

القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)

الدكتورة / شريف هنية

أستاذة محاضرة - قسم أ - بكلية الحقوق

والعلوم السياسية جامعة الانتماء

- الجزائر -

ملخص:

من أهم التحديات التي تواجه الأشخاص لحظة إبرام العقد الإلكتروني تحديد القانون الواجب التطبيق عليه من جهة، ومن جهة أخرى تبيان الاختصاص القضائي في ذات العقد .

فالعنصر الأجنبي المتوفر في أغلب العقود الإلكترونية يفرض تطبيق قواعد إسناد مدرجة في القانون الدولي الخاص والتي صممت لتحكم العقد الدولي الكلاسيكي، ومع ذلك فإن الطابع اللامادي للمعاملات والطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت جعلتا العقد الإلكتروني يتمتع بالخصوصية، وب حاجة إلى تعديل هذه القواعد .

لذلك نطرح الإشكالية حول مدى جدوى تطبيق منهج التنازع التقليدي لتحديد القانون المطبق على العقد الإلكتروني، أو حتمية وضع قواعد مستقلة مستمدة من الطبيعة الخاصة للتكنولوجية الرقمية وحرية التجارة الدولية والإلكترونية^١، سنحاول الإجابة عنها ضمن الدراسة .

مقدمة

بعدها شهد العالم ثورة تكنولوجية شملت عدة مجالات، هذا ما أدى إلى وجود معاملات تتم عبر شبكة اتصالات عالمية تعرف بالإنترنت^(١)، مما دفع ذلك إلى احتلال التجارة الإلكترونية مركزاً لا يستهان به في العلاقات الدولية الحديثة، وأصبحت المحور

(١) إن الغاية الجوهرية التي تهدف تحقيقها شبكة الإنترنت هي تداول المعلومات، حيث يتم إرسال ونقل المعلومات من مكان لآخر، ويتم إدخال وتخزين البيانات المكونة للمعلومة في ذاكرة الحاسب واستدعائها عند الحاجة إليها، ويقتضي انسياب المعلومات أن يكون الإرسال أو النقل مناسباً ومتدفقاً وغزيراً بفضل استخدام الهاتف الذي يرتبط بالحاسبات من خلال وحدات طرفية مركبة في مواقع متعددة .

الرئيسي الذي تدور حوله هذه العلاقات، فجعل التعامل الافتراضي على الصعيد الدولي ينشأ علاقة تعاقدية ينبغي معرفة التنظيم القانوني المطبق عليها، لهذا التجارة الإلكترونية بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة من أهم المواضيع التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي في الوقت الحاضر، فقد تواترت فيها الدراسات، وأصدرت في حقها قوانين تتولى تنظيمها في بعض الدول، و أصبح العالم يحاول مواكبة التطورات حول هذا الموضوع إلى درجة تصعب متابعته.

بالتالي أمام تزايد انتشار شبكة المعلومات وتوزيعها بشكل مطرد لم تعد الإنترنت حكرًا على مختصين، بل على أشخاص عاديين ليقوموا بعمليات تجارية تفوق حدود الدول^(٢)، كان من الضروري اتجاه الأنظار نحو القواعد التي تنظم بث المعلومة، والتنسيق بين حرية التعبير وانسياب المعلومة من جهة، والمحافظة على حقوق الآخرين بوضع تنظيم قانوني يحكم العلاقات العقدية التي تتم من خلالها من جهة أخرى، فالعقد الإلكتروني باعتباره تلاقي عروض للسلع والخدمات بين أشخاص متواجدين في دول مختلفة، الإيجاب والقبول فيه يمكن التعبير عنه عبر شبكة المعلومات المسماة بالإنترنت بهدف إشباع حاجاتهم المتبادلة بطريقة تفاعلية interactive، لهذا وتحقيقاً لهذه الحاجات وجدت أنواع عدة من العقود الإلكترونية، نذكر منها عقود خدمات الإنترنت كعقود الحصول على الموقع على الشبكة الدولية للاتصالات contrat de site، وعقود تحميل المواد الإعلانية والترويجية والبيانات الشخصية وغيرها up-loading contract، وعقود الاشتراك والدخول إلى الشبكة وغيرها Contrat d'abonnement^(٣)، كل هذه العلاقات الدولية ينبغي تحديد القانون الواجب التطبيق عليها .

بالتالي مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني أصبح تحدياً أمام ميلاد شبكة المعلومات والاتصالات الدولية المعروفة بالإنترنت، فقد ظهرت بعض المشكلات الخاصة بشكل وأسلوب التعاقد الإلكتروني، مما دفع للتساؤل حول مدى جدوى تطبيق منهج التنازع التقليدي لتحديد القانون المطبق على العقد الإلكتروني، أو بعبارة أخرى ما مدى حتمية وضع قواعد مستقلة مستمدة من الطبيعة الخاصة

(٢) LAUGOIS Marc et GASCH Stéphane: Le commerce électronique B to B, de l'EDI a L'internet, DUNOD 1999, P 2 .

(٣) لمزيد من التفاصيل حول عقود الاشتراك انظر المرجع التالي: فاروق محمد الأباصيري: عقد الاشتراك (في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت) دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢ .

للتكنولوجية الرقمية وحرية التجارة الدولية بما فيها الإلكترونية ؟ للإجابة عن هذا التساؤل يجب بداية تحديد الصفة الدولية للعقد الإلكتروني ضمن المبحث الأول نعالجه في مطلبين: الأول نتطرق عبره للسبل التقليدية لإضفاء هذه الصفة، أما الثاني فيشمل السبل الحديثة التي تتيحها الوسائل الإلكترونية في التعاقد، كما يجب التطرق بعدها إلى مدى مصداقية منهج التنازع في تحديد القانون المطبق على العقد الإلكتروني من خلال تناول مسألة إعمال قواعد الإسناد على العقد الإلكتروني في المطلب الأول، ومدى صلاحية منهج التنازع لحكم العقد الإلكتروني في المطلب الثاني، لنصل في المبحث الأخير إلى دراسة القواعد المادية الموضوعية كبديل لمنهج التنازع في العقد الإلكتروني الذي من خلاله نوضح أسباب الحاجة لهذه القواعد لحكم العقد الإلكتروني ضمن المطلب الأول، ثم نحدد مصادر القانون الموضوعي في المطلب الثاني .

المبحث الأول

الصفة الدولية للعقد الإلكتروني

من المسلّم به دولياً أنّ التقنيات الجديدة تعد جزءاً لا يتجزأ من العالم الواقعي، مما سمح بإجراء معاملات إلكترونية عبرها، وكذا إبرام عقود إلكترونية، هذه العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت يصبغ عليها الطابع الدولي، مما يفرض التساؤل هنا إذا كان هذا الطابع مستمداً من المعايير التقليدية المطبقة على العلاقات العقدية ؟ أو أن الوسائل الإلكترونية في إبرام أو تنفيذ العقد سبباً في جعل العقد الإلكتروني عقداً دولياً ؟ .

المطلب الأول

السبل التقليدية لإضفاء الصفة الدولية على العقد الإلكتروني

لقد حاول كل من الفقه والقضاء وضع معايير يتم على أساسها تحديد الصفة الدولية للعقد ولو بطريقة غير مباشرة من خلال التحكيم الذي يعد وسيلة لفض النزاع فيه، فأوجد معيارين تم استخدامهما مجتمعين أو منفصلين، الأول: يركز على أطراف النزاع، أما الثاني: فينظر لطبيعة المصالح التي يهدف إلى تحقيقها، فهل هذه المعايير تتماشى ومقتضيات العقد الإلكتروني ؟ .

الفرع الأول

المعيار القانوني (معيار أطراف النزاع)

تظهر أهمية تحديد الصفة الدولية للعقد بداية من خلال ما يرتبه هذا الأخير من تطبيق لقواعد ومبادئ^(٤) لا نجد لها بديلاً على المستوى الداخلي، ولا تطبقها المحاكم الوطنية، وتعد هذه المسألة من المسائل المعقدة لاختلاف وجهات النظر بين الفقه والقضاء حولها؛ لذلك وضعت معايير يتم الاستناد إليها، لكن البداية اقتصر في التركيز على أطراف النزاع، هذا الأخير يتحقق معه توفر العنصر الأجنبي في العلاقة العقدية .

إنّ حاول الفقه إيجاد معايير يتم على أساسها تحديد الصفة الدولية للعقد، فبعض الآراء أخذ بالمعيار القانوني، وتبعتها في ذلك بعض القرارات التي صدرت

(٤) هذه المبادئ تم ترسيخها باعتبارها قواعد عابرة للحدود تطبق في النزاع أمام التحكيم التجاري الدولي خاصة، تسمى بقانون التجار *lex mercatoria* يأتي بالموازاة مع القانون الداخلي، وهو يشمل كل من العقود النموذجية والمصطلحات التجارية الدولية *incoterms* وحتى عادات وأعراف التجارة الدولية.

عن هيئات التحكيم وحتى القضاء الوطني، بالإضافة إلى بعض الاتفاقيات الدولية^(٥)، فالمقصود بالمعيار القانوني هو توفر العنصر الأجنبي في العقد، بمعنى أن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل موجوداً بالخارج، إذ تتنوع عناصر الاتصال في عدة دول، وهذه العناصر قد تكون شخصية كاختلاف محل إقامة الأطراف المتنازعة، وقد تكون موضوعية متعلقة بموضوع العقد المتنازع عليه كمحل إبرام العقد أو محل التنفيذ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه حول ما إذا كانت كل العناصر تعامل على قدم المساواة في تحديد الطابع الدولي؟، حيث توجد عناصر مؤثرة في تحديد العنصر الأجنبي، وعناصر أخرى غير فعالة تأخذ قوتها من عناصر تعلوها في المرتبة، وفي هذا الشأن وجد رأيان متناقضان، إنما هذه الآراء اقتصررت على العناصر المرتبطة بدولية العلاقة العقدية^(٦).

الرأي الأول: أخذ به الفقه التقليدي بالتسوية بين العناصر القانونية، فوفقاً لهذا الرأي يكفي لتوفر صفة الدولية أن يكون هناك ارتباط بأكثر من نظام قانوني من خلال اختلاف جنسية الأطراف أو اختلاف محل الإقامة .

أما الرأي الثاني: فهو رأي مناقض للرأي الأول وأخذ به الفقه الحديث من خلال عدم المساواة والتفرقة بين العناصر الفعالة وغير الفعالة، ويمكن على ضوء العناصر الفعالة تحديد الطابع الدولي للعقد، فاختلاف جنسية الأطراف مثلاً وجد خلاف حول فعاليته، ففي بعض قرارات محكمة النقض الفرنسية اعتبر عنصرًا مؤثراً رغم عدم تأييد الفقهاء الفرنسيين له، فقد اعتبروه عنصرًا ضعيفاً^(٧) كونه لا يعبر عن طبيعة العقد إلا في الحالات التي يجتمع فيه هذا العنصر مع جملة من العناصر الأخرى، أما اختلاف محل إقامة أو محل التنفيذ فيعدان من ضمن العناصر الفعالة حتى ولو كانت الأطراف من جنسية واحدة، لأنهما يؤديان إلى انتقال الأموال عبر الحدود^(٨).

(٥) من ضمن هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية لاهاي الصادرة في ١٩٨٦/١٢/٢٢ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع في مادتها الأولى الفقرة الأولى تقر: «أن الاتفاقية تطبق عندما يكون تمركز الأطراف في دول مختلفة».

(٦) فرغم اتفاق غالبية الفقهاء على أن مسألة الدولية هي مسألة أولية لازمة لإعمال قواعد القانون الدولي وخاصة تطبيق قانون الإرادة على العقد التجاري الدولي، لكن تأكيده من قبل محكمة النقض الفرنسية جاء متأخراً وبطريقة ضمنية بوضع معايير لصفة الدولية انظر في ذلك : Marie Niboye-Hoegy : Contrats internationaux , J.CL.D.INT.1993 , Fas 552-30 , article 1134-1135 , P 09 .

(٧) Jean-Michel Jacquet : Principe d'autonomie et contrats internationaux , publie avec le concours du ministère des universités *ECONOMICA* 1983 , P 253.

