منهج التنازع ومتطلبات عقود التجارة الدولية في عصر العولمة والرقمية

د. بن أحمد الحاج.
أستاذ محاضر(ب)- رئيس قسم الحقوق.
كلية الحقوق والعلوم السياسية.
جامعة د.الطاهر مولاي، سعيدة – الجزائر-

مقدمة:

تنحصر وظيفة قواعد تنازع القوانين في مجال العقود الدولية في إسناد الرابطة العقدية المتصلة بعنصر أجنبي إلى أحد القوانين المتنازعة لحكمها، حيث يتولى القاضي حل النزاع بترجيح قانون من بين تلك القوانين وتفضيله سواء كان وطنيا أم أجنبيا، مما يعني أن العلاقة العقدية تمر بمرحلتين تتمثل الأولى في تعيين القانون الواجب التطبيق أي إسناد العلاقة لقانون معين، بينما تتمثل الثانية في إعمال ذلك القانون بشأنها.

وإذا كان منهج قاعدة الإسناد والذي يعود لفقه "Savigny" في القرن التاسع عشر هو من يحدد الاختصاص التشريعي الذي يخضع له العقد الدولي بما يؤدي إلى تطبيق قانون الإرادة وفقا لما تتجه إليه غالبية النظم القانونية الوطنية، إلا أن التطور الذي عرفته العلاقات التجارية العابرة للحدود خاصة بعد سياسات التحرر العالمية الناجمة عن عولمة الاقتصاد أظهر إلى الواجهة تساؤلات قانونية بدأت تطرح حول مدى ملاءمة المعايير التقليدية المتصلة بمنهج التنازع لمقتضيات التجارة الدولية في عصر العولمة والرقمية.

فالملاحظ من ناحية أولى أن تحديد القانون واجب التطبيق يتم وفقا لقاعدة الإسناد بطريقة مجردة من خلال الربط بين العلاقات القانونية المتصفة بالطابع الدولي وأحد القوانين الداخلية المتزاحمة لحكمها، وذلك بغض النظر عن مضمون القانون المختص، لذلك ليس غريبا أن تعاني عقود التجارة الدولية من عدم ملاءمة أغلبية القواعد الوطنية لحكم ما تثيره من مسائل، لأنها قواعد وضعت خصيصا لمواجهة العلاقات الداخلية وليس الدولية، الأمر الذي مهد لظهور ما أصبح يطلق عليه الفقه اصطلاح "**أزمة منهج التنازع في مجال عقود التجارة الدولية**".

وقد كان لتوجه الاقتصاد العالمي نحو التحرر وإزالة الحواجز والحدود الجغرافية على هذا النحو، أثره على القانون الدولي الخاص عامة، وعلى منهج التنازع القائم على ظاهرة الحدود السياسية على وجه الخصوص، حيث بدأ يبدو واضحا عدم قدرة هذا الأخير على مجاراة الوثبات المتسارعة للمعاملات التجارية العابرة للحدود، وهو ما أدى ببعض الفقه إلى الدعوة لضرورة تحييده حتى لا يكون عائقا أمام نمو وتطور التجارة الدولية والعقود المرتبطة بها.

ومن ناحية أخرى فإن إعمال ذات المنهج على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، سيصطدم بالعديد من الصعوبات والمشاكل القانونية، وما قد يزيد من حدة هذه الصعوبات وتلك المشاكل، طبيعة المعايير التي يعتمدها منهج الإسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق، من حيث كونها معايير مادية ترتكز على ضوابط جغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تجرى في فضاء افتراضي غير ملموس.

المطلب الأول: العولمة الاقتصادية ومنهج تنازع القوانين:

مما لا شك فيه أن هناك تأثيرا جدّ بالغ لعولمة الاقتصاد وتحول العالم إلى كيان موحد من حيث كثافة الاتصالات والمعاملات على كافة فروع القانون، طالما أن هناك علاقة تبادلية وتلازمية بين تطور العلاقات الاجتماعية بين الأشخاص والقواعد القانونية التي تحكمها.

ولا ريب أن القانون الدولي الخاص ليس ببعيد عن واقع ذلك التطور، فالأكيد أن معظم التغيرات التي تصيب العلاقات الخاصة الدولية ستؤثر حتما في هذا الفرع من فروع القانون أكثر من أي فرع آخر، خاصة وأنه قانون قام ويقوم في الأصل على ظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين الدول، والتي تعدّ أساسا له، في حين لم تعد هذه الظاهرة ذات أهمية في عالم أضحى بمثابة قرية كونية صغيرة ومجتمع محدود الأبعاد يعلو فوق الأقاليم الجغرافية لكل الدول.

ولما كان منهج تنازع القوانين واحدا من أهم مناهج القانون الدولي الخاص، فطبيعي أن يتأثر هو الآخر بما لحق العلاقات العابرة للحدود من تغير أصابها في الشكل والمضمون.

الفرع الأول: مفهوم العولمة الاقتصادية:

يجمع الكثير من الباحثين على أن انهيار الكتلة الاشتراكية وسقوط جدار برلين في نهاية الثمانينات يشكلان بداية اتجاه العالم نحو عولمة الاقتصاد[1]، لكن هذا لا يعني أن

[1] أنظر: منذر الشرع، عولمة الاقتصاديات الوطنية –التحديات والفرص المتاحة- مجموعة دراسات حول العولمة وأثرها في المجتمع والدولة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2002، ص 103.

هذه الظاهرة جاءت وليدة الصدفة، بل هي في الحقيقة عودة للحلم الذي رافق الإنسان، حيث كان يتطلع منذ القدم لتوسيع مداه والتنقل والاستثمار ونقل الثروات وتحقيق الأرباح وتأمين الأسواق وفتح آفاق أوسع[1].

وقد جاءت بداية التسعينيات لتعبر عن مرحلة جديدة تتميز بالأحادية القطبية وسيادة نموذج اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية والتخلي عن اقتصاد الأوامر، وهو سيناريو تتوحد فيه التوجهات وتتجانس فيه الأهداف خاصة من الناحية التجارية والاقتصادية.

وبهذا أصبح العالم يعيش في نظام معولم تسقط فيه حواجز المسافات بين الدول والقارات، وتتزايد فيه احتمالات التأثير والتأثر المتبادلين، خاصة في ظل التطور الهائل في مجال الاتصالات، والتي عمقت عولمة جميع جوانب الحياة الاقتصادية من حركة السلع ورؤوس الأموال والخدمات واليد العاملة عبر حدود الدول، فكان لذلك عظيم الأثر على النمو الكبير الذي تشهده التجارة الدولية والتدفقات المالية.

وهكذا فإن مصطلح العولمة الاقتصادية يشير إلى عملية تعميق مبدإ الاعتماد المتبادل بين الفاعلين في الاقتصاد العالمي، بحيث تزداد نسبة المشاركة في التبادل الاقتصادي الدولي من حيث المستوى والحجم والوزن، سواء في مجال السلع أم الخدمات أم عناصر الإنتاج، لتشكل النسبة الأهم في النشاط الاقتصادي العالمي مقارنة مع النشاط الاقتصادي على الصعيد المحلي[2].

وفي مقابل ذلك يعتبر بعض المفكرين العولمة الاقتصادية بأنها تحول العالم بفضل الثورة التكنولوجية والمعلوماتية وانخفاض تكاليف النقل وحرية التجارة الدولية إلى سوق واحدة، مما يخلق منافسة أكثر حدّة وشمولية وذلك في سوق السلع والعمل ورأس المال[3].

وفي سبيل تحديده لمفهوم الظاهرة، يرى البعض بأن العولمة الاقتصادية ليست في الحقيقة إلا مرحلة تاريخية تتميز بتحول في آليات السوق، لذلك فهي تعبر عن وصول نمط الإنتاج الرأسمالي من عالمية التبادل والتوزيع والسوق والتجارة إلى عالمية دائرة الإنتاج وإعادة الإنتاج[4].

---

[1] أنظر: حشماوي محمد، الاتجاهات الحديثة للتجارة الدولية في ظل العولمة الاقتصادية، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006، ص74.

