

القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

Applicable Law to the Electronic Commerce Contracts

د. بلقاسم تروزين⁽²⁾

ط. د زيفغم محاسن ابتسام⁽¹⁾

أستاذ محاضر "أ" - قسم الحقوق

باحثة دكتوراه - مخبر الأسواق التشغيل التشريع

والمحاكاة في الدول المغاربية

م ج بلحاج بوشعيب - عين تموشنت (الجزائر)

م ج بلحاج بوشعيب - عين تموشنت (الجزائر)

trouzineb@yahoo.fr

zighem.mahassine@hotmail.com

تاريخ النشر

تاريخ القبول:

تاريخ الارسال:

20 ديسمبر 2020

25 نوفمبر 2020

11 سبتمبر 2020

المخلص:

في ظل تنامي دور الانترنت في مجال تبادل السلع والخدمات، ظهرت الحاجة الملحة إلى تنظيم هذه البيئة قانونا، فمن الطبيعي أن يفرز التعامل عبر الأنترنت مجموعة من التحديات القانونية أبرزها مسألة تنازع القوانين، فالأصل في التعاملات التجارية الإلكترونية خضوعها للقانون التعاقدي أي لإرادة أطراف العقد، وهذا ما اعترفت به النظم القانونية للمتعاقدين من حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم. أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فالأمر يختلف على أساس أن إبرام هذه الأخيرة يتم عن بعد أو بالأحرى من خلال وجود وسيلة تقنية بين أطراف العقد، بحيث يمكن أن يكون اتفاقهم صريحا أو ضمنيا. تشير هنا أن هناك مسائل تخرج عن نطاق الإرادة تتمثل في الضوابط الاحتياطية، في حال غياب قانون الإرادة والتي تعكس دور القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، باعتماده على منهج الإسناد الجامد أو منهج الإسناد المرن، سواء كان على العقد التجاري الدولي التقليدي أو الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: ضابط اسناد، قانون الارادة، العقد إلكتروني، تنازع القوانين، المتعاقدين.

Abstract:

Since the Internet's role in the goods and services' exchange grows, the urgent need for regulating this environment legally arises; it is obvious that online trading represents a range of legal challenges, most notably laws' conflicts, as the origin of e-commerce is subject to a law of will. This is recognized by the legal systems of contractors as free to choose the law applicable to their contract, which varies from electronic contracts, depending on the attendance or absence of the parties due to the distance between the parties to the contract, so that their agreement may be, express or implied. However, in the law of will absence, there are issues beyond the will: Reserve controls. The judge's role in determining the applicable law in the international trade contract is raised; through the reliance on the rigid attribution approach or flexible attribution approach, whether it is on the traditional or electronic international trade contract.

Key words: Officer Attribution, law of will, contract, laws' conflict, contractors

مقدمة:

شهدت السنوات الاخيرة ثوراً هائلة في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات مما ادى الى ظهور نوع جديد من التجارة تتم عبر شبكة الانترنت سميت بالتجارة الالكترونية، حيث اصبح يتفاوض الاطراف المتعاقدون عن بعد فيتبادلون المعلومات وسائر البيانات بسرعة فائقة في مجلس عقد إفتراضي، وأمام تحديات التي تواجهها النظم القانونية، ومن أبرزها التعاقد عن بعد عبر شبكة الانترنت وقانونية المعاملات الالكترونية، فلقد برزت أشكال الانتهاكات والجرائم اليومية في بيئة التجارة الالكترونية ويعتبر ابرام العقد عبر الانترنت من بين المسائل القانونية الشائكة، وهذا ما يقتضي بالبحث عن حلول قانونية حول القانون الواجب التطبيق على هذا العقد والمحكمة المختصة للفصل في النزاع ومدى ملائمة النصوص القانونية نظراً لارتباطه بأكثر من نظام قانوني.

وعليه تتجلى اهمية الموضوع في: ضروره وضع ضابط ومعياري شرعي ونظامي يحكم القانون الواجب تطبيقه عند نزاع الاطراف. كما يكتسي الموضوع اهمية بالغة في التجارة الالكترونية مما يقتضي الامر إزالة كل العوائق التي تواجهه لضمان استمرارية وتنفيذ هذه العقود. بالإضافة الى اهميته في انه يحقق نوع من الامان للمتعاملين الاقتصاديين في علاقاتهم التعاقدية بتطبيق انظمة قانونية هم على دراية بها.

ويكمن الهدف من الدراسة في: تحديد مناهج الاسناد المعتمد عند تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، مع إبراز دور قانون الارادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات هذه العقود.

للاحاطة بالجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، نتطرق لمختلف المعاهدات والاتفاقيات المنظمة للقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية.

وترجع اسباب اختيارنا للموضوع هو الرغبة الشخصية ومحاولة وضع حلول للتساؤلات القانونية التي يثيرها الموضوع، بالإضافة الى اسباب موضوعية تتعلق بحدثة وجدية الموضوع خاصة وانه يتعلق بأمر حاسم في فصل النزاع وهو القانون الواجب التطبيق.

