

أزمة أعمال قواعد الإسناد في عقود التجارة الالكترونية

The crisis of implementing the rules of attribution in electronic commerce contracts

أ. رمزي بورزام⁽¹⁾

أستاذ مساعد قسم "أ" - كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2 (الجزائر)

bourzamramzi@yahoo.com

تاريخ النشر
15 جانفي 2021

تاريخ القبول:
20 أكتوبر 2020

تاريخ الارسال:
14 سبتمبر 2020

المخلص:

تشكل قواعد الاسناد الأسلوب الأمثل والمعتاد لفض مشكلة تنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الاجنبي، غير أن ظهور التجارة الالكترونية التي تتميز بصفات غير مألوفة في العقود التقليدية والتي تستند في ابرامها الى وسائل الاتصال المتطورة عبر الشبكة الرقمية، جعل من فقهاء القانون الدولي الخاص يعيدون النظر في بعض افكارهم التقليدية والتي تركز على منهج التنازع التقليدي في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، هذا المنهج الاخير وبمجرد اسقاط ضوابطه على المعاملات الالكترونية، اظهر الكثير من الاشكالات والصعوبات القانونية والفنية، منها ما يتعلق بتطبيق قانون الارادة سواء من خلال الاختيار الصريح أو الضمني، ومنها ما يتعلق بتطبيق الضوابط الجامدة كالجنسية والموطن ومكان ابرام العقد وتنفيذه، ومرد ذلك ان قواعد الاسناد تركز على مرتكزات سياسية ومكانية لا تتماشى والبيئة الافتراضية والرقمية لعقود التجارة الالكترونية.

الكلمات المفتاحية: قواعد الاسناد - قواعد التنازع - قانون الارادة - التجارة الالكترونية - العقود

الالكترونية.

Abstract :

Attribution rules are the best and usual method for resolving the problem of conflict of laws in relations with a foreign component. However, the emergence of electronic commerce, which is characterized by unfamiliar characteristics in traditional contracts and which is based in its conclusion on advanced means of communication through the digital network. This is what made the private international law jurists reconsider some of their traditional ideas that are based on the traditional contestation approach in determining the law applicable to electronic commerce contracts. This last approach and as soon as its controls were dropped on electronic transactions, it revealed many legal and technical problems and difficulties, including those related to the application of the law of will, whether through explicit or implicit choice. Some of them related to the application of rigid controls such as nationality, citizenship, place of conclusion and implementation of the contract, and that is because the rules of attribution are based on political and spatial foundations that are not in line with the virtual and digital environment of e-commerce contracts.

key words: The rules of attribution - the rules of conflict - the law of testament - electronic commerce - electronic contracts.



مقدمة:

إن التطور الذي شهده العالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أثر بشكل كبير على المجتمعات في شتى مجالات الحياة، فظهر ما يعرف بالشبكة العنكبوتية (شبكة الانترنت)، حول العالم إلى قرية صغيرة تتم فيها كل المعاملات بنقرة واحدة على لوحة مفاتيح الحاسوب دون الحاجة للتنقل والانتظار.

هذه المعاملات الجديدة التي يطلق عليها تسمية "التجارة الالكترونية"، تتميز بسمات تختلف عن تلك المعاملات المعروفة في التجارة التقليدية، من حيث أنها تتم عبر وسائل اتصال عن بعد كما أنها تسمح بقيام علاقات تعاقدية مباشرة بين الأطراف عبر الشبكة من خلال شاشات الحواسيب وشبكة الانترنت، هذه الميزات التي تمنع تطبيق بعض الأحكام القانونية التقليدية على المعاملات والعقود الالكترونية.

ومن هنا أصبحت الضرورة ملحة لتعديل بعض الأحكام التقليدية، أو إصدار قانون جديد ينظم هذه المعاملات الالكترونية، وعلى غرار باقي الدول حاول المشرع الجزائري مواكبة هذا التطور التكنولوجي، وخطا خطوة مهمة بإصداره القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية¹، رغم أن إصداره كان متأخرا مقارنة ببعض الدول العربية السابقة في هذا المجال. وعلى غرار العقود التقليدية، تطرح عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت العديد من المشاكل القانونية كتحديد زمان ومكان إبرام العقد، والتحقق من هوية الأطراف، وحماية المستهلك الالكتروني، وتنفيذ العقد الالكتروني، والقانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن العقود الالكترونية.

