الرقم الدولي: ISSN2075-7220

الرقم الدولي الالكتروني: ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن

كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

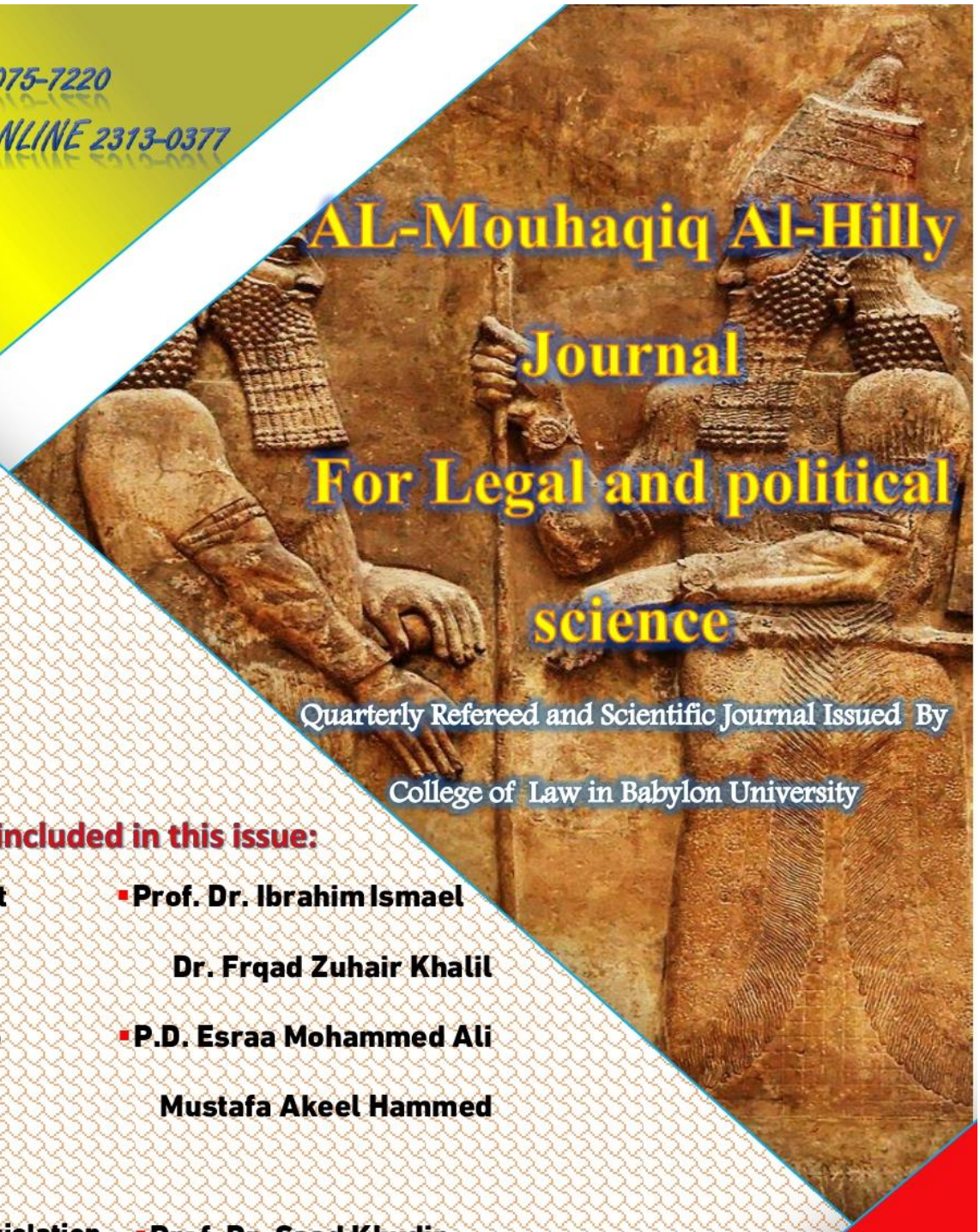
- ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي — أ. متمرس د. ابراهيم اسماعيل
- الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة- — م.د. فرقد زهير خليل
- دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد ٢٠٠٣ — ا.د اسراء محمد علي / مصطفى عقيل حميد
- حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة) — ا. د. سعد خضير عباس
- أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان / م.اقبال عبد العباس يوسف

السنة الثالثة عشر العدد الثالث

٢٠٢١

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN 2075-7220
ISSN ONLINE 2313-0377



AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By
College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- **Credit Risk Management** — **Prof. Dr. Ibrahim Ismael**, **Dr. Frqad Zuhair Khalil**
- **Objective Judgments To Crime Of Play Gambling -A comparative Study-** — **P.D. Esraa Mohammed Ali**, **Mustafa Akeel Hammed**
- **The Role of Financial legislation in the emergence of holding companies in Iraq after 2003.** — **Prof. Dr. Saad Khudir Abbas Al rahamee**
- **Authority in the electricity service partnership contracts between the public and private sectors (Comparative study)** — **Prof. Ismail Sasa' Al-Budair**, **Iqbal Abdel Abbas**

THIRTEEN YEAR
2021
THIRD ISSUE

No. Deposit in the Archives office – office 1291
for the national Baghdad in 2009

الفهرس

ت	البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
١.	ادارة مخاطر منح الائتمان المصرفي	أ.د.المتمرس.ابراهيم اسماعيل ابراهيم م.د. فرقد زهير خليل	٩-٧١
٢.	الأحكام الموضوعية لجريمة لعب القمار -دراسة مقارنة-	ا.د اسراء محمد علي مصطفى عقيل	٧٢-١٠٢
٣.	دور التشريعات المالية في ظهور الشركات القابضة في العراق بعد٢٠٠٣	ا.د. سعد خضير عباس	١٠٣-١٢٣
٤.	حقوق الجهة الادارية في عقود الشراكة خدمة الكهرباء بين القطاعين العام والخاص (دراسة مقارنة)	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان م.اقبال عبد العباس يوسف	١٢٤-١٤٦
٥.	احكام التزام المرفوض بادارة المال المرهون (دراسة مقارنة)	ا.د. منصور حاتم محسن حازم محمد جواد	١٤٧-١٨٥
٦.	مفهوم عقد الكفالة المؤقتة (دراسة مقارنة)	ا.د.ايمان طارق مكي علي عايد فالح	١٨٦-٢١٧
٧.	المفهوم القانوني لعقد التجميد(دراسة مقارنة)	أ.د. سلام عبدالزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين	٢١٨-٢٥١
٨.	الاساس القانوني للالتزام بضمان سلامة السائح	أ.د. هادي حسين عبدعلي بلسم محمد طالب	٢٥٢-٢٨٢
٩.	اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الدولية	أ.د. عبدالرسول عبدالرضا حسين عمران جرمط	٢٨٣-٣٢٤
١٠.	جريمة الاعتداء على محطات القوة الكهربائية (دراسة مقارنة)	ا.دحسون عبيد هجيج شهد حيدر	٣٢٥-٣٦٠
١١.	السياسية العقابية لجريمة اخفاء العمل الارهابي (دراسة مقارنة)	أ.د. عمار عباس الحسيني علي منديل عبدالله	٣٦١-٣٨٧
١٢.	الجريمة دولية (جريمة الاستيلاء انموذجاً)	ا.د.صدام حسين وادي حازم سكران خضير	٣٨٨-٤٢٣
١٣.	ماهية الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي وتطبيقاتها العملية	أ.د. ميري كاظم عبيد فلاح ساهي خلف	٤٢٤-٤٦١
١٤.	انتقاص الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.د. وسن قاسم غني م. م احمد خضير عباس أحمد	٤٦٢-٤٨٣
١٥.	نطاق امتياز مؤجر العقار	أ.د. وسن قاسم غني هاجر عبد العظيم عنبر	٤٨٤-٥١٩
١٦.	ظهور المصلحة الفضلى للطفل كضابط إسناد في العلاقات الخاصة الدولية	أ.د. فراس كريم شيعان خضير مخيف فارس	٥٢٠-٥٥٤
١٧.	المحل في عقد الرعاية الرياضية	أ.د. ذكرى محمد حسين ايناس هاشم رشيد	٥٥٥-٥٨٨
١٨.	الدور الذاتي لمبادئ القانون الدولي الخاص في معالجة الفراغ التشريعي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	٥٨٩-٦٣٧
١٩.	حالات النكول في المناقصات الحكومية	أ.د. صادق محمد علي عماد محمد شاطي	٦٣٨-٦٦٦
٢٠.	جريمة اعطاء وصفة طبية بمواد مخدرة او مؤثرات عقلية لغير اغراض العلاج الطبي "في القانون العراقي"	ا.د محمد اسماعيل ابراهيم أ.م. احمد هادي عبد الواحد	٦٦٧-٧٠٦
٢١.	جريمة التحريض على تبني افكار او توجهات تتعارض مع التداول السكن	ا.د اسماعيل نعمه عبود ثامر ماهر حسون	٧٠٧-٧٣٠
٢٢.	جريمة تنظيم عصابة مسلحة ارهابية (دراسة مقارنة)	ا.د.لمى عامر محمود احمد حسن حسون	٧٣١-٧٧٠

٢٣.	الضمانات القضائية لحماية الحق في حرية البحث العلمي	أ.د. حسين جبار عبد لقاء عباس مهدي	٧٧١-٧٩٩
٢٤.	التأمين من المخاطر التجارية في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	أ.د. سماح حسين علي مازن عبدالله عبد	٨٠٠-٨٣٥
٢٥.	تقييد حدود المسؤولية المدنية الناشئة عن الحوادث الرياضية (دراسة مقارنة)	أ.د. حيدر حسين الشمري م. محمد عبدالرزاق محمد	٨٣٦-٨٨٣
٢٦.	الرقابة على التمويل العام للاحزاب السياسية	أ.د رافع خضر صالح رشا محمد امين	٨٨٤-٩١٤
٢٧.	التعويض من القلق من الموت الوشيك	ا.م.د. محمد جعفر هادي	٩١٥-٩٥٦
٢٨.	تنفيذ المصادرة الإدارية " دراسة مقارنة "	ا.م.د.رفاه كريم كربل غيث حميد كاظم عباس	٩٥٧-٩٨٢
٢٩.	الحماية الدولية لحق السجين في الصحة (دراسة في قواعد القانون الدولي لحقوق الانسان)	ا.م.د. سرمد عامر عباس عدي كاظم حمزة	٩٨٣-١٠٢٢
٣٠.	مبدأ قرينة البراءة امام المحكمة الجنائية الدولية	ا.م.د حيدر عبد محسن شهد نورس هادي وحيد	١٠٢٣-١٠٤٣
٣١.	فكرة تعارض المصالح في سوق الاوراق المالية (دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد جلال حسن حنتوش	١٠٤٤-١٠٨٧
٣٢.	شروط الحماية القانونية للمؤشرات الجغرافية التجارية والاجار المترتبة عليها(دراسة مقارنة)	ا.م.د ميثاق طالب عبد ياسين خضير داخل	١٠٨٨-١١١٧
٣٣.	الاحكام الموضوعية لجريمة نقل الحدود (دراسة مقارنة)	ا.م.د منى عبد العالي موسى كوثر عهد محمد	١١١٨-١١٦٢
٣٤.	جريمة اخذ الصغير	ا.م.د منى عبد العالي موسى	١١٦٣-١١٨٣
٣٥.	الاحكام الموضوعية لجريمة الرشوة التي من شأنها الاضرار بالمصلحة الوطنية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد ريام سلام عبيد	١١٨٤-١٢١٨
٣٦.	اختصاص البرلمان في صحة العضوية البرلمانية	ا.م.د. ليلى حنتوش ناجي بشار محمد كريم	١٢١٩-١٢٥٦
٣٧.	حالات الظرف الطارئ في عقد الايجار (دراسة مقارنة)	ا.م.د. حبيب عبيد مرزه زينب ثامر شهيد	١٢٥٧-١٢٩٤
٣٨.	نقل الدعوى واثره على الاختصاص في القضاء المدني (دراسة مقارنة)	أ.م.د.عبدالله عبدالامير كمال رحيم عزيز	١٢٩٥-١٣٣٩
٣٩.	اشكاليات تكوين المحكمة الاتحادية العليا في العراق واثرها في جودة احكامها	ا.م.د. غانم عبد دهش	١٣٤٠-١٣٧٩
٤٠.	حق المراة العراقية في الكرامة الانسانية (دراسةفياطارالدستوروالقانون العراقي)	ا.م.د. ميسون طه حسين	١٣٨٠-١٤٠٣
٤١.	فعالية المحكمة التجارية العراقية في تسوية المنازعات التجارية (دراسة قانونية في ضوء البيان الصادر من مجلس القضاء الاعلى رقم (٧٤) لسنة ٢٠٢٠.	م.د.ماهر محسن عبود	١٤٠٤-١٤٢٥
٤٢.	التنظيم القانوني لعقوبة قطع الراتب (دراسة مقارنة)	م.د. امين رحيم	١٤٢٦-١٤٦٢
٤٣.	الخطأ المشترك في الاصابة بفيروس كورونا المستجد (كوفيد١٩) (دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي)	م.د. احمد عبدالحسين الياسري	١٤٦٣-١٤٨٣
٤٤.	عقد الاختيار بين الوحدة والتعدد	م.د. هند فائز الحسون م.م. ارم عصام خضير	١٤٨٤-١٥٠٨
٤٥.	دور الاجهزة الرقابية في عملية الاصلاح الاداري والمالي في العراق	م.د قتاده صالح م.م حيدر جاسم محمد	١٥٠٩-١٥٤٥
٤٦.	جرائم جلسات المحاكم (دراسة مقارنة)	م.د منتظر فيصل كاظم	١٥٤٦-١٥٨٤
٤٧.	دور منظمة الامم المتحدة في تنظيم عمل الطائرات المسلحة المسيرة	م.قاسم ماضي حمزة م.د.هاني عبد الله عمران	١٥٨٥-١٦١١
٤٨.	دور التنظيمات النقابية في حماية حقوق العامل في العراق	م.رشا ظافر محي الدين رضا	١٦١٢-١٦٤١
٤٩.	استنباط الاحكام القانونية بدلالة الظهور اللفظي	م.م حسن ضعيف حمود	١٦٤٢-١٦٦٧
٥٠.	التأثير القانوني لفيروس كورونا المستجد على الالتزامات التعاقدية	م.م. عمر محمد صالح	١٦٦٨-١٦٩٥

اثر قواعد الاسناد لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الخاصة الدولية

الاستاذ الدكتور: عبد الرسول عبد الرضا الاسدي

جامعة بابل/ كلية القانون

حسين عمران جرمط العبيدي

جامعة بابل/ كلية القانون

ملخص البحث

تستقر فقه القانون الدولي الخاص ، منذ بداياته الاولى ، على ان هذا الفرع من افرع الدراسات القانونية يدين بوجوده الى ظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين الدول في المجتمع الدولي ، فهذا الاخير يتألف من وحدات سياسية تفصل بينه حدود اقليمية ، هي الدول فكل دولة لها نظامها وقانونها الخاص بها ، وتشريعاتها ، ومحاكمها ، واجهزتها الادارية التي تقوم بوظائفها المختلفة .

وتنظر كل دولة الى العلاقات التي تبرم بين الاشخاص ، وتصفها بانها وطنية او اجنبية ، وبالتالي لا تحتاج الى قواعد القانون الدولي الخاص ، انطلاقا من نشأتها او تنفيذها داخل او خارج حدودها ، فالعلاقة او الرابطة القانونية تكون اجنبية اذا تمت داخل الحدود السياسية لدولة اخرى ، او كان محلها او موضوعها موجودا في اقليم دولة اجنبية .

وهكذا تعد ظاهرة الحدود السياسية عقبة قانونية في سبيل نشأة ونمو علاقات الافراد في الدول المختلفة ، وهي عقبة دعت الى وجود القانون الدولي الخاص لتذليلها ، ذلك اذا تمت علاقة قانونية عبر الحدود ، الى بين دول مختلفة ، كعقود الاستهلاك وغيرها ، فيكون هناك ادعاء من قبل قانون اكثر من دولة الاختصاص بتنظيمها ، وهو ما يسمى بتنازع القوانين .

وهنا برزت الحاجة الى قواعد القانون الدولي الخاص كي يحسم هذا التنازع عن طريق اختيار القانون الملائم والمناسب من بين هذه القواعد المتنافسة في الدول التي تتصل بها العلاقة القانونية التي تمت عبر الحدود كي يتولى تنظيمها وفض الخلاف بينها .

المقدمة

لقد اوجد ظهور الانترنت وبقية الوسائل الالكترونية مشكلات قانونية لم يكن لرجال القانون من المشرعين وفقهاء ، وقضاء ، سابق عهد بها ، وباتت تشكل تحديا لفكر هؤلاء ، وتلك المشكلات تقابلها في مجال القانون المدني ، والقانون الجنائي ، والقانون التجاري .

وليس القانون الدولي الخاص بعيد عن تلك المشكلات ، بل لانغالي اذ قلنا ن معظم هذه المشكلات تضرب بجذورها في قلب القانون الدولي الخاص .

وهنا نتساءل الا تستدعي الطبيعة الذاتية للمشكلات الناجمة عن استخدام والحاسب الالكتروني و شبكة الانترنت ، تطويع قواعد قانون الدولي الخاص التقليدي حتى تستطيع مجابهتها وتقدم الحلول لها ؟ ام

يحسن العمل على خلق قواعد قانونية جديدة تتلائم مع تلك الطبيعة ، قواعد يمكن مع مرور الزمن ، ان تشكل ما يسمى بالقانون الدولي الخاص الالكتروني .وهذا ما سنراه لاحقا

١- اهمية الموضوع واسباب اختياره :

تظهر اهمية البحث هذا في قصور الكثير من التشريعات الوطنية في معالجة فاعلة في حماية المستهلك الالكتروني وذلك كونها تعتمد على القواعد العامة في القانون المدني ومنها قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ الذي والذي جاءنا خاليا من اي نص يعالج فيه المنازعات التي تنشب ما بين المنتج والمستهلك سواء كان على المستوى العلاقات الوطنية او الدولية للأفراد .

