الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم حقوق

دور القواعد المادية في فض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

من إعداد الطلبة:

- ✓ بلعبيدي صبري نصر الدين
- ✓ بالعبيدي محمد صفوان
- ✓ بوشراير عبد الحفيظ

تحت إشراف:

د. كمرشو الهاشمي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ د. حوبة عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – بالوادي	رئيسا
د. كمرشو الهاشمي	أستاذ محاضر قسم "ب"	جامعة الشهيد حمه لخضر – بالوادي	مشرفا ومقررا
أ د. كرام محمد الأخضر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – بالوادي	مناقشا

السنة الجامعية 2022/2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم حقوق

دور القواعد المادية في فض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

من إعداد الطلبة:

- ✓ بلعبيدي صبري نصر الدين
- ✓ بالعبيدي محمد صفوان
- ✓ بوشراير عبد الحفيظ

تحت إشراف:

د. كمرشو الهاشمي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ د. حوبة عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – بالوادي	رئيسا
د. كمرشو الهاشمي	أستاذ محاضر قسم "ب"	جامعة الشهيد حمه لخضر – بالوادي	مشرفا ومقررا
أ د. كرام محمد الأخضر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الشهيد حمه لخضر – بالوادي	مناقشا

السنة الجامعية 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

إن الشكر والحمد لله كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، نشكره ونحمده حمدا كثيرا مباركا فيه على جزيل عطائه وعلى كل ما أنعم عليه به وفضله علينا أن وفقنا لإتمام هذا البحث، ونسأله تعالى أن ينفع به، راجين منه عز وجل التوفيق والسداد في باقي مشوارنا البحثي.

من هذا المنبر نتقدم بالشكر الجزيل والتقدير إلى:

للأستاذ: **الدكتور كمرشو الهاشمي** على سعة النفس ورحابة الصدر بقبوله الإشراف على هذه المذكرة، وعلى ما بذله من جهد ووقت وما أسداه إلينا من نصح وتوجيه وعلى صبره معنا وتحمله لنا طيلة فترة البحث فجزاه الله عنا كل خير وأمده بالصحة والعافية وأسعده في الدارين

كما نتقدم بجزيل الشكر للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لتكرمهم بقبول مناقشة هذه الرسالة وإثرائها وتقييمها.

من أمد لنا يد العون وساهم في تذليل الصعوبات طيلة أطوار إنجاز هذا العمل.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر والامتنان لكل من تعلمنا على أيديهم طوال مسيرتنا العلمية.

شكرا لكم وجزاكم الله عنا خيرا

اهـــــــداء

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على أشرف وخير خلق الله محمد صل الله عليه وسلم

إلى من قال فيهما الرحمان (وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا) الآية 23، سورة الإسراء

الى من أحمل اسمه بكل فخر واعتزاز الى الذي كلت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة وكان لي عونا للهمة الى الذي هو نبراس حياتي أبي الغالي

الى أغلى سيدة تحت أقدامها الجنة ووجودها بسمة الحياة الى رمز الحب والحنان الى من دعوتها نسمات فرح لقلبي الى حبيبتي امي

الى من هم سندي في الحياة الى من تذوقت معهم أجمل اللحظات ريحان قلبي اخوتي حفضكم الله لي وادامكم فرحا بحياتي الى كل افراد عائلتي من قريب او بعيد الى الذين أحببتهم وأحبوني وكانوا خير الأصدقاء

الى كل أساتذتي الذين كانوا عونا لنا في مشوارنا الدراسي ونورا يضيء لنا حلكة طريقنا ويمحي درب المعرفة والعلم الى كل من ساهم من قريب أو بعيد في انجازنا لهذا العمل المتواضع كل الشكر موصول لهم.

صبري نصر الدين وصفوان و عبد الحفيظ

الى أغلى سيدة تحت أقدامها الجنة ووجودها بسمة الحياة الى رمز الحب والحنان الى من دعوتها نسمات فرح لقلبي الى حبيبتي امي

الى من هم سندي في الحياة الى من تذوقت معهم أجمل اللحظات ريحان قلبي اخوتي حفضكم الله لي وادامكم فرحا بحياتي الى كل افراد عائلتي من قريب او بعيد الى الذين أحببتهم وأحبوني وكانوا خير الأصدقاء

الى كل أساتذتي الذين كانوا عونا لنا في مشوارنا الدراسي ونورا يضيء لنا حلكة طريقنا ويمحي درب المعرفة والعلم الى كل من ساهم من قريب أو بعيد في انجازنا لهذا العمل المتواضع كل الشكر موصول لهم.

صبري نصر الدين وصفوان و عبد الحفيظ

مقدمة

أضحت معاملات التجارة الدولية تؤدي دورا أساسيا في العلاقات الحديثة ذات طابع دولي إذ تأكد تشكل المحور الأساسي لها، خاصة في ظل تسارع وتيرة العولمة بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية، ولا خلاف اليوم أن هذا التزايد قد رافقته حاجة ماسة إلى ضرورة إحداث ترسانة قانونية لضبط وتقعيد صيغ التعاملات التجارية الدولية، ووضع قواعد قانونية جديدة مواكبة لكل التطورات العلمية والتكنولوجية التي شهدها حقل التعامل التجاري، و حيث أصبح المجتمع الدولي للتجار حقيقة يتعذر إنكارها والذي يحتكم المتعاملون داخله إلى قواعد تراعي عامل السرعة والثقة والائتمان وتقوم على أساس حماية توقعات الأطراف.

إن هذا التطور الذي عرفته الحياة الاقتصادية ونمو التجارة الدولية عبر الحدود قد لازمها الحاجة إلى حلول موضوعية تلائم المعطيات الجديدة لمظاهر ذلك التطور والنمو، لأن هذا التطور أوجد أنواعا جديدة من العقود الدولية، لا تشتمل النظم القانونية الوطنية على قواعد تلائم خصوصيتها وما تثير من إشكالات ذاتية خاصة على مستوى تنازع القوانين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية محل النزاع.

وتاريخيا فان فض هذه المشاكل منذ القدم كان يتم بواسطة منهج قاعدة الإسناد الموروث على الفقيه "سافيني" الذي ظل مهيمنا فترة طويلة من الزمن في فض المنازعات التي تثيرها العلاقات الخاصة ذات الطابع دولي بصفة عامة ومنازعات عقود التجارة الدولية بصفة خاصة.

وبسبب عدم توافق القوانين الوطنية التي يسند لها الاختصاص في نهاية المسلسل التنازعي مع حاجة منازعات عقود التجارة الدولية، دعى الفقه إلى هجر منهج قاعدة الإسناد لصالح مناهج أخرى، وفي مقدمتها منهج القواعد المادية أو القواعد المباشرة التطبيق في حقل التجارة الدولية.

و قد برزت القواعد المادية في بدايتها مع تكون مدن الفينيقيين على شواطئ البحر المتوسط، حيث وسعت اتفاقاتها مع المدن والدول الأخرى الحصول على امتيازات تجارية توحد بمقتضاها قواعد تنظيم نشاطها التجاري عبر الحدود، بما فيها القواعد القانونية الممثلة في الاتفاقيات التي أبرمها القرطاجيون مع روما أثناء حرب البونيك، ومع ذلك لم يعرف قانون التجارة كقانون مستقل إلا في العصور الوسطى عندما أصبحت التجارة الدولية تعبر حدود أقوام مختلفة وقد تطور وتبلور عبر العصور إلى أن أصبح نظام قانوني قائم في ذاته في مجال التجارة الدولية.

وعلى هذا النحو تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من الناحية النظرية في كشف اللبس عن مكانة منهج القواعد المادية في حل مشاكل عقود التجارة الدولية ومدى قدرته على الوقوف في وجه المنهج التنازعي والاستقلال عليه.

ومن الناحية العملية في ارتباط هذا الموضوع بعقود تتنامى وتزداد يوما بعد يوم بصورة مطردة، لأن الأمر يتعلق بعقود تتميز في مجملها بقيمتها المالية الضخمة ويؤثر تنفيذها في الحياة الاقتصادية للدول وفي ميزانها التجاري.

- **أهمية الموضوع:**

تتضح أهمية موضوع القواعد المادية في فض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية من ناحيتين احداهما نظرية والأخرى عملية، فأما الأهمية النظرية فتكمن في تحديد

صلاحية قواعد القانون الدولي الخاص لضبط عقود التجارة الإلكترونية الدولية، من ناحية تحديد الاختصاص القضائي او من تحديد القانون الواجب التطبيق وحتى من جهة مدى تنفيذ الاحكام الأجنبية وتتجلى تلك الأهمية في معرفة قدرة قواعد التحكيم التقليدية على ضبط وتنظيم احكام التحكيم الالكتروني باعتباره اهم الية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية.

وكذا صلاحية الشروط المقررة لتنفيذ الاحكام التحكيمية الدولية الواردة في عقود التجارة الدولية التقليدية لتطبق على احكام التحكيم الإلكترونية الفاصلة في منازعات عقود التجارة الإلكترونية والناجمة عن اعتماد الهيئات التحكيمية على الوسيلة الإلكترونية اعتمادا كليا، اما بالنسبة للأهمية العملية فتكمن في رصد الحلول التي يجب اتباعها لمواجهة الإشكالات التي تنتج عن عقود التجارة الإلكترونية الدولية وذلك لتوفير كل الظروف الحسنة لتمكين المشرع الجزائري من التعامل معها سيما وان انتشارها الكبير لم يؤثر على المنظومة القانونية الوطنية اذ لم تحرك هذه الأخيرة ساكنا في سبيل وضع احكام تضبط من خلالها هذه المعاملات باستثناء ما تعلق منها بقواعد الاثبات.

- **أهداف الدراسة:**

من خلال ما سبق ومن منطلق ضرورة تبيان دور القواعد المادية في فض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية الدولية اتضح ان هذا الموضوع من اكثر المواضيع التي تحتاج الى دراسة ومناقشة بل وتجعل من اللزوم التطرق اليه والبحث فيه لإبراز خباياه وتحديد معالمه وايضاح الأفكار الدائرة حوله وهذا لارتباطه الوثيق بعدة مشاكل نظرية وقانونية خاصة ان هذا البحث لن يكون فكريا بحتا معزولا عن الواقع وعليه تهدف هذه الدراسة لإعطاء نظرة واسعة وشاملة لموضوع من اشد المواضيع تعقيدا ينظمه قانون اشد تعقدا وهذا لاعتباره قانونا غير متكامل بعد حتى في تشريعات الدول المتقدمة وهذا كله من اجل ايضاحه وبيان نطاقه الشامل في التشريع الجزائري في ظل نظرية واضحة المعالم.

- **أسباب الاختيار الموضوع:**

ومن البديهي ان يكون للباحث انجذاب ودراية بموضوعه كما ان رغبة الباحث في البحث في موضوع ما يعطيه حافزا إضافيا ودافعا أكثر للمضي في بحثه وعدم الفشل وتمكنه فيه.

من أبرز ما الفت انتباهنا لهذا الموضوع كونه أحد المواضيع محل الدراسة العالمية وأيضا كون العالم الان وفي ظل التطور الذي يؤول اليه مجال التكنولوجيا والاتصال المتزايد سيتجه الى اعتماد التجارة الإلكترونية كوسيلة أساسية في المستقبل القريب كما ان الإقبال المتزايد والرهيب للأشخاص على شبكة الأنترنت لإجراء معاملاتهم التجارية أكد لنا صحة الاتجاه الذي ستسلكه الدول في المستقبل.

وأيضا لكونه موضوعا شيقا وحساسا يحز في نفس الباحث على التعمق فيه والتعرف على تفاصيله وخباياه.

- **المنهج المتبع:**

كما اننا قمنا في بحثنا هذا باتباع المنهج الوصفي من بين جميع المناهج الأخرى وذلك لكونه أحد مناهج البحث العلمي الفعالة في مثل هذه الدراسات كما انه يمكننا من الوقوف على المعلومات والحقائق الواردة في هذا الموضوع، انطلاقا من الآراء الفقهية مرورا بالنصوص القانونية والاحكام القضائية بالإضافة الى انه يمكننا بالإلمام بمعظم التفاصيل الدائرة حول هذا الموضوع.

- **الصعوبات:**

ومن المعروف بانه عند انجاز أي بحث علمي مهما كانت صفته تواجه الباحث عدة صعوبات وعراقيل تؤزم وضعه وتصعب المأمورية عليه لذا عليه ان يكون صبورا ومجتهدا لأجل الحصول على أفضل النتائج.

ومن بين أبرز الصعوبات التي واجهتنا اثناء اعداد البحث ما يلي:

- قلة المراجع العلمية المتخصصة في هذا الموضوع، اذ ان اغلب الكتب والاطروحات والرسائل التي تناولت الموضوع كانت صورة طبق الأصل لبعضها.
- الصعوبات التي يطرحها هذا الموضوع على مستوى العلاقات الخاصة الدولية سواء ما تعلق منها بالمعايير الواجب اعمالها لإضفاء الطابع الدولي على تلك العقود.
- عدم وجود قانون في التشريع الجزائري يضبط كافة الجوانب المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.
- انعدام الاجتهادات القضائية الجزائرية الواردة في هذا الموضوع.
- ضيق الوقت، وعدم كفايته لإعطاء أفضل نتيجة ودراسة لهذا الموضوع خاصة وانه من المواضيع الدقيقة والمتشبعة.

وانطلاقا مما سبق يمكن بسط الإشكالية التالية:

- **الإشكالية:**

ما مدى فاعلية القواعد المادية كمنهج في القانون الدولي الخاص للتسوية المنازعات الناجمة عن عقود التجارة الإلكترونية الدولية؟

- **الخطة المتبعة في الدراسة:**

ترتب علينا في هذه الدراسة اتباع خطة ثنائية متكونة من مبحثين وفصلين:

حيث **الفصل الأول** تناولنا فيه ماهية عقود التجارة الإلكترونية ومعايير دوليتها وتقسيمه إلى مبحثين تم تفصيل فيها اهم نقاطها، وفي **الفصل الثاني** تطرقنا إلى القواعد المادية كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية وهذا بتفصيل فيها على مبحثين أولها ماهية القواعد المادية والثاني تقييم القواعد المادية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية.

الفصل الأول

ماهية عقود التجارة الإلكترونية ومعايير دوليتها

اختلف الفقه حول تحديد ماهية عقود التجارة الإلكترونية سواء من حيث تعريفها أو من حيث خصائصها التي تميزها عن غيرها من سائر العقود بصفة عامة ويرجع هذا الاختلاف إلى التنوع الشديد للعقود الإلكترونية التي تتم على شبكة الاتصالات الدولية.

ويعتبر العقد الالكتروني أساس وركيزة التجارة الإلكترونية وهو بشكل ترجمة الإرادة كل من البائع أو مقدم الخدمة والمشتري عن طريق ركيزة الكترونية وهذا ما يدفعنا إلى محاولة معرفة مفهوم عقود التجارة الإلكترونية من جهة، ومن جهة أخرى تتبع مراحل تكوين هذا النوع من العقود وبالنظر إلى الخصوصية التي يتمتع بها نظرا للوسائل المستعملة فيه نحاول الإحاطة بمسألة الإثبات التي تعتبر من أهم المسائل.

وفي هذ الفصل سنتطرق إلى مبحثين لإعطاء فكرة ومعلومة شاملة حول عقود التجارة الإلكترونية وبنودها من حيث المضمون وأهم معاييرها الدولية:

المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول

مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

من الأمور التي أثارت الجدل واختلفت عندها وجهات النظر، محاولة وضع تعريف للتجارة الإلكترونية commerce électronique بصفة عامة، والعقود الإلكترونية contrats électroniques التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات بصفة خاصة. ولعل مرد ذلك الخلاف تشعب هذه التجارة وتنوع العقود التي تبرم من خلالها بحسب المدرج فى كل نوع من العقود[1]، الأمر الذي أدى إلى اختلاف المفاهيم وبالتالي التعريفات، باختلاف الزاوية التي ينظر منها الباحث إلى تلك العقود.

[1] JEAN ،BAPTISTE (M.) ،Crèer et exploiter un commerce électronique ،ed. Litec ،1996 ،p.98

المطلب الأول: تعريف وخصائص عقود التجارة الإلكترونية

سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف بعقد التجارة الإلكترونية، ومحاولة معرفة خصائصها.

الفرع الأول: التعريف بعقود التجارة الإلكترونية

في إطار التعريف بعقد التجارة الإلكترونية وجب تعريفه وبيان خصائصه بتمييزه عما يشابهه أولا: تعريف عقد التجارة الإلكترونية تتجلى خصوصية تعريف عقد التجارة الالكتروني أو العقد الالكتروني بصفة عامة في جانبه الالكتروني، بمعنى آخر تكمن في الوسيلة التي ينعقد بها هذا العقد، وهي وسيلة الاتصال الحديثة ولقد وردت تعاريف كثيرة ومختلفة في هذا الصدد سواء تعلق الأمر بتعريفات الفقهاء أو التعريفات التشريعية لبعض الدول أو الهيئات الدولية.

عرف العقد بشكل عام على أنه" توافق إرادتين على إنشاء التزام، أو على نقله"[1]، ويتضح من هذا التعريف أن العقد أخص من الاتفاق فكل عقد يكون اتفاقا، أما الأنفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشئا لالتزام أو ناقلا له، وعلى ذلك فإن كان يعدل الإلتزام أو ينهيه فهو ليس بعقدا"[2]، والمهم في العقد الاتفاق على إحداث أثر قانوني، فلا يوجد عقد بالمعنى القانوني إذا لم يكن المراد إحداث أثر قانوني.

أولا: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

اختلف الفقهاء فيما بينهم في إطار وضع تعريف للعقد التجارة الالكتروني حيث يعرفه البعض على أنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[3]، غير أن ما يعاب على هذا التعريف تركيزه فقط على الوسائل المسموعة والمرئية فقط في حين أن عقد التجارة الإلكترونية يمكن أن يكون التعبير عن الإدارة فيه بواسطة الكتابة مثل التعاقد عن طريق البريد الالكتروني، كما عرفه آخرون بأنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفًا ومعالجة الكترونيا وتنشأ التزامات تعاقدية".[4]

وفي نفس السياق فقد عرفه جانب آخر من الفقه على أنه "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات".[5]

وكما عرفه جانب من الفقه الأمريكي على أنه: "العقد الذي ينطوي لى تبادل الرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجه إلكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية".[6]

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، دون سنة نشر، ص 137.

[2] محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 84.

[3] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 148.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 51.

[5] عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 18.

[6] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 51.

ثانيا: التعريف الوارد في المواثيق الدولية

رغم استخدام لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في مداولاتها وبصفة متكررة تعبير "التعاقد الالكتروني" إلا أنه لم يوضح تعريف محدد له، ومع ذلك يظهر أن هذا التعبير يستخدم للإشارة إلى تكوين العقود عن طريق الاتصالات الإلكترونية أو وسائل البيانات بالمعني الوارد في المادة 02 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وهو ما يتوافق مع المعنى المقصود في الكتابات الإلكترونية.[1]

إضافة إلى ذلك فقد عرفت المادة 02 أيضا من التوجه الأوروبي رقم 07/97 في ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد عقد التجارة الإلكترونية على أنه:

"كل عقد يتعلق بأموال أو خدمات، ليبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع أو تقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد، باستخدام عدة جمل تقنية للاتصال عن بعد، وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه"، أما التوجه الثاني 31/2000 الصادر في 08 جوان 2000 الذي يطلق عليه توجه التجارة الإلكترونية فقد عرف في مادة 02 منه الاتصال التجاري بأنه " كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق بضائع أو خدمات أو صورة مشروعة أو شخص يباشر نشاط تجاري أو حرفي أو يقوم بمهنة منظمة" ويتجلى بوضوح أن التوجه الثاني كان عاما وشاملا للتجارة الإلكترونية على التوجه الأول.[2]

كما عرفت بأنها:" عملية توصيل المعلومات والمنتجات والخدمات والمدفوعات وبرم الصفقات التجارية بطريقة الكترونية عبر شبكة الإنترنت أو أي شبكة دولية أخرى"، أو هي "معاملة تجارية تتم عن طريق وسيط الكتروني".[3]

في حين يوجد من اعتبرها:" استعمال الشبكة الإلكترونية لتسهيل وتسريع جميع مستلزمات إجراء الأعمال التجارية من تخطيط وتنفيذ أعمال بيع وشراء وتسليم"[4]

وعرفت أيضا بأنها: "عملية البيع والشراء للسلع والخدمات والمعلومات وبرامج الحاسوب وغيرها من الأنشطة التي تساعد على الممارسات التجارية عبر الوسائل الإلكترونية المختلفة"[5]، وي نفس المعنى عرفت بأنها:" نوع من عمليات البيع والشراء بين المستهلكين والمنتجين وبين الشركات بعضها مع بعض باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال، وهي بأذلك تعد أداة عملية تجارية بين شركاء وتجاريين باستخدام تكنولوجيا معلومات متطورة تضمن رفع كفاءة وفاعلية الأداء"[6].

---

[1] مصطفى هنشور وسيلة، النظام القانوني للتجارة الالكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017، ص 85..

[2] مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدي للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 28.

[3] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني، ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2008، ص 20.

[4] هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 01.

[5] عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، 37.

[6] لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012، 21.

ثالثا: التعريف الوارد في التشريعات الداخلية للدول

لقد كان للعقد الالكتروني نصيب في تشريعات بعض الدول التي سارت نحو مواكبة التطور الحاصل في مجال الاتصالات حيث عرفه المشرع التونسي الذي كان السباق لوضع تقنين خاص بالمعاملات الإلكترونية وهو التقنين رقم 83 لسنة 2000 على أن "العقود الإلكترونية يجرى عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع هذا القانون"، أما المشرع اليمني ومن خلال قانون المعاملات الإلكترونية اليمني رقم 40 لسنة 2006 من المادة 02 على أنه "الاتفاق الذي تم إبرامه بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا"، كما عرفته المادة 02 أيضا من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 على أنه "الاتفاق الذي تم انعقاده بوسائط الكترونية كليا أو جزئيا".[1]

أما المشرع الجزائري فقد تناول في بداية الأمر عقد التجارة الإلكترونية بطريقة غير مباشرة لما جاء الإعتراف بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات من خلال نص المادة 323 مكرر1 ق.م.ج[2] إضافة إلى نصه في المادة 327 من نفس القانون المتعلقة بالتوقيع الالكتروني الذي يجب أن يستجيب للشروط الواردة في المادة 323 مكرر1 السالفة الذكر، وما جاءت به المادة 03 من المرسوم التنفيذي 07-162[3]، التي تناولت مسألة التوقيع الالكتروني المؤمن، ثم جاء بعدها القانون 15-04 المؤرخ في 1 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني وصولا إلى مشروع القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في أكتوبر 2017 الذي عرف العقد الالكتروني في المادة 5 منه "العقد بمفهوم القانون 04-02[4] الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والذي تم إبرامه عن بعد دون الحضور العملي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني.

على أن تلك التعريفات تبدو من وجهة نظرنا مبتورة أو ناقصة.

فمن ناحية أولى، فإن بعض هذه التعريفات يركز على مرحلة تكوين العقد دون الالتفات إلى مرحلة تنفيذه، رغم أن تلك المرحلة الأخيرة هي التي تميز عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية عن غيرها من العقود المحيطة بها في البيئة الإلكترونية.