وبالحديث عن القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية، فقد حكم منهج التنازع التقليدي المعاملات والعقود التقليدية لفترة طويلة من الزمن ولا زال فعالا ومعمولا به إلى غاية اليوم، باعتباره يلعب دورا هاما في حل مشكلة تنازع القوانين، غير أن ظهور المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت، جعل من فقهاء القانون الدولي الخاص، يعيدون النظر في أفكارهم التقليدية، أو بالأحرى محاولة تعديلها بما يتماشى وطبيعة المعاملات الالكترونية التي تتسم بالطبيعة الافتراضية غير المادية، والتي لا ترتبط بالحيز الجغرافي للدولة، وطبيعة وصفة الأشخاص، أين ثار خلاف كبير بين فقهاء القانون الدولي الخاص حول إمكانية تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على عقود التجارة الالكترونية.

هذا الاختلاف الفقهي يعتبر روح القانون ومنفعة البحث القانوني الذي بفضل، وبعد إسقاط قواعد الإسناد على عقود التجارة الالكترونية، تم الكشف عن الكثير من المشاكل التي تعترض تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على عقود التجارة الالكترونية.

وعليه تكمن أهمية هذا الموضوع في محاولة الكشف عن العقوبات القانونية التي تعيق تطبيق ضوابط الإسناد الخاصة بمنهج التنازع التقليدي على عقود التجارة الالكترونية، حتى تؤخذ بعين الاعتبار من قبل المشرع، وتكون مرجعا يهتدى به في تعديل النصوص التشريعية وتجنب هذه العقوبات، لاسيما وأن الدراسة ستختتم ببعض الاقتراحات المتواضعة التي قد تكون علاجا لأزمة قواعد الإسناد.

وعلى هذا الأساس قمنا بهذه الدراسة انطلاقا من إشكالية رئيسية صيغت بالشكل التالي: فيم تكمن أهم الصعوبات القانونية التي تعيق إعمال قواعد الإسناد عند فض مشكلة تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الالكترونية؟.

وفي هذا السياق ومن أجل الإلمام بما تحتويه هذه الإشكالية من عناصر بحثية، والإجابة الوافية عليها، تم الاستعانة بالمنهج الوصفي عند وصف ضوابط الإسناد واسقاطها على عقود التجارة الالكترونية، واستخرج العقوبات المتعلقة بها، وكذا المنهج التحليلي بتحليل مضمون بعض النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة، وأحيانا أخرى بالمنهج المقارن في بعض العناصر التي لم ينظمها التشريع الجزائري.

للإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول صعوبات تطبيق الإسناد الشخصي على عقود التجارة الالكترونية، فيما خصصنا المبحث الثاني لدراسة صعوبات تطبيق الإسناد الموضوعي.

المبحث الأول: صعوبات تطبيق الإسناد الشخصي (قانون الإرادة)

يعتبر مبدأ قانون الإرادة وما ينتج عنه من حرية الأطراف في إخضاع عقدهم للقانون الذي يختارونه مبدأً ثابتاً في القانون المقارن، حيث تعترف به كافة التشريعات الوطنية، وتعترف به أيضا الاتفاقيات الدولية²، كما أنه يعد مبدأً عاما معترف به من القضاء الداخلي والدولي³، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني⁴ أين اعتبر الإرادة هي الضابط الأصلي الذي يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود، غير أنه وبعد صدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، وبالرجوع إلى نص المادة 02 منه⁵، نجد أنه أسقط واستغنى عن إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بخصوص العقود الالكترونية، واعتمد على ضوابط موضوعية جامدة لتحديد القانون الواجب التطبيق تتمثل في تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد أطراف العقد الالكتروني متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو مقيما إقامة شرعية بالجزائر، أو شخصا معنويا خاضع للقانون الجزائري، أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر، الأمر الذي يطرح أكثر من استفهام، باعتبار أن الإرادة أهم ضابط يمكن الاستناد إليه لحكم العلاقات التجارية الالكترونية، بالنظر

إلى خصوصية المعاملات الالكترونية من جهة وكذا حجم الانتقادات الموجهة للضوابط الموضوعية المكانية، من جهة أخرى.

ويتجه جانب من الفقه المؤيد لتطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الالكترونية إلى القول بأنه ليس ثمة صعوبة حقيقية من الناحية العملية يطرحها إعمال ضابط الإرادة حال تطبيقه على عقود التجارة الالكترونية حينما تكون الإرادة صريحة في اختيار قانون العقد⁶، لأن القانون يقرر لأطراف العقد الحق في تحديد القانون الذي يحكم عقده، باعتبار أن المصاعب الحقيقية تثور في الفرض العكسي حينما تكون الإرادة ضمنية، حيث يصعب تحديد اتجاه إرادة المتعاقدين إلى اختيار قانون معين ليحكم العقد، ورغم سداد هذا الرأي، إلا أنه توجد بعض الصعوبات تواجه تطبيق القانون المختار حتى في حالة الاختيار الصريح⁷.

