

التعويض الناشئ عن المعاملات الالكترونية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية Compensation Arising from International Electronic Transactions Between the Personal and Objective Theory

زياني آسية

Ziani Assia

المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر، a.ziani@cu-elbayadh.dz

Centre Universitaire Nour Bachir, El Bayadh, Algeria

 <https://orcid.org/0009-0000-7785-5419>

تاريخ الاستلام: 2024/09/15 | Received: 2024/09/15 | تاريخ القبول: 2024/10/16 | Accepted: 2024/10/16 | تاريخ النشر: 2025/01/15 | Published: 2025/01/15

ملخص:

يعتبر قانون الإرادة من أول وأهم قواعد الإسناد التي يلجأ إليها القاضي لتحديد القانون الواجب التطبيق على التعويض الناجم عن المسؤولية العقدية الإلكترونية، حيث نصت عليه العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، فمنازعات التعويض تخضع لقانون الإرادة الذي يقوم على نظرتين أساسيتين هما النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية حيث تهدف هذه الورقة البحثية إلى الكشف عن النظريات المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب على منازعات التعويض الناشئ عن أضرار المعاملات التعاقدية الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: التعويض، المعاملات الالكترونية الدولية، النظرية الشخصية والموضوعية.

Abstract:

The Law of Will is one of the first and most important rules of attribution for a judge's determination of the law applicable to compensation arising from electronic contractual liability. This paper aims to uncover the specific theories of the will's role in choosing the law due to compensation disputes arising from damages for electronic contractual transactions.

Keywords: Personality theory; compensation disputes; electronic transactions; objectivity theory.

This is an open access article under the terms of [the Creative Commons Attribution-NonCommercial License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/), which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited and is not used for commercial purposes.
هذه المقالة مفتوحة المصدر بموجب شروط ترخيص المشاع الإبداعي المنسوب للمؤلف - غير التجاري، والذي يسمح بالاستخدام والتوزيع وإعادة الإنتاج بأي وسيلة، شريطة الاستشهاد بالعمل الأصلي بشكل صحيح وعدم استخدامه لأغراض تجارية.

1. مقدمة:

إن التطور الهائل في مجال تكنولوجيا أفرز لنا ظاهرة التعاقد الإلكتروني التي أتاحت للمتعاملين إمكانية إبرام العقود عن بعد عبر شبكة الانترنت الدولية، وبالتالي الحصول على ما يحتاجونه من سلع وخدمات من مختلف دول العالم دون الحاجة للتنقل والالتقاء، وبذلك ظهر ما يعرف بالعقد الإلكتروني الذي يشترك مع العقود الدولية في صفة الدولية لكنه يتميز عنها بأنه يتم في العالم الافتراضي.

وبما أن العقود تعتبر من أهم صور التصرف القانوني وإرادة الأطراف تلعب فيه دورا أساسيا ومهما خاصة من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق فأغلب التشريعات تتفق على الاعتداد أساسا بالإرادة كضابط إسناد في منازعات العقود الدولية، حيث يعد قانون الإرادة أو القانون الذي يختاره الأطراف هو القانون الواجب التطبيق من حيث الأصل على العقد الإلكتروني ومنازعات الناشئة عنه.

وتوجد نظريتان لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الإلكترونيات الدولية، وكلاهما تنطلقان من فكرة أساسها إرادة الأطراف، ولكن الفرق بينهما يكمن في النظرة للقانون الواجب التطبيق، فالنظرية الشخصية تعتبر القانون المختار شرطا من شروط العقد، وبالتالي تجرده من صفته كقانون يحكم العقد، أما النظرية الموضوعية فتتنظر إلى القانون المختار بمعزل عن شروط العقد، إذ تقر بكيان القانون وخضوع العقد له، وتعتبر أن اختيار هذا القانون يكون عبر قواعد قانونية وطنية تعرف بقواعد التنازع.

