أساس تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية الإلكترونية

The Basis for Determining the Applicable Law on International Electronic Commerce Contracts

ط. د سالم عبد الكريم

طالب دكتوراه في القانون الدولي الخاص للأعمال

جامعة أبي بكر بلقايد- تـلـمـسـان

salemabdelkarim13@gmail.com

تاريخ الاستلام : 2018/06/18 تاريخ القبول للنشر : 2018/07/22

الملخص:

لقد عرف المجتمع الاقتصادي قفزة نوعية في شتى المجالات، ساهمت فيها وبشكل فعّال وسائل التكنولوجيا الحديثة. لينعكس ذلك على المعاملات التجارية، حيث تسارعت وتيرتها، واتسعت رقعتها. وهو ما دفع بالدول ومختلف الهيئات والمنظمات إلى مباشرة الإصلاحات التشريعية في هذا المجال خاصة فيما يتعلق بالجانب التعاقدي منها، وذلك بغية وضع إطار قانوني يضمن حماية للأفراد واستقرار للمعاملات، وهو مالا يمكن أن يتحقق إلاّ من خلال تحديد قانون العقد. هذا الأخير وإن تعددت المناهج بشأنه إلا أنّ الغالب يُرجح فرضية إطلاق العنان لحرية الأطراف في اختياره. غير أنّ المسألة قد يشوبها الكثير من الغموض نظرا لخصوصية الوسط الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية ؛ العقد الدولي ؛ إرادة الأطراف

Abstract:

The economic community has known a quantum leap in various fields, in which the means of modern technology have contributed effectively. This was reflected in business transactions, where their rate has accelerated and their spread has widened. This has led the States and various institutions and organizations to initiate legislative reforms in this field, especially with regard to their contractual aspects, with a view to establishing a legal framework that guarantees the protection of individuals and the stability of transactions, which can only be achieved through the determination of the contract law. Although many approaches are different, most of them are likely to unleash freedom of the parties to choose them. However, the aforementioned issue may be too vague because of the privacy of the electronic domain.

***Key words**: Electronic commerce; International contract; Parties will.*

مقدمة:

تعدّ التجارة أحد أهم الأنشطة الاقتصادية في حياة الإنسان، بحكم أنها تساهم في تعزيز تبادل البضائع والخدمات. وقد عُرفت التجارة كعنصر فعال في المجتمع وهذا منذ القدم. حيث ارتبط نموّها بالتطورات التي شهدتها الحضارة الإنسانية.

ولقد ظهرت حاجة المجتمع في تحقيق القدر الكافي من الرفاهية الذي يتوقف على توفير الأمن السياسي والأمن الاقتصادي. فإقبال الأفراد على مختلف المنتوجات باختلاف أنواعها سواء تعلّق الأمر بالأساسيات أو الكماليات في منحى متزايد.

كما أنّ الحكمة من التجارة الدولية أنها تقوم على الاستغلال الأمثل لموارد العالم، فهي تحقق التوازن في السلع و الخدمات بين الدول التي تتوفر عليها، وتلك التي تفتقر إليها. كما تعتبر بمثابة محرك لنمو النشاط الاقتصادي لدول العالم. لدى نجدها تحظى باهتمام بالغ من طرف فقهاء القانون أو من طرف الهيئات و المنظمات الدولية.

ولعل أهم ما ساهم في اتساع رقعة المبادلات التجارية هي وسائل الاتصال الحديثة، وفي مقدمتها الأنترنت، هذه الأخيرة أضحت الرابط الفاعل بين البائع والمشتري من شتى أنحاء العالم. مما أدى إلى ظهور مصطلحات وألفاظ جديدة على غرار التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني.

وإن كانت الوسائل الإلكترونية قد ساهمت بشكل فعال في نمو التجارة الدولية، فإنها فتحت في المقابل بوابة الأزمات القانونية والتشريعية ، ولعل من بين أهم المسائل التي فرضت نفسها في هذا المجال هي مسألة قانون العقد، أو ما يعرف بالقانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي. فالعنصر الأجنبي في مجال المعاملات الدولية يولد ما يعرف بتنازع القوانين. ولدى كان لزاما على رجال القانون في هذا المجال إيجاد حلول لمسألة التنازع عن طريق إخضاع العقد لقانون معين.