ومن خلال ما تقدم يمكننا اقتراح الاشكالية الآتية: كيف يمكننا معرفة القانون الواجب تطبيق على عقود التجارة الالكترونية بصفة عامة وعقود المستهلكين الإلكترونية بصفة خاصة؟

وللاجابة على هذه الاشكالية اعتمدنا على المنهجين أساسيين وذلك بالنظر لطبيعة الموضوع وهما: المنهج الوصفي الذي وظيفته في شرح الاراء الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع، وكذلك المنهج التحليلي المعتمد في تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث.

وباعتبار البحث من البحوث المركبة اعتمدنا تقسيمه الى مبحثين وفي كل مبحث مطلبين بحيث تناولنا في المبحث الاول: تطبيق قانون الارادة في عقود التجارة الالكترونية، والمبحث الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين الالكترونية

المبحث الأول: تطبيق قانون الارادة في عقود التجارة الالكترونية

نظرا للخصوصية التي تتميز بها عقود التجارة الدولية والمتمثلة في الطابع التجاري للعلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذه العقود أعطى مفاهيم جديدة فرضتها ظروف وملابسات التجارة الدولية، مما أدى إلى عدم ملائمة القواعد والنظم القانونية المختلفة لدى التشريعات التي تعنى بتنظيم العقود الداخلية، ومن أهم مناهج تحديد القانون الواجب التطبيق ذلك الذي يعتمد على ارادة الاطراف في العقد في اختيار هذا القانون، والى جانب مبدأ سلطان الارادة فانه يمكن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. ومن أجل البحث في كيفية تحديد هذا القانون سنتولى دراسة ذلك من خلال التعرض لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية باتفاق الأطراف (مطلب أول) وفي ظل غياب الاطراف (مطلب ثاني).

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية باتفاق الأطراف

يقصد ب "قانون الإارادة" في القانون الدولي الخاص، القانون الذي اختاره المتعاقدين صراحة أو ضمنا، وكذلك هو القانون الذي يحكم الالتزامات التعاقدية استنادا إلى إرادته الأطراف، وينحصر دور الارادة في تعيين القانون وليس تحرير العقد من سيطرته القانون¹.

الفرع الأول: الاختيار الصريح والضمني للقانون الواجب التطبيق

من الثابت في النظم القانونية على مستويين الداخلي والدولي أن للأطراف الحق في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وقد يكون هذا الاختيار صريح كتحديد بند من بنود العقد أو يكون ضمني يستنبط من ملابسات العقد.

1. الاختيار الصريح:

أكدت التشريعات والفقه على حق المتعاقدين في تعيين القانون الواجب التطبيق على عقدهم ويعلنوا عليه صراحة عن القانون المختص بحل ما يدور حولهم من منازعات في المستقبل، فإذا تم ذلك كنا بصدد الاختيار الصريح لقانون العقد وكنا فعلا بصدد قانون الارادة، كما قد يتم اختيار القانون عبر شبكة الانترنت البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، كما يمكن أن يتم عبر غرف المحادثة والمشاهدة والتي تمكن الطرفين من مناقشة كافة الشروط العقد، ومن المتصور أيضا ان يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الالكترونية التي يتبادلها الاطراف في نفس الزمان².

ونجد اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية مادة 2/3 والتي نصت على أنه يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل وسواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى³. وقد كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية المتعاقدين في اعتبار القانون الواجب التطبيق حيث جاء في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري⁴: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار بين المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد..."، وإذا كان من حق المتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سواء عند إبرام العقد الأصلي أو في وقت لاحق لإبرامه فإنه يجوز لهم أيضا تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أي فترة لاحقة على إبرام العقد قد اعتنقت المادة السابقة الذكر من اتفاقية روما فحولت المتعاقدين حق العدول عن القانون السابق مع التحفظ الخاص بحماية الغير وصحة العقد، والتي تفضي كل تعديل في تحديد القانون الواجب يأتي لاحقا على إبرام العقد لا ينال مطلقا من صحة العقد حيث الشكل المحدد⁵.

يمثل اختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق التجسيد الفعلي لمبدأ سلطان الإرادة وبعد الحل الأمثل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبيعتها غير المادية هي الوحيد القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية.

2. الاختيار الضمني؛

في حالة عدم توافر الاتفاق الصريح على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن ذلك لا يعني انتهاء دور إرادة طرفي العقد، بل قد تكون إرادته موجودة في ثنايا العقد ما يسمى بالاتفاق الضمني، وفي هذه الحالة يتم التعامل مع مضمون العقد والبحث في بنوده، فظرف الحال والبيئة المحيطة بالتعاقد وملابساته هي كفيلا بالكشف عن الإرادة الضمنية والاشارة إلى القانون الواجب التطبيق، كذلك يمكن استخلاص الإرادة من خلال اللغة التي حرر بها العقد أو العملة التي اتفق على الوفاء بها، بل أحيانا بجنسية المتعاقدين أو محل إقامتهم، كما قد يستدل على هذا القانون من خلال مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه⁶.

