القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

The applicable law in the electronic contract

أبوعمرو نادية *

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس

n.abouamr@univ-boumerdes.dz

تاريخ الاستلام: 2022/05/17 تاريخ القبول للنشر: 2022/06/16 تاريخ النشر: 2022/06/30

ملخص:

يتسم العقد الإلكتروني بالطابع الدولي فهي صفة تثير إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد في حالة نشوب نزاع بين أطرافه خاصة ما إذا كان أحد أطرافه طرفا أجنبيا، لذا فإنّ أهمية هذا البحث تظهر في تحديد كيفية اختيار طرفا العقد القانون الواجب التطبيق عليه سواء صراحة أو ضمنا من خلال ما يسمى بقانون الإرادة، وفي حال غيابه فإنّ ذلك يتطلب اللجوء إلى ضوابط الاسناد الموضوعية حيث يستند القاضي إليها ليختار أيا منها كقانون يطبق على العقد في حالة غياب إرادة الأطراف كما يوضح الفقه أمكانية تطبيق القانون الإلكتروني على هذا العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني؛ ضوابط الإسناد؛ الأنترنت؛ القانون؛ إرادة الأطراف .

Abstract:

The electronic contract is of an international character It is a characteristic that raises the problem of determining the law applicable to this contract in the event of a dispute between its parties, especially if one of the parties to the contract is a foreign party, Therefore, the importance of this research appears in determining how the two parties to the contract choose the law to be applied to them, whether explicitly or implicitly, through the so-called law of will, In the absence of it, this requires resorting to objective attribution controls where the judge relies on them to choose any of them as a law to be applied to the contract in the absence of the will of the parties. Jurisprudence also clarifies the possibility of applying electronic law to this contract.

key words: electronic contract ; Attribution controls; Internet; Law; The will of the parties.

* المؤلف المرسل

1.مقدّمة:

يرغب الأفراد في التعاقد لتلبية حاجياتهم وتسوية أمورهم بالاستعانة بوسائل التكنولوجيا الحديثة و التي تساهم بشكل فعال في نقل إرادتهم و التعبير عنها في بيئة إلكترونية غير مقيدة بالحدود المكانية عن طريق ما يسمى بالعقد الإلكتروني، ومن خلال هذا العقد يجري المتعاقدين تعاملاتهم الإلكترونية بصورة فورية عبر هذه الوسائل و التي من أبرزها -الإنترنت- دون الحاجة إلى الوجود المادي للمتعاقدين كما في العقود العادية، حيث أصبح تبادل لفظ الإيجاب والقبول بين الأطراف المتعاقدة يتم عن بعد في ثواني معدودة، ولما كان هذا العقد عصب التجارة الالكترونية فإنه يغلب على المعاملات الإلكترونية فيه طابع الصفة الدولية نظرا لعالمية شبكة الانترنت التي تساهم في تطور هذه التجارة، غير أن هذه الصفة قد تثير اشكالات قانونية من أهمها القانون الواجب التطبيق على هذا العقد في حالة نشوب نزاع بين أطرافه خاصة إذا كان أحد أطراف العقد طرفا أجنبيا وهو الأمر الذي يحتم عليهم اتباع منهج تنازع القوانين التقليدية المتمثل في ضابط الإسناد الشخصي وضابط الإسناد الموضوعي، كما قد يلجأ الأطراف في حل نزاعاتهم الى الاستناد إلى المنهج الحديث المتمثل في القانون الموضوعي الإلكتروني.

لذا يمكن طرح الإشكالية التالية: **كيف يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني بالاستناد الى مناهج تنازع القو انين والقانون الموضوعي الإلكتروني؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تم الأخذ بالمنهج الوصفي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني بالتطرق لأهم المفاهيم المتعلقة بإرادة الأطرف وغياب هذه الإرادة وفق ما جاء به المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري وقانون التجارة الإلكترونية.فقسم البحث الى مبحثين يتضمن المبحث الأول الإرادة كأساس لتحديد قانون العقد الإلكتروني في حين المبحث الثاني نتطرق إلى حالة مخالفة قانون الإرادة في تحديد قانون العقد الإلكتروني.

2. المبحث الأول: الأخذ بقانون الإرادة كأساس لتحديد قانون العقد الإلكتروني

يلجأ أطراف العقد الإلكتروني الى إقرار قانون العقد عن طريق رغبتهم الشخصية بالاعتماد على ضابط الإسناد الشخصي (المطلب الأول) غير أن هذه الرغبة يشوبها قيود و صعوبات قد تؤدي الى استبعادها كقانون واجب التطبيق على العقد (الثاني).

