



الإسناد المرن في العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)

الإسناد المرن في العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)

ا.د. محمود حكمت نيا

المعهد الثقافة و الفكر الاسلامي

في جمهورية ايران الاسلامية

اعداد

علي عبدالله ناجي

طالب دكتوراه جامعة قم الحكومية

البريد الإلكتروني Email : aansw2020@gmail.com

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني - الإسناد - المرن - النزاعات.

كيفية اقتباس البحث

ناجي ، علي عبدالله، محمود حكمت نيا، الإسناد المرن في العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)،
مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، ٢٠٢٣، المجلد: ١٣، العدد: ٣ .

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف
والنشر (**Creative Commons Attribution**) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث
ومشاركته مع الآخرين بشرط نسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو
استخدامه لأغراض تجارية.

Registered في مسجلة في
ROAD

Indexed في مفهرسة في
IASJ

Flexible attribution in the electronic contract (A comparative study)

Preparation
Ali Abdullah Naji
PhD student, University Of Qom

Prof. Mahmoud Hekmat Nia
Institute of Islamic Culture and
Thought in the Islamic Republic
of Iran

Keywords : electronic contract - attribution - flexible - disputes.

How To Cite This Article

Naji, Ali Abdullah, Mahmoud Hekmat Nia, Flexible attribution in the electronic contract(A comparative study), Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, Year :2023,Volume:13,Issue 3.

 This is an open access article under the CC BY-NC-ND license
(<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>)

[This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

Abstract:

In light of the developments taking place in the field of electronic commerce and the sale of goods and commodities،

Many disputes have arisen related to the law applicable to these commercial transactions، and since the principle of will power is applied in many of these contracts and transactions، where the two parties choose the law that will be applied to the contract.

However، in electronic contracts، there was a difference in terms of the applicable law، due to the fact that these contracts are conducted remotely and by different technical means، as the law of will is not sufficient to apply it to these types of contracts.

As electronic contracts are by nature international contracts that cross borders، and not only within the borders of a particular country، and may be of a commercial، civil، or mixed nature according to the nature of each contract and the relationship that binds the parties to the contract.





The law applicable to the electronic contract is the law of will, that is, the law chosen by the parties. In the event that there is no agreement between the parties about the law that will be applied to the contract, the judge resorts to extracting their implied will through evidence and evidence, and he has to review the competing laws to resolve the dispute. In order to reach the law most closely related to the contract, such as the place of its conclusion or the joint nationality of the contracting parties, other issues emerged that differ from the will, the example of which was the controls that the judge chooses to apply to electronic contracts, especially the flexible attribution control with its discriminatory performance control and the objective focus of the contractual relationship.

And these electronic contracts must put in place the laws and regulations that regulate them, and show the rights and commitment of the parties to them, which generates confidence among them in light of the ease of spreading information through this network, and the existence of the possibility to change it and manipulate it before the users of the network communicate it to the other party. Thus, every country sets the necessary laws to regulate these contracts, and countries were not satisfied with this amount of regulation, so they concluded agreements among themselves to regulate these contracts.

But the problem is that these contracts are of recent origin, as there are many countries that lack appropriate legal regulation of these contracts, especially in developing countries. Because the place of origin of these contracts is the developed countries, it was obvious that these countries are the first to develop the appropriate laws for them.

المخلص:

في ظل التطورات الحاصلة في مجال التجارة الإلكترونية وبيع البضائع والسلع، ظهرت العديد من المنازعات المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على هذه المعاملات التجارية، ولما كان مبدأ سلطان الإرادة هو المطبق في كثير من هذه العقود والمعاملات حيث يختار الطرفان القانون الذي سيطبق على العقد.

ولكن في العقود الإلكترونية كان هناك اختلاف من حيث القانون الواجب التطبيق وذلك يعود إلى أن هذه العقود تتم عن بعد وبوسائل تقنية مختلفة، حيث أصبح قانون الإرادة غير كافي لتطبيقه على هذه الأنواع من العقود.





حيث أن العقود الإلكترونية تكون بطبيعتها عقوداً دولية، تعبر الحدود، وليست فقط ضمن حدود دولة معينة، وقد تكون ذات طابع تجاري، أو مدني، أو مختلط وفق لطبيعة كل عقد، والعلاقة التي تربط أطراف العقد .

وإن القانون الواجب تطبيق على العقد الإلكتروني هو قانون الإرادة، أي القانون الذي اختاره الأطراف. وفي حال عدم وجود اتفاق بين الأطراف حول القانون الذي سيطبق على العقد ، حيث يقوم القاضي باللجوء إلى استخلاص الإرادة الضمنية لهم عن طريق الدلائل والقرائن، وعليه أن يستعرض القوانين المتراحمة لحل النزاع؛ للوصول إلى القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، كمكان إبرامه أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين، وبرزت مسائل أخرى تختلف عن الإرادة ، كان مثالها الضوابط التي يختارها القاضي لتطبيقها على العقود الإلكترونية ولاسيما ضابط الإسناد المرن بما يحتويه من ضابط أداء التمييز والتركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية .

وهذه العقود الإلكترونية لا بد من وضع القوانين والأنظمة التي تنظمها، وتبين حقوق الأطراف والتزامهم بها، مما يولد الثقة لديهم في ظل سهولة انتشار المعلومات عبر هذه الشبكة، ووجود إمكانية لتغييرها، والتلاعب بها قبل أن يوصلها مستخدمو الشبكة إلى الطرف الآخر. فأصبحت كل دولة تضع القوانين اللازمة لتنظيم هذه العقود، ولم تكتف الدول بهذا القدر من التنظيم، فعدت الاتفاقيات فيما بينها لتنظيم هذه العقود.

ولكن المشكلة تكمن في أن هذه العقود حديثة النشأة، فهناك كثير من الدول تفتقر إلى التنظيم القانوني المناسب لهذه العقود، وبخاصة في الدول النامية؛ لأن مكان نشوء هذه العقود هو الدول المتقدمة، فكان من البديهي أن تكون هذه الدول هي السبّاقة في وضع القوانين المناسبة لها.

المقدمة :

أصبح لا يخفى بأننا اليوم نعيش عصر تزدهر فيه العولمة والتي أدت بدورها إلى انفتاح العلاقات ما بين الأشخاص في مختلف الدول، الأمر الذي أفضى إلى خلق حيز واسع الأفق من إتاحة المجال التعاقدية ما بين أطراف دول مختلفة، ومع زيادة انتشار تلك العلاقات فمن الطبيعي أن ينشأ العديد من النزاعات التعاقدية ما بين أطراف العالقة، الأمر الذي دعا الفقه للسعي إلى إيجاد ضوابط إسناد يتم الاستناد إليها حال حصول النزاع ما بين الأطراف في العقد، وذلك إما من خلال تكييف العقود بناء على ضوابط الإسناد التقليدية، أو الخروج بقواعد إضافية ملائمة لإيجاد الحلول الأكثر تناسباً لمثل تلك الحالات .

ونظرا للطبيعة الخاصة لتلك الطائفة والخصائص التي تميزها عن غيرها من الطوائف العقدية فإن الأحكام القانونية التي تنظمها مختلفة أيضا وذلك لاحتمالية عدم تبعية أطراف العقد لذات النظام القانوني الواحد، ووجودهم بدول مختلفة، والنزاعات التعاقدية أمر محتمل بكل عقد فالإشكالية تثور حول النظام القانوني الذي سنتبع له تلك العلاقة والاختصاص القضائي الذي ينظر لتلك النزاعات، علما بأن المشرع الدولي لم يضع لمثل تلك الحالات ضابط إسناد واضح، وتركها لقواعد القانون الدولي الخاص والتي تعتبر مصدرا رسميا ثانويا من مصادر القانون الدولي الخاص بعد غياب العرف عن معالجة تلك المشكلات، الأمر الذي دعا لاختلاف المذاهب التي تتبعها الدول، فللعقد الإلكتروني الدولي ذو الصفة الإلكترونية أحكاما قد لا يتم لمسها إلا إذا ما توسعنا في حكمها وهو الأمر الذي دعانا للبحث في دراسة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الإلكترونية وفقا للمدلول الإسنادي المرن .