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث إبراز الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد (المطلب الأول) وكذا الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد

يثير الاختيار المسبق من الأطراف للقانون الذي يحكم عقدهم الذي تم إبرامه عبر شبكة الأنترنت مجموعة من الصعوبات خاصة وأنه يصعب إثبات أن التصرف صادر من الشخص الحقيقي المتعامل معه في ميدان المعاملات الالكترونية⁸، وعليه يمكن إجمال هذه الصعوبات في ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد، وفي الفرع الثاني صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، أما الفرع الثالث ندرس فيه صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته.

الفرع الأول: صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد

من المتعارف عليه أن التعاقد العادي يكون بين أطراف العقد في مجلس واحد، وفيه يتحققون من شخصية وهوية بعضهم البعض، غير أنه وفي مجال العقود التي تبرم عبر الأنترنت يستطيع الطرفان التأكد من إرادة كل منهما عن طريق الإيجاب والقبول بالرسائل الالكترونية⁹، ولكن تثور المشكلة حين يتم التعبير عن تلك الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلاً.

وكذلك الأمر عندما يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل يستحيل توقعه من جانب الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه، مما يثير التساؤل عن الآثار القانونية المترتبة على الخطأ في التعاقد الإلكتروني، وعم إذا كان يتحملها مبرمج الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لصالحه.

ومن ناحية أخرى تكمن صعوبة التحقق من الإرادة إذا بثت الرسائل من طرف شخص آخر ليست له صلاحية إبرام التصرف نيابة على الطرف الأصلي في العقد، أو إذا كانت هناك تلاعبات في مضمون الرسائل الالكترونية أو تم تغيير مضمونها¹⁰.

الفرع الثاني: صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة

يعتبر غياب التواجد المادي لأطراف العقد الالكتروني من المميزات الأساسية التي تعرفها عقود التجارة الالكترونية، وهو ما يصعب من عملية التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين، باعتبار أن العنوان الالكتروني لا يكون أصلا مرتبطا ببلد معين، وتتجسد هذه الصعوبة بالخصوص عندما يتعلق الأمر بعناوين إلكترونية يشار في المقطع الأخير منها ب (.com) أو (.org)¹¹.

كما يصعب مراقبة العناوين الالكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتأكد من هوية الطرف الآخر، وقد لا تسمح هذه المواقع بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم¹².

الفرع الثالث: صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته

تعتبر قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية للحقوق والالتزامات، وتبدو هذه الأهمية أكثر في مجال المعاملات الالكترونية، لاسيما في ظل غياب الدعامة المادية الخطية، فالتعاقد عبر الشبكة يتم عبر وسائل اتصال حديثة في صورته بيانات تظهر على شاشات الحواسيب، فإذا كان أطراف العلاقات العقدية في مجال المعاملات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادي لإثبات تصرفاتهم¹³، فإن التعامل عبر شبكة الانترنت يتضمن إلغاء تلك الأدلة المادية وكل توقيع خطي، وهي أهم خصوصية أدت إلى خلق عقبات حقيقية تتعلق بتطبيق قواعد الإثبات الخاصة بالعقود التقليدية على عقود التجارة الالكترونية¹⁴، ومن بين هذه الإشكالات نذكر على سبيل المثال ما يلي:

أولا- الصعوبات الفنية:

قد يحدث عطل فني داخل الأجهزة الالكترونية يؤدي إلى ضياع البيانات المخزنة بداخلها، أو انتهاء الصلاحية المقررة لتخزينها، فتهلك هذه البيانات أو تصبح غير مقروءة، مما يؤثر على استخدامها كوسيلة إثبات، كما قد يصعب استرجاع تلك البيانات إذا تم تحميل البرنامج على الأجهزة بشكل غير سليم، أو إذا تم استخدام أجهزة غير مناسبة¹⁵.

ثانيا- المشكلات القانونية:

تتمثل هذه المشكلات أساسا في النقاط التالية :

1- اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات:

أثبتت الدراسات التي أجرتها لجان الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج نظم التبادل الالكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات، تباين النظم القانونية في تقدير أدلة الإثبات، حيث نجد بعض الأنظمة القانونية التي تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبياً، بمعنى أنها لا تضع طرقاً محددة للإثبات تقيد بها القاضي أو الخصوم، بل تترك للأطراف حرية تقدير الأدلة التي تقنع القاضي، وتعطي للقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته.¹⁶

وبالمقابل نجد بعض الأنظمة القانونية التي تعتمد منهاجاً صارماً وتضع طرقاً محددة للإثبات بشكل يمنع القاضي أو أطراف العقد الحياد عنها، أو تجاهلها أو مخالفتها.¹⁷

2- عدم تنظيم القانون المختار للمعاملات الالكترونية:

هناك العديد من التشريعات الوطنية التي لم تدرج لحد الآن في قوانينها الداخلية قواعد تنظم المعاملات التجارية الالكترونية للاعتماد عليها عند وجود أي خلل يشوب العقد الالكتروني¹⁸، مما يجعل المتعاقدين عبر الشبكة الالكترونية يتطلعون دائماً إلى معرفة أو البحث عن القانون الواجب التطبيق قبل الدخول في العلاقة التعاقدية.¹⁹

غير أن الإشكال الذي يمكن أن يطرح في هذا النوع من العقود يكمن في اختيار الأطراف تطبيق قانون دولة معينة من بين القوانين المرتبطة بالعلاقة القانونية، ثم يظهر أن هذا القانون لا يعترف بصلاحيية العقود التي تعتمد على الكتابة الالكترونية أو التوقيعات الرقمية في الإثبات²⁰، الأمر الذي دفع ببعض المنظمات الدولية لإصدار توصيات تنادي بضرورة إضفاء الحماية القانونية للعلاقات التجارية الالكترونية، وانخراط كافة الدول في التجارة الالكترونية لما يحققه ذلك من تنمية وازدهار لهذه المعاملات.²¹

المطلب الثاني: الصعوبات المتعلقة بتطبيق الاختيار الضمني لقانون العقد

الأصل أن التعبير عن الإرادة باختيار القانون الواجب التطبيق يكون صريحاً في العقد²²، لكن قد لا يذكر الأطراف في عقدهم صراحة القانون الذي يحكم عقدهم وهنا تثار مجموعة من الإشكالات القانونية عند محاولة الكشف عن الاختيار الضمني لقانون العقد من ناحيتين، وهي رفض الاختيار الضمني في العقود الدولية (الفرع الأول)، وكذا رفض الاختيار الضمني في العقود الالكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في العقود الدولية

إن الانتقادات الموجهة للإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، كانت مثارة قبل ظهور الأنترنيت والتجارة الالكترونية، وذلك في العقود الدولية

التقليدية لرفض بعض الفقهاء البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، إذ يرى هذا الجانب الفقهي، أنه لا بد من ظهور إرادة أطراف العقد بصورة صريحة لكي يعتد بها فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق.²³

فحسب هذا الاتجاه فإن فكرة الإرادة الضمنية ماهي إلا وهم وتصور يستند إليها القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، ويستند هذا الاتجاه إلى عدّة فروض قد تعتري العملية التعاقدية والتي تتمثل في دخول الصفة الأجنبية على العقد بصورة لاحقة على التعاقد، كما لو طلب المشتري من البائع بعد إبرام العقد تسليم البضاعة في الخارج، أي أن تحديد القانون الواجب التطبيق لم يظهر لأطراف العقد في وقت التعاقد، بالإضافة إلى أنه في بعض الحالات التي قد يعتمد فيها أطراف العقد عدم تحديد القانون الواجب التطبيق كونها محل خلاف بينهم، وخوف الأطراف عدم إتمام العملية التعاقدية، ويتم التعاقد من دون الإشارة إلى القانون الواجب التطبيق.²⁴

وعلى هذا الأساس يبرر هذا الجانب من الفقه أن أطراف العقد لم يكن في الأصل لديهم أي نية في تحديد القانون الواجب التطبيق، وعليه لا يمكن لقاضي النزاع البحث عن هذه الإرادة، إذ أنها إرادة مفترضة تخضع لأهواء القاضي، وبذلك يكون القانون الواجب التطبيق الذي يستخلصه القاضي لطبقه على العقد لا يتناسب مع حقيقة إرادة الأطراف ويؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف.²⁵

الفرع الثاني: رفض الاختيار الضمني لقانون العقد في عقود التجارة الإلكترونية

إن رفض الاستناد إلى إرادة المتعاقدين الضمنية في تحديد القانون الذي سيحكم العقد له ما يبرره كذلك في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية، فصعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنيت، تكمن في مناقشة تلك القرائن أو الدلالات التي تشير إلى الإرادة الضمنية.²⁶

وهذه القرائن منها ما يكون ذاتيا يستمد من الرابطة العقدية ذاتها كالقرائن المستمدة من تصرفات الفرقاء أو من ظروف إنشاء العقد²⁷، أو اللغة المستعملة فيه، ومنها ما يكون خارجيا يستخلص من ظروف وملابسات الحال، كالقرائن المستمدة من مضمون القوانين التي تنازع حكم العقد أو تلك المستمدة من مسلك المتعاقدين اللاحق على إبرام العقد، وعلى هذا الأساس ذهب أغلب التشريعات الوضعية في إطار العقود الإلكترونية إلى إسقاط الاختيار الضمني لصعوبة تصوره في إطار المعاملات الإلكترونية، وهو ما أخذ به المشرع المصري في مضمون مشروع قانون التجارة الإلكترونية.²⁸

فمثلا لا يمكن الاعتماد على اللغة التي حُرر بها العقد في تحديد الإرادة، لأن اللغة الانجليزية أصبحت لغة التخاطب في مجال المعاملات الالكترونية، وأيضا لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدي بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود الكترونيا أو بواسطة بطاقة الوفاء، وبالتالي يستطيع الشخص أن يسدد بأي عملة وفي أي وقت²⁹.

