جامعة زيان عاشور -الجلفة-
Zian Achour University of Djelfa
كلية الحقوق والعلوم السياسية
Faculty of Law and Political Sciences

قسم الحقوق

# القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

مذكرة ضمن متطلبات
نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالب :
- بربورة شوقي سفيان
-

إشراف الأستاذ:
-د. صدارة محمد

لجنة المناقشة

| | |
|---|---|
| -د/أ. علاوي عبد اللطيف | رئيسا |
| -د/أ. صدارة محمد | مقررا |
| -د/أ. بن صادق أحمد | ممتحنا |

الموسم الجامعي 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

# إهـداء

الحمد لله حمدا كثيرا، طيبا مباركا فيه، سبحانك لا تحصي مما عليك أنت، كما أثنيت على نفسك، خلقت فأبدعت، و أعطيت فأفضت، فلا حصر لنعمتك ، ولا حدود لقضائك، و صل الله وسلم على أشرف عبادك، و أكمل خلقك خاتم المرسلين محمدا صلى الله عليه وسلم خير من علَم و أفضل من نصح وبعد:

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء، إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة، من قلبها إلى رمز الحب، أمي.

إلى من كلت أنامله ليقدم لنا لحظة السعادة وحصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم، أبي.

على من حبهم يمشي في عروقي، ويلهج بذكراهم فؤادي، إخوتي وأخواتي الغالين.

إلى من سرنا سويا نشق الطريق معا نحو النجاح و الإبداع، إلى من تكافلنا يدا بيد نمد جسور الود والحب، إلى من سهرنا و كابدنا المشاق، أصدقائي الأعزاء.

إلى من علموني حروفا من ذهب، وكلمات من درر، و عبارات من أسمى و أجمل العبارات في العلم، إلى من صاغوا لي من علمهم حروفا، و من أفكارهم منارة تنير لنا مسيرة العلم والنجاح، إلى أساتذتي الكرام.

إلى كل من يحث على المعرفة بين ثنايا هذه المذكرة، إلى كل من نساه قلمي، و لم ينساه قلبي، أهديكم هذا العمل راجيا من المولى عزَ و جل القبول والنجاح.

**شوقي سفيان**

# كلمة شكر

**الحمدُ لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين نبينا محمد صلى الله وعلى آله الطيبين الطاهرين**

**أول الشكر وآخره نتقدم به إلى المنعم الباري عزَّ وجل، الذي أحاطنا برعايته الإلهية العظيمة، ويسّر لنا كل عسير، وألهمنا الصبر والقوة في شق طريقنا نحو البحث العلمي.**

**إلى أستاذي الفاضل القدير محمد صدارة لما أبداه من حسن رعاية ورحابة صدر وروح علمية مخلصة، وما قدمه لي من توجيهات ونصائح سديدة وملاحظات قيّمة ومستمرة فدعائي له الخير والعافية.**

# مقدمة

# مقدمة

ترتب على ظهور الثورة المعلوماتية في مجال تكنولوجيا الاتصالات ظهور نوع جديد من العقود يتم من خلال الوسائط الإلكترونية الحديثة ولاسيما شبكة الإنترنت وهي العقود الإلكترونية، والتي بموجبها يكون لأطراف العقد إمكانية قيام حوار تبادل عبر هذه الشبكة من خلال شاشة الحاسب الآلي.

حيث يشهد العقد التجاري الإلكتروني نموا متزايدا حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية، وبصفة خاصة في دول الشمال نتيجة تطورها التكنولوجي الهائل ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة إبرام هذا العقد بل الأمر أكثر من ذلك حيث نجد أن التجارة العالمية أصبحت ترفع التعامل مع أي عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني أو التبادل الإلكتروني، بحيث تتعدد طرق التعاقد عبر الإنترنت ومن أهمها وأكثرها انتشاراً التعاقد عبر شبكة المواقع ويب (web) والتعاقد عبر البريد الإلكتروني (Email) والتعاقد بطريق المحادثة والمشاهدة.

**1-أهمية الدراسة**

يعتبر العقد التجاري الالكتروني من الموضوعات الهامة يفرضه الواقع والمستقبل، وله أهمية بالغة من الناحية العلمية والعملية.

وتكمن الأهمية العملية لموضوع البحث في ارتباطه بعقود أصبح التعامل بها يزداد يوما بعد يوم مما يستدعي إيجاد أساليب لحماية هذه العقود، فالتعامل من خلال شبكة الاتصالات الالكترونية في صورة عقود دولية أصبح من الأمور المفروضة على الدول والأفراد بالنظر إلى ما تحققه من قيمة مادية واقتصادية وما توفره من جهد ووقت من الانتقال والسفر من بلد إلى آخر، أما الأهمية العلمية والقانونية للبحث فإنها تساعد المتعاملين في هذا المجال بتوعيتهم بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة الحديثة

ومساعدة الدول في جهودها الساعية إلى استيعاب العمليات الالكترونية، التي تتم بواسطة الانترنت عبر دراسة ما يتعلق بانعقاد العقد الالكتروني والتركيز على الأمور العلمية التي تشكل عقبة في طريق توسعة استخدام شبكة الانترنت في التعاقد وطرح الحلول المناسبة لها وتحديد القانون الواجب التطبيق لهذا النوع من العقود.

**2-أهداف الدراسة**

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على مسألة القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية والتي تشكل أهم التحديات المثارة في حقل منازعات التجارة الالكترونية.

**3-إشكالية الدراسة**

إن الخصائص التي تتميز بها العقود التجارية الالكترونية الدولية أفرزت العديد من الإشكالات القانونية عند محاولة إخضاعها للحلول التي تحكم عقود التجارة التقليدية فيما يتعلق بتنازع القوانين وعليه نطرح الإشكالية التالية:

- **ماهو القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الالكترونية؟**

و من الإشكالية الرئيسية تتفرع التساؤلات التالية:

- ما المقصود بالعقود التجارية الالكترونية و كيف يتم القبول و الإيجاب؟
- ماهو القانون الواجب التطبيق على عقود التجارية الالكترونية؟
- ماهو القانون الموضوعي الالكتروني الدولي؟ وما مصادره؟
- ما هي صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الالكترونية و ما حلولها؟

**4-المنهج المستعمل في الدراسة**

إن طبيعة البحث تقتضي اللجوء إلى عدد من مناهج البحث العلمي المتعارف عليها واعتماد عدة مناهج ، منها المنهج الوصفي، حيث سأعطي وصفاً للمسائل ذات الطبيعة

الفنية المرتبطة بموضوع دراستنا، كما سيكون للمنهج التحليلي (الاستنباطي) مكان بارز في هذه الدراسة.

**5-تقسيم الموضوع**

قسمنا موضوع دراستنا إلى فصلين اثنين وهذا كالتالي:

- **الفصل الأول:** جاء بعنوان (تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية)**:** حيث تطرقنا فيه إلى مفهوم العقد التجاري الالكتروني وطبيعته القانونية، ودعائم القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، إضافة إلى النظرية المستحدثة في القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الالكتروني.
- **الفصل الثاني:** جاء بعنوان (إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية) وتطرقنا فيه إلى صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الالكترونية وهذا عن طريق ذكر الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من قبل المتعاقدين ومن قبل نزاعات التجارة الدولية، والصعوبات المرتبطة أيضا بالقانون المختار من قبل المشرع.

و أخيرا خاتمة تتضمن أهم النتائج المحصل عليها خلال دراستنا.

# الفصل الأول:

# تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

## تمهيد:

تعتبر العقود الالكترونية الدولية أهم وسيلة من وسائل التجارة الالكترونية إذ يتميز هذا العقد بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر الشبكة العنكبوتية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، و من خلال هذا سنتطرق إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود.

## المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الالكتروني

يشهد العقد التجاري الإلكتروني نموا متزايدا حيث بات يمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية، وبصفة خاصة في دول الشمال نتيجة تطورها التكنولوجي الهائل ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة إبرام هذا العقد بل الأمر أكثر من ذلك حيث نجد أن التجارة العالمية أصبحت ترفع التعامل مع أي عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني أو التبادل الإلكتروني.

### المطلب الأول: العقد التجاري الالكتروني وخصائصه

يقتضي البحث في ماهية العقد التجاري الإلكتروني تحديد هذا المفهوم من خلال تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية ثم عرض خصائصه، (الفرع الأول) و من ثم تحديد الطبيعة القانونية له (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الالكتروني

إن تعريف العقد الإلكتروني يقتضي معرفة التعريف اللغوي، ثم التعريف الاصطلاحي له، حيث سنعرض أولاً التعريف اللغوي للعقد التجاري الإلكتروني ثم نتناول ثانياً التعريف الاصطلاحي.

**أولاً: التعريف اللغوي:**

**العقد:** عقداً الحبل: نقيض حلّه. والبيع أو اليمين: أحكمه، و – الخيط: جعل فيه عقدةً و – البناءُ بنى عقداً و – البناء بالحصى: ألزمه و – على الشيء: عاهدهُ و – له الشيء ضمنه يقال عقد ناصيته أي غضب وتهيأ للشر ويقال عقد عنقهُ إليه أي لجأ إليه ويقال عقد عنقه إليه أي لجأ ويقال له الرئاسة في قومه أي جعلها له: ويقال عقد له على الجيش أي رأسه عليه؛ ومنه عَقدُ الألوية لأمراء البحر على سفنهم فيقال مثلاً معقود اللواء للأميرال فلان[1].

[1] **المنجد في اللغة والأدب والعلوم**، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1966، ص518.

الالكتروني: الإلكترون (ن) عنصر دقيق للغاية لا جَرم مادياً خطيراً له، ذو شحنة كهربائية سلبية يونانية، وأصل الكلمة يونانية[1].

**ثانيا: تعريف العقد الالكتروني**

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني، سيما لو أخذنا بعين الإعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى.

يمتد مفهوم عقود التجارة الإلكترونية إلى ثلاثة أنواع من الأنشطة:

– عقود خدمات ربط ودخول الأنترنيت وما تتضمنه خدمات الربط ذات محتوى التقني، وهي عقود تتم بين القائمين على تقديم الخدمات على شبكة الانترنيت Internet–ISBs services providers والمستفيدين منها.

– التسليم أو التزويد التقني للخدمات أي عقود التجارة الإلكترونية التي يتم فيها تنفيذ عقود محلها تقديم خدمات عبر شبكات الإتصال، ومثالها عقود الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت.

– استعمال الأنترنت كواسطة أو وسيلة لتوزيع البضائع والخدمات المسلمة بطريقة غير تقنية (تسليم مادي عادي) حيث يتم إبرام العقد عبر شبكة الأنترنت لكن تنفيذه يكون بالطرق العادية، ومثاله الشركة التي تقوم ببيع الآلات الإلكترومنزلية عبر شبكة الأنترنيت من خلال المتاجر الإفتراضية، أين يتم التعبير عن الإرادة عبر الشبكة ذاتها لكن تسليم الشيء يكون خارج الشبكة فتسليم الآلات هذه لا يمكن أن يتم داخل الشبكة.

