معارف
ISSN 1112-7007
EISSN 6804 -2600
المجلد 19/ العدد 1 (جوان 2024): ص.ص: 01-23

دورإرادة المتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية

The role of the will of the contracting parties in determining the applicable law to electronic commerce contracts

أ. الحسين عثماني*

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، (الجزائر)،
elhocine.otmani@univ-biskra.dz

مخبر الدولة والإجرام المنظم: مقاربة قانونية وحقوقية بأبعاد اقتصادية واجتماعية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، البويرة 10000، الجزائر.

تاريخ الاستلام: 2024/05/02؛ تاريخ القبول: 2024/06/01؛ تاريخ النشر: 2024/06/15

ملخص

تعدّ عقود التّجارة الإلكترونية أحد مظاهر التّطور المتسارع في وسائل الاتّصال الحديثة، وارتبطت بصفة خاصّة ببروز شبكة الأنترنت، التي أفضت إلى استحداث نوع جديد من التّجارة، وهو ما يطلق عليه بالتّجارة الإلكترونيّة، مثلما برزت أيضا للوجود أنواع جديدة من التّصرفات والعلاقات القانونية، لا سيما في مجال التعاقد، أين ظهر مصطلح العقود الإلكترونيّة، التي تبرم عبر وسائط إلكترونيّة، في وسط لامادي ولا يرتبط بمكان أو إقليم جغرافي محدّد.

هذه العقود الإلكترونيّة غالبا ما تصطبغ بصبغة العقود التجاريّة الدوليّة، وبالنظر للخصوصيّة التي تتّسم بها والتي تميّزها عن العقود التقليديّة التي تبرم في مكان محدد بين أطراف معلومين، وعلى دعائم ورقيّة مكتوبة، فقد ثارت إشكالات قانونيّة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليها.

مبدئيا، تخضع العقود التجارية الإلكتروني أسوة بغيرها من عقود التّجارة الدولية التقليديّة للمبادئ العامّة في تنازع القوانين، إلاّ أنّ الطّبيعة الخاصّة لهذه العقود قد تقتضي

* المؤلف المرسل.

حلولا خاصّة، وفي هذا الإطار عالجت مختلف النّظم القانونيّة والتشريعيّة الوطنيّة - لا سيما الدوليّة منها - هذه المسألة، مرجّحة إخضاعها لقانون إرادة المتعاقدين بشكل صريح أو ضمني، ليكون الواجب التطبيق على العقد، على أن يرجع للقواعد الأخرى في حال غياب هذا التحديد.

في هذه الدراسة ستناول دور إرادة المتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق، على أن نتناول أولا طبيعة العقود التجارية الإلكترونية، ثم نتناول بعد ذلك مختلف المسائل المتعلقة بقانون الإرادة ودوره في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد التجاري الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: العقد التجاري الإلكتروني؛ التجارة الإلكترونية؛ القانون واجب التطبيق؛ تنازع القوانين؛ قانون الإرادة.

Abstract:

E-commerce contracts are one of the manifestations of the rapid development in modern means of communication, and were particularly associated with the emergence of the Internet, which led to the development of a new type of trade, which is called e-commerce, just as new types of behaviour and legal relations, especially in the field of contracting, where the term electronic contracts, are concluded through electronic media, in an immaterial medium and not linked to a specific geographical place or territory, emerged.

These electronic contracts are often stamped as international commercials, and due to their specificity, which distinguishes them from traditional ones that are concluded in a specific place between known parties and on written paper supports, legal issues have arisen regarding the law applicable to them.

In principle, e-commerce contracts, like other traditional international trade ones, are subject to the general principles of conflict of laws, but their special nature may require special solutions. In this context, various national legal and legislative systems - especially international ones - have addressed this issue, favouring the law of the will of the contracting parties explicitly or implicitly, to be applicable

to the contract, with reference to other rules in the absence of such a determination.

In this study, we will address the role of the will of the contracting parties in determining the applicable law, provided that we first address the nature of electronic commercial contracts, and then the various issues related to the law of the will and its role in determining the law that must be applied to the electronic commercial contract.

Key words: Electronic commercial contract; E-commerce, electronic commerce; Applicable law; Conflict of laws; Law of will.

مقدمة:

تعدّ عقود التّجارة الإلكترونية نتاج التّطور التّكنولوجي الهائل في مجال الاتّصالات في القرن الحالي، والذي بلغ ذروته ببروز شبكة الانترنت التي أفضت إلى تطور مواز في طبيعة العلاقات التجارية الدولية بين الأفراد فيما بينهم، وبينهم وبين الشركات التجارية، وفيما بين الشركات ذاتها، وقد أسهمت هذه الشّبكة في ظهور نّمط جديد من أنماط التّجارة الدوليّة، وهو ما يصطلح على تسميته بالتجارة الإلكترونية.

أدى انتشار التجارة الإلكترونية على نحو شبه شامل في أغلب دول العالم، إلى خلق أنواع جديدة من المعاملات التجارية لم تكن قائمة من قبل، وهي المعاملات التي تتم في وسط إلكتروني غير محدد إقليميا ولا مقيد جغرافياً، ولا ينتمي إلى إقليم دولة ما بعينها، وتترجم هذه المعاملات في الغالب في شكل اتفاق أو عقد يسمى بالعقد التجاري الإلكتروني.

أي معاملة تجارية إلكترونية، سواء كانت داخلية أو ذات بعد دولي، قد تنشأ عنها نزاعات تقتضي اللّجوء إلى الجهات المختصة، إما وطنية وتكون كذلك في العقود المحلية، إذا لم يلحق العقد عنصرا أجنبيا، ففي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للجهات القضائيّة الوطنيّة، تأسيسا على قواعد الاختصاص الداخلي، ولا يتطلب الأمر البحث في قواعد الاختصاص الدولي، ولا تثور بشأنها مسألة تنازع القوانين.

الصنف الثاني يرتبط بالعقود ذات الطابع الدولي، وتتحقق هذه الفرضية حينما يكون أحد الأطراف - عادة - شخصا أجنبيا، مع الأخذ بعين الاعتبار تعدد الضوابط المرتبطة بدولية العقود الإلكترونية، وهنا تثور مشكلة ضوابط الاختصاص في العقود التجارية الإلكترونية،

والتي تتجاوز إشكال ضوابط الإسناد المرتبطة بالقانون الدولي الخاص، التي تعتمد بصفة أساسية على فكرة التركيز المكاني، وهو ما لا يصدق مع عقود التجارة الإلكترونية.

تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية التجارية، يحتاج إلى البت في مسألة أولية، وهي دولية العقد، أي مدى اتّصافه بصفة الدولية، هذه المسألة تطرح بإلحاح في ها الصنف من العقود، بالنظر للطابع اللاّمكاني لإبرامها، ولأنها تتمّ في أغلبها بين أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة، وتحتوي في الغالب على عناصر أجنبية، كما أنها في معظم الأحيان تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

هنا برزت أراء فقهية عديدة، أفرغت في معايير مختلفة، تناولت بيان مختلف الضوابط الاقتصادية والتجارية والقانونية التي يعتد بها لإكساب العقد التجاري الإلكتروني صفة الدولية.

ولأن ضوابط الإسناد لتقرير الاختصاص الموضوعي في العقود التجارية الإلكترونية ترتبط أساسا بخصوصية البيئة التي تبرم فيها هذه العقود، والوسائل المستعملة لإبرامها؛ فإن التشريعات الوطنية، وخصوصا الدولية تناولت تنظيم مسألة القانون واجب التطبيق عليها، رجحت في مجملها قانون الإرادة كضابط رئيسي على ضوابط الإسناد الأخرى، ليطبق على العقد أو حتى على جزء منه فقط، مع إجازة التراجع عن القانون المختار واستبداله بقانون أخر وطني أو دولي أخر، هذا الترجيح فرضته خصوصية هذه العقود، وتفاديا للصعوبة التي تتجلى في حال الاستناد للضوابط الأخرى التي يصعب إعمالها في هذه الحالة من ناحية أخرى.

إشكالية الموضوع: إشكالية الموضوع:

إشكالية الموضوع تطرح على النحو التالي: ما مدى اعتبار العقد التجاري الإلكتروني دوليا؟ وما مدى اعتداد التشريعات الوطنية والدولية بقانون الإرادة كضابط إسناد رئيسي في اختيار القانون واجب التطبيق على هذه الأصناف من العقود؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، قسمنا بحثنا إلى مبحثين؛ نتناول في الأول المعايير المعتد بها لتقرير دولية العقود التجارية الإلكترونية، وفي المبحث الثاني نتناول قانون الإرادة ومدى ملاءمته كضابط إسناد رئيسي في العقود التجارية الإلكترونية.

المبحث الأول: المعايير المعتد بها لتقرير دولية العقود التجارية الإلكترونية

ضوابط الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية في منازعات العقود التجارية الإلكترونية تقتضي بالضرورة التعرّض لمسألة مهمّة، تتعلق بدولية هذه المنازعات الناجمة عن أصناف هذه العقود، باعتبارها مسالة أولية لازمة لتطبيق قواعد الاختصاص الدولي[1].

إن العقد الإلكتروني، رغم إبرامه عبر وسائط إلكترونية دولية، لا سيما الشبكة الدولية للأنترنت، إلا أنه قد يكون عقدًا وطنيًّا داخليًّا لا يتخطى حدود الدولة الواحدة، يسري عليه القانون الوطني دون غيره من القوانين الأخرى، وقد يكون عقدا دوليا يثير مسألة القانون واجب التطبيق، مما يثير التساؤل حول الأساس المعتد به لتحديد مسألة دولية العقد من عدمها.

تحديد المعيار واجب الإتباع للكشف عن دولية العقود أهميته بالغة لأسباب متعددة، فمن جهة لا يوجد نص قانوني قاطع في التشريعات الوطنية أو الدولية يحدد معياراً محددا للدولية، وترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء[2] مع تباين في التركيز على معيار دون الأخر، بالإضافة لذلك، فقد برزت معايير مستحدثة مرتبطة بأنواع العقود المستجدة المبرمة عبر الوسائط الإلكترونية، والتي تتراوح بين موسّع ومضيق في اعتبار العقود الإلكترونية دولية بطبيعتها، وبين معتد بالصفة الاقتصادية لإكساب هذه الصفة.

هذا التباين والقصور، يدفعنا للتعرّض لمختلف هذه الآراء الفقهية التي قيلت في شأن المعيار المعتد به لتحديد دولية العقود الإلكترونية من خلال ثلاث مطالب، نتناول في الأول المعيار القانوني الموسّع، وفي المطلب الثاني نتناول المعيار القانوني المضيّق، وفي المطلب الثالث المعيار الاقتصادي.

المطلب الأول: المعيار القانوني الموسع (عقود التجارة الإلكترونية دولية بطبيعتها)

يرى أصحاب هذا الرأي أن العقود التجارية الإلكترونية لا تحتاج إلى إعمال المعايير التقليدية في تحديد دولية العقود[3]،مثلما لا تحتاج إلى البحث عن معيار للتفرقة بين العقد

(1)- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2008، ص15.

(2)- حسام أسامة محمد، المرجع نفسه، ص18.

(3)- المنهج التقليدي يعتد بمعايير مختلفة في تحديد دولية العقد، منها: معيار اختلاف مراكز أعمال المتعاقدين، =

الإلكتروني الداخلي، والدولي، إذ يعتبرون كافة العقود الإلكترونية التجارية ذات طابع دولي، أي دولية بطبيعتها[1] وهم بهذا، لا يفرقون بين صنفي العقود الإلكترونية الدولية والداخلية، ومنهجهم الإقرار بالطبيعية الدولية لعقود التجارة الإلكترونية برمتها.

يقدم أصحاب هذا الرأي حججا لتبرير رأيهم، نفصلها ونبين نقد هذا المعيار في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: حجج أنصار المعيار القانوني الموسع

يؤسس أصحاب المعيار لرأيهم مبررين إياه بالواقع العملي للتجارة التجارة الإلكترونية، فهي تقوم على واقع مؤداه التسليم بدولية المعاملات المرتبطة بها التي تتم في بيئة افتراضية، والغير قائمة على حدود مكانية جغرافية كما هو الحال في التجارة التقليدية[2]، فالعقود المرتبطة بها تبرم عبر شبكة الانترنت التي تعد مجالا دوليا، وهي بذاتها عابرة للحدود بطبيعتها، ومن ثم فهذه العقود تبرم بين طرفين حاضرين في الزمان، وغائبين في المكان[3] ليس لها تركيز مكاني معين، ولا تدخل ضمن إقليم محدد لدولة معينة[4].

فكثير من هذه العقود يصعب معها التوطين أو التركيز الموضوعي، لا سيما منها التي تبرم وتنفذ إلكترونيا كعقود بيع البرامج التّجارية، ففكرة اللاّمادية التي تنطوي عليها مثل هذه العقود يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد ومكان التسليم، فهذه الضوابط لا تتلاءم

ومعيار موضوع العقد ومدى تعلقه بالتجارة الدولية، ومعيار مساس أي عنصر من عناصر العقد بدولة أخرى، انظر في هذا: عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، نظرة عامة، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، 10-12 ماي 2003، المجلد الرابع، ص1668.

(1)- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص39.

(2)- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص18 أيضا: فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص114.

(3)- أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، 10-12 ماي 2003، المجلد الرابع، ص1648؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 92؛ سلطان محمود الجواري، المرجع السابق، ص65.

