ضوابط الإسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الإلكترونية

أ: بلاق محمد
جامعة ابن خلدون تيارت

الملخص:
إن عقود التجارة الإلكترونية تثير العديد من الإشكاليات في نطاق القانون الدولي الخاص، كان من أهمها مشكل تحديد القانون الواجب التطبيق ومدى قدرة ضوابط الإسناد التقليدية على الإلمام بمتطلبات هذا التحديد وقدرتها على تحقيق الأمان القانوني الذي تنشده الأطراف المتعاقدة

ومادامت ضوابط الإسناد التقليدية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية هي ضوابط إقليمية قائمة على مرتكزات جغرافية لا تتلائم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية اللامادية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، لذلك أصبح لزاما تطويع قواعد القانون الدولي الخاص مع معطيات هذه التجارة الحديثة وأهدافها، خاصة فيما يتعلق بتحديد القواعد والضوابط الملائمة لتنظيم معاملاتها.

مقدمة:

تعد عقود التجارة الإلكترونية من المتغيرات العالمية الجديدة التي فرضت نفسها بقوة خلال الحقبة الأخيرة، بدليل أنها أصبحت إحدى الدعائم الأساسية للنظام الاقتصادي العالمي الجديد وآلية مهمة تعتمد عليها عولمة المشروعات التجارية والاقتصادية.

وإن كان ظهور هذه العقود قد أدى إلى خدمة المتعاملين في ميدان التجارة الدولية، إلا أنه أحدث في المقابل العديد من المشكلات القانونية التي تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ومن ثم إيجاد القواعد والضوابط المناسبة التي تتواءم والبيئة الافتراضية التي تنشط فيها، وهذا بالنظر إلى التحديات التي تواجه قواعد التنازع في القوانين الوطنية ومدى قدرتها على الإلمام بمتطلبات هذه العقود ومنازعاتها.

وعلى هذا النحو أثير التساؤل حول **مدى ملائمة ضوابط الإسناد المعمول بها في إطار منهج قواعد التنازع على التكيف مع متطلبات التجارة الإلكترونية؟**

وعلى اعتبار أن مبدأ حرية الأطراف في اختيار قانون العقد هو مبدأ أساسي في مجال العقود بصفة عامة، إلا أن تطبيقه على إطلاقه قد يصطدم بفكرة النظام العام (مبحث أول)، وبذلك يصبح لزاما على القاضي تحديد القانون الأنسب لحكم العلاقة العقدية من خلال النظر وبحرص إلى كل المعايير والضوابط التي تعتبر وثيقة الصلة بالموضوع عند البحث عن القانون الملائم (مبحث ثاني)

المبحث الأول: ضوابط الإرادة و تطبيقاته في 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[1] خصوصا أن تطبيق تلك القاعدة يتطلب ضرورة توافر الأمان القانوني الذي يبتغيه أطراف العقد، لذلك استقرت معظم النظم القانونية والتشريعية الوضعية على إخضاع العقود الدولية لقانون الإرادة تطبيقا لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الذي يعد من المبادئ العامة للقانون[2].

وهو ما ينطبق بدوره على عقود التجارة الإلكترونية وكافة المعاملات الإلكترونية التي تتسم بالطابع الدولي[3] التي تخضع أسوة بغيرها من عقود التجارة الدولية للمبادئ العامة في تنازع القوانين، مع ملاحظة أن الطبيعة الخاصة لهذه العقود تقتضي حلولا خاصة بصدد بعض المسائل[4]

المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة و إشكالية تطبيقه

استقر الرأي في مختلف النظم القانونية على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة المعمول به في العقود الداخلية بعد تطويره ليتلاءم مع العقود ذات الطابع الدولي، بحيث يكون للمتعاقدين تحديد القانون أو النظام الذي تخضع له العلاقة التعاقدية الناشئة بينهم، ومن ثمة فإن الإرادة تعد ضابط إسناد لمثل هذه الالتزامات، ولم يتخلف المشرع الجزائري عن الركب الدولي في هذا المجال، حيث اعتد بقانون الإرادة كضابط للإسناد في الالتزامات التعاقدية ذات الطابع الدولي (المادة **18** قانون مدني)، إلا أن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه قد يتعارض مع بعض

الخصوصيات التي تميز التجارة الإلكترونية والفضاء الإلكتروني غير الملموس الذي يتم فيه إبرام العقود وتنفيذها أحيانا أخرى، سواء كان ذلك في صورة الإرادة الصريحة أو الضمنية.

الفرع الأول: مضمون فكرة قانون الإرادة

يقصد بمبدأ الإرادة قدرة المتعاقدين على خلق عقد بينهم يحتوي كل التفصيلات في حدود نصوص القانون[5]، ليمثل بذلك هذا المبدأ قاعدة قانونية دولية نظمتها معظم التشريعات الوطنية نذكر منها على سبيل المثال: نص المادة **56** من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن "العقد شريعة المتعاقدين ..."، وفي الولايات المتحدة الأمريكية تنص المادة **301** من القانون التجاري الموحد **(ucc) Uniform commercial code** في فقرتها الثانية على أن "الأطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزاماتهم، لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم ..."

ولم يقتصر الأمر على القوانين الوطنية بل كرس مبدأ قانون الإرادة العديد من الاتفاقيات الدولية، نذكر منها اتفاقية لاهاي المبرمة في **15** يونيو **1955** المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية في مادتها الثانية.

وعلى هذا النحو تأكد لدى فقه تنازع القوانين أن جوهر فكرة قانون الإرادة هو الاعتراف لأطراف العقد بحق اختيار وتحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ومن ثم أصبحت إرادة المتعاقدين بمثابة ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق على أساس أن ذلك هو الحل الذي ارتضاه المشرع لحسم مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية.