أما من حيث أطرافها فيندرج في نطاقها العديد من الصور أبرزها العقود التجارية التي تشمل في علاقاتها جهات الأعمال فيما بينها أي من الأعمال إلى الأعمال

[1] **أسامة عبد السميع الأردن** ، العقد الإلكتروني ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ،2005م، ص 16.

(business-to-business ) ويرمز لها اختصارا بـ ( B2B )، أما الصورة الثانية فهي تلك العلاقات التي تجمع الأعمال بالزبون (business-to-consumer ) ويرمز لها اختصارا بـ ( B2C ) [1].

**الفرع الثاني: خصائص العقد الالكتروني**

إن من بين خصائص العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين مكانا، كما يغلب عليه الطابع التجاري، وهي الخصائص التي سوف يتم التطرق إليها فيما يلي:

**أولا: عقد البيع الالكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية**

إن أهم خاصية يتميز بها عقد البيع الالكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية ، فالوسيلة الالكترونية التي من خلالها يتم إبرام العقد التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكومبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة. [2]

**ثانيا: العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد**

يتميز عقد البيع الإلكتروني عن بقية العقود الأخرى أيضا، بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، بدون التواجد أو الالتقاء المادي للأطراف من خلال مجلس العقد، لحظة تبادل التراضي، يصدر الإيجاب ويقترن به القبول بطريق سمعي بصري، عبر شبكة الإنترنت بالتفاعل بين أطراف يضمهم مجلس واحد حكمي

[1] وبذلك المعنى فإن التجارة الالكترونية تختلف عن الأعمال الإلكترونية E-BUSINESS، التي تعتبر أوسع نطاقا وأشمل من الأولى، حيث تمتد هذه الأخيرة إلى سائر الأنشطة الإدارية والإنتاجية والخدماتية والمالية ولا تتعلق فقط بعلاقة البائع بالزبون، إذ تمتد لعلاقة المنشأة بوكلائها وموظفيها وعملائها، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل وتقييمه والرقابة عليه، وضمن مفهوم الأعمال الإلكترونية يوجد المصنع الإلكتروني المؤتمت، والبنك الإلكتروني، وشركة التأمين الإلكتروني، والخدمات الحكومية المؤتمتة، **يونس عرب**، مقال حول التجارة الإلكترونية نشر على الموقع: www.arablaw.org . أطلع عليه بتاريخ 28 أوت 2020 على الساعة 22:17.

[2] **محمد حسن قاسم**، التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة إلى القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2005، ص18.

افتراضي، ومن ثم فهو عقد فوري معاصر، رغم إتمامه عن بعد، ومن ثم فهو يندرج ضمن العقود التي تتم بين حاضرين في الزمن، وغائبين في المكان[1].

نلاحظ بأن إبرام العقد الالكتروني يتم عن بعد فإن تنفيذه يتم بنفس الطريقة أي دون حاجة انتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين.

**ثالثا: العقد الإلكتروني عقد تجاري**

يتسم العقد غالبا بالطابع التجاري لذا يطلق عليه عقد التجارة الالكترونية، ويقصد بها تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات، فهي تتثمل في ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية على سبيل الاعتياد أو الاستعمال الأمثل لكافة أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات، والواقع أن تلك الصفة جاءت من السمة الغالبة لذلك العقد، حيث يتأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر الانترنت[2].

**رابعا: العقد التجاري الالكتروني عقد استهلاك**

يعتبر عقد البيع الالكتروني من قبيل عقود الاستهلاك لأنه ذو طابع تجاري استهلاكي لأنه غالبا ما يتم بين تاجر و مهني و مستهلك، لذلك يخضع هذا العقد للقواعد الخاصة بحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد عن طريق إحاطة

[1] **محمد حسين منصور**، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2005، ص18

[2] **محمد حسين منصور**، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، لسنة2006، ص 84.

المستهلك بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالمنتج وسعره و كافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية.[1]

**خامسا: العقد التجاري الإلكتروني عقد عابر للحدود**

فهو يتم بين شخصين كل منهما في دولتين مختلفتين، كما أنه غالبا ما يكون على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية وهو الأمر الذي ينبغي أن يوضع في اعتبار المشرع عند وضعه لتشريع ينظم مثل هذه المعاملات الإلكترونية، وإحاطتها بسياج من الضمانات يضفي عليها الثقة والطمأنينة في التعامل[2].

**المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد التجاري الالكتروني**

إن الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني مازالت موضوع دراسة واجتهاد وشرح من المهتمين بهذا المجال مما يقود إلى محاولة تصنيفها من حيث الطبيعة وفيما ان كانت عقود إذعان أو رضائية.

فعادةً ما يسبق انعقاد العقد الإلكتروني مرحلة التفاوض التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات وتعرف بالفترة قبل العقدية علماً بإمكانية إبرام العقد دون المرور بهذه المرحلة، وقد ثار خلاف حول طبيعة المسؤولية المترتبة على قطع المفاوضات فيما إذا كانت تقصيرية أم عقدية، كما ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني فيما إذا كانت عقد إذعان أم عقد رضائي، وتتحدد هذه الطبيعة بالطريقة المتبعة في إبرام العقد على شبكة الإنترنت فالعقود المبرمة عبرها عادةً ما

[1] **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام عقد الإلكتروني، "دراسة المقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى ، الإسكندرية، 2007، ص74- 80

[2] **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار المقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ، لسنة 2006، ص 74.

تكون عقود إذعان وبخاصة تلك التي تنعقد عبر شبكة المواقع (الويب) أما العقود المبرمة عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة مع المشاهدة فتكون عادةً عقوداً رضائية.

**الفرع الأول: العقد الالكتروني من قبيل عقود الإذعان**

اختلف الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض كون العقود الالكترونية عقود إذعان أم لا، فأيد الفقه الانجليزي و الفرنسي والعربي أن العقود الالكترونية بمثابة عقود إذعان، باعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري على الموصفات التي يرغب فيها من سلع و من الثمن المحدد سلفا، الذي لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية[1].

**الفرع الثاني: العقد الالكتروني عقد رضائي**

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقد الالكتروني ما هو إلا عقد رضائي لان المتعاقد يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين أو المنتجين، كما أنه لا يمكن الإعتماد على المعيار الاقتصادي فقط ، وإنما يجب النظر إلى الاعتبارين القانوني والاقتصادي معا[2].

**الفرع الثالث: العقد الالكتروني ذو طبيعة خاصة**

يذهب رأي الفقهاء إلى أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود الالكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية، إذ أن العقود الالكترونية من حيث آلية إبرامها هي إما عقود يتم إبرامها عن طريق البريد الالكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الالكترونية،

[1] برهان سمير، **العقد في التجارة الدولية الالكترونية**، ندوة إدارة عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية، القاهرة، 2006، ص 08.

[2] لما عبد الله صادق، **مجلس العقد الالكتروني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008، ص 60.

فالعقود التي تبرم عن طريق المواقع الالكترونية قد تحتوي على سمات عقود الإذعان، أما بالنسبة إلى العقود التي تبرم عن طريق البريد الالكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الالكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الالكترونية إلى أن يقترن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر فينعقد العقد[1].

[1] عبد الله نوار شعث، **العقد الالكتروني في إطار التشريعات العربية**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017، ص 62.

## المبحث الثاني: دعائم القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

يعتبر عقد البيع الإلكتروني ما هو إلا عقد عادي ولكنه يختلف عنه في جزئية معينة وهي وسيلة إبرامه و يشترط لانعقاد عقد البيع الالكتروني كغيره من العقود أن تتوفر فيه الأركان التي يقوم عليها عقد البيع التقليدي.

### المطلب الأول: الإيجاب و القبول في عقود التجارة الإلكترونية

عند إبرام العقود عن طريق أجهزة إلكترونية، ويعتبر الرضا هو أهم أركان العقد الذي لا يتصور توافره إلا بالإرادة، فالرضا هو التعبير عن الإرادة للتعاقد و ذلك بتطابق الإيجاب للقبول، فالتعبير عن الإرادة بأسلوب إلكتروني تجعل للإيجاب و القبول خصوصية معينة تنبع من الوسيلة المستخدمة في التعبير عنهما.

#### الفرع الأول: الإيجاب

#### أ/ تعريف الإيجاب في عقد البيع الإلكتروني

يعرف الإيجاب بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر على وجه الجزم على إرادته فبإبرام عقد معين فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول[1].

أما الإيجاب عبر الإنترنت لا يعد أكثر من الإيجاب التقليدي إلا أنه الوسيلة هي التي تختلف مع بقاء الجوهر ويشترط في التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت لكي يعتبر الإيجاب الإلكتروني ينعقد به العقد أو اقتران به القبول مطابق[2].

---

[1] **علي فيلالي**، الانترنت النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص88.

[2] **أحمد خالد العجلوني**، للتعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة المقارنة، المكتبة القانونية الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص71.

**ب/ صورة الإيجاب عبر الإنترنت**

فإذا نظرنا إلى صور الإيجاب عبر شبكة الانترنت نجد أنه إما أن يكون إيجابا عبر البريد الالكتروني وإما إيجابا على صفحات الويب، وإما إيجابا عن طريق المحادثة أو المشاهدة وهذا ما سوف نتطرق إليه في النقاط الآتية.

**1/ الإيجاب عبر البريد الإلكتروني**

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل بين الأطراف بطريقة الإلكترونية و التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني يكون بالكتابة ولا تختلف هذه الكتابة عن الكتابة العادية إلا في الوسيلة المستعملة وهي الدعائم الإلكترونية بدلا من الورقية[1]، وهذا العرض يكون لأشخاص محددين، يرى التاجر إمكانية اهتمامهم أكثر من العمة، وتبدأ الفعالية بالإيجاب بمجرد على الموجه إليه هذا الإيجاب، وذلك بعد فتح بريده الإلكتروني، فإما أن يرفض وإما أن يقبل هذا الإيجاب، لهذه يجب أن يتسم الإيجاب عبر البريد الإلكتروني بالدقة، والوضوح اللازمين

**2/ الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني في الويب**

الإيجاب عبر الموقع الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عبر الصحف أو التلفاز أو عبر الشاشات الموضوعة في الساحات و الطرق العامة، ذلك إن إيجاب مستمرا على مدار الساعة و الأغلب أن يكون موجه إلى الجمهور وليس إلى فرد معين ذلك أن الإيجاب الصادر عبر الموقع يكون موجها إلى العامة، بالإعلان و الإشهار لبيع السلع وتقديم الخدمات المتوفرة وعادة ما يكون هذا الإيجاب محددا بزمن

[1] خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص 129.