[2] أنظر: عبد الحميد عبد المطلب، العولمة واقتصاديات البنوك، الدار الجامعية، 2005، ص17.

[3] أنظر: عبد الحميد عبد المطلب، المرجع السابق، ص18.

[4] أنظر: المرجع السابق، ص20.

ومن منظور آخر فإن العولمة الاقتصادية هي السمة الرئيسية التي يتسم بها النظام الاقتصادي العالمي الجديد الذي بدأ يتشكل في العقد الأخير من القرن العشرين والقائم على تزايد درجة الاعتماد المتبادل بفعل اتفاقيات تحرير التجارة العالمية والتحول في آليات اقتصاد السوق، لذلك يتجه البعض إلى تعريفها بأنها: "الاندماج الكامل لمختلف دول العالم عبر نموذج يستعمل السوق والتجارة والمال والتقنية والغزو الإعلامي لفرض زعامة أصحابه وهيمنتهم"[1]، بينما يرى جانب آخر بأنها: "النزعة السوقية الكونية وظهور السوق الاقتصادي بوصفه بداية الموقف ونهايته"[2].

وواضح من خلال كل هذه التعريفات أن العولمة الاقتصادية ما هي في الحقيقة إلا تجسيد لوضع أضحى يعيش العالم فيه على شكل قرية صغيرة محدودة الأبعاد بفعل ثورة التكنولوجيا والاتصالات، ويقوم على إطار منظم عابر للقوميات، اضمحلت فيه فكرة الاقتصاد الموجه وذابت فيه الحدود السياسية، وحلّ فيه مفهوم اقتصاد السوق، فحررت بذلك الأسواق ورفعت القيود وتراجعت وظائف الدولة.

ومن الطبيعي أن يؤدي هذا التحول في العلاقات الاقتصادية الدولية إلى التأثير في نطاق وآليات القانون الدولي الخاص الذي يقوم على فكرة الحدود السياسية لحل مشكلة تنازع القوانين، وهو ما جعل الفقه يؤكد على أنّ العولمة الاقتصادية وأهدافها تتنافى مع مناهج هذا القانون عموما، ومنهج التنازع على وجه الخصوص.

الفرع الثاني: العولمة الاقتصادية تتنافى ومنهج تنازع القوانين:

يهتم علم تنازع القوانين كأحد مواضيع القانون الدولي الخاص بتحديد القانون واجب التطبيق على التصرفات القانونية التي تتم بين الأشخاص ويكون أحد عناصرها أجنبيا.

وإذا كان القانون الدولي الخاص عامة ومنهج التنازع بوجه خاص، قد ارتبط من حيث نشأته وتطوره بحركة التجارة الدولية والعقود والصفقات المتعلقة بها، فإن سياسات التحرر العالمية والتطور الهائل في وسائل المواصلات والاتصالات، قد أثرت بشكل كبير في هذا الفرع وذلك المنهج، وكانت سببا في توجيه سهام نقد عديدة إليهما من طرف الفقه الحديث كونهما أضحيا متخلفين عن مجاراة الوثبات السريعة لحركة التبادل التجاري الدولي في عصر العولمة.

---

[1] أنظر: أحمد صدقي الدجاني، العولمة –رؤية تحليلية لواقع ظاهرة العولمة ومستقبلها، مجموعة دراسات حول العولمة وأثرها في المجتمع والدولة، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، 2002، ص20.

[2] أنظر: الحبيب الجنحاني، العولمة من منظور عربي، سلسلة المعرفة للجميع، العدد 19، 1998، ص 103.

فغني عن البيان أن القانون الدولي الخاص هو قانون يقوم على ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول، وذلك لتحديد نطاق انطباق قانون الدولة، في حين إن العولمة الاقتصادية تقوم أساسا على إلغاء الحدود السياسية وتحرير التجارة العالمية والاعتماد على الفضاء الإلكتروني لعقد الصفقات، مما يعني في الأخير أن ظاهرة العولمة الاقتصادية تتنافى مع أصل وسبب وجود القانون الدولي الخاص ومنهج التنازع[1].

أولا- ظاهرة الحدود السياسية أصل وجود القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين:

يطلق على القانون الدولي الخاص وصف «دولي» لأن العلاقة القانونية التي يتناولها حكمه لا تنحصر بعناصرها المتمثلة في الأطراف أو السبب أو الموضوع داخل إقليم دولة واحدة [2]، بل تتعداه إلى إقليم أو أقاليم دول أخرى، وعليه فإن القانون الدولي الخاص هو قانون موصوم بظاهرة الحدود السياسية وبطابع سياسي ظاهر[3]، حتى قيل بأن لهذا القانون وظيفة سياسية أكثر منها قانونية.

فمن المعلوم أن العلاقات القانونية تنقسم عموما إلى قسمين، يشمل الأول العلاقات الوطنية، وهي التي تقوم أو ترتبط في جميع عناصرها بدولة واحدة، فيكون القانون الداخلي لهذه الدولة هو المختص بتنظيمها، وذلك من دون تدخل أي نظام قانوني آخر خاص بدولة أخرى، بينما يشمل الثاني العلاقات التي تتعدى بآثارها نطاق وحدود الدولة الواحدة، فنكون في هذه الحالة بصدد علاقة ذات طابع دولي أو ذات عنصر أجنبي، وهنا تتدخل قواعد القانون الدولي الخاص.

ولا شك أن منهج تنازع القوانين لا ينأى عن هذا لكونه أهم مجالات القانون الدولي الخاص، إذ غالبا ما ينصرف الذهن إلى القانون الدولي الخاص في مجمله عندما نطلق لفظ تنازع القوانين [4]، فإعمال هذا المنهج مرتبط هو الآخر بدولية العلاقات القانونية، أي بعلاقات تتجاوز حدود النظام القانوني الداخلي لدولة واحدة.

وعليه وحتى يقوم التنازع بين قوانين دول مختلفة يجب أن نكون بصدد علاقة قانونية تشتمل على عنصر أجنبي، أي أن يكون الأشخاص الذين تنعقد بينهم تلك العلاقة أجانب، أو أن يكون المحل الذي ينصب عليه التصرف واقعا في إقليم دولة أخرى، أو أن يكون السبب

---

[1] انظر: احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 32.

[2] انظر: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص24.

[3] انظر: احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 36.

[4] انظر: المرجع السابق، ص 37.

المنشئ لها أجنبيا[1]. أو بمعنى آخر أن تمتد العلاقة القانونية المعروضة على القاضي إلى إقليمي دولتين على الأقل، فلو انحصرت عناصرها داخل إقليم دولة واحدة لم يكن هناك محل لإعمال تنازع القوانين متى اتحدّ الأطراف في الجنسية.

وغني عن البيان أن ظاهرة الحدود السياسية هي التي تقف وراء تحديد كل المفاهيم السابقة من حيث تحديد جنسية الأطراف، ومواطنهم، ومحل إقامتهم، ومحل إبرام التصرف القانوني، ومكان تواجد العلاقة القانونية، والسبب المنشئ لها.

فالعقد يعتبر دوليا إذا أبرم بين وطني وأجنبي وذلك لتطرق الصفة الأجنبية للأطراف، أو بين أجانب متحدي أو مختلفي الجنسية في دولة أجنبية وترتب عليه انتقال رؤوس أموال عبر الحدود، وذلك لتركز العنصر الأجنبي في سبب التعاقد وهو المكان محل التعاقد، كما يعد ذلك العقد دوليا إذا تم بين أشخاص حول محل متواجد في دولة غير الدولة التي أبرم فيها، وفي كل هذه الحالات يلعب «إقليم الدولة» الدور الحاسم لاعتبار ذلك العقد دوليا.

وعلى هذا الأساس فإن تحديد القانون الواجب التطبيق يعتمد هو الآخر على ضوابط مكانية تمنح الاختصاص لنظام قانوني خاص بدولة معينة، كضابط محل إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو محل إقامة المدين بالأداء المميز في العقد، وغير ذلك من الضوابط التي تختلف باختلاف التشريعات الوطنية.

