

إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية (عقود التجارة الإلكترونية نموذجاً)

د/ بدر شنوف^{1*} ، ط.د/ عبد الغني بوشول، ط.د/ عبد الرؤوف شنوف³

¹ جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي - (الجزائر).

² جامعة الشهيد أمجد بوقرة - بومرداس - (الجزائر).

³ جامعة الشهيد قاصدي مرياح - ورقلة - (الجزائر).

ملخص: لقد أثارت الطبيعة الخاصة لعقود التجارة الإلكترونية العديد من المشكلات القانونية غير المسبوقة، على رأسها كيفية التوصل إلى القانون الواجب التطبيق لتسوية المنازعات الناتجة عن العقود المبرمة في هذا العالم الافتراضي الجديد.

وهذا نتيجة عدم وجود قانون أو تشريع موضوعي خاص ينظم مثل هذا النوع من العقود المستحدثة من جهة، ومن جهة ثانية عدم صلاحية قواعد النزاع التقليدية لمواجهة هذا الفراغ التشريعي نتيجة تعدد أعمال ضوابطها المكانية أو الشخصية على عقود تتم في الأصل في فضاء غير محسوس. لذلك سنحاول في هذه الورقة البحثية إبراز تلك المشكلات الناجمة عن تطبيق قواعد النزاع التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية، ثم عرض الحلول والبدائل الفقهية والقانونية المقترحة والمقررة لمعالجة تلك المشكلات.

الكلمات المفتاح: عقود التجارة الإلكترونية؛ القانون الواجب التطبيق؛ النزاع التقليدي.

Abstract: The special nature of e-commerce contracts has raised many unprecedented legal problems, first and foremost how to come up with the applicable law to settle disputes arising from contracts in this new virtual world.

This is the result of the absence of specific substantive law or legislation regulating this type of contract created, on the one hand, and the traditional rules of conflict are not viable to address this legislative vacuum as their spatial or personal controls cannot be enforced on contracts originally made in an intangible space. In this paper, we will try to highlight these problems arising from the application of traditional rules of conflict to e-commerce contracts, and then presenting solutions and jurisprudential alternatives to address these problems.

Keywords: e-commerce contracts; the applicable law to settle; traditional rules.

إن أهم ما يميّز عقود التجارة الدولية أنها لا تعترف بالحدود الجغرافية بين الدول، وذلك بسبب عدم تركز عناصرها في إقليم دولة واحدة، فقد تتسلل لها ميزة الدولية من أطرافها إذا أبرم العقد بين طرفين مختلفي الجنسية، أو من محلها أو مكان إبرامها أو مكان تنفيذها، وبالتالي تنشأت عناصر هذه العلاقة العقدية في أكثر من دولة مما يجعلها مرتبطة بأكثر من نظام قانوني. ومن ثم تُثار إشكالية تنازع بين القوانين ذات العلاقة بهذا العقد الدولي.

إن الآلية التقليدية المعتمدة من مختلف التشريعات لحل هذه الإشكالية، هي إسناد العقد الدولي إلى النظام القانوني الأكثر ارتباطاً به، من خلال وضع قواعد فنية تُعرف بقواعد الإسناد التي تهدف إلى إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشتمة على عنصر أجنبي، وذلك بالاعتماد على روابط أو معايير مكانية أو شخصية بموجبها يتحدد ذلك القانون الذي سيطبق على العقد الدولي.

غير أن التطور الهائل في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال أفرز لنا ظاهرة التجارة الإلكترونية التي أتاحت للمتعاملين إمكانية التعاقد عن بُعد عبر شبكة الانترنت الدولية، وبالتالي الحصول على ما يحتاجونه من سلع وخدمات من مختلف دول العالم دون الحاجة للتنقل والالتقاء، وبذلك ظهر ما يُعرف بالعقد التجاري الإلكتروني الذي يشترك مع عقود التجارة الدولية التقليدية في صفة الدولية لكنه يتميز عنها بأنه يتم في عالم افتراضي غير ملموس لا يُعير أي اهتمام لاعتبارات المكان التي تمثل ركيزة أساسية في عقود التجارة التقليدية، كما لا يتم إفراغه في دعائم مادية يسهل إثباتها، وهكذا تم التحول من العقود الورقية إلى العقود الإلكترونية.

وتبرز أهمية موضوع عقود التجارة الإلكترونية عند البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها، حيث أن الخصائص التي تتميز بها هذه العقود أفرزت العديد من الإشكالات القانونية عند محاولة إخضاعها للحلول التي تحكم عقود التجارة التقليدية فيما يتعلق بتنازع القوانين. وعليه سوف نحاول في هذه الورقة البحثية الإجابة على الإشكال الذي مفاده: **إلى أي مدى يُمكن الاستفادة من الحلول التي أقرها المنهج التقليدي لتنازع القوانين في مجال عقود التجارة الإلكترونية؟**

إن الإجابة عن تلك الإشكالية تقتضي منا تقسيم هذه المداخلة إلى محورين، نتناول في الأول مختلف الصعوبات والإشكالات القانونية الناجمة عن محاولة إعمال الحلول التي تضمنتها قواعد الإسناد التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية، أما في الثاني فنحاول إبراز جملة الحلول والبدائل المقترحة لتفادي وتذليل تلك الصعوبات والإشكالات التي تحول دون تطبيق ذلك المنهج التقليدي على هذه العقود المستحدثة.

المبحث الأول: صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية

لقد اتفقت أغلب التشريعات على إتباع منهجية محددة في حل إشكالية التنازع بين القوانين على حكم العقود المشتمة على عنصر أجنبي (العقود الدولية)، تتمثل في وضع قواعد فنية تُعرف بقواعد الإسناد، التي من خلالها يتم إرشاد القاضي إلى القانون الواجب التطبيق على تلك العقود، كما اتفقت تلك التشريعات على الاعتماد على إرادة الطرفين المتعاقدين الصريحة أو الضمنية كعيار أساسي لإسناد العقد الدولي المبرم بينهما للقانون المختار من طرفهما⁽¹⁾. وإلا يتدخل المشرع لوضع تلك المعايير في حالة غياب إرادتهما.

إن هذه الحلول التقليدية التي تستهدف البحث عن القانون الأكثر ملاءمة لحكم العقود الدولية قد اعترتها عدة نقائص، فلم يتسن تطبيقها بسهولة حتى على عقود التجارة الدولية التقليدية التي لا تُثير إشكالاتاً في تحديد عناصرها، فما بالك بعقود التجارة الإلكترونية التي تتم عن بُعد في عالم افتراضي لا تظهر ولا تلتقي فيه الأطراف المتعاقدة، مما يُثير صعوبة في التعرف على جنسية وهوية تلك الأطراف، ومكان إبرام العقد، ومكان تنفيذه، ووسائل إثباته، وكلها عوامل مهمة يُجَدِّد القاضي على ضوءها القانون الذي يحكم هذا النوع من العقود طبقاً لقواعد التنازع.

وسواء اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تطبيق قانون معين على العقد التجاري الإلكتروني الذي أبرم بينهما، أو تم تحديده من قبل المشرع بالاعتماد على معايير مكانية أو شخصية، فإن تطبيقه تعترضه جملة من الصعوبات، نتعرف عليها في المطلبين المواليين:

المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من قبل المتعاقدين

تكفل التشريعات المقارنة للطرفين المتعاقدين حق اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي المبرم بينهما، ومن بينها المشرع الجزائري الذي نص عليه في المادة (18) من القانون المدني التي جاء فيها: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يُطبَّق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يُطبَّق قانون محل إبرام العقد"⁽²⁾.

وسواء كانت إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية لاختيار قانون معين لحكم العقود الدولية، فإن التعرّف عليه لتطبيقه لا يُثير صعوبة عملية بالنسبة للعقود الدولية التقليدية، بل يذهب جانب من الفقه المؤيد لتطبيق منهج النزاع أن تلك الصعوبة لا تُثار حتى بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية عندما تكون إرادة الأطراف صريحة في اختيار قانون العقد، إنما تظهر المضاعف حينما تكون الإرادة ضمنية حيث يصعب تحديد اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معين يحكم العقد⁽³⁾.