أو متعلقا على شرط عدم نفاذ السلع، وهذا الشرط راجع إلى طبيعة هذا الإيجاب في حد ذاته، كونه موجه إلى الجمهور خاصة منهم المتواجدين عبر شبكة الإنترنت[1].

ويكون الإيجاب عبر شبكة الويب معلق على شرط عدم تغيير الأسعار في أحيان أخرى إذ يحتفظ الموجب بحقه في تعديل هذا النسق تبعا لتغير الأسعار في السوق البورصة[2].

**3/ الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة**

يستطيع المتعامل على شبكة الانترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحد معه وذلك عن طريق كميرا توصل بجهاز الكومبيوتر لدى الطرفين فيتحول الكومبيوتر إلى هاتف تقليدي مرئي فنكون في هذه الحالة أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد، أو ما يسمى بمجلس عقد افتراضي يقترب جدا من المجلس الحقيقي، فيكون الإيجاب صادر مباشرة بالكلام أو بالكتابة أو بالمشاهدة، وينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في انعقاد بين حاضرين المنصوص عليها في المادة 64 من القانون المدني الجزائري "إذا اصدر الإيجاب في المجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريقة مماثلة.

**الفرع الثاني: القبول**

**أ/ تعريف القبول في عقد البيع الإلكتروني**

يعرف القبول بأنه الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له، و هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب.[3]

---

[1] أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص 72-73.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد ، **التعاقد عبر الانترنت** ، دار الكتب القانونية مصر ، 2005م، ص 72-73.

[3] خالد أحمد العجلوني، مرجع نفسه، ص 74.

و القبول هو العنصر الثاني في العقد، ويجب لكي ينتج القبول أثر في انعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه، وإلا العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا إلا في الحالة الاتفاق الجزئي.

**ب/ طرق التعبير عن القبول في عقد البيع الإلكتروني**

طرق الحديثة و مبتكرة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية استحدثتها تقنيات التجارة الإلكترونية ومنها.

1) التعبير عن القبول من خلال قيام بقبول إرسال معلومات بطاقة الائتمان الخاصة به إلى الموجب، أو أن يقوم بتنزيل أو تحميل المنتجات الإلكترونية عبر الشبكة بعد أداء مقابلها كما في عقود الشراء[1].
2) ومن الطرق الحديثة للتعبير عن القبول أيضا النقر بواسطة فأرة التأشيرة على شاشة الحاسوب أو مفتاح لوحة الحاسوب الآلي أو ملامسة أيقونة، وتعد هذه الطرق من أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها التساؤلات حول مدى صلاحيتها لإعتبارها طريقة معترف بها قانونيا للتعبير عن القبول.[2]

وفي الحقيقة انقسم الفقه حول هذه المسألة، فهناك من اتجه إلى القول بكفاية الضغط لمرة واحدة على الأيقونة، وهناك من اتجه إلى القول بالضغط مرتين حتى يتأكد القبول .

وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول بشرط إذ يتم عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول و الموجودة على الشاشة، في هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة قرينة على انعقاد العقد ولكن لا يرتب أثر بشأنه و يصبح القبول عديم الأثر.

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص268.

[2] أبو حسن المجاهد، مرجع سابق ، ص 86.

**المطلب الثاني: شروط الإيجاب والقبول**

يشترط في صيغة العقد (الإيجاب والقبول) الشروط التالية :

**الفرع الأول: وضوح دلالة الإيجاب والقبول**

يلزم لصحة التعاقد أن يكون كل من الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد المتعاقدين، بأن تكون الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة واضحة إما لغةً أو عرفاً، سواء كانت بطريقة الدلالة الحقيقية أو المجازية.

فإذا لم يعرف بيقين أن المتعاقدين قد قصدا عقداً بعينه فإنه لا يمكن إلزامهما أو إلزام أحدهما بأحكامه وآثاره[1]، والصيغة المستخدمة في التعاقد بطريقة الإنترنت إما أن تكون اللفظ، كما في المحادثة وهذه يسري عليها ما يسري على التعاقد اللفظي المباشر فالعلماء يتفقون على انعقاد العقد بصيغة الفعل الماضي (اشتريت، بعت) وكذلك المضارع إذا دلت قرائن الحال على الرغبة في التعاقد، أما فعل الأمر والاستفهام ففي ذلك خلاف وتفصيل يرجع إليه في محله[2].

وقد يكون التعاقد عبر الإنترنت بطريق الكتابة, فمجرد عرض السلعة من قبل الشركات المنتجة والمسوقة وكتابة سعرها عليها دليل على إرادة التعاقد بشأنها.

**الفرع الثاني: توافق الإيجاب والقبول**

يشترط لصحة التعاقد أن يتَّحد موضوع الإيجاب والقبول ويكونا دالين على توافق الإرادتين، فإن لم يتفقا بأن كان الإيجاب وارداً على شيء والقبول على شيء آخر فإن العقد لا ينعقد، وكذا إذا كان الإيجاب وارداً على شيء والقبول على بعضه.

---

[1] عدنان التركماني، **ضوابط العقد في الفقه الإسلامي**، دار الشروق، جدة،1984م، ص 43.

[2] المرجع نفسه، ص 44.

**الفرع الثالث : اتصال القبول بالإيجاب**

يقصد بهذا الشرط أن يتصل القبول بالإيجاب في محل التعاقد إذا كان المتعاقدان حاضرين أو في مجلس علم القابل إذا كانا غائبين.

ويتضمن هذا الشرط ما يلي:

1) عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الآخر.
2) أن لا يصدر من القابل ما يدل على إعراضه عن التعاقد.
3) اتحاد مجلس التعاقد، وهو الوقت الذي يكون فيه المتعاقدين مشتغلين بالعقد، أي الفترة الزمنية التي تفصل بين الإيجاب والقبول في حال انشغال المتعاقدين بالعقد، وليس المراد باتحاد المجلس كون المتعاقدين في مكان واحد إذ قد يكون أحدهما في مكان غير مكان الآخر.

ويختلف اتصال الإيجاب بالقبول في العقد بين الحاضرين عنه في العقد بين الغائبين، ففي العقد بين الحاضرين يكون الإيجاب مرتبطاً بمجلس صدوره بحيث أنه إذا انقضى المجلس انعدم الإيجاب ولم يبق له وجود، أما بين الغائبين فإن الإيجاب يكون مستمراً إلى حين وصوله إلى القابل، ويبقى مستمراً طوال بقائه في مجلس الوصول إلا إذا صدر ما يدل على إعراض القابل عنه أو إلغائه من قِبل الموجب[1].

**المطلب الثالث: التوقيع الإلكتروني كعنصر إثبات في عقود التجارة الإلكترونية**

يكون للعقد الإلكتروني قيمة قانونية ودرجة عالية من الالتزام، إذا قام التوقيع عليه من أطرافه، التوقيع بشكل عام، التقليدي أو الإلكتروني، وهو وسيلة يعبر بها أحد

[1] حوالف عبد الصمد، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية بأدرار، الجزائر، مجلد 13، العدد 32، ديسمبر 2014، ص 156.

الأشخاص عن إرادته في الالتزام بتصرف قانوني معين وقد يحصل إما بإمضاء أو ببصمة الإصبع أو ببصمة الختم.

**الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني**

قانون المعاملات الإلكترونية الأردني قام بتعريف التوقيع الإلكتروني في المادة 02 منه التي عرفته بأنه "البيانات التي تتخذ الهيئة حروف و أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني، أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة المعلومات أو مضاعفة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من اجل توقيعه وفرض الموافقة على مضمونه.[1]

**الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني**

بعد تعريفنا للتوقيع الإلكتروني، توصلنا إلى أنه مشابه للتوقيع التقليدي من حيث القيمة القانونية، واعتباره شكلا من أشكال التوقيع، فإن هذا الأمر يتطلب منا دراسة الشروط التي يتوجب توافرها في هذا التوقيع ليكون منتجا لكافة أثاره.

**ا/ أن يكون التوقيع الإلكتروني علامة مميزة للموقع**

يعد التوقيع الإلكتروني من العلامات المميزة للموقع دون غيره، ولا يمكن توافر عدة نسخ له، لأنه عندما يتم إصدار التوقيع فلا يتوقع إصدار نفس التوقيع لشخص آخر، مما يؤدي إلى إهدار حقوق الغير و إلغاء السمة الأساسية التي يمتاز بها التوقيع الإلكتروني، وهي توفير الأمان لمستخدمي العقود الإلكترونية، بإتمامها من خلال التوقيع الذي يتم إدراجه، لأنه من خلاله يتم تحديد الشخص الموقع والمعلومات

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق، ص245.

الأساسية عنه، ومركزه، وفي حالة إنشاء توقيع فإنه يتضمن علامات تميزه عن غيره، لأنه قائم على خصائص الذاتية، فلا يمكن مثلا التشابه في قدحت العين، أو بصمة الإصبع، فلا يتصور أن يكون هناك تشابه، لأن الله عز وجل لم يخلق أي تشابه أو تطابق في بصمات الأصبع و في قدحت العين[1]

**ب/ التعبير عن إرادة صاحب التوقيع**

يعني هذا الشرط وجوب أن يعكس التوقيع رضا الموقع وإقراره بالتصرف الذي وقع عليه أيا كان شكل التوقيع، ويتحقق هذا الشرط مع كل أشكال التوقيعات الإلكترونية الأخرى، التي أصبحت تعتمد على تكنولوجيا فاقت بكثير تكنولوجيا البطاقات المصرفية وهو ما أثر على التشريعات وجعلها تعترف بحجية وإعطائها القيمة القانونية الممنوحة للتوقيع التقليدي، باعتباره يعكس إرادة صاحبه دون أدنى شك خاصة مع تقنيات التشفير وإجراءات الأمان المتبعة في ذلك، بل و بشكل أفضل من التوقيع التقليدي[2].

**ج/ ارتباط التوقيع بالمحرر الإلكتروني ارتباطا وثيقا**

التوقيع الإلكتروني، وبما أنه لا يوجد ورقة أو سند مادي كما يوجد توقيع مادي، فإن الاتصال بين التوقيع والسند يبدو وهميا، وعرضه للتلاعب من جراء إمكان إحداث التعديل، وإدخال البيانات الأخرى تتفق مع مصالح مستعمل جهاز الحاسوب، ومن دون أن يترك أي أثر مادي يمكن أن يستدل عليه، غير أن ارتباطه بمضمون السند من الأمور التي ترتبط ارتباطا أساسيا به، ولا يمكن فصله عنه، ويعود ذلك إلى كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر الإلكتروني، ومن أهم التقنيات

[1] نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، لسنة 2005، ص 167.

[2] طمين سهيلة، **الشكلية في عقود التجارة الالكترونية** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير القانون فرع القانون الدولي للأعمال ، كلية الحقوق مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011م، ص53.