(٨) وهذا ما تبنته معاهدة جنيف لسنة ١٩٦١ في مادتها الأولى وحتى بعض قوانين الدول الأنجلوسكسونية =

وعلى ذلك ووفقاً لهذا الرأي، يركز العقد الإلكتروني في دولته على أطراف النزاع من حيث الجنسية ومحل الإقامة أو مركز إدارة الشركات المتعاقدة كعناصر فعالة، فوفقاً لهذا المعيار يجب توفر عنصر أجنبي فعال يربط العقد الإلكتروني بعدة أنظمة قانونية، لكن هذا غير كافٍ لدليل أنه قد وجد معيار آخر أكثر موضوعية ينظر لطبيعة النزاع وأصبح أكثر انتشاراً كما سنرى.

الفرع الثاني

المعيار الاقتصادي (معيار طبيعة النزاع)

يرتكز هذا المعيار في تحديد صفة الدولية على طبيعة النزاع، ويعد هذا المعيار معياراً موضوعياً يتناول مادة النزاع أي العملية التي يحققها العقد التجاري الدولي والمتمثلة في تحقيق مصالح التجارة الدولية^(٩)، إذ يعتبر العقد دولياً إذا كان متعلقاً بنزاع دولي يتعدى الحدود، حيث من الممكن أن يتم إبرام العقد في دولة ويطلب تنفيذه في دولة ثانية، وبالتالي وفقاً لهذا المعيار، لا يمكن تحديد صفة الدولية بالرجوع إلى عناصر العقد سواء لجنسية الأطراف أو مقر إقامة المحكم، بل تتحدد إذا وجد هناك مد وجزر وتبادل القيم بين الدول^(١٠)، بغض النظر عن العناصر الأخرى المرتبطة به، سواء أكانت شخصية أم جغرافية .

هذا المعيار تبناه القضاء الفرنسي^(١١) بعد أن كان يستند قبلاً في أحكامه للمعيار

كإنجلترا، كما نجد أن معاهدة جنيف جعلت من اختلاف محل الإقامة ومركز الإدارة في دول مختلفة من العناصر المؤثرة التي تضيف على التحكيم الذي هو وسيلة لفض النزاعات المتعلقة بالعقد الدولي الطابع الدولي، وذلك في الفقرة الأولى من المادة الأولى، وسار على المنهج نفسه قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٧٩ .

(٩) لقد استعمل المشرع الجزائري هذا الاصطلاح لأول مرة من خلال نص المادة ٤٥٨ من المرسوم التشريعي رقم ٩/٩٣ المؤرخ في ٢٥/٠٤/١٩٩٣ المعدل لقانون الإجراءات المدنية، دون أن يحدد المقصود منه .

(١٠) Sylvie Graumann-Yettou : Guide pratique du commerce international , librairie de la cour de cassation 1997, LITEC , P 279 .

-Tony maalouli : La notion du contrat , Sous direction internet www.dm.net.lb

(١١) إذ إن اللبونة التي يفرضها المعيار الاقتصادي تظهر واضحة في القضاء الفرنسي، حيث اعتبر الاجتهاد القضائي وخاصة الفرنسي أن مصالح التجارة الدولية معيار أساسي، ويظهر ذلك جلياً من خلال حكمين صادرين عن محكمة النقض الفرنسية - الأول في قضية مار دول MARDELE بتاريخ 27/02/1930 (TOME 1. P41 .Sirey 1933 .cassation 1930/02/19) والثاني في قضية دامبريكوت DAMBRICOURT صدر الحكم فيها في 1931/01/27 (revue critique droit international privé 1981 , P . 319) .

القانوني، وسأيره في ذلك المشرع الفرنسي ضمن نص المادة ١٥٠٤ من قانون الإجراءات المدنية بقولها: «يعتبر دولياً التحكيم الذي يثير مسائل تتعلق بمصالح التجارة الدولية»^(١٢)، لكن يؤخذ على هذه المادة على الرغم من تكريسها للمعيار الاقتصادي أنها لم تفك الغموض حول عبارة «مصالح التجارة الدولية»، هذا ما أدى للعودة في التفسير لما استقر عليه القضاء الفرنسي، من أن المقصود بهذا المعيار أن تتضمن العلاقة القانونية التي نشأ عنها النزاع، حركة أموال أو بضائع أو خدمات عبر الحدود، بحيث ترتبط العلاقة اقتصادياً بأكثر من دولة^(١٣).

فأساس مصالح التجارة الدولية ترتكز في مدلولها على فكرة تبادل القيم بين الدول^(١٤)، فقد اعتبر في أحكامه أن عمليات نقل البضائع من دولة إلى أخرى تخضع للتحكيم الدولي، مما يعني أن تلك المصالح تتجسد في حركة الأموال من دولة إلى أخرى ذهاباً وإياباً، كما هو حال عمليات الإنتاج والتوزيع ونقل القيم المنقولة المادية والمعنوية وعمليات الوكالة والخدمات التجارية الدولية وغيرها.

بالتالي وفقاً لما سبق لا يهم في الصفة الدولية للعقد وكذا التحكيم أن يكون أطرافه تجاراً، كما أنه من جهة أخرى يجوز أن يكون طرفا النزاع من دولة واحدة طالما تعلق موضوع العقد وكذا النزاع بمصالح التجارة الدولية، فكل هذه العمليات تدخل في نطاق التجارة الدولية، ما دفع غرفة التجارة الدولية بباريس لتبني هذا المعيار^(١٥)، بل أبعد من ذلك نجد عدة معاهدات في مجال التحكيم أولت له أهمية^(١٦).

(١٢) Selon l'article 1504 du **Code de procédure civile** « est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

(١٣) حفيظة حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٤، ص ١٠٢ وما يليها.

(١٤) فكرة تبادل القيم عبر الحدود جاء بها المحامي الفرنسي بول ماتر PAUL MATTER بمناسبة قضية شهيرة طرحت على محكمة النقض الفرنسي سنة 1927 تعرف بـ PELISSIER، ووفقاً له يكون العقد دولياً مع وجود حركة ذات طبيعة مزدوجة كالاستيراد والتصدير الذي يحقق ذهاب وإياب القيم عبر الحدود انظر: D.P.1928 P.25 ; 17Mars 1927 affaire Matter ; Cassation. Civil. note Capitani.

(١٥) Jean Robert: L'arbitrage – droit interne, droit international privé, Dalloz 1993, P 426.

(١٦) من ضمن هذه المعاهدات نجد معاهدة نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مادته الأولى، والاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١، والمنحى نفسه =

الفرع الثالث

إحداث التوازن بين المعيارين وموقف بعض التشريعات منه

لقد تبني القانون الفرنسي المعيار الاقتصادي وجسده في عدة قرارات صدرت عن قضاؤه، لكن في السنوات الأخيرة غيّر موقفه أخذاً بالمعيار القانوني، فاستند في بعض قراراته إلى أطراف النزاع^(١٧)، هذه المرحلة الانتقالية تحولت إلى تكامل بين المعيارين لاكتساب صفة الدولية، وتبريرهم لذلك أن العقد يكون دولياً إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني وحقق مصالح التجارة الدولية، فإذا كان التصرف يحقق تلك المصالح فإنه يؤدي بالضرورة إلى اتصال العقد الإلكتروني بأكثر من نظام قانوني، وأهم هذه القضايا نذكر قضية (هشت) الذي صدر قرار بشأنها بتاريخ ٠٤ يوليو ١٩٧٢^(١٨)، وقضية أخرى تتصل بالتحكيم صدر قرار محكمة النقض فيها بتاريخ ١٩٨٤/١١/٠٩، وقد تم فيهما التركيز على المعيارين في آن واحد^(١٩).

فكرة الجمع بين المعيارين طبقت في الجزائر لأول مرة بمقتضى المرسوم التشريعي ٠٩/٩٣ المؤرخ في ٢٥ أبريل ١٩٩٣ والمعدل لقانون الإجراءات المدنية، فقد جمع فيه المعيارين معاً بعدم التركيز على الطابع الدولي للعملية فحسب، بل كذلك على العنصر الأجنبي الذي يتحقق بأن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج^(٢٠)، متبعة في ذلك نص المادة ١٤٩٢ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي قبل تعديله،

اتخذته اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ المتعلقة بتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بين الدول
ومواطني الدول الأخرى في مادتها ٢٥ ، وأخيراً القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة
الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي .

Marie Niboyet-Hoegy : op cit , P09 et S . (١٧)

(١٨) في القضية اعتبر العقد المبرم في السويد وفرنسا بين شركتين تجاريتين سويديتين، والفرنسي دولياً لاتصاله بعدة أنظمة... وموضعه إعطاء صلاحيات للوكيل بالقيام في فرنسا بأعمال قانونية باسم شركات أجنبية بهدف تنشيط الاستيراد إلى فرنسا لبضائع منتجة في الخارج، لمزيد من التفاصيل انظر: مجلة الأسبوع القضائي الفرنسية لسنة 1972 الذي علق فيها الأستاذ أوبيت على القضية (Oppetit: 04 juillet 1972, JDI 1977, tome II, P843) ، وكذلك تم ذكرها ضمن المجلة النقدية الفرنسية للقانون الدولي الخاص تحت تعليق الأستاذ لوفال (P . Level : Rev . Crit DIP 1984, P 82).

Paris 09 novembre 1984 : Clunet1986 , P 1939 , note : Loquin. (١٩)

(٢٠) تنص المادة ٤٥٨ مكرر من المرسوم التشريعي ٠٩/٩٣ أنه «يعتبر دولياً بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يخص المنازعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج» .

وبهذا تم إدخال المنهج التنازعي التقليدي في قانون التحكيم الجزائري^(٢١)، لكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد سنة ٢٠٠٨، اعتمد المشرع فيه معياراً أوسع تمثل في المصالح الاقتصادية لدولتين بقوله في المادة ١٠٣٩: «يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل» مما دفع البعض إلى التفكير في أنه يعلن فيه تخليه عن المعيار الاقتصادي لصالح معيار يربط هذه المصالح بالدول من حيث المصلحة الاقتصادية ومن حيث تعدد الجنسيات والمواطن^(٢٢).

وفي اعتقادنا أن المشرع لم يغير موقفه بشأن الأخذ بالمعيارين، فقط استعماله لعبارة المصالح الاقتصادية تثير بعض الغموض لما تحويه العبارة من تأويلات تفوق مصالح التجارة الدولية بكثير، فكان من الأفضل أن يبقى على الصيغة التي جاء بها المرسوم السابق الذكر، وبهذا يمحو تفكير البعض بأنه اتخذ موقفاً مغايراً للقانون الفرنسي، وحتى لقوانين الدول المجاورة كالمغرب، فبالرجوع إلى المادة ٤٠-٣٢٧^(٢٣) من المسطرة المدنية صيغة محينة بتاريخ ٣٠ مايو ٢٠١٣ ونجد المشرع المغربي طبق المعيار الاقتصادي، كما أضاف المعيار القانوني بوضع مؤشرات أخرى للاستدلال عليه رغبة في توسيع نطاقه.

لكن يجب الإشارة إلى أن مسألة تغليب أحد المعيارين أو أخذهما معاً لم تطرح على بعض الدول التي تحصر فيها التحكيم على العقود الداخلية كحال القانون الكويتي،

(٢١) عليوش قريوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر ٢٠٠٤، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢٢) عبد السلام ذيب: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر ٢٠٠٩، ص ٤٢٩.

(٢٣) تنص المادة ٤٠-٣٢٧ على أنه: «يعتبر دولياً، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج. يعتبر التحكيم دولياً إذا: ١- كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة.

٢- أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعاً خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف: (أ) مكان التحكيم عندما يكون منصوصاً عليه في اتفاق التحكيم أو معيناً بمقتضى هذا الاتفاق. (ب) كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة.

٣- أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد. لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة ٢ من هذا الفصل، يطبق ما يلي: (أ) إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها. (ب) إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتيادية.

إذ المشرع الكويتي عبر صراحة في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ المنظم للتحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية باقتصاره على تنظيم عملية التحكيم الداخلي دون التطرق إلى التحكيم التجاري الدولي وكذا المعيار المعتمد في تحديد دوليته .