توكيدا لما سبق يرى بعض الفقه الأمريكي أن قاعدة حرية اختيار الأطراف لقانون عقدهم يتم تحديدها بشرطين هما:

الشرط الأول: لابد أن يرتبط القانون الذي تم اختياره بعلاقة حقيقية بالأطراف أو المعاملات التجارية، أو أنه يجب أن يكون هناك أساس منطقي لاختيار الأطراف.

الشرط الثاني: لن يتم تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف إذا تعارض مع النظام العام لدولة القاضي، أو للدولة التي سوف يكون قانونها هو الواجب التطبيق في حال غياب قانون الإرادة، ومما لا شك فيه أن إعمال قانون الإرادة يستلزم مراعاة

فرضين هما: حالة وجود اتفاق صريح على اختيار القانون واجب التطبيق، وحالة إغفال مثل هذا الاتفاق وفقا للتفصيل التالي:

الفـــــرض الأول: يتمثل في وجود اتفاق صريح بين الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية، ويتم ذلك عن طريق توافق إرادة الطرفين من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية التي تفيد اختيارهم للقانون الذي يحكم العقد، كما يشير استقراء الواقع أنه صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج بند فيها يحدد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما درج الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي[6].

الفـــرض الثـــاني: يتمثل في عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف على اختيار القانون واجب التطبيق، مما يحتم على القاضي البحث عن الإرادة الضمنية، التي تستخلص من ظروف الحال وملابسات العقد والقرائن المحيطة به، مثل تحديد عملة الوفاء أو مكان التنفيذ أو لغة العقد ...الخ، وقد أكدت على ذلك العديد من الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، نذكر منها اتفاقية لاهاي لسنة **1955** في مادتها الثانية: "... التحديد يجب أن يعبر عنه في نص واضح صريح أو يستدل عليه بشكل ضمني من نصوص العقد، أو الظروف التي تؤثر على موافقة الأطراف على القانون الواجب التطبيق"

وفي حالة تخلف التعبير الصريح لإرادة الأطراف وتعذر استخلاص الإرادة الضمنية كذلك، تظهر في هذه الحالة سلطة القاضي في توطين العقد والبحث عن أنسب القوانين الوطنية التي تم توطين العقد بها[7]، وذلك من خلال اللجوء إلى مؤشرات أو عوامل ارتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا، في محاولة لتفادي الاصطدام بالطابع الإقليمي والمادي لفض التنازع القانوني بصدد عقود التجارة الإلكترونية.

إن الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية لا يتصور دائما بالسهولة التي يتصورها البعض، إذ هناك مجموعة من المشاكل والصعوبات التي قد تنشأ عن التفاعل بين هذا النوع من العقود من جانب وقواعد تنازع القوانين من جانب آخر، ما دفع بالمشرعين في كثير من الدول إلى محاولة السيطرة عليها ووضع إطار قانوني سليم لها.

الفرع الثاني: إشكالية تطبيق قانون الإرادة :

مما لا شك فيه أن تطبيق مبدأ سلطان الإرادة سواء من خلال اتفاق الأطراف صراحة على تحديد القانون الواجب التطبيق أو من خلال استخلاص القاضي لإرادتهم الضمنية، يثير إجمالا العديد من الصعوبات التي تباينت بشأنها مواقف الفقه والتشريع المقارن على النحو التالي:

أولا : الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد.

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية استنادا إلى اختيار الأطراف يبقى يواجه عدة معيقات تحول دون تحديده بشكل دقيق لأول وهلة، خاصة إذا علمنا أن عملية الإثبات تثير العديد من التساؤلات القانونية حول حجية قواعد الإثبات التقليدية ومدى قابليتها للتطبيق على هاته العقود[8]، إذ ليس بالأمر الهين إثبات اتجاه إرادة المتعاقدين لتطبيق قانون معين، وإثبات أن التصرف صادر عن الشخص الحقيقي في ميدان المعاملات الإلكترونية، هذا ما يوجب عناية خاصة لأن العقد يتم في غالب الأحوال بين طرفين ليس بينهما وسيلة اتصال مادية سوى شبكة الإنترنت، وما يؤكد هذا الفرض كذلك هو أن غالبية هذه العقود تتم بين موردين ومستهلكين، هذا ما يثير العديد من المشاكل عند عرض النزاع أمام القضاء، وحل هذه المشاكل هو الكفيل بتوفير الثقة والأمان القانوني المنشود لدى الأطراف المتعاقدة، والذي يستحيل بدونها مواجهة التزايد المستمر في حجم المبادلات التجارية الدولية.

1- صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

كقاعدة عامة ينشأ العقد متى توصل طرفاه إلى اتفاق بشأن أحكامه، ما لم يتضمن هذا الإتفاق إخلالا بالنصوص القانونية السارية،كما أنه لا تثار صعوبة كبيرة حينما يجمع المتعاقدين مجلس عقد واحد أو عندما يتم التعبير عن الإرادة عبر شاشات الحاسوب من الشخص الذي له صلاحية إصدارها ما دام لم يتم إنكارها، بيد أن الصعوبة تدق حينما يتم التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا، مما يثير التساؤل حول الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد الإلكتروني، وهو ما يبعث الشك في سياق استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية، وتثور معها تساؤلات عديدة

حول كيفية التحقق من الإرادة الصادرة عن صاحبها وعن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن.

2- صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

تتميز عقود التجارة الإلكترونية بغياب التواجد المادي لأطراف العقد لحظة إبرامها، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، خاصة إذا كان من شأن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة أن تؤدي إلى التعرف على القانون الواجب التطبيق[9].

