القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الناجمة عن المعاملات الإلكترونية

Law applicable to contractual liability arising from electronic transactions

زياني آسية

المركز الجامعي نور البشير، البيض(الجزائر)

مخبر الدراسات القانونية التطبيقية، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة(الجزائر)

assiaziani62@gmail.com

تاريخ الإرسال: 2023/03/10 تاريخ القبول: 2023/05/03 تاريخ النشر: 2023/06/01

****

ملخص:

إنّ التطور العلمي و التكنولوجي كان له تأثير على المعاملات المدنية فظهرت ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية كنقيض للمعاملات التقليدية مما فتح المجال أمام ميلاد مسؤولية مدنية إلكترونية،و تقسم هذه الأخيرة إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، المسؤولية العقدية تنشأ عن الإخلال بالتزام عقدي ويشترط لقيامها وجود عقد صحيح بين طرفين وأن يخل أحد المتعاقدين بالالتزامات الناشئة من هذا العقد بعد انعقاده وقبل انحلاله بأي طريق من طرق الانحلال .

وقد تتخذ هذه المسؤولية بعدا دوليا عندما يتخلل الرابطة القانونية عنصر أجنبي أو أكثر حيث تهدف هذه الدراسة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على هاته المسؤولية و كيفية إعمال قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري.

الكلمات المفتاحية:

التعاملات الإلكترونية، المسؤولية ، القانون الواجب التطبيق، العقد.

Abstract:

The scientific and technological development had an impact on civil transactions , so the so-called electronic transactions emerged as an antithesis to traditional transactions, which opened the way for the birth of electronic civil responsibility, and the latter is divided into the latter is divided into contractual liability and tort liability, contractual liability arises from the breach of a contractual obligation and requires the existence of a valid contract between two parties and that one of the contracting parties breaches after the conclusion of the contract and before its dissolution in any way This

responsibility may take on an international dimension when the legal association is interspersed with one or more foreignelements, as this study aims to determine the law applicable to this responsibility, and how to implement the rules of attribution provided for in the Algerian.

Key words:

electronic transactions, liability ,applicable law, contract.

مقدمة:

إنّ الانتشار الواسع الذي شهدته وسائل الاتصال الحديثة في السنوات الأخيرة أفرز صورة أخرى من المسؤولية وهي المسؤولية الالكترونية أو المسؤولية الناجمة عن التعامل الالكتروني، فالإنترنت تعتبر أهم وسيلة حديثة وعصرية يستعملها الأشخاص لقضاء حوائجهم لا سيما في العالم المتقدم فعلاوة على كونها أداة اتصال و تخاطب، ووسيلة للتعلم واكتساب المعارف و إشباع الحاجات المشروعة من المعلومات، فإنّه كثيرا ما يتم استخدامها بطريقة سيئة أو معيبة تتسبب في الإضرار بالآخرين، كما أصبحت من أهم آليات تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لا سيما في ميدان التجارة الالكترونية كالتسليم والدفع الالكترونيين والمقاصة الالكترونية وغيرها من العقود التي تبرم في البيئة الرقمية، وهو الأمر الذي يثير إشكاليات قانونية في حالة الإخلال بتنفيذ التزامات مصدرها العقود.

ولم تعد حالات المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية مقتصرة على إقليم دولة واحدة، بل تجاوز حدود مما أدى إلى قيام علاقات قانونية دولية مشوبة بعنصر أجنبي يمتد أثرها من النطاق الإقليمي إلى النطاق الدولي، ونظرا لأهمية الموضوع كونه يتعلق بالشبكة العنكبوتية التي أصبحت جزءا مهما في معاملات المدنية لما تقدمه من تسهيلات وسرعة في انجاز . وفي نفس الوقت لا تخلو من أضرار، لذلك نسعى من خلال هذا البحث إلى معرفة كيفية إعمال قاعدة تنازع على المسؤولية العقدية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية الدولية حيث يطرح هذا الموضوع الإشكالية الآتية:

ما هو القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد في دراستنا هذه على منهجين أساسيين يتماشيان مع طبيعة الموضوع، حيث سنتبع المنهج التحليلي الذي نراه مناسبا من جهة للدراسات في العلوم القانونية، ومن جهة أخرى لتحليل النصوص والقواعد القانونية المتعلقة بالموضوع، كما استعنا بالمنهج الوصفي لشرح ما تيسر شرحه من مفاهيم، وبناء على كل ما تقدم، سنعتمد على خطة تمكننا من الوصول إلى أهم النتائج والتوصيات المرتبطة بالإجابة على الإشكالية سابقة الذكر، والتي قدرنا أنها ستكون وفق ما يلي:

المبحث الأول: تطبيق قانون الإرادة على المسؤولية الإلكترونية العقدية.

المطلب الأول: إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال المسؤولية العقدية الإلكترونية.

المطلب الثاني: القيود الواردة على قانون الإرادة.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على مسؤولية العقدية الإلكترونية في ظل غياب قانون الإرادة.

المطلب الأول: دور الإسناد الجامد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الإلكترونية.

المطلب الثاني: دور الإسناد المرن في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الإلكترونية.

المبحث الأول:

تطبيق قانون الإرادة على المسؤولية الإلكترونية العقدية.

يثار مشكل تطبيق القانون إذا كانت هذه مسؤولية ناتجة عن المعاملات الإلكترونية دولية فطبقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن القانون الواجب التطبيق يحدد بالرجوع إلى الإرادة الأطراف المكونة للعقد (المطلب الأول)، غير أن هذه الحرية ترد عليها بعض القيود (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال المسؤولية العقدية الإلكترونية.