ثانيا- منهج التنازع القائم على ظاهرة الحدود السياسية يتنافى والعولمة الاقتصادية:

مضت الإشارة إلى أن فقه القانون الدولي الخاص قد استقر على أن هذا الفرع من فروع الدراسات القانونية يَدِين بوجوده إلى ظاهرة الحدود السياسية الفاصلة بين الدول، وأن الحاجة إلى هذا القانون قد ولدت لفض مشكل التنازع بين قوانين الدول المختلفة لحكم العلاقات القانونية التي نشأت عبر تلك الحدود.

غير أن هذا المنهج والقائم على مرتكزات مكانية لا يتلاءم مع مقتضيات العولمة الاقتصادية القائمة عل تحرير أسواق التجارة ورأس المال ومبدأ إهمال الحدود الجغرافية في كل تعامل اقتصادي وتجاري، ذلك أن سياسات التحرر العالمية والتي بدأت إرهاصاتها منذ منتصف القرن الماضي جعلت من العالم كله قرية صغيرة وسوقا واحدة مترامية الأطراف، إذ لم تعد هناك حدود لأسواق وطنية، وإنما أصبح العالم كله مجالا واحدا لسوق جديدة تتنوع خدماتها ومنتجاتها[2].

---

[1] ويذهب أغلب الفقه إلى القول بأن قواعد هذا القانون لم توضع في الأصل إلا من أجل التصدي لموضوع تنازع القوانين. أنظر: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 06.

[2] أنظر: محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 7.

وما زاد من اختفاء ظاهرة الحدود السياسية في مجال المبادلات الاقتصادية الدولية ظهور شبكة الاتصالات الدولية للمعلومات التي أحدثت ثورة حقيقية في نطاق التجارة الدولية، حيث أصبحت هذه الأخيرة تتم في عالم افتراضي مفتوح يربط أكثر من مائتي دولة من دون حدود جغرافية أو سياسية، ويسمح فيها للجميع مهما كان مكان تواجدهم بالحصول على السلع والخدمات دون الحاجة إلى الانتقال[1].

ومعلوم أنّ وجود شبكة الانترنت قد استتبع وجود عالم افتراضي لا تحدّه أية حدود سياسية أو جغرافية، مما جعل طبيعة التعامل التي تتم عبر هذه الشبكة تتعارض مع فكرة الإقليم والجغرافيا، "فالمكان الأرضي يعد عدوا لتلك الشبكة والمهام المنوطة بها، ومن ثم فلا قيمة له في مواجهتها"[2].

إن العولمة الاقتصادية باعتبارها نتيجة مباشرة لعولمة وسائل الاتصال قد جاءت لتقلب وتغير كل المفاهيم التي استقر عليها القانون الدولي الخاص ومنهج تنازع القوانين، ذلك أنها ظاهرة تتخطى الحدود الجغرافية التقليدية وتتجاهلها إلى مجال خاص بها هو مجال غير وطني لا تسوده أي سلطة سياسية أو إقليمية.

والحال هذا فإن قواعد منهج التنازع الدولي للقوانين والتي تتولى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي بالاعتماد على المكان الذي يتوطن فيه المتعاقد، أو قانون الدولة التي يتواجد بها مقر عمله الرئيسي، أو قانون الدولة الذي يتوطن فيها المدين بالأداء المميز، أصبحت قواعد وأحكام خالية من أي مفعول ويتعذر إعمالها[3].

ويلاحظ بعض الفقه أن الاعتماد على مناهج القانون الدولي الخاص بمفهومه التقليدي في عصر العولمة والرقمية، سيؤدي لا محالة إلى إصابة المعاملات التجارية بأبلغ الضرر[4]، ذلك أن التنوع والاختلاف المستمد من الطابع الوطني والإقليمي لقواعد التنازع سيكون عائقا أمام ديناميكية العولمة الاقتصادية عموما، وتطور التجارة الدولية على وجه الخصوص، فالأمر يتعلق بسوق عالمية تذوب فيها الحدود السياسية بين الدول وتسقط فيها حواجز المسافات بين القارات،

---

[1] أنظر: أحمد سامي ريحان، الانترنيت، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 1999، ص 26.

[2] أنظر:-

-Dessemontet(F), Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in le défit d'internet, Actes du Colloque de Lausanne du 28 février 1997, Genève, 1997, p47.

[3] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 39.

[4] أنظر: محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة عل عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 14.

وعليه فمن غير الملائم القول بوجود قوانين وطنية متعددة يمكن أن تخضع لها الروابط العقدية ذات الطابع الدولي والدائرة في مجتمع واحد هو مجتمع التجار العابر للحدود[1].

المطلب الثاني: أزمة منهج التنازع في ظل تحرير التجارة العالمية:

إن الأصل كما أشرنا إليه سابقا هو خضوع عقود التجارة الدولية للقانون المختار من قبل الأطراف، فإن لم تتصد تلك الإرادة لهذا الاختيار تعين على القاضي المختص بالنظر في النزاع إسناد العقد لقانون الدولة الأوثق صلة وفقا لما تشير إليه ضوابط الإسناد الاحتياطية في قانونه.

ولكن لوحظ أنه وفي كثير من الأحيان أن يتولى القاضي تطبيق قانونه الوطني تطبيقا مباشرا بغض النظر عما تقرره قاعدة الإسناد، وهو ما بدا واضحا مع ازدياد تدخل الدولة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي من خلال إصدارها لقوانين التوجيه المتعلقة بهذين المجالين.

ولما كان القانون الدولي الخاص ليس إلا مرآة تعكس صورة القانون الداخلي فقد كان طبيعيا أن تمتد قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي إلى ميدانه، فظهر بذلك ما يعرف بـ"منهج القواعد ذات التطبيق الضروري".

وإذا كان ظهور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري قد ارتبط بتطور دور الدولة ونموه في ظل المذهب الاشتراكي وانتشار مظاهر تدخلها مع مطلع القرن الماضي[2]، إلا أنه ومن خلال استطلاع واقع التجارة العالمية اليوم والتي بدأت تأخذ اتجاها متصاعدا نحو التحرر من كافة القيود خاصة مع نشأة منظمة التجارة العالمية، بدا واضحا من خلال الدراسات التي أجريت أن المشرعين قد عمدوا في الدول المتقدمة والمتخلفة على حدّ السواء إلى تبني العديد من القواعد ذات التطبيق الضروري والتي تتضمن قيودا تشريعية لتحقيق وحماية المصالح الضرورية للجماعة[3].

---

[1] أنظر: أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقاديه للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، جامعة عين شمس، يوليو، 2002، ص353 و354.

[2] أنظر: محمود محمد ياقوت، قانون الإرادة وقواعد البوليس ضرورية التطبيق –دراسة تحليلية وتطبيقية- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 17.

[3] أنظر: جمال محمود الكردي، حق المؤلف في العلاقات الخاصة الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص147. وأنظر أيضا: رشا علي الدين، النظام القانوني لحماية البرمجيات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص 347. وأنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد 19، جامعة المنصورة، 1996، ص570.

وبهذه المثابة فإن النظام الاقتصادي العالمي الجديد والذي يقوم على مبدأ حرية التجارة بين الدول لم يساهم فقط في انتعاش الأسواق العالمية وتحقيق معدلات نمو عالية للتجارة الدولية، بل أدى أيضا من الناحية القانونية إلى تزايد في عدد القواعد والقوانين الحمائية، وبالنتيجة تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري في ميدان العقود الدولية باعتبارها الأداة الرئيسية لتبادل القيم والثروات عبر حدود الدول.

ولأن منهج القواعد ذات التطبيق الضروري هو منهج منافس لقاعدة الإسناد في إطار النظرية العامة لتنازع القوانين كونه يستتبع بالضرورة استبعاد قاعدة الإسناد[1]، وبالتالي قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الدولية، فإنه يبدو واضحا أن منهج التنازع أضحى في أزمة حقيقية في ظل اتجاه الدول نحو التوقيع على اتفاقيات التجارة الدولية، وما ترتب عن ذلك من تزايد في عدد القواعد ذات التطبيق الضروري.