مشكلة البحث :

إن مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني تعتبر ماثرا للنقاش ما بين الفقهاء و مجالاً خصباً للباحثين وذلك لتعدد المذاهب التي يتم الإسناد على أساسها خصبا الفقهاء، ولطالما كانت ضوابط الإسناد التقليدية لا تصلح لكافة أشكال العقود الدولية الإلكترونية، الأمر الذي يجعل في الوضع التشريعي متخبطا في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

ويتفرع عن هذه المشكلة الرئيسية الأسئلة الفرعية التالية :

- ١- ما هو العقد الإلكتروني وما هو مفهومه ؟
 - ٢- ما هي الحلول القانونية لحل النزاعات الناشئة عن العقود الإلكترونية ؟
 - ٣- ما هي مواقف التشريعات الوطنية من ضابط الإسناد المرن في تطبيقه على العقود الإلكترونية؟
 - ٤- ما دور الإسناد المرن في تطبيقه على نزاعات العقد الإلكتروني، وما مدى انطباقها على تلك العقود، بناء على معيار الأداء المميز للعقد؟
- ### أهمية البحث :

تتلخص أهمية الدراسة بدراسة القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية الإلكترونية من حيث إن العلاقات التعاقدية الإلكترونية هي حديث كل ساعة في الزمن الراهن وذلك نظرا لازديادها بشكل مستمر، واختلاف أشكالها بشكل أكبر عن السابق، الأمر الذي دعانا لإثارة أبرز المشكلات التي تتعلق بتلك المسائل وتبينها .

الإسناد المرن في العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)

بالإضافة إلى أن النزاعات التعاقدية هي أمر دائم الحدوث فتلك العقود ذات الطبيعة المميزة والمختلفة تحتاج لتبيان الأحكام التي تعمد إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها بصورة مفصلة وموضحة لجوانب الاستناد الذي أخذت به الدول لعلاج تلك الإشكالية.

أهداف البحث :

يكمّن الهدف من البحث في تحديد مناهج الإسناد المعتمدة عند تنازع القوانين في العقود الإلكترونية مع إبراز دور قانون الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات هذه العقود وذلك للإحاطة بالجوانب القانونية للعقود الإلكترونية سوف نتطرق لمختلف القوانين وتشريعات الدول .

منهج البحث :

اعتمدنا في هذا البحث على المنهجين الوصفي والتحليلي ، وذلك لشرح الآراء الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع وكذلك في تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث .

مخطط البحث :

المبحث الأول : مفهوم العقد الدولي الإلكتروني ومدلول الإرادة في تحديد القانون الذي سيطبق على العقد .

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني والعقد الدولي .

المطلب الثاني : مدلول الإرادة في تحديد القانون الذي سيطبق على العقد الإلكتروني .

المبحث الثاني : أهمية ضابط الإسناد المرن في حل نزاعات العقود الإلكترونية وموقف التشريعات الوطنية منه .

المطلب الأول : مدلول ضابط الإسناد المرن في حل منازعات العقود الإلكترونية .

المطلب الثاني : موقف التشريعات الوطنية من ضابط الإسناد المرن .

المبحث الأول

مفهوم العقد الدولي الإلكتروني ومدلول الإرادة في تحديد القانون الذي سيطبق على العقد الإلكتروني

من المتضح لنا بأن العقد الدولي الإلكتروني هو عبارة عن مزيج ما بين نوعين من العقود، أي ما بين العقد الدولي وما بين العقد الإلكتروني، ولكي ندرج في تبيان مفهوم هذا العقد لابد من الانطلاق من تعريف كالتعريفين على حدّا ومن ثمّ جمعهما في تعريف يوحد أرضيتهما المشتركة في ماهية جامعة لهما وذلك لنصبح في صدد عقد دولي إلكتروني.



المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني والعقد الدولي :

قبل الحديث عن دور الإسناد المرن في حل نزاعات العقود الدولية الإلكترونية، لابد من التطرق أولاً إلى تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه ومن ثم تعريف العقد الدولي الإلكتروني .

أولاً : تعريف العقد الإلكتروني :

يعد العقد الإلكتروني هو كأي عقد عادي إلا إنه يحمل صفة إلكترونية لإتمامه عبر شبكة الإنترنت، فقد عرفه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥) لعام ٢٠٠١، وذلك في نص المادة (١) منه على أن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً، إلا أن قانون المعاملات الإلكترونية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٥ الذي ألغى القانون سابق الذكر وحل محله، لم يأت بذات التعريف، ولم يأت حتى بتعريف بديل للعقد الإلكتروني، و نرى بأنه لا ضير من إيجاد مفهوم وفقاً لمدلول شامل وواسع من يستوعب تلك العقود ويدرجها ضمن منظومته التشريعية.

وقد تم تعريف العقد الإلكتروني في القانون المصري على أنه عقد يبرم دون حاجة لوجود الأطراف وأيضاً دون حاجة إلى وجود مجلس حقيقي يجمعهم وهو بذلك يجمع بين عقود التجارة الإلكترونية والشركات الإلكترونية .

فيمما عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أنسترا في 16 ديسمبر، 1996 وكذلك البرلمان والمجلس الأوروبي، في الاتحاد الأوروبي - رقم 9727/ الصادر في 20 مايو 1997 باسم التعاقد عن بعد، وجاء في المادة الثانية من هذا التوجيه بأن العقد عن بُعد هو " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بُعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد فقط، تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه"^(١) .

عرف البعض العقد الإلكتروني بأنه " : هو اتفاق بين طرفين أو أكثر بوسائل إلكترونية قد تكون كلية أو جزئية.

وذهب البعض الآخر إلى أنه " : هو عقد عادي يتم عبر شبكة الإنترنت لكنه اكتسب طابع خاص الإلكتروني من خلال الطريقة التي يتم التعامل بها ويتم انعقاد العقد بها ، حيث ينشأ العقد بتلقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد"^(٢).

كما وعرف هو العقد الذي يتم للاتفاق على نقل البضائع والخدمات التي يتم التعبير عنها والاتفاق عليها في هذا العقد من قبل الشخص بالعديد من الوسائل التكنولوجية، فالتعريف بعدما تجاوز تعريف ماهية العقد فإنه أقتصر بالتعريف على العروض المقدمة من البائع، واستثنى العقود التي تتم بناء على طلب المشتري دون وجود عرضا صريحا ، فقد يستوي أن يكون الإيجاب مقدم من المشتري وليس من صاحب البضائع أو مقدم الخدمات .

وإنه و بعد استعراض التعريفات السابقة نرى أن العقد الإلكتروني هو تلاقي إرادة الأطراف على نحو يفيد نشوء التزام معين وذلك عبر استخدام الوسائل التقنية .