ولكن إذا دققنا في الأمر سنجد أن تطبيق قواعد الإسناد في مجال العقود الإلكترونية لا يخلو من الصعوبات حتى عندما تكون إرادة المتعاقدين صريحة في تحديد قانون العقد⁽⁴⁾، وهو ما سنوضحه في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: الصعوبات في حالة الاختيار الصريح لقانون العقد

إن اختيار الطرفين المتعاقدين لقانون معين بشكل صريح لحكم علاقتهما القانونية لا يخلُ دائماً الإشكال بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، بل تبقى ثمة صعوبات حتى في ظل وجود الإرادة الصريحة، هذه الصعوبات قد تظهر عند اختيار قانون العقد أو بعده.

أولاً: الصعوبات المصاحبة لإبرام العقد

ما يميّز العقود الإلكترونية هو غياب التواجد المادي لأطراف العلاقة العقدية لحظة إبرام العقد، وبالتالي يثار التساؤل حول تحديد هوية أطرافها، وكيفية التأكد من صحة إرادتهما.

1- صعوبة تحديد هوية الأطراف

تواجه المتعاقدين عبر شبكة الانترنت صعوبة تحديد هوية الشخص المتعاقد معه، لأنه في التعامل عبر شبكة الانترنت يتم الاعتماد بالدرجة الأولى على العنوان الإلكتروني وليس على العنوان الحقيقي للشخص، وهذا ما يثير الغموض والصعوبة في التعرف على العنوان الحقيقي للمتعاقد معه، على اعتبار أن العناوين والمواقع الإلكترونية التي تنتهي بعبارة: "net" أو "com" أو "org" ليست ذات دلالة على ارتباطها بدولة معينة، وحتى تلك المواقع التي تنتهي بأسمائها برموز خاصة بدول معينة مثل: "fr" أو "sa" أو "kw" لا تُعطي أيضاً دلالة حقيقية للعنوان الحقيقي للشخص، كون التسجيل في هذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري⁽⁵⁾. كما توجد صعوبة أخرى تتمثل في تعدُّر مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر، فالتجار في بعض التشريعات غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم، ومنها التشريع الفرنسي الذي يعتبر هذا مخالفاً للقانون المؤرخ في: 06 يناير 1978 المتعلق بالحرية والمعلومات، وهذا إذا كانت قاعدة البيانات تقع على التراب الفرنسي، وإن كانت تلك الصعوبات لا تحول دون التأكد من شخصية المتعاقد وأهليته في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصالات الدولية، لأن في ذلك مصلحة للمستهلك والتاجر⁽⁶⁾.

فبالنسبة للمستهلك فإن تحديد هوية الطرف الآخر (المورد) تمكنه من التعرّف على القانون الواجب التطبيق على العقد فغالباً ما يكون قانون هذا الأخير. أما التاجر فيحرص على هوية الطرف الآخر الذي تُقدّم له الخدمة حتى يتأكّد من أهليته، فهناك بعض المنتجات

والخدمات تُقدّم لأشخاص دون سواهم، الأمر الذي يوجب على التاجر التحقق من أن المستهلك يندرج ضمن هؤلاء الأشخاص، وبالتالي لا يتعرض للعقوبة المقررة في هذا المجال⁽⁷⁾.

2- صعوبة التأكد من صحة الإرادة

يُشترط لصحة العقد أن يصدر من ذي أهلية لإبرام التصرفات القانونية، وبالتالي فالعقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت لا تنعقد صحيحة إلا إذا صدرت ممن يتمتع بالأهلية القانونية التي تُعد شرطاً أساسياً لصحة الإرادة. وإذا كان التأكد من أهلية المتعاقدين لا يُثير أي صعوبة في حالة التعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد، حيث الحضور المادي يسمح لكليهما من التحقق من هوية وأهلية الطرف الآخر من خلال البطاقة الشخصية للشخص الطبيعي أو من خلال شهادة تسجيل الشركة فيما لو كان الشخص المتعاقد شخصاً معنوياً، فإن الصعوبة تظهر فيما لو كان التعاقد ما بين غائبين في العقود المبرمة عن بُعد، حيث يكون تبادل البيانات إلكترونياً. وتمثل تلك الصعوبة في كيفية التأكد من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية، إذ أن كثير من المتعاملين عبر شبكة الانترنت هم من ناقصي الأهلية، بل منهم من يعمد إلى إخفاء نقص أهليته، أو هناك من يدعي خلافاً للواقع من أنه ممثلاً عن شركة ما أو وكيلاً أو غير ذلك⁽⁸⁾.

وقد يلجأ المراهقون وصغار السن الذين يُشكّلون أغلب مستخدمي الانترنت إلى استخدام بطاقة الائتمان الخاصة بأحد والديه في التعاقد، مما يسمح للتاجر حسن النية من التعامل معهم والتمسك بتوافر القاصر على مظهر الشخص الراشد تطبيقاً لنظرية الظاهر⁽⁹⁾. أضف إلى ما سبق الصعوبة التي تظهر حينما تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية تمثيل المتعاقد الأصلي (النيابة القانونية) أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تغيير محتواها، خصوصاً إذا علمنا أن الانترنت معرضة للاختراق والتدخل الأجنبي والقرصنة الإلكترونية⁽¹⁰⁾.

ثانياً: الصعوبات المصاحبة للتنازع حول العقد

تتميز عقود التجارة الإلكترونية عن غيرها بعدم وجود مستندات ورقية تحمل توقيعاً بخط اليد أو بصمةً أو ختماً يُثبت وجودها، أضف إلى ذلك أنها عمليات حديثة النشأة لم يتسن لكثير من الدول لحد الآن تنظيمها بقوانين خاصة، وهو ما يُثير عدة إشكالات أثناء التنازع حول هذه العقود.

1- صعوبة إثبات العقد

يُعدّ الإثبات الوسيلة العملية التي من خلالها يتمكّن الأطراف من المحافظة على حقوقهم ومصالحهم الناتجة عن العقود التي يُبرمونها، كما أنه يُعدّ الأداة الضرورية التي يُعوّل عليها القاضي في إظهار الحقيقة عند الفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين المتعاقدين. وتعتبر الكتابة التي تظهر على محرر مع توقيع الأطراف، سواء اتخذ هذا المحرر الشكل الرسمي أو الشكل العرفي، من أهم وسائل الإثبات خصوصاً في العقود التجارية، لما تُوفّره للأطراف من ضمانات غير موجودة في غيرها من الأدلة⁽¹¹⁾.

لكن نتيجة للتطورات التكنولوجية الحديثة وفي ظل ثورة المعلومات والاتصالات، ظهر ما يُعرف بالتعاقد الإلكتروني عن بُعد عبر شبكة الانترنت الدولية، والذي عصف بالكتابة كأحد أهم وسائل الإثبات التقليدية، فلم يعد هناك إمكانية للمحركات الورقية التي تحمل توقيعاً بخط اليد أو بصمةً أو ختماً، الأمر الذي سيترتب عنه وجود صعوبات حقيقية تتعلق بقواعد الإثبات التقليدية عند محاولة تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية، وتمثل هذه الصعوبات في:

- اختلاف النظم القانونية في تقدير أدلة الإثبات، فهناك بلدان تبني قواعد إثبات مرنة نسبياً، حيث لا تضع طرفاً محددة للإثبات تُقيد بها القاضي والخصوم، وهناك بلدان أخرى تعتمد منهجاً صارماً وتضع طرفاً للإثبات تُشكّل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات

إلكترونياً. لذلك أوصت لجنة الاتحادات الأوروبية حكوماتها بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام السجلات الإلكترونية كأداة إثبات بُغية تفادي ما يحول دون قبولها أمام القضاء.

- اختلاف النظم القانونية في السماح أو عدم السماح بتعديل قواعد الإثبات المقررة قانوناً بموجب اتفاقات خاصة ما بين الأطراف المتعاقدة، حيث قد يتفقون على قبول الرسائل الإلكترونية كدليل إثبات وإعطائها ذات القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية⁽¹²⁾، فيُفاجئون بأن طبيعة قواعد الإثبات في القانون المختار هي قواعد مُلزِمة لا يُمكن الاتفاق على مخالفتها، وبالتالي تصبح تلك الاتفاقات التعاقدية لا قيمة لها ولا يُمكن التعويل عليها في حالة النزاع بينهما⁽¹³⁾.

