صُعوبة تَحديد قانون العقد الإلكتروني

Difficulty in determining the law of electronic contract

أَمحمد سعد الدين،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو

manal-18@hotmail.fr

تاريخ الارسال: 2020/06/03 تاريخ القبول: 2020/12/23 تاريخ النشر: مارس 2021

المُلخص:

تَطور الحضارات التي عَرفتها البشرية، كان له انعكاسات على الالتزامات التعاقدية، بحيث انتقلت من ثَوبِها التَقليدِي إلى نَمَط إلكتروني، وذلك بَعد أَن سُخِرت تِكنولوجيا المعلومات والاتصال في استحداث أَساليب للتعاقد بشأنها، بدءً من التَفاوُض مُروراً بِإبرامها وُصولاً لتنفيذها. كما كان لذلك التطور دوراً في الكَشف عن عَجز القواعد العامة عن تنظيمها واستيعاب ما يُميزها من خُصوصية.

وفي المقابل أَبانَت تِكنولوجيا العصر، بأَن حُلول تنازع القوانين المَعهُودة في القوانين المُقارنة، بَات يَعترِي إِعمالُها جُملة من الصُعوبات لِتعيين القانون وَاجب التطبيق على العقد الالكتروني، وهو ما وَلَد حَتمِية إِيجاد قواعد نَوعِية تَستجِيب لخُصوصيته.

الكلمات المفتاحية: قانون العقد، قواعد الإسناد، العقد الإكتروني، القانون واجب التطبيق.

Abstract:

The development of civilizations that humanity has known has had implications for contractual obligations, moving from their traditional dress to an electronic pattern, as ICT has harnessed to develop methods of contracting, from negotiation through conclusion to implementation. That development also played a role in exposing the inability of public rules to regulate them and absorb their peculiarity.

In return, the technology of the times has shown that the conflict of laws in comparative laws have become difficult to resolve, and their actions have been complicated by the determination of the law applicable to the electronic contract. This has made it imperative to create qualitative norms that respond to its specificity.

Keywords: Will, law, attribution, contract, electronic.

مقدمة:

اصطلاح سُلطان الإرادة قَديم نَوَه إليه الفيلسوف الألماني كَانت، ويَعني قُدرة الإرادة الذاتية على خَلق القواعد التي تحكمها. إلاَّ أَنَّ حَل مُشكل تنازع القوانين بِإسناد العقد الدولي إلى القانون المُختار من قِبل المُتعاقدين لم يَستقِّر في الفقه الدولي إلاَّ مع نِهاية القرن 19، وهي فِكرة حَضِيت بالقبول على الصَعيدين الداخلي والدولي.

سَاعد على ازدهار فِكرة قانون الإرادة إضافة إلى مَذهب الحُرية الفردية، النظام الرأسمالي، وَلم يَقتصِر تكريس قاعدة خُضوع العقد الدولي لِقانون الإرادة على القوانين المُقارنة فَحسب، بَل أَقرَّته العديد من الاتفاقيات الدولية، مِثل المادة 1/25 من اتفاقية لاهاي المُبرمة في 15 يونيو 1955 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البُيوع الدولية للأَشياء المنقولة المادية، والمادة 1/5 من اتفاقية لاهاي المُبرمة في 14 مارس 1978 المُتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الإنابة وعقود الوساطة.

وَقد ذَهب جانب من الفقه الحديث، إلى أَنَّ القاعدة التي تُقِر للمتعاقدين حَقَّ اختيار القانون المُطبق على العقد الدولي، ليست قاعدة إسناد، بَل هي قاعدة مَادِية أَو مَوضوعِية ذَات تطبيق مُباشر على مُنازعات العقود. وَهي قاعدة أَوجدها التُجار داخل البِيئَة التجارية، كما كانت مُنطلقاً لِبداية مُنافسة للظَّفر بِحل مُشكل تنازع القوانين بين مَنهج تنازع القوانين العَرِيق ومَنهج القواعد المَادِية، هذا الأَخير الذي طَالما رَأَه أَنصاره نِظاماً قَائِماً بِذَاتِه ومُستقل عن غَيره من الأَنظِمة، واعتبروه أساساً لِتبرِير مِيلاد أَزمة تَوطِين العقد وَمطلَع فَجرٍ لِتَدوِيله.

تَزامناً مع هذا الزَخم القائِم بين تَنازع المناهج، شَهدت الالتزامات التعاقدية على الصعيدين الداخلي والدولي قَفزة نَوعية في طريقة إبرام العُقود، بحيث إنتقلت من طابعها التقليدية إلى الالكترونية، وهذه النَّقلَة بِقدر ما ساهمت في تَخطِي الحُدود الجغرافية للدُول واتساع نِطاق تَداوُل السِلع والخدمات، فإنها أَبانَت في المقابل عن صُعوبات بَاتت تَعترِي تَطبيق بعض المبادئ القانونية التي استقر العمل بِها في ظِل المعاملات التقليدية. لذلك نطرح **الإشكالية التالية:** ما مدى مُلاءَمة ضَوابِط الإسناد المُقَرَّرة في قانون القاضي لِتَعيِّين القانون وَاجب التطبيق على العقد الالكتروني؟ وللإجابة نبحث المسائل التالية:

المبحث الأول: صُعوبات إعمال قانون الإرادة في العقد الالكتروني.

المبحث الثاني: مُعوِقات تركِّيز العقد الالكتروني.

المبحث الأول: صُعوبات إعمال قانون الإرادة في العقد الالكتروني:

يَطرحُ تحديد نِطاق قانون الإرادة في العقد الالكتروني، صُعوبات فَنِية وأُخرى تطبيقية **(مطلب أول)**، كما أَنَّ كَيفِيَّة تعيين القانون المُختار من المتعاقدين هي الأخرى تَطرح العديد من الصُعوبات لا تَقِل تعقيداً عن سَابِقتها **(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول: صُعوبة تحديد نِطاق قانون الإرادة في العقد الالكتروني:

يُعطي قانون الإرادة الحق لأطراف العقد في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم إلا أن تلك المُكنة ليست مُطلقة، بل لها نطاق مُقيدة بزمن مُعين **(الفرع الأول)**، وفي المُقابل لا يعني اختيار القانون انه يسري على موضوع العقد كله، بل له نِطاق موضوعي مُحدد**(فرع ثاني)**.

الفرع الأول: تحديد النِطاق الزَمني لِقانون الإرادة في العقد الالكتروني:

مَتى كان العقد الالكتروني لَهُ الطَابع الدولي، فان أَطرافه هُم المُخاطبُون بِقاعدة التنازع[1]. لِذلك هُم في الأَصل أَصحاب الاختصاص في تَعيِّين القانون الذي سَيحكُم عَقدهم، وإلاَّ وَقع على القاضي عِبئ تَحديد ذلك القانون.

فَمِن الناحية الفَنِّية، إذا كان لأطراف العقد الالكتروني حَق اختيار قانون العقد نَتساءَل مَتى يُمكنهم مُمارسة هذا الاختيار، هل قَبل إبرام العقد، أم وَقت إبرامه، أم عِند المُنازعة؟ وهل يُمكِنهم اختيار أَكثر من قانون لِحكم العملية التعاقدية في مُجملها، أَم ليس لهم سِوى اختيار قانون واحد، وهل هذا الاختيار مُتاح في كافة أنواع العقود الالكترونية؟ هي تَساؤُلات حَول ما يُثيره تحديد قانون الإرادة في العقد الالكتروني من صُعوبات في هذا الشأن.