المستخدمة في استمرار الارتباط هو استخدام مفتاحي التشفير العام والخاص، بحيث لا يستطيع الغير الاطلاع على مضمون رسالة البيانات المرسلة، لأن هذا النص يكون غير مفهوم وغير واضح للآخرين.

وبالتالي لا مجال للتراجع عن استعمال التوقيع الإلكتروني بعد أن تجسد استعمال المحررات الإلكترونية، التي لا تقبل إلا إذا كانت ممهورة بهذا النوع الجديد من التوقيع [1].

**الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني**

للتوقيع أهمية كبيرة في الإثبات حيث أن قواعد الإثبات بوجه عام لا تقبل مستندات العرفية إلا إذا كانت موقعة ولا تقبل المستندات غير الموقعة ولكن لأهمية المعاملات الإلكترونية في وقتنا المعاصر ولتنامي التجارة الإلكترونية كان أول اعتراف بالتوقيع الإلكتروني في عام 1989، في مجال البطاقات الائتمانية حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية صحة التوقيع الإلكتروني[2].

[1] طمين سهيلة، المرجع السابق، ص 53.

[2] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 169.

## المبحث الثالث: النظرية المستحدثة في القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الالكتروني

### المطلب الأول: تطبيق القواعد الموضوعية على العقود التجارية الالكترونية

جاءت القواعد الموضوعية لتلبية حاجة المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات، و لتنظيم القواعد المهنية التي تظهر نتيجة الممارسات التجارية الدولية الإلكترونية خاصة أمام ارتفاع حجم معاملات التجارة الإلكترونية وانتشارها المستمر عبر العالم نتيجة توسع استعمال الشبكة التقنية في إبرام العقود التجارية.

**الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني و خصائصه**

**1/ تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني**

يتشكل القانون الموضوعي الإلكتروني؛ من مجموعة قواعد موضوعية تشكلت من جملة العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في مجتمع التجار الذين تعودوا على إجراء معاملاتهم التجارية عبر الإنترنت، التي شكلت عالما تجاريا إلكترونيا افتراضى هذه القواعد التي تعود المتعاملين عبر شبكة الإنترنت الاستنجاد بها في كل المسائل التنظيمية والإشكالات التي تطرأ على مراحل معاملاتهم التعاقدية في مثل هذا الفضاء الإلكتروني الافتراضي. ومع تطور استعمال هذه القواعد وتوسع انتشارها، تم قبولها والاعتراف بها من قبل القائمين على تنظيمها[1].

**2/ خصائص القانون الموضوعي الالكتروني**

تمتاز القواعد المادية للتجارة الإلكترونية المشكلة للقانون الموضوعي الإلكتروني بنفس مميزات القواعد المادية للتجارة الدولية ، وتتمثل أهم هذه الخصائص فيما يلي[2]:

---

[1] صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006 ،ص 112.

[2] طالب حسن موسى، **الموجز في قانون التجارة الدولية**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997 ،ص 31.

- **قانون موضوعي طائفي نوعي:**

القانون الموضوعي الإلكتروني يتشكل من مجموعة قواعد تعتبر قواعد قانونية تتواجد في المجتمع الدولي للمعاملات الإلكترونية، وهو المجتمع الذي يتميز بمعطيات خاصة به ومشكلات ذاتية، فهذه القواعد لا تخاطب جميع الأفراد بل هي مخصصة لفئة معينة من الأشخاص، وهم المستخدمون والمتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات[1].

- **قانون موضوعي تلقائي النشأة**

يوصف هذا القانون بأنه تلقائي النشأة، ظهر من العادات والأعراف التجارية التي برزت وتطورت حسب تطور المعاملات الإلكترونية عبر الشبكة ، حيث تعود جذوره إلى القواعد القانونية النابعة من مجتمع ذاتي بطوائف مختلفة

- **قانون موضوعي عبر الدول**

صفة الدولية؛ صفة تستخلص من طبيعة المعاملات التي ينظمها هذا القانون، إذ تعتبر معاملات عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في الوقت نفسه بحيث تضمن انتقال القيم الاقتصادية فيما بينها[2].

**الفرع الثاني: مصادر (مرجعية) القانون الموضوعي**

تعددت وتنوعت مصادر أو مرجعيات القانون الموضوعي الإلكتروني ما بين الاتفاقات الدولية الأساسية والقواعد التعاقدية، حسب بعض الفقه. بينما هناك اتجاه يقر بتشكيل هذه الأخيرة من القانون الموحد الدولي.

[1] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص205.

[2] المرجع نفسه، ص 313.

**1/ الاتفاقات والتوصيات الدولية**

يهدف المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية إلى استيفاء أحكامهم من الاتفاقات الدولية التي تعتبر أحد أهم المصادر التي يمكن الاعتماد عليها لتنظيم القانون الدولي الإلكتروني، وهي اتفاقات دولية تنظم مختلف المجالات و تحل المشكلات التي ظهرت في التطبيقات التجارية الإلكترونية العملية[1] ، ومن أهم المساعي في مجال توحيد العمل على انسجام القواعد الموضوعية، نجد جهود لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية التي أصدرت القانون النموذجي للتجارة الالكترونية سنة 1996[2].

**2/ قواعد السلوك والعقود النموذجية**

تعتبر تقنيات السلوك بمثابة الحد الأدنى من الأحكام والمبادئ المشتركة[3] التي تحترم من كافة المستفيدين من التعامل في هذا الفضاء الإلكتروني ، فهو تنظيم مرن يتماشى مع توسع واختلاف أنواع التعامل، عكس التنظيمات الآمرة [4]التي تتعارض مع استمرار وتطور مجال المعاملات التجارية الإلكترونية ، بالإضافة إلى العقود النموذجية التي تبرم بين المورد والمستخدمين سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، وتتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها من الطرفين[5] ، على غرار اتفاق التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوربا عام 1995 بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكتروني للبيانات[6] .

---

[1] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، **عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003 ،ص 143-144.

[2] القانون النموذجي للتجارة الالكترونية سنة 1996

[3] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، مرجع سابق، ص 146-147

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط1، 1998، ص 52.

[5] عادل أبو هشيمه محمود حوتة، مرجع سابق، ص 146.

[6] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 178.

### 3/ القانون الموضوعي الإلكتروني ومبادئ النظام العام

يفرض هذا المنطق علينا البحث في الطبيعة القانونية التي يتمتع بها القانون الموضوعي الإلكتروني، باعتبار ظهوره بعيدا عن الجهات الرسمية[1] والتشريعية الوطنية والدولية ، وهذا مقارنة بمبادئ النظام القانوني الذي يتصف بالإلزامية في قواعده.

### الفرع الثالث: النظام القانوني للقواعد المادية

وقد اختلف فقهاء قانون التجارة الإلكترونية في إعطاء صفة النظام القانوني للقواعد المادية التي تشكل القانون الموضوعي الإلكتروني بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح، من خلال اتجاهين متباينين حول هذه الفكرة؛ فذهب جانب من الفقه تحدد نطاق ووجود هذا القانون إلى القول أنه لم يحن الوقت لإعطاء دلائل قى الذي هو في مرحلة الإنشاء، لأنه يحتاج إلى أكثر تنظيم وتحديد لقواعده، بينما يرى اتجاه فقهي آخر عكس ذلك.

### 1/ النظام القانوني قاعدة وتنظيم

يعرف النظام القانوني على أنه " مجموعة متناسقة من القواعد تتأتى من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي، وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ، ونفس الرؤية للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها "[2]، بالإضافة إلى أن هذا النظام لا يقتصر فقط على مجموعة من القواعد السلوكية المتدرجة والتي تضبط الروابط القانونية، أو تقدم الحل المناسب لمنازعاتها، بل يلزم أن يوجد إلى جانبها تنظيم عضوي أو هيئة متماسكة لها مقوماتها، وقدرتها على خلق قواعد سلوكية.

---

[1] براهيم أحمد سعيد زمزمي، **القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الدولية**، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 300.

[2] حمودي ناصر، **نزاعات العقود الالكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل**، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008 ،ص 17.

**2/ النظام القانوني تنظيم وبناء**

أبرز ما توصل إليه هذا الاتجاه، أنه لوجود نظام قانوني يجب توفر هيئة لصياغة قوانين جديدة من طرف أجهزة وهياكل قانونية داخل الوحدة الاجتماعية قصد تطبيقها من القضاة، وفرض الانضباط عن طريق الهيئات القضائية، ليشكل بذلك الإلزامية التي تفرض على الأشخاص.

فوفقا لهذا الاتجاه؛ النظام القانوني يستخدم من الفقه القانوني للتعبير عن الهيكل والتنظيم والسلطة، فعمل على التركيز على الجانب العضوي بعد النقص والعجز الذي خلفه الاتجاه الأول الذي رّكز على السمة القاعدية[1].

**المطلب الثاني: تقييم القانون الموضوعي الدولي للعقد الالكتروني**

يهدف القانون الموضوعي الإلكتروني إلى تقديم الحل الموضوعي أو المادي للمسألة محل النزاع مباشرة، دون الإحالة إلى قوانين أخرى، لكن وعلى الرغم من وجود هذا القانون الذي يحكم العمليات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، يبقى الواقع يدفع إلى التشكيك في وجوده وقدرته على حسم المنازعات التي تثور بشأن تلك المعاملات[2].

**الفرع الأول: انعدام الإلزام ونقص قواعد القانون الموضوعي**

يعد المجتمع الافتراضي في الحقيقة غير مستقل عن الدول وعن المجتمع الحقيقي، لأن العقود التي تبرم عبر الشبكات الإلكترونية تتم عن طريق مستخدمون في الواقع أشخاص حقيقيون لهم موطن ومقر حقيقي، ويقومون بدفع التزامات مالية من خلال حسابات حقيقية لدى بنوك لها مواقع مكانية معروفة، كما أن الوسائل الفنية للاتصالات

[1] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 197-198.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 60-61.

تتمركز في إقليم دولة وفي أماكن جغرافية محددة، وبالتالي يمكن أن تخضع العمليات التي تتم عبر الشبكات الرقمية لقوانين تلك الأماكن والأقاليم، أي لقوانين حقيقية ملموسة وليست افتراضية، وذلك حسب ما تحدده قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص[1].

تميز هذه القواعد بالطبيعة الاختيارية، مما يعطي للأفراد الحق في اختيار بعض النصوص وتجنب البعض الآخر، أي الاختيار يكون وفقا لما يتفق مع مصالح الأطراف المشتركة، كأن يتم الاتفاق بين الأطراف على الأخذ بالقواعد الفنية التي تنظم عملية تبادل الرسائل دون غيرها من القواعد التي تختص بتنظيم الجوانب الموضوعية المتعلقة بالتزامات كل طرف، تهربا من مسائل تفرض على الأطراف وتلزم إتباعها[2]، كما يعتبرها البعض أنها مجرد شروط تعاقدية وليست قواعد قانونية باعتبار أنها لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية، فهي تستمد سلطانها من اندماجها في العقد[3].

