القانون واجب التطبيق على
عقد البيع الدولي الالكتروني

موكه عبد الكريم
أستاذ مساعد- كلية الحقوق والعلوم
السياسية - جامعة جيجل

مقدمـــــة:

تعتبر العقود الإلكترونية[1] إحدى الركائز والأساليب الأكثر شيوعاً واستخداماً في شراء وبيع السلع والخدمات عبر الحدود. وقد صاحب التقدم العلمي والتكنولوجي والصناعي المعاصر إلى ظهور هذا النوع من العقود وذلك باعتبارها وسيلة سهلة ورخيصة للانتشار والتسوق على مستوى العالم. حيث لا يحتاج البائع إلا لمجرد اتخاذ موقع له على شبكة الإنترنت أو إنشاء بريد إلكتروني E-MAIL يستطيع من خلاله الاتصال بالعملاء في مختلف دول العالم[2]، والتي قد يكون من المتعذر الوصول إليهم بالوسائل التقليدية، التي تكلف الكثير من الجهد والنفقات. في المقابل انفتح المجال بكل يسر وبلا مشقة أمام المشترين للتعاقد مع هؤلاء البائعين في كل أنحاء العالم دون الحاجة إلى تصفح الموقع الذي يرغب شراء السلعة أو الخدمة التي يحتاجها وبالتالي باتت العقود الالكترونية ظاهرة من ظواهر التجارة الدولية.

في ظل المتغيرات والتحولات الاقتصادية المحلية والعالمية المعاصرة، لاسيما مع بدء نفاذ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، وقرب انضمام الجزائر لها، فإنه سوف يتعاظم دور عقود التجارة الإلكترونية المبرمة في مجال التجارة الدولية للسلع والخدمات وفي مجال التنمية الاقتصادية والمشروعات الاستثمارية بين الدول في العالم، ومع غياب النظم القانونية الوطنية التي تقوم بتنظيم خصوصيتها وذلك لخصوصية تلك العقود باعتبارها عقوداً مركبة، تثير إشكاليات ذاتية كثيرة، سواء في إبرامها من حيث تحديد مجلس العقد، أو من حيث طبيعتها، أو إثباتها أو أهلية المتعاقدين، أو القانون واجب التطبيق على هذه العقود، وتعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية مشكلة مهمة في ظل عدم وجود مستندات ورقية فضلا عن انتقال العملية التعاقدية عبر الحدود الإقليمية للدول وتنوع جنسيات أطراف العلاقة التعاقدية.

و تختلف الحلول المقررة لمشكلة تنازع القوانين في شأن عقود التجارة الالكترونية الدولية عن الحلول المعمول بها بالنسبة لغيرها من الروابط العقدية ذات الطابع الدولي، من حيث الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد. ويظهر هذا الاختلاف في قواعد الإسناد[3] التي تبيّن القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية لا شأن لإرادة الأطراف فيها، باستثناء العقود الدولية(خاصة عقد البيع الدولي) تعّد إرادة المتعاقدين كضابط للإسناد، من خلالها يتمّ تحديد القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يعني إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية بصفة عامة، وفي عقود البيع الإلكترونية الدولية بصفة خاصة. بالتالي فالإشكالية المطروحة في هذه الحالة تتمحور حول مكانة إرادة أطراف العقد في تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم التعاقدية؟، وعلى هذا الأساس سوف يتم التطرق إلى: إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد القانون واجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني **(أولا)**، ثم التطرق إلى نطاق تطبيق قانون الإرادة وحدوده **(ثانيا)**.

أولا: إخضاع عقد البيع الالكتروني الدولي إلى قانون الإرادة[4]

قبل التطرق إلى تحديد قانون الإرادة الذي يحكم عقد البيع الالكتروني الدولي، وجب علينا الوقوف على ضبط تعريف هذا النوع الجديد من العقود، ثم التطرق إلى تحديد مفهوم قانون الإرادة الذي يحكم عقد البيع الالكتروني الدولي.

أ/ مفهوم عقد البيع الالكتروني: يتم التطرق في هذا العنصر خاصة إلى ضبط عقد البيع الدولي الالكتروني من خلال دراسة على القوانين المقارنة، بالإضافة إلى تحديد مضمون قانون الإرادة الذي يحكم هذا النوع من العقود الجديدة وأساس ذلك.

1/ تعريف عقد البيع الالكتروني في القوانين المقارنة

يتميز العقد الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى، بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، وبالعودة إلى القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع تطرق إلى تعريف عقد البيع بأنه عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل الملكية للمشتري ملكية الشيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي[5] دون التطرق إلى التعامل الالكتروني عكس ما كان في التشريعات المقارنة في هذا المجال، فقد عرفت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[6]العقد الإلكتروني على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كليا أو جزئيا ".

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

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

وعرف قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[7] المبادلات الالكترونية في مادته 2 على أنها: " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية "، وعرف التجارة الإلكترونية بأنها: " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية ".

أما في فرنسا، فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة" ، فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية، بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع الفرنسي أشار في المادة 16/121 من قانون الاستهلاك رقم 88-21 إلى عقد البيع الالكتروني تحت عنوان عقد البيع عن بعد contrat de vente en ligne الذي يقصد منه البيع عبر شبكات الاتصال خاصة الانترنيت[8].

أما بالنسبة لعقد البيع الالكتروني (المبرم عبر شبكة الانترنيت) حسب الفقيه **بشار محمود دودين** انه يمتاز بنفس مميزات عقد البيع التقليدي، فهو عقد رضائي تبادلي ملزم للجانبين وناقل للملكية، كما أن عقد البيع الالكتروني ينعقد دون تحقق الحضور المادي للبائع والمشتري[9].