ولكن يبقى لنا أن نتساءل عن كيفية تحديد القانون الذي يحكم العقد التجاري الدولي في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة، وفي ظل بيئة رقمية يسودها اللاأمن. بمعنى آخر ماهي معايير تحديد قانون العقد؟ وهل بإمكان هذا الأخير إرساء معالم الأمن القانوني في هذا المجال؟

الإجابة حول هذه التساؤلات تكون من خلال التركيز على دور الإرادة في تحديد قانون العقد، كون الرضائية هي أساس المعاملات التعاقدية. وهذا في مطلبين يعالج أولهما إرادة الأطراف كأساس لتحديد

قانون العقد، في حين يختص الثاني بمسألة تخلف الإرادة في تحديدها للقانون.

المطلب الأول : إرادة الأطراف كأساس لتحديد قانون العقد

قصد تحقيق قدر كافي من الأمن القانوني، وبغية بث الطمأنينة في نفسية المتعاقدين في المجال الدولي، غالبا ما يلجأ الأطراف إلى إقرار قانون العقد عن طريق رغبتهم الشخصية، وهو ما يعرف بقانون الإرادة. غير أنّ هذه الرغبة وإن كانت في نظرهم هي مفتاح الحماية فإن اصطدامها ببعض المخاطر والقيود قد يغير من الفرضية.

الفرع الأول : التعبير عن الإرادة و المسائل المتعلقة به

إنّ الأصل في تحديد قانون العقد هو الاختيار عن طريق الإرادة الصريحة، وهي تلك الإرادة التي نجد لها أثر واضح في متن العقد، ويتم التوصل إليها بدون مشقة وبدون عناء. حيث يعبر الأطراف بطريقة واضحة عن خضوع عقدهم التجاري لقانون معين، وتكريس غايتهم الاتفاقية حول إيجاد حلول وسطية لمشكلة تنازع القوانين تتناسب وتطلّعاتهم[1]. فأساس الإرادة الصريحة هو الإعلان أو ما يعرف باللغة الفرنسية بـ " La déclaration de volonté".

ولقد عمدت جلّ التشريعات و النظم القانونية إلى الأخذ بسلطان الإرادة كمبدأ لحكم منازعات عقود التجارة الدولية، حيث نصت عليه اتفاقية لاهاي لسنة 1955 في الفقرة 01 من المادة الثانية المتضمنة القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية، بالإضافة إلى كل من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في فقرتها الأولى من المادة الثالثة، كما نصت عليه المادة 06 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن عقود البيع الدولي للبضائع. أما الأخذ بها في ظل القانون الجزائري فجاء صريحا في نص المادة 18 المشار إليها في الفصل الثاني من الباب الأول من القانون المدني والمتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان التي جاء فيها : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين ".

وإن كانت المسألة تبدو سهلة في ظل التعاقد بين الأطراف التي يجمعها مجلس عقد واحد، فالأمر بخلاف ذلك في الحالة التي يتم التعاقد فيها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وفي مقدمتها الأنترنت أو شبكة المعلومات الدولية. وهي خدمة تعمل على اختصار المسافة والجهد والوقت، عرفتها الجزائر لأوّل مرة سنة 1993 عن طريق مركز البحث للمعلومات العلمية

والتقنية CERIST، وهو مركز للأبحاث تابع للدولة [2].

في حين نظّمها المشرع الجزائري كنشاط تجاري مقنّن بموجب المرسوم التنفيذي 257/98 المؤرّخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها ، المعدّل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000. ويعرّف الأنترنت على أنّه مجموعة كبيرة من شبكات الحاسوب المرتبطة ببعضها البعض باستخدام وسائل ربط متنوّعة كالأسلاك أو الكوابل النحاسية، أو أبراج الاتصال اللاّسلكية التي تعمل من خلال تبادل الموجات الكهرومغناطيسية، أو الأقمار الصناعية، أو بالجمع بينها عبر مختلف أنحاء العالم[3].

والملفت للانتباه أنّ المعاملات التي تبرم بين غائبين عن طريق الوسائل الإلكترونية يشوبها الكثير من الشك، خاصة حول زمان ومكان التعاقد.