وكنتيجة نرى أنه إذا طبقنا كل ما سبق ذكره حول معايير دولية العقد والتحكيم على التعاقد عبر شبكة الإنترنت، نجد أن المعيار الاقتصادي الذي يربط صفة الدولية بمصالح التجارة الدولية^(٢٤) بإدراج بنود في العقد الإلكتروني تكون باطلة إن وجدت في العقد الداخلي كشرط الدفع بالذهب.. وغيرها يمكن توفره في التعاقد الإلكتروني، دون إغفال خصوصية الشبكة التي تتيح توفر المعيار القانوني الذي أساسه توفر عنصر أجنبي، سواء تجسد في أطراف العلاقة أو محلها بأن يكون مكان إبرام العقد الإلكتروني أو تنفيذه في خارج الدولة .

المطلب الثاني

السبل الحديثة لإرساء دولية العقد الإلكتروني

إن عالمية شبكة الإنترنت والطابع الطليق لنشاطها وعولمة وسائل الاتصال وتبادل المعلومات تسمح بالتعاقد بين أشخاص متواجدين ومنتمين إلى دول مختلفة، فالعقود الإلكترونية بصفة عامة، لها عدة سبل لإبرامها وتنفيذها عبر الشبكة، هذه الوسائل تتكامل فيما بينها لجعل العلاقة تتم عن بعد مع توفر طابع ذاتي لها مرتبط بخصوصية الشبكة هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذه الخصوصية تضيفي الصفة الدولية على العقد الإلكتروني، لذا فإن البحث في تلك الوسائل يثبت وجود عدة طرق لإبرام هكذا عقد من أهمها البريد الإلكتروني .

الفرع الأول

البريد الإلكتروني كوسيلة آمنة للتعاقد عبر الإنترنت

ينظر للبريد الإلكتروني على أنه معادل للبريد العادي، تستخدم فيها شبكة الإنترنت لنقل ملايين الرسائل يومياً بما في ذلك ملحقات تلك الرسائل^(٢٥)، فهذا الأخير

Sylvie Graumann-Yettou : op cit , P 279 .

(٢٤)

(٢٥) فوفقاً للمادة ١/١١ من قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية فإنه: «وفي سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام بيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض».

ببساطة عبارة عن نص، وهو عمل تقوم به باستخدام الكمبيوتر... مثل الرسائل التي تقوم بكتابتها مستخدماً برنامج معالجة الكلمات، لكن الفرق يكمن في عدم الحاجة إلى قلم وورقة لكتابة الرسالة ووضعها في ظرف معنون.

أولاً - ماهية البريد الإلكتروني

لقد كان البريد الإلكتروني - و لا يزال - أول استخدامات الإنترنت، ويشكل نسبة كبيرة من مجمل الحركة الإلكترونية، يتم فيها تحويل رسائل البريد الإلكتروني إلى ملف نصوص مكون من نظام رموز «أسكي» ASCII^(٢٦)، إذ عندما تم استحداث عنوان البريد الإلكتروني سنة ١٩٧٢ كانت هناك حاجة لاختيار علامة أو حرف للقيام بفصل اسم الشخص مستخدم جهاز الكمبيوتر عن العنوان، بشرط أن لا تتواجد تلك العلامة في اسم مستعمل الكمبيوتر فكانت النتيجة اختيار علامة @ كونها ليست كحروف الكتابة العادية، وكذلك لأن بها بعض الشبه وتعطي معنى «at» أي «في».

بالتالي المقصود بالبريد الإلكتروني هو « تبادل الرسائل بين الأطراف باستعمال الطرق الإلكترونية»، وللدقة أكثر فإن البريد الإلكتروني هو «عملية تبادل رسائل تم تخزينها بأجهزة الكمبيوتر سواء أكانت على شبكة الإنترنت العالمية التي لا تستطيع أن تعمل إلا باستخدام بروتوكول التحكم بالإرسال أو ما يعرف ببروتوكول للإنترنت (TCP/IP)^(٢٧) أم على أي نوع من الشبكات سواء أكانت المحلية أم الشبكات الأكبر، وتتم بواسطة وسائل الاتصال التلفونية»^(٢٨)، مما سبق نخلص إلى أن استخدام البريد الإلكتروني يتطلب:

(٢٦) نظام رموز أسكي يعتبر الطريقة القياسية لترميز الأحرف على أساس 8 بت متتالية من أرقام النظام الثنائي 8-bit sequences of binary numbers، وهي الطريقة التي تفهمها جميع أجهزة الكمبيوتر مهما كان نوع صنعها ونظام تشغيلها، ومع ذلك يمكننا إرسال ملفات من أي نوع آخر غير ملفات النصوص مثل الصور وملفات الصوت وذلك كملفات ملحقة attachments على أن يتم إرسالها بشكل معلومات متدفقة ثنائية النظام، وهناك بعض المواقع التي تُقدّم خدمات بريد إلكتروني مجانية ومنها موقع Yahoo وموقع Hotmail.

(٢٧) بروتوكول الإنترنت (IP) تعتمد عليه جميع أجهزة الكمبيوتر المتصلة بالإنترنت، وهو يقوم بتخزين الرسائل الإلكترونية إلى وحدات بيانات تدعى الحزم (Packets)، كما أنه يتحكم بتوجيه البيانات من المرسل للمستقبل، وينطوي هذا البروتوكول تحت مجموعة من بروتوكولات (نظام تحكم الإرسال Transmission control protocol / بروتوكول الإنترنت Internet protocol).

(٢٨) الملاحظ على برامج البريد الإلكتروني الحديثة أنها تعطي إمكانيات أكبر من مجرد كتابة بضعة أسطر وإرسالها لشخص أو لجهة ما، بل يمكن إرساله لأكثر من شخص أو لقوائم من العناوين، وكما يعطي البريد الإلكتروني إمكانية إضافة معلومات أخرى مع الرسالة بربط بعض المستندات =

- تزويد الكمبيوتر ببرنامج البريد الإلكتروني، ويتم بالاشتراك عبر الشبكة باستخدام المودم والهاتف العادي.

- أن يكون لدى الشخص جهة تزوده بهذه الخدمة: كما في البريد العادي نحتاج إلى مؤسسة ووسيلة تقوم بحمل الرسالة وتوصيلها خلال فترة يوم أو أكثر، كذلك برنامج البريد الإلكتروني لتوصيل الرسالة الإلكترونية يجب أن توجه الرسالة تلقائياً للشركة التي تزود المرسل إليه بحساب البريد الإلكتروني، والتي عادة ما تزوده بخدمة الإنترنت كما ذكرنا.

- أن يطلب المعني بالأمر عنواناً إلكترونياً لدى المواقع التي تقدم مثل هذه الخدمات المجانية كموقع hot mail وموقع yahoo .

ثانياً- إبرام العقد الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني E. Mail

يعد البريد الإلكتروني إحدى الطرق الفنية للتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت، إذ بواسطة البريد الخاص بالمستخدم User على الذي يرغب في التعاقد أن يعبر عن الإيجاب والقبول عبره، إذ عن طريقه يوجه الإيجاب ويتم تبادل التراضي كتابة وبالصوت والصورة باستخدام لوحة المفاتيح في جهاز الكمبيوتر، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق البريد الإلكتروني المزود بمكرفون وكاميرا فيديو .

وهذه الوسائل تعد آمنة وتسمح بتوجيه الإيجاب، بل وبتبادل التراضي في العقد الإلكتروني، إذ من لحظة وصول إيجاب بهذا الشكل إلى الطرف الثاني تبدأ فعالية هذا الأخير، فيكون لهذا الطرف الحرية في القبول، كما أن هذه الوسيلة غالباً ما يلجأ إليها المتعاقدون، والسبب يرجع في ذلك إلى ما تتمتع به من انخفاض تكلفة الاستخدام على خلاف الفاكس والهاتف والتلكس^(٢٩) .

والتعبير عن الإيجاب بهذه الوسائل، قد يسمح لمن يصدر عنه الإيجاب عن طريق وسيط الإنترنت، باستخدام هذه الوسائل وغيرها للإيضاح أكثر من غيرها من وسائل التعاقد الأخرى، حيث إنه من لحظة وصول الإيجاب المكتوب الذي يكون محدداً وجازماً

= أو الملفات الموجودة في القرص الصلب مع البريد الذي سترسله، فإذا ما قمت بإرسال رسالتك فإن نسخة من الملف المرتبط يتم إرسالها أيضاً، وبالتالي فإن من يستقبل رسالتك يتلقى معها ذلك الملف.

(٢٩) بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت «دراسة مقارنة»، الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن ٢٠٠٤، ص ٣٣ .

يكون عرضة لقبوله من الطرف الثاني وبالتالي يبرم العقد، أما من حيث لغة الإيجاب الموجه فلا تعد عائناً أمام العقود العابرة للحدود؛ لأن شبكة الإنترنت تتيح خدمة الترجمة، فأصبح من السهل الترجمة إلى أكثر من لغة^(٣٠)، باستثناء عقود استغلال حق المؤلف الإلكترونية حيث يفضل أن يكون فيها الإيجاب الموجه من جانب المستغل إلكترونياً بلغة المؤلف أو مترجم إلى لغة المؤلف .

الفرع الثاني

الوسائل الأخرى للتعاقد عبر الإنترنت

تلعب الوسائل المرتبطة بالإنترنت دوراً هاماً وفعالاً في تدعيم التجارة الإلكترونية في كافة مجالاتها، إذ يوجد بالإضافة للبريد الإلكتروني وسائل أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها تحقق الغاية نفسها التي يرجى تحقيقها في التعاقد عبر الإنترنت، كالمحادثة والتعاقد المباشر عبر الويب وغيرها .

أولاً - المحادثة Chatting: يستطيع مستخدم الإنترنت المحادثة (IRC) التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة بالطبع، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة (IRC)، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين، حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهاز الكمبيوتر في الجزء الأول، وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج .

وفيها يكون الإيجاب عن طريق المحادثة أو التخاطب، وهذه الإمكانية تسمح لكل من طرفي العقد أن يسمع ويرى الطرف الثاني في العلاقة من خلال شبكة الإنترنت، وفي ذات الوقت يمكنهما إصدار التراضي كتابة، وذلك باستخدام أي وسيلة إلكترونية تسمح بالكتابة وقت المحادثة كحالة الكمبيوتر المزود بكاميرا وميكروفون Multimedia ، ومن ثم يتم إبرام العقد الإلكتروني فوراً عبر الإنترنت .

(٣٠) المشرع الفرنسي حسم هذه المسألة من خلال التشريع الصادر في ٠٤ أوت ١٩٩٤ المسمى بقانون Tobin، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل الترجمة بها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة، انظر: دالوز ١٩٩٦، ص ١٥٩، ومما يؤكد ذلك المنشور Circulaire الذي أصدرته الحكومة الفرنسية بشأن شبكات الاتصالات خاصة الإنترنت، في ١٩ مايو ١٩٩٦ بشأن تطبيق القانون السابق الذكر، حيث تضمن هذا المنشور وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات، مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالإنجليزية أو بأي لغة أجنبية أخرى .

ثانياً - التعاقد عبر الموقع مباشرة On line أو Web. Site : الموقع هو وسيلة ضمن وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الإنترنت، بل هو الوسيلة الأكثر استخداماً في الاتصالات عبر الشبكة، بالتالي استخدام موقع على الإنترنت يعني الاستمرار به على مدار الساعة والأيام، ويتألف الموقع من مجموعة من الصفحات وصفحة رئيسية، والتعبير عن الإرادة إلكترونياً عبر موقع الويب قد يكون بالكتابة أو بالضغط على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي، أو بالضغط بالمؤشر في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب، في هذه الحالة يتم توجيه الإيجاب في العقد الإلكتروني عبر الخط أو عبر الويب مباشرة^(٣١) بعد اختيار العرض الملائم لمستخدم الشبكة العالمية، ولا ينتج الإيجاب أثره إلا إذا كان كاملاً مستوفياً لكل شروطه، ففي هذه الحالة يجب على الراغب في التعاقد معه بث رسالة إلكترونية تعبر على التراضي والرغبة في إتمام العلاقة العقدية .

ثالثاً - شبكة المنطقة الواسعة Wide area network : وهذه الشبكة تربط بين مجموعة من الحاسبات أو الشبكات المحلية، لتغطي مناطق واسعة بين الدول والأقاليم حول العالم، وتستخدم خيوط (كابل) مخصصة عابرة للمحيطات أو وصلات أجهزة للقمم الصناعي لربط هذا النوع من الشبكات .