2/ تعريف عقد البيع الالكتروني في المواثيق الدولية:

بالعودة خاصة إلى أحكام القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية (**UNCITRAL** أو **CNUDCI**)[10] ، لا نجد تعريف خاص بالنسبة لعقد البيع الالكتروني إنما هناك مقاربات خاصة بعقود التجارة الالكترونية بصفة عامة، لكن بالعودة بصفة خاصة إلى المادة 16 منه نجد أن مضمونها يتعلق أساسا بالتجارة الالكترونية في مجالات محددة، إذ تم

الإشارة في مضمون المادة إلى عقود البيع الدولية المتعلقة بالبضائع ونقلها، كما انه في سياق النصوص المتعلقة بطريقة الإبرام واستلام رسائل البيانات الالكترونية في العلاقة التعاقدية، نجد فيها الإشارة بصفة دائمة إلى قانون الإرادة[11]. كما نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال[12] ، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد: " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

كما تناولت اتفاقيتي روما الخاصة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وفينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع[13] عقد البيع الدولي دون الإشارة إلى طريقة إبرام العقد إذ كان بطريقة تقليدية أو الكترونية مما يجعل مجال تطبيقها وارد على عقد البيع الالكتروني الدولي بالإضافة إلى أحكام القانون النموذجي للأمم المتحدة بشان التجارة الالكترونية[14].

ب/ مضمون خضوع عقد البيع الالكتروني الدولي لقانون الإرادة:

بالنظر إلى خاصية العقود الدولية التي تخرج عن المجال التشريعي للدول، فان أطراف العلاقة التعاقدية تجد نفسها أمام فراغ قانوني لان عقدهم لا يخضع إلى قانون أية دولة لزوما، عكس العقد الذي تكون جميع عناصره وطنية إذ لا يثير أي إشكال حول إبرامه أو تنفيذه باعتباره يخضع إلى سلطان قانون الدولة التي ابرم فيها والمنازعات الناجمة منه لاختصاص المحاكم الوطنية، بالتالي فعقد البيع الالكتروني الدولي في خانة العقود التي تخرج عن سلطان قانون الدولة لاتصافه بالدولية ومن ثم تثار مشكلة تنازع القوانين، رغم أن العقد يجب أن يخضع في إبرامه وشروطه وأثاره إلى قانون معين فللأطراف إضافة اتفاقهم (شروط العقد)، عليهم تحديد القانون الذي يحكم هذه العلاقة التعاقدية، وهذا التحديد يكون باتفاقهم وهو الذي يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة في تحديد قانون العقد **"loi d'autonomie"** [15].

1 / أساس قانون الإرادة: إن أساس قانون الإرادة في مجال البيوع الدولية الالكترونية يمكن استنباطه من خلال الاتجاهات الفقهية التي قيلت في طريقة اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي، إذ نجد اتجاهين تأثرت بهما التشريعات الداخلية للدول، فمن الدول

التي أطلقت حرية أطراف العقد في تحديد قانون العقد الدولي(النظرية الشخصية) بالتالي يسمو اتفاق الأطراف على القانون باعتبار أن القانون المختار يستمد قوته الملزمة من الاتفاق كما أن القانون المحدد جزء من العقد باعتبار أن أحكام هذا القانون اندمجت مع شروط العقد[16] ، على العكس نجد دول أخرى تأثرت بالنظرية الموضوعية التي تقيد حرية أطراف العقد الدولي (النظرية الموضوعية) فيجوز لأطراف العقد الدولي تحديد القانون الذي يحكم العقد لكن ليس بصفة طليقة إذ تتقيد هذه الإرادة بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بالعقد بمعنى وجود صلة أو علاقة بين القانون المختار والعقد[17].

2/ شروط اختيار القانون الذي يطبق على عقد البيع الالكتروني الدولي:

بالعودة إلى أحكام قواعد التنازع في القانون المدني الجزائري، وخاصة نص المادة 18 منه التي تنص على: (يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة بالمتعاقدين أو بالعقد....)، بالتالي يمكن القول أن المشرع يشترط لإعمال قانون الإرادة توافر الشروط التالية:

- أن يكون العقد دوليا: ويكون كذلك إذا تضمن عنصرا أجنبيا.
- التعبير على القانون واجب التطبيق على العقد الدولي: الأصل أن التعبير على الإرادة يكون في العقود الدولية التقليدية أو الالكترونية صريحا[18] وذلك باتخاذ احد الأشكال الكتابية التي ينص عليها القانون الداخلي[19] ، وبالعودة إلى المادة 18من التقنين المدني المشرع لم يحدد طريقة التعبير عن الإرادة أو الشكل الذي تتخذه ومن ثم يمكن القول أن المشرع اخذ بإحدى الحالتين في التعبير عن الإرادة سواء كانت صريحة أو ضمنية (خاصة بالعودة إلى القواعد العامة المادة 60/ف2 من القانون المدني)[20] ، كما أن اتفاقية روما أقرت أن التعبير عن الإرادة للتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يمكن أن يكون صراحة أو استخلاصه من ظروف التعاقد، والتوجه نفسه نجده في اتفاقية فينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع[21] . أما بالنسبة للعقد البيع الدولي الالكتروني إنما التعبير عن القانون واجب التطبيق عادة ما يكون بطريقة صريحة من خلال إدراج العقد بندا يحدد القانون واجب التطبيق أو بأن يدرج هذا البند في اتفاق مستقل لاحق بسند الكتروني، كما يمكن أن يكون ضمنيا من ظروف الواقع وملابساته[22] .
- وجود صلة حقيقية بين قانون الإرادة والمتعاقدين أو العقد: المشرع الجزائري قيد من حرية الأفراد في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الدولي من خلال استعماله في المادة 18

السالفة الذكر لمصطلح (صلة حقيقية) إذ ألزم الأطراف أن يقوموا باختيار قانون له صلة حقيقية بهم أو بالعقد، عكس ما كان عليه الحال قبل تعديل المادة18[23] ، إذن حتى في مجال عقود البيع الالكترونية يجب على الأطراف تحديد القانون الذي له صلة حقيقية بهم (الأطراف مثلا الجنسية المشتركة) أو بالعقد.

ثانيا: نطاق قانون الإرادة وحدود تطبيقه على عقد البيع الدولي الالكتروني

إن مجال تطبيق قانون الإرادة هو الالتزام التعاقدي بشكل عام، وذلك في حالة اتفاق المتعاقدين على اختيار القانون واجب التطبيق سواء كان صراحة أو ضمنيا، ويتم تطبيق القانون المختار على العقد من كافة نواحيه باستثناء الأهلية وشكل العقد بالإضافة إلى عق البيع الالكترونية المتعلقة بالعقار، فالقانون الذي يتم تحديده يسري على الأركان العامة للعقد وشروط صحة إثباته والآثار المترتبة على هذا العقد، فإرادة المتعاقدين في عقد البيع الدولي الالكتروني كتلك المكرسة في العقود الدواية التقليدية وهي أوسع من العقود الداخلية، ذلك أن الإرادة في العقود الداخلية مقيدة بالقواعد الآمرة خاصة كما أنها قاصرة على القواعد المكملة والمفسرة[24] .

