانون المدني الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة 1986 ينص على ما يلي «يخضع العقد إلى القانون الذي يختاره الأطراف».[6]

أمّا الدول العربية فقد أخذت هي الأخرى في تشريعاتها بفكرة خضوع العقد لقانون الإرادة، فأخذت به سوريا في المادة 20ف01، والقانون المدني المصري في المادة 19ف1[7].

---

[1]– المادة 109 من القانون الأمريكي الفيدرالي الموحد لمعاملات الكمبيوتر لعام 1999، متاح على الموقع الآتي:
www.wipo.int/wipolex/ar/profile.jsp?code.

[2]– ابراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص . ص.101–102.

[3]– المادة 106 من الأمر رقم 75–58، مؤرخ في 1975/06/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون 10/05، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 44 لسنة 2005.

[4]– المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، متاح على الموقع الآتي:
https://carjj.org/mode/1236.

[5]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، (النظرية العامة للإلتزامات)، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.101.

[6]– بوكلال مبروك، لحضير حكيم، مرجع سابق، ص . ص.12–13.

[7]– المادة 19 من القانون المدني المصري متاح على الموقع الآتي:
www.uobabylon,edu.iq uob/coleges spot .com/bolg post81.

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع المصري خوّل للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدوّلي الإلكتروني، لكن لم يمنح حرية مطلقة للمتعاقدين وإنما حرّيتهم تستمد مشروعيتها من إرادة المشرع، بمقتضى قاعدة إسناد بل منحهم حق الاختيار بنص صريح دون تجاوز أهداف المشرع.[1]

وتقابل هذه المادة في ق م ج. المادة 18ف01 بحيث نجد أن المشرع قبل تعديل هذه المادة ، قد أعطى حرية مطلقة للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما.

أمّا بعد التعديل جاء في هذه المادة «يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذ كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

من خلال هذا النص يفهم أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الصريحة دون أن يأخذ بعين الاعتبار الإرادة الضمنية، وفي حالة غياب الإتفاق الصريح يتم إعمال المعايير الاحتياطية الواردة في الفقرتين 2 و3 من المادة 18 من ق م ج. ألا وهي قانون الموطن المشترك، أو قانون الجنسية المشتركة، أو محل إبرام العقد.

يلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال التعديل الجديد الذي أورده على نص المادة 18 قد استبعد بصفة صريحة الإرادة الضمنية في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، كما تشترط وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار وهو موقف غالبية القوانين الوطنية التي تحرص في عمومها على عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في الاختيار.[2]

[1]– حفيظة السيّد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، (المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.422.

[2]– حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص.468.

بالإضافة إلي ما ذهب إليه العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية من إمكانية إختيار المتعاقدين قانونا يحكم علاقتهم التعاقدية دون إشتراط وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد.

وهذا الاختيار لقانون محايد من جانب الأطراف دون استلزام توافر علاقة أو رابطة، يعتبر تماشيا مع طبيعة هذا العالم الافتراض، وإمكانية إطلاق حرية الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية الدولية،هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نص القانون الدولي الخاص السوسري 1996 على إمكانية إختيار الأطراف قانون أخر يخضع له العقد غير القانون الذي تم اختياره مسبقا [1]، فالمادة 116 ف3 منه على أن " إختيار القانون يمكن إجراءه أو تعديله في أي وقت...." .[2]

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعديل للقانون الذي يخضع له العقد، يجب أن لا يضر بحقوق الغير .

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية من مبدأ الإرادة

الاتفاقيات الدولية هي توافق إرادة دولتين أو أكثر على تنظيم مسألة معينة، فهي عمل قانوني، ودولي بحسب طبيعتها وأطرافها.

والهدف من هذه الاتفاقيات في إطار المعاملات الدولية الخاصة، هو التقليل من ظاهرة تناقض الحلول المعتمدة في التشريعات الوطنية، وذلك بتوحيد القواعد الموضوعية مباشرة وهو كحل بديل لمنهج الإسناد الذي يقضى على ظاهرة تنازع القوانين.

[1]–عبد العزيز الزعابي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، متاح على الموقع الآتي:
http://legalblog01.blog spot.com/2016/06/blog-post-81.html (15/04/2017)p.05.

[2]– المادة 116 ف 3 من القانون السويسري الصادر في 1987/12/28، متاح على الموقع الآتي:
www.uobabylo.edu .iq/uob coleges/lecture.aspx.

وقد كرّست غالبية الاتفاقيات الدولية مبدأ سلطان الإرادة فعلى سبيل المثال نجد المادة 2 ف1 من إتفاقية لاهاي لعام 1955 التي نصت على أنه" عقد البيع يخضع لأحكام القانون المحلي للدولة التي يحددها الأطراف المتعاقدة"[1]، بحيث يعتبر مبدأ سيادة القانون والذي يكون بين دولتين أو أكثر مختلفة الشرائع تتمتع بالسيادة فإذا لم توّحد هذه القوانين فإنه سوف يواجه صعوبة بالغة، وذلك بدراسة كل حالة على حدى إلاّ أن هناك تقييد في دراسة موضوع تنازع القوانين من أجل توحيدها لأنه من المهم رسم حدود للفصل في النزاع الدّولي لإعطاء بعض الإيضاحات للقانون المسند إليه.[2]

بالإضافة إلى ما جاءت به إتفاقية روما لعام 1980 التي تعتبر بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود؛ إذ تنص المادة 3 ف1 منها والتي تحمل حرية الإختيار على ما يلي:

Le contrat et régit par la loi choisie par les parties …" .

كما أقرت في الفقرة الثانية منها على حق إختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق في مرحلة لاحقة على إبرام العقد، وكذلك حقهم في تعديل القانون المختار ، مع حماية حقوق الغير[3] .

كما حرص خبراء الأمم المتحدة على وضع قانون التجارة الإلكترونية (الأونسيترال) لعام 1996، على ترسيخ مبدأ التعاقد؛ إذ رأو من الأهمية بمكان التركيز على مبادئ التعاقد والإتفاق بين أطراف العقد، لضمان الثقة بين المتعاقدين ، بالإضافة إلى ما نصت عليه إتفاقية عمان لعام 1980، هذا إلى جانب ما جاء في دورة مجمع القانون الدولي المنعقدة في

---

[1]–المادة 2 ف1 من إتفاقية لاهاي1955 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود بيوع المنقولات المادية الدولية للبضائع ، المتاح على الموقع الآتي:

www.startimes.com/?t=292886402.

[2] - LOUSSOUARN YVON et PIERRE BOUREL, Droit international privé, 7eme édition, Dalloz , Paris, 2001, p106.

[3]– المادة 3 ف1 و2 من اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الصادرة في 1980، المتاح على الموقع الأتي:

www.uobabylon.edu.iq/ publications/ law…article-ed19.doc.

أثينا عام 1979، التي تؤكد أن العقود تبرم بين دولة وشخص خاص أجنبي تخضع لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف .

نستخلص من خلال هذه النصوص أنّ العقود الدّولية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق وكذلك ما أقرّه حكم محكمة العدل الدّولية الدائمة في قضية القروض الصريبية البرازيلية، وتطبيقا لذلك فقد حكمت هيئة التحكيم للجنة الدائمة في 22 ماي 1985 في النزاع الذي ثار بين الشركة الفنلندية والعراق وفقا للقانون البلجيكي الذي اختاره الأطراف صراحة[1].

تعرضت إتفاقية روما للنقد لأنها خوّلت للمتعاقدين حرية مطلقة في اختيار القانون دون وضع قيود الأمر الذي يتنافى مع اخضاع إرادة المتعاقدين لفكرة مكان إبرام العقد عند سكوت الإرادة عن اختيار القانون الواجب التطبيق.[2]

ولم تسلم هذه النظرية من النقد وإن كانت هذه الاتفاقيات قابلة للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بوصفها تتضمن قواعد موحدة كحل في العقود الدولية، إلاّ أن نطاق تطبيقها محدود إذ يقتصر على المنازعات التي تثار أمام قضاء دول الأطراف.[3]

الفرع الثاني

موقف الفقه من مبدأ سلطان الإرادة

بالرغم من الرواج الذي لاقاه مبدأ حرية الإرادة، إلاّ أنه أثار جدلاً فقهيًا حول حدود ممارسة الأطراف لحرّيتهم العقدية،[4] وعليه انقسم الفقه في تحديد دور الإرادة الصادرة عن الأطراف المتعاقدة إلى مذهبين وهما:

[1]– حسين عباس حسين، دور قانون الإرادة وقواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016، ص.236.

[2]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.104.

[3]– المرجع نفسه، ص.106.

[4]– حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص.466.

أولا: النظرية الموضوعية

ارتكزت هذه النظرية على الأساس الموضوعي لإرادة المتعاقدين وهو إخضاع العقد لقانون دولة معينة بالذات – توطين العقد– وهو موقف مبادئ "Unidroit "، وهذه النظرية تقوم على الأخذ بالقانون الأكثر ملائمة للخلاف الذي نشأ لاستخلاص القانون الواجب التطبيق على النزاع.

وبالتالي يقوم أطراف العقد بتحديد الوقائع التي يتوطن العقد بها من بين هذه الأمور مكان إبرام وتنفيذ العقد، فالتوافق بين القانون المختار، والتوطن الموضوعي للعقد شرط ضروري لفعالية إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد، فهو أحد سبل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، وليست الإرادة وحدها كافية، فالقاضي هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ضمن القواعد القانونية خاصة بالدول التي يتم إخضاع العقد لها، فهذه النظرية تمنح للقاضي الدور الأساسي في تحديد قانون العقد، ولا مجال للحديث عن إرادة المتعاقدين الصريحة في تحديد القانون.[1]

فقد أكدّ بعض أنصار النظرية الموضوعية أنّ حرية المتعاقدين ليست طليقة؛ وإنما مقيدة باختيار قانون، ويرى البعض الأخر أن دور الإرادة ينحصر في تركيز العلاقة العقدية في إطار نظام قانوني، ليست له صلة بهذه العلاقة، مما يبرر خضوعها لأحكام العقد إلى قاعدة إسناد في دولة القاضي [2] .

كما كرّست معاهدة روما لسنة 1980 النظرية الموضوعية فنصت في المادة الثانية على إخضاع العلاقة العقدية لقانون الدولة الأكثر صلة بالعقد، حيث يحكم العقد القانون

[1]– محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، التشفير، التوقيع الالكتروني)، (د. ط)، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008، ص.130–131.

[2]– هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،(د. ط)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص.42 وما بعدها.

الذي إختاره أطراف العلاقة، ويجب أن يكون الإختيار صريحا أو يستنتج بشكل مؤكد من بنود العقد؛ أو الظروف الملابسة، وهذا طبق لنص المادة 3 ف1 من المعاهدة.[1]

وفي حالة غياب الإرادة لقانون تحكم العلاقة العقدية، يطبق القانون الأكثر صلة بالعلاقة العقدية،[2] طبقا للمادة 1 من المعاهدة [3].

ثانيا: النظرية الشخصية

ذهبت هذه النظرية إلى منح الإرادة دورا فعالا فلا يكون مقتصرًا على مجرد توطين العقد في مكان محدد، وإعطاء القاضي حريّة إيجاد القانون الذي يتناسب والعقد ليتم تطبيقه عليه، وإنما يتوجب تحديد القانون الواجب التطبيق في النزاعات التي تنشأ عن العقد والالتزامات المترتبة عليه، وهذا ما يسمى بحق اختيار القانون، لا تركيز العقد.[4]

وعليه يرى أصحاب هذا الإتجاه بوجوب تحرير الطرّفين من كل قيد وفسح المجال أمامهم دون إشتراط أية حدود للخيار الحرّ عدا حالة الغش نحو القانون، ومن ثم فالقاضي لا يتمتع بأية سلطة في هذا الصدد وذلك لاحترام توقعات الطرفين وتوفير الأمان القانوني. غير أنّ التعديل التشريعي الجزائري للمادة 18 ق م ج. تشترط وجود صلة حقيقية بين العقد والقانون المختار التي تحرص على عدم مخالفة العقد للنظام العام والآداب العامة في اختيار الطرفين ولا يكون منطويا على الغش أو التحايل نحو القانون.[5]

ويمكن القول ممّا سبق أنّ الأخذ بمذهب الشخصية يكون أكثر شمولا ودقة بالنسبة للعقود الإلكترونية عبر الأنترنت، لأنه من غير الممكن إطلاع طرفي العقد بقوانين معظم

---

[1]– المواد 2 و3 ف1 من معاهدة روما، لسنة 1980، مرجع سابق.

[2]– عبده الجميل غصوب، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008، ص.354.

[3]– المادة 1 من إتفاقية روما، مرجع سابق.

[4]– محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص.131.

[5]– حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص.468.

الدّول أو دّولهم، كما أن بعض الدّول ليست لها تشريعات خاصة بالتعاملات الإلكترونية يتم إخضاع مثل هذه التصرفات لها، فعلى سبيل المثال إذا تم إخضاع أحد العقود الإلكترونية إلى القانون اللبناني وموطن العقد في لبنان، ففي هذه الحالة إذا حدث خلل في العقد وتم إحالة النزاع إلى القضاء اللبناني فسوف يقوم القاضي بالبحث عن منظومة القوانين التي تتناسب والعقد الإلكتروني المبرم.

وعند البحث عن القانون خاص بالتجارة الالكترونية، فإنه لن نجد تشريعا خاصًا تم إقراره، وبالتالي فإن القاضي يقوم بالبحث عن التشريع المناسب لدى أية دولة من الدول والذي يتم تحديده حسب قواعد الإسناد، التي تسند العقد إلى مكان الإبرام أو التنفيذ، وهذا في حالة الأخذ بالنظرية الإزدواجية في تحديد القانون؛ أمّا في حالة الأخذ بالنظرية الوحدانية فإن التشريع اللبناني لن يتناسب والنزاع المعروض أمامه، لأنه تم تحديد قانون التجارة الإلكترونية ليطبق على العقد، وهذا القانون مازال قيد الدراسة لدى السلطة التشريعية لإقراره.[1]

وممّا يعقد المسألة أكثر هو إنفتاح الأنترنت على العالم وحرية إنسياب المعلومات عبرها وغياب السلطة عليا، تشرف على إعمال مثل هذه الحدود التي نرى أنه لا مجال لإعمالها إلاّ بعد طرح النزاع على القاضي، لذا يبقى أطراف عقد البيع الدولي الإلكتروني يتمتعون بحرية إختيار القانون الذي يحكم عقدهما، وكل ما يمكن أن يقيد إختياره هي قواعد البوليس التي تسدد غالبية القوانين التي سُنت في مجال التجارة الإلكترونية على الإلتزام باحترامها.[2]

[1]– محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص.132.

[2]– حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص.ص.468–469.

المطلب الثاني

إشكاليات تطبيق مبدأ الإرادة وموقف التشريعات المقارنة

بسبب أهمية مبدأ سلطان الإرادة، في تحديد القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية بصفة خاصة، ونظرا أن تطبيقه في منازعات تلك العقود الأخيرة، سواءًا من خلال اتفاق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق، أو من خلال استخلاص القاضي للإرادة الضمنية للأطراف، يثير العديد من الإشكاليات التي تباينت بشأنها مواقف التشريعات المقارنة.

وعلى هذا الأساس نتناول في هذا الصدد اشكاليات تطبيق مبدأ الإرادة (الفرع الأول)، وموقف التشريعات المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إشكاليات تطبيق مبدأ الإرادة

إذا كانت قدرة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، من المبادئ المسلمة بها في كل من التشريع والقانون، على حد سواء، فإن المسألة تنطوي على نتائج خطيرة في هذا المجال، والمشكلة تثور حيث يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر، عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك الإرادة أصلا، أي عندما يقوم الحاسوب المبرمج بين رسائل مشوبة بخطأ بشكل يستحيل أن تُثبت تلك الرسائل بدون إرادة صاحب العلاقة، وإنما عن طريق طرق أخرى تدخل وتتلاعب بمضمون الرسائل الإلكترونية.[1]

[1]– عبد العزيز الزعابي، مرجع سابق، ص.6.

وعليه فإن المسالة تنطوي على نتائج خطيرة في هذا المجال أهمها خطورة الاعتماد على الإرادة تجاه المستهلك (أولا)، واختيار الأطراف لقانون لا يمت لهم بصلة (ثانيا).

أولا: خطورة الإعتماد على الإرادة تجاه المستهلك

إنّ غالبية عقود التجارة التي تتم عبر شبكة الأنترنت، هي عقود تبرم بين موردين ومستهلكين، وقد حرصت كافة التوجيهات الأوروبية على حماية هؤلاء المستهلكين، فنجد التوجيه الأوروبي رقم 93/13 "EC" الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، جاء في ديباجته أنّ دول الأعضاء للإتحاد الأوروبي عليها بسط رقابتها مع عدم تضمين العقود لبنود غير عادلة.

وأيضا التوجيه رقم 97/07 "EC " الخاص بحماية المستهلكين فيما يتعلق بالعقود المبرمة عن بعد (عبر الأنترنت) بحيث جاء في مقدمة أن المستهلك في الواقع يكون غير قادر على رؤية المنتج،[1] ولا يعرف هويته الذي يرغب في التعاقد معه، ولا أهليته القانونية، أو التأكد من طبيعة الخدمة المقدمة قبل توقيع العقد ، ولا عن الدولة التي ينتمي لها، خاصة إذا كانت العناوين الإلكترونية التي يشار في المقطع الأخير منها ب (com)، (org) .كما لا يستطيع صاحبه إثبات أو أن يقيم الدليل على وجوده، فقد يكون موجودًا من الناحية القانونية، لكن عدم إقامة الدليل على وجوده يحول دون حصول صاحبه على طلب الحماية القانونية.

