القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

حسين ادنين عبد علي الهلالي

طالب دكتوراه، قسم القانون الخاص ، كلية القانون ، جامعة قم ، ايران
hh07827646418@gmail.com

الدكتور مصطفى بختيارواند

أستاذ مشارك ، قسم القانون الخاص ، كلية القانون ، جامعة قم ، ايران
bakhtiarvand11@yahoo.com

The law applicable to electronic commerce contracts

الكلمات الافتتاحية :
القانون، الواجب التطبيق ، عقود التجارة، الالكترونية
Keywords :
law applicable , electronic, commerce ,contracts

Abstract: Comparative legislation differed in determining the law applicable to electronic commerce contracts...in view of the developments introduced by this system on the international scene in terms of the development of electronic commercial transactions...and this was settled as a result of the developments that it has known since the emergence of the theory of conflict of laws. However, the most important and first piece of legislation in defining the electronic commercial contract is the Model Law for Electronic Commerce prepared by the United Nations Commission on International Trade Law called UNCITRAL. This law attempted to define the electronic contract by defining the means by which its conclusion is followed, as stated in the text of Article Two. Of which the definitions in Paragraph "A" are devoted to the following: The term "data message" means information that is created, sent, received, or stored by electronic or optical means by similar means, including, but limited to, electronic data exchange, e-mail, or Telegraph, telex, or

telegraphic transcription. In the beginning, an international contract is defined in private international law as a contract that includes influential foreign elements, whether this element relates to the place of its conclusion, the place of its implementation, its subject matter, or its parties. It is up to the judge to determine the internationality of the contract according to the circumstances of each individual case, taking into account the subject and purpose of the contract. Article 11 of this law also stipulates the following: "In the context of forming contracts, and unless the parties agree otherwise, data messages may be used to express the offer and acceptance of the offer. When a data message is used in forming a contract, that contract does not lose its validity or enforceability merely because Use a data message for this purpose.

الملخص

اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ..بالنظر إلى المستجدات التي طرحها هذا النظام على الساحة الدولية من حيث تطور المعاملات التجارية الالكترونية ..وقد استقر في ذلك نتيجة التطورات التي عرفها منذ ظهور نظرية تنازع القوانين . غيرأن أهم التشريعات وأسبقها في تعريف العقد التجاري الالكتروني، هو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعدة من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة المسماة الأونيسترال [١] وقد حاول هذا القانون وضع تعريف للعقد الإلكتروني من خلال تعريف الوسائل التي يتبع من خلالها إبرامه حيث جاء في نص المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات في الفقرة " أ " ما يلي : يراد بمصطلح " رسالة بيانات " المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية بوسائل مشابهة . بما في ذلك على سبيل المثال الحصر تبادل البيانات الالكترونية ، أو البريد الالكتروني ، أو البرق أو التلكس ، أو النسخ البرقي .[٢] في البداية يعرف العقد الدولي في القانون الدولي الخاص بأنه ذلك العقد الذي يتضمن عناصر اجنبية مؤثرة سواء تعلق هذا العنصر محل ابرامه او بمكان تنفيذه او بموضوعه او اطرافه . وترجع للقاضي مسلة تقرير دولية العقد حسب ظروف كل قضية على حده مراعية في ذلك موضوع العقد والهدف منه كما نصت المادة ١١ من هذا القانون على ما يلي " في سياق تكوين العقود ، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض

محاولة تطبيق قواعد الاسناد الشخصية على عقود التجارة الالكترونية : في عقود التجارة الالكترونية تلعب إرادة المتعاقدين دورا مهما بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم ما بين الأطراف . وقد اختلف الفقه حول ما إذا كانت قدرة الإرادة على اختيار قانون العقد الدولي الى مبدأ سلطان الإرادة بما يعني تحرر الإرادة من سلطان القانون واخضاعها لسلطان الإرادة . ام ان الامر مرجعه أولا وأخيرا الى إرادة المشرع التي سمحت للإرادة على الاختيار . [٣]

اعمال مبدأ قانون الإرادة : في مجال عقود التجارة الالكترونية في مجال العقود الالكترونية الدولية يقوم المتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد وقد يتم هذا الاختيار صراحة . كما يمكن استخلاصه من ظروف الحال بإشارات تكشف عن إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد . وهذا يعني أن اختيار قانون العقد يمكن أن يكون بشكل صريح أو شكل ضمني . حيث تعد إرادة المتعاقدين أفضل وسيلة لتسوية تنازع القوانين في مجال عقود التجارة الالكترونية وذلك بواسطة الاختيار الصريح لقانون العقد حيث تعترف معظم الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد . ففي اطار المجتمع المعلوماتي نجد أن جميع المؤسسات الاقتصادية التي لها منبر على شبكة الانترنت وعلى اختلاف نشاطها تخصص جانبا من موقعها لأبرام التعاقد والذي يحتوي على كافة جوانب العملية التعاقدية وشروطها وهنا تعد الإرادة هي الوسيلة المثلى لتحديد القانون الذي يطبق على العقود المبرمة عبر الانترنت "[٤]