1.2 المطلب الأول: دور إرادة الأطراف في تحديد قانون العقد الإلكتروني

سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم إرادة الأطراف أي ما يعرف بقانون الإرادة (الفرع الأول) أين يتم اظهارها عن طريق ما يسمى بضابط الإسناد الشخصي حيث يقوم المتعاقدان بالتعبير عن هذه الإرادة التي تحدد القانون المطبق على العقد صراحة أو ضمنا (الفرع الثاني).

1.1.2 الفرع الأول: مفهوم قانون الإرادة كأساس لتحديد قانون العقد الإلكتروني

يقصد بقانون الإرادة الاعتراف للأطراف المتعاقدة بحق الاختيار والحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم إذ يعرِّف القانون الدولي الخاص قانون الإرادة بالقانون الذي يختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنا أي القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى إرادة الأطراف، حيث ينحصر

دور الإرادة في تعيين القانون و ليس تحرير العقد من سيطرة القانون و هو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..." وذلك على غرار باقي التشريعات العربية و التي أخذت بنفس المبدأ من بينها القانون المدني المصري في المادة 19 منه والقانون المدني الأردني في المادة 22 منه، كما تبنت هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، وأيضا اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في المادة الثالثة منها و كذلك اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع. **(سامية، 2017)**

2.1.2 الفرع الثاني: كيفية تطبيق قانون الإرادة

يقوم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق عن طريق الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد وقد يكون اختيارهم له ناشئا عن إرادة ضمنية على النحو التالي :

أ- **الاختيار الصريح لقانون العقد الإلكتروني:** يمثل الاختيار الصريح لقانون العقد إعلانا من جانب أطرافه عن القانون الذي يحكم عقدهم وعن رغبتهم و مصلحتهم في تطبيق هذا القانون، ويؤدي هذا الاختيار إلى اليقين القانوني وحفظ التوقعات المشروعة للأطراف في تحديد قانون بعينه ليحكم عقدهم،و لتحقيق ذلك يسعى هؤلاء إلى تضمين العقد شرطا صريحا يقضي بتطبيق قانون دولة أو أخرى عليه و يتم ذلك عند إبرام العقد أو في مرحلة تالية عبر اتفاق لاحق. **(خليل، 2016)**

والاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم من طرف المتعاقدين على شبكة الويب webكما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد الإلكتروني بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى. **(فراح، 2009)**

ب- **الاختيار الضمني لقانون العقد الإلكتروني:** يقصد بالاختيار الضمني ذلك الاختيار الحقيقي غير المعلن عنه، يستخلصه القاضي من ظروف الحال بإتباع علامات تساعده على معرفة اتجاه الإرادة الضمنية للمتعاقدين بخصوص قانون العقد، كأن يتم ابرام عقد يرتبط بعقد آخر سبق ابرامه وتم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق عليه أو وضع نص في العقد يبين اختصاص محكمة من محاكم دولة معينة للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد **(حنان، 2017)** وبالتالي فإنّ البحث عن الإرادة الضمنية لتحديد القانون الذي يحكم العقد يكون قبل البحث في اتجاه ضوابط الإسناد الأخرى وذلك باستخلاص هذه الإرادة من ظروف العقد و ملابساته أو من قرائن أخرى مثل مكان الإبرام أو التنفيذ أو مكان ممارسة النشاط الرئيسي، وهي من أهم القرائن التي يتم التعويل عليها للكشف عن إرادة الأطراف. **(خليل، 2016)**

غير أن موقف القانون الجزائري في هذا الشأن لم يكن صريحا ففي نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري فإنها تركت اختيار الأطراف لقانون العقد بصيغة العموم كذلك نفس الموقف أخذه المشرع في قانون التجارة الإلكترونية إذ لم ينص على ضابط الإسناد المتمثل في إرادة المتعاقدين سواء كان بصيغة الاختيار الصريح أو الضمني **(سامية م.، 2017)** إلا أنه ينص في المادة الثانية منه على ما يلي:"

يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حال ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني: متمتعا بالجنسية الجزائرية أو

- مقيما إقامة شرعية في الجزائر

- أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري

-أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر ". (القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر، عدد 28 الصادرة في 2018/05/16،ص05)

وما يؤكد سلطة القاضي في الأخذ بالإرادة الضمنية للأفراد ما ذهبت اليه اتفاقية لاهاي حيث نصت في المادة 1/7 على ما يلي:" اتفاق الأطراف فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم يجب أن يكون صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من نص العقد أو من سلوك الأطراف أو بالنظر إليهما معا." نفس الموقف اتخذته اتفاقية روما. **(حنان، 2017)**

2.2 المطلب الثاني: قيود الأخذ بإرادة الأطراف في تحديد قانون العقد و صعوبة إعماله

إنّ حرية أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم الإلكتروني لا يعفي الأطراف من الالتزام بالقيود الواردة على هذه الإرادة أي على اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على عقدهم (الفرع الأول)، كما قد يتعرض هذا المبدأ إلى صعوبات من حيث إعماله نجدها متعلقة بالاختيار الصريح و كذلك الضمني (الفرع الثاني).

