

حدود الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الاستهلاكي

أ. كوثر مجدوب
جامعة سكيكدة

ملخص

يعتبر ضابط الإرادة أهم ضابط إسناد يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق بالنسبة للالتزامات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي في القانون الدولي الخاص، حيث أقرت بهذا المبدأ كل الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية، فالقاضي و من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض عليه لا بد له أن يبحث أولاً عن القانون المختار من قبل الأطراف، و حيث أننا أمام عقد أحد أطرافه مستهلك يمثل الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية، و تجب حمايته خاصة إذا كان العقد الذي يبرمه بتم بالطرق الالكترونية، فالتساؤل المطروح هو ما إذا كان هذا الاختيار في هذه الحالة يتم بحرية كما لو كان المتعاقدين من نفس الدرجة أو ترد عليه قيود.

الكلمات المفتاح

قانون دولي خاص، المستهلك، عقد إلكتروني، ضابط الإسناد، اختيار الأطراف، القانون الواجب التطبيق.

Résumé

La volonté des parties est considérée comme le plus important facteur de rattachement dans les obligations contractuelles en droit international privé, ce facteur est reconnu par les conventions internationales et les législations nationales. en effet, le juge pour déterminer la loi applicable dans un litige il cherche d'abord s'il ya un choix par les parties, ces derniers peuvent designer une loi à leurs choix, alors ils ont presque une liberté absolue, mais lorsque l'un des partie est un consommateur (la partie faible dont on doit protéger) qui a conclu son contrat par voie électronique, et la question qu'on doit poser << est ce que cette liberté conférée aux parties connaît des limites >> ?

Mots clés Droit international privé, consommateur, contrat électronique, loi applicable, choix des parties, facteur de rattachement.

مقدمة:

إذا قلنا عقد دولي هذا يعني تنازع للقوانين، و إذا قلنا تنازع القوانين فمنعاه البحث عن القانون الواجب التطبيق، و هذا الأخير نتوصل إليه باعتماد ضوابط إسناد تم وضعها لتحديد القانون الأنسب للتطبيق على العلاقة ذات العنصر الأجنبي، و بما أننا أمام عقد فسوف يكون الحديث عن قاعدة الإسناد المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. بالرجوع إلى ضوابط الإسناد المعتمدة في الالتزامات التعاقدية نلاحظ بروز ضابط أحدث به كل التشريعات و الاتفاقيات الدولية و يتمثل في ضابط الإرادة و ربما هذا الأمر منطقي باعتبار أن العقد يحكمه مبدأ سلطان الإرادة. إن اعتماد الإرادة كضابط أصلي لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد له جذوره التاريخية، ففي عام 1910 أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم¹، كما أعلنت محكمة النقض الفرنسية في قرار fourrures renel في 1959/07/06 أن القانون المطبق على العقد فيما يخص إبرامه و شروطه و آثاره هو القانون المختار من قبل الأطراف².

إن اعتماد ضابط الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق لا يقتصر فقط على العقد الدولي التقليدي بل أمتد تطبيقه إلى العقد الدولي الالكتروني، الذي قد يتم بين مهني و مهني (B2B) أو بين مهني و مستهلك (B2C) و هذا الأخير هو محل

دراستنا، و بما أننا أمام عقد أحد أطرافه مستهلك أي طرف ضعيف تجب حمايته و يبرم عقده بوسيلة حديثة و هي الانترنت التي قد لا تتناسب معها كل معطيات العقد التقليدي، فهل يبقى لهذه الإرادة نفس الحدود:

المطلب الأول: الإرادة كضابط على لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي

نستعرض أولاً موقف القوانين سواء الوضعية أو الاتفاقية (فرع أول)، ثم نبين صعوبات تطبيق هذا الضابط في العقود الالكترونية (فرع ثاني).

الفرع الأول: موقف القوانين من ضابط الإرادة

أخذت بهذا الضابط التشريعات الوضعية (أولاً)، و أيضاً الاتفاقيات و القوانين الموحدة (ثانياً).

أولاً: موقف التشريعات الوضعية من ضابط الإرادة

هناك من الدول من نظمت مسألة القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني بقوانين خاصة في إطار تنظيم المعاملات الالكترونية و منها من أرجعت المسألة للقواعد العامة الموجودة في القانون الدولي الخاص.