النتائج المترتبة على الأخذ بمبدأ الإرادة في منازعات التجارة الإلكترونية : سبق وتم الإشارة إلا أن العقد توافق بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني . حيث يعتبر أساس العقد هو الإرادة المشتركة الطرفية . فمبدأ سلطان الإرادة هو أن يتم التوافق بين ارادتين لإنشاء العقد . حيث أن إرادة الأطراف هي التي تحدد الالتزامات التي يرتبها العقد . ويعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس حرية الفرد . و هذا يعني أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة و أن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية و يترتب عن هذا وجوب احترام حرية المتعاقدين و القوة الملزمة للعقد المستمدة من مشيئة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقها فلا يتدخل المشرع أو القاضي في هذا العقد إلا في حالات خاصة .[٥] " حيث تعتبر قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة من اهم واقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرستها قواعد تنازع القوانين في جل الأنظمة القانونية " وتقوم فكرة قانون الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على العقود

المبرمة في ميدان التجارة الإلكترونية . وذلك لتحديد جميع الآثار القانونية الناشئة عن العقد التي من بينها تحديد قانون العقد . وقد أصبح مبدأ سلطان الإرادة مبدأ ثابت في غالبية النظم القانونية وخاصة ذات النزعة الفردية . ولم يقتصر الاعتراف بهذا المبدأ على القوانين الوطنية . بل تبنته العديد من الاتفاقات الدولية [٦]. وكرسته الجهات التحكيمية الدولية كقاعدة هامة من قواعد التجارة الدولية [٧]. وقد اختلف الفقه حول مدى حرية المتعاقدين في اختيار اكثر من قانون يحكم العقد الالكتروني . حيث يرى البعض انه من الضروري الحفاظ على وحدة العقد واخضاعه لقانون واحد حتى لا يختل التوازن والاستقرار اللازم للرابطة العقدية [٨] بينما يرى الجانب الاخر من الفقه أن للعقد روابط متعددة الجوانب ولا يوجد ما يمنع من أن يخضعوا كل جانب من هذه الجوانب القانون معين . فيمكن لهم أن يتفقا مثلا على اخضاع تكوين العقد لقانون محل ابرامه وإخضاع تنفيذه لقانون الدولة الواجب التنفيذ فيها . فأن تعددت أماكن التنفيذ فلهم الحق في اخضاع كل التزام القانون المحل المتفق على تنفيذه[٩] . وقد اقرت اتفاقية روما هذا المبدأ عام ١٩٨٠ حيث خولت للمتعاقدين الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد او على جانب منه فقط . وكذلك اتفاقية لاهاي واتفاقية مكسيكو التي أعطت بدورها حرية الأطراف التجزئة العقد " [١٠] كما أن للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد . فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود فقط . وإنما يكون لها الحرية في تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها . كما يكون لها الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها . وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه . وهذا يعني أن يعادل الالتزام الناشئ من أي العقد في قوته الالتزام الناشئ عن القانون . فيكون للعقد القوة الملزمة فلا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بإنهائه أو تعديله . حيث يتعين على المتعاقدين أن يخضعا لما توافقوا عليه في العقد كما يخضعون لأحكام القانون . كذلك يتعين على القاضي مراعة تلك العقود وتطبيقها كرعايته للنصوص القانونية . أي أنه إذا طرح عليه نزاع بشأنها . فيجب على سبيل المثال . هذا ما تبناه القانون الدولي الخاص النمساوي لعام ١٩٧٩ الذي نص على أنه " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا " . وكذلك الأمر الذي أخذ به القانون الألماني في أحكامه المتعلقة بالقانون الدولي الخاص لسنة ١٩٨٦ والذي نص على أنه : يخضع العقد للقانون الذي اختاره الأفراد . والقانون الدولي السويسري لعام ١٩٨٧ الذي أورد في المادة (١١٦) ذات صيغة القانون الألماني عليه تطبيق ذلك الحكم الخاص الذي وضعه المتعاقدان فيما بينهما . وتطبيقا لذلك إذ دخل شخصان في رابطة عقدية . فإن لهما كامل الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة . فلا يلتزم كل منهما إلا بما أراد الالتزام به . فكل ما أراده يترتب على العقد الذي تم بينهما . " فالفرد حر أن يتعاقد وفقا لما يريد وبالشروط التي