1.2.2 الفرع الأول: القيود الواردة على قانون الإرادة في تحديد قانون العقد الإلكتروني

يرد على قانون الإرادة في العقد الإلكتروني جملة من القيود تتعلق بما يلي:

1- القيد المتعلق بالنظام العام: تلعب فكرة النظام العام دورا هاما في العقود الإلكترونية حيث تبرم هذه العقود عبر الوسائط الإلكترونية و ينتج عن حرية المعاملات في مجال الانترنت خلق قوانين تتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي، لذا تعمل قواعد النظام العام على مواجهة القانون الأجنبي الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا الذي يتعارض مع الركائز الأساسية في دولة القاضي لما قد يلحقه من ضررا بأحد أطرافه، إذ يتم استبعاد هذا القانون الأجنبي حال انتقاصه من حماية المستهلك الذي يتعاقد إلكترونيا فقواعد النظام العام تعمل على إعادة التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة خصوصا إذا كان التعاقد عبر الانترنت أو تقنيات الاتصال الحديثة وتعمل كذلك على الإبقاء على القانون المختار عندما يقدم الحماية الكافية له حرصا على عدم إعاقة التجارة الالكترونية ومصالح التجارة الدولية. **(خليل، 2016)**

2- **القيد المتعلق بالتحايل على القانون(الغش نحو القانون):** أخذ المشرع به في نص المادة 24 من القانون المدني وعرّفه الفقه بأنّه قيام الفرد بإرادته بتغيير ضابط الإسناد قاصدا تطبيق قانون غير القانون المختص أصلا بحكم النزاع ويشمل الغش على عنصرين العنصر المادي والمتمثل في التغيير الإرادي لضابط الإسناد ويجب أن يكون هذا التغيير فعلي و مشروع والعنصر المعنوي والمتمثل في نية التهرب من

أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا نحو قانون يخدم مصالحهم وبتحقق هذين الشرطين يؤدي ذلك إلى استبعاد القانون المختار من طرف المتعاقدين إما استبعادا جزئيا او كليا. **(مجدوب، 2017)**

3- القيد المتعلق بوجوب تو افر صلة بين العقد والقانون المختار من المتعاقدين : لقد نص المشرع الجزائري على هذا القيد في المادة 18 من ق م ج والذي من خلالها فرضت قيدا على إرادة المتعاقدين في اختيار القانون المطبق على العقد الإلكتروني من أجل عدم إطلاق الحرية الكاملة لهم إذ يتمثل هذا في ضرورة وجود رابطة حقيقية وجدية بين العقد والقانون المختار كون أنّ هذه الصلة هي التي تبين ذلك الاختيار إذ تكون هذه الأخيرة إما بالنسبة لبد الإبرام أو بلد التنفيذ أو الجنسية أو موطن أطراف العقد فبانعدامها ينعدم القانون المختار وبالتالي يمكن القول أنّه لا يمكن اختيار قانون أجنبي منعدم الصلة عن العقد و إلا تم اهمال قانون إرادة الأطراف. **(الدين، 2013)**

2.2.2 الفرع الثاني: صعوبات إعمال قانون الإرادة في تحديد قانون العقد الإلكتروني

نميز بين الصعوبات التي تمس الإرادة الصريحة ثم تلك الخاصة بالإرادة الضمنية

1- **الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح** تتمثل في:

أ- كيفية التحقق من وجود ارادة التعاقد : الصعوبة التي تثار هنا هي مشكلة التعبير عن الإرادة في حالة التعبير عنها بشكل غير مباشر من خلال تدخل وسيط، الأمر الذي يمكن أن يؤدي إلى إصابة الرسائل الإلكترونية بعيوب في صحتها بحيث يصعب التأكد من وجود الإرادة فيها وكذلك صعوبة التحقق من مصدر الإرادة فيما لو صدرت من شخص ليس له صلاحية التصرف نيابة عن الشخص الأصلي أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الالكترونية أو تم تغيير مضمونها جراء الاختراقات التي تتعرض لها الشبكة. **(الرفاعي، 2003)**