ومن ناحية أخرى، فإن جانباً من تلك التعريفات يركز على معايير الصفة الدولية للتمييز بين العقود الدولية والعقود الوطنية التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات، في حين أن الشبكة لا تعبأ بتلك المفاهيم التقليدية القائمة على فكرة الحدود الجغرافية. فالحدود الفاصلة بين العقدين الدولي والداخلي قد تلاشت، وأصبحت كل العقود التي تتم عبر الشبكة عقوداً دولية، حسب التسليم بهذا الرأي.[5]

ومن ناحية أخيرة، فإن أغلب هذه التعريفات عولت على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، في حين أن مفهوم التجارة الإلكترونية قد يشمل استخدام تقنيات أخرى مثل النسخ البرقي.

---

[1] عجالي خالد، مرجع سابق، ص 25.

[2] الأمر 75، 58، مرجع سابق.

[3] المرسوم 07، 162، مرجع سابق.

[4] الأمر 04، 02 المتعلق بالممارسات التجارية المؤرخ في 23 جوان 2004 ج ر ع : 04 بتاريخ 27 جوان 2004 معدل ومتمم بالقانون 10، 06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ع : 46 بتاريخ في 18 أوت 2010.

[5] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 20.

وأياً كان الأمر، فإن تنوع التعريفات السابقة لعقود التجارة الإلكترونية، يضفي قدراً من المرونة في تحديد مفهوم تلك العقود، ويتيح للمشتغلين بتطبيق القانون الملاءمة بين تلك المفاهيم المستحدثة وبين ما يستجد من ظروف وما يطرأ من متغيرات.

لهذا، نعتقد أنه من الصعب وضع تعريف عام لعقود التجارة الإلكترونية يتجاوز مستوى النقد. غير أن الإقرار بهذه الصعوبة لا يمنعنا من الاجتهاد في هذا الصدد.

وقريب من هذا التعريف فإن الفقيه (lteanu) يعرف عقد التجارة الإلكترونية بأنه: " تقابل لعرض سلع أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية مرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات، مع قبول يمكن أن يعبر عن نفسه من خلال التفاعل".[1]

ورغم تعدد الزوايا التي عرف من خلالها العقد الإلكتروني، إلا أن تعريفا واحدا لم يسلم من النقد، ذلك أن البعض قصر عقد التجارة الإلكترونية على عقود البيع، في حين ربطها البعض الآخر بوسيلة الأنترنت، بل وحاوز البعض حدود التعريفات إذ عرف عقد التجارة الإلكترونية بأنه العقد أي عرف الشيء بنفسه، في حين يدرك العام قبل الخاص أن العقد هو اتفاق بين طرفين وهو ما نبه إليه العديد من فقهاء - القانون المدني-، ومن هذا يمكن عقد التجارة الإلكترونية بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل".[2]

وبناءً على ذلك، يمكننا تعريف عقود التجارة الإلكترونية بأنها اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بُعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين. بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد.[3]

ومما سبق من تعريفات قانونية وفقهية فإننا نلاحظ أنه وجب التركيز في تعريف عقود التجارة الإلكترونية أو العقود الإلكترونية كما ذكرنا سابقا على خصوصيتها التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة والوسيلة التي تنعقد بها من دون إغفال صفة مهمة جدا كونها عقود تبرم عن بعد.

الفرع الثاني: خصائص عقود التجارة الإلكترونية

للعقد التجارة الالكتروني الكثير من الخصائص التي وسمت على جبينه طابعا خاصا، فعقد التجارة الإلكترونية يتم إبرامه عن بعد ودون حضور لأي من طرفي العملية العقدية، بالإضافة إلى أن الطابع التجاري يغلب عليه وفقا لسمته الغالبة، فضلا عن ذلك فهو عقد عابر للحدود، وهذه بعض من خصائصه والتي سنوضحها على النحو التالي:

أولاً: العقود التي تتم عن بعد

الحقيقة التي لا مراء فيها أن عقود التجارة الإلكترونية عقود تتم عن بعد. فالتفاوض بشأن هذه العقود وتكوينها وتنفيذها يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد. بيد أن هذه العقود تتميز عن غيرها من العقود التي تتم عن بعد.

---

[1] ITEANU Olivier ،Internet et le droit ،aspect juridique du commerce électronique ،éd Ey ralles ،Avril 1996 ،p.27.

[2] لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 15.

[3] المرجع نفسه، ص 21.

وقد جرى الفقه على التمييز بين الاتصالات المتبادلة بين الأطراف الحاضرين في نفس المكان ونفس الزمان والاتصالات المتبادلة عن بعد، واستقر على أن عقود التجارة الإلكترونية تنتمي إلى فئة عقود التفاوض عن بعد Contrats négocié à distance أو العقود التي تبرم عن بعد les contrats conclus à distance .

ويقصد بالعقود التي تتم عن بعد، كل "عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد دون حضور مادي متزامن للمورد والمستهلك، باستخدام تقنية الاتصال عن بعد بغية نقل عرض المورد وطلب الشراء من المستهلك". ويقصد بها أيضا " كل بيع للأموال أو التعهد بتوريد خدمات يتم، دون حضور مادي متزامن للأطراف، بين المورد والمستهلك، من أجل إبرام العقد، وباستخدام واحد أو أكثر من تقنية الاتصال عن بعد".[1]

وفي هذا السياق عرف المشرع الفرنسي الاتصال عن بعد وفقا للمادة (1/2) من قانون تنظيم حرية الاتصالات الصادر في ديسمبر 1986 بأنه" كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو طاقة لاسكلية أو أية أنظمة إلكترو مغناطيسية أخرى " كما عرف قانون الاتصالات السمعية والبصرية الفرنسي الصادر عام 1989 وسائل الاتصال عامة بأنها " تلك الوسائل التي تقوم بتوصيل الرسائل الحاملة للمعلومات أيا كانت وسيلة توصيلها" أي سواء تمت بالطرق السمعية أو البصرية أو بالطرق الكهر ومغناطيسية.

وبالنسبة للمشروعات التجارية فإن استخدام العقود الإلكترونية يؤدي إلى تخفيض الكثير من النفقات الداخلية لهذه المشروعات، بالإضافة إلى تقليص حجم العمالة وإمكانية التواصل مع العملاء في منازلهم، بالإضافة إلى تخفيض تكلفة التسويق والتوزيع للمنتجات والسلع.[2]

ثانيا: التفاوض والإذعان

عقود الإذعان عبارة عن عقود تعطي لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها. فليس للفرد سوى أن يقبل التعاقد دون مناقشة، أو تفاوض، أي يسلم بكافة الشروط التي يضعها الطرف الآخر، دون زيادة أو نقصان. فليس للقابل إلا أن يقبل إبرام العقد، أو لا يقبل، وعادة يقبل الأفراد التعاقد بسبب الحاجة الماسة لهذه الضروريات كالماء والكهرباء وغيرها.[3]

وهناك اختلاف بين فقهاء القانون في مدى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان أو رضائية. فيرى بعضهم أن عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان؛ ذلك أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات الموجودة أمامه في موقع المتعاقد الآخر على مواصفات معينة وهي مواصفات السلعة، وثمنها المحدد سلفًا، فهو لا يملك إمكانية المناقشة، أو المفاوضة تجاه المتعاقد الآخر حول شروط المتعاقد الواردة على الموقع، فلا يملك إلا قبول العقد، أو رفضه كما هو.[4]

---

[1] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 24.

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص70.

[3] يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة ماجستير، قانون خاص، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007، ص 16

[4] الرومي، محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص15.

وهناك اتجاه ثان بين فقهاء القانون يرى أن عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود إذعان، فلا يكفي أن تحتوي صيغة العقد على شروط غير قابلة للمناقشة، وإنما يلزم مع ذلك أن تكون السلع، أو الخدمات ضرورة أساسية، لا يمكن الاستغناء عنها، وهي محل احتكار من التاجر، ذلك أن الفقه استقر على تعريف عقد الإذعان "بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين وهو المذعن بشروط يمليها عليه الطرف الآخر ولا يسمح له بمناقشتها فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون فيها المنافسة محدودة والعرض يكون موجهًا للكافة وبشروط معينة لمدة غير محدودة".[1]

ويرى هذا الاتجاه أن الرضائية تسود عقود التجارة الإلكترونية على اختلاف أنواعها. فالمتعاقد إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة، فهناك كثير من البائعين والموردين في السوق الإلكتروني.[2]

ثالثا: عقود التجارة الإلكترونية عقود دولية

هنالك اختلاف في الآراء الفقهية حول مفهوم الصفة الدولية في عقود التجارة الإلكترونية. ويرجع هذا الاختلاف إلى مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية، التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية، وتتخطى الحدود الجغرافية للدول. ويمكن تصنيف هذه الاتجاهات إلى اتجاهين، هما:

1- اتجاه يفرق بين نوعين من العقود، التي تتم عبر شبكة الإنترنت.

النوع الأول: العقود التي يكون فيها مستخدم شبكة الإنترنت في دولة، والمورد لخدمات الاشتراك في الشبكة يكون في دولة ثانية، والشركة التي تقوم بمعالجة البيانات، وإدخالها، وتحميلها عبر الشبكة تكون في دولة ثالثة. فهذا لا يدع مجالا للشك في دولية هذا العقد، وبذلك يتوافر المعياران اللازمان لدولية هذا العقد.[3]

وهذا يعني أن العقد لم ينعقد في دولة واحدة، وإنما انعقد في ظل البعد المادي بين الأطراف، وتواجدهم في دول مختلفة في العقد عبر حدود عدة دول، وأثرت عملية انعقاده على عدة دول، دون أن تتقلص آثاره في دولة واحدة، وهذا ما يعطي هذا العقد صفة دولية.

النوع الثاني: وهي العقود التي تستوفي جميع عناصرها في دولة واحدة، كالأطراف، والبضائع، والدفع، والبائع، والمشتري من دولة واحدة، فلا يتصور أن يقال: إن هذا العقد دولي، وبناء على ذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على قانون معين، يطبق على علاقاتهم العقدية، فمن البديهي أن يطبق قانون الدولة التي نشأ، ونفذ بها العقد.[4]

ويتحفظ الباحث على وجهة النظر التي تقسم العقود الإلكترونية إلى عقود داخلية، وعقود دولية، ذلك أنه لم يوضح كيف يمكن إعمال هذه التفرقة في ظل قيام الشخص بحمل جهاز الحاسوب الخاص به، والتنقل بين عدة دول، وهو يتفاوض في إبرام عقد إلكتروني، سواء أكان عن طريق هاتف، أم بريد الإلكتروني، أم شبكة الإنترنت، وقد يكون في مكان لا يخضع لسيطرة أي دولة كأعالي البحار، أو المحيطات، أو الفضاء الخارجي.

---

[1] إبراهيم، خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص63.

[2] يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص 19.

[3] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 27، 28.

[4] يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص 22.

وهناك اتجاه ثان يرى أن البعد الدولي هو الغالب على العقود الإلكترونية، أيا كان نوعها، وأنه يؤكد على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدًا لفكرة العولمة، وما ينتج عن ذلك من صعوبة توطين هذه الشبكة، أو توطين المعاملات القانونية التي تجري من خلالها، ولا خلاف في دولية هذه العلاقات بتوافر المعايير اللازمة بها كما ذكر سابقًا، وبسبب تواجد الأطراف في دول مختلفة عند إبرامهم للعقود.[1]

ومما سبق يتبين أن شبكة الإنترنت بطبيعتها عابرة للحدود، والعقود التي تبرم من خلالها لا تدخل في حدود دولة معينة، ويتوافر معيار الدولية في ظل العلاقات التي تتم بين وطنيين داخل دولة واحدة عبر الشبكة لوجود أطراف أخرى في العلاقة، كمقدم الخدمة، أو ناقل البيانات، أو معالجتها، إضافة إلى أن المجال الذي تعمل من خلاله الشبكة ذو طبيعة عالمية، مما يمكن أي شخص الاتصال بهذه الشبكة، والانتفاع بالخدمات التي تقدمها، ويبنى على ذلك أن دولية العقود الإلكترونية أصبحت مسألة واقع، وهذه الحقيقة أكدتها عقود التجارة الإلكترونية في ظل سماحها للأطراف بالحرية في اختيار القانون الواجب تطبيقه على عقودهم.

الحدود بين العقد الدولي والعقد الداخلي قد سقطت بوجود الشبكة العالمية التي قلبت الأوضاع، وغيرت المفاهيم التي استقر عليها القانون الدولي الخاص منذ زمن، وأوجدت المجال الخاص بها الذي يجمع البائعين في معارض تجارية افتراضية عبرها.[2]

رابعا: عقود التجارة الإلكترونية بين الطابع التجاري والمدني:

تكمن أهمية التفرقة بين الأنشطة التجارية والمدنية من عدة نواح، مثل حرية الإثبات في المواد التجارية، والتضامن، والمهل القضائية للمدين، والإفلاس، والتقادم، والقانون الواجب التطبيق[3]، وغيرها. والعقود الإلكترونية قد تتخذ أشكالا معينة مثل:

أ. التجارة الإلكترونية المباشرة، أو الكاملة، وهو النوع الرئيسي منها، ويشمل هذا النوع الخدمات، والمنتجات المعينة بصيغة إلكترونية من خلال الإنترنت.

ب. التجارة الإلكترونية الجزئية، أو غير المباشرة، وتكون هذه في كثير من الأنشطة، كالإعلان، والعروض، والمفاوضات، وإبرام العقود، وتحويل الدفعات من الأثمان إلكترونيًا.[4]

1- أنواع الأعمال التجارية:

إن مسألة التمييز بين العقود التجارية والعقود المدنية ليست أمراً مستحدثاً. فقد عرفت هذه المشكلة من قبل، في معرض التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية، بغية تحديد ماهية العمل التجاري، بسبب اختلاف المفاهيم القانونية وتفاوت الأنظمة الوطنية في هذا الشأن.[5]

ومن الجدير بالذكر، أن وضع تعريف للعمل التجاري ينطوي على ضوابط تميزه عن العمل المضنى وترسم الحدود الفاصلة بين كليهما أمر يصعب تحقيقه.

---

[1] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 36.

[2] يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص 23.

[3] يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص 23.

[4] إبراهيم نضال إسماعيل، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 20.

[5] ثروت حبيب، "دروس في القانون التجاري"، مكتبة الجلاء المنصورة، 1995، ص 88.

2- مدى تجارية عقود التجارة الإلكترونية:

تحديد ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية تخضع لأي من هذه الأعمال السابقة تستوجب منا التمييز بين ثلاثة أنواع من العقود:

النوع الأول: العقود التي تتم بين المشروعات

مصطلح المشروعات يقصد به كل الأشخاص والهيئات الخاصة أو العامة المشاركين في صنع عادات التجارة الدولية.[1]

فالمشروعات وفقاً لهذا الاتجاه هم غير المستهلكين، وبشكل أكثر تحديداً كل من لا يستفيد من الحماية الخاصة بالمستهلكين التي يكفلها لهم القانون والقضاء[2]. وهذا المصطلح يقصد به في مجال التجارة الإلكترونية كل المشروعات التجارية التي تسعى إلى الانتفاع بشبكة الإنترنت بهدف إشباع احتياجاتها المهنية أو التجارية.[3]

النوع الثاني: العقود التي تتم بين المستهلكين

وهي العقود التي يبرمها المستهلك بغرض إشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية من السلع والخدمات. وهذه العقود مدنية لأنها بعيدة تماماً عن الأنشطة التجارية.

- العقود التي تتم بين رجال الأعمال والمستهلكين

ويطلق عليها العقود المختلطة فهي عقود تجارية بالنسبة لرجل الأعمال أو التاجر، لأنه يمارس هذه الأعمال على سبيل الاعتياد بهدف تنمية النشاط التجاري لمشروعاته[4]. وهي عقود مدنية بالنسبة للمستهلك أو متلقى الخدمة أو السلعة والذي يسعى دائما لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، البعيدة كل البعد عن الأنشطة التجارية.

إضافة الى النوعين أعلاه هناك عقود تتم بين المستهلكين وهذه العقود تتم بين المستهلكين بغرض إشباع حاجاتهم الأساسية العائلية، أو الشخصية من الخدمات، والسلع، فهي عقود مدنية، لبعدها عن الأنشطة التجارية، وهذه العقود تكون بين المواطنين العاديين، ولا يقوم بها أشخاص على سبيل الاحتراف، أو بقصد الربح.

وفي نهاية الموضوع أصبح واضحًا بأن عقود التجارة الإلكترونية قد تكون مدنية، أو تجارية أو مختلطة، وذلك بحسب طبيعة العلاقة التي تربط المتعاقدين، أي أنها لا تختلف في هذا الشأن عن التصنيف المعتاد للأعمال.

خامسا: عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود اً تقليدية:

يذهب جانب في الفقه إلى القول، بأن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على الإنترنت، لا تختلف عن غيرها من العقود التقليدية التي تتم في العالم الحقيقي Le monde reél، استناداً إلى

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، 1989، ص 305.

[2] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 34.

[3] HUET (J.) et VALMACHIO (S.) ،Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international ،Gaz du pal ،9 ،11 janvier 2000 ،p14

[4] محمد شكرى سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26، 28 إبريل 2003، ص 214.

أنها، كأي عقد آخر، ترد على أشياء أو خدمات يصح التعامل فيها، وأطراف العقد هم بائعون ومشترون، مورد خدمات ومستهلكون، أشخاص عامة أو خاصة، شركات أو مشروعات ... إلخ.[1]

هذا بالإضافة أن العقود التي تتم على مواقع الويب التي يبرمها المتخصصون في البيع بالمراسلة والذين يملكون أغلب مواقع الويب، يعرضون منتجاتهم وخدماتهم من خلال كتالوجات افتراضية لا تختلف عن العقود التقليدية. واستدلوا على ذلك بصفة خاصة بالعقود التي تبرمها شركة Décathlon لبيع الأدوات الرياضية والتي تعرض منتجاتها من خلال عقد بيع تقليدي، وكذلك شركة Michelin والتي تعرض المساعدة في السفر على موقعها بناء على طلب مقدم من المستهلك، ومحلات rYves Roche المتخصصة في أدوات التجميل والروائح.[2]

ولا نتفق من جانبنا مع أنصار هذا الرأي، فهم أجروا محاكاة شكلية بين عقود التجارة الإلكترونية وغيرها من العقود التقليدية، متناسين ما لهذه العقود من خصوصية تكمن في الوسيلة التي يتم من خلالها العقد والتي أدت إلى تغيير في المفاهيم القانونية، حيث أصبح فى الإمكان ليس فقط إتمام العقد بل وتنفيذه كذلك من خلال تلك الوسيلة، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن تلك الوسيلة تسمح بوجود افتراضي واجراء حوار متبادل بين الطرفين بطريقة سمعية بصرية تفاعلية أدت إلى تقلص المسافات والفواصل الزمنية.

المطلب الثاني: أنواع عقود التجارة الإلكترونية.

نظرا لاعتبار العقد اتفاق بين طرفين أو أكثر، ونظرا لورود ذلك الاتفاق على محل معين، فإن عقد التجارة الإلكترونية وكغيره من العقود يتطلب هو الآخر ما تتطلبه العقود كافة، غير أنه يتميز باستخدامه للوسيط الإلكتروني خلال مرحلة إبرامه أو مرحلة تنفيذه، أو خلال المرحلتين معا، فيؤثر ذلك على تقسيماته وتظهر عقود التجارة الإلكترونية الكلية، وعقود التجارة الإلكترونية الجزئية.

والمعلوم أن الوسائط الإلكترونية كما قد تؤثر على تقسيمات العقد التجاري الالكتروني، فتظهر عقود تجارية الكترونية تستند إلى الوسيلة المختلفة، فإنها وبالمثل قد تؤثر على مضمونه. ولذلك سيتم التطرق لبيان عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها، وكذا من حيث الوسيلة المستخدمة.

الفرع الأول: أنواع عقود التجارة الإلكترونية اعتمادا على مضمونها.

من المعلوم أن عقود التجارة الإلكترونية تتعدد بتعدد مجالاتها، وتختلف في المجال الواحد باختلاف المتعاملين بها (أطرافها) وباختلاف الموضوع الذي ترد عليه (المحل).

ونظرا لأهمية المضمون في تحديد أطرافها، وبيان موضوعها، سيتم التطرق إلى كل من أنواع عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الشخصي، ومن حيث مضمونها الموضوعي.[3]

---

[1] محمد حسين منصور، المسئولية العقدية الإلكترونية، الخطأ في العقد الإلكتروني، بحث مقدم من للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26، 28 إبريل، 2003، ص213.

[2] JEAN ،BAPTISTE (M.) ،Crèer et exploiter un commerce électronique ،ed. Litec ،1996 ،p.98

[3] جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص ص 34، 35.

أولا: عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الشخصي.

إن الاعتماد في تحديد أنواع عقود التجارة الإلكترونية على المضمون الشخصي، يؤكد تعدد التقسيمات بتعدد الأطراف الفاعلة فيها. فمن الواضح أن عقود التجارة الإلكترونية كغيرها من العقود لا تنعقد إلا بوجود طرفين أو أكثر، ولا يفتأ أن يخرج الطرفان في تكوين هذه العقود عن تاجر ومستهلك.

وعليه يعد واضحا أن هذه العقود ثلاث إما عقود مبرمة بين طرفين من نفس القوة، أي بين المشروعات أو الشركات فيما بينها، أو بين مستهلكين فيما بينهم، أو بين طرفين مختلفين يتميز أحدهما بمظاهر القوة والمعلومة، والثاني بمظاهر الضعف والإذعان، ويقصد بذلك العقود المبرمة بين المشروعات أو الشركات وبين المستهلكين.

ففيما يخص العقود المبرمة بين الشركات فيما بينها يرمز لها بـ (Business To Business) B2B ويقصد بها المعاملات التجارية الناشئة بين المنشآت التجارية مع بعضها البعض باستخدام شبكة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات[1]، وهي تعد من أكثر الأنواع انتشارا على الشبكة بحيث تشكل حوالي 90% منها.

وإذا كانت هذه العقود تتم بين المشروعات، فما المقصود بالمشروعات؟ خاصة أن المشرع أحجم عن تعريفها. وفي هذا الشأن اختلف الفقه إذ أشار الأستاذ (Kahn) إلى عمومية وشمولية المفهوم للأشخاص والهيئات الخاصة أو العامة المشاركين في صنع عادات التجارة الدولية، في حين اتحه جانب من الفقه[2] إلى تفسيرها بالنظر لضدها أي لمفهوم المستهلكين، وجعلوا المفهوم مقتصر على غير المستهلكين، وبشكل أكثر تحديدا على كل من لا يستفيد من الحماية الخاصة التي يكفلها القانون والقضاء للمستهلكين، وعليه يتجسد هذا المفهوم في محال التجارة الإلكترونية بالمشروعات التجارية التي تسعى للانتفاع بشبكة الإنترنت وغيرها من الوسائل الإلكترونية لإشباع حاجاتها المهنية أو التجارية.