وقبل التعرض لملامح أزمة منهج التنازع في ظل هذا الوضع، وجب البحث بداية في مضمون ومبادئ اتفاقيات تحرير التجارة العالمية وذلك قبل البحث في أزمة منهج التنازع في ظل تنامي عدد القواعد ذات التطبيق الضروري وذلك فيما يلي:

الفرع الأول: مضمون اتفاقيات تحرير التجارة العالمية:

تعد جولة أوروغواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف أكثر الجولات شمولا، حيث ركزت على تحرير التجارة الدولية في السلع وكيفية إزالة القيود التعريفية وغير التعريفية التي تحول دون انسياب التبادلات التجارية الدولية، علاوة على إدراجها موضوعات جديدة لم يتم التطرق إليها في الجولات السابقة مثل موضوع تجارة الخدمات وحقوق الملكية الفكرية، وبحث كيفية تطبيق القواعد المنصوص عليها في اتفاقية الغات على قطاعي المنتجات الزراعية والمنسوجات.

وقد انتهت المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف في نطاق جولة أروغواي بالتوقيع على الوثيقة الختامية بالمغرب في 1994/04/15 من قبل 117 دولة، وأسفرت عن 22 اتفاقية دولية منشئة لحقوق وواجبات تقع على الدول الأعضاء بالإضافة إلى سبع اتفاقيات تتضمن تفسيرات تشريعية توضح أحكاما واردة في الاتفاقيات الدولية[2].

---

[1] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001، ص 301.

[2] أنظر: أيمن النحراوي، لوجستيات التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2009، ص 23.

وقد شملت الاتفاقيات الموقع عليها بعد مفاوضات جولة أورغواي لأول مرة موضوع التجارة في المنتجات والسلع الزراعية وقطاع المنسوجات والملابس الجاهزة، فلم يعد التحرير منصبا على مجال السلع في المنتجات الزراعية فحسب بل امتد ليشمل السلع الصناعية.

وعلاوة على ذلك فقد تم إدخال موضوع قطاع الخدمات لأول مرة فيما أصبح يعرف باتفاقية تحرير الخدمات "GATS"[1]، وكذا مجال الملكية الفكرية والاستثمار الذي له علاقة بالتجارة الدولية، وغيرها من المجالات التي لها صلة بهذه التجارة، فشملت هذه الاتفاقيات جميع الجوانب التي كانت مهمة في التجارة الدولية مثل المنتجات الزراعية والخدمات أو تلك التي كانت تخضع لأنظمة خاصة مثل المنسوجات والملابس الجاهزة، مع العلم أن الاتفاقيات الناجمة عن هذه الجولة تعد اتفاقيات متكاملة لا تقبل التجزئة، فإما أن تقبل في مجملها أو ترفض دون أن يكون لعضو انتقاء بعضها وعدم الأخذ بأحكام أخرى لا تتلاءم مع مصالحه[2].

الفرع الثاني: تنامي دور القواعد ذات التطبيق الضروري في ظل اتفاقيات تحرير التجارة العالمية:

لقد صاحب تحرير التجارة العالمية سعى حثيث من قبل المشرعين الوطنيين نحو سنّ قواعد آمرة تتولى حماية المصالح الأساسية سواء السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو الثقافية للجماعة، مما يدل على أن دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري لم ينحصر في ظل الوضع الراهن للمعاملات الاقتصادية العابرة للحدود، بل مازالت له ذات الأهمية التى اكتسبها من قبل أمام القضاء الوطني.

إن المتأمل في الاتفاقيات المبرمة في مجال المبادلات التجارية الدولية الحديثة، يجد أنها تهدف في معظمها إلى تحرير تلك المبادلات من كافة القيود الكمية أو التعريفية، وكذا الإلغاء التدريجي للرسوم والضرائب التي تعوق انسياب التجارة عبر الحدود[3].

وتلعب المنظمة العالمية للتجارة دورا كبيرا في هذا المجال، حيث تسعى منذ نشأتها إلى تحقيق نظام تجاري عالمي جديد يقوم على تحرير التجارة بين دول العالم، وذلك من أجل ضمان أكبر قدر من حرية المبادلات في جميع مجالات التجارة، والوصول إلى أسواق أكثر اتساعا[4].

---

[1] اختصارا لـ: "General Agreement of Trade in Services"

[2] أنظر: حشماوي محمد، المرجع السابق، ص 136.

[3] انظر المادة: 07 من اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة بشأن المنسوجات والملابس.

[4] انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، تحرير التجارة العالمية وأثره على النظام القانوني للعقود الدولية، المرجع السابق، ص557.

وانطلاقا مما اتجهت إليه منظمة التجارة العالمية من حق جميع الدول الأعضاء بوضع أو تعديل قوانينها بما ينسجم مع حماية مصالحها التنموية والاقتصادية والتكنولوجية، مما يحمل في ثناياه ترخيصا صريحا للدول في سن القوانين ذات التطبيق الضروري في المجال الذي ينطوي من وجهة نظرها على أهمية خاصة[1].

وهكذا فإن تحرير التجارة العالمية قد أثر بشكل كبير على المنظومة القانونية للدول المختلفة، حيث بدأ المشرعون يتدخلون لوضع قواعد تتولى تقييد الحرية الاقتصادية وضبطها حماية للمجتمع من أزمات ظاهرة العولمة الاقتصادية، وذلك بما يحقق التعايش والتوازن بين تلك الحرية من جهة، ومقتضيات حق الفرد والدولة من جهة ثانية[2].

وبهذا فإن انسحاب الدولة من الحياة الاقتصادية تماشيا مع تعاليم المذهب الفردي وآليات اقتصاد السوق لا يعني بتاتا الانسحاب المطلق والتام من لعب أي دور في تلك الحياة، فدورها في ظل هذا الوضع يجعل منها دولة ضابطة لها أن تتدخل بموجب قواعد قانونية تنظم مناخ الأعمال، كتلك الواردة في قانون الاستهلاك، وقانون الاستثمار، وقانون المنافسة، وقوانين مكافحة التضخم، وكل ذلك في سبيل حماية اقتصاد الدولة من الأزمات التي قد تسببها له الرأسمالية الزاحفة، وهذا بالإضافة إلى تدخله لتنظيم مجالات أخرى ترتبط وتتأثر بتحرير التجارة كتلك المتعلقة بالصحة وحماية المستهلك، وكذا حماية البيئة[3].

---

[1] انظر: على سبيل المثال: المادة 8 من الجزء الخاص بحماية الملكية الفكرية. مشار إليه في: فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 110 و111.

[2] انظر: عليان بوزيان، نسبية الحرية الاقتصادية وأثرها على التنظيم التشريعي في الجزائر –فكرة النظام العام الاقتصادي- بحث مقدم للملتقى الوطني حول الاستقرار التشريعي والتنظيمي ضمان للاستثمار ودعم لمناخ الأعمال في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة معسكر، يومي 21 و22 أفريل 2009.

[3] وتعد العلاقة بين التجارة والبيئة من الأمور المستحدثة في العلاقات التجارية الدولية، والتي اكتسبت أهمية متزايدة تدريجيا مع تزايد الوعي الدولي بموضوعات الحفاظ على البيئة، وانعكس بالتالي على أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري الدولي، وتمت ترجمته إلى مجموعة معايير وضوابط ينبغي مراعاتها والالتزام بها من قبل مختلف الدول. أنظر: سهيل حسين الفتلاوي، التنظيم الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص179.

وفي هذا الإطار تنص المادة الرابعة من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/01/20 والمعدل بالأمر رقم 08/06 والمتعلق بتطوير الاستثمار على أنه: "تنجز الاستثمارات في حرية تامة مع مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة"

وترتيبا على هذا فإن القواعد القانونية ذات التطبيق الضروري لا تتراجع في ظل اقتصاد السوق كما قد يتبادر إلى أذهان البعض مقارنة مع الاقتصاد الموجه الذي يعتمد على تدخل الدولة في مختلف الأنشطة التجارية والاقتصادية، بل إن الاقتصاد الحر يتطلب هو الآخر تدخلا تشريعيا لوضع نظام قانوني يحقق الانضباط، وينظم المنافسة، ويقيد من حرية التجارة والتعاقد، حتى وإن كان هذا التدخل تدخلا من نوع خاص يتلاءم والتطورات الاقتصادية الحاصلة.