يرتضيها ، الا انه قد يفقد هذا المبدأ بمفهومه التقليدي كثيرا من أهميته وذلك بسبب تدخل المشرع في الكثير من المجالات في تحديد مضمون العقد مراعاة منه المبدأ التوازن الذي كثيرا ما تؤدي الظروف الاقتصادية الى اختلاله "[١١] العقد شريعة المتعاقدين لا يوجد مبدأ قانوني نال من شهرة وذيوع مثل ما حضي به مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " فقد حقق التقدير والثبات والاحترام ، خاصة عند اتباع مدرسة مبدأ سلطان الإرادة ، وما زال هذا المبدأ يحتل مكانته المرموقة في الكتب والمؤلفات القانونية في الفقه المدني . و تؤكد معظم النظم القانونية ، [١٢] أن العقود الدولية الإلكترونية يحكمها قانون إرادة الأطراف أيا كان نوعها " ، وعلى سبيل المثال العقود المبرمة بين مستخدمي الشبكة وشركات تقديم المواقع وخدمات الاشراف في الشبكة ، وكذلك العقود المبرمة من خلال الشبكة بين التجار والمستهلكين ، حيث أقرت بعض التشريعات الاعتداد بالإرادة الضمنية للمتعاقدين في حالة عدم وجود إرادة صريحة لهما ، مثل المادة ٢٠ من القانون المدني السوري والذي جاء فيه أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد التطبيق "[١٣]

النظام العام كقيد على مبدأ قانون الإرادة في منازعات عقود التجارة الالكترونية

بحسب النظرية العامة لمبدأ سلطان الإرادة ، فإنه لا يقوم التزام على شخص إلا إذا قبل به ، وفي حال فرض أي التزامات لا إرادية على الشخص تحقيقا للمصلحة العامة أو حفاظا على النظام العام والآداب العامة فإنها يجب أن تكون في أضيق الحدود " [١٤]، وقد أقر الفقه وكذلك القوانين المدنية المعاصرة بمبدأ سلطان الإرادة في قيام التصرفات القانونية ، ولكن ضمن حدود معينة ، ولغايت قيام التوازن ما بين الإرادة والعدالة والصالح العام ، وبعبارة أخرى قد تم إقرار حرية الإرادة في التعاقد وعدم التعاقد ، وفي تحديد مضمون العقود وآثارها ، وفقا للحدود التي يحددها القانون استنادا إلى معايير المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة .[١٥] وفيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص " فان فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين تقسم الى قسمين وهما النظام العام التوجيهي " ما يعرف بقوانين البوليس ، والقسم الثاني ما يسمى النظام العام الحمائي او النظام الاستبعادي ، أما النظام العام التوجيهي فهي القواعد الموضوعية التي تقوم داخل النظام القانوني الوطني والتي تبلغ في أهميتها للمجتمع حدة كبيرة يحول دون دخولها في منافسة مع القوانين الأجنبية ، ويجب تطبيقها مباشرة دون النظر الى تصنيفها وما اذا كانت تنتمي الى القانون العام او الخاص : [١٦] وبعد النظام العام في هذا المعنى ضابط اسناد لصالح قانون القاضي ، حيث يطبقه بالأولوية على أي قانون اجنبي تحدده قاعدة التنازع ، حيث يلعب النظام العام في هذه الحالة دورة إيجابية بحيث يفرض تطبيق القواعد التي

يتضمنها قانون القاضي ، وذلك لتحقيق المصالح الجوهرية والاساسية للدولة ، بينما النظام العام الحمائي أو النظام الاستبعادي ، هو استبعاد تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت اليه قاعدة الاسناد الوطنية ونسبت الاختصاص اليه اذا كان تطبيق الأحكام الموضوعية لهذا القانون المساس بالأسس والمبادئ التي يقوم عليها النظام العام القانوني لدولة القاضي[١٧] ويجب التنويه انه عند اختيار القاضي الوطني للقانون الواجب التطبيق لدولة ما يجب أن لا يمس النظام العام الساري المفعول لتلك الدولة التي تم اختيار قانونها لحكم العلاقة التعاقدية ، وعلى القاضي أن يقوم بتجاهل القانون المختار ليعين القانون الأقرب إلى العلاقة التعاقدية وهو ما يحول الى استبعاد إرادة الأطراف ، حيث أن النظام الاستبعادي يرسم الاطار العام الذي يسمح فيه تطبيق أحكام القانون الأجنبي ، وهنا لا بد من القول أنه ليس كل ما يعد من النظام العام في مجال القانون الداخلي يعد كذلك في مجال تنازع القوانين لان قواعد النظام العام نطاقها أضيق في مجال تنازع القوانين عنه في مجال القانون الداخلي . [١٨]