(4)- عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص 1669.

والعقود الالكترونية[1] المبرمة عبر شبكة الانترنت التي هي تجسيد لفكر العولمة، على نحو يجعل توطين المعاملات القانونية[2] أمرا مستحيلا.

يضيف أصحاب هذا الرأي تعليلا أخر بأن المعاملات العقدية التي تبرم من خلال الانترنت، بواسطة جهاز الكمبيوتر تجسّد دولية العقد المبرم عن طريقها، فالمتعاقد عن طريق هذا الجهاز المحمول من الممكن أن يتواجد لحظة إبرام العقد في أماكن لا تتبع إقليم دولة ما، الأمر الذي يدعم حجتهم بدولية هذه العقود، التي يصفها البعض بعقود المسافات[3].

ويضيف أصاحب الرأي تبريرا مستمدا من الاشتراطات المسبقة التي يعمل بها - في الغالب - عند إبرام العقود عبر شبكة الانترنت بصور مختلفة[4]، بما يفيد أن العقد الإلكتروني ذو طابع دولي، ضف إلى ذلك أن هذه العقود تتوفر فيها المعايير التقليدية، كالمعيار الاقتصادي؛ لأنها تتصل بمصالح التجارة الدولية، والمعيار القانوني، الذي يجعل العقد المبرم عبر شبكة الأنترنت الدولية بطبيعتها تلحق به الصفة الأجنبية في أحد عناصره[5].

الفرع الثالث: تقييم المعيار القانوني الموسع

يرى البعض أن الفكرة التي بني عليها هذا المعيار، يمكن أن تؤسس لمرحلة جديدة في فقه المعاملات العقدية الإلكترونية، الذي ينادي في مجال عقود التجارة الدولية، إلى نظام عام دولي، يرمي إلى تطبيق مفاهيم قانونية تتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية[6] لكن التبريرات التي قدمها هذا المعيار، تطرح واقعا يصعّب إعمالها استناداً لما يلي:

(1)- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص368.

(2)- في سياق هذا الرأي يرى آخرون بأن المعاملات في التجارة الإلكترونية، انتقلت من البعد الدولي المعروف في التجارة التقليدية، إلى البعد العالمي في أغلب حالات التعامل الإلكتروني في إطار هذا النوع من التجارة؛ ذلك أن شبكة المعلومات الدولية هي نتاج عولمة أنتجت بذاتها عولمة الاقتصاد والمجتمعات، والمعاملات التي تتم في إطارها لا خلاف في طبيعتها الدولية، انظر في هذا: عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص1668.

(3)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص65.

(4)- أمين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة النجاح للأبحاث، مجلد 25 (10)، فلسطين، 2011، ص ص2542-2543.

(5)- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي: الإلكتروني- السياحي- البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، مصر، ص33.

(6) Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, 7 éd, Montchrestien, paris, 2000, p11.

إلا أن منتقديه يرون أن الأخذ بهذا الرأي على مطلقه، اصطناعاً للعنصر الأجنبي في العقد ولا يبرر إضفاء صفة الدولية عليه، ويترتب عليه نتائج غير موضوعية، من ضمنها السماح للمتعاقدين باختيار قانون أجنبي على عقود إلكترونية داخلية، مما يتيح لهم التهرب من الأحكام الآمرة في قانونهم الداخلي[1] والغّش نحو القانون.

القول بدولية كافة عقود التجارة الإلكترونية على إطلاقها، على أساس توافر المعايير التقليدية لدولية العقود فيها[2] هو قول غير سليم، إذ هناك من العقود التجارية الإلكترونية ما لا يتوافر فيها المعيار الاقتصادي أو القانوني، ولا ينجم عنها انتقال رؤوس الأموال أو قيم مالية عبر الحدود، كما أنه لا علاقة له بمصالح التجارة الدولية.

المطلب الثاني: المعيار القانوني المضيق

نظرا للصعوبات العملية التي أفرزها رأي أنصار المعيار القانوني الموسع، الذي بالغ في إضفاء الصفة الدولية على العقد الإلكتروني؛ برز اتجاه ثان يأخذ بالمعيار القانوني المضيّق، بحيث بنى رأيه على نقيض المعيار الأول.

لذا سنعرض الأساس الذي يستند عليه هذا المعيار، والذي يرتكز على فكرة العنصر المؤثر في العلاقة العقدية لمنح الاختصاص الدولي (الفرع الأول) ونبين بعد ذلك نقد هذا المعيار، ومدى ملاءمته كمعيار مرجّح (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العنصر المؤثر في المعيار القانوني المضيق

يؤسس أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على وجوب التركيز على فكرة العنصر الأجنبي المؤثر في العقد[3] الذي يضفي عليه الصفة الدولية، وبالنتيجة تستبعد العناصر غير المؤثرة في العقد التجاري الإلكتروني، وينجم عن ذلك عدم إضفاء صفة الدولية على بعض من هذه العقود التي - حسب رأيهم - تبقى عقودا داخلية لا دولية.

---

(1)- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 29.

(2)- عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص1668.

(3)- فكرة العنصر المؤثر تقترب من فكرة الأداء المميز كقاعدة إسناد، الفرق بينهما أن الأولى تتعلق بإضفاء الصفة الدولية، والثانية تتعلق بإسناد العقد للمحكمة التي ترتبط بالأداء المميز للعلاقة العقدية، والتي هي عبارة عن تركيز موضوعي للعقد، بأنّ كل عقد ينفرد بأداء يميزه ويحدد خصائصه، انظر في هذا:

Jean – Baptiste (M), Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, Paris, 1998, p28 et s.

يضيف هؤلاء بأنه هناك حاجة للكشف عن دولية عقود التجارة الإلكترونية، ويكون ذلك بالارتكاز على الصفة الأجنبية التي تلحق بأحد عناصر العقد من جهة، ومن منحى أخر لا يعتد بهذه الصفة إذا تطرقت إلى عنصر من عناصر العقد إذا لم تكن مؤثرة أو مجدية في إصباغ الصفة الأجنبية على العقد، ولا تؤدي أيضا إلى فكرة الارتباط بمحكمة دولة ما[1].

يظهر من هذا الطرح أن جوهر التضييق في هذا المعيار، يتركّز على حصر صفة الدولية وعدم التوسع في منحها لكافة أصناف العقود التجارية الإلكترونية، مثلما يذهب إليه المعيار القانوني الموسع، فلا يكتفي أنصار هذا المعيار بتطرّق الصفة الأجنبية لأحد عناصر العقد، وإنما يشترطون زيادة على ذلك أن يكون هذا العنصر مؤثرا في العقد، الذي لا يعتبر دوليا لمجرد أنه أبرم بواسطة إلكترونية أو عبر الشبكة الدولية للإنترنت.