إن الحديث عن الأهمية البارزة لضابط الإرادة تحديدا يتأتى من كونه أهم ضابط يُعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود الدولية ويزداد أهمية الآن مع التقدم العلمي الحاصل وظهور أنماط جديدة من العقود وما ينجر عنها من منازعات الرامية للحصول على التعويض الناشئ عن أضرار هذه المعاملات وبناء على ما سبق يمكن طرح الإشكالية الآتية: إلى أي مدى يمكن لنظرية الموضوعية و الشخصية أن تحدد اتجاه الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات التعويض في المعاملات العقدية الإلكترونية؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد في دراستنا هذه على منهجين أساسيين

يتماشيان مع طبيعة الموضوع، حيث سنتبع المنهج التحليلي الذي نراه مناسباً من جهة للدراسات في العلوم القانونية، ومن جهة أخرى لتحليل النصوص والقواعد القانونية المتعلقة بالموضوع، كما استعنا بالمنهج الوصفي لشرح ما تيسر شرحه من مفاهيم وبناء على كل ما تقدم سنعتمد على خطة تمكننا من الوصول إلى أهم النتائج والتوصيات المرتبطة بالإجابة على الإشكالية سابقة الذكر.

2. القانون الواجب التطبيق في إطار النظرية الشخصية

النظرية الشخصية تقوم على فكرة أساسية مفادها أن اتصال العقد الدولي بأكثر من نظام قانوني واحد يؤدي إلى إفلاته من دائرة التنازع، ومن ثم تحرره من سلطان القانون وهي فكرة تعطي للمتعاقدين حرية واسعة في تنظيم علاقاتهم العقدية وإخضاعها إلى مطلق سلطان الإرادة، وهو ما سنبحث عنه في هذه الفقرة فنعرض المفهوم أولاً، مروراً بالنتائج المترتبة على الأخذ بهذه النظرية.

1.2 مفهوم النظرية الشخصية

أسندت النظرية الشخصية مفاهيمها إلى مطلق سلطان الإرادة فيما يخص إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، حيث يعتبر العقد الدولي حسب هذه النظرية " تصرفاً قائماً بذاته متمثلاً بنظام قانوني مستقل عن أي قانون وطني أو دولي حيث يكفي بذاته بيان حقوق والتزامات الأطراف وإقرارها من دون الحاجة إلى تدخل أي نظام قانوني معين"¹.

وهذا يعني أن إرادة المتعاقدين هي القانون ولا يوجد حاجة للاستناد إلى قانون ما ليبرر وجوده، ففي مجال القانون الدولي الخاص ينطلق أنصار النظرية الشخصية من أن التقاء الإرادات كاف بذاته كمصدر للالتزام، وبمعزل عن اختيار أي قانون يحكم العلاقة العقدية فإذا كان العقد الدولي هو العقد الذي يتصل بحسب الأصل بأكثر من نظام قانوني واحد فقد استخلص أنصار هذه النظرية أنه قد أصبح على هذا النحو يفلت من أي تنظيم قانوني، وخلافاً لما هو عليه الحال بصدد عقود القانون الداخلي².

وعليه يرد أنصار النظرية الشخصية وعلى رأسهم الفقيه البلجيكي (لوران) قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد إلى مطلق سلطان الإرادة فيكون اختيار المتعاقدين للقانون في هذه الحالة اختياراً مادياً؛ حيث يندمج القانون المختار في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط عقدية يملك المتعاقدون الاتفاق على ما

يخالفها ولو اتسمت بالطابع الأمر وعلى ذلك يبقى العقد الدولي تطبيقاً أي بلا قانون يحكمه وهو ما يعني في نهاية الأمر إخراج العقود الدولية من مجال تنازع القوانين³.

2.2 النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الشخصية

ومن أهم النتائج المترتبة على اندماج القانون في العقد وفقاً للنظرية الشخصية تتمثل في:

أولاً: العقد الدولي التطبيق

إن فكرة العقد بدون قانون هي من نتائج النظرية الشخصية المستند في اختيار القانون واجب التطبيق على العقد الدولي إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، الذي يمنح المتعاقدين حرية مطلقة في اختيار قانون العقد بحيث تندمج أحكامه في شروط العقد وتنزل منزلة هذه الشروط التعاقدية ويحق للمتعاقدین الاتفاق على ما يخالف هذه الأحكام القانونية من القانون المختار وإن كانت ذات صفة أمرّة وهذا ما يؤدي إلى بقاء العقد بدون قانون يحكمه وإخراجه من نطاق تنازع القوانين.