كما نجد أن قانون الإرادة يتم استبعاده في حالة مخالفة النظام العام لدولة القاضي الذي يعرض عليه النزاع أو وجود غش نحو القانون الوطني للقاضي، كما أن هناك بعض عقود البيع الالكترونية الدولية التي يحدد فيها البائع جميع بنود العقد دون تدخل المشتري في ذلك (العقود النموذجية).

أ/ نطاق تطبيق قانون الإرادة: أن التصرفات الناتجة عن الإرادة تكون متعددة ومتنوعة في العقود الدولية، إذ أن الفقه والتشريع المقارن استقر على الأخذ بقانون الإرادة كقاعدة عامة في إطار القانون الواجب التطبيق وكافة الشروط الموضوعية المتعلقة بالعقد المبرم الكترونيا (الانترنيت)، فانعقاد عقد البيع الدولي الالكتروني يتوافر على أركانه لينتج الآثار المرجوة منه بعد تحقق أركانه كافة[25] .

1/ التراضي: إن التراضي هو الأساس في أي عقد يتم إبرامه ويكون نتيجة لاتفاق إرادة طرفي العقد[26]، بالتالي تطابق الإيجاب والقبول في عقد البيع الدولي الالكتروني يكون عن طريق تبادل الرسائل الالكترونية بالرغم من عدم تواجد أطراف العقد في مجلس واحد، لكي ينعقد العقد لابد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر، ولابد أن يقترن الإيجاب بالقبول ويرتبط بهذه المسائل، مسألة مكان وزمان اقترانهما، والتي لها مكانتها الهامة والمتميزة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية[27].

وبالعودة إلى التشريع الجزائري نجد أنه في قواعد التنازع لم يتطرق للعقود الالكترونية وإنما ذكر بصفة عامة في نص المادة 18 موضوع الالتزامات التعاقدية في العقود الدولية، وضمنيا عقد البيع الدولي الالكتروني الذي يولد التزامات للأطراف المتعاقدة يخضع لهذه القاعدة التي تقر باختصاص قانون الإرادة، ومن ثم كذلك تقابل الإيجاب والقبول يخضع لقانون الإرادة ماعدا أهلية الأطراف المتعاقدة إنما يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص[28] ، على أساس أن توافر التراضي ركن أساسي لانعقاد العقد وبما أن الرضا يقوم على تصرفات الشخص فمن الأساسي أن يكون الشخص كامل الأهلية[29] .

2/ محل وسبب التعاقد: يطبق بشأنهما قانون الإرادة بصفة عامة، ولكن مع بعض الاستثناءات التي يجب أخذها بعين الاعتبار، كما هو الشأن بالنسبة لمحل العقد، إذ أورد البعض استثناءا فيما لو كان محله مالاً أو عملاً، فيقرون إخضاعه في الحالة الأولى لقانون موقع المال، وفي الحالة الثانية لقانون محل تنفيذ العمل، وأما بالنسبة للعقود الواردة على الأموال، فيجب التفرقة بين العقود المتعلقة بالعقارات وتلك الواردة على المنقولات، فتخضع الأولى لقانون موقع العقار وفقا للاستثناء الوارد في المادة 2/18 ق.م.ج، وأمّا تلك التي يكون محلها أموالاً منقولة فتخضع لقانون الإرادة، وأما السبب فقد اتفق الفقه الراجح على إخضاعه لقانون العقد، ولكن مع مراعاة القيد المتعلق بالنظام العام.

3/ أثار العقد: لا شك أنّ الهدف الأساسي من التعاقد هو تحقيق النتائج المنتظرة من ذلك وترتيب كلّ الآثار القانونية، لذا أصبح من الضروري إخضاعها لقانون الإرادة الذي يستجيب أكثر لمصلحة المتعاقدين، إلا أنّ هذا التسليم يرد عليه بعض الاستثناءات التي تُخضع هذه الآثار لقانون آخر غير القانون الذي أشارت إليه إرادة الأطراف، وهذا ما سيتضح لنا من خلال الآثار المتعلقة بالنسبة للأشخاص، وكذلك النسبة للآثار المتعلقة بالموضوع.

- **آثار العقد بالنسبة للأشخاص:**

تخضع آثار العقد فيما يتعلق بالأشخاص إلى قانون العقد بصفة عامة، فهذا الأخير هو الذي يتولى تحديد من له الحق في الاستفادة من العقد، وكذا من يلتزم به سواءً كانوا من المتعاقدين أو من الغير، ومن ثمة يحدد هذا القانون مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام وإلى الخلف الخاص، وإلى المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير[30]، ولكن قد يستثنى فيما يتعلق بانصراف آثار العقد إلى الخلف العام كل المسائل التي تدخل في نطاق الميراث، حيث يسري عليها قانون الهالك وقت موته[31] .

- **آثار العقد بالنسبة للموضوع:**

قلّما يتفق الأطراف في عقدهم على كافة الشروط والتفاصيل الخاصة بآثار العقد وتنفيذه وما يترتب عن عدم التنفيذ في العقود الدولية الالكترونية، مما يقتضي الرجوع إلى القانون المختص لتكملة النقص بواسطة أحكامه الآمرة والمكملة، ولكي يتوصل القاضي إلى تطبيق الأحكام القانونية المناسبة الواجبة التطبيق، يجب أولاً تفسير العقد الذي اختلفت بشأنه الأنظمة القانونية، ففي الدول التي تأخذ بالإرادة الباطنة كالنظام الفرنسي والأنجلوساكسوني والدول العربية، يجب البحث عن النيّة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين[32]، وهذا على خلاف النظام الجرماني الذي يأخذ بالإرادة الظاهرة والتوقف عند الإرادة المصرح بها في العقد[33] .