غير أن الدراسات الأكاديمية والعلمية أثبتت أنّ تحديد إرادة التعاقد يمكن أن يتحقق من خلال اتفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة المرور، كم يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني من تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل الرسالة بمفتاحه السري ويتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أنّ الباعث بالرسالة هو المرسل الحقيقي. **(حجازي، 2006)**

ب- تحديد أهلية و هوية المتعاقد: قد يجرى التعاقد عن طريق الانترنت دون أن تتوفر أهلية التعاقد لأحد الأطراف أو كليهما كأن يقوم الشخص القاصر بالدفع إلكترونيا بالبطاقة المصرفية لوالديه أو إلى شخص آخر وبما أنّ العقد الالكتروني يبرم دون الحضور الشخصي للأطرف فإنّه يصعب على كل متعاقد أن يتعرف ويتأكد من شخصية وهوية المتعاقد الآخر . **(مجدوب، 2017)**

ومن التقنيات المستخدمة للتأكد من أهلية المتعاقد تقنية الحائط الناري لتجميع الآليات البرمجية لتجنب اختراق الشبكة، وتقنية الاستيثاق من المواقع وتعقبها خوفا من وجود شركات وأشخاص وهمية، أيضا الوثائق الإلكترونية أين تحدد فيها هوية المرسل والمرسل اليه .

ج- صعوبة اثبات جدية التعاقد: يظهر هذا العائق أمام المتعاقدين اذا أصيبت الأجهزة الإلكترونية بمشاكل فنية وأثرت على التعاقد بضياع الأدلة والبيانات المخزنة داخلها أو بانتهاء فترة الصلاحية المقررة لتخزينها بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة كما أنّ التلاعب بمضمون السند يؤثر على امكانية الإثبات. **(الدين، 2013)**

د- عدم تنظيم القانون المختار للمعاملات الإلكترونية،أو عدم وجود قواعد حمائية فيه للمستهلك الإلكتروني. **(مجدوب، 2017)**

2- الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني وتتمثل الصعوبات فيه في ما يلي:

أ- التحديد الضمني قد يؤدي الى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد إذ أن سكوت الأطراف عن اختيار قانون العقد بشكل صريح لا يسمح للقاضي البحث عن إرادتهم الضمنية فحسب بل عليه البحث عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد وهو ما يجعله مستترا وراء الإرادة الضمنية عن ارادته هو.

ب- صعوبة الاعتماد على القرائن العلامات الدالة على الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق إذ يتضح ذلك من نواحي متنوعة كلغة العقد فأغلب العقود تحرر باللغة الانجليزية باعتبارها لغة التخاطب في العقود الإلكترونية كذلك لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الوفاء يؤدى بطريقة إلكترونية .**(الدين، 2013)**

3. المبحث الأول: مخالفة قانون الإرادة في تحديد قانون العقد الإلكتروني

في حالة سكوت أطراف العقد الإلكتروني عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة أو ضمنا يتم اللجوء إلى حلول أخرى يتم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق تتمثل هذه الحلول في ضابط الإسناد الموضوعي والتي تعد بمثابة ضوابط احتياطية نص القانون عليها، يستند القاضي إليها ليختار أيا منها كقانون يطبق على العقد في حالة غياب إرادة الأطراف (المطلب الأول)، كما يتطلب الأمر من قبل فقهاء القانون ايجاد حل آخر موضوعي لا إسنادي وهو القانون الموضوعي الإلكتروني (المطلب الثاني).

1.3 المطلب الأول: دورضوابط الإسناد في تحديد قانون العقد الإلكتروني

سنتطرق في هذا المطلب إلى ضابط الإسناد الموضوعي بنوعيه الإسناد الجامد (الفرع الأول) والإسناد المرن (الفرع الثاني).

1.1.3 الفرع الأول: الإسناد الجامد

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 2/18 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:" وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة." وأضافت الفقرة الثالثة بأنّه:"و في حال عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ..."

وعليه سنتطرق إلى تفصيل هذه الضوابط من خلال إسناد العقد الإلكتروني إليها مع إضافة ضابط اخر أغفل المشرع عن ذكره وهو ضابط مكان تنفيذ العقد مع توضيح صعوبات تطبيق هذه القواعد على العقد الإلكتروني مع العلم أنّ هذه الضوابط هي ضوابط إسناد تقليدية في عقود التجارة الدولية

1- **إسناد العقد الإلكتروني لضابط قانون الموطن المشترك:** منحت التشريعات الوطنية الأفضلية لهذا المعيار، باعتباره قانونا يعد قرينة كبرى بعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين ولهذا يعرفه الفقه الموطن المشترك بأنّه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله أو مصالحه، فتحديد الموطن مرتبط بمكان حقيقي وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين أي المكان الذي اتخذه كل منهما حقيقة لإدارة مصالحه . **(سمير، 2010)**