2- عدم اعتراف القانون المختار بالعقود الإلكترونية

العقود الإلكترونية حديثة النشأة نسبياً إذا ما قورنت بالعقود التقليدية التي تعتمد على الكتابة الورقية كدليل إثبات، ولا يوجد ثمة إشكال إذا كان القانون المختار يعترف بحجية المحررات الإلكترونية ويساوي بينها وبين المحررات التقليدية في الإثبات، انطلاقاً من مبدأ التناظر الوظيفي الذي يُقصد به المساواة في الحجية ما بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية، مثل القانون الفرنسي الذي يعتد بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، بشرط أن يكون في الإمكان ضرورة تعيين الشخص الذي صدرت منه، وأن تُعدُّ وتُحفظ في ظروف من طبيعتها لضمان سلامتها⁽¹⁴⁾.

غير أن الإشكال يثور في الحالة العكسية، وهي عندما يختار الأطراف قانون دولة معينة لا يعترف بصلاحيته العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية⁽¹⁵⁾، مما يُعرض حقوق ومصالح المتعاقدين للخطر.

الفرع الثاني: الصعوبات في حالة الاختيار الضمني لقانون العقد

قد يتفق الطرفان المتعاقدان على اختيار قانون معين صراحة لحكم العقد القائم بينهما، لكن في كثير من الأحيان لا يُفصح المتعاقدان عن رغبتهما في اختيار ذلك القانون إما عمداً أو إهمالاً، ومن ثم تُطرح مسألة البحث عن قانون الإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين، والتي ستصطدم بعقبة اختلاف النظم القانونية في مدى الاعتراف بالإرادة الضمنية لتحديد الواجب التطبيق، وكذلك صعوبات الاعتماد على مؤشرات تحديدها في مجال العقود الإلكترونية.

أولاً: اختلاف النظم القانونية في الاعتماد على الإرادة الضمنية

لقد اتفقت أغلب التشريعات الوطنية على التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية للتعبير عن الإرادة في مجال العقود الداخلية، ومن بينها المشرع الجزائري في المادة (60) من القانون المدني⁽¹⁶⁾، وبالتالي لم يعد هناك أية قيمة للتفرقة بين الإرادتين، إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي يتطلبها القانون والتي تظهر في بعض العقود التي يجب أن يُفرض فيها التراضي في شكل خاص⁽¹⁷⁾.

أما في مجال تنازع القوانين، فهناك بعض التشريعات الوطنية سوّت بين الاختيار الصريح والاختيار الضمني بكيفية واضحة لا لبس فيها، بحيث يُشكّلان معاً إسناد أصلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، ومن بينها المشرع المصري في المادة (19) من القانون المدني التي وردت بها عبارة: "ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يُراد تطبيقه"، كما وردت ذات العبارة في قانون كل من سوريا والكويت والعراق والسودان واليمن⁽¹⁸⁾. وهذا بخلاف بعض التشريعات الأخرى التي سكنت ولم تفصل بشكل صريح في هذه المسألة، ومن بينها المشرع الجزائري والمشرع الأردني⁽¹⁹⁾، اللذان لم يأخذوا صراحة بالإرادة الضمنية كميّار لتحديد القانون الذي يحكم العقد الدولي، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء في تفسير هذا السكوت.

ففي الوقت الذي أكّد فيه بعض الفقهاء على ضرورة التسوية بين الإرادة الصريحة والإرادة الضمنية حتى في مجال العقود الدولية، لكن بشرط أن يتأكد القاضي من وجودها من خلال قرائن معينة، لأن تجاهل الاختيار الضمني في نظرهم يعني تجاهل قاعدة الإسناد التي تقضي بخضوع العقد لقانون الإرادة. يرى البعض الآخر أنه في حالة عدم الاختيار الصريح لقانون العقد من قبل المتعاقدين، يتم مباشرة

تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون مكان إبرام العقد، دون البحث عن القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الضمنية⁽²⁰⁾، لأن التعبير الضمني عن الإرادة لا يصلح في عقود التجارة الإلكترونية كونه يتم عن طريق أجهزة وبرمجيات عمل آلياً، ومنه لا يمكن استخلاص واستنتاج إرادة المتعاقد معها⁽²¹⁾.

وجوهر الإشكال في حالة سكوت المشرع عن الاعتداد بضابط الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، سيجعل القضاء يتردد في الأخذ به، مما سيحرم المتعاقدين من تطبيق قانون إرادتهما الضمنية رغم وجود مؤشرات قوية تدل عليه.

ثانياً: صعوبة الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية

في الحالة التي لا يُعرب فيها المتعاقدان عن رغبتهما في تطبيق قانون معين على العقد القائم بينهما، سيتصدى القاضي للبحث عن القانون الذي اتجهت له إرادتهما الضمنية من خلال مجموعة من القرائن والمؤشرات الملازمة لظروف التعاقد. وقد يتغلب القاضي على الصعوبات التي تعترضه أثناء البحث عن ذلك القانون في مجال العقود الدولية التقليدية، ولكن الصعوبات ستكون أشد في مجال العقود الدولية الإلكترونية، حيث تصل إلى الحد الذي يتعذر فيه على القاضي من الكشف عن القانون المراد تطبيقه بالاعتماد على تلك القرائن والمؤشرات.

لقد استقر الفقه والقضاء التقليديان على الاعتداد بعدة قرائن أو علامات تدل على الإرادة الضمنية لتحديد القانون المختار،

حيث لا يكتفي القضاء عادة بواحدة منها للكشف على تلك النية غير المعلنة، بل الغالب أن يجمع بين أكثر من مؤشر أو علامة ليستوثق من نية المتعاقدين⁽²²⁾، فهو إما أن يلجأ إلى نصوص العقد وظروف التعاقد وملابساته لاستظهار الإرادة الضمنية، أو اللغة التي حُرر بها العقد، أو العملة التي اتفق الطرفان على الوفاء بها، بل أحياناً يُعتمد بجنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم أو بمكان إبرام العقد أو بمكان تنفيذه⁽²³⁾. وكلها مؤشرات لا يتمكن القاضي بواسطتها من تحديد القانون المختار في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

فالاعتماد على مؤشر اللغة التي حُرر بها العقد الإلكتروني في تفسير تلك الإرادة سوف لن يكون مجدياً، خاصة بعد أن أصبحت اللغة الرسمية في مجال التعاقد الإلكتروني هي اللغة الإنجليزية، وفي حالة استخدام لغة أخرى غير اللغة الإنجليزية فإنها تُترجم بطريقة آلية إلى اللغة الإنجليزية بواسطة برامج موجودة على الحاسب الآلي⁽²⁴⁾. وكذلك الحال إذا تم الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها، بعد أن أصبح مقابل الخدمة يُؤدى بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود إلكترونياً، وبالتالي يستطيع الشخص أن يُسدّد بأي عملة وفي أي وقت⁽²⁵⁾.

كما يتعذر على القاضي أيضاً التفسير بأن إرادة الطرفين قد اتجهت نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة التي تنظر النزاع، لأنه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي من ناحية، ولأن تلك المحكمة قد يُشار إلى موقعها على شبكة الانترنت من خلال عنوان لا ينتمي إلى دولة بعينها. وذات الصعوبة ستواجهه إذا ما أراد تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به، لأن مسألة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة الإلكترونية، فالغالب في مجال المعاملات التي تتم عبر الانترنت هو استقلال الروابط القانونية، لاسيما أن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب⁽²⁶⁾.

المطلب الثاني: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من قبل المشرع

في حالة غياب قانون الإرادة الصريحة أو الضمنية المحددة من قبل المتعاقدين لا يملك القاضي أية سلطة في تحديده، بل يتدخل المشرع لفرض إرادته في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وذلك عن طريق وضع ضوابط إسناد احتياطية (جامدة أو مرنة) يتم إعمالها بالترتيب الذي أورده القانون، وهو ما اتفقت عليه أغلب التشريعات الوطنية. إلا أن القاضي ستعترضه مجموعة من الصعوبات عندما يُريد إعمال أي منها ليُحدّد على ضوءها القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: الصعوبات المرتبطة بضوابط الإسناد الجامدة

قد تستمد الضوابط الجامدة وجودها من ظروف المكان المرتبطة بالعقد أو بأطرافه كمكان إبرام العقد أو الموطن المشترك لأطرافه، كما قد تستمد من أحد المميزات الشخصية لأطراف العقد كالجنسية المشتركة⁽²⁷⁾.