محاولة تطبيق قواعد الاسناد الموضوعية على عقود التجارة الالكترونية: ارتكزت هذه النظرية على الأساس الموضوعي لإرادة المتعاقدين وهما إخضاع العقد لقانون دولة معينة بالذات – توطين العقد – وهذه النظرية تقوم على الأخذ بالقانون الأكثر ملائمة وبالتالي يقوم أطراف العقد بتحديد الوقائع التي يتوطن العقد بها .[١٩] فالتوافق بين القانون المختار ، والتوطن الموضوعي للعقد شرط ضروري لفعالية إرادة الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد ، فهو سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الإلكترونية فقد أكد بعض أنصار النظرية الموضوعية أن حرية المتعاقدين ليست طليقة وإنما مقيدة باختبار قانون . [٢٠] كما يلاحظ أن التعريف السابق الذكر للعقد الإلكتروني لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول ، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات عقدية ، غير أن فقهاء آخرين يرون أن هذا التعريف مهم لكونه ركز على خصوصية هذا العقد التي تتمثل في الوسيلة التي يبرم بها إضافة إلى أنه لم يغفل صفة هامة من صفاته وهي انتماؤه إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد من الفقه من ركز تعريفهم لعقود التجارة الإلكترونية " بأنها مجموعة المبادلات المرقمة المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات والأفراد أو بين المشروعات و الإدارة ، ويتميز بإلغاء المسافات الجغرافية و اقتصار الوقت ، وكما هو واضح فإن هذا التعريف ركز على الصفة التجارية والاستهلاكية للعقد ، والواقع أنه وإن كانت تلك الصفة تغلب على العقد الإستئثار البيوع التجارية على البيئة الالكترونية بمختلف وسائلها فان هذا العقد الالكتروني يمكن إن يتم بين الأفراد

العاديين الذين ليسوا تجارا . كما يمكن أن يرد على الخدمات و العقود المدنية البحتة على الإيجار ولذلك فأنه لا يمكن أن تكون صفة أطراف العقد غالبة على تعريفها [٢١]

أن بعض الفقهاء الآخرين يرون أن هذا التعريف العقد التجاري الالكتروني بأنه : اتفاق يتلاقى فيه إيجاب و القبول عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابلة . يلاحظ على هذا التعريف أنه قصر العقد الالكتروني على المعاملات التي تتح عبر شبكة الانترانت فقط . ومن المعلوم من ذلك أن تقنيات الاتصال متعددة و مختلفة . كما أنه من غير الدقيق أن يرتبط تعريف العقد الالكتروني بوسيلة اتصال معينة وهي الوسيلة التي تتطور يوما بعد يوم .[٢٢] ويتضح عبر مراحل الدراسة أن شبكة الاتصال الدولية ليست هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإرادة في العقود التجارية الالكترونية ولان العقد الالكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية ويعد الأداة الأساسية لها .[٢٣] فان هناك من الفقه من رأى بأن عقد التجارة الاليكترونية هو تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين تاجر و مستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات . في حالة غياب الإرادة للقانون يحكم العلاقة العقدية . يطبق القانون الأكثر صلة بالعلاقة العقدية .[٢٤] في مجال عقود التجارة الاليكترونية فان العقد إذا كان يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت قانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلا وكان قانون أحدهما يتضمن أحكاما لتنظيم هذا النوع من العقود مثل العقود الإلكترونية خلافا لقانون الدولة الأخرى . الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام . فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها أحكاما لمثل تلك العقود بوصفة قانون الإرادة . [٢٥]

الاسناد الجامد و المرن لرابطة التعاقدية : الاسناد الجامد : جدير بالذكر أن الضوابط الجامدة التالية يصعب تطبيقها على عقود تجارية الكترونية . يرى غالبية فقهاء القانون الدولي الخاص ، أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم ، يتم الاستناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة ترتبط بالعقد بقانون دولة محل إبرامه أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو موطنها المشترك ، باعتبارها معايير موضوعية معلومة مسبقا من قبل المتعاقدين . وهو الأمر المنصوص عليه في كل الأنظمة القانونية ، بما فيها القانون الجزائري في نص المادة ١٨ و . قد تبنت العديد من التشريعات الوطنية هذا الاتجاه ، فالمادة (١٩/١) من التقنين المدني المصري قد تبنت معيارا جامدا ، حيث تقرر أنه في حالة غياب اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقودهم فان الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحد موطنا ، فإن اختلفا موطنا سوى قانون الدولة التي تتم فيها العقد [٢٦] يستفاد من هذا النص أن المشرع المصري قد اتى بضابطي إسناد احتياطيين وقرر الأخذ بهما على سبيل التدرج ، وهو ما سنتطرق له لضوابط الجامدة ، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه ، أو الجنسية المشتركة الموطن المشترك للمتعاقدين . [٢٧]