1- في القانون الجزائري: المشرع الجزائري لم يعالج المعاملات الالكترونية بنصوص خاصة كما فعلت بعض الدول العربية التي سنأتي على ذكرها فيما بعد و بهذا يكون قد أحالنا إلى القواعد العامة في القانون الدولي الخاص و المنصوص عليها في القانون المدني³ حيث نصت المادة 18 فقرة 1 على: " يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد " نلاحظ أن المشرع أعطى للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، لكن هذه الأخيرة ليست مطلقة، حيث قيدها بضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار و المتعاقدين أو العقد، و يقصد المشرع بالصلة الحقيقية أن يكون القانون المختار له ارتباط فعلي و قوي بالمتعاقدين كقانون جنسيتهم أو قانون موطنهم، أو يكون له ارتباط فعلي بالعقد كقانون مكان أبرام العقد أو تنفيذه، و هناك من يرى بأن الصلة الحقيقية يقصد بها العلاقة الموضوعية التي تربط بين القانون المختار و العقد أو المتعاقدين، حيث يجب على الأفراد الاختيار من النظم القانونية التي كان للقاضي أن يختارها لو كان له الحق في ذلك⁴، و بهذا نقول أن المشرع قد أخذ بالنظرية الموضوعية التي يرى أنصارها أن الإرادة ليست مطلقة في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي⁵.

إن المشرع الجزائري لم يميز بين الإرادة الصريحة و الإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ما أدى إلى وجود ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول يقول بأن المشرع أخذ بالإرادة الضمنية و حجيتهم في ذلك المادة 60 فقرة 2 من القانون المدني التي تنص على "... و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً " بالرجوع للمادة 18 نجد أن المشرع لم يشترط أن يكون التعبير صريح و بالتالي لا يوجد ما يمنع الأخذ بالإرادة الضمنية تطبيقاً للقواعد العامة⁶، الاتجاه الثاني يرى أن المادة 18 من القانون المدني الجزائري كانت عكس القوانين العربية و الاتفاقيات الدولية، لا تشمل على الفقرة التي تقرر الأخذ بالإرادة الضمنية في حالة عدم وجود إرادة صريحة على أساس أن المادة 60 قانون مدني تطبق على العقود الداخلية و ليست الدولية⁷، أما الاتجاه الثالث فيرى ترك المسألة في يد القاضي، لكن هذا الرأي منتقد نظراً لاحتمال تعسف القاضي بعدم الأخذ بالإرادة الضمنية و هذا راجع للسلطة التي قد تمنح له⁸، و حسب رأينا المشرع أخذ بالإرادة الصريحة و نؤيد بذلك الاتجاه الثاني.

2- القانون السوري: المشرع السوري أخذ بضابط الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الدولي في قانون المعاملات الالكترونية رقم 2014/3⁹، حيث نص في المادة 11 على ما يلي (ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد

الالكتروني على القانون الواجب التطبيق يطبق على القانون الواجب التطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني).

3- القانون الإماراتي: أخذ المشرع الإماراتي بضابط الإرادة في المادة 19 من قانون المعاملات المدنية لدول الإمارات العربية المتحدة¹⁰ التي تنص على ما يلي (يسري على الالتزامات التعاقدية شكلا و موضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين... ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانون آخر هو المراد تطبيقه).

نفس النص جاء به القانون المدني المصري في المادة 19 فقرة 1 و أكدته المادة 2 من قانون التجارة الالكترونية لسنة 2004¹¹، إذا نلاحظ أن كل من المشرع المصري و الإماراتي أحدا بالإرادة الصريحة و نصا صراحة على الأخذ بالإرادة الضمنية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الدولي.

لكن هناك فرق بين هذه التشريعات فيما يخص ضابط الإرادة و المتمثل في موقف المشرع الجزائري عندما قيد هذه الحرية بوجود الصلة الحقيقية بين القانون المختار و المتعاقدين أو بالعقد، و هو ما لم تفعله التشريعات الأخرى.

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية من ضابط الإرادة

1- أهم هذه الاتفاقيات اتفاقية روما لعام 1980¹² المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية و التي جاءت عامة أي لا يوجد ما يمنع تطبيقها على العقد الإلكتروني، و قد أخذت هذه الاتفاقية بضابط الإرادة من خلال المادة 3 و التي تنص فيها على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق و الذي يمكن أن يكون صريح أو ضمني و يترتب على هذه الحرية ثلاثة نتائج هي إمكانية تجزئة العقد (المادة 3 فقرة 1) و حق الأطراف في تعديل القانون الواجب التطبيق (المادة 3 فقرة 2) أيضا يمكن اختيار قانون ليس له صلة بالعقد.