وسعيا للتحقق من هوية المتعاقدين أوجبت بعض القوانين والاتفاقيات الدولية مجموعة من الإجراءات التي تسمح بالتحقق من صحة الوثائق الإلكترونية والتحقق من صحة مرسلها، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاق النموذجي لتبادل البيانات إلكترونيا للمملكة البريطانية المتحدة الذي نص على أن تحدد جميع الرسائل هوية الراسل والمرسل إليه ... الخ، كما أوصت المادة **05** من التوجيه الأوروبي الصادر في **08** جويلية **2000** والمادة **14** من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء، بأن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقيها بشكل دائم اسمه وعنوانه الجغرافي وعنوانه الإلكتروني واسم السجل التجاري المقيد به ورقمه وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته[10]

3- عدم تنظيم القانون المختار للمسائل المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية:

إن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة على المنازعات التي تنشأ بصدد عقود التجارة الإلكترونية تبدو مسألة في غاية الأهمية، لاسيما في ظل عدم وجود قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في أغلب الأنظمة القانونية، لذلك اختلف فقهاء القانون الدولي الخاص حول مدى حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني، والبحث في مدى توافر أي صلة موضوعية أو حتى شخصية بالعقد بل أحيانا ما يجري التعبير عن إرادة المتعاقد بغرض تجنب واحد أو أكثر من القوانين واجبة التطبيق[11]، وهذا راجع إلى أن المتعاقدين عن طريق الوسائط الإلكترونية يتطلعون دائما لمعرفة القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في أي علاقة عقدية لكي يتحقق لهم الأمان القانوني المنشود، وبخاصة أن مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق ستتفاقم لو كان أحد فريقي العقد أو كليهما ينتميان لدولة لا يعترف قانونها بالمستخرجات

الإلكترونية، وبالتالي عدم اعترافها بالعقد التجاري الإلكتروني، عندها قد يفاجأ المتعاقدان بأن القانون المتفق عليه لحكم العقد لا يعترف بالمستندات الإلكترونية.

لهذه الأسباب ومن أجلها يحرص المتعاقدون في أغلب الأحيان إلى تضمين عقودهم شرطا خاصا يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على العقد[12]، وعليه تتوقف صلاحية الاعتماد على الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود ومدى الاعتراف بحجيتها على مدى اعتراف وقبول القوانين المختارة بصلاحية هذه العقود التي يتم إبرامها بدون سند ورقي مكتوب، وهو ما دفع ببعض المنظمات لإصدار توصيات تنادي بضرورة إضفاء الحماية القانونية للعلاقات التجارية الإلكترونية وانخراط كافة الدول في التجارة الإلكترونية لما يحققه ذلك من تنمية وإزهار.

ثانيا: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد:

إن الصعوبات التي يثيرها الاختيار الضمني لقانون العقد ليست من خصائص التجارة الإلكترونية فقد سبق وأثارت تلك الفكرة صعوبات ومشاكل بصدد تطبيقها على عقود التجارة الدولية، حتى قيل في شأن تطبيق هذا الضابط أن يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد مستترا وراء مسمى الإرادة الضمنية، الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف ويهدد بالأمان القانوني المنشود من قبل أطراف العقد[13].

ورفض الإستاد إلى الإرادة الضمنية بصدد منازعات عقود التجارة الإلكترونية له ما يبرره، على أساس صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة في تحديد قانون العقد، خاصة عند مناقشة تلك القرائن أو الدلالات التي تشير إلى الإرادة الضمنية.

وهذه القرائن منها ما يكون ذاتيا يستمد من الرابطة العقدية ذاتها كالقرائن المستمدة من أطراف العقد أو من موضوعه أو من شكله أو اللغة المستعملة فيه ...الخ، ومنها ما يكون خارجيا يستخلص من ظروف وملابسات الحال، كالقرائن المستمدة من مضمون القوانين التي تتنازع حكم العقد أو تلك المستمدة من مسلك المتعاقدين اللاحق على إبرام العقد.

ويؤكد هذا الفرض الرافض للاعتداد بالإرادة الضمنية بصدد منازعات عقود التجارة الإلكترونية هو اعتداد أغلب التشريعات الوضعية في إطار العقود الإلكترونية بالإرادة الصريحة كضابط إسناد لاختيار قانون العقد الإلكتروني،

وإسقاط الاختيار الضمني لصعوبة تصوره في إطار المعاملات الإلكترونية وهذا هو مأخذ المشرع المصري في مضمون مشروع قانون التجارة الإلكترونية[14] .

المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة بالنظام العام في عقود التجارة الإلكترونية

بعد أن أدركت التشريعات الوضعية ومعها الفقه خطورة تخويل المتعاقدين حرية اختيار قانون العقد، على النحو الذي قد يؤدي إلى فتح الطريق أمامهم للإفلات من القوانين التي ترتبط بالعلاقة العقدية، دعا بعض الشرّاح إلى ضرورة البحث في نقطة التوازن بين حق الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق من ناحية والاحترام المتطلب للنصوص القانونية التي يجب أن تحكم العقد من ناحية أخرى.

وبناءا على ذلك دعا الفقه إلى وجوب تقييد هذه الحرية بعدم مخالفتها لمبادئ النظام العام، وهذا كدفع مقرر في كل النظم القانونية، ولكن لإعمال هذا الوضع يتعين تحديد مفهوم النظام العام أولا ثم تحديد أبعاد هذه الفكرة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: ماهية النظام العام في القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية

إن اتساع دائرة النظام العام في القانون الداخلي المعاصر أصبحت تتناسب طرديا مع تغلغل أفكار المذاهب الاجتماعية والاشتراكية، فوجب أن يفرد له نص بين قواعد التنازع ليكون صمام الأمان الذي يستطيع القاضي الوطني من خلاله أن يبسط رقابته على القانون الذي يختاره الأطراف أو الذي تشير باختصاصه قواعد الإسناد الوطنية، فيمنحه بذلك تأشيرة الدخول إلى إقليم دولته إذا كان غير متعارض مع القيم العليا في دولته.