٢- منهجية البحث : سنتناول المنهج التحليلي المقارن مع كل من قانون حماية المستهلك الفرنسي والمصري وفي بعض الحالات نتطرق الى الاتفاقيات الدولية التي عالجت حماية المستهلك الالكتروني .

٣- خطة البحث : بناء على ما تقدم ولاقتصار موضوع البحث الذي يلزم الاخذ بعين الاعتبار طبيعة الموضوع ومحل البحث وهي اثر قواعد الاسناد التقليدية في حماية المستهلك الالكتروني في علاقاته الخاصة .

وبغية اعطاء الموضوع بعده وتغطية منطقته لابد من ان نعمل على بحث قاعدة الاسناد ومدى ملائمتها لحماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الخاصة الدولية في مبحث ونبحث ضابط الاداء المميز ودوره في حماية المستهلك الإلكتروني في المبحث الاخر .

المبحث الاول

مدى ملائمة قاعدة الاسناد التقليدية في حماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الخاصة الدولية

بداية ان الحماية المقررة للمستهلك بموجب قاعدة الاسناد لا تكون محددة بالنسبة للمستهلك منذ لحظة ابرام العقد بل يكون ذلك التحديد بعد نشوب النزاع و احالة الامر الى القضاء الذي بدوره يستعين بقاعدة الاسناد لتعيين القانون الاكثر صلة بالنزاع دون مراعاة الحلول الموضوعية التي يتضمنها هذا القانون [١].

بصدد دراسة قاعدة الاسناد نحتاج الى الكشف عن هويتها والمدخل الى بيان معالمها و ذلك من خلال التعريف بقاعدة الاسناد اذ عرفت بانها قاعدة قانونية وضعية ذات طبيعة فنية تسري على العلاقات الخاصة الدولية فتصطفي اكثر القوانين مناسب ملائمة لتنظيم تلك العلاقات حينما تعدد القوانين ذات القابلية للتطبيق عليها) [٢].

ليس هذا وحسب بل ان تعريف قاعدة الاسناد له اهمية من ناحيتين الاولى انه يميز تلك القاعدة عن سائر قواعد قانون العلاقات الخاصة الدولية.

اذ يظهر الطابع الفني لمضمونها المتمثل في انها اداة الاختيار او للاصطفاء بين القوانين التي تتزاحم لحكم علاقة ذات طابع دولي بمعنى انها لا تقدم الحل الموضوعي للنزاع الذي ينشب بسبب هذه الأخيرة بل توجه الى القانون الذي يلتمس فيه ذلك الحل وهذا على خلاف باقي قواعد قانون العلاقات الخاصة الدولية او القانون الدولي الخاص ومن الناحية الثانية النت تعريف الذي ورد بشان تلك القاعدة واجب لتمييز قاعدة التنازع كمنهج لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي عن قواعد المناهج الاخرى التي برزت على ساحة ذلك التنظيم وصارت تزاحم تلك القاعدة من ما لا شك فيه ان قاعدة الاسناد قاعدة قانونية المعنى الصحيح لها عناصرها اسوة ببقية عناصر القواعد القانونية الاخرى عنصر الغرض وعنصر الحكم و بمثابة ذلك فهي تنهض لوظيفة محددة داخل الفرع القانوني الذي تنتمي اليه [٣] . وهي تنظيم العلاقات الخاصة الدولية على نحو فني معين، وهذا لما كانت قاعدة الاسناد قاعدة غير مباشرة و ذات طابع مزدوج لا تنظر الى اطراف العلاقة حتى تعطى لاحد الأفضلية على الاخر وذلك بحكم انها متجردة من السعي الى تلبية مصالح احد الاطراف دون الاخر فان العمل بهذه القاعدة في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية محفوفا بمخاطر كثيرة تحدد هذه المخاوف في ان هناك اختلاف في التوازن العقدي بالنسبة للعقود الاستهلاك الإلكترونية [٤] .

بداهة ان قاعدة الاسناد التي تحكم العقود الدولية هي ضابط الإرادة التي لا يمكن تصور اعمالها الا بين الانداد الذين لهم نفس القوة ذات القدرة بيد انه عقود المستهلكين الإلكترونية تختلف فيها موازين القوة فهي تكون بجانب المنتج او المهني على حساب المستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف في تلك العقود ومن ثم فان اعمال ضابط الإرادة سوف يؤدي الى الاخلال بالحقوق والواجبات بين اطراف العقد الواحد لمصلحة الطرف القوي (المنتج) .

واذا كان الامر بهذه الكيفية هل ثمة حلول يمكن ان نتجه اليها من اجل انصاف الطرف الضعيف من جشع واستغلال الطرف القوي واعادة التوازن العقدي بينهما من هنا ولدت الحاجة لان يتحرك الفقه الحديث بحث عن ضوابط تكون اكثر فاعلية لحماية مصالح المستهلك في علاقته الخاصة ذات الطابع الدولي وفي سبيل توضيح ذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين نبحث في الاول ضوابط الاسناد الشخصية ودورها في حماية المستهلك الالكتروني ونتطرق الى الضوابط الاقليمية ومدى استجابته لحماية المستهلك الالكتروني في المطلب الثاني.

المطلب الاول

دور ضوابط الاسناد الشخصية في حماية المستهلك الالكتروني

يلاحظ ان النظم القانونية الدولية تجمع على ان العقود الدولية تخضع لحكم قانون الإرادة التي تم اختياره من قبل الاطراف اذ يمثل هذا المبدأ من المبادئ التي استقر عليها فقه القانون الدولي الخاص [٥] وهو ما استقرت عليه التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية .

لعل من نافلة القول ان نقرر بان عقود الاستهلاك الإلكترونية تثير العديد من التحديات للأنظمة القانونية التقليدية غير انه الذي يعنينا من هذا المجال بان اي من القوانين لها القدرة والملائمة لتنظيم تلك العقود بما يحقق و يكرس مبدأ العدالة باعتبار ان العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين في قبول الاخر على وجه و يثبت اثره في المعقود عليه[٦].

من المستقر عليه ان في مختلف النظم القانونية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الحدود التي ينشأ فيها وفقا للقانون وبحسبان ان العقود والاتفاقيات هي من انسب الوسائل لتحقيق العدل في العلاقات المالية للأفراد اذ ان من الطبيعي ان تضيع الشخص التعاقد كلما كان في ذلك تحقيق لمصلحته[٧].

فالرضا في العقد يعبر عن القبول وان كان غير بات . و في حدود المصلحة العامة اعطاء القانون للأفراد حرية تنظيم عقودهم وتضمينها من الشروط ما يكفل تحقيق مصالحهم وهذا هو مبدأ سلطان الإرادة في علاقات القانون الداخلي [٨].

والحال كذلك فلا ضرر من اخضاع العلاقات الخاصة ذات العنصر الاجنبي لمبدأ سلطان الارادة هذا ما تبناه الاغلب و الاعم من التشريعات فكما ان المتعاقدين حرية بناء وانشاء عقدهم لهم ايضا بخصوص عقودهم الاستهلاكية ذات الطابع الدولي حرية اختيار القانون الذي ينظم علاقتهم وهنا لا يبدو غريبا ان تلك التصرفات تخضع لقانون معين في تكوينها وشروطها واثارها وان كانت تتصل باكثر من نظام قانوني لدول مختلفة. وهذا لا يعني انها توجد في فراغ قانوني بل للإرادة دورها الرئيسي في تحديد القانون من قبل المتعاقدين انفسهم .

من الثابت ان قانون الإرادة يمنح الاطراف امكانية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم ومقتضى هذا ان العقد الدولي يخضع للقانون الذي يحدده الاطراف بإرادتهم تلك هي القاعدة الاصلية التي تقررها النظرية العامة لتنازع القوانين في مجال العقود الدولية [٩] ، فضلا عن ذلك ان فقه تنازع القوانين

قد استقر على ان جوهر فكرة قانون الإرادة هو الاعتراف لاطراف العقد الدولي بحق اختيار و تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم [١٠] .

مما تجدر الإشارة اليه ان مبدأ سلطان الإرادة يعني في نطاق القانون الدولي الخاص امرين الامر الاول الاعتراف للإرادة من قدرة على ابرام ما يعني لها من مختلف التصرفات القانونية مما يتماشى مع الدور المعترف به في القوانين الداخلية الامر الثاني قدرة الإرادة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ذات الطابع الدولي. [١١] .

وحتى تكون ارادة المستهلك الالكتروني مستنيرة ومبصرة لذا تعاقده مع التاجر فرضت بعض التشريعات الوطنية الحديثة التزامات على التاجر منها الافضاء الى المستهلك بكل ما الديه من بيانات ومعلومات يتعلق بالعقد هو ما تبناه قانون المستهلك الفرنسي الذي ضمن في قانون المستهلك ما يعرف بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد ، وتعد المعاملات الالكترونية من ضمنها ، الا انه كان اثر وضوحا حين عدل هذا القانون بالامر رقم ٦٤٨-٢٠٠٥ بتاريخ ٦/ ٦/ ٢٠٠٥ ، وقرر ان احكام التعاقد عن بعد المتعلقة في الحق بالإعلام الواردة في نص المادة ١٨/١٢١ تنطبق على العقود الالكترونية سواء تضمن خدمة او منتج.

ويبدوا ان نطاق مبدأ سلطان الإرادة يتحدد ضيقا واتساعا بين النظرية الشخصية والموضوعية ، فالنظرية الشخصية التي تقدس الحرية الفردية تكون فيها الإرادة المشتركة للمتعاقدين مقدسه ولا يجوز المساس بها او الاقتراب منها لا نها تمنح سلطة مطلقة في اختيار القانون الذي تراه مناسبا لتنظيم العلاقة العقدية دون قيد او شرط . وعليه يمكن ان نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول كل من النظريتين في فرع .

الفرع الاول

موقف النظرية الشخصية من حماية المستهلك الالكتروني

إرادة المتعاقدين هي القوه الملزمة وهي لا تحتاج في هذا الاساس الى قوة القانون في العقد ملزم في ذاته وهو لا يستمد قوته من القانون وانما من ارادة المتعاقدين [١٢] وهذا يؤكد انه اطراف العقد يتمتعون في الاستقلال في اختيار القانون الذي ينظم علاقتهم العقدية و الاكثر ملائمة و تفضيلا بالنسبة لهم [١٣].

وقد ينجم عن هذا التوجه سؤال لماذا يسمح القانون للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم؟ من جهة لان القانون اعترف ابتداء للأطراف بحق انشاء وتكوين عقدهم ومعلوم في الفقه القانوني ان

العقد هو نظام قانوني خاصprivate lex له القدرة باعتراف القانون ذاته منذ ان اعتمد مبدأ سلطان الإرادة على خلق قواعد قانونية norms Juridiques وان كانت فرديةindividuelles[١٤] .

اذا كان الحال كذلك أ فلا يسمح القانون من باب اولى للأفراد باختيار قواعد القانون الذي ينظم علاقتهم فمن يملك الاكثر يملك الاقل ومن جهة ثانية لان العقد هو وسيلة من خلاله تتداول السلع والخدمات. فضلا واطراف العقد هم اعلم بالقانون الذي يسهل حركة الاموال والخدمات عبر الدول وازدهارها عبر الحدود.

ولعل من ايجابيات هذا التوجه هو التوافق مع توقعات الاطراف فخضوع العقد الدولي لقانون الارادة يؤدي الى عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية قد تطرأ على القانون المختار بعد العقد هو ما يعرف بالتجميد الزمني للعقد او شرط الثبات التشريعي [١٥] ، و كذلك يهدف الى رعاية مصالح الاطراف المتعاقدة فضلا عن ذلك يعمل على ازدهار التجارة الدولية .

ووفقا لهذه النظرية فان حق المتعاقدين في اختيار قانون الارادة هو اختيار مادي لا يستند الى قاعدة اسناد ، وذلك لان التنازع في هذه الحالة يكاد يكون معدوما بمعنى انه تنازع سلبي مفاده عدم الادعاء بالاختصاص بين القوانين التي يمكن ان تطبق على العقد [١٦].

ورغم تلك الدعائم المقنعة لم تسلم فكرة قانون الإرادة من النقد ومن ذلك انها تفتح الطريق امام الافراد لتهربهم من القواعد الاخرى الواجبة التطبيق وان كان لابد من البقاء عليها فيجب حصر مجالها في المسائل التي تنظمها القواعد المكملة. [١٧] .

كما قيل انه ترك الامر للمتعاقدين في اختيار قانون عقدهم يعني حلولهم محل القانون في التنظيم وهو ما يعني تجاوز على سلطته التي من مظاهرها ان يحدد متى يسري وليس ارادة الافراد هي التي تحدد حالات سريانه [١٨].

ويرى جانب اخر بان اخضاع العقد لقانون الإرادة مصادرة على المطلوب لان ذلك يقتضي وجود العقد اولا واختيار القانون لاحقا كيف ذلك والقانون هو الذي يعطي العقد قوته الملزمة ولا وجود للعقد في غيبة من القانون [١٩] .

ان فكرة قانون الإرادة التي نبتت ونمت في ظل المذهب الفردي والاقتصاد الحر لم تعد تتماشى مع سياسة التوجيه الاقتصادي le dirigisme economique وزيادة تدخل الدولة بقواعد امرة في مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية[٢٠].

وفي ضوء ما تقدم فان تلك الانتقادات لم توجه الأنظمة القانونية في مختلف الدول على هجر قاعدة قانون الإرادة بل على العكس زادت رسوخا وثباتا وبحسب اعتقادنا ان تلك القاعدة يمكن لها ان تستمر ويبقى لها الخلود في تحديد النظام القانوني للعقود في مجال العلاقات الخاصة الدولية فضلا عن ذلك كان لها الفضل الكبير في نمو التجارة الدولية .

وعلى كل حال مهما قيل بصدد قانون الإرادة من حسنات الا انه لم يسلم من انتقادات مما حدا ببعض الفقه ان يفتش عن نظرية اخرى تكشف عن نطاق قانون الإرادة تذهب بعيدا عن توجهات الأخيرة وكان النظرية الموضوعية نصيب في بيان نطاق قاعدة قانون الإرادة في اكمال القانون الذي يختاره الاطراف المتعاقدة لتنظيم علاقتهم.

الفرع الثاني

دور النظرية الموضوعية في حماية المستهلك الالكتروني

فالنظرية الموضوعية انها تقوم على اعلاء سلطان القانون على ارادة المتعاقدين ،فالموضوع العملي لإرادة المتعاقدين هو تركيز localization او توطين العقد في دولة معينه وليس اختيار القانون الواجب التطبيق [٢١]، فالمتعاقدان لا يختارون قانون معين يلتزمه القاضي بل يبرمان عقدهما في دولة معينة ومن هذا التركيز يستخلص القاضي القانون الواجب التطبيق. فالمتعاقدان يقومون فقط بتحديد الوقائع التي يتوصل عن طريقها العقد في مكان معين ابرام العقد او تنفيذه [٢٢] .

ويسري هذا التوجه حتى لو كان هناك ارادة صريحة في اختيار قانون معين فالاختيار الصريح. ليس غير احد عناصر التوطين او التركيز الموضوعي للعقد وبناء على ذلك لا يسوغ تفسير ارادة المتعاقدين الا بحسبانها مجرد توطين للعقد .

فنظرية التركيز الموضوعي للعقد ظهرت كوسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية نتيجة للانتقادات التي وجهت لقانون الارادة بما يتضمنه من مخاطر على حماية العاقد الضعيف بصفة عامة وعلى المستهلك بصفة خاصة ، اذا تأخذ هذه النظرية بنظر الاعتبار مصلحة المستهلك بوصفه طرفا ضعيفا عند تحديد القانون الواجب التطبيق .

فاختيار القانون الواجب التطبيق من قبل الاطراف وفقا لنظرية التركيز الموضوعي للعقد يقترن برفض كامل لفكرة اندماج القانون في العقد وانزاله منزلة الشروط العقدية [٢٣] .

فنظرية التركيز الموضوعي تسمح بقاء على دور الارادة في الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق ، الا ان هذا الدور يقتصر على تركيز العقد في مكان معين من خلال اختيارهم لقانون العقد فاذا تم التركيز على هذا النحو كان على القاضي ان يطبق على العقد قانون المكان الذي اختاره الاطراف مركز للرابطة العقدية[٢٤] .

وبهذا المعنى يمكن القول بان الارادة لا تختار القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية بشكل مباشر انما يقتصر دورها في توطين العقد في مكان معين تشير اليه ظروف التعاقد وملابساته [٢٥] .

يرى البعض بان اعمال النظرية الموضوعية على عقود التجارة الدولية يرتد الى الاختلال العقدي الذي تبنى فكرة الفطرية الشخصية ، والتي لا توفر الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقد ، وذلك لان الطرف العقدي سيعمد الى استغلال مركز القوة لديه فيحدد القانون الواجب التطبيق على العقد والذي سيحقق مصالحة فقط على حساب الطرف الاخر وهذا الغرض كثير ما يحدث في عقود الاستهلاك الالكترونية ذات البعد الدولي مما يترتب على ذلك البحث عن بديل هو خضوع العقد الدولي لاحكام النظرية الموضوعية، وهذه الاخيرة توفر حماية من النتائج الايجابية تتمثل باحترام النصوص الامرة في القانون الواجب التطبيق ، وكذلك خطر التجميد الزمني للقانون باستبعاد التعديلات التشريعية [٢٦]، طبقا لهه النظرية فهي لا تسمح للاطراف المتعاقدة باختيار قانوني حكم عقدهم ليس صلة بهذا الاخير.

علاوة على ذلك ان القانون المختار لا يندمج بالعقد ، بل يحتفظ بصفته القانونية ويخضع المتعاقدان لاحكام الامرة ، على العكس من النظرية الشخصية .