فيما يتعلق بتحديد نطاق العقد، أي بيان ما يولده من حقوق والتزامات سواء تم استخلاصه من نيّة المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وبعد تحديد كلّ هذه المسائل فقد يلزم المتعاقدين بتنفيذه.

فإذا كان الاتجاه الغالب يرى إخضاع مثل هذه الالتزامات لقانون العقد، إلاّ أنّها تخضع في تنفيذها للقانون محل التنفيذ، الذي يتولى تحديد طريقة التنفيذ وكيفياته، لأنّ التنفيذ كثيرا ما تحكمه قواعد تدخل ضمن دائرة تنظيم الأمن المدني وتخرج من نطاق العقد، وبهذه الصفة تتمتع بالإقليمية وتسري على التنفيذ أيًّا كان القانون الذي يحكم الالتزام الذي عينته الإرادة، كما هو الشأن في الأحكام الآمرة الخاصة بإجراءات التنفيذ أو الخاصة بالتقادم، فتطبق بالأولوية في بلد التنفيذ ويجب احترامها ومراعاتها ولا يمكن تفاديها بالتذرع بأحكام القانون المتفق عليه، وهذه الأحكام إنما أصلا هي مقررة في العقود التقليدية لكن يمكن أن يتم إخضاع عقود التجارة الالكترونية الدولية إلى هذه الأحكام العامة ما دام أن عقد البيع الالكتروني يكون نظري عند إبرامه ولكن حقيقي مادي عند تنفيذه، كذلك أنه ما دام هناك التزامات تعاقدية يجب الوفاء بها.

ب/ حدود تطبيق قانون الإرادة على عقد البيع الالكتروني الدولي(الاستثناءات)

إن إمكانية تحديد أطراف عقد البيع الدولي الالكتروني للقانون واجب التطبيق على العقد بحرية، بالإضافة إلى تحديد الالتزامات المتقابلة بين الطرفين قائم على مبدأ سلطان الإرادة، لا يعني أن الأطراف لهم كامل الحرية في ذلك إنما هذه الحرية تصطدم ببعض الاستثناءات التي أقرتها التشريعات الداخلية وكذا الاتفاقات الدولية[34].

1/ استبعاد قانون الإرادة لمخالفته النظام العام أو لغش نحو قانون القاضي[35] : من أهم القيود التي تواجه القانون المختار هي فكرة النظام العام، وهذه الفكرة وإن كانت غير

متعارضة مع مبدأ حرية أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما[36]، إلا أنّه يمكن في بعض الحالات أن تؤدي إلى إهدار إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق[37] .أن فكرة النظام العام وفقا للقانون الداخلي تستخدم للحد من مبدأ سلطان الإرادة حسب الاتفاقات التي تبرم وفقا للمادة 106 ق. م. ج وإخضاعها للقيود التي جاءت بها المادتان 96 و97 من القانون السالف الذكر[38]، وأما في إطار تنازع القوانين فيقتصر النظام العام على استبعاد القانون المختار كما هو الشأن في المادة 24 ق. م. ج التي تنص على أنّه:

« لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام، أو الآداب في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبّق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة ».

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أنّ المشرع الجزائري أخذ بفكرة النظام العام بمفهومها الحديث، المتمثل في استبعاد القانون الأجنبي حماية لبعض القواعد القانونية الآمرة التي تهدف إلى حماية المصالح العامة، وكذا بعض المصالح الخاصة التي نظمها المشرع تنظيما آمراً.

بالتالي ففي عقد البيع الدولي الالكتروني يحد النظام العام[39] من تطبيق قانون الإرادة إذا كان مخالفا له ويظهر ذلك خاصة في عنصري الأهلية وشكل التصرفات القانونية بالإضافة إلى عنصر حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، إذ يلجأ القاضي إلى تطبيق قواعد قانون ضرورية التطبيق لما لها من حماية لأطراف العقد.

-فبالنسبة لعنصر الأهلية فان العلاقات التعاقدية في مجال عقود البيع الالكترونية يتم إخضاعها إلى قانون جنسية الشخص وذلك لما تقرره من حماية خاصة بالنسبة للتصرفات الصادرة من ناقص الأهلية أو فاقدها، كما أن الطابع الاستثنائي بالنسبة لهذه العقود التي يصعب فيها تقدير أهلية أطراف العقد عند إبرامه عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة (وسائل الاتصال الالكترونية)، دفعت بفقه تنازع القوانين إلى طلب إخضاع أهلية الأشخاص في عقود التجارة الالكترونية إلى قانون الجنسية لان قانون المحل لا يمكن تقريره مادام أن العقد يتم إبرامه على الهواء بالوسائل الالكترونية، أكثر من ذلك لا يمكن التحقق من أهلية المتعاقد ما دام أن البيانات الخاصة بالعقد والمتعاقد يتم كتابتها في المواقع الالكترونية من خلال ملأ الاستمارات المتعلقة بالعقد دون حضوره في مجلس العقد[40] .

-أما بالنسبة لعنصر الشكل الذي يتخذه عقد البيع الدولي الالكتروني، فنجد أن شكل العقد يمكن أن يخضع إلى قانون الإرادة (القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية) ، لكن باعتبار أن الأصل في شكل العقود الدولية إنما يخضع إلى قانون محل الإبرام (قاعدة locus regit actum)، كما انه وبالنظر إلى الطابع الاستثنائي للعقود الالكترونية التي ليس لها تركيز مكاني محدد يصعب تطبيق قاعدة قانون المحل، لكن هذه القاعدة إنما أصبحت تتطور باتجاه اعتماد دول موطن احد المتعاقدين[41]، كما أن اتفاقية روما أقرت بان العقد الدولي صحيحا من حيث شكله إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن احد المتعاقدين، غير أن بعض الفقهاء شكوا في جدوى هذا الطرح فيما يتعلق بالعقود الالكترونية الدولية على اعتبار أن هذا النوع لا يمكن إدراجه في العقود الرسمية للدولة[42]، لذلك نجد أن بعض الفقه ذهب إلى القول بان أفضل الحلول لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الالكترونية من حيث شكلها والمشاكل التي يثيرها تباين الأنظمة القانونية، يتمثل في إبرام المعاهدات الدولية.