في مجال عقود التجارة الإلكترونية فإن العقد إذا كان يتصل بدولتين أو أكثر في نفس الوقت كقانون مكان الإبرام وقانون محل التنفيذ مثلا وكان قانون احدهما يتضمن احكاما لتنظيم هذا النوع من العقود مثل العقود الالكترونية خلافا لقانون الدولة الاخرى الذي لا يتضمن مثل هذه الأحكام فمن المنطقي والطبيعي تطبيق قانون الدولة التي يتضمن قانونها احكاما لمثل تلك العقود بوصفه قانون الإرادة⁷.

الفرع الثاني: صعوبات تطبيق قانون الارادة على العقود الالكترونية

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

1- الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد:

أ - صعوبة التحقق من وجود إرادة التعاقد:

لا توجد أي صعوبة تذكر حين يتم التعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد، حيث يسمح الحضور المادي للأطراف بالتحقق من هوية الطرف الآخر وسلامة المستندات وتاريخ ابرام العقد، غير أنه الصعوبة تدق حينما يتم التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك إرادة أصلا، مما يثير التساؤل حول الآثار القانونية المترتبة عن الخطأ في التعاقد الإلكتروني، وهو ما يبعث عند المتعاقدين الشك وعدم اليقين في سياق استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية. وتثور معها تساؤلات عديدة حول كيفية التحقق من الإرادة الصادرة عن صاحبها وعن القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن⁸.

ب- صعوبة تحديد هوية الأطراف المتعاقدة:

ان التعامل عبر شبكة الانترنت يفتقد الى تحديد هوية المتعاقد، لأنه غالبا العنوان الإلكتروني لا يكون مرتبطا ببلد معين، بالإضافة الى مراقبة العناوين الالكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر، فالتجار غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم، وبالنسبة للمستهلك فان تحديد هوية المورد يمكنه من التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد فغالبا ما يكون هو قانون هذا الأخير، وبالنسبة للتاجر فيحرص على هوية الطرف الآخر الذي تقدم له الخدمة حتى يتأكد من أهلية المتعاقد معه⁹.

2 - الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد:

قد سبق وأثارت هذه الفكرة صعوبات ومشاكل بصدد تطبيقها على عقود التجارة الدولية كذلك، حتى قيل بأنه من شأن تطبيق هذا الضابط أن يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد قانون العقد مستترا وراء مسمى الإرادة الضمنية، الأمر الذي قد يخل بتوقعات الأطراف ويهدد الأمان القانوني الذي تنشده التجارة الدولية ورفض الاستناد إلى الإرادة الضمنية بصدد عقود التجارة الإلكترونية له ما يبرره هو كذلك، على أساس صعوبة الاعتماد على القرائن أو العلامات الدالة على هذه الإرادة في تحديد قانون العقد، خاصة عند مناقشة تلك القرائن أو الدلالات التي تشير إلى الإرادة الضمنية، وصعوبة الاعتماد على اللغة التي

حرر بها العقد في تفسير تلك الإرادة على أساس أن اللغة الانجليزية أصبحت لغة التخاطب في مجال المعاملات الإلكترونية¹⁰.

المطلب الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل غياب اتفاق الأطراف

في حالة لم يتفق الأطراف في عقود التجاره الإلكترونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية صراحة على اختيار القانون الذي يحكم عقدهم وتعدّر استخلاص إرادتهم الضمنية اتجهت تشريعات بعض الدول إلى النص على ضوابط مقيدة من شأنها أن تسهل على القاضي مهمة تحديد القانون الذي يحكم العقد، وعادة ما تتمثل هذه الضوابط في الجنسية المشتركة للأطراف أو الموطن المشترك لهم، أو محل إبرام العقد أو تنفيذه، وقد تجمع بعض التشريعات بين أكثر من ضابط وقد تكفي أخرى بضابط واحد عادة ما يكون محل انعقاد العقد، وعليه سنتطرق في هذا المطلب الى ضوابط الاسناد الجامدة والمرنة.