وإن كان الأصل في التعبير عن الإرادة أن يكون صريحا، فإنّ ارتباط السكوت بالقبول وإن كان وفقا للقواعد العامة لا يعدّ تعبيرا عن الإرادة، فإنّه يكون بخلاف ذلك إذا كان سكوتا ملابسا. هذا الأخير يقترن ببعض المظاهر الخارجية التي تخرجه عن حالته السلبية وتضفي عليه وضعا إيجابيا كتعبير عن الإرادة.

هذا ويمكن تحديد الإرادة الضمنية عن طريق الاستدلال ببعض المؤشرات والقرائن، كتحرير العقد بلغة دولة معينة أو الاتفاق على دفع الثمن بعملة معينة وغيرها من القرائن التي تكون بمثابة طريق يمهّد للقاضي تحرّي الإرادة الضمنية للأطراف في المجال التعاقدي.

الفرع الثاني : حماية إرادة الأطراف

تثير مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي جملة من المخاوف كان لزاما على التشريعات المختلفة إحاطتها بعناية خاصة. حيث تثير مسألة التحقق من الإرادة شكوك كل طرف اتجاه الطرف الآخر. لذلك نجد أنّه في حماية المعاملات الإلكترونية والإرادة على وجه الخصوص تأثير مباشر في استقرار المعاملات التجارية الدولية.

ولعلّ من بين أهم وسائل الحماية في هذا المجال نجد التوقيع الإلكتروني، والتصديق الإلكتروني وهي عبارة عن وسائل تكرس قدرا من المصداقية و الواقعية في العقد التجاري الدولي.

هذا ويعرّف التوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن مصطلح تقني عام يتعلق بكافة الطرق التي تسمح للشخص بالتوقيع على الوثيقة الإلكترونية. كما عرفه المشرع الجزائري على أنه " بيانات في شكل إلكتروني،

مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"[4].

ويتخذ التوقيع الإلكتروني عدة صور نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

التوقيع بواسطة الرقم السري في البطاقات الممغنطة، حيث تحوي هذه الأخيرة بيانات الشخص المتعاقد التي توجد في دائرة إلكترونية مغلقة ومثبتة على البطاقة ومحصنة برقم سري يمتلكه صاحبها.

كما نجد أيضا التوقيع البيومتري والذي يكون عن طريق استعمال بصمة الإصبع أو التحقق من نبرة الصوت أو خواص اليد البشرية أو مسح العين أو التعرف على الوجه البشري. حيث لا تتم العملية في هذه الحالة إلا بمطابقة البيانات المخزنة في الأجهزة المعدة لمثل هذا التوقيع مع الملامح و البصمات الواقعية.

هذا بالإضافة إلى التوقيع بالقلم الإلكتروني على لوحة معدنية حساسة تقوم بتخزين البيانات. والتوقيع الرقمي الذي يعد الأكثر شيوعا على اعتبار أنه يتّسم بمستوى عالي من الثقة و الأمان بالإضافة إلى البساطة كونه يعتمد في عمله على نظام التشفير، غير أنّ المستخدم لا بدّ له أن يحتاط عند استعمال هذا النظام وذلك بالتركيز على انتقاء شفرة طويلة ومعقدة تتكون من أرقام وحروف مركبة وغيرها ليحول ذلك دون قرصنتها في ظل التطور التكنولوجي[5].

وتجدر الإشارة في هذا المجال أنّ المشرع الجزائري وإن كان قد أغفل في وقت سابق الإشارة إلى التجارة الإلكترونية عند تنظيمه لقواعد التنازع، مكتفيا في ذلك بما تضمنه التقنين المدني من تنظيم لبعض المسائل المتعلّقة بالتجارة الإلكترونية على غرار الإثبات الإلكتروني، الذي نصت عليه المادّة 323 مكرر 01 منه[6]. والتوقيع الإلكتروني الذي جاء في حكم المادة 327[7]. حيث ساوى المشرّع بينها وبين تلك التي تتمّ بالطريقة التقليدية، شريطة أن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

فإنه وبموجب القانون 05/18 تدارك الأمر من خلال المادة 06 التي عرّفت التجارة الإلكترونية على أنها: "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني ، عن طريق الإتصالات الإلكترونية"[8]. كما نص في نفس المادة على مفهوم العقد الإلكتروني وهو ذلك العقد الذي يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني.

