المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم
معهد البحوث والدراسات العربية/ القاهرة
قسم البحوث والدراسات القانونية

تنـــازع القـوانيـــن

بشأن سندات الشحن الإلكترونية

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي الخاص

إعداد الباحثة

إخلاص مخلص إبراهيم الألوسي

لجنة المناقشة والحكم:

الأستاذ الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن — **رئيساً**
أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق – جامعة القاهرة فرع الخرطوم

الأستاذ الدكتور عبد المنعم زمزم — **مشرفاً**
أستاذ مساعد وقائم بأعمال رئيس قسم القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق – جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور جابر سالم عبد الغفار — **عضواً**
أستاذ القانون الدولي الخاص
كلية الحقوق – جامعة لوان

القاهرة ٢٠١٢

الإهداء...

إلى .. الروح التي تسكن في روحي (جدي نافع ـ رحمه الله ـ)

إلى ... من سهر الليالي... ونسي الغوالي... وظل سندي الموالي...

وحمل همي غير مبالي... والدي الغالي.

إلى ... اثقلت الجفون سهراً... وحملت الفؤاد هماً... وجاهدت الأيام صبراً...

وشغلت البال فكراً... ورفعت الأيادي دعاءاً... وايقنت بالله أملاً أغلى الغوالي واحب

الأحباب... أمي العزيزة الغالية.

إلى .. رياحين حياتي وبلسمها.. إخوتي وأخواتي.

إلى .. الأرض التي لا أعيش إلا بهواها .. العراق.

إلى .. رفيق مسيرتي وأنيسي في غربتي زوجي.

إلى .. شمعة حياتي وزهرتها.. ولدي أحمد.

اهدي هذا الجهد المتواضع

شكـــر و تقـــدير

تصديقاً لقوله تعالى:چڤڤڤڤچ (سورة إبراهيم: من الآية٧)، وقوله تعالى: چ ھ ہ ہ ھ ےچ(سورة النمل: من الآية٤٠) .

الحمد لله الذي أنشأ وبَرأ، وخلق الماء والثَّرى، وأبدع كل شيء ذَرأ، ولم يزل علياً، ولم يزل في علاه سمياً، قطرة من بحر جوده تملأ الأرض ريّا، والشكر لله على ما هدى، و فتح علينا وأعطى، شكرا كثيرا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه ، وأصلي على رسوله محمد المبعوث في أمِّ القُرى، وعلى أله وأَصحابِه ذَوي القدر الشامخ الذُّرَى .

أولى كلمات شكري وتقديري أضعها على صفحات قلبي النابض بحبهما ، إلى من منحوني نبض الحياة، وأرضعاني الصبر والمثابرة مهما تغيرت الأيام، والديَّ الكريمين إجلالا واحتراماً .

واعترافاً مني بفضله حيث انه أهل الفضل ونبراس الوفاء أتقدم بأسمى آيات العرفان والشكر الذي لا تحيطه الكلمات ولا تعبر عنه أبلغ العبارات إلى أستاذي الفاضل الدكتور عبد المنعم زمزم، الأستاذ المساعد والقائم بأعمال رئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق – جامعة القاهرة، الذي تفضل مشكوراً بقبول الإشراف على هذه الرسالة على الرغم من كل ظروفه ومشاغله، فكان لي بمثابة الأخ الأكبر ونعم الناصح والموجه، فكان لآرائه وتوجيهاته وعطفه كل الأثر في إتمام هذه الرسالة . فغمرني بحسن خلقه وطيب معاملته فله مني كل الامتنان، داعياً الله له دوام الصحة والتوفيق، وأن يبرر الله دربه في الدنيا والآخرة .

كما أتقدم بوافر شكري وعظيم امتناني إلى لجنة المناقشة والحكم على الأطروحة، واخص بالذكر الأستاذ الفاضل الدكتور عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص كلية الحقوق – جامعة القاهرة فرع الخرطوم، الذي تحمل مشكوراً قبول مناقشة هذه الرسالة شاكرة له تعاونه معي ونصحه وإرشاده فجزاه الله عني كل خير وجعله منارة للعلم ، واعترافا مني بما أبداه لي الأستاذ الدكتور جابر سالم عبد الغفار أستاذ القانون الدولي الخاص كلية الحقوق – جامعة حلوان، من قبول سيادته المشاركة في مناقشة هذه

الرسالة، فضلاً عن إرشاده ونصحه لي بشأن موضوع الرسالة، وارفع إلى سيادته خالص شكري وامتناني داعياً الله له التوفيق والرقي.

كما وأتقدم بالشكر والعرفان لأستاذي الفاضل الدكتور سليمان براك أستاذ القانون المدني كلية القانون الفلوجة – جامعة الانبار، الذي كان لي خير ناصح ومرشد، فجزاه الله عني كل خير، كما أتقدم بخالص شكري لأستاذي الفاضل نافع بحر سلطان الذي مد لي يد العون والمساعدة ونزودني بالمراجع الفرنسية على الرغم من انشغاله بكتابة أطروحته للدكتوراه في فرنسا، فله مني كل الامتنان داعيا الله له التوفيق والنجاح في مسعاه.

ولا بد لي من تقديم شكري وامتناني إلى بلد الكنانة التي احتضنتني ولأهلها الكرام وشعبها الطيب، وإلى مدير معهد البحوث والدراسات العربية والكادر الوظيفي، لما لمسناه منهم من طيب معاملة وحسن خلق.

ولا يفوتني أن أتقدم بخالص امتناني وعظيم حبي إلى من وقف بجانبي وكان لي نعم المعين، فكان لصبره وتضحيته خير دافع لي لإتمام هذه الرسالة، فكان كالشمس التي اشرقت في سمائي لتنير طريقي وشمعتي التي تضيء دروبي، زوجي الغالي د. زياد.

وختاماً لابد أن أتقدم بالشكر إلى من كان لدعائهم وحرصهم على مستقبلي وتجرعهم معي كاس الفراق أخوتي وأخواتي، أدامهم الله لي ذخراً وعزاً فبهم وبجبهم أكون وبدونهم لا معنى لوجودي.

وأخيراً، أضع بصمة شكر وعرفان أخص بها زملائي وأصدقائي الذين لا يسع المقام إلى ذكرهم ولكل من ساعدني بنصح أو إرشاد أو دعاء أو أدنى من ذلك أو أكثر، فجزآهم الله عني كل خير ويسر لهم أمور دينهم ودنياهم. لهم منّي خالص الشكر والتقدير ووافر الحب والثناء، وصادق الود والدعاء

المقـــدمة

❖ **موضوع البحث**

أدى التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال عبر شبكة المعلومات الدولية إلى ظهور ما يعرف بالتجارة الالكترونية[١]، وتطرقها لكافة المجالات، كان من المنطقي أن تمتد إلى أدوات ووسائل كان المن المتصور عدم امكانية تطرقها إليها، كتلك المتعلقة بسندات الشحن الإلكترونية فباتت هذه الأخيرة تحل بالتدريج محل الوثائق والمستندات الورقية، فكان سند الشحن الإلكتروني واحداً من أهم الوثائق التي أوجدها هذا النظام في ميدان النقل الدولي للبضائع عبر البحر كبديل عن تلك السندات الورقية. وعلى الرغم من أن هذا النمط من الوثائق قد أسهم في تطور التجارة الدولية من حيث سرعة انجاز المعاملات وقلة التكلفة وسهولة التخزين والاسترجاع للبيانات خلال لحظات، فضلاً عن السرية والأمان القانوني اللذين يوفرهما نظام تبادل البيانات الإلكترونية، وفي ظل إتباع نظم التوثيق والتشفير الإلكتروني، إلا أن هذا النمط من الوثائق أوجد بعض الإشكالات القانونية التي تدور حول تنازع القوانين بشأن هذه السندات والقانون الواجب التطبيق عليها، وعن مدى إمكانية تطبيق القواعد التقليدية المطبقة قي ميدان التجارة الدولية.

إن تدفق المعلومات والذي لا يمكن وقفه قد عمل على تدويل واقع الحياة اليومية للناس وبالنتيجة فلا عجب من تدويل القانون الواجب التطبيق على المسائل التي يتم إنجازها

---

(١) حيث عرفها رأي فقهي بأنها" كل معاملة تجارية تتم عن بعد، باستعمال وسيلة الكترونية، وذلك حتى تمام العقد "، انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٢، ص ٤٩، بينما عرفها رأي آخر بأنها: " عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد، لاسيما شبكة المعلومات الدولية والانترنت، دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين، سواء أمكن تنفيذ الالتزامات المتبادلة الكترونياً أم استلزم الأمر تنفيذها بشكل مادي ملموس "، د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص ٩٧.

افتراضياً[1]، فشبكة الاتصالات والمعلومات، كإنجاز تقني، هي شبكة مفتوحة تتمتع بأوصاف مميزة، كالدولية، واللاحدودية، واللامادية، وتجعل الأنشطة التجارية التي تباشر من خلالها تمتاز بدوليتها ولا ماديتها. حيث تصبح منازعات التجارة الإلكترونية عموماً حقلاً متميزاً في بحث تنازع القوانين نتيجة خصوصية البيئة التي يجري فيها اصدار سند الشحن الإلكتروني، وبالتالي خصوصية المنازعات التي تنشأ عن هذا النمط من المستندات، فقواعد التنازع التقليدية المتعلقة بعقود التجارة الدولية خصوصاً لم تضع نصب عينيها إمكانية إنجازها عبر القنوات الإلكترونية، التي قد تفتقر إلى ضوابط الإسناد، فهذه الأخيرة تنهض على عناصر مادية مثل مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، هو مما يَصْعَبْ تطبيقه في حالة إبرام العقد أو تنفيذه عبر وسط افتراضي، وهي مسألة يكتنفها الغموض لصعوبة تركيز العلاقة التعاقدية في مكان محدد، وهذا الأمر يزيد من مشكلات تنازع القوانين في مجال سندات الشحن الإلكترونية التي تنهض في اصلها ووجودها على تبادل كم من البيانات والمعلومات عبر وسط افتراضي.

❖ **أهمية الموضوع**

تتأتى أهمية الموضوع من محورين أولهما، محور عملي يتجسد في أن سندات الشحن الإلكترونية أخذت تشكل في يومنا الحاضر بديلاً عملياً عن تلك السندات الورقية، فاتساع نطاق تداول هذه السندات عبر القنوات الافتراضية يطبعها بسمة الخصوصية التي تتسم بها معاملات التجارة الإلكترونية إبراماً وتنفيذاً، من حيث صفتها الدولية وطبيعتها القانونية، فضلاً عن أنها توفر للأطراف تأمينا يكاد يفوق ما تمنحه سندات الشحن التقليدية. أما من المحور الآخر فهو قانوني يتعلق بما تتسم به التجارة الإلكترونية عموماً من طبيعة عالمية جعل من تركيز العلاقة

(١) د. عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، من١٠ – ١٢ مايو ٢٠٠٣، ص ١٦٦٦.

القانونية أمراً فيه الكثير من الصعوبات في ميدان القانون الدولي الخاص، وعلى وجه الخصوص مسألة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق بشأن النزاعات التي تثور في ميدان سندات الشحن الإلكترونية، فالأزمة التي يعيشها منهاج تنازع القوانين لا ترتبط بمجرد انتقاد آلية هذه القاعدة أو بأسلوب تطبيقها وإنما تتعلق بأنه لا يفي بموجبات الحياة الدولية المعاصرة في ميدان التجارة الالكترونية[١]، وهو ما يفرض على الباحثة، البحث عن حلول قانونية من خلال تطويع القواعد القانونية التقليدية أو البحث عن قواعد قانونية تحكم ما ينشأ عن سندات الشحن الإلكترونية من منازعات في ميدان التجارة الإلكترونية، كما أن أهمية الموضوع تتجلى في حداثته نسبياً وقلة الدراسات القانونية المعمقة فيه، وهو ما يفرض على الباحثة العمل على إيجاد حلول ولو جزئية لبعض الإشكالات التي يتعرض لها البحث وتوجيه نظر المشرع إليها ليتصدى لها من خلال تعديل النصوص القائمة أو سن تشريعات تتلاءم وطبيعة هذا النمط من الوثائق.

❖ **أسباب اختيار الموضوع**

إن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، من الموضوعات المهمة في نطاق القانون الدولي الخاص، ذلك أن هذا التحديد يبين أياً من هذه القوانين المتنازعة سوف يخضع له العقد الدولي، وإذا كانت قواعد الإسناد الخاصة بالعقود توضع عادة بشكل عام لكل العقود دون تخصيص، فإن من الأهمية دراسة هذه القاعدة على نوع معين من أنواع العقود، لبيان مدى ملاءمة هذه القاعدة لهذا العقد أو ذاك، لذلك كان من أسباب اختيار هذا الموضوع بيان مدى ملاءمة النصوص التقليدية في التنازع للتطبيق على سندات الشحن الإلكترونية، كما أن هناك أسباباً أخرى دعتني لاختيار هذا الموضوع وهي:-

---

(١) د. عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال عقود التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، من١٠ – ١٢ مايو ٢٠٠٣، ص ١٦١٦.

١- عدم وجود دراسة في القانون الدولي الخاص تتناول بشيء من التفصيل مسألة تنازع القوانين بشأن سندات الشحن الإلكترونية.

٢- محاولة إيجاد قاعدة إسناد خاصة بعقود التجارة الدولية الإلكترونية تنسجم وطبيعة هذه العقود، وبصياغة مرنة، تساعد القضاء العراقي على اختيار القوانين المناسبة لها، ومنها سندات الشحن الإلكترونية، مستعينين بأهم الاتفاقيات بهذا المجال.

٣- محاولة توضيح العلاقة بين المبدأ السائد في عقود التجارة الدولية ومنها سندات الشحن الإلكترونية، وهو حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم هذا النمط من التصرفات القانونية التي تتسم بخصوصيتها التقنية، من خلال بيان موقف المعاهدات التي تناولت بالتنظيم هذا النمط من أنماط التجارة الإلكترونية، مستعينين بالاتجاهات الفقهية والقضائية والنصوص التشريعية للقوانين المقارنة التي تبنت هذه المعاهدات، وأقرت في الوقت نفسه حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

❖ **منهجية البحث**

ترتكز منهجية البحث في الاعتماد على أسلوب التحليل الاستقرائي المقارن لنصوص التشريعات الوطنية في ما يخص النظرية العامة في العقود التجارية الدولية وقواعد التنازع التي تشير إليها قوانين كل من فرنسا ومصر وانجلترا والولايات المتحدة في بعض الأحيان ومقارنتها مع القانون العراقي، إضافة إلى الاستعانة بنصوص التشريعات الإلكترونية التي سنتها بعض الدول بقدر توفرها لدينا واستنباط ما فيها من أحكام بالقدر الذي يتلاءم مع موضوع دراستنا، ومقارنتها مع آراء الفقه في هذا الميدان، فضلاً عن تحليل الأحكام القضائية بالشكل الذي يخدم موضوع الدراسة.

❖ **نطاق البحث**

يتمحور نطاق البحث حول دراسة القواعد القانونية التي تحكم تنازع القوانين بشأن سندات الشحن الإلكترونية، والبحث من خلال التشريعات المقارنة وآراء الفقه وأحكام القضاء عن أهم القواعد التي يخضع لها سند الشحن الإلكتروني في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، من خلال مدى إمكانية الأخذ باختيار الأطراف كضابط لتحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم سند الشحن الإلكتروني، فضلاً عن مدى إمكانية الأخذ بالقواعد الموضوعية في حالة غياب اتفاق الأطراف. ويتحدد كل ذلك من خلال الإجابة عن التساؤلات الآتية:-

١- ماهية الطبيعة الدولية لسندات الشحن الإلكترونية؟

٢- ما مدى خضوع سندات الشحن الإلكترونية لضابط اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق؟

٣- هل يكون للقواعد الموضوعية التي تعتمد على التركيز الموضوعي للرابطة التعاقدية دور في حكم منازعات سندات الشحن الإلكترونية؟

٤- مدى إمكانية تطبيق قواعد التجارة الإلكترونية على المنازعات التي تثيرها سندات الشحن الالكترونية؟

ونحاول من خلال الإجابة عن هذه التساؤلات إيجاد بعض الحلول حول تنازع القوانين بشأن سندات الشحن الإلكترونية وتحديد القانون الواجب التطبيق عليها، مستبعدين من نطاق الدراسة، ما يتعلق بمسألة نطاق القانون الواجب التطبيق. حيث وجدنا أن تحديد النطاق لا يختلف عما هو موجود من قواعد تحكمه في ميدان التجارة الدولية بشقيها التقليدي والإلكتروني، من حيث خضوع العقد موضوعاً ومضموناً لقانون العقد، بينما يخضع العقد من حيث الشكل لقاعدة (خضوع شكل العقد لقانون محل الإبرام)، أما الأهلية فهي تخضع بموجب القواعد العامة للتنازع لقانون الجنسية، فارتأينا أن البحث في نطاق القانون الواجب التطبيق ما هو إلا

تكرار لما موجود وأن أحكام تحديد نطاق القانون الواجب التطبيق تسري على سندات الشحن الإلكترونية أسوه بباقي معاملات التجارة الإلكترونية التي تخضع لذات الأحكام التي تطبق على التجارة الدولية بمفهومها التقليدي.

❖ **صعوبات البحث**

يشكل البحث في موضوعات التجارة الإلكترونية بحد ذاته صعوبة تتجلى في حداثة الموضوع وتشعباته، فضلاً عن جانبه التقني والتكنولوجي، والبحث في موضوع تنازع القوانين بشأن سندات الشحن الإلكترونية لا يخلو من صعوبة، سواء من حيث حداثته، وارتباطه بوسائل تقنية المعلومات والاتصالات التي لا تحدها حدود ولا ترتبط بروابط مادية أو إقليمة لتركيز ما قد ينشأ عنها من علاقات قانونية، كما أن تركيز الموضوع في جزء من أجزاء التجارة الإلكتروني إضافة للموضوع صعوبات أخرى تتجلى بالآتي:-

١- اندماج سندات الشحن الإلكترونية بنظم تبادل البيانات الإلكترونية التي تنهض في أصلها على وجود ومعالجة كم هائل من الأرقام والرموز والحروف عبر وسط افتراضي لا تحده الحدود ولا يقف عند زمان ومكان، يتسم بالتجدد والتغيير المستمر بين لحظة وأخرى، وهو ما يشكل صعوبة في تحديد هذا النمط من النظم التقنية والقواعد القانونية التي تحكمها.

٢- قلة المراجع والدراسات القانونية المتخصصة في ميدان نظم المعلومات وسندات الشحن الإلكترونية، فضلاً عن ندرة الأحكام القضائية في هذه الميدان.

٣- صعوبة تحليل النصوص القانونية والآراء الفقيه إضافة إلى الأحكام القضائية، وتطويعها بالقدر الذي ينسجم مع موضوع البحث، وهو ما دفعنا إلى القياس في بعض الأحيان على النصوص والآراء الفقهية التي تبحث عن حل لتلك المعاملات التي تبرم وتنفذ عبر الوسط الافتراضي مستندين في ذلك إلى تشابه الوسط الذي تبرم وتنفذ من خلاله، سواء ما كان متصلاً منها بعقود

التجارة الإلكترونية أو نظم تبادل البيانات أو سجلات أو مستندات النقل الإلكتروني، فضلاً عن الآثار التي قد تترتب عليها وعلى تنفيذها.

آملين أن نكون قد أوجدنا الحل ولو لجزء من المشكلة التي توليناها بالبحث والدراسة.

❖ **خطة البحث**

لغرض الإحاطة بموضوع البحث ودراسته من جوانبه كافة، فيما يتعلق بتنازع القوانين في ميدان سندات الشحن الإلكترونية، من خلال الوقوف عند القانون الواجب التطبيق الذي يحكمها، فقد تم تقسيم البحث إلى فصلين مقدمين لهما بمبحث تمهيدي، تناولنا فيه ماهية سندات الشحن الإلكترونية، وذلك في مطلبين عالجنا في الأول، مفهوم سندات الشحن الإلكترونية، بينما خصصنا الثاني، للطبيعة الدولية لسندات الشحن الإلكترونية، وبالانتهاء من تحديد ماهية سندات الشحن الإلكترونية ننتقل إلى الفصل الأول من الرسالة والذي خصصناه للبحث في تحديد القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف، وذلك في مبحثين، أولهما عقدناه للبحث في مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وذلك في مطلبين، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الاساس التشريعي من اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وذلك في مطلبين على التوالي.

أما الفصل الثاني، فقد خصصناه لبحث القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف، وذلك في مبحثين، بحثنا في أولهما منهج التركيز الموضوعي لسند الشحن، وذلك في مطلبين على التوالي، أما المبحث الآخر فقد خصصناه للبحث في مدى خضوع سند الشحن للقانون الموضوعي الإلكتروني، وذلك في مطلبين متتاليين، وفي نهاية البحث خرجنا بخاتمة ثبتنا فيها أهم النتائج التي توصلنا إليها وأهم التوصيات التي نراها ضرورية لخدمة موضوع البحث.

المبحث التمهيدي

ماهية سندات الشحن الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:-

يعد سند الشحن واحداً من أهم الوثائق التي يعتمد عليها في التجارة الدولية، لاسيما التجارة عبر البحر، ونتيجة للتطورات الهائلة التي أصابت التجارة الدولية بمختلف مسمياتها وأطرها القانونية والتقنية، وظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية، فقد تلاشت أهمية السندات الورقية ـ التقليدية ـ بالتدريج، وبدأ الاهتمام الدولي والمحلي يتجه نحو إيجاد آليات قانونية وتقنية لاستخدام سجلات أو سندات الشحن الإلكترونية في ميدان التجارة الدولية من خلال استخدام نظم تقنية ومعلوماتية تساعد أطراف العلاقة على تبادل البيانات والمعلومات بشأن البضائع التي يتم شحنها عبر البحر.

ولأجل الوقوف على ماهية هذا النمط من السندات الإلكترونية، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الأول منهما، مفهوم سندات الشحن الإلكترونية، من خلال تعريف سندات الشحن الإلكترونيو وخصائصها، من ثم تحديد أطرافها، ونتناول في المطلب الثاني الطبيعة الدولية لسند الشحن الإلكتروني، من خلال الوقوف عند أثر التجارة الإلكترونية على سند الشحن الإلكتروني، من ثم تحديد أهم معايير دولية العلاقة في سند الشحن الإلكتروني، على النحو الآتي:-

المطلب الأول

مفهوم سندات الشحن الإلكترونية

إن وضع تعريف لسند الشحن الإلكتروني يتطلب منا تحديد مفهوم السند التقليدي، من ثم البحث في التعريفات التي أوردها التشريع والفقه المقارن بشأن عموم السندات الإلكترونية ومناقشتها، وتحديد معنى سند الشحن الإلكتروني من خلال المصطلحات التجارية الحديثة التي وردت في نصوص الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية بشأن المعاملات الإلكترونية، وماهية النظم التقنية المستخدمة في مجال تبادل المعلومات والبيانات التجارية عبر شبكة الاتصال الدولي، آملين الخروج بتعريف نحدد من خلاله مفهوم سند الشحن الإلكتروني، وأهم الخصائص التي يتسم بها والتي تجعل منه من أهم وثائق التجارة الدولية، وذلك في الفرع الأول من هذا المطلب، و من ثم نبحث في أطرافه في الفرع الثاني، على النحو الآتي:-

الفرع الأول

تعريف سندات الشحن الإلكترونية وخصائصها

تشكل سندات الشحن الإلكترونية نمطاً حديثاً من أنماط استخدام البيانات الإلكترونية والخطابات المرسلة عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية، التي تعد اليوم عصب التجارة الدولية بمفهومها الإلكتروني، لذا يلزم الأمر أن نحدد مفهوم السند أو المستند الإلكتروني أو سجل النقل الإلكتروني[1]، ومقارنة ذلك مع التعريف التقليدي لسند الشحن، مع الإشارة إلى ما

(١) هناك العديد من المصطلحات التي تستخدم للدلالة على مضمون سند الشحن كوثيقة من وثائق التجارة الدولية الإلكترونية والنقل الدولي للبضائع، وسنستخدم مصطلح سند الشحن الإلكتروني تجنباً للخلط وتماشياً مع سند الشحن التقليدي وبما ينسجم مع موضوع البحث.

وضعته الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة بشأن استخدام أنظمة التبادل التكنولوجي للمعلومات وتحديدها لعدة أنماط من الوثائق المستخدمة في التجارة الدولية التي تتم عبر شبكة من شبكات الاتصال الدولي، من ثم البحث في خصائص هذا النمط من الوثائق، وكما يأتي:-

أولاً: تعريف سند الشحن الالكتروني

يشكل سند الشحن عموماً أهم الوثائق التي لا يمكن أن تستغني عنها التجارة الدولية، سواء بمفهومة التقليدي أو الإلكتروني، ولأجل تحديد معنى سند الشحن الإلكتروني ينبغي أن نحدد تعريف سند الشحن عموماً، من ثم نبحث في تعريف سند الشحن الإلكتروني، وهو ما نبينه على النحو الآتي:-

أ- تعريف سند الشحن عموماً

يعرف سند الشحن عموماً بأنه وثيقة النقل وهذا المعنى أكدته المادة (٧٢) من القانون النقل العراقي رقم (٨٣) لسنة١٩٨٠. بنصها على أنه: " وثيقة النقل مستند يثبت عقد النقل ويعتبر قرينة على تسلم الناقل للشيء محل النقل بالحالة التي ذكرت فيه، ويعطي حامله المخول قانونا الحق بتسلم الشيء ".

كما أوردت اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع المعروفة باتفاقية هامبورج لعام ١٩٧٨ تعريفاً لسند الشحن في المادة (٧/١) بأنه: " وثيقة تثبت انعقاد عقد النقل وتلقي الناقل للبضائع أو شحنه لها، ويتعهد الناقل بموجبها بتسليم البضائع مقابل استرداد الوثيقة، وينشأ هذا التعهد عن وجود نص في الوثيقة يقضي بتسليم البضائع لأمر شخص مسمى أو تحت الأذن أو لحاملها "[1].

(١) سنشير إلى هذه الاتفاقية بأسم اتفاقية هامبورج اينما وردت في الرسالة.

ولم تتضمن معاهدة بروكسل المعدلة (قواعد لاهاي- فسبي) لعام ١٩٦٨[١]، تعريفا لسند الشحن، كما خلت كل القوانين المقارنة المصري والفرنسي والإنجليزي والأمريكي من تعريف لسند الشحن، ولكنها تطلبت من الناقل إصدار سند شحن عندما يطلب منه الشاحن ذلك[٢].

وعرفه رأي فقهي بأنه: " عبارة عن وثيقة بشكل مطبوع عادة، يملأ كتابة أو بأية آلة إلكترونية يبين فيه أوصاف البضاعة المشحونة وبأنها شحنت بحالة ظاهرة جيدة على ظهر السفينة، إضافة إلى الشروط التي بمقتضاها سلمت البضاعة إلى الناقل، والتزم بنقلها طبقا لتلك الشروط إلى جهة معينة وتسليمها إلى شخص معين أو لأمره، يدعى المرسل إليه في ميناء الوصول "[٣]، وعرفه آخر بأنه: " الورقة التي يوقعها الناقل أو مندوبه بتلقيه البضاعة لنقلها وتعهده بتسليمها في ميناء الوصول ويثبت عادة العقد "[٤]، أو هو من وجهة نظر أخرى "

---

(١) ويطلق على هذه القواعد بقواعد بروكسل لعام ١٩٢٤ أو قواعد لاهاي- فسبي لعام ١٩٦٨، المعدلة لها " The Hague Visby Rules" وهي منشورة بالإنكليزية على الرابط الإلكتروني:

http://www.uio.no/sea.carriage.hague.visby-rule.1968/doc.html

سحبت بتاريخ: ٤/١٢/ ٢٠١١ ساعة ٢٠:٢٣م GMT.

(٢) انظر نص المادة (١٩٩/ ١) من قانون التجارة البحرية المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٠، والتي جاء نصها " يصدر الناقل بناء على طلب الشاحن عند تسلم البضائع سند شحن "، والمادة (١٨) من قانون ١٨ حزيران ١٩٦٦ الفرنسي، والمادة (٣/ ثالثا) من القانون الإنجليزي لعام ١٩٧١، وكذلك القانون الأمريكي لعام ١٩٣٦، اشار إلية خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة الموصل ٢٠٠٥، ص٢٣.

(٣) د. مجيد حميد العنبكي، سندات الشحن وتطور أساليب النقل، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد السابع، العددان الأول والثاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٨، ص٤٦.

(٤) د. علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، مطبعة جامعة القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢، ص٤٦٠.

الإيصال الذي يوقع عليه الربان بتسلمه البضاعة على ظهر السفينة[١]، أو الورقة التي تكتب عند شحن البضاعة على السفينة بالفعل لإثبات واقعة الشحن ذاتها "[٢].

نخلص إلى أن سند الشحن التقليدي، عبارة عن وثيقة يصدرها الناقل أو الربان بتسلمه البضائع ووضعها على السفينة، ومن ثم فهو دليل لإثبات عقد النقل البحري ذاته وشحن البضاعة محل النقل، وترجع أهمية سند الشحن في أنه يثبت حصول الشحن ومكانه وزمانه والحالة التي تسلم فيها الناقل أو الربان البضائع من الشاحن وطبيعة البضاعة ومخاطرها وطبيعة شحنها على السفينة وأجرة النقل والملتزم بدفعها. كذلك فإن سند الشحن يعد تمثيلا للبضائع بحيث تنتقل ملكية البضاعة والحق في بيعها والتصرف فيها إلى حامل سند الشحن.

ب-تعريف سند الشحن الالكتروني

أدى التطور الهائل الذي أصاب العمليات التجارية الدولية والداخلية على حد سواء، وبفضل تقنيات تكنولوجيا المعلومات والاتصالات إلى ظهور أنماط جديدة من المستندات التي تقوم مقام سند الشحن التقليدي، وقد لاقت هذه الوثائق أو السجلات الإلكترونية اهتماماً كبيراً من قبل التشريع والفقه.

وهذا النمط من الوثائق الإلكترونية لا يعدو أن يكون عبارة عن بيانات ومعلومات معالجة بنمط تقني يتم تداولها عبر شبكة من شبكات الاتصال الدولي، لذا ينبغي الأخذ بنظر الاعتبار ما جرت عليه التشريعات المقارنة بشأن تعريف هذا النمط من المستندات، فقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤، عرف المستند الإلكتروني بأنه: " رسالة بيانات

---

(١) د. مصطفى الجمال، دروس في القانون البحري، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر بالإسكندرية، ١٩٦٨، ص١٩٢. وينظر التعريف نفسه د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، من دون سنة طبع، ص٢٠٤.

(٢) د. علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة طبع ، ص١٤٦.

تتضمن معلومات تنشأ، أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهه"[١].

بينما عرفت المادة (٤٥٣) من القانون المدني التونسي رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٠ المستند الإلكتروني بأنه: " الوثيقة المكونة من مجموعة من الحروف أو الأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى، بما في ذلك تلك المتبادلة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".

أما في فرنسا فأن قانون التجارة الإلكترونية الفرنسي لسنة ٢٠٠٠ عرف الوثيقة الإلكترونية بأنها: " إنشاء وتسجيل وإرسال أو تخزين المعلومات في شكل رقمي غير ملموس بالوسائل الإلكترونية أو المغناطيسية أو البصرية أو بأي وسيلة أخرى إن كانت لها قدرات لإنشاء وتسجيل وتخزين أو نقل مماثلة لتلك الوسائل "[٢].

أما الفقه القانوني فقد أورد عدة تعريفات لتحديد مفهوم السند الإلكتروني منها على سبيل المثال، بأنه: " المعلومات الإلكترونية التي يتم إرسالها أو تسلمها بوسائل الكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستعملة فيه "[٣]، ويعرف المستند الإلكتروني من منظور آخر بأنه: " كل ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء كانت ورقية أم كانت غير ذلك من الوسائل الإلكترونية "[٤]، وهو ما يجسد كل عملية نقل أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز

---

(١) مقابلة لنص المادة الثانية من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لولاية دبي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢، ونص المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٢، ونص المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١.

(٢) انظر نص المادة 2 من قانون التجارة الإلكترونية الفرنسي رقم ٢٠٠٠. منشور على الموقع الالكتروني: http://www.canlii.org/en/ns/laws/stat/sns-2000-c-26/latest/sns-2000-c-26.html ، سحب بتاريخ ٢٠١٢/٥/١٢ الساعة: ١٨:٢٠ م GMT .

(٣) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٣، ص٨١.

(٤) انظر د. محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٦.

وإشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها من خلال وسيط الكتروني[١].

فالسند الإلكتروني عموماً، هو اصطلاح حديث يطلق على كل الوثائق الإلكترونية التي تعالج وتستخرج بوسيلة من وسائل الاتصال العلمية الحديثة كالتلكس والفاكس والحاسب الآلي والانترنت، التي أثبت العلم كفاءتها، أو هو من منظور آخر وثائق إلكترونية تسجل فيها المعلومات والبيانات من خلال كتابة غير تقليدية مستخرجة من وسائط خزن لتقنيات علمية تعمل على تحويل الحروف المكتوبة والسندات المرسلة عن طريقها إلى نبضات كهربائية فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تؤدي إلى طبع هذه الحروف أو استنساخها عن بعد بسرعة قياسية لا تزيد عن دقيقة واحدة مهما طالت المسافة[٢].

وبما أن سند الشحن الإلكتروني يعد من نتاج تقنيات الاتصال الحديث التي لا تختلف بمفهومها ومدلولها القانوني عن أي سند أو مستند أو وثيقة الكترونية أو سجل الكتروني يتم التعامل معه عبر وسيط إلكتروني، يشكل النظام الداعم لتبادل هذه الوثائق والمستندات، وهو ما

---

(١) انظر علاء حسين مطلق التميمي، المستند الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص ٢٤.

(٢) د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٧، ص١٨. حيث تتكون هذه السندات من مادة قابلة للتمغنط، وسبب وجوب توافر قابلية التمغنط في مادتها هو أن تضمين المعلومات فيها يتم بمغنطة كل نقطة من نقاط مادة المحرر عن طريق إمرار تيار كهربائي فيها، ويتجسد السند الإلكتروني بالأقراص التي تحتوي الكتابة أما الأقراص التي تحوي غير الكتابة، كالتسجيل السمعي والسمعي بصري فلا تشمله هذه الأقراص ولا تدخل في نطاقه، وهذه الأقراص هي قرص الكتروني صلب (Hard Disk) وهو الذي يشكل الذاكرة الرئيسة الموجودة داخل الحاسوب، أو قرص الكتروني مرن ويسمى (Soft Disk) وهو الذي يشكل الذاكرة المساعدة التي تحفظ خارج الحاسوب ويمكن الإطلاع عليه أو تضمين المعلومات فيه عن طريق إدخاله في مكان مخصص له في جهاز الحاسوب، انظر عوني الفخري، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب، بحث مقدم الى ندوة (القانون والحاسوب) التي نظمها بيت الحكمة والمنعقدة في آب ١٩٩٨، منشور في مطبوع (القانون والحاسوب، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٩٩، ص٢٢ و ٧٤.

يعطي لسند الشحن الإلكتروني مدلوله القانوني من حيث كونه، عبارة عن رسالة بيانات تتضمن مجموعة من المعلومات موقعة من قبل الناقل تفيد تسلمه البضاعة[١].

وفي هذا السياق أبدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اهتمامها بشأن استخدام هذا النمط من الوثائق أو المستندات في التجارة الدولية والنقل الدولي للبضائع عبر البحر، فأوردت في المادة (١٤/١) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لعام ٢٠٠٩، تعريفاً لمستند النقل بأنه:- " المستند الذي يصدره الناقل، بمقتضى عقد النقل الذي:-

أ- يثبت تسلم الناقل أو الطرف المنفذ البضائع بمقتضى عقد النقل،

ب-ويثبت وجود عقد النقل أو يحتويه "[٢].

وأشارت في نفس المادة في فقرتها (١٧) إلى تعريف الخطاب الإلكتروني بأنه: " المعلومات المعدة أو المرسلة أو المتلقاة أو المخزنة بوسيلة إلكترونية أو بصرية أو رقمية أو بوسيلة مشابهة، بما يؤدي إلى جعل المعلومات الواردة في الخطاب ميسورة المنال بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً "، كما أن ذات المادة بينت وبشكل مفصل ماهية سجل النقل الإلكتروني والذي يشكل - بحسب ما نراه - سند الشحن الإلكتروني من حيث أنه يتضمن المفاهيم ذاتها التي يحتويها سند الشحن بوجه عام، فذهبت الفقرة (١٨) منها إلى أن سجل النقل الإلكتروني " يعني المعلومات الواردة في رسالة واحدة أو أكثر يصدرها الناقل بوسيلة اتصال إلكترونية بمقتضى عقد النقل، بما فيها المعلومات المرتبطة منطقياً بسجل النقل الإلكتروني بواسطة مرفقات أو الموصلة بطريقة

(١) انظر د. محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص ٦٥.

(٢) فتح باب التوقيع للانظمام إلى هذه الاتفاقية في ٢٠٠٩/٩/٢٣ وسميت باتفاقية روتردام، منشورات الأمم المتحدة، رقم الوثيقة ISBN 978-1-1633055-2 ، رقم المبيع A.09.V.9، فيينا ٢٠٠٩، ونشير إلى هذه الاتفاقية باتفاقية روتردام أينما وردت في الرسالة.

أخرى بسجل النقل الإلكتروني إبان إصداره أو بعده من جانب الناقل بحيث تصبح جزءاً من سجل النقل الإلكتروني، والتي:-

أ- تثبت تسلم الناقل أو الطرف المنفذ البضائع بمقتضى عقد النقل،

ب- وتثبت وجود عقد للنقل أو تحتوي عليه ".

والملاحظ من خلال دلالة هذه النصوص أن السجل الإلكتروني والذي يترادف معناه مع سند الشحن الإلكتروني من حيث انه يثبت تسلم الناقل للبضائع محل الشحن، كما أنه يثبت به عقد النقل بل توسعت النصوص أعلاه في القول أن هذا المستند أو السجل الإلكتروني قد يحتوي عقد النقل بكافة تفاصيله، فيندمج سند الشحن الإلكتروني في عقد النقل ليشكل بمضمونه ومحتواه عقد النقل.

وقد منحت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية هذه البيانات التي يتم تداولها عبر سجلات إلكترونية القيمة القانونية في التعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الاتصالات والمعلومات بكافة صورها، فأكدت في نص المادة (١/٨) بأنه: " لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية إنفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني"[١]. وهو ما أكدته المادة (٨) من اتفاقية روتردام، بقولها: " رهناً بالمقتضيات المبينة في هذه الاتفاقية:-

أ- يجوز تسجيل أي شيء تقضي هذه الاتفاقية بأن يشتمل عليه مستند النقل أو يحمله سجل نقل إلكتروني، شريطة أن يكون إصدار سجل النقل الإلكتروني واستخدامه لاحقاً بموافقة الناقل أو الشاحن،

---

(١) فتح باب التوقيع للأنظمام إلى هذه الاتفاقية بتاريخ ٢٠٠٦/١/١٦، وعرفت باتفاقية الخطابات الإلكترونية منشورات الأمم المتحدة الوثيقة رقم ISBN 978-92-1-633033-0، رقم المبيع A.07.V.2، نيويورك ٢٠٠٧، ونشير إلى هذه الاتفاقية بأسم اتفاقية الخطابات الإلكترونية اينما وردت في الرسالة.

ب- ويكون لإصدار سجل النقل الإلكتروني أو السيطرة الحصرية عليه أو إحالته نفس مفعول إصدار مستند النقل أو حيازته أو إحالته ".

والملاحظ من خلال الدمج بين هذه المفاهيم التي أوردتها النصوص أعلاه نجد أن هذه النصوص تعطي للمسندات الإلكترونية القيمة القانونية ذاتها التي يتمتع بها سند الشحن التقليدي، من حيث إصداره وحيازته، فضلاً عن تداوله، ومن خلال هذا المعنى نورد الأتي:-

١- أجازت الاتفاقيات الدولية استعمال البيانات والمعلومات أو السجلات الإلكترونية المعالجة بتقنيات تكنولوجيا المعلومات والاتصال، وأعطت الحق لأطراف العقد الدولي بإصدار هذا النمط من الوثائق واستخدامه فيما بينهم ابتداءً أو لاحقا بعد إبرام العقد.

٢- منحت الاتفاقيات محل البحث هذا النمط من المستندات ذات القيمة القانونية التي يتمتع بها سند الشحن التقليدي، من حيث إثباته تسلم الناقل أو من ينوب عنه البضائع محل الشحن، بمقتضى ما تتضمنه هذه الوثائق من بيانات، فضلا عن إثباته لعقد النقل أو احتوائه عليه.

٣- يتمتع مستند النقل الإلكتروني بالقيمة القانونية نفسها التي يتمتع بها سند الشحن التقليدي من حيث إصداره أو حيازته أو تداوله، من خلال استخدام نظام تبادل بيانات إلكتروني يتم الاعتماد عليه بهذا الشأن.

إن تداول هذا النمط من البيانات والمعلومات في ميدان التجارة الدولية خصوصاً ما يتعلق منها بشحن البضائع يحتاج إلى سرعة في التعامل مع هذه المعطيات الإلكترونية، وهو ما دفع العديد من المنظمات الدولية إلى البحث عن بدائل للإسراع بتداول كم كبير من المعلومات والوثائق بأسرع وقت وأقل كلفة، عبر تقنيات التجارة الإلكترونية، فأوجدوا ما يعرف بنظام تبادل البيانات الإلكترونية، والذي يعتمد في أساسه على إرسال البيانات محل التبادل من حاسب إلى

حاسب آخر وبالعكس[١]، أو هو عملية تبادل البيانات والمعلومات بين أطراف محددة بطريقة الكترونية من خلال أجهزة الاتصال الدولي[٢]، أو هو كما عرفته اللجنة البحرية الدولية CMI[٣] في القواعد الخاصة بشأن سندات الشحن الإلكترونية بأنه: " عبارة عن تبادل للبيانات الخاصة بالتجارة عن طريق الإرسال عن بعد "[٤]، أو هو كما عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بأنه: " نظام لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو تلقيها أو تخزينها أو معالجتها على أي نحو آخر "، وتؤكد على هذا المعنى المادة ذاتها وفي الفقرة التي تليها مباشرة، فتحديد معنى نظام الرسائل الآلي بقولها: " برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما "[٥].

فنظام تبادل البيانات، هو مجموعة برامج رقمية تعمل على إرسال واستقبال وتخزين السجلات أو الخطابات أو المستندات الإلكترونية وتحليل محتواها إلكترونيا وتبادلها بين أطراف العلاقة قانونية عبر وسائل الاتصال الدولي بحيث يمكن للأطراف استقبالها والتعرف على محتواها والرد عليها بطريقة الكترونية.

ومن خلال العرض السابق لسند الشحن التقليدي في ميدان التجارة الدولية والنقل الدولي عبر البحر بالمقارنة مع ما أوجدته التجارة الإلكترونية من وسائل بديلة للدعامات التقليدية والورقية التي ساد استعمالها قبل التوصل إلى ثورة تقنيات الاتصال عن بعد، فإن سند الشحن

---

(١) د. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص٤٦٤.

(٢) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ١٢٦.

(٣) هذه العبارة اختصار لمصطلح COMITE MARITIME INTERNATIONAL.

(٤) انظر للمزيد من التعريفات لمفهوم نظام تبادل البيانات الإلكتروني، د. سوزان علي حسن، سند الشحن الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠، ص٧٨.

(٥) المادة (٤/و) من اتفاقية الخطابات الإلكترونية.

الإلكتروني في ميدان التجارة الدولية أصبح اليوم من المسلمات التي لا يستطيع التجار أو الشركات التجارية الاستغناء عنه، والذي اخذ يغزو كل مفاصل التجارة الدولية والمحلية على حد سواء، وهو من هذا المنظار يشكل واحداً من خصائص التجارة في عصرنا الحالي، كما يشكل نمطاً من أنماط الوثائق أو المستندات الإلكترونية، بل هو سند شحن بما يتضمنه من بيانات ومعلومات تمثل البضاعة محل الشحن وأطرافها، وهو ما يدعونا إلى القول بان سند الشحن الإلكتروني هو، " مجموعة من البيانات والمعلومات المعالجة إلكترونياً والتي يتم إرسالها واستقبالها وتخزينها على وسيط الكتروني قابل للاسترجاع من قبل أطراف عملية الشحن الدولي، متضمناً تفاصيل البضاعة محل الشحن وأطرافها وما يفيد تسلمها من قبل الشخص المرسلة إليه في المكان المتفق علية عبر وسيلة من وسائل الاتصال الدولي".

ثانياً: خصائص استخدام سندات الشحن الالكترونية

إن اللجوء المتسارع إلى استخدام سندات الشحن الإلكترونية في ميدان التجارة الدولية والنقل البحري، وتزايد الاهتمام الدولي والتشريعي بهذا النمط من الوثائق، يدفعنا إلى البحث في أهم الخصائص التي جعلت من سند الشحن الإلكتروني محط اهتمام دولي ومحلي.

ومما لا شك فيه أن التحول من استخدام المستندات الورقية واللجوء إلى التعامل بنظام تبادل البيانات الإلكتروني عن طريق استخدام سجلات النقل الإلكتروني، كان له أسبابه العملية التي تتمثل في العيوب التي تشوب نظام التعامل بالمستندات الورقية، ولتفادي مثل هذه العيوب تم اللجوء إلى استخدام المستندات الإلكترونية في التعامل التجاري الدولي التي باستخدامها يتلافى مثل هذه العيوب أو التقليل منها إلى حد ما، ومن أهم الخصائص التي تتسم بها سندات الشحن الإلكترونية هي:-

١- أثبتت الحياة العملية أن التعامل بنظام التبادل الإلكتروني للوثائق والمستندات قد حقق وفراً في التكاليف التي كان يتحملها المتعاملون في التجارة الدولية، نتيجة استخدام كميات من الورق المستعمل في ظل نظام الوزن، وهو ما يشكل إرهاقاً وكلفة كبيرة تضاف على كاهل المتعاملين في التجارة الدولية، حيث تبلغ كلفة الوثائق الورقية والجهود المبذولة في إعدادها ما يقارب ١٠% من قيمة الشحنة[١]، مما يساهم في توفير المصاريف التي تنعكس بدورها على السعر الإجمالي للسلعة محل الشحن، ولا يقتصر التوفير على ما هو مادي بل يمتد إلى التوفير في الوقت الذي يتم فيه تبادل ووصول هذه المستندات اللاورقية علاوة على الدقة والسهولة في العمل[٢].

٢- يساعد نظام تبادل البيانات والسندات الإلكترونية على تحسين إدارة المعلومات وتبادل البيانات الخاصة بنقل البضائع بين أطراف عقد النقل وذلك سواء على المستوى الدولي أو المحلي، الأمر الذي يساعد في الإسراع في وصول البيانات لمن هي موجهة إليه، فيستطيع بالتالي متابعة حركة البضائع المشحونة تمهيداً لتسلمها أو اتخاذ الإجراءات الضرورية في حالة ما إذا كانت هناك أية مشاكل محتملة في عملية التسليم، فضلاً عن، تسلم البضاعة في الوقت المتفق عليه[٣].

٣- يساعد استخدام المستندات الإلكترونية في عملية حفظ البيانات والوثائق في يسر وأمان لأكبر فترة ممكنة، وسهولة الوصول إليها واسترجاعها ولو لسنوات عديدة سابقة[٤]، فضلاً عن، سهولة ويسر عمليات المراقبة بمختلف أنواعها سواء مراقبة جمركية أو صحية أو فنية[٥]، كون هذا

---

(١) د. هاشم رمضان الجزائري، الآثار المترتبة على استخدام سند الشحن الإلكتروني في النقل البحري، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في جامعة اليرموك – كلية القانون، الاردن، ١٢-١٤/ تموز/ ٢٠٠٤ ، ص ١١.

(٢) د. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص٤٦٦.

(٣) د. سوزان علي حسن، سندات الشحن الإلكترونية، المرجع السابق، ص٨٢.

(٤) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨، ص ١٣٠.

(٥) د. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص٤٦٧.

النمط من المستندات لا يشغل حيزاً مكانياً عند تخزينه، فمهما كان حجم البيانات والمستندات كبيراً فإنه يحفظ في جهاز الحاسوب أو أي جهاز تقني آخر في حيز لا يكاد يذكر، على عكس المستندات الورقية التي تحتاج إلى حيز كبير لخزنها والمحافظة عليها وحمايتها من التلف أو الفقدان[١].

٤- ساعد استخدام هذا النمط من الوثائق الإلكترونية على انسياب البيانات والمعلومات عبر شبكة الاتصالات والمعلومات، وانتقال كم من المعلومات والبيانات بطريق مباشر بين أنظمة الحواسب الآلية والجهات المسئولة والعملاء ومن ثم تسهيل العمليات الإجرائية التي تمر بها البضائع المشحونة من ضرائب وتجهيز واستلام دون تأخير أو تسرب للمعلومات التي تحتويها هذه الوثائق الرقمية[٢].