ثانياً : التعريف بالعقد الدولي الإلكتروني :

أما عن العقد الإلكتروني ذو الصبغة الدولية، أي العقد الدولي الإلكتروني، فلم يتطرق إلى تعريفه أي مشرع عربي ومن ضمنهم الأردني إلا أن المشرع العراقي قد أورد تعريفا للبيع الدولي، على أنه " هو بيع يكون محله بضاعة منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر " وعلى سبيل الإنصاف إن وضع التعريفات هو ليس اختصاصا للمشرع ولو إنه من الأفضل أن يفرد تعريف، الأمر الذي ترك أمام الفقهاء لإبراز وجهات النظر المختلفة حول نظم ترك هذا الباب مفتوحا للتعريفات الجامعة للمصطلح، إلا أن مصطلح العقد الدولي، هو من الأمور التي يصعب إيجاد تعريف يشمل جميع أنواع العقود وأشكال المعاملات الدولية، لكن ليس مستحيل ومن تلك التعريفات أنه هو العقد الذي يشمل عنصر ، بأنه العقد الذي يحوي عنصر أجنبي سواء أرتبط العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تطبيقه وتنفيذه، أو وعرف أيضا أو بأطرافه أو بموضوعه كما و عرفه آخر على أنه هو العقد الذي بإمكانه الإفلات من نطاق القاعدة الآمرة في قانون القاضي ، أي يجوز الاتفاق على مخالفة قاعدة الإسناد إذا ما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى ذلك كما وعرف على انه موافقة الطرف المشتري على تسليم الطرف البائع ثمن لشيء ذي ثمن على أن يختلف احتكامهم لأكثر من نظام قانوني (٣) .

لقد اهتم القانون العراقي اهتماماً كبيراً بالعقود الإلكترونية، ولاسيما في خلال الفترة التي تم فيها التطورات الإلكترونية و التقنيات التي يشهدها العالم، وبناء على ذلك ؛ يحتل العراق المركز الثاني في الوطن العربي في البحث في العقود الإلكترونية.

مدى اختلاف التعريفات التي عرضها الفقهاء للعقد الإلكتروني، فمنهم من اتجه لمبدأ سلطان الإرادة وقد بدا واضحا، ومنهم من خلص إلى معيار دولية العقد هو ارتباطه بعنصر أجنبي ،وجميع تلك الاتجاهات هي صحيحة، إلا أن هناك نقص يشوبها حيث إن دولية العقد لا تقتصر على توفر العنصر الأجنبي والمعيار القانوني بل لابد وتوفر المعيار الاقتصادي الذي

يعبر عن مدى ارتباط العقد بمصالح التجارة الدولية، وبالرغم من تلك التعريفات سابقة الذكر إلا أنها لا تشمل العقد الدولي ذو الصفة الإلكترونية وعليه فإننا نلخص لتعريف العقد الإلكتروني الدولي على أنه : نشوء التزام نتيجة تلاقي إرادة الأطراف عبر وسائل تقنية على أن يراعى فيها العنصر الأجنبي وتوازن مصالح التجارة العالمية.

فالتعريف الذي أوردناه للعقد الإلكتروني الدولي رغم إنه لم يتطرق لماهية العقد كونه عرفه سابقا اشتمل على عنصر إلكترونية العقد، والمعياران القانوني والاقتصادي، وذلك لجعل التعريف يشمل كافة أشكال العقود الإلكترونية الدولية دونما نقص.

والتعريف القاضي بأنه يجوز الاتفاق على مخالفة قاعدة الإسناد إذا ما اتجهت إرادة المتعاقدين إلى ذلك عرف على أنه موافقة الطرف المشتري على تسليم الطرف البائع ثمن لشيء ذي ثمن على أن يختلف احتكامهم لأكثر من نظام قانوني مدى اختلاف التعريفات التي عرضها الفقهاء للعقد الإلكتروني، فمنهم من اتجه لمبدأ سلطان الإرادة وقد بدا واضحا، ومنهم من خلص إلى معيار دولية العقد هو ارتباطه بعنصر أجنبي، وجميع تلك الاتجاهات هي صحيحة، إلا أنه يشوبها عيب حيث إن دولية العقد لا تقتصر على توفر العنصر الأجنبي والمعيار القانوني بل لابد من توفر معيار يعبر عن مدى ارتباط المعيار الاقتصادي في العقد بمصالح التجارة الدولية، وبالرغم من تلك التعريفات سابقة الذكر إلا أنها لا تشمل العقد الدولي ذو الصفة الإلكترونية وعليه فإننا نلخص لتعريف العقد الإلكتروني الدولي على أنه نشوء التزام نتيجة تلاقي إرادة الأطراف عبر وسائل تقنية على أن يراعى فيها العنصر الأجنبي وتوازن مصالح التجارة العالمية، إلا إن هذا التعريف للعقد الإلكتروني الدولي رغم إنه لم يتطرق لماهية العقد كونه عرفه سابقا اشتمل على عنصر إلكترونية العقد، والمعياران القانوني والاقتصادي، وذلك لجعل التعريف يشمل كافة أشكال العقود الإلكترونية الدولية دونما نقص.

ثالثا : خصائص العقد الدولي الإلكتروني :

وكما سلف الذكر بأن للعقد الإلكتروني طبيعة خاصة متميزة عن غيره ويعود ذلك لظروف إبرامه المتعلقة بكونه منعقد على شبكة الإنترنت الافتراضية ذات الطابع العالمي ومن تلك الخصائص هي كما التالي^(٤):

١- يبرم عبر وسيلة إلكترونية :العقد الإلكتروني الدولي، يعود اعتبار العقد إلكتروني إذا ما تم عقده عبر وسيلة إلكترونية كشبكة الإنترنت، فيكفي لاعتبار العقد إلكتروني فور انعقاده ما بين أطراف عبر وسيلة إلكترونية تتيح إمكانية توافق وتلاقي الإرادة التعاقدية أبرم عن بعد ، إن العقد الإلكتروني الدولي إلى طائفة خاصة من العقود تسمى طائفة العقود عن بعد، ويعود ذلك لانعدام





التواجد لأطراف العلاقة التعاقدية، بيد إنه يتم بين أطراف لا يجتمعوا بمجلس عقد حقيقي الملموس واقعياً أو ذو حيز جغرافي محصور بموقع مشترك واحد.

٢- **العقد الإلكتروني الدولي يبرم عن بعد** : ينتمي العقد الإلكتروني إلى طائفة خاصة من العقود تسمى طائفة العقود عن بعد، ويعود ذلك لانعدام التواجد الملموس واقعياً بين أطراف العلاقة التعاقدية، بيد إنه يتم بين أطراف لا يجتمعوا بمجلس عقد حقيقي^(٥) أو ذو حيز جغرافي محصور بموقع مشترك واحد.

٣- **العقد الإلكتروني الدولي هو عقد تفاعلي** : وتظهر تلك الخاصية بالعقد عبر التفاعل المتبادل ما بين أطراف العقد، بحيث إن ذلك التفاعل مستقى من الحضور الافتراضي بطريقة معاصرة على الرغم من عدم وجود التواجد المادي بسبب البعد الجغرافي ما بني أطراف العلاقة التعاقدية و انفصالهما عن بعضهما من الناحية الفعلية.

٤- **العقد الإلكتروني الدولي له طابع تجاري** : إلا أن إجماع الفقه على إن على الرغم من إننا كان قد سبق بينا طبيعة العقد الإلكترونية التجارية سابقاً فالطابع التجاري هو من أبرز خصائص العقد الإلكتروني الدولي هو سببا اعتبار الطابع التجاري هو من ضمن خصائص العقد الإلكتروني الدولي وذلك يعود لسبب إن التجارة الإلكترونية هي من أبرز الممارسات التي تتم من على شبكة الإنترنت، التي بدورها أثرت الحركة التجارية العالمية لسهولة التواصل، فهذه العقود قد لعبت دورا لإعمال وجناح المشروعات التجارية^(٦) على اختلاف صورها.