كذلك اتفاقية لاهاي لعام 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنتجات المادية، حيث نصت في المادة 2 " يخضع البيع لقانون البلد المعين من طرف الأطراف المتعاقدة"¹³.

2- موقف القوانين الموحدة

هناك القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية¹⁴ الذي نص في المادة 36 على حق الأطراف في الاتفاق على تطبيق قانون دولة ما أو قواعد اتفاقية دولية أو أي قواعد موحدة في وثيقة أخرى، إلا أنها أعطت قيدا على تطبيق قانون الإرادة، و هو عندما يكون مخالف للنظام العام أو هناك غش نحو القانون.

أما فيما يخص التنظيم الأوروبي 2008/593¹⁵ أو ما يعرف بروما 1 المتعلق بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية فقد أخذ بضابط حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق باعتباره مبدأ جوهري.

بالرغم من الاتفاق على أن ضابط الإرادة هو الأفضل لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الإلكتروني إلا أن هذا الأخير تواجهه عدة صعوبات عند تطبيقه على العقود الإلكترونية .

الفرع الثاني: صعوبات تطبيق ضابط الإرادة على العقود الإلكترونية

نميز بين الصعوبات التي تمس الإرادة الصريحة (أولا) ثم تلك الخاصة بالإرادة الضمنية (ثاني).

أولا) الصعوبات التي تلحق تطبيق الإرادة الصريحة

تتمثل في:

أ) كيفية التحقق من وجود إرادة التعاقد و يكون هذا في حالة ما إذا تم التعبير عن الإرادة بشكل غير مباشر أي بوجود وسيط قد يؤدي إلى إصابة الرسائل الالكترونية بعيوب في صحتها بحيث يصعب التأكد من وجود الإرادة، و كذلك التحقق

من أن هذه الإرادة صادرة من شخص له أو ليس له صلاحية التصرف نيابة عن الشخص الأصلي، أو تم التلاعب في مضمون الرسالة الالكترونية خاصة مع ما تتعرض الشبكة من إختراقات¹⁶.

و هناك دراسات أكاديمية و علمية أثبتت أن تحديد إرادة التعاقد يمكن أن يتحقق عن طريق اتفاق المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة المرور، كما يضمن المفتاح السري و المفتاح العلني من تحديد هوية المتعاقد الحقيقي عندما يوقع الطرف المرسل الرسالة بمفتاحه السري، و يتم التحقق من قبل المرسل إليه من الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري و إذا تبث صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي¹⁷.

ب) تحديد أهلية و هوية المتعاقد، قد يجري التعاقد عبر الانترنت دون أن تتوفر أهلية التعاقد لأحد الأطراف أو لكليهما فأغلب مستخدمي الانترنت هم مراهقين أو ناقصي الأهلية يصعب اكتشاف ذلك خاصة و أن الدفع يتم إلكترونيا أي قد يستعمل قاصر البطاقة المصرفية لوالديه أو لأي شخص آخر، و هذا راجع كون العقد الالكتروني يبرم دون الحضور الشخصي للأطراف مما يصعب على كل متعاقد التعرف و التأكد من شخصية المتعاقد الآخر و التحقق من أهليته.

و من التقنيات المستخدمة للتأكد من أهلية المتعاقد نجد تقنية الحائط الناري لجميع الآليات البرمجية و التي عن طريقها يمكن بث رسالة تحذيرية عندما تكون الشبكة معرضة للاختراق و أيضا تقنية الإستيطاق من المواقع و تعقبها خوف من وجود شركات وهمية، أيضا الوثائق الالكترونية حيث ينص الاتفاق النموذجي للتبادل الالكتروني على أن تشمل الإجراءات الأمنية التحقق من منشأ الرسالة¹⁸.

ج) صعوبة إثبات جدية التعاقد، تعتبر قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق و الالتزامات فعدم إقامة الدليل على وجود الحق يحول حصول صاحبه على الحماية القانونية المقررة له بموجبه¹⁹، فقد تصاب الأجهزة الالكترونية بمشاكل فنية تؤدي إلى ضياع الأدلة و البيانات المخزنة بداخلها أو قد تنتهي فترة الصلاحية المقرر لتخزينها بحيث تهلك أو تصبح غير مقروءة أو قد يتلاعب بمضمون السند الالكتروني مما يؤثر على إمكانية الإثبات²⁰.