قاعدة قانون الإرادة هو القانون الذي ينطبق على الالتزامات التعاقدية الإلكترونية والعادية في مجال العلاقات الدولية الخاصة المشتملة على العنصر الأجنبي الأمر الذي يتطلب تحديد مفهومه (الفرع الأول)، ثم تحديد شروط ونطاق إعمال هذه قاعدة (الفرع الثاني)،

الفرع الأول: مفهوم مبدأ قانون الإرادة.

يعد قانون الإرادة هو المبدأ الأساسي المعمول به في مجال العقود الدولية بشقيه العادي و الإلكتروني وما تنجر عنه من التزامات ناشئة عن العقد بما فيها المسؤولية العقدية الإلكترونية.

أولا: نشأة وتعريف قانون الإرادة.

من أجل الإلمام بكل الجوانب المرتبطة بقانون الإرادة الساري على موضوع المسؤولية العقدية الإلكترونية سنقوم بدراسة نشأته في مجال قواعد القانون الدولي الخاص، ثم نتطرق إلى تعريفه.

أ)- نشأته.

ظهر قانون الإرادة كضابط أول يسري على موضوع الالتزامات بشكل تدريجي، حيث كانت أكبر الدول تجعل العقد يخضع لقانون البلد الذي أبرم فيه[1]. إلا أنّه بعد مرور مدة زمنية وبالضبط في أواخر القرن الخامس عشر

[1]- هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري) (دط)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، الصفحة 06.

حاول الفقيه الإيطالي « **Rochuscurtin**s الخروج عن هذه القاعدة المذكورة أعلاه، خاصة أنّها قاعدة آمرة محاولاً التمسك بحجة أن تطبيق قانون دولة مكان إبرام العقد يعتبر بمثابة تصريح ضمني لإرادة المتعاقدين بالخضوع لقانون تلك الدولة، وكذا اتجاه هذه الإرادة إلى العمل بقانون بلد الإبرام فهنا كانت البوادر نحو نشأة وقيام ضابط قانون الإرادة[2]، انتقلت هذه الفكرة إلى الفقه الفرنسي في السادس عشر فتبلورت فكرة سلطان الإرادة على يد الفقيه **(ديمولان)**، حيث استند على تطبيق قانون دولة الإبرام لكونه واعتباره القانون الذي تم اختياره من طرف المتعاقدين ولو كانت إرادة ضمنية، ثم نادي الفقيه في القرن الثامن عشر إلى تبني قاعدة أو مبدأ خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة أو القانون المختار من قبل أطراف العقد، وذلك بشكل صريح إضافة إلى حصر قانون الإرادة في نصوص آمرة[3]، في حين أكد الفقيه البلجيكي (لوران) على هذا المبدأ وذلك بقوله أنّ لأطراف العقد الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم باعتباره حقا من حقوق الإنسان، وهذا كان في نهاية القرن الثامن عشر، وفي الأخير ظهر استقرار مبدأ قانون الإرادة في القرن العشرين وذلك من خلال تبني أغلب التشريعات له [4].

ب)- تعريفه.

يقصد بقانون الإرادة في القانون الدولي الخاص القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنيا وكذلك هو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى إرادة الأفراد، كما عرفه الفقيه **بيترناي** هو القانون المختار من قبل أطراف العقد أو هو ذلك القانون الواجب التطبيق على عقدهم[5].

أمّا المشرع الجزائري فقد أخذ بقانون الإرادة كضابط أصلي يسري على الالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي في جانبها الموضوعي في الأمر - المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم وذلك في الفصل الثاني المعنون بتنازع القوانين من حيث المكان، وفي الكتاب الأول بالباب الأول الخاص بآثار القوانين وتطبيقاتها مع التنبيه إلى مسالة قانونية أنّ متن المواد الخاصة بضابط الإرادة كقانون ساري على موضوع الالتزامات التعاقدية مسها تعديل ،2005

---

[2]- زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008،الصفحة217.

[3]-بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري،الطبعة8 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2006، الصفحة 303

[4]-كمال عليوش قربوع، القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، الصفحة 335.

[5]- محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير،، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2010-2011، الصفحة42.

وبالعودة إلى متن المواد 18 و 19. فالمشرع الجزائري لم يعرف قانون الإرادة بل اكتفى بتكريسه كمبدأ أو ضابط أصلي يسري على موضوع الالتزامات التعاقدية في علاقة قانونيه ذات عنصر أجنبي، وذلك في صلب المادة 18 والتي جاء فيها: يسري" على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين [6].

ثانيا: صور قانون الإرادة.

تلعب الإرادة الفردية للأطراف المتعاقدة دورا واسعا النطاق في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع المسؤولية العقدية الإلكترونية، وقد تكون هذه الإرادة صريحة، كما يمكن أن تكون ضمنية تستخلص من الوقائع المصاحبة للمعاملات الإلكترونية.

أ)- الإرادة الصريحة.

بالنسبة للمسؤولية العقدية الإلكترونية فإنّ الإرادة الصريحة تعني أن يختار أطراف العقد الإلكتروني قانونا يحكم عقدهم، إذ تتضمن نصوص العقد شرطا يقضي بخضوع أي نزاع سينشأ عن هذا العقد لقانون دولة معينة أو لاتفاقية دولية تنظم موضوع العقد[7]، لقد صار من المألوف في التجارة الإلكترونية وجود عقود نموذجية يدرج فيها بند يجد فيه الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما أجمع الفقه على تسميته بشرط الاختصاص التشريعي، ويخضع كل عقد للقانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط وجود أية صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد، ومثال ذلك العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة و الصناعة بباريس في 30/04/1998م ، ليحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين و المستهلكين، و ينص هذا العقد في أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل انعقاد العقد أو محل تنفيذه[8].

ب)- الإرادة الضمنية.

---

[6]-الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في26/09/1975، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26 /06/ 2005 و القانون رقم 05/07، المؤرخ في2007/05/13، جريدة رسمية عدد 31 المؤرخة في 2007/05/13، ص 06.