والواقع أن تحديد هذه العقود بدقة يستلزم التمييز بين نوعين منها؛ العقود التي تتم بين المشروعات بشكل دائم ومستمر بغرض إشباع حاجاتها المهنية، وهي تعد عقودا تجارية، ذلك أن التاجر هو الذي باشرها على سبيل الامتهان، أو لأنها وردت مرتبطة بأعماله التجارية فتكون من ثم عقود تجارية بالتبعية، وهو ما أكدت عليه المادتان 1و4 من القانون التجاري الجزائري، أما العقود الثانية فهي تلك التي تبرم بين التجار لإشباع حاجاتهم الشخصية أو العائلية أو المنزلية وهي تعد عقودا مدنية، رغم أن الذي باشرها تاجر، ذلك أنها لا تتعلق بتجارته.[3]

هذا عن النوع الأول من العقود التي تتم بين نفس الطائفة، أما النوع الثاني منها فهي العقود التي تبرم بين المستهلكين فيما بينهم ويرمز لها بـ (Consumer to Consumer) (C2C)، وقد اختلف الفقه بشأنها هي الأخرى، إذ إتجه البعض منهم إلى اعتبارها عقودا تجارية، ذلك أن

---

[1] طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، بحث في التجارة الالكترونية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، دورية علمية محكمة نصف سنوية يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة حلوان، 18 يناير، يوليو 2008، ص 332.

[2] إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1430ه، 2009، ص 56.

[3] يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص 24.

المستهلكين يقومون بإعادة البيع لمستهلكين آخرين بقصد تحقيق الربح[1]، في حين أن الفقه الآخر إتجه إلى خروج هذه العقود من طائفة العقود التجارية لبعدها عن الأنشطة التجارية وارتباطها بإشباع الحاجات الشخصية أو العائلية للمستهلكين.[2]

والواقع أنه لا يمكن الجزم في طبيعة هذه العقود إذا كانت مدنية أو تجارية، إلا بالنظر للغرض منها، فحتى ولو أبرمت بين مستهلكين إلا أنها قد تأخذ الطابع التجاري متى كان الغرض منها تحقيق الربح، فإيجاد المتجر الإلكتروني (Electronic Bay) الذي يساعد المستهلك على تقديم البضاعة في المزاد لمزايدة المستهلكين الآخرين على ثمنها يطرح إشكالا كبيرا، وهو ما أكدته مجلة الوسيط الإعلانية الحائزة على شهرة واسعة في مختلف الدول العربية، والتي من خلال موقعها أتيح للأفراد إضافة إعلاناتهم التجارية المتضمنة شراء أو بيعة أو تبادلا للسلع والخدمات مع مستهلكين آخرين حيث يستطيع الأفراد البيع والشراء من المزادات المفتوحة مباشرة على الشبكة.[3]

وعليه، فإذا كان اكتساب العقود الصفة التجارية يستلزم صدورها على وجه الامتهان من تاجر وخلال ممارسته لأنشطته التجارية بغية تحقيق الربح، فإن اعتياد أحد المستهلكين على عرض منتجاته يعد بلا شك عملا تجاريا تطبق عليه قواعد القانون التجاري، باعتبارها من الأعمال التجارية بحسب الموضوع، التي يكتسب البعض منها هذه الصفة حتى لو وقعت مرة واحدة، بل ولو وقعت من غير تاجر[4]، وهو ما أورده المشرع الجزائري صراحة في المادة 2-1/2 من القانون التجاري والتي تنص على أنه: " يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه :

- كل شراء للمنقولات لإعادة بيعها أو بعينها أو تحويلها وشغلها.
- كل شراء العقارات لإعادة بيعها...".[5]

وإلى جانب هذه العقود المبرمة بين طرفين من نفس القوة، توجد عقود تبرم بين طرفين مختلفين من حيث القوة أي بين التجار والمستهلكين ويرمز لها بـ (Business To Consumer) (B2C)ويطلق عليها بعقود التسوق الإلكتروني[6]، ذلك أن الصفقة تتم مع المستهلك بشكل مباشر، فيقوم التاجر بعرض منتجاته على شبكة الويب في متاجر إلكترونية أو افتراضية، ويقدم فيها كافة أنواع السلع والخدمات لعقد الصفقات مع المستهلكين الراغبين بذلك، ومن الأمثلة الرائجة في هذا الميدان ذلك المجتمع الإلكتروني الموجود في سيريلانكا، والذي يعرض مختلف أنواع الشاي والملابس والأحجار الكريمة التي يشتهر بها هذا البلد[7]، وقد انتشرت حاليا مثل هذه الأسواق في شتى الدول بما في ذلك الدولة الجزائرية، إذ أصبح العديد من التجار يعتمدون على شبكة الإنترنت للترويج لسلعهم وخدماتهم، بل ويرفقون صفحاتهم الإعلانية بأرقام هواتفهم لتمكين المستهلكين من الاطلاع على السلع والخدمات الموجودة لديهم.

---

[1] محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 43.

[2] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص. 32.

[3] إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، مرجع سابق، ص 56.

[4] أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، ط1، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2011، ص 33.

[5] جندولي فاطمة زهرة، مرجع سابق، ص 36.

[6] نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، النقود الإلكترونية، التجارة الإلكترونية العقود الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني والبصمة الإلكترونية، ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص252.

[7] يحي يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص 25.

وعليه يتضح أن هذه العقود ذات صفة مختلطة، إذ أنها تعد تجارية بالنسبة للتاجر الذي يقوم بها على سبيل الاعتياد لتحقيق الربح وتنمية نشاطه التجاري، ومدنية بالنسبة للمستهلك الذي يسعى لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية البعيدة كل البعد عن النشاط التجاري.[1]

بعد دراسة تقسيمات عقود التجارة الإلكترونية المبنية أو المؤسسة على المضمون الشخصي، سيتم تحديد تلك المؤسسة على المضمون الموضوعي.

ثانيا: عقود التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها الموضوعي.

لقد اتضح من خلال تحديد تقسيمات عقود التجارة الإلكترونية من حيث المضمون الشخصي عدم وجود فارق كبير بينها وبين العقود التجارية المبرمة بطرق تقليدية، والواقع أن ذات الأمر ينطبق على المضمون الموضوعي، ففي هذا الشأن يؤكد جانب من الفقه بأن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف عن غيرها من العقود التقليدية التي تتم في العالم الحقيقي استنادا إلى أنها كأي عقد آخر، ترد على أشياء أو خدمات يصح التعامل فيها.[2]

وعليه فقد يكون محلها، وهو الشيء المعقود عليه، أي العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد، بضاعة[3] وتشمل كل من المنقولات المادية وغير المادية (المعنوية) على حد السواء، ويندرج ضمنها السلع الاستهلاكية كالمنتجات الغذائية، الملابس، مواد التجميل، أو السلع ذات القيمة المالية الكبيرة، كالسيارات والمجوهرات، وكذا السلع الثقافية كالأفلام والأقراص الموسيقية والألعاب وما إلى ذلك.[4]

وكما قد يكون المحل بضائع، فإنه قد يكون عبارة عن خدمات[5]، وفي هذا يؤكد جانب من الفقه على اعتبار المعلومات من الأموال ذات القيمة الاقتصادية، خاصة وأنه يمكن استغلالها في تحقيق منافع مادية. وتعتبر تجارة الخدمات من أكثر أنواع العقود الإلكترونية التي تتم وتنفذ عبر الخط، وهي تشمل أنواعا متعددة كالخدمات المعرفية، والخدمات المالية، الخدمات الاستشارية، وخدمات الإعلام والاتصال، وخدمات وكلاء السياحة.[6]

ولعل من أهم المسائل التي تطرح في مجال المضمون الموضوعي لعقد التجارة الالكتروني قضية برامج الكمبيوتر المسجلة على أقراص، والتي اختلف الفقه والقضاء بشأنها، إذ إتجه البعض بشأنها إلى التمييز بين القرص المرن كشيء مادي يمكن أن يكون محلا للتداول كسلعة، وبين البرنامج المسجل عليه والذي يعد حقا من حقوق الملكية الفكرية، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف في إنجلترا في قضية (St.Albans City and .District Council v. International Computer Ltd.) في حين اتحه جانب آخر إلى انتقاد ذلك الاعتبار أن القرى والبرنامج المسجل عليه شيء واحد (وهو بضاعة) وتطبق عليه أحكام قانونية واحدة، وهو ما أكدت عليه محكمة الاستئناف في الولايات المتحدة في قضية(Advent Systems Limited v.

[1] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 32.
[2] المرجع نفسه، ص 33.
[3] تنص المادة 17/3 من قانون رقم 9، 13 مؤرخ في 29 صفر عام 1436 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر، ع15، س 2009: "السلعة كل شيء مادي قابل للتنازل عنه مقابل أو مجانا."
[4] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 123.
[5] تنص المادة 16/3 من قانون 09، 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:" الخدمة كل شيء مقدم، تغير تسليم السلعة، حتى لو كان هذا التسليم تابعا أو ممل مدعما للخدمة المقدمة."
[6] مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011، 2012، ص 113.

Unisys Corp)، وعلى الخلاف من ذلك إتجه البعض إلى إعتبارها عقود من طبيعة خاصة، وفي ذلك قرر القضاء الاسكتلندي في قضية(Beta Computer (Europe)Ltd، v. Adobe Sustems (Europe) Ltd) بأن عقد بيع الأقراص (Disks) ليس مجرد عقد بيع أقراص وحدها وليس عقد تقدم خدمات (معلومات) بوصفها نتاجا ذهنيا، بل هو عقد مركب لشراء منتج مركب يتكون من الوسيط والمعلومات المسجلة عليه، والتي تعد حقوق ملكية فكرية للمؤلف.[1]

بعد أن تم بيان أنواع عقود التجارة الإلكترونية من حيث المضمون الشخصي وكذا الموضوعي، وجب التعرض لأنواعها من حيث الإعتماد على الوسيلة المستخدمة.

الفرع الثاني: من حيث الوسيلة المستعملة.

من المعلوم أن تحديد تقسيمات عقود التجارة الإلكترونية يرتبط ارتباطا وثيقا بالوسائل المستخدمة أكثر من غيرها، وفي هذا يرى جانب من الفقه[2] أن عقود التجارة الإلكترونية هي تلك الاتفاقات التي تتم في البيئة التجارية ومن خلال استخدام شبكة الإنترنت، في حين أن غالبية الفقه[3] يرون أنها الاتفاقات التي تمارس من خلال الوسائل التكنولوجية الحديثة المعروفة في عالم الاتصالات كجهاز المينيتل(Minitel) ، التلكس(Télex) ، الفاكس(Fax) ، التلفون (Téléphone)، التلفزيون(Télévision) ، وعليه فإن إبرام العقود من خلال جهاز الكمبيوتر وباستخدام شبكة الإنترنت ما هو إلا نوع من أنواع هذه العقود.

من خلال هذا، يتضح أن تطور الحياة قد ساهم بشكل جذري في إبرام العقود عبر الوسائل السمعية والبصرية، إذ لم يعد الأمر مقتصرا على الوسائل السمعية، بل أصبح من الممكن للشخص مشاهدة من يتفاوض معه لإبرام العقد من خلال استخدامه للهواتف الجديدة والذكية، أي هواتف الجيل الجديد.

وإذا كانت الوسائل التكنولوجية الحديثة قد أفرزت الكثير وأثرت بشكل مذهل في العقود التجارية المبرمة، فإن أهم وسيلة ينعقد بها العقد، بل والوسيلة التي تعد حدث العصر وحديث الساعة في الإنترنت، والتي من خلالها يمكن إبرام العقد بطرق متعددة، منها التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني (E-mail)[4] والذي يعتبر الوسيلة الرقمية المساوية للبريد العادي، فمن خلاله يمكن القيام بكل ما يقوم به البريد العادي، كما يمكن استخدامه في العروض والدعاية.

إلى جانب البريد الإلكتروني يمكن إبرام هذه العقود من خلال الاعتماد على الربط بين الخوادم وأجهزة العملاء عن طريق تبادل المعلومات على الشبكة، وذلك بالضغط على الأيقونة الخاصة بالموافقة(I agree or OK) ، ولكن تعد هذه الطريقة أقل استخداما من نظيرتها التي

---

[1] سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الالكترونية، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها، ط2، إعداد مجموعة خبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر الجديدة، 2008، ص 63.

[2] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 24

[3] هادي مسلم يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 32.

[4] محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1430ه، 2009م، ص. 32.

عرفت رواجا كبيرا في المجتمع التجاري[1]، وتعرف هذه الطريقة بالتعاقد عبر شبكة الويب (Web)، كما وأن هناك طريقة أخرى وهي التخاطب أو التعاقد بالمحادثة أو المشاهدة.[2]

من خلال ما سبق، يتضح أن عقود التجارة التقليدية هي تلك العقود التي تستخدم في إبرامها وتنفيذها أساليب التجارة التقليدية، وذلك على خلاف عقود التجارة الإلكترونية التي تعتمد على الوسائل الإلكترونية أثناء العملية التعاقدية بصفة كلية أو جزئية.

وعليه يتعلق الأمر بتجارة إلكترونية جزئية في حالة استخدام الوسائل الإلكترونية في إحدى مراحل العملية التعاقدية، في حين يتعلق الأمر بتجارة إلكترونية كاملة أو تامة عند استخدام الوسائل الإلكترونية في كافة مراحل العملية التعاقدية.

فشراء الكتب من المكتبة يعد نموذجا للتجارة التقليدية، أما إذا تم شراؤه عن طريق الإنترنت فتتعلق العملية بتجارة إلكترونية جزئية، لأن المبيع (الكتاب) وعملية التسليم تتم بطريقة مادية، وهذا ما يعرف بالعقود المبرمة افتراضيا والمنفذة ماديا. أما إذا تم شراء هذا الكتاب عن طريق نسخ صورة منه بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنت[3]، وتحميلها على الحاسب الآلي مباشرة ليتم السداد بعد ذلك إلكترونيا، فالعملية هي تجارة إلكترونية تامة أو كاملة ذلك أن جميع مراحل العملية التعاقدية تمت بصورة رقمية، وهذا ما يعرف بالعقود المبرمة والمنفذة افتراضياً.[4]

إنطلاقا مما تقدم يتضح بأن عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت تتشابه إلى حد معين مع عقود التجارة الدولية المبرمة عبر الوسائل التقليدية، وتختلف إلى حد آخر معها، ويبرز وجه الإختلاف في وجود عقود محلها بضائع رقمية وأخرى محلها بضائع طبيعية من جهة، كما وتختلف عنها في الوسيلة المستخدمة بحيث أن هناك عقود تجارة إلكترونية كلية وأخرى جزئية، وللإشارة فإن أمر الإختلاف هذا لم يقتصر على التقسيمات فقط، بل تعداه ليشمل التكييف القانوني لها.

---

[1] صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، 112.

[2] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 65.

[3] Thierry Piette ،Coudol ،André Bertrand ،Internet et la loi ،éd dalloz ،Paris ،1997 ،p.179.

[4] صلاح علي حسين، مرجع نفسه، ص 37.

المبحث الثاني

معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية

ومعنى هذا أن وجود عقد دولي يعد ضرورياً لتحريك قواعد القانون الدولي اخلاص، إذ إن قواعد التنازع ترتبط وجوداً وعدماً بوجود عالقة ذات طابع دولي من عدمه.

وتثري مسألة دولية العقد عدداً من الإشكاليات القانونية تتمحور حول الصفة الدولية للعقد وأساس هذه الصفة، أي متى نكون بصدد عقد دولي؟ وهل يوجد معيار حاسم يمكن الركون إليه لاعتبار العالقة التعاقدية دولية حتى يتسنى للقاضي بحث مسألة التنازع؟

المطلب الأول: المعايير التقليدية

يكاد يجْمع الفقه على صعوبة وضع تعريف موحد ينطبق على مختلف أنواع العقود الدولية، فيعرب البعض عن ذلك كما هو عند الأستاذ Kassis Antoine إذ يقول" إن تعريف العقد الدولي ليس بالأمر الهين حيث توجد صعوبة في التمييز بني العلاقات الدولية والداخلية".[1]

لذلك نجد أن مسألة تحديد المعيار الذي يجري بموجبه إضفاء الصفة الدولية على العلاقة العقدية قد شغلت حيزا كبيرا من اختلاف فقهاء القانون الدولي الخاص، وقد تبلور هذا الاختلاف في تباين وجهات النظر في الأخذ بالمعيار الاقتصادي تارة والمعيار القانوني تارة أخرى، والبعض ذهب إلى الجمع بينهما[2]، وهو ما سوف نفصله تباعا:

الفرع الأول: المعيار القانوني

يقوم هذا الاتجاه على فكرة أساسية مفادها أن العقد يعد دوليا فيما لو اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد[3] ومن ثم، فإن العقد يعد دولية في حالة ما إذا أبرم بين يمني مقيم في اليمن ومصري مقيم في جمهورية مصر، وثار النزاع بشأن بضاعة موجودة في

---

[1] سليمان أمحد فضل، مرجع سابق، ص132 .

[2] محمود محمد ياقوت، مدى حرية التعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية 1998م، ص 40.

[3] محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 48.

الإمارات العربية المتحدة ومطلوب تسليمها هناك على أن يتم تفع الثمن في اليمن، فمثل هذا العقد يعد دولية الاتصال عناصره بأكثر من نظام قانوني.

بيد أن المعيار القانوني بهذا المفهوم يتسم بالجمود حيث يذهب انصاره "إلى القول بتكافؤ العناصر القانونية للعلاقة التعاقدية بحيث يعد تطرق الصفة الأجنبية إلى اي عنصر منها مؤديا إلى اكتساب العقد صفة الطابع الدولي الذي يبرر إخضاعه للأحكام الواردة في القانون الدولي الخاص".[1]

ونتيجة لهذا الجمود فقد إتجه بعض الفقه من أجل اتقاء هذا العيب إلى القول بضرورة " التفرقة ما بين العناصر الفعالة او المؤثرة في الرابطة العقدية وغير الفعالة او المحايدة"[2]، ومؤدى هذا القول " أن هناك نوعين من العناصر القانونية المرتبطة بالعلاقة العقدية، نوع مؤثر أو إيجابي قادر على إضفاء وصف" الدولية" على العقد، وأخر سلبي غير مؤثر، يحتفظ العقد معه. ورغم وجوده في العلاقة. بالطابع الوطني مع ما يترتب على ذلك من آثار"، بمعنى أن لكل عنصر في العلاقة وزنه القانوني المؤثر.[3]

ووفقا لهذا الراي يتطلب الأمر تحليلا خاصة للعقد توصلا للعنصر الذي يميز طبيعته، حيث أنه لابد من أن يقوم القاضي بتكييف العقد أولا لبيان ما إذا كنا بصدد عقد دولي من عدمه، وهذا لن يتحقق إلا من خلال التحقق من طبيعة العقد والظروف المحيطة به بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين او موطنهم او محل اقامتهم او محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو موقع المال موضوع التعاقد، فليس كل عنصر أجنبي يحويه العقد من شأنه أن يضفي الصفة الأجنبية عليه.[4]

ويخفف أصحاب هذا الرأي بأن تقدير العناصر المؤثرة والأخرى غير المؤثرة هو أمر متروك للقاضي" ولا خشية من ذلك فهو خاضع في عمله لرقابة المحكمة العليا بحسبان أن التكييف الذي يجريه إنما يرتبط بأعماله لقواعد الإسناد في قانون دولته"[5]، ذلك أن تطبيق القاضي لقانونه الوطني بالرغم من دولية العلاقة يشكل ذلك خروجا عن قاعدة الاسناد وبالتالي خطا في تطبيق القانون ذاته.

وهذا القول جانبه الصواب ذلك أنه لا يوجد اساس قانوني يستند إليه القائلون بهذه التفرقة، لا من التشريعات الوطنية ولا الاتفاقيات الدولية، والدليل على ذلك عدم وجود معيار موضوعي واضح تقوم عليه التفرقة بين ما هو مؤثر من تلك العناصر وما ليس له اي تأثير إذ إن ذلك أمر نسبي يختلف ويتنوع بحسب العلاقة المطروحة.

ثم إن الدول قد تعمد إلى تنظيم تلك العلاقات بما يخدم مصالحها الاقتصادية والتجارية وفق قواعد موضوعية وتتجه بها بعيدا عن أسلوب تنازع القوانين، أي عن طريق اختيار القانون الواجب التطبيق في إطار هذه القواعد التي تنطبق على كافة الحالات، بل إن الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية قد منحت أطراف العلاقة التي يتصل بها أي عنصر من العناصر

---

[1] فؤاد محمد محمد العليني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2012، ص 36.

[2] عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين، طبة اكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية 2003، ص700.

[3] محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 48.

[4] Alqudah Maen; L'exécution de Contrat de Vente Internationale de Marchandises (Étude Comparative Du Droit Francais Et Droit Jordanien) ،Thèse pour le doctorat en droit Universite De Reims Champagne Ardenne Faculte De Droit Et De Sciences Econmmique ،2007 ،p.18.

[5] عكاشة محمد عبد، مرجع سابق، 702.

القانونية آنفة الذكر حق اختيار القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقة ولم تفرق بين ما إذا كانت تلك العناصر مؤثرة أم لا، بل ان البعض منها قد منح الأطراف حق تدويل عقد يتركز بكافة عناصره في دولة واحدة.[1]

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي

يعد المعيار الاقتصادي وليد القضاء، فقد إتجهت محكمة النقض الفرنسية في الثلث الأول من القرن العشرين إلى وضع بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية، وتكمن خلفية هذا الاتجاه في اعتبارات مستمدة من مصالح التجارة الدولية واطرادها وازدهار ظاهرة انتقال الأفراد عبر الحدود، لذلك نجد القضاء الفرنسي قد تبني هذا المعيار بقصد الوصول إلى اقرار شرط التحكيم او للقول بصحة شرط الوفاء بالذهب الذي يرد في عقد دولي، بالرغم من بطلان مثل هذه الشروط في العقود الداخلية، فقد جاءت فكرة العقد الدولي بالمعنى الاقتصادي لتبرر هذه الحلول.[2]

وقد تعددت المعايير المستخدمة للتعبير عن العيار الاقتصادي وذلك على النحو التالي :

أ- <u>معيار المد والجزر:</u>

فالعقد يكون دولية إذا ترتب عليه مد وجزر للقيم الاقتصادية من سلع وخدمات عبر الحدود، فانتقال البضائع من بلد البائع إلى بلد المشتري " حركة المد" وانتقال الثمن من بلد المشتري إلى بلد البائع" حركة الجزر" هي الصورة المثالية لهذا العقد الدولي، بغض النظر عن جنسية الأطراف ما دام انها تحقق انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود بين أكثر من دولة، وهو ما ظهر جليا في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1967/05/27[3]، بخصوص قضية Pelissier du Besset حيث ذهبت المحكمة، وهي بصدد بحث مدى صحة شرط الثبات التعاقدي التعلق بوسائل الدفع النقدي الذي كان القانون الفرنسي يعتبره باطلا، إلى اعتماد الفكرة التي طرحها المحامي العام Matter وذلك أنه من اجل إضفاء الطابع الدولي على عقد ما فإنه يتعين أن يفضي هذا العقد إلى حركة مد وجزر عبر الحدود، وإلى ترتيب نتائج متبادلة فيما بين دولة وأخرى".[4]

ونظرا لصعوبة تحقيق بعض العقود لعملية المد والجزر اي ذهاب وإياب الأموال عبر الحدود إتجهت محكمة النقض الفرنسية نحو معيار آخر نعرض له على النحو التالي:

ب- <u>معيار إجتياز العقد نطاق الاقتصاد الوطني</u>

يكتف هذا المعيار بتجاوز العقد نطاق الاقتصاد الداخلي، بمعنى تعديه لحدود الدولة الواحدة، نجد ذلك في أحد أحكام القضاء الفرنسي الصادر في 14 فبراير 1934، حيث رأت المحكمة أن " العقد بعد دولية إذا ارتبط بعملية تجاوز نطاق الاقتصاد الوطني. وهذا المعيار بدوره لم يسلم من النقد إذ يكتنفه الغموض فهو يعجز عن إعطاء معيار واضح ومحدد للتفريق بين ما يعد من الاقتصاد الداخلي والاقتصاد الدولي، ونتيجة لهذا النقد إتجهت المحكمة إلى اللجوء إلى معيار اخر اعرض له على النحو التالي.