٥- **العقد الإلكتروني الدولي هو التزام دولي** : يعتبر عابرة للقارات، فمن الطبيعي أن يكون أطراف العلاقة التعاقدية يتبعون لدول مختلفة و لأنظمة قانونية أيضا مختلفة، فتلك الشبكة التي تمتاز بالانفتاحية والانتشار والأنظمة قانونية أيضا الواسع وسهولة الوصول هي الأمر التي يعود لها فضل جعل تلك الأطراف تتلاقى من مختلف الدول، الأمر الذي يجعل منه، وقد يستوي لأن يكون العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت دوليا إلكترونيا عقدا تم بين أفراد يتبعون لذات الدولة ولذات النظام يعتبر معاملة داخلية، مما يجعل الأحكام القانونية المشتركة للقانون الناظم للعلاقة العقدية التي تربطهم فيها هذه القوانين ووفقا للعقد الإلكتروني لا يتسم بالطابع الدولي^(٧).

٦- **العقد الإلكتروني الدولي ذو صفة خاصة بالإثبات** : لعل التقدم التقني الذي أسفرت عنه شبكة الإنترنت، أفرز ظهور وسائل إثبات تعمل على مواكبة هذا التطور خاصة بالعقد الإلكتروني الدولي كالتوقيع الإلكتروني، والذي حل مكان التوقيع التقليدي وذلك للتغير الذي طرأ على الأوعية الضامة للمعلومات من "دعائم مادية إلى دعائم تقنية وإلكترونية"^(٨)، فالتوقيع الإلكتروني هو كغيره من المحررات الإلكترونية فهو عبارة عن سجل أو قيد أو رسائل معلومات

يتم تخزينها وإنشاءها بوسائل إلكترونية، فالتوقيع الإلكتروني من الوسائل الحديثة التي استحدثت لتواكب تطور عمليات المعاملات التجارية التي تبرم عبر شبكة الإنترنت فذلك التوقيع له العديد من الصور كقزحية العين أو نبذة الصوت أو بصمة الأصبع أو التوقيع بالقلم الإلكتروني ، فالمشرع الأردني كان حريصاً لشأن التوقيع الإلكتروني بحيث إنه أشرط لقيام هذا التوقيع وحمايته ما يلي على التنظيم القانوني^(٩) :

-انفراد صاحب التوقيع بتوقيعه وأن يكون مميزاً به عن غيره .

-إذا كان يحدد هوية صاحب التوقيع لسيطرة صاحب التوقيع وقت إجراء التوقيع .

ج-إذا كان المفتاح الخالص خاضعاً إذا ارتبط بالسجل الإلكتروني بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على ذلك السجل الإلكتروني بعد توقيعه دون إحداث تغيير على ذلك التوقيع . "إلا أنه لا يكفي تحقق تلك الشروط لإثبات التوقيع الإلكتروني بل يجب أن يرتبط بشهادة توثيق إلكتروني من أحد الجهات التالية :-أ. "أي جهة توثيق إلكتروني مرخصة في الأردن .ب. جهة معتمدة للتوثيق الإلكتروني الإطار الناظم.ج. أي جهة حكومية أو مؤسسة عامة يوافق لها مجلس الوزراء على ذلك شريطة استيفاء متطلبات هيئة تنظيم قطاع الاتصالات .د. وزارة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات .هـ . البنك المركزي الأردني فيما يتعلق بالأعمال المصرفية أو المالية الإلكترونية"

المطلب الثاني : مدلول الإرادة في تحديد القانون الذي سيطبق على العقد الإلكتروني:

إن عقود التجارة الإلكترونية الدولية لها خصوصية وطابع مميز لها والمتمثل في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي فإن القانون الذي سيطبق على هذه كان له مفاهيم خاصة به ، مما أدى إلى عدم ملائمة القواعد و النظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية ، ومن أهم مناهج تحديد القانون الواجب التطبيق ذلك الذي يعتمد على إرادة الأطراف في العقد في اختيار هذا القانون ، والى جانب مبدأ سلطان الإرادة فإنه يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد .

لذلك سنتعرض للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية باتفاق الأطراف وفي حال غياب اتفاق الأطراف .

أولاً : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية في حال اتفاق الأطراف :

يقصد بقانون الإرادة في القانون الدولي الخاص ، القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمناً ، و كذلك هو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استناداً إلى إرادة الأطراف ، وينحصر دور الإرادة في تعيين القانون وليس تحرير العقد من سيطرة القانون (١٠).

أ-الاختيار الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق :

من الثابت في النظم القانونية على مستويين الداخلي و الدولي أن للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم و قد يكون هذا الاختيار صريح كتحديد بند من بنود العقد أو يكون ضمنيا يستتبط من ملابسات العقد .

١-الاختيار الصريح :

أكدت التشريعات و الفقه على حق المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم و يعلنوا عليه صراحة عن القانون المختص بحل ما يدور حولهم من منازعات في المستقبل ، فإذا تم ذلك كنا بصدد الاختيار الصريح لقانون العقد وكنا فعلا بصدد قانون الإرادة ، كما قد يتم اختيار القانون عبر شبكة الانترنت البريد الالكتروني ، و يتم أيضا عبر غرف المحادثة و المشاهدة والتي تمكن الطرفين من مناقشة كافة شروط العقد ، ومن المتصور أيضا أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الالكترونية التي يتبادلها الأطراف في نفس الزمان (١١).

وقد عرفت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ التي تتعلق بالقانون الذي سيطبق على الالتزامات التعاقدية في المادة ٢/٣ والتي نصت على انه : يمكن للأطراف الاتفاق في أي وقت على أن يخضع العقد لقانون آخر مختلف عن قانون العقد الأصلي و ذلك بناء على اختيار لاحق وفقا لنفس المادة أو بموجب نصوص أخرى مختلفة (١٢).

وقد كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية المتعاقدين في اعتبار القانون الواجب التطبيق حيث جاء في نص المادة (١٨) من القانون المدني الجزائري : يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار بين المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد...وإذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، سواء عند إبرام العقد الأصلي أو في وقت لاحق لإبرامه فانه يجوز لهم أيضا تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أي فترة لاحقة على إبرام العقد ، فقد اعتنقت المادة السالفة الذكر في اتفاقية روما فحولت المتعاقدين حق العدول عن القانون السابق مع التحفظ الخاص بحماية الغير وصحة العقد ، و التي تفضي كل تعديل في تحديد القانون الواجب يأتي لاحقا على إبرام العقد لا ينال مطلقا من صحة العقد حيث الشكل المحدد (١٣).

يمثل اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق التجسيد الفعلي لمبدأ سلطان الإرادة و يعد الحل الأمثل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني ، والسبب



في ذلك هو أن الإرادة بطبيعتها هي الوحيدة القادرة على مواجهة عالم الافتراض الذي يرافق إبرام وتنفيذ العقود الالكترونية .

٢- الاختيار الضمني :

في حال عدم توفر الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على العقد ، فان ذلك لا يعني إنهاء دور إرادة طرفي العقد ، بل قد تكون إرادة موجودة في ثنايا العقد ما يسمى بالاتفاق الضمني ، وفي هذه الحالة يتم التعامل مع مضمون العقد والبحث في بنوده ، فطرف الحال والبيئة المحيطة بالتعاقد و ملابساته هي كفيلا بالكشف عن الإرادة الضمنية والإشارة إلى القانون الواجب التطبيق ، كذلك يمكن استخلاص الإرادة من خلال اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها بل قد تكون بجنسية المتعاقدين أو مكان إقامتهم ، كما قد يستدل من المكان الذي يتم فيه إبرام العقد أو مكان المتفق على تنفيذه .