أولا: مفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص

أورد بعض الفقهاء في ميدان القانون الدولي الخاص تعريفات متعددة لفكرة النظام العام، ويلاحظ على مجموعها أنها ركزت على الوظيفة الرئيسية التي يؤديها النظام العام، أي بوصفه أداة للاستبعاد سواء بالنسبة للقانون الذي يختاره الأطراف أو الذي عينته قاعدة التنازع الوطنية[15].

ومن بين التعريفات التي استهدفت تعريف فكرة النظام العام هي اعتباره " وسيلة قانونية يستبعد فيها النزاع المطروح أمام القاضي الاختصاص العادي المعقود للقانون الأجنبي، متى تعارضت أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي[16]

وعرف كذلك بأنه "مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة من سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية وفكرية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخ وجوده، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب تطبيقه، سواء كانت هذه الأفكار مجسدة بنصوص تشريعية أم أنها لا تلبس نصا تشريعيا محددا، وسواء أكانت تشكل قواعد لتنظيم تعامل الأفراد أم أنها تهيمن على تنظيم المجتمع ككل".[17]

كما عرفه البعض بأنه "أداة تصويب استثنائية تسمح باستبعاد القانون الأجنبي المختص، ويتضمن أحكاما تقدر المحكمة ضرورة الامتناع عن تطبيقها.[18]

وعلى هذا النحو تنقسم فكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص إلى نوعين:

النوع لأول : النظام العام التوجيهي ordre public de direction

يعد النظام العام بهذا المعنى قاعدة إسناد لصالح قانون القاضي حيث يطبقه على أي قانون أجنبي قد تحدده قاعدة التنازع ولهذا يطلق عليه بعض الفقه تسمية "نظام عام إسنادي"[19]، وبذلك يصبح للنظام العام على وفق هذا التوجه دور إيجابي لأن في إعماله تحقيق للأهداف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي حددتها الدولة.

النوع الثاني: النظام العام الحمائي ordre public d'éviction

هذا النوع يمثل الجانب السلبي لفكرة النظام العام حيث يهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي واجب التطبيق إذا ما كان ينطوي على أحكام تخالف المثل العليا لدولة القاضي سواء أكانت سياسية أو اقتصادية ...الخ، على نحو يؤدي إلى عدم تطبيق أحكام القانون الأجنبي حتى ولو اتفق الأطراف على تطبيقها.

ويترتب على ذلك أن حرية الأطراف في اختيار قانون معين يحكم عقدهم، يجب أن تكون مقيدة بألا تخالف قواعد هذا القانون العام في دولة القاضي.

ثانيا: مفهوم النظام العام في مجال عقود التجارة الدولية

ينادي الفقه في مجال العقود الدولية بوجود نظام عام من نوع خاص، وهو النظام العام الدولي الذي يعرف على أنه "مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الدولية والتي تلبي كل متطلباتها واحتياجاتها عن طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصة التي تتفق ونمو المبادلات التجارية عبر الدول"[20]

يفسر أحد الفقهاء الخصوصية الأساسية التي يتصف بها هذا النظام بقوله "إنه دولي بالمعنى الحقيقي، لأن نشاط المجموعة التي يحكمها مجموعة التجار يتجاوز حدود الدولة سواء من الناحية الموضوعية أو الإقليمية"[21]

وعلى غرار الدورين الذين سبقا وقلنا بهما في إطار مفهوم النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص فإن فقهاء التجارة الدولية يعهدون إلى النظام العام الدولي بدورين مشابهين لسابقيهما:

الدور الأول: دور إيجابي يتمثل في دعوة المحكمين لتطبيق القواعد والمبادئ الأساسية للتجارة الدولية التي تستقل عن كل نظام وطني بصفة أولية.

الدور الثاني: دور سلبي يتمثل في استبعاد القانون الوطني واجب التطبيق وفقا لقاعدة التنازع أو وفقا لاختيار الأطراف وتطبيق أحد المبادئ أو القواعد العامة للتجارة الدولية[22]

الفرع الثاني: ضوابط تطبيق فكرة النظام العام على عقود التجارة الإلكترونية

إن رسم حدود فكرة النظام العام للمجتمع الإلكتروني بمفهومه الحمائي يمكن أن يستشف في الحالات التي يتعاقد فيها طرفان ويكون أحدهما مستهلك والأخر طرف يفرض اختيار قانون ينكر أو يتجاهل حقوق المستهلك، فيتم استبعاد القانون الوطني الواجب التطبيق وفقا لاختيار الأطراف ولقاعدة التنازع.

وقد وجد هذا الاتجاه تطبيقا له في بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية مثل: القانون الدولي الخاص السويسري في المادة **120** فقرة **01** منه وكذلك القانون النمساوي الصادر سنة **1987** وأيضا في المادة الخامسة فقرة **3** من اتفاقية روما لعام **1980**

كما تظهر فكرة النظام العام التوجيهي على عقود التجارة الإلكترونية من خلال الاتجاهين التاليين:

الاتجاه الأول: يؤكد على فكرة النظام العام في مجال التجارة الإلكترونية من خلال التركيز على النصوص التي تحظر ممارسة الأنشطة غير

المشروعة في هذا المجال كتلك المتعلقة بتحديد السعر في البورصة، حيث يتم تنظيمه بشكل دقيق ويمنع نشره على شبكة الإنترنت.

