

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

آليات تسوية النزاعات المتعلقة بالعقود الالكترونية الدولية

(دراسة في آليتي قواعد الاسناد و القواعد المادية)

Mechanisms for settling disputes related to international electronic contracts

(a study of the two mechanisms of attribution and physical rules)

بن الصادق أحمد¹، بن سالم أحمد عبد الرحمان²

¹ جامعة الجلفة، (الجزائر)، a.benelsadok@univ-djelfa.dz، مخبر قانون البيئة

² المركز الجامعي مغنية، (الجزائر)، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية (تلمسان)

bensalem.ahmed@cumaghnia.dz

تاريخ النشر: 2023/09/01

تاريخ القبول: 2023/08/07

تاريخ ارسال المقال: 2023/06/18

* المؤلف المرسل

الملخص:

مع زيادة الإهتمام الواسع بالتجارة الدولية بمختلف أشكالها التقليدية وحتى الحديثة الإلكترونية الناتجة عن تطور الرهيب في وسائل إبرامها، مما أسفر عنه ظهور تعقيدات ومشاكل، بحيث أصبح المجتمع التجاري الدولي يسعى نحو إيجاد قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي وهذا من خلال سن قوانين تنظمها والأمر ذاته نهجته الهيئات الدولية، غير انها لم تستطع الإلمام بكل تفاصيلها ما جعلها تخضع نزاعاتها الى منهج تنازع القوانين، الذي وقف عاجزا أمام تطورها، وأمام ظهور قواعد بديلة للقوانين الوطنية، تمثلت في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية التي انعكست في قالب قواعد موضوعية إلكترونية ، وعلى هذا جاءت هذه الورقة البحثية لدراسة آليات تسوية منازعات التجارة الدولية الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية، التجارة الدولية، القواعد المباشرة، القواعد غير المباشرة. تنازع القوانين.

Abstract :

With the increase of wide interest in international trade in its various forms, traditional and even modern, electronic, resulting from the terrible development in the means of concluding it, which resulted in the emergence of complications and problems, so that the international commercial community sought to find unified rules governing international commercial activity, and this through the enactment of laws regulating it, and the same thing approached it. International bodies, however, were not able to understand all their details, which made them subject their disputes to the conflict of laws approach, which stood helpless in front of their development, and in front of the emergence of alternative rules for national laws, represented in the substantive rules of international trade that were reflected in the form of electronic objective rules. Accordingly, this research paper came to study the mechanisms of settling international electronic trade disputes.

Keywords: Electronic commerce, international trade, direct rules, indirect rules. Conflict of laws.

مقدمة:

لطالما اكتسبت التجارة أهمية كبيرة في حياة الشعوب، حيث كانت محل اهتمام الناس منذ القدم ولكونها بالغة الأهمية اتسع نطاقها، بحيث أصبحت تعبر حدود الدول وما زاد في إظهارها أكثر التطور التكنولوجي من شبكة المواصلات وتكنولوجيا الإعلام والاتصال، مما سهل في سرعة المعاملات التجارية، لاسيما عقود التجارة الدولية. ومما لا شك فيه الأساس القانوني الصحيح والمبني على أسس ومبادئ التجارة الدولية لا يتأني إلا من خلال دراسة تنازع القوانين بشكل دقيق حيث تتعدد طرق وأدوات حل المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي في إطار القانون الدولي الخاص، وتبقى القوانين الفعالة هي أساس انتشار العقود، لأن المتعامل الإقتصادي يهتم بمدى فعالية النظام القانوني بغض النظر عن الأوضاع السياسية.