كما قد تصاب الأجهزة الإلكترونية بمشاكل فنية، تؤدي إلى ضياع الأدلّة والبيانات المخزنة بداخلها، أو قد يتم التلاعب بمضمون السند الإلكتروني؛ ممّا يؤثر على إمكانية

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.115.

الإثبات في اختيار قانون معين لحكم النزاع، أو التأكد من طبيعة الخدمة المقدمة قبل توقيع العقد.[1]

هذا بالإضافة إلى المادة 13 من إتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن الاختصاص القضائي،[2] التي أجازت للمستهلك رفع دعواه ضد المنتج سواءًا أمام محاكم هذا الأخير (المنتج)، أو أمام محاكم الدولة التي يقيم بها المنتج، وبهذا عزّز حماية المستهلكين وأصبح أمامهم إمكانية رفع دعواهم أمام أية محكمة، أمّا بالنسبة لاختيار المنتج لقانون معين يحكم النزاع فإن المستهلك في هذه الحالة لن يكون أمامه سوى الدفع بعدم شرعية شروط المنتج (البائع).

بحيث يرى جانب من الفقه إلى الإكتفاء بإبرام العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة، ومقبول بين أوساط التجارة الدولية فوفق لهذا الرأي فإن عقود الأنترنت التي تبرم تحت ما يسمى شروط الإتفاقية، لا تتيح فرصة مناقشة بنودها مثل" عقود الاذعان" ولا يخضع لأي قانون يحدده صاحب الموقع ولا يمكن تطبيقها على منازعات الموردين والمستهلكين (B2C).[3] بينما يمكن تطبيقها على عقود (EDI).[4]

---

[1]– محمد صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص.318.

[2]– المادة 13 من إتفاقية بروكسل، لسنة 1968، المتعلقة بالإختصاص القضائي، المعدلة في سنة 2000 بالقانون رقم 12، متاح على الموقع الآتي:

-qq waneen.blogspot.com/2010/06/blog-pest-8191.html.

[3]– (B2C): هو القانون الذي ينظم منازعات التي تنتج بين الموردين والمستهلكين .

[4]– (EDI): هو عقد يتم بين الشركات وتعتمد على قبول الطلبات وشحن البضائع آليا.

(Electronic Data Interchange)

وهم تجار (B2B).[1] المتمرسين على أعمال التجارة ذوي الخبرة في المجال، بحيث يجب أن يكون اختيار قانون ذو صلة فعلية ببنود العقد، لأنه إذا كان الأصل في إبرام العقود الإلكترونية أن تتم بإرادة الأطراف فإن بعضها قد ينعدم أو يتقلص فيه دور هذه الإدارة، وهي تلك العقود التي تعرف بإسم عقود الكليك، (clik & qoint) وأحيانا تسمى thrangh » « click أو أنشر وأنقر، منشرة على صفحات الويب ولا يعلم عنها المستهلك شيء؛ إلاّ بعد ضغطه على الفأرة وقبول شروط الترخيص للبرنامج.[2]

ثانيا: اختيار الأطراف لقانون لا يمت لهم بصلة

تتمثل هذه الإشكالية في اختيار أطراف العقد المنتمين لدول مختلفة، لقانون معين بدون أية صلة موضوعية أو حتى شخصية للعقد، بغرض تجنب قانون أو أكثر الواجب التطبيق وفي هذا الصدد نجد إتفاقية روما لسنة 1980 لم تعالج هذه الإشكالية بشكل صريح فهي تقر مبدأ حرية الإختيار بدون تحديد مدى دولية العقد الذي يخضع للقانون المختار عن طريق الأطراف على أساس أن التحليل الشخصي يؤدي إلى تطبيق قانون غير معلوم للأطراف طبقا لأحكام المادة 4 ف1 منها،[3]

كما أن إتفاق طرفي العقد الإلكتروني على قانون دولة، لا تعترف أصلا بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية، والتوقيعات الرقمية ففي هذه الحالة تظل الكتابة اليدوية والتوقيعات الخطية هي المعتمدة قانونًا.[4]

---

[1]– (B2B): هو القانون الذي ينظم منازعات التي تنتج بين التجار بعضهم البعض (Lex Mercatoria)

[2]– ابراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.ص.115–116.

[3]– المرجع نفسه، ص.ص.117–118.

[4]– عبد العزيز الزعابي، مرجع سابق، ص 318.

الفرع الثاني

موقف التشريعات المقارنة بشأن توحيد قواعد الإسناد

قد يتصدى المشرع الداخلي في بعض الدول عند تنظيم عقود التجارة الدولية، بوضع قواعد إسناد واجبة التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بشأن توحيد قواعد الإسناد ويتضمن التشريع الداخلي في هذا الفرض تنظيما ماديا لعقود التجارة الدولية.[1]

وعليه أصبحت قواعد القانون الدولي الخاص ، غير كافية لمواجهة تطوّرات التكنولوجيا الراهنة، ذلك لأن العقود الدولية الإلكترونية لها معطياتها الخاصة، التي تتطلب قوانين تتضمن حلولاً تتلائم وطبيعة تلك المعطيات وتتوافق مع هذه الذاتية، ومن ثم لزم البحث عن حلول أخرى تناسب حالة العقد الإلكتروني، تتمثل في إنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية بغرض إيجاد نوع من التوحّد؛ أو الإتفاق الدوّلي بشأن الأحكام الواردة في هذا الصدد.[2]

أولا: المنهج الأوروبي

إنّ قواعد الإختصاص التشريعي الأوروبي، بشأن منازعات التجارة الدولية التقليدية قد تطوّرت ببطئ ، وهذا الفرض لم يستمر طويلاً إذ وضع نظام قانوني أوروبي موحد لتسوية المنازعات يهدف إلى تحقيق عدة اعتبارات من بينها ، تسهيل إجراءات المعاملات بين المتعاملين الأوروبي في ظل غياب قانون أوروبي موحد، للعقود بالإضافة إلى تحقيق تنسيق

[1]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.707.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.ص.394 –395.

بين المناهج الخاصة بتسوية المنازعات بين القوانين دول الأعضاء من أجل خلق نظام موحد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.[1]

يقصد بتوحيد قواعد القانون الدولي الخاص توحيد قواعد الإسناد عبر تحقيق التطابق بين دولتين أو عدة دوّل والذي يؤدي إلى إيجاد الحلول للنزاع المعروض أمام القضاء هذه الدّول.[2]

وفي هذا الصدد نجد اتفاقية روما لعام 1980 اعتمدت على قانون مكان العمل (التنفيذ) أو مكان إبرام العقد، وهذا طبقا لأحكام المادة الأولى منها كما نجد المادة الثانية من نفس الاتفاقية[3]، التي تجيز للأطراف حرية الاختيار بين قوانين الدول المتعاقدة، فمثلاً إذا باع إسباني بضائع إلى مشتري من فرنسا، وتم الاتفاق على تسليم البضاعة في باريس على أن يتم دفع ثمن في مدريد؛ فإذا تضمن العقد اتفاق أطرافه بتخويل الاختصاص للمحاكم الإسبانية نتج عنها عملية عقدية تركيزها في إسبانيا لأنهم أرادوا ذلك، وهكذا تلعب إرادة المتعاقدين دورًا أساسيا في إنشاء العقد أو قوانين الدول المتعاقدة وغير المتعاقدة ، مثل قانون إنجلترا وإسبانيا ، وبين قوانين الدول غير المتعاقدة مثل قانون إنجلترا ، كما لو إتفق البائع الإسباني والمشتري الفرنسي صراحة على تطبيق قانون إنجليزي، بشرط أن يكون للعقد صلة وثيقة بالقانون المختار[4]،

نستنتج أن إتفاقية روما لها دور فعال كتشريع داخل المملكة بحيث أصبحت جزءًا من قانون العقود "CAL" لسنة 1990، ورغم المعارضة الشديدة التي تلقتها من بعض الجهات كمجلس اللوردات البريطاني؛ أمّا في فرنسا فإن الأمر لا يختلف كثيرا كما كان في المملكة

[1]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.520.

[2]– سعيد يوسف البستاني، القانون الدولي الخاص (تطوّر وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدوّلية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د. س. ن) ص.35.

[3]– المادتين 1 و 2 من إتفاقية روما، لعام 1980، مرجع سابق.

4– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.ص.520–521.

المتحدة من تطوّر تطبيق قواعد منازعات عقود التجارة الإلكترونية، فقد خوّلت هذه الإتفاقية للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد مع منحهم حرّية مطلقة في هذا الاختيار.

ولم تتوقف جهود المشرع الفرنسي عن وضع قواعد موحدة لتنازع القوانين بالنسبة لمنازعات التجارة الإلكترونية، وهذا ما نصت عليه المادة 1108 من قانون المدني فرنسي[1] كما قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها عام 1999 بأن الطبيعة الكونية لشبكة الأنترنت لا ينبغي أن تؤدي إلى تطبيق محتمل لجميع القوانين الموجودة، بل يتعين تطبيق مبدأ القانون ذي الصلة المادية.[2]

ولم يعد يتماشى مع نصوص معاهدة روما 1980 بحيث سلك منهج الأستاذ الفرنسي ياتيفول، بشأن رد إختيار الأطراف لقانون العقد والذي يقوم على مبدأ التركيز الموضوعي للرابطة العقدية –الاوثق صلة بالعقد–.

في حين ذهب جانب من الفقه، إلى أن هذه الإتفاقية قادرة على تحديد أفضل القوانين الواجبة التطبيق على العقود ، كما انها تحقق مبادئ موحدة للجماعة الأوروبية .

غير أن أحكام القضاء الفرنسي تميل إلى اعتناق إرادة المتعاقدين للإختيار الصريح لقانون الأكثر صلة بالعقد الأمر الذي يؤدي منطقيا إلى ضرورة تدخل القاضي لتصحيح هذا الإختيار، طالما لم يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة والذي يؤدي إلى انكار حق المتعاقدين في الاختيار أصلا وإهدار حريتهم في الاختيار[3] .

[1]– المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي، مرجع سابق.

[2]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه ، ص.123.

[3]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.ص.524–525.

ثانيا: المنهج الأمريكي

يتم تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا للقانون الأمريكي بشكل أساسي على الصلة الوثيقة بالنزاع بحيث نجد قانون التجارة الأمريكي الموحد كرّس مبدأ حرية إختيار الأطراف وذلك في المادة 105 ف1 منه[1]، حيث يفترض أن الأطراف ربما يتفقون على أنّ قانون الدولة الذي إختاروه سيحكم حقوقهم وواجباتهم، ومع ذلك فإن حرية الإختيار يتم تحديدها بتوافر الشرطين الآتيين:

الشرط الأول:

يجب أن يرتبط القانون الذي تم إختياره بعلاقة حقيقية بالأطراف، أو بطبيعة المعاملات التجارية، أو بضرورة وجود أساس منطقي وراء هذا الإختيار، بمعنى يجب أن يكون القانون المختار منتميًا إلى الدائرة القضائية التي يحدث فيها الجانب الأكثر من أداء العقد.

الشرط الثاني:

يجب عدم تطبيق القانون الذي إختاره الأطراف إذا تعارض مع النظام العام لدولة القاضي، أو للدولة التي يكون قانونها واجب التطبيق في حالة غياب الإرادة.[2]

وطبقا للقانون الأمريكي فإن القانون المناسب لتحديد حقوق وواجبات الأطراف، يكون قانون مكان الذي يتم فيه إرسال أو تسليم أو تقديم البضائع ، وخاصة إذا كان مكان إقامة أو عمل أحد الأطراف.[3]

وقد قام معهد القانون الأمريكي "American law institute" بوضع قواعد قانونية محددة، عن طريقها يستطيع أطراف المعاملة إختيار قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق، على

[1]– المادة 105 ف1 من القانون التجاري الموحد الأمريكي، مرجع سابق.

[2]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.125.

[3]– المرجع نفسه، ص.ص.125-126.

المنازعات التي قد تنشأ عن المعاملات الإلكترونية ومن ضمن هذه القواعد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إقامة المدّعي، أو المدعي عليه حسب الإتفاق، والذي بدأ بعملية الاتصال عبر الأنترنت.[1]

رغم فعالية المنهج الأمريكي بخصوص توحيد القوانين إلاّ أن هناك العديد من القضايا التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية لم تجد حلولاً عملية في ظل نصوص القوانين الأمريكية، منها على سبيل المثال –موضوع التقاضي– أمام محكمة موطن إقامة المدّعي الذي طبّقته المحاكم الأمريكية عام 1996 في الدعاوي المتعلقة بالأنترنت، بالإضافة إلى الدعاوي التي تثار يوميًا بسبب ظاهرة رسائل الفاكس المزعجة، ورسائل البريد الإلكتروني غير المرغوب فيها والدعاوى التي ينظرها القضاء ولم يفصل فيها بعد.

ويرى جانب من الفقه أن هذا القانون –الموحد– لن يحمي المستهلك فحسب، بل إنه سيخلق الضمان القانوني للقرية العالمية، بحيث أنّ القانون الأمريكي يوّضح الأرضية الهشّة التي يقف عليها معظم المجتمع الذي يستعمل الكمبيوتر، نظرًا لأن القواعد التي يتضمنها القانون الدولي الخاص والمرتبطة بتنظيم الانترنت مازالت في مرحلة التكوين.[2]

واستجابة لضرورة متطلبات إيجاد تنظيم قانوني فعّال لمعاملات الأنترنت، كان للرئيس الأمريكي عام 1997 دور فعّال في إيجاد خطة محكمة وخاصة بالتجارة الإلكترونية للقطاع الخاص، تضمنت مبادئ رئيسية وهي تجنب الحكومة وضع قيود أمام الإستثمار في ميدان التجارة الإلكترونية، قيام الحكومة بأمن الشبكات والسرعة في حل المنازعات، ودورها في البناء الفعّال للوسائل التقنية ووسائل الاتصال.

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص.398.

[2]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.127.

وتنفيذا لهذه الخطة جرى إقرار العديد من التشريعات المنظمة لأعمال التجارة الإلكترونية أهمها القانون الموّحد لمعاملات الكمبيوتر لعام 1999 والتي تعد خطوة هامة يمكن للإتفاقيات الدولية إعتمادها لكي تكون سارية على المستوى الدولي، وتقوم الدول بتطبيقها داخليا[1].

وفي الأخير يجب تقنين القواعد الموحدة على مستوى العالم، وذلك بإصدار قانون إلكتروني خاص بالمعاملات الإلكترونية، وخصوصا أن تحديد قواعد دولية موحدة سوف يحد من الجدال الفقهي بشأن البحث عن مبررات لتطبيق تلك القواعد أو تطبيقات قضائية تفتقد إلى سند تشريعي.

[1]–إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، المرجع نفسه، ص.189.

المبحث الثاني

المعايير التقليدية وتطبيقاتها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية [الاسناد الجامد]

يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص، أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد، واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يتم الإستناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، أهمها قانون دولة إبرام العقد، أو قانون دولة تنفيذه، أو قانون جنسية المتعاقدين، أو قانون موطنها المشترك، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقا من قبل المتعاقدين، ممّا قد لا يفاجئ توقعاتهم ويخل بأمانهم القانوني المنشود.

وهو الأمر المنصوص عليه في كل الأنظمة القانونية، بما فيها القانون الجزائري في نص المادة 18 فـ2 و3 من ق م ج.[1]

وتتمثل معايير الإسناد التقليدية في قانون موطن المشترك للمتعاقدين، وفي حالة إختلاف موطنها يطبق قانون بلد إبرام العقد، أو قانون بلد التنفيذ وسوف نفرد لكل منها مطلبًا مستقلا .

المطلب الأول

قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

كل شخص يفترض أن يكون له محل إقامة معين، وقد يكون له أكثر من محل إقامة في وقت واحد، ولذلك يثار التساؤل عن المقصود بموطن الشخص ومدى إمكانية تطبيق قانون موطن أحد أطراف عقد التجارة الإلكترونية، في حالة نشوب نزاع بينهما، وسنتعرض لقانون الموطن المشترك في (الفرع الأول)، والجنسية المشتركة في (الفرع الثاني).

[1]– حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص.473.

الفرع الأول

قانون الموطن المشترك

يثار التساؤل بخصوص المقصود بموطن الشخص، ومدى إمكانية تطبيق قانون موطن أحد أطراف عقد التجارة الإلكترونية في حالة نشوب نزاع بينها، وعليه سنتناول في هذا الفرع مفهوم الموطن (أولاً) وتطبيقات قانون الموطن المشترك على منازعات عقود التجارة الإلكترونية (ثانيا).

أولا: مفهوم الموطن

يقصد بالموطن المكان الذي يستقر فيه الشخص، أو يتخذ منه مركزا لمصالحه، ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معنية، ويعد الموطن من أقدم الرّوابط التي تربط الانسان بإقليم ما، ويتميز مفهوم الموطن في القانون الدّولي الخاص عن القانون المدني ؛ إذ ينصرف إصطلاحه في الأول إلى توطُّن الشخص في أية دولة من الدول، بينما مفاده توّطن الشخص في دولة معينة دون غيرها، إذ أنّ القوانين الوضعية تفضل مصطلح الإقامة؛ أما الناحية الدّولية يستخدم [محل السكن المعتاد] في كثير من قوانين الدّول على سبيل المثال المملكة المتحدة، الو م أ.

ومن أهم أنواع محل الإقامة التي إستخلصها الفقه نجد ما يلي:

محل الإقامة الأصلي : وهو محل الإقامة الأول للفرد ، الذي يعتمد على محل إقامة والديه في وقت ولادته أي المكان الذي ولد فيه .

محل الإقامة الإختياري: يتم إكتسابه من خلال اجتماع شيئين معا ، الأول الإقامة الفعلية لبلد ما والثاني نية الإقامة في هذا البلد .