المبحث الثاني: صعوبات تطبيق الإسناد الموضوعي (الجامد)

إذا امتنع المتعاقدان عن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية، ذهبت بعض التشريعات الى وضع ضوابط احتياطية موضوعية يطبقها القاضي للوصول الى القانون الواجب التطبيق على العقد، وتتمثل هذه الضوابط الجامدة أساسا في: الموطن، الجنسية، مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 02 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السالفة الذكر.

إن صعوبة التوطين أو التركيز المكاني للرابطة العقدية نجدها فقط في عقود التجارة الالكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية، وهذه الصفة تتوافر في العقود التي تبرم وتنفذ الكترونيا مثل بيع البرامج التجارية الإلكترونية *La Commercialisation des logiciels* والخدمات المالية على الخط *Services Financiers en ligne*، وأيضا بيع المعلومات عن طريق قواعد البيانات *bases de données* الموجودة على الأنترنت³⁰.

وعليه فإن إعمال هذه الضوابط الجامدة التقليدية على عقود التجارة الالكترونية، تعتبرها هي الأخرى مجموعة من العقبات كونها تعتمد على التركيز المكاني للمعاملة محل النزاع، في حين أن عقود التجارة الالكترونية تسبح في فضاء افتراضي³¹، وتتم بين نظم ومواقع الكترونية لا تستند إلى المكان كأساس جوهري لقيامها، مما يصعب تحديد مكان إبرام العقد أو تنفيذه وكذا الموطن وجنسية الأطراف³².

ويمكن تفصيل هذه العقبات في مطلبين نتناول في المطلب الأول صعوبة تطبيق قانون الموطن أو الجنسية، وفي المطلب الثاني ندرس صعوبة تطبيق قانون مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

المطلب الأول: صعوبة تطبيق قانون الموطن أو الجنسية

تبنت معظم التشريعات ضابطي الجنسية والموطن كأساس يمكن الاستناد إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، على غرار المشرع الجزائري سواء في نص المادة 18 من القانون المدني بخصوص العقود التقليدية، أو المادة 02 من القانون 18-05

المتعلق بالتجارة الالكترونية، غير أن الواقع العملي أثبت وجود بعض الإشكالات في تطبيق هذين الضابطين.

وعليه سندرس صعوبة تطبيق ضابط الموطن في الفرع الأول، ثم صعوبة تطبيق ضابط الجنسية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: صعوبة تطبيق ضابط موطن المتعاقدين

إن هذا الضابط يعتمد بشكل أساسي على الرابطة القانونية بين الشخص والمكان الذي يقيم فيه، أو يتخذ مركزا دائما لأعماله، ورغم جدية هذا الضابط وفعاليتيه، إلا أنه لا يستقيم عقود التجارة الالكترونية، كونها تتم عبر العناوين الالكترونية التي لا تعطي أي مؤشر على مكان حقيقي ثابت ودائم يتم فيه إبرام العقد، حيث توجد الكثير من المواقع التي تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة، إلا أنه لا يوجد لها أي محل عمل حقيقي كما هو متعارف عليه في العقود التقليدية، أضف إلى ذلك هناك من العناوين التي لا ترتبط ببلد معين كما في العناوين التي تنتهي بالمقطع (.org أو .com)، كما توجد الكثير من مواقع الويب التي تكون في حركية دائمة عبر شبكة الانترنت، إلا أن المتعاقد يمارس كل أنشطته الاقتصادية دون أن يركز على موطن موقع الويب أو مقدمي الخدمات، لأن هذه العناوين الالكترونية لم تصمم أصلا وفقا لمنظور مكاني وحدود جغرافية، مما يستوجب إبعاد تطبيق هذا المعيار في عقود التجارة الالكترونية³³.

وقد دفعت هذه المشكلة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى الإقرار بضعف قيمة التوطن في العقود الالكترونية³⁴.