كما نجد استثناءا على قانون الإرادة في مجال العقود الدولية الالكترونية عندما يكون محل العقد عقار، بالتالي يتم إخضاع العلاقة التعاقدية إلى قانون موقع العقار وذلك بالنظر إلى تعلق العقار بالنظام القانون لقانون دولة موقعه، كما انه حماية لاستقرار المعاملات والحقوق اللصيقة بهذا العقار يجب إخضاع العقد الى قانون موقعه.

2/ استبعاد قانون الإرادة لتطبيق قواعد ذات التطبيق الضروري: يتمّ إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري مباشرة دون استشارة قواعد التنازع، فللقاضي السلطة الكاملة في استبعاد القانون الواجب التطبيق كلّما تبيّن له ذلك، وهذا عن طريق ما يقوم به من تحليل القواعد التي ينتمي إليها لغرض استخلاص أهدافها والبحث عن مدى إرادتها في التطبيق، فإن تبين له ذلك فيقوم بتطبيقها[43]، لذلك أصبح إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري واستبعاد القانون الذي أشارت إليه الإرادة لم يعد محل جدال كلما كانت هذه المخالفة تمس القواعد الآمرة في دولة القاضي، سواء تلك التي تهدف إلى حماية الاقتصاد الوطني بصفة عامة، أو تلك التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، إذا ما رجعنا إلى القانون الجزائري، نجد هناك مجموعة من القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري، كتلك الواردة في قانون المنافسة، حيث تعد أحكامه آمرة باعتبارها تهدف إلى تنظيم المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين[44]، لذلك تقتضي الضرورة استبعاد كل التصرفات التي يمكن أن تمس المنافسة

النزيهة، وهذا ما يفهم من المادة الأولى من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة، التي تنص على ما يلي:

« يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفادي كل ممارسات مقيّدة للمنافسة ومراقبة التجمعات الاقتصادية، قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين »[45] .

ودائما في إطار القوانين المتعلقة بالمنافسة التي تبين أهمية هذا الجانب في تنظيم الاقتصاد الوطني، نجد ما جاء به كذلك الأمر رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهذا حسب المادة الأولى من هذا الأمر التي تنص على ما يلي:

« يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه »[46]. وأكثر من ذلك هناك بعض النصوص وردت في هذا القانون جاءت بصيغة آمرة، لذلك لا تكون محل استبعاد من قبل الأطراف ولها دائما الأولوية في التطبيق، ومن التشريعات التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حتى لا يكون عرضة للشروط المجحفة التي يمكن أن يمليها الطرف القوي، ما نص عليه قانون الاستهلاك تُعدّ حماية المستهلك من بين الأهداف الأساسية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها، من دون التمييز بين الوطني والأجنبي، فلا يعتد بجنسية لمن تقررت لمصلحته الحماية، فكل من يقيم بصفة مؤقتة في إقليم دولة معينة يمكن له أن يستفيد من الحماية التي أقرها قانون الاستهلاك، وما يفيد أنّ المشرع الجزائري قد أقرّ حماية قانونية للمستهلكين هو ما ورد في نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك:

« يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش»[47].

وعلى ذلك فان عقود الاستهلاك المبرمة عن طريق الاتصالات الحديثة هي في مقام عقود البيع (عقود معاوضة)، تكون بين البائع والمشتري المستهلك تخضع بصفة عامة إلى القانون الذي يختاره المتعاقدين (قانون الإرادة)، لكن بتحفظ شديد من الفقه والقضاء وكذلك ما استقرت عليه التشريعات وهو أن اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يجوز أن يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة لتي

يوجد بها محل إقامته، والراجح لدى الفقه أن تطبيق القاعدة السابقة المأخوذة من اتفاقية روما وما وفقها من الاتفاقيات والتشريعات الأخرى على العقود الالكترونية يجعل تطبيق قانون محل إقامة المستهلك أمرا مقبولا وذلك لان عرض السلع إنما يتم استقباله عبر الشاشة، خاصة العقود المبرمة عبر الانترنيت وفي محل إقامة المستهلك الذي له صلة بالعقد[48]، كما أن المستهلك يقوم بالأعمال الضرورية لإتمام العقد عند قبوله الإيجاب المعلن من البائع في صفحات الانترنيت[49].

بالتالي ففي عقود البيع الدولية الالكترونية التي لها طابع عقد الاستهلاك التي يتم فيها عرض السلعة عن طريق شاشة الانترنيت لجمهور المستهلكين أو من خلال قيام البائع بإرسال رسائل الكترونية عن طريق البريد الالكتروني، فالعرض في هذه الحالة يتم استقباله في محل إقامة المستهلك متى قام هذا الأخير بالدخول إلى موقع المعلن فيه السلعة في محل إقامته[50].

وعليه فان عقود الاستهلاك الالكترونية تكون وثيقة الصلة بقانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك متى كان هذا الأخير قد قام بالإعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد في هذه الدولة، إذن العبرة بقانون بلد محل الإقامة العادية للمستهلك المتعامل عبر شبكة الانترنيت وذلك لدرء الغش او التحايل نحو تطبيق قوانين لا تخدم ولا توفر حماية كافية للمشتري المستهلك.

الخاتمـــة:

من خلال التحليل السابق يتبين لنا أنّ إعمال مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي الالكتروني، يعّد من المبادئ الأساسية التي يُعتمد عليها في فضّ مشكلة تنازع القوانين القائمة بين مختلف الأنظمة القانونية، كلّما كان النشاط يتعلق بمعاملات التجارة الدولية، فتكون للأطراف إمكانية اختيار أحد القوانين المناسبة لحكم الرابطة العقدية. وبالرغم من الصعوبات التي تعتلي هذا النوع من العقود خاصة بالنظر إلى طابعها الاستثنائي مقارنة بعقد البيع التقليدي الذي يكون بالتقاء أطراف العقد في مجلس واحد إلا أنها تسهل من عمليات التعاقد من خلال تقريب الأطراف المتعاقدة بالنظر إلى المسافة البعيدة، لكن ما يعاب على المشرع الجزائري خاصة انه لم يواكب التطور الحاصل في مجال المعلوماتية ووسائل الاتصال الحديثة.