٥- يساعد نظام تبادل البيانات الإلكتروني على التقليل من حالات الخطأ واللبس والغموض في المعاملات التجارية، إذ يستطيع المتعاملون بهذا النظام استخدام التشفير الرقمي للبيانات المتبادلة بينهم، أو استخدام رموز ومصطلحات محددة المعاني لا يعرف مضمونها سواهما، فضلاً عن، النماذج المعدة سلفاً والتي تساعد على تجاوز كل لبس أو غموض قد يحدث. كما أن الخصوصية والأمان اللذين توفرهما شبكة الاتصال الإلكتروني يجعلانها تتفوق عن تلك المتوفرة في وسائل الاتصال التقليدية، حيث يصعب على أي شخص غير مصرح له استخدام هذا النمط من النظم الإلكترونية[٣].

من الملاحظ أن ما يوفره هذا النظام من مزايا قد تتجاوز في حدودها توقعات المتعاملين به، من حيث سرعة التواصل بين أطراف العلاقة والأمان والخصوصية، فضلاً عن، سهولة انسياب

(١) د. سوزان علي حسن، سند الشحن الإلكتروني، المرجع السابق، ص٨٣.

(٢) د. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص٤٦٨.

(٣) د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٣٠.

المعلومات وتدفقها عبر شبكة الاتصالات والمعلومات الدولية، كلها عوامل ساعدت على اللجوء إلى استخدام بدائل تقنية المعلومات وحلولها بشكل تدريجي محل المستندات الورقية.

الفرع الثاني

أطراف سند الشحن الالكتروني

الأصل أن عقد النقل البحري ينعقد بين شخص يرغب احدهما بنقل بضاعة له أو لغيره يطلق عليه مصطلح الشاحن، وبين آخر يلتزم تجاه الأول بنقلها إلى مكان يحدده هو يسمى الناقل، مستأجراً كان لواسطة النقل أم مجهزاً لها، أما المرسل إليه فهو الشخص المطلوب تسليم البضاعة إليه فمركزه محل خلاف[١].

فطرفا سند الشحن هما الشاحن والناقل، أما الربان فهو وان كان يوقع على سند الشحن إلا انه ليس طرفا أصيلا في عقد النقل، وإنما يقوم بذلك بوصفه ممثلا للناقل، لذا فهو لا يرتبط بعلاقة مباشرة مع الشاحن، بل يقوم بتنفيذ عقد النقل بوصفه تابعاً للناقل وممثلا له، فهو المكلف بتنفيذ عقد النقل لصالح الناقل وتقع الالتزامات على عاتق الأخير[٢]، ونبين أطراف سند الشحن على النحو الآتي:-

(١) د. فؤاد العلواني، صيغ التحكيم في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٩٢، ص٩.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوي، مركز المرسل إليه في سند الشحن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة السابعة والثلاثون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٦٧، ص٦٨-٦٩.

١ – الناقل

الناقل على حسب ما عرفته اتفاقية هامبورغ في المادة (١/١) بالقول: " كل شخص أبرم عقداً، أو أبرم باسمه عقد، مع شاحن لنقل بضاعة بطريق البحر "[١]، والناقل بهذا المفهوم، هو من يتعهد بنقل البضاعة من ميناء إلى آخر مقابل أجر[٢]، حيث يعد الناقل طرفاً أصيلاً في سند الشحن ويستلزم القانون توقيعه على السند للاعتداد بالسند كوسيلة لإثبات البيانات المدرجة فيه[٣].

٢ – الشاحن

الشاحن هو الطرف الثاني في إبرام سند الشحن، وهو كل شخص أبرم مع الناقل عقداً أو أبرم باسمه أو نيابة عنه مع الناقل عقداً لنقل بضائع بطريق البحر، أو كل شخص يسلم البضائع إلى الناقل أو تسلم بالفعل البضائع باسمه أو نيابة عنه إلى الناقل في إطار عقد النقل البحري[٤]، وهو بمفهوم أوسع كل شخص يتعهد بتقديم البضاعة لشحنها، سواء كان مالكاً لها أو لا[٥]، ولم تشترط اتفاقية هامبورغ توقيع الشاحن بل اكتفت بتوقيع الناقل، ويكمن سبب ذلك في أن الناقل هو الطرف الذي يتحمل القسط الأكبر من المسؤولية في مواجهة الشاحن، وهذا الموقف سار

---

(١) او هو كما عرفته اتفاقية روتردام ٢٠٠٩، في المادة (٥/١) بأنه: " الشخص الذي يبرم عقد النقل مع الشاحن "

(٢) د. علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص٤٥٢.

(٣) د. سوزان علي حسن، سند الشحن الإلكتروني، المرجع السابق، ص١٠٦.

(٤) انظر المادة (٣/١) من اتفاقية هامبورغ لعام ١٩٧٨، وكذلك نسختها الصادرة عن الأمم المتحدة لعام ٢٠٠٩، بالمادة (٧/١) بالقول بأن: " الشاحن هو الشخص الذي يبرم عقد النقل مع الناقل ".

(٥) وهو بهذا المفهوم كما يحدد الدكتور على جمال الدين عوض، " قد يكون مالكها، أو بائعاً لها يرسلها لمشتريها سيف أو فوب، أو وكيلاً بالعمولة عن مالكها، فكل من هؤلاء يصدق عليه وصف الشاحن الملزم بعقد النقل امام الناقل "، انظر مؤلفه، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص ٤٥٣.

عليه التشريع البحري المصري[١]، وهو ما يعني أن توقيع الشاحن ليس ضرورياً للاعتداد بسند الشحن كإيصال بتسليم البضائع وتمثيلها، بينما يعد التوقيع ضروريا بالنسبة للبيانات التي يتضمنها السند من شروط استثنائية. حيث لا يعتد بالاحتجاج بها إلا وقت أن تكون مصحوبة بتوقيع الشاحن متى أثبت الناقل علم الشاحن وقبوله بها[٢].

٣- المرسل إليه

المرسل إليه، هو" الشخص الذي يحق له تسلم البضائع بمقتضى عقد النقل أو مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني "[٣]، فالمرسل إليه لا يظهر عادة عند إبرام عقد النقل، وإنما يذكر عادة في سند الشحن من ضمن البيانات التي يتضمنها سند الشحن[٤]، والذي أثار جدلاً فقهياً وقضائياً بالنسبة إلى مركزه القانوني، فيذهب الرأي الراجح إلى أن المرسل إليه ليس طرفا في سند الشحن[٥]. وقدم الفقهاء نظريات عدة لتبرير حقوق المرسل إليه والتزاماته في عقد النقل البحري، من حيث مطالبة الناقل بالبضاعة والتزامه بدفع الأجرة وهي نظريات عديدة لا مجال لذكرها هنا[٦]. وتذهب محكمة النقض المصرية إلى أن المرسل إليه يعد ذا شأن في سند الشحن يتكافأ

---

(١) انظر د. سوزان علي حسن، سندات الشحن الإلكترونية، المرجع السابق، ص١١٢.

(٢) د. علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

(٣) انظر المادة (١١/١) من اتفاقية روتردام لعام ٢٠٠٩، بينما جاء النص الأصلي في المادة (٤/١) من الاتفاقية المذكورة أعلاه بالقول: " بأن المرسل إليه الشخص الذي له الحق في تسلم البضائع ".

(٤) انظر المادة (٧٣/ أولاًأ) من قانون النقل العراقي رقم ٨٠ لسنة ١٩٨٣، والمادة (٢٠٠/ أ) من قانون التجارة البحرية المصري، والمادة (١٥/هـ) من معاهدة هامبورغ.

(٥) د. محمود سمير الشرقاوي، مركز المرسل إليه، المرجع السابق، ص١٠٠ ود. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص٢٢٣. ود. عزيز عبد الأمير العكيلي، دور سند الشحن في تنفيذ عقد البيع كاف أو سيف، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص٦٤٩. د. اكرم يامالكي، عقد النقل، مجلة القانون المقارن، العددان السادس والسابع، السنة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص٨.

(٦) من هذه النظريات، النيابة الناقصة، والاشتراط لمصلحة الغير، والخلف الخاص، ينظر في هذه النظريات د.مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص٢٢٤، و د. أحمد حسني، البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية

مركزه – حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل – ومركز الشاحن، وانه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن منذ ارتباط الأخير به[١]. كما ذهبت محكمة التمييز العراقية إلى أن المرسل إليه، يعد طرفاً في عقد النقل، وقررت عدم العبرة بالدفع بان المرسل إليه ليس طرفا في عقد النقل ذلك أن الفقه والقضاء جريا على أن مسؤولية الناقل تعد مسؤولية تعاقدية أمام المرسل إليه لأن المرسل إليه يعد طرفا في العقد بمجرد قبوله تذكرة النقل[٢]، إلا أن محكمة التمييز وفي حكم آخر لم تعد المرسل إليه طرفا في عقد الشحن، وأن القانون الواجب التطبيق لا يسري عليه[٣]. ونتفق مع الرأي الفقهي الراجح القاضي بأن المرسل إليه ليس طرفا في عقد النقل بموجب سند شحن وأن الطرفين الأصيلين هما الشاحن والناقل، أما حقوق والتزامات المرسل إليه فهي تستند إلى نص القانون[٤]، ويعد قانون التجارة البحرية المصري المرسل إليه من الغير في بعض أحكامه إلا إذا كان هو الشاحن نفسه[٥].

٢٠٠١، ص ٥٥-٥٩، يضيف د. محمد عبد الفتاح ترك نظريتين إلى ما سبق هما نظرية، الحيازة الرمزية، ونظرية المجموعات العقدية، انظر مؤلفه، عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص ١٧٦- ٢٠٧.

(١) الطعن المرقم ٥١ لسنة ٣٦ ق – جلسة ١٩٧/٤/١٤، اشار إلى هذا الحكم خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٢) حكم محكمة التمييز العراقية المرقم ٢٤.٣/حقوقية/٦٦ في ١٩٦٧/٢/١٩، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الرابع، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٦ و١٩٦٧، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧.، ص٨.، وبالمعنى نفسه حكم محكمة التمييز المرقم ١١٣/ استئنافية / ١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٢١، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٢، ص٤٤٨.

(٣) حكم محكمة التمييز المرقم ٢٨./حقوقية/١٩٦٧ في ١٩٦٧/٩/١٦ أشار إلى هذا القرار محمد عسكر، مسؤولية الناقل على ضوء قانون التجارة، رسالة التامين، العدد الثامن والتاسع، س٢، ك٢، ١٩٧٢، ص١.٣.

(٤) د. مجيد حميد العنبكي، قانون النقل العراقي المبادئ والأحكام، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤، ص٢٤ ويذهب إلى القول إن مركز المرسل إليه قد حدده القانون دون الخوض في النظريات التي قيلت لتحديد مركز المرسل إليه، وهو يشير إلي نظريات عدة منها الاشتراط لمصلحة الغير، والنيابة الناقصة، ونظرية الحوالة ونظرية العرف التجاري ونظرية الإرادة المنفردة، ص٢٢-٢٤.

(٥) ينظر نص المادة (٢/٢٠٧) والمادة (٣/٢١٠) من قانون التجارة البحرية المصري.

فطرفي سند الشحن هم كل من الناقل والشاحن، أما المرسل إليه فالأصل انه لا يعد طرفاً في سند الشحن، ألا انه يمكن أن يتسم بهذا الوصف متى كان ذا شأن أو مصلحة يخوله إياها سند الشحن، وهو ما استقر عليه القضاء المصري والعراقي في العديد من أحكامهما.

المطلب الثاني

الطبيعة الدولية لسندات الشحن الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:-

تعد سندات الشحن الإلكترونية واحدة من أهم وثائق النقل الدولي عبر البحر، فاستخدام تقنيات تكنولوجيا المعلومات الاتصالات قد يجعل من سندات الشحن الإلكترونية ذات صفة دولية، بوصفها تصرفاً قانونياً ناتج عن تلاقي إرادتين لإحداث آثار قانونية في إطار نظام قانوني لدولة معينة[١]، فالطابع الدولي الذي تتسم به شبكة المعلومات والاتصالات، يجعل من نشاطها يمتد ليشمل مئات الدول في اتصال دائم، ويضع ملايين البيانات والمعلومات تحت تصرف ملايين الأشخاص عبر أرجاء المعمورة، ويجعل منها تتصل بأكثر من نظام قانوني في وقت واحد[٢]، وهو ما يؤثر بشكل أو بآخر على النظام القانوني الذي تخضع له هذه السندات وعلى الطبيعة الدولية التي قد تتسم بها، مهما كان طابعها وصفة إبرامها[٣]، والغالب أن مثل هذه التصرفات يكون أحد عناصرها أجنبياً، كما لو كان أحد أطراف العلاقة مقيماً في دولة وطرفها

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠١، ص ٥٨.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠، ص ٣١.

(٣) د. سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص ١٣١.

الآخر في دولة ثانية، ونظام تبادل المعلومات الذي يشكل الوسط الداعم لقيام الرابطة موجوداً في دولة ثالثة، فمثل هذا الوضع أثار مسألة أي من المعايير يسري تجاه هذا النمط من العلاقات القانونية. وهذه الأمور نتوقف عندها على النحو الأتي:-

الفرع الأول

أثر التجارة الإلكترونية على سندات الشحن

إن القول بتداول سندات الشحن الإلكترونية عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية، يجعلها تتأثر بشكل أو بآخر بتلك السمات التي تتسم بها هذه الشبكة من حيث خصوصية التعاقد الذي يتم عبر قنواتها، والطابع المدني أو التجاري للتصرفات التي تجرى من خلالها، وطبيعة العلاقة القانونية التي تربط بين أطراف الرابطة، والسمة الخاصة التي تتصف بها شبكة الاتصال والمعلومات، وهو ما نبحثه على النحو الآتي:-

أولاً: التصرفات التي تبرم عبر الشبكة تبرم عن بعد

مما لا شك فيه أن العقود والتصرفات التي تتم عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية تنتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد[1]، وتتمتع بخصوصية مفادها أن الوسيلة التي يتم عن طريقها إبرام العقد، هي وسيلة غير تقليدية، يتم التعاقد من خلالها إلكترونيا عن بعد، ومن ثم تتميز هذه الطائفة من العقود بخاصية أساسية، تتمثل في عدم التواجد المادي المتزامن للأطراف لحظة انعقاد العقد، وذلك بغض النظر عما إذا كان تنفيذ العقد يتم بالوسيلة نفسها أم

(١) والعقود التي تبرم عن بعد هي كل عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد دون حضور مادي متزامن بين طرفيه، وذلك باستخدام تقنية الاتصال عن بعد بغية نقل عرض المورد وطلب الشراء من الطرف الآخر، انظر د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ١٣٢.

بطريقة تقليدية[١]. مع ذلك لا تختلف هذه العقود عن سائر العقود التقليدية، سواء فيما يتعلق بمحل العقد أو أطرافه، فهذه العقود يمكن أن ترد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها، وأطرافها هم أنفسهم أطراف أي عقد آخر، قد يكونوا بائعين أو مقدمي خدمات، أو قد يكونوا مشترين أو مستأجرين وأحياناً ما يكونون من الأشخاص المعنوية، سواء العامة أم الخاصة، من شركات أو هيئات أو مشروعات[٢].

ونظراً لأن عقود التجارة الإلكترونية تبرم عن بعد، بما لا يسمح للمستهلك أن يتحقق من جودة السلعة أو الخدمة ومدى مطابقتها لرغباته، فإنها تتمتع ببعض القواعد الخاصة، التي لا نظير لها في العقود المبرمة بالطرق التقليدية[٣]، وبما يحقق حماية خاصة للمتعاقد في هذه الطائفة من العقود، التي يتعاقد من خلالها الأخير على سلعة لم يرها، أو خدمة لن تسنح له الفرصة بالتعرف على مميزاتها إلا بعد إبرام العقد والسير في تنفيذه[٤].

وسندات الشحن الإلكترونية التي تتم عبر شبكة المعلومات والاتصالات من خلال نظم تبادل المعلومات والسجلات الإلكترونية، تعد من قبيل التصرفات التي تبرم عن بعد، حيث لا يوجد تزامن بين الشاحن والناقل بل حتى المرسل إليه، وأن إبرام السند يتم من خلال إرسال البيانات وتسلمها عبر تقنية الاتصال عن بعد، دون أي حضور مادي لأطراف العلاقة.

---

(١) انظر د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٢١.

(٢) انظر د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩، ص١٩.

(٣) انظر د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، المرجع السابق، ص٤١ وما بعدها.

(٤) انظر د. ايمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠، ص١٧٦.

ثانياً: التصرفات التي تبرم عبر الشبكة بين الإذعان والتفاوض

غالباً ما يكون إبرام التصرفات عبر شبكة المعلومات والاتصالات عن طريق اعتماد نموذج معد مسبقاً وغير قابل لإجراء أي تعديل عليه، مما يجعل منها نمطاً من أنماط عقود الإذعان، أو أن تصاغ العقود صياغة نمطية، حيث يقوم الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية بإعداد نماذج عقدية موحدة خاصة بنشاطه تكون نافذة بحق الطرف الآخر بقبوله لها، ويعتبر هذا النوع من العقود في الحقيقة عبارة عن مجموعة من الشروط تعد بشكل مسبق لتكون نموذجاً لحكم عقود فردية تبرم لاحقاً وبموافقة عاقديها، ويمكن أن تكون بذاتها عقداً بعد وضع أسماء المتعاقدين ومحل العقد وثمنه وبقية البيانات الأخرى [١]، وهذه الطريقة في التعاقد هي المتبعة في مجال إبرام التصرفات عبر الشبكة[٢]، وتثير بصفتها هذه بعض المسائل، من الناحية القانونية لأنها لا تعتمد على مناقشات أو مفاوضات يكون لها دور في صياغة مضمون هذا العقد، كما أنها لا تستجيب لمقتضيات العلاقة التعاقدية كونها غير قابلة للتعديل عليها، كما أنها قد تصاغ بطريقة غير واضحة وغير مفهومة قد تكون متعمدة من قبل الطرف الأقوى في هذه العلاقة بشكل يتعذر معه على الطرف الآخر أن يستوعب هذه الصياغة[٣]، مما يؤدي إلى نتيجة خطيرة وهي أن يوقع على هذه العقود دون العلم بأحكامها، هذا فضلاً عما تتضمنه هذه العقود من

---

(١) انظر د. أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ـ دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، ٢٠٠١، ص١٩٣.

(٢) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٣) لمزيد من التفصيل عن مزايا وعيوب الصياغة النمطية أو النموذجية للعقود، ينظر: د. أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص١٩٤-١٩٦، كما ينظر: محمد علي الفري، عقود الإذعان، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، متاح على شبكة الإنترنت على الموقع : http://www.elgari.com سحبت في ٢٠١١/٢/٢٥ ساعة ٣١: ٠٦: ١٤ GMT.

شروط قد ترقى إلى وصفها بأنها تعسفية[١] ومجحفة بالنسبة للطرف الضعيف في هذه العلاقة، والذي لا يكون أمامه في هذا النمط من العقود إلا أن يقبل هذه الشروط في مجموعها أو أن يدعها، دون أن تكون له فرصة مناقشتها من الطرف الأول أو حتى طلب تعديلها[٢].

وشركات النقل البحري، وإن كانت عديدة وكثيرة إلا أن شروط النقل فيها واحدة لا تختلف من شركة إلى أخرى، والإيجاب يوجه إلى الكافة، فشركات النقل البحري لا يهمها أي من الشاحنين يتعاقد معها، وهي تقوم بطبع نماذج سندات شحن تحتوي على الشروط المطلوبة لعقود النقل كافة وهي شروط مفصلة بحيث تدعو الشاحنين للتعاقد بمجرد أن يضعوا في هذا السند تفاصيل البضاعة التي يرغب في نقلها.

لذلك كان من المألوف أن يتدخل المشرع في مختلف الدول لحماية الطرف المذعن، كما تعمل المحاكم أيضا تطبيقا للقواعد العامة على حمايته[٣]. وهو ما فعله المشرع العراقي عندما أجاز للمحكمة أن تعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو أن تعفي الطرف المذعن منها،

---

(١) أن مفهوم الشرط التعسفي يعني أن ينص أو أن يشترط أحد الطرفين على الطرف الآخر من أجل الحصول على مركز مميز في العلاقة العقدية، ويكون هذا الشرط غير مناسب وغير ملائم بالنسبة للطرف الآخر القابل له، كأن ينص في العقد على حق المهني في أن يعدل بمفرده في الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة الواجب تقديمها، كالشروط المعفية أو المحددة من مسؤولية المهني، كذلك يكون الشرط تعسفياً إذا ترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح الطرف الذي فرضه على شخص لا خبرة له، وبذلك يكون في مركز عدم مساواة فنية أو قانونية أو اقتصادية بالنسبة للطرف الآخر. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ـ دراسة مقارنة ـ، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٧، ص٥١-٥٢.

(٢) د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٢-٣٣، و انظر كذلك خليل إبراهيم خليل، المرجع السابق، ص ٤١.

(٣) د. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.، ص٧٩-٨٠.

وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، كما نص على أنه لا يجوز تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان تفسيراً ضاراً بمصلحة الطرف المذعن[١].

وأثر صفة الإذعان تتضح من خلال حكم محكمة التمييز العراقية، ففي حكم يتعلق بشحنة من المواد الطبية من لندن إلى بغداد على ظهر الباخرة الإنجليزية (مندب بريس)، واتفق الأطراف على تطبيق القانون الإنجليزي كما ورد في سند الشحن، ذهبت المحكمة إلى القول، إن ما ورد في البند ١٣ من بوليصة الشحن حول الاتفاق على تطبيق القانون الإنجليزي قد اشترط عندما تقام الدعوى في إنكلترا، وان معناه تحديد مسؤولية الناقل وأن تحديد مسؤولية الناقل لا تكون ملزمة للمرسل إليه إلا إذا كانت قد ثبتت على وجه بوليصة الشحن وبحروف ظاهرة عملا بأحكام الفقرة (٢) من المادة (١٦٧) من القانون المدني، لأنها من عقود الإذعان التي تجعل كل شرط تعسفي لم يبرز بشكل ظاهر باطلا، وبما أن البند ١٣ المذكور مدون على ظهر البوليصة وبحروف غير ظاهرة تختلف عن صحيح الحروف المطبوعة على وجهها، فيصبح الشرط المذكور لهذا السبب غير ملزم للمرسل إليه، وتطبيقا لحكم المادة (٢٩) من القانون المدني يستبعد تطبيق القانون الأجنبي لتعارضه مع قانون التجارة العراقي لأنه قانون خاص، فكان على محكمة الاستئناف أن تستبعد تطبيق القانون الإنجليزي وتجنح إلى تطبيق القانون العراقي على واقعة الدعوى[٢].

---

(١) تنص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي (١- القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة ٢- إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ٣- لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا) .

(٢) حكما محكمة التمييز المرقمان ١٦٧ و ١٧٥/هيئة عامة أولى/١٩٧٧ في ٣./٧/١٩٧٧، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة، ١٩٧٧، ص١١٦. ونص المادة (٢٩) من القانون المدني الواردة في القرار تنص على أن (لا تطبق أحكام المواد السابقة إذا وجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص ===

إن القول بوصف عقود الإذعان قد ينطبق على موضوع الدراسة، أمر فيه الكثير من الحذر لأن عقود النقل في الغالب هي من عقود النقل الدولي التي تعقد بين محترفين، بل بين شركات نقل وشحن دولي تعمل على تحقيق أكبر قدر من الأرباح، وهو ما يجعل من الشاحنين والناقلين يتنافسون فيما بينهم لجلب أكبر عدد من العملاء بالشكل الذي يسهم في إمكانية تنازل البعض منهم عن عدم قابلية التفاوض أو احتكار سوق النقل الدولي. وإن كان الأصل أن إيراد الشروط التي تقوي من مركز الناقل على حساب الشاحن موجودة في غالبية عقود الشحن والنقل الدولي، إلا أن سلطة القضاء في إبطال كل شرط تعسفي، أو يتعارض مع المبادئ القانونية قلل من لجوء شركات الشحن والنقل الدولي إلى تلك الأنماط من العقود التي تتسم بطابع الإذعان في إبرامها [1].

والملاحظ أن إنشاء سند الشحن عبر نظام تبادل معلوماتي إلكتروني من الممكن أن يجعل الطرف القوي وهو شركات النقل في مركز يؤهلها أن تضع من الشروط ما يحقق مصلحتها تجاه الطرف الآخر، والتي قد تؤدي إلى عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد بشكل يتعارض مع مبدأ حسن النية في تكوين العقد، وتعرض الشاحنين أو المرسل إليه إلى الاستغلال من قبل شركات النقل عن طريق إذعانهم لشروط هذه الشركات بسبب حاجتهم.

إلا أننا نميل إلى الرأي المعارض لإضفاء صفة الإذعان على عقود التجارة الإلكترونية ـ بما فيها تبادل السجلات أو البيانات الإلكترونية ـ لعدم كفاية الصيغة الجامدة للعقد، وغير القابلة للمناقشة، كون مجال الاختيار للطرف الآخر متاحاً بين أكثر من شركة من شركات النقل

=== أو معاهدة دولية نافذة في العراق) والمواد السابقة المقصودة في هذه المادة هي مواد في تنازع القوانين. وفي ذات المعنى حكم محكمة التمييز المرقم ٢٥٩٩/مدنية رابعة/ ١٩٧٦ في ١٩٧٧/٤/٢٨، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثامنة، ١٩٧٧، ص١٠٢.

(١) د. محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، المرجع السابق، ص٢٧٤.

والشحن . على الرغم من انعدام قدرته على التفاوض حول أغلب عقود التجارة الإلكترونية . خاصة مع وجود كم هائل من المواقع والشبكات التي تقدم الخدمات ذاتها وبالتقنيات المتطورة، الأمر الذي يثير الشكوك بشأن مفهوم عنصر الاحتكار الاقتصادي للسوق، بوصفه معياراً حاسماً في مدى توافر الإذعان من عدمه، هذا فضلاً عن التطورات الاقتصادية والتعديلات القانونية ومسائل تحرير التجارة وفتح الأسواق والخصخصة، كل هذا جعل من فكرة الارتباط بين مفهومي الاحتكار والسلعة أو الخدمة الضرورية وتعليقها بعقود الإذعان موضع شك[١]. كما أن العقود النمطية المعدة سلفاً أصبحت ظاهرة واسعة الانتشار، ساعد على اتساعها زيادة حجم الإنتاج الحديث، وظهور شركات عملاقة في مختلف دول العالم، وتنامي صور التعاقد عبر الحواسب وتقنيات الاتصال الحديثة، مما يجعل من وجود الإذعان في التصرفات التي تبرم أو تنشأ عبر شبكة المعلومات والاتصالات فيما يخص النقل الدولي للبضائع أصبح اليوم أمراً لا يستقيم مع وجود شركات محترفة في هذا المجال تعمل على تحقيق الربح وجلب العملاء، ووجود نصوص تحقق مصلحة طرفي العقد، بحيث يكون من الصعب على أحد طرفي العقد أن يفرض وضعه الاقتصادي على الطرف الآخر، ومن ثم فلا عجب في أن المحكمة قد تعد أي شرط يحقق حالة الإذعان كأن لم يكن[٢].

---

(١) انظر د. خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦، ص١٨١.

(٢) حيث قضت محكمة باريس الكلية في حكم لها بتاريخ ٥ إبريل ٢٠٠٥ بإلزام شركة Tiscali بدفع مبلغ ٣٠،٠٠٠ يورو على سبيل التعويض حيث أدخلت في شروطها العامة للاشتراك في الخدمة التي تقدمها شروط وصفها قضاة الموضوع بالشروط التعسفية. نقلا عن

V. FAUCHOUX, P. DEPREZ, Le droit de l'internent, Lois, contrats et usages, préface de J. - M. Bruguiere, Paris 2008, P.235.

ثالثاً: تصرفات التجارة الإلكترونية ذات سمة خاصة

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن التصرفات والعقود التي تبرم عبر شبكة المعلومات والاتصالات لا تختلف عن غيرها من العقود التقليدية التي تتم في الوسط الحقيقي بانها عقود رضائية، إذ أنها تتم طبقاً للقواعد العامة التي تحكم العقود وإن اختلفت وسيلة التفاوض كون وسيلة إبرام العقد لا تعطي له صفة محددة[١].

بينما يذهب رأي آخر من الفقه والذي نميل إليه، إلى القول بأن وسيلة الاتصال والتفاوض تخرج العقد الإلكتروني من نطاق العقود التقليدية وتعطيه سمة النوع الخاص غير التقليدي، على أساس التفاوض عبر شبكة الاتصال والمعلومات يمكن من الحوار والتفاعل رغم اتساع المدى الجغرافي[٢]، والاستعاضة عنها بالبيانات والرسائل الإلكترونية. حيث تتولى أنظمة المعلومات نقل وتبادل المعلومات بين طرفي العلاقة حتى يستقر الأمر على اتفاق الطرفين، وقد يحدث هذا الأمر بين عدد غير محدود من الأفراد فيتحقق بذلك التفاعل الجماعي بين مجموعة من الأشخاص في وقت واحد وفي أماكن متعددة تجمع بينهم الشبكة[٣]، فشكل بذلك مجتمعاً فضائياً افتراضياً يشتمل على بيانات ومعلومات وبرامج يتم تبادلها ونقلها وتخزينها عبر الكوابل والأسلاك والربط بالأقمار الصناعية، جعل من هذا الواقع الافتراضي مكاناً يعيش فيه مستخدمو الشبكة ويتعاملون من خلاله مع كم هائل من المعلومات والبيانات والوسائط المتعددة، وبدا وكأنه يعلو

(١) انظر د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص١٣٤.

(٢) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٣٤.

(٣) د. ممدوح خالد إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص ١٦٣-١٦٤.

أقاليم كل دول العالم ويتجاوز واقع الحدود السياسية والجغرافية، وله انعكاساته التي يسمو بها وتؤثر في مجال القانون الدولي الخاص[١].

والملاحظ على سندات الشحن الإلكترونية أنها تمثل مجموعة من البيانات التي يتم تبادلها عبر نظام معلوماتي يتولى مهمة إرسال واستقبال وتخزين ما يتم الاتفاق عليه بين الناقل والشاحن، وهو ما يجعل منها تتسم بسمة خاصة تنفرد بها عن تلك التي تتم بطرق تقليدية، مستمدة من استخدام تقنيات تكنولوجيا المعلومات في التواصل بين أطراف عملية النقل لا يربط بينهم رابط مكاني وتتزامن إراداتهم في وقت واحد على إنشاء السند وتنفيذه والالتزام بآثاره، وهو ما يجعل هذا النوع من السندات تتسم بسمة خاصة في ميدان التصرفات التجارية الإلكترونية الدولية.

الفرع الثاني

معايير دولية سندات الشحن الإلكترونية

اختلف الفقه في المعايير التي اتخذها أساساً لتحديد العلاقة الدولية في تصرفات التجارة الدولية بنمطيها التقليدي والإلكتروني بين عدة معايير، منها ما يرجع في أصل العلاقة إلى التحليل القانوني لضوابط الإسناد لبيان طبيعة العقد، بينما يتطلب الآخر بحث مجموعة العملية الاقتصادية للوقوف عند مدى دولية العقد، وآخرها يجمع بين ما هو قانوني واقتصادي في سبيل تحديد صفة العقد، وهذه المعايير نبحثها وكما يأتي:-

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص ٣٠-٣١.

أولاً: المعيار القانوني

يستند هذا المعيار أو الأساس إلى فكرة مؤداها أن العقد يعد دولياً فيما لو اتصل أحد عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد [١]، والعناصر القانونية قد تكون شخصية: (جنسية المتعاقدين، محل إقامتهم) وقد تكون موضوعية (مكان إبرام العقد، مكان التنفيذ...) [٢].

وهكذا يعد سند الشحن دولياً إذا أنشئ في بغداد بين عراقي مقيم في العراق وأردني يقيم في الأردن إذا ما تعلق السند بشحن بضاعة من موانى دبي إلى موانى أم قصر في البصرة ومطلوب تسليمها هناك على أن يكون دفع الثمن في ميناء الوصول، فهذا السند وفق هذا المعيار يتصل بثلاثة نظم قانونية (العراق، الأردن، والإمارات العربية المتحدة) وعليه يعد دولياً طبقاً هذا المعيار.

فإذا ما عرض هذا السند أمام القاضي العراقي فإنه سوف يقرر الصفة الدولية له إذا ما استند إلى هذا المعيار في تحديدها.

ويميل الفقه إلى التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية بحيث يترتب على ارتباط العقد بأي عنصر أجنبي اكتسابه للصفة الدولية مما يبرر إخضاعه لأحكام القانون الدولي الخاص، وعلى ذلك يعد العقد دولياً في مفهوم هذا الفقه فيما لو كان طرفاه أو أحدهما أجنبياً ومتمتعاً بجنسية أجنبية أو مقيماً في دولة غير دولة القاضي المطروح أمامه النزاع. ويعد العقد

---

(١) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة، القاهرة ١٩٩٧، ص ٣٣٧.

(٢) د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت ١٩٩٥، ص ٣٩٤.

دولياً أيضاً إذا كان محل التعاقد في دولة أجنبية أو أن العقد ابرم أو نفّذ في غير دولة القاضي[١].

وبهذه المثابة فإن العقد الدولي طبقاً لهذا الاتجاه هو العقد الذي يحتوي على عنصر أجنبي. وهو ما يجعل من هذا المعيار يتسم بالجمود ذلك أن التسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية يكسب العقد الصفة الدولية بمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي من هذه العناصر وبصرف النظر عن أهمية ومدى فاعلية هذا العنصر وأثره في إضفاء الصفة الدولية على العقد[٢].

وعلى الرغم من وضوح هذا المعيار وسهولته العملية إلاّ أنه لا يكفي وحده لتقرير الصفة الدولية للعقد، فقد يكون وجود العنصر الأجنبي في العقد أمراً عارضاً، لهذا السبب لم تأخذ محكمة النقض الفرنسية بهذا المعيار للاعتراف بالصفة الدولية لعقد أُبرم في فرنسا بين فرنسيين اتفقا على أن يمثل أحدهما الآخر في كولومبيا [٣].

ولهذا يفضل جانب من الفقه المعاصر التفرقة في خصوص العناصر القانونية للعقد والتي قد تتطرق إليها الصفة الأجنبية بين العناصر الفاعلة أو المؤثرة والعناصر غير الفاعلة أو

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ـ دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي ـــ، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٥، ص ٦٠.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ـ دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة ـ، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص ٤٢.

(٣) نقلاً عن الدكتور محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ـ دراسة مقارنة ـ (للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار مكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، ٢٠٠٢، ص ١٩٢.

المحايدة [١]، حيث يقرر " وجوب توطين العلاقة القانونية محل البحث لمعرفة ما إذا كانت تتعدى النظام الداخلي بطريقة الالتجاء إلى قواعد ذات صفة دولية "، فإذا اتضح من الظروف أن العلاقة تتعدى حدود النظام القانوني الوطني بحيث ترتبط بأنظمة قانونية أخرى فسنكون بصدد عقد دولي[٢].

ولقد أيد جانب من الفقه المعاصر هذا المعيار القانوني الحديث وأطلقوا عليه المعيار القانوني المرن مبررين ذلك بأن إضفاء الصفة الدولية على العقد يجب أن تستند إلى معيار من شأنه أن يحقق نوعاً من العالمية لمفهوم العقد الدولي من ناحية، ويكفل تحقيق الثبات في تعريفه من ناحية أخرى. وأضافوا بأن مجرد توافر العنصر الأجنبي في العقد لا يكفي في حد ذاته لإضفاء الصفة الدولية عليه ما لم يكن هذا العنصر حاسماً [٣]، وهذا ما حدا بهذا الجانب إلى التأكيد على أن الصفة الدولية للعقد يجب أن تستخلص فقط من العنصر الأجنبي المؤثر الذي يدخل في تكوينه. وأن على القاضي . في طور بناء قناعته الشخصية في إضفاء الصفة الدولية على العقد . أن يستمدها من تحليله للعقد وأن سلطة القاضي في تحديد الصفة الدولية للعقد تخضع لرقابة محكمة النقض، لأن تطبيق القاضي لقانونه الوطني بالرغم من دولية العلاقة المطروحة يعد خرقاً لقاعدة الإسناد الوطنية ومن ثَمَّ خطأ في تطبيق القانون الوطني ذاته، وفي

---

(١) ALFonin , Contribution a L'etude de La relation Juridique droit inter. Prive Melange offerts a Jaque Maury , Tome I. P, 29ets.

مشار إليه عند د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) د. أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥، ص ٧٥.

(٣) د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ٦٣.

ضوء ذلك عرّفوا العقد الدولي بأنه العقد الذي ينتمي بعناصره الذاتية الفعّالة إلى أكثر من نظام قانوني واحد[١].

ولقد أيدت محكمة الاستئناف اللبنانية هذا الاتجاه عندما عدت أنه لا يكفي لاكتساب العقد الصفة الدولية ذكر عملة أجنبية فيه كعملة إيفاء أو حساب [٢].

ثانياً: المعيار الاقتصادي

مضمون هذا المعيار يكمن في أن العقد يكتسب الصفة الدولية إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية وخلق نوعاً من الانتقال للسلع والخدمات ورؤوس الأموال عبر الحدود، وهذا المعيار ابتدأ بقراري محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية بتاريخ ٩ شباط سنة ١٩٣٠ و٢٧ كانون الثاني سنة ١٩٣١ (وكان موضوع الدعوى في القرار الأخير يتعلق ببيع تم في فرنسا بين فرنسيين على بضاعة تصدر من أمريكا إلى مرفأ فرنسي)[٣]، فالمعيار هنا هو معيار موضوعي يتناول مادة النزاع أي أن العلاقة تكيف بوصفها وطنية أو دولية، بالاستناد إلى سبب العلاقة وارتباطها بمعاملة دولية تتدخل في إطار التبادل التجاري الدولي حتى ولو كان العقد الأصلي وطنياً من حيث أطرافه وجميع عناصره ومكان انعقاده.

ويشير جانب من الفقه إلى أن المعيار الاقتصادي يتضمن ثلاثة مبادئ أساسية هي:-

١ - انتقال للبضائع ورؤوس الأموال والخدمات ما بين الحدود.

٢ . يحقق مصالح التجارة الدولية.

---

(١) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٢) قرار محكمة استئناف مختلط رقم ١٢٥ بتاريخ ١٧ / ١٢ / ١٩٤١ مشار إليه عند د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٣٩٤ ـ ٣٩٥.

(٣) د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، ط ١، بيروت ـ لبنان، ١٩٩٤، ص ٥٣٧.

٣ . أن تتجاوز عملياته النطاق الاقتصادي الداخلي[١].

وقد ظهر هذا المعيار في بدايته مشترطاً لاكساب الصفة الدولية للعقد أن يتضمن هذا الأخير حركة مد وجزر للبضائع ورؤوس الأموال بين دولتين أو أكثر وكل عقد لا يستتبع ذهاب وإياب القيم الاقتصادية عبر الحدود لا يعد عقداً دولياً. ثم خفف هذا المعيار ليشترط بحركة القيم الاقتصادية باتجاه واحد عبر الحدود، وقد أخذ القضاء المصري بهذا المفهوم في تلك المرحلة. أما المرحلة الثانية فقد ظهرت بمناسبة صلاحية شرط التحكيم في العقود الدولية، فكل عقد يمس حاجات التجارة الدولية ومصالحها يمكن إخضاع ما ينشأ عنه من منازعات لقضاء التحكيم، والإفلات من القضاء الوطني، ومثل هذا الاتفاق يكون صحيحاً دون الحاجة إلى البحث عن القانون الواجب التطبيق على العقد. أما المرحلة الأخيرة فالعقد يكون دولياً فيها إذا تجاوزت تبعاته الاقتصاد الداخلي للدولة، فالصفة الدولية للعقد تعتمد على كل العناصر التي يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار لتقدير مدى خروج العقد عن نطاق الاقتصاد الوطني أو الداخلي[٢].

في حين أن هناك اتجاهاً فقهياً يخلص بحق إلى أن الأخذ بالمعيار القانوني الحديث الذي لا يضفي الصفة الدولية على العقد إلاّ إذا كان العنصر الأجنبي مؤثراً فيه وفعّالاً. يؤدي إلى النتيجة ذاتها، لأن الرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال لرؤوس الأموال أو للبضائع عبر الحدود هي رابطة تتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني واحد وهو ما يفيد توافر المعيار الاقتصادي والقانوني معاً، ذلك أن العناصر الأجنبية المؤثرة في العقد مثل محل التنفيذ أو موطن المتعاقدين تؤدي بالضرورة إلى هذا الانتقال عبر الحدود [٣].

---

(١) د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٢) انظر د. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية ـ القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٨٣.

(٣) د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ٩٠، و د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ٥٧.

وإذا طبقنا المعيار الاقتصادي على سندات الشحن البحرية، نرى أن هذا المعيار يتحقق في إضفاء الصفة الدولية عليها، ذلك أن عقود النقل البحري بموجب سندات الشحن تتضمن دائما حركة مد وجزر للبضائع والأموال عبر الحدود، ويتضح ذلك جليا من خلال استقراء قرارات محكمة التمييز الصادرة في القضايا التي تنظرها مما يتعلق بحركة البضائع من دولة إلى أخرى[1]. فسندات الشحن إنما محلها نقل البضائع عبر الدول والدفع يكون عن طريق الاعتماد المستندي، الذي يقوم أساسا على تقديم سندات الشحن. هذه العمليات من تصدير واستيراد ودفع عن طريق الاعتماد المستندي تنطوي على المعيار الاقتصادي وفق المفهوم الذي أوجده القضاء الفرنسي. ومع ذلك لا نعتقد أن هذا المعيار يكفي لإضفاء الصفة الدولية على سندات الشحن البحرية، فالدولية قد تتحقق مثلا بموجب المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي دون أن يترتب عليها انتقال للبضائع من دولة إلى أخرى. كما لو كان سند الشحن يتضمن علاقة بين عراقيين متوطنين في فرنسا لنقل بضاعة من ميناء فرنسي إلى ميناء فرنسي آخر، فلو عرض النزاع أمام القاضي العراقي فهو سيطبق القانون الفرنسي لأنه قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فالمعيار القانوني في هذا الفرض متحقق لإضفاء الصفة الدولية في العلاقة، دون أن يكون هناك معياراً اقتصادياً يضفي الدولية على العلاقة، ولو اعتمدنا المعيار الاقتصادي في سندات الشحن فلن تكون مثل هذه العلاقة دولية ولما استطاع القاضي العراقي تطبيق القانون الأجنبي.

وخلاصة القول أن كل معيار اقتصادي ينطوي على معيار قانوني، فشحن بضاعة من إنجلترا إلى العراق من تاجر أمريكي إلى مرسل إليه عراقي على متن سفينة فرنسية، مثل هذه

(١) على سبيل المثال القرار المرقم ٣٣٤/مدنية أولى/١٩٧٤ في ١٩٧٥/١/١٥، موضوع القرار شحنة من الأسمدة الكيماوية من روتردام – هولندا إلى البصرة. والقرار المرقم ٢٢٧/٢٢٦/موحدة/مدنية ثالثة/ ١٩٧٥، موضوعه شحنة من السيارات من إيطاليا إلى العراق. والقرار ٤١٧/٣٩٨/مدنية/١٩٧٦ في ١٩٧٦/١٠/١٣، موضوعه شحنة من الأدوات الاحتياطية مستوردة من فرنسا، اشار إليها خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص ٩٠.

العلاقة تنطوي على أكثر من معيار قانوني كما تنطوي على المعيار الاقتصادي لأن فيها حركة للبضائع والأموال من إنجلترا إلى العراق، إلا أن العكس غير صحيح أي أن ليس كل معيار قانوني ينطوي على المعيار الاقتصادي.

ثالثاً: الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي (المعيار المختلط)

يقوم المعيار المختلط على الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي. حيث يرى جانب من الفقه بأن تظافر المعيارين القانوني والاقتصادي قد يحقق الطريقة الأفضل لإسباغ الصفة الدولية على العقد، ويكون العقد الدولي طبقاً لهذا المعيار، إذا ارتبط بأنظمة قانونية تعود لدول مختلفة ويهدف إلى تحقيق الربح والمضاربة أو نقل الخدمات والأموال عبر الحدود أو يحقق مصالح التجارة الدولية[١].

ونجد هذا المعيار واضحا في الحكم الصادر في قضية شركة نفط كاليفورنيا الآسيوية وشركة نفط تكساس عبر الحدود ضد الحكومة الليبية عندما قال المحكم (من غير المشكوك فيه أن عقود الامتياز محل النزاع عقود دولية سواء من الناحية الاقتصادية لأنها تمس مصالح التجارة الدولية أو من الناحية القانونية لأنها تتضمن عناصر ارتباط بدول مختلفة)[٢]. وقد اعتمد القضاء الفرنسي على المعيار في تحديد دولية العقد طبقا للمعيار القانوني، لان العلاقة ترتبط بعناصرها بأكثر من نظام قانوني، كما تستند إلى المعيار الاقتصادي من خلال تشجيع انتقال الأموال عبر الحدود ويمس على هذا النحو مصالح التجارة الدولية[٣].

---

(١) د. محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص١٩٤.

(٢) انظر خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص٩٥.

(٣) كالحكم الصادر في ٤ تموز ١٩٧٢ المتعلق بإقرار صحة شرط التحكيم في عقد ابرم في هولندا بين شركة هولندية وفرنسي الجنسية أصبح وكيلا لها في فرنسا لتسويق منتجاتها، اعتمدت المحكمة على كلا المعيارين في تحديد دولية العقد، ينظر تفصيل هذا القرار د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، المرجع السابق، ص٢١. وقد اتبعت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ١١/٩/ ١٩٨٤ النهج نفسه، حينما انتهت بدورها إلى===

إن المعيار القانوني ملحوظ دائما عند إعمال المعيار الاقتصادي، فكل عقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية هو عقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني، إلا أن العكس غير صحيح، فكل عقد يرتبط بأكثر من نظام قانوني ليس من الضروري أن يتصل بمصالح التجارة الدولية، لذلك تظهر تجزئة العقد بين هذين المعيارين، فمجال المعيار القانوني إعمال الإرادة لتمييز العقد الدولي عن العقد الداخلي الذي يتحدد بإعمال مبدأ سلطان الإرادة، أما المعيار الاقتصادي فموضوعه تسهيل التجارة الدولية وتطبيق قواعد تتجاوز أو تتعارض مع القواعد الآمرة في القانون الداخلي لضرورات حسن نشاط التجارة الدولية. لذلك فالجمع بين المعيارين إنما يصور مدى التردد في وضع معيار قاطع ونهائي يجري تغليبه فيما يتعلق بالدولية، لذلك يفترض التمييز بين المعيارين القانوني والاقتصادي، فكلاهما يعبر عن منطق مستقل وتتصل بكل منهما أهداف مختلفة(١).

وتنهض سندات الشحن عموماً على كلاً المعيارين، ذلك أن الصفة الأجنبية تتطرق إلى العلاقة من أكثر من جانب. كما أنه يتضمن نقل قيم وبضائع وأموال عبر الحدود مما يجعلها متعلقة بمصالح التجارة الدولية، إلا أن هذا لا يعني أن يجتمع كلا المعيارين في العلاقة التي تنظمها سندات الشحن البحرية، ومن ثم يمكن أن يتوفر في هذه العلاقة المعيار القانوني دون أن يتوفر المعيار الاقتصادي، وهذا الأمر يتحقق في الدول التي تملك ساحلاً كبيراً كما هو الحال في فرنسا وإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية. فقد يحصل في هذه الدول أن يتم النقل من ميناء

=== دولية العقد المبرم في السويد بين شركة سويدية وفرنسي تم بمقتضاه تخويل هذا الأخير الحق في تسويق المنتجات الشركة في فرنسا بوصفه وكيلا عنها، واستندت المحكمة في تقرير دولية العقد كونه قد ابرم في الخارج مع شركة أجنبية، وهو ما يفيد توافر المعيار القانوني المستمد من العناصر الأجنبية، التي تتضمنها الرابطة العقدية، وأشارت المحكمة في معرض تأكيدها لدولية العقد أيضا إلى ما ستؤدي إليه العملية العقدية من تشجيع الاستيراد إلى فرنسا لبضائع تم إنتاجها في دولة أجنبية وهو ما يعني تحقق المعيار الاقتصادي، انظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٥، ص٩٣-٩٤.

(١) د. سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص٥٤٥- ٥٤٦.

إلى ميناء آخر في الدولة نفسها، إلا أن الأطراف قد يكونوا من جنسيات مختلفة كان يكون الشاحن ألمانيا والناقل أمريكيا والمرسل إليه إنجليزيا، فلا يجتمع المعياران في هذا الفرض، وإنما نكون أمام معيار قانوني وعلاقة دولية طبقاً لهذا المعيار دون أن يتوفر المعيار الاقتصادي. كما أن المعيار القانوني دائما ملحوظ في سندات الشحن البحرية التي تتضمن معياراً اقتصادياً، وهو يتمثل دائما في ميناء التفريغ، الذي سيكون محلاً للتنفيذ.