ينجم عن هذا المعيار نتائج في غاية الأهمية، إذ لا يعترف أنصاره بالصفة الدولية حسب طبيعة العقد أو وسيلة إبرامه، فلا عبرة بوسيلة الإبرام الإلكترونية لإكساب العقد التجاري الإلكتروني الصفة الدولية بطريقة آلية، فهي ليست عنصراً مؤثراً في التكييف الأجنبي للعقد.

الفرع الثاني: تقييم المعيار القانوني المضيّق

يرى منتقدو هذا المعيار أن تحديد دولية العقود الإلكترونية التجارية يبنى على وجوب التفرقة بين العقود التجارية الدولية الإلكترونية، والعقود التجارية الداخلية منها، مع اعتداد بالوسيلة نسبيا، ويكون ذلك بالتمييز بين نوعين من الإيجاب الذي يقدمه الموقع، فإذا كان الإيجاب دولياً، فإن العقود تكون دولية، والعكس تماما، إذا اقتصر الإيجاب على مخاطبة الأفراد والمؤسسات داخليا، كانت العقود التي يبرمها الموقع داخلية[2].

(1)- كمثال تطبيقي عن عدم قيام حالة الارتباط الكافي التي تشكل أيضا غياب العنصر المؤثر، ما قضت به إحدى المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية في قضية Blackbum كمدعي، صاحب موقع إلكتروني على الإنترنت للبيع بالجملة يعرض مادة اختبار مختلف أنواع السجاد المباع، ضد المدعي عليه Gallery Rug Walker Oriental الذي قام بنسخ أجزاء من موقع البيع بالجملة بدون وجه حق، وقد ذهبت المحكمة أن موقع الإنترنت للمدعي عليه لا يشكل اتصالا مستمرًا وجوهريًا مع النطاق المكاني، وأن الاتصال المقدم لتمكين القراء من إرسال رسالة عن طريق البريد الإلكتروني ليس وحده كافيا لإظهار طبيعة وجود النشاط التجاري للحكم بإمكان توفر الارتباط مع نطاق اختصاص المحكمة ، متاح على موقع: www.arablaw.org ، مشار إليها في: هند الطوخي السيد، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، مصر، 2010، ص ص118- 119.

(2)- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص40.

فحسب منتقدي المعيار، الصنف الأول من العقود التي تخاطب عامة الجمهور في جميع أنحاء العالم، تعتبر عقودا دوليا بطبيعتها، في رأي يقترب من نظرة أنصار المعيار الموسع الذين يصبغونها هم أيضا بالصبغة الدولية على أساس وسيلة الإبرام، أما الصنف الثاني فيتعلق بتلك العقود التي تبرم من خلال المواقع محدودة الإيجاب، أي التي يقتصر إيجابها أو عرضها على المقيمين داخل حدود الدولة التي يقع فيها مقرها الرئيسي، وهذه الحالة تعتبر فيها هذه العقود عقوداً داخلية، لا تكتسب صفة العقود الدولية، وهو ما يثير صعوبات في تطبيق هذا المعيار بما يتعارض مع الاتجاه السائد في التشريعات الحديثة[1].

بالرغم من هذه الانتقادات، إلا أن أغلب الآراء تميل إلى اعتبار هذا المعيار هو المعيار المعقول في الكشف عن دولية عقود التجارة الإلكترونية، الذي أبان عن نظرة منطقية في الكشف عن دولية العقود، دون أن يسرف في بسط صفة الدولية وفقاً للخصائص الذاتية لهذه العقود[2].

المطلب الثالث: المعيار الاقتصادي

عقود التجارة الإلكترونية كما أشرنا من قبل صنفان، داخلية لا يقوم بشأنها تنازع للقوانين، ويطبق عليها القانون الداخلي، أما الدولية منها، فينبغي أن تحتوي على خصائص معينة تكشف عن مدى دوليتها، وهذه الخصائص تنكشف من خلال أحد المعايير المعتد بها في الفقه الدولي، والتي تتعدد في الحجج والأسانيد التي تبني عليها فكرة العقد الدولي.

المعيار الاقتصادي أحد أعرق هذه المعايير، ويؤسس واضعوه دولية العقد التجاري عموما على فكرة مكونة من شرطين، الأول أن تتصل العلاقة العقدية وموضوعه بمصالح التجارة الدولية، وأن يترتب على العقد انتقال لرؤوس الأموال والقيم عبر الحدود[3].

يتضح بأن طبيعة العقد وآثاره هي مناط دولية العقود وفقا لهذا المعيار، وسنبيّن مدلول مصالح التجارية الدولية في الفرع الأول، ونتعرض إلى تقييم هذا المعيار ومدى

(1)- كمثال لذلك قررت محكمة كاليفورنيا اختصاصها للنظر في دعوى أقامتها شركة Blumenthal ضد شركة American On Line Drudge and اختصاصها بنظر الدعوى على أساس أن المدعي كان له تواجد في الولاية التي توجد بها المحكمة صندوق بريد إلكتروني، وأن قيام شركة GoldCyber بإنشاء موقع على الإنترنت يفيد بأنها قد استهدفت بذلك الوصول إلى كل دول العالم. انظر: هند الطوخي، المرجع السابق، ص ص122-123.

(2)- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص28.

(3)- عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص1668.

ملاءمته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مدلول التجارة الدولية الإلكترونية

التجارة الدولية كمصطلح تقليدي، ترتبط بعمليات التبادل التجاري مع العالم الخارجي وهي ركيزة العلاقات المكونة للاقتصاد الدولي، تتكون من التدفقات الدولية لرؤوس الأموال والمبادلات الدولية للسلع والخدمات.

تتباين التعريفات للتجارة الدولية بين الفقه الاقتصادي والتعريف الموسع، فيعرفها البعض بأنها حركة السلع والخدمات ورؤوس الأموال والخدمات، أو هي نوع من التبادل للسلع والخدمات على اختلاف أطراف التبادل، دولا أو أفرادا وكيانات، وتمارس عن طريق عقود تجارية ذات طابع دولي[1].

فقهاء علم الاقتصاد يعرفونها بأنها مختلف عمليات التّبادل التّجاري للسلع والخدمات وغيرها من عناصر الإنتاج المختلفة بين إقليمين أو دولتين مختلفتين أو عدة دول بهدف تحقيق منافع تجارية متبادلة لأطرافها[2].

من خلال هذه التعريفات، يتضح بأن التجارة الدولية تمارس عن طريق عقود أو صفقات تجارية تبرم بين أطراف مختلفة على نطاق دولي، بحيث تتسم بالصفة الدولية أيضا، ويمكن تصنيف الصفقات التجارية التي تتضمنها التجارة الدولية، تبادل السلع المادية، تبادل الخدمات مثل خدمات الشحن، التأمين، النقل والخدمات السياحية أو المصرفية، وغيرها، بما يؤدي إلى نشوء حركة لرؤوس الأموال[3].