ولهذا اجتهد الفقه والقضاء لإيجاد حلول لمنازعات عقود التجارة الدولية تكون مقبولة على الصعيدين الدولي والداخلي، وذلك على اعتبار أن القوانين الداخلية لا يمكنها مواكبة عقدة سريعة التطور، بحيث لم تعد تحقق اليقين والأمن القانونيين الذي يهدف إليه الأطراف من خلال التعاقد، وبظهور أنماط جديدة من العقود لم تعد التشريعات الوطنية تستطيع التماشي معها، بل أصبح من اللازم البحث في إيجاد أساليب جديدة تلائم المعطيات الحديثة

وتعرف العقود الالكترونية خصوصية متميزة، يضيفها عليها طابعها القائم على ابرامها وتنفيذها بصورة تختلف عنها في العقود التقليدية خاصة العابرة للدول منها ، الأمر الذي يجعل تحديدها امرا ملحا، تفرضه إشكالية حل النزاعات المتعلقة بها ،سواء كانت حول تكوين العقد او حول تنفيذه ،ما دفع الى محاولة تعريفها عالميا من خلال قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في المادة 11 منه وإقليميا من خلال التوجيه الأوروبي في الفقرة 7 من المادة 2 التي تنص: "العقد عن بعد هو كل عقد يبرم بين مهني ومستهلك ويكون خاضعا لنظام قانوني سواء تعلق بعملية بيع او تقديم خدمة دون التلاقي الشخصي لطرفي العقد بمجلس واحد مكانا وزمانا ويتم ذلك بالاستعانة بتقنية من تقنيات التواصل عن بعد الى غاية تمام الابرار " ، وعلى مستوى التشريعات الوطنية نص لمشروع الجزائري في المادة 6 فقرة 2: "على ان العقد الالكتروني هو بمفهوم العقد في قانون 04-02 مع إضافة الفقرة التالية: "...ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا الى تقنية الاتصال الالكتروني"

ولأن عنصر البعد المكاني عنصر جوهري في هذه العقود، لاسيما اذا تحقق العنصر الأجنبي في العقد ونظرا لأنه السمة المميزة لهذا النوع من العقود التي تكاد تفر من التسوية القضائية لنزاعاتها بإيجاد فضاء الكتروني يتسق ومضامينها وأهدافها، وفي ضل تباين في المواكبة التشريعية الدولية والوطنية لعجلة التطور التكنولوجي تثور إشكالية الدراسة حول كيفية تسوية النزاعات المتعلقة بالعقود الالكترونية الدولية ،ما يستدعي تحديد القانون الواجب التطبيق أمام تنازع القوانين اما القضاء حول هذه العقود (المحور الأول) ثم استخدام القواعد المادية كقانون واجب التطبيق لفض نزاعات العقود الالكترونية الدولية (المحور الثاني)

المحور الأول : إخضاع النزاع المتعلق بالعقد الالكتروني الى حكم قواعد الاسناد

نص المشرع في المادة 18 من القانون المدني على القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية دون النص على القانون الواجب التطبيق على مرحلة تكوين العقد¹ ، لكن المادة 23 مكرر من نفس القانون نصت : "تطبق المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الخاصة بتنازع القوانين"

لم ينص المشرع على قواعد الاسناد الواجبة التطبيق على موضوع العقد لا من حيث اطرافه ولا من حيث محله² ، وبالنظر الى اتفاقية روما لعام 1980 التي تنظم العقود ذات العنصر الأجنبي حيث نصت في المادة 3 فقرة 1 :
"Le contrat et régit par la loi choisie par les parties"³

بينما نصت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، في المادة 6:
"مكان الأطراف:

- لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

- إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

- إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد.

- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد؛) أو: ب(يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

- إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد "

نلاحظ ان الاتفاقية تنص على مكان الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على صحة رسائل البيانات فإذا كانت الأهلية لإبرام العقد الالكتروني الدولي تخضع للقانون الشخصي للمتعاقدين ، وحيث لا يمكن تحديد ذلك غالبا بالنسبة لهذه العقود ،ضف الى ذلك ان ما يتعلق بصحة الرضا يرجعه الفقه الى قانون العقد ،ومع ان الاجماع الفقهي والقضائي وحتى التشريعي ينعقد على اخضاع العقد بالدرجة الأولى الى قانون الإرادة⁴ فإن لم يثر ذلك اشكالا بالنسبة للعقود التقليدية فان عقود التجارة الالكترونية تسفر عن مصاعب⁵ تعيق تطبيق هذا القانون (أولا)ولذلك يتم اللجوء الى الحلول الأخرى التي يقدمها منهج تنازع القوانين (ثانيا)