بالتالي كل هذه الوسائل الحديثة للتعاقد تجعل من الإنترنت شبكة مفتوحة مترامية الأطراف تتمتع بحرية انسياب المعلومات عبرها دون أن تحكمها أي سلطة مركزية، ومن ثم لا توجد جهة محددة بما فيها الدولة تفرض تواجدها ورقابتها وحتى قيودها عليها، فإضافة صفة الدولية على العلاقة الإلكترونية يتم بعيداً عن الحدود الإقليمية .

المبحث الثاني

إشكالية تنازع القوانين في العقد الإلكتروني

إبرام العقد الإلكتروني يحقق سرعة في المعاملات التجارية الإلكترونية لم تكن لتحدث بوسائل تقليدية، وبالمقابل هذه الميزة أوجدت صعوبات في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم عبر الإنترنت، خاصة مع ما تفرضه هذه

(٣١) يعرف موقع الويب بأنه: «مجموعة من الصفحات على شبكة الإنترنت حول تنظيم ما أو موضوع خاص».

العقود من إلغاء الحدود الجغرافية^(٣٢) كدليل حي على التطور المستمر، فهل هذا الإلغاء من شأنه التشكيك في مصداقية منهج التنازع المعمول به في تحديد القانون المطبق على العقد؟.

المطلب الأول

إعمال قواعد الإسناد على العقد الإلكتروني

تجمع النظم القانونية على خضوع العقود الدولية بما فيها التجارية لقانون الإرادة، أي القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، فهل ينطبق هذا المبدأ على المعاملات الإلكترونية الموسومة بالطابع الدولي بإرسال رسائل إلكترونية أو بالوسائل الأخرى للتعاقد السابقة الذكر تثبت إرادته.

الفرع الأول

تطبيق قانون الإرادة على العقد الإلكتروني

لقد استقر الفقه والقضاء على خضوع العقد التجاري الدولي للقانون الذي يختاره المتعاقدان تطبيقاً لمبدأ «سلطان الإرادة»، لهذا جرى العمل الدولي على تطبيق قانون الإرادة في الجانب الموضوعي للعلاقة العقدية دون جانبها الشكلي؛ كون هذا الأخير يخضع لقانون دولة الإبرام، ونعني بالشروط الموضوعية أركان العقد الدولي وشروط صحته، بالإضافة إلى آثاره، فرغم أن هذا المبدأ تم إقراره حديثاً^(٣٣) مقارنة بمواضيع أخرى تتعلق بتنازع القوانين، إلا أن معظم التشريعات الوضعية تنبته له وذكرته في أنظمتها القانونية .

ومن أمثلة الأنظمة القانونية المطبقة لمبدأ «سلطان الإرادة» هناك القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ الخاص بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي في

(٣٢) MOUSSEROU Jean Marc & RAYMAND Jacques & FABRE Régis & PIERRE Jean-Luc: Droit du commerce international (Droit international de l'entreprise) , 2eme édition 2000, LITEC , P 317 .

(٣٣) يرجع سبب التأخر إلى أن تجزئة العقد ذي الطبيعة الدولية بين شكله وموضوعه وإخضاع كل جزء منه لقانون مختلف عن الآخر، لم يأخذ بعين الاعتبار في البدايات الأولى لدراسة القانون المطبق على التصرفات العقدية، والدليل على ذلك أنه في القرنين الثاني عشر والثالث عشر (١٢٣٧/١٢٩٦) كان لدى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة فكرة تعميم الحكم على التصرفات القانونية وفي وضع قاعدة locus regit actum لتطبق على كل تصرف موضوعاً وشكلاً، وبقيت هذه القاعدة سارية المفعول إلى أن اعترف ديمولان بالاختيار الضمني للمتعاقدين (١٥٠٠/١٥٦٦)، لمزيد من التفاصيل انظر:

Hoegy: op cit , P 10-Marie Niboyet

مادته ٥٩^(٣٤)، و القانون المدني الجزائري في نص المادة ١٨، وكذا القانون المدني المصري في مادته ١٩، لكن ما يلاحظ على القانون المغربي أنه لم ينص على المبدأ صراحة بل أكدته في إطار القانون الداخلي، وطبق ذلك على القانون الدولي الخاص في الفصل ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: «الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون»، كما نجد الاتفاقيات الدولية نصت على تطبيق القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً على العقود الدولية.

وبما أن العقد الإلكتروني له الصفة الدولية وفقاً لأحد المعايير السابقة، لهذا يمكن إعمال قانون الإرادة على شبكة الإنترنت في شأن العمليات العقدية التي تتم عبرها ويصدق هذا القول على العقود المبرمة بين مستخدمي المواقع وشركة تقديم المواقع، أو شركات خدمات الاشتراك في الشبكة ...، فيكون اختيار القانون المطبق عند إبرام العقد، وكما يمكن أن يتم ذلك بعد الإبرام وبمناسبة النزاع عند التنفيذ^(٣٥)، كما يجوز تعديل هذا الاختيار فيما بعد، على أن هذا الاختيار إذا كان صريحاً يشترط تواجد الصلة الوثيقة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، منعاً من محاولة أحد الأطراف التهرب من القواعد الداخلية الواجبة التطبيق^(٣٦) هذا ما أقرته المحاكم الفيدرالية السويسرية، وحتى الولايات المتحدة الأمريكية، لكن هذا الشرط لا يجد صдаاه في العقد الإلكتروني كون شبكة الإنترنت تربط المتعاملين فيها بكل الدول .

لكن إذا لم يحدد المتعاقدان صراحة القانون المطبق تعين على القاضي التصدي للكشف عن إرادتهما الضمنية، مسترشداً من محتوى العقد في حد ذاته، إضافة إلى ظروف وملابسات التعاقد، كاتفاق الأطراف على جعل المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص محاكم دولة من الدول، أو استخدام الطرفين مصطلحات مستخدمة في نظام قانوني معيّن، أو كتابة العقد بلغة معينة، فإذا طبق على العقد الإلكتروني منهج التنازع

(٣٤) هذه المادة أدرجها المشرع الكويتي ضمن الفصل الثاني الموسوم بالقانون الواجب التطبيق في المسائل المدنية والتجارية من الباب الثاني المعنون بالقانون الواجب التطبيق في العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي .

(٣٥) M.TOMASZEWSKI : La désignation postérieure a la conclusion du contrat de la loi qui le régit , Rev . Crit.1972 , P 567 .

(٣٦) LANG George- Adolf: La fraude à la loi en droit international privé, thèse doctorat , université Lausanne, P193.

هذا يعني الاستناد إلى قرائن قد تكون عامة تستمد من العقد ذاته، أو خارجية يمكن استخلاصها من ظروف وملابسات التعاقد^(٣٧).

ومن الدول التي أدرجت في قوانينها قرائن يستند لها في حالة غياب الإرادة الصريحة، نجد القانون المدني المصري في المادة ١٩^(٣٨) والذي نص على تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذان القانونان يمثلان بديلاً مناسباً يسمح من خلالهما بخضوع الشروط الموضوعية للعقد الدولي إلى قانون له صلة إما بالمتعاقدين أو بالعقد، شرط أن لا يثبت من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه، ومن الدول الأخرى التي طبقت الصياغة نفسها نذكر القانون الكويتي في المادة ٥٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ سابق الذكر .

على أن اختيار الأطراف للقانون لا يمكن أخذه دون تحفظ لوجود حواجز تخدم مصلحة الطرف الضعيف الذي يستحق الحماية نتيجة عدم المساواة أثناء المفاوضات، هذه الحواجز أصلها النصوص الأمرة المطبقة في الدولة المرتبط بها الطرف الضعيف^(٣٩)، لهذا نجده يفضل لو أخضع العقد المبرم معه لقانون محل إقامته بدلاً من قانون الإرادة، بل أبعد من ذلك هناك من أخرج العقود التي يبرمها الطرف الضعيف من حيز عقود التجارة الإلكترونية ليستبعد قانون الإرادة ويفرض النصوص الآخرة السابقة الذكر.

الفرع الثاني

تحديد القاضي للقانون المطبق على العقد الإلكتروني

سكوت الأطراف المتعاقدة عن تحديد القانون المطبق يدفع بالقاضي للتدخل بحثاً عنه تحت ستار القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، بدلاً من اللجوء إلى الإرادة المفترضة^(٤٠) التي لاقت معارضة من أغلب الفقه، وبما أن القاضي يخضع في هذا

(٣٧) هذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية صدر الحكم فيها في ٠٦ جويلية ١٩٥٩ راجع القضية في: BATIFFOL Henri: Contrats et conventions, encyclopédie. Dalloz. DIP. P566.

(٣٨) تنص المادة ١٩ من القانون المدني المصري وتقابلها المادة ٥٩ من القانون الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه"

JACQUET Jean Michel: op cit, P 291. (٣٩)

(٤٠) تتفق الإرادة المفترضة مع الضمنية في أن القاضي يتولى تحديد القانون بما له من سلطة تقديرية، على أنه في الإرادة الضمنية يمكنه الاستعانة بإرادة الأطراف التي تستشف من مضمون القعد. راجع في ذلك: Rogea Dayant: J. Class. D. C. 1959, App art 1134-1135, P 03.

الاختيار لرقابة محكمة النقض^(٤١) لهذا يلجأ إلى ضوابط عامة متواجدة في أغلبية العقود الدولية كقانون مكان الإبرام، وقانون مكان التنفيذ، بينما قانون الجنسية المشتركة لم يحصل اتفاق حوله؛ لأنه يعبر على صلة وثيقة بالمتعاقدين لا بالعقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرى البعض فيه عدم اكتساب العقد الصفة التي على أساسها يسمح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق.

مما يعني ذلك قيام القاضي بمجهود في البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني مستنداً فيه للقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية الإلكترونية محل النزاع، إذ نجد اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في ١٩ جوان ١٩٨٠^(٤٢) والتي تعدّ نظاماً قانونياً تأخذ به الدول الأوروبية قد وطنت العقد من خلال المادة ٤. في دولة المدين بالأداء المميز إذا غابت الإرادة^(٤٣)، ولم تتوقف هذه المادة عند الطابع العام بل أضافت في الفقرة الثانية كيفية تحديده عن طريق افتراض أنه يتوافر في قانون دولة المدين بالأداء المميز أثناء مرحلة إبرام العقد.

ومن هذا المنطلق نجد أن العقد الإلكتروني الذي يتم بين مقر المادة المراد إدخالها على الشبكة والشركة التي تتولى معالجة تلك المادة إلكترونياً وتحميلها على موقع الإنترنت، يتم التوطين في الدولة التي بها مقر أو مركز الشركة مقدمة الخدمة، أي أنه إذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فيكون قانون الدولة التي بها مقر أو مركز تلك الشركة باعتبارها الأداء المميز للعقد محل النزاع^(٤٤)، لكن كل هذه الحلول لم تمنع من وجود ما يعرف بعملية تدويل العقود التي فرضت على التجارة الدولية بما فيها الإلكترونية، فبدورها دفعت لتفكير البعض في وضع حد فاصل بين منهج التنازع وتحديد القانون المطبق على العقد الإلكتروني، بما يعني التشكيك في مصداقية المنهج لحكم العلاقات الحديثة التي فرضتها التكنولوجيا الرقمية كما سنرى.

(٤١) Vincent Henzè: La réglementation des contrats internationaux-étude critique des méthodes-, GLN Joly 1989, P 251 .

(٤٢) اتفاقية روما منشورة في : J. C .P 1991 ,3 ,n 64614 ; D.pub n 91,242 , du 28 Fev 1991 ; Clunet 1991 ,p.840

(٤٣) Art 4/1:"Dans la mesure ou la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux disposition de l'article3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens étroits ".

(٤٤) GAILLON, Lamy: Contrats internationaux, 1997, P 158; P .Y.GAUTIER : Suite de la promenade a travers un site immatériel : des condamnations de justice en nature sue l'internet, D .S.1997 chronique, P 135 .