وعلى الرغم من المزايا المذكورة لا انها لا تخلو من سلبيات تتمثل في ان اطلاق سلطة القاضية في تعديل اختيار المتعاقدين للقانون وعدم تقييدها باي قيد ينجم عن ذلك انعدام الامان القانوني فهو يؤدي بالضرورة الى الاخلال بتوقيتات الاطراف المشرعة حول القانون الواجب التطبيق على عقدهم .

ومن هنا يمكن القول بان اعمال النظرية الموضوعية قد يخدم في معالجة اختلال التوازن وحماية الطرف الضعيف في تنظيم عقود الاستهلاك ذات البعد الدولي ، بمعنى اخر ان حرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق وفق هذه النظرية غير متروكة للاطراف المتعاقدة ن وبالتالي لا تتوفر للطرف القوي فيها حرية الاختيار واستغلال تفوقه ، بل عليه احترام النصوص الامرة والتي تسعى الى حماية الطرف الضعيف ، فمضمون هذه النظرية يتأسس على تركيز العقد في موقع محدد من قبل اطرافه طبقا لطبيعة العقد وملابساته وتبقى السلطة الاكبر للقاضي في تصحيح هذا التركيز مما يعني ذلك انه هذه السلطة الكبيرة للقاضي تعد قيدا على حرية الطرف وقوة الاقتصادية والفنية في اختيار القانون الذي يمكن له ان يحرم

الطرف الضعيف من الحماية اللازمة ، فالقاضي تصحيح هذا الاختيار بما يتناسب مع التركيز الحقيقي للعلاقة العقدية الامر الذي يرجح النظرية الموضوعية في التطبيق في العقود الدولية التي يختل فيها التكافؤ [٢٧].

واما عن موقف المشرع العراقي من النظريتين السابقتين تلحظ انه اعتمد النظرية الموضوعية مع احترامه لدور الارادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العلاقة ذات العنصر الاجنبي ، فضلا عن ذلك انه لم يشترط لاعمال قانون الارادة ان تكون هناك صلة بين القانون المختار والعقد [٢٨] وعن موقف المشرع المصري من النظريتين السابقتين يرى جانب من الفقه المصري [٢٩] ان مسلك المشرع في نص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري هو محض اعمال النظرية الموضوعية ، فهو يخضع الرابطة العقدية عند الاختيار الارادي للقانون الواجب التطبيق للقواعد الامرة في القانون المختار .

وينعكس الموقف من النظريتين الشخصية والموضوعية لدى المشرع الفرنسي من خلال احكام القضاء ، فبعض احكامه تبنت النظرية الشخصية المتمثلة بحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩٣٥/٩/٤ والذي رفضت فيه المحكمة تجزئة العقد وتطبيق قوانين مختلفة على اجزاء العقد وقررت تطبيق قانون الارادة على عناصر العقد كافة بحسبان عدم قابلية العقد للتجزئة[٣٠] ، ومن وجهة ثانية تبنى القضاء الفرنسي صحة بندي عقد (بند الاعفاء من المسؤولية لسبب الاهمال) وفقا لاحكام القانون الفرنسي قانون محل تنفيذ العقد في حين ان الارادة قد عينت قانون اخر القانون الامريكي قانون محل ابرام العقد [٣١]

موقف التشريعات الوطنية من قانون الارادة

يلاحظ ان الأنظمة القانونية المعاصرة اليوم تختلف عن التأكيد عن اخضاع العقد الدولي للقانون الإرادة ومنها عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات العنصر الاجنبي اذ اكد على ذلك مشروع القانون الدولي الخاص الفرنسي لعام ١٩٦٧في المادة ٢٣١٣ منه على ان "يخضع العقد ذات الطابع الدولي والتزامات الناشئة عنه للقانون الذي قصد الاطراف الخضوع له...) . ومنح المشرع الفرنسي في نطاق العلاقات الوطنية للافراد حرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق على عقدهم في المادة ١١٠٣من القانون المدني المصري ١٨٠٤ المعدل بموجب الامر رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ شباط ٢٠١٦ المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام واثبات الالتزامات التي تقضي بان تحل العقود المبرمة بشكل قانوني محل القانون بالنسبة لأطرافها [٣٢] ، وزيادة على ذلك في اقرار مبدأ قانون الإرادة من الجانب الفرنسي انها انضمت الى العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالعقود الدولية وتوقيعها لاتفاقية روما المبرمة بين دول السوق الأوروبية في ١٩ يونيو ١٩٨٠ حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمعدل بلائحة روما رقم ٥٩٣ /٢٠٠٨ .

وفي مثل هذا السياق اكد التشريع المصري المدني مبدأ قانون العقد او قانون الإرادة في المادة(١/١٩) [٣٣]منه .

وفي نفس السياق ذهب المشرع العراقي على تبني قانون الإرادة في القانون المدني في المادة (٢٥ / ١) على الالتزامات التعاقدية في العلاقات الخاصة الدولية [٣٤] .

اذ يفهم من هذا القوانين المقارنة انها كرست قاعدة خضوع العقود ذات الطابع الدولي لقانون الإرادة الصريحة او الضمنية للأطراف وذهبت الى نفس هذه التوجه دول اخرى اصدرت تقنيات خاصة لضابط الارادة [٣٥].

ولقد حظي مبدأ سلطان الإرادة باهتمام كبير من قبل الاتفاقيات الدولية قننت العديد من الاتفاقيات الدولية ذلك المبدأ نذكر ذلك اتفاقية لاهاي بشان القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المبرمة في يوليو ١٩٥٥ في المادة الثانية منها ، واتفاقية لاهاي بشان القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للبضائع المبرمة في ٢٢ ديسمبر عام ١٩٨٦ و اتفاقية مكسيكو التي ابرمت بين الدول الأمريكية في ١٧ ابريل ١٩٩٤ في المادة(٧) ونختم بالتوجيه الاوروبي رقم ٢٠٠٨/٥٩٣ الخاص بتعديل اتفاقية روما ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية اذ نصت المادة(١/٣) منها انه" يخضع العقد للقانون الذي اختاره الطرفان ويمكن ان يكون هذا الاختيار صريحا او يجري استنتاجه من احكام العقد او الظروف والملابسات ، ويمكن للأطراف الاتفاق على سريان القانون المختار على كل احكام العقد او على جزء منه فقط "[٣٦].

واخيرا وليس اخرا عام ٢٠١٥ اصدرها مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص مجموعة مبادئ من ذلك مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية فهي غير ملزمة بل تسترشد بها الدول ، لاجل تعزيز مبدأ ارادة الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقود التجارة الدولية [٣٧] .

ويلاحظ انه الميزة التي منحها القانون للعقود وهي انفراد اطرافها في تحديد القانون الواجب التطبيق عليها لم تكون مطلقا وان ما حصل ذلك فقط في نوع معين من العقود وهو العقود ذات الطابع الدولي و عليه تخرج العقود الوطنية من نطاق تطبيق قانون الإرادة توفر خدمة لا حكام القانون الوطني او الداخلي و خلاف ذلك يعد اختيار قانون اجنبي لينظم تلك العلاقة وليس له امتياز وقد قضي بان الطابع الدولي للعقد enternational character هو شرط ضروري لاستطاعة المتعاقدين قانونا بان يختاروا القانون الواجب التطبيق عليه [٣٨] .

ونتيجة لهذا الاستعراض عن اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلك في التجارة الإلكترونية الذي نظم عقدهم يخضع لإرادة الاطراف المتعاقدة الصريحة والضمنية اذ يعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص الذي تكرر سهم النظم القانونية على المستوى الدولي والوطني فهو يمثل ضابط الاسناد الرئيسي في العقود ذات الطابع الدولي ومنها عقد الاستهلاك .

موقف القضاء من قانون الارادة :

وعن دور القضاء في تأكيد حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بحكم عقدهم هو الاخر لم يتخلف عن اقرار مبدأ قانون الارادة ومثال على ذلك ففي فرنسا ظل القضاء يطبق قانون محل ابرام العقد على اساس ان قانون الإرادة الضمنية للأطراف بعد ذلك تخلى عن هذه الفكرة وتبنى في العديد من احكام قاعدة قانون الإرادة و في ٥ ديسمبر عام ١٩١٠ صدر الحكم الذي يعد بمثابة دستور قانون الإرادة و مقننه وجاء به" ان القانون واجب التطبيق على العقود سواء بما يتعلق بتكوينها او بأثارها او بشروطها هو القانون الذي يتبناه الاطراف " .

وبذلك يعد النظام القضائي الفرنسي من اوسع النظم فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة اذ ليست هناك ايه قيود على حرية الاطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد باستثناء مخالفاتهم للنظام العام [٣٩] .

ولكن بعد انضمام فرنسا الى اتفاقية لاهاي لسنه ١٩٥٥ الخاصة بعقد البيع الدولي للمنقولات المادية اصبحت هناك نصوص قانونية مقننه يتقيد بها القضاء الفرنسي اذ تعد بمثابة تشريع داخلي نظم مسألة تنازع القوانين في مجال العقود ذات الطابع الدولي للمنقولات المادية[٤٠].

ومما لا ريب فيه ان القضاء المصري ومثله العراقي فقد تبنى كل منهما قاعدة قانون الإرادة تبعا لتشريع كل منهما فهما متماسكان باعتماد ذلك المبدأ ولا يجوز الخروج عنه في حل تنازع القوانين في مجال العلاقات الخاصة الدولية والملاحظ ان نص المادة (١/٢٥) في قانون المدني العراقي " على انه يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا فاذا اختلافا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه " هو ذات المعنى نص المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري مما يجعل المعالجة واحدة في تحديد ضوابط الاسناد [٤١] ، وكان الاولى بهما ان يرتقي الى المستوى الذي وصل اليه القضاء الفرنسي من تطور في حل المشاكل التي تطلع على العلاقات الخاصة الدولية.

ونستخلص من كل ما سبق فأننا نلاحظ وجوب التمييز بين ثلاث حالات الاولى وجود اختيار صريح في قانون العقد من قبل الاطراف هنا يلزم اعمال القانون المختار الثانية تخلف الاختيار الصريح مع وجود ظروف معطيات التعاقد بشكل يقيني على رغبة ارادة المتعاقدين الى تطبيق قانون محدد ، وتلك هي الإرادة الضمنية ،و لا يقتضي الامر تركها ،وعلى القاضي البحث عنها الثالثة ،وفيها يصعب على القاضي ان يتلمس الإرادة الصريحة ، والضمنية للأطراف كونها غير موجودة ، وهذا هو يفرض الانعدام الحقيقي لقانون الإرادة وهنا المطلوب من القاضي ان يبحث عن ضابط اسناد اخر مثل الموطن المشترك للمتعاقدين او محل ابرام او تنفيذ العقد [٤٢] .

وتجدر الملاحظة ان القوانين المقارنة بالإضافة الى القانون المصري ،والعراقي قد التزمت عدم التفرقة بين الارادة الصريحة والإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية [٤٣].

ويعتقد الباحث ان الحكم الذي ينتهي الى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد ذات الطابع الدولي بناء على تركيزه او توطينهم مباشرة قبل البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين يكون مشوبا في خطأ في تطبيق القانون بما يقتضي نقضه[٤٤] .

والسؤال الان ما هو نطاق اعمال قاعدة قانون الإرادة تتكلم النصوص المقررة عن ذلك من خلال الاهداف المرسومة لها وما تبتغي في احقاق الحق ودفع والغبن عن الطرف الضعيف واعادة التوازن بينهما في الحقوق ومن هنا اذا لم تتحقق تلك الاهداف من اعمال قانون الإرادة فلقاضي الموضوع ان يتركها جانبا و يبحث عن البديل الذي يرى فيه اكثر عدالة وملاءمة ، وان كان من اختيار الإرادة الصريحة او الضمنية للمتعاقدين.

ويجب لإعمال قانون الارادة ان تكون المسألة من قبيل القواعد المفسرة لا الامرة وان تكون العلاقة العقدية ، متعلقة بحقوق شخصية [٤٥] .

المطلب الثاني

الاسناد لقانون مكان ابرام العقد او تنفيذه واثر ذلك على حماية المستهلك الالكتروني

هذا النوع من الاسناد الذي يحدد بطريقة مسبقة القانون الواجب التطبيق عل العقد والذي يؤكد على الرابطة الوثيقة للعقد مع القانون الذي يشير اليه يسمى الاسناد الجامد .

ومن اكثر معايير الاسناد استخداما في هذا المجال معيار قانون مكان ابرام العقد وقانون مكان تنفيذه .

وعليه نتناول دراسة هذين المعيارين فيما يلي مع بيان اثر استخدام كلا منهما على حماية المستهلك الإلكتروني .

الفرع الاول

الاسناد لقانون مكان ابرام العقد واثره على حماية للمستهلك الالكتروني

البعض من الفقه يعد هذا الضابط من اكثر الضوابط استخداما في العلاقات الخاصة الدولية و ترجع اهميه ضابط مكان ابرام العقد لكونه يعبر عن مكان ميلاد العقد[٤٦] .فهو المرجع في التأكد من سلامه الشروط القانونية المدرجة فيه[٤٧].

فضلا عن ذلك في كثير من الاحيان يسهم محل التعاقد وبصورة ملائمة في تحديد قانون العقد ، وان كان يجب عموما تدعيمه بعوامل اسناد اخرى مثل موطن احد الاطراف او محل تنفيذه [٤٨].

ويتركز هذا الاسناد ايضا على ان الاطراف كانوا على علم بمضمون قانون المكان الذي تم فيه ابرمه اكثر من اي قانون اخر ونستنتج من ذلك وتحقيق الامان القانوني حماية التوقعات المشروعة للأطراف ويجد هذا الضابط سنده في العديد من التشريعات مثل المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري السابق الإشارة اليها وفي نفس الشاكلة المادة(١/٢٥) من القانون المدني العراقي [٤٩] .

اذ يتم تطبيق قانون مكان ابرام العقد في حال عدم وجود ارادة صريحة او ضمنية وعدم وجود الموطن المشترك للمتعاقدين والقاضي في هذه المناسبة يلتزم بموجب هذا النص بان يطبق ضابط الموطن المشترك وضابط مكان ابرام العقد على سبيل التدرج في حالة انعدام الإرادة الصريحة او الضمنية للمتعاقدين [٥٠] .

فهو يأتي في المرتبة الثالثة بعد قانون الارادة و قانون الموطن المشترك للأطراف وبموجب المادة (١/٢٥) مدني عراقي يلتزم القاضي بتطبيق ضابط الموطن المشترك وضابط محل الابرام على سبيل التدرج متى انعدمت الارادة الصريحة او الضمنية للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق وعلى العكس من ذلك في القانون الفرنسي اعطى الحرية للقاضي في الفصل في كل قضية على حده والذي يبدو لي اتجاه عملي ومرن بشكل اكبر في حكم لمحكمه النقض الفرنسية تبنت الصفة الاحتياطية لضابط محل ابرام العقد اذا قررت المحكمة تطبيق القانون مكان الابرام ما لم يكن الاطراف قد اعلنوا عن ارادة مخالفة سواء كان هذا الاعلان صريحا او مستخلص من نصوص العقد[٥١] .

ولتحديد مكان انعقاد العقد بين الغائبين في ظل التعاقد التقليدي تبنت معظم التشريعات الدولية بفكرة الوحدة او التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمان هذا الانعقاد [٥٢] ويجد هذا التوجه وسنده نص المادة (٩٧) من القانون المدني المصري[٥٣]، والمادة(٨٧) من القانون المدني العراقي اذ يلاحظ ان كل من المشرعين المصري والعراقي جعلا التعاقد بين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ولكن هذا الامر يصعب التسليم به في عقود الاستهلاك الإلكترونية نظرا لما تتمتع به تلك العقود من الخصوصية كونه يتم عبر الشبكة الدولية الانترنت التي تمثل عالما خاصا لا يعبا بالحدود الزمانية والمكانية التي يقوم عليها المجتمع المادي ذلك يذهب جانب من الفقه جدير بالتأييد الى انه من الصعوبة بمكان اعمال فكرة وحدة او التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية [٥٤].

ولا ريب فيه ان اعمال نظرية التلازم من شأنه ان يوصل الى نتائج غير محمودة كأن يخرج النزاع من اختصاص حكم القواعد الوطنية الى خضوعه لقواعد القانون الدولي الخاص بالرغم من وطنية تلك العلاقة مثال ذلك يتعاقد شخص عراقي مقيم في بغداد مع شركة عراقية لبيع الأجهزة الكهربائية الرئيسي في بغداد عبر شبكة الانترنت وقد ارسل المشتري قبوله عبر البريد الالكتروني وعلم الموجب وهذا القبول عنده فتحه لبريده الالكتروني وهو في قطر فانه من شان عمال نص المادة ٨٧ من القانون المدني العراقي ان يجعل مكان ابرام العقد هو دولة قطر حيث تم علمه او وصول القبول وهو بها اثناء السفر وهو ما يدخل عنصر اجنبي على الرابط القانونية يؤدي الى تدويلها وعليه حتى يتلافى منظومو عقود الاستهلاك الإلكترونية السلبيات السابقة لفكرة الوحدة والتلازم اتجهت التشريعات للأخذ بفكرة الازدواج التي تقوم على الفصل بين زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده بحيث يعد العقد انعقد في لحظة معينة بينما يكون مكان العقاد مكان اخر لا يرتبط بمكان الانعقاد الزمني الذي ينعقد فيه زمانيا[٥٥] .

لن يقتصر الامر على التشريعات الوطنية بل الامر ابعد من ذلك فنجد ان المادة (٢/١٠)من اتفاقية الامم المتحدة بشان استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ٢٠٠٥ تنص على ان تنطبق الفقرة (٢) من هذه المادة بصرف النظر عن احتمال ان يكون المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الداعم العنوان الالكتروني وغير المكان الذي يعتبر الخطاب الالكتروني قد تلقى فيه بمقتضى الفقرة (٣)من هذه المادة[٥٦] .