---

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 1992، ص548.

[2] محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 51.

[3] Cass. Civ. ،17 mai 1927 ،D.P. ،1928 ،1 ،p 25 ،conel. P. Matter ،note H. capitant: J. D.I. ،1928 ،p. 419.

[4] محمد محمد حسن الحسني، مرجع سابق، ص 52.

ج- معيار مصالح التجارة الدولية

وفقا لهذا المعيار فإن العقد يكون دولية متي ارتبط بمصالح التجارة الدولية وذلك بغية الخروج من الجمود الذي لحق المعيارين السابقين، وعليه يكون العقد دوليا عندما تكون مصالح التجارة الدولية متضمنة اهداف العملية التعاقدية، ولكون مصلحة التجارة الدولية محل اعتبار في العلاقة المعروضة، فإن العقد يكون دولية، وهو ما اخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكمين متعاقبين، وذلك في القضيتين العروفتين الأولى باسم Mardele والثانية بـDambricourt وقد صدر فيهما حكمان متشابهان.

غير أن هذا المعيار قد تعرض للنقد كما هو شأن سابقيه، فهو غير محدد ويكتنفه الغموض إذ ما المقصود بمصالح التجارة الدولية، وهنا يقرر البعض أن العيار الاقتصادي في تعريفه العقد (الدولي الاتجاه القضائي) كان يتحور تبعا لما تقتضيه الحاجة، إما بقصد العمل على تطبيق نص محدد، او بقصد الهروب من تطبيق قاعدة ما لا يرغب القضاء في إعمال مقتضاها على النزاع المطروح أمامه". وهو ما دفع البعض إلى المناداة بالجمع بين المعيار القانون والاقتصادي.[1]

الفرع الثالث: المعيار المختلط

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يكفي للقول بدولية العلاقة العقدية تحقق المعيار القانوني المتمثل في اشتمال العلاقة على العناصر الأجنبية، وإنما ضرورة توافر المعيار الاقتصادي والمتعلق بتداول القيم عبر الحدود.

حيث يرى هذا الاتجاه ان لكل معيار هدفا معينة موازية لهدف المعيار الأخر ومكملا له، فالمعيار الاقتصادي يقوم على أساس تحقيق التوازن بين مصالح التجارة الدولية من جهة حيث إنه يسمح للأطراف بإدراج شروط نقدية أو شرط التحكيم في العقود بغرض إيجاد نوع من التوازن بين الأداءات المختلفة لطرفي العقد، وبين مصلحة الدولة من جهة اخرى والمتمثلة في المحافظة على عملتها الوطنية والثقة الائتمانية لها، مما يعني ازدهار الاستثمار وزيادة حركة رؤوس الأموال، وهو ما يعجز عن تحقيقه المعيار القانوني وحده، الذي يقتصر على مجرد تحديد مجال تطبيق قاعدة التنازع ونطاق قانون الإرادة، دون أن يؤدي إلى تحقيق التوازن بين اداءات الأطراف المختلفة التي يهتم بها المعيار الاقتصادي.[2]

وهو المعيار الذي تبناه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه، ففي حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 09 نوفمبر 1984م، تبنت المحكمة "المعيار المختلطة"، حيث إنتهت إلى دولية العقد، مستندة في ذلك إلى أن العقد أبرم في الخارج مع شركة أجنبية مما يعني توافر المعيار القانوني في العلاقة العقدية المتمثلة في العناصر الأجنبية، كما أشارت المحكمة إلى ما ستؤدي إليه هذه العملية العقدية من تشجيع للاستيراد إلى فرنسا لبضائع تم إنتاجها في دول أجنبية، مما يعني تحقق المعيار الاقتصادي من خلال عبور الأموال لحدود الدولة الواحدة .[3]

وعموما فإن كل عقد له ظروفه المرتبطة به والتي قد تصبغ عليه الصفة الدولية او الوطنية، ويكون من إختصاص القاضي وحده القول بوجود علاقة دولية أم لا من ظروف

---

[1] طرح البحور على حسن فرج، عقود المستهلكين الدولية مابين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007، ص 222.

[2] عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 705.

[3] إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص550.

وملابسات العلاقة المطروحة علية، وخضوع تقدير القاضي لرقابة محكمة النقض، أما التحديد المسبق وفق تبني أحد الإتجاهين فإنه يفضي إلى جمود تحديد طبيعة العلاقة العقدية.

وبالمقابل نجد المعيار الاقتصادي الذي يقوم على مراعاة مصالح التجارة الدولية، والذي يعد ربيب القضاء الفرنسي، هو في حقيقته ليس إلا مجرد إعطاء أهمية تركيزية متميزة لعنصر معين من عناصر العلاقة"، المتمثل ف مكان التنفيذ، مما يعني الأخذ بالمعيار القانوني المرن معيار عدم تكافؤ العناصر القانونية.

كما أنه لا يمكن الإستناد إلى المعيار المزدوج الذي من شانه ان يعطي مفهوما ضيقا لفكرة العقد الدولي، حيث يتطلب التطبيق الجامع للمعيارين الاقتصادي والقانوني إلى افلات الكثير من العقود من حكم قواعد القانون الدولي الخاص، وان كان في حقيقة الأمر أن تحقق المعيار القانوني من شأنه تحقق المعيار الاقتصادي، وأن بحث المعيار الاقتصادي ما هو الا من قبيل التزيد.

المطلب الثاني: المعايير الحديثة

في هذا المطلب يتناول أهم المعايير الحديثة من معيار التفرقة بين قصر العرض وإطلاقه وكذلك معيار توفر الصفة الدولية و في الأخير معيار الملائمة.

الفرع الأول: معيار التفرقة بين قصر العرض وإطلاقه

ينادي أنصار هذا الاتجاه بوجوب التمييز بين عقود التجارة الإلكترونية الداخلية وعقود التجارة الإلكترونية الدولية، ويستندون في سبيل تحديد ذلك على معيار إطلاق العرض وتقييده، بحيث إذا كان العرض مقتصرا على دولة بعينها، كأن يعرض التاجر سلعه على أحد مواقع الأنترنت مع قصر توزيعها على الأشخاص المقيمين بدولته، تجنبا لمخاطر البيع لشخص متواجد في دولة أخرى، كان العقد داخليا وطنيا لتركز جميع العناصر القانونية له في الدولة الواحدة ودون إمكانية تجاوز الأموال حدود تلك الدولة، أما إذا كان العرض مطلقا يشمل الأشخاص كافة، دون تقييد بعملاء متواجدين في دولة معينة كان العقد دوليا، لإمكانية التعاقد مع أشخاص مختلفي الجنسية، ولقابلية الأموال للانتقال بين حدود الدول.[1]

الواقع أنه، لا يمكن الإقرار بسلامة هذا الرأي ذلك أن العرض قد يكون مقيدا، ويتم الاتفاق أثناء إبرامه أو بعده على نقل السلعة إلى دولة أخرى، كما قد يكون مطلقا ومع ذلك لا يتم تداول السلع والخدمات خارج حدود الدولة الواحدة، وهو ما يبرز في كل أنواع عقود التجارة الإلكترونية وخاصة منها العقود المبرمة والمنفذة إلكترونيا، والتي لا يمكن الجزم مسبقا بدوليتها أو بتوطينها إلا بعد التحقق من انتقال رؤوس الأموال تجاوزها حدود الدولة الواحدة.[2]

بعد أن تم تحديد الانتقادات التي وجهت للآراء الفقهية التي طرحها المحدثون للتمييز بين عقود التجارة الإلكترونية الداخلية، وعقود التجارة الإلكترونية الدولية، وجب التطرق لصلاحية المعايير الكلاسيكية الواردة لتحديد دولية عقود التجارة التقليدية للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، خاصة وأن التدقيق في معيار إطلاق العرض وتقييده يحمل في طياته ما يحيل إلى معايير التدويل الكلاسيكية، وبصفة خاصة منها المعيار الاقتصادي.

الفرع الثاني: معيار توافر الصفة الدولية في جميع العقود الإلكترونية

[1] سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2011، ص 147.

[2] زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المشكلات والحلول، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص. 112.

يؤكد أنصار هذا الاتجاه أن شبكة الأنترنت قد قضت دون منازع على ظاهرة الحدود السياسية والجغرافية فيما بين الدول، وأوجدت مجتمعا عالميا افتراضيا غير خاضع لسيطرة أية سلطة إقليمية أو سياسية"، بحيث مكنت البائعين والمشترين من التجمع في معارض تجارية افتراضية، من خلال اعتمادهم على العناوين الإلكترونية المنتهية في نهاية المقطع بـ (Net, com, org).

ويتجه جانب آخر عند تبريره الدولية عقود التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة منها تلك المبرمة عبر الأنترنت إلى طبيعة هذه الشبكة العابرة للحدود، ويبرر موقفه بالرجوع إلى مسمى كلمة(internet) الإنجليزية المكونة من مقطعين أولهما (inter) وهي اختصار لكلمة دولية (international)، والثاني (.Net) وهي اختصار لكلمة (network) ويقصد بها مجموعة من محطات الإذاعة المسموعة والمرئية التي ترتبط مع بعضها، بحيث تتمكن كلها من أن يسري عيرها بث أثيري. [1]

بهذا التعريف، يبدوا جليا حسب هذا الفقه النتائج المترتبة على الطابع الدولي لشبكة الانترنت، والتي تتمثل في عولمة وسائل الاتصال والمعلومات، وكذا عولمة الاقتصاد، إذ قد أتاحت الشبكة سوقا واسعا أمام ملايين التجار والمستهلكين، ويسرت أمامهم سبل الحصول على السلع والخدمات دون حاجة للانتقال.[2]

وينتهي صاحب هذا الرأي إلى أن العولمة الاقتصادية التي ساهم في خلقها عولمة وسائل الاتصال وتبادل المعلومات، ترتب عليها أن صارت أغلب العمليات والعقود التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية ذات طابع دولي، حيث يتدخل فيها أشخاص متواجدون ومنتمون إلى دول مختلفة، فالعقود المبرمة عبر الانترنت يكون أطرافها مستخدم شبكة الإنترنت قيم في دولة، ومورد خدمات الاشتراك (fournisseur d'acces) مقيم في دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة (Provider Le serveur) في دولة ثالثة[3].

ولم يقف الأمر عند هذه الحجج، بل إتجه جانب آخر عند تبريره لدولية كافة عقود التجارة الإلكترونية على قدرة الأطراف في هذا النوع من العقود على إدراج شرط الاختصاص التشريعي الذي يفترض أن يرد في العقود الدولية دون سواها، وهو ما لوحظ حقا في الواقع العملي إذ غالبا ما تلجأ المواقع إلى إدراج هذا الشرط في عروضها دون تمييز بين مشتر وطني وآخر أجنبي[4].

رغم الحجج التي ساقها أنصار الاتجاه المؤيد لدولية كافة عقود التجارة الإلكترونية، إلا أن جانبا من الفقه يرفضها، وينطلق من فكرة الخلط الواضح التي وقع فيها أنصار الاتجاه المؤيد لدولية عقود التجارة الإلكترونية ، فشبكة الانترنت لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة أو أداة لإبرام العقود عن بعد، لا أداة لإضفاء الصفة الدولية على العقود التي تبرم بواسطتها، إذ من المتوقع أن يتم إبرام عقود عبر شبكة الانترنت، لتنفذ داخل حدود الدولة الواحدة، بل والمدينة الواحدة، ومن ذلك أن يطلب جزائري مقيم بوهران عبر شبكة الانترنت وجبة طعام من مطعم يقع بذات

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني، السياحي، البيشي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 40.

[2] حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية، ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2009، ص 22.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. ص. 35، 36.

[4] حسام أسامة محمد، المرجع نفسه، ص23.

المدينة، ويقوم بسداد الثمن عبر الشبكة ليوصل له المطعم الوجبة في الوقت المحدد، فمثل هذا العقد لا يمكن إضفاء صفة الدولية عليه لمجرد استعانته بوسيلة الانترنت، ويطبق الحل ذاته لو كان طالب الخدمة أجنبية مقيما بالجزائر[1].

ولا يقتصر الأمر على هذا فحسب، بل لا يمكن التسليم بصعوبة التركيز المكاني للمعاملات المبرمة عبر الانترنت في حدود إقليمية معينة لوجود عامل ربط احتياطي يعول عليه دائما، فمثلا عقود بيع السلع الإلكترونية وإن كانت عقود تبرم على الخط وتنفذ أحيانا داخله، إلا أنها تظل مع ذلك مرتبطة بعوامل مكانية .

وإلى جانب هذا، فإنه ينبغي التأكيد على عدم إمكانية الاعتماد على أماكن تواجد كل من ناقل البيانات ومقدم الخدمة لإضفاء الصفة الدولية على عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أنهم ليسوا أطرافا في العقد التجاري الالكتروني، كما لا يمكن الاعتماد على شرط الاختصاص التشريعي لتبرير دولية كافة عقود التجارة الإلكترونية، بل يتوجب التحقق مسبقا من دولية العقد قبل الاعتداد بالقانون المختار من قبل الأطراف بوصفه قانونا للعقل.

الفرع الثالث: المعيار الملائم هو المعيار القانوني المضيق

بعد أن تناولنا المعايير الحديثة فإنه لابد من بيان مدى ملاءمة هذه المعايير للأخذ بها في عقود التجارة الإلكترونية للقول بدوليتها. وإذا كانت هناك صعوبة عند تطبيق هذه المعايير على عقود التجارة الدولية فلا شك أن الأمر سيكون أكثر تعقيدا عندما يتعلق الأمر بتطبيق هذه المعايير المختلفة على عقود التجارة الإلكترونية والتي تميل إلى طمس التمييز بين الصفقات الدولية والصفقات الوطنية وتنادي بإلغاء الحدود والمسافات بين الأشخاص باعتبار أن التجارة الإلكترونية دولية بطبيعتها.[2]

وإذا أمعنا النظر في عقود التجارة الإلكترونية نجد أننا أمام أحد أمرين[3]:

1- إما أن يقصر مقدم العرض عرضه داخل حدود دولة واحدة فقط، وذلك كأن يعرض تاجر بيع سلعة معينة بثمن معين على الإنترنت ويقصر عرضه على العملاء المنتمين لدولته فقط تجنبا لمخاطر البيع لشخص متواجد في دولة أخرى. في هذه الحالة نجد أن العقد تتركز جميع عناصره في داخل دولة واحدة حيث لا يتواجد أي عنصر أجنبي، سواء تعلق ذلك بأطراف العلاقة او موطنهم أو مكان إبرام أو تنفيذ العقد. كما أنه لا يعد دوليا بالتطبيق للمعيار الاقتصادي، لأن دولية العقد وفقا لهذا المعيار الأخير تتطلب تدفق الأموال عبر الدولة في حين أن الفرض هو تمركز كل المبادلات محل العقد في دولة واحدة فقط. وبالنظر إلى أن العقد لا يعد دوليا على النحو السابق فإنه يعتبر عقدة داخلية بحتة ولا يثير الحديث عن قواعد تنازع القوانين ولا يدخل من ثم في نطاق القانون الدولي الخاص.

2- وإما أن يطلق مقدم العرض عرضه ولا يقيده بالعملاء المنتمين لدولته فقط ولا تتركز كل المبادلات محل العقد في دولة واحدة فقط، وفي هذه الحالة يكون العرض عامة ويمكن لكل عميل أيا كان مكان تواجده أن يقبل هذا العرض ويبرم العقد في هذه الحالة. ولا شك أن العقد يعد دولية في هذا الفرض تطبيقا لكل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، فوفقا للمعيار

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 145.
[2] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 80.
[3] أشرف وفا، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، 2001، ص 197.

القانوني يعشر اليه لاحتوائه على عنصر أجنبي يتمثل في اختلاف جنسية الأطراف أو موطن يعد العقد دوليا وفقا للمعيار الاقتصادي لأنه يتضمن انتقال للسلع والأموال عبر الحدود بين الدول.

وتطبيقا على ذلك في إحدى القضايا التي تتلخص وقائعها في أن السيدRanard رئيس الغرفة النقابية للوكلاء بالعمولة المعتمد لدى بورصة تجارة باريس قام بإبرام عقد توريد معلومات الحساب السيد Laurent مع شركة Reutres الإنجليزية يتعلق هذا العقد بتحديد أسعار بورصات التجارة الأمريكية من خلال شبكة الاتصال عن بعد، وقد اتفق الأطراف على اختيار القانون الإنجليزي ليحكم العقد. وقامت شركة Reutres بتنفيذ التزامها، وقدمت المعلومات المتعلقة بالبورصة إلى الطرف الآخر في الوقت المتفق عليه من خلال بنك معلومات موجود في نيويورك وآخر كائن في لندن. وأرسلت الفاتورة بالفرنك فيما يتعلق بالمعلومات، وبالدولار فيما يتعلق بالاشتراك. وقد توقف السيد Laurent عن دفع الأداء المضاف المنصوص عليه في شرط تصفية الخسارة المدرج في العقد طبقا للقانون الإنجليزي. وبعرض القضية على محكمة باريس قضت بتطبيق القانون المختار من الأطراف وهو القانون الإنجليزي. واعتبرت أن شرط تصفية الخسارة المدرج في العقد لا يتعارض مع النظام العام الفرنسي، مما يعني أن المحكمة تعاملت مع العقد على أنه عقد دولي، وقضت لصالح شركةReutres .[1]

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه أحد الآراء الفقهية بشأن تحليل هذا الحكم حيث تبين أن شركة Reutresتعهدت بموجب العقد بنقل المعلومات المتعلقة بالبورصة إلى السيد Renard مقابل أن يقوم هذا الأخير بدفع ثمن هذه الخدمة، مما يفيد بوجود حركة مد وجزر أي ذهاب واياب للأموال والخدمات عبر الحدود وهو نفس مفهوم المعيار الاقتصادي. وبالإضافة إلى أن عملية انسياب المعلومات عبر الحدود الدولية كافية للتمييز بين العقد الدولي والعقد الداخلي، فضلا عن أن الجنسية الفرنسية للمتعاقدين لا يجب أن تحرم العقد من الصفة الدولية.[2]

وأن العقد في القضية المذكورة يعد دوليا أيضا وفقا للمعيار القانوني لأن الطرفين وهما شركة Reutres والسيد Laurent يوجد كلا منهما في دولتين مختلفتين، حيث يستقبل الأخير على حاسبه الشخصي الموجود في فرنسا المعلومات المرسلة إليه من الأول في إنجلترا، أي أن هذا العقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، وهو نفس المفهوم الذي يقوم عليه المعيار القانوني.

وإضفاء الصفة الدولية على عقود التجارة الإلكترونية يجب أن يستند إلى معيار من شأنه أن يحقق نوعا من العالمية لمفهوم العقد الدولي عامة ولعقود التجارة الإلكترونية خاصة وهو ما لا يتأتى إلا بالاستناد إلى المعيار القانوني الاقتصادي (المختلط) كأساس لإسباغ الصفة الدولية على عقود التجارة الدولية، حيث يتصف هذا المعيار بالعمومية على نحو يمكنه من سلوك الإتجاهات المختلفة لهذه العقود.

[1] عادل محمود أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكتروني القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 48.

[2] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المرجع السابق، ص 51 .

الفصل الثاني

القواعد المادية كآلية لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

نتيجة لتطور عقود التجارة الدولية، وتنوع أنماطها في النصف الثاني من القرن العشرين، بات من المؤكد البحث عن قواعد مادية تتلاءم مع طبيعة ومقتضيات هذه العقود، وتلبي احتياجاتها بعيدا عن منهج الإسناد التقليدي.

وقد ظهر منهج القواعد المادية كنتيجة حتمية لما عرف بأزمة منهج التنازع، التي كان مردها الانتقادات التي وجهت لهذا الأخير باعتباره منهجا غريبا يفتقد للحلول الدولية، ناهيك عن أنه منهج زائف أعمى.

بهذا يتبين أن قاعدة التنازع باعتبارها الأداة الفنية التي يستند إليها منهج التنازع لحل مشكلة تنازع القوانين، تعمد إلى تطبيق حلول داخلية على علاقات ذات طابع دولي، وهي تتجاهل عن عمد خصوصيات أداة تحكمية بيد القاضي، وقاعدة ميكانيكية تعمل بشكل آلي في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق، بغض النظر عن مضمون أحكام هذا القانون وآثار تطبيقه على النزاع. هذا ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني المقسم إلى مبحثين يتناول:

المبحث الأول: ماهية القواعد المادية لعقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: تقييم القواعد المادية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: ماهية القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية

من المعلوم أن التجارة الإلكترونية ولدت وترعرعت على يد التطور الهائل في عالم الاتصالات والمعلومات، ومنذ مولدها وهي تحاول جاهدة البحث عن كل الوسائل التي تحافظ بها على حياتها واستمراها وتطورها لإزالة جميع المعوقات التي يمكن أن تقضي عليها أو حتى تعترض طريق تقدمها، ولهذا فإنه حينما صادفتها بعض المعوقات والمتمثلة في ظهور منازعات بين أطرافها، فإنها لم تتوان لحظة في البحث عن الغطاء التشريعي الذي يتلاءم معها، وقد أسفر هذا البحث عن ظهور نظام قانوني متحرر من العوائق القانونية التي تفرضها القوانين الوطنية، وأطلق على هذا النظام القانوني كما سبق الذكر تسمية القانون المادي الالكتروني.[1]

ويستمد القانون المادي الالكتروني أسسه وقواعده من مصادر متعددة صممت أو يجري تصميمها لفضاء الإنترنت لمواجهة النزاعات والأوضاع الدولية المتعددة التمركز على المستوى الجغرافي في شبكة الإنترنت[2]، وذلك كله قصد توفير الثقة والحماية لدى أطراف التجارة الإلكترونية، والمساهمة في زيادة حجم المبادلات التجارية الإلكترونية.

المطلب الأول: مفهوم القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية

تنبعث القواعد المادية للتجارة الإلكترونية من صميم المنهج المادي، وهي تهدف إلى تسوية المنازعات التي تثور بصدد عقود التجارة الإلكترونية، وتتميز هذه القواعد بخصوصياتها الفنية، ومصطلحاتها التكنولوجية التي تكون قابلة للتطور والنمو اللازم لملاحقة الثقافة العلمية السريعة التطور للإنترنت.[3]

ونظرا لحداثة هذه القواعد ودقة المصطلحات الواردة بما حاول الفقه جاهدا بيان المقصود منها، وخصائصها لتحديد مدى تأثير التقنية الحديثة على دراسات المنهج المادي الكلاسيكي، سيما بعد أن اتضح تأثير البيئة الجديدة على ضوابط الإسناد التي يشملها منهج التنازع.