أما عن جهات التّصديق الإلكتروني فيعرفها الفقه على أنّها هيئة أو مؤسسة عامّة أو خاصّة تستخرج شهادات إلكترونية تكون بمثابة سجل إلكتروني يؤمّن التّوقيع الإلكتروني ويحدد هويّة الموقّع ومعرفة المفتاح العام، و تعتبر شهادة التّصديق بمثابة بطاقة هويّة إلكترونية تستخرج من شخص مستقلّ ومحايد ومرخّص له بمزاولة هذا النشاط[9]. فهي بهذا المفهوم عبارة عن وثيقة إلكترونية تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع. وهو ما سعت لتكريسه بعض القوانين و الاتفاقيات الدولية عن طريق وضع مجموعة من الإجراءات، كما هو الشأن بالنسبة للتوجيه الأوربي الصادر في 08 جوان 2000 في مادته 05، ومشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء في مادته 14 التي نصت على أنّ مؤدّي الخدمة عليه أن يتيح لمتلقيها بشكل دائم اسمه وعنوانه الجغرافي و عنوانه الإلكتروني. كما تناولها المشرّع الجزائري بصفة عرضية في نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 07 / 162 المؤرّخ في 30 ماي 2007 الصادر في الجريدة الرسمية عدد 37، والمتعلّق بنظام الاستغلال المطبّق على كلّ نوع من أنواع الشّبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، والذي ساوى فيه بين الشهادات التي يقدمها مقدمي خدمات التصديق وفقا للمرسوم وتلك التي يقدمها مؤدّي هذه الخدمات في بلد أجنبي، وهو ما يُحسب للمشرع بحكم أنّ عدم الاعتراف بالمحرر الأجنبي على هذا المستوى من شأنه أن يُعيق تطوّر التجارة الإلكترونية. وإن كان قد أغفل في وقت سابق تنظيم مهام والتزامات مثل هذه الجهات بالشكل الذي نظمت به في القانون المقارن، حيث نجد على سبيل المثال أنّ التوجيه الأوربي رقم 93/99 المتعلّق بالتوقيع الإلكتروني في مادته الثامنة يقضي بوجوب تعهّد الدول الأعضاء بأن يلتزم مقدّمي خدمات التصديق الإلكتروني، وكذا الهيئات المسؤولة عن تفويض هذه الخدمة بالحفاظ بشرف على كلّ البيانات ذات الطابع الشخصي[10] . وهو ما تداركه المشرّع الجزائري في القانون 15- 04 المؤرّخ في 01 فبراير 2015 الذي يحدّد فيه القواعد العامّة المتعلّقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. حيث جاء في نصّ المادّة 42 منه أنّه يجب على مؤدّي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرّية البيانات والمعلومات المتعلّقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة. كما أضافت المادّة 43 على عدم إمكانية استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى.

الفرع الثالث: القيود الواردة على إرادة الأطراف

إنّ فسح المجال لأطراف العقد التجاري الدولي من أجل تحديد قانون عقدهم قصد معالجة مسألة التنازع في القوانين لا يعني ترك الحرية المطلقة للإرادة في هذا المجال، حيث نجد أنّ هذه الأخيرة تبقى رهينة بعض القيود التي تفرضها التشريعات المختلفة. وهي تنحصر أساسا في عنصر الصلة بين القانون الإرادي والعقد أو المتعاقدين، بالإضافة إلى عدم مخالفة القانون الإرادي للنظام العام الدولي.

فخلافا لما ذهب إليه الفقه الإنجليزي الذي سمح لأطراف العقد باختيار قانون لا يمد بأية صلة للعقد أو المتعاقدين، شريطة عدم ثبوت غش نحو القانون، فإنّ بعض القضاء الأمريكي، وفقهاء أوروبا يرون أنّ الاختيار المبني على غير شرط وجود الصلة الحقيقية بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد يعدّ تحايلا على القانون الواجب التطبيق وتهربا من القواعد الآمرة التي تكون واجبة التطبيق. وهو ما أقره المشرع الجزائري أيضا في نص المادة 18 من القانون المدني.

هذا ويتحقق عنصر الصلة في حال وقع اختيار المتعاقدين على قانون جنسية أحدهما، أو قانون موطنه، أو قانون محل التنفيذ أو قانون مكان الإبرام، إلى غيرها من القوانين التي تمدّ بصلة للعقد أو للمتعاقدين.