ومما تجدر الإشارة اليه ان الفقرة الثانية من المادة (١٠) من اتفاقية الامم المتحدة بشأن الخطابات الالكترونية اوضحت انه " وقت تلقى الخطاب الالكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابله للاستخراج من جانب المرسل اليه على العنوان الالكتروني يعينه المرسل اليه" ثم تلت هذه الفقرة الثالثة من المادة(١٠) لتوضح انه يعتبر الخطاب الالكتروني قد ارسله من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر التلقي في العنوان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل اليه حسبما ما تقرره المادة(٦) [٥٧] .

يبدو من ذلك ان تشريعات التجارة الإلكترونية حرصت على وضع معيار يتحدد من خلاله مكان انعقاد العقد الالكتروني يتمثل هذا المعيار في مقر العمل يكون مقر عمل المنشئ لرسالة البيانات والمكان الذي ارسلت منها الرسالة ويكون مقر عمل المرسل اليه هو المكان الذي تم استلام الرسالة فيه[٥٨] .

وعلى الرغم من ايجابيات هذا الضابط في اسناد العلاقة العقدية ذات العنصر الاجنبي عند عدم وجود اختيار صريح او ضمني لارادة المتعاقدين الا انه لم يسلم من سهام النقد فضلا عن عدم ملائمته لتنظيم عقود الاستهلاك الإلكترونية وفي العقود الدولية لا يعبر هذا الضابط بصدق عن حقيقة مصالح الاطراف المتعاقدة كما لا يمكن عد قانون مكان ابرام العقد انه القانون الاوثق صلة بالعقد وذلك في اغلب الاحوال قد يكون مكان ابرام العقد بمجرد فجأة .

ومن ثم وليس صحيحا ان قانون مكان الابرام يحكم سلامة شروط القانونية المدرجة في العقد لما تجدر الإشارة اليه هناك البعض من الفقه يجزم قاطعا بعدم سلامة الضابط محل ابرام العقد لحكم عقود المستهلكين [٥٩] اذ ان ضابط مكان الابرام يقصر من الناحية العملية للفاعلية من حماية المستهلك الالكتروني مما يؤكد من صعوبة اعمال ضابط مكان ابرام العقد في عقود الاستهلاك الإلكترونية والتي يصعب معها التركيز المكاني لعناصر العقد ان الاخير قد يبرم من مستهلك وهو في اعالي البحار او في دولة مر بها اثناء رحلته العابرة ولم يرتبط بها الا عن طريق الصدفة اي ان القبول المعول عليه في تحديد مكان ابرام العقيد يتم في مكان معين ويتم معالجته الكترونيا ضمن القواعد العالمية ثم يتم تحويلها الى المتلقي وهي اماكن مختلفة [٦٠].

مما لا ريب فيه فان مكان ابرام العقد في عقود التجارة الإلكترونية لا يرتبط في اغلب احواله في علاقة موضوعية او جوهرية بموضوع العقد الذي يفترض مثل هذا العقد اتصاله بجميع الدول المرتبطة بشبكة الانترنت بمعنى ان اعمال هذا الضابط في مجال عقود الانترنت عديم الفائدة[٦١].

من خلال ما تقدم يجد الباحث ان اعمال ضوابط الاسناد التي وردت في المادة(١٩)من القانون المدني المصري المادة ؛ (٢٥) مدني عراقي لم تعد ملائمة العمل لتنظيم عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات البعد الدولي فضلا عن عدم ملاءمتها في توفير الحماية اللازمة للمستهلك الالكتروني .

الفرع الثاني

ضابط مكان تنفيذ العقد واثره على حماية المستهلك الالكتروني

بعد استعراضنا فيما سلف فاعلية اعمال ضابط مكان ابرام العقد في تحديد القانون واجب التطبيق لحكم علاقة خاصة دولية واتضح انه معيار لا يلائم او يناسب تنظيم عقود الاستهلاك الكترونية ذات العنصر الاجنبي بحسب ان الوسيلة المتبعة للتعاقد لا تعترف بالحدود المكانية ومن هنا ذهبت التشريعات و الآراء الفقهية التي عالجت تنظيم عقود التجارة الإلكترونية البحث عن معيار اخر يكون هو الاولى في تحديد القانون الواجب التطبيق وهو معيار مكان تنفيذ العقد بداهة ان مرحلة تنفيذ العقد هي من اهم مراحل العملية التعاقدية وعليه يقتضي الامر اعمال معيار يرتبط بموضوع العقد ، وليس ميلاده كما هو الحال في ضابط مكان الابرام لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وهو ضابط مكان التنفيذ اذ يحقق هذا الضابط مصلحة الاطراف لكونه يشير الى تطبيق قانون المكان الذي يجب تنفيذ العقد فيه علاوة على ذلك فان مصلحة في الدولة قد تكون في اعمال قانونها على العقود التي تنفذ على اقليمها .

والجدير بالذكر ان بعض التشريعات التي تستخدم هذا الضابط كضابط عام في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تحديد الطريق تنفيذ العقد [٦٢] بحسبان ان هذا الضابط يعبر عن صلة حقيقية للعقد مكان تنفيذه لا تكون صلته بالعقد وهمية او فجائية مثل مكان الابرام[٦٣].

ويلاحظ ان هذا الضابط يستخدم بصفة خاصة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد العمل فهو يؤكد على الروابط بصدد هذا العقد مبدأ التعادل وكذلك على الرابط بين عقد علاقة العمل والاقليم التي يتم تنفيذها عليه كذلك فان العامل يضع في حسبان تطبيق هذا القانون[٦٤] .

وبناء على تماثل عقود العمل مع عقود المستهلكين اذ يكون الطرفان بحاجه الى حماية فقد روعي ان يكون هذا الضابط ضابط اسناد خاص ويحكم هذه العلاقة بحيث يشترط الا يحرم القانون المختار العامل او المستهلك من الحماية التي تقررها النصوص الامرة في القانون المحدد وفق هذا الضابط و هو الذي اخذت به اتفاقيات روما في المادة(٦/٢) [٦٥] .

وعلى الرغم من وجاهة هذا الضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الا انه لم يسلم من النقد ان تعرض هذا الاخير للنقد سواء في المجالات التزامات تعاقدية بصفة عامة او في مجال عقود المستهلك بصفته الطرف الضعيف في العقد.

فعلى الصعيد النظري انتقد هذا الضابط لأنه يؤدي الى تجزئة العقد [٦٦] فنلاحظ العقود الدولية كالعقود الداخلية ، مل من المعلوم ان كل عقد ينتج عنه التزامات متبادلة علي عاتق طرفيه و اذا كان من المحتمل ان تتطابق ملازمة للجانبين وتولد التزامات متعددة على عاتق كل من الطرفين وقد تكون هذه الالتزامات واجبة التنفيذ في دول متعددة ولأسناده لقانون مكان تنفيذ العقد يؤدي الى انشقاق يكمن في اخضاع الالتزامات لا كثر من قانون وهو ما يؤدي الى تجزئة العقد واخضاعه لعدة قوانين[٦٧] .

ومن جهة اخرى فان تحديد مكان تنفيذ العقد يمكن ان تعترضه صعوبات مماثلة لتلك التي يثيرها تحديد مكان الابرام وذلك بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية في هذا الصدد [٦٨] .

وعلى الصعيد العملي فان التطبيق هذا الضابط قد يؤدي الى عقد الاختصاص لقانون مجرد من كل شكل من اشكال حماية العاقد الضعيف وهذا الامر يظهر كثيرا في عقود المستهلكين وتأكيدا على ذلك ان نعطي مثالا على العقد المبرم مع شركة سياحية احد عملاءها الذي تتعهد فيها الاولى بان تقدم للثاني خدمة فندقية في بلد يخلو من اية حماية المستهلك[٦٩] .

وفي مجال عقود الاستهلاك الالكترونية ، نجد ان هذا الضابط لا يمكن اعماله في حماية المستهلك الالكتروني فهذه العقود لها طبيعة خاصة ، فهي عقود تتم بين غائبين يختلفان موطنا ، كما ان البعض منها يتم جزء منه عبر الشبكة والاخر خارجها [٧٠] . وبهذه الصورة تتجزأ الالتزامات بين الطرفين ، كما انها تستعصي على التركيز المكاني في اغلب الاحوال . مما يتضح ان تحديد مكان التنفيذ غير ممكن مقدما ، وان كان البعض يشير الى مكان التسليم على انه مكان التنفيذ استنادا الى التوجيه الاوربي٢٠٠١/٤٤م [٧١]، مما لا شك فيه.

وعليه فان قواعد الاسناد التي وردت في المادة (١/١٩) مدني مصري على اخرها المادة (١/٢٥) مدني عارقي ، والتي تتمثل في ضابط الموطن المشترك وضابط محل ابرام العقد وكذلك ضابط محل التنفيذ العقد والذي اقرته تشريعات اخرى وكرسته كضابط اسناد لا تلائم لحماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي والسبب في ذلك ان كثير من هذه الضوابط تصبح ذات طبيعة عرضية والواقع ان هذه الطبيعة العرضية تنشأ نتيجة لاستناد الشبكة في اعمالها الى اسس افتراضية ورقمية ، ولا تستند الى اماكن جغرافية وهو ما يستطيع صعوبة تركيز او تحديد اماكن اطراف العقد او مكان ابرامه او مكان التنفيذ ، ومن ثم فان ابرام العقود عبر شبكة الانترنت تجعلها متصلة بكل دولة من الدول المرتبطة بالشبكة ، اذ يمكن للمستخدم في اي مكان في العالم ان يتصل او يرتبط بقاعدة البيانات من اي مكان في العالم .

كما ان هذا الضابط سوف يؤدي الى عدم الامان القانوني كونه قد يشير الى قانون غير متوقع للاطراف وفي احوال اخرى يشير الى قانون لا يحقق حماية المستهلك الالكتروني، اذ يشير الى قانون لا يرتبط بعلاقة موضوعية في موضوع العقد مما يجعله غريبا عن هذا العقد .

المبحث الثاني

دور ضابط الاداء المميز في حماية المستهلك الالكتروني في العلاقات الخاصة الدولية

بعد ان استعرضنا فيما سلف ضوابط الاسناد الجامدة – ضابط الموطن المشترك وضابط مكان ابرام العقد وضابط مكان تنفيذ العقد – ولا حضنا – انها لا تصلح لحكم انواع العقود ذات الطابع الدولي ، وخصوصا عقود الاستهلاك ، وان لنا ان نعرض للحلول الصحيحة التي يراها التشريع والفقه لحكم تلك العلاقات الخاصة الدولية ، وكان من ابرز تلك الحلول فكرة ضابط الاداء المميز ، وهي ضوابط موضوعية تبناها الفقه الحديث لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وهذا التوجه جاء بضابط اسناد يؤمن وجود الصلة بين العقد والقانون الذي سيحكمه مع توفيره الامان اللازم لأطراف العلاقة العقدية ويحمي توقعاتهم بشأن القانون الواجب التطبيق ، فضلا عن ذلك يعمل هذا الضابط على تفريد العقود بحسب مركز الثقل ، ولما كان مركز الثقل في عقود البيع بصفة عامة هو التزام البائع ، فما مدى امكانية هذا الضابط [٧٢] في توفير الحماية الكافية واللازمة للمستهلك .

بغية اعطاء الموضوع بعده وتغطية كل منطقته لا بد من ان نعمل على البحث في مفهومه يستلزم الامر منا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين في الاول نبحث المفهوم ، ونتطرق الى موقف التشريعات والقضاء في المطلب الثاني الثاني ، وصولا الى بيان دوره في بسط الحماية اللازمة للمستهلك .

المطلب الاول

مفهوم الاداء المميز طبقا لحماية المستهلك الالكتروني The characteristic Performance

(٧٣)

سبق وان رأينا ان الخشية من الاضرار بالامن القانوني لعقود التجارة الدولية ومنها عقود الاستهلاك الالكترونية كان سببا في وجود ضابط الاداء المميز الكفيل بتحقيق الحماية اللازمة لتلك العقود بدلا من تبني ضوابط جامدة ، فحماية العاقد الضعيف قد تقضي الى اهدار الضوابط التي لا تعيد التوازن الى العقد.

ان فكرة ضابط الاداء المميز تقوم على اساس التفرقة في معاملات العقود ، وان هناك التزاما رئيسا في كل عقد ، وهناك التزام تابع او ثانوي ، وان تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد يكون بحسب اهمية الالتزامات الاساسي في العقد [٧٤]، وقد يتضمن العقد الواحد عدة التزامات فان احد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن مضمونه اكثر من غيره بمعنى ان صاحب الدور الاقتصادي الفعال والظاهر في العقد ان البائع هو من ينقل ، ويعطي ، وهو المعول عليه في بيان الاداء المميز ومن ثم القانون الواجب التطبيق [٧٥].

وبغية الوقوف على اهمية هذا الموضوع يقتضي منا تقسيم هذا المطلب الى فرعين نبحث في الاول تعريف الاداء المميز ونتناول في الفرع الثاني مسوغات اعتماد هذا الضابط .

الفرع الاول

تعريف الاداء المميز

والبعض يرى في الاداء المميز انه (الاداء الذي هو السمة المميزة للعقد ، وهو ببساطة الاداء الذي يستحق دفع مقابل له مثل توصيل السلع والخدمات...) فبالنسبة للعقود التي تتعامل مع الملكية الثابتة ضمن المفترض ان العقد يرتبط بصورة وثيقة بالدولة الواقعة فيها هذه الملكية كالعقار واما نقل السلع ، فان العقد يرتبط بصورة وثيقة بالمكان الاساسي لعمل الشركة طالما ان الدولة هي مكان التحميل والتفريغ) [٧٦].

ويبدو ان هذا الاداء لا يمكن ان يكون مطلقا هو الاداء المتمثل في دفع الثمن ، اذ تشترك كل العقود فيه ، بل هو الالتزام بالمقابل كالتزام البائع في عقود البيع ، والتزام الناقل في عقود النقل والتزام المؤجر في عقد الايجار [٧٧] .

والاخر يعبر عن ضابط الاداء المميز بانه (الالتزام الاساسي الذي يتم الدفع بمقابله) [٧٨].

طبقا لهذا التعريف انه في عقود البيع يعد التزام البائع بنقل الملكية وهو الالتزام الجوهري او المميز اكثر من التزام المشتري بدفع الثمن ، ومنها يخضع العقد الدولي الخاص الى قانون محل اقامة ويترتب على ذلك الالتزام المقابل ذلك البائع بالاداء النقدي .

وعلى الرغم من سهولة هذا المعيار الذي افصح عنه هذا التعريف الا انه يعاب عليه كونه غير جامع ، فليس كل العقود تنطوي على مقابل نقدي .

ويضيف البعض من الفقهاء ، تعريفا للأداء المميز بانه (الاداء الرئيس التابع للالتزام الذي يع على عاتق احد طرفي العقد والذي يعطي العقد مميزاته الفردية)

يتضح من هذا التعريف ان يقيم الاداء من دوره في اعطاء العقود خصائصها التي يتميز عن سواها ، اي استند الى الالتزام الذي على اساسه يكيف عقد ما على انه عقد بيع وليس عقد هبة او ايجار او اعارة وهكذا . وكذلك يبدو من هذا التعريف انه اقرب الى الواقع من سابقه واكثر دقة .

بناء على ذلك يؤكد البعض من الفقه انه لا يمكن وضع تعريف جامع للفكرة ولا صياغة قاعدة يمكن من خلالها حصر كل سمات الاداء المميز [٧٩]، بحسبان ان الامر قائم على تحليل العقود او طوائف العقود للوقوف على الاداء الذي يمكن وصفه بالمميز ثم التفتيش عن صاحب هذا الاداء لنطبق قانون محل اقامته على العقد الدولي الخاص [٨٠].

والمقصود بمحل اقامة الشخص هو موطنه ، والتي نصت عليه المادة (٤٢) من القانون المدني العراقي على انه (المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بصفة دائمة او مؤقته ويجوز ان يكون للشخص اكثر من موطن واحد) [٨١] .

والبعض يرى اسناد العقد لقانون موطن المدين بالاداء المميز يعد اسنادا وظيفيا ، بمعنى اسناد العلاقة العقدية للنظام القانوني الذي يبرز فيه العقد دوره ، بمعنى اسناد العلاقة العقدية للنظام القانوني الذي يبرز فيه العقد دوره الوظيفي والاقتصادي والاجتماعي ، وغالبا ما يكون هذا المكان الاكثر صلة بالعقد [٨٢]. ومما تجدر الاشارة اليه ان هذه النظرية تقوم على فكرة مرنة ومحددة في وقت واحد ، فتتسم بالمرونة لاختلاف صورها في كل فئة من فئات العقود عن الاخرى .

ومن خلال مناقشة وتحليل هذا المعاير يلاحظ ان فكرة الاداء المميز تمتاز من غيرها من المعايير الاخرى في اصطفاء قانون العقد في انها تقوم على ضرورة تحليل العناصر المتصلة بكل عقد على حدة لمعرفة الاقليم الذي يتحقق فيه الاداء المميز حسب طبيعة كل عقد ونوعه ،ويترتب على ذلك تكيف العلاقة من قبل قاضي الموضوع الذي ينظر النزاع ، فالقانون الواجب التطبيق لا يتم تشخيصه الا بمعرفة قاضي الموضوع ، وهو ما يعني عدم علم الاطراف بمضمون هذا القانون قبل هذه اللحظة . [٨٣].

ويقضي اعمال ضابط الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ذات العنصر الاجنبي ، وان يكون هذا القانون هو قانون موطن او محل اقامته المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الاداء المميز والذي غالبا ما يكون هو قانون موطن او محل اقامته البائع في عقد البيع [٨٤].