اختيار المُتعاقدين لِقانون العقد الالكتروني، يُمكن أن يَتِم عبر شبكة الانترنت بِصُور مُتعددة، إمَّا عن طريق الرَسائِل الالكترونية المُتبادلة أَو عن طريق البَرِيد، وذلك بَعد الاتفاق على بَاقي البُنود العقدية، ويكون ذلك لَحظة إبرام العقد من خلال بُند يُضمَّن

[1] Meryem Edderouassi, Le contrat électronique International, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur de la, Communauté Université Grenoble Alpes , 21 décembre 2017, p36.

في العقد[1]، كَما يُمكن أن يَتم الاختيار خِلال مَرحلة لاَحِقة على إبرام العقد[2]. غَير أَنَّ اختيار قانون العقد لا يَعني التَأبِيد بَل يُمكن العُدول عَنه، لكن بِشرط أَلاَّ يَترتب عن ذَلك إضراراً بالغير اللَّذين بَنَو تَوقُعاتِهم على القانون المُختار الأَول[3].

أَما في حالة تحديد القاضي لِقانون العقد فلا تُثار مِثل تلك الصُعوبات، لان وَقت تحدد قانون العقد هو وَقت عَرض النزاع عليه.

الفرع الثاني: تحديد النِطاق الموضوعي لِقانون الإرادة في العقد الالكتروني:

مسأَلة اختيار القانون وَاجب التطبيق على العقد، هي مِيزة للعقد الدولي فَقط وليس لها مَثِيل في العقد الداخلي، لأَن هذا الأخير يَظل خاضعاً لِحُكم القانون الوطني. فالمشرع الجزائري مثلاً، ومن خِلال المادة 2 من القانون رقم18-05 المُتعلق بالتجارة الالكترونية[4]، حَدَّد الحالات التي يُطبق فيها القانون الجزائري في مجال المُعاملات التجارية الالكترونية، من خلال وَضع ضَوابِط إِسناد يُسنِد بِموجِبها القاضي حُكم المُعاملة الى القانون الجزائري، أَي تَولى المُشرع بِنفسه تَركِّيز العقد.

---

[1] إلاَّ أَن ذلك لا يمنع من إمكان تحديد الأَطراف لقانون العقد بعد إبرامه، في اتفاق مُستقل عن العقد، مَكتوب أَو شفهي وحتى أَمام المحكمة المُختصة وقبل الفَصل في النِزاع. نَصت على هذا بعض القوانين المُقارنة والاتفاقيات مَثلاً، المادة 24 من القانون الدولي الخاص المجري، والمادة 3/116 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، كما نصت على ذلك أيضا المادة 2/3 من اتفاقية روما لعام 1980... الخ. تفصيلا في ذلك أنظر، أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص179، 180.

[2] لاحظ مثلاً المادة 3/166 من القانون الدولي الخاص السويسري، والمادة 2/3 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. انظر، صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص384، 385.

[3] نصت على ذلك مثلاً، المادتان 3/11، 3/116 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1978.

[4] قانون رقم18-05 مُؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر العدد28، الصادر في 16 ماي 2018.

ولما كان القانون رقم18-05، محدداً للقواعد العامة المتعلقة بالتجارة الالكترونية للسلع والخدمات، فان كل نشاط يقوم بِموجبه مُورِد الكتروني بِاقتراح أو ضمان توفير سِلع وخدمات عن بُعد لِمُستهلك الكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية[1]. يُعد موضوعاً للعقد الالكتروني يَسري عليه قانون الارادة.

وعَمَلًا بنص الماد 6 من القانون رقم18-05، ونص المادة 3 من القانون رقم04-02[2]، يعتبر عقداً الالكترونياً، كل اتفاق أو اتفاقية تَهدف إلى بيع سِلعة أو تأدية خِدمة، حُرِرَ مُسبقاً من احد أطراف الاتفاق مع إذعَان الطرف الأخر، بحيث لا يُمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه. ويتم إبرامه عن بُعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لِتقنية الاتصال الالكتروني.

اما على المستوى الدولي، فَقد ذَهب الفقه والقضاء إلى إقرار كُل من المعيار القانوني والاقتصادي لِتحديد النِطاق الموضوعي للعقد الدولي مع تأييدنا لِضرورة الجَمع بينهما[3]. لَكِن الصُعوبات العَملية التي اكتنفت إعمال مَعايير دولية العقد، انعكست سلباً على قانون الإرادة.

المطلب الثاني: صُعوبة تعيِّين قانون الإرادة في العقد الالكتروني:

تَعَلُق العقد الدولي بِالمصالح الاقتصادية لِدولتين أَو أَكثر وَمِن ثَم ارتباطه بِأَكثر من نِظام قانوني وَاحد، يَترتب عنه لاَ مَحالَة تنازع القوانين[4]، وَحل مُشكل تنازع القوانين

---

[1] انظر، المادة 6 مقطة 1 من القانون رقم18-05، السابق الذكر.

[2] قانون رقم04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يُحدد القواعد المُطبَّقة على المَمارسات التجارية، ج ر العدد41، الصادر في 27 يونيو 2004.

[3] حَول معايير دولية العقد، أنظر كل من: أمحمد سعد الدين، انعكاسات تدويل عقود التجارة الدولية على السيادة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2014/02/20، ص20 وما يليها، وعمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة، في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1999/1998، ص44-54.

[4] أُنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 6.

كان مُقرَّر مُنذُ القِدم عن طريق نِظام الإسناد كَمنهج مُعتمد في اغلب الأَنظمة القانونية الوطنية، وذلك بِموجب آلية الإسناد المُقرَّرة في قانون القاضي التي تُعيِّن القانون واجب التطبيق وِفقاً لِضَوابِط الإسناد[1].

فَمَتى اكتسب العقد الصِفة الدولية، ثَبت لأطرافه حَق اختيار القانون وَاجب التطبيق عليه، إما إرادياً **(الفرع الأول)**، أما اذا تعذَّر ذلك كان لهم الحق في تعيينه قضائياً **(الفرع الثاني)**. مع مُراعاة خُصوصية التعيِّين في العقود الالكترونية مادامت تتم في البيئة الافتراضية.

الفرع الأول: التَعيِّين الإرادي لِقانون العقد الإلكتروني[2]:

بما أَنَّ القانون أَقرَّ للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الذي سيحكم عقدهم، فَمن الطبيعي أن يُمارسوا ذلك الحق بِإعلان إرادتهم الصَريحة على أَن قانون هذه الدولة أَو تلك، هُو الواجب التطبيق عِند المُنازعة، كما لهم أَن يَختارُوا حتى القواعد المَوضوعية التي استقرت في مجال مُعيَّن. ومَتى تَمَّ ذلك كُنا بِصدد الإختيار الصريح المُحدِّد لقانون العقد **(أولا)**، والتي تُقابلها إرادة ضِمنية **(ثانيا)**.