فرغم غياب نصوص صريحة ضمن قواعد القانون المدني تتعلق بمدى مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتيهما، وبالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد من أجل التعاقد إلكترونيا، إلا أن عدم تنظيم المشرع للوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة يثير الكثير من الصعاب، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي توفر للمتعاقدين خاصة تلك التي قد يتعرض إليها المستهلك الذي أولاه المشرع بحماية خاصة، لذلك نقترح النص صراحة في القانون المدني على الاعتراف الصريح برسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وتنظيمها كما فعلت ذلك التشريعات المقارنة ووضع قواعد صريحة من شانها توفير حماية خاصة للمستهلك في العقود الالكترونية التي يبرمها.

كذلك هناك بعض المسائل القانونية التي يجب استجلاؤها قبل الدخول في التعاقد على الشبكة الدولية للمعلومات الانترنت، ولاسيما فيما يتعلق بالأهلية المتوافرة لدى المتعاقدين، وحدود سلطة كل طرف من الأطراف المتعاقدة.

وفي الأخير يمكن القول أن عقد البيع الدولي الالكتروني بكل ملابساته القانونية التي تطرقنا إليها قد كشف بالفعل عن قصور القواعد القانونية الكلاسيكية الحالية في نظرية العقد على حلها، وهذا ما لا يكاد يختلف عليه الباحثون في مجال قانون التجارة الالكترونية، وذلك ما يستدعي إلى سن إما قانون مستقل ينضم المعاملات الالكترونية أو تعديل قواعد القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنيات الحديثة. كما انه على المشرع الجزائري أن يسلك درب المشرع التونسي أو الأردني والبحريني(أو الدول الغربية) خاصة عند قيامهم بإصدار تقنينات خاصة تنظم المعاملات التجارية الالكترونية، بالإضافة إلى التوسيع من قواعد التنازع من خلال إقرار أكثر حرية بالنسبة للقاضي لتقدير القانون الأنسب الذي يحكم العقد الدولي في حالة غياب قانون الإرادة.

الهوامـــش:

[1]- انظر في ذلك المقاربة التي قدمتها الأستاذة Camille forment حول العقود الالكترونية:

Les contrats du commerce électronique sont indifféremment les contrats conclus en ligne et exécutés hors ligne et les contrats conclus et exécutés en ligne. Mais il importe de distinguer les conséquences juridiques liées à l'une et à l'autre de ces deux catégories de contrats, Voir Camille forment, loi applicable aux contrats du commerce électronique, Mémoire de D.E.S.S. Droit du Multimédia et de l'Informatique, université Paris 2, 2001, p 4.

[2]- يمكن الحديث عن طريقتين لإبرام عقد البيع الالكتروني: فالأولى تتمثل في التعاقد بالمراسلة عن طريق البريد الالكتروني Electronique mail ،أما الطريقة الثانية فيتم فيها التعاقد بواسطة الاتصال المباشر وذلك من خلال زيارة العميل أو المشتري للموقع الالكتروني للبائع وعند الموافقة على التعاقد يقوم المشتري بالتوقيع على النموذج المتاح في موقع البائع، في تفصيل ذلك راجع: العطار محمد حسن رفاعي، البيع عبر شبكة الانترنيت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 29.

[3]- تعرف قاعدة الإسناد بأنها: « قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنيّة تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفى أكثر القوانين المناسبة والملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تتعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها ». نقلا عن: أحمد عبد الكريم سلامة، "تأملات في ماهية قاعدة التنازع"، المجلّة المصرية للقانون الدولي، المجلد الواحد والخمسون، 1995، ص97. وهذه القواعد قام المشرع الجزائري بالنص عليها من المادة 9 إلى المادة 24 من القانون المدني، التي يسترشد بها القاضي لتحديد القانون واجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

[4]- La convention précise que le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Cela signifie qu'au moment du conflit, le juge ne pourra pas contester ce choix. N'importe quelle loi peut être choisie, indépendamment du domicile et de la nationalité des parties. Une loi neutre peut donc être retenue afin de ne pas conférer de préférence à un contractant, Voir, la loi applicable au contrat international, in les notes d'information juridique, chambre du commerce et d'industrie d'Alsace, France, 9-12-2OO8, p 3.

[5]- راجع نص المادة 351 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد17 لسنة 1975، معدل ومتمم.

[6]- أنظر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 11 ديسمبر 2001، محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 268.

[7]- أنظر قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في 11 أوت 2000، محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 277، للإشارة فان تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.

[8] - Français, L121-16,N^0 88-21 : « toute vente d'un bien ou toute - code de consommation fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanéedesparties, ntre un consommateur et un professionnel……..utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication a distance » .

[9]- المحاسنة محمد يحي وبشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص ص 175-176.

[10]- صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فمكون من

فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية.

ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية ، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه، كما أن يسري أن التجارة الإلكترونية والدولية على حد السواء. ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد بذلك عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، من أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجع www.uncitral.org. كذلك في الموضوع نفسه راجع:

عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002، ص ص 23، 24، 165، 166 و 167.

[11]- المصطلحات المستعملة في النصوص القانونية تبين فعلا تغليب سلطان الإرادة في عقد البيع الالكتروني بصفة خاصة وفي المعاملات التجارية بصفة عامة.

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

[13]- « Le vendeur s'oblige, dans les conditions prévues au contrat et par la présente convention, à livrer les marchandises, à en transférer la propriété et, s'il y a
lieu, à remettre les documents s'y rapportant. »,voir aussi d'autres approche du contrats de vente international des marchandises, **ALQUDAH Maen**, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, thèse pour le doctorat en droit, option droit privé, université de Reims champagne, Ardenne,2007p4-5

[14]- Cabinets FONTANEAU, loi applicable aux contrats internationaux, Revue "Fiscalité Européenne et Droit International des Affaires" N° 129, 2002, pp 3-4

[15]- احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 157. وهذا ما اقره المشرع الجزائري في المادة 18 من الأمر 75-58، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم لاسيما بالقانون 05-10، ج ر عدد 44، 2005، بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه المادة خاصة في نقطة مدى تمتع أطراف العقد الدولي بالحرية في تحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي.