وبناء على ما سبق فان هذه النظرية تقوم على تحليل موضوعي بحت للطبيعة الذاتية للعقد وصولا الى تحديد الالتزام الرئيسي فيه حتى يمكن للقاضي في ضوء ذلك الاسناد والعلاقة لقانون موطن المدين بهذا الالتزام [٨٥]، مع ملاحظة ان هذه النظرية وان كانت تبتعد عن منهج الاسناد الجامد الذي اقرته بعض التشريعات [٨٦]، وتعمل وفق منهج الاسناد التفصيلي في نطاق طوائف العقود المختلفة الا انها لا تصل الى حد تجزئة العقد الواحد واسناد عناصره المختلفة الى قوانين متعددة ، في معنى اخر انه اسناد تفصيلي لطوائف العقود المتماثلة دون ان مس بوحدة الرابطة العقدية في مجموعها .

نلخص القول ان الاداء المميز يقوم على اعتبارين اساسين : الاول ان الاداء المميز ، من حيث المبدأ يعد عاملا ذا صلة بتطبيق الغرض من اجل تحديد القانون الذي يحكم العقد ، والثاني : يتم اصطفاء عامل الاداء المميز وقت توقيع العقد ، ويشير الاداء المميز للعقد الى الاداء الذي يشكل جوهر العقد [٨٧].

وعليه فلا اعتداد بجنسية الاطراف المتعاقدة ولا مكان توقيع العقد لكونها ليست من العناصر الجوهرية في الالتزام المميز للعقد .

وفي ضوء ما تقدم يعرف البعض الاداء المميز وبدورنا نؤيده بانه (الالتزام الرئيس الذي يميز العقود ضمن الطوائف المختلفة عن بعضها) [٨٨].

الفرع الثاني

مسوغات التي ادت الى اعتماد هذ الضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق

ويمكن اجمال المسوغات التي جاء بها ضابط الاداء المميز والتي اثرت بالتشريعات التي تبنته :

- انها فكرة جمع بين مزايا الاسناد الجامد والاسناد المرن وتجاوز عيوبها .
- ان ضابط الاداء المميز يوفر الوضوح واليسر اللذين يتميز بهما منهج الاسناد الجامد[٨٩]؛ كونه يوفر امكانية العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق كما يفعل الاسناد الجامد غير ان الفرق بينهما هو ان الاداء المميز يعمل على اصطفاء القانون الواجب التطبيق مسبقا بالنسبة الى كل طائفة من العقود ، ومثالا على ذلك العقود الناقلة للملكية فان المدين بالأداء المميز هو الطرف الذي يلتزم بنقل ملكية العين او الحق ، سواء كان هذا المتعاقد بائع او واهبا .

- كما ان فكرة الاداء المميز في العقد لا تبتعد عن توقعات الاطراف ولا تخل بالأمان القانوني لهم بحسبان ان قانون محل الاقامة المعتاد للطرف المدين بالأداء المميز يكون جملة القوانين المرشحة والمتوقعة لتنظيم العلاقة العقدية [٩٠].

- فاسناد العقد لقانون محل اقامة المدين بالأداء المميز او مركز ادارته اذا كان شخصا معنويا يضمن للمتعاقدين العلم المسبق بالقانون الواجب التطبيق .

- يلاحظ البعض ان تشخيص الاداء المميز لا يشكل اية صعوبة في حالة العقود الملزمة لجانب واحد وعلى العكس من ذلك العقود المتبادلة الملزمة للجانبين ، عندما يتعهد الطرفان بالقيام بتنفيذ متبادل او مشترك فان التنفيذ المقابل من قبل احد الطرفين في ضوء الاقتصاد الحديث غالبا ما يأخذ شكل نقود وهذا بدوره لا يمثل اداءا مميزا للعقد ن بحسبان ان الاداء المميز يعد الاداء الذي من اجله يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة من النقود ، بعض اخر فهو يعتقد على نوع العقد مثل تسليم البضاعة ، او اعطاء الاذن في استعمال مال معين ، فضلا عن ذلك تقديم الخدمات والنقل والعمليات المصرفية والضمان التي غالبا ما تشكل مركز الثقل للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للصفقات التعاقدية [٩١].

ومن خلال ما سبق نلاحظ هل بالإمكان اعمال ضابط الاداء المميز وجعله احد الحلول الملائمة لتنازع القوانين في عقود الاستهلاك الالكترونية ، ومن ثم يمكن الاعتماد عليه لمعرفة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود من خلال تحديد من يقع عليه تنفيذ الالتزام الجوهري او الرئيس في العقد ، وبما ان نظرية الاداء المميز تصلح مع عقود التجارة الدولية غير الالكترونية ، فان يمكن اعمالها في مجال العقود الالكترونية ومنها الاستهلاكية خاصة في الفروض التي يصعب فيها تركيز العقد في مكان معين متى ابرامه وتنفيذه على شبكة الانترنت مباشرة [٩٢].

وتأكيدا على ذلك هناك امثلة على تطبيق ضابط الاداء المميز في العقود التي تبرم وتنفذ من خلال شبكة الانترنت مباشرة العقود التي تبرمها شركة الامازون وهي شركة معروفة ببيع اغلب المنتوجات ومنها الكتب اذ تتم عملية البيع بقيام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه وبعدها تقوم الشركة بتحميل الكتاب من خلال شبكة الانترنت مباشرة وتنزيله على جهاز المشتري ، ولما كانت شركة الامازون هي البائعة في هذه العقود بحسبان ان عنصر التحميل او التسليم هو الاداء المميز فيها ، فمن الطبيعي ان تخضع هذه العقود لقانون الدولة التي توجد فيها منشأة الشركة البائعة [٩٣].

ومرة اخرى تجد فكرة الاداء المميز دورا لها في عقود الوساطة والتمثيل التجاري ، وايضاحا على ذلك نسرد المثال اعلاه .

نفترض ان شخصا عراقيا قام باستخدام موقعا الكترونيا للبيع من خلاله في الكويت ، وابرم عقود مع وسطاء تجاريين من الاردن ومصر ولبنان لترويج منتجاته وبيع بضائعه بعدها قام الوسطاء بابرام مجموعة من العقود مستهلكين من الاردن وسوريا والعراق ومصر ولبنان ، ففي مثل هذه الحالة اذا كان من الممكن اصطفاء القانون الواجب التطبيق على عقود البيع التي ابرمها الوسطاء مع مستهلكين من داخل دولة الوسيط ، نظرا لاشتراك مكان ابرام العقد وتنفيذه في تلك الدول ، هذا من جهة ومن جهة اخرى فان القاضي المعروض امامه النزاع سوف يجد صعوبة كبيرة عند تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الاخرى التي ابرمها الوسطاء مع مستهلكين من خارج دولهم لانه سيجد نفسه ضمن دائرة تنازع قوانين كل من دولة تسجيل الموقع ، وقوانين الدول التي يوجد بها مركز الوسطاء ، وقانون الدولة التي يوجد بها المشتري [٩٤].

وعليه سكون من الاصلح والافضل لتخطي هذه التعقيدات هو اعمال ضابط الاداء المميز في مثل هكذا عقود ، والتي بدورها ستؤدي الى تطبيق قانون الدولة الاكثر صلة بالعقد من خلال اسناده الى قانون الدولة التي توجد فيها منشأة الوسيط بحسبانه صاحب الاداء المميز في العقود [٩٥].

اما بالنسبة لعقود خدمات المعلومات الالكترونية [٩٦]، فقد اختلف الفقه الذي تناول هذه بالشرح والتحليل حول تحديد صاحب الاداء المميز فيها ، اذ يرى البعض من الفقه [٩٧].

ان المورد الذي يقوم بتوريد المعلومات للمستخدم هو صاحب الاداء المميز في العقد ؛ لآنه هو الذي يقوم بتجميع المعلومات وتنظيمها والتنسيق فيما بينهما ومن ثم تثبيتها على قاعدة المعلومات لتصبح تحت استخدام العميل الذي يستطيع الدخول الى شبكة المعلومات والبحث داخلها عن اية معلومات تلي احتياجاته .

بينما دافع البعض الاخر من الفقه [٩٨] عن وجهة نظره بان العميل في عقود خدمات المعلومات الإلكتروني يقوم بنشاط ايجابي يتمثل بالبحث في قاعدة البيانات بما يتفق مع حاجته من معلومات ،وعليه فدوره ليس سلبيا ينحصر في دفع الثمن ، على العكس من الدور الذي يقوم به صاحب قاعدة المعلومات الذي يكون سلبيا دائما لانه في حالة عدم اشتراك اي شخص في قاعدة المعلومات فان هذه الاخيرة لنا تتجاوز الحدود الدولية وستظل محبوسة في القاعدة [٩٩].

ووفقا لذلك يلاحظ ان العقود التي يكون محلها تسليم المبيع عن طريق شبكة الانترنت بيع برامج الحاسوب ، فهي تخضع لقانون المكان الذي توجد فيه المنشأة المورد وقت ابرام العقد ، نظرا للاعداد الكبيرة

من المستهلكين الذين يدخلون الى موقع المورد من مختلف دول العالم مما يصعب معه على قاضي النزاع معرفة قوانينها .

وبناء على ما تقدم نستطيع القول ان تحديد مكان منشأة البائع الذي يستخدم موقعا على شبكة الانترنت لغرض تسويق منتجاته وبضائعه هو المكان الذي يمارس فيه البائع انشطته الاقتصادية ، الا انه اذا تعددت منشآت البائع ،فان المنشأة محل الاعتبار هي التي ترتبط بالأداء المميز في العقد . [١٠٠] اي بالسلعة المراد بيعها ، ويمكن التعرف على المنشأة التي يمارس البائع من خلالها انشطته التجارية عن طريق الزامه بالإعلان عن موقعه الجغرافي على موقع Web site المستخدم من قبله اما اذا لم يقم بإعلام المشتري ، وتعمد بوصفه الدائن بالأداء المميز .

المطلب الثاني

التطبيقات التشريعية والقضائية لضابط الاداء المميز

بداية ان ضابط الاداء المميز هو وليد القضاء ، ثم تبناه بعض التشريعات الوطنية المختلفة والاتفاقيات الدولية ، وعليه سوف نبدأ بدراسة التطبيقات التشريعية ، ثم التطبيقات القضائية .

الفرع الاول

موقف التشريعات الدولية والوطنية من فكرة الاداء المميز

بغية الاحاطة بشكل افضل للوصول الى موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية نحال بحث موقف الاتفاقيات الدولية منفصلة عن موقف التشريعات الوطنية لكل منها حقله :

١- موقف الاتفاقيات الدولية :

بغية الحصول على الكثير من التفاهمات والمشتركات وتنظيم الموضوعات المختلفة للقانون الدولي الخاص تلجأ الدول الى عقد اتفاقيات دولية مع بعضها البعض ، بالنسبة للجنسية يبدو للمعاهدات دور فعال في تلافي المشاكل المترتبة على تعدد الجنسيات للأشخاص او بعضها هذا من جهة ، ومن جهة اخرى تنظيم اقامة وتشغيل الاجانب وممارستهم لمختلف الانشطة وتمتعهم بحقوقهم كان للمعاهدة دورها الرئيس في ذلك .

علاوة على ذلك يمكن للمعاهدات ان تلعب بأكثر من دور في مجال تنازع القوانين ، فيمكن ان يتفق فيها على قواعد موحدة لحل مشكلة تنازع القوانين بالإشارة الى القانون الواجب التطبيق على

العلاقات موضوع المعاهدة . [١٠١]..... وفي مجال الاختصاص القضائي الدولي قد تتفق الدول على قواعد واحدة لاختصاص محاكمها ، وقد تتضمن المعاهدة احكاما لتيسير تنفيذ احكام دولة في غيرها من الدول .

ويلاحظ ان فكرة ضابط الاداء المميز قد اجتذبت تأييد العديد من الاتفاقيات الدولية ، وعلى وجه الخصوص اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ الخاصة بالقانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات.

اذ نصت المادة الثالثة منها على " خضوع عقد البيع لقانون محل الاقامة المعتادة للبائع بصفته الملتزم بتقديم الاداء المميز للعقد" [١٠٢] .

وفي اتفاقية روما ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، اذ قررت ضابط الاداء المميز في المادة ٢/٤ التي نصت في الفقرة الاولى على انه " في حال عدم وجود اختيار من قبل الاطراف ، يكون العقد محكوما بقانون البلد الذي يرتبط بعه العقد بروابط اكثر وثوقا ، وبعدها تعطي القرينة على هذه الروابط في القرة الثانية منها مؤداها يكون اكثر ارتباطا بقانون البلد الذي يوجد به وقت العقد محل الاقامة المعتادة للطرف المدين بالاداء المميز ، فاذا تعلق الامر بشخص معنوي فيكون قانون مركز ادارته ، اما في حال كان العقد متعلقا بأنشطة مهنية فان بلد المقر الرئيس هو مكان المدين بالاداء المميز .. ".

وتأكيد على ذلك نصت لائحة روما ٢٠٠٨ ، وهي لائحة معدلة لاتفاقية روما ١٩٨٠في المادة في المادة ٤/١/أ على انه " ان القانون الذي يحكم العقد في حال لم يتم اختيار من جانب الاطراف وفق المادة الثالثة فان القانون الذي يحكم العقد هو[١٠٣] :

١- يحكم عقد بيع السلع قانون الدولة التي فيها مقر الاقامة المعتادة لهذا البائع .
٢- في عقود توريد الخدمات يحكم العقد قانون الدولة التي فيها مقر الاقامة المعتاد لمقدم الخدمة" . [١٠٤] .

اما بالنسبة لموقف القانونيين النموذجين المعدين من قبل لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) من القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي قد فوضا مسألة القانون الواجب التطبيق على تعاملات المستهلكين الالكترونية خيارا لكل دولة ترغب في وضع تشريعات وطنية لديها على غرارهما ، دون الزام بتنظيم هذه التعاملات ، وبمقدورنا ان نستنتج ذلك من بعض مواد هذين القانونين ومن التوضيحات الواردة لهما في دليل التشريع الملحق بكل قانون[١٠٥]

اذ تضمن دليل التشريع القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الفقرة (٢٧) [١٠٦] بانه " نظر لوجود بعض القوانين خاصة لحماية المستهلك في بعض الدول يمكن ان تظم جوانب معينة من استخدام نظم المعلومات فان هذا القانون ، كما هو الشأن في قوانين (Uncitral) السابقة قد صيغ دون ايلاء اهتمام خاص للمسائل التي يمكن ان تظهر في سياق حماية المستهلك ، وانه لا يوجد سبب يدعوا الى وجود حكم عام بالقانون النموذجي بشأن استبعاد الحالات التي تشمل المستهلكين .

وقد اعتبر دليل التشريع ان احكام القانون النموذجي يمكن ان يعد ملائما لحماية المستهلكين الا ان ذلك يتوقف على كل دولة تسن تشريعاتها على غرار هذا القانون علاوة على ذلك وضح دليل التشريع في موضع اخر بشأن الاضافة اللاحقة الى القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في يونيو ١٩٩٨ والخاص بالمادة (٥) مكرر " الادراج بالاشارة " للفقرة (٧/٤٦) بانه ثمة هدف اخر لهذا الحكم هو التسليم بان قواعد تنظيم تعاملات المستهلك او غيرها من القوانين الوطنية او الدولية ذات الطباع الالزامي مثل قواعد حماية الاطراف الضفيفة في سياق عقود الإذعان هي قوانين لا ينبغي التدخل فيه ... " [١٠٧].

٢- موقف التشريعات الوطنية من ضابط الاداء المميز .

وبناء على ما تقدم يلاحظ ان الاتفاقيات الدولية قد القت بضلالها على التشريعات الوطنية في اعمال ضابط الاداء المميز ، فنجد ان هذا النهج وجدله تكريسا من التشريعات [١٠٨] لتنأ بنفسها عن اللجوء الى ضوابط اسناد جامدة ، وذلك فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الصفة الدولية .

اما بالنسبة للتشريع المصري وكذلك المشرع العراقي يلاحظ انهما لم يتبنيا فكرة الاداء المميز في تحديد القانون الواجب التطبيق ، ويؤكد نص المادة (١٩) من القانون المدني المصري ونص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي وهذا الاغفال من التشريعيين له ما يبرره ، واما بالنسبة التشريع الفرنسي يمكن الاستدلال عليه من خلال بعض الاحكام التي تبتها المحاكم الفرنسية وهذا ما سنلاحظه لاحقا .

الفرع الثاني

موقف القضاء من ضابط الاداء المميز

لم يقتصر اعتناق هذا المعيار في تحديد القانون الواجب التطبيق على التشريع وانما وجد سند له في القضاء ، ففي فرنسا تبنت محكمة استئناف جرينوبل ضابط الاداء المميز في حكمها الصادر في ٣١

سبتمبر ١٩٩٥ ، وهي بصدد نظر العقد بيع بين شركة ايطالية يوجد مركزها الرئيس في إيطاليا ومشتري فرنسي اذ قررت المحكمة اعمال القانون الايطالي بصفته قانون المدين بالاداء المميز في العقد [١٠٩] ، واستندت المحكمة في ذلك الى المادة ٢/٤/ من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ ، والتي تطبق في حالة عدم وجود اختيار صريح او ضمني من جانب الاطراف للقانون الذي يحكم العقد ، فيكون خاضعا هنا للنصوص العامة في اتفاقية روما [١١٠] فضلا عن ذلك تبنت العديد من الدول ضابط الاداء المميز في احكام لقضائها الوطني [١١١] .

واما بالنسبة لكل من القضاء المصري والعراقي فانهما لم يطبقا هذا المعيار في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، بسبب تحديدهما من قبل نظمها القانونية التي نصت صراحة على الزام قاضي النزاع بالرجوع الى المواد (١٩) مدني مصري ، والمادة (٢٥) مدني عراقي ، في اختيار القانون الواجب التطبيق ، بمعنى اخر ان القضائيين المصري والعراقي ، انهما لم يستطيعا تخطي جمود القواعد القانونية ويقدم نماذج حية وافكار جديدة واليات مستحدثة ، على العكس من القضاء الفرنسي والذي بدوره يمكن ان يعمل قواعد اسناد خاصة ولكل حالة يرى فيه تحقيق نوعا من التوازن وخاصة في مجال الالتزامات العقدية ذات العنصر الاجنبي ، لانعاش التعاملات التجارية وازدهارها [١١٢].