أولا- الاختيار الصريح لقانون العقد الالكتروني:

يَتِم الاختيار الصريح في العقد الالكتروني غالباً بِموجِب عُقود نَموذجِية تَتضمن بُنداً يُحَدِد من خلاله المتعاقدين القانون وَاجب التطبيق، وهو ما يُعرف بالاختصاص

---

[1] لتفصيل أَكثر أُنظر كل من: الطيب زروتي، القانون الخاص الدولي الجزائري، الجُزء الأَول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص73 وما بعدها، حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 23 وما بعدها، هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص6 وما بعدها.

- Pierre Bourel, Droit international privé, 4e édition, Dalloz, Paris, 1993, p63.

[2] أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد، مرجع سابق، ص189 وما بعدها.

- Yvon Loussouarn, Droit international privé, 4e édition, Dalloz, Paris, 2015, p16.

التشريعي[1]. لَكن المُلاحظ على هذه العقود النموذجية أَنها لا تُقِيم أيّ وَزن لِشرط الصِلَة الحقيقية بين القانون والعقد[2]، وهو مَا يُثير الشك حول العلاقة الحقيقية بين العقد والقانون والمتعاقدين على حَدٍ سواء. كَما أَنَّ الاختيار الصريح لِقانون العقد لا يَخلُو من صُعوبات عَملية على مُستوى العقد الالكتروني، نَذكر منها:

1- صُعوبَة التَحقُق من وُجود إرادة المُتعاقدين: لا تُطرح الصُعوبة لمَّا نكون بِصدد مُتعاقدين حاضرين بِمجلس عقد واحد، أَو عِند التعاقد عَبر شاشات الحَواسِيب الآَلِية من الشخص الذي له صَلاحِية إصدارها مَا لم يَنكرها. لَكن الخَطر يَدُق والصُعوبة تُثار لَمَّا يَتم التعبير عن الإرادة بِشكل آَلي دُون تَدخُل إِنساني أَي عن طريق وَسائط وأَجهزة الكترونية ليس لها إرادة أَصلاً، كأَن يَقوم الحَاسُوب المُبرمَج بِبَث رسائل مَشوبة بِالخطأ يَستحيل تَوقُعها من الشخص الذي يَعمل الحاسوب لِحسابه[3].

2- صُعوبة تحديد هوية المتعاقدين: التعاقد عن طريق الوسائل الالكترونية التقليدية (تلكس، فكس، هاتف...) لا يَطرح مُشكل تحديد الهوية، لأَن مِثل هذه الوسائل فيها رُموز (شفرات découd) يُمكن من خلالها تحديد هوية وحتى مكان المتعامل بها. لَكِن الصُعوبة تُطرح عند التعامل عَبر الانترنت، لأَن المَقطع الأخير من العناوين الالكترونية (.Gmail,.org,.com,.fr) قد لا تكون مُرتبطة بِبلد مُعين[4].

كَما أَنَّ مُراقبة العناوين الالكترونية المُستخدمة من قِبل المتعاقدين ليس بالأَمر السهل، لاسيما وان تَخزين عناوين العُملاء على مُستوى قاعدة البيانات الخاصة بالتجار

---

[1] أَغلب نَماذِج العقود الدولية تتضمن في نهايتها شرطي الاختصاص التشريعي والقضائي، لِمَا في ذلك من أَهمية بالغة للمتعاقدين، فَتعيينهم لقانون العقد يُعد بِمثابة إبرام عقد تأمين على الحياة، تَأميناً للمستقبل وما يكتنفه من أَخطار مُحتملة.

[2] مثلاً العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 1998/4/30 ليحكم المعاملات التي تقام بين المهنيين والمستهلكين، بِحيث نص في احد بنوده على أَن القانون وَاجب التطبيق هو القانون الفرنسي، بِغض النظر عن ضَوابِط تَركيز العقد مَادية كانت أَو شخصية، انظر، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص283، 284.

- Yvon Loussouarn, op, cit, p47.

[3] انظر، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص350، 353.

[4] انظر، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص353، 354.

للتَّحقُّق من هويتهم يُعد عملاً غير مشروع، الأَمر الذي يَتعذر معه تحديد هوية المتعاقدين[1].

ثانيا- الاختيار الضِمني لقانون العقد الإلكتروني[2]:

يُغْفِل في الغالب أطراف العقد تضمين اتفاقهم شرط الاختصاص التشريعي[3]، غير أَنَّ ذَلك لا يَعني إنهاء كُل دَور لَهم، فإلى جانب الإرادة الصريحة للأَطراف، تُوجد إرادتهم أَو نيتهم **الضِمنية**، وهي إرادة يَنبغي اعتبارها وعدم تَجاهلها، لأَنها إرادة حَقيقية تُنبئ عن مَيل واضح وإن كان كَامِناً إلى نظام قانوني مُعين، بِحيث نَكون أَمام تحديد أَو اختيار ضمني لقانون العقد، أَو اعتقاد حقيقي وكافي بِشأنِه[4].

يُعد استخلاص النِية الضِمنية للمُتعاقدين بخصوص القانون المُختار، مسأَلة وَاقِع يَتمتع بِشأنها القاضي بِسلطة التقدير. وَقد استقر الفقه والقضاء التقليديان على وُجود قَرائن أو عَلامات تَدل عليها، ومن تِلك القَرائن مَثلاً إدراج نَص في العقد يُسنِد الاختصاص القضائي للفصل في المنازعة إلى مَحكمة دَولة مُعينة، كَما يُمكن أَن تُستَشف الإرادة الضِمنية من خِلال اللُّغة التي يُحرر بِها العقد، أَو العُملة التي اتفق المتعاقدين على الوَفاء بِها، أَو مِن خِلال جِنسيَّة أَطراف العقد، أو مَحل إِقامتِهم، أَو عن

---

[1] مثلاً القانون الخاص بالحريات والمعلومات الفرنسي لسنة 1978، وهو ما يتفق مع التوجيه الأوروبي رقم95-46 الصادر في 1995/10/24 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداوله عبر الحدود، نقلا عن صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص354.

[2] مثلاً، المادة 1/19 من القانون المدني المصري، والمادة 2/121 من القانون الروسي لسنة 2001، والمادة 1/311 من القانون المدني الكندي لإقليم الكيبك، وكذا عديد الاتفاقيات، انظر، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص286، 287.

[3] لكن يظل اطراف العقد دوما حريصين على تضمينه اتفاق التحكيم، انظر:

- SYLVETTE Guillemard, le droit international privé face au contrat de vente cyber spatial, Thèse de doctorat, université panthéon-Assas (paris II), janvier 2003.

[4] كافة تقنينات القانون الدولي الخاص المعاصر، تُؤكد على ضرورة تقصي النية الضمنية للمتعاقدين، خُذ مثلاً المادة 1/19 (ق.م.مصري)، والمادة 1/35 من القانون الدولي الخاص النمساوي من تقنين 1979، والمادة 1/27 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986... الخ، تفصيلا في ذلك، أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص193، 194.