التجارة الإلكترونية لا تشذ عن هذا المدلول والمضمون، فهي ذاتها التجارة التقليدية، تمارس عبر الوسائط الإلكترونية، بحيث تبرم العقود والصفقات المرتبطة بها عبر الوسائل الإلكترونية[4] ذلك أن التجارة الدولية تحولت من منظور دولي إلى مفهوم أكثر اتساع يرتبط

(1)- عطا الله، علي الزبون، التجارة الخارجية، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص09.

(2)- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006 ص63.

(3)- محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص8.

(4)- عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود التجارية الدولية، مقال منشور في الموقع الالكتروني www.arablawinfo.com ص: 30.

بعالمية الاقتصاد والتجارة، أسهمت فيه وسائل الاتصال الحديثة، مما أدى إلى دخول أطراف أو كيانات تجارية عالمية في تعاقدات مع بعضهم البعض باستخدام أساليب التعاقد المستحدثة عبر الوسائل الإلكترونية، لا سيما شبكة الانترنت، وهو ما أفضى إلى بروز التجارة الإلكترونية.

تطبيقا للمعيار الاقتصادي، تكون العقود التجارية الإلكترونية دولية، إذا ارتبطت بمصالح التجارة الدولية، ولأن التجارة الإلكترونية صنف من التجارة الدولية، وهي تبرم عن طريق صفقات وعقود تجارية إلكترونية، فإنه يمكن القول بأن هذه العقود تكون كذلك متى أبرمت بين أطراف مختلفة على نطاق دولي، وتضمنت تبادلا للسلع المادية أو الخدمات، وترتب عليها حركة لرؤوس الأموال.

الفرع الثاني: مدى ملاءمة المعيار الاقتصادي لتحديد دولية العقد التجاري الإلكتروني

يرى منتقدو هذا المعيار بأن القول بدولية كافة عقود التجارة الإلكترونية تأسيسا على ارتباطها بمصالح التجارة الدولية ونشوء حركة رؤوس أموال عنها، هو قول يؤخذ عليه إطلاقه، فهناك عقود لا يتوافر بشأنها شروط المعيار الاقتصادي، فلا ترتبط بهذه المصالح، ولا يترتب عنها حركة رؤوس أموال[1] ومع ذلك تكون دولية، لا يختص القضاء الداخلي بنظرها.

من جهة ثانية، هناك من يرى بأن العبرة في اعتبار العقد التجاري الإلكتروني دولياً، يكون بمدى ارتباطه بأكثر من نظام قانوني، وبالنتيجة لذلك يكفي أن تلحق الصفة الأجنبية بأي عنصر من عناصر الرابطة العقدية، ولو كان قليل الأهمية[2] وهذا الأمر لا يحقّقه المعيار الاقتصادي.

بالإضافة لذلك، فدولية عقود التجارة الإلكترونية باتت ترتبط بضوابط لا علاقة لها بحركة رؤوس الأموال ولا بمصالح التجارة الخارجية، إذ أن قانون الإرادة كضابط إسناد مرجح في التشريعات الداخلية والدولية، صار وسيلة يستخدمها القانون كأساس للالتزام بالعقود التجارية الدولية، استجابة لضرورات التعامل واستقرار المعاملات، وللتعدد الكبير والاختلافات في التعاملات العقدية الدولي[3].

(1)- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص34.

(2)- أمين دواس، المرجع السابق، ص2540.

(3)- صلاح الدين جمال الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص 54.

يتضح لنا من خلال دراسة هذه المعايير ومختلف الحجج التي عرضت، بأن دولية العقود التجارية الإلكترونية تبنى على أحد المعيارين، المعيار القانوني، وينقسم بدوره إلى معيار قانوني موسع وأخر مضيق، بالإضافة إلى المعيار الاقتصادي، واتضح لنا بأن غالبية الفقه تميل إلى اعتبار المعيار القانوني المضيق- في تبريراته لإكساب صفة الدولية لهذه الأصناف من العقود- الأكثر ملاءمة، فهو يحصر صفة الدولية ولا يتوسع في منحها لكافة أصناف العقود التجارية الإلكترونية، ولا يربطها بوسيلة الإبرام مما يجعله معيار وسطا.

المبحث الثاني: قانون الإرادة ومدى ملاءمته كضابط إسناد رئيسي في العقود التجارية الإلكترونية

العقد التجاري الإلكتروني لا يشذ عن القاعدة العامة في العقود التقليدية، فهو اتفاق ينشأ التزامات بين طرفيه، وهو شريعتهما، أي قانونهما الذي يرتضيانه ويلتزمان به، وإن اختلفا يلزمهما بما حواه من شروط وأحكام، والأصل العام أن يكون لهذا العقد قانون يحكمه، فيطبّق عليه القانون الداخلي حينما لا يتضمن أي عنصر أجنبي في العلاقة العقدية، ويطبق القانون الذي يحدد وفق قواعد الإسناد في حال ما إذا كان العقد دوليا.

ضوابط الإسناد كثيرة ومختلفة، لكن أهمها ضابط قانون الإرادة، والتّشريعات الداخلية والدولية تكاد تجمع على إخضاع عقود التّجارة الدولية في جانبها الموضوعي لقانون الإرادة[1] الذي يعتبر قاعدة إسناد أصلية، إذ تستجيب فكرة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يسري على عقدهم للتعدد الكبير وللاختلافات في التعاملات العقدية الدولية[2] فهو بالمجمل مبدأ يسمح بالحرّية التعاقدية في المجال التّجاري والاقتصادي الدولي[3].

تواترت مختلف النظم القانونية والاتفاقيات الدولية ونظم القوانين المختلفة على الأخذ بمبدأ قانون الإرادة، مع اختلاف في مدلوله وحدود الأخذ به، وسنتناول بيان مفهوم قانون الإرادة وتطبيقاته العملية في العقود التجارية الدولية في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني نبين الآثار المترتبة على إعمال قانون الإرادة كقاعدة إسناد شخصي في منازعات

(1)- عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص1671.

(2)- صلاح الدين جمال الدين: دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص 54.

(3) Jean Michel Jacquet: Principe D'autonomie Et Contrats Internationaux, Economica, Paris, 1983, p7.

العقود التجارية الإلكترونية.

المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة وتطبيقاته العملية في العقود التجارية الدولية

يخضع العقد التجاري الإلكتروني لمبدأ سلطان الإرادة، ويجسد بتوافق الإرادة العقدية[1] بإيجاب وقبول، وإرادة طرفي العقد لها دور فاصل في تحديد القانون الذي يحكم عقدهما.