أما في عقود التجارة الإلكترونية فيكون العقد الذي له علاقة بدولتين أو أكثر في ذات الوقت وكان قانون أحد الأطراف يحتوي أحكاما تنظم مثل هذه العقود كالعقود الإلكترونية وكان مختلف عن قانون دولة الطرف الآخر الذي لا يحتوي علة مثل هذه الأحكام فمن الطبيعي أن تطبق قانون الدولة التي تتضمن قوانينها أحكاما تتناول هذه العقود بوصفها قانون إرادة^(٤).

ب- صعوبات تطبيق قانون الإرادة على العقود الالكترونية :

من أهم العقبات القانونية التي قد تعترض السير الحسن لاختيار الأطراف لقانون عقدهم التجاري الالكتروني ما يلي :

١- صعوبات متعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد :

-صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد :

لا توجد أي صعوبة تذكر حين يتم التعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد ، حيث يسمح الحضور المادي للأطراف بالتحقق من هوية الطرف الآخر و سلامة المستندات وتاريخ إبرام العقد ، غير أن الصعوبة تدق حينما يتم التعبير عن الإرادة وفق وسائل وتقنيات إلكترونية لا تملك أي إرادة بعيدا عن تدخل الإنسان ، هذا يطرح التساؤل حول الأثر القانوني الذي يترتب على الخطأ في التعاقد الالكتروني ، وهو ما يبعث عند المتعاقدين الشك وعدم اليقين في سياق استخدام وسائل الاتصال الالكترونية ، وتثور معها تساؤلات عديدة حول كيفية التحقق من الإرادة الصحيحة عن صاحبها وعن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن^(٥).



صعوبات تحديد هوية الأطراف المتعاقدة :

إن التعامل عبر شبكة الانترنت يفتقد إلى تحديد هوية المتعاقد ، لأنه غالبا العنوان الالكتروني لا يكون متعلق ببلد محدد ، بالإضافة إلى ذلك فإن عملية مراقبة العناوين الالكترونية التي يتعامل بها المتعاقدون للتأكد من هوية الطرف الآخر ، فبالنسبة للمستهلك فان تحديد هوية المورد يمكنه من التطرق للقانون الذي سيطبق على العقد فغالبا يكون هذا القانون هو قانون هذا المورد، وبالنسبة للتاجر فيحرص على هوية الطرف الذي يتعامل معه حتى يستطيع التأكد من أهلية المتعاقد معه^(٦).

٢- الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد :

قد سبق وأثارت هذه الفكرة صعوبات ومشاكل بصدد تطبيقها على عقود التجارة الدولية كذلك ، حتى قيل بأنه من شأن تطبيق هذا الضابط أن يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد مستترا وراء ما يسمى الإرادة الضمنية ، الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف ويهدد الأمان القانوني الذي تنشده التجارة الدولية و رفض الاستناد إلى الإرادة الضمنية بصدد عقود التجارة الالكترونية له ما يبرره هو كذلك ، على أساس صعوبة الاعتماد على الدلائل على هذه الإرادة في اختيار قانون العقد ، خاصة عند مناقشة تلك القرائن أو الدلالات التي تشير إلى الإرادة الضمنية ، وتبرز الصعوبة أيضا في اللغة التي حرر بها العقد في تفسير تلك إرادة الأطراف، على أساس أن اللغة الانكليزية باتت لغة للتعاقد في مجال المعاملات الالكترونية^(٧).

المبحث الثاني

أهمية ضابط الإسناد المرن في حل نزاعات العقود الإلكترونية وموقف التشريعات الوطنية منه

في حال لم يتفق الأطراف في عقود التجارة الالكترونية التي تتم عبر الشبكات الالكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية اتجهت تشريعات بعض الدول إلى النص على ضوابط مقيدة من شأنها أن تسهل على القاضي مهمة تحديد القانون الذي يحكم العقد ، وعادة ما تتمثل هذه الضوابط في الجنسية المشتركة للأطراف أو الموطن المشترك لهم ، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه ، وقد تجمع بعض التشريعات بين أكثر من ضابط و قد تكفي أخرى بضابط واحد عادة ما يكون محل انعقاد العقد، ولكن ما يهمننا في نطاق بحثنا هو ضابط الإسناد المرن على العقود الالكترونية .



المطلب الأول : مدلول ضابط الإسناد المرن في حل منازعات العقود الإلكترونية:

-الضوابط المرنة :

يلجا إلى هذا الضابط في حال عدم اختيار المتعاقدان القانون المختص ، ولم يعمد فيها المشرع إلى استخدام ضوابط جامدة ، فيقوم القضاء إلى تحديد القانون الذي سيطبق على العقد من خلال اعتماد التركيز الموضوعي للعقد عن طريق تحديد الطبيعة الخاص والذاتية للعقد ، وهو ما يسمح بتحديد إسناد مستقل وخاص لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة في ضوء فكرة (محل الأداء المميز)

١-نظرية الأداء المميز :

ضابط الأداء المميز مبني على فكرة أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يتم تحديده بناء على الالتزام الرئيسي في العقد ، وهو ما أكدته التعاريف المختلفة لفكرة الأداء المميز ومنها تعريف الأستاذ jean baptiste والذي اعتبرها الأداء الذي بموجبه يتم وصف العقد وتمييزه وتحديده عن باقي العقود ، وكذلك تعريف الأستاذ van overstraeten والذي اعتبر الأداء المميز هو الذي يكون بمقتضاه دفع المقابل النقدي أمر واجب ، أي انه الأداء الجوهرى والهام في الرابطة التعاقدية ، وبناء على ذلك يعد الأداء مميز في هذا المثال هو أن يلتزم البائع بتسليم البضاعة إلى المشتري أو التزامه بنقل الملكية هذه البضاعة للمشتري ، أما في عقود المقاوله وعقود الوكالة يلتزم المورد بتوريد الخدمة ، إن هذه الادعاءات تعبر عن التمييز الاقتصادي والاجتماعي في العلاقة التعاقدية^(٨).

كما أن فكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز للعلاقة التعاقدية بشكل كامل حيث لا دور فيه للإرادة وليس أيضا بوصفها عنصر من عناصر تركيز العقد ، وهذه الضوابط تقوم على أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه وذلك بناء على التركيز وفق عناصر مادية وموضوعية يستدل عليها من الأطراف ، و هذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية ، فإنه يبدو عادلا و مقبولا ويتوافق مع توقعات الأطراف لإخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد ، وهو ما يجعل وسيلة اختيار القانون الذي سيطبق في ظل نظرية الأداء المميز أمرا سهلا ، بوصفه الوسيلة التي بمقتضاها يتم اختيار أكثر القوانين اتصالا بالعقد ، بالنظر إلى بساطتها ووضوحها و حمايتها لتوقعات الأفراد^(٩).