إنّ هذا المعيار قد يصعب تطبيقه في مجال التعاملات الالكترونية خاصة تلك التي تتم عبر الانترنت لاعتماد هذه الشبكة على العناوين الإلكترونية لا العادية و هي عناوين لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي مثل العناوين التي تنتهي ب com ; frو العناوين التي لم تصمم بمنظور جغرافي. **(المنزلاوي، 2006)**

2- **إسناد العقد الإلكتروني لضابط قانون الجنسية المشتركة:** تبنت مختلف التشريعات الوطنية الاتجاه الذي يقضي بإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين غير أنّه يصعب التعويل على عنصر الجنسية المشتركة لتحديد قانون العقد وذلك في مجال المعاملات الإلكترونية كونها لا تعد عنصرا مؤثرا في المعاملات الدولية بحيث يرى البعض أنّها لا تصلح وحدها كأساس لإضفاء الطابع الدولي لهذه العقود،علاوة على ذلك فإن الاعتداد بالجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد و هو أمر قد لا تأبه به التجارة الإلكترونية. **(الكريم، 2018)**

3- **إسناد العقد الإلكتروني لضابط قانون مكان إبرام العقد:** يؤخذ بهذا المعيار على أساس أنّه أول مكان تتجسد فيه الإرادات و من خلاله يكون المتعاقدان على علم بوحدة القانون الواجب التطبيق على عقدهم، فتسند الرابطة العقدية إلى محل إبرام العقد لوجود صلة حقيقية بين قانون هذا الضابط والعقد غير أن الأخذ بهذا المعيار في مجال المعاملات الإلكترونية يعد أمرا صعبا وهذا راجع لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني وهو ما يعرف بصعوبة التركيز أو التوطين المكاني بالنظر الى الوسائل المختلفة التي تتم من خلالها هذه المعاملات خاصة في مجال الانترنت، إذ تتجاوز هذه الشبكة كل حدود الدول وهي في الوقت ذاته مفتوحة للاستخدام من قبل الكافة دو ن الارتباط بأي مكان، حيث أنّ استخدامها من قبل مقدمي الخدمة أو المستفيدين يخلو من عنصر التحديد المكاني فيها، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الإنترنت في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في بلد رابع، ويتم تنفيذ العقد في دول مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني. **(سمير، 2010)**

وقد يبرم العقد الإلكتروني دون قيام الصلة بين العقد و مكان الإبرام كأن يقوم شخص بالتعاقد باستخدام حاسوب غير تابع له أو استخدامه لحاسوب متوفر في مقهى أو من خلال استعانته بحاسوب شخص متجول من دولة إلى أخرى. **(حمودي، 2009)**

4- **إسناد العقد الإلكتروني لضابط قانون محل تنفيذ العقد:** يحتل هذا الضابط أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني باعتباره يعتمد على المكان الذي تتركز فيه مصالح

المتعاقدين وباعتباره المكان الذين سيجنون فيه ثمار تعاقدهم، كما يعد القانون الأوثق صلة بالعقد والمكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية كونه يرتبط أكثر بموضوع العقد عن محل ميلاده. **(سمير، 2010)**

وكغيره من الضوابط فإنّ ضابط بلد تنفيذ العقد يثير عدة صعوبات عند إعماله في مجال المعاملات الإلكترونية التي يتم تنفيذها عبر الطرق الإلكترونية أي تلك التي تنفذ بشكل كلي عبر الوسائط الإلكترونية كبرامج الحاسوب التي يتم ادارتها مباشرة في شبكة الانترنت إذ أنّه عالم افتراضي يصعب فيه تحديد مكان تنفيذ العقد. **(سامية، 2019)**

2.1.3 الفرع الثاني: الإسناد المرن

إنّ صعوبة تطبيق الضوابط الجامدة على العقد الإلكتروني جعل الفقه والقضاء يتجه إلى تبني ضابط موضوعي آخر لتحديد القانون الذي يحكم العقد و هو ضابط الإسناد المرن القائم على معيار الأداء المميز للعقد **(المنزلاوي، 2006)** .