اولاً : قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

أ- قانون الموطن المشترك : يقصد بالموطن المكان الذي يستقر فيه الشخص ، أو يتخذ منه مركزا لمصالحه ، وفي القانون الدولي الخاص يقصد به الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة ، يعتمد ضابط الإسناد هذا على الموطن المشترك لكلا طرفي العقد ، فان اتخذ موطنا و يفضلونه على قانون محل إبرام العقد ، يكون قانون الموطن المشترك هو القانون الواجب التطبيق على العلاقة [٢٨]. يرى بعض الشراع أنه من الصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي عبر الانترنت لأن المورد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم تلك الأعمال الغير الشرعية ، وقد يكون مكان عارض غير دائم على سبيل المثال : من يقوم ببث معلومات غير مشروعة من خلال حاسب ألي منتقل عبر الحدود و بالتالي يصعب تحديد هذا المكان ، بالإضافة إلى ذلك فان أي موقع على الشبكة يقدم خدمات يمكن مركزا رئيسيا ، [٢٩]أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان العمل ، يستخلص من ذلك أن ضابط قانون الموطن المشترك ، يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت ، باعتبار أن العناوين الإلكترونية لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي .[٣٠]

ب- الجنسية المشتركة

أخذت العديد من التشريعات بقانون جنسية الفرد ، باعتباره القانون الشخصي الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية ، وقد انحازت العديد من التشريعات لهذا المبدأ بتطبيق قوانينها على الأحوال الشخصية ، على رعاياها كما أن قانون الجنسية يقلل من حالات الغش نحو القانون ، بالإضافة إلا أنه من السهل تحديد جنسية الشخص بعكس موطنه الذي يثير تحديده عدة صعوبات أما بالنسبة للقاضي أو بالنسبة للغير الذي يتعامل مع الشخص نظرا لصعوبة التمسك بالعنصر المعنوي المتمثل في نية الاستقرار أو الإقامة باعتباره لازما الوجود الموطن أو الإقامة . [٣١] وعليه فإن الجنسية هي الرابطة بين الشخص ودولة معينة تتعلق بالكيان و السيادة فهي عبارة عن رابطة قانونية بين الفرد والدولة ، وعليه إذا اتخذت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الالكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم ، فان قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون هو القانون الواجب التطبيق . قد تعتد دولة معينة بقانون الجنسية بوصفه ضابط الإسناد المعتمد في مسائل الأحوال الشخصية . [٣٢]وقد يكون الشخص المتعلق بالنزاع متعدد أو عديم الجنسية ، مما يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية و عليه إذا أثارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها بحيث تدعي كل دولة من الدول التي يتمتع بجنسيتها السيادة عليه بوصفه أحد مواطنيها ، بمعنى إذا كان الشخص يتمتع بجنسية تابعة لدولة المحكمة التي تفصل في النزاع ، يطبق قانونها الوطني أما إذا كان النزاع معروض أمام محكمة دولة لا علاقة لها بإحدى جنسيات الشخص الذي يتمتع بالإزدواجية ، فالحل هو ضرورة فض النزاع بالطرق الدبلوماسية احتراما لسيادة جميع الدول التي يعنيها النزاع .[٣٣]

ثانياً : قانون بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه

سيتم إيضاح المقصود بكل من إسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تكوين العقد وإسناد الرابطة العقدية لقانون دولة محل تنفيذ العقد .

أ- قانون بلد إبرام العقد : هو مؤشر استند إليه غالبية الفقه التقليدي و الحديث ، كما أخذت به العديد من القرارات القضائية والقوانين أعطت أهمية خاصة لهذا المؤشر ، في الحالة التي يكون فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده حيث يخضع تكوين و صحة العقد لقانون مكان انعقاده ، و الذي يتم الرجوع إليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمنيا عن اختيار القانون الذي يحكم العقد .[٣٤] وقد قيل في تأييد إسناد الرابطة العقدية لقانون محل تكوين العقد الأتي أنه

إسناد يعبر عن وجود صلة حقيقية وجادة بين القانون و العقد و يكفل للمتعاقد بين إمكانية عرض الحلول المطبقة بشكل أكثر تفصيلا عن غيره ، انه يكفل للمتعاقدين ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد ، و يضمن وحدة الحلول القانونية التي تطبق على الرابطة العقدية .[٣٥]

غير أن هذا ما أكدته المادة ١٨ و ٢ التي تنص على أنه يرى على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه المتعاقدين العقد ما لم يتفق المتعاقدين على تطبيق قانون أخرى [٣٦]. وتقابلها المادة ١٩ من القانون المدني المصري . التي منحت الأفضلية لهذا القانون باعتباره مكان تجسيد الإرادات ، فمحل الإبرام هو بمثابة محل الميلاد العقد بالنسبة للأشخاص . هذا بالإضافة إلى القضاء الفرنسي الذي يعتمد بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد في حال عدم اختيار الأطراف لهذا القانون .[٣٧]