الاتجاه الثاني: يتجه إلى أن النظام العام في التجارة الإلكترونية هو مجموعة القواعد اللصيقة بالتجارة الإلكترونية والتي تلبي كل احتياجاتها عن طريق خلق القواعد الذاتية التي تتفق ونمو المبادلات عبر شبكةالإنترنت.[23]

الضوابط: إن صعوبة التوصل لضبط فكرة النظام العام لم يمنع الفقه من محاولة البحث عن المعيار الذي يمكن الاستناد عليه لمعرفة حالات الدفع به- وهذا بالنظر إلى نسبية ومرونة المبدأ- تنويرا لمهمة القاضي، الذي يتعين عليه أن يكون معتدلا وحذرا في محاولته التوفيق بين احترام قواعد التنازع وبين ضرورة حماية النظام القانوني والمثل العليا في دولته.

ومن بين الضوابط التي اعتمدها الفقه من أجل حصر حالات الدفع بالنظام العام نذكر:

ـ حالة جهل القاضي بالقانون الأجنبي، في حالة ما إذا اشتمل القانون المختار من قبل المتعاقدين على نظم قانونية غير معروفة من قبل القاضي، لكن في نفس الوقت عيب على هذا الضابط أنه قد يؤدي إلى زيادة حالات الاستبعاد، لأن جهل القاضي بنظام معين لا يعني بالضرورة مساسه بالمبادئ والقيم السائدة في قانون القاضي.

- تعارض القانون المختار مع السياسة التشريعية المتبعة في دولة القاضي.

ـ مخالفة القانون المختار للقواعد الآمرة في قانون القاضي، على اعتبار أن هذه القواعد ما هي إلا انعكاس لفكرة النظام العام في القانون الداخلي.

ـ عدم احترم القانون المختار لمبادئ العدالة الدولية التي استقر العمل بها لدى الأمم المتحضرة، والتي تستقي مبادئها من الاتفاقيات الدولية وإعلانات حقوق الإنسان.

وعليه فالملاحظ على هذه الضوابط وغيرها..أنها لا تضع إطارا واضحا لتطبيق فكرة النظام العام، وإنما تحاول فقط إبراز أوجهه وأدواره المتعددة، وبالتالي تتأكد صعوبة وضع المبدأ في إطار نظري جامد ، وهو ما استتبعه إعطاء القاضي سلطة تقديرية في تحديد مضمون فكرة النظام العام، ومن ثم البحث عن الأثر المترتب عن ذلك، كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا.

المبحث الثاني: الضوابط التقليدية و تطبيقاتها في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

إذا لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فإن هذا لا يكون مدعاة للقاضي من أجل الامتناع عن أداء واجبه في الفصل في القضايا المعروضة أمامه، وفي مقابل ذلك لا يجوز له أيضا أن يغض الطرف عن القوانين التي تتزاحم لحكم الرابطة العقدية محل النزاع ويعمد بالاختصاص مباشرة لقانونه الوطني، وإنما يتعين عليه أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدان.

وفي سبيل الوصول إلى ذلك فإن القاضي لا يبحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، بل يفرض عليها إرادة غير موجودة فعلا ويقيمها على قرائن مستمدة من الرابطة العقدية ذاتها أو من ظروف وملابسات الحال، وذلك من خلال اللجوء إلى مؤشرات أو عوامل ارتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا.

ويكون الحل الأمثل في إسناد الرابطة العقدية لضوابط جامدة ومعلومة سلفا للمتعاقدين كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد ومن أهمها ضابط الأداء المميز.

المطلب الأول: الضوابط الجامدة لإسناد الرابطة العقدية في مجال التجارة الإلكترونية

اتجه فقه القانون الدولي الخاص قديما إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد في ظل غياب اتفاق الأطراف بموجب ضوابط ثابتة مرتبطة بإرادة الأطراف تأسيسا على فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وقد بقي الوضع على حاله في أغلب تقنينات القانون الدولي الخاص المعاصرة في حال عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، بوصفه إسنادا معبرا عن الصلة الوثيقة التي تربط العقد بقانون دولة محل إبرامه أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك

وقد تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا الاتجاه، فالمادة **18** فقرة **2** و**3** من القانون المدني الجزائري قد تبنت معيارا جامدا فيما يتعلق بتحديد القانون

الواجب التطبيق في حال انعدام الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف، حيث تقرر أنه في حالة غياب اختيار الأطراف لقانون العقد، فإن الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا في ذلك أو قانون جنسيتها المشتركة وفي حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

وسنتناول فيما يلي كل ضابط على حدى:

الفرع الأول: قانون الموطن المشترك

قد يكون للشخص محل إقامة معين وقد يكون له أكثر من محل إقامة في وقت واحد لذلك يثور التساؤل حول المقصود بموطن الشخص، ومدى إمكانية تطبيق قانون موطن أحد الأطراف أو كلاهما إن اتحدا في ذلك على عقد التجارة الإلكترونية في حال نشوب نزاع بينهما؟

أولا – المقصود بالموطن:

يقصد بالموطن بوجه عام المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مكانا أو مركزا لمصالحه[24] ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة.

وبذلك يتميز مفهوم الموطن في القانون الدولي الخاص عنه في القانون المدني، إذ ينصرف اصطلاحه في الأول إلى توطن الشخص في أي دولة من الدول، بينما مدلوله في الثاني مفاده توطن الشخص في دولة معينة دون غيرها.