وفي ضوء هذه المعايير فما هو المعيار المناسب لإضفاء الصفة الدولية على سندات الشحن الإلكترونية؟.

نميل إلى الرأي الذي يضفي سمة العقد الدولي على أعمال التجارة الإلكترونية بمختلف مسمياتها، من خلال إسناده إلى فكرة المعيار القانوني الذي يعتمد على التفرقة بين العوامل المؤثرة وغير المؤثرة في العقد، حيث أن هذا المعيار لا يتعارض مع فكرة المعيار الاقتصادي بالمعنى الذي توصلنا إليه، فمثل هذا التحديد من شأنه أن يحقق نوعاً من العالمية لمفهوم التصرفات التي تبرم عبر شبكة المعلومات والاتصالات، والتي هي بالضرورة ذات طابع دولي، كما أكد ذلك رأي في الفقه بالقول: " إن اغلب العمليات التي تتم من خلال شبكة الانترنت هي بالضرورة ذات طابع دولي حيث يتدخل فيها أشخاص يتواجدون وينتمون إلى عدة دول مختلفة، فضلاً عن، أن أطراف هذه العقود التي تبرم من خلال الانترنت هم مستخدم مقيم في دولة ومورد أو مقدم خدمة الاشتراك في الشبكة يقيم في دولة ثانية، ومعلوماتي يوجد في دولة ثالثة، ويدل ذلك على أن تلك العمليات لا تتصل فقط بأكثر من دولة ويتوافر فيها المعيار القانوني لدوليتها، بل يتوافر أيضاً المعيار الاقتصادي وذلك بسبب أن هذه العمليات تستتبع انتقال القيم الاقتصادية

عبر الحدود وتتضمن حركة مد وجزر أو ذهاب وإياب للقيم والثروات بين الدول، وهي باختصار تتعلق بمصالح التجارة الدولية "[1].

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠٠، ص ٥، وكذلك د. عزت محمد علي البحيري، حيث يقول: " أن البعد العالمي وليس الدولي هو الغالب، إذن شبكة المعلومات الدولية هي نتاج للعولمة إن لم يكن الأصح أنها أنتجت عولمة الاقتصاد والمجتمعات بالتالي المعاملات التي تجري في إطارها لا خلاف حول دوليتها "، المرجع السابق، ص ١٦٦٨.

الفصل الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف

تمهيد وتقسيم:-

تُجمع القوانين المقارنة[١]، في الوقت الحاضر على قاعدة خضوع العقد ذي العنصر الأجنبي أساساً لقانون الإرادة، وترجع هذه القاعدة في أصلها إلى فقهاء المدرسة الإيطالية القديمة في ظل نظرية الأحوال[٢]. حيث أخضعوا العقد في شكله وموضوعه لقانون بلد إبرامه.

ولكن التطور الذي طرأ على هذه القاعدة أدى إلى بقاء الشكل محكوماً بقانون بلد الإبرام وخضوع العقد موضوعاً لقانون الإرادة. حيث كان هذا القانون يحكم موضوع العقد كما يحكم شكله، واستمر هذا الحال إلى نهاية القرن الخامس عشر، عندما ذهب الفقيه الإيطالي Curtus إلى إخضاع العقد لقانون بلد إبرامه لا على الأساس الذي عرف عند ظهور هذا المبدأ وإنما على أساس أن إرادة الأطراف قد اتجهت ضمنا إلى اختيار هذا القانون، وظلت قاعدة محل الإبرام سارية إلى القرن السادس عشر، عندما لاحظ الفقيه ديمولان Dumoulin الاختصاص الآمر لهذه القاعدة، وان العقد يخضع لنظام إقليمي بمعنى أن العقد الذي يبرم في مقاطعة لا ينتج أثرا

---

(١) المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، المادة (١٩) من القانون المدني المصري، المادة (٢٠) من القانون المدني السوري، والمادة (١١٦) من القانون الدولي الخاص السويسري، والمادة (٦٢) من القانون الدولي الخاص التونسي .

(٢) إذ أطلق تعبير الأحوال على الأعراف والعادات الخاصة التي تمسكت بها المدن الإيطالية المستقلة على العلاقات التجارية إلى جانب أحكام القانون الروماني، يراجع في ذلك : د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط٢، عمان، ١٩٩٨، ص ٦٤.

في مقاطعة أخرى[١]، فاخرج العقد من نطاق السيادة الإقليمية، وإخضاعه لإرادة الأطراف فهي التي توجه العقد وهي مصدره وليس القانون، فهذه الإرادة هي التي تحدد القانون الذي يحكم اتفاق الأطراف، وهي قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، وقد لا توجد هاتان الإرادتان، فيعتد بالإرادة المشابهة للإرادة الحقيقية وهي الإرادة التي اسماها الفقهاء بالإرادة المفترضة، فأصبح العقد يخضع لسلطان الإرادة، ويحدث أثرا حتى خارج محل الإبرام، وان الإرادة لا تقف حبيسة الحدود الإقليمية على خلاف سلطان القانون الذي يقف عند هذه الحدود، وانكمشت قاعدة خضوع العقد لمحل الإبرام لتقتصر على شكل العقد دون موضوعه، واخضع الفقيه ديمولان العقد لقانون الإرادة للحد من سلطات القانون الإقليمي الذي كان سائداً في ذلك العهد واخرج بعض المواد من نطاقه لإخضاعها لقوانين دول أخرى، فقرر أن مصدر هذه العقود هي إرادة عاقديها ومن ثم يجب أن تخضع لقانون الإرادة [٢].

ويتكون هذا الاختيار في نطاق القانون الدولي الخاص من قدرة الإرادة على تعيين القانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية التي أسهمت في إيجادها في نطاق العلاقات التجارية الدولية[٣].

وهو ما يعني أن الأطراف في العلاقات التجارية الدولية لهم القدرة في ممارسة إرادتهم في اختيار القانون الذي يحكم تصرفاتهم الإرادية، كما هو الحال في حقهم في إنشاء المراكز القانونية

---

(١) انظر بهذا المعنى د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقي بيروت ٢٠٠٢، ص٤٠٩.

(٢) انظر د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين في العقد، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٤، العدد ٣٥٢، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٣، ص٧. ود. هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤، ص٦٤٧.

(٣) د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١، ص ١٥٦.

في العلاقات الداخلية[1]، فلا يمكن تصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية، على أن يكون هذا النظام القانوني من اختيار الأطراف، وهو ما يعرف بالاختيار الإرادي أو مبدأ قانون الإرادة[2]. وهو ما نعالجه في مبحثين الأول منهما، نعالج فيه مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، ثم نخصص الثاني، اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في التشريع والقضاء، على النحو الآتي:-

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٦، ص ١٠٥٧.

(٢) د. سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص١٥٠ - ١٥١.

المبحث الأول

مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق

تباينت الآراء الفقهية بشأن الأساس الذي ينهض عليه مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق الذي يحكم تصرفاتهم الدولية، بين من أرجعها إلى عنصر شخصي وآخر إلى عنصر موضوعي، وهو ما اثر على كيفية اختيار الأطراف للقانون المختار، وهو ما نتوقف عنده في مطلبن على النحو الآتي:-

المطلب الأول

اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في النظريات الفقهية

اختلف الفقه القانوني في المدى المعترف به لحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقات القانونية التي يبرمونها، بين التقييد والإطلاق، وهو ما أوجد اتجاهين، أولهما يجعل من الحرية الشخصية أمراً مقدساً وهو ما انتهجته النظرية الشخصية، بينما يذهب الاتجاه الآخر إلى تغليب القانون على الإرادة وهو ما قال به أنصار النظرية الموضوعية، وكلا النظريتين نتوقف عندهما بالبحث في فرع مستقل وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول

النظرية الشخصية

تقوم النظرية الشخصية على أساس أن التقاء الإرادات المتعاقدة يكفي بذاته مجرداً، كمصدر للالتزام، وبمعزل عن اختيار أي قانون لحكم العلاقة العقدية، وأن اختيار قانون تخضع له تلك العلاقة إنما هو إدماج ذلك القانون في العقد كبند من بنوده، وأن المسألة هي مسألة خيار للإرادة إن شاءت أن تجعل القانون بنداً من بنود العقد وإن شاءت لا تخضع العقد لأي قانون، والقانون الذي عينته الإرادة، ليس له بذاته قوة الإلزام إلا في الحدود التي ترسمها له تلك الإرادة[١]. ولا يشترط في ظل النظرية الشخصية وجود صلة بين القانون المختار والعقد، وان بإمكان الأطراف اختيار أكثر من قانون لحكم العقد وهو ما يؤدي إلى تجزئة هذا العقد[٢]. كما أن نصوص القانون الذي تختاره إرادة الأطراف، بذاتها يبقى لا يتأثر بأي تعديل قد يطرأ على نصوص القانون الذي تختاره الإرادة[٣].

إن إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الدولية، أدى إلى تلك الفكرة أي اندماج أحكام القانون المختار بكونه مجرد شروط تعاقدية، لذلك تنبه فقهاء القانون الدولي الخاص إلى خطورة هذا الوضع الذي يؤدي إلى عدم خضوع العقد الدولي لحكم القانون، ما دام القانون سينزل منزلة الشروط العقدية فسيصبح العقد الدولي إذن بدون قانون ليحكمه لذلك رفض الفقهاء الاستناد المطلق لسلطان الإرادة لتبرير حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإنما يستند

---

(١) د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان ١٩٩٤، ص٤٩١.

(٢) د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية ـ دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ـ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٤، ص١٤.

(٣) وهذا ما يسمى بشرط التثبيت الزمني، والقصد منه تجميد القانون خوفاً من تغييره مستقبلاً، مما يخل بالتوازن والأمان الذي ينشده الأطراف، للمزيد انظر خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص٦٣.

حق هؤلاء إلى قوة القانون الذي منح الإرادة القدرة على هذا الاختيار. وطبقاً لهذا التصور لم يعد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد الدولي يستند إلى مطلق إرادة الأطراف، وإنما تبدو الإرادة بوصفها ضابطاً للإسناد أقرته قاعدة التنازع في دولة القاضي، وسمحت للمتعاقدين على هذا النحو باختيار القانون الواجب التطبيق في مجال العلاقات العقدية الدولية، فينطبق القانون المختار بوصفه قانوناً، وليس مجرد شروط عقدية وهو ما يؤدي إلى نتائج هامة، من بينها حرمان المتعاقدين من حق مخالفة القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق، ومن ثم تصور بطلان العقد عملاً بالأحكام الآمرة في هذا القانون، وكذلك التزام المتعاقدين في العقود الممتدة بما قد يطرأ على القانون المختار من تعديلات تشريعية لاحقة على إبرام العقد، وهذه النتائج هي التي تلقفها أنصار نظرية التركيز الموضوعي للعقد(١).

إن اعتناق مبدأ سلطان الإرادة في القرن التاسع عشر، والذي يعد الأصل لنظرية العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني قد ترك أثره في القانون الدولي الخاص أيضاً. فاستقرار مبدأ سلطان الإرادة ليس مجرد تبرير لحل مسبق في تنازع القوانين في العقود، بل أصبح هذا المبدأ هو الحل نفسه بما يكفله للإرادة في ذاتها من حق في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد بصفة مستقلة عن أي حل سابق. وإن أهم النتائج المترتبة على سلطان الإرادة في مجال القانون الدولي الخاص هي قدرة المتعاقدين على اختيار قانون العقد حيث يرد أنصار هذه النظرية قدرة المتعاقدين هذه إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يخول للإرادة سلطاناً مطلقاً في هذا الشأن يرتفع بها فوق القانون الذي يستمد قوته الملزمة على هذا النحو من اتفاق الأطراف على اختيار أحكامه

(١) حيث رفض الأستاذ السويسري " بروشيه " الاستناد المطلق لقانون الإرادة ورأى أن حق هؤلاء يستند إلى قوة القانون ينظر في هذا الموضوع د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي، المرجع السابق، ص٤١١-٤١٢.

لتنظيم الرابطة العقدية[١]. حيث تقوم الإرادة الفردية للأطراف بدور قاعدة الإسناد، بل تشكل بحد ذاتها قاعدة إسناد مستقلة عن أية اعتبارات موضوعية مرتبطة بالعقد، فما تشير إليه الإرادة يعد بمثابة قاعدة إسناد تتساوى في إلزامها مع ما تشير إليه قاعدة إسناد في قانون دولة من الدول[٢].

ويشير جانب من الفقه إلى أن هناك نظرية ازدواجية لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، وهي تقضي بتطبيق القانون المختار، وأنه من غير الجائز للقاضي تجاهل ذلك الاختيار الصريح ودور القاضي يبرز عند انعدام الاختيار الصريح في استخلاص القانون الواجب التطبيق [٣].

فإذا اتجهت إرادة الأطراف صراحةً إلى تحديد قانون محدد، كانت هذه الإرادة محترمة، في كل ما يتعلق بالعقد من حيث موضوعه وآثاره، أما قيود هذه النظرية فتنحصر في فكرتي النظام العام والأهلية، إذ تخضع الأخيرة للقانون الشخصي للأطراف، فضلاً عن المسائل المتعلقة بالشكل[٤].

وعلى هذا الأساس، كانت أحكام القضاء الفرنسي تذهب إلى منح المحكمة للمتعاقدين الحق في اختيار قانون العقد وهو ما يؤدي إلى اندماج أحكام القانون المختار في العقد ونزولها منزلة باقي شروطه التعاقدية[٥]، حين حكمت المحكمة في حكم لها: " إن القانون الواجب التطبيق على

---

(١) د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق ـ دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص٧٩.

(٢) د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز، المرجع السابق، ص ١٥٩.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي،ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ١٧٢.

(٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤، ص ٣٨٩.

(٥) محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في (٥) ديسمبر ١٩١.، نقلاً عن: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٥ ص ١.٥.

العقود سواءً فيما يتعلق بتكوينها وآثارها وشروطها هو القانون الذي تبنته إرادة المتعاقدين "، وانتهت بذلك إلى إنزال أحكام القانون الأمريكي المختار منزلة شروط العقد التعاقدية حين رفضت الاستناد إليه في إبطال شرط الإعفاء من المسؤولية المنصوص عليه صراحة في العقد[١].

وفي إطار هذه النظرية تكون لإرادة المتعاقدين الصريحة القدرة على التنظيم الذاتي للرابطة العقدية. أما في حالة عدم قيام المتعاقدين بتعيين قانون العقد صراحة فعلى القاضي أن يستظهر في هذه الحالة إرادتهم الضمنية في ذلك فإن لم يستطع الكشف عنها فهو يملك تحديد إرادتهم المفترضة في اختيار قانون العقد، ما لم يكن المشرع قد حدد بنفسه هذه الإرادة من خلال قرائن تختلف بحسب الأحوال، فالإرادة المفترضة هنا تبدو بوصفها إرادة المتعاقدين كما يتصورها القاضي أو المشرع[٢].

ويذهب أنصار النظرية الشخصية إلى عدم تصور اندماج القانون المختار في العقد إلاّ في حالة اختيار المتعاقدين لقانون العقد صراحةً أو ضمناً. وفي حالة سكوت الإرادة عن تعيين قانون العقد فيصعب تصور الاندماج لأننا في هذه الحالة نكون أمام قانون عينه المشرع أو حدده القاضي ليحكم الرابطة العقدية وليس أمام قانون اختارته إرادة المتعاقدين، بحيث تستطيع الإفلات من أحكامه وإنزالها منزلة الشروط العقدية[٣]، مما يرتب على اندماج القانون المختار في العقد النتائج الآتية:-

---

(١) Cass 5/12/191.s. 1911-1-129 note lyon caen.Rev.crit. 353, Clunet. 1912-1156.

مشار إليه لدى: خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٢) Deby-gerard.le role de la regle de conflit dans le reglement des rappoits intrnationaux. These, paris,Dalloz, 1973, Bibl, dr. int Pr. Vol. xvl, no 287.

(٣) نقلاً عن د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ١٠٩.

١- إن النصوص القانونية التي يختارها أطراف العقد تبقى هي ذاتها دون أن تتأثر بأي تعديل لها في قانون دولتها فتلك النصوص قد أدمجت بالعقد بإدخالها فيه بوصفه بنداً من بنوده، فالنص القانوني في العقد هو ذلك النص الذي كان نافذاً لحظة الاختيار، وأصبحت بهذه المثابة مجرد شروط عقدية تعامل معاملة الواقع أمام القضاء الوطني[١].

٢- يجوز للخصوم استبعاد أحكام القانون المختار الآمرة وهو ما يعني أن يبقى العقد طليقا لا يخضع لأي قانون، في حين أنه لا يحق لهم أن يأخذوا بنصوصه التي تتعارض مع القواعد الآمرة في قانون القاضي حتى لو لم تصطدم بالنظام العام الوطني على المعنى المحدد له في القانون الدولي الخاص[٢].

٣- لا يتقيد اختيار المتعاقدين للقانون الذي يحكم العقد باقتضاء توافر صلة بين هذا القانون وبين هذا العقد حيث إن اشتراط مثل هذه الصلة من شأنه أن يجعل هذا الاختيار خاضعاً لنظام قانوني وضعي قد لا يقر صحة هذا الاختيار نفسه إلاّ في الحدود التي يرسمها أو ينص عليها وهو الأمر الذي يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة، أي بمعنى آخر مع فكرة حرية الاختيار نفسها[٣]. وهذا الاتجاه يعطي للمتعاقدين المكنة من اختيار قانون اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة لنوع معين من العقود مثل القانون الإنكليزي الذي ينظم بعض عقود النقل وتجارة الحبوب حتى وأن لم تكن هناك صلة بين العقد وبين هذا القانون على أساس أن هذه الصلة أتت من حاجة التجارة الدولية[٤].

---

(١) د. سامي بديع منصور و د. عكاشة عبدالعال، المنازعات الدولية والحلول الوسط لتنازع القوانين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥، ص٣٦١.

(٢) د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٩٧ وما بعدها.

(٣) Deby Gerard, Op, Cit. No 314.

(٤) د. فؤاد رياض و د. سامية راشد، المرجع السابق، ص٣٧٤.

٤- استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة يؤدي اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي معين إلى اندماجه في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية وهذا الاندماج يتنافى وفكرة الإحالة التي يفترض لإعمالها أن اختصاص القانون المختار قد يتم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع وليس استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق(١).

٥- يؤدي اندماج القانون المختار في العقد إلى فقدان هذا القانون لصفته القانونية ويصبح مجرد عنصر من عناصر الواقع وتتحول أحكامه إلى مجرد شروط عقدية تكون واجبة التطبيق بصرف النظر عن إرادة القانون المختار في الانطباق على العلاقة العقدية المطروحة، من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإن مشكلة إرادة الانطباق في مجال قانون الإرادة لا يثار عادة من الوجهة العملية لأن غالبية القوانين المنظمة للعقود لا تحدد العقود التي يختارها قانون الإرادة مجالاً لانطباقه(٢).

٦- أنصار النظرية الشخصية يرفضون ما قد تؤدي إليه أحكام القانون المختار من إبطال للعقد، إذ باندماج هذا القانون في العقد يتجرد من عنصره، وهذا الأمر يؤدي إلى بطلان العقد ويصبح شرطاً من شروطه التعاقدية التي لا يتصور عقلاً أن تؤدي إلى بطلان العقد وإلى نقص الهدف الذي يسعى إليه المتعاقدان وهذا ما أخذت به المحكمة العليا الهولندية حيث رفضت المحكمة إبطال العقد طبقاً لما قضى به القانون المختار على أساس تعارض هذه النتيجة وإرادة المتعاقدين التي لا يعقل أن تسعى إلى إبرام عقد باطل(٣).

٧- كذلك قد يذهب أطراف العقد استكمالاً لحرية الاختيار الواسعة التي تتيحها النظرية الشخصية إلى الحد الذي يشترطون فيه عدم الخضوع لأي تعديلات تشريعية لاحقة قد تطرأ على القانون

---

(١) Deby Gerard , Op. Cit. No. 335.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص١١٢.

(٣) حكم المحكمة العليا الهولندية الصادرة في ١٩٢٤/٦/١٣، مشار إليه لدى، سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق عليها، رسالة ماجستير، جامعة الموصل ٢٠٠٤، ص٦٥.

المختار بعد إبرام العقد، بحيث لا تندمج هذه التعديلات في العقد ولا تعد جزءاً من شروطه التعاقدية حتى لو كانت ذات صفة آمرة ما لم يتفق المتعاقدون على خلاف ذلك[١]. والعلة من هذا القول هي أن هذه التعديلات لم تكن قائمة لحظة إبرام العقد، بما يعني أن الاعتراف بها قد يحمل مفاجأة تضر بمصلحة المتعاقدين[٢].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٥٠/٦/٢١ حين أقرّت بحق الخصوم في استبعاد تطبيق القواعد المعدلة حتى لو كانت متعلقة بالنظام العام[٣].

واستناداً إلى ما تقدم، فإن النظرية الشخصية تؤدي إلى تأييد حرية المتعاقدين المطلقة في اختيار قانون العقد ومثل هذا الاختيار هو اختيار مادي يبيح للمتعاقدين إخراج العقد من سلطان العقد استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة المطلق، وهو ما يؤدي إلى خضوع العقد على هذا النحو لإرادة المتعاقدين اللذين اختاروه بإرادتهم لمختلف الشروط التعاقدية الأخرى المنصوص عليها في العقد. فاندماج القانون المختار في العقد ونزوله منزلة باقي شروطه التعاقدية يؤدي إلى أن تصبح قواعد تنازع القوانين لا قيمة لها في هذه الحالة ما دام قانون الإرادة خارج دائرة التنازع، إلا أن جانباً من الفقه رفض ذلك، حين أرجع قدرة الإرادة على الاختيار إلى قاعدة من قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي وليس إلى مطلق مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم ينحصر دور الإرادة على هذا النحو بإخضاع العقد لحكم القانون المختار لا تقوى الإرادة على الخروج عن قواعده

---

(١) Mayer-lemythede l’order Juridiquede puse: ou (grundiegung) in melanges cold man ,paris,1983,p2.6.

(٢) د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز، المرجع السابق، ص ١٦١.

(٣) انظر خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص٧٨.

كما قرر البعض إنما ذهبت إليه المحكمة في حكمها المشار إليه يتعارض مع ما قررته المحكمة في نفس الحكم من ضرورة خضوع العقد الدولي للقانون السائد في دولة معينة، راجع بشأن ذلك، سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص ٦٦.

الآمرة لأن دورها ينحصر في الاختيار التنازعي للقانون الذي سيخضع العقد لأحكامه الآمرة وليس اختيارها المادي لأحكام القانون التي تندمج في العقد ويصبح جزءاً من شروطه التعاقدية. ويملك المتعاقدون مخالفتها حتى لو كانت تتسم بالطابع الآمر[١]. وبالنتيجة لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار اتفاق الأطراف عقيدة مقدسة تسمو على القانون، أو أن الإرادة تعاقب القانون، وما يترتب على ذلك من السماح للمتعاقدين باختيار قانون محايد أو تجزئة العقد أو إدماج القانون المختار في العقد، فأين هي إرادة القانون ودور المشرع، وما هي العبرة من سن التشريعات القانونية، وهو ما يعني من ناحية أخرى تحرير العقد من سلطان القوانين الوطنية جعله بمعزل عن الرقابة والمساءلة، فيكون من شأن ذلك إعطاء الإرادة دوراً يفوق دور القانون، في حين أن الأصل في الإرادة أنها لا يمكن أن تلعب دوراً إلا في حدود المجال الذي رسمه لها القانون. وفي مجال القانون الدولي الخاص لا يمكن أن يتصور أن يكون القانون الواجب التطبيق ناتجاً عن إرادة الأطراف وحدهم وإنما يجب الاستناد إلى نظام قانوني معين، يتيح للأطراف إمكانية اختيار القانون الواجب التطبيق على تصرفاتهم العقدية[٢].

الفرع الثاني

النظرية الموضوعية

إزاء الانتقادات التي وجهت للنظرية الشخصية فقد طرح الفقهاء رأياً بديلاً، يتلخص في أن دور الإرادة في تحديد القانون المختص يقتصر على فكرة تركيز العقد، بمعنى أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تركيز علاقاتهم القانونية في إطار نظام قانوني معين يعد أنه أنسب

(١) سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص٦٧.

(٢) انظر د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز، المرجع السابق، ص ١٦٧- ١٦٨.

لحكم العلاقة العقدية، بحيث يكون دور الأطراف محصوراً في معاونة القاضي لاستخلاص أنسب تركيز للعلاقة العقدية [١].

ويضيف باتيفول إن إرادة الأطراف لا تقوم باختيار القانون الذي تريده، بل تتولى تركيز العلاقة العقدية في مكان محدد في ضوء ظروف وملابسات التعاقد، ومن ثم يسري قانون هذا المكان على العقد بوصفه واقعاً اجتماعياً ينتمي بالضرورة إلى نظام قانوني محدد. وبذلك يقتصر دور الإرادة على الكشف عن مركز الثقل في العلاقة التعاقدية والتي تخضع لقانون هذا المركز[٢]، وهو ما يعني أن اختيار الأطراف يقع صحيحاً إذا وقع على أحد القوانين المرشحة أساساً ومن حيث المبدأ لحكم العلاقة، وبناءً على ذلك لا يكون صحيحاً ما يدعيه أنصار النظرية الشخصية بأن اختيار قانون العقد يقوم على مطلق سلطان الإرادة أو على قاعدة مادية من قواعد القانون الدولي الخاص، وإنما على قاعدة من قواعد التنازع التي لا يجوز للأطراف الانحراف عنها عند اختيارهم للقانون الواجب التطبيق[٣].

فإن اتجهت إرادة الأطراف إلى اختيار قانون بعيد عن التعبير عن مركز ثقل العلاقة، فإنها تكون قد تجاوزت الهدف من إعطائها حق الاختيار، ذلك أن الهدف هو أن يقوم المتعاقدان بتركيز العقد في المكان الذي يرتبطان به فعلاً، فإذا انحرفت الإرادة عن ذلك كان لزاماً إهمالها وطرح القانون المختار جانباً واختيار قانون آخر أكثر اتصالاً بالعقد من الناحية الواقعية [٤].

---

(١) نقلاً عن د. عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٢) Batiffol (H) Lagarde: trait de droit International Priv`e , Paris, tem, edition.t11. 1983. p. 265.

وفي المعنى نفسه. أنظر د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، بدون ناشر وسنة نشر، ص ٣٥١.

(٣) انظر د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز، المرجع السابق، ص ١٧٢.

(٤) انظر سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق ص ٧٠.

ويحدد أنصار النظرية الموضوعية ثلاثة قيود ترد على حرية الأطراف في اختيارهم القانون الواجب التطبيق على تصرفاتهم العقدية هي:-

١- ضرورة أن ينتمي القانون المختار لنظام قانوني معين مع إمكان الاستئناس بأعراف وعادات التجارة الدولية.

٢- وجوب ألا يتضمن هذا الاختيار غشاً نحو القانون.

٣- وجود صلة بين القانون المختار والعقد.

ويترتب على اعتبار أن قدرة الإرادة على اختيار القانون المختص يرجع إلى قاعدة الإسناد التي تمنح للخصوم حرية اختيار هذا القانون . أي أن اختيار الأطراف للقانون المختص يرتد إلى سيادة القانون نفسه، إذ تعتبر الإرادة مجرد ضابط للإسناد يرشد إلى القانون المختص . ما يأتي:-

١- أن القانون المختار عن طريق تركيز العقد في مكان معين يبقى محتفظاً بصفته القانونية، وعليه فإن كان للأطراف أن يستبعدوا بعضاً من قواعده المكملة، فلا يمكنهم استبعاد قواعده الآمرة.

٢- ينبغي على القاضي الذي ينظر النزاع أن يتعامل مع قواعد هذا القانون بوصفها قواعد قانونية، سواء من حيث إثباتها أو تفسيرها[١].

٣- إمكانية إبطال هذا العقد الدولي المتضمن اختياراً للقانون المختص إذا ما قضت قواعده الآمرة بذلك، عملاً بالأحكام الآمرة في القانون الواجب التطبيق التي تقضي بحماية النظام العام، حتى ولو كان هذا القانون هو الذي اختارته إرادة المتعاقدين[٢].

---

(١) د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٢) أنظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ٣١٠.

٤- أما بخصوص ضرورة وجود صلة بين القانون المختار وبين العقد، فقد اشترط بعض أنصار هذه النظرية وجود صلة حقيقية بين اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين وبين العقد؛ فيرى الأستاذ باتيفول أن دور الإرادة يتلخص في تركيز العقد في مكان معين في ضوء عناصر العلاقة والظروف المحيطة بها، وهذه الإرادة يجب أن تعبر عن مركز الثقل في العلاقة، فإذا انصرفت الإرادة إلى قانون بعيد عن مركز ثقل العلاقة، فإنها لا تكون قد حققت الهدف المقصود، ويتعين حينئذٍ عدم الاعتداد بها، وعلى القاضي تركيز العلاقة عن طريق تحديد المكان الذي يتحقق فيه مركز ثقل العلاقة[١]. في حين أن هناك من يرى أن التسليم بهذا النظر سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف وينال من الأمان القانوني المتطلب في المعاملات الدولية، وأن تخويل القاضي سلطة تصحيح اختيار المتعاقدين، يعني ببساطة أن المتعاقدين لا يتمتعون بأي قدرة في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، لأنهم لا يملكون إلاّ اختيار القانون الذي يمثل مركز الثقل في الرابطة العقدية، ولهذا يفضل أصحاب هذا الرأي تخويل المتعاقدين حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي عملاً بقدرتهم المقررة بمقتضى قاعدة الإسناد وصيانة القانون وصيانةً لتوقعاتهم، وذلك بأن تكون هناك على أقل تقدير صلة ما بين القانون المختار والعقد محل النزاع، كأن يكون القانون المختار هو قانون الدولة التي ينتمي إليها أحد الطرفين أو قانون موطنه أو قانون محل تنفيذ العقد أو قانون موقع المال محل التعاقد أو حتى قانون أجنبي عن العقد اشتهر بوضع شروط نموذجية موحدة للعقد المراد إبرامه[٢].

٥- إن منطق هذه النظرية يقضي بعكس ما يراه أنصار النظرية الشخصية بخصوص إمكانية استبعاد التعديلات التشريعية اللاحقة على إبرام العقد المتضمن اختيار القانون الواجب التطبيق

---

(١) نقلاً عن د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، بدون ناشر، ١٩٩٧، ص ٣٢٦.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ٤١٨.

متى ما اتصفت هذه التعديلات بالصفة الآمرة. وهذا ما ذهبت إليه المادة (٨) من المشروع الذي أعده مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة Bale السويسرية عام١٩٩١ بخصوص العقود الدولية المبرمة بين الأشخاص الخاصة، إذ لم يعتد المشروع بشرط الثبات التشريعي إلاّ في إطار القواعد المكملة، وبصرف النظر عن اتفاق المتعاقدين على خلاف ذلك، وقد نصّت هذه المادة على أنه : " إذا اتفق الأطراف على اختيار النصوص السارية عند التعاقد لقانون دولة معينة فإن هذه النصوص تندمج في العقد وتنزل منزلة الشروط التعاقدية. ومع ذلك فإذا قام مشرع هذه الدولة بتعديل هذه النصوص أو إلغائها بقواعد تنطبق بصفة آمرة على العقود الجارية فإن هذه القواعد يتعين تطبيقها " [١].

٦- أما بخصوص مدى رفض الإحالة أو قبولها في ضوء النظرية الموضوعية، فإنه يمكن القول بأنّ الفقه الغالب قد استقر على رفض الأخذ بالإحالة إلى قانون آخر، ويبرر أنصار هذه النظرية ذلك بأن هدف قاعدة الإسناد في دولة القاضي هو احترام إرادة المتعاقدين في اختيار قانون العقد إن تحققت الشروط المتطلبة في هذا الاختيار، ذلك أن منطق الإحالة يتعارض في حد ذاته مع ضابط الإسناد الذي تتضمنه قاعدة التنازع في قانون القاضي التي خولت المتعاقدين حق اختيار قانون العقد، لأن القول بالأخذ بالإحالة سوف يؤدي إلى الإخلال بتوقعاتهم [٢].

٧- أما بخصوص إمكانية تجزئة قانون العقد أو اختيار أكثر من قانون واحد لحكم العقد، فإن أنصار هذه النظرية قد تقبلوا إخضاع الرابطة العقدية لأكثر من قانون واحد ولكن على وفق الشروط الآتية:-

أ- أن تتوافر في كل من هذه القوانين الصلة المتطلبة بالعقد.

---

(١) مشار إلى هذه المادة في مؤلف د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(٢) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ٤٠٨.

ب- أن لا تؤدي هذه التجزئة إلى الإخلال بانسجام الرابطة العقدية، لأن ما يقيد الإرادة هو ألاّ تؤدي قدرتها على التجزئة إلى هدم الانسجام المتطلب بين أحكامه، وهنا يبرز دور القاضي في الرقابة على حفظ هذا الانسجام(١).

ج- أن لا يؤدي هذا الاختيار المتعدد إلى إفلات العلاقة التعاقدية من حكم القانون، وهو ما يميز النظرية الموضوعية من النظرية الشخصية (٢).

المطلب الثاني

آلية الاختيار الإرادي وأثره على سند الشحن الالكتروني

يعتمد الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الروابط القانونية التي يبرمونها فيما بينهم أحد أمرين، فهم إما أن يعبروا عن ذلك بشكل صريح وواضح، أو أن يكون تعبيرهم ضمنياً وغير صريح، وأياً كان التعبير المتبع في اختيار الأطراف للقانون الذي يحكم علاقتهم فإنه ينتج بعض الآثار بالنسبة لتلك العلاقة من خلال مدى انعكاس هذا الاختيار على العقد، وعلى صلته بالقانون الواجب التطبيق، والقواعد القانونية التي يحيل إليها القانون المختار، وهو ما نبحثه في فرعين على التوالي:-

(١) د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٢) د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص ١٢٦، ولمزيد من التفصيل حول حق المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون لحكم العلاقة التعاقدية من حيث قبول هذا الفرض أم رفضه في ضوء فقه النظرية الموضوعية. أنظر، الدكتور هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ٣٦٦ وما بعدها.

الفرع الأول

آلية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق

إن التعبير عن الإرادة قد يكون بصورة صريحة وقد يكون بصورة ضمنية لاختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة التعاقدية، ومتى يكون التعبير صريحا أو ضمنياً نتوقف عنده بالآتي:-

أولاً: الإرادة الصريحة

تعني الإرادة الصريحة أن يختار أطراف العقد الإلكتروني قانونا يحكم عقدهم، بتضمين شرط في نصوص العقد يقضي بخضوع أي نزاع سينشأ عن العقد لقانون دولة معينة أو لاتفاقية دولية تنظم موضوع العقد، يؤكد فقه القانون الدولي الخاص على أهمية اختيار الأطراف في العقد الدولي للقانون الواجب التطبيق لتجنب مشكلة البحث عن إرادة الأطراف الحقيقية أو تركيز العقد[١]. وفي ميدان التجارة الإلكترونية تتجلى أهمية قانون الإرادة في العقود المبرمة عبر الشبكة العالمية أكثر من ذي قبل نظراً لما يعتري تلك الشبكة من صعوبات اختصاصية جمة، لذلك ينصح أطراف الصفقة الإلكترونية بتحديد القانون الذي سيحكم صفقاتهم لأن في ذلك ما يوفر للأطراف معيار اليقين القانوني بشأن القضية المتنازع عليها[٢]، ولأجل توسيع مدى الثقة بين الشركات المتعاملة عبر الشبكة العالمية[١].

---

(١) د. منير عبد المجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، ع ٣، جامعة بيروت، كلية الحقوق، كانون الأول ١٩٩٩، ص ١٢٨ وكذلك د . ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الاول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨، ص ١٦٥ و١٦٦ . وكذلك

jacquet . (j) et delebeque . (ph), droit du commerce international , dalloz, Paris, 1997 ,p .95.

(٢) نافع بحر سلطان، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد ٢٠٠٤، ص٦٧.

لقد نصت التشريعات الوطنية المعاصرة العربية والأجنبية على مبدأ الاختيار في العقود الدولية[٢]، كما نصت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية[٣]، وتضمنت القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية ذلك المبدأ منها المادة ١٠٩ _ أ من قانون معاملات المعلومات الحاسوبية الموحد الأمريكي لعام ١٩٩٩[٤]، التي تنص على أنه: " في غير عقود المستهلكين يختار الأطراف في اتفاقاتهم القانون الواجب التطبيق "، وكذلك نصت المادة (٢) من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري على أن: " تسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعد العقد قد تم بمجرد تصدير القبول ". وعلى المستوى الدولي تبنى مشروع اتفاقية بشان العقود [الدولية] المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات مبدأ قانون الإرادة في المادة الرابعة منه[٥]، وأشارت إليه أيضا

---

(١) greguras (f) and others _ electronic commerce : on_line contracts issues, para 4.

منشور على الموقع الالكتروني: www.batent. com /oikoumene /ec_ contracts.html. and ICC report ,op.cit ,para 1-2. سحب بتاريخ:٢٠١٢/٦/٢٠، س٢٢:٣٦م، GMT.

(٢) المادة ٢٥ مدني عراقي والمادة ١٩ مدني مصري والمادة ٢٠ مدني اردني والمادة ٦٢ من القانون الدولي الخاص التونسي لعام ١٩٩٩ والمادة ١/١١٦ من القانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ والمادة ١٨٧ من المدونة الثانية لتنازع القوانين الأمريكية . للمزيد ينظر د . أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٨٢ .

(٣) المادة ١/٢ من اتفاقية لاهاي ١٩٥٥ حول القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للأشياء المنقولة المادية ، والمادة ١/٥ من اتفاقية لاهاي ١٩٧٨ حول القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة التجارية ، والمادة١/٣ من اتفاقية روما ١٩٨٠ حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية . والمادة ٦ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠ بشان عقود البيع الدولي للبضائع .

(٤) the uniform computer information transactions act ,1999.

منشور على الموقع الالكتروني:http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/citalost.htm . ، سحب بتاريخ: ٢٠١٢/٦/٢٠،س ٢٣:١٠م، GMT.

(٥) A/CN.9/wG .IV/wp.95 .op .cit .,p .29 .

المادة (٤/١٥) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، كما نصت المادة (١٧) من نظام غرفة التجارة الدولية على أن للمتعاقدين الحرية التامة في تعيين القانون الذي يجب على المحكمة التي تنظر النزاع تطبيقه على موضوع التحكيم الإلكتروني[١].

ويتفق أطراف العقد الإلكتروني على القانون الواجب التطبيق على صفحة الشاشة المستقبلة[٢]، حيث يرد شرط اختيار القانون الواجب التطبيق ضمن الشروط المدرجة في العقد المعروض على شاشة الحاسوب المستقبل، ويجب الإشارة إلى أن تلك الطريقة ليست الوحيدة كما أنها لا تحقق الاتفاق بالمعنى الكامل لان المتعاقد يقرأ البنود الواردة في العقد المعروض على شاشة حاسوبه فإن ارتضاها نقر على أيقونة الموافقة. ويلاحظ بشأن ذلك أن الموافقة لم تنطو على مناقشة بنود العقد وتحقيق دور الإرادة في تصريح رغبتها، رغم ارتضائها. أما الطريقة الأخرى الأكثر استعمالا في مجال عقود المؤسسات التجارية هي استخدام البريد الإلكتروني الذي يسمح للإرادة بتفعيل دورها عند اختيار القانون الواجب التطبيق.

وفي ميدان التجارة الإلكترونية، يختار أطراف العقد الإلكتروني القانون الواجب التطبيق الذي قد يكون ذا صلة بالعقد المبرم وتتحقق هذه الحالة عندما يكون محل العقد لا يستجيب للتنفيذ الإلكتروني، أي وجوب التنفيذ المادي، وبهذه الحالة يمكن التسليم بمعيار الصلة المعقولة، حيث يكون مكان التنفيذ هو مركز ثقل الرابطة العقدية. لكن العقود المبرمة والمنفذة الكترونيا لا تتعلق بأية صلة أو رابطة تربطها بمكان ما، ومن ثم فإن اختيار الأطراف لقانون دولة ما ليس لها ارتباط بالعقد الإلكتروني يعد، في بيئة إلكترونية، اتجاهاً إيجابياً أقرته النظم الحديثة [٣]. وهو

---

(١) د. الياس ناصيف، إطلالة على التحكيم الإلكتروني في العالم، اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٣٧، المجلد العشرون، ايلول ٢٠٠٠، ص١٢٢.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٨٣.

(٣) wipo study, op.cit.,para 69.

ما اشارت إليه المادة (٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ الذي يبين في الفقرة الأولى منه: " ١- يحكم العقد بالقانون المختار من جانب الأطراف.. "[١].

وليس معنى تحرير العقود الإلكترونية من القيود التي توجبها القوانين والتي لا تتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية أن تتحرر تلك العقود من القواعد التي يفرضها النظام العام في دولة القاضي أو أي دولة أجنبية أخرى ترتبط بالمسألة محل النزاع . لأن وجود قاعدة من قواعد النظام العام من شأنه تعطيل قاعدة الإسناد في خصوص المسالة التي تدخل في نطاق هذه القاعدة مما يترتب عليه تجزئة العقد حيث يخضع العقد لقانون الإرادة فيما عدا جوانبه التي تدخل في نطاق سريان النظام العام.

ثانياً: الإرادة الضمنية

إن قانون الإرادة يحمي توقعات الأطراف ويحقق لهم الأمان القانوني، لذلك فإن المنطق يقضي بأن يكون الاختيار صريحاً أو من الممكن الوقوف عليه بطريقة مؤكدة[٢]، ويطلق على العبارة الأخيرة مفهوم الإرادة الضمنية وهي إرادة حقيقية لكنها غير معلنة[٣]. وفي هذه الحالة تقع على القاضي مهمة تحديد القانون من خلال دراسة واضحة لطبيعة العقد وظروف التعاقد حتى يتسنى له استخلاص تلك الإرادة بطريقة مؤكدة[٤]، وأن الطريقة المؤكدة تعني أن تكون هناك جملة مؤشرات أو قرائن تدل بما لا يقبل الشك على اتجاه الإرادة نحو قانون معين يكون واجب

---

(١) اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التي أبرمت بين دول الاتحاد الاوربي ودخلت حيز التنفيذ في دول الاتحاد الأوربي في ١/ نيسان/ ١٩٩١، ونستخدم هذه الاتفاقية بأسم اتفاقية روما أينما وردت في الرسالة.

(٢) د . عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، المرجع السابق، ص٤٢.

(٣) د . عز الدين عبد الله، المرجع السابق، ص ٤٣١.

(٤) د . سامي بديع منصور و د. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٥، ص٣٨٥.

التطبيق على عقدهم، حيث أن من المعروف أن الكشف والاستخلاص للإرادة الضمنية يعتمد على تفسير القاضي ومدى حريته في البحث عن القانون الواجب التطبيق، والتي قد تؤدي إلى نتائج سلبية تخل بتوقعات الأطراف، وتزيد المسألة صعوبة في نطاق التجارة الإلكترونية، مما يؤكد ضرورة عبارة " الطريقة المؤكدة " التي تضمنتها بعض التشريعات المقارنة كما تضمنتها اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ في المادة ١/٣ بالنص على أنه: " يجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً أو مستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد "[١]، أما مسلك القانون العراقي فقد نصت المادة ١/٢٥ من القانون المدني "...، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه.

وهناك العديد من المؤشرات والقرائن التي يمكن أن يعتد بها وتؤكد بما لا يقبل الشك أن إرادة الأطراف اتجهت نحو قانون معين من دون تصريحهم بذلك، وهي تلك المؤشرات التي يصلح تطبيقها في ميدان التجارة الإلكترونية، منها على سبيل المثال، العقود النموذجية، حيث تضع هذه العقود مجموعة من المؤسسات الدولية كغرفة تجارة باريس أو لندن أو جنيف أو غرفة التجارة الدولية وعادة ما يتضمن العقد النموذجي الخاص بنوع معين من التجارة الدولية تنظيماً خاصاً مستمداً من قانون معين كالقانون الإنجليزي مثلاً[٢]، أو قد يتضمن العقد الإلكتروني إشارة لنصوص قانون معين[٣]، أو قد يقرر أطراف العقد بأنه يمكن تكملته بالرجوع إلى قانون معين[٤]. حيث يكون القانون المشار إلى نصوصه المرجع الذي قصدته الإرادة ليكون واجب التطبيق على

---

(١) للمزيد من نصوص التشريعات والاتفاقيات الدولية التي تضمنت تعبير " طريقة مؤكدة " يراجع د. عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية، المرجع السابق، ص٤٣.

(٢) Mayer (p) ,droit international privé , 6 édition ,montchrestien ,paris ,1998 ,p. 468 .

(٣) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٦٩.

(٤) Mayer ,op.cit.,p.468.

العقد، أو أن يشير إلى اختصاص محكمة ما للنظر في النزاع الذي قد يثار بشأن الرابطة العقدية، وهو ما يسمى بشرط الاختصاص القضائي، حيث يحدد أطراف العقد المحكمة المختصة بنظر المنازعات التي قد تنشأ عن العقد، وبالتالي يكون قانون مكان المحكمة هو الواجب التطبيق على النزاع العقدي[١]. كما أن اتفاقات التبادل الإلكتروني التي تسبق إبرام أي عقد إلكتروني قد تكون مؤشرا مقبولاً على خضوع التصرف للقانون الذي تشير إليه هذه الاتفاقيات عندما لا يتضمن هذا العقد نصاً صريحاً يحدد من خلاله الأطراف القانون الواجب التطبيق، فإن اتفاق التبادل الإلكتروني كفيل بالكشف عن نية الخصوم باعتبار أن اختيار القانون الذي يحكم العقد الإلكتروني هو أحد المسائل القانونية التي تغطيها تلك الاتفاقات. لذلك يتوجب على القاضي أو المحكم أن يتبين من وجود مثل تلك الاتفاقات بين الخصوم في المنازعات المعروضة عليه[٢].

وقد يكون مكان التنفيذ من المؤشرات القوية في حالة انتفاء المؤشرات السابقة الذكر، ورغم أنه أدرج ضمن المؤشرات التي تحدد الإرادة الضمنية إلا أن تطبيقه يستوي فيه بين الإرادة الضمنية وبين غياب الاختيار في نطاق التجارة الإلكترونية، لكن تطبيقه محصور بطبيعة محل العقد، فإذا كان المحل يقبل التسليم المادي (التنفيذ المادي) يمكن اللجوء عندئذ لقرينة مكان التنفيذ لتطبيق قانون ذلك المكان. أما لو كان المحل يقبل التنفيذ الإلكتروني عندها يتوقف تطبيق هذا المؤشر[٣]، وهذا المؤشر اقرب ما يكون ذا شأن بالنسبة لسندات الشحن الإلكتروني التي تقترن دائماً بعنصر التسليم المادي للبضائع محل الشحن في مكان وجود المرسل إليه، وهو ما

(١) د . هشام علي صادق و د. حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٣٥٥، و د . منير عبد المجيد، حول مفهوم، المرجع السابق، ص١٣١.

(٢) نافع بحر سلطان،المرجع السابق، ص٦٩.

(٣) د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص٢٠٨.

يجعل منه من أكثر المؤشرات دلالة على القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف على تحديد قانون يحكم سند الشحن الإلكتروني. حيث تعد سندات الشحن الإلكتروني من بين التصرفات التي تبرم عبر الشبكة ولكنها تنفذ مادياً خارجها، وهو ما ينسجم مع موقف اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً، حيث حددت في المادة (١/٥) منها مجال الانطباق في الفقرتين الفرعية ج- مكان التسليم، د- ميناء التفريغ.

وإلى جانب المؤشرات التي قد تعطي بعض الدلائل على تحديد القانون الواجب التطبيق، تأتي بعض المؤشرات التي طالما أشار إليها الفقه التقليدي في استخلاص الإرادة الضمنية وأكد على أنها بمفردها لا تصلح أساساً يرتكز إليه في تحديد الإرادة الضمنية، ولهذا كانت مؤشرات ضعيفة يلجأ إليها القضاء متى ما عُزِّزت بمؤشرات مستمدة من شروط العقد أو ظروف التعاقد، وقد زاد من ضعف تلك المؤشرات إبرام العقد عن طريق الشبكة العالمية.

تأتي في مقدمة هذه المؤشرات اتحاد جنسية الخصوم. حيث أن إبرام العقد الإلكتروني بين متحدي الجنسية لا يأتي إلا صدفة لأن صاحب الموقع الشبكي عندما يتعامل عبر موقعه يتعامل مع شركاء مختلفي الجنسية، ولا يعني أن اشتراك أحد المتعاملين بالجنسية مع صاحب الموقع يؤكد تطبيق قانون الجنسية المشتركة هذا من جانب، فضلاً عن أن الإرادة الضمنية يلزم استخلاصها من نصوص العقد أو ظروف التعاقد، أو كما ورد في النص العراقي عبارة "... يراد تطبيقه "[١]، بينما تكاد تتلاشى أهمية عملة الدفع كمؤشر يعتد به في تحديد القانون الواجب التطبيق ما لم يتفق الأطراف على تحديده صراحة. حيث أوجدت التجارة الإلكترونية نظماً جديدة للدفع وهي النظم الإلكترونية التي تسمح للطرف المتعاقد بالوفاء بقيمة المقابل سواء كانت سلعة أم خدمة ومن هذه النظم نظام الدفع بالبطاقة الائتمانية ونظام النقود الإلكترونية ونظام محفظة

(١) المادة ٢٥ /١ من القانون المدني العراقي.