طَريق مَكان إبرام العقد أَو مَكان تَنفيذه. لِذلك نتساءَل عن مُلاءَمة التعيين الإرادي الضمني للقانون في العقود الالكترونية.

تِلك القَرائن يُستعان بها للاستدلال واستخلاص الإرادة الضِمنية للمتعاقدين في العقود العادية. غَيرَّ أَنه ليس لها أَهمية تُذكر في العقود الالكترونية، فَمثلاً اللُّغة الانجليزية هي لُغة العالم اليوم، ومن ثَمَّ لاَ يُعوَّل على مِثل هذه القَرينة لِلجزم بان إرادة المتعاقدين الضمنية اتجهت إلى اختار قانون هذه الدول أو تلك، والحَال كذلك بالنسبة للعُملَة، لان مُقابل الخِدمة في المُعاملات الالكترونية يُدفع غالباً من خلال تَحويل الأَموال، أو عن طريق بِطاقة الوَفاء...الخ. بالإضافة إلى باقي ضَوابِط الإسناد الأخرى ذات الطبيعة المادية والتي يَصعُب إعمالها للكشف عن إرادة المتعاقدين في العقود التي تَتِم وتُنفَذ عَبر شبكات الاتصال الالكترونية.

الفرع الثاني: التَعيين القضائي لِقانون العقد الإلكتروني:

يكون التَعيين القضائي لِقانون العقد عندما تنعدم الإرادة الصريحة للمتعاقدين حَول اختيار قانون العقد، وَيتعذر الكَشف عن نِيتهم الضِمنية، وَهُنا لا يُمكن للقاضي أَن يَختصر الطريق ويُطبق قَانونَه الوطني، أو يَرفُض الفَصل في النِزاع، وإِنَّما يَقع عليه وَاجب الاجتِهاد للوصول إلى تَحديد قانون العقد[1]، وَيتقيَّد القاضي في اجتهاده بِالبحث عن القانون الذي يَرتبط بِه العقد بِنحوٍ وَثِيق وَجِدي. وَمِن أَجل تَوطِين أَو تَركِيز العقد في دولة مُعينة، ليس للقاضي إلاَّ الاعتماد على ضَوابِط الإسناد التي حَدَّدَتهاَ التَشرِيعَات المُقارنة لضَبط اجتهاده وَتقدِيره. لذلك نَتساءَل عن الصُعوبات التي تَعترِي إعمال تلك الضَوابِط في العقد الالكتروني.

---

[1] مثلما تسمح بذلك النُظم القانونية الأنجلو سكسونية، على أساس افتراض تَماثُل أحكام القانون الأجنبي مع أحكام قانون القاضي. أنظر، أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، مرجع سابق، ص196.

المبحث الثاني: مُعوِقات تركِّيز العقد الالكتروني:

يَعمل ضَابِط قانون الإرادة على حَل مُشكِلة تنازع القوانين التي تُخلِفها طَبيعة العلاقات الخاصة الدولية، والتي تَنتمِي بِعناصِرها إلى أَكثر مِن نِظام قانوني[1]. ولاَ يُشترط في القانون المُختار إلاَّ أَن يَكُون على صِلة جِديَّة وحقيقية بِالعقد أو المتعاقدين، وقد يَكفي أَن تَأتِي هذه الصِلة مِن حَاجة المُعاملَة والتجارة الدولية. لِذلك وبعد تبنَّي المشرع الجزائري مبدأ قانون الإرادة أَقَرَّ له ضَوابِط لإعماله **(المطلب الأول)**.

ورَغم الانتقادات اللاَّذِعة التي وُجهت لِفكرة قانون الإرادة، إلاَّ أَنها لَم تَحمِل الأنظمة المُقارِنة على هَجرِها[2]، بَل على العَكس ازدادت تَكريساً، وَضلَّت سنداً قَوياً لِتَدْوِيل العقد وأساساً لِنمو التجارة الدولية مُنذ أواخر القرن 19 وحتى الآَن. لكن إِعمال تلك الضوابط في العقود الالكترونية لم يخلو من الصعوبات **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: ضَوابِط إِعمال قانون الإرادة في التشريع الجزائري:

إِذا كان لِأَطراف العقد الدولي حقاً في اختيار قانون عقدهم، فإلى أَيِّ حَدٍ يَكون مَسمُوحًا لهم بِمُمارسة ذلك الحق؟ وهل بِإمكانِهم اختيار قانون مُنبَت الصِلة عن العقد؟

---

[1] تَسري قاعدة قانون الإرادة على العقود الالكترونية، ومن ذلك العقود المُبرمَة بين مُستخدمي الشبكة وشُركاء تقديم المَواقِع، وشُركاء تَزويد خدمات الاشتراك في الشبكة، وكذلك العقود المُبرمَة عَبرة الشبكة بين التُجار والمُستهلكين. ونذكر على سبيل المثال بعض القوانين التي أَولت أَهمية لإرادة المتعاقدين في مَجال المُعاملات الالكترونية لاختيار القانون وَاجب التطبيق. المادة 2/6 من القانون رقم 2 لسنة2002 الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية لحكومة دبي، والمادة 4 من قانون الانسترال بشان التجارة الالكترونية لسنة 1996، والمادة 1/5 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم85 لسنة 2001، انظر، عبد العزيز محمد الزعابي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دون دار وبلد النشر، 2013، ص7، 8.

[2] رَغم أَهمية مبدأ سُلطان الإرادة في التشريعات الوطنية، إلاَّ أنه يَتعيَّن عَدم الخَلط على الأَقل من الناحية النظرية بين فِكرة عَدم الاعتِداد بِقانون الإرادة فِيما لَو انعدمت الصِلة بَينَه وبين العقد من جهة وبين مَجال نظرية الغِش نَحو القانون من جهة أخرى. لِذلك وَمتى اختار المتعاقدان قانوناً لا يَمُت بِصلة بالعقد المُبرم، كَان للقاضي أَن يُغفِل إرادتهما وَيحكم في النزاع القائم بينهما على نَحو ما كان يفعله فِيما لَو سَكتوا عن الاختيار، مَا لَم يَكن المُشرع قَد تَصدَّى بِنفسه لِتركيز العقد تركيزاً مَوضوعياً مُسبَّقاً بِمُقتضى ضَوابِط الإسناد الاحتياطية، كَما هُو الشَأْن في القانون الجزائري.

لذلك كان للمشرع الجزائري في البداية موقفاً **(فرع أول)**، إلاَّ أنه لم يتوانى في مُسايرة مُستجدات العصر وما أملته على النُظم القانونية المُقارنة، في مُراجعة ذلك الموقف **(فرع ثان)**.

الفرع الأول: ضَوابِط إعمال قانون الإرادة في ظل الأمر رقم75-58:

حَددت المادة 1/18 من الأمر رقم75-58 المُتضمن القانون المدني[1]، قَبل تعديلها[2]، ضَابِطَين لِلإسنَاد هُما، قانون الإرادة، وقانون مَحل الإبرام. والمُعوَّل عليه في نظر شُرَاح القانون الجزائري، أَنَّ الضَابِط الأَساسي للتصرفات القانونية هُو قانون الإرادة، وفي حالة عدم الاختيار الصَريح أو الضِّمنِي يُرجع إلى قانون مَحل الإبرام، وَأَنَّ المُشرع هو الذي تَولَّى بِنفسه عَملِية التَركِيز في حَالَة عَدم الاختيار[3].