الفرع الاول: الضوابط الجامدة

لقد نص التشريع الجزائري على منح القاضي الحق في تطبيق ضابطين للإسناد بمقتضى المادة 18 من القانون المدني الجزائري وهما: - قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين - قانون مكان إبرام العقد. ويستفاد من هذا النص أنه يحدد القانون الواجب التطبيق من ضمن القوانين التي لها صلة وثيقة بالرابطة العقدية، حيث أتى بضابطي إسناد احتياطيين وقرر الأخذ ما على سبيل التدرج مستبعدا بذلك دور القاضي في تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتها الضمنية، وهو نفس التوجه الذي أخذ به القانون الاتفاقي مثلما تنص على ذلك صراحة اتفاقية روما لسنة 1980، وعليه سنتناول هذه الضوابط في النقاط الثلاث التالية:

1- قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة:

لقد تطرق المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 18 من القانون المدني الجزائري إلى تعريف الموطن بأنه المحل الذي يوجد فيه السكن الرئيسي، وعند عدم وجود السكن فإن محل الإقامة العادي يحل محل الموطن. كما نصت أحكام الفقرة الثانية في المادة 18 على عدم جواز أن يكون للشخص أكثر من موطن في نفس الوقت، وباستقراء نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل من الموطن المشترك لأطراف العلاقة التعاقدية أول ضابط احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة غياب قانون الإرادة في العقد، ولقد انتهجت العديد من التشريعات العربية هذا التوجه، حيث اعتبرت من الموطن المشترك لأطراف العقد ضابط الإسناد الأول عند سكوت الأطراف عن تحديد قانون معين يطبق على العقد¹¹.

كما يرى بعض الشراح أنه من الصعب الاعتماد عليها في العالم الافتراضي عبر الأنترنت 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 وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان، ويستخلص من ذلك أن ضابط قانون الموطن المشترك، يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، باعتبار أن العناوين الإلكترونية لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي¹².

وبخصوص إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين: تعتبر الجنسية من ضوابط الإسناد التي يستدل بها القاضي على القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي في كثير من الدول في حالة سكوت أطراف العقد الدولي عن تحديد قانون بحكم عقدهم، ولقد نصت أحكام الفقرة الثانية من المادة 18 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في حالة عدم اختيار الأطراف لقانون يحكم عقدهم، فإنه يطبق قانون موطنهم المشترك أو جنسيتهم المشتركة".

باستقراء أحكام هذه المادة نلاحظ بأن المشرع الجزائري قد جعل من الجنسية المشتركة لأطراف العقد ضابط إسناد احتياطي من حيث الموطن، 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 إلى أنه من السهل تحديد جنسية الشخص بعكس موطنه الذي يثير تحديده عدو صعوبات وعليه إذا اتخذت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون هو القانون الواجب التطبيق¹³.

2- ضابط بلد الإبرام أو تنفيذ العقد:

نجد أن التشريعات الوطنية لأغلب الدول قد أولت أهمية لضابط محل إبرام العقد، لكن مع اختلافها في مدى إعطائه الأولوية والأفضلية عن باقي الضوابط الاحتياطية، ومن ذلك نجد المشرع الجزائري قد اعتمد هذا المعيار في حالة انتقاء الإرادة الصريحة الأطراف المتعاقدة، وهو ما قضت به أحكام الفقرة الثالثة من المادة 18 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على: "وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد، ويتم إعمال هذا الضابط من طرف القاضي في حالة انتقاء الضوابط السابقة له وهي ضابطي الموطن المشترك والجنسية المشتركة، وفيما يخص العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنيت فإن تطبيق هذا المعيار يعد صعبا لأنه لا يتلاءم مع صور التعاقد بين غائبين بشكل عام والعقود الإلكترونية

بشكل خاص، ومن أهم الصعوبات التي يمكن تصورها في هذه الحالة هي مسألة تحديد محل إبرام العقد، وبالتالي الاستناد إلى محل إبرام العقد لم يعد ملائم لكافة العقود نظرا لاختلاف طبيعتها مثل العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت. وفي ما يخص تنفيذ العقد الإلكتروني فقد قضت محكمة استئناف باريس بأن مكان تنفيذ عقد خدمات المعلومات المبرم عبر الانترنت بين المستخدم ومورد الخدمة هو موطن المستخدم¹⁴.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعتبر محل تنفيذ العقد كضابط إسناد يعتمد عليه القاضي في حالة غياب قانون الإرادة، بل اكتفى المشرع الجزائري بالنص على ثالث ضوابط احتياطية يتم تطبيقها على سبيل التدرج، وهي ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وضابط قانون محل إبرام العقد، لينفرد العقار بحكم خاص به وهو تطبيق قانون موقعه.

الفرع الثاني: الضوابط المرنة

يلجأ إلى هذا الحل في الحالة التي لم يختر فيها المتعاقدان القانون المختص، ولم يحدد فيها المشرع ضوابط جامدة، فيعمد القضاء إلى استخلاص القانون الواجب التطبيق من خلال تركيز العقد عن طريق تحديد طبيعته الذاتية، وهو ما يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود ذات الطبيعة الموحدة في ضوء فكرة "محل الأداء المميز".