أما عن قيد النظام العام، فمفهوم هذا الأخير في المجال الدولي مازال يكتنفه بعض الغموض نتيجة لعدم قيامه على أسس ثابتة و شاملة، حيث يعرّفه بعض الفقهاء بأنّه مجموعة الشروط اللازمة للأمن والآداب العامّة التي لا غنى عنها لقيام علاقات سليمة بين المواطنين بما يناسب علاقاتهم الاقتصادية، في حين يعرّفه البعض الآخر على أنه مجموعة من القواعد الجوهرية التي يُبنى عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أم اقتصادية أم اجتماعية أم ثقافية أم خلقية[11].

وبين هذا التعريف وذاك، تبقى فرضية استحالة وضع تعريف جامد و موحد لفكرة النظام العام قائمة، وذلك راجع لعدّة أسباب أهمها اختلاف المفهوم من دولة إلى أخرى، و من زمن لآخر في الدّولة الواحدة. وهذا يعتبر أمرا منطقيا نتيجة لتطوّر الأوضاع على اختلافها، سياسية كانت أم اقتصادية، أم اجتماعية. ما يترتّب عنه تغيير في المفاهيم القانونية للدولة.

لهذا نجد أنّ بعض التشريعات تتجنّب إعطاء مفهوم دقيق للنظام العام حيث تربطه بالمصلحة العامة، وتكتفي بتبيان الجزاءات المترتبة على مخالفتها.

المطلب الثاني: تخلف إرادة الأطراف عن تحديد قانون العقد

في حال سكوت أطراف العقد التجاري الدولي الإلكتروني عن تحديد قانون العقد صراحة، وتعذر الكشف عن إرادتهم الضمنية، فإنّ ذلك لا يعني انعدام الحلول في هذا المجال. حيث أفرزت الممارسات التجارية بعض الميكانيزمات التي يتم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، والذي يختص بفض النزاعات التي قد تثور بشأنه.

الفرع الأول: الإسناد الجامد

إنّ أساس الجمود حسب هذا المعيار يكمن في كون مركز الثقل في جميع العقود ثابت ولا يتغير بتغير العقد، وهو ينحصر إما في الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه. وقد اتجه فقه القانون الدولي الخاص منذ القدم إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد في ظل غياب اتفاق الأطراف بموجب هذه الضوابط الثابتة.

وإن كانت هذه الضوابط قد لاقت ترحابا في مجال العقود التجارية التقليدية، فإنّ المسألة هي بخلاف ذلك في مجال المعاملات الإلكترونية أين كانت محلّ انتقاد، فهناك من ينادي بضرورة استبعاد الموطن المشترك ومكان إبرام العقد، لأنه من النادر أن يتحد طرفا عقد دولي في الموطن، وإن تحقق ذلك فهو بمحض الصدفة، أو من قبيل التعمد المنطوي على غش يتواطأ المتعاقدان عليه لأسباب يقصدانها، كون موطن المتعاقد عبر الشبكة العنكبوتية هو غير معروف.

أما عن مكان إبرام العقد، فهو يرتبط برسالة البيانات، والتي يختلف تحديد مكان الإبرام في ضوئها[12]، وقد عالج قانون اليونسترال النموذجي مسألة الاختصاص المكاني للعقد المبرم عبر الأنترنت، من خلال نص المادة 15 فقرة 04، حيث تمّ اعتماد ما يسمى بمقر عمل منشئ الرسالة كمكان لإرسال الرسالة الإلكترونية، في حين يعدّ مقر عمل المرسل إليه هو مكان استلامها، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك. وفي حال ما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة، أمّا في الحالة التي لا يكون فيها للمنشئ أو المرسل إليه مكان عمل، فيشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد[13].

أما عن مكان تنفيذ العقد فإنه يمكن التمييز بين الحالة التي يتم فيها تنفيذ العقد خارج شبكة الأنترنت، حيث أنّ المكان في هذه الحالة غالبا ما يكون هو مكان تسليم الطلب أو الخدمة. ومع ذلك فإنه من غير المستبعد أن يتفق أطراف العقد الدولي عن تنفيذ التزاماتهم في أماكن مختلفة، ممّا يحول دون تحقيق

الانسجام بين القوانين بسبب اختلاف مفاهيم النظم القانونية حول محل تنفيذ العقد.