ومادام اختيار القانون وفق هذا الرأي يستند إلى مطلق سلطان الإرادة فإن البعض من أنصار النظرية الشخصية يرى عدم الحاجة إلى اختيار قانون لحكم العقد لأن العقد المتحرر من سلطان القانون هو شريعة المتعاقدين ويتسم بالاكتهاء الذاتي فهو يتضمن تنظيمات اتفاقياً مفصلاً فإذا كان العقد الدولي مفصلاً ومحكوماً في صياغته القانونية فإنه يوجد التزامات بإمكانها أن تلزم بذاتها الأطراف وتغني المحكمة عن الاستعانة بقواعد القانون التي لا تلائمه⁴.

ثانياً: عدم اشتراط وجود صلة معينة بين العقد الدولي والقانون المختار

وكذلك من النتائج التي تترتب على إرادة الأطراف وفقاً لهذه النظرية عدم اشتراط وجود صلة معينة بين العقد الدولي والقانون المختار أي أنه لا يتقيد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم منازعاتهم التعاقدية الإلكترونية ضرورة توافر صلة بينه وبين العقد، إذ يمكن لأطراف العقد اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية لنوع معين من العقود مثل القانون الإنجليزي الذي ينظم بعض عقود النقل والتأمين البحري حتى وإن لم تتوافر تلك الصلة حيث أن اشتراط مثل هذه الصلة يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة⁵.

ثالثاً: الثبات الزمني لقانون الإرادة

كما يمكن لأطراف العقد اختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية في الرابطة العقدية مستخلصين من كل النصوص التي تحقق مصالحهم كما يؤدي إندماج القانون في العقد إلى عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية تطرأ على القانون الواجب التطبيق بعد إبرام العقد إذ يطبق القانون المضمونة وقت إبرام العقد وهو ما يعرف بالتجميد الزمني للعقد⁶.

وتعرضت هذه النظرية للنقد فعلى الصعيد الفقهي أكدت الأستاذة (Debye Gerard) أن " العقد الدولي لا يمكن أن يولد أو يعيش في فراغ قانوني بل يجب أن يكون محكوماً بقانون"، كما ذهب الدكتور هشام صادق إلى فكرة العقد بدون قانون " أن إرادة المتعاقدين ليست مسألة خاصة بأطرافه فقط وإنما هو من قبل كل ذلك واقع اجتماعي يخضع للقانون ولا يرتب آثاره إلا في حدود ما يسمح به هذا القانون وأن فكرة العقد بدون قانون يناقض الواقع"⁷

3. القانون الواجب التطبيق في إطار النظرية الموضوعية

إن المغالاة في تقديس مبدأ سلطان الإرادة في إطار المعاملات الدولية وبصفة خاصة في تحديد القانون المختص في حكم منازعات التعويض الناشئة عن العلاقات التعاقدية الإلكترونية أدت إلى إفلات العقد من حكم القانون⁸، وتضاءل دور القاعدة القانونية وأصبح دور الدولة قاصراً عن حماية الطرف الضعيف أو لتحقيق المصلحة العامة وأضحت إرادة الفرد تسمو فوق القانون والذي أصبح يستمد قوته الملزمة من الإرادة ويعمل على حمايتها⁹، إن اعتناق النظرية الموضوعية يؤدي إلى نتائج وهو ما سنوضحه تباعاً في هذه الفقرة بدءاً بالمفهوم ثم النتائج المترتبة على إعمالها.

1.3 مضمون النظرية الموضوعية

ترجع النظرية الموضوعية في أصولها إلى الفقيه الألماني (سافيني)، فهو أول من نادى بضرورة تحليل مختلف العلاقات القانونية موضوع النزاع تحليلاً دقيقاً حتى يتسنى تركيزها في مكان معين ، فإذا ما عرف هذا المركز أمكن إسنادها إلى القانون السائد في هذا المركز بوصفه أكثر القوانين المتنازعة ملائمة لحكمه فقد اعتمد أنصار هذه النظرية على عدة معايير لتعيين القانون الواجب التطبيق مثل مكان إبرام العقد ، مكان تنفيذه ، لغة العقد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عنه ، إلا أنهم يتفقون على ضرورة الأخذ بالإرادة الصريحة والضمنية واعتبارها المعيار الأول الذي يرجع إليه بشرط توفير الصلة بين القانون

الذي أشارت الإرادة بتطبيقه والعقد الدولي وعلى ذلك فإن الرابطة التعاقدية تخضع لحكم القانون الذي يختاره المتعاقدان، والذي لا تملك الإرادة الإفلات من أحكامه الأمرة¹⁰.