أولا : تطبيق قانون الإرادة

يجمع الفقه القانوني على اعتبار قانون الإرادة هو الأنسب في التطبيق على العقود الالكترونية سواء كان تعبير الأطراف صريحا او ضمنيا⁶ ، فالاتفاق الصريح للطرفين حول القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني المبرم بينهما يجب ان يتم تحديده على صفحة الشاشة المستقبلية ،وهذا الاختيار يتعين ان يتم عند تحرير العقد ، أو في مرحلة لاحقة لذلك ، وسواء أبرم العقد شفويا ام كتابيا ،وعند عدم ظهور الاتفاق الصريح على اختيار القانون

الواجب التطبيق يتم البحث في الإرادة الضمنية من خلال مؤشرات مختلفة في مضمون العقد وشروطه كاللغة او العملة المستعملة او مكان الإبرام ، أو مكان التنفيذ

ومع ان الاجماع الفقهي والقضائي وحتى التشريعي ينعقد على اخضاع العقد بالدرجة الأولى الى قانون الإرادة فإن لم يثر ذلك اشكالا بالنسبة للعقود التقليدية فان عقود التجارة الالكترونية تسفر عن مصاعب تعيق تطبيق هذا القانون⁷، فبالإضافة الى ما تم ذكره نجد ان التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني يتم عن طريق أجهزة ووسائط الكترونية⁸، حيث يثبت الكمبيوتر المبرمج رسائل قد يعترضها الخطأ الذي لا يمكن لصاحب الحاسوب تبينه ، كما قد تصدر الإرادة من شخص آخر لا يملك الحق القانوني لتمثيل المتعاقد الأصلي سواء بمقتضى تمثيل قانوني او قضائي او اتفاقي ، او أن الإرادة تم تعديلها من الغير الذي قد يخترق شبكة الاتصال وينفذ لبيانات المتعاقد فيغير مضمون الرسالة الالكترونية

كذلك من الصعوبات الجديدة الغياب الشخصي المتزامن لطرفي العقد بمجلس عقد موحد ، الأمر الذي يصعب تحديد هوية المتعاقدين نظرا لأن العنوان الالكتروني الذي يتم التعامل من خلاله قد لا يرتبط ببلد معين ، وفي الغالب هو منته ب ... /com org

أمام هذه الصعوبات عمدت الدراسات العلمية الى تحديد إرادة المتعاقد⁹ من خلال وضع شفرة او رمز على الوثيقة محل العقد ، او عن طريق وسيط يتحقق من هوية المتعاقدين من خلال كلمة المرور ، بحيث يقتزن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد ، وأيضا تضمن تقنية المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي ، وذلك عندما يضع الطرف المرسل لرسالة البيانات توقيع بمفتاحه السري ، ويقوم المتلقي عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري ليتحقق من أن مرسل الرسالة هو المتعاقد الحقيقي .

أما عن الفقه القانوني وبصدد الحاق الإرادة في التعاقد الالكتروني بالمتعاقد اتجه في مناح ثلاث -الاتجاه الأول : يضيفي هذا الاتجاه على الوسائط الالكترونية كالحاسوب وما يلحق به من أجهزة وبرامج الكترونية الشخصية القانونية التي تكسبه أهلية التعاقد، ولم يجد هذا الاتجاه تطبيقا او صدى لما تقدم به الاتجاه الثاني : يعتبر أصحابه ان الحاسوب نائب عن المتعاقد نغير ان المأخذ على هذا الطرح يكمن في أن النائب لابد من توافر إرادة التعبير عن رضاه بالنيابة في عقد الوكالة قبل ان يمثل الأصيل¹⁰ في التعاقد الالكتروني ناهيك على ان أحكام النيابة محددة قانونا وهي من النظام العام

الاتجاه الثالث : ترى ان الحاسوب كباقي الوسائط الالكترونية لا ينفك عن كونه مجرد وسيلة اتصال دورها لا يتعدى حدود نقل إرادة المتعاقدين¹¹ ، وهذا يجعل إرادة المتعاقد هي محل الاعتبار ، وفي ذلك ذهب القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في المادة 13 منه التي تنص : "تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ اذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه "

ثانيا : تطبيق قواعد الاسناد الاحتياطية

إذا تعذر تطبيق قانون الإرادة فإن القاضي أو المحكم سيعتمد الى الحلول البديلة التي يقدمها قانونه على الترتيب كأن يطبق قانون محل الإبرام (1) أو قانون مكان التنفيذ (2) أو اقانون الأداءالمميز (3)

1- تطبيق قانون محل إبرام العقد

يضع المشرع قانون محل ابرام العقد كقانون واجب التطبيق على العقود ذات العنصر الأجنبي في المرتبة الثالثة ،معتبراً له كقاعدة اسناد احتياطية في ظل غياب قانون الإرادة¹² وذلك من خلال المادة 18 ق م ولقانون محل الابرام مزايا تتلخص في كونه يحقق وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد ، إضافة الى التوقع المسبق من الطرفين للقانون الواجب التطبيق ، كما يضمن الاستقرار للتجارة الدولية¹³ ، أما عن تطبيق هذا الضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية ، فإن تحديد مسألة تحديد محل ابرام العقد تبدو معقدة لأن هذا المحل قد يكون دولة تصدير الايجاب ،او دولة تسلم القبول ، او دولة علم الموجب بالقبول ، فأى هذه الأماكن يعد محلاً لإبرام العقد ، وعلى فرض اختيار أحدها فقد لا يكون مناسباً للعقد الالكتروني او لا يحقق الصلة به

2- تطبيق قانون مكان التنفيذ

يكاد هذا الضابط يشكل الاختيار الأنجع في التطبيق على العقد الدولي عموماً نظراً لصلته بالرابطه العقدية ، حيث تتجسد التزامات المتعاقدين ،وهو يعتمد على التركيز المكاني للروابط القانونية بعناصرها المادية ، إضافة الى كون قانون الإجراءات لمكان التنفيذ هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات تنفيذ العقد ما يستدعي وجوب وحدة المكان للقانون الموضوعي والقانون الاجرائي ، أي مكان التنفيذ

غير ان ما يصعب هذا التطبيق احتمال تعدد أماكن تنفيذ العقد في دول مختلفة بأنظمة قانونية متباينة¹⁴ وهو ما يثير تعقيدات جدية كحالة الاضطرار الى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء الى قانون الدولة التي يتم بها التنفيذ وبخصوص العقود الالكترونية ومثالها عقد خدمات المعلومات عبر الانترنت رأت محكمة استئناف باريس في قرار لها ان مكان تنفيذ العقد هو موطن المستخدم، حيث عيب على هذا الرأي تناسبه مع العقود المؤقتة كعقود تحميل برامج الحاسوب وعدم تناسبه مع العقود المستمرة كعقود خدمات المعلومات¹⁵

3- قانون الأداء المميز

يعتمد هذا الضابط على التركيز الموضوعي لعناصر الرابطة العقدية قصد تحديد القانون الأكثر صلة بمشتملات العقد¹⁶ ، ويعتبر مكان الأداء المميز للقانون في العقود الالكترونية بين مورد السلعة او الخدمة محل التحميل او العرض عبر شبكة الانترنت وبين الشركة المنوط بها تحميل المادة الالكترونية على شبكة الانترنت هو مقر مورد الخدمة او مركز الشركة¹⁷ وهو ما أخذ به التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية المؤرخ في 8 جويليه 2000¹⁸.

المحور الثاني : تطبيق القواعد المادية على نزاعات العقود الالكترونية

ظهرت القواعد المادية في القانون الدولي الخاص كمنهج مستقل بديل على آلية الاسناد والتركيز الموضوعي للرابطة القانونية¹⁹، لتطبق هذه القواعد على النزاعات المرتبطة بالعقود التجارية الدولية وخاص العقود الالكترونية منها فهي قواعد موضوعية مباشرة في التطبيق لا تستشار قواعد الاسناد في حضورها²⁰ شأنها في ذلك شأن قواعد البوليس الفورية التطبيق.