النقود الإلكترونية[١]، فمن يدفع نقوداً إلكترونية عبر الشبكة العالمية لا يعطي مؤشراً إلى الخضوع لقانون معين لسبب وجيه هو أن تلك النقود أو النظم المذكورة ليست من إصدار دولة معينة ولا تنتمي إلى دولة بعينها بل تصدرها شركات ومؤسسات مصرفية ويكون استخدامها عالمياً لا يرتبط بتلك الشركة أو ذلك المصرف. كما أنه لا يمكن مع تطور تقنيات المعالجة الرقمية للبيانات وتخزينها واسترجاعها بأي شكل الركون إلى هذا المؤشر بعدما ثبت استخدام اللغة الإنجليزية بشكل واسع على الشبكة العالمية بعدها اللغة الأوسع انتشاراً في العالم وما تمليه ظروف تشغيل الشبكة، وحتى عند استخدام اللغة الإنجليزية بين المتعاملين لا يمكن القول بأن القانون الإنجليزي هو الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، كما أن اللغة ليست عنصراً في التعاقد[٢].

الفرع الثاني

أثر الاختيار الإرادي على سندات الشحن الالكترونية

يترتب على خضوع عقود التجارة الإلكترونية عموماً لقانون الإرادة عدة نتائج، والتي قد تؤثر بدورها على سندات الشحن الإلكترونية، وهو ما نحاول بحثه على النحو الآتي:-

أولاً: مدى قابلية تجزئة سند الشحن الإلكتروني

يثير مبدأ قانون الإرادة التساؤل عما إذا كان بمقدور المتعاقدين اختيار أكثر من قانون ليحكم الرابطة العقدية، حيث يرى البعض، وجوب النظر إلى العقد على انه وحدة واحدة، تخضع

(١) د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، ط١، دار صادر، بيروت ٢٠٠١، ص ص٢٢٩-٣٠٢-٣٠٤-٣٠٩.

(٢) د. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص٢٠٨ .

في مجموعها لقانون واحد لما بين أجزائها من التجانس[١]، وحتى لا يختل التوازن والاستقرار اللازم للرابطة العقدية الذي من أجله تم إعطاء الحرية لأطرافها في اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقدهم[٢]، وإذا كانت هذه الآراء قد قيلت بشأن العقود بشكل عام، فهل بالإمكان تطبيق أكثر من قانون لحكم سندات الشحن؟. وفي الواقع أن سندات الشحن غالبا ما تخضع لأكثر من نظام قانوني، خاصة عندما تكون المعاهدة واجبة التطبيق على سندات الشحن البحرية، فمعاهدة بروكسل تنطبق على المرحلة البحرية فقط، لذلك فإن المرحلة السابقة على الشحن واللاحقة على التفريغ قد تخضع لقانون آخر غير المعاهدة، صحيح أن هذه المعاهدة أجازت الاتفاق على أن تغطي المعاهدة هاتين المرحلتين، إذ أجازت الاتفاق على زيادة مسؤوليات الناقل (م٥)، إلا أن هذا الأمر يندر حدوثه لأن الناقل يحاول دائما أن يخفف من مسؤولياته لا أن يزيدها. فذهب القضاء المصري في بعض أحكامه إلى تطبيق القانون المصري " القانون الوطني" على المرحلة السابقة على الشحن والمرحلة اللاحقة على التفريغ، ومن هذه الأحكام حكم محكمة النقض المصرية التي ذهبت فيه إلى أن: " طبقا للفقرة هـ من المادة الأولى من معاهدة بروكسل الخاصة بسندات الشحن والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ المعمول به اعتبارا من ١٩٤٤/٥/٢٩، فإنها لا تطبق إلا أثناء المرحلة البحرية التي تبدأ بشحن البضاعة في السفينة وتنتهي بتفريغها منها دون المراحل السابقة على الشحن واللاحقة

(١) ينظر هذا الرأي د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، المرجع السابق، ص٢٩.

(٢) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ١٦٢. وكذلك د. هشام علي صادق، تنازع القوانين ـ دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ـ، منشأة دار المعارف، الإسكندرية ١٩٧٤، ص٦٦٧. وكذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص ١٠١٩.

على التفريغ التي يحكمها القانون الوطني "[١]، وموقف القضاء المصري هنا أكده القانون المدني، حيث أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن حكم المادة (١/١٩) مدني يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق على العقد[٢].

وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى الاتجاه نفسه، في دعوى تتعلق بسند شحن حرر في فرنسا لنقل إرسالية إلى المغرب، واتفق في سند الشحن على عقد الاختصاص القضائي لمحاكم مرسيليا، وكان الناقل والشاحن فرنسيين، فذهبت محكمة الموضوع إلى تطبيق القانون الفرنسي على عقد النقل بموجب سند الشحن، وطبقت القانون المغربي وهو قانون ميناء الوصول على الدفع بعدم قبول الدعوى، ورفضت الدعوى لرفعها خلاف المواعيد المنصوص عليها في القانون المغربي، إلا أن محكمة النقض الفرنسية نقضت القرار، وطبقت القانون الفرنسي بمجموعه بما في ذلك مواعيد رفع الدعوى[٣].

وعلى العكس من الرأي الأول، يوجد اتجاه آخر يرى إمكانية تجزئة العقد وإخضاع كل جانب منه لقانون معين، على أساس أن الرابطة العقدية متعددة الجوانب من حيث تكوين العقد ومن حيث آثاره وزواله، وليس هناك ما يمنع المتعاقدين من إخضاع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين مادامت الصلة متوافرة بين هذا القانون وذلك الجانب من العقد[٤]. ومبدأ تجزئة العقد تنادي به مدرسة هارفارد الأمريكية، التي يتزعمها الفقيه Beale وقد حددت المجموعة الأمريكية

---

(١) الطعن المرقم ٤٥٢ سنة ٤٢ ق- جلسة ١٩٧٧/٦/٢٠ س٢٨ ص١٤٥٢، ينظر د. أحمد حسني، قضاء النقض البحري، الطبعة الثانية، منشاة المعارف بالإسكندرية، من دون سنة طبع، ص٥١.

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري،ج١، ص٢٨٩.

(٣) انظر بشأن هذا الحكم د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات إيجار السفينة، الدار الجامعية، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٤٦٤.

(٤) ينظر في تفصيل هذا الرأي د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، المرجع السابق، ص٢٨-٢٩.

الأولى لتنازع القوانين التي أشرف على إخراجها الفقيه Beale القوانين الواجبة التطبيق على أساس إقليمي، فتكوين العقد يخضع لقانون محل إبرامه، وكل التزام يخضع لقانون محل تنفيذه[١]، فالمواد من (٣١١-٣٣٢) والمواد (٣٥٥-٣٧٢) من المجموعة الأولى لتنازع القوانين عالجت مسائل إخضاع إبرام العقد لقانون مكان الإبرام ومسائل التنفيذ وانقضاء العقد لقانون مكان التنفيذ[٢]. وبشكل خاص المادة (٣٣٢) التي عالجت المسائل التي تخضع لقانون مكان الإبرام والمادة (٣٥٨) التي عالجت المسائل التي تخضع لقانون مكان تنفيذ العقد[٣]. وفكرة تجزئة العقد ترجع إلى الفقيه بارتول، فقيه المدرسة الإيطالية الذي حلل العقد وأخضع كل جانب فيه إلى قانون على أساس قاعدة إسناد مغايرة، ثم عادت الفكرة للظهور، ودافع عنها الفقهاء بوصفها اتجاها واقعيا يتفق مع واقع الحال، إذا ما تعددت صلات العقد من حيث مختلف جوانبه بين أكثر من دولة[٤].

---

(١) د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص،الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية،١٩٨٢، ص٥٨٣.

(٢) Hao-Nhien Q. Vu, CHOOSE OR LOSE, Choice-of-Law Issues in Cyberspace Cases Remain Unresolved, Los Angeles Daily Journal, 22 May 1997, at 7, p, 2.

منشور على الرابط الالكتروني: http://kicon.com/nhien/choice.htm ، سحب بتاريخ: ٢٠١٢/٦/١٠، س ١٨:٤٦م، GMT.

(٣) Francis A. Gabor, Stepchild of the New Lex Mercatoria: Private International Law from the United States Perspective, November 1997, p, 16-17.

منشور على الرابط الالكتروني: http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gabar.html سحب بتاريخ: ٢٠١٢/٧/١٥، س ١٢:٢٠م، GMT.

(٤) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين ـ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص٣٥٠.

وقد سايرت اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية هذا الاتجاه فنصت في المادة (١/٣) منها على أنه: " يحق للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جزء منه فقط "، ومن ثم فإنها تسمح للمتعاقدين بتجزئة العقد وإخضاع كل عنصر من عناصره لقانون مختلف، كما تبنت اتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦ في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع نفس الاتجاه بمادتها (١/٧)[١].

ويذهب رأي إلى القول بأن فكرة تجزئه العقد حاصلة فعلاً لأنه من المستحيل بمكان أن يكون العقد خاضعاً تماماً لقانون واحد وهو موزع إلى عدة قوانين، ويضرب عدة أمثلة منها ما يتعلق بمرور الزمان أو التقادم حيث يكون الأمر متعلقا بالتكييف، وهل التقادم من ضمن القواعد الموضوعية، ومن ثم يخضع لقانون العقد من حيث الموضوع، أو أنه من الإجراءات، ومن ثم يخضع لقانون القاضي؟ وينتهي هذا الرأي بالقول: " إن المحكمة تستطيع إخضاع الكثير من مشاكل العقد الدولي لقانونها وطبقاً لأسلوب أو نظام التكييف"[٢].

وإذا ما أردنا أن نطبق مدى إمكانية تجزئة سند الشحن الإلكتروني فان القول يتمحور حول ما سبق بيانه بشأن إمكانية تجزئة سند الشحن التقليدي، لأن الغالب أن تخضع سندات الشحن عموماً لأكثر من نظام قانوني، فضلاً عن أن التجارة الإلكترونية بمفهومها التقني والقانوني في ميدان سندات الشحن الإلكترونية تأبى الخضوع لوحدة القانون الواجب التطبيق كون غالبية هذه السندات تنشأ عبر الشبكة وتنفذ خارجها، حيث تعتمد في تنفيذها على إمكانات مادية ترتبط بميناء الوصول.

---

(١) نصوص الاتفاقيتين منشورة على الرابط الالكتروني:
www.hcch.net/f/conventions.index.html. سحب بتاريخ:٢٠١٢/٦/١٢ ،س ١٨:٢٣م GMT.

(٢) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي..، المرجع السابق، ص١٧٨.

كما أن نظام تبادل البيانات الإلكتروني تم وضعه للتمكن من التبادل السريع للبيانات بين أطراف سند الشحن الواحد، بحيث يصل البيان من الطرف الأول للطرف الثاني في اللحظة ذاتها التي يرسل فيها. وسند الشحن بمضمونه العام يحتوي على العديد من البيانات مثل تلك التي تتعلق بالضائع وتلك الخاصة بأطراف العقد ومدته وميناء الشحن وميناء الوصول واسم السفينة واسم الربان، وهي البيانات ذاتها التي يحتويها سند الشحن الإلكتروني، فضلاً عن كثرة الشروط العامة التي تتسم بتعددها ما يجعل من الضروري تجزئة سند الشحن الإلكتروني إلى عدة أجزاء بحيث يمكن القول بأننا أمام مستند يتكون من عدة رسائل للبيانات، وهو ما تقرره وتعترف به فعلاً المادة ١٧ من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[١].

ثانياً: عدم اشتراط توافر صلة بين سند الكتروني الشحن والقانون المختار

اختلف فقه القانون الدولي الخاص في ميدان التجارة الالكترونية حول مدى ما يتمتع به أطراف الرابطة العقدية من حرية في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم. فهناك من يرى أنه من حيث المبدأ يجب أن يكون القانون الذي يختاره الأطراف على صلة بالعقد، بحيث لا يكون الاختيار للقانون الواجب التطبيق تحكمياً ومنبت الصلة بالعلاقة، لان انعدام الصلة يؤدي إلى انعدام الاختيار[٢]، وأياً كانت طبيعة هذه الصلة معنوية أو اجتماعية أو اقتصادية تربط بين العقد والقانون السائد في وسط اقتصادي معين.

وعلى جانب آخر نجد أن هناك رأي فقهي يذهب إلى أنه يجب تحرير اختيار المتعاقدين من كل قيد بشأن اختيار القانون الواجب التطبيق[٣]، إذ أن وجه الخصوصية في القانون الذي

---

(١) د. سوزان علي حسن، سندات الشحن الإلكترونية، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٣) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص٢٨٠.

يحكم العقد، هو تفويض الأفراد بمقتضى قاعدة الإسناد على اختيار القانون الذي يحكم الرابطة العقدية، وهو تفويض على بياض لا يتطلب أية رابطة موضوعية بهذا الخصوص[١]، وهذا المبدأ سار عليه العمل في ميدان التجارة الدولية من وجود عقود نموذجية تخضع كل منها لقانون معين منصوص عليه فيها دون النظر إلى وجود أي صلة أخرى بين العقد والدولة التي اختير قانونها ليحكم النزاع وهو أمر متعارف عليه في التجارة الإلكترونية[٢]. حيث يصعب في مجال التجارة الإلكترونية الاعتداد بتلك الصلة بين القانون المختار بإرادة الأطراف وبين العقد،واساس الصعوبة يرجع إلى الاسباب التالية:-

١- التعاقد عبر شبكات الاتصال الإلكترونية يفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في آن واحد نتيجة انفتاح الشبكات على العالم الأمر الذي يصعب معه تحديد الرابطة بين القانون المختار والعقود الإلكترونية.

٢- القياس على عقود التجارة الدولية يعد قياساً مع الفارق وذلك لاختلاف وسيلة التعاقد في التجارتين. ففي التجارة الإلكترونية يتم إبرام العقد عبر شبكات إلكترونية لا تتركز في إقليم دولة واحدة ولا تخضع لدولة بعينها بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها.

٣- الرابطة التي يمكن وجودها بين القانون المختار والعقد تتأسس في الغالب من عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، فإذا كانت هذه الضوابط المادية يمكن تطبيقها في مجال عقود التجارة الدولية أو في مجال عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية ويتم تنفيذها مادياً، إلا أنه يصعب تطبيق تلك الضوابط في حالة التعاقدات التي تتم وتنفذ عبر

---

(١) انظر د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٤، ص٤٩.

(٢) د. عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المرجع السابق، ص ٨١.

الشبكات الإلكترونية كما في حالة خدمات المعلومات عن طريق تحميلها على جهاز الحاسب للمستهلك. ففي مثل هذه الحالة يصعب تحديد مكان إبرام العقد وكذلك تنفيذه.

أما ما يخص سندات الشحن الإلكترونية فيسري عليها ما يسري على عموم التصرفات القانونية التي تبرم عبر الشبكة وتنفذ مادياً خارجها، حيث يمكن أن تكون هناك صلة بين العقد والقانون المختار، فالرابطة هنا تتأسس في الغالب من عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، حيث لا مانع من تقييد اختيار أطراف سندات الشحن الإلكترونية بضرورة وجود صلة بين القانون المختار وبين السند الذي يصدر عنهم عبر نظام تبادل البيانات الإلكتروني، ومثال ذلك اتفاق شاحن عراقي مع ناقل فرنسي على توريد شحنة من الادوات المنزلية إلى ميناء أم قصر العراقي، وتم اصدار سند الشحن بطريقة إلكترونية عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية، واتفق الطرفان على أن يطبق القانون العراقي عند حدوث نزاع على اعتبار أن هذا القانون هو قانون ميناء الوصول ـ التفريغ ـ [1]، وعلى خلاف ذلك يكون من الصعب توافر هذه الصلة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، التي تبرم وتنفذ عبر الوسط الافتراضي، كما هو الأمر في عقود خدمات المعلومات، وترجع الصعوبة، إلى أن التعاقد عبر شبكة المعلومات والاتصالات يفترض اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في أن واحد نتيجة انفتاح الشبكات على العالم الأمر الذي يكون من الصعوبة معه تحديد الرابطة بين القانون المختار والتصرف الذي يبرم عبر الشبكة. حيث يكون من غير الممكن ـ أو المستحيل إن جاز لنا ذلك ـ تحديد إقليم الدولة التي يتم على إقليمها تنفيذ العقود التي تبرم وتنفذ عبر وسط افتراضي غير مادي.

(١) هذا الفرض اخذت به اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً، لعام ٢٠٠٩ في المادة (٥/ج، د) منها.

ثالثاً: عدم الأخذ بفكرة الإحالة في ميدان سندات الشحن الإلكترونية

إن اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة يؤدي إلى اندماجه في العقد لتصبح أحكامه مجرد شروط تعاقدية، وهذا يتنافى وفكرة الإحالة التي يفترض لإعمالها أن يكون اختصاص القانون المختار قد تم بمقتضى قاعدة من قواعد التنازع وليس إلى مطلق اختيار الأطراف[١].

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى القول برفض فكرة الإحالة في مجال الروابط العقدية، على أساس أن قبول الإحالة إلى قانون آخر يتعارض وأهداف قاعدة التنازع نفسها التي جعلت من إرادة الأطراف ضابطاً للإسناد. ورفض الإحالة في مثل هذا الأمر يعني أن القاضي الوطني ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار وليس قواعد التنازع فيه، والقصد من ذلك هو، أن إعمال قواعد التنازع في القانون المختار سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف ويخل بتعاملاتهم عبر شبكة الإنترنت. فاختيارهم لقانون معين يقوم على اعتبارات قدروها فيه، وقبول فكرة الإحالة يؤدي إلى خضوع العقد لنظام قانوني لم يكن متوقعاً لديهم[٢].

وقد رفض المشرع العراقي فكرة الإحالة بنص المادة (١/٣١) التي جاء فيها: " ١- إذا تقرر أن قانوناً أجنبيا هو الواجب التطبيق فإنما يطبق منه أحكامه الموضوعية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص "[٣]، وهذا النص يطابق تماماً نص المادة (١/٢٧) من القانون المدني

---

(١) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص١٧٠.

(٢) التي جاء فيها: " إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص "، مقابلة لنص المواد (٢٩) مدني سوري والمادة (٢٨) مدني أردني.

(٣) ولابد من البيان بأن المشرع العراقي اخذ بفكرة الإحالة في القانون التجاري رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، بخصوص القانون الواجب التطبيق على الأوراق التجارية، حين نصت المادة (٤٨/ ثانياً) على أنه " يرجع في تحديد أهلية الالتزام بمقتضى الحوالة إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الملتزم بجنسيته. فإذا أحال هذا القانون إلى قانون دولة أخرى كانت القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة الواجبة التطبيق ".

المصري[١]، تبرير هذا المسلك يتأتى من أن قبول الإحالة يؤدي إلى هدم قاعدة الإسناد في القانون الأصلي، وتفويت الاعتبار الذي من أجله فض تنازع القوانين على وجه التحديد بعقد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي[٢]، ويكون على القاضي إذا ما عرض عليه نزاع يتعلق بعلاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي أن يطبق القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي الذي أرشدت إليه قاعدة الإسناد ولا محل بعد ذلك للنظر فيما يراه المشرع الأجنبي في قواعد إسناده[٣].

ويمكن أن يستدل على عدم إمكانية الأخذ بفكرة الإحالة في سندات الشحن الإلكترونية من خلال الاستعانة بأحكام صدرت بهذا الشأن بخصوص سندات الشحن الورقية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسي بعدم بسريان شروط الإحالة في مواجهة الشاحن[٤].

وتحرص الشركات والمراكز التجارية على شبكة الانترنت عند صياغتها لعقودها النموذجية على الأخذ بهذا الاتجاه، ومن الأمثلة على ذلك ما تعمل عليه شركة (Apple Store) حيث تحرص على أن تضع نصاً في عقودها مفاده أن تخضع عقود البيع التي تكون هي طرفاً فيها لقانون كاليفورنيا، ثم تضيف عبارة دون أي أثر لنصوص التنازع الواردة به[٥].

---

(١) انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص٤٥٥.

(٢) انظر د إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين -، القاهرة ١٩٩٧، ص ١٣١-١٣٢.

(٣) د. حسن هداوي، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، الأردن ١٩٩٧، ص ٧٧.

(٤) وقد تعرض القضاء الفرنسي لهذه المسألة سند الشحن (short form) وهو السند الذي لا يتضمن شروطاً في ظهره اعتماداً على أن العناصر الناقصة فيه موجودة في سند شحن مكتمل البيانات يسمى (long form) لا يتم تسليمه للشاحن، وعلى خلاف ذلك قضت محكمة النقض المصرية بسريان الشروط المحال إليها في مواجهة أطراف العقد بما فيهم المرسل إليه باعتباره طرفاً ذا شأن في سند الشحن. د. سوزان علي حسن، سندات الشحن الإلكترونية، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٥) انظر د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ١٧١-١٧٢.

الواضح أن الإحالة لا تتناسب وواقع سندات الشحن، والعلة من ذلك هي أن القانون الأصلي عندما يشير إلى قانون آخر فان القصد من ذلك هو حل النزاع وليس البحث عن قواعد تحيل إلى قانون آخر. كما أن التعاملات التي تتعلق بسندات الشحن الإلكترونية عبر الشبكة إنما ترتبط بأمور تجارية وشحنات عبر البحر وهو ما يقتضي الإسراع في حل ما ينشأ عنها من منازعات دون البحث عن إحالة في قوانين أخرى غير التي اتفق الأطراف على تطبيقها، فضلاً عن، تعدد رسائل البيانات التي يتم تبادلها بين أطراف سند الشحن، مما يفرض عدم إمكانية تطبيق الإحالة على عدد غير محدود من الرسائل والسجلات الإلكترونية، لعدم اقتصادية ذلك الإجراء في ميدان التجارة الإلكترونية التي تتسم بسرعتها وقلة كلفتها.

المبحث الثاني

اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في التشريع والقضاء

إن العديد من التشريعات الوطنية المقارنة[1] اتخذت من قانون الإرادة قاعدة إسناد أصلية في مجال العقود، وكذلك اتخذت العديد من الاتفاقيات الدولية الموحدة لقواعد التنازع، وعلى ذلك سوف نبين في هذا المبحث الاختيار الإرادي في التشريع الوطني والدولي في المطلب الأول، والاختيار الإرادي في التطبيقات القضائية في المطلب الثاني، وعلى النحو الآتي:-

المطلب الأول

الاختيار الإرادي في التشريع الوطني والدولي

تبنت التشريعات الوطنية النص على تمع الأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق الذي يحكم عقدهم في ميدان العلاقات التجارية الدولية، وقد سارت الاتفاقيات الدولية في ميدان التجارة الدولية على الأخذ بهذا المبدأ، والموقفين نتوقف عندهما في فرعين على النحو الآتي:-

الفرع الأول

الاختيار الإرادي في التشريعات الوطنية

أخذ القانون العراقي مثل غيره من القوانين العربية والاجنبية المقارنة، بمبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود وتبنى قاعدة قانون الإرادة كقاعدة إسناد عامة في نطاق الالتزامات التعاقدية حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي على أنه: " يسري على

(١) كالقانون المدني العراقي، والقانون المدني المصري، والقانون المدني السوري وغيرها.

الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه "، فالمشرع العراقي طبقاً لهذا النص لم يقيد اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي بأي قيد، غير أن الفقه يميل إلى تقييد حرية هذا الاختيار بوجود صلة بين القانون المختار والعقد أو المتعاقدين، وهناك قسم من الفقهاء ينتقد عدم تقييد الإرادة الصريحة ويرى أن المشرع تكلم عن الإرادة الضمنية بطريقة مبهمة فلم يبين ما هي العناصر التي يمكن الاستناد إليها لاستخلاص هذه الإرادة الضمنية[١].

ويمكن القول إن القضاء العراقي يتمتع بصلاحية واسعة في اعتماد القرائن للكشف عما توجهت إليه الإرادة الضمنية وهي في سبيل ذلك تقوم بتركيز العلاقة إلى قانون معين، فإذا ما وجد القاضي من القرائن ما تسمح له بالكشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الذي يحكم العقد، توجب عليه تطبيق هذا القانون، أما إذا لم يتوصل القاضي إلى هذه الإرادة فإن عليه تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، وفي حالة اختلاف الموطن تطبيق قانون الدولة التي تم فيها العقد استناداً إلى نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي ولم ينص القانون العراقي على تقييد الرخصة التي خولها للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما حيث جاءت المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي مطلقة وهذا ما يستفاد منه بعبارة (ما لم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانوناً آخر يراد تطبيقه).

وقد طبق القضاء العراقي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم سندات الشحن البحرية، فذهبت محكمة التمييز في حكم لها إلى القول: " لدى التدقيق والمداولة وجد أن

---

(١) سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص ٧٠. علماً أن العديد من التشريعات العربية تضمنت ذلك منها على سبيل المثال المادة (١٩) مدني ليبي و (٢٥) مدني عراقي و (١٩) مدني مصري و (٢٧) مدني سوداني و (٢٠) مدني سوري متشابهة وليس بينها فرق.

المحكمة . بداءة البصرة . أصدرت حكمها بإلزام المميزة ـ الشركة الناقلة الطالبة لتمييز حكم المحكمة ـ بأداء مبلغ قدره مائتي دينار وثمانية دنانير ونصف دينار للمميز عليهما ـ المدعيان ـ ورد الدعوى بالزيادة مستندة في أحكامها إلى شهادة النقيصة الصادرة من مصلحة الموانئ ومستند الشحن وقائمة البضاعة وقائمة التغليف المثبتة للنقيصة ومقدارها وقيمتها، وردت دفوع وكيل المميزة فيما يتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان والقانون الواجب التطبيق في هذه الحالة، دون أن تلاحظ أن المادة (٢٥) من القانون المدني قد نصت في فقرتها الأولى بأنه: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر يراد تطبيقه "، ولدى الرجوع إلى مستند الشحن نجد أنه قد صدر في مدينة كوبنهاكن وقد جاء في الشرط الأول من الشروط العامة منه أن يخضع هذا المستند لأحكام القواعد المسماة بقواعد لاهاي على النحو المطبق في النرويج أو السويد تبعا لجنسية الناقل، ونص الشرط الثاني على انه ما لم يرد نص في هذا المستند بخلاف ذلك فإن الادعاءات التي توجه إلى الناقل بموجب هذا المستند يجب أن تحسم بموجب أحكام القانون النرويجي أو السويدي حسب جنسية الناقل، وحيث أن المتعاقدين قد اتفقا بموجب شروط مستند الشحن على تطبيق القانون النرويجي أو السويدي فكان على المحكمة تطبيق أحد القانونين تبعا لجنسية الناقل استنادا للمادة (٢٥) من القانون المدني المشار إليها آنفاً "[١].

---

(١) الحكم بخصوص قضية تتعلق بقيام شركة الخطوط الاسكندينافية للشرق الأوسط وعن طريق الباخرة مندلاي العائدة لها بنقل بضاعة مستوردة لحساب المدعيين متكونة من ١٩٠ درزن من المثاقب الحديدية معبأ في صندوق واحد بموجب مستند الشحن المرقم ٦ والمؤرخ في ١٩٦٩/٨/١٦وعند تسليمها في البصرة تبين إن الصندوق مكسور وان هناك نقصاً في البضاعة، طبقت محكمة بداءة البصرة القانون العراقي ولم تأخذ بنظر الاعتبار دفوع وكيل المميزة (الشركة الناقلة) بشأن تنازع القوانين من حيث المكان والقانون الواجب ===

ولا يختلف الأمر في القانون المصري عن القانون العراقي من حيث قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود والتي تنطبق على سندات الشحن، إذ وضع المشرع المصري قاعدة إسناد مشابهة لقاعدة الإسناد التي وضعها المشرع العراقي وذلك في المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري التي نصت على أن " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً وإذا اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ".

فالمشرع المصري كما هو الحال بالنسبة للمشرع العراقي إعتد بالإرادة الصريحة والضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وليس في الإرادة الصريحة من صعوبة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، كأن يختار المتعاقدان القانون الروسي أو الإنجليزي أو الأمريكي كقانون يحكم سند الشحن المبرم بينهما.

وإذا لم يعلن المتعاقدان عن نيتهما في اختيار القانون الواجب التطبيق، فعلى القاضي أن يكشف عن إرادتهما الضمنية من ظروف السند وملابساته[١]. ومن الظروف التي تكشف عن إرادة الأطراف الضمنية في الخضوع لقانون دولة معينة، وإعطاء الاختصاص لمحاكم هذه الدولة، كما أن استخدام المتعاقدين لنصوص قانون دولة معينة أو استخدام المصطلحات الواردة في هذا القانون قد يستدل منها على اختيار قانون تلك الدولة، أو لغة تحرير السند أو مكان تنفيذه[٢].

=== التطبيق فنقضت محكمة التمييز القرار، ينظر حكم محكمة التمييز المرقم ١٨٧/حقوقية ثالثة/١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٢٧، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩، ص٢٧١.

(١) د هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص٢٦٠ -٢٦١.

(٢) د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص٤٢٤-٤٢٥.

ويفضل رأي في الفقه المصري تطبيق قانون الإرادة على سندات الشحن عموماً لأنه يتفق مع القواعد العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، كما أنه يوافق ظروف التجارة الدولية من عدة وجوه، ويتفق هذا الرأي مع رأي الفقيه الفرنسي Gyon من أن قانون الإرادة يحقق أكبر قدر ممكن من وحدة القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن، لأن القاضي سوف يطبق قانون الإرادة على جميع عناصر العقد بدلا من أن يضطر في حالة عدم اختيار قانون معين إلى تطبيق قانون محل الإبرام على شكل سند الشحن، وقانون ميناء الوصول على مسائل التنفيذ، والقانون الوطني لكل من المتعاقدين على عيوب الإرادة[1].

ونتفق مع هذا الرأي في أن قانون الإرادة ملائم لسندات الشحن الإلكترونية، ذلك أن هذا المبدأ قد استقر فقهاً وقضاءً وتشريعاً، كما أن الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق يجنب القضاء البحث عن الإرادة الضمنية لتحديد القانون الواجب التطبيق، أو البحث عن مؤشرات تربط سند الشحن الإلكتروني بقانون معين، قد يصعب الوصول إليه في ظل عالم افتراضي مفتوح لا يرتكز على نظام معين ولا يرتبط بإقليم معين، ولا يحقق عندئذ مصلحة طرفي سند الشحن أو أحدهم.

كما أن القانون الدولي الخاص التونسي الصادر في ١٩٩٨/١١/٢٧ نص صراحة على تبني قانون الإرادة في المادة (٦٢) منه بالقول بأنه: " يحكم العقد بالقانون المعين من الأطراف".

أما الموقف في القانون الفرنسي، فإن قواعد التنازع فيها كما في أغلب البلدان الأوربية والتي تخص العقود كانت غير مكتوبة، لذلك كان مصدر هذه القواعد يقررها القضاء، وفي الوقت الذي كان اختيار القانون أمراً نادراً كانت المحاكم تتجه إلى النية المفترضة للأطراف، فالقانون الواجب

---

(١) د. صلاح محمد المقدم، المرجع السابق، ص١٨١.

التطبيق على العقد هو القانون الذي ينويه الأطراف، والنية المفترضة تقوم على أن القانون المطبق على العقد هو القانون الذي كان سيختاره الأطراف فيما لو أعملوا اختيارهم، وعندما ظهرت شروط اختيار القانون كانت المحاكم تحترم هذه الشروط وتعطيها النفاذ، فالقانون الذي يختاره الأطراف هو الذي يحكم العقد[١]. وطبق القضاء الفرنسي مبدأ قانون الإرادة منذ زمن طويل على سند الشحن البحري في الحكم الصادر في ٥ كانون الأول ١٩١٠ عندما قرر أن العقد يكون محكوما بالقانون الذي يختاره الأطراف[٢].

وبذلك يُعدّ النظام القضائي الفرنسي من أوسع النظم فيما يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة، فليست هناك أية قيود على حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد إذا استثنينا القيد المعروف المتعلق بعدم مخالفة النظام العام سوى أن ينصب الاختيار على قانون وطني معين[٣]، حيث لا يكون أمام المحكمة إلا مسايرة اختيار الأطراف، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٩/٧/٦ والذي اشارت فيه إلى قاعدة قانون الإرادة على أن القانون الواجب التطبيق على العقود من حيث تكوينها وشروطها وآثارها هو القانون الذي يختاره الأطراف وفي حالة سكوت هؤلاء عن تحديد هذا القانون صراحة فإنه يجب على قاضي الموضوع التصدي بتحديده وفقاً لظروف وملابسات الحال. وهو ايضاً ما قضت به محكمة

---

(١) Ole Lando, Some issues relating to the Law applicable to contractual obligations, 25 June 1997, p1. منشور على الرابط الالكتروني:
http://www.kcl.ac.uk/depstal/law/kclj/articles/lando/issues-fn-html
سحب بتاريخ:٢٠١٢/٦/٢٤ س ١٨:٣٤م GMT. حيث يذهب إلى القول إن هذا الافتراض كان يتجه في أغلب الأحيان لقانون المحكمة وفي أحيان لقانون إبرام العقد، وهي القاعدة السائدة في القانون الفرنسي والقانون الانكليزي، مع ترجيح قانون مكان التنفيذ في القانون الألماني.

(٢) Mario Giuliano and Paul Lagard, American Trading Company V. Quebec Steamship Company Limited. Paris 1995, P, 11.

(٣) جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية عام ١٩٥٠ حيث نقل عن فيليب كهن، عقد البيع الدولي، ص ٢٣٦، دي لا كوليت، ص٩٨ .

النقض الفرنسية في حكم لها في نوفمبر ١٩٩٨ حيث انتهت المحكمة إلى إخضاع عقد العمل لقانون الإرادة بسبب وجود إصرار حقيقي من الأطراف على إخضاع عقدهم للقانون الفرنسي[١]، هذا في حالة اتفاق الطرفين صراحة على اختيار قانون معين، أما عند غياب مثل هذا الاتفاق فاستخلاص الإرادة الضمنية يكون من مهمة القاضي.

ويستخلص الفقيه (باتيفول) من هذا الحكم أن المحكمة قد خولت لقضاة الموضوع عند عدم وجود إرادة صريحة للمتعاقدين أن يكشفوا عن القانون الواجب التطبيق على العقد من خلال الظروف الملابسة للتعاقد، فكأن المحكمة بذلك قد اعترفت بأن تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية يتم طبقاً لفكرة التركيز المكاني للعقد في ضوء الظروف الملابسة للتعاقد[٢]، ولم يكن هناك صعوبة عندما يتم إدخال شرط صريح في العقد يقضي بتطبيق قانون معين على العقد يكون مختصا بحكم هذا العقد مع الأخذ بنظر الاعتبار النظام العام الفرنسي[٣].

ويتجه القضاء الفرنسي عند غياب الاختيار لبحث المؤشرات المختلفة لتركيز العقد في مكان معين، وغالباً ما يكون ذلك بطريقة موضوعية أي البحث عن المكان الذي ترتبط به العلاقة برابطة وثيقة حيث تحدد المحكمة القانون الواجب التطبيق بطريقة موضوعية من خلال تركيز العقد في مكان معين من خلال قرائن العقد ومحتواه الاقتصادي، ذلك المكان الذي تتصل به العلاقة اتصالاً وثيقاً، كما فعلت محكمة استئناف باريس في ٢٧ كانون الثاني ١٩٥٥ عندما حددت القانون الواجب التطبيق على العقد بطريقة موضوعية. وهذا المبدأ أيضا قرره مشروع

---

(١) اشار اليه د. عادل ابو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ٦٩.

(٢) ورد هذا الحكم في مؤلف باتيفول عن القانون الدولي الخاص وأشارّ إليه هشام علي صادق، القانون الواجبالتطبيق، المرجع السابق، ص٦٥٢ .

(٣) Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Droit International Prive, 6e. edition, DALLOZ, Paris, 1999, p, 443.

القانون المدني الفرنسي في المادة (٢٣١٣) التي تنص على" أن في حالة غياب الاختيار، يكون العقد محكوما بالقانون الذي يتصل به بعلاقة وثيقة بمضمونه الاقتصادي وبشكل خاص بالمكان المميز للأداء "[١].

وبعد أن دخلت اتفاقية روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ١٩٨٠ حيز التنفيذ في دول الاتحاد الأوربي في الأول من نيسان من عام ١٩٩١ وهي تطبق في جميع دول الاتحاد الأوربي[٢]، ومنها فرنسا التي أصبحت تطبق هذه الاتفاقية على الالتزامات التعاقدية، وهذه الاتفاقية تنطبق على عقود النقل وفقاً للمادة (٤/٤) منها، ويندرج في المفهوم العام لعقد النقل بموجب هذه الفقرة عقود النقل بموجب سندات الشحن. فالقانون الواجب التطبيق هو القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو أن يستنتج بصورة مؤكدة من شروط العقد والظروف المحيطة به، ويمكن للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعه أو على جزء منه[٣]، وهذا الاختيار كانت تأخذ به المحاكم الفرنسية في بعض أحكامها حتى عندما تكون معاهدة سندات الشحن هي الواجبة التطبيق بمقتضى نص المادة العاشرة منها، ففي قضية تتعلق بسند شحن صدر في إنجلترا وهي دولة متعاقدة وتم النقل من ميناء إنجليزي إلى ميناء فرنسي وكان المرسل والناقل فرنسيين وكان سند الشحن يتضمن شرطا بتطبيق القانون الفرنسي الداخلي الصادر في ١٨ حزيران ١٩٦٦ إذ طبقت المحكمة هذا القانون[٤].

---

(١) انظر في ذلك خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص ٩٥.

(٢) Aplicable Law- Community Law, European Judicial Network in civil &commercial matters, p, 1.

(٣) ينظر نص المادة (١/٣) من اتفاقية روما وهي منشورة باللغة بالإنكليزية على موقع الانترنيت: http://www.rome-convention.org/instruments/I-conv-orig-en.htm، سحب بتاريخ ٢٠١٢/٦/٢٣ س ١٢:٣٤ م GMT.

(٤) محكمة روان الاستئنافية في ٢٩ شباط ١٩٧٢ بحري فرنسي ١٩٧٢-٤٦٣ أشار إليه خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ٩٧.

بينما الموقف في القانون الإنجليزي، وقبل أن تدخل اتفاقية روما حيز التنفيذ، كانت قضايا تنازع القوانين التي تنظرها المحاكم الإنجليزية، تعمل على اختيار القانون الذي يحكم العقد طبقا للنية المفترضة للأطراف كما كان الحال في القانون الفرنسي حيث لم تكن هناك قواعد تشريعية تستند عليها المحاكم فالقانون المطبق على العقد هو القانون الذي نوى الأطراف الخضوع له طبقا لأحكام المحاكم الإنجليزية(١).

هذا المبدأ أسسه القضاء الإنجليزي كنتيجة لسلسلة من السوابق القضائية بدأت منذ عام ١٨٦٥ وأعلنها اللورد Atkin الذي عرف القانون الملائم للعقد بأنه القانون الذي اتجهت نية الأطراف إلى تطبيقه. وهذه النية ستتأكد صراحة في العقد وفي حالة عدم وجود نية صريحة فستفرضها المحكمة من خلال شروط العقد والظروف المحيطة به، وجهة النظر هذه بخصوص القانون الملائم للعقد أكدها اللورد Wright بشكل صريح في قضية Vita Food، حيث كان سند الشحن يتضمن شرطا باختيار القانون الإنجليزي الذي طبقته المحكمة عليه(٢). وفي العقود الأخيرة من القرن التاسع عشر حتى منتصف القرن العشرين استقرت القاعدة التي تقضي بأن يطبق القانون الذي يختاره الأطراف، وإذا لم يختر الأطراف القانون صراحة أو ضمنا، يطبق القانون الذي كان سيختاره الأطراف فيما إذا أعملوا اختيارهم عند إبرام العقد أي النية المفترضة للأطراف التي كانت تتجه إلى تطبيق قانون المحكمة(٣).

وكان الموقف في ظل القانون العام الإنجليزي تحرررياً يتم من خلاله السماح للأطراف في إخضاع علاقاتهم التعاقدية لقانون غير مرتبط بالعقد، ففي العديد من العقود التجارية الدولية وخاصة في مسائل الشحن تتضمن اختيار القانون الإنكليزي كقانون ملائم للعقد، هذه الحرية في

---

(١) Ole Lando, op, cit. P, 1.

(٢) انظر خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٣) Ole Lando, op, cit. P, 2.

أحكام القانون العام تسمح للأطراف باختيار قانون مكان الإبرام الذي غالبا ما يقود إلى تطبيق القانون الإنجليزي[١]. إلا أن هذا الاختيار لم يكن مطلقا من كل قيد وإنما يجب أن يكون بحسن نية، وأن يكون قانونياً وغير مخالف للنظام العام[٢]. فحرية الأطراف مقيدة بالنظام العام الإنجليزي واختيار القانون لا يعطي الحق للأطراف باستبعاد القواعد الآمرة أو يخالف النظام العام في إنجلترا[٣]. ففي قضية The Hollandia عد مجلس اللوردات أن اختيار قانون أجنبي لا أثر له إذا أدى بالنتيجة إلى تقليل مسؤولية الناقل المفروضة بموجب قواعد لاهاي– فسبي[٤]، حيث أنها قواعد آمرة تبناها قانون نقل البضائع الإنكليزي بطريق البحر لعام ١٩٧١.

وأصبحت القاعدة المتبعة في إنجلترا بخصوص القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية طبقاً لاتفاقية روما، هو القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا على أن يكون الاختيار الضمني بصورة مؤكدة (م١/٣)، وفي حالة عدم وجود اختيار صريح أو ضمني مؤكد يطبق قانون الدولة الأكثر صلة بالعقد (م١/٤)، ويكون عقد النقل بموجب سند الشحن على صلة

---

(١) Suisse Atlantique Societe d'Armement Maritime SA V. NV Rotterdamsche Kolen Centrale, [1967] 1 AC 671. See RICHARD PLENDER, THE ROME CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLICATIONS, 3 May 2003, p, 2 & 23.
منشور على الرابط الالكتروني: http://www.bareuropeangroup.com/plander-romeconvention[1].htm ، سحب بتاريخ ٢٠١٢/٧/٢٣، س ٢٠:٤٥ م، GMT .

(٢) RICHARD PLENDER, THE ROME CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLICATIONS, 3 May2003,p,2. منشور على الرابط الإلكتروني: http://www.bareuropeangroup.com/plander-romeconvention[1].htm سحب بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٢، س١٢:٢٣م GMT .

(٣) MARTIN WOLLFF, PRIVATE. INTERNATIONAL LAW, SECOND EDITION, AT THE CLARENDON PRESS, OXFORD, 1962. P, 415-416.

(٤) The Hollandia, [1982] 3 AII ER 1141, See RICHARD PLENDER, op, cit. P, 23.

وثيقة بقانون الدولة التي أبرم فيها العقد إذا كانت هذه الدولة هي الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيسي للناقل إذا كانت هي في الوقت نفسه الدولة التي حصل فيها الشحن أو التفريغ، أو الدولة التي ابرم فيها العقد إذا كان يوجد فيها المركز الرئيسي للمرسل (م٤/٤) وهذه الفرضيات قابلة لإثبات العكس وتطبيق قانون دولة أخرى أكثر اتصالا بالعلاقة إذا وجدت المحكمة ذلك (م٤/٥).

وإذا كان الاختيار الصريح في ظل اتفاقية روما لا يثير مشكلة فإن المسألة التي أثارت النقاش هي الإرادة الضمنية المؤكدة في ظل الاتفاقية، فالاختيار الضمني وكما كان الأمر قبل الاتفاقية يمكن أن يستدل عليه من خلال شرط الاختصاص القضائي وشرط التحكيم[١]. حيث يذهب الفقه إلى أن اختيار محكمة معينة قد يبين أن الأطراف قصدوا الخضوع لقانون تلك المحكمة مع الأخذ بنظر الاعتبار الشروط الأخرى للعقد والظروف المحيطة به، وهو ما يذهب إليه جانب آخر من الفقه بأن اختيار القانون قد يستنتج وبشكل معقول من خلال اختيار قانون بلد معين، فالشرط الذي يشير إلى السلطة القضائية يمكن تفسيره وبكل جلاء أنه اختيار قانون الدولة ذات العلاقة وأنه من السهل للقاضي أن يطبق قانونه الخاص أفضل من أن يطبق قانوناً آخر، إذ أن هناك ميلاً طبيعياً لكل قاضي في أن يطبق قانونه[٢]، أي قانون المحكمة، وكذلك فان الأطراف على معرفة تامة بالجهد وبالمصاريف التي يمكن أن تترتب على تطبيق قانون آخر

(١) يذهب رأي إلى أن لغة العقد أو مكان الإبرام أو الوفاء أو جنسية المتعاملين أو نوع العملة المختارة لأداء الثمن، تخرج من مجال الإرادة الضمنية المؤكدة لان مثل هذه العناصر لا تحمل في ذاتها اليقين اللازم لتحديد قانون العقد، وان أمكن أن تدخل في إطار تقدير ظروف التعاقد بصفة عامة، وتبقى مسالة استجلاء الإرادة الضمنية للأطراف على هذا النحو مسالة ترتبط بالواقع الذي يستقل بتقديره قاضي الموضوع وتمارس عليه محكمة النقض رقابة التسبيب للتحقق من سلامة الاستخلاص، د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد ـ دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠ـ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠، ص٥٢.

(٢) انظر نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٩٦.

غير قانون المحكمة. ومع ذلك يرى البعض أن هناك حالات يتبين منها أن الأطراف لم تنو اختيار قانون المحكمة، وهي حالات تتحقق عندما يختار الأطراف المحكمة بعد ظهور النزاع، والأمر نفسه ينطبق إذا أعطى العقد للمدعي الحق في اختيار محكمة من بين محاكم عدة بلدان، في هذه الحالة فإن المحكمة غير معروفة عند الانتهاء من العقد لذا لا يمكن القول بأن الأطراف اختاروا قانون المحكمة(١).

بينما خصص القانون الدولي الخاص الفيدرالي السويسري، الصادر في ١٨ كانون الأول ١٩٨٧، فنصت المادة (١١٦) منه لبيان القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولقد أوضحت الفقرة (أ) من هذه المادة حكم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، إذ نصّت على أن:-

" أ: اختيار الأطراف للقانون المختص:-

أولاً: يخضع العقد للقانون الذي يختاره الأطراف.

ثانياً: ينبغي أن يكون اختيار القانون المختص صريحاً أو يثبت بوضوح من خلال نصوص العقد أو من الظروف الملابسة له. وفي جميع الأحوال مراعاة أن العقد يجب أن يُحكم على وفق القانون المختار.

ثالثاً: إن اختيار القانون المختص يمكن أن يتم أو يجري تعديله في أي وقت وإذا ما تم هذا الاختيار أو التعديل بعد إبرام العقد فإنه يرتب آثاره بشكل رجعي من وقت إبرام العقد مع مراعاة حقوق الغير "(٢).

---

(١) انظر سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) حيث يرمز له (CPIL) وهي اختصار لكلمة Switzerlands` Federral Code on Private International Law، نقلا د. عن بدران شكيب، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل ٢٠٠٥، ص ٩٥.

يتضح لنا من هذا النص أن القانون الدولي الخاص السويسري احترم إرادة الأطراف في اختيار القانون المختص، وتجسد هذا الاحترام في جعل القانون المختص بحكم العلاقات التعاقدية يتحدد بمقتضى ما اتجهت إليه إرادة الأطراف التعاقدية بصورتيها الصريحة والضمنية، وحدد الوسيلة التي من خلالها يستشف القاضي الإرادة الضمنية، وهي نصوص العقد وظروفه الملابسة، وحسناً فعل عندما لم يلجأ إلى الأخذ بالإرادة المفترضة، والمقصود بالإرادة المفترضة: هي أن يفترض المشرع مقدماً بأن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون معين مثل قانون بلد التنفيذ لكي يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية، وأن هذا الافتراض يتحقق كلما سكتت الإرادة الصريحة عن بيان القانون الواجب التطبيق، إذ أن سكوت الإرادة الصريحة وعدم الاعتداد بظروف وملابسات كل علاقة، والأخذ بالإرادة المفترضة في الحقيقة لا يتناسب بالضرورة مع إرادة الأطراف. إذ أن سكوت الأطراف قد يكون سببه هو سبق تعرضهم لهذا الأمر إلاّ أنهم لم يتوصلوا إلى اتفاق أو توقعوا الاختلاف فآثروا السكوت.