كما يرى أصحاب النظرية الموضوعية أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مبدأ مطلقاً، فالإرادة حرة في حدود القانون وقدرتها على اختيار القانون الواجب التطبيق تستمد من إرادة المشرع بمقتضى قاعدة الإسناد فالعقد وإن كان دولياً لا بد أن يخضع إلى نظام قانوني معين يكفل له الاستقرار ويسبغ عليه الحماية اللازمة تأميناً للعلاقات الدولية¹¹.

وبذلك فإن النظرية الموضوعية تُعلي سلطان القانون على إرادة المتعاقدين، فإن كان لهذه الإرادة أن تختار قانون العقد فدورها لا يتعدى كونه إبداء رغبة في تركيز الرابطة العقدية في إطار نظام قانوني معين يتصل بالضرورة بهذه الرابطة ومن ثم فإن إرادة المتعاقدين تكون ضابط إسناد يشير إلى القانون الواجب التطبيق بشأن الرابطة العقدية على أساس الحل الذي ارتضاه المشرع لحسم مشكلة تنازع القوانين في العقود الدولية¹².

وهكذا لم تعد الإرادة الفردية حرة إلا في حدود القانون الذي تستمد منه سلطاتها ، فالعقد لا يمكن أن يستند إلى فراغ وإرادة المتعاقدين لا تستطيع أن تنشئ نظاماً قانونياً قائماً بذاته فالعقد ليس مسألة خاصة بأطرافه فقط وإنما هو حلقة في نظام قانوني متكامل ، وهو لا يرتب آثاراً قانونية بوصفها هذا إلا بإسناده إلى هذا النظام الذي يمنحه الوجود ويكفل له الحماية ، إن قدرة المتعاقدين على اختيار القانون الواجب التطبيق طبقاً لمنهج التنازع، لا يعني أن لهذه الإرادة القدرة على مخالفة القواعد الأمرة التي يتضمنها القانون المختار، فإرادة المتعاقدين ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بنصوص القانون الأمر الذي يهدف إلى حماية المصالح العليا للجماعة، وإذا كان فقه القانون الدولي الخاص الحديث قد اعترف بدور الإرادة في اختيار قانون العقد فإن هذا الحق يستند إلى حكم القانون الذي سمح للإرادة بهذا الاختيار وليس لمطلق مبدأ سلطان الإرادة، حيث ينحصر دور الإرادة على هذا النحو في تعيين القانون الذي يحكم العقد لا في تحريره من سلطان هذا القانون¹³.

بعبارة أخرى إذا كانت للإرادة حرية اختيار قانون العقد في حالة اتسامه بالصفة الدولية فإن هذه الحرية ليست طليقة، وإنما هي مقيدة بضرورة أن يقع الاختيار على أحد القوانين التي تتصل بالعلاقة

العقدية، بل إن اختيار قانون العقد لا يستند إلى مطلق سلطان الإرادة كما ادعى أنصار المدرسة الشخصية، وإنما يستند إلى نصوص القانون التي سمحت للإرادة بهذا الاختيار¹⁴.

2.3 النتائج المترتبة على الأخذ بالنظرية الموضوعية

الأخذ بالنظرية الموضوعية يرتب مجموعة من النتائج نجلها بما يأتي:

أولاً: احتفاظ القانون المختار بصفته القانونية

يرى أصحاب النظرية الموضوعية أن الحرية الأطراف ترجع إلى قاعدة الإسناد التي تمنحهم حرية اختيار هذا القانون وبذلك يرتد اختيار الإرادة للقانون المختص إلى سيادة القانون نفسه إذ تعد الإرادة مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق، ويترب على ذلك أن القانون المختار يبقى محتفظاً بطبيعته القانونية أي أنه يطبق على العقد بوصفه قانوناً وليس شروط عقدية فقط مما يؤدي إلى حرمان المتعاقدين من مخالفة قواعده الأمرة¹⁵، وإن كان يجوز لهم الاتفاق على مخالفة أحكامه المفسرة، وإن كانت هذه الأخيرة تتصف بالصفة الأمرة في قانون القاضي ما لم يتعارض ذلك بطبيعة الحال مع مقتضيات النظام العام الوطني وفقاً لمعناه المتعارف عليه في فقه القانون الدولي الخاص¹⁶.