قدمت الأمانة العامة للجمعية العامة للأمم المتحدة تعريفا لقانون التجارة الدولية الذي هو وعاءها ومنشؤها فنصت على أنه مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص²¹ والتي تجري بين دولتين أو أكثر ، وقد رأى الفقه ان هذا القانون يتضمن حلولاً لكافة النزاعات التي يمكن ان تطرأ بمناسبة العلاقة العقدية ، والذي يتميز بطابع العالمية والكفاية الذاتية والاستقلالية عن القوانين الوطنية ، ويستجيب لمتطلبات التجارة الدولية والعقود الالكترونية خصوصا ما كان منها في مجال التجارة الدولية ، فهو يتلاءم خصوصا والبيئة التجارية المتأسسة على العادات والأعراف التجارية الدولية والمتأصلة فيها ، ما يجعل لهذه القواعد مزايا وخصائص (أولا) كما لها نأخذ وصعوبات (ثانيا)

أولاً: مزايا الأخذ بالقواعد الموضوعية

بأن القواعد المادية بالنسبة للعقود الالكترونية هي مجموعة قواعد قانونية تقدم حلولاً موضوعية مباشرة على النزاعات المنجزة عن ابرام وتنفيذ هذه العقود عبر شاشات الحاسوب الآلية ، كما انها تتكون من عادات وممارسات ذات نشأة عرفية وجدت لها نطاقاً في المجال الافتراضي ، فعمدت الحكومات والهيئات المختصة الى تثبيتها واستخدامها في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وبالتالي فهي تتطور بتطور المعاملات الالكترونية أسوة بالأعراف التجارية الدولية التي نظمها قانون التجارة الدولية Lex Mercatoria ، ومن هنا يصبح من المجدي ان يطبق على العقود الالكترونية قواعد موضوعية تتناسب مع سرعتها وتطورها لذلك فإن هذه القواعد هي قواعد نوعية طائفية (1) تلقائية النشأة (2). وهي قواعد لا حدود جغرافية لها فهي عبر دولية (3)

1- القواعد الموضوعية قواعد نوعية طائفية

كما في قانون التجارة الدولية ذي النشأة العرفية فإن القواعد المادية الالكترونية تنشأ في مجال افتراضي لتتلاءم مع الروابط العقدية المبرمة بوسائط الكترونية ، ولهذا المجتمع الافتراضي خصوصياته التي تقتضي توافر قواعد منظمة خاصة ومتسقة ومنسجمة مع طبيعته²² ، وبالتالي هي موجهة الى طائفة معينة هم المتعاملون عبر الشبكة الدولية للمعلومات ما يضيف عليها الصفة الطائفية خاصة عندما تخاطب التجار ورجال الأعمال المنخرطون في الفضاء الالكتروني ، كما هي نوعية أيضا لأنها تنظم معاملات معينة كالتسويق الالكتروني بالترويج للسلع والخدمات ، الدفع الالكتروني ، التعاقد الالكتروني ، معالجة البيانات والمعطيات .

2- النشأة التلقائية للقواعد الموضوعية الالكترونية

تأسس على الفرع السابق فإن هذه القواعد تنشأ من العادات والأعراف خاصة التجارية منها وتتطور بتطور المعاملات الالكترونية على الشبكة العنكبوتية لتشكل قانون عام مشترك يضبط المعاملات السارية بين المتعاملين

في نطاق التجارة الالكترونية الدولية ، فلا تنظمها تشريعات وطنية ولا معاهدات دولية ولا يعيقها إجراءات رسمية كذلك التي يتطلبها اصدار القانون او التصديق على المعاهدة او الاتفاقية ،ذلك ان الفضاء الالكتروني نطاق لا محدود ،ولا يخضع لتنظيم أي سلطة او جهة رسمية مركزية تحدد نظام عمله وتوجهه²³، حيث يقابل تلقائية النشأة تلقائية التنظيم وسرعته واتساقه وفعالية التطبيق ، اذ تفرض الممارسة وحدها تنظيمها المعاملات وفق قواعد تناسبها