-تعريف ضابط الأداء المميز :

إن هذا الضابط يقوم على أساسا تحديد العلاقة العقدية واختيار القانون الذي سيطبق على العقد بالاستناد إلى أهمية الالتزام الرئيسي فيه ، أي أنه إذا كان العقد الواحد يستخلص منه

العديد من الالتزامات فإن إحدى هذه الالتزامات هو ما يميز هذا العقد ويعبر عن أساسه وجوهره أي يجب الاعتماد عليه في اختيار قانون العقد ، و نشير هنا إلى أن هذا المعيار يأتي بناء على تحليلين للعقد أحدهما اقتصادي و الآخر قانوني في ذات الوقت ،فالتحليل القانوني لضابط الأداء المميز يحدد أطراف العلاقة بين دائن و مدين ويسمح بالاطلاع ومعرفة جوهر هذا العقد ، أما في التحليل الاقتصادي فأحد الأطراف هو الذي يبرم العقد و الآخر ليس سوى عميل ، وبناء على ضابط الأداء المميز فإن القانون الذي سيطبق على العقد الإلكتروني في الحالة التي يتفق عليها صراحة أو ضمنا هو قانون الدولة التي يوجد بها المدين .وبذلك نجد أن نظرية ضابط الأداء المميز لا تتناسب مع المفاهيم التقليدية من الاختصاص التشريعي والقضائي والحلول العادية لتنازع القوانين .

-البحث عن معيار الأداء المميز وتحديده :

لنتمكن من الأخذ في معيار الأداء المميز للعقد لابد والبحث عن ذلك المعيار وتحديده عن غيره، فمعيار الأداء المميز ليس ذاته في كل العقود، وإنما ينصرف في تحديده نحو كل عقد وطبيعته، الأمر الذي هو سببا في صعوبة توصل القاضي لمعيار الأداء المميز، فالبحث في طبيعة العقد يلزم بأن يتم تحليل عناصر العقد تحليلا وافيا للتوصل إلى الأداء الجوهرية في العقد ، كما حال الموقع في عقد إنشاء عقد إلكتروني الذي يعتبر أداءً مميزاً في عقد إنشاء عقد إلكتروني، كما هو حال المانح للهبية أو التبرع الذي يتم دوليا عبر شبكة الإنترنت لكونه عقدا ملزما لجانب واحد فمعيار الأداء المميز هو الطرف الملزم بتقديم الهبة أو التبرع كونه مدين بالعنصر الجوهرية في العقد، وقد يحتمل لأن ينصرف العقد في محله على عناصر متكافئة الثقل وليس منها ما هو مميز في بأن كمبادلة العمل النقدية عبر شبكة الإنترنت ما بين شخص وشركة صرافة، أو القرض اعتبر المدين بالأداء المميز هو الشركة المختصة في هذا المجال أو المصرف لكونهما يمارسا أحكام العقد وفقا لوصفهما المهني ، وبمقتضى نشاطهما الوظيفي حيث قسم ما بين أن تلك العقود تقسم ما بين طرف عادي وطرف مهني ورئيس يمارس ذلك العمل باحتراف و انتظام^(٢٠).

-التركيز لمعيار الأداء المميز في النظام القانوني :

لتحديد ماهية الأداء المميز في العقد أهمية بالغة لإيجاد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني لكنه غير كافي دون أن يتم تركيز الأداء الذي تم تعيينه على إنه الأداء المميز الذي اعتد بكونه أكثر ارتباط في القانون الواجب التطبيق والأكثر صلة فيه، والذي هو كان المدين بالأداء الذي تم تحديده على انه الأداء المميز .

وإن ما نراه فيما يخص معيار الأداء المميز بأنه المعيار الأكثر كفاءة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك لما يضيفه من مرونة على تحديد القانون الواجب التطبيق، كما إنه يعمل على مراعاة اعتبارات العدالة بجانب اعتبارات المرونة، حيث إنه لا يضع اعتبارات مسبقة التحديد على العقد فهو يعمد إلى وضع قواعد تتجسد بناء على طبيعة العقد ليلاءم كافة أشكال العقود، بالإضافة إلى أنه يحقق الحماية والأمان القانوني للمتعاقدين بجانب كفالاته واحترامه لتوقعاتهم المشروعة، فهو يقدم حلول تتصف بالوضوح والثبات ويتلاءم مع التوقعات المشروعة للأطراف، فمعيار تركيزه هو طبيعة العقد ذاته في العلاقة التعاقدية^(٢١).

ولكن يبدو لنا أن تطبيق هذه الفكرة على عقود التجارة الإلكترونية يؤدي إل كثير من الصعوبات والتحديات ومن بينها، صعوبة تحديد موطن و مركز العلاقة العقدية في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية، مثل الاتجار بالبرامج التجارية، و بيع المعلومات عبر الانترنت، فيصعب تحديد مكان الذي تم فيه إبرام العقد ومكان تسليم الأشياء غير المادية المباعة عبر الخط وبالتالي يصعب تطبيق قواعد الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود بالإضافة إلى صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد، إذ أن العالم الإلكتروني اليوم ليس له وجود حقيقي في موقع محدد، فمثلا دولة القبول قد تكون مصر في حين أن العنوان الإلكتروني للشركة في فرنسا وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط، وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما إن يقدم الدليل على صحة ادعائه^(٢٢).

٢- التركيز الموضوعي للرابطة العقدية :

بموجب نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يختلف القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي باختلاف طبيعة وموضوع كل عقد، كذلك يتأثر هذا القانون بملاسات وظروف التعاقد ليكون بذلك موضوع العقد، و تعد هذه النظرية بمثابة مؤشر للقانون الواجب التطبيق عليه في حالة غياب قانون الإرادة، ويرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني الشهير سافيني، ومؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الذي سيطبق على العقود يتم عن طريق تركيز العقد حسب المعطيات الخارجية له، والتي يعود فيها للقاضي في تعيين القانون المختص وفق دور الإرادة في تعيين مقر العقد باعتبارها عنصرا أساسيا في عملية التركيز، رغم أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، بدليل إمكانية إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه، لذلك يرى باتيفول الذي قام بتطوير هذه النظرية من بعد الفقيه سافيني بوجود التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد و إحدائه الخارجية في كل حالة على حدة، ذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على

العقد الإلكتروني ، وإنما تركز لعقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة التعاقدية وظروف التعاقد ومتى تم تركيز العلاقة العقدية بهذا الشكل فإن القانون الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق على العقد (٢٣).

ولكي نحقق نظرية التركيز الموضوعي للعلاقة العقدية نستطيع اعتماد ثلاثة وسائل :

- إما أن نقوم باعتماد ضابط إسناد واحد قابل للتطبيق على كل العقود الدولية وذلك بن خضعها لقانون محل الإبرام الذي تم فيه العقد .

- أن نعطي القاضي سلطة اختيار القانون الذي سيطبق على العقد معتمدا في ذلك على ظروف و ملاسبات العقد وذلك لكي ربط العقد بنظام قانوني معين ، وهو ما يعرف بمنهج القانون الخاص للعقد .

- أن نعتد منهج وسط باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية ، ويترتب على أعمال نظرية التركيز الموضوعي للعقد الدولي يتم حتميا ارتباط العقد الدولي بقانون دولة معينة ، أي استبعاد فكرة العقد الخالي من كل قانون ، كما أن أعمال نظرية التركيز الموضوعي تجعل من العقد الدولي خاضعا لقانون واحد أي أن نستبعد فكرة تجزئة العقد أو أعمال أكثر من قانون عليه (٢٤).

المطلب الثاني: موقف التشريعات المقارنة من القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية:

- لقد اختلفت التشريعات المقارنة في اختيار القانون الذي سيطبق على العقود الإلكترونية بالنظر إلى المستجدات التي طرحها هذا النظام على الساحة الدولية من حيث تطور المعاملات التجارية الإلكترونية ويعتبر القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعدة من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة المسماة الاونيسترال (٢٥).

هو الأسبق في وضع تعريف للعقد الإلكتروني من خلال تعريف الوسائل التي يتبع من خلالها إبرامه .