بالرغم من توسع العمل بهذا المبدأ في مختلف النظم القانونية الداخلية والدولية، إلا أن هذه الأنظمة تباينت في مفهومه من خلال اختلافها في حدود ومضامين تطبيقه، وهو ما يدفعنا إلى تناول المفهوم والتطبيقات العملية من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم وتطور قانون الإرادة

قانون الإرادة مبدأ مستقى من مبدأ حرية التعاقد الذي يعبّر عن تأثر بالفكر الفلسفي للمذهب الليبرالي الذي روّج لفكرة تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين والمحاكم الوطنية[2] تمشيا ومرونة المعاملات التجارية الدولية، ومعناه منح الأطراف المتعاقدة حرية تضمين عقدهم بند أو شرط يقضي بتحديد قانون معين يحكم علاقتهما التعاقدية[3].

هذا المبدأ قديم في النشوء، ويرجع قاعدة قانون الإرادة إلى فقه المدرسة الإيطالية القديمة في ظل نظرية الأحوال، وهو تعبير أطلق على مجمل الأعراف والعادات الخاصة التي تمسكت بها المدن الإيطالية المستقلة على العلاقات التجارية إلى جانب أحكام القانون الروماني[4] كما رسخت الشريعة الإسلامية مبدأ الإرادة الحرة واشتراط الرضا[5] والالتزام بمضمون العقود.

بقي قانون الإرادة كمبدأ يعمل به في المجال التجاري لغاية عصرنا الحديث، أين تطور هذا المبدأ وازدهر في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، جاعلا من الإرادة أساسا لإبرام

(1)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص103.

(2)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع نفسه، ص 114 و 123.

(3)- في هذا المعنى، سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص93.

(4)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص ص 94-95.

(5)- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2013، ص90.

التّصرفات العقدية لا سيما في نطاقها الدولي[1].

وبالرغم من ثبات الأخذ بهذه القاعدة عبر العصور لحد الساعة، إلا مفهوم قانون الإرادة لم يستقر عند مدلول محدد، ذلك أن الفقه والقضاء وكذلك التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية اختلفت بشأن حصر مفهومه، وهذا ناجم عن اختلاف الأفكار والمضامين الاجتماعية حسب الأنظمة القانونية، ونجم عن هذا الاختلاف بروز اتجاهات ثلاثة.

أولا: الاتجاه المضيّق: أنصار هذا الاتجاه يربطون بين قانون الإرادة وبين قانون دولة معينة بذاتها، فيتوجب أن يكون القانون المختار الذي يطبق على العقد يحيل إلى قانون من القوانين الوطنية الداخلية

النافذة في دولة تتمتع بهذا الوصف طبقا لأحكام القانون الدولي العام[2] ويجد هذا الرأي تطبيقا له في سوابق قضائية دولية أسست لمضمون هذا الاشتراط[3].

ثانيا: الاتجاه الموسع: يتوسع أنصار هذا الاتجاه في إسناد العلاقة التعاقدية لأي قانون دونما أي اشتراط بالتقيد بقانون دولة بعينها، وأيضا إسنادها لقواعد قانونية ذات صبغة عالمية، حتى ولو كانت قواعد عرفية استقر عليها التعامل في ميدان التجارة الإلكترونية.

ثالثا: الاتجاه المعتدل: هو اتجاه يوازن بين الرأيين السابقين، ويذهب إلى منح المتعاقدين الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق، وأن تكون مؤسسة على أسباب مشروعة، ومن ناحية أخرى يجب الأخذ بضوابط للحد من حرية الاختيار حتى لا تكون مطلقة[4] تفاديا لإسناد العلاقة العقدية لقانون أخر لا تربطه صلة بالعقد، وتفاديا للغّش نحو القانون[5] والإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين الواجبة التطبيق.

---

(1)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص95.

(2) JEAN - Baptiste Michelle, op. cit, p26.

(3)- من ذلك حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر سنة 1929 بأنّ: " كل العقود التي لا تبرم بين الدول يجب إخضاعها بالضرورة للقانون الوطني لدولة معيّنة " أيضا ما قضت به محكمة النفض الفرنسية في حكم سنة 1950 بأنّ كل عقد دولي يتحتم إخضاعه للقانون الداخلي لدولة معينة انظر: صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 280.

(4) Verbiest Thibault, la protection juridique du cyber- consommateur, litec, 2002, p115.

(5)- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية بجامعة بيروت العربية، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 454.

يعتبر هذا الاتجاه راجحا في الفقه، ويجد له إعمالا في التشريعات الوطنية والدولية، فهو من جهة يعتد بقانون الإرادة، ولا يضيّق عليها، ومن منحى أخر لا يؤيّد فكر الحرية المطلقة غير المقيدة بأي ضابط، وفي ذات الوقت يحرص على الاعتداد بالأحكام الآمرة في القانون واجب التطبيق.

إجمالا، ومن خلال هذا الطرح والآراء المختلفة، يمكن تعريف قانون الإرادة في مجال العقود التجارية الدولية، أنه إعمال لمبدأ سلطان الإرادة، يتيح للمتعاقدين اختيار قانون أو نظام قانوني معين يحكم العلاقة العقدية الناشئة بينهما ذات البعد الدولي.

الفرع الثاني: التطبيقات العملية لقانون الإرادة في القانون الدولي والداخلي

اعتدت التشريعات الوطنية والدولية في معظمها بإخضاع عقود التّجارة الدولية في جانبها الموضوعي لقانون الإرادة[1] بل توسعت في مضمون ومدلوله، وإمكانية انصرافه ليحكم العقد برمته أو جزء منه، مع إمكانية العدول عن القانون المختار واستبداله[2].

أولا: في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية

اتفاقيات كثيرة أخذت بقانون الإرادة في العقود الدولية، منها اتفاقية روما لسنة 1980 بخصوص القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع التي نصت المادة 1/3 منها على أن **العقد يطبق عليه القانون الذي يختاره المتعاقدون صراحة أو ضمنا ليحكم كامل العقد أو جزء منه**[3]، وذات الأمر أقرته اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في مادتها الثانية بشأن القانون واجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية التي " **يخضع البيع لقانون البلد الذي يعينه المتعاقدان ويتم هذا التعيين إما صراحة في إحدى بنود العقد أو يستنتج بصورة مؤكدة من أحكام العقد**.."[4].

وبدورها اتفاقية لاهاي لسنة 1986 وهي بديلة للاتفاقية السابقة، تبنت أيضا قاعدة قانون الإرادة في المادة السابعة التي ورد فيها: " **يخضع عقد البيع للقانون الذي يختاره**

(1)- أحمد الهواري، المرجع السابق، ص1654.

(2)- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص269.

(3)- انظر: نصوص هذه الاتفاقية عبر موقع الإنترنت:
http://eur.les.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri-CELEX:41998A0126%2802%29.