وبالفعل فقد أكد الفقه بأن الدول أصبحت تسعى اليوم جاهدة إلى التدخل بموجب نصوص قانونية دقيقة لفرض سلوكات معينة يتعين إتباعها في إطار علاقات التبادل الاقتصادي والتجاري، وهو ما يعني أن عدد القوانين الحمائية سيتزايد في ظل تلك الاتفاقيات، وهو تزايد يمكن ملاحظته على صعيد المنظومة القانونية لكل الدول[1].

فالدول النامية ستجد نفسها مجبرة على سن قوانين حمائية من أجل حماية تجارتها ومنتجاتها خلال فترات السماح من شدة المنافسة التي ستفرض عليها من طرف الدول المتقدمة، أما هذه الأخيرة فستلجأ إلى اتخاذ تدابير تسلب الدول النامية العديد من المزايا، والتي تكون قد حصلت عليها من خلال انضمامها للمنظمة العالمية للتجارة.

ومما لا شك فيه أن تدخل الدولة على هذا النحو هو تدخل يتعارض مع أهداف المنظمة العالمية للتجارة، الأمر الذي قد يحول دون تشجيع الاتجار في السلع والخدمات، ويقف كعائق أمام إنشاء نظام تجاري حر ومتعدد الأطراف، فقد نصت المادة: 01/02 من الاتفاق المتعلق بشأن القيود الفنية على التجارة على أنه: "يكفل الأعضاء عدم إعداد القواعد الفنية أو اعتمادها أو تطبيقها بغية خلق عقبات لا ضرورة لها أمام التجارة الدولية، أو لا يكون لها هذا الأثر. ولهذا الغرض لا ينبغي أن تكون القواعد الفنية مقيدة للتجارة بأكثر مما يجب لتحقيق غرض مشروع مع مراعاة المخاطر التي قد يثيرها عدم تحقيقه، ومن بين هذه الأغراض المشروعة متطلبات الأمن القومي، ومنع ممارسات الغش، وحماية حياة أو صحة الإنسان أو الحيوان أو النبات أو حماية البيئة".

ولما كانت العقود هي الأداة الفنية التي تتم بها عمليات انتقال السلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود، فهذا يعني أنها ستتأثر حتما بالقواعد الحمائية التي تسنها الدولة في شتى المجالات،

---

[1] لقد أكد العديد من المراقبين في الدول الرأسمالية ذاتها هذا التوجه، حيث أقروا بأن الاتجاهات الحمائية في أوربا وأمريكا مستمرة في التنامي، ومن ثم فإن الاتفاقات الجديدة والمتعلقة بتحرير التجارة العالمية هي اتفاقات ينبغي عدم اعتبارها أمرا مسلما به في كل الأحوال. أنظر في هذا: إبراهيم العيسوي، الغات وأخواتها –النظام الجديد للتجارة العالمية ومستقبل التنمية العربية، الطبعة الثالثة، لبنان، يناير، 2001، ص97.

خاصة في مجال حماية المستهلك، والرقابة على الصرف ونشاط البنوك والتأمينات، والنشاطات المتعلقة بالاستيراد، والقوانين الضريبية، والقوانين المتعلقة بالائتمان وغيرها.

فإذا كانت الدولة تسعى من خلال هذه الإجراءات إلى حماية المصالح الحيوية والضرورية في المجتمع، إلا أنّ تطبيق هذه القواعد على عقود التجارة الدولية هو تطبيق يتنافى في الحقيقة مع أهداف المنظمة العالمية للتجارة، ذلك أن إعمال منهج التنازع سيؤدي إلى تطبيق قانون وطني معين، وذلك بما يحويه من قواعد جاءت في الأصل لحماية مصالح الدولة، وبغض النظر عما إذا كان ذلك يتماشى ومصالح التجارة الدولية والمتعاملين في نطاقها، وفي هذا تغليب لمصلحة الدولة وإرادتها على إرادة الأفراد، وهذا معناه محاصرة تلك العقود بكم هائل من القواعد الحمائية، وهذا ما يتعارض مع حرية التجارة ومقتضياتها.

ومن ناحية أخرى فإن استئثار كل دولة بوضع قواعد قانونية في ظل ما يواجه المجتمع الدولي من متغيرات اقتصادية، سيؤدي في النهاية إلى تباين هذه القواعد من دولة لأخرى[1]، وهو ما يعني اختلاف الحلول التي توضع لحسم المنازعات الناشئة عن إبرام وتنفيذ العقود المتصلة بالتجارة الدولية، وكل هذا من شأنه الإخلال بالأمان القانوني والإضرار بمصالح المتعاملين الدوليين.

الفرع الثالث: أزمة منهج التنازع في ظل تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري:

إذا كانت الرابطة العقدية العابرة للحدود تخضع في الأصل للقانون الذي اتفق عليه الأطراف بمقتضى منهج التنازع، إلا أنه يتعين على القاضي مراعاة إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري على المسائل التي تدخل في نطاق سريانها، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى تعطيل إعمال قاعدة الإسناد واستبعاد قانون العقد، فتجزأ الرابطة العقدية بذلك، حيث تخضع في بعض جوانبها لقانون الإرادة، بينما تخضع في جوانبها الأخرى للقواعد ذات التطبيق الضروري[2].

---

[1] انظر: رشا علي الدين، المرجع السابق، ص324.

[2] أنظر:-

-Pommier (J-Ch), Principe d'autonomie et loi du contrats en droit privé conventionnel, thèse, paris, 1992, p 195.

وبهذه المثابة فإن إعمال القواعد ذات التطبيق الضروري يعد منهجا منافسا يطبقه القاضي إلى جانب منهج التنازع ويقيد من مجال إعمال قانون العقد، فهذا الأخير لا ينطبق إلا بشأن المسائل التي لا تشملها تلك القواعد بالتطبيق[1].

ومعلوم أن إدراك القواعد ذات التطبيق الضروري لأهدافها يقتضي إعمالها على كافة الروابط القانونية التي تدخل في مجال سريانها بصرف النظر عن القانون الذي يحكم العلاقة العقدية المطروحة أمام القضاء الوطني بمقتضى منهج التنازع، فمسألة الاختيار غير مطروحة هنا أمام القاضي الوطني، وذلك لأنّ إعماله لتلك القواعد إنما يتم بصورة مستقلة عن قاعدة الإسناد، ووجود هذه القواعد الآمرة يلزمه بتطبيق قانونه الوطني مباشرة على العلاقة محلّ النزاع بمجرد توافر الرابطة التي تبرر اتصال المسألة المطروحة بنظامه القانوني[2].

ففي نزاع قائم بين إحدى الشركات البريطانية التي تستغل وتدير إحدى القرى السياحية في جزيرة "كناري" الإسبانية وأحد المواطنين الألمان، أصدرت المحكمة الفيدرالية العليا الألمانية قرارا بتاريخ 1997/03/19[3]، طبقت فيه القواعد الحمائية الواردة في القانون الألماني لتوفير الحماية للمتعاقد المستهلك بالأولوية على قانون العقد، والذى اتفق الطرفان صراحة على إعماله بشأن العقد المبرم بينهما، وهو في هذا النزاع قانون جزيرة "Man".

وتعود وقائع هذا النزاع إلى عقد أبرم بين الشركة المذكورة أعلاه والتى يتواجد مقرها بجزيرة "Man" البريطانية ومواطن ألماني، وكان العقد هو عقد الانتفاع بوحدة سكنية بنظام اقتسام الوقت، وقد تضمن مجموعة من الشروط من بينها شرط عدم جواز الرجوع عن العقد بعد توقيعه، وشرطا يقضى بإقرار الاختصاص القضائي لمحكمة موطن المدعي، وشرطا آخر يقضي باختصاص قانون جزيرة "Man" بحكم العقد.