[7]-إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية ، سنة 2013، ص55 .

[8]- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010، ص 102.

عملاً بالقاعدة العامة التي مفادها أنّ للأطراف المتعاقدة حرية تحديد مضمون العقد بإرادتهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة، فالإرادة الضمنية أو التعبير الضمني عن الإرادة تُعد مسلكاً إيجابياً للتعبير عن الإرادة حيث يتم الكشف عن هذه الإرادة بطريق غير مباشر وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة بواسطة الأفعال التي يتخذها الأطراف المتعاقدة[9]، وهذه الأفعال لا تُعد بذاتها تعبيراً مباشراً عن الإرادة بل إشارة تكشف عن تلك الإرادة، مثل تخويل محكمة معينة الاختصاص بنظر المنازعات، وعملة الوفاء ولقاضي الموضوع سلطة استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين دون الخضوع لرقابة المحكمة طالما استند إلى أسباب سائغة[10].

الفرع الثاني: شروط ونطاق إعمال مبدأ قانون الإرادة.

المشرع الجزائري رغم تكريسه لمبدأ قانون الإرادة الساري على موضوع العقد وذلك من خلال المادة 18 من التقنين المدني الجزائري وفقا لتعديل 2005 إلا أنه وضع شروط لإعماله، ثم إنّ التسليم بتطبيق قانون الإرادة على العقد يجعلنا أمام حالة وجوب تحديد نطاقه.

أولا: شروط إعمال قانون الإرادة.

قيد المشرع الجزائري قاعدة قانون الإرادة بشرطين وجود صلة بين قانون الإرادة والمتعاقدين، ووجود رابطة بين قانون الإرادة والعقد.

أ)- شرط وجود رابطة بين قانون الإرادة والمتعاقدين.

وفقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تعديل 2005 فالمشرع الجزائري رغم تبنيه لقاعدة قانون الإرادة أو منح الأطراف المتعاقدة حرية في اختيار القانون الذي يحكم ويسري على موضوع التزاماتهم التعاقدية، إلا أنه لم يجعل حرية أطراف الرابطة العقدية مطلقة بل قيدها بشرط ضرورة وجود رابطة بينهم وبين القانون الذي تم اختياره حيث جاءت المادة 18وفقا للآتي: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت صلة حقيقية بالمتعاقدين .... "[11].

تحليلا للمادة أعلاه فإن المشرع الجزائري جعل اختيار المتعاقدين للقانون الساري على عقدهم في جانبه الموضوعي مقيد بوجود رابطة بينهم وبين العقد وبصيغة أخرى صلة، وقد تكون هذه الأخيرة بتحديد في جنسية

---

[9]- كاضم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق ، جامعة بغداد، العدد 05، سنة 2019، ص 02.

[10]- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص 354.

[11]-الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق، ص 06.

المتعاقدين أو موطنهم، فبتالي بمفهوم المخالفة في حالة عدم وجود هذه الصلة أو الرابطة إما الجنسية أو الموطن، فإنّ القاضي يجعل القانون المختار على جانب كأنه لم يتم اختياره. وذلك لانعدام الرابطة بينه وبين المتعاقدين، خاصة أن الجنسية والموطن ضمن المؤشرات التي يستند لها القاضي بوجود الاختيار[12].

ب)- شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والعقد.

مفاد شرط وجود صلة بين قانون الإرادة أو القانون المختار من طرف المتعاقدين والعقد، هو قيام تلك الحقيقية والرابطة القانونية بين القانون الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية أو قانون الإرادة والعقد، تكشف هذه الصلة بجلاء على الإرادة الحقيقية والمشتركة لأطراف العقد. جعل المشرع الجزائري وجود صلة بين القانون المختار والعقد شرط لإعمال وتطبيق مبدأ قانون الإرادة الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية وذلك بشكل صريح في متن المادة 18 من القانون المدني بعد تعديل ،2005(20)، إضافة أنّ الرابطة الحقيقية بين العقد والقانون المختار الساري على موضوعه قد تكون صلة ببلد الإبرام الذي يحقق حماية للعقد وأمان للمتعاقدين، ويضمن وحدة الحلول القانونية[13].

ثانيا: نطاق تطبيق قانون الإرادة.

في عقود الدولية الإلكترونية تلعب الإرادة المتعاقدين دورا مهما بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم ما بين الأطراف لذا يجب توضيح إذا تعد المسؤولية العقدية ضمن نطاق قانون الإرادة، أم أنها تخرج عن نطاقه.

أ)- الجوانب التي تعد ضمن نطاق قانون الإرادة.

يسري قانون الإرادة على مرحلة تكوين العقد الإلكتروني ويقوم بضبط وتنظيم أركانه أين يطبق أحكامه على الرضا والمحل والسبب، وكذا شروط صحة هذه الأركان، ومن جهة أخرى فإن قانون الإرادة يطبق على مرحلة ما بعد الإبرام أو مرحلة التنفيذ، وكل ما يتعلق بتنفيذ الالتزامات والوفاء بها أو القيام بها في المواعيد المتفق عليها، إلى جانب المسائل المرتبطة بالإخلال بهذه الالتزامات التعاقدية والمسؤولية العقدية المترتبة عن هذا الإخلال[14]، وبهذا فإنّ المسؤولية العقدية الإلكترونية من المسائل التي تدخل في نطاق الإرادة.

---

[12]- الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 271.

[13] - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص 244.

[14]- غالب علي الدوادي، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ،ص220

ب)- المسائل التي تخرج عن نطاق قانون الإرادة.