لذلك أُنتُقِدَت المادة 18 قبل تعديلها، صِياغةً ومضموناً. فأَخذ المادة بِحُرية الاختيار المُطلَقة (حَسب النظرية الشَخصِية)، غَير مُعتَاد وَغير صَحيح، لأَن المُعتَمد في أَغلب النُظم القانونية هُو اشتِراط وُجود صِلة بين القانون المُختار وبين العقد أَو المتعاقدين. كَما أَنَّ تَفضِيل ضَابِط مَحل الإبرَام عَن غَيره مِن الضَوابِط الأُخرى لَيس له مُبرر قانوني، بَل على العكس يُعد مَحل الإبرام مُجرَّد قَرينة لِتركِيز العقد مِثله مِثل القرائن الأُخرى، والتي قَد تكون أَكثر أَهمية كَحالَة الاشتراك في المَوطِن أَو الجِنسِية

---

[1] أمر رقم75-58 مؤرخ في26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 (مُعدل ومُتمم).

[2] كانت المادة 18 من الامر رقم75-58 قبل تعديلها، تنص على انه "يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون المكان الذي ينبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون اخر؛
غير ان العقود المُتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه".

[3] أنظر كل من: موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989، ص362 وما بعدها. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، مرجع سابق، ص220.

وضَابِط مَحل التنفيذ. وَبذلك يَكون المُشرع الجزائري قَد خَالَف القوانين العربية التي صِيغت فيها المسألة على نَحوٍ أفضل[1].

الفرع الثاني: ضَوابِط إعمال قانون الإرادة في ظل القانون رقم05-10:

استجابة لِتلك الانتقادات، وتَماشياً مَع مَا ذَهبَت إِليه أَغلب القوانين المُقارِنة، تَم تَعدِيل المادة 18 من خِلال القانون رقم 05-10، لِتُصبح على النَحو التالي **"**يَسري على الالتزامات التعاقُدية القانون المُختار مِن
المتعاقدين **إِذَا كان لَهُ صِلة حَقِيقِيَّة بالمتعاقدين أَو بِالعقد؛**
وفي حَالة عَدم إِمكان ذَلك يُطبق قَانون المَوطِن المُشتَرك أَو الجِنسِية المُشتَركة؛
وفي حَالة عَدم إِمكانِية ذَلك يُطبَّق قَانون مَحل إِبرام العقد...**"**[2].

مَا يُلاحظ على هذا التَعديل، هُو أَنَّ المُشرع الجزائري جَمع بين الإرادة الصَريحة والضِمنِّية للمتعاقدين، كَما اعترف بِمبدأ سُلطان الإرادة (النظرية الشخصية) في اختيار القانون وَاجب التطبيق على العقد بِالأَولَوِيَّة. لَكِن لَيس في هذا الاعتراف إِطلاقاً، فَلَم يَترُك لِحرية المُتعاقدين مُطلَق الحُرية في اختيار مَا يَشاؤُون مِن قانون لِحُكم عقدهم وإِنما قَيَّد اختيارهم، بِحيث أَوجب أَن يَكون القانون المُختار من قِبل المتعاقدين يَمُتُّ بِصِلَة حَقيقية إِما بِالمتعاقدين أو للعقد ذَاته.

كما أولى أيضاً في المُقابل اهتماماً لِضَوابِط الإسناد الأخرى في حَالة عَدم الاختيار، فَرَتَّبَ ضَوابِط الإسناد مِن حَيث أَولَويتها في الإعمال، وَذلك التَرتِيب مُلزِماً

---

[1] "يَسرِي على الالتزامات التَعاقُدية قانون الدولة التي فِيها المَوطِن المُشترك للمتعاقدين، إذ اتَحدَا مَوطِناً، فَإن اختلفا مَوطِناً سَرَى قانون الدولة التي تَمَّ فِيها العقد، مَا لَم يَتفِق المتعاقدان أَو يَتبيَّن مِن الظُروف أَن قانون آَخر هو الذي يُراد تطبيقه". تِلك هي الفكرة الرئيسية المَنصُوص عليها في القوانين العربية، مثلاً المادة 19 من (ق.م.مصري)، والمادة 25 من (ق.م.عراقي) والمادة 20 من (ق.م. أردني). مَع اختلاف جُزئي في الصِياغة أحياناً وفي المَضمون مَرات أخرى.

[2] قانون رقم05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر العدد44، الصادر في 26 يونيو 2005، (المادة 18 من الأمر رقم 75-58، عدلت بالمادة 11 من القانون رقم05-10).

للقاضي، بحيث يَجب تَطبيق القانون المُختار أَولاً، وإن لَم يَكن يُطبق قانون المَوطِن المُشترك أَو الجِنسِية المُشتركة، وإن لَم يَكن يُطبق قانون مَحل إبرام العقد.

عُموماً وَحسب تقديرنا، فَان الحَل الذي أَتَى به القانون الجزائري يَرمي إلى رَفض النظرية الأنجلو أمريكية الخاصة "بالقانون المُناسِب للعقد"، أَو أَي نظرية تَدعُ المَجال واسعاً أَمام تَقدِير القاضي عِند تَحديد قانون العقد. لِذلك نُثَمِّن هذا المَوقف، إِذْ أَنه فَرض حَلاً قانونياً يَتبِعه القاضي وَحصَّنه بِالنتيجة من مَغبَّة البحث عن الإرادة المُفترضَة.

فَلا شك على حَدِ تعبير البعض، أَن مَا يُسمى بِالإرادة المُفترضة، هِيَّ والعَدَم سواء، والبَحث عَنها يُماثِل البَحث عَن مَخيَّط في كَومَة قَشْ. على أَن تِلك الإيجابية يُقابِلها سِلبية أَو عَيب، فَالحل التشريعي يُعد عَقبة في تطوير الحُلول، ومُلاحقة مُستجدات الفَّن القانوني الذي يَتلاءَم مَع مَا تَكشف عنه المُعاملات الحديثة في عصر التكنولوجيا. فَمثلاً عقد المِفتاح في اليَد يَجمع بين خصائص كُل مِن عقد البيع، وعقد التسليم، وعقد الترخيص، وعقد المَعرِفة الفَنِّية، وعقد الشركة، وعقد العمل ...، لِذلك لاَ يُلائِمه عِند تَخلُف الإرادة الصَريحة أو الضِمنية للمتعاقدين تطبيق قانون المَوطِن المُشترك أَو الجِنسِيَّة المُشتركة، أَو قانون مَحل الإبرام، وهي الحُلول التي فَرضها المُقنن الجزائري، والحَال ذَاته بِالنسبة لِلعقود الالكترونية ذَات العالم الافتراضي المُتغيِّر.