ثانياً: رفض الإحالة

يستند فقه النظرية الموضوعية في تبرير رأيه إلى أن فكرة الإحالة تتعارض مع حكمة قاعدة التنازع التي خولت للمتعاقدين حرية اختيار قانون العقد الدولي، لأنه عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي على العقد فإنها تقصد بذلك القواعد الموضوعية الواردة فيه دون قواعده المتعلقة بالقانون الدولي الخاص¹⁷.

فالقاضي عندما يقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يراعي كافة الظروف المحيطة بالتعاقد والتي تكشف عن القانون الأوثق صلة بوصف هذا القانون هو مركز الثقل في هذه الرابطة العقدية، وأن قبول الإحالة إلى قانون آخر ليست له صلة وثيقة يؤدي إلى خضوع العقد لقانون لا يعده القاضي معبراً عن مركز الثقل في هذه الرابطة التعاقدية وفي ذلك مساس بقوام هذه الرابطة لذا فإن التطبيق الصحيح لقاعدة التنازع في المعاملات الدولية و المنازعات الناشئة عنها لا يستقيم العمل بها إلا بتطبيق الأحكام المادية في القانون المختص دون قبول الإحالة إلى أي قانون آخر¹⁸.

ثالثا: مركز القانون الذي تحدده الإرادة

إن اعتبار الإرادة عنصرا يؤدي وظيفة تركيزية للعلاقة العقدية، وبالتالي الإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق يستتبع وحدة النظرة إلى مركز ذلك القانون أمام قضاء النزاع في نظرية التنازع، فهو يعامل عندما يكون قانوناً وطنياً معاملة القضاء للقانون الوطني، وعندما يكون أجنبياً يعامل معاملة القضاء للقانون الأجنبي، وهذا الأمر يرتب النتائج الآتية:

أ- يؤخذ بالتعديلات التي قد تطرأ على ذلك القانون.

ب- إن قانون الإرادة يطبق حتى ولو كان هذا التطبيق من شأنه أن يؤدي إلى بطلان العقد.

ج- استبعاد العقد الدولي من نطاق التحايل على القانون، وذلك لأن القانون المطبق لا يعمل به كقانون اختارته الإرادة العقدية وإنما يفرض نفسه كقانون مركز العلاقة العقدية وإن كان للإرادة دور أساسي في عملية التركيز¹⁹.

رابعا: موقف المشرع الجزائري من نظريتين

في حالة اختيار أطراف التعامل الإلكتروني القانون الواجب التطبيق على منازعات التعويض الناشئة عن أضراره يجب على القاضي التحقق من توفر شرطي وجود علاقة بين قانون المختار و العقد أو وجود العلاقة بين العقد و أطراف المعاملة، مما يفيد بأنه لم يطلق للمتعاقدین حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما بحيث اشترطت أن يكون القانون الواجب التطبيق له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد و بهذا يكون المشرع قد تبني نظرية الموضوعية وهو ما ورد ذكره في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

أ- شرط وجود رابطة بين قانون الإرادة والمتعاقدين

وفقا للمادة 18 من القانون المدني الجزائري بعد تعديل 2005 فالمشرع الجزائري رغم تبنيه لقاعدة قانون الإرادة أو منح الأطراف المتعاقدة حرية في اختيار القانون الذي يحكم ويسري على موضوع التزاماتهم التعاقدية، إلا أنه لم يجعل حرية أطراف الرابطة العقدية مطلقة بل قيدها بشرط ضرورة وجود رابطة بينهم

وبين القانون الذي تم اختياره حيث جاءت المادة 18 وفقاً للآتي: "يسري على الالتزامات التعاقدية

القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت صلة حقيقية بالمتعاقدين" 20

تحليلاً للمادة أعلاه فإن المشرع الجزائري جعل اختيار المتعاقدين للقانون الساري على عقدهم في جانبه الموضوعي مقيد بوجود رابطة بينهم وبين العقد وبصيغة أخرى صلة، وقد تكون هذه الأخيرة بتحديد في جنسية المتعاقدين أو موطنهم، فبتالي بمفهوم المخالفة في حالة عدم وجود هذه الصلة أو الرابطة إما الجنسية أو الموطن، فإن القاضي يجعل القانون المختار على جانب كأنه لم يتم اختياره وذلك لانعدام الرابطة بينه وبين المتعاقدين، خاصة أن الجنسية والموطن ضمن المؤشرات التي يستدل بها القاضي بوجود الاختيار²¹.