غالبية التشريعات تجعل مجال تطبيق قانون الإرادة في نطاق القواعد القانونية المكملة أو المفسرة المنظمة للروابط الخاصة بين الأفراد دون نطاق القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام في المجتمع، لأنّ القواعد الآمرة أو الناهية لا يجور للأفراد الاتفاق على خلافها و استبعاد تطبيقها أصلا. و بالتالي فلا يجوز نقل الاختصاص التشريعي منها إلى قانون آخر مختار[15]، فحرية الأفراد في اختيار القانون الواجب تطبيقه على معاملاتهم الإلكترونية تقتصر على ما تحكمه القواعد المكملة أو المفسرة التي يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها و إخضاعها لقانون آخر مختار، دون القواعد الآمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام و الآداب العامة، حيث تعد الأهلية نظام قانوني مرتبط بالمعاملات الإلكترونية غير أن هذه المسالة القانونية تخرج عن نطاق قانون الإرادة إذ تخضع لقانون جنسية المتعاقد وكذا شكل المعاملات الإلكترونية يحكمها قانون خاص بالشكل[16].

المطلب الثاني: القيود الواردة على قانون الإرادة.

إنّ عملية اختيار القانون الواجب التطبيق على مسؤولية الإلكترونية العقدية ليست مطلقة، إنّما هي عملية مقيدة بقيود وضعها المشرع الجزائري، ولعل أبرزها هو النظام العام (الفرع الأول)، ويستبعد قانون الإرادة المطبقة على المسؤولية العقدية في حالة الغش (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في مسؤولية العقدية الإلكترونية.

عند اختيار القاضي الوطني للقانون الواجب التطبيق لدولة ما يجب أن لا يمس النظام العام الساري المفعول لتلك الدولة التي تم اختيار قانونها لحكم المسؤولية الإلكترونية التعاقدية، وعلى القاضي أن يقوم بتجاهل القانون المختار ليعين القانون الأقرب إلى العلاقة التعاقدية وهو ما يحول إلى استبعاد إرادة الأطراف[17].

إنّ تطبيق فكرة النظام العام على مبدأ قانون الإرادة يتطلب شروطا معينة (أولا) كما أنه يرتب آثارا محددة(ثانيا).

أولا: شروط الدفع بالنظام العام:

يشترط لجواز الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المتفق عليه من قبل المتعاقدين توافر شروط قانونية تتمثل فيما يلي:

---

[15]- إبراهيم الرواشدة، التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة و القانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد 25، سنة 2020، ص 470.

[16]- غالب علي الدوادي، المرجع نفسه، ص 221.

[17]- إبراهيم الرواشدة، المرجع نفسه، ص477.

أ)- الإشارة قاعدة الإسناد إلى تطبيق القانون الأجنبي.

أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قاعدة إسناد وطنية، فإذا كان القانون الأجنبي المختار من طرف المتعاقدين غير مختص فلا يمكن إثارة الدفع بالنظام العام.

ب)-توفر مقتضى من مقتضيات النظام العام.

أن يكون القانون الأجنبي المختار من المتعاقدين الواجب تطبيقه على مسؤولية الإلكترونية العقدية يتعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي، أي أن يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام الوطني.

ج)-أن تكون مخالفة قانون الإرادة للنظام العام آنية.

أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى، فالعبرة في تقدير مقتضيات النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى.[18]

ثانيا: أثر النظام العام.

يترتب على مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام أثران:

أ)-أثر سلبي:

يتمثل هذا الأثر في استبعاد أحكام القانون الأجنبي المتفق عليه من قبل أطراف العقد الإلكتروني استبعاد كليا أو جزئيا.

ب)- أثر إيجابي:

هذا الأثر يتمثل في ضرورة ثبوت الاختصاص لقانون القاضي لسد الفراغ التشريعي الناجم عن الاستبعاد القانون الأجنبي.[19] وقد أخذ المشرع الجزائري بالأثر الايجابي لنظام العام حيث قرر إعمال قانون القاضي محل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام وهذا ما نصت عليه المادة 24 من ق.م.ج التي تنص على ما يلي"... يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة".[20]

الفرع الثاني: حالة الغش نحو القانون.

---

[18]- شبورو نورية، الدفع بالنظام العام وتطبيقاته في مجال الزواج المختلط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018،ص 54.

[19]- نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 123.

[20]- المادة 24 من القانون المدني الجزائري، راجع القانون رقم 75-58 السابق ذكره،

يتم الغش نحو القانون عن طريق التعديل الإرادي النظامي للعنصر الواقعي في ضابط الإسناد المتغير، ومن ثم تحويل الإسناد إلى قانون معين وذلك بنية التهرب من القانون الواجب التطبيق الأصلي، سواء كان قانون القاضي أو القانون الأجنبي وحتى يعتبر التعديل الإرادي في ضابط الإسناد غشا نحو القانون يجب أن تتوفر بعض الشروط، وإذا توفرت هذه الشروط فإن هذا الغش سيرتب بعض الآثار.

أولا: شروط الغش نحو القانون.

تتمثل شروط الغش نحو القانون في شرطين، الأول يتعلق بتغير ضابط الإسناد، والثاني له علاقة بنية الغش.

أ)- تغيير ضابط الإسناد:

يشترط القضاء الفرنسي لإمكانية إعمال الدفع بالتحايل عن القانون أن يتوافر العنصر المادي وهو إجراء تغيير ارادي في ضابط الإسناد ويكون ذلك بتغيير الجنسية أو الموطن كما يشترط أن يكون التغيير فعليا، كما يشترط أن يقع التغيير سليما ونظاميا وهو ما يعبر عنه بعضهم بالتغيير المشروع، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون هذا التغيير منتجا بمعنى أن يكون من شأنه تعديل الاختصاص التشريعي.[21]

ب)- تو افر نية الغش:

يستلزم الغش نحو القانون كشرط أساسي توفر نية الغش تجاه قانون مختص وتنحصر نية الغش في إخراج العلاقة القانونية من نطاق اختصاص قانون ما وإخضاعها عن طريق التحايل لقانون آخر، فإن كان غرضه نقل الاختصاص فيكون هذا تهريبا للعلاقة القانونية من اختصاص لآخر مما يشكل غش نحو القانون.[22]

ثانيا: آثار الغش نحو القانون.