1- نظرية الأداء المميز:

ضابط الأداء المميز مبني على فكرة أن القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي يتم تحديده بناء على الالتزام الرئيسي في العقد، وهو ما أكدته التعاريف المختلفة لفكرة الأداء المميز ومنها تعريف الأستاذ Jean Baptiste والذي اعتبرها الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن باقي العقود، وكذلك تعريف الأستاذ Van overstraeten والذي اعتبر الأداء المميز هو الذي يكون بمقتضاه دفع المقابل النقدي أمر واجب، أي أنه الأداء الجوهرى والهام في الرابطة العقدية، وبناء على ذلك يعد الأداء مميز التزام البائع بتسليم المبيع أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، والالتزام المورد بتوريد الخدمة في عقود المقاولة وعقود الوكالة، على أساس أن هذه الاداءات تعبر عن مركز الثقل الاقتصادي والاجتماعي في الرابطة العقدية¹⁵.

كما إن فكرة الأداء المميز هي عبارة عن تركيز موضوعي بحث لا دور فيه للإرادة على الإطلاق، ولا حتى بوصفها عنصرا من عناصر التركيز، قوامها أن كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، مشيداً بذلك التركيز بناء على عناصر مادية وموضوعية مستوحاة من طبيعة الرابطة العقدية محل الاعتبار، فإذا كان من المؤكد أن معظم العقود تتحدد بأداء أحد الأطراف، وهذا الأداء هو الذي يميز العملية التعاقدية بالنظر لوظيفتها الاقتصادية بينما لا يكون الأداء الآخر إلا مقابل نقدي، فإنه يبدو عادلا ومقبولا ومتوافقا مع احترام توقعات

الأطراف إخضاع العقد لقانون موطن المدين بالأداء المميز في العقد، وهو ما يجعل وسيلة تحديد القانون الواجب التطبيق في ظل نظرية الأداء المميز أمرا ميسورا، بوصفها الوسيلة التي بمقتضاها يتم تعيين أكثر القوانين اتصالا بالعقد، نظرا لبساطتها ووضوحها وحمايتها لتوقعات الأطراف¹⁶.

ويعد تطبيق هذه الفكرة على عقود التجارة الإلكترونية يثير الكثير من الصعوبات من بينها: صعوبة التوطين أو تركيز الرابطة العقدية في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية، مثل بيع البرامج التجارية والخدمات المالية على الخط، وبيع المعلومات عن طريق قواعد البيانات الموجودة في الأنترنت، فيصعب تحديد مكان إبرام العقد ومكان تسليم الأشياء الغير المادية المباعة عبر الخط وبالتالي يصعب تطبيق ضوابط الإسناد التقليدية على تلك النوعية من العقود بالإضافة الى صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد، إذا أن العالم الإلكتروني ال يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد، فدولة تصدير الإيجاب قد تكون مصر، في حين أن العنوان الإلكتروني 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 ادعائه¹⁷.

2- التركيز الموضوعي للرابطة العقدية :

بموجب نظرية التركيز الموضوعي للرابطة العقدية، يختلف القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي باختلاف طبيعة وموضوع كل عقد، كذلك يتأثر هذا القانون بملازمات وظروف التعاقد ليكون بذلك موضوع العقد، وتعد هذه النظرية بمثابة مؤشر للقانون الواجب التطبيق عليه في حالة غياب قانون الإرادة، ويرجع أصل فكرة التركيز الموضوعي إلى الأستاذ الألماني الشهير سافيني، ثم تطورت فيما بعد على يد الفقيه الفرنسي باتيفول، ومؤدى هذه الفكرة أن تحديد القانون الواجب التطبيق يتم عن طريق تركيز العقد حسب معطياته الخارجية، والتي يرجع فيها للقاضي في تعيين القانون المختص بناء على دور الإرادة في تحديد مقر العقد باعتبارها عنصرا أساسيا في عملية التركيز، رغم أنها ليست العنصر الحاسم في الموضوع، بدليل إمكانية إهمالها في الحالات التي لا تعبر فيها حقيقة عن المكان الذي يتعين تركيز العقد فيه، لذلك يرى باتيفول بوجوب التركيز المكاني للرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد وأحداثه الخارجية في كل حالة على حدة، ذلك أن إرادة الأطراف لا تعين القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، وإنما تركز العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد، ومتى تم تركيز العلاقة العقدية بهذا الشكل فإن القانون الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق على العقد.

ولتحقيق فكرة التركيز الموضوعي للرابطة العقدية يمكن اعتماد ثلاثة وسائل على سبيل الاختيار وهي:

- إما اعتماد ضابط إسناد واحد يصلح للتطبيق على كل العقود الدولية بإخضاعها لقانون محل الإبرام،

- إعطاء القاضي سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق معتمدا في ذلك على ظروف وملابسات العقد لربط العقد بنظام قانوني معين، وهو ما يعرف عند الفقهاء الأنجلو ساكسون بمنهج القانون الخاص للعقد،

- اعتماد منهج وسط باعتماد ضابط إسناد بالنسبة لكل طائفة معينة من العقود الدولية. ويترتب على اعمال نظرية التركيز الموضوعي للعقد الدولي يتم حتميا ربط العقد الدولي بقانون دولة معينة، أي استبعاد فكرة العقد المتجرد من كل قانون، كما إن اعمال نظرية التركيز الموضوعي تجعل من العقد الدولي خاضعا لقانون واحد أي استبعاد فكرة تجزئة العقد أو اعمال أكثر من قانون عليه¹⁸.