د) عدم تنظيم القانون المختار للمعاملات الالكترونية، أو عدم وجود قواعد حمائية فيه للمستهلك الالكتروني.

ثانيا) الصعوبات التي تلحق تطبيق الإرادة الضمنية

أهم هذه الصعوبات:

أ) إمكانية تحكم القاضي في قانون العقد، حيث أن القاضي و من اجل البحث عن الإرادة الضمنية يقوم بتركيز العلاقة العقدية و إسناده للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد²¹، و هذا ما يؤدي إلى تحكم القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق مستترا وراء البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين و هي في الحقيقة إرادته هو.

ب) صعوبة الاعتماد على القرائن الدالة على الإرادة الضمنية، و تتضح من جهات متنوعة كلغة العقد مثلا فأغلب العقود تحرر باللغة الانجليزية باعتبارها لغة التخاطب في العقود الالكترونية، كذلك لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء لها بعد أن أصبح مقابل الوفاء يؤدي بطريقة آلية أو إلكترونية (النقد الإلكتروني) و هذا ما ترك جانب من الفقه يرى ضرورة استبعاد الاختيار الضمني في العقود الالكترونية.

المطلب الثاني: القيود الواردة على تطبيق ضابط الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني الإستهلاكي

في الحقيقة إن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق لا تحقق دائما رغبتهم في تطبيق ذلك القانون و هذا في حالة ما إذا كان القانون المختار يخالف النظام العام أو قواعد البوليس للدولة القاضي (فرع 1) أو ثبت له الاختصاص باستعمال الغش (فرع 2) أو يرجع ذلك إلى وجود المستهلك طرف في العقد (فرع 3).

فرع 1) النظام العام و قواعد البوليس

يعد النظام العام قيدا على سلطان الإرادة و هو يعتبر سلاحا لحماية المبادئ و الأسس العليا سواء السياسية أو لاجتماعية أو الاقتصادية التي تقوم عليه الدولة و المجتمع، و مع تدخل الدولة في مجال النشاط الفردي، ظهر عدد كبير من القوانين ذات الطابع الأمر تطبق سواء كانت العلاقة وطنية أو أجنبية، ما أدى بالبعض إلى تقسيم هذه القوانين إلى فئات فهناك ما يسمى بالنظام العام التوجيهي، و هو ما يقصد البعض بقواعد البوليس، وهو يعمل على حماية المصلحة العامة عن طريق توجيه كافة الأنشطة مثل قوانين الصرف، قوانين الاستثمار، قوانين حماية المستهلك.....

إن وجود مثل هذه القوانين (قوانين البوليس) تؤدي إلى عدم النظر في قانون الإرادة لأنها تطبق أصلا قبل الرجوع إلى قاعدة النزاع باعتبار أن هذه القواعد تطبق على المسألة أو على النزاع بغض النظر عن وجود العنصر الأجنبي من عدمه، و في هذا الاتجاه نص المشرع الجزائري من في المادة 5 من القانون المدني على أن قوانين البوليس و الأمن تطبق على كافة سكان القطر الجزائري.

أما الدفع بالنظام العام فيأتي بعد استشارة القاضي لقاعدة النزاع، و يكشف أن قانون الإرادة الواجب التطبيق على النزاع مخالف للنظام العام و الآداب العامة في دولته.

فرع 2) وجود الغش نحو القانون

أخذ به المشرع الجزائري في المادة 24 فقرة 1 من القانون المدني و عرفه الفقه بأنه قيام الفرد بإرادته بتغيير ضابط الإسناد قاصدا تطبيق القانون هو غير القانون المختص أصلا بحكم النزاع، و يشمل الغش على عنصرين، العنصر المادي و المتمثل في التغيير الإرادي لضابط الإسناد و يجب أن يكون هذا التغيير فعلي و مشروع، و العنصر المعنوي المتمثل في نية التهرب من أحكام قانون ما.

إن تحقق هذين الشرطين يؤدي إلى استبعاد القانون المختار من طرف المتعاقدين.

فرع 3) وجود مستهلك طرف في العقد

إذا كان المبدأ هو تطبيق القانون المختار من طرف الأطراف، فإن وجود المستهلك كطرف في العقد دفع ببعض التشريعات الوطنية (أولا) إلى النص على بعض الاستثناءات على غرار القوانين الجماعية (ثانيا) سواء اتفاقيات، أو قوانين موحدة.

أولا) في القوانين الوطنية: أهمها

أ) القانون السويسري.