المطلب الثاني: صُعوبات إعمال قانون الإرادة في العقد الالكتروني:

يُمكن تقسيم هذه الصُعوبات إلى صُعوبات في شكل مَخاطِر تَترتب عن إخضاع العقد الالكتروني لقانون الإرادة **(الفرع الأول)**، وصُعوبات تَعترِض إعمال ضَوابِط الإسنَاد التي من خِلالها يَعمل القاضي على تَركيز العقد الالكتروني وَتحديد القانون **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: مَخاطِر إخضاع العقود الالكترونية لقانون الإرادة[1]:

[1] العقد الالكتروني متى كان دولي، لا فرق بينه وبين العقد الدولي التقليدي من حيث تكوينه وأركانه، باستثناء وسيلة التعاقد، مِما يجعل العقود الالكترونية تَخضع لقانون الإرادة، لَكن مَتى تَعذَّر تحديد قانون العقد وكذا مكان إبرام العقد وَجب تطبيق قواعد النصوص المُتعلقة بالتجارة الالكترونية غَير المُتعارضة مع القواعد العامة التي استقرت عليها نظرية العقد. فمثلاً اتفاقية روما الثانية جَعلت قانون

يُمكن حَصر أَهمها فيما يلي:

أولا- السماح بِاختيار المتعاقدين أَكثر من قانون يَحكُم الجوانب الموضوعية للعقد الالكتروني: مِثل هذا التَرخيص يُؤدي لاَ مَحالَة إِلى تَجزِئة العقد، مِمَا قَد يُسفر إِلى خُضوع بَعض أَجزاء العقد الواحد إِلى قوانين مُتعارِضة، كَما قَد تُؤدي تِلك التَجزِئة إِلى إِفلات العقد وَجعله في مَنأَى من القواعد الأَمرة في القانون المُختار لِيصبح بِذلك العقد الالكتروني طَلِيق.

ثانيا: عَدم اشتراط وُجود صِلة بين القانون المُختار والعقد الالكتروني[1]: وَلعل مِثل هذا الخَطر مَردُه إِلى:

1- التَعاقُد عَبر شبكات الاتصال الالكترونية، يَفتَرِض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد، لان الشبكة مفتوحة على العالم، لذلك يَصعب تَحديد تِلك الرابطة بين القانون المُختار والعقود الالكترونية.

2- التعاقد عَبر الشبكة الالكترونية يَعني أَن وَسيلة التعاقد لا تَتَركَّز في إِقليم دولة مُعينة، كَما لا تَخضع لِدولة بِعينها حتى يُقال أَن قانون تِلك الدولة هو المُختص أَو المُختار للتطبيق. لِذلك يُعد القياس على العقود الدولية التقليدية هُنا مَع فَارِق.

3- وُجود الصِلة بين القانون المُختار والعقد تُؤسس في الغَالب على عَناصر مَادِية، مِثل مَكان إِبرام العقد أَو تنفيذه، فَإِذا كانت هذه الصِلة المَبنِية على العَناصر المَادِية مُمكِنة في مَجال العقود الدولية التقليدية، وحتى العقود الالكترونية التي يَتم تَنفيذها مَادياً، إِلاَّ انه تُوجد صُعوبة جَمَّة لِوُجُود مِثل تِلك الصِلة في العقود التي تُنفذ بِالطرق الالكترونية[2].

دولة العَمِيل الالكتروني هو الواجب التطبيق، واختار القضاء الفرنسي تَطبيق قانون المُزوِد الالكتروني. انظر، مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، دون دار وبلد النشر، دون سنة الطبع، ص152.

[1] بِغض النظر عن طبيعة هذه الصلة سواء كانت شخصية كجنسية المتعاقدين، أو مادية كقانون محل إبرام العقد أو تنفيذه، أو حتى تلك الصلة المترتبة عن معاملات وحاجة التجارة الدولية.

[2] مثلاً حالة توريد برامج الحواسيب الآلية عن طريق إنزالها مباشرة على الحاسوب الآلي للمستهلك فهنا يَصعُب تحديد مكان تنفيذ العقد هل هو المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي، أم مكان وجود نظام

لذلك يُعد من الصَّعب تحديد إقليم دولة مُعينة يتم فيها تنفيذ العقد الالكتروني، لأَننا بِصدد بيئة افتراضية يتم تنفيذ العقد في رِحابها، لِذلك أَقرَّت بعض التشريعات تَحرير اختيار المُتعاقدين من كُل قَيد[1].

ثالثا: رَفض فِكرة الإحالة في مجال العقود الالكترونية: أَي إلزام القاضي الوطني بِتطبيق القواعد المَوضوعية للقانون المُختار، لأَنَّ إعمال قواعد التنازع في القانون المُختار سَيُؤدي بِكل تَأكيد إلى الإخلال بِتوقُّعات الأَطراف واضطراب مُعاملاتهم عَبر شبكة الانترنت، كَيف لاَ والإحالَة تُؤدي إلى خضوع العقد إلى قانون لم يَكن مُتوقعاً من قِبل المُتعاقدين[2].

رابعاً: مُخالفة بعض القواعد الآَمر في قانون القاضي: فهناك عقود وبحكم خُصوصيتها نظمها المشرع بأحكام آَمرة، كما لم يتح فيها للمتعاقدين الحق في اختيار قانون خاص بهم بشأنها، فمثلاً العقود التي يكون محلها عقاراً فإنها تخضع لقانون مَوقِع العقار بِلا مُنازع[3]. لذلك يُعد اختيار أطراف العقد الالكتروني لغير قانون موقع العقار مُخالفاً لقاعدة آَمرة يترتب عنه بُطلان العقد. كما أن الجانب الشكلي للتصرفات القانونية، ليس للمتعاقدين حُرية اختيار القانون الذي يَسري عليها ما دَام المشرع قد تَولى تَرتيب ضَوابِط الإسناد التي من خِلالها يَتم تحديد القانون الذي يخضع له شكل التصرف[4].

الفرع الثاني: صُعوبات إعمال ضَوابِط الإسناد لِتحديد قانون العقد الالكتروني:

المعلومات التابع للبائع، أم محل إقامة البائع، أم محل إقامة المشتري، انظر، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص280، 281.

- Meryem Edderouassi, op,cit, p335.

[1] هذه القناعة أخذت بها مثلا المادة 2 من اتفاقية لاهاي1955 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية، والمادة 5 من اتفاقية لاهاي لعام1978 في شان القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري، والمادة 3 من اتفاقية روما 1970 في شان القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية...الخ، مرجع سابق، ص281.

[2] انظر، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص282، 283.

[3] انظر، المادة 4/18 من الأمر رقم75-58، السابق الذكر.

[4] انظر، المادة 19 من الأمر رقم75-58 السابق الذكر. (عُدلت وتُمِمَت المادة 19 من الأمر رقم75-58، بالمادة 12 من القانون رقم05-10 السابق الذكر).

المُشرع الجزائري مَثلاً رَتَّب ضَوابِط الإسناد التي يَتعيَّن على القاضي الاعتماد عليها لِتركيز العقد[1]. والمُؤكد أَنَّ في ذلك التَحديد فَوائِد كبيرة من أَهمها تَقيِّيد سُلطة القاضي التقديرية في استنباط نِقاط الارتِكاز التي مِن خِلالها يُوطِن العقد. لَكِن المَوطِن المُشترك أَو الجِنسِيَّة المُشتركة، ومَحل إبرام العقد كَضَوابِط إسناد مَثلاً، ليس بالأَمر الهَيِّن التَحقُّق مِنها في عقود التجارة الالكتروني التي تَتِم في عَالم افتراضي. لِذلك نُحاول إظهار بَعض الصُعوبات في هذا الشَأْن.