(4)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص129.

الطرفان، ويجب أن يكون اتفاق الطرفين بخصوص هذا الاختيار صريحا أو يمكن استنتاجه بوضوح من شروط العقد وظروف الحال منظور إليها مجتمعة، ويمكن أن يقتصر الاختيار على جزء من العقد فقط."[1].

أما القوانين الدولية النموذجية فتعتبر لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة " الأونسيترال " من بين أهم الهيئات المتهمة بالقوانين الدولية النموذجية، ففي تقرير لها بمناسبة وضع قانون التجارة الإلكترونية لعام 1996 أكدت على مبدأ حرية التعاقد ووجوب تفعيله، واعتبرت أنه من الأهمية القصوى التركيز على مبادئ التعاقد والاتفاق بين أطراف العقد بصورة حرة[2].

كما أقرت ذات اللجنة في مبادئ اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية الصادرة في 16 جويلية 2015 في المادة 2 منها نصت على: "**العقد يخضع لأحكام القانون الذي تختاره الأطراف، وأن من حقِّ الأطراف أن تختار ما يلي: - القانون المنطبق على العقد برمَّته أو على جزء منه فحسب؛ قوانين مختلفة تنطبق على أجزاء مختلفة من العقد ويجوز إجراء هذا الاختيار أو تعديله، ولا يشترط وجود صلة بين القانون المختار والأطراف..."**[3].

ثانيا: في التشريعات الداخلية للدول: تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي من حيث الموضوع لقانون الإرادة من أشهر قواعد القانون الدولي الخاص التي اعتدت بها معظم التشريعات الوطنية[4]، معتبرة إياه قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود التجارية الدولية.

ففي التشريعات العربية تبنى القانون المدني الجزائري هذا المبدأ في المادة 18 منه التي ورد فيها: " **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد**"[5]، وهو ذات الأمر في القانون المدني المصري في نص المادة1/19 التي تنص على: "**يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب**

(1)- انظر: نصوص هذه الاتفاقية عبر موقع الإنترنت:
http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=31
(2)- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة، عين شمس، مصر، 2006ص92.
(3)- متاح على موقع: http://www.uncitral.org
(4)- أحمد الهواري، المرجع السابق، ص1654.
(5)- أمر رقم مؤرخ في يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج عدد بتاريخ.

عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنية،... " وذات الأمر في القانون التونسي[1].

في التشريعات الغربية نجد القانون المدني النمساوي لعام 1979 الذي ينص في المادة 1/35 على أن: **يسري على الالتزامات التعاقدية القانون الذي يحدده الأطراف صراحة أو ضمنا".** الأمر ذاته في القانون الألماني لسنة 1986 في المادة 1/27 التي أخضعت **العقد للقانون الذي يختاره** الأطراف، وذات الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية، في العقود الدولية في نص المادة 301: " **الاطراف في المعاملات الدولية أيا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحرية الأساسية في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم"**[2].

الفرع الثاني: أنواع الإرادة وارتباطها بالقانون واجب التطبيق.

النظم القانونية المختلفة، داخلية ودولية، أقرّ معظمها طريقين للاختيار وفقا لنوعين من الإرادة، إرادة صريحة ينجم عنها اختيار صريح، وإرادة ضمنية تترجم في الاختيار الضمني.

أولا: الإرادة الصريحة في اختيار القانون واجب التطبيق

الإرادة الصريحة هي الأصل في اختيار القانون واجب التطبيق، وتتحقق باتفاق صريح بين طرفي العلاقة العقدية عند إبرام العقد، ويكون ذلك ببند أو شرط يدرج في صلب العقد، كما تتحقق أيضا باتفاق لاحق مستقل بينهما على هذا الاختيار، وتتحقق هذه الفرضية حينما يتراخى الأطراف عن البت في هذه المسألة لما بعد إبرام العقد، أو لغاية نشوء نزاع بينهم[3].

بهذا المدلول العقد الإلكتروني التجاري، مثله مثل العقود التقليدية، يسري عليه هذا المعنى للإرادة الصريحة، على أن الخصوصية التي يتميز بها تقتضي أن يدون هذا الشرط ويحفظ بشكل يمكّن من الرجوع إليه للاعتداد به، بما يضمن سلامة النص

(1)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص ص 123-126.

(2)- أحمد الهواري، المرجع السابق، ص1654 أيضا: مشار لدى: **أحمد عبد الكريم سلامة**، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، ، قانون الإرادة وأزمته، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 160.

(3)- أحمد الهواري، المرجع السابق، ص1655.

الذي ورد فيه التعبير الصريح على اختيار القانون الذي يحكم العقد في مضمونه[1]. خصوصا وأن تبادل الإيجاب والقبول في مثل هذه العقود يتم بطريق إلكتروني بأوضاع متعددة، كالبريد الإلكتروني، والرسائل الإلكترونية، وغيرها من الوسائل[2].

ثانيا: الإرادة الضمنية واختيار القانون واجب التطبيق.

الإرادة الضمنية تعني الإرادة غير المعبر عنها بصراحة في صلب العقد أو في اتفاق مستقل، وتتحقق أي إذا لم يقم الأطراف بالاختيار الصريح للقانون الذي يحكم علاقتهم العقدية، وقد نصت أغلب التشريعات الوطنية والدولية على هذا النوع من الإرادة، وعلى ضرورة البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، باعتبارها اختيار إرادي لكنه غير معلن[3].

في الإرادة الضمنية تلجأ الجهة المطروح عليها النزاع إلى حل يكون في استخلاص الاختيار الضمني من ظروف العقد أو القرائن التي تعبر بوضوح عن إرادة المتعاقدين في هذا الشأن، مثل الاعتداد بالغة التي اختارها الطرفان، أو استعمال مصطلحات معروفة في قانون معين، أو اختيار عملة دولة ما للوفاء، أو اشتراط تنفيذ العقد لأي دولة معينة[4].

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على قانون الإرادة

يترتّب على خضوع العقد التجاري الإلكتروني لقانون الإرادة أثار قانونية هامة، يتمثل أولها في السماح للمتعاقدين باختيار أكثر من قانون ليحكم الجوانب الموضوعية لعقدهما، وهو ما يعرف بتجزئة العقد، ويرى فقه قانون التّجارة الإلكترونية في غالبيته أن للمتعاقدين الحق في إخضاع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين، فلهما أن يتّفقا على إخضاع تكوين العقد لقانون محلّ إبرامه مثلا، وإخضاع تنفيذه لقانون محل التنفيذ[5].

الأثر الثاني يتمثل في عدم اشتراط وجود صلة بين القانون المختار والعقد، ويستمد

(1)- قارة سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الثالث، الجزائر2015، ص 122.