الفرع الثالث: موقف التشريع الجزائري والمقارن من القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية

1- موقف التشريعات المقارنة:

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 ويعتبر القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة المسماة أونيسترال¹⁹. هو الاسباب في وضع تعريف للعقد الالكتروني من خلال تعريف الو سائل 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.

كما نص القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979م الذي ينص في أحد مواده على أنه يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الاطراف صراحة أو ضمنا، كما نجد القضاء الفرنسي يطبق قانون دولة محل إبرام العقد على أساس أنه قانون الارادة الضمنية للاطراف، ويتجلى ذلك في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي جعلت العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإرادة المتعاقدين المتبادلة أو أسباب يحددها القانون²⁰، أما بعض الدول من بينها القانون المدني المصري فقد أخذت هي الاخرى في تشريعاتها بفكرة خضوع

العقد التجاري لقانون الارادة، المادة 19 من القانون المصري، يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع خول للمتعاقدین الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الالكتروني لكن لم يمنح الحرية المطلقة للمتعاقدین وانما حريتهم تمتد مشروعاتها من إرادته المشرع بمقتضى قاعدته إسناده منحهم حق الاختيار بنص صريح دون تجاوز أهداف المشرع²¹.

2- موقف المشرع الجزائري:

من خلال م 18 من القانون المدني تطبق على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقة بالمتعاقدين او بالعقد فمن خلال هذا النص، يفهم أن المشرع الجزائري اخذ بالارادة الصريحة دون يأخذ بعين الاعتبار الارادة الضمنية وفي حالة غياب الاتفاق الصريح يتم اعمال المعايير الاحتياطية الواردة في الفقرتين 2-3 من المادة 18 ق م ج الاولى قانون الموطن المشترك او قانون الجنسية المشتركة أو حل إبرام العقد. غير أن موقف غالبية القوانين الوطنية التي تحرص في عمومها على عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة في اختيار القانون الواجب التطبيق²².

المبحث الثاني: تحديد القانون الواجب

التطبيق على عقود المستهلكين الالكترونية

من خلال التطور الملحوظ الذي اصحبت تشهده حركة التجارة الإلكترونية، بدأنا نلاحظ هائلا في صور العقود الالكترونية ومن بينها عقود الاستهلاك الإلكترونية فهذه العقود غالبا ما تتم بين مهني ومستهلك، وتشوبها العديد من العقبات المتعلقة بالحماية والضمانات للمستهلك الذي يعد الطرف الضعيف، وهذا ما دعي بالتشريعات والهيئات الدولية الى السعي الى اقامة علاقة متوازنة بين الطرفين.

المطلب الاول: حماية المستهلك الالكتروني وأثر ذلك على اعمال قانون الارادة

نظرا لطبيعة العقود المبرمة عبر الانترنت فان انعدام الحضور المادي للأطراف قد يمنعها من التأكد من اهلية بعضهما وصفتهما في التعاقد مما يتطلب ضرورة تقديم معلومات واضحة وكافية للمستهلك حول طبيعة المنتج أو الخدمة وكيفية استعمالها وكذا الالتزام بتقديم معلومات الثمن، وهذا ما يطلق عليه الحق في الاعلام فهو التزام يتعين على المنتج او المورد التقيد به والا تعرض لعقوبات مدنية وجنائية.

إضافة الى حق المستهلك في الاعلام فقد تضمنت غالبية القوانين حق المستهلك في العدول عن العقد خلال مدّة معينة، نظرا لان المستهلك في العقود المبرمة عن بعد لا يمكنه الحكم الدقيق على السلعة التي يتعاقد بشأنها مهما تلقى من معلومات حولها من قبل البائع، فهذه الرخصة تشكل التي وضعت لحماية المستهلكين تشكل استثناء على مبدأ سلطان الارادة

ومبدأ الرضائية في العقود اللذان يبرر عدم امكانية الرجوع عن العقد بعد أن يكون نشأ صحيحا، وعلاوة على حقه في الرجوع لابد من حمايته من عقود الاذعان باعتبار عقود التجارة الالكترونية عقود اذعان يسلم فيها المستهلك بشروط مقررته يضعها المهني ولا يقبل مناقشته فيها، وتكون متعلقة بسلعة أو مرفق ضروري، وتكون محل احتكار قانوني أو فعلي.