أولا- صُعوبة تحديد مَحل إقامة الأَطراف في العقد الالكتروني:

أَغلب التشريعات تَعتمد على مَحل إقامة المُتعاقدين كَضابِط إسناد لِتحديد القانون وَاجب التطبيق، لكن التَعوِيل عليه في العقود الالكترونية يَطرح العديد مِن الصُعوبات. فَفِكرة الإقامة تَعني مَكان ثَابِت وَدائِم يَتم فيه إبرام العقد، غَير أَنَّ مِثل هذا الشرط لاَ يَتوفر في عقود تَتِم في عَالَم افتراضي، كَمَا أَنَّ العُنوان الالكتروني لاَ يُشكِل مَحل إقامة ثَابت، خاصةً وأَنَّ هُناك عناوين الكترونية لاَ تَحمِل مُؤشرات صحيحة تَدُل على الإقامة، وعلى فَرض أَنَّ الشخص قَام بِتسجيل مَوقِعه على عُنوان الكتروني وطني يَسمح بِالتَوطِين، فَلاَ يُوجد شيء يَضمن التَطابُق بين مَحل الإقامة والمُؤشِر الوطني الذي تَم

---

[1] حَدد المشرع الجزائري ضوابط الإسناد التي على أَساسها يُركَّز العقد الالكتروني الداخلي، من خلال المادة 2 من القانون رقم18-05، المتعلق بالتجارة الالكترونية، بحيث يَنعقِد اختصاص القانون الجزائري دُون سواه متى كان احد أطراف العقد الالكتروني متمتعاً بالجنسية الجزائرية، أَو مقيماً إقامة شرعية في الجزائر، أَو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر. أما إذا كان احد أطراف العقد الالكتروني شخصاً معنوياً، فحتى يُطبق القانون الجزائري يجب أَن يكون خاضعاً للقانون الجزائري، ويكون كذلك إذا توافرت شروط المادة 3/10، 4 من الأمر رقم75-58، أي إذا وُجد مَقرُها الاجتماعي الرئيسي والفعلي في الجزائر، أو إذا مارست نشاطاً في الجزائر بالنسبة لفروع لأشخاص الاعتبارية الأجنبية.(عُدلت وتُمِمَت المادة 10 من الأمر رقم75-58، بالمادة 5 من القانون رقم05-10 السابق الذكر).

- أما بالنسبة للعقود الدولية بما فيها ذات طبيعة الإلكترونية، فحتى تخضع للقانون الجزائري، يجب تركيزها بناء على ضوابط الإسناد التي رتبتهم المادة 18 من الأمر رقم75-58 السابق الذكر، على النحو التالي، القانون المختار متى كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، محل إبرام العقد. (عُدلت المادة18 من الأمر رقم75-58، بالمادة11 من القانون رقم05-10).

فِيه تَسجيل العُنوان الالكتروني، لان سِياسة مَنح العناوين الالكترونية مُتنوعة وتختلف من مكان لأَخر[1].

ثانيا- صُعوبة تَعيِّن مكان إبرام العقد الالكترونية:

يُلجا إلى ضَابِط مَكان إبرام العقد في حَالة عَدم إفصاح المتعاقدين عن إرادتهم في اختيار قانون العقد، وكذاَ تَعذُر تطبيق قانون المَوطِن المُشترك أَو الجِنسيَّة المُشتركة لان مِثل هذا الترتيب في إعمال ضَوابِط الإسناد لاسيما في الجزائري مَفرُوض مِن قِبل المُشرع مِمَا يَستوجِب على القاضي التقيد به، كما أَنَّ إعمال مَكان إبرام العقد كَضَابِط إسناد يَتطلب تَعيّين المَكان الذي أُبرم فيه العقد[2].

لَيس مِن السهل تَحديد مَكان إبرام العقد الالكتروني، لاسيما وأَنَّ المتعاقد قَد يَدعي اسماً وجِنسِية دولة مَا غَير مُطابِقة للحقيقة، لِذلك يكون أَسهل تَحديد القانون واجب التطبيق على العقد الالكتروني مَتى وُجد اتفاق مُسبَق أَو لاَحِق بين الطرفين، فَمثلاً المشرع التونسي جَعل عُنوان البائِع هو مَكان انعقاد العقد الالكتروني، واعتبر زَمان انعقاد العقد الالكتروني هو تاريخ مُوافقة البائِع على الطَلَبِية[3].

ثالثا: صُعوبة تَحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد الالكتروني: مَردُ ذَلك هو أَنَّ العَالم الافتراضي لاَ يَقوم على تَواجد حقيقي في مَكان مُحدد، فَدولة تَصدير الإيجاب قَد تَكون مَثلاً الجزائر أَما العُنوان الالكتروني للشركة مَوجود في تركيا، وقد تَكون الشركة التي

---

[1] أنظر، صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص370.

[2] إذا كان التعاقد بين حاضرين فان تعيين مكان إبرام العقد أمر مُمكن، لكن الصُعوبة تَكمن لما يكون المتعاقدين غائبين. المُشرع الجزائري اخذ بنظرية العِلم بالقبول، أي مكان إبرام العقد يكون في المكان والزمان الذي عَلِم فيهما المُوجب بالقبول، طبعاً ما لم يكن هناك نص أَو اتفاق يقضي بِخلاف ذلك.

- تنص المادة 67 من الأمر رقم75-58 السابق الذكر، على انه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك؛

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

[3] انظر المادة 28 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، مؤرخ في 2000/9/09، نقلا عن يوسف مسعودي، مرجع سابق، ص151.

تُدير المَوقِع مُجرَّد وَسيط، الأمر الذي يكون معه صُعوبة لِلجَزم بِوجود علاقة بين المكان والعقد المُبرم.

رابعا: صُعوبة تَحديد المكان الحقيقي لِتنفيذ العقد الالكتروني: في الوَاقع لاَ صُعوبة تُطرح حَول تحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد الالكتروني على الانترنت لَمّا تُنفذ العقود مَادياً خارج الخط، لكن الصُعوبة تَكون عندما يكون مَوضوع العقد خدمات أَو أَشياء غَير مَادية كَتسويق البَرامِج على الخط مَثلاً، فَهُنا يَستعصِ تَوطِين العقد ومن ثَم يَصعُب تحديد مكان تنفيذه.

خاتمة:

يُعتبر العقد أَداة لِتداوُل السلع والخدمات، وأطرافه هُم أَدرى بالقانون الأَكثر مُلاءَمة لـه، مِن حَيث استجابته لِتَداوُل التجارة وانتقالها عَبر الحُدود دُون عَائِق، لاسيما وأَن هُناك قوانين لها بَاع في تنظيم المُعاملات الإلكترونية مُقارنة مع أُخرى مازالت تَفتقِر إِلى الكثير مِن أُسس اللُّعبة الاقتصادية. لذلك يُعد دور المُتعاقدين في انتقاء قانونهم حقاً داعماً للمعاملات الالكترونية. كما أَنَّ القانون المُختار يُعتبر وَسيلة فَنِية لِتحرير العقود الدولية عموماً وضَبطِ صِياغتِها. وتتعاظم أَهمية ذَلك في العقود التي تَتِم في البِيئة الافتراضية.