3- القواعد الموضوعية قواعد عبر دولية متلائمة مع البيئة الرقمية

تجد القواعد الموضوعية الالكترونية نطاق تطبيقها في الفضاء الالكتروني اللاحدود والمستقل عن التنظيمات الوطنية والإقليمية والعالمية²⁴، فهذه القواعد تنظم مجتمعا مفترضا يتضمن بيانات ومعلومات تقنية تضمن التبادل الآمن بالطرق السلكية واللاسلكية ، ويتم تجميع هذه القواعد من تكرار الممارسات المقبولة لمستخدمي الشبكة فتشكل اعرافا وعادات ملائمة لها²⁵ ، دون البعد عن الاتفاقيات الدولية المبرمة لغاية معالجة مستجدات وتطورات البيئة الرقمية نما يعني ان هذه القواعد توفر الحلول الملائمة لكل النزاعات الممكن تصور حدوثها بالعلاقات العقدية الدولية ذات الطابع التجاري²⁶

ثانيا: صعوبات الاخذ بالقواعد المادية

يذهب كثير من الفقه القانوني الى التشكيك في قدرة القانون الموضوعي على حسم نزاعات التجارة الالكترونية لعدم استيعاب هذه القواعد مختلف إشكالات العقود الالكترونية وافتقادها لعنصر الالتزام (1) ثم افتقار هذه القواعد للإجماع الدولي حولها (2) .

1- افتقاد القاعدة الموضوعية الالكترونية لعنصر الإلزام

كون هذه القواعد تلقائية النشأة، منبثقة عن سلوكيات اعتيادية لأشخاص على الشبكة العنكبوتية ،شكلت تعاملاتهم وتعاقدهم قواعد عرفية وعادات اختيارية لا تمتلك خاصية الإلزام ومرد ذلك غياب سوط الفرض لها وتوقيع الجزاء لمخالفتها²⁷ ،ولأن هذه القواعد من إنشاء المتعاملين عبر الانترنت وهم من ارتأى قبولها ، وبالتالي فتنطبقها والالتزام بها منوط بهم وحدهم ، ويمكن لأي منهم التنصل منها دون ان يوقع عليه أي جزاء لخرقها ، لذلك فلن تجد هذه القواعد قوتها مالم تضطلع سلطة الدولة بالإشراف على تطبيقها ، وبالنتيجة تحقيق بعض التوازن بين مصالح مستخدمي الشبكة والمتعاملين معها من جهة وبين مقتضيات المصلحة العامة للمجتمع ، هذه المصلحة التي توصف بأنها عماد القاعدة القانونية بالدرجة الأولى، وذلك حتى تكون القواعد الموضوعية الالكترونية ملزمة ومشمولة بتوقيع الجزاء عند مخالفة القواعد السلوكية التي تنظمها والقواعد القانونية الوطنية

2- افتقار هذه القواعد للإجماع الدولي

القواعد الموضوعية العبر دولية هي قواعد موازية للقواعد القانونية الوطنية ، يتم إعمالها بالاختيار الإرادي للأطراف كقانون إرادة ، حيث يمكنهم أخذ ما يناسبهم منها فقط وما يتفق ومصالحهم المشتركة ، كالأخذ بالقواعد الفنية التي تنظم عملية تبادل الرسائل دون بقية القواعد تنظم التزاماتهم ،لذلك يرى الفقه المنكر لاعتمادها وتطبيقها ان هذه القواعد هي محض شروط تعاقدية ولا ترقى الى مصاف القاعدة القانونية ولا تجد قوتها إلا من خلال اندماجها بالعقد ، بما ينفي صفة النظام القانوني على القانون الموضوعي الالكتروني ، كذلك فإن بيئة