الفرع الاول: أثر حماية المستهلك في العقد الالكتروني على اعمال قانون الإرادة

باعتبار عقود المستهلكين عقود اذعان فلا يمكن القول بإخضاع هاته العقود الى قانون الارادة ولعل الاذعان الواضح في هذه العقود هو ما دفع المشرعين الى النص على ضرورة اخضاع هذه العقود للقواعد الامر في قانون محل اقامة المستهلك اذا كان هذا الاخير يوفر حماية اكبر للمستهلك، ولقد نصت اتفاقية روما في المادة 5 موضحة ان قواعد تنازع القوانين المتعلقة بعقود الاستهلاك لا تطبق بين طرفين يتصرف كلاهما في نشاطه المهني، وعليه فتعتبر هذه المادة المرجع بخصوص عقود الاستهلاك الإلكترونية، نظرا لان شبكة الانترنت تعد بيئة ملائمة لعقود الاذعان، فعادة ما يقوم المهني بإدراج شروط تعسفية ومن بينها شرط القانون الواجب التطبيق، ولا يملك المستهلك سوى القبول أو الرفض، وفي حال قبوله تبرز اهمية اعمال القواعد الامر في قانون محل اقامة المستهلك²³.

الفرع الثاني: سكوت المتعاقدين عن اختيار قانون العقد في عقود المستهلكين الالكترونية

إذا سكت المتعاقدان عن تحديد قانون عقدهم الدولي، فان الرأي الراجح يتجه الى اخضاع العقد الى قانون محل اقامة المستهلك بوصفه القانون الذي يعرفه الاخير وهذا ما نصت عليه اتفاقية روما في المادة السالفة الذكر، ولكن ذلك مشروط بغياب الاتفاق الصريح أو الضمني على القانون الواجب التطبيق، وتهدف الاتفاقية من هذا الحكم الى تكريس الحماية التي ينشدها المستهلك، لكن هذا الحكم قد لا يكون دائما في صالح المستهلك، فقد يوفر قانون محل اقامة البائع حماية اكبر للمستهلك من قانون محل اقامته، فقد كان اولى من اتفاقية روما أن تنص على اخضاع العقد الاستهلاكي لقانون محل اقامة البائع أو قانون محل اقامة المستهلك ايهما افضل لهذا الاخير، وهذا الحل التخيري افضل وهو ينسجم مع الحل الذي اوردته الاتفاقية في حال اختيار المتعاقدين لقانون العقد²⁴.

المطلب الثاني: مبررات استبعاد قانون الإرادة لحماية المستهلك الإلكتروني

1- ان تطبيق قانون الارادة قد لا يكون في صالح المستهلك الالكتروني لعدة اسباب منها:
أ - ان تطبيق مبدأ سلطان الارادة قد لا يتفق ومقتضيات الحماية الفعالة للمستهلك الإلكتروني، بالإضافة الى المخاطر المحتملة جراء اطلاق هذا المبدأ في تحديد القانون الواجب التطبيق في العقود التي تحوي طرفا ضعيفا كعقود الاستهلاك، إذ قد يحدث الا يتفق الاطراف

سلفا على القانون الواجب التطبيق وهو ما يدفع القاضي الى بذل جهد لبيان الاسناد الاحتياطي.

ب - كما انه من المحتمل ان يؤدي مبدأ سلطان الارادة الى استبعاد تطبيق قانون البيئة الاجتماعية للمستهلك، وهنا يؤدي شرط اختيار القانون الواجب التطبيق الى حرمان المستهلك من المزايا التي يوفرها له قانون محل اقامته المعتاد.

2- مبررات تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك الإلكتروني؛

نجد ان قوانين حماية المستهلك تنص على أن عقود الاستهلاك الإلكترونية تعتبر قد أبرمت في محل إقامة المستهلك والنتيجة المترتبة على ذلك ان المحكمة المختصة بنظر النزاع ستكون تابعة لمحل اقامته، وهو ما أكدته اتفاقية روما على ان قانون الارادة يمكن استبعاده اذا كان يحرم المستهلك من الحماية التي تقرها النصوص الامر، ويرى البعض أن قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك الذي نصت عليه اتفاقية روما يمثل الحد الأدنى للحماية التي يجب توافرها له، ولذلك يمكن تطبيق قانون آخر اكثر صلاحية للمستهلك غير قانون محل اقامته المعتاد، ولا يتعارض ذلك مع الاتفاقية.

ونجد ان مشروع الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلك والذي اقره مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لعام 1980 لا يعتد باختيار الاطراف لقانون العقد إذا كان من شأنه حرمان المستهلك من الحماية التي تكفلها لصالحه القواعد الامر في قانون محل إقامته²⁵.

خاتمة؛

في الاخير يمكن القول ان المعاملات التجارية الإلكترونية، يحكمها مبدأ سلطان الإرادة والمقرر في كافة التشريعات الذي لذي يعتبر من أهم ضوابط الإسناد التقليدية المعمول بها في منازعات عقود التجارة الإلكترونية التي تجيز للأطراف الاتفاق صراحة أو ضمناً على اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، لكن في حالة سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق يبرز دور القاضي في تحديد القانون المختص لحكم النزاع باعتماده على منهجين هما منهج الإسناد الجامد والإسناد المرن.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا الى مجموعة من النتائج منها؛

• تطبق قواعد الإسناد المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالعقد في حالة غياب الارادة، وانعدامها وتتمثل أساسا في قانون دولة محل إبرام العقد، أو تنفيذه، أو جنسية المتعاقدين أو موطنهما المشترك، وهو ما واكبه المشرع الجزائري من خلال القانون المدني في نص المادة 18.