لما كان مستعمل الغش يستخدم وسائل معينة قصد تحقيق أهداف ممنوعة عليه في قانونه، فإنّ الفقه اختلف في أثر الدفع بالغش بين أن تبطل وسيلة الغش وغايته أو أن يقتصر الأمر على إبطال غاية الغش، و قرر بعض من الفقه إتباع الحل الأول، أمّا الفقه الغالب فيرى الاقتصار على الغاية فحسب بحيث لا تكون النتيجة نافذة في دولة القاضي، أما الوسيلة فتظل على حالها ثم لأن القضاء لا يملك إبطال سند تجنس صادر عن دولة أجنبية تُحدد بموجبه من هم رعاياها، وبهذه الكيفية فإنه يستبعد القانون الذي اصطنع اختصاصه.[23]

---

[21]- محمد خريوط، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2008، ص 173.

[22]- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع قوانين)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 203.

[23]- دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، الكتاب الأول، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2010، ص147.

المبحث الثاني

القانون الواجب التطبيق على مسؤولية العقدية الإلكترونية في ظل غياب قانون الإرادة.

في غياب اتفاق الأطراف بخصوص القانون الواجب التطبيق على المسؤولية الناشئة عن المعاملات الالكترونية الدولية، وتعذر استنتاج إرادتهم الضمنية في هذا الشأن، فإنّه لا يجوز للقاضي أن يمتنع عن الفصل في النزاع المعروض عليه، وإنّما يتعين عليه أن يجتهد حتى يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية بالنظر إلى ما كان يقصده المتعاقدين، وهنا يقوم القاضي بتعيين القانون الأوثق صلة بالمسؤولية العقدية، إمّا بإسناد تلك المسؤولية العقدية إلى الضوابط جامدة (المطلب الأول)، أو بإسنادها لضوابط مرنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور الإسناد الجامد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الإلكترونية.

سمي هذا الاتجاه بالجامد لأنّ عملية التركيز الموضوعي تقوم على أساس أنّ مركز الثقل واحد في جميع العقود. لذلك نجد أنّ غالبية الفقهاء يرون بأنّه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين بخصوص تحديد القانون الواجب التطبيق على مسؤولية الإلكترونية العقدية يتم الاستناد في تحديدها إلى ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد؛ أي ترتبط بقانون الدولة محل إبرامه أو تنفيذه أو ذات صلة بالمتعاقدين نفسهم مثل قانون الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، باعتبارها معايير معلومة مسبقا من قبل المتعاقديين، وهو الأمر المنصوص عليه في كل الأنظمة القانونية بما فيها القانون الجزائري في نص المادة 18 الفقرة الثالثة منه. وعليه سنتناول في هذا المطلب الضوابط التي تكون مرتبطة بالمتعاقدين (الفرع الأول) الضوابط المرتبطة بالعقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الضوابط المرتبطة بالمتعاقدين.

يعد كل من قانون الموطن المشترك وقانون الجنسية المشتركة من الضوابط الجامدة التي من شأنها أن تساهم في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الإلكترونية في حالة غياب اتفاق الأطراف في هذا الشأن. ومن أجل معرفة دور كلا هاذين الضابطين في تحديد القانون الواجب التطبيق سوف ندرس في هذا الفرع قانون الموطن المشترك (أولا)، ثم قانون الجنسية المشتركة (ثانيا).

أولا: قانون الموطن المشترك.

يقصد بالموطن المشترك المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لمصالحه ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة، ويعد الموطن من أقدم الروابط التي تربط الإنسان بإقليم ما، ويتميز مفهوم الموطن في القانون الدولي الخاص عن القانون المدني، إذ ينصرف اصطلاحه في الأول إلى

توطن الشخص في أية دولة من الدول بينما مفاده توطن الشخص في دولة معينة دون غيرها، إذ أن القوانين الوضعية تفضل مصطلح الإقامة، أمّا من الناحية الدولية يستخدم محل السكن المعتاد في كثير من قوانين الدول على سبيل المثال المملكة المتحدة، ومن أهم أنواع محل الإقامة التي استخلصها الفقه نجد ما يلي: محل الإقامة الأصلي ويقصد به محل الإقامة الأول للفرد، الذي يعتمد على محل إقامة والديه في وقت ولادته أي المكان الذي ولد فيه[24].

كذلك المحل الاختياري ويتم اكتسابه من خلال اجتماع شيئين معا، الأول الإقامة الفعلية لبلد ما والثاني الإقامة في هذا البلد، والإشكال المطروح هنا هو مدى إمكانية تطبيق قانون الموطن على مسؤولية العقدية الناجمة عن المعاملات الإلكترونية؟، حيث يرى بعض الشراح أنّه من الصعب الاعتماد عليه في العالم الافتراضي عبر الإنترنت، لأنّ المتعاقد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه في دولة غير دولته حقيقية، أوقد يكون مكان التعاقد ليس مكان إقامته على سبيل المثال، يقوم بإبرام عقد من خلال حاسب آلي متنقل عبر الحدود. وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان، لأنه في عالم افتراضي[25].

إذا كانت هذه الضوابط قد لاقت ترحيبا واسعا في مجال مسؤولية العقدية التقليدية، فإنّ الأمر مختلف بالنسبة للمسؤولية الإلكترونية، وهي محل انتقاد، فهناك من نادى بضرورة استبعاد هذا الضابط لأنه من النادر جدا أن يتحد طرفا العقد الدولي في الموطن، وإن تحقق ذلك فهو بمحض الصدفة أو من قبيل التعمد المنطوي على غش بتواطئ المتعاقدين لأسباب يقصدانها، كون موطن المتعاقد عبر شبكة الإنترنت غير معروف[26].