ب- قانون محل تنفيذ العقد : ذهبت بعض التشريعات إلى الإسناد المسبق ، لقانون دولة التنفيذ بوصفه تعبيرا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية ، عند سكوت الإرادة عن الاختبار الصريح أو الضمني عند تحديد القانون الذي يحكم العقد أي تطبيق دولة التنفيذ . حيث اعتنق الفقه والقضاء الغالب لاختصاص التشريعي القانون مكان التنفيذ وذهب إلى إخضاع العقد ، إما بطريقة أمره القانون هذا المكان ، [٣٨] وإما عن طريق نظرية التركيز بوصف هذا المكان بمثل الوسط الاجتماعي و الاقتصادي الذي تنفذ فيه العلاقات ، فمكان التنفيذ يؤكد الرابطة الفعالة والصلة الوثيقة بين العقد ومصالح الخصوم في هذا المكان ، [٣٩]وتعتبرها عدة قانون محل تنفيذ بمثابة قانون الدولة الذي بموجبه يتمكن المحكوم له الذي صدر لصالحه الحكم من الحصول على كافة حقوقه الناشئة عن العقد و بعد الفقيه الألماني " سافيني " أول من لفت الانتباه إلى قاعدة قانون دولة تنفيذ العقد .

الاسناد المرن : يلجأ إلى الإسناد المرن كحل الإشكالية التنزع في العقد الإلكتروني ، في الحالة التي لا يختار فيها المتعاقدان القانون الواجب التطبيق بطبيعته الذاتية وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة محل الإسناد المميز ، وضمن هذا الفرع ندرس المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد ، ومدى تطبيق نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية .

أ- الأداء المميز للعقد : المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد يقصد بفكرة الأداء المميز للعقد تنوع معاملة العقود وتحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام

الأساسي فيه . فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد ، إلا أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره ، وبالتالي يجب الاعتماد عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد في جملتها . وقد عرفه كذلك الأستاذ " جون بابتيست " الأداء المميز للعقد بأنه : الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتميزه عن غيره من العقود الأخرى [٤٠]

كما عرفه الأستاذ فان أوفر ستراتين على أنه : الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا . وبناء على ذلك يعد الأداء مميز التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري ، والتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة وعقود الوكالة ، على أساس أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية . و بالتالي فان الإسناد وفقا لنظرية الأداء المميز خاصيته الأساسية في كونه إسنادا مسبقا يتحدد وقت إبرام العقد ، فهو ليس إسنادا واسعا أو غير محدد ، و إنما هو إسناد مقيد يقوم على افتراض مسبق مواده أن محل تنفيذ الأداء المميز هو محل إقامة المدين بهذا الأداء .[٤١]

موقف القضاء من نظرية الأداء المميز : ظهرت فكرة الأداء المميز في الفقه السويسري في العقد الثالث من القرن العشرين وكان أول من اقترح فكرة إنشاء العقد لمحل إقامة المدين بالأداء الجوهري أو المميز هو القاضي STAUFFER في الأربعينيات من القرن الماضي ، وفي عام ١٩٧٨ سنحت الفرصة مرة أخرى للمحكمة الفيدرالية السويسرية لتؤكد هذه الفكرة ، حيث قررت أنه في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الذي يحكم العقد فانه يخضع للقانون الذي يرتبط به بأوثق صلة وهو قانون محل إقامة الطرف المدني بالأداء المميز في العقدة .[٤٢]

موقف الاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز

تعد نظرية نظريه أو ضابط الأداء المميز أحد أهم المبادئ الرئيسية لقانون التجارة الدولية أما أنها من المبادئ الرئيسية التي قامت على أساسها اتفاقية لاهاي المبرمة في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق البيوع الدولية للمنقولات المادية حيث أفردت لها المادة الثالثة و قد اعتدت هذه المادة بمحل الإقامة العادية أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين القانون الذي يحكم العقد .[٤٣]على أساس أن التزام البائع هو الأداء المميز للعقدا . ومن جانبها تبنت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ وفقا لأحكام المادة ٤ منها المقصود بالأداء المميز وفقا للحالات الآتية : - العقد يكون أكثر صالة بالبلد الذي يتم فيه الوفاء بالالتزامات التعاقدية . - إذا كان الشخص الملتزم شركة ، فانه يعدو بقانون

بلد الذي يوجد بها مقرها الرئيسي . إذا كان محل العقد عبارة عن ممتلكات منقولة . فان العقد يكون أكثر صلة بالبلد التي توجد بها تلك الممتلكات [٤٤] .