الفرع الأول: تعريف القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية

نظرا لحداثة منهج القواعد المادية في المجتمع الإلكتروني، فقد تعددت المصطلحات المستخدمة للدلالة على القواعد المنظمة له، بحيث أطلقت عليه تسميات متعددة منها القانون الإلكتروني(Lex électronica) ، القانون الرقمي(Lex numerica)، قانون الإنترنت(Lex net) ، قانون الاتصالات Jus Communication) القانون الافتراضي(Lex virtual)، القانون الموضوعي للانترنت(Substantative internet law) ، قانون القضاء الإفتراضي (Cyber space cornron law)، قانون المعلوماتية[4](Lex informatica) ، في حين أطلق عليها اتجاه آخر تسميات تقترب إلى حد كبير من القواعد المادية المنظمة للتجارة الدولية، منها مصطلح القانون الطائفي(Lex corporative)، قانون التجار الجديد(neo lex mercatoria)، قانون التجار الرقمي(Lex mercatoria numerica)، قانون عابر للحدود(Droit transfrontier) ، قانون فوق

---

[1] محمد مأمون أحمد سليمان، التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، 2009، ص 397

[2] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1433ه، 2012م، ص 483.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع1، س السادسة عشرة، يناير 2008، ص 46.

[4] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 487.

الدول(Droit supernational)، قانون تجاري عبر الدول(Droit commercial transnational)، بحيث يعتبر هذا القانون نظيرا للقانون المادي للتجارة الدولية(Lex mercatoria) ، الذي تعددت هو الآخر تسمياته، بين قانون عبر الدول، القانون الوطني، القانون فوق الوطني، القانون التجاري بين الشعوب، القانون العربي عبر الدول.[1]

من خلال المصطلحات السابقة، يبدوا أن مصطلح القواعد المادية للتجارة الإلكترونية يعد أفضل المصطلحات للدلالة على مجموعة القواعد التي تضع تنظيما مباشرة وخاصا للروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، بل هو مصطلح يسمح بتمييزها عن القواعد المادية للتجارة الدولية، وكذا عن القواعد المادية التي يضعها المشرع الوطني لحكم روابط القانون الدولي الخاص بطريق مباشر، ذلك أنها قواعد تستجيب في مضمونها وأهدافها للمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية.[2]

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف القواعد المادية للتجارة الإلكترونية Lex Electronica بأنها:" مجموعة القواعد القانونية غير الرسمية المطبقة في نطاق التجارة الإلكترونية"، أو هي:" مجموعة القواعد التلقائية ذات الطبيعة الموضوعية الخاصة بالروابط القانونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية ".

إذا كان هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب، إلا أنه يبقى اتجاها قاصرا بل وغير متكامل إلا مع التعريف الذي يقوم ببيان دور الهيئات والحكومات والمستخدمين في مجال التجارة الإلكترونية، والذي يعرف تلك القواعد بأنها: "مجموعة قواعد قانونية تقدم تنظيما مباشرا وخاصا لحكم المعاملات التي تتم عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، ولكنه لا يقتصر على العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي فحسب، بل يمتد ليشمل كل التقنيات المتطورة التي قدمتها الهيئات والحكومات والمستخدمين في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"، أي أنه : "القانون الذي تتمثل مصادره في الممارسات التعاقدية الإلكترونية والأعراف والعادات المستقرة في الأوساط المهنية للعالم الرقمي، بالإضافة إلى القواعد المادية ذات الطابع الاتفاقي الدولي والتوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة الصادرة في هذا الشأن".[3]

بهذا يتضح أن القانون المادي الإلكتروني عبارة عن كيان قانوني مادي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت، وهو نظير للقانون المادي للتجارة الدولية ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الإفتراضي للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات، فهو قانون تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية، التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملة.[4]

---

[1] S ،Cf. Ferrari Franco ،Le champ d'application des « principes pour les contrats commerciaux internationaux » ، élaborés par unidroit ،Rev. Int.dr.comp.1995 ،p.985.

[2] احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 60.

[3] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 487.

[4] أحمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مج الرابع، 9، 11 ربيع الأول 1424ه الموافق 10، 12 مايو 2003، ص 1662.

وترجع ضرورة وجود قانون مادي لتنظيم المعاملات الإلكترونية إلى الاختلافات الواضحة بين هذه الأخيرة، وبين عقود التجارة الدولية المبرمة بالطرق التقليدية، والتي بسببها شبه جانب من الفقه عقود التجارة الإلكترونية بمنطقة المياه الدولية التي لا تخضع لسيادة دولة معينة، إذ واستنادا إلى تلك الاختلافات كان لا بد من وجود عادات وأعراف تجارية إلكترونية يخضع لها العقد التجاري الإلكتروني، بحيث تكون تلك الأعراف والعادات تناظر أعراف وعادات التجارة الدولية في عقود التجارة الدولية المبرمة بالطرق التقليدية، ويكون لها الأولوية للتطبيق على العلاقات التجارية الإلكترونية ذات الطابع الدولي، لكونها قواعد خاصة بهذا النوع من العلاقات.[1]

عموما يمكن القول أن القانون المادي الالكتروني قانون يتكون من مجموعة من القواعد والمبادئ التي كرسها المتعاقدون في مجال التجارة الإلكترونية الدولية، والتي ساهمت المنظمات الدولية والإقليمية وكذا بعض القوانين الخاصة في تكريسها والإعتراف بها، وذلك لإيجاد قانون خاص لحكم العلاقات العقدية المبرمة عبر الانترنت، ولتمكين المتعاملين عبرها من الرجوع إليها، وبموجب هذه القواعد يتم حل النزاع ماديا دون حاجة لتعيين قانون محدد، ذلك أنها قواعد وضعت خصيصا لتستجيب لطبيعة المعاملات الإلكترونية ومن بينها الروابط العقدية الإلكترونية ذات الطابع الدولي، وهي غالبا ما تأخذ بتأمل عميق للعلاقات الدولية، وتعطي حلولا تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي .[2]

بناء على ما تقدم، يتبين أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتمتع ببعض الخصائص التي تميزها عن باقي القواعد التي تنشط في مجال القانون الدولي الخاص، وهي خصائص تمنح لها بعد عمليا يضفي عليها صبغة فنية معينة.

الفرع الثاني: خصائص القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية.

يتميز القانون المادي الإلكتروني الدولي عن باقي القواعد القانونية المعروفة في مجال القانون الدولي الخاص بمجموعة من الخصائص أهمهما أنه:

قانون طائفي نوعي، فهو قانون طائفي من حيث الأشخاص المخاطبين بأحكامه، ذلك أن هذه الأخيرة لا تخاطب إلا طائفة معينة من الأشخاص هم مستخدمو شبكة الإنترنت (Internautes)، مقدمو خدمات المواقع الرقمية (Sites numériques) والاشتراك في الشبكة وممارسة التجارة الإلكترونية، ويرجع الفقه سبب هذه الخاصية إلى الطبيعة الخاصة التي يتميز بها المجتمع الإفتراضي، والتي تتنافى وتطبيق قواعد قانونية وطنية، كون أن هذه القواعد وجدت أساسا لحكم معاملات مادية ملموسة، في حين أن المجتمع المعلوماتي يتميز بذاتيته الخاصة التي تقتضي إيجاد قواعد تتفق معه لتخاطب فئة محددة، وبهذا يتبين أنه قانون طائفي بالنسبة إلى المخاطبين بأحكامه.[3]

ليس هذا وحسب، بل هو قانون نوعي، ذلك أن قواعده وأحكامه لا تنظم إلا نوعا معينا من المعاملات، وهي تلك التي تنشأ في مجال التجارة الإلكترونية، الدعاية، الترويج للسلع

---

[1] أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع 2، السنة العشرون، يوليو 2012، ص 10.

[2] Jean ،Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine Corneloup ،Droit du commerce international ،dlD ،2007 ، p 67.

[3] أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية، مستر المجلة الكبرى، 2003، ص 106.

والخدمات، المعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، نظام التعامل مع بنوك المعلومات، الدفع الإلكتروني والبريد الإلكترونية، بل إن هذا القانون الطائفي النوعي نظام مؤسسي مشكل بجميع أدواته وأجهزته، كما أن له قضاؤه الافتراضي الخاص به.[1]

هو قانون تلقائي النشأة، لأنه نتاج عادات وأعراف وممارسات سادت بين أفراد المجتمع الالكتروني ذاتيا مع مرور الوقت، دون المرور عبر القنوات الرسمية لسن القوانين، وهو في ذلك شأنه شأن القوانين الداخلية في بداية تكوينها، وإن كان منذ بداية التسعينات شهدت حركة التقنين في مجال المعاملات الإلكترونية تطورا ملحوظا، سواء من قبل المنظمات الدولية، الإقليمية، بل وحتى التشريعات الوطنية، والواقع أن خاصية التلقائية التي يتميز بها القانون المادي الإلكتروني لا ترتبط بنشأته فحسب، بل تشمل حتى تطبيقه، ذلك أنه لا يحتاج في تطبيقه إلى تدخل سلطة عامة، بل يتم من قبل أطراف المجتمع الدولي بطريقة تلقائية رضائية تتماشى والطبيعة الذاتية للتعامل مع شبكة الإنترنت، وتتوافق مع توقعات المتعاملين عبرها، وذلك كله لتجنب خضوعهم للقوانين الوطنية البدائية التي لا تجاري أنماط معاملاتهم الإلكترونية الدولية.

ولعل من بين مزايا خاصية التلقائية، المرونة ذلك أن قواعده كانت وليدة ظروف واقعية وجاءت لتعكس حاجات المتعاملين عبر شبكة المعلومات الدولية، ما يجعل منها قواعد شديدة الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي الذي تعمل فيه تلك الشبكة، سواء من حيث المؤثرات التكنولوجية، الاقتصادية، أو حتى السياسية.[2]

هو قانون غير دولي موضوعي، فهو قانون عبر دولي لأنه ينظم فضاء إفتراضيا مشتركا غير قابل للخضوع للقوانين الوطنية، بل يتطلب قانونا عابرا للحدود، ويبرز الطابع الدولي هذا القانون من طبيعة المعاملات التي يحكمها باعتبارها معاملات عابرة للحدود تتصل بأكثر من دولة واحدة في ذات الوقت، تتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية فيما بينها وتتعلق بمصالح التجارة الدولية .

هو قانون موضوعي أي مادي، ذلك أنه يقدم الحل الموضوعي للمسألة محل النزاع مباشرة دون أن يحيل إلى غيره لاستمداد الحل، وهو ما يجعل من قواعده مباشرة محددة الهدف والمضمون، واضحة المعالم سهلة التطبيق تحقق مصلحة العلاقات الخاصة الدولية ومصلحة الدول ذاتها، وفي هذا يرى جانب من الفقه أن كل من القاضي و المحكم الدولي يطبقان القواعد الموضوعية مباشرة على المنازعات ذات الطابع الدولي الناشئة عن علاقات الانترنت، بحيث لا يوجد بينهما وبين القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع وسيلة وسطية، بخلاف ما هو سائد في منهج التنازع، وهو بهذه الخاصية يحقق توقعات المتعاملين في هذا الوسط، كما يسمح لقواعده من أن تتبوأ مكانة مهمة كوسيلة تنظيم مباشرة يؤدي إعمالها إلى مرونة في التطبيق ونتيجة مأمولة في الهدف.[3]

كنتيجة لهذه الخصائص يرى جانب من الفقه" أن قواعد القانون المادي الإلكتروني ترمي إلى تحقيق وظيفتين إحداهما وقائية والأخرى علاجية، وتبرز الوظيفة الوقائية لهذه القواعد في أنها تمنع نشوء النزاع والتنازع بين القوانين لمعرفة حكم القانون أو توحيده، بحيث يستعان بها

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 56.

[2] محمد أحمد علي المحاسنه، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة، ط1، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1434ه، 2013، ص 177.

[3] جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء إستخدام الانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 140.

في المرحلة الأولى لنشوء النزاع كما أنها تساعد الأطراف في مرحلة التفاوض على إبرام العقود بما يؤدي إلى التقليل من فرص نشوء النزاع في المستقبل.

في حين تبرز الوظيفة العلاجية عند نشوء النزاع من خلال مساعدة الأطراف على حسن التفاهم وإعادة التنفيذ السلمي للالتزامات التعاقدية، وذلك من خلال اللجوء إلى أسلوب التوفيق والوساطة اللذين يؤديان إلى تسوية ودية، وعادلة للنزاع، أو عن طريق اللجوء إلى القضاء الذي سيصدر حكما ملزما للأطراف فيعطي حلا مباشرا ينتهي به النزاع.[1]

لقد ترتب على ظهور عقود التجارة الإلكترونية بروز قواعد موضوعية تطبق مباشرة على هذه الأخيرة تسمى القواعد المادية الإلكترونية، وبهدف تحديد هذه القواعد، وأمام الطبيعة غير المنتظمة وغير المتجانسة لهذه المصادر، ينبغي الكشف عن الخلاف الفقهي الذي ظهر بخصوص مكوناتها، بحث انقسم الرأي الفقهي الذي أنكر على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية وجودها إلى ثلاث، فأدرج جانب منهم[2] ضمن القانون الالكتروني كل من القواعد التعاقدية والتوصيات الدولية الأساسية، التي من بين ما تشمله أعمال المنظمات الدولية والإقليمية، الحكومية وغير الحكومية، في حين قرر البعض تشكل هذه المصادر من: القانون الموحد الدولي، القانون المشترك (الأوروبي)، القانون المرن الصادر عن المنظمات الدولية، الأنشطة الخاصة ذات التنظيم الذاتي، الأعراف الدولية، الممارسات التعاقدية الدولية، في حين شملت هذه المصادر لدى الاتجاه الثالث، العادات المهنية المقننة، مجموعة القوانين الوطنية، الشروط التعاقدية، قرارات وأحكام التحكيم.

وإذا كان هذا تقسيم الفقه الذي أنكر وجود القانون الالكتروني منفصلا عن القانون التجاري الدولي، فإن الفقه الذي أقر بهذا الانفصال، عمد إلى تقسيمها إلى مصادر رسمية، ومصادر ذات نشأة تلقائية، ويندرج ضمن الأولى الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المطبقة في التجارة الإلكترونية (ويدرجون ضمنها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية)، الأدوات التعاقدية، والتي تشمل تقنينات السلوك، العقود النموذجية، قرارات التحكيم الخاصة بالتجارة الإلكترونية، في حين يندرج ضمن الثانية كل من الممارسات التجارية في مجال التجارة الإلكترونية، المبادئ العامة للقانون، والأعراف.

المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية

تمثل القواعد المادية الإلكترونية منهج قانوني قائم بذاته في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، و ما يؤكد ذلك هي المصادر التي يستمد منها هذا المنهج تطبيقه في فض منازعات عقود التجارة الإلكترونية، و في هذا الإطار يذهب فقهاء القانون الدولي الخاص إلى تقسيم هذه القواعد إلى مصادر وطنية(الفرع الأول) و أخرى دولية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصادر الوطنية للقواعد المادية

تنقسم بدورها المصادر الوطنية التي ساهمت في تكوين القواعد المادية الإلكترونية، إلى قسمين قواعد ذات أصل تشريعي و قواعد ذات أصل قضائي.

[1] هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2001، ص11.
[2] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص ص 115-116.

أولا: القواعد المادية ذات الأصل تشريعي

لقد أرست بعض التشريعات الوطنية قواعد موضوعية في قوانينها الداخلية بحيث يمكن تطبيقها مباشرة على عقود التجارة الدولية على الرغم من أنها من وضع المشرع الداخلي، حيث ذهب الفقه إلى إمكانية القاضي في تطبيق تلك القواعد المادية مباشرة على النزاع المعروض عليه، إذا كان هذا النزاع متعلقا بالتجارة الدولية دون الرجوع إلى قواعد الإسناد[1]، و من بين هذه القواعد قواعد البوليس هي قواعد شرعت أصلا لحكم روابط القانون الداخلي، مع تصور إمتداد سريانها إل العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، لما لها من طبيعة آمرة بلغت حدا يستوجب إعمالها على العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في نطاق تطبيقها[2].

أم في نطاق التجارة الإلكترونية فهناك العديد من التشريعات الوطنية التي تصدت لتكوين و إنشاء هذه المصادر و على سبيل المثال، أصدرت الولايات المتحدة الأمريكية قانونين الأول هو قانون المعاملات الإلكترونية الموحد لعام1999 والثاني هو القانون الموحد بشأن التجارة الإلكترونية، إضافة إلى خطة العمل التي أطلقها الرئيس الأمريكي الخاصة بتطوير التجارة الإلكترونية والمكونة من خمسة مبادئ[3]، وكذلك قانون التجارة الإلكترونية الموحد الكندي لعام 1999، قانون التجارة الإلكترونية الصيني رقم 1 لسنة 2000، قانون التجارة الإلكترونية الايرلندي لعام2000، قانون التجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية لدولة سلوفينيا، القانون الأساسي للتجارة الإلكترونية الكوري لعام1999، قانون الصفقات الإلكترونية لدولة سنغافورة 1998، القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000، قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين رقم 2 لسنة 2002، وكذلك السعودية ودولة الإمارات وغيرها، وأخيرا العراق حيث صدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012، أما في مصر فقد صدر قانون التوقيع الالكتروني ولم يتم إصدار قانون التجارة الإلكترونية لحد الآن.[4]

أم بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نظم المعاملات التجارية الإلكترونية من خلال القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، و الذي سنه من أجل وضع الإطار القانوني المناسب لتنظيم مجال التعاملات الإلكترونية في المجال التجاري[5].

ثانيا: القواعد المادية ذات الأصل القضائي

تتمثل هذه القواعد في كل من القضاء و التحكيم الإلكتروني:

1- القضاء الوطني:

---

[1] طه كاظم حسن المولي، تطويع قواعد الإسناد في عقود التجارة الإلكترونية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 256.

[2] صلاح علي حسن، المرجع السابق، ص 165.

[3] منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد رقم 4256 في 11/5/ 2012 كذلك متاح على الموقع الالكتروني: https://www.dorar-aliraq.net/threads/79673، يوم 2022/05/09، على الساعة 10:15.

[4] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط2، دار الفكر الجامعي، الازاريطة، الإسكندرية، 2001، ص712.

[5] محمد عبيب، محمد بوراس، حماية المستهلك في مجال المعاملات الإلكترونية بالجزائر على ضوء القانون 18- 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المجلة العربية للأبحاث و الدراسات، جامعة زيان عاشور، الجلفة، المجلد 13، العدد 04، جويلية 2021، ص 129.

لقد عمل القضاء الفرنسي منذ الثلث الأول من القرن الماضي على خلق بعض القواعد المادية للقانون الدولي الخاص التي تهدف إلى تنظيم بعض المسائل المتعلقة بعقود التجارة الدولية، ومن بين هذه القواعد التي استقر عليها القضاء في هذا الشأن , القاعدة التي تقضي بصحة شرط الدفع بالذهب في العقود الدولية، والقاعدة التي تقرر حرية اختيار عملة العقد في مجال التجارة الخارجية[1].

أم في نطاق المعاملات الإلكترونية فقد أتيحت الفرصة للقضاء الوطني في وضع عدد من المبادئ عند تصديه للفصل في منازعات التجارة الإلكترونية، بشأن منازعات أسماء المواقع الإلكترونية المطروحة على الشبكة والمعروفة بإسم الدومين أو أسماء النطاقات، كما تصدى القضاء لتطبيق قواعد البوليس بصدد منازعات مجتمع الأنترنت، أم التطبيق الثاني فهو المتعلق بتطبيق القضاء الوطني لقواعد البوليس في إطار المجتمع المعلوماتي[2].

2- التحكيم الإلكتروني:

يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة الانترنت، و هو يكتسب صفته الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها، وهي وسيلة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون حاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.[3]

في هذا الإطار يعتبر أنصار القواعد الموضوعية لتجارة الإلكترونية أن أحد أهم مصادرها هي الأحكام التي تصدر في إطار ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني[4]، كما أن هيئات التحكيم الإلكتروني قد أنشأت قواعدها الخاصة التي تتناسب مع طبيعة المنازعات الإلكترونية التي تتلاءم مع السرعة التي تتمتع بها الشبكة العالمية، و بتالي فإن ما ترسيه تلك الأحكام من يكون رافدا مهما للقانون المادي الإلكتروني[5].

3- قواعد السلوك:

وجدت على المستوى الوطني في بعض البلدان السباقة في هذا المجال خاصة المؤسسات المهنية والتجارية التي عملت على اصدار عدد من السلوك الواجبة الاتباع ، ومن هذه المؤسسات جمعية مقدمي خدمات الإنترنت (ISPA) في المملكة المتحدة التي أصدرت الكثير من قواعد السلوك العملية المنظمة للعلاقات بين المتعاملين على الشبكة العالمية[6].

الفرع الثاني: المصادر الدولية للقواعد المادية

بدورها تنوعت الأعمال الدولية التي أرست مجموعة من القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، حيث تنقسم إلى قواعد مادية دولية ذات النشأة التنظيمية و قواعد مادية دولية ذات النشأة التلقائية.

أولا: القواعد المادية الدولية ذات النشأة التنظيمية

تشمل هذه القواعد كل من الإتفاقيات، التوصيات و الأعمال الدولية، الممارسات القاعدية، و سنتطرق لها على النحو التالي:

---

[1] فراس كريم شان، طه خادم حسن، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 02، المجلد 08، سنة 2016، ص 333.

[2] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 175.

[3] عادل ابو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص145.

[4] حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

[5] عادل أبو هشيمه محمود حسن حوته، المرجع نفسه، ص 145.

[6] فراس كريم شان، طه خادم حسن، المرجع السابق، ص 338.

1- الإتفاقيات:

تعتبر الإتفاقيات الدولية من أهم أدوات توحيد القواعد المادية في شتى المجالات، و تتركز على وجه الخصوص في إتفاقيات القانون الدولي الخاص في مجال التجارة الدولية، أين تمثل هذه الإتفاقيات رافدا مهما لمسائل التجارة الإلكترونية[1]، و من أمثلة هذه الإتفاقيات نجد إتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، و إتفاقية منظمة الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع[2].

2- التوصيات و الأعمال الدولية:

في ظل شح الإتفاقيات الدولية الحديثة المعنية بتنظيم شؤون التجارة الإلكترونية، برزت أهمية الإستعانة بالأعمال الدولية، فكانت التوصيات الدولية أحد أهم مصادر القواعد المادية الإلكترونية، و لعل أهم هذه التوصيات التي صدرت عن لجنة الأمم المتحدة الإقتصادية لأوروبا لسنة 1979 الخاصة بوثيقة الشحن البحري، حيث تضمنت إقتراح بإستخدام المعالجة الإلكترونية للمعلومات في إطار القواعد الضرورية و الإجراءات الخاصة بالنقل البحري، بالإظافة إلى التوصيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال[3].