والإشكال المطروح في هذا المقام: هل يمكن تطبيق قانون الموطن في المعاملات الإلكترونية؟

يرى بعض الشراح أنه من الصعوبة الإعتماد عليها في العالم الإفتراضي عبر الأنترنت، لأن الموّرد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تُجرِّم تلك الأعمال غير المشروعة، وقد يكون مكان عارض غير دائم على سبيل المثال من يقوم ببث معلومات غير مشروعة، من خلال حاسب آلي منتقل عبر الحدود، وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان، لأنه في عالم إفتراضي وربما لا يكون أيّ مكان في الواقع حيث أن توريد الخدمات يتم إلكترونيا على الشبكة الدولية دون وجود أي مكاتب أو مقر لها، لأن العناوين الإلكترونية للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة.

بالإضافة إلى ذلك فإن أي موقع على الشبكة يقدم خدمات يمكن أن يكون مركزا رئيسيا، أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان العمل؛ وربما لا يكون هناك مكان لشركة في الواقع، حيث أن توريد الخدمات يتم إلكترونيا على الشبكة الدولية، دون وجود مقر لها، لذلك لابد من ضرورة وجود مكان فعلي[1] وهذا ما أشارت إليه المادة 4 ف2 من اتفاقية روما.[2]

ثانيا: تطبيقات قانون الموطن المشترك على منازعات التجارة الإلكترونية

وفقا لنص المادة 109 ف ب من القانون الأمريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر سنة 1999[3] فإن معيار قانون الموطن يرتبط بمدى إختصاص قضاء معين حيث ، يطبق القاضي قانون بلاده طالما وجد إرتباطا مكانيا بين أحد أطراف هذا النوع من

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.164 وما بعدها.

[2]– تنص المادة 4 ف2 من اتفاقية روما على أنه "إذا دخل العقد إلى مجال التجارة أو مهنة أحد الأطراف فسيكون هناك دائمًا مكان عمل يمكن التحقق منه عند تفسير لبند".

[3]– المادة 109 ف/ب من القانون الأمريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر، مرجع سابق.

العقود وبين الإختصاص القضائي والقانوني في دولته، كما يمكن الإستشهاد بها في منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي تتعلق بتطبيق قانون الموطن[1] على التفصيل الآتي:

1- حالة وجود إرتباط بمكان وجود المحكمة

كرّست بعض التشريعات قانون موطن الشخص، بوصفه القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بالأشخاص، نظرا لأهمية مكان إقامة الشخص؛ لأنّ لهذا الأخير فوائد جمة بالنسبة للمهاجر الذي يكون من المسور عليه، بحكم عيشه في دولة أجنبية، أن يتعرف على القانون المحلي لهذه الدولة حتى لا يجد نفسه خاضعا في مسائل أحواله الشخصية لمعاملة مغايرة لما يخضع له مواطنوها.

وعليه فالمهاجر في دولة أجنبية يجد الطمأنينة مع شخص يخضع لقانون محل إقامته بدلاً من أن يتعامل معه وهو يخضع لقانون جنسية، وخير مثال على ذلك "مشكلة ليزاردي" لجهله للقانون الأجنبي [الفرنسي]، الذي أبرم عقد مع فرنسي، ولم يجد القضاء الفرنسي حلا للنزاع؛ إلاّ بإيراد إستثناء مفاده تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف [فرنسا]، متى كان المتعاقد مع ناقص الأهلية وبهذا ثبت الحق للمتعاقد الفرنسي.[2]

بالإضافة إلى الدعوى التي أقامتها شركة (Hsbro Appellant)، ضد شركةClue)

Compitinginc,Dufundant Appellan ، أقرت المحكمة بأن هناك إرتباطا كافيا لمحكمة ولاية مساتشوست الأمريكية للممارسة إختصاصها ، إستنادا إلى أن المدعى عليه أعلن في

[1] إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.172.

[2]- عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، (د ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص.655.

موقعه على الأنترنت، أن شركته تقوم بالتزويد الخدمات لأي عملاء على سطح الأرض وهو ولاية مساتشوست[1].

2- حالة عدم وجود إرتباط بمكان المحكمة

ويظهر ذلك في حالة عدم وجود علاقة بين النشاط الممارس واختصاص المحكمة للفصل في النزاع، وعلى سبيل المثال نجد الدعوى التى أقامتها tranxript corp ضد Doonon trailler corp" أقرت محكمة ألينوى للولايات المتحدة الأأمريكية، بأنه لا توجد علاقة كافية لممارسة المحكمة إختصاصها بالنظر في الدعوى المقامة على الشركة المدعى عليها "ptc " لعدم توفر أي أساس يظهر أن هناك تركيزا في النشاط الممارس على الموقع موجها إلى منطقة ألينوى ممّا ينفي وجود إختصاص للمحكمة.

ويستخلص من أحكام المحاكم السابقة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق؛ لم تأتي بحل أمثل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، مثل إشتراطها وجود سلطة عامة أو خاصة تعمل من خلال سلطة مصادقة تكون مهمتها منح تراخيص عمل لسلطات مصادقة مصغرة تعمل في كافة دول العالم، لكي تتولى التأكيد من توقيعات أطراف تلك العقود المنتمين لجنسية هذه السلطات.

كما يستخلص من تلك الأحكام ضرورة التمييز بين إعتبارين بخصوص معيار الموطن وهما:

الإعتبار الأول: الموطن المشترك للأطراف:

ففي حالة إشتراك الأطراف في موطن واحد، فإن المحاكم بشأن المعاملات الإلكترونية تستلزم شرط الإقامة في الدائرة المكانية للمحكمة المختصة، وبالتالي يطبق القاضي قانون

[1]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.173.

بلاده على المنازعة، نظرا لعدة أسباب أهمها أن دولة القاضي المعروض عليه النزاع لها مصالح جوهرية تتعلق بتحديد الموطن والتي قد تمس بالإختصاص التشريعي والقضائي.[1]

الاعتبار الثاني: إختلاف موطن الأطراف، أمّا في حالة اختلاف موطن الأطراف، فإن قاضي النزاع يكون لديه الخيار بين تطبيق قانون بلد الإبرام، أو بلد تنفيذه على النزاع وهذا ما أقرته المادة 13 من إتفاقية مكسيكو لعام 1994.[2]

ويستخلص أن ضابط قانون الموطن المشترك، يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، باعتبار أن العناوين الإلكترونية، لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي، على سبيل المثال العناوين التي تنتهي ب « fr. org .com » والعناوين الإلكترونية، ليس لها منظور جغرافي وهي تتسم بعدم التوّطن نظرا لصعوبة توطين المؤسسات الإفتراضية التي يعتد بموطنها أي –بمقرها– لا بموطن ممثليها، وعليه فإن ضابط الموطن المشترك مستبعد من قبل إتفاقية فيينا التى تشترط بصريح العبارة إختلاف موطن المتعاقدين.[3] وهذا طبقا لأحكام المادة الأولى ف2 و3[4].

الفرع الثاني

الجنسية المشتركة

أخذت العديد من التشريعات بقانون جنسية الفرد، باعتباره القانون الشخصي الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، وقد انحازت العديد من التشريعات لهذا المبدأ بتطبيق قوانينها على الأحوال الشخصية، على رعاياها كما أن قانون الجنسية يقلّل من حالات الغش

---

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه، ص.177.

[2]– المادة 13 من إتفاقية مكسيكو، لسنة 1994 ، متاح على الموقع الأتي:
Convention adopeé a mexico le 17 mars 1994 à la 5 e conférence spécialisée intermericaine sur le droit internationnel privé, domaines droit –data.bnf.fr…

[3]– حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص.475.

[4]– المواد 2 و3 من اتفاقية فيينا، المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع الصادرة في 11 أفريل 1980.
www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details.jsp?trety_id=292.

نحو القانون، بالإضافة إلى أنه من السهل تحديد جنسية الشخص بعكس موطنه الذي يثير تحديده عدة صعوبات إمّا بالنسبة للقاضي، أو بالنسبة للغير الذي يتعامل مع الشخص نظرًا لصعوبة التمسك بالعنصر المعنوي المتمثل في نية الاستقرار، أو الإقامة، باعتباره لازما لوجود الموطن أو الإقامة.[1]

وعليه فإنّ الجنسية هي الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان والسيادة، فهي عبارة عن رابطة قانونية بين الفرد والدولة، وعليه إذا اتحدّت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون هو القانون الواجب التطبيق.[2]

قد تعتد دولة معينة بقانون الجنسية بوصفه ضابط الإسناد المعتمد في مسائل الأحوال الشخصية، وقد يكون الشخص المتعلق بالنزاع متعدد أو عديم الجنسية؛ ممّا يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، وعليه إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها، بحيث تدعي كل دولة من الدّول التي يتمتع بجنسيتها السيادة عليه بوصفه أحد مواطنيها، وتصر على تطبيق قانونها الوطني، فإذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية في نزاع مشوب بعنصر أجنبي مزدوج أو متعدد الجنسية؛ أيّ قانون يطبق في هذا النزاع .

ففي هذه الحالة نميز بين حالتين؛ إذا كان الشخص يتمتع بجنسية تابعة لدولة المحكمة التي تفصل في النزاع، يطبق قانونها الوطني؛ أما إذا كان النزاع معروض أمام محكمة دولة لا علاقة لها بإحدى جنسيات الشخص الذي يتمتع بالإزدواجية، فالحل هو ضرورة فض النزاع بالطرق الديبلوماسية إحتراما لسيادة جميع الدول التي يعنيها النزاع.[3]

---

[1]– عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص.ص.657–658.

[2]– صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.ص. 332–333.

[3]– غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، تنازع الإختصاص القضائي الدولي–تنفيذ الأحكام الأجنبية، (دراسة مقارنة)، ط 2، دار الثقافة للنشر، 2013، ص.ص.151 ، 155 .

بالرغم من أن غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري، جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الإحتياطية المعتمدة عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، في حالة عدم تحديده من قبل الطرفين؛ إلاّ أنه تعرض للعديد من الإنتقادات أهمها أنه لا يعد ضابطا مؤثرا في المعاملات الدّولية، ويصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية نظرا لصعوبة التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد ولا يأخذ به أصلا في التجارة الالكترونية[1] .

وفي هذا الصدد نجد إتفاقية فيينا لا تعير أي إهتمام لجنسية الأطراف وإنما لأماكن عملها طبقا لأحكام المادة 1 ف 2 و3،[2] وهو أمر كافٍ وحده دون المشاكل الأولى لاستبعاد هذا ضابط والقول بعدم صلاحيته مع العقد، فإن الرجوع إلى قانون الجنسية لا يحّل المشكلة وإنما يتعين الرجوع بعد ذلك إلى الشريعة الداخلية التي تحكم حالته الشخصية، كما أنّ استقرار الشخص في دولة معينة يجعل ارتباطه بها أقوى، وأشد من ارتباطه بالدولة التي يحمل جنسيتها.[3]

بالرغم من أنّ هذه الضوابط تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إلاّ أنها يصعب إعمالها في عقود التجارة الالكترونية، وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد، نظرا لطبيعة التعاقد المبرم على شبكة الإنترنت المتسمة بالافتراضية.

[1]– حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص.ص.474–475.

[2]– تنص اتفاقية فيينا في المادة 1 ف 3 على أنه : "لا يؤخذ في إعتبار جنسية الأطراف...".

[3]– عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص.ص.656–657.

المطلب الثاني

قانون بلد ابرام العقد أو محل تنفيذه

يكفل التحديد المسبق للقانون الذي يحكم العقد وفقا لما يراه المشرع أكثر صلة بالعقود الدولية، عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنيا، وهذا ما يعرف بالإسناد الجامد، ويقصد به أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، مثل قانون الجنسية، موطن الأطراف، أو القانون بلد تنفيذه، وهو بذلك يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية ولظروف التعاقد، وهو ما يتعارض بالنتيجة مع الرابطة الأوثق والقانون الواجب التطبيق بشأنها، ويعد من أكثر المعايير شيوعا لدى القضاء والتشريعات المعاصرة كأساس للإسناد الجامد للعقد الدولي، وعليه سنتطرق إلى معيار بلد الإبرام (الفرع الأول)، ومعيار بلد التنفيذ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

قانون بلد إبرام العقد

هو مؤشر استند إليه غالبية الفقه التقليدي والحديث، كما أخذت به العديد من القرارات القضائية والقوانين الوطنية، التي أعطت أهمية خاصة لهذا المؤشر، في الحالة التي يكون فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، حيث يخضع تكوين وصحة العقد لقانون مكان انعقاده، والذي يتم الرجوع إليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمنيا عن اختيار القانون الذي يحكم العقد،[1] نظرًا لما يكفله للمتعاقدين من فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن اختياره.[2]

---

[1]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية:(العقد الإلكتروني–إثبات العقد الإلكتروني–حماية المستهلكين– وسائل الدفع الإلكترونية–المنازعات العقدية والغير العقدية–الحكومة الإلكترونية–القانون الواجب التطبيق)،ط 2، دار الثقافة للنشر، (د،ب،ن)،2011،ص.153.

[2]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.549.

ويرى غالبية الفقه في هذا الصدد ، أنّ الإسناد لقانون بلد الإبرام يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي يتم إدراجها في العقد، مع وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية[1]، وهذا ما أكدته المادة 18 ف 2 من ق م ج. التي تنص على أنه:

«يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه المتعاقدين العقد ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون آخر».[2]

وتقابلها المادة 19 ف1 من القانون المدني المصري[3] التي منحت الأفضلية لهذا القانون باعتباره مكان تجسيد الإرادات، فمحل الإبرام هو بمثابة محل ميلاد العقد بالنسبة للأشخاص.

هذا بالإضافة إلى القضاء الفرنسي، الذي يعتد بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد حال عدم إختيار الأطراف لهذا القانون،[4] وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 31 ماي 1932 على إسناد العقد لقانون بلد الإبرام بشرط تنفيذ العقد فيه.[5]

وبسبب شيوع الوسائل الحديثة للتعاقد خاصة الأنترنت، فإنّ البعض يرى صعوبة تحديد مكان إبرام العقود الإلكترونية؛ لأن التعاقد عبر الأنترنت يفترض اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدّول المرتبطة بالشبكة الدّولية، حيث يمكن للشخص أن يتعاقد وهو في رحلة عابرة

[1]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص.179.

[2]– المادة 18 ف 2 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]– المادة 19 ف 1 من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[4]– أحمد صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.ص.327 ،329 .

[5]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.ص.551– 552.

للحدود ممّا يعني أن معيار قانون محل الإبرام يصعب تطبيقه في مجال العالم الإفتراضي، فضلا عن ذلك فإن محل إبرام العقد قد لا يرتبط بعلاقة جوهرية بموضوع العقد.

في حين يرى بعض الآخر أن طبيعة التعاقد الإلكتروني تبرر إعادة البحث عن مسألة زمان ومكان انعقاد العقد، وإذا لم يتفق الأطراف على هذا القانون فإنه لا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون دولة قاضي النزاع، فقد يبعد أطراف العقد عن بعضهما البعض ألاف الكيلومترات، فضلا عن اختلاف توقيت الزمني، ونتيجة لغياب العلاقات المباشرة بين الأطراف، يكون هناك الوسيط الإلكتروني وهو جهاز الكمبيوتر والمتصل بشبكة الاتصالات الدولية.[1]

لذا فإن تطبيق معيار قانون مكان إبرام العقد يثير العديد من الإشكاليات القانونية نوضحها في النقاط التالية:

محل أو مكان نشأة الإلتزام

طبقا لأحكام المادة 26 ف1 من قانون المرافعات السعودية[2] بخصوص عقود التجارة الإلكترونية، فإن العقد يبرم بالمكان أو البلد الذي يوجد به من صدر عنه القبول، كما أكدّت ذلك اتفاقية فيينا لعام 1980 الخاصة بالعقود الدولية للبضائع في نص المادة 23 منها على أن العقد يبرم في اللحظة التي يصبح فيها قبول العرض نافذًا، كما أضافت المادة 24 من نفس الاتفاقية أن يكون قبول العرض نافذًا في اللحظة التي يصل إلى المرسل إليه مهما كانت وسيلة التبليغ[3]، وهذا ما أخذ به القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق

---

[1]– فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، (د. ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2010، ص.ص.37-38.

[2]– المادة 26 ف 1 من قانون المرافعات السعودية ، الصادر بالمرسوم الملكي م/21 بتاريخ 20 ماي 1421هـ الموافق ل 19 أغسطس 2000، نشر في جريدة أم القرى، عدد 3811 بتاريخ 1421/06/17هـ متاح على الموقع الآتي:
www.wipo.int/edox/ lexdocs/laws/ar/sa/029 ar. Pdf.

[3]– المادتين 23 و24 من إتفاقية فيينا، لسنة 1980، مرجع سابق.

بالمبادلات التجارة الالكترونية الذي يشترط نشوء العقد الإلكتروني بعنوان البائع بشرط موافقة هذا الأخير بواسطة وثيقة إلكترونية موجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

القانون الأقرب لتكييف الدعوى

ذهب البعض إلى أن قاعدة التنازع يمكن أن تحدّد القانون الواجب التطبيق على النزاع ، متى كان من الممكن تكييف المسألة تكييفًا صحيحًا، من خلال تطبيق القاضي لنصوصه القانونية التي تبنتها تشريعات الوطنية، ومسألة تكييف الدعوى من المسائل الأولية التي يتعين على قاضي النزاع بحثها، وهذا ما أوضحته المادة 30 ف1 من نظام المرافعات السعودية،[1] أما المشرع الجزائري فيما يخص تنازع القوانين من حيث المكان، ينص في المادة 9 على أنه " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه"[2] بمعنى أنه في حالة تنازع القوانين في علاقة عقدية ذات عنصر أجنبي في الجزائر يتم الفصل فيه وفقا للقانون الجزائري .