الفرع الثاني: صعوبة تطبيق ضابط الجنسية المشتركة

يشكل إعمال ضابط الجنسية في عقود التجارة الالكترونية صعوبة ناجمة عن الصلة الضعيفة بين القانون الواجب التطبيق والعقد ذاته، إضافة إلى تأكيد الفقه على أن الجنسية الأجنبية وحدها لا تعد عنصرا مؤثرا في العقود الدولية أصلا، وحتى في إضفاء الصفة الدولية للعقد، وتكمن صعوبة تطبيق قانون دولة الجنسية للمتعاقدين كونه يؤدي إلى توطنين أو تركيز الرابطة العقدية مكانيا، وهذا الأمر يصعب تحقيقه في العقود التي تبرم عبر شبكة الأنترنت، لكونه عالم افتراضي يلغي الحدود الجغرافية، إضافة إلى كون إبرام العقد الالكتروني بين متحدي الجنسية، لا يأتي إلا صدفة، لأن صاحب الموقع الشبكي عندما يتعامل عبر موقعه، يتعامل مع شركاء مختلفي الجنسية، ولا يعني أن اشتراك أحد المتعاملين بالجنسية مع صاحب الموقع، يؤكد تطبيق قانون الجنسية المشترك، هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن

تحديد الجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم، لحظة إبرام العقد، وإن هذا الأمر بالذات لا تهتم به معاملات التجارة الالكترونية³⁵.

المطلب الثاني: صعوبة تطبيق قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه

يواجه الاستناد إلى ضابطي محل إبرام العقد أو تنفيذه في معاملات التجارة الالكترونية مجموعة من العقبات، سيتم تفصيلها في فرعين، نتناول في الفرع الأول: صعوبة تطبيق قانون محل إبرام العقد على عقود التجارة الالكترونية، وفي الفرع الثاني: صعوبة تطبيق قانون محل إبرام العقد على عقود التجارة الالكترونية.

الفرع الأول: صعوبة تطبيق قانون محل إبرام العقد

إن صعوبة أعمال تطبيق قانون محل إبرام العقد لا تتعلق بعقود التجارة الالكترونية فحسب، فقد ظهرت هذه الصعوبات حتى في العقود التقليدية، فالأنظمة القانونية قد تباينت في تعيين محل إبرام العقد، فهناك بعض الدول تأخذ بنظرية تصدير القبول كالقانون الإنجليزي، وثمة دول أخرى تأخذ بنظرية تسلم القبول، كالقانون الألماني، وهناك دول أخرى تأخذ بنظرية العلم بالقبول كالقانون المصري، وهناك دول لا تأخذ بهذه النظرية أو تلك وتترك الأمر كله لتقدير قاضي الموضوع، ومن أمثلة تلك الدول فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية³⁶.

وفيما يخص الصعوبات التي تواجه تطبيق هذا الضابط، تكمن في أن النطاق العالمي للتجارة الالكترونية أدى إلى جعل تحديد المكان أكثر صعوبة منه في أي وقت مضى، وأساس تلك الصعوبة، أن العالم الشبكي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد، فدولة تصدير الإيجاب قد تكون في بلد، في حين أن العنوان الالكتروني للشركة موجود في بلد آخر، وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط، وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما تقديم الدليل على صحة ادعائه³⁷، فضلا أن التعاقد من خلال الانترنت يفترض اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المرتبطة بالانترنت³⁸.

الفرع الثاني: صعوبة تطبيق قانون محل تنفيذ العقد

في الحقيقة يعتبر مكان التنفيذ من المؤشرات القوية في حالة انتفاء المؤشرات سابقة الذكر، فإذا كان المحل يقبل التسليم المادي (التنفيذ المادي) يمكن اللجوء لقرينة مكان التنفيذ لتطبيق قانون تلك الدولة، أما لو كان محل العقد يقبل التنفيذ الالكتروني، عندها يتوقف تطبيق هذا المؤشر³⁹.

فالعقود التي يتم تنفيذها خارج شبكة الانترنت في الأصل لا تثير مشكلة عند إعمالها لأنها تؤدي حتما إلى إعمال قانون الدولة التي يتم فيها التسليم، إلا أنه في الحالة التي يتم فيها التسليم بأكثر من مكان، فإنه سوف يؤدي إلى صعوبة تحقيق الانسجام القانوني بسبب

اختلاف مفاهيم النظم القانونية في الدول المختلفة لمحل التنفيذ، بالإضافة إلى احتمال عدم تنظيم هذه الدول لتلك المعاملات الالكترونية⁴⁰.

أما العقود التي يتم تنفيذها على شبكة الانترنت فتثير صعوبة تحديد مكان التنفيذ بسبب أن إبرام العقد وتنفيذه يتم من خلال شبكة الانترنت، كما في برامج الحاسوب التي يتم تنزيلها مباشرة من على شبكة الانترنت وكذا الموسيقى والأفلام⁴¹، حيث تكمن الصعوبة في تحديد مكان التنفيذ، فهل هو مكان موقع التحميل على الخط لحظة التنزيل، أم مكان مزود الخدمة الذي قدمها للبائع، أو مكان المستضيف الذي يجري عملية التحميل، أو المكان الذي يوجد فيه الحاسوب الشخصي للمشتري⁴².