ثانيا: قانون الجنسية المشتركة.

الجنسية عبارة عن رابطة قانونية بين الفرد والدولة، وعليه إذا اتحدت جنسية أطراف العقد في عقود الإلكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم مسؤولية العقدية فإنّ قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون القانون الواجب التطبيق[27].

---

[24]- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 145.

[25]- ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، العدد الخامس، سنة2008،ص 156.

[26]- سالم عبد الكريم أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان العدد ،2 الجزائر، 2018،ص 76.

[27]-سالم عبد الكريم، المرجع السابق، ص 77ا.

بالرغم من أن غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي التقليدي وهو ما نصت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري في حالة عدم تحديده من قبل الأطراف، إلا أنّه تعرض لانتقادات عدة أهمها صعوبة التعويل على عنصر الجنسية المشتركة لتحديد قانون العقد في مجال المعاملات الإلكترونية الدولية، كونها لا تعد عنصرا مؤثرا في المعاملات الدولية، بحيث يرى البعض أنها لا تصلح وحدها كأساس لإضفاء الطابع الدولي لهذه العقود علاوة على ذلك فإن الاعتداد بالجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف، وهو أمر يصعب التحقق منه في العقود الإلكترونية[28].

وفي هذا الشأن نجد أن اتفاقية فيينا لم تعطي أي اهتمام لجنسية الأطراف وهذا طبقا لأحكام المادة 1 الفقرة 2 و 3 ، فمجرد الرجوع إلى قانون الجنسية لا يحل المشكلة وإنما يتعين الرجوع بعد ذلك إلى الشريعة الداخلية التي تحكم حالته الشخصية، كما أن استقرار الشخص في دولة معينة يجعل ارتباطه بها أقوى وأشد من ارتباطه بالدولة التي يحمل جنسيتها كما لا يمكن الاعتماد على هذا الضابط في حال انعدام جنسية الأطراف وهذا ما يجعل من قانون الجنسية معيار غير كافي لحل منازعات مسؤولية الإلكترونية الدولية.

الفرع الثاني: الضوابط المرتبطة بالعقد.

لجأ المشرع إلى التحديد المسبق للقانون الذي يراه أكثر صلة بالعقد في حال غياب إرادة الأطراف عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنيا، وهذا ما يعرف بالإسناد الجامد ويقصد به أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية مثل قانون بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه،

أولا: قانون بلد إبرام العقد.

اختلفت التشريعات التي أخذت بهذه القاعدة حول موضوع الأفضلية الممنوحة لهذا القانون ، الذي يتم الرجوع إليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمنيا عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، ويعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون مكان إبرام العقد بأنه يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي ينوون إدراجها في العقد من الناحية

[28]-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، د ط منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2007،الصفحة 657.

القانونية، وفيما يخص العقود الالكترونية المبرمة عبر الإنترنت والمسؤولية العقدية الناشئة عنها فإن تطبيق هذا المعيار يعد صعبا لأنه لا يتلائم بسبب أن مكان الإبرام هو العالم الافتراضي[29].

وقد عالج قانون **الأنستيرال** النموذجي مسألة الاختصاص المكاني للعقد المبرم عبر الانترنت من خلال نص المادة 15 الفقرة الرابعة حيث يتم اعتماد ما يسمى بمقر عمل منشئ الرسالة كمكان لإرسال الرسالة الالكترونية، في حين يعد مقر عمل المرسل إليه هو مكان استلامها مالم يتفق المتعاقدين على خلاف ذلك، وفي حال ما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي إذ لم توجد مثل تلك المعاملة، أما في الحالة التي لا يكون فيها للمنشئ أو المرسل إليه مكان عمل، فيشار هنا إلى محل إقامته المعتاد[30].

ثانيا: قانون محل تنفيذ العقد

يمكن التمييز بين حالتين، الحالة التي يتم فيها تنفيذ العقد خارج شبكة الانترنت حيث أن المكان في هذه الحالة غالبا ما يكون هو مكان تسليم الطلب أو الخدمة، ومع ذلك فإنه من غير المستبعد أن يتفق أطراف العقد الدولي على تنفيذ التزاماتهم في أماكن مختلفة، مما يحول دون تحقيق الانسجام بين القوانين بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد، أما عن الحالة الثانية فهي أكثر تعقيدا على اعتبار أن مكان تنفيذ العقد هو شبكة الإنترنت التي لا تشكل مكانا[31]، كما هو الشأن بالنسبة لبرامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة عبر شبكة الإنترنت، حيث يصعب تحديد مكان التنفيذ في هذه الحالة بين مكان موقع التحميل عبر الشبكة لحظة التنفيذ ومكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع ومكان تواجد الحاسوب الآلي للمشتري وغيرها من الأماكن.

المطلب الثاني: دور الإسناد المرن في تحديد القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الإلكترونية.

فضل جانب من فقه القانون الدولي الخاص الاتجاه نحو الإسناد المرن للعقد الإلكتروني الدولي وسايرته في ذلك العديد من التشريعات الحديثة، ومن مميزات هذا المنهج أنّه لا يعتمد على التحديد المسبق لضابط الإسناد بل يخول للقاضي السلطة التقديرية للكشف عن طبيعة العقد في حد ذاته أي ما يسمى بنظرية الأداء المميز في العقد.

---

[29]- زيغم محاسن ابتسام، بلقاسم تروزين، القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، مجلة الاجتهاد الفقهي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد02، سنة 2020، الصفحة 353.

[30]- غول سليمة، مهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشاذلي بن جديد، الطارف، الجزائر، المجلد01، العدد01، سنة 2020، الصفحة 60.

[31]- ناصر حمودي، المرجع السابق، الصفحة 08.