وعادة ما يطبق قاضي الموضوع قانون دولته لتكييف الدعوى على سبيل المثال ما نصت عليه المادة 10 من قانون المدني المصري[3].

كما اشترطت المادة 24 من قانون المرافعات السعودية على القاضي المختص بالفصل في الدعوى بالتأكد من جنسية المدّعي عليه، وإذا لم يتحقق من هذه الجنسية وجب عليه قبول الدعوى لأنه قد يقوم بتطبيق قانون بلاده سوآءا كان المدّعي مسلمًا أو غير مسلم وهذا ما يفهم من نص المادة 25 من هذا النظام.[4]

[1]– المادة 30 ف 1 من قانون المرافعات السعودية، مرجع سابق.

[2]– المادة 09 من الأمر رقم 75–58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

[3]– المادة 10 من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[4]– المادتين 24 و25 من قانون المرافعات السعودية، مرجع سابق.

بالرغم من أن هذا الضابط يعد من أهم الضوابط الاحتياطية المعمول بها في مناهج تنازع القوانين، والذي لقى رواجًا وتطبيقًا كبيرين مع العقود الدّولية التقليدية، غير أنه مع الأنترنت التي لا تشكل مكانًا محددّا للاستناد إليه واعتبار العقد قد تم فيه كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاتها لا يمكن لنا أن نحدّده من خلال مكان إبرام العقد ودليل ذلك ما أثارته مسألة مكان إبرام العقد من نقاشات سبق وأن تناولنا بعض جوانبها هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يبرم العقد الإلكتروني بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية بين العقد وقانون محل إبرامه كأن يتم عبر حاسوب نقال لشخص متجوّل من الدولة لأخرى، أو أن يستغل جهاز غير تابع له أو أن يبرم عقده من خلال مقهى الأنترنت، وهي كلها أمور تجعل من المسألة لا تشكل معيار يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني.[1]

الفرع الثاني

قانون محل تنفيذ العقد

ذهبت بعض التشريعات إلى الإسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني عند تحديد القانون الذي يحكم العقد، أي تطبيق قانون دولة التنفيذ،[2] حيث اعتنق الفقه والقضاء الغالب لاختصاص التشريعي لقانون مكان التنفيذ وذهب إلى إخضاع العقد؛ إمّا بطريقة آمرة لقانون هذا المكان، وإمّا عن طريق نظرية التركيز بوصف هذا المكان يمثل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي تنفذ فيه العلاقات، فمكان التنفيذ يؤكد الرابطة الفعّالة والصلة الوثيقة بين العقد ومصالح الخصوم في هذا المكان، وتعتبر قاعدة قانون محل التنفيذ بمثابة قانون الدولة الذي بموجبه يتمكن المحكوم له الذي صدر لصالحه الحكم من الحصول على

[1]– حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص ص. 473–474.

[2]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص.155.

كافة حقوقه الناشئة عن العقد، ويعد الفقيه الألماني "سافيني" أوّل من لفت الانتباه إلى قاعدة قانون دولة تنفيذ العقد.[1]

كما أخذ به القانون الألماني والسويسري وبحيث نجد الفقيه " ستوري" يؤكد فكرة تنفيذ كقرينة للقصد النهائي منه، بحيث يمثل محل الوفاء بالأوراق التجارية،[2]على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تركز في دولة التنفيذ، ذلك أن اهتمامات المتعاقدين والغير ترتكز في دولة التنفيذ والتي ستحقق منها الغاية من التعاقد.[3]

وقد اتجهت أحكام القضاء الفرنسي الحديث إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ، كما أخذت بها العديد من الدّول، على سبيل المثال محاكم الصين [هونغ كونغ]، ومحاكم اليابان ، وبالتالي فإن علم الغير بوجود هذه العلاقة يصون لهم مصالحهم المشروعة في تطبيق قانون دولة التنفيذ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الإسناد سيجني للمتعاقدين ثمار تعاقدهم وتتحقق المسؤولية من عدم التنفيذ، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون دولة التنفيذ يعبّر إلى حد بعيد عن التركيز الطبيعي للرابطة العقدية بوصفه القانون السائد والذي ستحقق فيه مصالح المتعاقدين والغير.[4]

لكن الإشكال يثار فيما لو تعدّدت أماكن تنفيذ الالتزام كأن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة فأي من القوانين سيحكم سلسلة أماكن التنفيذ؟

بحيث ذهب جانب من الفقه إلى الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطا بالعقد، لكن كيف تتوجه اهتمامات المتعاقدين لهذا البلد إن تساوت المصالح ؟

---

[1]– مشوار حمزة، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدّولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدى مرباح، ورقلة، 2015_2016، ص .26.

[2]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.18.

[3]– علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعة، بن عكنون، الجزائر، ص.114.

[4]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص.155.

بحيث يرى البعض إلى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه ينفذ لقانون تلك الدولة، وهو مالا يتماشى مع التجارة الدّولية، وتيسير أعمالها حيث سيفرض للمتعاقدين الإطلاّع على سائر تلك القوانين المتعلقة بموضوع العقد هذا من ناحية، واحتمالية تعارض قانون أي من هذه الدّول ومصلحة المتعاقدين من ناحية أخرى، ولذلك فإنه من الضروري اعتماد معيار مكان إبرام العقد، ويحقق فائدة كبرى للمتعاقدين لمّا يوفره من الأمان القانوني[1].

وفي حالة عدم تحديد مكان تنفيذ العقد كما لو لم يشيروا إلى مكان الوفاء بالثمن فإنه يتعذّر الإسناد ولا يصح القول بأن المسألة تتوقف على حكم القانون، هل يكون الوفاء في محل إقامة الدائن أو محل إقامة المدين؟

بحيث أن الإجابة على هذا التساؤل يتوقف على معرفة القانون الذي يحكم العقد والذي يبين من هو الدائن ومن هو المدين.

لكن من المتصور دائما أن يغير المتعاقدين محل إقامتهم بعد إبرام العقد، كما أنه لا يمكن الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل حيث يسهل إسناده لقانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، ذلك أنه من المتصور أن يثور النزاع بين الطرفين قبل البدء في التنفيذ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن تعذر العلم المسبق بقانون العقد، سيخل بالأمان القانوني المتطلب للمتعاقدين، وبالتالي يتعذّر لهم العلم بأحكامه خاصة فيما يتعلق بالشروط التي يتطلبها هذا القانون لسلامة انعقاد العقد[2] وفي حالة عدم معرفة مكان الإيجاب من جانب الطرف القابل للتعاقد، فإن مكان إقامته يكون مكان تنفيذ العقد ، كما أن مكان أداء العقد يعتبر هو مكان التنفيذ في حالة امتداد مكان التنفيذ إلى دولتين أو أكثر، ولا يمنع قانون الأونسيترال

1- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع نفسه، ص.ص.155-156.

2- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.ص.561-562.

النموذجي لعام 1996 بشأن التجارة الإلكترونية ، إمكانية إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني ، وذلك وفقا لأحكام المادة 11ف1 منه[1] .

وعلى الرغم من أن الإسناد إلى قانون دولة التنفيذ ، يتمثل في المكان الذي تتجسد فيه الإلتزامات التعاقدية، ويحقق مصالح المتعاقدين إلا أن هذه القاعدة تثير بعض الإشكاليات في مجال عقود التجارة الإلكترونية بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فالصفقات التي تبرم عبر الأنترنت، تتم بين أطراف ينتمون لدول متعددة وبالتالي تكتسب تلك الصفقات الطابع الدولي، وعندما يمتنع الملتزم عن تنفيذ إلتزامه بإرادته ترفع عليه دعوى قضائية أمام محكمة دولة موطنه، بغية الحصول على حكم لصالحه، وعندما ينفذ الحكم من طرف سلطات دولة موطن المحكوم عليه سوف يواجه مشكلة .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى بسبب تنازع القوانين والتكاليف الهائلة للبدئ في الإجراءات القانونية، فإن قد يكون في وضع يتسم بالصعوبة بسبب عدم إدراكه للنتائج المترتبة على عدم تنفيذ العقد، فعلى سبيل المثال: إذا كان مكان تواجد أحد طرفي العقد الإلكتروني خارج الإتحاد الأوروبي– باعتباره أول الإتحادات المهتمة بتنظيم التجارة الإلكترونية– وتم رفض هذا العقد، فإن محاولات المستهلك تفشل؛ إذا حاول الحصول على حقه لأن تكلفة التقاضي ستكون مرتفعة جدا.

وفي هذا الصدد يوجد إعتبارين أساسيين عند تنفيذ الأحكام الأجنبية :

الإعتبار الأول: يتسم بالطابع السلبي ، ويتعلق بسيادة الدول على إقليمها، فالإعتراف بتنفيذ الحكم الأجنبي على إقليم دولة معينة، يعني الخضوع لسيادة الدولة التي صدر الحكم الأجنبي من محاكمها .

[1]– المادة 11 ف1 من قانون الأونسيترال النموذجي لعام 1996، متاح على الموقع الآتي:
www.uncitral.org/uncitral.../eléctronic1996.

الإعتبار الثاني: يتسم بالطابع الإيجابي، ويتمثل في حاجة المعاملات الدولية إلى تنازل الدول عن قدر من سيادتهم، إذ أن رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية يعيق إنشاء العلاقات الاقتصادية والتجارية ذات العنصر الأجنبي .

لذلك رأت الدول ضرورة التوفيق بين هذين الإعتبارين، فسمحت بتنفيذ الأحكام الأجنبية على إقليمها وفقا لشروط معينة، يحددها المشرع الوطني ، ويتقيد بشأنها بمبدأ المعاملة بالمثل.[1]

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على مكان التنفيذ في المادة 18 من ق م ج. واكتفى بالنص على الموطن المشترك، والجنسية المشتركة، ومكان إبرام العقد.

وعليه فإنّ قانون محل التنفيذ أهمية بالغة في فقه القانون الدّولي الخاص، باعتباره ضابط تتركز فيه مصالح المتعاقدين، والمكان الذي يجنون فيه ثمار تعاقدهم، غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية لقى هذا الضابط بعض الصعوبات لاسيما بخصوص العقود التي تنفذ عبر الأنترنت، كون العقد ينفذ في أماكن متعددة ممّا يجعل منه خاضعا لأكثر من قانون.

وبالتالي يصعب تحقيق الانسجام بين هذه القوانين خاصة، أنّ أهم التزامات أطراف العقد التسليم والدفع، قد يتمان بطرق مختلفة فإن كان التسليم يتم بطرق مادية، فإنّ الثمن قد يتم بطريقة إلكترونية عبر الأنترنت.

وهذا ما يدفعنا لإثارة مسألة انعدام المكان، والأنترنت فضاء خاص أو مجرد وسيلة اتصال لا تشكل في حدّ ذاتها مكان يعتمد عليها[2].

[1]–إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.188 وما بعدها .

[2]– حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص.474.

الفصل الثاني

فكرة الاداء المميز والقواعد المادية

نظرا لصعوبة تطبيق الضوابط الجامدة على عقود التجارة الإلكترونية، جعل الفقه والقضاء والتشريعات تتجه إلى تبني ضوابط موضوعية أخرى لتحديد القانون الذي يحكم العقد .

ونظرا لصعوبة العملية والقانونية والتي من شأنها أن تؤدي إلى أوضاع عبثية، وبوصف الطابع الدولي لهذه الشبكة وحجم المنازعات، أصبحت هناك تشريعات وأنظمة قانونية مختلفة واجبة التطبيق علي هذه المنازعات، وبحكم إختلاف قواعد التنازع من دولة إلى أخرى بهدف الوصول إلى حلول لا تتفق وتوقعات الأطراف؛ لذا فإن الفقه وجد منهج التوحيد الدولي خاصة على صعيد فكرة الأداء المميز والقواعد المادية، فهي خير علاج لهذه الإختلافات الجوهرية، والتي تقدم الحل المباشر بعيدا عن نطاق قاعدة التنازع .

وقد طبقها القضاء كضابط إسناد في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، ونظمتها العديد من التشريعات وفي هذا الصدد سنتطرق في هذا الفصل إلى فكرة الأداء المميز وحماية المستهلك(المبحث الأول) القواعد المادية كضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية (المبحث الثاني)

المبحث الأول

فكرة الأداء المميز وحماية المستهلك في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إن التعاملات التجارة الإلكترونية من خلال الأنترنت في حاجة إلى إنشاء قانون خاص بها، وإلى مؤسسات قانونية تهتم بهذه التجارة الرقمية الجديدة، ذلك أن الحدود الجغرافية ليس لها أي اعتبار في عالم الأنترنت ، مع عجز الدول عن فرض سيطرتها على الفضاء الإلكتروني لتطبيق أوامرها .

لذا لجأ البعض لمعالجة هذه الإشكالية بفكرة الأداء المميز كضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، التي تقوم على فكرة التركيز الموضوعي للعقود في ضوء طبيعتها الذاتية بصرف النظر عن ظروف التعاقد وملابسات كل حالة على حدى مما قد يسمح بتحديد قانون العقد، مع مراعاة توقعات المتعاقدين وحماية المستهلك بقوانين فعالة في تعاقدات التجارة الإلكترونية ذات العنصر الدولي وخصوصا أن إعتبارات تلك الحماية إهتمت بالمستهلك ذاته لأنه المركز المعرض للخطر في العملية التعاقدية .

وعليه سنتناول في هذا المبحث فكرة الأداء المميز في (المطلب الأول) وحماية المستهلك في(المطلب الثاني)

المطلب الأول

فكرة الأداء المميز كضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية

تقوم فكرة الأداء المميز كضابط إسناد على أساس تفريد معاملات العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق، على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء، أو حسب الإلتزام الأساسي في العقد أو مكان الوفاء بالالتزام ويتم ذلك استنادا إلى التركيز الموضوعي لتحديد القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، تحديدا دقيقا ومرنا بإختلاف العقود، مع السماح للقضاء بالخروج عن هذا المبدأ في ظروف إستثنائية بحيث يعتد بالظروف الملابسة.

وعليه سنتناول في هذا الصدد مضمون فكرة الأداء المميز في (الفرع الأول) وتطبيقات القضاء لفكرة الأداء المميز في (الفرع الثاني) .

الفرع الأول

مضمون فكرة الأداء المميز

سنتطرق في هذا الفرع الى المقصود بفكرة الأداء المميز وموقف الفقه(أولا) .وموقف القضاء والإتفاقيات الدولية من فكرة الأداء المميز (ثانيا) .

أولا: المقصود بفكرة الأداء المميز وموقف الفقه

يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملات العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للإلتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الإلتزامات في العقد الواحد؛ إلا أن أحد هذه الإلتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره لغرض تحديد القانون الواجب التطبيق[1] .

فهناك بعض الفقهاء يروا بأن ضابط الأداء المميز في العقد هو قانون دولة محل إقامة المدين بإعتباره الملزم بأداء الإلتزام الأساسي في العقد، وبالتالي يجب الإعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، بحيث عرفه الأستاذ (Van Over Straeten) بأنه: "ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا ".

وبالتالي يعد أداءا مميزا إلتزام البائع بتسليم المبيع ، أو إلتزامه بنقل الملكية للمشتري، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الإقتصادي، والإجتماعي في الرابطة العقدية[2] ،

[1]– محمد صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص.336.

[2]– المرجع نفسه، ص.ص.336–337.

كما يسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة، خاصة عند عدم قيام الأطراف بالاختيار الصريح لقانون العقد،[1] في حين يرى جانب آخر من الفقه بأن أداء الثمن موجود في كل العقود؛ مما يجعله ليس بالأداء المميز، وبالتالي فإن في عقود البيع يكون الأداء المميز هو تسليم المبيع أو الإلتزام بنقل الملكية.

ورغم الجدل الذي أثير بشأن فكرة الأداء المميز، إلا أنها لقيت قبولا من قبل فقهاء التجارة الإلكترونية، كونه إسناد مسبق يتحدد وقت إبرام العقد.

في حين يرى البعض الأخر في مجال العقود الدولية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، وإن لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فيكون القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي بها مقر أو مركز تلك الشركة، رغم الصعوبات التي تعترض هذه الفكرة بخصوص العقود التي تبرم عبر شبكة دولية مفتوحة –الأنترنت–[2] ؛ إلا أنها تتسم بالمرونة نظرا لاختلاف صورها حسب كل فئة من العقود، كما تتميز بالوضوح والتحديد إذ يمكن في إطار كل فئة من العقود أن نحدد منذ البداية الأداء المميز فيها، ألا وهو محل الإقامة المعتاد للمدعي.[3]

[1]–إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي ، مرجع سابق ، ص.197.

[2]– حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص.ص.476–477.

[3]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.589.

غير أنه بالرجوع إلى تقرير" لونتز" بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال إتفاقية روما، التي أفضت إلى تطبيق قانون دولة إقامة المشتري في عقد البيع الدولي الإلكتروني؛ لأنه لا يعقل أن يطلب من شخص ما أن يكون على دراية بكل قوانين العالم في مواجهة أشخاص محترفين ويمتهنون في مثل هذه الأمور، بحيث نجد أن هذا الرأي يميل لحماية المستهلك، بينما دفعت الولايات المتحدة الأمريكية على عكس ذلك إذ اعتبرت أن الأولوية هي تسهيل مهمة البائع لأنه أولى بالرعاية، ويبرم العديد من الصفقات ولا يعقل أن يطلب منه معرفة القانون الخاص بكل مشتري، وعلى العكس من ذلك فالمشتري قد لا يبرم سوى صفقة واحدة خلال فترة طويلة.