خاتمة:

من خلال هذا البحث المتواضع توصلنا إلى أن قواعد الإسناد التقليدية ورغم أنها الطريقة المثلى والمعتادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات الخاصة الدولية، إلا أنها تتصف بالجمود وترتكز على أسس جغرافية وحدود سياسية لا تتناسب وخصوصية العقود الالكترونية التي تتم في الفضاء الرقمي، وبمحاولة إعمال قواعد الإسناد على معاملات التجارة الالكترونية، والبحث عن الصعوبات التي تكتنفها تم الكشف عن مجموعة من النتائج منها:

- أن المشرع الجزائري حاول مواكبة التطور الحاصل في مجال معاملات التجارة الالكترونية، بإصدار القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، تضمنت المادة 02 منه، القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الالكترونية. وبالنظر إلى هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يعتبر قانون الإرادة كضابط يمكن اللجوء إليه لفض مشكلة تنازع القوانين في العقود الالكترونية، عكس ما تضمنته المادة 18 من القانون المدني في العقود التقليدية، التي تعتبر الإرادة أهم ضابط يرشدنا للقانون الواجب التطبيق، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد قيد حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يخضع له عقدهم، هذه الخطوة تعتبر غير منطقية بتاتا، بالنظر إلى دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذا إجماع الفقهاء وبعض تشريعات الدول والاتفاقيات على أن الإرادة أهم ضابط يمكن الاستناد إليه لفض مشكلة تنازع القوانين، واعتبرت الإرادة ضابط أصلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية.

- كما أوجب المشرع تطبيق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد أطراف العقد جزائري الجنسية، أو مقيم إقامة شرعية بالجزائر، أو كان شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري أو كان إبرام العقد أو تنفيذه في الجزائر، وهو ما يشكل عائقا في إبرام الجزائريين لعقودهم التجارية مع الأجانب في الشبكة الرقمية، لرفض الأجانب الخضوع لقانون يجهلونه.

- إعمال ضابط الإرادة على عقود التجارة الالكترونية لا يشكل صعوبة حقيقية عندما تكون الإرادة صريحة، لكن الإشكال يكمن في صعوبة التحقق من وجود إرادته التعاقد، وصعوبة تحديد هوية الأطراف، وصعوبة التحقق من جدية إرادته التعاقد وإثباته في العقود التي تتم في الشبكة الرقمية، وكذا اختيار قانون لايعترف بمعاملات التجارة الالكترونية أو ولم ينظمها بنصوص خاصة.

- تكمن صعوبة إعمال الاختيار الضمني لقانون العقد في عدم قدره القاضي في الكشف عنها في مجال المعاملات الالكترونية وفق القرائن التقليدية التي تعتمد على مرتكزات مكانية لا تتناسب وخصوصية التعاقد الالكتروني، وكذا خضوعها لأهواء القاضي والذي قد يكون اختياره عكس إرادة الأطراف.

- أن صعوبة التوطن والتركيز المكاني للرابطة العقدية في مجال المعاملات الالكترونية، تمنع إعمال الضوابط الجامدة التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية، فلا يمكن معرفة جنسية الشخص المتعامل معه ولا موطنه، ولا مكان إبرامه للعقد بما أن الموقع الالكتروني لا يسمح بذلك.

- تطبيق قانون مكان تنفيذ العقد لا يثير صعوبة في العقود المنصبة على أشياء مادية تنفذ خارج الشبكة، لكن الصعوبة تكمن في تحديد مكان تنفيذ العقد في العقود التي تنفذ في الشبكة كتحميل البرامج وتثبيتها.

وبالموازاة مع هذه النتائج يمكن تقديم بعض الاقتراحات تكمن أساسا فيما يلي:

- على المشرع الجزائري تدارك النقص الوارد في نص المادة 02 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، وإضافة حرية الأطراف في اختيارهم القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم الالكترونية شريطة ان يكون القانون المختار ينظم المعاملات الالكترونية.

- إلزام المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية بإبراز هويتهم ومكان إقامتهم وجنسيتهم، حتى يمكن تطبيق الضوابط المكانية الجامدة على شبكة الانترنت، وتوفير الوسائل التقنية لتحقيق ذلك.

- تنظيم اتفاقية دولية من أجل توحيد أحكام وقواعد تطبق على عقود التجارة الالكترونية بصفة مباشرة، دون الحاجة لقواعد الإسناد بحيث تشكل نظام قانوني مستقل ملزم لجميع الدول والأطراف.

الهوامش:

¹ - القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 28، 2018.