أمّا الحالة الثانية فهي أكثر تعقيدا على اعتبار أنها تأخذ شكل العقد الذي يتمّ تنفيذه بشكل مادي عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، كما هو الشأن لبرامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة عبر شبكة الأنترنت، حيث يصعب تحديد مكان التنفيذ في هذه الحالة، بين مكان موقع التحميل عبر الشبكة لحظة التنفيذ، ومكان المزوّد الذي يقدم الخدمة للبائع، ومكان تواجد الحاسب الآلي للمشتري، وغيرها من الأماكن.

هذا ويصعب التعويل على عنصر الجنسية المشتركة لتحديد قانون العقد في مجال المعاملات الإلكترونية، كونها لا تعدّ عنصرا مؤثرا في المعاملات الدولية، بحيث يرى البعض أنها لا تصلح وحدها كأساس لإضفاء الطابع الدولي لهذه العقود، علاوة على ذلك، فإنّ الاعتداد بالجنسية يتطلب التحقق من هوية الأطراف، وهو أمر قد لا تأبه به التجارة الإلكترونية [14].

الفرع الثاني: الإسناد المرن

يقوم الإسناد المرن على أساس فكرة التركيز الموضوعي للعقد التي جاء بها الأستاذ الألماني "سافينيي" وطورها فيما بعد الفقيه الفرنسي "باتيفول". حيث تبنى هذا الأخير فكرة مؤداها أنّ الإرادة لا تختار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي وإنما ينحصر دورها في تركيز العقد في مكان معين بالنظر إلى موضوع العلاقة العقدية وظروف التعاقد. وإن كان الفقيه قد عدل في وقت لاحق عن إسناده المنكر لإرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد، مسلّما بصحة الاختيار الصريح في حدود معينة، حتى وإن لم يأت معبّرا عن مركز الثقل في العلاقة العقدية. وهو ما جعل القضاء الحديث يقصر إعمال نظرية التركيز الموضوعي على الفرضية التي تسكت فيها الإرادة عن اختيار هذا القانون [15].

ولقد استقر القضاء الإنجليزي ابتداء من سنة 1951 على إخضاع الرابطة العقدية عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح لقانون العقد إلى القانون الذي يرتبط بها بأوثق صلة حقيقية، وبالتالي تم هجر الفكر القائم على الإسناد الجامد، ليعتنق القضاء بهذه الحالة معيار مرن يقتضي البحث عن أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية و الذي يعبر عن مركز الثقل في هذه الرابطة كما تشير به ظروف التعاقد وملابساته [16].

غير أنّ هذه الأخيرة يستحيل في ظلها للمتعاقدين العلم بالقانون الواجب التطبيق على العقد ، وهذا نظرا

لاختلاف هذه الظروف من عقد لآخر. وهو ما جعل بعض التشريعات الحديثة تعتنق نظرية الأداء المميز عند إسناد العقود، وذلك في الحالة التي يسكت فيها المتعاقدون عن اختيار قانون العقد. ويقوم هذا الضابط على فكرة مفادها تحديد القانون الذي يحكم العقد وفقا للالتزام الأساسي فيه، فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد، إلاّ أنّ أحدها هو الذي يميز العقد ويعبر عن جوهره، وبالتالي وجب الاعتماد عليه من أجل تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد كله. ويعرف الأداء المميز على أنه ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبا كما ورد في تعريف للأستاذ Van overstraeten . وإن كان قد أورد في تعليق لاحق أنّ الالتزام بأداء الثمن لا يمكن أن يكون أداءً مميزا لأنه التزام مشترك في الكثير من العقود. وبالتالي يمكن القول بأنه يعدّ أداءً مميزًا التزام البائع بتسليم المبيع، أو التزامه بنقل الملكية للمشتري، على أساس أنها تعبّر عن مركز الثقل الاقتصادي و الاجتماعي في الرابطة العقدية.