ويترتب على ما سبق أنَّ ضوابط الإسناد المعتمدة في منهج تنازع القوانين من جنسية وموطن ليس لها أي دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني هذا من جهة، كما أن فرض تطبيقها من القاضي الوطني تخلق له صعوبات لا تحصى نتيجة عدم التركيز الإقليمي للعلاقة العقدية بما فيها أشخاصها وحتى محلها نتيجة للوسيلة المستعملة في عملية التعاقد .

المطلب الثاني

مدى صلاحية منهج التنازع لحكم العقد الإلكتروني

إنَّ منهج التنازع يمثل وسيلة يتم فيها الرجوع لحل إشكالية تنازع القوانين بالاعتماد على قواعد الإسناد التي تتكفل كل دولة بوضعها ضمن أحكام القانون الدولي الخاص، وكما يبناه فضايل الإسناد المطبق على العلاقة العقدية يتمثل في قانون الإرادة كأصل والقانون الأوثق صلة يستمد من خلال قرائن كاستثناء، فهل يمكن إعمال هذا المنهج لحل مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني أو أن الطبيعة اللامادية للشبكة تعيق ذلك وتفرض تطبيق قانون جديد يتماشى معها ؟ .

الفرع الأول

تعارض منهج التنازع والطبيعة اللامادية لشبكة الإنترنت

ممّا لا شك فيه أنَّ أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني لا تظهر في التفاوض أو إبرامه عبر الوسائط الحديثة، بل أيضاً في أنه غالباً ما يتم بالكامل عبر الوسائط الحديثة كالإنترنت وغيرها مما يستجد من وسائل حديثة، أي أنها تعد أساس هذا العقد، وإن الطبيعة الخاصة للإنترنت باعتبارها شبكة بث غير مادية *immatériel* يبدو أنها لا تتفق مع فكرة تنازع القوانين، لأن النقطة الأهم لوجود هذا التنازع هي توفر العنصر الأجنبي، الذي قد يكون شخصياً يرتبط بأشخاص العلاقة أو موضوعها يتعلق بمحل العلاقة، هذا العنصر لا يتحقق إلا من خلال انقسام المجتمع الدولي إلى وحدات إقليمية مستقلة ومتمتعة بالشخصية القانونية الدولية، كما أنها تمارس بكل حرية سيادتها وتعرف بـ «الدولة»، هذه الأخيرة ترسم بحدود جغرافية.

ويبدو أن الأفراد التابعين لأية دولة لا يمكن أن يعيشوا في معزل عن العالم، لذلك يمكنهم إبرام العقد مع رعايا دولة أخرى فينشأ تنازع القوانين، يحسم هذا التنازع عن طريق آلية قانونية تنص عليها كل التشريعات الوطنية تعرف بـ «قواعد الإسناد» من خلالها يتم تحديد النظام القانوني المطبق والملائم لحكم العقد، وبالمقابل التعاقد على

الإنترنت يفترض اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول، فأي قانون يتم الرجوع إليه لحكم العلاقة العقدية التي تتم عبر الإنترنت ؟.

بالتالي الربط غير المادي الذي تحققه الشبكة لا يتركز في إقليم دولة واحدة^(٤٥) بل عبر فضاء إلكتروني مستقل غير خاضع لدولة بعينها، بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها، ويؤكد ذلك ما ذهب إليه جانب من الفقه - و بحق - من أن الإنترنت لا توجد لها مناطق جغرافية محددة، فمستعملها يتجول في فضاء وطني ودولي في آن واحد، حتى أن تسليم البضاعة أو دفع المقابل المالي في العقد الإلكتروني قد يتم على مستوى القرية الكونية عن طريق البريد الإلكتروني بالنسبة للتسليم، وعن طريق الدفع الإلكتروني فيما يتعلق بالمقابل، لكن رغم ذلك هناك بعض من الفقه يرى تطبيق القانون الداخلي على الإنترنت كونه الكفيل للإجابة عن العمليات التي تطرح على الشبكة، فحسب رأيهم أن المهمة هنا ليست خلق قانون جديد وإنما جعل القانون الوضعي يتماشى مع التطور التكنولوجي^(٤٦)، فعلى الدولة أن تنظم المسائل التي تتم على شبكة الإنترنت كأنها أجريت على إقليمها، لكن هذا الرأي يكون صائباً إذا افترضنا أن عناصر العلاقة تتركز في دولة واحدة، مما لا يعقل أو يستحيل تصوره على شبكة الإنترنت .

فإذا حللنا المسألة وطبقنا هذا الرأي على منهج التنازع نخضع العقد الإلكتروني للقانون الذي اختاره أطراف العلاقة صراحة، هذا القانون لا يطرح مشاكل عملية في تطبيقه على الشروط الموضوعية للعلاقة العقدية التي تتم عبر الإنترنت من رضا ومحل... إلخ، لأن الأطراف عادة يختارون القانون الذي يتفق ومصالحهم المشتركة من جهة، وطبيعة الإنترنت من جهة أخرى، لكن الصعوبة تطرح عند البحث عن الإرادة الضمنية أو في حال سكوت الإرادة عن الاختيار، فيتدخل القاضي لتوطين العقد في مكان معين على النحو السابق الذكر، هذا التوطين يكون عسيراً لأن مكان إبرام العقد أو تنفيذه يتم في العالم الافتراضي من خلال المواقع الإلكترونية التي تعتمد على العنوان الإلكتروني بدلا من العنوان الحقيقي للمتعاقد .

(٤٥) فاروق محمد أحمد الأباصيري: المرجع السابق ، ص ١١٤ .

(٤٦) FRYDMAN Benoit: Quel droit pour l'internet , Sous Direction Internet , P 20 .

الفرع الثاني

الحاجة إلى قانون جديد يحكم العقد الإلكتروني

والصعوبات التي تعتقه

إنَّ أساس منهج التنازع في مسائل العقود هو عملية تركيز العلاقة في إقليم معين الذي جاء بها الفقيه «باتيفول»^(٤٧) وذلك لأجل إسناد العقد إلى النظام القانوني لدولة هذا الإقليم، ومن ثم تبدو أن شبكة الإنترنت من خلال طبيعتها غير مادية تعاكس منهج التنازع لعدم إمكانية تركيز العلاقة إلا في المجال الافتراضي espace virtuel الذي تحدد معالمه الاتصالات في حد ذاتها^(٤٨)، الأمر الذي يؤكد إفلات المعاملات العقدية التي تتم عبر شبكة الإنترنت من الخضوع لمنهج الإسناد، وما يقود إليه من تطبيق قوانين وطنية؛ لذلك فكر البعض في البحث عن قواعد موضوعية تحكم المجتمع الجديد الذي نشأ بفضل شبكة الإنترنت بجميع الأنظمة القانونية في وقت واحد، مما يؤدي إلى خلق علاقات عقدية تبرم من خلاله خاصة مع إمكانية التنسيق بين الأنظمة على الشبكة لوجود تباين (Polysémie) بينها، سببه اختلاف مقاصدها ومناهجها في مواجهة مشاكل مختلفة من ضمنها كيفية الإثبات^(٤٩).

لكن لا يمكن أن نغفل أنه على الرغم من الحل المقترح والمتعلق بوضع قواعد موضوعية تحكم العقد الإلكتروني، الشك ما يزال يحيط حول مسألة فعالية القانون الجديد وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بخصوص هذه الشبكة، نظراً لاحتواء القوانين الوطنية على قواعد أمرة ذات التطبيق المباشر أو ما يعرف بقواعد البوليس يجب تطبيقها بغض النظر عن طبيعة شبكة الإنترنت، لذلك فمن غير المسلم مع وجود تلك القواعد الأمرة هجر منهج التنازع الذي منه يتحدّد القانون الوطني الواجب التطبيق على العلاقات العقدية التي يثور النزاع في شأنها .

فالقواعد ذات التطبيق المباشر تعتبر نوعاً خاصاً من القيود لا يؤدي تطبيقها إلى استبعاد القانون المطبق والمختص في حكم موضوع النزاع، إنما هدفه تعطيل إعماله نظراً لتهرب الخصوم من القواعد الأمرة الموجودة في قانون دولة معينة، وعليه يتضح أنه عبارة

MAYER Pierre: Droit international privé , 6eme édition , Montchrestien 1998 , P (٤٧) 455 .

FRYMAN Benoit: op cit , P 02 . (٤٨)

TRUDEL .P , ABRAN .F & autre: La résolution des conflits dans le cyberspace in (٤٩) droit du cyberspace, éd: THEMIS 1997 , P 20 .

عن «مجموعة من القواعد القانونية الضرورية التي توضع لحماية التنظيم الاجتماعي والاقتصادي و السياسي»^(٥٠)، فوفقاً لهذا التعريف يتبين أنها قواعد أمرة تتولى الدول وضع تنظيم لها في ميادين معينة بغية عدم مخالفتها من قبل المتعاقدين^(٥١).

مما تقدم يظهر أن القواعد ذات التطبيق المباشر هي سلطة ممنوحة للقاضي الوطني وحتى المحكم بتطبيق القواعد الأمرة الموجودة في الأنظمة القانونية التابعة لدولة معينة تكون في أغلب الأحيان دولة القاضي، فهي قواعد تستبعد القانون المطبق إذا كان مخالفاً لها في مضمونه وجوهره، وإذا كانت الإنترنت إحدى آليات العولة التي تعمل على وضع العالم موضع التفاعل لتحرير اقتصاد ونسف الحدود من أجل خلق قرية كونية واحدة^(٥٢)، فهل هذا معناه تراجع دور القوانين الوطنية، فلا تكون فائدة من وضع القواعد ذات التطبيق المباشر إذا كانت لا تطبق رغم حمايتها لمصالح دولة بالدرجة الأولى، أو يمكن خلق قواعد موضوعية جديدة لا تخالف ما جاءت به القواعد الأمرة ذات التطبيق المباشر.

المبحث الثالث

القانون الموضوعي كبديل لمنهج التنازع في العقد الإلكتروني

قد تبين أن منهج التنازع في صورته التقليدية لا يصلح لمواجهة التحديات الجديدة، لأنه وضع لتنظيم القانون المطبق على العلاقات الدولية على الصعيد الوطني تحت رقابة السلطة المركزية المحلية، وهذا يعد مستبعداً في العقد الإلكتروني الذي لا يمكن تركيزه في بقعة جغرافية لعدة أسباب، لهذا وجد بديل يناسب الطابع الطليق والدولي لشبكة الإنترنت يعرف بالقانون الموضوعي الإلكتروني، ويثير ذلك تساؤلاً حول مستقبل المنهج التشريعي في ظل وجود مثل هكذا قانون والذي سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

المطلب الأول

أسباب الحاجة لقانون موضوعي يحكم العقد الإلكتروني

إن أسباب الرجوع إلى قواعد جديدة موازية لمنهج التنازع تحكم العقد الإلكتروني

(٥٠) Voir: Loi application immédiate et droit du travail , Revue Critique de Droit International Privé . 1979, P 273 .

(٥١) JACQUET Jean- Michel : op cit, P 270 .

(٥٢) عبد الحميد حنورة: الإبداع في عصر العولمة، المنشورة في مجلة التقدم العلمي، العدد الثامن والعشرون، أكتوبر /ديسمبر ١٩٩٩، ص ٥٦ .

ترجع إلى النمو المتواصل للتجارة الدولية و تطوّر العلاقات المشتمة على عنصر أجنبي، ولمسايرة هذا النمو تم الابتعاد عن الغطاء التشريعي الذي يكفل تقييد العقد، من خلال خلق قواعد عابرة للحدود مناقضة لما تقره مبادئ القانون الدولي الخاص، هذه القواعد حاولت بالدرجة الأولى تدويل التنظيم القانوني للعقد بإخضاعه إلى قواعد مستقلة دولية .

الفرع الأول

أسباب مرتبطة بتدويل التنظيم القانوني للعقد

بقيت فكرة اللجوء إلى قواعد تشريعية مهيمنة لمدة طويلة على فكر الباحثين في مجال القانون الدولي الخاص، بحيث كان منهج التنازع (قواعد الإسناد) هو المهيمن لتحديد القانون الذي يفصل في منازعات التجارة الدولية .