أولاً: صعوبة الاعتماد على الضوابط المكانية لإسناد العقود الإلكترونية

رغم أهمية عنصر المكان في توطين وتركيز العلاقة القانونية وبالتالي إخضاعها لقانون معين بالنسبة لعقود التجارة الدولية التقليدية، إلا أن الاعتماد عليها لتوطين المعاملات التجارية الإلكترونية يبدو أنه أمراً صعباً، على اعتبار أن هذه التجارة تتم في بيئة افتراضية غير ملموسة ولا تُعير أي اهتمام للروابط المادية.

ولا يوجد إشكال في الاعتماد على الضوابط المكانية في مجال التجارة الإلكترونية إذا تم التفاوض بشأن العقد إلكترونياً بينما يتم إبرامه بالتقاء طرفيه في مكان معين، أو كان الأطراف على معرفة مسبقاً ببعضهما البعض. كما لا توجد صعوبة، بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بضابط مكان التنفيذ، إذا تم إبرام العقد إلكترونياً بينما تم الاتفاق بين طرفيه على تنفيذه مادياً خارج شبكة الانترنت، حيث سيكون مكان التنفيذ معلوماً وبالتالي سهولة إسناد العقد إلى قانون الدولة التي تم فيها التنفيذ. وهي فروض نادرة الحدوث في ظل شبكة الاتصالات الدولية المترامية الأطراف.

ولكن مهمة القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق بالاستناد إلى تلك الضوابط التقليدية ستتعمد إذا تم إبرام وتنفيذ العقد إلكترونياً، أو كان موضوعه أشياء غير مادية مثل بيع البرامج التجارية والخدمات المالية على الخط أو عن طريق قواعد البيانات الموجودة على الانترنت⁽²⁸⁾.

وهكذا، فإن الضوابط المكانية لا يُمكن التعويل عليها لإسناد العقد الإلكتروني إلى قانون معين، لأن عنصر المكان يبدو أنه غائباً فعلياً على شبكة الاتصالات العالمية وبالتالي سيجد القاضي صعوبة في توطين العقد، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الانترنت في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في بلد رابع، ويتم تنفيذ العقد في دول مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني⁽²⁹⁾.

وكذلك الحال إذا اعتمد القاضي معيار مكان الإقامة المشتركة لأطراف العقد، فالإقامة تتحدد بمكان ثابت يتم فيه إبرام العقد، وهذا غير متوافر في العقود الإلكترونية لأن العنوان الإلكتروني لا يدل على محل إقامة ثابت، كما أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة، وحتى على فرض أن شخصاً قام بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين، فلا يوجد ما يضمن التطابق بين محل الإقامة والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان الإلكتروني⁽³⁰⁾.

ثانياً: صعوبة الاعتماد على الضابط الشخصي لإسناد العقود الإلكترونية

لم تكتف بعض التشريعات بتلك الضوابط المكانية لإسناد العقود الدولية لقانون معين، بل عززتها بضابط إسناد شخصي وذلك تفادياً لفرضية بقاء العلاقة القانونية بدون توطين، ومن بينها المشرع الجزائري الذي اتخذ من الجنسية المشتركة للمتعاقدتين كضابط إسناد احتياطي، يطبق بالأولية على ضابط مكان إبرام العقد.

وتظهر أهمية هذا الضابط في مجال العقود الدولية التقليدية في حالة وحيدة فقط وهي اتحاد المتعاقدتين في الجنسية، وهو احتمال لا يتحقق كثيراً خصوصاً في مجال العقود التجارية وعقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي⁽³¹⁾. وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للعقود التقليدية، فمن باب أولى أن الاعتماد عليه في مجال العقود الإلكترونية لا يحل المشكلة، وذلك لضعف الصلة بين القانون المختص وفقاً لهذا الأساس والعقد، كما أن الاعتداد بجنسية المتعاقدتين يتطلب التحقق من هوية الأطراف، وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهذا أمر يصعب تحقيقه في التجارة الإلكترونية⁽³²⁾.

الفرع الثاني: الصعوبات المرتبطة بضابط الإسناد المرن (التركيز الموضوعي)

نتيجة الانتقادات الموجهة لضوابط الإسناد الجامدة، والمتمثلة أساساً في إمكانية تغييرها من طرف المتعاقدين للتهرب من القانون الأصلي الواجب التطبيق، كما أنها لم تراعى طبيعة بعض العقود كعقود نقل التكنولوجيا وطبيعة طرفي العقد من حيث الخبرة الفنية والقوة الاقتصادية⁽³³⁾، توجه الفقه إلى استخلاص تلك الضوابط من عناصر موضوعية تُمثّل مركز ثقل في العقد انطلاقاً من طبيعته الذاتية أو من ملاحظات انعقاده، فظهر اتجاهان تشريعيان كلاهما تبنى فكرة التركيز الموضوعي لكن على أسس مختلفة، فالأول يربط التركيز الموضوعي بالمكان الأكثر صلة بالعقد، والآخر يربطه بمكان إقامة المدين بالأداء المميز في العقد.

أولاً: صعوبة التركيز الموضوعي طبقاً للمكان الأكثر صلة بالعقد

يقوم هذا المذهب التشريعي على فكرة ربط العقد بالمكان الأكثر اتصالاً به، انطلاقاً من فرضية أن إرادة أطراف العقد الضمنية لا تُعيّن القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، وإنما تُركّز العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد، ومتى تم تركيز العلاقة العقدية بهذا الشكل فإن القانون الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق على العقد⁽³⁴⁾. ويتم اختيار المكان الأكثر صلة بالعقد لتركيز العقد فيه إما من طرف المشرّع باعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية وهو محل إبرام العقد أو تخصيص ضابط إسناد لكل طائفة معينة من العقود الدولية. أو أن تُترك مسألة التركيز الموضوعي للقاضي الذي يقوم بالبحث في كل حالة على حدة عن القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد وفقاً لظروف وملاحظات التعاقد⁽³⁵⁾ لتركيزه في مكان معين.

ورغم ما يتصف به هذا المنهج من مرونة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التقليدية، إلا أن تلك الروابط المكانية المعول عليها لتحديده قد تكون فعلاً ذات صلة حقيقية بالعقد لكنها لا تُعبّر دائماً عن مركز ثقل العلاقة العقدية. أما في مجال العقود الإلكترونية فتكمن صعوبة تطبيق هذا المنهج أنه في الأخير يؤدي بنا إلى تركيز العقد على أساس روابط مكانية ثابتة، وهو ما لا يتوفر بالنسبة للعقود الإلكترونية التي تتم في بيئة افتراضية.

ثانياً: صعوبة التركيز الموضوعي طبقاً لفكرة الأداء المميز

أمام تلك الانتقادات الموجهة لمنهج التركيز الموضوعي المستوحى من ظروف العقد وملاحظاته، توصل القضاء السويسري إلى فكرة مؤداها أنه في حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني للقانون الذي يحكم العقد الدولي، يتم البحث عن أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة العقدية من خلال قيام القاضي بتحليل العقد نفسه والبحث عن الالتزام أو الأداء المميز فيه، ومن ثم يقوم بتركيزه من خلال ذلك الأداء المميز في المكان الذي يُحمق فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية⁽³⁶⁾، وأخيراً يقوم القاضي بربط العقد بقانون الدولة التي يقع فيها مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد، والذي يتم تحديده حسب الحالة وفقاً لطبيعة العقد أو مهنة أطرافه⁽³⁷⁾.

ومن التشريعات الوطنية التي أخذت بمبدأ الأداء المميز نجد القانون الدولي الخاص السويسري⁽³⁸⁾. كما أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي تحوّلت إلى تشريع عام لدول الاتحاد الأوروبي سنة 2008، كما أخذ به كل من التشريع التونسي والموريتاني⁽³⁹⁾.

ورغم المزايا التي يتمتع بها ضابط الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي التقليدي، باعتباره يستجيب لاعتبارات العدالة ويُراعي طبيعة العقود ويُوفّر الأمن القانوني لأطرافها لأنه ينسجم مع توقعاتهم⁽⁴⁰⁾، إلا أن من بين ما يُؤخذ عليه هو صعوبة تعيين الأداء المميز في العقود المركبة التي تكون للالتزامات الناتجة عنها نفس الأهمية بحيث يُمكن اعتبار أي منها أداءً مميزاً⁽⁴¹⁾.