لذلك ظلَّ مَبدأ سُلطان الإرادة عالمياً بَالغ الأَهمية ليس بالنسبة للمتعاقدين فَحسب، بَل حتى للقاضي أَو المُحكِم المَعروض عليه النِزاع. كَما اكتسب مَنحى فنياً يَتناسَق مع تطور الفكر القانوني المُعاصر، فَالإرادة الحُرَّة لا يَتجلى سُلطانها أَو استقلالها في تَحرِير العقد من رَقابة أَو سَيطرة القانون، بَل في تَعيّين القانون الذي يُضفِي على العقد الصِفة القانونية، لأَن مَبدأ قانون الإرادة يَعني في عُمقِ مَفهومه خُضوع العقد للقانون. وهي القاعدة المَورُوثة التي لَم تَخرج عنها القوانين الوَضعية، بِما فِيها أَحدث التشريعات. كَما كَرست الأحكام الكُبرى في القضاء الوطني أَن كُل رابطة قانونية تَخضع للقانون.

لذلك فَرَّقت القوانين المُقارنة بين الإرادة الصريحة أَو الضمنية، وغياب الإرادة، واقتصرت إِعمال فِكرة التَوطِين أَو تَركِيز العقد على الحالة الأَخيرة، إِلاَّ أن تِلك القوانين اشترطت في القانون المُختار مِن قِبل المُتعاقدين أَن يَكون ذِي صِلة حقيقية بِالمتعاقدين أَو العقد.

تَأسِيساً على ذلك يُمكن التمييز بين ثلاث حالات، **الأُولى**، وُجود اختيار صَريح لِقانون العقد من قِبل المُتعاقدين، وهُنا يَجب احترام وإعمال القانون المُختار. **الثانِية**، تَخلُف الاختيار الصَريح مع دَلالة الظُروف ومُعطيات التعاقد بِنحوٍ يَقينِي على اتجاه إرادة المُتعاقدين إلى تطبيق قانون مُعين، تِلك هي الإرادة الضِمنية التي ينبغي أَيضاً احترامها، وعلى القاضي الكَشف عَنها. **الثالثة**، وفيها يَكون مِن الصَعب على القاضي تَلمُس إرادة صَريحة أَو ضِمنية للمُتعاقدين، وهذا هُو فَرض الانعدام الحقيقي لقانون الإرادة، وهُنا يَبدوا واقعياً اللُجوء إلى فِكرة التَوطِين أَو التَركِيز للوُصول إلى تحديد قانون العقد، لَكن وِفقاً للتَّركيز الذي أَقرَّه المُشرع، وكَذا خُصوصِية العقد إن كان مثلاً الكتروني.

إذن، إرادة المُتعاقدين ليست حُرة في اختيار قانون العقد، إذْ هي مُقيَّدة، بِحيث يَجب أَن يَكون القانون المُختار لَهُ صِلة حَقيقية بِالعقد أَو المُتعاقدين. وفي المُقابل القاضي ليس لَه مُطلق التَقدير في البحث عَن القانون وَاجب التطبيق على العقد في حَال غِياب الإرادة، بَل هو مُقيَّد بِمقتضى ضَوابِط الإسناد التي حَددها المُشرع، وَوفقاً للأولوِية التي رَكَّز بِموجِبها المُشرع العقد تَركيزاً مَوضوعياً.

كما أَن مَبدأ قانون الإرادة وان كان إعماله على مُستوى العقود الدولية التقليدية مُمكناً ولا يُثير أَية صُعوبة، وبغض النظر إن كان اختيار قانون العقد صَريحا أَو ضِمنيا، أَو تَم تحديده عن طريق تَركِيز العقد بِموجب ضَوابِط الإسناد. إلاَّ أَن إعماله في مجال العقود الالكترونية لاَ يَخلُو مِن صُعوبات لاَبُدَّ مِن التَصدِي لها بإيجاد حُلول تَستَوعِب مَا تُفرِزه البِيئة الافتراضية، لِذلك بَات تَطوِير التشريعات في هذا المَجال ضَرورة حَتمِية، حتى تكون الحُلول القانونية مُتلائِمة مع مُستجدات العقد الالكترونية ومُؤَمِّنة لأَطرافه.

فضلاً عن ذلك، يَجب التنسيق بين أحكام القوانين الخاصة بالتجارة الالكترونية الداخلية، مثلا القانون رقم18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، والأحكام المُتعلقة بِحل تنازع القوانين لَمَّا تكون العلاقة العقدية مُشتملة على عُنصر أَجنبي أَو تَتعدى بِطبيعتها حُدود الدولة الواحد، مثلاً المادة 18 من الأَمر رقم75-58 المتضمن القانون المدني على اعتبار هذه الأَخيرة تُعتبر بِمثابة الأَحكام العامة لِعقود التجارة الالكترونية. ولا يتأتى

ذلك التنسيق إلاَّ من خلال تَوحيد قدر الإمكان بين ضوابط الإسناد المقررة في كلا الأحكام وبعض النظر عن طبيعة العلاقة إن كانت داخلة أَو دولية، لأَن خُصوصية البِيئة الافتراضية التي يتم من خلالها العقد الالكتروني تَفرض مِثل ذلك التقارب.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا/ قائمة المصادر:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر العدد78، الصادر في1975/09/30، ص990، (معدل ومتمم).

2- قانون رقم04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يُحدد القواعد المُطبَّقة على المَمارسات التجارية، ج ر العدد41، الصادر في 27 يونيو 2004.

3- قانون رقم05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر العدد44، الصادر في 26 يونيو 2005.

4- قانون رقم18-05 مُؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر العدد28، الصادر في 16 ماي 2018.

ثانيا/ قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تأصيلية انتقائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

3- الطيب زروتي، القانون الخاص الدولي الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.

4- حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

5- هشام علي صادق، القانون الدولي الخاص، الجنسية، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004

6- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

7- عبد العزيز محمد الزعابي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دون دار وبلد النشر، 2013.
8- مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني، دون دار وبلد النشر، دون سنة الطبع.
9- موحند إسعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، قواعد التنازع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989.
10- Pierre Bourel, Droit international privé, 4e édition, Dalloz, Paris, 1993.
11- Yvon Loussouarn, Droit international privé, 4e édition, Dalloz, Paris, 2015.

ب- الرسائل الجامعية:

1- عمار معاشو، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح والإنتاج في اليد)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة، في القانون الدولي والعلاقات الدولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1999/1998.
2- أمحمد سعد الدين، انعكاسات تدويل عقود التجارة الدولية على السيادة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان، 2014/02/20.
3- Meryem Edderouassi, Le contrat électronique International, Thèse Pour obtenir le grade de Docteur de la, Communauté Université Grenoble Alpes, 21 décembre 2017,
4- Sylvette Guillemard, le droit international privé face au contrat de vente cyber spatial, Thèse de doctorat, université panthéon-Assas (paris II), janvier 2003.