رغم أن جانبا من الفقه يرى في الاعتماد على مصطلح محل الإقامة كفاية دون مصطلح الموطن، بالرغم من أن الأول هو أحد عناصر هذا الأخير، إذ يعد بمثابة عامل ربط يصل شخصا ما بنظام قانوني معين بحيث يصبح قانون محل إقامته هو قانونه الشخصي[25]

من خلال التعاريف السالف ذكرها يتضح بأن الموطن يعتمد على الربط بين الشخص المكان برباط قانوني، لكن على الرغم من وضوح هذه الفكرة، إلا أنه يصعب تطبيقها في مجال التعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت ، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

ثانيا – مدى انطباق ضابط الموطن على المعاملات الإلكترونية

يؤكد أغلب الفقه أنه من الصعوبة بما كان الاعتماد على ضابط الموطن المشترك في العالم الافتراضي عبر الإنترنت، ذلك أن التعامل عبر الشبكة يعتمد

على العناوين الإلكترونية التي لا تعطي دلالات واضحة على العنوان الحقيقي، كما أن فكرة الإقامة التي يعتمد عليها ضابط الموطن تشير إلى مكان ثابت ودائم يتم فيه إبرام العقد، وهذا ما لا يتوفر عادة في عقود التجارة الإلكترونية، فالعنوان الإلكتروني لا يشكل وفق المعنى الفني للكلمة محل إقامة ثابت، خاصة إذا علمنا أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة، كما أن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية متغيرة من مكان لآخر، ولعل هذه الصعوبات هي التي دعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطين في العقود الإلكترونية[26]

الفرع الثاني : ضابط محل إبرام العقد

يرى الفقه أن ارتباط العقد مع مكان إبرامه يعني تطبيق قانون هذا المكان على الأطراف الذين يتوافر لديهم العلم بهذا القانون، وهذا الحل يجد مبرره في النظرية العامة للعقود، لأن تطبيقه يستلزم توافر عناصر الرضا والعلم بنصوص القانون المختار، والإسناد إلى قانون دولة إبرام العقد يفترض أن المتعاقدين قد سكتوا عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا[27]، وهو ما أكدته المادة **18** من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة، وكذلك القضاء الفرنسي الذي يعتد بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد، فضلا على اعتماد قواعد التنازع الفرنسية في غالبيتها على تنظيم شكل التصرفات القانونية وفقا لقاعدة قانون المحل يحكم شكل التصرف.

وفي سبيل التدليل أكثر حول ضابط محل الإبرام، فقد ساق الفقه مجموعة من المبررات نذكر منها:

- أنه إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد.
- أنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره.
- أنه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد، ومن ثم يكفل لهم الأمان القانوني المنشود ويصون لهم توقعاتهم.
- أنه يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية.

إلا أنه وبالرغم من هذه المحاسن التي ساقها أنصار هذا الضابط، فإنها لم تكن لتخلو من سهام النقد التي حاولت النيل من مكانتها، بداعي أن هذا الضابط لم يعد متلائما مع تطور أساليب إبرام العقود في مجال التجارة الإلكترونية مثل التلكس والفاكس والإنترنت، وهو ما سيترتب عنه صعوبة في تحديد مكان إبرام

العقد والذي قد يكون عرضيا، لا يكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد وقانون محل إبرامه، حيث يمكن للشخص أن يتعاقد من خلال هاتفه الخاص أو حاسوبه الشخصي وهو يتنقل من دولة لأخرى أو يتواجد في أماكن لا تخضع لإقليم دولة معينة.

وما يؤكد هذا الفرض هو أن الأنظمة القانونية متباينة بشأن تعيين محل إبرام العقد بصدد العقود التقليدية التي تتم بين غائبين[28]والتي يضاف إليها اتساع النطاق العالمي للتجارة الإلكترونية وتوسع دائرة التعاملات عن طريق الشبكة المعلوماتية التي لا تقوم على تواجد حقيقي مادي في مكان محدد.

الفرع الثالث: ضابط محل تنفيذ العقد

كان أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل تنفيذ العقد هو الفقيه الألماني **saviny**، باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب آثارها في هذه الدولة[29]، فضلا على أن إسناد العقد لقانون محل التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير ترتكز في هذه الدولة، وهو ما يتفق مع الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، والتي تعتد بالتركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية التي تظهر في العالم الخارجي.

وتأكيدا على ذلك فقد نصت المادة **04** من اتفاقية لاهاي لسنة **1955** بشأن القانون الواجب التطبيق على المبيعات الدولية للبضائع على أنه "في حالة غياب نص صريح يشير إلى عكس ذلك، فإن القانون المحلي للبلد التي سوف تفحص فيه البضائع المسلمة هو الواجب التطبيق"

وإذا كان لتطبيق قانون دولة محل تنفيذ العقد مزاياه سالفة الذكر، فإن هناك بعض الصعوبات التي تثار عند إعمال هذا الضابط المكاني على عقود التجارة الإلكترونية، خاصة في الفرض الذي نكون فيه بمناسبة عقد أبرم ويراد تنفيذه داخل شبكة الإنترنت، والذي غالبا ما يكون موضوعه خدمات أو أشياء غير مادية، ففي هذه الحالة يصعب توطين العقد الإلكتروني استنادا إلى مكان تنفيذه وهو ما أكدته اتفاقية بروكسل المبرمة في **27** ديسمبر **1986** في مادتها الخامسة، والتي احتفظت للمدعي بالحق في رفع دعواه أمام محكمة إقامته المعتادة إذا تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه، متى كان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة الاختصاص.

عليه فلا يمكن الاعتماد على عوامل الارتباط التقليدية التي تقوم على تركيز العقد تركيزا مكانيا ما لم يرتبط هذا التركيز بضوابط مادية يختار القانون من بينها،

ما يجعل المسألة المطروحة أكثر اتصالا بمكان محدود مثل مكان تسجيل الموقع أو مكان تنفيذ الأعمال تنفيذا ماديا.