3- الممارسات القاعدية:

تتمثل الممارسات القاعدية في نطاق التجارة الإلكترونية، في كل من العقود النموذجية و الشروط العامة:

أ- العقود النموذجية:

تعتبر العقود النوذجية من أهم مصادر القواعد المادية، و يقصد بها تلك العقود التي تبرم بين المورد و المستخدمين سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، و تتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين[4]، حيث تهدف هذه العقود إلى إزالة العقبات القانونية التي تعترض التجارة الإلكترونية، حيث اقترحت بعض المنظمات إبرام عقود اتفاق بين الأطراف لتنظيم الكثير من المجالات المتعلقة بتبادل البيانات إلكترونيا[5]، و كمثال على ذلك العقد النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية ICC بخصوص التبادل الإلكتروني للبيانات عبر شبكات الحواسيب الآلية[6].

ب- الشروط العامة:

هناك الكثير من الشروط التي تواتر العمل عليها في بعض العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية، حيث يتم وضعها من قبل الجهات الفنية أو التجارية المتخصصة ذات العلاقة بحيث يتوجب على كل مستخدم (متعاقد عبر الشبكة) أن يوافق على تلك الشروط عند إبرام عقد ما، أي قبل البدء بمزاولة التجارة على الشبكة العالمية، وتتضمن هذه العقود بعض القواعد والشروط التي يضعها مورد خدمة الاتصال والتي تفرض على

---

[1] نافع بحر السلطان، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2008، ص 95.

[2] سمير خليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2018، ص 160.

[3] حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين و ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، جامعة البويرة، العدد، 5، 2008، ص 170.

[4] أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، المرجع السابق، ص 30 و ما بعدها.

[5] خليفي سمير، المرجع السابق، ص 168.

[6] محمد محمد حسن الحسني، المرجع السابق، ص 330.

مستخدمي الشبكة التقيد بها، ومن هذه الشروط وجوب التزام المشترك بالقواعد السلوكية والمهنية ومبادئ قانونية معينة[1].

ثانيا: القواعد المادية الدولية ذات النشأة التلقائية

يقصد بالمصادر ذات النشأة التلقائية أو الذاتية: "تلك القواعد التي تنشأ من سلوك المهنيين على الأنترنت أثناء تعاملهم مع المستهلكين"[2]،و تشمل هذه المصادر ذات النشأة التلقائية كل من الممارسات التعاقدية، تقنيات السلوك، العادات و الأعراف و الممارسات المستقرة لتجارة الإلكترونية:

1- العقد الإلكتروني:

يعد العقد الإلكتروني باعتباره احد عناصر القانون الإلكتروني، احد مصادر القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، لأن العقد الالكتروني قادر على ان يخلق نظامه القانوني الخاص به ومن ثم الخضوع له عند تنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، باعتبار أن الاتفاقات المبرمة بين الاطراف بشكل صحيح، تعد بمثابة قانون الأطراف المختار، (اضافة الى المبادئ التي توصل اليها قضاء التحكيم كما في مبدأ عدم جواز الاثراء بلا سبب اضافة الى مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية وغيرها من المبادئ)[3]، وإذا كان المجتمع هو الذي يخلق القانون، فإن العقد ومن باب اولى وتطبيقاً للمبادئ اعلاه، يمكنه ان يؤسس مجتمعاً يحكمه قانون العقد[4]، حيث يستطيع أطراف العقد الاتفاق على الشروط والبنود التي يجب تطبيقها على العقود التي يبرموها، وان حرية الأفراد هذه، تمثل مرحلة متقدمة في التنظيم الذاتي، وبالتالي ما على الحكومات الا ان تتخذ الخطوات اللازمة لتجاوز العقبات القانونية والتنظيمية للاعتراف بتلك الحرية والتقيد في سن تنظيمات جديدة في هذا المجال[5]، إلا أن عدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عنه لا يمنع من الرجوع لأي نظام قانوني لدولة ما، لسد النقص الحاصل بما يؤمن امكانية استيعاب قانون العقد لأكثر الفروض المستجدة، وهذا يعني انه لابد من استبعاد بعضُ من قواعد التنازع، حتى يتسنى للأطراف الاتفاق على إنشاء علاقة قانونية وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد المطلوب ابرامه، اما في حالة نشوء اي نزاع، فان اختيار الأطراف للشروط العقدية تعد بمثابة القانون الواجب التطبيق على العلاقة محل النزاع، وما على القاضي الا ان يطبق الشروط العقدية، باعتبارها اكتسبت قوتها من إرادة الأطراف.[6]

واخيرا لابد من الاعتراف بان هذه الممارسات قد ارست بعض الحقوق والالتزامات لكل من مقدمي الخدمات الانترنت ومستخدمي الشبكة على حد سواء.[7]

2- تقنيات السلوك:

[1] فراس كريم شان، طه خادم حسن، المرجع السابق، ص 345.
[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 184.
[3] محمد احمد علي المحاسنة، المرجع سابق، ص200.
[4] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية –القاهرة –1996، ص 743.
[5] احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص37.
[6] احمد الهواري، عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص، مؤتمر المصارف، المجلد الاول، ص1656.
[7] عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 689.

تعد قواعد السلوك من أهم المصادر التي تتكون منها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، **و هي** القواعد التي يضعها المتعاملون مع شبكة الأنترنت بأنفسهم لتطبق عليهم، و التي يتم تدوينها من قبل الهيئات و المؤسسات المهنية المعنية بوضع مبادئ و أسس التعامل عبر الشبكة الدولية للإتصالات، حيث تتنوع هذه التقنيات بين تقنيات السلوك الإقليمية و تقنيات السلوك الدولية[1].

و من أهم القواعد التي يمكن الاسترشاد بها في هذا المجال، قواعد السلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن طريق الإرسال عن بعد، الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بالاشتراك مع عدد من المنظمات الدولية، و هي تعد قواعد إخبارية تهدف إلى تقديم نموذج موحد لقبول إتفاقات التبادل الإلكتروني بشأن المعلومات التجارية التي تتم عن بعد[2].

3- العرف و العادات و الممارسات المستقرة للتجارة الإلكترونية:

لقد ساهم المتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونية في إرساء القواعد المادية للقانون الإلكتروني و ذلك بطريقة تلقائية، و لعل من أهم هذه القواعد ما إستقر من أعراف و عادات و ممارسات في الأوساط المهنية لذلك العالم الرقمي للمعلومات و الإتصالات، و حيث أن تلك الأعراف و العادات ذات طبيعة تعاونية خاصة بكل نوع من أنواع التعاون الذي يتم في هذا العالم الإفتراضي، كالأعراف و العادات السائدة في مجال الدعاية و الترويج للسلع و الخدمات و في مجال حماية الحياة الخاصة، و في شأن حماية المستهلكين، و في شأن الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية[3]، و كنتيجة لذلك يرى أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أنه من الضروري أن يتبوأ العرف مكانا مهما في وضع القواعد المادية المنشأة له، لأن النشأة التلقائية تمكنه من الاستجابة للمعطيات المادية لهذا العالم[4].

و إلى جانب العرف نجد العادات التجارية الإلكترونية الإتفاقية، أين تعتبر مصدرا من مصادر القانون المادي الإلكتروني، ذلك أنها عادات تتصل بالعلاقات القانونية الناشئة بمناسبة معاملات معينة، و قد أطلق عليها الفقهاء تسمية العادات الإرادية (Usage volontaire) للإشارة فإن قوتها تستمد من إرادة الأفراد الذين تواتروا على إتباعها[5]، و تعرف العادة التجارية الإلكترونية بأنها سلوك أطرد المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية، تجارا أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجارية معينة من مسائل التجارة الإلكترونية[6].

المبحث الثاني

تقييم القواعد المادية في تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

لقد سبق لنا بيان مفهوم القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ومصادرها و تم عرض أهم خصائصها، و إنتهينا إلى أنه يمكن الإعتراف بوجود قواعد تلعب دورا أساسيا في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية الدولية، إلا أن بعض الفقه شكك حتى في الطبيعة القانونية لهذه القواعد و على أنها قاصرة في معالجة منازعات التجارة الإلكترونية، و هو ما يقتضي التمسك بإعمال منهج قواعد التنازع كمنهج ملائم و وحيد لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية.

---

[1] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ص 167.

[2] فاطمة الزهرة جندولي، المرجع السابق، ص 180.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت و القانون الدولي الخاص فراق أم تلاقي، المرجع السابق، ص 17 و 18.

[4] نبيل زيد المقابلة، المرجع السابق، ص 95.

[5] أبو العلا علي أبو العلا نمر، المرجع السابق، ص 52.

[6] فراس كريم شان، طه خادم حسن ، المرجع السابق، ص 349.

أمام هذا التقديم البسيط نقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسين على النحو التالي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية

المطلب الثاني: مكانة القواعد المادية لتجارة الإلكترونية كأحد مناهج القانون الدولي الخاص

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للقواعد المادية التي تتولى بالتنظيم المعاملات التي تتم عبر شاشات الحواسيب الآلية، حيث ذهب البعض إلى أنه يصعب القول بأن تلك القواعد تشكل نظاما قانونيا كاملا ومستقلا وقادرا على تقديم حلول لكافة المشاكل التي يمكن أن تثور في ميدان التجارة الإلكترونية، بحجة أنه من السابق لأوانه إعطاء أي دلائل ذات قيمة تحدد نطاق وجود هذا النظام القانوني، في حين قرر البعض الآخر بأن تلك القواعد تشكل نظاما قانونيا معادلا للنظام القانوني الذي تضعه الدولة بغية تنظيم الروابط القانونية بين أفرادها.[1]

أمام هذا الاختلاف يتبين أن إلتزام الدقة القانونية يتطلب قبل تحديد الاتجاهات الفقهية الواردة بشأن الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية (الفرع الثاني)، بيان المقصود بالنظام القانوني كأصل عام (الفرع الأول)، وذلك لمعرفة مدى توفر العناصر التي يتطلبها الحديث عن النظام القانوني في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: مفهوم النظام القانوني للقواعد المادية لتجارة الإلكترونية.

يعتبر مفهوم النظام القانوني من أكثر المفاهيم التي شغلت اهتمام الفقهاء القانونيين، وذلك كله قصد فهمهم للظواهر القانونية عموما، وكذا لوضع تصور شامل يجمع بين العناصر القانونية وغير القانونية، ولعل من بين أكثر ما يؤكد هذا الطرح اختلاف الفقه في تحديد مفهوم النظام القانوني، بحيث ينظر إليه البعض على أنه قاعدة قانونية، ويعتبر أن القواعد المعيارية هي العنصر الأبرز في النظام القانوني، في حين ينظر إليه البعض الآخر من زاوية التنظيم أو البناء، وعلى الخلاف من ذلك يرى اتجاه آخر أن الحديث عن النظام القانوني يتطلب الجمع بين القاعدة والتنظيم[2].

فأما الاتجاه الأول فقد تزعمه الفقيه (Rigaux) مصادر مترابطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة وللعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها، وفي نفس السياق عرفه (Virally) بأنه:" نظام تعذيب الروابط الاجتماعية يميزه ليس فقط وضع القواعد ... ولكن أيضا إنشاء نظم مخصصة لضبط الروابط الاجتماعية... أو لحل النزاعات.

إستنادا لهذين التعريفين يبدو جليا بأن هذا الاتجاه حاول تحديد مفهوم النظام القانوني إستنادا لنظرية هانز كلسن الشهيرة التي أطلق عليها اسم النظرية الخالصة للقانون (La Théorie Pure du droit) التي يعتبر فيها النظام القانوني نظام تدرجي للقواعد، يقوم على أساس وحدة النظام القانوني في تدرج هرمي، وعلى التطابق بين

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 32.

[2] محمد محوسب درويش، قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1995، ص 90 .

القانون والدولة. فالدولة هي تحسيد للقواعد القانونية النافذة، وقواعد القانون ليست على درجة واحدة، بل يعلو بعضها فوق بعض، بحيث تشبه الهرم المكون من عدة درجات متماسكة فيما بينها، وذلك نظرا لأن صحة القواعد الموجودة في كل درجة منها يعتمد على القواعد الموجودة في الدرجة الأعلى.[1]

من خلال ما سبق يتبين أن هذا الجانب من الفقه القانوني قد ركز على مفهوم القاعدة القانونية، وعلى العلاقات الداخلية بين هاته القواعد في مجملها، فالنظام القانوني وفقا لهم هو مجموعة قواعد متناسقة مرتبطة ببعضها البعض، وهي في الوقت ذاته مغلقة لا تقبل أي انتقال لقواعد أخرى من نظام قانوني آخر، والنقص الذي قد يظهر فيها يتم تجاوزه بطريق التفسير لا بطريق الاستعارة من نظام قانوني آخر.[2]

رغم وجاهة هذا الطرح، إلا أنه عيب عليه إغفاله الجانب التنظيمي القائم على وجود هيئة متماسكة لها تنظيمها الخاص، وقدرتها على إيجاد القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية، حسب ما أشار إليه الفقيه (Santi Romano) الذي استخدم في تحليله للنظام القانوني مصطلح (institution juridique) بدلا من مصطلح(ordre juridique) ، ليؤكد على عدم كفاية القاعدة القانونية التي ركز عليها أنصار التعاريف السابقة للتعبير عن فكرة النظام القانوني.[3]

إنطلاقا من هذا الانتقاد، برز الاتجاه الثاني الذي أكد فيه الأستاذ (Guy Rocher) أن النظام القانوني يتحقق بوجود أجهزة أو هياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية تتولى مهمة وضع القوانين الجديدة وصياغتها، فضلا عن سعيها لتنقيح القواعد الموجودة والسهر على إحترامها، وفي السياق ذاته وضع (Henry Perrritt) ثلاث شروط للاعتراف بوجود النظام القانوني، وهي إصدار القوانين، فرض الانضباط عن طريق القضاة، قوة تنفيذية لأحكام القضاء.

وعليه يتطلب وجود النظام القانوني حسب هذا الاتجاه وجود قوانين يطبقها القضاة، ونظام إلزام يفرض على الأشخاص، ذلك أن النظام القانوني وفقا لهم يستخدم للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة[4].

نتيجة التباين الواضح الذي طبع التوجهين السابقين عند تحديدهما لمفهوم النظام القانوني، فإنه يمكن القول أنه لا مجال للخيار بين الجانب التنظيمي المتمثل في الروابط والتنظيم الاجتماعي، والجانب القاعدي المتمثل في القواعد القانونية، ولعل هذا هو ما أدى إلى ظهور جانب توفيقي يمثل الإتجاه الفقهي الراجح، والذي سعى إلى الجمع بين الجانبين للوصول إلى أن كل نظام قانوني يتكون من هيكل وتنظيم، كما يتكون من قواعد تطبق داخل هذا التنظيم.

وقد تزعم هذا الإتجاه الفقيه الايطالي (Santi Romano) الذي عبر في كتابه الشهير المعروف باسم "النظام القانوني "أن فكرة النظام القانوني فكرة مركبة ذلك أن " القانون قبل أن يكون قاعدة، وقبل أن يكون ذا صلة بالروابط القانونية، فهو تنظيم بناء، يوجه المجتمع ذاته الذي يسري فيه، والذي يشكل به وحدة، أو كائنا قائما بذاته [5]

---

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 197.

[2] بلاق محمد، المرجع السابق، ص.34.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 198.

[4] Antoine kassis، Théorie générale des usages du commerce، L.G.D.J، paris، 1984، p.381 .

[5] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 62.

وفقا لهذا التوجه لا يتكون النظام القانوني من مجموع القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص داخل المجتمع فحسب، وإنما يتكون علاوة على ذلك من عناصر أكثر أهمية وهي مجتمع منظم ومتماسك، سلطة تسهر على تطبيق القوانين، وقد تأخذ شكل الجهاز الإداري للدولة أو أي شكل آخر، وبهذا يبدو أنه لا يمكن النظر إلى النظام القانوني دون توافر الجانب العضوي أو الجانب القاعدي، والقول بخلاف ذلك، يؤدي إلى تشويه وصف النظام القانوني[1]، الذي يعرف على أنه : "مجموعة من القواعد الخاصة والأجهزة القادرة على تطبيقها والتي توجد مع نشأة ونشاط وحدة إجتماعية معينة هي بذاتها ذات طبيعة خاصة.[2]

إذا كان هذا مفهوم النظام القانوني بوجه عام، فهل يمكن إضفاء وصف النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية التي تعنى بتنظيم سلوك المتعاملين عبر شاشات الحواسيب الآلية؟ أم أن إضفاء هذا الوصف ما يزال بعيدا عنها؟

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي الوارد بشأن النظام القانوني للقواعد المادية لتجارة الإلكترونية.

لقد سبق الذكر بأن الفقه اختلف حول فكرة تكوين القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لصفة النظام القانوني، بحيث أنكر عليها البعض هذه الصفة من منطلق عدم تحقق عناصر النظام القانوني فيها، في حين أيد البعض الآخر تمتعها بهذه الصفة، وأورد للدفاع عن موقفه جملة من الحجج.

الأهمية هذه المسألة سيتم التطرق إليها بالتعرض لحجج الاتجاه المنكر للطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية (البند الأول)، ثم لحجج الاتجاه المؤيد لانطباق صفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية (البند الثاني).

البند الأول: الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

لقد أنكر البعض صفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، فهي وفقا لهم لا تعدو أن تكون مجرد قواعد مادية تندرج ضمن عموم قانون التجار(Lex Mercatoria) ، ومن ثم فهي لا تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته، كما وأنها لا تتميز بأي سمة خاصة تجعلها تختلف عن القواعد المادية للتجارة الدولية، وقد استند أنصار هذا الاتجاه على عدة حجج لتدعيم وجهة نظرهم، ولعل من بين تلك الحجج ما قدمه كل من الفقيهين[3]P.lagarde) ، (Monnet حينما أكدا على أن هذه القواعد تفتقد للتنظيم المتجانس الذي يعد أحد عناصر قيام النظام القانوني، ذلك أنه من المعلوم أن جوهر أي نظام قانوني يتمثل في وجود الجماعة والتنظيم، ولا يمكن الحديث عن هذه الصفات إلا إذا وجدت جماعة متماسكة ومتضامنة لا ينقصها التنظيم اللازم من أجل بناء نظام قانوني متكامل، ومن هذا المنطلق يصعب الاعتراف بصفة النظام القانوني لمجموع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، كون أن المجتمع المعني بهذا القانون - أي جماعة الانترنت - (La communauté cybernétique) يضم أشخاصا ينتمون إلى دول وأنظمة قانونية متباينة، وهم في الغالب لا يعرفون بعضهم البعض، ولا يوجد بينهم رابط إجتماعي سابق على رابط العمل، كما لا تجمعهم ثقافة واحدة ولا فكر إيديولوجي واحد، فهي جماعة تفتقد إلى الوحدة والتماسك اللازمين لأي نظام قانوني.

---

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص.36.

[2] نجلاء محمد سعيد قطب، المرجع السابق، ص.159.

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 63.

ويؤكد أنصار هذا الاتجاه أيضا على أن عدم التجانس الناتج عن وجود طوائف عديدة من التجار والمهنيين والفنيين داخل جماعة الانترنت، قد أدى إلى وجود عادات خاصة بكل طائفة تعبر بها عن مصالحها المتعارضة، وهو ما يصعب معه القول بتوافر فكرة التنظيم اللازم لقيام النظام القانوني.[1]

وقد عبر الأستاذ (Hobbes) عن هذا التعارض من خلال نظريته الشهيرة تنازع أو تعارض المصالح (la théorie de la conflictualist) داخل المجتمع الشبكي، التي أكد فيها أن هذا التنازع يبلغ ذروته في الفرض الذي لا يستطيع أفراد الجماعة أن يحددوا المصالح الخاصة لكل منهم أو مصالح الجماعة ككل، حتى تصبح نظرة المتعاملين (Cybernautes) غير متناسقة مع بعضها البعض ويظهر كما لو أن مصالح أحدهم تضر أو تخالف مصالح الطرف الآخر[2]، وتبرز هذه الفرضية بجلاء في السوق الالكتروني الذي لا يضم فقط المتعاملين المحترفين، وهو ما كان سائدا في القانون التجاري الدولي قديما، بل يشمل عددا كبيرا من مستخدمي الشبكة الرقمية، ويستوي أن يكون المستخدم محترفا، مستهلكا، ولا يخفى على أحد التعارض القائم بين مصالح المهنيين، ومصالح المستهلك الالكتروني [3].

في السياق ذاته، يضيف الأستاذ "أحمد عبد الكريم سلامة" أن غياب التنظيم مرده قضاء الدول على محاولات إنشاء القواعد المادية للتجارة الإلكترونية نتيجة لتضارب المصالح الاقتصادية والسياسية لهم، وكذا تمسك كل دولة بقواعدها ورفضها تطبيق القواعد الافتراضية على المنازعات التي يكون رعاياها أطرافا فيها[4]، ويعكف تبريره هذا بالاستشهاد برأي الأستاذ (Burnestein)الذي ذكر أنه :" لا يعتقد أن دولة كالصين مثلا، ترتضي وتساهم في وضع قانون موضوعي للإنترنت تسمح قواعده بالانتشار الحر للأفكار والثقافات، كما وأنه من المستبعد أن تتوافق الدول المتقدمة مع الدول الفقيرة أو النامية حول تدابير حماية الملكية الفكرية في مجال الإنترنت "[5].

من خلال ما سبق، يتضح أن الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول إفتراض يصعب قبوله، لأن المتعاملين مع شبكة الإنترنت ومقدمي الخدمات هم في الأصل آدميون من لحم ودم، لهم مواطن حقيقية يقومون بدفع التزامات مالية حقيقية من خلال البنوك التي يتعاملون معها، كما وأن الوسائل التكنولوجية والفنية المستعملة في اتصالاتهم تتمركز في حدود إقليمية معينة فتخضع العمليات التي تتم عبرها لقوانين تلك المواقع الإقليمية حسبما تحدده قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص. [6]

إلى جانب تشكيك البعض في غياب صفة التنظيم عن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، يشكك البعض الآخر في القيمة القانونية لهذه القواعد، لافتقادها العنصر الجزاء الواجب التطبيق عند مخالفة أي قاعدة قانونية، فمن المعلوم أن أي نظام قانوني لا يقوم له أساس ما لم تقترن

[1] بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 38 .
[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 203.
[3] سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص 244.
[4] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 250.
[5] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 63.
[6] حمودي ناصر، نزاعات العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص166.

قواعده بجزاء يحمل الأفراد على احترامها، وذلك ما أكده الواقع العملي، فالأنظمة القانونية الوضعية في مختلف الدول ترتب جزاءات على مخالفة القواعد القانونية.[1]

وإذا كان أنصار القانون الموضوعي الالكتروني قد أكدوا على وجود هذا الجزاء وبأنه جزاء من نوع خاص، إلا أن الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية يردون على هذه الحجة من خلال الإشارة إلى ضرورة الرجوع إلى السلطة العامة للدولة لتنفيذ القرارات التحكيمية، وبهذا يتبين عجز الهيئة التحكيمية عن فرض الجزاء الذي يكفل إحترام قواعدها، بحيث تصبح تلك القرارات بدون قيمة قانونية، وهو الأمر الذي لم ينكره جانب من أنصار القانون الموضوعي الالكتروني حين أكدوا أنه في ظل الوضع الراهن لا يمكن تأكيد وجود جزاء مستقل لقواعد هذا القانون عن تدخل الدولة. [2]

إن إنكار البعض الصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية مرده الطابع المكمل الذي تتميز به قواعد هذا القانون، إذ يلاحظ أن معظم قواعد هذا القانون قواعد مكملة يتم إعمالها بناء على رغبة وإرادة الأطراف المتعاقدة، وهي غالبا ما تتخذ شكل قواعد سلوك محددة وتلقائية في نشأتها وفي مضمونها [3]، والحقيقة أن افتقاد هذه القواعد لعنصر الالزام سببه عدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة يكفل احترامها واتباعها[4]، ولئن تبين أن قواعد القانون المادي الالكتروني قواعد مكملة، فإنه من غير المعقول القول بتمتع هذا القانون بصفة النظام القانوني، كون أن مثل هذه القواعد لا تعدو أن تكون مجرد ترف قانوني لا يصلح لتشكيل نظام قانوني مستقل ومتكامل[5].