وهو ما يكفل لأطراف الرابطة العقدية الأمان القانوني الذي ينشدونه ويصون لهم توقعاتهم المشروعة ويحقق الاستقرار لمعاملتهم التجارية فيما يتعلق بالقانون الذي يحكم روابطهم العقدية [٤٥]

ثانياً : مدى تطبيق نظرية الاداء المميز على عقود التجارة الالكترونية

باعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية تتم عبر الانترنت . فهي حتما تقود إلى عالم غير مادي . بينما ضوابط الإسناد المعروفة في القانون الدولي الخاص توضع إلا من أجل عالم مادي . ومن ثم أن تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية يثير الكثير من الصعوبات :

صعوبة التوطين أو تركيز الرابطة العقدية في عقود التجارة الالكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية . مثل بيع البرامج التجارية و الخدمات المالية على الخط . وبيع المعلومات عن طريق قواعد البيانات الموجودة في الانترنت . فيصعب تحديد مكان إبرام العقد و مكان تسليم الأشياء الغير المادية المبيعة عبر الخط . وبالتالي يصعب تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود . و أيضا يصعب معه تحديد المكان الحقيق لتنفيذ العقد الحاجة لقواعد إسناد تحكم بعض المسائل مثل مسألة الأهلية . التقادم و التراضي .[٤٦]

وجود قوانين وطنية ذات طبيعة أمرة يجب تطبيقها و الأخذ بها عند التعاقد . مثل قوانين حماية المستهلك وحماية الملكية الفكرية فإذا كانت الانترنت هي إحدى آليات العولمة التي تعمل على تحرير الاقتصاد و إلغاء الحدود لخلق قرية كونية صغيرة . فليس معنى ذلك تراجع دور القوانين الوطنية الناجمة عن منهج تنازع القوانين أو منهج القواعد الآمرة . [٤٧]

أعمال صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد . إذا أن العالم الالكتروني لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد . فدولة تصدير الإيجاب قد تكون مصر . في حين أن العنوان الاليكتروني للشركة موجود في فرنسا وربما كانت الشركة التي تدير الموقع مجرد وسيط . وبالتالي يكون على من يدعي إبرام العقد في مكان ما إن يقدم الدليل على صحة ادعائه . [٤٨]

صعوبة محل إقامة الأطراف . فالعنوان الإلكتروني لا يشكل محل إقامة ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية التي تعتمد على محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد . غير أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة . وعلى فرض أن التاجر قام بتسجيل العنوان الإلكتروني فان سياسة منهج هذه العناوين الإلكترونية متنوعة من مكان لأخر ولا تتطابق توطيئا حقيقيا لأطراف . [٤٩]

الهوامش

[١] حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، مصر ، ، ٢٠٠٦ ص ٦٦

[٢] سلطان عبد .١٠٦ محمود الجواري ، عقود التجارة الالكترونية و القانون الواجب التطبيق دراسة مقارنة ، ط ١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ٢٠١٠ ، ص ٤ - الأونيسترال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة كإنشائها بموجب القرار رقم ٢٢/٠٥ المؤرخ في ١٧/١٢/١٩٩٦ تضم في عضويتها غالبية الدول الممثلة للأنظمة القانونية المختلفة أنشأت من أجل تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة العالمية ، وقد حققت هذه اللجنة العديد من الانجازات أهمها اتفاقية فيينا للبيوع الدولية عام ١٩٨٠ م .

[٣] محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، ٢٠٠٩

[٤] محمد فواز محمد المطالقة ، ٢٠٠٨

[٥] Dominique Burea Linfluence de la volote individuelle sur les conflits de lois Melanges en homage a François teree presses universitaires de France , edD , Paris , " 1999 , " P186

[٦] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، (مرجع سابق)

[٧] جهاد العتيبي ، ، ٢٠١٤ . ص ١٦٦

[٨] إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي ، ٢٠٠٦ .

[٩] صالح المنزلاوي القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة , ٢٠٠٩ , ص ١٠٤

، ٢٠٠٦. ص ٣٧ ٣٨ ٣٩ , ٤٠ , ٤١

[١٠] عبد الرزاق أحمد السنهوري ،

[١١] - محمد عبد الظاهر حسين ، ١٩٩٨

[١٢] انظر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠ المادة ٢٥ منه والتي جاء فيها على أن يسري على الالتزامات المتعاقدة قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا أتحد الموطن ، فان اختلف يسري قانون الدولة التي يتم فيها العقد ، ما لم يتفق المتعاقدين او تبين من الظروف ان قانون اخر يراد تطبيقه ، وكذلك المشرع الأردني في المادة ٢٠/١ من القانون المدني ، وغيرها من القوانين العربية والدولية احمد عبد الكريم سلامة ، ٢٠٠٣

[١٣] انظر المادة ٢٠ من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩ وتعديلاته والذي جاء فيها " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين ، إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد ، هذا إذا لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه

[١٤] قضت محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٤٢٩١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٢٩ س ٤٧ ج ١ ص ٧٤٨) أن : " المقرر في قضاء محكمة النقض أن الأصل في الإرادة هو المشروعية فلا يلحقها بطلان إلا إذا كان الالتزام الناشئ عنها مخالفا للنظام العام أو الآداب أو محلا أو سببة أو كان على خلاف نص آمر وارد في القانون . "

[١٥] علاء الدين محمد عباينة ، ٢٠٠٤ .