المطلب الثاني: الضوابط المرنة لإسناد الرابطة العقدية في مجال عقود التجارة الإلكترونية (فكرة الأداء المميز)

هناك بعض النظم التي سكت فيها المشرع عن التصدي لمعالجة فرض إغفال المتعاقدين اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنا، فضلا عن الصعوبة العملية التي تعترض تطبيق الضوابط الأخرى التي سبق ذكرها آنفا، وهو ما فتح الباب أمام اجتهاد القضاء حسبما تمليه ظروف واعتبارات العدالة وما قد يطرأ من تطور في الفقه القانوني، ليتلاءم ذلك مع طبيعة القانون الدولي الخاص ونزعته الدولية.

وفي ضوء ذلك اعتنق القضاء في كل من ألمانيا وسويسرا لنظرية عرفت "بنظرية الأداء المميز" وتقوم فكرتها على أساس التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال تحديد طبيعتها الذاتية، وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء فكرة الأداء المميز، أي المكان الذي يتم فيه تنفيذ الالتزام الرئيسي الذي يتميز عن غيره من الالتزامات التي يفرضها العقد[30]

الفرع الأول: المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد

يقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الرئيسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته[31].

وعلى هذا النحو ففكرة الأداء المميز تتركز في البحث عن الأداء الجوهري والهام في الرابطة العقدية، إذ يتميز البحث في هذا المعيار بسهولة العلم المسبق به وبمرونته وملائمته لكل طائفة من طوائف العقود بالإضافة إلى صبغة الثبات التي يتمتع بها واحترامه لتوقعات الأطراف عن طريق تكريسه المحل الملائم حسب طبيعة كل عقد.

ويؤكد الفقه أن الإسناد وفقا لنظرية الأداء المميز يتميز بأنه عقد يقوم على افتراض مسبق مؤداه أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء، وهو ما يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني الذي ينشدونه ويصون لهم

توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار لمعاملاتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم روابطهم العقدية، وبذلك تختلف فكرة الأداء المميز عن نظرية التوطين أو التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، كون هذه الأخيرة لا تسمح للمتعاقدين قبلها بمعرفة القانون الذي يحكم عقدهم وبالتالي لا تحقق الأمان القانوني الذي ينشده الأطراف[32].

وبذلك تعد نظرية الأداء المميز للعقد وما ينتج عنها من مكانية توقع القانون الذي سيحكم العقد، نظرية ثابتة في أغلب الأنظمة القضائية وتعترف بها أغلب الأنظمة القانونية، وملائمة في نظر جانب من الفقه لمجال التجارة الإلكترونية، كونها تعد نظرية مرنة تسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة.

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

على الرغم من أن الفقه الغالب في مجال التجارة الإلكترونية هو الذي دعا إلى تبني هذه النظرية في معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء في أغلب الدول، إلا أنه يصعب التسليم بانطباقها في كل الحالات على عقود التجارة الإلكترونية، خاصة وأنها تقوم على مرتكزات جغرافية لا تتلائم وطبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتعدى الحدود الجغرافية.

فمن ناحية أولى قد يؤدي إعمال هذه النظرية إلى إسناد العقد الدولي لقانون الطرف القوي في العقد، والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف، خاصة إذا كان قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد، ذلك أن أغلب التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية قد اعتدت بمحل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز أو مقر منشأته وقت إبرام العقد كضابط إسناد رئيسي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا ما لا نجده متوافرا في عقود التجارة الإلكترونية.

ومن ناحية ثانية قد يصعب إعمال هذه النظرية في الحالة التي لا تكون فيها الوسيلة الإلكترونية المبرم بها العقد مجرد وسيلة للاتصال أو التفاوض حول بنود العقد فقط، وإنما وسيلة لتنفيذ العقد كذلك، لأنه لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيها تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ العقد من خلالها، فضلا على أنه يصعب تحديد قانون معين يسند إليه حكم العقد في الفرض التي يتصل فيه

العقد المبرم عن طريق الإنترنت بكافة الدول لاتصال الإنترنت بها في ذات الوقت [33].

وعلى ضوء ما تقدم يمكننا القول بأن نظرية الأداء المميز يمكن تطبيقها في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة الإنترنت وتنفذ في المجال المادي خارج الشبكة، حيث تصبح بمثابة نظرية مرئية تسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة، ويجب الأخذ في الاعتبار عند إعمال تلك النظرية حماية الطرف الضعيف في العقد.

الخاتمة

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن عقود التجارة الإلكترونية المبرمة في المجال الافتراضي الذي تتلاشى فيه الحدود السياسية والجغرافية لا تتماشى مع المفاهيم التقليدية للقانون الدولي الخاص، وعليه فمن الصعب التلاقي الناجح بين هذه العقود وضوابط الإسناد التقليدية التي تشتمل عليها قواعد تنازع القوانين، وذلك راجع إلى أنه دائما ما يرغب التجار والشركات في معرفة القانون الذي ينطبق على عقدهم منعا للمفاجئات غير المستحبة، إلا أن قواعد التنازع في صورتها الحالية لا تساهم في خلق هذه البيئة المتطلبة في عقود التجارة الإلكترونية، خاصة وأن هذه الأخيرة تحتاج إلى قواعد تفهم طبيعتها الجديدة وملامحها وظروفها المستحدثة.

ومن أجل تفادي هذه الصعوبات التي خلقها إعمال منهج التنازع التقليدي، اقترح الفقه الحديث بديلا منطقيا وعمليا معقولا ليقدمه لمجتمع التجارة الدولية عموما ومعاملات التجارة الإلكترونية على وجه الخصوص، ألا وهو منهج القواعد المادية – الموضوعية – الذي سيشكل مستقبلا – دون شك- القانون الموضوعي الإلكتروني لشبكة الإنترنت، الذي يتميز بخصوصيته الفنية ومصطلحاته التكنولوجية التي تكون قابلة للتطوير والنمو اللازم لملاحقة الثقافة العلمية السريعة التطور في عالم الإنترنت.