نص القانون الفدرالي الدولي الخاص السويسري الجديد في المادة 120²² على أن العقود التي يبرمها المستهلك يسري عليها قانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك في حالة:

- إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.
- إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية أو قام فيها المستهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.
- إذا كان المستهلك قد أستحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها الطلب.

إذا الملاحظ أن القانون السويسري قد استبعد حق المتعاقدين من اختيار القانون الواجب التطبيق و أعتمد على ضابط آخر و هو محل الإقامة العادية للمستهلك.

ب) القانون الألماني

نصت المادة 29 من القانون الدولي الخاص الألماني الحالي على حق الأطراف في اختيار قانون العقد مع تقرير أن هذا الاختيار يجب أن لا يحرم المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته العادية²³ و هذا الحل أيدته الفقه لاعتبارين، الأول لأنه ليست هناك طائفة متعلقة بعقود المستهلك بل يتعلق الأمر بها إسنادها (بيع) بحيث يجب اعتماد هذا الإسناد بصفة رسمية، الاعتبار الثاني أن الأحكام الخاصة بحماية المستهلك هي من قواعد البوليس الاقتصادي فهي تطبق إلى جانب قانون الإرادة و إن كان لها أولوية في التطبيق²⁴.

نلاحظ من خلال هذه المادة أن الإرادة مقيدة بالأحكام الآمرة لقانون دولة محل إقامة المستهلك و هي ما تعرف بقواعد البوليس.

ج) القانون الدولي الخاص النمساوي لعام 1979

المادة 41 منه أخضعت عقود المستهلك للقواعد الحمائية في قانون محل الإقامة العادية للمستهلك في الحدود التي يتعلق فيها الأمر بأحكام آمرة لذلك القانون، فلا يعتد باختيار القانون الواجب التطبيق الذي في غير صالح المستهلك²⁵، ما يفهم من هذه المادة أن القانون المختار من الأطراف لا يطبقه إذا كان في غير مصلحة المستهلك و يطبق محله قانون محل الإقامة.

ثانياً) الاستثناء المنصوص عليه في القوانين الجماعية

أ) اتفاقية روما لعام 1980

هذه الاتفاقية تحدثت عن المستهلك كطرف في العقد حيث نلاحظ من خلال المادة 5²⁶ أنها أعطت أحكام خاصة إذا كان المستهلك طرف في العقد تمثلت في حق الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق بشرط أن يحترم هذا القانون الحد الأدنى من الضمانات الممنوحة للمستهلك في قانون محل إقامته المعتاد، و التي تمثل قواعد البوليس، و في حالة العكس أي عند اختيار قانون لا يوفر الحد الأدنى من هذه الحماية فيطبق القاضي القانون الأصلح و هو قانون محل إقامة المستهلك²⁷.

ب) القانون العربي الاسترشادي المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية.

حسب المادة 41 من هذا القانون فإنه إذا كان أحد أطراف المعاملة الالكترونية مستهلكا فالقانون الواجب التطبيق هو قانون محل إقامة المستهلك، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

ج) التنظيم الأوروبي 2008 (روما1)

أقر هذا القانون أن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل الإقامة الدائمة لكن هذا لا يمنع الأطراف من حق اختيار قانون لا يحرم المستهلك من الحماية المقررة له في قانون محل إقامته بمعنى آخر أن القانون المختار يجب أن يتضمن نفس درجة الحماية المقررة في قانون محل إقامة المستهلك²⁸.

هناك بعض الاجتهادات القضائية التي أيدت فكرة استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف إذا كان أحد أطراف العقد مستهلك و منها الحكم القضائي الاسكتلندي الصادر عام 1958 (English .v.donolly)

المتعلق بصحة عقد بيع سيارة أبرم بين شركة انجليزية و مشتري اسكتلندي مقيم في اسكتلندا ، حيث تضمن العقد شرط اختيار القانون الانجليزي للتطبيق على العقد لكن القاضي بالرغم من وجود هذا الشرط طبق القانون محل إقامة المشتري و هو

القانون الاسكتلندي لتضمنه قواعد آمرة بشأن صحة العقد، تطبق على العقود التي تدخل في مجال سريانه بالإضافة إلى أن القانون يحمي المشتري عند إبرام عقد لا يعلمه أيضا حكم المحكمة العليا الاسترالية لعام 1952 بشأن عقد بيع إيجاري تم إبرامه بين مشتري مقيم بأستراليا و بائع توجد مؤسسته التجارية في فيكتوريا بالولايات المتحدة الأمريكية، فالمحكمة استبعدت قانون فيكتوريا المختار و طبقت القانون الأسترالي²⁹.