وعلى إثر خلاف وقع بين الطرفين رفعت الشركة دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة تطلب فيها الحكم على المتعاقد الألماني بدفع الثمن المستحق عليه من قيمة الوحدة السكنية

---

[1] إذا كانت القواعد ذات التطبيق الضروري هي من القواعد ذات التطبيق المباشر فإن العكس غير صحيح، إذ ليست كل القواعد ذات التطبيق المباشر من القواعد ذات التطبيق الضروري، حيث لا يكفي لاتسام هذه الأخيرة بتلك الصفة أن يكون مشرعها قد أراد إعمالها بشكل مباشر، بل كثيرا ما يتوسع المشرع في معيار انطباق بعض القواعد المادية على حساب القوانين الأجنبية، دون أن يتوقف ذلك على وجود صلة بين أهداف تلك القواعد ونطاق تطبيقها.

[2] أنظر:-

-Toubiana(A), le domaine de la loi du contrat en droit international privé- contrats internationaux et dirigisme étatique, thèse, Paris, Dalloz, 1992, n° 258.

[3] أنظر: -Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997, Rev.crit, 1998, p 610, note Lagarde (P).

محل العقد، وكذا نصيبه من مصاريف الصيانة والخدمات. وأمام هذا دفع المدعى عليه ببطلان العقد للغبن، كما دفع احتياطيا بتحلله من أي التزام لأنه رجع عن العقد طبقا للقانون الألماني، لاسيما تلك المتعلقة بحق الرجوع في عقود الترويج للسلع في موطن المشتري.

وإذا كانت المحكمة الابتدائية قد ألزمت المدعى عليه بدفع المبلغ المستحق للشركة، إلا أن محكمة الاستئناف قد رأت خلاف ذلك بعد أن طعن المدعي عليه في الحكم الصادر، حيث قررت بأنه وإذا كان القانون الواجب التطبيق على عقد المشاركة الزمنية هو قانون جزيرة "Man" الذي يقضي بصحة اشتراط أحد المتعاقدين على الآخر حظر الرجوع عن العقد، إلا أن أحكام القانون الألماني الصادر بتاريخ 1986/01/16 والذي يعترف بحق الرجوع في عقود ترويج السلع في موطن المشتري تكون هي واجبة التطبيق بالأولوية على أحكام قانون الإرادة المختار من قبل المتعاقدين، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الفدرالية الألمانية في قرارها السابق.

وعليه فإن التطبيق المباشر لقانون القاضي لا يتم بناءا على فكرة الاختيار التي تقوم عليها قواعد التنازع، لأن وجود قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضروري في ذلك القانون يستبعد أي مزاحمة أو تنافس بين تلك القواعد وقواعد قانون آخر، فيكون بذلك للقواعد ذات التطبيق الضروري الأولوية على قواعد الإسناد في التطبيق، إذ يتعين على القاضي البحث أولا في قانون دولته عن أي قاعدة تستلزم إعمالها، فإن لم يجد وجب عليه تطبيق القانون الذي تحيل إليه قاعدة الإسناد.

وأمام اتجاه الدول نحو سن قواعد آمرة لحماية اقتصادياتها الوطنية من خطر العولمة وتحرير التجارة العالمية، عاودت فكرة النظام العام الاقتصادي إلى الظهور من جديد، ليس فقط في الدول النامية، بل حتى في أنظمة الدول الصناعية، وهو ما يعني أن القواعد ذات التطبيق الضروري أصبحت تشكل هجمة وطنية أو حكومية من شأنها أن تؤدي إلى وضع منهج التنازع في أزمة حقيقية، حيث لن يكون له في ظل هذا الوضع إلا دور احتياطي ومن الدرجة الثانية بالنسبة للقواعد ذات التطبيق الضروري، بل إن جانبا من الفقه قد ذهب إلى أبعد من ذلك حينما قرر أن تزايد عدد القوانين الحمائية سيؤدي لا محالة إلى تدمير منهج التنازع[1]، طالما أن تلك القواعد إنما تعبر في الحقيقة عن "المفاهيم الانغلاقية ونزاعات التطرف الوطني"[2].

وحتى وإن كانت الدول المختلفة معذورة فيما تتجه إليه من فرض قيود تشريعية مضادة لأنها تهدف من وراء ذلك لحماية منتجاتها وتجارتها وتعاقداتها في ظل انسياب التجارة العالمية

---

[1] أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص301.

[2] أنظر:- Pommier (J-Ch), op.cit, p 195. -

وتحررها، إلا أن هذا قد يكون حسب جانب كبير من الفقه مِعْول هدم في أسس قواعد التنازع التي تعد دليلا على تطور ونمو الفكر القانوني الراقي الداعي إلى تحقيق العدالة بعيدا عن النزعة الوطنية غير المبررة[1].

المطلب الثالث: منهج التنازع ومنازعات عقود التجارة الإلكترونية الدولية:

لقد سمح التطور الهائل في وسائل التكنولوجيا الحديثة التي شهدها ومازال يشهدها العالم اليوم في مجال الاتصالات والمعلومات، إلى ظهور أساليب جديدة للتعاقد، حيث أصبح هذا الأخير يتم عبر شبكات الاتصال المتاحة للجميع من غير حدود، وفي كل زمان ومكان، الأمر الذي فتح المجال واسعا لبروز نوع جديد من التجارة هو التجارة الالكترونية[2].

وعليه فقد أضحت الصفقات تتم وفق نمط جديد يرتكز على شبكات الاتصال الرقمية، فألغيت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية، وتحول العالم كله إلى سوق مفتوحة تضمن شمولية الممارسة في البيع والشراء وتبادل السلع والخدمات أمام المتعاقدين، وذلك بغض النظر عن المواقع الجغرافية التي يتواجدون بها.

وطبيعي أن يؤدي هذا التحول في معالم الاقتصاد العالمي إلى حدوث تغير كبير في المفاهيم التي كانت سائدة في المعاملات المدنية والتجارية، وإثارة تحديات ومشاكل قانونية تتعلق بفروع القانون المختلفة، لعل أهمها مشكلة تحديد النظام القانوني الذي تخضع له العقود الدولية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة.

فالمتأمل في ضوابط الإسناد التي تحكم القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، يجد بأنها تعتمد بشكل رئيسي على تحديد المكان، في حين أن المعاملات التي تتم عبر الشبكة الالكترونية والتي تجعلها تسبح في فضاء افتراضي ليس له أية روابط أو صلات مكانية.

وعليه فإنه يبدو منطقيا أن يثير منهج التنازع الدولي للقوانين، والذي هو في المقام الأول تنازع من حيث المكان، صعوبات عند إعماله على عقود التجارة الالكترونية، وهو ما يمكن

---

[1] أنظر: رشا علي الدين، المرجع السابق، ص347 و348.

[2] والتجارة الالكترونية E-commerce تختلف في معناها عن الأعمال الالكترونية E-business، ذلك أن هذه الأخيرة هي أوسع وأشمل من التجارة الالكترونية، فهي تمتد - أي الأعمال- إلى جميع الأنشطة الإدارية والإنتاجية والمالية والخدماتية، ولا تتعلق فقط بالعلاقة بين البائع أو المورد والعميل. أنظر في هذا: يونس عرب، منازعات التجارة الالكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التجارة الالكترونية الذي أقامته منظمة الأسكوا، هيئة الأمم المتحدة، من 08 إلى 10 أكتوبر 2000، ص3.

ملاحظته سواء عند إعمال نظرية الأداء المميز على هذا النوع من العقود، أو عند إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية الأخرى.

أولا-صعوبة إعمال نظرية الأداء المميز على عقود التجارة الإلكترونية الدولية:

لقد حاول العديد من فقهاء القانون الدولي الخاص تطبيق نظرية الأداء المميز في العقد لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، وذلك في حالة انعدام الإرادة الصريحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين.

وإذا كانت فكرة الأداء المميز والتي تقوم على تفريد معاملة العقود بحسب الوزن القانوني والواقعي للالتزام الأساسي في العقد، تحظى بسهم وافر من التأييد لدى العديد من الفقهاء، إلا أن إعمالها في مجال عقود التجارة الإلكترونية يصادفه العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية.