**1/ عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي**

وضعت أو سنت قواعد القانون الموضوعي الإلكتروني على أساس اتفاق اختياري بين المتعاملين في هذا المجال، أي كانت تلقائية تتكون من سلوك الأشخاص الاعتيادية ومتشكلة من قواعد عرفية وعادات اختيارية، ولا يتوفر فيها عنصر الاعتقاد بالإلزام الذي يعتبر ضروريا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام، فمن الصعب في عالم التجارة الإلكترونية أن يقوم الأطراف بفرض الجزاء على الآخر، فتغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة في ظل تزايد المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 204

[2] المرجع نفسه، ص 136-137

[3] المرجع نفسه، ص 64.

الشبكة كوسيلة لعرض منتجاتها أو إبرام عقود تجارية أو خدماتية والتي لا تبالي إلا بمصالحها الذاتية[1].

**2/ نقص وقصور قواعد القانون الموضوعي:**

يظهر هذا خاصة في حداثة القانون، باعتبار أنه قانون مازال في بداياته الأولى وهو في طور التكوين، لأن أي قانون يصعب شموله على جميع القواعد القانونية[2].

وبمفهوم آخر فالتنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية يحتاج قبل إصداره دراسة أبعاده وانعكاساته القانونية، خاصة فيما يتعلق بشروط تكوين العقد واثبات المحررات الإلكترونية، بالإضافة إلى حماية حقوق وحريات الأطراف وفقا لما يسمى بالقواعد القانونية القائمة.

يتجه هذا القانون في بادئ الأمر إلى الكشف عن الصعوبات والعقبات والمخاطر التي سوف يواجهها التبادل الإلكتروني للمعلومات في الأوساط التجارية على الصعيد القانوني، كما تحتاج الشبكة إلى تأمينها من محاولات اختراقها وتخريب مقوماتها أو اتخاذها كوسيلة لسلب الحقوق المكتسبة للأطراف والاعتداء على الحريات، وهي المقومات التي من المفروض إدخالها في التنظيم القانوني للقانون الموضوعي لبث الثقة فيها وتؤكد نفاذها عند اللزوم[3].

يفرض على القانون الموضوعي تغطية الفراغ الذي يثيره التعامل على الشبكة الدولية للمعلومات، وذلك بالرجوع إلى النظم الوضعية في الدول المختلفة، خاصة

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 64-65

[2] محمد بلاق، **قواعد التنازع 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 17.

[3] أحمد شرف الدين، **الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها في العقود والاتفاقات التجارة الدولية**، منشورات المنظمة العربية، مصر، 2008،ص 155

بالنسبة إلى المخاطر التي تظهر في معاملة الطرف الضعيف، ففي أغلب الأحيان تفرض قواعد قانونية من الطرف الأقوى اقتصاديا لتفادي استبعاد القاضي أو المحكم لهذا القانون وبالتالي الاعتماد على قناعته الشخصية.

**الفرع الثاني: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل**

أكد أنصار المجتمع الافتراضي على وجود قواعد تشكل نظاما قانونيا قائما، والمتمثلة في تماسك وتجانس المجتمع المنظم لمجالات التجارة الإلكترونية، وذلك عن طريق هيئات تسهر على تقنين قواعد السلوك، وحمايتها تحت طائلة فرض جزاءات صارمة عند مخالفتها، لكن يتساءل الكثير عن حقيقة هذه القواعد ومدى كفايتها لسد الثغرات القانونية وإعطاء حلول لمشاكل التجارة الإلكترونية، وهذا في ظل حجم المعاملات التي تتم في مجالها[1].

**1/ الاتفاقات الدولية وحاجة التجارة الإلكتروني:**

تعمل بعض الاتفاقات على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلا للتنظيم بين الدول المتعاقدة، منها اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، اتفاقية روما لعام 1980بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، اتفاقية مكسيكو لعام1994 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع.

ظهرت اتفاقات تعمل على توحيد القواعد المادية الداخلية، من خلال نص موحد لمجموعة قوانين داخلية، وهذا ما يتنافى مع متطلبات القواعد المادية الإلكترونية التي تعتبر قواعد مستقلة عن القوانين الوطنية، كما نجد اتفاقات تهتم بوضع تنظيم مباشر

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 116.

لعقود التجارة الدولية، والتي تطبق بصفة مباشرة على أحد جوانب علاقات التجارة الدولية، وهي الفكرة التي تعتمد عليها القواعد المادية للتجارة الإلكترونية[1] .

ظهرت هذه الاتفاقات بعيدا عن الواقع الذي فرضته الإنترنت، ولم توضع في الأصل لتحيط بالمناخ المعلوماتي الدولي لمفهوم الشبكات ، بالإضافة إلى أن إعدادها يتطلب مدة طويلة، ويصعب جمع عدد كبير من الدول لتحقيق المعاهدة والحصول على موافقتها على الحلول المقترحة، وما يبرر هذا هو الاختلاف والتباين بين الأنظمة القانونية للدول، أو من حيث إلزامها لقواعد شكلية مثل الكتابة والتوقيع على الورق بشكله التقليدي، دون أن تقبل التطبيق على الدعامات الإلكترونية، مما يفرض حتمية تعديله وتحديث المبادئ الأساسية لقيامها قصد تطبيقها على المعاملات الإلكترونية[2].

**2/ الاستعانة بالقوانين النموذجية:**

تعد القوانين النموذجية مفتوحة المجال، تاركة المهمة التنظيمية للدول لاستكمال التفاصيل الإجرائية، باعتبار أن مهمتها يقتصر على وضع الإطار أو الهيكل العام من القواعد الضرورية للتطبيق، مما يجعلها تمتاز بالقصور في الرد على بعض الإشكالات التي تبقى عالقة في مجال التجارة الإلكترونية، فالقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية، وبالرغم من توسع نطاقه[3].

**3/ مساهمة تقنيات السلوك:**

تعمل هذه التقنيات على إنشاء قواعد سلوك دون أن تضفي عليها قوة الإلزام، التي تتميز بها المعاهدات أو القوانين المحددة للالتزامات الأدبية المتعلقة بالعلاقات

[1] أحمد شرف الدين، مرجع سابق،ص 156.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 220-221

[3] المرجع نفسه، ص 223.

الاقتصادية العابرة للحدود، كما نجد أن هذه التقنيات وضعت لمتطلبات محددة، وتختلف من فئة إلى أخرى ، منها تقنية السلوك الموحد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونية، والتي أعدتها غرفة التجارة الدولية لعام 1996 ،والتقنيات التي وضعها المؤتمر الدولي للجنة البحرية الدولية بخصوص سندات الشحن الإلكترونية، وخطابات النقل البحري، هذا ما يؤكد محدودية تقنيات السلوك.

**4/ استخدام مصطلح العرف في مجال التجارة الإلكترونية:**

يعتبر العرف سلوك يتواتر الأشخاص على إتباعه، مما يجعلهم يشعرون بضرورة إتباعه وملزم لهم قانونا، فيكفي أن يكون صادرا بالإجماع وأن يسود بشكل ظاهر لدى الأغلبية، لكن تحديد وإثبات هذه العادات في مجال التجارة الإلكترونية يبقى صعب المنال، كما يصعب التحقق من تكرار هذا السلوك أو ذاك، وذلك نظرا للتطور السريع الذي تشهده الحياة الدولية عبر الشبكات الإلكترونية، والتطور السريع للقواعد التي تحكم تلك المعاملات، والذي يقابله البطء في القواعد العرفية التي تحتاج إلى الوقت لقيامها وقبولها من طرف الأشخاص[1].

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 51.

# الفصل الثاني:

# إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

## تمهيد:

سنتطرق في هذا الفصل إلى إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية و هذا من خلال التطرق لصعوبات تطبيق قواعد الإسناد و بالتالي وضع الحلول المقترحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية.

## المبحث الأول: صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الالكترونية

لقد اتفقت أغلب التشريعات على إتباع منهجية محددة في حل إشكالية التنازع بين القوانين على حكم العقود المشتملة على عنصر أجنبي (العقود الدولية)، تتمثل في وضع قواعد فنية تعرف 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 كمعيار أساسي لإسناد العقد الدولي بينهما للقانون المختار من طرفهما وإلا يتدخل المشرع لوضع تلك المعايير في حالة غياب إرادتهما.

### المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من قبل المتعاقدين

يظهر من تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الإلكترونية تعارض مع الخصوصية التي تنفرد بها مثل هذا النوع من العقود التي تتم عبر فضاء غير ملموس، والذي يتم فيه إبرام العقود وتنفيذها بنفس الطريقة أحيانا، وهو ما يتنافى مع التركيز المكاني الذي تنص عليه قواعد الإسناد وجودا وعدما ، وذلك لأن التعامل من خلال التجارة الإلكترونية يتم بين نظم ومواقع إلكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها[1]، مما يصعب معه تحديد مكان إبرام العقد، تنفيذه وموطن وجنسية الأطراف.

#### الفرع الأول: صعوبة التركيز أو التوطين المكاني:

تتم عقود التجارة الإلكترونية بوسائل مختلفة منها الإنترنت، لا تشكل مكانا محددا يمكن الاستناد عليه، كونه عبارة عن فضاء مستقل بذاته، كما أن العقد قد يبرم بصفة عارضة لا تكفي لوجود رابطة قانونية بين العقد وقانون مكان إبرامه[2].

[1] فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 69

[2] V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef, droit du commerce électronique et normes applicables, l'émergence de la lex electronica, revue droit des affaires international, n 05, 1997, p 559

يثير المكان صعوبة عملية تتمثل في تجاوز شبكة الإنترنت كل حدود الدول، وهي في الوقت ذاته مفتوحة للاستخدام للكافة دون ارتباط بأي مكان، فليس هناك حدود تحول دون استخدام الشبكة، بين مقدمي الخدمة أو المستفيدين، ويبدوا عنصر المكان غائبا فعليا على الشبكة، فقد يكون مقر إدارة الشبكة في مكان ومقدم خدمة الإنترنت في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان ثالث، في حين يتوطن المشتري في بلد رابع، ويتم تنفيذ العقد في دول مختلفة، وهذه الصعوبة تظهر كلما ارتبط الإسناد بضابط مكاني.

تظهر أيضا الصعوبة عند اعتماد المتعاقد لجهازه الخاص وهو في رحلة عابرة في إحدى وسائل النقل، أو أن يستغل جهاز ملك للغير من مقاهي الإنترنت ، فحتى ولم تم تحديد القانون الذي يحكم العقد، إلا أن هناك اختلاف حول المكان الذي يعتد به كمحل لإبرام العقد، من مكان المستضيف للموقع، مكان إقامة البائع أو مكان إقامة المشتري، وهذا ما يؤكد صعوبة تحقيق إسناد الرابطة العقدية لقانون بلد الإبرام لعدم توافر الرابطة الحقيقية والجادة بين العقد وقانون محل إبرامه [1].