تقوم فكرة الأداء المميز على تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلا أنّ أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، و بالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملته، فمحل تنفيذ الأداء المميز هو قانون دولة محل إقامة المدين بهذا الأداء الأساسي في العقد، والذي غالبا ما يكون في العقد الإلكتروني التزام بتوريد خدمة. **(الدين، 2013)**

على الرغم من تبني معظم تشريعات القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء في أغلب دول العالم فكرة الأداء المميز للعقد، إلا أنّ إعمال هذه الفكرة في عقود التجارة الإلكترونية لا يخلو من النقد، وذلك من عدة جوانب، منها أنّ إعمال هذه النظرية يؤدي إلى إسناد العقد لقانون الطرف القوي في العقد والتضحية بمصلحة الطرف الضعيف فمثال في عقود البيع أو توريد الخدمات التي تتم عبر الانترنت، يكون قانون دولة البائع أو مقدم الخدمة هو الواجب التطبيق على العقد حيث يعد أداء مميزا التزام البائع بتسليم المبيع، والتزام المورد بتوريد الخدمة **(المنزلاوي، 2006)** و باستقراء نص المادة 2 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية يتضح أنّ المشرع أخذ بضوابط الإسناد الجامد واستبعد ضابط الإسناد المرن.

2.3 المطلب الثاني: الأخذ بالقانون الموضوعي الإلكتروني

لجأ الفقه الحديث إلى ضرورة الأخذ بالقانون الموضوعي الإلكتروني بعد أن تبين نقص القواعد السابقة في ضبط التعاملات الإلكترونية حيث أنّ هذا القانون يعد حلا بديلا عن القوانين الوطنية ووجد عندما عجزت قواعد الإسناد عن حل إشكالات القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية خاصة مع الاشكالات التي أثارتها شبكة الانترنت لذلك سنتطرق لمفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني (الفرع الأول) و ومصادره المتعددة (الفرع الثاني).

1.2.3 الفرع الأول: مفهوم القانون الموضوعي الإلكتروني

يعرف القانون الموضوعي الإلكتروني بأنّه القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا للتطبيق على المعاملات القانونية ذات الصفة الدولية وهو عبارة عن مجموعة القواعد التي تشكل قانونا ذاتيا مستقلا وغير مرتبط بالقواعد الوطنية، وهو يتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للانترنت وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل عن طريق بيانات رقمية تتم بها المعاملات والصفقات عبر الشاشات، يسمى القانون الإلكتروني للانترنت و تعددت مسمياته تبعا لتعدد تعريفاته فسمي ب"القانون الإلكتروني" أو" قانون المعاملات الإلكترونية" أو "قانون المعلوماتية" أو "القانون الافتراضي" أو "القانون الرقمي" وسماه البعض قانون التجار الرقمي . **(الزهراء، 2016)**

من خلال هذا التعريف يتضح أنّ القانون الموضوعي الإلكتروني له عدة خصائص تتمثل في مايلي :

أ- هذا القانون يخاطب مجموعة معينة من الأشخاص وهم مستخدمو شبكة الانترنت ومقدمو خدمة الانترنت و ينظم نوعا معينا من المعاملات و هي المعاملات الإلكترونية.

ب- هذا القانون هو قانون تلقائي النشأة فهو لم يأت عن طريق شكلي أو رسمي بل نشأ من العادات والأعراف التجارية و بالتالي فهو ينشا و يتطور حسب المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة.

ج- هذا القانون قانون دولي موضوعي فهو عابر للحدود ذلك لأنّ طبيعة المعاملات الإلكترونية عابرة للحدود، وهو قانون دولي موضوعي يحكم المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت،وهو في نفس الوقت ليس من وضع هيئة دولية أو منظمة عالمية وإن كان ذلك من الممكن حيث يمكن لمنظمة الأونسترال التابعة للأمم المتحدة إصدار قانون إلكتروني خاص بالمعاملات و العقود الإلكترونية . **(ابراهيم، 2006)**

2.2.3 الفرع الثاني: مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

بالرغم من الوجود الفعلي للقانون الموضوعي الإلكتروني إلا أنّ الفقهاء اختلفوا حول مصادره اذ نذكر أهم هذه المصادر التي تعد سببا من أسباب ظهور هذا القانون :

أ- الاتفاقيات الدولية والتوصيات الدولية الأساسية: تعتبر الاتفاقيات والتوصيات الدولية مصدرا هاما من مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني حيث يمكن من خلالها تحقيق التوحيد و الانسجام بين القواعد التي تحكم الروابط القانونية عبر الشبكة الدولية وحل كثير من المشكلات التي ظهرت من النواحي العملية أهمها اتفاقية فيينا لبيوع البضائع الدولية و غيرها من الاتفاقيات.