فمن جهة أولى يكون صاحب الأداء المميز هو المتعاقد الذي ينفرد بوضع شروط العقد، ويكون بالتالي القانون الواجب التطبيق على ذلك العقد هو قانون محل إقامة أو مركز إدارة نشاط هذا المتعاقد، مما يعني أن الأمر يتعلق بعقد إذعان يسند فيه لقانون الطرف القوي في العلاقة العقدية، وفي هذا تحقيق لمصلحته وتضحية بمصلحة الطرف الضعيف اقتصاديا طالما أنه قد يخضع لقوانين لا يعرفها قد تهدد حياة مشروعه أو منشأته.

والشيء الملاحظ بالنسبة لكثير من عقود التجارة الإلكترونية أنها عقود تتضمن معنى الإذعان عندما تأخذ شكل العقود النموذجية المفروضة على صفحة الويب، ويكون فيها صاحب الأداء المميز هو البائع أو مقدم الخدمة، فتخضع بالتالي تلك العقود لقانون دولة البائع أو قانون دولة مورد الخدمة تطبيقا لنظرية الأداء المميز وفي ذلك حتما إجحاف وإضرار بمصالح الطرف الآخر في العقد.

ومن ناحية ثانية نلاحظ أن تحديد قانون العقد يتم وفقا لهذه النظرية على ضابط إسناد رئيسي هو محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم أو مركز إدارته فيما لو كان شخصا اعتباريا بوصفه المحل المفترض لتنفيذ هذا الالتزام[1]. فإذا كان قانون محل إقامة المدين بالأداء المميز على هذا النحو هو المعيار الواجب الإتباع لكونه الأوثق صلة بالعلاقة العقدية، فإن الملاحظ بالنسبة إليه أنه معيار ذو طابع إقليمي ويعتمد على مرتكزات جغرافية، ومثل هذه المعطيات لا

[1] أنظر: صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 345.

تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات، فالحقائق والآليات التقنية المستخدمة تجعل من الصعب معرفة الموقع الجغرافي للمتعامل الذي يملك مشروعا.

وبالإضافة إلى هذا فإن المواقع الإلكترونية التي تتم من خلالها عمليات التعاقد قد تكون مواقع مؤقتة والإعلان عنها على الإنترنت لا يشكل اتصالا مستمرا وجوهريا مع النطاق المكاني، بل حدث عارض بالنسبة للمتعامل، ومن ثمة يصعب إعمال نظرية الأداء المميز لتحديد محل الإقامة المعتاد والدائم للمدين الملتزم بالأداء المميز في العقد.

وتظهر من جهة ثالثة صعوبة أخرى تتجلى في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت والتي تتميز بطبيعة مركبة تتساوى فيها الالتزامات من حيث الأهمية الاقتصادية، بحيث يجوز اعتبار كل واحد منها أداء مميزا في العقد، كما لو تمّ إبرام عقد مقايضة عبر الشبكة يلتزم فيه كل طرف بأداء يتساوى من حيث الوزن مع أداء الطرف الآخر، ففي هذه الحالة يصعب تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد لصعوبة تحديد صاحب الأداء المميز فيه.

ثانيا-صعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية:

إن صعوبة التعويل على ضوابط مكانية لتحديد القانون المختص بحكم الرابطة العقدية الإلكترونية المتسمة بالطابع الدولي لا تظهر عند إعمال نظرية الأداء المميز فقط، بل تطرح بشكل جلي حتى في حالة الاعتماد على ما يعرف بالإسناد الجامد والتحديد المسبق للقانون الأوثق بتلك الرابطة، وذلك لأنه إسناد يعتمد أيضا على نفس الضوابط كضابط محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو الموطن المشترك للمتعاقدين.

1- صعوبة تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد: تأخذ الكثير من النظم القانونية، ومن بينها القانون الجزائري[1] بضابط محل إبرام العقد الدولي لتحديد القانون المختص بحكمه عند امتناع المتعاقدين عن اختياره صراحة أو ضمنا.

وواضح أن العقود المبرمة بين حاضرين لا تثير أية مشكلة تذكر، من حيث تحديد مكان وزمان إبرام العقد، كما أنه من السهل أيضا الوصول إلى هذا التحديد عندما يتم التعاقد عن طريق وسائل الاتصال التقليدية كالهاتف أو الفاكس، وذلك بإعمال النظرية التي اعتمدها المشرع في هذا الشأن، علما أن التشريعات قد انقسمت حول هذه المسالة بين أربع نظريات، هي نظرية الإعلان عن القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية تسليم القبول، ونظرية العلم بالقبول.

[1] أنظر: المادة 18 من القانون المدني الجزائري.

وقد اخذ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 بالمكان الذي استلمت فيه رسالة البيانات، والذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا كان له أكثر من مقر عمل كان هذا المقر هو المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي، فإذا لم يوجد مقر عمل يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت واستلمت من مقر الإقامة المعتاد[1].

وإذا كان اختلاف النظم القانونية حول تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد بين الغائبين يشكل في حد ذاته عائقا يحول دون تطور المبادلات التجارية الدولية، فان الأخذ بهذا الضابط في مجال العقود الإلكترونية من شأنه خلق مشكلة حقيقية قد تجعل من هذه العقود عقودا تسبح في مجال خال من القانون[2].

وأساس ذلك أن أنظمة نقل الرسائل الالكترونية تسجل فقط اللحظة التي سلمت فيها الرسالة من نظام معلومات لآخر، ومن دون أن تبين المكان الجغرافي الذي تم فيه ذلك، وهذا يعني أن تحديد محل إبرام العقد هو أمر شبه مستحيل، فمجتمع الانترنيت هو مجتمع افتراضي ينقسم إلى مناطق شبكية للاتصالات، وليس إلى أقاليم محددة كما هو الحال في العالم الحقيقي، فهو عالم رقمي لا يعرف غير الأرقام والبيانات.

وحتى لو افترضنا أن القاضي قد استطاع تحديد محل إبرام العقد بإعمال إحدى النظريات السابقة، وبالتالي تعيين القانون المختص بحكم الرابطة العقدية، فإن ذلك التحديد غالبا ما يكون عرضيا وفجائيا في المعاملات الالكترونية، وليست له أي صلة فنية بالعقد، خاصة في ظل انتشار الحواسيب الآلية المحمولة والهواتف النقالة، وهو ما يجعل من انعدام ملاءمة القانون المطبق على ذلك العقد أمرا محقق الوقوع.

وأمام هذا التزاحم في الفرضيات التي يطرحها العالم الافتراضي يرى بعض الفقه[3] أن المخرج منها هو البحث في قواعد الإثبات إذ يتعين على كل من يدعي بأن العقد قد ابرم في مكان معين أن يثبت ذلك بالدليل، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يقيم الدليل على من يدعي عليه.

2- **صعوبة تحديد المحل الحقيقي لتنفيذ العقد:** يلعب محل تنفيذ العقد دورا بالغ الأهمية في القانون الدولي الخاص إذ بإمكان القاضي الاعتماد عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق

---

(1) أنظر المادة 4/15 من قانون اليونسترال لسنة 1996.

(2) أنظر: -Vivant(M), commerce électronique cherche droit, Droit et patrimoine, décembre 1997, p50.

(3) أنظر: يوسف العلي، مدى صلاحية قواعد تنازع القوانين لحكم التعاملات التي تتم على شبكة الانترنيت، دراسة في القانون الدولي الخاص الكويتي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، أكاديمية شرطة دبي، من 04/26 إلى 2003/04/28، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ص25.

على العقد، ففي هذا المكان تتجسد الالتزامات التعاقدية وتظهر إلى الوجود، وهذا هو المهم بالنسبة للمتعاقدين فضلا عن كونه عادة محل إقامة أحد المتعاقدين على الأقل[1].

وتلك الأهمية هي التي جعلت اتفاقية روما لسنة 1980 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية تتبني ضابط مكان تنفيذ العقد من أجل تعيين القانون المختص بحكم المسائل الخاصة بكل طرق التنفيذ والإجراءات التحفظية وفوائد التأخير وغيرها[2].