حيث أنه تبرم عقود التجارة الإلكترونية وتنفذ في أماكن مختلفة، مما يجعله خاضع لقوانين مختلفة ويثير إشكالية الانسجام بين هذه القوانين، فإن كان التسليم مثلا يتم بطريقة مادية فإن الدفع قد يتم بطريقة إلكترونية عبر الإنترنت، الأمر الذي يجعل من التجارة الإلكترونية فضاء من نوع خاص.

**الفرع الثاني: صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة**

تتميز العناوين الإلكترونية بأنها لا تبين العنوان الحقيقي للمتعاقد وأماكن تواجده لحظة إبرام العقد، باعتبار أنها لم توضع أصلا لتحديد موطن معين أو مكان جغرافي

[1] عادل أبو هشيمة، محمود حوتة، مرجع السابق، ص 93

محدد، فهي تتسم بعدم التوطن، مما يصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي، فالمتعاقد مثلا يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم الأعمال غير المشروعة وذلك للتهرب عن مسؤولياته[1]

يغلب على الموطن عدم التركيز باعتبار أن العناوين الإلكترونية للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة، فتركيز الأداء على أساس الموطن المشترك لا يكون فعالا، لأن المشترك قد يكون مرتبطا من خلال حاسب يقع خارج موطنه المعتاد ، ونجد أن إسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة في عقود التجارة الإلكترونية، يصعب تطبيقه لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق وفقا لهذا الأساس والعقد، وحتى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في عقود المعاملات الدولية، ولا تصلح وحدها لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود[2] .

**الفرع الثالث: عدم اعتراف العالم الافتراضي للحدود السياسية**

ظهرت الحدود السياسية المستقرة في فقه القانون الدولي الخاص أصلا لوضع حد لتنازع القوانين بين الدول المختلفة، والتي ليس لها وجود في التعامل مع شبكة المعلومات الدولية، فأضحى المكان والإقليم الجغرافي متجاهلا من طرف هذه الشبكة، وتعتبره عدوا لها، ومن ثمة فلا قيمة له في مواجهتها، فالعمليات التي تتم على مستوى هذه الشبكة لا تأبه لا بمكان تواجد الأطراف ولا بالدول التي تعبرها، وهذا ما يؤكد أن القواعد والأحكام التي تسري وفقا للقانون الدولي الخاص أضحت قواعد وأحكام غير ذات المفعول ويتعذر إعمالها[3].

[1] إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص 145

[2] عادل أبو هشيمه محمود حوتة، المرجع السابق، 95

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 38-39

## المطلب الثاني:الصعوبات المرتبطة بتطبيق ضوابط الاختصاص على نزاعات التجارة الدولية

يعد الأساس الإقليمي للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية من بين الإشكالات المطروحة على صعيد التجارة الإلكترونية، ومن هنا تطرح إشكالية تطبيق هذا الأساس على منازعات التجارة الإلكترونية التي لا تقبل القنوات التي يجري من خلالها المعاملة بتركيزها ماديا ومكانيا، إلا على سبيل الافتراض أي اعتبار مكان معين من أماكن عديدة الذي ترتبط به المعاملة أو العلاقة برابطة مادية.

### الفرع الأول: صعوبة تحديد مكان إبرام العقد

ظهر أكثر هذه الصعوبة عند غياب الاختيار الصريح لقانون العقد من الأطراف وعدم القدرة على كشف نية طرفي العقد الضمنية، فنجد أن في أغلب القوانين يكون القاضي في اجتهاد مستمر للكشف عن القانون المطبق على العقد، لما له من خصوصيات هامة في تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع.

يجب أن يكون تركيز العقد على إحدى القواعد القانونية، متناسب مع العقد بشكل تام، فيمكن أن تكون قواعد تتناسب جزئيا وتتعارض مع أخرى، لذا فمن المستلزم البحث عن الارتباط الكافي للقانون والعقد، وهذا لا يعتبر من السهولة في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، فموطن إبرام العقد من الصعب تحديده باعتبار أن الشبكات الإلكترونية تتميز بالعالمية وانفتاحها على العديد من الدول، مما يصعب تحديد الموطن الصحيح أو التام.

يبقى هذا الضابط يواجه عدة صعوبات في مجال عقود التجارة الإلكترونية، خاصة تلك التي تواجه المدعي عند رفع دعواه، مثل صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه ومكان تواجده.

و ترجع صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل، لأنها وببساطة تتم عبر فضاء إلكتروني، وهذا ما يثير التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم مكان تسجيل موقع الويب.

حرصت البروتوكولات واتفاقيات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين أنظمة المعلومات المختلفة، عادة، على تسجيل اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات إلى أخر، أو اللحظة التي يتم فيها تسلمها، أو قراءتها من قبل المرسل إليه، إلا أن المشكلة تكمن في عدم تحديد هذه الاتفاقيات المكان الجغرافي لشبكات الاتصال[1].

و يعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني وتنفيذه، إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن أعمال، أي الأكثر صلة بموضوع العقد، لكن يبقى أن استخدام الموجب – وهو التاجر في الغالب– اسم النطاق، أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلد معين، لا يمكن أن يكون قرينة على أن مكان عمله متواجد في ذلك البلد[2].

**الفرع الثاني: صعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد**

يتمثل مكان تنفيذ العقد في أحد الضوابط المعتمدة من طرف القاضي عندما يبحث عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، فعن مكان تنفيذ العقد يتوصل إلى تحديد القضاء المختص بحكم النزاع، حيث أقرت المادة 1/05 من اتفاقية بروكسل المبرمة في 27 ديسمبر 1968 على حق المدعي في رفع دعواه أمام محكمة محل إقامته المعتادة، إذا

[1] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 184.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع نفسه ، ص ص 185.

تلاقى مع محل إقامة المدعى عليه، متى كان مكان تسليم الأشياء أو تقديم الخدمات أو مكان تنفيذ الالتزام الأساسي للصفقة يقع في دائرة اختصاصه[1].

يعمل في الأصل بتحديد مكان تنفيذ العقد في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ولا تثير أية مشكلة مادام التنفيذ سيتم ماديا في مكان محدد في العقد مسبقا من طرف المتعاقدين، أي أنه يتم خارج الخط، ويمكن كذلك القول باختصاص محاكم دولة تنفيذ العقد باعتبار أن من بين إجراءات التنفيذ السداد بواسطة بطاقة الائتمان، وتقديم الاستشارة القانونية أو المحاسبية في شأن العقد، وذلك عبر شبكة الأنترنت، والمستفيد في هذه العقود يمكن لمحاكم دولته أن تختص بالنزاع الناشئ عن هذا العقد.

**المطلب الثالث: الصعوبات المتعلقة بالقانون المختار من قبل المشرع:**

تستمد الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من قبل المشرع وجودها من حيث صعوبة الاعتماد على ضوابط الإسناد الجامدة، و أيضا بضابط الإسناد المرن.

**الفرع الأول: الصعوبات المرتبطة بضوابط الإسناد الجامدة**

قد تستمد الضوابط الجامدة وجودها من ظروف المكان المرتبطة بالعقد أو بأطرافه، كما كان إبرام العقد، أو الموطن المشترك لأطرافه كما قد تستمد من احد مميزات الشخصية لأطراف العقد كالجنسية المشتركة[2].

وتظهر أهمية الضابط الشخصي في مجال العقود التجارية الدولية التقليدية في حالة وحيدة فقط، و هي اتحاد المتعاقدين في الجنسية، وهو احتمال لا يتحقق كثيرا،

[1] صالح المنزلاوي المرجع السابق، ص 370

[2] يوسفي نور الدين، بروك إلياس، **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية**، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مجلد 01، عدد 13، جوان 2018، ص 245.

خصوصا في مجال العقود التجارية و عقود المعاملات المالية ذات الطابع الدولي[1] ، و إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للعقود التقليدية، فمن باب الأولى أن الاعتماد عليه في مجال العود الالكترونية لا يحل المشكلة، و ذلك لضعف الصلة بين القانون المختص وفقا لهذا الأساس و العقد، كما أن الاعتماد بجنسية المتعاقدين يتطلب التحقق من هوية الأطراف و تحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، و هذا أمر يصعب تحقيقه في التجارة الالكترونية[2].

**الفرع الثاني: الصعوبات المرتبطة بضابط الإسناد المرن**

نتيجة الانتقادات الموجهة لضوابط الإسناد الجامدة و المتمثلة أساسا في إمكانية تغييرها من طرف متعاقدين للتهرب من القانون الأصلي الواجب التطبيق، كما أنها لم تراعي طبيعة بعض العقود، كعقود نقل التكنولوجيا و طرفي طبيعة العقد من حيث الخبرة الفنية والقوة الاقتصادية[3].

**1/ صعوبة التركيز الموضوعي طبقا للمكان الأكثر صلة بالعقد**

يقوم هذا المذهب التشريعي على فكرة ربط العقد بالمكان الأكثر اتصالا به، انطلاقا من فرضية أن إرادة أطراف العقد الضمنية لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، و إنما تركز 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[4].

[1] محمد بلاق، مرجع سابق، ص 54.

[2] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 333.

[3] عيد عبد الحفيظ، **طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 68.

[4] عيد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 69.

ويتم اختيار المكان الأكثر صلة بالعقد لتركيز العقد فيه، إما من طرف المشرع باعتماد ضابط إسناد واحد يصلح لتطبيق على كل العقود الدولية وهو محل إبرام العقد أو تخصيص ضابط إسناد لكل طائفة معينة من العقود الدولية، أو أن تترك مسألة التركيز الموضوعي للقاضي الذي يقوم بالبحث في كل حالة على حدة عن القانون الأكثر ارتباطا بالعقد وفقا لظروف وملابسات التعاقد لتركيزه في مكان معين.

و رغم 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 فعلا ذات صلة حقيقية بالعقد لكنها لا تعبر دائما عن مركز ثقل العلاقة العقدية، أما في مجال العقود الالكترونية فتكمن صعوبة تطبيق هذا المنهج أنه في الأخير يؤدي إلى تركيز العقد على أساس روابط مكانية ثابتة، وهو ما لا يتوفر بالنسبة للعقود الالكترونية التي تتم في بيئة افتراضية.

**2/ صعوبة التركيز الموضوعي طبقا لفكرة الأداء المميز**

أمام الانتقادات الموجهة لمنهج التركيز الموضوعي المستوحى من ظروف العقد وملابساته، 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 اتصالا بالعلاقة العقدية من خلال قيام القاضي بتحليل العقد نفسه، و البحث عن الالتزام أو الأداء المتميز فيه، ومن ثم يقوم بتركيزه من خلال ذلك الأداء المميز في المكان الذي يحقق فيه وظيفته الاقتصادية والاجتماعية، و أخيرا يقوم القاضي بربط العقد بقانون الدولة التي يقع فيها مكان الإقامة المعتادة للمدين بالأداء المميز وقت إبرام العقد، والذي يتم تحديده حسب الحالة وفقا لطبيعة العقد أو مهنة أطرافه[1].