- في حالة غياب الإرادة الصريحة للمتعاقدين، يستخلص القاضي الاختيار الضمني للمتعاقدين، وهو عبارة عن اختيار حقيقي يستنبط من ظروف الحال.
- صعوبة تطبيق قانون الإرادة على عقود التجارة الدولية الإلكترونية نظرا لطابعها غير المادي والافتراضي، ويتبلور ذلك في صعوبة التأكد من وجود إرادة الأطراف وكذلك صعوبة الإثبات في المعاملات الإلكترونية نظرا لتباين الأنظمة القانونية.
- باعتبار عقود المستهلكين عقود اذعان فلا يمكن القول بإخضاع هاته العقود الى قانون الإرادة وعليه لا بد من إخضاع هذه العقود للقواعد الامرء في قانون محل اقامة المستهلك اذا كان هذا الاخير يوفر حماية اكبر للمستهلك.
- ومن خلال هذه النتائج نقترح بعض التوصيات:
- حبذا لو أن المشرع الجزائري يعمل على تعزيز المنظومة التشريعية، ويدرج قوانين خاصة تحكم القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني.
- فرض شرط عقود التجارة الالكترونية يلزم الاطراف بالادلاء بجميع البيانات الشخصية التي تحدد هويتهم، وفي حالة عدم الالتزام بذلك يكون للطرف الاخر عن حدوث نزاع الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يتفق مع مصالحه.
- ضرورة وضع اتفاقية موحدة تضمن وحدة تفسير المفاهيم والكتابة والتوقيع حتى يمكننا تجنب مخاطر التباين بين النصوص الدولية والوطنية.
- حبذا لو تصدر قوانين في التشريعات الوطنية توفر حماية اكبر للمستهلك في التجارة الالكترونية.

الهوامش:

- ¹ - خضير فراس كريم شيعان، أرم عصام، اثر مبدأ قانون الإرادة على اختلال التوازن في العقود الدولية، مجلة جامعة تكريت، العراق، عدد 29، 2016، ص 228.
- ² - الجواري، سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ط الاولى 2010، ص 127.
- ³ - براهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، دون طبعة القاهرة، 2008، ص ص 117، 118.
- ⁴ - الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو سنة 2007 ط ديسمبر 2014، ج ر ج ج، ع 78، 2007، المؤرخة في 13 مايو 2007.
- ⁵ - اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام
- ⁶ - الجواري، سلطان عبد الله محمود، المرجع نفسه، ص 281.

- 7 - سالمة. حمد عبد الكريم، القانون الدولي الخاص النوعي الإلكتروني السياحي البيئي، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 2000، ص 93.
- 8 - بلاق محمد، قواعد التنازع والقواعد المادية في منازعات عقود التجارة الدولية، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010/ 2011، ص 131.
- 9 - صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 355.
- 10 - الياس بروت. يوسف نور الدين، تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، عدد 13، ص 256.
- 11 - الانباري محمد حميد، سكوت الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي - دراسة مقارنة -، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، عمان الاردن، 2017، ص 83.
- 12 - حمودي محمد الناصر، نزاعات العقود الإلكترونية، أزمة منهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة المعارف ومجلة علمية محكمة، المركز الجامعي اولحاج اكلي محند، البوير، عدد 5، 2008، ص 475.
- 13 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 332، 333.
- 14 - محمود. عادل ابو هشيمة، عقود الخدمات المعلوماتية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 94.
- 15 - صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص ص 336، 337.
- 16 - محمد بلاق، المرجع السابق، ص 59.
- 17 - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص ص 367، 368.
- 18 - محمد بلاق، المرجع السابق، ص 55.
- 19 - أونيسترال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة أئلم المتحد كإنشائها بموجب القرار رقم 05/22 المؤرخ في 17/12/1996 تضم في عضويتها غالبية الدول الممثلة للمنظمة القانونية المختلفة أنشأت من أجل تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة العالمية، وقد حققت هذه اللجنة العديد من النجاحات أهمها اتفاقية فيينا للبيع الدولية عام 1980.
- 20 - براهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، المرجع السابق، ص ص 101 - 102.
- 21 - حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 422.
- 22 - حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2012، ص 466.
- 23 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ط 2، ص 25.
- 24 - القواسمي بيان اسحاق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والادارة العامة، بيروت، 2007، ص 91.

²⁵ - ابراهيم خالد ممدوح، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط 2، 2011، ص ص 449.
450.