والأصل أن تحديد مكان التنفيذ لا يثير مشكلة حقيقية في مجال عقود التجارة الالكترونية، لأنه عادة ما يتم تنفيذ الالتزامات المترتبة عنها خارج الشبكة، وأن إبرامها هو الذي يتم بالطريق الالكتروني، أم تنفيذها فمقترن بأشياء مادية، فيكون بذلك مكان تسليم البضاعة أو تقديم الخدمة هو محل تنفيذ العقد.

غير أن الصعوبة قد تثار في الحالات التي يتم فيها تنفيذ العقد الكترونيا، كما هو الحال عند تحميل برنامج معين من وعلى الانترنيت، فالتساؤل الذي يطرح هنا هو هل مكان التنفيذ في هذه الحالة هو مكان مقدم الخدمة، أم مكان المستضيف، أم مكان وجود الحاسب الآلي المرسل إليه البرنامج المراد تحميله؟

وعلى الرغم من أهمية المسألة، فان النظم القانونية على اختلافها لم تقدم حلا لهذه المشكلة، كما أن التوجيه الأوربي رقم 2001/44 الصادر في 2001/12/22 والمتعلق بالاختصاص وتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، لا يتضمن أي تفسير يتم بموجبه تحديد محل تنفيذ العقد الالكتروني الذي ينفذ بالوسائل الالكترونية تنفيذا كليا أو جزئيا.

ولتفادي هذه المشكلة وما يترتب عنها من أثار تمس استقرار المعاملات الالكترونية ذهب بعض الفقه إلى القول بان أفضل الحلول هي تلك المستمدة من قانون اليونسنترال النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1996[3]، حيث نصت المادة 4/15 على أنه:«تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه»، ومنه يرى هذا الاتجاه بان محل تنفيذ العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت هو مكان المنشأة الرئيسية للبائع، وهو أيضا مكان محل إقامة المشتري[4].

---

[1] أنظر: احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 200.

[2] أنظر المادة 1/10 من الاتفاقية.

[3] أنظر: انظر صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 419.

[4] أنظر:-

-Coutellier(s) et durindel(L), la loi applicable aux contrats conclu sur Internet, http://www.univ-orleans.fr, p7.

3- صعوبة تحديد الموطن الحقيقي للمتعاقدين: إن مفهوم الموطن في إطار الأنظمة القانونية الداخلية يقوم على حالة واقعية تتجاوب مع حاجة قانونية هي الربط بين الشخص والمكان برابطة قانونية[1].

والأصل أن تحديد موطن أي شخص مرتبط بمكان تواجده وقت إبرام أو تنفيذ التصرف، وتطبيق هذه الفكرة يعني الوصول إلى المكان الحقيقي الذي يتواجد فيه المتعاقدون، وهو مكان ثابت ودائم يتوطن فيه هؤلاء من أجل إدارة مصالحهم.

وعلى الرغم من وضوح هذه الفكرة في نطاق المعاملات الدائرة في العالم الحقيقي، إلا أن إعمالها في مجال المعاملات الإلكترونية الواقعة في العالم الافتراضي ليس بالأمر اليسير، فالتعاملات التي تتم على الشبكة الإلكترونية تعتمد بالدرجة الأولى على عناوين إلكترونية لا تعطي مؤشرات أو دلالات حقيقية على الموطن الحقيقي للمتعاقد[2].

ومعروف أن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقد من خلاله المتعاملون في التجارة الالكترونية قد لا يكون مرتبطا ببلد معين، كما هو الحال بالنسبة للعناوين التي تنتهي في الأخير برمز«com » أو «org»، فهذه المواقع دولية لا تنتمي لأية دولة، كما أن المواقع التي تنتهي برموز مثل «dz » أو «fr» أو «eg » ليس لها أية دلالات حقيقية على ارتباطها بمكان معين، وذلك لأن التسجيل بهذه المواقع لا تحكمه القواعد الخاصة المتعلقة بالعمل التجاري أو الترخيص التجاري[3]، إذ قد تكون هناك شركة معينة قد ترغب في الحصول على موقع خاص بها على صفحة انترنيت جزائرية مثلا، فتشترك ويكون موقعها الالكتروني ينتهي برمز dz ومن دون أن يعني هذا بأن موطنها متواجد فعلا بهذه الدولة، مما يعني في الأخير استحالة الاعتماد على هذا المعيار لتحديد القانون المختص بحكم هذا النوع من العلاقات العقدية.

وبهذا يظهر عجز وقصور وعدم ملاءمة المعايير التقليدية لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية وذلك لأنها معايير جاءت في الأصل للقيام بهذا التحديد في نطاق المعاملات التي تتم في العالم الحقيقي وليس لمعاملات تتم في مجال افتراضي لا علاقة له بالمرتكزات الجغرافية.

---

(1) أنظر: يوسف العلي، المرجع السابق، ص 21.

(2) انظر: -Cahard (O), Les régulation international du marché électronique , L.G.D.J, 2002, p149.

(3) أنظر: يوسف العلي، المرجع السابق، ص 22.

خاتمة:

على الرغم من تأكيد التشريعات الوطنية الحديثة على دور الإرادة في اختيار قانون العقد الدولي، وهو ما يعد تأييدا منها لمبدأ سلطان الإرادة، إلا أنّ إعمال هذا المنهج من شأنه أن يؤدي في مفهومه التقليدي إلى تطبيق قانون وطني على عقود تجاوز بطبيعتها حدود الدولة الواحدة، وهذا من شأنه إصابة تلك العقود بأبلغ الضرر.

فلقد أصبحت معطيات وجود القانون الدولي الخاص ومناهجه لا تتلاءم مع واقع العلاقات الاقتصادية الدولية الراهنة، ذلك أنّ هذا القانون هو فرع من فروع الدراسات القانونية والذي يدين بوجوده إلى ظاهرة الحدود السياسية، في حين أن واقع تلك العلاقات يثبت بأن العالم أصبح يعيش في قرية كونية لا تعترف بالحدود السياسية، مما يجعل مناهج القانون الدولي الخاص بما في ذلك منهج تنازع القوانين تتنافى وظاهرة العولمة الاقتصادية.

إن النظام الاقتصادي العالمي الجديد والقائم على مبدأ حرية التجارة العالمية قد أدى على خلاف ما توقعه الكثيرون إلى تنامي دور منهج القواعد ذات التطبيق الضروري بعد اتجاه المشرعين في الدول المختلفة إلى سنّ تشريعات آمرة تحمي المصالح الجوهرية في مجتمعاتهم، وهو ما سمح بتفعيل أزمة منهج التنازع طالما أن إعمال المنهج الأول –أي منهج القواعد ذات التطبيق الضروري- يقضي بالضرورة استبعاد المنهج الثاني - أي منهج التنازع- .

والملاحظ من ناحية أخرى أنّ تطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية الدولية يثير صعوبات حقيقية، وذلك أمام عدم فاعلية ضوابط الإسناد الاحتياطية في مواجهة العالم الافتراضي الإلكتروني، ذلك أن سبب وجود القانون الدولي الخاص يعود بالأساس إلى تقسيم المجتمع الدولي إلى دول تفصل بينها حدود سياسية، في حين أن المجتمع الإلكتروني لا يقوم على ركائز جغرافية، وهو ما يصعب على القاضي مهمة تحديد القانون واجب التطبيق عن طريق الاستعانة بضوابط إقليمية كضابط مكان إبرام العقد أو تنفيذه أو ضابط موطن المتعاقدين وحتى الجنسية المشتركة لهؤلاء.

وبهذه المثابة فإن العولمة الاقتصادية كأحد أهم الظواهر التي شهدتها نهاية الألفية الماضية، قد أدى إلى إحداث انعكاسات ملموسة في هذا النطاق، حيث جاءت لتحيي الدعوة إلى تحرير العقود الدولية من سلطان الأنظمة القانونية الوطنية خاصة في ظل استمرار قصور وعجز منهج التنازع التقليدي عن حكم مستجدات التعامل التجاري الدولي.