- ² - من بينها اتفاقية لاهاي لعام 1955 حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية (المادة 2 فقره 1)، واتفاقية لاهاي لسنة 1978 حول القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية (المادة 5 فقره 1)، واتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فيما بين دول السوق الأوروبية المشتركة (الاتحاد الأوروبي حاليا) (المادة 3 فقره 1).
- ³ - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، مصر 2008، ص 263.
- ⁴ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية العدد 44، 2005.
- ⁵ - تنص المادة 02 على أنه " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الالكترونية في حالة ما إذا كان أحد اطراف العقد الالكتروني؛
- متمتعاً بالجنسية الجزائرية أو
 - مقيماً اقامة شرعية في الجزائر أو
 - شخصا معنوياً خاضعاً للقانون الجزائري،
 - أو كان العقد محل ابرام أو تنفيذ في الجزائر".
- ⁶ - CAPRIOLI Eric, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce, électronique*, J.C.P, paris, France 2002, p47
- ⁷ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 250.
- ⁸ - بلال محمد، "ضوابط الاسناد ومدى فعاليتها اتجاه منازعات عقود التجارة الالكترونية"، مجلة المعيار، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، المجلد الخامس، العدد 10، تاريخ النشر 2014/12/31 ص 166.
- ⁹ - عبد العزيز الزعابي، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية"، مقال منشور بتاريخ: 2016/06/12، تاريخ الاطلاع: 2020/08/15، الساعة: 15:15، متاح على الموقع التالي: http://legalblog01.blogspot.com/2016/06/blog-post_81.html
- ¹⁰ - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 353.
- ¹¹ - خليفي سمير، حل النزاعات في عقود التجارة الالكترونية، مذكرة مكملة لنيل شهادة المجستير، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2009-2010 ص 34.
- ¹² - بالرجوع الى التوجيه الأوروبي رقم: 46/95 الصادر في 1995/10/24، المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود، نجد أنه اعتبر تخزين التجار للبيانات الخاصة بالعملاء عمل غير مشروع وغير مسموح به، أنظر في ذلك: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 354.
- ¹³ - Nicolas Brault, *"le droit applicable à internet de l'abîme aux sommets"*, revue *Légicom*, Victoires éditions, france, vol 2 N° 12 – avril, mai, juin 1996, p 7.
- أنظر بخصوص قواعد الاثبات المواد: 323 مكرر، 323 مكرراً، 327 من القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.
- ¹⁴ - يوسف نور الدين وبروك الياس، "تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية"، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 11، العدد 13، 2016/02/13، ص 255.

- 15 - بلال عبد المطلب بدوي، "البنوك الالكترونية: ماهيتها - معاملاتها - المشاكل التي تثيرها"، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من 10 الى 12 مايو سنة 2003، المجلد الخامس، ص 1972.
- 16 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 358.
- 17 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 359.
- 18 - عبد الكريم موكة، "في التحكيم الالكتروني: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد 1، 15/01/2018 ص 351.
- 19 - خليفي سمير، المرجع السابق، ص 35.
- 20 - خليفي سمير، نفس المرجع، ص 36.
- 21 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 168.
- 22 - BLANCO Dominique, *négocié et rédiger un contrat international*, Dunod, paris, France 1993, p 153.
- 23 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 363.
- 24 - هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الاولى، الاسكندرية، مصر، 2014 ص 338.
- 25 - أحمد حميد الأنباري، سكوت الارادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، عمان، الأردن، 2017، ص 68.
- 26 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 364.
- 27 - سامي يدع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، الطبعة الاولى، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، 1994، ص 526.
- 28 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 168.
- 29 - عبد العزيز الزعابي، المرجع السابق، ص 14.
- 30 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 368.
- 31 - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني- السياحي- البيئي)، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 39.
- 32 - محمد ابراهيم أبو الهجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2009، ص 126.
- 33 - طه كاظم حسن المولى، تطويع قواعد الاسناد في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص 199.
- 34 - بلاق محمد، المرجع السابق، ص 175.
- 35 - طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 200.
- 36 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 369.
- 37 - صالح المنزلاوي، نفس المرجع، ص 369.

³⁸ - Valérie Sédallian, *Droit de l'internet, Réglementation, responsabilités, contrats*, Net Press, France 1997, p 263.

³⁹ - أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر 2008، ص 208.

⁴⁰ - طه كاظم حسن المولى، المرجع السابق، ص 201.

⁴¹ - بلال عدنان بدر القاضي، القانون الواجب على عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة -، الطبعة الأولى، مكتبة بدران الحقوقية، صيدا، لبنان، 2017، ص 168.

⁴² - طه كاظم حسن المولى، نفس المرجع، ص 201.