ب- شرط وجود صلة بين قانون الإرادة والعقد

مفاد شرط وجود صلة بين قانون الإرادة أو القانون المختار من طرف المتعاقدين والعقد، هو قيام تلك الصلة الحقيقية والرابطة القانونية بين القانون الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية أو قانون الإرادة والعقد، أين تكشف هذه الصلة بجلاء على الإرادة الحقيقية والمشاركة لأطراف العقد، جعل المشرع الجزائري وجود صلة بين القانون المختار والعقد شرط لإعمال وتطبيق مبدأ قانون الإرادة الساري على موضوع الالتزامات التعاقدية وذلك بشكل صريح في متن المادة 18 من القانون المدني بعد تعديل، إضافة أن الرابطة الحقيقية بين العقد والقانون المختار الساري على موضوعه قد تكون صلة ببلد الإبرام الذي يحقق حماية للعقد وأمان للمتعاقدين ويضمن وحدة الحلول القانونية²².

والباحثة من جانبها وفي ضوء العرض المتقدم وبحسب النظريتين لا يوجد ما يمنع المتعاقدين من اختيار قانون دولة معينة ليطبق منازعات التعويض الناشئة عن العقد الدولي إلا أن أساس هذا الاختيار يختلف عليه بين النظريتين فهو في رحاب النظرية الشخصية يستند إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة بينما في ظل النظرية الموضوعية يستند على قاعدة من قواعد تنازع القوانين وعليه فحرية الاختيار هي عقيدة تستند عليها كلتا النظريتين ولا يعاب على أي من النظريتين عقيدتها تلك، إلا أن أساس تلك العقيدة تختلف من نظرية إلى أخرى كما سبق القول.

فالأخذ بمعايير النظرية الشخصية تجعل من القانون المختار شرطاً من شروط العقد ومن ثم ذوبانه في العقد ليصبح جزء منه وبالنتيجة صيرورة العقد بلا قانون يحكمه أو كما يطلق عليه (بالعقد الطليق) وذلك أمر تبناه المشرع الجزائري قبل تعديل 2005 .

أما بعد تعديل المشرع الجزائري في المادة (18) من القانون المدني قد منح أطراف العقد الدولي حرية اختيار القانون الواجب التطبيق مع أخذه ببعض المعايير الموضوعية ليحد بها إرادة أطراف العقد الدولي في اختيار القانون الواجب التطبيق و هما معيار صلة القانون المختار بالمتعاقدين أو معيار صلة القانون المختار بالعقد، و بالتالي لم تعد حرية المتعاقدين مطلقة في اختيار.

وعلى أية حال فإن قاعدة الإسناد التي وردت في المادة 18 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالعقود الدولية لم تعد تلائم ما لحق هذه العقود والمعاملات التجارية والمالية على النطاق الدولي في أساليبها ووسائلها من تطورات، فقاعدة الإسناد هذه وإن كانت عند تشريعها تمثل اتجاهات حديثة في حينها إلا أن التطورات الإلكترونية التي لحقت العقود والمعاملات المالية التي تحكمها هذه القاعدة تحتم إعادة النظر فيها من جديد ، وقد فعلت ذلك تشريعات وطنية حديثة واتفاقيات دولية معاصرة ومنها القانون نموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم (51/162) في جلستها الخامسة والثمانين في (16/ديسمبر / 1996)، ويعد هذا القانون ذا طبيعة موضوعية وذاتية خاصة بالمعاملات الإلكترونية التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية و يعتبر نمودجا احتذى بها مشرعي العديد من الدول المعاصرة.

ومن خلال ما تقدم فإن واقع العقود الدولية والمعاملات الإلكترونية في المجتمع الدولي المعاصر و الذي ألقى بظلاله على المواقف التشريعية للعديد من الدول وبغية مواكبة تلك التطورات في الميدان التشريعي فإن الأمر يستدعي على المشرع الجزائري مساهمة هذه التطورات من خلال النص على قاعدة صريحة تخص منازعات المعاملات الإلكترونية بإضافة نص إلى نصوص القانون المدني تعالج ذلك.