إلا أنه مؤخراً لم يعد القانون الوطني لدولة معينة هو الوحيد المختص بتنظيم العقود الدولية، بل وجدت قواعد من نوع آخر من خلالها يتم تدويل هذا العقد، فلقد تبين أن القوانين الوطنية لا يمكنها أن تتجاوز الحدود الداخلية للدولة، على عكس القواعد العابرة للدول^(٥٣)، التي تتم في إطار واسع قد يصل في بعض الأحيان إلى إبرام عقود مركبة ممتدة لفترات زمنية، بالتالي ليس من السهل إدراجها داخل إطار نظرية العقد التقليدي، خاصة وأن التجارة الدولية تتميز بكثافة نشاطاتها.

إن هذه الطبيعة الخاصة التي تميز العقد الدولي عامة تستلزم إبعاده عن القوانين الداخلية، وتوجب الخضوع لقواعد مادية^(٥٤) ملائمة تنظم في إطار حركة التجارة الدولية باعتبار أن أحد أطراف العلاقة العقدية تاجر حتى ولو تم التعاقد إلكترونياً، ومن هذا المنطلق، تأسست فكرة قانون التجار الذي يشكل نظاماً قانونياً مستقلاً يتضمن المبادئ العامة للقانون التي تستلهم من قوانين داخلية مختلفة، كما تتضمن قواعد مادية نشأت في ظل كل من التنظيمات الدولية والاتفاقيات المبرمة بين عدة دول، ويعد مصدرها الأهم العادات والأعراف التي هي من صنع التجار لتنظيم علاقاتهم التجارية .

(٥٣) GOLDMAN.B: Frontière du droit et lexmercatoria ,Arch . Phil . Dr .1964 , p.177 et S ; GOLDMAN.B: La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, JDI 1979 , p.475 .

(٥٤) JACQUET Jean Michel: Principe d'autonomie et contrats internationaux , publié avec le concours de Ministère des universités , ECONOMICA 1983 , p.115 .

- طيب زروتي: مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء ٣٥، رقم ٠١، ١٩٩٧، ص ٨٥ .

ورغم أنّ فكرة الأخذ بقانون التجارة الدولية لاقت اعتراضاً من جانب الفقه^(٥٥)، لكن مع مرور الزمن تأكد وجودها ليس باعتبارها مذهباً فقهيّاً، وإنما كحتمية فرضت نفسها على التشريعات الوطنية ليتم اعتمادها طريقاً لحل المنازعات الدولية خدمة منها لمصالح التجارة الدولية، كلّ هذه المصادر لا تحتاج - في الغالب الأعم من الحالات - إلى تدخل الدولة كسلطة عامة تملك القرار و تفرض سيادتها، باعتبارها تشكل قواعد نابعة من رضا أطراف التجارة الدولية بالدرجة الأولى لحسم المشكلات التي قد تنشأ ضمن هذا الوسط، هذا الرضا لا يشمل فقط اختيار قواعد مادية لأجل الإفلات من القواعد الوطنية (قانون وطني)، بل يتجاوزه لأبعد من ذلك من خلال إمكانية الأخذ بفكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي^(٥٦) التي ابتدعها ونادى بها رجال الأعمال، ووفقاً لهذه النظرية فإن العقد بما فيه الإلكتروني حالياً لا يستلزم لوجوده تدخل أية سلطة، بل العقد نفسه قادر على خلق القواعد التي تنظم المنازعات الدولية، وذلك على عكس الكثير من النظم القانونية الأخرى التي تستدعي ذلك.

إنّ حسب فكرة الكفاية الذاتية للعقد الدولي، فالعقد يمكن أن يتمتع بتنظيم ذاتي مرده إرادة أطرافه وحدهم دون الرجوع إلى أية قاعدة قانونية، فالشروط التعاقدية تشكل - في رأي هؤلاء - قانوناً خاصاً يحكم كافة جوانب العقد، فقد يصل إلى درجة أن يؤدي تكرار الاتفاق على بعض النصوص والأحكام في مجال التجارة الدولية لتحويلها إما إلى عادات متداولة تحكم حركة التبادل في الوسط الذي ترعرعت فيه أو لعقود نموذجية^(٥٧)، ولا ينبغي أن يتبادر إلى الذهن أن العقد الإلكتروني يفقد قوته الإلزامية باعتباره لا يستند إلى قواعد قانونية صادرة عن سلطة تشريعية لدولة معينة، تكفل له الحماية على أساس مبدأ خضوع العقد لقانون دولة ما، بل على العكس من ذلك في المجال الدولي عندما يتولى الفصل في النزاع محكم دولي، فإن قوة العقد نابعة من إرادة المشرع ذاته الذي قرّر أن العقد شريعة المتعاقدين^(٥٨)، إذ في التحكيم الإلكتروني يستمد المحكمون سلطتهم من إرادة الأطراف؛ لذلك فهم ليسوا بحاجة إلى قانون، حيث

(٥٥) - أحمد عبد الكريم سلامة: العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية ١٩٨٩، ص ٣٦٨ .

(٥٦) LAVEL P: Le contrat dit sans loi ,Tra.Com.Fr.Dr.Int.Pr .1964 - 1966 , Dalloz , p.209 .

هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية ومقارنة) منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة ١٩٩٥، رقم ١٢٧ .

(٥٧) - فاروق محمد أحمد الإباصيري: المرجع السابق، ص ١٣٤ .

(٥٨) - جمال محمود الكردي: المرجع السابق، ص ١٥١ .

يجب احترام إرادة الأطراف؛ لأن القرار التحكيمي الذي هو تصرف خاص لا رقابة تفرض على القانون المطبق من قبل المحكمين، بالتالي فإن احترام الحكم لإرادة الأطراف كافٍ لتجريد العقد من أي قانون يحكمه^(٥٩).

وإذا كان الواقع قد دلّ على إمكانية اللجوء إلى قانون التجارة الدولية كوسيلة لفض النزاعات التي قد تنشأ بين المتعاقدين بشأن العقد الدولي، فهذا المنطق يفرض نفسه في العقد الإلكتروني، هذا العقد لا يخرج عن إمكانية عدم خضوعه لقانون دولة معينة، فعلى الأطراف التنبيه أثناء ممارسة التجارة عبر الحدود إلى الحذر من ترك المسائل التعاقدية مقيدة بأحكام تشريعية وطنية قد لا تخدم مصالح التجارة الدولية بالدرجة الأولى، لذلك يفضل أن يلجأوا إلى هذه القواعد المادية الموضوعية بطريقة غير مباشرة إذا ما تم الاتفاق بينهما عليها، حيث باتت هذه القواعد تشكل جزءاً من النظام القانوني لقواعد قانون التجارة الدولية وحتى التجارة الإلكترونية باعتبارها تسد الفراغ الناجم عن نقص قواعد اتفاقية موحدة في هذا الشأن .

الفرع الثاني

أسباب مرتبطة بالطبيعة الإلكترونية للتعاقد

لقد نشأ مع وجود شبكة المعلومات الدولية - الإنترنت - ونموها فضاء افتراضي مصنع مقسم إلى شبكات أو مناطق إلكترونية أكثر منه إلى دول أو أقاليم، كما هو الحال في العالم الحقيقي الواقعي القائم على أقاليم أرضية ومائية، فهو عالم يعج بأجهزة الحاسب الآلي والكابلات التليفونية، والألياف الضوئية والبشر المتعاملين معها .

لهذا عرف التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ لشهر مايو ١٩٩٧ تقنية الاتصال عن بعد بأنها: «كل وسيلة دون وجود مادي وزمني للمورد والمستهلك، يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه»، ويلاحظ أن أبرز الأمثلة التي أوردها التوجيه الأوروبي لتقنيات الاتصال منها المطبوعات غير المعنونة والخطابات والدعاية والحاسبة والمراسلات الإلكترونية، هذا المنطلق في التحليل يغير من معطيات الأنظمة القانونية الداخلية بما فيها العقود المبرمة، فمجالها غير وطني إنما رقمي حقق الابتعاد على الدعامة الورقية من خلال اللجوء إلى الكتابة الإلكترونية^(٦٠) فشكل ذلك النفع الاقتصادي لفتني البائعين والمشتريين، إذ

MAYER Pierre: op cit , P 458 .

(٥٩)

(٦٠) لقد تطور مفهوم الكتابة بظهور وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت ليصبح للكتابة وصف إلكتروني،

ولقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة ١٣١٢ من التقنين المدني الفرنسي بقوله: «إن الكتابة هي =

يبعدهم عن الروتين التقليدي (الدعامة الورقية) المؤدي لإضاعة الوقت والجهد وزيادة النفقات وتعقيد الإجراءات بدلاً من تبسيطها، وكذلك يؤخر إصدار القرارات، فالتعاقد عبر الإنترنت يسهل مهمة التجار في الوصول لما يريدون من الأسواق البعيدة والمتنوعة، وإعطاء الفرصة للمشتريين للاطلاع على السلع والخدمات ومزاياها دون التقيد بزمان أو مكان^(٦١)، كما يحقق سهولة تزويد التجار بالبيانات عن الفرص في الأسواق والعلماء والموردين وكيفية الاستيراد والتصدير وطرق الدفع، وتوصيل السلعة للمكان المتفق عليه في العقد بأقل تكلفة دون انتقال البائع المقيم في دولة ما إلى المشتري المقيم في دولة أخرى، وهذا ما تنبه له المشرع الجزائري في تعديله الأخير للقانون المدني بموجب قانون رقم ١٠-٠٥ المؤرخ في ٢٠ يونيو ٢٠٠٥ والذي لا نجد ما يقابله ضمن القانون الكويتي رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بشأن الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

ومن هذا يمكن التمييز بين العقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية والعقد التقليدي في أنه:

- يوفر عدم الالتقاء والتواجد المادي للأطراف لحظة تبادل التراضي؛ لأن حضور المتعاقدين فيها يكون حضوراً افتراضياً متعاصراً مع وجود الصفة التفاعلية التي تمنحها الإنترنت في تسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات^(٦٢).
- صدور الإيجاب واقتترانه بالقبول يتم في أغلب الأحيان عن طريق وسيلة سمعية وأخرى بصرية يضمهما مجلس افتراضي واحد، فرغم تباعد المسافات فهو في حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان لتواجد أطرافه في جو افتراضي بعيداً عن الرقع الجغرافية من خلال تنفيذ التزاماتهم إلكترونياً^(٦٣).

= تدوين للحروف أو العلاقات أو الأرقام أو أي إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيًا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنقل عبره» والملاحظ على هذا التعريف عدم اهتمامه بنوع الدعامة التي تتم عليها الكتابة سواء أكانت ورقية أم إلكترونية، طالما كانت تتألف من أحرف أو أشكال أو أية إشارات تشكل معنى قابلاً للقراءة، لمزيد من التفاصيل انظر: - بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعون، طبعة ٢٠٠٦، ص ٣١.

(٦١) بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه ٢٠٠٣، ص ١٥.

(٦٢) أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠، ص ٥٢.

(٦٣) إذ عرف التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ الصادر في مايو ١٩٩٧ في شأن حماية المستهلكين في مجال العقود عن بعد في مادته الثانية العقد عن بعد بأنه: «كل عقد يتعلق بالبيضاء أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام البيع، أو لتقديم خدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم، لهذا العقد، تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه»

- أنه غير مثبت على دعامة مادية ملموسة يتم الرجوع إليها كلما دعت الحاجة لها، فعقود التجارة الإلكترونية تتم بتراضي الطرفين دون الحاجة إلى جعل هذا التراضي في شكل مادي، ومعنى ذلك أنه لا يشترط أن تكون الكتابة على دعامة مادية مثل الورق، بل يجوز أن تكون الدعامة غير مادية (إلكترونية) وتكون للكتابة الإلكترونية ذات حجية الكتابة التقليدية^(٦٤).

لهذا تبين أن قواعد التنازع أضحت لا تتماشى مع السرعة المذهلة للتعاملات الإلكترونية، ومن ثم اقتضت الحاجة إما إلى تنظيم آخر شامل يكون في شكل قواعد وأحكام قانونية مستقلة تخدم عالم تكنولوجيا المعلومات والاتصالات^(٦٥) ليس على المستوى القانوني فقط بل حتى على المستوى القضائي^(٦٦)، أو اللجوء إلى أسلوب أكثر سهولة تمثل في إدخال التعديل على الأحكام التقليدية الموجودة وتطويرها لتتمكن من مواجهة التجارة الإلكترونية، لكن المرجح اللجوء إلى الأسلوب الأول كما سنرى.