واخيرا وليس اخرا وبالرغم من وجاهة ضابط الاداء المميز الا ان هذا المعيار لم يسلم من سهام النقد والملاحظات .

فمن جهة اولى : نلاحظ ان هذا المعيار يقوم على افتراض ان العقد ليس له الا محل تنفيذ واحد ، حتى لو نشأ التزامان رئيسان فضلا عن ذلك ان الاداء النقدي التي تفترض هذه النظرية انه لا يمكن ان يكون اداء مميزا هو امر غير صحيح فالاداء النقدي له اهمية اقتصادية وهو امر ضروري لاتمام العقد [١١٣].

ومن جهة ثانية : هناك البعض من العقود مركبة والتي يصعب معها تحديد الاداء المميز للعقد ، اذ ان كل التزام من هذه الالتزامات له نفس الاهمية بحيث يقوم كل منهما بضابط الاداء المميز [١١٤]، كالعقد الذي يبرمه النزيل مع مالك الفندق فهو عقد ايجار بالنسبة للغرفة ، وعقد بيع بالنسبة لتناول الطعام ، وعقد وديعة بالنسبة لأمتعة ، وبالنتيجة يصعب تحديد الاداء المميز اذ ان كل الالتزامات قد تكون على درجة واحدة .

وفي بعض العقود مثل عقود خدمات المعلومات قد يجعل المورد الدخول الى قاعدة البيانات مجانا ، ومن ثم فالتزام المستخدم ليس دفع نقود وانما يستفيد المورد من خلال دخول العميل الذي يمكن ان يعود عليه بمقابل مالي من خلال المعلنين الذين يقومن بالإعلان من خلال الموقع.

ومن جهة ثالثة : في مجال التعامل الالكتروني في الاستهلاكي ، فان اعمال هذا الضابط قد يبدو غير مقبول بسبب طبيعة هذه المعاملات ، ولإعطاء توضيح اكثر بالقدر المناسب ، فهناك نوعان اساسيان من التعاملات الالكترونية : الاول وهو يبيع السلع المادية الملموسة ، بحيث يكون توصيلها ماديا للمستهلك ، او تقديم الخدمات عبر الانترنت مع وجوب الاداء المادي لتلك الخدمات ، والنوع الثاني : هو بيع السلع الرقمية توريدها بواسطة الانترنت او تقديم الخدمات الرقمية الكترونيا .

فبالنسبة للتعامل الالكتروني الاول يمكن ان يتماشى او يتفق مع العقود التي تتم في الواقع المادي ، بحسبان ان كلاهما يكون التسليم فيها ماديا .

اذ يمكن التركيز المكاني لها مع بعض الضوابط التي تراعي خصوصية التعاقد الالكتروني ؟

وبالنسبة للمنتجات الرقمية ونقلها وتسليمها عبر الانترنت فهناك عوامل تدخل في اصطفاء مكان الاداء المميز للعقد ، الاول الماكن الذي يقوم من خلاله البائع بشحن هذه السلع الرقمية مثل مكان تحميل السلع الرقمية ، مثل مكان تنزيل السلع الرقمية ، والثالث : مكان عمل متلقي هذه السع ، واخيرا : مكان عمل البائع .

ولا ريب بمقدور البائع تحميل السلع او المنتجات الرقمية من اي مكان في العالم فان مكان التحميل فير كافي لتبين ان العقد اكثر ارتباطا بالدولة التي يتم فيها التحميل ، وهو كذلك بالنسبة لتحديد مكان المشتري ، مثل تحميل كتاب الكتروني ، فيبقى هنا مكان العمل –عمل البائع المتلق – ومن هنا ينجم عن ذلك سؤال ، ما هو مكان العمل الذي اكثر ارتباطا بالعقد .

والرد تقدمه لنا اتفاقية الامم المتحدة لاستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية [١١٥] وذلك في المادة ٤/٦ بان اي مكان لا يمكن اعتباره محلا للعمل في التجارة الالكترونية لمجرد وجود التكنولوجيا والتجهيزات مثل اجهزة الكمبيوتر والسيرفر التي يستخدمها الاطراف في عملية التعاقد او حيث يمكن الوصول الى المعلومات من قبل اي طرف [١١٦].

ومن جهة رابعة : يلاحظ ان الكثير من الفقه يرفض فكرة اعمال ضابط الاداء المميز على عقود المستهلكين وخصوصا المستهلك الالكترونية ، نظرا لان المستهلك هو الطرف الضعيف في العقد [١١٧] ،

واعمال هذا الضابط من شأنه ان يؤدي الى تطبيق قانون المورد سواء في السلع والخدمات ،في مواجهة الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك ، وهذا من شأنه ان يهدد بحقوق المستهلك التي يكفلها له القانون محل اقامته المعتادة ، وبالنسبة للمستهلك الالكتروني سبق توضيحه بعد ملائمة هذا الضابط في عقود المعاملات الإلكترونية بصفة عامة في عقود المستهلك الالكتروني بصفة خاصة ، فهي عقود تستعصي على التركيز وتحتاج الى حماية اكبر للمستهلك فهو يجهل الامور الفنية والقانونية وغموض طبيعة التعامل الالكتروني كل هذه الامور دعت الى توفير الحماية اللازمة للعاقد الضعيف وخاصة في عقود الاستهلاك الالكتروني .

من خلال ما تقدم راينا ان نطبق نظرية الاداء المميز بالاسناد الى قانون المدين بالاداء المقابل ، بحسبان هذا الاداء هو الاداء المميز للعقد ، يؤدي الى تطبيق قانون المنتج وهو الطرف القوي في العقد مما يؤدي الى حرمان المستهلك من الحماية التي يوفرها له القانون محل اقامته المعتادة .

وعرضنا ، من خلال النقد الموجه لنظرية الاداء المميز ، لعدم خلو الاداء النقدي من الاهمية الاقتصادية وانه يعد ضروريا في اتمام معظم العمليات التعاقدية وانطلاقا من هذه الفكرة الاخيرة واهمية اداء المستهلك والطرف الضعيف في العقد بصفة عامة [١١٨] ، يرى البعض انه يمكن تدعيم حماية هذا الاخير بإعمال نظرية الاداء المميز وذلك باعتباره المدين المميز في العقد ، وهو ما يؤدي الى تطبيق قانونه الذي قد يوفر له حماية خاصة في مواجهة الطرف القوي في العقد وبالنتيجة يحقق هدف التشريعات الوطنية التي توفر للمستهلك حماية خاصة في مواجهة المتعاقد معه . [١١٩]

وبالنظر الى المواقف التشريعية واهتمامه المتزايد بحماية المستهلك نلاحظ ان الاداء المميز يظهر وكأنه اداء المستهلك ، وذلك لأسباب اجتماعية واقتصادية وسياسية تقضي تطبيق نظام حمائي بشأن هذا الطرف الضعيف في العقد [١٢٠].

وتماشيا مع رغبة المشرع ومع تطور القانون الموضوعي الذي يحكم العقود المبرمة بواسطة المستهلكين ، فانه يترتب على ذلك تغيير وجهة النظر بشأن الاداء المميز الذي يميز العقد ويؤدي الى الاسناد الى قانون المدين بهذا الاداء ليكون هو المستهلك بدلا من المنتج فحماية المستهلك عند الاسناد في العقود ذات الطابع الدولي تكون قابلة مع مفهوم الاداء المميز [١٢١] بحسبان المستهلك هو المدين بالإداء المميز .

واذا كانت المحصلة النهائية لقضية الدفاع عن حماية المستهلك في العقود المبرمة بواسطة المستهلكين ، والتي قد تؤدي الى نقل الاداء المميز من شخص البائع بالمعنى الواسع الى شخص المستهلك ينتج عنها ان اصطفاء الاداء المميز يعد مسألة تقديرية [١٢٢] .

علاوة على ذلك سيؤدي سيوجد شيء من التقدير في تطبيق قاعدة الاداء المميز في القعد ، فان ذلك لا يعيب هذه القاعدة [١٢٣].

والتي تسعى دائما في مراعاة مصلحة المستهلك وحمايته ، وهي نتيجة يتم التوصل اليها بحسبان الاداء النقدي هو المميز للعقود المبرمة مع المستهلكين وان هذا الاخير هو المدين بهذا الاداء فيها .

البادي من العرض السابق يرى الباحث ان القانون واجب التطبيق حسب نظرية الاداء المميز في العقد هو قانون المنتج او المورد في مواجهة الطرف الاخر ، وهو مستهلك في عقود الاستهلاك والمثابة يعد تراجعا عن فكرة الحماية اللزمة التي يجب توافرها للمستهلك .

اما بالنسبة لعقود الاستهلاك الالكترونية فان اعمال هذا الضابط يكون غير مقبولا من ناحيتين : الاولى : انها عقود الكترونية يصعب فيها التركيز المكاني لمقدم الاداء المميز وفي الغالب يكون البائع ، والثانية : انها لا توفر الحماية للازمة للمستهلك الالكتروني التي يمكن ان يوفرها له قانون محل اقامته المعتادة .

واننا نرى ان الظروف والملابسات باتت تحتم على المشرعين المصري ومثله المشرع العراقي ، وبغية تحقيق نوعا من التلائم مع التشريعات الاخرى ، وكذلك الاتفاقيات الدولية بخصوص حماية المستهلك في مواجهة المنتج صاحب النفوذ الاقتصادي ، وان تسير على نفس المنوال التي سارت عليها تلك النظم المتطورة بما يحقق الغرض من سن تلك النصوص الحمائية ، من هنا نقترح على التشريعات المدنية المصرية والعراقية ، ضرورة توفير الحماية اللازمة للمستهلك في مجال العقود الالكترونية ، ما يتلائم مع حجم الضغوط التي يمارسها عليه مقدموا السلع والخدمات ، بطرق الابهار والاغراء التي تقدمها وسائل العرض الحديثة ، بما يدفعه لشراء اشياء لا تلزمه او تؤدي الى تحمله بالتزامات مالية لا قبل له بها .

ومحصلة القول بانت الحاجة الى الحماية التي يقتضي توافرها للمستهلك الالكتروني معيارا لتحديد القانون الواجب التطبيق ، بمعنى اخر بات الامر يحتم اعمال ضابط اسناد يقرر الحماية اللازمة التي يحتاجها المستهلك الالكتروني في مواجهة الطرف القوي وهو المنتج .

الخاتمة

بعد الانتهاء من سرد مضمون فكرة البحث يمكن ان نخلص لنتائج استخلصناها من هذه الدراسة وتتمثل بالاتي :

١- وبخصوص حماية المستهلك الالكتروني والمنهج قواعد حل التنازع ، تبنت اغلب التشريعات وايدتها الاراء الفقهية بشكل ملحوظ ، مبدأ سلطان الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود ذات الطابع الدولي ، على الرغم من اهمية هذا الضابط الواجب التطبيق على العقود ذات الطابع الدولي ، وعلى الرغم من اهمية هذا الضابط كون ضابط اسناد اصلي في مجال عقود التجارة الدولية ، الا ان هذا المعيار قد يؤدي اعماله في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي الى خطورة كبيرة على الحماية التي يجب تحقيقها للمستهلك الالكتروني بحسبانه الطرف الاضعف في العقد ، بخلاف ما هو عليه المورد او المهني ذا التفوق الفني والقانوني والاقتصادي ، وعليه اتجهت العديد من التشريعات الوطنية والدولية الى وضع قيود على مبدأ سلطان الارادة وذلك استجابة لحماية المستهلك اذ الزمت ان لا يكون من شأن هذا الاختيار والاخلال بقواعد الامرة في قانون الاقامة المعتادة للمستهلك او موطنه التي تمثل الحد الادنى من الحماية المقررة له .

٢- وفي ضوء اعمال الضوابط التقليدية مثل الجنسية والموطن في تحديد القانون الواجب التطبيق في تنظيم عقود الاستهلاك الالكترونية يمكن القول وبالاخص ضابط الجنسية فانه عديم الاثر ، وكذلك معيار الموطن فان اثره غير فعال بصورة تحقق الحماية اللازمة للمستهلك الالكتروني ، ولم تتوقف الامور الى هذا الحد بل تمتد لتشمل ضوابط المكانية القائمة مثل ابرام العقد او تنفيذه والعلة في ذلك تكمن في صعوبة تحديد مكان ابرام او التنفيذ بالنسبة للعقود عن طريق الانترنت لان طبيعة هنا الاخير يعدم الحدود السياسية والجغرافية فهو يقتحم السيادة الوطنية وقوض السياسة والاقليمية القانونية .

الا ان البعض من التشريعات ومنها المادة ١٢٠ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ قد جعلت الاختصاص لقانون محل اقامة المستهلك المعتادة واستبعدت كل اختيار من شأنه ان يخرج الاختصاص عن هذا القانون .

ويرى البعض ان اعمال قانون محل الاقامة المعتاد قد لا يحقق الحماية اللازمة له ، وانما اعمال قانون الارادة الى جانب قانون محل الاقامة المعتادة للمستهلك الالكتروني قد يوفر ما يصبو اليه بشكل افضل من غيره .

٣- ويلاحظ ان اعتماد نظرية التركيز الموضوعي قد لا تؤدي في كثير من الاحوال الى تطبيق القانون الذي يوفر له الحماية اللازمة للمستهلك الالكتروني ، فسلطة القاضي في تصحيح اختيار الاطراف

لعقدهم ، من شأنها ان تؤدي الى شعورهم بعدم الامان والاخلال بتوقعاتهم المشروعة لعدم معرفتهم بالقانون واجب التطبيق لحظة ابرام العقد وتراضي هذه المعرفة الى مرحلة تركيز العقد اذ قد يفاجأ الطرفان ولا سيما المستهلك الالكتروني بتطبيق قانون لا يحقق مصلحته ، من هنا فالقاضي عندما يقوم بالتصحيح لا يسعى الى اختيار القانون الذي يوفر اكثر حماية للمستهلك بقدر ما يهدف الى تركيز العقد واختيار القانون الذي يتصل بالعقد برابطة اكثر وثوقا ، علاوة على ذلك ان دور الارادة في تركيز العقد قد يؤدي الى جعل التركيز الموضوعي اقرب للتركيز الشخصي للعلاقة القانونية ،وعليه تبقى خطورة مبدأ سلطان الارادة في ظل نظرية التركيز الموضوعي .

الهوامش

(1)GieselaRuhl : consumer protection in trnational law p.9. available online : www.ile-bamburg .de /date/ humburglectuers-ruehi- poper.pdf .

(٢)د. احمد عبد الكريم سلامة – الاصول في التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة العربية – القاهرة – بدون سنة نشر – ص ٢٤

(3)H.ATIFFOL :Le Regle de droitinternationelprive , in le Regle de droit , etudes publiees par ch . PERELMAN B ruxelles , 1971 ,p.214 .

(٤)د. احمد عبد الكريم سلامة – علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة –ط١- بدون سنة نشر – ص٢٤ .

(٥)د. عبد المنعم زمزم – عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية – دار النهضة العربية -٢٠١١- ص١٥٦ ، د. عصام الدين القصبي – النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية – دار النهضة العربية -١٩٩٣- ص١٣ ، د. احمد عبد الكريم سلامة – علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا – مصدر سابق – ص١٠٥٨.دز هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – مصدر سابق – ص٢٩٢ .

٦انظر المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .اذ تنص بان " العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه "

(٧)د. احمد عبد الكريم سلامة – الاصول في التنازع الدولي للقوانين – مصدر سابق – ص ١٠٥٧ .

(8)P.THIEFFRY :Le protection du fourmisseurdans les transferts intimation aux techniques , J.C.P.19982.1364

(٩)د. احمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨ – ص ٩١ .

(10)H.atiffdl ;les conflits de lois en matiere de contralats . de droit international prive compare , paris , sirey , 1933.p.105 .

(١١)د. عبد المنعم زمزم – عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية –مصدر سابق - ص١٥٦

(١٢)د. هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق عل عقود التجارة الدولية – منشأة المعارف – الاسكندرية -١٩٩٥- ص١٠١ .

(١٣)محمد محمد حسن الحسني – حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص – جامعة القاهرة – كلية الحقوق - ٢٠١٣- ص ٧٣ .

(14)H.KELSEN : Theoriejuridique de la convention , in Arch ph .dr.1940.p.33.

(١٥)د. فراس كريم شيعان – اثر مبدا قانون الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية –مصدر سابق – ص ٢٣٥.

(١٦)د .محمود محمد ياقوت – الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية – دار الفكر الجامعي – ٢٠٠٤-ص ٥٧ ، سلطان عبد الله الجواري – عقود التجارة الالكترونية – والقانون الواجب التطبيق – اطروحة دكتوراه – كلية القانون جامعة الموصل -٢٠٠٤، ص٨٢ .

(١٧)د. فؤاد رياض سامية راشد – الوسيط في القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – دار النهضة العربية – ١٩٩٢- ص ٤ .

(18)NIBOYET:LA THEORIE DE " AUTONOMIE de la volonteree . cours la haye , 1927.t,I,p.111 etss .

(19)H.BATIFFOL : Aspects philosophique de Droitintemationalprive , paris – Dalloz.1956,p.16 .

(٢٠)د. احمد عبد الكريم سلامة – القواعد ذات التطبيق الضروري – مصدر سابق – ص١٩ .

(٢١)وتسمى عند البعض من الفقه بنظرية وحدانية التحديد وهي ظهرت في افكار الاستاذ الفرنسي BATIFFOL ، وهي تسمى احيانا نظرية التركيز او التوطين ، وقوامها تفصح عن دور ارادة المتعاقدين في تركيز او توطين العقد في دولة معينة ن على عكس النظرية السابقة لها التي كانت من شأنها ان تعطي التقديس لقانون الارادة على حساب سلطة القانون في اختيار القانون الواجب التطبيق انظر : D.BATIFFOL : subjectivisme et objectivismedans le droit international privr de contrats , in choixdarticleparis –dolloz 1976,p.249.