[1] عبد السلام علي الفضل، نعيم العتوم، **منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي**، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون ، مجلد 46، العدد 01، 2019، ص 532.

ومن التشريعات الوطنية التي أخذت بمبدأ الأداء المتميز نجد القانون الدولي الخاص السويسري، كما أخذت به اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي تحولت إلى تشريع عام لدول الاتحاد الأوروبي لسنة 2008، كما أخذ به كل من التشريع التونسي والموريتاني[1].

ورغم المزايا التي يتمتع بها ضابط الأداء المتميز في تحديد قانون العقد الدولي التقليدي، باعتباره يستجيب لاعتبارات العدالة ويراعي طبيعة العقود ويوفر الأمن القانوني لأطرافها لأنه ينسجم مع توقعاتهم، إلا أن من بين ما يؤخذ عليه هو صعوبة تعيين الأداء المميز في العقود المركبة التي تكون للالتزامات الناتجة عنها نفس الأهمية بحيث يمكن اعتبار أي منها أداءا متميزا.

وحتى لو سلمت نظرية الأداء المميز لتلك العيوب فإننا لا نستطيع تطبيقها في مجال عقود التجارة الالكترونية الدولية، لأن القاضي لا يستطيع تحديد الأداء المميز بالاعتماد على محل إقامة المدين به، أو مكان تنفيذ العقد، خاصة وأن هذا الأخير يبرم وينفذ عبر شبكة الانترنت، حيث لا يوجد إقليم معين يتم فيه تنفيذ العقد بسبب البيئة غير المادية التي ينفذ من خلالها، وبالتالي فليس ثمة نقاط ارتباط محددة بين العقد وبين مكان معين[2].

[1] المرجع نفسه، ص 533

[2] صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 216.

## المبحث الثاني: الحلول المقترحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

نظرا للدور الفعال الذي يمكن أن تقوم به قواعد الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية الدولية من التصدي للمشكلات التي تثيرها هذه العقود، وفي ظل غياب قواعد مادية ونظام قانوني متكامل للتجارة الالكترونية ، فقد نادى جانب من الفقه بضرورة تكييف قواعد إسناد التقليدية مع مقتضيات التجارة الالكترونية لتجاوز مختلف الصعوبات.

### المطلب الأول: محاولة تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع واقع التجارة الالكترونية

اتجه فقه القانون الدولي الخاص إلى إسناد الرابطة العقدية بمقتضى ضوابط احتياطية ومعينة مسبقا، لتحديد القانون الواجب التطبيق على عند سكوت الأطراف على تحديده، وتعذر على القاضي الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، فهناك من يسميها أيضا ضوابط الاختيار القضائي، أي على القاضي أن يجتهد للوصول إلى القانون الواجب التطبيق على العقد، وذلك من خلال البحث عن القانون المرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد.

يقصد بضابط الإسناد، البحث عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية وفقا لما يراه المشرع أو القاضي، مثل قانون بلد إبرام العقد أو بلد تنفيذ العقد، قانون الجنسية المشتركة للأطراف، بالإضافة إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع، لنعرج في الفرع الثاني إلى تطبيق هذه الضوابط لإيجاد القانون الواجب التطبيق لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية وما هي الإشكالات التي تنجر عن تطبيقها نظرا لخصوصية مثل هذه العقود، لنقترح في الأخير بعض الحلول التي تسمح لنا بتطبيق هذه الضوابط على نزاعات عقود التجارة الإلكترونية.

**الفرع الأول: قانون محل تكوين العقد:**

يؤخذ بهذا المعيار على أساس أنه أول مكان تتجسد فيه الإرادات، كما يمكن للأطراف الاطلاع والتعرف عليه بكل سهولة، ومن ثم يكفل لهم الثقة والأمان القانوني[1] ويصون لهم توقعاتهم، فضلا عن أنه يؤدي إلى وحدة القانون الواجب التطبيق ، بالإضافة إلى أنه يكفل للمتعاقدين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره من القوانين الأخرى، وإسناد الرابطة العقدية إلى محل إبرام العقد يعبر عن وجود [2]صلة حقيقية وجادة بين القانون والعقد ، وهذا الحل يجد مبرره في النظرية العامة للعقود، وتطبيقه يستلزم توافر عناصر الرضا والعلم بنصوص هذا القانون المختار.

منحت أحكام القضاء – الفرنسي مثلا – أهمية خاصة لقانون محل إبرام العقد، وذلك في الحالة التي يكون فيها مكان الإبرام هو نفسه مكان تنفيذ العقد، حيث يخضع تكوين وصحة العقد لقانون مكان انعقاده ، وإذا كان إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد يعد أمرا ملائما للعقود التجارية التي تبرم بين التجار في الأسواق المختلفة، إلا أنه يعد أمرا من الصعوبة بمكان تطبيقه على المعاملات التي يتم إبرامها من خلال الوسائل الإلكترونية وذلك لصعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، وهذا ما سنتطرق إليه [3]بالتفصيل لاحقا ، لتبقى مسألة الأولوية في تطبيق هذا المؤشر تختلف فيه أغلب التشريعات، فمنها من تمنح لقانون بلد التنفيذ أكثر أهمية.

[1] بولين أنطونيوس أيوب، المرجع السابق، ص 52.

[2] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 69.

[3] المرجع نفسه، ص 69.

**الفرع الثاني: قانون محل تنفيذ العقد**

يظهر أن إسناد العلاقة التعاقدية إلى قانون دولة التنفيذ يقوم على أساس أن مصالح المتعاقدين تتركز في هذه الدولة ، وهو قانون الدولة التي يتم حصول كل طرف على حقوقه[1]، كما أن هذا الضابط يرتبط أكثر بموضوع العقد عن محل ميلاده، كما يذهب البعض إلى التأكيد على محل التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية، ويسمح بتطبيق قانون البلد التي يتأثر اقتصادها بالعقد، وباعتباره القانون الأوثق صلة بالعقد والمكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، ففي هذا المكان سيجني الأطراف ثمار تعاقدهم وتنعقد فيه مسؤولياتهم عن عدم تنفيذ التزاماتهم[2].

**الفرع الثالث: قانون الجنسية المشتركة و الموطن المشترك**

**1/ قانون الجنسية المشتركة**

جعلت غالبية القوانين الوطنية من الجنسية المشتركة للأطراف إذا اتحدت كضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وهذا عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون صراحة أو ضمنا، لكن الاختلاف يكمن في منح الأفضلية لقانون الجنسية المشتركة عن باقي الضوابط، فمنحها القانون الايطالي الموقع الأول وفضلها على قانون دولة محل إبرام العقد، ونفس الأفضلية منها له القانون المدني الاسباني قبل قانون الموطن المشترك[3].

[1] إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص 164

[2] المرجع نفسه، ص 168

[3] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 143.

**2/ قانون الموطن المشترك**

يعتمد في تحديد الموطن على الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، ولهذا يعرفه الفقه بأنه المكان الذي يستقر فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله أو مصالحه ، فتحديد الموطن مرتبط بمكان حقيقي وتطبيق هذه الفكرة يعني بالضرورة الوصول إلى الموطن الحقيقي للمتعاقدين، أي المكان الذي اتخذه كل منهما حقيقة لإدارة مصالحه ولقد منحت التشريعات الوطنية الأفضلية لهذا المعيار، باعتباره قانونا يعد قرينة كبرى بعلم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من القوانين، وذلك لسبب اعتيادهم على تنظيم سلوكهم وفقا لأحكامه، وبالتالي يكون في استطاعتهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة لهم.

استبعدت اتفاقية فيينا هذا المعيار، باعتبارها تشترط اختلاف موطن الأطراف فتنص المادة الثانية على أن " تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تكون هذه الدول دولا متعاقدة، أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة"[1] ، وتحديد الموطن له أهمية خاصة في العقود التي تبرم مع المستهلكين

**المطلب الثاني: الحلول المقترحة لمشكلات ضوابط الإسناد الاحتياطية**

يعتبر الموطن 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 الالكتروني.

[1] بشار طلال أحمد مومني، **مشكلات التعاقد عبر الإنترنت**، دراسة مقارنة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، 2003 ،ص 253

**الفرع الأول: الحلول المقترحة لتحديد مكان إبرام العقد الالكتروني**

تكمن صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال البيانات والرسائل الالكترونية (مكان تطابق بين الإيجاب والقبول) في طبيعة العالم غير المنظور الذي تبرم فيه العقود الالكترونية حيث تبرم في فضاء الكتروني لا يعير اهتماما لاعتبارات المكان، ومن ثم فإن هذا المكان يتحدد بمعيار آخر غير معهود في التعاقد العادي[1].

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

و إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن أعمال، فقد يكون له مثلا مقر رئيسي و آخر فرعي، فإن القانون النموذجي للتجارة الالكترونية اعتد بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة الالكترونية 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[2].

[1] مهند عزمي أبو مغلي و منصور عبد السلام الصرايرة، **القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي**، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 41، العدد 02، 2014، ص 237.

[2] المرجع نفسه، ص 238-239.

لكن ما يبدو أن حتى هذين المعيارين تواجههما بعض الصعوبات الواقعية، لأنه بمجرد استخدام الموجب لاسم موقع أو عنوان بريد الكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الالكتروني لدى بلد معين، لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد ، ذلك أن اسم الدومين أو العنوان البريد الالكتروني لا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر العمل لأحد 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[1].

لكن يبقى معيار مقر عمل المرسل إليه على ما تعترض تحديده من صعوبات واقعية كما رأينا، هو المعيار الذي يتفق مع متطلبات التجارة الالكترونية، باعتبار أن اغلب العقود التي تبرم عبر الانترنت تتم بين طرفين، أحدهما مورد يتخذ في الغالي صورة الشركات تجارية ضخمة، والثاني مستهلك (طرف ضعيف) يحتاج حماية خاصة، فيأتي هذا المعيار لحمايته من خلال السماح له برفع الدعوى أمام محاكم دولية التي يقيم فيها، كما أن المعيار لا يحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها، باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الالكتروني، الذي يعتبر مكان إبرامه مكان إقامة المرسل إليه الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية[2].

[1] مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 134.

[2] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 199-200.

**الفرع الثاني: الحلول المقترحة لتحديد مكان تنفيذ العقد الالكتروني**

لم تتضمن النصوص الوطنية للدول والاتفاقيات الأوروبية حلولا واضحة لمشكلة مكان التنفيذ الحقيقي للعقود التي تبرم الكترونيا، كالتوجيه الأوروبي رقم 44-2001 الصادر في 22 ديسمبر 2000 المتعلق بالاختصاص وبتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري والذي حل محل اتفاقية بروكسل في أول مارس 2002 لتتوافق مع التجارة الالكترونية، حيث لم تتضمن أي تفسيرات يمكن عن طريقها تحديد مكان تنفيذ الالتزام الحقيقي.