إن هذا الطرح يؤكد عجز القواعد المادية عن تشكيل نظام قانوني مستقل، إذ لا يمكن قبول تنظيم هذا المجتمع بمقتضى قواعد مكملة، فمجتمع الانترنت يتكون إلى جانب المهنيين من مستهلكين ينبغي أن تتم حماية حقوقهم بمقتضى قواعد قانونية آمرة"، ولتحقيق هذا تبقى الحاجة إلى تدخل الدولة قائمة ليس لإقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصالح الخاصة والذاتية للمتعاملين مع شبكة الانترنت، بل لتوقيع الجزاءات على كل مخالف للقواعد السلوكية السابقة والقواعد القانونية الوطنية ذات الصلة.[6]

بعد أن تم تحديد الحجج الواردة من الفقه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية الإلكترونية، سيتم التطرق للاتجاه الثاني الذي يكرس فكرة تمتع القواعد المادية بصفة النظام القانوني.

البند الثاني: الاتجاه المؤيد لتمتع القواعد المادية الإلكترونية بصفة النظام القانوني

لقد انقسم أنصار الاتجاه المؤيد لتمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني إلى اتجاهين، اتجاه يؤكد تمتع هذه القواعد بصفة النظام القانوني المتكامل والذي

[1] بلاق محمد، المرجع السابق، ص 37.
[2] محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012، ص.74.
[3] سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص 244.
[4] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 251.
[5] مهند عزمي مسعود أبو مغلي، المرجع السابق، ص 82.
[6] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 65.

يوازي ما تضعه الدولة لتنظيم الروابط القانونية الدولية، واتجاه وسطي لم يذهب إلى حد إنكار هذه الصفة عنها ولا الإعتراف لها بها بشكل مطلق.

ولقد استند أنصار الاتجاه الأول إلى تبرير موقفه بالاستناد على جملة من الحجج أهمها توفر وصف القاعدة القانونية في القاعدة المادية، بحيث تعتبر هذه الأخيرة كغيرها من القواعد القانونية قاعدة عامة مجردة

وضعتها سلطة مختصة لتنظيم وضبط سلوكيات الأشخاص في المجتمع، وهي مقترنة بجزاء توقعه سلطة مختصة عند الاقتضاء.[1]

بهذا يتبين أن خاصية العموم والتجريد متوافرة في القاعدة المادية، ذلك أن تحقق هذه الخاصية في القاعدة القانونية لا يستلزم اعتياد الناس كافة على العمل بها، بل يكفي أن يتواتر العمل بها من قبل فئة أو طائفة معينة من الأشخاص[2]، وهو ما يجري عليه العمل في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

كما وأنه لا يمكن القول بانعدام صفة الإلزام في القاعدة المادية، ذلك أن صفة العموم والتجريد في القاعدة القانونية يعني بأنها قاعدة فرضية يرتبط فيها عنصر الالزام بصفة في الشخص أو الشيء أو الحدث، زيادة على الأثر القانوني الذي يقرره القانون بالنسبة للوضع القائم، إذ ينطبق الحكم عند توفر الشروط المحددة، وبقياس القواعد المادية على ما سبق ذكره، يتبين بأن هذه القواعد تتوافر على صفة الالزام، من خلال أصل قواعدها العرفي المنبثق من عادات وأعراف درج متعاملو التجارة الإلكترونية على العمل بها، فتكرار تطبيق هذه العادات والأعراف على نحو مضطرد وتغلغلها في مجتمع معين مكن من إدراجها ضمن عقود نموذجية، مما أضفى عليها طابع القانون الملزم [3]

بهذا يتبين أن الاشكال المتعلق بتوفر صفة النظام القانوني في القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا وجود له، إذ لا يمكن التشكيك في القيمة القانونية لهذه القواعد، على أساس وجود أو عدم وجود قانون دولي طائفي، بل يتحقق بمدى قدرته الحقيقية على تشكيل نظام قانوني يستند على مبادئ كافية لضمان فعاليته وتماسكه.[4]

لهذه الأسباب يؤكد أنصار هذا الاتجاه على تمتع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني، بحيث تجتمع فيها العناصر اللازمة لتكوين نظام قانوني مستقل ومتميز، وتشمل هذه العناصر بداية وجود مجتمع متجانس من المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، ففكرة عدم وجود المجتمع الافتراضي التي نادى بما أنصار

الاتجاه المنكر لصفة النظام القانوني على القواعد المادية للتجارة الإلكترونية فكرة واهية، ذلك أن التجمعات في هذا المجتمع ترتبط مع بعضها بعلاقات ومعاملات وثيقة تجعلها تشكل مجتمعا دوليا حقيقيا، يعيش أشخاصه معا كوحدة واحدة متماسكة لها فكر واحد وهدف واحد.[5]

---

[1] أحمد محمد الرفاعي، برنامج الدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2007، 2008، ص 28.

[2] حفيظة عياشي، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة، م.ن، ص 42.

[3] بلاق محمد، المرجع السابق، ص41 و 42.

[4] Antoine Kassis, le nouveau droit européen des contrats internationaux,(L.G.D.) ،1993 ،p.392.

[5] سليمان أحمد محمد فضل، المرجع السابق، ص. 245.

وفي هذا السياق، يشير أنصار هذا الاتجاه إلى أن تعارض الجماعات والطوائف في هذا المجتمع لا يؤدي إلى تعارض المصالح، لأن التباين هو أحد مقتضيات العمل التجاري، بل هو أحد عوامل وحدته لا انقسامه، وحتى لو تعارضت تلك المصالح يظل هناك حد أدنى من المصالح المشتركة بين تلك الجماعات يدفعها إلى التضامن من أجل تحقيقها. [1]

وفي هذا يرى جانب من الفقه[2] أن هناك مفهوم يمكن اتخاذه كمعيار في هذا الصدد وهو التوقعات(expectations) ، الذي لا يمكن معه الاحتجاج بتعدد الطوائف داخل مجتمع الإنترنت لإنكار صفة النظام القانوني عنه، خاصة أن ذلك التعدد موجود داخل النظام القانوني الوطني كجماعة التجار والزراع والصناع... الخ، وموجود أيضا في النظام الدولي الذي يضم الدول أعضاء المجتمع الدولي، ومع ذلك لم ينكر أحد صفة النظام القانوني على أي منهما.

ولا يقتصر الأمر على هذا العنصر فحسب، بل يتعداه ليشمل وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة تنقية القواعد السلوكية وصياغتها والسهر على احترامها، ولعل من أهم هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية التي وضعت عقودا نموذجية لتسهيل المعاملات عبر الشبكات الإلكترونية، وكذا لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي عمدت إلى صياغة العديد من القوانين النموذجية في مجال المعاملات الإلكترونية، ولا شك أن القواعد الصادرة عن هذه الهيئات تعمل على تحقيق الأمان للمتعاملين عبر الانترنت، وتضمن وحدة الحلول للمشكلات الفنية والقانونية التي فرضتها الطبيعة الإلكترونية للشبكة الدولية، كما وتعمل على تجنب القصور التشريعي الذي يمكن ظهوره في التشريعات الوطنية بسبب عدم وجود قواعد وطنية في هذا الصدد.[3]

إلى جانب العنصرين السالف ذكرهما تتميز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية بوجود جزاءات ذاتية خاصة بها، وعليه لا يمكن القول بافتقار هذه القواعد الخاصية الجزاء، ذلك أن هذا الأخير باعتباره الأثر الذي يترتب على مخالفة قاعدة قانونية يختلف باختلاف القاعدة التي تعرضت للانتهاك، إذ قد يكون جزاء ظاهرا للعيان كما قد يكون جزاء مستورا في ثنايا النظام القانوني، ويؤكد الواقع العملي أن مجتمع الانترنت أضحى له قضاته وعدالته الافتراضية التي تتم عبر الانترنت، وهؤلاء القضاة يمكنهم عقد جلساتهم بطريقة آلية عن بعد، وإصدار أحكام على العضو المخالف بطرده أو إنهاء اشتراكه وحرمانه من التعامل عبر الشبكة أو تعليق استفادته منها.[4]

الحقيقة أنه وإن كانت غالبية الفقه تنتصر للحجج السالف ذكرها، إلا أن جانبا آخر من الفقه وإن كان يعترف للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني، إلا أنه يرى ضرورة التريث في الحكم عليها وعدم محاولة إجهاضها في المهد كما فعل أنصار الاتجاه المنكر، ولا التأكيد على تمتعها بصفة النظام القانوني الكامل كما قرر أنصار الاتجاه الثاني، بهذا يكون أنصار هذا الاتجاه قد تبنوا موقفا معتدلا، فاعترفوا للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية بصفة النظام القانوني غير الكامل، وهي على حد تعبيرهم ما تزال كالجنين في طور النمو والتكوين[5].

---

[1] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 250.
[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص. 210.
[3] محمد مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص.427.
[4] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 254.
[5] أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.65.

إن تشكيك هذا الاتجاه في القيمة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية مرده قصورها عن حل العديد من المشاكل التي قد تطرحها عقود التجارة الإلكترونية، إذ هناك العديد من المسائل التي لا نجد لها حلولا في القواعد المادية، من ذلك الأهلية، التراضي، التقادم المسبق، تقدير قيمة التعويض للمضرور، وينبغي الرجوع لحلها للنظم الوضعية في الدول المختلفة، وهذا الطرح لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار الارتباط الوثيق بين النظام القانوني للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية والأنظمة القانونية الوطنية التي تعنى بتقديم الدعم والتكملة لها.[1]

إن مثل هذا النقص والقصور من شأنه أن يولد حسب أنصار هذا الاتجاه مخاطر متعددة أهمها:

- خضوع إعمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية لسلطة القاضي أو المحكم التقديرية، وهو تقدير يخضع للإعتبارات الشخصية والخلقية التي قد لا تتفق وصحيح الحل القانوني.

- إنعدام الأمان القانوني في عدالة القانون المادي الالكتروني، فقواعد هذا القانون وإن كانت تستجيب للمعطيات الذاتية والحاجات الخاصة للمتعاملين عبر شبكة الانترنت، وتحقق العدالة بينهم، إلا أنه قد تبين أن عدالة هذه القواعد عدالة عرجاء، كونها مقررة لصالح الطرف الأقوى إقتصاديا، خاصة وأن قواعد هذا القانون تقف بجوار المشروعات والشركات الأجنبية المصدرة للمنتجات والبضائع، وتتجاهل مصالح الطرف الآخر، لأن تلك العادات التجارية المزعومة هي من وضع رجال القانون في الدول الغربية وبطبيعة الحال تهدف إلى تحقيق مصالح الدول المتحكمة في المجتمع التكنولوجي على حساب مصالح الدول المستوردة[2].

وحتى لو تم افتراض أن قواعد هذا القانون تحقق العدالة، إلا أنه لا ينبغي حسب الفقيه (Mayer)أن ننسى أن الهدف الجوهري للقانون الدولي الخاص هو الأمان وليس العدالة، فهذا القانون يقدم التنظيم ليس الأكثر عدالة، أو الأحسن توافقا، ولكن التنظيم الذي يكون تطبيقه في القضية، الأكثر اتفاقا مع توقعات الأطراف[3]

إزاء ما تقدم يمكن القول، أن القواعد المادية للتجارة الإلكترونية تشكل في مجموعها نظاما قانونيا ولكنه نظام غير متكامل، كالبناء الذي أسس ولم يشيد بعد، فالقواعد المعنية هي قواعد تنموا يوما بعد يوم وما التطلع لأن تولد عملاقة متكاملة إلا نوع من التزيد غير المنطقي، إذ سيكون مستقبلا لعاملي الوقت والجهد الدولي الدور الكبير في بناء هذا النظام القانوني بشكل متكامل [4].

المطلب الثاني: مكانة القواعد المادية لتجارة الإلكترونية كأحد مناهج القانون الدولي الخاص

اختلف الفقه حول طبيعة العلاقة فيما بين منهج القواعد الموضوعية ومنهج الإسناد، ولعل السبب في ذلك يكمن في تصور جانب من الفقه [5] وجوب إقصاء منهج الإسناد عند وجود قواعد مادية إلكترونية واجبة التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي، وتمسك جانب من الفقه [6] بذلك مع

[1] بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.46.
[2] صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص. 255.
[3] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص.66.
[4] بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.49.
[5] أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص. 57.
[6] محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص. 79.

التنويه بضرورة الرجوع للقوانين الداخلية بغية سد النقص الوارد في القواعد المادية الإلكترونية الدولية.

وعليه يلاحظ أن بعضا من الفقه أكد على أن إعمال منهج القواعد المادية الإلكترونية الدولية يكون بطريقة تنافس منهج الإسناد فلا يسمح له بالتطبيق، في حين أقر الرأي الثاني أن إعمال تلك القواعد يعد ضرورة حتمية، غير أنه يتولد عن عجزها بروز الحاجة إلى منهج الإسناد.

وعليه ما هي طبيعة العلاقة بين المنهجين، هل هي علاقة تنافس؟ أم أنها علاقة تحاور وتعايش؟

هذا ما سيتم بيانه بعرض وجهتي النظر السابقتين، إذ يتم تحديد رأي الاتجاه الأول الذي يقر بأن العلاقة بين المنهجين علاقة تنافس (الفرع الأول)، ثم يتم عرض الاتجاه الثاني الذي يؤكد على أنها علاقة تكامل وتحاور يتعايش في ظلها المنهجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مكانة القواعد المادية لتجارة الإلكترونية مقارنة بمنهج التنازع

لقد أدى التزاحم الموجود بين منهج القواعد المادية ومنهج التنازع في مجال عقود التجارة الإلكترونية بالفقه إلى القول بوجود علاقة تنافس وتنافر بين المنهجين، وترجع أسباب تبني هذا الرأي إلى نقاط متعددة، منها كيفية تنظيم المنهجين للعلاقات الخاصة الدولية بصفة عامة، وعقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي بصفة خاصة، إذ بينما ينهض منهج التنازع بذلك التنظيم بطريقة غير مباشرة عن طريق إرشاد القاضي إلى القانون

المختص، بواسطة ضابط إسناد مجرد لا يحدد قانون معين بذاته، بل بصفاته، ينهض منهج القواعد المادية بذلك التنظيم بطريقة مباشرة، عن طريق تقديمه لحلول مباشرة تلائم الروابط الخاصة الدولية.[1]

من هذا المنطلق يتبين أن قواعد القانون المادي الالكتروني هي قواعد دولية القلب والقالب جاءت لتلائم متطلبات التجارة الإلكترونية الدولية، فهي مخلوقة من أجلها وتحل مباشرة مشكلاتها، وذلك بخلاف قاعدة التنازع التي تعد وطنية المنشأ تستهدف في الأساس تحديد قانون وطني معين لحكم الروابط الخاصة الدولية.[2]

استنادا لهذه النتائج إتجه مؤيدو منهج القواعد المادية إلى الانتصار له وتغليبه على منهج قواعد التنازع ومن ثم الحلول محله، فالقصور والتعقيد الذي يطبع منهج قاعدة التنازع وكذا المصدر الوطني الذي يميز قواعده، يجعل من دوره محصورا في محرد توزيع الاختصاص التشريعي بين مختلف الأنظمة القانونية ودون أن يكون له القدرة على إعطاء حلول موضوعية للنزاع المطروح، وذلك بخلاف منهج القواعد المادية الذي جاء ليتلاءم ويستجيب الاحتياجات الروابط الدولية الحديثة لكونها شرعت أصلا لفض منازعاتها، ومن ثم فهي تطبق تطبيقا مباشرا وبغض النظر عما يقضي به منهج قاعدة التنازع.[3]

ولا يقتصر الأمر على ذلك، إذ تبدو علاقة التنافس واضحة عند بحث نطاق تطبيق كلا المنهجين، بحيث يؤدي تطبيق منهج القانون الموضوعي الموحد (من خلال اتفاقية دولية مثلا)

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 633.
[2] بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.228.
[3] خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص.211.

إلى استبعاد منهج قاعدة الإسناد في المجال الذي يسري فيه ليمنح القواعد الموضوعية شمولية الاختصاص، التي يترتب عليها إنكار إمكانية تطبيق كل قانون وضع أصلا لحكم روابط داخلية على روابط ذات طابع دولي، وفي هذا يقول البعض : " إن القواعد المادية تنطلق من تلك الخصوصية للعلاقات الدولية، وتنكر تنوع واختلاف الحلول، فهي تقود إلى شمولية إختصاص هذا القانون الخاص... ولا تستطيع إقصاء أو استبعاد قاعدة التنازع.[1]

هذه الشمولية وجدت تأسيسا لها في خصوصية الأنشطة الخاصة الدولية التي تستلزم تنظيما ذاتيا يتناسب وخصوصية العلاقات الخاصة الدولية، ما يبرر استبعاد منهج قواعد التنازع لاسيما تحت ستار صعوبة تحديد القانون الذي ترشد إليه قواعده وعدم كفاية توطين العلاقة متي تبين استحالة تطبيق قانون معين على موضوع النزاع، سواء بسبب نقص في العقد مثار النزاع أو بسبب تعارض وتناقض مواقف أطراف المنازعة وعدم إمكان ربط النزاع بقانون معين، فالقواعد المادية - وبصفة خاصة منها تلك المستمدة من الاتفاقيات الدولية تنطبق مباشرة على العلاقة الخاصة الدولية - لم تأت من فراغ، بل كانت حصيلة دراسات ومقارنات متعمقة بالنظم الوطنية والدولية المختلفة ومحاولات موفقة للتقريب بينهما، واختيار حل ملائم لتلك العلاقات لتستجيب لها، ومن ثم مهاجمة ومواجهة التنازع في مهده واقتلاعه من جذوره، وهو ما يتناسب مع الهدف الأساسي الذي تسعى الاتفاقيات الدولية إلى ادراكه، وذلك بالقضاء على ظاهرة التنازع في إطار العلاقات الخاصة الدولية التي تدخل في نطاق تطبيق هذه الاتفاقيات، ذلك أن رجوع القاضي إلى قواعد التنازع يفترض قيام التنازع بين القوانين التي حرصت دولته على تداركها بانضمامها إلى المعاهدة، مما يجعل آلية قواعد التنازع مستبعدة بطريقة أوتوماتيكية لانتفاء المصلحة في البحث عن القانون الواجب التطبيق.[2]

على هذا النحو يتأكد التطبيق المباشر للقواعد المادية بمعزل عن منهج التنازع، كونها قواعد وضعت أساسا لتخطي أزمة هذا المنهج الأخير ومن أجل تفادي الشكوك وعدم اليقين القانوني اللذين يحيطان به، فضلا عن نتائجه التي تجعل منه قاصرا عن مواجهة متطلبات التجارة الخارجية، بما يفيد بأن التطبيق المباشر للقواعد المادية يعد من أهم الأسباب التي أعطت هذا المنهج ذاتيه واستقلاله، وجعلت منه منهجا منافسا لمنهج التنازع فيؤدي من ثم إلى استبعاده.

إن هذه الخصوصيات تبرر استبعاد منهج التنازع، خاصة عند صعوبة تحديد القانون الواجب تطبيقه بسبب تركيز العلاقة مكانيا في أكثر من دولة نتيجة ارتباطها بروابط متساوية، أو بسبب عدم إمكانية ربط النزاع بقانون معين، أو بسبب خلو العقد من تحديد القانون الواجب التطبيق وتمسك كل طرف بتطبيق قانونه الوطني.[3]

وإلى جانب ما سبق، تبرز علاقة التنافس تلك عند الوقوف على دور القضاء في إعمال قواعد كل من المنهجين، وفي هذا نجد أنه من المتعذر الإدراك أن منهج قاعدة التنازع هو منهج قضائي، لأن إعماله يقتضي رفع دعوى قضائية استنادا إلى الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه، وذلك على عكس منهج القواعد المادية الذي لا ينحصر إعماله في حل المنازعات بين أطراف التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، بل يمكن الاستعانة به في المراحل الأولى لنشأة

---

[1] وهو موقف (Santa. M، Crose) مشار إليه من طرف، أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، المرجع السابق، ص. 431.

[2] خليل إبراهيم محمد خليل، المرجع السابق، ص.212.

[3] بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.229.

روابط تلك التجارة، كما هو الشأن بالنسبة للعقود النموذجية والشروط العامة، والعادات والأعراف المهنية التي تساعد جميعها في حسن إبرام الاتفاقيات الدولية.

وعليه يلاحظ أن تطبيق هذه القواعد يفترض معرفة القاضي بصفة مسبقة بمضمونها وأهدافها، وكذلك نتائج تطبيقها على النزاع المطروح عليه، وهي على هذا النحو تساعد على الحد من فرصة وقوع النزاع لأنه عن طريقها يمكن أن يعرف كل طرف مسبقا حقوقه والتزاماته.[1]

إن كل ما سبق يؤكد وجود التنافر أو على الأقل التنافس بين كل من منهج قاعدة التنازع ومنهج القواعد المادية، فالمنهج الأخير يضيق الخناق على المنهج الأول، ويظهر في نفس الوقت عدم ملاءمته لحاجات العلاقات الخاصة الدولية ويضعه في أزمة لا يستطيع تجاوزها.

بهذه المعادلة لا يمكن للقاضي اللجوء إلى منهج قاعدة التنازع إلا في الحالة التي لا يجد فيها حلا للمسألة المطروحة من خلال القواعد المادية، ذلك أن هذه الأخيرة هي الأصل، بينما لا تلعب قواعد التنازع إلا دورا احتياطيا لا تبدو أهميته إلا عند عدم وجود قاعدة مباشرة ممكنة التطبيق، وهو ما يؤكد عليه جانب من الفقه حين يذكر: " أن قواعد التنازع هي الأداة الاستثنائية المتبعة لحل مشكلة التنازع في إطار الروابط الخاصة الدولية

بعد أن تم عرض حجج الاتجاه المؤكد لعلاقة التنافس بين منهج التنازع ومنهج القواعد المادية، سيتم تحديد الحجج التي ساقها أنصار التعايش بين المنهجين.

الفرع الثاني: صور قصور القواعد المادية لتجارة الإلكترونية

إذا كان البعض من الفقه يرى أن العلاقة بين منهج القواعد المادية ومنهج قاعدة التنازع هي علاقة تنافس وتنافر، فإن البعض الآخر[2] يرى أنها علاقة تكامل تنافسية يتجاور ويتعايش فيها المنهجين لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية عامة، وعقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي خاصة، فإدخال القواعد الموضوعية في منافسة مع منهج قاعدة التنازع من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير عادلة بالنظر إلى انعدام التكافؤ بين المنهجين، خاصة وأن المنهج الأول غير كامل يعوزه الكثير من القواعد والأحكام، وهو في وضع الراهن يعجز عن التصدي لتنظيم العقود الخاصة الدولية بمفرده

إذ في إطار تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية نجد أن المحكم كما هو الشأن في عقود التجارة الدولية يعمل على تطبيق القواعد الموضوعية على مسألة معينة، في حين تظل باقي المسائل الأخرى من اختصاص القانون الوطني الذي يحدده منهج التنازع.