الفرع الثاني

الاختيار الإرادي في الاتفاقيات الدولية

نص بروتوكول تعديل معاهدة بروكسل لعام ١٩٢٤ والصادر عام ١٩٦٨ والمسمى ببروتوكول لاهاي– فسبي في المادة الخامسة منه التي تضمنت تعديل المادة (١) من المعاهدة، على سريان هذه المعاهدة على سند الشحن عندما يشترط فيه على تطبيق قواعدها أو قوانين أية دولة تأخذ بأحكامها[١].

(١) المادة (١./ج) من معاهدة بروكسل كما عدلت بقواعد لاهاي – فسبي، ولم يرد في المعاهدة قبل التعديل مثل هذا النص إلا أن سندات الشحن كانت تتضمن شرط بارامونت بتطبيق المعاهدة، وكان القضاء يأخذ بهذا الشرط.

لذلك أصبح بإمكان الأطراف تطبيق أحكام المعاهدة على سندات الشحن الخاصة بنقل البضائع بين موانئ تابعة لدول مختلفة، إذا أحال الأطراف في سند الشحن إلى تطبيق أحكام المعاهدة أو أي تشريع آخر يأخذ بأحكامها، ويعرف هذا الشرط في العمل بشرط بارامونت. وشرط بارامونت هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، وكانت شروط بارامونت تنص على خضوع سندات الشحن لمعاهدة بروكسل، ولما عدلت المعاهدة بقواعد لاهاي– فسبي أصبحت سندات الشحن تتضمن شرط بارامونت الذي ينص على خضوعه لهذه القواعد حسب تعديل عام ١٩٦٨[١]. وصيغة هذا الشرط في سند الشحن كآلاتي: " من المتفق عليه بين الطرفين أن سند الشحن هذا سيكون نافذ المفعول طبقا لنصوص الاتفاقية الدولية المتعلقة بسندات الشحن الموقعة في بروكسل في ٢٥ آب ١٩٢٤، والتي يطلق عليها فيما يلي بقواعد لاهاي، إلا إذا كان هناك تشريع واجب التطبيق يجعل قواعد لاهاي– فسبي هي الواجب إعمالها، عندئذ يخضع سند الشحن لنصوص هذا التشريع ولا تطبق قواعد لاهاي ولا قواعد لاهاي– فسبي عندما تكون البضائع المنقولة حيوانات حية أو شحنة ذكر على وجه السند أنها ستنقل على السطح وتكون قد نقلت كذلك، على أنه لا يوجد فيما تضمنه هذا السند ما من شانه أن يحرم الناقل من أي إعفاءات من المسؤولية تمنح للناقل أو للسفينة بموجب أي قانون أو تشريع آياً كان "[٢].

وتذهب محكمة النقض المصرية إلى جواز الاتفاق على تطبيق أحكام المعاهدة بموجب شرط بارامونت، من ذلك حكمها الذي ذهبت فيه إلى " أن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يجوز لطرفي عقد النقل، إذا كان سند الشحن لا يخضع لمعاهدة بروكسل الدولية لسندات الشحن

(١) د. أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، المرجع السابق، ص١٧٤.

(٢) د. سميحة القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة ١٩٨٧، ص٢٩.

لسنة ١٩٢٤ – طبقا للشروط التي أوردتها المادة العاشرة منها – أن يتفقا على خضوعه لها وتطبيق أحكامها عليه، بتضمينه شرط بارامونت، ولما كان ذلك وكان الثابت من سندي الشحن موضوع النزاع تضمينهما شروط بارامونت بما مفاده اتفاق طرفيهما على خضوعهما لأحكام تلك المعاهدة، ومن ثم تكون أحكامها هي الواجبة التطبيق "[١].

ومن تطبيقات القضاء العربي، ذهبت إحدى محاكم دولة الإمارات العربية المتحدة إلى القول " من الجائز لطرفي عقد النقل إذا كان سند الشحن لا يخضع لمعاهدة بروكسل الدولية المؤرخة في ٢٥ آب ١٩٢٤ طبقا للشروط التي أوردتها المادة العاشرة منها، أن يتفقا على خضوعه لأحكامها بتضمينه شرطاً يعرف بالعمل شرط بارامونت "[٢]. كما ذهبت إحدى محاكم دولة البحرين إلى أن " إذا كانت دولة البحرين لم تنضم إلى معاهدة بروكسل الدولية لسندات الشحن، فإنه ليس هناك ما يمنع من اقتباس أحكامها والنص عليه في عقد النقل البحري باعتبارها شروط المتعاقدين أو النص في العقد على سريان أحكامها لا بوصفها اتفاقية دولية بل بوصفها قانون المتعاقدين "[٣].

وبموجب شرط بارامونت يمكن أن تسري المعاهدة على أحوال لا تسري عليها، كما هو الحال في سريانها على مشارطة الإيجار التي لا تسري عليها المعاهدة وكذلك المرحلة السابقة

---

(١) الطعن المرقم ١٩٨. لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٧/١٢/٢١ ينظر حسن الفكهاني، الموسوعة الذهبية، ملحق رقم٧، ص٨٩٤. وبنفس المعنى الطعن المرقم ٣٨٨ لسنة ٤٦ ق – جلسة ١٩٨/٣/١٧.، الموسوعة الذهبية، ملحق رقم ٢، ص٥٣٧. والطعن المرقم ١٨٦٩ لسنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٩/٧/٣. والطعن المرقم ٣٥ لسنة ٥٥ ق– جلسة ١٩٩/٥/٧.، الموسوعة الذهبية، القرارات الصادرة منذ عام ١٩٨٩ إلى منتصف ١٩٩٢، ملحق رقم ١٣، ص٢٧٤.

(٢) حكم في الطعن المرقم ٢ مدني بتاريخ ١٩٨٤/٥/١٦ منشور في المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٨٥، ص٤٦٥.

(٣) حكم في الدعوى المرقمة ١٩٧٨/.٧٤ جلسة ١٩٧٩/٥/١ منشور في المجلة القضائية العربية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٨٤، ص٢٤٥-٢٤٦.

على الشحن واللاحقة على التفريغ. حيث تتضمن الكثير من مشارطات الإيجار شرطاً يدمج المعاهدة فيها. وهو ما اكدته إحدى المحاكم الأمريكية في حكم لها، حيث أدمج سند الشحن بالشروط الواردة في المشارطة، وكانت المشارطة تتضمن شرط بارامونت بتطبيق القانون الأمريكي لنقل البضائع بطريق البحر، وكان الشرط يقرر أن التعارض إذا حصل بين نصوص المشارطة وبين قانون نقل البضائع الأمريكي، فإن الأفضلية تكون للقانون الأمريكي، وكانت المشارطة تتضمن شرطاً بإعفاء المستأجر من المسؤولية قضت المحكمة أن هذا الشرط باطل وغير شرعي استنادا إلى قانون نقل البضائع الأمريكي الذي يبطل مثل هذا الشرط في المادة (٨/٣) منه[١]. لذلك فإن في العديد من الحالات يمكن تطبيق معاهدة لاهاي أو لاهاي- فسبي أو معاهدة هامبورج، وذلك بإدماج هذه القواعد في مشارطات الإيجار، إلا أن هذا الشرط يجب أن يكون واضحاً، أي بنص صريح، وأن يكون محدداً، حتى يمكن تجنب الحالات التي ترفض فيها المحكمة هذا الإدماج[٢].

أما معاهدة بروكسل لسندات الشحن البحرية، فقد أخذت الأحكام ذاتها التي أشارت إليها معاهدة هامبورغ، إذا أنها أبقت على حرية المتعاقدين بجواز تضمين سند الشحن أو أية وثيقة أخرى الشرط الذي يقضي بسريان أحكام المعاهدة طبقا لاتفاق الأطراف، وبذلك تكون هذه المعاهدة قد أقرت شرط بارامونت في معناه المتقدم الذي كان شائعا في ظل معاهدة بروكسل، فقد نصت هذه المعاهدة على سريان أحكامها على جميع عقود النقل البحري بين دولتين مختلفتين، إذا كان منصوصا في سند الشحن أو الوثيقة الأخرى المثبتة لعقد النقل البحري على أن يخضع

---

(١) Bunge Corp. V. Republic of Brazil 353 F. Supp.65, 1973 AMC 1219 (E.D.La.1973) William Tetley, CHAPTER 2, op, cit., p, 6.

(٢) انظر سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ص١١٤.

العقد لأحكام هذه المعاهدة أو لقانون أصدرته أية دولة بنفاذ هذه المعاهدة[١]، وبهذا يكون لأحكام هذه المعاهدة (شأنها شأن معاهدة بروكسل) سريان على سند الشحن حتى في الحالات التي لا تسري فيها هذه المعاهدة بموجب أحكامها، وذلك لمجرد اتفاق الأطراف على الالتزام بها وذلك احتراما لإرادتهم[٢].

وقد عمدت اتفاقية روما إلى تكريس مبدأ حرية الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، ولقد جعلت الاختيار من مهمة الأطراف بالدرجة الأولى، وأوجدت قاعدة منظمة لآلية هذا الاختيار في المادة الثالثة منها بفقراتها الأربعة، والتي نصّت على أنه: " ١- يحكم العقد القانون المختار من قبل الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحاً ومستمداً بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف التعاقد، وللأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جزء منه فقط. ٢- يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعاً لنفس المادة، أو بمقتضى نصوص أخرى من هذه الاتفاقية، وإن كل تعديل في تحديد القانون الواجب التطبيق يأتي لاحقاً على إبرام العقد، لا ينال مطلقاً من الصحة الشكلية للعقد والمحددة بموجب المادة التاسعة، كما أنه لا يمس بحقوق الغير. ٣- إن اختيار الأطراف لقانون أجنبي سواء قيد باختيار محكمة أجنبية أو لا، عندما تتركز كافة عناصر العقد الأخرى في لحظة الاختيار داخل دولة واحدة، لا يمكن أن يتضمن أي اعتداء على القواعد التي لا تسمح هذه الدولة بمخالفتها والتي يطلق عليها القواعد الآمرة. ٤- إن تنظيم وجود وصحة تراضي الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق يخضع للمواد ٨، ٩، ١١".

---

(١) مقابلة للمادة (١/٢/هـ) من معاهدة هامبورج.

(٢) د. سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر لعام ١٩٧٨ (قواعد هامبورج)، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦، ص٢٧.

ولدراسة النتائج المترتبة على إعمال هذا النص لابد من الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية لم تشترط لأن يكون العقد متمتعاً بالصفة الدولية لإمكانية تطبيق أحكامها، إذ أنها أعطت الحق للإرادة في اختيار القانون حتى لو كان هذا العقد عقداً غير دولي، ما دام قادراً على إثارة تنازع بين القوانين، لقد استبدلت المعاهدة فكرة العقد القادر على إثارة تنازع في القوانين بدلاً من فكرة الدولية. ويكون العقد قادراً على إثارة تنازع في القوانين بالرغم من اتصاله بجميع عناصره بدولة واحدة إذا ما عرضت المنازعة الخاصة به أمام قضاء دولة أجنبية، أو كان العقد يتضمن نصاً يخول الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من يرى بأن هذه الاتفاقية تقيم نوعاً من التمييز بين ممارسة حق الاختيار، ونطاق ممارسة هذا الحق، فمن ناحية ممارسة حق الاختيار تؤكد الاتفاقية على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، فلا تشترط وجود علاقة بين القانون المختار والعقد محل النزاع، ومن ثم يمكن اختيار قانون منبت الصلة بالعقد،وكذلك لا تشترط طبيعة معينة للعقد دولياً كان أو غير دولي، أما من ناحية نطاق ممارسة هذا الحق فإن هذه الحرية مقيدة بمجموعة من القواعد الآمرة، التي ينحسر دور الإرادة ضمن نطاقها، فالإرادة تتجمد أمام القواعد المعبرة عن المصالح الاجتماعية العامة والخاصة الجديرة بالحماية [1].

أما بخصوص صيغة الاختيار فإن اتفاقية روما قد ساوت في القيمة القانونية بين الإرادة الصريحة والضمنية، ولكنها قررت ضوابط معينة لاستكشاف الإرادة الضمنية وهذه الضوابط هي أن تكون الإرادة الضمنية مؤكدة، وهذا التأكيد لا يمكن استخلاصه إلاّ من نصوص العقد ذاته أو

---

(١) لقد أشار الأستاذ لاغارد إلى هذا المعنى في إطار شرحه للمادة الأولى من الاتفاقية في التقرير المرافق لصدورها Tex`t of the Giuliano Lagarde. Report. op. cit. p 7. ولمزيد من الاطلاع حول إمكانية دخول العقد الداخلي الوطني ضمن المراكز التي تثير تنازعاً في القوانين بموجب أحكام الاتفاقية. أنظر: د. طرح البحور علي حسن فرج، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

من الظروف الملابسة للعقد، وكنتيجة لذلك فإنه يمكن القول بأن الاتفاقية لم تتبنَّ مفهوم الإرادة المفترضة. فإرادة الأطراف إما أن تكون صريحة أو ضمنية، وفي حالة عجز القاضي عن استكشاف الإرادة الضمنية من خلال الوسائل التي حددتها الاتفاقية، فليس بإمكانه افتراض أن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون معين، وإنما عليه في هذه الحالة تحديد القانون الواجب التطبيق من خلال قواعد الإسناد الاحتياطية التي تكفل تحديد القانون المختص في حال غياب التحديد الإرادي والتي أوضحتها المادة الرابعة من هذه الاتفاقية. إلا أن الاتفاقية أعطت في فروض معينة أثراً قانونياً للقواعد الآمرة، والتي تنتمي إلى قانون غير ذلك القانون المختص بموجب اختيار الأطراف، وذلك بناءً على تبنيها قواعد إسناد ثانوية. وأن نص المادة السابعة بفقرتيها هو الذي جاء بهذا الاستثناء إذ نصت على أنه: " ١- عندما يطبق قانون دولةٍ ما بموجب أحكام هذه الاتفاقية، فإنه يمكن إعطاء أثر قانوني للقواعد الآمرة المنتمية إلى دولة أخرى يكون للوضع القائم ارتباط وثيق معها، بقدر ما تكون تلك القواعد واجبة التطبيق على العقد. مع الأخذ بنظر الاعتبار طبيعة هذه القواعد وغرضها أو هدفها وذلك لغرض تقرير ما إذا كان ينبغي إعطاؤها الأثر القانوني، بالإضافة إلى النتائج المترتبة على هذا التطبيق أو عدم التطبيق. ٢- ليس هناك شيء في هذه الاتفاقية يقيد أو يمنع المحكمة من تطبيق قواعد قانونها في الأحوال التي تكون فيها آمرة بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق ".

ومن خلال هذا النص يمكن أن نجزم أن هذه الاتفاقية ابتدعت منهجاً خاصاً بها لا يمكن ردّه بشكل مطلق إلى أي من النظرية الشخصية أو الموضوعية. إذ أن هذا النص يفيد بإمكان المحكمة أن تُعمل القواعد الآمرة في دولتين هما دولة المحكمة من جهة والدولة التي تتعلق بها الحالة محل النزاع بارتباط وثيق من جهةٍ أخرى، وهذا ما لم يقل به أي من أنصار النظريتين. وعلى الرغم من أن نص هذه المادة حدد أوصاف هذا الارتباط، الذي يكون من اختصاص

القاضي البحث عنه واكتشافه، بأن يكون ارتباطاً وثيقاً، وألزم هذا النص المحكمة في هذا الغرض بالبحث عن طبيعة هذه القواعد الآمرة وغرضها وأهدافها والآثار المترتبة على تطبيقها أو عدمه. وعلى الرغم من ذلك يبقى هذا النص فيه شيء من عدم اليقين والشك الذي قد يتعارض مع توقعات الأطراف، وذلك بتطبيق قواعد لا تنتمي إلى القانون المختص. كما أن إعمال هذه القواعد قد يؤدي إلى تعقيد مهمة القضاء مما يقتضي إعطاء القضاء في هذا الفرض سلطة تقديرية في تطبيق هذه القواعد الآمرة الأجنبية عن القانون المختص[١].

المطلب الثاني

الاختيار الإرادي في التطبيقات القضائية

طبقت محكمة التمييز العراقية قواعد لاهاي "معاهدة بروكسل" بخصوص قضية تتعلق بقيام شركة النقل البحري العراقية عن طريق فرعها في البصرة بنقل ألف صندوق زجاج ملون بلجيكي على الباخرة ١٤ تموز، وحين وصلت البضاعة إلى ميناء البصرة وجدت متضررة بنسبة ٦٩%، وذهبت إلى القول: " إن محكمة الاستئناف قد لاحظت دفع وكيل طالب التصحيح "الشركة الناقلة" وطبقت أحكام معاهدة بروكسل المبرمة بتاريخ ٢٥ آب ١٩٢٤ والمادة (٨/٣) من هذه المعاهدة، حول مسؤولية الناقل عن هلاك الشيء كلياً أو جزئياً أو تلفه أثناء النقل، الناشئ عن الإهمال أو الخطأ أو التقصير، فضلاً عن ذلك فإن الناقل قد تسلم البضاعة دون تحفظ

(١) تجدر الإشارة إلى أن هذا الاتجاه موجود قبل صدور اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ فقد ذهبت المحكمة الهولندية العليا في حكم صادر لها في عام ١٩٦٦، أن تطبيق بعض القواعد الآمرة في دولة أجنبية قد يكون له أهمية وإن كان القانون المختار من قبل الأطراف هو قانون دولة أخرى. ولمزيد من التفصيل حول هذا القرار المشار إليه في إطار شرح المادة السابعة من الاتفاقية، اشار إليها سلطان عبد الله محمود، المرجع السابق، ٧٣.

حول التلف أو عدم كفاية التغليف فيفترض أنه تسلمها بحالة جيدة ومطابقة للبيانات المذكورة في وثيقة النقل لذا تكون دفوعه غير واردة ويكون الحكم التمييزي موافقاً للقانون "[١].

كما أن القضاء المصري أخذ بقانون الإرادة، فذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها إلى القول: " إن الثابت بالبند الثاني من سند الشحن ... أنه قد تضمن الاتفاق على إعمال "شرط بارامونت" مما مفاده – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ارتضاء أطرافه، تطبيق أحكام معاهدة بروكسل الدولية لسنة ١٩٢٤ الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن "[٢]. وطبقت محكمة النقض المصري قانون الملاحة السوفيتي المتفق على تطبيقه لكي يحكم سند الشحن[٣]، وكذلك القانون الأمريكي الصادر في٢٦ نيسان ١٩٣٦، والذي يحيل إلى معاهدة بروكسل لسندات الشحن وذلك طبقا لاتفاق الأطراف[٤].

وقد اخذ القضاء الفرنسي في أحكامه بنظر الاعتبار شرط اختيار القانون في سندات الشحن البحرية على وفق اتفاقية روما، ففي حكم صادر في ١٢ تموز ٢٠٠١ قررت المحكمة العليا الفرنسية أن مشروعية وإلزامية شرط الاختصاص القضائي تؤخذ بنظر الاعتبار من خلال الإشارة إلى القانون الذي يحكم العقد وليس بالضرورة بالإشارة إلى القانون الفرنسي، وهذه القضية كانت تتعلق بسند شحن منصوص فيه أن عقد نقل البضائع يكون محكوما بقانون سنغافورة، وان

---

(١) حكم محكمة التمييز المرقم ٣٦/هيئة عامة أولى/١٩٧٥ في ١٩٧٥/٤/٢٦ مجلة العدالة، السنة ١٩٧٥-١٩٧٦، ص٤١٣.

(٢) الطعن المرقم ١٢١٢ لسنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٩٠/٣/١٩ ينظر د. حسن الفكهاني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، أحكام محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٨٩ حتى منتصف عام ١٩٩٢، ملحق رقم١٣،ص٢٧٠.

(٣) الطعن المرقم ١٨٦ سنة ٣٤ ق – جلسة ١٩٧٠/٥/١٩ س٢١ ص٨٤٣، والطعن المرقم ٣٩٣ س٢٦ ق – جلسة ١٩٧١/٣/٢٣ س٢٢ ص٣٧١ والطعن المرقم ٣٧٩ سنة ٣٨ ق – جلسة ١٩٧٤/٢/٥ ينظر . د. أحمد حسني، قضاء النقض البحري، المرجع السابق، ص٣١-٣٢.

(٤) الطعن المرقم ٢٤٠ سنة ٤٠ ق – جلسة ١٩٧٥/٢/٢٧، المرجع نفسه، ص٣٢.

هذا القانون الأخير واضح تماما بخصوص إلزامية شرط الاختصاص القضائي تجاه المرسل إليه، فقررت المحكمة العليا الفرنسية أن هذا القانون هو الذي ينطبق على أفعالهم[١].

وقد وقضت محكمة استئناف روان في حكم آخر بشأن قضية تتعلق بنقل بين نيوزلندا وفرنسا، ونص في سند الشحن على تطبيق القانون الهولندي، بموجب شرط الاختصاص القضائي. حيث يعطي هذا الشرط الاختصاص لمحكمة روتردام، بأن مشروعية ونفاذ هذا الشرط تجاه مؤمن الشحنة الذي حل في حقوقه محل المرسل إليه الفرنسي إنما يتقرر طبقاً للقانون الذي يحكم العقد، وبمعنى آخر فإن القانون الهولندي، وتسبيب المحكمة كان مهماً بدرجة خاصة، فهي ولتأكيد تطبيق القانون الهولندي على ذلك العقد، أشارت إلى المادة (٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ التي نصت على أن العقد يكون محكوما بالقانون الذي اختاره الأطراف، كما أشارت إلى المادة (٨) من الاتفاقية نفسها، التي نصت على أن وجود العقد ومشروعيته يتقرر وفقا للقانون الواجب التطبيق على العقد.

وأكدت محكمة استئناف مرسيليا هذا الموقف في ٢١ آذار ٢٠٠٢، حين تصدت المحكمة لنزاع نشأ عن رحلة بحرية بين مرسيليا وأزمير حيث تضررت الشحنة أثناء تفريغها في تركيا، ونص في سند الشحن على تطبيق القانون الإنجليزي وإعطاء الاختصاص للمحاكم الإنجليزية، تبنت المحكمة وجهة النظر ذاتها التي تبنتها محكمة روان في القرار المذكور آنفا، أي أن القانون الإنجليزي هو الذي يحكم القضية وأن نفاذ شرط الاختصاص القضائي ومشروعيته يتقرران بموجب القانون المختار[٢].

---

(١) Bertrand Courtois, Valid and enforceable, 19 July 2002, p, 1-2.
منشور على الرابط الالكتروني: http://www.maritimeadvocate.com/i19-fran.php ، سحب تاريخ ٢٠١٢/٣/١٠، س ١٤:٤٥ م، GMT.

(٢) Bertrand Courtois, Valid and enforceable, op, cit. P, 2.

وقد قضت محكمة باريس في حكم لها بشأن التعاقدات التي تبرم عبر شبكة الإنترنت بقولها أن: " الطبيعة الكونية لشبكة الإنترنت لا ينبغي أن تؤدي إلى تطبيق محتمل لجميع القوانين الموجودة، بل يتعين تطبيق مبدأ القانون ذي الصلة المادية"[١].

وطبق القضاء الانجليزي الاختيار الضمني طبقا لشرط الاختصاص القضائي القرار الصادر في قضية The Kominos في هذه القضية تم شحن الشحنة من ميناء Thessolonica في اليونان لتفريغها في ميناء إيطالي، وطبقا لسند الشحن فإنه لم يتضمن أي اختيار للقانون الواجب التطبيق لكي يحكم سند الشحن هذا، وإنما تضمن شرطا للاختصاص القضائي ينص صراحة على أن جميع المنازعات يتم فصلها في المحاكم البريطانية، وتضمن سند الشحن كذلك شرطا بالإعفاء من المسؤولية، والذي يعد باطلاً على وفق قواعد لاهاي ولاهاي – فسبي، فضلاً عن أنه غير مشروع طبقاً للقانون اليوناني كذلك، ومع أن القانون اليوناني كان يرتبط بالعقد ارتباطاً وثيقاُ. إلا أن محكمة الاستئناف الإنجليزية وجدت أن القانون الإنكليزي هو الواجب التطبيق، وأنه القانون الذي اختاره الأطراف وبدا هذا الأمر جلياً من خلال شرط الاختصاص القضائي، والمحكمة هنا لم تطبق القانون الإنجليزي لنقل البضائع بطريق البحر لعام ١٩٧١، لأن الشحنة لم تنطلق من إنجلترا حسبما ينص عليه هذا القانون، كما أنها لم تطبق القانون اليوناني الذي صدر فيها سند الشحن وتم شحن البضاعة من موانئها لأنها ليست طرفاً في قواعد لاهاي– فسبي، لذلك طبقت القانون العام الإنجليزي الذي يجيز شرط الإعفاء من المسؤولية[٢].

---

(١) انظر د. إبراهيم أحمد بن سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة٢٠٠٩، ص١٢٤.

(٢) انظر خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص٩٧.

رأي الباحثة

والرأي الأولى بالتطبيق من وجهة نظرنا، هو الذي يعطي لأطراف العلاقة في سند الشحن الإلكتروني المكنة في أن يختاروا القانون الذي يحكم السند المحرر منهم حتى لو أدى هذا الاختيار إلى تطبيق قانون الناقل وهو الطرف القوي في العلاقة محل البحث، ويرجع ذلك إلى أن القوة التي يتمتع بها الأخير من احتكار للسوق وإبرام العقود على وفق عقود نمطية تحقق له مزايا اقتصادية وقانونية عند الإبرام والتنفيذ، تعد ظاهرة اقتصادية وليست قانونية[١]، فضلاً عن أن الرابطة بين القانون المختار والعقد تتأسس في الغالب من عناصر مادية كمكان إبرام العقد أو تنفيذه، وهذا ما يصعب تحديده في العقود المبرمة عبر شبكة الاتصالات، وهو ما يعني صعوبة تركيز العمل في إقليم دولة معينة على خلاف التجارة التقليدية، إلا أن السماح للأطراف باختيار القانون الواجب التطبيق في العقود التي تبرم عبر شبكة الاتصالات أمر جائز[٢]، لأن الإرادة في جوهرها ومداها تعد معياراً يأخذ به القاضي أو المحكم الذي يتعين عليه أن يقوم بالفصل في النزاع طبقاً للقانون المختار، والقواعد الموضوعية في هذا القانون هي التي يكون لها قول الفصل في حسم النزاع دون قواعد الإسناد، ما لم يتفق الأطراف صراحة على غير ذلك[٣]، وهو ما يعني أن قدرة الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع يجب أن يكون قائما على حسن النية ومقبولاً بحيث لا يتعارض مع القانون وغير مشوب بالغش نحو القانون، فإذا لم تكن ثمة إرادة صريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ولم يمكن معرفة ذلك من نصوصه فالقاضي أو المحكم له سلطة البحث عن الإرادة الضمنية في نصوص العقد والظروف

(١) أنظر د. عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات، المرجع السابق، ص٧٢.

(٢) أنظر د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١، ص ٤٠٠.

(٣) أنظر د. عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

المحيطة به عن اتجاه هذه الإرادة فإن تعذر عليه ذلك لجأ إلى مؤشرات أو توطين العقد[١]، حيث لا يكتفي عادة بواحدة منها للدلالة على تلك النية غير المعلنة، بل الغالب أن يجمع القاضي بين أكثر من مؤشر أو علاقة ليتوثق من نية المتعاقدين، أي وضعه في مكان يخضع من خلاله لقانون معين يُعد الأنسب لحكم المنازعة المترتبة عليه، إذ يفترض أن طرفي العقد كانا سيختارانه لو عرضت لهم مسألة اختيار قانون يحكم عقدهم بأنه أكثر ارتباطاً بالعقد، على وفق المؤشرات والدلائل التي يمكن أن يستخلصها القضاء من ظروف العقد وملابساته، والتي يقتضي الأخذ بها توافر أمران:-

١- أن قانون العقد يتحدد بحسب الظروف السائدة وقت تكوينه، ومن ثم لا يتأثر هذا التحديد بظروف لاحقة.

٢- أنه متى حدد طرفا العقد صراحة القانون الواجب التطبيق عليه فلا محل للأخذ بمؤشرات أخرى للبحث عن الإرادة الضمنية[٢].

وأياً كان الأمر فإنه من الثابت أن هدف أي تنظيم قانوني يحكم المعاملات، هو تأكيد حرية الأطراف في العقود كمبدأ عام باعتبار أن ما يتفقون عليه في عقودهم يمثل قانوناً بينهم، ومما لا شك في سيادة ضابط إسناد قانون الإرادة على المعاملات الإلكترونية، بل أهميته تبدو بصورة أكثر وضوحاً وبشكل أكثر إلحاحاً في هذا النمط من المعاملات، إذ أنه من الضروري أن ينص المتعاملون في المجال الإلكتروني على القانون الذي يحكم معاملاتهم[٣]، لذا ينصح أطراف سند

---

(١) وهذا الاتجاه أخذت به العديد من التشريعات العربية المقارنة وفي مقدمتها القانون المدني العراقي في المادة (١/٢٥) منه والقانون المدني المصري في المادة (١/١٩) منه والقانون المدني الليبي في المادة (١٩) منه والقانون المدني السوري في المادة (٢٠) منه،

(٢) أنظر سلطان عبدا لله محمود، المرجع السابق، ص٧٤.

(٣) أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص ٦٧، وكذلك د. عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص١٦٧١.

الشحن الإلكتروني بتحديد القانون الذي يحكمه، لأن مثل هذا التحديد يوفر للأطراف معيار اليقين القانوني بشأن القضية المتنازع عليها، ويوسع من دائرة الثقة بين الشركات المتعاملة عبر الشبكة العالمية وبين مستخدميها.

الفصل الثاني

القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف

تمهيد وتقسيم:-

بسبب عاملي السرعة والمنافسة وغيرها من العوامل التي تحيط بالمعاملات التجارية التي تبرم بالطرق التقنية عبر شبكات المعلومات والاتصالات، قد لا يتفق الأطراف صراحة على اختيار قانون معين ليحكم العقد، وقد يتعذر استخلاص الإرادة الضمنية من ظروف التعاقد وشروط العقد، وهنا يثار التساؤل عن القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع بين أطرافه، وهو ما أثار خلافاً كبيراً بين الفقه والقضاء والتشريع بخصوص حل هذه المشكلة وتحديد قاعدة الإسناد الاحتياطية التي يسترشد بها في مثل هذه الأحوال لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد.

وهذه الضوابط إما أن تكون مستمدة من منهج التركيز الموضوعي لسند الشحن، أو من ضوابط إسناد ترتبط بالقواعد الموضوعية الإلكترونية، وهذه الموضوعات نبحثها تباعاً، في مبحثين:-

المبحث الأول

منهج التركيز الموضوعي لسند الشحن

تمهيد وتقسيم:-

إذا لم يتفق أطراف العقد الدولي على اختيار القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم، وجب على القاضي أن يجتهد للوصول إلى ما كان يقصده المتعاقدان فيما لو صرفا إرادتهما إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد[1]، حيث يبحث القاضي عن رابطة يرتبط بها سند الشحن بأحد عناصره ليرتكز إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكمه، ويتحدد هذا القانون من خلال العنصر الأوثق صلة بالرابطة العقدية، إما وفقاً لضوابط موضوعية محددة سلفاً ترتبط بسند الشحن وتنفيذه، أو مستمدة من ضابط الأداء المميز في سند الشحن، وهذه الأمور نبحثها في مطلبين على النحو الآتي:-

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص ١١٠١.

المطلب الأول

قواعد الإسناد المرتبطة بسند الشحن الالكتروني

ترتكز الرابطة العقدية في عقود التجارة الدولية عموما على مجموعة عناصر قانونية ترتبط في إبرامها وتنفيذها، فضلاً عن الجنسية المشتركة لأطراف سند الشحن الالكتروني، سوف نبحث تحت هذا العنوان ثلاثة فروض هي: محل إبرام أو إصدار سند الشحن ومكان تنفيذه، الموطن المشترك لأطراف سند الشحن، تماشيا مع موقف اتفاقية هامبورج الخاصة بالنقل البحري للبضائع لعام ١٩٧٨ المادة (٢/٢) منها والمقابلة لنص المادة (٢/٥) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لعام ٢٠٠٩، والتي جاء نصها: " تنطبق هذه الاتفاقية دون اعتبار لجنسية المركب أو الناقل أو الأطراف المنفذة أو الشاحن أو المرسل إليه أو أي أطراف أخرى ذات مصلحة "، ونص المادة (٣/١) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧، فضلاً عن أن المشرع العراقي لم يأخذ بضابط جنسية طرفي العلاقة كمعيار لتطبيق القانون الواجب التطبيق. هذا ما نبحثه في فرعين متتاليين:-

الفرع الأول

قواعد الإسناد المرتبطة بإبرام سند الشحن وتنفيذه

تنقسم هذه القواعد بين تلك التي ترتبط بمحل إبرام التصرف، وبين تلك التي تنهض على مكان تنفيذه، وهو ما نبحثه بالآتي:-

أولاً: ضابط محل إبرام . إصدار . سند الشحن الالكتروني

قاعدة قانون محل الإبرام هي قاعدة قديمة ترجع إلى نشأة نظرية الأحوال استناداً على أن الأطراف قد ارتضوا ضمنا بتطبيق هذا القانون(١)، وقد قيل في تبرير الأخذ بقانون محل الإبرام، إنه إسناد يعبر عن الصلة القوية التي تربط العقد بمحل ميلاده الأول، كما أن قانون دولة الإبرام هو القانون الذي يسهل على المتعاقدين الرجوع إليه للتأكد من السلامة القانونية للشروط التي يزمعون إدراجها في العقد، فضلاً عن، أنه يكفل وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية، وعلى خلاف الإسناد إلى قانون مكان التنفيذ الذي قد يتعدد بتعدد أماكن التنفيذ(٢). إلا أن هذا القانون قد لا يمثل واقعا عمليا لأطراف العقد، كما لو ابرم العقد على متن طائرة أو سفينة أو أثناء سفرة عارضة أو إقامة قصيرة ليوم أو اقل في دولة ما(٣).

وإذا كان محل الإبرام يشكل ضابطاً من ضوابط الإسناد التي اعتمد عليها القضاء العراقي في تحديد القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية(٤)، فإن مثل هذا الأمر قد يصعب

---

(١) د. منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص٩٢.

(٢) ينظر في هذه التبريرات د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٤١٩.

(٣) د. طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون - جامعة بغداد ١٩٩٦، ص١١٧.

(٤) وطبق القضاء العراقي قانون مكان الإبرام على سندات الشحن البحرية، عند تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، ففي حكم لمحكمة التمييز جاء فيه: " إن الأساس الذي تقوم عليه لائحة الوكيل المميز هو هل نطبق على واقعة ضياع صندوق الأدوية المرسل إلى الشركة العامة لاستيراد وتوزيع الأدوية والمواد الكيمياوية ===

الأخذ به في ميدان سندات الشحن الإلكترونية، من حيث أن إبرام التصرفات عبر الشبكة قد يتم بناء على ظروف عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية وجادة بين العقد ومحل إبرامه، فالشخص يمكن أن يتعاقد عبر وسيلة من وسائل الشبكة من جهاز حاسوب أو هاتف محمول وهو ينتقل من دولة إلى أخرى أو يتواجد في أماكن لا تخضع لإقليم دولة معينة، فضلاً عن أن طبيعة الشبكة تأبى تركيزها تركيزاً مكانياً[1]، وهو ما يعني اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المرتبطة بالشبكة، مما يعني أن معيار محل الإبرام صعب التطبيق في المجال الإلكتروني، وتحديد مكان الإبرام، من ناحية أخيرة، لا يعني بالضرورة ضابطاً لتحديد القانون الذي يحكم

=== ببغداد الاتفاقية المعقودة بين الناقل والشاحن اللذين هما في إنجلترا القانون الإنجليزي بكونه قانون محل العقد؟ أم نطبق القانون العراقي في نصوصه؟ ولدى الرجوع إلى وقائع الدعوى اتضح بان عقد النقل بموجب القانون المدني العراقي يكون قد تم في إنجلترا لان طرفي عقد النقل هما فيها، أوجب تطبيق القانون الإنجليزي على هذه الدعوى، فانه يطبق طالما لا يتعارض مع نص من النصوص الخاصة بالنظام العام، ولما كان القانون الإنجليزي الصادر سنة ١٩٢٤ الخاص بعقد النقل هو الواجب التطبيق على هذه الدعوى، وهذا القانون حدد التعويض بمائة باون ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك فأن هذا الاشتراط ملزم للطرفين وليس فيه مخالفة للنظام العام "حكم محكمة تمييز العراقية المرقم٢٣/أم ١٩٦٩ في ١٩٦٩/٩/٢٩، مجلة القضاء، العدد الرابع ١٩٦٩، ص٢٢٣. وبذات المعنى حكم محكمة التمييز المرقم ١١٣/استئنافية/١٩٦٩ في ١٩٦٩/١٢/٢١، قضاء محكمة التمييز القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩، المرجع السابق، ص٤٤٨. وينظر القرار التمييزي المرقم ١.٤٥/ح/١٩٥٨ في ١٩٥٨/٥/٢٨ بخصوص شحنة من الشاي الإيراني حيث ذهبت محكمة التمييز إلى القول (.. أما عن القانون الواجب التطبيق فانه من الواضح أن يكون قانون المحل الذي تم فيه العقد هو الواجب التطبيق، وقد تأيدت هذه الحقيقة بالفقرة الأولى من المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي، وحيث أن العقد قد تم بين الطرفين في إنكلترا فيكون القانون الإنكليزي هو المنطبق في هذه القضية مادام غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة في العراق). مجلة القضاء، العدد الثالث، السنة السادسة عشرة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٧، ص٤١٢-٤١٥. وبذات المعنى حكم محكمة التمييز المرقم ٢٤.٣/حقوقية/٦٦ في ١٩٦٧/٢/١٩ قضاء محكمة تمييز العراق، قرارات سنة ١٩٦٦-١٩٦٧، ص٤٩٨.

(١) انظر بهذا المعنى د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٤٤-٤٥.

الرابطة العقدية، والسبب هو اختلاف النظم القانونية حول المكان الذي يعتد به محلاً لإبرام العقد، هل هو مكان استضافة الموقع الإلكتروني أم مكان إقامة طرفي العلاقة[١].

وهذا المعنى أكدته المادة (٦) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، حيث نصت على أنه:- "

١- لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

٢- إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل، لأغراض هذه الاتفاقية، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

٣- إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد.

٤- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:-

أ- توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد، أو

ب- يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

٥- إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد ".

ونحن نميل إلى أن ضابط محل إبرام ـ إصدار ـ سند الشحن إذا كان يتلاءم مع سندات الشحن بمفهومها التقليدي، فإن الأمر فيه شيء من الصعوبة في ميدان سندات الشحن الإلكترونية، من حيث أن نظم تبادل البيانات تفرض واقعاً افتراضياً يسمح للمتعاملين به بإبرام

(١) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٠٠.

التصرفات وإصدارها وهم في حالة ترحال دائم بين نظم المعلومات ومواقع الشبكة، دون أن يكون هناك نظام قانوني أو إقليم يخضعون له، كما أن انفتاح الشبكة على العديد من دول العالم تجعل من الصعوبة تركيز مكان إصدار السند ومن ثم تحديد ضابط الإسناد الذي على أساسة يتحدد القانون الواجب التطبيق.

ثانياً: ضابط مكان تنفيذ سند الشحن الالكتروني

مكان التنفيذ من ضوابط الإسناد التي يأخذ بها القضاء في بعض الأحيان، حيث طبقته محكمة Montpellier في ١٩٦٨/٦/٢٤، القانون الفرنسي على أنه القانون المختار ضمناً لأن ميناء التنفيذ يقع في فرنسا، فضلاً عن أن المرسل إليه فرنسي والسفينة تحمل العلم الفرنسي [١]. ويعتبر الفقيه الألماني سافيني من أكثر المدافعين عن اختصاص مكان التنفيذ تطبيقا لمنهج مدرسته في تحليل العلاقات وتركيزها في مكان التنفيذ[٢].

ويبرر الفقهاء قانون مكان التنفيذ بأنه يعتبر معياراً ثابتاً غير عارض يقوم على صلة جوهرية وثيقة بين مكان التنفيذ والعقد، فمكان التنفيذ يعد العنصر المادي والظاهر الذي تتركز فيه العلاقة العقدية، ويمثل الهدف الأساس الذي يبغي الأطراف تحقيقه من وراء إبرام العقد كما أن مصالح الأطراف وكذلك مصالح الغير تتأثر بهذا المكان، وهو المكان الذي تنظم فيه إجراءات التنفيذ وإمكانيته ومن ثم فإنه من الراجح أن تتجه إرادة الأطراف إلى إخضاع العقد إلى

---

(١) ينظر أشار إلى القرار د. صلاح محمد المقدم، المرجع السابق، ص٢١١. كما يشير جانب من الفقه إلى القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ٥ كانون الأول ١٩١٠، حيث طبقت المحكمة على شرط الإعفاء من المسؤولية القانون الفرنسي باعتباره قانون دولة التنفيذ على الرغم من أن الأطراف اتفقت على تطبيق القانون الأمريكي، ينظر د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص٤٢٢.

(٢) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، ص٣٣٣.

القانون الذي ينظم تنفيذه[١]. حيث يدلل وعلى نحو صادق على مركز الثقل في العلاقة العقدية ويعد أوثق صلة بالعقد من أي معيار آخر، فهو المكان الذي تتحقق فيه الآثار القانونية للعلاقة العقدية ومن ثم فإن قانون مكان التنفيذ هو الأقدر على حل كافة المنازعات التي تثور بين الأطراف، فضلاً عن أنه يحقق العلم المسبق للطرفين بالقانون الذي يحكم العلاقات القانونية، كما يحقق الأمان القانوني والاستقرار المتطلب في المعاملات التجارية الدولية[٢]، إلا أنه لا يتلاءم وحسب رأي فقهي مع سندات الشحن البحرية لأنه من الصعب تحديد مكان التنفيذ الذي سيتعدد بتعدد موانئ التفريغ التي تقع في دول عديدة على الأغلب[٣]. لذلك كانت من قبيل الانتقادات المهمة الموجهة لمكان التنفيذ كضابط إسناد في العقود، صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق عند تعدد أماكن التنفيذ[٤]. ومكان التنفيذ قد يفتقد إلى عنصر التحديد، والشاحن قد يحتفظ لنفسه بحق تفريغ البضاعة في أكثر من ميناء وكذلك الناقل قد يضطر إلى تغيير خط سير السفينة، ثم أن التنفيذ في سند الشحن البحري وعلى حد تعبير الفقيه الفرنسي (روديير) هي الرحلة البحرية بطولها[٥]. وأخذت معاهدة هامبورج بنظر الاعتبار مكان التنفيذ عند تحديد مجال انطباقها، عندما يكون ميناء التفريغ في دولة متعاقدة، وكذلك عندما يكون الميناء الفعلي للتفريغ واقعا في دولة متعاقدة عند تعدد أماكن التنفيذ الاختيارية (م٢/ب، ج).

إلا أن الأمر بالنسبة لسندات الشحن الإلكترونية، أمر وارد ويمكن أن يعتد بهذا الضابط كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق بشأنها، فسندات الشحن الإلكترونية من طبيعة التصرفات

---

(١) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد ٢٠٠١، ص١٣٥-١٣٦.

(٢) خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ١٥٥.

(٣) د. صلاح محمد المقدم، المرجع السابق، ص٢٠٩.

(٤) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، المرجع السابق، ص٣٣٤.

(٥) ينظر في هذه الانتقادات د. صلاح محمد المقدم، المرجع السابق، ص٢٠٨-٢٠٩.

التي تبرم عبر الشبكة ولكنها تنفذ ماديا خارجها، حيث تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذها، وهذا المكان غالباً ما يكون مكان تسليم البضاعة[١]، فمن المستحيل أن يتم تسليم البضائع محل الشحن التي يتضمن تفاصيلها سند الشحن الإلكتروني عبر قنوات الشبكة الافتراضية، حيث لا بد من تسليمها مادياً في ميناء الوصول، أو مكان التفريغ والذي يعد هو المكان الأكثر ملاءمة لتنفيذها، لذا يمكن أن يكون ميناء التفريغ أو مكان التنفيذ هو الضابط الذي يمكن أن يتم من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم سندات الشحن الإلكترونية، حيث يكون إعماله أولى من ترك سندات الشحن الإلكترونية بلا قانون يحكمها بعد أن تعذر على أطراف السند تحديد القانون الواجب التطبيق بإرادتهما.

وقد أخذت بها الاتجاه المادة (٥/١/ب) من اللائحة رقم ٢٠٠١/٤٤ لدول الاتحاد الأوربي الصادرة من المجلس في ٢٠٠٠/٢/٢٢ والمتعلقة بالاختصاص القضائي، والاعتراف بتنفيذ الأحكام الصادرة في المجالين المدني والتجاري حيث جاء فيها " أن مكان تنفيذ العقد في حالة عدم وجود اتفاق مخالف هو مكان الدولة العضو التي بموجب العقد سلمت فيها السلعة أو يجب أن تسلم فيها... "[٢]. كما أن المادة (٥/ج، د) من اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً.

---

(١) Coutellier(s) et durindel (L), La loi applicable aux contratrs conclus. منشور على الرابط الالكتروني: www.univ/orlens.fr/asso/dess dicom/memoire/loi contracts internet.pdf,p5. سحب بتاريخ:٢٠١٢/٤/٢٦، س ١٩:٢٦ م GMT .

(٢) نقلا عن د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

الفرع الثاني

ضابط الموطن المشترك لطرفي سند الشحن الالكتروني

للموطن أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، فيعطى الاختصاص لقانون الموطن بوصفه قانون البلد الذي توطن فيه فعلاً، أو اعتبر انه متوطن فيه حتى لو لم يقم فيه فعلاً[١]، لذلك اخذ القانون العراقي بنظر الاعتبار الموطن المشترك للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، ويرجع القاضي في تحديد الموطن المشترك إلى الوقت الذي تم فيه إبرام العقد، وليس إلى وقت تنفيذه أو وقت المنازعة فيه[٢].

ويبرر الفقه الخضوع إلى قانون الموطن بأنه أسبق في الظهور من قانون الجنسية، وان التجارب العملية أثبتت أنه أكثر صلاحية وأكثر استجابة لحاجات الأطراف، كما أن الموطن يعد مركز مصالح الشخص ومركزه القانوني والمكان الذي يباشر فيه حقوقه ودعواه، فمن المنطقي والطبيعي أن يخضع هذا الشخص لقانون البلد الذي توطن فيه. فهناك حجة عملية هي أن قانون الموطن يوفر مزايا عملية كثيرة منها أنه يسهل على قضاة المكان تطبيق قانون الموطن بدلا من قانون الجنسية اللذين يخطئون في فهمه وتفسيره، وكذلك سهولة تعرف الغير على قانون الموطن[٣]. كما أن قانون الموطن قانون معلوم للأطراف أي يتوافر لهما الإلمام الكافي بأحكامه أكثر من أي قانون آخر[٤]، حيث اعتاد الأطراف على أن ينظموا سلوكهم وفق أحكامه، وعلى ذلك يكون في استطاعتهم أن يتوقعوا ما يترتب على تطبيقه من آثار سلبية أو إيجابية بالنسبة

---

(١) د. غالب علي الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، الجزء الأول، ص٢٢٣.

(٢) خليل إبراهيم محمد، المرجع السابق، ص١٥٦.

(٣) د. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧٦، ص٣٩.

(٤) ينظر في هذا التبرير والرد عليه د. منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص١٠١.

لهم[١]، وأن توطن الأطراف في إقليم دولة معينة حتى لو لم يحملوا جنسيتها دليل على وجود مصالحهم فيها ومن ثم فانه من المناسب خضوعهم لقانون هذه الدولة، إلا أن الاعتماد على الموطن المشترك للمتعاقدين ضابطاً للإسناد في مجال العقود الدولية لم يخل من النقد، فالاعتماد عليه قد يؤدي إلى عدم الوصول إلى القانون الواجب التطبيق كما لو لم يكن للمتعاقدين موطن مشترك، وغالبية عقود التجارة الدولية يختلف فيها الموطن المشترك[٢].

ومهما قيل بخصوص الموطن المشترك للمتعاقدين فهو ضابط إسناد اعتمده المشرع العراقي، كونه من ضوابط الإسناد الاحتياطية عند عدم وجود الإرادة الصريحة أو الضمنية، كما أخذ به القضاء العراقي في سندات الشحن البحرية. فقضت محكمة التمييز في حكم لها بسريان قانون الدولة التي وجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، واعتبار شرط تحديد المسؤولية وقصرها على ١٠٠ باون إسترليني عن الرزمة الواحدة شرطا ملزما للجانبين يمثل إرادة المتعاقدين ولا يتعارض مع النظام العام المعمول به في المعاملات التجارية في العراق[٣].

ونميل إلى القول الذي يرى أنه من الصعوبة الأخذ بمعيار الموطن المشترك لأطراف سند الشحن الإلكتروني، حيث أن التعامل عبر شبكة الاتصالات يعتمد على العناوين الإلكترونية لا العناوين الحقيقية، وهذه العناوين لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، فهناك مواقع

---

(١) د. أحمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥، ص ١٥٥.

(٢) د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، المرجع السابق، ص١٤٦.