(٢٢)د. احمد عبد الكريم سلامة - اصول تنازع القوانين – مصدر سابق - . ١٠٦٩ .

٢٣ د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – ٢٠٠٢- ص ١٢٧ .

24Battsol et logardedroitintrrationlpriveparis 1976.p.259 .

وتجدر الاشارة ان الفقيه باتيفول ومن خلال نظرية التركيز للعقد نجح في التوفيق بين مبدأين مختلفين بل متنافسين عند حل مشكلة تنازع القوانين في مسائل العقود الدولية ، وهما مبدأ الاختيار الارادي لقانون العقد من ناحية ومبدأ الاعتداد بالصلة الاقرب للرابطة العقدية عند اختيارهم هذا القانون من ناحية اخرى ، وقد اسس الفقيه باتيفول على ذلك نتيجة هامة ومنطقية وهي تأكيد حق القاضي في تصحيح اختيار المتعاقدين لقانون العقد عن طريق اصدار اختيارهم للقانون سواء كان صريحا او ضمنيا فيما لو تبين من الظروف ان القانون المختار لا يعبر عن مركز الثقل في العلاقة العقدية او على الاقل لا يرتبط بهذه العلاقة بصلة معقولة .

(٢٥) . باسم سعيد يونس – القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي – اطروحة دكتوراه – كلية القانون – جامعة المنصورة – ١٩٩٨- ص ١١٩ .

(٢٦)د. موسى كريم شيعان ، ارم عصام خضير – اثر مبدأ قانون الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية – مجلة تركيت للقوق – السنة (٨) المجلة (٣) العدد٢٩) اذار ٢٠١٦ – جمادي الاولى – جمدي الاخرة ١٤٣٧ – ص ٢٣٧ .

(٢٧)د. فراس كريم شعان – اثر مبدأ الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية مصدر سابق – ص ٢٣٨ .

(٢٨)د. ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص وفقا القانون العراقي المقارن – ط الاولى – دار الحرية للطباعة – مطبعة الحكومة بغداد – ١٩٧٣ .

(٢٩)د. محمود محمد ياقوت – الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية – دار الفكر الجامعي – ٢٠٠٤- ص ١٧٤ .

(٣٠) نقلا عنا د. سامي بديع منصور ، ود. اسامة العجوز – القانون الخاص – منشورات زين الحقوقية – بيروت – ٢٠٠- ص ٣٩٩ .

(٣١)نقلا عن . د. سامي بديع منصور مصدر سابق – ص ٣٩٩ .

(32)Iescontratslegalmentcouclusremplacntialoi par rapport sespurtis .

(٣٣)اذ تنص هذه المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري على انه (يسري على التعاقدات قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانونا اخر هو الذي يراد تطبيقه) .

(٣٤)انظر المادة (١/٢٥) التي تنص على انه (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ن فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، وهذا ما لم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانونا اخر يراد تطبيقه) .

(٣٥)وجد مبدأ سلطان الارادة طريقه الى تشريعات وطنية عدة منها المادة (١٦) من القانون الدولي الخاص النمساوي والصادر في ١٥ مايو ١٩٧٨ ، والمادة (١١٦) من القانون الدولي الخاص المجري الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٧٨ ، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ ، الذي اورد المادة (١/١١٦) (على ان يخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف ...)، ويعترف القانون الإنكليزي بقاعدة قانون الارادة انظر :

KAHN-FREUND :La notion anglaise de la " proper law of the ; dicey &morris contract" rev crit 1973 p.607.

(٣٦) ورد نص المادة باللغة الانكليزية على النحو الاتي :

Articale 3 Freedom of choice : Acontractdhall be gorerned by law chosen by the parties the choice shall be made expresd or slearly demonstrated by the terme of the contrac or the circumstances of the case ,By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part anly of the contract .

(٣٧)د. زياد خليف العنزي – مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبدأ مؤتمر لاهاي لعام ٢٠١٥ ، مجلة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية – العدد٢١١٨، لسنة ٢٠١٦-٢١٣٠٥ .

٣٨راجع في القضاء :

Cass.com.19janrier 1979:Rev crit 1977.p.503 note BAtffol,J.C.p.1977-2-18630.note , HANSNE .

(٣٩)جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٠ اذ تقل عن فليب كهن – عقد البيع الدولي – ص ٢٣٦.

(٤٠)د. احمد عبد الكريم سلامة – اصول تنازع القوانين – مصدر سابق – ص١٠٦٠ .

(٤١)وقد وجد النص صداه في العديد من القوانين العربية ، القانون المدني السوري م (١/٢٠) والقانون المدني الليبي م (١/١٩) ، والقانون المدني الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ م (٥٦) ، قانون المعاملات المدني السوداني لعام ١٩٨٤ م (١٣/١١) .

(٤٢)انظر المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري ، والمادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي .

(٤٣)د. احمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي – دار النهضة العربية – ص ١٥٩ .

(٤٤)وتجدر الاشارة الى ان فكرة التركيز notion de localizationتجد جذورها في التعاليم الفقهية سافيين علما انه يسمح بالتركيز لتحديد قانون العقد ، الا عند تخلف الارادة الصريحة والضمنية . وهذا بخلاف راي الاستاذ "بافيفول" التي تقوم على ان يلتزم القاضي ابتداء بتركيز العقد ، واستجلاء القانون واجب التطبيق عليه ، بغض النظر عن وجود الارادة الصريحة او الضمنية .

(٤٥)د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – القانون الدولي الخاص – مكتبة السنهوري – بغداد – ص٢٩٣

(٤٦)يكتسب تحديد زمان ومكان ابرام العقد في مجال القانون الدولي الخاص اهمية كبيرة ، فهو المعول عليه في تحديد القانون الذي يخضع له شكل العقد ، كما يترتب عليه تحديد مركز الاموال المادية ، و هو احد ضوابط الاسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي في حال عدم وجود ارادة صريحة او ضمنية لتحديد القانون الذي يحكم العقد ، واخيرا فان تحديد مكان انعقاد العقد يترتب عليه تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع المتعلق بهذا العقد للمزيد انظر ،د. صلاح علي حسين – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي – دار النهضة العربية – ٢٠١٢- ص ٢٩٨ .

(٤٧)د. حسام الدين فتحي ناصيف – حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤- ص٤٠ .

(٤٨) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – دار الجامعة الجديدة – ٢٠٠٩- ص ١٤٥ .

(٤٩)انظر نص المادة (١/٢٥) من التشريع العراقي بان (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحذ موطنا ، فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان او تبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه)

(٥٠)د.احمد عبد الكريم – علم قاعدة التنازع – مصدر سابق – ص ١١٠٢ .

(٥١)استقر العمل في فرنسا بمبدأ سلطان الارادة بصدور حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩١٠/١٢/٥ والذي جاء به ان (القانون الواجب التطبيق على العقود سواء في ما يتعلق بتكوينها او اثارها او شروطها وه القانون الذي تبناه الاطراف) وبهذا الحكم اصبحت الاولوية المختارة من قبل المتعاقدين راجع في ذلك :

B.AUDIT :Droit international prive , 2ed-paris , Economic 1997,p.145 .

(٥٢)د. محمد حسن قاسم – التعاقد عن بعد – مصدر سابق – ص ٩١ .

(٥٣)انظر المادة (٤٧) مدني مصري التي تنص على انه (يعتبر التعاقد ما بين غائبين تم في المكان وفي الزمان اللزين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغير ذلك ، والنص نفسه تبناه المشرع العراقي في المادة (١/٨٧) .

(٥٤)د. صلاح علي حسين – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي – مصدر سابق – ص ٤١٤ .

(٥٥)د. محمد حسن قاسم التعاقد عن بعد – قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع اشارة لقواعد القانون الاداري – مصدر سابق – ص ٩١ .

(٥٦)وقد تبنى المنهج نفسه العديد من التشريعات دول العالم ففي العالم العربي نجد الفصل ٢٨ من قانون المعاملات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م ، وقانون المعاملات الالكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠١م في المادة ٢/١٧، وقانون المعاملات الالكترونية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦، في المادة ١٥ ثانيا ، وقانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ في المادة ٢٨ لسنة٢٠٠٢ ، والمواد ١٨،١٩ من قانون انظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الالكترونية رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦ ، وفي القوانين الاجنبية نجد ذلك في قانون الاونسيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في المادة (٤/١٥، والمادة ١٥/د) من قانون الموحد بشأن التجارة الالكترونية الامريكي ١٩٩٩ .

(٥٧)تنص المادة السادسة من الاتفاقية على النحو الاتي حول مكان الاطراف بانه ،

١- لاغراض هذه الاتفاقية يفترض ان يكون الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف ، مالم يثبت طرف اخر ان الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه .
٢- اذا لم يعين الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له اكثر من مقر عمل واحد ، وكان مقر العمل لاغراض هذه الاتفاقية ، هو المقر الاوثق صلة بالعقد المعني مع ايلاء اعتبار الظروف التي كانت الاطراف على علم بها او تتوقعها في اي وقت قبل ابرام العقد او عند ابرامه .
٣- اذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل ، اخذ بمقر اقامته المعتاد .
٤- لا يكون المكان مقر عمل لجرد انه (١) توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد او (ب) يمكن الاطراف اسم نطاق او عنوان بريد المعلومات المعني .
٥- ان مجرد استخدام الطرف اسم نطاق او عنوان البريد الالكترونية ذي صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على ان مقر عمله يوجد في ذلك البلد .

(٥٨)د. صلاح علي حسين – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي – مصدر سابق – ص ٤١٩ .

(٥٩)د. احمد محمد الهواري – حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية -٢٠٠٠- ص١٣٧ .

(60)SylyetteGuillemard : Le Orit international prive face au contrat de vent cyberspatial, these de dedoctorat de IUiversitelaval Quebec , 2003.p.464 .

(٦١)د. سليمان احمد فضل – المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – ٢٠١٢- ص٢٠٠ .

(62)M.GIULIANO: La loiapp;icable aux contrat , coursprecite , p. 224 .

(٦٣)د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ١٥١ .

(٦٤)د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص١٥٢.

(٦٥)تبنت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ ضابط مكان تنفيذ العقد في المادة السادسة منها بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، اذ نصت الفقرة الثانية على انه (العقد يكون محكوما بقانون البلد الذي ينفذ وينجز فيه العامل عادة محله حتى لو كان منتديا بصفة مؤقته للعمل في دولة اخرى . اما اذا لم ينجز العامل عمله في هذا البلد فيكون العقد محكوما بقانون البلد الذي يوجد فيه العامل عادة وذلك ما لم يكن العقد مرتبطا بروابط اكثر وثوقا مع قانون بلد اخر .
وقد شارت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر من الدائرة الاجتماعية في ٢٥ يناير ١٩٨٤ الى ضابط مكان التنفيذ ويتعلق الحكم بعقد ابرام بين شركة فرنسية وعامل فرنسي وتم اعادة الاخير بموجب العقد لاداء عمله في دولة لوكسمبورج ، حيث ذهبت المحكمة الى انه بالرغم من ان العقد نفذ في لوكسمبورج مما يجعل قانون هذه الدولة هو الواجب التطبيق ، الا انه الاطراف قد اختاروا ضمنيا القانون الفرنسي لم في هذا الحكم لم يؤخذ بضابط مكان التنفيذ .
Cass soc, 25 Janvier 1984 , Rev . crit , 1985 , p. 327.

(٦٦)د. احمد محمد الهواري – حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ١٤٠ .
(٦٧)د. عصام الدين القصبي – النظام القانوني للعمليات المصرفية – مصدر سابق – ص٧٣ .
(68)VISCHER – InternationalesVertragsrech.Bern . 1962.p.67 .
(٦٩)د. احمد محمد الهواري – حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ١٤٠ .
(70)Zheng Sophia rang : Electronic consumer in the conflict oflaw , HART PulishingOxforf and Portland , Oregon 200 this book is based on Phd thesis submitted university of Birmingham in summer 2007, p.14 .
(71)Article 51b – in the case of the sale of goods , the plase in a member dtate where ander the contract , the good were delivered or should have been de lireed .
(٧٢)ان نظرية الاداء المميز هي من النظريات الحديثة في مجال اسناد العقود الخاصة الدولية ، وتمثل التطور المنطقي للقانون الدولي الخاص المعاصر اذ جاءت بضابط مهم في اسناد العلاقات العقدية ظهرت اهميته بشكل عالمي بعد تنبيه من قبل اتفاقية روما (١٩٨٠) والتي (خطت بالنظام الاوربي الى مرحلة جديدة في توحيد القواعد العامة التي تحكم مؤسسة العقد الدولي) انظر د. جميل غصوب – دراسة في القانون الدولي الخاص –مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت – ط١- ٢٠٠٨- ص٣٥٥ .
ومما تجدر الاشارة اليه ان هذه النظرية هي من ابداع الفيه السويسري SHNITZER، فهي جاءت بعد نظرية التركيز الموضوعي للعقد التي تبناه الفيلسوف (باتيفول) والثانية النظرية الازدواجية التي جاء بها الاستاذ (ديبي جيرارد) . وهذه النظرية التي تعني موضوعنا بصورة مباشرة والتي جاءت بضابط اسناد احتياطي يصار الى تطبيقه في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد قانون معين سواء كان هذا الاتفاق صريحا او ضمنيا ، ويلاحظ ان العديد من التشريعات الوطنية كرستها في تشريعاتها منها القانون الدولي الخاص التركي لسنة ١٩٨٢ ، القانون الدولي الخاص الالماني لسنة ١٩٨٦ والقانون الدولي الخاص السويدي لسنة ١٩٨٧ .

(73)Hans UlrichnJessurun&dOliveira : Characteristic Dligation ' in the draft EEC Obligation convrntion the AMERICAN Journal of comparative law Vol.25,no.2 (spring, 1977),p.304 .
(74)Hans UlrichnJessurum&DOliveira: Characteristic obligation " in the draft EEC ObigationConrention op.cit,p.309 .
(٧٥)د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص١٥٢ .
(76)Poyton D.A: E;ectroniccontraet :op cit p94 .
(77)Richardson nicky : the concept of characteristic performance and the proper law Doctrione Bond law Review 1989 , Vol:lss2 article , p.285 .
78*(the characteristic performance of the contract i5 not the payment is due).nochardson , the concept of charac- teris per formance and the proper ;aw doctrine, p artcle available on : http://ebublication.bond.edu.au/bir
(٧٩)د. عكاشة محمد عبد العال – قانون العمليات المصرفية – مصدر سابق – ص ٦٤ .
(٨٠)طارق عبد الله عيسى مجاهد – تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية – اطروحة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد -٢٠٠١- ص٨٦ .
(٨١)انظر المادة (٤٠) من القانون المدني المصري فقرة (١) منه على ان الموطن (هو الماكن الذي يقيم فيه الشخص عادة) .
(٨٢)طارق عبد الله عيسى مجاهد – تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية – اطروحة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد -٢٠٠١- ص٨٨ .
(٨٣)د. عبد المنعم زمزم –عقود الفرانشيو بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية – مصدر سابق – ص١٨٨ .
(٨٤)انظر المادة (٤) من اتفاقية روما ١٩٨٠ .
(٨٥)د. هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية – مصدر سابق – ص٤٤٥ .
(٨٦)انظر المادة (١/٢٥) من القانون المدني العراقي ، والمادة (١٩) من القانون المدني المصري .
(٨٧)محمد محد حسن حسني – حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص١٠٣ .
(٨٨)نورس عباس العبودي – الاداء المميز واثره على عملية الاسناد – كلية القانون – بدون سنة نشر – ص٢٨ .
(٨٩)المصدر نفسه – ص٣٠ .
(٩٠)د. بدران شكيب الرفاعي – عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص –دار الكتب القانونية – مصر – ٢٠١١- ص ٢٢٧ .