ولقد كان موقف المشرع الأردني في تعيين القانون الذي سيطبق على العقد الدولي الإلكتروني قانونا ومن المستقر عليه فقها أن القاعدة الخاصة تقيد القاعدة العامة وهي الأولى بالإعمال، ولسكوت قانون المعاملات الإلكترونية رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ عن الفصل في تلك المسألة والذي اعتبر قاعدة خاصة لمثل هذه العقود ، فكان من الإلزام لتبيان موقف المشرع الأردني من القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني استقراء أحكام القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ والذي بدوره القاعدة العامة للمسائل التعاقدية التقليدية منها



والإلكترونية، وعليه فإن المشرع كان قد تدرج في وضع الحلول للعقود الدولية، ورتب لها أولويات بشكل تسلسلي وهي كالتالي :

أولاً: تنص المادة ١/٢٠ من القانون المدني الأردني على أن "١- يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المشترك للطرفين فان اختلفا سرى قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك " ويتضح جلياً بأن المشرع الأردني قد أفرد احتراماً لإرادة الأطراف في العلاقة التعاقدية ما إن حضرت تلك الإرادة بشكل سليم، أما حال سكوت تلك الإرادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق قد تبنى المشرع بمدلول الإسناد الجامد والذي يتمثل بقانون الموطن المشترك في حالة اتحد الموطن ولم يكن هناك مشكلات تعاقدية ليتم انطباقها من خلال قانون الموطن المشترك، كما وأخذ بمكان تنفيذ العقد والذي بدوره لا يمكن لأن ينطبق لسبب عالمية وافترضية شبكة الإنترنت التي اعتبرت وسيلة التعاقد ومكان التعاقد في أن واحد، أما في حال لم يرد أي حالة من الحالات المبينة في المادة سابقة الذكر فإن المشرع كان قد أضاف العديد من الأحكام الاحتياطية لمعالجة تلك المسائل والتي سنوضحها تباعاً^(٢٦) .

ثانياً: تنص المادة ٢١ من القانون المدني الأردني على أن "تخضع العقود ما بين الأحياء في أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك .

كما ويتضح لنا بأنه المشرع الأردني في حال لم يأخذ في المدلولات التي ذكرها في المادة ١/٢٠ فإنه قد أخضع النزاعات التعاقدية في شكلها لقانون البلد التي تمت فيه، وهذا ما لا يمكن أن ينطبق على العقود الدولية الإلكترونية لأسباب كان قد أوضحناها في ذات الحالة سابقاً، كما وأجاز وجوب إخضاعها للقانون الذي يحكم أحكامها الموضوعية، كما وأكد على إخضاع العقود للقانون الواجب التطبيق وفقاً لمدلول الإسناد الجامد في القانون الموطن أو قانون الجنسية المشتركة.

ثالثاً: نصت المادة ١٠١ من القانون المدني على أن "إذا كان المتعاقدان مختلفين بالمجلس حين إبرام العقد، يعتبر التعاقد قد تم في مكان وزمان القبول إذا لم يوجد اتفاق على غير ذلك"، أما إذا تم التعاقد من خلال الهاتف الإلكتروني ينطبق على العقد ذات الأحكام المبينة في المادة أعلاه، وبدلالة نص المادة ١٠٢ من ذات القانون^(٢٧).

ويبدو بأن المشرع الأردني كان قد أزال الشك فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق من خلال النص المذكور أعلاه، والذي يوضح من خلاله بأنه في حالة لم يرد اتفاق ما بين

المتعاقدين أو لم يرد نص قانوني آخر على حالة العقد المراد تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، أي عدم انطباق الحالات المبينة بكل من المادة ١/٢٠ والمادة ٢١ من ذات القانون فإن معيار تحديد القانون الواجب التطبيق حدد وفقا لصدور القبول من أحد الأطراف.

أما القانون المدني المصري فقد اخذ في تشريعاته بفكرة خضوع العقد التجاري لقانون الإرادة كما نصت المادة ١٩ من القانون المدني المصري ، يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع خول للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني لكن لم يمنح الحرية المطلقة للمتعاقدين وإنما حريتهم تمتد مشروعيتها من إرادة المشرع بمقتضى قاعدة إسناد منحهم حق الاختيار بنص صريح دون تجوز أهداف المشرع^(٢٨).

كما نص القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ الذي ينص في أحد مواده على انه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا . كما نجد القضاء الفرنسي يطبق قانون دولة محل إبرام العقد على أساس انه قانون الإرادة الضمنية للأطراف ، ويتجلى ذلك في المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي التي جعلت العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإرادة المتعاقدين المتبادلة أو أسباب يحددها القانون^(٢٩).

وأما في القوانين الفلسطينية، فإنه لا يوجد فيها نصا يمكن الأطراف من تعيين القانون الذي سيطبق على العقد (الإلكتروني)، وبرأينا، فإنه ينبغي أن يتم تطبيق القانون الذي اختاره المتعاقدان ليطبق على عقدهما .

الخاتمة:

بما أن طبيعة العقد الإلكتروني هي طبيعة خاصة ومميزة، فهو يعتبر عقد دولي وفق المبدأ فهو بناء على ذلك يحتاج إلى قانون خاص ليحكمه، و قد تبين لنا من هذا البحث أن الإرادة لا يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونية بشكل دائم وكان لا بد من أن يتدخل المشرعين وطنيا ودوليا لاختيار حل أنسب من قانون الإرادة لتطبيقه على هذه الأنواع من العقود وذلك لأن قانون الإرادة صعب الإثبات بجميع القعود ولاسيما إذا كانت الإرادة ضمنية، فكان لا بد من اختيار قواعد إسناد قادرة على تحديد طبيعة العقد وتركيزه الموضوعي، فكانت ضوابط الإسناد المرنة هي الحل الأفضل لتطبيقها على العقد الإلكتروني ، وذلك في حال سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق يبرز هنا دور القاضي في تحديد القانون المختص لحكم النزاع باعتماده على منهج الإسناد المرن ونظرية الأداء المميز والتركيز الموضوعي للعلاقة التعاقدية .



الإسناد المرن في العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)

النتائج :

- 1- لاحظنا في بحثنا بأن المسألة المتعلقة بمكان وزمان إبرام العقود الإلكترونية في قانون المعاملات الإلكترونية تخضع لقواعد الأحكام العامة الواردة في القانون المدني
- 2- إن هناك قصور تشريعي يشوب مسألة الأنظمة والتعليمات التنفيذية فيما يتعلق بتطبيق قواعد الإسناد المرن على العقود الإلكترونية رغم فائدتها العملية .
- 3- في مسألة الاختصاص القضائي، تلك النزاعات تخضع للنظر من قبل القاضي المدني كما النزاعات التقليدية.
- 4- تطبق قواعد الإسناد المرتبطة ارتباطا وثيقا بالعقد في حال غياب الإرادة وانعدامها ، ولاسيما ضوابط الإسناد المرنة المتمثلة في الأداء المميز والتركيز الموضوعي .
- 5- صعوبة تطبيق قانون الإرادة على العقود الإلكترونية نظرا لطابعها غير المادي و الافتراضي ، ويتبلور ذلك في صعوبة التأكد من وجود إرادة الأطراف وكذلك صعوبة الإثبات في المعاملات الإلكترونية نظرا لتباين الأنظمة القانونية .