[١٦] علاء الدين محمد عباينة ، ٢٠٠٤ .

[١٧] حنان عتيق ، ٢٠١٢

[١٨] هشام علي صادق ، ١٩٨٢ .

[١٩] حمودي محمد الناصر ، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنيت ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٢ ، ٦ ص ٤٦٦

[٢٠] محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، ط ١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣٠

[٢١] هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، ط ٢، دار الفكر الجامعي ، مصر ٢٠٠٧ ، ص . ص ٤٢-٤٣

[٢٢] عبده الجميل غصوب ، القانون الدولي الخاص ، د . ط ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات أرون ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٥٤

[٢٣] أسامة أبو الحسن مجاهد ، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية ، ط ١ ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٧ ، ص ١٢٠ .

[٢٤] محمد حسد منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، ط ١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ١٧

[٢٥] نبيل زيد مقابلة ، النظام القانوني لعقود الخدمات المعلوماتية الإلكترونية في القانون الدولي الخاص دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، ط . ١ ، دار الثقافة للنشر ، الأردن ، ٢٠٠٩ ، ص ١١٩ . - سلطان عبد الله محمود الجواري ، المرجع السابق . ص ١٠٧-١٠٨

[٢٦] أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا ، د.ط ، دار النهضة العربية ، مصر ، ص .٤٠١ ٢ حمودي محمد الناصر ، المرجع السابق ، ص ٤٧٣ .

[٢٧] هشام علي لصادق ، تنازع القوانين ، دراسة مقارنة على المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ، د . ط ، منشأة المعارف مصر ، ١٩٩٣ ، ص ٢٥٩ .

[٢٨] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

[٢٩] إبراهيم بن أحمد ـ بن سعيد الزمزمي ، المرجع السابق ، ص ١٦٤

[٣٠] حمودي محمد ناصر ، المرجع السابق ، ص ٤٧٥ .

[٣١] عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ٢٠٠٧ ، ص.٦٥٨-٦٥٧

[٣٢] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص ص ٣٣٢- ٣٣٣

[٣٣] غالب على الداودي ، القانون الدولي الخاص ، تنازع القوانين ، تنازع الاختصاص القضائي الدولي ، تنفيذ الأحكام الأجنبية (دراسة مقارنة) ، ط ٢ دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ٢٠١٣ ، ص ص ١٥١-١٥٢

[٣٤] محمد إبراهيم أبو الهجياء ، عقود التجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني - اثبات العقد الإلكتروني - حماية المستهلكين - وسائل الدفع الإلكترونية المنازعات العقدية وغير العقدية - الحوكمة الإلكترونية - القانون الواجب التطبيق) ، ط ٢ ، دار الثقافة للنشر ، الأردن ، ٢٠١١ ، ص ١٥٣

[٣٥] صالح المنزلاوي المرجع السابق ، ص ٣٥٣ .

[٣٦] المادة ١٨ ف ٢ من الأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في : ١٩٧٥/٠٦/٢٦ المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم للقانون

[٣٧] المادة ١٩ ف ١ من القانون المدني المصري
[٣٨] محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ .
[٣٩] منشوار حمزة ، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع علاقات دولية خاصة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ٢٠١٥،٢٠١٤ ، ص ٢٦
[٤٠] أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي ، المرجع السابق ، ص ١٠٤
[٤١] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص ٣٣٦-٣٣٧
[٤٢] صالح المنزلاوي ، المرجع نفسه ، ص ٣٤٢
[٤٣] اتفاقية لاهاي بشأن القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمقولات المادية المبرمة في ٢٢ ديسمبر ١٩٨٦. المتاحة على الموقع : www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/AHani.pdf
[٤٤] المادة (٤) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠
[٤٥] . هشام علي صادق ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ٢٦٥
[٤٦] صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص ص ٣٦٧ ، ٣٦٨
[٤٧] بيل زيد المقابلة ، المرجع السابق ص ٩٨ .
[٤٨] نبيل زيد المقابلة ، المرجع نفسه ، ص ٩٩ .
[٤٩] صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة , ٢٠٠٩ , ص ١٠٤
ص ٣٦٩،٣٧٠ .