لذا فالأجدر هو الميل للحل المعطى من طرف إتفاقية روما في مادتها الثانية التي تنص على تطبيق قانون دولة البائع في العلاقات فيما بين التجار، وقانون دولة المشتري في العلاقات فيما بين المهنيين والمستهلكين، حتى في الدول التي تقع خارج نطاق تطبيق إتفاقية روما، التي بينت في الحالة التي يكون فيها النزاع يمس قانون دولة غير عضو في الإتحاد الأوروبي يطبق القانون الأوثق صلة بالعقد[1] .

ثانيا: موقف القضاء والإتفاقيات الدولية من فكرة الأداء المميز

تبنت العديد من التشريعات فكرة الأداء المميز للعقد، فعلى سبيل المثال ما نص عليه القانون الدولي الخاص السويسري الجديد عام 1987 بنصوص صريحة بحيث اعتبر أن الأداء المميز في العقد هو محل إقامة المدين بهذا

[1]– حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص.ص.477-478.

الأداء، وذلك عند سكوت المتعاقدين عن إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم وتخضع هذه الرابطة للقانون الأوثق صلة بالعقد، وهذا طبقا لأحكام المادة 117 منه[1] .

كما تبنت العديد من الإتفاقيات الدولية نظرية الأداء المميز للعقد منها على سبيل المثال نجد إتفاقية روما لعام 1980 وفقا لأحكام المادة 4 منها[2]، التي حددت المقصود بالأداء المميز وفقا للحالات الأتية :

– العقد يكون أكثر صلة بالبلد الذي يتم فيه الوفاء بالإلتزامات التعاقدية

– إذا كان الشخص الملتزم شركة، فإنه يعتد بقانون بلد الذي يوجد بها مقرها الرئيسي .

– إذا كان محل العقد عبارة عن ممتلكات منقولة، فإن العقد يكون أكثر صلة بالبلد التي توجد بها تلك الممتلكات[3].

بالإضافة إلى ما انتهت إليه إتفاقية لاهاي لسنة 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق علي البيوع الدولية للبضائع[4]، إلى القانون السائد محل إقامة البائع بوصفه المدين بالأداء المميز في العقد[5] .

---

[1]– المادة 117 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، مرجع سابق.

[2]– المادة 4 من اتفاقية روما لعام 1980، مرجع سابق.

[3]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.203.

[4]–اتفاقية لاهاي ، بشإن القانون القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية المبرمة في 22 ديسمبر1986، متاح على الموقع الأتي:

Cisqw3-law.pace.edu/cisgasarabic/middleast/interpretation.htm.

[5]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.594 وما بعدها.

ولقد كرست التشريعات الحديثة هذه الفكرة بنص صريح كما هو الشأن في المادة 28 ف4 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 بشأن عقود نقل البضائع [1] .

أما في مجال العقود الدولية التي تتم عبر شبكة الأنترنت، فنجد على سبيل المثال أن العقد الذي يبرم بين مقدم الخدمة المراد إدخالها على الشبكة، والشركة التي تتولى معالجة تلك الخدمة إلكترونيا، وتحميلها كمادة على موقع الأنترنت، إذا لم يتفق فيه الأطراف على القانون الواجب التطبيق ففي هذه الحالة يسري قانون دولة التي بها مقر أو مركز تلك الشركة (مقدمة الخدمة الإلكترونية) المدينة بالأداء المميز للعقد محل النزاع [2].

غير أنه لتحديد الالتزامات الملقاة على عاتق مقدم الخدمة الإلكترونية ،نجد في هذا الصدد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996، قد حدد في مادته 16[3] الأفعال المتصلة بنقل البضائع كبيان طبيعة البضائع، أو قيمتها، أو الإقرار بها وإبلاغ الشخص بشروط العقد وأحكامه[4]، كما نجد التوجيه

[1]– المادة 28 ف 4 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 بشأن عقود نقل البضائع، متاح على الموقع التالي:

http://www.law-uni.net/la/showthread.pnp?t=43391

[2]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.203 وما بعدها..

[3]– المادة 16من قانون الأونسيترال، مرجع سابق.

[4]–ابراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.ص، 204–205.

الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 2000 بخصوص فكرة الأداء المميز، بالرغم من أنه لم يقر قاعدة إيجابية محددة طبقا لأحكام المادة9 ف1 منه[1] .

وعليه أجازت التشريعات الحديثة العودة إلى الحالات الاستثنائية في حدود معينة للتركيز الموضوعي للعقد ، بحيث سمحت للقاضي أن يخرج عن الإسناد المسبق القائم على فكرة الأداء المميز؛ إذا تعذر تحديد هذا الأداء في الحالات المعروضة عليه أو إذا ما تبينت من ظروف التعاقد أو ملابساته، أن هناك نظاما قانونيا اخر أكثر ارتباطا بالعقد باعتباره النظام الذي يؤدي العقد في إطاره وظيفته، والهدف من الخروج عن قاعدة _الأداء المميز _ هو توفير الحماية للطرف الضعيف في العقد _المستهلك_ وهذا الاتجاه أخذت به اتفاقية روما لعام 1980[2] .

بالإضافة إلى ما جاء به القانون التونسي في المادة 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية[3] الذي يلزم البائع أن يوفر للمستهلك قبل إبرام العقد إعطاء وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.

ويستخلص من النصوص السابقة أن احترام توقعات الأفراد هو أحد الأهداف الرئيسية للقانون الدولي الخاص، فإنه يتعين عدم التضحية بالأمان القانوني؛ إلا في الظروف الاستثنائية التي تبرر الخروج عن قاعدة الإسناد لقانون

---

[1]– المادة 9 ف1، من التوجيه الأوروبي رقم 07/97، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، الصادر عن البرلمان الأوروبي في 20 ماي 1997، المتاح على الموقع الأتي:
www.maroc.droit.com.

[2]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.594 وما بعدها.

[3]–القانون التونسي رقم 83 المؤرخ في 09 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، المتاح على الموقع الأتي:

Oshrfmmshrf.com/ ?p=178.

محل إقامة المدين بالأداء المميز، حتى لا تؤدي اعتبارات المرونة المتطلبة في الإسناد إلى الإطاحة بالتوقعات المشروعة للمتعاقدين[1].

الفرع الثاني

تطبيقات القضاء لفكرة الأداء المميز

ترتبط فكرة الأداء المميز للعقد بالبيئة الاجتماعية، والاقتصادية التي يتم أداءه فيها بحيث يجب أن يكون المدين بالأداء المميز من التجار المحترفين، مثل شركات التأمين بالنسبة للخدمات التأمينية التي تقدمها لعملائها من التعاقدين معها، ولهذه الأسباب نادى البعض بضرورة تطبيق قانون المورد (البائع)؛ لأنه من الملائم لعقود التجارة الإلكترونية أن تخضع لقانون الطرف القوي، وهذا ما أخذت به محاكم الولايات المتحدة الأمريكية التي تعتد بمبدأ الإرتباط الكامل بدولة المحكمة المختصة .

ويظهر ذلك في دعوى رفعتها شركة (Patterson)، ضد شركة (CompuServe)، أمام محكمة ولاية تكساس، بشأن نزاع حول عقد إلتزمت المدعى عليها بتحميل برامج المدعية على نظام كمبيوتر (Computer service)، وهذا الإتفاق تم في مدينة أوهايو بنفس الولاية، لكي يستعمله مستخدمو الأنترنت بمقابل مادي تحصله الشركة المدعية، بحيث قامت هذه الأخيرة ببث _32_ ملفا من البرامج تلقائيا إلى المدعى عليها، لكن هذه الأخيرة قامت بتخزين هذه الملفات واستغلالها كالموزع لبرامج (Pattersen)

[1]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.ص.614–615 .

منتهكة العلامة التجارية للمدعية، وقد وجدت محكمة الاستئناف أن علاقة المدعية بالمدعى عليها تفيد أن المدعى عليها قد حققت فائدة لنفسها من عملها في أوهايو، ولذلك قضت بقبول النظر في الدعوى[1].

ويرى جانب من الفقه في هذا الصدد أنه يستلزم استبعاد فكرة الأداء المميز من أساسها، في العقود التي يبرمها المستهلكون لأنها تحقق المنفعة للبائع على حساب المستهلك، مما يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي يحققها له قانون محل إقامته وذلك في العقود التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية[2] .

فالجدير بالذكر أن في عام 1980 أبرمت إتفاقية فيينا بشأن العقود الدولية لبيع البضائع، بحيث تنص المادة 10 منها على أنه: " إذا كان طرف ما يمتلك أكثر من مكان عمل فسوف يتحدد محل عمله بالمكان الأوثق صلة بالعقد وتنفيذه ، وإذا لم يكن له محل عمل يتم الرجوع إلى محل إقامته المعتاد "[3] ومكان العمل في هذه الحالة خاص بالمنتج بينما المستهلك يكون له محل سكن ، بالإضافة إلى ما جاء في المادة 3 فـ2 من نفس الاتفاقية [4].

وبموجب النصوص السابقة يقتصر مجال تطبيق اتفاقية فيينا لعام 1980 على عقود التجار مع بعضهم البعض (B2B). بينما عقود التجار مع المستهلكين

---

[1]– نقلا عن إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.208 .

[2]– بن يسعد فاطمة ، بن صيد صبرينة، حماية المستهلك في العقود الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون العام للأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية ، 2016، ص.ص. 24– 25 .

[3]– المادة 10 من اتفاقية فيينا لعام 1980، مرجع سابق.

[4]– المادة 3 فـ2 من إتفاقية فيينا، مرجع نفسه.

(B2C). فإذا كانت هناك رغبة في إخضاعها لاتفاقية ما، فلا يوجد سوى اتفاقية روما 1980؛ إلا أنها غير صالحة للمستهلك في جميع الأحوال بدليل العديد من دول الاتحاد الأوروبي تحث على ضرورة وضع تشريعات خاصة بحماية المستهلك كوسيلة لتجنب تطبيق أحكام اتفاقية روما[1].

المطلب الثاني

تأثر قواعد حماية المستهلك بقواعد الإسناد

بعد اتساع مستخدمي الأنترنت في العالم، بدأ يتبلور مفهوم الحماية الإلكترونية للمستهلك وبصفة خاصة إذا كان يتعاقد مع طرف أخر في بلد أخر، فالتعاقد الإلكتروني هو مجال تتعدد فيه وسائل الغش والخداع[2] ، لذا بات وضع المصالح الخاصة للمستهلكين مراعى لدى العديد من الإتفاقيات الدولية ومختلف التشريعات بغية تحقيق الحماية للمستهلك في نطاق هذا التعاقد .

وعليه سنتناول في هذا المطلب حماية المستهلك في الاتفاقيات والتوجيهات الدولية (الفرع الأول) والتشريعات المقارنة (الفرع الثاني) وتطبيق الحماية على المستهلك الإلكتروني (الفرع الثالث).

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي ، مرجع سابق، ص.ص. 211–212.

[2]– ايمادالو سهام، لحسن ليلى، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في حقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص.14.

الفرع الاول

حماية المستهلك في الإتفاقيات والتوجيهات الدولية

تتم المعاملات الإلكترونية عبر شبكة دولية للأنترنت، فهي تتعدى حدود دولة معينة، وعليه فقد تعددت مظاهر وأشكال حماية المستهلك الإلكتروني على مستوى الدولي كونه الطرف الضعيف والمهني هو الطرف القوي، فقد عملت الهيئات والإتفاقيات الدولية بخصوص حماية المستهلك، وإن كانت أغلب هذه الإتفاقيات لا تتعلق مباشرة بحماية المستهلك إلا أنها تضمنت نصوص خاصة لحمايته، ومن أهم هذه الإتفاقيات نجد:

أولا: إتفاقية لاهاي

لقد تضمن مؤتمر لاهاي الرابعة عشر في 25/أكتوبر/1980 نصوص حمائية للمستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية، بحيث يجيز تطبيق الاتفاقية في حالة مبيعات البضائع الدولية [1] ، بشرط أن يكون العقد على صلة وثيقة بالدولة التي يقطنها المستهلك[2].

وعليه فإن الإتفاقية تتيح للأطراف بما فيهم المستهلكين، حرية إختيار القانون الواجب التطبيق، ويتم التعبير عنه كتابة وهو شرط يمكن إستيفاءه عن طريق عقود الأنترنت .

[1]–خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص (د.ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 32.

[2]–إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.220.

ثانيا: إتفاقية الأ ونسيترال uncitral

ثار نقاش بين خبراء الأونسيترال عن مدى إمكانية تطبيق الإتفاقية على السلع التي يحتاجها المستهلك فقط، توصل الخبراء على أن الإتفاقية يجب أن تتضمن التعاملات التجارية في حقوق الملكية الفكرية، مثل التعاملات الخاصة بمنح التراخيص لكن تبين لهم أن مثل هذه التعاملات التجارية قد ينتج عنها مشاكل تختلف عن مشكلة بيع السلع والخدمات وأن الأمر يحتاج إلى المزيد من الدراسة وذلك لعدة أسباب من بينها :

– أن العديد من الدول ترى حقوق المستهلكين مسألة عامة ومن الصعب الوصول إلى إتفاق على وضع قواعد محددة في هذا الصدد كما أن تطبيق الإتفاقية على تعاملات المستهلك التجارية قد يعرضها لخطورة عدم الوصول إلى الحل المناسب بالإضافة إلى صعوبة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة عند التعرض لمثل هذه التعاملات .

وأخيرا يمكن الإستفادة من خبرة اللجنة التي وضعت مشروع إتفاقية فيينا لعام 1980 من أجل التوصل إلى تعريف تعاملات المستهلك التجارية بإعتبار أن هذا التعريف هو الحل الأمثل القابل للإستخدام في كافة الجهات " المحلية، الدولية" [1].

ونستخلص أن إتفاقية الأونسيترال لم تقرر حماية منفردة للمستهلكين في عقود التجارة الإلكترونية، ولم تحدد القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم رغم أنها نظمت هذه العقود بالتفصيل، بإعتبار أن قوانين الأونسيترال وضعت خصيصا

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه، ص.225.

لتنظيم التجارة الإلكترونية فأصبحت المرجع أمام مشرعي الدول للإهتداء بها، كما أنها توفر الأمان والثقة بين الأطراف.

ثالثا: موقف الاتحاد الأوروبي

أصدر المجلس الأوروبي عدة توجيهات بخصوص الحماية الدولية للمستهلك في المعاملات التجارة الإلكترونية، خاصة تلك التي تتم خارج أوروبا[1].

ويعد التوجيه الأوروبي رقم 97 /07 الصادر في 20ماي 1997 أهم توجيه على المستوى الأوروبي، إذ أنه ينظم قواعد لحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، بحيث يؤكد في المادة 4 فـ1 منه[2]، بأن المستهلك يجب أن يستفيد من المعلومات المسبقة قبل إتمام التعاقد عن بعد، وقبل أن يقيد نفسه تعاقديا .

كما تضمن الإرشاد الأوروبي الثاني حول التجارة الإلكترونية الصادر في 8 حزيران 2000 الذي أقر وجوب توافر كافة المعلومات الأساسية حولها كالإسم الكامل والعنوان وعنوان البريد الإلكتروني، بحيث نجد المادة 10 من هذا الإرشاد[3] التي توجب على المواقع الموردة عبر الأنترنت أن تقدم للمستهلكين جميع المعلومات التوضيحية [4].

---

[1]– ايمادالو سهام ، لحسن ليلى، مرجع سابق، ص .19.

[2]– المادة 4 فـ1 من التوجيه الأوروبي، مرجع سابق.

[3]– المادة 10 من الأمر التوجيهي رقم 2000/31 للبرلمان والمجلس الأوروبي، بشأن الملاحظات الإرشادية لتقييم المخاطر، المؤرخ في 27 أيلول 2000، متاح على الموقع الآتي:
www.wipo,int/wipolex/ar/profile,jsp?cod=ev.

[4]– محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص.473.

كما تبنى الاتحاد الأوروبي في 26 يونيو 2002 توجيها يتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد، والذي يهدف إلى توفير نوع من الأمان للتجارة والاتصالات الإلكترونية الذي يتعلق بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي للمستهلك الإلكتروني وحماية حياته الخاصة في مجال الاتصالات الإلكترونية[1].

ويستخلص مما سبق أن الاتحاد الأوروبي يميل إلى منازعات المستهلكين الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية بخصوص حمايتهم .

الفرع الثاني

التشريعات المقارنة من حماية المستهلك

سن المشرعون قوانين فعالة وخاصة بحماية مصالح المستهلك الإلكتروني غير تلك القواعد العامة نظرا لخصوصية التعامل، فبادرت بإصدار قانون خاص بمعاملات التجارة الإلكترونية، وتضمن نصوص خاصة بحماية المستهلك الإلكتروني من أجل توعيته في مواجهة المهني.

أولا: التشريعات الأجنبية من حماية المستهلك

سنت الشرع في العديد من دول العالم قوانين فعالة لحماية المستهلك نجد منها القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC). بحيث يتمثل المبدأ العام لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين، في مكان إقامة المستهلك، أو المكان الذي سوف يتم فيه التعاقد، فالقانون الأمريكي بالنسبة لعقود المستهلك المبرمة عبر الأنترنت يتبع منهج الجاذبية سواء تعلقت بالبضائع أو الخدمات أي

1- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.367 وما بعدها.

مكان التسليم أو قانون الدولة الأكثر ارتباطا، أما بالنسبة لحالة تقديم الخدمات عبر الأنترنت باستخدام عقود نموذجية فإن القانون الواجب التطبيق سيكون مكان عمل البائع، مقدم الخدمة[1]، طبقا للمادة 196 من (UCC)[2] .