الانترنت تضم فئات بشرية مختلفة دخولها الى الشبكة ميسر ولا يتطلب إجراءات معقدة ، الأمر الذي ينفي إمكانية وجود مجتمع افتراضي مؤهل وقابل للاستيعاب وتطبيق قواعد من شأنها ان تشكل قواعد قانونية بالمعنى الحقيقي، كما أن الادعاء بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن تنظيم الدولة لا يمكن الجزم به وذلك لأن مستخدمو شبكة الانترنت ومقدمو الخدمات فيها هم اشخاص حقيقيون بوجود فعلي قانوني لهم موطن وجنسيات حقيقية فعلية²⁸، وأبضا فالوسائل الفنية للاتصالات تتمركز في إقليم الدولة ، أي انها تخضع لقانون هذه الدولة ، وكذا العمليات التي تتم عبر الانترنت فيها سواء كانت محض داخلية لتخضع للقانون الداخلي للدولة او ذات عنصر أجنبي لتخضع الى احكام القانون الموضوعي الوطني الذي تقرر قاعدة الإسناد أفضليته في التطبيق حسب طبيعة المعاملة الالكترونية.

خاتمة

إذا كانت العقود الدولية تجد في فض نزاعاتها أمام القضاء الى اليوم مشاكلًا ، رغم كونها عمدت الى البحث عن آفاق أخرى كالتحكيم لفض نزاعاتها ، لان مسألة القانون الواجب التطبيق تظل ذاتها أمام تعدد الخيارات في التطبيق بالنسبة للمحكم ام القاضي عند غياب إرادة الأطراف ، من جهة ومن جهة أخرى صعوبة تنفيذ الأحكام لغياب سلطة طويلة تفرض تطبيقها ، فإن الأمر مع العقود الالكترونية الدولية يزداد صعوبة نظرا لتطورها التقني والتكنولوجي المتسارع أمام تباطؤ حركة التنظيم القانوني الدولي او الإقليمي او المحلي .

مما يستتج أنه كان للنظام القانوني الذي يحكم عقود التجارة الدولية الأثر البالغ في زيادة حجمها واتساع رقعتها، ولهذا فقد دأب فقه القانون الدولي الخاص ولو كان ذلك بشكل حثيث من أجل إزالة كل العوائق التي تواجهها، وهذا من أجل ضمان استمراريتها وتنفيذها، وكذا البحث عن كفاءات وأشكال أخرى جديدة تتلافى أوجه القصور الموجودة في المناهج التقليدية التي تعنى بحل مشكلاتها عن طريق تبني فكرة وضع قواعد خاصة تحكم هذا النوع من العلاقات بصفة مباشرة أطلق عليها الفقه مسمى "القواعد المادية

التوصيات:

- 1- تفعيل منصة تسوية منازعات العقود الالكترونية .
- 2- تنظيم العقود الالكترونية تنظيمًا يتماشى وطبيعتها التقنية التكنولوجية ، ومواكبة تطورها .
- 3- تهيئة القوانين والاتفاقيات الدولية وتنقيحها لتلائم في تطبيقها العقود الالكترونية ، مع العمل على الدراسات المستقبلية والتنبؤ القانوني بما سيستجد في مجال التعاقد الالكتروني.
- 4- فتح نطاق بحثي خاص دولي في مراكز ومخابر بحث لدراسة وتنظيم العقود الالكترونية بحيث يتم اعداد القوانين والتنظيمات المؤطرة لهذه العقود على مستواه بتكوين كفاءات قانونية الكترونية .

الهوامش:

- ¹ - تنص المادة 18 : "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين اذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين او بالعقد ، وفي حال عدم امكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك او الجنسية المشتركة وفي حال عدم امكان ذلك يطبق قانون محل ابرام العقد "
- ² هشام صادق : القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، طبعة 1995 ، ص 126
- ³ - CONVENTION sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980/ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A41998A0126%2802%29>
- ⁴ - السيد الحداد حفيظة ، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، المبادئ العامة في تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، طبعة سنة 2010، ص 360/ احمد عبد الكريم سلامة : قانون العقد الدولي -مفاوضات العقود الدولية -القانون الواجب التطبيق وأزمته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2001 ، ص 5
- ⁵ -المنزلاوي صالح :القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية 2006، ص 349
- ⁶ - يوسف نور الدين، بروك إلياس ، : تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية ، مجلة الفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 253، جوان 2018، المجلد الأول، العدد 13
- إبراهيم احمد إبراهيم : القانون الدولي الخاص ،تنازع القوانين ،دار النهضة العربية ،طبعة 2002 ،ص 47
- ⁷ - المنزلاوي صالح :القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية 2006، ص 350
- ⁸ الزعابي عبد العزيز : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، متاح على الموقع الآتي :
<http://legalblog01.blog spot.com/2016/06/blog-post-81.html> (15/04/2017)p.05
- ⁹ - محمد فواز المطالقة،:الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، التشفير، التوقيع الالكتروني)، (د. ط)، دار الثقافة للنشر، عمان ، 2008ص 130
- ¹⁰ - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية،(د. ط)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001 ص 42
- ¹¹ - محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 132..
- ¹² -ياقوت محمود محمد : حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ،رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 2002 ص/هشام صادق : مرجع سابق ص 90
- ¹³ أبو الهيجاء محمد : عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان الطبعة الأولى 2004 ص 99
- ¹⁴ حوته عادل أبو هشيمة : عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ص 94
- ¹⁵ -هشام صادق ، مرجع سابق، ص 559
- ¹⁶ - To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with article 3, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. Nevertheless, a severable part of the contract which has a closer connection with another country may by way of exception be governed by the law of that other country.
2. Subject to the provisions of paragraph 5 of this Article, it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has, at the time of conclusion of the contract, his habitual residence, or, in the case of a body corporate or unincorporate, its central administration. However, if the contract is entered into in the

course of that party's trade or profession, that country shall be the country in which the principal place of business is situated or, where under the terms of the contract the performance is to be effected through a place of business other than the principal place of business, the country in which that other place of business is situated .

<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/>

¹⁷ ياقوت محمود محمد : مرجع سابق ، ص 154

¹⁸ - "(23) This Directive neither aims to establish additional rules on private international law relating to conflicts of law nor does it deal with the jurisdiction of Courts; provisions of the applicable law designated by rules of private international law must not restrict the freedom to provide information society services as established in this Directive".

¹⁹ - تعرف القواعد الموضوعية او المادية في القانون الدولي الخاص بأنها تلك القواعد التي يعمل القاضي او المحكم على تطبيقها على النزاع ذي العنصر الأجنبي مباشرة دون الرجوع الى قواعد الاسناد ، وهي منظمة تنظيمًا دوليًا موضوعيًا خاصًا ومستقلة عن القوانين الوطنية .

²⁰ سلامة احمد عبد الكريم : الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق ان تلاقي ، مؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنت، المجلد الأول ، ص 37

²¹ - محمود سمير الشرقاوي : العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، الطبعة ، سنة 2000 ، ص 4

²² - - محمود سمير الشرقاوي : مرجع سابق ، ص 4 / سلامة احمد عبد الكريم : مرجع سابق ، ص 47

²³ - عادل أبو هشيمة محمود حوتة : مرجع سابق ص 144

²⁴ - , A. KOTEICHE Lama, la loi applicable aux contrat du commerce électronique, Mémoire pour l'obtention d'un Diplôme d'études approfondies en Droit Internet et International des affaires, faculté de Droit et des Sciences Politique et Administratives, Université, Beyrouth, 2005, p 35. « Dans les contrats de commerce électronique, la territorialité a perdu beaucoup de son importance comme «facteur de rattachement », et a été progressivement éliminée par la jurisprudence »

²⁵ - هشام صادق ، مرجع سابق ، ص 736

²⁶ - سلامة احمد عبد الكريم : القانون الدولي الخاص النوعي ، (الالكتروني - السياحي - البيئي) دار النهضة العربية ، طبعة 2001 ص 39

²⁷ - إبراهيم ممدوح خالد : التقاضي الالكتروني ، الدعوى الالكترونية واجراءاتها أمام المحاكم ، ص 199 ، منشور على الموقع

www.kenanaonline.com

²⁸ - المنزلاوي صالح : مرجع سابق ، ص 64 / سلامة احمد عبد الكريم ، القانون الدولي الخاص النوعي ، مرجع سابق ، ص 65