قـائـمـة الـمـراجع

1 – هشـام خالـد. المـدخل للقـانون الـدولي الخـاص العـربي، دراسـة مقارنـة في القـوانين العربيـة، دار الفكر الجامعي، مصر،**2003**، ص **180**

2 – وهـو نفـس مـا ذهـب إلـه المشـرع الجزائـري في نـص المـادة **18** مـن القـانون المـدني الجزائـري النافذ رقم **10/05.**

3 – أصـبح قـانون الإرادة هـو الوسـيلة لتحديـد القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الإلكترونيـة، وهـذا مـا أكـده مـؤتمر سـان فرانسيسـكو المنعقـد في الفـترة الممتـدة بـين **10** و**11** سـبتمبر **2000** والـذي دعـى في نهايتـه كافـة الـدول لمـنح المتعاقـدين علـى الشـبكة كامـل الحريـة في اختيـار القـانون الـذي يحكـم العقـد ... ينظـر. محمـد إبـراهيم أبـو الهيجـاء، عقـود التجـارة الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، ط**2005**،**1**، ص **122**

4 – هشـام علـي صـادق، القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الإلكترونيـة، مجلـة الدراسـات القانونيـة بجامعـة بـيروت العربيـة، العـدد الأول، منشـورات الحلـبي الحقوقيـة. لبنـان. **2004**، ص **14** وينظـر كـذلك: ابـراهيم بـن أحمـد بـن سـعيد زمزمـي، القـانون الواجـب التطبيـق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، **2009**، ص **101**

5 – صـلاح علـي حسـين، القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الإلكترونيـة ذات الطـابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص **461**

6 – مثـل العقـد النمـوذجي للتجـارة الإلكترونيـة الـذي وضـعته غرفـة التجـارة والصـناعة بـباريس في **30** أفريـل **1998م**، والمتعلـق بالمعـاملات الـتي تـتم بـين المهنيـين والمسـتهلكين، ينظـر في ذلـك: صـالح المنـزلاوي، القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الإلكترونيـة، دار الجامعـة الجديدة، **2008**، ص**283**

7 – محمـد فـواز المطالقـة، الـوجيز في عقـود التجـارة الإلكترونيـة، دار الثقافـة، عمـان / الأردن، ط**2006**،**1**، ص**125**

8 – محمـد حسـين منصـور، الإثبـات التقليـدي والإلكـتروني، دار الفكـر الجـامعي، الإسـكندرية، **2006**، ص **268**

9 – تـنص المـادة **59** مـن القـانون المـدني الجزائـري **10/05** علـى أنـه " يـتم العقـد بمجـرد أن يتبـادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتان دون الإخلال بالنصوص القانونية "

10– مثلمـا يأخـذ بـه التقنـين الفرنسـي الخـاص بحمايـة المسـتهلكين الـذي يركـز علـى ضـرورة أن يتضـمن الإيجـاب مـا يفصـح عـن هويـة المـورد، فالتـاجر يحـرص في أغلـب الحـالات علـى معرفـة هويـة الطـرف الآخـر الـذي يقـدم لـه الخدمـة أو السـلعة حـتى يتأكـد أن الطـرف الـذي قبـل عرضـه يتمتـع بأهليـة التعاقـد ... ينظـر: هشـام علـي صـادق، المرجـع السـابق، ص**19**، وصـلح المنـزلاوي، المرجع السابق، ص **355**

11 – لم تعـالج إتفاقيـة رومـا لسـنة **1980** بشـأن القـانون الواجـب التطبيـق علـى الالتزامـات التعاقديـة هـذه الإشـكالية بشـكل صـريح ن فهـي تقـر بمبـدأ حريـة الاختيـار بـدون تحديـد مـدى دوليـة العقـد الـذي يخضـع للقـانون المختـار عـن طريـق الأطـراف علـى أسـاس أن التحليـل

الشخصي يؤدي إلى تطبيق قانون غير معلوم الأطراف. ينظر: إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص **118**

12 – من أمثلة هذه العقود نذكر عقد شركة **apple stor** الذي نص على أن: "تخضع كل عقود البيع التي تكون **apple stor** طرفا فيها لقانون كاليفورنيا"، كما نصت إحدى الشروط العامة للمركز التجاري **surfand buy d'ibm europe** على أن يخضع هذا العقد للقانون الفرنسي"

13- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص **472**

14- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص .**548**

15- سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، **2001، ص181**

16– هشام علي صادق، المرجع السابق، ص **548**

16- عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في عقد العمل الفردي، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، **1975، ص.489**

17- مشار إليه في مؤلف: محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية، دار الحامد، الأردن، **2013**، ص.**142**

18- عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص المصري، دار النشر الذهبي، القاهرة **2001**، ص.**768**

19- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، **1989**، ص.**584**

20- أحمد عبد الكريم سلامة المرجع نفسه، ص .**527**

21- chapelle (A , Les fonctions de l'ordre puplic en droit international privé, paris, 1979 ; p351.

22- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص .**302**

23– عرفت المادة **36** من القانون المدني الجزائري الموطن بأنه المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي ...

24 – ابراهيم أحمد ابراهيم، القانون الدولي الخاص، الموطن ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، القاهرة، **2001**، ص **63**

25– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص **371**

26 – هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص **552**

27 – انظر في ذلك المادة **67** من القانون المدني الجزائري النافذ

28 – صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص **329**

29- صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص .**490**

30- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص **336**..

31- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.**587**

32- إيهاب السنباطي، المرجع السابق، **375**.