(٣) حكم محكمة التمييز المرقم ٢٧٨٦/حقوقية/١٩٦٦ أشار إليه محمد عسكر، المرجع السابق، ص٩٢. وينظر حكم محكمة تمييز العراقية الذي يتعلق بشحنة من الشاي السيلاني، حملت على ظهر الباخرة (مالديف اكسبرس) مقدارها ١٨ صندوقا بأوزان مختلفة مستوردة لمصلحة المبايعات الحكومية، وعند وصول البضاعة إلى ميناء البصرة وجدت البضاعة متضررة، فأقيمت الدعوى على شركة النقل البحري العراقية كونها وكيلة الشركة الناقلة، وردت محكمة صلح البصرة الدعوى طبقا للقانون المختار من قبل الطرفين، وطبقا للشروط التي اتفق عليها الأطراف، فتم تمييز القرار فأصدرت محكمة التميز قرارها أعلاه، ينظر حكم محكمة التمييز المرقم ٦٨٤/مدنية ثالثة/١٩٧٤ في ١٩٧٤/٨/١٤ النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ص١٢.

على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة، ومع ذلك لا يوجد لها مكان حقيقي بالمعنى المتعارف عليه[١]، لذا فان إصدار سند الشحن الإلكتروني عبر نظام تبادل المعلومات بين شخصين يشتركان في موطن مشترك قد يصعب الأخذ به، لأن الإعلان في الغالب عبر الشبكة يكون من أماكن غير حقيقية كما أن المواقع الإلكترونية التي تستخدم في إبرام أو إنشاء سندات الشحن الإلكترونية هي أيضاً لا تتمتع بإقامة حقيقية في موطن فعلي، فقد تعلن عن ارتباطها بمكان ما، إلا أن موقعها الفعلي وإقامتها الفعلية في مكان آخر، كما أن عنوانها على الشبكة لا ينتمي لأي إقليم، فهو يرتبط بعالم لا تحده حدود ولا يخضع لضابط معين، وهو متغير ومتجدد باستمرار وقائم على الافتراض والأرقام، وهو ما يجعل من تركيز العلاقة على عنصر الموطن المشترك أمر فيه الكثير من الصعوبة.

وتزداد الأمور صعوبة عند حصول أحد الأطراف على معلومات مخزنة على صفحات شبكة المعلومات والاتصالات، لا تنبيء عن المكان الحقيقي للطرف الأخر، ومع افتراض مصداقية موقع كل من طرفي العلاقة التي تبرم عبر الشبكة بغية التلاقي، إلا أن الأمر يتشابك ويكتنفه الغموض خاصة إذا ما غير احد طرفي العلاقة موقعه[٢].

خلاصة القول أن إمكانية الأخذ بضوابط الإسناد التقليدية التي تعتمد على تركيز الرابطة العقدية في مركز ثقل موضوعي مستمد من عناصر العقد وتنفيذه، فيه نوع من الصعوبة خصوصاً فيما يتعلق بمحل إبرام العقد والموطن المشترك للطرفين. حيث يصعب في ظل عالم افتراضي لا تحده الحدود يبحر فيه الأطراف بلا قيود ويتعاملون بكم هائل من المعطيات والأرقام والبيانات تحديد أماكن تواجد أطراف سند الشحن في هذا النمط من التعامل الافتراضي، كما أن

(١) كما هو الأمر على سبيل المثال بالمواقع التي تنتهي بالأحرف eg أو fr أو بالمقاطع com أو org ، انظر سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٠٤.

(٢) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص١٦٨.

مجرد دخول الشخص إلى الشبكة وتعامله يجعل من علاقاته وتصرفاته التي يبرمها ذات طبيعة دولية، لأن الشبكة تتسم بدوليتها، كما أن المتعاقد عن دخوله إليها لا يتعامل مع شخص واحد بل يتعامل مع ملايين الأشخاص عبر المعمورة في نفس الوقت وفي اللحظة ذاتها، أما فيما يخص مكان التنفيذ أو ميناء الوصول فإنه من الضوابط التي قد يكون لها أثر في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة لسندات الشحن الإلكترونية، لأن سندات الشحن الإلكترونية من قبيل التصرفات التي تبرم عبر الشبكة وتنفذ خارجها، فمن المستحيل أن نتصور تنفيذ سند شحن وتسليم بضاعة إلى المرسل إليه عبر شبكة الانترنت، إلا إذا كان هذا التسليم حكمياً، وهو من الأمور التي لا تنسجم مع واقع النقل والشحن الدولي للبضائع، وإذا كان هذا الضابط يتلاءم مع واقع سندات الشحن الإلكترونية فإنه لابد فيه أن يشكل مركز ثقل لهذه الرابطة، وأن يستدل على ذلك من اتجاه إرادة الأطراف الضمنية إليه، من خلال القرائن أو الدلائل التي يستخلصها القاضي عند نظره للنزاع المعروض عليه.

المطلب الثاني

ضابط الأداء المميز في سند الشحن الالكتروني

إذا كانت النظريات الفقهية التي تدعو إلى اعتناق ضابط محل الإبرام وتنفيذه تحمل جانباً كبيراً من الصحة، إلا أنها صيغ جامدة لا يمكن تطبيقها على كل أنواع الروابط القانونية، لاسيما ما يبرم منها عبر شبكة المعلومات والاتصالات الدولية، لما يتسم به هذا النمط من التصرفات من خصوصية في الإبرام والتنفيذ، كما سبق وبينا، وإزاء جمود هذه النظريات ظهرت نظرية الأداء المميز كآلية لتحديد القانون الواجب التطبيق على ما يبرم من تصرفات في ميدان التجارة الدولية في حالة غياب الاتفاق الإرادي، فما هو مفهوم الأداء المميز، وما مدى إمكانية الأخذ

بهذا المعيار في ميدان التجارة الإلكترونية وسندات الشحن الإلكترونية، هذا ما نبحثه على التوالي:-

الفرع الأول

مضمون فكرة الأداء المميز

لبيان مضمون فكرة الأداء المميز يتوجب علينا البحث معنى الأداء المميز، من ثم تحديد من هو صاحب الأداء المميز في سند الشحن الالكتروني وذلك بالقياس على آراء الفقه في ميدان عقود خدمات المعلومات وعقود البيع الدولية، وعلى النحو الآتي:-

أولاً: معنى فكرة الأداء المميز

يعد الفقيه السويسري شنايتزر(SCHNEITZER)، هو صاحب هذه الفكرة، وقد تلقفها من بعده العديد من الكتاب، ويضيف أنها فكرة تقوم على تفريد معاملة العقود، وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية " للأداء أو للالتزام " الأساسي في العقد، ومكان الوفاء به أو تقديمه. ولما كان ذلك الأداء أو الالتزام ليس سواء في كل العقود، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة[1].

ويشير الأستاذ Lagarde إلى أن خضوع العقد . في حالة غياب الاختيار من قبل الأطراف . للقانون الملائم لتنفيذ الأداء المميز، يُحدد قاعدة المكان الخاصة بالعقد من داخل العقد وليس من خلال العوامل غير المرتبطة بجوهر الالتزام مثل جنسية الأطراف المتعاقدة أو مكان إبرام العقد، فضلاً عن ذلك فإنه من الممكن ربط فكرة الأداء المميز بفكرة أكثر عمومية مفادها أن تنفيذ ذلك الطرف للعقد يشير إلى الوظيفة التي تقوم بها العلاقة القانونية المعنية من خلال

(١) انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود، المرجع السابق، ص ١٩٩.

الحياة الاقتصادية والاجتماعية في أية دولة ومفهوم الأداء المميز يربط بالضرورة العقد بالبيئة الاجتماعية والاقتصادية التي يشكل العقد جزءاً منها[١].

وقد تعددت التعريفات الفقهية للأداء المميز، فهناك من عرفه بأنه: " الأداء الذي يسمح بوصف العقد وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى " أو هو ذلك الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجباً "، وهو ما دفع البعض إلى القول بأن التنفيذ المقابل من قبل أحد الطرفين في ضوء الاقتصاد الحديث غالباً ما يأخذ شكل نقود وهذا لا يمثل أداءً مميزاً للعقد، والأداء المميز هو الأداء الذي من أجله يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة من النقود، وبعبارة أخرى فهو يعتمد على نوع العقد مثل تسليم البضائع ومنح الحق في استعمال مالٍ معين، كذلك تقديم الخدمات والنقل والعمليات المصرفية والضمان التي غالباً ما تشكل مركز الثقل للوظيفة الاجتماعية والاقتصادية للصفقات التعاقدية [٢]، وهذا المعنى يؤكد على اهمية الاعتماد على الالتزام الرئيسي في العقد والذي يميزه عن غيره ويعبر عن جوهر العقد، وبالتالي يجب الاستناد إليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد[٣].

ولقد ذهب البعض بحق إلى أن فكرة الأداء المميز تهدف إلى وضع معيار مسبق ذي طبيعة موضوعية يكشف عن الصلة الأوثق بالرابطة العقدية في ضوء طبيعتها الذاتية التي يمكن من خلالها تحديد الأداء الجوهري في العقد وذلك لغرض إسناده إلى قانون محل المدين الملتزم بهذا الأداء. ويضيف أن هذه الفكرة تحقق الأمان القانوني للمتعاقدين دون أن تفقد مع ذلك المرونة المطلوبة في الإسناد. فيمكن رعاية توقعات الأطراف من خلال كونها لا تقنع بالإسناد الجامد للعقد إلى القانون الأوثق صلةً به في ضوء مركز الثقل في الرابطة العقدية كما تحدده

(١) نقلاً عن د. بدران شكيب، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٢) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

(٣) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٢٠٦.

ظروف التعاقد وملابساته. وهذه الفكرة تتسم بالمرونة أي أنها واضحة إذ يمكن في إطار كل فئة من العقود ذات الطبيعة الواحدة . مثل عقود بيع المنقولات مثلاً . أن نحدد من البداية الأداء المميز فيها بوصفه المعيار المنضبط الذي على أساسه يتحدد القانون السائد في محل تنفيذه المفترض لهذا الأداء، وهو عمل الإقامة المعتاد للمدين به[١]، وهذه الفكرة ملائمة لتكون ضابط إسناد للقانون الواجب التطبيق على التصرفات التي تبرم في مجال التجارة الإلكترونية، لأنها مرنة وتسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة، فإذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق يعتبر قانون الدولة التي فيها مقر أو مركز الشركة التي تتولى معالجة البيانات وتقديمها هو القانون الواجب التطبيق، بحسبها المدينة بالأداء المميز للعقد محل النزاع[٢]. كما أنه يحقق العدالة، لأن تحديد القانون الأوثق صلة بالعقد يكون عن طريق تجزئة الإسناد نظراً إلى طبيعة العلاقة العقدية، بحيث يخصص لكل فئة من العقود ضابط الإسناد الذي ينسجم وطبيعة هذه الفئة، مما يحول دون تجزئة العقد، ويمنع بالتالي إخضاع تنفيذ الالتزامات المتولدة منه إلى أكثر من قانون تتباين فيها الحلول التي قد تحكم العقد[٣]، مما يؤدي إلى تجنب الصعوبات التي يثيرها تحديد محل إبرام العقد أو تنفيذه أو الموطن المشترك أو جنسية المتعاقدين[٤]. فإذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، فإن القانون الذي يسري هنا

---

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب، المرجع السابق، ص ٤٤٣ وما بعدها.

(٢) انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص ٨٧، وكذلك د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٣) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥، ص ٩٨.

(٤) أنظر د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٠٨.

هو قانون الدولة التي بها مقر أو مركز المدين بأداء الالتزام محل النزاع، بحيث يعد الأداء هنا مركز ثقل الرابطة والعنصر المميز لها[١].

فيجب على القاضي أولاً تحديد الالتزام الرئيسي في العقد من خلال تحليل العقد وحل النزاع المعروض عليه في الوقوف على الأداء المعتبر فيه والي يشكل التزاماً رئيسياً يعبر عن جوهر العقد ومضمونه، ومن ثم تحديد موطن أو محل إقامة المدين بذلك الأداء. وهو ما يتطلب من القاضي القيام بعملية ذهنية لتكيف العناصر الواقعية المرتبطة بالعقد ووزنها في ميزان الإسناد، وهي بذلك تتفق والتركيز الموضوعي للروابط العقدية لأنها تستند في مضمونها على أسس موضوعية لتحديد قانون العقد، وذلك عن طريق تحليل أداءات المتعاقدين، لبيان الأداء المميز بينها بهدف خضوع العقد لقانون الدولة التي يتحقق فيها هذا الأداء المميز، والذي يعد في الوقت نفسه الأداء الرئيسي من مجموع أداءات المتعاقدين، وصولاً إلى تحديد الالتزام الرئيسي فيه، والذي قد يكون محل إقامة المدين بهذا الالتزام عند التعاقد، أو مركز إدارته بوصفه المحل المفترض لتنفيذ هذا الالتزام[٢]. إلا أن الأمر قد يصعب بعض الشيء إذا ما تعدد موطن الأعمال أو المنشأة بالموطن الذي يعد أوثق صلة بالعقد المعني أو تنفيذه، عندئذ يؤخذ بالاعتبار في تحديد الموطن الأوثق صلة بالعقد الظروف المعروفة أو المتوقعة من الأطراف قبل أو عند إبرام العقد، وإذا ما أغفل الأطراف الإشارة إلى هذا الموطن فإن الأمر يستدعي البحث عن استدلال موطن الأعمال المعني من خلال جملة من الظروف، كمحل الإقامة المعتاد للناقل، أو المركز التجاري للمرسل أو الشاحن[٣].

---

(١) أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص ٨٧.

(٢) د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٣) حيث لم تعتد اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية بنسختها لعام ٢٠٠٧، بمادتها (٦/٤و٥) الفقرة " ٤- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه: أ- توجد فيه المعدات ===

نخلص من خلال العرض لمضمون فكرة الأداء المميز، إلى أن أساس هذه الفكرة ينهض على التركيز الموضوعي للرابطة العقدية من خلال البحث عن الأداء الأكثر ثقلاً بين الالتزامات التي تقع على طرفي العلاقة الوفاء بها. وهو ما يعطي للقاضي البحث عن مركز الثقل في مجموعة الأداءات والتركيز على الأداء الأكثر تأثيراً في العلاقة محل البحث، من ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الأساس، حيث يحقق هذا الضابط العدالة في تنفيذ الالتزامات ولا يخل بتوقعات الأطراف، كما أنه يحافظ على وحدة القانون المطبق على العقد وعدم تجزئته، حيث يتسم بملاءمته لكل طائفة من طوائف العقود، فضلاً عن، ثباته ومرونته وبساطته إذا ما قورن بأي معيار آخر.

ثانياً: تحديد من هو صاحب الأداء المميز في سند الشحن

اختلف الفقه القانوني في ميدان التجارة الدولية بشقيها التقليدي والإلكتروني في مسألة تحديد من هو صاحب الأداء المميز.

حيث يذهب رأي في الفقه، إلى أن الغالب أن يكون المدين بالأدء المميز من التجار المحترفين مثل شركات التأمين بالنسبة للخدمات التأمينية التي تقدمها لعملائها من المتعاقدين معها، أو الناقل بالنسبة للمتعاقدين معه من المسافرين أو اصحاب البضائع المنقولة، أما التزام عملائهم بدفع الثمن أو المقابل فهو التزام غير مميز؛ لأنه لا يختلف في طبيعته من عقد لآخر

=== التكنولوجية الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد، أو ب- يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل منه إلى نظام المعلومات المعني، الفقرة " ٥- أن مجرد استخدام الطرف اسم أو نطاق أو عنوان بريد الكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد". كما أن المادة (٥) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً بنسختها لعام ٢٠٠٩، لم تشر إلى ما يدلل على استخدام مكان وجود المعدات التكنولوجية أو عنوان الموقع الإلكتروني كمقر عمل مفترض، وإنما أشارت إلى مكان التسلم وميناء التحميل، يقابله مكان التسليم وميناء التفريغ، في مادتها الخامسة.

من العقود الملزمة للجانبين، ولا يعد بهذه المثابة التزاماً رئيسياً في هذه العقود[١]، لذا فإنة مقدم الخدمة أو البائع أو الناقل هو المدين بالقيام بالأداء المميز في العقد، فيكون لقانون دولته القول الفصل في حكم العقد[٢]، وعلى ذلك يعد أداءً مميزاً التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، أو التزامه التزامه بنقل الملكية، أو التزام المورد بتوريد المعلومات وخدمات الاتصال عبر الشبكة، على اعتبار أن هذه الأداءات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي للعملية التعاقدية[٣].

كما أن الدور الوظيفي الذي يؤديه كل متعاقد في الحياة الاقتصادية جاء مؤيداً لدور الملتزم بالأدء . الناقل . الذي يعتبر دوره أكثر فاعلية وتاثير من دور العميل . الشاحن .[٤]. وتبرير ذلك أن تطبيق قانون دولة الناقل يحافظ على وحدة وتماسك العقد لأن أغلب عناصره الأساسية يتقرر وقوعها في هذه الدولة، فالناقل في هذا الفرض يكون هو المكلف بالأداء المميز الذي يخضع لقانون السوق في مكان منشأته. حيث يرسخ تطبيق هذا القانون انشطته وقدرته على تنظيمها طبقاً لهذا القانون[٥]، مما يجعل من الناقل هو صاحب الأداء المميز بالنسبة لسند الشحن في ميدان التجارة الإلكترونية. وهو ما اكدته المادة (١٦) من قانون الاونيسترال النموذجي لعام ١٩٩٦، بنصها في بعض فقراتها على ما يضطلع به الناقل وبالنتيجة يعد من أداءه مميزاً وهذه الفقرات هي: " الفقرة (أ/٣و٤)٣- إصدار إيصال بالبضائع. ٤- تأكيد إن البضائع قد جرى تحميلها، وكذلك الفقرة (ب/١)١- إبلاغ أي شخص بشروط العقد وأحكامه. والفقرة (ج/٣)

(١) د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

(٢) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص ١٠٣-١٠٥.

(٣) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٠٧.

(٤) د. عبد المنعم زمزم، مرجع سابق،ص١٩٢.

(٥) د. ابراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص٢٠٣.

٣- الإخطار بوقوع هلاك أو تلف للبضائع. واخيراً الفقرة (هـ) التعهد بتسليم البضائع إلى شخص معين بالأسم أو إلى شخص مرخص له بالمطالبة بالتسليم[١].

إن جميع ما قيل في الاتجاه السابق بترجيح قانون دولة البائع أو المورد أو الناقل على حساب قانون دولة العميل أو الشاحن باعتبار جميع العناصر ذات الفاعلية قد تم وقوعها في دولة الأول، لم يلقى القبول لدى رأي آخر، حين ذهب إلى أن دور العميل أو المستخدم في عقود التوريد والخدمات عبر الشبكة قد يكون دوراً إيجابياً ولا يقتصر على دفع الثمن فقط، فهو يتحمل البحث عن المعلومات والبيانات التي تساعده في إتمام عملية التعاقد[٢]، وكذلك الحال بالنسبة لفكرة التباين في المركز الاقتصادي بين طرفي العقد لا يمكن الاعتماد عليها كأساس للجزم بأن أداء الناقل أكثر تميزاً من أداء العميل، لأنها فكرة خارجة عن نطاق العقد، وليست من مقوماته ولا تعطي المنتج أي أفضلية على كونه صاحب الأداء المميز[٣]. فضلاً عن أن الوسط الإلكتروني يعطي الفرصة لمورد المعلومات أن يوجه نشاطه خارج حدود منشأته، وهو ما يعني تناقص الاندماج الاقتصادي للمدين بالأداء المميز في دولته، حيث اصبح نشاط المنشأة الافتراضي بسيط ومحدود في الدولة التي توجد فيها على عكس اتساع نطاقه خارج حدود دولته، ذلك بسبب انفتاح الشبكة[٤].

أما بالنسبة لتقرير (Lagarde) لم يحقق مبتغاه عندما أقر مزج فكرة الأداء المميز للدولة التي يتم فيها تسليم المقابل النقدي للتعاقد وهي دولة البائع أو الناقل في ميدان هذا البحث،

---

(١) وقد جاءت المادة ٢٠ من قانون التجارة الإلكترونية البحريني لعام ٢٠٠٢، مطابقة لهذا النص.

(٢) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص ١٠٦.

(٣) د. عبد المنعم زمزم : مرجع سابق، ص ١٩٤.

(٤) د. فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت ـ دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٢، ص ١١٧.

فالالتزام بأداء الثمن التزام غير مميز لأنه لا يختلف في طبيعته عن أي عقد آخر من العقود الملزمة للجانبين، ولا يعد بهذه المثابة الالتزام الرئيسي في هذه العقود[١].

وقد جسدت هذا المعنى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ إذا استلم البائع أو وكيله أو نائبه طلب الشراء في الدولة التي يوجد بها الموطن المعتاد للمشتري أو توجد بها منشأته التي قدمت طلب الشراء فإن القانون الداخلي لتلك الدولة يكون هو القانون الواجب التطبيق على عقد البيع، في هذه الحالة يستبعد قانون دولة البائع ليطبق قانون دولة المشتري ،كما نصت الفقرة الثانية من المادة الثانية من الاتفاقية لاهاي لعام ١٩٨٦، على تطبيق قانون الدولة التي يوجد بها المركز التجاري ، للمشتري وقت إبرام العقد، من خلال تحقيق ثلاثة أمور:

١. إذا تمت المفاوضات وإبرام العقد بحضور الطرفين في دولة المشتري.

٢. إذا أشتمل العقد على نص صريح يوجب على البائع تسليم المبيع في دولة المشتري.

٣.إذا أبرم العقد وفقا لشروط حددها المشتري[٢].

ومنذ ١٧ ديسمبر ٢٠٠٨، أخذ الاتحاد الأوربي يخضع تنازع القوانين في الالتزامات التعاقدية لتطبيق نظام روما رقم ٥٩٣ لسنة ٢٠٠٨ الصادر عن البرلمان الأوربي المعروف بنظام روما (١) والذي نص في المادة (F/١/٤) على أنه: " في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون، فإن العقد سوف يحكمه قانون الدولة التي يقيم فيها العميل بصورة معتادة " ويهدف هذا

---

(١) د. عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(١) ليس من المهم بحث سلطان النائب أو الوكيل ،فالمسالة هنا ليست قانونية دائما وإنما واقعية يقصد بها التعرف على المكان الذي يوجد فيه النائب أو الوكيل وقت تلقيه الطلب، فإذا كان قائما في بلد المشتري أو منشاته يكون قانون بلد المشتري هو قانون الواجب التطبيق ،نقلا عن :ثروت حبيب ،دراسة في قانون التجارة الدولية ،القاهرة ،١٩٧٥،ص٢١٠.

القانون إلى دعم القانون الذي تطبقه محاكم دول للاتحاد الأوروبي أكثر ما يهدف إلى حماية طرف معين في العقد[١].

والملاحظ من خلال هذا العرض أن الناقل يعد، هو صاحب الأداء المميز بالنسبة لسندات الشحن الإلكترونية، لأن إصدار سند الشحن يتم على إقليم دولته أو مقر عمله المفترض أو المعلن عنه على صفحات شبكة المعلومات[٢]، وهو ما نميل إليه، كما أنه يلتزم بإصدار سند الشحن متضمناً البيانات التي تخص البضاعة ومكان تسليمها، فضلاً عن، اتخاذه كافة الإجراءات القانونية التي تتعلق بشحن البضائع على وسائط النقل التي يملكها والمحافظة عليها من التلف أو الهلاك، وتسليمها في الزمان والمكان المتفق عليهما مع الشاحن، إضافة إلى أن دور الناقل يعتبر دوراً فاعلاً بالنسبة لوجود سند الشحن وتنفيذه على خلاف دور الشاحن أو المرسل إليه الذي يعتبر موقتاً وعارضاً، لان الأخير قد يتغير مركزه من عقد إلى آخر على خلاف الناقل.

---

(١) انظر نظام روما للقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية لعام ٢٠٠٨ المعروف بقانون روما (١) منشور على الرابط الإلكتروني:

www.eur
lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=en&type_doc=Regulation&an_doc=2008&nu_doc=593

سحب بتاريخ ٢٠١٢/١٠/١٢ ساعة ١٢:٢٣ م GMT.

(٢) انظر نص المادة (٧٢) من قانون النقل العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٨٠، والمادة (١٩٩/ ١) من قانون التجارة البحرية المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٠، والتي جاء نصها " يصدر الناقل بناء على طلب الشاحن عند تسلم البضائع سند شحن "، والمادة (١٨) من قانون ١٨ حزيران ١٩٦٦ الفرنسي، والمادة (٣/ ثالثا) من القانون الإنجليزي لعام ١٩٧١، وكذلك القانون الأمريكي لعام ١٩٣٦، وكذلك المادة (١/١٤) اتفاقية هامبورج لعام ١٩٨٧، والمادة (١٤) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لعام ٢٠٠٩.

إلا أن هذا التحديد قد يكون من الصعوبة العمل به في ظل عالم افتراضي يرتكز على البيانات والرموز التي يتم تداولها عبر نظام معلوماتي لا يعترف بالتركيز المادي، وهو ما يصعب معه تحديد مكان وجود الناقل أو مقر عمله، ومع هذه يمكن أن نعتمد الحل الذي اوجدته اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، والتي جاءت بحل في المادة (٦) افترضت فيه أن مقر عمل الطرف، هو ذلك المكان الذي يعينه، ما لم يثبت العكس، وفي حالة عدم تعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل، هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، أما إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، فيؤخذ بمحل اقامته المعتاد، مع ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار أن مقر العمل لا يعتبر كذلك لمجرد تواجد المعدات التكنولوجية الداعمة لنظام تبادل المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد، أو يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني، كما أن مجرد استخدام الطرف لنطاق أو عنوان إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد[١].

ومفهوم المنشأة كما حددته محكمة العدل الأوربية، يعني ممارسة فعالة لأنشطة اقتصادية من خلال تجهيزات وأدوات ثابتة ولمدة غير محدودة، بناء على ذلك فأن موقع المنشأة التي تورد المعلومات من خلال قنوات شبكة الانترنت، هو المكان الذي يمارس فيه الأخير انشطته الاقتصادية. وكنتيجة لذلك لا يكون لمكان تواجد التجهيزات الخاصة بالموقع، ولا مكان وجود الموقع الذي يمكن الوصل اليه، أي اعتبار عند تحديد موقع هذه المنشأة، وعند تعدد المنشآت

(١) وهذا الحكم مطابق لنص المادة(١٠) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ٢٠١١، التي جاء نصها بأنه: " (أ) إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، (ب) إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد ".

التي يمارس من خلالها المورد نشاطه، فان المنشأة محل الأعتبار هي التي ترتبط بالخدمة محل البحث، وإذا كان من الصعوبة تحديد ذلك فأن المنشأة التي يعتد بها، هي تلك التي يمارس فيها المرود نشاطه بشأن الخدمة محل النزاع، حيث تعد عندئذ انها تؤدي الأداء المميز. ويمكن التعرف على المنشأة التي يمارس فيها المدين بالأداء المميز نشاطه من خلال التزامه بالإعلان عن عنوانه الجغرافي. وهو ما أخت به المادة (٥/١/أ) من التوجه الاوربي الخاص بالتجارة الالكترونية لعام ٢٠٠٨، حيث يطبق قانون دولة العميل أو الطرف الآخر، باعتباره الدائن بالأداء المميز عند عدم احترام المورد للالتزام بالإعلام عن موقعه الجغرافي أو العمل على إخفائه[١]، وبذات المعنى استبعدت اتفاقية روما في المادة (٤/٥) منها دولة الناقل للأداء المميز، إذا تبين من خلال الظروف والملابسات أن العقد يتصل بروابط أوثق صلة بدولة أخرى[٢]. حيث يكون على القاضي في هذه الحالة تطبيق قانون الموطن الافتراضي إذا كان قابلاً للتحديد، وإلا فإنه يطبق قانون الإقامة العادية للدائن بالأداء المميز[٣]. وهو الشاحن أو المرسل إليه.

الفرع الثاني

الموقف القانوني من فكرة الأداء المميز في ميدان التجارة الالكترونية

لاقت فكرة الأداء المميز ترحيباً من بعض التشريعات والاتفاقيات الدولية فالمادة (٤/٢) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ تقرر أنه: " عند انعدام الاختيار الصريح، يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها برابطة أكثر وثوقاً، وتعد تلك الرابطة موجودة في الدولة التي توجد فيها

(١) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص ١٠٨-١٠٩.

(٢) د. عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٣) د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، مرجع سابق، ص ١٠٩.

الإقامة العادية وقت إبرام العقد، للطرف الذي يقدم الأداء المميز" [١]، وعلى الرغم من أنها اعتمدت على الفكرة التي مفادها أن القانون الذي يحكم العقد . في حالة غياب الاختيار الإرادي الصريح أو الضمني . هو قانون الدولة التي يرتبط معها العقد بأوثق الصلات، والتي قد توحي بأنها تبنت فكرة توطين أو تركيز العقد، إلا أن موقفها من هذه النظرية كان متميزاً، فقد حاولت أن تفسر مدلول عبارة " قانون الدولة التي يرتبط بها العقد بأوثق الصلات " بعبارة تفيد أن هذه الاتفاقية قد تبنت حلولاً مستنبطة من طبيعة العقد ذاته[٢].

والمهم من نصوص هذه الاتفاقية هو نص المادة (٤/٤)، والتي أقامت قرينة خاصة بعقود نقل البضائع إذ قررت أن قانون بلد مركز إدارة الناقل هو الأكثر صلة بالعقد إذا ما كان هو أيضاً وفي الوقت نفسه البلد الذي يتم فيه الشحن أو التفريغ أو هو ذلك البلد الذي يوجد فيه المحل التجاري الرئيسي للمرسل.

نستخلص من نص هذه الفقرة أن الاتفاقية قد وضعت قرينة يمكن من خلالها استنباط القانون الأكثر ارتباطاً بالعقد، مفادها أن قانون مركز إدارة الناقل . للطرف المدين . بالأداء المميز وقت إبرام العقد يعبر عن القانون الأوثق صلة بالعقد. فمتى ما تم تحديد الأداء المميز في العقد تم تحديد الشخص المدين به، وبهذا التحديد يمكن تحديد قانون مركز إدارته المعتاد وقت التعاقد بوصفه القانون الواجب التطبيق على العقد، إذا ما كان هو أيضاً في الوقت نفسه البلد الذي يتم فيه الشحن، أو أن يكون في فرضية أخرى، هو البلد الذي يوجد فيه المحل التجاري الرئيسي للمرسل في إطار قيامه بإدارة عمله التجاري، فإن الدولة المعنية هي الدولة التي يوجد فيها محله

---

(١) انظر نص اتفاقية روما منشور على الرابط الالكتروني"

?. www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do

سحب بتاريخ: ٢٠١٢/٧/٢٦، س ٢١:٢٠ م GMT.

(٢) انظر د. بدران شكيب، المرجع السابق، ص١٦٨.

التجاري الذي يمارس من خلاله نشاطه التجاري، على اعتبار أن هذا المحل أو المركز التجاري أوثق صلة بالعقد، من ثم فإن قانون المدين بهذا العمل هو الذي يطبق على عقد النقل.

كما أن اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ والخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، أخذت في مادتها الثالثة بضابط الأداء المميز عندما اعتدت بمحل الإقامة المعتاد للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد كضابط إسناد رئيسي لتعيين العقد، على اعتبار أن التزام البائع هو الأداء المميز في العقد[١]، وبذات الاتجاه أخذت اتفاقية مكسيكو لعام ١٩٩٤حيث نصت المادة (٩) منها على أنه في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على عقدهم، أو تبين أن اختيارهم غير فعال يطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها العقد اتصالاً وثيقاً، ويجب على المحكمة أن تفحص كل العناصر الموضوعية والشخصية المتصلة بالعقد لتحديد قانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة[٢].

وهذا الاتجاه هو ما أخذت به المادة (٢/٦) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، حيث فرضت في حالة تعدد مقر العمل بأن مقر العمل المعتبر هو المقر الأوثق صلة بالعقد، مع الأخذ بنظر الاعتبار الظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه[٣]، والحكم ذاته اكدته المادة (١٠) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ٢٠١١، التي جاء نصها بأنه: " (أ) إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقعانها

(١) انظر بهذا المعنى د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(٢) نص هذه الاتفاقية مشار إليه لدى د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص ١٠٣.

(٣) رقم الوثيقة ISBN 978-92-1633033-0 منشورات الأمم المتحدة، نيويورك ٢٠٠٧.

قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، (ب) إذا لم يكن لأحد الطرفين مكان عمل، وجب الأخذ بمكان إقامته المعتاد ".

والملاحظ أن الاتفاقية قررت إعطاء الاختصاص التشريعي في حالة غياب اختيار الأطراف لقانون الدولة الأكثر صلة بالعقد، وأقامت قرينة عامة يمكن من خلالها استخلاص القانون الأكثر صلة بالعقد بالاعتماد على فكرة الأداء المميز، وجعلت قانون مركز إدارة الناقل أو محل الإقامة المعتاد للمدين به، هو القانون الواجب التطبيق، وقررت أن هذه القرينة العامة قابلة لإثبات العكس، وذلك عن طريق إثبات أن العقد يرتبط بصلات أوثق مع قانون دولة أخرى يختلف عن قانون محل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز.

ويشير الأستاذ Lagarde . فيما يتعلق بتحديد الموقع الجغرافي للأداء المميز . إلى أنه من الطبيعي أن تهيمن الدولة التي يكون فيها للطرف المدين أو الملتزم بالتنفيذ محل إقامة معتاد، والذي يعد أمراً حاسماً لتحديد مكان العقد. وعلى سبيل المثال فإن قانون دولة المؤسسة المصرفية التي تم معها التعاقد سوف يحكم العقد المصرفي وكذلك الحال في عقد الوكالة المبرم في فرنسا بين شركة فرنسية ووكيل تجاري بلجيكي فإن الأداء المميز هو ذلك الأداء الخاص بالوكيل والعقد سوف يحكمه القانون البلجيكي إذا كان للوكيل محل تجاري في بلجيكا [1].

أما بخصوص التشريعات المقارنة، فالقانون الدولي الخاص السويسري يعد من بين التشريعات التي تبنت نصوصاً حدد بها القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة في فرض غياب الاختيار الإرادي للأطراف وأقام قرينة عامة على تحقق الارتباط بين العقد وقانون دولة محل الإقامة المعتاد للطرف الذي ينبغي تقديم الأداء المميز في العقد وقرر أن هذا المحل يتحدد بمركز إدارة المحل التجاري إذا ما كان العقد قد تم إبرامه عند ممارسة نشاط مهني أو

(١) نقلاً عن سلطان عبدالله محمود، المرجع السابق، ص١٠٢.

تجاري لأحد الطرفين. ولكن تكمن خصوصية هذا القانون في أنه أولى عناية أكبر من الاتفاقية بضرب الأمثلة على ما يمكن أن يعتبر بمثابة أداء مميز على وجه الخصوص.

فبعد أن أورد مبدأً عاماً في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الاختيار وهو إخضاع العقد لقانون الدولة التي يكون العقد لها أوثق الصلات به (المادة ١١٧/ الفقرة١) نص في الفقرة الثانية منها على ما يلي:-

" ٢ . ويفترض أن هذه الصلات توجد (أو تتحقق) في الدولة التي يكون فيها محل إقامة الطرف الذي ينبغي له تقديم الأداء المميز في العقد، أو التي بها مكان مركز إدارة محله التجاري إذا ما كان العقد قد تم إبرامه من خلال ممارسته لنشاطه المهني.

٣ . ويعد على وجه الخصوص أداءً مميزاً للعقد:-

أ : أداء المتصرف في عقود نقل التصرف.

ب : أداء المعير في عقود عارية الاستعمال التي تقع على شيء أو حق.

ج : أداء الخدمة في عقد الوكالة أو عقد المقاولة أو أية عقود أخرى موضوعها أداء خدمة.

د : أداء المودع لديه في عقد الوديعة.

هـ : أداء الضامن أو الكفيل في عقود الضمان والكفالة " [١].

ويمكن القول بأن القانون الدولي الخاص الفيدرالي السويسري كان أكثر تمسكاً بفكرة الأداء المميز في العقد. فموقفه يتجلى بالفرض الذي يغفل فيه أطراف العقد تحديد القانون الواجب التطبيق صراحةً أو ضمناً، فهو يقرر وبشكل نهائي خضوع العقد لقانون الدولة التي يرتبط معها بأوثق الصلات ويقيم قرينة على تحقق أكبر الصلات للعقد مع قانون الدولة التي

(١) أشار لهذه المادة د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

يكون فيها محل الإقامة المعتاد للطرف المدين بهذا الأداء، فلم ينص هذا القانون على إمكانية إثبات عكس هذه القرينة العامة، وعليه فإن القاضي السويسري لا يستطيع أن يعتبر أن القانون الواجب التطبيق والأكثر صلةً بالعقد هو قانون آخر غير قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للمدين بالأداء المميز.

كما أخذ بهذا الاتجاه القانون الأردني الخاص بالتحكيم الصادر عام ٢٠٠١ حيث جاءت المادة (١٣٦/ب) بالقول: " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع "[١]، وهذا النص واضح الدلالة على اعتداده بفكرة الأداء المميز عند عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق.

وقد تبنى القضاء فكرة الأداء المميز، ففي حكم لمحكمة استئناف جرينوبل عام ١٩٩٥ بشأن عقد بيع أبرم بين شركة إيطالية مركزها الرئيسي في ايطاليا ومشتر فرنسي، حيث قضت المحكمة بتطبيق القانون الايطالي بوصفه قانون المدين بالأداء المميز في العقد[٢]، كما أن القضاء الأمريكي أخذ بفكرة الأداء المميز في العديد من أحكامه، منها على سبيل المثال، الحكم الذي ذهبت فيه محكمة نيويورك بأن مجرد امتلاك الموقع في جورجيا واستخدامه من سكان نيويورك ليس كافياً لتطبيق قانون نيويورك لعدم وجود فائدة ينتج عنها أداء مميز تقدمه الشركة المدعية[٣].

---

(١) نصوص هذا القانون منشور على الموقع الالكتروني:
http://justice-lawhome.com/vb/showthread.php?p=11386
، سحب بتاريخ:٢٠١٢/٧/٢٥،س ١٨:٢٣م GMT.

(٢) انظر الحكم مشار إليه لدى د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق،ص ١٠٠.

(٣) انظر د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص٢٠٨.

ونحن نميل إلى القول بأنه يمكن تطبيق نظرية الأداء المميز بشأن سندات الشحن الإلكترونية، على أساس أن سندات الشحن الإلكترونية تبرم عن طريق منافذ شبكة المعلومات والاتصالات وتنفذ في المجال المادي خارج الشبكة عند تسليم البضائع محل الشحن في ميناء الوصول أو التفريغ، لأنها نظرية مرنة تسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي ترتبط بالعقد برابطة وثيقة، هي قانون محل إقامة أو مركز المرسل إليه أو الشاحن، مع ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار أن هذا النمط من التصرفات التي تبرم عبر الشبكة وتنفذ خارجها أي أنها لابد فيها من تركيز مادي عند تنفيذها، فضلاً عن أن المتعاملين عبر الشبكة هم من كبريات شركات النقل والشحن الدولي للبضائع التي تسعى إلى تحقيق قدر من الربح عبر إصدار سندات شحن إلكترونية تتسم بالسرعة وقلة التكلفة. هذا إلى جانب الأمان القانوني الذي توفره الشبكة، مما يجعل من المتعاملين بهذه النمط من السندات من المحترفين وذوي الخبرة في ميدان التجارة الإلكترونية وهو ما يعني استبعاد فكرة الطرف الضعيف أو المستهلك الذي لا يدرك مخاطر التعامل بهذه السندات عبر قنوات شبكة المعلومات والاتصالات.

المبحث الثاني

مدى خضوع سند الشحن للقانون الموضوعي الالكترونية

تمهيد وتقسيم:-

مع اتساع التعامل التجاري عبر الشبكة العالمية والتطور المتلاحق لخدمات الاتصالات أصبحت مفاهيم كالانفتاح والعالمية واللامادية واللاحدود تتنافى مع أساس التنظيم الوطني للتجارة الإلكترونية، مما أوجد نوعاً من النقص في قواعد التنازع كمنهج في حل منازعات العقود – الدولية – الإلكترونية، من خلال إيجاد نظم بديله بالاعتماد على التنظيم الذاتي لتقنيات الشبكة وتشجيع قيام القطاع الخاص بهذا الدور بوصفه بديلاً عن زيادة اللوائح التنظيمية الحكومية في مجالات مثل وضع المعايير وامن المعلومات وإدارة المحتوى[1]. وهذا التنظيم الذي يقوم على أساس إيجاد قواعد مستمدة من ذات الوسط الإلكتروني تحكم ما ينشأ عنه من منازعات يثير تساؤلاً عن مدى إمكانية هذه القواعد في حكم المنازعات التي تثيرها التجارة الإلكترونية وتحديد القواعد التي تحكمها، ولأجل الإجابة عن هذا التساؤل نقسم هذا المبحث إلى مطلبين يعالج الأول ماهية القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، وينصب الثاني على مدى كفاية القواعد الموضوعية الإلكترونية لحكم سندات الشحن الإلكترونية.

---

(١) الاونكتاد، اثار المقترحات الاخيرة الرامية الى اقامة اطار عالمي للتجارة الإلكترونية على التجارة والتنمية ،منشور ضمن كتاب التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠٠، ص٧٨.

المطلب الأول

ماهية القواعد الموضوعية الإلكترونية

إن الصعوبات التي أثارتها قواعد التنازع عند تطبيقها على المعاملات التجارية الإلكترونية، أوجدت ضرورة للبحث عن قواعد تنسجم والوسط الإلكتروني الذي يتم من خلاله إبرام التصرفات محل البحث، من خلال بيان مفهوم هذه القواعد في ضوء تعريفها وخصائصها، فضلاً عن البحث في مصادر هذه القواعد وطبيعتها، وهو ما يتوجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الأتي:-

الفرع الأول

مفهوم القواعد الموضوعية الإلكترونية

للإحاطة بما قد تعنيه القواعد الموضوعية، نحاول البحث في تعريف القواعد الموضوعية، من ثم تحديد اهم خصائصها، وعلى النحو الآتي:-

أولاً: تعريف بالقواعد الموضوعية الإلكترونية

تعددت المصطلحات المستخدمة في الفقه للتعبير عن القواعد المعنية بتنظيم المعاملات عبر شبكة الإنترنت، ومن أمثلة تلك المصطلحات، مصطلح القانون الإلكتروني، والقانون الافتراضي، والقانون الموضوعي الإلكتروني[1].

(١) أنظر د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٣٢.

ويعرف القانون الموضوعي الإلكتروني، بأنه: " مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للشبكة، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة، وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات "[١]، فهو يشكل تنظيماً قانونياً ذا طبيعة موضوعية وذاتية خاصة بالعمليات التي تتم عبر شبكة الانترنت[٢]، وهناك من يعرفها بأنها مجموعة من القواعد التي تتسم بالموضوعية أو المادية ذات المضمون الدولي العالمي الموجودة أصلاً أو المعدة خصيصاً لتعطي حلاً مباشراً ينهي أو يتفادى وقوع تنازع القوانين ذات الطابع الدولي[٣] فهو بهذا المعنى يعد قانوناً تلقائي النشأة، وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل، والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر تقنيات الاتصال الرقمي، ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات[٤]، وفي الواقع أن قواعد القانون الدولي الخاص المادية – الموضوعية – في عمومها، هي قواعد وطنية يراد منها وضع أحكام تتعلق بالعلاقات الخاصة الدولية وجد أنها أكثر وفاء بمتطلبات المعاملات الدولية من تلك القواعد التي أريد بها تنظيم العلاقات الوطنية البحتة[٥].

والملاحظ بأن هذه القواعد تضم مجموعة من العادات والاتفاقات والقواعد التي أوجدتها التعاملات التجارية الدولية ذات طابع دولي تتسم بخصائصها ومصادرها المتعددة التي تستجيب بمضمونها لحل النزاعات التي تتم عبر شبكة الاتصالات، وعلى الرغم من اختلاف التعريفات

---

(١) أنظر نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٨٢.

(٢) د. أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الاعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد في كلية الشريعة والقانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة، من ١٠ – ١٢ مايو ٢٠٠٣، ص١٦٦٢.

(٣) أنظر د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٧، ص ٣٩.

(٤) أنظر د. جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص ١٣٢-١٣٣.

(٥) د. عصام القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين..، المرجع السابق، ص ١٦٢١.

التي أوجدها الفقه حول مفهوم القواعد الموضوعية الإلكترونية، إلا أن اللافت للنظر أن هناك أرضية يتفق عليها الفقه هي أن تلك القواعد الموضوعية، هي التي تعطي بمضمونها حلولاً مباشرة في القانون الواجب التطبيق الذي يحكم موضوع النزاع عبر العالم الافتراضي.

وهذا التحديد يدلل على الأمور الآتية:-

١- أنها قواعد ذات سمة قانونية لها خصائصها العامة كون معظم مصادر هذه القواعد مستمدة من العادات والأعراف التجارية التي أصبحت محل اعتراف وتقدير دولي، فضلاً نصوص التشريعات الوطنية ذات السمة الإلكترونية أو الأحكام والقضائية في ميدان التجارة الإلكترونية.

٢- أنها تعطي الحل المباشر والموضوعي للنزاع حيث تجسد بمضمونها الحكم القانوني لا مجرد البحث عن القانون الواجب التطبيق، مما يعني سهولة تطبيقها والعلم المسبق بها كونها تتصل مباشرة بالقاضي أو المحكم.

٣- أنها تؤدي إلى حسم النزاع أو تتفاداه، بما يعني أنها تمنع نشوء النزاع والتنازع بين القوانين وتقلل إلى حد كبير من فرص نشوء النزاع في المستقبل أولاً، مما يتيح للأطراف حسن التفاهم وتنفيذ الالتزامات بشكل سليم دون أي نزاع ثانياً[١].

إن التطورات التي شهدتها العلاقات القانونية التي يتم إبرامها عبر شبكة الاتصال، دعت إلى إيجاد قواعد موضوعية التطبيق تتسم بالمباشرة في التطبيق، وتحكم ما ينشأ عنها من منازعات قد تثور بين طرفي العلاقة، فالمعلومات التي تشكل حجر الأساس في نهوض عقود المعلومات لا يمكن تقييدها بمكان معين أو بإقليم معين، فالأرقام والبيانات التي يتم من خلالها إبرام التصرفات القانونية، لا يمكن إدراكها إلا من خلال أجهزة آلية تتسم بالتعقيد والدقة، ولا يتصور أن تحكم بذات ضوابط الإسناد التقليدية، ومثل هذه القواعد الموضوعية تساعد على

(١) أنظر د. محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص ٤٠-٤١.

انسياب المعلومات ومواكبتها للتطورات المتسارعة التي تمر بها تقنيات الاتصال والمعلومات، مما ينبغي معه أن تكون هناك قواعد موضوعية ذات طابع متنوع وتلقائي الوجود، فضلاً عن اتسامها بطابع الدولية.

ثانياً: خصائص القواعد الموضوعية الإلكترونية

ولا بد من القول بأن هذه القواعد تتسم بخصائص مستمدة من طبيعتها ومن العلاقات المتطورة التي تحكمها، وهي ما نجمله بالآتي:-

أ- قواعد طائفية ونوعية

هذه السمة ترتبط من ناحية، بالأشخاص المخاطبين بتلك القواعد، فهي هنا تخاطب طائفة معينة، هم مستخدمي الشبكة، أفراداً أم هيئات، تجاراً أم مستهلكين، أما الناحية الثانية، فترتبط بنوعية القواعد، فهذه الأخيرة لا تنظم إلا نوعاً معيناً من المعاملات والمسائل، وهي تلك التي تنشأ في ميدان التعاملات التي تتم عبر شبكة الاتصالات، ولا تقتصر هذه السمة على ما سبق بيانه، بل تمتد إلى المؤسسات أو الهيئات التي تطبق تلك القواعد، وما نقصده هنا هو القضاء الافتراضي أو التحكيم الإلكتروني، الذي يتميز بخصوصية قواعده وأحكامه وإجراءاته، مما يجعل للقواعد الموضوعية الإلكترونية طريقاً موثوقاً للتطبيق ويكفل لها احترام المتعاملين عبر الشبكة[١]، وبهذه الخصوصية صارت الوسيلة الفعالة والوحيدة دون سواها في هذا الخصوص، لأنها شرعت خصيصاً من أجل أن تحل مباشرة ما يثور بشأنها من مشاكل[٢].

ب-أنها قواعد تلقائية

(١) أنظر د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٤٢.

(٢) أنظر د. محمد عبد الله المؤيد، المرجع السابق، ص ٦٤.