(2)- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص31.

(3)- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص286.

(4)- أحمد الهواري، المرجع السابق، ص 1655. أيضا: سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص ص 104-105.

(5)VERBIEST (T): la protection juridique du cyber-consommateur, op. cit, p116

هذا الأثر تطبيقاته من نصوص اتفاقيات متعددة أسست له، منها اتفاقية لاهاي 1955 المتعلّقة بالقانون الواجب التّطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية، حيث نصّت في المادة الثانية منها على أنّ البيع يكون محكوما بقانون الدولة الذي يختاره المتعاقدون دون إيراد أي قيد بهذا الشأن، اتفاقية روما 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التي خوّلت المتعاقدين حرّية مطلقة في اختيار القانون واجب التطبيق دون استلزم توافر رابطة بين القانون المختار والعقد.

وفي مجال العقود الإلكتروني، غالبية الفقه تقرّ صعوبة الاعتداد بالصّلة بين القانون المختار والعقد العقد، ذلك أن التعاقد بشأنها والذي يتم بشبكات الاتصال الحديثة، يفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد نتيجة انفتاح الشبكات على العالم بأسره، وبهذه المثابة يصعب تحديد تلك الرابطة[1].

أما الأثر الثالث فيتمثل في رفض فكرة الإحالة، ومؤدى هذا الأثر أن القاضي المطروح عليه النزاع ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون المختار، دون إعمال قواعد التنازع في ذلك القانون، إذ أن اختيار المتعاقدين لقانون العقد لا يتم بناء على قاعدة من قواعد التنازع، وإنما يستند إلى مطلق سلطان الإرادة[2].

أما الأثر الأخير، فيتمثل في وجوب تقيد قانون الإرادة بضوابط النظام العام، بحيث يستبعد قانون الإرادة إذا كان يتنافى مع النظام العام والآداب العامة، وتجدر الاشارة أن النظام العام ينقسم إلى صنفين، نظام عام داخلي، ويقصد به مختلف الضوابط التي ترمي إلى حماية المصالح العليا العامة؛ سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية أو دينية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو مصلحة الفرد[3] ويهدف النظام العام في مجال القانون الداخلي إلى إبطال كل اتفاق للأطراف يخالف القواعد الآمرة[4].

أما الصنف الثاني فهو النظام العام الدولي، الذي يقصد به مجموع القواعد التي تواتر العمل بها في مجال التجارة الدولية واللصيقة بها، في إطار تلبية متطلباتها واحتياجاتها عن

(1)- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 114.

(2)- سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص 114.

(3)- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون الجديد، مرجع سابق، ص 299.

(4)- سامية راشد، فؤاد رياض: الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص217.

طريق تشجيع وابتداع القواعد الذاتية الخاصّة بها، يرمي هذا النوع الجديد من النظام العام، إلى تطبيق مفاهيم قانونية ذات بعد دولي تتلاءم مع مقتضيات التجارة الدولية[1].

خاتمــة:

يتضح لنا من خلال دراستنا بأن البيئة التي تبرم فيها العقود الإلكترونية التجارية بيئة خاصة، ووسائل الإبرام كذلك، وهذا يجعل القياس على العقود التجارية الدولية التقليدية قياس غير دقيق، فالعقود الإلكترونية تتسم بخصوصية يفترض من خلالها اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد، نتيجة انفتاح الشبكات على العالم بأسره، وهذا ما يصبغ أغلب هذه العقود بالصفة الدولية.

ولأن العقد الدولي يفترض إعمال قواعد التنازع لتحديد القانون واجب التطبيق، فإن هذه الخصوصية أيضا خلقت إطارا قانونيا مرجّحا لمسألة القانون واجب التطبيق، وذلك بتغليب جل القوانين الداخلية والدولية قانون الإرادة كقاعدة إسناد أصيلة، ينجم عنها خضوع العقد الإلكتروني التجاري لسلطان الإرادة، وتجعل اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الذي يسري على علاقتهما التعاقدية، لا ينجم عن قاعدة من قواعد التنازع، وإنما يستند إلى مطلق سلطان الإرادة، بحيث يصل الأمر إلى استبعاد مختلف الروابط المادية التي يتصور وجودها بين القانون المختار والعقد، والتي تصلح للسريان في مجال عقود التجارة الدولية التقليدية.

إن قانون الإرادة سيظل مبدأً قائما، بالرغم من بروز اتجاه في الفقه التجاري الدولي يرمي إلى استحداث قواعد مادية خاصة بالتجارة الإلكترونية، وهذا يرجع إلى أن التجارة عموما، والدولية منها تأسست وبنيت على قواعد وأعراف تجارية تستند بالأساس على مبدأ سلطان الإرادة.

قائمة المراجع

أولا: المؤلفات باللغة العربية

- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي: الإلكتروني- السياحي- البيئي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2013.
- حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة

(1)-محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 142.

الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

- سامية راشد، فؤاد رياض: الوسيط في تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

- صلاح الدين جمال الدين، دور أحكام التحكيم في تطوير حلول مشكلة تنازع القوانين، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004.

- عطا الله علي الزبون، التجارة الخارجية، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، 2015.

- فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

- محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

- محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2006.

- سامي مصطفى فرحان، تنازع القوانين في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006.

- محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.

- هند الطوخي السيد، التحكيم في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010.

ثالثا: المقالات والمداخلات

- أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، 10-12 ماي 2003.

- أمين دواس، اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة النجاح للأبحاث، مجلد 25 (10)، فلسطين، 2011.

- عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود التجارية الدولية، مقال منشور في الموقع الالكتروني www.arablawinfo.com

- عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، نظرة عامة، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، 10-12 ماي 2003.

- قارة سليمان محمد خليد، الحلول القانونية لمشكلة تنازع القوانين في ظل التعاقد الإلكتروني، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الثالث، الجزائر، 2015.

- هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مجلة الدراسات القانونية بجامعة بيروت العربية، العدد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

رابعا: النصوص القانونية:

- أمر 75-58 يتضمن القانون المدني، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

خامسا: المو اقع الالكترونية

- موقع الإنترنت:

- http://eur.les.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri-CELEX:41998A0126%2802%29.

- موقع الإنترنت:

- http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=31

- موقع الأنترنت: http://www.uncitral.org

سادسا: المؤلفات باللغة الأجنبية

- Jean - Baptiste (M), Créer et exploiter un commerce électronique, Litec, Paris, 1998.

- Jean Michel Jacquet, Principe D'autonomie Et Contrats Internationaux, Economica, Paris, 1983.

- Pierre Mayer et Vincent Heuzé, Droit international privé, 7 éd, Montchrestien, paris, 2000.

- Verbiest Thibault, la protection juridique du cyber- consommateur, Litec, Paris, 2002.