ونظرا لتلك الصعوبات حاول البعض إيجاد حل لتلك المشكلة بالقياس على بيع البضائع، واعتبروا أن مكان التنفيذ هو مكان التنفيذ هو مكان تسلم الأشياء أو الخدمات، ويبدو أن هذا القياس لا يطرح إشكالا بالنسبة لتسلم الأشياء المادية حيث أن محل العقد الالكتروني هنا هو سلعة أو منتوج مادي ملموس.

و يمكن أن يتم التعاقد بشأنه الكترونيا، لكن لا يمكن تصور إمكانية تسليمه عن طريق الانترنت مباشرة، حيث يتم التسليم في البيئة المادية خارج المواقع الالكترونية، إذ أصبح من المتعارف عليه اليوم، إذ يتفق المتعاقدان على مكان آخر، أن يكون التسليم في مكان المشتري لا سيما في حالات التعاقد عن بعد، والتي منها مثلا الشراء عبر الانترنت، إذ لا يعقل أن يشتري شخص ما إحدى السلع المعلن عنها عبر شبكة الانترنت، ويذهب بعد ذلك بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها، وإن كان ممكنا فهو ليس بالغالب الأعم[1].

[1] مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 57.

# الخاتمة

# الخاتمة

تعد العقود الإلكترونية أحد استحقاقات مرحلة التطور التكنولوجي رفيع المستوى الذي بلغه العالم في الوقت الحاضر، والذي تزامن معه تطور في العلاقات المختلفة بين الأفراد عبر الدول، ومن بينها علاقاتهم الاقتصادية والتجارية.

وقد عملت الدول المختلفة على إيجاد قواعد قانونية خاصة تحكم تلك العلاقات، نظرا للاختلاف الجوهري والطبيعة الخاصة التي تتسم بها، و من خلال ما سبق نستنتج ما يلي:

- العقود التجارية الالكترونية الدولية تبرم بوسائل الكترونية أي أن الإيجاب والقبول فيها يتم تطابقهما من خلال الشبكة الدولية للاتصالات المعروفة بالإنترنت.
- العقود التجارية الإلكترونية لا يمكن إخضاع انعقادها للقواعد العامة في القوانين ذلك أنها وإن كانت تعاقد بين غائبين لعدم وجود المتعاقدين في مجلس واحد، فإن تطبيق قاعدة مكان انعقاد العقد بين غائبين غير ممكنة والتي تقضي باعتبار العقد منعقدا في مكان صدور القبول، فمؤدى ذلك هو عدم وجود قانون يسود ذلك المكان؛ لأنه مكان افتراضي وهو الإنترنت.
- لا يعدُّ المكان الذي يتواجد فيه المتعاقد الذي صدر منه القبول الكترونيا هو مكان إبرام العقد، وإنما مقر عمله، فإن لم يوجد فمكان إقامته، وعلة ذلك انعدام الصلة بين ذلك المكان الذي قد يتواجد فيه المتعاقد بصورة عرضية وموضوع العقد التجاري الإلكتروني.

- إن القانون الموضوعي الذي يهدف إلى تقديم حلول مادية مباشرة لمشكلة تنازع القوانين دون المرور عبر قواعد الإسناد التقليدية مازال في بداياته الأولى وهو في طور التشكيل والتطوير، حيث ما زالت هذه القواعد في شكل عادات وأعراف بين المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية وبالتالي فهي تفتقر لصفة الإلزام القانوني و هي بالتالي لا تتضمن حلولا كافية للمشكلات.

# قائمة المصادر والمراجع

# قائمة المصادر والمراجع

**أولا: باللغة العربية**

**القواميس**

1) **المنجد في اللغة والأدب والعلوم**، الطبعة التاسعة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1966.

**الكتب**

1) **أحمد خالد العجلوني**، للتعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة المقارنة، المكتبة القانونية الطبعة الأولى، الأردن، 2002

2) أحمد شرف الدين، **الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها في العقود والاتفاقات التجارة الدولية**، منشورات المنظمة العربية، مصر، 2008

3) أحمد عبد الكريم سلامة، **الوسيط في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ط1، 1998

4) أسامة أبو الحسن مجاهد ، **التعاقد عبر الانترنت** ، دار الكتب القانونية مصر ، 2005م،

5) **أسامة عبد السميع الأردن** ، العقد الإلكتروني ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ،2005م،

6) براهيم أحمد سعيد زمزمي، **القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الدولية**، دار النهضة العربية، مصر، 2009

7) برهان سمير، **العقد في التجارة الدولية الالكترونية**، ندوة إدارة عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية، القاهرة، 2006

8) بشار طلال أحمد مومني، **مشكلات التعاقد عبر الإنترنت**، دراسة مقارنة، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، 2003

9) **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام عقد الإلكتروني، "دراسة المقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى ، الإسكندرية، 2007

10) **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار المقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ، لسنة 2006

11) صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006

12) طالب حسن موسى، **الموجز في قانون التجارة الدولية**، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997

13) عبد الله نوار شعث، **العقد الالكتروني في إطار التشريعات العربية**، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017

14) عدنان التركماني، **ضوابط العقد في الفقه الإسلامي**، دار الشروق، جدة،1984م

15) **علي فيلالي**، الانترنت النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997

16) **محمد حسن قاسم**، التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة إلى القانون الأوروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2005

17) **محمد حسين منصور**، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، لسنة2006

18) **محمد حسين منصور**، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2005

19) نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، لسنة 2005

**المذكرات**

1) طمين سهيلة، **الشكلية في عقود التجارة الالكترونية** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير القانون فرع القانون الدولي للأعمال ، كلية الحقوق مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011م

2) عادل أبو هشيمة محمود حوتة، **عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، 2003

3) عيد عبد الحفيظ، **طرق تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017

4) لما عبد الله صادق، **مجلس العقد الالكتروني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008

5) محمد بلاق، **قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية**، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، 2010-2011

**المجلات**

1) حمودي ناصر، **نزاعات العقود الالكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الالكتروني كبديل**، مجلة معارف، مجلة علمية محكمة، العدد الخامس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2008

2) حوالف عبد الصمد، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية**، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد دراية بأدرار، الجزائر، مجلد 13، العدد 32، ديسمبر 2014،

3) عبد السلام علي الفضل، نعيم العتوم، **منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي**، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون ، مجلد 46، العدد 01، 2019

4) مهند عزمي أبو مغلي و منصور عبد السلام الصرايرة، **القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي**، مجلة دراسات ، علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مجلد 41، العدد 02، 2014

5) يوسفي نور الدين، بروك إلياس، **تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية**، مجلة المفكر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، مجلد 01، عدد 13، جوان 2018

## ثانيا: باللغة الأجنبية

1) 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

## ثالثا: الموقع الالكتروني

1) www.arablaw.org

# الفهرس

# الفهرس

**إهداء**

**كلمة شكر**

**مقدمة**.....أ-ج

## الفصل الأول:

## تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

تمهيد.....05

المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الالكتروني.....06

المطلب الأول: تعريف العقد التجاري الالكتروني وخصائصه.....06

الفرع الأول: تعريف العقد التجاري الالكتروني.....06

الفرع الثاني: خصائص العقد الالكتروني.....08

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد التجاري الالكتروني .....10

الفرع الأول: العقد الالكتروني من قبيل عقود الإذعان.....11

الفرع الثاني: العقد الالكتروني عقد رضائي..... 11

الفرع الثالث: العقد الالكتروني ذو طبيعة خاصة..... 11

المبحث الثاني: دعائم القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.....13

المطلب الأول: الإيجاب و القبول في عقود التجارة الإلكترونية.....13

الفرع الأول: الإيجاب.....13

الفرع الثاني: القبول.....15

المطلب الثاني: شروط الإيجاب والقبول.....17

الفرع الأول: وضوح دلالة الإيجاب والقبول.....17

الفرع الثاني: توافق الإيجاب والقبول .....17

الفرع الثالث : اتصال القبول بالإيجاب .....18

المطلب الثالث: التوقيع الإلكتروني كعنصر إثبات في عقود التجارة الإلكترونية.....18

الفرع الأول: تعريف التوقيع الالكتروني.....19
الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني .....19
الفرع الثالث: حجية التوقيع الإلكتروني.....21
المبحث الثالث: النظرية المستحدثة في القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الالكتروني.....22
المطلب الأول: تطبيق القواعد الموضوعية على العقود التجارية الالكترونية.....22
الفرع الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني و خصائصه.....22
الفرع الثاني: مصادر (مرجعية) القانون الموضوعي.....23
الفرع الثالث: النظام القانوني للقواعد المادية.....24
المطلب الثاني: تقييم القانون الموضوعي الدولي للعقد الالكتروني.....26
الفرع الأول: انعدام الإلزام ونقص قواعد القانون الموضوعي.....26
الفرع الثاني: مدى تشكيل القانون الموضوعي الإلكتروني لنظام قانوني مستقل.....29

## الفصل الثاني:

## إشكالية القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

تمهيد.....33
المبحث الأول: صعوبات تطبيق قواعد الإسناد على عقود التجارة الالكترونية.....34
المطلب الأول: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من قبل المتعاقدين.....34
الفرع الأول: صعوبة التركيز أو التوطين المكاني .....34
الفرع الثاني: صعوبة تحديد جنسية الأطراف المتعاقدة.....35
الفرع الثالث: عدم اعتراف العالم الافتراضي للحدود السياسية.....36
المطلب الثاني:الصعوبات المرتبطة بتطبيق ضوابط الاختصاص على نزاعات التجارة الدولية.....37
الفرع الأول: صعوبة تحديد مكان إبرام العقد.....37
الفرع الثاني: صعوبة تحديد مكان تنفيذ العقد.....38
المطلب الثالث: الصعوبات المرتبطة بالقانون المختار من قبل المشرع.....39

الفرع الأول: الصعوبات المرتبطة بضوابط الإسناد الجامدة.....39
الفرع الثاني: الصعوبات المرتبطة بضابط الإسناد المرن.....40
المبحث الثاني: الحلول المقترحة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية.....43
المطلب الأول: محاولة تكييف قواعد الإسناد التقليدية مع واقع التجارة الالكترونية.....43
الفرع الأول: قانون محل تكوين العقد .....44
الفرع الثاني: قانون محل تنفيذ العقد.....45
الفرع الثالث: قانون الجنسية المشتركة و الموطن المشترك.....45
المطلب الثاني: الحلول المقترحة لمشكلات ضوابط الإسناد الاحتياطية.....46
الفرع الأول: الحلول المقترحة لتحديد مكان إبرام العقد الالكتروني.....47
الفرع الثاني: الحلول المقترحة لتحديد مكان تنفيذ العقد الالكتروني.....49
**الخاتمة.....51**
**قائمة المصادر والمراجع.....54**
**الفهرس.....59**