المطلب الثاني

مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني

إن القانون الموضوعي الإلكتروني «يمثل مجموعة القواعد المستقلة غير الوطنية التي تتولى تنظيم العقد الإلكتروني، وتقضي بالحل المباشر والفوري لمسألة التنازع، ويتقرر على إثرها الاختصاص لقانون معين دون الحاجة للرجوع إلى قواعد الإسناد»، هذا ما يجعله يتسم بالطابع الاتفاقي الطائفي وحتى النوعي؛ كونه يخاطب طائفة المتعاملين في المجال الإلكتروني، وله فضاءه الافتراضي الذي يعقد جلساته ويصدر أحكامه عبر الدوائر المغلقة للاتصالات، ويتم تبادل الوثائق عادة عبر البريد الإلكتروني، فهو قانون تلقائي النشأة نابع من المجتمع الإلكتروني ويجد مصدره في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية... وغيرها، ولم يأت عن طريق رسمي أو شكلي، ولا يحتاج تطبيقه إلى تدخل السلطة العامة.

(٦٤) Conférence des nations unies sur le commerce et le développement de commerce électronique : considérations juridique, Etude établie par la secrétaire du CNUCED le 15 mai 1998, P 33.

(٦٥) O. ITEANU: Internet et le droit aspect juridique du commerce électronique, ed: eyrolles, Paris 1996 , P 42

(٦٦) لقد تبني القضاء الحالي على إثر إدراج النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ضمن القوانين الداخلية فكرة الأخذ بالكتابة الإلكترونية و كذا التوقيع الإلكتروني كمكافئ وظيفي للشكليات والإمضاء في المعاملات التقليدية ، لمزيد من التفاصيل انظر :

Conférence des nations unies sur le commerce et le développement de commerce électronique : op cit , P 35.

الفرع الأول

الاتفاقيات الدولية كمصدر للقانون الموضوعي الإلكتروني

بما أن القانون الموضوعي الإلكتروني يحكم المعاملات التي تتصل بأكثر من دولة، ويقدم الحل للمسألة محل النزاع مباشرة، فمن الواضح أن الاتفاقيات الدولية تعد مصدراً مهماً وفعالاً في إرساء قواعده .

بالتالي تشكل الاتفاقيات الدولية مصدراً في إرساء القانون الموضوعي المطبق على العقد الإلكتروني، وأبرز دليل على هذا المجهود الذي بذلته منظمة التجارة العالمية وموقفها من التجارة الإلكترونية، فقد أصدرت هذه المنظمة في مطلع عام ١٩٩٨ الدراسة الخاصة حول التجارة الإلكترونية بعنوان (آليات التجارة الإلكترونية وما يتعلق بمباشرتها استخدام الإنترنت) إذ توصلت في هذه الدراسة إلى اعتبار التجارة الإلكترونية ضمن الأنشطة التجارية التي تستوعبها وتطبق عليها الاتفاقية الدولية الخاصة بالتجارة في الخدمات، كما بينت في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي المنعقد في أوتاوا في ١٩٩٨ أنها لا تسعى لوضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية، إنما لاستخدام التنظيم القانوني القائم والمحدد ضمن اتفاقية الـ (Gatts) الخاصة بالتجارة^(٦٧).

لهذا نجد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالعقود الدولية الإلكترونية التي تولت إعدادها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في نيويورك ٢٠٠٥^(٦٨) تسيير على الدرب نفسه من خلال تبيان الوزن الحقيقي للعلاقات الإلكترونية والذي ينبغي على الدول

(٦٧) قد كان لمنظمة التجارة العالمية عقد اتفاقية عالمية ضمت ثلاث اتفاقيات رئيسية: الأولى كانت عام ١٩٩٥ وهي (٢٨) اتفاقية عالمية تؤطرها ثلاث اتفاقيات ١-الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة: Gaat ٢ - اتفاقية التجارة والخدمات: والتي جرى وضعها لمواجهة النشاط التجاري المستجد في ميدان خدمات النقل والخدمات المالية والاتصالات والخدمات التقنية والاستشارية ٣ - اتفاقية الجوانب التجارية المتعلقة بالملكية الفكرية Trips، والتي تتعلق بمسائل حقوق المؤلف والعلامات والأسرار التجارية وبراءات الاختراع والقواعد العامة المتصلة بالملكية الفكرية وعلاقتها بالتجارة العالمية، ولمزيد من التفاصيل انظر :

محمد حسام محمود لطفي: اتفاقية تريبس والملكية الأدبية والفنية -دراسة لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص حول مستقبل الاقتصاد المصري في ظل تحرير التجارة العالمية، المجلد الثاني، العدد ١٩، أبريل ١٩٩٦، ص ٦٢٦. (٦٨) انظر: اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، منشورات الأمم المتحدة رقم V.07.A.2. فيينا، 2007، ص 13 في الموقع الإلكتروني : www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitraltexts/electroniccommerce/2005convention.html

معرفته من جهة^(٦٩)، ومن جهة أخرى حرصها على مواكبة القوانين الداخلية لما تفرضه الاتصالات الإلكترونية .

إذ تهدف هذه الاتفاقية^(٧٠) إلى تقديم حلول عملية لعقود تتم عبر استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية، دون أن يتعدى ذلك وضع قواعد موحدة تسلكها الدول في العلاقات التعاقدية التي يبرمها أفرادها خارج الإطار الرقمي، ومن المسائل الهامة التي أقرتها اعترافها الصريح بالقيمة القانونية للعقد المبرم باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية من خلال نص المادة ٨ في فقرتها الأولى بقولها: « لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية نفاذه لمجرد أنه تم وفق خطاب إلكتروني » بل أبعد من ذلك أكدت على فكرة التطابق الوظيفي بين التعاقد التقليدي والتعاقد الإلكتروني من خلال المادة ٩ في فقرتها الثانية والثالثة، حيث اعتبرت الخطابات الإلكترونية كالرسائل الإلكترونية مثلاً وغيرها تستوفي الكتابة التي يشترطها القانون في بعض العقود، ونفس الفكرة طبقت على التوقيع الإلكتروني باعتباره يؤدي وظائف التوقيع التقليدي إذا استوفى شروط معينة حددها القانون.

لهذا على الدول تجسيد أحكام هذه الاتفاقية وغيرها لتطبق على العقد الدولي الإلكتروني ما دامت أنها لا تخالف قواعد البوليس وحتى النظام العام فيها.

الفرع الثاني

القواعد الإلكترونية ذات الطابع الإقليمي

عدم وجود نظام قانوني يتولى تنظيم العقد الإلكتروني لم يمنع الجهود الإقليمية من محاولة وضع بعض القواعد، ومن ضمن هذه المحاولات نجد ما قامت به اللجنة الأوروبية في شهر نوفمبر من سنة ١٩٩٨ باقتراحها تعليمية من أجل وضع نظام قانوني مشترك لتطوير التجارة الإلكترونية في السوق الأوروبية الموحدة، ولقد أقر هذا المشروع

(٦٩) عند بداية هذا المشروع المتمثل في قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية كان ولازال يمثل مثالا على التعاون الدولي في وضع إطار قانوني دولي مشترك، بغية العمل على تنظيم التجارة الإلكترونية بما يساعد الدول على الأخذ بهذا القانون والاسترشاد به في وضع القوانين الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، ويسمح لإطلاع الدول على الرؤية الدولية التي يجب أن تكون متناسبة مع اهتمامات الدول .

(٧٠) إعداد هذه الاتفاقية تم في فترة قصيرة بين سنة ٢٠٠٢ إلى ٢٠٠٥ و اعتمدها الجمعية العامة في نوفمبر ٢٠٠٥ بمقتضى القرار رقم ٢١/٦٠، وأخيراً فتح الأمين العام باب التوقيع عليها في يناير من سنة ٢٠٠٦ إلى غاية يناير ٢٠٠٨ .

أن إبرام العقد عن طريق الخط الإلكتروني لا يجب أن يعرقل من قبل الدول بفرض قواعد وطنية لا تكون مناسبة لحكمه .

كما فرض هذا المشروع على تشريعات الدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية أن تعدل في أحكامها، وذلك باستبعاد كل القواعد التي من شأنها عرقلة إبرام العقد التجاري الإلكتروني، فلقد نصت المادة ١١ من هذا المشروع قبل تعديلها على كيفية تحديد مكان وزمان إبرام العقد بوقت تسلم المرسل إليه (القابل) من الراسل (الموجب) رسالة إلكترونية تعلمه بوصول القبول^(٧١) .

والملاحظ على هذه المادة أنها لم تأخذ بإحدى النظريات الأربع المذكورة في التشريعات الداخلية للدول^(٧٢) والمتعلقة بالتعاقد بين غائبين، بل أعطت حلاً جديداً لم يكن موجوداً في التشريعات الوطنية الداخلية، ويتمثل في أن العقد يتم في المكان والزمان الذي يحصل فيهما القابل على إشعار إلكتروني من الموجب بوصول القبول إليه كإرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني .

فبذلك تكون المادة قبل تعديلها قد أحدثت نظرية خامسة في التعاقد بين غائبين؛ كونها حددت محل إبرام العقد رجوعاً إلى دولة القابل حتى وإن كان ذلك بطريقة غير مباشرة، فعلى أساسه يكون المرسل إليه الإشعار هو أول العالمين بإبرام العقد الإلكتروني^(٧٣) .

إذ إن الاتحاد الأوروبي - باعتباره تنظيمًا إقليميًا يحرص على التعامل مع التجارة الإلكترونية ضمن تطوراتها التقنية - قد أعاد تأكيد بناء الفكرة التي ترسخت في المشروع السابق من خلال التوجيه الأوروبي رقم ٣١/٢٠٠٠ الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٠، حيث اهتم بالجوانب القانونية لخدمات شركة المعلومات وبصفة خاصة للتجارة الإلكترونية في السوق الوطنية، فقد أشار إلى ضرورة أن تقوم الدول الأعضاء بالسماح لأنظمتها

(٧١) تنص المادة ١١ قبل تعديلها من المشروع السابق الذكر على أنه: «يعتبر العقد الإلكتروني قد أبرم عند تسلم المرسل إليه (القابل) من الراسل (الموجب) العلم بوصول القبول».

(٧٢) هناك أربع نظريات تحكم التعاقد بين غائبين نذكر منها: نظرية إعلان القبول *déclaration de l'acceptation*، نظرية تصدير القبول *expédition de l'acceptation*، نظرية تسليم القبول *Réception de l'acceptation*، نظرية العلم بالقبول *systeme de l'information* الذي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 67 من القانون المدني واعتبر أن الوصول فيها قرينة على العلم .

(٧٣) المادة 11 بعد التعديل لم تحدد زمان إبرام العقد ولا مكانه، وافترضت أنه يجب تطبيق قواعد وطنية لدولة معينة، يتم تحديد هذه الدولة بالرجوع للمادة الثالثة من نفس مشروع اقتراح التعليمات والتي حددتها في قانون دولة المؤسسة العارضة للخدمة *établissement du prestataire des services*

القانونية بإبرام العقود بالطرق الإلكترونية، بحيث لا تمثل هذه الأنظمة عائقاً لاستعمال العقود الإلكترونية، ولا تحد من أثرها وفعاليتها لمجرد أنها تتم بالطرق الإلكترونية، وقد سبقها في ذلك قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام ١٩٩٦^(٧٤) في المادة ١١ أين سمح للأشخاص باللجوء إلى التعاقد الإلكتروني باعتباره وسيلة حديثة تحقق نوعاً من السهولة في المبادلات.

الفرع الثالث

القواعد الإلكترونية الموضوعية ذات الطبيعة الذاتية

إن عدم ملائمة منهج النزاع لحسم مسألة تحديد القانون المطبق على العقد الإلكتروني دفع لتفضيل تطبيق قواعد القانون الموضوعي ذات الطبيعة الإلكترونية في الأصل، هذه القواعد تضمن تنظيمًا وحلولاً مباشرة للعلاقات الحديثة التي تتميز بخصوصية فنية، ومصطلحات تقنية قابلة للتطور لمواكبة التقدم السريع في عالم التجارة الإلكترونية.