تعني هذه الخصيصة، أن القواعد الموضوعية تعد كلها ذات نمو تلقائي، بمعنى أنها قواعد يتبعها المهنيون ومقدمو الخدمات والمستخدمون للشبكة، فهو لم يصدر عن سلطة وطنية لأن شبكة المعلومات لا يقوم على تنظيمها جهة رسمية مركزية، ولا تحتاج إلى تدخل السلطة العامة لتطبيقه[١]، والتي يجري عليها العمل في أوساط الشبكة من أعراف وممارسات وتقاليد، وهذا النمو التلقائي يعني في الحقيقة عدة أمور أولها: أنها تلقائية الصدور، بمعنى أنها خرجت من مجتمع معين توافرت فيه شروط معينة دون أن تمر بقنوات سن التشريعات الرسمية[٢]، وثانيهما: أنها تتفق مع توقعات الأطراف على الشبكة، لأنهم هم من وضعوا أسس هذه القواعد بممارساتهم وعاداتهم، وأخيراً، مرونة القواعد الموضوعية جعلتها تتحسس وتتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي من مؤثرات تقنية واقتصادية أو حتى سياسية، فهي في الأصل جاءت لتلبية حاجات المتعاملين عبر الشبكة[٣].

ج- أنها قواعد موضوعية عبر الدولية

تدلل هذه الصفة على أن هذه القواعد تعطي حلاً موضوعياً لأساس النزاع مباشرة، ولا تحيله إلى قانون وطني لاستخلاص حل موضوعي، كما هو حال قواعد التنازع، فهي هنا تشبه قواعد القانون الوطني الذي يطبق مباشرة على المسألة محل النزاع، إلا أن قوام القواعد الموضوعية هو العادات والأعراف والممارسات التي التزم بها المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية[٤]، كما أنها تختلف عنها من حيث التطبيق، فالقاعدة الوطنية يتحدد نطاقها بإقليم الدولة الجغرافي دون سواه، بينما تتسم القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية بأنها دولية وتطبق

(١) د. أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية ..، المرجع السابق، ص ١٦٦٢.

(٢) أنظر د. محمود جمال الدين، المرجع السابق، ص١٤٢.

(٣) أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٥٩.

(٤) أنظر د. محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص١٤٠.

عبر الحدود، على أساس أن شبكة الاتصالات لا تخضع لهيمنة منظمة أو هيئة أو سلطة إقليمية أو عالمية، بل هي مستمدة من طبيعة المعاملات التي تحكمها هذه القواعد[١].

الفرع الثاني

مصادر القواعد الموضوعية الالكترونية وطبيعتها

تتميز التجارة الإلكترونية بتعدد مصادر القواعد التي تحكمها وينجم هذا التعدد من حداثة البيئة الإلكترونية وعدم استقرار التوازن بين مصلحة الحكومات في التدخل التنظيمي وبين حرية الأفراد – أو بشكل أدق القطاع الخاص– وقدرته على التنظيم. ذلك أن التدخل الحكومي كمصدر للقاعدة الموضوعية يسمى التشريع الوطني، وان القدرة التي يحوزها المتعاملون في التجارة الإلكترونية على التنظيم تسمى القانون الذاتي أو المرن، أما المرجع الثالث الذي يتضمن قواعد موضوعية خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية هو الاتفاقيات الدولية وسائر الجهود الدولية، وهذا الحداثة في النشوء اثرت على الطبيعة القانونية التي تتسم بها هذه القواعد، من حيث تمتعها بسمة القواعد القانونية من عدمها، وهذه الأمور نبحثها على النحو الآتي:–

أولاً: مصادر القواعد الموضوعية الإلكترونية

تتنوع مصادر القواعد القانونية بين تلك التي تستمد من القواعد الدولية، والتي تستمد من قواعد السلوك والعقود النموذجية للمتعاملين في التجارة الدولية، فضلاً عن التشريعات الداخلية التي تنظم المعاملات الإلكترونية، وهذه المصادر نبحثها على التوالي:–

(١) أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٦٠.

١ – الاتفاقيات الدولية

تعد الاتفاقيات الدولية من أهم أدوات توحيد القواعد الموضوعية في شتى المجالات، وتتركز، على وجه الخصوص، اتفاقيات القانون الدولي الخاص في ميدان التجارة الدولية بسبب أهمية هذا الميدان وحاجته لمثل تلك القواعد المنظمة لمسائله. وفي نطاق التجارة الإلكترونية كانت هذه الاتفاقيات رافداً مهماً لمسائل التجارة الإلكترونية رغم الصعوبات التي تواجه تطبيقها في البيئة الإلكترونية.

توجد العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية التي أخذت تنظم في العديد من أحكامها المسائل التي ترتبط بالتجارة الإلكترونية، منها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن مسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية في عام١٩٩١، واتفاقية الأمم المتحدة بشأن الكفالات المستقلة وخطابات الائتمان الضامنة في عام ١٩٩٥. وتشكل التوصيات التي صدرت عن لجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لأوربا عام ١٩٧٩ بمثابة اللبنة الأولى للأفكار الرامية لتبسيط التجارة عبر شبكات المعلومات والخاصة بوثيقة الشحن البحري، حيث تضمنت التوصيات اقتراحاً باستخدام نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات في إطار القواعد الضرورية والإجراءات الخاصة بالنقل البحري الذي يتميز بانتشاره مع تطور التجارة الدولية[١]. يعد قانون الاونيسترال النموذجي لعام ١٩٩٦، هو القانون الحقيقي الذي جاء متظمناً نصوص قانونية عاجت أو على أقل تقدير أوجد حلولاً لبعض المسائل التي ترتبط بالتجارة الإلكترونية، من حيث إبرامها وتنفيذها، وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو

(١) د. عصام القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين..، المرجع السابق، ص ١٦٢٣.

جزئياً لعام ٢٠٠٩، والتي وضعت أطراً قانونية لاستخدام سجلات النقل الإلكتروني ومستندات النقل الإلكتروني كبدائل عن سندات الشحن التقليدية، واتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية في الدول العربية، والتي أبرمت في ٥ يونيو ٢٠٠٨، أما القوانين النموذجية الأخرى ومنها القانون النموذجي بشأن التحويلات الدائنة الدولية، والقانون النموذجي بشأن شراء السلع والإنشاءات والخدمات(١).

٢- قواعد السلوك

إن مجموعة المبادئ والأحكام الصادرة عن هيئات ومؤسسات مهنية وتجارية سواء كانت وطنية أم دولية الهادفة إلى تنظيم التجارة الإلكترونية وسيادة السلوك الأخلاقي القويم على الشبكة العالمية تسمى قواعد السلوك، حيث تعد من أهم مصادر تكوين القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، ويرجع ذلك إلى تنوع أنماط المتعاملين مع الشبكة تنوعاً يتعارض مع وضع تنظيم موحد ومحكم لها وبذلك يبدو ضرورة وجود قواعد سلوك تتضمن حداً من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين والمستفيدين من التعامل في هذا العالم الافتراضي(٢). وفيما يأتي إشارة إلى هذه القواعد الوطنية أو الدولية.

أ- قواعد السلوك الوطنية

لقد وجدت على المستوى الوطني للعديد من البلدان مؤسسات مهنية وتجارية تصدر مثل هذه القواعد، منها جمعية مقدمي خدمات الإنترنت ISPA في المملكة المتحدة التي أصدرت قواعد السلوك العملية المنظمة للعلاقات بين المتعاملين على الشبكة العالمية والمشتملة على التزامات كعدم تقديم أية خدمات مخالفة للقانون أو مواد تحض على العنف أو القسوة أو الكراهية

(١) يمكن مراجعة نصوص القوانين النموذجية المذكورة على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.
(٢) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

العنصرية أو الشذوذ الجنسي[١]، وما قامت به مجموعة عمل فرنسية بوضع ميثاق يقوم على أساس إنشاء كيان أو هيئة مستقلة ووحيدة للتنظيم الذاتي وللوساطة فيما بين المتعاملين في مجال الانترنت، وهذه الهيئة سميت مجلس الانترنت ودوره يتمثل في:-

- تقديم المعلومات والنصح والإرشاد للمتعاملين مع شبكة المعلومات والاتصالات.
- تقديم المساعدة للمتعاملين مع الانترنت عن طريق تقديم آراء لهم تودي إلى تسوية النزاع داخلياً.
- التعاون مع السلطات الفرنسية والتنسيق بينها وبين الجهات الأجنبية.

ب-قواعد السلوك الدولية

قامت مؤسسات وهيئات دولية معدودة بمهمة وضع قواعد سلوك للتجارة الدولية عموماً والتجارة الإلكترونية خصوصاً، ويأتي بيانها أدناه.

(١)- المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (UNIDROIT) وضع المعهد عدداً من المبادئ الخاصة بعقود التجارة الدولية في عام١٩٩٤[٢].

(٢)- غرفة التجارة الدولية ICC وضعت تحت رعاية غرفة التجارة الدولية " قواعد للسلوك الموحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية بواسطة الإرسال عن بعد " في عام ١٩٨٧[٣]. كما أنشأت غرفة التجارة الدولية مشروع التجارة الإلكترونية ويشمل ثلاث فرق عاملة تختص بمسائل الممارسات التجارية الإلكترونية وأمن المعلومات والمصطلحات الإلكترونية، وكان دافع غرفة التجارة الدولية هو تطوير إطار التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية، وجعله قابلاً للاستعمال في مجتمع التجار. ومن الأعمال التي قدمتها الهيئة المعنية تنقيح الدلائل (Guidelines) حول

---

(١) د.أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٥٢ وكذلك د.طوني ميشال، المرجع السابق، ص٤٧٢-٤٧٣.

(٢) unctad and wto,secrets of…,op.cit.,p.80.

(٣) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٩١.

الإعلان والتسوق على الإنترنت. حيث تطبق هذه الدلائل على كل الأنشطة الإعلانية والتسويقية على الشبكة العالمية لترويج أي نوع من السلع أو الخدمات، وتشمل هذه الدلائل مجموعة من معايير السلوك الأخلاقي (ethical conduct) التي يجب مراعاتها من قبل المعلنين والمسوقين لزيادة الائتمان العام في التسوق لضمان حرية تعبير المعلنين والتقليل من باعث التنظيم الحكومي، وملاءمة توقعات المستهلكين المعقولة[١].

والمشروع الجدير بالاهتمام الذي قدمته غرفة التجارة الدولية هو مشروع المصطلحات الإلكترونية (E-terms)، وهي تشمل مستودعاً شبكياً لمصطلحات مختصرة كتلك التي يطلق عليها (Incoterms)، حيث يستخدمها الأطراف في مباشرة صفقاتهم الإلكترونية. ويشمل المستودع (repository) كل الوسائل الضرورية لتنظيم العقود على الشبكة العالمية ومباشرة الصفقات الإلكترونية بأقل المخاطر القانونية، وسيكون هذا المشروع نافعاً بصفة خاصة للمشروعات الصغيرة والمتوسطة الحجم التي ليس لديها الخبرة القانونية أو المصادر للتفاوض بشكل كامل على المصطلحات في الصفقات الإلكترونية[٢].

(٣)- مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الإلكترونية (UN/cefact)، لاحظ الفريق القانوني العامل في هذا المركز أنه لابد من دعم التوصية الخاصة بالاتفاق الإلكتروني من خلال توصية أخرى لها طابع تنظيم ذاتي غير عقدي، لذلك اعتمد المركز في آذار ٢٠٠١ توصية بعنوان " قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية " التي تعتبر كوسيلة لتسهيل صفقات التجارة الإلكترونية. أن قواعد السلوك هذه هي صكوك تنظيم ذاتي يمكنها العمل بموازاة الإجراءات الأخرى لتسهيل التجارة الإلكترونية، وتطلب هذه التوصية من الدول تشجيع وتطوير صكوك

---

(١) TD/B/com.3/EM.8/2,p.12-13.

(٢) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٩٢.

التنظيم الذاتي للتجارة الإلكترونية، وقد أُلحقت التوصية بمثال على هذه القواعد وهي قواعد السلوك النموذجية للتجارة الإلكترونية التي أنشأها برنامج التجارة الإلكترونية قي هولندا[١].

(٤)- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث تبنت اتفاقيتين، الأولى تتعلق باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧، والثانية تتعلق بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لعام ٢٠٠٩، كما أن المؤتمر الدولي للجنة الدولية البحرية تبنى في عام ١٩٩٤ مشروعاً لقواعد تعاقدية تتعلق بسندات الشحن الإلكترونية، بالإضافة إلى قواعد موحدة بشأن خطابات النقل البحري، وتهدف هذه القواعد إلى إنشاء آلية للاستعاضة عن سندات الشحن الورقي بمقابل إلكتروني[٢].

٣- عادات وأعراف التجارة الإلكترونية

مما لا شك فيه أن العادات والأعراف المستقرة في مجال التجارة الدولية، والتي تجسدها في النهاية مجموعة من القوانين والعقود النموذجية، أصبحت تشكل عاملاً هاماً في استقرار وتطوير العلاقات القانونية الدائرة في فلكها، كما ساعدت على تطبيق مجالات تنازع القوانين التي تثور بشأنها إلى الحد الذي جعل منها بمثابة قانون خاص يحكمها[٣]، حيث يشكل مبدأ حرية التجارة العامل الأساسي في نشوء العادات والأعراف ضمن نطاق التجارة الإلكترونية، فما يمارسه التجار، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أم معنويين من أعمال تجارية في بيئة جديدة لها خصوصية مؤثرة على أسلوب مباشرة تلك الأعمال وأحياناً على موضوعها. يكون من مصلحتهم من أجل الاستغلال الأمثل لوسائل الاتصال الحديثة وخصوصاً خدمات الشبكة العالمية ومن

---

(١) انظر ECE/trade/277. منشور على الرابط الإلكتروني www.unece.org/cefact/wg/lwg/download/01 lg04.doc. ، سحب بتاريخ: ٢٠١٢/٧/١٥، س١٢:٤٥ م GMT.

(٢) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٣) د. عصام القصبي، تنازع الاختصاص القانون والقضائي الدوليين..، المرجع السابق، ص١٦٢٢.

أجل تحقيق المنافع الكبيرة المرجوة من ذلك الاستغلال " القيام بتنظيم التجارة الإلكترونية وتسهيل ممارستها من خلال سلوكيات محددة في التعاقد أو التعامل التجاري، وبالتالي تنشأ عادات عامة وعادات اتفاقية حسب النطاق المعمول به كما أن تطور الأخذ وتكراره بالعادات العامة يؤدي إلى تكوين أعراف تدفع العاملين بموجبها إلى الاعتقاد بإلزامها[١].

وبناء على هذه النتيجة تعرف العادة التجارية الإلكترونية بأنها سلوك اطرد المتعاملون في ميدان التجارة الإلكترونية، تجاراً أم مستهلكين، على القيام به في مسألة تجارية معينة من مسائل التجارة الإلكترونية. أما العرف التجاري الإلكتروني فهو يشتمل على تعريف العادة التجارية الإلكترونية مع امتياز عنصر الإلزام، لأنه متى أعتقد المتعاملون بالصفقات الإلكترونية بإلزامية سلوك معين يصبح الأخذ به ملزماً والإعراض عنه يرتب جزاءً. وبالنسبة لتطبيق عادات وأعراف التجارة الإلكترونية ينبغي القول أولاً بأن الكثير من العادات قد أخذت، أوهي آخذة طريقها بالتقنين من خلال تضمينها في العقود النموذجية أوفي الشروط العامة الواردة في العقود اللازمة لمباشرة التجارة الإلكترونية أو قُننت من قبل هيئات أو مؤسسات دولية على شكل قواعد سلوك مما جعل هذه العادات ترقى إلى مرتبة وسطى بين القاعدة الاتفاقية والقاعدة القانونية[٢].

يثور التساؤل حول تطبيق عادات وأعراف التجارة الإلكترونية، كيف ومتى يكون التطبيق مباشراً أو غير مباشر؟. عند الإجابة لابد من التفريق بين اختيار الأطراف للعادات والأعراف التجارية وبين غياب الاختيار، كما يجب التفريق في المسألة بين عرض النزاع على القاضي الوطني أو عرضه على التحكيم الإلكتروني.

---

(١) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٩٣.

(٢) أنظر د. طرح البحور علي حسن فرج، تدويل العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص١٠٩.

المسألة الأولى: عرض النزاع على القاضي الوطني

قد يختار الأطراف عادة أو عرفاً من عادات و أعراف التجارة الإلكترونية في العقد الإلكتروني لكن هذا الاختيار يتصف بالصفة المادية لا التنازعية حيث تنزل هذه العادات والأعراف المختارة منزلة الشروط التعاقدية[١] لأن الإرادة، طبقاً للنظام القانوني الوطني، لا تختار إلا قانوناً وطنياً أي أن لها الاختيار التنازعي فقط وبالتالي فإن اختيار الأطراف لعادات التجارة الإلكترونية في عقدهم لا يتقدم على القواعد الآمرة في القانون الداخلي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في دولة القاضي المعروض عليه النزاع، وإنما يعلو على القواعد المكملة والمفسرة لهذا القانون.[٢] في هذه الحالة يطبق القاضي العادة الاتفاقية استناداً إلى إرادة الأطراف بشكل غير مباشر عن طريق تطبيق قواعد التنازع في قانون دولته .

أما عند غياب اختيار الأطراف فإن تطبيق القاضي أعراف التجارة الإلكترونية يأتي نتيجة إحالة القانون الواجب التطبيق (الذي قد يكون قانوناً وطنياً أو اتفاقية دولية) إليها، أي أن التطبيق القضائي لعادات وأعراف التجارة الإلكترونية كان مجرد تطبيق للقانون الواجب التطبيق الذي أشارت باختصاصه قاعدة التنازع في قانون القاضي، ولذلك يكون التطبيق غير مباشر لتلك العادات والأعراف[٣]. إلا أنه يجب الإشارة إلى حالة الاتفاقيات الدولية التي تعطي العادة أو العرف مركزاً يماثل مركز القواعد القانونية كاتفاقية فيينا ١٩٨٠في المادة (٩)، واتفاقية لاهاي

(١) د. محمود محمد ياقوت ، المرجع السابق، ص٣١١.

(٢) د.طرح البحور علي حسن فرج، المرجع السابق، ص١١٠.

(٣) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٩٣.

١٩٦٤ في المادة ٩ منها [١]، إذ تعتبر العادات في الحالة الأخيرة قواعد واجبة التطبيق على العقد سواء عُرِض النزاع على القضاء الوطني أم على التحكيم الدولي.

المسألة الثانية: عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

عندما تتجه إرادة الأطراف إلى اختيار عادة أو عرفٍ من عادات وأعراف التجارة الإلكترونية يكون على المحكم عد تلك العادات والأعراف قواعد موضوعية واجبة التطبيق على موضوع النزاع ويطبقها تطبيقاً مباشراً استناداً إلى مبدأ سلطان إرادة الأطراف[٢]. أما عند غياب الاختيار التنازعي والمادي للقانون الواجب التطبيق في النزاع المعروض على التحكيم الإلكتروني يطبق المحكم عادات وأعراف التجارة الإلكترونية ـ عندما يرى المحكم أو هيئة التحكيم مناسبة تلك العادات في حل النزاع ـ تطبيقاً مباشرًا باعتبار أن مشكلة تنازع القوانين أمام المحكم ليست محصورة بين التشريعات الوطنية، وإنما بين تشريعات وطنية وقواعد موضوعية أيضاً وهذا يعني ارتفاع العادة إلى مصاف القواعد القانونية وهذا ما يسمح بالتطبيق المباشر لها[٣]، وقد ورد هذا الحل في قواعد تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية في المادة (٥٩/ أ) بالقول: "...عند غياب اختيار الأطراف، يجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون أو قواعد القانون التي يكون تحديدها ملائماً. وفي جميع الأحوال، تقرر الهيئة وفقاً لشروط العقد ذي الصلة،

---

(١) تنص المادة ٩من اتفاقية فيينا على أن ((١- يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما٢- ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمناً على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفاً على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة)) وتنص المادة ٩ من اتفاقيه لاهاي على أن ((١- يتقيد المتعاقدون بالعادات التي يشيرون إليها صراحة أو ضمناً أو بالممارسات المعتادة فيما بينهم في علاقاتهم المتبادلة ....)) .

(٢) د.طرح البحور علي حسن فرج، المرجع السابق، ص١١٤. وكذلك د. محمود محمد ياقوت، المرجع السابق، ص٣١١.

(٣) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص٩٤.

وتأخذ بالحسبان عادات التجارة الواجبة التطبيق،[١]" وقد أخذت بالحكم نفسه لائحة تحكيم المحكمة الافتراضية في المادة ٢/١٧[٢].

ويرى أنصار القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية أن القضاء المختص بمنازعات العقود الدولية أصبح قضاءً خاصاً، قضاته من رجال التجارة الإلكترونية المهنيين المختصين في فروعها، بالتالي فإن أفضل وسيلة لحل منازعات التجارة الإلكترونية هو التحكيم الإلكتروني والوساطة الإلكترونية، على أساس أن هذه الوسائل مستقلة عن الدول وتسهل التعامل بين مستخدمي شبكة الانترنت، بالإضافة إلى سرعتها وملاءمتها للتطورات التي تواكب التجارة الالكترونية[٣].

٤- العقود النموذجية

لا يختلط الأمر عند تناول بيان العقود النموذجية باعتبارها أحد مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية وكونها مؤشراً في تحديد الإرادة الضمنية لأطراف العقد حول القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، إن دراسة العقود النموذجية في كلا المنهجين (قواعد إسناد، والقواعد الموضوعية)، تشكل تعبيراً واضحاً عن التعاون بين المنهجين من أجل حل منازعات التجارة الإلكترونية، فالعقد النموذجي، بالإضافة إلى خضوعه لقانون وطني معين، يتضمن قواعد موضوعية تحدد حقوق والتزامات أطرافه حتى وان كانت انعكاساً للقواعد الموضوعية للقانون المعني[٤].

---

(١) WIPO ARBITRATION RULES,OP.CIT.

(٢) يمكن مراجعة نص المادة في د. أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد٥٧، ٢٠٠٠، ص٢٥٧.

(٣) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص١٤٥.

(٤) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٨٥.

يوجد في ميدان التجارة الإلكترونية مثال على العقود النموذجية المستحدثة، وهو العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين[١] وتمت صياغته ووضع شروطه وفقاً للقانون الفرنسي[٢] ولا يحول ذلك دون إمكانية تطبيق القواعد الواردة في العقد النموذجي أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضي أن هذه القواعد الاتفاقية تحقق للمستهلك حماية أكثر من تلك التي يحققها له قانونه الوطني. إن قواعد العقد النموذجي جاءت متلائمة مع التقنية الحديثة لأن استخدام الوسائل الحديثة في التعاقد لا بد وان يؤدي إلى استحداث بعض القواعد الخاصة. لقد صيغت أحكام العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في شقين يكمل كل منهما الآخر، يتضمن احدهما الشروط النموذجية التي تتضمن القواعد التي يخضع لها هذا العقد، والآخر يتمثل في شروح أو تعليقات تمثل دليلاً عملياً لتطبيق هذه الشروط النموذجية.[٣]

ولقد اعتمد مركز الأمم المتحدة لتسهيل التجارة والأعمال الإلكترونية un/cefact التوصية رقم ٣١ " بعنوان اتفاق التجارة الإلكترونية "، حيث تتضمن هذه التوصية نموذجاً لطريق تعاقدي لعمليات التجارة الإلكترونية.[٤] وان هذا الطريق التعاقدي هو عبارة عن إطار من نصوص متفق عليها بين الشركات التجارية لمباشرة الصفقات التجارية بشكل مرن. فاتفاق التجارة الإلكترونية أو الاتفاق الإلكتروني، هو مجموعة من النصوص الرئيسية التي تضمن إبرام

---

(١) تم اعتماده في مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس٣٠/نيسان/١٩٩٨ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في٤/أيار/١٩٩٨.

(٢) يقصد بالقانون الفرنسي معناه الواسع أي ما يصدر عن المشرع الفرنسي وما يصدر عن المشرع الأوربي.

(٣) د. أسامه أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص٢٨-٢٩.ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي أجاز في قانون التجارة العمل بالعقود النموذجية في باب البيوع الدولية وفقاً للمادة ٢٩٧ بالقول ((يجوز للمتعاقدين فيما يتعلق بالشروط التفصيلية للبيع أن يحيلا إلى احد عقود البيع النموذجية)).

(٤) ECE/TRADE/257,ECE,Recommendation NO.31"Electronic Commerce Agreement", UN /cefact, geneva,may2000.

منشور على الرابط: http://www.unece.org/cefact/ rec/rec31/rec31-2000-ootr 257 .pdf. سحب بتاريخ: ٢٠١٢/٥/٢١، س١٩:٢٣م، GMT.

الصفقات الإلكترونية بين الشركاء التجاريين ضمن إطار قانوني كامل[١]، ويهدف الاتفاق الإلكتروني إلى معالجة كل أشكال الاتصالات الإلكترونية المتاحة لإبرام العمليات الإلكترونية. ويستخدم هذا الاتفاق بين الشركات كما بالإمكان استخدامه بين الشركات والمستهلكين، ولكنه في الحالة الأخيرة لا يجسد أية نصوص تتعلق بحماية المستهلك، لذلك فان استخدام الاتفاق الإلكتروني في العلاقات التعاقدية مع المستهلكين لابد فيه من الاعتراف والتوافق مع القوانين المحلية والوطنية لحماية المستهلك. وعند صياغة الاتفاق الإلكتروني يجب على الأطراف اتخاذ الخطوات التالية: " ١- تحديد أي نوع من الاتصالات وأي رسالة يجب استخدامها. ٢- تحديد أية بنود أو شروط يجب تطبيقها على الصفقة الإلكترونية "، ولا بد أن يدرك الأطراف أن هناك قيوداً محلية أو وطنية على بعض النصوص التي يجب أن تؤخذ بنظر الاعتبار، وفي ذلك تنبيه على احترام القواعد الآمرة في القوانين المحلية أو الوطنية. وأخيراً تتم الإشارة في الصفقة أو الصفقات الإلكترونية اللاحقة إلى بنود الاتفاق الإلكتروني من خلال اشتمال الصفقة على تعابير الاتفاق الإلكتروني أو بمجرد الإشارة إليه[٢].

ويعد هذا النمط من العقود الإلكترونية مصدراً من مصادر القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، إذ أنه يخلق نظامه القانوني الخاص ويخضع له لتنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، وأساس هذا النظام القانوني الجديد هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين باعتبار أن الاتفاقات المبرمة بشكل صحيح تعد بمثابة قانون للأطراف. وإذا قيل إن المجتمع هو الذي يخلق القانون فإن العقد تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يمكنه أن يؤسس مجتمعاً يحكمه قانون

(١) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٤٠.

العقد[١]. حيث يستطيع أطراف العقد الاتفاق على الشروط والبنود التي يجب تطبيقها على العقد، وأن حرية الأفراد هذه تمثل مرحلة متقدمة في التنظيم الذاتي، والتي يجب على الحكومات أن تتخذ الخطوات اللازمة لتجاوز العقبات القانونية والتنظيمية بالاعتراف بتلك الحرية والامتناع عن سن تنظيمات جديدة[٢]، إلا أن عدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عنه لا يمنع من الإشارة إلى نظام قانوني لدولة ما لسد الثغرات، ويعني ذلك استبعاد قواعد التنازع جزئياً.حيث يتسنى للأطراف الاتفاق على إنشاء علاقة قانونية وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد المعني أما عند نشوء النزاع فان اختيار الأطراف للشروط العقدية باعتبارها واجبة التطبيق على العلاقة محل النزاع يكون على القاضي تطبيقها، باعتبارها تكتسب قوتها من إرادة الأطراف[٣].

وتجدر الإشارة هنا إلى مقولة البروفيسور vivant " بأن العقد هو ركيزة النظرية الأمريكية القائلة بوجوب المراهنة على حرية الأفراد في تنظيم استخدام شبكة الإنترنت القائمة على مبدأ سيادة المستخدم أو سيادة الشبكة "[٤].

لقد اعتنق قانون التحكيم التجاري المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ هذا المرجع في المادة ٣٩ منه بالنص على أن: "١- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها

---

(١) د حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦، ص٧٤٣-٧٤٤.

(٢) A borderless world :realizing the potential for global electronic commerce ,prepared for the ministerial conference of the organization for OECD ,ottawa,canada,october7-9,1998.

منشور على: ttp://www.ilpf.org/events/selfreg. سحب بتاريخ ٢-٤/٠/٢٠١٢، س٢٠:٤٣م.

(٣) د.حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص٧٤٥. وكذلك د.احمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص٣٧.

(٤) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٨٣.

الطرفان.." أن هذا النص يفتح الآفاق أمام حرية الأطراف في مسألة القانون الواجب التطبيق. حيث يعطي للأطراف حرية الخضوع لقواعد من صنعهما أو صنع غيرهما أو أية قواعد عرفية أو قواعد قانون دولة معينة، وتظهر الحالة المذكورة عند الاختيار الصريح للأطراف للشروط العقدية التي حُدَّدت سلفاً باعتبارها القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع الناشئ عن العقد الذي اشتمل على تلك الشروط[١]، أما عند غياب الاختيار تصبح الشروط العقدية قواعد اختيارية أمام المحكم الذي لا يُلزم بتطبيقها وإنما يُلزم بمراعاتها عند تطبيق القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع[٢].

٥- التشريعات الوطنية للتجارة الإلكترونية

ليس غريباً أن تنهض التشريعات الوطنية كمصدر للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، فقد وجدت، في ميدان التجارة التقليدية، تشريعات وطنية تتعلق بالتجارة الدولية كقانون التجارة الدولية التشيكوسلوفاكي النافذ عام ١٩٦٤ وقانون العقود الاقتصادية الدولية لألمانيا الديموقرطية – سابقاً– عام ١٩٧٦، وعلى الرغم من أن كلا من المشرعين التشيكوسلوفاكي والألماني قد سَنّا قانونهما، كما تُسن القوانين الوطنية الداخلية لكن هذا لا يغير من حقيقة القواعد الخاصة التي اشتمل عليها هذان القانونان لأنها وجدت لتنظيم عقود التجارة الدولية فقط .

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال، المصدر السابق، ص٢٦٩. وقد أوضحت المادة ٢٩٥ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة١٩٨٤ في باب البيوع الدولية أن ((تسري الأحكام العامة الواردة في هذا الفصل على البيوع الدولية المنصوص عليها في هذا الباب.وللطرفين أن يتفقا على أحكام غيرها إذا اقتضت ذلك ظروفهما الخاصة أو متطلبات التعامل الدولي)).

(٢) الفقرتان ٢و٣ من المادة ٣٩ في قانون التحكيم المصري الجديد، وقد اخذ بهذا الاتجاه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المادة ١/٢٨واتفاقية التحكيم العربية لعام ١٩٨٧في المادة١/٢١واتفاقية التحكيم الأوربية في المادة١/٧.

تتجدد الحالة مع التجارة الإلكترونية إذا استشعرت الدول بخصوصية ميدان التجارة الجديد وكذلك طريقة ممارسة هذه التجارة في ذلك الميدان، وبالتالي سعت تلك الدول إلى سَن تشريعات خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية وكل ما يدخل في نطاقها من العقود الإلكترونية والتواقيعات الإلكترونية والدفع الإلكتروني وحماية المستهلك والخصوصية والملكية الفكرية. ومن هذه التشريعات على سبيل المثال، قانون المعاملات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية لعام١٩٩٩، قانون التجارة الإلكترونية الموحد الكندي لعام ١٩٩٩، قانون التجارة الإلكترونية الصيني رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، قانون التجارة الإلكترونية الايرلندي لعام٢٠٠٠، القانون الموحد بشأن التجارة الإلكترونية للولايات المتحدة الأمريكية، القانون الأساسي للتجارة الإلكترونية الكوري لعام١٩٩٩، قانون الصفقات الإلكترونية لدولة سنغافورة ١٩٩٨، القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠، قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، وقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٥، وأن تطبيق القواعد التي اشتملت عليها القوانين المذكورة أعلاه لا تستبعد اللجوء إلى قواعد التنازع فإذا كان النزاع يتعلق بموضوعات التجارة إلكترونية وعُرِض على قاض وأشارت قاعدة التنازع في قانون القاضي بتطبيق القانون الوطني للقاضي المعروض عليه النزاع، فإن المقصود بذلك القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية في دولة القاضي، كما يجري تطبيق قانون التجارة الإلكترونية لدولة ما عندما تشير إليه قاعدة التنازع الأجنبية، عندما يكون القانون الواجب التطبيق غير قانون القاضي المعروض عليه النزاع، كما قد يختار الأطراف صراحة تطبيق قانون وطني للتجارة الإلكترونية وعندها يجب تطبيق القواعد الموضوعية في القانون المختار[١].

(١) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٨٤.

ثانياً: الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية الالكترونية

اختلف فقه التجارة الإلكترونية في تحديد الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، فقد ذهب البعض إلى انه يصعب وصف تلك القواعد بأنها نظام قانون متكامل ومستقل وقادر على إيجاد للحلول للمشاكل التي تثور بشأن التجارة الإلكترونية، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن تلك القواعد تشكل نظاماً قانونياً معادلاً للنظام القانوني الذي تضعه الدولة، وسنبحث كلا الاتجاهين والحجج التي قالا بها، على النحو الآتي:-

الاتجاه الأول: نفي صفة النظام القانوني عن القواعد الموضوعية الإلكترونية

يميل هذا الاتجاه إلى نفي صفة النظام القانوني عن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، على اعتبار النظام القانوني " مجموعة متناسقة من القواعد تأتي من مصادر مرتبطة على نحو تدريجي وتستلهم نفس المجموعة من المبادئ وذات الرؤيا للحياة والعلاقات داخل الوحدة الاجتماعية التي يجب أن تحكمها "[1]، مما يجعل من القواعد الموضوعية بعيدة عن تحقيق هذا المعنى، وقد ساق هذا الاتجاه عدة حجج يمكن إجمالها بالآتي:-

١- يصعب القول بوجود مجتمع متماسك في سوق التجارة الإلكترونية، لعدم وجود وحدة بين المتعاملين في ميدان التجارة الإلكترونية، من حيث انه يمكن التمييز بين كبار المشتغلين وآخرين يعملون بالصدفة[2]، فضلاً عن أن السوق الإلكتروني يجمع العديد من المستهلكين وغير المهنيين الذين يدخلون في علاقات تعاقدية، لذلك يصعب إعمال الوحدة في هذه السوق، وهو ما يؤدي إلى غياب الترابط بين أعضائه وصعوبة ظهور أعراف فيه، فهي مجموعة لا يسودها

(١) انظر د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٢) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ١٠٠.

الانسجام الذي يمكنها من إنشاء قواعد سلوك ملزمة على غرار ما حدث لمجتمع التجارة الدولية[١].

٢- عدم تعاون الدول في هذا المجال، ولا تمتلك تلك الدول الرغبة الكافية لترك المنازعات التي يكون رعاياها طرفاً فيها كي تحكمها مجموعة قواعد افتراضية، كما أن المصالح الاقتصادية والسياسية لكل دولة سوف تعوق كل محاولة لوجود وإكمال مثل هذا القانون الموضوعي الافتراضي[٢].

٣- إنها قواعد ذات طبيعة اختيارية إذ يعتمد تطبيقها على إرادة الأطراف، فهي تفتعل عنصر الإلزام لعدم اقترانها بجزاء توقعه سلطة عامة يكفل احترامها واتباعها، ولا يمكن تصور أن يقوم نظام قانوني متكامل مجردا على هذا النحو من القواعد الآمرة التي تهدف إلى حماية مصالح الجماعة التي يحكمها[٣].

٤- هذه القواعد لازالت في بداية تكوينها، وبالتالي لا يمكن القول بأنها تشكل نظاماً قانونياً قائماً بذاته، قادراً على تغطية جميع المشكلات التي يثيرها التعامل عبر الشبكة الدولية[٤].

٥- إنها قواعد لا تنطوي على قيمة قانونية ذاتية، فهي تستمد سلطاتها من اندماجها في العقد، وتكون بالنتيجة مجرد شروط عقدية لا قواعد قانونية[٥].

الاتجاه الثاني: تمتع القواعد الموضوعية الإلكترونية بصفة النظام القانوني

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية تتوافر فيها العناصر اللازمة لتكون نظاماً قانونياً مستقلاً ومتميزاً خاصاً بالتجارة الإلكترونية، وهذه العناصر هي:-

---

(١) د. أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص ١٦٦٣.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٣) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص١٥١.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص ٢٦.

(٥) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٤٥.

١- وجود مجتمع خاص بشبكة الانترنت، كما يؤكدون أن أشخاص هذا المجتمع يعيشون معاً كوحدة واحدة متماسكة بدرجة كافية ولهم فكر واحد وهدف واحد، وأنهم مرتبطون بعلاقات ومعاملات وثيقة على نحو يجعلهم يشكلون مجتمعاً دولياً حقيقياً[١].

٢- وجود كيانات وأجهزة قانونية تتولى مهمة تنقية القواعد السلوكية وصياغتها والعمل على احترامها مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث قامت بوضع العقد النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وكذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي حيث قامت بوضع القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تسهيل المعاملات عبر الشبكة الالكترونية[٢].

٣- توافر القيمة القانونية الملزمة التي تمكن تلك القواعد من حسم المنازعات بتوقيع الجزاء عند مخالفتها، الأمر الذي دفع جانباً من الفقه إلى التصريح بأنه قد حان الوقت لإعلان استقلال هذا المجتمع الشبكي عن أي تدخل أو رقابة من قبل الدولة[٣].

نميل إلى تأييد ما اتجه إليه الرأي الأخير من توافر صفة النظام القانوني في القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، حيث تتوافر فيها العناصر اللازمة لتكوين النظام القانوني، فالاعتراف بصفة النظام القانوني لهذه القواعد يفترض وجود جماعة معينة لها مواصفاتها الخاصة وقدرتها على خلق قواعد تنظيمية تحكم سلوكها وعلاقاتها القانونية، وهذا يتوافر مع المجتمع الافتراضي، كما أن ما يميز النظام القانوني هو وجود سلطة تتولى وضع القواعد السلوكية التي تحكم المعاملات في هذا الوسط، وتتجسد هذه السلطة في مجال التجارة الإلكترونية في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وغرفة التجارة الدولية ومراكز التحكيم الإلكترونية، فضلاً عن التنظيمات المهنية التي لا يقتصر دورها على تدوين وتنقية العادات

---

(١) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٢) د. سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص٢٤٦.

(٣) د. أحمد محمد الهواري، المرجع السابق، ص١٦٦٢.

وقواعد السلوك المستقرة في التجارة الإلكترونية، بل تقوم بخلق أو إنشاء قواعد جديدة تلبي متطلبات التجارة الإلكترونية، كما أن هذا النمط من القواعد يقترن بجزاء يفرض على من يخالف القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية المتفق على تطبيقها، حيث أن فكرة الجزاء لا تقتصر في هذا المجال على القهر والإجبار وتقييد الحريات، فقد تكون الجزاءات من طبيعة مادية أو أدبية.

المطلب الثاني

مدى كفاية القواعد الموضوعية الإلكترونية لحكم سند الشحن

للوقوف عند تحديد سليم للقواعد الموضوعية الإلكترونية، لابد من والوقوف عند تقييم هذه القواعد، ومن البحث في مدى امكانية تطبيق هذه القواعد على سند الشحن الإلكتروني، وذلك في فرعين وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول

تقيم فكرة القواعد الموضوعية الإلكترونية

كغيرها من الأفكار واجهت نظرية القواعد الموضوعية الإلكترونية مجموعة من الانتقادات من قبل الرأي المعارض لها، وامام هذه الانتقادات وجد جانب آخر تولى مهمة الرد عليها وتفنيده، ونتوقف عند هذه الأمور على النحو الآتي:-

أولاً: نقد فكرة القواعد الموضوعية الإلكترونية

واجهت فكرة الأخذ بالقواعد الموضوعية الإلكترونية، العديد من الانتقادات، يأتي في مقدمتها، أن العقود الدولية لم تزل تبرم بالوسائل التقليدية بحضور أطرافها والاتفاق على شروط العقد وأركانه، وثاني الانتقادات مفاده أن عدم مقدرة القوانين الوطنية على حكم المنازعات

المتعلقة بالقعود الإلكترونية، قول غير دقيق، لأن معظم الدول قامت بتحديث قوانينها على نحو يتلاءم مع متطلبات التجارة الإلكترونية، وبما يتفق وسرعة حسم المنازعات الناتجة عن تنفيذها[١]، بينما ينعقد الانتقاد الثالث، حول كون القواعد الموضوعية الإلكترونية لا تتمتع بوصف النظام القانوني . كما سبق وبينا .، فهي لا تحمل هذا المعنى، فالحيز الذي تطبق عليه لا يتسم بكونه مجتمعاً منظماً ومتماسكاً، فلا يمكن وهذا الوصف أن يمثل المتعاملون عبر الشبكة مجتمعاً بالمعنى المتقدم، فضلاً عن خلو القاعدة الموضوعية من إلزام قانوني كونها تلقائية النشأة، لذا فهي مجرد اقتراحات أو صيغ قانونية معروضة على رجال التجارة الإلكترونية، الذين يتمتعون بحرية رفضها أو قبولها[٢]، وآخر هذه الانتقادات هي، أن القواعد الموضوعية الإلكترونية، تحكم مسائل محددة وتبقي مسائل متعددة تحتاج إلى حل وغالباً ما يوجد الحل في القانون الداخلي، فهذه القواعد تتسم بالنقص والقصور والغموض، كونها قواعد غير مدونة[٣].

ثانياً: الرد على النقد الموجهة للقواعد الموضوعية الإلكترونية

نتيجة لهذه الانتقادات ذهب أنصار القواعد الموضوعية الإلكترونية إلى الرد على هذه الانتقادات، وجاء أول ردهم بالقول بأن التجارة الإلكترونية هي طريق جديد للتجارة الدولية، ولا يعقل أن تتنافس الوسائل الإلكترونية حديثة النشأة مع وسائل تقليدية مادية لها أصولها وجذورها العريقة، إلا أن هذا لا يعني تجاهل مستقبل التجارة الإلكترونية التي تشكل واقعاً مستقبلياً قابلاً للتغير والتطور المستجد[٤]، أما فيما يتعلق بعدم مقدرة القوانين الوطنية على حكم منازعات التجارة الإلكترونية، فهو أمر واقع، والدليل على ذلك هو أن الدول تعمل دائماً على تحديث

(١) أنظر نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص١٠٠.

(٢) انظر د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(٣) أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٦٥.

(٤) أنظر نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص١٠٠.

وتعديل قوانينها بما يتلاءم والطبيعة التقنية للشبكة، التي أبرزت ظهور مجتمع افتراضي تلاشت معه كل ضوابط الإسناد التي تعتمد على عناصر جغرافية وإقليمية، فهذا النمط من الضوابط أصبح عديم الجدوى لأنه لا يتناسب وطبيعة المعاملات التي تتم في عالم افتراضي لا يعترف بالصلات المكانية والمادية، حيث يكون التركيز الطبيعي للموقع غير معلوم، كما أن المعلومات التي يعتمد عليها في إبرام التصرفات عبر الشبكة لا يمكن أن ترتبط أو تحدد بإقليم معين، لأنها تنتقل آلياً منذ لحظة التحميل إلى كل الدول المرتبطة بالشبكة[١]، أما الرد الثالث، فهو أن الفقه الحديث لم يعد يستلزم وجود الدولة كشرط لنشأة النظام القانوني، لأن القواعد القانونية يمكن أن توجد في كل مجتمع من دون أن يظهر بشكل دولة، طالما يشكل وسطاً متماسكاً بدرجة كافية في المعاملات والعلاقات، بين أفراده، كما أن مصالح المتعاملين المشتركة عبر الشبكة، تدفعهم إلى التضامن سعياً لتحقيقها من خلال مجموعة من الأعراف والعادات التي تحكم هذا الوسط الرقمي، وهذا يشكل بحد ذاته مجتمعاً مستقلاً بالتجارة ورجال الأعمال[٢]، أما فيما يخص الجزاء، فالقواعد الموضوعية الإلكترونية لها جزاءاتها الذاتية الخاصة بها والتي تتلاءم والمجتمع الرقمي، ويتم فرضها من قضائها المستقل عن الدولة، بما يكفل لها الاحترام، فيضفي عليها طابعاً قانونياً ملزماً، كما أن سماح القضاء بتنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإلكتروني التي طبقت مجموعة العادات والأعراف التجارية الإلكترونية، أدق دليل على وجود نظام قانوني لهذه القواعد[٣]. أما آخر رد فجاء لمواجهة ما قيل بشأن نقص وغموض القواعد الموضوعية الإلكترونية، فهذه الأخيرة لا تمثل كياناً متكاملاً من القواعد التي يمكن تطبيقها على كافة

(١) د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٢) د. محمد محمود ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠، ص٣٣٤.

(٣) أنظر نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص١٠٣.

المنازعات، حيث أنها تحمل بين طياتها فراغاً قانونياً لابد من استكماله وتغطيته عن طريق اللجوء إلى قواعد التنازع، فضلاً عن أن تطور القواعد الموضوعية الإلكترونية يظل محصوراً في عدد محدود من قواعد قانون التجارة الإلكترونية[1].

الفرع الثاني

تطبيق القواعد الإلكترونية على سندات الشحن

بعد أن تبين لنا تمتع القواعد الموضوعية الألكترونية بصفة القواعد القانونية، يتبقى أمامنا البحث في امكانية تطبيق هذه القواعد على سندات الشحن الألكترونية، وعلى الرغم من صعوبة البحث في هذا الموضوع، إلا أننا سنحاول بحثه من خلال مدى فاعلية وضرورة القواعد الموضوعية بالمقارنة مع قواعد التنازع التقليدية، من ثم الاجابة على تسأول حول هل يمكن للقاضي الوطني من تطبيق القانون الإلكتروني في ميدان منازعات سند الشحن الالكتروني، وهذا من نبينه على النحو الآتي:-

أولاً: مدى فاعلية وضرورة القواعد الموضوعية الالكترونية

نبحث تحت هذا العنوان فروض مدى ملاءمة قواعد التنازع التقليدية لحكم تنازع القوانين في ميدان سند الشحن الإلكتروني كأحد ادوات التجارة الإلكترونية، ضرورة القواعد الموضوعية الإلكترونية في هذا المجال، وعلى النحو الآتي:-

(١) أنظر د. أحمد عبد الحميد عشعوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، بدون مكان نشر، ١٩٨٩، ص٣٧و٥٦.

١- عدم ملاءمة قواعد التنازع التقليدية لحكم سندات الشحن الإلكترونية

يوجه الفقه التقليدي الكثير من الانتقادات إلى منهج قاعدة التنازع كأحد مناهج تنازع القوانين في عدم ملاءمته لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية وذلك بسبب غموض المنهج القائم على قاعدة التنازع وعدم تحديد مضمونه وشدة تعقيده وإخلاله بتوقعات الأطراف مما ينتقص من ضرورة الأمن القانوني واليقين. كما انه يؤدي إلى وضع حلول داخلية لمنازعات دولية ومن ثم يكون البدء بتطبيق هذا المنهج ونتيجة التطبيق لا تتناسب مع الطبيعة الدولية للعلاقات ذات الصلة[١]. وأن ما قيل بشأن منهج قاعدة التنازع كان في ظل استخدام الوسائل التقليدية لإبرام العقود الدولية وإنجاز المعاملات التجارية الدولية بمفهومها التقليدي، فيصعب القول بتطبيقها من باب أولى على أنماط تعاقد الكترونية أخذت تسود ميادين التجارة الدولية.

إن منهج قواعد التنازع يقوم على تنازع قوانين الدول في حكم علاقة قانونية تعدت في ارتباطها الحدود الوطنية لدولة ما، إذاً تكون مسألة الحدود مسألة أولية في وجود تنازع القوانين، وهذا ما لا يتحقق في ميدان التجارة الإلكترونية لان هذا الميدان الأخير كالفضاء ليس فيه حدود كما يختلف عنه بأنه فضاء لا يوقفه حد، الأمر الآخر يتعلق بالمنهج أيضاً، فهو ينظم تنازع القوانين الوطنية في العلاقات الخاصة الدولية، ومن المعروف أن الشبكة العالمية شبكة مفتوحة تمتاز بالتفاعلية الآنية لجميع المستخدمين في العالم. فكيف يمكن تحديد وصف الخاصة الدولية للعلاقة ؟ وكيف تحكم القوانين الوطنية علاقات هي ابعد ما تكون عن الميدان الوطني؟.

(١) د . أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص ١٢ و١٧. وكذلك د . محمد عبد الله المؤيد، المرجع السابق، ص١٢٣و ص١٢٤.

ومن جانب آخر يوجه النقد لذات قاعدة التنازع إذ إنها تشتمل على عنصر مهم لوجودها هو ضابط الإسناد الذي تتلاشى أهميته مع إبرام صفقات التجارة الإلكترونية ذات الاتصال اللامادي[١].

فالمشكلة كما يراها رأي في الفقه، ترتبط بأن القوانين الوطنية لم تعد تفي بحاجة التجارة الدولية بصفة عامة أو طموحات الأوساط المهنية بصفة خاصة، هذه التجارة وتلك الأوساط المهنية لها عاداتها وأعرافها ونظمها، التي تعد من وجهة نظر المشتغلين أو المعنيين والمتعاملين بها هي قانونهم الحقيقي[٢].