كما وضع قوانين تكفل الحماية منها قانون الخداع ومكافحة الغش لسنة 1982 ،القانون الصادر في 1939 بشأن تنظيم الإعلان الكاذب والمضلل[3]، كما وضع المشرع الفرنسي ترسانة هائلة من التشريعات لحماية المستهلك ومن بينها قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، حيث أكدت المادة 121 فـ18 [4]، على إلتزام المهني بإعلام المستهلك قبل التعاقد بكافة المعلومات الضرورية، وتعتبر هذه النصوص من النظام العام لا يجوز مخالفتها[5] ، ومن ثم تكون الكتابة طريق إثبات عن طريق الدعامة الإلكترونية مع وجوب إستخدام اللغة التي يفهمها المستهلك، وهذا ما أكده المشرع الفرنسي في المادة 2 منه[6].

---

[1]–إبراهيم بن احمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.ص.231–232.

[2]– المادة 196 من القانون الأمريكي الموحد، مرجع سابق.

[3]–صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، في العلوم القانونية والادارية، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2014، ص.ص.17– 18.

[4]– المادة 121 فـ18 من قانون الإستهلاك الفرنسي، الصادر عن جهاز تشريعي المؤرخ في5 يوليو 1993، متاح على الموقع الأتي:

www.wipo,int/wipolex/profile.jsp?code=fr.

[5]–محمد سعيد أحمد أسماعيل، مرجع سابق، ص. 374 وما بعدها.

[6]– الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، (دراسة تحليلية مقارنة)، (د. ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص.ص.134–135.

كما نص هذا القانون أيضا على حق المستهلك في العدول حسب نص المادة 221 ف20 بمقتضى مرسوم 741 لسنة 2001 على أنه " بشأن جميع عمليات البيع عن بعد يعطي للمشتري مهلة سبعة أيام من تاريخ تسليم طلبية لإعادتها أو إستعادة ثمنها دون غرامات ما عدا مصاريف الإرجاع "[1] .

ثانيا: التشريعات العربية من حماية المستهلك

سنت المشرعون العديد من النصوص التشريعية لحماية المستهلك، منها على سبيل المثال قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 بحيث نجد المادة 3 منه ، نصت على إلتزام المهني بإعلام المستهلك بكافة بيانات المنتج وخصائصه بهدف تحقيق التوازن في المعرفة، وفي حالة مخالفة هذا الإلتزام يعد جريمة جنائية يعاقب عليها القانون، طبقا للمادة 24 من قانون حماية المستهلك المصري[2] .

كما تقضي المادة 149 من قانون المدني المصري[3] ، والتي تقابلها المادة 204 من قانون المدني الأردني[4]، يتضح من هذين النصين أن المشرعين أرادا

[1]-Ordonnance n 2001 -741 du 23 aout 2001-5 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaires en matière de la consommation, du 25aout 2001. Voir : www. Legifrance. Gouv .

[2]– المواد 3 و24 من قانون حماية المستهلك المصري، رقم 67 لسنة 2006، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241 بتاريخ 2006/10/22 المتاح على الموقع الأتي:
www.maeitpeace.org/olde/mode/3706.htm.

[3]– المادة 149 من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

[4]– القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، المتاح على الموقع الأتي:
https://jordan_lawyer.com/2010.

حماية الطرف المذعن من تعسف الطرف الأقوى[1]، حيث جاءت الشريعة الإسلامية لحماية الإنسان خاصة المستضعفين وحرم القران الكريم أكل أموال الناس بالباطل لقوله تعالى " يأيها الذين أمنو لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم[2] وتؤكد هذه الآية ممارسة المعاملات التجارية ومنع الغش والتحايل ضد المستهلك[3].

أما المشرع الجزائري فإنه لم يعالج حماية المستهلك الإلكتروني بل اكتفى بوضع القواعد العامة لحمايته، فهناك القانون الصادر في 1989/02/07 الذي ينظم المبادئ المتعلقة بالمستهلك[4] ثم ألحق المشرع بالقانون رقم 02/89 عدة قوانين وتنظيمات أخرى من بينها:

– القانون رقم 2/4 الصادر في 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تعتبر الشروط التعسفية في العقود ما بين المستهلك والبائع[5].

[1]– عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص. 335.

[2]– الآية 29 من سورة النساء .

[3]– بن داود إبراهيم، قانون حماية المستهلك، وفق احكام القانون رقم 3/9 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، دار الكتاب الحديثة، الجزائر، 2013، ص.43 .

[4]– إيمادالو سهام، لحسين ليلى، مرجع سابق، ص.ص.23–24.

[5]– القانون رقم02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 20 يونيو لسنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية جريدة رسمية عدد 41، الصادر بتاريخ 06/27 2004، معدل ومتتم بموجب القانون رقم 10–06 مؤرخ في 2010/08/15 جريدة رسمية عدد 46، الصادر في 2010/08/18 .

– القانون رقم 03/09، المؤرخ في 23 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1].

كما أن المشرع الجزائري نظم لأول مرة الأنترنت كنشاط اقتصادي بموجب المرسوم التنفيذي 257/98 المؤرخ في 25 أوت 1998 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها ، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي[2] .

ومن خلال النصوص السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري وفر الحماية للمستهلك[3]، ويظهر ذلك من خلال المادة 110 من ق م ج.[4].

كما يسعى قانون حماية المستهلك إلى إقامة التوازن بين المتدخل والمستهلك، بحيث يمنع القانون النصوص التي تعطي امتيازات أكثر للمتدخل ويعتبرها تعسفية [5]، كما كفل القانون الجزائري حقوق المستهلك وأحاطه بحماية من العديد من الجرائم منها: جريمة الخداع المنصوص عليها في المادة 429 من

[1]–القانون رقم 03/09، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 الصادر بتاريخ 2009/03/08 .

[2]– المرسوم التنفيذي رقم 2000–307، المؤرخ في 14 اكتوبر 2000، يعدل المرسوم التنفيذي 98–257، المؤرخ في 25 اوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات اقامة خدمة الانترنت، جريدة رسمية عدد 60، الصادر سنة 2000 .

[3]–أمر رقم 75–58، المؤرخ في 1975/06/26، يتضمن التقنين المدني، مرجع سابق .

[4]– تنص المادة 110 من ق م ج. على أنه:" إذا تضمن عقد الإذعان شروط تعسفية جاز للقاضي تعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق يقضي بخلاف ذلك ".

[5]– بلاش ليندة، الاتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، بجاية، عدد 01–2015، ص.ص.288–289 .

قانون العقوبات[1]، ويقابله القانون المصري رقم 28 لسنة 1994 يعاقب على بيع السلع التي إنتهى تاريخ صلاحيتها عقوبة الحبس وبغرامة مالية[2]، وفقا المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3].

كما يجب أن تبعد الأجزاء الفاسدة والتي يمكن أن تشكل خطرا على الصحة العمومية عن المنتوجات الموجهة للإستهلاك البشري[4].

ورغم أهمية تنظيم كيفية تقرير الحماية للمستهلك نظرا للخطورة التي تترتب على هذا الأخير، وعلى المحترفين ذاتهم فقد لاحظنا نقص فادحا في التنظيم[5]، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى رغم ما عرف بالبيوع الوحشية والإكراهية والتي يكون فيها المستهلك في وضعية ضعف وفي حاجة ماسة إلى الحماية، فإن

---

[1]- أمر رقم 66-15، المؤرخ في 8 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 84، الصادرة بتاريخ 2006/12/24.

[2]- عبد الحميد الشواربى، جرائم الغش والتدليس، ط 2، دار المعارف، الاسكندرية، 1996، ص. 18.

[3]- صبايحي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، بجاية، عدد خاص 2015، ص .480.

[4]- Bla roussi Ahmad attijani . et Yousfi Ahmed . la protection de consommateur . tome 2 Edition Houma . Alger . 2010. P252.

[5]- مسعودي نادية، أعراب تيللي، فعالية أحكام حماية المستهلك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون العام للأعمال كلية الحقوق السياسية، بجاية، 2012، ص. 9 .

مشرعنا لم يتطرق إلى تنظيم مثل هذه البيوع، وهي أساليب فضحت مخاطرها جمعيات المستهلكين في أوروبا[1].

الفرع الثالث

تطبيق الحماية على المستهلك الإلكتروني

تطرح عقود الإستهلاك التي تتم عبر الأنترنت العديد من الإشكاليات إما لأسباب راجعة للمورد أو للمستهلك، وعليه فإن حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية والتي تستلزم عدة إعتبارات من بينها :

– الحماية من الشروط التعسفية الموجودة في العقود النموذجية التي لا تتيح مبدأ التكافئ بين المورد والمستهلك، كالبيوع الاستفزازية إما نتيجة تعجل أو عدم دراية كافية بموضوع العقد، ومن أهمها عقود البيع بالمراسلة أو عقود الإذعان، لذلك يكون المستهلك في هذه التعاقدات في حاجة ماسة إلى الحماية من بينها اختيار الإطراف للقانون الواجب التطبيق، ووجود قواعد قانونية آمرة لصالح المستهلك وموجودة بقانون دولة المورد؛ أو يطبق قانون دولة المستهلك، وبهذا يمكن أن تحل المشاكل الخاصة بين الأطراف، وفي حالة غياب قانون ثابت للتجارة الإلكترونية بين الموردين والمستهلكين فإن مشكلة القانون الواجب التطبيق سوف تترك للمحاكم .

[1]– بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن،(دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص. 693.

فإذا امتنع المورد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية إلكترونيا مخالفا لاتفاقه مع المستهلك وفقا لأحكام المادة 111ف1 من قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم 289 لسنة 2003[1]، فعليه أن يوفر له سلع أو خدمات بديلة تعادل النوع والسعر المحددين في العقد، فعليه فإن حماية المستهلك الإلكتروني يتعين أن تكون هي الهدف الرئيسي في العقود المبرمة عن طريق الأنترنت بوصفه طرف ضعيف في هذه العقود [2] .

وعادة ما يتدخل المشرعون من أجل فرض قواعد آمرة لصالح المستهلك، وتتمثل هذه الأخيرة في القواعد الإجبارية التي يقصد منها حق الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق؛ إلا أنه في حالة ما إذا كان العقد وثيق الصلة بالنظام العام، تتدخل القواعد الإجبارية لتلك الدولة لعدم إعمال القانون الواجب التطبيق ويظل خارج نطاق قوانينها، حتى ولو لم يكن القانون الذي اختاره الأطراف أو قانون المحكمة، ولو كان هو القانون الأكثر صلة بالعقد[3].

ومن أجل تجنب التنازع بين القوانين، يجب إيجاد توازن بين المشرعين لمعالجة المشكلة، فالمستهلك يتوقع الحماية في الدولة التي بها محل إقامته في

---

[1]– المادة 111ف1 من قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم 289 لسنة 2003، المتاح على الموقع الآتي:

www.wipo,int/wipolex /profile.jsp.

[2]–عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص .42.

[3]–إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.252، وما بعدها.

حين يعتمد المورد على تطبيق القانون في الدولة التي يوجد بها مكان عمله[1]، وهذا ما جاء في المادة 5 فـ2 من إتفاقية التعهدات التعاقدية[2].

كما تسعى الدول إلى سن تشريعات صارمة تكفل الحماية للمستهلك على نحو يكفل الحماية لمواطنيها عندما يتم التعاقد بينهم وبين موردين من دول أخرى لديها أنظمة أكثر صرامة، مثل الولايات المتحدة الأمريكية ودول أوروبا التي تقرر حماية كبيرة للمستهلك[3].

المبحث الثاني

القواعد المادية الوضعية والواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية

يشير الواقع إلى أن الأدوات القانونية المتاحة حاليا لا يمكن وحدها تقديم إطار قانوني للتجارة الإلكترونية، ذلك أن التكنولوجيا تستلزم وجود قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية، كما أن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص في التعاملات التي تتم عبر الأنترنت تواجه صعوبات قانونية .

ولهذا السبب بذلت الهيئات ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية، جهودا بشأن اتخاذ تدابير لتنظيم التجارة الإلكترونية، وتتمثل تلك الجهود بما يعرف بالقواعد المادية والتي يتم من خلالها تقديم الحل المباشر وهى القواعد الوضعية، وأيضا القواعد ذات التطبيق الضروري- الفوري -، وكذا القواعد المادية الواقعية والمتمثلة

---

[1]-إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه ص.ص .252،254.

[2]- المادة 5 فـ2 من اتفاقية التعهدات التعاقدية للدول الأوروبية ، المعدلة بالبروتوكول رقم 14/11، المتاح على الموقع الآتي:

www.ech,edu,iq/publications/law..../article-ed19,doc.

[3]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه، ص. 255.

في فكرة التنظيم الذاتي، التي تحتوي على كل من الأعراف والقواعد السلوكية المهنية والتجارية، والعادات الاتفاقية، وعلى هذا الأساس نتعرض الى القواعد المادية الوضعية في (المطلب الأول)، والقواعد المادية الواقعية في (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

القواعد المادية الوضعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية

فطن البعض إلى ضرورة وجود قواعد مشتركة فيما بين الدول تكفل وحدة الحلول بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الدولي، ولهذا عقدت العديد من الاتفاقيات والهيئات الدولية لتحقيق ذلك، فهي السبيل الوحيد للوصول إلى هذا التوحيد على أساس أنها تضع قواعد ذات طابع دولي، لتنظيم علاقات قانونية بها عنصر أجنبي.

كما أن للأطراف الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية، بشرط أن لا يتعارض مع النظام العام للدولة المعنية، ولم يكن مشوبا بالغش نحو القانون، وعليه سنتناول دور الإتفاقيات الدولية (الفرع الأول) وقواعد التطبيق الضروري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإتفاقيات الدولية

لجأت العديد من دول العالم إلى إبرام إتفاقيات ومعاهدات دولية تتضمن قواعد مادية ذات صبغة دولية، وضعت خصيصا لتحكم العلاقات الدولية ذات

عنصر أجنبي وتخضع للقوانين الداخلية للدول المتعاقدة، بحيث تعتبر هذه الإتفاقيات مصدرا لهذه القواعد في القانون الدولي الخاص، ومن بينها نجد ما يلي:

أولا: إتفاقية لاهاي "

ساهمت إتفاقيات لاهاي 1955،1964،1986 في إرساء المبادئ القانونية المادية في مجال المعاملات التجارية الدولية ويتضح ذلك من خلال المادة الأولى 1 ف1 من إتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على المبيعات الدولية للبضائع، فإن بنودها لا تطبق إلا على" البيوع ذات الصبغة الدولية للمنقولات المادية" [1]، كما أن أحكام الإتفاقية يقتصر نطاق تطبيقها على الدول المتعاقدة دون غيرها، وبالتالي لا تتضمن سوى حلول لتنازع القوانين بصدد عقد بيع له وصف محدد، كما نجد إتفاقية لاهاي لعام 1964 لا تشترط في عقد بيع المنقولات المادية الطابع الدولي، بل أجازت سريان أحكامها حتى ولو لم تكن الدولة طرفا في الإتفاقية .

وعليه يمكن تطبيق أحكامها على منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي محلها بيع المنقولات المادية، مثل السيارات، الكتب الورقية، الأدوية .....الخ سواء كان دفع الثمن بطريقة إلكترونية أو بالتسليم المادي لهذه المنقولات، وعلى القاضي تطبيق القانون المختار من قبل الأطراف، ليطبق على المنازعة حتى ولو كان قانون دولة غير طرف في الاتفاقية[2] وهو نفس الحكم الوارد في المادة 7 من اتفاقية لاهاي لعام 1986[3].

---

[1]– المادة 1 ف1 من اتفاقية لاهاي 1955، مرجع سابق.

[2]–إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق ص.ص. 278،281.

[3]– المادة 7 من اتفاقية لاهاي 1986، مرجع سابق.

ونخلص بالقول إلى أن المادة 3 من إتفاقية لاهاي لعام ،1964 والمادة 7 من لاهاي 1986 قابلتين للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية والتي تتم بين الموردين (**B2B**) .

ثانيا: إتفاقية فيينا

كرست اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن عقود البيع الدولية للبضائع، مجموعة من القواعد المادية الموحدة تقوم محل القوانين المختلفة، بهدف تجنب الصعوبات وإزالة الحواجز التي تعيق تطور التجارة الدولية، وتعد هذه الاتفاقية بمثابة قانون تجاري دولي موحد[1]، بحيث نظمت أحكام مادية موحدة لتنظيم هذا النوع من البيوع ذات صبغة دولية، وهي قواعد لا يتوقف تطبيقها أمام قضاء الدول المتعاهدة على منهج تنازع القوانين[2] .

ومن أهم المبادئ المادية التي تضمنتها اتفاقية فيينا نجد :

معالجة الثغرات والنقائص، ويتضح ذلك من خلال المادة 7 فـ2 بشأن بيع البضائع على المستوى الدولي[3]؛ إذ يخضع العقد لأحكام القانون المختار من قبل الأطراف؛ أو المبادئ العامة الواردة في الاتفاقية ، كما يفهم من اتفاقية فيينا أنها منحت الحرية لقاضي النزاع في عقود التجارة الإلكترونية ليطبق المبادئ العامة سواء كانت دولية أو وطنية، والتي يتلاءم تطبيقها على منازعات (B2B)، بينما

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.282.

[2]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.736.

[3]– المادة 7 فـ2 من إتفاقية فيينا 1980، مرجع سابق.

تطبيقها على منازعات(B2C). تتدخل التشريعات لحماية المستهلك لكونه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[1].

كما تضمنت مبدأ القبول الذي نصت عليه المادة 18 ف7 " يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف أخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب[2].

بحيث إذا لم يتضمن الإيجاب تحديد المدة المطلوبة في القبول، يجب أن تكون مدة معقولة وذلك في حالة البضائع القابلة للتلف التي يكون فيها التسليم فوري مقارنة بالبضائع الأخرى كالآلات والمعدات.