الفرع الأول: مضمون فكرة الأداء المميز.

يعتمد منهج الأداء المميز على دراسة طبيعة العقد الإلكتروني من أجل الكشف عن الأداء المميز فيه بغية الوصول إلى القانون الأكثر ارتباطا به، و حتى يتم هذا لا بد من القيام بالخطوتين التاليتين: الأولى: تحديد الأداء المميز في العقد والأخرى تركيز العقد في نظام قانوني معين.

أولا: تحديد الأداء المميز في العقد.

تعد مسألة تحديد هذا الأداء المميز من المسائل الصعبة التي يواجهها القاضي في سبيل الوصول إلى قانون العقد الدولي، وذلك بسبب اختلاف طبيعة العقود عن بعضها البعض، وكذلك بسبب صعوبة وضع تعريف أو معيار شامل يحدد ذلك الأداء فعرفه التقرير المفسر لاتفاقية روما لسنة 1980 الذي وضعه الأستاذ الفرنسي **لاغارد (Lagarde)** والأستاذ الإيطالي **جوليان Giuliano)** على أنه ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا . وعرفه البعض الآخر بأنه ذلك الأداء الذي يسمح بتمييز كل عقد عن آخر، بحيث يكون هذا الأداء الجوهري في العقد هو الذي يميزه عن غيره من العقود ويقدم أنصار منهج الأداء المميز معيارين: الأول يستند إلى طبيعة العقد والآخر إلى مهنة الأطراف[32].

ثانيا: تركيز الأداء المميز في نظام قانوني.

لا يكفي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بموجب منهج الأداء المميز مجرد تحديد الأداء المميز في العقد، وإنّما لا بد من تركيز هذا العنصر المميز في مكان معين؛ ليكون قانون ذلك المكان هو القانون الواجب التطبيق على العقد باعتباره الأكثر ارتباطا به. ويفترض أنصار هذا المنهج أن الأداء المميز يتركز في مكان إقامة المدين بذلك الأداء[33]، واتجه الفقه الراجح إلى افتراض أنّ العقد يرتبط من خلال الأداء المميز فيه بمكان الإقامة المعتادة للمدين بهذا الأداء وقت إبرام العقد، فيكون قانون ذلك المكان هو القانون الواجب التطبيق وهذا ما نصت عليه التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية التي تبنت معيار الأداء المميز[34].

---

[32]- تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، سنة 2011، ص 34.

[33]- عبد السلام علي الفضل، نعيم على عتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون الدولي، مجلة علوم الشريعة و القانون، كلية الحقوق، الأردن، المجلد 46، العدد01، سنة 2019، ص 567.

[34]- تكليت زوينة، المرجع السابق، ص 36.

وعليه طبقا لمنهج الأداء المميز فإن القانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الإلكترونية هو قانون مكان إقامة المدين.

الفرع الثاني: مميزات تطبيق منهج الأداء المميز في تحديد قانون الواجب التطبيق على المسؤولية العقدية الإلكترونية.

يمتاز منهج الأداء المميز بأنّه جاء ليوفق بين عدة اعتبارات قانونية متناقضة تسعى التشريعات المقارنة إلى أخدها بعين الاعتبار عند تحديدها لضابط الإسناد الذي سَيسنِد المسؤولية العقدية إلى نظام قانوني معين. فضابط مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز يمتاز بأنّه يراعي التنوع في صور العقود الدولية، وبالتالي يراعي العدالة والمرونة في الحلول، وفي الوقت نفسه يصون مبدأ الأمان القانوني في المعاملات المالية الدولية ويحترم توقعات الأطراف المشروعة.

أولا: منهج الأداء المميز يراعي اعتبارات العدالة والمرونة.

إنّ منهج الأداء المميز لا يقوم على وضع ضابط إسناد عام يحدد سلفا القانون الواجب التطبيق على كافة العقود الدولية. هو الحال في المنهج التشريعي الذي اتبعه المشرع الأردني في المادة 20 من القانون المدني وغيره من التشريعات العربية التي تعدّ أن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية يوجد في دولة الموطن المشترك للطرفين أو في مكان إبرام العقد، إذ أنّ مثل هذا الحل يتصف بالجمود لأنّه لا يراعي الطبيعة المتنوعة للعقود الدولية، ويلتزم القاضي بهذه الضوابط الجامدة والمحددة مسبقاً ولا يستطيع - كقاعدة عامة - أن يبحث عن قانون آخر أكثر ملاءمة واتصالاً بالرابطة التعاقدية، وهذا بدوره لا يوفر العدالة التي تحققها قواعد الإسناد التقليدية التي يفترض أنّها تربط العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بالقانون الأكثر ارتباطاً بها[35].

ثانيا: منهج الأداء المميز يراعي الأمان القانوني ويحمي توقعات الأطراف.

تعد مسألة احترام توقعات الأطراف المشروع وتحقيق مبدأ الأمان القانوني من الغايات الأساسية التي تسعى قواعد القانون الدولي الخاص إلى تحقيقها، إذ يراد بالتوقع المشروع عدم إصدار قاعدة قانونية بطريقة مفاجئة و

[35]- حكيمة مسعودان، خمري عمار، فكرة الأداء المميز كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 13، العدد02، سنة 2020، الصفحة503.

حلول غير متوقعة تتصادم وتتعارض مع النتائج التي يسعى المتعاقدون إلى تحقيقها من وراء إبرامهم لتصرفات قانونية مشروعة[36].

فضابط مكان الإقامة المعتاد للمدين والذي أتى به منهج الأداء المميز ضابط يتسم بالثبات والوضوح والبساطة، وأنّ تحديده يعتمد على طبيعة العقد ما يجعل من القاضي يبحث عن القانون الواجب التطبيق في العناصر الداخلية المكونة له. و هو الوضع الذي من شأنه أن يضيق ويحصر السلطة التقديرية للقاضي، وهذا ما يساهم في مراعاة وتعزيز مبدأ الأمان القانوني وحفظ توقعات الأطراف المشروعة[37].