وهنا يبرز وجود توزيع ولو ضمني للاختصاص بين المنهجين، بحيث يظهر أن منهج القواعد الموضوعية له الأولوية في التطبيق على منهج التنازع، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على حتمية القواعد الموضوعية وملاءمتها لطبيعة المعاملات التجارية الدولية، سيما إذا كان النزاع معروضا على التحكيم، وفي هذا كشفت أحكام التحكيم عن قناعة المحكمين بتطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية مباشرة على المنازعة، وقصرت الرجوع إلى قانون الإرادة على المسائل التي لم تتضمن أعراف التجارة الدولية في شأنها حلا للنزاع، وذلك بخلاف ما هو مقرر أمام القضاء الوطني بحيث لا يمكن للقاضي إعمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 696.

[2] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010، ص158.

ولو تعلق الأمر باتفاقية دولية كاتفاقية فيينا لعقد البيع الدولي للبضائع، واتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية، طالما أن دولته لم تصادق عليها، وعليه إعمال القاضي للقواعد المادية الموجودة بالاتفاقيتين السالفتي الذكر لا يتقرر إلا بإعمال المنهج التنازعي، وتطبق أحكامها باعتبارها جزء من القانون الداخلي للدولة التي أشارت قاعدة الإسناد إلى تطبيقها.[1]

ولكن إذا كان القانون الدولي الخاص يشير إلى تزايد حالات تطبيق القواعد المادية، فالملاحظ أن منهج التنازع ما زال يمثل الأصل في التصدي للحلول المتطلبة في الحياة الخاصة الدولية بوجه عام، وفي علاقة التجارة

الدولية بوجه خاص، وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي بوجه أخص، إذ لا يزال هذا المنهج محتفظا بمكانة مرموقة وهيمنة واسعة، حتى إتجه بعض الفقه إلى اعتبار القواعد المادية بمثابة استثناء من القاعدة

وبهذا يتأكد أن تطوير أي علم في أي فرع من فروع القانون هو مسألة حتمية، يتمكن بمقتضاها هذا الأخير من مواكبة الحياة ومتطلباتهما الآنية والوقتية، ولكن لا ينبغي أن يترتب على ذلك التطور ردم الماضي، إذ لا يمكن أن تبرز نظرية أو فكر قانوني جديد على حساب ما كان قبله فيعمل على إزالته، كما وينبغي التنويه إلى أن الوقوف على أي وسيلة فنية جديدة وفعالة يعد إثراءا وتوطيدا وتثبيتا لدعائم القانون الدولي الخاص، حتى وإن كانت مناهجه لم تكتمل بعد، أو ما تزال قاصرة أو غامضة بسبب عدم وجود معيار واضح لتحديدها. فالأكيد أن تكون هناك صيغة معينة من أجل تعايش وتعاون هذه المناهج وذلك لتقديم أفضل الحلول لجميع العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي.

والحقيقة أن احتفاظ منهج التنازع غير المباشر بمكانته هذه بوصفه الأصل في تنظيم الروابط العقدية الدولية، لا يعني دائما معاملة القواعد المادية بوصفها منهجا تابعا في هذا الخصوص، لأن سيادة منهج التنازع مرتبطة إلى حد ما بالندرة النسبية للفروض التي يضطر فيها القاضي إلى إتباع منهج القواعد المادية، أما في حالة إيجاده لتنظيم مباشر للحالة المطروحة عليه في قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، يتعين عليه حينئذ تغليب الحكم الذي تتضمنه القاعدة المباشرة استجابة للاعتبارات الدولية التي تقتضيها طبيعة العلاقات التعاقدية الدولية.

نتيجة لذلك يبدو أن منهج التنازع أصيل من حيث اتساع نطاق إعماله، واحتياطي من حيث كيفية إعماله، الأمر الذي يؤكد استقلاله عن منهج القواعد المادية فيقوم إلى جانبه ويتعايش معه.

وفي هذا يدعو الفقيه الفرنسي (Jean Michel Jacquet) إلى تبني ما أسماه بقواعد التنازع الموجهة (Regle de conflit orientée) القائمة في تركيبتها وبنائها على مزيج من قاعدة التنازع والقاعدة المادية، والتي تؤدي إلى نشوء قاعدة تنازع حديثة مرتدية ثوبا جديدا مكرسة التكامل بين المنهجين.[2]

[1] هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 698.

[2] بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص.245.

الخاتمة:

من خلال الدراسة الماثلة، يلاحظ أن موضوع عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية من أحدث مواضيع القانون الدولي الخاص، بل من أكثرها دقة وحساسية، ويرجع ذلك إلى عدم قدرة قواعد القانون الدولي الخاص بمفاهيمها الكلاسيكية الواردة لحل منازعات عقود التجارة الدولية على تسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية، إذ لا يمكن التعويل على معطيات البيئة المادية لحل منازعات البيئة الإلكترونية، بل ينبغي الاحتفاظ بأصولها والعمل على تغيير القواعد المادية المفسرة والضابطة لها من جهة، مع خلق قواعد تتماشى والمجتمع الافتراضي من جهة أخرى، وذلك حتى لا يتم التضحية بالعصرنة والتطور لحساب ميراث قانوني يعجز في كثير من الأحيان عن مواجهة الموقف، ولا التضحية بما هو ثابت وراسخ ومستقر لحساب العصرنة.

ولعل مما لا ينبغي التسليم به في ظل التطورات الراهنة جدلية دولية كافة عقود التجارة الإلكترونية، فهذه الأخيرة شأنها شأن كافة المعاملات الخاصة منها ما هو داخلي، ومنها ما هو دولي، ولا تكتسي هذه العقود في نظر المشرع الجزائري الطابع الدولي إلا إذا تطرق العنصر الأجنبي للعلاقة العقدية وفقا للمعيار الاقتصادي المرسخ لفكرة مصالح التجارة الدولية.

الحقيقة أن تدويل العقد التجاري الإلكتروني وفقا للمعيار الإقتصادي الذي يعد رديف المعيار القانوني المضيق، يجد ماله كلما تعلق الأمر بعقود التجارة الإلكترونية المبرمة بين المهنيين، في حين أن إضفاء الطابع الدولي على عقود الاستهلاك الإلكترونية، يقتضي منح القاضي سلطة تقديرية حسب الظروف المحيطة بالنزاع المعروض عليه.

على أن تحديد المعيار الذي يتم من خلاله إضفاء الصفة الدولية على عقود التجارة الإلكترونية لا يعد المشكل الوحيد الذي تواجهه هذه العقود، بل هو العامل الذي يؤدي إلى بروز مشاكل القانون الدولي الخاص، والتي تشمل كل من الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي، وللإشارة فإنه لا يمكن تجاوز الصعوبات التي يطرحها إعمال القواعد الكلاسيكية الواردة بخصوص الاختصاصين التشريعي والقضائي إلا بوضع قواعد تنظم وتضبط المعاملات الإلكترونية، ليتم على هديها تفسير الضوابط المعول عليها لحل مشكلتي الاختصاص السالف

ذكرهما، ولعل من أهم القواعد التي ينبغي أن يمسها التعديل تلك المتعلقة بمرحلة إبرام عقد التجارة الإلكترونية، لارتباطها الوثيق بمجمل قواعد القانون الدولي الخاص.

وكما بينت الدراسة عجز ضوابط الإسناد الجامدة المتعلقة بالمتعاقدين بمفاهيمها الواردة في البيئة المادية عن تجاوز مشاكل البيئة الإلكترونية، فقد تقررت النتيجة ذاتها بالنسبة للضوابط الجامدة المتعلقة بالعقد، والتي من أهمها ضابط محل الإبرام، إذ لا يمكن التعويل على القواعد العامة الواردة في القوانين الداخلية والمكرسة لفكرة التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمانه في مجال البيئة الإلكترونية، بل ينبغي تبني نظرية الازدواجية والقائمة على التمييز بين زمان انعقاد العقد ومكانه.

- ومن خلال هذا وصلنا إلى بعض النتائج نذكر منها:

- وضع سلطة رسمية تتولى وضع القواعد القانونية ويجب أن تحضى بقبول مجموع المتعاملين الاقتصاديين، أو عن طريق إب ا رم اتفاقيات دولية بين الدول على شكل اتفاقيات

دولية عالمية أو إقليمية، يتم المصادقة عليها بالطرق الرسمية وتكون تحت رعاية منظمة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

- ضرورة استيعاب الدول لفكرة أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية حقيقة موجودة فرضت نفسها بقوة، ففكرة وجود أو عدم وجود هذه القواعد يجب استبعادها، فالإشكال الوحيد يكمن في مدى قدرة تلك القواعد على تشكيل نظام قانوني متكامل، وهذا يفرض على كل دولة تنظيم جانبها القانوني ووضع حيز لمثل هذه القواعد ومنحها الصفة الرسمية كغيرها من القواعد القانونية التشريعية.

- عند حديثنا على الصفة ال رسمية أو اعتماد القنوات الرسمية في وضع القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، يجعلنا نلح على ضرورة أن لا تكون الإجراءات المتبعة طويلة ومعقدة والتي لا تتلاءم وطبيعة عقود التجارة الالكترونية، ويجب أن تكون عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية المرنة والقادرة على مسايرة التطور الكبير الذي تعرفه التجارة الدولية في هذا الفضاء، مما يجعله قابلا للتطور والتعديل حسب تطور تلك المعاملات.

- توصيات:

- حبذا لو أن المشرع الجزائري يعمل على تعزيز المنظومة التشريعية، ويدرج قوانين خاصة ويفردها لعقود التجارة الإلكترونية.

- ضرورة تعديل الاتفاقيات التجارية الدولية وتنقيحها حتى تقبل التطبيق على كل المعاملات الالكترونية، وذلك في شكل اتفاق موحد تفسيري يتضمن إيضاح لكل المفاهيم.

- فرض شرط عقود التجارة الإكترونية يلزم الأطراف بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تحدد هويتهم، وفي حالة عدم الالتزام بذلك يكون للطرف الأخر عن حدوث نزاع الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يتفق مع مصالحه.

قائمة المصادر والمراجع

I- المصادر والمراجع باللغة العربية:

1- إبراهيم أحمد إبراهيم، الوجيز في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 1992.

2- إبراهيم بن أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1430ه -2009.

3- إبراهيم، خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.

4- أبو العلا على أبو العلا النمر، مقدمة في القانون الخاص الدولي، دار الكتب القانونية، مستر المحلة الكبرى،2003.

5- أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مج الرابع، 9-11 ربيع الأول 1424ه الموافق 10-12 مايو 2003.

6- أحمد بلودنين، المختصر في القانون التجاري الجزائري، ط1، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2011.

7- أحمد عبد الكريم سلام، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، 1989 الفقرة رقم 104.

8- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، الالكتروني - السياحي - البيشي، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

9- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

10- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، محلة الأمن والقانون، محلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع1، س السادسة عشرة، يناير 2008.

11- أحمد عشعوش، تنازع القوانين في مجال الاهلية، دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1989.

12- اسامه ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2003.

13- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

14- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني، ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2008.

15- برهم، نضال إسماعيل، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

16- برهم، نضال إسماعيل، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع.

17- ثروت حبيب، "دروس في القانون التجاري"، مكتبة الجلاء المنصورة، 1995.

18- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين بشأن المسؤولية عن سوء إستخدام الانترنت، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
19- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2009.
20- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،1996.
21- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، ط1، دار الثقافة، عمان - الأردن، 1433ه -2012م.
22- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني -دراسة مقارنة-، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.
23- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
24- الرومي، محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.
25- زياد خليف شداخ العنزي، المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص، المشكلات والحلول، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2010.
26- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
27- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
28- صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
29- طرح البحور على حسن فرج، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.
30- عادل ابو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الإكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية،2005.
31- عادل محمود أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكتروني القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
32- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010.
33- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
34- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2005.
35- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

36- عكاشة محمد عبد العال، الوسيط في تنازع القوانين، طبة اكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية 2003.

أ- الكتب

37- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومه، الجزائر، 2012.

38- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005.

39- محمد أحمد علي المحاسنه، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، دراسة مقارنة، ط1، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1434ه، 2013.

40- محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني - الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

41- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.

42- محمد محمد حسن الحسني، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

43- محمد محوسب درويش، قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 1995.

44- محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة، عمان - الأردن، 1430ه - 2009م.

45- محمود محمد ياقوت، مدى حرية التعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية 1998.

46- محمود محمد ياقوت، نحو مفهوم حديث لقانون عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2012.

47- مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدي للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.

48- منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2010.

49- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، النقود الإلكترونية، التجارة الإلكترونية العقود الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني والبصمة الإلكترونية، ط، منشأة المعارف، الإسكندرية،2008.

50- نضال سليم برهم، احكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان ط2، 2010.

51- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

52- هبة ثامر محمود، عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة السنهوري، بغداد،2011.

53- هشام خالد، العقود الدولية وخضوعها للقواعد الموضوعية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة - الإسكندرية، 2001.

54- بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.
55- بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011.
56- جندولي فاطمة زهرة، عقود التجارة الإلكترونية في العلاقات الخاصة الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.

ب- الرسائل والأطروحات:

57- سليمان أحمد محمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2011.
58- سمير خليفي، القواعد الموضوعية الدولية كآلية لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2018.
59- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
60- فؤاد محمد محمد العليني، تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على عقود الوسطاء التجاريين ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2012.
61- محمد مأمون أحمد سليمان، التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة عين شمس، 2009.
62- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012.
63- مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2017.
64- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2005.
65- نافع بحر السلطان، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2008، ص 95.
66- يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة ماجستير، قانون خاص، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007.
67- أحمد محمد الرفاعي، برنامج الدراسات القانونية، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، كلية الحقوق، جامعة بنها، 2007-2008.

68- أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الدولية بين القواعد الموضوعية وقواعد الإسناد، مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية محكمة تصدرها أكاديمية شرطة دبي، ع 2، السنة العشرون، يوليو 2012.
69- أشرف وفا، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 57، 2001.
70- حفيظة عياشي، محاضرات في المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة، م.ن.
71- حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل، مجلة معارف، ع5، 3
72- حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين و ظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف، جامعة البويرة، العدد، 5، 2008، ص 170.
73- سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، ط2، إعداد مجموعة خبراء، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر الجديدة، 2008.
74- طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الالكتروني، بحث في التجارة الإلكترونية، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، دورية علمية محكمة نصف سنوية يصدرها أساتذة كلية الحقوق جامعة حلوان، 18 يناير، يوليو 2008.
75- عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانون والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، مج الرابع، 9-11 ربيع الأول 1424ه الموافق 12-10 مايو 2003، غرفة تجارة وصناعة دبي
76- فراس كريم شان، طه خادم حسن، القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، العدد 02، المجلد 08، سنة 2016.

ج- مجلات ومحاضرات

77- محمد حسين منصور، المسئولية العقدية الإلكترونية، الخطأ في العقد الإلكتروني، بحث مقدم من للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، 26 - 28 إبريل، 2003.
78- محمد شكرى سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي الإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، - 26 - 28 إبريل 2003.

د- النصوص القانونية

79- الأمر 04 -02 المتعلق بالممارسات التجارية المؤرخ في 23 جوان 2004 ج ر ع: 04 بتاريخ 27 جوان 2004 معدل ومتمم بالقانون 10-06 مؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ع 46 بتاريخ في 18 أوت 2010.

80- تنص المادة 17/3 من قانون رقم 9-13 مؤرخ في 29 صفر عام 1436 الموافق 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر، ع15، س 2009: "السلعة كل شيء مادي قابل للتنازل عنه مقابل أو مجانا."

81- تنص المادة 16/3 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:" الخدمة كل شيء مقدم، تغير تسليم السلعة، حتى لو كان هذا التسليم تابعا أو ممل مدعما للخدمة المقدمة".

II- المصادر والمراجع باللغة الأجنبية:

82- Alqudah Maen; L'exécution de Contrat de Vente Internationale de Marchandises (Étude Comparative Du Droit Francais Et Droit Jordanien), Thèse pour le doctorat en droit Universite De Reims Champagne Ardenne Faculte De Droit Et De Sciences Econmmique, 2007.

83- Antoine Kassis, le nouveau droit européen des contrats internationaux,(L.G.D.), 1993.

84- Antoine kassis, Théorie générale des usages du commerce, L.G.D.J, paris, 1984.

85- Cass. Civ., 17 mai 1927, D.P., 1928, 1, p 25, conel. P. Matter, note H. capitant: J. D.I., 1928.

86- Cité par, ITEANU Olivier, Internet et le droit, aspect juridique du commerce électronique, éd Ey ralles, Avril 1996.

87- HUET (J.) et VALMACHIO (S.), Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz du pal, 9, 11 janvier 2000.

88- JEAN, BAPTISTE (M.), Crèer et exploiter un commerce électronique, ed. Litec, 1996.

89- Jean, Michel Jacquet et Philippe Delebecque et Sabine Corneloup, Droit du commerce international, dlD, 2007.

90- S, Cf. Ferrari Franco, Le champ d'application des « principes pour les contrats commerciaux internationaux », élaborés par unidroit, Rev. Int.dr.comp.1995.

91- Thierry Piette, Coudol, André Bertrand, Internet et la loi, éd dalloz, Paris, 1997.

III- المواقع الإلكترونية

92- www.dorar-aliraq.net/threads/79673

93- www.umass.edu/dispute/ncair/gellman.htm

94- www.uncitral. org/pdf./arabic/texts/electcom/ml, elecsig, a.pdf.

فهرس المحتويات

	العنوان	الصفحة
	إهداء	
	شكر وتقدير	
	فهرس المحتويات	
	مقدمة:	**أ-ه**
	الفصل الأول: **ماهية عقود التجارة الإلكترونية و معايير دوليته**	
	المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية	**06**
	المطلب الأول: تعريف وخصائص عقود التجارة الإلكترونية	**06**
	الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الإلكترونية	**06**
	الفرع الثاني: خصائص عقود التجارة الإلكترونية	**11**
	المطلب الثاني: أنواع عقود التجارة الإلكترونية	**18**
	الفرع الأول: من حيث المضمون	**19**
	الفرع الثاني: من حيث الوسيلة المستعملة	**24**
	المبحث الثاني: معايير دولية عقود التجارة الإلكترونية	**27**
	المطلب الأول: المعايير التقليدية	**27**
	الفرع الأول: المعيار القانوني	**27**
	الفرع الثاني: المعيار الإقتصادي	**29**
	الفرع الثالث: المعيار المختلط	**31**
	المطلب الثاني: المعايير الحديثة	**32**
	الفرع الأول: معيار التفرقة بين قصر العرض وإطلاقه	**32**
	الفرع الثاني: معيار توافر الصفة الدولية في جميع العقود الإلكترونية	**33**
	الفرع الثالث: المعيار الملائم هو المعيار القانوني المضيق	**35**
	الفصل الثاني: **القواعد المادية كآلية لتسوية منازعات عقود تجارة الإلكترونية**	
	المبحث الأول: ماهية القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية	**39**
	المطلب الأول: مفهوم القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية	**39**
	الفرع الأول: تعريف القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية	**40**

	الفرع الثاني: خصائص القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية	**42**
	المطلب الثاني: مصادر القواعد المادية لعقود تجارة الإلكترونية	**46**
	الفرع الأول: المصادر الوطنية للقواعد المادية	**46**
	الفرع الثاني: المصادر الدولية القواعد المادية	**55**
	المبحث الثاني: تقييم القواعد المادية في تسوية منازعات عقود تجارة الإلكترونية	**67**
	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية	**67**
	الفرع الأول: مفهوم النظام القانوني للقواعد المادية لتجارة الإلكترونية	**68**
	الفرع الثاني: الخلاف الفقهي الوارد بشأن النظام القانوني للقواعد المادية لتجارة الإلكترونية	**70**
	المطلب الثاني: مكانة القواعد المادية لتجارة الإلكترونية كأحد مناهج القانون الدولي الخاص	**78**
	الفرع الأول: مكانة القواعد المادية لتجارة الإلكترونية مقارنة بمنهج التنازع	**79**
	الفرع الثاني: صور قصور القواعد المادية لتجارة الإلكترونية	**82**
	خاتمة	**85**
	قائمة المصادر والمراجع	

ملخص:

تثير عقود التجارة الالكترونية في العلاقات الخاصة الدولية مشاكل متعددة، وهذه الأخيرة لا يمكن تجاوزها إلا من خلال تطويع الأحكام التقليدية التي تستند عليها ضوابط الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي المنظمة لعقود التجارة الدولية المبرمة بالوسائل التقليدية، أو من خلال إرساء آليات جديدة تتماشى والبيئة الالكترونية، وذلك بتجسيد فكرة القواعد المادية للتجارة الالكترونية كبديل مكمل لمنهج التنازع، وتكريس فكرة التحكيم الالكتروني كنظام بديل عن الهيئات القضائية المنوط بها تسوية منازعات هذه العقود، مع العمل على تكييف القواعد المنظمة لتنفيذ الأحكام الأجنبية بما يتماشى وطبيعة البيئة الالكترونية.

الكلمات المفتاحية: عقود التجارة الالكترونية، منهج التنازع، القواعد المادية للتجارة الالكترونية، الاختصاص القضائي الدولي، التحكيم الالكتروني، تنفيذ الأحكام الأجنبية.

Résumé:

Les contrats de commerce électronique dans les relations internationales privées posent des multiples problèmes, et ceux-ci ne peuvent être surmontés qu'en adoptant les dispositions traditionnelles sur laquelle reposent les rattachement de compétence législative et judiciaire qui organise les contrats commerciaux internationaux conclus par des moyens traditionnels, ou par la mise en place de nouveaux mécanismes compatibles avec l'environnement électronique en incarnant l'idée de règles matérielles électroniques comme alternative à l'approche du conflit, et de consacrer l'idée de l'arbitrage électronique entant que substitut aux organes judiciaires chargés de règlement des différends tels les contrats, pour adapter les règles régissant la mise en œuvre des jugements étrangers en fonctions de la nature de l'environnement électronique .

Mots clés:contrats du commerce électronique, méthodologie de résolution des conflits, règles matérielles du commerce électronique, compétence judiciaire internationale, arbitrage électronique, exécution des jugements étrangers.

Resume:

The contracts of e-commerce, in international private relations, are source of multiple issues that can only be solved by bending the traditional rules upon which the international legislative and judiciary competences that regulate international commercial contracts, concluded by traditional means, are determined, or by creating new mechanisms that fit the electronic environment, through the idea of material rules of e- commerce as an additional alternative to the conflict resolution methodology, by establishing the electronic arbitration to replace the judiciary institutions which have traditionally the competences of settlement of litigations in relation with these contracts , alongside with adapting the rules regulating the enforcement of foreign judgments to be in accordance with the nature of electronic environnement.

Key words:e- commerce contracts, methodology of conflict resolution, material rules of electronic commerce, international judicial competence, electronic arbitration, enforcement of foreign judgments.