وحتى لو سلمت نظرية الأداء المميز من تلك العيوب فإننا لا نستطيع تطبيقها في مجال عقود التجارة الإلكترونية، لأن القاضي لا يستطيع تحديد الأداء المميز بالاعتماد على محل إقامة المدين به أو مكان تنفيذ العقد، خاصة وأن هذا الأخير يُبرم ويُنفذ عبر شبكة

الانترنت، حيث لا يوجد إقليم معين يتم فيه تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي يُنفَّذ من خلالها، وبالتالي فليس ثمة نقاط ارتباط محددة بين العقد وبين مكان معين⁽⁴²⁾.

المبحث الثاني: الحلول المقترحة لإشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

نظراً للدور الفعال الذي يُمكن أن تقوم به قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية من التصدي للمشكلات التي تثيرها هذه العقود، وفي ظل غياب قواعد مادية ونظام قانوني متكامل للتجارة الإلكترونية، فقد نادى جانب من الفقه بضرورة تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع مقتضيات التجارة الإلكترونية لتجاوز مختلف الصعوبات التي أشرنا إليها في المبحث الأول، في حين نادى البعض الآخر بضرورة إيجاد قانون موضوعي مستقل يحكم التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول: محاولة تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع واقع التجارة الإلكترونية

لقد قام أنصار منهج قواعد الإسناد بدراسة وتحليل المشكلات والصعوبات التي أثارها التطبيق التلقائي لقواعد الإسناد التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية، ومن ثم إعطاء الحلول المناسبة لها في إطار الإبقاء على قواعد الإسناد، لكن بعد مواءمتها مع واقع التجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: الحلول المقترحة لمشكلات الإرادة والإثبات

لتفادي المشكلات التي تعترض المتعاقدين والقضاء للتحقق من وجود الإرادة الصحيحة أثناء إبرام العقد، أو طرق إثباته أثناء النزاع حوله، فقد تم اقتراح الحلول التالية:

أولاً: الحلول المقترحة للتحقق من صحة الإرادة وهوية المتعاقد معه

أثبتت الدراسات الأكاديمية والعملية أن تحديد إرادة المتعاقد يمكن أن تتحقق عن طريق الاتفاق بين المتعاقدين (منشئ رسالة البيانات الإلكترونية⁽⁴³⁾⁽⁴⁴⁾ والمرسل إليه) على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة مرور بحيث يقترن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد، كذلك يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي، عندما يوقع الطرف المرسل للرسالة بمفتاحه السري، ويتم التحقق من قبل المرسل إليه عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث للرسالة هو المتعاقد الحقيقي⁽⁴⁵⁾.

ولتجاوز إشكالية إسناد الإرادة لشخص معين في مجال التجارة الإلكترونية فقد نصت المادة (13) من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 على: "تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه. في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تُعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا أرسلت: أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات. ب- أو من نظام معلومات مُبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً".

أما الحل المعتمد للتحقق من هوية المتعاقد فيكون من خلال التوقيع الإلكتروني، فإذا قام أحد الأطراف بوضع توقيعه الإلكتروني على رسالة البيانات الإلكترونية وضمنت جهة محايدة صحتها، فإن ذلك يُؤكد صدور التوقيع عن صاحبه، ويجب على مقدم خدمة التوثيق أن يمارس عناية معقولة لضمان صحة كل ما يُقدّمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة مدة سريانها. ويستتبع التحقق من هوية الموقع من خلال جهة التوثيق تحديد الأهلية القانونية للمتعاقد وكذلك التحقق من سلطات هذا الشخص واختصاصاته الوظيفية⁽⁴⁶⁾.

وفي المقابل ألزم الاتفاق النموذجي الأوروبي لتبادل البيانات إلكترونياً وكذا مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء مؤدي الخدمة بأن يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم اسمه، وعنوانه الجغرافي، وعنوانه الإلكتروني، واسم السجل التجاري المقيد به ورقمه، وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته⁽⁴⁷⁾.

ثانياً: الحلول المتعلقة بطرق الإثبات

إن التحول من مرحلة المعاملات بالمستندات الورقية إلى مرحلة المعاملات الإلكترونية يتطلب إيجاد مناخ قانوني مناسب للتقنيات المستحدثة فيتبادل المعلومات وإبرام العقود عبر شبكة الإنترنت، لضمان استقرار المعاملات وعدم ضياع حقوق المتعاقدين أو عرقلة نمو التجارة الإلكترونية، لذلك سارعت الهيئات الدولية وتشريعات مختلف الدول إلى تطويع قواعد الإثبات التقليدية لتتماشى مع التغيرات التي أحدثتها تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

وأول تلك الخطوات كانت الاعتراف بالمحرمات الإلكترونية⁽⁴⁸⁾ كدليل إثبات، حيث ساوت أغلب التشريعات الكتابة الإلكترونية بالكتابة الورقية التقليدية في الحجية والإثبات، وكذا توسيع مدلول الكتابة ليشمل الكتابة والتوقيع الإلكتروني⁽⁴⁹⁾، ومن بينها المشرع الجزائري حيث نصت المادة (323 مكرر1) من القانون المدني على: "يُعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون مُعدّة ومحفوطة في ظروف تضمن سلامتها"، أما المادة (2/327) منه فقد نصت على: "ويُعدُّ بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه"، ثم أصدر القانون رقم: 04-15 المؤرخ في: 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

لكن هذا الاعتراف الفردي بالبيانات الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات لا يكفي، على اعتبار أن شبكة الانترنت الدولية تجمع متعاملين من مختلف الدول، لذلك يكون من الضروري توحيد تلك الحلول بتحقيق التناسق بين الاتفاقيات الدولية، أي محاولة توحيد الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية وتوسيع نطاق مضمونها، ليمنح طرق الإثبات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية نفس القيمة القانونية لتلك المقبولة في التجارة الدولية التقليدية، وقد ثار خلاف حول الطريقة التي تؤدي إلى تحقيق هذا الانسجام، لأن تعديل مختلف نصوص الاتفاقيات التجارية الدولية التي تتضمن النص على طرق الإثبات كل على حدا سيكون مرهوناً بالخطوات المنصوص عليها في المعاهدة المراد تعديلها، هذا بالإضافة إلى أن تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات المعنية سيحتاج إلى سنوات. لذلك استقرت آراء الحكومات والمنظمات على وضع اتفاق موحد ملزم للكافة يتجنب قدر الإمكان القيام بإجراء تعديلات لكل اتفاق على حد⁽⁵⁰⁾.

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لمشكلات ضوابط الإسناد الاحتياطية

يُعتبر الموقع أو المكان من العوامل الهامة لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على أي علاقة قانونية، باعتباره من المعايير التي تسمح بتوطين وتركيز العلاقة القانونية ومن ثم ربطها بنظام قانوني معين، وبالنظر للصعوبات المتعلقة بتحديد مكان أو إبرام العقد الإلكتروني التي أشرنا إليها في المبحث السابق، فقد وُجدت بعض الحلول لتجاوز هذه الصعوبات.

أولاً: الحلول المقترحة لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني

تكمن صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال البيانات والرسائل الإلكترونية (مكان التطابق بين الإيجاب والقبول) في طبيعة العالم غير المنظور الذي تُبرم فيه العقود الإلكترونية حيث تُبرم في فضاء إلكتروني لا يُعبر اهتماماً لاعتبارات المكان، ومن ثم فإن هذا المكان يتحدد بمعيار آخر غير معهود في التعاقد العادي⁽⁵¹⁾.

لذلك فإن الاتفاقيات الدولية وبعض التشريعات الوطنية واجهت هذه الصعوبة باقتراح معيارين لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني هما: مقر عمل المنشئ (منشئ الرسالة الإلكترونية)، أو مقر عمل المرسل إليه، ومن بين تلك الاتفاقيات نجد اتفاقية لجنة القانون التجاري الدولي (UNCITRAL) لسنة 1996 المتضمنة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، حين قَرّرت في المادة (4/15) أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك⁽⁵²⁾.

وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن أعمال، فقد يكون له مثلاً مقر رئيسي وآخر فرعي، فإن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية اعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة الإلكترونية وتنفيذها أي الأكثر صلة بموضوع العقد، أو بمقر العمل الرئيسي، أما في الحالة التي لا يوجد فيها مقر عمل للمنشئ أو المرسل إليه فإن القانون النموذجي اعتد بمحل الإقامة المعتاد، وهذا ما نصت عليه المادة (15/ب)⁽⁵³⁾.

لكن يبدو أن حتى هذين المعيارين تواجههما بعض الصعوبات الواقعية، لأن مجرد استخدام الموجب لاسم موقع أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلد معين، لا يُنشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد⁽⁵⁴⁾، ذلك أن اسم الدومين أو عنوان البريد الإلكتروني لا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل أحد طرفي التعاقد، حيث تلجأ بعض الشركات المتعددة الجنسيات إلى عرض منتجاتها عبر مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة، تحمل أسماء موقع أو نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيه مقر عمل بالمعنى المعروف، كما أنه يمكن الاحتفاظ بسلعة ما بغرض التوزيع لمنطقة معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق⁽⁵⁵⁾.

لكن يبقى معيار مقر عمل المرسل إليه على ما تعترض تحديده من صعوبات واقعية كما رأينا، هو المعيار الذي يتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية، باعتبار أن أغلب العقود التي تُبرم عبر الانترنت تتم بين طرفين، أحدهما مورد يتخذ في الغالب صورة شركات تجارية ضخمة، والثاني مستهلك (طرف ضعيف) يحتاج حماية خاصة، فيأتي هذا المعيار لحمايته من خلال السماح له برفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يُقيم فيها، كما أن هذا المعيار لا يحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها، باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني، الذي يُعتبر مكان إبرامه مكان إقامة المرسل إليه الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية⁽⁵⁶⁾.

ثانياً: الحلول المقترحة لتحديد مكان تنفيذ العقد الإلكتروني

لم تتضمن النصوص الوطنية للدول والاتفاقيات الأوروبية حلولاً واضحة لمشكلة مكان التنفيذ الحقيقي للعقود التي تُبرم إلكترونياً، كالتوجيه الأوروبي رقم: 2001/44 الصادر في: 2000/12/22 المتعلق بالاختصاص وتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، والذي حل محل اتفاقية بروكسل في أول مارس 2002 لتتوافق مع التجارة الإلكترونية، حيث لم تتضمن أي تفسيرات يُمكن عن طريقها تحديد مكان تنفيذ الالتزام الحقيقي⁽⁵⁷⁾.

ونظراً لتلك الصعوبات حاول البعض إيجاد حل لتلك المشكلة بالقياس على بيع البضائع، واعتبروا أن مكان التنفيذ هو مكان تسلّم الأشياء أو الخدمات⁽⁵⁸⁾. ويبدو أن هذا القياس لا يطرح إشكالاً بالنسبة لتسلّم الأشياء المادية حيث أن محل العقد الإلكتروني هنا هو سلعة أو منتج مادي ملموس، يُمكن أن يتم التعاقد بشأنه إلكترونياً لكن لا يُمكن تصور إمكانية تسليمه عن طريق الانترنت مباشرة، حيث يتم التسليم في البيئة المادية خارج المواقع الإلكترونية، إذ أصبح من التعارف عليه اليوم، إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان آخر، أن يكون التسليم في مكان المشتري لاسيما في حالات التعاقد عن بُعد، والتي منها مثلاً الشراء عبر الانترنت، إذ لا يُعقل أن يشتري شخص ما إحدى السلع المعلن عنها عبر شبكة الانترنت، ويذهب بعد ذلك بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها، وإن كان ممكناً فهو ليس بالغالب الأعم⁽⁵⁹⁾.

لكن في العقود الإلكترونية التي يكون محلها خدمات أو أشياء غير مادية فلا يصلح معها ذلك القياس، لأنه لا يُمكن تصور التسليم خارج الانترنت، مثل عقد تقديم خدمة الاستشارات القانونية أو الطبية على الخط، وعقد بيع برامج الحاسب الآلي⁽⁶⁰⁾. ففي هذا العقد الأخير مثلاً يجب التمييز بين ما إذا كان البرنامج مهياً أو جاهز للبت مباشرة، وبين مجموعة العمليات التي يجب القيام بها لإتمام عملية التحميل، ففي الحالة الأولى فإن مكان التنفيذ هو مكان الحاسوب الذي قام بالبت أو التحميل، في حين أن مكان التنفيذ في الحالة

الثانية هو مكان الحاسوب المرسل إليه البرنامج الذي تم تحميله، وفي الحالة التي لا يكون فيها المشتري على اتصال مباشر بالانترنت فمكان التنفيذ هو مكان المستضيف⁽⁶¹⁾.

المطلب الثاني: إخضاع عقود التجارة الإلكترونية لقانون موضوعي مستقل

بالنظر للصعوبات التي ترتبت على تطبيق الحلول التقليدية لتنازع القوانين لاختيار القانون الملائم للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، ومحدودية الحلول الناتجة عن منهج تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع مقتضيات التجارة الإلكترونية لتجاوز تلك الصعوبات، فقد بدأ التفكير يتوجه نحو إعمال فكرة التنظيم الذاتي، بإنشاء قانون موضوعي عالمي مستقل عن القوانين الوطنية يستجيب لخصوصيات التجارة الإلكترونية، وذلك بالاعتماد على العادات والأعراف التجارية الدولية، ومن ثم يكفل هذا القانون الأمن للمعاملات ويحمي حقوق وحريات الأطراف⁽⁶²⁾.

وفيما يلي نتعرف على مميزات هذا القانون، ومدى كفايته في التكفل بالمشكلات التي تطرحها عقود التجارة الدولية الإلكترونية.

الفرع الأول: مميزات القانون الموضوعي الإلكتروني

تُعرف القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة قواعد قانونية تُقدّم تنظيمًا مباشراً وخاصاً يحكم المعاملات التي تتم عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية، وتتكون من العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي وطورتها الهيئات والحكومات والمستخدمون في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"⁽⁶³⁾.

يتضح من هذا التعريف أن أنصار المجتمع الافتراضي يؤكدون أن تلك القواعد مستوحاة من الميدان التعاقدية، حيث يستحيل على التشريعات الوطنية وحتى المعاهدات الدولية تغطية كل جوانب العلاقات الإلكترونية، لأنها تتصف بالحركية والتسارع بشكل يصعب مسايرته، فهذه العلاقات لا يمكن تنظيمها إلا بواسطة المتعاملين في هذا المجال، باعتبارهم الأكثر قدرة على تنظيم العلاقات التي تربطهم لتناسب مع حاجاتهم⁽⁶⁴⁾.

ومن ثم فإن قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني تتميز بالخصائص التالية:

أولاً: قانون طائفي ونوعي

فقواعده تنشأ في مجتمع افتراضي بين أفراد يُرمون علاقاتهم التجارية بوسائط إلكترونية، لذلك فهو يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات ذاتية، والتي تقتضي بالضرورة حلولاً تتوافق مع صفته الذاتية، فهذه القواعد لا تُخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات، لهذا فهو قانون طائفي موجه لطائفة معينة من الأشخاص (التجار ورجال الأعمال)، بالإضافة إلى أنه قانون نوعي تُنظّم قواعده نوعاً معيناً من المعاملات والمسائل المتعلقة بها، كالدعاية والترويج للسلع والخدمات، والمعالجة الآلية للبيانات والمعلومات، التعاقد الإلكتروني، نظام التعامل مع البنوك، الدفع الإلكتروني، البريد الإلكتروني⁽⁶⁵⁾.

ثانياً: قانون تلقائي النشأة

يختلف هذا القانون في طريقة نشأته عن القوانين الوطنية والمعاهدات الدولية التي تصدر عن هيئات رسمية ويتطلب نشوءها مجموعة من الشكليات والإجراءات الرسمية، فهذا القانون لا يتسم بالرسمية من حيث جهة إصداره ومن حيث طريقة نشأته، بل ينشأ من العادات والأعراف التجارية ويبرز ويتطور حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة، حتى تصبح هذه العادات والممارسات بمرور الزمن بالنسبة للمتعاملين في حقل التجارة الإلكترونية قانونهم العام المشترك الذي يلتزمون به⁽⁶⁶⁾.