وأخيراً، يمكن القول بأن التقنية الحديثة للاتصالات قد أغلقت الأبواب أمام تطبيق أسس منهج قواعد التنازع المادي الجغرافي أو الإقليمي الوطني، ولم تُبق له إلاّ باباً واحداً يناشد مناصرو هذا المنهج الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية الإبقاء عليه مفتوحا بالتحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق.

٢- ضرورة القواعد الموضوعية الإلكترونية

نتيجة لعدم اليقين الناشئ من تطبيق قواعد التنازع ورداً على القول بوجود فراغ قانوني يؤكد الفقه بأن النظام القانوني للتجارة الإلكترونية مازال قيد الإعداد من خلال القواعد الموضوعية غير الوطنية، وفي نطاق ضيق – الوطنية –، التي تحقق نوعاً من التنسيق على المستوى الدولي.[٣] لأن التجارة الإلكترونية شأنها شأن أية سوق جديدة تحتاج إلى مزيج دقيق

(١) ناقع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٧٩.

(٢) انظر د. عصام القصبي، تنازع الاختصاص القانون والقضائي الدوليين، المرجع السابق، ص١٦٢١.

(٣) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة و القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في ١-٣ ايار- ٢٠٠٠، ص ٢٠ .

من الحرية والقواعد، ولأن التجارة الإلكترونية عالمية بطبيعتها فإنها ستحتاج إلى مجموعة متوازنة تماماً من القواعد العالمية لتحريرها من القيود المعوقة على الأصعدة الوطنية[١].

لقد ثار جدل كبير حول مسألة التدخل الحكومي في تنظيم التجارة الإلكترونية من عدمه، على أساس أن التجارة الإلكترونية هي إعادة تشكيل التجارة العالمية ولذلك فهي توجد موازنة بين موقف عدم التدخل الحكومي والإطار القانوني اللازم للميدان الجديد، فالأعمال التجارية تحتاج إلى ميدان كاف للتطوير والتجربة، ولكنها تحتاج أيضاً أن يكون ذلك الميدان طريقاً موثوقاً لمباشرة تلك الأعمال التجارية[٢]. ورغم أن القول بأهمية القواعد والممارسات القانونية المتفقة المتعلقة بالأعمال التجارية الإلكترونية وأنها سوف تضمن تدفقاً غير معاق للسلع والخدمات، فإن هناك أطراً تنظيمية على المستوى الوطني والإقليمي لا يمكن تجاهلها في مجالات محددة كالشفافية وتوزيع عناوين المواقع والأمن والتوقيع الإلكتروني وحماية البيانات الشخصية وحقوق المستهلك، لذلك يقرر البعض أن على الحكومات في بيئة الخدمات الإلكترونية، أن تكون أكثر تساهلاً وأقل تنظيماً، وذلك بوضع قواعد أساسية ولكن باشتراك وتمكين مواطنيها باستخدام الواسطة الجديدة بأوسع مداها[٣].

وفي نطاق عقود التجارة الإلكترونية يتضح أن هذه العقود أكثر تحرراً من بقية العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، وجاء هذا التحرر من نتيجتين أفرزتهما طبيعة الشبكة العالمية، الأولى ضعف الارتباط، وأحياناً عدمه، بين تلك العقود ودولة أو دول معينة. والثانية عالمية الحيز أو النطاق الذي تبرم فيه تلك العقود، مما يعطي النظام القانوني للعقود الإلكترونية استقلالاً يهيئ لميلاد قواعد موضوعية جديدة. وما دامت الدول لا يمكن أن تنظم بمفردها التجارة الإلكترونية

---

(١) الاونكتاد، قضايا السياسة العامة..، المرجع السابق، ص٤٩

(٢) ECE ,trading into the future , U .N ,New York and geneva , 2002 ,p .49.

(٣) نافع بحر سلطان، المرجع السابق، ص ٨١.

فإنه يكون من الطبيعي أن يجد المتعاملون في ميدان تلك التجارة الحرية بمجرد أن يخرجوا من النظم الداخلية وألاّ يكون للعقود التي يبرمونها قانوناً آخر غير القانون الذي يرسون، هم أنفسهم، قواعده وأحكامه[١].

ثانياً: مدى امكانية تطبيق القواعد الإلكترونية على منازعات سندات الشحن الإلكترونية

سبق البيان بأن الاعتماد على سندات الشحن الإلكترونية في ميدان النقل الدولي للبضائع أخذ يتسع بل اصبح من اهم مرتكزات التجارة الإلكترونية لما له من اثر في سرعة اللحاق بركب التطور التكنولوجي في مجال النقل الدولي، وكذلك التخفيف من الكلف والمصاريف، ونحاول من خلال هذا الموضوع البحث في مسألة مدى إمكانية تطبيق القواعد الموضوعية الإلكترونية على سندات الشحن، وهل يمكن للقاضي الوطني من اللجوء إلى هذه القواعد لتطبيقها على ما يثور من منازعات بشأنها.

أول القول لابد من التعرف على المحاولات التي اوجدت أطراً تنظيمية لاستخدام هذا النمط من السندات في ميدان التحارة الدولية مستمدة من طبيعة الوسط الذي توجد فيه وتنفذ فيه في الغالب، فضلاً عن ايجادها حلولاً لمسائل المنازعات التي تنشأ بصدد استخدامها، فكانت أول هذه المحاولات، هي القواعد التي اصدرتها اللجنة الدولية البحرية المتعلقة بسندات الشحن الإلكترونية عام ١٩٩٠[٢]. والهدف من هذه القواعد هو انشاء آلية للاستعاضة عن سند الشحن الورقي التقليدي القابل للتداول بمقابل إلكتروني وتحاول قواعد اللجنة البحرية الدولية محاكاة وظيفة

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة – نظرية العقد الدولي الطليق –دار النهضة العربية –١٩٨٩ –ص٢٦٢ وص٢٦٣-٢٦٤.

(٢) " للجنة البحرية الدولية CMI " هي منظمة دولية غير حكومية وغير هادفة إلى الربح، أُنشئت في أنتفيرب في عام ١٨٩٧، وغايتها الإسهام بكل الوسائل والأنشطة المناسبة في توحيد القانون البحري بجميع **===** **===**جوانبه. وتحقيقا لهذه الغاية تقوم بالترويج لإنشاء روابط وطنية للقانون البحري، وتتعاون مع غيرها من المنظمات الدولية. انظر الرابط الألكتروني www.comitemaritime.org

سندات الشحن القابلة للتداول في بيئة إلكترونية. وبموجب هذا النظام يتفق الأطراف على أن الناقل غير مضطر ان يصدر للشاحن سند شحن. وعند استلام البضائع من الشاحن يرسل الناقل الى الشاحن، على عنوانه الإلكتروني، إشعاراً بإستلام البضائع. حيث تبنت القواعد وتحت عنوان القانون الواجب التطبيق نصت في المادة (٦) على أن عقد النقل سيكون خاضعا لأي اتفاقية أو قانون وطني عندما يكون تطبيقه إلزاميا كما لو كان قد صدر سند شحن ورقي[١].

فقواعد CMI لا تتدخل في القانون الساري على عقد النقل مثل قواعد لاهاي ولاهاي– فسبي أو هامبورج، حيث أنها تنص بوضوح على أن يخضع عقد النقل لأي اتفاقية دولية أو قانون محلي كان سيسري عليه إلزاميا لو صدر سند شحن ورقي[٢]. إذن يتضح أن كل من القانون النموذجي وقواعد CMI لم تتضمنا حلاً لتنازع القوانين وإنما راعتا حالات انطباق المعاهدات والقوانين التي أخذت عنها.

أما الحل الذي جاء به مشروع البوليرو[٣]، فهو ينظم عمل مستخدمي هذا المشروع، وعلى الرغم من اختلافه عن قواعد CMI إلا أنه لا يتعارض مع انطباق أي معاهدة دولية أو قانون وطني يتبناها كقواعد لاهاي ولاهاي– فسبي وقواعد هامبورج وقانون الاونيسترال، حيث تسمح هذه القواعد بدمج مثل هذه المعاهدات أو القوانين التي تبنتها بسند شحن بوليرو، وعند التعارض

---

(١) متاحة على الرابط الإلكتروني: .www.comitemaritime.org/cmidocs/rulesebla.html

(٢) النص الذي ورد في قواعد CMI :

" The contract of carriage shall be subject to any international convention or national law which would have been compulsorily applicable if paper bill of lading has been issued ".

(٣) ينظر نصوص كتاب القواعد على الرابط الإلكتروني:

http://www.boleroassociation.org/downloads/rulebook1.pdf .

سحب بتاريخ:٢٠١٢/٣/١٢،س٢٠:٣٤م GMT.

بين شروط هذه المعاهدات أو القوانين التي تبنتها وبين شروط سند شحن بوليرو فان الأفضلية ستكون للشروط الواردة في هذه المعاهدات والقوانين التي تتبناها.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان القواعد نصت على أن المنازعات الناشئة عن القواعد والتي تتضمن عدم الالتزام به أو خرقه ستكون محكومة بالقانون الإنكليزي، ذلك أن كتاب القواعد وتفسيره يخضعان للقانون الإنكليزي[١]، كما أن النزاعات الناشئة عن خرق أو عدم الالتزام بكتاب القواعد ستكون خاضعة لسلطة المحاكم الإنكليزية[٢]، أما المسائل الأخرى فللأطراف اختيار أية محكمة قضائية أو محكمة تحكيم يرتأونها لرفع نزاعاتهم أليها[٣].

والأمر نفسه ينطبق على القانون الواجب التطبيق إذ أن قواعد بوليريو هدفها ضمان الشرعية القانونية للصفقات الإلكترونية دون أن يحكم بشكل أساس العقد نفسه، فهو لا يمنع من انطباق أنظمة قانونية ثنائية، أي أن القانون الإنكليزي يحكم تحويل عقد النقل إلكترونيا بموجب كتاب القواعد إلا أن عقد النقل الذي تم تحويله ربما يكون خاضعا لنظام قانوني آخر[٤].

وسارت منظمة الدول الأمريكية في السنوات الأخيرة في عدد من المبادرات المتّصلة بإحالة الحقوق في السلع الملموسة، وتتعلق باحتمال استخدام الاتصالات الإلكترونية. ففي عام ٢٠٠٢، اعتمدت المنظمة المذكورة سند الشحن الجامع الموحّد الخاص بالنقل الدولي الطُرقي للبضائع بين

---

(١) Rule Book, Rule 2.5 (2)

(٢) Rule Book, Rule 2.5 (3)

(٣) Rule Book, Rule 2.5 (4)

(٤) Winnie (Jo-Mei) Ma, LADING WITHOUT BILLS- HOW GOOD IS THE BOLERO BILL OF LADING IN AUSTRALIA,P4.
www.bond.edu.au./lam/blr/vol/12-2/Ma.doc.، سحب في ٢٠١٢/٣/١٥،س١٦:٣٢م GMT.

البلدان الأمريكية[١]، الذي ينص على إمكانية استخدام التوقيعات الإلكترونية، وكذلك أنواع أخرى من التوقيعات. وفي عام ٢٠٠٢ أيضا، اعتمدت منظمة الدول الأمريكية القانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية[٢]، والذي يشتمل على ملحق يتضمن القواعد الموحّدة للبلدان الأمريكية بشأن المستندات والتوقيعات الإلكترونية، وهو يدعم استخدام تكنولوجيات الاتصالات الإلكترونية فيما يخصّ سند الشحن الجامع الموحّد الخاص بالنقل الدولي الطُرقي للبضائع بين البلدان الأمريكية، والقانون النموذجي للمعاملات المضمونة للبلدان الأمريكية على حد سواء[٣].

لكن هل يمكن تطبيق هذه القواعد في القوانين المذكورة تطبيقاً مباشراً على سندات الشحن كأحد تطبيقات التجارة الإلكترونية؟ أي باستبعاد اللجوء لقواعد التنازع؟

يتجه الفقه الغالب إلى التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية لقانون التجارة الإلكترونية في دولة القاضي المعروض عليه النزاع بصرف النظر عن اختصاص قانون القاضي بموجب قواعد

---

(١) سند الشحن الجامع الموحّد الخاص بالنقل الدولي الطُرقي للبضائع بين البلدان الأمريكية (القابل للتداول) متاح على الرابط: http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-billoflanding-Eng.htm.، سحب بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٥، س١٠:٣١م GMT.

(٢) القانون متاح على الرابط الإلكتروني:

www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm.

وقد تمت الموافقة على هذا القانون في الجلسة العامة للمندوبين التي عُقدت في ٨ شباط/فبراير ٢٠٠٢، في القرار CIDIP-VI/RES.5/02، منشور على الرابط:

www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/dil/

وهذا القانون يمكن الإطلاع عليه على الرابط:

www.oas.org/dil/Annex_cidipviRES.%205-02.pdf.

سحبت بتاريخ ٢٠١٢/٥/٢٠، س١٥:٢٥م GMT.

(٣) ملحق القواعد متاح على الرابط الالكتروني:

www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http.

سحب بتاريخ ٢٠١٢/١٠/٥، س ٢٠:٤٥مGMT.

التنازع من عدمه، إن وجد في دولة القاضي قانون يعالج المعاملات الإلكترونية وما لم ينص مشرع هذا القانون على خلاف ذلك[١]، ويطرح التساؤل حول ما إذا كانت قواعد قوانين التجارة الإلكترونية هي المقصودة بالقواعد الموضوعية محل الدراسة أم أنها مجرد قواعد قانونية داخلية رغم التعديل الذي لحقها لملاءمة البيئة الإلكترونية؟ على الرغم من تقرير أحد الباحثين بأن التشريعات الوطنية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية لا تستطيع بلوغ الهدف المتمثل في خلق وإرساء قانون موضوعي خاص بالتجارة الإلكترونية، لأن المشرع الوطني في صياغته لمثل هذه التشريعات يراعي دائماً مصلحة دولته وظروفها الخاصة، وهو ما تتفق معه الباحثة، ورغم أن الدولة قد أقحمت نفسها في مجال التجارة الإلكترونية دونما اعتبار لدولية التعامل فيها إلا أن هذه القواعد قد صيغت بما يتلاءم مع خصوصية التجارة الإلكترونية ولا يخل بذلك أنها لا تطبق إلاّ عن طريق قاعدة التنازع[٢]، هذا مع ملاحظة أن التحكيم الإلكتروني، هو ميدان آخر لتطبيق هذه القوانين مباشرة من دون تطبيق قواعد الإسناد عند غياب اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق، من خلال اللجوء إلى قواعد سلوك تستجيب لطبيعة هذا النمط من التعاملات وتكفل سلامة بياناتها من ناحية تسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية المتبعة[٣].

(١) ينظر د.هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص٥٣٨.

(٢) ينظر د.أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق ، ص١٩.

(٣) د. احمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣.

ورغم تأييد البعض لأسلوب فض المنازعات المرتبطة بالتجارة الإلكترونية قنوات إلكترونية تتفق وطبيعتها، إلا أنه يقر بأنه مازال هناك جهد كبير يتعين على المشتغلين في هذا المجال وعلى الدول بذله لبلوغ الهدف المنشود[١].

وخلاص القول أنه لا يوجد ما يمنع القاضي الوطني من اللجوء إلى تطبيق القواعد الموضوعية بشأن منازعات تثور حول القانون الواجب التطبيق في ميدان سندات الشحن الإلكترونية، وسندنا في ذلك أن هذه الاتفاقيات تعد من قبيل القواعد القانونية العالمية التي يمكن للقاضي الركون اليها على اعتبارها من مصادر القانون العامة التي تحقق العدالة، وتفعيل تطبيق نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي القاضية باتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، وفي هذا المجال يمكن الاستفادة والاقتباس من الأحكام القانونية الواردة في الاتفاقيات التي سبق الإشارة إليها.

ثالثاً: رأي الباحثة

إزاء كل ما سبق عرضه يمكن لنا أن نقول، أول الأمر إن القواعد الموضوعية يتوافر فيها عناصر النظام القانوني، إلا أنها لا زالت في بداية ظهورها بل هي كما يراها أحد الفقهاء " كالجنين في طور النمو والتكوين "[٢]، فالإنترنت كصورة حية لشبكة المعلومات والاتصالات لا يدخل في مجال البناء القانوني المعروف لدينا، ففي ظل هذا الفضاء الإلكتروني نجد الحرية الكاملة في كافة جوانبها، فهذا العالم المجرد بلا عقيدة ولا قانون[٣]، وبالنتيجة تظل عاجزةً عن تغطية كل ما تثيره علاقات استخدام الشبكة من منازعات، وهكذا ستظل الاستعانة بقواعد القانون

---

(١) د. عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص ١٦٣٨.

(٢) أنظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص٦٥.

(٣) D. de Bellescize, L. Franceschini, Droit de la communication, puf, 2005, P.437.

الداخلي السائد في النظم القانونية المختلفة، قائمة لسد ثغراته وتكملة أوجه النقص والقصور في قواعده في العديد من المجالات، لاسيما بشأن ما يتعلق بالأهلية والتراضي والتقادم ومقدار التعويض المستحق للمتضرر[١].

ولحل الإشكلات التي تقف أمام تطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، تميل الباحثة إلى تأييد الرأي الذي أشار إليه احد الفقهاء من أن تلك القواعد تشكل نظاماً قانونياً ولكنه غير مكتمل، كالبناء الذي وضع أساسه ولكنه لم يكتمل تشييده بعد، ويرجع ذلك لعدم قدرته على الإحاطة الكاملة بكافة المسائل التي يمكن أن يثور بشأنها نزاع بين المتعاقدين عبر الشبكة، وعجزه عن تقديم حلول مناسبة لبعض المسائل مثل أهلية التعاقد، وسلامة الرضا، والتقادم المسقط، والمسؤولية، والشروط الشكلية اللازمة لإبرام أو صحة العقود[٢]، وهو ما يدفعنا إلى القول بأن ما يتم من معاملات عبر شبكة الاتصالات لا يمكن أن تنظم وفق قواعد وطنية فريدة من نوعها، بل لابد من التنسيق بين القوانين الوطنية بتوحيد القواعد الموضوعية فيها من خلال تبني أحكام موحدة في اتفاقيات دولية أو قوانين نموذجية، أو حتى من خلال تطويع القواعد القائمة لتتلاءم مع خصوصية التعامل الرقمي وعالم المعطيات الإلكترونية والمعلومات، وهي كفيلة حسبما نرى بتقديم الحلول المناسبة لما يعرض من مشاكل ذات طابع دولي إلكتروني بشأنها.

إذ أن الخلاف بين القوانين الوطنية والقواعد الإلكترونية سيؤدي إلى صعوبات في العمل لأن التعامل الإلكتروني لا يعترف بالحدود ولا بالمادية التي تقوم عليها الدول، لأنه في الواقع فضاء افتراضي أوجد شكلاً جديداً من التعامل، بل وأنشأ مجتمعاً خاصاً به ليس على مستوى

(١) أنظر د. محمود جمال الكردي، المرجع السابق، ص١٤٨.

(٢) د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢٥٠.

دولة أو دول معينة، وإنما على مستوى كوني له نظامه وكيانه الخاص المستمد من طبيعته الخاصة[1].

لذا فنحن نميل إلى القول بأنه لامناص من اللجوء إلى قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص لحل المنازعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، وهو ما يعني وجود نوع من التكامل بين المناهج التقليدية للتنازع والقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، من خلال التطبيق التكاملي لنصوص القانون من قبل المحكم أو القاضي، والذي يكون عليه أن يطبق القواعد الموضوعية الإلكترونية، وعند حدوث النقص يلجأ إلى قواعد الإسناد لتطبيق قانون وطني معين، وهذا القول يكون قابلاً للتطبيق عند سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق، أما عند وجود الاختيار فيجب على القاضي والمحكم إتباعه، ما لم يخالف النظام العام أو يكون مشوباً بغش نحو القانون.

وهذا التكامل يتطلب بالضرورة وجود تعاون دولي، من أجل تحديد بعض المفاهيم في مجال التجارة الإلكترونية التي تثير إشكالات عند حل النزاع، وذلك من خلال إبرام اتفاقيات دولية تلاحق التطورات التجارية الدولية التي تمر بها التجارة الإلكترونية، بحيث تسمح للقاضي أو المحكم الذي ينظر النزاع، باللجوء إليها عند النقص أو الغموض الذي يعتري ما هو موجود من قواعد موضوعية، من خلال الاسترشاد بعادات التجارة الإلكترونية وإرادة الأطراف، فضلاً عن إجراء بعض الدول تعديلات على تشريعاتها الوطنية بما ينسجم ومفاهيم التجارة الإلكترونية وسبل حل ما ينشأ عنها من منازعات.

---

(١) د. عزت محمد علي البحيري، المرجع السابق، ص ١٦٧٨.

الخـــــــاتمـــة

بعد أن انتهينا من البحث في موضوع تنازع القوانين بشأن سندات الشحن الإلكترونية، والذي حاولنا قدر الإمكان من خلاله إيجاد بعض الحلول للمشكلات التي تنشأ بصدد القانون الواجب التطبيق على هذا النمط من وثائق النقل الدولي، خرجنا في نهاية المطاف بمجموعة من النتائج التي توصلنا إليها والتوصيات التي نأمل أن تؤخذ بنظر الاعتبار نثبتها فيما يأتي:-

أولا: النتائج.

١- تبين لنا أن استخدام نظم تبادل البيانات عبر الوسط الافتراضي يجعل من البيانات والمعلومات التي تتضمنها الرسائل الإلكترونية بمثابة وثائق شحن أو سندات شحن إلكترونية تقوم مقام السندات الورقية، فسجلات أو مستندات النقل الإلكتروني تشكل بمضمونها وثائق لإثبات عقد النقل البحري أو قد تحتويه، حيث تزايد الاهتمام بهذا النمط من سندات الشحن نتيجة للدور الذي تلعبه التجارة الإلكترونية في ميدان النقل الدولي، لما تحققه من سرعة في انجاز المعاملات وسهولة خزن واسترجاع البيانات التي تتضمنها أوعية المعلومات، فضلاً عن التكاليف التي يوفرها استخدام هذا النمط من الوثائق الإلكترونية، إضافة إلى الأمان القانوني الذي يتسم به الوسط الافتراضي، كل هذه الأمور جعلت من سندات الشحن الإلكترونية بديلاً ناجعاً يعتمد عليه في التجارة الدولية الإلكترونية ليحل محل سندات الشحن الورقية.

٢- بما أن سندات الشحن الإلكترونية تتمثل في مجموعة من البيانات التي يتم تبادلها عبر نظام معلوماتي يتولى مهمة إرسال واستقبال وتخزين ما يتم الاتفاق عليه بين الناقل والشاحن، وهو ما يجعل منها تتسم بسمة خاصة تنفرد بها عن تلك التي تتم بطرق تقليدية، مستمدة من استخدام تقنيات تكنولوجيا المعلومات في التواصل بين أطراف عملية النقل الذين لا يربط بينهم رابط

مكاني وتتزامن إراداتهم في وقت واحد على إنشاء السند وتنفيذه والالتزام بآثاره، وهو ما يجعل هذا النوع من السندات تتسم بسمة خاصة في ميدان التصرفات التجارية الإلكترونية الدولية.

٣- تأكد لنا إمكانية تطبيق معايير دولية العلاقة في عقود التجارة الدولية على سندات الشحن الإلكترونية، ورجحنا إعمال المعيار القانوني حسب ما يراه الفقه الحديث، أي المعيار الذي يعتمد على التفرقة بين العناصر المؤثرة وغير المؤثرة في العقد، ويرجع ذلك إلى أن هذا المعيار لا يتعارض مع المعيار الاقتصادي الذي ينهض على أساس فكرة الوفاء الدولي والارتباط بمصالح التجارة الدولية؛ إذ أن العناصر المؤثرة التي يعتمد عليها هذا المعيار، وهي اختلاف موطن المتعاقدين، أو تنفيذ العقد في الخارج، مما يؤدي في النهاية إلى انتقال الأموال والخدمات عبر الحدود، أي يرتبط بمصالح التجارة الدولية، فضلاً عن كونه يتصف بالعمومية على نحو يمكنه من استيعاب النماذج المختلفة من التصرفات التي تبرم عبر الشبكة.

٤- لأطراف سند الشحن الإلكتروني الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على السند المبرم بينهم ما دام هذا الاختيار لا يتعارض مع النظام العام وغير مشوب بغش نحو القانون، أي قائماً على حسن النية ومقبولاً، فإذا توافر ذلك وجب الأخذ بهذا الاختيار حتى لو كان القانون المختار منبت الصلة بالعلاقة محل البحث.

٥- عدم فاعلية العناصر التي أقرها الفقه والقضاء لاستخلاص الإرادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق في ميدان التجارة الإلكترونية، فالقرائن التي يستدل بها القاضي على الإرادة الضمنية للأطراف في العقود التقليدية تكون عديمة الجدوى في مجال التجارة الإلكترونية مثل لغة العقد وعملة الوفاء، وإبرامه أمام موثق في دولة معينة، لأن خصوصية الشبكة وعالميتها جعلت من تركيز تلك المؤشرات أمراً غاية في الصعوبة.

٦- هناك صعوبة بالغة تعترض تطبيق الضوابط المادية الأخرى كضابط محل الإبرام والجنسية المشتركة، حيث يصعب تحديد تلك الضوابط لاسيما في مجال التجارة الإلكترونية التي تبرم وتنفذ عبر وسائط شبكة الاتصالات والمعلومات، فالمعايير التي تعتمد على فكرة الإقليمية لا تتناسب مع هذا النمط من التصرفات حيث أنها تؤدي إلى تحديد سابق وجامد لضوابط الإسناد، وهو أمر غير مقبول في المجال الإلكتروني، ومع هذا يمكن أن يكون لضابط مكان التنفيذ دور في تحديد القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن الإلكترونية على اعتبار أن سندات الشحن الإلكترونية تبرم الكترونياً عبر الوسط الافتراضي، إلا أنها تنفذ ماديا بالتسليم في ميناء التفريغ أو مكان التنفيذ، حيث يكون مكان تسليم البضاعة معياراً لتحديد القانون الذي يحكم سند الشحن في هذه الحالة، وتعد مسألة الأخذ بهذا الضابط من عدمها مسألة واقع يخضع لتكييف القاضي الذي ينظر الموضوع، وله في سبيل ذلك البحث عن إرادة طرفي العقد ومدى انسجامها للأخذ بهذا المعيار.

٧- يمكن تطبيق نظرية الأداء المميز في مجال سندات الشحن الإلكترونية، حيث أنها نظرية مرنة تسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة التي يرتبط بها العقد برابطة وثيقة، قد تتحقق بعنصر الوفاء النقدي المترتب على سند الشحن، أو بعنصر الأداء بالتسليم الذي يتحمله الطرف الآخر، وفي كل الأحيان يجب الأخذ بنظر الاعتبار عند إعمال هذا الضابط حماية مصلحة طرفي السند على حد سواء.

٨- إزاء الاختلاف الحادث بين أنصار ومعارضي القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، فإننا انتهينا إلى أن الحرية أمر عظيم يجب حمايتها متى كان ذلك ممكناً، إلا أن ذلك لا يعني تحرير العقد من سلطان القانون. ويتمثل الحل ـ من وجهة نظرنا ـ في تطبيق القوانين الموجودة التي تتفق مع هذا التطور الحاصل في وسائط إبرام العقود الكترونياً، مع ضرورة وضع قواعد جديدة

لسد ما يوجد من ثغرات في التطبيق، ولا يمكن أن نعتمد على القوانين الموجودة فقط، ونؤيد فكرة وضع قوانين جديدة تتلاءم والواقع الذي تمر به التجارة الدولية، وعلى الرغم من عدم اكتمال البناء القانوني للقواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية، إلا أنها يتوافر فيها عنصر النظام القانوني، وبالتطبيق المتكامل لنصوص التنازع التقليدية مع القواعد الموضوعية للتجارة الإلكترونية يمكن أن نحل العديد من المشكلات التي تواجه تنازع القوانين بشأن التعاملات التي تبرم وتنفذ عبر الوسط الافتراضي.

ثانيا: التوصيات.

١- نوصي بضرورة تعديل نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي بالشكل الذي يعطي مرونة للقضاء في البحث عن القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن الإلكترونية وغيرها من العقود الدولية، بدلا من تقيده بضوابط إسناد جامدة كالموطن المشترك للمتعاقدين ومكان الإبرام أو التنفيذ، ونعتقد أن إعطاء المرونة للقضاء في البحث عن القانون الواجب التطبيق، سوف يفتح المجال لإبراز ملكاتهم القانونية بالشكل الذي يغني القانون الدولي الخاص في العراق، ونوصي بأن يكون تعديل نص المادة (٢٥) من القانون المدني العراقي بالشكل الآتي: "١- يسري على العقود الدولية والالتزامات الناشئة عنها قانون الدولة الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا، وعلى القضاء الاستعانة بجميع الظروف الشخصية والموضوعية للعقد والظروف المحيطة به للكشف عن الإرادة الضمنية. ٢- على المتعاقدين بعقود التجارة الإلكترونية إيراد بند صريح يحدد القانون الواجب التطبيق على التعاملات التي يبرمونها عبر شبكة المعلومات والاتصالات. ٣- وفي حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني للقانون الواجب التطبيق، يسري على العقود الدولية والالتزامات الناشئة عنها قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد ".

٢- نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون النقل العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣، بما يتلاءم والتطورات التي أصابت ميدان النقل الدولي للبضائع والإشارة بنص صريح إلى سندات الشحن الإلكترونية، وتحديد الأحكام الخاصة بالقانون الواجب التطبيق عليها.

٣- نقترح على المشرع العراقي إصدار تنظيم قانوني خاص ومتكامل من جميع الجوانب بصدد عقود التجارة الإلكترونية وذلك على غرار قانون الأونسترال وقوانين بعض الدول العربية والأجنبية، هذا من جانب، ومن جانب آخر نرى أن تكون مادة التجارة الإلكترونية بما في ذلك العقود الإلكترونية مادة منهجية مستقلة تطرح على طلاب كلية القانون في الجامعات العراقية.

٤- نقترح على القضاء العراقي عند عرض نزاع عليه متعلق بعقود التجارة الإلكترونية وفي ظل غياب التنظيم التشريعي المحلي الخاص بعقود التجارة الإلكترونية تفعيل تطبيق نص المادة (٣٠) من القانون المدني العراقي القاضية بإتباع مبادئ القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، وفي هذا المجال يمكن الاستفادة والاقتباس من الأحكام القانونية الواردة في اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالنقل البحري للبضائع هامبورج لعام ١٩٨٧، وقانون الأونسترال لعام ١٩٩٦، فضلاً عن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام ٢٠٠٧، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عبر البحر كلياً أو جزئياً لعام ٢٠٠٩.

٥- نوصي المشرع العرقي بضرورة الاقتداء بالأحكام التي جاءت بها معاهدة روما لعام ١٩٨٠، والانظمام إلى معاهدة هامبوج لعام ١٩٨٧، والعمل بمقتضى قواعد الاونيسترال لعام ١٩٩٦، فضلاً عن الانظمام إلى اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في البيوع الدولية لعام ٢٠٠٧، واتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كلياً أو جزئياً لعام ٢٠٠٩.

المـــراجــع

أولاً: المرجع العربية

١- الكتب

أ- المراجع العامة

- د. إبراهيم احمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص ـ تنازع القوانين ـ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١.
- د. احمد حسني، البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠١.
- د. أحمد عبد الحميد عشعوش، تنازع مناهج تنازع القوانين، مؤسسة شباب الجامعة، بدون مكان نشر، ١٩٨٩.
- د. احمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، ط١، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ١٩٩٦.
- د. أحمد عبد الكريم سلامه، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية ـ القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د. بدرية عبد الله العوضي، الأحكام العامة في القانون الدولي للبحار، الطبعة الأولى، مطبعة السلام، الكويت بدون سنة طبع.
- د. ثروت عبد الرحيم، شرح القانون البحري السعودي، الناشر عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٨٥.
- د. جابر إبراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الأجانب وأحكامهما في القانون العراقي والمقارن، مطبعة المعارف بغداد، ١٩٧٦.

❖ د. حسن الهداوي، ود. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢.

❖ د. حسن هداوي، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة، الأردن ١٩٩٧.

❖ د. حفيظة السيد حداد، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقي بيروت ٢٠٠٢.

❖ د. سامي بديع منصور ود. عكاشة عبد العال، القانون الدولي الخاص، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٥.

❖ د. سامي بديع منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، تقنية وحلول النزاعات الدولية الخاصة، دار العلوم العربية، ط ١، بيروت ـ لبنان، ١٩٩٤.

❖ د. سميحة القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة١٩٨٧.

❖ د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص المصري، الجزء الثاني، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ١٩٧٤.

❖ د. علي البارودي، مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون سنة طبع.

❖ د. علي جمال الدين عوض، النقل البحري للبضائع، مطبعة جامعة القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٢.

❖ د. علي جمال الدين عوض، تعليقات على القضاء التجاري البحري، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة الحادية والثلاثون، ١٩٦١.

❖ د. علي سليمان، شرح القانون الدولي الخاص الليبي، منشورات جامعة بنغازي، ١٩٦٩، ص٩٨.

❖ د. غالب علي الداودي ود. حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب، الجزء الأول، مطابع جامعة بغداد، بغداد ١٩٨٩.

❖ د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، الكتاب الأول، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة، ط٢، عمان، ١٩٩٨.

❖ د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. سامية راشد، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤.

❖ د. فؤاد عبد المنعم رياض ود. محمد خالد الترجمان، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية، بدون ناشر، ١٩٩٧.

❖ د. محمد عبد الفتاح ترك، عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥.

❖ د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، مؤسسة الثقافة الجامعية،١٩٨٢.

❖ د. محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص ـ دراسة مقارنة ـ (للقانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي)، الطبعة الأولى، دار مكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، ٢٠٠٢.

❖ د. مصطفى الجمال، دروس في القانون البحري، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر بالإسكندرية، ١٩٦٨.

❖ د. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، من دون سنة طبع.

❖ د. ممدوح عبد الكريم، القانون الدولي الخاص الأردني والمقارن، الجزء الاول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٨.

❖ د. هشام علي صادق ود. حفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، بدون ناشر وسنة نشر.

❖ د. هشام علي صادق، تنازع القوانين ـ دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري ـ، منشأة دار المعارف، الإسكندرية ١٩٧٤.

❖ د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨.

ب- المراجع المتخصصة

❖ د. إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية ـ دراسية مقارنة ـ، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٩.

❖ د. احمد حسني، قضاء النقض البحري، الطبعة الثانية، منشاة المعارف بالإسكندرية، من دون سنة طبع.

❖ د. احمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد وإثباته)، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

❖ د. احمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٩٠.

❖ د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

❖ د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٠.

❖ د. احمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٥.

❖ د. ايمن مصطفى البقلي، النظام القانوني لعقد الاشتراك في بنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠.

❖ د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

❖ د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٦.

❖ د. حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ـ دراسة مقارنة ـ، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٧.

❖ د. خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٦.

❖ د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة -، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٨.

❖ د. سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري وفقا لاتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر لعام ١٩٧٨ (قواعد هامبورغ)، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٦.

❖ د. سليمان احمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١.

❖ د. سوزان علي حسين، سند الشحن الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠١٠.

❖ د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

❖ د. صلاح محمد المقدم، تنازع القوانين في سندات الشحن ومشارطات ايجار السفينة، الدار الجامعية، بيروت بدون سنة نشر.

❖ د. طرح البحور علي حسن، تدويل العقد ـ دراسة تحليلية على ضوء الاتفاقية الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الموقعة في روما ١٩ يونيو ١٩٨٠ـ، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٠.

❖ د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، ط١، دار صادر، بيروت ٢٠٠١.

❖ د. عادل ابو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥.

❖ د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ١٩٩٧.

❖ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة العربية، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠٣.

❖ د. عبد المنعم زمزم، عقود الفرانشيز بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١.

❖ د. عزيز عبد الأمير العكيلي، دور سند الشحن في تنفيذ عقد البيع كاف أو سيف، دار النهضة العربية، ١٩٧١.

❖ د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية ـ دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية ـ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٤

❖ د. عكاشة محمد عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٤.

❖ د. علاء حسين مطلق التميمي، المستند الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١١.

❖ د. عنايت عبد الحميد ثابت، مبتدأ القول في أحكام فض تداخل مجالات انطباق القوانين في القانون اليمني، ط ٣، بدون مكان نشر، ١٩٩٣.

❖ د. فؤاد العلواني، صيغ التحكيم في سندات الشحن ومشارطات الإيجار، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٩٢.

❖ د. مجيد حميد العنبكي، قانون النقل العراقي المبادئ والأحكام، مركز البحوث القانونية، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٤.

❖ د. محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٥.

❖ د. محمد حسام لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، بدون ناشر، القاهرة ٢٠٠٢.

❖ د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون سنة طبع.

❖ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٩.

❖ د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، بدون ناشر، ١٩٨٨.

❖ د. محمود سمير الشرقاوي، مركز المرسل إليه في سند الشحن، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، السنة السابعة والثلاثون، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٦٧.

❖ د. محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - دراسة تحليلية ومقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٠.

❖ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ـ دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية وأحكام القضاء والمحكمين وتوصيات مجمع القانون الدولي ـــ، منشأة المعارف، الإسكندرية ١٩٩٥.

❖ د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ٢٠٠١.

❖ كتاب التجارة الإلكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت، اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠٠.

٢- الرسائل العلمية

❖ د. خليل إبراهيم محمد، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية، رسالة ماجستير- كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠٥،

❖ د. بدران شكيب، عقود المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة الموصل ٢٠٠٥.

❖ سلطان عبدا لله محمود، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق عليها، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل ٢٠٠٤.

❖ عمار حميد سعد الله بكر، قانون علم السفينة وأثره في تنازع القوانين، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، ٢٠٠١.

❖ د. طارق عبد الله عيسى المجاهد، تنازع القوانين في عقود التجارة الدولية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد ٢٠٠١.

❖ د. طلال ياسين العيسى، العقود الدولية وتطبيقاتها في القانون العراقي، أطروحة دكتوراه، كلية القانون ـ جامعة بغداد ١٩٩٦.

❖ د. محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٧.

❖ نافع بحر سلطان، تنازع القوانين في منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة بغداد ٢٠٠٤.

٣- البحوث المنشورة

❖ د. أحمد السعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ـ دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، ٢٠٠١.

❖ د. احمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣.

❖ د. احمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣.

❖ د. أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، تصدرها الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة ، المجلد ٢١ لسنة ١٩٦٥.

❖ د. احمد عبد الكريم سلامة، الانترنت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠٠.

❖ د. احمد ضاعن السمان، تنازع القوانين في الإنقاذ البحري، مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الحادية عشرة، ١٩٨٧.

❖ د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، في ١-٣ أيار- ٢٠٠٠، ص ٢٠ .

❖ د. اكرم يامالكي، عقد النقل، مجلة القانون المقارن، العددان السادس والسابع، السنة السادسة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.

❖ د. الياس ناصيف، إطلالة على التحكيم الإلكتروني في العالم، اتحاد المصارف العربية، العدد ٢٣٧، المجلد العشرون، أيلول ٢٠٠٠.

❖ خميس خضر، معالم النظام القانوني للسفينة في القانون البحري الليبي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الرابع، ١٩٧٣.

❖ د. عز الدين عبد الله، دراسات في القانون الدولي الخاص الكويتي، تنازع القوانين في العقد، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٦٤، العدد ٣٥٢، مطابع الأهرام، القاهرة، ١٩٧٣.

❖ د. عزت محمد علي البحيري، القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣.

❖ د. عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣.

❖ عوني الفخري، المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام الحاسوب، بحث مقدم إلى ندوة (القانون والحاسوب) التي نظمها بيت الحكمة والمنعقدة في آب ١٩٩٨، منشور في مطبوع (القانون والحاسوب، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٩٩.

❖ د. مجيد حميد العنبكي، سندات الشحن وتطور أساليب النقل، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد السابع، العددان الأول والثاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٨.

❖ محمد عسكر، مسؤولية الناقل على ضوء قانون التجارة، رسالة التامين، العدد الثامن والتاسع، س٢، ك٢، ١٩٧٢.

❖ محمد علي الفري، عقود الإذعان، بحث مقدم إلى الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، متاح على شبكة الإنترنت على الموقع : http://www.elgari.com سحبت في ٢٥ شباط (فبراير) ٢٠١١ ساعة ٣١: ٠٦: ١٤ GMT.

❖ د. محمد يوسف علوان، القانون الدولي للعقود، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الرابعة، العدد الثاني، جامعة الكويت، نيسان ١٩٨٠.

❖ د. منير عبد المجيد، حول مفهوم القانون المحدد بمعرفة الأطراف في العقود الخاصة الدولية، مجلة الدراسات القانونية، ع ٣، جامعة بيروت، كلية الحقوق، كانون الأول ١٩٩٩.

❖ د. هاشم رمضان الجزائري، الآثار المترتبة على استخدام سند الشحن الإلكتروني في النقل البحري، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والحاسوب، المنعقد في جامعة اليرموك – كلية القانون، الاردن، ١٢-١٤/ تموز/ ٢٠٠٤.

٤- الموسوعات القضائية

❖ د. حسن الفكهاني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية، أحكام محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٨٩ حتى منتصف عام ١٩٩٢، ملحق رقم١٣.

❖ قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٢.

❖ قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الرابع، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٦ و١٩٦٧، دار الحرية للطباعة، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٠.

❖ قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد السادس، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٩.

❖ مجلة العدالة، السنة ١٩٧٥-١٩٧٦.

❖ المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٨٥

❖ المجلة القضائية العربية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٨٤.

❖ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول والثالث، السنة السادسة، ١٩٧٥.

❖ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ١٩٧٨.

❖ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثامنة، ١٩٧٧.

❖ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٧٦.

❖ مجموعة الأحكام العدلية، العددان الثالث والرابع، السنة الثامنة، ١٩٧٧.

ثانياً: المراجع الاجنبية

- Batiffol (H) Lagarde: trait de droit International Priv`e , Paris, tem, edition.t11. 1983.
- Bertrand Courtois, Valid and enforceable, 19 July 2002.
- D. de Bellescize, L. Franceschini, Droit de la communication, puf, 2005.
- Deby-gerard .le role de la regle de conflict dans le reglement des rappoits intrnationaux.these .paris .Dalloz, 1973, Bibledr. int Pr. Vol. xvl no 287.
- Francis A. Gabor, Stepchild of the New Lex Mercatoria: Private International Law from the United States Perspective, November 1997.
- jacquet . (j) et delebeque . (ph), droit du commerce nternational , dalloz,1997.
- Leathr's Best V. S.S. Mormaclynx 451 F. 2d 8.. at p. 816, 1991.
- Mayer-lemythede l'order Juridiquede puse: ou (grundiegung) in melanges cold man, Paris,1983.
- MARTIN WOLLFF, PRIVATE INTERNATIONAL LAW, SECOND EDITION, AT THE CLARENDON PRESS, OXFORD, 1962.Ole Lando, Some issues relating to the Law applicable to contractual obligations, 25 June 1997.
- Ruscalla ,G, Harmonization of Interational Commercial Contract Law ; the case of Internationap distribution agreements ,2006.
- PATRICK HOLLOWAY, OWNERSHIP, RISK AND TITLE TO SUE WITH RESPECT TO THE CARRIAGE OF GOODS BY SEA-THE PERSPECTIVE OF A SOUTH AFRICAN ATTORNEY ACTING ON BEHALF OF CARGO INTERESTS, 24 February, 1999.
- PLENDER, THE ROME CONVENTION ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLICATIONS, 3 May 2003.
- Pierre Mayer, Droit International Prive, Montchresten, Paris, 1977.
- Ranouil L'autonomie de volonte, naissauce, et evolution d'un concept, presse universitalre de, France,1980.
- V. FAUCHOUX, P. DEPREZ, Le droit de l'internent, Lois, contrats et usages, préface de J. - M. Bruguiere, Litec, 2008.
- Wemboener Pressen V. Ceres Marine Terminals, Inc. 5 F. 3d 734 at p. 739, 1993.
- Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Droit International Prive, 6e. edition, DALLOZ, Paris, 1999.

المحتـــــويات

الموضوع	الصفحة
الاهداء	٢
الشكر والتقدير	٣ ــ ٤
المقدمة	٥ ــ ١١
المبحث التمهيدي: ماهية سندات الشحن الكترونية	١٢
المطلب الاول: مفهوم سندات الشحن الإلكترونية	١٣
الفرع الاول: تعريف سندات الشحن الإلكترونية وخصائصها	١٣
أولاً: تعريف سندات الشحن الإلكترونية	١٤
ثانياً: خصائص استخدام سندات الشحن الإلكترونية	٢٣
الفرع الثاني: أطراف سندات الشحن الإلكترونية	٢٦
المطلب الثاني: الطبيعة الدولية لسندات الشحن الإلكترونية	٣٠
الفرع الأول: أثر التجارة الإلكترونية على سندات الشحن الإلكترونية	٣١
أولاً: التصرفات التي تبرم عبر الشبكة تبرم عن بعد	٣١
ثانياً: التصرفات التي تبرم عبر الشبكة بين التفاوض والإذعان	٣٣
ثالثاً: تصرفات التجارة الإلكترونية ذات سمة خاصة	٣٨
الفرع الثاني: معايير دولية سندات الشحن الإلكترونية	٣٩
أولاً: المعيار القانوني	٤٠
ثانياً: المعيار الاقتصادي	٤٣
ثالثاً: الجمع بين المعيارين - المعيار المختلط -	٤٦
الفصل الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف	٥٠
المبحث الأول: مبدأ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق	٥٣
المطلب الأول: اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في النظريات الفقهية	٥٣
الفرع الأول: النظرية الشخصية	٥٤
الفرع الثاني: النظرية الموضوعية	٦١
المطلب الثاني: آلية الاختيار الإرادي وأثره على سند الشحن الإلكتروني	٦٦
الفرع الأول: آلية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق	٦٧
الفرع الثاني: أثر الاختيار الإرادي على سندات الشحن الإلكترونية	٧٤
أولاً: مدى قابلية تجزئة سند الشحن الإلكتروني	٧٤
ثانياً: عدم اشتراط توافر صلة بين سند الشحن الإلكتروني والقانون المختار	٧٩
ثالثاً: عدم الأخذ بفكرة الإحالة في ميدان سندات الشحن الإلكترونية	٨٢
المبحث الثاني: إختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في التشريع والقضاء	٨٥
المطلب الأول: الأختيار الإرادي في التشريع الوطني والدولي	٨٥
الفرع الأول: الاختيار الإرادي في التسريعات الوطنية	٨٥

الفرع الثاني: الأختيار الإرادي في الاتفاقيات الدولية	٩٧
المطلب الثاني: الاختيار الإرادي في التطبيقات القضائية	١٠٤
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق في حالة غياب اتفاق الأطراف	١١١
المبحث الأول: منهج التركيز الموضوعي لسندات الشحن	١١٢
المطلب الأول: قواعد الإسناد المرتبطة بسند الشحن الإلكتروني	١١٣
الفرع الأول: قواعد الإسناد المرتبطة بإبرام سند الشحن وتنفيذه	١١٤
أولاً: ضابط محل إبرام – إصدار – سند الشحن الإلكتروني	١١٤
ثانياً: ضابط مكان تنفيذ سند الشحن الإلكتروني	١١٧
الفرع الثاني: ضابط الموطن المشترك لطرفي سند الشحن الإلكتروني	١٢٠
المطلب الثاني: ضابط الأداء المميز في سند الشحن الإلكتروني	١٢٣
الفرع الأول: مضمون فكرة الأداء المميز	١٢٤
أولاً: معنى فكرة الأداء المميز	١٢٤
ثانياً: تحديد من هو صاحب الأداء المميز في سند الشحن	١٢٨
الفرع الثاني: الموقف القانوني من فكرة الأداء المميز	١٣٤
المبحث الثاني: مدى خضوع سند الشحن للقانون الموضوعي الإلكتروني	١٤١
المطلب الأول: ماهية القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٤٢
الفرع الأول: مفهوم القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٤٢
أولاً: تعريف القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٤٢
ثانياً: خصائص القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٤٤
الفرع الثاني: مصادر القواعد الموضوعية الإلكترونية وطبيعتها	١٤٧
أولاً: مصادر القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٤٧
ثانياً: الطبيعة القانونية للقواعد الموضوعية الإلكترونية	١٦٢
المطلب الثاني: مدى كفاية القواعد الموضوعية الإلكترونية لحكم سند الشحن	١٦٥
الفرع الأول: تقييم فكرة القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٦٥
أولاً: نقد فكرة القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٦٦
ثانياً: الرد على النقد الموجه للقواعد الموضوعية الإلكترونية	١٦٦
الفرع الثاني: تطبيق القواعد الموضوعية على سندات الشحن	١٦٨
أولاً: مدى فاعلية وضرورة القواعد الموضوعية الإلكترونية	١٦٩
ثانياً مدى امكانية تطبيق القواعد الإلكترونية على منازعات سند ات الشحن الإلكترونية	١٧٢
ثالثاً: رأي الباحثة	١٧٧
الخاتمة	١٨٠
المراجع	١٨٥
المحتويات	١٩٧