خاتمة:

تشهد العقود الإلكترونية نمو متزايد حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم المعاملات الدولية والداخلية، وبصفة خاصة في الدول المتقدمة تكنولوجيا، نتيجة السهولة والسرعة التي تبرم بها هذه العقود إلى درجة أن هناك منشآت عالمية أصبحت تنحصر تعاملاتها في أسلوب التعاقد الالكتروني أو التبادل الإلكتروني، تعتبر قاعدة تنازع القوانين من أول وأهم قواعد الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق، حيث نصت عليها العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا الى مجموعة من النتائج منها :

01)- إنّ المسؤولية العقدية الإلكترونية يحكمها مبدأ سلطان الإرادة الذي يجيز للأطراف الاتفاق صراحة أو ضمنيا على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود الإلكترونية.

02)- في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق يبرز دور القاضي في تحديد القانون المختص لحكم النزاع باعتماده على منهجين هما منهج الإسناد الجامد والإسناد المرن، وتتمثل أساسا في جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك قانون دولة محل إبرام العقد أو تنفيذه، وهو ما واكبه المشرع الجزائري من خلال القانون المدني في نص المادة 18.

03)- إخضاع المسؤولية العقدية الإلكترونية إلى قانون موطن المدين بالأداء المميز حيث يمتاز هذا المنهج بالعدالة والمرونة في الحلول، وفي الوقت نفسه يصون مبدأ الأمان القانوني في المعاملات الإلكترونية الدولية ويحترم توقعات الأطراف المشروعة .

---

[36]- عبد السلام علي الفضل، نعيم على عتوم، المرجع السابق، الصفحة 569.

[37]-زيغم محاسن ابتسام، بلقاسم تروزين، المرجع السابق، الصفحة355.

ومن خلال هذه النتائج نقترح بعض التوصيات:

04)- على المشرع الجزائري أن يواكب التشريعات الأجنبية في ضرورة إصدار قانون ينظم المعاملات الالكترونية، وذلك شأنه تفادي الكثير والعديد من المشكلات القانونية لهذه المعاملات الإلكترونية سواء في الوقت الحاضر أو المستقبل.

05)- صعوبة تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على عقود الإلكترونية نظرا لطابعها غير المادي والافتراضي، ويتبلور ذلك في صعوبة التأكد من وهوية الأطراف والحل فرض شرط في عقود الالكترونية يلزم الأطراف بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تحدد هويتهم، وفي حالة عدم الالتزام بذلك يكون للطرف الآخر عن حدوث نزاع الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يتفق مع مصالحه.

06)- حبذا لو أنّ المشرع الجزائري يعمل على تعزيز المنظومة التشريعية ويدرج قوانين خاصة تحكم القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني ومواكبته لمناهج الجديدة التي تتماشى وخصوصيات البيئة الرقمية.

قائمة المصادروالمراجع

قائمة المصادر:

1. الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في26/09/1975، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26 /06/ 2005 و القانون رقم 05/07، المؤرخ في2007/05/13، جريدة رسمية عدد 31 المؤرخة في 2007/05/13.

قائمة المراجع:

1-الكتب:

2. إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية ، سنة 2013.
3. بلقاسم أعراب القانون الدولي الخاص الجزائري، ط8 ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2006.
4. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص (تنازع قوانين)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
5. دربال عبد الرزاق، الوافي في القانون الدولي الخاص (النظرية العامة في تنازع القوانين في التشريع الجزائري والمقارن)، الكتاب الأول، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2010.

6. زروتي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، ط2، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.

7. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010.

8. الطيب زروتي، دراسات القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني ،دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، بوزريعة، الجزائر، سنة 2010.

9. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، د ط منشورات الحلبي الحقوقية ،لبنان، 2007.

10. غالب علي الدوادي، القانون الدولي الخاص -تنازع القوانين-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن .

11. كمال عليوش قربوع القانون الدولي الخاص الجزائري (تنازع القوانين)، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

12. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، الصفحة 354..

13. محمد خريوط، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، 2008.

14. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2010، الصفحة

15. هشام علي صادق، تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري) (دط)، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.

الرسائل الجامعية و الأطاريح.

1. تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقزد التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة للحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر(1)، سنة 2011، السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد02، سنة 2020

2. محمد بلاق، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير،، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2010-2011.

المقالات العلمية:

1. إبراهيم الرواشدة، التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة و القانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة عنها، المجلة العربية للنشر العلمي، العدد 25، سنة 2020
2. حكيمة مسعودان، خمري عمار، فكرة الأداء المميز كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، المجلد 13، العدد02، سنة 2020
3. زيغم محاسن ابتسام، بلقاسم تروزين، القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، مجلة الإجتهاد الفقهي، كلية الحقوق والعلوم والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، العدد02، سنة 2020.
4. سالم عبد الكريم أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان العدد ،2 الجزائر، 2018.
5. شبورو نورية، الدفع بالنظام العام وتطبيقاته في مجال الزواج المختلط، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 3، ع 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018.
6. عبد السلام علي الفضل، نعيم على عتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون الدولي، مجلة علوم الشريعة و القانون، كلية الحقوق، الأردن، المجلد 46، العدد01، سنة 2019.
7. غول سليمة، ميهوب علي، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشاذلي بن جديد، الطارف، الجزائر، المجلد01، العدد01، سنة 2020.
8. كاضم حمادي يوسف، النظرية العامة للإرادة الضمنية، مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق ، جامعة بغداد، العدد 05، سنة 2019
9. ناصر حمودي، نزاعات العقود الإلكترونية، مجلة معارف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، العدد الخامس، سنة2008.