4. خاتمة:

في المعاملات الإلكترونية الدولية عادة ما يتم اختيار القانون الذي يجب تطبيقه على العقد الإلكتروني و المسؤولية الناشئة عنه وهو ما يعرف بقانون الإرادة، حيث توجد نظريتان لتحديد القانون الواجب

التطبيق على عقود الإللكترونية الدولية، وكلاهما تنطلقان من فكرة أساسها إرادة الأطراف ولكن الفرق بينهما يكمن في النظرة للقانون الواجب التطبيق و من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا الى مجموعة من النتائج منها :

1. تعتبر الإرادة من بين العناصر الأساسية في قيام العقد وتنفيذه وكذا العودة إليه في حالة حدوث نزاع.
2. يقوم مبدأ الإرادة على مذهبين شخصي وموضوعي.
3. فقه النظرية الشخصية يرى أن حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد يقوم على مطلق مبدأ سلطان الإرادة أو تستند إلى قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص.
4. فقه النظرية الموضوعية يرى أن الحرية المتعاقدين ترجع إلى قاعدة الإسناد التي تمنح أطراف العقد حرية اختيار هذا القانون، وبذلك يرتد اختيار الإرادة للقانون المختص إلى سيادة القانون نفسه، إذ تعد الإرادة مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون الواجب التطبيق.

التوصيات:

في الأخير نأمل من المشرع الجزائري أن ينظم منازعات الناشئة عن المعاملات الالكترونية الدولية في اطار قواعد تنازع جديدة تتلاءم مع التطورات الكبيرة التي شهدتها نظام التعاملات الدولية.

5. الهوامش:

¹ - ياقوت محمود محمد، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، دار المعارف، سنة 2004، ص74.

² - سلطان عبد الله الجواري، عقود التجارة الإللكترونية و القانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2010، ص 121.

³ - ياقوت محمود محمد، المرجع السابق، ص80.

⁴ - عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1988، ص48.

- 5- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2001، ص 290.
- 6- سامي بديع منصور، عكاشة عبد العال، طرق حل المنازعات الدولية الخاصة والحلول الوضعية لتنازع القوانين، الدار الجامعية، مصر، سنة 1995، ص 629.
- 7- كريم مزعل شي، النظرية الشخصية المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، سنة 2018، ص 115.
- 8 - محمد صديق محمد عبد الله، موضوعية الارادة التعاقدية، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2012، ص 10.
- 9- محمد ياقوت محمود، الروابط العقدية بين النظرية الشخصية و الموضوعية ، دار الفكر الجامعي، مصر، سنة 2004، ص 38.
- 10 - حبيب جبار جواد، الالتزام بالتفاوض بحسن نية في عقود التجارة الدولية، المركز العربي لنشر و التوزيع، مصر ، سنة 2023، ص 219.
- 11 - أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين الثبات اليقين و اعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، سنة 2003، ص 59.
- 12 - كريم مزعل شي، المرجع السابق، ص 120.
- 13 - محمد أحمد علي محاسن، تنازع القوانين في العقود الالكترونية، دار حامد لنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2013، ص 59.
- 14 - حبيب جبار جواد، المرجع السابق، ص 210.
- 15 - محمد صديق محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 25.
- 16 - ثامر عبود، عبود الشافعي، المعايير المحددة لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق في العقد الدولي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، سنة 2015، ص 127.
- 17- أمير صلاح نصر الأعرجي، عقود التجارة الدولية في الماهية و المعايير، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الاسلامية، لبنان، سنة 2013، ص 85.
- 18 - الأيوبي محمد محبوب، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، العدد 02، مجلة القانون التجاري، المغرب، سنة 2015، ص 155.

- ¹⁹ – سلطان عبد الله الجوّاري، عقود التجارة الالكترونية و القانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2010، ص 119.
- ²⁰ – الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في 26/09/1975، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 30/09/1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، جريدة رسمية عدد 44، مؤرخة في 26/06/2005 و القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13/05/2007، جريدة رسمية عدد 31 المؤرخة في 13/05/2007.
- ²¹ – الأيوبي محمد محبوب، المرجع السابق، ص 155.
- ²² – شريف هنية، تطبيق القانون المختار على الالتزامات التعاقدية و القيود المفروضة عليه، مجلة العلوم الشرعية و القانونية، العدد الأول/ كلية القانون جامعة المرقب، بنغازي "ليبيا"، سنة 2019، ص 207.