ويرجع أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني عدم الرسمية إلى أن الفضاء الإلكتروني لا تقوم على تنظيمه أية جهة رسمية مركزية، ولا تُؤمن سلطة دولة معينة على نشاطه أو تُحدّد وتُنظّم عمله وتُوجّهه، وكذا غياب الجهاز القائم على سن ووضع القواعد السلوكية للمتعاملين عبر هذا الفضاء، فتلقائية النشأة يقابلها تلقائية التنظيم والتطبيق، فهو يكفل لنفسه سلطة التطبيق⁽⁶⁷⁾.

ثالثاً: قانون لا يعترف بالحدود الجغرافية

يتميز الفضاء الذي يُطبق ويسري فيه القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه فضاء خاص ومتميّز عجزت الدول على فرض سيطرتها عليه لتنظيمه وتطبيق قوانينها عليه، لذلك فهو مستقل عن القوانين الوطنية والهيئات المؤسساتية والسلطات الإقليمية وحتى الهيئات العالمية والدولية، فهو فضاء افتراضي لا يُراعي أي اعتبار للحدود الجغرافية⁽⁶⁸⁾، قائم على بيانات ومعلومات تقنية قصد تنظيم التبادل بالطرق السلكية واللاسلكية، وقد نشأ أساساً لسد الفجوة الموجودة بين القانون بمفهومه التقليدي، والمعطيات الجديدة التي فرضتها المعاملات الافتراضية⁽⁶⁹⁾.

ويشترك القانون الموضوعي الإلكتروني في هذه الميزة مع القانون الدولي الخاص في مجال تنازع القوانين، إذ كلاهما يهتم بتنظيم علاقات قانونية عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في ذات الوقت، والاختلاف بينهما يكمن في الوسط الذي تتم فيه تلك العلاقات، فالأول ينظم علاقات تتم وتُنقذ في عالم افتراضي لا يلتقي فيه المتعاقدون مع بعضهم البعض، بينما الثاني يهتم بتنظيم العلاقات التي تتم في عالم حقيقي مشهود.

الفرع الثاني: تقييم القانون الموضوعي الإلكتروني

يسعى القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحلول المادية المباشرة دون المرور عبر قواعد الإسناد، التي توصلنا إلى القانون الذي توجد فيه تلك الحلول، لكن وعلى الرغم من انتشار قواعد هذا القانون بين المتعاملين عبر شبكة الانترنت الدولية، إلا أن الواقع بقي يدفع باتجاه التشكيك في قدرته وكفايته في حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات، وهو ما سنوضحه من خلال إبراز نقاط الضعف فيه (أولاً)، ومدى انتظام قواعده في نظام قانوني مستقل (ثانياً).

أولاً: انعدام الإلزام ونقص قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني

تفتقد قواعد القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية للصفة الإلزامية، مما يُعطي الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الآخر، أي الاختيار يكون وفقاً لما يتوافق مع مصالح الأفراد المشتركة، لأن هذه القواعد وُضعت على أساس اتفاقي بين المتعاملين في هذا المجال، فهي لا تعدو أن تكون قواعد سلوك وعادات اختيارية لا يتوافر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام، الذي يُعدُّ ضرورياً لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم أحد الأطراف بفرض جزاء على الآخر⁽⁷⁰⁾.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا القانون ما زال في بداياته الأولى وهو في طور التكوين، وبالتالي ما زال يعتره النقص والقصور ومن الصعب في هذه المرحلة أن يشتمل على جميع القواعد القانونية⁽⁷¹⁾، التي تُمثل حلولاً لمختلف المشكلات، بمعنى آخر أن هذا القانون ما زال يحتاج لدراسة متأنية لمختلف أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد وإثبات المحررات الإلكترونية، بالإضافة إلى حماية حقوق وحريات الأطراف وفقاً لما يسمى بالقواعد القانونية القائمة.

ثانياً: مدى تجانس مصادر القانون الموضوعي الإلكتروني لتشكيل نظام قانوني مستقل

يُصِرُّ أنصار المجتمع الافتراضي على أن الممارسات والقواعد السائدة في مجال التجارة الإلكترونية أصبحت اليوم تُشكّل نظاماً قانونياً قائماً بذاته، لكن يتساءل الكثير عن حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء الحلول للمشاكل التي أفرزتها التجارة الإلكترونية، وهذا في ظل تزايد المعاملات الإلكترونية.

وللتأكد من حقيقة ذلك لا بد من الرجوع إلى مصادر ومكونات القواعد المادية للنظر في مدى صلاحيتها لمواجهة احتياجات العمليات الإلكترونية، وتغطية جوانب المعاملات الإلكترونية، وبالتالي الحكم على جدية تلك المصادر والقواعد الموجودة فيها لتشكيل نظام قانوني مستقل.

على رأس هذه المصادر نجد بعض الاتفاقيات التي تهتم بوضع تنظيم مباشر لعقود التجارة الإلكترونية، على غرار ما قامت به لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، والاتفاقية المتعلقة بحقوق الملكية الأدبية والفنية في جنيف سنة 1996 تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية. لكن هذه الاتفاقيات أصبحت بعيدة عن الواقع الجديد الذي فرضته الانترنت، كما أن إعدادها يتطلب مدة طويلة، ويصعب حصول إجماع حولها من قبل جميع الدول⁽⁷²⁾.

أما بالنسبة للقوانين النموذجية فإنها تكون مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، باعتبار أن مهمتها تقتصر على وضع الإطار العام، مما يجعلها مشوبة بالقصور في التصدي لبعض المشكلات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية، فالقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، وبالرغم من توسع نطاقه، إلا أنه يبقى متأخراً عن معالجة العقود المبرمة لغرض الاستهلاك، وكذا عدم تعرضه لبيان القواعد التي تحكم العلاقة بين المنشئ أو المرسل وبين الوسيط، حيث اكتفى بالروابط القانونية التي تتم بين المنشئ للرسالة والمرسل إليه، مما يدل على عدم اكتمال القواعد المادية للتجارة الإلكترونية⁽⁷³⁾.
أما عن مساهمة قواعد السلوك التي يضعها المتعاملون مع شبكة الانترنت بأنفسهم لتطبيق عليهم، في بناء نظام قانوني موضوعي مستقل للتجارة الإلكترونية، فإنه من الصعب التعويل عليها لمحدودية دورها، ذلك أن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يبقى صعب المنال، كما يصعب التحقق من تكرار هذا السلوك أو ذاك، وذلك للتباين الكبير بين التطور السريع للتجارة الإلكترونية والبطء الذي يُمَيِّز تشكيل القواعد العرفية⁽⁷⁴⁾.

الخاتمة

من خلال ما تم تناوله في هذه الورقة البحثية نخلص إلى ما يلي:

- أن محاولة تطبيق المنهج التقليدي في تنازع القوانين على عقود التجارة الإلكترونية تعترضه العديد من الصعوبات من أهمها:
- لا يمكن الاعتماد على القانون المختار من قبل المتعاقدين صراحة أو ضمناً لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ففي حالة التحديد الصريح لهذا القانون يصعب التعرف على هوية الأطراف والتأكد من أهليتهم كما يصعب إثبات العقد لعدم وجود محررات ورقية يتم الاحتكام إليها عند التنازع بشأنه. أما في حالة التحديد الضمني من قبل المتعاقدين للقانون المختار فيصعب الاعتماد على مؤشرات تحديد الإرادة الضمنية في مجال التجارة الإلكترونية.
- أن الحلول التي اعتمدها التي اعتمدها المشرع لتحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للمتعاقدين لا تصلح للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أنها تعتمد على ضوابط إسناد مستوحاة من ظروف التعاقد (الضوابط المكانية والشخصية) أو مستنبطة من موضوع العقد (الأداء المميز) يصعب إعمالها في مجال التجارة الإلكترونية باعتبارها تتم في بيئة لا تُعبر اهتماماً لتلك الظروف والروابط.
- أن الحلول المؤسسة على اعتماد المنهج القائم على تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع واقع التجارة الإلكترونية جزئية غير كافية، بحيث أنها لم تتصد لكل المشكلات والصعوبات التي أفرزتها عقود التجارة الإلكترونية.
- أن منهج القواعد المادية أو القانون الموضوعي الذي يهدف إلى تقديم حلول مادية مباشرة لمشكلة تنازع القوانين دون المرور عبر قواعد الإسناد التقليدية ما زال في بداياته الأولى وهو في طور التشكيل والتطور، حيث ما زالت هذه القواعد في شكل عادات وأعراف سائدة بين المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية وبالتالي فهي تفتقر لصفة الإلزام القانوني، كما أنها لا تتضمن حلولاً لكافة المشكلات المطروحة. وأمام عدم كفاية المنهج التقليدي في تنازع القوانين ومنهج القواعد الموضوعية لحكم عقود التجارة الإلكترونية، ولتذليل تلك المشكلات يُمكن تقديم الاقتراحات التالية:

- ضرورة اتفاق الدول على تحديد المفاهيم المرتبطة بتنازع القوانين في المجال الافتراضي، مثل مفهوم التركيز الافتراضي للرابطة العقدية، ومؤشرات تحديد المتعاملين عبر شبكة الانترنت، بغية تفادي الصعوبات التي يُثيرها إعمال ضوابط تحديد الاختصاص القانوني التقليدية.
- وجوب تعديل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية التقليدية أو تفتيحها حتى تصبح صالحة للتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.
- ضرورة تدوين القواعد العرفية المشتركة والمستقرة في مجال التجارة الإلكترونية في اتفاقية دولية، تضيي عليها القوة القانونية الملزمة من جهة، وتضمن وحدة الحلول من جهة أخرى.
- إلزامية وضع شرط في عقود التجارة الإلكترونية يلزم طرفي العقد بالإدلاء بكل البيانات الشخصية التي من شأنها تحديد هويتهم، وفي حالة عدم التزام أحدهما بذلك يكون للطرف الآخر أثناء التنازع حول العقد الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يحقق مصالحه سواء كان قانونه الوطني أو أي قانون آخر.

الهوامش

- (1) حفيفة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 361.
- (2) القانون رقم: 05-10 المؤرخ في: 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44، بتاريخ: 26 جوان 2005.
- (3) يوسف نور الدين، بروك إلياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 01، العدد 13، جوان 2018، ص 253.
- (4) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 350.
- (5) حوالف عبد الصمد، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية بأدرار، الجزائر، المجلد 13، العدد 31، ديسمبر 2014، ص 167.
- (6) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 254.
- (7) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (8) إيناس هاشم رشيد، "التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، المجلد 01، العدد 02، 2009، ص 189.
- (9) فائزة لبيض، "التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة العلوم الإسلامية الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، المجلد 05، العدد 09، جوان 2016، ص 253.
- (10) أنظر: إلياس ناصيف، العقود الدولية - العقد الإلكتروني في القانون المقارن -، دار الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 125. ويوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 254.
- (11) مجلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، (أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري تيزي وزو، 2017)، ص 301.
- (12) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 360.
- (13) أنظر: يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 255.
- (14) مصطفى هنشور وسيمية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري والمقارن، (أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2016/2017)، ص ص 61، 62.
- (15) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 256.
- (16) تنص المادة (60) من القانون المدني الجزائري على: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، والكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً". أنظر القانون رقم: 05-10، مرجع سابق.
- (17) عيد عبد الحفيظ، طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، (أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ميلود معمري تيزي وزو، 2017)، ص 58.
- (18) مجلولي فاتح، مرجع سابق، ص 385.
- (19) نص المادة (1/18) من القانون المدني على: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين..."، والتي تقابلها المادة (1/20) من القانون الأردني التي نص على: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا تحدا موطناً، فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".
- (20) عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص ص 58-60.
- (21) فائزة لبيض، مرجع سابق، ص 261.

- (22) مجلوبي فاتح، مرجع سابق، ص 386.
- (23) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 288.
- (24) مجلوبي فاتح، مرجع سابق، ص 387.
- (25) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 256.
- (26) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 256، 257.
- (27) لقد أخذ المشرع الجزائري بكل هذه الضوابط الجامدة، وذلك في المادة (2/18، 3) من القانون المدني التي نصت على: "وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد". بينما لم يأخذ بالضوابط المرنة كفكرة الأداء المميز.
- (28) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 257.
- (29) سلطان عبد الله محمود الجوارى، **عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق - دراسة قانونية مقارنة -**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 153.
- (30) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 257.
- (31) محمد بلق، **قواعد النزاع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، (مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2010/2011)، ص 53.
- (32) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 333.
- (33) عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 68، 69.
- (34) خالد عبد الفتاح محمد خليل، **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 127.
- (35) عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، **"منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي"**، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، الجامعة الأردنية، المجلد 46، العدد 01، ملحق 01، 2019، ص 564.
- (36) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (37) المرجع نفسه، ص 565، 566.
- (38) نصت المادة (1/117) من القانون الدولي الخاص السويسري على: "يسري على العقد، عند غياب اختيار القانون، قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقاً. وتعتبر تلك الروابط موجودة مع الدولة التي بها الإقامة العادية للطرف الذي يجب أن يُقدّم الأداء المميز...". أنظر: عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 71.
- (39) عبد السلام علي الفضل، نعيم علي العتوم، مرجع سابق، ص 569، 570.
- (40) عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 74.
- (41) مجلوبي فاتح، مرجع سابق، ص 395.
- (42) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (43) يُقصد بها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ الرقمي. أنظر: المادة (02/1) من اتفاقية لجنة القانون التجاري الدولي (UNCITRAL) المتضمنة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996.
- (44) يمكن التعبير عن الإرادة إلكترونياً بأكثر من وسيلة تتيحها شبكة الانترنت، فقد تم عن طريق المحادثة المباشرة "CHAT" أو البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية. أنظر: مخلوفي عبد الوهاب، **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، (أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011/2012)، ص 81-84.
- (45) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 259.
- (46) مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 227، 228.
- (47) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 382.
- (48) عرّف المشرع المصري المحرر الإلكتروني في المادة (1/ب) من قانون التوقيع الإلكتروني بقوله: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة". في حين تطرق له المشرع الجزائري في معرض حديثه عن الإثبات بالكتابة الإلكترونية، وجاء ذلك في المادة (323 مكرر) من القانون المدني بقولها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".
- (49) من بين تلك التشريعات نجد قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية والقانون الكندي والإنجليزي والفرنسي، وكذلك من القانون الأردني والتونسي والإماراتي والمصري. أنظر: مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 190-194.
- (50) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 262.
- (51) مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، **القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي**، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، عمادة البحث العلمي وضمان الجودة، الجامعة الأردنية، المجلد 41، العدد 02، 2014، ص 1351.
- (52) من بين تلك التشريعات نجد قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم: 85 لسنة 2001 في مادته (18)، وقانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم: 02 لسنة 2002 في مادته (4/17)، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية في مادته (4/14). أنظر: مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 133.
- (53) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (54) مجلوبي فاتح، مرجع سابق، ص 198.

- (55) مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 134.
- (56) مخلوفي فاتح، مرجع سابق، ص 199، 200.
- (57) صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 420.
- (58) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 266.
- (59) لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، (مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2010/2011)، ص 100.
- (60) مخلوفي فاتح، مرجع سابق، ص 200.
- (61) يوسف نور الدين، بروك إلياس، مرجع سابق، ص 266.
- (62) V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef, droit du commerce électronique énormes applicables, l'émergence de la lex-électronica, revue droit des affaires international, n 05, 1997, p 559.
- (63) مخلوفي فاتح، مرجع سابق، ص 397. لمزيد من التعاريف الأخرى أنظر: حوالمف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 171، 172. وصالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 233.
- (64) حوالمف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 172.
- (65) المرجع نفسه، ص 174.
- (66) المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
- (67) أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 58.
- (68) مخلوفي فاتح، مرجع سابق، ص 396.
- (69) حوالمف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 175.
- (70) المرجع نفسه، ص 176، 177.
- (71) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 65.
- (72) حوالمف عبد الصمد، مرجع سابق، ص 179، 180.
- (73) المرجع نفسه، ص 180.
- (74) أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 51.