و هناك من يرى عدم الاستبعاد النهائي لقانون الإرادة و إنما يستبعد فيه فقط الجزء الذي لا يخدم المستهلك و هنا نكون أمام تجزئة للعقد أي تطبيق أكثر من قانون، و هذا غير محبذ.

الخاتمة

من خلال ما تم استعراضه نخلص إلى أن الإرادة تبقى هي الضابط الأصلي و المتفق عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الاستهلاكي، إلا أن مسألة الحرية المطلقة للإرادة في اختيار هذا القانون تبقى نسبية و هذا راجع لعدة أسباب، إن وجود المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة تجب حمايته، دفع إلى تقييد هذه الإرادة بفكرة قواعد البوليس لقانون دولة محل إقامة المستهلك، أو الصلة الحقيقية بالعقد كما فعل المشرع الجزائري، بالإضافة إلى القيود السابقة هناك فكرة النظام العام و الآداب العامة و أيضا مسألة الغش نحو القانون، نستنتج من كل ما سبق أن ضابط الإرادة قد ازداد تقييده في حالة العقد الاستهلاكي الإلكتروني لما لهذا التقييد من مصلحة للمستهلك، و نحن نؤيد هذا الاتجاه و نطالب المشرع بوضع نصوص خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني في العقود الدولية و الأخذ بفكرة القانون الأصلح الذي قد يكون قانون الإرادة أو قانون محل إقامة المستهلك أو أي قانون آخر يوفر له حماية كافية، لأن قانون محل إقامة المستهلك قد لا يوفر الحماية المرجوة إذا كانت دولة هذا الأخير لا تتوفر على نصوص قانونية خاصة و كافية لحمايتهم في مجال التعاملات الإلكترونية كما هم الحال بالنسبة للجزائر.

الهوامش

01) Youssef Shandi ,la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat ,faculté de droit ,université robert shuman strasbourg III ,2005,p213.

02) Daniel Gutman, droit international privé, 4^{ème} édition, dalloz, 2004, p221.

03) قانون مدني جزائري، الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، معدل و متمم.

04) بلميهور عبد الناصر، حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي أنظر الموقع الإلكتروني www.tribunal-dz.com/forum/t1632.

05) خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص 41.

06) بلميهور عبد الناصر، مرجع سابق.

07) بلقاسم اعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج 1، طبعة 9، تنازع القوانين ، دار هومة للنشر و التوزيع الجزائر، 2006، ص 309.

08) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 49.

09) أنظر الموقع الإلكتروني www.wipo.int.

- (10) انظر الموقع الالكتروني www.adj.d.gov.ae.portal/site/adj.d/
- (11) انظر الموقع الالكتروني www.aidmo.org
- 12) El Qudah Maen, l'exécution de contrat de vente international de marchandise(étude comparative), thèse doctoral en droit privé, faculté de droit, université de Reins champagne Ardenne, France,2007,p76.
- 13) Ibid,p75.
- (14) أنظر الموقع الالكتروني www.lastportal.org
- (15) أنظر الموقع الالكتروني www.lex.europa.eu
- (16) أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص ص 50-51.
- (17) خالد شويرب، مرجع سابق، ص 31 .
- (18) نفس المرجع، ص 33 .
- (19) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2006، ص 357 .
- (20) نفس المرجع، ص 358 .
- (21) هشام علي صادق، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، مصر، 1982، ص ص 118-119.
- (22) أنظر الموقع www.admin.ch
- (23) يرى الدكتور GÖTS أن هذه المادة ليست واضحة و تطرح عدة إشكالات: GÖTS Sebastian Hok, le droit international privé allemand, www.dr-hoek.de
- (24) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية القاهرة، 2008، ص 1113.
- (25) نفس المرجع و الصفحة.
- 26) Article 5 << ...le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impérative de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle... >>.
- (27) مهند عزمي أبومغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون الواجب التطبيق على عقود الاستهلاك الالكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات، علوم الشريعة و القانون، المجلد 41، العدد 2، 2014، ص ص 1362-1363.
- 28) Romain Salzburg er, contrats internationaux : quel droit s'applique, janvier 2013 :<http://entreprise.barreaudeliege.be>.
- (29) شبة سفيان، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دفاتر السياسة و القانون، العدد 4، جانفي، 2011، ص 229.