[16]- ما يمكن التطرق إليه في هذه النظرية أن أطراف العقد يمكن لهم استبعاد نصوص القانون المختار التي تجعل العقد باطل، لقد تبنت هذا الموقف محكمة النقض الفرنسية في حكما الصادر في 1910، في ذلك انظر: هشام علي صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 130.

[17]- LOUIS – LUCAS Pierre, "Formation historique et principe du système français de solution des conflits de lois ", Juris – classeur de droit international, tome 7,fasc530-BArt3,1990,p08.

[18] - voir, BLANCO Dominique, négocier et rédiger un contrat international, DUNOD, paris, 1993, p 153.

[19]- انظر المادة 60 من الأمر رقم 58/75، المرجع السابق

[20]- Le choix de la loi applicable au contrat peut être exprès et résulter d'une clause de choix de la loi, ou encore tacite et être révélé par les faits, les circonstances et les termes du contrat. Cabinets FONTANEAU, op,cit,p 4.

[21]- Art 3-1 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui stipule : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat », Aussi l'article 7 de la convention sur la vente international de marchandise qui stipule : « la vente est régie par la loi choisie par les parties, l'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties ... »

[22]- لأنها مسألة واقع تترك إلى تقدير محكمة الموضوع، إذ دلالة العقد مثلا على شرط مانح الاختصاص إلى دولة معينة قد يعني تطبيق قانون هذه الدولة...، أكثر تفصيل في الإرادة الضمنية لتحديد القانون واجب التطبيق على العقود الالكترونية، انظر: الياس نصيف، المرجع السابق، ص 321.

[23]- قبل تعديل المادة 18 كانت تتيح أكثر حرية للأطراف، (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد ما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون آخر).

[24]- voir, AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, op, cit, p 69.

[25]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 144.

[26]- حث القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " CNUDCI " الدول الأعضاء للاعتراف الصريح في قوانينها على قبول الوسائل الإلكترونية (رسائل البيانات) في التعبير عن الإرادة وتنظيمها، إذ نصت المادة 11 منه على أنه: " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين عقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض". وأضافت المادة 12 على أنه: " في العلاقة بين منشأ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله او صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد انه على شكل رسالة بيانات". وتطبيقا لذلك فقد اعترفت التشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها لتضاف للصور التقليدية المعروفة.

[27]- أما موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة، فيظهر فيما جاءت به المادة 1/67 ق.م.ج التي جعلت التعاقد بين غائبين قائما في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، وهذا في حالة عدم اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ما نصّت عليه هذه المادة، ولكن مثل هذا الموقف منتقد في حد ذاته كونه يثير صعوبة أخرى تتعلق بوجه الخصوص بتحديد زمان ومكان القبول.

[28]- انظر المادة 10 من الأمر 58/75، يتضمن القانون المدني،السالف الذكر

[29]- في هذه الحالة يتم إخضاع أهلية الشخص في التصرفات القانونية إلى قانون الجنسية، غير أن المعاملات التي تكون لها توابع مالية إنما يتم إخضاعها إلى قانون مكان إبرام العقد، وهو ما قرره المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 10، كما إن القانون النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية ونظرا

لصعوبة تحديد مكان إبرام عقد البيع الالكتروني فقد حدد محل إبرام العقد بمقر منشئ رسالة كموطن انعقاد، بالتالي فالقانون الوطني لذلك الإقليم هو واجب التطبيق, في تفصيل ذلك راجع: محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 146.

[30]- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، الجزء الثاني، رسالة لنيل درجة دكتورة الدولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر،1991 ، ص 254.

[31]- وهذا ما تنص عليه المادة 1/16 من القانون المدني الجزائري « **يسري على الميراث، والوصية، وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون جنسية الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته.**

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما ».

[32]- يظهر موقف المشرع الجزائري بشأن هذه المسألة في المادة 111 من القانون المدني، والتي تنص على أنّه:

« إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء، في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات».

[33]- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية...، مرجع سابق، ص255.

[34]- في الحقيقة أن المادة 18 من القانون المدني الجزائري، اعترف بحق الأطراف في تحديد قانون ينظم العلاقة التعاقدية، لكن هذه الحرية مقيدة إلى ابعد الحدود لان الأطراف عند تحديدهم لقانون العقد بجب أن يكون هذا القانون له صلة حقيقة بالعقد أو بالمتعاقدين وإلا القاضي يقوم باستبعاد القانون ومن ثم تطبيق القانون الجزائري (الحل الذي أقرته المادة 24 من قواعد التنازع الجزائرية)، بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول: المبادئ العامة لتنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 307.

غير انه إذا غابت الصلة الحقيقية يتم اللجوء إلى الحلول الاحتياطية الوارد في الفقرات الأخرى التي تحيل الاختصاص إلى قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد (والحل الأخير مستبعد باعتبار أن العقود الالكترونية ليس لها مكان محدد ومجلس واحد)، يتضح من ذلك انه يتم اللجوء إلى الحلول الاحتياطية في حالة غياب قانون الإرادة وهو حل منطقي وعملي لكن ليس من المنطقي في حالة استبعاد القاضي الجزائري لقانون الإرادة لغياب صلة حقيقية بينه والمتعاقدين أو مع العقد أن يلتزم بتطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون مكان ابرم العقد، إذ هو ملزم بتطبيق قانون غير القانون الذي استبعد به قانون الإرادة، في تفصيل ذلك راجع: بلميهوب عبد الناصر، حرية الأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، مداخلة في الملتقى الوطني حول موضوع الحرية التعاقدية، جامعة الاغواط، كلية الحقوق، 2007، ص 7، كما ان اتفاقية روما لعام

1980 في مادتها الرابعة فقرة أولى أقرت في الحالات التي لا يتم فيها الاتفاق على القانون الذي يحكم العقد يسري على العقد القانون الذي يكون أكثر ارتباطا بالعقد، في ذلك انظر:

AL QUDAH Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise, op cit, p 70.