ولقد وجدت نظرية الأداء المميز تطبيقا لها في العديد من الأحكام القضائية على غرار قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية الصادر في 11 ماي 1966م الذي حكمت فيه بخضوع الروابط العقدية الدولية في حالة سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق للقانون الذي يرتبط بالعقد برابطة وثيقة، وحددت المحكمة هذا القانون بأنه قانون محل إقامة الطرف المدين بالأداء المميز في العقد. كما تبنتها محكمة استئناف Grenoble في حكمها الصادر في 31 سبتمبر 1955م، وذلك بصدد عقد بيع مبرم بين شركة إيطالية يوجد مركزها الرئيسي في فرنسا و مشتري فرنسي، حيث قررت المحكمة تطبيق القانون الإيطالي بصفته قانون المدين بالأداء المميز في العقد [17].

هذا وأخذت كل من اتفاقية لاهاي لسنة 1955 بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية بنظرية الأداء المميز [18]، بالإضافة إلى اتفاقية لاهاي لسنة 1985 في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع، كما اعتنقتها اتفاقية روما لسنة 1980.

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

في ظل تعاظم دور الإرادة في تحديد قانون العقد التجاري الدولي بغية التصدي للنزاعات التي قد تثور بشأنه، كان لزاما الإشارة إلى النهج الذي سلكه المشرع

الجزائري في هذا المجال وتحديدا عند تخلف إرادة الأطراف . حيث جاء في متن المادة 18 من القانون المدني: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محلّ إبرام العقد". ويستشف المتمعن في نص المادّة أنّ المشرع الجزائري أخذ بالإسناد الجامد، حيث حدد ضوابط احتياطية ثابتة في حال تخلف قانون الإرادة. غير أنه أعطى أهمية متفاوتة لهذه الضوابط، حيث يعتدّ كمرحلة أولى بقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حال تخلّف الاتحاد في الفرضيتين، يعتد بقانون محلّ إبرام العقد.

غير أنّ إعمال هذه الضوابط قد يثير بعض التساؤلات، خاصة فيما يتعلق بمسألة الإرادة. فهل المقصود بها الإرادة الصريحة فقط، أم الإرادة الصريحة و الضمنية؟ بمعنى آخر هل يكفي تخلّف الإرادة الصريحة لإعمال الضوابط الاحتياطية، أم لابدّ من تخلف كل من الإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية، على اعتبار أنّ النص اقتصر على عبارة "تخلف إرادة الأطراف"؟

لقد سلك الفقه في هذا المجال اتجاهات متشعّبة، فاتجاه أول يقر بضرورة الأخذ بالإرادة الضمنية في عقود التجارة الدولية. و يبرّر موقفهم هذا بالاستناد إلى نص المادة 60 من القانون المدني[19]. والتي نصت على الأخذ بالإرادة الضمنية في إطار النظرية العامّة للعقد. في حين أنّ الاتجاه الثاني لا يعتدّ إلاّ بالإرادة الصريحة دون الضمنية و حجته في ذلك أنّ نص المادّة 60 السّالفة الذكر يقتصر على العقود الوطنية فقط. أمّا الاتجاه الثالث كان موقفه محلّ انتقاد بحكم أنه ترك مهمة الأخذ بالإرادة الضّمنية من عدمه لسلطة القاضي الذي قد لا يعتدّ بها بالرغم من وجودها[20]. وعموما يمكن القول أنّه وقوفا عند مقتضيات التجارة الإلكترونية، ومسايرة لما أخذت به جلّ التشريعات عبر مختلف دول العالم، فإنّ الأخذ بالاتجاه الأول المقرّ للإرادة الضمنية هو أقرب للمنطق. وهذا لتجنّب إهدار حقوق المتعاقدين.

هذا وقد يثير البعض نقطة غاية في الأهمية، وتكمن في مدى جواز تطبيق أحكام المادة 18 السالفة الذكر على المعاملات الإلكترونية. وفي هذا الصدد يمكن القول أنّه حتى وإن لم تشر هذه المادة لعقود التجارة الإلكترونية، فإنّ النص جاء بصيغة العمومية. وهو مالا يرجح فرضية استبعادها كونها مسألة تتعلق بالاقتصاد

الوطني، والتعايش الدولي في المجال التجاري. ضف إلى ذلك فالجزائر على غرار باقي الدول العربية والأجنبية كانت قد نظمت عدة مسائل متعلقة بالتجارة الإلكترونية.