(٩١)احمد عبد الكريم سلامة – قانون العقد الدولي – مصدر سابق – ص٢١٥ .
(٩٢)علاء الدين محمد ذيب عبابنة – القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الاردني – اطروحة دكتوراه – جامعة عمان العربية – الاردن -٢٠٠٤- ص٢٤٩ .
(٩٣)علاء الدين محمد ذيب عبابنه – المصدر السابق – ص٢٤٧ .
(٩٤)محمد ابراهيم عرسان ابو الهيجاء – عقود التجارة الالكترونية –ط١- دار القافة للنشر والتوزيع – الاردن -٢٠٠٥- ص١٤٩ .
(٩٥)علاء الدين محمد ديب عبابنة – مصدر سابق – ص ٢٤٧ .
(٩٦)عرف البعض خدمات المعلومات الإلكترونية بانه " العقد الذي محله المعلومات المعالجة اليا والمبرم بين مورد ومستخدم مهني او مستهلك ، والمعد مسبقا من الاول الذي استخدم الابرام تقنيات الاتصال عن بعد ويتعهد بموجبه بتوريد معلومات الى الثاني نظير مقابل مالي التزم به الثاني اتجاه الاول)انظر في ذلك د. عادل ابو هشيمة –عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – القاهرة -٢٠٠٤- ص ١٩ .
(٩٧)د. فاروق الاباصيري – عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكتروني –دار النهضة العربية – ٢٠٠٣- ص ٢٦٥ .
(٩٨)د. فاروق الاباصيري – عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكتروني – مصدر سابق - ص ٢٦٥ .
(٩٩)يبدو ان الاتجاه الفقهي الاول جاء متماشيا مع نص المادة (١٠٩/ب/١ من القانون الامريكي والموحد لمعاملات الحاسوبية ، والتي نصت على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حالة عدم تحديده من قبل المتعاقدين
(١٠٠)د. محمد احمد علي المحاسنة – تنازع القوانين في العقود الالكترونية – مصدر سابق – ص١٣١ .
(١٠١)د. هشام خالد – المدخل للقانون الدولي الخاص العربي – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – ٢٠٠٦ – ص ٣١٢ .
(102)A défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'articleprécédent, la venteestrégiepar la loi interne du pays où le vendeur a sarésidencehabituelle au moment oùilreçoit la commande. Si la commande
(103)Regulation (EC)no 593/2008 of the european parliament And of the counctual obligation (Rome) , published in official journal of the European union 4.7.2008,pL177/6
(١٠٤)ويجري نصها على النحو الاتي :
Art 6/1/a: "applicable law in the absence of country where the seller has habitual residence ; (b) a contract for the provision of service provider has his habitual residence "
(١٠٥)مهند عزمي ابو مغلي – منصور عبد السلام الصرايرة – القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي – مجلة علوم الشريعة والقانون – المجلد ٩١- العدد٢- ،٢٠١٤- ص ١٣٥٤ .
(١٠٦)انظر الدليل التشريع للقانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية المعد من قبل Uncitral زاي – المساعدة المقدمة من امانة
www.uncitral,org/en-indey.html,uncitral
(١٠٧)راجع دليل تشريع قانون Uncitral النموذجي بشأن التجارة الالكترونية ، ملحق اضافة المادة (٥) مكرر – الادراج بالاشارة (الصيغة التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الحادية والثلاثين المعقودة في حزيران يونيو ١٩٨٨ والمنشور في يناير .. /http; www. uncitral,org
(١٠٨)اذ تنص المادة ١/١١٧ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ على ان " يحكم العقد قانون الدولة التي يرتبط بها بأوثق الروابط " ثم يمكننا ترجمة النص على النحو الاتي :
Art.117-b . " Ansence of achoife of law I.In the absence of a choice of law , the contract shall be qoverned by the law of the stare with which it is most closely connected .
وبعدها تأتي الفقرة الثانية من ذات المادة لتعطي توضيحا لمعرفة اكثر القوانين ارتباطا بالعقد ونصت على انه " ... وتعد هذه الروابط موجودة في الدولة التي توجد فيها الاقامة العادية الذي يجب عليه تقديم الاداء المميز والتي يوجد بها مقره اذا كان العقد قد ابرم في اطار ممارسة النشاط المهني ولهذا الشخص ، ثم تردف الفقرة الاخيرة من هذه المادة كي تعطي امثلة للاداء المميز في بعض العقود كاداء نقل الملكية في عقود نقل الملكية ، ومؤدي الخدمة في عقود الخدمات واداء المؤتمن في عقود الوديعة والكفيل في عقود الكفالة ويمكن ترجمة الفقرة الثانية من نفس المادة :
It is presumed that the closest connection exists with the state in which the party who must perform the characteristsic obligation is habitually resident or , of the contrct was concluded in the exercise of a perfessional or commerciall activity where such party has his place of business . "
والحال كذلك بالنسبة للمشرع الامريكي فنجده تبنى هذا الضابط في المادة ١٨٨في التقنين الامريكي الثاني اذ نص على انه " يتم تحديد حقوق والتزامات الاطراف التي لها علاقة وثيقة مع التعامل ولها علاقة باطراف العقد وذلك بموجب المبادئ المقررة خلال المادة ٦ "
Art 188" of the second Restatment also provides that (1) the right and duties of the parties with respect to anissye in contract are determined by the local law of the state which with respect to that issue , has the most significant relation ship to the transaction and the parties under the principles stated in 6 .
وهذه المبادئ هي ماكن التعاقد ومكان التفاوض على العقد ومكان تنفيذ العقد ومكان موضوع العقد او محل العقد ومحل الاقامة ن والنسية ، ومقر الشركة ، ومحل اطراف العقد . انظر :

Faye fangfeiwang : Internet jurisdiction And Choice of law : Legal practices in the EI,US And china combridge University , 2010,p.127 .

ومن القوانين التي تبنت فكرة الاداء المميز ، نلاحظ القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٩٨ ، اذ نصت المادة ٦٢ منه على ان " يخضع العقد للقانون الذي يعينه الاطراف واذا لم تحدد الاطراف القانون المنطبق يعتمد قانون الدولة التي يوجد فيها مقر الطرف الذي يكون التزامه مؤثر في تكيف العقد او قانون مقر مؤسسته اذا كان العقد قد ابرم في نطاق نشاط مهني او تجاري " مما يعني ان المقصود بالنص هو الطرف المدين بالأداء المميز في العقد انظر د. خالد عبد الفتاح محمد خليل –حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ١٥٩ .

(١٠٩)انظر د. خالد عبد الفتاح محمد خليل –حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ١٦٠ .

(١١٠)انظر د. خالد عبد الفتاح محمد خليل - المصدر السابق – ص ١٦٠ .

(١١١)يلاحظ ان القضاء الامريكي لم يكن بعيدا عن مسألة اعمال ضابط الاداء المميز ففي حكم لمحكمة نيويورك في عام ١٩٩٨ في دعوى اقامتها شركة Network America ومقرها نيويورك ضد شركة Amaria Access ومقرها ولاية جورجيا ، اذ ادعت الاولى ان المدعي عليها الشركة الثانية تقدم خدمات للعملاء حول العالم ومنهم عملاء في نيويورك وان المدعى عليها ترسل عقودا الى العملاء لتوقيعها ، وتأسيسا على هذه الاتصالات الموقع في جورجيا واستخدامه من قبل عملاء في نيويورك ليس كافيا لتطبيق قانون نيويورك لعدم وجود فائدة عنها اداء مميز تقدمه شركة المدعى عليها . انظر د. ابراهيم سعيد زمزمي – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية –دار النهضة العربية –القاهرة -٢٠١٠- ص٢٥٨ .

فضلا عن ذلك ان ضابط الاداء المميز يجد سند له في القضاء السويسري به هو صاحب الفكرة الاولى لذلك الضابط ن وتأكيدا حكم صادر للمحكمة الفيدرالية السويسرية في عام ١٩٥٢ في القضية المشهورة AchevallyG.Genimpartexتلتها احكام اخرى كحكمها الصادر في ١١ مايو ١٩٦٦ اذ اقرت هذا المبدأ بقولها انه في حال سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق ، فان العقد يخضع للقانون الذي يرتبط بالعقد بروابط وثيقة ، ثم تعقب المحكمة بتحديد هذا القانون بانه قانون محل اقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد ، انظر د.عادل ابو هشيمة محمود حوته – عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤- ص٩٩ .

(١١٢)د. محمد الروبي –دورة الارادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية -٢٠٠٩- ص٢٠٨ .

(١١٣)د. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ١٦٥ .

(١١٤)د. احمد محمد الهواري – حماية العقد الضعيف في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق – ص ١٥٠ .

(١١٥)اتفاقية الامم المتحدة في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٥ حول استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية متاحة على الرابط التالي :

http://www.uncitral.org /pdf/English/texts/electcom/0657451-ebook.pdf.

(١١٦)اتفاقية الامم المتحدة في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٥ حول استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية متاحة على الرابط التالي :

http://www.uncitral.org /pdf/English/texts/electcom/0657451-ebook.pdf.

(١١٧)د. خالد عبد الفتاح محمد خليل –حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص –مصدر سابق – ص ١١٦، د.حسام الدين فتحي ناصيف – حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين – مصدر ساق ص ٥٧، د. احمد محمد الهواري –حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص – مصدر سابق .

وفي الفقه الاجنبي انظر :

- Richardson , nicky : the conrept of characteristic performance and the praper law doctrine, Bond law review 1989:vol.1:lss2 Article 9.p286.
- John Obrien :conflict of law second Edition, Cavendish , London 1999, 309 .

(١١٨)د. محمد المرسي زهرة – الحماية المدينة للتجارة الإلكترونية ،دار النهضة العربية – ٢٠٠٨- ص١٧٥ .

(119)A.C.IMHOFF-SCHEIE-pratection du consummateur et contratsinternationaux these georg.geneve,1981,p.111.

(120)F.LECLERC-La prottction de la part faible dons le contratsinternationux, etude conflits de lois , Bruylant , Bruxelles, 1995.p.177 .

(121) VISCHER :the antagonism between legal and search for justice in the field of contract , Rec , des cours 1974, 11, vol142, p.letss spec .p.62 .

(122)A.C.IMHOFF-SCHEIER: protection de conummatur et cotrats , op,cit . p.117 .

(١٢٣) عبد الفتاح بيومي حجازي –المستهلك عبر شبكة الانترنت – دار الكتب القانونية – مصر – ٢٠٠٨- ص ١٢٣.

المصادر والمراجع

اولا // الكتب

١. ابراهيم سعيد زمزمي – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية –دار النهضة العربية –القاهرة -٢٠١٠.

٢. احمد عبد الكريم سلامة – الاصول في التنازع الدولي للقوانين – دار النهضة العربية – القاهرة – بدون سنة نشر .

٣. احمد عبد الكريم سلامة – القواعد ذات التطبيق الضروري – دار النهضة - ٢٠٠٧
٤. احمد عبد الكريم سلامة – علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع اصولا ومنهجا – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٢
٥. احمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة – ١٩٩٨ .
٦. احمد محمد الهواري – حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية -٢٠٠٠.
٧. باسم سعيد يونس – القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي – اطروحة دكتوراه – كلية القانون – جامعة المنصورة – ١٩٩٨.
٨. بدران شكيب الرفاعي – عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص –دار الكتب القانونية – مصر – ٢٠١١.
٩. جميل غصوب – دراسة في القانون الدولي الخاص –مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت – ط١- ٢٠٠٨.
١٠. حسام الدين فتحي ناصيف – حماية المستهلك من خلال قواعد تنازع القوانين – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤.
١١. خالد عبد الفتاح محمد خليل – حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – ٢٠٠٢.
١٢. زياد خليف العنزي – مبدأ حرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقا لمبدأ مؤتمر لاهاي لعام ٢٠١٥ ، مجلة جامعة الشارقة للعوم الشرعية والقانونية – العدد٢١١٨، لسنة ٢٠١٦.
١٣. سليمان احمد فضل – المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في اطار القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – ٢٠١٢.
١٤. صلاح علي حسين – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي- دار النهضة - ١٩٨٧
١٥. صلاح علي حسين – القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ذات الطابع الدولي – دار النهضة العربية – ٢٠١٢.
١٦. طارق عبد الله عيسى مجاهد – تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية – اطروحة دكتوراه – كلية القانون – جامعة بغداد -٢٠٠١.
١٧. عادل ابو هشيمة محمود حوته – عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية – ٢٠٠٤.
١٨. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي – القانون الدولي الخاص – مكتبة السنهوري – بغداد .
١٩. عبد الفتاح بيومي حجازي –المستهلك عبر شبكة الانترنت – دار الكتب القانونية – مصر – ٢٠٠٨.
٢٠. عبد المنعم زمزم – عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية – دار النهضة العربية -٢٠١١.
٢١. عصام الدين القصبي – النظام القانوني للعمليات المصرفية الدولية – دار النهضة العربية -١٩٩٣.
٢٢. فاروق الاباصيري – عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكتروني –دار النهضة العربية – ٢٠٠٣.
٢٣. فراس كريم شعان – اثر مبدأ الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية مصدر سابق .
٢٤. فؤاد رياض سامية راشد – الوسيط في القانون الدولي الخاص – الجزء الثاني – دار النهضة العربية – ١٩٩٢.
٢٥. محمد ابراهيم عرسان ابو الهيجاء – عقود التجارة الالكترونية –ط١- دار القافة للنشر والتوزيع – الاردن -٢٠٠٥.
٢٦. محمد احمد علي المحاسنة – تنازع القوانين في العقود الالكترونية – دار النهضة - ٢٠٠٧
٢٧. محمد الروبي –دورة الارادة في مجال الاختصاص القضائي الدولي – دار النهضة العربية -٢٠٠٩.
٢٨. محمد المرسي زهرة – الحماية المدينة للتجارة الإلكترونية ،دار النهضة العربية – ٢٠٠٨.
٢٩. محمد حسن قاسم التعاقد عن بعد – قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع اشارة لقواعد القانون الاداري – دار النهضة - ٢٠٠٧
٣٠. محمد محمد حسن الحسني – حماية المستهلك الالكتروني في القانون الدولي الخاص – جامعة القاهرة – كلية الحقوق -٢٠١٣.
٣١. محمود محمد ياقوت – الروابط العقدية بين النظرية الشخصية والموضوعية – دار الفكر الجامعي – ٢٠٠٤.

٣٢. محمود محمد ياقوت – الروابط العقدية الدولية بين النظرية الشخصية والموضوعية – دار الفكر الجامعي – ٢٠٠٤
٣٣. ممدوح عبد الكريم حافظ – القانون الدولي الخاص وفقا القانون العراقي المقارن – ط الاولى – دار الحرية للطباعة – مطبعة الحكومة بغداد – ١٩٧٣ .
٣٤. نورس عباس العبودي – الاداء المميز واثره على عملية الاسناد – كلية القانون – بدون سنة نشر .
٣٥. هشام خالد – المدخل للقانون الدولي الخاص العربي – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – ٢٠٠٦.
٣٦. هشام علي صادق – القانون الواجب التطبيق عل عقود التجارة الدولية – منشأة المعارف – الاسكندرية -١٩٩٥.

ثانيا / / الرسائل والاطاريح و البحوث

١. سلطان عبد الله الجواري – عقود التجارة الالكترونية – والقانون الواجب التطبيق – اطروحة دكتوراه – كلية القانون جامعة الموصل -٢٠٠٤.
٢. علاء الدين محمد ذيب عبابنة – القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في القانون الاردني – اطروحة دكتوراه – جامعة عمان العربية – الاردن -٢٠٠٤- ص٢٤٩ .
٣. مهند عزمي ابو مغلي – منصور عبد السلام الصرايرة – القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي – مجلة علوم الشريعة والقانون – المجلد ٩١- العدد٢- ٢٠١٤،
٤. موسى كريم شيعان ، ارم عصام خضير – اثر مبدأ قانون الارادة على اختلال التوازن في العقود الدولية – مجلة تركيت للقوق – السنة (٨) المجلة (٣) العدد٢٩) اذار ٢٠١٦ – جمادي الاولى – جمدي الاخرة ١٤٣٧ .

ثالثا // القوانين والاتفاقيات الدولية :

١. اتفاقية روما ١٩٨٠
٢. قانون المعاملات الالكترونية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ١ لسنة ٢٠٠٦،
٣. القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧
٤. القانون المدني السوري
٥. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٦. القانون المدني الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ م
٧. القانون المدني الليبي
٨. القانون المدني المصري ،
٩. قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١
١٠. قانون المعاملات الالكترونية التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠م
١١. قانون المعاملات الالكترونية لامارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠١م
١٢. قانون المعاملات المدني السوداني لعام ١٩٨٤

رابعا // المواقع الالكترونية :

1. http://ebublication.bond.edu.au/bir
2. http://www.uncitral.org /pdf/English/texts/electcom/0657451-ebook.pdf.
3. http://www.uncitral.org /pdf/English/texts/electcom/0657451-ebook.pdf.
4. www.uncitral,org/en-indey.html,uncitral
5.

خامسا / المصادر الاجنبية :

1. A.C.IMHOFF-SCHEIE-pratection du consummateur et contratsinternationaux these georg.geneve,1981,p.111.
2. F.LECLERC-La prottction de la part faible dons le contratsinternationux, etude conflits de lois , Bruylant , Bruxelles, 1995.p.177 .
3. H.atiffdl ;les conflits de lois en matiere de contralats . de droit international prive compare , paris , sirey , 1933.p.105 .

4. H.BATIFFOL : Aspects philosophique de Droitintemationalprive , paris – Dalloz.1956,p.16 .
5. Regulation (EC)no 593/2008 of the european parliament And of the counctual obligation (Rome) , published in official journal of the European union 4.7.2008,pL177/6
6. SylyetteGuillemard : Le Orit international prive face au contrat de vent cyberspatial, these de dedoctorat de IUiversitelaval Quebec , 2003.p.464 .
7. VISCHER :the antagonism between legal and search for justice in the field of contract , Rec , des cours 1974, 11, vol142, p.letss spec .p.62 .
8. Zheng Sophia rang : Electronic consumer in the conflict oflaw , HART PulishingOxforf and Portland , Oregon 200 this book is based on Phd thesis submitted university of Birmingham in summer 2007, p.14 .

Abstract:

The jurisprudence of private international law has been stable, since its early beginnings, that this branch of legal studies owes its existence to the phenomenon of political borders that separate states in the international community, the latter consisting of political units separated by regional borders, which are states, so every state has its own system and law. Its own laws, its legislations, its courts, and its administrative organs that perform their fabricated functions.

Each state considers the relations concluded between people, describing it as national or foreign, and therefore does not need the rules of private international law, starting from its inception or its implementation inside or outside its borders, as the legal relationship or bond is foreign if it takes place within the political borders of another country, or If its locus or subject is located in the territory of a foreign country.

Thus, the phenomenon of political borders is a legal obstacle for the sake of the emergence and growth of relationships of individuals in different countries, and it is an obstacle that called for the existence of private international law to overcome it, so if a legal relationship takes place across borders, to different countries, such as consumption contracts and others, then there is a claim by law More than one state has jurisdiction to regulate it, which is called conflict of laws.

Here, the need for the rules of private international law arose in order to resolve this conflict by choosing the appropriate and appropriate law from among these competing rules in the countries to which the legal relationship that took place across borders relates in order to regulate it and settle the dispute between them.

The effect of attribution rules for electronic consumer protection on international private relations

Professor Dr: Abdul Rasoul Abdul Reda Al Asadi

University of Babylon/College of Law

Omran Jarmat Al-Obaidi

University of Babylon/College of Law