[35]- تعتبر فكرة النظام العام فكرة قديمة عرفها الفقه منذ بداية ظهور ما يسمى بتنازع القوانين، ومن ذلك الحين صاحبتها عدة تطورات إلى أن استقرت في التشريعات الحديثة، وأصبح دورها في مجال القانون الدولي الخاص هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي متى توفرت شروط إعمال هذه الفكرة، لم يكن النظام العام في بداية ظهور نظرية تنازع القوانين أداة لاستبعاد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد، بل كان أداة لتثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي كما هو الشأن لدى الفقه الإيطالي القديم، وهذا عندما فرق الفقيه الإيطالي BARTOLE في العصور الوسطى بين الأحوال الملائمة والأحوال البغيضة، فجعل الأحوال الأولى هي القوانين التي تصاحب الشخص أينما ذهب، فتنطبق عليه ولو غادر الإقليم، وأما الأحوال البغيضة فهي تلك القواعد التي لا تتعدى آثارها حدود البلد الذي أصدرها ومن هذا التقسيم يعتبر هذا الفقيه أول من وضع البذور الأولى لفكرة النظام العام، وإن كان بمفهوم يختلف عما عليه الشأن حاليا كون التنازع آنذاك لم يكن تنازعا دولياً وإنما هو تنازع بين أحوال المدن المختلفة كما أشار إلى فكرة النظام العام الفقيه الإيطالي MANCINI فبعد أن وسع مبدأه المتمثل في شخصية القوانين، وما ينتج عنه من فسح المجال لكل القوانين الشخصية التي تجد مجال تطبيقها في إيطاليا، ولكن يمكن أن تستبعد في حالة ما إذا كانت تتعارض مع النظام العام كما جعل هذا الفقيه فكرة النظام العام تشمل بعض القوانين ذات التطبيق الإقليمي كما هو الشأن مثلاً في القوانين الجزائية وقوانين البوليس وقوانين الشهر العقاري... الخ. كلّ هذه القوانين ذات الصلة المباشرة مع الإقليم الوطني، تكون واجبة التطبيق بغض النظر عن القانون الذي اختارته إرادة الأطراف، كونها لا تقبل المزاحمة من القوانين الأجنبية. وهذا ما يبين أنّ النظام العام وفقا لهذا الاتجاه لم يأخذ بعد دوره الحقيقي. ولكن الأمر يختلف نوعا ما عند الفقيه الألماني سافيني Savigny، الذي جعل من النظام العام أداة لاستبعاد القانون الأجنبي، وهذا من خلال تعرضه لفكرة الاشتراك القانوني والتي يقصد بها أن فكرة الاشتراك في المدينة والثقافة الروحية أو القانونية ترتكز على القانون الروماني من جهة، وعلى المسيحية من جهة أخرى، فأي شخص من طبقة معيّنة لا يستطيع أن يتفاهم مع أشخاص من طبقة مختلفة عن طبقته، لأنّ المناقشة المفهومة لا يمكن أن تقوم إلا بين شخصين يفهمان بعضهما البعض بلغة مشتركة، وهذا ما ينطبق على القاضي، فهو لا يستطيع تطبيق قوانين بلد لا تتفق مع قوانين دولته، ولا في الفكرة القانونية ولا في روح المدينة، في تفصيل عنصر النظام العام انظر: أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص156 و هشام علي صادق، المرجع السابق، ص156.

[36]- عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005، ص 73,

[37]- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، المرجع السابق، ص326.

[38]- تنص المادة 96 من الأمر رقم 58/75، السالف الذكر على أنّه: « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام، أو الآداب كان العقد باطلاً ». كما تنص المادة 97 من القانون نفسه على أنّه: « إذا كان التزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ».

[39]- Une autre limite à l'application de la loi désignée par les parties ou par les critères subsidiaires de rattachement concerne l'ordre public. L'article 6 de la Convention de La Haye prévoit expressément que « l'application de la loi déterminée par la présente convention peut être écartée pour un motif d'ordre public ». Selon la doctrine, on peut assimiler le « motif d'ordre public » prévu dans la convention aux dispositions impératives ou lois de police. Aux termes de l'article 6, le juge est toujours libre d'appliquer une loi de police du for au détriment éventuel de la loi du contrat, Voir, Camille forment, op cit, p 24.

[40]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص ص 145-146.

[41]- أحسن المشرع الجزائري عملا لمواكبة تطور العقود الدولية من خلال إقراره في نص المادة 19 من القانون المدني من خلال إقراره على تطبيق قانون الموطن المشترك أو القانون المشترك لأطراف العقد، وهو الموقف الذي يتماشى وطبيعة العقود الالكترونية.

[42]- على اعتبار أنها تخضع إلى قواعد خاصة في الإثبات، وليس من المؤكد أن تعتبر الوسيلة الالكترونية لنقل المعلومات شكلا بالمفهوم القانوني في تفصيل ذلك انظر: الياس نصيف، المرجع السابق، ص 320.

[43]- أكّد كلّ من الفقه والقضاء، بأنّه يمكن للقاضي البحث عن الإرادة الصريحة للمشرع إذا أراد تطبيق القاعدة القانونية تطبيقا مباشرا على النزاع إن كان هناك نص صريح، وإن لم يرد مثل هذا النص، يجب البحث عن الإرادة الضمنية للمشرع فيما يقصده من هذه القاعدة. راجع: هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 314.

[44]- عيد عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 85و86,

[45]- أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 43 لسنة 2003، معدل ومتمم.

[46]- قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41 لسنة 2004.

[47]- قانون رقم 03/09 مؤرخ في 2009/02/025 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15 لسنة 2009.

[48] - Si dans le contrat il existe une clause déterminant la loi applicable, ce choix sera en principe valable Cependant, ce choix ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loin du pays dans lequel il réside habituellement. En l'absence de choix dans le contrat, le contrat de consommation sera régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. C'est une règle et pas une présomption, on ne peut y déroger même s'il est avéré que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, Voir, la loi applicable au contrat international, in les notes d'information juridique, op.cit., p 7.

[49]- لهذا خرجت بعض القوانين المقارنة عن احترام قاعدة قانون الإرادة، وعلى سبيل المثال القانون الدولي الخاص السويسري الذي اقر بخضوع العقد لقانون الموطن أو المحل الذي يقيم فيه المشتري حماية له حسب المادة 120/ف1 من القانون المذكور سالفا، في ذلك راجع: العطار محمد حسن رفاعي، المرجع السابق، ص 220 و221.

[50]- المرجع نفسه، ص 223.