وعليه تكون القواعد المادية الواردة في اتفاقية فيينا، قابلة للتطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، طالما كان محلها بضائع مادية دون الخدمات وهذا ما أكدته المادة 35 ف1[3] .

ثالثا : لجنة الأمم المتحدة " الأونسيترال "

تعد لجنة الأمم المتحدة –الأونسيترال– أول الهيئات الرائدة في مجال التجارة الإلكترونية، نظرا لأهمية توحيد القواعد القانونية في هذا الشأن ،لإدراك لجنة الاونسيترال، بأن التجارة الإلكترونية بحاجة إلى قواعد موحدة دولية لذا أصدرت في عام 1996 القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، لمساعدة الدول على تحديد القواعد الواجبة التطبيق، خاصة لكونه يسعى لإيجاد توازن بين التجارة

[1]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.ص.736–737.

[2]– المادة 18 ف7 من اتفاقية فيينا 1980، مرجع سابق.

[3]– المادة 35 ف1، المرجع نفسه.

التقليدية والإلكترونية، كما يعالج مسائل التوقيعات الإلكترونية والحماية اللازمة للبيانات الشخصية [1].

كما أصدرت إتفاقية الأمم المتحدة لعام 2005 المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية طبقا لأحكام المادة 4 منها [2].

وتجدر الإشارة إلى أن العديد من تشريعات دول العالم أخذت بما قررته لجنة *uncitral* من قواعد بشأن التجارة الإلكترونية، كما ساهمت اتفاقيات أخرى بشأن القواعد المادية الدولية منها اتفاقية وارسو لعام 1929 بشأن النقل الجوي، وكذا اتفاقية بروكسل لعام 1924 المتعلقة بتوحيد قواعد سندات الشحن[3].

كما نجد واضعو هذه المعاهدات لم يتوسعوا في مجال تطبيقها الإقليمي ليشمل العلاقات العقدية، التي لا ترتبط بالدول المتعاهدة بهدف منحها طابعا عالميا مثلما هو الحال عليه في إتفاقية لاهاي لعام 1964 .

فكيف يطرح نزاع على قضاء دولة غير متعاقدة علما أنها لا تشكل جزءا من نظامها القانوني ؟

الأمر الذي يؤدي بالقاضي، إلى عدم تطبيق القواعد المادية الموحدة في هذه الحالة؛ وإنما سيلجأ إلى إعمال قواعد الإسناد في قانونه لتحديد القانون الواجب

---

[1]- إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.290 وما بعدها.

[2]- المادة 4 من قانون الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المعتمد في 23 نوفمبر 2005، نيويورك، متاح على الموقع الآتي:
www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details,jsp?treaty_id=300.

[3]- بلاش ليندة، الإتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي للبحث القانون، مرجع سابق، ص.ص. 288-289.

التطبيق، وبالتالي تطبيق أحكام المعاهدة أمام قضاء دولة غير متعاهدة[1].

ونخلص بالقول إلى أن هذه الاتفاقيات هي الأسهل في إبرامها كونها تتعلق بمجال محدود – أي تطبق على العلاقات الدولية فقط– لأنها تقضي على مشكلة تنازع القوانين لكون قوانين الدول المتعاقدة موحدة[2].

الفرع الثاني

القواعد ذات التطبيق الضروري

يتمثل المبدأ العام أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وعلى المحكمة الالتزام بتطبيق هذا القانون المختار ما لم يتعارض مع النظام العام لدولة معينة، ولم يكن مشوبا بالغش نحو القانون، لذلك أصبح إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري، واستبعاد القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، لم يعد محل جدال فقهي كلما كانت هذه المخالفة تمس حقا بالقواعد الأمرة في دولة القاضي[3].

[1]– محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، بين النظرية والتطبيق، (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشاة الناشر المعارف، الإسكندرية، 2000، ص .304 وما بعدها.

[2]– دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (نظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2010، ص. 55.

[3]– موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الإلكتروني، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجيا المعلوماتية، المركز الجامعي سوق أهراس يومي 25–26 أفريل 2010، ص.202.

وعليه سنتناول مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري (أولا)، ومدى ملائمتها مع النظام العام (ثانيا) .

أولا: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري

يظهر المقصود من القواعد ذات التطبيق الضروري من عدة خصائص أهمها، أنها توجد داخل التنظيم القانوني الوطني، بغض النظر عن تصنيفها إلى القانون العام أو الخاص، كما أنها ذات طبيعة إقليمية من حيث تطبيقها أي تطبق على كل من يوجد في إقليم الدولة التي أصدرتها، ولا يمتد تطبيقها خارج هذا الإقليم، كما تطبق على منازعات ذات العنصر الأجنبي [1]، ويطلق عليها عدة مصطلحات من بينها قواعد البوليس أو الأمن، القواعد الفورية التطبيق، قواعد النظام العام، ويفضل غالبية الفقه مصطلح (norme de application)؛ لأن فرض هذه القواعد يستلزم تدخل الدولة في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، بهدف توفير الحماية للمجتمع، وتكون واجبة التطبيق على كافة الروابط مهما كانت طبيعتها وطنية أو دولية ،كما أن هذه القواعد لا تراعي أي إهتمام للعلاقات ذات الطابع الدولي .

وتجدر الإشارة إلى أن الفرق الموجود بين القواعد ذات التطبيق الضروري والقواعد الأمرة في القانون الداخلي، يكمن في أن هذه الأخيرة –الأمرة– هي تلك التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، ويلجأ القاضي إليها حينما يتعلق الأمر بكيان المجتمع، والمقاومات الأساسية .

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.ص.295–296.

في حين يرى البعض الأخر أن الفرق يكمن في الدرجة وليس الطبيعة، وفي حالة الاختلاف بينهما تكون الأولوية للقواعد ذات التطبيق الضروري؛ لأنها تتدخل فيها الدولة، كما قد تتطلب فرض قواعد قانونية على وجه السرعة، على عكس القواعد الأمرة وإن كانت مقررة بموجب قوانين، فإن تبديلها يستلزم وقتا طويلا[1] .

ثانيا: القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام

تعتبر فكرة النظام العام ذات طابع وطني، فهي تلك القواعد التي تتصل بالمصالح الجوهرية للمجتمع من ناحية السياسية، والاجتماعية، والاقتصادية، فهي فكرة متغيرة من دولة لأخرى[2]، كما أن للقاضي السلطة التقديرية في استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق كلما تبين له ذلك فيحل بدلا منه قانون دولته وذلك بتطبيق قواعد البوليس،[3] وفي هذا المقام نجد المادة 24 من ق م ج. التي تنص على أنه " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون .

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة "[4]، والتي تقابلها المادة 25 من القانون المدني المصري،[5] أما

---

[1]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.764.

[2]–المرجع نفسه، ص.ص .763–764.

[3]–حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، مرجع سابق، ص.82.

[4]– المادة 24 من الأمر رقم 75–58 ، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق .

[5]– المادة 25 من القانون المدني المصري، مرجع سابق.

بخصوص العقود المبرمة عبر الأنترنت، فإن البعض يطالب بإنشاء محكمة ذات طابع دولي يكون لها حق الاختصاص في تحديد قواعد للقانون الدولي الموحد لعقد الصفقات المبرمة عبر الأنترنت ، بهدف الوصول إلى منهج على المستوي العالمي يحدد مفهوم النظام العام .

وفي هذا الخصوص نستعرض إلى قضية " شركة ياهو" التي حكمت فيها محكمة كاليفورنيا برفض حكم محكمة الفرنسية ضد " ياهو" التي أجازت لأحد عملائها بيع تذكار نازي على موقعها وجاء في حيثيات حكم المحكمة الأمريكية، إن القاضي الفرنسي الذي حكم على الموقع قد إنتهك حق ياهو في حرية التعبير، وهو الحق الذي يوفره الدستور الأمريكي، وعلى هذا الأساس تم رفض الحكم الفرنسي واعتباره غير قابل للاعتداد بحجيته

وإستخلاصا لما سبق يرى البعض، أنه يمكن تطبيق ما يسمى بالنظام العام العابر بوصفه يساعد القواعد الوطنية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية،

ويرى جانب من الفقه بأن القواعد ذات التطبيق الضروري–الفوري – يصعب تحديدها بدقة، نظرا لصعوبة التعرف عليها على أساس أن كل تشريع يهدف إلى حماية الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لدولته، كما أن القاضي عند تطبيقه لتلك القواعد، قد يتمتع بسلطة تقديرية التي من شأنها إهدار قواعد القانون الدولي الخاص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجد القاضي منها وسيلة لجذب العلاقات الخاصة الدولية إلى قانون بلاده، وهذا ما يسمي بفكرة "الأثر المخفف للنظام العام"، وهذه الفكرة غير ملائمة لأنها تتعلق بكيان الدولة[1] .

[1] _ إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص.299 وما بعدها.

المطلب الثاني

القواعد المادية الواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية

" فكرة التنظيم الذاتي"

من أهم القواعد المادية الواقعية التي ندى بها الفقه كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية نجد فكرة التنظيم الذاتي، والتي كانت محلا للعديد من الدراسات القانونية في الآونة الأخيرة، والوقوف على مدى ملائمتها كوسيلة لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية يستلزم بيان مفهومها (الفرع الأول) ومصادر القواعد الذاتية (الفرع الثاني) على النحو الآتي :

الفرع الأول

مفهوم فكرة التنظيم الذاتي " العقد الدولي الطليق أو الكفاية الذاتية للعقد"

يقصد بالتنظيم الذاتي مجموعة الأعراف والعادات والقواعد غير الصادرة عن سلطة رسمية، والتي تولد بشكل تلقائي من طرف جماعة معينة تطبقها وتعتبرها ملزمة، مع مرور الوقت تعترف بها المحاكم، وتكتسب الصفة الإلزامية قانونا بحيث ذهب جانب من الفقه إلى تسميتها بمبدأ الكفاية الذاتية للعقد.

فهو تنظيم ذاتي مصدره إرادة الأطراف وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، وتأييدا لهذه الفكرة يرى البعض بضرورة إنشاء قانون ذاتي "Cyber Low" لشبكة الأنترنت، بهدف تنظيمها وأساسهم في ذلك أن المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية لهم الحق في تحديد قواعد سلوكية خاصة بهم نظرا لصعوبات التي يواجهها المشرع في تنظيم تعاملات هؤلاء، وعليه فإن مجال تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية يكمن في العقود النموذجية والشروط العامة، التي استقرت عليها عادات

التجارة الدولية، ويلاحظ أن فكرة التنظيم الذاتي لها أثر فعال على العديد من دول الأعضاء بالاتحاد الأوروبي ويظهر ذلك من خلال إجراءات تحسين للقواعد التنظيمية التقليدية لاتحاد بهدف إظهار منهج جديد[1] .

وتفاعلا لهذا المنهج نجد هولندا في عام 1994، نظمت مبادرة تحت تسمية " السوق الحرة" التي تعتمد على حسن التنظيم وجودة التشريعات، والهدف منها التقليل من التشريعات الإضافية غير الضرورية وعلى هذا الأساس قامت أوروبا بمبادرات للنظر في مسألة التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية.

الفرع الثاني

مصادر القواعد القانونية الذاتية

تتولد فكرة التنظيم الذاتي عن التعاملات التجارية من خلال شبكة الأنترنت، المتمثلة في المزيج من الأعراف والقواعد السلوكية عبر هذه الشبكة .

وعليه سنتناول في هذا الفرع الأعراف والقواعد السلوكية المهنية والتجارية (أولا) والعادات الإتفاقية (ثانيا) .

أولا: الأعراف والقواعد السلوكية المهنية والتجارية

يعتبر العرف " la coutume " مصدرا من مصادر القانون ويعد ملزما في العديد من التشريعات، ويقصد به إعتياد الناس على سلوك معين بالإعتقاد أن هذا السلوك ملزما له، أما الأعراف التجارية الدولية هي تلك العادات التي إعتاد التجار

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه، ص.ص.305،304.

وأعضاء التجمعات المهنية والتجارية على إتباعها في معاملاتهم عبر الدول، ونجد هذه القواعد العرفية مصدرها في العقود النموذجية أو الشروط العامة[1].

وقد يثار التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق القاضي الوطني للأعراف التجارية الدولية في منهج تنازع القوانين ؟

بحيث ذهب البعض إلى أن الأعراف التجارية العابرة للحدود يصعب على القاضي الوطني تطبيقها، على أساس أنه يركز العقد وفقا لقانون دولة معينة [2] كما أن القوانين الوطنية تعجز في الكثير من الحالات متابعة تطورات التجارة الدولية، هذا بالإضافة إلى أن تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق يرجع فيه إلى قواعد القانون الدولي الخاص والمتعلقة بتنازع القوانين [3] .

ثانيا : العادات الإتفاقية (usage conventionnel)

لا تعد العادات والاتفاقيات بمثابة قاعدة قانونية فهي ليست ملزمة للأطراف إلا في حالة اتفاقهم على الأخذ بها، فهناك ما يعرف بعادات التجارة الدولية التي يقصد بها العادات المادية الموحدة المنبثقة عن المجتمع الدولي للأعمال فهي بمثابة قانون عرفي ناتجة عن ممارسات العملية للمتعاملين بها في مجال مهنة أو تجارة معينة[4].

لكن الإشكال المطروح هل يعد اختيار أطراف العقد للعادات والأعراف التجارة الدولية رفضا لقانون العقد أم لا ؟

---

[1]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه، ص .307 وما بعدها.

[2]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص.755.

[3]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص .399.

[4]– المرجع نفسه، ص.ص.310–311.

إن هذا الاختيار يعتبر مجرد اختيار مادي تحتل بمقتضاه العادات والأعراف منزلة شروط العقد، وتكون واجبة التطبيق مع بقاء العقد رغم هذا الإختيار المادي للعادات والأعراف الدولية، وخاضعا للقانون الداخلي للدولة المختصة بالنظر في النزاع، وذلك عند سكوت المتعاقدين عن إختيار القانون الواجب التطبيق[1].

وتطبيقا لذلك نجد اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980 أقرت بالأعراف والعادات التجارية، وأكدت ذلك في المادة 9 منها[2].

إن الإعتماد الكلي على العادات والأعراف التي يقررها رجال الأعمال لم يسلم من النقد إذ يرى البعض أن مراعاة القاضي لشروط العقد والعادات والأعراف يثير عدة صعوبات، لأن القاضي لا يطبق ما جاء في اتفاق الأطراف إذا كان هذا الأخير مخالف للقواعد الأمرة في القانون الوطني لدولته، كما أن ترك تنظيم معاملات الأنترنت للأشخاص المساهمين بها، وإن كانوا قد ساهموا في خلق قوانين خاصة بمجتمع الأنترنت، إلا أنه قد ينتج عنها عيوب كثيرة لا يمكن إغفالها.

بالإضافة إلى أن القواعد العرفية الذاتية عبر شبكة الأنترنت تتكون بطريقة مبعثرة وإجبارية، ومن ثم لا يمكن إعمال نظام قانوني واحد لأننا نجهل الحدود الجغرافية، فالحل لهذه الأعراف والعادات، هو تضمين تلك القواعد في شكل دولي أو إقليمي مثل لجنة الأونسيترال ومبادئ unidroit التي تعد إلى حد ما مبادئ عرفية طورت في ظل المجتمع القانوني من قبل التجار ورجال الأعمال[3].

---

[1]– هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 757.

[2]– المادة 9 من اتفاقية فيينا لعام 1980، مرجع سابق.

[3]– إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص. 312 وما بعدها.

كما سمح القضاء الحديث للمحاكم تطبيق العادات والأعراف العابرة عبر الحدود دون الحاجة إلى إعمال منهج التنازع[1] .

وعلى ضوء ما سبق بيانه بشأن فكرة التنظيم الذاتي، فإن مصدرها الأساسي لا يقتصر على مجرد حرية الأطراف وإن كانت بعيدة عن تدخل المشرع، لأنها مع مرور الوقت تصبح قاعدة قانونية ملزمة وقابلة للتطبيق أمام المحاكم بغض النظر عن إرادة الأطراف، مما يقتضي تطبيقها تطبيقا مباشرا دون الحاجة إلى تطبيق منهج التنازع.

وبالرغم من أن أغلب القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، تأسست من قواعد السلوك للأفراد؛ إلا أنها خالية من عنصر الالتزام، مما يجعل منها عرفا واجب الإتباع، كما أنها تفتقر إلى الجزاء والردع الذي يحتم على الأفراد عدم مخالفتها، وهذا ما يجعلها تختلف عن النظام القانوني للدولة بخصوص الجزاء، وأن ما تقوم به الجهات من إلغاء الاشتراك هو منع استخدام الشبكة لا يعد جزاء فعال بسبب صعوبة تحديد هوية الشخص المخالف، نظرا لسهولة التخفي من خلالها؛ لأنه يستطيع من إستخدام الشبكة ثانية بعد تغيير معلوماته الشخصية وعنوانه.

كما أن الحديث عن القانون المادي للتجارة الإلكترونية لا يزال مبكرا، لأن قواعده لا تزال في طور التكوين؛ مما يصعب معها أن تشكل قانونا مستقلا ذاته، هذا بالإضافة إلى أنها لم تتوصل إلى حلول ناجعة في الكثير من فروع القانون نظرا لطبيعتها الذاتية[2].

---

[1]–هشام علي صادق، مرجع سابق، ص. 754.

[2]– فراس كريم طه، كادم حسن، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016، ص.351.

خاتمة

خـــاتمة

يسود في المعاملات التجارية الإلكترونية مبدأ سلطان الإرادة المقرر في كافة التشريعات الذي يعتبر من أهم ضوابط الإسناد التقليدية، المعمول بها في منازعات عقود التجارة الإلكترونية؛ الذي يجيز للأطراف الإتفاق صراحة أو ضمنيا على إختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم .

فإن غالبية عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عبر الأنترنت، عبارة عن معاملات عابرة للحدود أي عقود دولية في التجارة الإلكترونية، وفي حالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمنيا بخصوص اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما يتم الإسناد لتحديد ذلك، على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، بحيث تلجأ المحاكم عادة إلى تطبيق معايير الإسناد الإحتياطية ؛ألا وهي قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة ، الذي يستلزم بالضرورة تحديد موطن الأطراف أو جنسيتهما، وقانون بلد الإبرام الذي يقصد به إرتباط العقد بمكان إبرامه ، وقانون بلد تنفيذ العقد الذي يقصد منه إرتباط العقد مع مكان تنفيذه .

بالإضافة إلى أن تعاملات التجارة الإلكترونية من خلال الأنترنت في حاجة إلى إنشاء قانون خاص بها، وإلى مؤسسات قانونية تهتم بهذه التجارة الرقمية الجديدة ؛ لذا لجأ البعض لمعالجة تلك الإشكالية بفكرة الأداء المميز، كضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية، والتي تقوم على أساس تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الإلتزام الأساسي في العقد ولما كان هذا الأداء أو الإلتزام ليس واحدا في كل العقود ، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه، مع مراعاة حماية المستهلك بقوانين فعالة وبالرغم من صغر حجم منازعات المستهلكين ؛ إلا أن عدم تسويتها سيؤدي إلى عدم حصول هذا الأخير على حقه سواءا تلك التي تتم من خلال الأنترنت أو مواقع المزادات على الأنترنت، كما أن هناك عدة طرق للتعامل مع حماية المستهلك أهمها تطبيق قانون دولي دائم موحد، أو عن طريق إستخدام الطرق التقليدية في القانون الدولي الخاص، مع التمييز بين حالة إتفاق او غياب إرادة الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق ،كما أن هناك قواعد مادية وضعية قررتها بعض الإتفاقيات الدولية كإتفاقيات لاهاي، وإتفاقية فيينا لسنة 1980، إلى جانب

تطبيق فكرة ذات التطبيق الضروري كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، إلى جانب قواعد مادية واقعية والمتمثلة في فكرة التنظيم الذاتي التي يقصد منها مجموعة الأعراف والعادات ، والقواعد غير صادرة عن سلطة رسمية، والتي تتولد بشكل عفوي من قبل جماعة معينة ، وتعتبرها ملزمة كما تعترف بها المحاكم مع مرور الوقت وتصبح ملزمة .

وبالرغم من أن هذه الضوابط تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق؛ إلا أنها يصعب إعمالها في عقود التجارة الإلكترونية ، وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد نظرا لطبيعة التعاقد المبرم على الشبكة الإلكترونية المتسمة بالإفتراضية .

وكحل لتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية يجب على كل المشرعين في دول الغالم أن يبادروا إلى إصدار تشريعات تنظم المجالات الأتية :

التجارة الإلكترونية، وإنشاء محاكم حكومية إفتراضية تحكم الأنترنت لكون هذه الأخيرة لا تشكل مكان محددا يمكن الإستناد إليه واعتبار العقد قد تم فيه ، كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاته .

ومن خلال ما سبق يجب على الدول العربية العمل على إعداد إتفاقية عربية موحدة تعمل بها كتشريع داخل الدول العربية على غرار إتفاقية الرياض ، بدلا من النصوص الحمائية الحالية، بشرط أن تكون مستنبطة من أحكام الشريعة الإسلامية التي تبين كيف يكون العدل، وحصول الطرف الضعيف على حقه على غرار اتفاقية روما 1980 والتوجيهات الأوروبية.

وإذا كانت قدرة الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق، على عقود التجارة الإلكترونية من المبادئ المسلمة بها في كل من التشريع والقانون في حد سواء؛ فإن المسألة تنطوي على نتائج خطيرة في هذا المجال، والمشكلة تثور حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر، عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك الإرادة أصلا .

قائمة المصادر والمراجع

I- باللغة العربية

القرآن الكريم

أولا - الكتب

1- **أحمد عبد الرزاق السنهوري**، نظرية العقد، (النظرية العامة للإلتزامات)، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

2 - **إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي**، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، (د. ط)؛ دار النهضة العربية، القاهرة .

3 - **بن داود ابراهيم**، قانون حماية المستهلك، وفق احكام القانون رقم 3/9 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، دار الكتاب الحديثة، الجزائر، 2013.

4 - **بودالي محمد**، حماية المستهلك في القانون المقارن،(دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.

5 - **حفيظة السيّد الحداد**، الموجز في القانون الدولي الخاص،(المبادئ العامة في تنازع القوانين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 .

6 - **حمودي محمد الناصر**، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

7 - **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص (د، ط)، دار النهضة العربية، القاهرة ،2002 .

8 - **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الالكتروني، (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

9 - **دربال عبد الرزاق**، الوافي في القانون الدولي الخاص (نظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

10 – **سعيد يوسف البستاني**، القانون الدولي الخاص(تطوّر وتعدد طرق حل النزاعات الخاصة الدوّلية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

11 – **سلطان عبد الله محمود جواري**، عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

12 – **الصغير محمد مهدي**، قانون حماية المستهلك، (دراسة تحليلية مقارنة)، (د، ط)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2015.

13 – **عبد الباسط حاسم محمد**، تنازع الإختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، الطبعة الأولى، لبنان، 2014.

14 – **عبد الحميد الشواربى**، جرائم الغش والتدليس، ط 2، دار المعارف، الاسكندرية، 1996.

15 – **عبد الفتاح بيومي حجازي**، التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

16 – **عبده الجميل غصوب**، القانون الدولي الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2008 .

17 – **عكاشة محمد عبد العال**، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، (د ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

18 – **علي علي سليمان**، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

19 – **عمر خالد زريقات**، عقد البيع عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، دار الحامد ، عمان، 2007.

20 – **فادي محمد عماد الدين توكل**، عقد التجارة الالكترونية، (د. ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

21 – **محمد إبراهيم أبو الهيجاء**، عقود التجارة الإلكترونية، (العقد الإلكتروني– إثبات العقد الإلكتروني– حماية المستهلكين– وسائل الدفع الإلكترونية– المنازعات العقدية وغير العقدية– الحكومة الإلكترونية– القانون الواجب التطبيق)، ط 2، دار الثقافة للنشر،(د. ب. ن)،2011 .

22 – **محمد خالد جمال رستم**، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.

23 – **محمد سعيد أحمد إسماعيل**، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

24 – **محمد فواز المطالقة**، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، التشفير، التوقيع الالكتروني)، (د.ط)، دار الثقافة للنشر، عمان، 2008.

25 – **محمود محمد ياقوت**، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، بين النظرية والتطبيق، (دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة)، منشاة الناشر المعارف، الإسكندرية، 2000 .

26 – **هشام علي صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، (د.ط) ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.

ثانيا– المذكرات الجامعية

أ– مذكرات الماجستير :

1 – صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، في العلوم القانونية والادارية، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2014.

ثانيا- مذكرات الماستر :

1- بوكلال مبروك، لحضير حكيم، دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع قانون الأعمل، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، 2012 .

2- مشوار حمزة، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدّولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدى مرباح، ورقلة، 2016.

3- بن يسعد فاطمة، بن صيد صبرينة، حماية المستهلك في العقود الخاصة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2016 .

4- إيمادالو سهام، لحسن ليلى، حماية المستهلك الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في حقوق، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية .

5- مسعودي نادية، أعراب تيللي، فعالية أحكام حماية المستهلك في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون العام للأعمال كلية الحقوق السياسية، بجاية، 2012.

6 - حمومة سعيدة، حميطوش أعمر، القيود الواردة على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015.

ثالثا- المقالات

1 -حسين عباس حسين، دور قانون الإرادة وقواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016.

2- بلاش ليندة، الاتفاقيات الدولية من منظور القانون الدولي الخاص المادي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، بجاية، عدد 01-2015 .

3 - صبايحي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، بجاية، عدد خاص، 2015.

4- فراس كريم طه، كادم حسن، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الثامنة، 2016.

5- موكة عبد الكريم، القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الإلكتروني، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول موضوع القانون والتكنولوجيا المعلوماتية، المركز الجامعي سوق أهراس يومي 25-26 أفريل 2010، ص.202.

رابعا- النصوص القانونية

أ- النصوص التشريعية

1 -أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/06/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون 05-10، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد44 لسنة 2005.

2- قانون المرافعات السعودية، الصادر بالمرسوم الملكي م/21 بتاريخ 20 ماي 1421هـ الموافق ل 19 أغسطس 2000، نشر في جريدة أم القرى، عدد3811 بتاريخ 1421/06/17هـ.

3-القانون التونسي رقم 83 المؤرخ في 09/أوت/2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكتروني.

4- قانون حماية المستهلك المصري، رقم 67 لسنة 2006، المنشور في جريدة الوقائع المصرية في العدد 241 بتاريخ 2006/10/22.

5- القانون رقم02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 20 يونيو لسنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية جريدة رسمية عدد 41،

الصادر بتاريخ 06/27 2004، معدل ومتتم بموجب القانون رقم 10-06 مؤرخ في 2010/08/15 جريدة رسمية عدد 46، الصادر في 2010/08/18 .

6- القانون رقم 03/09، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 الصادر بتاريخ 2009/03/08 .

7- المرسوم التنفيذي رقم 2000-307، المؤرخ في 14 اكتوبر 2000، يعدل المرسوم التنفيذي 98-257، المؤرخ في 25 اوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات اقامة خدمة الانترنت، جريدة رسمية عدد 60، الصادر سنة 2000 .

8-أمر رقم 66-15، المؤرخ في 8 يونيو 1996، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، جريدة رسمية عدد 84، الصادرة بتاريخ 2006/12/24.

ب- الإتفاقيات الدولية :

1 - إتفاقية لاهاي1955 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولية للبضائع، المتاح على الموقع الأتي:

www.startimes.com/?t=292886402.

2 - اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الصادرة في 1980، المتاح على الموقع الأتي:

www.uobabylon.edu.iq/ publications/ law…article-ed19.doc.

3- إتفاقية بروكسل، لسنة 1968، المتعلقة بالإختصاص القضائي، المعدلة في سنة 2000 بالقانون رقم 12، متاح على الموقع الأتي:

-qq waneen.blogspot.com/2010/06/blog-pest-8191.html.

4 - إتفاقية مكسيكو، لسنة 1994، متاح على الموقع الأتي:

Convention adoptée a mexico le 17 mars 1994 à la 5 e conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé, domaines droit –data.bnf.fr…

5 – اتفاقية فيينا، المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع الصادرة في 11 أفريل 1980، المتاحة على الموقع الآتي:

www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details.jsp?trety_id=292.

6 – اتفاقية لاهاي، بشأن القانون القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية المبرمة في 22 ديسمبر 1986، متاح على الموقع الأتي:

Cisqw3-law.pace.edu/cisgasarabic/middleast/interpretation.htm.

ع/ : مواقع الأنترنت

1 – عبد العزيز الزعابي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، متاح على الموقع الآتي:

http://legalblog01.blogsport.com/2016/06/blog-post-81.html (15/04/2017)p .05.

II: باللغة الفرنسية

➢ **Les ouvrages:**

1- Bla roussi Ahmad attijani . Et Yousfi Ahmed. La protection de consommateur. Tome 2 Edition Houma. Alger. 2010. P .252.

2 - LOUSSOUARN YVON et PIERRE BOUREL, Droit international privé, 7eme édition, Dalloz, Paris, 2001, p106.

Articles en français:

2-Ordonnance n 2001 -741 du 23 aout 2001-5 portant transposition de directive communautaires et adaptation au droit communautaires en matière de la consommation, d.o 25out 2001. voir : www. Legifrance. Gouv.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

كلمة شكر

إهداءات

قائمة المختصرات

مقدمة 1

الفصل الأول: قواعد الاسناد والقانون الواجب التطبيق 4

المبحث الأول: معيار الإرادة وتطبيقاتها على منازعات عقود التجارة الالكترونية 5

المطلب الأول: مفهوم مبدأ الارادة 5

الفرع الأول: موقف القانون والاتفاقيات الدّولية 6

أولا: موقف القانون من مبدأ سلطان الإرادة 6

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدّولية من مبدأ الإرادة 9

الفرع الثاني: موقف الفقه من مبدأ الإرادة 11

أولا: النظرية الموضوعية 12

ثانيا: النظرية الشخصية 13

المطلب الثاني: إشكاليات تطبيق مبدأ الإرادة وموقف التشريعات المقارنة 15

الفرع الأول: إشكاليات تطبيق مبدأ الإرادة 15

أولا: خطورة الاعتماد على الإرادة تجاه المستهلك 16

ثانيا: اختيار الأطراف لقانون لا يمت لهم بصلة 18

الفرع الثاني: موقف التشريعات المقارنة بشأن توحيد قواعد الإسناد 19

أولا: المنهج الأوروبي 19

ثانيا: المنهج الأمريكي 22

المبحث الثاني: المعايير التقليدية وتطبيقاتها على منازعات عقود التجارة الالكترونية [الإسناد الجامد] 25
المطلب الأول: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة 25
الفرع الأول: قانون الموطن المشترك 26
أولا: مفهوم الموطن 26
ثانيا: تطبيقات قانون الموطن المشترك على منازعات التجارة الالكترونية 27
1حالة وجود ارتباط بمكان وجود المحكمة 28
2حالة عدم وجود ارتباط بمكان المحكمة 29
الفرع الثاني: الجنسية المشتركة 30
المطلب الثاني: قانون بلد ابرام العقد أو محل تنفيذه 33
الفرع الأول: قانون بلد إبرام العقد 33
الفرع الثاني: قانون محل تنفيذ العقد 37
الفصل الثاني: فكرة الأداء المميز والقواعد المادية 42
المبحث الأول : فكرة الأداء المميز وحماية المستهلك 43
المطلب الأول: فكرة الأداء المميز كضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية 44
الفرع الأول: مضمون فكرة الأداء المميز 45
أولا: المقصود بفكرة الأداء المميز وموقف الفقه 45
ثانيا: موقف القضاء والإتفاقيات الدولية من فكرة الأداء المميز 48
الفرع الثاني: تطبيقات القضاء لفكرة الأداء المميز 52
المطلب الثاني: تأثر قواعد حماية المستهلك بقواعد الإسناد 54
الفرع الأول: حماية المستهلك في الإتفاقيات والتوجيهات الدولية 55

أولا: إتفاقية لاهاي.....55
ثانيا: إتفاقية الأنسيترال.....56
ثالثا: موقف الإتحاد الأوروبي.....57
الفرع الثاني: التشريعات المقارنة.....58
أولا: التشريعات الأجنبية.....58
ثانيا: التشريعات العربية.....60
الفرع الثالث: تطبيق الحماية على المستهلك الإلكتروني.....64
المبحث الثاني: القواعد المادية الوضعية والواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية....66
المطلب الأول : القواعد المادية الوضعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية.....67
الفرع الأول: الإتفاقيات الدولية.....67
أولا: إتفاقية لاهاي.....68
ثانيا: إتفاقية فيينا.....69
ثالثا: لجنة الأمم المتحدة الأنسيترال.....70
الفرع الثاني: القواعد ذات التطبيق الضروري.....72
أولا: مفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.....73
ثانيا: القواعد ذات التطبيق الضروري وفكرة النظام العام.....74
المطلب الثاني: القواعد المادية الواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية " فكرة التنظيم الذاتي".....76
الفرع الأول: مفهوم فكرة التنظيم الذاتي العقد الدولي الطليق أو الكفاية الذاتية للعقد.....76
الفرع الثاني: مصادر القواعد القانونية الذاتية.....77
أولا: الأعراف والقواعد السلوكية المهنية والتجارية.....77

ثانيا: العادات الإتفاقية.....78

الخاتمة 81

قائمة المراجع.....83

فهرس المحتويات.....90

ملخص

ملخص

إذا كان الأصل هو خضوع التجارة الإلكترونية للقانون المختار من قبل المتعاقدين، إلا أن هناك مسائل تخرج عن نطاق الإرادة تتمثل في الضوابط الاحتياطية، والتي لها صلة وثيقة بالعقد، وذلك في حالة عدم تحديد قانون الإرادة صراحة أو ضمنيا، بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقد. ونظرا أن تعاملات التجارة الإلكترونية بحاجة ماسة إلى قانون خاص بها ، الأمر الذي أدى بالبعض إلى معالجة المشكلة بفكرة الأداء المميز .كما ذهب بعض الشراح إلى تطبيق قواعد مادية وضعية ، وواقعية كحل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى قد وجدوا فكرة يتم من خلالها إخضاع العقد الإلكتروني الدولي، لحكم القواعد الأمرة المتمثلة في فكرة النظام العام والقواعد ذات التطبيق الضروري.

Le résumé

Si la règle est succussion des contrats du commerce électronique à la loi choisir par les contractants, il y a certaines affaires qui sortent du Maine de la volonté ; c'est le cas des certains aspects accessoires qui ont une relation avec le contrat en cas d'absence de nue volonté expresse on tolite sur la loi applicable au contrat.

Du fait que les transactions commerciales électroniques auteurs exigent un droit propre à elles, Certains auteurs ont proposé l'application de la loi plus proche du domaine du contrat, taudis que d'autres optent pour l'application de règles matérielles effectives et raisonnables comme solution pour les conflits relatifs aux contrats de commerce électronique ça d'une fort d antre fort , ils ont trouvé une idée pour soumettre le contrat électronique internationales règles impératives caractérisés par l'ordre public .