التوصيات :

- 1- نقترح على المشرعين العمل على تعديل البيئة التشريعية النازمة للعقود الإلكترونية، ومن ثم الاعتراف بنوع العقود الإلكترونية الدولية، وتنظيم أحكام خاصة فيها ملائمة لطبيعتها المشتركة، كأن يعرفها تشريع خاص بها ينظم كافة أحكامها، على أن يراعي بتنظيمه مطابقة التشريعات الدولية، ولو كان الأمر على المدى الممتد.
- 2- فرض شروط عقود التجارة الإلكترونية يلزم الأطراف بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تحدد هويتهم ،و في حال عدم الالتزام بذلك يكون للطرف الآخر عن حدوث نزاع الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يتفق مع مصالحه .
- 3- ضرورة وضع اتفاقية دولية موحدة تضمن وحدة تفسير المفاهيم والكتابة والتوقيع حتى يمكننا تجنب مخاطر التباين بين النصوص الوطنية و الدولية .
- 4- لابد من الاعتماد على ضابط الإسناد المرن في حال انتفت إرادة المتعاقدين لتطبيقها على النزاع في العقد الإلكتروني .

الهوامش:

¹ ميريام الأشقر، العقد الإلكتروني ووسائل إثباته ، الموسوعة السياسية ، ٢٠٢١، ص٢.

² محمد نائل أبو قليبين، الإطار القانوني الناظم للعقد الإلكتروني ،المجلد ٦، العدد ٣، لعام ٢٠٢١، ص٦٦.



- ^٣ محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ط٢٠١١، ص٢٠١١.
- ^٤ محمد نائل أبو قليبين، الإطار القانوني الناظم للعقد الدولي الإلكتروني، مرجع سابق، ص٧٦-٧٧.
- ^٥ فيصل محمد كمال، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢٠٠٦، ص١٧٧.
- ^٦ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت قانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني، ص٧٤ وما بعدها.
- ^٧ مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة دكتوراه في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية ٢٠١٢، ص٥٤.
- ^٨ نوار حليل، التعاقد الإلكتروني، معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، جامعة تلمسان، العدد ٤، تلمسان، ٢٠٠٧، ص٢٥٢.
- ^٩ راجع، نص المادة ١٥ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٥ الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٣٤١، ص٥٢٩٢.
- ^{١٠} خضير، فراس كريم شعبان، اثر مبدا قانون الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت، العراق، ٢٠١٦، ص٢٢٨.
- ^{١١} د زيغم محاسن ابتسام / د. بلقاسم تروزين، القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، ٢٠٢٠، ص٣٤٩.
- ^{١٢} براهيم بن احمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، دون مطبعة القاهرة، ٢٠٠٨، ص١١٧-١١٨.
- ^{١٣} الامر ٧٥-٥٨، المؤرخ في ٢٠ رمضان ١٩٧٥، المتضمن القانون المدني المعدل في ديسمبر ٢٠١٤.
- ^{١٤} سالمه، حمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني السياحي البيئي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص٩٣.
- ^{١٥} بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، ٢٠١١، ص١٣١.
- ^{١٦} صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٥٥.
- ^{١٧} الياس بروك، يوسف نور الدين، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عدد ١٣، ص٢٥٦.
- ^{١٨} صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص٣٣٦-٣٣٧.
- ^{١٩} محمد بلاق، مرجع سابق، ص٥٩.
- ^{٢٠} محمد نائل أبو قليبين، مرجع سابق، ص١٥.
- ^{٢١} فيصل عبد السالم علي، العتوم نعيم علي، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية، ص٥٦٩.



٢٢ صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ،ص٣٦٨-٣٦٧.

٢٣ د زيغم يماسين ابتسام، مرجع سابق، ص٣٥٥.

٢٤ محمد بلاق ، المرجع السابق ،ص٥٥.

٢٥ أونسيترال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة كإنشائها بموجب القرار رقم ٥/٢٢ لعام ١٩٩٦.

٢٦ محمد نائل أبو قلبين ، مرجع سابق ،ص١٦.

٢٧ تنص المادة ١٠٢ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الصادر في عدد الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥ بتاريخ 1976/08/01 على الصفحة ٢ على أن "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة ماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس.

٢٨ حفيظة السيد حداد ،الموجز في القانون الدولي الخاص ،المبادئ العامة في تنازع القوانين ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،٢٠٠٩، ص٤٢٢.

٢٩ براهيم بن احمد بن سعيد الزمزي ، مرجع سابق ،ص١٠١-١٠٢.

قائمة المصادر والمراجع :

اولا: الكتب :

١. بلاق محمد ،قواعد التنازع و القواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ،٢٠١٠-٢٠١١.

٢. براهيم بن احمد بن سعيد الزمزي ،القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٨.

٣. سالمة حمد عبد الكريم ،القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي ،دار النهضة العربية ،مصر ،٢٠٠١.

٤. سالمة حمد عبد الكريم ،القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي ،دار النهضة العربية ،مصر ،٢٠٠٠، ص١.

٥. صلاح المنزلاوي ،القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،٢٠٠٨.

٦. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، ط٢٠١١، ص٢.

ثانيا : الرسائل العلمية :

١. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراة في الحقوق تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية ٢٠١٤-٢٠١٥.

٢. القواسمي بيان إسحق، "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة"-، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، رام الله، ٢٠٠٧.



٣. مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة دكتوراة في الحقوق تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية ٢٠١١-٢٠١٢.

ثالثا : المقالات العلمية :

١. الياس بروك ،يوسف نور الدين ،تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الإلكترونية ،مجلة المفكر ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر بسكرة ،العدد ١٣ .

٢. نواره حمليل، التعاقد الإلكتروني: معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، جملة الدراسات القانونية، نسخة ورقية، جامعة تلمسان، العدد ٤ ،تلمسان ،٢٠٠٧.

References

Books

1. Balaq Mohamed, Conflict Rules and Material Rules in International Trade Contract Disputes, Master's Thesis in Private International Law, Abi Bakr Belkaid University, Tlemcen, 2010-2011.
2. Ibrahim bin Ahmed bin Saeed Al-Zamzami, the law applicable to disputes of electronic commerce contracts, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, 2008.
3. Salama Hamad Abdel-Karim, International Private Qualitative Electronic Environmental Tourism Law, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Egypt, 2001.
4. Salama Hamad Abdel-Karim, International Private Qualitative Electronic Environmental Tourism Law, Dar Al-Nahda Al-Arabia, Egypt, 1st edition, 2000.
5. Salah Al-Manzlawy, The Law Applicable to Electronic Commerce Contracts, Dar Al-Fikr Al-Jami'i, Alexandria, 2008.
6. Muhammad Walid Al-Masri, Al-Wajeez fi Explanation of Private International Law, Dar Al-Thaqafa, Amman, 2nd edition, 2011.

University theses

1. Al-Qawasmi, Bayan Ishaq, "The Law Applicable to Electronic Commerce Contracts, A Comparative Study," Master Thesis, Birzeit University, Ramallah, 2007.
2. Belkacem Hamidi, Conclusion of the Electronic Contract, PhD thesis in Law, majoring in Business Law, Faculty of Law and Political Sciences/Department of Law, Haj Lakhdar University, Batna, academic year, 2014-2015.
3. Makhloufi Abdel-Waheb, Electronic commerce via the Internet, Ph.D. thesis in law, majoring in business law, Faculty of Law and Political Sciences / Department of Law, Haj Lakhdar University, Batna, academic year 2011-2012.

Scientific articles:

1. Elias Brock, Youssef Noureddine, Applying the International Conflict Rule Approach to Electronic Commerce Contracts, Al-Mufaker Magazine, Faculty of Law and Political Science, University of Mohamed Kheidar Biskra, Issue 13.
2. Nawara Hamelil, Electronic Contracting: An Equivalence between the Provisions of Civil Law and the Principle of Freedom of Contract, Total Legal Studies, hard copy, University of Tlemcen, Issue 4, Tlemcen, 2007.