ويستمد هذا القانون مصادره من الممارسات التعاقدية الإلكترونية، والأعراف والعادات والممارسات المهنية لهذا العالم الرقمي للمعلومات والاتصالات، والقواعد والأحكام التي تم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهتمة بسيادة أخلاقيات قوية في التعامل عبر الإنترنت.

أولاً - أعراف وعادات التجارة الإلكترونية: تمثل قواعد تنشأ في ظل وسط تجاري إلكتروني مهني لا ينتمي إلى دولة معينة، يتم فيه تكرار سلوك معين بين أشخاص في تعاملاتهم الإلكترونية لمدة طويلة مع شعورهم بالزامية اتباعه.

مما يعني أن الأعراف والعادات الإلكترونية ذات طبيعة تلقائية يتداولها المتعاملون عبر الشبكة تحقق مانتقضييه البيئة الرقمية كما هو حال عادات وأعراف التجارة الدولية، هذه الأخيرة تعبر على قواعد من صنع ممتهني التجارة الدولية مباشرة ودون تدخل تشريعي، تفرض نفسها كقواعد قانونية لها بيئتها وخصائصها الملزمة على الأشخاص الذين يوجه إليهم^(٧٥).

ثانياً - الممارسات العقدية الإلكترونية والعقود النموذجية: إذ يفضل الأطراف، أحياناً، في مجال التجارة الدولية والإلكترونية بصفة خاصة، الإفلات كما

(٧٤) الأونسيترال Loi type de le CNUDCI sur le commerce électronique هو قانون نموذجي

للتجارة الإلكترونية، الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في 12 يونيو 1996،

متواجدة باللغة العربية عبر موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري التالي: www.uncitral.org

GOLDMAN . B : Frontière du droit et lex mercatoria ,op cit , P 188 .

(٧٥)

ذكرنا من قوانين الدول، ووضع الأحكام والشروط الخاصة لتسوية كل المنازعات المتوقعة، أي تضمين العقد حلولاً للمسائل التي يمكن أن تثور بينهم، ويستعين الأفراد في ذلك بالممارسات العقدية الأكثر شيوعاً والمدرجة ضمن نوعين من العقود :

١ - النوع الأول: يمثل العقود التي تبرم بين مقدم المادة المراد إدخالها على شبكة الإنترنت ومقدم خدمة البث عبر الموقع.

٢ - النوع الثاني: يضم العقود الخاصة بالاشتراك في شبكة الإنترنت المبرمة بين متصفح الإنترنت ومقدم خدمة الاشتراك، بهدف الاستفادة من الشبكة في الحصول على بيانات أيّاً كان نوعها، أو للترويج لبضائع.

هذه العقود قد أرسى بعض الحقوق والواجبات لأطراف ينبغي احترامها، وعدم المساس بها، كحق فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبث عبر الشبكة، وحق استبعاد كل مستخدم لا يحترم الالتزامات والسياسة التي يفرضها الموقع، وضرورة احترام قواعد السلوك المستقرة كسرية المعلومات، وعدم إلحاق الأذى بالحياة الخاصة للأشخاص...

أما العقود النموذجية الإلكترونية المعدة سلفاً فتعد من مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني، ومن الأمور المألوفة في مجال التجارة الإلكترونية^(٧٦)، كونها وثائق تتضمن الشروط العامة والأساسية بصفة مفصلة لنوع معين من السلع أو الخدمات، تقبلها أوساط التجارة الإلكترونية لشيوعها في ذات الوسط، بحيث تقنن في شكل نماذج مطبوعة تلتزم بها جماعة من التجار في تعاملها عبر الإنترنت، فلا يكون للمتعاقدين إلا توقيعها وملء الفراغات بالمعلومات اللازمة، ونذكر على سبيل المثال العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية الذي نظم جوانب أساسية في العلاقة العقدية كعملية التسليم والتحديد التفصيلي لثمن السلعة أو الخدمة المعروضة...^(٧٧).

ثالثاً - تقنيات السلوك *la netiquette*: تعتمد على قواعد وأحكام تم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهتمة لتحقيق سياسة أخلاقية في التعاملات عبر شبكة الإنترنت، فتقنية السلوك ذات الطابع المتنوع^(٧٨) ما هي إلا قواعد تعبر على حسن السلوك عبر الشبكة التي تنظم في شكل قوانين لحسن السيرة *codes de bonne conduite*.

(٧٦) J. HUET: Commerce électronique, loi applicable et règlement des litiges - propositions des grandes entreprises, JCP. 1999, édition E, P 1601.

(٧٧) أسامة أبو الحسن مجاهد: المرجع السابق، ص ٩٧.

(٧٨) FRYDMAN Benoit: Quel droit pour l'internet, op cit, P 12.

خاتمة

إذا كان القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يحظى بنظام قانوني ثابت تحدده إرادة أطراف التعاقد أو يتولى القاضي البحث عنه رجوعاً للملاسات التعاقد، فإن العقد الإلكتروني في المقابل لا يحظى بهذا القدر من الثبات، حيث يبدو القصور في تنظيمه القانوني أكثر وضوحاً، ومن هنا بات من الطبيعي أن تزداد أهمية وضع نظام مختلف يتماشى مع الطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني.

فالتبيعة غير المادية لشبكة الإنترنت وعدم القدرة على ربطها بدولة معينة أدى إلى صعوبة تركيز العلاقة العقدية داخل إقليم دولة معينة، هذا ما ترتب عليه عدم صلاحية منهج التنازع لتنظيم الروابط والمبادلات الإلكترونية، والتفكير في الابتعاد عن هذا المنهج الذي وضع لتحديد قانون داخلي لدولة معينة يحكم العلاقات الدولية يكون موضوعاً أصلاً لتنظيم العلاقات الوطنية الداخلية، عكس القانون الموضوعي المنظم للعقد الإلكتروني، فصحيح أن قواعده في الأساس وليدة إرادة أطرافه وهي التي تحدد معالم العلاقة العقدية، وكذا كيفية حسم المنازعات فيها، لكن يساعدها في ذلك قواعد عابرة للحدود يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية والقواعد المادية ذات الطبيعة الإقليمية، بالإضافة إلى عادات متداولة تحكم حركة التبادل في الوسط الذي ترعرعت فيه، وكذا العقود النموذجية.

فعلى الرغم من أن هذا القانون ليس نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق نظراً لعدم وجود مجتمع منظم متماسك يجمع كل المتعاملين في العالم الإلكتروني، ولا تتوافر لقواعده صفة الإلزام، ولا تتضمن الجزاء الذي يكفل احترامها، لكن قواعده مناسبة يمكن أن تستند إليها التشريعات الوطنية لحكم العلاقة التي تتم عبر العالم الافتراضي، كونها تضع حلولاً لعدة مشكلات قانونية أثارها ولا يزال يثيرها العقد الإلكتروني وكذا التجارة الإلكترونية عامة ألا وهي مسألة تبادل الإيجاب والقبول عبر الإنترنت، وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وفيما إذا كانت طبيعة التعاقد تجعل العلاقة تدخل في مصاف التعاقد بين حاضرين أو غائبين أو حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، ولم تقتصر هذه القواعد على المسائل السابقة، بل نظمت مسألة حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، وكذا وسائل الدفع الإلكتروني... وغيرها .

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

- أحمد عبد الكريم سلامة: العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية ١٩٨٩ .
- أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٠ .
- بشار طلال أحمد مومني: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، عالم الكتب الحديث، الأردن ٢٠٠٤ .
- حفيظة حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٤ .
- فاروق محمد الأباصيري: عقد الاشتراك (في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت) دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢ .
- عبد السلام نيب: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر ٢٠٠٩ .
- عليوش قريوع كمال: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر ٢٠٠٤ .
- هشام صادق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (دراسة تحليلية ومقارنة) منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة ١٩٩٥ .

المقالات:

- بلال عبد المطلب بدوي: التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثامنة والأربعون، طبعة ٢٠٠٦ .
- عبد الحميد حنورة: الإبداع في عصر العولمة، المنشورة في مجلة التقدم العلمي، العدد الثامن والعشرون، أكتوبر /ديسمبر ١٩٩٩ .
- طيب زروتي: مناهج تنازع القوانين في العقود الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، الجزء ٣٥، رقم ٠١، ١٩٩٧ .

- محمد حسام محمود لطفي: اتفاقية تريبس والملكية الأدبية والفنية -دراسة لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، عدد خاص حول مستقبل الاقتصاد المصري في ظل تحرير التجارة العالمية، المجلد الثاني، العدد ١٩، أبريل ١٩٩٦ .

المراجع باللغة الفرنسية

- GAILLON Lamy : Contrats internationaux , Paris 1997.
- HENZE Vincent :La réglementation des contrats internationaux-étude critique des méthode ,GLN Joly1989.
- LAUGOIS Marc et GASCH Stéphane: Le commerce électronique B to B, de l'EDI a L'internet, DUNOD 1999.
- JEAN Robert: L'arbitrage - droit interne, droit international privé ,dallos 1993.
- JACQUET Jean-Michel : Principe d'autonomie et contrats internationaux , publie avec le concours du ministère des universités *ECONOMICA* 1983 .
- O. ITEANU: Internet et le droit aspect juridique du commerce électronique, édition: eyrolles, Paris 1996 .
- MOUSSEROU Jean Marc & RAYMAND Jacques & FABRE Regis& PIERRE Jean-Luc: Droit du commerce international (Droit international de l'entreprise), 2eme édition 2000, LITEC .
- MAYER Pierre: Droit international privé, 6eme édition, Montchrestien 1998.
- Sylvie Graumann-Yettou : Guide pratique du commerce international, librairie de la cour de cassation 1997, LITEC .
- TRUDEL .P, ABRAN. F & autre: La résolution des conflits dans le cyberspace in droit du cyberspace, éd: THEMIS 1997.

THESES :

- LANG George-adolf: La fraude à la loi en droit international privé, thèse doctorat, université Lausanne.

- ETUDES DOCTRINALES, ARTICLE ET CHRONIQUE
- BATIFFOL Henri: Contrats et conventions, encyclopédie. Dalloz . DIP .
- FRYDMAN Benoit: Quel droit pour l'internet, Sous Direction Internet.
- J.HUET : Commerce électronique, loi applicable et règlement des litiges - propositions des grandes entreprises, JCP. 1999, édition E, P 1601.
- GOLDMAN.B: Frontière du droit et lexmercatoria, Arch. Phil. Dr. 1964.
- GOLDMAN.B: La lexmercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, JDI 1979.
- LAVEL .P: Le contrat dit sans loi ,Tra.Com.Fr.Dr.Int.Pr .- 1964 1966, Dalloz, p.209 .
- Marie Niboyer-Hoegy : Contrats internationaux , J.CL.D.INT. 1993, Fascicule 30-552, article 1135-1134.
- M.TOMASZEWSKI : La désignation ,postérieure a la conclusion du contrat de la loi qui le régit , Rev . Crit.1972 .
- P.Y.GAUTIER : Suite de la promenade a travers un site immatériel : des condamnations de justice en nature sue l'internet, D. S. 1997 chronique .
- Rogea Dayant: J. Class . D. C .1959, App art 1135-1134.
- Loi application immédiate et droit du travail, Revue Critique de Droit International Privé. 1979.
- Tony maalouli: La notion du contrat, Sous direction internet www.dm.net.ib

Law applicable to the electronic contract

Comparative Study

Prof. Hania Cherif

Parmi les défis aux quels les personnes font face lors de la conclusion des contrats électroniques sont d'une part la désignation de la loi applicable et, d'autre part, celle d'une juridiction compétente relativement aux contrats électroniques internationaux.

L'élément d'extranéité, présent dans la plupart des contrats électroniques, impose toujours le recours aux règles de rattachement incluses dans le droit international privé, plus particulièrement celles qui ont été conçues dans le but d'être appliquées aux contrats classiques internationaux. Toutefois, la dématérialisation des échanges et le caractère international des réseaux ont fait du contrat électronique un contrat dont les particularités rendent nécessaire un rajustement de ces règles.

Alors demandez comme problématique la possibilité d'appliquer ces règles de rattachement au contrat électronique ou il devrait y avoir des règles objectives servant la nature immatérielle de l'Internet? .

Nous allons essayer de répondre à cette problématique et d'autres dans cette étude .