كما نجد توصيات منظمة التعاون والتنمية الأوروبية حول حماية الحياة الخاصة وتدفق المعلومات ذات الطباع الشخصي عبر الحدود لسنة 1980، التوجيه الأوروبي رقم 46/95 حول حماية الفرد في مجال معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي والتدفق الحر للبيانات، وهي وسيلة لتوحيد الحلول بشأن الفوارق والإختلافات بين التشريعات الداخلية للدول وتؤمن الانسجام بين أنظمتها القانونية، كما أصدرت اللجنة الأوروبية توصية هامة في خصوص بعض الجوانب القانونية للتجارة في نطاق المعطيات

المعلوماتية، حيث دعت رجال الاقتصاد والمنظمات التي تعمل في هذا المجال أن تستخدم نموذجا للعقد الذي سبق أن أصدرته والاستعانة بالتعليقات الواردة في شأنه، والصادرة عن ذات اللجنة.

ب- **الممارسات التعاقدية** مثل(عقود الإيجار المعلوماتي، وعقود إنشاء موقع إلكتروني أو متجر افتراضي)، وهي كلها عقود أرست العديد من الممارسات التعاقدية شكلت قواعد متبعة في غالبية الدول التي انتشرت فيها الانترنت. **(الزهراء، 2016)**

ج- **قواعد السلوك:** تتضمن هذه الأخيرة حد أدنى من المبادئ و الأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها المتعاملين والمستفيدين من التعامل في هذا العالم الافتراضي –الانترنت- و من أهم هذه المبادئ عدم استخدام الحاسب في الحاق الأذى بالآخرين أو التدخل في العمل المعلوماتي للآخرين أو استخدامه في السرقة أو انتحال مصنفات الغير أو التفتيش في البطاقات الائتمانية الخاصة بالآخرين. **(سلامة، 2000)**

د- **العقود النموذجية:** عملت معظم المنظمات المهنية على ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي من خلال إعداد عقود نموذجية تتضمن العديد من العادات التجارية من أمثلتها العقود التي أعدتها هيئات مختلفة مثل قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني UNCID أو النموذج الذي أعدته جمعية المحامين أمريكية ABA أو النموذج الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات TEDIS .

و- **الأعراف و العادات المستقرة:** يعتبر العرف لدى البعض أحد أهم المصادر المهمة للقانون الموضوعي الإلكتروني على أساس أنّ المتعاملين في العالم الافتراضي قد ساهموا في انشاء تلك القواعد وذلك بطريقة تلقائية من خلال ما استقر عليه من عادات و أعراف وممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي بالإضافة إلى أنّ العرف يتلاءم مع التطور السريع والمتلاحق في مجال العقود الإلكترونية على خالف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء . **(ابراهيم، 2006)**

ي- **قرارات التحكيم الإلكتروني:** تعد قرارات التحكيم عنصرا هاما ضمن مجموعة القواعد المادية التي يتشكل منها القانون الموضوعي الإلكتروني حيث من خلال هذا القرارات يمكن انشاء قوانين بعيدة عن القوانين الوطنية تمكن الأطراف من حل النزاعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية وهو ما أعلنت عنه غرفة التجارة الدولية و بالرغم من الخلاف الفقهي حول مدى تمتع هذا القانون بصفة النظام القانوني ما بين مؤيد لهذه الصفة و معارض لها إلا أنه يمكن القول أنه قد اكتملت مواصفات النظام القانوني فيه، **(الدين، 2013)**و بالرغم من عدم توافره على عنصر الإلزام وقصور قواعده، إلا أنّه يعتبر قانونا مستقلا وذلك بالنظر الى مدى إمكانية هذه القواعد في حل النزاعات في البيئة الإلكترونية.

الخاتمة:

يعتبر منهج تنازع القوانين من أهم قواعد الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، حيث نصت عليها العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، غير أنّه مع العقود الإلكترونية الدولية المبرمة عبر الانترنت ظهرت صعوبات إعمال مناهج تنازع القوانين سواء كانت متعلقة بالضابط الأصلي (قانون الإرادة) أو بالضوابط الاحتياطية، الأمر الذي جعل البعض

ينادون بوجود قانون جديد لحكم هذا النوع الجديد من التجارة الدولية معتمدين فيه على قواعد ذات وجود خاص ومستقل لاقت تطورا في البيئة الإلكترونية عبر الانترنت على نحو يصون حقوق المتعاملين ويحقق التوازن بينهم.

وبناء على ذلك نقدم التوصيات التالية:

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري في العقد الالكتروني بتعديلات تخدم مصلحة أطرافه.
- ضرورة الاعتماد على ضوابط اسناد أكثر مرونة في اسناد العقد.
- ضرورة منح القاضي سلطة تقديرية لتحديد القانون الأكثر ارتباطا بالعقد على أن لا تتعرض هذه السلطة مع ارادة الأطراف مراعاة لمصلحتهم.