الخاتمة:

إنّ تحقيق المصالح الخاصة بين الأفراد في مختلف بقاع العالم، وتحقيق النهوض بالتجارة الدولية لا بدّ منه وأن يكون في إطار قانوني يسوده الأمان والاستقرار. وبحكم أنّ التجارة الإلكترونية باتت هي المسيطر على المعاملات الدولية الخاصة. كان لزاما على التشريعات الوطنية والدولية توفير قالب قانوني مناسب لها، خاصة في الجانب التعاقدي، هذا الأخير اتسعت رقعته، وتعددت طرقه. فبعدما كان أطراف العقد التجاري الدولي يجتمعون في مجلس واحد يتفاوضون فيه بنود عقدهم، ويناقشون مسائله القانونية، أضحى المجلس افتراضي يجمع بين أطراف متواجدين بمختلف أنحاء المعمورة، ولعلّ أهم المعيقات في هذا المجال مسألة القانون الواجب التطبيق أو ما يعرف بتنازع القوانين . حيث عمدت غالبية النظم القانونية إلى تكريس مبدأ سلطان الإرادة في هذا المجال، كونه من صنع الأطراف أنفسهم، سواء تم ذلك بإرادتهم الصريحة أو الضمنية. بالإضافة إلى إقرار بعض الحلول في حال تخلف الإرادة برمتها، وذلك عن طريق الاستدلال ببعض المؤشرات أو القرائن لتقنين العقد .

وإن كانت الحلول في ظلّ التطورات التقنية قد تبدو للبعض كفيلة لتجنب أي خلاف أو نزاع بخصوص العقد، فإنّ البعض الآخر يرى أنها بعيدة نسبيا عن إدراك الغاية المرجوة وهي تكريس الأمان القانوني في عقود التجارة الدولية على وجه العموم، والإلكترونية بوجه خاص.

الهوامش :

1 مُحَمَّد وليد المصري ، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة للتشريعات العربية و القانون الفرنسي) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الثالثة، عمان – الأردن سنة 2016 ، صفحة 181 .

2 أنظر الموقع الإلكتروني :

https://ar.wikipedia.org/wiki/الإنترنت_في_الجزائر

زيارة بتاريخ 2018/01/05 على الساعة 20:43 .

3 بشار محمود دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمّان الأردن ، سنة 2006 ، صفحة 21 .

4 المادة 02 من القانون 04/15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل 25 فبراير سنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، الجريدة الرسمية العدد 06 .

5 محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، عمان ، سنة 2005 ، صفحة 190 .

6 المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري : " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " .

7 المادة 327 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري: " ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادّة 323 مكرر 01 أعلاه " .

8 القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 ماي سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، الجريدة الرسمية العدد 28.

9 حمودي مُحَمَّد ناصر ، العقد الالكتروني الدولي المبرم عبر الأنترنت (مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع)، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، عمان الأردن ، سنة 2012 ، صفحة 348 .

10 حمودي مُحَمَّد ناصر ، المرجع نفسه ، صفحة 359 .

11 أنظر الموقع الالكتروني

http://www.startimes.com/?t=28000505 زيارة بتاريخ 2017/12/11 على الساعة 20:00.

12 خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، دار قنديل للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، عمان ، سنة 2013 ، صفحة 164 .

13 مُحَمَّد فواز مُحَمَّد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى، عمان الأردن، سنة 2008 . صفحة 74 .

14 صالح المنزلاوى ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، سنة 2006 ، صفحة 332 ، 333 .

15 مُحَمَّد بلاق ، قواعد التنازع و القواعد المادية في عقود التجارة الدولية ، مذكرة ماجستير في القانون الدولي الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، سنة 2011، صفحة 55 ، 56 .

16 هشام علي صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، سنة 2014 ، صفحة 449 .

17 مُحَمَّد بلاق ، المرجع السابق ، صفحة 60 .

18 اتفاقية لاهاي المنشورة عبر الموقع الإلكتروني : https://www.hcch.net زيارة بتاريخ 2017/12/18 على الساعة 22:30.

19 المادة 60 من المدني الجزائري : " التّعبير عن الإرادة يكون باللّفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتّخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التّعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتّفق الطرفان على أن يكون صريحا".

20 خالد شويرب ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدّة ، الجزائر ، سنة 2009 ، صفحة 48 .