قائمة الاحالات

- مناصف أمين، سعدي سامية. (2017). تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية،مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر،سوق أهراس: جامعة محمد الشريف مساعدية، صفحة 6-7.
- خالد عبد الفتاح، محمد خليل. (2016). *دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*. مصر: دار الجامعة الجديدة صفحة 32.
- مناني فراح. (2009). *العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري*. عين ميلة، الجزائر: دار الهدى صفحة 107.
- مناصرية حنان. (2017). دور قانون الإرادة في تطبيق العفود الإلكترونية. *مركزجيل البحث العلمي- مجلة جيل الأبحاث القانونية*(18)، صفحة 83.
- خالد عبد الفتاح، محمد خليل. (2016). *دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*. مصر: دار الجامعة الجديدة، صفحة 41-42.
- مناصف امين، سعدي سامية. (2017). سامية، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر، سوق أهراس، الجزائر: جامعة محمد الشريف مساعدية، صفحة 12.
- القانون 18-05المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر، عدد 28 الصادرة في 2018/05/16،ص05. (بلا تاريخ).
- مناصرية حنان. (2017). دور قانون الإرادة في تطبيق العفود الإلكترونية. *مركزجيل البحث العلمي- مجلة جيل الأبحاث القانونية*(18)، صفحة 83.
- خالد عبد الفتاح، محمد خليل. (2016). *دور إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*. مصر: دار الجامعة الجديدة، صفحة 72-77.
- كوثر مجدوب. (2017). حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الاستهلاكي. *مجلة تاريخ العلوم، 02*(8)، 269.

- سيني مخالفية نور الدين،. (2013). القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية. 29. البويرة، الجزائر: جامعة أكلي محند أولحاج، صفحة 29.
- أشرف عبد العليم الرفاعي. (2003). *القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية*. مصر: دار الفكر الجامعي، صفحة 50-51.
- عبد الفتاح بيومي حجازي. (2006). *التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية*. مصر: دار الفكر الجامعي، ص163-166.
- كوثر مجدوب. (2017). حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الاستهلاكي. *مجلة تاريخ العلوم، 02*(8)، 268.
- سيني مخالفية نور الدين،. (2013). القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية. 29. البويرة، الجزائر: جامعة أكلي محند أولحاج، صفحة 33.
- كوثر مجدوب. (2017). حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الاستهلاكي. *مجلة تاريخ العلوم، 02*(8)، 688.
- سيني مخالفية نور الدين،. (2013). القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية. 29. البويرة، الجزائر: جامعة أكلي محند أولحاج، صفحة37-38.
- خليفي سمير. (2010). حل النزاعات في عقود التجارة الإلكترونية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي. تيزي وزو، الجزائر: جامعة مولود معمري صفحة 44..
- صالح المنزلاوي. (2006). *لقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة صفحة 332.
- سالم عبد الكريم. (2018). أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية. *المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، 02*(02)، 77.
- خليفي سمير. (2010). حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي. تيزي وزو، الجزائر: جامعة مولود معمري صفحة 46.
- ناصر حمودي. (2009). النظام القانون لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر االنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه. 156. تيزي وزو، الجزائر: جامعة مولود معمري.
- خليفي سمير. (2010). حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي. تيزي وزو، الجزائر: جامعة مولود معمري صفحة 42.
- مناصف امين، سعدي سامية. (2017). تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماستر. 52. سوق أهراس، الجزائر: جامعة محمد الشريف مساعدية.

- صالح المنزلاوي. (2006). *لقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة صفحة 336.

- سيني مخالفية نور الدين،. (2013). القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية. 29. البويرة، الجزائر: جامعة أكلي محند أولحاج، صفحة38-49.
- صالح المنزلاوي. (2006). *لقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة صفحة 344-345.
- ربحي فاطمة الزهراء. (2016). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية،. *مجلة الميزان*(02)، 363.
- خالد ممدوح ابراهيم. (2006).*ابرام العقد الإلكتروني*. مصر: دار الفكر الجامعي صفحة .
- ربحي فاطمة الزهراء. (2016). القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية،. *مجلة الميزان*(02)، 364-363.
- أحمد عبد الكريم سلامة. (2000). *القانون الدولي الخاص (الالكتروني، السياحي البيئي)*. مصر: دار النهضة العربية 316-317.
- سيني مخالفية نور الدين،. (2013). القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية. 29. البويرة، الجزائر: جامعة أكلي محند أولحاج، صفحة71.